

تعیین زوجین در نکاح و تاملی بر ماده ۱۰۶۷ قانون مدنی

محمدعلی سعیدی*

تاریخ پذیرش: ۹۲/۴/۱

تاریخ دریافت: ۹۱/۱۲/۲۳

چکیده

بر خلاف آنچه از ظاهر ماده ۱۰۶۷ قانون مدنی به دست می‌آید و مورد پذیرش بعضی نویسندگان حقوق مدنی ایران نیز قرار گرفته، تعیین زن و شوهر برای خود ایشان، شرط صحت نکاح نیست؛ بلکه، انشا کنندگان باید بدانند طرفین اصلی نکاح چه کسانی هستند. این در حالی است که در حقوق فرانسه، به دلیل ضرورت مباشرت زن و شوهر در انعقاد عقد و بی اعتباری وکالت در نکاح، شرط مربوط به تعیین و مسائل مربوط به اشتباه نسبت به شخص یا شخصیت در خصوص طرفین اصلی نکاح طرح می‌شود. علی‌رغم اهمیت و ویژگی‌های خاص عقد نکاح، بررسی متون فقهی نشان می‌دهد، قابلیت تعیین زوجین برای صحت نکاح کافی است.

کلیدواژگان: تعیین، زوجین، ازدواج، اعتبار.

مقدمه

در ماده ۱۰۶۷ قانون مدنی ایران، تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد، شرط صحت نکاح معرفی شده است. با مطالعه‌ی این مقرر و با عنایت به شیوع وکالت در انعقاد نکاح، این پرسش اساسی مطرح می‌شود که تعیین زن و شوهر برای چه کسانی شرط صحت نکاح است؟ آیا کافی است انشا کنندگان بدانند طرفین اصلی نکاح چه کسانی هستند؟ یا این که تعیین زن و شوهر برای خود آنان از شرایط درستی عقد است؟ در حقوق مدنی ایران، تعریف عوضین در عقد معاوضی که تعیین زوجین در نکاح نیز دنباله‌ی همان بحث است، به معنای اطلاع تفصیلی متعاقدين تفسیر می‌شود. بنابراین باید پذیرفت که جز در مواردی که قانون‌گذار به صراحت و بنا به مصلحت، علم اجمالی را کافی دانسته، اصل بر

* استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

ضرورت تحصیل معرفت تفصیلی است. حال باید دید آیا تعیین زن و شوهر به شیوه‌ی تفصیلی لازم است؟ یا این که مهم معرفت نهایی و بازشناسی شخص مورد نظر است؟ روشن است در صورت پذیرش این احتمال لازم نیست در زمان عقد نه طرفین اصلی نکاح و نه برگزارکنندگان عقد به تفصیل بدانند عقد راجع به چه کسی است.

نتیجه‌ی منطقی عقیده‌ی آن گروه از نویسندگان که تحت تاثیر حقوق فرانسه، تعیین زن و شوهر را برای خود ایشان شرط درستی نکاح می‌دانند، از جمله می‌تواند بی‌اعتباری تمام ازدواج‌هایی باشد که در آن به وکالت عام یا مطلق، قرار است وکیل شخصی را به عقد دیگری درآورد و به هنگام عقد موکل از شخص تعیین شده توسط وکیل بی‌اطلاع است.

هر چند موضوع تعیین زوجین در بدو امر و در معنای عام آن ممکن است از امور کلاسیک و شایع نکاح به نظر رسد، اما توجه به موضوع از منظر مقاله‌ی حاضر می‌تواند باعث تصحیح برداشت حقوقی از ماده ۱۰۶۷ گردد. بدین منظور نوشته‌ی حاضر به دو مبحث تقسیم شده که در مبحث اول آن ابتدا مبانی لزوم تعیین زوجین و سپس مفهوم طرفین و ضرورت تفکیک آن از متعاقدين بررسی می‌شود و در مبحث دوم برای به دست آوردن روش تعیین و توافق اراده، به طور پیاپی، انواع تعیین و توافق اراده‌ی متعاقدين در شخص واحد مطالعه می‌شود.

نویسندگان قانون مدنی با ورود به بحث تعیین که یک بحث فقهی است، بنا داشته‌اند از فقه امامیه تبعیت کنند. اما با مطالعه‌ی حقوق فرانسه و به ظاهر غافل از تفاوت ظریفی که میان این دو سیستم وجود دارد، ادامه‌ی کار را به حقوق فرانسه واگذار کرده‌اند.

به عقیده نویسنده، صرف‌نظر از ضرورت تفسیر ماده ۱۰۶۷ با توجه به مبناى اصلی آن، لزوم تطبیق این مقرر با ماده ۱۰۷۲ قانون مدنی، ایجاب می‌نماید، کلمه‌ی طرف و طرفین را در ماده ۱۰۶۷، در معنای متعاقدين تفسیر نماییم. در غیر این صورت بر خلاف ماده ۱۰۷۲ به بطلان وکالت مطلق و عام در نکاح حکم داده‌ایم.

۱- تعیین زوجین

تعیین زوجین در نکاح از جمله شرایط ماهوی صحت عقد به‌شمار می‌رود. ماده ۱۰۶۷ قانون مدنی ایران نیز تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ‌کدام از طرفین شبهه‌ای نباشد را شرط صحت نکاح معرفی کرده است. اما آنچه در این ماده مبهم مانده و می‌تواند باعث شبهه شود،

مفهوم واژه «طرف» است. باید دید آیا مانند آنچه در حقوق فرانسه پذیرفته شده^۱ و بعضی از نویسندگان حقوق مدنی ایران نیز آن را به ماده ۱۰۶۷ نسبت داده اند، منظور از تعیین، معلوم بودن زوجین در نزد خود آنهاست؟ یا این که علی‌رغم مسامحه در تعبیری که در این ماده دیده می‌شود، معلوم بودن زوجین در نزد برگزارکننده‌ی عقد کافی است؟

برای رسیدن به پاسخ ابتدا مبانی لزوم تعیین زوجین در حقوق ایران بررسی می‌شود و سپس مفهوم طرفین در عقد و تفکیک آن از برگزارکنندگان عقد «متعاقدين» بررسی خواهد شد.

۱.۱- مبانی لزوم تعیین زوجین

در این قسمت نخست به مفهوم و تحلیل ضرورت تعیین زوجین می‌پردازیم. سپس کفایت یا عدم کفایت علم اجمالی در تعیین را بررسی خواهیم کرد.

۱.۱.۱- تحلیل ضرورت تعیین

منظور از معین بودن زوج و زوجه، می‌تواند پرهیز از مردد بودن ایشان باشد. بنابراین اگر عقدکننده به طرف مقابل بگوید، فلان دختر و یا یکی از خواهران او را به عقد تو درآوردم و طرف مقابل نیز بپذیرد، عقد به علت مردد بودن طرف باطل است. به این دلیل که فرض مردد، مصداق و مطابق خارجی ندارد تا اثر عقد به او تعلق یابد. قصد برگزارکنندگان عقد، ایجاد رابطه‌ی زوجیت با چند دختر به صورت جمعی و یا یکی از ایشان به صورت تعیین شده نیست، بلکه مقصود ایشان، ایجاد زوجیت یکی به صورت مردد است. امر مردد نمی‌تواند موضوع حکمی قرار گیرد.

به همین ترتیب منظور از معین بودن زوجین، می‌تواند پرهیز از کلی بودن مورد باشد. بر این اساس برگزارکننده‌ی عقد، با وکالت یا به طور فضولی دختری با اوصاف مشخص (کلی فی‌الذمه) یا یکی از چند دختر (کلی در معین) را موضوع انشا قرار می‌دهد. در این صورت نیز عقد به علت معلوم نبودن زوج به باطل است. در خصوص بطلان نکاح به دلیل بالا اشکال شده است که

^۱. عقیده‌ی فوق از مطالعه‌ی نوشته‌های فرانسوی در مبحث اشتباه در نکاح به دست می‌آید. به عنوان نمونه مراجعه کنید به:

Stercks, Daniel, *Le mariage en droit civil*, Larcier, 2004, n.103, p.104; Rubellin, Jacqueline, *Droit de la famille*, Dalloz, 1996, p.71 et s.

^۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، جلد ۱، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۱، ش ۵۱، ص ۹۱.

علی‌رغم ضرورت علم تفصیلی به عوضین در بیع و اجاره، مورد آن می‌تواند کلی باشد. در نکاح نیز که علم به دو مورد شرط نیست «به طریق اولی» کلی بودن مورد مجاز است.^۱ در پاسخ گفته شده که استمتاع زوجین از یکدیگر فرع بر معین بودن ایشان است، چرا که بهره بردن از طرف کلی ممکن نیست.^۲ این پاسخ نمی‌تواند قانع‌کننده باشد؛ چون تعیین پس از عقد نیز برای استمتاع می‌تواند کافی باشد. در عقود دیگر نیز عمده بهره‌مندی مادی یا معنوی طرفین از آثار عقد است، با این حال همگان کلی بودن مورد بیع یا اجاره را می‌پذیرند و تعیین بعدی برای انتفاع را کافی می‌دانند. به عنوان مثال، در اجاره کلی، مستاجر مالک مافی‌الذمه موجه می‌شود و به موجب آن موجه متعهد است مالی را جهت انتفاع مورد نظر به مستاجر تسلیم نماید. بنابراین همان‌طور که فعلیت انتفاع مستاجر در زمان اجاره کلی لازم نیست، فعلیت استمتاع زوجین نیز در زمان برگزاری عقد شرط نخواهد بود.

پاسخ مناسب این است که زوجیت مانند ابوت و بنوت و امثال آن از مفاهیم ذات اضافه‌ای است که قائم به فرد معین است و نمی‌توان آن را در نامعین اعتبار نمود. پس همان‌طور که زوجیت قابل اعتبار در شخص مرده یا غیر انسان نیست، به همین ترتیب برای تحقق در عالم اعتبار به ناچار باید دو شخص معین وجود داشته باشند.^۳

در رابطه با مبنای لزوم تعیین طرفین در نکاح، به گونه‌ی دیگری نیز استدلال شده است. بر اساس این روش که در نوشته‌های حقوقی یافت می‌شود، عقد نکاح از عقود است که شخصیت طرف علت عمده‌ی آن محسوب است.^۴ در این دیدگاه نکاح رابطه‌ای غیر مالی است و به جای دارایی زن و مرد، شخصیت ایشان رکن عقد است. به همین دلیل هر یک از زوجین باید بدانند

۱. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، مستمسک العروه الوثقی، جلد ۱۴، منشورات مکتبه آیة‌الله المرعشی، ۵۱۴۰۴. ق، ص ۳۹۲.

۲. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، جلد ۷، موسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۶. ق، ص ۱۰۶.

۳. طباطبایی حکیم، پیشین - موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، جلد ۲۴، موسسه المنار، چاپ ۴، ۱۴۱۶، ص ۲۲۷.

۴. جعفری لنگروری، محمدجعفر، حقوق خانواده، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۶۸، ص ۱۰۸ - صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله، حقوق خانواده، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ ششم، ۱۳۷۷، ش ۳۲، ص ۴۱ - مدنی، سیدجلال‌الدین، حقوق مدنی (حقوق خانواده)، جلد ۸، انتشارات پایدار، چاپ ۱، ۱۳۸۵، ص ۱۶۶.

طرف مقابل او کیست و با چه کسی ازدواج می‌کند. این دیدگاه با حقوق فرانسه انطباق دارد و همان‌طور که در گفتار بعدی خواهیم دید تطبیق آن با حقوق ایران با اشکال مواجه است. به همین دلیل است که در حقوق ایران وکالت عام یا مطلق مجاز است و این در حالی است که در وکالت عام یا مطلق، موکل به تحقیق نمی‌داند مقابل او کیست.

نکته‌ی قابل توجه دیگر این که طرفین نکاح، علاوه بر این که طرف عقد هستند به‌واقع مورد عقد نیز می‌باشند. در بند سوم ماده ۱۹۰ قانون مدنی، موضوع معین که مورد معامله باشد، یکی از شرایط صحت معامله معرفی شده است. مورد یا موضوع معامله بنابه ماهیت به اقسامی همچون مال، عمل، تحقق یا سقوط تعهد و نیز شخص، قابل تقسیم است. نکاح عقدی است که مورد آن همان شخص طرفین می‌باشد. به همین دلیل در بعضی از متون فقهی به زوجه «معهودعلیها» اطلاق شده است.^۱ از این حیث تفاوتی میان شخص زوج و زوجه نیست.^۲ تحلیل طرفین به دو مورد عقد در نکاح به‌روشنی شمول مباحث مربوط به معلوم بودن موضوع عقد را نشان می‌دهد، بدین ترتیب تمام مبانی‌ای که ضرورت تعیین موضوع عقد را به اثبات می‌رساند، در جهت ضرورت تعیین طرفین در عقد نکاح نیز به کار می‌آید.

۱.۱.۲- کفایت علم اجمالی در تعیین طرف

آنچه بنا به اصل برای صحت عقد ضروری است، علم تفصیلی به مورد آن است. این اصل منطبق با ضرورت‌های اجتماعی و قضایی است. اموری که می‌تواند در مرحله‌ی سنجش در ذهن معامله‌کننده وارد شود و در تشکیل رضای او به معامله موثر باشد، باید نزد متعاملین کاملاً روشن باشد. بنابراین انصراف علم به فرد اکمل و اجمل آن که همان نوع تفصیلی علم است، در عمل نیز فضای شفاف و روشنی ایجاد می‌نماید و عوامل ابهام‌ساز «غرر» را می‌زداید. با این حال معاملات نیز وجود دارند که عرف با گذشت و مسامحه به آن‌ها می‌نگرد. در این موارد استثنایی، سخت‌گیری لازم در به دست آوردن علم تفصیلی باعث می‌شود دست اشخاص بسته بماند.^۳ ماده

^۱ به عنوان مثال شهید ثانی می‌نویسد: «لما كانت الزوجه معهوداً علیها و عینها مقصوده للاستمتاع، اشترط تعیینها فی صحه النکاح کما فی کل معهود علیها». مراجعه کنید به: عاملی (شهید ثانی)، پیشین.

^۲ همان.

^۳ شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، نشر حقوقدان، چاپ اول، ۱۳۷۷، ش ۲۵۳، ص ۳۱۷.

۶۹۴ قانون مدنی در ضمان، ماده ۵۶۳ و ۷۶۶ آن قانون در جعاله و صلح از مواردی به‌شمار می‌روند که علم اجمالی به مورد در آن‌ها کافی است.

در مقررات موضوعه‌ی ایران راجع به کفایت علم اجمالی انشاکننده به طرف عقد نکاح تصریحی نیست. بنابراین چون استثنا نیازمند تصریح است نه اصل، باید گفت در نکاح علم تفصیلی ضروری است. آنچه این احتمال را به لحاظ تحلیلی تقویت می‌کند، اهمیت نکاح و قداست آن است که شناخت دقیق و تفصیلی متعاقدين را می‌طلبد.

به همین دلیل است که ازدواج را در شمار عقودی قرار می‌دهند که شخصت طرف در آن علت عمده‌ی عقد است. با این حال بنا به تصریح فقها که علی‌رغم تفحص نویسنده، قول مخالفی نیز یافت نشد، لازم نیست زوجین تعیین شده در زمان عقد به تفصیل معلوم باشند؛ بلکه قابلیت شناسایی به گونه‌ای که اگر پس از عقد شخص مورد نظر را بتوان شناسایی کرد کافی است.^۱ برای مثال، اگر پدر دختر ایجاب نماید که دختر بزرگم را به عقد درآوردم و طرف مقابل قبول کند، در حالی که در زمان عقد هیچ‌کدام نمی‌دانند دختر بزرگ‌تر کدام است، عقد صحیح است. کافی است بتوان پس از عقد با مراجعه به دفتر ثبت تاریخ تولد، بزرگ‌ترین دختر را شناسایی کرد.^۲

در این که واقع امر در گذشته حاصل شده باشد (مانند مثال بالا) و یا در حال حاضر حاصل باشد و یا حتی در آینده تحقق یابد، تفاوتی نیست. بنابراین اگر پدر در مثال بالا به وکالت انشا نماید که از میان دخترانم، دختری که در حال حاضر مشغول مطالعه است (فرض حال) و یا برای اولین بار وارد منزل خواهد شد (فرض آینده) را به عقد درآوردم، عقد در هر دو وضعیت درست است. در این مثال، هیچ‌یک از برگزارکنندگان عقد در زمان انعقاد نمی‌دانند کدام یک از دختران وی مشغول مطالعه است.^۳ اما اگر قابلیت شناسایی در آینده متوقف بر عقد باشد، نکاح باطل

^۱ به عنوان نمونه مراجعه کنید به: طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم، العروة الوثقی، جلد ۲، تهران: المکتبه العلمیه الاسلامیه، ۱۳۶۳ ه.ش، ص ۸۵۵ - موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مبانی العروة الوثقی (کتاب النکاح)، الجزء الثانی، النجف الاشرف: منشورات مدرسه دارالعلم، ۱۴۰۴ ه.ق، ص ۲۰۱.

^۲ کرکی (محقق ثانی)، علی بن الحسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۱۲، بیروت: موسسه ال البيت لاحیاء التراث، چاپ دوم، ۱۴۲۹ ه.ق، ص ۷۹ - موسوی خویی، پیشین، ص ۲۰۰.

^۳ حسینی شیرازی، سیدمحمد، ص ۳۵۵.

است. برای مثال همان پدر به اعتبار آینده انشا نماید؛ آن دختری که در آینده فرزند زیبایی به دنیا آورد را به عقد درآوردم. روشن است این نوع واگذاری به آینده مشتمل بر دور است و صحیح نیست.^۱

گاه ممکن است، طرف عقد در واقع معلوم باشد، اما نه تنها در ظاهر معلوم نیست بلکه بر خلاف مثال‌های پیشین علم واقعی به آن نیز ممکن نمی‌باشد. در این فرض به علت انصراف ادله‌ی صحت، احتمال بطلان قوی است. برای مثال، پدر تاریخ ولادت دخترانش را فراموش کرده و تاریخ ولادت ایشان در دفتری نیز ثبت نشده تا با مراجعه به آن علم حاصل شود. با این حال، انشا می‌نماید که بزرگ‌ترین دخترم را به عقد درآوردم. صاحب جواهر معتقد است، مقتضای اطلاق ادله صحت عقد می‌باشد و خروج از آن، منحصر به قدر متیقن است. قدر متیقن در فرضی است که طرف به واقع (نفس الامر) نیز روشن نباشد.^۲ اما ایشان در نهایت با تمسک به اصل عدم نقل، احتمال بطلان را خالی از قوت ندانسته‌اند.^۳ آن دسته از فقیهانی که این فرض را صحیح می‌دانند برای تعیین طرف و ترتب آثار نکاح از طریق قرعه یکی را تعیین می‌کنند. به تصریح بعضی از طرفداران این عقیده، کافی است در مقام ثبوت، شخص معین باشد و دلیلی برای لزوم معلوم بودن در مقام اثبات در دست نیست.^۴

^۱ همان

^۲ نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۹، نجف: دار احیاء التراث العربی، چاپ ۷، ۱۳۹۵ ه.ق، ص ۱۵۷.

^۳ صاحب جواهر می‌نویسد: «فلا یجدی فی اناطه العقد بمتشخص فی الواقع مجمل فی الظاهر... لاصاله عدم النقل المقتصر فی الخروج عنها علی المتیقن المعهود و...». رجوع کنید به: همان. در خصوص عبارت بالا به نظر می‌رسد منظور ایشان اصل عدم ترتب اثر است، چون در نکاح بحث از انتقال حق و یا مالکیت نیست که به ظاهر عبارت ایشان پایبند باشیم. به عقیده نویسنده، با عنایت به این که منشآت حقوقی به واقع ماهیات اعتباری‌اند، در فرض تردید در وجود آنها، می‌توان گفت اصل بر عدم تحقق ماهیت است. روشن است اجرای اصل عدم ماهیت به عنوان محل تجمع آثار نسبت به ایجاد اثر، اصل سببی است و با اجرای آن موضوعی برای جریان اصل عدم ترتب اثر نیز باقی نمی‌ماند. با این حال با اجرای قواعد صناعت اصول این اشکال باقی می‌ماند که اصالة الاطلاق حاکم بر اصل عدم است، مگر آن که نظر به انصراف ادله از محل بحث داشته باشیم که در نتیجه دلیلی بر اصالة العدم حکومت نمی‌کند.

^۴ موسوی خویی، پیشین، ص ۲۰۱ - حسینی شیرازی، پیشین، ص ۳۵۶.

۱.۲- مفهوم طرفین و تفکیک آن از متعاقدين

در ماده ۱۰۶۷ قانون مدنی، تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ‌یک از طرفین در شخص طرف دیگر شبهه نباشد، شرط صحت نکاح معرفی شده است. بنابراین لازم است مفهوم طرف و متعاقدين در واژه‌شناسی حقوقی مطالعه شود. بدین منظور لازم است ابتدا خلط دو عنوان متعاقدين با طرفین و ضرورت پرهیز از آن بررسی شود و سپس به بررسی ماده ۱۰۶۷ قانون مدنی پردازیم.

۱.۲.۱- خلط متعاقدين با طرفین عقد

طرف واقعی عقد، شخصی است که عقد نسبت به او موثر است. پس در قرارداد فضولی، شخص فضول، طرف واقعی عقد محسوب نمی‌شود. به همین دلیل صرف نظر از اعتبار اقدام او در انشای قرارداد، نقش دیگری برای او قابل لحاظ نیست. در معامله‌ی فضولی، طرف عقد اصیل و شخصی است که قرارداد نسبت به مال او واقع شده یا به نوعی مربوط به اوست. اغلب طرف قرارداد خود اقدام به انشای آن می‌نماید؛ اما در مواردی نه چندان کم، شخص دیگری که قرارداد نسبت به او اثرگذار نیست، به عنوان نماینده و یا حتی فضول، عقد را برگزار می‌نماید. به این شخص عاقد می‌گویند. بنابراین گاه دو عنوان طرف و عاقد در یک شخص جمع می‌شود و گاه این دو عنوان به دو شخص اطلاق می‌گردد.

تفکیک میان عاقد و طرف قرارداد، مورد توجه بعضی از اساتید حقوق ایران قرار گرفته است. به تعبیر ایشان طرف حقیقی عقد شخصی است که نماینده یا ماذون برای او عقد را انشا می‌کند و یا شخصی است که فضول عقد را در مورد مال یا عمل یا شخص او انشا می‌کند^۱.

بعضی دیگر از نویسندگان تفکیکی میان دو عنوان، ارائه ندهاند و طرفین عقد را همان متعاقدين تلقی کرده‌اند. به عقیده ایشان گوینده یا گویندگان ایجاب و قبول که با هم تراضی

۱. شهیدی، مهدی، آثار قراردادها و تعهدات، جلد ۲، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۳، ش ۶۴، ص ۹۳.

۲. در حقوق فرانسه نیز طرف عقد به کسی گفته می‌شود که حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد را دریافت می‌کند. به عنوان نمونه در گنجینه‌ی حقوق مدنی دایره المعارف حقوقی طرف قرارداد چنین تعریف شده است:

Est partie d'un contrat celui qui y participe en y puissant des droits ou en assumant de son fait des obligations. V. Encyclopedie juridique, Répertoire de droit civil, avec le concours de Cathrine Caille, Contrat et Convention, Tom IV, Dalloz, 2001, p. 14.

می‌کنند، طرفین عقد نامیده می‌شوند. هریک از طرفین عقد ممکن است اصیل باشند یا وکیل و یا نماینده قانونی مانند ولی محجور و حاکم که ولی ممتنع است.^۱

روشن است در به کار بستن واژگان، هرگاه معنا تفاوت نیابد، درگیری لفظی راه‌گشا نیست و باید از آن پرهیز نمود. اما اگر به کاربردن واژه‌ای معنای ویژه و متفاوتی با سایر واژگان حقوقی داشته باشد و یا تفکیک میان آن‌ها آثار دقیق و کاربردی به دنبال داشته باشد، توجه به آن ضروری است. تفکیک میان طرف و عاقد کمک شایانی در جدایی دو مفهوم قصد و رضا و تحلیل دقیق آثار این دو ارائه می‌دهد.

براساس تفکیک مزبور می‌توان با سهولت بیشتری گفت، قصد انشا متعلق به عاقد است، در حالی که رضای به قرارداد که اعتبار و نفوذ آن را در پی دارد، متعلق به طرف واقعی قرارداد می‌باشد. به همین دلیل است که قصد انشای فضول در انعقاد ماهیت اعتباری قرارداد همان تاثیر قصد انشای اصیل را دارد. شرایط تاثیر اراده همچون اقتران مبرز با قصد انشا نیز مربوط به انشاکننده است؛ خواه انشاکننده اصیل، وکیل و یا فضولی باشد. اما رضای فضولی در اعتبار و نفوذ ماهیت اعتباری هیچ تاثیری ندارد، بلکه با تنفیذ طرف حقیقی است که قرارداد نفوذ می‌یابد. همان‌طور که روشن است این دسته‌بندی مهم، در صورت پذیرش تفکیک فوق‌الذکر با سهولت بیشتری درک می‌شود.

از جمله آثار دیگر تفکیک، پرهیز از خطا در تفسیر ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی است. در ادامه روشن خواهد شد که مسامحه‌ی قانون‌گذار در عدم تفکیک بایسته میان واژه‌ی عاقد و طرف، باعث اختلاف نظر و خطا در تفسیر ماده ۱۰۶۷ قانون مدنی شده است.

۱.۲.۲- بررسی و نقد ماده ۱۰۶۷

از ظاهر ماده ۱۰۶۷ قانون مدنی به دست می‌آید که تعیین هر یک از زوجین در نزد خود ایشان، شرط صحت نکاح است. به عبارت دیگر چون نکاح پیوندی غیر مالی است، هر یک از زوجین باید بدانند با چه کسی پیمان می‌بندد. با عنایت به مفاد همین ماده است که بعضی از شارحین قانون مدنی تصریح کرده‌اند: «تعیین زن و شوهر برای خود آنان از شرایط درستی عقد است».^۲

^۱ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۳، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸، ص ۳۴۳۳.

^۲ کاتوزیان، پیشین.

اگر تفسیر مزبور از ماده ۱۰۶۷ درست باشد، مجالی برای صحت وکالت مطلق و عام در نکاح باقی نمی‌ماند، چرا که در وکالت مطلق و عام زن و یا مرد به طور مطلق و یا عام و بدون تعیین زوج یا زوجه به وکیل وکالت می‌دهند. ماده ۱۰۷۲ قانون مدنی ایران نیز این گونه وکالت را به صراحت تجویز نموده است.

به نظر نویسنده تدوین‌کنندگان قانون مدنی در تلفیق مقررات قانون مدنی فرانسه و تطبیق آن با فقه امامیه به خطا رفته‌اند. در حقوق مدنی فرانسه بر خلاف حقوق ایران، نکاح یک امر کاملاً مباشرتی است و از طریق وکالت قابل تحقق نیست. به همین دلیل بعضی نویسندگان فرانسوی، فرض اشتباه در شخص زوج یا زوجه را که در ماده ۱۸۰ قانون مدنی فرانسه باعث بطلان نسبی است، یک فرض نظری محض و غیر قابل تحقق می‌دانند.^۱ بنابراین منطقی است که در حقوق فرانسه مباحث ناظر به تعیین و اشتباه تنها مربوط به طرفین باشد. در حالی که حقوق ایران از این حیث دست‌کم از دو جهت با حقوق فرانسه متفاوت است:

اول آن که: با عنایت به مبانی تحلیلی حقوق ایران نباید مسائل مربوط به تعیین زوجین را با اشتباه در تعیین خلط نمود. چون تعیین از شرایط صحت است و اشتباه از موانع صحت محسوب می‌شود. دوم آن که: شرایط صحت که از طواری تأثیر قصد محسوب می‌شوند، مربوط به متعاقدين است. بنابراین تعیین زوجین نزد متعاقدين که می‌توانند غیر از طرفین اصلی نکاح باشند «همان‌طور که در عرف به علت شیوع وکالت در نکاح چنین است»، برای صحت نکاح کافی است.

۲- کیفیت تعیین و توافق اراده‌ها

پس از مطالعه‌ی ضرورت تعیین و اشخاصی که لازم است طرف عقد نزد آن‌ها معین باشد، در این قسمت ابتدا انواع تعیین و رفع اختلاف زوجین در شخص تعیین شده و سپس ضرورت توافق اراده‌ی برگزارکننده عقد در شخص واحد را بررسی می‌کنیم.

۲.۱- انواع تعیین و رفع اختلاف در آن

تعیین طرف نکاح که مربوط به برگزارکنندگان عقد است، می‌تواند به سه شکل انجام شود.

^۱ On doit cependant reconnaître dans notre système juridique, qui ne connaît pas, en principe, le mariage par procuration, cette hypothèse paraît tout à fait théorique. Stercks, Daniel, op.cit.

ممکن است زن و شوهر در ارتباط با تعیین یا عدم تعیین طرف در زمان اجرای عقد اختلاف نمایند. یکی معتقد به تعیین طرف و در نتیجه صحت عقد باشد، اما دیگری با استناد به عدم تعیین، عقد را باطل بداند. به همین ترتیب ممکن است در خصوص تعیین اختلاف نباشد، بلکه در شخص تعیین شده اختلاف نمایند. باید دید با عنایت به ضوابط تحلیلی قابل اتکا در حقوق ایران و به لحاظ قضایی چه باید کرد؟ به ترتیب روش‌های تعیین و اختلاف زوجین در تعیین در دو قسمت بررسی می‌شود.

۲.۱.۱- روش تعیین

تعیین زن و شوهر توسط برگزارکننده‌ی عقد به سه گونه انجام می‌شود:

الف) اشاره: اگر زوج یا زوجه در مجلس عقد حاضر باشند، برای تعیین کافی است به هر یک از ایشان اشاره شود. همین مقدار از تعیین برای تحقق این شرط از شروط صحت نکاح، کافی است. سایر علایم همچون نام بردن از فرد ارزش تأکیدی دارد. در نوشته‌های فقهی، اشاره به موردی اختصاص یافته که زوج یا زوجه در مجلس حاضر باشند^۱. اما به نظر می‌رسد، حضور در مجلس عقد خصوصیتی از جهت کفایت اشاره نداشته باشد. بنابراین حتی اگر زوج یا زوجه در مجلس عقد نیز حاضر نباشند، اما اشاره به هر یک از ایشان به اندازه کافی روشن کننده باشد، با منعی مواجه نیست؛ چون مراد از اشاره، تحقق مسمای تعیین است که در صورت اخیر نیز حاصل می‌شود.

ب) توصیف: توصیف دقیق خصوصیات نیز می‌تواند باعث تعیین زوجین شود. منظور از صفات، صفاتی است که مقصود نظر عاقد است؛ و از این جهت تفاوتی میان صفات خارج از شخصیت عینی و صفات مرتبط با آن نیست. هرچند معمولاً صفات مرتبط با شخصیت مقصود نظر طرفین و عاقد قرار می‌گیرد، اما اگر در فرض نادری، شخص بخواهد با یکی از دختران مردی که نام او فاطمه است ازدواج نماید، به گونه‌ای که خصوص نام فاطمه برای او مقصود نظر باشد و صفات عینی و شخصیتی او اهمیتی نداشته باشد، همان صفات خارج از شخصیت را برای تعیین به کار می‌برد. روشن است که در این فرض نام به عنوان وصف مقصود نظر است.^۲

^۱ عاملی (شهید ثانی)، پیشین، ص ۱۰۷ - کرکی (محقق ثانی)، پیشین، ص ۷۹.

^۲ در خصوص این که مراد از صفت اعم از صفات وابسته به شخصیت است، مراجعه نمایید به: طباطبایی حکیم، پیشین، ص ۳۹۵ - شیرازی پیشین، ص ۳۵۷. و جهت ملاحظه‌ی نظر مخالف، مراجعه نمایید به: محقق داماد، سیدمصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ هفتم، ۱۳۷۹، ص ۱۸۳.

ج) نام: ذکر نام اختصاصی زوجین نیز موجب تعیین است. بنابراین عاقد می‌تواند با اتکا به نامی که در نهایت باعث شناخت صاحب نام گردد، اقدام به اجرای صیغه نکاح بنماید. حال اگر روش‌های تعیین با هم به کار گرفته شوند، در فرض انطباق نام و صفت و اشاره با یکدیگر اشکالی ایجاد نمی‌شود. اما اگر نام و صفت یا یکی از این دو با اشاره اختلاف یافت چه باید کرد؟

در پاسخ گفته شده آنچه منطبق با قصد متعاقدين است اعتبار دارد. بنابراین اگر پدر دختری به ولایت یا وکالت بگوید؛ بزرگ‌ترین دخترم فاطمه را به عقد درآوردم، در حالی که نام بزرگ‌ترین دختر او سارا است نه فاطمه، ایجاب در خصوص سارا تحقق می‌یابد. در این فرض مقصود ایجاب‌کننده بزرگ‌ترین دختر بوده و به خطا نام او را فاطمه تصور کرده است. با این حال ممکن است مقصود عقد‌کننده مجموع مرکبی از اسم و صفت باشد. در این صورت فقدان هر یک باعث بطلان است.^۱

۲.۱.۲- اختلاف زوجین در تعیین

به نظر بعضی از نویسندگان، در صورتی که اختلاف درباره تعیین یا عدم تعیین باشد، گفته‌ی مدعی صحت پذیرفته می‌شود؛ همان‌طور که در سایر شروط یا عقود می‌توان با اتکا به *اصالةالصحة*، حکم به صحت عقد دارد.^۲

اما اشکال اساسی این است که اختلاف زوجین در تعیین، قابل تحلیل به اختلاف ایشان در موضوع عقد است. موضوع عقد نکاح که همان شخصیت طرفین است به‌مواقع رکن عقد محسوب می‌شود. اصل صحت نیز نمی‌تواند موضوع عقد را ثابت کند.^۳

اما اگر اختلافی در خصوص تعیین نباشد و در مقابل اختلاف در شخص تعیین شده باشد، نمی‌توان عقد را نادرست پنداشت، چون طرفین به اتفاق شرط مربوط به تعیین را محقق می‌دانند و اختلاف بعدی در خصوص شخص، نمی‌تواند عقده‌ی که جامع شرایط صحت بوده و بنا به فرض

^۱ شیرازی، پیشین. و در خصوص مناقشه در عقیده‌ی بالا مراجعه نمایید به: فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (النکاح)، قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار، چاپ اول، ۱۴۲۱ ه.ق، ص ۷۶.

^۲ طباطبایی حکیم، پیشین، ص ۳۹۶.

^۳ همان.

مانعی بر صحت آن نیز نبوده را باطل نماید. به عنوان مثال، پدر دختری به ولایت از جانب او انشا نموده و طرف مقابل نیز قبول کرده است. سپس هر دو نسبت به تعیین و توافق بر شخص واحدی اتفاق نظر داشته باشند، اما زوج می‌گوید، بزرگ‌ترین دخترت را به عقد درآوردی و پدر می‌گوید، کوچک‌ترین دخترم را به عقد درآوردم. باید دید به لحاظ قضایی چگونه اختلاف حل و فصل می‌شود؟

مناسب است پیشاپیش وضعیت حالتی روشن شود که در آن زوج به ولیّ دختر وکالت در انشا داده است. در این صورت پدر به نمایندگی ایجاب می‌کند و به وکالت قبول می‌نماید. سپس در مورد شخص تعیین شده اختلاف می‌شود. برای حل این اختلاف، چاره‌ای جز پذیرش قول وکیل نیست (من ملک شیئا ملک الاقرار به). بنابراین زوج مدعی محسوب می‌شود و باید خود بار دلیل را بر دوش کشد.

موضوع در دو فرض قابل بررسی است:

الف) فرض مربوط به مبحث مدعی و منکر: این فرض در دعوایی قابل لحاظ است که تنها یکی از طرفین از پی‌گیری دعوا منتفع می‌شود. برای مثال اگر از دختر مورد ادعای پدر، در زمان دعوا به علت عذری همچون بیماری، امکان استمتاع نباشد و پدر به خاطر مطالبه‌ی نفقه‌ی او طرح دعوا کرده باشد، پدر دختر مدعی و زوج منکر است و قواعد مربوط به بحث مدعی و منکر قابل تطبیق بر مورد است. به عکس ممکن است زوج مدعی وقوع عقد بر دختری باشد که ناشزه است یا به دلیلی مستحق نفقه نیست. در این صورت مرد مدعی و طرف قابل منکر است.

ب) فرض مربوط به مبحث تداعی: این فرض بر خلاف بالا در دعوایی است که با پی‌گیری دعوا هر یک نفع مستقلی دارند. برای مثال، اگر زوج با پی‌گیری دعوا بر دختر بزرگ، متقاضی تمکین او باشد و از طرفی پدر دختر با این ادعا که شخص تعیین شده، دختر دیگری است متقاضی نفقه‌ی اوست و دختر اخیر نیز به علت بیماری، توان بر تمکین نداشته باشد، مورد از باب تداعی است. چون هر یک از جهتی مدعی و از جهتی منکر است. در این صورت اگر یکی دلیلی برای ادعای خود ارائه کند، از او پذیرفته می‌شود. اما اگر هیچ‌کدام دلیلی نداشته باشند، هر یک می‌تواند با قسم دعوی خود را اثبات نماید. روشن است اگر یکی قسم خورد و دیگری نکول نماید، حکم به نفع یادکننده‌ی قسم صادر می‌شود. اما اگر هر دو قسم یاد کنند یا هر دو دلیل

معتبر اقامه نمایند، دعوای هر دو باطل می‌شود.^۱ با بطلان دعوای طرفین به لحاظ قضایی، باید انفساخ نکاح را نیز به لحاظ ماهوی پذیرفت، چرا که از طرفی عقد پیش از تداعی و تحالف به صورت صحیح واقع شده بوده و از طرفی با تداعی و تحالف و بطلان دعوای طرفین، هیچ‌گونه اثری از عقد در خصوص هیچ‌یک از دو شخص مورد ادعا قابل تصور نیست. به همین دلیل انفساخ بهترین توصیفی است که می‌تواند وضعیت عقد را روشن نماید.

احتمال حل مشکل از طریق قرعه نیز وجود دارد. اجرای این احتمال با لحاظ خودداری از توسعه‌ی موارد انحلال نکاح مطلوب است. این احتمال صرف‌نظر از ضوابط حاکم در حقوق ایران و با عنایت به ضوابط فقهی، قوی‌تر از احتمال انفساخ به نظر می‌رسد؛ چون قرعه با عنایت به مستندات قوی خود تنها وسیله‌ای برای رفع سرگردانی نیست و یک اماره محسوب می‌شود و بنا به نظر مشهور در شبهات موضوعیه، کاربرد دارد و از طرفی اماره یا حتی اصل عملی دیگری نیز در مثال بالا جریان ندارد تا موضوع قرعه به واسطه‌ی آن منتفی شود. با این حال احتمال جریان قرعه با عنایت به طبع استثنایی آن در حقوق ایران و ضرورت اکتفا به موارد مصرح ضعیف به نظر می‌رسد.

ممکن است گفته شود، اجرای قرعه و در نتیجه بقای نکاح برتر از توسعه‌ی موارد انحلال نکاح است؛ چون موارد انحلال نکاح احصا شده‌اند و قابل توسعه نیستند و در هیچ نصی به انحلال نکاح در این وضعیت تصریح نشده است. در پاسخ باید گفت، بررسی دامنه‌ی شمول قاعده‌ی قرعه به عنوان یک ابزار فصل خصومت، منطقی‌تر از مسائل فرعی ماهوی است، بنابراین تصمیم‌گیری در خصوص عدم توسعه‌ی آن به موارد مشکوک، مقدم بر قاعده‌ی عدم توسعه‌ی موارد انحلال (قاعده ماهوی) است.

۲.۲- توافق اراده بر یک شخص

در این قسمت، ضرورت توافق اراده‌ها در یک شخص به عنوان یک قاعده‌ی عام و پس از آن دو مسأله‌ی فرعی بررسی می‌گردد.

^۱ نراقی، احمدین محمد، مستندالشیعه فی احکام الشریعه، جلد ۱۶، بیروت: مؤسسه ال‌ال بیت علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۲۹ه.ق، ص ۱۰۲ - طباطبایی حکیم، پیشین.

۲.۲.۱- ضرورت توافق اراده‌ها

اراده‌ی برگزارکنندگان عقد، باید نسبت به دو طرف عقد موافق و یکسان باشد. در غیر این صورت عقدی ایجاد نخواهد شد. توافق اراده‌ها شرط تاثیر قصد انشای متعاقدين است. بنابراین در فرضی که هر کدام شخصی به غیر از شخص مورد نظر دیگری را اراده نماید، عقد به علت اشکال در شرط تاثیر قصد باطل است. و از آن جا که مجموع سبب و شرط، مقتضی عقد را تشکیل می‌دهند، اشکال مزبور را باید اشکال در مقتضی ایجاد عقد تلقی نمود و آن را از مسائل مربوط به اشتباه در طرف عقد جدا کرد. از جمله آثار این تفکیک، ممکن نبودن استناد به ماده ۲۲۳ قانون مدنی ایران (اصاله الصحه)، برای اعلام صحت عقدی است که در رابطه با توافق اراده‌ها در آن تردید باشد؛ چرا که موضوع *اصالةالصحة*، تحقق شکل عرفی عقد است و با تردید در توافق اراده‌ها شکل عرفی عقد محل تردید است.^۱

۲.۲.۲- بررسی چند مساله درباره توافق اراده

الف) اگر اراده‌ها به صورت اتفاقی توافق یافت، آیا این گونه توافق برای صحت عقد کافی است؟ برای مثال، پدری که از جانب سه دخترش وکالت در اجرای عقد دارد، یکی از دخترانش را در ذهن خود تعیین می‌کند و در مقام انشا به مردی می‌گوید، یکی از دخترانم را به عقد تو در آوردم. طرف مقابل نیز که خود خواستار ازدواج با همان دختر است، با تعیین ذهنی همان دختر، عقد را قبول می‌کند و هیچ‌یک آگاه از اراده‌ی درونی هم نیستند.

ممکن است گفته شود، مهم توافق اراده‌ها بر شخص واحد است که در این فرض هر چند به صورت اتفاقی، تحقق یافته است. بنابراین عقد صحیح است.

بعضی از نویسندگان، غرری بودن این گونه عقد را دلیل بطلان معرفی کرده‌اند. از طرفی، نهی از غرر شده است (کبرای قیاس). و از طرفی عقدکننده نمی‌داند، آیا مرد همان مقصود نظر او را پذیرفته یا دیگری را اراده کرده است. زوج نیز نمی‌داند، همان دختری که در ذهن دارد منظور نظر برگزارکننده‌ی عقد است یا دیگری (صغرای قیاس). بنابراین عقد غرری و باطل است.^۲

^۱ جهت بررسی تفصیلی مراجعه نمایید به: بجنوردی، محمدحسن، القواعد الفقهیه، جلد ۱، قم: نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ه.ق، ص ۲۹۴.

^۲ شیرازی، پیشین، ص ۳۵۴.

به نظر می‌رسد، پیش از توجه به عنوان غرر و تحقق یا عدم تحقق آن، احراز مسمای عقد ضروری است. به‌واقع در فرض برخورد احتمالی اراده‌ها، مفهوم عقد هر چند در معنای عرفی آن هم محقق نیست تا برای ورود به عنوان غرر مجال بیابیم. به عبارت دیگر تنها مبادله‌ی آگاهانه اراده‌ها باعث صدق عنوان توافق است. با برخورد اتفاقی، مفهوم توافق اراده و در نتیجه مسمای عقد تحقق نمی‌یابد.

ب) ممکن است پیش از عقد، طرفین نکاح تعیین شده باشند؛ اما زمان عقد، هیچ لفظ یا فعل یا قرینه‌ی خارجی دیگری جهت تعیین به کار برده نشود. برای مثال، مردی با پدر دختر در خصوص تزویج دختر بزرگ او صحبت می‌کند و به توافق می‌رسند. پس از مدتی و در زمان اجرای عقد، پدر به وکالت می‌گوید: یکی از دخترانم را به عقد درآوردم در حالی که دختر بزرگ خود را قصد نموده است. طرف مقابل نیز قبول می‌کند. درستی چنین عقدی با تردید مواجه شده است. به عقیده تردیدکنندگان ممکن است محض تعیین در زمان عقد برای درستی آن لازم باشد و تعیین پیشین اثری در صحت عقد نداشته باشد.^۱

اما دقت در موضوع نشان می‌دهد همان توافق پیشین و چشم‌پوشی نکردن از آن بهترین قرینه‌ی خارجی جهت تعیین است و نشانه‌ی روشنی است که در پرتو آن به‌خوبی می‌توان شخص مورد نظر را تعیین شده تلقی کرد. بلکه بالاتر می‌توان گفت، توافق سابق به انضمام عدم انصراف از آن در زمان عقد، نشان‌گر وحدت مقصود طرفین و تبادل هم‌سوی اراده‌هاست. برگزارکنندگان عقد به علت روشنی مورد توافق، احساس کرده‌اند، نیازی به تلفظ نیست.

بنابراین باید گفت، در این فرض توافق اراده محقق است. تردید دیگر این است که در الفاظ به کار رفته به خاطر تشریفاتی بودن نکاح، شخص مورد نظر باید به لفظ یا اشاره تصریح شود. اما به این اشکال نیز نمی‌توان پایبند ماند؛ چون فقیهان علی‌رغم تأکید بر تشریفاتی بودن نکاح حتی از حیث ضرورت به کار بردن الفاظ و قالب‌های ویژه‌ای در تحقق آن، محض فعل یا قرینه‌ی خارجی را در زمان اجرای عقد مشروط به توافق سابق کافی می‌دانند.^۲

ج) از آنچه درباره‌ی اختلاف در فرد تعیین شده و فرض تداعی و تحالف و در نتیجه بطلان

^۱ طباطبائی یزدی، پیشین، ص ۸۵۴ (مراجعه نمایید به تعلیقه آیات عظام خویی و گلپایگانی).

^۲ همان.

دعوی طرفین گفته شد، مورد ویژه‌ای محل اختلاف قرار گرفته است. و آن در فرضی است که پدری دختران متعددی دارد. سپس با داشتن اختیار لازم یکی از آن‌ها را در ذهن خود تعیین می‌کند و بدون آن که نامی از وی ببرد به عقد در می‌آورد و زوج هم می‌پذیرد. سپس در فرد انتخاب شده میان پدر و زوج اختلاف روی می‌دهد.

بسیاری از فقیهان با استناد به روایتی که ابوعبیده حذاء از امام باقر(ع) نقل کرده، معتقدند، اگر زوج پیش از اجرای عقد تمام دختران را دیده باشد، با قسم پدر گفته‌ی او پذیرفته می‌شود و اگر زوج تمام دختران را ندیده باشد، عقد باطل است.^۱

اشکال عقیده بالا این است که چون شخص مورد نظر پدر برای مرد مجهول مانده و توافقی هرچند ذهنی بر آن نبوده، طبق قواعد پذیرفته شده باید عقد باطل باشد. دیدن یا ندیدن شوهر نیز دخالتی در صحت و بطلان ندارد.

اما مرحوم محقق و علامه در توجیه روایت بالا گفته‌اند: زمانی که شوهر تمام دختران را دیده باشد، به واقع راضی شده پدر هر کدام را انتخاب کرد، عقد بر او جاری شود. بنابراین پدر به منزله‌ی وکیل شوهر است. پدر نیز یکی از دختران را به طور مشخص در نظر گرفته و عقد را منصرف به او کرده است. اما اگر شوهر آن دختران را ندیده باشد، عقد باطل است. چون شوهر طبق ظاهر این فرض راضی به انتخاب پدر دختران نیست.^۲ صاحب روضه توجیه فوق را نمی‌پذیرد و در رد آن می‌نویسد: دیدن دختران اعم از آن است که شوهر تعیین همسرش را در اختیار پدر گذاشته باشد. همان‌گونه که ندیدن دختران توسط شوهر نیز اعم از آن است که شوهر تعیین را به پدر تفویض نکرده باشد. به نظر ایشان، روایت از حیث تفویض مطلق است و از طرفی دیدن دختران هم شرط در صحت نکاح نیست.^۳

^۱ طوسی، محمد بن الحسن، تهذیب الاحکام فی شرح المقنعه، جلد ۷، دارالاضواء، چاپ ۲، ۱۴۱۳، ص ۳۵۳ - عاملی (شهید ثانی)، زین الدین، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشیقه، جلد ۵، دارالعالم الاسلامی، صص ۱۱۵ - ۱۱۴ - اصفهانی (فاضل هندی)، محمد بن حسن، کشف اللثام عن قواعد الاحکام، جلد ۷، موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۰، ص ۵۰.

^۲ حلی (علامه)، حسن بن یوسف، مختلف الشیعه، جلد ۷، موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۸، ص ۱۱۹.

^۳ همان.

نتیجه‌گیری

۱. زوجیت از مفاهیم ذات اضافه‌ای است که در نامعین قابل اعتبار نیست. به همین دلیل لازم است در نکاح دو شخص به صورت معین، تعیین شوند.
۲. هرچند در مقررات موضوعه ایران به کفایت علم اجمالی ائساکنده به طرف عقد تصریح نشده، اما مطالعه‌ی منابع فقهی نشان می‌دهد، قابلیت شناسایی به گونه‌ای که پس از عقد، شخص مورد نظر قابل شناسایی باشد، کافی است.
۳. تفکیک میان برگزارکنندگان عقد و طرفین اصلی آن ضروری است. بر این اساس شناخت زوجین در نزد برگزارکنندگان عقد، شرط درستی نکاح است. در حقوق مدنی فرانسه برخلاف حقوق ایران، نکاح یک امر کاملاً مباشرتی است و از طریق وکالت قابل تحقق نیست. به همین دلیل است که در حقوق فرانسه مباحث ناظر به تعیین زوجین، تنها مربوط به خود آنان است.
۴. نویسندگان قانون مدنی ایران با ورود به مبحث تعیین، بنا داشته‌اند از فقه امامیه تبعیت کنند، اما با مطالعه مقررات فرانسوی و به ظاهر غافل از تفاوت ظریفی که میان این دو وجود دارد، در تدوین ماده ۱۰۶۷ مرتکب مسامحه شده‌اند.
۵. به عقیده نویسنده، صرف نظر از ضرورت تفسیر ماده ۱۰۶۷ با توجه به مبانی اصلی خود، لزوم تطبیق این مقرر با ماده ۱۰۷۲ قانون مدنی، ایجاب می‌نماید، کلمه «طرف» در این مقرر در معنای برگزارکننده عقد تفسیر شود. در غیر این صورت برخلاف ماده ۱۰۷۲ به بطلان وکالت مطلق و عام نظر داده‌ایم.

منابع

۱. اصفهانی (فاضل هندی)، محمد بن حسن، کشف اللثام عن قواعد الاحکام، جلد ۷، موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۰.
۲. بجنوردی، محمدحسن، القواعد الفقهیه، جلد ۱، قم: نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ه.ق.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۳، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق خانواده، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۶۸.

۵. حلی (علامه)، حسن بن یوسف، مختلف الشیعه، جلد ۷، موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۸.
۶. شهیدی، مهدی، آثار قراردادهای و تعهدات، جلد ۲، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۳.
۷. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، نشر حقوقدان، چاپ اول، ۱۳۷۷.
۸. صفایی، سیدحسین، و امامی، اسدالله، حقوق خانواده، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ ششم، ۱۳۷۷.
۹. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، مستمسک العروة الوثقی، جلد ۱۴، منشورات مکتبه آیه الله المرعشی، ۱۴۰۴، هـ ق.
۱۰. طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم، العروة الوثقی، جلد ۲، تهران: المکتبه العلمیه الاسلامیه، ۱۳۶۳ هـ ش.
۱۱. طوسی، محمد بن الحسن، تهذیب الاحکام فی شرح المقنعه، جلد ۷، دارالاضواء، چاپ ۲، ۱۴۱۳.
۱۲. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، جلد ۵، دارالعالم الاسلامی.
۱۳. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، جلد ۷، موسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۶ هـ ق.
۱۴. فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (النکاح)، قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار، چاپ اول، ۱۴۲۱ هـ ق.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، جلد ۱، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۱.
۱۶. کرکی (محقق ثانی)، علی بن الحسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۱۲، بیروت: موسسه ال البيت لاحیاء التراث، چاپ دوم، ۱۴۲۹ هـ ق.
۱۷. محقق داماد، سیدمصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ هفتم، ۱۳۷۹.
۱۸. مدنی، سیدجلال الدین، حقوق مدنی (حقوق خانواده)، جلد ۸، انتشارات پایدار، چاپ ۱، ۱۳۸۵.
۱۹. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مبانی العروة الوثقی (کتاب النکاح)، الجزء الثانی، منشورات نجف: مدرسه دارالعلم، ۱۴۰۴ هـ ق.

۲۰. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، جلد ۲۴،
موسسه المنار، چاپ ۴، ۱۴۱۶.
۲۱. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۹، داراحیاء التراث العربی،
چاپ ۷، ۱۳۹۵ ه.ق.
۲۲. نراقی، احمدبن محمد، مستندالشیعه فی احکام الشریعه، جلد ۱۶، بیروت: مؤسسه ال البيت
علیهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۲۹ ه.ق.
23. Encyclopedie juridique, Répertoire de droit civil, avec le concours de
Cathrine Caille, Contrat et Convention, Tom IV, Dalloz, 2001.
24. Stercks, Daniel, Le mariage en droit civil, Lancier, 2004, n.103.
25. Rubellin, Jacqueline, Droit de la famille, Dalloz , 1996.