

رویکردی تحلیلی بر ماهیت عقد نکاح و نقش آن در حوزه تقنین

جمال نیک‌کار • دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران.

jamalnikkar@phd.guilan.ac.ir

سیدمحمد اسدی‌نژاد • دانشیار، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران. (نویسنده مسئول)

asadinezhad@guilan.ac.ir

اکبر ایمان‌پور • استادیار، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران.

a.imanpoor@guilan.ac.ir

چکیده

خانواده، سنگ‌بنای جامعه بزرگ انسانی است که بی‌ثباتی در آن موجب کج‌روی‌ها، انحرافات و هنجارشکنی‌های اجتماعی خواهد بود. امروزه، نهاد خانواده گرفتار آسیب‌های گوناگون است که به سستی و ناپایداری آن منجر شده است و کشور ما نیز به واسطه آمارهای نگران‌کننده در حوزه مولید، ازدواج و طلاق از این امر مستثنی نیست. آمار مزبور، این ابهام را متبادر می‌سازد که نتایج حاصله، ارتباط موثری با سیاست تقنینی حوزه خانواده و عملکرد مقنن در تدوین مقررات ناظر بر تشکیل و اداره نهاد خانواده داشته و ناکارآمدی مقررات، حداقل یکی از دلایل اصلی وضع پیش‌آمده است. در مقاله پیش‌رو، با اتخاذ روش توصیفی تحلیلی تلاش شده است با مطالعه نظریات مطروحه در خصوص «ماهیت نکاح» به‌عنوان مبنای تشکیل نهاد خانواده، ضمن تعیین نظریه کارا و دارای اثرات تحکیمی، عملکرد قانونگذار ایرانی در حوزه تنظیم مقررات ناظر بر حقوق خانواده مورد کاوش قرار گیرد. نتایج حکایت می‌کند که علیرغم تناسب نظریه مشارکت تلقی شدن عقد نکاح و اثر تضعیفی نظرات دیگر (یعنی معاوضی و عبادی بودن) بر بنیان خانواده، مقنن در تنظیم مقررات حوزه خانواده از رویکردی تلفیقی پیروی نموده است و این امر مستلزم بازنگری جدی است.

واژگان کلیدی: عقد نکاح، خانواده، ازدواج، طلاق، سیاست تقنینی.



مقدمه

در طول تاریخ، در سیاست‌های کلان کشورها تشکیل نهاد خانواده از اهمیت فوق‌العاده‌ای برخوردار بوده و تلاش شده است احکام و قوانین این حوزه به نحوی تدوین شود که تحکیم و سلامت نهاد خانواده تضمین گردد. شارع مقدس اسلام نیز در آیات و روایات متعدد بر اهمیت تشکیل این کانون تأکید داشته و کارکردهای بسیاری چون تنظیم روابط جنسی میان زن و مرد در چارچوب قانون و شرع، استمرار نسل بشر و تربیت و جامعه‌پذیری افراد را برای آن شناسایی نموده است.^۱ با توجه به اهتمام و تأکید ویژه شریعت به سلامت و پویایی نهاد خانواده، مقنن نیز به پیروی از شرع، بنا را در تدوین قوانین این حوزه بر تقویت و تحکیم نهاد خانواده گذاشته و در اصل ۱۰ قانون اساسی^۲ بر برنامه‌ریزی به منظور پاسداری از قداست خانواده و تدوین قوانین در راستای استواری آن تأکید نموده است. همچنین در برنامه هفتم توسعه در راستای اعتلاء و تحکیم بنیان خانواده فصلی مستقل را تحت عنوان «زن، خانواده و جمعیت» به این نهاد اختصاص داده است. اما علیرغم تأکید مقنن بر استحکام نهاد خانواده در قوانین مزبور و تدوین سیاست‌های کلی نظام خانواده مصوب ۱۳۹۵/۶/۱۳ ابلاغی از سوی مقام معظم رهبری، متأسفانه امروزه نظام مقدس خانواده دچار تزلزل و بحران‌هایی گردیده و با تغییرات مهمی چون گذار از خانواده گسترده به هسته‌ای، افزایش سن ازدواج، کاهش میزان ازدواج، افزایش مجرد قطعی و افزایش طلاق و تمایل افراد به ازدواج سفید (غیرشرعی) و مواجه است.^۳ این آمار نگران‌کننده بر ضرورت توجه

۱. سوره شوری، آیه ۱۱؛ سوره بقره، آیه ۱۸۷ و ۲۳۳.

۲. اصل ۱۰ قانون اساسی: «از آنجا که خانواده واحد بنیادی جامعه اسلامی است، همه قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد».

۳. بر اساس آمار منتشر شده از سوی سازمان ثبت احوال، صرفاً در فصل بهار ۱۴۰۲ حدود ۸۰ هزار ازدواج و ۳۸ هزار طلاق (یعنی به ازای هر دو ازدواج حداقل یک طلاق) در کشور ثبت شده است. از سوی دیگر آمار مولید و فرزند آوری در سال ۱۴۰۲ نیز به کمترین میزان آن در یک دهه اخیر (۱۰۵۷۹۴۸ تولد) رسیده است. بر اساس اعلام رئیس هیأت امناء ستاد دینه کشور (در آبان ۱۴۰۲)، ۲۲۰۶ مرد ایرانی به دلیل ناتوانی در پرداخت مهریه در زندانهای کشور زندانی می‌باشند. از سوی دیگر، طبق گزارش سازمان ثبت احوال کشور آمار ازدواج و طلاق نیز در تابستان ۱۴۰۳ به ترتیب نسبت به فصل قبل ۱۹/۰ کاهش و ۱۱/۴ درصد افزایش را تجربه نموده است.

ویژه سیاست‌گذاران حوزه خانواده تاکید نموده و بر مسئولیت پژوهشگران و محققان علوم مرتبط با نهاد خانواده می‌افزاید؛ چراکه پویایی نهاد خانواده و قوانین حاکم بر آن ارتباطی مستقیم با تحقق اهداف متعالی خداوند، سعادت انسان و پیشرفت جامعه اسلامی دارد.

یکی از حوزه‌هایی که سهمی مهم در پویایی خانواده داشته و کارایی آن به تحقق هرچه بیشتر کارکردهای این نهاد منجر می‌شود، تقنین و قانونگذاری است. به نظر می‌رسد، با وجود ابتناء نظام حقوقی ایران بر فقه و حقوق اسلامی، تحقق این مهم (دستیابی به قوانین کارا و پویا در حوزه خانواده) بدون در نظر گرفتن آموزه‌های دینی و پیشینه فقهی و درک صحیح ماهیت عقد نکاح ممکن نخواهد بود و بی‌تردید یکی از دلایل اساسی نابسامانی در حوزه خانواده و آمار نگران‌کننده فوق، عدم توجه مقنن به ماهیت عقد نکاح به عنوان مبنای تشکیل نهاد خانواده است. تتبع در آثار فقها و حقوق‌دانان نشان می‌دهد که در خصوص ماهیت عقد نکاح به عنوان مبنای تشکیل نهاد خانواده، دیدگاه‌های متفاوتی ابراز شده و مقنن در تدوین مباحث حاکم بر نهاد خانواده متأثر از این نظرات قرار گرفته است. وجود اختلاف در ماهیت نکاح از یک سوی و نتایج آماری نامطلوب ارائه شده از وضعیت خانوار در کشور از سوی دیگر، این پرسش را مطرح می‌سازد که ۱- از میان نظریات ارائه شده از سوی فقها و حقوق‌دانان (معاوضی، عبادی، مشارکت و)، کدام نظریه با رویکرد شارع مقدس در آیات مبین قرآن و مقنن در سیاست‌های کلی نظام خانواده همسو بوده و پذیرش آن به تعالی جایگاه خانواده منجر خواهد شد؟ ۲- رویکرد مقنن در تدوین مقررات حوزه خانواده مبتنی بر کدام یک از نظریات ابرازی در حوزه ماهیت نکاح است؟ ۳- چه نسبتی میان آمار ارائه شده در حوزه خانواده با رویکرد اتخاذی مقنن در تنظیم مقررات خانواده وجود دارد؟ فرضیه نگارندگان آن است که مقنن در انتخاب رویکرد متناسب با ماهیت نکاح دچار اشتباه گردیده و مقررات حوزه خانواده را بر اساس مبنای غلط پایه‌گذاری نموده است.

تا به امروز در خصوص ماهیت نکاح مقالاتی چند به رشته تحریر در آمده است^۱؛ اما در هیچ یک از آنها، به تاثیری که پذیرش هر یک از این دیدگاه‌ها (معاوضی، عبادی، مشارکت و.....) بر حوزه تقنین و قانونگذاری خواهد داشت توجه‌ای نشده است. این در حالی است که در این پژوهش با اتخاذ روش توصیفی-تحلیلی تلاش می‌شود ضمن بیان نظرات و ادله فقها و حقوق دانان در خصوص ماهیت نکاح و تحلیل اثر پذیرش هر یک از آنها بر تحکیم نهاد خانواده از یک سوی و بررسی رویکرد مقنن در تدوین مقررات حوزه خانواده از سوی دیگر، پیشنهاداتی در راستای تکلیف مقرر در بند هفتم سیاست‌های کلی نظام خانواده^۲ به منظور بهبود وضعیت خانوار ارائه شود. بی‌تردید تبیین ماهیت نکاح دارای اهمیت و نتایج علمی و کاربردی بسیاری بوده و در ترتب آثار آن که یکی از مهمترین آن‌ها تبیین حقوق و وظایف زوجین است، تأثیر به سزایی خواهد داشت و می‌تواند در استنباط احکام ناظر بر آن و تحلیل عملکرد مقنن و بهبود وضعیت فعلی خانواده‌ها کمک شایانی نماید. لذا پیش از پرداختن به ماهیت نکاح، بدواً مفهوم اصطلاحات تبیین خواهد شد؛ سپس رویکرد فقهی و حقوقی به ماهیت و چیستی نکاح تشریح گردیده و ادله و استدلال‌های فقها و حقوق دانان ارائه می‌شود. در نهایت با تتبع و تحلیل نظریات مطروحه، نظریه مختار برگزیده خواهد شد و نسبت رویکرد مقنن در تنظیم مقررات حوزه خانواده با رویکرد مختار در ماهیت عقد نکاح تشریح خواهد شد.

۱. مفهوم‌شناسی اصطلاحات

۱. برای نمونه بنگرید به: صادقی مقدم، محمد حسن؛ صادقی، محمد؛ امیری سرارودی، سید رضا (۱۳۹۵)، ماهیت و جایگاه عقد نکاح در میان عقود معاوضی و غیر معاوضی، نشریه آموزشهای فقه مدنی، شماره ۱۳؛ نصیری، احمد (۱۳۸۸)، بررسی ماهیت عقد نکاح از دیدگاه فقه و حقوق، نشریه دادرسی، شماره ۷۴؛ قمری، اسماعیل؛ فتاحی، جمیل (۱۴۰۳)، تأثیر ماهوی معاوضی عقد نکاح در الزام به تمکین، نشریه حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴، شماره ۳.

۲. بند ۷ سیاستهای کلی نظام خانواده مصوب ۱۳۹۵/۶/۱۳ ابلاغی از سوی مقام معظم رهبری: «بازنگری، اصلاح و تکمیل نظام حقوقی و رویه‌های قضایی در حوزه خانواده متناسب با نیازها و مقتضیات جدید و حل و فصل دعاوی در مراحل اولیه توسط حکمیت و تأمین عدالت و امنیت در تمامی مراحل انتظامی، دادرسی و اجرای احکام در دعاوی خانواده با هدف تثبیت و تحکیم خانواد».

نکاح: برای واژه نکاح در کتب لغت معانی گوناگونی از قبیل عقد، وطی، انضمام بیان شده است (جوهری، ۱۴۱۰، ج ۱: ۴۱۳). میان لغویین در خصوص این معانی از جهت اشتراک لفظی یا حقیقی و مجازی اختلاف حاکم است؛ برخی از اهل لغت نکاح را به معنای وطی دانسته و به کار رفتن آن را در معنای عقد مجاز می‌دانند (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۲: ۲۲۶)؛ اما برخی دیگر برخلاف گروه نخست، نکاح را در اصل به معنای عقد و مجازاً وطی به کار برده‌اند (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۸۲۳؛ حلی، ۱۳۸۷، ج ۳: ۲). عده‌ای نیز آن را مشترک بین این دو معنا عنوان نموده‌اند (طریحی، ۱۳۷۵، ج ۲: ۴۲۱). در میان فقها و حقوق‌دانان نیز تعاریف بسیاری از نکاح صورت گرفته است. برخی از فقها نکاح را فراتر از عقد دانسته و بیان داشته‌اند: «نکاح عبارت است از اعتبار علقه زوجیت در قلمرو ذهنی که به واسطه مظهر خارجی که همان الفاظ ایجاب و قبول در عقد است ابراز می‌شود» (موسوی خوئی، بی‌تا: ج ۳، ۵۱). برخی نیز نکاح یک قرارداد اخلاقی و خاص دانسته‌اند که قواعد عمومی قراردادها به طور کلی در آن سرایت نداشته و بیشتر احکام آن را قانون‌گذار مشخص نموده است (مبین و فالی، ۱۴۰۴: ۵).

خانواده: خانواده در لغت به معنای خاندان، دودمان، خیل، تبار است (دهخدا، ۱۳۷۲، ج ۶: ۸۲۹۲). در اصطلاح یک گروه خویشاوندی است که در اجتماعی کردن فرزندان و برآوردن برخی نیازهای بنیادین دیگر، مسئولیت اصلی را به عهده دارد (کوئن، ۱۳۸۷: ۱۶۹).

۲. دیدگاه فقها در خصوص چیستی و ماهیت عقد نکاح

دین اسلام، نکاح را یک امر اجتماعی و هماهنگ با قانون آفرینش بیان داشته که انسان برای بقای نسل و آرامش جسم و روح، به آن نیازمند است. دین اسلام هدف ازدواج را برخلاف معیارهای عصر جاهلیت، صرف ارضای غریزه جنسی، تولید نسل و لذات مادی ندانسته و هدف اصلی را حفظ دین زوجین، حفظ کرامت، عفت و حیا و تکامل معنوی انسان معرفی نموده است (مطهری، ۱۳۸۴: ۴۷). در آیات و روایات^۱

۱. رسول اکرم (ص) ازدواج را به عنوان سنت خویش معرفی نموده و هیچ بنایی را در اسلام نزد خداوند محبوبتر و گرمی‌تر از ازدواج ندانسته است و فرموده است: «ازدواج کنید تا جمعیت شما زیاد شود؛ زیرا من در قیامت به وجود شما بر سایر امت‌ها می‌بالم» (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۱۷: ۲۵۹).

بسیاری بر اهمیت و ترغیب به امر نکاح، تأکید شده است، به طوری که خداوند متعال در مورد تسریع به ازدواج در آیه ۲۳ سوره نور^۱ چنین می‌فرماید: «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».

مداقه در کلام فقها در خصوص عقد نکاح حاکی از آن است که ایشان به صورت صریح و مستقل در خصوص ماهیت نکاح اظهار نظر نکرده‌اند. بلکه ضمن مباحث و احکام مختلف همچون مهریه، نفقه، تمکین، حق حبس و ... و با توجه به تأکیدات وارده در آیات و روایات به تبیین چیستی و ماهیت عقد نکاح پرداخته‌اند و برای اثبات نظر خود به دلایلی مختلف همچون قرآن، سنت و احکام استناد نموده و نظرات خود را حول محورهایی چون «معاوضی»، «غیرمعاوضی»، «شبه معاوضی»، «عبادی» و ارائه کرده‌اند که در ذیل به بررسی ادله مدافعان هر یک از این رویکردها پرداخته می‌شود.

۱-۲. نکاح به مثابه عقد معاوضی

تتبع و نگاه اجمالی به عبارات و متون فقهی حاکی از آن است در نظر غالب فقهای امامیه، عقد نکاح و نهاد ازدواج متأثر از نهاد بیع و تجارت بوده و با توجه به جریان داشتن برخی از احکام معاوضات در نکاح، آن را در زمره عقود معاوضی دانسته‌اند؛ البته در این میان، قداما و فقهای متقدم بیش از متاخرین قائل بر این نظر بودند. در کلام این فقیهان مهریه به عنوان عوض از بضع و عقد نکاح به عنوان یک عقد معاوضی که موجب مبادله ملکیت عوضین می‌باشد، عنوان شده است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴: ۳۱۰؛ حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲، ج ۲۲: ۱۰۷؛ طرابلسی، ۱۴۱۱: ۱۳۸؛ هذلی حلی، ۱۴۰۸، ج ۲: ۳۳۳؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۲: ۷۳؛ مدرسی یزدی، ۱۴۱۵، ج ۳: ۲۷؛ حسینی شیرازی، ۱۳۶۴، ج ۳: ۲۰۰). البته شماری از قائلین بر معاوضی بودن نکاح دائم به رابطه بین نفقه و تمکین اشاره نموده و عوض مالی در برابر بهره وری جنسی در نکاح را نه مهر، بلکه نفقه می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴ ج ۳: ۳۱۷). برخی از فقهای اهل سنت نیز ضمن معاوضی خواندن عقد نکاح، مهر را به مثابه یکی از دو طرف معامله فرض کرده و

۱. «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ».

ماهیت نکاح بین زوجین را معاوضه اعلام کرده‌اند (کاشانی، ۱۴۰۶، ج ۵: ۳۴۶؛ زرکشی، ۱۴۱۳، ج ۵: ۱۲؛ الرافعی، بی‌تا، ج ۶: ۴۰۴). این گروه از فقها در توجیه و اثبات دیدگاه خود به دلایلی مختلفی استناد نموده‌اند که در ذیل به تبیین این دلایل پرداخته خواهد شد.

۲.۱.۱. نظرات مبتنی بر آیات و روایات و صیغه لفظ نکاح

از جمله آیاتی که بر عوض بودن مهر و نفقه در قرآن به آن استناد شده، آیه شریفه ۳۴ سوره نساء است. صاحب جواهر در اثبات معاوضی بودن عقد نکاح به آیه مزبور استناد نموده و معتقدند مرد در برابر نفقه‌ای که می‌پردازد حق استمتاع از زن را دارا است، به طوری که اگر زن امتناع ورزد نفقه‌اش قطع خواهد شد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱: ۶۰۶). برخی از فقها برای اثبات معاوضی بودن نکاح به اطلاق لفظ «أجر» درباره مهریه در آیات شریفه ۲۴ سوره نساء، ۵ سوره مائده، ۵۰ سوره احزاب استناد نموده و معتقدند مهر به عنوان اجر در عقد نکاح بوده و شارع مقدس در مقابل استمتاعی که زوج از زوجه می‌برد، پرداخت مهر را لازم دانسته است و این استعمال بیانگر عوض بودن مهر در نکاح است؛ همان‌طور که استعمال واژه اجر در معاملات، علامت عوض بودن آن می‌باشد. از طرفی بدیهی است هر عوض در مقابل معوض پرداخت می‌شود که این معوض باتوجه به کلمات فقیهان امامیه همان بضع و بهره جنسی از زوجه است. بنابراین نکاح از زمره عقود معاوضی است که مهر و بضع در آن مبادله می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱: ۳۹؛ حلی سیوری، ۱۴۰۴، ج ۳: ۲۱۳؛ بیضاوی، ۱۴۱۸، ج ۴: ۲۳۵).

گروهی از فقها به روایات نقل شده از ائمه (ع) و استعمال عباراتی چون ثمن، مستام و برای مهر استناد و معتقدند از مضمون روایات نقل شده از ایشان میتوان معاوضی بودن نکاح را استنباط کرد. برخی به روایتی از امام باقر(ع) اتکا نموده که از ایشان در مورد شخصی که قصد ازدواج با زنی را داشته پرسش شد که آیا این مرد میتواند به زن نگاه کند؟ و حضرت در پاسخ فرمودند: آری؛ همانا این مرد قصد خریداری آن زن را به ثمن گران و زیاد دارد (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵: ۳۶۵). ایشان روایت مزبور را دلیلی بر معاوضی بودن نکاح دانسته و بیان داشتند استعمال واژه ثمن در کلام امام برای مهریه گویای این است که بین مهر و بضع در نکاح مبادله‌های صورت می‌گیرد همانند مبادله بین ثمن و کالا در عقد بیع؛ از این رو

عقد نکاح نیز همانند بیع، عقدی معاوضی قلمداد می‌شود. در بحث ضمان مهریه قبل از قبض نیز (که از لوازم معاوضی بودن نکاح است) برخی از فقها اشاره به اطلاق ثمن برای مهریه در روایت فوق کرده و از کلام ایشان استفاده می‌شود که روایت فوق بر معاوضی بودن عقد نکاح دلالت دارد (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۳۱: ۳۹). عده‌ای نیز به روایت سکونی از امام صادق (ع) استناد^۱ و معتقدند از استعمال ثمن، عوضیت مهر در نکاح و معاوضی بودن عقد نکاح قابل اسنباط است (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۳: ۸۳). برخی دیگر به روایتی از امام علی (ع) استناد نمودند^۲ که ایشان تعلیل جواز نظر به زن در خواستگاری را ارزشیابی و قیمت‌گذاری او ذکر کرده است. واژه مستام به معنای در معرض فروش و معامله قرار گرفتن است که در روایت کنایه از جنس خریده شده است (صاحب بن عباد، ۱۴۱۴، ج ۸: ۴۰۳).

علاوه بر آیات و روایات مارالذکر، دلیل دیگری که برای اثبات معاوضی بودن عقد نکاح به آن استناد شده، استعمال عبارت «زوجتک بکذا» و مشابه آن در عقد نکاح است. برخی معتقدند «باء» موجود در این صیغه به معنای مقابله است که حمل بر عوض می‌شود همانند «بعتک هذا بهذا»؛ که در کلام عرب زبانان هنگام قصد معاوضه بین دو شیء به کار برده می‌شود (ابن هشام، بی‌تا، ج ۱: ۱۰۴). از همین رو چنین برداشت نموده‌اند که در عقد نکاح نیز زوجین با قصد معاوضه و مبادله عقد را انشا می‌کنند و عقد نکاح یک عقد معاوضی قلمداد می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱: ۳۹).

۲،۱،۲. نظرات مبتنی بر احکام و معنای لغوی نکاح

برخی از فقها در توجیه معاوضی بودن نکاح به حق استرداد مهر در صورت معیوب بودن آن استناد نموده و معتقدند امکان بازگرداندن مهر معیوب برای زوجه و تکلیف زوج به پرداخت مهر صحیح دلالت بر معاوضی بودن عقد نکاح دارد؛ چراکه حق استرداد از لوازم عقود معاوضی است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱: ۳۹). عده‌ای دیگر برای اثبات ماهیت معاوضی عقد نکاح به معانی لغوی لفظ نکاح، یعنی: «وطی» و «ضم، جمع و تداخل» استناد کرده‌اند (واسطی، ۱۴۱۴، ج ۴: ۲۴۰؛ الفیومی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۶۲۴). برخی

۱. «لانه ثمن رقیبتها و هی احق بمهرها» (حرعاملی، ۱۴۲۴، ج ۲: ۲۸۱).

۲. «لاباس انما هو مستام فان یقض امر یكون» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷: ۴۳۵).

نیز نکاح را ترکیبی از دو ماهیت قران و املاک عنوان کرده و بیان داشته‌اند نکاح از یک سو، ایجاد نوعی پیوند و همبستگی میان دو زوج و زوجه است و از سوی دیگر، پرداخت مهریه، در برابر یا عوض بهره‌وری جنسی است (بحرانی، ۱۴۲۹، ج ۱: ۴۲۱). از طرفی به حق حبس زوجه در عقد نکاح استناد نموده و حق امتناع زوجه از تمکین را مقتضای معاوضی بودن عقد نکاح دانسته‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۴: ۴۶۰). عده‌ای نیز حق حبس زوجه و اختیار وی در خودداری از تمکین تا پیش از استیفای کامل مهر و عدم تفاوت میان اعسار و ایسار زوج را حاکی از پذیرش عوض بودن مهر و یا حداقل واجد احکام آن بودن می‌دانند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۲: ۷۳).

۲-۲. نکاح به مثابه عقد غیر معاوضی

برخی از فقهای متقدم و اکثر فقهای متاخر نظریه غیر معاوضی بودن عقد نکاح را برگزیده (نابینی، ۱۴۳۱، ج ۱: ۲۴۸؛ خوئی، ۱۴۱۷: ۱۵۷؛ سبحانی، بی تا، ج ۱: ۱۲۱؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۳: ۴۰۰) و تلاش نمودند با استفاده از برخی احکام جاری در باب نکاح و قیاس آن با جریان احکام خاص در معاوضات، درصدد اثبات غیرمعاوضی بودن این عقد برآیند. ایشان برای ابطال ادله مخالفین خود، ایراداتی را بر دلایل ایشان ابراز نموده و آن ادله را برای اثبات معاوضی بودن نکاح قاصر دانسته‌اند.

فخرالمحققین از جمله فقهایایی بودند که نکاح موقت و دائم را دارای ماهیت یکسانی ندانسته و معتقد بودند برخلاف نظر قائلین بر ماهیت معاوضی نکاح، مهریه رکن نکاح دائم محسوب نشده و آنچه عنصر اساسی و رکن نکاح است وجود زوج و زوجه می‌باشد. ایشان عقیده داشتند مهریه به هدیه نزدیک‌تر است تا عوض؛ چراکه اگر مهریه عوض بود با عدم ذکر آن و یا بطلان آن، معوض نیز باطل می‌گردید، حال آنکه در نکاح دائم این گونه نیست (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۳: ۴۰۰). از سوی دیگر، تنصیف مهر در طلاق پیش از آمیزش نیز دلیلی دیگر بر ماهیت غیرمعاوضی نکاح است؛ زیرا اگر نکاح معاوضه محض بود باید با مرتفع شدن یکی از عوضین، عوض دیگر نیز به کلی ساقط می‌گردید، این در حالی است که با طلاق پیش از آمیزش، تنها نیمی از مهر ساقط می‌شود (همان، ۲۲۰).

گروهی از فقها نیز رکن نبودن مهر در عقد نکاح را دلیلی بر ماهیت غیرمعاوضی نکاح دائم عنوان نموده و برای اثبات نظر خود به آیه ۲۳۶ سوره بقره و روایتی از امام صادق (ع) استناد نموده^۱ که فرمودند: «نکاح دائم برخلاف نکاح منقطع با عوض تقویم نمی‌شود» (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۴۹). ایشان بی‌اعتباری شرط خیار در نکاح و اعتبار شرط خیار در صدق را نشانه‌ی غیرمعاوضی بودن نکاح و رکن نبودن مهر در آن دانسته و معتقدند وقتی انعقاد عقد نکاح بدون مهر صحیح است، ادخال آن با شرط نیز به طریق اولی صحیح خواهد بود (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۲۳: ۳۴۹).

برخی از فقهای معاصر نیز با تاکید بر امکان تعیین مهر پس از عقد و اینکه در عقود معاوضی، عوضین باید حین العقد معلوم باشد، نکاح را دارای ماهیتی غیرمعاوضی دانسته و از آن به عنوان «برزخ بین معاوضه و عبادت» یاد کرده‌اند (سبحانی، بیتا، ج ۲: ۲۰۲). در میان فقهای اهل سنت نیز برخی نظریه معاوضی نکاح و دیدگاه عوض بودن مهر را رد نموده و معتقدند مهریه اثری از آثار عقد و حقی از حقوق زوجه است که بر ذمه زوج مستقر می‌شود، اما شرط صحت آن نیست و به همین جهت است که عقد نکاح بدون ذکر مهریه نیز منعقد می‌شود. در حقیقت مهریه هدیه‌ای از طرف زوج به زوجه است که هدف از آن نزدیکی قلب‌هاست (ابوزهره، ۱۴۲۰: ۳۱۸).

۳-۲. نکاح به مثابه امری عبادی

قائلین به عبادی بودن نکاح آن را دارای جنبه اخروی دانسته و نوعی عبادت تلقی می‌کنند؛ چراکه ازدواج و تشکیل خانواده ارتباط ویژه‌ای با حفظ دین انسان مؤمن دارد، به طوری که رسول اکرم ازدواج را نوعی صدقه عنوان نموده که موجب کمال دین فرد مومن و با تقوا می‌شود (بیهقی، ۱۴۲۲، ج ۷: ۳۴۰؛ نیشابوری، ۱۴۱۹، ج ۲: ۶۲۷). شهید ثانی از اولین فقهای بودند که موضوع عبادی بودن نکاح را مطرح کرده و معتقد بودند بسیاری از احکام نکاح توقیفی بوده و بیشتر ملحق به عبادات است تا معاملات؛ و به همین جهت است که جعل اختیار فسخ با شرط در نکاح جایز نیست (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۵: ۱۲۰ و ۳۳۵).

۱. روایتی به حضرت امام صادق (ع) منتسب است که می‌فرماید: «فی رجل تزوج امراه و لم یفرض لها صداقها ثم دخل بها. قال علیه السلام: لها صداق نساها» (حرعاملی، ۱۴۲۴، ج ۲۱: ۲۶۹).

ایشان همچنین در تقریر دیگر خود به ضرورت توجه به فلسفه وضع مهریه در نکاح منقطع و دائم اشاره داشته و اظهار نمودند: «اصل بر اشتراط مهریه در نکاح منقطع است نه نکاح دائم، در نتیجه صحت نکاح موقت منوط به وجود مهریه است و بدون آن باطل؛ اما صحت نکاح دائم بسته به وجود مهریه نیست و دلیل آن به اهداف این عقود برمی گردد؛ زیرا هدف اصلی ازدواج موقت استمتاع جنسی و حفظ نفس از افتادن در گناه است، اما هدف اصلی نکاح دائم بقای نسل و اغراض مهم دیگری است که بر آن مترتب شده است» (شهید ثانی، ۱۴۲۰، ج ۸: ۲۱۴). عده‌ای نیز همانند شهید ثانی، نکاح را ملحق به انواع عبادات می‌داند تا معاوضات و دلیل بطلان اشتراط خیار در نکاح را به همین جهت دانسته‌اند و معتقدند نکاح از مقدمات عبادت و مکمل آن است (مصباح، ۱۳۸۰: ۲۵۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۴: ۲۱۸؛ تجلیل تبریزی، ۱۴۱۲: ۶۴۰). برخی دیگر از فقیهان شیعه نیز برای توجیه عبادی بودن نکاح به عدم ضرورت تعیین مهر در نکاح دائم استناد نموده و اظهار داشتند که ذکر ثمن در عقود معاوضی شرط صحت عقد است و این درحالی است که در نکاح دائم این شرط وجود نداشته و هرگاه مهر ذکر نشود یا مهر فاسد باشد، عقد صحیح است (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۴: ۴۲۴). محقق کرکی نیز از دیگر فقهای بودند که ذکر مهر را در نکاح دائم شرط صحت ندانسته و بیان داشتند که نکاح دائم شباهتی به معاوضات ندارد؛ چرا که هدف از نکاح دائم استمتاع جنسی نبوده، بلکه بقای نسل و تشکیل خانواده است (محقق کرکی، ۱۴۱۵، ج ۱۳: ۱۲).

در میان فقهای اهل سنت نیز رویکرد عبادی نکاح مورد توجه قرار داشته و مصون ماندن نفس از وقوع در فحشاء و به دست آوردن فرزند مشروع به عنوان آثار نکاح بیان شده است. ابن همام از علمای حنفی، علیرغم آنکه نکاح را مشتمل بر دو عرصه عبادت و معامله بیان نموده است، اما نهایتاً نکاح را به عبادات نزدیک‌تر دانسته و اشتغال به آن را نسبت به گوشه‌گیری برای عبادت محض افضل می‌داند (ابن همام، بی‌تا، ج ۳: ۱۸۴). ابن قدامه از دیگر فقهای اهل سنت نکاح را دارای ماهیتی عبادی و اصل حکم آن را استحباب دانسته و اشتغال به آن را از اشتغال به عبادات مستحبی بهتر می‌داند (ابن قدامه، ۱۳۸۸،

ج ۷: ۳). غزالی نیز در خصوص عبادی بودن نکاح بر این باور است که: «نکاح از جمله راه دین است، چراکه موجب حفظ دین اشخاص شده و شهوات شیطانی را از ایشان دور می‌نماید (غزالی، ۱۳۳۳: ۲۳۸). برخی از فقهای معاصر نیز در این راستا عنوان داشتند که نکاح معاوضه حقیقیه نبوده و شائبه تعبد در آن وجود دارد؛ زیرا از یک سوی برخلاف عقود معاوضی که ذکر عوضین از ارکان عقد است؛ در عقد نکاح ذکر مهریه شرط نیست و وجود زوج و زوجه به عنوان رکن عقد تلقی می‌شود نه زوجه و مهر. همچنین اگر زوجه و مهر رکن عقد نکاح بود باید بیان می‌شد: «زوجتک نفسی بالمهر المعلوم»، اما مذاقه در متون فقهی در خصوص قواعد مربوط به تشکیل عقد نکاح و ساختار صیغه نکاح، بیانگر آن است که عقد نکاح و مهریه با حرف جرّ علیّ انشا شده است و بیان می‌شود: «زوجتک النفسی علیّ المهر المعلوم»؛ در نتیجه مهر شرط بوده و برداشت رکن از آن واجد ایراد خواهد بود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ الف، ج ۶: ۳۰؛ موسوی قزوینی، ۱۴۲۴، ج ۲: ۷۲۶). از سوی دیگر، در تمام ابواب معاوضات، مغبون خیار فسخ دارد؛ ولی در باب نکاح اگر کسی مغبون شود، خیار غبن ندارد و یا در معاوضه، وجود هر عیبی موجب تحقق خیار عیب است، اما در نکاح تنها بعضی از عیوب موجب خیار عیب هستند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ب، ج ۶: ۳۰-۵۶). از طرفی نباید از یاد برد که مهریه عطیه الهی^۱ و اندوخته‌ای برای آینده زن، پشتوانه‌ای برای حفظ حقوق وی و ترمزی در برابر تمایلات مرد نسبت به طلاق می‌باشد که جهت احترام به حقوق زن تعیین می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۳۸۷، ج ۳: ۳۳۵).

۴-۲. نکاح به مثابه امری شبه معاوضی

۱. فقیهی دیگر در تفسیر آیه «وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَهُ» (نساء/۴) بیان نمودند: تعبیر «صداق» و «نحله» نشان ادب و حیا در کلام الهی و نیز تکریم و تجلیل زنان است تا کسی تصور نکند که امر مقدس ازدواج نوعی خرید و فروش است و زن خود را در ازای مهریه در اختیار شوهر می‌گذارد. بنابراین مهریه در عقد نکاح عوض چیزی محسوب نمی‌شود، بلکه عطیه الهی است که مرد به منظور ابراز علاقه و تمایل خود به زن و ازدواج با او، به حکم خداوند متعال پرداخت می‌نماید (جوادی آملی، ۱۳۸۸، ج ۱۷: ۳۰۵). برخی نیز با استناد به آیه مارالذکر، عوضیت مهر را انکار کرده و معتقدند معنای عوض با نحله مباین بوده و عوض شامل نحله نمی‌شود؛ زیرا معنای نحله تبرع و هدیه است (هاشمی شاهرودی و دیگران، ۱۴۲۶، ج ۳: ۲۸۸).

گروهی از فقها علیرغم آن که نظر به معاوضی بودن نکاح دارند، اما آن را معاوضه محض محسوب نکرده و به عنوان عقدی شبه معاوضی از آن یاد کرده‌اند. علامه حلی با اعتقاد به این امر معتقد بودند نکاح امری است که هدف از آن تولید نسل، عفت و پاکدامنی، کنترل نگاه و پایان دادن به هجوم شهوت و رسیدن به لذت و استماع جنسی است که به تبع آن توارث، وجوب نفقه و مهر می‌آید و از این حیث شبیه معاوضه است اما معاوضه محض نیست (حلی، ۱۴۰۷، ج ۳: ۴۱۴). علامه مهریه را ابرازی برای تعیین اهمیت عقد ازدواج، ضرورت اکرام و احترام به شخصیت زن، اظهار حسن نیت و صداقت مرد برای ازدواج با او و زمینه‌ای برای دوام معاشرت و زندگی زناشویی دانسته است (حلی، ۱۴۱۵: ۱۸۴).

برخی از فقها نیز غرض از نکاح را احصان و تولید نسل دانسته و آن را معاوضه محض نمی‌دانند و معتقدند دلیل عدم صحت شرط خیار در عقد نکاح نیز آن است که نکاح مانند بیع و امثال بیع معاوضه محض نیست (اصفهانی، ۱۴۱۶، ج ۷: ۵۴-۱۰۱). عده‌ای از فقها نیز ماهیت نکاح را معاوضه محض نداشته و معتقدند برخلاف سایر معاوضات که تعیین عوضین با کیل، وزن و عدد می‌باشد، در عقد نکاح تعیین مهر به کیل، وزن، عدد و حتی مشاهده نیز ممکن است و این نتیجه ماهیت شبه معاوضی نکاح است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۸۴).^۱

برخی دیگر از فقهای معاصر به عدم لزوم خروج مهر از ملک زوج اشاره نموده و بیان داشتند: «در عقود معاوضی ثمن از مالکیت کسی خارج می‌گردد که به موجب عقد، مالک عوض می‌شود و داخل شدن عوض در ملک صاحب معوض، مقتضای عقد معاوضه است. اما مسئله آن است که این امر در عقد نکاح جاری نبوده و پدر زوج می‌تواند مهر را بپردازد و بضع در ملک پسر او که زوج است داخل شود و این امر دلالت بر غیرمعاوضی بودن عقد نکاح دارد (لنکرانی، ۱۴۲۱: ۴۲۰).

۳. دیدگاه حقوقدانان در خصوص چیستی و ماهیت عقد نکاح

۱. برخی از فقها دیگر نیز جواز مسامحه در مهر و عدم اشتراط تعیین دقیق مهر دلیلی بر ماهیت شبه معاوضی آن دانسته‌اند و بیان داشتند: «تعیین عوضین در معاوضات شرط تحقق آنها است و اگر مجهول باشند بر مبنای قاعده فقهی نهی از غرر، عقد باطل خواهد بود. این درحالی است که تحقق نکاح متوقف بر تعیین اشخاص است و نه تعیین صداق. لذا از این رو، در فرض وجود مهر، صرف مشاهده آن یا تعیین آن به نحوی که رفع ابهام کند، کافی است (کوه کمری، ۱۴۰۹: ۲۳۲).

حقوق دانان همچون فقها در خصوص ماهیت نکاح اختلاف نظر داشته و آن را دارای ماهیتی معاوضی، غیرمعاوضی، شبه معاوضی، عبادی و مشارکت می‌دانند. حقوق دانان برای توجیه نظرات خود استدلالهای متفاوتی ارائه نموده‌اند. اکثریت حقوق دانان قائل بر ماهیت غیرمعاوضی نکاح بوده و با ادله متفاوتی به تبیین این ماهیت غیرمعاوضی پرداخته‌اند. برخی مقایسه ازدواج به مبادله بین دو مال و تصور خریدار و فروشنده را یک قیاس باطلی دانسته و معتقدند اگرچه پیمان زناشویی از عقود لازم است؛ اما به دلیل غلبه جنبه اجتماعی آن، این عقد را باید از سایر عقود متمایز ساخت (دیانی، ۱۳۸۷: ۴۶). برخی دیگر ضمن مخالفت با ماهیت معاوضی نکاح بیان داشتند: «رابطه مهریه با تمکین زن را نمیتوان با رابطه عوض و معوض در قراردادهای مالی قیاس نمود؛ زیرا شخصیت اخلاقی انسان او را از سایر حیوانات متمایز می‌سازد و انسان هیچ گاه موضوع حق قرار نمی‌گیرد. اگرچه در برخی موارد الزام‌های زن و شوهر شبیه به تعهدات عقود معاوضی است، اما از این شباهت نمی‌توان برداشت کرد که مهر در برابر تمکین قرار داشته و قواعد سایر معاملات بر عقد نکاح حاکم است» (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۲: ۱۰۳). ایشان فلسفه تعیین مهر را جبران نقص ارث زن و جلوگیری از طلاق‌های بی‌مورد دانسته و معتقدند زن در برابر مهر خود را نمی‌فروشد، بلکه با مرد پیمانی می‌بندد که اثر قهری آن الزام مرد به دادن مهر و تکلیف زن در تمکین است (همان، ۱۲۹).

برخی از حقوق دانان نکاح را دارای ماهیتی شبه معاوضی دانسته‌اند و معتقدند اگرچه مهر رکن عقد نکاح نبوده و یکی از عوضین محسوب نمی‌شود اما از نظر حکم تابع قواعد معاملات (معاوضات) است. بنابراین اگرچه عقد نکاح از معاوضات حقیقی به شمار نمی‌رود اما با توجه ذکر مهر در آن ملحق به معاوضات است (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۲۲۳). برخی دیگر ضمن توصیف مهر، عقد نکاح را عقدی مبتنی بر مسامحه و از عقود شبه معاوضی محسوب نموده‌اند و معتقدند مهر قراردادی تبعی نبوده تا جدا از اصل نکاح منعقد گردد، بلکه مالی است که مقنن به موجب عقد نکاح، مرد را ملزم به پرداخت آن نموده و زوجین در تعیین آن اختیار دارند (روشن و صادقی، ۱۳۹۰: ۶۶۱). عده‌ای نیز عقد نکاح را نوعی شبه معاوضه قلمداد نموده و واجد دو جنبه تکلیفی و مالی می‌دانند. جنبه تکلیفی از جهت احکام تکلیفی

است که به جهت عقد متوجه زوجین می‌گردد و جنبه مالی آن از جهت برخی از احکام عقود معاوضی (همانند حق حبس) است که به تبع مهر متوجه عقد می‌شود (عظیم زاده اردبیلی، ۱۳۹۰: ۳).

عده‌ای از حقوقدانان نکاح را دارای ماهیتی عبادی بیان کرده‌اند. برخی از ایشان حقیقت نکاح دائم را زوجیت دانسته و مهر را یک امر فرعی و تبعی می‌دانند و معتقدند رابطه میان مهر و زوجیت، رابطه حقیقی بین عوض و معوض در عقود معاوضی نیست تا بطلان مهر سرایت در نکاح نماید. ایشان نکاح را دارای دو جنبه عمومی و خصوصی دانسته و بیان داشتند منظور از جنبه عمومی همان رویکرد عبادی مورد تایید علمای اسلامی و منظور از جنبه خصوصی همان جنبه مالی نکاح است که در خارج به صورت مهریه در می‌آید. همچنین تاکید نمودند اگرچه جنبه خصوصی نکاح (مهریه) از حیث نزدیکی بین زوجین به مثابه عقود معاوضی است و هرگاه قانون در خصوص موضوعی حکمی خاص نداشته باشد اصول و قواعد معاوضات را بر آن حکومت می‌کند؛ اما این امر نمی‌تواند نکاح را از جنبه عمومی آن خارج کند و در زمره عقود معاوضی قرار دهد (امامی، ۱۳۹۳: ۱۹۳). برخی نیز ضمن انتقاد از نظریاتی که نکاح را دارای ماهیت عبادی ندانسته، آن را عقدی ذاتا عبادی معرفی کرده و علت تشبث آنرا در ماهیت نکاح را نگاه فقهی محض به آن می‌دانند. ایشان با استناد به عبارت «میثاقا غلیظا» در آیه ۲۰ و ۲۱ سوره نساء تفسیری متفاوت از تفسیر علامه طباطبایی و آیت الله جوادی آملی برای این عبارت ارائه نموده و ضمن اعلام کفایت آیات مزبور برای عبادت تلقی نمودن عقد نکاح، مراجعه به قرآن کریم را به عنوان مهمترین منبع استنباط احکام ضروری دانسته‌اند (دادمرزی، ۱۳۹۳: ۱۰۲-۱۰۸).

برخی از حقوقدانان نیز قائل به ماهیت مشارکت برای عقد نکاح بوده و با توجه بر عدم تأثیر ذکر مهر در صحت نکاح، بر رکن نبودن مهر در نکاح تاکید داشته و فرض معاوضی بودن آن را رد نموده‌اند؛ زیرا عدم ذکر عوض در عقود معاوضی موجب بی‌اعتباری و بطلان قرارداد است و این درحالی است که عدم ذکر مهر به صحت نکاح خللی وارد نمی‌کند (صفایی و امامی، ۱۳۹۲، ج ۱: ۱۹۴). از نظر ایشان نکاح یک قرارداد شخصی است که هدف اساسی آن شرکت در زندگی است؛ در نتیجه نباید آن را یک قرارداد معاوضی یا شبه معاوضی تلقی نمود و احکام ویژه عقود مالی را بر آن بار نمود (همان، ۱۷۹).

جعفری لنگرودی نیز در کتاب الفارق، ماهیت عقد نکاح را از مشارکات دانسته و مباحث نکاح را بر همین مبنا تبیین نموده است. ایشان چگونگی این مشارکت را تابع تحولات عرف بیان داشته و سخن السبکی در این باره که «ازدواج از مقولات مشارکات است نه معاوضات» را تحسین نموده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ج ۵: ۱۹۸). ایشان در تعریفی که از عقد نکاح ارائه نموده بر ماهیت مشارکتی نکاح نیز تاکید نموده و بیان داشتند: «نکاح عقد مشارکت است و التزام طرفین در عقد نکاح، آنان را متعهد به رعایت شئون و طواری مشارکت می‌کند.» (همان، ۲۰۵). برخی نیز بدون اینکه نظر خود را مبتنی بر استدلالی نمایند برای مهر در عقد نکاح نقش عوض قائل بوده و نظر به ماهیت معاوضی نکاح دارند (حائری شاهرخ، ۱۳۸۷، ج ۲: ۹۴۶).

۴. سنجش نظریات مطروحه در خصوص ماهیت نکاح و تحلیل اثر پذیرش هریک بر تحکیم نهاد خانواده

بررسی نظریات فقها و حقوقدانان حاکی از آن است که به طور کلی نظریات مطروحه در خصوص ماهیت عقد نکاح بر سه محور آیات و روایات، احکام ناظر بر امور تبعی ناشی از نکاح (همچون جریان داشتن حق حبس، مهریه، نفقه) و فلسفه و اهداف ناظر بر تشکیل نهاد خانواده استوار است.

تحلیل ادله مدافعان ماهیت معاوضی عقد نکاح بیانگر آن است که ادله ارائه شده برای اثبات ادعای ایشان کافی نبوده و از مبنایی قوی برخوردار نیستند؛ زیرا اولاً، استعمال واژه اجر برای مهر یک استعمال مجازی است و نمی‌توان آن را به عنوان اجرت تلقی کرد و برای اثبات عوض بودن مهر در عقد نکاح به آن استناد کرد؛ چرا که اگر مهر در عقد نکاح، اجرت تلقی می‌شد می‌بایست در صیغه نکاح از الفاظ اجاره استفاده می‌گردید و این درحالی است که استفاده از الفاظ اجاره در عقد نکاح جایز نیست. بنابراین از آیاتی که بدان‌ها استناد شده نمی‌توان معاوضی بودن عقد نکاح را برداشت نمود. ثانیاً، بین مهر و بضع معاوضه حقیقی برقرار نیست؛ زیرا اگر چنین باشد زوج باید همچون مشتری از حق هرگونه تصرف در مبیع (بضع) برخوردار باشد و این درحالی است چنین حکمی در باب نکاح جاری نمی‌شود. در نتیجه نباید از اطلاق واژه ثمن یا اجر نسبت به مهر و یا استعمال لفظ بیع و شراء نسبت به نکاح، که در مقام

حقیقت بیان نشده‌اند (استعمال ارزشی و معنوی است) معاوضی بودن نکاح را برداشت کرد.^۱ ثالثاً، برخلاف ادعای قائلین بر ماهیت معاوضی نکاح، مهریه در عقد نکاح نقش عوض نداشته و رکن محسوب نمی‌شود.^۲ و این مسئله را می‌توان از دلایلی چون امکان انعقاد عقد نکاح بدون ذکر مهر، امکان تعیین مهر پس از عقد، بی‌اعتباری شرط خیار در نکاح و اعتبار شرط خیار در صداق، عدم تاثیر ابطال مهر بر صحت عقد و تنصیف مهر در طلاق پیش از آمیزش برداشت نمود. دقت در احکام و آثار نکاح حاکی از آن است که تعبیر فقها که موضوع عقد نکاح را مهر و حق استماع دانسته‌اند، صرفاً برخاسته از گونه‌ای تشبیه و تنظیر بوده و مبتنی بر یک تحلیل دقیق حقوقی نیست (شهیدی، ۱۳۸۸، ج ۱: ۲۷۶)؛ زیرا همانطور که برخی از فقها تاکید نموده‌اند و از آیه ۴ سوره نساء^۳ نیز قابل برداشت است مهر نقش عوض نداشته و بیشتر یک هدیه شرعی با اهدافی معنوی از قبیل تکریم زوجه محسوب می‌گردد. در نتیجه وجود حق حبس برای زوجه را نیز می‌توان نوعی استثنا تلقی نمود که به واسطه اوضاع احوال و شرایط خاص زنان در زمان صدر اسلام بدان حکم گردیده است تا شاید از این طریق از زنان که فاقد هرگونه امکان فعالیت در اجتماع برای کسب درآمد بودند حمایت شود؛ زیرا اگر مراد حق حبس واقعی مندرج در عقود معاوضی بود، می‌بایست چنین حق برای طرفین (زوج و زوجه) شناسایی می‌گردید و این درحالی است این حق صرفاً برای زوجه در نظر گرفته شده است.

از سوی دیگر، به نظر می‌رسد شناسایی ماهیت عبادی برای عقد نکاح نیز قابل پذیرش نباشد؛ زیرا اولاً، بر اساس نظر مشهور فقها ملاک اتصاف یک عمل به عبادت آن است که آن عمل با قصد قربت باشد و مکلف به جهت اجابت فرمان و امر مولا، آن عمل را به جا آورد (مظفر، ۱۴۱۵، ج ۱: ۷۶)؛ این

۱. به نظر می‌رسد منظور از واژه بیع و شراء در احادیث نقل شده ناظر بر ازدواج، بیع و خریدن نیست و این احادیث در مقام بیان فضای قبل از نکاح و بررسی و انتخاب زوجه آینده است و تشبیه به بیع و خرید صرفاً جهت تعیین صداق و مهریه بر اساس وضعیت و اوصاف زوجه است.

۲. مستندات قرآنی این امر در آیه ۵۰ سوره احزاب و ۲۴ سوره نساء تبیین شده است. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: اسماعیلی برازن، مریم (۱۴۰۴)، صورت بندی قواعد فقهی حاکم بر روابط زوجین در سوره مبارکه احزاب، نشریه پژوهش نامه حقوق اسلامی.

۳. «و آتوا النساء صدقاتهن نحله؛ و مهریه‌های زنان را به عنوان هدیه خالصانه و فریضه‌ای خدایانه بپردازید».

در حالی است که قصد قربت شرط صحت عقد نکاح نبوده و می‌توان با اهدافی غیرعبادی (تکامل و سعادت انسان) مبادرت به انعقاد عقد نکاح نمود. ثانیاً، تلقی عبادی بودن نکاح از باب اجتهاد در موضوع است و این درحالی است که چنین تلقی‌ای در هیچ آیه و روایتی نیامده است و صرف وجود روایات مبنی بر اهمیت و ضرورت تشکیل خانواده و فضیلت نکاح نمی‌تواند دلیلی بر ماهیت عبادی آن باشد. ثالثاً، ماهیت نکاح در اسلام با سایر مذاهب و جوامع تفاوت چندانی نداشته و در همه جوامع با هدف تشکیل نهاد خانواده صورت می‌پذیرد که این مسئله نیز (همسانی نکاح در همه جوامع) دلالت بر ماهیت غیرعبادی آن دارد.

همچنین شناسایی ماهیت شبه‌معاوضی نیز برای عقد نکاح چندان صحیح نیست؛ زیرا این امر مستلزم پذیرش تقسیم سه گانه عقد از حیث وحدت یا تعدد موضوع، یعنی تقسیم عقد به معاوضی، شبه معاوضی و غیرمعاوضی است که قابل قبول نیست؛ چرا که با تعریف حقیقی معاوضه منافات دارد. بنابراین تلقی معاوضه یا شبه معاوضه از نکاح دائم صحیح نخواهد بود؛ زیرا اگرچه نکاح دائم از یک طرف متقوم به مال (مهر) است، اما مشروط به این عوض نیست و بدون ذکر آن نیز نکاح صحیح خواهد بود.

با توجه به آثار و احکام عقد نکاح و هدف و فلسفه تشکیل نهاد خانواده^۱ و کارکردهای پرشمرده برای این نهاد اجتماعی، به نظر می‌رسد عقد نکاح دارای ماهیتی غیرمعاوضی است؛ زیرا اگرچه نکاح در کنار ابعاد اجتماعی و عاطفی دارای ابعاد مهم مالی همچون مهریه و نفقه نیز می‌باشد، اما این ابعاد مالی دارای جنبه فرعی بوده و اصل در انعقاد نکاح بعد اجتماعی و عاطفی آن است^۲. البته مسئله حایز اهمیت آن است که دقت در کارکردهای نهاد خانواده و تاکیدات آیات و روایات بر روی آنها^۳ و بررسی اهداف

۱. هدف از ازدواج و تشکیل خانواده، ارضای ضابطه‌مند و تأمین مصلحت‌آمیز نیاز جنسی زن و مرد، ایجاد آرامش روانی و پی‌ریزی کانون گرم محبت و دوستی میان آنها و سرانجام تأمین حب بقای انسان از طریق ادامه‌ی نسل و داشتن فرزند است (خسرو شاهی و دانش‌پژوه، ۱۳۷۹، ۱۵۴).

۲. در آیه ۲۲۸ سوره بقره (و لهن مثل الذی علیهن بالمعروف) برتری جنبه اخلاقی و معنوی نکاح بر جنبه مادی آن مشهود است.

۳. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به:

- انصاری خواه، نفیسه؛ مشکاتی، حسن (۱۳۹۴)، خانواده و کارکردهای آن از دیدگاه اسلام، نشریه معارف قرآن و عترت، سال اول، شماره ۲.

برشمرده شده در شصت و چهارمین جلسه شورای عالی انقلاب فرهنگی در خصوص تشکیل نهاد خانواده^۱، شناسایی ماهیت غیرمعاوضی صرف را تحت الشعاع قرار می‌دهد و ضرورت شناسایی یک ماهیت غیرمعاوضی مبتنی بر مشارکت را برای عقد نکاح گوشزد می‌نماید؛ چراکه نکاح یک عقد معین با احکام و مقررات خاص است که قابل قیاس با سایر عقود معاوضی یا غیرمعاوضی نبوده و به واسطه هدف تشکیل نهاد خانواده از برخی جهات به عقد مشارکت نزدیک می‌باشد.

به نظر می‌رسد شناسایی یک ماهیت غیرمعاوضی مبتنی بر مشارکت^۲ نسبت به سایر ماهیت‌های برشمرده با رویکرد شارع مقدس در آیات مبین قرآن و هدف و فلسفه تشکیل نهاد خانواده سازگارتر بوده و بهتر می‌تواند به تحقق کارکردهای آن و تحکیم بنیان خانواده بیانجامد^۳؛ زیرا در معاوضات یا شبه معاوضات معمولاً هر یک از طرفین به دنبال دستیابی به اهداف خاص خود بوده و تلاش می‌کند در انعقاد عقد به نحوی رفتار کنند که بیشترین دستاورد را برای خود به ارمغان بیاورد (بیشترین امتیاز را از طرف مقابل کسب نماید). در نتیجه به جای شکل‌گیری یک ذهنیت جمعی (خانواده محور) یک ذهنیت فردی (خود محور) در تشکیل و اداره امور خانواده مبنای قرار می‌گیرد و این مسئله اثری جز تضعیف بنیان

- خراسانی، فاطمه (۱۴۰۲)، بررسی دیدگاه قرآن و روایات در مورد آسیب‌های موجود در کارکرد خانواده، نشریه دستاوردهای نوین در مطالعات علوم انسانی، سال ششم، شماره ۶۴.

۱. اسلام به عنوان مکتبی انسان‌ساز بیشترین عنایت را به تکریم خانواده دارد و این نهاد مقدس را کانون تربیت و مهد مودت و رحمت می‌شمرد و سعادت و شقاوت جامعه انسانی را منوط به صلاح و فساد این بنا می‌داند و هدف از تشکیل خانواده را تأمین نیازهای مادی، عاطفی و معنوی انسان از جمله دستیابی به سکون و آرامش بر می‌شمارد.

۲. منظور از آن‌که نکاح یک عقد غیرمعاوضی مبتنی بر مشارکت تلقی شود آن است که نباید به این عقد به عنوان یک معاوضه یا عبادت نگریست، بلکه باید آن را دارای ماهیت خاص دانست که قواعد عمومی قراردادها به طور کلی در آن سرایت نداشته و افراد به دنبال سودجویی و بهره‌وری مادی نیستند و بلکه در تلاشند بر محور مشارکت و حسن معاشرت از نعمت‌های ازدواج (همچون آرامش روانی، داشتن فرزند، تربیت نسل توحیدی و ارضای ضابطه‌مند نیازهای جنسی و) بهره‌مند شوند.

۳. از منظر جامعه‌شناسی نیز اصل اساسی در تشکیل خانواده، تشریک مساعی است. در تشریک مساعی، فقط کمک به افراد در نظر نیست؛ بلکه حفظ موجودیت خانواده هدف اصلی آن است. تمایل به تشریک مساعی، عامل مهم در ثبات خانواده است که بر اساس آن، هر عضو به جای خواسته‌های شخصی خود، به همه افراد و اعضای خانواده فکر می‌کند و هدفش، آسایش تمام افراد خانواده است (روزن بام، ۱۳۶۷: ۹۴).

خانواده به همراه نخواهد داشت. این درحالی است که مبنا قرار گرفتن رویکردی مشارکت محور در حقوق خانواده و تدوین مقررات ناظر بر حقوق و تکالیف زوجین و سایر اعضای خانواده بر مبنای آن موجب می شود ذهنیت جمعی در خانواده تقویت شود و افراد خانواده در تصمیمات و اقدامات خود منافع جمعی (کل خانواده) را لحاظ نموده و بر اساس مصلحت جمعی و نه مصلحت فردی اتخاذ تصمیم کرده و در جهت پیشرفت تمام خانواده گام بردارند. بنابراین به جرات می توان گفت گزینش رویکرد غیرمعاوضی مبتنی بر مشارکت بیش از سایر نظریات مطروحه در خصوص ماهیت نکاح (معاوضی یا عبادی بودن) به تحکیم و تعالی این نهاد مقدس و در نتیجه پویایی جامعه منجر خواهد شد؛ زیرا موجب می شود افراد در تشکیل نهاد خانواده و یا سایر مراحل زندگی به جای در اولویت قرار دادن منافع شخصی، منافع جمعی را لحاظ نموده و با توجه به آن دست به انتخاب زده و تصمیم گیری نمایند.

۵. سیاست تقنینی مقنن در تنظیم قوانین حاکم بر عقد نکاح در حقوق ایران

قانون گذار در حقوق ایران در مواد ۱۰۳۱ الی ۱۲۰۶ قانون مدنی به تنظیم روابط افراد در خانواده پرداخته و حقوق و تکالیفی را برای آنها تعیین نموده است. از سوی دیگر، به موجب قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ به ضرورت تشکیل محاکم تخصصی جهت رسیدگی به دعاوی خانوادگی حکم نموده و در راستای تحکیم مبانی خانوادگی مقرراتی را وضع نموده است. نگاهی اجمالی به مقررات مزبور حکایت از آن دارد که مقنن نیز به تاثیر اختلاف نظر حاکم در میان فقها و حقوقدانان به تقنین پرداخته و در تنظیم قوانین از یک رویه واحد پیروی نکرده است؛ به نحوی که در خصوص قواعد ناظر بر مهر از یک سوی انعقاد عقد نکاح بدون ذکر مهر و تعیین آن پس از عقد را پذیرفته و نظر به تنصیف مهر در طلاق پیش از آمیزش داشته است (تبعیت از رویکرد غیرمعاوضی نکاح)؛ اما از سوی دیگر حق حبس را در خصوص مهریه برای زوجه شناسایی نموده است^۱ و در رای وحدت رویه شماره ۷۰۸-۱۳۸۷/۰۵/۲۲ صدور

۱. وفق ماده ۲۲ قانون حمایت خانواده زوجه می تواند تا قبل از دریافت مهریه خود از انجام وظایف زناشویی امتناع نماید. همچنین وفق ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی زوجه می تواند تا زمانی که مهر به او تسلیم نشده است از ایفاء وظایفی که در مقابل زوج دارد امتناع نماید. با توجه به اینکه امروزه در عرف جامعه مرسوم است تعداد مشخصی سکه به عنوان مهر تعیین می شود و معمولاً زوج در زمان

حکم اعسار زوج را نیز مسقط حق حبس زوجه ندانسته است. از طرفی، در برخی از مواد قانونی نیز نظر به رویکرد مشارکت محور در نکاح داشته است و زوجین را به حسن معاشرت با یکدیگر و معاضدت در راستای تشییع مبنای خانوادگی امر کرده است؛ و این درحالی است که با عملکرد خود یعنی شناسایی اختیار مطلق برای زوج در طلاق، شناسایی حق اختیار چهار همسر دائم و به تعداد نامحدود همسر موقت برای زوج و برخی از قوانین و مقررات دیگر^۱، در راستای تضعیف مبنای خانوادگی گام برداشته و مسیر را برای سوء استفاده اشخاص هموار نموده است.

با نگاهی جامع به قوانین حوزه خانواده می‌توان دریافت که سیاست تقنینی مقنن در حوزه خانواده یک سیاست چندگانه بوده که علاوه بر ایجاد اثر تضعیفی بر خانوار، موجب کاهش تمایل نسل جوان بر ازدواج و تشکیل نهاد مقدس خانواده نیز شده است؛ زیرا به جای قراردادن افراد خانواده در کنار یکدیگر و ایجاد نقش سازنده برای آنها، ایشان را در مقابل یکدیگر قرار داده است. از مصادیق میرهن این امر تفکر غالب خانواده‌ها در تعیین مهریه است که نتیجه تدوین قوانین چندهمسری، طلاق بدون توجه به ماهیت نکاح و هدف تشکیل نهاد خانواده بوده و موجب شده خانواده دختر (زوجه) مهریه را به عنوان ابزاری برای کنترل زوج و جلوگیری از سوءاستفاده‌های وی از حق چندهمسری و طلاق بداند. بنابراین به جرات می‌توان گفت یکی از مهمترین دلایل آمار نگران‌کننده که امروزه جامعه ایرانی و اسلامی در حوزه خانواده با آن روبروست، عدم توجه مقنن نسبت به ماهیت صحیح نکاح و هدف تشکیل نهاد خانواده در تنظیم مقررات و قوانین حوزه خانواده است. لذا ضروری است با گزینش و مبنا قرار دادن رویکرد غیرمعاوضی مبتنی بر مشارکت در زمینه ماهیت عقد نکاح به عنوان نظریه منتخب، قوانین و مقررات حوزه خانواده مورد بازنگری بازنگری و اصلاح قرارگیرد. به عبارتی باید تدوین مقررات حوزه خانواده اعم از مقررات ناظر بر تشکیل، اداره و تفریق بر مبنای این ماهیت اتخاذی تدوین گردد و در

نکاح فاقد دارایی لازم برای پرداخت مهریه بوده، این رای و عدم تاثیر اعسار زوج در حق حبس زوجه خود عامل تضعیف نهاد خانواده و گاهی سوء استفاده‌های برخی اشخاص خواهد بود.

۱. همچون مقررات ناظر بر سقط جنین و پذیرش حق حبس زوجه در برابر زوج معسر تا پایان دریافت آخرین قسط مهریه و

اعطای نقش‌ها به اعضای خانواده و شناسایی حقوق و تکالیف برای آن‌ها، مصلحت خانواده به عنوان یک مجموعه واحد مبنا قرار داده شود.

نتیجه‌گیری

در تحلیل قواعد و مقررات حقوقی، شناخت مبانی و هدف از اهمیتی ویژه برخوردار است؛ چراکه که مبانی یک نظام حقوقی در حکم پایه و شالوده‌ی آن محسوب شده و شناخت آن بی‌تردید در ارائه قوانین کارا و پویا موثر خواهد بود. نظام حقوقی ایران نیز به علت ابتناء بر فقه، یک نظام خاص محسوب شده و بدیهی است که بررسی و تحلیل قوانین آن، بدون در نظر گرفتن آموزه‌های دینی و پیشینه فقهی ممکن نیست. مطالعه نظرات مطروحه در خصوص ماهیت عقد نکاح به عنوان مبانی تشکیل نهاد خانواده حاکی از آن است که علیرغم شناسایی ماهیت معاوضی برای این عقد از سوی اکثر فقها، نکاح یک عقد معاوضی محسوب نشده و معاوضه مهر و حق استمتاع در آن مطرح نمی‌باشد؛ زیرا مهریه اثری از آثار عقد و حقی از حقوق زوجه و به تعبیر قرآن کریم و برخی از فقها یک هدیه شرعی با اهدافی معنوی از قبیل تکریم زوجه محسوب می‌شود که بر ذمه زوج مستقر می‌گردد. از سوی دیگر، شناسایی ماهیت عبادی برای عقد نکاح که از سوی برخی از فقها و حقوقدانان مطرح شده است مستند به ادله قوی نبوده و به دلایل که پیش‌تر بیان گردید قابل پذیرش نیست. به نظر می‌رسد با وجود ابعاد اجتماعی و عاطفی عقد نکاح و اهداف و فلسفه تشکیل نهاد خانواده و کارکردهای تبیین شده برای آن در آیات و روایات، گزینش رویکردی مشارکتی برای تبیین ماهیت عقد نکاح و بهره‌گیری از آن در حوزه تقنین با توجه به تاکید مقنن در اسناد و قوانین بالادستی (قانون اساسی و سیاست‌های کلی نظام خانواده) سازگارتر بوده و به نحو شایسته‌تری می‌تواند به پویایی این نهاد اجتماعی بیانجامد.

مطالعه و بررسی قوانین و مقررات حوزه خانواده بیانگر آن است که مقنن در تنظیم مقررات حوزه حقوق خانواده از نظریه درستی در خصوص ماهیت نکاح تبعیت ننموده است؛ به نحوی که مقررات این حوزه را در برخی موارد همچون حق حبس بر اساس نگاه معاوضی و در برخی از موارد دیگر همچون تعیین مهر و ابطال آن بر اساس ماهیت غیرمعاوضی تنظیم نموده است. این درحالی است که به نظر

می‌رسد تدوین مقررات حوزه خانواده بر مبنای ماهیت مشارکتی عقد نکاح بیشتر به تعالی و تحکیم نهاد خانواده منجر می‌شود و نتایج شایسته‌تری را به همراه خواهد داشت. لذا به منظور برون رفت از وضعیت نه چندان مطلوب خانوار پیشنهاد می‌گردد مقررات حقوق خانواده با رویکردی مشارکت محور مورد بازنگری و اصلاح قرار گیرد و حقوق و تکالیف زوجین و سایر اشخاص بر مبنای تشریک مساعی، تعاون و مشارکت تدوین گردد.

منابع

۱. ابن قدامه، عبدالله بن احمد (۱۳۸۸ق)، *المغنی*، مصر، مكتبة القاهرة.
۲. ابن منظور، محمد بن مكرم (۱۴۱۴)، *لسان العرب*، جلد ۲، بيروت، دارالفكر.
۳. ابن هشام، جمال الدين (بيتا)، *مغنی اللیب*، چاپ چهارم، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۴. ابن همام، کمال الدین محمد (بيتا)، *فتح القدير*، بيروت، دارالفکر.
۵. ابوزهره، امام محمد (۱۴۲۰)، *محاضرات فی عقد الزواج و آثاره*، دارالفکر عربی.
۶. اسماعیلی برازن، مریم (۱۴۰۴)، *صورت‌بندی قواعد فقهی حاکم بر روابط زوجین در سوره مبارکه احزاب*، نشریه پژوهش نامه حقوق اسلامی.
۷. امامی، سید حسن (۱۳۹۳)، *حقوق مدنی*، جلد ۴، تهران، اسلامیه.
۸. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵)، *کتاب النکاح*، قم، کنگره جهانی شیخ اعظم انصاری.
۹. بحرانی، محمد (۱۴۲۹ق)، *سند العروه الوثقی (کتاب النکاح)*، جلد ۱، تقریر: قیصر تمیمی؛ علی حمود عبادی، قم، نشر مکتبه فک.
۱۰. بحرانی، یوسف (۱۴۰۵)، *الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره*، محقق: محمد تقی ایروانی و سید عبد الرزاق مقرر، چاپ اول، قم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.
۱۱. بیضاوی، عبدالله بن عمر (۱۴۱۸)، *انوار التنزیل و اسرار التاویل*، جلد ۴، بيروت، دار الحیاء التراث العربی.
۱۲. بیهقی، احمد بن حسین (۱۴۲۲)، *شعب الایمان*، هند، مکتبه الرشید.
۱۳. تجلیل تبریزی، ابوطالب (۱۴۱۲)، *التعلیقه الإستدلالیة علی تحریر الوسیلة*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۱۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۵)، *ألفارق*، چاپ سوم، تهران، انتشارات گنج دانش.
۱۵. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۸)، *تسнім*، قم، انتشارات إسرائ.
۱۶. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰)، *الصّحاح (تاج اللغة و صحاح العربیة)*، جلد اول، بيروت، دارالعلم للملایین.
۱۷. حائری شاهباغ، سید علی (۱۳۸۷)، *شرح قانون مدنی*، چاپ سوم، تهران، گنج دانش.
۱۸. حسینی شیرازی، محمد (۱۳۶۴)، *الفقه کتاب النکاح*، جلد ۳، بيروت، دارالعلم.
۱۹. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹)، *مفتاح الکرامه فی الشرح قواعد العلامه*، جلد ۱۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۲۰. حسینی روحانی قمی، سید صادق (۱۴۱۲)، *فقه الصادق*، قم، دارالکتاب، مدرسه امام صادق (ع).
۲۱. حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۲۴)، *تفصیل وسائل الشیعة*، بيروت، مؤسسه آل البيت، چاپ دوم.

۲۲. حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷)، **إيضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد**، محقق: سید حسین موسوی کرمانی و دیگران، چاپ اول، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۲۳. حلی، جمال الدین (۱۴۰۷)، **المذهب البارع فی الشرح المختصر النافع**، جلد ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۲۴. حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۵)، **بحوث فقهیه**، قم، المنار.
۲۵. حلی، مقداد بن عبدالله سیوری (۱۴۰۴)، **التنقیح الرائع لمختصر الشرائع**، محقق: سید عبد اللطیف حسینی کوهکمری، چاپ اول، قم، کتابخانه آیة الله مرعشی نجفی.
۲۶. خوانساری، احمد بن یوسف (۱۴۰۵)، **جامع المدارک فی شرح المختصر النافع**، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۲۷. دادمهرزی، سید مهدی (۱۳۹۳)، **ریاست خانواده در روابط زوجین**، تهران، نشر میزان.
۲۸. دانشپژوه، مصطفی؛ خسرو شاهی، قدرت الله (۱۳۷۹)، **فلسفه حقوق**، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۲۹. دیانی، عبدالرسول (۱۳۸۷)، **حقوق خانواده (ازدواج و انحلال آن)**، تهران، نشر میزان.
۳۰. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲)، **المفردات فی غریب القرآن**، چاپ اول، بیروت، نشر دارالقلم.
۳۱. الرافعی، عبدالکریم (بیتا)، **فتح العزیز**، جلد ۶، قم، نشر دارالفکر.
۳۲. روزن بام، هایدی (۱۳۶۷)، **خانواده به منزله ساختاری در مقابل جامعه**، ترجمه: محمد صادق مهدوی، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
۳۳. روشن، محمد؛ صادقی، محمد (۱۳۹۰)، **ضمان ناشی از انتقال بیماریهای جنسی**، مجله فقه پزشکی، شماره ۷.
۳۴. زرکشی، محمد بن عبدالله (۱۴۱۳)، **شرح الزرکشی**، جلد ۵، عربستان، دار العییکان.
۳۵. دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۲)، **لغت نامه دهخدا**، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۳۶. سبحانی تبریزی، جعفر (بیتا)، **نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه الغراء**، قم، بیتا.
۳۷. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳)، **مهدب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام**، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار.
۳۸. شبیری زنجانی، موسی (۱۴۱۹)، **کتاب نکاح**، چاپ اول، قم، مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
۳۹. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه**، قم، انتشارات داوری.
۴۰. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۲۰)، **مسالك الافهام إلى تنقیح شرایع الاسلام**، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۴۱. شهیدی، مهدی (۱۳۸۸)، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، چاپ هفتم، تهران، انتشارات مجد.
۴۲. صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد (۱۴۱۴)، **المحیط فی اللغة**، جلد ۸، بیروت، عالم الکتاب.

۴۳. صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدالله (۱۳۹۲)، **مختصر حقوق خانواده**، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
۴۴. طباطبایی حائری، سید علی بن محمد (۱۴۱۸)، **ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل**، محقق: محمد بهرهمند و دیگران، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البیت.
۴۵. طرابلسی، ابن براج قاضی عبدالعزیز (۱۴۱۱)، **جواهر الفقه-العقائد الجعفریه**، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۶. طریحی، فخرالدین بن محمد (۱۳۷۵)، **مجمع البحرين**، مصحح: احمد حسینی اشکوری، چاپ سوم، تهران، انتشارات مرتضوی.
۴۷. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، **المبسوط فی الفقه الامامیه**، چاپ سوم، تحقیق سید محمد تقی کشفی، تهران، مکتب مرتضوی.
۴۸. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷)، **تهذیب الاحکام**، جلد ۷، تهران، دار الکتب السلامیه.
۴۹. عظیم زاده اردبیلی، فائزه (۱۳۹۰)، **حق حبس در نظام حقوقی خانواده در اسلام**، مجله فقه و حقوق خانواده، دوره شانزدهم، شماره ۵۴.
۵۰. غزالی، محمد بن محمد (۱۳۳۳)، **کیمیای سعادت**، تهران، کتابخانه و چاپخانه مرکزی.
۵۱. الفیومی، احمد بن محمد (۱۴۱۴)، **المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی**، چاپ دوم، قم، انتشارات دارالهجره.
۵۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، **حقوق خانواده**، تهران، انتشارات بهمن و برنا.
۵۳. کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین (۱۴۱۵)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البیت.
۵۴. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷)، **الکافی**، محقق علی اکبر غفاری و محمد آخوندی، جلد ۵، تهران، دار الکتب اسلامی.
۵۵. کوه کمری، محمد بن علی (۱۴۰۹)، **کتاب البیع**، تقریر: ابوطالب تجلیل تبریزی، چاپ دوم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۵۶. کوئن، بروس (۱۳۸۷)، **مبانی جامعه‌شناسی**، ترجمه: غلامعباس توسلی و رضا فاضل، تهران، انتشارات سمت.
۵۷. لنکرانی، محمد فاضل موحدی (۱۴۲۱)، **تفصیل الشریعۀ فی شرح تحریر الوسیلۀ، النکاح**، محقق: حسین وائقی و دیگران، چاپ اول، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار.
۵۸. مبین، حجت؛ فالی، سید محسن (۱۴۰۴)، **جبران خسارت ناشی از روابط نامشروع در زندگی زناشویی؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و نظام حقوقی کامن‌لا**، پژوهش نامه حقوق اسلامی.

۵۹. مجلسی، محمدباقر بن محمدعلی (۱۴۰۳)، بحار الانوار، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۶۰. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۰)، بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)، تهران، نشر علوم اسلامی.
۶۱. مدرسی یزدی، محمد (۱۴۱۵)، فقه القرآن، قم، اسماعیلیان.
۶۲. مصباح، محمد تقی (۱۳۸۰)، اخلاق در قرآن، جلد ۲، قم، موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره).
۶۳. مطهری، مرتضی (۱۳۸۴)، نظام زن در اسلام، تهران، انتشارات صدرا.
۶۴. مظفر، محمدرضا (۱۴۱۵)، اصول الفقه، قم، مکتب الاعلام الاسلامی.
۶۵. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۷)، تفسیر نمونه، جلد سوم، چاپ سی و ششم، تهران، دارالکتب اسلامی.
۶۶. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ الف)، کتاب نکاح، چاپ اول، قم، مدرسه امام علی (ع).
۶۷. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ ب)، بحوث فقهیه هامة، چاپ اول، جلد ششم، قم، مدرسه امام علی (ع).
۶۸. موسوی خویی، سید ابوالقاسم (بی‌تا)، معجم الرجال الحديث و تفصیل طبقات الرجال، بیجا، بی‌نا.
۶۹. موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷)، احکام الرضاع فی فقه الشیعة، مقرر: سید محمد مهدی موسوی خلخالی و محمد تقی ایروانی، چاپ اول، بیجا، المنیر للطباعة و النشر.
۷۰. موسوی قزوینی، سید علی (۱۴۲۴)، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۷۱. نایینی، محمدحسین (۱۴۳۱)، مئیه الطالب فی شرح المکاسب، تقریر شیخ موسی نجفی خوانساری، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
۷۲. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح الشرائع الاسلام، تحقیق و تصحیح عباس فوجانی و علی آخوندی، بیروت، دار الحیاء التراث العربی.
۷۳. نیشابوری، مسلم بن حجاج (۱۴۱۹)، صحیح مسلم، بیروت، دارالتراث العربی.
۷۴. واسطی، زبیدی؛ حنفی، محب الدین؛ حسینی، محمد مرتضی (۱۴۱۴)، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دارالفکر.
۷۵. هاشمی شاهرودی، محمود و جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۶)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، چاپ اول، قم، موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت.
۷۶. هذلی حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم، موسسه اسماعیلیان.