



# تحلیلی بر نحوه انعقاد نکاح و ماهیت حقوقی آن در فقه امامیه و حقوق کنونی

نرگس حیدرزاده<sup>۱</sup>  
شکراله نیکوند<sup>۲\*</sup>

تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۲/۰۵/۸ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۲/۰۹/۱۱

## چکیده

حقوق کشور ما در برخی موضوعات، مثل مقررات ازدواج، مبتنی بر مقررات و قواعد فقهی است. بر خلاف تصور عمومی و عرفی، در فقه امامیه برای صحت نکاح تشریفات الزامی وجود ندارد. مواد قانون مدنی نیز که از فقه اقتباس شده، انعقاد نکاح را رضایی و بدون تشریفات می‌داند. با این حال نظم عمومی جامعه ایجاب می‌کند دولت با وضع مقرراتی آمره همراه با ضمانت اجراهای خاص بر روابط زوجین نظارت داشته باشد؛ الزام به ثبت رسمی ازدواج در برخی موارد و مجازات حبس برای تخلف از آن به همین منظور است ولی عدم رعایت این موارد به توافق طرفین و صحت قرارداد نکاح، هیچ لطمه‌ای نمی‌زند. این مقاله با بررسی، توصیف و تحلیل نظرات فقها و حقوقدانان و به شیوه کتابخانه‌ای تنظیم شده است. در برخی از آثار، نکاح را جزو عقود تشریفاتی می‌دانند و گاهی در عرف تصور می‌شود برای انعقاد نکاح، الفاظ یا زبان خاصی یا دخالت شخص ثالثی، ضرورت دارد. از لحاظ ماهیت حقوقی، نکاح متفاوت از برخی قواعد عمومی است و از مجموع آثار فقها و حقوقدانان می‌توان دریافت برای انعقاد نکاح بطور صحیح، غیر از شرایط عمومی صحت قرارداد و به شرط فقدان مانع، هیچ شرط یا تشریفاتی نیاز نیست.

**واژگان کلیدی:** انعقاد نکاح، عقد تشریفاتی، عقد رضایی.

## مقدمه

<sup>۱</sup> دانشجوی کارشناسی ارشد رشته حقوق گرایش خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی ورامین، ورامین، ایران. n.heidarzadeh2023@gmail.com

<sup>۲</sup> استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی ورامین، ورامین، ایران (نویسنده مسئول). dr.nikvand@yahoo.com

بدون تردید نکاح یا ازدواج جزو مهمترین و حساس‌ترین انتخاب و عمل حقوقی است که در زندگی انسان رقم می‌خورد و بطور جدی بر شخصیت و شیوه زندگی فرد تاثیر می‌گذارد. در آموزه‌های ارزشمند دینی و فقهی، در خصوص ازدواج سفارش فراوان شده است و آن را بطور معمول، مستحب موکد و در مواردی که ممکن است فرد، بخاطر ازدواج نکردن، به گناه بیافند، ازدواج را واجب اعلام نموده‌اند. نه فقط در جوامع اسلامی بلکه در همه کشورهای جهان، ازدواج را مهمترین مرحله زندگی انسان می‌دانند؛ بطوری که «جان برناردز» روانشناس و نویسنده انگلیسی متولد ۱۹۵۲ در کتاب خود، درآمدی به مطالعات خانواده، می‌نویسد: «اغلب مردم جوامع صنعتی غرب، و احتمالا بیشتر مردم سرتاسر جهان، زندگی خانوادگی را مهمترین جنبه زندگی خود می‌دانند. گزارش کمیسیون اروپا نشان می‌دهد که ۹۶ درصد مردم اتحادیه اروپا زندگی خانوادگی را ارزشمندترین جنبه زندگی خود می‌دانند. سپس ایشان اضافه می‌نماید که با توجه به مرکزیت زندگی خانوادگی و علاقه ما به مهم شمردن زندگی خانوادگی، منطقا انتظار می‌رود مطالعه زندگی خانوادگی مهم‌ترین رشته دانشگاهی در دانشکده‌ها و دانشگاه‌های ما باشد.» (جان برناردز، ۱۳۹۳، ۱۷).

وجود برخی مقررات خاص، مثل قانون حمایت خانواده و قانون مجازات اسلامی در خصوص لزوم اخذ اجازه از دادگاه برای ازدواج مجدد و یا جرم تلقی نمودن ازدواج بدون ثبت رسمی، همچنین تشریفاتی که بطور سنتی در عرف جامعه ما و در دفاتر ثبت رسمی ازدواج وجود دارد، اولاً نشان دهنده اهمیت زیاد موضوعات مربوط به خانواده در بین مردم جامعه و توجه خاص قانونگذار بر این مسایل دارد. ثانياً مرسوم بودن برخی موارد در عرف و قانونگذاری در خصوص آن، سوالات و ابهاماتی را، در مورد نحوه انعقاد نکاح و ماهیت حقوقی آن در حقوق کشورمان، مطرح می‌سازد که ضرورت دارد به آن پرداخته شود. از طرف دیگر ما در دورانی زندگی می‌کنیم که جهان، تغییرات گسترده و عمیقی در علوم ارتباطات، فضای مجازی، فرهنگ عمومی جامعه و زندگی مردم، به خود دیده است و این تغییرات، کشور ما را نیز کم و بیش دچار تغییراتی، بخصوص در امور اجتماعی، فرهنگی و خانواده، نموده است. تمام این تغییرات را نباید تهدید به حساب آورد بلکه بهتر است در حد امکان به شکلی علمی و صحیح مدیریت نمود. در مواردی باید با تحلیل صحیح حقوقی و منطقی، انعطاف مناسب و مطلوبی را در نظام حقوقی در برخورد با برخی از این تحولات نشان داد. بدیهی است از لحاظ مقررات و نظارت دولت‌ها و کشورهای مختلف در طول تاریخ نسبت به خانواده یا روابط خصوصی زن و مرد، بین مرحله تشکیل ازدواج یا انعقاد نکاح و سپس مقررات حاکم بر ازدواج به ویژه مقررات ناظر بر طلاق تفاوت مهمی دیده می‌شود به گونه‌ای که همواره برای تشکیل زندگی تسهیلاتی قایل بوده‌اند و برای اراده زن و مرد در انعقاد نکاح، آزادی زیادی

قابل بودند، بر عکس پس از ورود به این نهاد (ازدواج)، برخی مواد قانونی آمره و به ویژه مقرراتی در مورد جدایی آنان و موضوع طلاق، سخت‌گیری‌ها و موانع بسیار زیاد دیده می‌شود. تشریفاتی کردن ازدواج و وجود مواد قانونی آمره و یا سخت‌گیری‌ها در مورد طلاق و جدایی زن و شوهر، هرچند بطور کامل قابل دفاع نیست ولی نشانه‌ای از اهمیت و ارزش نهاد خانواده در آن اجتماع بوده است؛ بطوری که برخی از محققین نوشته‌اند در کشورهایی با مذهب مسیحیت، کلیسای کاتولیک با استناد به گفته حضرت مسیح، به کلی با طلاق مخالف بود و فقط در موارد بسیار اندکی مثل ارتکاب زنا، محصنه، اجازه طلاق داده می‌شد. حتی نظریه غیر قابل انحلال بودن نکاح بوسیله سنت اگوستین دفاع می‌شد و بوسیله شورای پیشوایان عیسی مسیح از قرن هشتم میلادی مورد حمایت قرار می‌گرفت، به نحوی که حتی طلاق به سبب زنا، محصنه را هم ممنوع می‌دانستند. ولی از قرن شانزدهم میلادی از این سخت‌گیری‌ها کاسته شد و طلاق در مواردی اجازه داده شد و دیگر طلاق فقط محدود به زنا، محصنه نبود بطوری که در حقوق روم دوره امپراطوری طلاق را به راحتی بطور وسیع و بدون لزوم دخالت یا اجازه دادگاه و حتی بدون رضایت طرف مقابل، هم شوهر و هم زن می‌توانست از طرف مقابلش جدا شود. نقل شده است که بر اساس آیین و مذهب یهود و همچنین عادات ژرمن، شوهر می‌توانست زن خود را بدون نیاز به ارایه دلیل و بدون هیچ موجبی، همچنین بدون رضایت زن، طلاق بدهد. (امامی، ۱۳۷۱، ۲).

با وجود این سخت‌گیری‌ها در طلاق، ولی در مورد ازدواج، انعقاد نکاح و تشکیل خانواده، چنین موارد منع یا چنین سخت‌گیری‌هایی دیده یا نوشته نشده است. از ازدواج و تشکیل خانواده در همه ادیان به خوبی حمایت می‌شده است. در دین مبین اسلام، ازدواج را موجب بدست آوردن نصف دین یا دو سوم دین می‌دانند و پیامبر گرامی اسلام ازدواج را سنت خود معرفی می‌نماید و بدترین افراد امت خود را اشخاصی که ازدواج نکرده‌اند می‌داند. اندیشمندان در کشورهای اروپایی نیز با تعبیر مختلف از ازدواج و تشکیل خانواده حمایت نموده‌اند؛ آندره موریس، عضو فرهنگستان فرانسه که در سال‌های ۱۸۸۵ تا ۱۹۶۷ زندگی می‌کرده، در جمله‌ای معروف می‌گوید: «مرد مجرد و بدون خانواده در دنیا، همانند کسی است که در سرما می‌لرزد.»<sup>۱</sup> (Frederic debove, 2012, 1). در انگلستان نیز، راه برتر و مرجع در خصوص شیوه زندگی خانوادگی، ازدواج قانونی است بطوری که بیش از نصف بزرگسالان که در سال ۲۰۰۱ در این کشور زندگی میکردند، به شکل افراد متاهل یا مزدوج قانونی و رسمی بوده‌اند.<sup>۲</sup> (Sonia Harris, 2011, 1). اندیشمند غربی دیگری معتقد است

<sup>۱</sup> Sans famille, l'homme seul au monde tremble dans le froid.

<sup>۲</sup> Marriage remains the preferred way of organizing family life, with just over half of all adults in 2001 living in a married couple.

برای اکثر مردم کشورهای غربی، ازدواج نقطه عطف مهمی در زندگی است. حتی وقتی زوج‌های قبلا هم باش با هم باش خود یا با دیگری ازدواج می‌کنند، رخداد ازدواج اهمیت نمادین زیادی در جامعه بزرگ‌تر دارد. جامعه با رسمیت بخشیدن به شکل و ماهیت ازدواج دیدگاه روشنی را در باره جنس و تمایلات جنسی ابراز می‌کند. این نویسنده غربی به این نکته اشاره دارد که « تقریباً در تمام جامعه‌های غربی ازدواج تنها بین مرد و زن می‌تواند منعقد شود و همین نشان دهنده نا همجنس خواهانه کوبنده‌ای است که در این جامعه‌ها وجود دارد. (برناردز، ۱۳۹۳، ۴۲).

در این مقاله، نویسنده در پی بازنگری و تحلیل نحوه انعقاد نکاح در حقوق ایران و سوابق فقهی آن است تا با تمرکز بر رضایی بودن ازدواج، راهکار مناسب و منطقی برای برخی از ازدواج‌هایی که در شکل و ظاهر جدید نمود پیدا می‌کند، ارایه نماید تا هم با برخی از تحولات و تغییرات در شیوه انتخاب همسر، همراهی نموده باشد و هم اینکه راهی برای مشروع و قانونی دانستن برخی روابط موجود بین مردم که به قصد ازدواج ولی در قالبی نامانوس شکل می‌گیرد، نشان دهد. از طرف دیگر در خصوص ماهیت حقوقی ازدواج بررسی و تحلیلی انجام شود. با نگاهی به مجموعه مقررات ارزشمند فقهی و قانونی کشور عزیزمان و هم با نگاهی به حقوق و فرهنگ برخی کشورهای غربی، با وجود آنکه ازدواج، به عنوان یکی از عقود معین شناخته شده است تفاوت‌هایی با دیگر قراردادهای دارد مثلاً با وجود آنکه جزو قراردادهای لازم محسوب می‌شود ولی همانند قراردادهای جایز، با فوت هریک از طرفین، نکاح منحل می‌شود. همچنین با وجود آنکه عقد معلق مورد پذیرش قانونگذار قرار گرفته است، نکاح معلق به صراحت باطل اعلام شده است. ورود افراد به این نهاد، آسان و بدون تشریفات خاصی است ولی افراد پس از قرار گرفتن در این موقعیت، به عنوان زن یا شوهر، دارای تکالیفی هستند و اغلب این تعهدات جنبه آمرانه دارد و افراد نمی‌توانند با توافق یکدیگر، آن مقررات را نقض نمایند. خروج از نهاد خانواده نیز تقریباً در همه جوامع، نیازمند طی تشریفات قانونی است و تقریباً هیچ کشوری اجازه نمی‌دهد بدون طی نمودن آن تشریفات، مثل ثبت یا اجازه دادگاه، زوجین از یکدیگر جدا شوند.

برای این منظور ابتدا نحوه انعقاد نکاح را در فقه امامیه و حقوق ایران، از جهات مختلف مثل استفاده از الفاظ خاص برای وقوع نکاح، لزوم و یا عدم لزوم حضور عاقد برای انعقاد نکاح و ثبت عادی و یا رسمی ازدواج، مورد مطالعه و بررسی قرار می‌دهیم. سپس ماهیت حقوقی ازدواج، از آن جهت که جزو کدام دسته از قراردادهای قرار می‌گیرد و تابع کدام یک از قواعد عمومی قراردادهاست، تشریح می‌شود.

## ۱- نحوه انعقاد نکاح و نقش برخی عوامل

نکاح یا ازدواج جزو قراردادهایی است که در فرهنگ و آداب و رسوم کشور عزیزمان دارای ریشه و سابقه است و قبل از تدوین قانون مدنی نیز، مطابق فقه امامیه دارای قواعد و ضوابطی بوده است و بسیاری از آن قواعد و ضوابط فقهی را می‌توان در مواد قانونی مشاهده نمود. البته غیر از موارد فقهی که در قوانین ما قابل مشاهده است، به اقتضای زمان و بنا به ضرورت و بدلیل رعایت نظم عمومی جامعه، موارد دیگری نیز در خصوص انعقاد نکاح در قوانین ما وجود دارد؛ به نحوی که ثبت نکاح دایم، لازم و اجباری است و مثل گذشته‌ها که نکاح ثبت نمی‌شد، نمی‌توان از کنار آن گذشت و عدم ثبت رسمی آن، جرم محسوب می‌شود و مجازات دارد.

فقهها به استناد قرآن کریم، اجماع و سنت معتقدند ازدواج بطور کلی امر مستحبی است و سفارش زیادی برای آن شده است (طباطبایی یزدی، ۱۳۹۶، ۶۲۷).

از بین تمام موارد مربوط به ازدواج، به تناسب موضوع در اینجا فقط به نقش برخی عوامل مختلف در چگونگی انعقاد نکاح می‌پردازیم. منظور از «نقش برخی عوامل» یا «عوامل مختلف»، مواردی است که در دید و نگاه عرف در خصوص نحوه انعقاد نکاح اثرگذار بوده است.

## ۱-۱ نقش الفاظ و زبان خاص در انعقاد نکاح

فقهها بسیاری از مقررات و قواعد عمومی قراردادها را در مبحث متاجر و عقد بیع می‌آورند. یکی از فقههای مشهور امامیه در خصوص شروط عقد بیع و شرایط الفاظ مورد استفاده در ایجاب و قبول، «تصریح» را جزو شرایط می‌داند و به همین دلیل استفاده از الفاظ غیر صریح یا کنایه را موجب عدم وقوع عقد اعلام مینماید ولی انعقاد عقد را منحصر در هیچ لفظی نمیداند و معتقد است: « آنچه از روایات پراکنده در ابواب عقود لازم استفاده می‌شود و از فتاوایی که متعرض به صیغ عقود در بیع شده - به طور مطلق یا در برخی از انواع آن - و در غیر بیع از سایر عقود لازم بر می‌آید، آن است که با هر لفظی که دارای ظهور عرفی قابل اعتنا در دلالت بر معنای مقصود باشد، می‌توان بسنده کرد...» (انصاری، ۱۳۹۲، ۲۱۷).<sup>۲</sup> سایر فقههای امامیه نیز ضمن توضیح احکام بیع، تصریح نموده اند که در بین اقوال مختلف فقهها، قول قوی تر آن است که در انعقاد قرارداد بکار بردن الفاظ به زبان عربی، شرط صحت عقد نیست و حتی با امکان استفاده از زبان عربی، بازهم طرفین

<sup>۱</sup> «النکاح مستحب فی حد نفسه بالاجماع و الكتاب و السنه المستفیضه بل المتواتره...».

<sup>۲</sup> «الاكتفا بكل لفظ له ظهور عرفی معتد به فی المعنی المقصود...».

می‌توانند ایجاب و قبول را به زبانی غیر از عربی بگویند و همچنین در عقد بیع، صراحت لفظ بر مقصود را هم شرط ندانسته اند به نحوی که بیع منحصر به کاربردن لفظ خاصی نیست. (موسوی اصفهانی، ۱۹۷۷، ۳۸۱).<sup>۱</sup>

در توضیح شرط «صریح»، منظور آن است که لفظ باید معنی و مقصود را به خوبی برساند تا عقد منعقد شود، حتی اگر لفظ در ظاهر صریح نباشد ولی معنی و مقصود را برساند کفایت می‌کند. با همین استدلال از نظر گروهی از فقها، حتی استفاده از الفاظ به ظاهر غیر صریح، حتی در نکاح، به شرط آنکه منظور را برساند، صحیح به حساب می‌آید. (همان، ۲۲۲).

بطوری که در عرف جامعه ما قابل مشاهده است، برای ازدواج (بعد از انجام خواستگاری و نامزدی)، طرفین به عاقد (شخص روحانی برای اجرای صیغه نکاح یا سر دفتر ثبت ازدواج)، وکالت می‌دهند و شخص وکیل با الفاظ و زبان خاص، انعقاد نکاح را رقم می‌زند. بنابراین نویسنده در پی تبیین نقش الفاظ و زبان خاص در انعقاد نکاح در حقوق ایران است تا معلوم شود آنچه در عرف انجام می‌شود در چه جایگاه حقوقی قرار دارد و از نظر حقوق کنونی و مقررات تا چه اندازه قابل دفاع است و چنانچه در عرف، ازدواج به گونه متفاوتی (بدون الفاظ و زبان خاص)، انجام شود، تا چه اندازه اعتبار حقوقی دارد.

منظور از «نقش الفاظ و زبان در انعقاد نکاح» آن است که مشخص نماییم در نظام حقوقی ایران، که در برخی از مواد قانونی نیز از فقه امامیه اقتباس شده است، برای انعقاد نکاح، بکار بردن الفاظ خاص و زبان خاص چه نقشی دارند و تا چه اندازه مهم و تاثیرگذار است و آیا غیر از طریق الفاظ، مثلاً توسط نوشته و کتابت یا توسط گفتار بدون بکارگیری زبان خاصی و بصورت شفاهی نیز می‌توان ازدواج را منعقد و محقق نمود یا خیر؟

طبق نظر برخی از فقهای امامیه، ایجاب و قبول در انعقاد نکاح، بطور معمول و غالب، منحصر به الفاظ و زبان خاص است؛ با این توضیح که در صورت توانایی طرفین یا عاقد برای استفاده از الفاظ و زبان عربی، فقط با الفاظ خاص و فقط با زبان عربی، نکاح منعقد می‌شود. (مکی‌العاملی، ۱۹۸۳، ۱۰۸).<sup>۲</sup>

در کتاب جامع الشتات که یک اثر فقهی ارزشمند محسوب می‌شود، در جواب این سوال که «عقد زن به زبان ترکی یا فارسی جایز است در جایی که توکیل عربی میسر باشد یا نه؟»، اینگونه

<sup>۱</sup> «... و الاقوی عدم اعتبار العربیه بل یقع بكل لغة و لو مع امکان العربی، كما انه لا یعتبر فیہ الصراحه بل یقع بكل لفظ دال علی المقصود عند اهل المحاوره ک بعت و ملکت...».

<sup>۲</sup> «فلا یجاب زوجتک و انکتک و متعتک لا غیر... ولا یجوز بغیر العربیه مع القدره».

پاسخ داده شده است: « با وجود امکان به لفظ عربی، جایز نیست از برای زوجین به هیچ لغتی دیگر و بر این اجماع نقل شده از شیخ و علامه در مبسوط و تذکره و قول ابن حمزه به استحباب عربی ضعیف است و هر گاه یکی از طرفین عربی نداند و دیگری بداند آن که عربی می‌داند به عربی بگوید و آن دیگری به لغت خودش به شرطی که هر یک بفهمند مراد دیگری را هر چند به واسطه مترجم ثقة باشد و ظاهراً یک مترجم کافی است و اگر عربی را هیچ یک ندانند و تعلم هم متعذر باشد یا متعسر باشد، به هر لغت که دانند بخوانند...» (قمی، ۱۳۸۰، ۱۴۰).

علامه حلی از فقهای مشهور و جزو مراجع شیعه در قرن هشتم هجری نیز در شرایط انعقاد نکاح، ضمن تاکید بر الفاظ خاص دال بر نکاح، استفاده از معادل این کلمات با ترجمه به زبان دیگری را در صورتی مجاز می‌داند که طرفین عقد توانایی استفاده از زبان عربی را نداشته باشند؛ بنابراین اگر زن و مرد زبان عربی را ندانند و نتوانند به عربی ایجاب و قبول را بگویند، می‌توانند به زبان خودش معادل همان الفاظ را بر زبان جاری نمایند (علامه حلی، ۱۴۰۹، ۱۰۴).

برخی از فقهای امامیه، که بطور اختصاصی برای استفاده از الفاظ خاص در انعقاد هر عقدی کتاب نوشته‌اند، ضمن بیان این نکته که الفاظ مورد قبول اجماعی، همان «انکحت» و یا «زوجت» است، اشاره می‌نماید که از باب احتیاط است که صیغه نکاح را به الفاظ متعدد و در نتیجه مکرر می‌خوانند، در حالی که این فقیه در این قضیه معتقد است اصلاً محل احتیاط نیست

(قزوینی زنجانی، ۱۳۷۲، ۱۶۳).

همچنین جزو اموری که توسط برخی فقها به تبع عقد نکاح، تاکید و سفارش شده و آن را جزو سنت (مستحب موکد) دانسته‌اند، اعلان ازدواج است که این مورد را نیز برای احتیاط می‌دانند و معتقد بودند به تبع اعلان است که نسب تثبیت می‌شود و طفل نیز به پدر ملحق می‌شود (شیخ مفید، ۱۴۳۰، ۴۹۸).

قانون مدنی با اقتباس از فقه امامیه، ماده ۱۹۲ قانون مدنی را اینگونه تنظیم نموده است: « در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد اشاره که مبین قصد و رضا باشد کافی خواهد بود». در ظاهر به نظر می‌رسد فقط در صورتی که تلفظ ممکن نباشد، می‌توان از اشاره

<sup>۱</sup> «... و یجزی مع العجز و عدم التمكن علی النطق بالایجاب و القبول بالعریبه، الترجمة بایه لعه کانت...».

<sup>۲</sup> « بدان که دو احتیاط در تزویج شایع شده است و اصلاً محل احتیاط نیست. یکی از آن دو احتیاط که شایع شده است، این است که صیغه را مکرر می‌خوانند به جهت اینکه استعمال لفظ نکاح در زبان عرب گاهی متعدی به نفسه شده و گاهی متعدی به لام و گاهی متعدی به من و مانند اینها.».

<sup>۳</sup> « و من عقد نکاح غبطه فلیعلن به علی ما قدمناه سنه موکده فی ذلک، و للاحتیاط، اذ بالاعلان تثبت الانساب و تلحق الاولاد...».

بجای لفظ استفاده نمود، اما با توجه به سایر مواد قانون مدنی مثل ماده ۱۹۳ که مقرر می‌دارد: «انشا معامله ممکن است به وسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد.» و همچنین نظر برخی از استادان برجسته حقوق مدنی «طرفین معامله می‌توانند حتی در صورتی که به کار بردن الفاظ برای ایشان ممکن باشد، قصد خود را به وسیله عملی اظهار کنند.» (صفایی، ۱۳۹۵، ۷۴)، می‌توان گفت «لفظ» در اعلام اراده برای انشای عمل حقوقی موضوعیت ندارد و صرفاً وسیله‌ای برای بیان اراده است.

با توجه به نظرات متعدد و مختلفی که در بین فقها وجود داشته است، اگر بخواهیم نظر برگزیده قانون مدنی ایران را در موضوع مورد بحث بدانیم، ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی مقرر می‌نماید: «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج کند.» یعنی الفاظ مشخص و خاصی مد نظر قانونگذار نیست، همچنین شرط نیست که الفاظ به زبان عربی باشد. به عبارت دیگر هیچ ماده قانونی وجود ندارد که الفاظ مشخص و خاصی یا زبان خاصی را در انعقاد نکاح ضروری و شرط صحت بدانند.

برخی از حقوقدانان و مفسرین قانون مدنی در توضیح ماده ۱۰۶۲ ق.م. با توجه به ظاهر ماده، معتقدند «نکاح اعم از دایم و منقطع محتاج به عقد است که مشتمل بر ایجاب و قبول لفظی دال بر انشا معنی مقصود و رضایت به آن باشد که اهل آن زبان آن جملات را کافی برای افاده آن معنی بدانند...». همچنین لزوم به کار بردن لفظ عربی را به برخی از فقها نسبت می‌دهند (حایری شاه باغ، ۱۳۷۶، ۹۲۳).

شبهه این نظر را که در نکاح الزامی است «لفظ» را در اعلام اراده بکار بگیرند، در آثار برخی دیگر از استادان حقوق مدنی می‌توان دید که در توضیح ماده ۱۹۳ قانون مدنی معتقدند نکاح جزو مواردی است که قانون صریحاً بکار بردن الفاظ را لازم شمرده است و در این خصوص ماده ۱۰۶۲ ق.م. را خاطر نشان می‌نمایند با این استدلال که چون نکاح از نظر اجتماعی امری مهم و حساس است و از طرف دیگر لفظ در بیان مقصود رساتر و بهتر است، قانونگذار در این عقد به کار بردن الفاظ را لازم شمرده است، با این حال معتقدند که نوشته را نیز می‌توان به منزله لفظ دانست (صفایی، ۱۳۹۵، ۷۴).

یکی دیگر از استادان حقوق مدنی در این رابطه که هیچ الفاظ خاصی مد نظر قانونگذار نیست و همچنین لزومی به بیان الفاظ به زبان عربی نیست، با صراحت اینگونه مینویسد: «نکاح از عقود رضایی است؛ همین که زن و مردی قصد تشکیل خانواده و زندگی مشترک را داشتند و اراده خود را به طور صریح بیان کردند، از توافق آنها نکاح به وجود می‌آید، منتها اثبات عقد، اگر با تشریفاتی



همراه نباشد، دشوار است.» (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ۳۶). بطوری که ملاحظه می‌شود از نظر این حقوقدان، در انعقاد نکاح، نه «لفظ خاص» نیاز است و نه «لفظ»، بلکه نکاح رضایی است و با اعلام اراده به طور صریح، نکاح منعقد می‌شود.

با این حال بطوری که برخی از حقوقدانان نوشته اند تفاوتی که میتوان برای نکاح در مقایسه با دیگر قراردادهای قابل بود آن است که در دیگر قراردادها اعلام اراده می‌تواند صریح باشد یا ضمنی ولی در نکاح قانونگذار اعلام اراده را فقط به شکل صریح پذیرفته است. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۲۵۳). در پایان لازم به یادآوری است که چنانچه در لزوم و ضرورت هر یک از موارد مذکور (لفظ خاص یا زبان خاص یا تشریفات خاص)، تردید پیش بیاید میتوانیم به «قاعده صحت» که جزو قواعد فقهی پذیرفته شده و مشهور است استناد نماییم که مطابق آن فعل مسلمان حمل بر صحت میشود. یعنی هر گاه عملی صورت گرفت و شک در صحت عمل وجود داشت و اساس شک یا به دلیل نبودن شرط باشد و یا احتمال وجود مانع، در هر دو صورت حکم به صحت انجام عمل میکنیم. بر اساس نظر فقها در تبیین این قاعده، این که شک در حین عمل صورت پذیرد یا بعد از اتمام آن، فرقی ندارد مانند شک در صحت معامله از جهت وجود خلل در شرط معامله و یا مانع، که در این صورت معامله انجام گرفته، طبق قاعده حمل به صحت می‌شود. (مصطفوی، ۱۳۹۳، ۱۶۶).

### ۱-۲ نقش حضور و دخالت عاقد یا وکیل در انعقاد نکاح

بر اساس آنچه در قسمت قبل بیان شد، برای انعقاد نکاح در حقوق کنونی ایران، نیازی به بکار بردن الفاظ خاص و زبان خاص (عربی)، نیست تا تصور شود که عاقد یا وکیل باید دخالت نموده و عقد را با الفاظ یا زبان خاص جاری نماید.

به نظر می‌رسد یکی از دلایلی که در حقوق ایران، بطور معمول و عرفی، عاقد در قالب وکیل عقد نکاح را جاری میکند آن است که در برخی کتب فقهی، در مبحث نکاح، بخشی نیز با عنوان «اولیا»، به کسانی که حق دارند از طرف زن و مرد صیغه نکاح را جاری نمایند، اختصاص یافته است و به تبع «ولی» که بر صغیر و مجنون ولایت دارد، بحث وکیل نیز مطرح می‌شود تا فقط در محدوده اذن صریحی که موکل به وکیل داده است، نکاح را جاری نماید و (با توجه به لزوم تفسیر مضیق در خصوص اختیارات وکیل در موارد تردید و جلوگیری از سوء استفاده وکیل)، چنانچه

موکل، زن باشد و به وکیل اختیار داده باشد که او را به ازدواج مردی درآورد، وکیل حق ندارد موکله را به ازدواج خود درآورد مگر اینکه در این خصوص اذن داشته باشد. (علامه حلی، ۱۴۰۹، ۱۱۲).<sup>۱</sup> در سوابق فقهی، همواره برخی از فقها به مسایلی که در خصوص انعقاد نکاح بوسیله وکیل انجام می‌شود، پرداخته‌اند (قمی، ۱۳۸۰، ۱۸۹). اما هیچ یک از فقها عقیده نداشته‌اند که برای صحت عقد، حضور و دخالت وکیل ضروری است، بلکه همواره به شکل یک امکان مطرح بوده است، همانطور که طبق اصل، هر عقدی را که شخص بتواند منعقد نماید، می‌تواند آن را بوسیله وکیل منعقد نماید. حتی برخلاف تصور عرفی، از دیدگاه فقهی نیز صحت نکاح منوط به حضور شاهد برای انعقاد نکاح نیست و همچنین بسیاری از فقهای امامیه در مورد ازدواج دختری که بالغ و رشید است، حتی اذن پدر یا ولی او را هم لازم نمی‌دانند (مکی العاملی، ۱۹۸۳، ۱۱۲).<sup>۲</sup> برخی از حقوقدانان نیز در خصوص علت مرسوم بودن حضور و دخالت وکیل در انعقاد نکاح نوشته اند: «در اثر نفوذ سنت‌های مذهبی و ملی، در مواردی که نکاح در شرایط عادی انجام می‌شود، عقد همراه با اعلان به خویشان و دوستان و حضور دو مرد روحانی به عنوان وکیل طرفین انجام می‌شود...» (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۵۹).

همچنین از نظر فقها، در مواردی که انعقاد نکاح بوسیله وکیل انجام می‌شود، لازم نیست وکیل، شخص ثالث باشد، بلکه هر یک از زن و مرد (طرفین عقد نکاح) می‌تواند وکیل طرف مقابلش باشد؛ مثلاً زن وکیل طرف مقابل باشد تا از طرف خودش ایجاب نکاح را بگوید و از طرف زوج نیز قبول را بگوید. (مکی العاملی، ۱۹۸۳، ۱۱۲).<sup>۳</sup> همچنین استدلال شده است که چون انعقاد ازدواج از جمله اموری است که قابل نیابت دادن است و شارع وقوع نکاح را منحصر به موردی که زن و شوهر خودشان طرف عقد باشند، ندانسته است، بنابراین وکالت در نکاح صحیح می‌باشد ولی از نظر فقها هرگز به معنی لزوم و ضرورت دخالت وکیل برای انعقاد هر عقد نکاحی نیست (مکی العاملی، ۱۹۸۳، ۱۲۰).<sup>۴</sup>

بنابراین وکالت در ازدواج کاملاً اختیاری است و همانطور که برخی از استادان حقوق توضیح داده‌اند، وکالت وسیله‌ای برای اعطای نیابت است به وکیل تا وکیل فقط در همان حدود اختیار

<sup>۱</sup> «و لیس للوکیل ان یزوجها من نفسه بغیر اذنها».

<sup>۲</sup> «ولا یشرط الشاهدان فی النکاح الدائم مطلقاً و لا الولی فی نکاح الرشیده و ان کان افضل علی الاظهر».

<sup>۳</sup> «و یجوز تولی المراه العقد عنها و عن غیرها ایجاباً و قبولاً».

<sup>۴</sup> «و یصح توکیل کل من الزوجین فی النکاح لانه مما یقبل التیابه و لا یختص غرض الشارع بایقاعه من مباشر معین».

تفویض شده از طرف موکل، عمل حقوقی مد نظر را برای موکل انجام دهد، مثل وکالت در انجام هر عمل حقوقی دیگری (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱۱۱).

### ۱-۳ نقش «ثبت» عادی و یا رسمی در انعقاد نکاح

در فرهنگ زبان فارسی «ثبت» به معانی قراردادن، برجای بودن، استواری، پایداری و نوشتن آمده است و «ثبت کردن» به معنی نوشتن یا مطالبی را در دفتر نوشتن بکار می‌رود. (معین، ۱۳۸۲، ۳۵۵). در اصطلاح حقوقی نیز «ثبت» به معنی نوشتن و مطلب نوشته شده کاربرد دارد؛ نوشتن قرارداد یا یک عمل حقوقی یا احوال شخصیه (مثل ثبت تولد، ازدواج و مرگ) یا ثبت یک حق مثل حق اختراع و نظایر اینها را در دفاتر مخصوصی که قانون معین می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ۱۸۵). در اینجا نیز منظور از «ثبت»، نوشتن و به شکل سند درآوردن ازدواج است و قید «عادی» و «رسمی» به دلیل تفکیکی است که قانون مدنی نسبت به اسناد به عمل آورده است و مطابق ماده ۱۲۸۶، سند بر دو نوع است: رسمی و عادی.

قبل از آنکه به «نقش ثبت» در انعقاد نکاح بپردازیم، بهتر است ابتدا به شکل وسیع‌تر سابقه ثبت و نقش آن در واقعه و یا عمل حقوقی را بررسی نماییم.

از لحاظ تاریخی در ایران دوره هخامنشی و ساسانی زمین‌های حاصلخیز را مساحی و برای آن سند تنظیم می‌کردند (صدرزاده افشار، ۱۳۷۰، ۶۰). اما نخستین بار در زمان ناصرالدین شاه قاجار اداره‌ای با ریاست میرزا حسین خان سپهسالار تشکیل شد که مرجع ثبت اسناد بود و بر روی نوشته‌ها تمبر می‌زدند و در دفاتر مخصوص ثبت و ضبط می‌شد. در عدلیه نیز به برخی از نوشته‌ها و اوراق، مهر رسمی می‌زدند تا همانند اسناد رسمی دارای اعتبار باشد (شهری، ۱۳۸۶، ۶).

پس از فراز و نشیب‌های فراوان در قانونگذاری، هم اکنون قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۲۶ اسفند ۱۳۱۰، با برخی اصلاحات و الحاقات بعدی، در کشور ما حاکم است که مطابق این قانون، ثبت املاک اجباری و ثبت اسناد اختیاری است، مگر در برخی موارد.

نویسندگان حقوقی به مناسبت‌های مختلف (مثل اصل رضایی بودن قراردادها و اصل حاکمیت اراده)، بر این نکته تاکید دارند که قراردادها جز در موارد استثنایی، تابع تشریفات خاصی نیستند و به محض توافق اراده‌ها (ایجاب و قبول)، قرارداد منعقد می‌شود؛ امروزه بر خلاف قدیم، قراردادها در قید تشریفات نیستند و اصل رضایی بودن قراردادها چهره‌ای از اصل حاکمیت اراده است و هر گونه تشریفات مثل لزوم ثبت یا سند رسمی یا هر شکل خاص دیگر، استثنایی محسوب می‌شود. (صفایی، ۱۳۹۵، ۵۶).

برداشت حقوقدانان از استقرا در قوانین نیز این نظر را تایید می‌کند که توافق دو اراده هم رکن لازم برای انعقاد قرارداد است و هم کافی است و به پیرایه و تشریفات نیاز ندارد. واژه‌ها فقط وسیله بیان اراده هستند نه شرط نفوذ عقد. حتی در مواردی که قانونگذار ثبت سند را ضروری دانسته است، مثل ماده ۴۶ قانون ثبت در خصوص معاملات راجع به املاک، با اصل رضایی بودن عقد منافات ندارد. زیرا با اینکه دشواری اثبات عقد از قلمروی نفوذ و اعتبار اراده می‌کاهد، هیچگاه سبب بطلان عقد یا مانع از وقوع آن نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۳۷).

بدون تردید برخی مقررات در مورد نکاح وجود دارد که از آن چهره متفاوتی می‌سازد؛ در خصوص ثبت نکاح نیز مطابق ماده یک قانون ازدواج: «در نقاطی که وزارت عدلیه معین و اعلام می‌نماید هر ازدواج و طلاق و رجوع باید در یکی از دفاتری که مطابق نظامنامه‌های وزارت عدلیه تنظیم می‌شود، به ثبت برسد...» (تفکریان، ۱۳۸۸، ۱۰۵). ماده ۲۰ قانون جدید حمایت خانواده مصوب اسفند ۱۳۹۱ مقرر می‌نماید: «ثبت نکاح دائم، فسخ و انفساخ آن، طلاق، رجوع و اعلام بطلان نکاح یا طلاق الزامی است». در ماده ۴۹ همان قانون برای مردی که بدون ثبت در دفتر رسمی ازدواج، اقدام به ازدواج نماید، ضمانت اجرایی شامل الزام به ثبت آن و پرداخت جزای نقدی درجه پنج و یا حبس تعزیری درجه هفت تعیین نموده است.

با توجه به همین مقررات، برخی از حقوقدانان معتقدند این تشریفات قانونی، شرط حصول عقد نیست بلکه فقط ارزش اثباتی دارد و بازهم عقد نکاح رضایی محسوب می‌شود و عدم رعایت تشریفات قانونی عقد نکاح موجب بطلان آن نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ۳۷).

به هر حال وجود این تشریفات در نکاح (مثل شرط کاربرد لفظ و به تبع پیروی از فقه‌های امامیه) موجب شده است تا طبق نظر برخی از استادان حقوق بتوان نکاح را یک عقد تشریفات به شمار آورد، هرچند که معتقدند در حقوق امروز هیچ لفظ خاصی برای وقوع نکاح شرط نیست. ثبت نکاح و تنظیم سند رسمی نیز شرط صحت عقد نیست و عدم ثبت فقط دارای ضمانت اجرای کیفری است (صفایی، ۱۳۹۵، ۵۱).

از نظر برخی از استادان از لزوم صریح بودن ایجاب و قبول و نحوه تنظیم ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی «نباید نتیجه گرفت که عقد نکاح تشریفات است و تنها با الفاظ خاص منعقد می‌شود، زیرا الفاظ فقط وسیله بیان اراده است و به خودی خود تأثیری در وقوع و نفوذ عقد ندارد. در قانون مدنی نیز، نه تنها لفظ خاص در نکاح شرط نیست، طرفین می‌توانند بوسیله نوشته بیان اراده کنند (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۶۰).

## ۱-۴ نقش اثباتی عاقد، شاهد و یا ثبت عادی ازدواج

با بررسی برخی از آراء دادگاه‌ها به وضوح می‌توان نقشی که وجود عاقد یا شهود و یا ثبت عادی واقعه ازدواج دارد را مشاهده نمود؛ وجود هر یک از این موارد موجب می‌شود تا دادگاه با استناد به هریک از همان موارد، وقوع ازدواج در گذشته را تایید نموده و حکم به ثبت رسمی ازدواج بدهد. خواهان (زوجه) در شرح دادخواست تنظیم شده به خواسته «اثبات زوجیت» توضیح می‌دهد که «زوج وی علی رغم سپری شدن ۴ سال از واقعه ازدواج و ادامه زندگی زناشویی، منکر وجود رابطه زوجیت شده و تقاضای صدور حکم بر اثبات زوجیت و الزام نامبرده به حضور در یکی از دفاتر و ثبت واقعه ازدواج دارد.»

در جلسه دادگاه، خوانده حاضر نبوده اما خواهان حضور داشته و با ارایه نوشته غیر رسمی مبنی بر زوجیت، تقاضای صدور قرار استماع شهادت شهود را دارد. در جلسه بعدی دادگاه، خواهان عاقد را در جلسه دادگاه حاضر نموده و دادگاه از عاقد در خصوص نوع عقد، مهریه و زمان عقد در برگه اخذ اظهارات شهود گواهی اخذ نموده و دستور به دعوت از مطلعین و بستگان خوانده را می‌دهد. عاقد در جلسه توضیح داده که خواهان و خوانده جهت اجرای صیغه عقد به دنبال من آمدند و صیغه عقد را به نحو دایم اجرا نموده و مهریه پنج عدد سکه طلای بهار آزادی و مبلغ یک میلیون تومان بوده و شهود اجرای صیغه عقد، پدر خواهان و برادر شوهر خواهان بوده و از زمان اجرای عقد چهار سال گذشته است. اظهارات مطلعین و شهود اخذ می‌شود.

رای دادگاه: «در خصوص دادخواست خانم زهرا ... فرزند محسن به طرفیت آقای محمد فرزند عیسی هر دو تبعه افغانستان، به خواسته اثبات زوجیت و اعلام واقعه ازدواج دایم به وزارت امور اتباع بیگانه با توجه به محتویات پرونده و توضیحات خواهان و گواهی و توضیحات عاقد و سند عادی نکاحیه ابرازی که حاکی از وقوع عقد دایم بین ایشان با مهریه یک میلیون تومان وجه نقد رایج جمهوری اسلامی ایران به اضافه ۵ عدد سکه بهار آزادی مسکوک ایران که بر ذمه زوج دین و عندالمطالبه قابل پرداخت است و با عنایت به اینکه در وقوع و استمرار زوجیت، منع شرعی و قانونی به نظر نمی‌رسد و با توجه به سایر دلایل و قراین موجود، دعوی خواهان موجه تشخیص و مستندا به مواد ۱۲۵۹، ۱۲۷۵ و ۱۲۳۱ قانون مدنی و ماده یک قانون ازدواج، حکم به اثبات زوجیت خانم زهرا ... فرزند محسن و آقای محمد ... فرزند عیسی در تاریخ ۲۵ / ۸ / ۷۸ و درج آن در سوابق زوجین در دفتر امور اتباع بیگانه وزارت خارجه صادر و اعلام می‌گردد. رای صادره غیابی و ظرف ۲۰ روز از ابلاغ قابل واخواهی در دادگاه صادر کننده رای و سپس قابل تجدید نظر خواهی است.»

لازم به توضیح است در خصوص ماده یک قانون راجع به ازدواج مصوب ۱۳۱۰ و مجازات عدم ثبت ازدواج، به موجب نظریه شماره ۱۴۸۸ - ۱۳۶۳ / ۵ / ۹ شورای نگهبان «مجازات متعاقبین و عاقد در عقد ازدواج غیر رسمی مذکور در ماده یک قانون ازدواج و در ازدواج مجدد مذکور در ماده ۱۷ قانون حمایت خانواده، شرعی نمی باشد.» (دریاباری، ۱۳۸۸، ۱۰۸).

در پایان این قسمت، بطوری که مورد توجه برخی از نویسندگان بوده است لزوم حمایت از خانواده که در قانون اساسی کشورمان نیز مورد تاکید و اشاره قرار گرفته را یادآور می‌شود که در قسمتی از اصل ۱۰ می‌خوانیم: «... همه قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوطه باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده ... باشد.» در بند ۳ ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر آمده است: « خانواده رکن طبیعی و اساسی اجتماع است و حق دارد از حمایت جامعه و دولت بهره مند شود.» (یزدی، ۱۳۹۲، ۳۰).

بنابر آنچه بیان شد ازدواج در مرحله انعقاد و تشکیل، تابع بسیاری از قواعد عمومی قراردادهاست و بدون تشریفات منعقد می‌شود؛ همانند دیگر قراردادها که محصول اراده‌های طرفین آن است و قصد و نیت طرفین است که موجب می‌شود آنها حقوق و تعهداتی را دارا شوند که قانون آن را به رسمیت می‌شناسد و بر گرفته از قصد و نیت آنهاست (O, Sullivan. 2017, 3).

## ۲- تعیین ماهیت حقوقی نکاح

«ماهیت» در لغت به معنی چیستی، حقیقت و ذات است. (معین، ۱۳۸۲، ۸۳۶). در فرهنگ اصطلاحات حقوقی، ماهیت را معادل جوهر یا گوهر در فارسی می‌دانند؛ فرق ماهیت با حقیقت آن است که در ماهیت، لحاظ هستی و نیستی نمی‌شود ولی حقیقت به امور موجود اطلاق می‌شود و به عبارتی ماهیت به مجموع مختصات و مشخصات که آن را از نوع دیگر متمایز میکند، گفته می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ۶۰۵).

منظور از «ماهیت حقوقی نکاح» آن است که مشخص نماییم نکاح در بین امور و پدیده‌های حقوقی چه جایگاهی دارد و بر اساس ویژگی‌های قانونی، جزو کدامیک از امور یا وقایع حقوقی است و مشمول کدامیک از قواعد عمومی حقوق می‌شود.

## ۲-۱ جایگاه نکاح در بین اعمال حقوقی

با توجه به اینکه برای انعقاد نکاح نیاز به توافق اراده‌های دو طرف وجود دارد، نکاح بدون تردید جزو قراردادها یا عقود است و از دیدگاه فقهی نیز برای انعقاد، مثل بقیه قراردادها، نیازمند الفاظ

ایجاب و قبول است (مکی‌العالمی، ۱۹۸۳، ۱۰۸). اما این قرارداد ویژگی‌های خاصی دارد که متمایز از دیگر قراردادهاست. نکاح در عرف جامعه ما همراه با آداب و رسوم خاصی انجام می‌شود؛ خواستگاری، نامزدی، تعیین مهریه ... و احترام به این آداب و رسوم از دید عرف ضروری است. مقررات حاکم بر نکاح در قوانین مختلف متضمن مواردی متفاوت با دیگر قراردادها بوده و انحلال آن نیز همراه با تشریفات است که در مجموع از آن نهادی متفاوت می‌سازد. پس از وقوع نکاح، برخی از مقررات آمره هستند و حتی با تراضی طرفین قابل اسقاط نیستند؛ مثل لزوم پرداخت نفقه زوجه در نکاح دائم. این مقررات از فقه امامیه اقتباس شده‌اند. (طوسی و حلی، ۱۴۳۷، ۳۲۸).<sup>۱</sup> و برخی دیگر از مقررات، تکمیلی هستند و با رضایت طرفین می‌تواند متفاوت از آنچه قانون مقرر نموده باشد.

## ۲-۲ تفاوت نکاح با برخی از قواعد عمومی قراردادها

چون نکاح در نتیجه تراضی دو اراده، به شرط جمع بودن سایر شرایط صحت عقد و مفقود بودن مانع، منعقد می‌شود و جزو قراردادها به حساب می‌آید، انتظار می‌رود تابع قواعد عمومی قراردادها باشد ولی به وضوح می‌توانیم تفاوت‌های این قرارداد را با سایر قراردادها در چند مورد مشاهده کنیم:

### ۲-۲-۱ مورد معامله در نکاح

در ماهیت حقوقی نکاح، آن را جزو اعمال حقوقی در نتیجه تراضی و توافق دو اراده (قرارداد) آوردیم، بنابراین شاید انتظار برود نکاح متضمن شرایط اساسی صحت قرارداد، مذکور در ماده ۱۹۰ قانون مدنی، باشد. یکی از شرایط اساسی صحت قراردادها، «موضوع معین که مورد معامله باشد» (بند ۲ ماده ۱۹۰ ق.م.)، است ولی در نکاح فقط زن و مرد به عنوان دوطرف قرارداد حضور دارند، نه مورد معامله و واضح است که نباید در «نکاح» بدنبال مورد معامله باشیم چون نکاح معامله نیست تا مورد معامله داشته باشد. آنچه با عنوان «عدالت معاوضی» در قراردادها، به تبع لزوم وجود مورد معامله، دارای پیامدهای حقوقی خاصی است (مثل خیار عیب، خیار تبعض صفقه، تلف مبیع قبل از قبض و حق حبس)، در نکاح توجیه صحیح حقوقی ندارد. به قول یکی از استادان حقوق: «تن انسان و عشق و وفاداری او قابل خرید و فروش و معاوضه نیست تا بتوان تکلیف شوهر به پرداختن مهر را تعهد متقابل زن نسبت به سکونت مشترک و داشتن رابطه جنسی با او پنداشت و از این رابطه احکامی مانند حق حبس برای شوهر استنباط کرد، یا قواعد تدلیس و عیب را، چنانکه در

<sup>۱</sup> «و ان شرط ان لا نفقه لها، لزمته النفقه اذا كان التزویج دایما ...».

سایر معاملات است، در نکاح نیز بکار بست. تعبیر برخورداری از جسم زن در برابر مهر، از یادگارهای دوران برده داری است که باید از ذهن زدود و به یاد داشت که انسان موضوع معامله و داد و ستد قرار نمی‌گیرد» (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۱۸).

## ۲-۲-۲ اثر تعلیق در نکاح

قانون مدنی ایران، عقد معلق را بطور کلی پذیرفته است و در ماده ۱۸۴ آن را یکی از اقسام عقود می‌داند. در ماده ۱۸۹ نیز بطور غیر مستقیم تعریفی از آن ارائه می‌نماید: «عقد منجز آن است که تاثیر آن بر حسب انشا موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود.» و از نظر استادان حقوق، عقد معلق مثل بقیه قراردادهای بطور صحیح منعقد می‌شود ولی در عقد معلق با اینکه توافق حاصل شده است، مفاد آن اقتضا دارد که تعهدهای دو طرف پس از وقوع شرط تحقق یابد. بنابراین در واقع آنچه معلق شده، اثر اصلی عقد است، نه خود عقد. (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۵۲).

با این حال قانونگذار در ماده ۱۰۶۸ قانون مدنی، تعلیق را موجب بطلان نکاح می‌داند.<sup>۱</sup> در توجیه این حکم برخی از استادان حقوق معتقدند در عقد نکاح جنبه عمومی و اجتماعی آن مهم تر بوده و بر جنبه خصوصی برتری دارد؛ به همین دلیل اراده طرفین برای انعقاد نکاح محدود شده و طرفین حق ندارند نکاح را به شکل معلق منعقد نمایند (امامی، ۱۳۷۱، ۳۵۴). برخی دیگر از حقوقدانان در توجیه بطلان نکاح معلق نوشته اند «برای اینکه طرفین در تشکیل خانواده جازم باشند، قانونگذار تعلیق را از علل بطلان نکاح قرار داده است.» (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۶۴).

نظر به اینکه در حقوق ایران نکاح رضایی است و اصولاً بدون تشریفات قابل انجام است و حتی در نکاح موقت، الزامی به ثبت رسمی نکاح نیست، امکان وقوع نکاح به راحتی متصور است و پس از ازدواج، آثار اجتماعی و قانونی متعددی بر آن مترتب می‌شود؛ مثلاً ممکن است فردی ازدواج، زوجه باردار شود، قانونگذار نمی‌تواند نسبت به تعیین تکلیف وضعیت ازدواج و بارداری ناشی از آن یا سایر آثار مترتب بر آن بی تفاوت باشد به همین دلیل قانونگذار نکاح معلق را نپذیرفته است تا آن را منوط و مشروط به هیچ عاملی ننماید و بلافاصله با انعقاد نکاح، آثار عرفی و قانونی بر طرفین بار شود و اثر عقد نکاح منوط به هیچ عاملی (معلق علیه) نباشد.

## ۲-۲-۳ اثر اقاله در نکاح

<sup>۱</sup> ماده ۱۰۶۸ قانون مدنی: «تعلیق در عقد موجب بطلان است.»



اقاله یا تفاسخ جزو قواعد عمومی قراردادهاست و اصولاً هر عقد لازمی را طرفین می‌توانند با تراضی، اقاله کنند. طبق ماده ۲۱۹ ق.م. عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین طرفین و قایم مقام قانونی آنها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله شود...

در مورد نکاح، اقاله قابل پذیرش نیست و طریقه انحلال نکاح را قانونگذار احصا نموده است؛ با بررسی مواد قانونی می‌توانیم موارد انحلال نکاح را به دو دسته ارادی و غیر ارادی تقسیم نماییم. انحلال ارادی بوسیله فسخ (در موارد خاص قانونی) و بوسیله طلاق (در نکاح دائم)، با حکم دادگاه امکان پذیر است. در نکاح موقت، با انقضای مدت یا بذل مدت و یا فسخ (در موارد خاص قانونی) منحل می‌شود. انحلال غیر ارادی نکاح، چه نکاح دائم و چه موقت، در اثر فوت هر یک از زوجین است که موجب انحلال نکاح می‌شود. همانطور که مقررات حاکم بر نکاح بدلیل جنبه اجتماعی و عمومی که دارد، حاوی برخی مواد آمره است (مثل لزوم نفقه)، انحلال نکاح نیز منحصر به موارد قانونی است و قانونگذار اجازه نداده است که به صرف توافق طرفین، نکاح منحل شود (اقاله) بلکه لازم است حتی در صورت تراضی و توافق طرفین برای جدایی، از دادگاه خواسته شود تا دادگاه پس از بررسی و طی تشریفات قانونی، اجازه وقوع طلاق را بدهد.

از نظر حقوقدانان انحلال نکاح از امور مربوط به نظم عمومی است. بنابراین قواعدی که در قوانین نسبت به انحلال آمده در زمره قوانین امری است. این قواعد را باید تفسیر محدود کرد و نمی‌توان موجب تازه‌ای بر موارد انحلال نکاح افزود؛ زن و شوهر نیز حق ندارند به تراضی عقد را اقاله کنند یا حتی نمی‌توانند در نتیجه شرط موردی را برای انحلال نکاح پیش بینی کنند که در قوانین نیامده است (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۲۵۶).

## ۲-۲-۴ اثر فوت بر نکاح

با وجود آنکه نکاح جزو عقود لازم است و طبق قواعد عمومی قراردادهای فوت هیچ یک از طرفین عقد موجب انحلال قرارداد لازم نمی‌شود و فقط در عقود جایز است که بر اساس ماده ۹۵۴ قانون مدنی «کلیه عقود جایزه به موت احد طرفین منفسخ می‌شود...»، ولی نکاح بدون تردید با فوت هر یک از طرفین، بدون نیاز به هیچ اقدامی، منحل می‌شود. علت انحلال نکاح در اثر فوت هر یک از زوجین آن است که نکاح قراردادی است وابسته به شخص هر یک از زوجین.

ظاهراً در تنظیم ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی در بیان موارد انحلال نکاح، فراموش می‌شود تا «فوت» نیز آورده شود و یا شاید به دلیل وضوح و بدیهی بودن، از بیان آن خودداری می‌شود. برخی از استادان حقوق در توضیحات ماده ۱۱۲۰ ق.م.، که اسباب انحلال نکاح را نام می‌برد، می‌نویسند: «

بر این موجبات باید فوت یکی از دو همسر را نیز افزود: نکاح پیوند میان زنده‌ها و از عقودی است که به مناسبت شخصیت طرفین بسته می‌شود.» (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۲۷۲).

البته قانونگذار در سایر مواد قانونی بطور غیر مستقیم به اثر فوت در انحلال نکاح اشاره دارد. در ماده ۱۱۵۰ ق.م. در تعریف عده، آن را مدتی می‌داند که تا انقضای آن زنی که نکاح او منحل شده است نمی‌تواند شوهر دیگر اختیار کند و بموجب ماده ۱۱۵۴ ق.م. عده وفات چه در دایم و چه در منقطع را چهار ماه و ده روز اعلام می‌نماید. همچنین بموجب ماده ۱۱۵۵ ق.م. رعایت عده وفات را برای زن قبل از نزدیکی و زن یایسه الزامی دانسته است.

با وجود آنکه مطابق قواعد عمومی قراردادها «جنون» نیز از موارد حجر است و بطور کلی حدوث جنون بعد از عقد، مثل فوت، اهلیت را از بین میبرد و در انحلال عقود جایز تفاوتی بین فوت و جنون وجود ندارد ولی حدوث جنون در نکاح بعد از عقد، نکاح را منحل نمی‌کند و فقط حق فسخ بوجود می‌آورد. (ماده ۱۱۲۱ ق.م.). بنابراین فوت و جنون در مورد نکاح متفاوت از عملکرد این دو در عقود جایز است.

## نتیجه‌گیری

نکاح یا ازدواج را می‌توان مهمترین قرارداد بین دو نفر و حساس‌ترین تصمیم در زندگی هر انسان دانست.

نحوه ورود به زندگی مشترک، نحوه انتخاب همسر و شیوه انعقاد نکاح برای هر انسانی متفاوت است. این تفاوت در نحوه ازدواج هر زوج، به دلیل تفاوت‌های شخصی افراد است. برخی افراد در شیوه انتخاب همسر، مقررات مذهبی یا سنتی را مد نظر قرار می‌دهند و برخی دیگر، تشریفات یا آداب و رسوم گذشتگان در نحوه ازدواج را قبول ندارند. برخی افراد جزو طبقه ثروتمند جامعه هستند و بواسطه آن، اختیارات و آزادی‌هایی در انتخاب همسر و شیوه برگزاری مراسم ازدواج دارند، در حالی برخی دیگر بدلیل قرار داشتن در طبقه متوسط و یا ضعیف جامعه، ازدواج متفاوتی خواهند داشت و همین مسایل مالی در سن ازدواج، مقدار مهریه، جهیزیه و غیره، اثرگذار است.

این تفاوت در شیوه انتخاب همسر و شیوه برگزاری مراسم ازدواج یا نحوه انعقاد نکاح، به معنی آزادی کامل افراد نسبت به تمام قوانین مربوط به نکاح نیست بلکه این آزادی صرفاً نسبت به برخی از شرایط و مقررات است. در هر کشوری تمام افراد ملزم به رعایت قوانین آمره هستند و این قواعد آمره در نکاح هم وجود دارند. همچنین افراد در قراردادهای خود حق ندارد اخلاق حسنه یا نظم عمومی جامعه را نادیده بگیرند.

اما برخی از تشریفات‌هایی که در جامعه رواج پیدا کرده جزو قواعد آمره و از شرایط صحت نکاح نیستند، مثل انعقاد نکاح بوسیله عاقد (وکیل) و استفاده از الفاظ خاص و به زبان عربی که برای ثبت رسمی نکاح معمول است و انجام می‌شود.

بنابراین نویسنده در این مقاله بر این مساله تاکید دارد که با بررسی و تحلیل نظرات فقهای امامیه و قوانین و مقررات مربوط به ازدواج و نظریه حقوقدانان، انعقاد نکاح کاملاً رضایی است و تابع تشریفات خاصی نیست؛ بر این اساس در مواردی که مرد و زنی، بدون مانعی قانونی برای نکاح، همدیگر را پسندیده‌اند و با اعلام قصد ازدواج، زندگی مشترک خود را شروع نموده‌اند، می‌توان اعتقاد به وقوع نکاح صحیح بین آنان داشت و زوج را مکلف به ثبت نکاح خود نمود و نباید به صرف اینکه نکاح خود را بوسیله عاقد و با بکاربردن الفاظ خاص و به زبان عربی واقع ن ساخته‌اند، یا به این دلیل که آن را ثبت نکرده‌اند، آن را باطل دانست یا رابطه آنان را نامشروع تلقی نمود. این تفسیر علاوه بر آنکه برخی از روابط صحیح زوجین در جامعه کنونی را معتبر و محترم می‌شمارد، می‌تواند نوعی همسویی و آسان نمودن ازدواج برای جوانان و نسل نو باشد.

پرداختن به ماهیت حقوقی نکاح نیز به این منظور است که با بررسی تفاوت‌های نکاح با دیگر قراردادهای ازدواج را با شرایط خاص و استثنایی خودش بپذیریم و توجه داشته باشیم که این قرارداد با شخصیت انسان‌ها گره خورده است و تا حدی که برخلاف قوانین آمره، اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشد، می‌توان نسبت به نحوه انعقاد آن انعطاف مناسب داشت و برخی از روابط موجود و معمول را، به شرط فقدان مانع، حمل بر صحت نمود.

## فهرست منابع

### الف) منابع فارسی

- امامی، سید حسن، «حقوق مدنی»، جلد ۵، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ ششم، ۱۳۷۱.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۴، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ هشتم، ۱۳۷۱.
- انصاری، مرتضی، مکاسب، شرح و ترجمه محمد مسعود عباسی، جلد ۴، قم، انتشارات دارالعلم، چاپ چهارم، ۱۳۹۲.
- برناردز، جان، «درآمدی به مطالعات خانواده»، ترجمه حسین قاضیان، نشر نی، چاپ پنجم، ۱۳۹۳.
- تفکریان، محمود، حقوق ثبت، شناخت دفاتر رسمی، انتشارات نگاه بینه، چاپ چهارم، ۱۳۸۸.
- حایری شاه باغ، سید علی، شرح قانون مدنی، جلد دوم، نشر کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۶.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، نشر گنج دانش، چاپ ششم، ۱۳۷۲.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تاثیر اراده در حقوق مدنی، نشر کتابخانه گنج دانش، چاپ سوم با ویرایش جدید، ۱۳۹۲.

دریاباری، سید محمد زمان، گزیده آرای محاکم دادگستری، انتشارات بهنامی، چاپ دوم، ۱۳۸۸.  
شهری، غلامرضا، حقوق ثبت اسناد و املاک، انتشارات جهاد دانشگاهی علامه طباطبایی، چاپ نوزدهم، ۱۳۸۶.

صدرزاده افشار، سید محسن، ادله اثبات دعوا در حقوق ایران، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ دوم، ۱۳۷۰.  
صفایی، سید حسین، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، نشر میزان، چاپ ۲۴، با تجدید نظر کامل، ۱۳۹۵.  
قزوینی زنجانی، ملا علی، صیغ العقود و الایقات، قم انتشارات شکوری، چاپ اول، ۱۳۷۲.  
قمی، میرزا ابوالقاسم، جامع الشتات، کتاب النکاح، جلد سوم، ترجمه عیسی ولایی، انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۸۰.

کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، خانواده، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۹.  
کاتوزیان، ناصر، عقود معین ۴، عقود اذنی وثیقه‌های دین، ناشر شرکت انتشار، چاپ دوم، ۱۳۷۶.  
کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، شرکت انتشار، چاپ چهارم، ۱۳۷۶.  
کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، خانواده، جلد اول، ناشر شرکت انتشار، چاپ سوم، ۱۳۷۱.  
کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، نشر شرکت انتشار، چاپ دوم، ۱۳۷۱.  
مصطفوی، سید کاظم، قواعد فقه ۱، یکصد قاعده فقهی، ترجمه عزیزالله فهیمی، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۳.

معین، محمد، فرهنگ فارسی، یک جلدی کامل، انتشارات ساحل، چاپ اول، ۱۳۸۲.  
یزدی، امید، حقوق خانواده، تهران، انتشارات کتاب آوا، چاپ اول، ۱۳۹۲.

## ب) منابع عربی

شیخ مفید، ابو عبدالله محمد بن محمد بن النعمان، المقنعه، قم، موسسه نشر اسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۳۰ ق.ه.

طوسی و حلی، ابو جعفر محمد طوسی و نجم‌الدین، النهایه و نکتهها، جلد ۲، قم، موسسه نشر اسلامی، چاپ سوم، ۱۴۳۷ ق.ه.

علامه حلی، حسن بن یوسف بن علی بن مطهر، تبصره المتعلمین، (با شرح سید صادق شیرازی)، جلد ۲، ناشر دار الایمان، قم، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.ه.

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروه الوثقی، جلد ۲، انتشارات طلیعه نور، قم، چاپ اول، ۱۳۹۶.  
مکی العاملی، محمد بن جمال الدین، (شهید اول)، اللعه دمشقیه، جلد ۵، بیروت، دار احیا التراث العربی، چاپ دوم، ۱۹۸۳.

موسوی اصفهانی، سید ابوالحسن، وسیله النجاه، جلد ۱، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، چاپ دوم، ۱۹۷۷.

### ج) منابع لاتین

Frederic Debove, Renaud Salmon, Thomas Janville. Droit de la Famille. 7 ed. Vuibert. 2011.

O, Sullivan, Janet. Hilliard, Jonathan. The law of contract. Fifth Edition. Oxford. 2012.

Sonia Harris-Short. Joanna Miles, Family law, oxford, university press, New York, 2011.