

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



پردیس فاریابی دانشگاه تهران

دانشکده الهیات

انحاء ایجاب و قبول عقد نکاح از منظر فقه امامیه و

حقوق موضوعه ایران

نگارش: احمد صابری مجد

استاد راهنما

دکتر سید احمد میرحسینی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد

در رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی

بهمن ۱۳۹۵



پروپس فارابی دانشگاه تهران

به نام خدا

شماره:

تاریخ:

پوست:

صورتجلسه دفاعیه پایان نامه کارشناسی ارشد

دانشکده الهیات پردیس فارابی

با عنایت به آیین نامه آموزشی مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته، جلسه دفاعیه پایان نامه کارشناسی ارشد آقای احمد صابری مجد به شماره دانشجویی ۲۲۰۲۹۲۲۰۸ در رشته الهیات و معارف اسلامی - فقه و مبانی حقوق اسلامی دوره روزانه در تاریخ ۱۳۹۵/۱۱/۱۲ در محل پردیس با عنوان «اتحاء ایجاب و قبول عقد نکاح از منظر فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران»

با حضور هیئت داوران تشکیل شد و بر اساس کیفیت پایان نامه، ارائه دفاعیه و نحوه پاسخ به سوالات، زای نهایی به شرح ذیل اعلام گردید:

پایان نامه مورد قبول می باشد.	<input checked="" type="checkbox"/>
پایان نامه با اصلاحات مورد قبول می باشد.	<input type="checkbox"/>
پایان نامه مورد قبول نمی باشد.	<input type="checkbox"/>

پایان نامه مورد قبول می باشد.

پایان نامه با اصلاحات مورد قبول می باشد.

نمره نهایی پایان نامه:

درجه پایان نامه:

تعداد واحد پایان نامه:

۴

۱۲۵	بجده ویم
بیار خوب	

ردیف	مشخصات هیئت داوران	نام و نام خانوانگی	مرتبه دانشگاهی	دانشگاه یا موسسه	اعضاء
۱	استاد راهنما	دکتر سید احمد میرحسینی	دانشیار	پردیس فارابی	
۲	استاد داور	دکتر مجتبی الهیان	دانشیار	پردیس فارابی	
۳	استاد داور و نماینده کمیته تحصیلات تکمیلی دانشکده	دکتر سیدحسین نوری	استادیار	پردیس فارابی	

معاون آموزشی و تحصیلات تکمیلی پردیس فارابی

پروپس فارابی دانشگاه تهران مرکز منطقه ناکری

معاونت آموزشی و تحصیلات تکمیلی

رئیس دانشکده الهیات

دکتر سید عبدالرحیم حسینی

مندوق پستی: ۲۵۷

کد پستی: ۳۷۱۸۱۷۴۶۹

نشانی: رقم ابتدای جاده قدیم تهران - بعد از پایانه مسافری پردیس فارابی دانشگاه تهران

Website: http://farabi.ut.ac.ir Email: farabi@ut.ac.ir

تلفن: ۰۲۵-۳۶۱۶۶۱۰۰

فکس: ۰۲۵-۳۶۶۴۴۰۸۱



جمهوری اسلامی ایران
دانشگاه تهران

تاریخ
شماره
پیوست

باسمه تعالی

تعهد نامه اصالت اثر

اینجانب **احمد صابری بجد** متعهد می شوم که مطالب مندرج در این پایان نامه / رساله حاصل کار پژوهشی اینجانب است و به دستاوردهای پژوهشی دیگران که در این پژوهش از آنها استفاده شده است، مطابق مقررات ارجاع و در فهرست منابع و مأخذ ذکر گردیده است. این پایان نامه / رساله قبلاً برای احراز هیچ مدرک هم سطح یا بالاتر ارائه نشده است. در صورت اثبات تخلف (در هر زمان) مدرک تحصیلی صادر شده توسط دانشگاه از اعتبار ساقط خواهد شد. کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به پردیس / دانشکده / مرکز دانشگاه تهران می باشد.

نام و نام خانوادگی دانشجو
امضاء و تاریخ

۹۵ / ۱۱ / ۱۲
احمد صابری بجد

تقدیر و تشکر

به مصداق «من لم یشکر المخلوق لم یشکر الخالق» بسی شایسته است از استاد فرهیخته و فرزانه دکتر سید احمد میر حسینی که با کرامتی چون خورشید، سرزمین دل را روشنی بخشیدند و گلشن سرای علم و دانش را با راهنمایی‌های کار ساز و سازنده بارور ساختند؛ تقدیر و تشکر نمایم. (و یزکیهم و یعلمهم الكتاب و الحکمه).

معلمای مقامت ز عرش برتر باد همیشه توسن اندیشه ات مظفر باد

به نکته‌های دلاویز و گفته‌های بلند صحیفه‌های سخن از تو علم پرور باد، همچینین از پدر و مادر عزیز، دلسوز و مهربانم که آرامش روحی و آسایش فکری فراهم نمودند تا با حمایت‌های همه جانبه در محیطی مطلوب، مراتب تحصیلی و نیز پایان نامه‌درسی را به نحو احسن به اتمام برسانم؛ سپاسگزاری نمایم. شکر خدا که هر چه طلب کردم از خدا بر منتهای همت خود کامران شدم.

چکیده

وجود اراده در نکاح و قراردادهای دیگر به تنهایی کافی برای تحقق قرارداد نیست، بلکه اراده باید اظهار و ابراز شود. بحث قابل توجهی است که در این مسئله مطرح است، نحوه اظهار اراده در نکاح است که هریک از موجب و قابل به چه انحایی می توانند این قصد و اراده را ابراز کنند که از نظر شارع و قانونگذار معتبر است. تحت این عنوان موضوعات: انشاء فعلی عقد نکاح (نکاح معاطاتی)، کفایت یا عدم کفایت نوشته در نکاح، عربی بودن، ماضی بودن صیغه نکاح، می تواند مورد بررسی واقع شوند؛ زیرا نکاح قراردادی مهم است و تعهدات سنگینی برای طرفین ایجاد می کند، طرفین باید به نحوه ای اراده خود را بر تشکیل خانواده قانونی، اعلام دارند که اثر و نتیجه عقد به وسیله آنها محقق شود. در باب نکاح بر خلاف سایر قراردادها در نحوه بیان اراده، سختگیری بیشتری شده است. قانونگذار صرف رابطه جنسی زن و مرد و معاشرت و مراودت آنها را کافی برای تحقق ازدواج نمی داند. قانونگذار می خواهد از آغاز هیچگونه شک و شبهه و ابهامی در قصد نکاح وجود نداشته باشد و بدین جهت بکار بردن الفاظی را که صریحاً دلالت بر قصد نکاح کند، لازم می شناسد و تصریح می کند که عمل جنسی و معاشرت زن و مرد، صریح در اراده نکاح و موجد رابطه زناشویی نیست. در این نوشتار با مراجعه به ادله چگونگی عدم اعتبار انشاء فعلی در عقد نکاح که از آن تعبیر به نکاح معاطاتی می شود مورد بررسی قرار گیرد و همچنین بیان شود که هریک از موجب و قابل باید به کدامین نحوه که مورد تایید شارع و قانونگذار است ایجاب و قبول کنند.

کلید واژگان:

انشاء فعلی، ایجاب و قبول، انشاء لفظی، نکاح معاطاتی، کتابت، اشتراط عربیت، ماضویت

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱۲.....	مقدمه.....
۱۳.....	سؤالات پژوهش.....
۱۳.....	فرضیات پژوهش.....
۱۴.....	بیان مسئله.....
۱۴.....	اهداف و ضرورت پژوهش.....
۱۵.....	روش پژوهش.....
۹.....	پیشینه پژوهش.....
۱۵.....	ساختار پژوهش.....
۱۷.....	فصل اول: کلیات.....
۱۸.....	۱-۱. تبیین مفاهیم.....
۱۸.....	۱-۱-۱. عقد.....
۱۸.....	۱-۱-۱-۱. عقد در لغت.....
۱۸.....	۱-۱-۱-۲. عقد در اصطلاح شرع.....
۱۹.....	۱-۱-۱-۳. تعریف عقد در قانون مدنی.....
۲۰.....	۱-۱-۱-۴. تفاوت عقد با عهد.....
۲۱.....	۱-۱-۱-۵. عقود از حیث لزوم و جواز.....
۲۱.....	۱-۱-۱-۶. عناصر عقد نکاح.....
۲۲.....	۱-۱-۲. انشاء در عقد.....
۲۲.....	۱-۲-۱. مفهوم انشاء.....
۲۳.....	۱-۲-۲. تفاوت بین انشاء و خبر.....

- ۱-۱-۲-۳. عنصر زمان در انشاء عقد..... ۲۴
- ۱-۱-۲-۴. نقد و بررسی..... ۲۵
- ۱-۱-۳-۳. نکاح..... ۲۶
- ۱-۱-۳-۱. نکاح در اصطلاح لغت و زبان شرع..... ۲۶
- ۱-۱-۳-۲. نکاح در اصطلاح فقه..... ۲۷
- ۱-۱-۳-۳. نکاح در اصطلاح حقوق دانان..... ۲۸
- ۱-۱-۳-۴. تقسیم نکاح به دائمی و موقتی..... ۳۰
- ۱-۱-۴. اراده و قصد..... ۳۰
- ۱-۱-۴-۱. جایگاه اراده و قصد در انشاء عقد نکاح..... ۳۰
- ۱-۱-۴-۲. انحاء اظهار اراده..... ۳۱
- ۱-۱-۴-۲-۱. نحوه انشاء لفظی عقد نکاح..... ۳۱
- ۱-۱-۴-۲-۲. انشاء فعلی عقد نکاح..... ۳۲
- ۱-۱-۴-۲-۱. معاطات در لغت و فقه..... ۳۳
- ۱-۱-۴-۲-۲. معاطات در حقوق..... ۳۴
۳۵. فصل دوم: انشاء لفظی عقد نکاح.....
- ۱-۲. ادله مورد استدلال برای اثبات اشتراط انشاء لفظی..... ۳۶
- ۱-۱-۲. عمومات صحت نکاح..... ۳۶
- ۲-۱-۲. اجماع..... ۳۷
- ۱-۲-۱-۲. نقد و بررسی اجماع..... ۴۶
- ۳-۱-۲. دلالت «انما یحلّل الکلام و یحرّم الکلام»..... ۵۲
- ۱-۳-۱-۲. احتمالات مفروضه در دلالت «انما یحلّل الکلام و یحرّم الکلام»..... ۵۵
- ۲-۱-۳-۱-۲. احتمال اول..... ۵۵
- ۲-۱-۳-۱-۲. احتمال دوم..... ۵۵

- ۵۶ ۳-۱-۳-۱-۲ احتمال سوّم
- ۵۷ ۴-۱-۳-۱-۲ احتمال چهارم
- ۵۸ ۲-۳-۱-۲ نقد و بررسی
- ۶۲ ۴-۱-۲ استدلال مرحوم خوئی از صحیحہ برید عجلی
- ۶۴ ۵-۱-۲ استدلال به روایات باب متعه
- ۶۴ ۱-۵-۱-۲ طایفه اول
- ۶۵ ۱-۱-۵-۱-۲ روایت ابان بن تغلب
- ۶۷ ۲-۱-۵-۱-۲ روایت ثعلبہ
- ۶۹ ۲-۵-۱-۲ طایفه دوم
- ۷۰ ۳-۵-۱-۲ طایفه سوم
- ۷۲ ۴-۵-۱-۲ نقد و بررسی
- ۷۲ ۲-۲ انشاء احرس (لال)
- ۷۴ فصل سوم: انشاء فعلی عقد نکاح
- ۷۵ ۱-۳ تبیین محل نزاع
- ۷۷ ۲-۳ اقوال فقها در مشروعیت نکاح معاطاتی
- ۷۸ ۳-۳ ادله جواز انشاء فعلی عقد نکاح
- ۷۸ ۱-۳-۳ تمسک به عمومات مختص به بیع
- ۷۸ ۱-۱-۳-۳ استشهاد به عموم دلیل از نظر شیخ انصاری
- ۷۹ ۲-۱-۳-۳ استدلال به عموم المومنون عند شروطهم
- ۸۰ ۲-۳-۳ استدلال به ارتکازات عقلائیہ
- ۸۲ ۳-۳-۳ استدلال به اطلاق آیات
- ۸۵ ۴-۳-۳ شمولیت قاعده التزام
- ۸۸ ۵-۳-۳ استناد به عمومات «الکل قوم نکاحاً»

- ۹۲ ۳-۳-۱. نقد و بررسی و نتیجه
- ۹۴ ۳-۳-۶. تمسک به روایات
- ۹۸ ۳-۴-۴. ادله بطلان انشاء فعلی عقد نکاح
- ۹۸ ۳-۴-۱. اجماع
- ۹۹ ۳-۴-۲. روایات
- ۱۰۴ ۳-۴-۳. عدم صلاحیت فعل برای مصداق عنوان اعتباری نکاح
- ۱۰۶ ۳-۴-۱. نقد و بررسی
- ۱۰۶ ۳-۵-۵. حرام بودن یا نبودن اولین آمیزش دال بر انشاء نکاح
- ۱۰۷ ۳-۵-۱. نقد و بررسی
- ۱۰۸ ۳-۶-۶. تفاوت بین نکاح و سفاح (زنا)
- ۱۱۰ ۳-۶-۱. نقد و بررسی
- ۱۱۲ ۳-۷-۷. انشاء با کتابت
- ۱۱۵ ۳-۷-۱. نقد و بررسی
- ۱۱۷ فصل چهارم: اعتبار عربیت و اشتراط ماضویت در عقد نکاح
- ۱۱۸ ۴-۱-۱. اعتبار عربیت در عقد نکاح
- ۱۱۸ ۴-۱-۱. اقوال در مسئله
- ۱۱۹ ۴-۱-۲. عبارات فقها
- ۱۲۰ ۴-۱-۳. ادله اعتبار عربیت
- ۱۲۰ ۴-۱-۳-۱. اجماع
- ۱۲۱ ۴-۱-۳-۱. نقد و بررسی
- ۱۲۲ ۴-۱-۳-۲. تمسک به اصالة الفساد
- ۱۲۳ ۴-۱-۳-۳. تمسک به انصرافات باب نکاح
- ۱۲۵ ۴-۱-۳-۴. قیاس عقد غیر عربی به کنایه
- ۱۲۵ ۴-۱-۳-۵. توقیفیت عقد نکاح

- ۱۲۶ ۶-۳-۱-۴. استدلال به روایات در اعتبار عربیت
- ۱۲۶ ۱-۶-۳-۱-۴. روایت أبوالبختری
- ۱۲۷ ۲-۶-۳-۱-۴. استدلال به روایات «لکل قوم نکاح»
- ۱۲۷ ۷-۱-۴. نقد و بررسی و نتیجه
- ۱۲۹ ۲-۴. اشتراط ماضویت در عقد نکاح
- ۱۲۹ ۱-۲-۴. ادله اشتراط ماضویت
- ۱۲۹ ۱-۱-۲-۴. اخذکردن به قدر متیقن
- ۱۲۹ ۲-۱-۲-۴. دوری گزیدن از بی قید و بند شدن صیغه عقد ازدواج
- ۱۳۰ ۳-۱-۲-۴. صریح بودن ماضی در انشاء
- ۱۳۰ ۴-۱-۲-۴. نقد و بررسی
- ۱۳۲ ۲-۲-۴. ادله عدم اشتراط ماضویت
- ۱۳۲ ۱-۲-۲-۴. تمسک به سیره عقلاء و مشرعه
- ۱۳۳ ۲-۲-۲-۴. تمسک به روایات باب متعه
- ۱۳۳ ۳-۲-۲-۴. عدم صراحت لفظ ماضی در انشاء
- ۱۳۴ ۳-۲-۴. نقد و بررسی و نتیجه
- ۱۳۶ نتایج پژوهش
- ۱۴۰ فهرست منابع

مقدمه

هر جامعه و مکتبی برای خود ازدواج دارد، «إن لكل قوم لفظ و عقد» و «لکل قوم نکاح»؛ برای این که ملل و نحل با نکاح زندگی می کنند؛ اما معنای «لِکُلِّ قَوْمٍ» این گونه نیست که هر نوع نکاحی با هر نحوه‌ای مورد امضاء شارع باشد. در هر نحله و تفکری عبادت و پرستش خداوند وجود دارد، «لکل قوم عبادة»؛ ولی شارع مقدس عبادت را در نماز و به صورت خاص با لفظ خاص معین فرموده است. در مورد نکاح این گونه تعبیر شده که نکاح از توقیفیات است و صبغه و رنگ عبادیت دارد؛ بنابراین خداوند حدود و صغور و تمام احکامش را بیان کرده است. نکاح همانند بیع نیست که برای تعیین آن به عرف مراجعه شود. در روایات بسیاری سفارش به نکاح شده که مستحب و است و سهمی از عبادت و ثواب دارد. از این ترغیب کردن شارع مقدس، معلوم می شود که نکاح، چنان ثوابی دارد که جریان بیع و اجاره ندارد. درباره ازدواج، بیان نورانی از وجود مبارک پیغمبر (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ) وجود دارد که می فرمایند: «مَنْ تَزَوَّجَ فَقَدْ أَحْرَزَ نِصْفَ دِينِهِ»؛ این روایت، نشان می دهد نکاح یک صبغه ملکوتی دارد که در عقود و قراردادهایی مانند بیع و اجاره و امثال آن چنین تعبیری وجود ندارد. هدف انسان را از ازدواج، صرف اطفاء غریزه دانستن، نگاهی تقلیلی به انسان است. هر ملتی برای خود، نکاحی به صورت جمع شدن نر و ماده دارد اما اسلام این پیوند را ملکوتی دانسته است.

با توجه به روایت «الْنِّكَاحُ سُنَّةٌ» می توان فهمید که پیوند ازدواج از جانب شارع مقدس آمده است پس خود اوست که باید تمامی حدود آن را مشخص کند و تحقق عقد نکاح، طی طریق راهی است که ایشان برای ما مشخص کرده است. بنابراین از آنجا که نکاح، نوعی از عبادت است بنابراین لفظ خاصی برای ایجاد و انشاء آن وجود دارد.

تصرف در ناموس، همانند تصرف در مال دیگران نیست. تصرف در مال غیر با انحاء گوناگونی صحیح و امکان پذیر است ولی تصرف در ناموس فقط با یک وجه، صحیح است. آن انحاء که موجب اباحه تصرف در ملک می شود عبارت است از پنج قسم:

قسم اول: اگر کسی علم به رضای مالک داشته باشد، به استناد «لَا يَجِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسِهِ» تصرف در مال او جایز است، چون علم به رضای او دارد. قسم دوم: هبه؛ در صورتی که مالک، مالی را به کسی هبه کرد، متهب می تواند در آن تصرف کند. قسم سوم: معاملات معاطاتی است که با

آن می‌توان در مال تصرف کرد. قسم چهارم: کتابت؛ در صورتی که مالک، چیزی را بنویسد، شخص می‌تواند به استناد نامه یا امضای او در مالش تصرف کند. قسم پنجم: صیغه؛ در بین این وجوه پنجگانه فقط بوسیله قسم پنجم، تصرف در ناموس جایز است؛ یعنی اگر مردی بخواهد با زنی با عنوان حلّیت، آمیزش کند فقط از راه صیغه میسر است. این مسئله هم اجماعی است و اشکالی در آن نیست ولی اینکه این صیغه عربیو یا به صورت ماضی باشد، در مسئله اجماع نیست بلکه شهرت است. شهرت بر این است که باید لغت عربی از ماده «تزوید» و «نکاح» و امثال این‌ها باشد در مورد هیأت آن که ماضی یا مضارع و مانند آن باشد نه اجماع وجود دارد و نه شهرت بلکه مسئله اختلافی است. تنها دلیل مستحکم در لزوم صیغه فقط اجماع است، و این بزرگوارانی که نقل به اجماع کرده‌اند دو مطلب را در کنار فرمایش خود دارند: یکی استناد به استصحاب حرمت و دیگری لزوم احتیاط در مسئله ناموس. استناد به اصالة الحرمة، در بیان این بزرگان این‌گونه است که پیش از عقد، این زن بر این مرد حرام بوده است، اگر شک شود که با این صیغه و فعل، عقد، حلال شد یا نه؟ حکم پیشین، استصحاب می‌شود. استصحاب حرمت و خصوصا احتیاط در مسئله ناموس را می‌توان خواستگاه اجماع دانست که این بزرگان با توجه به این دو اصل، حکم به اجماع در مسئله داده‌اند.

سؤالات پژوهش

آیا می‌توان صیغه عقد نکاح را به فارسی اجرا کرد؟ نظر فقه و قانون مدنی چیست؟
اشاره لال از باب لفظ است یا فعل؟ آیا برای اجرای صیغه باید وکیل بگیرد؟
عنصر اصلی در فارق بین نکاح و سفاح (زنا) چیست؟
آیا می‌توان به ادله باب متعه در عقد دائم تمسک جست؟

فرضیات پژوهش

اراده در عقد نکاح به وسیله فعل اظهار نمی‌شود و انشاء لفظی لازم دارد که در فقه امامیه و قانون مدنی به آن تصریح شده و تنها دلیل آن اجماع منقول است که این اجماع، مدرکی است و تبعدی نیست و براساس دو قاعده احتیاط در مسئله ناموس و استصحاب حرمت است.

- نکاح همانند عبادات توقیفی و تعبّدی و صبّغه عبادیت دارد؛ نمی‌توان به عرف و بناء عقلا برای صدق الاسم آن رجوع شود؛ بنابراین به استناد اینکه عرف عقلاء کتابت را ظهور عرفی در نکاح می‌دانند، نمی‌توان قائل به صحت عقد نکاح با کتابت شد.

- قدر متیقّن صحّت عقد، عربی بودن است و قادر به تلفظ عربی از باب احتیاط، بر او واجب است انشاءش به صورت عربی باشد.

- ماضی نیز همانند مضارع برای اخبار وضع شده است و استعمالش در انشاء محتاج قرینه حالیهی قطعیه‌ای است که از اخباری بودن خارج شود؛ بنابراین غیر ماضی نیز می‌تواند با قرینه در مقام انشاء بکار رود.

بیان مسئله

یکی از تعهدهای لازم که شارع مقدس و قانون‌گذار به آن توجه ویژه داشته عقد ازدواج است که رعایت شرایط و نحوه ایجاد آن نقش اساسی در صحیح بودن یا نبودن آن عقد دارد. صحت و عدم صحت این قرارداد هم مستلزم آثار فقهی و حقوقی جداگانه‌ای است. از آثار صحت عقد، لوازم قهری مانند لزوم نفقه، مهر و تمکین خواهد بود که با فرض تحقق نیافتن عقد این آثار مترتب نمی‌شود. سبب ایجاد عقد نکاح ایجاب و قبول می‌باشد که با شرایط خاص، مثل قصد انشاء و رضایت طرفین و اظهار لفظی، این اراده ابراز می‌شود و طبق بعضی دیدگاه‌ها اشتراط عربی بودن لفظ و ماضویت آن عقد است. در رابطه چیستی عقد نکاح به طور رسمی راجع به مسائل مطرح شده اخیر بحث و گفت‌وگو است که این نوشتار بر آن است تا به طور مبسوط لزوم انشاء لفظی و ابراز اراده را به صورتی لفظی و عدم جواز تعدی از لفظ به فعل و همچنین مسئله کتابت و انشاء اخرس و عربیت و ماضویت صبّغه را در رابطه با عقد نکاح مورد بررسی قرار دهد و با استناد به ادله مختلف فقهی و حقوقی دیدگاهی قابل توجه در این راستا ارائه دهد.

اهداف و ضرورت پژوهش

۱. با لحاظ اینکه آراء مختلف فقهی راجع به شرایط عقد ازدواج مطرح گردیده، بررسی موضوع برای نگارنده اهمیت خاصی داشته و به تعبیری وجود آراء مختلف در این مسئله باعث کنجکاوی در ادله بحث و تحقیق در آن گردید.

۲. پیمان زناشویی از معاهدات مقدس است و ایجاب و قبول، در تحقق آن شرط اساسی است. گاهی در بعض مناطق افراد غیر حرفه‌ای به لحاظ مبتلی به بودن آن در این رابطه اقدام می‌کنند. در دسترس نبودن آراء بعضی فقها و حقوق‌دانان در این رابطه گاهی مشکل‌ساز است؛ لذا تحقیق در این موضوع را با موقعیت راهبری همگان و دستیابی به آراء فقها، طرح و تحقیق این موضوع لازم دانسته شد. موارد و مراکز قابل ارائه عبارت است از:

۱- گرایش‌های فقه و حقوق دانشگاهی

۲- دفاتر ثبت ازدواج

۳- دادگاه‌های مدنی

۴- مراکز پژوهشی علوم انسانی (حوزوی و دانشگاهی)

روش پژوهش

ابتدا با بررسی منابع در رابطه با این موضوع، مطالب رسته‌بندی و فیش‌برداری و در مرحله دوم دسته‌بندی و فصل‌بندی مباحث و در نهایت کار تالیف و تنظیم انجام شده است. روش تحقیق در این نوشتار، توصیفی-تحلیلی است. پس از جمع‌آوری و تحصیل داده‌ها، پژوهش کتابخانه‌ای و توصیف آن‌ها به منظور دست یافتن به نتیجه‌های مطلوب به تجزیه و تحلیل آن‌ها پرداخته شده است و گاه در پایان هر مبحث نتیجه‌گیری بیان گردیده است.

پیشینه پژوهش

مباحث فقهی و حقوقی نکاح از دیرباز مورد توجه فقها و حقوق‌دانان بوده و کتاب‌های بسیاری با عنوان مستقل در این زمینه نگاشته شده است که می‌توان به کتاب النکاح شیخ انصاری و کتاب نکاح آیت‌الله شبیری زنجانی و همچنین سلسله تقریرات درس خارج علامه جوادی آملی اشاره نمود؛ همچنین در این زمینه کتاب‌هایی با عنوان حقوق خانواده توسط حقوق‌دانان به رشته تحریر در آمده است من جمله کتاب حقوق خانواده دکتر کاتوزیان، جعفری لنگرودی.

آنچه که در این کتاب‌های حقوقی مطرح شده شرح قانون مدنی بوده است که به صورت کوتاه و در حد نقل رای مشهور و فقط به نام بردن ادله بسنده کرده‌اند. اگرچه در فقه به طور مبسوط‌تری به مسئله نکاح و اعتبار انحاء اظهار و ابراز انشاء عقد نکاح بحث کرده ولی این مباحث پراکنده و غیر

منسجم بوده است و به علت عدم وجود پایان نامه‌ای مستقل در این زمینه، نیاز به تحقیق و پژوهش احساس شد که به طور چارچوب‌مند و مدون به آن پرداخته شود.

ساختار پژوهش

در این نوشتار براساس بضاعت و روندی که در بحث در پیش داشته، در فصل اول به کلیات پرداخته شده است؛ (به مفهوم‌شناسی و تبیین رئوس مباحث مورد نیاز موضوع پرداخته استاز قبیل واژه‌شناسی و مفهوم‌شناسی، عقد و اقسام آن، تبیین مفهوم انشاء و تعریف نکاح، اقسام نکاح، تبیین اراده و قصد و انحاء اظهار آن). در فصل دوم به مبحث انشاء لفظی و ادله اثبات لزوم آن و در فصل سوم به انشاء فعلی و ادله اثبات و بطلان چنین انشائی و نقد و نتیجه‌گیری در این باب پرداخته شده است. در فصل چهارم بحث اعتبار عربی بودن و ماضویت در صیغه عقد نکاح، مطرح شده، سپس نتایج این نوشتار از مباحث بیان شده، طرح گردیده و در آخر فهرست منابع مورد استفاده این پژوهش آورده شده است.

فصل اول: کلیات

۱-۱. تبیین مفاهیم

۱-۱-۱. عقد

۱-۱-۱-۱. عقد در لغت

عقد در لغت، به معنای گره زدن، بستن و محکم کردن چیزی است.^۱ عقد در لغت به معنای بستن دو چیز به یکدیگر به صورتی که جدا شدن یکی از دیگری سخت و دشوار است.^۲ همانند گره زدن ریسمان و نخ به ریسمان و نخ دیگر که از هم جدا نشوند و با یکدیگر به نحوی تلازم و یکی شدن پیدا کنند. از این رو است که در علم لغت، عقد در برابر «حلّ» به معنای گشودن بکار می‌رود و «حلّ» و عقد به معنای گشودن و بستن است؛ بنابراین طبق این معنای لغوی عقد است که دو طرف، پیمان اراده و قصد همدیگر را بر نتیجه حقوقی به یکدیگر پیوند می‌زنند.

۱-۱-۱-۲. عقد در اصطلاح شرع

عقد در زبان شرع، به معنای پیمان و قرارداد است.^۳

مرحوم صاحب جواهر، عقد را این‌چنین تعریف می‌کند: «قبول دو طرف عقد یا قول یک طرف و فعل شخص دیگر در صورتی که شارع آن اثر شرعی مطلوب را بر آن مترتب کند، عقد نامیده می‌شود».^۴

در قرآن کریم، عقود (جمع عقد) آورده شده که شارع مقدس عمل به پیمان‌ها را لازم دانسته

است. {وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ}.^۵

مقصود از «عقود» که در تفاسیر، تعبیر به عهد نیز شده، قراردادها و پیمان‌هایی است که در صورتی

^۱ جوهری، الصحاح، ج ۲، ص ۵۱۰

^۲ ابن اثیر، النهاية فی غریب الحدیث و الأثر، ج ۳، ص ۲۷۰

^۳ جعفر سجادی، فرهنگ معارف اسلامی، ذیل واژه عقد، راغب اصفهانی، مفردات ألفاظ القرآن ج ۱، ص ۳۴۱

^۴ صاحب جواهر، جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۳

^۵ مائده: ۵

تحقق پیدا می‌کنند که دو طرف موجب و قابل داشته باشد. بنابراین عقد پیمانی بین‌طرفینی است که نیازمند به ایجاب و قبول دارد، برخلاف ایقاع که قراردادی یک طرفی است. بنابراین می‌توان عقد را نیز این‌گونه تعریف کرد (که ماهیت عقد را نیز بیان می‌کند):

عقد عبارت است از ایجاب و قبول با ارتباط مخصوصی که شرعاً معتبر است.

ارکان عقد در این تعریف عبارت است از:

الف. ایجاب، ب. قبول، ج. ارتباط مخصوص^۱ و به عبارت دیگر چنانکه در تعریفات جرجانی آمده: عقد شرعاً ربط دادن اجزاء تصرف (ایجاب و قبول) است.^۲

۱-۱-۳. تعریف عقد در قانون مدنی

قانون‌گذاران در ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران، عقد را این‌گونه تعریف کرده‌اند:

«عقد، عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر، تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد».

در این تعریف، صدق عقد به دو رکن اساسی منوط شده است: ۱. توافق دو یا چند اراده با هم؛ ۲. ایجاد تعهد. رکن اول یعنی توافق اراده‌های طرفین معامله، وجه تمایز عقد از ایقاع می‌باشد که در عقد دو طرفه یا چند طرفه بودن اراده وجود دارد نه یک طرفه بودن آن؛ چه آنکه در ایقاع وجود یک اراده برای ایجاد اثر و نتیجه کافی است؛ مانند طلاق (ماده ۱۱۳۳ ق.م)، فسخ (ماده ۳۹۶ ق.م). البته مقصود، دوطرفه یا یک‌طرفه بودن عقد و ایقاع این‌گونه نیست که قوام عقد به دو طرف و ایقاع قوامش به یک طرف باشد تا این اشکال مطرح شود که طلاق و فسخ نیز تنها در صورت وجود دوطرف عقد، امکان تحقق دارد و تنها در صورت وجود دو طرف یعنی زوج و زوجه و بایع و مشتری، امکان تحقق این دو وجود دارد بلکه منظور این است که وقوع عقد، محتاج و وابسته به اعمال دو اراده (سلطه) است برخلاف ایقاع که اعمال یک اراده (سلطه) برای تحقق آن کافی است.

رکن دوم این تعریف، ایجاد تعهد است. برای بیان این مطلب، هدف از توافق اراده‌ها در عقد، انشاء تعهد است نه اخبار از آن. وجه تمییز اخبار از انشاء این‌گونه است که اخبار، قابل صدق و کذب است؛ به این صورت که می‌توان گفت فلان قضیه صادق است و یا گفته شود فلان قضیه کاذب است.

^۱ محمدعلی بن علی تهنوی، کشف اصطلاحات الفنون، ج ۲، ص ۹۵۳

^۲ همان؛ الجرجانی، التعریفات، ص ۱۳۳

مانند اینکه اگر گفته شود دیروز فلان آقا و فلان خانم ازدواج کردند، این امکان وجود دارد که ازدواج آن‌ها تصدیق و یا تکذیب شود به این صورت که گفته شود بله آن‌ها ازدواج کردند و یا نکردند. به عبارت دیگر در اخبار، گزارش از چیزی است که ممکن است مطابق واقع باشد و همچنین امکان دارد مطابق واقع نبوده و کذب باشد. ولی در مقام انشاء، این چنین نیست که قابلیت صدق و کذب داشته باشد بلکه چیزی ساخته و ایجاد می‌شود. روشن است که امر موجود را نمی‌توان انکار کرد. با توجه به آنچه که بیان گردید توافق اراده‌های طرفین در عقد قرارداد، خصوصیت انشایی دارد، نه اخباری.

۱-۱-۴. تفاوت عقد با عهد

از آنجا که استعمال عقد و عهد به طوری است که عهد در تعریف عقد استفاده و در برخی موارد از عقد به عهد تعبیر شده است، لازم است به تفاوت این دو مفهوم پرداخته شود. در وجه امتیاز بین این دو بیان شده است که در مفهوم عقد، تأکید و شدت معتبر است، به خلاف عهد که این گونه نیست. علاوه بر این، عقد همواره بین دو شخص (متعاقدين) تحقق می‌یابد به خلاف عهد که ممکن است به وسیله یک نفر تحقق یابد؛ بنابراین نسبت این دو مفهوم، اعم و اخص است. پس هر عقدی عهد است ولی هر عهدی عقد نیست.^۱ به نظر می‌رسد آنچه که بیان گردید نمی‌تواند بیانگر معیار و ممیز بین عقد و عهد باشد. البته لازم به ذکر است در این بحث مناقشات فراوانی بین فقها و بین حقوق‌دانان شده است که بضاعت این نوشتار در نقل و نقد و بررسی اختلافات نیست؛ لذا پژوهشگران می‌توانند در این زمینه به مباحث و چالش‌هایی که به آن پرداخته شده است مراجعه کنند. به نظر می‌رسد آنچه که به عنوان تفاوت در اصطلاح حقوق‌دانان وجود دارد این است که در این اصطلاح، تعهد به معنای التزام به انجام دادن کاری است بنابراین طبق این معنا در عقود تملیکی به حمل اولی، تعهدی وجود ندارد. در مصطلح فقهی تعهد به معنای قرار گذاردن و بنا نهادن است. بنابر این نظریه در عقود عهدی و عقود تملیکی، تعهد وجود دارد به این بیان که در عقود عهدی، طرفین بنا و قرارشان بر این است که فلان کار را انجام دهند و در عقود تملیکی طرفین بنا می‌گذارند که وضعیت حقوقی خاصی به محض انعقاد عقد حاصل آید.

^۱ احمد نراقی، عوائد الأیام فی بیان قواعد الأحكام، ص ۱؛ طریحی، فخر الدین بن محمد، مجمع البحرین ص ۲۲۹