



An Analytical Study on the Necessity of the Fiqh-Legal Recognition of the Status of the Islamic Customary 'Aqd Period

Hamed Mahdavi¹ , Muhammd Imami² , and Sayyid Hasan Vahdati Shubayri³ 

1. PhD Student in Private Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: hamedmahdavi226@gmail.com
2. Corresponding Author, Associate Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: dr.imami@razavi.ac.ir
3. Associate Professor, Department of Law, Qom University, Qom, Iran. Email: vahdati11@gmail.com

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:

Received
05 December 2022
Received in revised form
30 January 2023
Accepted
08 March 2023
Available online
22 June 2025

Keywords:

'aqd 'urfi,
'ulqat al-zawjiyyah
(marital
relationship),
ṣīghat al-
muharramiyyah,
tamkīn,
nafaqa

ABSTRACT

The formation of the family has individual and social consequences. In the *fiqh* and legal sources, there is no specific criterion for determining the commencement of conjugal life and family formation. The apparent evidence from *fiqh* proofs and legal texts indicates that from the moment the '*ulqat al-zawjiyyah*' (marital relationship) is contracted, all mutual rights and obligations of the spouses must be established; however, nowadays the "*dawrān-'aqd*" (the period of '*aqd*') has widely become recognized as a customary stage prior to the beginning of conjugal life, during which, despite the existence of the marital relationship, a family is not effectively formed. The challenge arising from this situation is the lack of a proper understanding of this period and the absence of appropriate regulations governing it. The examination of the necessity to identify the legal status of the customary *dawrān-'aqd* or '*urfi*' marriage contract or non-registered customary marriage is an issue without precedent and has been addressed in the present research. In this regard, the study seeks to answer the question: what are the *fiqh* foundations for recognizing the *dawrān-'aqd* empirically? Since the non-recognition of the *dawrān-'aqd* in the current situation causes problems in the fulfillment of the mutual rights of the spouses (such as *nafaqa* or maintenance or financial support and *tamkīn* or sexual availability or marital submission) and their deprivation of certain social rights, and given that "*namzadi*" (engagement) lacks *shar'ī* legitimacy, it is concluded that the *dawrān-'aqd* can serve as an appropriate institution to resolve these difficulties. Furthermore, considering the practical problems, proposals such as the necessity of official registration of its duration, determination of enforcement guarantees, and the requirement to legislate specific laws have been put forward.

Cite this article: Mahdavi, H., Imami, M., & Vahdati Shubayri, S. H. (2025). An Analytical Study on the Necessity of the Fiqh-Legal Recognition of the Status of the Islamic Customary 'Aqd Period. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 19(1), 3-24. <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.14812.1695>



© The Author(s).

Publisher: Al-Mustafa International University.

DOI: <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.14812.1695>

Introduction

Today, the gradual formation of the family institution has encountered a phenomenon known as the "*'aqd-i 'urfī period*" (customary engagement period)—a phase that lies between the formal marriage contract (*'aqd-i nikāh*) and the commencement of cohabitation. During this period, while the marital bond (*'alāqat-i zawjiyyah*) is established from both a Sharī'a and legal perspective, the practical realization of family life through shared living has not yet materialized. The absence of a clear definition and explicit legal regulations for this stage has led to extensive jurisprudential (*fiqhī*), legal, and social challenges, which this study seeks to address through an analytical and comparative approach.

Classical *fiqh* and legal sources provide no specific criterion to distinguish the inception of family life from the moment of marriage contract (*'aqd-i nikāh*). The apparent implications of jurisprudential evidence (*adillah*) and legal provisions (e.g., Articles 1102, 1106, and 1111 of the Civil Code) suggest that upon the conclusion of the marriage contract, all mutual rights and obligations—including *tamkīn* (conjugal obedience) and *nafaqah* (maintenance)—take effect. However, in contemporary society, couples often find themselves in a liminal state after the formal *'aqd* but before cohabitation, which is neither a mere engagement nor a complete marital union. This *'urfī* (customary) phase demands independent jurisprudential and legal analysis.

Methodology

This study employs:

1. **Textual analysis** of classical *fiqh* sources (Quranic verses, *ḥadīth*, and juristic principles) and modern Iranian civil law (e.g., the Family Protection Law of 2011).
2. **Comparative legal analysis** of judicial rulings to identify contradictions in courts' treatment of *'aqd-i 'urfī* cases.
3. **Critical evaluation** of social realities (e.g., delayed cohabitation trends) against traditional legal frameworks.

Key focus areas include:

The conditional nature of *nafaqah* and *tamkīn* on actual cohabitation (*tamkīn-i tāmm*).

Distinctions between *tamkīn-i āmm* (general obedience) and *tamkīn-i khāṣṣ* (sexual compliance).

Legal ambiguities in social rights (e.g., insurance coverage, family subsidies) for wives (*zawjah*) during *'aqd-i 'urfī*.

Findings

Jurisprudential Perspective:

Nafaqah and *tamkīn* obligations are contingent upon full cohabitation, not merely the *'aqd*. This is supported by the principle of *barā'ah* (acquittal in

cases of jurisprudential doubt) and the absence of explicit evidence mandating *nafaqah* without *tamkīn*.

Tamkīn (general or specific) is not an inherent requirement (*muqtaḍā-yi dhāt*) of the marriage contract. A stipulation (*shart*) delaying *tamkīn* until cohabitation is valid if it does not contradict Sharīʿa.

1. Legal Challenges:

Current laws impose full marital consequences (e.g., termination of family subsidies) upon *ʿaqd* registration, despite the absence of de facto family formation. This conflicts with social justice.

Judicial inconsistency arises in *mahr* (dower) claims during *ʿaqd-i ʿurfi*, with courts often equating it to post-cohabitation claims (per Article 22 of the 2011 Family Protection Law).

2. Gaps in Enforcement:

Oral agreements on the *ʿaqd-i ʿurfi* duration (e.g., a 2-year delay) lack legal enforceability, leaving wives vulnerable.

The institution of *nāmzadī* (pre-marriage engagement) is critiqued as religiously untenable due to its potential for unregulated interaction (*ikhṭilāl*) between non-*maḥram* individuals.

Conclusion

The study underscores the need for legal recognition of the *ʿaqd-i ʿurfi* period and proposes:

1. **Mandatory registration** of the *ʿaqd-i ʿurfi* duration in marriage documents.
2. **Distinction** between rights/obligations during *ʿaqd-i ʿurfi* and cohabitation (e.g., suspending *nafaqah* and *tamkīn* claims until cohabitation begins).
3. **Continuation of social rights** (e.g., subsidies) for the wife until cohabitation.
4. **Legal safeguards** against misuse of *mahr* claims during this period.

ed consent form.

Ethical Considerations: To ensure compliance with ethical standards, participants were provided with a comprehensive explanation at the outset of the interview regarding the study's purpose, methodology, assurances of confidentiality and data protection, and their right to voluntarily participate or withdraw. Subsequently, participants completed an informed consent form.

Funding: This research received no external funding and was conducted as part of the researcher's academic activities.

Conflict of Interest: The authors declare no conflicts of interest in conducting or reporting this research.



واکاوی ضرورت شناسایی فقهی حقوقی وضعیت دوران عقد عرفی

حامد مهدوی^۱، محمد امامی^۲، و سید حسن وحدتی شبیری^۳

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: hamedmahdavi226@gmail.com
۲. نویسنده مسئول، دانشیار گروه فقه و مبانى حقوق اسلامی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: dr.imami@razavi.ac.ir
۳. دانشیار گروه حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. رایانامه: vahdati11@gmail.com

اطلاعات مقاله	چکیده
نوع مقاله: مقاله پژوهشی تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۱۴ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۱/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۱۷ تاریخ انتشار: ۱۴۰۴/۰۴/۰۱ کلیدواژه‌ها: عقد عرفی، علاقه زوجیت، صیغه محرمیت، تمکین، نفقه	تشکیل خانواده دارای آثار فردی و اجتماعی است. در منابع فقهی و قانونی، ضابطه خاصی برای مشخص کردن زمان شروع زندگی مشترک و تشکیل خانواده ذکر نشده است. ظاهر ادله فقهی و منابع قانونی حکایت از این دارد که از زمان انعقاد علقه زوجیت، می‌بایست تمامی حقوق و تکالیف متقابل زوجین برقرار شود؛ اما امروزه «دوران عقد» به عنوان مرحله‌ای عرفی قبل از تشکیل زندگی مشترک که در آن، علی‌رغم وجود علقه زوجیت عملاً خانواده تشکیل نشده، رواج گسترده یافته است. چالشی که این وضعیت به وجود آورده، عدم درک صحیح از این دوران و نیز فقدان قوانین مناسب با آن است. بررسی ضرورت شناسایی وضعیت دوران عقد عرفی، مسئله‌ای است فاقد پیشینه که در پژوهش حاضر بررسی شده است. در این راستا، پژوهش به دنبال پاسخ به این سؤال است که مبانى فقهی به رسمیت شناختن دوران عقد عرفی چیست. از آنجا که عدم شناسایی دوران عقد، در وضعیت موجود سبب بروز مشکلاتی در استیفای حقوق متقابل زوجین (مانند نفقه و تمکین) و محرومیت آنان از برخی حقوق اجتماعی می‌شود و نیز از آنجا که «نامزدی» فاقد وجاهت شرعی است، نتیجه‌گیری شده است که دوران عقد عرفی می‌تواند نهاد مناسبی برای حل این معضلات باشد. همچنین با توجه به مشکلات عملی، پیشنهادهایی مانند لزوم ثبت رسمی مدت، تعیین ضمانت اجرا و لزوم تعیین تکلیف برای وضع قوانین خاص ارائه شده است.
استناد: مهدوی، حامد؛ امامی، محمد؛ و وحدتی شبیری، سید حسن (۱۴۰۴). واکاوی ضرورت شناسایی فقهی حقوقی وضعیت دوران عقد عرفی. مطالعات فقه اسلامی و مبانى حقوق، ۱۹(۱)، ۳-۲۴. https://doi.org/10.22034/fvh.2023.14812.1695	
ناشر: جامعه المصطفی العالمیه. © نویسنده(گان).	



مقدمه

امروزه جوانان در آغاز زندگی مشترک، دوره‌ای را تجربه می‌کنند که هم ویژگی‌های زندگی مجردی و هم ویژگی‌های زندگی مشترک خانوادگی را داراست. این دوره که بعضاً دوران عقد و بعضاً دوران نامزدی نامیده می‌شود، در جامعه امروزی رو به گسترش است. ترکیب «دوران عقد» یک ترکیب اضافی است و در اصطلاح عرفی به معنای بازه زمانی است که توافق و پیوند متقابل اراده دو شخص به منظور ایجاد آثار حقوقی خاص نکاح در آن واقع می‌شود. دو علت عمده، مهیاشدن مقدمات و شرایط لازم برای زندگی مشترک و تحصیل و تکامل شناخت طرفین نسبت به یکدیگر، از عوامل گسترش این دوره است. اما از آنجاکه دوران عقد، امری عرفی است و هیچ دلیل خاص شرعی یا ضابطه قانونی مختص به آن وجود ندارد، به نظر می‌رسد اعمال قوانین و مقررات شرعی و قانونی حاکم، نسبت به حقوق و تکالیف متقابل زوجین و همچنین برخی حقوق اجتماعی آن‌ها (خصوصاً زوجه)، به طور کامل همسو با عدالت نیست. به عنوان مثال، به موجب دادنامه شماره ۴۰۰۰۱ مورخ ۱۳۹۳/۱/۶ صادره از شعبه ۱۰۴ دادگاه عمومی جزایی بهارستان و به استناد تبصره ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۲/۱ که مقرر داشته امتناع از پرداخت نفقه زوجه‌ای که به موجب قانون مجاز به عدم تمکین است، مشمول مقررات ماده ۵۳ خواهد بود و با التفات به اینکه زوجه باکره بوده و مهریه وی عندالمطالبه است و تمکین وی مشروط به پرداخت مهریه گردیده است، وخواهی زوجه نسبت به دادنامه غیابی که زوج به جهت ترک انفاق زوجه به شش ماه حبس محکوم گردیده، رد شده است. بنابراین، نداشتن قوانین شفاف برای این دوره از زندگی که عملاً تفاوت‌های فراوانی با زندگی مشترک دارد، جامعه و جوانان را با چالش‌هایی مواجه می‌سازد؛ مانند اینکه هریک از زوجین از طرف مقابل انتظار حقوق کامل خود را دارد یا اینکه در موارد اختلاف بین آن‌ها، قضات ممکن است به گونه‌های مختلف پرونده را بررسی کنند و در پرونده‌های مشابه آرای متفاوتی صادر شود. بنابراین، این سؤال اساسی مطرح می‌شود که مبنای فقهی به رسمیت شناختن دوران عقد عرفی چیست و آیا می‌توان آیا می‌توان این دوران را، با در نظر گرفتن ویژگی‌های دارای آثار حقوقی (مانند وجود رابطه زوجیت و عدم تشکیل خانواده) از یک سو، و فقدان ویژگی‌های زندگی خانوادگی (مانند ریاست مرد بر خانواده^۱، تکلیف شوهر به پرداخت نفقه^۲، الزام زن به ایفاء وظایف زوجیت^۳، سکونت زن در منزل تعیین شده توسط شوهر^۴ و حق شوهر در ممانعت از برخی اشتغالات زن) از سوی دیگر، به عنوان یک نهاد مستقل فقهی مطرح کرد و قوانین خاصی برای آن در نظر گرفت؟

از این رو، به نظر می‌رسد مسئله بررسی ضرورت شناسایی دوران عقد عرفی و اینکه این شناسایی، چه آثاری در حقوق و تکالیف متقابل زوجین یا نسبت به حقوق اجتماعی آن‌ها می‌تواند داشته باشد، از مسائل مهمی است که شایان بررسی و مطالعه است.

۱. ماده ۱۱۰۵ ق.م: «در روابط زوجین ریاست خانواده از خصایص شوهر است».

۲. ماده ۱۱۰۶ ق.م: «در عقد دائم نفقه زن به عهده شوهر است».

۳. ماده ۱۱۰۸ ق.م: «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود».

۴. ماده ۱۱۱۴ ق.م: «زن باید در منزلی که شوهر تعیین می‌کند سکنی نماید مگر آنکه اختیار تعیین منزل به زن داده شده باشد».

فقیهان عظام از دیرباز بابتی را به نکاح، به عنوان یکی از عقود، اختصاص داده‌اند. آنان غالباً این باب را به سه قسم دائم، موقت و اماء تقسیم کرده و در قسم نخستین (دائم)، به مسائلی همچون، آداب، عقد (صیغه و احکام آن)، اولیاء، اسباب تحریم پرداخته‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج. ۲، ص. ۲۰۹). در ملحقات و متفرعات باب نکاح نیز نفقه (که از جمله مهم‌ترین حقوق و تکالیف متقابل زوجین است) را بیان و ضمن بیان مصادیق آن، مباحثی همچون اسباب، شرایط و ادله وجوب، رابطه آن با تمکین (از دیگر حقوق موصوف) و نشوز را مطرح نموده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ص. ۲۹۱؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج. ۴، ص. ۲۱؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج. ۳، ص. ۲۶۸؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج. ۳، ص. ۲۰۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج. ۳، ص. ۲۰۹؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص. ۴۸۶؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج. ۷، ص. ۵۵۷؛ حائری، ۱۴۱۸ق، ج. ۱۲، ص. ۱۶۳؛ خویی، ۱۴۱۰ق، ج. ۲، ص. ۲۸۷).

همچنین به تبع فقها، حقوق دانان و پژوهشگران، از زوایای گوناگون به بحث نفقه زوجه پرداخته‌اند که در نگاهی کلی می‌توان این مباحث را به سه دسته تقسیم کرد: دسته اول، ضمن بیان ماهیت، شرایط و موانع آن به بررسی عواملی همچون تأثیر اشتغال و تمکن زوجه، ممتازیت حق، مفقودالاثربودن زوج و تراحم آن با نفقه اقارب، پرداخته‌اند (ایزدی فرد، ۱۳۹۳، ص. ۳۱؛ میرشکاری، ۱۳۹۲، ص. ۲۹؛ قاضی زاده، ۱۳۸۸، ص. ۲۰؛ ولیزاده، بی تا، ص. ۱۳۶؛ صفایی، بی تا، ص. ۱۱۱؛ عبدی پور، ۱۳۹۲، ص. ۳۵). دسته دوم آثاری هستند که ضمن بیان معیار و مصادیق نفقه، به بررسی شمولیت هزینه‌های دارو و درمان و اینکه آیا معیار تعیین مقدار نفقه نیاز زوجه است یا شأن خانوادگی وی یا شأن مرد یا شأن هر دو، پرداخته‌اند (ابن تراب، ۱۳۸۷، ص. ۱؛ نیازی، ۱۳۹۵، ص. ۱۳۱). دسته سوم هم پژوهش‌هایی‌اند که به بررسی تطبیقی نفقه در فقه امامیه، حقوق ایران با سایر نظام‌های حقوقی پرداخته‌اند (گواهی، ۱۳۹۳، ص. ۱۹؛ مصدق صدقی، بی تا، ص. ۱۱۵).

در این پژوهش که با استفاده از متون کهن فقهی کنکاش شده، کوشش شده با رویکردی متمایز از سایر آثار پژوهشی و با چشم‌اندازی به شناسایی دوران عقد عرفی به عنوان یک تأسیس حقوقی متمایز از دوران نامزدی و جدای از وضعیت زندگی مشترک (تشکیل خانواده)، به بررسی تناسب قوانین و مقررات قانونی حاکم بر دوران عقد عرفی پرداخته شود. به عبارت دیگر، آنچه در این پژوهش بر آن تمرکز شده، بررسی چالش‌هایی است که به جهت عدم شناسایی دوران عقد عرفی در حقوق و تکالیف طرفین و حقوق اجتماعی زوجین پدیدآمده و پیشنهاد وضع قوانین خاص جهت رفع مشکلات حقوقی و پیشگیری از وقوع اختلافات می‌باشد.

ادله رواج دوران عقد به جای نامزدی

در منابع دینی، ویژگی‌های ایمانی، اخلاقی و ظاهری برای همسر نیکو بیان شده (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج. ۵، ص. ۳۲۴؛ مغربی، ۱۳۸۵ق، ج. ۲، ص. ۱۹۱؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج. ۷، ص. ۳۹۹؛ احسایی، ۱۴۰۵ق، ج. ۳، ص. ۲۹۳؛ کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج. ۲۱، ص. ۵۷؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج. ۲۰، صص. ۳۱-۳۲؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۴ق، ج. ۲۰، ص. ۱۰) و در برخی از روایات، ازدواج بدون نگاه و شناخت زوجه، مذمت شده و بالارفتن

آمار طلاق در سال‌های اولیه ازدواج، نشانه عدم شناخت است. راهکاری که قانون‌گذار آن را به رسمیت شناخته، برقراری ارتباط به‌خو نامزدی است که ویژگی بارز آن این است: اولاً، هیچ علقه زوجیتی فی‌مابین طرفین نیست (ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی)؛ ثانیاً، هریک از زن و مرد، مادام که عقد نکاح جاری نشده، می‌تواند از وصلت امتناع ورزد و طرف دیگر نمی‌تواند به‌هیچ‌وجه او را مجبور به ازدواج کند و یا از این جهت مطالبه خسارت کند (ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی)؛ ثالثاً، چنانچه این رابطه به ازدواج ختم نشود، طرفین می‌توانند هدایای داده‌شده را مسترد نمایند (ماده ۱۰۳۷ قانون مدنی). علاوه بر آن، مدت این دوره مشخص نیست و در طول این مدت (بدون اینکه علقه زوجیت بین طرفین منعقد شده باشد)، از منظر قانونی، طرفین می‌توانند با یکدیگر، رفت‌وآمد داشته باشند.

با توجه به مشابهت‌هایی که بین این قسمت از مقررات قانون مدنی ما با قوانین آلمان و سوئیس وجود دارد، برخی بر این باورند که این قسمت از مقررات قانون مدنی از مواد ۱۲۹۷ تا ۱۳۰۲ قانون مدنی آلمان و مواد ۹۰ تا ۹۴ قانون مدنی سوئیس اقتباس شده است و به نظر می‌رسد هیچ‌گونه پیشینه فقهی و اسلامی ندارد (امامی، ۱۳۷۳، ج ۴، ص ۲۷۲؛ کاتوزیان، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۸؛ صفایی، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۰)؛ زیرا، حسب آموزه‌های فقهی و اسلامی، هرگونه ارتباط غیرضروری بین زن اجنبی و مرد نامحرم، ولو صرف نگاه،^۵ نهی شده است و تنها در یک مورد عمومیت این ادله تخصیص خورده و آن هم رؤیت (نه ارتباط) جهت ازدواج است^۶ که صاحب جواهر اصل مسئله جواز نظر برای ازدواج را بین مسلمانان اجماعی می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۹، ص ۶۳). اما فارغ از اینکه ادله مذکور دلالت بر مره واحد دارد یا مرآت و استمرار از آن‌ها برداشت می‌شود، اکثر فقیهان شرایطی برای آن قائل‌اند (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۲۷؛ محقق حلی، ۱۳۸۷، ج ۲، صص ۲۱۲-۲۱۳). در همین مورد نیز، حتی راه‌رفتن در مقابل کسی که قصد ازدواج با او را دارد، نیز مکروه دانسته شده است.^۷ بنابراین، آنچه مسلم

۵. «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ بَعْضُوا مِنْ آبِصَارِهِمْ وَ يَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ» (نور ۳۰)؛ «و الْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ الَّتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ غَيْرَ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَةٍ وَأَنْ يَسْتَعْفِفْنَ خَيْرٌ لَهُنَّ وَ اللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ» (نور ۶۰)؛ «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ فَضَالٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ عَقَبَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ النَّظَرُ سَهْمٌ مِنْ سَهَامِ إِبْلِيسَ مَسْمُومٌ وَ كَمْ مِنْ نَظْرَةٍ أَوْرَثَتْ حَسْرَةً طَوِيلَةً» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۵۵۹)؛ «الْحَسَنُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ دَاوُدَ بْنِ أَبِي يَزِيدَ الْعَطَّارِ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا قَالَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع إِيَّاكُمْ وَ النَّظَرُ فَإِنَّهُ سَهْمٌ مِنْ سَهَامِ إِبْلِيسَ وَ قَالَ لَا تَأْسَ بِالنَّظَرِ إِلَى مَا وَضِعَتِ الثِّيَابُ» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۴۳۵)؛ «و رَوَى الْأَصْبَغُ بْنُ نُبَاتَةَ عَنْ عَلِيٍّ ع قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص يَا عَلِيُّ لَكَ أَوَّلُ نَظْرَةٍ وَ الثَّانِيَةُ عَلَيْكَ وَ لَا لَكَ» (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۱۹)؛ «و فِي الْخِصَالِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيٍّ ع فِي حَدِيثِ الْأَرَبِيعَةِ قَالَ: لَكُمْ أَوَّلُ نَظْرَةٍ إِلَى الْمَرْأَةِ فَلَا تَتَّبِعُوهَا نَظْرَةً أُخْرَى وَ احْذَرُوا الْفِتْنَةَ» (حر عاملی، ۱۴۱۳، ج ۲۰، ص ۱۹۴).

۶. «عَلَى بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ الْخَزَّازِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ ع - عَنِ الرَّجُلِ يَرِيدُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمَرْأَةَ أَوْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا قَالَ نَعَمْ إِنَّمَا يَشْتَرِيهَا بِأَعْلَى الثَّمَنِ - هَمَانُ: الْحُسَيْنُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ مُعَلَّى بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ أَبَانَ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ الْحَسَنِ بْنِ السَّرِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ سَأَلَهُ عَنِ الرَّجُلِ يَنْظُرُ إِلَى الْمَرْأَةِ قَبْلَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا قَالَ نَعَمْ فَلَمْ يُعْطَى مَالَهُ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۳۶۵).

۷. «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْوَلِيدِ وَ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ جَمِيعًا عَنْ يُونُسَ بْنِ يَعْقُوبَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع عَنِ الرَّجُلِ يَرِيدُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمَرْأَةَ فَأَحَبَّ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا قَالَ تَحْتَجِرُ ثُمَّ تَتَّقَدُ وَ لِيَدْخُلَ فَلْيَنْظُرْ قَالَ قُلْتُ تَقُومُ حَتَّى يَنْظُرَ إِلَيْهَا قَالَ نَعَمْ قُلْتُ فَتَمْشِي بَيْنَ يَدَيْهِ قَالَ مَا أَحَبُّ أَنْ تَفْعَلَ» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۴۴۸).

است صرفاً نگاه، که پایین‌ترین سطح ارتباط است، جایز دانسته شده و دلیلی بر بیش از آن نیست. همچنین، به‌صراحت ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵، رابطه بین زن و مردی که بین آن‌ها علقه زوجیت نباشد، نامشروع و جرم‌انگاری شده و مجازات شلاق تعزیری تا ۹۹ ضربه برای آن تعیین شده است. بنابراین، به نظر می‌رسد «نامزدی» که ترویج ارتباط بین جنسیت‌های مخالف و بدون محرمیت است، نه‌تنها با فرهنگ ایرانی - اسلامی سازگاری ندارد؛ بلکه مخالف تعالیم شرعی نیز می‌باشد. پیشینیان نیز به این مطلب توجه داشته‌اند و بر این اساس، «دوران عقد» در بین مسلمانان رواج یافته است.

تمایز دوران عقد از منظر حقوق متقابل زوجین

با جاری شدن صیغه عقد ازدواج به‌طور صحیح، رابطه زوجیت ایجاد می‌شود نه اینکه لزوماً خانواده تشکیل گردد و حتی ممکن است هیچ‌گاه منتهی به تشکیل خانواده نشود. امروزه، در بیشتر موارد قصد طرفین از ازدواج تشکیل زندگی مشترک است؛ ولی به‌دلیل فراهم‌نبودن مقدمات و شرایط، امکان تشکیل زندگی مشترک برای آن‌ها فراهم نیست. مثلاً، زوج در حال گذراندن خدمت وظیفه عمومی است یا زوجه در حال تحصیل است یا اینکه شرایط مالی طرفین به‌گونه‌ای است که آغاز زندگی مشترک نیازمند اقداماتی همچون اخذ تسهیلات بانکی می‌باشند. زوج به‌دنبال کسب‌وکار است یا می‌بایست محلی برای زندگی مشترک مهیا نماید یا تجهیزیه زوجه فراهم نشده و غیره. بنابراین، از آنجاکه فراهم‌شدن شرایط تشکیل خانواده و زندگی مشترک، نیازمند فرصت است، معمولاً در چنین شرایطی، طرفین می‌پذیرند که علی‌رغم انعقاد علقه زوجیت، تشکیل خانواده و آغاز زندگی مشترک به تأخیر بیفتد و زوجین برای مدتی در دوران عقد عرفی باشند. این مدت ممکن است مشخص یا موکول به تحقق شرطی (مثل پایان تحصیلات دانشگاهی زوجه یا اتمام خدمت دوران وظیفه عمومی زوج) باشد و همچنین ممکن است این توافق کتبی یا شفاهی، به‌جهت آمادگی طرفین یا یکی از آن‌ها باشد. اما، در عین حال، قانون‌گذار به‌صراحت مقررات ماده ۲۰ قانون حمایت خانواده (مصوب ۱/۱۲/۱۳۹۱)، ثبت رسمی ازدواج‌های دائم را الزامی دانسته است و به‌موجب ماده ۴۹ همان قانون، در صورت امتناع اشخاص از این تکلیف قانونی، ضمن الزام ممتنع به ثبت واقعه، موجبات قانونی محکومیت وی به پرداخت جزای نقدی درجه پنج یا حبس تعزیری درجه هفت، را نیز در نظر گرفته است. بنابراین، قانون‌گذار در یک رویکرد سخت‌گیرانه جهت حفظ مصالح عمومی و اجتماعی به‌دنبال این مهم بوده که تمامی ازدواج‌ها ثبت رسمی شود که البته این امر صحیح و لازم است.

از سوی دیگر، ظاهر مقررات قانونی ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی، حکایت از این دارد که از زمان انعقاد رابطه زوجیت، حقوق و تکالیف متقابل زوجین برقرار می‌شود و نسبت به دوران عقد و عدم تشکیل زندگی مشترک (و خانواده) ساکت است؛ در حالی که این تأخیر و عدم تشکیل خانواده به خواست و اراده (صریح یا عرفی) طرفین است و از این حیث بررسی تأثیر عدم تشکیل خانواده بر حقوق و تکالیف متقابل زوجین نیازمند بررسی است و در این قسمت با توجه به شرایط، اثر حقوق و تکالیف عمده زوجین بررسی می‌شود.

۲- تمایز مطالبه مهریه در دوران عقد

«مهر» عبارت از مالی است که به مناسبت عقد نکاح، از طرف شوهر به زن تملیک شده و شوهر ملزم به پرداخت آن به زن است (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص. ۱۶۱). به صراحت ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی به مجرد عقد، زن مالک مهر می‌شود و می‌تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بنماید. بنابراین از همان زمان انعقاد عقد و خصوصاً پس از ثبت ازدواج، مهریه از سوی زوجه، شرعاً و قانوناً قابل مطالبه می‌باشد. همچنین به دلالت مقررات قانونی بند ۳ ماده ۱۴۸ قانون اجرای احکام مدنی، مهریه یک دین ممتاز است؛ اما افزایش دعاوی مطالبه مهریه و بالارفتن تعداد زندانیان موجب شده که قانون‌گذار مقررات ویژه‌ای برای آن وضع نماید و در سال ۱۳۹۱ با اصلاح این بخش از مقررات قانونی حمایت خانواده در ذیل ماده ۲۲ آن قانون بیان داشته: «هرگاه مهریه در زمان وقوع عقد تا یکصد و ده سکه تمام بهار آزادی یا معادل آن باشد، وصول آن مشمول مقررات ماده ۲ قانون اجرای محکومیت‌های مالی است».^۸ چنانچه مهریه، بیشتر از این میزان باشد در خصوص مازاد، فقط ملائت زوج ملاک پرداخت است». بنابراین، چنانچه، مهریه زوجه بیش از ۱۱۰ سکه بهار آزادی (یا معادل آن) باشد، نسبت به مازاد بر میزان بیان شده، حمایت قانون‌گذار منوط به اثبات تمکن زوج است و بار اثباتی آن با زوجه است و او می‌بایست ابتدائاً تمکن مالی و ملائت زوج را اثبات نماید. از سوی دیگر، به صراحت ماده ۲۷۷ قانون مدنی متعهد نمی‌تواند متعهدله را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید؛ ولی حاکم می‌تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد. همچنین، به موجب ماده ۹۶ قانون اجرای احکام مدنی، در راستای اجرای احکام و توقیف حقوق و مزایای کارکنان سازمان‌ها و مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت و شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها و بانک‌ها و شرکت‌ها و بنگاه‌های خصوصی و نظائر آن در صورتی که محکوم‌علیه دارای زن یا فرزند باشند ربع و الا ثلث آن توقیف می‌شود.

بنابراین، از یک سو، شخصی که در دوران عقد است و هنوز خانواده وی تشکیل نشده و متحمل هزینه‌های زندگی نیست، در وضعیت فعلی به صرف ثبت رسمی ازدواج می‌تواند از معافیت فوق‌الذکر بهره‌مند شده و اقساط کمتری پرداخت نماید. از سوی دیگر، هرچند آمار دقیقی در خصوص مطالبه مهریه در دوران عقد وجود ندارد، از اینکه بخش زیادی از دعاوی مطالبه مهریه مربوط به سال‌های نخستین ازدواج است، با توجه به مراتب پیش گفته، این گونه استنباط می‌شود که این دعاوی مربوط به دوران عقد و معمولاً جهت فشار آوردن بر زوج و کسب رضایت او به طلاق است. چنانچه قانون‌گذار در خصوص دوران عقد، قوانین خاصی وضع نماید، از طرح بخش زیادی از این دعاوی جلوگیری خواهد شد. همچنین، به نظر می‌رسد، لزومی ندارد که حمایت از مطالبه مهریه در این دوران، با دوران زندگی مشترک، یکسان باشد.

^۸ ماده ۲ (قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی): مرجع اجراءکننده رأی، اعم از قسمت اجرای دادگاه صادرکننده اجرائیه یا مجری نیابت، مکلف است به تقاضای محکوم له از طرق پیش‌بینی شده در این قانون و نیز به هر نحو دیگر که قانوناً ممکن باشد، نسبت به شناسایی اموال محکوم علیه و توقیف آن به میزان محکوم به اقدام کند.

۲- تمایز مطالبه نفقه در دوران عقد

قانون‌گذار به‌صراحت ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی بیان داشته: «در عقد دائم نفقه زن به‌عهده شوهر است». همچنین، به تجویز ماده ۱۱۱۱ قانون مدنی، در صورت استنکاف زوج از پرداخت نفقه، زوجه می‌تواند از دادگاه صالح، صدور حکم محکومیت زوج به پرداخت نفقه را بخواهد و چنانچه به هر علت اجرای حکم مزبور ممکن نباشد، محکمه به درخواست زوجه و به‌استناد ماده ۱۱۱۲ قانون مدنی (ناظر به ماده ۱۱۲۹ همان قانون)، زوج را ملزم به طلاق دادن زوجه می‌نماید. علاوه بر این، قانون‌گذار در ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده (مصوب سال ۱۳۹۱) ضمانت اجرای کیفری نیز برای امتناع از پرداخت نفقه پیش‌بینی کرده و در صورت امتناع زوج از پرداخت نفقه افراد واجب‌النفقه (که زوجه نیز از جمله آنان است) مجازات حبس تعزیری درجه شش^۹ برای زوج در نظر گرفته است. از منظر رویه قضایی نیز، چون در خصوص نفقه زوجه در دوران عقد، نص صریح قانونی و دلیلی بر تمایز نداریم؛ لذا امروزه، اکثر قریب به اتفاق محاکم خانواده و کیفری، با استناد به ظاهر مقررات قانونی بیان‌شده، در عمل نیز بدون اعمال هرگونه فرقی بین زوجین در دوران عقد و زوجین در زندگی مشترک، به موضوعات رسیدگی و مبادرت به صدور رأی (از جمله محکومیت زوجه به پرداخت نفقه، الزام به طلاق و یا مجازات کیفری اعم از حبس تعزیری و یا جزای نقدی جایگزین حبس) می‌نمایند.

از منظر منابع فقهی، یکی از اسباب سه‌گانه وجوب نفقه، زوجیت است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۹۱). علاوه بر آیات (نساء ۳، ۱۹ و ۳۴؛ بقره ۲۲۹ و ۲۳۳؛ طلاق ۷)، روایاتی که صاحب جواهر معتقد است فوق حد تواتر می‌باشند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۳۰۲) بر این موضوع دلالت دارد؛ اما نسبت به شرایط، میزان نفقه و لواحق آن بین فقهای عظام بحث است. مثلاً، از شرایط وجوب نفقه زوجه، آنچه مورد اتفاق فقهاست و صاحب جواهر (۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۳۰۳) ادعای اجماع نسبت به آن نموده، لزوم دو شرط دائمی بودن عقد و تمکین کامل زوجه از زوج است. همچنین، در خصوص اینکه نفقه به‌موجب عقد واجب می‌شود یا تمکین، بین فقها اختلاف نظر است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۹۲). یکی از مسائل مشکل فقهی این است که آیا تمکین شرط پرداخت نفقه است یا نشوز مانع آن (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۳۰۳). تمکین، به‌معنای اطاعت‌پذیری (نجفی، ۱۴۰۴ق، صص ۳۰۸-۳۰۹) در فقه یک عنوان انتزاعی است (عنوان مستقلی نیست) و ضد آن نشوز است.^{۱۰} مشهور فقهای امامیه، قائل به شرطیت تمکین تام برای وجوب نفقه می‌باشند (رک: طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۱۹۷؛ محقق حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۲۹۱؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۴، ص ۲۱؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۲۰۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۲۰۹؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۴۸۶؛ حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۲، ص ۱۶۴)؛ بنابراین، از این منظر که در دوران عقد هنوز مقدمات تمکین از جمله منزل مشترک فراهم نیست، زندگی مشترک آغاز نشده و عرفاً تمکین تام برای زوجه ممکن

^۹ شش ماه تا دو سال حبس تعزیری.

^{۱۰} همچنین، در قوانین و مقررات قانونی حاکم نیز آن‌گونه که از ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی برداشت می‌شود تمکین به‌معنای ادای وظایف زوجیت است.

نیست، به نظر می‌رسد بتوان این‌گونه استنباط نمود که حکم فقهی وجوب نفقه زوجه در دوران عقد، به ادله ذیل مورد تردید است:

۲-۱- روایات نبوی

روایاتی در منابع عامه (ابوالحسن علی بن محمد، ۱۴۱۹ق، ج. ۱، ص. ۴۳۷؛ احمد بن شعیب، ۱۳۹۴ق، ج. ۶، ص. ۱۳۱) از پیامبر اکرم (ص) نقل شده با این مضمون که ایشان با خانمی ازدواج نمودند و آن زن بعد از دو سال در تمکین آن حضرت قرار گرفت و پیامبر اکرم (ص) در این مدت نفقه‌ای به او نپرداختند.^{۱۱} بنابراین، عمل رسول مکرم اسلام صلی الله علیه و آله، شاهد بر آن است که وجوب نفقه به تمکین است، نه به عقد؛ زیرا طبق نقل روایت، حضرت پس از دو سال و با حصول تمکین زوجه، نفقه او را پرداخته‌اند. همچنین قول پیامبر اکرم (ص) که فرموده‌اند: «اتقوا الله فی النساء، فإنهن عوار عندکم، اتخذتموهن بأمانة الله و استحللتم فروجهن بکلمة الله و لهن علیکم رزقهن و کسوتهن بالمعروف» نیز مؤید این مطلب است (ابن حنبل، ۱۴۱۶ق، ج. ۵، ص. ۷۳؛ بیهقی، ۱۴۲۴ق، ج. ۷، ص. ۳۰۴)؛ زیرا در این روایت پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله وسلم، زنان به عاریه در دست مستعیر تشبیه کرده‌اند. بنابراین، «عوار» تنها بر زنانی صادق است که به خانه شوهر رفته و در تمکین زوج باشند.

اما به نظر می‌رسد، بر فرض صحت سند روایت استنادی، استدلال به مفاد آن قاصر از مدعی است؛ زیرا ضمیر «و لهن علیکم رزقهن» به «النساء» برمی‌گردد که اعم از در تمکین بودن و نبودن است و هرچند جمله «و استحللتم فروجهن بکلمة الله» وصف «النساء» است؛ لیکن از آنجاکه «استحلال فروجهن» هم با تمکین تام حاصل می‌شود و هم با عدم تمکین تام، لذا نمی‌تواند داللتی بر شرطیت تمکین داشته باشد.

۲-۲- اکتفا به قدر متیقن

برخی فقها (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج. ۷، ص. ۵۵۸) معتقدند ادله وجوب نفقه مجمل است و می‌بایست به قدر متیقن از دلالت آن‌ها که همان وجوب پرداخت نفقه با وجود دو شرط عقد دائم و تمکین تام اکتفا کرد.

۲-۳- اجماع

برخی فقها مدعی شهرت و حتی اجماعی بودن شرط تمکین برای وجوب پرداخت نفقه زوجه، نزد فقه‌های امامیه هستند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۳۱، ص. ۳۰۴)، با این توضیح که اولاً، کلام هیچ‌یک از علما صراحتاً (حتی ظاهر آن‌ها) با شرط بودن «تمکین تام» مخالف نیست. ثانیاً، تنها از عبارت مرحوم محقق حلی در شرایع (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج. ۲، ص. ۲۹۱) تردید در صحت شرط به نظر می‌رسد^{۱۲} و مرحوم علامه حلی نیز در قواعد، اشکالی را نسبت به «اشترای تمکین» مطرح کرده (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج. ۳، ص. ۱۰۳) که هیچ‌یک از این دو کلام، مخالفت با شرط بودن تمکین، محسوب نمی‌شود؛ زیرا کلام مرحوم محقق حلی حاکی از اظهردادن قول «اشترای تمکین»، بین اصحاب است و از اینکه ایشان «الاصحاب» جمع

^{۱۱}. «روی أن النبی صلی الله علیه و آله تزوج و دخل بعد سنتین و لم ینفق إلا بعد دخوله».

^{۱۲}. «و فی وجوب النفقة بالمقد أو بالتمکین تردد أظهروه بین الأصحاب ووقوف الوجوب علی التمکین».

محلی به «ال»، استفاده کرده‌اند، استنباط می‌شود ایشان عمومیت را اراده کرده‌اند که در این صورت کلام وی، ظهور در اجماعی بودن این شرط نزد امامیه، دارد. همچنین از اینکه شهید ثانی در مسالک، بعد از مناقشه در ادله اعتبار شرط تمکین، دلیل قول مختار خود را عدم ذکر مخالفت بین اصحاب ذکر کرده نیز، اجماعی بودن این شرط استنباط می‌شود؛ زیرا وی شهرت حکم بین اصحاب را حجت نمی‌داند و عدم وجود قول مخالف را هیچ‌گاه دلیل ندانسته، هر چند که اخبار غیرصحیح مؤید آن باشد.

اما به نظر می‌رسد، اولاً، با توجه به ظاهر کلام فقها، ادعای اجماع محل تردید است و ثانیاً، اجماع ادعایی بر فرض اثبات، حجت نیست (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۳۱، ص. ۳۰۵)؛ زیرا، با وجود ادله باب (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج. ۱۵، صص. ۲۲۳-۲۲۴)، این اجماع مدرکی و فاقد اعتبار است.

۲-۴- ادله امر به معاشرت با زوجه

دلیل امر به معاشرت مطابق عرف با زوجه (نساء ۱۹) در لزوم انفاق مطابق اقتضای عرف، ظهور دارد (فخر المحققین، ۱۳۸۷، ج. ۳، ص. ۲۴۸؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج. ۳، ص. ۲۰۰). از مقتضیات عرف، وجوب پرداخت بعد از تمکین تام است. اهل عرف ازدواج می‌کنند ولی تا زمان زفاف، سپری شدن دوران عقد، نفقه نمی‌پردازند.

اما به نظر می‌رسد لزوم معاشرت مطابق عرف نمی‌تواند دلالتی بر اشتراط «تمکین تام» داشته باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۳۱، ص. ۳۰۵)، بلکه آیه ناظر به جهات اخلاقی است (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج. ۱۲، ص. ۳۰۲). هر چند برخی معتقدند لزوم پیروی و اطاعت از دستورات خداوند و پیامبر اسلام (ص) به طور مطلق است و بین دستور اخلاقی و فقهی و غیر آن فرقی نیست (احمدی نیک، ۱۳۹۱، ص. ۱۸۱).

۲-۵- فحوائی ادله حقوق زوج

هر چند در ادله بیان کننده حقوق زوج بر زوجه، به شرط بودن «تمکین تام» برای وجوب نفقه، تصریح نشده، اما از مجموع این ادله استفاده می‌شود که عدم اطاعت زن از شوهرش، سبب ساقط شدن نفقه است و این اسقاط نفقه به جهت از بین رفتن شرط وجوب یعنی تمکین تام است نه اینکه به جهت وجود مانع باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۳۱، ص. ۳۰۶)؛ زیرا، از ظاهر برخی آیات (نساء ۳۴)^{۱۳} و تشبیه رابطه انفاق و استمتاع با انفاق به حیوانات^{۱۴} استنباط می‌شود که صرف عقد، سبب وجوب نفقه است. اما، به نظر می‌رسد اولاً این دلیل مستقل نیست. ثانیاً، مبتنی بر این است که عقد به تنهایی سبب وجوب نفقه باشد و تمکین تام شرط آن نباشد و این خود محل بحث و اول کلام است.

^{۱۳}. «وَ عَاشِرُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»

^{۱۴}. «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ»

^{۱۵}. در خصوص حیوانات نفقه در مقابل استیفای منافع ظاهر آن‌ها پرداخت می‌شود و به تعبیری انفاق را نوعی معاوضه دانسته‌اند (انفاق در مقابل استیفای از منافع ظاهر).

۲-۶- تقابل وجوب نفقه زوجه با قوامیت زوج

از ظاهر برخی از آیات از جمله آیه ۳۴ سوره نساء^{۱۶} و مجموع روایات بیان کننده حقوق زوج (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۴، باب ۷۹، ص ۱۱۲) چنین استنباط می شود که نفقه در مقابل قوامیت و حق سرپرستی زوج بر امورات زوجه است، که آن را «حق الطاعة» توصیف کرده اند (تبریزی، ۱۴۲۷ق، ج ۵، ص ۱۹۴). به این معنا که در مقابل حقی که خداوند به مردان داده تا سرپرستی زوجه را برعهده داشته باشند، تکلیفی نیز برعهده مردان گذاشته که همان انفاق و برآورده کردن نیازهای مادی زوجه است. همین مضمون از مجموع مواد ۱۱۰۵ و ۱۱۰۶ قانون مدنی برداشت شده است (دیانی، ۱۳۸۷، ص ۱۸۷). بنابراین، قوامیت و ریاست مردان نسبت به زنان سبب وجوب و لزوم پرداخت نفقه است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۳۰۶) و در صورت عدم اطاعت زن و کوتاهی وی در ادای حق زوج نفقه او ساقط می شود (خوئنساری، ۱۴۰۵ق، ص ۴۷۸) که سبب وجوب نفقه (اطاعت از زوج) وجود ندارد. آن گونه که در نظریه های مشورتی شماره ۷/۳۱۵۹ به تاریخ ۱۳۸۲/۴/۱۲ و شماره ۷/۵۳۸۱ به تاریخ ۱۳۸۷/۸/۲۸ اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه، منعکس شده، همین مضمون از ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی قابل استنباط است.

شاید به همین جهت است که برخی قائل به انصراف تمام ادله بیان کننده حقوق متقابل زوجین، به موردی شده اند که زوجه در منزل مشترک و تحت اختیار و ریاست شوهر قرار گرفته است و مدعی شده اند این ادله زوجه ای را که در خانه پدرش سکونت دارد، شامل نمی شود (اراکي، ۱۴۱۹ق، ص ۷۴۵). بر این اساس، در دوران عقد، که نوعاً زوجه در منزل پدری و تحت سرپرستی اوست و اطاعت پذیری اش از زوج ممکن نیست یا نوعاً با تعذر همراه است، عملاً ریاست و سرپرستی زوج نسبت به زوجه هنوز محقق نشده، لذا به جهت عدم تحقق سبب، نفقه زوجه، واجب نبوده و زوج الزامی به پرداخت آن ندارد.

۲-۷- عدم اراده واقعی طرفین بر نفقه

از سویی، قانون گذار در ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی شرط بنایی در نکاح را پذیرفته است و عموماً مذاکرات قبل از عقد، حکایت از این دارد که طرفین اراده کرده اند در طول دوران عقد، زوجه در منزل پدری سکونت داشته باشد. از سوی دیگر، از مصادیق بیان شده برای نفقه و تعاریفی که فقها برای آن بیان کرده اند، این چنین برداشت می شود که نفقه، نیازهای معیشتی زوجه است که می بایست به طور متعارف تأمین گردد (امامی، ۱۳۵۴، ج ۴، ص ۵۰۲). بنابراین، زمانی که زوجه در منزل پدری ساکن است، اغلب این نیازها از جمله، محل سکونت، پوشاک و خصوصاً خوراک وی می بایست با دیگر ساکنان منزل پدری یکسان باشد؛ زیرا تصور برعهده دیگری گذاشتن تهیه مایحتاج یک نفر از میان جمع خانواده و استثنا کردن وی، متعذر است و بعید به نظر می رسد طرفین قبل از عقد، حین مذاکره، چنین چیزی را اراده کرده باشند؛ بلکه عرفاً وقتی شخصی ساکن منزلی می شود، حداقل تأمین خوراک وی با صاحب خانه است. همچنین هزینه های درمان، تحصیل و سایر نیازهای معیشتی (نفقه) نیز این چنین است.

^{۱۶} «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ».

نتیجه اینکه، با توجه به مطالب پیش گفته به نظر می‌رسد در سیره نبوی، پرداخت نفقه از زمان تمکین زوجة است و قدر متیقن از ادله نیز همین است و در صورت شک، بنا بر قول مشهور اصولیان در شبهات وجوبیه، برائت جاری می‌شود و با توجه به اینکه نفقه مقتضای عقد نکاح نیست و دلیلی بر آمره بودن مقررات قانونی مربوط نیز نمی‌باشد؛ لذا توافق طرفین به نحو شرط بنایی یا ارتکازی بر عدم پرداخت نفقه زوجة در دوران عقد عرفی است و این می‌تواند دلیل دیگری بر عدم وجوب نفقه در دوران عقد باشد.

۲-۸- اصل اولیه

اصل اولی برائت ذمه زوج از وجوب پرداخت نفقه زوجة است و به دلالت اجماع فقط یک حالت از شمول این اصل، خارج شده و آن حالت تمکین تام زوجة است. بنابراین، غیر آن در تحت اصل باقی می‌ماند (فخرالمحققین، ۱۳۷۸، ج ۲، ص. ۲۶۸). البته، برخی فقها بر این باورند که ادله وجوب نفقه (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص. ۵۰۹)، اطلاق دارند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص. ۴۴۱) و دلیلی بر تنقید آن‌ها به حالت تمکین تام نیست و با وجود این نصوص جایی برای رجوع به اصل برائت نیست؛ زیرا الاصل دلیل حیث لا دلیل (موسوی قزوینی، ۱۳۹۷ق، ص. ۵).

به نظر می‌رسد به این اشکال، بتوان چنین پاسخ داد که اولاً، نسبت به تنقید اطلاقات و اشتراط «تمکین تام» در وجوب پرداخت نفقه، اجماع محکی داریم^{۱۷}. ثانیاً، آن گونه که برخی فقها قائل اند (موسوی، ۱۴۱۱ق، ص. ۴۷۴)، از این حیث، ادله مجمل اند نه اینکه از اطلاق برخوردار باشند؛ زیرا معلوم نیست که شارع مقدس از این جهت در مقام بیان بوده باشد.

۳- تمکین

یکی از وظایف زوجة تمکین (عام و خاص) از زوج است و حسب ظاهر ضوابط و مقررات قانونی حاکم (مواد ۱۱۰۳، ۱۱۰۴، ۱۱۰۵، ۱۱۱۴ و ۱۱۱۷ قانون مدنی) از زمان انعقاد رابطه زوجیت، زوجة مکلف به تمکین از زوج می‌باشد و از آنجا که به صراحت ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی در روابط زوجین ریاست خانواده از خصایص شوهر است؛ لذا زوج می‌تواند زوجة را از اموری منع نماید. همچنین به دلالت مقررات قانونی ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی «شوهر می‌تواند زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد منع کند». بر این اساس، زوجة می‌بایست در اموری همچون خروج از منزل، ادامه تحصیل رفتن به سفر، اشتغال و تعیین نوع شغل، لزوماً اذن زوج را کسب و رضایت وی را تحصیل نماید و عدم تمکین زوجة سبب نشوز وی، منتفی شدن نفقه و در نهایت صدور اذن در ازدواج مجدد از سوی محاکم خواهد شد. اما با توجه به اینکه در دوران عقد، علاوه بر فراهم نبودن مقدمات تمکین، با تراضی طرفین یا ارتکاز عرفی آن‌ها، زندگی مشترک آغاز نشده و زوجة هنوز در منزل پدری اش سکونت دارد؛ لذا، لزوم تمکین زوجة در این دوران محل بحث است و هرچند برای عدم لزوم تمکین می‌تواند به ادله متفاوتی

^{۱۷} برخی، از جمله سید علی بن محمد طباطبایی، با توجه به نبودن مخالف و مخالفت صریح و حتی کلامی که ظهور در مخالفت داشته باشد ادعای اجماع نظر فقها را بر این شرط مطرح نموده‌اند (حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۲، ص. ۱۶۴).

تمسک جست؛^{۱۸} اما به فراخور بحث به نظر می‌رسد اثبات صحت شرط عدم تمکین، ما را از سایر ادله بی‌نیاز می‌نماید.

۳-۱- عدم مخالفت با مقتضای ذات عقد نکاح

هر عقدی به‌منظور خاصی ایجاد می‌شود که اثر مستقیم عقد است. اگر آن اثر محقق نشود عقد محقق نمی‌شود و اگر منتفی شود عقد لغتاً، عرفاً و شرعاً نیز منتفی می‌شود (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص. ۱۵۱) و آن اثر را «مقتضای ذات عقد» گویند. مقتضای نکاح «رابطه زوجیت» است (امامی، ۱۳۷۳، ج. ۴، ص. ۳۶۹). به‌صراحت ماده ۲۳۳ قانون مدنی شرط خلاف مقتضای عقد، باطل و موجب بطلان عقد است.

از سوی دیگر، «تمکین» در لغت، از ماده «مکن» به‌معنای قدرت و توانایی است. مصدر ثلاثی مزید باب تفعیل «مَكَّنَ يُمَكِّنُ تَمَكَّنَ»، به‌معنای تمکن و توانایی به دیگری دادن و مسلط کردن او بر چیزی است. هرچند به‌معنای اسباب و وسایل را فراهم کردن و برطرف کردن موانع نیز آمده است (نشان بن سعید، ۱۴۲۰ق، ج. ۹، ص. ۶۳۶۱): «الَّذِينَ إِن مَكَّنَاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ» (حج ۴۱): یعنی آنانی که اگر قدرت به آن‌ها بدهیم و آن‌ها را مسلط کنیم در روی زمین نماز را بر پا می‌دارند.

اصطلاح «تمکین» در منابع فقهی (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۳۱، صص. ۳۰۸-۳۰۹)، به‌معنای اطاعت‌پذیری و یکی از وظایف زوجه در زندگی محسوب می‌شود که ضد آن نشوز است اما عنوان مستقلی نیست (انتزاعی است). «تمکین» در آثار قدما و متأخران در ملحقات باب نکاح و در مبحث نفقه زوجه، به‌عنوان یکی از شرایط وجوب پرداخت نفقه زوجه بیان شده است. اغلب فقها، «تمکین» را با وصف «الکامل»، (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج. ۲، ص. ۲۹۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج. ۸، ص. ۴۳۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۳۱، ص. ۳۰۳) یا با وصف «تام»، (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج. ۳، ص. ۲۰۷؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج. ۱۲، ص. ۱۷۷؛ سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج. ۲، ص. ۲۹۶؛ کاشانی، بی‌تا، ج. ۲، ص. ۲۹۵؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج. ۷، ص. ۵۵۷؛ حائری، ۱۴۱۸ق، ج. ۱۲، ص. ۷۴) به کار برده‌اند و از آن به برطرف کردن موانع استمتاع جنسی زوج از زوجه در هر زمان و هر مکانی تعبیر نموده‌اند. اما در آثار فقهی معاصران و حقوق‌دانان (امامی، ۱۳۷۳، ج. ۴، ص. ۴۴۸؛ کاتوزیان، بی‌تا، ص. ۱۶۷)، «تمکین»، به دو دسته عام و خاص تقسیم شده است. قانون مدنی این تقسیم‌بندی را صراحتاً ذکر نکرده است؛ ولی حقوق‌دانان (امامی، ۱۳۷۳، ج. ۴، صص. ۴۴۷-۴۴۸) تعبیر «وظایف زوجیت» در ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی را که بیان داشته «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود»، تفسیر به «تمکین عام» نموده‌اند. البته وظایف زوجیت نیز به‌صراحت در متن قانون مدنی احصاء نشده و قانون‌گذار از آن به‌طور اجمال و مبهم در ماده ۱۱۰۳ قانون مزبور به «حسن معاشرت» تعبیر نموده است که از مصادیق آن می‌تواند اطاعت زن از شوهر، خوش‌رفتاری، لزوم سکونت در منزلی که شوهر تعیین نموده و خارج‌نشدن بدون اجازه از منزل و غیره باشد.

^{۱۸}. (الف) انصراف ادله تمکین عام به زندگی مشترک؛ (ب) حق حبس زوجه؛ (پ) عدم تنافی با ادله حرمت امساک بیش از ۴ ماه؛ و (ت) مشروط‌بودن إذن ولی به عدم تمکین در دوران عقد.

همچنین قانون مدنی از تمکین خاص به «وظایف زن در مقابل شوهر» تعبیر نموده و در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی بیان داشته: «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود».

بنابراین، هیچ‌یک از تمکین عام و خاص، اقتضای ذات عقد ازدواج نیستند و شرط عدم تمکین (عام و خاص) در یک بازه زمانی^{۱۹} (نه به‌طور کلی) از این حیث مخالف مقتضای ذات عقد نیست (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج. ۴، ص. ۴۱۴).

۳-۲- عدم مخالفت با شرع و قوانین

قانون‌گذار در ماده ۲۳۲ قانون مدنی شروط باطل و غیرمبطل عقد را احصا و سه مورد بیان نموده که عبارت‌اند از: ۱- شرطی که انجام آن غیرمقدور باشد؛ ۲- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد؛ ۳- شرطی که نامشروع باشد. از آنچه سابقاً بیان شد، مقدور و فایده‌دار بودن شرط عدم تمکین، در دوران عقد عرفی محرز است و دلیل خاص شرعی و قانونی نیز بر عدم جواز شرط عدم تمکین (به‌نحو جزئی و در مدت معین) نداریم و فقیهان معاصر نیز به صحت چنین شرطی فتوا داده‌اند (بهجت، ۱۴۲۸ق، ج. ۴، ص. ۲۸).

بنابراین، از آنجایی که طرفین با اراده خویش به‌صورت شرط بنایی یا ارتكازی پذیرفته‌اند که در این دوران، زوجه در تمکین زوج نباشد؛ از این رو، می‌توان چنین نتیجه گرفت که زوج بدین‌وسیله حق رجوع به محاکم جهت الزام زوجه به تمکین، تا پایان مدت دوران عقد، را به‌نحو شرط ضمن عقد از خود اسقاط نموده‌اند.

نمایز دوران عقد از منظر حقوق ناشی از توافقات طرفین

آن‌گونه که بیان شد، عدم تشکیل خانواده می‌تواند به‌جهت فراهم‌نبودن شرایط و مقدمات باشد. در این حالت طرفین با یکدیگر توافق می‌نمایند تا مدتی در دوران عقد عرفی بمانند. ولی از آنجاکه مدت دوران عقد هیچ‌گاه ثبت رسمی نمی‌شود و گاهی توافق طرفین در خصوص پایان آن نیز به‌طور مشخص و معین نیست و چنانچه مدت آن هم مشخص باشد، هیچ ضمانت اجرایی ویژه‌ای در مجموعه قوانین حاکم برای آن در نظر گرفته نشده و اعمال قواعد عمومی نیز به‌لحاظ ویژگی‌های خاص احکام خانواده، سازگاری ندارد و این امر نیز سبب بروز معضلات و اختلافات خانوادگی و گاهی بالاتکلیفی زوجین می‌گردد. مثلاً به‌طور معمول طرفین به دو سال مدت عقد توافق می‌نمایند تا در این مدت جهیزیه زوجه فراهم شود و زوج بتواند کسب‌وکار مناسبی مهیا نماید؛ اما برخی طرفین در خلال این مدت به‌دلایلی درخواست آغاز زندگی مشترک را می‌نمایند و چون با مخالفت طرف دیگر روبه‌رو می‌شوند، باعث بروز اختلافات می‌گردد.

^{۱۹}. چراکه به نظر می‌رسد در این صورت به‌واسطه چنین شرط کلی، به‌نوعی، عمده آثار ظاهری که به‌واسطه عقد ایجاد شده را از بین می‌برد و چون تمام غرض و هدف را در بر می‌گیرد، لذا با اندکی مسامحه داخل در شرط منافی با مقتضای ذات عقد محسوب می‌شوند. مثل شرط عدم وطی، اگر منظور از منع، منع از مطلق استمتاع باشد در این صورت از جمله مواردی که به‌واسطه نفی التزامات ضمنی تبعی داخل در شروط مخالف مقتضای ذات عقد است.

اولاً، شرط عدم تشکیل خانواده، می‌بایست از لحاظ مدت مشخص و معین باشد؛ زیرا، به‌صراحت ماده ۲۳۳ قانون مدنی یکی از شروط باطل و مبطل در قراردادها، شرط مجهول است. همچنین مستنبط از بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی و ماده ۲۱۶ همان قانون، معین‌نبودن یا جهل در موضوع قراردادها، موجبات غرری و بطلان قرارداد است. هرچند ازدواج پیوندی است که آثار آن را شارع تعیین کرده و نقش توافق و اراده طرفین در آن کمرنگ است؛ اما در خصوص دوران عقد، به‌گونه‌ی شبیه تعلیق در منشأ می‌باشد، نقش توافق و اراده طرفین پررنگ‌تر است. در این دوران طرفین به‌جهاتی خواسته‌اند، بخشی از حقوق و تکالیف متقابل (از جمله نفقه و تمکین) اجرا نشود و چون این توافقات از اهمیت فوق‌العاده‌ای نسبت به اموال برخوردار است، به نظر می‌رسد می‌بایست تا حد ممکن رفع ابهام شود و دارای ضمانت اجرا باشد. درحالی‌که به‌دلیل عدم الزام به ثبت مدت دوران عقد و نبود ضمانت اجرای قانونی، در موارد قابل توجهی، زوجه (عمدتاً در سن جوانی و در بهترین دوران زندگی خویش) سال‌ها بلا تکلیف رها می‌شود و حتی ادعای عسر و حرج وی نیز به‌دلیل عدم تشکیل زندگی مشترک، قابلیت استماع ندارد.^{۲۰} در چنین شرایطی، زوجه برای رهایی از این وضعیت و به‌منظور فشار آوردن بر طرف مقابل، ناچار به طرح دعای گوناگون مانند مطالبه مهریه و نفقه روی می‌آورد و در اغلب موارد نیز زوج متقابلاً دعای الزام به تمکین و إذن در ازدواج مجدد را مطرح می‌کند. بنابراین، وجود خلأ قانونی موجب شده در یک حساب تقریبی، سالانه، بالغ بر ۳۰۰ هزار پرونده با موضوعات مرتبط در سراسر کشور مطرح شود^{۲۱} که اعمال قوانین نامتناسب سبب زاویه‌پیدا کردن آرای محاکم با مسیر عدالت شده است.

تمایز دوران عقد از منظر حقوق اجتماعی زوجین

مطابق مفاد ماده ۵۸ قانون تأمین اجتماعی و بند ۳ ماده ۴۸ قانون حمایت خانواده (مصوب ۱/۱۲/۱۳۹۱) و ماده ۱۱۱ قانون مدیریت خدمات کشوری، فرزندان اناث تا زمانی که ازدواج نکرده باشند می‌توانند از مزایایی همچون پوشش بیمه و مستمری والدین (یا بازماندگان) خویش به‌عنوان کمک‌هزینهٔ اولاد بهره‌مند شوند. بنابراین، به‌محض ثبت رسمی ازدواج و علی‌رغم اینکه هنوز زندگی مشترک زوجه شروع نشده، پوشش بیمه و مستمری زوجه، یارانه و کمک‌معیشتی وی قطع می‌شود.

اساساً، می‌بایست بین وجود علقهٔ زوجیت و تشکیل زندگی مشترک (خانواده) قائل به فرق شد و در مانحن‌فیه که هنوز خانواده (جدید) تشکیل نشده و زوجه همچنان عضو ثابتی از خانوادهٔ پدری خود محسوب می‌شود و همان‌گونه که بیان شد، نفقه و مخارج وی نیز می‌بایست کمافی‌السابق پرداخت شود و این حالت

^{۲۰}. تبصره ذیل ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی (الحاقی ۲۹/۴/۱۳۸۱) هرچند غیرمحصور است ولی تمامی موارد آن انصراف به تشکیل زندگی مشترک دارد.

^{۲۱}. اگر از حدود ۵۸۰ هزار ازدواج رسمی سال ۹۸، از هر ۱۰ مورد یکی منتهی به اختلاف در دوران عقد شود (هرچند آمار رسمی حاکی از این است که در این سال ۳۸ درصد ازدواج‌ها در یک‌سال اول منتهی به طلاق شده است)، آنگاه با توجه به اینکه طرفین حداقل قادر به طرح ۵ دعوی مستقیم علیه یکدیگرند (الزام به تمکین، مطالبه نفقه، شکایت کیفری ترک انفاق، الزام به پرداخت مهریه و إذن در ازدواج مجدد) که فارغ از دعوای غیرمرتبط همچون (توهین، تهدید و ایراد ضرب عمدی و تخریب) می‌باشد، عدد مذکور به دست می‌آید.

متفاوت با زمانی است که زوجه به خانواده زوج وارد شده و از خانواده پدری مستقل شده است. بنابراین چنانچه، مدت عقد، ثبت رسمی شود تا پایان این مدت می‌بایست حقوق اجتماعی زوجه مثل قبل پرداخت شود؛ چون هنوز زندگی مشترک وی آغاز نشده و مفارقت زوجه از خانواده پدری انجام نشده است.

نتیجه‌گیری

نیاز به فرصت جهت تدارک مقدمات و مهیاشدن شرایط زندگی مشترک و همچنین نیاز به فرصت جهت کسب شناخت طرفین نسبت به یکدیگر، امروزه دو علت اصلی شیوع و گسترش دوران عقد عرفی است. اعطای فرصت و تأخیر در تشکیل خانواده با ظاهر ادله قانونی لزوم پرداخت نفقه و تمکین در تراحم است. امتناع از پرداخت نفقه در دوران عقد می‌تواند مجازات حبس تعزیری درجه ۶ را در پی داشته باشد. درحالی‌که به نظر می‌رسد در سیره نبوی، پرداخت نفقه از زمان تمکین زوجه است و قدر متیقن از ادله نیز همین است و در صورت شک، بنا بر قول مشهور اصولیان در شبهات وجوبیه برائت جاری می‌شود و بدین سبب که در دوران عقد هنوز زندگی مشترک آغاز نشده و تمکین نوعاً ممکن نیست، می‌بایست قائل به عدم وجوب نفقه شد. همچنین، با توجه به اینکه نفقه و تمکین هیچ‌یک مقتضای ذات عقد نکاح نیستند و دلیلی بر آمه‌بودن مقررات قانونی مربوط به آنها وجود ندارد، توافق طرفین به‌نحو شرط بنایی یا ارتکازی بر عدم پرداخت نفقه و عدم لزوم تمکین زوجه در دوران عقد عرفی شکل گرفته است و این می‌تواند دلیل دیگری بر عدم وجوب آن دو باشد.

عدم ثبت رسمی و معلوم‌نبودن مدت دوران عقد و نداشتن ضمانت اجرا، در موارد غیرنادر سبب بالاتکلیفی و بروز معضلات و مشکلات خانوادگی در این دوران می‌شود. همچنین، رویکرد فعلی قانون‌گذار، باعث شده که در این وضعیت به‌لحاظ عدم تشکیل عملی خانواده، زوجین از یک‌سری حقوق اجتماعی محروم شوند و در استیفای حقوق قانونی خود نیز با مشکلاتی روبه‌رو باشند.

یکی از عوامل اصلی بالا رفتن آمار طلاق، ازدواج بدون کسب شناخت کامل از شریک زندگی است. راهی که قانون‌گذار برای افزایش شناخت، به رسمیت شناخته است، نامزدی است؛ درحالی‌که نامزدی ارتباط میان زن و مرد نامحرم با انگیزه ازدواج در آینده است؛ درحالی‌که اولاً، انگیزه امری درونی و غیرقابل تشخیص است و از این حیث، امکان سوءاستفاده فراهم است. ضمن اینکه قانون‌گذار نیز تحت شرایطی ارتباطات نامحرمین را جرم‌انگاری نموده است. ثانیاً، پایین‌ترین سطح ارتباط فی‌مابین طرفین، نگاه است که شدیداً مورد نهی عموماً شارع است و تنها یک مورد و آن هم جلسه خواستگاری استثناء شده که تا هفت شرط برای این جواز ذکر شده است. بنابراین، با توجه به ناسازگاری نامزدی با مقررات و ضوابط شرعی، چنانچه آسیب‌های دوران عقد رفع شود، این دوران می‌تواند جایگزین مناسبی برای نامزدی باشد.

همچنین، با توجه به ضرورت اجتماعی و فراگیری و به‌جهت گسترش عدالت، پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار دوران عقد عرفی را به‌عنوان یک وضعیت حقوقی به رسمیت بشناسد و قوانینی در خصوص آن وضع نماید؛ از جمله اینکه: اولاً، ثبت رسمی مدت دوران عقد در سند نکاحیه الزامی گردد. ثانیاً، برای الزام به تعیین تکلیف در پایان مدت دوران عقد، ضمانت اجرا وضع شود. مثلاً در ضمن عقد، شرط شود که

چنانچه زوج پس از اتمام مدت و آمادگی زوجه، از تشکیل زندگی مشترک استنکاف ورزد یا قادر به ایفای تعهدات خود نباشد، زوجه وکالت در طلاق داشته باشد یا اینکه تا قبل از تعیین تکلیف، زوج حق ازدواج مجدد نداشته باشد. ثالثاً، تا پایان مدت موصوف زوجه در منزل پدری سکونت داشته باشد، الزامی به تبعیت از شوهر در مواردی همچون خروج از منزل و اشتغال نداشته باشد و نفقه زوجه در این مدت کمافی السابق با والدینش باشد. رابعاً، حقوق و مزایای اجتماعی و پوشش بیمه‌ای و یارانه وی تا پایان مدت موصوف کمافی السابق برقرار باشد. خامساً، در تمام این مدت دعوای الزام به تمکین مطروحه از سوی زوج و دعوای الزام به پرداخت نفقه از سوی زوجه در محاکم پذیرفته نشود. سادساً، دعوای مطالبه مهر تا پایان این مدت پذیرفته نشود یا نقش حمایتی قانون‌گذار کاهش یابد. سابفاً، بخشی از این قوانین، می‌تواند به‌نحو تکمیلی باشد تا چنانچه طرفین اراده نمودند بتوانند برخلاف آن توافق نمایند ولی در هر حال ثبت این توافق الزامی و آمره باشد.

منابع

- ابن حنبل، احمد بن محمد. (۱۴۱۶ق). مسند / احمد. بیروت: موسسه الرساله.
- احسائی، ابن ابی جمهور محمد بن علی. (۱۴۰۵ق). عوالی اللئالی العزیزیه (ج. ۳). قم: دار سید الشهداء للنشر.
- احمدی نیک، سید مهدی. (۱۳۹۱). احکام فقهی همسویی با عرف زمان یا فرازمانی. آموزه‌های فقه مدنی.
- اراکي، محمدعلی. (۱۴۱۹ق). کتاب النکاح. قم: نورنگار.
- امامی، سید حسن. (۱۳۷۳). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامیه.
- انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). کتاب النکاح. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). کتاب النکاح. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- بهجت، محمدتقی. (۱۴۲۸ق). استفتاءات. قم: دفتر حضرت آیه الله بهجت.
- بیهقی، احمد بن حسین. (۱۴۲۴ق). السنن الکبری (چاپ سوم). بیروت: دارالفکر.
- تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۲۷ق). صراط النجاة. قم: دار الصدیقه الشهیده.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۶). حقوق خانواده. تهران: گنج دانش.
- حائری، سیدعلی بن محمد طباطبایی. (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- حکیم، سید محسن. (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی. قم: مؤسسه دار التفسیر.
- دیانی، عبدالرسول. (۱۳۸۷). حقوق خانواده. تهران: نشر میزان.
- سبزواری، محمدباقر. (۱۴۲۳ق). کفایة الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۴ق). غایة المراد فی شرح نکت الارشاد. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: کتابفروشی داوری.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۴ق). حاشیة الارشاد. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- صفایی، سید حسین. (بی تا). حقوق خانواده (ج. ۱). تهران: نشر میزان.
- طاهری، حبیب الله. (۱۴۱۸ق). حقوق مدنی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیه. تهران: المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۰ق). ارشاد الأذهان الی احکام الایمان. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق). قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰ق). تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

- کاتوزیان، ناصر. (بی تا). *دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاشانی، فیض محمد محسن. (١٤٠٦ق). *الوافی* (ج. ٢١). اصفهان: کتابخانه امام امیر المؤمنین علی علیه السلام.
- کاشانی، فیض محمد محسن. (بی تا). *مفاتیح الشرائع*. قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
- کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب. (١٤٠٧ق). *الکافی* (ج. ٥). تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- مجلسی دوم، محمدباقر. (١٤٠٤ق). *مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول* (ج. ٢٠). تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. (١٤٠٨ق). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. (١٤١٣ق). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام* (ج. ٢). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- محقق کرکی، علی بن حسین. (١٤١٤ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- مغربی، نعمان بن محمد تمیمی. (١٣٨٥ق). *دعائم الاسلام* (ج. ٢). قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- موسوی قزوینی، علی. (١٣٩٧ق). *تعلیقه علی معالم الأصول*. قم: دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- موسوی، محمد بن علی. (١٤١١ق). *نهایة المرام فی شرح مختصر شرائع الاسلام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- نجفی، محمدحسن. (١٤٠٤ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. بیروت - لبنان: دار إحياء التراث العربی.