

دوفصلنامه علمی مطالعات تقریبی مذاهب اسلامی (فروغ وحدت)
سال هفدهم / دوره جدید / شماره ۵۶ / پاییز و زمستان ۱۴۰۰
صص ۵۲-۶۶ (مقاله علمی - پژوهشی)

بررسی ماهیت عبادی یا معاملی نکاح از منظر فقه فریقین

• زهره ربیعی مهم

دکترای فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد دامغان، دانشگاه آزاد اسلامی، دامغان، ایران
zohre.r1711@gmail.com

• عابدین مؤمنی

دانشیار دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)
abedinmomeni@ut.ac.ir

• مهدی ذوالفقاری

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد دامغان، دانشگاه آزاد اسلامی، دامغان، ایران
mahdizolfaghari2010@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۹/۲۸، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۲۶

چکیده

با وجود مباحثی که ذیل ماهیت فقهی حقوقی نکاح از سوی اندیشمندان ارائه شده است و بر اساس آن، برخی نکاح را ذیل معاملات قرار داده‌اند، برخی دیگر ماهیت نکاح را عبادی دانسته‌اند، اما واکاوی زوایای مختلف و نقد و بررسی آن موضوعی است که کمتر مورد توجه قرار گرفته است. از نظر اکثریت مطلق فقهای مذاهب حنبلی، حنفی و مالکی، ماهیت نکاح عبادی است بدین جهت که شرط خیار و اقاله در آن جایز نبوده، جنبه اخروی در آن لحاظ شده و انعقاد عقد، بدون ذکر مهر یا فساد آن صحیح است. این در حالی است که اکثریت فقهای امامیه و شافعیه، نکاح را دارای ماهیتی ذیل معاملات قرار داده‌اند که امکان انشاء قرارداد حقوقی بین طرفین در آن، وجود دارد، ایجاب و قبول طرفین از شروط نکاح تلقی می‌شود و امتناع زن از تمکین تا دریافت مهریه جایز است. این تحقیق، با شیوه کتابخانه‌ای و به روش توصیفی-تحلیلی، ضمن مروری بر آثار فقهی و حقوقی عقد نکاح، به نقد کلی و تفصیلی جنبه عبادی بودن آن از منظر فریقین پرداخته و بر این باور است که می‌توان رویکرد «معامله‌ای بودن نکاح» را بدین علت رجحان داد که دلیلی تعبدی بر اثبات عبادی بودن نکاح وجود ندارد، گرچه می‌توان به ادله اجتهادی در این خصوص اشاره کرد. بدیهی است پذیرش این رویکرد، مستلزم تعهدآور بودن شرط خیار در نکاح و امکان جبران ضرر و خسارت‌های مهملک در اختلافات زوجین است.

کلیدواژه‌ها: عقد نکاح، معامله، عوض، عبادت، مهریه.



۵۲

مطالعات تقریبی مذاهب اسلامی
سال هفدهم
شماره ۵۶ - پاییز و زمستان ۱۴۰۰

مقدمه

دین اسلام، نکاح را یک امر اجتماعی و هماهنگ با قانون آفرینش می‌داند که انسان برای بقای نسل و آرامش جسم و روح، نیازمند به آن است. در آیات و روایات بسیاری بر اهمیت و ترغیب به امر نکاح، تأکید شده است، به طوری که خداوند متعال در مورد تسریع ازدواج چنین می‌فرماید: «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ»؛ «مردان و زنان بی‌همسر خود را همسر دهید، هم‌چنین غلامان و کنیزان صالح و درستکاران را؛ اگر فقیر و تنگدست باشند، خداوند از فضل خود آنان را بی‌نیاز می‌سازد؛ خداوند گشایش‌دهنده و آگاه است». هم‌چنین در احادیث بسیاری بر این امر، تأکید و سفارش شده است، چنان‌که رسول اکرم (ص) آن را سنت خویش دانسته و رویگردانی از آن را نیز رویگردانی از سنت خویش می‌شمارد.^۱ هم‌چنین هیچ بنایی را در اسلام نزد خداوند محبوب‌تر و گرمی‌تر از ازدواج ندانسته است^۲ و نیز می‌فرماید: «ازدواج کنید تا جمعیت شما زیاد شود؛ زیرا من در قیامت به وجود شما بر سایر امتها می‌بالم».^۳

فقهای امامیه، حنفی و مالکی نکاح را امری مستحب دانسته و در صورت ترس از وقوع دزدی، زنا، آن را واجب می‌دانند.^۴ ولی شافعی عقیده دارد که اصل در نکاح مباح بودن است و استحباب در صورتی است که قصد عفاف و تحصیل فرزند داشته باشد و در صورت دفع حرام واجب می‌گردد.^۵ حنابله نیز اصل آن را استحباب دانسته و آن را از اشتغال به عبادات

مستحبی بهتر می‌دانند.^۶ از آنجا که نکاح، مستلزم اموری در حوزه عبادات و نیز معاملات می‌باشد، لذا در خصوص ماهیت آن از سوی فقها و حقوق‌دانان رویکردهای متمایز ارائه شده است. بدین صورت که برخی از فقها، نکاح را معامله و عده‌ای دیگر آن را از جمله عبادت می‌دانند؛ از آنجا که تبیین ماهیت نکاح در ترتب آثار آن که یکی از مهمترین آنها حقوق و وظایف زوجین است، تأثیر به‌سزایی دارد، بنابراین ضروری است که ماهیت نکاح از حیث عبادی یا معاملی بودن آن مورد بحث قرار گرفته و ملاک و معیار آن تبیین شود. گرچه می‌توان ماهیت نکاح را از حیث عبادی یا معاملی بودن در متون فقهی شیعه و اهل سنت ردیابی کرد و اما به نظر می‌رسد تحقیق مستقلی در خصوص ماهیت نکاح از این حیث انجام نشده است. البته در این خصوص می‌توان به دو مقاله «ماهیت و جایگاه عقد نکاح در میان عقود معاوضی و غیرمعاوضی» در فصلنامه علمی پژوهشی «آموزه‌های فقه مدنی» و «بررسی مقایسه‌ای ماهیت نکاح در فقه و حقوق موضوعه» در فصلنامه علمی پژوهشی «پژوهشهای حقوق تطبیقی» اشاره کرد، لکن به نظر می‌رسد تحقیقی با محوریت مقایسه‌ای از دیدگاه فقه فریقین در این خصوص انجام نشده است و از این روی، این تحقیق را می‌بایست در موضوع خود، بدیع فرض کرد.

مفاهیم تحقیق

۱) نکاح

جمعی از اهل لغت و نیز فقها نکاح را به معنای وطی گرفته‌اند^۷ و به‌کاررفتن آن را در معنای عقد، مجاز دانسته‌اند.^۸ گروهی دیگر نکاح را در اصل به معنای عقد و مجازاً وطی به‌کار برده‌اند.^۹ اعده‌ای نیز آن را

۷. المعنی، ج ۷، صص ۴-۳.

۸. لسان العرب، ج ۲، ص ۶۲۶.

۹. الصحاح فی اللغة، ج ۱، ص ۴۱۳.

۱۰. مفردات الفاظ القرآن، ص ۸۲۳.

۱. نور، ۳۲.

۲. بحار الأنوار، ج ۱۰۰، ص ۲۲۰.

۳. همان، ج ۱۰۰، ص ۲۲۲.

۴. همان، ج ۱۷، ص ۲۵۹.

۵. قواعد الأحكام فی معرفة الحلال والحرام، ج ۳، ص ۵؛ بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۲، ص ۲۲۹؛ حاشیه الدسوقی علی الشرح الکبیر، ج ۲، ص ۲۱۵.

۶. الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۴، ص ۱۷.





مشترک بین این دو معنا دانسته‌اند.^{۱۱}

اگرچه فقها، نکاح را با عبارات متفاوتی تعریف نموده‌اند، اما در غالب موارد این تعاریف دارای معنی و مفهوم مشترکی هستند و آن عقدی است که در بردارنده اباحه استمتاع زوجین از همدیگر می‌باشد و دارای شروط و ارکانی نیز هست.^{۱۲}

۲) عبادات

مقصود از عبادت که به فراوانی در آثار فقها و اصولیین آمده، در قالب دو اصطلاح بیان شده است:

۱. به معنای اخص آن که عبارت است از فعلی که امر مولی به آن تعلق گرفته و قصد قربت به گونه‌ای در خود این امر و یا در اجزاء و شرایط آن قرار داده شده است.^{۱۳}

۲. به معنای اعم آن که عبارت است از هر فعلی که می‌تواند به قصد تقرب انجام گیرد و مکلف در هنگام انجام آن چنین قصدی نیز می‌کند، همانند آن که مکلف در انجام واجب توصلی قصد قربت کند.^{۱۴}

۳) معاملات

برای معامله نیز دو اصطلاح وجود دارد:

۱. به معنای اخص که مقصود انشائیات یعنی همان عقود و ایقاعات است. نائینی در تقسیم‌بندی خویش در خصوص معنای معامله، منحصراً عقود را متوقف بر انشاء دوجانبه دانسته است یعنی معامله به نحو اخص آن: «ما یتوقف علی الإنشاء من جانبین و هذا أخص من الثانی أيضاً لانحصاره بالعقود».^{۱۵}

۲. به معنای اعم و این اصطلاح به چیزهایی که در مقابل عبادت قرار می‌گیرد، اطلاق می‌شود و همه چیزهایی را که در تحقق آنها شرط قربت نیست، در

بر می‌گیرد.^{۱۶} بالطبع در این جا، مراد از معاملات، همان معنای خاص از معامله است که مشتمل بر عقود و ایقاعات خواهد شد.

معیارهای عبادی یا معاملی بودن یک فعل در فقه

۱) معیارهای عبادی بودن

در خصوص این‌که به چه فعلی در فقه و شریعت «عبادت» اطلاق می‌شود و ملاک عبادی بودن یک عمل چیست، دیدگاه‌های متفاوتی ارائه شده است و می‌توان این دیدگاهها را ذیل سه ملاک، دسته‌بندی کرد:

الف) اعمالی از قبیل نمازخواندن، خرید و فروش، حج‌گزاردن، قرض‌دادن، روزه‌گرفتن و حتی وکالت شخصی؛ که از انسانها سر می‌زند، هرگاه به عنوان انجام فرمان خدا یا اطاعت از برنامه‌ها و دستورات الهی انجام گیرد، آن عمل ذیل عبادت قرار می‌گیرد. مثلاً اگر شخصی حتی در حوزه امور عرفی، مثلاً وکالت از غیر را از جهت خیرخواهی و اطاعت فرمان خداوند متعال و از باب تعاون بر بر و درستکاری بپذیرد این عمل او چون در راستای اطاعت از فرامین الهی قرار دارد، عبادت تلقی شود. گرچه می‌توان همین معیار را به ملاک خودسازی در نظر گرفت. بر این اساس، هرگاه برخی از اعمال، به غرض خودسازی انجام پذیرد آن عمل عبادی تلقی می‌شود. طبعاً در این رویکرد، اعمالی چون نماز، روزه، حج، جهاد، پرداخت صدقه و امثال آنها از آنجا که برای تربیت نفس و خودسازی انجام گیرد از جمله عبادات محسوب می‌شود. بنابراین اگر این معیار را برای عبادی بودن یک فعل کافی بدانیم، پذیرفتن وکالت هم می‌تواند در صورتی که متصف به عنوان خودسازی و تربیت نفس بشود و شخص متربی به تربیت الهی از باب بر و تعاون، به یاری اهل ایمان بشتابد، می‌تواند

۱۱. مجمع‌البحرین، ج ۲، ص ۴۲۱.

۱۲. کشف‌القناع عن متن الاقناع، ج ۵، ص ۶؛ الوسیله الی نیل الفضیله، ص ۲۸۹؛ العنايه شرح الهدایه، ج ۳، ص ۱۸۷.

۱۳. کفایه الأصول، ص ۷۲؛ جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۹، ص ۱۵۷.

۱۴. مصطلحات الفقه، صص ۳۶۶-۳۶۵.

۱۵. رک: المکاسب و البیع، ج ۱، ص ۸۱.

۱۶. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، مقدمه.

از جمله عبادات محسوب شود. چنان‌که بر اساس این معیار هر فعلی که شخص مؤمن، به غرض خودسازی انجام می‌دهد، جنبه عبادی دارد. در نتیجه تقسیم افعال به عبادی و معاملی تقسیمی موجه نخواهد بود. لکن فقیهان در تمایز عبادات از معاملات، علاوه بر قصد خودسازی یا اغراض الهی، بر جنبه اخروی عبادات تأکید کرده و فعلی را عبادی می‌دانند که فارغ از قصد انجام، آن عمل ذیل امور اخروی قرار بگیرد:

«انّ المبحوث عنه فی الفقه اما ان یتعلق بالامور الاخرویه او الدنیویه فان كان الاول فهو عبادات....»^{۱۷}

با این ملاک آن وصفی که در عبادی شدن فعلی نقش انحصاری دارد، این است که آن فعل نمود و دست‌آورد اخروی داشته باشد اگر چه ممکن است در آن آثار دنیوی هم تحقق یافته باشد یعنی شخصی که امیدوار به نتایج اعمال حسنه‌اش است، سعی می‌کند تا در دنیا مرتکب معصیت نشود؛ گرچه همین عدم ارتکاب گناه در دنیا نیز به جهت امیدواری به ثمره اخروی آن است. بنابراین فعلی که علی‌رغم تجلی رفتار کمالی انسان، یعنی از باب خدمت به مردم به کارگشت و زرع، خرید و فروش و امثال آن نمود و دست‌آورد دنیایی داشته باشد، آن فعل وصف اختصاصی عبادت را نخواهد داشت. در نتیجه با توجه به این ملاک می‌توان گفت: نماز عبادت است اما وکالت یا خرید و فروش عبادت نیست.

ب) ملاک دیگری که از سوی برخی فقیهان، وجه ممیز عبادت از امور غیرعبادی است موافقت و مطابقت آن فعل با دستور و امر خداوند است.^{۱۸} براین اساس، یک عمل در صورتی عمل عبادی به‌شمار می‌آید که مطابق آنچه به مکلفین دستور داده شد، انجام پذیرد و تغییری در آن صورت نپذیرد. پس از آنجا که فریضه‌ای چون نماز تنها به شکل و صورتی معین انجام می‌شود و مذاهب اسلامی نمازی که بدون

۱۷. همان‌جا.

۱۸. کفایة الأصول، ص ۱۸۲؛ مباحثی از اصول فقه، ج ۱، ص ۳۱۹-

۳۱۸؛ مطارح الاظنار، ج ۱، ص ۲۲۸.

رکوع بوده یا بیش از چهار رکعت باشد را به معنای عبادت تلقی نمی‌کنند، بلکه همه مذاهب نماز را به مثابه مناسکی که دارای شکلی واحد بوده و در یک محدوده زمانی برگزار می‌شود می‌دانند و تا به آن صورت اقامه نشود، آن نماز، عبادت تلقی نمی‌شود، بنابراین ملاک در احتساب یک عمل به عنوان عبادت این است که از لحاظ دارابودن اجزاء و شرایط لازم با مأموریه مطابقت داشته باشد. این در حالی است که امور غیرعبادی، مانند معاملات، شکل و صورت خاصی ندارد و هیچ مذهبی ادعای شکلی خاص برای معامله مطرح نکرده است. به عبارت دیگر، برخلاف اعمال عبادی که اموری توقیفی و تأسیسی از جانب شارع هستند و باید بر اساس همان اموری که شارع در نظر گرفته است انجام شود، امور غیرعبادی، مخترع شارع نبوده و از جانب شارع تأسیس نشده‌اند، لذا در شکل و ویژگیهای آن هم باید به عرف و نه کلام شارع مراجعه کرد.

ج) برخلاف دو ملاک پیش‌گفته، مشهور فقیهان بر این باورند که ملاک برای اتصاف یک عمل به عبادت آن است که آن عمل با قصد قربت یا قصد امتثال امر در آن همراه باشد و مکلف به جهت اجابت فرمان و امر مولا، آن عمل را به‌جا آورد؛^{۱۹} به عبارت دیگر، عمل عبادی عملی خودسرانه، عرفی، عقلایی یا امثال آن نیست بلکه عملی است که برای اطاعت نسبت به فرمان خاص خداوند و به نحوی که از جانب شارع ارائه شده است، انجام می‌پذیرد. طبعاً بر اساس این ملاک، نماز، حج، روزه و امثال آنها، از آن روی عبادت تلقی می‌شوند که باید به قصد قربت انجام شوند.

۲) معیار معاملی بودن

معاملات، اصولاً در زندگی اجتماعی مردم صورت پذیرفته و در راستای سامان‌مند کردن زندگی مردم در دنیا و رفتارهای اجتماعی انسانها در جامعه انجام

۱۹. کفایة الأصول، ص ۷۲؛ اصول الفقه، ج ۱، ص ۷۶.





می‌شوند و با وجود اینکه تعاملات مردم در جامعه لزوماً در راستای خدمت به خلق صورت نمی‌گیرد بلکه اغراض مادی در آن، تأثیرگذاری تام دارند، اما ممکن است هدف از برخی از معاملات و قراردادهای انجام‌شده در جامعه، خدمت به خلق و انگیزه الهی باشد، گرچه عادتاً معاملات، با وجود برخی جلوه‌های دینی و اخلاقی، در راستای سامان‌مندی «امور دنیوی» انجام می‌گیرد.^{۲۰} به گونه‌ای که زندگی شخصی و بقای جامعه به این قضیه بستگی دارد لذا انسانها در سایه این سامان‌مندی، روابط خویش را با دیگران تنظیم می‌نمایند طبعاً بر اساس این فرایند هرگاه انسانی نیاز به کالایی داشته باشد، به او فروخته یا اجاره و یا قرض و... داده می‌شود که در بستر «معاملات» صورت می‌گیرد.

چنان‌که از ظاهر گفتار فقها برمی‌آید مراد از معاملی بودن، تعویض و تبادل دو مال است و از آنجا که مقوله معامله، اختراع شارع نیست، بلکه عقلاً طبق عادت به این امر مبادرت می‌ورزند، لذا ماهیت آن مقید به مطابقت با امر شارع مقدس قرار ندارد. گرچه در هر معامله‌ای باید دیدگاه شارع را نیز در حوزه احکام شرعی، مورد ملاحظه قرار داد. با وجود اینکه در برخی از معاملات، امر و طلب از جانب شارع وجود دارد، اما این قضیه بدین معنا نیست که صدق ماهیت معامله، نیازمند قصد امتثال و قربت باشد. از آنجا که ملاک صحت در معامله، ترتب اثر بر آن فعل است، لذا به عنوان نمونه بیعی صحیح تلقی می‌شود که اثری واقعی بر آن مترتب شود بنابراین در فرایند معامله بیع، هم مشتری مالک مثنی می‌شود و هم بایع مالک مثنی می‌گردد. هم‌چنان‌که در نکاح نیز مانند بیع و اجاره دو امر مورد معاوضه قرار می‌گیرند؛ بر این اساس، در یک طرف مهر (عوض) قرار دارد و در طرف دیگر بضع (معوض) به عنوان امری که دارای ارزش مالی است، واقع شده است.

حال جا دارد در این قسمت به آثار مهم مترتب بر

۲۰. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، مقدمه.

عقد نکاح اشاره کنیم که عبارتند از:

۱. اگر نکاح معامله باشد، شرط خیار در آن مطرح است، اما از باب عبادی بودن، چنین شرطی در نکاح باطل است.
۲. اگر نکاح معامله باشد، اقاله نیز در آن وجود دارد، اما در صورت عبادی بودن اقاله در آن باطل است.
۳. هم‌چنین اگر نکاح معامله باشد، حبس، حق است که قابل اسقاط می‌باشد؛ اما در صورت عبادی بودن آن، حکم است که قابل اسقاط نیست.

ماهیت نکاح از حیث عبادی یا معاوضی

۱) نکاح به مثابه امری عبادی

با وجود اینکه نکاح امری اجتماعی است و از جمله مخترعات شارع نبوده و بشر از آغاز به تشکیل خانواده مبادرت می‌ورزیده است بلکه دارای برخی از ویژگیهای معاملات مانند حضور دو طرف ذیل یک عقد و تأثیر عینی ناشی از این عقد است، اما با این وجود، نکاح مشتمل بر اموری است که می‌تواند ذیل امور عبادی به مثابه امری که ملاک و معیار، آن، «اخروی بودن» است و در امور اخروی مؤثر است^{۲۱} جای بگیرد.

قائلین به عبادی بودن نکاح معتقدند، از آنجایی که در نکاح جنبه اخروی وجود دارد، یعنی ملاک عبادی بودن در آن کاملاً مشهود است، بنابراین عبادت محسوب می‌شود. به طوری که آنها می‌گویند: تشکیل خانواده ارتباط ویژه‌ای با حفظ دین انسان مؤمن دارد، به طوری که رسول خدا(ص) در اهمیت موضوع ازدواج، آن را نصف دین دانسته که باید جهت به دست آوردن نصف دیگر آن تقوی الهی پیشه ساخت.^{۲۲} چنان‌که در این خصوص به روایت دیگری از پیامبر(ص)، که نکاح را صدقه دانسته، استدلال شده است.^{۲۳} هم‌چنین می‌توان در این باره به روایتی که

۲۱. همان‌جا.

۲۲. الکافی، ج ۵، ص ۳۲۹؛ شعب الایمان، ج ۷، ص ۳۴۰.

۲۳. صحیح مسلم، ج ۲، ص ۶۲۷.

بیانگر فضیلت نماز فرد متأهل بر عزب^{۲۴} و روایاتی از منابع فریقین که فرد مجرد قادر به ازدواج را مذمت کرده،^{۲۵} اشاره نمود.

الف) دیدگاه فقیهان اهل سنت

علمای حنفیه نیز همسو با دیدگاه مشهور فقیهان شیعه، ضمن تقدم نکاح بر نوافل و با تأکید بر اینکه پیامبر(ص) نکاح را سنت خویش برشمرده‌اند، نکاح را مطلقاً امر مستحب دانسته و در صورت ترس از وقوع در گناه واجب دانسته‌اند.^{۲۶}

از جمله اموری که در اهل سنت بر رویکرد عبادی نکاح تأکید شده، این است که رسول اکرم(ص) آن را انجام داده و بر آن مواظبت و مداومت نموده است؛ بلکه از آن روی می‌توان بر این رویکرد تأکید نمود که نکاح سبب مصون ماندن نفس از وقوع در فحشاء، مصون ماندن زن از هلاکت جهت به دست آوردن نفقه و مسکن و لباس و نیز یگانه راه به دست آوردن فرزند مشروع است.^{۲۷}

ابن‌همام از علمای حنفی، با اینکه در یکجا نکاح را مشتمل بر دو عرصه عبادت و معامله می‌داند، اما در نهایت نه تنها نکاح را به عبادات نزدیک تر می‌داند، بلکه اشتغال به آن را نسبت به گوشه‌گیری برای عبادت محض افضل می‌داند.^{۲۸}

شافعی نیز اصل در نکاح را بر اباحه دانسته است، بنابراین اشخاص می‌توانند به قصد لذت و استمتاع جنسی ازدواج کنند، اما نکاح را به حوزه عبادات از آن جهت نزدیک می‌داند که اگر قصد از آن، عفاف و تحصیل فرزند باشد، مستحب بوده و جهت دفع حرام، واجب می‌شود.^{۲۹}

براساس این دیدگاه اشخاص، حتی در صورتی که

رغبت به ازدواج نداشته باشند، بهتر و بافضیلت‌تر است که تأهل اختیار کرده و تشکیل عائله بدهد.^{۳۰} این امر از آن جهت است که نکاح بنفسه عبادت تلقی شده و مطلوبیت دارد.^{۳۱}

نکته دیگری که شافعی را به رویکرد عبادی از نکاح سوق می‌دهد این است که وی مانند بسیاری از فقهای اهل سنت، با وجود اینکه ذکر ثمن در معامله را شرط صحت معامله می‌دانند اما نام بردن از مهر هنگام عقد، را شرط صحت نکاح نمی‌دانند^{۳۲} و با وجود اینکه نکاح را مباح دانسته و گوشه‌گیری برای عبادت را بر اشتغال به نکاح، افضل می‌داند، اما در عین حال، نکاح را بدون تسمیه مهر صحیح می‌داند.^{۳۳}

منطق عبادی بودن نکاح، عالمان مذهب مالکی را نیز به این سوی کشانده است که با وجود اینکه احکام فقهی نکاح، ذیل پنج حکم مشهور فقهی می‌تواند جای بگیرد، اما اصل در حکم نکاح، استحباب است، ولی اگر شخص از وقوع در زنا هراسان باشد، در آن صورت نکاح واجب است: «... والاصل فیه الندب...»^{۳۴}

ابن‌قدمه از فقیهان حنبلی ضمن بیان دلایل مشروعیت نکاح از کتاب و سنت و اجماع، آن را عبادی و اصل حکم آن را استحباب دانسته و اشتغال به نکاح را از اشتغال به عبادات مستحبی، بهتر دانسته است.^{۳۵} وی ضمن رد دیدگاه شافعی با دلایل نقلی و عقلی،^{۳۶} پس از بیان اقسام سه‌گانه گانه مردم در باب نکاح، ازدواج را برای کسی که شهوت دارد، اما از ترس وقوع در زنا ایمن است، مستحب می‌داند و آن را بر

۳۰. الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، ج ۲۳، ص ۱۶؛ کنز العرفان فی فقه القرآن، ج ۲، ص ۱۳۴.

۳۱. همان، ج ۲، ص ۱۳۴؛ الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۹، ص ۲۹.

۳۲. المبسوط، ج ۵، ص ۶۲؛ فتح القدير، ج ۳، ص ۳۱۶؛ حاشیه الدسوقي علی الشرح الكبير، ج ۸، ص ۱۹۹؛ المغنی، ج ۷، ص ۲۱۰.

۳۳. الرسالة، ج ۱، ص ۱۵۸.

۳۴. ر.ک: حاشیه الدسوقي علی الشرح الكبير، ج ۲، ص ۲۱۵.

۳۵. المغنی، ج ۷، صص ۳-۴.

۳۶. همان، ج ۷، صص ۷-۵.

۲۴. بحار الأنوار، ج ۱۰۰، ص ۲۱۷.

۲۵. مسند، ج ۳۵، ص ۳۵۵.

۲۶. بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۲، ص ۲۲۹.

۲۷. همان‌جا.

۲۸. فتح القدير، ج ۳، ص ۱۸۴.

۲۹. الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۳، ص ۱۶؛ مغنی المحتاج الی معرفة

معانی الفاظ المنهاج، ج ۴، ص ۲۰۳.





گوشه‌گیری برای عبادت بهتر می‌داند و در تقویت آن از صحابه نقل قولهایی می‌کند که جانب عبادی بودن نکاح را تأیید می‌نماید.^{۳۷}

غزالی نیز در خصوص عبادی بودن نکاح بر این باور است که: «نکاح از جمله راه دین است... هم‌چنین به بقای جنس آدمی و نسل وی حاجت است و این بی‌نکاح ممکن نیست و سالکان راه دین می‌روند که همه خلق برای دین آفریده‌اند».^{۳۸} وی در جایی دیگر، فضیلت نکاح را به سبب ثمرات اخروی آن دانسته و معتقد است که فرزندآوری و ثوابهای فراوانش از جمله آنهاست؛ دیگر آنکه انسان از طریق نکاح، دین خویش را حفظ و شهوات شیطانی را از خود دور می‌کند. از سویی دیگر مؤانست و مجالست با زنان سبب رغبت بیشتر در عبادت می‌شود. هم‌چنین اگر مرد به انجام امورات خانه بپردازد، از علم و عبادت باز می‌ماند و نکته قابل تأمل آنکه صبرکردن بر اخلاق زنان و قیومت آنها و هم‌چنین نگاه‌داشتن ایشان در مسیر شریعت، مجاهدتی عظیم بلکه از فاضل‌ترین عبادات است. در خبر آمده است: «نفقه‌کردن بر عیال از صدقه فاضل‌تر» و بزرگان گفته‌اند که: «کسب حلال برای فرزند و عیال، کار ابدال هست».^{۳۹}

براساس این دیدگاهها که بر اهمیت موضوع زن و خانواده در اسلام به عنوان رکنی از ارکان نزدیکی به خداوند و سعادت معنوی افراد و جامعه تأکید می‌کند، می‌توان علاوه بر جنبه مادی و دنیوی و معاملی نکاح، رویکردهایی عمیق و مؤثر در حوزه امور عبادی را مشاهده کرد.

ب) دیدگاه فقیهان شیعه

رویکرد عبادت‌محور از نکاح موجب شده است که مشهور فقهای امامیه، نکاح را فی‌نفسه مستحب دانسته و در صورت ترس از وقوع در زنا، به وجوب آن

حکم کرده‌اند.^{۴۰} براین اساس، اولین فقیهی که ادعای عبادی بودن نکاح را مطرح نموده، شهید ثانی (۹۱۱-۹۶۶ق) بوده است که پس از وی نیز برخی دیگر از فقها، به طرق مختلفی بر این امر صحه نهاده‌اند.^{۴۱} ایشان طبق نظر مشهور فقها، جعل اختیار فسخ با شرط در نکاح را جایز و روا ندانسته و دلیل آن را ملحق نمودن نکاح به ضروب عبادات دانسته‌اند نه معاملات.^{۴۲}

نجفی از بزرگان فقه امامیه در تأکید بر رویکرد عبادت‌محور از نکاح بر این نکته عنایت ورزیده‌اند که چون موارد فسخ نکاح محصور و محدود است، بنابراین امکان فسخ آن به وسیله «اقاله» وجود ندارد و این در حالی است که در عقود معاوضی امکان فسخ آنها با اقاله وجود دارد.^{۴۳}

برخی دیگر از فقیهان شیعه نیز در راستای رویکرد عبادی برای نکاح بر این نکته تأکید کرده‌اند که با وجود اینکه ذکر ثمن در عقود معاوضی شرط صحت عقد است، در نکاح دائم این شرط وجود ندارد. بر این اساس، هرگاه در نکاح، مهر ذکر نشود یا مهر فاسد باشد، فقهای امامیه آن عقد را صحیح می‌دانند، زیرا شائبه عبادی بودن در نکاح وجود دارد.^{۴۴}

از جمله امور دیگری که می‌تواند رویکرد عبادی نسبت به نکاح را تقویت نماید، این است که نکاح معاوضه صرف نبوده بلکه احکام خاصی، آن را از سایر معاوضات متمایز می‌کند. چنان‌که محقق کرکی، در پاسخ به سخن حلی در کتاب قواعد الاحکام، بر این نکته تأکید می‌نماید.^{۴۵} هم‌چنین برخی از فقهای معاصر نیز در این راستا معتقدند نکاح معاوضه حقیقیه نبوده و شائبه تعبد در آن وجود دارد. و در راستای

۴۰. قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۳، ص ۵؛ مستند الشیعه فی احکام الشریعه، ج ۱۶، ص ۱۲.

۴۱. رک: «شرط خیار در نکاح»، ص ۱۴۰.

۴۲. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۵، ص ۱۲۰.

۴۳. جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۳۱، ص ۱۰۶.

۴۴. جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، ج ۴، ص ۴۲۴؛ کشف

اللتام و الإبهام عن قواعد الأحکام، ج ۲، ص ۵۵.

۴۵. جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۵، ص ۲۶۴.

۳۷. همان‌جا.

۳۸. رک: کیمیای سعادت، ص ۲۳۸.

۳۹. همان، صص ۲۴۲-۲۳۹.



نیز می‌تواند مؤیدی بر ترجیح این رویکرد نسبت به رویکرد عبادی آن باشد. این بخش از مقاله، ضمن نقد شواهدی که بر تقویت رویکرد عبادی از نکاح تأکید می‌ورزید، بر معاملی بودن این عقد عنایت ورزیده و نسبت به آن استدلال خواهد کرد.

۱. گرچه روایاتی دال بر اهمیت و ضرورت تشکیل خانواده و فضیلت نکاح تأکید می‌کند، اما تأکید روایات بر فضیلت نکاح و ثوابی که بر آن مترتب می‌شود، دلیلی بر رویکرد عبادی بر نکاح نیست. زیرا همانند بحث نکاح، روایات بسیاری وجود دارند که بر فضیلت مندی موضوعاتی مانند کشت و زرع، خرید و فروش از باب خدمت‌رسانی به مردم، آبادکردن زمین، وکالت غیر از باب خیرخواهی و امثال اینها دلالت می‌کند. این در حالی است که به اتفاق همه فقیهان، این امور ذیل عبادات قرار نگرفته و امور عبادی تلقی نمی‌شوند.

بالتبع مراد از عبادت در عقد نکاح و موارد مذکور، عبادت به معنای اعم آن است نه عبادت به معنای خاص که انجام آن به قصد قربت بستگی داشته باشد و مقصود از انجام آن توصل و وجودیافتن عمل است که به هر قصد و نیتی صورت گیرد و یا حتی بدون توجه انجام شود، فرقی نخواهد داشت.^{۴۸} براین اساس، هرگاه کسی بدون قصد قربت عقد نکاح را جاری سازد، عقد نکاح صحیح خواهد بود. این درحالی است که انجام اعمال و عبادات خاص هم‌چون نماز و روزه بدون قصد قربت، پذیرفته نیست. بنابراین تکیه بر روایات در باب فضیلت نکاح، دلیلی بر رویکرد عبادی از نکاح نخواهد بود.

۲. گرچه در خصوص رویکرد عبادی به نکاح، به عدم جواز خیار فسخ در نکاح استدلال شده است، لکن باید این نکته را در نظر داشت که غرض از جعل خیار از جانب شارع، دفع ضرر است، و بالطبع در جایی که دفع ضرر موضوعیتی نداشته باشد، جعل

تقویت رویکرد عبادی نکاح این‌گونه استدلال می‌کنند که لازمه معاوضه این است که ذکر عوضین از ارکان عقد باشد؛ در حالی که در عقد نکاح این‌گونه نیست، زیرا آنچه از ارکان عقد نکاح محسوب می‌شوند، وجود زوج و زوجه هستند نه مهریه و بضع؛ بنابراین مهریه شبیه شرط هست و نبودش سبب بطلان نکاح نمی‌شود و بر این اساس، ذکر مهریه، مطابق قاعده ضرورتی نخواهد داشت.^{۴۶}

بر این اساس، با وجود دیدگاه مشهور فقیهان که نکاح را ذیل معاملات قرار می‌دهند، می‌توان به شواهد متعددی در خصوص عبادی بودن نکاح اشاره کرد که در ذیل مورد عنایت قرار می‌گیرد:

۱. ذکر مهر در عقد واجب نیست و اگر معاوضه حقیقیه باشد، حتماً باید حد و حدود عوض تعیین شود.

۲. هرگاه عوض و مهر فاسد باشد (مثل اینکه خمر و خنزیر و یا خانه‌ای را که ملک او نبوده، مهر قرار دهد)، مهر باطل است ولی عقد باطل نیست، در معاوضه اگر یکی از طرفین معاوضه فاسد باشد، معامله باطل خواهد شد.

۳. در نکاح نمی‌توان با لفظ «آجرتک» و یا الفاظ معاوضه انشای نکاح کرد، در حالی که اگر نکاح حقیقتاً معاوضه بود باید با الفاظ معاوضه هم عقد نکاح صحیح می‌شد.

۴. در تمام ابواب معاوضات، مغبون خیار فسخ دارد ولی در باب نکاح اگر کسی مغبون شود، خیار غبن ندارد و یا در معاوضه هر عیبی، خیار عیب می‌آورد، ولی در نکاح تنها بعضی از عیوب خیار عیب می‌آورد.^{۴۷}

ج) نقد و بررسی رویکرد عبادی نکاح با وجود شواهدی که بر رویکرد عبادی از نکاح ارائه شد اما می‌توان این شواهد را مورد نقد قرار داده بلکه شهرت فقیهان در رویکرد معاملی به نکاح

۴۶. کتاب النکاح، مکارم شیرازی، ج ۶، ص ۳۰.

۴۷. رک: همان، ج ۶، ص ۵۳.

۴۸. مباحثی از اصول فقه، ج ۱، ص ۶۱.



خیار هم وجهی نخواهد داشت. بنابراین در عقد نکاح از آنجا که بحث دفع ضرر، موضوعیتی ندارد، عقد خیار نیز در آن جعل نشده است. در توضیح این امر باید گفت که نکاح «معامله مکارمه‌ای» است که عمدتاً زوجین براساس کرامتهای عالی انسانی و روح معنوی نسبت به یکدیگر، آن را منعقد می‌سازند و از طرفی دیگر چون نکاح با فکر و اندیشه انجام می‌گیرد، ضرری متوجه آنها نخواهد شد بنابراین نیازی به جعل شرط خیار نیست. بر خلاف معاملات دیگر چون بیع که هرگاه ضرری متوجه بایع و یا مشتری شود، وجود خیار جهت دفع ضرر محقق می‌شود و این امر با زیرکی و دقت نظر خاصی انجام می‌گیرد و به همین دلیل بیع را «معامله مکایسه‌ای» نامیده‌اند و چون هر یک از متعاقدین در صدد سود بیشتری برای خودشان هستند، از آن به «معامله مغایبه‌ای» نیز تعبیر نموده‌اند.^{۴۹}

لکن با ملاحظه دقیق در مناسبات زوجین می‌توان بدین باور نائل آمد که اختلافات بسیاری بین زوجین می‌تواند ایجاد شود که مستلزم ضررهای فراوانی از قبیل: ضررهای مالی، معنوی، روحی و... است و وجود شرط خیار در نکاح می‌تواند از بسیاری این ضررها و خسارتهای مهلک جلوگیری نموده و موجب شود که زوجین جهت ایجاد رفتار محسنانه تلاش بیشتری از خود نشان دهند، به گونه‌ای که هم دلی و صمیمیت را جایگزین روابط مغرضانه نمایند؛ در غیر این صورت غالباً ضررهایی که متوجه زن و مرد در ازدواج می‌شود، به مراتب سنگین‌تر از ضررهای موجود در معاملات دیگر است و جبران آن ضررها هم به مراتب سخت‌تر خواهد بود که تمامی این خسارتهای در صورت وجود شرط خیار در نکاح از بین می‌رود.^{۵۰} در فقه اهل سنت دو گونه خیار برای آن در نظر گرفته شده است که از آن میان می‌توان به

خیار بلوغ و خیار فسخ نکاح در برخی حالات مانند وجود برخی از عیبه‌ها در یکی از زوجین اشاره کرد.^{۵۱} ۳. در پاسخ به دیدگاهی که حصر اسباب فسخ نکاح را مقتضی عدم امکان فسخ آن با «اقاله» دانسته و از این جهت به عقد نکاح شائبه عبادی بخشیده است، می‌توان گفت: اقاله در عین حال که ذیل عقود قرار می‌گیرد اما ضرورتاً از لوازم عقود معاوضی محسوب نشده و آثار و احکام عقود معاوضی در آن جاری نمی‌شود، بلکه می‌توان آن را از مصادیق فسخ دانست که بالطبع اختصاصی به بیع ندارد؛ به همین جهت شهید اول آن را در دنباله بیع و تحت عنوان «خاتمه» و به شکل مستقلی مطرح نموده و جزو فصول بیع قرار نداده است.^{۵۲} بنابراین قرارگرفتن اقاله، ذیل معاوضه را می‌توان از باب «اجتهاد در موضوع» دانست و این بدان معنا نیست که اقاله را از مصادیق فسخ دانست، که می‌تواند در سایر عقود نیز جاری دانست.

۴. گرچه اینکه ذکر مهریه در عقد نکاح واجب باشد، امر صحیحی است، اما این امر بدان معنا نیست که نکاح را ذیل عبادات قرار داد، بلکه این امر را می‌توان فتوایی دانست که فقیهان در خصوص عقد نکاح، مطابق برخی ادله، قرائن و شواهد لازم دانسته‌اند؛ بنابراین مطابق این فتوا نمی‌توان، حکم به رویکرد معاملی برای نکاح دانست.

۵. قائلین به معامله‌ای بودن نکاح بر این باورند که لفظ «آجرتک» دلالت بر رویکرد معاملی نکاح دارد و البته مطابق اقتضای «آجرتک» آن را با نکاح موقت مقایسه نموده‌اند و مخالفین این نظریه، به جهت باطل دانستن آن معتقدند که نمی‌توان با لفظ «آجرتک» انشای نکاح کرد و بنابراین در مقام استدلال خود، معاملی بودن نکاح را نمی‌پذیرند.

باور به اینکه نمی‌توان با لفظ «آجرتک» انشای نکاح

۵۱. رد المحتار علی الدر المختار، ج ۳، صص ۱۸۱-۱۸۰؛ حاشیه الدسوقی علی الشرح الكبير، ج ۲، ص ۲۴۱؛ نه‌ایه المحتاج الی شرح المنهاج، ج ۶، صص ۲۵۴ و ۳۰۹؛ المغنی، ج ۷، صص ۴۲ و ۹۳.
۵۲. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۳، ص ۵۴۶.

۴۹. بدایه المجتهد و نه‌ایه المقتصد، ج ۲، ص ۸؛ کفایه الاخیار فی حل غایه الاختصار، ج ۱، ص ۲۴۳.
۵۰. رک: «شرط خیار در نکاح»، ص ۱۳۸.



نکاح مبادله‌ای بین زوجین است، درباره علت پرداخت مهریه، اختلاف نظر دارند؛ شافعیها آن را امری زائد بر نکاح می‌دانند که خداوند بر زوج واجب نمود ولی مالکیها آن را در مقابل سلطنتی می‌دانند که زوج با دادن مهر، بر زوجه و منافع او پیدا می‌کند و زن طبق رابطه مالک و مملوک، اعمالی چون روزه، حج، خروج از منزل و نظایر آن را انجام نمی‌دهد مگر به اذن شوهر.^{۵۷}

در برخی کتب فقه حنفی نیز چنین عباراتی به چشم می‌خورد، مثلاً در «المبسوط» باب فسخ نکاح بنا بر عیب یکی از زوجین، چنین آمده است: «أن النکاح عقد معاوضه»^{۵۸}

ابن‌قدامه ذیل ذکر دیدگاه شافعی در باب نکاح، معاوضه‌ای بودن عقد نکاح را به شافعی منسوب می‌کند.^{۵۹} وی در جای دیگر در باب لزوم حضور گواهان هنگام عقد نکاح، از شعبی نقل می‌کند که وی عقد نکاح را عقد معاوضه می‌داند.^{۶۰} چنان‌که بهوتی حنبلی نیز مهر را عوض می‌داند.^{۶۱} در کتب فقهی معاصر اهل سنت مانند «الموسوعه الفقهیه الکوئیتیه» نیز در باب شروط نکاح، عباراتی وجود دارد که دلالت بر معاوضه‌ای بودن عقد نکاح است.^{۶۲}

به مانند مذاهب اهل سنت، فقیهان شیعه نیز بر رویکرد معاملی نکاح تأکید کرده و می‌توان این رویکرد را مشهور فقیهان شیعه تلقی کرد. بر این اساس، طوسی در باب مهر، عقد نکاح را یک عقد معاوضی دانسته است.^{۶۳}

حلی نیز در خصوص جواز عقد نکاح دائم با زن کافر کتابی، بر معاوضی بودن عقد نکاح صحه نهاده است:

۵۷. همان‌جا.

۵۸. رک: المبسوط، ج ۵، ص ۱۷۴.

۵۹. المغنی، ج ۷، ص ۵.

۶۰. همان، ج ۷، ص ۱۰.

۶۱. کشف القناع عن متن الاقناع، ج ۵، ص ۱۲۸.

۶۲. الموسوعه الفقهیه الکوئیتیه، ج ۴۱، صص ۳۰۹-۳۰۸.

۶۳. المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۴، ص ۳۱۰.

کرد، ظاهراً در راستای قول به بطلان نکاح موقت است، در حالی که در جواز آن هیچ‌گونه اختلافی میان فقیهان شیعه دیده نشده است. همان‌گونه که قرآن کریم به صراحت بر مشروعیت آن صحه نهاده است.^{۵۳} بیشتر مفسران می‌گویند: این آیه درباره ازدواج موقت نازل شده است و اکثر علمای اهل سنت که ظهور این آیه در ازدواج موقت را پذیرفته‌اند، قائل به نسخ این آیه شده‌اند و البته نتوانستند ادعای خود را ثابت نمایند.^{۵۴}

گرچه باید بر این نکته تأکید کرد که لفظ «أجورهن» که از لحاظ لغوی به معنای مزد و اجرت است، اختصاص به نکاح موقت نداشته بلکه در مورد نکاح دائم هم به کار رفته است، چنان‌که در آیه ۳۵ سوره نساء و همچنین آیه ۵ سوره مائده مراد از واژه «أجورهن» بالاتفاق معادل واژه «مهورهن» تلقی شده است.

۲) نکاح به مثابه امری معاملی

علاوه بر نقدی که در خصوص دیدگاه عبادی از نکاح، مورد عنایت قرار گرفت، می‌توان به دیدگاه مشهور فقیهان یعنی رویکرد معاملی از نکاح که برآمده از آثار مکتوب فقیهان شیعه و اهل سنت، استدلال فقهی و کنار هم نهادن تعبیر آنهاست، نائل آمد.

فقیهان اهل سنت ضمن معاوضی خواندن عقد نکاح، مهر را به مثابه یکی از دو طرف معامله فرض کرده و از این روی، اصل ماهیت نکاح بین زوجین را معاوضه اعلام کرده‌اند. بر این اساس، ابن عربی از فقیهان شافعی، هر کدام از زوج و زوجه، در امور زناشویی عوض یکدیگرند و منفعت استمتاع جنسی زوج، عوض از بهره جنسی‌ای است که به زوجه می‌رساند و بالعکس.^{۵۶}

فقیهان مالکی نیز ضمن اشتراک با شافعی در اینکه

۵۳. نساء، ۲۴.

۵۴. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۵، صص ۲۸۱-۲۸۰.

۵۵. رک: بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۵، ص ۳۴۶.

۵۶. احکام القرآن، ج ۱، ص ۴۱۴.



«لانه عقد معاوضه»^{۶۴}

نجفی در این راستا، در بحث تقسیم مهریه (به طور همزمان) بین دو زن معتقد است که مهریه باید بر اساس مهرالمثل باشد و بالطبع وجود مهریه ظهور در معنای معاوضه دارد، بنابراین قیمت بضع هم چیزی جز مهرالمثل نخواهد بود.^{۶۵} ایشان در بحث فقهی دیگر، در خصوص محدودنبودن اندازه مهریه، بعد از استناد به کتاب و سنت استدلال می‌کند که مهریه نوعی معاوضه است که اندازه آن از اختیار متعاضین است، چنان‌که در تعیین میزان غیر مهر در معاوضات دیگر نیز این‌گونه است.^{۶۶}

هم‌چنین در باب نفقه نیز جمهور فقها آن را همانند عوض یا شبه عوض در مقابل تمکین قرار داده و مشروط به عقد دائم و تمکین کامل زوجه می‌دانند، به طوری که علمای احناف و گروهی از شافعیه، معتقدند به محض عقد نکاح نفقه بر زوج واجب می‌شود،^{۶۷} اما اکثر فقهای اهل سنت از مالکیه و حنابله و بعضی از شافعیه و همین‌طور قول مشهور فقهای امامیه معتقد به وجوب نفقه در مقابل تمکین کامل زوجه هستند.^{۶۸} عده‌ای دیگر از شافعیه اعتقاد دارند که نفقه با عقد واجب شده و با تمکین استقرار می‌یابد.^{۶۹}

قانون مدنی نیز به تبعیت از فقه امامیه وجوب نفقه را مشروط به تمکین زوجه نموده، چنان‌که در ماده ۱۱۰۸ ق.م.آ آمده است: «هرگاه زوجه بدون مانع مشروع از ادای وظایف امتناع کند، مستحق نفقه نخواهد بود».

با عنایت به آنچه در عبارات فقیهان یافت می‌شود و ادله‌ای که از سوی آنان ارائه شده است می‌توان به ملاکهایی در خصوص رویکرد معاملی برای نکاح

اشاره نمود که برخی از آن موارد عبارتند از:

۱. ملاک اصلی معاملات در احکام شرعی اموری است که به «دنیای انسان» تعلق گرفته و به آن مرتبط است و از جهت آنکه در نکاح علاوه بر جنبه اخروی، جنبه‌های دنیوی آن نیز به روشنی مشهود است، بنابراین معامله به حساب می‌آید.

۲. از آنجایی که «معاملات و نکاح» طرفینی بوده و هر دو نیازمند به ایجاب و قبول می‌باشند، «عقود» نامیده می‌شوند به گونه‌ای که حتی محقق حلی این دو کلمه را در کنار هم قرار داده است: «و یدخل فیه المعاملات و النکاح».^{۷۰}

۳. برخلاف نکاح دائم، مهریه در نکاح منقطع یکی از ارکان اصلی عقد است. «در نکاح منقطع، عدم مهر در عقد، موجب بطلان است» (ماده ۱۰۹۵ ق.م). در فقه، نکاح منقطع صبغه معنوی نکاح دائم را ندارد و هدف اصلی آن، صرفاً کامجویی و انتفاع جنسی است^{۷۱} و نیز در ماده ۱۰۹۴ ق.م.آ آمده: «برای تعیین مهر المتمعنه، حال مرد از حیث غنا و فقر ملاحظه می‌شود.» و با عنایت به اینکه در ماهیت نکاح، فرقی بین نکاح دائم و موقت نیست لذا می‌توان بر اساس ماهیتی که برای عقد موقت فرض شده است، ماهیت نکاح را ذیل معاملات قرار داد.

۴. همان‌طوری که جهت رفع ضرر در معاملات، وجود خیار به عنوان راهکار مفید در نظر گرفته می‌شود، وجود این فرصت برای نکاح هم لازم بلکه ضروری‌تر است، زیرا امکان جبران ضرر در نکاح نسبت به دیگر معاملات به مراتب کمتر است که این امر نیز به صراحت معامله‌ای بودن نکاح را به اثبات می‌رساند.^{۷۲}

۵. در نظر گرفتن یک عوض معلوم برای اموری چون: نکاح، بیع و اجاره که به وسیله صبغه عقد ایجاد می‌شوند، نشان می‌دهد که این عقود از یک سنخ

۷۰. ر.ک: شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، مقدمه.

۷۱. جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۳۰، ص ۱۶۲.

۷۲. بدایه المجتهد و نهایه المقتصد، ج ۲، ص ۸.

۶۴. ر.ک: تذکره الفقهاء، ص ۶۴۶.

۶۵. جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۳۱، ص ۲۵.

۶۶. همان، ج ۳۱، ص ۱۴.

۶۷. بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۴، ص ۱۶.

۶۸. المغنی، ج ۸، ص ۲۳۰؛ شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام،

ج ۲، ص ۲۹۴.

۶۹. مغنی المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المنهاج، ج ۴، ص ۴۱۶.



برقراری نسبتی میان تمکین و نفقه، به رویکرد تقابلی میان آن دو حکم نمود. بر همین اساس، برخی از فقیهان در صورت نشوز زوجه و عدم اطاعت وی از زوج، نفقه را نیز ساقط می‌دانند.^{۷۹}

بالتبع بر اساس آنچه از عبارات، ملاکها و استدلالهایی که از سوی مجموعه وسیعی از فقیهان مشاهده شد، می‌توان بدین باور نائل آمد که با وجود برخی جلوه‌های عبادی در عقد نکاح، ماهیت و اساس عقد نکاح به رویکرد معاملی نزدیک‌تر بوده، بنابراین می‌توان آن را از جمله معاملات برشمرد.

۳) نظریه مختار

با عنایت به اینکه نکاح ماهیتی پیشاشریعت داشته و از سوی شارع تأسیس نشده است بلکه مردم از روزگاران نخستین، بر اساس پیمانی که بین خود منعقد می‌کردند، با یکدیگر ازدواج می‌کردند، لذا در فهم رویکرد عبادی یا معاملی نکاح باید در آغاز به ماهیت آن اشاره کرد.

البته هر پیمانی بین زوجین، از سوی شریعت پذیرفته شده نیست، بلکه این پیمان باید با ملاکها و احکامی که از جانب شارع ارائه شده است منطبق باشد و لذا در خصوص رویکرد معاملی یا عبادی نکاح باید گفت:

۱. از آنجا که ماهیت نکاح در اسلام با ماهیت آن در سایر مذاهب و جوامع تفاوتی نداشته و در همه جوامع صورت می‌پذیرد و برای انعقاد آن، پیمانی نیز از جانب زوجین اخذ شده و الفاظی از هر دو طرف ارائه می‌شود و در آنها، رویکردی عبادی برای نکاح فرض نمی‌شود، بنابراین مقتضای همسانی نکاح در همه جوامع مقتضی است که به صورت امری معاوضی تلقی شود.

۲. در خصوص ملاک عبادی بودن یک امر، چند تلقی ارائه شده است و از آنجا که عبادی بودن یک مقوله نه در گرو ثواب و عقاب برآمده از آن عمل بلکه

۷۹. جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۳۱، ص ۳۰۷؛ جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، ج ۴، ص ۴۷۸.

هستند و از حیث رویکرد معاملی مشترک هستند.^{۷۳}

۶. مقابله مهریه در برابر تمکین زوجه نشان از معاملی بودن این دو امر در عقد نکاح است. بر همین اساس فقها و حقوقدانان در نکاح، امتناع زن از تمکین را به جهت دریافت مهر جایز دانسته‌اند.^{۷۴} چنان‌که اهل سنت نیز بر همین اساس، این حق را برای زن قائل هستند.^{۷۵} این موازنه و مقابله در «الموسوعه الفقهیه الکوئیتیة» نیز به روشنی دیده می‌شود.^{۷۶} زحیلی در «الفقه الاسلامی و ادلته»، ضمن بحث در خصوص «قبض المهر و ما یترتب علیه» از نظر فقهای اهل سنت به این موضوع پرداخته و در عباراتی که دلالت بر رویکرد معاملی نکاح دارد، این‌گونه اظهار داشته است: «فقها به گرفتن مهر توسط زوجه قبل از دخول در مهر حال، اتفاق نظر، اما بعد از دخول اختلاف نظر دارند. ابوحنیفه می‌گوید این حق برای او هست ولی اکثر فقها این حق را ساقط می‌دانند».^{۷۷}

۷. از جمله اموری که می‌تواند در راستای معاملی بودن نکاح، مورد توجه قرار داد بلکه آن را از لوازم معاملی نکاح برشمرد مسئله نفقه است، زیرا جمهور فقهای اهل سنت و قول مشهور فقیهان شیعه بر این باورند که نفقه، عوضی در برابر تمکین برشمرده شده و وجوب نفقه، مشروط به تمکین کامل زوجه از زوج در نکاح دائم است.^{۷۸} در این قضیه، مجهول بودن میزان نفقه، ناقض معاملی بودن نکاح نیست. چنان‌که با قرار دادن نفقه در برابر تمکین، زوجه در سطح یک مزدبگیر تنزل داده نمی‌شود، زیرا فارغ از این که نکاح، واجد برخی از مؤلفه‌های عبادی نیز هست و این قضیه به کانون خانواده قداست می‌بخشد، اما می‌توان با

۷۳. جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۳۱، صص ۱۲۲-۱۲۱.

۷۴. کتاب النکاح، اراکی، ص ۵۴۴؛ المقننه، ص ۵۱۰؛ جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۳۱، ص ۴۱؛ حقوق مدنی، ج ۴، ص ۳۹۴؛ تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله، ص ۴۳۲.

۷۵. المغنی، ج ۸، ص ۲۳۰.

۷۶. الموسوعه الفقهیه الکوئیتیة، ج ۱۱، ص ۳۲۵.

۷۷. الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۹، ص ۲۶۹.

۷۸. المهذب، ج ۲، ص ۳۴۷؛ المغنی، ج ۸، ص ۲۳۰.



تعبدیات در قبال توصیلات قرار داده شده و ملاک در عبادی بودن یک عمل، ضرورت قصد قربت برای صحت آن عمل است و از آنجا که قصد قربت شرط صحت نکاح نیست و می‌توان به اغراضی غیرعبادی و تکامل و سعادت انسان، مبادرت به عقد نکاح کرد، بنابراین این عقد را می‌بایست از مصادیق امور غیرعبادی قلمداد نمود.

۳. به نظر می‌رسد تلقی عبادی از نکاح از باب «اجتهاد در موضوع» است و چنین تلقی‌ای در هیچ آیه یا روایتی نیامده است و از روایاتی که در فضیلت نکاح وارد شده است نمی‌توان رویکرد عبادی برای نکاح استنباط کرد، چنان‌که روایات بسیاری که در فضیلت کسب روزی حلال، آبادکردن زمین، تعاون در خیرات و نیکوکاری و امثال آنها وارد شده نیز نمی‌تواند دلیلی بر عبادی بودن آن اعمال باشد.

۴. همسانی عقودی مانند بیع، اجاره و نکاح در اموری مانند اینکه «از شرایط همه آنها، ایجاب و قبول است»، «همه اینها دارای دو سویه عوض و معوض هستند»، «همه عقود، رویکردی مادی و این جهانی و دنیوی دارند»، مقتضی است هم‌چنان‌که عقودی مانند بیع و اجاره، ذیل معاملات جای می‌گیرند، نکاح را نیز باید در این راستا، ارزیابی کرد.

با وجود اینکه نکاح مانند بیع و اجاره نیست و پیمان زناشویی را نمی‌بایست صرف قراردادی مبتنی بر مادی‌انگاری دانست، بلکه نکاح، قراردادی مشتمل بر پیمانی آسمانی و روحانی است و تأکید شارع بر انجام عقد نکاح از جانب مسلمانان و ثوابهایی که بر آن مترتب گردیده است، اما این بدان معنا نیست که بتوان ماهیت نکاح را مقوله‌ای عبادی فرض نمود. بلکه در نهایت، می‌بایست ماهیت آن را امری معاملی دانست که البته تمایزهایی نسبت به برخی معاوضات دارد و سویه‌های معنوی و روحانی آن نیز غیرقابل انکار است.

نتیجه‌گیری

بنا بر آنچه بیان شد، به روشنی می‌توان دریافت که در فقه اسلامی معاوضی بودن عقد نکاح، به عنوان یک اصل مسلم که ضامن حقوق زوجین می‌باشد، پذیرفته شده است، بدون آنکه جنبه‌های معنوی آن را خدشه‌دار نماید. اختلاف نظرهای فقها و حقوقدانان نیز بیش از آنکه جنبه شرعی و حقوقی داشته باشد، جنبه مذهبی و مکتبی داشته است. لذا به نظر می‌رسد که دلایل ارائه‌شده، چندان جنبه تعبدی نداشته و می‌تواند به راحتی قابلیت رد، نقض و نقد را داشته باشد. ضمن اینکه در عقد نکاح همانند عقود دیگر مانند بیع و اجاره، مطابقت دستور شارع ملحوظ نیست و لفظ «انکحتک و قبلت» در صیغه نکاح همانند «بعث و اشتریت» در صیغه بیع جاری می‌شود. علاوه بر آن شرط صحت نکاح، قصد امتثال و قصد تقرب نیست و عبادت بودن آن نیز به نحو اعم کلمه مطرح است. بنابراین می‌توان نکاح را همانند یک معامله طرفینی دانست که منافاتی با کرامتهای انسانی و روح روحانی و معنوی آن نداشته باشد، بلکه این امر به عنوان یک اصل مبرهن فقهی و حقوقی مقرر در نظام‌نامه نکاح محسوب می‌شود، به طوری که حقوقدانان نیز در این جهت همگام با فقه، مبانی این اصل را تجزیه و تحلیل نموده‌اند و در جهت ضمانت اجرایی آن گامهای فراوانی برداشته‌اند. لازم به ذکر است که هرچند در عقد نکاح، برخلاف سایر عقود، هدف از انعقاد عقد، صرفاً تبادل کالا نیست، بلکه هدف اصلی، ایجاد یک زندگی مشترک براساس تفاهم، عشق و گذشت است، اما در کنار این هدف مقدس، جنبه‌های مادی نکاح هم باید مورد توجه جدی قرار گیرد. با این وجود باید دانست که امکان ایجاد ضرر در نکاح نیز به راحتی قابل اغماض نیست و حقوقی چون حق نفقه، حق تمکین، حق حبس و... جهت اقدام در رفع ضرر، سودمند خواهد افتاد و بلکه وجود این موارد برای نکاح ضرورتی تر از دیگر معاملات به نظر

می‌رسد؛ زیرا جبران ضررها در دیگر معاملات مقدور است اما در نکاح این امکان کمتر محقق می‌شود. بنابراین با توجه به مراتب فوق، می‌توان بر جنبه معاملی و معاوضی عقد نکاح در راستای اقوال مشهور فقها تأکید کرد و با عنایت به جنبه معاملی نکاح و آثار حقوقی آن، اموری چون: «وضع قوانینی جهت الزام به پرداخت مهریه در زمان عقد، در صورت تنگ‌نظری

یا خساست پرداخت مهریه»، «تعیین میزان مهریه به صورت منطقی و عقلایی و متناسب با توانایی زوج» و «توجه و تبیین اکثر مردم غیر آگاه نسبت به قوانین مدنی از سوی سردفتران در مورد مهریه و میزان آن (عندالمطالبه و عندالإستطاعة) یا حق حبس» را به نهادهای قضائی و تقنینی پیشنهاد نمود.

کتابنامه

- «شرط خیار در نکاح»، عابدین مؤمنی، مجله دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان، شماره ۱۲، ۱۳۸۴ش.
- احکام القرآن، محمد بن عبدالله ابن عربی، بیروت، دارالجیل، ۱۴۱۷ق.
- اصول الفقه، محمدرضا مظفر، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
- الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، یوسف بن احمد بحرانی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
- الرساله، محمد بن ادريس شافعی، مصر، دارالوفاء، ۱۴۲۲ق.
- الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، زين الدين بن علی شهید ثانی، قم، داوری، ۱۴۱۰ق.
- الصحاح فی اللغة، اسماعیل بن حماد جوهری، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۴۱۰ق.
- العنایه شرح الهدایه، محمد بن محمد بابر تی، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- الفقه الاسلامی و ادلته، وهبه زحیلی، دمشق، دارالمعرفه، ۱۴۱۴ق.
- الفقه علی المذاهب الاربعه، عبدالرحمن جزیری، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۶ق.
- الکافی، محمد بن یعقوب کلینی، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق.
- المبسوط فی فقه الامامیه، محمد بن حسن طوسی، تهران، المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۸ق.
- المبسوط، محمد بن احمد سرخسی، بیروت، دارالفکر، ۱۴۲۱ق.
- المعنی، عبدالله بن احمد ابن قدامه، مصر، مکتبه القا، ۱۳۸۸ق.
- المقنعه، محمد بن محمد مفید، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ق.
- المکاسب و البیع، محمدحسین غروی نائینی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- الموسوعه الفقهیه الكويتیه، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامیه، کویت، دارالسلاسل، ۱۴۲۷ق.
- المهذب، عبدالعزيز بن نحریر ابن براج، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- الوسیله الی نیل الفضیله، محمد بن علی ابن حمزه طوسی، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ق.
- بحار الانوار، محمدباقر بن محمدعلی مجلسی، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ق.
- بدایه المجتهد و نهایه المقتصد، محمد بن احمد ابن رشد، قم، منشورات الرضی، ۱۴۰۶ق.
- بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ابوبکر بن مسعود کاسانی، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۶ق.
- تذکره الفقهاء، حسن بن یوسف حلّی، قم، مؤسسه آل البیت (ع)، ۱۳۸۸ق.
- تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله، محمد فاضل موحدی لنکرانی، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۴۲۱ق.





- جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، احمد بن یوسف خوانساری، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.
- جامع المقاصد فی شرح القواعد، علی بن حسین محقق کرکی، قم، مؤسسه آل البيت(ع)، ۱۴۱۱ق.
- جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، محمدحسن نجفی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- حاشیه الدسوقی علی الشرح الكبير، محمد بن احمد دسوقی، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- حقوق مدنی، سید حسن امامی، تهران، اسلامی، ۱۳۴۶ش.
- رد المختار علی الدر المختار، محمدامین بن عمر ابن عابدین، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۲ق.
- شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جعفر بن حسن محقق حلی، بیروت، دارالاضواء، ۱۴۰۳ق.
- شعب الایمان، احمد بن حسین بیهقی، هند، مکتبه الرشد، ۱۴۲۲ق.
- صحیح مسلم، مسلم بن حجاج نیشابوری، بیروت، دارالتراث العربی، ۱۴۱۹ق.
- فتح القدر، کمال الدین محمد ابن هماد، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، حسن بن یوسف حلی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- کتاب النکاح، محمدعلی اراکی، قم، نورنگار، ۱۴۱۹ق.
- کتاب النکاح، ناصر مکارم شیرازی، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب(ع)، ۱۴۲۴ق.
- کشف القناع عن متن الاقناع، منصور بن یوسف بهوتی، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۲ق.
- کفایه الاخیار فی حل غایه الاختصار، تقی الدین حصنی، دمشق، دارالخیر، ۱۹۹۴م.
- کنز العرفان فی فقه القرآن، مقداد بن عبدالله فاضل مقداد، تهران، المکتبه المرتضویه، ۱۳۴۳ق.
- کیمیای سعادت، محمد بن محمد غزالی، تهران، کتابخانه و چاپخانه مرکزی، ۱۳۳۳ش.
- کشف اللثام و الإیهام عن قواعد الأحکام، محمد بن حسن فاضل هندی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
- کفایة الأصول، محمدکاظم آخوند خراسانی، قم، مؤسسه آل البيت(ع)، ۱۴۰۹ق.
- لسان العرب، محمد بن مکرم ابن منظور، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۴ق.
- مباحثی از اصول فقه، سید مصطفی محقق داماد، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۲ش.
- مجمع البحرین، فخرالدین بن محمد طریحی، تهران، مرتضوی، ۱۴۱۶ق.
- مستند الشیعه فی احکام الشریعه، احمد بن محمد مهدی نراقی، قم، مؤسسه آل البيت(ع)، ۱۴۱۵ق.
- مسند، احمد بن محمد ابن حنبل، بیروت، مؤسسه الرساله، ۱۴۲۱ق.
- مصطلحات الفقه، علی مشکینی، بی جا، بی تا.
- مطارح الانظار، مرتضی بن محمدامین انصاری، قم، مجمع الفكر الاسلامی، ۱۳۸۳ش.
- مغنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج، محمد بن احمد خطیب شریینی، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۵ق.
- مفردات الفاظ القرآن، حسین بن محمد راغب اصفهانی، دمشق، دارالقلم؛ بیروت، الدار الشامیه، ۱۴۱۲ق.
- نهایه المحتاج الی شرح المنهاج، محمد بن احمد رملی، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۴ق.