

# ماهیت و جایگاه عقد نکاح در میان عقود معاوضی و غیر معاوضی\*

- محمدحسن صادقی مقدم<sup>۱</sup>
- محمد صادقی<sup>۲</sup>
- سیدرضا امیری سرارودی<sup>۳</sup>

## چکیده

عقود در یک تقسیم‌بندی، به عقود «معاوضی» و «غیر معاوضی» تقسیم می‌شوند و هر کدام آثاری ویژه خود دارند که لزوماً نمی‌توان آن را بر دیگری حمل نمود. با این حال، برخی عقود خصایص و ابعاد منحصر به فردی دارند که نقش آن‌ها را در بین عقود معاوضی و غیر معاوضی با ابهام روبه‌رو می‌سازد. نوشتار حاضر با نظر به جایگاه ویژه «عقد نکاح»، بر آن است تا ماهیت و آثار این عقد را در دایره شمول عقود معاوضی و غیر معاوضی بررسی نماید. آنچه بیان این ماهیت را با تردید مواجه می‌کند، حمل برخی نهادهای حقوقی از جمله مهریه، نفقه، حق حبس و تمایز نکاح دائم از موقت، بر ارتباط عقد نکاح با عقود معاوضی است. با

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۳/۱۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۲/۱۱.

۱. استاد دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) (mhsadeghy@ut.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مفید (sadeqi67@gmail.com).

۳. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق (ع) (seyedrezaamiri@gmail.com).

تردیدهایی که در این باره ایجاد می‌شود، نمی‌توان به طور کامل به معاوضی بودن عقد نکاح استناد نمود. برای تحلیل ماهیت و آثار مترتب بر آن باید به تحلیل دقیقی پرداخت و ابعاد مهم آن را موشکافی نمود؛ چه اینکه با این تردیدها در بیان ماهیت عقد نکاح از حیث معاوضی بودن یا نبودن، شاید بتوان به شق سوم نیز دست یافت که در این مقاله بدان خواهیم پرداخت.

**واژگان کلیدی:** عقد معاوضی، عقد غیر معاوضی، نکاح، مهریه، نفقه، حق حبس، مواد ۱۰۸۲ و ۱۰۹۲ قانون مدنی.

### مقدمه

اعمال حقوقی به دو قسم عقود و ایقاعات تقسیم می‌شوند که هر یک با توجه به ماهیت، اقسام و مصادیق، واجد آثار حقوقی متفاوتی هستند. در این مقاله با نظر به عقود معاوضی و غیر معاوضی و با چشم‌پوشی از ایقاعات و سایر عقود، صرفاً به ماهیت و آثار عقد نکاح از حیث دایره شمول عقود معاوضی می‌پردازیم. بدین سان در پی آن هستیم که آیا عقد نکاح را باید در زمره عقود معاوضی دانست یا غیر معاوضی؟ چه عوامل و یا نهادهایی باعث ایجاد ابهام و تردید در ماهیت عقد نکاح در این تقسیم‌بندی شده است؟ چه آثاری از این تقسیم‌بندی بر عقد نکاح مترتب خواهد بود؟ برای نیل به پرسش‌هایی که از این بحث به ذهن متبادر می‌شود، لازم است مباحثی را به عنوان پیش‌فرض بیان نمود.

### الف) مبنا و ماهیت عقود معاوضی و غیر معاوضی

از تقسیم‌بندی‌های مرسوم انواع عقود، تمایز عقود به معاوضی و غیر معاوضی است. مبنای این تقسیم‌بندی نیز آن هدف اقتصادی است که متعاقدين دنبال می‌کنند؛ چرا که انسان برای رفع نیازهای مالی خود دائماً در حال دادوستد است تا سود و منفعتی به دست آورد و دچار ضرر کمتری شود. به همین منظور معاملاتی که با این هدف انجام می‌شوند، در قالب خاصی به نام عقود معاوضی مطرح می‌گردند، در حالی که اگر ملاحظات اقتصادی جای خود را به اهدافی مانند احسان و خیرخواهی دهند، معامله در قالب عقود غیر معاوضی یا به تعبیری دیگر، مسامحی شکل خواهد گرفت. با این اوصاف، در عقود غیر معاوضی، شخص مال خود را به دیگران می‌دهد یا دینی را

برعهده می‌گیرد بی‌آنکه در برابر آن تعهدی حاصل کند. در واقع این عقود ذاتاً یک مورد التزام بیشتر ندارد و نقش طرف دیگر تنها پذیرفتن مال یا تعهد برای خود است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۱۳/۱-۱۱۴). بنا بر آنچه گفته شد، عقود معاوضی دارای دو رکن اساسی هستند که در صورت فقدان هر یک از آن‌ها، عقد معاوضی نخواهد بود: اولاً میان تعهدات طرفین تقابل وجود دارد؛ یعنی تعهد هر یک از طرفین در مقابل تعهد دیگری است و این، انگیزه اصلی متعهد را از پذیرفتن تعهد خویش تشکیل می‌دهد. به این معنا که هر یک از طرفین که مال یا تعهدی را می‌پذیرد، در مقابل، مال یا تعهد دیگری به دست می‌آورد. ثانیاً تعهد موضوع این نوع عقود، جنبه مالی دارد؛ یعنی هر یک از طرفین به نفع دیگری مالی را از دست می‌دهد یا تعهدی می‌کند که موضوع آن مال است (همان: ۱۱۳/۱؛ قنوتی، وحدتی شبیری و عبدی‌پور، ۱۳۷۹: ۱۷۲/۱).

### ب) فایده تقسیم عقد به معاوضی و غیر معاوضی

فارغ از نسبت و آثاری که می‌تواند میان عقد معوض و عقد معاوضی تصور شود، تفکیک عقود معاوضی و غیر معاوضی دارای آثار مهمی است که در شناخت صحیح‌تر و درک بهتر از این بحث، مفید واقع می‌شود. به همین منظور، پاره‌ای از آثار و ویژگی‌هایی را که متمایزکننده عقود معاوضی از غیر معاوضی است، مورد اشاره قرار خواهیم داد:

۱. عقود معاوضی لازم هستند و در آن‌ها، بنای عرف و عادت بر این است که شخص بر تعهد خویش پایبند باشد (نائینی، ۱۳۵۸: ۳/۲).
۲. در این عقود حق حبس وجود دارد و هر یک از طرفین می‌تواند اجرای تعهد خود را موکول به اجرای تعهد دیگری سازد. در واقع این حق، ضمانت اجرای هدف طرفین (تقابل تعهدات طرفین) است. قانون مدنی در ماده ۳۷۷ این حق را در مورد یکی از بارزترین عقود معاوضی، یعنی بیع بیان کرده است: هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود....

از این حیث، هر گاه یکی از طرفین بدون قبض طرف مقابل مبادرت به تسلیم

نماید، حق امساک از او ساقط خواهد شد و در صورت خودداری طرف مقابل از تسلیم عوض نیز نمی‌تواند مال تسلیم شده را استعاده نماید، بلکه با مراجعه به دادگاه درخواست اجبار به تسلیم عوض خواهد نمود.

۳. در عقود معاوضی، طرفین معامله هدف اقتصادی دارند به همین جهت است که بیع بدون ثمن یا اجاره بدون اجرت باطل است. در قراردادهای غیر معوض، شخصیت طرف در آن‌ها علت عمده عقد است. بنابراین اشتباه در شخص طرف معامله در این گونه قراردادهای به صحت معامله لطمه می‌زند، در حالی که در قراردادهای معوض، شخصیت طرف مورد معامله، مورد نظر نیست و اشتباه در شخص، تأثیری در صحت قرارداد ندارد (صفایی، ۱۳۹۴: ۴۱/۲-۴۲)؛ با این توضیح که در عقود معوض، چون مقصود به دست آوردن سود مادی است، شخصیت طرف معامله، یا هیچ اثری در صحت عقد ندارد و یا علت عمده عقد نیست. اما در عقود غیر معاوضی همیشه عواطف خاصی محرک اصلی در تملیک مال و قبول تعهد است (شهبیدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، ۱۳۸۸: ۱۱۳/۱). لذا مطابق ماده ۲۰۱ قانون مدنی، اشتباه در شخصیت طرف در عقود معاوضی، اثری در نفوذ معامله ندارد در حالی که در عقود مجانی، سبب بطلان است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۲۰/۱).

۴. خیار غبن و خیار عیب مخصوص معاملات معوض است. این در حالی است که در عقود غیر معاوضی، عوضی در عقد نیست تا از متعادل بودن عوض با معوض سخن گفته شود. همچنین مبنای برخی اختیارات مانند تفلیس و تأخیر ثمن، معاوضی بودن عقود است (قنوتی، وحدتی شبیری و عبدی‌پور، ۱۳۷۹: ۱۷۶/۱).

۵. برخی از فقها معتقدند که اگر قاعده «ما یضمن» را برعکس بپذیریم، ضمان مقبوض به عقد فاسد از ویژگی‌های عقود معاوضی است؛ زیرا انتخاب عقد معاوضی قرینه‌ای است بر اینکه شخص، خود را در مورد مال مأخوذ ضامن می‌داند (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۱: ۸۶/۲-۹۷).

۶. در عقد معاوضی چنانچه یکی از دو مورد معامله، فاقد یکی از شرایط اساسی صحت معاملات باشد، معامله باطل است ولی عقد غیر معاوضی که در آن شرط عوض شده باشد، چنانچه مورد شرط فاقد آن شرایط باشد، عقد مشروط باطل نیست و تنها

شرط باطل است (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۱۰۹؛ شهیدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، ۱۳۸۸: ۱۸۲/۱)، کما اینکه در عقد بیع، به عنوان مصداق اجلای عقود معاوضی در صورتی که تعهد به یکی از دو عوض به علتی باطل باشد، تعهد به عوض مقابل نیز خودبه خود از بین می رود (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۰/۱).

۷. عقود معاوضی معمولاً با توافق واقع می شوند اما در برخی از پیمان‌های رایگان، قانون‌گذار تحقق عقد را منوط به قبض کرده است؛ مانند وقف و هبه (عقود عینی). همچنین چون در عقود غیر معوض، دهنده رایگان مال معین، عوض دریافت نمی کند، هیچ مسئولیتی از حیث درک یا معیوب بودن مورد عقد در برابر طرف دیگر نخواهد داشت تا ملازم به آثار آن باشد (شهیدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، ۱۳۸۸: ۱۱۴/۱).

### ۱. ارتباط نکاح با عقود معاوضی

عقد نکاح از عقود است که در مورد ماهیت معاوضی بودن و نقش آن در شقوق و آثار فوق، اختلاف نظر وجود دارد. منشأ این اختلاف، آمیختگی برخی روابط مالی و غیر مالی است که باعث پیچیدگی در تحلیل این عقد شده است. برای تحلیل این ارتباط، ابتدا به بیان دیدگاه‌های مختلف می پردازیم و در ادامه، به جایگاه این بحث در قانون مدنی و تحلیل و نقد دیدگاه‌های مطرح خواهیم پرداخت. لزوم بحث از این موضوع زمانی روشن خواهد شد که عدم درک جامع این جایگاه برای عقد نکاح، آن را از امتیازات مربوط به آن عقود محروم نموده یا با هاله‌ای از ابهام مواجه خواهد ساخت. نظراتی که در این زمینه مطرح شده است، به نحوی با نهادهایی همچون مهریه، نفقه و حق حبس ممزوج بوده و صاحب نظرانی که در مورد معاوضی بودن یا نبودن نکاح بحث کرده‌اند نیز معمولاً نظرات خود را ذیل موضوعاتی از این قبیل مطرح کرده‌اند. ما نیز برای تحریر محلّ این نزاع، به بیان آرای موافقان و مخالفان معاوضی بودن عقد نکاح ذیل این مفاهیم خواهیم پرداخت.

#### ۱-۱. مهریه

مهریه از مهم‌ترین حقوق مالی زن در نکاح است و تبیین ماهیت آن نقش مهمی در

معرفی بحث حاضر ایفا خواهد نمود. برخی فقها برای مهریه نقش عوض قائل هستند و به صراحت به این مطلب اشاره کرده‌اند. شیخ طوسی در این زمینه معتقد است:

هر گاه مردی با مهر معلوم با زنی ازدواج کند، زن به سبب عقد مالک مهر می‌شود و مرد نیز در همان وقتی که او مالک مهر گشته، مالک بضع می‌شود؛ زیرا نکاح عقدی معاوضی است (۱۳۸۷: ۴/۳۱۰).

ایشان معتقد است که مهر، عوض بضع است و زن به سبب عقد مالک آن می‌شود (حلی، ۱۴۱۱: ۱۴۱). برخی نیز معتقدند عقد نکاحی که در آن مهر ذکر شده باشد، عقدی معاوضی است؛ زیرا نکاح اقتضای معاوضی بودن دارد و مهریه نوعی معاوضه است پس در تعیین میزان آن از اختیار طرفین معامله تبعیت می‌شود؛ همان طور که در سایر معاوضات این گونه است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱/۱۴-۴۱).

اما دسته‌ای دیگر از فقها عقد نکاح را معاوضه حقیقی نمی‌دانند. آن‌ها شرط خیار در نکاح را صحیح نمی‌دانند؛ زیرا معتقدند که نکاح مانند بیع، معاوضه محض نیست و در آن جنبه عبادی به چشم می‌خورد (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۷/۵۴؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۸۴). صاحب جواهر با این استدلال که مهر نه جزء ارکان نکاح است و نه یک عقد جداگانه، بیان می‌کند که علت وجود مهر، عقد نکاح است و به همین دلیل ذکر مهر در نکاح دائم شرط نیست و بر این سخن خود ادعای اجماع دارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱/۳۲-۳۳).

عده‌ای از فقها برای اثبات غیر معاوضی بودن نکاح در مقام مقایسه بیان می‌کنند که ذکر ثمن در عقود معاوضی شرط صحت عقد است اما در نکاح دائم چنین نیست و اگر در نکاح مهر ذکر نشود یا مهر فاسد باشد فقهای امامیه آن را صحیح می‌دانند (خوانساری، ۱۴۰۵: ۴/۴۲۴). همچنین در معاوضه اگر یکی از دو عوض قبل از قبض تلف شود، عقد منفسخ می‌شود در حالی که در عقد نکاح اگر مهر قبل از قبض تلف شود تبدیل به مثل یا قیمت می‌شود و در هر حال بر عهده زوج است. دلیل دیگری که برخی فقها به آن استناد کرده‌اند این است که اگر مرد از زن بهره جنسی می‌برد، زن هم از مرد بهره جنسی می‌برد، بنابراین مهر رکنی از ارکان نکاح نیست و سبب قوام آن زوجین هستند (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۸/۲۰۲). از فقهای معاصر نیز برخی نکاح را از عقود غیر معاوضی دانسته و چنین استدلال کرده‌اند که در معاوضه، ذکر عوضین از ارکان

عقد است ولی در عقد نکاح، زوج و زوجه رکن عقدند و معاوضه‌ای بین مهر و بضع نیست، بلکه مهریه شبیه شرط است و اگر نباشد نکاح باطل نمی‌شود، پس علی‌القاعده ذکر مهر لازم نیست<sup>۱</sup> (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۳۰/۶). برخی دیگر از فقها از قرائن دیگری برای اثبات غیر معاوضی بودن نکاح بهره جسته‌اند؛ برای نمونه، به زمان تعیین مهر اشاره کرده‌اند که ممکن است بعد از عقد نکاح باشد در حالی که در معاوضات، عوضین باید حین عقد معلوم باشند یا اگر مهر ماهیت عوض داشت هبه زن به معنای نفی مهر از نکاح به طور مطلق، صحیح بود در حالی که باطل است. علاوه بر این، ضمان زوج نسبت به مهر، معاوضی نیست بلکه ضمان ید است (سبحانی تبریزی، بی‌تا: ۲۰۲/۲).

در میان حقوق‌دانان، برخی به صراحت به غیر معاوضی بودن نکاح اشاره کرده، بر این باورند که مهر برخلاف آنچه برخی غریبان تصور کرده‌اند، بهای فروش زن نیست؛ زیرا اولاً هیچ کس نمی‌تواند خود یا دیگری را در مقابل مالی بفروشد و انسان هیچ‌گاه موضوع حق واقع نمی‌شود بلکه همیشه طرف حق است. ثانیاً در خرید و فروش، قیمت باید هنگام معامله معلوم باشد وگرنه قرارداد باطل است، ولی در نکاح دائم، تعیین مهر شرط صحت قرارداد نیست و ممکن است که نکاح بدون تعیین مهر واقع گردد، در این صورت زن پس از نزدیکی مستحق مهرالمثل خواهد بود (صفایی و امامی، ۱۳۹۰: ۱۶۶/۱-۱۶۷). عده‌ای دیگر در استدلال خود بین مرحله ایجاد حق و آثار حق، قائل به تفکیک شده‌اند. آنان ایجاد حق را تابع اراده طرفین می‌دانند، اما اثرگذاری آن را ناشی از حکم قانون می‌دانند، بنابراین وجود مهریه را از آثار قانونی دانسته‌اند نه ترازی

۱. ایشان بر اساس برخی شواهد معتقدند که نکاح معاوضه حقیقیه نیست؛ شاهد اول: ذکر مهر در عقد واجب نیست و اگر معاوضه حقیقیه باشد، حتماً باید حد و حدود عوض تعیین شود. شاهد دوم: اگر عوض و مهر فاسد باشد (مثل اینکه خمر و خنزیر را مهر قرار دهد و یا خانه‌ای را که ملک او نبوده مهر قرار دهد) مهر باطل است، ولی عقد باطل نیست، در حالی که در معاوضه اگر یکی از طرفین فاسد باشد، معامله باطل است. شاهد سوم: در نکاح نمی‌توان با لفظ «آجرتک» و یا الفاظ معاوضه، انشای نکاح کرد، در حالی که اگر نکاح حقیقتاً معاوضه بود باید با الفاظ معاوضه هم عقد نکاح صحیح می‌شد. شاهد چهارم: در تمام ابواب معاوضات، مغبون خیار فسخ دارد ولی در باب نکاح اگر کسی مغبون شود، خیار غبن ندارد مثلاً باید صد سکه مهر قرار می‌داد ولی دو سکه قرار داده است و یا در معاوضه، هر عیبی خیار عیب می‌آورد، ولی در نکاح تنها بعضی از عیوب خیار عیب می‌آورند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۵۳/۶).

زوجین؛ برای مثال، یکی از حقوق دانان می‌گوید:

انعقاد نکاح به تراضی طرفین است ولی آثار آن را زن و شوهر به وجود نمی‌آورند؛ همین که زن و شوهر با پیوند زناشویی موافقت کردند، در وضع ویژه‌ای قرار می‌گیرند که به ناچار باید آثار و نتایج آن را متحمل شوند. بنابراین مهر نوعی الزام قانونی است که بر مرد تحمیل می‌شود و فقط زوجین می‌توانند هنگام بستن عقد یا پس از آن، مقدار مهر را به تراضی معین سازند. الزام به تمکین از شوهر نیز به طور مستقیم از قانون ناشی می‌شود و سبب آن را نباید زن و مرد پنداشت (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۳۸/۱-۱۳۹).

وی همچنین معتقد است که بین الزام مرد به دادن مهر و پیوند زناشویی، رابطه‌ی علیت وجود ندارد و نباید نکاح را با خرید و فروش یا سایر عقود معوض قیاس کرد (همان: ۱۳۹/۱). برخی دیگر از حقوق دانان در تحلیل خود با تجزیه کردن نکاح، به معوض نشان دادن نکاح گرایش دارند، هرچند نکاح را از جمله عقود معاوضی محض نمی‌دانند. آنان نکاح دائم را یک عقد دویعدی می‌دانند: نخست جنبه‌ی اصلی یا عبادی نکاح که رابطه‌ی زوجیت بین زن و شوهر است و دوم جنبه‌ی فرعی و مالی نکاح که همان مهریه است. آنان جنبه‌ی خصوصی نکاح را که همان نزدیکی بین زوجین است، تابع عقود معاوضی می‌دانند و در واقع عقد نکاح را به اعتبار مهر در حکم عقد معاوضی می‌دانند، ولی در مجموع معتقدند که عقد نکاح از جمله عقود معاوضی حقیقی مانند بیع و اجاره نیست و نمی‌توان در آن شرط خیار فسخ کرد یا آن را اقاله نمود. بنابراین بر این باورند که اگر مهرالمسمی کمتر یا بیشتر از مهرالمثل باشد نمی‌توان به استناد خیار غبن، عقد نکاح را فسخ کرد (امامی، بی‌تا: ۳۷۸/۴-۳۸۴). حقوق دان دیگری نیز ذیل بحث از عدم ضمان زوج در عقد نکاح باطل با علم زوجه به فساد، مورد قاعده محل بحث را عقود معاوضی دانسته و به طور تلویحی، به معاوضی نبودن نکاح معتقد است:

هرچند مهر مالیت دارد، اما عوضی مالی در برابر آن قرار ندارد تا ضمان نسبت به آن قابل تصور باشد، لذا ملازمه بین ضمان مقبوض به عقد صحیح و ضمان مقبوض به عقد فاسد در این مورد موضوعاً منتفی است (شهیدی، اصول قراردادها و تعهدات، ۱۳۸۸: ۱۱۷/۲).

در جای دیگر نیز آورده است:



در معاملات غیر مالی مانند نکاح که بر اساس معنوی استوار است، مورد عقد در حقیقت هر یک از زوجین هستند که رابطه حقوقی زوجیت به عنوان اثر عقد بین ایشان به وجود می‌آید.

وی بر این باور است که با ملاحظه احکام و آثار نکاح، برخی از تعابیر فقهی که مورد عقد نکاح را مهر و حق استمتاع می‌داند، برخاسته از گونه‌ای تشبیه و تنظیر و نه مبتنی بر یک تحلیل دقیق حقوقی است (شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ۱۳۸۸: ۲۷۶/۱). برخی دیگر به صراحت برای مهر در عقد نکاح، نقش عوض قائل شده‌اند اما استدلالی در این باره ارائه نکرده‌اند (حائری شاهباغ، ۱۳۸۷: ۹۴۶/۲).

قول دیگری نیز چنین معتقد است:

نکاح هر چند از جمله معاوضات حقیقی به شمار نمی‌رود، ولی به آن‌ها ملحق است به خصوص آنکه در آن مهر ذکر گردد (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۲۴۲)

و در این باره چنین استدلال می‌کند:

نکاح نیز در خصوص مهر به معاوضات مالی ملحق است ولی با توجه به تمایزات ماهوی نکاح با سایر معاملات معوضه، مستند فقهی اصلی و اساسی در این مسئله اجماع است (همان: ۲۴۵).

در نظری بینابین و با توجه به شرافت ذاتی انسان، عقد نکاح نمی‌تواند از عقود معوض باشد؛ زیرا مهر قراردادی تبعی نیست تا زوجین جدا از اصل نکاح آن را منعقد نمایند یا اینکه آن را شرط جزایی یا وجه التزام بدانیم، بلکه مهر مالی است که قانون‌گذار به مناسبت عقد نکاح، مرد را ملزم به پرداخت آن کرده است و زوجین نیز در تعیین آن اختیار دارند. با این وصف، عقد نکاح عقدی مبتنی بر مسامحه است و از عقود معاوضی نیست اما از عقود شبه معاوضی تلقی می‌شود (روشن و صادقی، ۱۳۹۵: ۶۶۱).

نویسندگان دیگری نیز ارتباط مهریه و حق حبس را چنین بیان کرده‌اند:

نکاح ذاتاً از عقود معاوضه‌ای نیست. اما چون مهر در آن مطرح است، می‌توان آن را نوعی شبه معاوضی به شمار آورد. به عبارت دیگر می‌توان گفت عقد نکاح دارای دو جنبه است: جنبه تکلیفی و جنبه عقد مالی. جنبه تکلیفی از جهت احکام تکلیفی آن است که به سبب عقد متوجه زوجین می‌گردد و جنبه مالی آن از جهت وجود پاره‌ای

از احکام عقود معاوضی است که به تبع مهر متوجه آن شده است. لذا فقها گفته‌اند که به مجرد عقد، زن مالک مهر می‌شود و می‌تواند آن را مطالبه کند و در صورت امتناع زوج از پرداختن مهر، حق دارد متقابلاً از ایفای وظایف زوجیت امتناع ورزد. این قانون بر مبنای حقوق متقابل مرد و زن پایه‌گذاری شده و در واقع ضمانت اجرای تأدیة مهر است (عظیم‌زاده اردبیلی، ۱۳۹۰: ش ۳/۵۴).

## ۲-۱. نفقه

مشهور فقهای امامیه، نفقه را عوضی در برابر تمکین شمرده و وجوب نفقه را مشروط به تمکین کامل زوجه از زوج و نکاح دائم دانسته‌اند (ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۲/۳۴۷). عمده دلایل آن‌ها به این شرح است: اولاً اصل برائت ذمه می‌باشد، مادام که بر اشتغال ذمه شخصی مطمئن نشده‌ایم؛ زیرا پس از وقوع عقد، شک در اشتغال ذمه زوج بر نفقه است. بنابراین اصل عدم اشتغال است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود و خلاف آن با تمکین زوجه اثبات می‌شود. ثانیاً اگر نفقه را یکی از عوضین در نکاح حساب کنیم که بعد از عقد بر ذمه زوج مستقر می‌شود، این اشکال وجود دارد که نفقه معین نبوده و مجهول است و عقد نمی‌تواند ما یزای مجهول را واجب گرداند. علاوه بر این، اگر نفقه را به عنوان عوض در برابر تمکین قرار دهیم، در واقع شأن زوجه را در حد یک مزدبگیر تنزل داده‌ایم و این تحلیل با فلسفه تشکیل خانواده که امری مقدس و معنوی است مغایرت دارد.

عده‌ای نیز عقد را سبب وجوب انفاق می‌دانند (سبزواری، ۱۴۲۳: ۲/۲۹۷؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۲/۳۹۳) و بر این باورند که ادله و اخبار مبتنی بر وجوب نفقه، ناشی از صرف عقد است (آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۵/۹۹). گروهی دیگر، نفقه را در مقابل حق ریاست شوهر بر خانواده می‌دانند و عدم اطاعت زوجه از زوج (نشوز) را سبب سقوط نفقه می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱/۳۰۷؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۴/۴۷۸).

در میان حقوق‌دانان نیز این تفاوت مبنایی به تبعیت از فقها وجود دارد. برخی از آنان مبنای نفقه را عقد نکاح می‌دانند نه تمکین، و مانع استحقاق نفقه را نشوز می‌دانند. در واقع، سقوط حق نفقه را کیفر زنی می‌دانند که بدون عذر موجه از تمکین امتناع می‌کند یا به خانه شوهر نمی‌رود؛ زیرا اگر رابطه تمکین با الزام به انفاق مانند رابطه دو

عوض باشد، زن نیز در صورت ترک انفاق از سوی شوهر، باید بتواند از تمکین خودداری کند در حالی که این اختیار به او داده نشده است (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۸۴/۱؛ امامی، بی‌تا: ۴/۴۵۶). عده‌ای دیگر، تفسیری عام از تمکین ارائه کرده و اطاعت زوج از زوجه را منشأ نفقه دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۱۷۳-۱۷۴). تفسیر اخیر از نفقه، با فلسفه نکاح تناسب بیشتری دارد؛ زیرا نفقه حقی است که شارع برای تأمین بهتر حق زوجه در نظر گرفته است.

### ۳-۱. حق حبس

برخی از فقها حق حبس را که یکی از آثار ویژه عقود معاوضی است، در نکاح نیز جاری دانسته‌اند. این گروه به دو دسته تقسیم می‌شوند:

دسته نخست حق حبس را به تبع از معاوضات، هم برای زوج جایز دانسته‌اند و هم برای زوجه. برای نمونه در مسالک چنین آمده است:

پس زوجه به اتفاق همه علماء می‌تواند از تمکین خودداری کند تا اینکه مهرش را به طور کامل بگیرد، البته این بدان معنا نیست که واجب است زوج ابتدا مهر را تسلیم نماید، بلکه یا زوج ابتدا مهر را تسلیم می‌نماید یا هر دو هم‌زمان عوضین را قبض می‌نمایند، بدین ترتیب که به زوج امر می‌شود که مهر را به دست شخص مورد توافق طرفین یا فردی عادل بسپارد و زوجه نیز امر به تمکین می‌شود، پس هر گاه که تمکین کرد، شخص عادل مهر را به او تحویل می‌دهد (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۹۴/۸).

از فقهای معاصر، آیه الله اراکی عقد نکاح را معاوضی شمرده است که بر این اساس، زوجین هر دو، حق حبس دارند اما حق زوجه بر حق زوج مقدم است (۱۴۱۹: ۵۴۴-۵۴۶). همچنین به نظر آیه الله فاضل موحدی لنکرانی، در نکاح مهر نسبت به تمکین به عنوان عوض محسوب می‌شود و مقتضای معاوضی بودن، حق حبس برای زوجین است تا زمانی که هر یک عوض را قبض کند (۱۴۲۱: ۴۳۲/۳).

دسته دوم عدم تمکین زن را تنها به جهت گرفتن مهر جایز دانسته‌اند. در واقع این گروه از فقها حق حبس را فقط برای زوجه جایز شمرده‌اند (موسوی خمینی، بی‌تا: ۲۹۹/۲؛ اصفهانی، ۱۴۲۲: ۷۴۹/۲؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۵). صاحب جواهر صرف نظر از معاوضی بودن یا شبه معاوضی بودن نکاح، به دلایل مختلف از جمله احادیث متعدد و به زحمت افتادن

زن در صورت نداشتن حق حبس، این حق را برای زوجه قائل است (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۱/۳۱).

در مقابل این دو قول، برخی دیگر در وجود حق حبس دچار تردید شده (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۷) و قائل به عدم وجود چنین حقی در نکاح هستند و مکلف بودن هر یک از زوجین به ادای وظایف خود را بعید نمی‌دانند (آشتیانی، بی‌تا: ۲۹۰-۲۹۱).

عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند که مفاد ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی حق حبس به معنای مرسوم نیست؛ زیرا حق حبس از دو طرف است و حال آنکه در این مورد، این حق فقط به زوجه داده شده است. همچنین قاعده «علت در تعهدات» که در عقود معوض متصور است در عقد نکاح قابل تصور نیست مگر در مورد تمکین و نفقه. آنان منشأ حق حبس در نکاح را اجماع فقها می‌دانند نه معوض بودن عقد نکاح (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۱۳۲-۱۳۳) و برخی دیگر، حق حبس را صرفاً ضمانت اجرای دریافت مهر می‌دانند (شایگان، ۱۳۳۱: ۳۶۷). در یک نظر حقوقی دیگر، ضمن اذعان به اینکه حق حبس در ازدواج به معنای مرسوم نیست، چنین آمده که با اینکه عقد ازدواج معاوضه حقیقی نیست، حکم ماده ۳۷۷ قانون مدنی در مورد عقد نکاح نیز جاری است (دیانی، ۱۳۸۷: ۱۸۴). مطابق نظری دیگر، نکاح را که یک قرارداد شخصی و هدف اساسی آن شرکت در زندگی است، نباید یک قرارداد معاوضی یا حتی شبه معاوضی دانست و احکام ویژه قراردادهای مالی معوض را درباره آن جاری نمود. به نظر این گروه، شناختن حق حبس برای زن در نکاح (حقی که ویژه قراردادهای مالی معوض است) اساساً در حقوق جدید قابل ایراد است (صفایی و امامی، ۱۳۹۰: ۱۷۹/۱).

## ۲. تأثیر انقطاع بر معاوضی بودن یا نبودن نکاح

می‌دانیم که نکاح به دو دسته دائم و موقت تقسیم می‌شود و معیار این تفکیک قید زمان است؛ به این معنا که در نکاح دائم عقد همیشگی است اما نکاح موقت مقید به زمان مشخصی است (قانون مدنی: ماده ۱۰۷۵). نکاح دائم و موقت، اختلافات زیادی در آثار دارند و همین امر باعث قوام تردید در معاوضی دانستن نکاح به ویژه در قالب ازدواج موقت شده است؛ چرا که برای نمونه در نکاح موقت، مهر از ارکان اصلی عقد

است و عدم تعیین آن بر خلاف نکاح دائم سبب بطلان عقد است (قانون مدنی: ماده ۱۰۹۵). از این جهت، برخی فقها نقش مهر در نکاح موقت را به منزله عوض در اجاره می‌بینند (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۲/۳۰) که مهر در آن باید علاوه بر معلوم بودن، مالیت نیز داشته باشد. در کتب فقهی هدف از نکاح موقت را معمولاً استمتاع و بهره‌بری جنسی دانسته شده<sup>۱</sup> و به همین علت است که تمایل به معاوضی دانستن این نوع نکاح زیاد است. در رابطه با حق حبس در نکاح موقت، این دیدگاه برای هر یک از زوجین حق حبس قائل است. بنا به قولی، هرچند این قول و مضمون که نکاح موقت به منزله عوض در اجاره است، در برخی روایات آمده ولی با توجه به جنبه روحانی نکاح نمی‌توان آن را از مصادیق واقعی اجاره که از عقود معاوضی است، به شمار آورد و کلیه ضوابط اجاره را در آن جاری دانست و از ادله و نصوص شرعی چنین برمی‌آید که زوجه در نکاح منقطع همانند نکاح دائم به محض وقوع عقد مالک تمام مهر می‌گردد (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۲۶۹) و قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه در ذیل ماده ۱۰۹۶ مقرر داشته است که چنانچه مدت معین شده در عقد نکاح منقطع سپری گردد و شوهر با زن نزدیکی نکند، بی‌آنکه از ناحیه زوجه ممانعتی شود، زوج ملزم به پرداخت تمام مهر است. گذشته از اینکه چنانچه نکاح منقطع را در حکم عقود معاوضی محاسبه نماییم استفاده نبردن زوج از حق خود موجب سقوط حق زوجه نمی‌شود. بنابراین نکاح منقطع از این جهت با نکاح دائم تفاوت دارد (همان: ۲۷۰). یکی از حقوق دانان در این زمینه می‌گوید:

نظر به اینکه طبیعت نکاح منقطع معاوضی است باید به این اعتبار آن را تا حدودی تابع قواعد عقد معاوضی دانست که با جنبه اجتماعی آن منافات نداشته باشد. از آن جمله، حق حبس برای هر یک از زن و شوهر در عقد منقطع است که از آثار لازمه عقد معاوضی است. بنا بر این و اولویت مستنبطه از ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی، زن در نکاح منقطع می‌تواند از تمکین امتناع نماید تا مهر خود را دریافت دارد و همچنین شوهر می‌تواند از تأدیه مهر خودداری کند تا زن از او تمکین نماید (امامی، بی‌تا: ۱۰۵/۵).

۱. «أَنَّ الغرضَ الأصليَّ فيه الاستمتاع دون النسل، بخلاف الدوام» (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۴۶۰/۷).

اما این مبنا قابل اشکال است. چگونه می‌توان پذیرفت زن در مدتی که با مردی ازدواج کرده است در حکم اجیر است در صورتی که انسان هیچ‌گاه موضوع حق قرار نمی‌گیرد و شخصیت اخلاقی او برتر از آن است که در حکم اشیا و تابع قواعد آن باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۷۴/۱).

همچنین در قانون مدنی برخی از قرائن بیانگر غیر معاوضی بودن نکاح موقت است؛ مثلاً ماده ۱۰۹۶ قانون مدنی می‌گوید:

در نکاح منقطع، موت زن در اثناء مدت موجب سقوط مهر نمی‌شود و همچنین است اگر شوهر تا آخر مدت با او نزدیکی نکند.

در حالی که اگر مهر نقش عوض داشت فقط با نزدیکی، زوجه مستحق مهر بود؛ زیرا عوض در برابر معوض است. قرینه دیگر در مورد غیر معاوضی بودن نکاح موقت ماده ۱۰۹۷ قانون مدنی است که بیان می‌کند:

در نکاح منقطع هر گاه شوهر قبل از نزدیکی تمام مدت نکاح را ببخشد باید نصف مهر را بدهد.

در واقع زوجه قبل از نزدیکی و به خاطر بخشیدن مهر مستحق نیمی از مهریه است و این موضوع حکایت از غیر معاوضی بودن نکاح دارد. علاوه بر این، بسیاری از حقوق دانان در مورد حق حبس بر این باورند که ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی در نکاح موقت هم جاری است و شوهر حق حبس ندارد و نمی‌تواند تسلیم تمام یا بخشی از مهر را به تمکین مشروط سازد (همان: ۱۷۶/۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۱۳۴).

نکته‌ای که باید در ارتباط با تأثیر نکاح موقت بر معاوضی بودن یا نبودن عقد نکاح اذعان نمود، آن است که شاید به استناد اینکه غرض از نکاح منقطع تنها نزدیکی است، قول معاوضی بودن آن تقویت شود. در پاسخ به این اشکال نیز لازم به تأمل است که همواره غرض از نکاح موقت نزدیکی نبوده و منظور از استمتاع در آن می‌تواند شامل استمتاع بدون نزدیکی نیز باشد؛ چه اینکه اغراض دیگری منهای نزدیکی ممکن است موجب نکاح موقت شود؛ مثل محرمیت برای زنی که می‌خواهد پرستار مردی باشد و یا پزشکی که می‌خواهد عمل جراحی زنی را بدون مانع انجام دهد. بنابراین

عوضی که قائلان غرض اخیر بدان استناد خواهند کرد، عمومیت ندارد. لذا نمی‌توان به این استناد نیز به معاوضی بودن نکاح موقت متمسک شد. پس ماهیت نکاح موقت با دائم از حیث موضوع مورد بحث متفاوت نیست و مانند نکاح دائم، عقدی غیر معاوضی یا نهایتاً شبه معاوضی است.

### ۳. موضع قانون مدنی

در ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی آمده است:

به مجرد عقد، زن مالک مهر می‌شود و می‌تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بنماید.

این ملکیت، مطلق است و بدون اذن شوهر و حتی قبل از قبض و اقباض امکان هر نوع تصرفی را به زوجه می‌دهد؛ زیرا مهر مال اوست و این امر مقتضای قاعده تسلیط است. بر خلاف نظر برخی فقها مانند ابن جنید که معتقدند زوجه به مجرد عقد تنها مالک نیمی از مهر می‌شود و با عوامل استقرار به تمامی آن را مالک می‌گردد (اسکافی، ۱۴۱۶: ۲۵۵). قانون مدنی از نظر مشهور فقها پیروی کرده است و آنچه از مهر را که به موجب عقد به ملکیت زوجه درمی‌آید، کل مهر می‌داند. اما بعد از عقد، مالکیت زوجه در نیمی از مهر مستقر و در نیمه دیگر متزلزل است و بعد از نزدیکی ثابت می‌شود. طبق نظر مشهور، زن می‌تواند در تمام مهر تصرف کند و هر گاه قبل از دخول طلاق اتفاق بیفتد زوجه ملزم است چنانچه تمامی مهر را دریافت کرده نیمی از آن را به زوج برگرداند. اما به موجب نظر غیر مشهور، زن نمی‌تواند قبل از نزدیکی و یا عوامل دیگر در تمامی مهر تصرف نماید. از سوی دیگر قانون مدنی در ماده ۱۰۹۲ می‌گوید:

هر گاه شوهر قبل از نزدیکی، زن خود را طلاق دهد زن مستحق نصف مهر خواهد بود و اگر شوهر بیش از نصف مهر را قبلاً داده باشد حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا مثلاً یا قیمتاً استرداد کند.

شاید این توهم به نظر رسد که این دو ماده با هم متعارض هستند اما باید گفت که بین مواد ۱۰۸۲ و ۱۰۹۲ تعارضی وجود ندارد؛ زیرا ماده ۱۰۹۲ از آثار طلاق پیش از وقوع نزدیکی سخن می‌گوید که باعث می‌شود مالکیت متزلزل زوجه در این نیمه از بین برود

و از مال او جدا و به شوهر برسد. از جمع بین این دو ماده می‌توان چنین برداشت نمود که وقوع طلاق پیش از نزدیکی، شرط انحلال ملکیت نیمی از مهر است؛ به این معنا که وقوع طلاق حق زن را نسبت به نصف مهر از میان می‌برد و شوهر را دوباره مالک آن می‌سازد (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۶۲/۱). در واقع نزدیکی عامل استقرار نیمه متزلزل مهر است که نشانگر اراده جدی زوجین بر ادامه زندگی مشترک است. به همین دلیل در نمائاتی که از مهر حاصل می‌شود اگر این نمائات منفصل باشد، به زوجه تعلق می‌گیرد؛ زیرا تمام مهر از حین عقد در ملکیت زوجه قرار گرفته است و در نمائات متصل به نسبت نصف، متعلق سهم زوج قرار خواهد گرفت. طبق این تحلیل، نزدیکی تنها نقش تثبیت نیمی از مهر را دارد و نمی‌توان آن را مانند عقود معاوضی، یکی از عوضین عقد دانست. برای آشکار شدن این مطلب که مهر و نزدیکی به مثابه عوض و معوض نیستند لازم است برخی از مواد قانون مدنی را که بیانگر این مدعاست، بررسی کنیم.

۱. ماده ۱۱۰۱، انحلال نکاح قبل از نزدیکی به دلیل فسخ را مستحق اخذ مهر ندانسته مگر اینکه موجب فسخ، عنن باشد. همان طور که می‌دانیم فسخ ایقاع است و فسخ کننده در ایقاع، قصد فعل و قصد نتیجه دارد (بر خلاف انفساخ). بنابراین در تمام مواردی که نکاح قبل از نزدیکی فسخ شود، زن حق مهر ندارد مگر عنن که در این صورت زن مستحق نصف مهر است (یثربی قمی، ۱۳۸۷: ۹۰).

۲. مطابق ماده ۱۰۹۳، اگر طلاق قبل از نزدیکی و قبل از تعیین مهر واقع شود، در این صورت زوج باید مهرالمتعه پردازد. در صورتی که اگر مهر نقش عوض داشت، به زوجه مهر تعلق نمی‌گرفت.

۳. بر اساس ماده ۱۰۹۳، اگر طلاق قبل از نزدیکی و بعد از تعیین مهر واقع شود زوج باید نصف مهر معین شده را پردازد در حالی که نزدیکی واقع نشده است، اما زوجه مستحق مهر است؛ زیرا همان طور که گفته شد، نزدیکی نیمه متزلزل مهر را استقرار می‌بخشد.

البته دو فرض دیگر را می‌توان تصور کرد که فقها به آن اشاره کرده‌اند؛ مثلاً اگر زوج قبل از تعیین مهر و قبل از نزدیکی بمیرد، زن مستحق هیچ گونه مهری نیست. قانون مدنی هم به پیروی از فقه امامیه در ماده ۱۰۸۸، مهرالمتعه را در صورت مرگ نفی



کرده و در ماده ۱۰۹۳ فقط در مورد طلاق، مهرالمتمعه مقرر داشته است. همچنین مشهور فقها، انحلال نکاح به دلیل وفات قبل از نزدیکی را مستحق دریافت تمام مهر برای زوجه می‌دانند (قمی، ۱۴۱۳: ۳۴۷/۴).

قانون مدنی در ماده ۱۰۸۵ موضع خود را در مورد حق حبس این گونه بیان می‌کند: زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده، از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد، امتناع کند. مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع، مسقط حق نفقه نخواهد بود.

برخی حقوق دانان معتقدند که حق حبس مطرح شده در ماده ۳۷۷ قانون مدنی مربوط به طرفین معامله یعنی بایع و مشتری است، در حالی که ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی این حق را فقط به زوجه داده است. همچنین حق حبس فقط در عقود معاوضی قابل تصور است، در حالی که در معوض بودن عقد نکاح اختلاف نظر وجود دارد. بنابراین حکم ماده ۱۰۸۵ را یک حکم خاص می‌دانند که منشأ آن اجماع فقهاست نه معوض بودن نکاح؛ زیرا گاهی در نکاح مهر ذکر نمی‌شود اما عقد نکاح صحیح است (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۱۳۲-۱۳۳). عده‌ای دیگر معتقدند که اصولاً قیاس کردن نکاح با سایر عقود معاوضی و از جمله بیع نادرست است و در توجیه اینکه چرا نویسندگان قانون مدنی در ماده ۱۰۸۵ حق حبس را فقط برای زن ذکر کرده‌اند، معتقدند که آن‌ها نخواستند پیمان زناشویی را در بند گروکشی‌های ناگوار قرار دهند و چهره معنوی آن را از بین ببرند؛ زیرا عقد نکاح با دیگر عقود تفاوت دارد چرا که انسان قابل مبادله با پول نیست و تصور اینکه زناشویی به معنای معاوضه همخوابگی با مهر است مشکل به نظر می‌رسد، از آن جهت که جنبه معنوی نکاح تحت الشعاع قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۵۶-۱۵۷). به همین جهت ایشان دامنه اجرای حق حبس در ماده ۱۰۸۵ را مضیق تفسیر کرده و گفته‌اند که منظور از حق حبس در ماده ۱۰۸۵، فقط تمتع جنسی و نزدیکی است<sup>۱</sup> و در موارد تردید، اصل را عدم می‌دانند (همان: ۱۵۵/۱؛ شهیدی، ۱۳۸۹: ۱۷۶/۳). از طرفی دیگر نیز حق حبس بر خلاف قاعده است و در صورت فقدان نص قانونی، هر گاه در وجود یا عدم حق حبس در قراردادی تردید شود، وجود آن را باید

۱. اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه شماره ۷/۵۴۵۵ مورخ ۱۳۸۱/۵/۳۰، حق حبس را به معنای تمکین خاص تعبیر کرده است (معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، ۱۳۸۸: ۶۲۰/۱).

منتفی دانست. لذا این حق را نمی‌توان متقابلاً برای زوج شناخت و زوج موظف است که مهر را با تقاضای زوجه به او تسلیم کند (شهیدی، ۱۳۸۹: ۱۶۵/۳ و ۱۷۷). در مقابل، عده‌ای منظور از حق حبس را تمامی وظایفی که زن در مقابل شوهر دارد، اعم از نزدیکی، حسن معاشرت و... می‌دانند. آنان قرینه مدعای خود را واژه «وظایف» می‌دانند که در ماده ۱۰۸۵ به صیغه جمع ذکر شده و با اطلاق خود شامل تمامی وظایف می‌شود (حائری شهاباغ، ۱۳۸۷: ۹۴۷/۲؛ شایگان، ۱۳۳۱: ۳۶۷).

اما در مورد نفقه به نظر می‌رسد قانون مدنی مبنای نفقه را عقد نکاح می‌داند؛ زیرا از لحن ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی برمی‌آید که تمکین شرط استحقاق نفقه برای زوجه نیست بلکه نشوز زوجه مانع آن است؛ زیرا زوج به مجرد وقوع عقد نکاح، ملزم به پرداخت نفقه زوجه است و از سوی دیگر، ماده ۱۱۰۸ نشوز را مانع حق نفقه دانسته است. همچنین بر اساس یکی از نظریات مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه،<sup>۱</sup> طبق ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی همین که عقد نکاح به صحت واقع شد، حقوق و تکالیف زوجین در مقابل یکدیگر برقرار می‌شود و به محض وقوع نکاح، هم زوج حق دارد تمکین زوجه را بخواهد و هم زوجه حق مطالبه نفقه را خواهد داشت (شهری و ستوده جهرمی، ۱۳۷۵: ۳۱۵/۲). در عمل نیز محاکم، زوجه را قبل از تمکین و به محض عقد، هرچند هنوز به منزل مشترک نرفته باشد، مستحق نفقه می‌دانند.

#### ۴. تحلیل دیدگاه‌ها در رفع تعارض ظاهری

این گونه که از آرای مختلف پیداست، در رابطه با ماهیت عقد نکاح با دو نظر عمده مواجهیم. گروهی معتقد به معاوضی بودن عقد نکاح و عده‌ای قائل به غیر معاوضی بودن این عقد هستند. البته در این میان فرض شبه معاوضی بودن نیز مطرح است. به نظر نگارندگان، عقد نکاح عقدی کاملاً ویژه و خاص است و بلا تردید جزء عقود

۱. نظریه ۱۳۷۳/۲/۱۳-۷/۶۲۱: «طبق مفاد ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی همین که نکاح به نحو صحت واقع شد روابط زوجیت بین طرفین به وجود آمده و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر واقع می‌شود. بنابراین به محض وقوع نکاح، هم زوج حق دارد تمکین زوجه را بخواهد و هم زوجه حق مطالبه نفقه و تعقیب را خواهد داشت.»

معاوضی نخواهد بود؛ زیرا ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی، زن را به موجب عقد مالک مهر می‌داند؛ همان طور که در سایر معاملات، طرفین به مجرد عقد مالک عوض و معوض می‌شوند و همین که داخل در ملک آنان شد، به حکم قاعده تسلیط می‌توانند هر نوع تصرفی که بخواهند در آن بنمایند. بنابراین مهریه عوض نزدیکی نیست؛ چرا که با فلسفه وجودی نکاح دائم منافات دارد و جنبه‌های معنوی آن را خدشه‌دار می‌کند. لذا نباید ماهیت مهر را مانند مال در عقود معوض دانست. از این رو توجیه‌پذیرترین قول در این زمینه، شبه معاوضی بودن عقد نکاح است. به همین جهت معتقدیم که مهر از نظر ماهیت، هدیه‌ای است که مرد ملزم به پرداخت آن است ولی در مقابل، زن ملزم به پرداخت چیزی نیست. به نظر می‌رسد این مبنا مورد توجه نویسندگان قانون مدنی هم بوده است. قرینه این مدعا، ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی است که می‌گوید:

همین که نکاح به طور صحت واقع شد روابط زوجیت بین طرفین موجود، و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود.

بنابراین به محض وقوع نکاح، به موجب حکم قانون‌گذار زن ملزم به نزدیکی و مرد هم موظف به پرداخت مهریه می‌شود، بی‌آنکه میان این دو رابطه علت و معلولی یا رابطه دیگری وجود داشته باشد. اما از آن رو که قانون‌گذار به حقوق زوجه اهمیت بیشتری داده و خواهان حمایت بیشتری از او بوده است، فقط برای زوجه، حق حبس در نظر گرفته است. ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی که ناظر به حق حبس است، یک حکم کاملاً ویژه است که تنها برای زن حق حبس را شناخته است. البته شناختن حق حبس در نکاح که عقدی غیر معاوضی است از یک منظر قابل انتقاد است؛ زیرا قانون‌گذار با این کار باعث آشفتگی در روابط زوجین شده است. هرچند هدف از عقد نکاح دائم تشکیل خانواده و برقراری روابط زناشویی است، در مقابل، حق حبس با هدف تنظیم روابط دو طرفه در یک تعهد و وصول منافع و حقوق ناشی از عقد معاوضی قرار داده شده که در ماده ۳۷۷ قانون مدنی به آن اشاره شده است. با این حال برخی بر آن اند که: علی‌رغم انتقادهای بعضی از حقوق‌دانان و فقها در مورد سکوت قانون برای حق حبس زوج، با عنایت به مبنای شبه معاوضی بودن عقد نکاح، می‌توان حق حبس زوجه را یک قاعده استثنایی دانست که در جهت حمایت از حقوق زن پیش‌بینی شده است و

نباید زوج در این مورد با زوجه مقایسه گردد (عظیم‌زاده اردبیلی، ۱۳۹۰: ش ۱۷/۵۴).

این مطلب از این حیث که بین این دو مقوله رابطه منطقی وجود ندارد و حق حبس فقط در محدوده عقود معاوضی قابل اجراست، در حالی که نکاح یک عقد غیر معاوضی است و مقتضای آن تمکین زن از مرد به طور مطلق است، قابل تأمل خواهد بود. نکته مهم و اساسی که باید مورد توجه قرار گیرد این است که در عقد نکاح، زوج مهر را پرداخت می‌کند اما در مقابل آن مالک بضع نمی‌شود بلکه فقط حق انتفاع از بضع را پیدا می‌کند در حالی که در عقود معاوضی، بایع ملکیت ثمن و مشتری ملکیت مبیع را به دست می‌آورند. با این حال و به رغم وجود این مباحث، مبنای این ماده اجماع فقهاست نه معاوضی بودن عقد نکاح (قمی، ۱۴۱۳: ۵۴۶/۴).<sup>۱</sup> بنابراین نمی‌توان ماده ۱۰۸۵ را با ماده ۳۷۷ مقایسه کرد؛ زیرا ماده ۳۷۷ مربوط به قواعد عمومی معاوضات است و حق حبس را برای بایع و مشتری در نظر گرفته است در حالی که ماده ۱۰۸۵ مخصوص زوجه است. بنابراین باید دامنه حق حبس شناخته شده در ماده ۱۰۸۵ برای زوجه را محدود تفسیر کرد و آن را فقط به نزدیکی و بهره‌بری جنسی متصف کرد. دلیل آن قرینه‌ای است که در ماده ۱۰۸۶ قانون مدنی وجود دارد.<sup>۲</sup> وظایفی که زن در برابر شوهر دارد با الزام به پرداخت مهر ارتباط حقوقی ندارد و از نظر عرفی ناظر به تمام دوران زناشویی است؛ مثلاً زوجه باید در مسکنی که زوج تعیین

۱. ایشان می‌گویند: «جایز است که زوجه از تمکین امتناع کند تا تمام مهر خود را بگیرد؛ خواه عین باشد و خواه دین، و خواه بعضی عین و بعضی دین باشد، و خواه منفعتی باشد مثل عمل در مدت معین، بنا بر مشهور، بلکه ظاهراً خلافی نیست و عده‌ای از اصحاب ادعای اجماع بر آن کرده‌اند که از جمله ایشان شهید ثانی در مسالک و شرح لمعه است و مؤیدات بسیاری هم از اخبار دارد و مشهور آن است که فرقی میان موسر و معسر نباشد. پس کسی نگوید: «هر گاه در صورت مؤجل امتناع جایز نیست، پس در صورت اعسار هم جایز نیست»؛ زیرا که در مؤجل، زوجه حق امتناع را اسقاط کرده و بدون اخذ عوض به تمکین تن در داده، ولی اعسار مستلزم هیچ یک از این‌ها نیست و چنان که عموماً لزوم اطاعت زوجه، مقتضی تسلط زوج است، ادله «عدم لزوم تسلیم بضع قبل از اخذ عوض» مقتضی تسلط زوجه است و این منافات با اطاعت ندارد؛ زیرا زوجه می‌گوید: «من مطیع ولی تا حق خود را نگیرم، بضع را تسلیم نمی‌کنم» و به هر حال شهرت فراوان و ادعای ظاهر اجماع، در نظر ارجح است».
۲. ماده ۱۰۸۶ ق.م.: «اگر زن قبل از اخذ مهر به اختیار خود به ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد قیام نمود دیگر نمی‌تواند از حکم ماده قبل استفاده کند، مع ذلک حتی که برای مطالبه دارد ساقط نخواهد شد».

می‌کند سکونت گزیند یا با او خوشرویی کند. پس با یک بار خوشرویی یا چند بار به خانه شوهر آمدن نمی‌توان ادعا نمود که زوجه به وظایف زناشویی خود عمل کرده است ولی مفهوم عرفی تمکین خاص با نخستین نزدیکی تحقق می‌پذیرد و تمام مهریه به ذمه شوهر مستقر می‌گردد<sup>۱</sup> (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۵۵/۱). اما در رابطه با مبانی مختلفی که برای نفقه ذکر شده، باید گفت که نفقه مهم‌ترین حق مالی زوجه و ناشی از حکم قانون است. مشهور فقهای امامیه، تمکین را شرط وجوب نفقه می‌دانند (قمی، ۱۴۱۳: ۳۵۹/۴) و در استدلال خود به آیه «وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (نساء/۱۹) استناد می‌کنند. آنان معتقدند که این آیه بر وجوب نفقه مطابق با مقتضای عرف و عادت دلالت می‌کند و عرف، نفقه زوجه را در مدت عقد که در خانه پدر است و به منزل زوج نرفته، بر عهده زوج نمی‌داند (فرشتیان، ۱۳۷۱: ۹۷). اما در قانون مدنی، مبنای نفقه مطابق اطلاق ماده ۱۱۰۲ وقوع عقد نکاح است؛ زیرا به محض عقد نکاح، حقوق و تکالیف زوجین برقرار می‌شود که یکی از آنها نفقه است. همچنین سیاق ماده ۱۱۰۸، نشوز را مانع نفقه می‌داند نه تمکین را شرط وجوب نفقه. یکی از قرائن دیگر، ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی است که نفقه را در عقد دائم به طور مطلق بر عهده زوج می‌داند پس از این لحاظ هم عقد نکاح جنبه معاوضی ندارد.

## ۵. تبیین آثار بحث بر عقد نکاح

بسته به اینکه قائل به معاوضی یا غیر معاوضی بودن نکاح باشیم آثاری که بر این عقد حمل می‌شود متفاوت است. اگر نفقه را حقی بدانیم که قانون برای زوجه قرار داده است، در صورتی که زوج قدرت جماع نداشته باشد و یا زوجه حاضر به تمکین بوده

۱. به رغم این تفسیر، هیئت عمومی دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه در مورد ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی، دامنه حق حبس زوجه را توسعه داد و حق امتناع زوجه را به معنای تمکین عام تفسیر نمود. رأی وحدت رویه شماره ۷۱۸ مورخ ۱۳۹۰/۲/۱۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور: «مستفاد از ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی این است که زن در صورت حال بودن مهر می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفای مطلق وظایفی که شرعاً و قانوناً در برابر شوهر دارد امتناع نماید. بنابراین رأی شعبه ۵ دادگاه تجدیدنظر استان که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص و تأیید می‌گردد» (درویش، ۱۳۸۹: ش ۱۱۹/۷۲).

اما شوهر سر باز زند، زوجه همچنان مستحق نفقه است. همچنین اگر زوجه با مانع مشروع مانند امراض مقاربتی از تمکین سر باز زند از نفقه محروم نخواهد شد؛ چه اینکه بر وی حرجی نیست و چه بسا از باب وجوب حفظ الصّحّه تکلیف نیز داشته باشد که از تمکین خودداری نماید (روشن و صادقی، ۱۳۹۰: ش ۷-۸/۱۲۲). بُعد دیگر آن است که اگر نفقه جنبه عوض داشت، باید تصرفات شخص سفیه در این مورد با محدودیت روبه‌رو می‌شد در حالی که چنین نیست. از نظر دیگر نیز هر گاه زوجین در حدوث تمکین اختلاف داشته باشند، بدین گونه که زوجه مدعی تمکین و زوج منکر باشد، اگر نفقه به موازات عقد بر زوج واجب شود، این وظیفه زوج است که نشوز زوجه را اثبات نماید؛ زیرا نفقه با عقد ثابت شده است و نشوز که مانع آن است باید متعاقباً ثابت شود. اما هر گاه تمکین را شرط وجوب نفقه بدانیم، این وظیفه زوجه است که تحقق تمکین را از ناحیه خود ثابت نماید، در غیر این صورت مستحق نفقه نخواهد بود. همچنین از آن جهت که تمکین صفتی وجودی است و برعکس نشوز صفتی عدمی است لذا اثبات عدم در صورت درخواست بر انجام آن است. بنابراین تمکین را می‌توان اثبات کرد و زوجه می‌تواند بر تمکین خود دلیل آورد اما تحقق نشوز، منوط به درخواست زوج و ممانعت زوجه است.

یکی دیگر از آثاری که از معوض بودن یا غیر معوض بودن نکاح تأثیر می‌پذیرد، وجود حق حبس است به این معنا که اگر نکاح عقدی معاوضی باشد، باید هر کدام از زوجین هم حق حبس مجزا داشته باشند یعنی همان گونه که زن حق دارد تا زمانی که مرد، مهر را به او تسلیم نکرده است از تمکین (به معنای خاص آن) خودداری کند، مرد نیز حق دارد تا وقتی که زن تمکین نکرده است از پرداخت مهر به او خودداری کند. اما چنانچه نکاح را عقدی غیر معاوضی به شمار آوریم یا باید برای هیچ یک از زوجین چنین حقی قائل نباشیم؛ زیرا حق حبس از ویژگی‌های اختصاصی عقود معاوضی است یا حداکثر اینکه این حق را تنها برای زوجه به خاطر وجود اجماع فقهای امامیه قائل باشیم. لذا از آنجا که قائل به خاص بودن عقد نکاح هستیم، معتقدیم که احکام این عقد نیز ویژه همین عقد است و نمی‌توان آن را به دیگر عقود تعمیم داد؛ برای مثال، استفاده از خيارات در سایر عقود بلامانع است در حالی که مطابق ماده ۱۰۶۹ قانون

مدنی، شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است. نمونه دیگر، ماده ۱۰۷۲ قانون مدنی است که در صورت اطلاق وکالت، وکیل حق ندارد موکله را برای خود تزویج نماید، در صورتی که وکالت، در سایر امور چنین حکمی ندارد.

## نتیجه گیری

در بررسی جایگاه عقد نکاح در تقسیمات عقود به معاوضی و غیر آن، ضرورت بررسی و درک ارتباط نهادهای مختلفی همچون مهریه، نفقه، حق حبس و... را نمی توان انکار کرد. نوشتار حاضر ضمن بررسی این مهم، به نتایج زیر دست یافت:

۱. در بحث عقود از حیث معاوضی و غیر معاوضی، عقد نکاح برخی از احکام عقود معاوضی و غیر معاوضی را داراست و از سوی دیگر نیز فاقد برخی احکام و آثار آن است که از احکام ویژه این عقد (نکاح) ناشی شده است. از این منظر، بالاترین حد نکاح را نباید عقدی معاوضی تلقی نمود و البته با توضیحاتی که آمد نیز روشن شد که این عقد نمی تواند عقدی غیر معاوضی هم قلمداد شود.

۲. شاید با استناد به ارتباط بین مواد ۱۰۸۲ و ۱۰۹۲ این توهّم ایجاد شود که این دو ماده با هم متعارض اند و از تحلیل هر یک از آنها بتوان به نحوی قائل به معاوضی بودن عقد نکاح شد، اما باید گفت که اولاً در این میان تعارضی وجود ندارد؛ ثانیاً این دو ماده به نحوی تحلیل پذیرند که می توان هر گونه شائبه معاوض بودن نکاح را برطرف نمود. همین تردید نیز در ارتباط با نسبت نهادهای مالی خانواده همچون نفقه و مهریه وجود خواهد داشت که به تفصیل مورد بحث واقع گردید و تردیدهای مترتب بر آن نیز رفع شد.

۳. عقد نکاح، عقدی ویژه است و بی تردید جزء عقود معاوضی نخواهد بود؛ زیرا ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی، زن را به موجب عقد مالک مهر می داند؛ همان طور که در سایر معاملات، طرفین به مجرد عقد مالک عوض و معوض می شوند و همین که داخل در ملک آنان شد به حکم قاعده تسلیط می توانند هر نوع تصرفی که بخواهند در آن بنمایند. بنابراین مهریه عوض نزدیکی نیست؛ چرا که با فلسفه وجودی نکاح دائم منافات دارد و جنبه های معنوی آن را خدشه دار می کند.

۴. نکاح عقدی ویژه است که تقسیم آن به موقت و دائم نیز تأثیری در ماهیت آن از حیث دایره شمول عقود معاوضی و غیر معاوضی نخواهد داشت. از این منظر، تحلیل ماهیت این عقد در دایره شمول عقود مورد اشاره، واجد آثار ویژه‌ای است که بدان اشاره شد.



## کتاب‌شناسی

۱. آشتیانی، میرزا محمود، کتاب النکاح، مشهد، چاپخانه خراسان، بی تا.
۲. آل عصفور بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، تحقیق و تصحیح محمدتقی ایروانی و سید عبدالرزاق مقرر، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۳. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحیر، المهذب، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۴. اراکی، محمدعلی، کتاب النکاح، قم، نورنگار، ۱۴۱۹ ق.
۵. اسکافی، محمد بن احمد بن جنید کاتب، مجموعه فتاوی ابن جنید، تصحیح علی پناه اشتهاودی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۶. اصفهانی، سید ابوالحسن، وسیلة النجاة مع حواشی الامام الخمينی، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ ق.
۷. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامی، بی تا.
۸. انصاری، مرتضی بن محمدامین، کتاب النکاح، قم، کنگره جهانی شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۹. بهرامی احمدی، حمید، حقوق تعهدات و قراردادهای، تهران، دانشگاه امام صادق علیه السلام، ۱۳۹۰ ش.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق خانواده، تهران، گنج دانش، ۱۳۶۸ ش.
۱۱. حائری شاهباغ، سیدعلی، شرح قانون مدنی، چاپ سوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷ ش.
۱۲. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تبصرة المتعلمین فی احکام الـدين، تحقیق و تصحیح محمدهادی یوسفی غروی، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۱۳. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، چاپ دوم، تصحیح علی اکبر غفاری، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۱۴. درویش، بهرام، «دامنه حق حبس زوجه در رویه دیوان عالی کشور»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۲، ۱۳۸۹ ش.
۱۵. ذیانی، عبدالرسول، حقوق خانواده، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.
۱۶. روشن، محمد و محمد صادقی، «ضمان ناشی از انتقال بیماری جنسی»، مجله فقه پزشکی، تهران، دانشگاه علوم پزشکی شهید بهشتی، شماره‌های ۷-۸، ۱۳۹۰ ش.
۱۷. همو، دانش نامه حقوقی خانواده، تهران، جنگل، ۱۳۹۵ ش.
۱۸. سبحانی تبریزی، جعفر، نظام النکاح فی الشريعة الاسلامیة الغراء، قم، بی تا، بی تا.
۱۹. سبزواری، محمدباقر بن محمد، کفایة الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۲۰. شایگان، سیدعلی، حقوق مدنی ایران، چاپ چهارم، تهران، چاپخانه مجلس، ۱۳۳۱ ش.
۲۱. شهری، غلامرضا و سروش ستوده جهرمی، نظریات اداره حقوقی قوه قضاییه در زمینه مسائل کیفری از سال ۱۳۷۲ تا پایان سال ۱۳۷۳، تهران، چاپ روزنامه رسمی کشور، ۱۳۷۵ ش.
۲۲. شهیدی، مهدی، آثار قراردادهای و تعهدات، چاپ چهارم، تهران، مجد، ۱۳۸۹ ش.
۲۳. همو، اصول قراردادهای و تعهدات، چاپ پنجم، تهران، مجد، ۱۳۸۸ ش.
۲۴. همو، تشکیل قراردادهای و تعهدات، چاپ هفتم، تهران، مجد، ۱۳۸۸ ش.
۲۵. صفایی، سیدحسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادهای)، چاپ بیست و دوم، تهران، میزان، ۱۳۹۴ ش.
۲۶. صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی، حقوق خانواده، چاپ دوازدهم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۰ ش.

۲۷. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تحقیق سیدمحمدتقی کشفی، تهران، المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ش.
۲۸. عاملی جعی، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، تحقیق و تصحیح گروه پژوهش معارف اسلامی، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۹. عظیمزاده اردبیلی، فائزه، «حق حبس در نظام حقوقی خانواده در اسلام»، *مجله فقه و حقوق خانواده*، تهران، دانشگاه امام صادق (ع)، دوره شانزدهم، شماره ۵۴، ۱۳۹۰ ش.
۳۰. فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة (کتاب النکاح)*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۴۲۱ ق.
۳۱. فاضل هندی، بهاءالدین محمد بن حسن اصفهانی، *کشف اللثام والابهام عن قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۳۲. فرشتیان، حسن، *نقطة زوجه در حقوق ایران و مطالعه تطبیقی*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۱ ش.
۳۳. قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمدحسن، *جامع الشتات فی اجوبة السؤالات*، تصحیح مرتضی رضوی، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۳۴. قنواتی جلیل، سیدحسن وحدتی شیرینی و ابراهیم عبدی پور، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، زیر نظر سیدمصطفی محقق داماد، تهران، سمت، ۱۳۷۹ ش.
۳۵. کاتوزیان، ناصر، *حقوق خانواده*، چاپ سوم، تهران، انتشار و بهمن برنا، ۱۳۷۱ ش.
۳۶. همو، *درس‌هایی از عقود معین*، چاپ هشتم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۴ ش.
۳۷. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، انتشار و بهمن برنا، ۱۳۷۶ ش.
۳۸. محقق داماد، سیدمصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن*، چاپ پانزدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۷ ش.
۳۹. معاونت حقوقی و توسعه قضایی قوه قضاییه، *مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات حقوقی*، چاپ دوم، تهران، نشر روزنامه رسمی، ۱۳۸۸ ش.
۴۰. مکارم شیرازی، ناصر، *کتاب النکاح*، تحقیق و تصحیح محمدرضا حامدی و مسعود مکارم، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۴ ق.
۴۱. موسوی بجنوردی، سیدحسن، *القواعد الفقهیه*، نجف، بی نا، ۱۳۹۱ ق.
۴۲. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریر الوسیلة*، قم، دار العلم، بی تا.
۴۳. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، چاپ بیستم، بیروت، دار الزهراء، بی تا.
۴۴. نائینی، محمدحسین، *منیة الطالب*، بی نا، المطبعة المرتضویه، ۱۳۵۸ ق.
۴۵. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، تحقیق و تصحیح عباس قوجانی و علی آخوندی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۴۶. یشربی قمی، سید علی محمد، *حقوق خانواده*، تهران، سمت، ۱۳۸۷ ش.