

التزام اصیل به نکاح فضولی در فقه امامیه و قانون مدنی

سام محمدی*

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران

محمد فرزاتگان

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۲/۱۵ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۴/۶/۱۷)

چکیده

برابر قانون مدنی و نظر مشهور در فقه شیعه، جریان فضولی به عنوان یک قاعده در تمامی عقود جاری است و عقد نکاح نیز از آن مستثنا نیست. در مطالعات پیرامون معاملات فضولی تمامی کوشش‌ها صرف مشخص کردن چگونگی اجازه، شرایط اجازه‌کننده و عقد مورد اجازه شده که گویا اصیل در این رهگذر نقشی نداشته است و یا موضعی منفعل و متأثر دارد. نگاهی گذرا به نوشته‌های فقهی و حقوقی نشان می‌دهد که نقش اراده اصیل کم‌رنگ و تا حدود زیادی پنهان مانده و اصولاً با تکیه بر دلایلی چون لزوم وفای به عقد و کاشفیت اثر اجازه، اصیل را تا تعیین تکلیف عقد فضولی از سوی طرف مقابل پایبند به این پیمان متزلزل و آثار منفی آن دانسته است. این پژوهش در پی آن است که با واکاوی مواد قانون مدنی و آرای فقها و حقوق‌دانان، به این پرسش پاسخ دهد که آیا به واقع برابر نظر مشهور، اصیل می‌بایست پایبند به نکاح فضولی باشد یا قادر خواهد بود که نکاح فضولی را منحل سازد و یا اینکه با انعقاد عقد نکاحی دیگر موجبات انحلال قهری عقد فضولی سابق را فراهم آورد؟

واژگان کلیدی

اصیل، التزام، عقد نکاح، فضولی، کشف و نقل.

۱. مقدمه

در اینکه آیا قرارداد ممکن است به صورت فضولی واقع شود، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد که مشهور فقها امکان وقوع عقد به صورت فضولی را پذیرفته‌اند و آن را به‌عنوان یک قاعده در کلیه عقود جاری می‌دانند. حتی کسانی که جریان فضولی در عقود را به‌عنوان قاعده نمی‌دانند، به علت روایات مکرر در باب نکاح در پذیرفتن نکاح فضولی تردید به خود راه نداده‌اند. قانون مدنی به تبعیت از نظر مشهور فقهای امامیه فضولی را به‌عنوان قاعده در عقود معرفی کرده و در مبحث نکاح نیز مقررات خاصی در مورد نکاح فضولی وضع نموده است. در نوشته‌های فقهی و حقوقی مرسوم است که بیشتر از اجازه و رد، عقد مورد اجازه^۱ (مجاز) و اجازه‌کننده^۲ (مجیز) بحث شود و در این میان نقش اصیل، التزامات و حقوق وی نادیده انگاشته می‌شود. در مطالب مربوط به نکاح فضولی نیز مانند دیگر معاملات فضولی، اصیل نقشی منفعل را ایفا می‌کند که سرنوشت او و عقدی که منعقد کرده در دستان مجیز است و او می‌بایست تا تصمیم‌گیری در مورد سرنوشت عقد فضولی به این پیمان متزلزل پایبند بماند و تنها می‌تواند تحت شرایطی خاص با اثبات زیان و استناد به قاعده لاضرر خود را از این بند رها سازد.

این پژوهش در پی آن است که با پررنگ کردن نقش اصیل، به بررسی پیرامون التزام وی در نکاح فضولی بپردازد و با واکاوی اقوال فقهی مطرح‌شده (که خاستگاه بحث فضولی در قانون مدنی است)، مبانی التزام داشتن یا نداشتن اصیل به نکاح فضولی را مشخص کند و آثار مترتب بر هریک از این نظریات را معرفی و در نهایت موضع قانون مدنی در خصوص التزام اصیل در نکاح فضولی را تبیین و تشریح نماید.

۲. صور نکاح فضولی

مرسوم است نویسندگان حقوقی نکاح فضولی^۳ را به تبعیت از قانون مدنی ذیل بحث وکالت در نکاح طرح نمایند (صفائی؛ امامی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۵۴)، اما در فقه اصولاً این نوع نکاح با وسعتی فراخ‌تر در مبحث اولیای عقد بررسی می‌شود (خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۲۵۷).

قانون مدنی هیچ‌گاه به امکان انعقاد فضولی عقد نکاح به‌صراحت اشاره نکرده، اما در باب نکاح قواعد و احکامی را پیش‌بینی نموده است که معنایی جز پذیرش عقد نکاح فضولی ندارد. مطابق ماده ۱۰۷۳ قانون مدنی «اگر وکیل از آنچه که موکل راجع به شخص یا مهر یا خصوصیات دیگر معین کرده تخلف کند صحت عقد متوقف بر تنفیذ موکل خواهد بود». این

1. Consent
2. Permissive
3. Unauthorized Marriage

حکم هر چند در مقررات مربوط به نکاح مطرح شده است، اما از قواعد عمومی معاملات شمرده می‌شود و بر این اساس عقدی که در آن وکیل از حدود وکالت تجاوز نموده باشد، فضولی و تابع احکام آن خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۶۶۵). ماده ۱۰۷۴ همین قانون نیز در تکمیل صور انعقاد فضولی عقد نکاح مقرر می‌کند: «حکم ماده فوق در موردی نیز جاری است که وکالت بدون قید بوده و وکیل مراعات مصلحت موکل را نکرده باشد»^۱.

بی‌گمان تخلف وکیل از حدود وکالت، موجب عدم نفوذ و انعقاد فضولی عمل حقوقی انجام شده است، اما آنچه در این میان بیش از همه مورد نزاع واقع شده، تخلف وکیل از شروط تعیین‌شده درباره مهر است. ظاهر ماده ۱۰۷۲ قانون مدنی و عنوان فصل یادشده در آن (وکالت در نکاح) مؤید آن است که تجاوز وکیل از حدود تعیین‌شده برای مهر به اصل نکاح نیز سرایت می‌کند. دلایل دیگری نیز در تقویت این نظر وجود دارد؛ از جمله اینکه در این حالت مطلوب موکل در توکیل خویش به صورت واحد بوده و نه متعدد؛ یعنی چنانچه وکیل مطلوب موکل را مبنی بر انجام نکاح با مهر معین اجرا نکند، عقد نکاح از اساس به‌عنوان یک کل غیرقابل تجزیه، فضولی بوده و منوط به تنفیذ موکل است (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۲۰۱؛ کاشف الغطاء، ۱۴۳۲، ج ۵، ص ۲۹). به نظر می‌رسد باید از ظاهر این استدلال گذشت، زیرا اصولاً مهریه و نکاح در یک تراضی به‌همراه هم شکل می‌گیرند و از همین رو در کنار دیگر حالات ممکن، قابلیت توکیل در عقد نکاح در فصل پنجم از مقررات نکاح در قانون مدنی ذکر شده و شائبه فضولی شدن کل عقد نکاح را ایجاد کرده است. از طرف دیگر تراضی درباره مهر هر چند از نظر مادی همراه اصل عقد بوده، اما به واقع مستقل از آن است (جبعی عاملی، ۱۴۳۰، ج ۲، ص ۴۶۶)؛ بنابراین عقد نکاح دائم بدون ذکر مهر صحیح است (ماده ۱۰۸۷ قانون مدنی؛ عاملی، ۱۴۱۰، ص ۱۸۳) و چنانچه توافق در خصوص مهر بنا به هر دلیلی مانند عدم مالیت باطل باشد، به نکاح دائم خللی وارد نمی‌کند (ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی). لذا اگر وکیل از حدود اختیارات خود درباره مهر تجاوز کند، تنها قرارداد مهر فضولی است و نه عقد نکاح و چنانچه صدق تعیین‌شده رد شود، مانند آن است که اساساً در نکاح مهر معین نشده است و باید برابر ماده ۱۰۸۷ قانون مدنی عمل شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۱۱۶).

جریان فضولی در عقد نکاح نیز مانند دیگر عقود جریان دارد (شریعت، ۱۳۸۵، ص ۹۱؛ امامی، ۱۳۶۴، ج ۴، ص ۳۵۷؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۶۲)؛ بنابراین هر آنچه مطابق قواعد عمومی معاملات

۱. یجب علی الوکیل فی التزویج أن لا یتعدی عما عینه الموکل من حیث الشخص و المهر و سائر الخصوصیات و إلا کان فضولیا موقفا علی الإجازة و مع الإطلاق و عدم التعین یجب مراعاة مصلحة الموکل من سائر الجهات و مع التعدی یصیر فضولیا (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۸۷۰).

سبب فضولی شدن عقد می‌شود، در نکاح فضولی نیز صادق است، اما در عقد نکاح با توجه به ویژگی‌های خاص آن، صور ممکنه برای تشکیل عقد فضولی گاهی متفاوت و گاه بیشتر خواهد بود.

فقها اصولاً عقدی را فضولی می‌دانند که از جانب شخص غیرمجاز صادر شده باشد^۱ و از آنجا که در نکاح در برخی مواقع رضایت بیش از یک نفر نیاز است، موارد فضولی در نکاح نسبت به عقود دیگر کثرت بیشتری دارد (صدر، ۱۴۲۰، ج ۶، ص ۱۹۴). بنابر نظر مشهور فقها، نکاح دختر باکره رشیده بدون اذن ولی صحیح نیست و موقوف به اجازه پدر است^۲ (محمدی خراسانی، بی تا، ج ۲، ص ۱۷۲). پس چنانچه دختری باکره و رشیده خود را بدون اذن پدر به نکاح مردی درآورد، عقد به شکل فضولی واقع شده و نیازمند اذن پدر است (صدر، ۱۴۲۰، ج ۶، ص ۱۹۴)؛ بنابراین در عقد فضولی گاهی ممکن است مجیز ولی زوجه باشد (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ص ۳۱).

از جمله مواردی که می‌تواند به عنوان نکاح فضولی شناسایی شود، نکاح با برادرزاده و خواهرزاده زن است. برابر ماده ۱۰۴۹ قانون مدنی «هیچ کس نمی‌تواند دختر برادر زن یا دختر خواهر زن خود را بگیرد، مگر با اجازه زن خود». در این حالت، نفوذ نکاح منوط به تنفیذ زوجه است (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۸۷، صدر، ۱۴۲۰، ج ۶، ص ۱۹۵). همچنین به نظر برخی، ضمانت اجرای ماده ۱۰۶۰ قانون مدنی که ازدواج زن ایرانی با تبعه خارجه را موقوف به اجازه مخصوص از طرف دولت می‌داند، عدم نفوذ عقد نکاح است که به نوعی از اقسام نکاح فضولی به حساب می‌آید (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۱۰۶).

۳. بررسی التزام اصیل به نکاح فضولی

قرارداد فضولی قبل از تنفیذ یا رد مالک غیر نافذ است و مالک یا صاحب اجازه تا پیش از تنفیذ هیچ‌گونه التزامی نسبت به پیمان فضولی ندارد، اما وضعیت اصیل در این میان چندان مشخص نیست که آیا باید به چنین عقدی پایبند باشد یا به تن دادن به قرارداد فضولی ناگزیر نیست. در این خصوص اقوال مختلفی با مبانی متفاوت از ناحیه نویسندگان حقوقی و فقها طرح شده است. این اختلاف نظرها ناشی از حالت دوگانه‌ای است که در معاملات فضولی وجود دارد، زیرا از سویی قرارداد فضولی پیش از اجازه نافذ نیست و قاعدتاً فاقد اثر حقوقی و عاری از هرگونه التزام است و از سوی دیگر اصیل با یک اراده تام داخل معامله شده، تعهدی کامل ایجاد کرده است و بایستی به آن پایبند باقی بماند. در این گفتار آرای متفاوت در خصوص التزام داشتن یا نداشتن اصیل به نکاح فضولی واکاوی میشود.

۱. العقد الفضولی، هو العقد الصادر من شخص بدون إجازة من له حق الإجازة.

۲. لا نکاح الا بولی.

۳. ۱. نظریه التزام اصیل

نظر مشهور میان فقها و حقوق‌دانان آن است که مطابق قاعده، هنگامی که عقدی از جانب یک طرف به صورت فضولی تشکیل شود، تنها از طرف اصیل، قرارداد لازم فرض می‌شود و آثار خاصی که نشئت گرفته از عقد صحیح است بر او بار می‌گردد؛ بدون اینکه طرف دیگر، یعنی صاحب اجازه، کوچک‌ترین پایبندی به عقد یا تعهد در برابر اصیل داشته باشد (لنکرانی، ۱۴۲۱، ص ۱۲۴).

۳. ۱. ۱. مبانی نظریه التزام اصیل

بی‌گمان شخصی که در تشکیل قرارداد نقشی نداشته باشد (تفویذکننده)، تا پیش از تفویذ عقد به هیچ‌وجه نسبت به عقد فضولی انجام‌شده ملتزم نیست، اما در مورد اصیل که خود اقدام به انعقاد قرارداد کرده، مسئله متفاوت است و باید مبنای التزام اصیل را جست.

برخی معتقدند علت لزوم عقد و حرمت نقض آن از سوی اصیل، مقتضی عموم و جوب وفا به عقد است که باید ریشه آن را در آیه شریفه «وفوا بالعقود» جستجو کرد (انصاری، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۴۳۴). در آیه یادشده که عمده‌ترین دلیل بر جواز عقد فضولی نیز می‌باشد، در کلمه «العقود» حروف «الف و لام» از حروف جنس است و جمع معرف به الف و لام جنس نیز افاده عموم می‌کند. بنابراین اصل بر لزوم عقود است (قمی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۶۸). از طرفی، عقد به ایجاب و قبول میان دو طرف اطلاق می‌شود؛ فارغ از اینکه آیا چنین عقدی عنوان صحت را به همراه دارد یا خیر و صرف انشای رابطه حقوقی برای ایجاد عقد کفایت می‌کند. به همین دلیل قرارداد میان دو غاصب با علم به غصب نیز متضمن نام عقد است (شیری زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۱۳، ص ۵۳۲). از این دو مقدمه منطقی وجه تمسک به آیه «وفوا بالعقود» آشکار می‌شود. البته وفایی که در این آیه به آن امر شده است نیز منصرف از ایفای کامل پس از تفویذ عقد می‌باشد، بلکه فقط وفا به مقتضای ایجاب انجام شده است؛ به این صورت که اصیل به تمامی آثار عقد پس از اجازه تفویذکننده ملتزم خواهد بود (قمی، ۱۴۲۷، ج ۱، ص ۴۵۷).

مرحوم نائینی اعتقاد دارد با اینکه عقد یک کل یکپارچه است، اما هم‌زمان امکان تفصیل میان التزام متعاقدين قرارداد وجود دارد؛ چنان‌که اگر این اتفاق در معاملات فضولی رخ دهد، علت آن را باید در فعل متعاقدين جست. شکی نیست که اصیل عملی تام را برای تحقق تمامی ارکان عقد انشا می‌کند، اما برای متعامل دیگر با نقصان همراه است. به عبارت دیگر یکی از طرفین التزام خود را به دیگری اعطا می‌کند که در این صورت تسلط و چیرگی او نسبت به موضوع قرارداد منقطع می‌شود؛ مانند اینکه اصیل در بیع فضولی ملتزم به قرارداد است و دیگر قادر نیست با توسل به اصل تسلط تصرفی در عین موضوع معامله نماید که منافات با موضوع عقد داشته باشد. اما در عین حال، رابطه مالک و مال قطع نمی‌شود؛ شبیه

حالتی که مالک ایجاب به بیع را انجام می‌دهد؛ با این تفاوت که در معامله فضولی مقتضی فراهم شده قابلیت فعلیت را دارد، اما در ایجاب هنوز مقتضی تام نشده و مراعی به قبول است (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۲۴۷).

شیخ انصاری در کتاب مکاسب التزام داشتن یا نداشتن اصیل به معامله فضولی را از آثار پذیرش نظریه کشف یا نقل در عقد فضولی می‌داند (انصاری، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۴۳۳) که به تبع وی شارحان کتاب مکاسب پیرامون آن سخن فراوان گفته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۱۵۳؛ خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۶۳). به طور اجمال میتوان گفت مطابق نظریه نقل در قرارداد فضولی، اجازه منضم شده به معامله از زمان الحاق به عقد منشأ اثر است. برای مثال در عقد بیع، اجازه موجب انتقال مال به مشتری می‌شود و عین و منافع آن از تاریخ اجازه به تملک مشتری درمی‌آید و نسبت به گذشته اثر ندارد، ولی نظریه کشف به دو نوع حقیقی و حکمی تقسیم می‌شود. کشف حقیقی آن است که اجازه از انتقال عین و منافع از تاریخ انعقاد عقد حکایت دارد و به عنوان شرط متأخری است که در ماقبل خود اثر می‌گذارد، اما در کشف حکمی اجازه به منزله شرط نمی‌تواند به گذشته سرایت کند و تنها موجب نقل عین از تاریخ وقوع آن است، ولی منافع به حکم شارع از زمان انعقاد قرارداد فضولی به طرف مقابل تعلق می‌گیرد (صفایی، ۱۳۸۵، ص ۱۸۱).

بنابر نظریه کشف حقیقی، از آنجا که با ایجاب و قبول اصیل و فضول، عقد صورت تام پیدا می‌کند و فقط نفوذ آن منوط به اجازه است که اثر این اجازه نیز به گذشته سرایت می‌کند، و با توجه به اصل لزوم که برهم زدن قرارداد را تنها در صورت وجود خیار یا اقاله می‌پذیرد، باید گفت اصیل می‌بایست پایبند به قرارداد باشد و دلیلی بر ذی‌حق بودن اصیل بر انحلال عقد فضولی وجود ندارد. مطابق نظریه نقل، اجازه نسبت به سابق بی‌تأثیر است و بر ایجاب و قبولی که از سوی اصیل و فضول انشا شده است تا زمان اجازه اثری بار نمی‌شود. بنابراین، وضعیت اصیل در این حالت مشابه وضعیت موجب پیش از قبول طرف مقابل است که می‌تواند قبل از پذیرفتن ایجاب، نسبت به الغای آن اقدام کند و یا حالت عقود را دارد که در آن‌ها قبض شرط صحت است؛ پیش از آنکه عمل قبض صورت گیرد (حسینی شیرازی، بی تا، ج ۷، ص ۱۹۸؛ مروج جزائری، ۱۴۱۶، ج ۵، ص ۱۰۰).

استاد کاتوزیان بر این باور است که هرچند ایجاب و قبول معامله فضولی و تراضی درباره مفاد آن را اصیل و فضول انجام می‌دهند، اما جای شگفتی نیست که این تراضی که اثر آن منوط به تنفیذ دیگری است، پیش از اجازه برای اصیل التزام ایجاد کند. وضع اصیل در زمان قبل از تنفیذ را نباید با وضع گوینده ایجاب پیش از قبول قیاس کرد (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۱۴۱). گاه پیش از انعقاد قرارداد و در جریان گفتگوهای مقدماتی نیز یکی از دو طرف پایبند به عهد خویش می‌شود. این التزام با تعهد ناشی از عقد تفاوت دارد. به یقین اثر معهود قرارداد پیش از

تفخیز آن به وجود نمی‌آید، اما عهدی که برای پایه‌گذاری پیمان نهایی بسته می‌شود، آثار ویژه خود را دارد که می‌توان آن را در التزام به نگهداری وعده‌ها خلاصه کرد. بنابراین نیازی نیست که التزام طرف قرارداد با دشواری‌های پیچیده آثار کشف و نقل اجازه در معاملات فضولی مخلوط شود؛ هرچند که عقیده به کشف حقیقی به‌عنوان اثر اجازه می‌تواند در تقویت موضع یاریگر باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۵۴۲ و ۵۴۳).

۳. ۱. ۲. آثار نظریه التزام اصیل

پیروان نظریه التزام اصیل در نکاح فضولی جدای از مبنایی که برای این التزام اتخاذ کرده‌اند، اصیل را پایبند به نکاح انجام‌شده می‌دانند. بنابراین گفته شده است، اگر نکاح به صورت فضولی واقع شود، چنانچه مرد مباشر در عقد باشد یا به عبارت دیگر اصیل باشد، در حکم متزوج به عقد لازم از جانب طرفین است و بر او حرام است که با مادر آن زن ازدواج کند. به علت حرمت نکاح با مادرزن، هرچند که غیر مدخوله باشد و همچنین حرام است که با دختر او ازدواج کند. خواهر زنی را که نکاح از طرف او فضولی بوده نیز نمی‌تواند به عقد خود در آورد، زیرا حرمت «الجمع بین الاختین» وجود دارد و از طرفی اگر نکاح فضولی صورت گرفت، چهارمین نکاح دائمی مرد باشد به جهت اینکه مرد نمی‌تواند هم‌زمان بیش از چهار همسر دائمی داشته باشد و در این حالت بر مرد حرام است که با دیگری ازدواج نماید. چنانچه در نکاح فضولی صورت گرفته، زن به عنوان اصیل شرکت کرده باشد، مشخص است که هرگونه ازدواج تا پیش از معلوم شدن وضعیت عقد فضولی با مانع روبرو می‌شود (قمی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۵۹۸؛ اصفهانی، ۱۴۱۶، ج ۷، ص ۱۰۷؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۱۵۹؛ حلی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۲۹؛ عمیدی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۳۲۴).

از کلام برخی فقها که قائل به نظریه التزام اصیل به نکاح فضولی هستند، چنین استنباط می‌شود که تا هر هنگام که عقد فضولی پا برجاست این حرمت وجود دارد؛ یعنی منشأ حرمت یادشده، وجود عقد فضولی و ترتب برخی آثار آن بر اصیل است و مانعی ندارد که اصیل به صورت یک‌جانبه اقدام به فسخ نکاح و یا به عبارت صحیح‌تر اقدام به برهم زدن نکاح فضولی کند (عاملی کرکی، همان، ص ۱۶۰). پذیرش این نظر به این معناست که می‌بایست میان حکم تکلیفی و حکم وضعی در این مسئله تفاوت قائل شد (حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۴، ص ۵۱۶). از جمله مواردی که مرتبط با آثار نکاح فضولی بوده و میان طرف‌داران نظریه التزام اصیل به معامله فضولی اختلاف وجود دارد، فرعی است که علامه حلی در کتاب قواعد خود درباره حرمت ابدی ام‌الزوجه مطرح کرده است. به این بیان که گفته شد در نکاح فضولی اگر مرد به‌عنوان اصیل شرکت کند، تا زمانی که این عقد به شکل فضولی پا برجاست، مرد نمی‌تواند با مادر، دختر یا خواهر آن زن

ازدواج نماید، اما چنانچه بنابه هر دلیلی این عقد از هم گسیخت، حرمت ازدواج با دختر یا خواهر ازبین می‌رود، ولی در ازبین رفتن حرمت ازدواج با مادرزن تردید وجود دارد (حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۱۶). این تردید از آنجا ناشی شده که برابر آیه شریفه ۲۲ سوره مبارکه نساء، اگر کسی دختری را عقد کند و سپس او را طلاق دهد، هرچند قبل از دخول باشد، دیگر نمی‌تواند با مادر آن دختر ازدواج کند و حرمت ابدی میان آنها حاصل می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ص ۳۶۷) و از آنجا که فرض شده نکاح فضولی به هر ترتیب وجود خارجی دارد و تا پیش از برهم خوردن آن دارای ثمراتی است، پس همین اندازه برای صرف وجود عقد با دختر کفایت می‌کند و حرمت ابدی با مادر آن دختر ایجاد می‌شود.

به نظر می‌رسد در این مسئله حرمت ابدی حاصل نمی‌شود، زیرا قرارداد فضولی تا پیش از اجازه یا رد، غیر نافذ بوده، اثری بر آن مترتب نیست و در صورت برهم خوردن نیز فرض می‌شود که از آغاز و اساس چیزی به وجود نیامده و کالعدم است و بر عدم نیز حکمی بار نمی‌شود (حلی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۲۹). در صورت برهم خوردن نکاح فضولی، واژه «امهات نسانکم» که در آیه یادشده آمده است نیز مصداق نخواهد یافت و حتی برخی تحریم پیش از انحلال عقد فضولی را از باب احتیاط می‌دانند (حکیم، بی تا، ص ۲۴۲).

۳.۱.۳. ضمانت اجرای عقد معارض

گاهی ممکن است اصیل (زوجه) پس از انجام عقد فضولی (چه اینکه پیش از عقد به فضولی بودن آن آگاهی داشته باشد یا خیر) اقدام به ازدواج با شخص دیگری کند. حال این پرسش مطرح می‌شود که با وجود پیمان فضولی سابق وضعیت عقد نکاح جدید از نظر صحت و بطلان چگونه است؟

نگاهی اجمالی در آرای علمای حقوق نشان می‌دهد که ایشان چنین پرسشی را متذکر نشده‌اند، اما با بررسی نظریات پراکنده فقها مشخص می‌شود که آنان پاسخ این پرسش را در اثر اجازه نسبت به نکاح فضولی می‌دانند. به عبارت دیگر، چنانچه اثر اجازه به گذشته سرایت کند (نظریه کشف) و به عقد از ابتدا جان بخشد، این به آن معناست که عقد دوم در حالی منعقد شده که عقد اول صحت کامل داشته است، لذا عقد دوم باطل خواهد بود، اما چنانچه اثر تنفیذ در نکاح فضولی را معطوف به ماقبل ندانیم، می‌توان گفت در زمان تشکیل عقد دوم مانعی که به صحت آن خلل ایجاد کند وجود نداشته و با اعتقاد به این امر می‌توان اظهار داشت که عقد دوم صحیح و نکاحی که ابتدا به صورت فضولی شکل گرفته به طور قهری ازبین رفته است (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۴، ص ۲۹۵).

این نظر با چند مشکل روبروست. اینکه نظریه کشف خود بر چند قسم است؛ حتی در صورت پذیرش استدلال پیش‌گفته باید دانست که این استدلال تنها با نظریه کشف حقیقی سازگار است و حالات دیگر کشف مانند کشف حکمی نیز در واقع همان نظریه نقل حقیقی است با تفاوتی اندک (شیری زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۱۳، ص ۴۵۴۲) و علت قبول آن نیز نصوص وارده در روایات است، وگرنه با قواعد عقود چندان همخوانی ندارد (فاضل هرندی، ۱۳۸۶، ج ۸، ص ۳۷). همچنین در حالتی که عقد دوم در تعارض و تنافی با نکاح فضولی است باید توجه داشت که اجازه در صورتی می‌تواند نکاح را نافذ نماید که در زمان لحوق اجازه نکاح فضولی قابلیت صحت را داشته باشد و با توجه به اینکه عقد دوم قبل از الحاق اجازه به نکاح فضولی منعقد شده است، دیگر موضوعی برای اجازه وجود ندارد که قابلیت صحت را داشته باشد (خمینی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۲۵۸). بنابراین می‌توان برخلاف نظریه التزام اصیل این‌گونه معتقد بود که در صورتی که اصیل بعد از نکاح فضولی و قبل از آمدن اجازه اقدام به نکاح جدید با دیگری نماید، عقد جدید صحیح بوده، اجازه لاحق بی‌اثر است و خللی به آن وارد نمی‌کند.

۳.۲. التزام نداشتن اصیل به نکاح فضولی

برخی فقها و شارحان قانون مدنی بر این باورند که نکاح فضولی هیچ التزامی را بر اصیل بار نمی‌کند و اصیل می‌تواند یک‌جانبه عقد فضولی را برهم زند و اعمالی انجام دهد که در تنافی با نکاح فضولی است.

۳.۲.۱. مبانی عدم التزام اصیل

نویسندگانی که به عدم التزام اصیل در عقد فضولی باور دارند اصولاً در دفاع از موضع خود به استدلال‌های سلبی روی آورده، در پی پاسخ به ادله طرف‌داران التزام اصیل هستند. این عمل قابل دفاع خواهد بود، چراکه اولاً اثبات وجود التزام نیازمند دلیل است و اصل بر عدم تعهد، پابندی و التزام است. دوم اینکه تمامی علمای حقوق در این موضع اجماع دارند که عقد فضولی پیش از تنفیذ، غیر نافذ بوده، قاعدتاً اثری بر عدم نفوذ بار نمی‌شود. اینک به دلایل طرف‌داران عدم التزام اصیل در معامله فضولی پرداخته می‌شود.

گفته شد که برخی علت التزام اصیل را مفاد آیه «اوفوا بالعقود» می‌دانند؛ بر فرض که پذیرفته شود، الف و لام در العقود افاده عموم می‌کند و حمل واژه عقد بر معامله فضولی نیز صحیح است، اما تمسک به این آیه، تالی فاسد به همراه دارد. از آنجا که مفاد این آیه نه حکم ظاهری بلکه حکم واقعی را اثبات می‌کند، لذا با توجه به اینکه انشای زوجیت محقق شده و شارع نیز با «اوفوا» که ناظر به حکم واقعی است بر آن صحه گذاشته، نتیجه آن خواهد شد که

اصیل در نکاح فضولی پیش از تنفیذ باید ملتزم به مفاد عقد نکاح باشد و اگر اصیل مرد است نمی‌تواند با مادر زوجه ازدواج نماید و علاوه بر این چون حکم واقعی اثبات شده است، دیگر احکام و آثار زوجیت واقعی نیز بار می‌شود و اصیل (مرد) جواز نظر به ام‌الزوجه را دارد؛ درحالی که به‌واقع این چنین نیست (شیری زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۱۳، ص ۴۵۳) و قبل از تحقق اجازه، قطع وجود دارد که زوجیت محقق نشده است و ازدواج نه‌تنها واقعی بلکه به صورت ظاهری نیز وجود ندارد و احکامی مانند نظر کردن به مادر زوجه پیش از تنفیذ نکاح فضولی بی‌معناست (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۴، ص ۱۷۲).

سید یزدی در عروة‌الوثقی در پاسخ به این مسئله که آیا در نکاح فضولی قبل از اجازه یا رد، بر اصیل لازم است که احکام زوجیت را رعایت کند؛ برای مثال آیا زوج اصیل می‌تواند با مادر زوجه قبل از تنفیذ نکاح ازدواج نماید، بیان می‌دارد که دو قول وجود دارد: قول قوی‌تر آن است که احکام زوجیت بر اصیل مترتب نیست؛ مگر در فرضی که اصیل علم داشته باشد که نکاح فضولی تنفیذ خواهد شد، مشروط بر اینکه اثر اجازه را به گذشته سرایت دهیم. به عبارت دیگر اگر قائل به نظر کشف حقیقی باشیم، چنانچه مرد (اصیل) پیش از اجازه با مادر یا دختر طرف مقابل که نکاح از جانب وی فضولی بوده ازدواج نماید و سپس اجازه بیاورد، برابر مفاد نظریه کشف حقیقی نکاح ثانویه باطل است، زیرا عقد دوم در حالی منعقد شده که با توجه به مفاد عقد اول قابلیت صحت نداشته است (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۸۷۴ و ۱۳۷۶، ص ۱۴۵).

مرحوم خوبی در استدلال به التزام اصیل با استناد به مفاد آیه «اوفوا بالعقود» پاسخ می‌دهد منظور از عقد در این آیه دو التزام مرتبط و متقابل در برابر یکدیگر است. عملی که از یک طرف فضولی باشد، چون التزامی نیز از آن طرف در پی ندارد، طبیعتاً عنوان عقد نیز به‌دنبال نخواهد داشت تا استناد به آیه «اوفوا بالعقود» درست باشد (موسوی خوبی، ۱۴۱۸، ج ۳۳، ص ۲۸۰) و همچنین در خصوص نظریه کشف و نقل و تأثیر آن بر التزام اصیل اظهار می‌دارد، بنابر هیچ‌یک از مبانی نقل و کشف (اعم از کشف حقیقی و حکمی) نمی‌توان اصیل را پایبند به نکاح فضولی دانست. چنانچه اصیل نکاح فضولی صورت‌گرفته را فسخ کند و یا اینکه عملی انجام دهد که منافی با عقد اول باشد (مانند اینکه در نکاح فضولی مرد اصیل باشد و متعاقباً پیش از اجازه با خواهر همان زن ازدواج نماید)، عقد ابتدایی منفسخ خواهد شد و در صورت لحوق اجازه به آن تنفیذ نمی‌شود؛ هرچند که قائل به نظریه کشف حکمی باشیم. علت آن در این امر نهفته است که اجازه در صورتی کاشف از صحت عقد است که دارای موضوع باشد، اما در جایی که عقد اول به علت فسخ^۱ یا انفساخ (درجایی که موضوع عقد ازبین رفته) منحل شده

۱. استفاده از واژه فسخ در عقد فضولی چندان صحیح نیست و با کمی مسامحه همراه است. فسخ عمل حقوقی است که باید مسبوق به وجود قراردادی باشد که از نظر قانونی معتبر بوده، اعتبارش تام باشد. درحالی که عقد فضولی پیش از تنفیذ

باشد، دیگر عقدی باقی نمی‌ماند تا اجازه به آن تعلق گیرد و آثار آن هویدا شود (موسوی خویی، ۱۳۱۸، ج ۳۳، ص ۲۸۳).

۳.۲.۲. آثار نظریه عدم التزام اصیل به نکاح فضولی

طرف‌داران نظریه عدم التزام برخلاف صاحبان نظریه سابق، از آنجایی که اصیل را پایبند به نکاح فضولی نمی‌دانند، تا پیش از اجازه یا رد عقد فضولی به اصیل حق می‌دهند که به‌طور یک‌جانبه عقد را منحل کند. عدم التزام به نکاح فضولی می‌تواند به دو شکل واقع شود؛ اول اینکه اصیل می‌تواند عقد فضولی را برهم زند، یعنی با انجام یک عمل حقوقی مانند فسخ قرارداد، عمل حقوقی سابق یعنی نکاح فضولی را منحل کند و یا اینکه افعالی را مرتکب شود که در تعارض با مفاد و تعهدات مندرج در عقد فضولی بوده و به این ترتیب با دست بردن در موضوع عقد سبب انحلال قهری آن شود.^۱ بنابراین با توجه به مبانی این نظریه، چنانچه در نکاح فضولی مرد به عنوان اصیل شرکت کند، حرمتی برای نکاح با دختر، خواهر و مادر زنی که نکاح از جانب او فضولی بوده به‌وجود نمی‌آید و همچنین مرد می‌تواند در زمان پیش از اجازه یا رد تا چهار ازدواج دائم را انجام دهد و در نقطه مقابل چنانچه زن به‌عنوان اصیل در عقد فضولی وارد شده باشد، قادر است به شکل یک‌جانبه عقد را منحل کند و یا اینکه با ازدواج با مردی دیگر اسباب انحلال قهری نکاح فضولی را فراهم آورد.

۳.۳. تفکیک میان زوج و زوجه

امام خمینی در تحریر الوسیله قول خاصی را یادآور می‌شود و در نکاح فضولی التزام اصیل را وابسته با آن می‌داند که اصیل زوجه باشد و چنانچه نکاح فضولی به نحوی منعقد شود که زوج اصیل واقع گردد، دیگر ملتزم به عقد یادشده نخواهد بود (خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۲۵۹)؛ این درحالی است که در واقع عقد یک واحد غیرقابل تفکیک است و هیچ دلیلی نیست که به استناد آن بتوانیم میان طرفین عقد تبعیض قائل شویم. در میان زوجین نیز خصوصیتی وجود ندارد که بتواند منشأ و دلیل وجود چنین تبعیضی را تبیین نماید و از همین روست که در میان فقها، دیگری چنین نظری ندارد. برخی بر این باورند که به‌احتمالی در عبارت تحریر الوسیله یک

وجودی ناقص دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۲۰۰). می‌توان گفت که این صحت تأهلی عقد فضولی است که برهم می‌خورد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۸۹) و شاید از این رو بوده که نویسندگان قانون مدنی با دقتی کامل در ماده ۲۵۲ از کاربرد واژه فسخ خودداری کرده و از برهم زدن معامله سخن گفته‌اند.
۱. از باب مسامحه می‌توان گفت، فسخ فعلی رخ داده است.

کلمه به اشتباه نگارش یافته و برداشت چنین مضمونی را موجب شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۹۰).

۳.۴. نظر برگزیده

از میان عقاید مطرح شده به نظر می‌رسد آنچه بیش از همه با قواعد عقود همخوانی دارد و با مقررات و اصول حاکم بر نکاح سازگار است، نظریه عدم التزام اصیل به نکاح فضولی است، زیرا اولاً التزام اصیل به عقد فضولی مخالف اصل حاکمیت اراده است (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۱۱۴). دوم، چنانچه ادعا شود که عقد از جانب اصیل کامل است، باید گفت تجزیه در آثار عقد جایز نیست. بنابراین باید دیگر آثار مانند نفقه و تمتع جنسی نیز ایجاد گردد؛ درحالی که کسی قائل به این نظر نیست و اصیل را فقط ملتزم به آثار منفی و در تنافی با عقد نکاح می‌داند (مکارم، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۸۹). سوم، برابر قواعد حاکم بر نکاح، ازدواج به خودی خود مستحب است، اما در صورت خوف وقوع در گناه، واجب می‌شود (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶، ج ۱، ص ۳۶۴)؛ بنابراین التزام اصیل با این واجب شرعی نیز در تضاد است. هرچند ممکن است گفته شود که اصیل در این حالت می‌تواند به استناد قاعده لاضرر نکاح فضولی را برهم زند، اما اثبات ضرر و سختی‌های اعلام آن از طریق محکمه این نظر را با دشواری روبرو می‌سازد. چهارم، اصل بر عدم ایجاد تکلیف و التزام بر اشخاص است.

۴. حقوق موضوعه ایران

در میان فقها نسبت به اصل امکان وقوع معامله به صورت فضولی اختلاف است. هرچند نظر مشهور فقها معامله به شکل فضولی را درست قلمداد می‌کند، اما در فقه امامیه برخی فقها به خصوص فقهای متقدم معامله فضولی را محکوم به بطلان می‌دانند و از این میان می‌توان به بزرگانی همچون شیخ طوسی اشاره کرد (صادقی مقدم؛ شکوهی‌زاده، ۱۳۹۰، ص ۳۳؛ محقق داماد و جمعی دیگر، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۳۲۳؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج ۲۱، ص ۱۷۸). به هر ترتیب، قانون مدنی معامله فضولی را پذیرفته و حکم آن را به صورت غیرنافذ معتبر دانسته (ماده ۲۴۷ قانون مدنی^۱)، و نیز فصلی از قواعد عمومی عقود نیز به آن اختصاص یافته است که فضولی بودن را از قواعد عمومی قراردادهای و بلکه ایقاعات به حساب آورده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۷۶۸).

۱. «معامله به مال غیر جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست ولو اینکه صاحب مال باطناً راضی باشد ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود در این صورت معامله صحیح و نافذ می‌شود».

قانون مدنی در بخش مقررات خانواده، به پیروی از نظر مشهور فقها، نکاح فضولی را صحیح شمرده و در ظاهر آن را تابع قواعد معامله فضولی قرار داده است. بنابراین کسی که فضول برای او نکاح کرده است، حق دارد آن را بپذیرد و یا اینکه رد کند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۶۲). بیشتر نویسندگان حقوقی معتقدند که ماده ۲۵۲ قانون مدنی در بحث معاملات فضولی دلالت بر التزام اصیل به معامله فضولی دارد و از ظاهر این ماده می‌توان چنین برداشت کرد که پس از تشکیل قرارداد فضولی و پیش از تنفیذ یا رد صاحب اجازه، اصیل می‌بایست پایبند به قرارداد باشد. مطابق این ماده «لازم نیست اجازه یا رد فوری باشد و اگر تأخیر موجب تضرر طرف اصیل باشد، مشارالیه می‌تواند معامله را به هم بزند». در این ماده، قید «اگر تأخیر موجب تضرر اصیل باشد»، نشانگر آن است که اصیل قبل از اجازه یا رد در برهم زدن معامله فضولی آزاد نبوده است و باید ملتزم به آن باشد؛ وگرنه آوردن چنین قیدی بی‌ثمر می‌بود و از آنجایی که این ماده جزء قواعد عمومی قراردادهاست، بر بحث نکاح به‌عنوان یکی از عقود داخل در قانون مدنی حکومت می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۶۳).

برخی از شارحان قانون مدنی در باب نکاح فضولی برخلاف نظر پیش گفته و با برداشتی متفاوت از ماده ۲۵۲، این‌گونه اظهار داشته‌اند: در صورتی که شخصی به فضولی از طرف مردی، زنی را به ازدواج او درآورد، مادام که مرد نکاح را اجازه نداده باشد، زن می‌تواند نکاح را برهم زند، زیرا هنوز عقدی منعقد و تعهدی ایجاد نشده است و تعهد یک‌طرفه زن به‌تنهایی برای ایجاد رابطه کافی نیست. ماده ۲۵۲ قانون مدنی نیز این گفته را تأیید می‌کند (امامی، ۱۳۶۴، ج ۴، ص ۳۵۷؛ شریعت، ۱۳۸۵، ص ۱۰۱).

به نظر می‌رسد در دیدگاه اخیر از ماده ۲۵۲ قانون مدنی برداشتی اشتباه صورت گرفته و اتفاقاً این ماده دقیقاً معنایی عکس دیدگاه یادشده را افاده می‌کند، زیرا این ماده جواز انحلال عقد فضولی را از ناحیه اصیل، تنها در صورت تأخیر طرف مقابل در اجازه یا رد و تضرر اصیل می‌داند که مفهوم مخالف آن این گونه است که اگر طرفی که عقد از ناحیه او فضولی بوده، تأخیر نکند و یا در صورت تأخیر ضرری به اصیل وارد نشود، مجوزی برای برهم زدن عقد پیش از اجازه یا رد از ناحیه اصیل وجود ندارد (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۲۰۳).

به نظر می‌رسد باید از ظاهر مفاد ماده ۲۵۲ قانون مدنی چشم پوشید و اصیل را در نکاح فضولی مختار دانست که یا عقد را منحل کند و یا اینکه با انجام اعمال منافی با عقد فضولی مانند نکاح با خواهر یا دختر زن، موجبات انحلال قهری آن را فراهم آورد. علت این امر را باید در مبنای اتخاذشده برای التزام اصیل جست که سابقاً در نظریه برگزیده دلایل آن بیان شد. ممکن است گفته شود به هر صورت، ماده ۲۵۲ قانون مدنی دلالت بر التزام اصیل دارد و از آنجا که این ماده در مبحث قواعد عمومی قراردادها آمده است، بر عقد نکاح هم حاکم

خواهد شد. در پاسخ به این استدلال می‌توان اظهار داشت که اولاً حکم ماده یادشده حداقل در مواردی که اصیل جاهل به فضولی بودن معامله است، در تعارض با اصل آزادی قراردادی و حاکمیت اراده (که از مهم‌ترین اصول پذیرفته‌شده قانون مدنی است) می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۱۱۴)؛ بنابراین در جمع میان این دو باید ماده ۲۵۲ را تفسیر مضیق نمود. دوم، هرچند نکاح عنوان عقد را دارد، به دلیل خصایص ویژه خود از تمامی قواعد عمومی قراردادها پیروی نمی‌کند. سوم، فصلی که در قانون مدنی به مباحث فضولی اختصاص دارد، عنوان معاملات فضولی پیدا کرده و این درحالی است که عرف جامعه نکاح را معامله نمی‌داند و حتی نویسندگان حقوقی نیز از کاربرد این واژه در مباحث حقوق خانواده پرهیز می‌کنند و این تا آنجاست که برخی فقها در تقسیم‌بندی معروف فقه به معاملات و عبادات، نکاح را از معاملات خارج، و در جرگه عبادات وارد کرده‌اند (جعی عاملی، ۱۴۳۰، ج ۲، ص ۴۵۹). به نظر می‌رسد قانون مدنی نیز بر همین اساس مقررات نکاح را در جلد دوم قانون مدنی با عنوان اشخاص آورده است. چهارم، نگاهی اجمالی به مواد فصل فضولی (مواد ۱۴۷ تا ۲۶۳ قانون مدنی) روشن می‌کند که این قواعد فقط با قراردادهای مالی و آن هم از نوع معاوضی همخوانی دارد؛ چراکه در این مواد دائماً از واژگان مالک، مشتری، مال و معامله سخن به میان آمده است و برخی احکام آن مانند مواد ۲۶۲ و ۲۶۳ تنها در بیع و یا با اغماض در قراردادهای مالی معوض قابلیت اجرا دارد. پنجم، نکاح مجموعه‌ای از آثار مالی و غیرمالی مانند حق تمتع جنسی، نفقه و مهریه است که با در نظر گرفتن این آثار، قبول نظریه کشف حتی از قسم کشف حکمی در نکاح فضولی با مشکل روبروست تا چه رسد به التزام اصیل که اصولاً آن را فرع بر نظریه کشف می‌دانند.

۵. نتیجه

بیشتر فقها به تبعیت بزرگانی چون علامه حلی و شیخ انصاری اعتقاد بر آن دارند که در نکاح فضولی عقد از جانب اصیل لازم است؛ بنابراین وی می‌بایست تا زمان اجازه یا رد آن عقد، پایبند به آن باشد و همچنین انجام هرگونه عمل منافی با عقد فضولی از جمله ازدواج با دختر، خواهر یا مادر زن بر مرد اصیل حرام بوده و چنانچه زن اصیل باشد، محروم از انعقاد هرگونه عقد نکاح است و ضمانت اجرای چنین اعمالی نیز در صورت حقوق اجازه به نکاح فضولی، بطلان عقد نکاح ثانویه است.

عمده دلایل این دسته، استناد به آیه شریفه «اوفوا بالعقود»، یعنی لزوم پایبند ماندن به عقود است و یکی از عقود که مشمول این آیه می‌شود، عقد نکاح فضولی است و دیگر دلیل ایشان به کاشفیت اثر اجازه باز می‌گردد. به عبارت دیگر، چون برابر نظر مشهور اثر اجازه به

زمان گذشته سرایت می‌کند، بنابراین عقد از آغاز صحیح خواهد بود و مجوزی برای برهم زدن عقد پیش از اجازه از سوی اصیل وجود ندارد.

به نظر می‌رسد باید با جمعی همراه شد که باور دارند اصیل قادر است قبل از اجازه یا رد، به‌طور یک‌جانبه نکاح را منحل سازد و یا با انعقاد عقد نکاح دیگر موجبات گسیختن قهری عقد فضولی سابق را فراهم آورد. توسل به آیه «اوفوا بالعقود» پذیرفته نیست، زیرا عقدی که پایبندی به آن واجب است باید صحیح و کامل باشد، نه عقد ناقصی مانند نکاح فضولی. بر فرض که نظریه کاشفیت اثر اجازه پذیرفته شود، در صورتی اجازه می‌تواند بر عقد تأثیر گذارد که عقد قابلیت صحت را داشته باشد و اعمال اصیل می‌تواند این قابلیت را از عقد بگیرد. این ادله در کنار اصل حاکمیت اراده و اصل عدم التزام و مواردی دیگر بر ملتزم نبودن اصیل به نکاح فضولی دلالت می‌کند.

قانون مدنی در مبحث خانواده موضع خود را مشخص نکرده است. ظاهر ماده ۲۵۲ قانون مدنی ملتزم بودن اصیل به معامله فضولی را تأیید می‌کند. هرچند که ماده یادشده در بحث قواعد عمومی قراردادها آمده است، اما به نظر می‌رسد در عقد نکاح لازم‌الرعایه نباشد، زیرا عقد نکاح به علت ویژگی‌های خاص خود از تمامی قواعد عمومی عقود پیروی نمی‌کند و ملتزم دانستن اصیل به نکاح، آثار سوء به‌همراه دارد. مواد مرتبط با معامله فضولی نیز به‌طور دائم از واژگانی مانند مالک، مشتری و مال استفاده می‌کند که نشانگر حکومت این مواد بر عقود مالی معاوضی است و نویسندگان قانون مدنی نیز با آوردن عقد نکاح در جلد دوم یعنی اشخاص (و نه اموال) خواسته‌اند تا از پیامدهای این‌چنینی دوری کنند.

منابع و مأخذ

۱. اصفهانی، بهاء الدین محمد بن حسن (۱۴۱۶). کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام. ج ۱، ج ۷، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. امامی، سید حسن (۱۳۶۴). حقوق مدنی. ج ۵، ج ۴، تهران: انتشارات اسلامی.
۳. انصاری، مرتضی (۱۴۲۴). کتاب المکاسب. ج ۴، ج ۲، قم: انتشارات دار الحکمه.
۴. جعفی عاملی، زین الدین (۱۴۳۰). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة. ج ۱، ج ۲، قم: موسسه انتشارات دار العلم.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۶). حقوق خانواده. ج ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. ج ۲، ج ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۶). دائره المعارف عمومی حقوق - الفارق. ج ۱، ج ۴، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۸. جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۶). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام. ج ۱، ج ۱، قم: موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
۹. حسینی روحانی، سید صادق (۱۴۱۲). فقه الصادق علیه السلام. ج ۱، ج ۲۱، قم: دار الکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام.
۱۰. حسینی شیرازی، سید محمد (بی تا). ایصال الطالب إلى المکاسب. ج ۱، ج ۷، تهران: منشورات اعلمی.
۱۱. حکیم، سید محسن (۱۴۱۶). مستمسک العروه الوثقی. ج ۱، ج ۱۴، قم: موسسه دار التفسیر.

۱۲. حکیم، سید محسن (بی تا). نهج الفقاهه. ج ۱، قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
۱۳. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۳). قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام. ج ۱، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۴. حلی، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. ج ۱، ج ۳، قم: موسسه اسماعیلیان.
۱۵. خراسانی، آخوند محمد کاظم بن حسین (۱۴۰۶). حاشیه المکاسب. ج ۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۶. خمینی، سید روح الله موسوی (۱۴۰۹). کتاب البیع. ج ۱، ج ۲، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۷. خمینی، سید روح الله موسوی (بی تا). تحریر الوسیله. ج ۱، ج ۲، قم: موسسه مطبوعات دارالعلم.
۱۸. خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. ج ۲، ج ۴، قم: موسسه اسماعیلیان.
۱۹. سبزواری، سید عبد الأعلى (۱۴۱۳). مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام. ج ۴، ج ۲۴، قم: موسسه المنار.
۲۰. شیرازی، سید موسی (۱۴۱۹). کتاب النکاح. ج ۱، ج ۱۳، قم: موسسه پژوهشی رأی پرداز.
۲۱. شریعت، محسن (۱۳۸۵). عقد فضولی. ج ۱، تهران: انتشارات بهینه.
۲۲. صادقی مقدم، محمد حسن و شکوهی زاده، رضا (۱۳۹۰). حکم معامله فضولی و مبنای آن در حقوق انگلیس. فرانسه، آلمان و ایران، مجله نامه مفید، ش ۸۸.
۲۳. صدر، سید محمد (۱۴۲۰). ماوراء الفقه. ج ۱، ج ۶، بیروت: دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزیع.
۲۴. صفایی، سید حسین (۱۳۸۵). قواعد عمومی قراردادها. ج ۴، تهران: نشر میزان.
۲۵. صفائی، سید حسین و امامی، اسدالله (۱۳۸۷). حقوق خانواده، ج ۱۱، ج ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۶. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۶). سؤال و جواب. ج ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۷. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۰۹). العروه الوثقی. ج ۲، ج ۲، بیروت: موسسه الاعلمی للمطبوعات.
۲۸. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱). حاشیه المکاسب. ج ۲، ج ۱، قم: موسسه اسماعیلیان.
۲۹. عاملی کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴). جامع المقاصد فی شرح القواعد. ج ۲، ج ۱۲، قم: موسسه آل البيت عليهم السلام.
۳۰. عاملی، محمد بن مکی (۱۴۱۰). اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه. ج ۱، بیروت: دار التراث - الدار السلامیه.
۳۱. عمیدی، سید عمید الدین بن محمد اعرج (۱۴۱۶). کنز الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. ج ۱، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۲. فاضل هرنندی، محی الدین (۱۳۸۶). ترجمه و شرح المکاسب. ج ۲، ج ۸، قم: انتشارات بوستان کتاب.
۳۳. قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۴۱۳). جامع الشتات فی اجوبه السئالات. ج ۱، ج ۲، تهران: موسسه کیهان.
۳۴. قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۴۱۳). جامع الشتات فی اجوبه السئالات. ج ۱، ج ۲، تهران: موسسه کیهان.
۳۵. قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۴۲۷). رسائل المبرزا القمی. ج ۱، ج ۱، قم: دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان.
۳۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹). حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها. ج ۵، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. ج ۱۲، تهران: نشر میزان.
۳۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). حقوق مدنی - قواعد عمومی قراردادها. ج ۷، ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹). حقوق خانواده. ج ۷، تهران: نشر میزان.
۴۰. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر (۱۴۲۲). انوار الفقاهه - کتاب النکاح. ج ۱، نجف: موسسه کاشف الغطاء.
۴۱. کاشف الغطاء، محمد حسین (۱۴۳۲). تحریر المجله. ج ۲، ج ۵، تهران: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلامیه.
۴۲. لنکرانی، محمد فاضل (۱۴۲۱). تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - النکاح. ج ۱، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام.
۴۳. محقق داماد، سید مصطفی و جمعی دیگر (۱۳۸۹). حقوق قراردادها در فقه امامیه. ج ۱، ج ۲، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۴۴. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۷). بررسی فقهی حقوق خانواده. ج ۱۵، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۵. محمدی خراسانی، علی (بی تا). شرح تبصره المتعلمین. ج ۱، ج ۲، قم: انتشارات دار الفکر.
۴۶. مروج جزائری، سید محمد جعفر (۱۴۱۶). هدی الطالب فی شرح المکاسب. ج ۱، ج ۵، قم: موسسه دار الکتاب.

۴۷. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴). کتاب النکاح. ج ۱، ج ۲، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۴۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷). دائره المعارف فقه مقارن. ج ۱، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۴۹. موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰). منهاج الصالحین. ج ۲۸، ج ۲، قم: نشر مدینه العلم.
۵۰. موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸). موسوعه الامام الخویی. ج ۱، ج ۳۳، قم: موسسه إحياء الآثار الامام الخویی.
۵۱. نائینی، میرزا محمد حسین غروی (۱۳۷۳). منیه الطالب فی حاشیه المکاسب. ج ۱، ج ۱، تهران: المکتبه المحمديه.