

## تعیین زوجین در نکاح و تاملی بر ماده ۱۰۶۷ قانون مدنی

محمدعلی سعیدی\*

تاریخ دریافت: ۹۱/۱۲/۲۳

تاریخ پذیرش: ۹۲/۴/۱

### چکیده

بر خلاف آنچه از ظاهر ماده ۱۰۶۷ قانون مدنی به دست می‌آید و مورد پذیرش بعضی نویسنده‌گان 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 مبادرت زن و شوهر در انعقاد عقد و بی‌اعتباری وکالت در نکاح، شرط مربوط به تعیین و مسائل مربوط به اشتباہ 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.

**کلیدوازگان:** 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 مقرره و با عنایت به شیوه 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 عوضی 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.

saeedi\_mha@yahoo.com

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 نویسنده‌گان که تحت تاثیر حقوق فرانسه، تعیین زن و شوهر را برای خود ایشان شرط درستی نکاح می‌دانند، از جمله می‌تواند بی اعتباری 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 بی اطلاع 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 نوشه‌ی 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.

نویسنده‌گان 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، صرف نظر از ضرورت تفسیر ماده ۱۰۶۷ با توجه به مبانی اصلی آن، لزوم تطبیق این مقرره با ماده ۱۰۷۲ قانون مدنی، ایجاب می‌نماید، کلمه‌ی طرف و طرفین را در ماده ۱۰۶۷، در معنای متعاقدين تفسیر نماییم. در غیر این صورت برخلاف 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 به شمار می‌رود. ماده ۱۰۶۷ قانون مدنی ایران نیز تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ‌کدام از طرفین شباهای نباشد را شرط صحت نکاح معرفی کرده است. اما آنچه در این ماده مبهم مانده و می‌تواند باعث شباهه شود،

مفهوم واژه «طرف» است. باید دید آیا مانند آنچه در حقوق فرانسه پذیرفته شده<sup>۱</sup> و بعضی از نویسنده‌گان 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 برگزارکننده 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 برگزارکننده عقد «متعاقدين» بررسی خواهد شد.

### ۱.۱- مبانی لزوم تعیین زوجین

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

#### ۱.۱.۱- تحلیل ضرورت تعیین

منظور از معین بودن زوج و زوجه، می‌تواند پرهیز از مرد 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 پذیرد، عقد به علت مرد بودن طرف باطل است. به این دلیل که فرض مرد، مصدق و مطابق خارجی ندارد تا اثر عقد به او تعلق یابد. قصد برگزارکننده 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 برگزارکننده عقد، با وکالت یا به طور فضولی دختری با اوصاف مشخص (کلی فی الذمه) یا یکی از چند دختر (کلی در معین) را موضوع انشا قرار می‌دهد. در این صورت نیز عقد به علت معلوم نبودن زوجه باطل است. در خصوص بطلان نکاح به دلیل بالا اشکال شده است که

<sup>۱</sup>. عقیده‌ی فوق از مطالعه‌ی نوشه‌های فرانسوی در مبحث اشتباه در نکاح به دست می‌آید. به عنوان نمونه مراجعه کنید به:

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

<sup>۲</sup>. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، جلد ۱، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن بربنا، 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.<sup>۱</sup>

در پاسخ گفته شده که استمتاع زوجین از یکدیگر فرع بر معین بودن ایشان است، چرا که بهره بردن از طرف کلی ممکن نیست.<sup>۲</sup> این پاسخ نمی‌تواند قانع‌کننده باشد؛ چون تعیین پس از عقد نیز برای استمتاع می‌تواند کافی باشد. در عقود دیگر نیز عمدۀ 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 ماف‌الذمه موجر می‌شود و به موجب آن موجر متعهد است مالی را جهت انتفاع مورد نظر به مستاجر تسلیم نماید. بنابراین همان‌طور که فعلیت انتفاع مستأجر 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 مرد یا غیر انسان نیست، به همین ترتیب برای تحقق در عالم اعتبار به ناچار باید دو شخص معین وجود داشته باشند.<sup>۳</sup>

در رابطه با مبنای لزوم تعیین طرفین در نکاح، به گونه‌ی دیگری نیز استدلال شده است. بر اساس این روش که در نوشه‌های حقوقی یافت می‌شود، عقد نکاح از عقدی است که شخصیت طرف علت عده‌ی آن محسوب است.<sup>۴</sup> 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 بداند

<sup>۱</sup>. طباطبایی حکیم، سیدمحسن، مستمسک العروه الوثقی، جلد ۱۴، منشورات مکتبه آیة‌الله المرعشی، ۱۴۰۴. ق. ص ۳۹۲.

<sup>۲</sup>. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تقيق شرائع الاسلام، جلد ۷، موسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۶. ق، ص ۱۶.

<sup>۳</sup>. طباطبایی حکیم، پیشین – موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، مذهب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، جلد ۲۴، موسسه المتنار، چاپ ۴، ۱۴۱۶، ص ۲۲۷.

<sup>۴</sup>. جعفری لنگروری، محمدجعفر، حقوق خانواده، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۶۸، ص ۱۰۸. – صفاتی، 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 «معقودعلیها» اطلاق شده است.<sup>۱</sup> از این حیث تفاوتی میان شخص زوج و زوجه نیست.<sup>۲</sup> تحلیل طرفین به دو مورد عقد در نکاح بهروشی شمول مباحث مریوط 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.

#### ۱۱.۲ - 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 «غیرر» را می‌زداید. با این حال معاملاتی 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.<sup>۳</sup> ماده

<sup>۱</sup>. به عنوان مثال شهید ثانی می‌نویسد: «لما كانت الزوجة معقوداً عليها و عينها مقصوده للالاستمتاع، اشترط تعیینها في صحة النكاح كما في كل معقود عليه». مراجعه کنید به: عاملی (شهید ثانی)، پیشین.  
<sup>۲</sup>. همان.

<sup>۳</sup>. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، نشر حقوق‌دان، چاپ اول، ۱۳۷۷، ش ۲۵۳، ص ۳۱۷.

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

در مقررات موضوعی ایران راجع به کفايت علم اجمالی انساکننده به طرف عقد نکاح تصريحی نیست. بنابراین چون استثنا نیازمند تصريح 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 عمدی عقد است. با این حال بنا به تصريح فقهاء 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.<sup>۱</sup> 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.<sup>۲</sup>

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 انسا 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.<sup>۳</sup> اما اگر قابلیت شناسایی در آینده متوقف بر عقد باشد، نکاح باطل

<sup>۱</sup> به عنوان نمونه مراجعه کنید به: طباطبائی بزدی، سید محمد کاظم، العروة الوفی، جلد ۲، تهران: المکتبه العلمیه الاسلامیه، ۱۳۶۳هـ.ش، ص ۸۵۵-۸۵۶. موسوی خوبی، سید ابوالقاسم، مبانی العروة الوفی (كتاب النکاح)، الجزء الثاني، النجف الاشرف: منشورات مدرسه دارالعلم، ۱۴۰۴هـ-ق، ص ۲۰۱.

<sup>۲</sup> کرکی (محقق ثانی)، علی بن الحسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۱۲، بیروت: موسسه ال‌بیت لاحیاء التراث، چاپ دوم، ۱۴۲۹هـ.ق، ص ۷۹ - موسوی خوبی، پیشین، ص ۲۰۰.

<sup>۳</sup> حسینی شیرازی، سید محمد، ص ۳۵۵.

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

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 مراجعته 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 متيقن است. قدر متيقن در فرضی است که طرف به واقع (نفس‌الامر) نیز روشن نباشد.<sup>۲</sup> اما ایشان در نهایت با تمسک به اصل عدم نقل، احتمال بطلان را خالی از قوت ندانسته‌اند.<sup>۳</sup> آن دسته از فقهیانی که این فرض را صحیح می‌دانند برای تعیین طرف و ترتیب 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.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup>. همان

<sup>۲</sup>. سجفی، محمدحسن، جواهر الكلام فی شرح شرایع الإسلام، جلد ۲۹، نجف: دار احیاء التراث العربي، چاپ ۷، ۱۳۹۵ق، ص ۱۵۷.

<sup>۳</sup>. صاحب جواهر می‌نویسد: «فلا يجدى فى اناطه العقد بمتخصص فى الواقع مجمل فى الظاهر.... لا صالحه عدم النقل المقتصر فى الخروج عنها على المتقيين المعهود و....». رجوع كنید به: همان.

در خصوص عبارت بالا به نظر می‌رسد منظور ایشان اصل عدم ترتیب اثر است، چون در نکاح بحث از انتقال حق و یا مالکیت نیست که به ظاهر عبارت ایشان پابیند باشیم. به عقیده نویسنده، با عنایت به این که منشات 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 ترتیب اثر نیز باقی نمی‌ماند. با این حال با اجرای قواعد صناعت اصول این اشکال باقی می‌ماند که اصاله‌الاطلاق حاکم بر اصل عدم است، مگر آن که نظر به انصراف ادله از محل بحث داشته باشیم که در نتیجه دلیلی بر اصاله‌العدم حکومت نمی‌کند.

<sup>۴</sup>. موسوی خوبی، 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 شبیه 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 بپردازیم.

### 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 صرفنظر 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 اثراگذار نیست، به عنوان نماینده و یا حتی فضول، عقد را برگزار می‌نماید. به این شخص عقد 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<sup>۱</sup>.

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

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

<sup>۲</sup>. 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. Encyclopédie 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 باشد یا وکیل و یا نماینده قانونی مانند ولی محجور و حاکم که ولی ممتنع است.<sup>۱</sup>

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 مذبور می‌توان با سهولت بیشتری گفت، قصد انشا متعلق به عاقد است، در حالی که رضای به اعتبار و نفوذ آن را درپی 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 اقتضان 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 تنفيذ طرف حقیقی است که قرارداد نفوذ می‌یابد. همان‌طور که روشن است این دسته‌بندی مهم، در صورت پذیرش تفکیک فوق الذکر با سهولت بیشتری درک می‌شود.

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

## ۱۰۲- 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 بداند 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».<sup>۲</sup>.

<sup>۱</sup>. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد ۳، تهران: گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸، ص ۲۴۳۳.

<sup>۲</sup>. کاتوزیان، پیشین.

اگر تفسیر مزبور از ماده ۱۰۶۷ درست باشد، مجالی برای صحت و کالت 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 صراحة تجویز نموده است.

به نظر نویسنده تدوین کنندگان قانون مدنی در تلفیق مقررات قانون مدنی فرانسه و تطبیق آن با فقه امامیه به خطا رفته‌اند. در حقوق مدنی فرانسه برخلاف حقوق ایران، نکاح یک امر کاملاً مبادرتی است و از طریق وکالت قابل تحقق نیست. به همین دلیل بعضی نویسنده‌گان 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.<sup>۱</sup> بنابراین منطقی است که در حقوق فرانسه مباحثت 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 مواضع صحت محسوب می‌شود.  
دوم آن که: شرایط صحت که از طواری تاثیر 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 شیوه 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.

<sup>۱</sup>. On doit cependant reconnaître que 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 اتكا 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 برگزارکننده 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 عالیم همچون نام بردن از فرد ارزش تاکیدی دارد. در نوشتہ‌های فقهی، اشاره به موردی اختصاص یافته که زوج یا زوجه در مجلس حاضر باشند.<sup>۱</sup> 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 معنی 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.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup>. عاملی (شهید ثانی)، پیشین، ص ۱۰۷ - کرکی (محقق ثانی)، پیشین، ص ۷۹.

<sup>۲</sup>. 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 خطاب نام او را فاطمه تصور کرده است. با این حال ممکن است مقصود عقد کننده مجموع مرکبی از اسم و صفت باشد. در این صورت فقدان هر یک باعث بطلان است.<sup>۱</sup>

#### ۲۰.۱.۲- اختلاف زوجین در تعیین

به نظر بعضی از نویسندها، 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 اصل‌الصحه، حکم به صحت عقد دارد.<sup>۲</sup>

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 به موقع رکن عقد محسوب می‌شود. اصل صحت نیز نمی‌تواند موضوع عقد را ثابت کند.<sup>۳</sup>

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 عقدی که جامع شرایط صحت بوده و بنا به فرض

<sup>۱</sup>. 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 الانتمه الاطهار، چاپ اول، ۱۴۲۱ هـ، ص ۷۶.

<sup>۲</sup>. طباطبایی حکیم، پیشین، ص ۳۹۶.

<sup>۳</sup>. 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 درآورده 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 ولی دختر و کالت در انشا داده است. در این صورت پدر به نمایندگی ایجاد می‌کند و به وکالت قبول می‌نماید. سپس در مورد شخص تعیین شده اختلاف می‌شود. برای حل این اختلاف، چاره‌ای جز پذیرش قول و کیل 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 دعواهای 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 نفقة‌ی 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 ناشره است یا به دلیل مستحق نفقة نیست. در این صورت مرد مدعی و طرف قابل منکر است.

(ب) فرض مربوط به مبحث تداعی؛ این فرض برخلاف بالا در دعواهای 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 نفقة‌ی 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 یکی می‌تواند با قسم دعواهای 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.<sup>۱</sup> 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 شباهات موضوعیه، کاربرد دارد و از طرفی اماره یا حتی اصل عملی دیگری نیز در مثال بالا جریان ندارد تا موضوع قرعه به واسطه‌ی آن منتفي شود. با این حال احتمال جریان قرعه با عنایت به طبع استثنای 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، منطقاً مقدم بر مسائل فرعی ماهوی است، بنابراین تصمیم‌گیری در خصوص عدم توسعه‌ی آن به موارد مشکوک، مقدم بر قاعده‌ی عدم توسعه‌ی موارد انحلال (قاعده ماهوی) است.

## ۲۰۲- توافق اراده بر یک شخص

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

<sup>۱</sup> نراقی، احمدبن محمد، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، جلد ۱۶، بیروت: مؤسسه ال بیت علیہم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۲۹ق، ص ۱۰۲ - طباطبائی 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 تائیر 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 تائیر قصد باطل است. و از آن جا که مجموع سبب و شرط، مقتضی عقد را تشکیل می‌دهند، اشکال مذبور 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 ۲۲۲ قانون مدنی ایران (اصاله الصحه)، برای اعلام صحت عقدی است که در رابطه با توافق اراده‌ها در آن تردید باشد؛ چرا که موضوع اصاله الصحه، تحقق شکل عرفی عقد است و با تردید در توافق اراده‌ها شکل عرفی عقد محل تردید است.<sup>۱</sup>

### ۲.۲.۲- بررسی چند مساله درباره توافق اراده

(الف) اگر اراده‌ها به صورت اتفاقی توافق یافته، 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 نویسنده‌گان، 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 برگزارکننده عقد است یا دیگری (صغرای قیاس). بنابراین عقد غرری و باطل است.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup>. جهت بررسی تفصیلی مراجعه نمایید به: بجنوردی، محمدحسن، القواعد الفقهیه، جلد ۱، قم: نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ه.ق، ص ۲۹۴.  
<sup>۲</sup>. شیرازی، پیشین، ص ۳۵۴.

به نظر می‌رسد، پیش از توجه به عنوان غرر و تتحقق 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 مجالی بیاییم. 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.<sup>۱</sup>

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 پاییند ماند؛ چون فقهان 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.<sup>۲</sup>

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

<sup>۱</sup>. طباطبائی یزدی، پیشین، ص ۸۵۴ (مراجعه نمایید به تعلیق‌هه آیات عظام خوبی و گلپایگانی).

<sup>۲</sup>. همان.

دعای 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 او 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 ابوعییده حناء 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.<sup>۱</sup>

اشکال عقیده بالا این است که چون شخص مورد نظر پدر برای مرد مجھول 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<sup>۲</sup>. 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.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup>. طوسی، محمد بن الحسن، تهذیب الاحکام فی شرح المقنعه، جلد ۷، دارالاکسواء، چاپ ۲، ۱۴۱۳، ص ۳۵۳ – عاملی (شهید ثانی)، زین الدین، الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشیقیه، جلد ۵، دارالعالم الاسلامی، صص ۱۱۵ – ۱۱۴ – اصفهانی (فضل هندی)، محمد بن حسن، کشف اللثام عن قواعد الاحکام، جلد ۷، موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۰، ص ۵۰.

<sup>۲</sup>. حلی (علامه)، حسن بن یوسف، مختلف الشیعه، جلد ۷، موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۸، ص ۱۱۹ .  
<sup>۳</sup>. 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 انشاکننده 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 مبادرتی است و از طریق و کالت قابل تحقق نیست. به همین دلیل است که در حقوق فرانسه مباحث ناظر به تعیین زوجین، تنها مربوط به خود آنان است.
۴. نویسنده‌اند 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، صرفنظر از ضرورت تفسیر ماده ۱۰۶۷ با توجه به مبانی اصلی خود، لزوم تطبیق این مقرره با ماده ۱۰۷۲ قانون مدنی، ایجاب می‌نماید، کلمه «طرف» در این مقرره در معنای برگزارکننده عقد تفسیر شود. در غیر این صورت برخلاف ماده ۱۰۷۲ به بطلان و کالت 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.
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 قراردادها و تعهدات، جلد ۲، تهران: مجتمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۳.
۷. شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، نشر حقوقدان، چاپ اول، ۱۳۷۷.
۸. صفائی، سیدحسین، و امامی، اسدالله، حقوق خانواده، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ ششم، ۱۳۷۷.
۹. طباطبائی حکیم، سیدمحسن، مستمسک العروة الوثقی، جلد ۱۴، منشورات مکتبه آیه‌الله المرعشی، ۱۴۰۴، هـ ق.
۱۰. طباطبائی یزدی، سیدمحمد کاظم، العروة الوثقی، جلد ۲، تهران: المکتبه العلمیه الاسلامیه، ۱۳۶۳ هـ ش.
۱۱. طوسی، محمد بن الحسن، تهذیب الاحکام فی شرح المقنعه، جلد ۷، دارالا ضواء، چاپ ۲، ۱۴۱۳.
۱۲. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین، الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشیقہ، جلد ۵، دارالعالیم 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 الشیعه فی شرح تحریر الوسیله (النکاح)، قم: مرکز فقه الائمه الاطهار، چاپ اول، ۱۴۲۱ هـ ق.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، جلد ۱، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن بربنا، ۱۳۷۱.
۱۶. کرکی (محقق ثانی)، علی بن الحسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۱۲، بیروت: موسسه ال بیت 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 خوبی، سیدابوالقاسم، مبانی العروة الوثقی (كتاب النکاح)، الجزء الثاني، منشورات نجف: مدرسه دارالعلم، ۱۴۰۴ هـ ق.

۲۰. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحال و الحرام، جلد ۲۴،  
موسسه المنار، چاپ ۴، ۱۴۱۶.
۲۱. نجفی، محمدحسن، جواهر الكلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۹، دارالحیاء التراث العربی،  
چاپ ۷، ۱۳۹۵.ق.
۲۲. نراقی، احمدبن محمد، مستندالشیعه فی احکام الشريعة، جلد ۱۶، بيروت: مؤسسه ال البيت  
عليهم السلام لاحیاء التراث، ۱۴۲۹.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.