

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد تهران مرکزی

دانشکده حقوق، گروه حقوق خصوصی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد رشته حقوق (M.A)

گرایش: حقوق خصوصی

عنوان:

مطالعه تطبیقی نکاح مسیار براساس مذهب امام شافعی (رض)

و فقه امامیه (شیعه) و حقوق ایران

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر فرزاد پارسا

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر محسن قاسمی

پژوهشگر:

مهدی بهرامی

زمستان ۱۳۹۴

تقدیم به :

روان پاک پدر و مادر بزرگوارم مرحوم جناب آقای حاج محمد بهرامی و
موحومه سرکار خانم حمیده عزیزی که در راه تحصیل اینجانب متحمل مشقات
فراوانی شده و همواره مشوق بنده در تداوم درجات عالیہ تحصیلی بودند.

تشکر و قدردانی :

با تقدیر و تشکر از جناب آقای دکتر فرزاد پارسا ، جناب آقای دکتر محسن قاسمی و جناب آقای دکتر محمدعزیز حسامی و اساتید بزرگواری که در محضر ایشان تلمذ و شاگردی نموده ام و تقدیم به عزیزان و دوستانی که در راه تهیه و نگارش این پایان نامه مرا یاری نمودند و تقدیم به همسر فداکارم سرکار خانم فائزه ویسی و کیل پایه یک دادگستری و دختر نازنینم ژوان بهرامی که تا پاسی از شب در نگارش و تهیه مطالب و مندرجات این مرقومه مرا همراهی کردند.

تعهد نامه اصالت پایان نامه کارشناسی ارشد

اینجانب مهدی بهرامی دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته به شماره دانشجویی ۹۰۰۷۶۳۳۹۹ در رشته حقوق خصوصی که در تاریخ ۹۴/۱۲/۱۲ از پایان نامه خود تحت عنوان: مطالعه تطبیقی نکاح مسیاری براساس مذهب امام شافعی (رض) و فقه امامیه (شیعه) و حقوق ایران با کسب نمره ۱۶ و درجه خوب دفاع نموده ام بدینوسیله متعهد می شوم:

۱- این پایان نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و...) استفاده نموده ام، مطابق ضوابط و رویه های موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست ذکر و درج کرده ام.

۲- این پایان نامه قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاهها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است.

۳- چنانچه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هر گونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و... از این پایان نامه داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم.

۴- چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را بپذیرم و واحد دانشگاهی مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی: مهدی بهرامی

تاریخ و امضاء



معاونت پژوهش و فناوری

به نام خدا

شورا اخلاق پژوهش

بایدی از خداوند سبحان و اعتماد بر این که عالم محضر خداست و همواره ناظر بر اعمال انسان و به منظور پاس داشت مقام بلند دانش و پژوهش و نظریه اهمیت جایگاه دانشگاه در احوالی فرهنگ و تمدن بشری، ما دانشمندان و اصحاب علم و ادب علمی و دانشگاه آزاد اسلامی متعهد می گردیم اصول زیر را در انجام فعالیت های پژوهشی مد نظر قرار داده و از آن تعقیب کنیم:

- ۱- اصل برت: التزام بر برت جویی از حرکت رفق غیر حرزهای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به مثابه های غیر علمی می آیدند.
- ۲- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از حرکت جانب داری غیر علمی و حفاظت از اموال، تجسزات و منابع در اختیار.
- ۳- اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و امانت نتایج تحقیقات و انتقال آن به بنگران علمی و دانشمندان به غیر از مواردی که منقذ قانونی دارد.
- ۴- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم با حرمت با در انجام تحقیقات و رعایت جانب تعدد خودداری از حرکت حرمت شکنی.
- ۵- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهشگران (انسان، حیوان و نبات) و سایر مساجبان حق.
- ۶- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد، سازمان ها و کشور و کلیه افراد و نهاد های مرتبط با تحقیق.
- ۷- اصل حقیقت جویی: تلاش در راستای پی جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از حرکت پنهان سازی حقیقت.
- ۸- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه بنگران پژوهش.
- ۹- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن به پیشرو توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش.

بسمه تعالی

در تاریخ: ۹۴/۱۲/۱۲

دانشجوی کارشناسی ارشد آقای مهدی بهرامی از پایان نامه خود دفاع نموده و با نمره ۱۶ بحروف
شانزده و با درجه خوب مورد تصویب قرار گرفت.

امضاء استاد راهنما:

بسمه تعالی
دانشکده حقوق

(این چکیده به منظور چاپ در پژوهش نامه دانشگاه تهیه شده است)

نام واحد دانشگاهی: تهران مرکزی	کد واحد: ۱۰۱	کد شناسایی پایان نامه: ۱۰۱۲۰۸۰۷۹۱۲۰۰۶
عنوان پایان نامه: مطالعه تطبیقی نکاح مسیار براساس مذهب امام شافعی (رض) و فقه امامیه (شیعه) و حقوق ایران		
نام و نام خانوادگی دانشجو: مهدی بهرامی	تاریخ شروع پایان نامه: ۹۱/۰۹/۲۳	تاریخ اتمام پایان نامه: ۹۴/۱۲/۱۲
شماره دانشجویی: ۹۰۰۷۶۳۳۹۹		
رشته تحصیلی: حقوق خصوصی		
استاد راهنما: جناب آقای دکتر فرزاد پارسا		
استاد مشاور: جناب آقای دکتر محسن قاسمی		
آدرس و شماره تلفن:		
چکیده پایان نامه (شامل خلاصه، اهداف، روش های اجرا و نتایج به دست آمده):		
<p>نکاح مصدر ثلاثی از نکح، ینکح، نکاحا و به معنای جمع دو چیز با هم است. نکاح از دیدگاه علماء به معنای عقد و زناشویی است. مسیار بر وزن مفعال یعنی مردی که زیاد رفت و آمد می کند و از کلمه السیره از مصدر تسیر به معنای نوعی راه رفتن گرفته شده است شاید اصل نامگذاری آن از سیر یعنی رفتن نزد زن در شب یا روز باشد و اصولاً اصطلاحی عامیانه بوده که در کشورهای حاشیه خلیج فارس و در عربستان سعودی به این اسم رواج دارد و بنابر تعریفی که در مجمع فقهی مکه مکرمه از آن ارائه داده اند ازدواجی است دائمی با همان ارکان و شرایطی که نکاح دائم دارد با این تفاوت که زن از برخی از حقوق خود مانند نفقه، مسکن، و قسم (نوبت شب) صرف نظر و گذشت می کند و آن را در اختیار شوهر می گذارد که هر وقت برای او میسر شد به او سر بزند. برخی نیز گفته اند مسیار کلمه ای عربی است که به لهجه اهل باده باز می گردد و منظور از آن رفتن به سوی زن و خوشحال نمودن وی می باشد. برخی دیگر معتقدند ازدواج مسیار پدیده ای جدید می باشد که ابتدا در منطقه عربستان سعودی ظهور پیدا کرده و سپس در سایر مناطق و کشورها رواج یافته است. اما عده ای ازدواج مسیار را دارای سابقه تاریخی دانسته و در این زمینه به برخی از متون فقهی استناد نموده اند. مطالعه تطبیقی حکم این موضوع در فقه امام شافعی (رض)، فقه امامیه و حقوق مدنی ایران و تبیین نقاط اشتراک، افتراق و اختلاف آن و نظرات موافقین و مخالفین این عقد در این مذاهب از جمله مسائلی است که این پایان نامه در پی پاسخگویی به آنها می باشد. این عنوان موضوع و ماهیتی جدید در فقه است. گرچه مطالبی در این باب نوشته شده لکن هنوز جوانب پنهانی در آن وجود دارد که روشن سازی این جوانب در فقه امام شافعی (رض)، فقه امامیه و حقوق مدنی ایران حائز اهمیت فراوانی می تواند باشد. هدفهای این تحقیق عبارتند از بررسی ویژگیهای نکاح مسیار و دلایل فقهی آن، بررسی آراء فقهاء و جواز آن برای روشن شدن موضوع و بررسی تطبیقی این عقد در مذهب امام شافعی (رض)، فقه امامیه (شیعه) و حقوق مدنی ایران.</p> <p>در مجموع در باب نکاح مسیار سه دیدگاه مختلف وجود دارد. برخی آن را جایز شمرده و برخی آن را تحریم نموده و برخی دیگر در خصوص آن سکوت کرده و توقف نموده اند.</p> <p>کلیدواژه: نکاح، مسیار، همجواری (مبیت یا قسم)، نفقه، اسقاط حق، قوامیت،</p>		

مناسب است

تاریخ و امضاء:

نظر استاد راهنما برای چاپ در پژوهش نامه دانشگاه

مناسب نیست

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	مقدمه.....
۱	بیان مسئله تحقیق.....
۱	اهمیت و ضرورت تحقیق.....
۲	اهداف تحقیق.....
۲	سوالات تحقیق.....
۲	روش تحقق و نوع آن.....
۳	پیشینه تحقیق.....
۳	ساختار تحقیق.....
۴	فصل اول: کلیات و مفاهیم تحقیق.....
۵	۱-۱- تعریف نکاح (مفهوم لغوی).....
۶	۲-۱- دیدگاه علماء در باب معنای حقیقی واژه نکاح (مفهوم اصطلاحی).....
۶	۱- ۲- ۱- دیدگاه اول.....
۷	۱- ۲- ۲- دیدگاه دوم.....
۷	۱- ۲- ۳- دیدگاه سوم.....
۷	۱- ۲- ۴- دیدگاه چهارم.....
۷	۱- ۳- ۱- آثار مترتب بر نزاع.....
۸	۱- ۳- ۱- شهادت بر نکاح و ازدواج.....
۸	۲- ۳- ۱- ایجاد حرمت مصاهره به وسیله زنا.....
۹	۳- ۳- ۱- تعلیق طلاق بر لفظ نکاح و سوگند یاد کردن به عدم انجام نکاح.....
۹	۴- ۳- ۱- نتیجه گیری.....
۹	۴- ۱- تعریف نکاح بسیار.....
۱۰	۱- ۴- ۱- معنای لغوی بسیار.....
۱۰	۴- ۱- ۲- معنای اصطلاحی نکاح بسیار.....
۱۲	۵- ۱- تاریخچه نکاح بسیار.....

- ۱-۶- علل رواج نکاح مسیاری..... ۱۳
- ۱-۷- جهات اشتراک و افتراق نکاح دائم با نکاح مسیاری و متعه..... ۱۴
- ۱-۷-۱- جهات اشتراک..... ۱۵
- ۱-۷-۲- جهات افتراق..... ۱۶
- ۱-۸- مناطق رواج نکاح مسیاری..... ۱۷
- ۱-۹- ماهیت فقهی حقوقی نکاح مسیاری..... ۱۷
- فصل دوم: دیدگاه فقهاء اهل سنت، فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران..... ۱۸
- ۱-۲- دیدگاه فقهاء اهل سنت در مورد حکم نکاح مسیاری..... ۱۹
- ۲-۲- حکم به جواز..... ۱۹
- ۱-۲-۲- بررسی ادله قائلین به صحت نکاح مسیاری..... ۲۳
- ۱-۱-۲-۲- قرآن..... ۲۳
- ۲-۱-۲-۲- روایات..... ۲۴
- ۳-۱-۲-۲- قواعد فقهی..... ۲۷
- ۲-۲-۲- حاصل کلام موافقین..... ۲۸
- ۳-۲-۲- اسباب تجویز مسیاری در مردان..... ۳۰
- ۴-۲-۲- اسباب تجویز مسیاری در زنان..... ۳۰
- ۳-۲- حکم به تحریم..... ۳۱
- ۱-۳-۲- بررسی ادله مخالفین نکاح مسیاری..... ۳۲
- ۱-۱-۳-۲- آیات..... ۳۳
- ۲-۱-۳-۲- روایات..... ۳۴
- ۳-۱-۳-۲- دلایل عقلی..... ۳۷
- ۳-۳-۲- حاصل کلام مخالفین..... ۳۹
- ۱-۳-۳-۲- مخالفت با مقتضی عقد نکاح..... ۳۹
- ۲-۳-۳-۲- عدم تحقق اهداف شرع..... ۳۹
- ۳-۳-۳-۲- مخالف با کتاب الله..... ۴۰
- ۴-۳-۳-۲- ظلم به زن و اهانت به شخصیت وی..... ۴۰

- ۲-۳-۵- مخالفت با طبیعت نکاح ۴۱
- ۲-۳-۶- زمینه ساز فساد و افساد و ارتکاب محرمات ۴۱
- ۲-۳-۴- پاسخ به اشکالات مخالفین نکاح مسیاری ۴۱
- ۲-۴- حکم به توقف ۴۷
- ۲-۵- تحلیل و ارزیابی دیدگاهها در خصوص شروط مندرج در نکاح مسیاری ۴۸
- ۲-۵-۱- حکم مبییت (همخواهی) ۴۸
- ۲-۵-۲- مدت حق مبییت ۵۱
- ۲-۵-۳- بررسی اسقاط حق مبییت ۵۲
- ۲-۵-۴- اسقاط حق نفقه ۵۷
- ۲-۵-۵- حکم اسقاط حق نفقه ۵۸
- ۲-۵-۶- اسقاط قوامیت مرد بر خانواده ۵۹
- ۲-۵-۷- ماهیت قوامیت مرد در خانواده ۶۱
- ۲-۶- نظر فقهاء امامیه (فقه شیعه) در مورد نکاح مسیاری ۶۱
- ۲-۷- موضع قانون مدنی ایران در مورد نکاح مسیاری ۹۳
- ۲-۷-۱- مطابقت مواد قانون مدنی با نکاح مسیاری : ۹۳
- ۲-۸- نظر حقوقدانان در مورد نکاح مسیاری ۹۵
- فصل سوم: نتیجه گیری ۹۷
- ۳-۱- نتیجه گیری ۹۸
- ۳-۲- پیشنهاد و راهکارها ۱۰۱
- منابع و مأخذ ۱۰۴
- منابع فارسی ۱۰۵
- منابع عربی ۱۰۵

مقدمه

بیان مسئله تحقیق

برخی معتقدند که ازدواج مسیاری پدیده ای جدید می باشد که ابتدا در منطقه عربستان سعودی ظهور پیدا کرده و سپس در سایر مناطق و کشورها رواج یافته است اما عده ای ازدواج مسیاری را دارای سابقه تاریخی دانسته و در این زمینه به برخی از متون فقهی استناد نموده اند مطالعه تطبیقی حکم این موضوع در فقه امام شافعی (رض) و فقه امامیه و حقوق مدنی ایران و تبیین نقاط اشتراک، افتراق و اختلاف در این مذاهب از جمله مسایلی است که این پایان نامه در پی پاسخگویی به آنها بوده و خاصاً اینکه با وجود مذاهب مختلف در ایران از جمله مذاهب اهل تشیع و اهل سنت آیا پیروان مذهب امام شافعی (رض) ساکن در کشور ایران و یا پیروان مذهب امامیه مجاز و ماذون در این عقد هستند یا خیر؟ و آیا قوانین ایران چنین اجازه ای به آنها می دهد؟ آیا پیروان مذاهب اهل سنت خاصاً پیروان مذهب امام شافعی (رض) با توجه به سکونت در کشوری که دارای مذهب رسمی شیعه بوده آیا قوانین آن کشور به پیروان این مذهب اجازه نکاح مسیاری را می دهد یا خیر؟

اهمیت و ضرورت تحقیق

این عنوان موضوع و ماهیتی جدید در فقه است گرچه مطالبی در این باب نوشته شده است لکن هنوز جوانب پنهان در آن وجود دارد که روشن سازی این جوانب در فقه امام شافعی (رض) و فقه امامیه و حقوق مدنی ایران حائز اهمیت فراوانی می تواند باشد از جمله اینکه ممکن است که پیروان اهل تشیع ساکن در کشورهای دارای مذهب اهل سنت چنین ازدواجی داشته باشند یا پیروان اهل سنت ساکن در ایران با وجود قوانین برگرفته از فقه امامیه، چنین ازدواجی را بنمایند آیا این امر شرعی و یا قانونی می باشد؟

اهداف تحقیق

هدفهای این تحقیق عبارتند از بررسی ویژگیهای عقد مسیاری و دلایل فقهی آن، بررسی آراء فقهاء و جواز آن برای روشن شدن موضوع و بررسی تطبیقی این عقد در مذهب امام شافعی (رض) و فقه امامیه (شیعه) و حقوق مدنی ایران است این تحقیق گامی در راستای نشان دادن وجوه اشتراک مذاهب اسلامی در باره موضوع مسیاری می باشد.

سوالات تحقیق

سوال اصلی این تحقیق عبارتست از :

الف : ماهیت و مشروعیت عقد مسیاری در مذهب امام شافعی (رض)، فقه امامیه و قانون ایران چگونه است ؟

سوالات فرعی این تحقیق عبارتست از :

۱- ماهیت شرعی عقد مسیاری چیست ؟

۲- ماهیت حقوقی عقد مسیاری چیست ؟

۳- دلایل تحریم یا حلال بودن عقد مسیاری در مذهب امام شافعی (رض) چیست ؟

۴- شرایط صحت و موانع این عقد چیست ؟

۵- نظر فقهاء در باب عقد مسیاری چیست ؟

۶- جایگاه این عقد در جامعه و چرایی پذیرش این عقد از لحاظ جامعه شناختی چه می باشد ؟

روش تحقق و نوع آن

روش تحقیق در این مورد روش تحقیق کتابخانه ای بر اساس شیوه توصیف، تحلیل و تطبیقی است بدین شکل که اطلاعات از منابع کتابخانه ای جمع آوری شده و در یک فرایند توصیف، تحلیل و تطبیقی مورد ارزیابی قرار می گیرند.

پیشینه تحقیق

نوآوری این کار تطبیق عقد مسیار در فقه امامیه و مذهب امام شافعی (رض) و یافتن وجوه و راهکارهای قانونی آن در حقوق ایران می باشد.

ساختار تحقیق

ریشه یابی لغت، ماهیت عقد، یافتن شروط و ضوابط این عقد و اینکه آیا این شروط در شرع و قانون قابل قبول است یا نه؟ و تطبیق موارد این عقد در مذاهب امامیه، شافعی و قوانین ایران خاصاً نظر حقوقدانان در این خصوص

فصل اول:

کلیات و مفاهیم تحقیق

۱-۱- تعریف نکاح (مفهوم لغوی)

واژه نکاح : نکاح مصدر ثلاثی از « نکح، ینکح، نکاحا و نکحا» می باشد. در اصل واژه نکاح به معنای جمع و ضمیمه شدن دو چیز با هم است مانند درختان به هم پیوستند (تناکحت الاشجار به معنای فرورفتن درختان در هم و همدیگر را دربرگرفتن) و یا از نکح المطر الارض به معنای مخلوط شدن آب باران با خاک گرفته شده است. (ابن فارس، ۱۳۹۹، ۳۵).

گروهی دیگر بر آنند که نکاح هم در وطی و هم در عقد استعمال حقیقی دارد زیرا در هر دو معنی استفاده می شود و بنا بر اصل، وقتی واژه ای در دو معنی استعمال شود نشان از حقیقت بودن در هر دو معنی دارد. قول دیگری استعمال واژه نکاح را برای عقد، حقیقی و برای وطی مجازی می شناسد. عده ای هم عکس آن را پذیرفته اند و قول دیگری معتقد است که واژه ی نکاح مشترک لفظی بین وطی و عقد است (طریحی، ۱۳۷۵، ۴۴۳).

نکاح در اصل و در مفهوم شرعی به معنی ازدواج است (جوهری، ۱۴۰۷، ۴۱۳) خداوند متعال در این آیه می فرماید : (یا ایها الذین امنوا اذا نکحتم المومنات) (احزاب : ۴۹) (ای کسانی که ایمان آورده اید هنگامی که با زنان با ایمان ازدواج و نکاح کردید).

علماء در کلمه نکاح که به معنای عقد یا عمل زناشویی است، اختلاف نظر دارند بعضی فرموده اند کلمه نکاح در معنی واقعی به عقد و در معنای مجازی به عمل زناشویی گفته شده و بعضی عکس این را می گویند (ابن قدامه، ۱۳۸۸، ۴۴۵).

بعضی گفته اند مشترک لفظی است یعنی عمل زناشویی، عقد قرارداد است و بعضی گفته اند کلمه نکاح هم در عقد و هم در عمل زناشویی مجاز و معنای واقعی آن به هم پیوستن است (ابن منظور،

۱۴۱۴، ۴۵۳) بنابراین آنچه در میان اهل لغت شهرت دارد نکاح به معنای وطی و آمیزش کردن است. گروهی گفته اند معنای اصلی آن وطی بوده ولیکن گاهی هم به معنای عقد استفاده می‌شود.

۱-۲- دیدگاه علماء در باب معنای حقیقی واژه نکاح (مفهوم اصطلاحی)

علماء در باب معنای حقیقی واژه نکاح سه دیدگاه دارند :

۱-۲-۱ دیدگاه اول

رأی صحیح در مذهب حنفی، وجهی در مذهب شافعی و دیدگاه برخی از حنابله این است که نکاح حقیقت در «وطی» و مجاز در «عقد» است و اگر در جایی هم معنای عقد از آن اراده شده باشد، به خاطر وجود یک قرینه است (سرخسی، ۱۴۱۴، ۱۷۵).

بر عکس آنچه در میان اهالی لغت شهرت دارد که نکاح به معنای وطی است، مشهور در میان عموم فقهاء این است که نکاح حقیقت در عقد است.

گروهی از جمله فقیهان مذاهب حنبلی (ابن قدامه، ۱۳۸۸، ۳۳۳)، مالکی (عدوی، ۱۴۱۴، ۲۸ و ۲۹) و شافعی (ابن قیم، ۱۴۱۸، ۲۵۴ و ۲۵۵) بر این نظریه ایراد گرفته اند و معتقدند که در این آیه خداوند متعال می فرماید : (حتی تنکح زوجا غیره) (بقره : ۲۳۰) تا اینکه با شوهری غیر از او ازدواج کند (آمیزش نماید) دلالت بر این دارد که نکاح به معنای وطی آمده است.

برخی دیگر از علماء فرموده اند : این آیه در مورد زن سه طلاقه ای است که شوهرش می خواهد به او رجوع کند بر اساس این آیه این موضوع ممکن نیست مگر این که مردی دیگر با زن او ازدواج و آمیزش کند و پس از طلاق، شوهر اول می‌تواند طی عقدی جدید او را به همسری بگیرد.

اما اینکه گفته اند از این آیه به دست می‌آید که معنای نکاح، وطی می باشد درست است زیرا مفهوم وطی از سنت به دست می‌آید. پیامبر اکرم (ص) در پاسخ به این سؤال که : زن سه طلاقه ای که با مردی دیگر ازدواج می‌کند و قبل از دخول طلاق می‌گیرد آیا می‌تواند با همسر اولش

ازدواج کند؟ فرمودند: لا حتی یدوق الآخر من عسیلتها مذاق الاول (بخاری، ۱۴۲۲، ۵۲۶) (نه، یعنی نمی‌تواند مگر اینکه شوهر دوم نیز مانند شوهر اول از او کام بگیرد).

۱-۲-۲- دیدگاه دوم

دیدگاه مالکیه، رأی أصح در مذهب شافعی و رأی صحیح در مذهب حنبلی این است که نکاح حقیقت در «عقد» و مجاز در «وطی» است (شریبینی، ۱۴۱۵، ۶).

۱-۲-۳- دیدگاه سوم

گروهی از احناف، برخی از مالکیه، گروهی از شافعیه و گروهی از حنابله نکاح را مشترک می‌دانند. اما گروهی از حنابله آن را جزء الفاظ متواطی دانسته‌اند، یعنی می‌گویند در هر دو حقیقت است، اما با هم و نه بالانفراد، زیرا اگر بالانفراد باشد، مشترک است و نه متواطی (بهوتی، بدون تاریخ، ۶).

۱-۲-۴- دیدگاه چهارم

گروهی از احناف نکاح را حقیقت در «ضم» دانسته‌اند. برخی از علمای احناف این قول را منافی حمل نکاح بر «وطی» ندانسته‌اند، زیرا آنان «وطی» را جزء مصادیق «ضم» می‌دانند و معتقدند که لفظ وضع شده برای اعم، در همه ی مصادیق خود حقیقت است. اما ابن نجیم اشتراک این دو دیدگاه را نمی‌پذیرد و معتقد است که «وطی» مغایر «ضم» است. نیز ابن مازه می‌گوید: نکاح حقیقت در «ضم» است که شامل «وطی» و «عقد» می‌شود. اطلاق آن بر عقد به این دلیل است که ایجاب و قبول را به هم منضم می‌کند. پس به این اعتبار حقیقت در عقد است، حال آنکه دیگر علمای حنفی نکاح را مجاز در عقد دانسته‌اند.

۱-۳- آثار مترتب بر نزع

اختلاف علماء در باب معنای نکاح، موجب اختلاف آنان در مسائل دیگری شده است که در زیر به بیان و شرح این آثار پرداخته می‌شود:

۱-۳-۱- شهادت بر نکاح و ازدواج

ابن مازہ حنفی می گوید: اگر مردی مدعی شد که زنی زوجه او می باشد و دو نفر شهادت بدهند و یکی از شاهدان بگوید: آن مرد با آن زن نکاح کرده است و دیگری شهادت بدهد که با آن زن ازدواج کرده است، شهادت او پذیرفته می شود. اما گفته اند: شهادت آن دو پذیرفته نمی شود، زیرا نکاح به معنی وطی است. وی می گوید: همین گوینده می گوید: اگر آن دو نفر شهادت بدهند که با او نکاح کرده است، شهادت آن دو پذیرفته نمی شود. اما بر اساس قول اول، شهادت آنان پذیرفته می شود و همین رأی صحیح است (ابن مازہ، بدون تاریخ، ۳۳۶).

۱-۳-۲- ایجاد حرمت مصاهرت به وسیله زنا

فقهاء حسب تفسیر و برداشت خود از واژه نکاح، در تفسیر آیه «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا» (نساء: ۲۲) (و با زنانی که پدرانتان (با آنها) ازدواج کرده اند، ازدواج نکنید، مگر آنچه (زمان جاهلیت بوده) گذشته است، چرا که این کار عملی زشت و منفور و راه و روش بسیار بدی است) با هم دچار اختلاف شده اند. کسانی که معتقدند نکاح به معنی عقد می باشد، بر این باور هستند که لفظ نکاح در این آیه به معنی عقد نکاح است، زیرا قرینه ای در کنار آن نیست. بر همین اساس معتقدند که اگر پدر با زنی زنا کند، ازدواج فرزند این پدر با آن زن جایز بوده و اشکالی ندارد؛ به عبارت دیگر، زنا موجب ایجاد حرمت مصاهرت نمی شود. اما افرادی که نکاح را به وطی معنی کرده اند، معتقدند که شامل وطی حلال- یعنی وطی در عقد نکاح- و وطی حرام- وطی در زنا- می شود. لذا اگر پدر با زنی زنا کند، فرزند این پدر نمی تواند با آن زن ازدواج کند، یعنی زنا موجب ایجاد حرمت مصاهرت می گردد. احناف علاوه بر استدلال به این قضیه، می گویند: اعراب جاهلی زنان پدران خود را به ارث می بردند، بدون اینکه با آن زنان عقد انجام بدهند. پس این فرزندان جانشین و خلف پدر خود در وطی بودند. این گروه می گویند: حرمت ازدواج با زنی که پدر با او عقد کرده، اما با وی وطی انجام نداده است، مستند به اجماع است. اما افرادی که نکاح را در هر دو حقیقت دانسته اند معتقدند که فرقی ندارد که پدر با او زنا کرده

باشد، یا او را عقد کرده باشد، زیرا در هر دو صورت ازدواج با آن زن حرام می‌شود (سرخسی، ۱۴۱۴، ۲۰۵).

۱-۳-۳- تعلیق طلاق بر لفظ نکاح و سوگند یاد کردن به عدم انجام نکاح

اگر طلاق زنی معلق بر نکاح شود کسانی که نکاح را حمل بر وطی کرده‌اند، معتقدند که طلاق زمانی واقع می‌شود که وطی روی دهد. اما کسانی که نکاح را حمل بر عقد کرده‌اند، معتقدند که فقط در صورت انجام عقد ازدواج طلاق واقع می‌شود. البته هر دو گروه مواردی را مستثنی کرده‌اند. نیز اگر کسی قسم یاد کند که نکاح نکرده است، بر اساس دیدگاه احناف در صورت وطی حانث می‌شود، اما بر اساس دیدگاه شافعیه در صورت انجام عقد ازدواج حانث می‌شود (شربینی، ۱۴۱۵، ۸).

۱-۳-۴- نتیجه گیری

در باب معنای نکاح، دیدگاه شافعیه ارجح و برتر به نظر می‌آید، زیرا ذکر جماع و وطی امری قبیح است و کم‌تر کسی راضی می‌شود که علناً در میان مردم به چنین چیزی تصریح کند و در عرف چنین چیزی خلاف ادب تلقی می‌شود. پس در کلام و ادبیات شرع به طریق اولی باید حمل بر معنای عقد شود. حتی برخی علماء ادعا کرده‌اند که نکاح اصلاً در قرآن به معنی وطی نیامده است. نیز چنان که قبلاً آمد، امکان نفی معنای وطی از واژه نکاح وجود دارد پس حمل این واژه بر معنای عقد ارجح است.

۱-۴-۱- تعریف نکاح مسیاری

مسیار (بر وزن مفعال) نکاحی است که اخیراً در برخی کشورهای عربی رواج یافته و در میان فقهاء در مورد ماهیت و مشروعیت آن اختلاف نظر است. این ازدواج به صورت دائم منعقد می‌گردد و زوجه با رضایت تام از برخی حقوق خویش صرف نظر می‌کند تا بتواند خود را با شرایط آن ازدواج وفق دهد. حق نفقه، میت و حق مسکن از حقوقی است که زوجه از آن صرف نظر می‌کند. زوجه در ازای اسقاط این حقوق تا حدودی در زندگی خویش آزاد است. در این ازدواج مرد می‌تواند بدون محدودیت در زمان دلخواه نزد همسرش برود.