



www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir

بررسی فقهی

حقوق خانوادہ

نکاح و انخلاف آن

(مواد ۱۰۳۴ تا ۱۱۵۷ قانون مدنی)

مجلد و رسائی اثر

دکتر سید مصطفیٰ مصطفیٰ دانا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بررسی فقهی حقوق خانواده نکاح و انحلال آن

نویسنده:

مصطفی محقق داماد

ناشر چاپی:

مرکز نشر علوم اسلامی

ناشر دیجیتال:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

۵	فهرست
۲۸	بررسی فقهی حقوق خانواده نکاح و انحلال آن
۲۸	مشخصات کتاب
۲۸	مقدمه
۳۰	باب اول نکاح
۳۱	اشاره
۳۱	واژه نکاح:
۳۱	تعریف نکاح:
۳۲	فصل اول - در خواستگاری
۳۲	اشاره
۳۲	مورد خواستگاری
۳۲	اشاره
۳۲	بررسی فقهی
۳۳	خواستگاری از نامزد دیگری
۳۴	خواستگاری قبل از اعلام موافقت
۳۵	صحت عقد نامزد دیگری
۳۵	برهم زدن نامزدی
۳۵	اشاره
۳۶	نقد و بررسی
۳۶	وضعیت مخارج نامزدی
۳۸	وضعیت هدایای نامزدی
۳۸	اشاره
۳۸	بررسی فقهی

مرور زمان	۴۰
لزوم ارائه گواهی پزشک قبل از عقد	۴۰
فصل دوم- قابلیت صحی برای ازدواج	۴۱
اشاره	۴۱
سن ازدواج	۴۱
اشاره	۴۱
نکاح توسط ولی	۴۱
اقدام ولی باید منطبق با مصلحت باشد	۴۲
اجازه ولی در نکاح دختری که شوهر نکرده است	۴۳
اشاره	۴۳
بررسی فقهی	۴۴
تأثیر زوال بکارت در سقوط ولایت	۴۵
مضایقه ولی از دادن اجازه	۴۵
ولی چه کسی است؟	۴۶
اشاره	۴۶
بررسی فقهی	۴۶
ولایت وصی	۴۷
آیا ولایت پدر و جد پدری ترتیبی است؟	۴۷
سقوط اجازه ولی محجور	۴۸
فصل سوم- در موانع نکاح	۴۸
اشاره	۴۸
قربت نسبی	۴۹
اشاره	۴۹
اولاد از زنا و شبهه	۵۰

۵۰	 اشاره
۵۰	 بررسی فقهی
۵۱	 قرابت رضاعی و شرایط آن
۵۱	 اشاره
۵۱	 شرایط قرابت رضاعی
۵۲	 بررسی فقهی
۵۲	 شرایط پیدایش قرابت رضاعی
۵۷	 قرابت رضاعی بین دو طفل هم شیر
۵۷	 اشاره
۵۸	 بررسی فقهی:
۵۸	 نظر قانون مدنی:
۶۰	 احکام رضاع
۶۱	 قرابت سببی (قرابت بالمصاهره)
۶۱	 اشاره
۶۱	 کسانی که نکاح آنان عیناً ممنوع است
۶۱	 اشاره
۶۲	 ۱- بین مرد و مادر و جدّات زن او از هر درجه که باشد اعم از نسبی و رضاعی.
۶۲	 اشاره
۶۲	 بررسی فقهی:
۶۳	 ۲- بین مرد و زنی که سابقاً زن پدر یا زن یکی از اجداد یا زن پسر یا زن یکی از احفاد او بوده است هر چند قرابت رضاعی باشد.
۶۳	 اشاره
۶۴	 بررسی فقهی:
۶۴	 ۳- بین مرد با اناث از اولاد زن او از هر درجه که باشد و لو رضاعی، مشروط بر اینکه [بین زن و شوهر و زناشوئی واقع شده باشد].
۶۴	 اشاره

۶۵	بررسی فقهی:
۶۵	کسانی که نکاح آنان جمعا ممنوع است
۶۵	اشاره
۶۵	بررسی فقهی
۶۷	[جمع بین عمه با برادرزاده یا خواهرزاده]
۶۷	اشاره
۶۷	بررسی فقهی
۶۸	نقد و بررسی:
۷۱	ازدواج با همسر دیگری
۷۱	اشاره
۷۱	بررسی فقهی
۷۱	ازدواج در عدّه
۷۲	حرمت ابدی:
۷۳	ازدواج با زن شوهردار
۷۶	حرمت ابدی بواسطه لعان
۷۶	اشاره
۷۶	واژه لعان
۷۶	[امطالعی برای تفسیر این ماده]
۷۶	(۱) اسباب لعان
۷۷	(۲) تشریفات اجرائی لعان
۷۷	(۳) آثار لعان
۷۸	(۴) نکول زوجه
۷۸	عقد نکاح در حال احرام
۷۸	اشاره

۷۸	احرام چیست؟
۷۹	بررسی فقهی
۸۰	زنا با زن شوهردار یا معتده
۸۱	نزدیکی به شبهه و زنا سابقا و لاحقا
۸۱	اشاره
۸۱	بررسی فقهی
۸۳	زنای لاحق بر نکاح:
۸۴	زنای سابق بر نکاح:
۸۶	منع ازدواج در اثر عمل شنیع
۸۶	اشاره
۸۶	بررسی فقهی
۸۷	چند مسأله:
۸۸	حرمت پس از طلاق سوّم
۸۸	اشاره
۸۸	بخش اوّل- شرایط حرمت
۸۸	اشاره
۸۸	بررسی فقهی
۸۹	بخش دوّم- شرایط حلّیت
۸۹	اشاره
۹۰	بررسی فقهی
۹۱	شرائط ضمن عقد مطلقه با محلّل
۹۳	حرمت پس از طلاق نهم
۹۳	اشاره
۹۳	[تعریف اجمالی اقسام طلاق]

۹۳	 اشاره
۹۴	 بررسی فقهی
۹۴	 تحلیل و بررسی
۹۶	 حرمت نکاح با غیر مسلمان
۹۶	 اشاره
۹۶	 بررسی فقهی
۹۷	 اقسام غیر مسلم (کافر)
۹۷	 ارتداد
۹۷	 نکاح مرد غیر مسلمان با زن مسلمان
۹۸	 نکاح مرد مسلمان با زن غیر مسلمه
۹۹	 نکاح بین فرق مسلمان
۹۹	 نکاح بین پیروان ادیان دیگر
۹۹	 اشاره
۱۰۰	 [چند مسأله]
۱۰۱	 احکام ارتداد زوجین
۱۰۲	 ازدواج زن ایرانی با تبعه خارجی
۱۰۲	 ازدواج محصلین و مأمورین و نمایندگان دولتی با زن تبعه خارجه
۱۰۳	 فصل چهارم- شرایط صحت نکاح
۱۰۳	 اشاره
۱۰۳	 ایجاب و قبول
۱۰۳	 اشاره
۱۰۳	 بررسی فقهی
۱۰۶	 ایجاب و قبول توسط ولی
۱۰۷	 شرایط عاقد

۱۰۷		اشاره
۱۰۸		بررسی فقهی
۱۰۹		توالی ایجاب و قبول
۱۰۹		اشاره
۱۰۹		بررسی فقهی
۱۱۰		متعاقدين لال
۱۱۰		اشاره
۱۱۰		بررسی فقهی
۱۱۱		اجرای عقد با کتابت
۱۱۱		اعتبار تعیین زوجین
۱۱۱		اشاره
۱۱۲		بررسی فقهی
۱۱۲		تنجیز در عقد نکاح
۱۱۲		اشاره
۱۱۳		بررسی فقهی
۱۱۳		صور عقد معلق
۱۱۴		شرط خیار در عقد و مهر
۱۱۴		اشاره
۱۱۴		بررسی فقهی
۱۱۵		شرط خیار در مهر
۱۱۶		عقد مکره
۱۱۶		اشاره
۱۱۶		بررسی فقهی
۱۱۷		فصل پنجم- وکالت در نکاح

۱۱۷	 اشاره
۱۱۷	 وکالت در نکاح
۱۱۷	 اشاره
۱۱۸	 بررسی فقهی
۱۱۸	 صور مختلف توکیل از سوی زوجه
۱۱۸	 اشاره
۱۱۹	 نقد و بررسی
۱۱۹	 خروج وکیل از حدود وکالت
۱۱۹	 اشاره
۱۲۰	 بررسی فقهی و صور مختلف نکاح فضولی
۱۲۱	 عدم رعایت مصلحت توسط وکیل
۱۲۱	 اشاره
۱۲۱	 چند تبصره در نکاح فضولی
۱۲۲	 فصل ششم- در نکاح منقطع
۱۲۲	 اشاره
۱۲۲	 تعریف نکاح منقطع
۱۲۲	 اشاره
۱۲۳	 بررسی فقهی
۱۲۵	 تعیین مدت
۱۲۶	 احکام ارث و مهر در نکاح منقطع
۱۲۶	 اشاره
۱۲۶	 چند مطلب قابل توجه
۱۲۷	 فصل هفتم- در مهر
۱۲۷	 اشاره

۱۲۸	واژه مهر:
۱۲۹	شیء موضوع مهریه
۱۲۹	اشاره
۱۲۹	بررسی فقهی
۱۳۰	تذکرات: [جایگاه مهر در عقد نکاح، توافق زوجین بر مهر فاقد ارزش - شیربها]
۱۳۱	لزوم تعیین مهر
۱۳۲	ترازی در مقدار مهر
۱۳۳	شرط بطلان نکاح در فرض عدم تأدیه مهر
۱۳۳	تملک مهر
۱۳۳	اشاره
۱۳۴	بررسی فقهی
۱۳۴	عوامل استقرار مهر
۱۳۵	[مسأله (وقوع طلاق قبل از سررسید مهریه)]
۱۳۵	اقساط در مهر
۱۳۶	تلف و عیب مهر
۱۳۸	حق امتناع زوجه
۱۳۸	اشاره
۱۳۸	بررسی فقهی
۱۴۰	سقوط حق امتناع
۱۴۰	اشاره
۱۴۱	[چند مسأله (وضعیت حق امتناع در فروض نزدیکی قهری، مهر مؤجل، مهر اقساطی)]
۱۴۱	مفوضه البضع و مفوضه المهر
۱۴۱	اشاره
۱۴۲	نقد و بررسی

۱۴۳	 [چند مسأله]
۱۴۴	 نحوه تعیین مهر المثل
۱۴۵	 وقوع طلاق قبل از نزدیکی
۱۴۶	 مهر المتعه
۱۴۷	 نحوه تعیین مهر المتعه
۱۴۷	 اشاره
۱۴۷	 بررسی فقهی
۱۴۸	 فوت زوجه قبل از تعیین مهر
۱۴۸	 عدم ذکر مهر در نکاح منقطع
۱۴۹	 موت زوجه منقطعه
۱۵۰	 حکم مهریه در صورت بذل مدت
۱۵۰	 کشف بطلان نکاح قبل از نزدیکی
۱۵۱	 کشف بطلان نکاح بعد از نزدیکی
۱۵۱	 اشاره
۱۵۲	 تذکر:
۱۵۲	 مهر مجهول، بی‌ارزش و ملک غیر
۱۵۲	 اشاره
۱۵۳	 بررسی فقهی
۱۵۴	 سقوط مهر با فسخ، قبل از نزدیکی
۱۵۴	 اشاره
۱۵۵	 فسخ نکاح پس از نزدیکی
۱۵۵	 فصل هشتم- در حقوق و تکالیف زوجین نسبت بیکدیگر
۱۵۵	 اشاره
۱۵۶	 رابطه زوجیت و حقوق

۱۵۶	حسن معاشرت
۱۵۷	وظیفه تربیت
۱۵۷	سرپرست خانواده
۱۵۸	تأمین هزینه
۱۵۸	حدود نفقه
۱۵۸	اشاره
۱۵۹	ملاحظات:
۱۶۱	سقوط نفقه
۱۶۱	اشاره
۱۶۱	امتناع از وظائف زوجیت
۱۶۲	اشاره
۱۶۲	مانع مشروع
۱۶۲	بررسی فقهی
۱۶۳	چند مسأله:
۱۶۳	نفقه مطلقه
۱۶۳	اشاره
۱۶۴	بررسی فقهی
۱۶۴	اشاره
۱۶۴	نشوز در ایام عده:
۱۶۵	نفقه مطلقه باینه:
۱۶۶	نفقه در عده وفات
۱۶۶	استنکاف از پرداخت نفقه
۱۶۷	اشاره
۱۶۷	بررسی فقهی

۱۶۷	ترک انفاق
۱۶۷	نفقة منقطعه
۱۶۷	اشاره
۱۶۸	شرط توارث
۱۶۸	حق انتخاب مسکن
۱۶۹	خوف ضرر برای زوجه
۱۷۰	تعیین محل سکونت توسط دادگاه
۱۷۰	منع زوجه از اشتغال
۱۷۱	حق تصرف زوجه در دارائی خود
۱۷۱	شروط ضمن عقد نکاح
۱۷۱	اشاره
۱۷۱	واژه شرط
۱۷۲	تعریف شرط و اقسام آن
۱۷۵	شرائط ضمن عقد نکاح
۱۷۷	ضمانت اجرائی شرط فعل در ضمن عقد نکاح
۱۷۷	شرط عدم ازدواج مجدد
۱۷۸	شرط وکالت در ضمن عقد
۱۷۸	اشترای وکالت بر طلاق در ضمن عقد
۱۷۹	اثبات شرائط
۱۷۹	نوع طلاق و حکم رجوع
۱۸۰	باب دوم انحلال عقد نکاح فسخ، طلاق، بذل مدت
۱۸۰	اشاره
۱۸۰	انحلال عقد نکاح
۱۸۱	فصل اول - موارد امکان فسخ نکاح

۱۸۱	 اشاره
۱۸۱	 جنون زوجین
۱۸۱	 اشاره
۱۸۱	 تعریف و اقسام جنون
۱۸۲	 شرط استقرار
۱۸۳	 عیوب مرد
۱۸۳	 اشاره
۱۸۳	 عنن
۱۸۳	 اشاره
۱۸۳	 مراجعه به دادگاه
۱۸۴	 بررسی فقهی
۱۸۴	 طریقه اثبات عنن
۱۸۵	 خصاء
۱۸۵	 اشاره
۱۸۵	 بررسی فقهی
۱۸۶	 خصاء متأخر
۱۸۷	 مقطوع بودن آلت تناسلی
۱۸۷	 عیوب زن
۱۸۷	 اشاره
۱۸۷	 قرن
۱۸۷	 اشاره
۱۸۸	 بررسی فقهی:
۱۸۸	 جذام
۱۸۸	 برص

۱۸۹	افضاء
۱۸۹	زمین‌گیری
۱۸۹	نابینائی از دو چشم
۱۹۰	مسأله- نازائی
۱۹۰	صور مختلف عیوب زن
۱۹۱	جنون و عنن مرد پس از عقد
۱۹۱	سقوط خیار با علم به عیب
۱۹۲	ابتلاء مرد به امراض مقاربتی
۱۹۲	خیار فسخ در فرض فقدان اوصاف
۱۹۲	اشاره
۱۹۲	بررسی فقهی
۱۹۴	استنکاف شوهر از ادای نفقه یا عجز او
۱۹۴	اشاره
۱۹۵	بررسی فقهی مسأله عجز
۱۹۶	نفقه ایام گذشته
۱۹۷	ضمانت نفقه
۱۹۷	طلاق به علت عسر و حرج
۱۹۷	اشاره
۱۹۸	نقد و بررسی
۱۹۹	فوریت خیار فسخ
۱۹۹	اشاره
۲۰۰	بررسی فقهی
۲۰۰	تذکرات:
۲۰۰	تفاوت فسخ و طلاق

۲۰۱	فصل دوم- در طلاق
۲۰۱	مبحث اول- کلیات
۲۰۱	اشاره
۲۰۱	اختیار طلاق
۲۰۱	اشاره
۲۰۱	تعریف طلاق:
۲۰۲	[ارکان طلاق]
۲۰۲	شرائط طلاق
۲۰۲	اشاره
۲۰۳	صیغه طلاق
۲۰۳	اشاره
۲۰۳	چند مسأله:
۲۰۵	اشهاد
۲۰۵	اشاره
۲۰۵	ادله لزوم اشهاد
۲۰۵	کیفیت شهادت
۲۰۶	صفات شاهدان طلاق
۲۰۷	مفهوم عدالت
۲۰۷	عدالت ظاهری یا واقعی؟
۲۰۹	شرط تنجیز در طلاق
۲۰۹	اشاره
۲۱۰	تعلیق طلاق بر شرایط صحت
۲۱۰	شرائط طلاق دهنده
۲۱۰	اشاره

۲۱۱	 (۱) بلوغ
۲۱۱	 اشاره
۲۱۱	 حکم طلاق توسط ولی صغیر
۲۱۱	 (۲) عقل
۲۱۲	 (۳) قصد
۲۱۲	 اشاره
۲۱۲	 بررسی فقهی
۲۱۳	 (۴) اختیار
۲۱۳	 اشاره
۲۱۳	 تعریف اکراه و عناصر تشکیل دهنده آن
۲۱۴	 ولایت بر طلاق
۲۱۴	 وکالت در طلاق
۲۱۴	 اشاره
۲۱۵	 بررسی فقهی
۲۱۵	 وکالت زوجه در طلاق
۲۱۶	 انحلال عقد منقطع
۲۱۶	 اشاره
۲۱۷	 بذل مدّت
۲۱۷	 شرایط مطلقه
۲۱۸	 وقوع طلاق در طهر غیر مواقعه
۲۱۹	 طلاق زنی که عادت نمی‌شود
۲۱۹	 اشاره
۲۲۰	 تذکره:
۲۲۰	 مبحث دوّم- در اقسام طلاق

۲۲۰	 اشاره
۲۲۰	 اقسام طلاق
۲۲۰	 اشاره
۲۲۱	 قسم اول - طلاق بائن
۲۲۱	 اشاره
۲۲۲	 طلاق خلع
۲۲۲	 اشاره
۲۲۳	 کراهت زوجه نسبت به زوج
۲۲۳	 فدیة
۲۲۴	 بررسی فقهی
۲۲۴	 در مورد طلاق خلع مطالب زیر باید مورد بحث قرار گیرد:
۲۲۴	 (۱) صیغه طلاق خلع
۲۲۵	 (۲) خلع از اقسام طلاق است؟
۲۲۵	 (۳) فداء توسط وکیل
۲۲۶	 (۴) صیغه طلاق خلع از سوی وکیل
۲۲۶	 (۵) فداء تبرعی
۲۲۶	 (۶) فدیة باطل
۲۲۷	 (۷) تلف فدیة قبل از قبض
۲۲۷	 (۸) طلاق خلع در هنگام توافق اخلاقی
۲۲۸	 (۹) شرایط مخالع
۲۲۸	 (۱۰) شرائط مختلعه
۲۲۹	 (۱۱) حضور گواهان
۲۲۹	 (۱۲) رجوع به مبذول
۲۳۰	 طلاق مبارات

۲۳۰	 اشاره
۲۳۰	 شرائط و احکام مبارات
۲۳۰	 قسم دوم- طلاق رجعی- حق رجوع
۲۳۰	 اشاره
۲۳۲	 نحوه رجوع
۲۳۳	 مبحث سوم- در عده
۲۳۴	 اشاره
۲۳۴	 تعریف عده
۲۳۴	 مدت عده طلاق و فسخ در زن حائل
۲۳۴	 اشاره
۲۳۴	 در مورد ماده فوق، لازم است که مطالب زیر مورد بحث قرار گیرد:
۲۳۴	 (۱) دماء ثلاثه
۲۳۶	 (۲) یائسگی- سن بلوغ و یائسگی
۲۳۶	 (۳) پاکداران و ماه داران
۲۳۶	 اشاره
۲۳۶	 الف) زنانی که عادت زنانگی بطور منظم می‌بینند.
۲۳۷	 ب) زنانی که با وجود اقتضای سن (قبل از سن یائسگی) خون حیض نمی‌بینند.
۲۳۸	 فسخ نکاح در زمان عده طلاق
۲۳۹	 عده در نکاح منقطع
۲۴۰	 عده زن حامله
۲۴۱	 عده وفات
۲۴۱	 اشاره
۲۴۱	 تبصره:
۲۴۱	 (۱) فوت در حال عده رجعی

- ۲۴۱ فوت در حال عدّه بائن (۲)
- ۲۴۲ حکم عدّه غیر مدخوله و یائسه (۲)
- ۲۴۲ عدّه زوجّه مفقود الاثر (۲)
- ۲۴۲ اشاره (۲)
- ۲۴۳ [تحلیل فقهی] (۲)
- ۲۴۴ عدّه نزدیکی به شبهه (۲)
- ۲۴۴ اشاره (۲)
- ۲۴۴ آغاز عدّه وطی به شبهه: (۲)
- ۲۴۵ نفقه در ایام عدّه وطی به شبهه: (۲)
- ۲۴۵ بررسی تطبیقی طلاق «۱» (۲)
- ۲۴۵ اشاره (۲)
- ۲۴۵ طلاق در مذاهب مختلف اسلامی (۲)
- ۲۴۵ اشاره (۲)
- ۲۴۶ [خلع و مبارات در مذاهب اربعه] (۲)
- ۲۴۶ طلاق به تقاضای زوج (۲)
- ۲۴۶ اشاره (۲)
- ۲۴۶ [موارد موجبۀ آن] (۲)
- ۲۴۷ (۱) غیبت زوج (۲)
- ۲۴۷ (۲) امتناع یا عجز از انفاق (۲)
- ۲۴۷ (۳) ایلاء یا التزام زوج به ترک وظیفه خاص زوجیت (۲)
- ۲۴۷ (۴) بعضی از مذاهب اسلامی تضرّر زوجۀ از قول یا فعل زوج و یا بیم خطر و عسر و حرج (۲)
- ۲۴۸ صیغه طلاق (۲)
- ۲۴۸ عدّه (۲)
- ۲۴۸ طلاق در کشورهای اسلامی (۲)

۲۴۸	 اشاره
۲۴۸	 طلاق به تقاضای زن در کشورهای اسلامی
۲۴۹	 اشاره
۲۴۹	 الف) غیبت شوهر
۲۴۹	 ب) امتناع یا عجز از انفاق
۲۵۰	 ج) ایلاء
۲۵۰	 د) طلاق یا تفریق به سبب عیب، ضرر و شقاق
۲۵۰	 تشریفات طلاق
۲۵۰	 شرائط طلاق
۲۵۱	 داوری در طلاق
۲۵۱	 طلاق در حقوق کشورهای اروپائی و آمریکائی
۲۵۱	 [مبانی طلاق]
۲۵۱	 اشاره
۲۵۱	 طلاق مجازات
۲۵۲	 طلاق درمان
۲۵۲	 طلاق در حقوق فرانسه
۲۵۲	 [موارد موجب آن]
۲۵۲	 اشاره
۲۵۲	 (۱) رضایت زوجین
۲۵۲	 (۱) رضایت زوجین
۲۵۳	 (۲) طلاق به سبب قطع زندگی مشترک
۲۵۴	 (۳) طلاق به سبب تقصیر
۲۵۴	 عده زن مطلقه در حقوق فرانسه
۲۵۴	 تفریق جسمانی

۲۵۵	طلاق در حقوق ایتالیا
۲۵۵	[موارد آن]
۲۵۵	اشاره
۲۵۵	(۱) محکومیت قطعی یکی از زوجین
۲۵۶	(۲) منکوحه غیر مدخوله بودن
۲۵۶	(۳) حکم به بطلان یا انحلال ازدواج یا وقوع نکاح جدید در خارج از کشور به شرط اینکه یکی از زوجین تبعه خارجی باشند.
۲۵۶	(۴) قطع رابطه زندگی مشترک
۲۵۷	عده زن مطلقه در حقوق ایتالیا
۲۵۷	طلاق در حقوق انگلستان
۲۵۷	اشاره
۲۵۷	[موارد طلاق]
۲۵۷	اشاره
۲۵۷	(۱) اگر یکی از زوجین مرتکب زنا شود
۲۵۸	(۲) اگر رفتار یکی از زوجین آنچنان باشد که برای همسرش ادامه زندگی زناشویی غیر مقدور گردد
۲۵۸	(۳) اگر یکی از زوجین دو سال مداوم همسرش را ترک کرده باشد
۲۵۸	(۴) اگر زوجین دو سال جدا از یکدیگر زندگی کنند [بدون عذر موجه]
۲۵۸	(۵) اگر زوجین مدت ۵ سال مداوم جدا از هم زندگی کنند
۲۵۸	دخالت در دعوی طلاق بعنوان نماینده مقام سلطنت
۲۵۹	تفریق جسمانی در انگلستان
۲۵۹	طلاق در حقوق آمریکا
۲۵۹	اشاره
۲۵۹	[علل طلاق]
۲۵۹	(۱) علل مبتنی بر تقصیر
۲۶۰	(۲) علل عینی

۲۶۰	طلاق در حقوق کشورهای سوسیالیستی
۲۶۰	طلاق در حقوق شوروی
۲۶۱	طلاق در حقوق رومانی
۲۶۲	طلاق در حقوق چکسلواکی
۲۶۲	طلاق در حقوق مجارستان
۲۶۲	طلاق در حقوق لهستان
۲۶۳	طلاق در حقوق چین کمونیست
۲۶۳	طلاق در حقوق یوگسلاوی
۲۶۴	طلاق در حقوق کوبا
۲۶۴	ضمائم
۲۶۴	اشاره
۲۶۴	ضمیمه شماره ۱
۲۶۶	ضمیمه شماره ۲
۲۶۷	ضمیمه شماره ۳
۲۶۷	شرایط مندرج در نکاحیه
۲۶۷	شرایط ضمن عقد یا عقد خارج لازم
۲۶۸	ضمیمه شماره ۴
۲۶۸	دادگاه صالح در دعاوی خانواده
۲۶۸	سابقه تاریخی
۲۷۰	تأسیس دادگاههای مدنی خاص
۲۷۰	تحقیق و بررسی
۲۷۱	تجدید نظر در احکام صادره
۲۷۱	نظریه شورای نگهبان
۲۷۱	صلاحیت دادگاه مدنی خاص

۲۷۳	ترتیب رسیدگی
۲۷۴	ضمیمه شماره ۵
۲۷۴	سؤال ملا علی نوری «۱» از میرزای قمی در مورد بذل مدّت توسط ولیّ و پاسخ آن
۲۷۵	فهرست منابع و مآخذ
۲۷۸	درباره مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

بررسی فقهی حقوق خانواده نکاح و انحلال آن

مشخصات کتاب

سرشناسه : محقق داماد، سیدمصطفی، ۱۳۲۴ -

عنوان قراردادی : ایران . قوانین و احکام

عنوان و نام پدیدآور : بررسی فقهی حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن، مواد ۱۰۳۴ تا ۱۱۵۷ قانون مدنی / مصطفی محقق داماد.

مشخصات نشر : تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۵.

مشخصات ظاهری : ۵۲۹ص.

فروست : سلسله مباحث حقوق مدنی؛ ۱۴.

شابک : ۷۲۰ریال : ۹۶۴-۶۵۶۷-۰۰-۲ ؛ ۱۲۰۰ریال (چاپ سوم)

وضعیت فهرست نویسی : برون سپاری.

یادداشت : فهرست نویسی براساس اطلاعات فیپا.

یادداشت : چاپ یازدهم: ۱۳۸۴

یادداشت : چاپ سوم، ۱۳۶۸.

یادداشت : چاپ پنجم: ۱۳۷۴؛ ۸۰۰۰ریال

یادداشت : چاپ هفتم: ۱۳۷۹؛ ۱۵۰۰۰ریال

یادداشت : چاپ هشتم: ۱۳۸۰؛ ۱۸۰۰۰ریال

یادداشت : عنوان عطف: حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن.

یادداشت : کتابنامه: ص. [۵۲۷] - ۵۲۹؛ همچنین به صورت زیرنویس.

عنوان عطف : حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن.

عنوان دیگر : حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن

موضوع : زناشویی -- قوانین و مقررات -- ایران

موضوع : زناشویی (فقه)

موضوع : حقوق خانواده -- ایران

رده بندی کنگره : KMH۵۴۲/م۳ب۴ ۱۳۶۵

رده بندی دیویی : ۳۴۶/۵۵۰۱۶

شماره کتابشناسی ملی : م ۶۵-۶۵۳

مقدمه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جایگاه والای خانواده، به عنوان باهویت‌ترین نهاد اجتماعی از دیرباز و خصوصاً قرون اخیر، موقعیت و مقام ممتازی را در بین کلیه تأسیسات حقوقی نوین و کهن احراز کرده است. حقوق به مفهوم عام مجموعه مقررات، قواعد و اصولی است که روابط و مناسبات مختلف بین اجتماعات و افراد و آحاد مردم را به نحو متقابل تنظیم می‌کند. حقوق خانواده بخش مهمی از این دست‌آورد عظیم خرد

است که در طول قرون و اعصار مختلف در بستر بی‌انتهای تاریخ به وسعت کل بشریت سیلان و صیقل یافته و بشر متمدن امروز در سایه این پویش تاریخی در این عرصه اجتماعی از نظم بالنسبه استوار و قابل اتکایی برخوردار است.

اهمیت خانواده در مجادله بی‌امان و مستمر تاریخ ملت‌ها به حدی است که هیچ یک از مکاتب سیاسی، اجتماعی و فلسفی از پرداختن به آن بی‌نیاز نبوده‌اند. از نخستین روزهای پیدایی بشر بر عرصه خاک و اولین شکفتگی‌های اندیشه بشری در گستره عظیم تاریخ خرد و آگاهی، خانواده و حقوق مربوط به آن همواره بخش قابل توجهی از اشتغالات فکری انسان را تشکیل می‌داده است. تاریخ بشر حکایت دارد بعد از سپری شدن عصر بربریت، که مشخصه بسیار بارز آن اسارت انسان در چنبره قهر قوای طبیعی و رفع حاجتمندیهای مادی و روزمره است، و بعد از وقوع اولین انقلابات اجتماعی به رهبری پیامبران و انبیاء الهی که نقطه عطف عظیمی در تاریخ پرحادثه طولانی بشر، این مولود شریف و برگزیده دستگاه خلقت می‌باشد ضرورت تنظیم روابط خانواده و هویت یافتن مستقل حقوق آن بمثابة نخستین هسته و سلول تشکیل دهنده نهادهای اجتماعی بیش از پیش احساس شده است.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۶

مبشرین ادیان الهی بدون استثناء در تعالیم انسان ساز و پربرکت خود فصل کاملی را به آموزش اصول و قواعد و تنظیمات خانواده اختصاص داده‌اند. این رویه مسعود در روند تکوینی و تکامل خود در شریعت مقدسه اسلام به عنوان آخرین و کامل‌ترین مجموعه اصول و قواعد الهی لمعان و تالاف بیشتری یافته است.

حقوق خانواده در اسلام بخش مهمی از احکام و اخلاق را تشکیل می‌دهد و با وسواس و دقتی در خور تشریع الهی کلیه جوانب و زوایای آن مورد لحاظ شارع مقدس قرار گرفته است. اهمیت تاریخی و جاویدان اصول و قواعد خانواده در مجموعه تعالیم اسلامی به حدی است که علی‌رغم نهضت لجام گسیخته تجدد و تجدید نظر طلبی در عصر حاضر احکام و موازین اسلامی عمدتاً از گزند حوادث دوران شیفتگی و خودباختگی فرهنگی بیش از حد متجددین و غرب‌زدگان معاصر مصون و محفوظ مانده است.

در اوائل قرن جاری که به اقتضای تغییر و تحولات اقتصادی، سیاسی و اجتماعی نوین، جعل و تدوین قوانین و مقررات مختلفی ضرورت یافت، علی‌رغم میل باطنی بسیاری از کارگزاران نیرنگ باز استعمار، حقوق مربوط به خانواده تقریباً به شکل مدون در شریعت مقدسه اسلام در مجموعه مقررات قانون مدنی ایران پایداری و هویت تاریخی خود را ادامه داد و در تمام طول شصت سال گذشته تقریباً دست نخورده باقی ماند.

وجه عملکرد دستگاههای تقنینی در طول ۶۰-۷۰ سال اخیر نشان می‌دهد که هرگز تحوّل و تغییر سازنده‌ای در سیر تکوینی حقوق خانواده تحقق نیافته و هر زمان که بنا به مصلحت‌اندیشی‌ها و ملاحظات ناپایدار و گذرا الزاماً تغییری در این مقررات صورت گرفته جنبه رقاء و تعالی نداشته و بعد از مدتی در بایگانی بزرگ تاریخ به فراموشی سپرده شده است.

برخورد تاریخی با تأسیسات و نهادهای مربوط به خانواده خصوصاً در دهه‌های اخیر مقبول و منصفانه نبوده است، به صورتی که تأسیساتی نظیر خواستگاری، مهریه، جهیزیه، متعه طلاق و غیره در سایه تبلیغات سوء به صورت رسوم و قواعدی قرون وسطایی و منسوخ معرفی شده است. در جریان این گونه تقلبات تاریخی عمدتاً دو عنصر اساسی ذی‌مدخل بوده است؛ اول اعمال کسانی که این گونه قوانین شریعت را که متناسب با نیاز فطری، عاطفی و طبیعی انسانی بوده وسیله‌ای برای اجرای هواهای نفسانی و شهوات خویش قرار داده بودند؛ و دوم از خود بیگانگی و غرب‌زدگی از فرنگ برگشتگانی که در مواجهه با مظاهر فریب تمدن مغرب زمین یکباره کلیه سنت‌های زیبای اصیل و ملی و مذهبی خود را فراموش کرده‌اند؛

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۷

آنانی که اشتیاق زده به آستان پرستی ضد ارزش‌های غربی و عتبه‌بوسی تماشاخانه‌های فرنگ رفته بودند.

جای خوشوقتی است که در وا نفسای جولان این اندیشه‌های منحرف در طول دهه‌های گذشته به لطف انفاس قدسیه خردمندان و

حقوقدانان و فقهای اسلامی در سایه درخشش تاریخی احکام جاویدان اسلام، حقوق خانواده به شکل مندرج در حقوق اسلامی در کتب و تعالیم اساتید دانشگاهی هر چند کم فروغ به بالندگی تاریخی خود ادامه داد.

با تحقق پیروزی انقلاب شکوهمند اسلامی و فروریزی موانع ایجاد شده بین حوزه‌های علمیه و دانشگاه فرصت تاریخی استثنایی و نوینی در تکامل حقوق منطبق با موازین و مقررات اسلامی دست داد. نظر به اینکه احکام غیر عبادی اسلام در مجموعه غنی قانون مدنی قریب نیم قرن پیش توسط جمعی از علما و حقوقدانان مبرز و برجسته جمع و تدوین گردیده و جان‌مایه اصلی تنظیمات مربوط به روابط و مناسبات و معاملات افراد با یکدیگر را تشکیل می‌دهد ناگفته پیداست که این فرصت جهت ایضاح هر چه بیشتر زوایای پربار این قانون توسط شیفتگان خرد باید مغتنم شمرده شود.

جزوه حاضر تلاشی است به قدر قوه در جهت بازشناسایی هر چه بیشتر بخش حقوق خانواده قانون مزبور. در این راستا ذکر نکاتی چند ضروری است:

(۱) در طول دهه‌های گذشته به علت غلبه و رجحان غیر منطقی نظامهای حقوقی بیگانه بر سیستم‌های قانون‌گذاری و اندیشه علمای حقوق عنصر مسلط و عمده در آثار و تألیفات حقوقی اصول و قواعد حاکم بر رژیم‌های حقوقی غربی بوده است؛ در این میان قانون مدنی یک استثنا بوده و جوهره اصلی آن را اصول حاکم بر شریعت نبوی و تعالیم رسول اکرم (ص) و ائمه اطهار (ع) و فقهای عظام شیعه طاب الله ثراهم تشکیل می‌داده است. اصولی که در سایه اجتهاد شیعه پیوسته سیر تکامل تاریخی خود را با نظم کم‌نظیر پیموده است. در طول مباحث هر جا که ضرورت احساس گردیده آراء دانشمندان اهل سنت، از حیث مطالعه بیشتر و امکان مقایسه، منعکس گردیده است.

(۲) قانون مدنی در جمیع مباحث و ابواب از جمله باب مربوط به حقوق خانواده به منظور هماهنگ‌سازی و یکنواختی حقوق خصوصی از نظر مشهور پیروی نموده تا به عنوان مقررات حاکم در مقام اجرا اختلال و اشکالی تولید نشود.

در این جزوه سعی شده است حتی المقدور نظریات مغایر با نظر مشهور نیز از حیث تنویر افکار دانشجویان و طلبان و شناخت هر چه بیشتر مبانی احکام مورد بحث قرار گیرد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۸

(۳) در این جزوه به منظور پرهیز از هر گونه نوگرانی و سنت‌شکنی مضر که متأسفانه به عنوان وسیله تفاخر مدتهاست متداول گردیده، تلاش شده است از متون و منابع اصیل فقهی به عنوان کتب پایه و مرجع استشهاد شود. در عین حال به منظور ایجاد امکان مقایسه و تسهیل اطلاع طلبان و دانشجویان در مواقع لزوم از قوانین و اصول حقوقی نظامات غیر اسلامی نیز مباحثی ذکر شده است.

(۴) شرح ماده به ماده مقررات قانون مدنی روشی است که برای تسهیل فراگیری دانشجویان و طلبان مفید تشخیص داده شد و در این خصوص از سبک قدما پیروی شده است. و بر آنیم که تمامی ابواب را که یک دوره کامل «معاملات» در اصطلاح فقه است به موازات تدریس در مدارس حقوق به نگارش درآوریم و این منظور جز با عنایات الهی و استمداد از نفحات رحمانی و توجه خاص اربابان فقاقت یعنی اهل بیت رسول الله (ص) امکان‌پذیر نخواهد بود.

همتم بدرقه راه کن ای طایر قدس که دراز است ره مقصد و من نوسفرم

(۵) در زیرنویس صفحات جزوه به قدر لزوم مآخذ و مراجع و کتب برای استفاده بیشتر علاقه‌مندان تعیین گردیده است.

به امید آنکه مقبول طبع افتد و با نقد و تذکر اندیشمندان و اساتید گرامی بزیور کمال آراسته گردد.

ربنا آتنا من لدنک رحمۃ و هیئ لنا من امرنا رشد! سید مصطفی محقق داماد تابستان ۱۳۶۵

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۹

اشاره

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۱

واژه نکاح:

نکاح مصدر ثلاثی و از ریشه نکح، ینکح می‌باشد. اهل لغت نیز آن را در عداد مصادر ثلاثی منظور داشته‌اند «۱». باید توجه داشت که هر چند اهل لغت نکاح را مصدر ثلاثی دانسته‌اند، ولی فعال، که نکاح بر آن وزن است، از اوزان قیاسی مصادر ثلاثی نیست بلکه از اوزان سماعی آن بشمار می‌رود. ابن مالک در الفیه می‌گوید: «فعل قیاس مصدر المَعْدَى - من ذی ثلاثه کرد ردّ» «۲».

تعریف نکاح:

نکاح در لغت به معنی تقابل است، و در زبان عرب هرگاه دو کوه در

(۱) المنجد: نکح، ینکح، نکاحا و نکحا.

(۲) یعنی: (فعل) وزن قیاسی مصادر متعدی افعال سه حرفی می‌باشد مانند «ردّ» که مصدر آن «ردد» بر وزن «فعل» است. الفیه ابن مالک باب ابنیة المصادر.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۲

مقابل یکدیگر قرار گرفته باشند گفته می‌شود: تناکح الجبلان، یعنی: دو کوه در مقابل هم واقع شده‌اند. از نظر اصطلاح در این که آیا این لفظ دلالت بر «وطی» می‌کند یا «عقد»، یا میان هر دو مشترک لفظی است، اختلاف نظر وجود دارد. معروف و مشهور آن است که نکاح در لغت به معنی «وطی»، و شرعا به مفهوم «عقد» است «۱». بنظر میرسد که منظور از عقد (مفهوم شرعی نکاح) نه تنها صیغه، بلکه مراد حاصل از آن است که در فارسی به «زن گرفتن» و «شوهر کردن» تعبیر می‌شود.

بنابراین نکاح را چنین تعریف می‌کنیم:

«نکاح رابطه‌ای است حقوقی - عاطفی که بوسیله عقد بین زن و مرد حاصل می‌گردد و به آنها حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کنند؛ و مظهر بارز این رابطه حق تمتع جنسی است».

این تعریف شامل هر دو قسم نکاح یعنی دائم و منقطع است. بعضی از حقوقدانان جدید نکاح را طوری تعریف کرده‌اند که فقط شامل نکاح دائم می‌شود؛ به این شرح:

«نکاح رابطه‌ای است بین زن و شوهر برای تشکیل خانواده» «۲».

این تعریف نکاح منقطع را در بر نمی‌گیرد؛ و از این جهت ناقص است. در حالی که از نظر فقهی و قانون مدنی نکاح منقطع نیز مسلماً مشمول عنوان کلی نکاح است. و لذا می‌توان گفت که با احتمال قوی تعریف فوق از حقوق کشورهای دیگر استنتاج گردیده، زیرا در سیستم حقوقی اغلب کشورها فقط نکاح دائم برسمیت شناخته شده است.

(۱) رجوع شود به تذکره الفقهاء ج ۲ ص ۵۶۵؛ تحریر الاحکام علامه حلی، اول نکاح.

(۲) حقوق مدنی دکتر امامی.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۳

فصل اول - درخواستگاری

اشاره

مورد خواستگاری برهم زدن نامزدی و وضعیت مخارج نامزدی و وضعیت هدایای نامزدی لزوم ارائه گواهی پزشک قبل از عقد

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۵

مورد خواستگاری

اشاره

ماده ۱۰۳۴ قانون مدنی: «هر زنی را که خالی از موانع نکاح باشد می‌توان خواستگاری کرد».

خواستگاری همیشه از ناحیه جنس مذکر انجام می‌شود که مطابق فطرت و طبیعت انسان امری است طبیعی. این قاعده حتی در مورد حیوانات نیز جاری است. و رجوع و درخواست از جنس مخالف غالباً و اکثراً از ناحیه جنس مذکر آغاز می‌گردد «۱».

دین مقدس اسلام نیز که آئین فطرت است بر این روئے فطری و طبیعی صحه نهاده، و بر این مبنا و اساس است که در قرآن و سنت، در امر ازدواج، مردان مخاطب واقع گشته‌اند و مستقیماً به آنان دستور ازدواج و همسرگزینی داده شده است. برای نمونه: «فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ - با زنان طیب ازدواج کنید» «۲».

(۱) نظام حقوق زن در اسلام، استاد شهید مرتضی مطهری.

(۲) قرآن مجید، سوره نساء، آیه ۳.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۶

خواستگاری، که در اصطلاح فقه آن را «خطبه» «۱» گویند، یعنی درخواست مرد از زن برای ازدواج. عمل خواستگاری قبل از مراسم عقد و اجرای صیغه نکاح صورت می‌گیرد، و چنانچه مورد قبول واقع شود این فاصله زمانی میان خواستگاری و اجرای مراسم عقد شرعی را نامزدی می‌گویند. خواستگاری ممکن است توسط زوج یا بوسیله خویشان و دوستانش صورت گیرد. بموجب ماده فوق از زنان بدون موانع نکاح می‌توان خواستگاری کرد و مفهوم مخالف آن این است که زنان دارای موانع نکاح نمی‌توانند مورد خواستگاری واقع شوند.

بررسی فقهی

ماده فوق مشتمل بر دو مطلب است:

۱- جواز خواستگاری از زنان خالی از مانع.

۲- عدم جواز خواستگاری از زنان دارای مانع.

مرحوم علامه حلی در «تذکره الفقهاء» متعرض شقوق مسأله شده‌اند که خلاصه کلام ایشان برای روشن شدن منطوق و مفهوم ماده نقل می‌شود:

جواز خواستگاری از زنان در غیر موارد ممنوعه مورد اتفاق نظر فقهاء است که این امر استحباب دارد. رسول الله (ص) نیز خود این عمل را انجام داده است.

نجاشی برای آن حضرت دختر ابی سفیان را خواستگاری کرد. رویه مردم در ازنه مختلفه و بلاد متباینه بر همین امر ساری و جاری بوده و بر جواز آن دلالت دارد.

خواستگاری یا بصورت تصریح و بی‌پرده صورت می‌گیرد و یا بصورت تعریض و بکنایه؛ و زنی که از وی خواستگاری می‌گردد یا فاقد شوهر و خارج از عده رجعیه

(۱) خطبه بکسر الخاء، هی طلب من نفسها او ولیها (مسالك الافهام شهید)؛ طلب المرأة للزواج (المنجد).

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۷

است و یا آنکه مشغول به آنست؛ و خواستگاری کننده هم یا شخص شوهر است و یا اجنبی.

منظور از تصریح، کلامی است که بصورت صریح بر امر نکاح دلالت کند و محتمل دیگری نداشته باشد، مثل آنکه بگوید: «من می‌خواهم با تو ازدواج کنم».

منظور از تعریض این است که لفظی بکار رود که اشاره به تمایل ازدواج باشد. مثل آنکه بگوید: «چه بسا بتو رغبت دارند» و یا «تو زیبا هستی». با توجه به مراتب فوق مرحوم علامه مطالب زیر را مترتب می‌سازد:

۱- جواز خواستگاری از زنی که خالی از نکاح و عده است، چه بصورت تصریح و چه بصورت تعریض.

۲- حرمت و ممنوعیت خواستگاری از زنان شوهردار، بصورت تصریح یا تعریض.

۳- حرمت و ممنوعیت خواستگاری از زنی که در عده رجعیه است، از ناحیه غیر زوج بصورت تصریح یا تعریض.

۴- جواز خواستگاری از زنی که در عده سه طلاقه است، از سوی زوج بصورت تعریض، ولی زوج و سایرین بصورت تصریح حق خواستگاری از چنین زنی را ندارند.

۵- حرمت و ممنوعیت خواستگاری از زنی که بعلت لعان یا علل دیگر در عده نه طلاقه است، از ناحیه زوج و سایرین تصریحا یا تعریضا.

۶- خواستگاری از زنی که در عده طلاق باین است، مانند مختلعه یا زنی که نکاحش فسخ گردیده، توسط شوهر به تصریح یا تعریض و توسط سایرین فقط به تعریض جایز است.

۷- خواستگاری از زنی که در عده وفات است بصورت تعریض جائز و بصورت تصریح ممنوع است. به دلیل آیه شریفه: «وَلَا جُنَاحَ عَلَیْكُمْ فِیْمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۸

خَطْبَةِ النِّسَاءِ» (۱) یعنی: بر شما باکی نیست که به خواستگاری آن زنان بروید.

بموجب روایات معتبره، آیه شریفه فوق در مورد زنانی است که شوهرانشان فوت کرده و در عده وفات بسر می‌برند (۲).

خواستگاری از نامزد دیگری

علمای اهل سنت به استناد چند حدیث نبوی خواستگاری از زنی را که توسط دیگری خواستگاری شده و موافقت کرده است ممنوع

و حرام دانسته‌اند.

نمونه‌های زیر از جمله آن روایات است:

بفرموده پیامبر (ص): «مؤمن برادر مؤمن است و حلال نیست که در معامله برادر مؤمنش کسی وارد شود و نیز حلال نیست از زنی که برادر دینی او خواستگاری نموده خواستگاری کند مگر اینکه او بهم بزند». و نیز پیامبر (ص) فرموده است: «هیچ یک از شما زنی را که دیگری خواستگاری نموده خواستگاری ننماید تا اینکه او ازدواج کند یا منصرف شود» (۳). اما در این مسأله میان فقهاء امامیه اختلاف نظر است، و نظریات آنان عموماً به دو دسته تقسیم می‌شود: عده‌ای از جمله شیخ طوسی (۴) و شهید اول (۵) معتقدند خواستگاری از زنی که مرد مسلمانی از او خواستگاری کرده و از طرف او یا ولی یا وکیلش مورد موافقت

(۱) قرآن کریم، سوره بقره، آیه ۲۳۵.

(۲) تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۵۶۹.

(۳) صحیح بخاری، کتاب النکاح، باب ۴۵؛ الرسالة شافعی شماره‌های ۸۱-۸۴۶؛ الموطأ مالک، ج ۲، ص ۵۲۳.

(۴) به نقل از تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۵۷۰.

(۵) شرح لمعه، ج ۲، ص ۸۵ چاپ سنگی.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۹

قرار گرفته حرام است. این دسته از فقهاء علاوه بر احادیثی که فوقاً گفته شد، می‌گویند این عمل از طرف پیامبر (ص) نهی گردیده و نهی ظهور در حرمت دارد.

بعلاوه عقیده دارند که چون اینگونه خواستگاری باعث ایذاء و اذیت و موجب عداوت می‌شود بنابراین حرام است.

گروه دیگر مانند شهید ثانی (۱) به کراهت عمل نظر داده‌اند. و در توجیه نظریه خود می‌گویند: اولاً اصل عدم حرمت است؛ ثانیاً وعده ازدواج فی نفسه هیچ گونه علقه‌ای بین زن و مرد ایجاد نمی‌کند بنابراین همانگونه که طرفین حقّ برهم زدن آن را دارند خواستگاری دیگران نیز بلا-مانع است؛ ثالثاً هر چند نهی مذکور در احادیث فوق‌الذکر ظهور در حرمت دارد ولی سند روایات مذکور ضعیف است ۲.

بنظر می‌رسد با توجه باینکه احادیث مورد استناد گروه اول مبنای فتوای عموم فقهاء قرار گرفته (هر چند بعضی به حرمت و بعضی به کراهت نظر داده باشند) پس بدین ترتیب ضعف سند آنها جبران شده است؛ مضافاً بر اینکه عمل مزبور اخلاقاً نیز زشت و دارای کراهت اجتماعی است. بدین ترتیب اصلح این است که معتقد شویم خواستگاری از زنی که مورد خواستگاری دیگری قرار گرفته، و از طرف زن یا قائم مقام قانونیش با آن موافقت شده، از طرف دیگران حرام است.

خواستگاری قبل از اعلام موافقت

در مورد اینکه آیا می‌توان از زنی که مورد خواستگاری مردی دیگر قرار گرفته ولی هنوز خود یا قائم مقام قانونیش آن را ردّ یا قبول ننموده، خواستگاری کرد یا خیر؟ می‌توان گفت هیچ‌یک از فقهاء در این خصوص قائل به حرمت نیستند.

(۱) (۱ و ۲) مأخذ سابق.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۰

شهید ثانی می‌گوید: هر چند ظاهر احادیث می‌رساند که این مورد نیز مانند صورت قبل ممنوع و حرام باشد، با این وجود قائل به حرمت در میان فقها یافت نشده است «۱». علامه حلی معتقد است که خواستگاری قبل از اعلام قبول یا ردّ بلا مانع است. بعضی از علمای شافعی نیز این عقیده را دارند. بدلیل آنکه فاطمه بنت قیس را شوهرش طلاق داد و بعد از انقضای عده به حضور رسول خدا رسید و اظهار داشت که معاویه و ابی جهم هر دو از او خواستگاری کرده‌اند و از حضرت کسب تکلیف کرد؛ رسول خدا (ص) با انتقاد از هر دو نفر او را برای اسامه خواستگاری کرد «۲». مالک بن انس رئیس مذهب مالکی نیز همین عقیده را دارد «۳».

صحت عقد نامزد دیگری

اگر فرض کنیم که خواستگاری از نامزد دیگری حرام است، چنانچه شخصی از چنین زنی خواستگاری کند و بعد از موافقت او را به عقد خود در آورد آیا عقد باطل است یا صحیح؟

علمای امامیه باتفاق معتقدند عقد باطل نیست هر چند مرتکب را مستوجب عقاب می‌دانند «۴». شافعی با نظر امامیه موافق است ولی مالک و داود به بطلان چنین عقدی اعتقاد دارند و دلیل آنان نهی وارده از رسول خداست که فرمود: «لا یخطب احدکم علی خطبة اخیه» یعنی: نباید هیچ‌یک از شما نامزد دیگری را خواستگاری نماید؛ و بیان استدلال بدین صورت است که نهی موجود در حدیث دلالت بر حرمت و فساد و بلااثر بودن عمل نهی شده دارد.

(۱) مأخذ سابق.

(۲) تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۵۷۰.

(۳) الموطأ مالک، ج ۲، ص ۵۲۳.

(۴) شرح لمعه، ج ۲، ص ۸۵ چاپ سنگی.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۱

بنظر می‌رسد که این استدلال درست نیست و چنین عقدی صحیح است؛ زیرا آنچه مورد نهی واقع شده خواستگاری از زنی است که قبلاً از او خواستگاری و مورد موافقت قرار گرفته و فساد و حرمت خواستگاری مذکور ملازمه با فساد و بطلان عقد ازدواج ندارد «۱».

(۱) تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۵۷۰.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۲

برهم زدن نامزدی

اشاره

ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی: «وعده ازدواج ایجاد علقه زوجیت نمی‌کند اگر چه تمام یا قسمتی از مهریه که بین طرفین برای موقع ازدواج مقرر گردیده پرداخته شده باشد. بنابراین هر یک از زن و مرد مادام که عقد نکاح جاری نشده می‌تواند از وصلت امتناع کند و طرف دیگر نمی‌تواند به هیچ وجه او را مجبور به ازدواج کرده و یا از جهت صرف امتناع از وصلت، مطالبه خسارتی نماید».

نکاح با اجرای صیغه تحقق می‌یابد و قبل از آن هیچ نوع علقه و رابطه حقوقی بین طرفین بوجود نمی‌آید، هر چند که زوجین یا

خویشان آنها برای مهریه به توافق رسیده باشند.

مستنبط از ذیل ماده فوق چنین است که حتی چنانچه زوجین قبل از اجرای صیغه نکاح تعهد بر انجام ازدواج نمایند و برای تخلف از آن وجه التزامی معین کنند، نه تعهد مزبور قابل الزام است، و نه وجه التزام قابل مطالبه می‌باشد. قانون‌گذار هر گونه علقه و الزامی را قبل از اجرای عقد نکاح بلااثر دانسته است.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۳

بعضی از شارحین قانون مدنی گمان کرده‌اند که چنانچه نامزدها تعهد کرده باشند طرفی که نامزدی را بر هم بزند مبلغی بعنوان وجه التزام به طرف دیگر بپردازد، این شرط از جمله تعهدات خصوصی و از مصادیق ماده ۱۰ قانون مدنی است و الزام‌آور خواهد بود و اضافه کرده‌اند در اصل تعهد برای ازدواج نیز چنانچه احد طرفین به میل خود آن را انجام ندهد از طرف دادگاه ملزم به ازدواج می‌شود و عقد ازدواج توسط مأمور دادگاه منعقد می‌گردد «۱».

نقد و بررسی

هر چند ما اکنون در مقام بحث در مورد ماده ۱۰ قانون مدنی نیستیم و در جای خود به تفصیل بحث خواهیم کرد ولی همین قدر می‌گوئیم که موضوع مورد بحث اصولاً از مصادیق ماده ۱۰ قانون مدنی نیست، زیرا بموجب همان ماده تعهدات خصوصی نباید مخالف قانون باشد، و موضوع ما نحن فیه مخالف قانون است، بنابراین در محدوده ماده مذکور قابل توجیه نیست.

توضیح اینکه: بموجب ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی، اولاً هر یک از طرفین قبل از وقوع عقد حق دارند از وصلت امتناع کنند، ثانياً هیچ عاملی نمی‌تواند آنان را به ازدواج مجبور نماید. بنابراین بموجب مدلول ماده هر گونه تعهدی قبل از وقوع عقد باطل و بلااثر است و الزام‌آور نیست. و همین صراحت ماده ۱۰۳۵ مدلول آن را از شمول ماده ۱۰ قانون مدنی خارج می‌سازد، و هر گونه اجتهاد دیگری در مقابل آن باطل است. و چون اصل تعهد باطل است، وجه التزام آن هم قابل اجرا نخواهد بود با این استدلال موضوع روشن می‌گردد که چنانچه زوجین ضمن عقد خارج لازم متعهد بر ازدواج شوند نیز نافذ نخواهد بود.

(۱) حقوق مدنی دکتر امامی، ج ۴، ص ۲۷۱.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۴

به هر حال همانگونه که ماده مذکور صراحت دارد قبل از اجرای صیغه عقد هیچ گونه تعهد الزام‌آوری برای طرفین وجود ندارد و هر یک از آنها حتی بدون عذر موجه می‌تواند تن به وصلت منظور و معهود ندهد و طرف دیگر نمی‌تواند او را به ازدواج مجبور یا به جهت صرف امتناع از ازدواج مطالبه خسارت نماید.

البته منظور از این خسارت که در ذیل ماده ۱۰۳۵ قید گردیده غیر از خسارت ناشی از مخارجی است که برای نامزدی صورت گرفته، اینگونه خسارات بموجب ماده ۱۰۳۶ قابل مطالبه است ولی چنانچه احد از طرفین به خاطر صرف امتناع طرف دیگر از ازدواج، مطالبه خسارت کند، اینگونه خسارات قابل مطالبه نیست و طرفین ملزم به آن نیستند.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۵

وضعیت مخارج نامزدی

ماده ۱۰۳۶ قانون مدنی: «اگر یکی از نامزدها وصلت منظور را بدون علت موجهی به هم زند درحالی که طرف مقابل یا ابوبین او یا اشخاص دیگر به اعتماد وقوع ازدواج مغرور شده و مخارجی کرده باشند، طرفی که وصلت را به هم زده است باید از عهده

خسارات وارده بر آید ولی خسارت مزبور فقط مربوط به مخارج متعارفه خواهد بود».

در این ماده چند نکته وجود دارد که لازم است توضیح داده شود:

اولاً بر خلاف ماده ۱۰۳۵ در این ماده قید علت موجب وجود دارد، یعنی اگر طرفی که از وصلت منظور سربازمی‌زند برای این کار علت موجّهی داشته باشد، طرف دیگر حقّ مطالبه خسارت ندارد.

ثانیاً خسارت قابل مطالبه محدود به حدود متعارف است نه هر گونه خسارتی.

این ماده در تاریخ ۸/ ۱۰/ ۶۱ ضمن اصلاحاتی در مواد قانون مدنی حذف گردید. اما بنظر می‌رسد علت موجب شرعی و فقهی برای این حذف وجود ندارد و

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۶

اینگونه خسارات شرعاً و قانوناً قابل مطالبه است، و در این مورد قانون مدنی با موازین شرعی مطابقت داشته است. زیرا فرض مسأله در ماده فوق این است که طرفی که به او وعده نامزدی داده شده خود یا کسانش با این وعده مغرور شده و مخارجی را متحمل می‌شوند، و با بهم خوردن نامزدی از این رهگذر متضرّر می‌گردند. بنظر می‌رسد همانگونه که از کلمه مغرور در ماده فوق بر می‌آید اینگونه خسارات شرعاً و بموجب قاعده غرور قابل مطالبه است.

ممکن است گفته شود که استناد به قاعده غرور در این مورد موجه نیست، زیرا در صدق عنوان «غار» لازم است که قصد و عمد برای گول زدن موجود باشد و در ما نحن فیه چنین نیست. اما این استدلال صحیح بنظر نمی‌رسد، زیرا همانگونه که در مبحث قواعد فقه گفته‌ایم در صدق عناوین همیشه وجود عمد و قصد لازم نیست. مثلاً در ضارب و مضروب این عناوین صدق می‌کند بدون اینکه قصد و عمدی در زدن و خوردن وجود داشته باشد و تنها در موارد خاصی لازم است قصد و عمد وجود داشته باشد که آنها را عناوین قصدیه می‌گویند، مانند: «تعظیم و توهین» که بدون وجود قصد و عمد تحقق این عناوین ممکن نخواهد شد «۱».

مرحوم استاد مرتضی مطهری طاب ثراه مستند این ماده را علاوه بر قاعده غرور قاعده تسبیب نیز شمرده‌اند، ایشان می‌نویسند: «بعلاوه در قانون مدنی، تسبیب یکی از موجبات ضمان قهری شناخته شده و از ماده ۳۳۲ که مربوط به تسبیب است نیز می‌توان ضمان طرف متخلف را در اینگونه موارد استفاده کرد» «۲».

تذکر این نکته لازم است، همانگونه که استاد شهید اشاره فرموده‌اند بطور کلی عده‌ای از فقها یکی از مستندات قاعده غرور را قاعده تسبیب ذکر نموده‌اند.

ولی همانطوری که در جای خود در مورد قاعده تسبیب گفته‌ایم این قاعده در جایی

(۱) برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به کتاب «قواعد فقه» تألیف نگارنده، ص ۱۸۰-۱۷۸، مبحث غرور؛ و کتاب القواعد الفقهیه مرحوم بجنوردی ج ۱.

(۲) نظام حقوق زن در اسلام.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۷

حاکم است که فاعل مختاری در میان فاصله نشود، که در این صورت چون فاعل مزبور مباشر است و مباشر اقوی از سبب می‌باشد مسبب دیگر ضامن نخواهد بود.

ولی ظاهراً نظر استاد قدّس سرّه این است که هر چند مباشر فاعل دارای اراده می‌باشد ولی چون مخدوع و مغرور شده است اراده وی کان لم یکن محسوب، و بنابراین سبب اقوی از مباشر است و مورد از مصادیق قاعده تسبیب خواهد بود.

بنابراین در بحث مورد نظر نتیجه می‌گیریم که لزوم پرداخت خسارت وارده توسط شخص برهم‌زننده نامزدی تنها به خاطر فریب

دادن است. یعنی چون طرف مقابل بهر تقدیر از طرف او مغرور گردیده و متحمل خساراتی شده شرعاً حق مطالبه خسارت دارد، و این حق منافاتی با حق بر هم زدن اصل نامزدی نیز نخواهد داشت. بدین ترتیب مبنای حقوقی ماده کاملاً روشن است و بر خلاف آنچه پاره‌ای از شارحین قانون مدنی تصوّر کرده‌اند مشکلی وجود ندارد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۸

وضعیت هدایای نامزدی

اشاره

ماده ۱۰۳۷ قانون مدنی: «هر یک از نامزدها می‌توانند در صورت بهم خوردن وصلت منظور هدایائی را که به طرف دیگر یا ابوین او برای وصلت منظور داده است مطالبه کند. اگر عین هدایا موجود نباشد مستحق قیمت هدایائی خواهد بود که عادتاً نگاهداشته می‌شود مگر اینکه آن هدایا بدون تقصیر طرف دیگر تلف شده باشد».

ماده ۱۰۳۸ قانون مدنی: «مفاد ماده قبل از حیث رجوع به قیمت در موردی که وصلت منظور در اثر فوت یکی از نامزدها به هم بخورد مجری نخواهد بود».

با توجه به دو ماده فوق نکات زیر استخراج می‌شود:

۱- در صورت بهم خوردن نامزدی، هر یک از نامزدها می‌توانند عین اموالی را که بعنوان هدیه به طرف مقابل یا ابوین او داده در صورتی که موجود باشد مسترد نماید.

۲- چنانچه عین اموال موجود نباشد، در این صورت دو حالت متصور

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۹
است:

الف- عین از اموالی است که عادتاً نگهداری نمی‌شود.

ب- عین از اموالی است که عادتاً نگهداری می‌شود.

در صورت اول قیمت قابل مطالبه نمی‌باشد، و در صورت دوم دو حالت متصور است:

۱- مال با تقصیر طرف دیگر تلف شده است.

۲- مال بدون تقصیر طرف دیگر تلف شده است.

در صورت دوم قیمت قابل مطالبه نیست، و در صورت اول دو حالت متصور است:

الف- برهم خوردن نامزدی بعّلت فوت یکی از نامزدها بوده است.

ب- برهم خوردن نامزدی بعّلت فوت یکی از نامزدها نبوده است.

در صورت اول قیمت قابل مطالبه نیست، و در حالت دوم قیمت قابل مطالبه است.

بررسی فقهی

از دیدگاه فقه، تقدیم هدایا از سوی نامزدها یا کسان آنان به طرف دیگر از مصادیق هبه است، و واهب می‌تواند در غیر مورد ذوی الارحام مال موهوبه را مسترد نماید. مگر اینکه مال تلف شده باشد و یا اینکه واهب یا متهب فوت کند، که در این موارد مال

موهوبه قابل استرداد نیست «۱».

با توجه به احکام فوق در مورد هبه و تطبیق آن با مدلول دو ماده فوق الذکر از قانون مدنی، این سؤال پیش می‌آید که اگر هدایای نامزدی از نظر فقهی و حقوقی

(۱) تحریر الوسیله حضرت امام خمینی مد ظله العالی، ج ۲، ص ۵۹-۶۰.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۰

از مصادیق عنوان هبه است، پس چگونه و چرا پس از تلف قابل استرداد دانسته شده؟، و نیز اینکه قانون مدنی میان اموال تفکیک قائل شده و در مورد اموالی که عادتاً نگهداری می‌شود اجازه مطالبه قیمت داده است، معیار تمیز اموالی که عادتاً نگهداری می‌شود از اموالی که عادتاً نگهداری نمی‌شود، چیست؟

در توجیه فقهی موضوع می‌توان گفت که هنگام نامزدی هدیه دهنده اموالی را که عادتاً قابل نگهداری است مانند طلا و زیورآلات، بنحو مطلق هدیه نمی‌کند بلکه بشرط وقوع عقد ازدواج آنها را هدیه می‌دهد؛ بنابراین چنانچه ازدواج به عللی مانند فوت طرفین تحقق نیابد، مال هدیه شده قابل برگشت خواهد بود.

به تعبیر دیگر، هدیه مزبور را اصولاً احد از نامزدها یا کسانش به شخص معینی می‌دهد که در آینده همسر او خواهد شد، و بدون عذر موجه از وصلت صرفنظر نخواهد کرد؛ بدین ترتیب دادن هدیه به این صورت از ابتدا به نحو معلق و مشروط بوده و در نتیجه تملیک قطعی صورت نگرفته است.

منظور از بیان فوق این نیست که مقاصد و جهات در معامله دخالتی دارد، بلکه مقصود این است که چنانچه طرف مقابل هبه در نظر واهب فرد معین با شرایط وجودی مشخص بوده، و این امید و انگیزه وجود داشته که با او ازدواج صورت خواهد گرفت اما چنین ازدواجی تحقق نیابد، بنظر می‌رسد در صورت وجود عین موهوبه، عین و در صورت تلف، مثل یا قیمت آن قابل استرداد است. زیرا این مورد مشابه موردی است که شخصی بتصور آنکه دیگری برادر اوست به او هدیه‌ای بدهد، و بعد معلوم شود که برادر او نیست که در این حالت حق رجوع از هبه و استرداد مال موهوبه برای واهب موجود و محفوظ است.

بنابراین چنانچه هدایای قابل نگهداری بعلت سهل انگاری یا تقصیر متهب تلف شود، واهب می‌تواند مثل یا قیمت آن را مطالبه نماید. اما در مورد مواد خوراکی و اشیاء مصرفی چون اصل بر مصرف و عدم نگهداری آنهاست، از همان ابتدا تملیک به نحو منجز صورت می‌گیرد و چنین اشیائی قابل استرداد نیست.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۱

تنها مسأله‌ای که در این میان باقی می‌ماند تفاوت دیگری است که میان اعیان موهوبه و هدایای نامزدی وجود دارد، و آن اینست که بموجب مفهوم ماده ۱۰۳۸ قانون مدنی چنانچه نامزدی بعلت فوت احد از طرفین بهم بخورد و عین هدایای نامزدی موجود باشد، قابل استرداد خواهد بود. درحالی که بموجب قواعد حاکم بر هبه پس از فوت واهب یا متهب اموال موهوبه قابل برگشت نیست!

این تفاوت در نخستین نگاه بچشم می‌خورد، ولی با امعان نظر و عنایت به توضیحی که فوقاً بیان گردید مطلب قابل توجیه است. زیرا هبه دهنده در نظر داشته که مال را به شخصی که در صورت بقاء وصلت را انجام خواهد داد بخشیده است.

در مذهب مالکی در کلیه موارد چنانچه بهم‌زننده نامزدی شخص خواستگار یا کسان او باشند، می‌توانند هدایای خود را پس بگیرند «۱».

قانون مدنی ظاهراً این تفصیل را نپذیرفته است، زیرا می‌گوید: «هر یک از نامزدها ... در صورت بهم خوردن وصلت منظور ...» که شامل بر هم زدن نامزدی توسط طرفین می‌گردد. حتی بنظر می‌رسد «عذر موجه» که در ماده ۱۰۳۶ ملحوظ شده در این ماده در

نظر گرفته نشده است. بنابراین حکم ماده عبارت از این است که نامزدی در صورتی که با عذر موجه یا بدون آن بهم بخورد، حق مطالبه هدایا برای طرفین نسبت به هر گونه هدیه اعم از اینکه از طرف برهم‌زننده اهداء شده باشد یا از طرف مقابل، وجود خواهد داشت.

(۱) احکام الاحوال الشخصیة فی الشریعة الاسلامیة، نوشته شیخ حسن خالد و عدنان نجا ص ۲۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۲

مرور زمان

ماده ۱۰۳۹ قانون مدنی: «مدت مرور زمان دعاوی ناشی از بهم خوردن وصلت منظور دو سال است و از تاریخ بهم خوردن آن محسوب می‌شود».

مسئله مرور زمان از مسائلی است که با مبانی فقهی اسلام مطابقت ندارد و نیاز به بحث گسترده‌ای دارد. مشهور علمای امامیه به استناد نصوص و روایات واصله (به این بیان که «الحقّ القدیم لا یزله شیء» یعنی: حق هر چند قدیم باشد چیزی نمی‌تواند آن را زایل کند)، فتوا داده‌اند که حقّ دعوی در هیچ موقع به خاطر مرور زمان ساقط نمی‌گردد. به پیروی از این قول، این ماده از قانون مدنی در اصلاحات سال ۶۱ حذف گردید.

باید توجه داشت که حذف مرور زمان در دعاوی، روابط حقوقی افراد را تا مدّتی دچار تزلزل می‌کند، و باعث طرح مجدد و مکرر دعاوی مخومه می‌گردد، و در نتیجه اشکالاتی برای دستگاه قضائی پدید می‌آورد که باید نسبت به آن تدبیری منطبق با موازین شرعی اتخاذ نمود.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۳

لزوم ارائه گواهی پزشک قبل از عقد

ماده ۱۰۴۰ قانون مدنی: «هر یک از طرفین می‌توانند برای انجام وصلت منظور از طرف مقابل تقاضا کند که تصدیق طبیب به صحت از امراض مسریه مهم از قبیل سیفلیس و سوزاک و سل ارائه بدهد».

قانون مدنی با آوردن کلمه «می‌تواند» درخواست ارائه گواهی پزشک را از جمله اختیارات هر یک از طرفین قرار داده است. از نظر فقهی و حقوقی، بدیهی است که هر یک از طرفین قبل از اجرای صیغه، حتی حین عقد می‌تواند شروطی قائل شود و طرف مقابل را به آن ملزم نماید، ولی چون این شرط معمولاً به خاطر احترام و رعایت نزاکت عمل نمی‌گردید و عدم توجه به آن نیز ممکن بود عواقب ناخوشایندی در بر داشته باشد، لذا در سال ۱۳۱۷ بموجب ماده ۲ قانون لزوم ارائه گواهینامه پزشک قبل از ازدواج مقرر گردید: «کلیه دفاتر ازدواج مکلفند که قبل از وقوع ازدواج از نامزدها گواهی‌نامه پزشک را بر نداشتن امراض مسریه مهم که نوع آنها از طرف وزارت دادگستری معین و اعلام می‌گردد مطالبه نموده و پس از بایگانی به عقد ازدواج و ثبت آن با قید موجود بودن گواهی پزشک بر تندرستی

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۴

نامزدها اقدام نمایند».

باید توجه داشت که مفاد قانون فوق از جمله نظامات دولتی است و یک تکلیف انتظامی برای سردفتران ازدواج است، که در صورت تخلف از آن، متخلف تعقیب می‌شود؛ و الاّ عدم رعایت آن اثری در عقد ازدواج ندارد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۵

فصل دوم - قابلیت صحی برای ازدواج

اشاره

سن ازدواج اجازه ولی سقوط اجازه ولی محجور
بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۷

سن ازدواج

اشاره

ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی: «نکاح قبل از بلوغ ممنوع است».

تبصره: «عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی صحیح است بشرط رعایت مصلحت مولی علیه».

اصلاحی مورخ ۸ / ۱۰ / ۶۱

ماده فوق قبل از اصلاحی مورخ ۸ / ۱۰ / ۶۱ به این صورت بوده است: «نکاح اناث قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام، و نکاح ذکور قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام ممنوع است. مع ذلک در مواردی که مصالحی اقتضاء کند، با پیشنهاد مدعی العموم و تصویب محکمه ممکن است استثنائاً معافیت از شرط سن اعطا شود ولی در هر حال این معافیت نمی تواند به اناثی داده شود که کمتر از ۱۳ سال تمام، و به ذکوری شامل گردد که کمتر از ۱۵ سال تمام دارند».

از آنجا که معیار شرعی در فقه، بر بلوغ و عدم بلوغ است، و موضوع ضابطه مقرر سنی که در ماده فوق مندرج بوده با شرع مغایرت داشته، لذا به صورت کنونی مبدل گردیده است.

توضیح آنکه: اهلیت متعاقدين یکی از شرائط صحت عقد است، و این

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۸

قاعده بر کلیه معاملات حاکم است؛ در نکاح موضوع اهمیت زیادی دارد پسر صغیر و دختر صغیره نمی توانند بدون اجازه ولی عقد نکاح منعقد سازند؛ اما ولی می تواند مولی علیه صغیری را به عقد ازدواج درآورد.

منظور از تبصره فوق نه این است که صغیر و صغیره می توانند با اجازه ولی مستقیماً خودشان نکاح کنند، بلکه منظور این است که ولی می تواند مستقیماً مولی علیه را تزویج نماید. بعبارت دیگر، طرف عقد در حقیقت ولی است و برای اجرای صیغه باید بگوید: «دخترم را بنکاح در آوردم» و یا «برای پسر من نکاح را قبول کردم» در واقع نسبت ایجاب و قبول را بخویش بدهد.

نکاح توسط ولی

در اینکه ولی می تواند برای دختر صغیره یا پسر صغیر خود نکاح نماید بین فقها تردیدی وجود ندارد، و از این حیث نیز فرقی نمی کند که دختر صغیره باکره باشد یا آنکه به علت کسالت یا جنایت یا اشتباه، از او ازاله بکارت شده باشد.

مستند این فتوا علاوه بر اجماع، روایات زیادی است که وارد گردیده است. از آن جمله، صحیح عبد الله بن صلت که می گوید:

«از حضرت صادق سؤال کردم (درباره دختر صغیره ای که پدرش برای او نکاح می کند) آیا او بعد از بلوغ حق اظهار نظر و اختیار

دارد یا نه؟ آن حضرت فرمود: خیر «۱».

مشهور فقها با استناد به روایت فوق و نظایر آن، عقیده دارند که دختر صغیره پس از بلوغ نسبت به عقد انجام شده توسط ولی خود، حقّ خیار ندارد. البته اصل لزوم و استصحاب نیز مؤید عدم خیار برای دختر صغیره بعد از بلوغ است. بنابراین

(۱) وسائل الشیعه، باب ۶ از ابواب عقد نکاح، حدیث ۱.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۹

همانگونه که اشاره شد در مورد دختر صغیره بین فقهاء اختلاف نظری نیست «۱». حتّی در این مورد بعضی دعوی اجماع نموده‌اند. اما در مورد پسر صغیر، هر چند مشهور علماء فتوا بر عدم خیار داده‌اند «۲»، گروهی از فقها از جمله ابن بَرّاج، ابن حمزه، ابن ادریس حلّی «۳»، و نیز شیخ طوسی «۴» معتقدند که پسر صغیر پس از بلوغ حقّ خیار دارد. برای مستند این نظریه دو مطلب ذکر شده است: ۱- ورود ضرر بر زوج، زیرا اثبات مهر و نفقه با فرا رسیدن بلوغ بر وی ضرر است در حالی که بر زوجه چنین ضرری وارد نمی‌گردد.

۲- روایت کناسی، وی از امام باقر (ع) نقل کرده است که آن حضرت فرمود: هرگاه پدر برای پسر زن بگیرد در حالی که رشد نداشته باشد، پس از رسیدن به سنّ بلوغ یا رشد حقّ خیار دارد «۵».

بنظر می‌رسد اولاً فرض مسأله جایی است که هنگام نکاح این امر در نظر ولی به مصلحت مولی علیه بوده، و تشخیص مصلحت با اوست. در واقع معیار، زمان اقدام است نه پس از بلوغ (که در آینده توضیح داده خواهد شد)، و ثانیاً این جهت نمی‌تواند موجب تفاوت بین پسر صغیر و دختر صغیره باشد. زیرا هر چند در مورد دختر صغیره، از جهت مهر و نفقه ضرر و زیانی وجود ندارد، ولی به هر حال ادامه همسری بدون میل و رغبت فعلی بی‌تردید خود ضرر است، و چنانچه ادله ثانویه مانند قاعده لا ضرر در مورد بتواند کارگر باشد باید در هر دو مورد مؤثر واقع شود و جهتی برای تفاوت بین دختر و پسر بنظر نمی‌رسد. خصوصاً اینکه روایت دیگری که توسط محمد بن

(۱) رجوع شود به مسالک الافهام شهید ثانی، افست قم، ج ۱، ص ۳۵۸؛ تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۵۸۶، افست قم.

(۲) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۷۳، چاپ بیروت.

(۳) مأخذ سابق.

(۴) النهایه چاپ بیروت، ص ۴۶۷.

(۵) وسائل الشیعه باب ۶ از ابواب عقد نکاح، حدیث ۸.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۰

مسلم نقل شده، مشتمل بر وجود حقّ خیار برای دختر صغیره و پسر صغیر است.

محمد بن مسلم می‌گوید: «از آن حضرت درباره دختر و پسر نابالغی که با یکدیگر ازدواج می‌کنند سؤال کردم، فرمود: اگر والدین آنها را به ازدواج درآورده باشند مانعی ندارد، ولی بعد از رسیدن به حدّ رشد دارای حقّ خیار می‌باشند «۱». اما علی‌رغم این تحقیق همانگونه که گفته شد قول مخالفی در مورد عدم حقّ خیار برای دختر صغیره وجود ندارد و به هر حال مسأله خالی از اشکال نیست.

اقدام ولی باید منطبق با مصلحت باشد

اقدام ولی نسبت به نکاح صغیر یا صغیره باید در جهت رعایت غبطه و صلاح و صرفه آنان باشد. در غیر این صورت بعضی از فقهاء

عقیده دارند که عقد بصورت فضولی واقع شده، و موقوف بر آن است که صغیر یا صغیره پس از بلوغ اجازه دهد یا ردّ نماید، که در صورت اول عقد صحیح و در صورت ردّ باطل است «۲».

گروهی دیگر از فقها معتقدند که در صورت وقوع عقد بر خلاف مصلحت صغار، عقد بکلی باطل است و اجازه بعدی صغیر یا صغیره موجب صحت آن نمی‌شود. مثلاً- چنانچه دختری دو خواستگار داشته باشد، و ولی طفل از نکاح دختر صغیره‌اش با فرد صالح‌تر خودداری کند، و او را به عقد دیگری در آورد این عقد اصولاً باطل خواهد بود «۳».

چنانچه از ظاهر ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی استفاده می‌شود، قانون‌گذار در بیان حکم این ماده از نظریه اخیر پیروی کرده، زیرا صحت عقد را مشروط به رعایت مصلحت مولی علیه نموده است.

ماده ۱۰۴۲ حذف شد (۸/ ۱۰/ ۶۱).

(۱) وسایل الشیعه، باب ۶ از ابواب عقد نکاح، حدیث ۹.

(۲) تحریر الوسیله امام خمینی؛ شرح لمعه، ج ۲ ص ۶۲.

(۳) عروه الوثقی حاج سید محمد کاظم یزدی.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۱

اجازه ولی در نکاح دختری که شوهر نکرده است

اشاره

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی: «نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده اگر چه به سنّ بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر یا جدّ پدری اوست، و هرگاه پدر یا جدّ پدری بدون علتّ موجب از دادن اجازه مضایقه کند دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد به او شوهر کند و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده، به دادگاه مدنی خاص مراجعه و به توسط دادگاه مزبور مراتب به پدر یا جدّ پدری اطلاع داده شود، و بعد از ۱۵ روز از تاریخ اطلاع و عدم پاسخ موجب از طرف ولی دادگاه مزبور می‌تواند اجازه نکاح را صادر نماید». (اصلاحی ۸/ ۱۰/ ۶۱)

این ماده تقریباً مشابه ماده سابق است، فقط در قسمت اخیر به جای دفتر ازدواج، دادگاه مدنی خاص قرار داده شده است. ماده سابق از این حیث ناقص بود که اصلاح مورخ ۸/ ۱۰/ ۶۱ این نقیصه را جبران نمود. زیرا سابقاً تشخیص عذر موجب که در صدر ماده مقرر گردیده بعهده سردفتر ازدواج گذاشته شده بود و این امر با منطبق قضائی مغایرت داشت. در اصلاح اخیر تشخیص عذر موجب مقرر در ماده

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۲

بعده دادگاه مدنی خاص گذاشته شده، و بدیهی است که دادگاه با لحاظ جمیع جهات از جمله حقّ ولایت پدر و صرفه و صلاح دختر اقدام بصورت اجازه یا خودداری از آن می‌نماید. اشکالی که بر اصلاح اخیر وارد است، اینست که: قانون مدنی مادر و چهار چوب اصلی کلیه قوانین و مقررات حقوقی است، بنابراین عام‌ترین و کلی‌ترین عناوین در آن درج می‌گردد و قید مدنی خاص برای دادگاه با احتمال تغییر تشکیلات و عناوین و اسامی دادگاهها که در گذشته کارا صورت گرفته، با سیاق وضع عناوین و نظم عبارات قانون مدنی مغایرت دارد. بهتر بود به جای «دادگاه مدنی خاص» فقط «دادگاه» یا «دادگاه ذیصلاح» قید می‌شد.

کما اینکه در موارد دیگر قانون مدنی نیز از همین رویه پیروی شده، و عناوین بکار رفته کلی و منصرف از تقسیمات جزئی در

دستگاه قضائی است.

بررسی فقهی

در اینکه پدر و جد پدری بر بالغه غیر باکره هیچ گونه ولایتی ندارد و نکاح چنین دختری موکول به اراده خود اوست، بین فقها تردید و اختلافی وجود ندارد. اما در مورد دختر بالغه باکره اختلاف نظر شدیدی وجود دارد. نظریات فقهاء در این مورد را می‌توان به ۵ دسته تقسیم نمود که اهم آنها سه نظریه زیر است:

الف- ولایت از حین بلوغ ساقط می‌گردد و اختیار نکاح مطلقا در دست خود دختر است، و انجام عقد هیچ گونه نیازی به اجازه پدر و جد پدری ندارد.

گروهی از قدما و متأخرین از جمله شیخ طوسی در تبیان، سید مرتضی، ابن جنید و ابن ادریس بر این نظریه‌اند «۱».

(۱) عروه الوثقی، سید محمد کاظم یزدی، ج ۲، ص ۳۶۱؛ حاشیه میرزای نائینی بر عروه الوثقی؛ تذکره الفقهاء، علامه حلی، ج ۲، کتاب النکاح؛ قواعد الاحکام، علامه حلی، ج ۲، ص ۲۷؛ جامع بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۳

ب- مادامی که دختر باکره است ولایت پدر یا جد پدری کماکان استمرار دارد، و حتی آنان می‌توانند بدون کسب موافقت دختر او را به نکاح درآورند.

جمعی از فقها از جمله شیخ طوسی در «النهایه» و شیخ صدوق بر این نظریه‌اند «۱».

ج- ولایت میان دختر و ولی او مشترک است. یعنی هر یک می‌توانند با موافقت دیگری اقدام به نکاح بنمایند، و چنانچه هر یک به تنهایی اقدام نمودند، نکاح صحیح و نفوذ آن موقوف به اجازه دیگری است که پس از اجازه، از زمان عقد تنفیذ می‌گردد. شیخ مفید در کتاب «المقنعه»، و نیز ابی الصلاح و بسیاری از فقهاء بر این عقیده‌اند «۲».

اختلاف نظر فقها ناشی از اختلاف روایات واصله در این زمینه است.

روی این اصل بسیاری از فقها از متقدمین و متأخرین با توجه به اینکه موضوع از مسائل مهم بوده و استنباط قاطع از روایات وارده مشکل است، برای حفظ و رعایت جانب احتیاط نظریه سوم را اختیار نموده‌اند «۳». از علمای معاصر کسانی نیز قائل به احتیاط شده‌اند، امام خمینی در این مقام می‌گویند: «احتیاط استیذان از ولی است «۴»».

قانون مدنی نیز چنین نظریه‌ای را اتخاذ نموده و نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده را منوط به اذن پدر یا جد پدری دانسته است. بنابراین، چنانچه گفته شد، اگر

الشتات، میرزای قمی، ص ۴۴۰ و ۴۷۰ و ۴۷۴؛ جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۷۵.

(۱) فان عقد الاب علی بکر قد بلغت مبلغ النساء من غیر استیذان لها مضی العقد و لم یکن لها خلافه». النهایه، چاپ بیروت، ص ۴۶۴.

(۲) مسالک الافهام شهید ثانی. ج ۱، ص ۳۵۸، افسست قم؛ تقریرات حاج شیخ عبد الکریم حائری، نوشته میرزا محمد آشتیانی، کتاب النکاح، ص ۲۰؛ مستند الشیعه، مرحوم نراقی، ج ۲، ص ۴۵۹ و ما بعد آن.

(۳) منابع سابق؛ شرایع الاسلام و جواهر الکلام، ج ۱۰، ص ۱۷۷.

(۴) تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۵۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۴

ازدواج بدون اجازه ولی انجام گیرد، نکاح غیر نافذ بوده و پس از صدور اجازه از زمان عقد تنفیذ می‌گردد. باید توجه داشت ملاک در ماده‌ی مذکور، بکارت دختر است نه شوهر نکردن، و لذا در مورد دختری که شوهر کرده ولی قبل از هم بستری طلاق گرفته همین حکم بعینه جاری است. و نیز از طرفی دیگر می‌توان گفت چنانچه بکارت دختری در اثر کسالت یا جراحی زائل شده باشد باز هم در حکم باکره است، چرا که در عرف چنین دختری را هنوز دوشیزه می‌خوانند. لذا ظاهراً از ماده‌ی ۱۰۴۳ قانون مدنی نیز همین معنی استنباط می‌شود.

تأثیر زوال بکارت در سقوط ولایت

عده‌ای از فقهاء از ازاله بکارت بوسیله‌ی شبهه و زنا را نیز باعث سقوط ولایت پدر یا جد پدری نمی‌دانند (۱). ولی بسیاری از فقهای معاصر احتمال سقوط ولایت در مورد ازاله بکارت با شبهه و یا زنا را چندان بعید ندانسته‌اند (۲). فتوا و رویه قضائی نیز فعلاً بر همین نظر استوار گردیده است (۳).

مضایقه ولی از دادن اجازه

کلیه فقهای که اجازه ولی را در نکاح دختر شوهر نکرده معتبر دانسته‌اند، اضافه می‌کنند که اعتبار اجازه ولی تنها در صورتی است که ولی بدون علت موجب از دادن اجازه مضایقه ننماید. لکن چنانچه ولی با وجود خواستگار شایسته و

(۱) مستند الشیعه مرحوم نراقی، ج ۲، ص ۴۶۱.

(۲) عروه الوثقی، سید محمد کاظم یزدی.

(۳) رجوع شود به ضمیمه شماره ۲.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۵

متناسب و تمایل متقابل دختر، از دادن اجازه خودداری کند، در این صورت اعتبار اجازه او ساقط می‌گردد. این عمل را در اصطلاح فقهی عضل (۱) گویند که بمعنای منع است. یعنی منع دختر از تزویج با همتائی که دختر می‌خواهد با او ازدواج کند. در موارد عضل و همچنین هرگاه ولی دختر غایب و به او دسترسی نباشد اذن او معتبر نیست. بنابراین چنانچه در اینگونه موارد ولی از دادن اجازه خودداری کند، این عدم اجازه باید مستند به علل و جهات منطقی و موجب باشد و صرف امتناع از صدور اجازه، معتبر نیست. قانون مدنی برای پیشگیری از مفاسد و حل مشکلات و تخصیصات و به بن بست نرسیدن روابط اجتماعی، با استفاده از اصول و قواعد حاکم بر فقه اسلامی در اینگونه موارد، مسأله را موقوف به اجازه حاکم شرع نموده است.

مضایقه از دادن اجازه سه صورت ممکن است داشته باشد:

۱- بدون بیان علت ازدواج را رد کند؛

۲- به استناد علت غیر موجب آن را رد کند؛

۳- هیچ گونه نظر موافق یا مخالفی را اعلام نکند.

در هر سه صورت مذکور، دختر حق دارد بشرح ذیل ماده‌ی ۱۰۴۳ به دادگاه مراجعه و اجازه ازدواج تحصیل کند.

چنانچه اشاره شد، این ماده قبل از اصلاح از نظر مرجع تشخیص عذر موجب ساکت بود. بدین لحاظ برخی از شارحین قانون مدنی،

این تشخیص را بعهدہ سردفتر گذاشته بودند. درحالی که به دلیل قضائی بودن موضوع، و نداشتن سمت قضائی، سر دفتر اصولاً صلاحیت چنین کاری را نداشت و صرفاً واسطه ابلاغ و در نهایت مأمور ثبت واقعه ازدواج بود.

(۱) «عضل (عضلا و عضلا و عضلانا) المرأة عن الزواج ای حبسها و منعها عنه» المنجد چاپ بیستم ص ۵۱۱.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۶

تذکر:

(۱) اثبات موجه بودن دلایل ردّ، بعهدہ ولیّ نیست. بلکه چنانچه پس از انجام امر ازدواج ولیّ معترض باشد، کافی است که در دادگاه عدم موافقت خود را به اثبات رساند، و اثبات عدم موجه بودن دلایل ردّ و یا ناموجه بودن عدم موافقت ولیّ بعهدہ زوجین است.

(۲) چنانچه پدر و جدّ پدری غائب بوده و دسترسی به آنان ممکن نباشد اعتبار اذن آنان ساقط است «۱». رویه عملی دادگاه‌ها فعلاً بر همین امر است.

ولی چه کسی است؟

اشاره

قانون مدنی در تبصره ماده ۱۰۴۱ به ذکر کلمه «ولیّ» اکتفا کرده و آن را تعریف ننموده است. از طرفی دیگر به شرح ماده ۱۰۴۳ اجازه پدر یا جدّ پدری را در نکاح دختر باکره ضروری دانسته و آن را از ارکان صحت عقد قرار داده است، و لذا معلوم نیست که آیا موضوع تبصره ماده ۱۰۴۱ اختصاص به پدر یا جدّ پدری دارد یا آنکه شامل ولی غیر قهری نیز می‌گردد. مثلاً آیا حاکم می‌تواند نسبت به صغیر و صغیره اقدام به ازدواج نماید یا خیر؟ این موضوع در مبحث مبانی شرعی ماده مذکور، که همان فقه امامیه است، مشروحاً مورد بحث قرار خواهد گرفت.

بررسی فقهی

در مورد عدم ولایت سایر بستگان به جز مادر و جدّ مادری، بین فقهای امامیه هیچ گونه اختلاف نظری نیست. زیرا در این زمینه روایات زیادی وارد شده، و سؤالات زیادی از ائمه اطهار صورت گرفته است. بدین ترتیب مطلب کاملاً

(۱) عروه الوثقی، سید محمد کاظم یزدی.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۷

روشن است و محل اختلاف نیست. در نتیجه به حسب این روایات و سؤالات چنانچه مثلاً عمو یا برادر و امثال آنان برای صغیر اقدام به ازدواج کرده باشند، صغیر با رسیدن به سنّ بلوغ حقّ دارد (در صورت عدم رضایت از ازدواج) نسبت به فسخ آن اقدام نماید «۱». در مورد مادر و جدّ مادری نیز اکثر قریب به اتفاق اصحاب امامیه بر عدم ولایت عقیده دارند و تعداد قلیل و نادری از آنان از جمله «ابن جنید» معتقدند که مادر و جدّ مادری می‌توانند جایگزین پدر شوند «۲».

اما در خصوص ولایت حاکم نسبت به نکاح دختر صغیره یا پسر صغیر میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. گروه زیادی که شاید مشهورترین بر عدم ولایت حاکم نظر داده‌اند «۳». ولی بعضی را عقیده بر این است که حاکم می‌تواند برای صغیر و صغیره نکاح نماید «۴». این نظریه چندان موجه بنظر نمی‌رسد، و لذا فتوای قضائی مطابق نظر مشهور است.

ولایت وصی

در زمینه ولایت وصی بین فقها اختلاف نظر شدیدی وجود دارد. بموجب یک نظر که مطابق با اعتدال است چنانچه موصی حق اجازه ازدواج صغیر یا صغیره برای وصی را تنصیص کرده باشد، اقدام وصی بلا اشکال است. در غیر این صورت در این مورد اختیاری نخواهد داشت «۵».

(۱) جواهر الکلام، کتاب النکاح، ج ۲۹؛ وسائل الشیعه باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۲) حاشیه مرحوم کرکی بر شرح لمعه.

(۳) شرح لمعه جلد ۲ کتاب النکاح.

(۴) عروة الوثقی کتاب النکاح.

(۵) عروة الوثقی کتاب النکاح، فصل اولیاء عقد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۸

آیا ولایت پدر و جد پدری ترتیبی است؟

ولایت پدر و جد پدری در امر تزویج پسر صغیر و دختر صغیره که موضوع تبصره ماده ۱۰۴۱ می‌باشد، در فرض حیات هر دو ترتیبی نیست بلکه در عرض یکدیگر است. بنابراین هر یک از آنان می‌توانند بدون کسب موافقت دیگری مبادرت به ازدواج مولی علیه نمایند. البته در صورت انجام امر ازدواج توسط هر دو، ازدواجی که زودتر انجام گرفته صحیح، و دیگری بلا اثر است. اما در صورت وقوع هر دو در زمان واحد، بنظر فقها اقدام جد پدری مؤثر و عمل پدر بدون اثر خواهد بود.

سؤالی که ممکن است در اینجا مطرح گردد اینکه در خصوص موضوع اجازه و موافقت با ازدواج دختری که شوهر نکرده، قضیه به چه صورت است؟

موافقت و مخالفت کدامیک مؤثر است؟ در صورت اختلاف نظر میان آنان نظر کدامیک معتبر است؟ و بالاخره دادگاه باید با کدامیک تماس حاصل نماید؟

در مورد اذن پدر یا جد پدری نسبت به نکاح دختر کبیره که موضوع ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی می‌باشد، بنظر بعضی از حقوقدانان این حق بنحو ترتیبی است.

یعنی در صورت حیات پدر باید برای موافقت با ازدواج به او رجوع کرد و فقط در صورت فوت پدر، جد پدری اختیار اذن نکاح دارد. ولی بنظر می‌رسد که بر خلاف این استنباط از متون فقه، موافقت احد از پدر یا جد پدری، بدون لزوم رعایت ترتیب برای صحت عقد کافی است. بدین ترتیب دختر کبیره باکره چنانچه موافقت هر یک از پدر یا جد پدری را برای نکاح جلب نماید، حق ازدواج خواهد داشت و به همین نحو در صورت عدم اعلام موافقت هر یک از آنان، دختر حق دارد بشرح مذکور در قانون به دادگاه مراجعه و مراتب قصد خود را در مورد نکاح به اطلاع هر یک از آنان برساند.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۹

سقوط اجازه ولی محجور

ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی: «در مورد ماده قبل اجازه را باید شخص پدر یا جد پدری بدهد و اگر پدر یا جد پدری دختر به علتی تحت قیمومت باشد اجازه قیم او لازم نیست».

لزوم اذن ولی در ازدواج اناث، پس از بلوغ و قبل از شوهر کردن، از نظر فقهی امری خلاف اصل است زیرا اصل بر آنست که اشخاص پس از رسیدن به سن بلوغ و دارا شدن اهلیت قانونی در امر ازدواج خویش دارای اختیار مطلق باشند. بنابراین بایست با تفسیر مضیق به موارد متیقن و منصوص اکتفا نمود. و چون نصوص وارده شرعی فقط ناظر بر شخص پدر و یا جد پدری است، لذا اذن دیگران تحت اصل باقی مانده و غیر معتبر خواهد بود. لذا چنانچه پدر و جد پدری به علتی تحت قیمومت باشند، همانند موردی می ماند که فوت نموده باشند و اجازه قیم لزومی ندارد «۱»، دختر می تواند با اراده خویش به ازدواج مبادرت نماید.

(۱) رجوع شود به جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۸۶ به بعد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۶۱

فصل سوم - در موانع نکاح

اشاره

قربت نسبی

قربت رضاعی و شرایط آن

قربت سببی (قربت بالمصاهره)

کسانی که نکاح آنان عینا ممنوع است

کسانی که نکاح آنان جمعا ممنوع است

ازدواج با همسر دیگری

لعان

عقد نکاح در حال حرام

زنای با زن شوهردار

منع ازدواج در اثر عمل شنیع

حرمت پس از طلاق سوم

حرمت پس از طلاق نهم

حرمت نکاح با غیر مسلمان

ازدواج زن ایرانی با تبعه خارجی

ازدواج محصلین و مأمورین و نمایندگان دولتی با زن تبعه خارجه

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۶۳

قرابت نسبی

اشاره

ماده ۱۰۴۵ قانون مدنی: «نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است، اگر چه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد:

۱- نکاح با پدر و اجداد و با مادر و جدّات هر قدر که بالا برود.

۲- نکاح با اولاد هر قدر که پائین برود.

۳- نکاح با برادر و خواهر و اولاد آنها تا هر قدر که پائین برود.

۴- نکاح با عمّات و خالات خود و عمّات و خالات پدر و مادر و اجداد و جدّات».

موانع نکاح در کتب فقهی تحت عنوان اسباب تحریم مطرح گردیده که به ترتیب مورد بحث قرار می‌گیرد.

قرابت نسبی عبارت از خویشاوندی است که با تولد یکی از دیگری و یا منتهی شدن دو نفر به منشأ واحد حاصل می‌شود. لازم به

ذکر است که قرابت نسبی بطور مطلق و عام موجب حرمت نکاح نیست. زیرا از این حکم کلی فرزندان عمو،

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۶۴

عمّه، خاله و دایی استثناء شده و ازدواج آنان با یکدیگر مانعی ندارد. این استثناء در قانون مدنی مراعات شده و ماده فوق الذکر با

عبارت: «نکاح با اقارب نسبی ذیل» یعنی مقید ساختن مواردی از خویشاوندان نسبی آن را به رسمیت شناخته است. به موجب این

تعریف ازدواج هفت دسته از زنان بر مردان ممنوع است.

قرآن مجید در یک آیه این هفت دسته را یکجا نام برده است. در آیه ۲۳ از سوره نساء چنین آمده است: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَ

بَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعُمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ - حرام گردید بر شما مادرانتان و دخترانتان و خواهرانتان و

عمه‌هایتان و خاله‌هایتان و دختران برادر و خواهر».

آیه شریفه افراد ممنوعه را بطور اشاره بیان نموده که با امعان نظر می‌توان یکایک آنان را برشمرد:

۱- مادران: که شامل مادر بلاواسطه و جدّه اعم از جدّه مادری و پدری می‌شود، حتّی در صورتی که با واسطه باشد. پس زنان بر

پسرانشان، و نیز پسران دخترانشان، و پسران دختران دخترانشان، همچنین پسران پسرانشان، و پسران دختران پسرانشان و بالاخره بر هر

مذکری که ریشه ولادتش به ایشان منتهی گردد حرام هستند، خواه با واسطه یا بدون واسطه اعم از اینکه واسطه‌ها ذکور باشند یا

اناث و یا مختلف.

۲- دختران: که دختران آنها را هر چند پائین رود نیز شامل می‌شود، و دختران فرزندان ذکور را نیز در بر می‌گیرد. بنابراین ازدواج

پدر با دخترش، و دختر دخترش، و دختر پسرش، و بالاخره با هر مؤنثی که ریشه ولادتش به وی منتهی گردد ممنوع است، خواه با

واسطه باشد یا بی‌واسطه و واسطه‌ها ذکور باشند یا اناث و یا مختلف.

۳- خواهر: اعم از پدری یا مادری یا ابوینی.

۴- عمّه: یعنی خواهر پدر اعم از خواهر پدری پدر و خواهر مادری یا ابوینی پدر. همچنین ازدواج با عمّه پدر و مادر و اجداد و

جدّات نیز ممنوع است.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۶۵

۵- خاله: یعنی خواهر مادر اعم از پدری یا مادری یا ابوینی، که شامل خاله پدر و اجداد و جدّات نیز می‌شود.

۶- دختر برادر: اعم از برادر پدری و مادری یا ابوینی و هر انائی که ریشه ولادتش به برادر منتهی گردد.

۷- دختر خواهر: اعم از پدری یا مادری یا ابوینی و هر انائی که ریشه ولادتش به خواهر منتهی شود.

متقابلاً- هفت دسته از مردان نیز بر این هفت دسته زنان حرامند که بعلاًت وضوح نیازی به بازشماری نداشته و بنظر می‌رسد قانون مدنی برای وضوح بیشتر مجدداً آنها را در ماده تکرار کرده است.

اولاد از زنا و شبهه

اشاره

قانون مدنی اولاد متولد از زنا و شبهه را نیز مشمول مانعیت و حرمت نکاح دانسته است. این حکم مطابق با نظریه مشهور علمای فقه می‌باشد. تنها در این میان شافعی است که نظریه مخالف دارد «۱».

بررسی فقهی

فقه‌های امامیه اتفاق نظر دارند بر اینکه نسب شرعی که موجب توارث و امثال آن و منشأ آثار حقوقی است از طریق ازدواج شرعی حاصل می‌شود، لذا فرزندی که از طریق روابط نامشروع و زنا بوجود می‌آیند به پدر و مادر ملحق نمی‌شوند. ماده ۸۸۴ قانون مدنی همین مضمون را بیان کرده است: «ولد الزنا از پدر و مادر و اقوام آنان ارث نمی‌برد».

(۱) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۵۷.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۶۶

قانون مدنی با وجود آنکه به پیروی از فقه برای ولد الزنا حق توارث قائل نشده، ولی در خصوص نکاح بین رابطه شرعی و غیر شرعی فرقی نگذاشته است.

بدین ترتیب حرمت نکاح مذکور در ماده ۱۰۴۵ شامل دختر و پسر ناشی از زنا و شبهه نیز می‌گردد. بنابراین زانی یا زانیه با اطفال حاصله از زنا نمی‌توانند ازدواج کنند.

همانطور که ملا-حظه می‌کنید ما بین دو حکم فوق (عدم توارث- الحاق به نسب) در خصوص متولد از زنا یا شبهه ناسازگاری احساس می‌گردد، که برای حل آن در کتب فقهاء راه حل‌هایی ارائه گردیده است. از جمله آنکه:

محقق حلی در کتاب «شرایع الاسلام» استدلال کرده است که چون این ولدی است که از نطفه مرد زانی و زن زانیه تولید شده، و لذا لغتاً فرزند بر آن صدق می‌کند. از میان فقهای عامه نیز ابو حنیفه به چنین استدلالی تمسک جسته است.

شهید ثانی استدلال محقق را مخدوش دانسته و می‌گوید: «اگر چنین باشد سایر آثار شرعیه نیز باید مترتب گردد در حالی که چنین نیست «۱»».

علامه حلی «۲» و فرزندش فخر المحققین «۳» مستند مسأله را اجماع دانسته و می‌گویند: «برای تحریم ازدواج در موارد فوق الذکر اجماع وجود دارد، در صورتی که برای سایر آثار چنین اجماعی وجود ندارد».

بنظر می‌رسد استدلال و توجیه اخیر منطقی و قابل پذیرش است.

توضیح: زنا عبارت است از رابطه جنسی زن و مرد بطور نامشروع، در صورتی که در حین نزدیکی به غیر مشروع بودن عمل خود آگاهی داشته باشند، ولی اگر آگاه نباشند شبهه است. شبهه ممکن است طرفینی یا از ناحیه یک طرف باشد. مثلاً مرد و زنی که از

مقدار ایام عدّه طلاق آگاه نیستند چنانچه به گمان خروج از عدّه با یکدیگر ازدواج و نزدیکی نمایند، این حالت از مصادیق شبهه طرفینی است. در این

(۱) مسالک الافهام، شهید ثانی، ج ۱، ص ۲۷۰.

(۲) تذکره الفقهاء، افست تهران، ج ۲، ص ۶۱۴.

(۳) ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۴۲.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۶۷

صورت هر چند ازدواج باطل است، ولی رابطه جنسی مذکور از مصادیق زنا نیست بلکه آثار نکاح و ازدواج قانونی بر آن مترتب خواهد بود. در همین مثال، اگر زن بداند که از عدّه خارج نشده ولی مرد از این امر غیر مطلع باشد، و نکاح و نزدیکی صورت گیرد زن زانیه است، در حالی که مرد غیر زانی است و رابطه جنسی نسبت به او مبتنی به شبهه است.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۶۸

قربان رضاعی و شرایط آن

اشاره

قربان رضاعی خویشاوندی است که بین دو نفر بر اثر شیر خوردن حاصل می‌شود، و مانند قربان نسبی به خط عمودی و اطراف تقسیم می‌گردد. قربان رضاعی در سنن قدیمه عرب وجود داشته و اسلام نیز آن را به رسمیت شناخته است. قانون مدنی ایران هم (مانند بقیه احکام حاکم بر نکاح) مقررات آن را از فقه امامیه اقتباس کرده است. در قربان رضاعی طفلی که شیر زن دیگری را خورده مرتضع، و زن شیر دهنده مرضعه، و شوهر زن فحل و یا صاحب اللبن نامیده می‌شود.

شرایط قربان رضاعی

ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی: «قربان رضاعی از حیث حرمت نکاح در حکم قربان نسبی است مشروط بر اینکه:

اولاً- شیر زن از حمل مشروع حاصل شده باشد.

ثانیاً- شیر مستقیماً از پستان مکیده شده باشد.

ثالثاً- طفل لااقل یک شبانه روز و یا پانزده دفعه متوالی

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۶۹

شیر کامل خورده باشد، بدون اینکه در بین غذای دیگر یا شیر زن دیگر را بخورد.

رابعاً- شیر خوردن طفل قبل از تمام شدن دو سال از تولد او باشد.

خامساً- مقدار شیری که طفل خورده است از یک زن و از یک شوهر باشد. بنابراین اگر طفل در شبانه روز مقداری از شیر یک زن و مقداری از شیر زن دیگر بخورد موجب حرمت نمی‌شود، اگر چه شوهر آن دو زن یکی باشد و همچنین اگر یک زن یک دختر و یک پسر رضاعی داشته باشد که هر یک را از شیر متعلق به شوهر دیگر شیر داده باشد، آن پسر با آن دختر، برادر و خواهر رضاعی نبوده و ازدواج بین آنها از این حیث ممنوع نمی‌باشد».

بررسی فقهی

همانندی قرابت رضاعی با قرابت نسبی در حرمت نکاح متخذ از منابع فقه امامیه، کتاب و سنت متواتره است. قرآن مجید می‌فرماید: «وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ» و مادران آنان که شما را شیر داده‌اند و خواهران رضاعی شما «۱». با توجه به عبارت «حَرَّمَ عَلَیْكُمْ» که در اول آیه مزبور آمده است حرام بودن نکاح با مادر و خواهر رضاعی کاملاً محرز بنظر می‌رسد.

رسول اکرم (ص) فرموده است: «الرَّضَاعُ لِحَمَةٍ كَلِحَمَةِ النَّسَبِ» ۲ -

(۱) سورة نساء، آیه ۲۳.

(۲) وسایل الشیعه، باب ۱ از ابواب رضاع - اللحمه: القرابة (المنجد).

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۷۰

خویشاوندی بوجود آمده از رضاع همانند خویشاوندی حاصله از نسب است. در روایت دیگری آمده است: «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» - حرام می‌شود بواسطه رضاع آنچه که از جهت نسب حرام است «۱». این روایت را عامه از رسول الله (ص)، و خاصه از حضرت صادق (ع) نقل کرده‌اند.

شرایط پیدایش قرابت رضاعی

برای تحقق و ثبوت رضاع شرعی که سبب حرمت نکاح می‌گردد، چند شرط لازم است که در ماده ۱۰۴۶ مجعلا شمرده شده و بشرح زیر به تفصیل مورد بحث قرار می‌گیرد:

شرط اول - «شیر زن از حمل مشروع حاصل شده باشد». بنابراین اگر زنی بدون نکاح شیر داشته باشد، چنین شیری موجب حرمت نمی‌شود. همچنین اگر بدون وجود علقه زوجیت مشروع، از راه آمیزش غیر شرعی شیردار شود باز هم موجب حرمت نیست. بنابراین از شرط فوق چنین استنباط می‌گردد که: اولاً زن باید بصورت شرعی ازدواج کرده باشد؛ ثانیاً بواسطه حمل و زائیدن فرزند دارای شیر باشد. بنابراین با عدم تحقق این دو موضوع رضاع موجب حرمت نمی‌شود.

این نظریه مطابق با فتوای مشهور فقهاء امامیه است. اما ابو حنیفه معتقد است شیر حاصله از زنا نیز موجب قرابت رضاعی و حرمت نکاح می‌گردد «۲».

مسأله ۱) عده‌ای از فقها را عقیده بر آنست که لزوماً بایستی زن شیر دهنده وضع حمل کرده باشد و چنانچه به صرف حاملگی شیردار شده باشد، رضاع موجب نشر حرمت نخواهد شد.

(۱) همان مأخذ.

(۲) تذکره الفقهاء، ج ۱، افست تهران، ص ۶۱۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۷۱

در مقابل، گروهی دیگر، حاملگی را کافی دانسته‌اند. علامه حلی در بعضی از تألیفات «۱» خود نظریه اول را تأیید و در برخی دیگر «۲» دومین را تقویت نموده است. مستنبط از قانون مدنی پیروی از نظریه اخیر است.

مسأله ۲) آیا حامله شدن زن باید با مباشرت و از طریق مقاربت اصطلاحی باشد، یا از هر طریق که باشد تفاوت ندارد؟ مثلاً امروزه

لقاح مصنوعی نیز موجب حمل می‌گردد، بدین معنی که نطفه‌ی مرد بطریقی غیر از مقاربت و با روشهای پزشکی در رحم زن قرار می‌گیرد و حمل منعقد می‌شود. آیا این مورد مشمول شرط اول ماده ۱۰۴۶ می‌گردد یا خیر؟

این مسأله بین فقها مورد اختلاف است. صاحب جواهر در این خصوص نظریه‌ای دارد که قانون مدنی از آن متابعت کرده؛ لذا اقتضا دارد چکیده این نظریه ذکر شود:

صاحب جواهر می‌گوید: «اطلاقات ادله اقتضا می‌کند که مورد را شامل باشد پس اولی است که معیار را بر تکون ولد از نطفه مرد قرار بدهیم بطوری که ولد به شوهر قانونی منتسب باشد». صاحب جواهر برای تثبیت مطلب و دفع ایرادات اضافه می‌کند: «اگر در عبارات اصحاب امامیه کلمه «وطی» آمده است بیشتر باعتبار غلبه است نه اینکه شرط باشد که حتما و منحصرآ آمیزش و وطی صورت گرفته باشد بطوری که غیر از مورد وطی بقیه موارد را خارج سازد». بدین ترتیب استعمال کلمه «وطی» که غالبا در عبارات دیده می‌شود بدین جهت است که انعقاد نطفه بطور متعارف و معمول و اغلب موارد از طریق وطی و آمیزش اصطلاحی است، ولی این روش خصوصیت ندارد و حصری نیست. پس مطابق نظر صاحب جواهر و قانون مدنی، مطلق انعقاد نطفه به هر طریق در صورتی که انتسابش به شوهر معلوم و مشخص

(۱) قواعد الاحکام، ج ۲، افست قم، ص ۹-۳.

(۲) تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۵.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۷۲

باشد مورد را مشمول شرط اول ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی می‌کند.

مسأله ۳) در نشر حرمت و سببیت تحریم، شرط نیست که زن شیر دهنده هنگام رضاع در حباله مرد باشد. بلکه اگر زن مطلقه یا شوهر مرده باشد (در زمان حاملگی یا بچه شیر دادن) و بچه بعد از طلاق یا مرگ شوهر شیر بخورد، در این حالت هم موجب حرمت بوده و مانند موردی است که شوهر زنده باشد. در این مسأله اجماع فقها نیز وجود دارد «۱».

مسأله ۴) در مورد شیر حاصل شده از وطی به شبهه عقیده مشهور فقها بر این است که وطی به شبهه همانند نکاح صحیح بوده، و دارای آثار مشابه است. بنابراین رضاع زنی که از وطی به شبهه حاصله گردیده (در صورت وجود شرائط دیگر) موجب نشر حرمت است. در مقابل، گروه قلیلی از جمله ابن ادریس در مسأله تردید کرده‌اند «۲». قانون مدنی از نظریه اول پیروی کرده است.

شرط دوم- «شیر مستقیما از پستان مکیده شده باشد». منظور از این شرط آنست که اگر بچه از طریق مکیدن شیر نخورده باشد، مثلا شیر را در دهانش چکانده باشند یا با وسیله دیگری مانند شیشه بصورت غیر مستقیم شیر خورده باشد، این حالت سبب حرمت نمی‌شود.

مبنای فقهی موضوع مطابق نظریه مشهور فقهاء آن است که: کلمه «ارتضاع» که از باب افتعال است و در نصوص وارد شده اقتضای چنین مفهومی را دارد. در روایت زراره از حضرت صادق (ع) نیز همین موضوع تصریح شده است «۳».

شرط سوم- «طفل لاقل یک شبانه روز یا پانزده دفعه متوالی شیر کامل خورده باشد، بدون اینکه در بین غذای دیگر یا شیر زن دیگر را بخورد». در شرط سوم

(۱) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۶۴ و ما بعد آن.

(۲) همان مأخذ.

(۳) وسائل الشیعه، باب ۵ از ابواب یحرم بالرضاع، حدیث ۸.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۷۳

مقدار شیر خوردن از حیث مدت و دفعات ذکر گردیده است، با توجه به شرط مذکور مطلق شیر خوردن مایه حرمت نیست، بلکه باید خوردن شیر بترتیب فوق بمدّت یک شبانه روز یا ۱۵ مرتبه متوالیا انجام شود.

مبنای فقهی موضوع مبتنی بر نظر مشهور فقهاء است حتی در مورد آن دعوی اجماع نیز شده است. نصوص متواتره نیز مؤید این نظریه می‌باشد.

علی رغم اجماع فوق الذکر، در مورد حدّ شیر و معیار آن بین فقهاء سه نظر وجود دارد:

معیار اول: اثر

معیار دوّم: مدت

معیار سوّم: دفعات

قانون مدنی در ماده ۱۰۴۶ فقط معیارهای دوّم و سوّم (مدّت و دفعات) را ملاک قرار داده، و از معیار اوّل بعلت صعوبت تشخیص، صرفنظر کرده است. حال برای روشن شدن موضوع، توضیح مختصری از معیارهای سه گانه بیان می‌گردد:

اثر: منظور از «اثر» این است که شیر باید به مقداری باشد که از آن گوشت بدن طفل تولید شود، و استخوانش محکم گردد. مستند این مطلب علاوه بر اجماع، روایت معروف نبوی است که می‌فرماید: «رضاع با رویش گوشت و محکم شدن استخوان حاصل می‌گردد» (۱).

مدّت: طبق این ملاک چنانچه طفلی بمدّت یک شبانه روز کامل از پستان دایه شیر بخورد، مشمول حکم رضاع است. در مدّت مذکور لزومی ندارد که به دفعات معینی شیر داده شود، ولی شرط است که هرگاه طفل اظهار نیاز کرد و طلب شیر نمود، دایه به او شیر بدهد. مسئله دیگر اینکه در مدّت یک شبانه روز کامل

(۱) نظائر این روایت زیاد است از جمله اینکه از حضرت صادق (ع) پرسیده شد: «رضاع محرم چیست؟» آن حضرت در پاسخ فرمودند: «تا آنجا که گوشت بر آن بروید و استخوان نیز محکم گردد». رجوع شود به وسائل الشیعه، باب ۲ از ابواب یحرم بالرضاع.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۷۴

می‌بایست غذای طفل صرفاً از طریق شیر دایه تأمین شود، و در این مدّت غذای دیگری از جمله مکمل‌های غذائی که متداول است به طفل خورنده نشود. لازم به ذکر است که دادن آب برای رفع تشنگی، یا دارو بمنظور بهبودی اشکالی ندارد.

دفعات: منظور از این معیار این است که طفل ۱۵ بار کامل از دایه شیر بخورد.

در مورد دفعات شیر بین فقهاء اختلاف نظر جدّی وجود دارد (۱). مطابق یک نظر که از ابن جنید است حتی یک بار شیر خوردن موجب حرمت است. ابن جنید برای اثبات نظر خود به عمومات و سنت و چند حدیث استناد کرده است. مثلاً به نامه‌ای استناد نموده که علی بن مهزیار به امام رضا (ع) نوشته و در مورد رضاع پرسیده است که: «چه مقدار شیر باعث حرمت است». حضرت در پاسخ فرموده است: «قلیله و کثیره حرام- شیر خوردن چه کم و چه زیاد موجب حرمت است». و نیز سؤالی که ابن یعقوب از امام (ع) کرده و آن حضرت در پاسخ فرموده است:

«هرگاه کودک به مقداری شیر بخورد که شکمش پر شود این مقدار شیر موجب حرمت است».

باید توجه داشت که این قول و مستندات آن ضعیف است. و در مقابل، روایات بسیاری با سند قویتر وجود دارد که مورد قبول فقهاء قرار گرفته، و به این جهت از این نظریه ضعیف پیروی نکرده‌اند.

نظریه دیگر که اکثر متقدمین طرفدار آنند مقدار دفعات شیر را که موجب حرمت می‌گردد «ده» بار ذکر کرده است. روایات زیادی

به این مضمون نقل گردیده، از جمله روایت فضیل بن یسار و عبید بن زراره که راوی از امام سؤال می‌کند: «چه مقدار شیر خوردن موجب روئیدن گوشت و استخوان می‌شود؟» حضرت در پاسخ می‌فرماید: «ده دفعه شیر خوردن از پستان زنی موجب حرمت می‌شود» (۱).

(۱) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۶۹ به بعد؛ تذکره الفقهاء، ج ۱، ص ۶۱۴ به بعد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۷۵

می‌شود (۱)».

در متن کتاب لمعه این نظریه تقویت شده و شارح آن کتاب (شهید ثانی) می‌گوید: «این قول معظم اصحاب است» ولی خود ایشان این نظر را رد کرده‌اند.

و روایات مستند این نظریه را ضعیف و مردود دانسته است (۲).

نظریه سوم نظریه ۱۵ دفعه است، این نظریه بین فقه‌های متأخر مقبولیت و شهرت بیشتری دارد. مستند نظریه ایشان صحیح‌ه علی بن رئاب و موثقه زیاد بن سوه و عبید بن زراره می‌باشد که صریحا دلالت دارد بر اینکه پانزده مرتبه شیر خوردن متوالی، موجب حرمت می‌شود (۳). قانون مدنی ایران همین نظریه را مد نظر قرار داده است.

در اینجا ذکر چند نکته پیرامون معیار دفعات ضروری است:

الف) رضعات یا میزان شیر باید کامل باشد. مراد از شیر کامل این است که طفل از شیر مادر سیر شود و خودش پستان مادر را رها کند. بنابراین چنانچه قبل از سیر شدن از ادامه شیر خوردن طفل جلوگیری شود باعث حرمت نمی‌شود. پس جمع دفعات ناقص اگر هم به تعداد پانزده برسد صحیح نیست. همچنین جمع چند بار شیر خوردن ناقص و احتساب آن بعنوان یک یا چند دفعه کامل هم نادرست است. باید توجه داشت اگر طفل در حین شیر خوردن پستان را بمنظور مثلا تنفس رها کند و دوباره بگیرد اشکالی ندارد. ملاک این است که توسط دیگری اعم از مادر رضاعی و غیره از شیر خوردن بازداشته نشود.

ب) دفعات شیر خوردن باید پیوسته و متوالی باشد و در بین دفعات شیر غذای دیگر و شیر زن دیگری به طفل داده نشود. در مورد اصل شرط توالی اختلافی

(۱) برای مطالعه روایات فوق‌الذکر به کتاب وسائل الشیعه، کتاب النکاح، باب ۲ از ابواب رضاع رجوع شود.

(۲) شرح لمعه ۲ جلدی، جلد دوم، ص ۶۹.

(۳) مآخذ سابق.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۷۶

بین فقها نیست. شهید ثانی در «مسالک» می‌گوید: «در اعتبار این نکته اتفاق نظر وجود دارد و دلیل آن هم موثقه زیاد بن سوه می‌باشد» (۱).

البته بنظر بسیاری از فقها تنها شیر زن دیگر باعث اختلال در توالی است و تغذیه مأكولات و مشروبات دیگر اشکالی ندارد (۲).

حال بینیم شیر زن دیگر که باعث اختلال در توالی است آیا باید شیر کامل باشد، یا شیر ناقص هم این اثر را دارد؟ در این مورد برخی از فقها عقیده دارند رضاع ناقص نیز مضر و باعث اختلال در توالی است. در مقابل، علامه حلی فقط رضاع کامل از دیگری را مضر می‌داند و می‌گوید رضاع باید کامل باشد تا توالی دفعات رضاع را بر هم زند و رضاع ناقص از دیگری ایراد و اشکالی ندارد (۳).

شرط چهارم - «شیر خوردن طفل قبل از تمام شدن دو سال از تولد او باشد».

به موجب این شرط اگر طفل شیر را بعد از دو سالگی بخورد موجب حرمت نمی‌شود.

یعنی نه زن شیر دهنده و شوهرش پدر و مادر رضاعی طفل می‌شوند، و نه در مورد انتسابات دیگر حرمتی ایجاد می‌گردد.

صاحب جواهر در این مورد اضافه می‌کند که: «از کلمات بسیاری از فقها چنین استنباط می‌گردد که این دو سال نه فقط شرط مرتضع است بلکه علاوه بر آن معتبر است که از سنّ بچّه خود مرضعه نیز بیش از دو سال نگذشته باشد (۴)».

شرط پنجم- «مقدار شیری که طفل خورده است از یک زن و یک شوهر باشد». به موجب این شرط اوّلاً طفل باید تمام ۱۵ دفعه را از یک زن شیر بخورد.

بنابراین هرگاه مردی دو زن داشته باشد و طفل مرتضع از هر یک ۷ و ۸ دفعه شیر

(۱) مسالک الافهام، ج ۱، ص ۲۷۶.

(۲) تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۶۷.

(۳) تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۶۱۴.

(۴) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۹۷.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۷۷

بخورد باعث حرمت نمی‌شود. و یا اینکه از یک شبانه روز کامل، که ملاک زمانی حرمت است، اگر مثلاً یک روز از یک زن و یک شب از زن دیگر شیر بخورد، بطوری که در مجموع یک شبانه روز کامل بشود، موجب حرمت نیست.

ثانیاً «۱۵ دفعه شیر یا یک شبانه روز کامل شیر متعلق به مرد (فحل) واحدی باشد» پس اگر طفل شیرخوار در قسمتی از مدّت یک شبانه روز کامل یا هنگام بعضی از دفعات، شیر متعلق به شوهر دیگری را بخورد، احکام رضاع بر آن جاری نمی‌شود. و این امر باعث حرمت و مانعیت نکاح نیست.

شوهر واحد: باید توجه داشت در متون فقهی کلمه «شوهر واحد» قید نگردیده بلکه واژه‌های «فحل واحد» و یا «صاحب اللبن واحد» بکار رفته است.

مشهور فقها عقیده دارند منظور از فحل کسی است که حمل زن و شیر او ناشی از آن شخص باشد هر چند که هنگام رضاع شوهر بالفعل زن شیر دهنده نباشد. بنابراین اگر زنی پس از ازدواج با مردی و حامله شدن از او در حالی که هنوز پستانش شیر دارد بعّلت طلاق یا فوت یا علل دیگر از شوهرش جدا شود، مادام که زن ازدواج جدیدی با شرایطی که گفته خواهد شد نکرده بازهم صاحب اللبن یا فحل، همان شوهر سابق است. وضعیّت زن پس از جدائی از شوهر اوّل (بواسطه طلاق، فوت، علل دیگر) برای مدّتی که شیرش متعلق به شوهر اوّل است بترتیب زیر قابل بررسی و در این خصوص چند فرض قابل تصوّر است:

اوّل- زن پس از جدائی از شوهر اوّل با شخص دیگری ازدواج می‌کند و نزدیکی صورت می‌گیرد ولی حامله نمی‌شود درحالی که پستانش کماکان شیر دارد. در این فرض فحل یا صاحب اللبن همان شوهر قبلی است. در این حالت اگر این زن طفلی را با شرایط مقرّره شیر بدهد بین طفل و شوهر قبلی نسبت پدر فرزندی رضاعی ایجاد می‌گردد، هر چند ملاک شیر دادن از حیث دفعات و مدّت بعد از ازدواج جدید کامل شود. پس اگر قبل از ازدواج دوّم بعضی از دفعات شیر را داده باشد و بعد از ازدواج آن را کامل کند و توالی مقرّره نیز وجود داشته باشد، ازدواج

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۷۸

جدید و حتی نزدیکی شوهر دوّم به ایجاد رابطه رضاعی بین شوهر اوّل و طفل خدشه‌ای وارد نمی‌سازد.

دوّم- زن بعد از ازدواج دوّم حامله می‌شود ولی شیر پستانش مانند سابق است و تغییری نمی‌کند. در این فرض نیز بنظر اکثر فقها شیر

منتسب به همان شوهر قبلی است «۱».

سوم- زن بعد از ازدواج جدید حامله می‌شود و شیر پستانش نیز دچار تغییر می‌شود و زیاد یا کم می‌گردد و یا اینکه قطع می‌شود و دوباره شیر می‌آورد یعنی در مجموع، نزدیکی و حامله شدن از شوهر جدید در تغییر شیر مؤثر است. در این فرض بین فقها اختلاف نظر بیشماری به چشم می‌خورد.

گروهی می‌گویند معیار احراز انتساب است و چنانچه احراز شود که شیر هنوز منتسب به شوهر اول است، صاحب شیر یا فحل شوهر اول خواهد بود «۲». ولی گروه دیگری عقیده دارند معیار وضع حمل است و تا حمل متولد نشود، شیر مربوط به شوهر قبل، و بعد از وضع حمل متعلق به شوهر جدید است «۳».

چهارم- زن از ازدواج جدید حامله می‌شود و وضع حمل می‌کند، ولی شیر پستانش مستمراً باقی است؛ در این صورت ظاهراً تردیدی در انتساب به شوهر جدید وجود ندارد.

با توجه به صور فوق الذکر تصوّر اینکه زنی با شیر متعلق به دو شوهر طفلی را شیر بدهد بخوبی روشن خواهد شد.

قرابت رضاعی بین دو طفل هم شیر

اشاره

تا اینجا شرایطی که گفته شد مربوط بود به حرمت حاصله از رضاع در خطّ

(۱) تحریر الوسيله، ج ۲، ص ۲۶۶؛ القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۳۳۲.

(۲) مآخذ سابق.

(۳) مآخذ سابق.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۷۹

عمودی یعنی بین زن یا صاحب شیر (فحل) و طفل شیرخوار، حال بینیم بین دو طفل که از شیر زن واحدی خورده‌اند چه رابطه و سببیتی بوجود می‌آید. بعبارت دیگر وضع آنها نسبت به یکدیگر در خطّ اطراف چگونه است.

ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی می‌گوید: «و همچنین اگر یک زن، یک دختر و یک پسر رضاعی داشته باشد که هر یک را از شیر متعلق به شوهر دیگر شیر داده باشد، آن پسر با آن دختر برادر و خواهر رضاعی نبوده و ازدواج بین آنها از این حیث ممنوع نمی‌باشد». همانگونه که ملاحظه می‌کنید این قسمت از ماده ربطی به قسمت قبل ندارد. زیرا حرمت نکاح حاصله از رضاع را در خطّ اطراف بررسی می‌کند، و از متفرّعات شرط پنجم نیست. زیرا صدر ماده بدنبال موادّ قبلی در مقام بیان حرمت نکاح در خطّ عمودی است.

هر چند در بعضی از متون فقهی «۱» نیز این خلط بچشم می‌خورد، ولی پر واضح است که این دو مطلب کاملاً از هم مجزّا است. در مسأله فوق سخن در مورد دو طفلی است که از شیر یک زن خورده‌اند، یعنی علاوه بر شروط قبل از حیث نصاب و سایر شرایط تحقّق رضاع، برای نشر حرمت شرط اضافی دیگری مطرح گردیده که همان اتّحاد مرضعه است که با تجزیه و تحلیل مبانی فقهی مسأله روشن تر خواهد شد.

بررسی فقهی:

مشهور فقهاء امامیه در تحقق قرابت رضاعی بین دو طفل (مرتضع) واحد بودن فحل را شرط دانسته‌اند، و چنانچه واحد نباشد هیچ‌گونه قرابت رضاعی یا حرمت نکاح تحقق نمی‌پذیرد، هر چند زن واحد باشد.

بموجب نظریه مشهور اتحاد فحل در رابطه با قرابت رضاعی بین دو طفل هم شرط لازم است و هم شرط کافی. یعنی هرگاه زنی از شیر متعلق به یک شوهر

(۱) شرح لمعه دو جلدی، ج ۲، ص ۷۰.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۸۰

پسری را با شرایط کامل و همچنین دختری را با شرایط کامل از شیر متعلق به شوهر دیگری شیر بدهد، بین آن دو طفل قرابت رضاعی ایجاد نمی‌گردد. چرا که ملاک اتحاد فحل است. و بالعکس هرگاه دو زن درحالی که در حباله شوهر واحدی هستند، یکی از آنان پسری را و دیگری دختری را طبق شرایط شیر دهند، با وجود تعدد زنان چون فحل واحد است بین آن دو طفل قرابت رضاعی ایجاد می‌گردد.

مستند این نظریه عقیده مشهور فقهاء و روایاتی است که مستفاد از آنها چنین حکمی است «۱». در مقابل نظریه مشهور، ابو علی طبرسی صاحب تفسیر مجمع البیان معتقد است که اتحاد فحل در این مسأله شرط لازم نیست، بلکه در صورتی که زن واحد باشد با وجود شوهر متعدد بازهم قرابت حاصل و موجب حرمت نکاح خواهد بود. به موجب این نظر اگر زنی با شیر متعلق به یک شوهر دختری را، و با شیر متعلق به شوهر دیگری پسری را شیر بدهد این دو طفل قرابت رضاعی پیدا می‌کنند و ازدواج بین آنها ممنوع است. مستند ابو علی طبرسی عمومات وارده در مورد رضاع از جمله قاعدة مرویه از نبی اکرم (ص) است که فرمود: «یحرّم من الرّضاع ما یحرّم من النّسب - بواسطه رضاع حرام می‌گردد آنچه که بواسطه نسب حرام است». پس چون طبق قاعدة حاکم بر نسب، بین اولاد متعدد یک زن که از شوهران متعدد بوجود آمده باشند قرابت نسبی بوجود می‌آید و قواعد حاکم بر نسب عیناً بر رضاع نیز حاکم است، بنابراین بین دو طفلی که از مادر واحدی شیر خورده‌اند نیز قرابت رضاعی حاصل و موجب حرمت نکاح می‌شود.

مرحوم شهید ثانی پس از طرح دو نظریه فوق الذکر می‌گوید نظر مرحوم طبرسی قطع نظر از نصوص وارده در این مورد کاملاً موجه و منطقی است ولی مستفاد از نصوص وارده لزوم اتحاد فحل در نشر حرمت بین دو مرتضع است و نسبت این نصوص به عمومات (روایت فوق)، از نظر اصول فقه، عام و خاص می‌باشد، لذا

(۱) وسائل الشیعه، کتاب النکاح، باب ۲ و ۶ از ابواب رضاع.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۸۱

چاره‌ای جز تخصیص نیست و با تخصیص چنین استنتاج می‌گردد که هر چند نسب و رضاع از حیث حرمت یکسانند ولی در خصوص دو مرتضع شرط است که صاحب اللبن واحد باشد و در صورت تعدد، بین دو مرتضع قرابت رضاعی و حرمت نکاح ایجاد نمی‌شود.

نظر قانون مدنی:

بعضی از شارحین قانون مدنی چنین پنداشته‌اند که عبارت قانون مدنی خلاف نظریه مشهور است زیرا گفته است ...: «خامسا مقدار شیری که طفل خورده است از یک زن و یک شوهر باشد»...

بدیهی است این پندار نادرست است، زیرا همانطور که گفته شد، نظریه خلاف مشهور در رابطه رضاعی میان دو مرتضع فقط نظریه ابو علی طبرسی است، که معتقد به کفایت یکی از دو امر (وحدت فحل - وحدت مرضعه) بوده است، و در خصوص قرابت رضاعی بین دو مرتضع اعتبار هر دو امر توسط هیچ فقهی ابراز نشده است؛ هر چند که تحقق بخشنده اصل رضاع محرم در نظر مشهور فقهاء منوط به وجود هر دو امر یعنی وحدت مرضعه و فحل است. ثانیاً جمله‌ای که پس از کلمه خامسا در قانون مدنی آمده در بیان شرایط ایجاد اصل رضاع محرم است نه رابطه رضاعی میان دو مرتضع، و مقصود همان است که بلافاصله نتیجه‌گیری کرده و گفته است «بنابراین اگر طفل در شبانه روز مقداری از شیر یک زن و مقداری از شیر زن دیگر بخورد موجب حرمت نمی‌شود اگر چه شوهر آن دو زن یکی باشد».

البته مناسب بود قانون مدنی بدنبال نتیجه‌گیری فوق ادامه می‌داد: «و هرگاه زنی از شیر متعلق به یک شوهر مثلاً ده بار کودک را شیر دهد و پنج بار دیگر را پس از جدائی از شوهر قبل و ازدواج با شوهر جدید تکمیل نماید، چنین رضاعی موجب حرمت نمی‌گردد».

بنابراین جمله آخر کاملاً از شرط خامس جداست و از متفرعات آن نمی‌باشد، بلکه در بیان شرایط قرابت رضاعی و حرمت نکاح بین دو مرتضع است،

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۸۲

و در حقیقت این شرط علاوه بر شروط قبل است و معنی آن این است که برای تحقق قرابت رضاعی میان دو مرتضع لازم است که اولاً رضاع در مورد هر یک با شرایط پنج‌گانه انجام گیرد که از آن جمله باید رضاع از طریق یک زن و شوهر حاصل شده باشد، و ثانیاً صاحب شیر دو مرتضع یکی باشد. البته این شرط را قانون مدنی در عداد شروط ذکر نکرده است. بلکه بذکر مثال اکتفا نموده که رساننده این معنی است که عیناً مطابق نظریه مشهور است و قانون مدنی از همان نظریه پیروی کرده است.

باید توجه داشت این خلط در بعضی از متون فقه نیز ملاحظه می‌شود مثلاً در متن لمعه «۱» و شرایع «۲» در مقام بیان شرایط تحریم قرابت رضاعی اتحاد فحل را ذکر کرده ولی در مقام استنتاج ادامه داده‌اند که چنانچه زنی با شیر متعلق به شوهران متعدّد کودکان متعدّدی را شیر دهد، ازدواج آنان با یکدیگر ممنوع نمی‌باشد.

درحالی که این شرط مربوط به اصل رضاع است، و در رابطه میان دو مرتضع شرط اضافه‌ای وجود دارد که باید تفکیک گردد. زیرا بدیهی است چنانچه زنی با شیر متعلق به شوهران متعدّد کودکان متعدّدی را شیر دهد، هر چند بین آن کودکان حرمت نکاح ایجاد نمی‌شود ولی بین هر یک از آنان با زن و فحل در خط عمودی قرابت رضاعی بوجود می‌آید.

صاحب جواهر به این نکته اشاره نموده «۳» و دو موضوع را از یکدیگر تفکیک کرده است. در کتاب تحریر الوسیله نیز تصریح شده که وحدت فحلی که دو مرتضع از شیر متعلق به او استفاده می‌کنند شرطی است اضافه بر شروط قبل که در

(۱) لمعه: و ان یکون اللبن لفحل واحد فلوا رضعت المرأة جماعةً بلبن فحلین لم یحرم بعضهم علی بعض.

(۲) شرایع الاسلام: الشرط الرابع ان یکون اللبن لفحل واحد فلوا رضعت بلبن فحل واحد مائة حرم بعضهم علی بعض و کذا لو نکح الفحل عشرة و ارضعت کل واحدةً واحداً او اکثر حرم التناکح بینهم جميعاً. (چاپ بیروت، ج ۲، ص ۲۸۴).

(۳) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۰۳.

خصوص نشر حرمت بین دو مرتضع ملحوظ گردیده است «۱».

خلاصه آنکه همانگونه که گفته شد این خلط مبحث از آن ناشی می‌شود که قانون مدنی در ماده ۱۰۴۶ اصولاً در مقام بیان قرابت رضاعی در خط عمودی یعنی بررسی رابطه بین زن و فحل با طفل است. ولی در قسمت اخیر ماده موضوع قرابت رضاعی بین دو طفل را در خط افقی (اطراف) مورد بحث قرار می‌دهد؛ درحالی که شایسته بود این دو قسمت از یکدیگر تفکیک و در قالب دو ماده بیان گردد، تا موجب بروز اشتباه نشود. این خلط از متون فقهی به قانون مدنی سرایت نموده است.

احکام رضاع

بنابر آنچه گفته شد، مطابق حدیث نبوی که می‌فرماید: «يَحْرَمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرَمُ مِنَ النَّسَبِ» (۲) - حرام می‌شود بوسیله شیر خوردن آنچه که بوسیله نسب حرام می‌باشد. و با توجه به روایات زیادی که در این زمینه وارد گردیده و در باب دوم از ابواب رضاع در کتاب نکاح وسائل الشیعه جمع‌آوری شده است، این قاعده استنباط می‌شود که حرمت رضاعی به موازات حرمت نسبی است. با توجه به این روایات مادر رضاعی و مادر او بر طفل مرتضع حرام است.

همچنین هر کس که نسبش به صاحب لبن (شوهر شیر دهنده) برسد نیز بر طفل مرتضع حرام است. همچنین سایر بستگان زن شیر دهنده از قبیل خواهر، برادر، پدر، پسر و نیز دختر مرضعه که خواهر رضاعی طفل مرتضع می‌شود بر او حرامند. علاوه بر این، همانطور که گفته شد، اگر دو طفل با شرایط فوق الذکر از یک زن شیر بخورند، با یکدیگر برادر و خواهر رضاعی می‌شوند و بر یکدیگر حرامند.

(۱) تحریر الوسیله امام خمینی، ج ۲، ص ۲۶۸.

(۲) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۲۸۰ به بعد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۸۴

باید دانست این نظر متعلق به فقهای امامیه است. ولی بعضی از فقهای عامه حرمت رضاع را به مادران و خواهران رضاعی منحصر می‌دانند، و به اشخاص دیگر سرایت نمی‌دهند. استناد آنها به آیه ۲۳ سوره مبارکه نساء است که در آنجا فقط «امهاتکم اللّاتی ارضعنکم» و نیز «اخواتکم من الرضاعة» مذکور است و از اشخاص دیگر نامی دیده نمی‌شود. ولی فقهای امامیه با استناد به حدیث مشهور و متواتر نبوی فوق الاشعار (یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب) غیر از مادران و خواهران، کلیه کسان دیگری را نیز که طبق قاعده نسب حکم حرمت شامل آنها است، در ردیف مادران و خواهران و مشمول حرمت ناشی از قرابت رضاعی قرار می‌دهند. در اینجا ذکر دو مسأله فقهی برای روشن شدن احکام مربوط به رضاع ضروری است:

مسأله اول: پدر طفلی که شیر خورده نمی‌تواند با اولاد صاحب لبن اعم از نسبی یا رضاعی ازدواج کند. منظور از صاحب لبن بشرحی که قبلاً گفته شد، شوهر زنی است که به طفل شیر داده است. چنانچه صاحب لبن از زن دیگرش فرزند داشت یا پدر رضاعی دختری باشد، در اینجا پدر طفلی که شیر خورده نمی‌تواند با بچه‌های صاحب لبن ازدواج کند. زیرا خواهران بچه‌ها، خواهران فرزندان او بحساب می‌آیند و خواهر فرزند در حکم فرزند و بر پدر حرام است «۱». مستند این فتوی اخبار صحیحیه‌ایست که تصریح به تحریم کرده است و در اخبار آمده که اینگونه اطفال حکم ولد صاحب لبن را دارند «۲».

مسأله دوم: پدر مرتضع (پدر طفلی که شیر خورده) هم نمی‌تواند با اولاد مرضعه (زنی که به طفل شیر داده) ازدواج کند، خواه اولاد نسبی باشد یا رضاعی، و

(۱) شرایع الاسلام و جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۱۴.

(۲) رجوع شود به وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۳۰۶ و ۳۰۷.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۸۵

یا فرزند صاحب لبن باشد یا از صاحب لبن دیگر. مستند این فتوی صحیحۀ عبد الله بن جعفر است. وی به حضرت رضا (ع) نوشته است که: «اگر زنی فرزندی را شیر دهد آیا ازدواج با دختر این زن برای مرد حلال است یا نه؟» حضرت فرمود: «نه برای آن مرد حلال نمی‌باشد (۱)».

(۱) رجوع شود به وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۳۰۶ و ۳۰۷.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۸۶

قربت سببی (قربت بالمصاهره)

اشاره

قربت سببی که آن را قربت بالمصاهره نیز می‌گویند، بطوری که مرحوم شهید ثانی «۱» و شیخ انصاری «۲» تعریف کرده‌اند، خویشاوندی است که در اثر نکاح بین هر یک از زوجین با خویشاوندان دیگری ایجاد می‌گردد. در مورد قربت سببی بین نکاح دائم و منقطع فرقی نیست. کسانی که نکاح با آنان در اثر مصاهره ممنوع می‌باشد، بر دو قسمند: اول- کسانی که نکاح آنان عینا ممنوع است. یعنی به محض ایجاد قربت، حرمت ابدی تحقق می‌یابد؛ مانند مادر زن. دوم- کسانی که نکاح آنان جمعا ممنوع است. یعنی نکاح در فرض وجود قربت ممنوع است؛ مانند خواهر زن.

کسانی که نکاح آنان عینا ممنوع است

اشاره

ماده ۱۰۴۷ قانون مدنی: «نکاح بین اشخاص ذیل بواسطه مصاهره ممنوع

(۱) شرح لمعه دو جلدی، ج ۲، ص ۷۳.

(۲) رساله فی المصاهره (شرح بر ارشاد الاذهان علامه حلی)، مطبوع در آخر مکاسب محشّی.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۸۷

دائمی است:

۱- بین مرد و مادر و جدّات زن او از هر درجه که باشد اعم از نسبی و رضاعی.

۲- بین مرد و زنی که سابقا زن پدر و یا زن یکی از اجداد یا زن پسر یا زن یکی از احفاد او بوده است هر چند قربت رضاعی باشد.

۳- بین مرد با اناث از اولاد زن از هر درجه که باشد و لو رضاعی مشروط بر اینکه بین زن و شوهر زناشویی واقع شده باشد».

حکم این ماده در مورد ممنوعیت نکاح با کسانی است که بواسطه مصاهره «۱»، با آنان خویشاوندی حاصل شده است. که هر یک از بندهای آن ذیلا تشریح می‌گردد:

۱- بین مرد و مادر و جدّات زن او از هر درجه که باشد اعم از نسبی و رضاعی.

اشاره

از این عبارت استفاده می‌شود که به مجرّد عقد نکاح بین یک زن و یک مرد، مادر و جدّات آن زن (اعم از مادری یا پدری) بر مرد حرام ابدی می‌گردند.

همچنین مادران رضاعی و جدّات رضاعی زن هم بر مرد حرام می‌گردند. اطلاق این بند از مادّه رساننده آن است که به محض تحقق رابطه زوجیت، حرمت ابدی ایجاد می‌گردد؛ اعم از اینکه نزدیکی صورت گرفته باشد یا نه. بنابراین اگر مردی با زنی ازدواج کند و قبل از دخول او را طلاق دهد، دیگر با مادر و یا جدّه زن نمی‌تواند ازدواج کند. همچنین از اطلاق عبارت استفاده می‌شود که از این جهت بین نکاح دائم و منقطع نیز فرقی نیست. پس اگر مثلاً- مردی زنی را حتی به مدّت یک ساعت متعه نماید (نکاح منقطع) هر چند با او نزدیکی نکند مادر و جدّه زن بر او حرام مؤبّد

(۱) داماد شدن.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۸۸
می‌گردد.

بررسی فقهی:

مضمون بند اول مادّه ۱۰۴۷ قانون مدنی مطابق با فتوای مشهور فقهای امامیه است، و در این زمینه قول مخالف بسیار کم وجود دارد. شهید ثانی می‌گوید: «در میان علمای امامیه ابن ابی عقیل و نیز گروهی از عامّه گفته‌اند که مادر و جدّات زن بر مرد حرام نمی‌گردد، مگر بعد از دخول به زوجه. یعنی تا زن مدخوله نباشد و مرد با زن نزدیکی نکرده باشد مادر و جدّات زن بر مرد حرام نمی‌شود. ولی این قول نادر و ضعیف است (۱)».

مستند فتوای مشهور علاوه بر اجماع که در شرح لمعه (۲) به آن اشاره شده، این آیه شریفه است: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ ... وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ - حرام شد ازدواج کردن شما با ... مادران زنان و دختران زنانی که در خانه شما هستند از زنانی که به آنها دخول کرده‌اید و اگر به آنها دخول نکرده باشید مانعی ندارد اینکه با آنها ازدواج کنید (۳)».

مشهور فقهاء قید (من نسائکم) ... را منحصر به جمله اخیر (و ربائبکم) ...

مربوط دانسته و جمله نخستین (امهات نسائکم) را مطلق شمرده‌اند.

متقابلاً، مخالفین چنین استدلال می‌کنند: کلمه «من» در آیه فوق الذّکر بصورت قید آمده و به هر دو دسته ارتباط پیدا می‌کند، هم به «امهات نسائکم» و هم به «ربائبکم اللاتی». بدین معنی همان طور که دختر زن زمانی حرام می‌شود

(۱) مسالک الافهام، ج ۱، ص ۳۷۸.

(۲) شرح لمعه ده جلدی، ج ۵، ص ۱۷۷.

(۳) قرآن سورة نساء، آیه ۲۳.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۸۹

که شخصی با زن نزدیکی کرده باشد، مادر زن هم زمانی حرام می‌شود که مرد با زن نزدیکی کرده باشد. لذا شرط دخول در هر دو دسته اعتبار دارد.

مشهور استدلال فوق را چنین پاسخ می‌دهند:

اولاً- این مسأله خلاف ظاهر است، چون قیودی که پس از جملات متعدده آورده می‌شود (مانند استثناء) ظهور در آن دارد که تنها به جمله اخیر ارتباط پیدا می‌کند.

ثانیاً- «من» در دو معنی بکار می‌رود، ابتدائیه و بیانیه، چنانچه «من» «ربائبکم» را مقید نماید، «من» ابتدائیه یا نشویه است یعنی دخترانی که نشأت گرفته‌اند از زنانی که با آنها آمیزش کرده‌اید، اما اگر قید «من» به «امهات نسائکم» نیز ارتباط پیدا کند در این حالت «من» بیانیه است نه ابتدائیه، چرا که مادر زن نشأت گرفته از زن نیست، بنابراین «من» بیانی می‌شود برای قبل از خودش یعنی مادر زنی که مدخوله است، پس اگر «من» را در نظر بگیریم که به دسته اخیر یعنی «ربائبکم اللاتی» مرتبط گردد «من» ابتدائیه است، و چنانچه بگوئیم به دسته اول برخورد می‌کند، یعنی «امهات نسائکم»، در این صورت «من» بیانیه است؛ حال یک لفظ داریم و دو معنی (ابتدائیه و بیانیه)، و چون در بحث اصول فقه ثابت شده است که استعمال لفظ در بیش از یک معنی در یک استعمال جائز نیست، پس نمی‌توان لفظ «من» را در یک زمان هم در مفهوم ابتدائیه و هم بیانیه بکار برد، و چون امکان جمع نیز وجود ندارد پس ناگزیر از استعمال لفظ در یک معنی می‌باشیم؛ یعنی یا باید در معنای ابتدائیه استعمال شود یا بیانیه، و با توجه به اینکه قید «من» متصل به دسته «ربائبکم» می‌باشد پس باید گفت که قید «من» به این دسته اختصاص دارد و معنای ابتدائیه می‌دهد.

علاوه بر این استدلال ادبی، روایتی هم در این زمینه وجود دارد: ابن حمزه از حضرت باقر (ع) سؤال کرد که: «چنانچه مردی با زنی ازدواج نموده و قبل از دخول زن را طلاق دهد آیا دختر آن زن بر مرد حرام می‌شود؟»، حضرت فرمودند:

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۹۰

«دختر زنی که مدخوله نیست بر مرد حرام نمی‌شود. چون خداوند قید کرده است که زن باید مدخوله باشد تا دختر حرام شود». حضرت در ادامه سخن خود فرمودند:

«ولی زنی که قبل از دخول طلاق داده شود مادر آن زن بر مرد حرام مؤبد می‌شود».

سپس راوی سؤال می‌کند که: «آیا این دو مورد مانند هم نیستند؟»، حضرت می‌فرمایند: «چنین نیست بخاطر اینکه خداوند در مورد مادر زن شرط دخول را قرار نداده ولی در مورد دختر زن این شرط را قائل گردیده است» (۱).

پس با توجه به این روایت و ظهور آیه شریفه قول مشهور موجب و مستند و غیر قابل خدشه و ایراد بنظر می‌رسد.

۲- بین مرد و زنی که سابقاً زن پدر یا زن یکی از اجداد یا زن پسر یا زن یکی از احفاد او بوده است هر چند قرابت رضاعی باشد.

اشاره

با توجه به این عبارت ازدواج با زن پدر و زن اجداد حرام است. زیرا این زنها در حکم مادر هستند. و همچنین نکاح پسر با زن پدر و اجداد رضاعی نیز حرام است. پس افرادی که نکاح با آنها حرام است بشرح زیر تقسیم می‌شود:

۱- نکاح پسر با زن پدر و زن اجداد نسبی خود.

۲- نکاح پسر با زن پدر و زن اجداد رضاعی خود.

۳- نکاح پدر با زن پسر نسبی خود.

۴- نکاح پدر با زن پسر رضاعی.

۵- نکاح پدر با زن احفاد رضاعی خود.

در کلیه صور فوق بین افراد مذکور حرمت ابدی وجود دارد.

بررسی فقهی:

مبنای فقهی این مسائل آیات شریفه ذیل می‌باشد:

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۳۵۴ به بعد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۹۱

«وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ - ... نکاح نکنید با کسانی که پدران شما با آنها نکاح کرده‌اند «۱»». «حُرْمَتُ عَلَیْكُمْ ... وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ - حرام شد ازدواج کردن شما با ... همسران فرزندان آنان که از صلب شمايند «۲»».

از این دو آیه حرمت ازدواج زن و اجداد هر چند بالا رود و زنان فرزندان و نوه و نتیجه ... استفاده می‌شود. لازم به ذکر است که معنای حقیقی نکاح همان عقد است، و نیز معنای حقیقی حلیله (مفرد حلائل) معقود علیها می‌باشد. پس کلمات «حلائل» و «تنکحوا» افاده عموم دارند اعم از اینکه نزدیکی صورت گرفته باشد یا خیر. بنابراین در حرمت نکاح با زن پدر و همسر فرزند دخول شرط نیست و بدون دخول هم، بصرف وقوع عقد، حرمت ایجاد می‌گردد.

البته روایات هم این استنباط را تأیید می‌کند از جمله روایت محمد بن مسلم: «حضرت صادق (ع) می‌فرمایند: حرام است زنان پیغمبر بر حسن و حسین (ع)». حضرت پس از آن به همین آیه شریفه استدلال می‌کند و می‌فرماید: «شایسته نیست که مرد با زن جدش ازدواج کند «۳»».

با توجه به اطلاق کلمه نکاح در این آیه، حکم حرمت شامل نکاح دائم و نیز منقطع می‌شود. همچنین بشرح پیش گفته به موجب حدیث نبوی حرمت ناشی از رضاع منطبق با حرمت ناشی از نسب است. پس مورد رضاعی نیز به این موارد اضافه می‌شود و رضاع جای نسب می‌نشیند. مثلاً همانطور که مادر نسبی زوجه بر مرد حرام است مادر رضاعی زوجه نیز حرام خواهد بود.

۳- بین مرد با اناث از اولاد زن از هر درجه که باشد و لو رضاعی، مشروط بر اینکه [بین زن و شوهر و زناشوئی واقع شده باشد].

اشاره

(۱) سورة نساء، آیه ۲۲.

(۲) سورة نساء، آیه ۲۳.

(۳) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۳۵۴ به بعد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۹۲

بین زن و شوهر زناشوئی واقع شده باشد.

کلمه «اناث از اولاد زن» در عبارت فوق شامل دخترهای بلاواسطه یا با واسطه زن یعنی نوه‌های آن زن می‌گردد، خواه نوه‌های

دختری یا پسری، ولی ایجاد حرمت مشروط بر آن است که نزدیکی واقع شده باشد. پس اگر زنی از شوهر قبلی دختری داشته باشد چنانچه با مرد دیگری ازدواج کند، و شوهر دوم با آن زن نزدیکی کند دختر آن زن که از شوهر سابق است بر شوهر جدید حرام ابدی می‌شود.

همچنین اگر مردی با زنی ازدواج نموده و پس از مدتی او را طلاق دهد، و زن شوهر دیگری اختیار کند و از شوهر دوم (جدید) دارای دختر شود، شوهر اول نمی‌تواند با دختر شوهر جدید ازدواج کند.

در ماده فوق الذکر اضافه شده که فرقی بین دختر نسبی یا رضاعی از این حیث وجود ندارد.

بررسی فقهی:

در بحث قبل گفته شد که از آیه شریفه ۲۲ سوره نساء چنین استفاده می‌شود که در مورد مادر زن بصرف وقوع عقد و بدون ضرورت نزدیکی، حرمت نکاح ایجاد می‌گردد، ولی در مورد دختر زن شرط است که دخول صورت گیرد تا دختر زن با شوهر نسبت به یکدیگر حرام شوند. بنابراین اگر مردی با زنی ازدواج کند و قبل از دخول او را طلاق بدهد، می‌تواند با دختر این زن که از مرد دیگری است (چه قبلاً داشته یا بعداً دارای چنین دختری بشود) ازدواج کند، و حرمتی بین آنان وجود ندارد. یعنی صرف عقد با زن موجب حرمت ابدی نکاح با دختر او نمی‌گردد و علاوه بر عقد نزدیکی هم لازم است تا موجب حرمت شود.

باید دانست که منظور از توقف حرمت ابدی بر نزدیکی این نیست که آن مرد بتواند قبل از دخول به مادر درحالی که مادر در نکاح اوست با دختر آن زن ازدواج نماید. زیرا ازدواج با دختر باعث می‌گردد که آن زن مادر زن وی گردد و در آن

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۹۳

واحد کسی نمی‌تواند جمع بین مادر و دختر نماید. پس اینکه می‌گوئیم برای حرمت ابدی دخول شرط است، نسبت به دختر منظور است.

کسانی که نکاح آنان جمعا ممنوع است

اشاره

ماده ۱۰۴۸ قانون مدنی: «جمع بین دو خواهر ممنوع است، اگر چه به عقد منقطع باشد».

طبق این ماده اگر کسی با زنی ازدواج کرد، مادام که زوجیت مذکور باقی است نمی‌تواند با خواهرش ازدواج کند و چنانچه چنین ازدواجی صورت گیرد باطل است. از اطلاق عبارت ماده استفاده می‌شود که فرقی نمی‌کند که هر دو عقد دائم باشد یا منقطع یا یکی دائم باشد و دیگری منقطع. همچنین اگر در یک لحظه دو خواهر را برای مردی به عقد نکاح درآورند، هر دو عقد باطل است. زیرا صحت دو عقد موجب جمع بین دو خواهر می‌گردد، و چون بموجب ماده مذکور جمع بین دو خواهر ممنوع است، پس صحت هر یک موجب بطلان دیگری است. و از طرفی چون هیچ یک از دو عقد بر دیگری ترجیح یا تقدم زمانی ندارد، لذا هر دو عقد باطل است.

بررسی فقهی

مبنای فقهی مسأله قسمت اخیر همان آیه شریفه است که می‌فرماید:
 «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ ... وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ - حرام است بر شما جمع بین دو خواهر «۱»».
 علاوه بر آیه شریفه نصوص متواتری دال بر این حکم وجود دارد که طبق

(۱) رجوع شود به جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۸۱.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۹۴

مجموع آنها جمع بین دو خواهر در ازدواج ممنوع و حرام است. باید توجه داشت که حرمت در این مورد دائمی و مؤبد نیست بنابراین اگر ازدواج با خواهر اول نکاح منقطع باشد و مدت تمام شود و یا ازدواج مذکور دائم باشد ولی بین زوجین طلاق واقع شود یا زوجه بمیرد، در این صورت شوهر می‌تواند با خواهرش ازدواج کند. فقها در این زمینه عقیده دارند اگر مرد زنش را با طلاق رجعی مطلقه ساخت در مدت عده نمی‌تواند با خواهر زن ازدواج کند زیرا مطلقه رجعی قبل از اتمام مدت عده، بمنزله زوجه است «۱».

قانون مدنی نیز در مادّتين ۹۴۳ و ۱۱۴۸ و موادّ دیگر مطلقه رجعی را در حکم زوجه قلمداد کرده است. بنابراین اگر مرد در عده رجعی با خواهر زن خود ازدواج کند، در واقع جمع بین دو خواهر کرده است و چنین عقدی باطل است. اما اگر زن به طلاق بائن مطلقه شود (مانند زن یائسه یا غیر مدخوله، زن سه طلاقه یا نه طلاقه عدی) مرد می‌تواند با خواهر چنین زنی ازدواج کند. زیرا طلاق بائن موجب جدائی کامل بین زوجین می‌شود و هیچ نوع علقه‌ای بین آنان باقی نمی‌ماند «۲».

در اینجا به ذکر چند مسأله در مورد این ماده می‌پردازیم:

مسأله اول- اگر مردی به عقد منقطع با زنی ازدواج کند آیا قبل از انقضای عده می‌تواند با خواهرش ازدواج کند یا نه؟ فقها در این مورد دو نظریه دارند مثبت «۳» و منفی «۴». منشأ اختلاف، از طرفی وجود نصّ صریحی «۵» است که دلالت بر نفی می‌کند، و از طرف دیگر مقتضای قواعد حقوقی این است که در زمان عده عقد منقطع ازدواج با خواهر زن مجاز باشد.

(۱) رجوع شود به جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۸۱.

(۲) مأخذ سابق.

(۳) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۸۱؛ مناهج المتقین، شیخ عبد الله مامقانی، ص ۳۵۹.

(۴) شرح لمعه دو جلدی، ج ۲، ص ۷۳.

(۵) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۳۷۰.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۹۵

زیرا در نکاح منقطع پس از انقضای مدت یا بذل آن، در حقیقت رابطه نکاح و زوجیت بین زوجین قطع شده و مانند طلاق بائن در نکاح دائم است. بنابراین مطابق مقتضیات حقوقی در این مدت ازدواج با خواهر زن سابق نباید اشکالی داشته باشد، ولی فقهای معاصر اغلب احتیاطاً منع نموده‌اند «۱».

مسأله دوم- در عده فسخ نکاح، آیا مرد می‌تواند با خواهر زوجه ازدواج کند؟

باید توجه داشت این مورد با طلاق بائن فرقی ندارد، و قواعد حقوقی اقتضا می‌کند که بگوئیم در این مورد هم حکم موضوع مشابه طلاق بائن است و ازدواج در حین عده بلا مانع می‌باشد «۲».

مسأله سوم- چنانچه هر دو خواهر و یا یکی از آنها ولد الزنا یا ولد به شبهه باشد حکم موضوع چیست؟

فقها در این زمینه با رعایت احتیاط عقیده دارند حکم قضیه مانند اخت مشروع است و جمع بین اختین در صورت فوق جائز نیست. اما در ماده ۱۰۴۵ ق. م.

که می‌گوید: «نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است، اگر چه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد» شاید بتوان با اتخاذ ملاک قائل شد به اینکه قانون مدنی از احتیاط فقها پیروی نموده است.

تذکر- در جمع بین دو خواهر قانون مدنی راجع به خواهر رضاعی ساکت است ولی فقها با توجه به حدیث نبوی به صراحت گفته‌اند که از حیث حرمت جمع بین دو خواهر میان خواهر نسبی و رضاعی فرقی نیست «۳».

(۱) عروۃ الوثقی، فصل محرمات بالمصاهره، مسأله ۴۸.

(۲) منبع سابق.

(۳) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۸۰.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۹۶

جمع بین عمه با برادرزاده یا خواهرزاده

اشاره

ماده ۱۰۴۹ قانون مدنی: «هیچ کس نمی‌تواند دختر برادر زن و یا دختر خواهر زن خود را بگیرد مگر با اجازه زن خود». یعنی اگر زن انسان عمه یا خاله دختری است، مرد نمی‌تواند با آن دختر ازدواج کند مگر با اجازه عمه یا خاله دختر (یعنی همسر خود).

بررسی فقهی

این ماده از قانون مدنی مبتنی بر فتوای مشهور فقهای امامیه است و مستند آن نیز علاوه بر اجماع اخبار متواتره‌ای است که در این مورد وارد گردیده است «۱». در مقابل نظریه مشهور دو قول مخالف وجود دارد یکی نظریه اسکافی و عمّانی است که نکاح مزبور را اجازه داده‌اند و لو زن آن را منع نماید؛ دیگری قول صدوق به عدم جواز نکاح است اگر چه زن اجازه دهد.

اسکافی و عمّانی به این قسمت از آیه شریفه از سوره نساء استناد می‌کنند که خداوند بعد از شمردن زنانی که نکاح با آنان حرام است می‌فرماید...: «وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ»... یعنی سوای آن زنانی که نام بردیم بر شما حلال است، علی‌هذا چون خداوند غیر از اشخاص نامبرده شده نکاح با بقیه افراد را جائز دانسته دختر برادر یا خواهر زن در ردیف بقیه زنان است و ازدواج با آنها به حکم آیه بلا اشکال می‌باشد «۲».

مستند دیگر روایت علی بن جعفر است وی از برادرش امام موسی بن

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۳۷۵ به بعد.

(۲) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۵۷.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۹۷

جعفر (ع) سؤال می‌کند درباره مردی که با زنی ازدواج نموده پس از ازدواج با عمه یا خاله آن زن، یعنی علاوه بر اینکه عمه یا خاله در عقدش بوده با دختر برادر یا خواهر آن زن نیز ازدواج نموده و با هم جمع کرده است؛ حضرت در پاسخ می‌فرماید: «مانعی ندارد» (۱).

اما استناد صدوق به روایت ابی الصباح است به نقل از حضرت صادق (ع) که فرموده‌اند: «برای مرد حلال نیست به اینکه جمع کند بین زن و عمه و خاله او» (۲).

مشهور فقها این دو قول را رد کرده، و روایات مستند نظریه‌های مذکور را در مقابل روایات زیادی که در زمینه لزوم اذن عمه یا خاله وارد شده ضعیف می‌دانند.

آنان در مورد روایتی که حضرت فرموده است: «مانعی ندارد» معتقدند که منظور حضرت این بوده است که در صورت اذن مانعی ندارد و همچنین در روایت دیگر که حضرت فرموده است «جائز نیست» مراد حالتی است که اذن وجود ندارد.

حال باید ببینیم اگر مردی بدون اجازه زوجه با دختر برادر یا دختر خواهرش ازدواج و بین آنان جمع کند، اثرات حقوقی موضوع چگونه خواهد بود. در پاسخ به این سؤال بین فقهاء چهار نظریه وجود دارد:

الف) نظریه مرحوم محقق که می‌گوید نکاح دوم باطل است.

ب) نظریه‌ای که تعداد زیادی از فقهای متأخر پیرو آنند، که صحت نکاح دوم متوقف بر اجازه زن است و چنانچه اجازه ندهد عقد باطل است.

ج) طرفداران نظریه سوم می‌گویند اختیار با عمه یا خاله است. آنان می‌توانند نکاح خود را فسخ کنند و یا عقد برادر زاده یا خواهر زاده را فسخ نمایند بدون اینکه به طلاق احتیاج باشد، و یا اینکه ازدواج دوم را امضاء کنند. زیرا هر دو

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۳۷۵ به بعد.

(۲) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۳۷۶.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۹۸

عقد صحیح واقع شده است. بنابراین بقاء دو عقد منوط به اجازه عمه و خاله است، و چنانچه بخواهند می‌توانند آن را اجازه دهند و یا آنکه یکی را فسخ و دیگری را باقی بگذارند.

د) نظریه‌ای که از مرحوم علامه حلی نقل شده است که عقد دختر (برادر زاده یا خواهر زاده) قطعاً باطل است، و عقد خود عمه و خاله نیز متزلزل می‌گردد. چنانچه عمه یا خاله راضی هستند ادامه زندگی بدهند و الا عقد را از بین ببرند (۱).

نقد و بررسی:

بنظر می‌رسد دو نظریه اخیر مخدوش باشد. اما در مورد نظریه سوم، اینکه عمه یا خاله حق فسخ نکاح خود را دارند، صحیح نیست. زیرا عقد مزبور صحیحاً واقع گردیده و بموجب اصل استصحاب استحکام عقد سابق احراز می‌شود؛ از طرفی جمع بین خواهر زاده و برادر زاده با عمه و خاله بواسطه عقد دوم انجام گرفته و مقتضای قاعده این است که عقد دوم یا فاسد باشد یا متوقف بر اجازه، و به هر حال مجوزی باقی نمی‌ماند که زن اول بتواند عقد خودش را فسخ کند. با این ترتیب نظریه سوم قابل پذیرش نیست.

اما در مورد نظریه چهارم نیز باید گفت این نظریه هم وجهی ندارد، زیرا آنچه که مقتضی تزلزل است حالت جمع می‌باشد، یعنی زمانی که ازدواج و نکاح عمه یا خاله با ازدواج دختر (خواهر زاده یا برادر زاده) جمع شود. ولی چنانچه عقد اخیر را باطل بدانیم دیگر جمعی وجود ندارد تا عقد عمه یا خاله بموجب آن متزلزل گردد. بین دو نظریه اول و دوم، نظریه دوم که متأخرین از فقها نیز پیرو آنند،

(۱) برای تفصیل نظریات مراجعه شود به جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۵۷ به بعد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۹۹

صحیح‌تر بنظر می‌رسد. زیرا بمنظور جلوگیری از هتک حرمت عمه یا خاله، ازدواج با خواهر زاده یا برادر زاده آنها نهی گردیده، و فلسفه ممنوعیت و نهی نیز رعایت حرمت عمه یا خاله است. حال چنانچه عمه و خاله قبلاً اذن به ازدواج بدهند یا بعداً آن را اجازه کنند، چنین ازدواجی بلااشکال و صحیح خواهد بود. کما اینکه در روایت محمد بن مسلم از حضرت باقر (ع) به این موضوع اشاره شده که حضرت فرمودند: «همانا رسول الله (ص) نهی فرموده از تزویج زن بر بالای عمه یا خاله‌اش بخاطر اجلال خاله و عمه، هنگامی که آنان اجازه دادند مانعی ندارد» (۱).

بنابراین نهی در حقیقت متعلق به نکاح بعنوان اولی نیست تا اینکه موجب فساد عقد گردد، بلکه بعنوان ثانوی است (هتک حرمت خاله یا عمه)، و زمانی که نهی مستقیماً به نکاح متعلق نشد دلالت بر فساد هم نمی‌کند؛ پس اشکالی ندارد که عمومات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «أُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» این عقد را نیز شامل شود، ولی این امر منوط و مشروط است به اجازه عمه یا خاله زن؛ عبارت قانون مدنی نیز مشعر بهمین معنا است. زیرا می‌گوید: «هیچ کس ... مگر با اجازه زن خود».

بدین ترتیب می‌توان گفت چنانچه قبل از عقد دوم چنین اجازه‌ای صادر نشده باشد ولی بعداً صادر شود، اجازه بعدی نقص را رفع و عقد را تصحیح می‌گرداند. و در این مقام لزومی ندارد که شرط مقارن مشروط باشد. عیناً مانند عقد فضولی که اجازه بعدی می‌تواند شرط متأخر قرار گیرد. بدیهی است بعد از عقد اگر عمه یا خاله ازدواج دوم را اجازه ندهد و رد کند عقد دوم باطل است. در اینجا پیرامون ماده مذکور به طرح چند مسأله می‌پردازیم:

مسأله اول- اگر دختر برادر یا دختر خواهر بدوا در نکاح مردی قرار گیرد و بعداً مرد بخواهد با عمه یا خاله همسرش نیز ازدواج کند حکم مسأله چیست؟

فقها گفته‌اند اگر عمه و خاله هنگام خواستگاری از موضوع ازدواج قبلی

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۳۷۷.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۰۰

مرد با خواهر زاده یا برادر زاده خود مطلع باشند در این صورت اشکالی ندارد ولی اگر مطلع نباشند و بعد از عقد دوم از این موضوع آگاه شوند در این مورد نظریات مختلفی وجود دارد که اجمالاً بشرح زیر مطرح می‌گردد:

الف) عمه یا خاله مخیرند بین امضاء عقد لاحق یا رد آن.

ب) عمه یا خاله مخیرند بین فسخ عقد خود و یا عقد سابق.

ج) هر دو عقد باطل است.

مشهور فقها بر نظریه اولند. یعنی عقیده دارند عمه یا خاله فقط اختیار ابطال عقد خودش را دارد. زیرا عقد نخست صحیحاً صورت گرفته و دادن اختیار به عمه یا خاله در زمینه فسخ عقد اول تضییع حق خواهر زاده یا برادر زاده را موجب می‌شود، و این تحمیل غیر

منطقی و غیر قابل توجیه است «۱».

تذکر ۱) در ماده ۱۰۴۹ قانون مدنی که می‌گوید: «هیچ کس نمی‌تواند دختر برادر زن یا دختر خواهر زن خود را بگیرد»، ... مشخص نیست که منع تا چه درجه‌ای از بستگان را شامل می‌گردد. یعنی آیا منحصر به درجه اول است یا درجات بالاتر مثلاً عمه یا خاله پدر و مادر و یا بالاتر را نیز در بر می‌گیرد؟ فقها معتقدند منع شامل کلیه درجات است و از این حیث بین درجه اول و درجات بالاتر فرقی نیست.

از ظاهر قانون مدنی چنین معنایی استفاده نمی‌شود بلکه حکم را شامل عمه و خاله درجه اول می‌داند. بنابراین اگر کسی بدواً با زنی ازدواج کند و سپس با نوه خواهر یا برادر همسرش نیز ازدواج کند دیگر اجازه همسر لازم نیست.

تذکر ۲) قانون مدنی در ماده مورد بحث از برادر زاده و خواهر زاده رضاعی سخنی به میان نیاورده است. ولی فقها باستناد حدیث «یحرم من الرضاع ما یحرم من

(۱) برای تفصیل بیشتر مراجعه شود به: جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۵۹؛ ریاض المسائل طباطبائی، ج ۲؛ مسالک الافهام، ج ۱، ص ۳۷۹؛ ایضاح الفوائد، ج ۳ ص ۸۹.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۰۱

التَّسَبُّبُ «۱» خواهرزاده و برادرزاده رضاعی را نیز در حکم نسبی قرار می‌دهند.

مسئله دوم- هرگاه زوج پس از طلاق رجعی عمه یا خاله قصد ازدواج با برادر زاده و یا خواهرزاده او را داشته باشد، مادام که مدت عده منقضی نشده نمی‌تواند نکاح را منعقد نماید ولی در طلاق بائن اشکالی ندارد.

مسئله سوم- عمه یا خاله‌ای که قبلاً برای ازدواج شوهرش با خواهر زاده یا برادر زاده خود اذن داده آیا می‌تواند از اذن عدول کند؟ در اینجا باید قائل به تفکیک شد چنانچه عقد با خواهرزاده یا برادرزاده‌اش واقع شده باشد، در این صورت عدول از اذن اثری ندارد و موجب بطلان عقد دوم نمی‌شود. ولی اگر هنوز عقد واقع نشده باشد، عدول از اذن مؤثر است و مانع ازدواج دوم می‌شود. زیرا مثل این است که اصولاً اذنی داده نشده باشد.

مسئله چهارم- اگر اذن عمه یا خاله ناشی از غرور باشد (فریب)، در این صورت نیز اذن محسوب می‌شود و غرور در مقام مؤثر نیست. مثلاً اگر شوهر به او وعده بدهد که در صورت اذن مثلاً مال یا حقی را به زوجه واگذار می‌کند، ولی بعد از اذن به وعده وفا نکند، این تخلف موجب بطلان اذن و عقد نیست. و نیز فرقی نمی‌کند که شوهر از ابتدا قصد وفای به عهد را نداشته یا بعداً خودداری کرده است.

البته ناگفته نماند چنانچه اذن از ابتدا مشروط به شرطی باشد و بعداً شوهر به این شرط عمل نکند چون تخلف از شرط موجب بطلان اذن می‌شود مآلاً عقد را نیز باطل می‌سازد.

مسئله پنجم- اگر عمه یا خاله مجنون باشد و اذن بدهد آیا این اذن اعتبار دارد، یا اینکه اذن با ولی اوست؟

در این خصوص بین فقها نظریات مختلفی وجود دارد ولی مقتضای قواعد حقوقی آن است که در این صورت اذن به ولی منتقل می‌شود «۲».

(۱) در مباحث رضاع مفصلاً مورد بحث و بررسی قرار گرفت.

(۲) رجوع شود به جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۶۰.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۰۲

مسأله ششم - آیا اذن عمّه و خاله از قواعد آمره است یا مخیره؟

لزوم اذن عمّه و خاله برای صحت عقد با خواهرزاده و برادرزاده که در قانون مدنی آمده، از قوانین آمره است و مانند حقّ خيار نیست که قابل فسخ یا اسقاط باشد. بنابراین چنانچه ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگری شوهر با زن خود شرط نماید که حقّ مداخله در نکاح برادرزاده و خواهرزاده را ندارد این شرط صحیح نیست. ولی در صورتی که در ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر با زن شرط کند که برادرزاده یا خواهرزاده زن را نیز بگیرد، و یا به تعبیر دیگر مجاز در ازدواج با آنان باشد، شرط صحیح است و اشکالی ندارد. در اینجا بنظر می‌رسد زن از اجازه خود که ضمن عقد لازم داده است حقّ عدول ندارد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۰۳

ازدواج با همسر دیگری

اشاره

ماده ۱۰۵۰ قانون مدنی: «هر کس زن شوهردار را با علم بوجود علقه زوجیت و حرمت نکاح و یا زنی را که در عده طلاق یا در عده وفات است با علم به عده و حرمت نکاح برای خود عقد کند، عقد باطل و آن زن مطلقاً بر آن شخص حرام مؤبد می‌شود».

ماده ۱۰۵۱ قانون مدنی: «حکم مذکور در ماده فوق در موردی نیز جاری است که عقد از روی جهل بتمام یا یکی از امور مذکوره فوق بوده و نزدیکی هم واقع شده باشد. در صورت جهل و عدم وقوع نزدیکی عقد باطل ولی حرمت ابدی حاصل نمی‌شود».

از تلفیق دو ماده فوق مطالب زیر استفاده می‌شود:

الف) هرگاه مردی زن شوهرداری را، با علم بوجود رابطه زوجیت و حرمت نکاح، عقد کند، عقد مزبور باطل و آن زن بر آن شخص حرام مؤبد می‌شود.

ب) هرگاه مردی با زنی که در عده طلاق یا وفات مرد دیگر است با علم به عده و حرمت نکاح، عقد ازدواج منعقد کند، مانند مورد قبل عقد باطل و آن زن بر وی حرام ابدی می‌شود.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۰۴

ج) هرگاه مردی با جهل به شوهر داشتن یا در عده بودن زنی او را به عقد خود درآورد، چنانچه نزدیکی صورت نگیرد عقد باطل می‌شود، ولی حرمت ابدی حاصل نگشته و آن زن بعد از خروج از زوجیت اول یا خروج از عده می‌تواند با آن مرد ازدواج کند.

ه) هرگاه مردی با جهل به شوهر داشتن یا در عده بودن زنی او ازدواج و نزدیکی نماید، عقد باطل و آن دو بر هم حرام ابدی می‌شوند.

بررسی فقهی

فقه‌های امامیه در بحث فوق نخست احکام زن معتده (دارای عده) را مطرح نموده، و آنگاه احکام زن شوهردار را مورد بحث قرار داده‌اند. علت این تقدّم و تأخّر این است که نصوص در کتاب و سنت در خصوص زن معتده وارد شده، و زن شوهردار، به ترتیبی که گفته خواهد شد، به حکم مزبور ملحق شده است. بنابراین به پیروی از فقهاء مقدمتاً احکام زن در عده مورد بررسی قرار می‌گیرد.

ازدواج در عده

نکاح با زنی که در عده دیگری است باطل است، و فرقی نمی‌کند که نکاح دائم باشد یا منقطع، و طلاق بائن باشد یا رجعی، و نیز عده وفات یا عده شبهه. همچنین در بطلان عقد فرقی نمی‌کند که طرفین عالم به وجود عده و حرمت نکاح باشند یا جاهل. در این مورد بین فقها اختلاف نظری وجود ندارد، به دلیل اینکه مستند حکم، آیه شریفه زیر است:

«وَلَا تَغْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ» - مادام که مدت عده سر نیامده عزم عقد نکاح ننمائید «۱».

(۱) قرآن مجید، سوره بقره، آیه ۲۳۵.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۰۵

هر چند در آیه فوق از عزم و تصمیم بر نکاح نهی شده است، ولی کاملاً واضح است که آنچه واقعاً ممنوع گردیده اصل عقد نکاح است. مضافاً به اینکه غیر منطقی است که عزم بر نکاح ممنوع و اصل نکاح مجاز باشد. باید توجه داشت منظور از عزم معادل خواستگاری نیست. زیرا صرف خواستگاری تصمیم بر ازدواج پس از انقضای عده است، ولی عزم یعنی قصد ازدواج در حال فعلی. و لذا خواستگاری بصورت تعریض از بعضی از زنان در حال عده بائن و یا عده وفات بلا مانع می‌باشد.

همانگونه که قبلاً بیان گردید نکاح با زن در عده در صورت علم موجب حرمت ابدی است؛ یعنی علم به حکم و موضوع. فقها عقیده دارند در مسأله فرقی نمی‌کند که هر دو عالم به حکم و موضوع باشند و یا اینکه فقط یکی از آنان علم داشته باشد به هر حال به محض وقوع چنین عقدی حتی اگر نزدیکی هم صورت نگرفته باشد حرمت ابدی بین آنان ایجاد می‌شود «۱».

حرمت ابدی:

چنانچه زن و مرد نسبت به حکم (حرمت) یا موضوع (وجود زن در عده) جاهل باشند و نکاح نمایند، عقد باطل است ولی حرمت ابدی ایجاد نمی‌گردد.

بنابراین می‌توانند بعد از انقضای عده با یکدیگر ازدواج نمایند، مشروط بر اینکه نزدیکی صورت نگرفته باشد. ولی اگر نزدیکی واقع شود حرمت ابدی بوجود می‌آید.

مستند حرمت ابدی در صورت وقوع نزدیکی، علاوه بر آیه شریفه که نقل شد «۲»، روایات متعددی است از ائمه معصومین (ع) که ذیلاً به عنوان نمونه دو روایت نقل می‌شود:

۱- حضرت صادق (ع) در روایتی می‌فرمایند: «هرگاه مردی با زنی

(۱) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۳۱.

(۲) سوره بقره، آیه ۲۳۵.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۰۶

ازدواج کند که آن زن در عده است و نزدیکی هم واقع شود آن زن بر مرد ابداً حلال نیست خواه عالم یا جاهل باشد. ولی اگر مرد به آن زن دخول ننماید چنانچه جاهل باشد حلال است و برای عالم حلال نیست «۱».

۲- در روایت دیگر عبد الرحمن بن حجاج از حضرت ابا ابراهیم (ع) نقل می‌کند که: «از او سؤال کردم درباره مردی که ازدواج می‌کند با زنی که در عده است در حالتی که جاهل است، آیا بر مرد حرام ابدی است؟»، آن حضرت فرمودند:

«خیر اگر جاهل بوده بعد از انقضای عده می‌تواند با همان زن ازدواج نماید». راوی می‌گوید: «سؤال کردم کدام یک از دو جهل

موجب عذر است، جهل به حرام بودن ازدواج یا جهل به اینکه زن در عده می‌باشد؟»، حضرت در پاسخ فرمودند: «یکی از این دو جهل آسان‌تر از دیگری است. جهل به اینکه زن در عده است آسان‌تر است از اینکه جهل به حرمت داشته باشد و نداند که خداوند چنین ازدواجی را حرام نموده است» (۲).

با استناد به روایات فوق فقهای امامیه فتوی داده‌اند در صورتی که این ازدواج با علم باشد و یا با جهل و لیکن نزدیکی صورت گرفته باشد، موجب حرمت ابدی خواهد بود. و اما در حالت جهل بدون نزدیکی موجب حرام ابدی نمی‌گردد، ولی در تمام این صور عقد باطل است.

ازدواج با زن شوهردار

عقد ازدواج با زن شوهر دار باطل است خواه عالماً عامداً باشد یا از روی جهل. این موضوع از واضحات است و تردیدی در آن نیست. فقط باید دید آیا چنین عقدی موجب حرمت ابدی نیز می‌گردد یا نه؟ یعنی چنانچه زن به علت فوت یا طلاق از شوهرش جدا شود آیا بعد از انقضای عده می‌تواند با مرد قبلی ازدواج کند؟

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۳۴۵.

(۲) همان مأخذ.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۰۷

همانگونه که گفته شد آیه قرآن و نصوص روایت در مورد معتده وارد گردیده، ولی به شرحی که خواهد آمد زن شوهردار نیز با استفاده از حکم مربوط به زن در عده، مادام که در زوجیت قبلی است قابل نکاح نیست.

مرحوم علامه حلی می‌گوید: «ملحق نمودن زن شوهردار به زن معتده در حرمت ابدی مورد اشکال است» (۱). ولی سایر فقها با استدلال به اولویت گفته‌اند که نکاح با زن شوهردار همانند زن در عده موجب حرمت ابدی است خواه نزدیکی تحقق پذیرفته باشد یا خیر، ولی در صورت جهل به موضوع یا حکم تنها در صورتی که دخول صورت بگیرد حرمت ابدی ایجاد می‌شود. در این مقام فرقی نمی‌کند که عقد اول یا عقد دوم دائمی باشد یا منقطع.

در مورد حکم فوق به ذکر چند مسأله می‌پردازیم:

مسأله ۱- همانگونه که قبلاً گفته شد در مورد شخص جاهل تنها نزدیکی است که موجب حرمت ابدی می‌باشد. حال باید دید که این دخول باید در زمان عده صورت گرفته باشد یا آنکه اگر تزویج در مدت عده انجام شده و دخول بعد از انقضای عده باشد در این حالت هم دخول محرم می‌گردد؛ در پاسخ به این سؤال فقها دو نظریه دارند:

صاحب ریاض قول دوم را قبول کرده و می‌گوید: «در فرض فوق شرط دخول این نیست که در زمان عده صورت گرفته باشد بلکه چنانچه بعد از زمان عده هم انجام گیرد، در این حالت نیز موجب حرمت ابدی می‌گردد». دلیل صاحب ریاض اطلاق فتاوی و نصوص در این زمینه است. در مقابل، صاحب جواهر قول اول را اختیار نموده و می‌گوید: «چنانچه دخول بعد از پایان مدت عده صورت گرفته باشد موجب حرمت ابدی نیست» (۲). دلیل صاحب جواهر استنباط و استظهار

(۱) قواعد الاحکام علامه حلی، افست قم، ج ۲، ص ۱۵.

(۲) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۳۳.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۰۸

از نصوص است.

بنظر می‌رسد عقیده صاحب جواهر بیشتر قابل توجیه است. زیرا بطور کلی حرمت ابدی خلاف اصل است و مطابق قواعد اصول باید به قدر متیقن اکتفا کرد.

قدر متیقن هم همین است.

از ماده ۱۰۵۱ ق.م.هم که می‌گوید «...: «نزدیکی هم واقع شده باشد» ... می‌توان استنباط کرد که از نظریه صاحب جواهر پیروی شده است.

بخصوص اینکه حرمت ابدی خلاف اصل است و نباید در مورد آن تفسیر موسع صورت گیرد بلکه در اینگونه موارد صحیح این است که تفسیر مضیق صورت گیرد.

بعضی از حقوق دانان معاصر از عبارت ماده مزبور چنین استنباط کرده‌اند که برای ایجاد حرمت کافی است که نکاح در عده واقع شود و در اثر آن نزدیکی بعمل آید خواه نزدیکی در عده باشد یا خارج از آن «۱». ولی با توضیحی که داده شد از نظر ما قابل توجیه نیست.

مسئله ۲- هرگاه ولی زوج زنی را که ایام عده را می‌گذرانند به ازدواج وی درآورد درحالی که خود به حکم و موضوع عالم باشد، و نیز در موردی که وکیل به همین صورت اقدام به عقد کند، مسئله نکاح و رابطه بین طرفین تابع چه حکمی است؟
فقه‌اء عقیده دارند چنین عقدی موجب حرمت ابدی نمی‌شود. چون مستنبط از ادله این است که مناط در حرمت علم زوج است نه علم ولی یا وکیل. البته باید توجه داشت در مورد وکالت بین اینکه مورد معین باشد یا بنحو اطلاق فرق دارد. اگر وکالت برای تزویج زن معین نباشد، حکم مسئله همان است که گفته شد. ولی اگر وکیل وکالت در ازدواج زن معینی داشته و آن زن در عده باشد، ظاهراً این مسئله مانند موردی است که خود مرد مباشرتاً اقدام به تزویج زن معتده نموده باشد «۲».

(۱) حقوق مدنی، امامی، ج ۴، ص ۳۲۴.

(۲) عروة الوثقی حاج سید محمد کاظم یزدی.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۰۹

مسئله ۳- آیا زنی که در عده طلاق یا وطی به شبهه مردی است می‌تواند برای خود او عقد شود؟

فقه‌اء می‌گویند عقد تنها در عده رجعی صحیح نیست ولی در عده بائن، عده وطی به شبهه و عده فسخ با یکی از موجبات قانونی، عقد جائز و صحیح است.

استدلال آنان این است که تزویج در عده رجعی به لحاظ آنکه آن زن به منزله زوجه می‌باشد، باطل است. اما در عده‌های دیگر چنین نیست. در اینجا ناگفته نماند ازدواج در عده طلاق سؤم باطل و حرام است ولی باعث حرمت ابدی نمی‌شود «۱».

مسئله ۴- هرگاه مردی شک داشته باشد که زن در عده بسر می‌برد یا نه، ازدواج با چنین زنی چه صورتی دارد؟

در پاسخ به مسئله دو فرض قابل تصور است:

الف- اینکه مرد سابقاً علم داشته که زن در عده بوده، ولی احتمال می‌دهد که عده سپری شده است؛ در اینجا اگر خود زن بگوید که عده‌اش سپری گردیده مرد می‌تواند با او ازدواج کند ولی اگر مرد سؤال نکند و زن نیز نگوید که عده‌اش سپری گردیده، مقتضی استصحاب این است که عده باقی است و ازدواج مرد با چنین زنی جائز نیست.

بنظر اکثر فقها در صورت ازدواج در چنین حالتی حرمت ابدی ایجاد می‌گردد. زیرا استصحاب در این مسئله جانشین قطع و علم است. یعنی چون مقتضای استصحاب این است که عده باقی است و زن هنوز در عده بسر می‌برد، بنابراین مانند این است که علم به

عده برای او احراز شود. لذا مرد عالم محسوب می‌گردد و ازدواج موجب حرمت ابدی است «۲».

ب- مرد از اینکه زن در عده است یا نه اطلاعی ندارد. در این حالت تردیدی نیست که ازدواج جائز است، خصوصاً اینکه زن بگوید عده‌اش سپری شده است.

(۱) مأخذ قبل.

(۲) مستمسک العروة الوثقی، حاج سید محسن حکیم، ج ۱۴، ص ۱۲۸.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۱۰

مسئله ۵- مردی با زنی که در عده است ازدواج می‌کند، و هر دو یا یکی از آنها به موضوع یا حکم جاهل می‌باشند، چنانچه شک داشته باشیم به اینکه نزدیکی صورت گرفته است، یا نه حکم قضیه چگونه است؟
فقه‌ها می‌گویند چون اصل عدم دخول است نزدیکی را واقع شده نمی‌دانیم.

همچنین در حالتی که علم به عدم دخول داشته باشیم و شک داشته باشیم که زن عالم به موضوع و حکم بوده یا جاهل داشته، بنا را در اینجا هم بر عدم علم می‌گذاریم چون اصل بر عدم علم است. لذا حرمت ابدی بر موضوع بار نمی‌شود «۱».

مسئله ۶- اگر مردی نسبت به دو زن علم اجمالی داشته باشد به اینکه یکی از آن دو در عده می‌باشد، ولی بطور معین نداند کدامیک از آنها است، حکم قضیه چیست؟

در این حالت مرد باید از هر دو ازدواج اجتناب کند. اما مشهور فقها عقیده دارند چنانچه مرد با یکی از زنان ازدواج کند، ازدواج باطل است ولی باعث حرمت ابدی نمی‌شود. چون سبب حرمت علم به معتدّه بودن زن است که در فرض مسأله این حالت احراز نگردیده است. لذا اگر این مرد در آن واحد با هر دو زن ازدواج کند هر دو عقد باطل است و آن دو زن بر مرد حرام می‌شوند. مستند این فتوی عمل به قواعد علم اجمالی است که در اصول فقه مورد بحث قرار گرفته است.

مسئله ۷- همانگونه که گفته شد نمی‌توان با زنی که در عده وفات است، مانند عده طلاق، ازدواج کرد. حال اگر شوهر زنی فوت کند و زن آگاه به فوت نباشد ولی مرد آگاه باشد، آیا در صورت تحقق عقد حرمت ابدی ایجاد می‌شود؟
در این مورد بین فقهاء دو نظر وجود دارد:

عده‌ای می‌گویند موجب حرمت ابدی نیست. زیرا مقتضی حرمت این است که زن معتدّه یا مزوجه باشد و چنین زنی نه معتدّه است نه مزوجه. مزوجه نیست چون شوهرش فوت کرده، معتدّه نیست چون زن از فوت شوهر بی‌اطلاع است.

(۱) مأخذ سابق ص ۱۲۹.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۱۱

و عده وفات بعد از اطلاع زن از فوت شوهرش شروع می‌شود، و چون زن بر وفات اطلاع نیافته پس در عده نیست. نتیجتاً چنین عقدی موجب حرمت نمی‌گردد. اکثر فقهاء بر این نظر اتفاق دارند و معتقدند فرقی نمی‌کند که مدت سپری شده از زمان فوت تا تاریخ وقوع عقد و دخول، به میزان مدت عده وفات باشد یا خیر «۱».

با این حال باید توجه داشت عقدی که در زمان عده صورت گرفته باطل است. چرا که صحت آن عقد با اتخاذ عده و حداد (ترک زینت) منافات دارد.

بعبارت روشن‌تر وجوب اتخاذ عده و حداد از زمان رسیدن خبر فوت همسر می‌باشد.

و این عمل بلحاظ احترام به متوفی است. از این جهت صحت عقد با وجوب عده یا حداد منافات پیدا می‌کند.

در مقابل اکثر فقهاء، عده‌ای دیگر معتقدند که این ازدواج موجب حرمت ابدی می‌گردد. استدلال طرفداران این قول آن است که: چنانچه فرضاً ازدواج از این پس (پس از اطلاع از فوت) اتفاق می‌افتاد یقیناً موجب حرمت ابدی بود، لذا بطریق اولی ازدواجی که قبل از این تاریخ اتفاق افتاده بایستی موجب حرمت ابدی باشد؛ زیرا که زمان آن نزدیکتر به وفات است «۲». بنظر می‌رسد قواعد حقوقی مؤید نظریه اول است. ولی احتیاط اقتضا می‌کند که چنین زن و مردی با یکدیگر ازدواج نکنند.

(۱) قواعد الاحکام علامه حلی؛ مسالک الافهام شهید ثانی؛ مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۱۳۴.

(۲) ریاض المسائل طباطبائی، ج ۲.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۱۲

حرمت ابدی بواسطه لعان

اشاره

ماده ۱۰۵۲ قانون مدنی: «تفریقی که با لعان حاصل می‌شود موجب حرمت ابدی است». پیش از مطرح نمودن مسأله مورد نظر، لازم است که جهت روشن نمودن ماده فوق، اجمالاً به بحث لعان بپردازیم. و تفصیل را به محل خود واگذار می‌نمائیم.

واژه لعان

لعان مصدر باب مفاعله به معنی ملاعنه است. «لعن» یعنی ناسزا گفتن، طرد کردن، دور داشتن از خیر و نیکی. لعان در اصطلاح فقهی عبارت است از ملاعنه مخصوصی که هر یک از زن و شوهر برای ازاله حدّ قذف یا اثبات نفی ولد با تشریفات مخصوص با یکدیگر انجام می‌دهند. برای اینکه ماده فوق الاشعار را خوب تفسیر نمائیم لازم است به مطالب آتی اشاره کنیم. بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۱۳

[مطالبی برای تفسیر این ماده]

(۱) اسباب لعان

لعان دارای دو سبب می‌باشد:

سبب اول: «نسبت زنا دادن به زن محصنه (عقیقه) مدخول بها».

هرگاه مردی مدعی گردد که همسر دائمی وی که مدخول بها می‌باشد با مرد دیگری مرتکب زنا گردیده (اعم از اینکه این زنا قبلاً باشد یا دبراً) و ادعا کند که تنها خودش این عمل را مشاهده نموده و کسی دیگر شاهد آن نبوده است، حال چنانچه مرد به انجام تشریفات لعان راضی شود باید به شرحی که خواهیم گفت آن را انجام دهد و اگر از اجرای لعان خودداری نماید باید حدّ قذف بر او جاری شود.

سبب دوم: «انکار ولد».

و آن در موردی است که مردی فرزندی را که طبق قانون به او ملحق می‌شود منکر گردد. از نظر شرعی وقتی که بچه در فراش زوج و زوجه‌ای متولد گردد، ملحق به پدر است. البته در الحاق فرزند به پدر شرائطی وجود دارد که باید در مقام توضیح و تفسیر قاعده فراش (الولد للفراش) از آن بحث کرد. ما در اینجا فقط بعضی از شرائط قاعده فراش را ذکر می‌نمائیم:

اولاً: زن در عقد دائم مرد باشد.

ثانیا: مرد با آن زن نزدیکی کرده باشد.

ثالثاً: بچه در کمتر از شش ماه یا بیش از ده ماه از تاریخ نزدیکی که حدّین اقل و اکثر مدّت حمل می‌شود متولد نشده باشد.

بنابراین بچه با شرائط فوق ملحق به شوهر است. و اگر شوهر بعد از ولادت اعتراف کند که بچه متعلق به وی می‌باشد، بعد از این اعتراف و اقرار به هیچ وجه نمی‌تواند منکر گردد. اما اگر بعد از ولادت بلافاصله منکر تعلق بچه به خود گردد و یا سکوت اختیار نماید، سپس اظهار بدارد که بچه از طریق زنا متولد شده است، چنانچه شهودی در میان نباشد و از طریق دیگر نتواند اثبات نماید، در اینجا این انکار

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۱۴

باید از طریق لعان انجام گیرد.

(۲) تشریفات اجرایی لعان

برای اجرای لعان باید زوج و زوجه در محضر حاکم شرع حاضر گردند و تشریفات لعان را در نزد وی اجرا نمایند. بدین ترتیب که ابتدا برای انجام تشریفات لعان (خواه لعان برای نفی ولد باشد یا نسبت دادن زنا) چهار مرتبه می‌گوید:

«اشهد بالله انّی لمن الصّیادقین - خدا را گواه می‌گیرم (در نسبت به زنا و یا نفی ولد) که از راستگویان باشم». و در مرتبه پنجم می‌گوید: «انّ لعنة الله علیّ ان كنت من الکاذبین - لعنت خداوند بر من باد چنانچه از دروغگویان باشم».

سپس زوجه بلافاصله باید چهار مرتبه بگوید: «اشهد بالله انه لمن الکاذبین - خدا را گواه می‌گیرم بر اینکه آن مرد در نسبتی که به من داده (زنا یا نفی ولد) از دروغگویان است». و در مرتبه پنجم می‌گوید: «انّ غضب الله علیّ ان کان من الصّادقین - خشم خداوند بر من اگر او از راستگویان باشد».

باید توجه داشت که عبارت‌های فوق الذکر باید با همان کلمات ذکر شود مثلاً بجای کلمه «اشهد بالله» نمی‌توان فرضاً «اقسم بالله» یا «احلف بالله» را که قسم خوردن به اسم جلاله است بکار برد (۱).

(۳) آثار لعان

با انجام لعان توسط طرفین آثار زیر مترتب می‌گردد:

اولاً: حد قذف از مرد و همچنین حد زنا از زن ساقط می‌گردد. ولی اگر مرد با بیّنه مدّعی خویش را ثابت نمود، حد قذف از مرد ساقط و بر زن حد زنا جاری

(۱) به آیات ۶ الی ۹ سورة نور مراجعه شود.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۱۵

می‌گردد.

ثانیا: عقد نکاح منفسخ می‌گردد. این انحلال و جدائی عنوان فسخ بر آن بار است نه طلاق، و بنابراین شرایط لازم در طلاق و احکام آن بر این انفساخ مترتب نمی‌گردد (۱).

ثالثا: زوجین بر یکدیگر حرام مؤید می‌گردند. یعنی هرگز نمی‌توانند همدیگر را به همسری اختیار نمایند لذا قانون مدنی بموجب ماده ۱۰۵۲ مقرر می‌دارد: «تفریقی که بموجب لعان حاصل می‌شود موجب حرمت ابدی است».

رابعا: پدر از آن بچه ارث نمی‌برد ولی عکس آن صادق است؛ یعنی بچه از آن مرد ارث می‌برد. که به خواست خدا بعدا در کتاب ارث بطور مفصل در این خصوص بحث خواهیم کرد.

(۴) نکول زوجه

هرگاه زوجه پس از لعان زوج از انجام آن نکول یعنی خودداری نماید، حد زنا بر وی جاری خواهد شد و همانند آنست که زوجه اقرار و یا آنکه زوج ابتداء بر مدعای خویش گواهان ارائه می‌نمود (۲).

(۱) مناهج المتقین مامقانی، ص ۴۰۶.

(۲) مأخذ قبل ص ۴۰۵؛ شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۷۹.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۱۶

عقد نکاح در حال احرام

اشاره

ماده ۱۰۵۳ قانون مدنی: «عقد در حال احرام باطل است و با علم به حرمت موجب حرمت ابدی است».

احرام چیست؟

کسانی که برای زیارت خانه خدا به مکه معظمه مشرف می‌شوند اعم از آنکه در حج باشند یا عمره، واجبا یا استحبابا، احرام بر آنان واجب است. زیارت کنندگان از فاصله معینی که آن را میقات نامند، باید لباسهای خود را در آورده و لباس مخصوص احرام را، که شرایط آن در کتب فقهی مذکور است، بر تن کنند؛ و از همان لحظه تا انجام آخرین برنامه، که آن را تقصیر گویند، زیارت کننده در حال احرام است که در این حال وی را محرم نامند؛ شخص محرم می‌بایست یک سلسله اعمالی را ترک کند؛ تروک احرام بنا به نظریه مشهور فقها بیست و چهار عمل است که یکی از آنها نکاح می‌باشد.

پس از این توضیح مختصر، اینک به شرح ماده فوق می‌پردازیم. در ماده مورد بحث مطالب زیر آمده است:

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۱۷

(۱) عقدی که در حال احرام واقع گردد باطل و بلا اثر است. اطلاق ماده دلالت بر آن دارد که فرق نمی‌کند که عقد نکاح دائم باشد یا منقطع، محرم خود عاقد باشد یا دیگری به وکالت برای او عقد نکاح را جاری کرده باشد، خواه این وکالت قبل از احرام اعطاء

شده باشد یا در اثناء احرام، و یا آنکه زنی که مورد عقد نکاح است محرم باشد یا محلّ (غیر محرم)، و هم چنین فرقی نمی‌کند که عالم به حرمت نکاح بوده است یا جاهل.

۲) عقدی که در حال احرام جاهلا-واقع شود باطل، ولی موجب حرمت ابدی نیست. بنابراین محرم پس از خروج از حالت احرام می‌تواند با زن مزبور مجدداً عقد نکاح منعقد سازد خواه در نکاح سابق دخول واقع شده باشد یا خیر.

۳) نکاح در حال احرام که عالماً واقع شود باطل و موجب حرمت ابدی است. مستفاد از ماده ق. م. این است که اگر محرم علم به حرمت نکاح داشته باشد، آن زن بر او حرام مؤبد می‌گردد اگر چه نزدیکی هم واقع نشده باشد. بنابراین پس از خروج از حال احرام هم نمی‌تواند آن زن را مجدداً به عقد خود در آورد.

بموجب اطلاق ماده مذکور فرقی بین آنکه زن هم حین عقد محرم باشد یا نباشد نیست.

بررسی فقهی

اگر چه عمده‌ترین مستند حکم بطلان عقد در حال احرام، با علم به حرمت تزویج و ترتب حرمت ابدی، اجماع است «۱»، ولی روایات متعددی نیز از ائمه معصومین (ع) وارد شده که رساننده همین مدلول می‌باشد. از آن جمله روایت زراره از حضرت صادق (ع) که فرمود: «... محرم اگر تزویج کند در حالی که می‌داند ازدواج بر وی حرام است، دیگر آن زن بر وی حلال نمی‌باشد «۲»». همانطوری که

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۳۸۷.

(۲) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۵۰.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۱۸

ملاحظه می‌کنید این حکم از نظر نزدیکی و عدم آن اطلاق دارد و هر دو را شامل می‌گردد.

و امّا چنانچه عقد در حال احرام با جهل به حرمت انجام گیرد، در این صورت نیز به موجب اجماع و نصوص وارده عقد باطل می‌باشد؛ ولی در خصوص اینکه آیا حرمت ابدی بر آن مترتب می‌گردد یا خیر؟، میان فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد. منشأ اختلاف، تعارض روایات واصله می‌باشد. مشهور فقهاء معتقدند که در صورت جهل به حرام بودن تزویج در حال احرام، حرمت ابدی مترتب نمی‌گردد و بعد از اتمام احرام، زن و مرد می‌توانند با یکدیگر ازدواج نمایند؛ خواه عمل نزدیکی صورت گرفته باشد یا خیر. ولی نظریه اقلیت از جمله سید مرتضی «۱»، شیخ طوسی «۲»، أبو الصلاح حلبی «۳»، ابو المکارم ابن زهره «۴»، ابن ادریس حلی «۵» و برخی دیگر آن است که چنانچه عمل آمیزش صورت گرفته باشد هر چند جاهلانه اقدام به ازدواج شده باشد موجب حرمت ابدی خواهد بود.

قانون مدنی از نظریه مشهور پیروی نموده است. بموجب این نظریه فرقی نمی‌کند که صیغه عقد بالمباشرة خوانده شود یا با توکیل، خواه وکیل هم محرم باشد یا غیر محرم، و نیز احرام برای حج تمتع باشد یا عمره، خواه وکالت قبل از احرام باشد یا در حال احرام، به هر حال اگر وکیل صیغه را در حال احرام موکل اجرا نماید جائز نمی‌باشد. و چنانچه این عمل با علم به حرمت نکاح صورت بگیرد، بنا بر قول مشهور زوجه بر او حرام مؤبد می‌شود هر چند دخول نکرده باشد.

فرع- هرگاه زوج در هنگام عقد محلّ (غیر محرم) باشد ولی زوجه محرمه و

(۲) الخلاف، کتاب النکاح، مسأله شماره ۶۹۹.

(۳) الکافی، ص ۲۸۶.

(۴) الجوامع الفقهیه، کتاب الغنیه، ص ۶۱۰.

(۵) کتاب سرائر، به نقل از جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۵۱.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۱۹

عالمه به حرمت باشد در بطلان عقد تردیدی نیست، اما در خصوص حرمت ابدی دو قول است:

(۱) شیخ طوسی نظر به حرمت ابدی دارد. مستند ایشان عمل به احتیاط و ظواهر اخبار واصله است «۱».

(۲) برخی از فقهاء نظر شیخ طوسی را رد نموده و گفته‌اند: اولاً اخباری را که ایشان استناد و اشاره کرده‌اند ما نیافتیم؛ ثانياً احتیاط هم نمی‌تواند حجت باشد «۲»؛ ثالثاً چون حرمت ابدی خلاف اصل است، لذا باید اکتفا به قدر متیقن کرد و متیقن از اخبار باب موردی است که زوج محرم و عالماً اقدام به نکاح نماید. پس در موردی که زوجه محرمه و زوج محلّ باشد دلیلی بر حرمت ابدی وجود ندارد.

بنظر می‌رسد استدلال دسته اخیر قوی‌تر باشد، ولی مقتضای احتیاط نظر مرحوم شیخ است، و شایسته است که در مسائل خانواده جانب احتیاط ترک نگردد.

از اطلاق ماده ۱۰۵۳ ق. م. نیز متابعت از شیخ طوسی یعنی حرمت ابدی مستفاد می‌گردد.

(۱) الخلاف، به مأخذ قبل الذکر.

(۲) ریاض المسائل، ج ۲، کتاب النکاح.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۲۰

زنا با زن شوهردار یا معتده

ماده ۱۰۵۴ قانون مدنی: «زنا با زن شوهردار یا زنی که در عده رجعیه است موجب حرمت ابدی است».

ماده فوق حاوی مطالب زیر است:

الف) هرگاه مردی با زن شوهردار خواه دائم و خواه منقطع زنا کند آن زن بر وی حرام مؤبد می‌گردد. یعنی چنانچه شوهر آن زن فوت کند و یا بوسیله طلاق و یا فسخ و یا انقضاء مدت (در نکاح منقطع) از یکدیگر جدا شوند زانی نمی‌تواند با آن زن ازدواج کند.

در این مسأله فرق نمی‌کند که مرد در حال زنا عالم باشد که زن شوهر دارد یا جاهل باشد. و نیز تفاوتی ندارد که زن از شوهر خود مدخوله باشد، یا فقط عقد انجام گرفته باشد. و نیز فرقی نمی‌کند که زن با علم به جهات حرمت زنا داده باشد، یا آنکه اشتباه و یا اکراها مرتکب چنین عملی شده باشد. مسأله تا این حد اجماعی است «۱»؛ اما در خصوص موردی که زنا از ناحیه زوجه بوده و مرد در اشتباه

(۱) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۳۳ به بعد؛ مناهج المتقین مامقانی، ص ۳۶۱؛ عروة الوثقی -

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۲۱

باشد، بسیاری از فقهاء معتقدند که حرمت ابدی مترتب نمی‌گردد «۱».

ب) هرگاه مردی با زنی که دوران عدّه رجعیه را می‌گذرانند زنا کند آن زن بر وی حرام مؤید می‌گردد بطوری که بعد از انقضاء عدّه نمی‌تواند با او ازدواج نماید.

این مسأله اختصاص به معتدّه رجعیه دارد. بنابراین زنا با زنی که در عدّه بائن، عدّه وفات، عدّه متعه، یا عدّه شبهه و یا فسخ بسر می‌برد، موجب حرمت ابدی نیست ۲.

– سید محمد کاظم یزدی.

(۱) (۱ و ۲) مآخذ قبل.

بررسی فقهی حقوق خانواده – نکاح و انحلال آن، ص: ۱۲۲

نزدیکی به شبهه و زنا سابقا و لاحقا

اشاره

ماده ۱۰۵۵ قانون مدنی: «نزدیکی به شبهه و زنا اگر سابق بر نکاح باشد از حیث مانعیت نکاح در حکم نزدیکی با نکاح صحیح است ولی مبطل نکاح سابق نیست».

ماده فوق مشتمل بر دو بخش است:

در بخش نخست منظور از عبادت «نزدیکی به شبهه و زنا اگر سابق بر نکاح باشد ... در حکم نزدیکی با نکاح صحیح است»، ... این است که با توجه به محتوای ماده ۱۰۴۷ ق.م. در خصوص ممنوعیت‌های ناشی از مصاهره، نزدیکی با زنا یا شبهه نیز باعث همان ممنوعیت‌های مذکوره می‌گردد. یعنی چنانچه شخصی مثلا با زنی زنا کند یا اشتباهات نزدیکی نماید، همانند نکاح صحیح، دیگر با مادر او نمی‌تواند ازدواج کند.

توضیحا باید گفت که مصاهره یعنی آن خویشاوندی که بین زوجین و اقربای هر یک از آنها بوسیله نکاح حادث می‌گردد. و این خویشاوندی موجب حرمت می‌شود. اما این تعریف که از مصاهره نمودیم شامل خویشاوندی که از نزدیکی به شبهه یا زنا ایجاد شده باشد نمی‌شود. چرا که با توجه به تعریف مزبور

بررسی فقهی حقوق خانواده – نکاح و انحلال آن، ص: ۱۲۳

روشن است که کلمه «مصاهره» شامل مسأله شبهه و زنا و نزدیکی حاصل از این دو امر نمی‌گردد. بلکه الحاق این نوع خویشاوندی بوسیله ادله و نصوص خاصه‌ای است که بر آن دلالت دارد.

البته در مقابل نظریه فوق الذکر، عدّه‌ای از فقها معتقدند کلمه «مصاهره» در اصطلاح فقه از معنی لغوی انتقال داده شده و در معنای اعم از نکاح صحیح، نزدیکی به شبهه و زنا استعمال می‌گردد. اما شهید ثانی بر این عقیده است که تعریفی که از مصاهره در نظریه اول بیان گردیده نسبت به تعریفی که عدّه‌ای دیگر از فقها نموده‌اند، صحیح‌تر بنظر می‌رسد (۱).

اما منظور از بخش دوم ماده مذکور ... «ولی مبطل نکاح سابق نیست». آن است که اگر پس از وقوع نکاح صحیح میان مرد و زنی، زنا یا نزدیکی به شبهه با اقرباء او اتفاق افتد، اثری در نکاح سابق نخواهد گذاشت. مثلا اگر مردی پس از ازدواج، با مادر همسرش به زنا یا شبهه نزدیکی نماید، نکاح او با همسرش باطل نخواهد شد.

در ماده ۱۰۵۵ ق. م. مجموعاً چهار مسأله مطرح گردیده است:

(۱) حکم نزدیکی به شبهه سابق بر عقد نکاح.

(۲) حکم نزدیکی به شبهه لاحق بر عقد نکاح.

(۳) حکم زنا سابق بر عقد نکاح.

(۴) حکم زنا لاحق بر عقد نکاح.

حال در مقام بیان احکام هر یک از بندهای مذکور، ابتدا در مورد وطی به شبهه و سپس در مورد زنا، به بحث می‌پردازیم.

(۱) مسالک الافهام، ج ۱، ص ۳۴۳.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۲۴

در خصوص وطی به شبهه بین فقها سه قول وجود دارد:

نظریه اول: عده‌ای معتقدند که وطی به شبهه مطلقاً مانند نکاح است. یعنی همان طور که اگر مردی با زنی نکاح صحیح نمود و در اثر این نکاح قرابت بالمصاهره برقرار گردید مادر زن بر آن مرد حرام می‌شود، در وطی به شبهه نیز مادر زنی که با او اشتباها نزدیکی صورت گرفته است بر مرد (واطی) مطلقاً حرام می‌شود، بدین معنی که اولاً پس از وقوع عمل نزدیکی نمی‌تواند با مادر او ازدواج کند و ثانياً چنانچه بعد از ازدواج با مادر اشتباها با دختر نزدیکی اتفاق افتد، نکاح با مادر باطل خواهد شد و یا چنانچه بعد از ازدواج با دختر اشتباها با مادر نزدیکی نماید نکاح با دختر باطل خواهد شد.

نظریه دوم: گروهی بر این عقیده‌اند که وطی به شبهه در حکم نکاح صحیح نمی‌باشد؛ اعم از اینکه سابق بر عقد نکاح باشد یا لاحق. و اصولاً در اثر این عمل هیچ گونه رابطه‌ای ایجاد نمی‌گردد.

نظریه سوم: مشهور فقها را عقیده بر این است که باید بین این موارد تفصیل قائل گردید؛ اگر وطی به شبهه سابق بر نکاح باشد، احکام نکاح صحیح را داشته و نشر حرمت خواهد نمود؛ ولی اگر لاحق بر تزویج باشد موجب حرمت نبوده و مبطل نکاح سابق نمی‌باشد.

از جمله فقهای طرفدار نظریه دوم مرحوم ابن ادریس در کتاب «سرائر» می‌باشد. وی می‌گوید: «وطی به شبهه مانند نکاح صحیح نیست و حتی نازل منزله آن نمی‌باشد و موجب نشر حرمت نمی‌گردد. خواه این وطی به شبهه قبل از نکاح باشد یا بعد از آن، در هر حال رابطه خویشاوندی (مصاهره) ایجاد نمی‌نماید «۱»». از دیگر قائلین به نظریه دوم محقق حلی است. وی در کتاب شرایع الاسلام می‌گوید: «وطی به شبهه از لحاظ نشر حرمت مانند نکاح صحیح

(۱) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۷۳.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۲۵

نیست «۱».

از جمله معتقدان به نظریه سوم شیخ طوسی است که مشهور فقها از وی تبعیت نموده و قائل به تفصیل در مسأله گردیده‌اند «۲». مرحوم علامه حلی نیز با نظر مشهور موافق می‌باشد. این فقیه بزرگوار برای نظر خویش استدلالی آورده که مناسب است آن را در اینجا ذکر و تشریح نمائیم.

استدلال مرحوم علامه حلی - ایشان می‌گویند: اگر وطی به شبهه قبل از نکاح باشد، موجب حرمت می‌گردد. به دلیل اینکه وطی به شبهه باعث الحاق نسب است، چرا که در اثر این عمل مهر ثابت می‌شود، پس تحریم نیز ایجاد می‌گردد. یعنی اگر کسی با زنی

وطی به شبهه کرد، بچه حاصل از این عمل رابطه سببی با شخص وطی کننده پیدا می‌کند. همچنین مهر المثل برای زن به عهده شخص واطی قرار می‌گیرد؛ بنابراین همانطور که در اثر این عمل نسب و مهر حاصل می‌گردد، حرمت نیز به دنبال آن بوجود می‌آید. «۳»

فرزند مرحوم علامه حلی، فخر المحققین، در کتاب خود نظریه پدر خویش را تقویت نموده و در توجیه آن می‌گوید: «چون وطی به شبهه نسبت به زنا نزدیکتر به نکاح صحیح است، پس به استناد قاعده اولویت باید همان حکمی را که فقهاء در زنا گفته‌اند در وطی به شبهه بطریق اولی قائل شد. بعلاوه، کلمه «نکاح» در آیه شریفه که می‌گوید «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» با زنانی که پدرانتان آنان را به نکاح خود در آورده بودند ازدواج نکنید» شامل وطی به شبهه نیز می‌گردد. بدین معنی که «نکح» اعم است از نکاح صحیح، غیر صحیح و وطی به شبهه. چرا که مراد از کلمه «نکح» صرف عقد نیست، بلکه وطی را نیز شامل می‌شود «۴».

(۱) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۷۳.

(۲) النهایه، ص ۴۵۲.

(۳) تذکره الفقهاء، ج ۱، ص ۶۳۱.

(۴) ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، ج ۳، ص ۶۳.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۲۶

صاحب جواهر در این مسأله مانند علامه معتقد به نشر حرمت به سبب وطی به شبهه سابق است. ولی ایشان ضمن خدشه در ادله فوق الاشعار، مستند خود را تنها اجماع معرفی می‌کند؛ و در خصوص موردی که وطی به شبهه بعد از نکاح باشد اعتقاد به عدم نشر حرمت دارد. وی معتقد است که اکثر فقهاء چنین نظر داده‌اند و دلیل آن هم اصل است. منظور از اصل در اینجا اصل استصحاب می‌باشد. یعنی وقتی که ازدواجی صورت گرفت یک نهاد قوی و ثابتی بوجود آمده که برای بهم خوردن چنین نهادی می‌بایست متمسک به وسیله و طریق مستحکمی شده پس تا وقتی بطور یقین به هم نخورده، اصل استصحاب همچنان بقاء ازدواج را به اثبات می‌رساند.

صاحب جواهر اضافه می‌کند که: «علاوه بر این می‌توانیم به عموم جمله‌ای که از ائمه علیهم السلام نقل شده استناد نماییم، و آن عبارت است از «الحرام لا یحرّم الحلال» - عمل حرام، حلال را حرام نمی‌کند».

بنابراین زنی که بواسطه نکاح بر انسان حلال شد، یک عمل غیر قانونی (وطی به شبهه) نمی‌تواند این عمل قانونی را از بین ببرد. البته از این روایت در بحث زنا استفاده می‌شود، ولی می‌توان از مدلول آن چنین استنباط نمود که بعد از انجام نکاح صحیح، عملی (که شرعا از مبطلات نکاح بحساب نیامده) مانند وطی به شبهه، نمی‌تواند آن را باطل سازد «۱».

این بود مجموع نظرات و استدلالهای فقهاء در مورد دو بند از مطالب مطرح شده در قانون مدنی یعنی نزدیکی به شبهه، سابق بر نکاح و لاحق بر آن.

اینک به بحث در مورد دو بند دیگر که در خصوص مسأله زنا است می‌پردازیم:

(۱) جواهر الکلام، چاپ جدید، ج ۲۹، ص ۳۷۳.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۲۷

زنا چنانچه لاحق بر نکاح باشد موجب حرمت نمی‌شود. در این مسأله ظاهراً کمتر مخالفی وجود دارد. مشهور فقهاء در این مورد به چند دلیل تمسک کرده‌اند که عمده آن دو دلیل است:

(۱) حدیث منقول از ائمه (ع): «الحرام لا- یحرم الحلال- حرام موجب حرمت حلال نمی‌گردد» (۱). بنابراین عمل حرامی مانند زنا نمی‌تواند در نکاح صحیحی که سابقاً واقع شده، تأثیر گذارد و آن را ابطال سازد.

(۲) استصحاب حالت سابق. بدین معنی که با وقوع زنا شک در بهم خوردن نکاح سابق پدید می‌آید، و اصل استصحاب این شک را برطرف ساخته و بقاء آن نکاح را به اثبات می‌رساند.

تنها نظر مخالفی که در میان قداما به چشم می‌خورد نظریه اسکافی است.

وی قائل به تفصیل بوده و معتقد است که زنا لا-حق در صورتی موجب نشر حرمت نیست که پس از نکاح سابق نزدیکی هم صورت گرفته باشد و الا با عدم نزدیکی، زنا لا حق ایجاد حرمت خواهد کرد. مستند اسکافی روایت معروف کنانی از حضرت صادق (ع) می‌باشد «۲». فقهای دیگر این استناد را قبول نکرده‌اند؛ زیرا اولاً- خبر مزبور ضعیف بوده و ثانیاً مشهور از آن اعراض نموده‌اند.

به هر حال حسب تتبع تقریبی ما، اگر ادعا کنیم که فقهاء اجماع دارند بر اینکه زنا لاحق نشر حرمت نمی‌کند و به هیچ وجه مانند نکاح صحیح نمی‌باشد، سخنی به گراف نگفته‌ایم.

زنا سابق بر نکاح:

فقها در خصوص این مسأله اختلاف نظر دارند.

(۱) تهذیب الاحکام، ج ۲، ص ۲۰۸.

(۲) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۶۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۲۸

مشهور فقهای امامیه قائل به نشر حرمت بسبب زنا سابق بر نکاح می‌باشند «۱». آنان عقیده دارند که زنا سابق بر عقد مانند نکاح صحیح است. یعنی اگر کسی با زنی زنا کرد درحالی که قبل از آن با دختر وی ازدواج نکرده بود، دیگر با دختر او نمی‌تواند ازدواج کند زیرا مانند دختر زن (ربیبه) در نکاح صحیح است.

و همچنین با مادر او نمی‌تواند ازدواج کند، زیرا مانند مادر زن در نکاح صحیح است.

مخالف قول مشهور، قول مرحوم شیخ مفید، سید مرتضی و ابن ادریس است که می‌گویند زنا سابق بر عقد مانند نکاح صحیح نیست و نشر حرمت نمی‌کند.

اختلاف در این مسأله ناشی از تعارض روایات و همچنین استنباطات متفاوت آنان از روایات می‌باشد.

توضیح مسأله اینکه ما به سه دسته از روایات برخورد می‌کنیم:

یک دسته از روایات حاکی از این است که زنا مانند نکاح صحیح نیست و مطلقاً (چه سابق بر نکاح و چه لاحق) نشر حرمت نمی‌کند؛ و دسته دیگر بطور مطلق زنا را مانند نکاح صحیح، و موجب نشر حرمت می‌داند؛ دسته سوم از روایات بیانگر تفصیل در مسأله است «۲». به این ترتیب که اگر زنا سابق بر نکاح باشد موجب نشر حرمت است، اما اگر لاحق بر نکاح باشد حرمت را ایجاد نخواهد کرد.

در اینجا نمونه‌ای از این روایات را که فقهاء در کتب خود نقل کرده‌اند ذکر می‌کنیم؛ محمد بن مسلم از حضرت صادق (ع) یا امام

باقر (ع) (تردید از راوی است) نقل می‌کند که: «از آن حضرت سؤال کردم که اگر مردی با زنی زنا کند

(۱) النهایه، شیخ طوسی، ص ۴۵۲؛ الکافی ابی الصلاح حلبی، ص ۲۸۶؛ تذکره الفقهاء، علامه حلی، ج ۱، ص ۶۳۱؛ ایضاح الفوائد فخر المحققین، ج ۲، ص ۶۲؛ شرح لمعه دو جلدی شهید اول و ثانی، ج ۲، ص ۷۴؛ مسالک الافهام شهید ثانی، ج ۱، ص ۳۴۴؛ و بسیاری از فقههای دیگر.

(۲) مرحوم حرّ عاملی، صاحب وسائل الشیعه، تمام روایات را در باب ۴، ۶، ۷ و ۸ از ابواب مصاهره نقل کرده است؛ و نیز استبصار، ج ۳، ص ۱۶۷.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۲۹

آیا می‌تواند با دختر او ازدواج کند؟ حضرت فرمودند: خیر». سپس حضرت ادامه دادند: «و لکن هرگاه نزد آن مرد زنی باشد، و سپس با مادر یا دختر یا خواهر او زنا کند، آن زنی که نزد او بوده بر او حرام نمی‌گردد». پس از آن، حضرت عبارت کلی فرمودند که: «انّ الحرام لا یفسد الحلال - حرام فاسد نمی‌کند حلال را (۱)». نظیر این عبارت به شکل دیگری نیز نقل شده که: «الحرام لا یحرّم الحلال» و اشاره به همین قاعده کلی دارد.

به هر حال چون این روایات با یکدیگر تعارض دارند، می‌بایست بطریقی این تعارض را رفع نمود. مشهور فقها بموجب قاعده «الجمع لهما ممکن اولی من الطّرح - چنانچه جمع کردن (دو روایت) ممکن باشد، شایسته نیست که کنار گذاشته شوند». بین روایات را جمع نموده‌اند. بهترین جمع از نظر شهید ثانی این است که آن روایاتی که بطور مطلق حکم به نشر حرمت می‌کند، حمل بر سبقت زنا بر عقد نکاح نمائیم و آن دسته‌ای که بطور مطلق حکم به عدم نشر حرمت می‌کند حمل بر لحوق زنا بر عقد نکاح نمائیم. تذکر:

(۱) اگر در وجود یا عدم تحقق زنا شک کنیم، باید اصل را بر عدم گذاشته و بگوئیم که زنا محقق نگردیده است. اما اگر شک در این باشد که آیا زنا قبل از نکاح بوده یا بعد از آن باید بنا را بر بعد از نکاح گذاشت؛ چرا که اصل استصحاب چنین اقتضائی را دارد.

(۲) فرقی نیست در وقوع زنا، از حیث اینکه اختیاری یا اجباری، از روی عمد یا بدون عمد باشد. فرضاً چنانچه مردی با زنی به عنف یا در خواب زنا نماید، در این حالت هم نشر حرمت می‌کند.

(۱) کافی، ج ۵، ص ۴۱۵؛ تهذیب الاحکام، ج ۲، ص ۲۰۸.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۳۰
مسأله:

اگر زنا لاحق بر نکاح باشد و سپس مرد همسر خود را به طلاق رجعی مطلقه نماید، آیا می‌تواند در زمان عدّه رجوع کند؟ بنظر می‌رسد چنین رجوعی بلامانع است؛ چرا که رجوع، اعاده زوجیت سابق است نه ایجاد زوجیت جدید. یعنی رجوع به منزله نکاح جدید نمی‌باشد.

اما چنانچه طلاق بائن بوده، و یا مدّت عدّه منقضی شده باشد، آیا مرد می‌تواند مجدداً نکاح نماید؟

در پاسخ به این مسأله دو توجیه متقابل وجود دارد:

الف) چون عمل زنا لاحق بر نکاح بوده، پس در حین وقوعش مؤثّر در حرمت نیست. بنابراین گوئی اصلاً زنا واقع نشده است، در نتیجه مرد می‌تواند ازدواج نماید.

ب) چون اصل وقوع زنا قابل انکار نیست، بنابراین می‌بایست این عمل را تحقق یافته تلقی نمود، در نتیجه نسبت به نکاح جدید، زنا سابق بر عقد می‌باشد «۱».

توجیه دوم بهتر بنظر می‌رسد. زیرا بهر صورت زنا نمی‌تواند بی‌اثر باشد، و منظور از عدم تأثیر این است که در نکاح سابق مؤثر نیست، نه اینکه ذاتا خودش اثر ندارد.

بنابراین نکاح جدید بعد از زنا محسوب، و باطل می‌باشد.

(۱) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۷۳.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۳۱

منع ازدواج در اثر عمل شنیع

اشاره

ماده ۱۰۵۶ قانون مدنی: «اگر کسی با پسری عمل شنیع کند، نمی‌تواند مادر یا خواهر یا دختر او را تزویج کند».

حکم فوق از فقه امامیه اتخاذ شده است، و در نصوص وارده بخاطر زشتی عمل به فلسفه تشریع این حکم اشاره نشده است. لکن روشن است که اسلام بمنظور حفظ روابط خانوادگی و تحکیم آن و بها دادن به شخصیت زن، این مسأله را مطرح کرده است.

منظور این ماده این است که اگر کسی با پسری عمل لواط انجام دهد، مادر و دختر و خواهر آن پسر بر شخص فاعل حرام ابدی می‌گردد و هرگز نمی‌تواند با آنان ازدواج نماید.

بررسی فقهی

از عبارات فقهای امامیه ظاهراً چنین استفاده می‌شود که هیچ‌گونه خلافی در مسأله وجود ندارد. مستند آنان روایات وارده در حد تواتر است «۱». اما از میان فقهای عامه تنها می‌توان از «راعی» و «احمد» نام برد که موافق با نظر امامیه

(۱) وسائل الشیعه، باب ۱۵ از ابواب محرمات بالمصاهره.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۳۲

می‌باشند «۱».

شافعی در این مورد با استناد به اصل عدم حرمت، تصریح کرده که عمل لواط ایجاد حرمت نمی‌کند باید توجه داشت روایاتی که در این خصوص موجود است معمولاً از طریق امامیه وارد شده، و لذا مورد توجه شافعی قرار نگرفته است ۲.

امّا صاحب جواهر با تمسک به اجماع و همچنین روایاتی که به درجه استفاضه و تواتر رسیده است، بر اثبات حرمت به گونه‌ای استناد نموده که گوئی هیچ شک و شبهه‌ای در مسأله وجود ندارد «۳».

فقها معتقدند عمل شنیع با پسر موجب حرمت مادر هر چند با واسطه یعنی مادر مادر و ... همچنین حرمت دختر هر چند با واسطه یعنی دختر دختر و ... می‌گردد «۴».

فاعل باید بالغ باشد. زیرا در نصوص کلمه «رجل» آمده که ظهور در بلوغ فاعل دارد. بنابراین چنانچه فاعل بالغ نباشد حرمت ایجاد

نمی‌کند.

اما در خصوص مفعول در کلمات فقها چنین مطرح است که هر چند در روایات کلمه «غلام- پسر» منصوص است و ظهور در نابالغ دارد، ولی از این جهت که قید وارد مورد غالب است، خصوص نابالغ مراد نیست. بلکه منظور از پسر در اینجا جنس مذکر است. بنابراین در ماده ۱۰۵۶ ق.م. نیز کلمه «پسر» خصوصیتی ندارد.

فرع ۱- در خصوص اینکه آیا این حکم در مورد مادر، خواهر یا دختر رضاعی جاری است یا خیر؟، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای قائلند که در این مورد نیز همانند خویشاوندان نسبی حرمت جاری می‌گردد؛ در مقابل، گروهی دیگر قائل به عدم حرمت می‌باشند.

فرع ۲- مشهور فقها می‌گویند با توجه به اینکه این حرمت خلاف قاعده

(۱) (۱ و ۲) رجوع شود به تذکره الفقهاء، ج ۱، ۶۳۳.

(۳) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۴۷.

(۴) تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۸۱، مسأله ۲۴ ... «و ان نزلت ... ان علت»....

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۳۳

است و از طرفی باید در موارد شک به قدر متیقن نص «۱» عمل نمائیم، در نتیجه این حرمت فقط برای شخص فاعل است؛ بنابراین مادر، دختر و یا خواهر فاعل بر مفعول حرام نمی‌شوند.

چند مسأله:

(۱) اگر عمل شنیع قبل از عقد نکاح انجام گرفته باشد موجب حرمت می‌شود، ولی اگر بعد از عقد باشد چنین نیست. اما در این میان مرسله‌ای از محمد بن عمیر از حضرت صادق (ع) نقل شده است درباره مردی که با برادر همسرش عمل شنیع انجام داده است. حضرت می‌فرمایند: «بر مرد حرام است (۲)».

بنابراین ممکن است عده‌ای از این روایت چنین استفاده کنند که لواط بعد از عقد نیز موجب حرمت می‌شود.

ولی بنظر می‌رسد اولاً- مسأله خلاف قاعده است و بایستی به قدر متیقن اکتفا نمود. ثانياً روایت مرسله است و مشهور نیز از آن اعراض کرده‌اند.

امّا بعضی از فقهاء در این مقام، با توجه به اهمیت موضوع نوامیس، بنابر احتیاط گفته‌اند که چنانچه لواط بعد از عقد هم صورت بگیرد بین زن و مرد جدائی می‌افتد (۳).

(۲) از ظاهر عبارت فقها که مستند به روایات می‌باشد، چنین استفاده می‌شود که تفاوتی میان مواردی که عمل لواط از روی عمد یا غیر عمد صورت بگیرد وجود ندارد. پس اگر عمل لواط بطور اکراه صورت بگیرد، آثار حقوقی که همان ایجاد حرمت است مترتب می‌گردد چرا که برای ترتب این آثار به عمد و قصد احتیاج ندارد.

(۱) برای مطالعه مراجعه شود به وسائل الشیعه، روایات باب ۱۵ از ابواب مصاهره.

(۲) وسائل الشیعه، باب ۱۵، حدیث ۲.

(۳) تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۸۲.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۳۴

حرمت پس از طلاق سوّم

اشاره

ماده ۱۰۵۷ قانون مدنی: «زنی که سه مرتبه متوالی زوجه یک نفر بوده و مطلقه شده، بر آن مرد حرام می‌شود. مگر اینکه به عقد دائم به زوجیت مرد دیگری درآمده و پس از وقوع نزدیکی با او به واسطه طلاق یا فسخ یا فوت فراق حاصل شده باشد». این ماده مشتمل بر دو بخش می‌باشد؛ که در هر بخش، پس از توضیح و تبیین شرایط مربوطه، به ذکر مبانی فقهی آن می‌پردازیم.

بخش اول - شرایط حرمت

اشاره

از عبارت قانون مدنی استفاده می‌شود که تحقق حرمت به وجود شرائط زیر احتیاج دارد:

الف) اینکه زن سه مرتبه متوالی زوجه یک نفر بوده باشد. منظور از کلمه «متوالی» این است که بین سه دوران زوجیت که زن مطلقه شده، با مرد دیگری ازدواج نکرده باشد. بنابراین اگر زنی از زوج خود یک بار طلاق گرفته و با مرد بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۳۵

دیگری ازدواج کرده است، سپس از این مرد نیز طلاق گرفته و با همسر خود ازدواج نماید، در این حالت توالی به هم خورده و شرط اول تحقق پیدا نمی‌کند.

ب) اینکه رابطه زوجیت بوسیله عقد دائم ایجاد شده باشد. بدین معنی که رابطه مرد با زن در تمام دفعات با عقد نکاح دائم تحقق پیدا کرده و با طلاق جدائی حاصل شده باشد. بنابراین چنانچه در فواصل این توالی عقدی منقطع ایجاد گردد، و با بذل یا پایان مدّت جدائی حاصل شود، ایجاد حرمت نمی‌نماید.

کلمه «مطلقه» مندرج در عبارت ماده ق. م. مشعر به این معنی می‌باشد.

زیرا در نکاح منقطع طلاق مطرح نیست، بلکه یا زوج از مدّت صرفنظر می‌کند یا اینکه مدّت مقرر در عقد سپری و منقضی می‌شود. و با انقضاء یا بذل مدّت نکاح منقطع انحلال می‌یابد.

باید توجه داشت در منابع معتبر فقهی که قانون مدنی از آن پیروی نموده، چنین تعبیر شده است که «هرگاه مردی زوجه خودش را سه بار طلاق دهد (۱)». و لذا بی‌گمان منظور از ماده مورد بحث نیز همین است، و استنباط اینکه لزوم طلاق منحصر به بار سوّم است پذیرفته نخواهد بود.

توضیحات باید متذکر گردید که پس از برقراری رابطه زوجیت در هر مرتبه دخول شرط نمی‌باشد، و چنانچه در فواصل این مراتب دخول نیز صورت نگرفته باشد، مانعی در تحقق ایجاد حرمت در مرتبه سوّم نمی‌نماید.

بررسی فقهی

در مورد مفاد ماده ۱۰۵۷ ق. م. اختلافی در میان فتاوی فقها وجود ندارد و تقریباً اجماع برقرار است. قرآن مجید نیز آیاتی را به این موضوع اختصاص داده که تحریم حاصل از سه طلاق به صراحت از آن مستفاد می‌گردد، و مستند فتاوی فقهی

(۱) تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۸۴؛ تذکره الفقهاء، ج ۱، ص ۶۳۴؛ ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۶۴؛ و بسیاری از کتب فقهی عظام.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۳۶

علمای شیعه و سنی قرار گرفته است: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَأَمَّا سَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ... فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ- طلاق دو بار است، سپس یا ادامه زندگی با نیکی باشد یا آزاد نمودن با احسان... چنانچه زوج برای سومین بار زوجه خود را طلاق دهد، از آن پس بر او حلال نخواهد بود «۱»».

آنچه که می‌توان از این آیه استفاده نمود این است که طلاق در مرتبه سوم موجب حرمت می‌گردد. چرا که آیه می‌فرماید: «طلاق دو بار است» بدین معنی که در این دو طلاق مرد اجازه دارد که بعد از طلاق دادن به زوجه خود رجوع کند.

اما چنانچه برای مرتبه سوم طلاق داد دیگر حق رجوع ندارد، مگر اینکه مرد دیگری با او ازدواج نماید و سپس طلاق دهد. در این حالت زوج اول می‌تواند مجدداً با همسر خود ازدواج نماید.

توضیح اینکه «فامساک بمعروف او تسریح باحسان» مشعر به این معنی است که زوج بعد از دو طلاق مخیر است بین نگه داشتن زن (خواه در مدت عدّه رجوع نماید یا پس از انقضای آن عقد را تجدید کند) به وجه معقول و حسن اخلاق بطوری که عرفاً و عادتها زندگی خوبی تشکیل دهند، یا اینکه تسریح (رها کردن) به احسان، یعنی برای مرتبه سوم با خوش روئی از همسرش جدا شود و او را برای همیشه طلاق دهد که در این حالت بر او حرام می‌گردد.

باید توجه داشت که در تفسیر آیات قرآن روش امامیه چنین است که اگر آیه‌ای مقداری ابهام داشت، باید آن را با توجه به احادیث و اخبار و روایات تفسیر نمود. بنابراین در مورد کلمه «تسریح باحسان» نیز روایاتی نظیر روایات زیر مورد توجه قرار گرفته است:

از حضرت رسول اکرم (ص) نقل شده است ایشان در جواب این سؤال که قرآن فرموده است الطلاق مَرَّتَانٍ- طلاق دو بار است پس طلاق سوم کدامست؟

(۱) سورة بقره ۲۲۹ و ۲۳۰.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۳۷

فرموده‌اند: «فامساک بمعروف او تسریح باحسان» که اشاره به طلاق سوم دارد «۱».

خبر ابی بصیر از حضرت صادق (ع) که فرمود: «زنی که برای شوهرش حرام است تا وقتی که مرد دیگر با او ازدواج نماید، آن زنی است که مرد او را طلاق داده سپس رجوع کرده و مجدداً او را طلاق داده و بعد به او رجوع نموده و در مرتبه سوم طلاق می‌دهد. دیگر این زن بر آن مرد حلال نیست». سپس امام صادق (ع) فرمودند: «إِنَّ اللَّهَ يَقُولُ: (الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ)- خداوند فرموده طلاق دو بار است» و بعد حضرت فرمودند: «او تسریح فهو تطليق ثالثه» کلمه تسریح همان طلاق سوم است.

بخش دوم- شرایط حلیت

اشاره

مستنبط از قسمت دوم ماده ق.م. این است که برای برطرف شدن حرمت و تحقق حلیت نیاز به شرایط زیر است:

الف) اینکه پس از طلاق سوّم و انقضای عدّه با مرد دیگری ازدواج کند.

ب) نزدیکی تحقّق یابد.

ج) پس از آن جدائی حاصل گشته و عدّه منقضی گردد.

بنابراین با تحقّق این شرائط زوج اوّل می‌تواند با همسر خود ازدواج نماید.

در اصطلاح، مرد دوّم را «محلّل» می‌گویند.

بررسی فقهی

مستند حلیّت نیز ادامه همان آیه شریفه است که اشاره نمودیم ...: «حَتَّى

(۱) رجوع شود به کتاب وسائل الشیعه، باب ۳ و ۴ از ابواب اقسام طلاق.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۳۸

تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا ... - مگر اینکه با مرد دیگری ازدواج نماید، آنگاه اگر او را طلاق دهد، ازدواج مجدد آنان بلامانع است (۱)».

علاوه بر قرآن نصوص متواتره‌ای نیز در این مسأله وارد شده است که ما از ذکر آن خودداری نموده و پژوهشگران را به کتب مفصّله ارجاع می‌دهیم (۲).

از نظر فقهی عمل محلّل دارای شرایطی است که ذیلا به آن می‌پردازیم:

(۱) ازدواج جدید باید بوسیله عقد دائم صورت گیرد، و اگر با عقد منقطع تحقّق یابد موجب حلیّت نمی‌شود. نصوص وارده در این باب شاهد همین معنی است؛ راوی از حضرت صادق (ع) سؤال می‌کند که شخصی زن خود را طلاق داده به گونه‌ای که دیگر بر او حلال نیست (سه طلاقه) و مردی بصورت عقد منقطع با آن زن ازدواج می‌نماید. آیا برای مرد اوّل حلال می‌گردد یا نه؟ حضرت پاسخ منفی داده و پس از تلاوت آیه شریفه مورد بحث فرمودند: «و المتعة ليس منها طلاق - متعه طلاق ندارد» (۳).

قانون مدنی با عبارت ... «مگر اینکه به عقد دائم» ... این شرط را صراحتاً ذکر نموده است.

(۲) زوج (محلّل) بالغ باشد. نکاح شخص نابالغ هر چند در حد بلوغ (مراهق) باشد موجب حلیّت نمی‌شود.

(۳) نزدیکی صورت گرفته باشد. بدین معنی که صرف عقد نکاح بدون عمل آمیزش نتیجه‌ای ندارد و موجب حلیّت نمی‌شود.

اگر محلّل با شرائط فوق با زوجه نکاح نماید، و این نکاح به عللی نظیر طلاق، فسخ، فوت محلّل و یا به جهتی از جهات منحل گردد، در این حالت زوج

(۱) قرآن مجید، سوره بقره، آیه ۲۳۰.

(۲) وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۳۵۰.

(۳) وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۳۶۸؛ کافی، ج ۶، ص ۷۶؛ تهذیب الاحکام، ج ۲، ص ۱۵۹؛ استبصار، ج ۳، ص ۲۷۵.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۳۹

اول می‌تواند ازدواج نماید.

ممکن است گفته شود چون در آیه شریفه عبارت «فان طَلَّقَهَا» ذکر گردیده، لذا ظهور در این دارد که حتماً باید محلّل زوجه را

طلاق دهد و سایر موجبات انحلال ایجاد حلیت نمی‌نماید، ولی با توجه به نصوص وارده در ذیل آیه شریفه چنین استفاده می‌شود که در این مورد طلاق خصوصیتی ندارد. به بیان دقیق‌تر، آنچه که موجب حلیت می‌گردد ازدواج دوم به اضافه همبستری است، و طلاق عامل رفع مانع برای ازدواج مجدد است، بنابراین چنانچه این مانع بهر وسیله‌ای رفع گردد، اثر مطلوب خود را خواهد بخشید. روی این اصل فقهای عظام گفته‌اند که محلّ چه طلاق بدهد و چه مفارقت بوسیله موجبات دیگر ایجاد شود، حلیت بوجود خواهد آمد «۱». قانون مدنی نیز به این جهت تصریح نموده است.

شرائط ضمن عقد مطلقه با محلّ

بسیاری از مواقع زوجه مطلقه، به سه طلاق، که بمنظور حلال شدن بر شوهر خود با مرد اجنبی ازدواج می‌کند، آن مرد از طلاق دادن او خودداری می‌نماید؛ آیا می‌توان از طریق شرط ضمن عقد برای این منظور چاره‌ای اندیشید؟ شرط ضمن عقد به چند حالت ممکن است انجام شود که ذیلاً به بحث در موارد آن می‌پردازیم:

الف) مطلقه با محلّ ضمن عقد نکاح شرط کند که بعد از انجام عقد و عمل نزدیکی، عقد خود به خود مرتفع شود. در باطل بودن اینگونه شرط شکی وجود ندارد.

چرا که اولاً اجماع بر بطلان آن اقامه گردیده است؛ و ثانیاً شرط مزبور از جمله

(۱) تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۳۲، مسأله ۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۴۰

شروط مخالف کتاب و سنت است. زیرا انحلال و فسخ نکاح موجبات محدودی داشته و بحسب کتاب و سنت دقیقاً احصاء شده است. بنابراین چنین شرطی که موجب جدیدی را وسیله فسخ قرار می‌دهد باطل بوده و عقد نکاح خود بخود مرتفع نمی‌گردد. اما جای این سؤال باقی است که آیا این شرط فاسد (باطل) مفسد (مبطل) عقد نکاح هم هست یا خیر؟

درباره شروط فاسد بین فقهای امامیه چند نظریه وجود دارد:

نظریه اول: شرط فاسد مطلقاً مفسد عقد می‌باشد.

نظریه دوم: شرط فاسد مطلقاً مفسد عقد نمی‌باشد.

نظریه سوم: که نظر مشهور فقها می‌باشد، این است که در مسأله تفصیل قائلند بعضی از شروط فاسد را مفسد دانسته و برخی دیگر را مفسد عقد بشمار نمی‌آورند.

قانون مدنی نیز از نظریه مشهور پیروی نموده و در مادّتين ۲۳۲ و ۲۳۳ بین شروط تفصیل قائل گردیده است «۱».

بنظر می‌رسد در خصوص مسئله مورد بحث (شرط مطلقه با محلّ) این نوع شرط را، علاوه بر آنکه نامشروع است، باید داخل در شرائط خلاف مقتضای طبع عقد بدانیم. زیرا نکاحی که سبب حلیت زوجه برای زوج اول می‌گردد، نکاح دائم محلّ با زوجه می‌باشد. بنابراین چنانچه زوجه شرط کند که نکاح خود بخود منحل شود، این با طبع عقد نکاحی که دوام و بقاء را اقتضاء می‌کند منافات دارد.

(۱) ماده ۲۳۲ ق. م. - «شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست:

۱- شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد.

۲- شرطی که در آن نفع و فایده‌ای نباشد.

۳- شرطی که نامشروع باشد.»

ماده ۲۳۲ ق. م. - «شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است:

۱- شرط خلاف مقتضای عقد.

۲- شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل بعوضین شود.»

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۴۱

لذا علاوه بر اینکه چنین شرطی فاسد است مبطل عقد نیز خواهد بود.

اما در مقابل، عده‌ای از فقها این استدلال را نپذیرفته و معتقدند فساد چنین شرطی موجب بطلان عقد نمی‌گردد «۱».

ب) زوجه با محلل شرط کند که بلافاصله پس از تحلیل وی را طلاق دهد (بنحو شرط فعل). در این حالت ناگفته پیداست آن

استدلالی که بر بطلان اشتراط در حالت نخست اقامه نمودیم، در اینجا مورد ندارد.

اما عده‌ای در خصوص این مسأله چنین استدلال کرده‌اند که اختیار طلاق برای زوج حکم است نه حق؛ و همانطور که نمی‌توان

حکم را ساقط نمود، تعهد به انجام آن نیز در مدت معین الزام‌آور نیست.

در تأیید استدلال این نکته را اضافه می‌کنیم که همانطور که زوجه نمی‌تواند سلب اختیار طلاق از زوج را شرط کند، انجام طلاق را

نیز نمی‌تواند شرط نماید. زیرا سلب اختیار طلاق با سلب اختیار عدم طلاق تفاوتی ندارد، و لذا فقها باتفاق بر بطلان چنین شرطی

نظر داده‌اند.

صاحب جواهر پس از نقل اتفاق نظر فقها از شهید ثانی اضافه می‌کند که:

اگر اجماع فقها نمی‌بود، وجهی برای بطلان بنظر نمی‌رسید و مشمول قاعده المؤمنون عند شروطهم قرار می‌گرفت. و سپس وی آن

را با مورد شرط اقاله در ضمن مبیع مشابه دانسته است «۲».

ولی با توجه به استدلال ارائه شده، معلوم گردید که شرط خلاف شرع است، بنابراین از مصادیق قاعده مذکور خارج می‌باشد.

وانگهی قیاس مورد به موضوع شرط اقاله در ضمن بیع، کاملاً - مع الفارق است. زیرا اقاله در موارد عادی با توافق طرفین انجام

می‌گیرد، و اختیار از آن طرفین است؛ ولی اختصاص اختیار طلاق به زوج حکم خداوند است. در مورد بطلان عقد در فرض بطلان

شرط، موضوع همانند بحث قبلی است، یعنی اگر شرط باطل مطلقاً مبطل باشد، بی‌شک عقد در

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۱۲۴ و ما بعد آن.

(۲) جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۱۲۶.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۴۲

مسأله مورد بحث باطل خواهد بود ولی چنانچه تنها شرط خلاف مقتضای طبع عقد را مبطل بدانیم (که مشهور چنین نظر داده‌اند)،

چون علی الظاهر (همانطور که گفتیم) شرط ما نحن فیه مخالف با دوام نیست و لذا با مقتضای طبع عقد منافات ندارد بنابراین

وجهی برای بطلان عقد بر مبنای نظر این گروه بنظر نمی‌رسد.

ج) زوجه در ضمن عقد نکاح با محلل شرط نماید که پس از انجام عمل تحلیل، از جانب زوج وکیل در طلاق دادن خویش باشد.

در مورد وکالت در طلاق فقهاء معتقدند اگر وکالت برای شخص اجنبی باشد بی‌تردید جایز است هر چند در حضور شخص مطلق

(زوج) انجام شود. اما در حالتی که زوجه وکیل از طرف زوج باشد، گرچه مشهور فقها این وکالت را نیز جایز دانسته‌اند، اما شیخ

طوسی معتقد است که وکالت به زوجه برای طلاق باطل می‌باشد. و در این میان صاحب جواهر گرچه از حیث نظریه متابعت مشهور

را نموده است، ولی پس از بازگو نمودن نظرات دیگران می‌گوید: احتیاط این است که چنین وکالتی داده نشود «۱».

حال اگر اعطاء و کالت به زن جایز شمرده شد، بنابراین می‌توان معتقد بود که شرط نمودن چنین و کالتی در ضمن عقد نیز بلامانع است.

بطور کلی باید گفت درست است که حق طلاق برای زن یک حق طبیعی نیست، اما می‌توان بصورت قراردادی (شرط ضمن عقد) این حق را به زوجه منتقل نمود تا زوجه بتواند وکیل در طلاق دادن خویش باشد. قانون مدنی در ماده ۱۱۱۹ می‌گوید: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند ... زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهائی خود را مطلقه سازد».

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۲۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۴۳
البته قانون مدنی به منظور حفظ نظام و جلوگیری از هرج و مرج مراجعه به محکمه و صدور حکم را نیز ضروری دانسته است؛ اما از نظر فقهی زن می‌تواند بطور مطلق این حق را برای خویش در نظر بگیرد.
بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۴۴

حرمت پس از طلاق نهم

اشاره

ماده ۱۰۵۸ قانون مدنی: «زن هر شخصی که به نه طلاق که شش‌تای آن عدی است مطلقه شده باشد بر آن شخص حرام مؤبد می‌شود».

[تعریف اجمالی اقسام طلاق]

اشاره

توضیح و تشریح طلاق و اقسام مربوط به آن در باب خاص خود مطرح خواهد شد. اما چون این اصطلاح در ماده فوق بکار رفته توضیح اجمالی آن لازم بنظر می‌رسد.
طلاق ابتدائاً به دو قسم تقسیم می‌شود:

- (۱) بائن، و آن طلاقی است که زوج نمی‌تواند در عده رجوع کند مانند طلاق زوجه غیر مدخوله یا یائسه و یا صغیره و موارد دیگر.
 - (۲) رجعی، و آن طلاقی است که زوج می‌تواند در عده به زوجه رجوع کند و زندگی را ادامه دهد مانند طلاق زوجه مدخوله کبیره. در همین فرض، چنانچه زوج از حق رجوع استفاده کند و همبستری نماید طلاق عدی است و گرنه غیر عدی خوانند.
- با شناختن طلاق عدی در تشریح ماده فوق می‌گوئیم هرگاه مردی زوجه دائمه خویش را به طلاق رجعی مطلقه نماید، در مهلت عده رجوع و پس از

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۴۵

همبستری مجدداً طلاق دهد، و این عمل را به همین نحوه نه بار تکرار کند، زن بر وی حرام مؤبد خواهد شد. از نه طلاق انجام شده، طلاق‌های اول و دوم، چهارم و پنجم، هفتم و هشتم عدی و طلاق‌های سوم، ششم و نهم بائن است. بدیهی است در این میان

دو بار محلّل واسطه تحلیل قرار می‌گیرد.

بررسی فقهی

بر موضوع فوق اجماع فقهای امامیه محقق است و نصوص بسیار زیادی از سوی معصومین (ع) در خصوص آن وارد گردیده؛ ولی باید توجه داشت که متن محل اجماع فقها چنین است «المطلقه تسعا للعدة» ... یعنی: «طلاق داده شده با ۹ طلاق عدّی» (۱) درحالی که ترتیبی که بیان شد از میان ۹ طلاق انجام شده فقط ۶ تای آن عدّی است، زیرا طلاق سوّم در هر بار که موجب تحریم شده عدّی نیست بلکه بائن است، چرا که گفتیم طلاق عدّی آن است که در عدّه رجوع و دخول صورت گیرد و طلاق سوّم اینچنین نیست.

اما با مراجعه به نصوص وارده (۲) در مسأله مشخص می‌گردد که منظور فقهاء به همان صورتی است که ذکر شد یعنی در حقیقت بر نه طلاق که تنها شش تای آن عدّی است، ۹ طلاق عدّی اطلاق نموده‌اند که می‌گویند مجاز با علاقه مجاورت و یا اکثریت و یا کل و جزء است. با این تحلیل که طلاق سوّم چون در مجاورت دو طلاق عدّی قرار گرفته هر چند که عدّی نیست، عدّی گفته شده است و یا آنکه به علت اکثریت عدّی بر غیر عدّی.

با امعان نظر در نصوص وارده و متون فقها مستفاد می‌گردد که برای تحقّق

(۱) رجوع شود به شرایع الاسلام کتاب نکاح، چاپ نجف، ج ۲، ص ۲۹۳؛ شرح لمعه، ج ۵ ص ۲۱۱.

(۲) رجوع شود به شرایع الاسلام؛ وسائل، ج ۷، ص ۳۵۷ به بعد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۴۶

حرمت ابدی شرائط زیر لازم است و با فقدان هر یک از شرائط، حرمت مترتب نخواهد شد:

الف) بایستی در تمامی طلاقهای سه گانه، که مستلزم محلّل شده است، دو رجوع در میان فاصله شده باشد. و چنانچه مثلاً طلاق صورت گیرد و پس از انقضای عدّه با عقد مجدداً زوجیت تشکیل یافته باشد، هر چند بار سوّم موجب محلّل گردیده (زیرا لزوم محلّل متوقف بر آن نیست که طلاقهای انجام شده عدّی باشد و زوج در عدّه رجوع نماید) ولی در عین حال این اثر را دارد که در بار نهم موجب حرمت ابدی نخواهد بود. حتّی به تعبیر بعضی از فقهاء اگر صد بار هم چنین اتفاق افتد حرمت ابدی ببار نخواهد آورد (۱).

ب) بایستی پس از رجوع در عدّه دخول صورت گرفته باشد، و چنانچه در عدّه رجوع نموده ولی بدون دخول مبادرت به طلاق نماید، هر چند بار سوّم موجب حرمت و برای حلال شدن محتاج به محلّل است، ولی در عین حال برای بار نهم حرمت ابدی ترتب نخواهد یافت.

دو شرط فوق در کلمه طلاق عدّی نهفته است. یعنی وقتی گفتیم از نه طلاق انجام شده بایستی شش تای آن عدّی باشد، لزوم شرائط فوق احساس می‌گردد.

زیرا چنانچه زوج در طلاقهای اوّل، دوّم، چهارم، پنجم، هفتم و هشتم و در مدّت عدّه رجوع نکند، و یا رجوع کند ولی آمیزش ننماید، طلاق انجام شده عدّی نخواهد بود؛ و بنابراین نهمین طلاق محرم ابدی نمی‌باشد.

تحلیل و بررسی

در تعریف طلاق عدّی میان فقها نظرات مختلفی وجود دارد که عمده آن به شرح زیر است:

(۱) تحریر الوسيله، ج ۲، ص ۳۳۳.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۴۷

الف) همان تعریفی که گفته شد، و بموجب آن طلاق عدّی بر هر فرد از افراد طلاق رجعی اطلاق می‌شود، که زوج از حق رجوع در عده استفاده نموده و قبل از انقضای زمان عده به زوجه رجوع نموده و نزدیکی صورت پذیرد. صاحبان این نظریه بدنبال تعریف فوق اضافه کرده‌اند که بنابراین ممکن است طلاقهای عدّی بطور متوالی صورت نگیرد. یعنی با وقوع طلاقهای بسیار متعدد در درازمدت نصاب مورد نظر حاصل گردد و موجب تحریم ابدی شود. مثلاً- چنانچه در یکی از طلاقها زوج پس از انقضای مدّت مبادرت به عقد ازدواج نماید و مجدداً طلاق دهد، یا آنکه نزدیکی نکرده طلاق دهد. هر چند در طلاق نهم حرمت ابدی مترتب نمی‌گردد، ولی پس از فاصله شدن محلّ چنانچه زوجه به عقد زوج قبلی درآید و یک بار دیگر طلاق عدّی انجام شود، حرمت ابدی در پی خواهد داشت. هر چند که بیش از نهمین طلاق باشد.

شهید ثانی طاب ثراه برای وقوع طلاقهای عدّی در دفعات طولانی اظهار نظر کرده‌اند که اگر در هر سه طلاق تنها یک طلاق عدّی باشد با ۲۵ طلاق حرمت ابدی لازم خواهد آمد. زیرا آن بزرگوار معتقدند که چنانچه توالی بهم بخورد، بایستی بطور دقیق محور اجماع فقهاء که نه طلاق عدّی است تحصیل گردد. چرا که عدّی نبودن طلاق سوّم منحصرًا اختصاص به حالت توالی دارد. روی این حساب ایشان می‌گویند پس از هشت بار سه طلاقه که اولین هر یک از آنها عدّی بوده، چنانچه طلاق بیست و پنجم عدّی باشد، با وقوع همان طلاق حرمت ابدی جریان خواهد یافت.

البته پیروان این نظریه با مشکل لاینحلّی مواجهند که مرحوم شهید خود به آن اذعان داشته و مطرح نموده است؛ و آن اینکه زمان تحریم ابدی را چه موقعی باید قرار داد؟ اگر به محض وقوع طلاق بیست و پنجم حرمت ابدی جریان یابد، لازم می‌آید که این طلاق عدّی نباشد. زیرا شرط عدّی بودن رجوع و دخول است و لذا تعارض منطقی بوجود خواهد آمد. و اگر بگوئیم پس از طلاق بیست و پنجم بایستی

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۴۸

رجوع و دخول وقوع یابد تا حرمت ابدی عارض شود، تالی فاسد آن این است که پس از وقوع نزدیکی بدون هیچ موجبی فراق ابدی حاصل گردد. اما اگر طلاق دیگری را لازم بدانیم بنابراین به ۹ طلاق اکتفا ننموده‌ایم، و حال آنکه اجماع بر اکتفاء ۹ طلاق منعقد است. این مشکل لا ینحلّ پیروان تعریف نخستین را به توقف واداشته است «۱».

ب) گروهی دیگر از فقها طلاق عدّی را چنین تعریف کرده‌اند: «هرگاه تکمیل سه طلاق با فاصله شدن دو رجوع و نزدیکی انجام شود، آن را طلاق عدّی گویند «۲»».

پس طلاق عدّی مرکب است از دو طلاق رجعی و یک طلاق بائن و چنانچه سه بار این طلاقهای سه گانه تکرار گردد، موجب حرمت ابدی خواهد بود.

بموجب این تعریف وقوع طلاق عدّی به حدّ نصاب بصورت غیر متوالی بگونه‌ای که مرحوم شهید ثانی تصوّر نموده بودند، امکان‌پذیر نیست؛ ولی بصورت دیگری ممکن است و آن اینکه پس از وقوع طلاقهای عدّی و فاصله شدن محلّ و ازدواج جدید، طلاق غیر عدّی اتفاق افتد و با طلاق سوّم زوجه حرام گردد (البته این دسته طلاقهای سه گانه در حرمت ابدی بحساب نخواهد آمد)، و سپس بعد از محلّ و ازدواج جدید طلاقهای عدّی رخ دهد؛ بنابراین در حرمت ابدی که بموجب ۹ طلاق بوجود می‌آید، تنها سه دسته از سه طلاقهایی که دوتای آن عدّی است بحساب خواهد آمد؛ بنابراین تعریف، بن‌بستی که برای مرحوم شهید مطرح

بود پیش نخواهد آمد.

ج) گروهی دیگر از فقها به مجموع نه طلاق که بصورت متوالی سه بار با ترتیب مذکور انجام شود، (در هر یک از سه بار دو بار عدی و بار سوم بائن باشد)

(۱) رجوع شود به شرح لمعه ده جلدی، ج ۵، ص ۲۱۸.

(۲) جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۱۲۵؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۳۲؛ شرایع الاسلام در متن جواهر، ج ۳۲، ص ۱۲۱.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۴۹

طلاق عدی اطلاق می‌کنند. بموجب این نظریه نام عدی به مجموع نه طلاق گفته می‌شود بنابراین اطلاق عدی به هر یک از طلاقیها صحیح نبوده و عدم توالی بکلی تصورپذیر نیست، تا مشکل مطرح شده پیش آید، زیرا فاصله شدن هر نوع طلاق دیگر موجب عدم وقوع تحریم ابدی است. به عبارت دیگر به موجب نظریه سوم در حرمت ابدی دو امر معتبر است که با فقدان هر یک، حرمت ابدی حاصل نمی‌شود.

۱- توالی طبقات عدی بصورتی که گفته شد و عدم تفرقه میان آنها.

۲- در بین قرار گرفتن تنها دو محلل نه بیشتر.

بنا بر اندیشه اخیر، فرضی که مرحوم شهید تصور کرده‌اند موجب حرمت ابدی نمی‌باشد زیرا هر دو شرط فوق در فرض مزبور مفقود است «۱».

بنظر می‌رسد ظواهر اخبار و نصوص وارده دال بر قول اخیر است. از طرف دیگر چنین استنباط می‌شود که قانون مدنی نیز از نظریه اخیر پیروی نموده و ظاهر عبارت متن ماده ۱۰۵۸ رساننده همین معنی است. زیرا از سوئی سقف طلاق را به عدد ۹ محدود ساخته و از طرفی شش‌تای آن را بنحو عدی لازم دانسته است. برای رعایت هر دو امر مزبور راهی جز قبول نظریه اخیر نمی‌باشد. در خاتمه، لازم بذکر است که حرمت مؤید بعلة فوق از مختصات امامیه است و علمای اهل سنت از آن ذکری بمیان نیاورده‌اند «۲».

(۱) تقریرات مرحوم حاج شیخ عبد لکریم حائری یزدی به قلم آیه الله آشتیانی، چاپ خراسان، ص ۱۴۳.

(۲) الفقه علی مذاهب الخمسه، ص ۳۱۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۵۰

حرمت نکاح با غیر مسلمان

اشاره

ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی: «نکاح مسلمه با غیر مسلم جایز نیست».

بموجب ماده فوق زن مسلمان نمی‌تواند با مرد غیر مسلمان نکاح نماید و عموم آن بر انواع نکاح (دائم - منقطع) شمول دارد و نسبت به حالت عکس یعنی ازدواج مرد مسلمان با زن غیر مسلمه ساکت است، که با مراجعه به متون و منابع فقهی بایستی حکم فرض اخیر را استنباط نمود.

قانون مدنی تعریفی از کلمه «مسلم» و «غیر مسلم» ننموده، و از اقسام آن ذکری به میان نیاورده است. ولی با توجه به آثار و احکام مختلفی که بر انواع آن مترتب می‌باشد لازم است نخست به طور اجمال این دو کلمه را از نظر فقهی تعریف و سپس احکام هر یک را متذکر گردیم.

مسلم کسی است که اقرار به وحدانیت خداوند و رسالت خاتم الانبیاء محمد بن عبد الله (ص) داشته باشد. در مقابل، غیر مسلم کسی است که چنین اقراری نداشته باشد. ناگفته نماند کسانی که یکی از ضروریات دین اسلام را منکرند محلق به غیر مسلمانند.

اقسام غیر مسلم (کافر)

کافر اصناف مختلفی دارد:

الف) اهل کتاب، که پیرو یکی از ادیان الهی می‌باشند. اسلام برای این ادیان پیامبر و کتاب آسمانی قائل است؛ مانند یهود و نصاری. در الهی بودن دین مجوس و عدم آن بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد. به موجب بعضی از روایات آنان از اهل کتاب محسوب می‌باشند «۱».

ب) مشرکین، که از هیچ دین الهی پیروی نمی‌کنند. اعم از اینکه هیچ مذهبی را اعتقاد نداشته یا اینکه معتقد به مکاتب الحادی بوده باشند.

از نظر فقهی فرزند تابع اشرف ابوین است، یعنی چنانچه فرزند در حین انعقاد نطفه یکی از ابوین او مسلمان باشد محکوم به اسلام و آن را مسلمان تبعی گویند. اما چنانچه در حین انعقاد نطفه هر دو کافر باشند فرزند محکوم به کفر و آن را کافر تبعی می‌نامند.

ارتداد

کافر شدن بعد از اسلام را ارتداد می‌گویند. و مرتد بر دو قسم تقسیم می‌شود:

۱) مرتد فطری، و آن عبارت است از کسی که در حین انعقاد نطفه‌اش لااقل یکی از ابوین وی مسلمان بوده‌اند. او پس از بلوغ اسلام را پذیرفته، پس از آن کافر شده است.

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۴۳؛ تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۶۴۵.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۵۲

۲) مرتد ملی، و آن کسی است که در حین انعقاد نطفه هیچ‌یک از ابوینش مسلمان نبوده‌اند. وی پس از بلوغ اظهار اسلام نموده، و سپس کافر گردیده است.

پس از تعریف و تقسیم، اینک به ذکر احکام نکاح هر دسته و مبانی و مستندات فقهی آن می‌پردازیم.

نکاح مرد غیر مسلمان با زن مسلمان

فقهای اسلام اعم از عامه «۱» و امامیه «۲» به اتفاق نظر معتقدند که کفر زوج از موانع نکاح است و زن مسلمان نمی‌تواند با مرد غیر

مسلمان ازدواج نماید، و چنانچه اقدام کند عقد نکاح وی باطل است.

نکاح اعم است از نکاح دائم یا موقت و نیز اعم از اینکه زوج غیر مسلم از اهل کتاب، مشرک و یا مرتد باشد. مستند این فتوا اجماع و آیه شریفه است که می‌فرماید: «وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ» (۳) «کلمه مشرک به عموم کفار تفسیر شده است» (۴).

البته منظور از نکاح در عنوان این مسأله حدوث عقد ازدواج است؛ بنابراین در مورد ارتداد بعد از نکاح در آینده بحث خواهیم کرد.

نکاح مرد مسلمان با زن غیر مسلمه

فقه‌های اسلام اعم از عامه و خاصه باتفاق عقیده دارند که ازدواج مرد

(۱) رجوع شود به الاحوال الشخصیه تألیف شیخ حسن خالد؛ عدنان نجا ص ۵۷؛ الفقه علی مذاهب الخمسه محمد جواد مغنیه، ص ۳۲۴.

(۲) جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۲۷.

(۳) قرآن کریم، سوره بقره، آیه ۲۲۱- «به نکاح مشرکین در نیائید تا اینکه ایمان آورند، همانا بنده مؤمن بهتر از مشرک است».

(۴) مجمع البیان، علامه طبرسی، مجلد اول، ص ۳۱۸.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۵۳

مسلمان با زن کافره غیر کتابیه از اصناف کفار، چه بصورت دائم و چه منقطع، باطل و ممنوع است (۱). اما در مورد ازدواج مرد مسلمان با زن کتابیه (یهودیه یا نصرانیه) میان فقهاء اختلاف نظر وجود دارد که ناشی از اختلاف آیات و روایات می‌باشد (۲). خلاصه اقوال چنین است:

الف) نکاح مرد مسلمان با زن کتابیه بصورت دائم ممنوع است، ولی بصورت منقطع مانعی ندارد. این نظریه توسط مشهور امامیه ابراز شده، که مستند آن جمع بین نصوص وارده است. یعنی جمع بین ادله‌ای که ظهور در منع نکاح بطور مطلق دارند با ادله‌ای که دلالت بر جواز نکاح بطور مطلق دارند.

ب) نکاح مرد مسلمان با زن کافره مطلقاً ممنوع است. سید مرتضی قائل به این نظریه بوده و مستند ایشان ظواهر و عموم بعضی از آیات و نصوص خاصه می‌باشد.

ج) نکاح مرد مسلمان با زن کافره مطلقاً جائز است. این گروه نیز به دسته‌ای از آیات و روایات تمسک جسته‌اند.

با مذاقه در مستندات اقوال فوق دلیل محکمی برای منع نکاح بخصوص در هنگام ضرورت به نظر نمی‌رسد. بنابراین قول سوم مورد تأیید می‌باشد. هر چند که در خصوص ازدواج دائم با آنان احتیاط در ترک است. از نظر علمای عامه در مکاتب اربعه نکاح با زن کتابیه بدون اشکال است (۳).

قانون مدنی در رابطه با ازدواج مرد مسلمان با زن غیر مسلمان سخنی بمیان نیاورده و به سکوت برگزار نموده است. و شاید با توجه به اینکه در مقام بیان موانع نکاح است بتوان گفت که مستنبط از قانون مزبور عدم منع می‌باشد. ولی از آنجا

(۱) الفقه علی مذاهب الاربعه، ص ۳۱۴؛ جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۲۷.

(۲) رجوع شود به مسالک الافهام شهید ثانی، افسست قم، ج ۱، ص ۳۹۱؛ شرح لمعه چاپ نجف، ج ۵، ص ۲۲۸؛ جواهر الکلام، ج

۳۰، ص ۲۸ تا ۳۰؛ تذکره الفقهاء، افسست قم، ج ۲، ص ۶۴۵؛ مناهج المتقین ممقانی، ص ۳۶۲ و حدائق الناضره، ج ۵، ص ۱۳۱ تا ۱۴۱.

(۳) اعلام الموقعین، ج ۲، ص ۳۸۱.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۵۴

که گفتیم بطلان ازدواج مرد مسلمان با زن کافره غیر کتابیه جزء مسلّمات فقه اسلامی است این استنباط مخدوش می‌شود، و لذا به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران قضات بایستی حکم قضیه را به همان نحو که بیان شده استخراج نمایند. نظر تحریر الوسيله در مورد ازدواج مرد مسلمان با زن کتابیه چنین است: «بنحو منقطع اقوی جواز و بنحو دائم احوط ترک است» (۱). تذکره:

همانطور که گفتیم در خصوص زرتشتیان (مجوسیان) میان فقها اختلاف نظر است. مرحوم اصفهانی عقیده بر آن دارد که این گروه محلق به اهل کتابند (۲) ولی فقههای متأخر از جمله امام خمینی مد ظله العالی با این نظر مخالف‌اند و بنابراین نکاح با آنان را مطلقاً باطل می‌دانند (۳).

نکاح بین فرق مسلمان

از نظر فقههای امامیه ازدواج پیروان این مذهب با سایر مذاهب اسلامی بلامانع است. ولی از این عموم دو گروه استثناء گردیده و نکاح با آنان ممنوع و در حقیقت ملحق به کفار شده‌اند.

(۱) ناصبیان- ناصبی کسی است که با یکی از اهل بیت رسول اکرم (ص) دشمنی دارد و باین مطلب تظاهر می‌نماید و به آن بزرگواران ناسزا می‌گوید. البته لازم به تذکر است که هر چند ناصبیان از فرق اسلامی می‌باشند ولی چون محبت اهل بیت (ع) را که از ضروریات دین اسلام است منکرند، در حکم کفار محسوب می‌گردند.

(۱) تحریر الوسيله، ج ۲، ص ۲۸۵.

(۲) وسیله النجاه اصفهانی، چاپ قم، ج ۲، ص ۱۹۲.

(۳) تحریر الوسيله، مأخذ قبل.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۵۵

(۲) غالیان- غالی (غلوکننده) کسی است که نسبت به معصومین و امامان غلو نماید یعنی آنان را در حدّ خدائی پرستد و یا اعتقاد به نبوت آنان داشته باشد.

دو گروه فوق ملحق به کفار غیر کتابی هستند و لذا ازدواج مردان مسلمان با آنان جائز نمی‌باشد (۱).

نکاح بین پیروان ادیان دیگر

اشاره

از آنجا که گاهی بر ازدواج پیروان سایر ادیان در رابطه با ما آثار حقوقی مترتب است، لذا لازم است نظر فقه اسلامی بیان گردد؛ تا آثار مترتبه و احکام آن مشخص شود. دین مقدّس اسلام به مقررات ازدواج ادیان و مذاهب دیگر به دیده احترام می‌نگرد و برای

ازدواج و طلاق که بین پیروان ادیان و مذاهب دیگر واقع می‌شود همان آثار و احکامی را می‌شناسد که در آن ادیان و مذاهب آن آثار و احکام مراعات می‌شود. البته در صورتی که ازدواج و یا طلاق از نظر مذهب خودشان صحیح و منطبق با شرائط مذهبی آنان انجام شده باشد؛ و در این جهت فرقی میان فرق کفار کتابی و غیر کتابی وجود ندارد. در فقه امامیه قاعده‌ای است تحت عنوان قاعده «الزام» مستند به حدیث «الزموهم بما الزموا علی انفسهم» یعنی کفار را به همان مقرراتی که خودشان ملتزم هستند الزام دارید. بموجب این قاعده کفار در محاکم اسلامی به مقرراتی که در مذهب خودشان وجود دارد ملزم می‌گردند؛ و همچنین پس از اسلام آوردن به انجام تعهداتی که در حال کفر به آنها متعهد شده‌اند ملزم می‌شوند. اینک به آثار حقوقی مترتب بر فروض مورد بحث اشاره‌ای خواهیم داشت.

[چند مسأله]

مسأله ۱: از نظر فقهی چنانچه زوجین کافر به اتفاق یکدیگر مسلمان گردند لازم نیست مجدداً عقد نکاح مطابق با مقررات اسلامی بین آنان جاری گردد، بلکه

(۱) مأخذ قبل.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۵۶

به همان عقد سابقشان باقی خواهند ماند. البته این حکم در صورتی است که آن عقد نکاح در مذهب خودشان واجد شرائط صحت باشد؛ و نیز مواعی که از نظر اسلامی ابتدائاً و استدامتاً موجب بطلان نکاح است وجود نداشته باشد. چون در غیر این صورت نکاحشان محکوم به بطلان است و بایستی مجدداً عقد منطبق با موازین اسلامی برقرار گردد. مثل اینکه نکاح بین اقربای نسبی یا رضاعی صورت گرفته باشد «۱».

توضیح این که بعضی از امور مطلقاً مانع نکاحند، چه ابتدائاً و چه استدامتاً، مثل قرابت نسبی و یا رضاعی؛ و بعضی از امور هر چند ابتدائاً مانع انعقاد نکاح می‌باشند ولی مانع ابدی نیستند، بلکه منع نکاح منوط به وجود آن امر است. مادام که موجود باشد، نکاح باطل است؛ و چنانچه رفع گردد، منعی برای نکاح وجود نخواهد داشت. مثل ازدواج در عده یا ازدواج با خواهر زن، که منع نکاح منوط به بقاء عده و یا بودن خواهر در حباله زوج است. چنانچه عده منقضی شود و یا خواهر از قید نکاح خارج گردد، ازدواج مانعی ندارد.

از نظر فقه‌های امامیه چنانچه عقد نکاح در حال کفر با وجود یکی از مواع دست‌دوم واقع شده باشد ولی در زمان اسلام آن مواع رفع شده باشد، محکوم به صحت است و نیازی به عقد مجدد نیست؛ ولی مواع دست‌اول موجب بطلان نکاح است و بایستی مجدداً صیغه عقد منطبق با شرائط اسلامی اجرا گردد.

از علمای عامه ابو حنیفه و ابو یوسف با آنچه علمای امامیه در فرض فوق اظهار داشته‌اند موافقت دارند «۲»، ولی مالکیه می‌گویند پس از اسلام نکاح سابق مطلقاً باطل است و مجدداً بایستی عقد نکاح انجام گیرد؛ به دلیل اینکه عقد سابق از نظر اسلام باطل و کان لم یکن می‌باشد «۳».

(۱) وسیله النجاة اصفهانی، کتاب نکاح.

(۲) الاحوال الشخصیة حسن خالد، ص ۱۵۲.

(۳) الفقه علی مذاهب الخمسه محمد مغنیه، ص ۳۱۵.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۵۷

مسئله ۲: هرگاه زوج کافر، کتابی یا غیر کتابی، مسلمان شود در حالی که زوجه او کتابیه و به کفر خود باقی بماند، نکاح به حالت سابق باقی خواهد ماند و دوام زندگی برای آنان اشکالی ندارد؛ خواه اسلام قبل از نزدیکی باشد یا بعد از آن. و در این مسئله اختلافی میان فقهای امامیه وجود ندارد (۱).

مستند فقها، علاوه بر اجماع، روایات و نصوصی است که چنین دلالت دارد (۲). و به استناد این ادله گفته‌اند که هر چند ازدواج مرد مسلمان را با زن کتابیه به صورت دائم جائز ندانیم ولی دوام آن یعنی وقوع اسلام پس از ازدواج معنی ندارد. البته همانطور که گفتیم، در انجام نکاح مرد مسلمان با زن کتابیه ابتدائاً هم دلیلی بر منع وجود ندارد.

مسئله ۳: هرگاه زوج کافر، کتابی یا غیر کتابی، مسلمان شود و زوجه او کافر غیر کتابیه و به کفر باقی بماند، چنانچه اسلام آوردن قبل از عمل نزدیکی صورت گیرد نکاح بلافاصله منفسخ می‌گردد، و اگر بعد از عمل نزدیکی باشد بین آنها تفرقه برقرار و منتظر انقضای قاعده می‌مانند؛ چنانچه زن قبل از انقضای عده اسلام آورد نکاح آنان بحال خود باقی خواهد ماند، و چنانچه عده منقضی گردد و زن اسلام نیاورد و به آیین خود باقی بماند نکاح آنان از زمان مسلمان شدن زوج منفسخ می‌گردد. یعنی انقضای عده و بقاء زوجه به آیین خود کشف از انفساخ عقد از زمان مسلمان شدن زوج می‌نماید و آثار جدائی از همان زمان بار می‌گردد (۳).

مسئله ۴: هرگاه زوجه کافر، کتابیه یا غیر کتابیه، مسلمان شود و شوهر او کافر بماند، در صورتی که اسلام آوردن قبل از نزدیکی باشد نکاح بلافاصله منفسخ می‌گردد، و اگر بعد از نزدیکی باشد انفساخ نکاح متوقف بر انقضای عده خواهد بود.

(۱) شرایع الاسلام و جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۵۰؛ مسالک الافهام، ج ۱، ص ۳۹۲؛ تحریر الوسیله، ج ۲ ص ۲۸۵.

(۲) رجوع شود به اصول کافی، ج ۵، ص ۴۳۷؛ استبصار، ج ۳، ص ۱۸۳، حدیث شماره ۶۶۳.

(۳) تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۸۶؛ جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۵۰.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۵۸

و مانند مورد قبل بینشان جدائی برقرار می‌گردد، چنانچه در زمان عده مرد مسلمان شود نکاح آنان همچنان ادامه خواهد یافت، ولی اگر به کفر خود باقی بماند و عده منقضی گردد، کشف می‌شود که نکاح از زمان اسلام آوردن زن منفسخ شده است (۱). بنظر می‌رسد قانون مدنی نسبت به موارد فوق ساکت است زیرا ظاهر ماده ۱۰۵۹ (نکاح مسلم با غیر مسلم جایز نیست) مربوط به حدوث نکاح است و راجع به انفساخ عقد نکاح، پس از مسلمان شدن زوجه و بقاء زوج بر کفر، ساکت است.

احکام ارتداد زوجین

ارتداد یا قبل از عمل نزدیکی صورت می‌گیرد و یا بعد از آن؛ چنانچه قبل از نزدیکی احد از زوجین یا هر دوی آنان مرتد، فطری و یا ملی، شوند نکاح آنان بلافاصله منفسخ می‌گردد. و در مورد ارتداد پس از نزدیکی، چنانچه زوج به ارتداد فطری مرتد گردد همانند فرض قبل نکاح منفسخ می‌گردد؛ ولی اگر ارتداد او ملی باشد و یا زوجه مرتد گردد، خواه فطری و خواه ملی، فسخ نکاح منوط به انقضای عده و عدم توبه خواهد بود. یعنی از لحظه ارتداد، بین آنان جدائی برقرار می‌گردد و بر آنان عرض توبه می‌شود، اگر قبل از انقضای عده توبه کنند نکاح محکوم به صحت و کماکان ادامه خواهد یافت، ولی اگر عده منقضی شود و به ارتداد خود باقی باشند کشف از بطلان نکاح از حین ارتداد خواهد شد (۲).

لازم به توضیح است که از نظر فقهی اگر مرد به ارتداد فطری مرتد گردد، دیگر توبه او قبول نمی‌شود، بلکه چهار حکم (۳) بر آن

بار می‌گردد که یکی از آن

(۱) همان مأخذ؛ شرایع الاسلام و جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۴۹.

(۲) همان مأخذ.

(۳) احکام چهارگانه عبارتند از: انتقال اموال او به ورثه، عدم قبول توبه، جدائی همسر، اعدام.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۵۹

احکام جدائی همسر اوست ولی مرتد ملی، چه زن و چه مرد، و نیز زنی که به ارتداد فطری مرتد شود قابل توبه می‌باشند و بر آنان عرض توبه می‌گردد؛ اگر به اسلام عودت یابند پذیرفته می‌شوند و گرنه احکام مرتد بر آنان جاری می‌گردد «۱».

تذکره:

در مواردی که زوج مرتد می‌گردد و زوجه به اسلام باقی می‌ماند، همانطور که گفتیم، بلافاصله زن باید از مرد جدا گردد و عده نگه دارد و ازدواج او با مردی دیگر منوط به انقضای عده می‌باشد؛ اگر زوج مرتد فطری گردد، عده زن معادل عده وفات است و اگر مرتد ملی گردد معادل عده طلاق خواهد بود «۲».

(۱) تحریر الوسیله، ج ۲، کتاب الحدود، ص ۴۹۲.

(۲) تحریر الوسیله، ج ۲، کتاب النکاح، ص ۲۸۶.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۶۰

ازدواج زن ایرانی با تبعه خارجی

ماده ۱۰۶۰ قانون مدنی: «ازدواج زن ایرانی با تبعه خارجه در مواردی هم که مانع قانونی ندارد موکول به اجازه مخصوص از طرف دولت است».

ماده فوق جنبه فقهی ندارد بلکه از نظامات مملکتی است. منظور از مواردی که منع قانونی ندارد، محتوای ماده ۱۰۵۹ است. یعنی در درجه نخست، مرد خارجی بایستی مسلمان باشد تا بتواند با زن مسلمة ایرانی، و پس از تحصیل اجازه مخصوص از طرف دولت، ازدواج نماید.

شایان ذکر است که در فرض فقد موانع شرعی چنانچه مرد مسلمانی تبعه خارج با زن مسلمان ایرانی بدون کسب اجازه مخصوص مذکور در ماده فوق ازدواج نماید بی‌تردید ازدواج صحیح و آثار شرعی نکاح بر آن مترتب است؛ هر چند اقدام کنندگان به موجب مقررات و نظامات مملکتی تحت پیگرد قانونی قرار گیرند.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۶۱

ازدواج محصلین و مأمورین و نمایندگان دولتی با زن تبعه خارجه.

ماده ۱۰۶۱ قانون مدنی: «دولت می‌تواند ازدواج بعضی از مستخدمین و مأمورین رسمی و محصلین دولتی را با زنی که تبعه خارج باشد موکول به اجازه مخصوص نماید».

این ماده نیز همانند ماده قبل جنبه فقهی نداشته و صرفاً از نظامات مملکتی است. از آنجا که ازدواج بعضی از مردان ایرانی با زنان تبعه خارج، باعتبار شغل و سمت آنان، در مواردی با حیثیت و یا سیاست عمومی مملکتی برخورد پیدا می‌کند و لازم است از جانب

سیاست‌گذاران مملکت و دولت نظارت و کنترلی بر اینگونه ازدواج‌ها معمول گردد، این ماده اختیار لازم را در این جهت به دولت داده است.

مجددا یادآوری می‌گردد که تخلف از اینگونه مقررات، که جنبه انتظامی دارد، به هیچ وجه موجب بطلان عقد ازدواج نمی‌باشد بلکه عقد صحیح و آثار شرعی مربوطه بر آن مترتب می‌گردد؛ هر چند که اقدام کنندگان تحت پیگرد قانونی قرار گیرند. بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۶۳

فصل چهارم - شرائط صحت نکاح

اشاره

ایجاب و قبول

ایجاب و قبول توسط ولی

شرائط عاقد

توالی ایجاب و قبول

متعاقدين لال

اعتبار تعیین زوجین

تنجیز در عقد نکاح

شرط خیار در عقد و مهر

عقد مکره

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۶۵

ایجاب و قبول

اشاره

ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی: «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول بالفاظی که صریحا دلالت بر قصد ازدواج نماید».

از آنجا که در سیستم حقوقی اسلام و نظام مدنی مسلمین، نکاح قراردادی عادی و معمولی نیست و از اهمیت ویژه‌ای برخوردار می‌باشد، لذا قانون‌گذار صرف بیان صریح اراده طرفین و یا انجام اعمالی از سوی آنان که بیان‌کننده قصد و تراضی آنان باشد را در انعقاد قرارداد کافی ندانسته، بلکه به پیروی از فقه امامیه در انعقاد پیمان ازدواج علاوه بر اعلام توافق طرفین، اعمال ایجاب و قبول با اظهار الفاظی که صریحا قصد و اراده طرفین بر ازدواج را آشکار و مبین نماید لازم دانسته است و عبارت دیگر به موجب ماده فوق زوجین ناگزیرند که رابطه زوجیت و پیمان ازدواج خود را بوسیله ایجاب و قبول لفظی ایجاد و منعقد نمایند.

مستفاد از ماده فوق، این است که قانون مدنی برای ایجاب و قبول صیغه خاص و یا لغت و لفظ ویژه‌ای را ملحوظ نداشته بلکه هر لغت (زبان) و هر نوع صیغه‌ای را که دلالت صریح بر قصد ازدواج داشته باشد کافی دانسته است.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۶۶

فقه‌های اسلام همه اتفاق نظر دارند که در انجام عقد نکاح نه تنها وقوع ایجاب و قبول لفظی لازم و ضروری است، بلکه بدون آن رابطه زوجیت ایجاد نمی‌شود و اثری بر آن مترتب نمی‌گردد. بر این مطلب اجماع مستقر است و فقهاء بالاتفاق بر بطلان نکاح معاطاتی (یعنی نگاهی که صرفاً به اعلام توافق و تراضی طرفین بسنده شود و فاقد ایجاب و قبول لفظی باشد) نظر داده‌اند و اصولاً یکی از تفاوت‌های نکاح با زنائی که به تراضی انجام شود، همین نکته است «۱». ولی در سایر معاملات و قراردادها چنین نیست مثلاً در بیع همین که تراضی و توافق طرفین در مبیع و ثمن حاصل باشد بدون نیاز به استعمال ایجاب و قبول لفظی می‌تواند با خرید و فروش یا دادوستد انجام شود که در اصطلاح فقهی چنین بیعی را بیع معاطاتی گویند «۲».

در این مقدار که بیان گشت اختلاف نظری وجود ندارد، ولی این مسأله از جهاتی دیگر مورد بحث و گفتگوی فقهاء است که به اجمال مورد بررسی قرار می‌گیرد:

الف) اعتبار عربی بودن

آیا در نکاح باید الزاماً ایجاب و قبول به زبان عربی انجام شود یا آنکه به هر زبان دیگری نیز می‌توان انجام داد؟
 عدّه زیادی از فقهاء معتقدند که چنانچه انجام نکاح به لفظ عربی میسر و مقدور باشد، در این صورت الزاماً باید به زبان عربی انجام گیرد و حتی در صورت

(۱) منیه الطالب، تقریرات نائینی به قلم نجفی خوانساری، ج ۱، ص ۴۸.

(۲) ماده ۳۳۹ ق. م. ... (ممکن است بیع به دادوستد نیز واقع شود).

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۶۷

آشنائی به زبان عربی، انجام نکاح با الفاظ دیگر باطل است «۱».

دلایلی که این گروه اقامه نموده‌اند از قوّت چندانی برخوردار نیست بلکه بیشتر با توجّه با اهمّیت موضوع ازدواج جنبه احتیاطی داشته است و لذا عدّه زیادی از فقهاء پس از ایراد خدشه و ردّ ادله مزبور، ضمن آنکه به عدم لزوم عربیت در بیان صیغه نکاح فتوی داده‌اند، رعایت جانب احتیاط را نیز مقرر داشته‌اند «۲». قانون مدنی هم عربیت را در بیان صیغه نکاح شرط ندانسته است.

ب) اعتبار صیغه خاص

آیا برای بیان ایجاب و قبول لفظ و واژه و صیغه خاصی معتبر است؟

مستفاد از بعضی متون قدماى امامیه آن است که صیغه خاصی در نکاح ضرورت ندارد بلکه با هر لفظی که رساننده مدلول نکاح باشد می‌تواند عقد مزبور انجام گیرد، بعضی متأخرین نیز به تبعیت و پیروی از قدما همین نظر را پذیرفته‌اند «۳» و قانون مدنی نیز از این نظر پیروی نموده است، ولی به نظر بسیاری از فقهاء لازم است که نکاح با صیغه‌های ویژه و اختصاصی این امر انجام پذیرد. شیخ طوسی می‌گوید: «نکاح دائم واقع نمی‌شود مگر به دو لفظ زوجتک و انکحتک» «۴». قبول بهر لفظی که دالّ بر مقصود باشد کافی است.

ذکر این نکته ضروری است که بی‌تردید عقد نکاح می‌بایست با لفظی انجام گیرد که بنحو صریح بر این امر دلالت داشته باشد و انجام آن با الفاظ و صیغه‌هایی که بین مدلول ازدواج و امور دیگر مشترک است صحیح نمی‌باشد. مثلاً

(۱) تذکره الفقهاء، علامه حلی، کتاب نکاح، ج ۲، ص ۵۸۲؛ جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۱؛ ریاض المسائل ج ۲، ص ۶۸؛ مبسوط شیخ، ج ۴، ص ۱۹۴.

(۲) رجوع شود به کتاب عروّه الوثقی حاج سید محمد کاظم طباطبائی، کتاب النکاح و حواشی بر آن.

(۳) حدائق الناضرة چاپ سنگی، ج ۵، ص ۳۱.

(۴) مبسوط شیخ ج ۴، ص ۱۹۳؛ دو واژه فوق از کتاب خدا اتخاذ گردیده است (سوره احزاب آیه ۳۷؛ سوره نساء آیه ۲۲).

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۶۸

اگر زوجه با صیغه هبه و یا تملیک، بضع را به زوج واگذار نماید، بی گمان باطل است زیرا که چنین مدلولی منطبق با مدلول نکاح و پیمان زناشویی نیست و هبه و تملیک و نکاح هر یک نهاد حقوقی جداگانه‌ای هستند و حدود و مرزهای مخصوص بخود دارند (۱).

با توجه به همین نکته و عنایت به محدودیت الفاظی که دقیقاً رساننده مفهوم و مدلول حقیقی ازدواج در حدود و چارچوب خود است، مشهور فقها معتقدند باید در عقد ازدواج سعی شود که فقط از مشتقات همین دو واژه نکاح و زواج استفاده گردد و چنانچه در موردی امکان ادای آن به زبان عربی برای طرفین میسر نباشد و فراگیری آن هم امکان نداشته باشد و اجرای صیغه با وکالت نیز میسر نشود در آن صورت می‌توان صیغه را به زبان دیگری جاری ساخت، لکن الزاماً باید از جملاتی استفاده شود که دقیقاً جایگزین واژه‌های نکاح و زواج و مشتقات آنها باشد. شیخ در مبسوط در مورد ولی پاریسی زبان می‌گوید: مثلاً ولی بگوید: «این زن را دادم بتو به زنی» و زوج بگوید: «پذیرفتم به زنی»، «۲» صحیح است.

ج) لزوم تقدّم ایجاب بر قبول

آیا تقدّم ایجاب بر قبول الزامی است؟

از قانون مدنی چنین ضرورت و الزامی استنباط نمی‌شود و اینکه در عبارت ماده ۱۰۶۲ ق. م. لفظ ایجاب بر قبول مقدم شده نمی‌توان الزام این تقدّم را استنتاج نمود زیرا شیوه تنظیم عبارت قانونی و سیاق بیان قانون‌گذار صرفاً ناظر به موارد عادی است. مشهور فقها نیز بر همین نظرند، «۳» و عقد نکاح را با وجود تقدّم قبول بر ایجاب

(۱) مبسوط شیخ، ج ۴، ص ۱۹۳ و ۱۹۴.

(۲) مأخذ قبل.

(۳) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۰.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۶۹

نیز صحیح می‌دانند. چنانچه مثلاً اگر زوج به زوجه بگوید «تزوجتک» یا «من تو را به زنی می‌پذیرم» و سپس زوجه بگوید «تزوجتک» یا «خودم را به زنی تو درآوردم» کافی و صحیح است.

صاحب جواهر در تأیید نظریه مشهور استدلال می‌کند، عدم لزوم تقدّم ایجاب بر قبول بیشتر منطبق با موضوع حیات زنان است که بی گمان مورد نظر شارع مقدّس می‌باشد چرا که ابتداء از ناحیه دوشیزگان عقیقه بسی دشوار است «۱». ولی بعضی از فقها با تمسّک به اصل احتیاط تقدّم ایجاب بر قبول را شرط دانسته‌اند «۲».

با توجه به وجود حیات و عفاف دوشیزگان از طرفی و عدم دلیل معتبری دالّ بر لزوم تقدّم ایجاب بر قبول در نکاح از طرف دیگر، بنظر می‌رسد که حتّی اگر در سایر عقود هم چنین شرطی را معتبر بدانیم در خصوص نکاح اعتبار آن موجه نیست.

مضافاً به اینکه شاید بتوان گفت که ایجاب و قبول فاعل مخصوصی ندارد تا قائل شویم که چون ایجاب مختصّ زن و قبول ویژه مرد است پس بنا بر پذیرش اصل تقدّم ایجاب بر قبول باید الزاماً زن مبادرت به ایجاب و سپس مرد اعلام قبول نماید، بلکه هر کس که مبادرت به اظهار قصد کند هم آن کس فاعل ایجاب است خواه زن باشد خواه مرد و اینکه لزوماً مرد فاعل ایجاب و زن فاعل قبول باشد اصطلاحی بیش نیست همانگونه که در صلح نیز چنین است «۳».

(د) لزوم حضور گواه

آیا حضور شاهدین در هنگام اجرای صیغه شرط صحت عقد نکاح است؟

تمامی فقهاء عامه بجز فرقه مالکی حضور دو شاهد عادل را در حین اجرای صیغه عقد همانند حضور آنان در مجلس اجرای طلاق الزامی و شرط صحت عقد

(۱) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۰.

(۲) جامع المقاصد، کتاب النکاح.

(۳) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۱.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۷۰

می‌دانند. ولی مالکیان معتقدند که حضور شاهدین در هنگام زفاف معتبر است نه در هنگام اجرای صیغه عقد و لذا اگر زوج بدون حضور شهود، با زوجه زفاف نماید عدم حضور آنان موجب فسخ نکاح می‌گردد «۱».

مستند این گروه روایات منقوله از رسول الله (ص) است از جمله: «اعلنوا النکاح و لو بالدف - مراسم نکاح را اعلان کنید هر چند با دف باشد؛ و لا نکاح الا بالشهود - «۲» نکاح نیست مگر با حضور شهود».

اما فقهاء امامیه بالا جماع نظر فوق را رد کرده و روایات را حمل بر استحباب و انجام مراسم اخلاقی و ارشاد نسبت به امر پیشگیری از وقوع نزاع و تخاصم نموده و به هیچ وجه نکاح غیر علنی را باطل ندانسته‌اند.

(۱) احکام الاحوال الشخصیة، شیخ حسن خالد و عدنان نجا، ص ۳۱.

(۲) مأخذ قبل؛ الفقه علی مذاهب الاربعه، بخش احوال شخصیه، تألیف عبد الرحمن الجزیری؛ وسائل، باب ۷ از ابواب متعه، حدیث ۱۱.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۷۱

ایجاب و قبول توسط ولی

ماده ۱۰۶۳ قانون مدنی: «ایجاب و قبول ممکن است از طرف خود مرد و زن صادر شود و یا از طرف اشخاصی که قانونا حق عقد دارند».

منظور از اشخاصی که قانونا حق عقد دارند در این ماده چه کسانی هستند؟

برخی چنین پنداشته‌اند که منظور کسانی هستند که وکالتا از طرف یکی از زوجین یا هر دوی آنان می‌توانند صیغه عقد را جاری نمایند، ولی این برداشت نمی‌تواند صحیح باشد، زیرا قانون‌گذار مورد وکالت را بطور مستقل در فصل پنجم مطرح کرده و مواد ۱۰۷۱ تا ۱۰۷۴ ق.م. را کلا به این بحث اختصاص داده است و لذا با توجه به مفاد ماده ۱۰۷۱ ق.م. که صراحتا بیان کرده است که هر یک از مرد و زن می‌توانند برای عقد نکاح وکالت به غیر دهند، و با عنایت به عدم لزوم تکرار بلاوجه در بیان قانون‌گذار، نمی‌توان پذیرفت که منظور قانون‌گذار از اشخاصی که قانونا حق انعقاد عقد دارند در ماده ۱۰۶۳ کسانی باشد که وکالتا از طرف آنها می‌توانند به اجرای صیغه عقد مبادرت کنند، بلکه منظور موردی است که نکاح توسط ولی انجام می‌گیرد یعنی همانطور که زوجین شخصا می‌توانند مجری صیغه

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۷۲

نکاح باشند، همین طور ولی نیز که قانوناً حقّ تنفیذ و انعقاد نکاح را دارد می‌تواند صیغه را هم اجرا نماید.

ماده فوق، قبل از آنکه ماده ۱۰۴۱ ق.م در سال ۶۰ اصلاح شود ناظر به موردی بوده که ولی می‌توانست دختری را پس از سیزده سالگی و قبل از رسیدن به سنّ قانونی با پیشنهاد مدّعی العموم و تصویب محکمه و صدور معافیت از شرط سنّ به ازدواج مردی در بیاورد، لکن اکنون پس از اصلاح ماده مزبور در سال ۶۰ به موجب تبصره ذیل آن قانوناً به ولی اعطا حق شده که بدون نیاز به پیشنهاد و تصویب محکمه می‌تواند مستقیماً و بلاواسطه به شرط رعایت مصلحت مولی علیه قبل از بلوغ او را به عقد نکاح شخص درآورد (۱).

باید توجه داشت که نحوه اجرای ایجاب و قبول در حالتی که توسط زوجین شخصاً یا اولیاء آنان اجرا می‌شود با موردی که توسط وکلاء طرفین صورت می‌گیرد یکسان نیست. زیرا اگر شخص زوجین به اجرای صیغه مبادرت نمایند در این صورت زوجین اصالتاً و از سوی خود با هم مستقیماً پیمان زناشویی منعقد می‌سازند و فاعل فعل خود آنان هستند و اگر اولیاء آنان هم مجری ایجاب و قبول باشند نیز چنین است، زیرا آنانند که فرزند خویش را به ازدواج در می‌آورند. بعبارت دیگر اولیاء به ولایتی که بر مولی علیهم دارند طرف پیمانند. همان طور که در صورت اول هر یک از زوجین خود را مستقیماً و بالاصالّه به دیگری تزویج می‌کنند و با هم

(۱) ماده ۱۰۴۱ ق.م. قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۰ به این شرح بوده: «نکاح اناث قبل از رسیدن به سنّ ۱۵ سال تمام و نکاح ذکور قبل از رسیدن به سنّ ۱۸ سال تمام ممنوع است مع ذلک در مواردی که مصالحی اقتضاء کند با پیشنهاد مدّعی العموم و تصویب محکمه ممکن است استثنائاً معافیت از شرط سن اعطاء شود ولی در هر حال این معافیت نمی‌تواند به اناثی داده شود که کمتر از ۱۳ سال تمام و به ذکوری شامل گردد که کمتر از ۱۵ سال تمام دارند.»

در سال شصت به این شرح اصلاح شده «نکاح قبل از بلوغ ممنوع است»

تبصره- عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی صحیح است به شرط رعایت مصلحت مولی علیه.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۷۳

بلاواسطه پیمان ازدواج می‌بندند، و حال آنکه در مورد وکالت چنین نیست، بلکه وکلاء و کالتا از سوی موکلین خود اجرای عقد می‌نمایند و بنابراین در حقیقت این وکلاء نیستند که طرف عقدند بلکه موکلین آنان طرف عقد می‌باشند.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۷۴

شرایط عاقد

اشاره

ماده ۱۰۶۴ قانون مدنی: «عاقد باید عاقل و بالغ و قاصد باشد».

این ماده در مقام بیان شرایط عاقد است. عاقد اسم فاعل کلمه عقد است و منظور از عاقد کسی است که صیغه عقد نکاح را جاری می‌سازد و چنین کسی باید:

(۱) عاقل باشد، بنابراین چنانچه شخص مجنون صیغه را جاری سازد عقد باطل است.

(۲) بالغ باشد، بنابراین چنانچه طفل صغیری صیغه را جاری سازد عقد باطل است.

(۳) قاصد باشد، پس اگر شخصی از روی مزاح و یا در حال مستی صیغه را جاری سازد این عقد بلااثر و باطل است.

صیغه عقد نکاح ممکن است توسط شخص زوجین جاری گردد و ممکن است وکالتا از سوی آنان و یا به طور فضولی توسط

دیگران اجرا شود و در تمامی حالات باید عاقد (مجری صیغه) دارای شرایط فوق باشد.

باید توجه داشت که موضوع مورد نظر قانون گذار در ماده فوق صرفاً مربوط به

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۷۵

شرایط مجریان صیغه عقد نکاح است نه شخص زوجین از آن نظر که طرفین ازدواج می‌باشند، و به عبارت دیگر اینکه زوج و زوجه بایستی دارای شرایط بلوغ و عقل و امثال آن باشند در اینجا مطرح نیست زیرا این همان اهلیت طرفین عقد است که یکی از شرایط صحت معاملات از جمله عقد ازدواج می‌باشد که قبلاً در جای خود مطرح گردیده «۱»، و هر چند قانون مدنی در ماده ۱۰۴۱ تنها موضوع بلوغ را مطرح کرده ولی همانطور که گفتیم عقل هم در ردیف بلوغ می‌باشد.

بنابراین چنانچه دختر و پسری نابالغ صیغه نکاح برای خود جاری سازند عقد باطل است، نه تنها از آن جهت که طرفین عقد فاقد شرایط بوده‌اند بلکه از آن جهت که عاقدین فاقد شرایط بوده‌اند. به دلیل آنکه اگر آن دو با اجازه ولی هم عقد خوانده باشند باز هم باطل است هر چند که در این صورت از نظر آنکه اذن ولی موجود است، طرفین عقد حائز شرایط لازم بوده و از این نظر عقد بلا اشکال بوده است.

بنابراین بموجب این ماده در هر نکاح، باید علاوه بر وجود جمیع شرایط لازم برای طرفین ازدواج، عاقد (مجری صیغه عقد) هم دارای شرایط فوق باشد.

با توجه به مراتب فوق روشن می‌گردد که موضوع بزه بودن دخول بر صغیره که توسط بعضی از شارحین قانون در ذیل ماده فوق مطرح گردیده، بی‌مناسبت می‌باشد «۲». و نیز طرح این نکته که نکاح در وضعیت جسمی و روحی آنها تأثیر دارد، خالی از ارتباط است زیرا موضوع مربوط به عاقد است نه طرفین ازدواج تا صغیره بودن زوجه مطرح گردد.

بررسی فقهی

مشهور فقهای امامیه عقیده دارند که هرگاه صغار و مجانین شخصا عقد

(۱) ماده ۱۹۰ ق.م.

(۲) حقوق خانواده دکتر لنگرودی، ص ۱۰۴؛ حقوق مدنی دکتر امامی، ج ۴، ص ۲۵۹.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۷۶

نکاح منعقد کنند اعم از اینکه برای خود باشد و یا آنکه از سوی دیگران وکیل باشند نه تنها آن عقد باطل و بی اعتبار است بلکه بطلان و بی اعتباری الفاظ آنان را در عقود از ضروریات و بدیهیات مذهب به شمار آورده‌اند. صاحب جواهر در این مورد می‌گوید الفاظ آنها در عقود مانند اصوات بهائم است «۱».

روایت صریحی برای مستند این فتوا ذکر نشده، فقهاء بعضی از روایات را که این نکته از مدلول آنها استنباط می‌گردد «۲» بعنوان مستند ذکر کرده‌اند.

پاره‌ای از فقها به حدیث معروف: رفع القلم من الصبی حتی یحتلم «۳» (از کودکان تا زمان بلوغ رفع تکلیف شده است) استناد نموده و از این حدیث چنین استنباط کرده‌اند که کلیه اقدامات حقوقی اطفال بلا اثر است.

قانون مدنی به پیروی از مشهور فقهای امامیه صیغه عقد را که توسط صبی انجام شود باطل دانسته است.

هر چند موضوع از شهرت کافی برخوردار می‌باشد تا آنجا که صاحب جواهر مدعی اجماع بر آن شده است، لکن بنظر می‌رسد ادله‌ای که بر آن اقامه گردیده چندان موثر نمی‌باشد. زیرا روایات مورد استناد دلالتی بر بی اثر بودن اعمال حقوقی صبی ندارد و

حدیث معروف مورد اشاره فقط می‌تواند ناظر بر مسائل جزائی باشد و به مسائل حقوقی ارتباط ندارد و حاکی از آن است که کودک در امور جزائی قابل تعقیب نیست نه آنکه اقدامات حقوقی او بی‌اثر باشد. و لذا بسیاری از فقهاء معاصر بطلان صیغه نکاحی را که صغیر ممیز و کالتا اجرا نماید مورد تردید قرار داده‌اند «۴».

(۱) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۳.

(۲) رجوع شود به وسائل باب ۴ از ابواب مقدمات عبادات حدیث ۲ و نیز باب ۱۱ از ابواب العاقله حدیث ۲ و ۳.

(۳) وسائل، باب ۲۱ از ابواب قصاص نفس، حدیث ۲.

(۴) رجوع شود به عروة الوثقی فصل مربوط به عقد مسأله ۳ و حواشی بر آن.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۷۷

تذکر:

شرائط عاقد بایستی تا آخرین لحظه اجرای صیغه باقی باشد و لذا چنانچه طرف ایجاب پس از خواندن ایجاب، بخواب رود و یا دیوانه شود و طرف قبول درحالی که طرف مقابل او در خواب و یا مبتلا به جنون است قبول نماید، باطل است «۱».

چون معنای معاهده تحقق نیافته است «۲».

مسأله- اگر کسی که طرف قبول واقع می‌شود اصلاً ادبیات عربی را وارد نباشد و فرقی میان انشاء و اخبار نگذارد در اجرای صیغه از طرف زوج وکیل می‌تواند بشود یا نه «۳»؟

جواب- باید عاقد عقد را صحیح بخواند و فرق میان انشاء و اخبار را بداند «۴».

(۱) تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۵۸۲؛ مسالک الافهام شهید ثانی، ج ۱، ص ۳۹۴.

(۲) مستمسک العروة، ج ۱۴، ص ۳۹۰؛ جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۷.

(۳) مجمع المسائل، ج ۲، ص ۱۵۷.

(۴) با توجه به اهمیت موضوع نکاح و امر تزویج به منظور آنکه لفظی که از ناحیه زوجین یا وکیل آنان صادر می‌شود صحیح و بی‌غلط انجام گیرد و یقیناً بر انشاء امر نکاح دلالت نماید لذا صیغ مفصله آن تهیه و جهت استفاده در ضمائم آخر این نوشته درج گردیده است. به ضمیمه شماره ۱ مراجعه شود.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۷۸

توالی ایجاب و قبول

اشاره

ماده ۱۰۶۵ قانون مدنی: «توالی عرفی ایجاب و قبول شرط صحت عقد است».

توالی به معنای فاصله نیفتادن میان ایجاب و قبول است. اگر قبول با فاصله‌ای غیر متعارف پس از ایجابی که توسط زوج و یا قائم مقام قانونی وی انجام شده صورت گیرد، در این صورت عقد نکاح باطل است. زیرا توالی عرفی که بموجب این ماده شرط صحت عقد می‌باشد حاصل نشده است.

از نظر فقهی توالی عرفی ایجاب و قبول شرط صحت کلیه عقود بشمار می‌رود و بر آن چنین استدلال می‌شود که برای تحقق یافتن مفهوم عقد هیات اتصالیه معتبر است.

قانون‌گذار مدنی در شرائط عمومی معاملات از توالی نام نبرده، و وجهی برای علت ترک آن بنظر نمی‌رسد.

ذکر این نکته لازم است که اگر میان ایجاب و قبول فاصله‌ای متعارف

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۷۹

باشد (یعنی فاصله آن قدر باشد که در هنگام اعلام قبول صرفاً پذیرفته شود که این قبول در برابر آن ایجاب است) مانعی ندارد.

علامه حلی «۱» بجای اعتبار توالی، اتحاد مجلس عقد را معتبر دانسته، ولی سایر فقهاء معتقدند وحدت مجلس ایجاب و قبول فی نفسه اعتباری ندارد بلکه آنچه که معتبر است همان توالی است و لذا چنانچه طرف ایجاب خطاب به قابل، ایجاب را بخواند و قابل بلافاصله قبول را اجرا کند عقد منعقد می‌شود، هر چند که در مجلس واحد نباشد. مثل آنکه از راه دور بنحوی که صدای یکدیگر را می‌شنوند ایجاب و قبول بخوانند «۲». در زمان ما با توجه بوجود وسائل ارتباطی نظیر تلفن دو نفر می‌توانند طی تماس تلفنی صیغه عقد نکاح را اجرا نمایند درحالی که در دو مملکت هستند.

(۱) قواعد علامه و کشف اللثام فاضل هندی، ج ۱، کتاب نکاح، ص ۸.

(۲) عروة الوثقی، فصل عقد نکاح، مسأله ۱۰؛ جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۸.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۸۰

متعاقدين لال

اشاره

ماده ۱۰۶۶ قانون مدنی: «هرگاه یکی از متعاقدين یا هر دو لال باشند عقد به اشاره از طرف لال نیز واقع می‌شود مشروط بر اینکه بطور وضوح حاکی از انشاء عقد باشد».

هر چند زوجین بموجب قانون مدنی می‌توانند اجرای عقد نکاح را توسط وکیل انجام دهند، ولی این امر لازم نیست و حتی اگر یکی از زوجین یا هر دو بعلت لال بودن قادر به تکلم نباشند می‌توانند با اشاره‌ای که بطور روشن بر قصد انشاء آنها دلالت کند صیغه عقد نکاح را جاری سازند و پیمان زناشویی میان خود منعقد سازند. البته شکی در لزوم وجود سایر شرایط عقد نیست.

بررسی فقهی

فقهای امامیه در موضوع فوق اتفاق نظر دارند «۱» و دلیل آنان این است که اولاً

(۱) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۱؛ کشف اللثام فاضل هندی، ج ۱ نکاح، ص ۷؛ عروة الوثقی، فصل عقد، مسأله ۲.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۸۱

دلیل لزوم بکارگیری لفظ در عقد اجماع است و در مورد اشخاص لال و گنگ چنین اجماعی محقق نمی‌باشد؛ و ثانیاً هر چند روایتی در خصوص اجرای نکاح اشخاص لال وارد نگشته ولی می‌توان با استناد به وحدت ملاک روایتی که در خصوص نحوه

اجرای طلاق آنان وارد شده، حکم نحوه اجرای نکاح آنان را استنباط کرد.

مثل روایت ذیل:

بزنطی از امام رضا (ع) در مورد کیفیت اجرای طلاق شخص لالی که نمی‌توانست بنویسد و قدرت شنوائی نیز نداشت سؤال کرد، آن حضرت در پاسخ فرمود: «بوسیله افعال و کرداری که بیانگر طلاق باشد» (۱).

اجرای عقد با کتابت

اجرای صیغه عقد با کتابت و نوشتن توسط افرادی که قادر به تلفظ می‌باشند صحیح نیست (۲). زیرا همانطور که قبلاً گفته شد عقد نکاح مانند سایر عقود نیست تا با هر گونه عملی بتوان انجام داد. ولی افرادی که بعَلت لال بودن از تلفظ عاجز می‌باشند، چنانچه صیغه نکاح را بنویسند درحالی که قرینه‌ای دال بر قصد نکاح وجود داشته باشد، مانعی ندارد. زیرا بدون شک در این مورد نه تنها کتابت و نوشتن می‌تواند یکی از اشارات محسوب گردد بلکه قوی‌ترین آنهاست (۳).

(۱) وسائل الشیعه، باب ۱۹ از ابواب مقدمات طلاق، حدیث ۱.

(۲) عروة الوثقی، باب عقد نکاح، مسأله ۳.

(۳) جواهر الکلام، ج ۲۹، ۱۴۲.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۸۲

اعتبار تعیین زوجین

اشاره

ماده ۱۰۶۷ قانون مدنی: «تعیین زن و شوهر بنحوی که برای هیچ‌یک از طرفین در شخص دیگر شبهه نباشد شرط صحت نکاح است».

از آنجا که عقد نکاح فیما بین زوجین با توجه به شخصیت ویژه آنان برقرار می‌گردد و انگیزه اصلی طرفین کاملاً به شرایط خاص و تعینات وجود خارجی و هویت اختصاصی آنان وابسته و متکی است، لذا عاقد باید در حین انشاء عقد زوجیت شخص معین را قصد نماید، و در حین اجرای صیغه چنان طرفین را مشخص کند که برای هیچ یک از آن دو به هیچ وجه شبهه‌ای وجود نداشته باشد؛ و الاً در غیر این صورت عقد باطل است.

قانون مدنی در ماده ۲۰۱ آورده است: «اشتباه در شخص طرف به صحت معامله خللی وارد نمی‌آورد مگر در موردی که شخصیت طرف علت عمده عقد بوده باشد». و تردیدی نیست که عقد نکاح از آن دسته عقود است که شخصیت طرف علت عمده در عقد می‌باشد در حالی که در بیع چنین نیست.

تعیین طرفین نکاح ممکن است با ذکر نام انجام گیرد و یا چنانچه در جلسه

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۸۳

اجرای صیغه حضور دارند با اشاره و یا بکار بردن ضمیر مخصوص صورت پذیرد (۱)، و یا در صورت غیبت زوجین با آوردن توصیفات دقیق معین گردند.

ذکر این نکته ضروری است که منظور از تعیین دقیق زوجه و زوج، تعیین شخصیت و هویت ویژه آنان است به نحوی که آنان را

کاملاً متمایز و مشخص سازند، و لزومی ندارد صفات خارج از شخصیت عینی آنان که در تشخیص و تعیین آنان دخالتی ندارد ذکر شود، و اگر بیان شد و بعداً خلاف آن ثابت گشت به صحت عقد خللی وارد نمی‌سازد. مثلاً لازم نیست بگویند زید فرزند علی دارای فلان شغل. و لذا هرگاه پسری به همسر مورد علاقه‌اش خود و یا پدرش را فردی دارای مشاغل عالی‌ه معرفتی کند و بعداً معلوم شود که دارای مشاغل دانیه هستند، عقد نکاح باطل نیست، و حال آنکه در همین مثال چنانچه پس از خواستگاری و توافق طرفین، در جلسه عقد شخص دیگری خود را بجای شخص واقعی قلمداد کرده باشد عقد بکلی باطل است، زیرا در عقد قصد انشاء ازدواج با این شخص وجود نداشته است.

بررسی فقهی

در خصوص ضرورت تعیین زوج و زوجه نه تنها میان فقها اختلاف نظری وجود ندارد بلکه بر آن دعوی اجماع نیز شده است «۲».

معین نبودن زوج و یا زوجه گاهی بنحو تردید است مانند اینکه عاقد

(۱) علامه حلی در باب نکاح کتاب تذکره الفقهاء، جلد دوم ص ۵۸۴ تعیین زوجین را به یکی از امور سه گانه ذیل حاصل دانسته است:

الف) اشاره ب) ذکر نام اختصاصی ج) ذکر صفت ویژه‌ای که موجب تمیز و تشخیص او از دیگران است.

(۲) تذکره الفقهاء، علامه حلی، ج ۲، ص ۵۸۴؛ کشف اللثام، ج ۱ نکاح، ص ۸؛ الحقائق الناضرة، چاپ سنگی، ج ۵، ص ۲۵؛ جواهر الکلام، ج ۲۹ ص ۱۴۹؛ مستند نراقی، جلد ۲، ص ۴۷۸.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۸۴

خطاب به زوج بگوید: الف و یا ب را به ازدواج تو در آوردم، که در این مثال زوجه فردی است مردّد میان (الف) و (ب)؛ و گاهی به نحو کلی مانند اینکه عاقد بگوید: خانمی را به ازدواج تو در آوردم، که در این مثال زوجه کلی است؛ در هر دو صورت مذکور عقد نکاح باطل است.

تذکار این نکته لازم است که نباید عقد نکاح را به معاملاتی نظیر بیع قیاس نمود و زوجین را همانند مبیع و ثمن پنداشت، و چنین استنباط کرد که همانطور که در عقد بیع اگر مبیع بنحو کلی ذکر شود معامله درست است، پس اگر در عقد نکاح نیز احد از طرفین به نحو کلی باشد عقد نکاح باطل نیست، زیرا میان اعمال تزویج و بیع فرق و تفاوت است به این بیان که:

زوجیت از نظر فلسفی اضافه‌ایست همانند اخوت و ابوت که نمی‌توان در نامعین اعتبار نمود، و بدیگر سخن، همان طور که اعتبار مفاهیمی از قبیل اخوت و ابوت ممکن نیست مگر آن که دو نفر به نحو مشخص وجود خارجی داشته باشند تا میان آنان رابطه برادری و یا پدر و فرزندی ایجاد گردد، و بدون وجود طرفین اضافه، چنین رابطه‌ای برقرار نخواهد شد، و همان گونه که مفهوم عاشق و یا ضارب بدون آنکه معشوقی و یا مضروبیبی وجود داشته باشد تحقق نمی‌یابد، همانطور هم زوجیت نیز که مفهومی از این قبیل است نمی‌تواند بدون وجود واقعی دو طرف اضافه اعتبار شود، درحالی که در بیع چنین نیست.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۸۵

تجزیه در عقد نکاح

اشاره

ماده ۱۰۶۸ قانون مدنی: «تعلیق در عقد، موجب بطلان است».

منظور از عقد در ماده فوق، عقد نکاح است. قطع نظر از اینکه قانون مدنی در سایر عقود «۱» عقد معلق را پذیرفته یا خیر، در عقد نکاح خصوصاً هر گونه تعلیقی را موجب بطلان دانسته‌اند.

بررسی فقهی

در فقه امامیه یکی از شرائط صحت عقد، تنجیز ذکر شده. و لذا فقهاء تعلیق را در کلیه عقود، بنحوی که انشاء معلق باشد، مبطل دانسته‌اند. در این امر، علاوه بر اینکه اجماع مستقر شده، توجیه منطقی و عقلی نیز بر بطلان عقد تعلیقی اقامه شده است. به این بیان که از آنجا که انشاء خود نوعی ایجاد است و ایجاد نیز همواره با وجود توأم می‌باشد، لذا محال است که ایجاد بنحو معلق صورت گیرد. اینک ما در

(۱) نظر قانون مدنی در خصوص پذیرفتن عقد معلق مذکور در ماده ۱۸۹ محل تأمل است، و ما در جای خود بحث خواهیم کرد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۸۶

مقام نقد و بررسی این امر نیستیم «۱»، زیرا با توجه به وجود اجماع موضوع از مسلمات فقهی است.

صور عقد معلق

همانطور که می‌دانیم تعلیق به شکلهای مختلفی ممکن است صورت گیرد:

(۱) گاهی عقد، معلق بر امری است که در آینده تحقق می‌یابد؛ این گونه تعلیق همانطور که گفته شد، بی تردید باطل است اعم از اینکه امر مزبور بطور قهری، محقق الوقوع باشد (مثل طلوع آفتاب و یا فرا رسیدن عید) و یا محتمل الوقوع (مانند آمدن شخصی از سفر).

(۱) گاهی عقد، معلق بر امری در حین وقوع است ولی آن امر برای طرفین معلوم نیست؛ مثل اینکه عقد معلق باشد بر آنکه سنّ یکی از آنان در حین وقوع عقد مثلاً ۳۰ سال باشد، در این مثال نیز چنانچه موضوع مزبور واقعاً برای آنان مجهول باشد عقد باطل است. (۳) چنانچه عقد بر امری که تحقق آن برای طرفین معلوم است معلق باشد، مانند آنکه هر دو طرف درحالی که می‌دانند روز انجام عقد جمعه است بگویند ... اگر امروز روز جمعه باشد «۲»، در این صورت به نظر فقهاء عقد صحیح است.

استدلال بر صحت صورت اخیر چنین است که در این مورد با توجه به آگاهی طرفین بر تحقق شرط، تعلیق در قصد به عمل نیامده بلکه با اعتقاد به منجز بودن عقد، صیغه را بطور معلق بیان نموده‌اند.

(۴) هرگاه عقد بر شرائط صحت معلق گردد، مانند شرط عدم وجود رابطه مانع

(۱) رجوع شود به مکاسب شیخ انصاری، ج ۱۱؛ مستمسک العروة، ج ۱۴، ص ۳۸۰؛ تذکره الفقهاء، علامه حلی، جلد دوم کتاب النکاح، ص ۵۸۳.

(۲) عروة الوثقی، فصل عقد نکاح، مسأله ۱۱؛ مستمسک العروة، جلد ۱۲، ص ۳۱۷؛ جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۲ و ۱۴۳؛ مستمسک العروة، ج ۱۴، ص ۳۸۲.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۸۷

نکاح فیما بین زوجین، در این گونه موارد هر چند بعضی بصورت مطلق نظر بر صحت داده‌اند، ولی بنظر می‌رسد بازهم تفصیل مسأله پیش را باید منظور داشت و گفت چنانچه در حین اجرای صیغه طرفین عالم بوجود شرط صحت بوده‌اند، تعلیق مبطل نیست، ولی اگر واقعا مردّد بوده‌اند عقد خالی از اشکال نیست.

از آنجا که قانون مدنی بطور مطلق هر گونه تعلیق را در عقد مبطل دانسته اگر چه در قصد منجز باشد، لذا نمی‌توان شقوق مشروحۀ فوق را از آن استنباط نمود.

در اعتبار تنجیز فرقی میان نکاح دائم و منقطع نیست و تعلیق در هر دو قسم مبطل عقد است.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۸۸

شرط خیار در عقد و مهر

اشاره

مادۀ ۱۰۶۹ قانون مدنی: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است ولی در نکاح دائم شرط خیار نسبت به صدق جاز است مشروط بر اینکه مدّت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آن است که اصلاً مهر ذکر نشده باشد».

(۱) منظور از شرط خیار آن است که متعاقدين در ضمن عقد شرط نمایند که تا مدّت معین یکی از طرفین یا هر دو اختیار فسخ نکاح را داشته باشند؛ چنین شرطی در عقد بیع صحیح است همانطور که مادۀ ۳۹۹ قانون مدنی آن را پذیرفته است، ولی در نکاح باطل است. یعنی چنین شرطی بی‌اثر و موجب خیار نیست.

(۲) شرط خیار نسبت به صدق در عقد نکاح دائم مانعی ندارد. مثل آنکه زوج شیئی را بعنوان مهر معین کند، و در ضمن عقد برای یکی از زوجین یا هر دو نسبت به فسخ شیء مزبور شرط خیار شود.

(۳) چنانچه در عقد نکاحی شرط خیار نسبت به مهر ملحوظ گردد اگر صاحب خیار از حقّ خویش استفاده نماید و مهر را فسخ کند همانند موردی است که نکاح بدون ذکر مهر انجام شود و در این صورت طبق مادۀ ۱۰۸۷ عمل خواهد

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۸۹

شد.

(۴) در عقد نکاح دائم شرط خیار نسبت به مهر بایستی محدود به مدّت معین باشد، و گرنه باطل است.

(۵) شرط خیار نسبت به مهر در عقد نکاح منقطع موجب بطلان عقد است.

این موضوع در این مادّه مفهوماً مطرح شده، ولی در مادۀ ۱۰۹۵، بطور صریح ذکر گردیده است.

بررسی فقهی

از نظر فقهاء بطلان شرط خیار فسخ در نکاح امری اجماعی است «۱». و علاوه بر اجماع، به روایاتی که مفهوماً بر این مطلب دلالت دارد نیز استناد شده است «۲».

مضافاً به اینکه گاهی در عبارات فقهاء توجیهات منطقی گوناگونی در بطلان شرط خیار در عقد نکاح به چشم می‌خورد از جمله اینکه:

(الف) نکاح صرفاً یک معاوضه نیست بلکه جنبه عبادی و بعد روحانی آن قوی‌تر است، و در عبادات شرط خیار معنی ندارد.

(ب) فسخ نکاح موجب تضرّر زوجه است زیرا سبب ورود خسارت معنوی به اوست، و لذا به خاطر جبران همین خسارت است که

شارع مقدّس برای موردی که طلاق قبل از نزدیکی انجام شود، پرداخت نیمی از مهر را به زوجه مقرّر داشته است. (ج) لزوم عقد نکاح ناشی از حکم شارع و قانون‌گذار است نه از حقوق و اراده طرفین عقد، و لذا جنبه امری دارد نه قراردادی، تا بتوان با شرط خیار لزوم آن را زائل

(۱) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۹؛ عروۃ الوثقی، فصل مسائل متفرقه؛ مستمسک العروۃ، ج ۱۴، ص ۴۰۴؛ کشف اللثام فاضل هندی و قواعد علّامه، کتاب نکاح، ص ۹.

(۲) رجوع شود به وسائل باب ۲۰ از ابواب مهوّر و نیز به وسائل باب ۱ از ابواب عیوب.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۹۰

نمود، و بنابراین چنین شرطی بی‌اثر است کما اینکه اقاله نیز در آن تصوّر نمی‌شود، و عقد نکاح از این جهت کاملاً با سائر عقود متفاوت است.

بموجب این استدلال، لزوم، مقتضای ذات عقد نکاح است، و شرط خیار خلاف مقتضای آن، و در نتیجه باطل و مبطل محسوب می‌گردد.

(د) دوام در نکاح دائم مقتضای طبع و ذات عقد است و شرط خیار به معنای آن است که زوجیت محدود و موقت و منتهی به زمان فسخ باشد. در عقد منقطع نیز مقتضای طبع عقد بقاء آن تا انقضای کامل اجل تعیین شده است، و شرط خیار خلاف مقتضای عقد است.

توجیه اخیر قوی‌ترین توجیهات مذکور بنظر می‌رسد، و به استناد همین توجیه، در مسأله آینده به استنتاج خواهیم پرداخت.

مسأله- آیا شرط خیار در عقد نکاح علاوه بر این که خود باطل است موجب بطلان عقد نیز می‌شود؟

در خصوص این مسأله میان فقها دو نظر وجود دارد؛ مشهور فقهاء به بطلان عقد نظر داده، و لکن بسیاری از آنان آن را موجب بطلان ندانسته‌اند «۱».

بنظر می‌رسد، با توجّه به آخرین توجیهی که فوقاً بیان گردید همانطور که مشهور فقها نظر داده‌اند چنین شرطی علاوه بر بطلان موجب فساد عقد نیز می‌باشد.

نظر قانون مدنی:

قانون مدنی در ماده ۱۰۶۹ مقرّر داشته که شرط باطل است و مستنبط آن است که عقد را باطل ندانسته. قانون مدنی هر چند معمولاً از آراء مشهور فقهاء پیروی نموده ولی از آنجا که در این مسأله فقهاء قرن معاصر «۲» بر خلاف نظر مشهور

(۱) ابن ادریس در کتاب سرائر؛ حاج سید محمد کاظم یزدی در عروۃ الوثقی؛ مستمسک العروۃ الوثقی، جلد ۱۲، ص ۳۴۰؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۵۱.

(۲) سید محمد کاظم یزدی در عروۃ الوثقی؛ سید أبو الحسن اصفهانی در وسیله النجاء، ج ۲، ص ۲۳۷؛ امام خمینی در تحریر الوسیله.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۹۱

فتوا داده‌اند لذا پیروی از آنان را ترجیح داده است.

شرط خیار در مهر

در عقد دائم ذکر مهر لازم نیست و چنانچه در عقدی بکلی مهر ذکر نشود، عقد باطل نیست بلکه مهر المسمی تبدیل به مهر المثل می‌شود که البته اینجا مقام ذکر آن نیست، و در آینده آن را شرح خواهیم داد.

اگر چه فقها در بطلان شرط خیار در اصل عقد نکاح اتفاق نظر دارند ولی آن را نسبت به مهر باطل ندانسته‌اند ولی مشهور فقها بر آنند که باید مدّت خیار معلوم باشد. مثلاً اگر زوج خانه‌ای را بعنوان مهر معین کند و شرط کند که تا مدّت یک سال در فسخ آن اختیار داشته باشد چنین شرطی درست است. ولی چنانچه مدّت را معین نکند آن شرط باطل و بی‌اثر است یعنی چنین خیاری برای وی مستقرّ نمی‌گردد «۱».

برای تعیین مدّت چنین استدلال شده که ترک تعیین بطور مطلق موجب ابهام کلی می‌گردد که عقلانی نمی‌باشد. شرط خیار نسبت به مهر در عقد منقطع باطل است زیرا با توجه به اینکه مهر در عقد منقطع حدوثاً و بقاءً لازم است بنابراین شرط خیار نسبت به مهر در عقد منقطع بازگشت به شرط خیار در اصل عقد خواهد کرد که گفتیم باطل است.

(۱) شرایع الاسلام و جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۹؛ عروۃ الوثقی، مسائل متفرقه نکاح، مسأله ۱؛ مستمسک العروۃ الوثقی، جلد ۱۲، ص ۳۴۱.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۹۲

عقد مکره

اشاره

ماده ۱۰۷۰ قانون مدنی: «رضای زوجین شرط نفوذ عقد است و هرگاه مکره بعد از زوال کره عقد را اجازه کند نافذ است مگر اینکه اکراه بدرجه‌ای بوده که عاقد فاقد قصد باشد».

در کلیه عقود اراده و رضایت طرفین از شرائط اساسی عقد است «۱»، و اراده وقتی مؤثر است که تحت تأثیر اکراه قرار نگیرد و گرنه فاقد اثر خواهد بود.

در این ماده قصد انشاء و رضایت از یکدیگر تفکیک شده و چنین متصور است که شخص مکره، خود عاقد باشد، و قصد انشاء ایجاب یا قبول را دارد و حتی توجه به معانی الفاظ و نتیجه آن را نیز دارد، ولی رضایت وی به نکاح منتفی است.

بموجب این اذعان شخص مکره چنانچه پس از زوال کره، عقد را اجازه کند، عقد صحیح خواهد بود. زیرا رکن مفقود یعنی رضایت حاصل گشته است، ولی چنانچه اکراه به درجه‌ای باشد که در حین اجرای صیغه قصد انشاء را نیز از مجری عقد سلب کند، در این صورت رضایت بعدی عاقد فاقد قصد، بی‌اثر و عقد بکلی

(۱) ماده ۱۹۰ ق. م.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۹۳

باطل است. مجدداً متذکر می‌شویم که منظور ذیل ماده که می‌گوید «مگر اینکه بدرجه‌ای بوده که عاقد فاقد قصد باشد» فرض دیگری است که زوجین خود عاقد باشند لکن شدت اکراه باعث سلب قصد آنها نیز شده باشد.

در فقه امامیه موضوع قصد انشاء و رضایت از هم جداست، و بدون اجتماع هر دو عقد صحیح نمی‌باشد، یعنی در صحت عقد تراضی طرفین بدون قصد انشاء کافی نیست، کما اینکه قصد انشاء بدون تراضی کفایت نمی‌کند.

صحت عقد مکره پس از زوال کره و حصول رضایت، مبتنی بر قواعد عمومی و اصول حقوقی است، و از این نظر ایرادی متصور نمی‌باشد. ممکن است چنین تصور شود که چون حدیث رفع «۱» (رفع ما استکرها) اعمال انجام شده از روی کره را بی‌اثر دانسته (مثل آنکه کسی از روی کره اقرار به دینی نماید که بی‌تردید چنین اقراری بی‌اثر است)، بنابراین عقد انجام شده از سوی مکره نیز بکلی باطل و بی‌اثر است هر چند که مکره پس از زوال کره اجازه کند.

ولی چنین تصویری باطل است، زیرا حدیث مزبور مبین یک موضوع امتنانی و ناشی از لطف شارع است. بدین معنی که شرع مقدس برای رعایت نفع مکره اعمال وی را بی‌اثر دانسته و لذا هرگاه که نفی اثر فعل مکره به نفع وی باشد عمل انجام شده کان لم یکن تلقی می‌گردد، نه آنگاه که مکره خود پس از زوال کره آثار عمل انجام شده را بپذیرد، و رضایت خود را به آن اعلام نماید.

(۱) رجوع شود به وسائل، باب ۵۶ از ابواب جهاد نفس.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۹۵

فصل پنجم - وکالت در نکاح

اشاره

صور مختلف توکیل از سوی زوجه
خروج وکیل از حدود وکالت (نکاح فضولی)
عدم رعایت مصلحت توسط وکیل
بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۹۷

وکالت در نکاح

اشاره

ماده ۱۰۷۱ قانون مدنی: «هر یک از مرد و زن می‌تواند برای عقد نکاح وکالت به غیر دهد».

کلمه غیر، در ماده فوق اعم است از طرف دیگر عقد یا شخص ثالثی که از عقد نکاح خارج باشد. بنابراین به موجب ماده فوق زوج می‌تواند به زوجه وکالت دهد که وی وکالتا از جانب او عقد نکاح را قبول نماید، کما اینکه زوجه می‌تواند به زوج وکالت دهد که صیغه ایجاب را به وکالت از وی اجرا سازد که در هر دو صورت شخص وکیل اصالتاً از طرف خود و وکالتاً از سوی دیگری به اجرای صیغه عقد مبادرت می‌کند. و نیز طرفین می‌توانند به افراد خارج از رابطه نکاح وکالت دهند؛ چه بصورت آنکه هر کدام جداگانه شخصی را وکیل کنند یا باین صورت که هر دو طرف به یک شخص واحد وکالت دهند. که در صورت نخست دو وکیل از سوی طرفین عقد اجرای صیغه می‌نمایند و در صورت اخیر همان شخص واحد به نمایندگی از هر دو طرف، به ترتیب، ایجاب را از سوی «موجب» و قبول را از طرف «قابل» اجرا می‌سازد.

ذکر این نکته لازم است که اگر چه صور مذکور از ماده ۱۰۷۱ ق. م به

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۹۸

تنهایی استنباط می‌گردد، لکن ماده ۱۹۸ قانون مدنی نیز در جای خود متذکر تفصیل فوق شده، و مقرر داشته است که: «ممکن است طرفین یا یکی از آنها به وکالت از غیر اقدام بنماید و نیز ممکن است که یک نفر بوکالت از طرف متعاملین این اقدام را بعمل آورد» از مدلول این ماده چنین مستنبط است که از نظر قانون مدنی دو حیثیت مختلف فرد واحد می‌تواند نمایانگر دو اراده باشد.

بررسی فقهی

از نظر فقهی در کلیه اموری که غرض شارع بر وقوع بالمباشره آن تعلق نیافته، اعطای وکالت انجام آن به دیگری بلامانع، و ضابطه تشخیص این امور نظر عرف متشرعه است. و چون اجرای صیغه نکاح یکی از آن اموری است که شارع به مباشرت طرفین نظر ندارد، لذا زوجین می‌توانند برای انجام آن به شخص دیگری وکالت دهند.

فقهاء در خصوص جواز توکیل در عقد نکاح، علاوه بر استدلال فوق و عمومات باب وکالت، به سنت عملی رسول الله (ص) نیز استناد نموده‌اند. از جمله اینکه آن حضرت شخصا حمزه بن امیه الضمری را در قبول نکاح ام حبیبه، یکی از همسران خویش، از سوی خود وکیل ساخت «۱».

مسأله- آیا اگر وکیل در حضور موکل صیغه عقد را بخواند، بایستی طوری صیغه را جاری سازد که موکل صدای او را بشنود؟
جواب- اگر وکیل اعلام نمود که خوانده است قول او مسموع است و اشکالی ندارد «۲».

(۱) تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۶۰۱ و ۵۹۵.

(۲) مجمع المسائل، ج ۲، ص ۱۵۶.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۱۹۹

صور مختلف توکیل از سوی زوج

اشاره

ماده ۱۰۷۲ قانون مدنی: «در صورتی که وکالت، بطور اطلاق داده شود وکیل نمی‌تواند موکله را برای خود تزویج کند مگر اینکه این اذن صریحا به او داده شده باشد».

موکله (زوجه) ممکن است برای اجرای صیغه عقد از طرف خود به یکی از صورتهای ذیل به وکیل وکالت دهد:

الف) بصورت مقید- مثل اینکه بگوید: تو وکیل که مرا به نکاح آقای (الف) درآوری.

ب) بصورت مطلق- مثل اینکه بگوید: تو وکیل که مرا به تزویج دهی یا تو وکیل که مرا به نکاح مردی درآوری.

ج) بصورت عموم- مثل اینکه بگوید: تو وکیل که مرا به نکاح هر مردی که صلاح دانستی درآوری که کلمه «هر» از ادوات عموم است که در این صورت اضافه شده است.

د) با اذن صریح- مثل اینکه بگوید: تو وکیل که مرا به نکاح هر مردی، حتی خودت درآوری.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۰۰

صورت الف، فرضی است که موکل شخص خاصی را معین کرده، و حکم آن در ماده بعد خواهد آمد و آنچه از ماده فوق به پیروی از فقه استنباط می‌شود آن است که در صورت «ب» وکیل نمی‌تواند موکله را به عقد خویش درآورد، بجهت آنکه مستفاد از اطلاق، اذن در تزویج به غیر است، زیرا متبادر آن است که وکیل غیر از زوجین است «۱». و در صورت «د» تزویج برای خویش

بلامانع است «۲».

حکم صورت «ج» در قانون صریحا مذکور نیست و شاید بتوان استنباط کرد که مانند صورت «ب» است زیرا قانون مدنی تنها صورت «د» (وجود اذن) را بلامانع دانسته است. ولی فقها می‌گویند تفاوت میان صورت «ب» با صورت «ج» آن است که در فرض اخیر موضوع وکالت بر معنای عامی قرار گرفته که صلاحیت شمول بر هر فردی از جمله خود وکیل را دارد و لذا وکیل می‌تواند برای خود عقد کند در حالی که در فرض «ب» موضوع وکالت تعمیم ندارد، بلکه وکالت مطلق است، و بنابراین از شخص وکیل که مخاطب موکل است منصرف می‌باشد «۳».

البته آنچه گفته شد نظریه مشهور است، ولی عده‌ای از فقهای بزرگ با این نظر مخالفت نموده و تفاوت میان دو صورت را انکار کرده و به این نظر تمایل دارند که در هر دو صورت وکیل می‌تواند برای خویش موکله را عقد نماید «۴».

نقد و بررسی

با امعان نظر در عبارات فقها و مطالعه در عقود و معاملات چنین نظر می‌رسد

(۱) شرح لمعه، چاپ نجف، ج ۵، ص ۱۲۲.

(۲) مأخذ قبل.

(۳) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۹۵؛ شهید اول در متن لمعه دمشقیه (شرح لمعه، جلد دوم، چاپ افست اسلامی، ص ۳۷).

(۴) شهید ثانی در مسالک و شرح لمعه و علامه حلی در تذکره الفقهاء جلد دوم ص ۶۰۱؛ مستمسک العروة الوثقی، جلد ۱۲، ص ۴۰۸.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۰۱

که تفصیل مذکور در نکاح در عقودی نظیر بیع مطرح نگردیده، و لذا می‌توان گفت که عقود بر دو دسته‌اند؛ یک دسته عقود و معاملاتی که شخصیت طرف معامله مورد نظر طرف دیگر است مانند نکاح، و دسته دوم عقود و معاملاتی که چنین نیست، مانند بیع که هر یک از طرفین تنها نظر بر کالا و ثمن مورد معامله دارند نه شخص بایع و خریدار. در عقود دسته اول اگر وکالت مطلقه به کسی بدهند وکیل نمی‌تواند با خودش معامله کند، مگر اینکه قرینه‌ای دال بر عموم و یا اذن صریح در میان باشد، و در عقود دسته دوم وکیل می‌تواند با هر کس از جمله خودش معامله نماید.

عقود دسته اول اختصاص به نکاح ندارد، بلکه عقود احسانی نظیر هبه، صلح محاباتی و امثال آنها نیز چنین‌اند. زیرا واهب شخص متّهب را منظور نظر دارد نه هر کس را، و بنابراین اگر پولی را به کسی دهند و به او بگویند میان فقرا تقسیم کن، چنانچه خودش فقیر باشد از خود او منصرف است مگر آنکه قرینه‌ای دال بر عموم موجود باشد، ولی نسبت به وکالت در بیع قرینه‌ای لازم نیست.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۰۲

خروج وکیل از حدود وکالت

اشاره

ماده ۱۰۷۳ قانون مدنی: «اگر وکیل از آنچه که موکل راجع به شخص یا مهر یا خصوصیات دیگر معین کرده تخلف کند صحت عقد متوقّف بر تنفیذ موکل خواهد بود».

قانون مدنی هر چند بصراحت نکاح فضولی را مطرح نکرده، ولی به موجب ماده فوق و موادی دیگر، که قبلاً اشاره کردیم، تلویحاً صحت آن را پذیرفته و نفوذ آن را موقوف به اجازه دانسته است.

بررسی فقهی و صور مختلف نکاح فضولی

در فقه، نکاح فضولی همانند بیع فضولی توسط مشهور فقها پذیرفته شده است «۱»؛ و حتی آنان که در سایر معاملات، انجام عقد را بصورت فضولی مورد تردید قرار داده‌اند، در نکاح تردید ندارند.

(۱) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۰۱؛ مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۸۷.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۰۳

منظور از نکاح فضولی آن است که کسی بدون داشتن نمایندگی از سوی غیر، تعهدی برای او بنماید و این امر به چند صورت ممکن است انجام شود:

الف) تعهد مزبور ممکن است در اصل ازدواج، فضولی باشد. مثل آنکه کسی زنی را برای یکی از دوستانش عقد نماید، بدون آنکه دوستش قبلاً به وی وکالتی داده باشد. چنین عقدی اگر مورد تنفیذ قرار گیرد، صحیح و از زمان عقد مؤثر خواهد بود. این صورت در قانون مدنی تصریحاً ذکر نشده ولی با تنقیح مناط از ماده مورد بحث می‌توان استنباط کرد.

ب) و نیز ممکن است ایجاد تعهد نسبت به شخص، فضولی باشد مثل آنکه شخصی به دیگری وکالت دهد که زن معینی را برای وی ازدواج نماید، ولی وکیل از شخص مزبور تخلف، و شخص دیگری را برای وی تزویج کند، این عقد نیز مانند صورت اول فضولی است و صحت آن متوقف بر اجازه می‌باشد.

ج) ممکن است در اصل نکاح و شخص مورد نظر موکل تخلفی نباشد، ولی در خصوصیات تعیین شده از سوی موکل تخلف شده باشد. مانند آنکه شخصی دیگری را وکیل کند که زوجه‌ای با خصوصیات مادی و معنوی معینی که دقیقاً ذکر کرده است، انتخاب و به ازدواج او درآورد، ولی وکیل خلاف آن خصوصیات انتخاب نماید، در این صورت نیز مانند دو مورد قبل صحت عقد متوقف بر تنفیذ موکل است.

د) ممکن است هیچ کدام از موارد مذکور نباشد، و وکیل فقط از نظر جنس و یا مقدار مهر تخلف کرده باشد. مثل آنکه شخصی دیگری را وکیل کند که زن معینی را برای او تزویج کند و مهر او را دو دانگ از خانه مسکونی او قرار دهد، وکیل هم همان زن را لکن با مهریه نقدی برای وی عقد کند، و یا آنکه موکل مبلغی را قید کند، ولی وکیل از آن مبلغ تعدی نماید، قانون مدنی این صورت را نیز به صور پیشین ملحق نموده، و صحت عقد را متوقف بر تنفیذ موکل دانسته است.

بعضی معتقدند که حکم این صورت با صور قبلی از نظر قواعد و اصول بایستی

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۰۴

متفاوت باشد؛ زیرا با توجه به اینکه اصولاً موضوع مهر در نکاح امری مستقل است، و از این جهت اگر در نکاح بطور کلی مهر ذکر نشود عقد محکوم به صحت است، بنابراین در فرض ما نحن فیه بایستی اصل نکاح نافذ، ولی تعیین مهر ذکر شده موکول به تنفیذ موکل باشد، نه آنکه صحت عقد متوقف بر تنفیذ موکل بوده باشد (۱). ولی این نظریه صحیح بنظر نمی‌رسد، زیرا مطلوب موکل در توکیل خویش، واحد است نه متعدد، بنابراین چنانچه وکیل مطلوب موکل را مبنی بر انجام نکاح با مهر معین انجام نداده باشد اصل عقد فضولی خواهد بود و منوط به تنفیذ می‌باشد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۰۵

عدم رعایت مصلحت توسط وکیل

اشاره

ماده ۱۰۷۴ قانون مدنی: «حکم ماده فوق در موردی نیز جاری است که وکالت بدون قید بوده و وکیل مراعات مصلحت موکل را نکرده باشد».

هرگاه شخصی به دیگری در انجام امری اعم از عقد ازدواج و یا غیر آن بطور مطلق وکالت دهد، وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود، مصلحت موکل را مراعات نماید، و در صورت عدم رعایت غبطه و صلاح موکل، عقد انجام شده توسط وکیل، فضولی و متوقف بر تنفیذ موکل است. در این مسأله وکالت در امر نکاح با سایر موارد وکالت تفاوتی ندارد «۱».

چند تبصره در نکاح فضولی

۱) عقد نکاح ممکن است از سوی طرفین بطور فضولی صورت گیرد، همچنان که ممکن است فقط از یک طرف فضولی ولی از طرف دیگر بطور اصیل

(۱) مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۸۵.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۰۶

باشد. در صورت اخیر مادام که تنفیذ نشده از طرف شخص اصیل لازم است، و اصیل نمی‌تواند قبل از ردّ و یا اجازه طرف مقابل عقد را بر هم زند و چنانچه شخص اصیل زوجه باشد نمی‌تواند قبل از ردّ و اجازه زوج به دیگری شوهر کند «۱». فقها در توجیه این مطلب می‌گویند که هر چند عقد بطور کامل منعقد نگردیده ولی از ناحیه اصیل تعهد پایان یافته، و تعهد و التزام یک طرفه از نظر منطقی کاملاً موجه است. «۲»

البته نباید مورد را با حالت صدور ایجاب قبل از قبول قابل مقایسه دانست، زیرا اجازه از این نظر با قبول فرق دارد، بخاطر آنکه در عقد فضولی اصیل بر این قصد است که قرارداد او با فضول کامل باشد و از ناحیه او به هیچ وجه نقصی نباشد، در حالی که وقتی دو نفر اصیل ایجاب و قبول را اجرا می‌سازند غرض شخص موجب، صرفاً آن است که زمینه‌ای را برای ایجاد تعهد فراهم سازد نه آنکه قبل از قبول، تعهدی برای او بوجود آید.

قانون مدنی نیز این مطلب را در معاملات فضولی پذیرفته است زیرا در ماده ۲۵۲ می‌گوید «لازم نیست اجازه یا ردّ فوری باشد و اگر تأخیر موجب تضرر طرف اصیل باشد، مشار الیه می‌تواند معامله را بهم بزند» بموجب این ماده شخص اصیل تنها در موارد تأخیر و ضرر ناشی از آن، اختیار بر هم زدن را دارد، که مفهوم مخالف آن، عدم جواز انحلال در غیر موارد مذکور است. فقها اضافه می‌کنند که بر طرف اصیل کلیه احکام مصاهرت نیز بار است، مثلاً اگر اصیل مرد باشد، قبل از ردّ و یا اجازه با خواهر زنی که توسط فضول با وی ازدواج کرده است، نمی‌تواند ازدواج کند و نیز مادرش بر وی حرام است. «۳»

(۱) تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۵۹؛ مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص ۴۱۱ به بعد.

(۲) رجوع شود به مکاسب شیخ، بحث بیع فضولی؛ منیه الطالب، ج ۱، ص ۲۴۷؛ مستند نراقی، ج ۲، ص ۴۹۳.

(۳) عروة الوثقی، حاج سید محمد کاظم یزدی؛ مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص ۴۳۹ به بعد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۰۷

با توجه به مراتب فوق نظر بعضی حقوق دانان معاصر قابل پذیرش نیست «۱».

۲) در اجازه و ردّ، فوریت معتبر نیست «۲»، و تأخر در آن مانعی ندارد خواه آنکه تأخیر بعثت جهل بوقوع عقد باشد، یا آنکه بخاطر تردید و تصمیم‌گیری بوده باشد، ولی چنانچه تأخیر موجب تضّرر اصیل باشد، مشار الیه می‌تواند معامله را بر هم زند (ماده ۲۵۲ قانون مدنی) زیرا قاعده لا ضرر لزومی را که در سطور بالا گفته شد نقض می‌نماید.

۳) چنانچه طرفی که از سوی او عقد فضولی انجام گرفته، عقد را ردّ کند دیگر نمی‌تواند مجدداً اجازه کند؛ کما اینکه اگر اجازه کرده، دیگر نمی‌تواند ردّ نماید. استدلال بر این مطلب آن است که اجازه به منزله قبول عقد است، و بنابراین همچنانکه قبل از تحقق قبول، اگر طرف قبول عقد را ردّ کند دیگر نمی‌تواند قبول نماید، همین طور اگر قبل از اجازه ردّ کند، محلی برای اجازه مجدد باقی نخواهد ماند، ردّ بعد از اجازه نیز همانند ردّ بعد از قبول است «۳».

(۱) حقوق مدنی، دکتر امامی، ج ۴، ص ۳۵۷.

(۲) رجوع شود به قواعد علامه و کشف اللثام فاضل هندی و مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص ۴۱۳.

(۳) مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۲، ص ۴۱۳، ۴۱۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۰۹

فصل ششم - در نکاح منقطع

اشاره

تعریف نکاح منقطع

تعیین مدت

احکام ارث و مهر در نکاح منقطع

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۱۱

تعریف نکاح منقطع

اشاره

ماده ۱۰۷۵ قانون مدنی: «نکاح وقتی منقطع است که برای مدت معینی واقع شده باشد».

نکاح منقطع از مختصات قوانین خانواده در ایران است و چنین تأسیسی در قوانین سایر کشورها وجود ندارد، این قانون از دیدگاه مذهب جعفری که مذهب رسمی کشور ماست، از جمله قوانین درخشان اسلام محسوب که بمنظور شکل بخشیدن به روابط آزاد زن و مرد و جلوگیری از روابط نامشروع و حفظ و صیانت جامعه از فحشاء جعل گردیده است.

همانطور که در آغاز کتاب اشاره شد، به موجب قانون مدنی نکاح به دو شکل می‌تواند صورت گیرد: الف) نکاح دائم، ب) نکاح منقطع.

هر چند قانون‌گذار به صراحت نکاح دائم را تعریف نکرده، ولی با توجه به ماده ۱۰۷۵ که در مورد نکاح منقطع است تعریف نکاح دائم روشن می‌گردد، و اگر چه نکاح دائم و منقطع در آثار متعددی با یکدیگر تفاوت دارند، ولی تمایز ماهوی و تفاوت اصلی

میان آن دو این است که در نکاح منقطع زن و مرد تصمیم می‌گیرند بطور موقت با هم ازدواج کنند، و پس از پایان مدت اگر مایل به ادامه آن بودند تجدید، و گرنه با انقضای مدت از هم جدا خواهند شد. درحالی که مقتضای طبع نکاح دائم، دوام و همیشگی است.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۱۲

نکاح دائم و منقطع در اکثر احکام و آثار با یکدیگر مشترکند بجز آثار و احکامی چند از نظر مهر و نفقه و شرائط، که در مواد قانون مدنی به آنها اشاره گردیده، و در مباحث آتی مورد بحث قرار خواهد گرفت.

با امعان نظر در شرائط و احکامی که میان نکاح دائم و منقطع متفاوت است، این نکته بدست می‌آید که در نکاح منقطع از لحاظ امکان پیش‌بینی شرائط، آزادی بیشتری وجود دارد، و لذا با توجه به دشواری‌های اقتصادی که در راه تشکیل خانواده و انجام ازدواج دائم همیشه وجود داشته و بخصوص در زمان ما بیشتر شده، نباید تحت تأثیر تبلیغات نادرست فرهنگهای بیگانه، نکاح منقطع را محکوم ساخت و یا آن را بعنوان نهادی شرم‌آور تلقی نمود، بلکه بایستی از طریق یک مقایسه دقیق میان آثار شوم بی‌بندوباری‌های اخلاقی در جهان کنونی، و آثار اجتماعی این گونه ازدواج که سنت توصیه شده اسلامی است، برای افرادی که قادر به ازدواج دائم نیستند، مورد ارزیابی و بررسی عمیق قرار گیرد.

ما در پی انکار سوء استفاده‌های تأسف‌انگیز بعضی مترفین و ثروتمندان خوش‌گذران از این نهاد مقدس در طول تاریخ اجتماع اسلامی، و اینکه این تمهید حقوقی را بر خلاف مبانی اخلاقی و اجتماعی آن بکار برده‌اند، نیستیم، بلکه غرض آن است که در جوامعی مانند جامعه کنونی ما که به دلایل گوناگون، فاصله زیادی میان زمان آغاز بلوغ و نقطه فوران غرایز جنسی جوانان تا زمان امکان تشکیل زندگی زناشویی وجود دارد، چه راهی برای حل مشکل و طوفان جنسی جوانان در این دوران بحرانی می‌توان اندیشید؟ آیا می‌توان با موعظه و اندرز، روح رهبانیت را به طور موقت در آنان تزریق نمود؟ و اگر چنین چیزی هم ممکن باشد، آیا طبیعت بشر این را خواهد پذیرفت؟ اگر پاسخ منفی است در این صورت یا باید قانون‌گذار آن را نادیده بگیرد، و جوانان را بحال خود واگذارد و با سکوت و یا غفلت خود در این خصوص موجبات غیر انسانی ارضاء غرایز آنان و ایجاد کمونیسم جنسی و تباهی نسل، و فحشاء و مفاسد بیشمار زیان‌باری که نیاز به ذکر ندارد را فراهم و میسور کند، و یا

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۱۳

آنکه با پیش‌بینی و مقرر ساختن قالبهای قانونی ویژه و محدود کننده‌ای این غرائز سرکش را کنترل نماید؟ ازدواج موقت قالب محدود کننده‌ای است که شرع انور اسلام برای حل این مشکل منظور داشته است. این گونه ازدواج در درجه اول زن را محدود می‌کند که در یک زمان، زوجه دو نفر نباشد و خواه ناخواه محدود شدن زن مستلزم محدود شدن مرد نیز خواهد بود. وقتی هر زنی به مرد معینی اختصاص پیدا کند قهراً هر مردی هم به زن معین اختصاص پیدا خواهد کرد.

بررسی فقهی

همانطور که گفتیم، جواز نکاح منقطع یکی از مختصات و ویژگیهای فقه جعفری است، و سایر مکاتب فقهی اسلامی آن را مجاز نمی‌دانند.

فقه‌های امامیه برای دلیل جواز نکاح منقطع علاوه بر روایات متواتره «۱» از رسول الله (ص) از طرق عامه و خاصه و ائمه اطهار (ع) و اجماع و سیره عملی از قرآن مجید نیز بصراحت استفاده نموده‌اند: «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً» - «۲» زنانی را که برای استمتاع انتخاب می‌کنید اجور آنان را بپردازید».

در فقه عامه نکاح موقت مجاز شمرده نشده و این موضوع یکی از مسائل مورد اختلاف بسیار قدیمی است. شاید این سؤال به ذهن

خطور کند که با توجه به وجود ادله جواز نکاح موقت در قرآن چگونه فقه عامه با آن مخالف است؟ پاسخ این سؤال این است که: جای تردید نیست که نکاح موقت در صدر اسلام یعنی زمان رسول الله (ص) و زمان ابی بکر و مدتی در زمان عمر میان مسلمانان بعنوان یک عمل

(۱) رجوع شود به: وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۴۳۶ به بعد؛ صحیح مسلم، کتاب نکاح، ج ۴، ص ۱۳۲ به بعد؛ البخاری، ج ۹، ص ۱۶، طبع مشکول؛ شرح لمعه، ج ۵، چاپ بیروت، ص ۲۴۵؛ خلاف شیخ طوسی، ج ۲، ص ۱۷۹، مسأله ۱۱۹.
(۲) سوره نساء، آیه ۲۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۱۴

مجاز رائج بوده است (۱)، و نیز این نکته مسلم است که در زمان خلیفه دوم (عمر) ازدواج منقطع ممنوع اعلام گردیده و این جمله متن گفته اوست: «متعتان کانتا علی عهد رسول الله (ص) حلالا و انا نهی عنهما و اعاقب علیهما» (۲) دو متعه در زمان رسول الله (ص) حلال بود که من آن دو را امروز ممنوع می کنم و بر آن مجازات می نمایم یکی از آن دو متعه حج، و دیگری متعه نکاح بوده است.

حال جای این سؤال است که چگونه و بر چه اساس خلیفه ثانی در مقابل حکم جوازی که رسول الله (ص) آن را بیان داشته، و خود نیز به آن اقرار دارد مبادرت به نفی جواز و اعلام ممنوعیت آن می نماید؟ بهترین توجیه همان است که مرحوم کاشف الغطاء ارائه نموده (۳)؛ و آن اینکه خلیفه دوم دایره اختیارات ولی مسلمین را بسیار گسترده می دید و چون خود را ولی مسلمین می دانست چنین می پنداشت که او می تواند احکام خدا را به مقتضای مصالح و مفاسد موجود در اعصار با استفاده از اختیارات خود تغییر دهد، حلالی را ممنوع و یا حرامی را مجاز اعلام دارد، و لذا وی در زمان خودش بدلیل نگرانی از پراکنده شدن مسلمانان و اختلاط آنها با اقوام و ملل دیگر، بجهت آنکه عامل این امتزاج و اختلاط را ازدواج موقت می دانست که در طول مسافرت های آنان پیش می آمد، لذا با توجه به شرائط اوضاع و احوال آن مقطع زمانی ازدواج موقت را ممنوع اعلام داشت، و در واقع این ممنوعیت، سیاسی و موقتی بود.

پس از خلیفه دوم نیز بعثت اسوه و الگو شدن روش شیخین بطور عموم برای خلفای بعد، و خصوصا تأثیر ویژه شخصیت و شیوه کشورداری خلیفه دوم روی آنان، آنها هم ممنوعیت این قانون را تمدید کردند تا آنجا که بطور کلی این تأسیس

(۱) مسالک الافهام، شهید ثانی، ج ۱، ص ۴۰۰، افست قم؛ شرح لمعه، جلد ۵، ص ۲۴۵ به بعد، چاپ بیروت.

(۲) شرح لمعه، ص ۷۸؛ سنن بیهقی، ج ۷، ص ۲۰۶؛ احکام القرآن حصاص، ج ۲، ص ۱۸۴.

(۳) نظام حقوق زن در اسلام، شهید مطهری، ص ۴۸.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۱۵

در بوته فراموشی قرار گرفت.

البته بعضی از صاحب نظران اهل تسنن این شهادت را داشته اند که بصراحت حلیت آن را ابراز نمایند که یکی از آنان فرزند همان خلیفه ثانی است.

وقتی مردی از اهل شام از وی راجع به حکم ازدواج موقت سؤال کرد، وی گفت:

حلال است، آن مرد گفت: پدرت آن را حرام نموده! وی گفت: آیا اگر پدر من از آن نهی نموده باشد، در حالی که رسول الله (ص) آن را مجاز دانسته باشد، تو سنت رسول الله (ص) را رها می کنی و پیروی از پدر من خواهی کرد؟! (۱)

اهل بیت اطهار (ع) که همواره بر آن بودند که احکام الهی به هیچ وجه مورد جابجائی و یا تغییر ناصحیح قرار نگیرد، سخت با متروک شدن ازدواج موقت مخالفت نموده‌اند، تا آنجا که عملاً گاه مبارزه منفی از آن بزرگواران مشاهده می‌شود. زیرا با آنکه ازدواج موقت را بعنوان یک اقدام «ضروری» می‌شناختند، در عین حال به همان منظور، گاه حتی مردان زن‌دار را به سوی ازدواج موقت ترغیب و تشویق نموده‌اند، ولی ناگفته پیداست که هیچ گاه نظر اسلام آن نیست که ازدواج موقت بعنوان یک اقدام اصل شناخته شود، بلکه در امر وصلت و زناشویی، اصل، ازدواج دائم است و نکاح موقت تنها برای افراد نیازمند و کسانی که امکان تشکیل خانواده برای آنان میسر نیست وضع گردیده است. شاهد این مدعی، آن که به کرات دیده شده که آن بزرگواران همسران را از نکاح موقت منع نموده‌اند. امام کاظم (ع) به علی بن یقطين می‌فرماید: «تو را به نکاح متعه چه کار و حال آنکه خداوند تو را از آن بی‌نیاز کرده است». و بدیگری فرمود: «این کار برای کسی رواست که خداوند او را با داشتن همسری از این کار بی‌نیاز نکرده است و اما کسی که دارای همسر است، فقط هنگامی می‌تواند به این کار دست بزند که دسترسی به همسر خود ندارد».^۲

(۱) (۱ و ۲) شرح لمعه، ج ۲، ص ۸۷؛ صحیح ترمذی، ج ۳، ص ۱۸۴ (با تفاوت)؛ الفصول المهمه، شرف الدین، ص ۶۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۱۶

تعیین مدت

ماده ۱۰۷۶ قانون مدنی: «مدت نکاح منقطع باید کاملاً معین شود».

با توجه به طبیعت نکاح منقطع، و اینکه در این گونه ازدواج «موقتی بودن» جزء ذات و ماهیت آن است لذا در فقه معتبر دانسته شده که اولاً مدت ذکر شود، و ثانیاً مدت بنحو تفصیل و دقیق معین شود.

در مورد اینکه اگر در عقد نکاح منقطع مدت ذکر نشود چه خواهد شد، میان فقهاء اختلاف نظر وجود دارد؛ بعضی معتقدند که عقد نکاح به دائم مبدل می‌گردد «۱»؛ پاره‌ای عقیده دارند که عقد باطل است «۲»، زیرا در نکاح منقطع تعیین مدت شرط است پس چنانچه عقد فاقد این شرط باشد باطل است. و همواره عقود تابع قصود و اغراض می‌باشند، وانگهی نصوص و روایات نیز بر این امر تصریح دارند. از جمله، زراره از حضرت صادق (ع) نقل می‌کند که آن حضرت فرمود: متعه

(۱) تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۹۰؛ شیخ طوسی و شهید اول در شرح ارشاد (شرح لمعه، ج ۲، ص ۸۱۸)؛ خلاف شیخ، ج ۲، ص

۱۷۹، مسأله ۱۱۹؛ تحریر الاحکام علامه، ج ۲، ص ۲۶.

(۲) شهید ثانی در شرح لمعه، ج ۲، ص ۸۸.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۱۷

نمی‌شود مگر به دو امر؛ مدت معین و اجرت معین «۱». بنظر می‌رسد قول دوم بیشتر منطبق با موازین است.

نظر قانون مدنی

از ماده ۱۰۷۵ قانون مدنی، می‌توان دوام چنین عقدی را استنباط کرد نه بطلان آن را، چون اگر در عقد مدت ذکر نشود از شمول نکاح منقطع خارج می‌شود ولی اطلاق نکاح بر آن باقی است.

تذکر:

هرگاه عقدنامه‌ای بدون ذکر مدت موجود باشد و میان زوج و زوجه بر سر «دوام» و «انقطاع» اختلاف شود، یکی از آن دو مدعی

باشد که عقد دائم بوده، و دیگری ادعا کند که عقد منقطع بوده، در این صورت اصل، دوام نکاح است و مدّعی خلاف آن باید آن را ثابت کند. البته اگر اصل منقطع یا موقت بودن عقد تصریح شود، هر چند مقدار مدّت کاملاً معین نشده باشد، در این صورت دیگر نمی‌توان گفت عقد دائم است.

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۴۶۵.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۱۸

احکام ارث و مهر در نکاح منقطع

اشاره

ماده ۱۰۷۷ قانون مدنی: «در نکاح منقطع، احکام راجع به وراثت زن و به مهر او همان است که در باب ارث و در فصل آتی مقرر شده است».

از نظر فقهی، اصل، اشتراک احکام زوجة دائمه و منقطعه است، بنابراین در هر مورد که دلیل بر تفاوت اقامه گردید از اصل اولیّه خارج می‌شود. در ماده فوق فقط به دو مورد از موارد افتراق اشاره شده که عبارتند از:

(۱) عدم توارث زوجة منقطعه: زوجة منقطعه از زوج ارث نمی‌برد. ماده ۹۴۰ ق.م. در خصوص ارث زوجین می‌گوید: «زوجین که زوجیت آنها دائمی بوده و ممنوع از ارث نباشند از یکدیگر ارث می‌برند»، که مفهوم مخالف این ماده بر عدم توارث زوجین در ازدواج موقت دلالت دارد.

(۲) بطلان نکاح منقطع فاقد مهر: در نکاح دائم چنانچه ذکر مهر نشود یا عدم مهر شرط شود نکاح باطل نیست ولی در نکاح منقطع عدم مهر در عقد موجب بطلان است «۱». قانون مدنی در ماده ۱۰۸۷ این موضوع را بیان داشته که مفهوم مخالف آن

(۱) ماده ۱۰۹۵ قانون مدنی.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۱۹

بیانگر حکم نکاح منقطع می‌باشد. البته نکاح منقطع در مسائل دیگری نیز با نکاح دائم تفاوت دارد که قانون مدنی در اینجا مطرح نساخه ولی از مواد آتی می‌توان استنباط کرد.

چند مطلب قابل توجه

(۱) برای بیان ایجاب و قبول در عقد نکاح منقطع می‌توان از سه واژه نکاح، تزویج و متعه «۱» باضافه ذکر مدّت و مهر بطور کامل و دقیق استفاده «۲» کرد، و مهر می‌تواند عین خارجی و یا منفعت و یا حقّی از حقوق مالی باشد ولی به هر حال باید بوسیله کیل و یا وزن و یا عدد و یا مشاهده و یا توصیف دقیق از هر گونه ابهام خالی باشد «۳».

(۲) در نکاح منقطع همانند نکاح دائم به محض انجام عقد زوجة مالک مهر می‌گردد و باید زوج در صورت مطالبه زوجة به وی پرداخت نماید ۴.

البته همانند ازدواج دائم استقرار تمامی مهر بعد از انجام نزدیکی است و چنانچه قبل از نزدیکی مدّت مورد قرارداد از ناحیه زوج بخشیده شود و اعلام انصراف نماید، تنها لازم است که نیمی از مهر را به زوجة پرداخت کند ولی اگر بعد از نزدیکی از مدّت

صرف نظر نماید، تأثیری در مهر ندارد بلکه ملزم به پرداخت تمامی مهر می‌باشد، هر چند که از مدت، مقدار کمی گذشته و سالها از آن باقی باشد.

البته در صورتی که زوج از مابقی مدت صرف نظر کند ولی زوجه بعد از

(۱) بکار بردن لفظ متعه در ایجاب عقد دائم، مورد اختلاف است (شرح لمعه جلد ۵، صفحه ۱۰۸؛ تذکره الفقهاء، جلد دوم، ص ۵۸۱).

(۲) تحریر الاحکام علامه حلی، جلد دوم، ص ۲۶.

(۳) (۳ و ۴) مأخذ قبل.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۲۰

نزدیکی تمکین نماید زوج می‌تواند به نسبت مدت باقی مانده از مهر کم کند.

(۳) اگر بدون آنکه نزدیکی صورت گیرد، مدت تعیین شده در عقد منقضی گردد، و در طول مدت مذکور از سوی زوجه هیچ عملی که مانع تمتع زوج شود سر نزده باشد، پرداخت تمامی مهر بعهد زوج است.

(۴) هرگاه در ضمن عقد، مدت مثلاً یک ماه و یا دو سال معین شده باشد ولی ابتدای مدت تعیین نگردد، در این صورت آغاز مدت از همان زمان عقد محسوب خواهد شد؛ و در اینکه آیا طرفین نکاح منقطع می‌توانند با توافق هم مدت معینی را لکن با فاصله مشخصی بعد از تاریخ عقد قرار دهند، مثلاً در نیمه ماه عقد را منعقد کنند و مدت آن را از اول ماه آینده تعیین کنند یا خیر؟ دو قول است. بعضی به جواز و بعضی به بطلان چنین عقدی نظر داده‌اند. ولی دلیل منطقی بر بطلان آن وجود ندارد، هر چند که از جهت احتیاط، نظر بر ترک آن می‌باشد.

(۵) برای تمدید نکاح منقطع و یا تبدیل آن به نکاح دائم بایستی پس از پایان یافتن مدت مجدداً صیغه عقد جاری شود و هرگاه قبل از اتمام مدت بر تبدیل و یا تمدید آن مصمم شوند بایستی زوج مقدار باقی‌مانده از مدت را ببخشد و دوباره صیغه عقد اجرا شود ولی انقضای عده لازم نیست اما نمی‌توانند بدون بخشش مدت باقیمانده، مبادرت به تبدیل و یا تجدید نمایند. البته لازم به تذکر است که در صورتی که شخص دیگری غیر از زوج بخواهد با آن بانو ازدواج کند بایستی مدت عده نیز سپری گردد ولی در مورد زوج چنین شرطی وجود ندارد.

(۶) در نکاح منقطع زوجین می‌توانند در ضمن عقد بر هر گونه شرطی در رابطه با کم و کیف تمتعات و زمان و مکان آن توافق نمایند «۱».

(۱) رجوع شود به: جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۱۶۶ به بعد؛ حقائق، ج ۵، ص ۱۵۵ به بعد؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۸۹ به بعد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۲۱

فصل هفتم - در مهر

اشاره

شیء موضوع مهریه

مهر باید معلوم باشد

ترازی در مقدار مهر

شرط بطلان نکاح در فرض عدم تأدیه مهر

تملک مهر

اقساط مهر

تلف و عیب مهر

حق امتناع زوجه

سقوط حق امتناع

مفوضه البضع و مفوضه المهر

نحوه تعیین مهر المثل

وقوع طلاق قبل از نزدیکی

مهر المته

نحوه تعیین مهر المته

عدم ذکر مهر در نکاح منقطع

موت زوجه منقطعه

حکم مهریه در صورت بذل مدت

کشف بطلان نکاح قبل از نزدیکی

کشف بطلان نکاح بعد از نزدیکی

مهر مجهول، بی ارزش و ملک غیر

سقوط مهر با فسخ، قبل از نزدیکی

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۲۳

واژه مهر:

مهر کلمه‌ای است عربی و در فارسی آن را کابین گویند، و لغات دیگر مترادف آن در عربی، صداق، نحله، فریضه و اجرا می‌باشد.

در قرآن مجید واژه مهر بکار نرفته بلکه از لغات معادل آن استفاده شده. آیات زیر مبنای فقهی مهر در قرآن است:

۱) وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً^۱ (صداق‌های زنان را بعنوان بخشش پرداخت نمائید)، واژه‌های صداق «۲» و نحله «۳» از این آیه اتخاذ گردیده است.

۲) وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ^۴ (هرگاه زنان را قبل از همبستری طلاق دادید نیمی از مهر آنان را پرداخت کنید). واژه فریضه از این آیه اتخاذ گردیده است.

۳) فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ^۵ - یعنی از زنان که استمتاع می‌برید اجر آنان را پرداخت کنید. این آیه بر نکاح منقطع تفسیر شده و لذا بر مهریه نکاح منقطع اجر (مزد) اطلاق گردیده است.

(۱) سورة نساء، آیه ۴.

(۲) صدقات جمع صدقه (به ضم دال و فتح قاف) یعنی صداق (به فتح و یا کسر صاد) که جمع آن اصدقه و صدق است از آن

جهت کابین را صدق گویند که نشانه صادقانه بودن علاقه مرد است (کشاف زمخشری، ج ۱، ص ۴۶۹) یا به خاطر آنکه نشانه صدق ایمان است (مفردات راغب).

(۳) نحله (به کسر نون) یعنی بخشش از روی طیب نفس و رضایت خاطر و به کار رفتن این واژه از آن جهت است که مهر جنبه اهدائی و پیشکشی و عطیه و هدیه دارد.

(۴) سورة بقره، آیه ۲۳۷.

(۵) سورة نساء، آیه ۲۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۲۴

شیء موضوع مهریه

اشاره

ماده ۱۰۷۸ قانون مدنی: «هر چیزی را که مالیت داشته و قابل تملک نیز باشد می‌توان مهر قرار داد».

ماده فوق از متون فقهی اخذ شده و لذا ما با توجه به آنچه که در فقه مطرح گردیده به تحلیل می‌پردازیم. محتوای ماده فوق مطالب زیر است:

(۱) مهری که در حین انعقاد عقد با توافق طرفین معین می‌گردد (مهر المسمی) از جهت حد اکثر سقف محدودی ندارد، و زوجین می‌توانند بهر اندازه که مایل باشند توافق نمایند، و پس از توافق و انعقاد عقد زوج ملزم به پرداخت خواهد بود، ولی از جهت حد اقل تا آنجا که چیزی صدق مال بر آن بشود و قابل تملک باشد، می‌تواند مهریه قرار گیرد. بنابراین یک حبه گندم و یا یک قطره آب که دارای ارزش مالی نیست نمی‌تواند بعنوان مهر تعیین گردد، زیرا مال بر آن صدق نمی‌کند «۱».

(۲) مهریه مورد قرارداد باید قابل تملک باشد. غیر قابل تملک بودن شیء

(۱) تحریر الاحکام علامه حلی، جلد دوم، ص ۳۱، المقصد السادس.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۲۵

بخاطر آن است که شرعا یا از ارزش ساقط است مانند آلات لهو و خمر و خوک، و یا اصلا قابل اختصاص و نقل و انتقال نیست مانند موقوفات و اموال عمومی و مشترکات.

(۳) اعیان و منافع و حقوق مالی مطلقا می‌تواند مهریه قرار گیرد به شرط آنکه واجد دو شرط فوق الذکر باشد. کار و نیروی انسانی نیز از آنجا که منفعت محسوب است، می‌تواند مهریه قرار گیرد، هر چند که کار خود زوج باشد، مثل آنکه زوج بر عهده گیرد که زوجه را به علمی از علوم یا فنی از فنون آموزش دهد «۱».

بررسی فقهی

در خصوص مقدار مهر در فقه امامیه دو نظر وجود دارد، بعضی معتقدند که مهر نباید از پانصد درهم، معادل پنجاه دینار، تجاوز نماید «۲» و چنانچه بیش از آن مقرر گردد به همین مقدار برگشت خواهد کرد. این مقدار را اصطلاحاً «مهر السنه» نامیده‌اند، به آن جهت که رسول الله (ص) تمامی همسران خویش را به همین مقدار کابین بست «۳».

با این نظریه گروه کمی موافقند و شگفت آنکه سید مرتضی آن را در کتاب انتصار از فتاوی ویژه امامیه معرفی کرده و پنداشته

است که تمامی فقه‌های امامیه بر آنند «۴» درحالی که مشهور فقهاء معتقدند که مقدار مهریه از نظر کمی و زیادی

- (۱) رجوع شود به: وسائل، کتاب نکاح، باب ۸ از ابواب مهوَر؛ تحریر الاحکام، علامه حلی، جلد دوم، ص ۳۱.
 - (۲) تحریر الوسیله، جلد دوم، ص ۲۹۷، مسأله ۱ مستحب دانسته که از این مقدار بیشتر نباشد.
 - (۳) شرح لمعه، ج ۲، ص ۹۸؛ وسائل الشیعه، باب ۴ از ابواب مهوَر؛ جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۴۷.
 - (۴) الانتصار، سید مرتضی، ص ۱۲۴ (و مما انفردت به الامامیه أنه لا يتجاوز بالمهر خمسمائة درهم جیادا قیمتها خمسون دینارا فما زاد علی ذلك ردّ الی هذه السنه و باقی الفقهاء یخالفون فی ذلك).
- بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۲۶

محدودیتی ندارد، تنها از ناحیه کمی بایستی چیزی باشد که مالیت داشته و قابل تملک بوده باشد «۱».

مستند سید مرتضی روایتی است «۲» که مشهور آن را رد کرده، و با استناد به آیه‌ای از قرآن مجید وجود میزان معین و محدودی را برای حد اعلای مهر انکار نموده‌اند. آیه مزبور چنین است: «وَأَتَيْتُمُ إِخْدَاهُنَّ قَنْطَارًا» «۳».

قنطار، به کسر قاف، به معنای مال عظیم است و در قاموس قنطار را معادل ده‌ها هزار دینار طلا دانسته است، و در المنجد آن را عبارت از وزنی دانسته که مقدار ثابتی ندارد و به تحوّل ایام متغیر می‌شود، و به ۱۰۰ رطل که هر رطل خود ۲۵۶۴ گرم است نیز اطلاق می‌گردد. فقهاء با استدلال به آیه فوق الذکر گفته‌اند که مهر از جهت زیادی حد معینی ندارد، و با استناد به همان روایتی که سید مرتضی ذکر کرده است اضافه کرده‌اند، که قرارداد بیش از اندازه مذکور (مهر السنّة) مکروه و ناپسندیده است «۴».

تذکرات: [جایگاه مهر در عقد نکاح، توافق زوجین بر مهر فاقد ارزش - شیربها]

- (۱) جایگاه مهر در عقد نکاح - مهر در نکاح به منزله عوض در معاملات عادی نیست به همین جهت می‌تواند اصولاً ذکر نشود و پس از عقد زوجین بر امری توافق نمایند و یا پس از نزدیکی مهر المثل به عهده زوج قرار گیرد «۵».
- (۲) با توجه به نکته فوق هرگاه زوجین بر اشیائی که نمی‌تواند مهر قرار گیرد به عنوان مهر توافق نمایند، مانند آنکه مهر زنی شراب و یا خوک قرار داده شود مهر

- (۱) تحریر الوسیله، جلد دوم، ص ۲۹۷، مسأله ۱.
 - (۲) رجوع شود به: وسائل، کتاب نکاح، باب ۸ از ابواب مهوَر.
 - (۳) سورة نساء، آیه ۲۰.
 - (۴) رجوع شود به: شرح لمعه، ج ۲، ص ۹۷؛ جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۱۷؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۹۷.
 - (۵) رجوع شود به: تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۹۸.
- بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۲۷
- باطل است ولی نکاح باطل نیست، و مانند موردی که اصلاً در عقد مهر ذکر نشده عمل خواهد شد «۱».
- (۳) هرگاه دو نفر یهودی یا مسیحی در عقد نکاح خود چیزی را که از نظر شرع اسلام ارزشی ندارد مانند خوک مهریه قرار دهند، آن مهر صحیح و زوج ملزم به پرداخت خواهد بود، ولی اگر قبل از پرداخت هر دو یا یکی از آنان مسلمان شوند ملزم به پرداخت قیمت آن نزد کافران خواهند بود «۲».
 - (۴) در عقد نکاح مهر باید برای زوجه قرار داده شود و نمی‌توان مهر را برای پدر و مادر او قرار داد. و اگر از قرآن در داستان موسی

و شعیب «۳» چنین استفاده شود، که در آن جریان، مهریه دختر شعیب، کار زوج برای پدر زوج مهریه قرار گرفته است، باید گفت که چنین رسمی در ادیان پیشین بوده و اسلام آن را منسوخ نموده است. آنچه در زمان ما در بعضی خانواده‌ها مرسوم است که مبلغی را بعنوان شیربها برای کسان او قرار می‌دهند، نمی‌تواند جزء مهر محسوب شود. و اگر جزء مهر قرار گیرد، به این معنی که پدر و مادر را در مهر شریک کرده باشند، فقط مقداری که برای زوج معین شده بعنوان مهر محسوب و مابقی باطل و زوج الزامی به پرداخت ندارد «۴». ولی در این صورت چنانچه زوج از روی طیب خاطر برای ترضیه خاطر بستگان زوج بعنوان هدیه و یا جعالتا در مقابل زحمات انجام شده در امر ازدواج وجهی پرداخت نماید، برای گیرنده حلال و بلاشکال است. اما اگر زوج طیب خاطر نداشته و علی‌رغم حصول رضایت خاطر دختر، تنها بخاطر رفع مزاحمت بستگان از انجام ازدواج ناچار به پرداخت وجهی یا تأدیه مالی گردد وجه دریافتی شرعاً حرام خواهد بود «۵».

(۱) منابع پیش.

(۲) شرایع الاسلام و جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۹؛ شرح لمعه، ج ۲، ص ۹۷؛ منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۰۵؛ قواعد علامه، ص ۳۶.

(۳) اشاره به آیه ۲۷ از سوره قصص.

(۴) جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹.

(۵) تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۹۸.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۲۸

لزوم تعیین مهر

ماده ۱۰۷۹ قانون مدنی: «مهر باید بین طرفین تا حدی که رفع جهالت آنها بشود معلوم باشد».

همانطور که گفته شد، هر چند مهر رکنی از ارکان عقد نکاح و یا به عنوان یکی از عوضین محسوب نیست و لذا انحلال به آن خللی در اصل عقد وارد نمی‌سازد، ولی از نظر حکم تابع قواعد و احکام معاملات می‌باشد و چنانچه در عقد نکاح مهر ذکر شود (مهر المسمی) بایستی از جهالت و ابهام مطلق مبری باشد.

قانون مدنی اثر مجهول بودن مهر و یا مالیت نداشتن آن را در ماده ۱۱۰۰ ذکر کرده، و مقرر داشته که جهالت به مهر و مالیت نداشتن آن موجب بطلان نکاح نخواهد شد بلکه مهر باطل و مانند صورتی است که مهر ذکر نشده باشد. مهر باید تا حدی که رفع جهالت طرفین شود معلوم باشد، بنابراین تعیین دقیق مهر از نظر وزن، کیل و مساحت لازم نیست، و از این نظر با سایر معاوضات تفاوت دارد. مثلاً بسیاری از مواقع مشاهده عین خارجی رافع جهالت است مانند آنجا که مهر، باغ و یا خانه و یا قطعه‌ای طلا می‌باشد که در این گونه موارد با مشاهده جهالت مطلق رفع می‌گردد و غرر لازم نخواهد آمد، و اگر مهر عین نباشد و یا مورد مشاهده نباشد

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۲۹

به هر حال باید خصوصیات آن از نظر کمیّت و کیفیت توصیف گردیده تا رافع جهالت باشد. مثل آنکه اگر مهریه آموزش قرآن باشد باید معین گردد که همه قرآن و یا بعضی از سوره‌های آن، و سوره‌ها نیز دقیقاً معین گردد زیرا سوره‌های قرآن کما و کیفاً مختلف و متفاوت است «۱».

مسأله ۱- در عقدنامه‌ای نوشته شده، مهر المسمی مقدار دویست و هشتاد مثقال طلای هیجده عیار به قیمت زمان ازدواج به مبلغ هفتصد هزار ریال، آیا مهریه در این صورت طلا است یا پول؟

جواب- در فرض مسأله مهریه دویست و هشتاد مثقال طلا است بنابراین اگر بخواهد فعلاً مهریه را بدهد، باید همان دویست و هشتاد مثقال طلا یا قیمت آن را بدهد «۲».

مسأله ۲- در عقدنامه‌ای نوشته‌اند صدق ده تومان که صد ریال است، حالیه زوج همان ده تومان موقع عقد را باید بپردازد، یا ده تومان فعلی را، و یا در مسأله تفصیلی است؟

جواب- اگر موقع عقد وجه رائج مملکتی یک نوع خاصی مثلاً پول نقره بیشتر نبوده یا اگر متعدد بوده نوع خاصی از آن وجه رائج قید شده مثلاً سکه نقره ناصر الدین شاهی قید شده باید همان نوع خاص نقد رائج آن زمان که قید شده یا معین بوده یا قیمت آن پرداخت شود، ولی اگر نوع نقد رائج موقع عقد متعدد بوده مثلاً هم اسکناس بوده و هم پول نقره و غیره، در عقدنامه هم نوع خاص قید نشده مثلاً فقط نوشته شده صد ریال یا ده تومان رائج، در این صورت ده تومان یا صد ریال رایج فعلی کافی است «۳».

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۳۰؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۹۷.

(۲) مجمع المسائل، ج ۲، ص ۱۷۹.

(۳) مأخذ قبل، ج ۲، ص ۱۸۳.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۳۰

تراضی در مقدار مهر

ماده ۱۰۸۰ قانون مدنی: «تعیین مقدار مهر منوط بتراضی طرفین است».

مهریه باید با توافق طرفین (زوج و زوجه) معین گردد، و چنانچه کسان آنان بر امری توافق نمایند بدون موافقت شخص زوجین صحیح نمی‌باشد و در این صورت باید در نهایت به امضاء آنان برسد.

مبنای این مسأله کاملاً روشن است زیرا طرفین عقد نکاح زوج و زوجه می‌باشند و آنان باید در امر مهر تصمیم بگیرند نه کسان دیگر.

مسأله ۱- با توجه به جواز مندرج در تبصره ماده ۱۰۴۱، در صورتی که پدر برای پسر صغیرش ازدواج نماید، چنانچه صغیر دارای اموال است، مهر بعهده خود فرزند است و اگر صغیر چیزی ندارد بعهده پدر خواهد بود «۱».

مسأله ۲- هرگاه پدری برای پسر کبیرش اقدام به ازدواج نماید آیا می‌تواند مهر را بعهده خویش قرار دهد یا خیر؟ ممکن است بعضی در پاسخ به این سؤال با قیاس

(۱) تحریر الوسیله، جلد ۲، ص ۳۰۲، مسأله ۲۳.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۳۱

نکاح به معاملاتی نظیر بیع و استناد به ماده ۱۹۷ ق. م. «۱» نظر به منع دهند؛ با این استدلال که با انجام عقد نکاح، بضع در تملک اعتباری زوج قرار می‌گیرد و بنابراین عوض که مهر است باید از ملکیت شوهر خارج شود نه شخص دیگر. و در فرض مورد نظر چنانچه پدر بخواهد باید قبل از عقد نکاح مال را به پسر خود منتقل نماید و سپس پسر آن را مهر زن خود کند «۲».

ولی بنظر می‌رسد که قیاس نکاح به بیع غیر موجب است زیرا همانطور که مکرراً گفته شد، مهر در مقابل بضع قرار نمی‌گیرد، و نکاح معاوضه‌ای عادی نمی‌باشد، و لذا به هیچ وجه مانعی ندارد که در عقد نکاح مهر را شخص ثالثی غیر از زوج و زوجه بعهده گیرد. بعضی از فقهاء معاصر نیز نسبت به این امر تصریح نموده و بطور جزم فتوا به جواز داده‌اند «۳».

(۱) ماده ۱۹۷ ق.م. «در صورتی که ثمن یا مثنی معامله عین متعلق به غیر باشد آن معامله برای صاحب عین خواهد بود».

(۲) حقوق مدنی، امامی، ج ۴، ص ۳۸۷.

(۳) منهاج الصالحین، ج ۲، مسأله ۱۳۵۲.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۳۲

شرط بطلان نکاح در فرض عدم تأدیه مهر

ماده ۱۰۸۱ قانون مدنی: «اگر در عقد نکاح شرط شود که در صورت عدم تأدیه مهر در مدت معین نکاح باطل خواهد بود نکاح و مهر صحیح ولی شرط باطل است».

قبلاً گفتیم که هر گونه شرط خیار فسخ در عقد نکاح باطل است «۱»، هر چند که نسبت به مهر، شرط خیار فسخ صحیح است، بنابراین هر گاه در ضمن عقد نکاح شرط شود که مهریه باید تا تاریخ معینی پرداخت گردد و اگر پرداخت نشود زوجه خیار فسخ داشته باشد، چنین شرطی باطل خواهد بود، ولی عقد و مهر هر دو صحیح و منجز است. یعنی نه عقد را خیار خواهد کرد و نه مهر را، زیرا نظر آنان بر خیار شدن عقد بوده نه مهر، و چون به علت باطل بودن تأثیری در عقد نداشته بنابراین هر دو صحیح و منجز می‌باشند.

حکم فوق مطابق با فتوای مشهور فقها است. و مستند آن، علاوه بر آنکه

(۱) ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۳۳

مقتضای اصول و قواعد چنین است، روایات واصله می‌باشد «۱». البته علمای در قواعد و شهید ثانی در مسالک نظر به بطلان مهر داده‌اند؛ با این استدلال که شرط چیزی اضافه شده به مهر است پس اگر شرط باطل شود باید مهر هم باطل گردد، ولی این استدلال توسط فقهاء دیگر رد شده است «۲».

(۱) وسائل، ابواب مهور.

(۲) جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۹۸.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۳۴

تملک مهر

اشاره

ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی: «به مجرّد عقد زن مالک مهر می‌شود و می‌تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بنماید».

اسکافی از فقهای امامیه معتقد است که زوجه همزمان با انجام عقد تنها مالک نصف مهر می‌شود و با نزدیکی (و یا عوامل دیگر استقرار دهنده مهر) تمامی آن را مالک می‌گردد «۱». ولی مشهور فقهاء معتقدند که با انجام عقد زن مالک تمامی مهر می‌گردد «۲» ولی بطور متزلزل، و با انجام عمل نزدیکی یا عوامل دیگر تمامی آن مستقر خواهد شد.

ثمره این دو نظر آن است که به موجب نظر غیر مشهور زن نمی‌تواند قبل از نزدیکی و یا عوامل دیگر در تمامی مهر تصرف نماید، ولی بنا بر نظر مشهور زن در تمامی مهر می‌تواند تصرف کند، و به موجب این نظریه هرگاه قبل از دخول طلاق اتفاق بیفتد زوجه موظف است که چنانچه تمامی مهر را دریافت داشته، نیمی از آن

(۱) ریاض المسائل طباطبائی؛ جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۱۰۸.

(۲) شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۰۰؛ جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۱۰۷.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۳۵

را به زوج برگرداند و اگر هنوز مهر پرداخت نشده، فقط نیمی از آن را استحقاق خواهد داشت. به موجب ماده فوق زن به محض عقد می‌تواند جهت اخذ تمامی مهر اقدام نموده، و آن را از شوهر گرفته و تصرف نماید. قانون مدنی در ماده ۱۰۸۲ از نظر مشهور تبعیت کرده است.

بررسی فقهی

مستند مشهور فقها در مسأله فوق، علاوه بر اجماع و روایات «۱» واصله، آیه شریفه وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً «۲» می‌باشد، که حکم این آیه مطلق است و به قبل یا بعد از نزدیکی مقید نیست.

حال که گفتیم زوجه هم‌زمان با انجام عقد مالک تمامی مهر می‌شود بنابراین او می‌تواند هر گونه تصرفی در آن بنماید «۳»، خواه زوج به قبض او داده یا هنوز قبض انجام نشده باشد. زیرا مهر مال اوست و قاعده تسلیط چنین اقتضاء دارد.

عوامل استقرار مهر

عوامل استقرار مهر به قرار زیر است:

(۱) نزدیکی، خواه از قبل و خواه از دبر. قانون مدنی به صراحت متعرض این موضوع نشده، ولی از ماده ۱۰۹۲ استنباط می‌گردد.

(۲) فوت زوج یا زوجه، مشهور فقهای امامیه معتقدند که چنانچه زوج و یا

(۱) وسائل، باب ۳۴ از ابواب مهور؛ تحریر الاحکام علامه حلی، جلد دوم، ص ۳۲؛ تحریر الوسیله جلد دوم، ص ۳۰۰، مسأله ۱۵.

(۲) قرآن مجید، سوره نساء، آیه ۴.

(۳) قواعد علامه، جلد دوم، ص ۳۲ (و لها ان تتصرف فيه قبل قبضه بالبيع والهبة و ما شاءت من انواع التصرفات).

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۳۶

زوجه قبل از نزدیکی بمیرند، تمامی مهر المسمی به نفع زوجه مستقر می‌گردد «۱».

ولی اکثر فقهای قرن معاصر خلاف مشهور فتوا می‌دهند «۲». در تحریر الوسیله چنین آمده است:

«اگر یکی از زوجین قبل از نزدیکی بمیرد، اقوی آن است که همانند مورد طلاق، مهر المسمی تنصیف گردد، خصوصاً موردی که زوجه فوت کند و زوج زنده باشد، ولی احتیاط آن است که میانشان مصالحه شود، خصوصاً در صورت موت زوج».

(۳) ارتداد زوج، هرگاه زوج قبل از نزدیکی مرتد گردد، زوجه بلافاصله باید از وی جدا شود، ولی تمامی مهر به نفع وی مستقر می‌گردد؛ مشهور فقها بر این نظرند «۳».

قانون مدنی حکم این دو مورد را هر چند به صراحت مطرح نکرده ولی با توجه به ماده ۱۰۸۲ که مقرر داشته است به مجرد عقد زن مالک مهر می‌شود و اینکه فقط مورد طلاق را استثناء کرده، لذا می‌توان از مفهوم آن استنباط نمود که قانون مدنی در این خصوص نیز از مشهور پیروی نموده و در فوت و ارتداد قائل به تنصیف نمی‌باشد.

[مسئله (وقوع طلاق قبل از سررسید مهریه)]

مسئله- هرگاه مهر زوجه مدت‌دار باشد، و قبل از فرا رسیدن مدت مقرر زوجه فوت نماید، بی‌تردید زوجه می‌تواند از ورثه زوج تمامی مهر خود را بلافاصله مطالبه کند، کما اینکه در تمامی دیون مؤجله این قاعده وجود دارد، که فوت مدیون، دین را حال می‌کند، ولی اگر زوجه قبل از فرا رسیدن مدت مقرر زوجه فوت نماید قضیه بدین صورت نیست، و ورثه او نمی‌توانند مادام که تاریخ معین شده سر نرسد، مهر را

(۱) شعائر الاسلام، ص ۶۱۸؛ شرح لمعه، چاپ قدیم، ج ۲، ص ۱۰۰.

(۲) منهاج الصالحین، مسئله ۱۳۵۰؛ تحریر الوسیله، جلد دوم، ص ۳۰۰، مسئله ۱۴.

(۳) شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۰۰.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۳۷

مطالبه نمایند.

آیا در مورد طلاق چطور؟ آیا دین حال می‌گردد یا خیر؟ در فقه دو قول است: بعضی معتقدند که همانند فوت زوج دین حال می‌گردد، با این توجیه که قرار دادن مدت برای مهر در ضمن عقد و رضایت به عدم پرداخت آن قبل از فرا رسیدن اجل مقرر مبنی بر بقاء زوجیت بوده و اینکه که طلاق و جدائی وقوع یافته دین حال می‌گردد «۱».

نظر دیگر این است که طلاق موجب حال شدن دین نمی‌گردد «۲». این نظر قوی‌تر بنظر می‌رسد، زیرا توجیه فوق چندان قابل پذیرش نمی‌باشد.

(۱) منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۱۹۰.

(۲) وسیله النجاة اصفهانی، ج ۲، ص ۹۰؛ تحریر الوسیله، کتاب دین.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۳۸

اقساط در مهر

ماده ۱۰۸۳ قانون مدنی: «برای تأدیه تمام یا قسمتی از مهر می‌توان مدت یا اقساطی قرار داد».

از ماده فوق مطالب زیر مستفاد می‌گردد:

(۱) لازم نیست مهریه یکجا پرداخت گردد، بلکه می‌توان در ضمن عقد برای پرداخت تمامی مهریه اجل قرار داد.

(۲) می‌تواند قسمتی از مهریه حال باشد و برای پرداخت مابقی اجل قرار داد.

(۳) می‌تواند چنین توافق شود که تمامی مهر یا قسمتی از آن بطور اقساط پرداخت گردد.

از آنجا که مطالب مستفاد از این ماده تقریباً بعنوان مقدمه‌ای است برای شرح مفاد ماده ۱۰۸۵ لذا فعلاً به همین مقدار بسنده می‌کنیم و در جای خود در صفحات آینده مفصل‌تر بحث خواهیم کرد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۳۹

تلف و عیب مهر

ماده ۱۰۸۴ قانون مدنی: «هرگاه مهر، عین معین باشد و معلوم گردد قبل از عقد معیوب بوده و یا بعد از عقد و قبل از تسلیم معیوب و یا تلف شود شوهر ضامن عیب و تلف است».

ماده فوق که به پیروی از فقه امامیه تنظیم گردیده، ضمن ذکر چند مطلب شرح می‌گردد:

(۱) تردیدی نیست که مادام که زوج مهر را تسلیم زوجه ننموده ضامن آن است، اعم از اینکه مهر عین باشد، یا منفعت و یا دین، اما آیا ضامن مزبور از قبیل ضمان معاوضی است یا از مصادیق ضمان ید است؟ در این خصوص میان فقیهان عامه و امامیه اختلاف نظر است. پاره‌ای از فقهای عامه بر نظریه اول معتقدند و مشهور فقهای امامیه به نظریه اخیر قائلند.

منظور از ضمان معاوضی، ضمانی است که در بیع و در کلیه معاملات مالی معاوضی مطرح است. فقها به استناد قاعده معروف «کل مبیع تلف قبل القبض فهو من مال بائعه» با تلف مبیع نزد بایع قبل از قبض معامله را منفسخ می‌دانند و ثمن باید به مشتری دعوت یابد. قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه حکم این موضوع را در ماده

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۴۰

۳۸۷، متذکر شده است «۱».

البته بنظر مشهور فقها اینگونه ضمان اختصاص به موردی دارد که مبیع عین خارجی بوده و به آفات سماوی بدون هیچ گونه تقصیر و اهمالی از طرف بایع تلف شده باشد، ولی چنانچه توسط بایع و با قصور و تقصیر وی تلف شده باشد، بایع ضامن مثل و یا قیمت آن است نه آنکه بیع منفسخ و بایع موظف به اعاده ثمن باشد «۲».

(۲) همان‌طور که ملاحظه می‌کنید انفساخ معامله با تلف مبیع قبل از تسلیم، حکمی خلاف اصل است، زیرا با توجه باینکه قبض از ارکان اصلی معامله نیست، و انتقال هم زمان با معامله انجام می‌پذیرد، مقتضای اصل، آن بود که چنانچه مبیع بدون احوال و تقصیر بایع تلف گردد، بر عهده بایع چیزی نباشد بلکه از مال مشتری تلف شده باشد.

بنابراین با عنایت به خلاف اصل بودن حکم فوق، بسیاری از فقها حکم فوق را مختص به بیع و آن هم منحصر به مبیع می‌دانند، هر چند که بعضی دیگر آن را به سایر عقود هم که مقصود در آن مال باشد تسری داده، و منحصر در مبیع هم ندانسته بلکه در ثمن یا عوض نیز همین حکم را جاری نموده‌اند.

آنچه در میان اکثر فقهای امامیه مسلم می‌باشد، خروج نکاح از این قاعده است، و لذا بر آنند که چنانچه مهر قبل از تسلیم در نزد زوج تلف شود، نه تنها نکاح فسخ نمی‌شود، بلکه صداق نیز باطل نمی‌گردد تا تبدیل به مهر المثل شود بلکه زوج

(۱) ماده ۳۸۷ ق.م: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و احوال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود.»

(۲) برای توضیح بیشتر در مورد قاعده فوق رجوع شود به کتاب قواعد فقه اثر نگارنده، بخش مدنی، ص ۱۸۹ به بعد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۴۱

ضامن به مثل یا قیمت مهر المسمی است «۱». ولی فقهاء عامه از آنجا که ضمان زوج را نسبت به مهر از قبیل ضمان معاوضی می‌دانند، لذا با معیوب در آمدن و یا تلف شدن قبل از قبض چنین قائلند که مهر المسمی منفسخ، و حکم موردی را خواهد یافت که نکاح، مهر المسمی نداشته، و پس از نزدیکی مهر المثل به عهده زوج خواهد بود «۲».

۳) ضمان زوج نسبت به مهر، بعقیده فقهاء امامیه از نوع ضمان ید است که مستند آن قاعده علی الید «۳» می‌باشد؛ با این توضیح که با توجه به آنکه به محض وقوع عقد زوجه مالک تمامی مهر می‌گردد، بنابراین زوج به موجب قاعده ید ضامن است که آن را سالما تحویل صاحبش دهد، و چنانچه پس از تحویل معلوم شود که عین قبل از عقد معیوب بوده، و یا بعد از عقد معیوب و یا تلف گردد، زوج ضامن جبران خسارت است.

لازم به ذکر است که معیوب و تلف شدن عین مهر پس از عقد ممکن است به یکی از صورت‌های ذیل واقع شود:

الف) تلف و یا عیب ناشی از تقصیر و یا قصور خود زوج باشد.

ب) تلف و یا عیب توسط زوجه باشد.

ج) تلف و یا عیب توسط اجنبی و شخص ثالث باشد.

د) تلف و یا عیب به سبب آفت سماوی یا ارضی و بطور قهری باشد.

صورت «ب»، در حکم آن است که قبض توسط زوجه انجام شده و ضمانی بر عهده زوج نمی‌باشد.

در صورت «الف» علاوه بر ضمان ید، با استناد به ضمان اتلاف و تسبیب

(۱) تحریر الاحکام، علامه حلی، جلد دوم، ص ۳۲.

(۲) رجوع شود به: مسالک الافهام شهید، افسست قم، ج ۱، ص ۴۳۰؛ جامع المقاصد، ج دوم صفحه ۴۱۶؛ خلاف شیخ، فصل مهو.

(۳) علی الید ما اخذت حتی تؤدیه.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۴۲

نیز می‌توان ضمان زوج را توجیه حقوقی نمود، و لذا زوج باید با پرداخت مثل در مثلیات و قیمت در قیمیات از عهده جبران خسارت برآید.

در صورت «ج» زوجه مخیر است که مستقیماً به تلف‌کننده (اجنبی) مراجعه کند، یا آنکه به خود زوج مراجعه نماید، و در صورت رجوع به زوج و مطالبه خسارت، زوج می‌تواند به استناد ضمان اتلاف و تسبیب به تلف‌کننده مراجعه کند.

صورت «د» نیز همانند صورت الف است که مستنداً به ضمان ید زوج ملزم به پرداخت خسارت می‌باشد.

۴) همانطور که اشاره شد، نظر فقهای امامیه در خصوص تلف عین مهر و یا عیب حاصله در آن پس از عقد، با استناد به ضمان ید قابل توجیه است ولی ضمان عیبی که معلوم شود قبل از عقد موجود بوده، با ضمان معاوضی بیشتر قابل توجیه است تا با ضمان ید، اما از طرف دیگر به طوری که بحث شد چنانچه موضوع با ضمان معاوضی توجیه شود نتیجه فسخ عقد، و یا فسخ مهر، و تبدیل آن به مهر المثل را، در پی خواهد داشت، در حالی که فتوای امامیه که قانون مدنی در ماده ۱۰۸۴ از آن پیروی کرده، ضمان به مثل و یا قیمت است، و بنابراین باید گفت که حکم مزبور با قواعد منطبق نمی‌باشد، و ظاهراً فقها با استناد به اجماع، بر خلاف قواعد و اصول حقوقی فتوا داده‌اند «۱».

تذکر:

۱) در موارد وجود عیب، اعم از اینکه قبل از عقد و یا بعد از آن حاصل شده باشد، زوجه می‌تواند به عنوان خسارت، مطالبه ارش نماید، و یا آنکه عین معیوب را رد کند، و مثل سالم و یا قیمت آن را مطالبه نماید «۲». حکم قانون مدنی در ماده مورد

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۴۱؛ مناهج المتقین ممقانی، ص ۳۷۱.

(۲) جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۴۱؛ مناهج المتقین ممقانی، ص ۳۷۲.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۴۳

بحث منافاتی با این نکته ندارد زیرا قانون‌گذار در این ماده فقط در مقام بیان ضمان است و لذا متذکر نحوه برائت ذمه ضامن نشده است.

۲) در مورد تلف عین مهر و لزوم پرداخت قیمت آن، قیمت چه زمانی باید در نظر گرفته شود؟ زمان تلف؟ یا مطالبه؟ یا انعقاد عقد؟ یا بالاترین قیمت؟ این همان بحثی است که در ضمان ید مطرح است و به نظر می‌رسد که مقتضای قواعد آن است که قیمت روز پرداخت باید معیار محاسبه قرار گیرد «۱».

(۱) رجوع شود به کتاب قواعد فقه، اثر نگارنده، ص ۹۷؛ علامه حلی در تحریر الاحکام جلد دوم، ص ۳۲ قیمت روز تلف را ترجیح داده است.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۴۴

حق امتناع زوجه

اشاره

ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی: «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء وظائفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود».

قبلاً گفتیم که مهر می‌تواند حال یا مؤجل باشد اگر مهریه حال باشد زوجه می‌تواند بلافاصله پس از عقد مهریه را مطالبه کند و زوج نیز موظف است که بی‌درنگ تأدیه نماید. چنانچه زوج از تسلیم خودداری کند زوجه می‌تواند قبل از هر گونه نزدیکی نسبت به استمتاع زوج تمکین ننماید و در این حالت عدم تمکین زوجه حق نفقه وی را از عهده زوج ساقط نخواهد کرد درحالی که اگر با پرداخت مهریه از تمکین خودداری می‌کرد حق نفقه وی ساقط بود.

هرگاه مهریه مؤجل باشد قبل از فرا رسیدن اجل حکم فوق جاری نیست یعنی زوجه نمی‌تواند مهر را مطالبه و یا از تمکین خودداری کند.

بررسی فقهی

مبنای فقهی مسأله فوق را ضمن ذکر مطالب زیر تحلیل می‌کنیم:

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۴۵

۱) نکاح هر چند از جمله معاوضات حقیقی بشمار نمی‌رود، ولی به آنها ملحق است بخصوص آنکه در آن مهر ذکر گردد.

۲) در معاوضات، هر یک از طرفین حق دارند مادام که طرف مقابل عوض را تسلیم ننموده از تسلیم خودداری نماید «۱». و چنانچه قبض و اقباض انجام نگیرد و به مرافعه منجر گردد حاکم هر دو را به تقابض طرفینی اجبار خواهد نمود و برای هیچ‌یک تقدمی قائل نخواهد شد؛ زیرا اولویت وجود ندارد.

۳) در معاوضات، چنانچه یکی از طرفین بدون قبض طرف مقابل، مبادرت به تسلیم نماید حق امساک او ساقط خواهد شد، و در صورت خودداری طرف مقابل از تسلیم عوض، دیگر نمی‌تواند مال تسلیم شده را استعاده نماید بلکه با مراجعه به دادگاه درخواست اجبار به تسلیم عوض خواهد نمود.

(۴) با انجام عقد نکاح، زوجه تمامی مهر را مالک می‌گردد، و مالکیت وی نسبت به مهر با نزدیکی مستقر می‌شود.

(۵) رضایت در تحقق و انجام قبض معتبر نیست و چنانچه با اجبار هم صورت گیرد، قبض انجام شده است.

(۶) الزام طرفین به تقابض، در خصوص صورتی است که عوضین حال باشد، ولی در صورت مؤجل بودن آن دیگر این حکم ساقط است و اگر یکی از آن دو مؤجل باشد، طرفین مقابل ملزم به تسلیم است، و نمی‌تواند به استناد عدم اقباض طرف دیگر از تسلیم امتناع کند، زیرا که عوض از سوی طرف مقابل حال نمی‌باشد. امکان مؤجل بودن مهر در عقد نکاح از واضحات است و نیز امکان مؤجل بودن تمتع از سوی زوجه نیز متصور است و آن زمانی است که زوجه صغیره باشد و یا مانع دیگری از موانع استمتاع موجود باشد.

(۷) در میان فقهای امامیه، از ابن ادریس حلی حکایت شده که وی معتقد

(۱) در اصطلاح فقه حق حبس گفته می‌شود.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۴۶

بوده که در صورت حال بودن مهر چنانچه زوج از پرداخت مهر معسر باشد، زوجه نمی‌تواند مهر را مطالبه و در نتیجه از تمکین خودداری کند. ولی این عقیده توسط مشهور فقها، با این استدلال که اعسار زوجه هر چند مانع مطالبه زوجه و الزام او می‌گردد ولی این موضوع مستلزم آن نیست که زوجه موظف به تمکین باشد «۱»، رد شده است.

در توضیح نظر مشهور فقها، لازم است گفته شود که مفاد نظریه آنان چنین است که اگر زوج در حال ایسار از پرداخت مهریه خودداری کند، اولاً معصیت کرده است و ثانیاً زوجه می‌تواند از تمکین خودداری نماید در حالی که حق نفقه وی نیز ساقط نشده و برای گرفتن حقوق خویش می‌تواند به دادگاه صالحه مراجعه، و دادگاه زوج را نسبت به عدم انجام وظیفه شرعی مؤاخذه و او را به پرداخت مهریه ملزم نماید، ولی در صورت اعسار زوج، هر چند الزام او صورت نخواهد گرفت، اما زوجه هم ملزم به تمکین نخواهد شد بلکه او حق دارد از تمکین خودداری کند.

حال بینیم در این حالت نفقه ساقط است یا خیر؟ ممکن است گفته شود که در این صورت نفقه ساقط است به دلیل اینکه عدم تمکین معلول امری غیر مقدور است، پس مسقط نفقه خواهد بود، ولی بنظر می‌رسد نفقه وقتی ساقط است که عدم تمکین زوجه بدون مجوز شرعی و قانونی صورت گرفته باشد، و هر چند در ما نحن فیه عدم پرداخت مهر هم غیر شرعی نبوده، ولی با وجود این باز به علت اینکه عدم

(۱) مسالک الافهام شهید ثانی، ج ۱، ص ۴۲۱، افست قم؛ به سؤال و پاسخ انجام شده از کمیسیون حقوقی شورای عالی قضائی توجه فرمائید:

سؤال- در صورتی که مهریه زوجه حال باشد با عدم قدرت زوج از پرداخت مهریه به صورت نقد، و کسر نمودن از حقوق به طور اقساط، آیا زوجه تا وصول کلیه مهریه حق امتناع از تمکین دارد، و در صورت امتناع، حق نفقه دارد یا خیر؟
جواب- تا وصول مهریه حق امتناع از تمکین و استحقاق نفقه را با توجه به ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی دارد. (شماره اول جزوه سؤالات ص ۳۰).

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۴۷

تمکین با مجوز قانونی صورت گرفته لذا مسقط نفقه نخواهد بود.

در خاتمه این بحث لازم به تذکر است که احکام فوق هر چند از قواعد حاکم بر معاوضات اتخاذ گردیده، و نکاح نیز در خصوص

مهر به معاوضات مالی ملحق است ولی با توجه به تمایزات ماهوی نکاح با سایر معاملات معوضه مستند فقهی اصلی و اساسی در این مسأله اجماع است (۱).

مسأله- آیا زوجه می‌تواند از سکنی گزیدن در مسکنی که زوج برای او معین کرده، تا پیش از پرداخت مهر، خودداری کند یا خیر و در صورت جواز آیا می‌تواند حق سکنای مدت امتناع را جزء نفقه خویش مطالبه نماید؟

بنظر می‌رسد که زوجه هر چند می‌تواند مادام که مهر را دریافت نداشته است از سکونت در مسکنی که شوهر تهیه نموده خودداری کند و اگر چنین کرد ناشزه محسوب نمی‌شود تا زوج بتواند از ادای نفقه سر پیچی کند، ولی این امر موجب آن نمی‌شود که زوجه بتواند حق سکنای خویش را مطالبه نماید، زیرا همانند آن است که در همین مدت (امتناع از وظائف زناشویی برای گرفتن مهر) زوج سهمیه غذا و لباس و سایر موارد نفقه زوجه را در اختیار او بگذارد ولی او مصرف نکند و بعداً مطالبه نفقه نماید، و بدیهی است که چنین حقی را نخواهد داشت و به عبارت دیگر عدم تمکین زوجه قبل از پرداخت مهر هر چند نشوز محسوب نمی‌شود تا موجب سقوط نفقه گردد، ولی این نکته به آن معنی نیست که اگر زوج نفقه را در اختیار او نهاد او می‌تواند مصرف نکند و سپس مطالبه جبران خسارت نماید.

ضمناً باید توجه داشت که چنانچه زوجه در مسکنی که شوهر معین کرده منزل نماید، تمکین محسوب نمی‌شود تا مشمول ماده آتیه گردد زیرا منظور از تمکین که در متون فقهی آمده عبارت است از آنکه زوجه خویش را برای استمتاع در

(۱) رجوع شود به مسالک الافهام، ج ۱، افسست قم، ص ۴۲۱ به بعد؛ جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۴۱ به بعد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۴۸

اختیار زوج قرار دهد و آنچه در قانون مدنی نیز آمده (انجام وظائف زناشویی) به همین معنی است، و لذا صرف حضور در اقامتگاه شوهر تمکین محسوب نخواهد شد. ما در آینده خواهیم گفت که مفهوم تمکین نقطه مقابل نشوز نیست، بلکه عدم نشوز اعم است از تمکین.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۴۹

سقوط حق امتناع

اشاره

ماده ۱۰۸۶ قانون مدنی: «اگر زن قبل از اخذ مهر به اختیار خود به ایفاء وظائفی که در مقابل شوهر دارد قیام نمود، دیگر نمی‌تواند از حکم ماده قبل استفاده کند، مع ذلک حقی که برای مطالبه مهر دارد ساقط نخواهد شد».

در شرح ماده قبل در شماره ۳ گفتیم که چنانچه از جانب یکی از طرفین تسلیم انجام گیرد و طرف دیگر از تسلیم خودداری کند، حق حبس و امساک او ساقط خواهد شد. طبق قاعده، این موضوع در نکاح هم سریان دارد، ولی سخن در این است که تسلیم از ناحیه زوجه به چه چیز تحقق می‌یابد؟

در خصوص این نکته دو تحلیل ممکن است بیان گردد: اول اینکه هم چون سایر معاوضات منظور از قبض تسلیم تام و تمام عوض است، و چون در نکاح بضع چیزی است که باید تسلیم شود، لذا با یک بار نزدیکی تسلیم محقق نمی‌گردد و بضع تحت ید زوج در نمی‌آید.

مطابق این تحلیل زوجه حتی پس از نزدیکی (یک بار و یا چند بار) چنانچه هنوز مهر را دریافت نکرده حق خودداری از تمکین

دارد و می‌تواند تمکین خود را موکول به تسلیم مهر نماید. شیخ طوسی در نهاییه و مبسوط و نیز شیخ مفید و بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۵۰

بعضی دیگر از قدما بر این عقیده‌اند «۱».

تحلیل دوم که قوی‌تر بنظر می‌رسد، این است که وطی در نکاح بمنزله قبض در سایر معاوضات است، و لذا با نزدیکی مهر استقرار می‌یابد.

مطابق این تحلیل که مورد نظر مشهور فقها می‌باشد ۲، و قانون مدنی نیز از آن پیروی نموده است، زوجه پس از یک بار نزدیکی دیگر نمی‌تواند از حق حبس استفاده نماید.

[چند مسأله (وضعیت حق امتناع در فروض نزدیکی قهری، مهر مؤجل، مهر اقساطی)]

مسأله ۱- اگر نزدیکی با اجبار و تهدید زوج انجام گیرد آیا حق حبس زوجه ساقط خواهد شد؟ بنظر می‌رسد که هر چند خواه ناخواه یک سلسله آثار بر نزدیکی مترتب می‌گردد، مانند استقرار مهریه، ولی نمی‌توان گفت که حق حبس از قبیل آثاری است که با انجام نزدیکی با اجبار ساقط شود ۳.

مسأله ۲- هرگاه مهر مؤجل باشد، ولی قبل از فرا رسیدن اجل زوجه عصیاناً از تمکین خودداری نماید تا اجل فرا رسد، در این موقع آیا زوجه می‌تواند از تمکین خودداری کند یا خیر؟

ممکن است گفته شود که هر چند قبل از فرا رسیدن اجل و حال شدن مهر، زوجه از انجام وظائف زناشوئی تخلف کرده، و از این جهت عصیان نموده، ولی به هر حال در موقعیت کنونی، مانند موردی است که مهریه حال باشد و بنابراین زوجه همانند آن مورد، حق حبس خواهد داشت.

ولی بنظر می‌رسد که تحلیل فوق مخدوش است زیرا زوجه با قبول تأجيل مهر، حق استفاده از امتناع را از خویش ساقط نموده است و موجبی برای ثبوت مجدد آن وجود ندارد.

مسأله ۳- هرگاه مهر بطور اقساطی باشد، زوجه نمی‌تواند از تمکین خودداری کند و چنانچه در بعضی اقساط زوج در رعایت مدتهای تعیین شده تخلف ورزد زوجه نمی‌تواند پس از آنکه قبلاً تمکین نموده، از انجام وظائف خودداری نماید.

(۱) (۱ و ۲ و ۳) جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۴۵؛ مسالک الافهام، شهید ثانی، ج ۱، ص ۴۳۲.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۵۱

مفوضه البضع و مفوضه المهر

اشاره

ماده ۱۰۸۷ قانون مدنی: «اگر در نکاح دائم مهر ذکر نشده یا عدم مهر شرط شده باشد نکاح صحیح است و طرفین می‌توانند بعد از عقد مهر را به تراضی معین کنند و اگر قبل از تراضی بر مهر معین بین آنها نزدیکی واقع شود زوجه مستحق مهر المثل خواهد بود».

ماده ۱۰۸۸ قانون مدنی: «در مورد ماده قبل اگر یکی از زوجین قبل از تعیین مهر و قبل از نزدیکی بمیرد زن مستحق هیچ گونه مهری نیست».

ماده ۱۰۸۹ قانون مدنی: «ممکن است اختیار تعیین مهر بشوهر یا شخص ثالثی داده شود در این صورت شوهر یا شخص ثالث

می‌تواند مهر را هر قدر بخواهد معین کند».

ماده ۱۰۹۰ قانون مدنی: «اگر اختیار تعیین مهر به زن داده شود زن نمی‌تواند بیشتر از مهر المثل معین نماید».

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۵۲

نظر به ارتباط موضوعات، چهار ماده فوق یکجا مورد تحلیل قرار می‌گیرد.

مهر در نکاح رکن اصلی نمی‌باشد، لذا نکاح بدون ذکر مهر باطل نیست.

با قبول این مطلب مجموعاً سه شق ذیل قابل تصور است:

الف) مهریه در ضمن عقد قرار داده شود (مهر المسمی) حکم این صورت در موارد قبل بیان گردید.

ب) مهریه در ضمن عقد بکلی ذکر نشده باشد که چنین زوجه‌ای را «مفوضه البضع» گویند. حکم این صورت در ماده ۱۰۸۷ مذکور می‌باشد. در مورد «مفوضه البضع» طرفین می‌توانند بعد از انجام عقد نکاح مهریه را با توافق یکدیگر معین کنند که در این صورت مهر معین شده مهر المسمی خواهد بود.

هرگاه قبل از تعیین مهر و قبل از نزدیکی جدائی به علت فوت اتفاق افتد زن مستحق هیچ چیز نخواهد بود؛ مدلول ماده ۱۰۸۸ همین مطلب است؛ جدائی به علت طلاق در ماده ۱۰۹۳ بیان گردیده است.

ج) تعیین مهر در اختیار زوج یا زوجه و یا شخص ثالث قرار داده شده باشد چنین زنی را «مفوضه المهر» نامند.

اگر مهر به اختیار زوج یا شخص ثالث قرار داده شده باشد او برای تعیین مهر محدودیتی از نظر حد اقل و حد اکثر نخواهد داشت، و هر چیزی که مالیت داشته باشد می‌تواند مهر قرار گیرد. زیرا مهر حق زوجه است و چون خودش این اختیار را به شوهر یا شخص ثالث داده است، لذا چنانچه مهر را به مقدار کمتر از مهر المثل تعیین نماید، ضرری است که زوجه خودش اقدام نموده و به آن توافق کرده است.

ولی اگر اختیار تعیین مهر به زوجه داده شود او از نظر حد اقل محدودیتی ندارد، لیکن از نظر حد اکثر قانون مدنی در ماده ۱۰۹۰ مقرر داشته که زوجه نمی‌تواند بیش از مهر المثل تعیین نماید، اما آنچه در فتاوی فقهاء دیده می‌شود

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۵۳

حد اکثر اختیار زوجه در این فرض مهر السنه، یعنی پانصد درهم است «۱».

فقهاء در این مسأله اجماع دارند، روایت زراره نیز دال بر همین موضوع است. حضرت باقر (ع) به موجب این روایت تفاوت میان حالتی که داور مهر زوج باشد، که در تعیین مقدار آزاد است، با حالتی که داور زوجه باشد، که در حد اکثر محدود به مهر السنه می‌باشد، را چنین توجیه نموده‌اند ... وقتی شوهر زن را داور مهر قرار دهد نمی‌تواند از مقداری که رسول الله (ص)، سنت قرار داده و زنان خویش را با همان مقدار ازدواج کرده تجاوز نماید؛ ولی اگر زن، شوهر را داور قرار دهد، باید هر آنچه را که او معین می‌کند، کم یا زیاد بپذیرد «۲». و بر مدلول روایت فوق اجماع فقهاء منعقد گردیده است.

نقد و بررسی

معلوم نیست که قانون مدنی به چه جهت از آنچه که فقهاء باتفاق آراء معین نموده‌اند (مهر السنه) پیروی نکرده و جای این سؤال است که چنانچه پایبندی به مدلول اجماع نداشته، و دلالت روایت مشار الیه را مخدوش بدانیم و در نتیجه دست از فتوای فقهاء برداریم، چه جهتی دارد که میان دو حالت فوق الذکر تفاوت گذاریم، در حالی که قواعد و اصول حقوقی خلاف آن را اقتضاء دارد؟

ولی به هر حال به موجب قانون مدنی، چنانچه زوجه داور در تعیین مهر باشد و وی بیش از مهر المثل معین کند، اگر شوهر مقدار

معین شده را بپذیرد مشکلی بوجود نخواهد آورد و باید همان را که پذیرفته به عنوان مهر المسمی بپردازد. اما اگر آن را نپذیرد و به دادگاه مراجعه شود، دادگاه باستناد ماده ۱۰۹۰ با تعیین کارشناس، مهر المثل را معین و به همان مقدار مهر را تقلیل داده و زوج ملزم به پرداخت همان

(۱) شرایع الاسلام و جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۶۸؛ مناهج المتقین ممقانی، افست قم، صفحه ۳۷۲؛ تحریر الوسیله، امام خمینی، فصل مهر؛ شرح لمعه، جلد دوم، ص ۹۹.
(۲) وسائل، کتاب نکاح، باب ۲۱ از ابواب مهوور.
بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۵۴
مقدار خواهد بود.

[چند مسأله]

مسأله ۱- هرگاه تعیین مهر به زوج یا زوجه یا شخص ثالث واگذار گردد (مفوضه المهر)، چنانچه بعد از تعیین مهر طلاق انجام یابد، همانند موردی که عقد دارای مهر المسمی بوده عمل خواهد شد، یعنی قبل از نزدیکی نصف و بعد از آن، تمامی آن را زوج باید پرداخت نماید. اما اگر قبل از تعیین مهر طلاق انجام گیرد دآوری باطل نمی گردد، و بلکه داور پس از طلاق مهر را تعیین نموده و سپس همانند صورت پیش عمل می گردد، و چنانچه داور از انجام وظیفه خویش امتناع ورزد، دادگاه او را الزام خواهد کرد «۱».
حکم صورت فوق را قانون مدنی بیان نداشته و مدلول ماده ۱۰۹۳ که در آینده مطرح خواهد شد مربوط به «مفوضه البضع» است نه «مفوضه المهر» که مفروض در ما نحن فیه می باشد.

مسأله ۲- چنانچه زوجه داور مهر باشد و از دآوری امتناع ورزد، دادگاه او را الزام می کند و اگر امکان الزام او وجود نداشته باشد، تعیین مهر موقوف خواهد ماند و موکول به تعیین زوجه خواهد شد. البته اگر قبل از تعیین، طلاق وقوع یابد مطابق حکم مسأله ۱ عمل می شود.

ولی چنانچه زوج داور مهر باشد دادگاه او را الزام نموده و اگر الزام وی میسر نگردد، در صورت مطالبه زوجه دادگاه به قائم مقامی زوج مهر را معین خواهد نمود «۲».

مسأله ۳- در صورتی که دآوری مهر به زوج و یا زوجه واگذار گردیده باشد، چنانچه داور قبل از نزدیکی و قبل از تعیین مهر فوت نماید، مستندا به روایت محمد بن مسلم «۳» مهر المتعه مقرر می گردد و در صورتی که بعد از نزدیکی فوت داور

(۱) مناهج المتقین، ص ۳۷۲؛ شرح لمعه، ج ۲، ص ۹۹.

(۲) مناهج المتقین، ممقانی، صفحه ۳۷۲.

(۳) وسائل، کتاب نکاح، باب ۲۱ از ابواب مهوور؛ شرح لمعه، ج ۲، ص ۹۹.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۵۵

اتفاق افتد و هنوز مهر تعیین نشده باشد، در این صورت اگر داور زوج بوده «مهر المثل» مقرر می گردد، ولی اگر زوجه داور بوده «مهر السنه» مقرر می شود «۱»؛ این فتوای مشهور فقهاء است.

در همین فرض اگر قبل از تعیین شدن مهر توسط داور، طرف دیگر فوت کند، داور موظف است پس از انحلال نکاح به علت فوت، مهر را تعیین نماید زیرا حکم دآوری او مقید به حضور طرف مقابل نبوده بلکه از این نظر اطلاق دارد، و به دیگر سخن،

تفویض حق تعیین مهر به داور در ضمن عقد نکاح انجام گرفته، و مرگ طرف مقابل نمی‌تواند موجب بطلان اختیار او گردد، و قاعده استصحاب نیز همین موضوع را اقتضا می‌کند «۲».

قانون مدنی حکم صورت جدائی بعثت مرگ قبل از نزدیکی و قبل از تعیین مهر در مورد «مفوضه البضع» را به موجب ماده ۱۰۸۸ بیان داشته ولی در مورد «مفوضه المهر» به سکوت برگزار نموده است، و نمی‌توان هم هر دو صورت را همانند دانست، زیرا در صورت نخستین، زن خود را مجاناً تسلیم نموده و حال آنکه در صورت اخیر برای تعیین مهر داور معین کرده است.

مسأله ۴- هرگاه در ضمن عقد، مبلغی بعنوان مهر تعیین شده باشد، و پس از گذشتن مدتی طرفین با توافق مبلغی را بر مهریه بیفزایند، آیا پرداخت مبلغ مزبور توسط زوج الزامی است؟

جواب- زوجه زائد بر آنچه در عقد ذکر شده حق مطالبه ندارد مگر آنکه یکی از عقود لازمه زوج متعهد شده باشد که آن راپردازد یا در مقابل چیزی که مالیت دارد تعهد نموده باشد «۳».

(۱) منهاج الصالحین، جلد دوم، ص ۳۰۴.

(۲) شرح لمعه، جلد دوم، ص ۹۹.

(۳) مجمع المسائل، جلد ۲، ص ۱۷۹.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۵۶

نحوه تعیین مهر المثل

ماده ۱۰۹۱ قانون مدنی: «برای تعیین مهر المثل باید حال زن از حیث شرافت خانوادگی و سایر صفات و وضعیت او نسبت به امثال و اقربان و اقارب و همچنین معمول محل و غیره در نظر گرفته شود».

آنچه که موجب جلب توجه و مایه رغبت و عدم آن در عرف است، در تعیین مهر المثل مورد عنایت و نظر قرار می‌گیرد، و اختصاص به عناوین خاصی ندارد.

عناوین اشاره شده در متن ماده فوق برخی از مصادیق آن است، و لذا قانون‌گذار با کلمه و «غیره» حد و حصر را از آن منتفی ساخته است.

مبنای فقهی تعیین مهر المثل چیزی جز روایات واصله به مضمون ... «لها صداق نساءها» «۱» و چند روایت دیگر متقارب همین عبارت نمی‌باشد. یعنی زنی که بدون مهر المسمی عقد شده چنانچه پس از نزدیکی او را طلاق دهند مهر او به اندازه مهر زنان مماثل و اقربان اوست. فقها باستناد مضمون فوق چنین نظر داده‌اند که در

(۱) وسائل الشیعه، باب ۱۲ از ابواب مهور.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۵۷

تعیین مهر ویژگیهای اخلاقی و خانوادگی و ارزشهای علمی از نظر داشتن مدارک علمی و هنری و یا معیارهای جسمانی، سن، زیبایی، بکارت و بالاخره آنچه که در عرف محل مایه افزایش مهر و یا کاهش آن است، باید مورد نظر ارزیابان قرار گیرد.

قانون مدنی برای مهر المثل سقفی معین نکرده و در این جهت از یکی از دو قول موجود میان فقهاء تبعیت نموده «۱»، و قول دیگر آن است که مهر المثل نباید از مهر السنّه (پانصد درهم) تجاوز نماید «۲»، و چون قول دوم توسط بسیاری از فقهای بزرگ ابراز گردیده، لذا احتیاط در مصالحه مازاد است «۳».

مسأله - چنانچه میان زمان عقد و زمان نزدیکی فاصله باشد و در این فاصله به جهتی از جهات «مهر المثل» تفاوت نماید معیار ارزیابی چه زمانی است؟

مجموعاً سه نظر در فقه مطرح است:

(۱) بالاترین مقدار از زمان عقد تا زمان نزدیکی.

(۲) زمان عقد.

(۳) زمان نزدیکی.

قول اول به «فقه‌های عامه» منتسب است؛ «صاحب جواهر» بر قول سوم نظر دارد «۴»، با این توجیه که زمان نزدیکی زمانی است که مهر در ذمه زوج ثابت می‌گردد؛ و «علامه حلی» در قواعد الاحکام «۵» روز عقد را معیار سنجش دانسته است.

ممکن است در تأیید نظر علامه گفته شود که زوجه در حین عقد تمامی مهر را مالک می‌شود، پس باید همان زمان معیار باشد، ولی بنظر می‌رسد این استدلال

(۱) شهید اول و شهید ثانی، متن و شرح لمعه، جلد ۲، ص ۹۸.

(۲) محقق و صاحب جواهر، متن شرایع و جواهر الکلام، جلد ۳۱، ص ۵۴.

(۳) تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۹۸.

(۴) جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۵۳.

(۵) به نقل از جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۵۳.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۵۸

مخدوش و قول صاحب جواهر اقوی می‌باشد. زیرا آنچه نصوص دلالت بر آن دارد آن است که چنانچه مهر در عقد مورد تسمیه و قرارداد باشد، زوجه از زمان عقد مالک تمامی آن می‌گردد، و به عبارت دیگر، مالک شدن زوجه نسبت به تمامی مهر در مورد مهر المسمی مسلم است، و در موردی که مهریه در ضمن عقد قرار داده نشده و قبل از تراضی و توافق نزدیکی انجام گرفته، دلیلی بر مالکیت زوجه از زمان عقد وجود ندارد، و بالعکس از نصوص واصله می‌توان استنباط کرد که نزدیکی قبل از تعیین مهر موجب مهر المثل است و لذا باید معیار زمان نزدیکی باشد.

از قانون مدنی نیز می‌توان همین نظر را استنباط کرد، زیرا ماده ۱۰۸۲ ظهور در مهر المسمی دارد، و ذیل ماده ۱۰۸۷ بیانگر آن است که نزدیکی قبل از تعیین مهر موجب مهر المثل است، و از این می‌توان نتیجه گرفت که نظر قانون‌گذار آن است که زمان نزدیکی در غیر مورد مهر المسمی، زمان ایجاد ضمان است.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۵۹

وقوع طلاق قبل از نزدیکی

ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی: «هرگاه شوهر قبل از نزدیکی زن خود را طلاق دهد مستحق نصف مهر خواهد بود و اگر شوهر بیش از نصف مهر را قبلاً داده باشد حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا مثلاً یا قیمتاً استرداد کند».

همانطور که قبلاً گفته شد، با انجام عقد زوجه مالک تمامی مهر می‌گردد، و چنانچه طلاق قبل از نزدیکی صورت گیرد نیمی از مهر المسمی به ملکیت زوج مسترد می‌گردد، و اگر ملک مشاع باشد بالمناصفه مشاعاً شریک خواهند شد و اگر در زمان طلاق، مهر هنوز پرداخت نگردیده زوج مدیون به نیمی از آن خواهد بود.

مهری که بعد از عقد با تراضی و توافق قرار داده می‌شود و یا موردی که باختیار زوج و یا زوجه و یا شخص ثالثی قرار داده شده چنانچه بعد از تعیین هر یک از مراجع مزبور طلاق انجام شود بدون آنکه نزدیکی وقوع یافته باشد، از این نظر همانند مهری است که در حین عقد معین گردیده است.

لازم به ذکر است که در فرض فوق چنانچه عین تسلیم شده به عنوان مهر در دست زوجه تلف و یا از ملکیت او به دیگری منتقل شده باشد، پس از انجام طلاق،

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۶۰

زوجه موظف است در مثالیات نیمی از مثل آن را، و در قیمیات، قیمت نصف آن را به زوج پرداخت نماید.

تبصره ۱- نمائات مهر: با توجه به بیانی که فوقاً اشاره شد، حکم نمائات منفصل معلوم است و چیزی از نمائات منفصل مانند نتاج گوسفند و یا شیر آن و یا اجاره منزل به زوج تعلق نمی‌گیرد، زیرا تمامی مهر از حین عقد در ملکیت زوجه قرار گرفته است. بنابراین نمائات منفصله حاصله متعلق به زوجه است و با طلاق نیمی از همان چیزی که در زمان عقد دریافت داشته است، یعنی فقط اصل مهریه را، پس می‌دهد. ولی اگر حیوان چاق شده است (نمائات متصل) نیمی از همان عین به شوهر بازمی‌گردد و نمائات متصله نیز طبعاً به نسبت نیم همراه سهم زوج قرار می‌گیرد.

تبصره ۲- هرگاه مهریه توسط زوجه مصرف و یا از ملکیت او منتقل شده باشد و قیمت امثال آن از زمان عقد تا زمان تسلیم متغیر بوده و ترقی یا تنزل داشته باشد، در این صورت نیمی از قیمت مهر با احتساب نازلترین نرخ آن در طول فاصله این دو زمان، بعهد زوجه می‌باشد؛ زیرا افزایش در ملک زوجه ایجاد شده و لذا از آن او محسوب است و وی ضامن بیش از آن نخواهد بود.

تبصره ۳- هرگاه عین در ید زوجه معیوب شده باشد نیمی از عین معیوب به ضمیمه «ارش» نصف به زوج مسترد می‌گردد.

تبصره ۴- هرگاه زوجه قبل از طلاق ذمه زوج را بکلی بری نموده باشد، پس از وقوع طلاق زوج می‌تواند نیمی از مهر را مطالبه کند هر چند که چیزی نپرداخته است. توجیه این مسأله روشن است زیرا زوجه هنگام ابراء، مالک تمامی مهر بوده، و آن را یکجا به زوج واگذار نموده، و طلاق موجب جدیدی است برای مالکیت زوج نسبت به نصف مهر «۱».

(۱) برای توضیح بیشتر نسبت به مسائل فوق رجوع شود به: جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۸۰ به بعد؛ شرح لمعه دو جلدی، جلد دوم، صفحه ۱۰۰ به بعد؛ جامع الشتات قمی، ص ۴۸۱.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۶۱

مهر المتعه

ماده ۱۰۹۳ قانون مدنی: «هرگاه مهر در عقد ذکر نشده باشد و شوهر قبل از نزدیکی و تعیین مهر زن خود را طلاق دهد زن مستحق مهر المتعه است و اگر بعد از آن طلاق دهد مستحق مهر المثل خواهد بود».

مقدمتاً ذکر این نکته لازم است که محتوای ماده فوق تنها موضوع ماده ۱۰۸۷ قانون مدنی می‌باشد، یعنی فقط متعرض «مفوضه البضع» شده است و نسبت به مفوضه المهر موضوع ماده ۱۰۸۹ شمول ندارد، کما اینکه از متن عبارت این ماده و مجانست آن با ماده ۱۰۸۷ این نکته بخوبی معلوم می‌گردد. و اینک به شرح ماده می‌پردازیم:

در مورد طلاق زنی که در ازدواج او مهر ذکر نشده (مفوضه البضع) چهار فرض قابل تصور است:

الف) بعد از نزدیکی و بعد از تعیین مهر طلاق واقع شود.

ب) بعد از نزدیکی و قبل از تعیین مهر طلاق واقع شود.

ج) قبل از نزدیکی و قبل از تعیین مهر طلاق واقع شود.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۶۲

د) قبل از نزدیکی و بعد از تعیین مهر طلاق واقع شود.

در صورت الف، زوج پس از طلاق ملزم به پرداخت تمامی آنچه که معین کرده می‌باشد، که البته این ماده در مقام بیان حکم این فرض نیست.

در صورت ب، زوج «مهر المثل» خواهد پرداخت، حکم این صورت در ذیل ماده فوق مذکور است.

در صورت ج، زوج «مهر المتعه» پرداخت خواهد نمود، حکم این صورت نیز در ماده مورد بحث بیان شده است.

در صورت د، زوج ملزم به پرداخت یا تسلیم نصف آنچه بعنوان مهر معین کرده‌اند خواهد بود، این صورت نیز در ماده مورد بحث مطرح نگردیده و ملاکا داخل در ماده پیش است؛ یعنی باید نصف مقدار معین شده پرداخت شود.

مجدداً متذکر می‌گردیم که حکم این ماده در مورد مَفْوْضَةُ الْبُضْعِ است و در مورد مَفْوْضَةِ الْمَهْرِ بنظر ما با انجام طلاق اختیار داور سلب نمی‌شود و لذا باید پس از انجام طلاق، داور مهر را تعیین و زوج نیمی از آن را در صورت وقوع طلاق قبل از نزدیکی، و تمامی آن را بعد از نزدیکی پرداخت کند. (رجوع شود به ص ۲۵۴ مسأله ۱). البته چنانچه داور قبل از تعیین مهر فوت کند و طلاق قبل از نزدیکی اتفاق افتد، استثنائاً همانند مَفْوْضَةِ الْبُضْعِ، مهر المتعه مقرر گردد (ص ۲۵۴ مسأله ۳).

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۶۳

نحوه تعیین مهر المتعه

اشاره

ماده ۱۰۹۴ قانون مدنی: «برای تعیین مهر المتعه حال مرد از حیث غنا و فقر ملاحظه می‌شود».

با توجه به مفاد ماده قبل، «مهر المتعه» مهری است که در فرض وقوع طلاق قبل از تعیین مهر و قبل از نزدیکی بعهده مرد قرار می‌گیرد، و اختصاص به جدائی از طریق طلاق دارد و چنانچه جدائی از طریق فوت یا فسخ انجام گیرد چنین مهری بر ذمه زوج نخواهد آمد «۱».

در تعیین مهر المتعه، درست عکس مهر المثل که حال زن مورد ارزیابی قرار می‌گرفت، حال مرد از نظر غنا و فقر ملاک قرار می‌گیرد. چنانچه فردی متمکن باشد چیزی ارزشمند می‌دهد و چنانچه مستمند باشد ملزم به تحویل شیئی ارزان قیمت خواهد بود.

بررسی فقهی

پرداخت مهر المتعه از ناحیه زوج به نظر فقهای امامیه الزامی است، ولی به

(۱) شرایع الاسلام و جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۵۷.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۶۴

نظر علمای عامه امری مستحب است «۱». مستند فقهاء امامی برای این فتوی کتاب و سنت متواتره می‌باشد.

از کتاب خدا به آیه شریفه زیر تمسک شده:

لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَ تَعُوْهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَ عَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ

حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (۲).

یعنی: بزهی نیست بر شما اگر زنان را قبل از نزدیکی و قبل از قرار دادن مهریه، طلاق دهید و متعه دهید آنان را با متاعی نیک بر شخص متمکن به اندازه خویش و بر مستمند به اندازه خویش، این امر وظیفه‌ای است بر نیکوکاران. از سنت نیز به روایات بسیار زیادی تمسک شده، که اگر بعد متواتر نباشد لااقل مستفیض می‌باشد (۳).

فوت زوجه قبل از تعیین مهر

اگر زوج قبل از نزدیکی مادام که مهر تعیین نشده فوت کند، زوجه حق مطالبه مهر المتعه ندارد. مستند این فتوی روایتی از امام صادق (ع) است که حلبی از آن حضرت نقل کرده و متضمن همین مضمون است (۴). علمای عامه در همین مورد مستندا به روایت ضعیفی که از رسول الله (ص) نقل شده (۵) قائل به لزوم مهر المثل می‌باشند، ولی قبلا گفتیم نزدیکی موجب مهر المثل است و مادام که نزدیکی وقوع نیافته مهر المثل به عهده زوج مقرر نمی‌گردد، و لذا نظر عامه مردود است.

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۵۱؛ مناهج المتقین، ممقانی، ص ۳۶۴.

(۲) سوره بقره، آیه ۲۳۶.

(۳) وسائل الشیعه، بابهای ۴۸ و ۴۹ و ۵۰ از ابواب مهوور.

(۴) وسائل الشیعه، باب ۵۸ از ابواب مهوور.

(۵) رجوع شود به سنن بیهقی، ج ۷، ص ۲۴۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۶۵

پس تفاوت میان انحلال نکاح بوسیله طلاق با حالت جدائی بوسیله فوت در مورد «مفوضه البضع»، که در صورت اخیر چیزی به عهده زوج نیست و در حالت قبلی مهر المتعه بعهدہ زوج می‌باشد، اولاً وجود نصوص و روایات است که بطور صریح لزوم پرداخت چیزی را در حالت وقوع جدائی با فوت نفی نموده است (روایت حلبی که فوقا اشاره شد)، و ثانیاً لزوم پرداخت مهر المتعه مسئله‌ای خلاف اصل است و قرآن مجید تنها در صورت وقوع طلاق آن را متذکر شده است (بقره ۲۳۶) و نامی از جدائی با مرگ بمیان نیاورده. لذا مورد منصوص و مصرح مهر المتعه لازم الاداء بوده و موارد دیگر لزومی نخواهد داشت.

قانون مدنی ایران هم به پیروی از فقه امامیه در ماده ۱۰۸۸ در صورت مرگ، مهر المتعه را نفی نموده، و در ماده ۱۰۹۳ فقط در مورد طلاق مهر المتعه مقرر داشته است.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۶۶

عدم ذکر مهر در نکاح منقطع

ماده ۱۰۹۵ قانون مدنی: «در نکاح منقطع عدم ذکر مهر در عقد موجب بطلان است».

قبلا گفته شد که یکی از تمایزهای اصلی نکاح منقطع با نکاح دائم این است که مهر در نکاح دائم رکن اصلی نیست ولی در نکاح منقطع رکن اصلی محسوب است، و لذا چنانچه در عقد منقطع مهر ذکر نشود نکاح باطل است. مبانی فقهی این وجه تمایز این است که نکاح منقطع، به موجب روایات و نصوص واصله، هر چند از مصادیق اجاره نیست و از جهاتی با اجاره متفاوت است ولی مشابهت زیادی با اجاره دارد، و لذا مهر در آن به منزله عوض در اجاره است و بنابراین شرط صحت است. از جمله آنکه امام (ع)

می‌فرماید: اَنْهَنْ مستأجرات «۱» - یعنی زنانی که به نکاح منقطع در می‌آیند (گویی) اجیر شده‌اند. و به این مضمون روایات متعددی وارد شده است «۲».

(۱) وسائل الشیعه، باب ۴ از ابواب متعه، حدیث ۲.

(۲) رجوع شود به جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۱۶۲.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۶۷

موت زوجه منقطعه

ماده ۱۰۹۶ قانون مدنی: «در نکاح منقطع موت زن در اثناء مدّت موجب سقوط مهر نمی‌شود و همچنین است اگر شوهر تا آخر مدّت با او نزدیکی نکند».

ماده فوق حاوی دو بخش است: اول اینکه در نکاح منقطع موت زن در اثناء مدّت موجب سقوط مهر نمی‌شود؛ دوم اینکه اگر شوهر تا آخر مدّت هم با زن نزدیکی نکند باز هم ملزم به پرداخت تمامی مهر خواهد بود.

مفاد بخش اول مطلق است و شامل موت زن قبل از نزدیکی هم می‌گردد، و با توجه به آنچه در صفحه ۲۳۵ این جزوه از قانون مدنی مطابق فتوای مشهور فقهاء استنباط کردیم مبنی بر اینکه در نکاح دائم موت زن و یا مرد قبل از نزدیکی موجب استقرار تمامی مهریه می‌گردد، بنابراین نکاح منقطع با نکاح دائم تفاوتی ندارد.

نهایت اینکه قانون مدنی در اینجا خصوص موت زن را متذکر گردیده و موت شوهر را مطرح ننموده، ولی به نظر می‌رسد که از این جهت مفهوم مخالف ندارد، زیرا قانون‌گذار آن را مسلّم و مفروض پنداشته است، مضافاً اینکه چنانچه مرگ زن موجب سقوط مهر نگردد، مرگ مرد، به طریق اولی، چنین خواهد بود. البته لازم به ذکر

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۶۸

است که بسیاری از فقهاء در نکاح منقطع مرگ زن را در اثناء مدّت قبل از نزدیکی موجب تنصیف مهر و پس از نزدیکی موجب سقوط به نسبت زمان دانسته‌اند «۱»؛ کما اینکه در مورد نکاح دائم مرگ زن یا شوهر قبل از نزدیکی به فتوای بسیاری از فقهاء امامی موجب تنصیف مهر است «۲». (قبلاً- در خصوص این مسأله صحبت شد). آن دسته از فقهاء که در خصوص نکاح منقطع بر خلاف مشهور مرگ زن را در اثناء مدّت موجب سقوط مهر به نسبت زمان باقی مانده دانسته‌اند نظرشان بر آن است که نکاح منقطع به موجب نصوص واصله از مصادیق عقد اجاره است و از احکام عقد مزبور پیروی می‌کند. ولی همانطور که قبلاً اشاره شد، هر چند این مضمون در روایات بسیاری آمده ولی با توجه به جنبه روحانی نکاح نمی‌توان آن را از مصادیق واقعی اجاره که از عقود معاوضی است محسوب داشت و کلیّه ضوابط اجاره را در آن جاری دانست.

مستند بخش دوم، آن است که از ادله و نصوص شرعیّه چنین برمی‌آید که زوجه در نکاح منقطع همانند نکاح دائم به محض وقوع عقد مالک تمامی مهر می‌گردد، و تنها عوامل ویژه‌ای است که موجب برگشت نیم و یا بخشی از مهریه به زوج می‌باشد. از قبیل هبه تمامی مدّت قبل از نزدیکی، و یا عدم تمکین زوجه پس از نزدیکی بدون عذر موجه، و بنابراین در غیر اینگونه موارد مجوزی جهت بازگشت بخشی از مهریه به زوج وجود ندارد «۳».

قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه در ذیل ماده فوق مقرر داشته است که چنانچه مدّت معین شده در عقد نکاح منقطع سپری گردد درحالی که شوهر با زن نزدیکی نکند، بدون آنکه ممانعتی از ناحیه زوجه سرزنش، زوج ملزم است که تمامی مهر را پرداخت نماید.

گذشته از اینکه چنانچه نکاح منقطع را در حکم عقود

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۱۶۹.

(۲) تحریر الوسیله، امام خمینی.

(۳) مآخذ قبل.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۶۹

معاوضی محاسبه نمائیم استفاده نبردن زوج از حق خود موجب سقوط حق زوجه نمی‌شود. بنابراین نکاح منقطع از این جهت با نکاح دائم تفاوت دارد.

تذکر: هرگاه زن بعد از نزدیکی قبل از پایانی مدّت ناشزه شود از مقدار مهر به نسبت مدّت کسر می‌گردد. فقها در توجیه این مسأله می‌گویند که هر چند در عقد منقطع با انجام نزدیکی تمامی مهر مستقر می‌گردد، ولی مالکیت او مشروط است به آنکه زن تا آخر مدّت از انجام تعهد نسبت به تمکین در مقابل زوج خودداری ننماید «۱».

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۱۶۶.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۷۰

حکم مهریه در صورت بذل مدّت

ماده ۱۰۹۷ قانون مدنی: «در نکاح منقطع هرگاه شوهر قبل از نزدیکی تمام مدّت نکاح را ببخشد باید نصف مهر را بدهد». کلمه «بخشیدن» در ماده فوق در مقابل واژه «هبه» از فقه اتخاذ گردیده ولی باید توجه داشت که احکام و ضوابط هبه که از عقود است در اینجا جاری نمی‌باشد و لذا بنظر نمی‌رسد نیازی به قبول داشته باشد بلکه منظور از هبه و یا بخشیدن آن است که زوج حقی را که داشته است اسقاط و یا ابراء می‌نماید. نظیر ابراء مقداری از مدّت اجاره اجیر توسط مستأجر. منظور از بخشیدن تمام مدّت قبل از نزدیکی، بخشیدن تمامی مدّت باقی مانده است از زمان هبه نه تمام مدّت از تاریخ عقد، بنابراین چنانچه حتی پس از انقضای مدّتی پس از عقد مادام که نزدیکی اتفاق نیفتاده است مدت باقیمانده را ببخشد بازهم مشمول این ماده خواهد بود «۱»، و قید قبل از نزدیکی بیانگر آن است که اگر بعد از نزدیکی زوج ما بقی مدّت را ببخشد چیزی از مهر کسر نمی‌شود.

مشهور فقها در این مطلب تردیدی ندارند ولی صاحب «جامع المقاصد» در مسأله تردید نموده است. «۲»

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۱۶۶؛ مسالک الافهام، شهید ثانی، ج ۱، ص ۵۰۲.

(۲) جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۱۶۷.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۷۱

کشف بطلان نکاح قبل از نزدیکی

ماده ۱۰۹۸ قانون مدنی: «در صورتی که عقد نکاح اعم از دائم یا منقطع باطل بوده و نزدیکی واقع نشده زن حق مهر ندارد و اگر مهر را گرفته شوهر می‌تواند آن را استرداد نماید».

گاهی ممکن است بعد از انجام عقد معلوم شود که به جهتی از جهات عقد باطل بوده است مانند آنکه آشکار شود که زوجه

خواهر زن زوج و یا از کسانی است که ازدواج با او ممنوع بوده است، در اینگونه موارد چنانچه بطلان عقد نکاح قبل از نزدیکی مکشوف گردد، زن حق مهر ندارد، نه مهر المسمی و نه غیر آن، هر چند که تمتعات غیر از نزدیکی مانند تقبیل هم انجام شده باشد، و اگر زوجه مهریه را دریافت کرده بایستی مسترد دارد.

این مسأله نزد فقها قطعی و جزء مسلمات محسوب می‌باشد و قواعد نیز همین امر را اقتضاء دارد، زیرا مهر لازمه عقد صحیح است و چون عقد باطل بوده لذا چیزی به عنوان مهر بر عهده زوج نخواهد آمد.

مقتضای قواعد آن است که چنانچه مهر قبل از کشف بطلان عقد در نزد زوجه تلف گردیده زوج مثل یا قیمت آن را مطالبه خواهد کرد (۱).

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۷۲

کشف بطلان نکاح بعد از نزدیکی

اشاره

ماده ۱۰۹۹ قانون مدنی: «در صورت جهل زن به فساد نکاح و وقوع نزدیکی زن مستحق مهر المثل است». در اینجا دو فرض متصور است:

الف) زن علم به فساد عقد داشته و عالماً مبادرت به ازدواج نموده است.

ب) زن علم به فساد عقد نداشته و جاهل بوده است.

در حالت «الف» زن زناکار محسوب می‌گردد و مهری طلبکار نمی‌باشد؛ و در حالت «ب» زن حق مطالبه مهر المثل دارد. حکم این دو حالت مطابق فتوای مشهور امامیه می‌باشد و قانون مدنی به متابعت از آنان حکم حالت ب را منطوقاً در این ماده بیان داشته و مفهوماً حکم حالت الف را رسانده است.

شیخ طوسی در تهذیب و نهایه، بر خلاف مشهور، معتقد است که هرگاه بعد از نزدیکی بطلان عقد مکشوف گردد آنچه که زن دریافت داشته مسترد نخواهد شد و آنچه تا آن لحظه دریافت نشده حق مطالبه نخواهد داشت، خواه زن عالم بوده یا جاهل، مستند ایشان روایت حفص از امام صادق (ع) است «۱» که حاوی همین

(۱) وسائل، ج ۱۴، ص ۴۸۲ (ابواب متعه حدیث ۱).

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۷۳

مضمون می‌باشد.

ولی مشهور با استناد به چند دسته دلائل (ذیل الذکر)، ضمن رد نظریه شیخ طوسی، نظریه خود را اثبات نموده‌اند.

دسته اول - روایاتی که بدین مضمون وارد شده است: لا مهر لبغی «۱» - زنا مهر ندارد.

دسته دوم - ادله‌ای که بیانگر آن است که بضع، در غیر صورت زنا، بدون مهر نمی‌باشد.

دسته سوم - ادله‌ای که قاعده معروف «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» را تحکیم می‌کند رساننده آن است که هر عقدی که صورت صحیح آن ضمان آور است، فاسد آن نیز ضمان آور می‌باشد. عموم این قاعده بر مورد بحث شمول دارد.

مشهور با توجه به دلائل ارائه شده نتیجه می‌گیرند که اولاً زنی که عالماً به فساد عقد اقدام به ازدواج نماید حق مطالبه مهر ندارد، زیرا که زناکار است و زنا مهر ندارد؛ و ثانیاً در صورت جهل مطالبه دارد، زیرا که وطی بصورت شبهه انجام شده و بهر حال در غیر

صورت زنا، بضع بدون ارزش نمی‌باشد، وانگهی از آنجا که اگر عقد به صورت صحیح واقع می‌شد مرد ضامن بضع بود حال که فاسدا انجام شده بنابراین نمی‌تواند بدون مهر باشد.

آنچه در مسأله قابل توجه است اینکه حکم ماده مورد بحث اختصاصی به عقد دائم ندارد، بلکه اعم است از دائم و منقطع، و بنابراین در عقد منقطع هم پس از مکشوف شدن بطلان عقد و جدا شدن زوجین، زن حق مطالبه مهر المثل را دارد هر چند که از مدت، مقدار زیادی باقی باشد، و در این جهت عقد منقطع از احکام اجاره پیروی نمی‌کند؛ زیرا اگر در اثناء مدت اجاره، عین مستأجره به واسطه حادثه‌ای کلاً یا بعضاً تلف شود اجاره از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ

(۱) سنن بیهقی، ج ۶، ص ۶ (توجه: عبارات مختلف است ولی مضمون همان است).

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۷۴

می‌شود (رجوع شود به ماده ۴۸۳ قانون مدنی).

توجیه فقهی این تفاوت، آن است که مستفاد از ادله چنین است که شرع مقدس به عهده شخصی که به غیر صورت حرام از بضع استفاده نموده، مهر المثل قرار داده هر چند نزدیکی بیش از یک بار هم صورت نگرفته باشد. البته میان فقهاء قول مخالف این نظر نیز وجود دارد «۱».

تذکر:

هرگاه در حین عقد مهر معین شده و زوجه تمامی آن را وصول کرده باشد، چنانچه پس از نزدیکی بطلان عقد کشف گردد، از آنجا که در این صورت زوجه طلبکار مهر المثل است لذا باید مقدار تعیین شده با مهر المثل مطابقت گردد، اگر بیشتر از مهر المثل است مازاد به شوهر مسترد گردد و اگر کمتر است زوج ما بقی آن را تکمیل نماید «۲».

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۱۷۲؛ مناهج المتقین، ممقانی، ص ۳۵۶.

(۲) تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۹۰.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۷۵

مهر مجهول، بی‌ارزش و ملک غیر

اشاره

ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی: «در صورتی که مهر المسمی مجهول باشد یا مالیت نداشته باشد یا ملک غیر باشد در صورت اول و دوم زن مستحق مهر المثل خواهد بود و در صورت سوم مستحق مثل یا قیمت آن خواهد بود مگر اینکه صاحب مال اجازه نماید». قبلاً ذیل بحث درباره مواد ۱۰۷۷ و ۱۰۷۸ گفتیم که مهر باید مالیت داشته و تا حدی که رفع جهالت طرفین بشود معلوم باشد. حال با توجه به مواد مقررۀ قبل، در اینجا سه حالت فرض گردیده که در همه آنها مهر باطل است، ولی آثار حقوقی مترتب بر آنها یکنواخت نیست.

(۱) مهر المسمی به علت مجهول بودن باطل باشد، مثل آنکه خانه‌ای را بدون مساحت و یا ذکر محل خانه و یا آنکه طرفین آن را مشاهده کرده باشند مهر قرار دهند.

۲) مهر المسمی به علت مالیت نداشتن باطل باشد، مثل آنکه زن و شوهر مسلمان خوک و یا شراب را مهریه قرار دهند.

۳) مهر المسمی به علت آنکه در ملکیت غیر شوهر بوده، و مالک آن رضایت

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۷۶

نداده است، باطل باشد.

قانون مدنی در صورت اول و دوم، زن را مستحق مهر المثل و در صورت سوم او را مستحق مثل و یا قیمت مهر المسمی دانسته است.

لازم به ذکر است که قانون مدنی، بدون آنکه میان قبل از نزدیکی و بعد از آن تفصیلی قائل شود، بطور مطلق گفته است که در صورت اول و دوم زوجه مستحق مهر المثل خواهد بود، و از ظاهر این ماده چنین استنباط می‌گردد که قانون‌گذار میان این مورد (بطلان مهر) با «مفوضه البضع» تفاوت قائل شده و علی‌رغم آنکه در آن گونه موارد برای زوجه پس از نزدیکی مهر المثل بود ولی قبل از آن زن چیزی را مالک نمی‌بود و تنها اگر طلاق قبل از نزدیکی واقع می‌شد زوج ملزم به پرداخت مهر المتعه بود، در مورد ما نحن فیه زوجه را با انجام عقد مطلقا مستحق مهر المثل دانسته است.

ولی تتبع انجام شده در منابع فقهی نشان می‌دهد که فقهاء تفاوتی میان مواردی که مهر باطل بوده با موارد «مفوضه البضع» ننهادند و در تمامی موارد گفته‌اند که با نزدیکی، مهر المثل به عهده زوج قرار می‌گیرد، و قبل از آن، زوجه مستحق دریافت چیزی نمی‌باشد؛ و چنانچه طلاق قبل از نزدیکی انجام شود زوج ملزم به پرداخت مهر المتعه خواهد بود «۱». لذا با توجه به منابع قانون بایستی ماده ۱۱۰۰ را به مورد بعد از نزدیکی حمل کنیم، و قبل از آن را همانند موردی که در عقد مهری معین نگردیده باشد محسوب داریم.

بررسی فقهی

از نظر فقه، فساد مهر المسمی می‌تواند معلول جهات زیر باشد:

الف) مالیت نداشتن - مانند آنکه در ازدواج بین دو مسلمان خوک و یا

(۱) شرایع الاسلام و جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۳۱؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۹۷ مسأله ۲ و ۳ و ص ۲۹۸ مسأله ۷؛ مناهج المتقین، ممقانی، ص ۳۱۸.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۷۷

شراب مهریه قرار گیرد. در مورد این صورت دو نظر در میان فقها وجود دارد؛ بعضی قائل به فساد عقدند «۱»، و دیگران به فساد مهر المسمی نظر داده‌اند «۲». مشهور با نظریه دوم موافقند و نظرشان را چنین توجیه می‌کنند که مهر رکن اصلی نکاح نیست، بلکه ارکان نکاح شخص زوجین هستند، لذا در عدم فساد عقد تردیدی نخواهد بود.

پیروان این نظریه اضافه می‌کنند مشهور فقها در این مورد معتقدند که در صورت وقوع نزدیکی مهر المثل به عهده زوج مقرر می‌گردد، با این توجیه که بطلان مسمی موجب بطلان تسمیه است پس قبل از نزدیکی چیزی بر عهده زوج نیست، اما با نزدیکی مهر المثل مقرر می‌گردد، زیرا وقتی احد عوضین باطل شود طرف مقابل موظف است که معوض را بازگرداند و چنانچه بازگشتن معوض امکان‌پذیر نباشد قیمت آن باید تحویل گردد، و در ما نحن فیه صداق باطل بوده و چون به علت صحت عقد نکاح بازگشتن عوض (بضع) امکان‌پذیر نیست بنا بر این باید قیمت آن، که مهر المثل است، پرداخت گردد.

مسأله - اگر چیزی را با اشاره مهر قرار دهند و بعدا معلوم گردد که مالیت نداشته، مثل آنکه محتویات صندوقی را که مورد اشاره بوده به عنوان متاع با ارزش مهر قرار دهند، و هنگام مصرف معلوم گردد که درون آن مشروبات الکلی است، در این صورت نیز

حکم فرض بالا جاری است و مهر المثل پس از انجام نزدیکی به عهده زوج قرار می‌گیرد.

(ب) جهالت - هرگاه ازدواج بر مهر مجهولی انجام شود، مانند آنکه با کلمات مبهم مهریه را ذکر کنند (نظیر چیز - شیء) عقد صحیح است ولی تسمیه باطل است، زیرا مجهول قابل تقویم نیست و بنابراین پس از عمل نزدیکی بر عهده زوج مهر المثل مقرر می‌گردد.

(۱) شیخ طوسی در نهاییه و مفید در مقنعه و ابن براج و ابو الصلاح (به نقل از ایضاح الفوائد ج ۳ ص ۲۰۱).

(۲) ابن جنید؛ شیخ طوسی در خلاف؛ علامه در قواعد و فخر المحققین در ایضاح الفوائد (مأخذ فوق).

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۷۸

(ج) مال غیر بودن - هرگاه زوج مالی را بعنوان مهریه معین نماید و بعدا معلوم شود که مال او نبوده است، چنانچه صاحب مال اجازه کند، بی گمان عقد و مهر المسمی صحیح و بلا اشکال است زیرا همانند بیع فضولی است که با اجازه صاحب مال تنفیذ خواهد شد. ولی اگر صاحب آن رضایت ندهد، عقد صحیح و مهر المسمی باطل است، ولی در اینکه چه چیز بر عهده زوج مقرر می‌گردد میان فقها دو نظر وجود دارد.

بعضی معتقدند مثل مهر المسمی در مثلیات، و قیمت در قیمیات مقرر خواهد شد. این نظر، که اکثر بر آنند «۱»، چنین توجیه می‌گردد که عقد بر روی ملک معینی انجام شده و چون فعلا عین آن به علت مالکیت غیر قابل تحویل نیست بایستی مثل یا قیمت آن تحویل گردد، و عینا همانند آن است که بعد از عقد قبل از قبض مرئه تلف شده باشد.

گروهی دیگر معتقدند «۲» که مهر المثل مقرر می‌گردد، زیرا از آنجا که مالک مال معین شده دیگری بوده و صداق قرار دادن مال غیر جائز نیست، لذا مهر المسمی باطل است، پس مانند صورتهای پیش است و باید مهر المثل مقرر گردد. قانون مدنی از نظریه نخستین پیروی کرده است.

(۱) علامه در قواعد؛ و نیز رجوع شود به: ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۰۲؛ شرایع الاسلام، محقق، ص ۱۹۳؛ وسیله النجاه، اصفهانی، ص ۲۶۵.

(۲) رجوع شود به جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۳۳.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۷۹

سقوط مهر با فسخ، قبل از نزدیکی

اشاره

ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی: «هرگاه عقد نکاح قبل از نزدیکی به جهتی فسخ شود زن حق مهر ندارد، مگر در صورتی که موجب فسخ عنن باشد که در این صورت با وجود فسخ نکاح، زن مستحق نصف مهر است».

فسخ نکاح گاه به علت تخلف شرط و یا وصف است (موضوع ماده ۱۱۲۸) و گاهی به علت عیوب (موضوع ماده ۱۱۲۱) و در هر یک از دو قسم گاه فسخ به تقاضای زوج انجام می‌شود و گاهی به تقاضای زوجه، در کلیه موارد یا فسخ قبل از نزدیکی انجام می‌شود، و یا بعد از آن.

در جمیع مواردی که نکاح قبل از نزدیکی فسخ شود، زن حق مهر ندارد، به جز یک صورت که آن عبارت است از آنکه نکاح به

عَلَّت وجود عنن (ناتوانی جنسی زوج) فسخ گردد که در این صورت زن مستحق نصف مهر است. آنچه قانون مدنی به موجب منطوق ماده فوق بیان داشته همین مقدار است و حکم صور فسخ پس از نزدیکی را بیان نداشته است. و اینک با توجه به منابع فقهی اجمالاً متذکر می‌گردیم.

فسخ نکاح پس از نزدیکی

۱) فسخ نکاح پس از نزدیکی چنانچه توسط زوج به علّت عیب زن انجام بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۸۰

شود، تمامی مهر المسمّی بر عهده وی مستقر می‌گردد. زیرا نزدیکی موجب استقرار مهر است و در این مورد حاصل شده است.

۲) هرگاه زن مرد را در ازدواج فریب دهد، و مرد پس از نزدیکی به عیوب موجب خیار واقف گردد، چنانچه مرد خیار فسخ را اعمال نماید و بقاء نکاح و زناشویی را ترجیح دهد، بایستی تمامی مهر را بپردازد، ولی در صورت اعمال خیار و انحلال نکاح، زوجه مستحق مهریه نمی‌باشد، و اگر قبلاً پرداخت نموده می‌تواند مسترد دارد «۱».

۳) هرگاه فریب دهنده زن نباشد بلکه کسان او و یا واسطه‌ای دیگر باشد مرد می‌تواند مهریه پرداخته به زن را از فریب دهنده مطالبه نماید. مستند حکم، قاعده غرور «۲» و روایات واصله «۳» در این باب است. در مورد خسارات غیر از مهر نیز قضیه از همین قرار است زیرا مستند حکم نسبت به خسارات دیگر نیز شمول دارد.

تذکر:

فریب تحقّق می‌یابد باینکه زنی خود را و یا دیگری او را برای کسی که تصمیم به ازدواج با او دارد به سلامتی توصیف نماید، بگونه‌ای که مرد در این امر گول بخورد و با گمان سلامتی مبادرت به ازدواج نماید؛ و گاهی فریب دادن با سکوت در مقام بیان نیز حاصل می‌گردد؛ البتّه این امر اختصاص به عیوب موجب خیار فسخ دارد و بر زوجه و کسان او لازم نیست که تمامی خصوصیات زن را در هنگام عقد ذکر کنند «۴».

(۱) رجوع شود به: جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۶۲؛ شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۰۸؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۹۵.

(۲) رجوع شود به کتاب قواعد فقه، بحث‌های نگارنده.

(۳) رجوع شود به وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۵۹۵ به بعد.

(۴) تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۹۶.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۸۱

فصل هشتم - در حقوق و تکالیف زوجین نسبت بیکدیگر

اشاره

رابطه زوجیت و حقوق حسن معاشرت و وظیفه تربیت سرپرست خانواده تأمین هزینه حدود نفقه سقوط نفقه مطلقه نفقه در عدّه وفات استنکاف از پرداخت نفقه منقطع حق انتخاب مسکن خوف ضرر برای زوجه تعیین محل سکونت توسط دادگاه منع زوجه از اشتغال حق تصرف زوجه در دارائی خود شروط ضمن عقد نکاح

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۸۳

رابطه زوجیت و حقوق

ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی: «همین که نکاح بطور صحت واقع شد، روابط زوجیت بین طرفین موجود، و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود».

نکاح فاسد هیچ گونه رابطه و یا حق و تکلیفی را ایجاد نمی‌کند، ولی در صورتی که نکاح با کلیه شرایط معتبره شرعی و قانونی واقع شود، به محض وقوع عقد:

الف) رابطه زوجیت بین طرفین ایجاد می‌گردد. زن زوجه مرد و مرد شوهر او محسوب شده و می‌توانند با یکدیگر ارتباط جنسی برقرار و از همدیگر استمتاع جویند. با برقراری روابط زوجیت کلیه احکامی که شرعا و قانونا بر این رابطه زناشویی و علقه زوجیت مترتب می‌باشد، ثابت و مستقر می‌گردد. مانند ثبوت حریمت بین خود زوجین و نیز میان آنها و آن دسته از خویشان و بستگان آنان که در قانون به آن تصریح شده است.

ب) حقوق و تکالیف متقابل میان زوجین برقرار می‌شود. رابطه میان حق و تکلیف از نوع رابطه متقابل است، یعنی همواره از یکسو حق و از سوی دیگر تکلیف

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۸۴

است. در ماده فوق غرض قانون‌گذار صرفا ذکر مقدمه‌ای است برای مواد بعد. در مواد پس از آن یک دسته حقوق برای زوج مقرر شده که زوجه مکلف به رعایت آنهاست. مانند حق ریاست زوج در خانواده که زوجه موظف به اطاعت و تبعیت از زوج است. دسته دیگر حقوقی است که برای زوجه قرار داده شده و زوج متقابلا موظف به انجام آنها است. مانند حق نفقه و مضاجعت (۱). دسته سوم وظایفی است که هر دو مشترکا موظف به انجام و رعایت آن می‌باشند. مانند سعی در تشیید و تقویت مبانی خانواده و حسن معاشرت و امثال آن که در آینده مورد بحث قرار خواهد گرفت.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۸۵

حسن معاشرت

ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی: «زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگرند».

در تعالیم اسلامی علاوه بر حقوق و وظایفی که هر فرد مسلمان نسبت به افراد دیگر دارد، هر یک از زن و شوهر نیز متقابلا از حقوق ویژه‌ای برخوردار و نسبت بهم تکالیفی بر عهده طرف مقابل خواهد داشت.

قرآن مجید در موارد مختلف نسبت به رابطه و پیوند زناشویی تعبیرات جالبی را بیان داشته است: «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً» - از نشانه‌های خداوند آن است که برای شما زنانی آفرید که با آنان آرامش یابید و میان شما عشق و مهربانی برقرار ساخت (۱)». و نیز در مورد حسن معاشرت می‌فرماید: «عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» - با همسرانتان با اخلاق نیکو معاشرت نمائید (۲)».

(۱) سوره روم، آیه ۲۱.

(۲) سوره نساء، آیه ۱۹.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۸۶

رسول الله (ص) در این خصوص چنین فرموده است: «اکمل المؤمنین ایمانا احسنهم خلقا و خیارکم خیارکم لنسائهم» - کاملترین

مؤمنان از حیث ایمان خوش خلق‌ترین آنهاست، و شایسته‌ترین شما آنهاست که با زنهایشان خوش رفتارترند» (۱). حضرت در مورد خوشرفتاری زنان در منزل نیز فرموده‌اند: «جهاد المرأة حسن التبعل - جهاد زن خوب شوهرداری است» (۲).

(۱) نهج الفصاحه، ش ۱۴۷۷.

(۲) وسائل الشیعه ابواب جهاد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۸۷

وظیفه تربیت

ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی: «زوجین باید در تشدید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود یکدیگر معاضدت نمایند». برخی از حقوق دانان می‌پندارند که ماده فوق صرفاً یک دستور اخلاقی نبوده و دارای ضمانت اجرایی قانونی است، که در صورت تخلف از طرف زوجه نشوز محسوب می‌گردد (۱).

ولی با توجه به منابع فقهی قانون مدنی، این مطلب صحیح بنظر نمی‌رسد، زیرا در فقه مصادیق نشوز کاملاً مشخص گردیده و صرفاً افعالی از قبیل سوء رفتار و ارتکاب اعمال ناروا یا عدم اطاعت زن از شوهر در امور واجب، از نظر فقهی نشوز محسوب شده است. عبارت دیگر خودداری از انجام اموری که بر وی واجب نیست نشوز بحساب نمی‌آید. بنابراین چون انجام خدمات منزل و مدیریت خانه و حتی تربیت اولاد از وظایف شرعی زن بحساب نیامده است، لذا چنانچه زن از تربیت فرزند خویش امتناع ورزد ناشزه محسوب نمی‌گردد. در نتیجه ماده مزبور جنبه اخلاقی تربیت را مطرح نموده است. البته تربیت بمعنای ولایت و حضانت بحث دیگری است که در جای خود خواهد آمد.

(۱) حقوق خانواده، دکتر لنگرودی، ص ۱۶۱.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۸۸

سرپرست خانواده

ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی: «در روابط زوجین ریاست خانواده از خصائص شوهر است».

اگر چه بموجب تعلیمات اسلامی هر یک از زن و مرد حقوقی نسبت به یکدیگر دارند، و هیچ کدام مجاز به تجاوز به حق دیگری یا خودداری از انجام وظائف و تکالیف خود و یا تعدی از حدود اختیارات خویش نیستند، اما در عین حال برای خانواده که خود یک جامعه کوچکی است، رئیس و سرپرست معین گردیده که این سمت و عنوان به مرد اعطاء شده است.

قرآن مجید در این خصوص می‌فرماید: «الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ - مردان بر زنان سرپرستی دارند» (۱) و نیز می‌فرماید: «وَالرِّجَالُ عَلَيْهِمْ دَرَجَةٌ - مردان نسبت به زنان رتبه‌ای دارند» (۲).

منظور از ریاست، تصمیم‌گیری نهائی در امور خانواده و مراعات مصالح آن بوده که بعضی از آنها را قانون‌گذار مشخص نموده است. مثلاً- انتخاب محل سکونت (۳)، انتخاب شغل زن (۴) و نظائر آن از اختیارات شوهر است. امّا مواردی که قانون پیش‌بینی نکرده مطابق عرف و عادت و رویه عقلانی مشخص و اعمال می‌شود.

(۱) سوره نساء، آیه ۳۴.

(۲) سوره بقره، آیه ۲۲۸.

(۳) ماده ۱۱۱۴، قانون مدنی.

(۴) ماده ۱۱۱۷، قانون مدنی.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۸۹

تأمین هزینه

ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی: «در عقد دائم نفقه زن بعهده شوهر است.»

از نظر اسلام تأمین هزینه خانواده و از جمله مخارج شخصی زن بعهده مرد است، و زن از این نظر هیچ گونه مسئولیتی ندارد. البته تأمین هزینه‌های شخصی زن توسط شوهر اختصاص به موردی ندارد که زن از تأمین آن عاجز باشد بلکه حتی اگر وی دارای ثروت کلانی هم باشد، الزامی ندارد که از اموال شخصی خود مخارج و مایحتاج خویش را تأمین نماید. وجوب نفقه جزء مسلمات فقه و حقوق اسلامی است، و بر آیات «۱» و روایات «۲» واصله مبتنی می‌باشد.

شرط وجوب نفقه دو چیز است:

۱- دائم بودن نکاح

۲- تمکین زوجه.

در زمینه هر یک از این دو شرط در مواد آینده به تفصیل سخن خواهیم گفت.

(۱) سوره بقره، آیه ۲۳۲؛ سوره طلاق، آیه ۷.

(۲) رجوع شود به وسائل الشیعه، باب ۱ از ابواب نفقات.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۹۰

حدود نفقه

اشاره

ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی: «نفقه عبارت است از مسکن و البسه و غذا و اثاث الیه که بطور متعارف با وضعیت زن متناسب باشد، و خادم در صورت عادت زن به داشتن خادم یا احتیاج او بواسطه مرض یا نقصان اعضا.»

در کتب فقهی نفقه زوجه در هشت چیز دسته‌بندی شده است:

۱ و ۲- نان و خورش به مقداری که سیر شود، و از نظر کمیّت و کیفیّت به شئون زن و عرف و عادت بستگی داشته و متناسب با زمان و مکان می‌باشد.

۳- لباس، که از نظر جنس و مقدار بستگی به عرف و عادت محل دارد.

۴- فراش، که منظور زیرانداز و وسائل استراحت است.

۵- وسائل طبخ و ادوات و ابزار آشپزی متناسب و متعارف.

۶- وسائل تنظیف و آرایش، فقها در این مورد وسائلی مانند شانه و موادی مانند دهن (کرم) را جزء نفقه ذکر کرده‌اند. ولی درباره لوازمی که جنبه تزئین اضافی دارد مانند عطریات و سرمه‌جات، به عدم لزوم آن تصریح نموده‌اند. برخی از

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۹۱

فقه‌ا خرج و هزینه حَمَام را نیز بعنوان نفقه نفی کرده‌اند «۱». اما اشتباه نشود که این موضوع نه به آن معناست که خرج نظافت جزء نفقه نیست، بلکه از آنجا که سابقاً چنین متداول بوده که افراد در منزل شستشو می‌کرده‌اند و رفتن به حَمَام مخصوص طبقه خاص و یا تنها در حالت‌های بخصوصی بوده، لذا مخارج حَمَام جزء مخارج اضافی محسوب می‌شده است. بنابراین در عرف فعلی علی‌الظاهر مخارج حَمَام اعم از آنکه برای غسل باشد یا برای تنظیف جزء نفقه واجب می‌باشد «۲».

۷- مسکن ملکی یا استیجاری و یا استعاری، که با شئون و احتیاجات زوجه از نظر محلّ و همچنین از نظر داشتن مرافق کافی متناسب باشد.

۸- خدمتکار، چنانچه زوجه از جهت شئون و شرافت خانوادگی در منزل پدرش دارای خادم بوده، و یا بعَلّت ابتلاء به بیماری نیازمند به خدمتکار می‌باشد. در این صورت مرد مخیر است که خادمی را اجیر کند، و یا آنکه خود به خدمت زن برخیزد و حوائج او را برآورد، و یا زن خودش داوطلبانه کارهای مربوط به خود را انجام دهد. که در صورت اخیر زن حقّ مطالبه نفقه خادم را ندارد «۳».

حقّ تعیین فرد خادم در صورت عدم توافق میان زوجین با کدامیک از آن دو است؟
علامه حلی معتقد است که نظر زن مقدم است، زیرا وی بهتر می‌داند که چه کسی می‌تواند خدمت او را انجام دهد. ولی محقق حلی و شهید ثانی معتقدند که اختیار تعیین با مرد است «۴».

ذکر این نکته ضروری است که بنظر می‌رسد نفقه اختصاص به امور هشتگانه فوق‌الذکر ندارد، و اگر نیازهای دیگری هم احیاناً وجود دارد مثل سوخت

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۳۳۵.

(۲) تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۱۶.

(۳) شرایع الاسلام در متن جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۳۳۷؛ شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۲۲.

(۴) جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۳۳۷؛ شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۲۲.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۹۲

فصل سرما که در دسته‌های فوق داخل نمی‌باشد، یقیناً جزء نفقه محسوب است. اما در مورد مخارج معالجه، فقها هزینه مداوای امراض عادی را جزء نفقه دانسته‌اند.

ولی نسبت به مخارج درمان امراض صعب‌العلاج که مستلزم هزینه‌های سنگین است تردید نموده‌اند. «۱»

ملاحظات:

۱- ایصال و تأدیة نفقه به زن به دو طریق صورت می‌گیرد:

الف- زن در خانه شوهر بر حسب عرف و عادت زندگی می‌کند، و هزینه زندگی از طعام و غیره توسط شوهر تأمین می‌گردد.

ب- زن نفقه خود را روزانه مطالبه می‌کند، و شوهر نفقه یومیّه را جداگانه به وی تسلیم می‌نماید.

فقه‌های امامیه معتقدند که تعیین و انتخاب یکی از دو نحوه فوق‌با زن است، و شوهر نمی‌تواند زن را به تقبّل نحوه نخست الزام نماید «۲».

اما نظر برخی از فقهاء اهل سنت آن است که قبل از آنکه زن و شوهر بعَلّت اختلاف خانوادگی به دادگاه مراجعه نمایند، تا دادگاه

برای زن نفقه و نحوه پرداخت آن را مشخص کند، زن نمی‌تواند از شوهر خویش پرداخت نفقه را بصورت دوّم درخواست نماید. بلکه بایستی به همان نحوهّ اوّل موافقت کند «۳».

۲- زوجه مالک نفقه است، بنابراین چنانچه مثلاً شوهر یکجا نفقه یک هفته را به زن تسلیم نماید، و زن با تأمین هزینه‌های روزانه از طریق دیگر و یا قناعت و صرفه‌جویی مبلغی را پس‌انداز کند، شوهر نمی‌تواند مبلغ مزبور را استرداد نماید. اما

-
- (۱) تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۱۷.
- (۲) وسیله النجاة سید ابو الحسن اصفهانی، ج ۲، ص ۲۷۶.
- (۳) فتح القدیر، الجزء الثالث، ص ۳۲۷؛ الاحوال الشخصیة فی الشریعة الاسلامیة، عدنان نجا و شیخ حسن خالد مفتی لبنان، ص ۱۳۰.
- بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۹۳
- اگر قبل از پایان هفته زن ناشزه گردد نسبت به ایام نشوز باید نفقه را مسترد دارد.
- ۳- پوشاک زن جزء نفقه می‌باشد. شوهر می‌بایست چه با لباسی از مال خودش، و چه با لباس استیجاری یا استعاری، آن را تأمین نماید.
- نباید چنین پنداشت که لباس همانند طعام است که در ملکیت زن درآید، و لذا بعد از وفات زوجه چنانچه هنوز باقی باشد، از اموال شوهر محسوب است. وسائل خواب، فرش، و کلتیه اشیائی که استفاده از آن موجب معدوم شدن عین آن نمی‌باشد، از همین قبیل است. مگر آنکه زوج به زوجه تملیک کرده باشد «۱».
- ۴- هرگاه زوجه بخاطر انجام واجب شرعی مسافرت کند، نفقه او ساقط نمی‌شود.
- بنابراین بر زوج واجب است که آن را پرداخت نماید. اما مخارج سفر چنانچه برای امور حیاتی باشد (مانند مسافرت برای معالجه) بعهده شوهر است، ولی پرداخت مخارج مسافرتی که بخاطر ادای فریضه‌ای از فرائض شرعی (مانند مسافرت حجّ واجب) انجام می‌شود بر شوهر واجب نیست «۲».
- ۵- نفقه زوجه بر نفقه سایر افراد واجب النفقه مقدّم است. همانند: اولاد، پدر، مادر و غیره. کما اینکه نفقه خود شخص بر نفقه زوجه تقدّم دارد «۳». بنابراین در صورت فقر و اعسار زوج، دادگاه باید حقّ تقدّم را به نحوی که گفته شد رعایت نماید.
- ۶- هرگاه زوج با حالت یسر و قدرت بر پرداخت نفقه از ادای نفقه خودداری کند، زوجه می‌تواند بدون مراجعه به دادگاه از اموال او تقاصاً برداشت نماید «۴».
- ۷- هرگاه مدّتی بگذرد و زوج نفقه زوجه را نپردازد، نفقه ایام گذشته بصورت دین بر ذمهّ زوج قرار می‌گیرد و همانند سایر دیون ساقط نمی‌گردد مگر با اداء و

(۱) وسیله النجاة سید ابو الحسن اصفهانی، ص ۲۷۶.

(۲) منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۱۶.

(۳) مأخذ قبل، ص ۳۱۳.

(۴) فتح القدیر، ج ۲، ص ۳۲۱.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۹۴

یا ابراء. چنانچه زوجه قبل از دریافت آن فوت نماید، مانند سایر طلب‌های او به ورثه منتقل می‌گردد. در این مسأله نیز تفاوتی نیست بین آنکه زوجه نفقه را مطالبه کرده باشد یا خیر، همچنین بین مراجعه به دادگاه و عدم آن، و یا موسر بودن زوج و معسر بودن او، و

نیز بین اینکه دادگاه نسبت به نفقه و مقدار آن حکمی صادر کرده باشد یا خیر. البته ناگفته نماند در صورت اعسار، زوج به پرداخت نفقه الزام نمی‌شود (۱).

آنچه ذکر شد نظر فقهای امامیه است. در این خصوص شافعی و احمد و مالک از علمای اربعه اهل سنت با این نظر موافقند (۲)؛ ولی ابو حنیفه معتقد است که نفقه همانند سایر دیون نیست، بلکه دین ضعیف است. منظور وی از دین ضعیف آن است که علاوه بر آنکه با ابراء و یا اداء ساقط می‌شود، با طلاق، فوت، نشوز طاری، و یا مرگ نیز ساقط می‌گردد. مگر آنکه زوجه قبلاً به دادگاه مراجعه و دادگاه نسبت به پرداخت نفقه حکم صادر کرده باشد؛ که در این صورت دین قوی است و مانند سایر دیون خواهد بود (۳).

۸- هرگاه مرد برای پرداخت نفقه زن خویش مالی نداشته باشد، موظف است که کار کند و نفقه را تأمین نماید مگر آنکه شغلی مطابق با شئون و حیثیات او وجود نداشته باشد، که در این صورت مدیون و مانند مسأله قبل عمل خواهد شد و در موقع یسار ملزم به جبران است.

۹- زن می‌تواند حق نفقه را از عهده زوج اسقاط نماید، البته نسبت به روز حاضر و یا ایام گذشته. در مورد ایام آینده و یا بنحو شرط ضمن عقد از روز نخست چگونه؟

(۱) رجوع شود به: وسیله النجاة سید ابو الحسن اصفهانی، ج ۲، ص ۲۷۶؛ منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۱۳.

(۲) فتح القدیر، ج ۳، ص ۳۳۲.

(۳) الاحوال الشخصية، حسن خالد مفتی لبنان و عدنان نجا، ص ۱۳۸.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۹۵

بنظر بسیاری از فقها چنین شرطی باطل بوده و اصولاً زوجه نمی‌تواند نفقه آینده را اسقاط نماید، ولی بنظر گروهی دیگر شرط مزبور صحیح، و اسقاط آن نسبت به ایام آینده نیز بلا اشکال می‌باشد (۱).
قول دوم اقوی بنظر می‌رسد.

(۱) منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۱۵.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۹۶

سقوط نفقه

اشاره

ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی: «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظائف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود.»
استحقاق نفقه در عقد دائم مشروط به تمکین زوجه است، مگر اینکه زوجه دارای عذر شرعی باشد، که در این صورت هر چند زوجه از ادای وظائف زناشویی خودداری می‌کند، ولی مع ذلک مستحق نفقه می‌باشد.
قانون مدنی در مورد مانع مشروع و نیز ادای وظائف زوجیت توضیح نداده است؛ اینک ذیلاً به تشریح آن می‌پردازیم:

امتناع از وظائف زوجیت

اشاره

عنوان فوق در ماده ۱۱۰۸ ق.م. معادل واژه نشوز در فقه است. نشوز در لغت به معنای ارتفاع و سرکشی است «۱»، که از سوی هر یک از زوجین می‌تواند صورت

(۱) «نشزت المرأة استعصت علی زوجها» قاموس المحيط، فیروز آبادی.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۹۷

گیرد، ولی آنچه که در این ماده بعنوان موجب زوال استحقاق نفقه مطرح می‌باشد، نشوز زوجه در مقابل زوج است. مفهوم مقابل نشوز صرفاً تمکین نیست، بلکه مفهومی اعم از آن است. زن غیر ناشزه علاوه بر تمکین در مقابل استمتاع، بایستی مطیع تام و تمام زوج نیز باشد. و بدون اجازه او حتی برای عیادت والدین خویش هم از خانه خارج نگردد «۱». عبارت جامع‌تر هرگونه ناسازگاری و یا بدرفتاری از سوی زوجه او را ناشزه می‌سازد.

مانع مشروع

مانع مشروع به آن قبیل عذرهای شرعی اطلاق می‌شود که زن با وجود آنها از انجام وظائف شرعا معذور است. مانند حالت حیض و نفاس، روزۀ واجب، انجام هرگونه عمل واجبی که وقت آن مضیق باشد، و یا کسالتی که پزشک او را از آمیزش ممنوع ساخته است.

بررسی فقهی

در اینکه زن در حالت نشوز مستحق نفقه نیست، تردیدی میان فقها وجود نداشته و این امر از مسلمات فقه است. اما بحث دقیقی که در این خصوص در فقه مطرح است، این که آیا نفقه نیز همانند مهر به موازات عقد بر زوج واجب می‌گردد، و نشوز مانع و مسقط آن است؟ و یا آنکه اصولاً نفقه با وجود تمکین وجوب پیدا می‌کند نه با عقد؟ مشهور فقها نظریۀ دوم را معتقدند و شرط وجوب نفقه را تمکین کامل

(۱) تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۰۲؛ شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۱۲؛ شرایع الاسلام در متن جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۰۰.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۹۸

دانسته‌اند «۱». البته بر هر یک از دو نظریۀ فوق ثمرات و فروع کثیری مترتب می‌گردد که به نمونه‌هایی از آن اشاره می‌شود:
الف- هرگاه زوجین در موضوع تمکین نزاع داشته باشند و زوجه مدّعی تمکین و زوج منکر آن باشد، چنانچه قول اول را قائل شویم، زوج باید نشوز را اثبات نماید. زیرا به موجب آن نظریۀ نفقه با عقد ثابت شده و تا نشوز اثبات نگردد، نفقه ساقط نمی‌شود. اما اگر پیرو نظریۀ مشهور باشیم، زوج باید تمکین را اثبات کند. زیرا تمکین شرط ثبوت نفقه است و تا زوجه حصول آن شرط را اثبات نکند، طلب او ثابت نخواهد شد.

ب- بنا بر نظریۀ مشهور تمکین صفتی وجودی است، و بایستی از ناحیه زوج واقع شود. در حالی که بنا بر نظریۀ دیگر نشوز صفتی عدمی و به معنای استنکاف است. عبارت دیگر نشوز مستلزم درخواست شوهر و سرپیچی زوجه از انجام آن است. بنابراین چنانچه

پس از عقد، زوج از زوجه مطالبه زفاف ننماید و زوجه نیز اظهار آمادگی نکند، مطابق نظریه مشهور زوجه مستحق نفقه نخواهد بود.
به خلاف نظریه دیگر که با توجه به عدم وقوع نشوز زن مستحق مهر است «۲».

چند مسأله:

- ۱- در مدت زمان فاصل میان وقوع عقد و انجام زفاف نفقه زوجه بر زوج واجب نیست. زیرا تمکین کامل صورت نگرفته است. سیره مستمره و رویه جاریه در جوامع اسلامی نیز مؤید این نظر می‌باشد.
- ۲- هرگاه زنی نخست ناشزه گردد، و پس از نشوز مجدداً اطاعت پیشه

(۱) رجوع شود به: مسالک الافهام، شهید ثانی، مبحث نفقات؛ شرایع الاسلام در متن جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۳۰۴؛ قواعد الاحکام علامه حلی در متن ایضاح الفوائد، ص ۳، ج ۲۶۷.
(۲) منابع قبل.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۲۹۹
نماید، مادام که اظهار تسلیم و اطاعت ننموده مستحق نفقه نیست.
۳- هرگاه زوج کبیر و زوجه صغیر باشد، بنظر بسیاری از فقها نفقه بر زوج واجب نیست «۱»، زیرا که تمکین از ناحیه زوجه انجام نگرفته است. ولی گروه دیگری معتقدند که چون عدم تمکین زوجه بخاطر صغر که عذری شرعی محسوب می‌گردد بوده، پس زوجه استحقاق دریافت نفقه را داراست.
این نظریه قوی‌تر بنظر می‌رسد.

۴- هرگاه زوج صغیر و زوجه کبیره باشد، عده‌ای از فقها معتقدند نفقه بر زوج واجب است؛ زیرا که تمکین از ناحیه زن صورت گرفته است «۲». شیخ طوسی مخالف این نظر بوده «۳» و عقیده به عدم وجوب نفقه دارد؛ با این استدلال که خطاب ادله وجوب نفقه زوجهای کبیر است، و لذا متوجه ازواج صغار نیست.
استدلال مرحوم شیخ قوی بنظر می‌رسد، زیرا علاوه بر آنکه اصل براءت ذمه است، دلیلی بر شمول خطابات نسبت به ولی نیز وجود ندارد، مگر اینکه ولی در ضمن عقد نفقه را خود بعهده گرفته باشد.

- (۱) جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۳۱۲؛ مسالک الافهام، مبحث نفقات.
 - (۲) جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۳۱۱؛ ریاض المسائل، ج ۲، ص ۱۶۳؛ کشف اللثام، کتاب نکاح، ص ۱۱۰.
 - (۳) الخلاف، ج ۲، ص ۳۲۷؛ المبسوط فی فقه الامامیه، کتاب نکاح.
- بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۰۰

نفقه مطلقه

اشاره

ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی: «نفقه مطلقه رجعیه در زمان عده بر عهده شوهر است، مگر اینکه طلاق در حال نشوز واقع شده باشد. لیکن

اگر عده از جهت فسخ نکاح یا طلاق بائن باشد، زن حق نفقه ندارد، مگر در صورت حمل از شوهر خود که در این صورت تا زمان وضع حمل حق نفقه خواهد داشت.»

در ماده فوق احکام صور زیر مطرح گردیده:

الف- زوجه در حال عدم نشوز با طلاق رجعی مطلقه شده است.

ب- زوجه در حالت نشوز با طلاق رجعی مطلقه شده است.

ج- زوجه در حالت حمل با طلاق بائن مطلقه شده است.

د- زوجه در غیر حالت حمل با طلاق بائن مطلقه شده است.

ه- نکاح فسخ شده، زوجه عده فسخ را می‌گذراند و حامله نیست.

و- نکاح فسخ شده و زن باردار است.

در صورت الف، نفقه در ایام عده بعهدہ زوج است، در صورتهای ب، دال، و ه، نفقه در ایام عده بعهدہ زوج نیست، در صورت جیم و واو، تا زمان وضع حمل نفقه بعهدہ زوج است.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۰۱

بررسی فقهی

اشاره

زنی که دوران عده طلاق رجعی را می‌گذراند، از نظر فقهی حکم زوجه را دارد، بنابراین بسیاری از احکام زوجه از جمله وجوب نفقه بر او مترتب می‌باشد، و از این جهت فرقی میان باردار بودن زن و عدم آن نیست. در این مسأله بین فقها اختلافی وجود ندارد «۱». مستند این حکم روایات بسیاری است که به همین مضمون واصل شده است، از جمله:

زراره از حضرت باقر (ع) نقل می‌کند «همانا زن سه طلاقه نفقه او بر عهده زوج نیست. نفقه زنی که با طلاق رجعی مطلقه شده بعهدہ زوج است» «۲».

البته بسیاری از فقها معتقدند که در این موارد بعضی از امور از جمله وسائل آرایش از نفقه مستثنی شده، و جزء آن بشمار نمی‌رود. زیرا در آن مدت وسائل مزبور مورد انتفاع شوهر قرار نمی‌گیرد. این گروه به بعضی از روایات که حاوی این مضمون است استناد نموده‌اند «۳».

امّا از آنجا که در روایات مورد استناد آنان نص روشنی بر این مضمون به چشم نمی‌خورد، لذا با توجه به اطلاقات می‌توان چنین استثنائی را مردود دانست.

نشوز در ایام عده:

زنی که در هنگام طلاق ناشزه بوده و یا پس از طلاق با ترک وظائف ایام عده ناشزه محسوب شده، همانند زوجه ناشزه مستحق نفقه نخواهد بود «۴». زیرا مطلقه

(۱) جواهر الکلام، ج ۳، ص ۳۱۷؛ عروة الوثقی، ج ۲، ص ۱۱۴.

(۲) «انّ المطلقه ثلاثا ليس لها نفقه على زوجها، انما ذلك للتي لزوجها عليها رجعة» وسائل الشیعه، باب ۸ از ابواب نفقات، حدیث ۱.

(۳) رجوع شود به الحدائق الناضرة، ج ۵، ص ۲۷۶ و ۳۶۵.

(۴) عروة الوثقی، ج ۲ (ملحقات) ص ۱۱۴، مسأله ۱؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۴۶.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۰۲

رجعیه در حکم زوجه غیر مطلقه است و از این نظر یکسان می‌باشند.

قانون مدنی تنها متعرض طلاق در حالت نشوز است، و معلوم نیست چرا حکم زنی را که بعثت خروج از وظایف مقرر در زمان عدّه ناشره گردیده متعرض نشده است!

نفقه مطلقه باینه:

زنی که با طلاق بائن و یا با فسخ نکاح میان او و شوهرش جدائی حاصل شده و ایام عدّه را می‌گذرانند، از آنجا که رابطه زوجیت او با شوهرش کاملاً قطع شده و حاملی از وی نیز ندارد، لذا نفقه وی بر عهده شوهرش نمی‌باشد.

بر این مسأله اجماع محقق است. نصوص متواتره‌ای از جمله روایت ابن سنان از حضرت صادق (ع) «۱» نیز بر این مضمون دلالت دارد.

نفقه‌ای که به مطلقه باینه در ایام حمل تعلق می‌گیرد، در مورد تعلق آن به مادر یا فرزند دو قول است:

۱- شیخ طوسی «۲» و گروهی به پیروی از او معتقدند که نفقه از آن حمل است «۳».

۲- عدّه‌ای دیگر عقیده دارند که نفقه از آن مادر است «۴».

بر هر یک از دو نظر فوق ثمرات و فروعی مترتب می‌گردد، که ذیلاً به نمونه‌هایی از آنها اشاره می‌نمائیم:

(۱) وسائل الشیعه، باب ۸ از ابواب نفقات، حدیث ۵؛ عروة الوثقی، ج ۲ (ملحقات) ص ۱۱۴.

(۲) المبسوط فی نفقه الامامیه، کتاب نکاح.

(۳) الحدائق الناضرة، ج ۵، ص ۲۷۷ و ۲۸۱.

(۴) جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۳۶۲؛ مسالک الافهام، شهید ثانی؛ عروة الوثقی، ج ۲ (ملحقات) ص ۱۱۶.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۰۳

الف- با توجه به اینکه نفقه زوجه دینی است که بر ذمه زوج قرار می‌گیرد، و چنانچه مدّتی زوج نپردازد باید آن را قضاء کند درحالی که نفقه اقارب، اولاد، ابوبین و.. چنین نیست و عدم پرداخت نفقه تنها موجب ارتکاب جرم و معصیت است، بنابراین چنانچه زوج نفقه زوجه مطلقه حامله را مدّتی نپردازد، بنا بر قول اول قضاء آن واجب نیست، و حال آنکه بموجب نظریه دوم قضای آن واجب است.

ب- چنانچه زن در حال نشوز طلاق داده شده باشد، بنا بر نظر اول نفقه بر زوج واجب و مطابق نظر دوم واجب نیست. همچنین است اگر بعد از طلاق ناشره گردد.

ج- بنا بر قول اول با فوت زوج نفقه ساقط نمی‌گردد. ولی به موجب قول اخیر نفقه با فوت زوج ساقط است.

د- هرگاه جنین مرده به دنیا بیاید، بنا بر قول اول هزینه‌های پرداخت شده مسترد می‌گردد ولی بنا بر نظریه دوم چنین نیست «۱».

مشهور فقها نظریه دوم را تأیید نموده‌اند.

اگر چه قانون مدنی به صراحت به موضوع اشاره نکرده، ولی می‌توان گفت که از قول مشهور پیروی نموده است. به این دلیل که آنچه در ماده ۱۱۰۹ ق.م.

مستثنی شده نفقه زوجه است نه حمل...؛ (زن حق نفقه ندارد مگر) ... به این معنا که زن در صورتی که حامله باشد حق نفقه دارد، و ظاهرش این است که خودش حق دارد نه فرزندش.

لازم به تذکر است که این اختلاف فقط در مورد مطلقه بانه متصور است و لاغیر، زیرا که در مورد مطلقه رجعیه مدت حمل همان عده اوست، لذا در این مدت

(۱) رجوع شود به: جواهر الکلام، ج ۳۱ ص ۳۲۲؛ ریاض المسائل، ج ۲ ص ۱۶۴؛ مسالک الافهام شهید ثانی، ج ۱، ص ۵۰۰ ببعد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۰۴

همانند مطلقه غیر باردار و در حکم زوجه غیر مطلقه است، و در واقع محکوم به احکام زوجیت می‌باشد.

هرگاه زن باردار در عده نکاح منقطع باشد، اعم از آنکه مدت آن خود بخود پایان یافته و یا آنکه از ناحیه زوج بخشیده شده باشد، در هر دو صورت زن حق نفقه ندارد (۱).

(۱) تحریر الوسیله، ج ۲ ص ۳۱۵.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۰۵

نفقه در عده وفات

ماده ۱۱۱۰ قانون مدنی: «در عده وفات زن حق نفقه ندارد.»

هرگاه زنی شوهرش فوت کرده و از شوهر خود حامله نباشد، فقها بالاتفاق معتقدند که نفقه در ایام عده بر ذمه زوج نیست. ولی در صورت حمل، بین فقها دو قول وجود دارد:

الف- شیخ طوسی به استناد روایت ابی الصباح کنانی (۱) اظهار داشته است که در ایام حمل نفقه زوجه از سهمیه جنین پرداخت می‌گردد.

ب- اکثر فقها (۲) به استناد روایات دیگری (۳) که مدلول آنها بر خلاف مستند شیخ است، معتقدند زن حامله‌ای که شوهرش فوت کرده نفقه ندارد، نه از ترکه شوهر و نه از سهمیه فرزند.

قانون مدنی نیز از نظریه اخیر پیروی کرده و بطور مطلق گفته است در عده وفات زن حق نفقه ندارد، اعم از اینکه باردار باشد یا غیر باردار.

(۱) وسائل الشیعه، باب ۱۰ از ابواب نفقات، حدیث ۱.

(۲) محقق حلی در شرایع الاسلام؛ علامه حلی در قواعد الاحکام؛ تحریر الوسیله، ج ۲ ص ۳۱۵.

(۳) وسائل الشیعه، باب ۱۰ از ابواب نفقات، حدیث ۲-۳-۶.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۰۶

استنکاف از پرداخت نفقه

اشاره

ماده ۱۱۱۱ قانون مدنی: «زن می‌تواند در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه به محکمه رجوع کند، در این صورت محکمه میزان نفقه را معین، و شوهر را به دادن آن محکوم خواهد کرد.»

قبلاً گفته شد که نشوز صفتی است که اختصاص به زن ندارد، بلکه مرد نیز می‌تواند ناشز گردد؛ ترک انفاق و یا خودداری از انجام وظائف دیگری که مرد مکلف به ادای آنست، موجب نشوز مرد می‌گردد؛ در این حالت زن می‌تواند به دادگاه مراجعه نماید. دادگاه به موضوع رسیدگی کرده و چنانچه احراز گردد که از ناحیه زن تمکین کامل صورت گرفته، میزان نفقه را معین و زوج را محکوم به پرداخت آن خواهد کرد.

بررسی فقهی

آنچه که در ماده فوق آمده مورد اتفاق نظر فقهای امامیه و منطبق با قواعد می‌باشد. زیرا ادای نفقه بر زوج واجب، و او مدیون و موظف به پرداخت آن

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۰۷

می‌باشد. این دین همانند سایر دیون در صورتی که از سوی داین مطالبه و درخواست شود حاکم مدیون را به پرداخت ملزم خواهد کرد.

فقها در نحوه حکم حاکم در این مورد چنین بیان داشته‌اند که حاکم نخست به زوج دستور می‌دهد که نفقه زوجه‌اش را بپردازد؛ و چنانچه بازهم از اجرای دستور حاکم تخلف کند و پرداخت ننماید، آنگاه حاکم به اندازه نفقه زوجه از اموال او اخذ و در اختیار زوجه قرار می‌دهد. البته چون ترک انفاق از معاصی الهی است، حاکم می‌تواند زوج را بخاطر ارتکاب معصیت تعزیر کند «۱».

ترک انفاق

به موجب ماده ۱۰۵ قانون تعزیرات اسلامی ترک انفاق زوجه جرم است، و با توجه به قانون الحاقی به لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب سال ۶۰ محل رسیدگی به امر جزائی موضوع ترک انفاق، همان دادگاه مدنی خاص است.

دادگاه مزبور ضمن رسیدگی به امر حقوقی و محکوم نمودن زوج به ادای نفقه، زوج را به مجازات مقرر محکوم می‌سازد.

*** ماده ۱۱۱۲ قانون مدنی: «اگر اجراء حکم مذکور در ماده قبل ممکن نباشد مطابق ماده ۱۱۲۹ رفتار خواهد شد.»

پیرامون این ماده در ذیل مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ بحث خواهد شد.

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۱ ص ۲۰۷؛ شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۱۲؛ تحریر الوسیله، ج ۲ ص ۳۰۶.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۰۸

نفقه منقطع

اشاره

ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی: «در عقد انقطاع زن حق نفقه ندارد، مگر اینکه شرط شده یا آنکه عقد مبنی بر آن جاری شده باشد.» چنانچه گذشت شرط وجوب نفقه دو چیز است: دائم بودن عقد، تمکین کامل زوجه. بر این مسأله اجماع محقق است «۱» و هیچ گونه قول مخالفی وجود ندارد.

چنانچه در ضمن عقد نفقه شرط شده، و یا قبل از عقد بر این امر توافق شده باشد، و عقد نیز بر این مبنی جاری شود، این شرط صحیح و لازم الوفاء است. توجیه فقهی در این مسأله این که شرط مزبور نه مخالف شرع است و نه خلاف مقتضای عقد.

شرط توارث

در خصوص این که اگر زوجین در ضمن عقد انقطاع شرط کنند که پس از

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۱ ص ۳۰۳.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۰۹

مرگ هر یک، میانشان توارث برقرار باشد، بسیاری از فقها بلکه مشهور آنان «۱» معتقدند که چنین شرطی صحیح و لازم الوفاء است. مستند این گروه اولاً- روایات واصله دالّ بر این مضمون است «۲»، و ثانیاً معتقدند که مقتضای شرط ضمن عقد لزوم وفاء می باشد. ولی در مقابل، گروه دیگری «۳» از فقها ضمن ایراد خدشه بر دلالت و سند روایات مورد استناد گروه نخست، بر بطلان شرط مزبور نظر داده‌اند.

قول دوم قوی تر بنظر می‌رسد؛ زیرا شرط ضمن عقد وقتی صحیح است که در محدوده حقوق متعهد باشد، درحالی که شرط توارث تعهد علیه وارث است و هیچ کس نمی‌تواند علیه دیگری شرط کند «۴». البته هر یک از زوجین می‌توانند به نفع دیگر وصیت نمایند، که تابع مقررات وصیت (تا حدّ ثلث) خواهد بود.

(۱) ریاض المسائل طباطبائی، ج ۲ ص ۱۱۷؛ متن لمعه و شرح آن، ج ۲ ص ۸۹؛ شرایع الاسلام مبحث نکاح منقطع.

(۲) رجوع شود به وسائل الشیعه، باب ۳۲ از ابواب متعه.

(۳) جواهر الکلام، ج ۳۱ ص ۱۹۴؛ تحریر الوسیله، ج ۲ ص ۲۹۱؛ قواعد الاحکام ص ۲۶؛ کشف اللثام، کتاب النکاح ص ۵۲.

(۴) رجوع شود به متن قواعد، ص ۲۶ و شرح ایضاح الفوائد فخر المحققین، ج ۳ ص ۱۳۲.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۱۰

حق انتخاب مسکن

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

اختیار تعیین محل مسکن با شوهر است و هر منزلی را که شوهر انتخاب می‌کند، زوجه موظف به اقامت است. البته این موضوع از حقوق زوج محسوب می‌شود، لذا طرفین می‌توانند در ضمن عقد شرط کنند که اختیار تعیین مسکن با زوجه باشد، که در این صورت هر جا که زوجه معین کند زوج باید منزل تهیّه نماید.

ولی بنظر بسیاری از فقها زوجه می‌تواند در غیر صورت شرط نیز از اقامت در منزل مشترک خودداری نماید. مثلاً اگر شوهر منزلی دارد که زوجه دیگرش و یا پدر و مادر وی در آن سکونت دارند و زن را به سکونت در آن دعوت می‌نماید، زن موظف به

پذیرفتن نیست؛ بلکه می‌تواند درخواست منزل اختصاصی نماید «۱». مستند نظر این فقهاء آیات زیر است:

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۱ ص ۳۳۹؛ قواعد الاحکام، ص ۵۳؛ ایضاح الفوائد، ج ۳ ص ۲۷۳.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۱۱

«عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ - با زنان با نیکی معاشرت نمائید» «۱».

و نیز: «وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ - به زنان زیان نرسانید تا زندگی بر آنان تنگ گردد» «۲».

ولی بنظر می‌رسد، معیار را باید عرف و عادت و شئون زن قرار داد. زیرا چنانچه عرف و عادت و شئون زن با زندگی در منزل مشترک منافات نداشته و سازگار باشد (مانند زنان عشائری)، در این صورت نمی‌توان چنین حقی را برای زوجه قائل شد. مگر اینکه به علل و جهاتی سکونت در خانه مشترک موجب ضرر و زیان زوجه باشد، که در این صورت به موجب قاعده لا ضرر بعید نیست که چنین اختیاری را زن دارا گردد.

(۱) سورة نساء آیه ۱۹.

(۲) سورة طلاق آیه ۶.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۱۲

خوف ضرر برای زوجه

ماده ۱۱۱۵ قانون مدنی: «اگر بودن زن با شوهر در یک منزل متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد، زن می‌تواند مسکن علی‌حده اختیار کند، و در صورت ثبوت مظنه ضرر مزبور، محکمه حکم بازگشت به منزل شوهر نخواهد داد. مادام که زن در بازگشتن به منزل مزبور معذور است، نفقه بر عهده شوهر خواهد بود».

مبنای فقهی ماده فوق قاعده لا ضرر است، که بموجب آن احکام و عموماً اولیّه برداشته می‌شود. در اینجا چون اطاعت از شوهر در خصوص سکونت در منزلی که شوهر تدارک دیده باعث ورود ضرر بر زوجه است، عموم وجوب اطاعت رفع می‌گردد. قانون مدنی در ماده فوق متعرض سه نوع ضرر شده است:

الف- ضرر بدنی؛ مانند آنکه زن از ضرب و جرح شوهر و یا کسان او خائف باشد.

ب- ضرر مالی؛ مانند آنکه زن خائف باشد زوج و یا کسان او اموال او را

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۱۳

کرها بربایند.

ج- ضرر شرافتی؛ مانند آنکه زوجه بعلة معاشرت و رفت و آمد دوستان ناباب زوج به منزل مسکونی او، از شرافت و حیثیت خویش خائف باشد.

از ظاهر ماده فوق چنین استنباط می‌گردد که زوجه هنگام وجود ضرر بلافاصله می‌تواند از منزل خارج شود، و نیازی به مراجعه به دادگاه و کسب مجوز ندارد. ولی پس از خروج زن از منزل چنانچه زوج از پرداخت نفقه خودداری کند و زوجه به جهت دریافت نفقه به دادگاه دادخواست تقدیم نماید، یا آنکه زوج برای بازگشت زوجه خویش به دادگاه دادخواست دهد، دادگاه پس از رسیدگی در صورت ثبوت خوف ضرر حکم به بازگشت ننموده و زوج را به پرداخت نفقه ملزم می‌سازد. زیرا خروج زوجه از منزل با مجوز قانونی صورت گرفته، بنابراین ناشزه محسوب نشده و حق دریافت نفقه دارد.

باید توجه داشت که چون قانون مدنی منشأ و طرف ایجاد بیم ضرر را مشخص نکرده، لذا اختصاص ندارد به آنکه زن تنها از ناحیه شوهر خائف باشد، بلکه اعم است از آنکه شخص شوهر قصد تعرض و ایراد خسارت داشته و یا کسان او و یا هر عامل دیگری که با خروج زن از منزل مزبور رفع گردد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۱۴

تعیین محل سکونت توسط دادگاه

ماده ۱۱۱۶ قانون مدنی: «در مورد ماده فوق مادام که محاکمه بین زوجین خاتمه نیافته، محل سکونای زن به تراضی طرفین معین می‌شود و در صورت عدم تراضی محکمه با جلب نظر اقربای نزدیک طرفین، منزل زن را معین خواهد نمود و در صورتی که اقربائی نباشند خود محکمه محل مورد اطمینانی را معین خواهد کرد».

همانطور که گفته شد مبنای فقهی ماده ۱۱۱۵ ق.م. قاعده لا ضرر است، ولی باید دانست که کارائی قاعده مزبور تا این اندازه است که حکم اولیه وجوب اطاعت از شوهر را در مورد سکونت در منزل تدارک شده مرتفع می‌سازد، اما چنین نیست که با رفع حکم الزامی وجوب اطاعت، اختیار تعیین مسکن مطلقاً بدست زن قرار گیرد. بلکه بازهم اختیار تعیین محل منزل مسکونی که از اختیارات شوهر بود با اوست و از وی سلب نمی‌گردد، و تنها سکونت در منزل معین شده قبلی بعثت وجود بیم ضرر بر زن واجب نیست؛ در نتیجه وقتی زن به علت ضرر از منزل تعیین شده خارج گردید و کار به دادگاه منجر شد، مادام که دادگاه موضوع را فیصله نداده

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۱۵

تعیین محل سکونای زن باز هم باید با توافق انجام گیرد. بنابراین زوج موظف است منزل دیگری را که از نظر عدم ضرر مالی و شرافتی مورد قبول زوجه باشد تهیه نموده و در اختیار او قرار دهد، و چنانچه به توافق نرسیدند محکمه مطابق ذیل ماده ۱۱۱۶ ق.م. اقدام خواهد کرد.

لازم به ذکر است که اقدام محکمه در موضوع ماده مزبور رسیدگی به ماهیت دعوا و تنازع زن و شوهر نمی‌باشد، بلکه اقدامی است موقتی که محکمه در حاشیه رسیدگی ماهوی و مادام که محاکمه زوجین نسبت به اصل نزاع خاتمه نیافته، در مورد محل سکونت انجام می‌دهد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۱۶

منع زوجه از اشتغال

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».

چنانچه اشاره شد از نظر فقهی اصولاً خروج زن از خانه بهر منظوری که باشد بایستی با موافقت شوهر انجام پذیرد (۱). بنابراین چنانچه زن در هنگام ازدواج شاغل نبوده و با شرط اشتغال ازدواج انجام نگرفته، شوهر می‌تواند مطلقاً زن را از اشتغال به هر گونه حرفه در بیرون خانه منع کند؛ البته اشتغال به حرفه‌هایی که منافی با استمتاعات زوج باشد حتی در داخل منزل نیز باید با جلب موافقت شوهر باشد.

نسبت به اشتغالات غیر منافی نیز (اعم از داخل و یا خارج منزل) چنانچه با مصالح و حیثیت خانوادگی شوهر منافات داشته باشد، می‌تواند مورد ممانعت قرار گیرد.

بنابراین پرواضح است که در صورت عدم اطاعت، زوجه ناشزه محسوب خواهد شد.

هرگاه در هنگام ازدواج زن شاغل بوده و عقد همسری مبنی بر ادامه آن انجام گرفته، و یا در ضمن عقد شرط شده باشد، زوج نمی‌تواند او را از ادامه شغل منع نماید.

(۱) منهاج الصالحین، ج ۲ ص ۳۱۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۱۷

حق تصرف زوجه در دارائی خود

ماده ۱۱۱۸ قانون مدنی: «زن مستقلاً می‌تواند در دارائی خود هر تصرفی را که می‌خواهد بکند».

از نظر فقه اسلام زن در مسائل مالی و اقتصادی استقلال و آزادی کامل دارد، و می‌تواند در اموال شخصی خود هر گونه دخل و تصرفی نماید، بدون آنکه کسب موافقت شوهر لازم باشد. اعم از اینکه آن اموال قبل از ازدواج بدست آمده باشد، و یا بعد از آن. در حقوق بعضی از کشورهای اروپائی از جمله فرانسه حق و وظیفه اداره کردن کلیه اموال زن (اعم از اینکه قبل از پیمان زناشویی تحصیل شده و یا پس از آن) به مرد محول گردیده است «۱». با مقایسه اجمالی بین قانون اسلام و قوانین دنیای متمدن غرب که شاید مفصل‌ترین و کاملترین آنها قانون مدنی فرانسه باشد، می‌توان گفت بر خلاف تصور عده‌ای حدود اختیارات زن و آزادی و استقلال او در انجام امور مالی و روابط حقوقی و اقتصادی در شریعت و نظام حقوقی اسلام به مراتب وسیع‌تر و بیشتر از آن مرزهایی است که در نظامهای حقوقی کشورهای مدعی تمدن برای زن شناخته شده است.

(۱) رجوع شود به ماده ۱۴۲۸ قانون مدنی فرانسه؛ حقوق زن در اسلام و اروپا حسن صدر، ص ۱۸۷.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۱۸

شروط ضمن عقد نکاح

اشاره

ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند. مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد، یا در مدت معینی غایب شود، یا ترک انفاق نماید، یا بر علیه حیات زن سوء قصد کند، یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیر قابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهائی، خود را مطلقه سازد».

از آنجا که بحث شروط در ضمن عقد نکاح از مباحث مورد ابتلاء و دارای فوائد حقوقی است، لذا لازم دیدیم در این خصوص اندکی مشروح‌تر بحث کنیم.

قبل از بیان شرایط ضمن عقد نکاح به اختصار نگاهی بر احکام کلی شرایط ضمن العقد که در مواد ۲۳۲ الی ۲۴۶ قانون مدنی مطرح شده است ضروری بنظر می‌رسد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۱۹

واژه شرط

شرط در لغت دارای معانی متعددی است از قبیل رسم، شیوه، واجب، ضرور، عهد و پیمان، معلق کردن چیزی بر چیز دیگر و یا وابستن قول یا فعل به چیزی و امثال آن. در حکمت، نحو، فقه و اصول نیز شرط معانی خاصی دارد.

تعریف شرط و اقسام آن

در قانون مدنی هر چند از آن تعریفی نشده، ولی بنا به آنچه که از موادّ مربوط به شرط استنباط می‌شود، می‌توان آن را به معنی التزام و تعهدی تبعی دانست که ضمن عقد معین و در کنار تعهد اصلی ایجاد می‌شود. چنین شرطی آنچنان با عقد مرتبط است که اگر عقد به جهتی از جهات منحل گردد، شرط نیز تبعاً منتفی خواهد شد. شرط سه قسم است:

- ۱- شرط صفت که راجع به کیفیت یا کمیت مورد معامله است.
 - ۲- شرط نتیجه و آن اشراط تحقق امری بصورت نتیجه در خارج است. که اگر حصول نتیجه مزبور متوقف بر تشریفات و اسباب خاص نباشد، به محض شرط کردن آن در ضمن عقد، نتیجه در خارج حاصل و محقق می‌شود.
 - ۳- شرط فعل اعم از فعل یا ترک، که در حقیقت منظور از شرط ضمن عقد به مفهوم واقعی و متداول همین قسم سوم می‌باشد. شرائط سه گانه فوق در صورتی الزام آور است که فاسد نباشد. شروط فاسد در مادّتین ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی بیان شده که بر دو قسم است: بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۲۰
- الف- شروط باطلی که مبطل عقد نیست و عبارتند از:

- ۱- شرطی که انجام آن غیر مقدور است. مثلاً اگر طرفین عقد شرط کنند که یکی از متعاقدين بالمباشره کتابی در فیزیک تألیف و بطرف دیگر اهداء کند، درحالی که مشروط علیه سوادى جز نوشتن و خواندن نداشته باشد. چنین شرطی در عین بطلان به صحت عقد لطمه‌ای نمی‌زند، خواه طرفین یا یکی از آنها به غیر مقدور بودن شرط عالم باشند یا جاهل.
- ۲- شرطی که نفع و فائده‌ای در آن نباشد. مثل اینکه ضمن عقد شرط شود که مشروط علیه بمدّت یک سال روزی یک دلو آب از چاه بکشد، و دوباره آن را در همان چاه خالی کند. چنین شرطی که متضمّن نفع و فائده عقلانی نیست باطل، ولی موجب بطلان عقد نخواهد شد.
- ۳- شرطی که نامشروع باشد، اعم از حرمت شرعی یا ممنوعیت قانونی. مثل اینکه ضمن عقد شرط شود که مشروط علیه بمدّت شش ماه حقّ اقامه نماز نداشته باشد، یا مکلف باشد بدون داشتن گواهینامه رانندگی برای مدّت معینی رانندگی اتومبیل مشروط له را شخصاً بعهده بگیرد. چنین شرطی نیز باطل، لکن به صحت عقد خللی وارد نمی‌سازد.

آثار شروط فاسد غیر مفسد: آنچه که در این زمینه قابل بررسی است اینکه آیا مشروط له در صورت بطلان شرط، حقّ فسخ عقد را دارد؟

چون قصد و رضای طرفین در انعقاد عقد با ملحوظ شدن شرط مزبور تحقق یافته، و در حقیقت انجام شرط را می‌توان بعنوان جزء یا مکمل یکی از عوضین یا هر دوی آنها دانست، بدین ترتیب با بطلان شرط قسمتی از عوض یا عوضین فاقد اعتبار گشته و حقیقتاً بمثابه آن است که قسمتی از مورد معامله از مالیت افتاده باشد، در این صورت با وجود حکم به صحت عقد نمی‌توان بدون قائل شدن به حقّ فسخ در چنین عقدی، بی تفاوت از کنار موضوع گذشت. خلاصه آنکه قانون مدنی صریحاً در این باب تعیین تکلیف نکرده است.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۲۱

بنظر می‌رسد در مورد شروط فوق باید بشرح آتی قائل به تکلیف شد:

اولاً در موردی که مشروط له علم به فساد شرط داشته باشد چون شخصاً اقدام بضرر خود کرده است، نباید حق فسخ داشته باشد. زیرا می‌توان گفت فسخ از این جهت منظور می‌شود که با اعمال آن از ورود ضرر جلوگیری شود، و در موردی که متضرر با علم به وجود ضرر اقدام به امری کرده باشد مأخوذ به اقدام خود می‌باشد.

ممکن است گفته شود ایجاد حق فسخ بخاطر جبران ضرر نیست؛ زیرا برای این منظور می‌بایست دریافت ما به ازاء یا ارش در نظر گرفته شود نه فسخ؛ بنابراین علت در نظر گرفتن حق فسخ در این موارد این است که چون تراضی طرفین برای ایجاد یک مجموعه صورت گرفته، و با از بین رفتن جزئی از مجموعه مقصود متعاقدين از عقد بطور کامل حاصل نمی‌شود، به همین جهت اختیار فسخ ملحوظ می‌گردد.

در پاسخ می‌توان گفت حتی با قبول استدلال فوق نیز موضوع ضرر منتفی نمی‌گردد، زیرا همین که مجموعه مقصود طرفین بطور کامل حاصل نشد، خود ضرری است که برای جبران آن اعطای حق فسخ لازم است. اما کسی که عالماً به این عمل اقدام کرده علی القاعده نباید از حق استفاده از آن برخوردار باشد.

شاید بتوان حکم این موضوع را از ماده ۲۴۰ ق.م. نیز استنباط نمود.

بموجب این ماده: «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود، یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط بر نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت. مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروط له باشد».

مستفاد از عبارت «یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است» این است که اگر مشروط له علم داشته که شرط مزبور حین العقد ممتنع بوده، دیگر حق فسخ نخواهد داشت.

ثانیاً در مورد شرطی که فائده و نفع عقلانی نداشته باشد، جهل مشروط له به فساد شرط نیز موجب فسخ نخواهد بود. چرا که حذف چیزی که نفعی ندارد ضرری

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۲۲

به وجود نمی‌آورد تا برای جبران آن حق فسخ ایجاد شود. اگر بر اساس فرض ایجاد مجموعه هم موضوع حق فسخ در نظر گرفته شود، باز کسر چیز زائد و بی‌فائده از مجموعه تغییری در ارزش مجموعه نمی‌دهد. همانند صفری که از طرف چپ اعداد کم شود.

ثالثاً جهل نسبت به شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد، به این معنی که پس از عقد، مشروط له به فساد شرط یعنی مقدور نبودن انجام آن مطلع شود، واضح است که مقدور نبودن انجام شرط به معنی ممتنع بودن آن است، بنابراین حکم این موضوع از ماده ۲۴۰ ق.م. که شرح آن گذشت، بدست می‌آید. یعنی ایجاد حق فسخ برای مشروط له.

رابعاً جهل به شرطی که نامشروع باشد، به این معنی است که مشروط له به نامشروع بودن شرط حین عقد جاهل باشد، از طرفی چون امری که قانوناً ممنوع باشد در حکم امری است که قدرت بر انجام آن نباشد، چنانکه گفته‌اند الممنوع شرعاً کالممتنع عقلاً لذا بازگشت این شرط به شرط غیر مقدور است، بنابراین مشروط له با توجه به ملاک ماده ۲۴۰ ق.م. می‌تواند عقد را فسخ نماید.

ب- شروطی که باطل و مبطل عقد است. این شروط نیز دو دسته‌اند:

۱- شروط خلاف مقتضای عقد.

مقتضای هر عقد نتیجه و اثر مستقیم آن است، نتیجه‌ای که طرفین به قصد حصول آن به انعقاد عقد مبادرت ورزیده‌اند، و اثری که طبق قوانین آمره بر آن عقد مترتب است، مثلاً- مقتضای عقد بیع این است که به محض وقوع عقد مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود، حال اگر در بیع شرط شود که مبیع به ملکیت مشتری در نیاید، این شرط خلاف مقتضای عقد بیع بوده و علاوه بر اینکه خود باطل است موجب بطلان بیع نیز می‌شود؛ زیرا تعارض میان قصد موجد شرط و قصد بوجود آورنده بیع، منجر به سقوط

هر دو قصد و بالتیجه موجب بطلان شرط و عقد می‌گردد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۲۳

۲- شروط مجهولی که جهل به آنها موجب جهل به عوضین می‌شود.

صرف مجهول بودن شرط کافی برای بطلان عقد نیست بلکه عقد در صورتی باطل است که یکی از عوضین و یا همان مورد معامله (در صورت معوض نبودن عقد) بعثت مجهول بودن شرط مجهول گردد. مثلاً کسی خانه‌ای را بخرد و ثمن معامله را معادل نصف دارائی مورث خود تعیین کند، و طرفین شرط کنند که ثمن پس از فوت مورث خریدار منحصرأ به میزان نصف دارائی حین الفوت مورث از سهم الارث او به بایع پرداخت شود، در اینجا چون دارائی حین الفوت مورث کما و کیفاً مجهول است، و جهل به آن به ثمن معامله که یکی از عوضین است نیز سرایت می‌کند، و چون برابر ماده ۲۱۶ ق.م. ناظر به بند ۳ ماده ۱۹۰ یکی از شرائط صحت عقود مبهم نبودن مورد معامله است، لذا ابهام ثمن موجب عدم صحت عقد می‌شود.

اما اگر شرط مجهول باشد بی‌آنکه موجب جهل به عوضین شود، عقد صحیح و تنها شرط باطل خواهد بود. مانند اینکه کسی خانه‌ای را به یک میلیون ریال بفروشد و ثمن معامله را دریافت کند، ولی طرفین شرط کنند که خریدار ۱۰۰ کیلو ماده خوراکی برای فروشنده بخرد، یا بفروشنده تحویل دهد، در اینجا چون نوع خوراکی معین نشده و مواد خوراکی نیز متنوع و گوناگون است، لذا چنین شرطی مجهول و باطل می‌باشد.

علت بطلان شرط این است که شرط خود تعهد ضمنی است که همانند عقد متعهد، متعهد له، و مورد تعهد دارد، و با قصد و رضای طرفین تحقق می‌یابد از این نظر شرط واجد خصوصیات عقود و معاملات بوده و می‌بایست شرائط صحت معاملات در آن وجود داشته باشد، تا شرط صحیح تلقی شود؛ بنابراین با مبهم بودن مورد تعهد، یکی از شرائط صحت این تعهد تبعی مفقود و بالتیجه شرط باطل است؛ و چنین شرطی در حکم شرط غیر مقدور و نامشروع بوده، و بنظر می‌رسد همانطور که بطلان شرط غیر مقدور و ممنوع، با جهل مشروط له به فساد شرط، موجب خیار است، در شرط مجهول نیز با توجه به جهل مشروط له به فساد چنین شرطی، حق خیار برای

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۲۴

وی ثابت باشد.

سایر شروط ضمن عقد که خارج از عناوین شروط فاسده باشد، شروط صحیحه خواهد بود. احکام این شروط در مواد ۲۳۵ الی ۲۴۶ قانون مدنی بیان شده که برای اجتناب از تفصیل و اطباب از شرح آن خودداری می‌شود.

تنها بعنوان اشاره یادآوری می‌گردد که در صورت تخلف از شرط صفت، مشروط له خیار فسخ خواهد داشت. در صورت تخلف از شرط فعل، مشروط علیه اجبار به وفاء شرط می‌شود، و اگر اجبار او مقدور نباشد ولی انجام فعل بوسیله شخص دیگری میسر باشد، حاکم بخرج مشروط علیه موجبات انجام شرط را فراهم می‌کند، اما اگر اجبار مشروط علیه ناممکن و نیز فعل مشروط از جمله اعمالی نیست که بوسیله غیر انجام آن میسر شود، مشروط له حق فسخ عقد را خواهد داشت.

همچنین در صورتی که انجام شرط ممتنع باشد، و این امتناع مستند به فعل مشروط له نباشد، نامبرده اختیار فسخ عقد را دارد. لازم به ذکر است که مشروط له در شرط صفت و فعل حق اسقاط شرط را دارد، به خلاف شرط نتیجه که با انعقاد عقد تحقق می‌یابد و موردی برای اسقاط شرط وجود نخواهد داشت.

مسئله ۱- هرگاه مشروط علیه از انجام شرط صحیح ضمن عقد خودداری نماید، آیا به محض خودداری ذی نفع خیار فسخ دارد یا آنکه پس از امتناع او از انجام شرط و مراجعه ذی نفع به حاکم و عدم امکان اجبار می‌تواند معامله را فسخ کند؟

از قانون مدنی شق اخیر استنباط می‌گردد. ولی بسیاری از فقها بوجه اول نظر داده‌اند «۱»، که این وجه بنظر قوی می‌رسد. زیرا خیار

برای جبران ضرر است، و هر چند ممکن است ذی نفع با مراجعه به محکمه و اجبار حاکم شرط مزبور را اجرا

(۱) منهاج الصالحین، ج ۲ مسئله ۱۶۷.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۲۵

نماید، ولی باید توجه داشت که مراجعه به محکمه و دادخواهی کار آسانی نیست و خود خالی از ضرر نمی‌باشد.

مسئله ۲- در صورت عدم تمکن مشروط علیه از انجام شرط، آیا مشروط له می‌تواند بجای فسخ معامله ما بازاء شرط را مطالبه و درخواست نماید؟

بنظر می‌رسد که ذی نفع چنین حقی را ندارد.

شرائط ضمن عقد نکاح

هر چند نکاح از جمله عقود معینه بشمار است، ولی اهمیت و اعتبار ویژه و موقعیت ممتاز آن در میان سایر عقود بر کسی پوشیده نیست، چرا که بنیاد جامعه بر خانواده و بنیان خانواده بر ازدواج استوار است، لذا قانون‌گذار توجه خاصی نسبت به آن مبذول داشته؛ چنانکه در مورد شروط ضمن العقد با وجود بیان حکم کلی آن برای همه عقود، اختصاصاً در باب نکاح (یا در پاره‌ای مواد) بر این موضوع تکیه کرده و به تفصیل آن را بیان نموده است. من جمله می‌توان به شرائط صحت عقد نکاح و وکالت در نکاح اشاره نمود. این خود نشان اهمیتی است که قانون‌گذار برای نکاح قائل بوده است.

البته تجدید بیان قانون‌گذار به معنی خروج نکاح از قواعد کلی جز در مواردی که صراحتاً حکم دیگری بیان شده است، نیست. و چون نکاح یکی از عقود است و احکام راجع به شرائط ضمن عقد درباره آن جاری است، لذا شرائط ضمن عقد نکاح نیز واجد همان خصوصیات است که در احکام کلی آن مقرر می‌باشد.

بنابراین تقسیم شرائط به فاسد و مفسد و صحیح در این عقد نیز صادق است.

در نتیجه شرائط ضمن عقد نکاح می‌بایست:

اولاً غیر مقدور نباشد. اگر شرط غیر مقدور باشد باطل، ولی بطلان آن به صحت عقد لطمه نمی‌زند.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۲۶

ثانیاً دارای نفع و فائده عقلانی باشد. در غیر این صورت باز شرط باطل ولی مبطل عقد نیست.

ثالثاً نامشروع نباشد. شرط خلاف شرع و یا خلاف قوانین آمره فاسد، ولی مفسد عقد نخواهد بود.

قوانین آمره که در فقه حکم نامیده می‌شود، قوانینی است که برای نظم اجتماع وضع شده و اراده افراد نمی‌تواند آن را تغییر دهد یا تفسیر کند. گاه در تشخیص آن بین حقوقدانان ممکن است اختلاف نظر حاصل شود. مثلاً اگر ضمن عقد شرط شود که شوهر حق ندارد زن را طلاق دهد؛ از آنجا که حکم این است که هر وقت شوهر بخواهد می‌تواند زن را طلاق دهد، سلب این حق از شوهر مخالف قوانین آمره و باطل است. امّا زن می‌تواند شرط کند که در صورتی که شوهر زن دیگری بگیرد، او از طرف مرد وکیل است که پس از اثبات آن در دادگاه خود را مطلقه سازد.

در مورد شروط فاسدی که مفسد عقد نیست، در نکاح برای مشروط له حق فسخ نیست؛ اگر چه مشروط له جاهل به فساد شرط باشد. چرا که موارد فسخ نکاح در قانون معین بوده و جز در آن موارد اجازه فسخ نکاح داده نشده است. ولی اگر از شرط فاسد زیانی وارد شود، زیان دیده از جهت تسبیب حق مراجعه به مسبب را دارد.

رابعاً شرط خلاف مقتضای عقد نباشد. چنین شرطی باطل و مبطل عقد نکاح می‌باشد، بنابراین اگر ضمن عقد شرط شود که

زوجیت یعنی مقتضای عقد نکاح حاصل نگردد، این شرط باطل و عقد نیز فاسد است.

چون عقد نکاح عقدی نیست که عوضین در آن مصداق پیدا کند، لذا شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین می‌شود که در سایر عقود موجب بطلان است، در نکاح دائم عنوانی ندارد؛ بنابراین فرضاً اگر شرط مجهول باشد، منحصرأ خود شرط باطل است.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۲۷

اما در نکاح منقطع چنین شرطی قابل تصوّر و موجب بطلان عقد است. زیرا در نکاح منقطع مهر عوض است؛ و اگر شرط مجهول موجب جهل به مهر شود، مهر ساقط و با سقوط مهر عقد نیز باطل می‌گردد. غیر از شرائطی که فوقاً ذکر شد، سایر شرائط ضمن عقد صحیح خواهد بود. در ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی بعضی از نمونه‌های شرائط صحیح مطرح گردیده است.

گرچه در ماده مزبور با امثله ذکر شده تنها شرط فعل بیان شده است، ولی انتخاب شرط فعل بعنوان مثال من باب شیوع این نوع از شروط بوده، و لذا مفید حصر نیست. بنابراین شرط صفت و شرط نتیجه نیز همین وصف را دارد. چنانکه در ماده ۱۱۲۸ ق. م. صریحاً حکم شرط صفت بیان شده و مقرر می‌دارد:

«هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود.

خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبایا بر آن واقع شده باشد».

ممکن است تصوّر شود که بصراحت ماده ۱۱۱۹ قانون‌گذار تنها شرط خلاف مقتضای عقد را باطل دانسته، و سایر شروط را با ذکر «هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور» پذیرفته است. به این دلیل که واژه «هر» از ادوات کلی است و تنها مستثنای آن طبق این ماده شرط خلاف مقتضای عقد است.

این تصوّر به بداهت عقل مردود است، زیرا بطور مسلم قانون‌گذار نه اجازه تجاوز به قوانین آمره را می‌دهد، و نه فعل عبث را از قبیل شرط غیر مقدور و شرط فاقد فائده و نفع عقلانی تجویز می‌کند. چنانکه بطلان شرط خلاف قانون در ماده ۱۰۶۹ ق. م. بیان شده است:

«شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است، ولی در نکاح دائم شرط خیار نسبت بصداق جایز است، مشروط بر اینکه مدت آن معین باشد و بعد از فسخ مثل آن است که اصلاً مهر ذکر نشده باشد» بنابراین علت بطلان شرط فسخ مغایرت

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۲۸

آن با قوانین آمره است. چرا که موارد فسخ نکاح در مواد ۱۱۲۱ الی ۱۱۳۲ قانون مدنی معین شده است، و شرط خیار با مواد مزبور که از قوانین آمره می‌باشند، مغایرت دارد.

همچنین در ماده ۱۰۸۱ ق. م. مقرر شده است:

«اگر در عقد نکاح شرط شود که در صورت عدم تأدیۀ مهر در مدت معین نکاح باطل خواهد بود، نکاح و مهر صحیح ولی شرط باطل است».

بطلان این شرط نیز بلحاظ فساد آن بعلت مغایرت با قانون است. چون انحلال نکاح تنها با طلاق و فسخ که موارد آن معین شده است خواهد بود، پس عدم پرداخت مهر از موارد انحلال نکاح نیست.

گاه مواردی مطرح می‌شود که وجود یا عدم مغایرت شرط با قوانین آمره مورد تأمل است، از جمله: اگر در عقد شرط شود که زن نفقه خود را ساقط کرده و مرد را از پرداخت نفقه بری نماید، برخی از حقوق‌دانان معتقدند چون نفقه زن در نکاح دائم تکلیف

شوهر است، اسقاط آن خلاف قوانین آمره و شرط باطل است.

اما بنظر می‌رسد قبول چنین شرطی بلا اشکال باشد. چون درست است که نفقه تکلیف شوهر است، ولی این تکلیف تا زمانی است که زن از حق دریافت نفقه صرف نظر نکند. بنابراین اگر زن حق خود را از این نظر ساقط نمود برای شوهر تکلیفی نخواهد ماند. پس چنین شرطی را نمی‌توان شرط نامشروع دانست.

و نیز گفته‌اند اگر در عقد شرط شود که شوهر با زن نزدیکی نکند، شرط صحیح است.

بنظر می‌رسد چنین شرطی نه تنها مغایر قانون، بلکه محتملا خلاف مقتضای عقد است. چرا که هدف و مقصود از نکاح زوجیت و تناسل است (تناکحوا تناسلوا)؛ پس لازمه زوجیت نزدیکی است و هدف از نکاح نزدیکی مشروع است، بنابراین شرط خلاف آن، خلاف مقتضای عقد خواهد بود. و اگر فرضا خلاف مقتضا هم نباشد، مسلما خلاف قانون آمره و باطل است.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۲۹

ضمانت اجرائی شرط فعل در ضمن عقد نکاح

قانون مدنی برای شروط ضمن عقد که به صورت شرط فعل ملحوظ گردیده، ضمانت اجرائی مشخصی منظور نداشته است. در واقع معلوم نیست که اگر مثلا زوجین در ضمن عقد نکاح شرطی را بصورت شرط فعل لحاظ نمایند، و از موارد قابل الزام دادگاه نباشد، چه نتیجه حقوقی ایجاد خواهد شد؟

برخی از حقوقدانان معاصر «۱» چنین پنداشته‌اند که شرائط ملحوظ در عقد نکاح چنانچه قابل الزام نباشد، برای صاحب شرط خیار فسخ ایجاد می‌گردد.

بعبارت دیگر نکاح را به سایر معاملات قیاس نموده‌اند و آنچه که قانون مدنی در سایر معاملات بموجب مواد ۲۳۷ و ۲۳۹ مقرر داشته است «۲»، در مورد نکاح جاری دانسته‌اند.

این استدلال مخدوش بنظر می‌رسد؛ زیرا از نظر فقهی عوامل جدائی زن و مرد در شریعت مشخص و محدود به طلاق، فسخ، انقضاء مدت و یا بذل و امثال آنست؛ و در این میان فسخ بموجب خیار حاصله از تخلف انجام تعهد در شریعت منظور نگردیده است. قانون مدنی نیز به پیروی از فقه عوامل انحلال نکاح را دقیقا مشخص کرده و چنین خیاری را برای احد طرفین قرار نداده است. بنابراین نمی‌توان نکاح را به سایر معاملات قیاس نمود، و به استنباط از مادّتين ۲۳۷ و ۲۳۹ چنین نظری داد.

(۱) حقوق خانواده دکتر لنگرودی، ص ۱۹۴ و ۲۲۸.

(۲) ماده ۲۳۷ ق. م.: «هرگاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد اثباتا یا نفیا، کسی که ملزم به انجام شرط شده است باید آن را بجا بیاورد. و در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند بحاکم رجوع نموده تقاضای اجبار بوفاء شرط بنماید». ماده ۲۳۹ ق. م.: «هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد، و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت».

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۳۰

شرط عدم ازدواج مجدد

هرگاه زوجه در ضمن عقد نکاح شرط کند که زوج زن دیگری نگیرد، این شرط چه حکمی دارد؟

در خصوص چنین شرطی در فقه نظریات مختلف ارائه گردیده، که به سه نظریه عمده اشاره می‌گردد:

الف- چنین شرطی فاسد و مفسد عقد است.

ب- شرط مزبور با وجود فاسد بودنش مفسد عقد نیست «۱».

ج- شرط مزبور صحیح است. ولی چنانچه زوج تخلف ورزد و مجدداً ازدواج نماید، ازدواج مجدد باطل نمی‌باشد «۲».

د- شرط مزبور علاوه بر صحت از ازدواج مجدد جلوگیری می‌نماید، لذا چنانچه زوج مجدداً ازدواج نماید، ازدواج مزبور باطل است.

نظریه اخیر را در کتب قدما نیافته‌ایم، میان فقهای معاصر تنها مرحوم آیت الله حکیم طاب ثراه در «منهاج الصالحین» می‌گوید:

«و يجوز ان تشترط الزوجه على الزوج في عقد النكاح او غيره ان لا يتزوج عليها و يلزم الزوج العمل به بل لو تزوج لم يصح تزويجه- و جائز است که زوجه شرط کند علیه زوج در عقد نکاح یا عقدی دیگر که مرد ازدواج دیگری ننماید، زوج بر چنین شرطی ملزم است. بلکه چنانچه ازدواج نماید، ازدواج (مجدد) او باطل است».

توجیه فقهی نظریات قبلی کاملاً روشن است. در مورد نظریه اخیر هر چند وجوهی برای توجیه آن بنظر می‌رسد، ولی تا تاریخ نگارش سطور وجه بدون خدشه و قابل پذیرش منظور نظر نگردید.

(۱) تحریر الوسيله، ج ۲، ص ۳۰۲.

(۲) منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۰۵.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۳۱

شرط وکالت در ضمن عقد

آیا اشتراط وکالت بنحو شرط نتیجه در ضمن عقد لازم یا جائز، صحیح و موجب تحقق است؟

صاحب جواهر معتقد است وکالت محتاج به انشاء مستقل است، بنابراین با اشتراط در ضمن عقد دیگر تحقق نمی‌یابد «۱».

این نظریه توسط فقهای متأخر رد شده، و گفته‌اند وکالت بهر امری که دلالت بر آن کند محقق می‌گردد. بنابراین اگر شخصی خانه‌اش را به دیگری رهن دهد، و در ضمن عقد رهن شرط کند که چنانچه تا رأس مدت معین دین را وفا نکند او وکیل در فروش منزل و برداشت طلب خود باشد، این شرط صحیح و وکالت محقق می‌گردد «۲».

بنظر این دسته از فقهاء چنانچه شرط مزبور در ضمن عقد جائز ملحوظ گردد، وکالت بنحو جائز محقق شده و قابل عزل است، ولی چنانچه در ضمن عقد لازم منظور شده باشد، وکالت بنحو لازم تحقق یافته و قابل عزل نخواهد بود «۳».

قانون مدنی در ماده ۱۱۱۹ از نظریه فقهاء دسته اخیر پیروی نموده است.

اشتراط وکالت بر طلاق در ضمن عقد

قانون مدنی بموجب ماده ۱۱۳۸ وکالت بر انجام طلاق را پذیرفته است. ما در ذیل همان ماده ضمن بررسی فقهی موضوع متذکر خواهیم شد که چنانچه اصل وکالت در طلاق پذیرفته شود فرقی میان توکیل زوجه و غیر او وجود ندارد. زوج

(۱) جواهر الکلام، کتاب الرهن.

(۲) عروۃ الوثقی، ج ۲، ص ۱۲۰.

(۳) مأخذ قبل، ص ۱۲۲.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۳۲

می‌تواند زوجه خویش را بر امر طلاق وکیل سازد، همانگونه که این اختیار برای او نسبت به دیگران وجود دارد. و نیز طرفین می‌توانند وکالت را در ضمن عقد قرار دهند تا به تبع عقد نکاح بنحو لازم تحقق یافته و قابل عزل نباشد.

ذکر این نکته ضروری است که از نظر فقه اسلامی لازم نیست در مورد فوق، وکالت مقید به امری از قبیل ترک انفاق یا غیبت یا سوء قصد علیه حیات زن یا سوء رفتار و غیره باشد، بلکه چنانچه ضمن عقد نکاح یا عقد خارج لازم به زن برای طلاق وکالت بطور مطلق داده شود نافذ و بلا اشکال است. زیرا شرط مزبور نه خلاف مقتضای ذات عقد است و نه نامشروع و نه ایراد دیگری در آن متصور است.

قانون مدنی تنها به جهت ملاحظه مصالح خانواده قیود مذکور را ملحوظ داشته است.

اثبات شرائط

هرگاه بنحو مذکور در ماده ۱۱۱۹ به زن برای طلاق وکالت داده شود، با توجه به اینکه اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهائی، ملحوظ گردیده، لذا زوجه نمی‌تواند مستقیماً به دفترخانه جهت انجام طلاق مراجعه نماید بلکه نخست باید به دادگاه مراجعه دلائل و مدارک مبنی بر وجود قیود مزبور ارائه دهد، دادگاه پس از رسیدگی به دلائل چنانچه شرائط مزبور را محقق ببیند حکم نهائی جهت انجام وکالت صادر خواهد کرد.

هرگاه در ضمن عقد نکاح و یا عقد لازم دیگر نه به نحو مذکور در قانون بلکه بطور مطلق به زن برای طلاق وکالت داده شده باشد، از نظر فقهی رجوع به دادگاه لازم نیست. اما با توجه به لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص مسأله قابل بررسی است.

ممکن است گفته شود که مورد از مصادیق تبصره ۲ ماده ۳ لایحه مزبور می‌باشد. در تبصره مشار الیه آمده است: مواردی که بین زوجین راجع به طلاق

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۳۳

توافق شده باشد مراجعه به دادگاه لازم نیست «۱». و در واقع با شرط وکالت مطلق برای طلاق میان زوجین به توافق حاصل شده و بنابراین مراجعه به دادگاه لازم نیست.

این گفتار مخدوش بنظر می‌رسد. زیرا مستفاد از ظاهر واژه توافق که در تبصره مزبور آمده آن است که زوجین طی قراردادی اراده خود را برای انجام طلاق اعلام نمایند و صرف توکیل زن بر طلاق ضمن عقد برای تحقق این توافق کافی نیست. وکالت بر طلاق صرفاً به زوجه این اختیار را می‌دهد که از سوی شوهر خود را مطلقه سازد ولی این امر موکول به حصول امور مقرر است که از آن جمله توافق طرفین و تحصیل اراده طرفین و موافقت در مورد طلاق می‌باشد.

نوع طلاق و حکم رجوع

زوجه می‌تواند ضمن عقد نکاح علاوه بر شرط وکالت در طلاق، وکالت در قبول بذل فداء از ناحیه زوج را نیز بنماید که در این صورت زوجه در هنگام مقتضای مالی را به زوج بذل نموده و از سوی زوج قبول و بوکالت از زوج خود را مطلقه می‌سازد. این طلاق بائن خواهد بود و مادام که زوجه به مبذول رجوع نکند زوج حق رجوع نخواهد داشت.

در غیر صورت فوق، یعنی چنانچه در عقد بطور مطلق برای زوجه شرط وکالت در طلاق قرار داده شود، چون خلع از عقود معاوضی است و زوجه وکالت در قبول فداء را ندارد بیگمان طلاق می‌دهد از نوع رجعی خواهد بود و زوج می‌تواند پس از انجام طلاق مجددا رجوع کند.

حال این سؤال مطرح است که در این فرض آیا زوجه می‌تواند با استفاده از همان وکالت مشروطه در ضمن عقد مجددا خود را مطلقه سازد، یا آنکه با انجام

(۱) مجموعه قوانین سال ۵۸، ص ۱۸۰.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۳۴

وکالت برای یک دفعه، دیگر باره وکالتی برای زوجه وجود ندارد؟

در پاسخ این سؤال دو توجیه متقابل می‌توان مطرح ساخت؛ ممکن است گفته شود که عمل رجوع، طلاق انجام شده را کان لم یکن ساخته و زوجه به عقد نکاح سابق بازگشت نموده است و چون در آن عقد، وی وکیل در طلاق خویشتن بوده است، بنابراین اینک او می‌تواند با استفاده از همان شرط خود را مطلقه سازد. و اگر بار دیگر نیز زوج از حق رجوع استفاده کند زوجه نیز حق انجام طلاق خواهد داشت تا آنکه سه بار عمل طلاق پس از دو بار رجوع تکرار شود و طلاق سوم باین و زوجه بر زوج حرام گردد.

در مقابل می‌توان گفت که وکالت با انجام متعلق آن توسط وکیل پایان می‌یابد و تردیدی نیست که زوجه متعلق وکالت را انجام داده است و وکالت مجدد نیاز به توکیل جدید دارد.

هر چند توجیه نخستین اقوی بنظر می‌رسد ولی برای جلوگیری از مشکلات بهتر است به صورت ذکر شده زوجه اشراط قبول خلع را اضافه نماید و طلاق را بگونه خلع جاری سازد تا اختیار رجوع بدست زوج نباشد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۳۵

باب دوم انحلال عقد نکاح فسخ. طلاق. بذل مدّت

اشاره

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۳۷

انحلال عقد نکاح

ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی: «عقد نکاح به فسخ یا به طلاق، یا به بذل مدّت در عقد انقطاع منحل می‌شود».

مقصود از انحلال قطع رابطه زوجیت است؛ در محلی که اقتضای ادامه داشته باشد. لذا این نظر که عقد انقطاعی نیز با پایان مدّت منحل می‌گردد، صحیح نیست، زیرا در عقد مدّت دار و منقطع زوجیت از اول محدود بوده، و پس از انقضای مدّت دیگر زوجیتی وجود ندارد تا منحل گردد.

قانون مدنی در مواد مشروحه آتی تنها متعرض موارد فسخ شده، و موارد انفساخ را مطرح ننموده است. منظور از انفساخ آن است که نکاح خودبخود منحل گردد. در مقابل، فسخ به این معناست که زوج و یا زوجه با اعمال خیار فسخ، پیوند را بگسلند.

نکاح در دو مورد زیر منفسخ می‌گردد:

الف- مواردی که پس از ازدواج بعثت امر حادثی زوجین بر یکدیگر حرام گردند. مانند آنکه پس از عقد نکاح مادر زن فرزند زوج را شیر دهد. یا آنکه شخصی دارای دو زوجه یکی صغیره و دیگری کبیره است، چنانچه زوجه کبیره صغیره را شیر دهد، هر دو ازدواج منفسخ می‌گردد.

ب- موردی که احد زوجین بعد از عقد نکاح از اسلام خارج گردند. قبلا در ذیل ماده ۱۰۵۹ ق. م بطور مشروح در این مورد بحث شد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۳۹

فصل اول - موارد امکان فسخ نکاح

اشاره

جنون زوجین عیوب مرد عیوب زن صور مختلف عیوب زن جنون و عن مرد پس از عقد سقوط خیار با علم به عیب ابتلاء مرد به امراض مقاربتی خیار فسخ در فرض فقدان اوصاف استنکاف شوهر از ادای نفقه یا عجز او طلاق به علت عسر و حرج فوریت خیار فسخ تفاوت فسخ و طلاق

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۴۱

جنون زوجین

اشاره

ماده ۱۱۲۱ قانون مدنی: «جنون هر یک از زوجین، به شرط استقرار، اعم از اینکه مستمر یا ادواری باشد، برای طرف مقابل موجب حق فسخ است».

باید دانست که عیوب موجب فسخ دو قسم است:

عیوب مختص

عیوب مشترک

عیب مشترک بدین معناست که چنانچه در هر یک از زوجین یافت گردد موجب پیدایش خیار برای طرف مقابل است. اگر چه جنون زن و مرد از نظر احکام مرتبه بر هر یک متفاوت است، ولی جنون تنها مصداق عیوب مشترک در زوجین می‌باشد؛ که در سطور آتی به بحث خواهد شد.

تعریف و اقسام جنون

جنون یا سابق است و یا طاری. آنچه در این ماده مطرح گردیده جنون سابق بر عقد است، و حکم جنون طاری در ماده ۱۱۲۸ ق. م. مطرح خواهد شد.

چنانچه پس از عقد معلوم گردد که احد زوجین در حین عقد مجنون بوده است، طرف دیگر می‌تواند عقد را فسخ نماید.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۴۲

قانون مدنی جنون را تعریف نکرده ولی فقهاء بطور دقیق مفهوم این کلمه را چنین مشخص نموده‌اند:

جنون یعنی اختلال عقل؛ بنابراین نسیان‌های سریع الزوال، بیهوشی‌های ناشی از هیجانات ناگهانی، و نیز بیماری صرع، جنون محسوب نمی‌گردد. منظور از اختلال عقل آنست که شخص در انجام وظائف عادی و معمولی روزانه خویش نامتعادل شده، و اعمال بدون هدف از او سر بزند «۱».

جنون گاهی ادواری است و گاهی اطلاق؛ منظور از جنون ادواری دیوانگی‌های موسمی و فصلی است. بگونه‌ای که هر چند گاه به شخص، حالت دیوانگی دست دهد، بخلاف جنون اطلاق که دیوانگی مستمر می‌باشد. هر دو نوع مذکور موجب خیار فسخ است. مستند فقهی مسأله علاوه بر اجماع و قاعده لا ضرر، اخبار واصله متعدده می‌باشد، از جمله:

روایت حلبی از امام صادق (ع)، که در آن آمده است: «أما يردّ النكاح من البرص و الجذام و الجنون و ... نكاح فسخ می‌شود تنها با بیماری برص، جذام، جنون و ...» «۲».

مستفاد از احادیث و معاهد اجماعات مطلق جنون است که نسبت به ادواری و اطلاق شمول دارد.

شرط استقرار

دقیقا مشخص نیست که منظور قانون‌گذار از شرط استقرار جنون چیست؛ اگر منظور نفی نسیان‌های سریع الزوال و یا بیهوشی‌های ناشی از هیجانات و یا مرض

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۱۸.

(۲) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۵۹۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۴۳

صرع باشد، چنانچه اشاره شد فقها آن را اصولا جنون محسوب نداشته‌اند، ولی اگر منظور نفی جنونهای موقت و ناگهانی و قابل معالجه باشد، از نظر فقهی محل تأمل و بحث است «۱».

مرحوم محقق حلی پس از بر شمردن عیوب چنین می‌گوید: «...» «خیار فسخ با سهو سریع الزوال و یا با عارض شدن حالت بیهوشی ناشی از غلبه صفراء ثابت نمی‌شود، همانا خیار در این مورد تنها در صورت استقرار ثبوت می‌یابد «۲»».

در اینکه ضمیر فیه (در این مورد) به جنون راجع است یا به اغماء بیهوشی میان شارحین شرایع اختلاف نظر است. صاحب جواهر در تشریح متن فوق می‌گوید: «ضمیر راجع به اغماء است و احتمال اینکه راجع به جنون باشد، مردود است، زیرا از نظر نصوص و فتاوی فقهی میان مستقر و غیر مستقر تفاوتی وجود ندارد؛ درحالی که عنوان جنون نیز بر هر دو صدق می‌کند» «۳».

اما شهید ثانی در مقام شرح متن شرایع می‌گوید: «...» «آری شرط است استقرار جنون؛ و زائل شدن عقل چنانچه موقت باشد و دیگر عود نکند موجب خیار نمی‌باشد. زیرا عرفا به چنین شخصی مجنون نمی‌گویند «۴»».

ظاهرا قانون مدنی در این جهت از نظر محقق ولی با تفسیر شهید ثانی پیروی نموده است.

بنظر می‌رسد آنچه که نویسندگان قانون مدنی از متون و نصوص فقهی استنباط نموده‌اند، بیشتر قابل پذیرش است. بنابراین چنانچه شخصی بطور ناگهانی مبتلاء به جنون گردد و پزشک تشخیص دهد که حالت مزبور بعلة عروض شوک و یا ناراحتی پیش آمده و قابل معالجه است، دادگاه نکاح را قابل فسخ نمی‌داند.

(۱) رجوع شود به: متن قواعد الاحکام، ص ۳۲؛ و شرح آن ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۱۷۵.

(۲) (۲) و (۳) شرایع الاسلام و جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۳۱.

(۴) مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۱، ص ۴۲۰، افست قم.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۴۴

عیوب مرد

اشاره

ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی: «عیوب ذیل در مرد که مانع از ایفاء وظیفه زناشوئی باشد، موج حق فسخ برای زن خواهد بود:

۱- عنن به شرط اینکه بعد از گذشتن مدت یک سال از تاریخ رجوع زن بحاکم، رفع نشود.

۲- خصاء.

۳- مقطوع بودن آلت تناسلی».

عیوب فوق به مرد اختصاص دارد؛ که یکایک مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت:

عنن

اشاره

عنن (بفتح عین و نون اول) یک نوع بیماری که بواسطه آن آلت مرد منتشر نمی‌شود، و در نتیجه از عمل نزدیکی عاجز می‌گردد. در تعریف عنن عدم شهوت و تمایل به زنان ملحوظ نیست، و چه بسا حالت فوق با وجود شهوت و تمایل نیز توأم باشد. این بیماری همانطور که ممکن است طبیعی باشد محتمل است معلول کنشهای روانی و یا افسون نیز باشد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۴۵

در اینکه عنن سابق بر عقد موجب خیار فسخ می‌گردد، اجماع فقها مستقر است «۱». روایات زیادی نیز بر این موضوع دلالت دارد از جمله:

روایت ابی بصیر از حضرت صادق (ع)؛ آن حضرت در پاسخ این سؤال که (آیا زنی که شوهرش مبتلا به ناتوانی جنسی شده و به هیچ وجه قادر بر انجام عمل زناشوئی نیست، از او جدا می‌شود؟) فرمودند: «آری اگر بخواهد «۲»». و بدین مضمون روایات بسیاری وارد شده است. البته عمومات و قواعد کلی مانند قاعده «لا ضرر» نیز می‌تواند مستند این مسأله باشد.

مراجعه به دادگاه

هرگاه برای زن عنن شوهر احرار گردد، چنانچه زن بیماری شوهر را تحمّل نماید و زندگانی را ادامه دهد در این صورت خیار ساقط است. ولی چنانچه مایل به ادامه زندگی نباشد، شخصا نمی‌تواند زندگی را رها کرده و شوهر را ترک و نکاح را فسخ کند، بلکه بایستی بلافاصله پس از آگاهی به عیب به دادگاه مراجعه نموده و عرض حال بدهد؛ آنگاه دادگاه از تاریخ تقدیم عرض حال، مدت یک سال کامل ضرب اجل می‌نماید، چنانچه در این مدت مرد توانائی جنسی بدست آورد و با آن زن یا زن دیگری نزدیکی نماید، زوجه حق خیار فسخ نخواهد داشت، در غیر این صورت زن می‌تواند بلافاصله اعمال خیار فسخ کند. اما چنانچه در اعمال آن تأخیر نماید، خیار ساقط می‌گردد، مگر آنکه تأخیر ناشی از جهل به خیار و یا فوریت آن باشد، که در این صورت جهل عذر

محسوب گشته و خیار باقی خواهد بود.

بررسی فقهی

مبنای فقهی مسائل فوق علاوه بر اجماع روایات واصله است، که ذیلاً به

(۱) شرایع الاسلام و جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۲۴؛ کشف اللثام، ج ۲، ص ۶۶؛ شعائر، ص ۶۵۱.

(۲) وسائل الشیعه، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۴۶

نمونه‌هایی از آن اشاره می‌شود:

الف - مرسله صدوق: «هرگاه زن پس از آگاهی از عنن شوهر خویش به دوام زندگی راضی باشد، دیگر خیار فسخ نخواهد داشت (۱)».

از روایت فوق برخی از فقها چنین استنباط کرده‌اند که اولاً - خیار زن در صورت رضایت او پس از علم به عنن ساقط می‌گردد، و ثانیاً در صورت عدم تمایل به دوام زندگی زن بایستی فوراً به دادگاه مراجعه نماید (۲). بنظر می‌رسد که جهت اول روشن است، اما جهت دوم قابل تأمل می‌باشد.

زیرا عدم مراجعه زن به دادگاه اعم است از رضایت وی؛ و هر چند بی‌تردید اعمال خیار فوری است، ولی متیقن آنست که زن با انقضای مدت یک سال پس از مراجعه در صورت تمایل به فسخ بایستی سریعاً به اعمال حق خیار مبادرت نماید، در غیر این صورت حق وی ساقط خواهد شد؛ و با این حال دلیلی بر لزوم مبادرت به مرافعه پس از آگاهی بر عیب وجود ندارد.

ب - روایت محمد بن مسلم از امام محمد باقر (ع): «به عنین یک سال مهلت داده می‌شود، و پس از آن زوجه‌اش اگر بخواهد به زندگی با وی ادامه می‌دهد و در غیر این صورت جدا می‌شود (۳)».

ج - بختی از امام محمد باقر (ع) نقل می‌کند که: «علی (ع) فرموده است: به عنین از تاریخ مرافعه یک سال مهلت داده می‌شود، که در این مدت چنانچه آثار بهبودی مشاهده نگشت، تفرقه امکان‌پذیر می‌گردد، و چنانچه زن راضی شود که مدتی با وی زندگی بعداً جدا شود، حق خیار وی ساقط خواهد شد (۴)».

از روایات فوق و بسیاری احادیث دیگر، فقها استنباط کرده‌اند که عنن

(۱) وسائل الشیعه، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۲) جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۵۸.

(۳) و (۴) وسائل الشیعه، باب ۱۴ از ابواب عیوب؛ جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۶۰.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۴۷

تنها عیبی است که بدون مراجعه و مرافعه به دادگاه خیار فسخ پدید نمی‌آید (۱)».

طریقه اثبات عنن

در دعاوی مربوط به بیماری‌های مرد، زوجه مدّعیه است و زوج منکر؛ مطابق اصول قضائی اسلام، زن باید مدّعی خویش را با بینه به اثبات رساند. در غیر این صورت منکر با یمین دعوی مدّعی را رد خواهد کرد.

امّا در خصوص بیماری عنن، از آنجا که بیماری مزبور از عیوب خفیه است و مانند سایر امراض آشکار و در مرئی و منظر همگان نیست، و به اصطلاح فقهی از اموری است که جز از طریق خود اشخاص قابل احراز نیست، لذا فقهای امامیه شاهد را بر این عیب نپذیرفته و معتقدند که دعوی عنن به یکی از سه طریق زیر ثابت می‌گردد:

۱- اقرار زوج.

۲- شهادت شهود بر اقرار زوج به عنن نزد آنان.

۳- سوگند مدّعی در صورتی که منکر از سوگند نکول نماید و یا سوگند را به مدّعی رد کند.

هرگاه مدّعی عنن (زوجه) نتواند مدّعی خویش را به یکی از راههای فوق الاشعار به اثبات رساند، منکر (زوج) می‌تواند با انجام سوگند بر نفی بیماری خویش، دعوی را رد و بدین وسیله مرافعه خاتمه یابد. زیرا مقتضای اصل، سلامت افراد است؛ بنابراین کسی که گفتارش مخالف آن باشد مدّعی و آن کس که مطابق با آن سخن بگوید منکر تلقی می‌گردد. نصوص واصله در خصوص مسأله نیز به همین رویه دلالت دارد «۲».

با توجه بمراتب فوق راههای استخبار که توسط بعضی از فقها ارائه گردیده،

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۵۸ به بعد؛ حقائق الناضرة، چاپ سنگی، ج ۵، ص ۲۰۴.

(۲) جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۵۲؛ وسائل الشیعه، باب ۱۵ از ابواب عیوب.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۴۸

قابل پذیرش نیست. نظر پزشک نیز با توجه به ویژگی بیماری مزبور، از نظر فقهی پذیرفته نشده است «۱». قانون مدنی نیز در این باره ساکت است.

خصاء

اشاره

خصاء (به کسر خاء بر وزن کتاب) یعنی کشیده شدن خصیه، مردی که چنین صفتی را داشته باشد خصی گویند. معلوم نیست چرا قانون مدنی در هنگام ذکر عیوب موجود در مرد بجای آوردن واژه خصاء، از حالت فاعلی آن یعنی خصی استفاده کرده است. به همین جهت در تاریخ ۸/ ۱۰/ ۶۱ توسط کمیسیون قضائی مجلس شورای اسلامی این واژه به خصاء تصحیح شده است.

بیماری مزبور با اینکه مستلزم ناتوانی از مقاربت جنسی نیست، و لیکن بنظر مشهور فقها از عیوب موجب خیار است.

بررسی فقهی

مستند فقهی مسأله علاوه بر قاعده لا ضرر «۲» اخبار معتبره در حد استفاضه می‌باشد. از آن جمله:

امام (ع) در مورد مردی خصی که با زنی ازدواج نموده بدون آنکه عیب خویش را اظهار نماید و بدین وسیله او را فریب داده است، فرمودند: «می‌توانند از یکدیگر جدا شوند، و چنانچه نزدیکی انجام شده باشد تمامی مهر و اَلّا نصف مهر بعهده وی می‌باشد» (۳).

(۱) منابع قبل.

(۲) جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۲۲.

(۳) وسائل الشیعه، باب ۱۳ از ابواب عیوب.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۴۹

علی‌رغم وجود روایات بیشمار و معتبر و شهرت عظیمه فتوایی، شیخ طوسی «۱» و علامه حلی «۲» با نظر مشهور مخالفت نموده‌اند. آنان معتقدند خصاء از جمله عیوب موجب خیار محسوب نمی‌باشد، زیرا عیب مزبور مانع از نزدیکی نیست و هر چند که انزال منی بواسطه این عیب امکان‌پذیر نمی‌باشد، ولی عدم امکان انزال موجب خیار فسخ نمی‌گردد.

مخالفین مشهور معتقدند که در اخبار واصله کتمان بیماری مزبور تدلیس شمرده شده است. لذا خیار مذکور را بخاطر تدلیس دانسته‌اند نه عیب بودن خصاء؛ بنابراین مقتضای اصل، لزوم عقد است.

عده‌ای در پاسخ گفته‌اند که اهم مقاصد نکاح تناسل است و چون خصی از این امر ناتوان است، پس بی‌گمان خصاء عیب بوده و موجب خیار فسخ می‌باشد.

اما این پاسخ قانع‌کننده نیست چرا که اگر چنین باشد می‌بایست در مورد افراد غیر خصی که مبتلا به عدم انزالند و یا کسانی که بعلت وجود نقص طبیعی در نطفه از بچه‌دار شدن محرومند قائل به خیار فسخ بود؛ درحالی که چنین نیست.

بنظر می‌رسد پاسخ قانع‌کننده آنست که نصوص و روایات معتبره در عیب شمردن خصاء تصریح دارد، و برای مخالفین مشهور جای هیچ‌گونه تردیدی نیست.

روی این اصل، صاحب «ریاض» معتقد است گفتار مخالف مشهور در این مسأله اجتهاد در مقابل نص است؛ آن هم نصی که با عمل اصحاب تقویت و تثبیت گردیده که بی‌تردید اصل لزوم عقد را تخصیص خواهد زد «۳».

البته جای شک نیست که در صورت آگاهی زن خیار وجود ندارد و احراز وجود عنصر فریب نیز لازم نیست.

(۱) المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۴، ص ۶۳ و ۶۴؛ الخلاف، ج ۲، ص ۱۸۶، مسأله ۱۴۱.

(۲) مختلف الشیعه، فصل چهارم در عیوب و تدلیس، ص ۵۵۶.

(۳) ریاض المسائل طباطبائی، ج ۲، ص ۱۳۳.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۵۰

خصاء متأخر

با توجه بمراتب فوق و اینکه اصل در عقد لزوم است، و ادله عیب بودن خصاء تخصیصی است که بر اصل مزبور وارد گردیده، بنابراین همواره بایستی با تفسیر مضیق بموارد متیقن اکتفاء نمود؛ قدر متیقن از ادله و نصوص واصله خصاء سابق بر عقد است، و در مورد خصاء متأخر نظر فقها متفاوت می‌باشد. مشهور فقها عمل به اصل نموده و خصاء متأخر را عیب ندانسته‌اند. قانون مدنی نیز از این نظر پیروی نموده و به مفهوم ماده ۱۱۲۵ عیب بودن آن را نفی کرده است.

مقطوع بودن آلت تناسلی

مقطوع بودن آلت تناسلی، عیب مزبور معادل جب (به فتح جیم) که اصطلاح فقهی است می‌باشد. فقها در فسخ عقد نکاح بعلت جب تردید دارند «۱» زیرا در میان روایات نصّ خاصی در مورد آن وجود ندارد. ولی مشهور فقها با توجه به مستنبط از ادله خصاء و عنن و نیز قاعده لا ضرر، جب سابق بر عقد را موجب خیار دانسته‌اند «۲».

در مورد جب متأخر از عقد، شیخ در جایی از کتاب مبسوط با استناد به اصل لزوم عقد اعتقاد به عدم خیار دارد، و در جای دیگر معتقد به خیار است «۳».

صاحب جواهر نیز با تمسک به قاعده لا ضرر اظهار تمایل به وجود خیار فسخ می‌کند.

ولی بنظر می‌رسد جای این سخن باقی است که گرچه استدلال صحیح بوده و تحمّل چنین ضرری برای زن تا آخر عمرش دشوار می‌باشد، اما چه تفاوتی میان خصاء و جب است که فقها چنین امری را در آن مقام نپذیرفته‌اند؟ مگر آنکه امر خصاء را بعلت توانائی بر آمیزش اسهل بدانیم.

(۱) شرایع السلام، کتاب النکاح.

(۲) جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۲۸.

(۳) مأخذ سابق.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۵۱

عیوب زن

اشاره

ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی: «عیوب ذیل در زن موجب حقّ فسخ برای مرد خواهد بود:

۱- قرن.

۲- جذام.

۳- برص.

۴- افشاء.

۵- زمین‌گیری.

۶- نایبائی از هر دو چشم».

قرن

اشاره

(به فتح قاف و سکون یا فتح راء)، از نظر فقهی در اینکه عیب مزبور موجب خیار است اختلافی نیست؛ النهایه در معنای آن اختلاف کرده‌اند که ناشی از اختلاف تعاریف ارباب لغت است. بعضی آن را استخوانی می‌دانند که در فرج زنان می‌روید، و مانع از

مقاربت می‌گردد؛ دسته دیگر به ورمی همچون باد بیضه مردان تشبیه کرده‌اند؛ برخی آن را غده گوشتی دانسته که در فرج می‌روید و مانع

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۵۲

نزدیکی می‌گردد. فقهای امامیه به پیروی از متون اخبار تعریف اخیر را بیشتر ترجیح می‌دهند «۱».

بنظر می‌رسد اولاً قرن ممکن است اقسام مختلف داشته باشد و با این حال همه انواع آن عیب محسوب می‌شود؛ چنانچه از اخبار نیز نوع خاص آن استنباط نمی‌گردد. ثانیاً لازم نیست که آفت مزبور به حدی باشد که مانع از مقاربت گردد، بلکه ظاهر شدن این عیب از آنجا که موجب تنفر است، عیب محسوب و موجب خیار می‌باشد.

قانون مدنی تعریف خاصی برای قرن ننموده و شرط آنکه مانع از مقاربت باشد را نیز معتبر ندانسته است.

بررسی فقهی:

مستند فقهی پیدایش خیار با پدید آمدن بیماری قرن، روایات واصله از جمله خبر ابی الصّبّاح کنانی به شرح زیر می‌باشد:

«از حضرت صادق (ع) پرسیدم: مردی با زنی ازدواج نموده آنگاه آن را قرناء «۲» یافته است. حضرت فرمودند ...: می‌تواند شوهرش او را به خانواده‌اش برگرداند «...» «۳»».

جذام

، نوعی بیماری است که اعضاء خشک و گوشت بدن بیمار در اثر آن می‌ریزد. این عیب موجب خیار فسخ برای مرد بوده و مستند به روایات واصله می‌باشد.

برص

، نوعی بیماری است که موجب غلبه سفیدی بر سیاهی در قسمتی از

(۱) شرایع الاسلام و جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۳۲؛ وسیله النجاة سید ابو الحسن اصفهانی، ج ۲، ص ۲۶۱.

(۲) زنی که دارای بیماری قرن است.

(۳) وسائل الشیعه، باب ۱ از ابواب عیوب.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۵۳

بدن می‌گردد. این تعریف در نصوص فقهی بچشم می‌خورد «۱». ولی به نظر پزشکان ممکن است بالعکس نیز باشد. برخی از فقها نیز هر دو نوع را از اقسام برص محسوب دانسته‌اند «۲». به هر حال چنانچه تردیدی در صدق عنوان برص باشد، هر چند مقتضای اصل لزوم عقد است، ولی قاعده لا ضرر بر عمومیت خود باقی است.

البته جای این سخن باقی است که بیماری برص و جذام اختصاص به زنان ندارد و مردان نیز ممکن است به این گونه بیماریها دچار گردند. مشهور فقها به استناد عدم وجود نصّ خاص با توجه به اصل لزوم عقد، برص و جذام را جزء عیوب مردان نشمرده‌اند، ولی بعضی از فقهاء از جمله ابن براج این دو بیماری را جزو عیوب مشترک محسوب داشته‌اند «۳». با استناد به اینکه اولاً از عمومات

می‌توان استنباط شمول نمود، و ثانیاً اینگونه امراض مسری است و می‌بایست بگونه‌ای زن بتواند از آن رهائی یابد، بنابراین راهی جز حقّ خیار فسخ نیست.

بنظر می‌رسد قول اقلّیت کاملاً منطبق با موازین و روح فقه اسلامی است؛ زیرا علاوه بر عموم و حاکمیت قاعده لا ضرر، چنانچه این گونه امراض در زنان موجب خیار برای مردان باشد، بنا بر اولویت باید عکس آن نیز وجود داشته باشد. زیرا فرضاً اگر مرد حقّ خیار فسخ هم نداشته باشد، حقّ طلاق برای او موجود است، ولی اگر زن چنین حقّی را دارا نباشد، به هیچ وجه راهی برای استخلاص ندارد.

افضاء

، یعنی یکی شدن مخرج بول و حیض که به اجماع فقها جزء عیوب موجب خیار است. روایات نیز حاکی از آن می‌باشد «۴».

(۱) وسائل الشیعه، باب ۳ از ابواب عیوب و تدلیس حدیث ۳.

(۲) مسالک الافهام شهید ثانی، ج ۱، ص ۴۲۰، افست قم.

(۳) جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۳۰؛ مسالک الافهام، شهید ثانی، ج ۱، ص ۴۲۰.

(۴) وسائل الشیعه، باب ۲ از ابواب عیوب حدیث ۱؛ جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۳۵؛ جامع الشتات، ص ۴۸۳.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۵۴

زمین‌گیری

، بنظر علامه حلی «۱» و محقق حلی و بسیاری دیگر از فقها «۲» لنگی مادام که به حدّ زمین‌گیری مطلق نرسد، موجب خیار نیست. اما زمین‌گیر بودن زن موجب خیار فسخ است.

قانون مدنی از این نظریه پیروی نموده است.

بسیاری از فقیهان «۳» لنگی فاحش را کافی در پیدایش خیار دانسته‌اند، هر چند که به حدّ زمین‌گیری نرسیده باشد.

بنظر می‌رسد با توجه به عموم قاعده لا ضرر این نظریه قوی‌تر است. مضافاً به اینکه روایات متعددی بر عرج (لنگی) تنصیص نموده بدون آنکه آن را مقید به زمین‌گیری نموده باشند «۴».

نابینائی از دو چشم

، مشهور فقها این عیب را موجب خیار دانسته‌اند. سید مرتضی در کتاب انتصار، ابن زهره در کتاب غنیه بر آن دعوی اجماع نموده‌اند «۵». روایت داود بن سرحان از امام صادق (ع) و محمد بن مسلم از امام باقر (ع) بر این امر دلالت دارند. اما قول مخالف شاذ و نادر است «۶».

عیوبی که ذکر شد یا مورد اتفاق فقها است و یا کمتر نظر مخالفی در میان است. در این بین چند عیب است که فقها نسبت به آنها اختلاف نظر دارند:

الف- رتق، (به فتح راء و تاء) که می‌توان گفت نوعی از قرن است و لذا چندان مشکلی در میان نیست.

(۱) قواعد الاحکام، شرح ایضاح الفوائد بر آن، ج ۳، ص ۱۱۷.

(۲) شرایع الاسلام و جواهر الکلام، ج ۳، ص ۳۳۵.

(۳) وسیله النجاة سید ابو الحسن اصفهانی، ج ۲، ص ۲۶۲؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۹۳؛ جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۳۷.

(۴) رجوع شود به روایت عبد الرحمن از امام صادق (ع) وسائل باب ۱۲ از ابواب عیوب.

(۵) جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۳۹.

(۶) وسائل الشیعه، باب ۲ از ابواب عیوب.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۵۵

ب- زنای زن با مرد اجنبی قبل از نزدیکی با شوهر قانونی خود، صدوق به استناد روایت ضعیفی فتوا داده است که مرد در این صورت می‌تواند نکاح را فسخ نماید «۱».

ج- مطلق زنا چه از مرد و چه از زن، ابن جنید معتقد است که چنانچه از زن یا مرد عمل زنا سرزند نکاح توسط طرف مقابل فسخ است ۲.

د- زنی که بخاطر زنا حد بخورد، در مسالک آمده است که اکثر قدمای اصحاب معتقد بوده‌اند در این حالت زوج حق خیار فسخ دارد. زیرا چنین عیب معنوی موجب تنفر مرد است، و از عیوبی نظیر کوری و یا زمین‌گیری بدتر است «۳».

مسأله - نازائی

اعم از آنکه ناشی از زن باشد یا مرد موجب خیار نخواهد بود.

(۱) (۱ و ۲) جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۴۰.

(۳) مسالک الافهام، ج ۱، ص ۴۲۱.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۵۶

صور مختلف عیوب زن

ماده ۱۱۲۴ قانون مدنی: «عیوب زن در صورتی موجب حق فسخ برای مرد است که عیب مزبور در حال عقد وجود داشته باشد».

در خصوص عیوب زن سه حالت متصور است که احکام هر یک به ترتیب بیان می‌گردد:

۱- چنانچه در حال عقد موجود باشد تردیدی نیست که موجب خیار برای مرد است، و همانطور که دیدیم اجماع و نصوص واصله بر آن دلالت دارد.

۲- چنانچه پس از عقد و انجام نزدیکی ایجاد گردد، فقهاء به اتفاق آراء معتقدند که موجب خیار نخواهد بود؛ زیرا که اولاً وطی بمنزله تصرف بوده که مانع از ردّ به جهت عیب است، ثانیاً عقد به صورت لزوم انجام گرفته، و مقتضای استصحاب بقاء آنست، ثالثاً روایت عبد الرحمن از امام صادق (ع) بر این امر تنصیب دارد «۱».

۳- چنانچه پس از عقد و قبل از نزدیکی عیبی از عیوب زن ایجاد گردد، نسبت به پیدایش حق خیار برای مرد بین فقهاء دو نظر است. اقلیت قائل به خیار، و مشهور فقهاء با تمسک به اصل لزوم و استصحاب نظر به عدم خیار داده‌اند.

قانونی مدنی از نظریه مشهور تبعیت نموده و بطور اطلاق عیوب متجدده پس از عقد را موجب خیار ندانسته که شامل صورت ۲ و ۳ می‌گردد.

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۵۹۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۵۷

جنون و عنن مرد پس از عقد

ماده ۱۱۲۵ قانون مدنی: «جنون و عنن در مرد هرگاه بعد از عقد هم حادث شود، موجب حق فسخ برای زن خواهد بود». جنون در مرد سه فرض دارد:

۱- موجود قبل از عقد؛ حکم این فرض در ماده ۱۱۲۱ و ۱۱۲۲ ق.م. گفته شد که بی تردید موجب خیار است.

۲- حادث پس از عقد و قبل از وطی.

۳- حادث بعد از وطی؛ در فرض دوم و سوم نیز چندان مخالفی در پیدایش خیار وجود ندارد.

برای عنن نیز همانند جنون سه فرض فوق الذکر متصور است. اما در خصوص عنن حادث بعد از وطی (فرض سوم) با اینکه مشهور قائل به عدم خیار هستند، ولی ابن زهره و شیخ مفید نظر به حق خیار داده‌اند «۱».

قانون مدنی جنون و عنن را به یکدیگر عطف نموده، و در هر دو مورد بطور مطلق پس از عقد حق خیار برای زن قائل شده است. اگر از اطلاق متن ماده استنتاج نمائیم که قانون مدنی عنن بعد از وطی را هم موجب خیار می‌داند، باید بگوئیم که قانون‌گذار از نظریه ابن زهره و شیخ مفید متابعت نموده است؛ ولی با توجه به اینکه روش قانون مدنی همواره پیروی از مشهور فقها می‌باشد، چنین استنباطی کار آسانی نیست.

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۲۶.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۵۸

سقوط خیار با علم به عیب

ماده ۱۱۲۶ قانون مدنی: «هر یک از زوجین که قبل از عقد عالم به امراض مذکوره در طرف دیگر بوده، بعد از عقد حق فسخ نخواهد داشت».

همانطور که مکرراً اشاره شد، حق خیار برای زوجین (در فرض وجود عیوب مذکوره) بر مبنای نفی ضرر است، بنابراین چنانچه طرف مقابل با علم به وجود عیب اقدام به ازدواج نماید، ضرری است که خود بر آن اقدام نموده و لذا حقی برای او بوجود نخواهد آمد.

این موضوع از مسلمات فقه امامیه است. ولی بعضی از فقهای اهل سنت تنها در خصوص عنن مرد حتی در فرض آگاهی و علم زن، اجازه فسخ داده‌اند «۱».

مستند فتوای آنان استحسان است. بدین شرح که چنانچه در این گونه موارد اجازه فسخ نکاح به زن داده نشود و از طرفی طلاق هم در اختیار زوج می‌باشد، بیم آن می‌رود که زنان به فساد اخلاق مبتلا گردند. اما این گونه دلایل از نظر فقه شیعه اعتبار ندارد.

(۱) الاشباه و النظائر، سیوطی، ص ۳۴۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۵۹

ابتلاء مرد به امراض مقاربتی

ماده ۱۱۲۷ قانون مدنی: «هرگاه شوهر بعد از عقد مبتلا به یکی از امراض مقاربتی گردد، زن حق خواهد داشت که از نزدیکی با او امتناع نماید، و امتناع بعثت مزبور مانع حق نفقه نخواهد بود».

حکم فوق مبتنی بر قاعده لا ضرر است به این شرح که اطاعت از شوهر و تمکین مطلق نسبت به او بر زن فرض و لازم است، و عدم اطاعت موجب سلب حق نفقه خواهد بود، ولی چنانچه بعثت امراض مقاربتی و یا علل دیگر موجب ورود خسارات به زوجه شود، قاعده لا- ضرر عموم وجوب اطاعت را تخصیص زده و وجوب اطاعت را برمی دارد؛ بدون آنکه عدم اطاعت زوجه در این گونه موارد حق نفقه را سلب نماید.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۶۰

خیار فسخ در فرض فقدان اوصاف

اشاره

ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی: «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود. خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متباین بر آن واقع شده باشد». اشتراط صفت توسط احد زوجین ممکن است به یکی از فرضهای سه گانه زیر ضمن عقد نکاح صورت گیرد:

الف- در ضمن عقد بطور صریح صفت خاصی شرط شود؛ مثل اینکه زوج یا زوجه شرط کنند که طرف مقابل دارای مدارک تحصیلی مشخص باشد.

ب- بطور صریح در ضمن عقد شرط نشود، ولی زوج یا زوجه طرف مقابل را در حین اجرای صیغه عقد به صفتی از صفات توصیف نماید، و صیغه عقد را بر فرد متصف به صفت خاص جاری سازد. مثل آنکه زن بگوید: نکاح کردم با آقای دکتر...

ج- قبل از عقد در هنگام خواستگاری و گفتگوهای قبلی، احد طرفین به

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۶۱

صفتی از صفات مشخص شود، و عقد مبتنی بر همان صفت واقع شود.

بموجب قانون مدنی در تمامی فروض سه گانه چنانچه بعدا معلوم شود که صفت مورد نظر مفقود بوده، طرف مقابل حق خیار فسخ دارد.

بررسی فقهی

در متون فقهی مسأله به نحوی که در ماده فوق آمده صریحا مطرح نگردیده، و لذا توجیه فقهی ماده تا حدودی قابل تأمل و دقت است.

فقهائ کرام با توجه به ویژگی موجود در عقد نکاح از جریان خیار فسخ در آن معمولا تأبّی داشته و گوئی برای آنان مشکل است به آسانی در عقد نکاح هر گونه خیار فسخ را بپذیرند.

البته همانطور که قبلا بحث شد بی تردید بعضی از اختیارات مانند خیار شرط، در عقد نکاح جریان ندارد، ولی در خصوص خیار

تخلّف شرط صفت بعثت وجود نصوص تجویز کننده، موضوع مورد تردید و اختلاف است.

از طرفی در بعضی نصوص و روایات واصله ترتّب خیار در صورت وجود عنصر تدلیس و فریب در ازدواج، استنباط می‌گردد؛ از سوی دیگر پرواضح است که اشتراط صفت خاص و یا انجام عقد مبتنیا بر صفت همواره مستلزم وجود تدلیس نمی‌باشد، بلکه هر چند گاهی چنین است؛ در مقابل بسیاری از مواقع نیز صفتی خاص توسط احد طرفین شرط می‌شود و یا عقد مبتنی بر یکی از اوصاف واقع می‌گردد، بدون آنکه از طرف مقابل به هیچ‌وجه تدلیس و فریبی سر زده باشد.

با توجه به مراتب فوق، موضوع موجب اضطراب کلمات فقها گردیده است.

بسیاری از فقها به استناد روایات، در عقد نکاح قائل به خیار تدلیس شده «۱» و از خیار تخلّف شرط صفت بطور عام و کلی آن هم برای هر یک از طرفین نامی نبرده‌اند.

(۱) مسالک الافهام، شهید ثانی، ج ۱، ص ۶۳۰، افست قم.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۶۲

برخی از آنان پس از ذکر موارد تدلیس، صفات خاصی مانند بکارت و حریت را خصوصاً نام برده و متذکر شده‌اند که اگر شروط مزبور در عقد بنحو شرط یا استثناء ملحوظ گردد، در صورت تخلّف موجب خیار است. بعضی تدلیس را بطور مطلق موجب خیار ندانسته‌اند بلکه در صورت وجود اشتراط قائل به خیار شده‌اند «۱».

خلاصه آنکه، آنچه در فقه مسلم است، خیار تدلیس توأم با اشتراط در ضمن عقد می‌باشد. اعم از آنکه تدلیس در عیب، یا در صفت کمال، و یا حسب و نسب باشد. اما خیار تخلّف شرط صفت در بعضی از صفات مانند حریت از نظر فقهی مسلم است، هر چند که عنصر تدلیس هم وجود نداشته باشد.

البته می‌توان با اتخاذ وحدت ملاک و الغاء خصوصیت از اوصاف مذکور، خیار تخلّف وصف را بطور کلی و عام در نکاح جاری دانست. کما اینکه بسیاری از فقهای قرن معاصر چنین استنباط نموده و بر آن فتوی داده‌اند «۲».

قانون مدنی به پیروی از فقهای معاصر قائل به خیار تخلّف شرط صفت شده و هر گونه شرطی که توسط زوجین در ضمن عقد نکاح شده باشد، در صورت تخلّف موجب خیار دانسته است «۳».

(۱) شرایع الاسلام، چاپ نجف، ج ۲، ص ۳۲۱.

(۲) وسیله النجاة، ص ۲۶۷؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۰۲.

(۳) توجه شما را به پاسخ کمیسیون استفتائات شورای عالی قضائی جلب می‌نمائیم:

مسئله (۶) - اگر مرد قبل از ازدواج خود را بر خلاف واقع کارمند و یا لیسانسیه و یا دکتر و یا مهندس معرفی نماید، و بعد خلاف آن کشف شود؛ و یا اینکه خود را سالم معرفی کند، درحالی که مبتلا به بیماریهای صرع و یا امراض صعب العلاج بوده باشد؛ و یا اینکه خود را مجرّد معرفی نماید، و بعد معلوم شود که معیل بوده؛ آیا این امور موجب صدق تدلیس و ثبوت حق فسخ برای زوجه می‌باشد یا خیر؟

دربارۀ پرسش فوق کمیسیون استفتائات شورای عالی قضائی در تاریخ ۱۳۶۳/۲/۳۰ چنین جواب داده است:

«با توجه به مسئله شماره ۱۳ صفحه ۲۹۵ جلد ۲ تحریر الوسیله، مخصوصاً با ملاحظه ذیل -

- همین مسأله، و با عنایات به مفهوم مخالف مسأله ۱۴ صفحه ۲۹۶ در دو مورد اول تدلیس صدق می‌کند، و حق فسخ موجود است. زیرا که در مثال اول هر یک از صفات مذکوره که زوج خود را واجد آن صفات معرفی کرده، عرفاً از صفات کمال محسوب

می‌شود و عقد ازدواج نیز مبنا عليها واقع شده است.

و در مثال دوم نیز صرع و مرض مزمن و صعب العلاج عرفاً نقص است، و عقد ازدواج نیز طبعاً و بقرینه معرفی خود با سلامت مزاج مبنی بر عدم آن نقصها واقع گردیده است، که در صورت انتفاء سلامت قبل از ازدواج حق فسخ وجود دارد.

و در مورد مثال سوم اگر عرفاً صفت «مجرد بودن» از صفات کمال محسوب بشود، در این صورت زوجه به استناد مسئله ۱۳-۱۴ صفحه ۲۹۵ جلد دوم تحریر الوسیله، حق تقاضای فسخ را دارد. و فرقی نیست بین اینکه مرد ابتدائاً خود را مجرد معرفی کند، یا بعد از پرسش و سؤال.

و لیکن صفت کمال محسوب بودن مجرد به نظر عرف غیر معلوم است؛ بنابراین راه حل قضیه موقوف و موقوف به نظر و تشخیص مقامات قضائی ذی صلاح است که تا به چه صورتی تشخیص دهند.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۶۴

استنکاف شوهر از ادای نفقه یا عجز او

اشاره

ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی: «در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه، و عدم امکان اجراء حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر او را اجبار به طلاق می‌نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه».

در ماده فوق حکم دو مسأله مطرح گردیده است:

۱- استنکاف شوهر از دادن نفقه.

۲- عجز شوهر از ادای نفقه.

با توجه به اختلاف حکم هر یک از نظر تحلیل فقهی، به ترتیب و بطور جداگانه هر کدام را مورد بحث قرار می‌دهیم:

الف- استنکاف شوهر از ادای نفقه: از نظر فقهی این حالت از مصادیق نشوز زوج می‌باشد. فقها مسلم دانسته‌اند که در این صورت زوجه فقط می‌تواند به دادگاه مراجعه نموده و درخواست حقوق خویش را بنماید «۱» و به هیچ وجه نمی‌تواند از ادای

(۱) جواهر الکلام و شرایع الاسلام، ج ۳۱، ص ۲۰۷؛ منهاج المتقین، ص ۳۷۶؛ وسیله النجاء سید أبو الحسن اصفهانی، چاپ قم، ج ۲، ص ۲۱۶.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۶۵

وظائف زوجیت امتناع ورزد در واقع نباید چنین پنداشت که چون در صورت امتناع زوجه از ادای وظائف زوجیت مرد می‌تواند از ادای نفقه خودداری کند، پس بالعکس نیز چنانچه مرد از ادای نفقه خودداری کند، زوجه هم بتواند از انجام وظائف زناشویی امتناع ورزد. بنابراین تنها راه مراجعه به دادگاه می‌باشد.

دادگاه پس از رسیدگی در صورت اثبات استنکاف، مقدار نفقه زوجه را توسط کارشناس معین، و زوج را ملزم به پرداخت آن می‌نماید. چنانچه برای دادگاه ثابت گردد که زوج با داشتن امکانات مالی (یسار) از انجام وظیفه شرعی سرباز می‌زند، او را تعزیر می‌نماید «۱». صدور حکم تعزیر هر چند جزء مجازات‌های عمومی است «۲»، و بالاصاله در صلاحیت محاکم کیفری است، ولی با توجه به ماده واحده مصوب سال ۶۱ «۳» حکم تعزیر توسط همان دادگاه حقوقی (مدنی خاص) که پرونده حقوقی در آن مطرح

است، صادر خواهد شد.

دادگاه علاوه بر مجازات می‌تواند (چنانچه زوج به امتناع ادامه دهد) از محل اموال او که توسط زوجه و یا کسان او معرفی می‌گردد، برداشت نموده و در اختیار زوجه قرار دهد. و چنانچه لازم باشد به فروش اموال زوج نیز می‌تواند اقدام نماید. هرگاه اجرای حکم دادگاه ممکن نباشد، دادگاه زوج را مجبور به طلاق می‌نماید. چنانچه از اجرای طلاق خودداری کرد، دادگاه به ولایت بر ممتنع طلاق

(۱) منابع قبل.

(۲) ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی: «هر کس با داشتن استطاعت مالی نفقه زن خود را در صورت تمکین ندهد، و یا از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب النفقه امتناع نماید، دادگاه می‌تواند او را به شلاق تا ۷۴ ضربه محکوم نماید».

(۳) قانون الحاق یک بند (بند ۵) به ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸/۷/۱ شورای انقلاب - بند ۵: «دادگاههای مدنی خاص می‌توانند در امور جزائی که با دعاوی حقوقی مطروحه در آن دادگاه ارتباط مستقیم پیدا می‌کند، رسیدگی نموده حکم مقتضی را طبق مقررات صادر نمایند».

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۶۶

را جاری خواهد ساخت «۱». در این جهت فرقی میان زوج حاضر و غایب نیست. البته در غایب مفقود الاثر احکام و مقررات دیگری است که باید رعایت گردد.

ب- عجز شوهر از ادای نفقه: باید توجه داشت که در هنگام ازدواج، تمکن زوج نسبت به ادای نفقه شرط صحت ازدواج نمی‌باشد. کما اینکه بنظر مشهور فقها چنین تمکنی دخالتي در صدق کفو شرعی نیز ندارد. بلکه منظور از کفو که در فقه مطرح گردیده دارا بودن شرائط مذهبی و اخلاقی است، نه مسائل مادی و مالی «۲».

بنابراین چنانچه زوجه با توجه به عدم تمکن مالی شوهر مبادرت به نکاح نماید، بی‌تردید حق هیچ‌گونه شکایت و اعتراض نخواهد داشت، زیرا ضرری است که خود بدان اقدام نموده است. ولی چنانچه زوج در هنگام ازدواج خود را به تمکن و یسار وانمود سازد، و پس از آن معلوم گردد که از ادای نفقه از همان اول عاجز بوده است، بنظر می‌رسد داخل در احکام ماده ۱۱۲۸ ق.م. می‌باشد. بعبارت دیگر از موارد تدلیس و تخلف وصف است، و زوجه حق خیار فسخ خواهد داشت. بنابراین می‌تواند به دادگاه مراجعه نموده و دادگاه نکاح آنان را فسخ نماید.

بررسی فقهی مسأله عجز

هرگاه زوج هنگام ازدواج در پرداخت نفقه قادر بوده، سپس به علتی از ادای آن ناتوان گردد (موضوع ماده ۱۱۲۹)، در مورد اختیار زوجه در این فرض میان فقها نظریات گوناگونی وجود دارد، که مجموعاً می‌توان به ترتیب زیر دسته‌بندی کرد:

الف- زوجه باید تحمّل کند؛ از کلام محقق حلی «۳» و صاحب جواهر ۴ و شهید ثانی «۵» تأیید این نظریه استفاده می‌شود، مستند آنان

(۱) منهاج الصالحین، مسئله ۱۴۰۶.

(۲) شرح لمعه، ج ۲، ص ۸۵؛ شرایع الاسلام و جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۱۰۳.

(۳) (۳) و (۴) شرایع الاسلام و جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۱۰۵.

(۵) مسالک الافهام، افست قم، ج ۱، ص ۳۹۸.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۶۷

روایتی است از حضرت علی (ع) در پاسخ زنی که از اعسار شوهرش به آن حضرت شکایت کرد و کسب تکلیف نمود، ایشان فرمودند: «انَّ مع العسر يسرا» (۱) - پایان مشکلات آسانی است» و بالاخره حضرت اجازه جدائی ندادند. از طرف دیگر قاعده استصحاب نیز همین اقتضاء را دارد.

ب- زن حق دارد به حاکم مراجعه و حاکم آنان را فسخ نماید، و اگر حاکم وجود نداشت خودش نکاح خودش را فسخ کند. فاضل هندی (۲) این نظریه را پذیرفته و چنین استدلال نموده است که قرآن مجید می‌فرماید: «فَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مِنْ بَيْنِ يَدَيْكُمْ أَنْ تَحْلِلُوا فِيهِنَّ فَمِنْ دُونِ طَلَاقِ نِكَاحٍ فَلَمَّا تَرَ الْفَسْخَ فَمِنْ دُونِ طَلَاقٍ مَا بَيْنَهُمَا فَمِنْ حَرِّ طَلَقٍ أَشَدَّ مِنْ أَشَدِّ طَلَقٍ» (۳) - زنان را یا با نیکی نگهداری کنید و یا آنان را با احسان رها کنید».

پرواضح است که نگهداری بدون پرداخت نفقه، نگهداری با نیکی نیست.

از طرفی تحمّل برای زن مستلزم ضرر و حرج است، وانگهی نصّ صریحی از امام محمد باقر (ع) بموجب روایت ابا بصیر وارد شده است که آن حضرت در همین فرض فرموده‌اند: «بر امام است که میان آنان جدائی افکند» (۴).

ج- زن حق فسخ ندارد. بلکه می‌تواند به حاکم مراجعه تا وی زوج را الزام به طلاق کند، و اگر طلاق نداد خود اقدام به طلاق خواهد نمود.

بنظر می‌رسد با توجه به همه جوانب امر و اصول و قواعد حاکم بر فقه، این قول قوی‌تر و موجه‌تر است. حتی ادله اقامه شده توسط فاضل هندی به نفع نظریه خویش هم همین نتیجه را می‌دهد. بعضی از صاحبان فتوا در قرن معاصر که مسأله را مطرح نموده‌اند نیز این نظریه را انتخاب کرده‌اند (۵).

(۱) مستدرک الوسائل، حاجی نوری باب ۱ از ابواب نفقات حدیث ۵.

(۲) کشف اللثام، ج ۱ (کتاب النکاح) ص ۱۵.

(۳) سورة بقره، آیه ۲۲۹.

(۴) الوسائل باب ۱ از ابواب نفقات حدیث ۲.

(۵) منهاج الصالحین، مسئله ۱۴۰۶.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۶۸

قانون مدنی نیز همین نظریه را پیروی نموده است.

نقّه ایام گذشته

آنچه گفته شد در موارد مراجعه به حاکم و درخواست الزام زوج و در نهایت طلاق، مربوط به نفقه ایام آتی بود. اما چنانچه زوجه به دادگاه مراجعه نماید و نسبت به خواسته نفقه زمان گذشته دادخواست دهد، بنظر می‌رسد که حکم مسأله اندکی تفاوت داشته باشد. به این معنا که زوجه در صورت عدم اجراء حکم دادگاه مبنی بر پرداخت نفقه مورد مطالبه، نمی‌تواند درخواست طلاق نماید. زیرا نفقه ایام گذشته زوجه همانند سایر دیون است. بدین صورت که در حالت یسار ملزم به پرداخت است، و در صورت اعسار همانند سایر دیون بر ذمه او خواهد ماند تا عند الاستطاعه پرداخت نماید. اما چنانچه در فرض یسار و استطاعت اجرای حکم دادگاه ممکن نباشد، این امر مجوز طلاق وی نخواهد بود. ظاهراً می‌توان گفت این صورت از ماده ۱۱۲۹ ق.م. خارج است.

توجیه حقوقی این مسأله آن است که اجبار زوج بر طلاق در مورد استنکاف و یا عجز از نفقه ایام آتی بخاطر آن است که در فرض عدم طلاق، زوجه در عسر و حرج و زحمت و ضرر خواهد بود که شرع مقدس آن را اجازه نمی‌دهد، ولی در مسأله و فرض ما نحن فیه که مرد از ادای نفقه زوجه که مدتی نپرداخته و در ذمه او قرار گرفته خودداری می‌ورزد، ولی نسبت به پرداخت مخارج آینده او کاملاً تسلیم است، ضرر و مشقتی نخواهد بود.

خلاصه آنکه نفقه زوجه نسبت به مدت گذشته در حکم سایر دیون است که در ذمه زوج مستقر خواهد بود، و چنانچه زوج فوت کند مانند سایر دیون از ترکه او قبل از تقسیم خارج خواهد شد. بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۶۹

ضمانت نفقه

اکثر فقها معتقدند زوجه نمی‌تواند نسبت به نفقه ایام آینده از زوج ضامن بگیرد؛ زیرا نفقه به تدریج بعهد زوجه قرار می‌گیرد، و قبلاً چیزی بعهد زوجه قرار نگرفته تا کسی ضامن شود. به اصطلاح از موارد ضمان ما لم یجب یعنی ضمانت چیزی که بعهد نیامده، می‌باشد و شرعاً باطل است.

ولی گروهی از بزرگان فقهی قرن معاصر عقیده دارند که چنین ضمانتی صحیح و الزام‌آور می‌باشد. بدلیل اینکه سبب و مقتضی ضمان که عبارت است از زوجیت و عدم نشوز متحقق است، و همین مقدار در جواز ضمانت کافی می‌باشد «۱».

وانگهی همانگونه که اسقاط نفقه آینده بی‌تردید بلا اشکال است، ضمانت آن هم کاملاً متصور است «۲».

چنین بنظر می‌رسد این نظریه کاملاً موجه است. خصوصاً آنکه اصل مسأله بطلان ضمان ما لم یجب چندان دلیل منطقی ندارد، و ما در جای خود ضمن بحث ضمان متذکر شده‌ایم «۳».

(۱) عروۃ الوثقی، حاج سید محمد کاظم یزدی، مسئله ۳۵ از مسائل ضمان؛ سفینه النجاء کاشف الغطاء، باب ضمان.

(۲) منهاج الصالحین، حاج سید محسن حکیم، ج ۲، فصل الناصر فی النفقات.

(۳) رجوع شود به بحث‌های نگارنده در مورد ضمان (تکثیر از دانشکده حقوق).

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۷۰

طلاق به علت عسر و حرج

اشاره

ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی: «در مورد زیر زن می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید:

در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسر و حرج است، می‌تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج زوج را اجبار به طلاق نماید. و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود».

ماده فوق در تاریخ ۸/۱۰/۶۱ توسط کمیسیون قضائی مجلس شورای اسلامی بصورت فعلی اصلاح گردیده است.

این ماده قبلاً به شرح ذیل بوده است:

«حکم ماده قبل در موارد ذیل نیز جاری است:

۱- در مواردی که شوهر سایر حقوق واجبه زن را وفا نکند، و اجبار او هم بر ایفاء ممکن نباشد.

۲- سوء معاشرت شوهر به حدی که ادامه زندگانی زن را با او غیر قابل تحمل سازد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۷۱

۳- در صورتی که بواسطه امراض مسریه صعب العلاج دوام زناشویی برای زن موجب مخاطره باشد.

عسر و حرج به معنای مشقت و ضیق شدید است. بموجب این ماده هرگاه دوام زندگی برای زوجه موجب مشقت و ناراحتی شدید و غیر قابل تحمل باشد، می‌تواند به دادگاه مراجعه نموده و درخواست طلاق کند. دادگاه پس از رسیدگی و مذاکره با طرفین چنانچه موفق به اصلاح نگردد زوج را الزام به طلاق می‌کند و در صورت استنکاف زوج دادگاه خود راسا طلاق می‌دهد. این حکم مستند به قاعده لا حرج است. مدلول این قاعده که مستند اصلی آن آیه ۷۸، سوره حج «۱» می‌باشد، آن است که هرگاه حکمی از احکام اولیة شرع مقدس برای فردی ایجاد مشقت شدید و سخت و غیر قابل تحمل نماید، آن حکم رفع می‌گردد. در ما نحن فیه نیز حکم اولیه آن است که اختیار طلاق بدست زوج باشد، و هیچ کس نمی‌تواند او را مجبور سازد. ولی در هر مورد که چنین اختیاری موجب حرج بر زوجه گردد، اختیار مزبور سلب گشته و زوج ملزم به طلاق می‌شود.

نقد و بررسی

با امعان نظر در عبارت ماده، چه متن قبل از اصلاحیه اخیر و چه تغییرات انجام شده اصلاحی آن، مطالب زیر به نظر می‌رسد:

۱- عبارت متن ماده بصورت فعلی از نظر ادبی ناقص است. زیرا صدر ماده گفته است که «در مورد زیر زن می‌تواند به حاکم...» معلوم نیست منظور از صورت «زیر» کدام است؟ بدیهی است صورتی که برای محکمه ثابت شود، منظور نیست، زیرا هیچ‌گاه جواز رجوع معلق بر اثبات در محکمه نمی‌گردد. ظاهراً صدر ماده کماکان به همان صورت قبلی باقی مانده، بدون آنکه قابل انطباق با ذیل ماده به

(۱) «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ - بر شما در این دین حرجی قرار داده نشده است».

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۷۲

صورت فعلی باشد.

۲- باید توجه داشت که در فقه چند مسأله که کاملاً از یکدیگر مجزا است، مطرح گردیده است. لازم است در اینجا برای روشن شدن مفهوم ماده و تحلیل مبانی فقهی آن، به شرح ذیل ذکر شود:

الف) استنکاف زوج و یا عجز او از ادای نفقه یکی از مواردی است که خصوصاً در فقه مطرح شده، و زوجه می‌تواند در این مورد به دادگاه مراجعه و درخواست الزام و در نهایت طلاق نماید. این موضوع همان است که در ماده ۱۱۲۹ و نیز ۱۱۱۱ و ۱۱۱۲ قانون مدنی ذکر گردیده است، که ما قبلاً در جای خود راجع به آن بحث کرده‌ایم.

از ظاهر متونی که در فقه متعرض این مسأله گردیده‌اند «۱»، چنین استنباط می‌گردد که الزام دادگاه نسبت به طلاق متفرع به عسر و حرج زوجه نمی‌باشد؛ در واقع طلاق که نهایتاً توسط خود دادگاه انجام می‌شود، بخاطر آن است که حاکم ولی ممتنع می‌باشد (الحاکم ولی الممتنع) نه بخاطر عسر و حرج زوجه؛ بنابراین می‌توان گفت چنانچه زوجه در صورت عدم اتفاق زوج از محل درآمد خویش و یا کسان او تأمین گردد، باز هم می‌تواند درخواست طلاق نماید؛ درحالی که اگر معلق بر وجود عسر و حرج باشد چنین درخواستی صحیح نخواهد بود.

ب) در صورت نشوز زوج که منظور تخلف و خودداری از انجام مطلق وظایف زوجیت است، بنظر فقها زوجه می‌تواند به دادگاه مراجعه و دادخواهی نماید. دادگاه پس از رسیدگی زوج را به انجام وظایف الزام می‌نماید، و اگر باز هم از ادای وظیفه همسری

سرباز زند او را تعزیر می‌نماید «۲».

(۱) منهاج الصالحین، سید محسن حکیم، ج ۱، ص ۲۰۰، چاپ نجف؛ منهاج الصالحین سید أبو القاسم خوئی، چاپ نجف، ج ۲، ص ۳۱۴؛ عروۃ الوثقی حاج سید محمد کاظم یزدی، ج ۲ (ملحقات) ص ۷۵ و ۷۶.

(۲) شرایع الاسلام و جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۳۱، ص ۲۰۷؛ منهاج المتقین ممقانی، ص ۳۷۶؛-

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۷۳

در مسأله نشوز زوج بعضی از فقها اضافه می‌کنند که چنانچه زوج به حکم الزام دادگاه، مبنی بر انجام وظائف زوجیت، اعتنا نکند و به نشوز خویش ادامه دهد، دادگاه او را به طلاق الزام می‌نماید؛ و در صورت استنکاف از طلاق رأساً طلاق می‌دهد «۱».

از متون این دسته فقهاء همانند مسأله پیش چنین استنباط می‌گردد که در این مسأله نیز درخواست طلاق توسط زوج، حکم الزام دادگاه، و نهایتاً اقدام دادگاه برای انجام طلاق، هیچ کدام به هیچ وجه بر وجود عسر و حرج متوقف نیست، بلکه وجود نشوز زوج و عدم اطاعت از اوامر حاکم نسبت به انجام وظائف زناشویی، مجوز درخواست طلاق و اقدامات بعدی دادگاه می‌باشد؛ اعم از آنکه زوج از جهت نشوز زوج در عسر و مشقت شدید باشد یا خیر.

ج) با توجه به مراتب فوق ملاحظه می‌گردد که موارد مندرج در ماده ۱۱۳۰ بصورت سابق به استثنای بند ۳، همگی از مواردی است که در فقه آن را نشوز زوج می‌نامند «۲»؛ که حکم آن از نظر فقها همانست که تنظیم کنندگان قانون مدنی ملحوظ داشته‌اند. یعنی درخواست زوج و الزام دادگاه به طلاق و چنین حکمی مدلول عناوین اولیه است نه عناوین ثانویه نظیر قواعد لا حرج و امثال آن!، و در این بین معلوم نیست که چرا اصلاح کنندگان قانون مدنی آن را از حالت سابق به صورت فعلی تغییر داده‌اند.

البته ناگفته نماند که بند ۳ (وجود امراض ساریه صعب العلاج) از موارد نشوز نبوده و مجوز طلاق تنها موضوع عسر و حرج می‌باشد.

- وسیله النجاة سید أبو الحسن اصفهانی، چاپ قم، ج ۲، ص ۲۱۶.

(۱) منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۰۷.

(۲) الحقائق الناضرة، چاپ قدیم، ج ۵، ص ۲۵۰ و ۲۵۱؛ جامع الشتات، میرزای قمی، ص ۵۲۳.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۷۴

فوریت خیار فسخ

اشاره

ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی: «خیار فسخ فوری است و اگر طرفی که حق فسخ دارد بعد از اطلاع بعلت فسخ، نکاح را فسخ نکند خیار او ساقط می‌شود؛ به شرط اینکه علم بحق فسخ و فوریت آن داشته باشد. تشخیص مدتی که برای امکان استفاده از خیار لازم بوده بنظر عرف و عادت است».

ماده فوق حاوی مطالب زیر است:

۱- فوریت خیار فسخ؛ پس چنانچه صاحب خیار بدون عذر موجه در اعمال آن کوتاهی و تعلل و تسامح ورزد حق او ساقط می‌شود.

- ۲- جهل به علت خیار عذر است (جهل به موضوع)، بنابراین چنانچه بعّلت عدم آگاهی بوجود موجب خیار (مانند عیب) استفاده از حقّ مزبور بتأخیر افتد، حقّ خیار ساقط نخواهد شد.
- ۳- جهل به حکم نیز عذر موجه است که دو فرض دارد یکی جهل به اصل خیار و دیگری جهل به فوریت؛ یعنی چنانچه زوج یا زوجه پس از آگاهی به وجود عیب بعّلت عدم آگاهی و اطلاع از قانون مبنی بر آنکه وجود عیب مزبور موجب حقّ خیار فسخ است، یا جهل به فوریت خیار مزبور مبادرت به اعمال خیار نمایند، حقّ خیار ساقط نخواهد شد.
- ۴- تشخیص وقوع تأخیر و عدم آن و اینکه چه مدّتی برای استفاده از حقّ مزبور لازم بوده، بنظر عرف است.
- بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۷۵

بررسی فقهی

در خصوص مطالب مذکور در میان فقها نظر مخالفی وجود ندارد «۱»؛ زیرا اولاً فروض خیار فسخ در عقد نکاح امری خلاف اصل است، لذا باید به مقدار متیقّن اکتفا نمود، و به اصطلاح تفسیر مضیق کرد، قدر متیقّن جواز فسخ موردی است که صاحب خیار به فوریت از حقّ خویش استفاده کرده باشد، بنابراین در فروض دیگر اصل لزوم بحال خود باقی خواهد بود. ثانیاً دوام خیار در صورت تأخیر برای طرف مقابل موجب ضرر است، که در شریعت منهی عنه می‌باشد. ثالثاً اجماع در مسأله محقّق است.

تذکرات:

- ۱- مسأله فوق اختصاص به خیار خاصی ندارد، بلکه تمامی اختیارات حاصله در نکاح از جمله خیار عیب، تدلیس، وصف ... را شامل می‌شود.
- ۲- آنچه مسلم است اینکه در مورد عنن زوجه نمی‌تواند بدون مراجعه به دادگاه اعمال خیار نماید، ولی لازم به ذکر است که مراجعه به دادگاه برای ضرب اجل می‌باشد نه برای فسخ؛ لذا پس از مراجعه و ضرب اجل با انقضای مدّت زوجه می‌تواند نکاح خویش را فسخ نماید. در این مسأله زوجه بایستی در مراجعه به دادگاه جهت ضرب اجل فوریت را رعایت نماید، و در صورت تعلّل و تسامح با علم و اطلاع به حکم و موضوع حقّ او ساقط خواهد بود.
- ۳- در غیر از موارد مذکور، اعمال خیار فسخ محتاج به مراجعه دادگاه نیست. این فتوای مشهور فقها است، ولی بنظر بعضی همانند شیخ طوسی در تمامی موارد فسخ باید از طریق دادگاه صورت گیرد «۲».

(۱) شرایع الاسلام و جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۴۳؛ مسالک الافهام، شهید ثانی، ج ۱، کتاب نکاح؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۹۳.

(۲) منابع قبل؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۹۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۷۶

تفاوت فسخ و طلاق

ماده ۱۱۳۲ قانون مدنی: «در فسخ نکاح رعایت ترتیباتی که برای طلاق مقرّر است شرط نیست».

فسخ نکاح طلاق نیست؛ و لذا اگر چه از حیث داشتن عدّه یکسان هستند، لکن در بسیاری از احکام با هم تفاوت دارند. موارد تفاوت آن دو به شرح زیر است:

۱- در طلاق انشاء صیغه لازم است، اما در فسخ چنین نیست.

۲- طلاق چنانچه قبل از دخول انجام گیرد، مهریه تنصیف می‌گردد، درحالی که در فسخ قبل از دخول بطور کلی مهریه به زوجه تعلّق نمی‌گیرد، جز در عننی که موردی خاص است. اما فسخ پس از نزدیکی در این مورد با طلاق تفاوتی ندارد.

۳- صحّت طلاق منوط به وجود شرائط خاص در زن است، مانند آنکه باید در طهر غیر مواقعه باشد، در حالی که در فسخ چنین شرطی مطرح نیست.

۴- در طلاق حضور عدلین و استماع آنان لازم است، بخلاف فسخ که وجود چنین شرطی لازم نیست. این موارد از مسائل مسلم فقه است و در این مورد اختلافی نیست «۱».

(۱) شرایع الاسلام و جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۴۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۷۷

فصل دوم- در طلاق

مبحث اول- کلیات

اشاره

اختیار طلاق شرائط طلاق شرط تنجیز در طلاق شرائط طلاق دهنده ولایت بر طلاق وکالت در طلاق انحلال عقد منقطع شرائط مطلقه وقوع طلاق در طهر غیر مواقعه طلاق زنی که عادت نمی‌شود
بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۷۹

اختیار طلاق

اشاره

ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی: «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد».
ذکر این نکته لازم است که طلاق «ایقاع» «۱» می‌باشد. چنانچه می‌دانیم، تفاوت میان عقد و ایقاع این است که عقد عبارتست از ایجاب و قبول لفظی که بر انشاء مخصوص از سوی دو طرف دلالت کند، اما ایقاع لفظی است که بر انشاء مخصوص از سوی طرف واحد دلالت دارد. به دیگر عبارت، عقد نیازمند ایجاب و قبول، و ایقاع بی‌نیاز از قبول است.
فقه‌ایازده مبحث را تحت عنوان ایقاعات مطرح نموده‌اند که یکی از آنها مبحث طلاق است.

تعریف طلاق:

طلاق عبارتست از انحلال عقد نکاح دائم.

(۱) ایقاع، عملی قضایی و یک طرفی است که به صرف قصد انشاء و رضای یک طرف منشأ اثر حقوقی می‌شود.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۸۰

در کتب لغت، برای واژه طلاق معانی متعددی ذکر شده است؛ از جمله:

رهائی، آزاد کردن، ترک کردن، وا گذاشتن و ... مثلاً گفته می‌شود: «ناقه طالق - ناقة آزاد و رها» و یا عبارت: «طلقت القوم - قوم را ترک کردم».

اما در اصطلاح شرعی طلاق عبارت است از: «ازالۀ قید النکاح بصیغه مخصوصه - طلاق زائل نمودن قید و پیوند نکاح با صیغه مخصوصی است.» (۱) ذکر قید «صیغه مخصوص» در تعریف فوق به این جهت است که تعریف فسخ نکاح از تعریف طلاق خارج شود، زیرا در مواردی که عقد نکاح به علت تدلیس و یا عیب فسخ می‌شود دیگر نیازی به صیغه مخصوص نیست. گاهی در تعریف طلاق، قید «بغیر عوض» را نیز اضافه کرده‌اند تا بدین وسیله خلع و مبارات را از طلاق مطلق متمایز و جدا نمایند. به هر حال طلاق یعنی انحلال عقد نکاح دائمی با صیغه مخصوص و رعایت تشریفات ویژه.

ارکان طلاق

طلاق دارای چهار رکن است که عبارتند از:

(۱) مطلق - طلاق دهنده؛

(۲) مطلقه - طلاق داده شده؛

(۳) صیغه طلاق؛

(۴) اشهاد - حضور دو شاهد عادل در مجلس طلاق.

بنظر می‌رسد با توجه به اینکه اکنون طلاق بدون موافقت دادگاه واقع نمی‌شود، اگر کسب موافقت دادگاه را نیز بعنوان رکن پنجم طلاق بشمار آوریم چندان بی‌وجه نباشد. البته در جای خود به تفصیل در این خصوص سخن خواهد رفت.

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۲؛ کشف اللثام، ج ۱، ص ۱۱۳.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۸۱

شرائط طلاق

اشاره

ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی: «طلاق باید به صیغه طلاق و در حضور لاقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد».

قبل از هر سخنی، لازم به یادآوری است که حکم نکاح پس از وقوع و تحقق شرعی آن، باید به عنوان یک عقد محکم و پیمان مستحکم استصحاب شده و به مقتضای آن عمل گردد و تا زمانی که یک عامل زایل کننده بوجود نیامده این پیمان بقوت خود باقی است.

به عبارت دیگر، اصل این است که پس از آنکه نکاح صحیحی واقع شد و عقد ازدواج با رعایت تمامی شرایط و ضوابط شرعی و

قانونی انعقاد یافت، تا زمان پیدایش یک عامل منحل کننده مسلم شرعی و قانونی، حکم این نکاح مستندا به اصل استصحاب به قوت سابق خود باقی است و کلیه آثار قانونی و شرعی خود را دارا می‌باشد.

حال باید دید که آن عامل زایل کننده و انحلال بخش نکاح چیست؟

آنچه از صدر عبارت ماده بدست می‌آید (طلاق باید به صیغه طلاق...

واقع گردد) این است که آن عامل، صیغه طلاقی است که در حضور لاقفل دو مرد

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۸۲

عادل و با رعایت سایر شرایط لازم اجراء شود. بنابراین تا حصول یقین و اطمینان کامل بوقوع صیغه طلاق بنحو صحیح و شرعی، حکم نکاح سابق را کماکان استصحاب نموده و به بقاء و صحت آن اذعان می‌نمائیم. روی این اصل، نمی‌توان بصرف جدائی و افتراق فیزیکی زوجین، به انحلال نکاح و رفع آثار و وضعیت حقوقی آن نظر داد.

صیغه طلاق

اشاره

فقه‌ها در خصوص اینکه چه چیزی می‌تواند یک صیغه طلاق صحیح تلقی شود و موجب انحلال عقد نکاح گردد مباحث زیادی را طرح نموده‌اند. آنچه که مسلم است اینکه صیغه طلاق می‌بایست از ناحیه شارع بما برسد؛ و تا شرع مقدس صریحا عبارتی را در این خصوص بیان نکرده باشد، نمی‌توانیم الفاظ و جملات و عباراتی را از سوی خود ابداع نموده و برای این منظور بکار بریم و آثار طلاق را بر آن جاری سازیم.

آنچه که بعنوان صیغه طلاق منصوصا یا از طریق اجماع بما رسیده و طلاق با آن واقع می‌شود، عبارتست از: «انت طالق»؛ «هذه طالق»؛ «فلانه طالق»؛ «زوجتی طالق» و یا آنکه هر عبارت یا جمله و لفظی که تعیین کننده زوجه بوده و قبل از کلمه «طالق» بیاید.

چند مسأله:

۱) آیا صیغه طلاق صرفا باید با واژه (طالق) انجام شود، یا آنکه می‌توان برای این منظور از مشتقات دیگر واژه طلاق و الفاظ دیگر نیز استفاده کرد؟

همانطور که قبلا اشارت رفت، نصوص وارده و اجماع فقط عبارت معینی را که همراه لفظ «طالق» ذکر شود مفید و صریح در طلاق دانسته‌اند. علامه حلی در این مورد می‌گوید: «صریح الطلاق عندنا لفظه واحده هی قوله: انت او هذه او فلانه (او

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۸۳

غیرها من الفاظ التّعیین) طالق «۱» ...» و در جائی دیگر چنین بیان داشته است که: (انت طلاق) یا (انت من المطلقات) اعتباری نداشته و با آن طلاق واقع نمی‌شود «۲».

حلبی از امام صادق (ع) نقل کرده است که از آن حضرت سؤال شد که اگر مردی هنگام طلاق به زنش بگوید: «انت منی خلیئه؛ او بریئه؛ او بتئه؛ او بتله؛ او بائن؛ او حرام - ... تو از ناحیه من آزاد هستی؛ جدا هستی و امثال آن، آیا این طلاق محسوب می‌شود یا خیر؟ آن حضرت در پاسخ فرمودند: «لیس بشیء» که در واقع امام (ع) این الفاظ را از صیغ طلاق محسوب نداشته‌اند «۳».

روایت دیگری نیز به همین مضمون محمد بن مسلم از حضرت صادق (ع) نقل کرده است «۴».

بنابراین مشخص شد که اولاً باید صیغه طلاق صرفا از واژه طلاق و مشتقات آن باشد، و ثانياً بنابر نظر فقهاء فقط از لفظ اسم فاعل

کلمه طلاق، که «طالق» است، می‌بایست استفاده شود تا مفید واقع گردد.

(۲) آیا باید صیغه طلاق به زبان عربی بیان شود؟، یا اینکه بزبان غیر عربی نیز ممکن است انجام پذیرد؟
در این مورد دو نظریه وجود دارد:

الف) مشهور فقها از جمله ابن ادریس در کتاب «السرائر» تصریح نموده‌اند که در صورتی که مطلق توانائی اجرای صیغه طلاق را بزبان عربی داشته باشد، جایز نیست که بغیر عربی بیان نماید «۵».

ب) شیخ طوسی «۶» در کتاب «النهایه» و عده‌ای هم به تبعیت از ایشان

(۱) تحریر الاحکام، علامه حلی، ج ۲، ص ۵۳.

(۲) قواعد الاحکام، علامه حلی، ج ۲، ص ۶۳؛ تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۵۳.

(۳) (۳ و ۴) وسایل الشیعه، باب ۱۶ از ابواب مقدمات طلاق.

(۵) مختلف الشیعه، علامه حلی، ص ۵۸۵.

(۶) مأخذ قبل.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۸۴

اعتقاد دارند که اجرای صیغه طلاق علاوه بزبان عربی با هر زبان دیگری انجام پذیرد صحیح و درست است، به شرط آنکه با کلمات و عباراتی بیان شود که دقیقاً مرادف با صیغه (انت طالق) و رساننده مفهوم و معنای دقیق آن باشد. حتی شیخ معتقد است که نه تنها لازم نیست شخص طلاق دهنده برای این منظور آموزش زبان عربی ببیند، بلکه در صورتی که شخص قادر به تلفظ و تکلم عربی نیز باشد، می‌تواند به زبان غیر عربی به اجرای صیغه طلاق مبادرت نماید.

شیخ طوسی در توجیه نظریه خود دو گونه استدلال نموده است:

اول- از آنجا که مقصود بالذات و حقیقی از طلاق همان معنی و مفهوم طلاق است، و الفاظ صرفاً برای دلالت بر آن مقصود وضع گردیده‌اند، پس با هر لفظی که رساننده این مقصود باشد می‌توان صیغه طلاق را اجرا نمود.

دوم- روایتی که وهب ابن وهب از امام صادق (ع) نقل کرده است.

امام (ع) به نقل از حضرت علی (ع) فرموده‌اند: «کل طلاق بکل لسان فهو- هر طلاقی با هر زبانی طلاق است» ولی فقهای دیگر این روایت مورد استناد شیخ را فقط به موارد عجز از تکلم عربی مربوط، و نظر شیخ را مردود دانسته‌اند.

از نظر قضائی می‌بایست قول مشهور در این مسأله متابعت گردد.

(۳) آیا می‌توان صیغه طلاق را بطور کتبی اجراء نمود؟

مستفاد از عبارت ... «با حضور لاقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند» ... این است که نمی‌توان صیغه طلاق را با کتابت اجرا کرد. زیرا از قید کلمه «بشنوند» در عبارت ماده ۱۱۳۴ ق.م. چنین برمی‌آید که منظور قانون‌گذار فقط اجرای صیغه بصورت تلفظ و شفاهی بوده است.

مشهور فقهاء اتفاق نظر دارند که اجرای صیغه طلاق به کتابت توسط شخصی که قادر به تکلم و تلفظ است، باطل و بی‌اثر می‌باشد، و حتی غیاب وی نیز در تجویز این امر تأثیری ندارد. اما اگر مطلق از نطق عاجز باشد، فقها نظر داده‌اند که به علت عجز وی از بیان و عدم قدرت او بر تلفظ می‌تواند قصد انشاء خود

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۸۵

را با کتابت بیان کند. زیرا در هر حال ارزش کتابت کمتر از اشاره نیست.

مرحوم شیخ طوسی و عده‌ای از فقها به پیروی از ایشان اعتقاد دارند در صورتی که میان زوج و زوجه فاصله باشد، و یا به عبارت دیگر زوج غایب باشد می‌تواند با کتابت صیغه طلاق را بیان و اجرا نماید. اما در غیر این صورت می‌بایست صیغه طلاق با تلفظ و تکلم باشد.

مستند شیخ طوسی روایتی است که ابو حمزه ثمالی از حضرت باقر (ع) نقل کرده است. ولی صاحب جواهر و عده‌ای دیگر و فقهای حاضر نظر شیخ را مردود دانسته و فتوا داده‌اند که در طلاق تلفظ شرط است. روایت مذکوره را نیز حمل بر تقيه نموده و گفته‌اند که چون این روایت با مسلک عامه موافقت دارد، لذا نمی‌تواند با آن روایاتی که صریحا اجرای صیغه طلاق را شفاها معتبر دانسته مقاومت کند.

بنابراین در مقام ترجیح، آن روایات مرجح است؛ این استدلال منطقی بنظر می‌رسد.

اشهاد

اشاره

موضوع دیگری که در ماده مورد بحث مطرح است، حضور دو نفر مرد عادل در هنگام اجرای صیغه طلاق می‌باشد. از این موضوع تحت عناوین «حضور عدلین» یا «اشهاد» بحث می‌شود. ماده ۱۱۳۴ ق. م. می‌گوید: «طلاق باید... در حضور لااقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد». اشهاد که بمعنای شاهد گرفتن دو یا چند نفر مرد عادل بر وقوع طلاق می‌باشد، یکی از ارکان طلاق بشمار می‌آید.

ادله لزوم اشهاد

این ادله عبارتند از:

الف) قرآن کریم می‌فرماید... «وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ

پرسشی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۸۶

لِلَّهِ ... ۱» - در هنگام طلاق دو نفر شاهد عادل حاضر کنید.

ب) روایات زیادی در این خصوص وارد است که بر این امر تصریح دارند؛ از جمله: خبر محمد ابن مسلم که می‌گوید: مردی وارد شهر کوفه شده و به حضور حضرت علی (ع) رسید و گفت: «زنم را طلاق داده‌ام» حضرت فرمودند: «آیا همانطور که خداوند امر کرده است دو شاهد عادل حاضر بودند» گفت: «خیر» حضرت فرمودند: «باز گرد زیرا طلاق تو بی‌ارزش است» ۲». روایات زیاد دیگری نیز به همین مضمون وارد شده که مورد استناد فقهاء قرار گرفته است ۳.

ج) علاوه بر کتاب و سنت، بر این امر اجماع فقها نیز مستقر است.

کیفیت شهادت

استماع صیغه - بر خلاف تصور عده‌ای، صرف حضور عدلین شاهدین برای صحت وقوع طلاق کفایت نمی‌کند، و استماع عبارت صیغه طلاق ضروری می‌باشد. چرا که در نصوص زیادی بر این امر تکیه شده است. از جمله روایت محمد ابن ابی نصر که نقل می‌کند: «حضرت رضا (ع) فرمودند: در هنگام طلاق باید افرادی حضور داشته باشند که کلام زوج را بشنوند» (قوم یسمعون کلامه) ۴».

شناخت اجمالی - لازم است شهود حاضر در مجلس طلاق نسبت به زوجه مطلقه شناخت اجمالی داشته باشند. البته لازم نیست که به تفصیل نسبت به تمامی جزئیات و مشخصات فردی او آگاه باشند، همین که در مجلس طلاق مطلقه به آنان معرفی و بر آنان معلوم شود کافیهست. مثلاً اگر مرد در مجلس مزبور نام زوجه را ببرد و یا به او اشاره کند، این مقدار کافی بوده و نیازی به شناخت تفصیلی هویت وی نمی‌باشد «۵».

(۱) سورة طلاق، آیه ۲.

(۲) (۲ و ۳) وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۲۸۳.

(۴) تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۳۱؛ قواعد الاحکام، ص ۶۴؛ ریاض المسائل، ج ۲، ص ۱۷۵.

(۵) ریاض المسائل، ج ۲، ص ۱۷۵.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۸۷

حضور همزمان - مطلب دیگر که باید ذکر شود این که باید هر دو شاهد همزمان و با هم در مجلس طلاق حضور داشته باشند، به نحوی که در هنگام اجرای صیغه هر دو حاضر بوده و آن را بشنوند. و الا در غیر این صورت طلاق باطل است «۱».

مثلاً - صحیح نیست که نخست یکی از آن دو در مجلس حاضر شود و صیغه طلاق را بشنود و مجلس را ترک کند، یا در مجلس حضور داشته باشد و سپس شاهد دیگر حاضر شود و مجدداً صیغه را قرائت کنند تا او هم بشنود. بلکه نظر شارع مقدس و قانون‌گذار این است که هر دو مجتمعاً و متفقاً در مجلس حاضر و همزمان صیغه طلاق را استماع نمایند.

به عبارت دیگر مقارنت زمانی و مکانی میان اجرای صیغه عقد و حضور و استماع اجتماعی و اتّفاقی شاهدین شرط صحت طلاق است. بنابراین اگر مردی نخست بدون حضور عدلین صیغه طلاق را اجرا کند، و سپس در نزد شاهد عادل اقرار کند به این معنا که اخبار از انشاء بدهد، چنین طلاق باطل و ملغی الاثر می‌باشد.

علاوه بر روایات زیادی که بر این مطلب حکایت دارند، آیه شریفه قرآن نیز که در مطلع این بحث مطرح شد بر این امر ظهور دارد. بدین معنی که ظهور کلمه «اشهدوا» حضور اجتماعی شاهدین در هنگام انشاء صیغه طلاق است.

صفات شاهدان طلاق

الف) شاهدان طلاق باید مرد باشند.

قانون مدنی در ماده مورد بحث تصریح دارد که باید طلاق در حضور لااقل دو مرد واقع شود. بنابراین بنظر قانون مدنی طلاق که در حضور زنان حتی به تعداد مضاعف یا یک مرد و دو یا چند زن واقع شود، باطل خواهد بود.

فقهائ نیز در این که باید شاهدین مرد باشند، اتّفاق نظر داشته و مخالفی در

(۱) منابع قبل.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۸۸

این خصوص میان آنان مشاهده نشده است «۱». مستند این نظر علاوه بر نصوص مستفیضة موجود و روایات کثیره‌ای که از ائمه معصومین نقل شده است «۲»، همان اصلی است که در آغاز بحث طلاق مطرح نمودیم. بدین معنی که چون نکاح یک پیوند و پیمان مهم و محکم بشمار می‌رود، لذا تا زمانی که یک عامل منحل‌کننده مسلّم و قاطع شرعی بوجود نیاید، می‌بایست حکم نکاح سالم سابق را استصحاب نمود و آن را بقوّت خود باقی دانست. در مسأله مورد نظر نیز چون در صحت شهادت دو شاهد غیر مرد یا

یک مرد و دو زن لاقل تردید است، بنابراین به قدر متیقن اکتفا نموده و در این موارد از حکم کردن به انحلال پیمان نکاح پرهیز و صحت نکاح را ابقاء می‌نمائیم.

(ب) شاهدان طلاق باید عادل باشند.

قانون مدنی در ماده مورد بحث تصریح نموده که باید طلاق در حضور لاقل دو نفر مرد عادل واقع شود. بنابراین بنظر قانون‌گذار اگر شاهدان طلاق فاقد صفت عدالت باشند، طلاق انجام شده در حضور آنان باطل و فاقد اثر است.

فقه‌ای امامیه نیز در عادل دانستن شاهدان طلاق نه تنها اتفاق نظر دارند، بلکه سید مرتضی بر این مطلب ادعای اجماع طایفه را نموده است «۳». علاوه بر اجماع، قرآن کریم نیز بر این امر تصریح دارد: «وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ» «۴».

روایات زیادی نیز مؤید این مطلب است. از جمله می‌توان روایت محمد ابن مسلم «۵» را که در بحث اشهاد بدان اشاره شد، نام برد. بنابراین هم از نظر قانون مدنی و هم از نظر فقهاء امامیه مستندا به کتاب و اجماع و روایات، لازم است که

(۱) قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۶۴؛ تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۵۴.

(۲) منابع قبل.

(۳) الانتصار، سید مرتضی، ص ۱۲۸.

(۴) سورة طلاق، آیه ۲.

(۵) وسائل الشیعة.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۸۹

شاهدان طلاق دارای صفت عدالت باشند.

مفهوم عدالت

«العدالة حالة نفسانية باعثة على ملازمة التقوى مانعة عن ارتكاب الكبائر بل و الصغائر على الاقوى «۱» - عدالت عبارتست از آن ملکه و حالت نفسانی شخص که باعث رعایت مستمر تقوی و مانع از ارتکاب گناهان و جرائم کبیره ... می‌شود».

بنابراین عادل کسی است که دارای ملکه عدالت بوده، تقوی پیشه کند و از مرتکب شدن گناهان کبیره و اصرار بر جرائم صغیره پرهیز نماید.

در اکثر کتب فقهیه از جمله شرایع الاسلام و جواهر الکلام و ... عدالت را همین گونه تعریف کرده‌اند.

بعضی از فقها از قیود متعدد تعریف کاسته و معتقدند مسلمان بودن و داشتن حسن ظاهر کافیت. حسن ظاهر را نیز عدم علم به معصیت شخص دانسته‌اند. اما مرحوم شیخ طوسی «۲» و برخی دیگر معتقدند همین قدر که شخص شاهد بظاهر مسلمان باشد کافیت. ولی نظر مشهور بر خلاف این دو نظریه می‌باشد؛ چرا که معتقدند صرف مسلمان بودن کفایت نمی‌کند، و علاوه بر آن دارا بودن عدالت نیز ضروری است.

عدالت ظاهری یا واقعی؟

در اینجا یک سؤال مطرح است؛ و آن اینکه آیا عدالت ظاهری شاهد کافیت، یا باید از عدالت واقعی برخوردار باشد؟ عبارت دیگر، آیا در شاهد عدالت ظاهری شرط است یا واقعی؟

قبل از بیان نظراتی که در پاسخ این سؤال مطرح شده، لازم است به ذکر

(۱) تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۲۷۴.

(۲) النهایه، افست قم، ص ۵۱۰.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۹۰

ثمره این بحث پردازیم. اگر بپذیریم عدالت ظاهری در شخص شاهد کفایت می‌کند، نتیجه‌ای که بدست می‌آید اینکه چنانچه طلاق در حضور دو فردی که ظاهرًا عادلند انجام شود و پس از آن معلوم گردد که یک یا هر دو شاهد فاسد بوده‌اند، در این صورت خللی به طلاق انجام شده وارد نیامده و طلاق صحیح خواهد بود. اما اگر عدالت واقعی را معتبر بدانیم، هرگاه پس از وقوع طلاق آشکار شود که شاهدان طلاق فاقد صفت عدالت بمعنای حقیقی کلمه بوده‌اند، در این صورت طلاق باطل خواهد بود.

حال که ثمره بحث مبین گشت، به نظرانی که در مورد مشروط بودن عدالت ظاهری یا واقعی مطرح شده است، می‌پردازیم:

الف) مشهور فقها اعتقاد دارند که همان عدالت ظاهری کافیت، و چنین استدلال نموده‌اند که لازمه مشروط بودن عدالت واقعی، مکلف نمودن شخص به تکلیف ما لا یطاق است زیرا حصول علم به عدالت واقعی امری بس مشکل و طاقت‌فرساست. بنابراین نتیجه آنست که هرگز طلاق بطور صحیح واقع نشود. زیرا هیچ راه ممکن برای احراز عدالت واقعی وجود ندارد «۱».

ب) در مقابل گروه نخست عده‌ای دیگر معتقدند که منظور از «ذوی العدل» که در قرآن کریم آمده است، عدالت حقیقی است نه ظاهری.

ج) مرحوم علامه حلی «۲» به کفایت عدالت ظاهری اظهار عقیده کرده، لکن اضافه کرده است که اگر شخص طلاق دهنده بداند دو شاهدی که در مجلس طلاق حاضر و شاهدند، برای دیگران ظاهر العدل می‌باشند، اما به دلیلی که بر او آشکار است فاسقند، در این صورت طلاق مزبور باطل خواهد بود.

منظور علامه این است که اگر شاهدان طلاق چنان از ظاهری آراسته

(۱) حاشیه مکاسب، سید محمد کاظم طباطبائی، ص ۸۹؛ کتاب القضاء، آشتیانی، ص ۹۶.

(۲) قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۶۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۹۱

برخوردار باشند، که عدالت ظاهری آن دو برای همگان احراز شود، ولی پس از وقوع طلاق معلوم شود که آنها فاسق بوده‌اند، طلاق واقع شده صحیح می‌باشد. اما در صورتی که عدالت ظاهری آنها تنها برای دیگران محرز بوده و مطلقاً به فساد آن دو علم و اطلاع داشته باشد، در این صورت طلاق که در حضور آنان واقع شده صحیح نخواهد بود.

بنظر می‌رسد، همانطور که مشهور معتقدند، عدالت ظاهری در شاهدین کفایت می‌کند. زیرا اولاً شرع مقدس تشخیص عدالت را به عرف محول کرده، و عرف هم وسیله‌ای که بکار احراز عدالت واقعی (که یک مسئله درونی و قلبی است) بیاید، در اختیار ندارد. ثانیاً کشف عدالت واقعی موجب تعسیر فردی و اجتماعی است، و باعث ویرانی بنیانهای زندگی افراد است، زیرا اگر پس از وقوع طلاق در حضور شاهدانی که تا آن لحظه با هزاران مشقت عدالت واقعی آنان احراز گردیده، فسق و فساد آنها ثابت شود، اثبات فساد آنان به صحت طلاق واقع شده سرایت کرده و آن را باطل و بلا اثر می‌سازد. حال تصور کنید مواردی را که پس از وقوع طلاق، زوجه مطلقه با سپری کردن مدت عده مقرر با دیگری ازدواج نموده و پس از تشکیل خانواده جدید فساد و فسق شاهدان طلاق سابق وی آشکار شود، آنگاه چه پیش خواهد آمد؟! اگر این موارد توسعه نیز یافته باشد چه هنگامه‌ای برخواهد خواست؟!۱

بنابراین با اعتقاد راسخ به اینکه در شرع انور اسلام این قبیل سختگیری‌های عسرت آفرین وجود ندارد، همان عدالت ظاهری را

منظور نظر شارع مقدّس دانسته، نظر مشهور را ترجیح می‌دهیم. مضافاً اینکه، قبول نظر مشهور منافاتی با نظر علامه حلی ندارد؛ زیرا فرض مشروح علامه فرضی است که مکمل نظر مشهور و مزید بر آن می‌باشد. اینکه علامه می‌گوید: «در صورتی که طلاق دهنده به فساد شاهدان طلاق علم دارد، طلاق مزبور باطل است هر چند دیگران آنها را ظاهر العدل بدانند.»

نظری درست و صائب است؛ زیرا مورد خطاب شارع مقدّس در قرآن، که امر به

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۹۲

گرفتن دو شاهد عادل می‌نماید، شخص طلاق دهنده می‌باشد: «اذا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ ... و اشهدوا ذوی عدل - هرگاه می‌خواهید زنان خود را طلاق دهید، پس طلاق دهید آنها را ... و دو نفر عادل را بشهادت گیرید.»

بنابراین اگر طلاق دهنده با وجود علم به فسق و فساد شاهدین آن دو را به شهادت طلاق خود فراخواند، خلاف دستور شارع معظم رفتار و در نتیجه عملش فاقد صحّت است. کما اینکه بالعکس اگر طلاق دهنده به عدالت دو نفر اطمینان داشته باشد، در حالی که دیگران آنان را عادل ندانند، بنظر می‌رسد طلاق مزبور صحیح خواهد بود. بناء علی هذا قوّت نظر علامه آشکار است، چنانچه مرحوم مامقانی نیز بر این عقیده است «۱».

(۱) مناهج المتقین، ص ۳۸۶.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۹۳

شرط تنجیز در طلاق

اشاره

ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی: «طلاق باید منجز باشد و طلاق معلق بشرط باطل است».

فقهاء طلاق معلق را به دو قسم تقسیم نموده‌اند:

(۱) طلاق معلق به شرط.

(۲) طلاق معلق بر صفت.

منظور فقهاء از اصطلاح شرط، امری است که در آینده ممکن الوقوع باشد.

به عبارت دیگر، امری که در آینده نسبت وقوع و عدمش مساوی و هر دو امکان داشته باشد. حال اگر طلاق به چنین شرطی معلق شود مسلماً باطل خواهد بود.

مانند اینکه طلاق دهنده بگوید: «انت طالق ان جاء زید» یا «انت طالق ان دخلت الدار» که طلاق را بر آمدن زید و یا دخول زوجه به خانه معلق نماید، در حالی که هر دو امر ممکن الوقوع بوده و از امور قطعیه و مسلم بشمار نمی‌آیند.

اصطلاح صفت یک اصطلاح فقهی است، و منظور از صفت امری است که حین طلاق وجود ندارد، لکن در آینده قطعی الوقوع می‌باشد. مانند آنکه طلاق دهنده بگوید: «انت طالق ان طلعت الشمس» که طلاق را بر طلوع خورشید معلق نماید.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۹۴

اگر چه زمان بیان این عبارت شب بوده باشد، لکن طلوع خورشید، که طلاق بر آن معلق شده، امریست حتمی الوقوع.

هر دو قسم تعلیقی که ذکر شد طلاق معلق محسوب و هر دوی آنها باطل است؛ زیرا شرط صحّت طلاق، تنجیز آن است. و در هر دو موردی که شرح داده شد طلاق منجز نبوده و به شرط یا صفت معلق گردیده است.

منظور قانون مدنی نیز از طلاق معلق بشرط هر دو قسم تعلیق فوق الذکر است؛ چرا که کلمه «شرط» در متن ماده اعم از شرط و صفت در اصطلاح فقهی است.

مبنای فقهی این مطلب اولاً همان اصلی است که از ابتدای بحث طلاق تا کنون مکرر به آن اشاره و استناد شده است. بموجب آن اصل، در بحث مورد نظر می‌بایست گفت طلاق صحیح و متیقن طلاق است که منجز باشد؛ ثانیاً نصوص و روایات مرسله، مؤید این امر هستند؛ ثالثاً همانطور که سید مرتضی «۱» فخر المحققین «۲»، شهید ثانی «۳» و ابن ادریس «۴» ادعا نموده‌اند بر این مطلب اجماع مستقر است.

تعلیق طلاق بر شرایط صحت

برخی از فقهاء طلاق را که بر یکی از شرایط صحت خود معلق باشد، صحیح دانسته و بر اینگونه طلاق اشکالی نگرفته‌اند. مانند اینکه شخصی طلاق زوجه خود را بر نبودن وی در حالت زنانگی، که یکی از شرایط صحت طلاق است، معلق نماید.

(۱) الانتصار، ص ۱۲۷.

(۲) ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۳۱۰.

(۳) شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۲۷؛ تحریر علامه، ج ۲، ص ۵۴.

(۴) سرائر، کتاب طلاق.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۹۵

ولی بنظر می‌رسد، همانطور که قبلاً در مبحث نکاح معلق مشروحا بحث کردیم، تعلیق بر شرایط صحت دو حالت دارد: الف) حالتی که شخص طلاق دهنده ضمن آنکه در هنگام اجرای صیغه طلاق به حصول شرط یقین دارد، طلاق را معلق به همان شرط می‌نماید.

ب) حالتی که مرد طلاق دهنده در حین اجرای صیغه طلاق به حصول شرطی که طلاق را به آن معلق می‌کند، تردید داشته باشد. طلاق معلق به شرط صحت در حالت نخست صحیح است؛ زیرا طلاق بشرطی معلق شده که در حین اجرای صیغه حاصل است، چرا که مطلق به حصولش یقین دارد. اما طلاق در حالت دوم نمی‌تواند صحیح باشد؛ زیرا معلوم نیست که آیا شرط صحت حاصل است یا خیر؟ از آنجا که مطلق بدان علم نداشته و در تردید بسر می‌برد «۱».

(۱) برای وضوح بیشتر مراجعه شود به بحث تنجیز در عقد نکاح، ص ۱۸۵.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۹۶

شرائط طلاق دهنده

اشاره

ماده ۱۱۳۶ قانون مدنی: «طلاق دهنده باید بالغ و عاقل و قاصد و مختار باشد».

قانون‌گذار در ماده فوق برای طلاق دهنده چهار شرط قائل شده که عبارتند از:

(۱) بلوغ**اشاره**

بدین معنا که شخص طلاق دهنده باید از نظر سنّی به حد بلوغ شرعی رسیده باشد. بنابراین صبی اعم از اینکه ممیز باشد یا غیر ممیز، نمی‌تواند زوجه خود را طلاق دهد؛ و اگر به این عمل مبادرت نماید طلاق باطل و بلااثر خواهد بود. در فقه نیز بلوغ یکی از شرائط طلاق دهنده شمرده شده است. از آنجا که مستند این نظر اخبار متواتره می‌باشد، لذا در این مسأله مشهور فقها (الّا شدّ و ندر) این شرط را معتبر دانسته‌اند «۱».

(۱) الحقائق الناضرة، چاپ قدیم، ج ۵، ص ۳۸۴؛ جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۹۷

البته شیخ طوسی و شیخ مفید و برخی از فقهای متقدم «۱»، باستناد روایتی، طلاق شخصی را که به سنّ ده سالگی رسیده باشد صحیح دانسته‌اند. مستند این بزرگواران چند روایت است که از حضرت صادق (ع) نقل شده مبنی بر این که آن حضرت فرموده است: «کودک ده‌ساله می‌تواند زوجه خود را طلاق دهد» «۲».

اگر چه این بزرگان عمل به مفاد این روایت را روا دانسته‌اند، لکن مشهور فقها بدلائلی همچون ضعف سند و مخالفت روایت با اصول شرعی و قواعد اولیه و اصول کلیّه فقهی، آن را مردود دانسته و عمل به مفاد آن را فتوی نداده‌اند.

حکم طلاق توسط ولی صغیر

فقها طلاق را که از سوی ولی زوج صغیر انجام شود، صحیح نمی‌دانند؛ خواه این ولی پدر یا جدّ پدری و یا حاکم شرع باشد. برای این موضوع استناد شده است به:

(الف) روایات واصله به مضمون: «الطّلاق بید من اخذ بالسّاق» - طلاق بدست خود شوهر (صاحب بضع) است؛ بنابراین بولایت نمی‌توان طلاق داد.

(ب) علاوه بر روایات و اخباری که در این خصوص وارد شده، اجماع فقها نیز در این مسأله مستقر می‌باشد «۳».

(۲) عقل

شرط دومی که ماده ۱۱۳۶ ق. م. برای طلاق دهنده قائل شده عقل است.

بنابراین مجنون دائمی که فاقد این شرط است، نمی‌تواند زوجه خود را طلاق دهد؛ اما مجنون ادواری حکمش تفاوت دارد که در جای خود، ضمن شرح ماده ۱۱۳۷

(۱) منابع قبل.

(۲) وسائل الشیعه، باب ۳۲ از ابواب مقدمات طلاق.

(۳) مأخذ قبل.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۹۸

بحث خواهیم کرد.

مستند اعتبار شرط عقل در طلاق دهنده روایات بیشماری است که در کتب روایی ذکر گردیده است «۱».

۳) قصد

اشاره

منظور از این شرط آنست که شخص طلاق دهنده در ادای لفظ و صیغه طلاق قاصد باشد. به عبارت دیگر، بداند که چه می‌گوید و بر معنی و مفهوم واقعی عباراتی که تلفظ می‌کند وقوف کامل داشته باشد. تنها به نحوه تلفظ بسنده ننماید، و در اجرای صیغه جدی، و از نتایج و آثار آن آگاه باشد.

فقه‌ها نیز در این مسأله اتفاق نظر دارند. مبنا و مستند فقهی این نظر عبارتست از:

اولاً- روایات و اخبار زیادی که از امامین محمد باقر و جعفر صادق علیهما السلام نقل گردیده است. از جمله روایت عبد الواحد بن مختار انصاری و خبر هشام به این مضمون که حضرت صادق (ع) فرمود: «لا طلاق الا لمن اراد الطلاق- طلاق واقع نمی‌شود مگر آنکه طلاق دهنده قصد و اراده طلاق داشته باشد «۲»».

ثانیاً- در این مسأله اجماع نیز وجود دارد. بنابراین طلاق‌دهنده‌ای که صیغه طلاق را اشتباه اداء کرده باشد و یا بشوخی آن را اجرا نموده و فاقد قصد باشد، طلاقش صحیح نخواهد بود.

بررسی فقهی

برای تحلیل و بررسی مسئله قصد و الزامی بودن آن در صیغه طلاق،

(۱) وسائل الشیعه، باب ۳۴ و ۳۶ از ابواب مقدمات طلاق.

(۲) رجوع شود به وسائل الشیعه، باب ۱۱ از ابواب مقدمات طلاق.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۳۹۹

می‌بایست صوری که برای قصد و عدم آن متصور است مطرح نمود و مورد نظر قرار داد:

الف) گاهی قصد منحصر به لفظ بوده و در معنا وجود ندارد. مانند کسی که می‌خواهد بگوید: «انت بالغ» ولی اشتباها بجای آن «انت طالق» می‌گوید؛ در این صورت لفظ قصد شده، لیکن معنای آن مقصود نبوده است.

ب) گاهی بعکس در معنی و مفهوم قصد وجود دارد، ولی در لفظ قصد موجود نیست. این صورت در جائی است که شخص معنای طلاق را قصد کرده، ولی بجای آنکه لفظی بکار برد که این مفهوم و مقصود را بیان سازد، اشتباها لفظ دیگری را که رساننده این منظور نیست تلفظ می‌نماید. مثلاً بجای آنکه بگوید:

«انت طالق» می‌گوید: «انت بالغ».

ج) گاهی در لفظ و مفهوم هر دو قصد وجود دارد. همانند اغلب عباراتی که افراد بطور روزمره در بیان مقاصد ویژه خود بکار می‌برند و مقصود خود را به دیگران تفهیم می‌نمایند.

د) صورت چهارم آنکه در هیچ کدام از لفظ و معنا قصد وجود ندارد. مانند عباراتی که افراد مریض در بعضی از شرائط بر زبان جاری می‌سازند، که در اصطلاح عاقله به هذیان موسوم است.

بنابراین برای آنکه شرط وجود قصد متحقق شده و طلاق صحیح و درست انجام شود، می‌بایست همانند صورت سوم طلاق دهنده هم قاصد لفظ طلاق باشد و هم قاصد مفهوم و معنی آن.

مسأله - با توجه به اینکه قصد یک امر درونی و قلبی است، اگر زوج مدتی پس از اجرای طلاق اظهار کند که اشتباه و بدون قصد صیغه طلاق را جاری ساخته است، آیا می‌توان ادعایش را پذیرفت و به بطلان طلاق نظر داد؟ در فقه نسبت به این مسأله اختلاف نظر وجود دارد. برخی به استناد قلبی بودن قصد و اینکه راهی جز اظهار و ادعای خود شخص برای اثبات آن نیست، و به

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۰۰

استناد اینکه اصل عدم قصد است، به قبول ادعای زوج و بطلان طلاق مزبور معتقد شده‌اند «۱». در مقابل، عده‌ای دیگر به استناد این اصل که هر قول و فعل قائل و فاعل عاقل و مختار از روی قصد واقع می‌شود، به صحت طلاق و غیر مسموع بودن ادعای چنین شخصی نظر داده‌اند.

قول دوم بنظر قویتر می‌آید؛ زیرا ظاهر حال آدم عاقل و مختاری که لااقل دو شاهد عادل را به اشهاد فرا می‌خواند، و در محضر آن دو با رعایت شرایط لازم زوجۀ خویش را طلاق می‌دهد، بر این امر ظهور دارد که صیغه را از روی قصد و با توجه کامل جاری ساخته است. بنابراین کسی که پس از وقوع طلاق قاصد نبودن خویش را ادعا کند، صرفاً یک مدعی محسوب و تا ادعای خود را به اثبات نرساند، طلاق به صحت خود باقی خواهد بود.

این قول هر چند بنظر قوی‌تر می‌رسد، و ظاهراً در تمامی عقود و ایقاعات الفاظ موضوعه برای اجرای صیغه، اماره‌ای بر قصد می‌باشند مگر اینکه خلافش ثابت گردد، لکن مشهور بر نظریه نخستین فتوی داده و گفته‌اند از نظر ظاهر قول زوج پذیرفته می‌شود ولی باطنا زوج مدیون نیت خویش است.

(۴) اختیار

اشاره

چهارمین شرطی که در ماده ۱۱۳۶ ق.م. برای طلاق دهنده ذکر شده اختیار است. در بطلان طلاقی که از روی اکراه واقع شده باشد، میان فقهاء اختلافی وجود نداشته و همه بر این مسأله اتفاق نظر دارند. علاوه بر اجماع مذکور، نصوص وارده بطور عموم و خصوص نیز مؤید این مسأله می‌باشند. منظور از نصوص عام آن

(۱) الحقائق الناضرة، چاپ قدیم، ج ۵، ص ۲۸۹؛ مناهج المتقین، مامقانی، ص ۳۸۴؛ جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۲۰.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۰۱

نص‌هایی است که اصولاً بطور کلی بر بطلان هر عمل که از روی کراه واقع شود، دلالت دارند. در مقابل، مقصود از نصوص خاص آن قبیل روایاتی است که بطلان طلاقی را که از روی اکراه واقع شود، بیان نموده است. همانند روایت زراره که حاکی است حضرت ابی جعفر (ع) در مورد طلاق شخص مکره فرموده است: «لیس طلاقه بطلاق - طلاق مکره طلاق نیست» «۱» و روایت عبد الله ابن حسین از حضرت صادق (ع) که نقل می‌کند آن حضرت فرمودند: «لا يجوز الطلاق فی الاستکراه - طلاق در حال اکراه صحیح نیست» «۲».

تعریف اکراه و عناصر تشکیل دهنده آن

اکراه عبارتست از تهدید شدن انسان به عملی که انجام آن عمل در توانائی مکره (اکراه‌کننده) باشد و آن عمل موضعی برای تهدید باشد. بنابراین برای آنکه اکراه تحقق یابد، لازم است که:

الف) اکراه کننده مکره را به امری تهدید نماید که انجام آن امر برای اکراه کننده مقدور باشد.

ب) راه فراری برای اکراه شونده (مکره) وجود نداشته باشد. مانند اینکه شخصی دیگری را تهدید کند که «اگر زنت را طلاق ندهی ترا می کشم» یا «ترا به درون چاه پرتاب می کنم» در این صورت تهدید شونده راه فراری نداشته و کشتن یا اسقاط در چاه برای تهدید کننده مقدور می باشد.

ج) اکراه شونده علم یا ظن قوی داشته باشد که در صورت عدم انجام خواسته اکراه کننده، خطری جدی او را تهدید خواهد کرد.

د) آنچه که اکراه کننده مکره (اکراه شونده) را بدان تهدید می کند، نسبت به شخص مکره و یا بستگان و کسانش خطر یا زشت و مذموم محسوب شود. مثلاً اگر مکره به مکره بگوید: «چنانچه نسبت به طلاق زوجهات اقدام نکنی، به پدرت

(۱) (۱ و ۲) وسائل الشیعه، باب های ۳۷ و ۱۸ از ابواب مقدمات طلاق.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۰۲

آسیب می رسانم، یا مال پدرت را غارت می کنم.» البته باید توجه داشت که تهدیدهایی از قبیل قتل و جرح و همانند آن تهدیداتی است که اثر آن نسبت به همگان مساوی و برابر است، لکن در تهدیدات مالی صدق آن نسبت به افراد متمول و بینوا یکسان نیست.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۰۳

ولایت بر طلاق

ماده ۱۱۳۷ قانون مدنی: «ولی مجنون دائمی می تواند در صورت مصلحت مولی علیه زن او را طلاق دهد».

همانطور که پیش از این نیز بیان نمودیم، از نظر فقهی میان صبی و مجنون دائمی تفاوت است. از جمله اینکه ولی صبی نمی تواند زوجه وی را طلاق دهد، لکن ولی یا حاکم شرع می تواند زوجه مجنون دائمی را طلاق دهد. مستند این فرع عیناً همان روایات وارده در مسأله است که پیش از این بدان اشاره شد.

از واژه «مجنون دائمی» مذکور در ماده فوق چنین بر می آید که حاکم شرع یا ولی مجنون ادواری نمی تواند زوجه او را طلاق دهد؛ علتش مشخص است، زیرا جنون در مجنون ادواری همیشگی و دائمی نیست، لذا ولی او باید صبر کند تا زمانی که حالت جنون او موقتاً مرتفع شود، و خود مجنون در حالت افاقه در این خصوص تصمیم بگیرد.

ولی مجنون دائمی ممکن است همان ولی قهری باشد، و یا آنکه در صورت نبودن ولی قهری حاکم یا مقامات قانونی باشند. به هر حال ولی مجنون دائمی اعم از آنکه قهری باشد یا حاکم، می تواند به شرط رعایت مصلحت و غبطه مولی علیه زن او را طلاق دهد.

از نظر فقهی میان جنونی که به بلوغ متصل باشد با جنونی که بعداً عارض شود، تفاوتی وجود ندارد. از نظر قانون مدنی نیز در این خصوص فرقی احساس نمی گردد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۰۴

وکالت در طلاق

اشاره

ماده ۱۱۳۸ قانون مدنی: «ممکن است صیغه طلاق را بتوسط وکیل اجرا نمود».

بنظر مشهور فقهاء «۱» می‌توان صیغه طلاق را با اعطای وکالت به غیر اجرا نمود، خواه زوج در مراسم اجرای طلاق حضور داشته و یا غایب باشد، اما مرحوم شیخ طوسی از امامیه ۲ و پاره‌ای از فقهای عامه «۳» معتقدند در صورتی که مرد نزد زنش حاضر باشد باید خود وی مستقیماً به انجام طلاق مبادرت نماید، بنابراین انجام آن از طریق وکیل صحیح نخواهد بود. مستند این عده از فقهاء روایت زراره از حضرت صادق (ع) است که آن حضرت در پاسخ سؤال از جواز یا عدم جواز وکالت در طلاق، فرموده‌اند: «لا يجوز الوکالة فی الطلاق» (۴) - در طلاق وکالت جایز نیست» البته مرحوم شیخ مفاد این روایت را فقط بر موردی که زوج نزد زوجه‌اش حاضر باشد حمل کرده است.

- (۱) (۱ و ۲) جواهر الکلام، ص ۶؛ الحقائق الناضرة، چاپ قدیم، ج ۵، ص ۳۸۴؛ مسالک الافهام، ج ۲، کتاب طلاق، ص ۴.
 (۳) الفقه علی مذاهب الاربعه الجزیری، ج ۴ ص ۳۷۰ بعد.
 (۴) وسائل الشیعه، باب ۳۵ از ابواب مقدمات طلاق.
 بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۰۵

بررسی فقهی

مستند جواز وکالت در طلاق:

اولاً- اطلاق ادله وکالت می‌باشد که شامل تمام امور نیابت‌پذیر می‌گردد.
 منظور از امور قابل نیابت اموری است که نظر شارع به شکلی بر آن تعلق نگرفته باشد که آن امر مستقیماً و مباشرتاً توسط خود شخص انجام شود؛ همانند طلاق که می‌توان آن را با وکالت انجام داد.
 ثانیاً- روایت خاصی است که در این خصوص وجود دارد. از جمله حدیثی «۱» که از حضرت صادق (ع) روایت شده که به موجب آن از حضرت در مورد «مردی که امر طلاق زنش را به دیگری واگذار کرده و گفته شاهد باشید که من اختیار طلاق زنم را به فلان کس دادم» سؤال شده که آیا این امر جایز است یا خیر؟ و آن حضرت فرموده است: بلی صحیح است و مانعی ندارد.
 از این روایت استفاده می‌شود که حضور یا غیاب شوهر، تأثیری در جواز توکیل در امر طلاق ندارد، زیرا آن حضرت در مقام پاسخ مسائل، از وی پرسیده که آیا مرد نزد زنش بوده یا خیر؟ و چون پرسیده است، به اصطلاح فقهی همین ترک استفصال، دلیل بر این است که مطلقاً مانعی ندارد.
 قانون مدنی ایران، به پیروی از نظر مشهور امامیه، وکالت در طلاق را پذیرفته است. قبلاً در ذیل ماده ۱۱۱۹ نیز در این خصوص بحث شد.

وکالت زوجه در طلاق

آیا زوج همانطور که برای انجام طلاق می‌تواند به شخص ثالث و بیگانه وکالت دهد، به خود زوجه هم می‌تواند وکالت دهد تا خود را مطلقه نماید؟

(۱) وسائل الشیعه، باب ۳۹ از ابواب طلاق، حدیث ۱، ص ۳۳۳.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۰۶

در فقه دو نظر وجود دارد:

اول- مشهور امامیه معتقدند، همانطور که در سایر عقود و ایقاعات می‌توان چنین کاری کرد، در طلاق هم می‌توان به زن و کالت داد، و دلیل آن عمومات جواز توکیل در افعال قابل نیابت است، و بی‌شک طلاق یکی از امور نیابت‌بردار است، و زن از لحاظ حقوقی کامل بوده و می‌تواند وکیل شود «۱».

دوم- مرحوم شیخ طوسی معتقد است که در طلاق مطلقاً نمی‌توان به خود زوجه و کالت داد، حتی در موردی که مرد غایب باشد، دلیل وی این است که اولاً قابل، نمی‌تواند فاعل باشد، و زوجه که خود طلاق را قبول می‌کند عمل‌کننده نمی‌تواند باشد؛ ثانیاً به روایت «الطلاق بید من اخذ بالساق» استناد کرده است ۲.

مشهور، استدلال شیخ را بدلیل زیر مردود دانسته‌اند:

(۱) دلیل اول، یعنی قابل نمی‌تواند فاعل باشد، فقط در امور «واقعی» صحیح است و در مورد امور «اعتباری» صادق نیست، و لذا مانعی ندارد که زوجه باعتبار اینکه وکیل است فاعل باشد، و از جهت اینکه زوجه موکل است قابل باشد، کما اینکه شخص واحد می‌تواند هم طرف ایجاب و هم طرف قبول باشد.

(۲) در خصوص استناد به روایت «الطلاق بید من اخذ بالساق» باید گفت که مفهوم این روایت آنست که اختیار کلی طلاق بدست مرد است، بنابراین اعطای وکالت اجرای طلاق به زن منافاتی با این روایت ندارد، زیرا وقتی زوج، زوجه را در طلاق وکیل خود می‌کند، یعنی اختیار طلاق خود را به زوجه تفویض کرده. و لذا قانون مدنی ایران به پیروی از مشهور امامیه در این ماده و نیز ماده ۱۱۱۹ وکالت زوجه را پذیرفته و معتبر دانسته است.

(۱) (۱ و ۲) رجوع شود به: مسالک شهید ثانی، ج ۲، ص ۴؛ حقائق الناضرة، ج ۶، ص ۲۹۰؛ جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۲۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۰۷

انحلال عقد منقطع

اشاره

ماده ۱۱۳۹ قانون مدنی: «طلاق مخصوص عقد دائم است، و زن منقطعه به انقضاء مدت یا بذل آن از طرف شوهر، از زوجیت خارج می‌شود».

یکی از شرایط معتبره در صحت طلاق این است که عقد «دائم» باشد، بنابراین طلاق نسبت به زن منقطعه واقع نمی‌شود. این مسأله اتفاقاً بوده و اجماع بر آن محقق است؛ به علاوه، این حکم با اصول کلی فقهی موافقت دارد؛ نصوصی نیز که طلاق را به نکاح محصور کرده، دال بر این مطلب است؛ از طرف دیگر مستفاد از نصوص ویژه‌ای هم که در خصوص نکاح منقطع وارد شده، همین مطلب است. از جمله، روایتی که حاکیست از حضرت صادق (ع) سؤال کرده‌اند که آیا زوجه‌ای که منقطعه است بدون طلاق جدا می‌شود؟ حضرت فرموده‌اند: «با بذل مدت یا انقضاء آن جدا می‌شود زیرا نکاح خاتمه می‌یابد «۱»».

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۱۰؛ حقائق الناضرة، ج ۵، ص ۱۶۵؛ تذکره الفقهاء، علامه حلی، ج ۲، -

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۰۸

بذل مدّت

قانون مدنی هر چند در ماده ۱۱۲۰ یکی از عوامل انحلال نکاح منقطع را بذل مدّت شمرده، و نیز در ماده ۱۱۳۹ به آن اشاره نموده، ولی احکام و مسائل آن را ذکر نکرده است؛ لذا با استخراج از کتب فقهیه «۱» به شرح این موارد می‌پردازیم:

(۱) زوج می‌تواند هر موقع که مایل باشد باقی مانده از مدّت نکاح منقطع را به زوجه ببخشد، و به تعبیر دیگر او را بری نماید. در این صورت نکاح منقطع منحل گردیده، و عده آغاز می‌گردد.

(۲) بذل و یا ابراء مدّت «ایقاع» بحساب می‌آید، لذا می‌بایست منجزا انجام شود، و هر گونه اشتراط موجب بطلان است. مثلاً اگر زوج به زوجه منقطعۀ خویش بگوید: «من مدّت را ابراء کردم به شرط آنکه با فلان کس ازدواج نکنی»، ابراء باطل است.

(۳) ابراء مدّت می‌تواند در ضمن یک صلح انجام شود. مثلاً زوجه چیزی را به زوج تقدیم نماید، در مقابل آنکه به نحو شرط نتیجه، از مدّت بری باشد، و نیز می‌تواند ابراء مابقی مدّت خویش را بخواهد. این مصالحه صحیح و زوج، در صورت اخیر، ملزم به ابراء می‌باشد؛ و چنانچه امتناع ورزد زوجه می‌تواند از دادگاه اجرای تعهد را درخواست نموده و دادگاه زوج را اجبار می‌نماید؛ و در صورت امتناع مجدد، حاکم رأساً اقدام بر ابراء خواهد کرد.

(۴) در فرض پیش، زوج و زوجه می‌توانند در ضمن عقد صلح، شرط و یا شروطی را قرار دهند، در این صورت مشروط علیه ملزم به انجام آن خواهد بود، مثل اینکه زوج بر زوجه شرط کند که با فلان مرد ازدواج نکند، البته با اینکه چنین

- کتاب طلاق.

(۱) منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۹۷.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۰۹

شرطی صحیح بوده و دادگاه نیز از ازدواج مجدد جلوگیری خواهد کرد، امّا در صورت وقوع ازدواج توجیهی بر بطلان آن بنظر نمی‌رسد.

چنانچه زوج در ضمن عقد صلح شرط کند که زوجه پس از جدائی مجدداً با وی ازدواج نماید، زوجه ملزم به انجام تعهد است؛ و اگر انجام ندهد، دادگاه وی را اجبار می‌کند. در صورتی که از این امر امتناع ورزد، حاکم رأساً عقد ازدواج را جاری خواهد ساخت.

(۵) آیا ولی صغیر می‌تواند مدّت زوجۀ منقطعۀ او را بذل نماید؟

بنظر می‌رسد در صورت غبطه و صلاح صغیر چنین اختیاری را دارد «۱».

(۱) رجوع شود به استدلالهای میرزای قمی در خصوص مسأله فوق در پاسخ ملا علی نوری، ضمیمه شماره ۵

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۱۰

شرایط مطلقه

ماده ۱۱۴۰ قانون مدنی: «طلاق زن در مدت عادت زنانگی یا در حال نفاس صحیح نیست مگر اینکه زن حامل باشد یا طلاق قبل از نزدیکی با زن واقع شود یا شوهر غایب باشد بطوری که اطلاع از عادت زنانگی بودن زن نتواند حاصل کند».

یکی دیگر از شرایط صحت طلاق این است که زن در حال حیض و نفاس نباشد. بنابراین چنانچه در این حالات طلاق واقع شود، باطل خواهد بود.

از مفهوم ماده فوق، شرایط بطلان طلاق در یکی از حالات حیض یا نفاس به ترتیب زیر مستفاد می‌گردد:

(۱) زن مدخوله باشد.

(۲) حامله نباشد.

(۳) شوهرش در نزد او حضور داشته باشد.

در صورتی که این سه شرط موجود باشد، طلاق انجام شده در حالت حیض یا نفاس باطل خواهد بود. و اگر یکی از شرایط فوق الذکر وجود نداشته باشد (زن مدخوله نباشد یا حامله باشد یا شوهر غایب باشد) و طلاق در حال حیض یا نفاس بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۱۱

واقع شود، اشکالی بر طلاق انجام شده مترتب نیست. توضیح اینکه:

الف) طلاق زوجه‌ای که شوهرش با وی نزدیکی نکرده است (غیر مدخوله) مطلقاً جائز است، هر چند که مواجه با عادت زنانگی او گردد.

ب) از آنجا که حائض شدن زنان در حال حمل، امری ممکن الوقوع است لذا چنانچه طلاق زن حامله مواجه با حیض او گردد صحیح می‌باشد.

ج) هرگاه مردی با همسرش در یک شهر زندگی کنند هر چند در یک منزل نباشند چنانچه بخواهد او را مطلقه سازد بایستی در مورد عادت زنانگی وی تحقیق کند و پس از اطمینان مبادرت به طلاق نماید، ولی چنانچه در فاصله دوری از وی بسر می‌برد بطوری که نتواند کسب اطلاع کند، انجام طلاق بلامانع است؛ هر چند که مواجه با ایام حیض و یا نفاس او گردد «۱».

بنظر فقهاء امامیه مطلق غیبت و فاصله مرد و زن کافی نیست؛ پاره‌ای گفته‌اند از مدت غیبت بایستی حد اقل یک ماه گذشته باشد «۲»، ولی اکثر مدّت خاصّی را مطرح ننموده و معیار را بر امکان دستیابی و اطلاع قرار داده‌اند. بموجب این نظریه حتی چنانچه از طریق محاسبات بتواند ایام عادت و یا نفاس زوجه خویش را تحصیل نماید، نمی‌تواند بدون رعایت، طلاق دهد و اگر طلاق دهد در صورت مصادف شدن با ایام حیض و یا نفاس طلاق باطل خواهد بود «۳». و متقابلاً مرد حاضر چنانچه تحصیل اطلاع برایش دشوار باشد در حکم غایب است «۴».

(۱) وسیله النجاة، اصفهانی، ج ۲، ص ۲۸۲.

(۲) النهایه، شیخ طوسی، ص ۵۱۲.

(۳) شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۲۹؛ مناهج المتقین، مامقانی، ص ۳۸۴.

(۴) منابع قبل.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۱۲

وقوع طلاق در طهر غیر مواقعه

ماده ۱۱۴۱ قانون مدنی: «طلاق در طهر مواقعه صحیح نیست مگر اینکه زن، یائسه یا حامل باشد».

محتوای این ماده تکمیلی است بر مفاد ماده پیشین، و گویای این نکته است که در صحت طلاق نه تنها معتبر است که مطلقه در حال طهر بوده و در حال حیض و یا نفاس نباشد، بلکه طهری که طلاق در آن واقع می‌شود بایستی طهر غیر موقعه باشد. و منظور آن است که پس از پاک شدن زن تا هنگام طلاق هیچ بار شوهرش با او نزدیکی نکرده باشد. این شرط مربوط به زوجۀ بالغی است که نه حامله است و نه یائسه، و اگر صغیره و یا حامله و یا یائسه باشد طلاق وی مطلقاً صحیح است.

در این مسأله هیچ‌گونه اختلاف نظری در میان فقهای امامیه وجود ندارد (۱). و مستند آن روایاتی است که به صراحت دلالت بر این امر دارد. به دو نمونه ذیلا

(۱) شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۲۹؛ مسالک الافهام، شهید ثانی، ج ۲، کتاب طلاق؛ مناهج المتقین، ممقانی، ص ۳۸۴؛ جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۲۹.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۱۳
اشاره می‌شود.

(۱) بکیر بن اعین از امام باقر (ع) روایت کرده است که آن حضرت فرمود:
«الطَّلَاقُ انْ یُطْلَقَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ عَلٰی طَهْرٍ مِنْ غَیْرِ جَمَاعٍ ...» یعنی طلاق آن است که مرد زنش را در طهری طلاق دهد که در آن نزدیکی نکرده است.

(۲) اسماعیل بن جابر از امام باقر (ع) نقل کرده است که آن حضرت فرمود:
پنج دسته زنان را در هر حال می‌توان طلاق داد؛ زن حامله‌ای که حمل او روشن گردیده؛ زن غیر مدخوله؛ زنی که شوهرش از وی غائب است؛ زنی که هنوز حیض نشده است (نابالغ) و زن یائسه (۲).
با در نظر گرفتن مضامین دو دسته روایات فوق بخوبی فتوای مورد نظر استنتاج می‌گردد.

(۱) وسائل الشیعه، باب ۹ از ابواب مقدمات طلاق.

(۲) مآخذ پیش، باب ۲۵ از ابواب مقدمات طلاق.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۱۴

طلاق زنی که عادت نمی‌شود

اشاره

ماده ۱۱۴۲ قانون مدنی: «طلاق زنی که با وجود اقتضای سنّ عادت زنانگی نمی‌شود وقتی صحیح است که از تاریخ آخرین نزدیکی با زن سه ماه گذشته باشد».

زنی که در سنّ حیض است (نه نابالغ است و نه یائسه) ولی حیض نمی‌بیند در اصطلاح فقه او را «مستربه» (۱) گویند. این واژه هر چند حقیقتاً باید بر زنانی اطلاق گردد که مشکوک به حمل هستند ولی در کتب فقهی، به پیروی از روایات، بر زنانی که به علّت رضاع و یا مرض و یا علل و اسباب دیگر در چنین حالتی قرار گیرند نیز اطلاق شده است و مشمول حکم فوق می‌باشند (۲).
فقهاء در حکم فوق اجماع دارند، و روایات متعدّدی گویای مفاد فوق می‌باشد. از جمله مرسله عطار است که از امام صادق (ع)

سؤال کرد زن مستترابه‌ای

- (۱) از ریشه ریب به معنای شک است.
- (۲) ریاض المسائل، طباطبائی، ج ۲، کتاب طلاق؛ مسالک الافهام، شهید ثانی، ج ۲، کتاب طلاق؛ جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۴۰؛ مناهج المتقین، ممقانی، ص ۳۸۸.
- بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۱۵
- که حیض نمی‌بیند، در حالی که همسالان او بعضی حامله می‌شوند و بعضی نمی‌شوند، چنانچه شوهرش با او نزدیکی کرده باشد، چگونه طلاق داده می‌شود؟
- آن حضرت پاسخ داد: «لیمسک عنها ثلاثه اشهر ثم یطلقها» «۱» یعنی سه ماه از او فاصله بگیرد و آنگاه او را طلاق دهد.

تذکره:

زنی که عادتش بر این است که در فواصل بیش از سه ماه حیض می‌بیند در حکم مستترابه (موضوع ماده ۱۱۴۲ ق.م.ا) نمی‌باشد، بلکه از زنان «ذات العاده» محسوب است؛ که باید بدون توجه به این فواصل طولانی، پس از حیض شدن و پاک شدن، بدون انجام نزدیکی، طلاق صورت گیرد «۲».

- (۱) وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۲۳۵.
- (۲) مسالک الافهام، شهید ثانی، ج ۲، ص ۵.
- بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۱۷

مبحث دوم - در اقسام طلاق

اشاره

اقسام طلاق باین طلاق خلع طلاق مبارات طلاق رجعی - حق رجوع نحوه رجوع

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۱۹

اقسام طلاق

اشاره

ماده ۱۱۴۳ قانون مدنی: «طلاق بر دو قسم است: باین و رجعی».

از نظر فقهاء طلاق ابتدائاً تقسیم می‌شود به طلاق «بدعی» و «سنی».

طلاق بدعی، طلاق است که خلاف شرایط مقرر در شریعت انجام گرفته باشد؛ و این نوع طلاق اگر واقع شود، باطل است. مراد از شرایط شرعی همان شرایطی می‌باشد که در مبحث قبل ذکر گردیده است.

منظور از طلاق سنی، طلاق است که مطابق مقررات و با رعایت کامل شرایط شرعی انجام شده باشد. و خود بر دو قسم است:

الف) طلاق بائن.

ب) طلاق رجعی.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۲۰

قسم اول - طلاق بائن

اشاره

ماده ۱۱۴۴ قانون مدنی: «در طلاق بائن برای شوهر حق رجوع نیست».

ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی: «در موارد ذیل طلاق بائن است:

(۱) طلاق که قبل از نزدیکی واقع شود.

(۲) طلاق یائسه.

(۳) طلاق خلع و مبارات مادام که زن رجوع به عوض نکرده باشد.

(۴) سؤمین طلاق که بعد از سه وصلت متوالی بعمل آید اعم از اینکه وصلت در نتیجه رجوع باشد یا در نتیجه نکاح جدید».

طلاق بائن، طلاق است که در آن رابطه زوجیت قطع می‌گردد و برای شوهر حق رجوع نیست. ذیلاً به ذکر انواع طلاق بائن، و احکام مربوط به هر یک از آنها می‌پردازیم:

(۱) طلاق زوجه غیر مدخوله، هر چند با وی خلوت کرده باشد. مراد از دخول، نزدیکی به نحوی است که موجب غسل جنابت گردد، خواه از قبل باشد و

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۲۱

خواه از دبر. فقها بر این مسأله اجماع دارند زیرا نصوص بطور مطلق گفته‌اند با دخول، مهر و عده لازم می‌آید «۱».

(۲) طلاق یائسه «۲»، زن یائسه عبارت است از زن پنجاه و یا شصت ساله‌ای «۳» که حیض نمی‌بیند؛ به شرحی که فقها در کتب فقهیه مبحث طهارت در این خصوص بحث کرده‌اند.

(۳) طلاق زوجه صغیره (کمتر از ۹ ساله).

(۴ و ۵) طلاق خلع و مبارات مادام که زن به عوض رجوع نکرده باشد؛ و چنانچه رجوع کند، طلاق مبدل به رجعی می‌شود. (توضیح کامل در مورد این دو نوع طلاق، بطور جداگانه و در ذیل مواد ۱۱۴۶ و ۱۱۴۷ ق.م. خواهد آمد).

(۶) سه طلاقه‌ای که دو رجوع در میان آن فاصله شده است.

طلاقهائی که خارج از صور فوق صورت گیرد، طلاق رجعی است.

در اقسام ۱ و ۲ و ۳ از طلاق بائن عده وجود ندارد؛ و لذا به محض وقوع طلاق رابطه زوجیت قطع می‌گردد و زن بلافاصله می‌تواند با مردی دیگر ازدواج کند؛ و از آنجا که در این طلاق‌های سه‌گانه عده وجود ندارد لذا رجوع معنی ندارد؛ و چنانچه آن زن و مرد بخواهند مجدداً با یکدیگر ازدواج کنند بایستی الزاماً به انعقاد عقدی جدید مبادرت نمایند.

طلاق در صورتهای چهارم و پنجم قبل از رجوع زوجه به عوض، بائن است، و لذا هر چند در این نوع طلاق عده وجود دارد و به این علت زن نمی‌تواند بلافاصله با مردی دیگر ازدواج نماید، لکن وجود عده بدان معنی نیست که مرد بتواند به اختیار خود هرگاه خواست در طول مدت زمان عده رجوع کند.

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۱۲۰

(۲) یائسه به زنی گفته می‌شود که از نظر سنّ و سال در حدّی است که زنان نظایر و امثال او در آن سنّ و سال حائض نمی‌شوند، به عبارت دیگر از باردار شدن مأیوس و ناامید است.

(۳) زنان غیر قرشی در سنّ پنجاه سالگی، و زنان قرشی در سنّ ۶۰ سالگی یائسه می‌شوند.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۲۲

در طلاق نوع ششم، زن بر مرد حرام می‌گردد و حلال شدن او منوط به آن است که پس از انقضای عده با مردی دیگر ازدواج کند «۱» و پس از نزدیکی چنانچه با طلاق و یا موت زوج از یکدیگر جدا شوند، زن می‌تواند مجدداً با شوهر سابق خویش ازدواج نماید. قبلاً در ذیل ماده ۱۰۵۷ در این زمینه مفصلاً بحث شد.

تذکر:

(۱) قانون مدنی طلاق زوجه صغیره را متذکر نگردیده، ولی فقها آن را جزء طلاق‌های بائن ذکر کرده‌اند «۲».

(۲) غیر مدخوله لزوماً به معنای باکره نیست، بلکه منظور از غیر مدخوله؛ زوجه‌ای است که زوج پس از وقوع نکاح، بدون آنکه با وی نزدیکی کند، او را طلاق داده باشد. بنابراین چنانچه زوجه قبلاً شوهر دیگری داشته و یا آنکه از همین شوهر مدخوله بوده و مطلقه شده و سپس مجدداً با او ازدواج کرده، حال چنانچه قبل از نزدیکی طلاق داده شود غیر مدخوله محسوب است و عده ندارد و طلاق مذکور نیز بائن بشمار می‌رود.

البته لازم به توضیح است که اگر مردی به مطلقه رجعی خود رجوع کند، و قبل از نزدیکی مجدداً وی را طلاق دهد این مطلقه، غیر مدخوله محسوب نخواهد شد زیرا رجوع ادامه زندگی قبل است و ازدواج جدید محسوب نمی‌گردد و چون زوجه قبلاً مدخوله بوده لذا در صورت اخیر نیز مدخوله بشمار می‌آید «۳».

(۱) به چنین مردی که برای حلال شدن زن سه طلاقه بر شوهر سابقش آن زن را عقد می‌کند، در اصطلاح فقهی «محلّل» یعنی حلال‌کننده، اطلاق می‌شود.

(۲) جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۱۲۰؛ حقائق الناضرة چاپ قدیم، ج ۵، ص ۳۱۱؛ مناهج المتقین مامقانی، ص ۳۸۶؛ قواعد شهید ص ۱۸۳.

(۳) عروة الوثقی، ج ۱۲ (ملحقات) ص ۱۰۶؛ مناهج المتقین مامقانی، ص ۳۹۲.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۲۳

طلاق خلع

اشاره

ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی: «طلاق خلع آن است که زن به واسطه کراهتی که از شوهر خود دارد در مقابل مالی که به شوهر می‌دهد طلاق بگیرد اعم از اینکه مال مزبور عین مهر یا معادل آن و یا بیشتر و یا کمتر از مهر باشد».

واژه خلع بر وزن «صلح» از خلع به فتح خاء به معنای جدا کردن و کندن آمده است. چون قرآن مجید زن و شوهر را به منزله لباس یکدیگر دانسته (هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ) «۱» لذا جدائی زن و شوهر در بیان قرآن به کندن لباس تشبیه شده است «۲».

در اصطلاح فقه و حقوق، خلع به معنای رها ساختن زوجه در مقابل بذل مال است. همان طور که در متن ماده فوق تصریح گردیده، طلاق خلع مبتنی بر دو عنصر است: الف) کراهت داشتن زن از شوهر. ب) دادن مالی از سوی زن به مرد در مقابل انجام طلاق؛ که آن را «فدیه» گویند.

(۱) سوره بقره، آیه ۱۸۷.

(۲) مسالک الافهام شهید ثانی، ج ۲، کتاب طلاق؛ ریاض المسائل طباطبائی، کتاب طلاق؛ جواهر الکلام، کتاب خلع؛ شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۴۷.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۲۴

کراهت زوجه نسبت به زوج

یکی از عناصر لازم در طلاق خلع آن است که زوجه نسبت به زوج کراهت داشته باشد و در غیر این صورت طلاق خلع صحیح نیست؛ و لزوماً بایستی این کراهت تنها از ناحیه زوجه باشد، نه از طرفین و یا از ناحیه فقط زوج. کراهت لازم در طلاق خلع، گاهی ذاتی است مثل کراهتی که ناشی از خصوصیات زوج است، از قبیل زشتی چهره و سوء خلق وی و امثال آن، و گاهی عارضی است مثل آنکه زوجه بخاطر ازدواج مجدد شوهرش از وی متنفر است. با وجود هر یک از این دو نوع کراهت طلاق خلع می‌تواند صورت گیرد. امّا چنانچه شوهر، زنش را آزار دهد یا او را ناسزا گوید و یا از انجام وظایف زناشویی تخلف نماید و زن بخاطر نجات و رهایی از دست او مهر و یا مالی را بذل، و درخواست طلاق کند، گرفتن مال مزبور بر مرد حرام، و خلع باطل است و چنانچه با این شرائط طلاق اتفاق افتد، رجعی خواهد بود «۱».

مستند فقهی لزوم کراهت، اولاً اجماع و ثانياً نصوص در حدّ متواتر است «۲».

بنظر بسیاری از فقها، مطلق کراهت زوجه کافی نیست، بلکه باید به حدّی باشد که از گفتار و کردار وی چنین استشمام گردد که چنانچه شوهرش او را طلاق ندهد، مرتکب معصیت خواهد شد و لااقل ناشزه می‌گردد «۳». این نکته را از آیه شریفه ۲۲۹ سوره بقره استنباط نموده‌اند (فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقِيْمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ). ولی مشهور فقها صرف اظهار کراهت را کافی دانسته و احراز حدّ فوق را

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۳ ص ۴۱؛ حدائق الناضرة، چاپ قدیم، ج ۵ ص ۳۷۹؛ تحریر الوسیله، ج ۲ ص ۳۵۲؛ شرح لمعه، ج ۲ ص ۱۵۲.

(۲) جواهر الکلام، ج ۳۳ ص ۴۱؛ وسائل الشیعه، خلع مبارات باب ۱.

(۳) منابع پیش.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۲۵

لازم نمی‌دانند «۱».

فدیه

به مالی که زن در مقابل طلاق به شوهر تسلیم می‌کند، «فدیه» یا «فداء» گویند. فدیه همانند مهر باید مالیت داشته باشد، و چیزی

می‌تواند به عنوان فدیة داده شود که بتوان آن را مهر قرار داد. البته لازم نیست که عین مهر و یا به مقدار مهر نکاح باشد، بلکه ممکن است کمتر یا زیادتر از آن باشد. امام صادق (ع) در این زمینه می‌فرماید: «یخلعها بما تراضیا علیه من قليل او كثير» (۲) یعنی «مرد زن را خلع می‌کند، در مقابل هر چه که بتراضی برسند خواه کم باشد و خواه زیاد».

لازم نیست که فدیة به تفصیل معلوم باشد، بلکه معلوم بودن اجمالی آن کافی است، مثلاً اگر مال موجود در صندوق را فدیة قرار دهند، صحیح است.

فدیة می‌تواند عین، دین، و یا منفعت باشد. بنابراین مهریه و یا نفقه که در ذمه شوهر است و یا اجرت شیر دادن فرزند در مدت معین می‌تواند فدیة قرار گیرد (۳).

بررسی فقهی

مستند مشروعیت طلاق خلع، آیه ۲۲۹ سوره بقره «۴» و آیه ۴ سوره نساء «۵» و نیز روایات واصله «۶» می‌باشد، و این نوع طلاق مورد قبول تمامی مکاتب فقهی اسلامی است.

(۱) منابع پیش.

(۲) وسائل الشیعه، ج ۱۵، باب ۴ (خلع و مبارات).

(۳) جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۱۹؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۵۰؛ شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۴۸.

(۴) فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقِيْمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ.

(۵) فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوْهُ هَنِيئًا مَرِيئًا.

(۶) وسائل الشیعه، خلع و مبارات، ج ۱۵، ص ۴۸۷ به بعد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۲۶

در مورد طلاق خلع مطالب زیر باید مورد بحث قرار گیرد:

(۱) صیغه طلاق خلع

مقدمتاً ذکر این نکته ضروری است که در خلع بر خلاف طلاقهای معمولی علاوه بر اراده شوهر، موافقت زن نیز لازم است، زیرا طلاق در مقابل مالی که زن می‌بخشد انجام می‌گیرد؛ لذا خلع مانند عقد محتاج به اراده دو طرف است:

الف) اراده زن در جهت بخشیدن مال.

ب) اراده شوهر در جهت قبول مال مزبور و انجام طلاق.

پس از ذکر مقدمه فوق، می‌گوئیم که در خصوص صیغه خلع در فقه دو نظر وجود دارد:

گروهی معتقدند «۱» که اجرای صیغه خلع دو مرحله‌ای است؛ در مرحله نخست زن می‌گوید: این مال را به تو می‌دهم که مرا طلاق دهی، و مرد در جواب می‌گوید: خلعتک علی کذا (تو را در مقابل آن مال خلع کردم) و در مرحله دوم، (پس از گفتگوی پیش)، مرد صیغه طلاق را جاری می‌سازد. یعنی می‌گوید: انت طالق (تو رها هستی).

به موجب این نظریه، خلع عقدی است که میان زن و شوهر انجام می‌گیرد؛ زن مالی می‌دهد و شوهر متعهد می‌گردد که در قبال آن، طلاق را واقع نماید و لذا بایستی متعاقب آن به جهت انجام تعهد مزبور صیغه طلاق جاری گردد و گرنه در غیر این صورت جدائی حاصل نخواهد شد. مستند این نظریه، روایت موسی بن بکیر از امام کاظم (ع) است که فرمود: «المختلعة یتبعها الطلاق» (۲)

یعنی بایستی پس از خلع صیغه طلاق جاری گردد.

(۱) شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۴۷.

(۲) وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۴۹۰.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۲۷

گروهی دیگر «۱» معتقدند که خلع یک مرحله بیشتر ندارد؛ و به دو صورت زیر می‌توان خلع را اجرا نمود:

صورت اول، اینکه نخست زن می‌گوید: من این مال را به تو می‌بخشم که مرا طلاق دهی، و مرد در جواب می‌گوید: «خلعتک علی کذا»، و دیگر لازم نیست مجدداً بگوید: «انت طالق» و اگر بگوید: تأکیدی بیش نیست. هم چنانکه شوهر می‌تواند در جواب زن «خلعتک علی کذا» نگوید، بلکه مستقیماً بگوید: «انت طالق علی کذا».

صورت دوم، اینکه شوهر ابتدائاً (قبل از زن) بگوید: خلعتک علی کذا و زن در جواب قبول کند، در این صورت نیز مجدداً آوردن صیغه طلاق لازم نیست.

هم چنانکه ابتدائاً شوهر می‌تواند بگوید: «انت طالق علی کذا» و زن قبول کند، و دیگر آوردن «انت مختلعه» لازم نیست.

به موجب نظریه دوم، طلاق خلع از انواع عقود است؛ یک طرف عقد، بذل و بخششی است که از ناحیه زوجه انجام گرفته، و طرف دیگر آن ابانۀ (جدائی) نکاح توسط زوج. و به عبارت دیگر تو گوئی، صلحی است که میان زوج و زوجه بر اسقاط زوجیت از یک سوی، و تملیک فدیۀ از سوی دیگر منعقد گردیده است.

مستند این نظریه روایات متعدده واصله از جمله، روایت اسماعیل بن بزیع است که از حضرت رضا (ع) سؤال می‌کند: آیا در طلاق خلع، بدون اجرای صیغه طلاق، جدائی حاصل می‌گردد؟ آن حضرت در پاسخ صریحاً می‌گوید: آری «۲»
بنظر می‌رسد مستندات قول اخیر اقوی، و مستند گروه نخست ضعیف است، و فتوای فقهای حاضر نیز بر دومین نظر مستقر است.

(۱) تذکره الفقهاء، ج ۲ ص ۳۴۷؛ علامه حلی در تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۵۱؛ المختلف، ص ۵۹۴.

(۲) وسائل الشیعه، خلع و مبارات، ج ۱۵، ص ۴۹۰.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۲۸

(۲) خلع از اقسام طلاق است؟

بنا بر قول نخستین از دو قول فوق الذکر، بی‌تردید خلع از اقسام طلاق است، زیرا به هر حال منتهی به اجرای صیغه طلاق می‌گردد؛ ولی بنا بر نظریه دوم، بخصوص آنجا که بکلی واژه طلاق حذف می‌شود و بکار نمی‌رود، در مورد نتیجه خلع، مبنی بر طلاق یا فسخ بودن آن، اختلاف آراء وجود دارد؛ بعضی معتقدند که فسخ است، ولی اکثراً به طلاق بودن آن اظهار عقیده نموده‌اند «۱». از قانون مدنی نیز همین نظر اخیر مستفاد است، زیرا خلع را یکی از اقسام طلاق محسوب نموده، و بنابراین هرگاه زنی دو بار طلاق خلع داده شود بار سوم بر شوهرش حرام می‌گردد، و حلال شدنش محتاج به محلل است، و نیز کلیه شرایط معتبره در صحت طلاق، که در مواد قبل گفته شد، در خلع نیز معتبر می‌باشد.

(۳) فدای توسط وکیل

زوجه می‌تواند خودش شخصاً بذل فدیۀ نماید، همچنانکه می‌تواند توسط وکیل به این کار اقدام کند، که در این صورت وکیل

مالی را از جانب او فدیة خواهد کرد، یا آنکه در ذمه او قرار خواهد داد.

۴) صیغه طلاق خلع از سوی وکیل

وکیل زوجه می‌گوید: «بذلت لك كذا على ان تطلق موکلتی فلانه» یعنی:

«بذل کردم به تو آن چیز را در برابر اینکه طلاق دهی موکله‌ام فلانی را»، و وکیل زوج می‌گوید: «موکلتک فلانه طالق یا موکلتک فلانه مختلعه»، یعنی «موکله تو

(۱) رجوع شود به: جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۹؛ حقائق الناضرة، چاپ قدیم، ج ۵، ص ۳۷۳؛ شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۴۷.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۲۹

فلانی طالق است یا موکله تو فلانی مختلعه است».

۵) فداء تبرعی

هرگاه شخصی بدون وکالت و یا ولایت، بنحو تبرعی مالی را به زوج بذل کند، و درخواست طلاق زوجه او را نماید، صحیح نیست. زیرا اولاً- خلع از عقود معاوضی است و نمی‌تواند عوض برای غیر صاحب معوض قرار گیرد و ثانیاً مستفاد از ادله خلع آن است که بذل فدیة توسط زوجه و یا وکیل او انجام گیرد، و پرداخت مال توسط شخص دیگر جواز شرعی ندارد.

البته چنانچه پرداخت مال توسط شخص اجنبی، انگیزه برای طلاق شود و شوهر زن خویش را طلاق دهد، به نظر می‌رسد طلاق صحیح است، ولی این طلاق رجعی خواهد بود نه خلع «۱».

در حکم همین فرض خواهد بود آنگاه که پدر زن به شوهر او بگوید او را طلاق ده در مقابل مهرش؛ چنانچه شوهر بپذیرد و طلاق دهد، طلاق صحیح است، ولی از انواع رجعی خواهد بود؛ و از پرداخت مهریه هم معاف نمی‌باشد زیرا پدر حق بخشیدن مهریه دخترش را ندارد.

۶) فدیة باطل

هرگاه مالی را که زوجه مسلمان بعنوان فداء بذل می‌کند، شرعاً قابل تملک نباشد، مثل آنکه چند بطری مشروبات الکلی بعنوان فدیة قرار داده شود، یا فداء عین معین بوده ولی مال غیر درآید، چه حکمی خواهد داشت؟
در این مسأله، در فقه، اختلاف نظر هست؛ بعضی معتقدند که خلع صحیح است «۲» و زوجه ضامن پرداخت مثل و یا قیمت خواهد بود و گروهی دیگر معتقدند

(۱) شرح لمعه، ج ۲ ص ۱۴۸؛ جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۲۶؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۵۲؛ منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۳۴.

(۲) شهید اول در لمعه (شرح لمعه ج ۲ ص ۱۵۱)؛ ابو حنیفه و شافعی بر همین نظرند (خلاف شیخ -

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۳۰

که خلع باطل و طلاق انجام شده طلاق رجعی است «۱».

اختلاف نظر موجود در این مسأله ناشی از آن است که گروه نخست، خلع را معاوضه حقیقی به شمار نیاورده، و آن را تابع قواعد حاکم بر معاوضات ندانسته‌اند، و در نتیجه بطلان فدیة را موجب بطلان خلع محسوب نکرده‌اند، ولی گروه دوم خلع را معاوضه

دانسته و فدیة را بعنوان عوض، جزء ماهیت خلع قرار داده و در نتیجه با بطلان عوض، نظر به بطلان معاوضه داده و نهایتاً طلاق را رجعی می‌دانند. برخی دیگر با پذیرفتن آنکه خلع معاوضه حقیقی نیست، معتقدند که چنانچه زوج با علم به فساد فدیة طلاق داده باشد، خلع باطل است و طلاق رجعی می‌گردد. زیرا در واقع شوهر با علم به بطلان فدیة اراده طلاق خلع، که باید در مقابل تملک فدیة باشد، نکرده، ولی چنانچه جاهلاً اقدام کرده باشد صحیح است «۲» و زوجه ضامن به ردّ مثل و یا قیمت آن می‌باشد.

به نظر می‌رسد قول اول از نظر حقوقی بیشتر قابل توجیه باشد. زیرا طلاق خلع اگر چه همانند عقود معاوضی محتاج به اراده طرفین است ولی واقعاً معاوضه نیست بلکه از ایقاعات است و همواره با اراده شوهر انجام می‌گیرد، هر چند که انگیزه اراده وی دریافت مال از زوجه باشد و به عبارت دیگر فدیة انگیزه شوهر در طلاق خلع است، نه عوض طلاق. و طلاق خلع یک معاوضه حقیقی نیست تا با بطلان عوض معین باطل گردد، لذا استنباط چنین است که بطلان فدیة و یا مال غیر بودن آن، خلع را باطل نمی‌سازد، بلکه خلع صحیح، و زوجه ضامن به جبران است و باید حسب مورد، مثل و یا قیمت آن را بپردازد.

- طوسی، ج ۲، ص ۴۳۰.

(۱) شیخ طوسی در خلاف؛ شهید ثانی در مسالک الافهام، ج ۲، کتاب خلع؛ شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۵۱؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۵۲؛ منهاج الصالحین، مسأله ۱۴۸۹.

(۲) صاحب جواهر، ج ۳۳، ص ۳۶؛ محقق در شرایع الاسلام؛ علامه حلی در قواعد الاحکام، ص ۸۰، افست قم؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۵۲.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۳۱

۷) تلف فدیة قبل از قبض

هرگاه فدیة عین معین باشد و پس از خلع و قبل از تسلیم به زوج تلف شود، خلع باطل نمی‌گردد بلکه زوجه ضامن به مثل (در مثلیات) و یا قیمت آن (در قیمیات) خواهد بود.

توجیه مسأله این که ضامن در این مورد از مصادیق ضمان ید است، نه ضمان معاوضی «۱»؛ و لذا مفاد ماده ۳۸۷ «۲» قانون مدنی اعمال نخواهد شد.

بنابراین تفاوتی ندارد که تلف، توسط شخص زوجه انجام شده باشد، یا به آفت سماوی، و یا توسط اجنبی، البته در فرض سؤم شوهر حق دارد به زوجه و یا به تلف‌کننده جهت مطالبه خسارت مراجعه نماید و چنانچه به زوجه مراجعه کرد او می‌تواند به تلف‌کننده مراجعه کند.

در صورت حصول عیب، زوجه ملزم به پرداخت ارش خواهد بود «۳».

۸) طلاق خلع در هنگام توافق اخلاقی

هرگاه میان زن و شوهر توافق اخلاقی برقرار و کراهتی از ناحیه زوجه وجود نداشته باشد، و در عین حال طلاق در برابر عوض داده شود، حکم طلاق چه خواهد بود؟

در میان فقها، شهید ثانی چنین طلاقی را صحیح و غیر رجعی دانسته،

(۱) رجوع شود به کتاب قواعد فقه، اثر نگارنده، ص ۷۵ (قاعده ضمان ید) و ص ۱۹۰ (تلف مبیع قبل از قبض).

(۲) ماده ۳۸۷ ق.م: «اگر مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد، مگر اینکه بایع برای تسلیم به حاکم یا قائم مقام او رجوع نموده باشد که در این صورت تلف از مال مشتری خواهد بود».

(۳) رجوع شود به شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۴۸؛ جواهر الکلام، ج ۳۳ ص ۳۱؛ مسالک الافهام، کتاب خلع.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۳۲

هر چند که آن را طلاق خلع ننماید بلکه بر آن «طلاق به عوض» نام نهاده است.

البته بنظر ایشان «طلاق بعوض» همانند طلاق خلع از انواع طلاق بائن است «۱». از معاصرین میرزای قمی از ایشان پیروی کرده است «۲». ولی مشهور فقها طلاق به عوض را نپذیرفته و معتقدند چنانچه طلاق فاقد عنصر کراهت زوجه باشد، رجعی واقع می‌گردد و زوج مالک بذل نخواهد شد «۳».

قانون مدنی به پیروی از مشهور چنین طلاق را از اقسام طلاقهای بائن ذکر نکرده است.

۹) شرایط مخالف

مخالع (زوج خلع کننده) باید شرائط چهارگانه اهلیت معاوضه (بلوغ، عقل، اختیار، قصد) را دارا باشد. خلع توسط صغیر، مجنون، مکره، هازل و یا شخصی که خشم آن چنان بر وی مستولی شده که قصد از او سلب گشته، صحیح نیست «۴».

مسأله - آیا شخصی که بخاطر سفه و یا ورشکستگی مجبور است می‌تواند بدون اذن ولی، زوجه خویش را مختلعه سازد؟

در فقه دو قول است؛ بعضی معتقدند «۵» در صورتی که فدیة به اندازه مهر المثل باشد صحیح است، و چنانچه کمتر باشد باطل است؛ عدّه دیگر معتقدند مطلقاً صحیح است، خواه فدیة به اندازه مهر المثل و خواه کمتر باشد «۶».

(۱) مسالک الافهام، ج ۲، کتاب خلع؛ شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۴۷.

(۲) جامع الشتات، ص ۵۲۸ به بعد؛ میرزای قمی رساله‌ای در خصوص طلاق بعوض تألیف نموده که در جامع الشتات طبع گردیده است.

(۳) جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۵۵؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۵۲.

(۴) جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۳۹؛ حدائق الناضرة، ج ۵، ص ۳۸۰؛ مسالک الافهام، ج ۲، ص ۵۳، افست قم.

(۵) علامه حلی در قواعد، کتاب خلع.

(۶) جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۴۷.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۳۳

قول دوم اقوی بنظر می‌رسد زیرا اقدام مزبور مستلزم بذل مال نیست تا حجر مانع باشد بلکه موجب کسب مال است. به علاوه، همانطور که قبلاً گفته شد، از آنجا که طلاق مجانی صادره از این گونه محجورین بلا اشکال است، بنابراین خلع بطریق اولی باید صحیح باشد. البته زوجه نمی‌تواند عوض را به شخص محجور تسلیم نماید بلکه بایستی به ولی او تحویل دهد.

بنظر می‌رسد از نظر قانون مدنی نیز خلع سفیه بدون اذن ولی بلامانع باشد.

زیرا اولاً رشد در شرائط صحت ذکر نگردیده، و ثانياً هر چند که خلع تملک در برابر طلاق است ولی چون مستلزم پرداخت مالی نیست لذا مشمول ذیل ماده ۱۲۱۴ می‌باشد (تملکات بلا عوض بدون اجازه هم نافذ است). و نیز در ماده ۱۲۰۷ سفیه فقط از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع شده، که خلع از مصادیق هیچ یک از دو عنوان مزبور نیست.

۱۰) شرائط مختلعه

مختلفه (زنی که به طلاق خلع طلاق داده می‌شود) باید علاوه بر واجدیت کلیه شرائط لازم در طلاق غیر بائن، مذکور در مواد ۱۱۴۰ و ۱۱۴۱، لازم است که شرائط اهلیت معاوضات را نیز دارا باشد «۱».

هرگاه مختلفه به خاطر سفه محجوره باشد، نمی‌تواند بدون اذن ولی با تقدیم فدیة از شوهرش درخواست طلاق خلع نماید. هم چنین است اگر ورشکسته باشد، مگر آنکه شرط کند مالی که مورد تعلق حق طلبکاران نیست فدیة خواهد داد «۲».

(۱۱) حضور گواهان

حضور دو گواه همانند مورد طلاق رجعی، در طلاق خلع نیز معتبر است با

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۴۰؛ مسالک الافهام، ج ۲، ص ۵۴.

(۲) جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۴۹.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۳۴

جميع شرائط و مسائل مربوطه.

محمد بن مسلم از امام صادق (ع) نقل کرده است که فرمود ...: «لا- خلع و لا- مبارأة... الا على طهر من المرأة من غير جماع و شاهدین» «۱». یعنی خلع و مبارات انجام نمی‌گیرد مگر آنکه شرایط طلاق از قبیل پاکی بدون نزدیکی و حضور شاهدین جمع باشد. به مضمون فوق، روایات متعددی وارد گردیده است؛ فقها به استناد احادیث مزبور عقیده دارند که حضور شاهدین در هنگام اجرای صیغه خلع معتبر است اعم از آنکه خلع از مصادیق طلاق محسوب شود یا خیر.

(۱۲) رجوع به مبذول

گفته شد که طلاق خلع، بائن است مادام که زوجه به شیء مبذول رجوع نکرده باشد و چنانچه رجوع کند، طلاق رجعی می‌گردد. حال بینیم در چه شرائطی زوجه می‌تواند به مبذول رجوع نماید. شرائط رجوع به مبذول:

(۱) عده منقضی نشده باشد، و پس از انقضاء عده حق رجوع ندارد.

(۲) مواردی باشد که در فرض رجوع زوجه به مبذول، اگر زوج بخواهد، بتواند رجوع کند. و بنابراین چنانچه زوجه یائسه و یا غیر مدخوله و یا در طلاق سوّم باشد، نمی‌تواند به مبذول رجوع کند، زیرا در فروض مزبور امکان رجوع برای زوج فراهم نیست. همچنین اگر زوجه به مبذول رجوع کند و تا قبل از انقضاء زمان عده به اطلاع زوج نرساند، رجوع باطل است «۲». و نیز اگر پس از طلاق خلع زوج با خواهر زوجه ازدواج کند دیگر زوجه حق رجوع به مبذول را ندارد زیرا امکان رجوع برای زوج از دست رفته است.

(۱) وسائل الشیعة، ج ۱۵، ص ۴۹۷.

(۲) جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۶۳؛ حقائق الناضرة، ج ۵، ص ۴۸۳؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۵۲.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۳۵

به هر حال چنانچه با رعایت شرایط فوق زوجه به مبذول رجوع کند، طلاق از حالت بائن بودن خارج و به رجعی مبدل می‌گردد.

یعنی در این صورت کلیه احکام رجعی بر آن بار می‌شود؛ از قبیل حق نفقه، توارث، عدم جواز ازدواج با خواهر مطلقه.

طلاق مبارات

اشاره

ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی: «طلاق مبارات آن است که کراهت از طرفین باشد ولی در این صورت عوض باید زائد بر میزان مهر نباشد». مبارات مصدر باب مفاعله به معنای مفارقت است (بارأت شریکی - فارقته). طلاق مبارات با طلاق خلع از نظر ماهیت هیچ فرقی ندارد، مگر در سه جهت: (۱) در طلاق مبارات کراهت از طرفین است در حالی که در خلع، کراهت تنها از سوی زوجه است. علاوه بر اجماع، نصوص معتبره نیز بر این مسأله دلالت دارد (۱). (۲) در طلاق مبارات جائز نیست فدیة بیش از مقدار مهر باشد، خواه عین مهر باشد خواه معادل آن، درحالی که در خلع چنین شرطی وجود ندارد (۲). (۳) اجرای صیغه طلاق مبارات لزوماً باید منتهی به صیغه طلاق گردد، در حالی که در طلاق خلع اختلاف نظر وجود داشت، و قبلاً درباره آن بحث شد (۳).

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۸۹.
(۲) (۲ و ۳) جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۹۰ به بعد.
بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۳۶
صیغه مبارات چنین است، زوج می‌گوید: «بارأتک علی کذا فانت طالق». و چنانچه بدون آوردن واژه بارأتک بگوید «انت طالق بکذا»، صیغه مزبور مبارات نیست، بلکه از مصادیق «طلاق به عوض» است. که قبلاً گفتیم در میان فقها عده‌ای اندک مانند شهید ثانی و میرزای قمی آن را پذیرفته و صاحب جواهر معتقد است طلاق به عوض عیناً همان خلع و مبارات است (۱).

شرائط و احکام مبارات

طلاق مبارات از نظر شرائط صحّت و احکام مترتبه بر آن، همانند طلاق خلع است و بنابراین طلاق مبارات، بائن می‌باشد، و زوج ابتداءً حق رجوع ندارد ولی چنانچه زوجه در زمان عده به مبذول رجوع کند، طلاق مبدل به رجعی خواهد شد.

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۹۲.
بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۳۷

قسم دوم - طلاق رجعی - حق رجوع

اشاره

ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی: «در طلاق رجعی برای شوهر در مدت عده حق رجوع است».

طلاق که باین نباشد رجعی است و بنابراین چنانچه طلاق زوجه مدخوله غیر یائسه، بدون عوض انجام گیرد، در غیر طلاق سؤم، رجعی خواهد بود. و همچنین اگر در طلاق خلع و مبارات زوجه به عوض رجوع کند، در آن صورت به طلاق رجعی مبدل خواهد گردید. و در این نوع طلاق، در مدت عده برای شوهر حق رجوع وجود دارد و می‌تواند با رجوع به طلاق، رابطه زوجیت خود را با زوجه ادامه دهد.

زنی که به طلاق باین مطلقه می‌شود از همان لحظه وقوع طلاق پیوند زناشویی میان او و شوهرش گسسته و نتیجتاً کلیه احکام مترتبه بر زوجیت نیز مرتفع می‌شود، از جمله:

الف) زن مطلقه استحقاق نفقه ندارد، مگر آنکه حامله باشد. (قبلاً به تفصیل در این مورد بحث شد «۱»).

(۱) همین جزوه، ص ۳۰۰ به بعد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۳۸

ب) رابطه توارث میان آنها برقرار نیست.

ج) مرد می‌تواند در ایام عده با خواهر او ازدواج کند.

د) اختیار او کاملاً بدست خودش است و لازم نیست در اعمال و رفتار او از زوج استیذان نماید.

امّا زنی که به طلاق رجعی مطلقه می‌شود، مادام که عده وی سپری نشده، رابطه و پیوند زناشویی میان وی و شوهرش منقطع نمی‌گردد، و به اصطلاح فقهی مطلقه رجعی، در حکم زوجه است و بنابراین متقابلاً:

الف) استحقاق نفقه دارد.

ب) توارث میان آنها برقرار است.

ج) مرد نمی‌تواند در ایام عده با خواهر او ازدواج کند.

د) در خروج از منزل باید از شوهر استیذان نماید و در غیر این صورت ناشزه محسوب می‌شود. و بالاخره کلیه احکامی که بر زوجه دائمه مترتب است، بر او نیز مترتب خواهد بود.

از نظر شرع اسلام چون طلاق و جدائی عملی مذموم و مبغوض است، لذا ترتیبی اتخاذ گردیده که در صورت وقوع طلاقهای رجعی طریق آشتی مجدد و راه ادامه زناشویی مفتوح باشد. و این نکته در قرآن مجید تصریح شده است؛ آنجا که در ذیل آیه طلاق می‌فرماید: «لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثَ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا» (۱) - شاید زوج از عمل خویش پشیمان شود و دو مرتبه رجوع نماید».

در روایات و اخبار نیز آمده است که مطلقه رجعی می‌تواند در ایام عده آرایش نموده و خویش را به شوهر عرضه کند «۲».

حکم جواز رجوع در ایام عده مفاد نص صریح قرآن است که می‌فرماید:

(۱) سوره طلاق، آیه ۱.

(۲) رجوع شود به تهذیب شیخ طوسی، باب عده.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۳۹

«وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا» (۱) - شوهران زنان مطلقه سزاوارتر برای بازگرداندن آنها هستند در صورتی که مایل به سازش و اصلاح باشند».

مسأله ۱- در مواردی که زن به طلاق خلع و یا مبارات مطلقه گردیده، چنانچه به عوض رجوع کند، آیا فقط از نظر حق رجوع مانند

مطلقه رجعیه است یا آنکه در تمامی احکام از قبیل استحقاق نفقه و غیره نیز شبیه آنست؟

در فقه دو نظر است؛ بعضی معتقدند نظر به آن که جواز رجوع به خاطر وجود نصوص خاصه است، لذا مابقی احکام، مستندا به استصحاب، کماکان باقی است؛ قول دوم آنست که چنین زنی از مصادیق مطلقه رجعیه است و بنابراین کلیه احکام این نوع طلاق بر او مترتب می‌گردد «۲».

مستنبط از بند ۳ ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی، پیروی از قول دوم است. زیرا که در این ماده قانونی، طلاقیهای بائن احصاء گردیده و مابقی رجعی خواهد بود. و چون وفق بند سه ماده مذکور طلاق خلع و مبارات مادام که مطلقه به عوض رجوع نکرده جزء طلاقیهای بائن محسوب شده، پس بنابر مفهوم مخالف بند مزبور، پس از رجوع، طلاق رجعی خواهد شد؛ و بنابراین نفقه‌ای که در ماده ۱۱۰۹ بر مطلقه رجعیه مترتب گردیده به این فرد نیز تعلق خواهد گرفت.

در موارد دیگری هم که خلع و مبارات به جهتی از جهات، مانند بطلان عوض، باطل می‌گردد (هم چنان که گفتیم طلاق مبدل به رجعی می‌شود) حکم مسأله به همین قرار است، یعنی کلیه احکام طلاق رجعی بر آن بار خواهد شد.

مسأله ۲، اسقاط حق رجوع - آیا زوج می‌تواند حق رجوع در عده رجعیه را ابتداء و یا صلحا و یا در ضمن عقد لازم، از خود اسقاط نماید؟

هر چند در فقه بعضی چنین احتمالی را داده و پنداشته‌اند که چون رجوع از

(۱) سورة بقره، آیه ۲۲۸.

(۲) عروة الوثقی، ج ۲ (ملحقات) ص ۱۱۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۴۰

حقوق زوج است، بنابراین قابل اسقاط هم خواهد بود «۱»، ولی به نظر می‌رسد که جواز رجوع زوج به مطلقه رجعیه حکمی شرعی و غیر قابل اسقاط می‌باشد. فتاوی فقهای حاضر نیز بر همین معنی مستقر است «۲».

(۱) عروة الوثقی، ج ۲ (ملحقات) ص ۱۱۴.

(۲) رجوع شود به وسیله النجاء اصفهانی و کلیه حواشی موجود بر آن.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۴۱

نحوه رجوع

ماده ۱۱۴۹ قانون مدنی: «رجوع در طلاق به هر لفظ یا فعلی حاصل می‌شود که دلالت بر رجوع کند، مشروط بر اینکه مقرون به قصد رجوع باشد».

رجوع از ایقاعات است، و چنین تعریف شده: «بازگرداندن مطلقه‌ای که در عده است به نکاح سابق».

رجوع گاهی «لفظی» است و گاهی «فعلی». رجوع لفظی مانند آنکه به فارسی و یا زبان دیگری بگوید رجوع کردم به تو، یا من مایل به زندگی هستم، و یا هر جمله دیگری که بیانگر تمایل به ادامه زندگی باشد.

رجوع فعلی عبارت است از انجام هرگونه عملی که برای غیر شوهر، با زن ممنوع است.

در قسم اول (رجوع لفظی) بی‌تردید نیت خاص لازم نیست «۱»، بلکه صرفا توجه به معانی الفاظ کافی است. در قسم دوم (رجوع فعلی) چند فرض متصور

(۱) شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۳۳.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۴۲
است:

الف) عملی بدون توجه و قصد از زوج سر بزند، و بعبارت دیگر زوج قاصد در فعل نباشد، مثل آنکه در حالت خواب و یا مستی با زوجه مطلقه رجعیّه مانند زوجه غیر مطلقه خود عمل نماید، چنین عملی رجوع محسوب نمی‌شود. و قول مخالف نیز در این فرض وجود ندارد.

ب) عمل با توجه و قصد سر بزند، ولی نسبت به زوجه اشتباه انجام شده باشد مثل آنکه زوجه مطلقه خود را اشتباهاً به خیال آنکه زوجه دیگر اوست لمس نماید، این عمل نیز رجوع محسوب نمی‌شود. در این فرض هم قول مخالف مشاهده نگردیده است.

ج) عمل با توجه و قصد سر زند و اشتباهی هم رخ ندهد و زوج با عمل خود قصد رجوع نماید. مثل آنکه به قصد رجوع، زوج همسر مطلقه رجعیّه خویش را لمس نماید، این عمل مسلماً رجوع محسوب است؛ اعم از آنکه به قصد التذاذ باشد یا خیر. حکم این فرض هم مسلم است و نظر مخالفی ارائه نگردیده و لازم نیست که اقدام عملی مسبوق به گفتار لفظی باشد.

د) عمل با توجه و قصد سر بزند ولی زوج فاقد قصد رجوع باشد مثل آنکه بدون اراده رجوع، مطلقه رجعیّه را لمس نماید و یا اصولاً جاهل به آن باشد، در این که آیا چنین عملی می‌تواند رجوع محسوب شود یا خیر، دو قول است؛ ظاهراً مشهور بر آنست که قصد رجوع لازم نیست «۱» و قصد فعل کافی است، و گروهی که علاوه بر قصد فعل، قصد رجوع را هم که نتیجه فعل است معتبر دانسته‌اند در اقلیتند «۲». قانون

(۱) رجوع شود به: تحریر علامه حلی، کتاب طلاق، فصل رجعت؛ وسیله النجاة اصفهانی، ج ۲، ص ۲۹۵؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۴۷؛ مناهج المتقین مامقانی، ص ۳۸۷؛ جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۱۸۰. لازم به ذکر است که در بعضی متون مانند قواعد علامه حلی هر چند شرط قصد تصریح شده ولی با توجه به جملات قبل و بعد، به خوبی روشن است که منظور همان قصد فعل است نه قصد رجوع (متن ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۳۲۵).

(۲) شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۳۴؛ الحقائق الناضرة، ج ۵، ص ۳۳۰.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۴۳
مدنی نیز در این مسأله از این نظر پیروی نموده است.

ه) زوج با تصمیم به عدم رجوع، مرتکب فعل شود، در این فرض بسیاری معتقدند که رجوع محسوب است «۱». مستند این گروه و همچنین نظریه عدم اعتبار نیت رجوع بطور کلی اطلاق روایت زیر است:

امام صادق (ع): «هر کس با زوجه مطلقه خویش پس از انقضاء عدّه نزدیکی کند حدّ زنا بر وی جاری خواهد شد و چنانچه قبل از انقضاء عدّه نزدیکی نماید، عمل نزدیکی رجوع محسوب است «۲»».

(۱) کشف اللثام فاضل هندی، ج ۱، ص ۱۲۶، افست قم؛ وسیله النجاة اصفهانی؛ منیه الطالب، میرزای نائینی، ج ۱، ص ۴۷.

(۲) همان مأخذ؛ وسائل الشیعه، ج ۱۸ ص ۴۰۰.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۴۵

اشاره

تعریف عده مدّت عده طلاق و فسخ در زن حائل عده در نکاح منقطع عده زن حامله عده وفات عده غیر مدخوله و یائسه عده زوجه مفقود الاثر عده نزدیکی به شبهه

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۴۷

تعریف عده

ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی: «عده عبارت است از مدّتی که تا انقضای آن زنی که عقد نکاح او منحل شده است نمی‌تواند شوهر دیگر اختیار کند».

عده، به کسر عین و فتح دال مشدّد، اسم مصدر اعتداد و گرفته شده از ریشه عدد است. و در اصطلاح فقهی عبارتست از مدّتی که زن آزاد پس از جدائی از شوهر یا کسی که اشتباها با او نزدیکی کرده در حالت انتظار است؛ حال فرق نمی‌کند علّت جدائی طلاق باشد یا فسخ نکاح یا موت یا بذل مدّت و یا انقضای آن. و علت نگهداشتن عده برای زنی که رابطه زوجیت او منحل شده، جلوگیری از اختلاط نسب است.

منظور از انتظار، معادل واژه تربّص است که در قرآن مجید در خصوص عده زنان بدان تعبیر شده است (وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ) «۱» و به انتظار ازدواج مجدّد و یا پاک شدن رحم تفسیر نموده‌اند.

از تعریفی که برای عده شد، معلوم گردید که نزدیکی ناشی از زنا عده ندارد، هر چند حامله باشد «۲»، ولی وطی به شبهه عده دارد، خواه شوهر داشته باشد یا خیر، و خواه شبهه طرفینی باشد یا از طرف واطی «۳».

(۱) سورة بقره، آیه ۲۲۸.

(۲) (۲ و ۳) جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۲۶۴؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۴۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۴۸

مدّت عده طلاق و فسخ در زن حائل

اشاره

ماده ۱۱۵۱ قانون مدنی: «عده طلاق و عده فسخ نکاح سه طهر است، مگر اینکه زن با اقتضای سنّ عادت زنانگی نبیند که در این صورت عده او سه ماه است».

در مورد ماده فوق، لازم است که مطالب زیر مورد بحث قرار گیرد:

(۱) دماء ثلاثه

از زنان سه نوع خون خارج می‌شود که در فقه به «دما ثلاثه» مشهور است. و هر یک از آنها دارای احکام و آثار جداگانه‌ای است که عبارتند از:

الف، نفاس - خونی است که هنگام وضع حمل بلافاصله و یا اندکی پس از آن از زن خارج می‌گردد، و چنانچه زن معتاده باشد تعداد ایام نفاس او به اندازه ایام حیض خواهد بود. خون نفاس حد اقل ندارد و از این جهت با حیض تفاوت دارد.

ب، استحاضه - خونی است که صفات خون حیض را ندارد و رنگش مایل به زردی و رقیق‌تر از خون حیض است و به آرامی دفع می‌شود.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۴۹

ج، حیض - بطور طبیعی، زنان از سن بلوغ تا قبل از رسیدن به یائسگی، هر از گاهی، چند روز متوالی از آنها خون مخصوصی دفع می‌شود که به خون حیض موسوم است و زنان را در آن ایام حائض می‌گویند. خون حیض غالباً سیاه و با سوزش و گرمی خاصی دفع می‌شود، و در شریعت اسلام احکام و آثار مختلف عبادی و حقوقی بر آن مترتب می‌باشد. از جمله آنان زنان در ایام حیض نماز نمی‌خوانند و روزه نمی‌گیرند و وارد مسجد نباید بشوند و نزدیکی و مقاربت با آنان در این ایام ممنوع و وقوع طلاق در آن باطل است و...

به خونی که قبل از بلوغ و یا بعد از یائسه شدن از زن دفع شود حیض اطلاق نمی‌شود و دارای آثار و احکام آن نمی‌باشد «۱».

حد اقل زمان ابتلاء زنان به حیض سه روز و حد اکثر آن ده روز است.

حالتی را که زن در حال حیض نیست ایام طهر (پاکی) می‌نامند. حد اقل حالت طهر ده روز و اکثر آن نامحدود است «۲»، بنابراین ممکن است بعضی از زنان در ظرف یک ماه دو بار حیض ببینند، و نیز ممکن است در ظرف دو ماه یا بیشتر فقط یک بار خون ببینند.

زنان از نظر حیض به سه دسته تقسیم می‌شوند:

۱) زنانی که برای نخستین بار خون حیض دیده‌اند که آنان را «مبتدئه» خوانند.

۲) زنانی که بیش از یک بار حیض دیده‌اند، ولی دفعات ابتلاء آنان از نظر تاریخ و طول مدت ابتلاء یکسان و هماهنگ نباشد، آنان را «مضطربه» خوانند.

۳) زنانی که دو دفعه متوالی اما همانند و یکسان خون دیده‌اند «معتاده» یا «ذات العاده» نام دارند. همانندی و یکسانی قاعدگی این دسته زنان گاهی فقط از

(۱) مسالک الافهام شهید ثانی، چاپ جدید، ج ۱، ص ۱۳۳ و ۱۳۵.

(۲) مسالک الافهام، همانجا؛ شرح لمعه، ج ۱، ص ۴۱ چاپ افست؛ الحقائق الناصره، ج ۱، ص ۲۵۴ به بعد؛ عروة الوثقی، کتاب الطهاره.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۵۰

نظر تاریخ است مثل آنکه هر دو بار روز پنجم ماه حیض آغاز شده است (معتاده وقتی)، و گاهی فقط از نظر تعداد ایام مثل آنکه در تاریخهای غیر مشابه حیض شده لکن هر بار مدت ۶ روز ادامه داشته است (معتاده عددیه)، و گاهی هم از هر دو نظر همانند هستند (معتاده وقتی عددیه) «۱».

فرع: زنان معتاده چنانچه گاهی در مدتی بیش از میزان ایام عادت خویش خون ببینند، تا ده روز آن محمول بر حیض و مابقی محمول بر استحاضه است.

(۲) یائسگی - سن بلوغ و یائسگی

به زنی که از نظر سنّی به حدّی رسیده باشد که بطور طبیعی دیگر حائض نشود و از حامله شدن هم مأیوس باشد، یائسه و به چنین حالتی «یائسگی» گویند.

در شریعت، آغاز سن بلوغ زنان ۹ سالگی تعیین شده و در این خصوص میان فقهاء اختلاف نظر قابل توجهی وجود ندارد، ولی در خصوص تعیین میزان دقیق سنّ یائسگی اختلاف نظر زیاد است، بعضی ۵۰ سالگی و پاره‌ای ۶۰ سالگی را معین کرده‌اند «۲». اختلاف مزبور ناشی از اختلاف مفاد روایات واصله در این زمینه است.

مشهور فقهاء به استناد روایت ابن ابی عمیر «۳» میان دو نظر فوق جمع کرده و پس از تفکیک زنان به قریشی و غیره گفته‌اند: زنان «قریشی» «۴» در شصت سالگی و غیر آنان در پنجاه سالگی یائسه می‌شوند. به موجب این نظر چنانچه انتساب زن به تیره قریش اثبات شود معیار همان سنّ ۶۰ سالگی است و در صورت عدم دلیل اثبات

(۱) عروۃ الوثقی، حاج سیّد محمد کاظم یزدی؛ منهاج المتقین مامقانی، ص ۱۹؛ مسالک الافهام، شهید ثانی، چاپ جدید، ج ۱، ص ۱۳۳.

(۲) مآخذ قبل؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۳۵.

(۳) مرسله ابن ابی عمیر: اذا بلغت المرأة خمسين لم تر حمرة الا ان تكون من قریش؛ وسائل الشیعه، ج ۲، ص ۵۸۰.

(۴) قریشیه کسی است که نژاد او به نضر بن کنانه برسد. بنی هاشم تیره‌ای از این نژاد هستند و رسول الله (ص) هم از این تیره می‌باشند.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۵۱

کننده، اصل عدم انتساب، و در نتیجه معیار ۵۰ سالگی است «۱».

(۳) پاکداران و ماه داران**اشاره**

زنان حائل (غیر آبستن) به دو دسته تقسیم می‌شوند:

(الف) زنانی که عادت زنانگی بطور منظم می‌بینند.

آنان را در اصطلاح فقهاء «مستقیمه الحیض» می‌نامند. که شامل معتاده وقتیه و عددیه و یا صرفاً وقتیه می‌شود. و مدّت عدّه آنان سه طهر «۲» (پاکی) است.

در فقه آنان را «ذوات الاقراء» یا به فارسی «پاکداران» می‌نامند. اینگونه زنان ممکن است ماهی یک بار یا ماهی دو بار یا بیشتر و یا دو ماه یک بار بطور منظم خون ببینند. البته زنانی که فاصله دو حیض آنان سه ماه یا بیشتر باشد، از نظر حکم عدّه داخل در دسته بعدی می‌باشند «۳».

احتساب سه طهر به شرح زیر است:

با توجه به لزوم وقوع طلاق در حالت طهری که نزدیکی در آن واقع نشده، با اولین حیض، مدّت مزبور (فاصله زمانی وقوع طلاق تا اولین حیض)، هر چند هم که کوتاه باشد، یک طهر محسوب می‌شود، و پس از پایان حیض، طهر دوم آغاز و به محض آغاز حیض

دو طهر محسوب، و پس از پایان حیض طهر سوّم شروع می‌گردد و بالا-خره به محض آغاز حیض سوّم طهر سوّم تکمیل گشته و پایان عده فرا می‌رسد.

فقه‌ها گفته‌اند حد اقل ایّام عده در این دسته زنان ۲۶ روز و دو لحظه است.

با این حساب که پس از انجام طلاق پس از یک لحظه حیض شروع شود و چون حد اقل حیض سه روز است، با انقضای سه روز طهر دوّم آغاز و چون اقلّ طهر ده روز

(۱) مسالک الافهام، ج ۱، ص ۱۳۳.

(۲) طهر به مدتی گویند که بین دو عادت زنانگی قرار می‌گیرد، و چون زن در این مدت، که حد اقل آن ده روز است، از عادت زنانگی پاک می‌باشد آن را طهر می‌گویند.

(۳) شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۲۵؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۲۶؛ مناهج المتقین، ص ۳۸۹؛ الحقائق الناضرة، ج ۵، ص ۳۴۸.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۵۲

است با انقضای ده روز حیض دوّم شروع گردد و پس از سه روز طهر سوّم آغاز و پس از ده روز با آغاز حیض و انقضای یک لحظه عده تمام می‌شود، که مجموعاً ۲۶ روز و دو لحظه است.

مرحوم شیخ طوسی لحظه آخر را هم جزء عده دانسته با این استدلال که با رؤیت خون حیض سوّم انقضای عده صورت می‌گیرد؛ ولی مشهور این استدلال را نپذیرفته و در پاسخ ایشان گفته‌اند پایان عده با پایان طهر انجام می‌یابد و بنابراین لحظه رؤیت خون حیض، از باب مقدمه اثبات است و بنابراین جزء عده محسوب نمی‌گردد.

ثمره مترتب بر دو نظریه فوق آن است که بنا بر نظریه شیخ طوسی چنانچه رجوع در حین لحظه اول حیض سوّم صورت گیرد صحیح خواهد بود، درحالی که بنا بر نظریه مشهور چنین نیست «۱».

تذکر: خون نفاس همانند حیض است، بنابراین چنانچه طلاق پس از وضع حمل و قبل از خروج خون نفاس واقع شود و سپس نفاس حاصل گردد، زمان فاصله شده میان وضع حمل و خروج خون نفاس یک طهر محسوب می‌گردد و پس از پاک شدن از نفاس طهر دوّم آغاز می‌گردد «۲».

(ب) زنانی که با وجود اقتضای سن (قبل از سنّ یائسگی) خون حیض نمی‌بینند.

این جریان ممکن است معلول طبیعت خاصّ آنان باشد که دیرتر از سنّ معمولی عادت زنانگی آغاز می‌گردد، و یا به علت بیماری و یا شیر دادن طفل حائض نگردند؛ عده طلاق و فسخ نکاح در این دسته زنان با انقضای سه ماه است و آنان را در فقه «ذوات الشهور» و در فارسی «ماه داران» می‌نامند.

مبتدئه و مضطربه نیز می‌توانند داخل در قسم اول شوند؛ بدین نحو که

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۲۳۶؛ مناهج المتقین مامقانی، ص ۳۸۸؛ الحقائق الناضرة، ج ۵، ص ۳۴۱.

(۲) مناهج المتقین مامقانی، ص ۲۳.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۵۳

مبتدئه با رجوع به بستگان و نزدیکان، و مضطربه با رجوع به صفات خون حیض مدّت حیض را مشخص سازند، که در این صورت مدّت عده با سه طهر منقضی می‌شود؛ و در صورت فقدان بستگان و نزدیکان و نبودن صفات مشخص، مانند دسته دوّم خواهند بود

«۱».

مسئله ۱- هرگاه زنی که ذات الاقراء است پس از مطلقه شدن یک بار حیض ببیند و سپس یائسه گردد، باید برای تکمیل عده دو ماه دیگر عده نگاهدارد. مستند این حکم روایتی است که بر این مضمون صراحت دارد. در موردی که پس از دیدن دو حیض یائسه گردد اختلاف نظر است، ولی مقتضای قاعده آنست که در این مورد بایستی یک ماه دیگر عده نگاهدارد «۲».

مسئله ۲- هرگاه زوج و زوجه در انقضای عده اختلاف کنند و زن مدعی عدم انقضای باشد، بی تردید اثبات انقضای بعهده زوج است «۳».

میزان، ماه هلالی است- در مواردی که عده به ماه است، هر چند قانون مدنی معیار را مشخص نکرده، ولی با توجه به منابع قانون باید ماه هلالی مورد محاسبه قرار گیرد. حال چنانچه طلاق اول ماه واقع شود، قهراً سه ماه هلالی پی در پی، خواه سی روز باشد و خواه ۲۹ روز، مراعات خواهد شد. اما اگر در بین ماه طلاق اتفاق افتد چگونه باید محاسبه کرد؟ احتمالات مختلفی گفته شده که بنظر بسیاری از فقهای معاصر اقوی آنست که ماههای دوم و سوم هلالی است و نقصان ماه اول را ماه چهارم تکمیل خواهد کرد «۴».

(۱) شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۲۵؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۲۶؛ مناهج المتقین، ص ۳۸۹؛ الحقائق الناضرة، ج ۵، ص ۳۴۸؛ جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۲۳۶.

(۲) الحقائق الناضرة، ج ۵، ص ۳۴۷؛ عروة الوثقی، ج ۲، ص ۵۳ (ملحقات).

(۳) مأخذ پیش؛ کشف اللثام، ج ۱، ص ۱۲۶؛ تحریر الوسیله، ج ۲، کتاب طلاق فصل عده؛ منهاج الصالحین، مسئله ۱۴۴۲.

(۴) عروة الوثقی، ج ۲، ص ۵۳ (ملحقات).

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۵۴

فسخ نکاح در زمان عده طلاق

از آنجائی که مطلقه رجعی در حکم زوجه می باشد، لذا حق فسخ برای طرفین در زمان عده باقی است. و با توجه به تفاوت آثار حقوقی فسخ و طلاق، چه بسا پس از طلاق و قبل از انقضای تمامی عده، در صورت ظهور موجبات فسخ از حق مزبور استفاده نمایند.

حال این مسئله مطرح می گردد که چنانچه پس از طلاق رجعی و انقضای قسمتی از زمان عده طلاق، فسخ صورت گیرد، وضعیت عده چه خواهد شد؟

در خصوص این مسئله توسط فقهاء سه وجه احتمال داده شده است:

(۱) برای فسخ در این مورد خاص عده جدیدی ملحوظ نمی گردد و همان عده طلاق کافی است. با این استدلال که ادله‌ای که بر لزوم عده در صورت وقوع فسخ دلالت دارند، از موردی که در ضمن عده طلاق اتفاق افتد منصرف است «۱».

(۲) باید برای فسخ مستقلاً عده نگاهدارد، ولی در فرض وقوع فسخ پس از انقضای قسمتی از مدت عده طلاق، عده فسخ با بخش باقیمانده از مدت عده طلاق تداخل خواهند نمود ۲. مثلاً چنانچه یک ماه قبل از پایان یافتن عده طلاق، فسخ اتفاق افتد تاریخ عده فسخ از همان زمان آغاز و یک ماه باقیمانده از عده طلاق جزء هر دو محسوب می گردد.

(۳) باید عده طلاق را تمام کند و پس از آن عده فسخ را نگاهدارد. با این استدلال که تعدد اسباب مقتضای تعدد مسببات است، و

تداخل خلاف اصل است.

و در ما نحن فیه دو سبب (طلاق-فسخ) موجب دو عده مستقل خواهد شد «۳».

قول اول اقوی بنظر می‌رسد ولی قول سوم مطابق احتیاط است.

(۱) (۱ و ۲) عروه الوثقی، ج ۲ ملحقات، ص ۱۱۲.

(۳) قواعد الاحکام علامه حلی، و شرح کشف اللثام بر آن، ج ۱، ص ۱۹۲.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۵۵

عده در نکاح منقطع

ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی: «عده فسخ نکاح و بذل مدت و انقضاء آن در مورد نکاح منقطع در غیر حامل دو طهر است مگر اینکه زن با اقتضای سن عادت زنانگی نبیند که در این صورت ۴۵ روز است».

در نکاح منقطع، فسخ نکاح و بذل مدت و انقضاء آن، همانند طلاق در نکاح دائم، موجب عده است ولی عده آن با طلاق تفاوت دارد. و شرح آن بقرار زیر است:

الف) زوجه منقطعه چنانچه صغیره و یا غیر مدخوله و یا یائسه باشد نگاهداشتن عده بر وی واجب نیست «۱».

ب) بر زوجه منقطعه کبیره مدخوله، چنانچه حامله باشد مدت عده تا وضع حمل است. در ماده بعد توضیح کامل آن خواهد آمد.

ج) زوجه منقطعه غیر حامله اگر ذات الاقراء نباشد (یعنی علی‌رغم آنکه در

(۱) رجوع شود به عروه الوثقی، ج ۲ ملحقات، ص ۵۳.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۵۶

سن قاعدگی است حیض نمی‌شود) عده او ۴۵ روز است.

د) زوجه منقطعه غیر حامله اگر ذات الاقراء باشد در مورد عده او اختلاف نظر بسیار شدیدی در میان فقهاء وجود دارد؛ که مجموعاً چهار نظر است:

(۱) یک حیض، و مستند آن چند روایت است.

(۲) یک حیض و نیم، صدوق در مقنعه قائل به این نظر است و مستند ایشان روایت ابن حجاج است «۱».

(۳) دو حیض، مشهور فقها طرفدار این نظرند. مستند آنان روایت اسماعیل بن فضل و روایت زراره است ۲ که در آنها تصریح به دو حیض شده است.

(۴) دو طهر، مفید و ابن ادریس حلی و علامه و شهید ثانی این نظر را تأیید نموده‌اند. مستند این نظر دو روایت است که در یکی عده زنان منقطعه همانند عده کنیزکان شناخته شده و روایت دیگری که عده کنیزکان را دو قرء دانسته است. با انضمام این دو روایت به یکدیگر و تفسیر قرء بمعنای طهر، نظریه فوق تقویت شده است «۳».

قانون مدنی، در این مسأله از نظریه اخیر که متأسفانه غیر مشهور و دلیل چندان محکمی هم پشتوانه آن نمی‌باشد پیروی کرده است. فتوای فقهای معاصر بر نظریه سوم استوار است «۴».

(۱) (۱ و ۲) وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۴۸۴.

(۳) مسالك الافهام، كتاب طلاق، فصل عده.

(۴) تحرير الوسيله، ج ۲، فصل عده طلاق؛ منهاج الصالحين، ج ۲، مسأله ۱۳۱۰؛ عروة الوثقى، ج ۲، (ملحقات) ص ۸۸.
بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۵۷

عده زن حامله

ماده ۱۱۵۳ قانون مدنی: «عده طلاق و فسخ نکاح و بذل مدت و انقضاء آن در مورد زن حامله تا وضع حمل است». هرگاه زنی حامله باشد و شوهرش او را طلاق دهد و یا (در منقطع) مدت او را بذل و یا منقضی گردد، عده وی به وضع حمل است؛ خواه زایمان طبیعی صورت گیرد و یا آنکه طفل بصورت علقه و مضغه خارج شود. به هر حال با خروج حمل عده سپری می‌گردد؛ البته بی‌تردید احراز اینکه شیء خارج شده مبدأ آدمی بوده لازم است. روی این حساب مدت عده در زن حامله حسب مورد تفاوت می‌کند گاه بسیار اندک و گاهی طویل است «۱».

مستند فقهی مسأله، آیه شریفه به شرح زیر است:

وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ «۲» - عده زنان باردار به وضع حمل آنان است.

(۱) عروة الوثقى، ج ۲، (ملحقات) ص ۶۰؛ الحدائق الناضرة، ج ۵، ص ۴۳۹؛ منهاج المتقين مامقانی، ص ۳۸۹؛ جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۲۸۵.

(۲) سورة طلاق، آیه ۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۵۸

حمل باید مشروع باشد - آنچه در عده زن حامله گفته شد، مربوط به زنی است که از طریق مشروع حامله شده باشد (از طریق ازدواج و یا وطی به شبهه) و چنانچه از طریق زنا حامله باشد احکام فوق مطلقاً بر وی بار نخواهد بود. بنابراین هرگاه زنی پس از حامله شدن از زنا، شوهرش او را طلاق دهد، یا آنکه پس از طلاق در حین گذراندن عده از زنا حامله شود، عده وی همانند زنان غیر باردار به سه طهر (در ذات الاقراء) و یا سه ماه (در ذات الشهور) خواهد بود، و با انقضاء مدت مزبور می‌تواند شوهر کند هر چند وضع حمل نکرده باشد «۱». فقهاء در توجیه این موضوع گفته‌اند این حکم به خاطر آن است که نطفه منعقد شده از زنا احترام ندارد.

مسأله - هرگاه حمل متعدّد باشد، آیا با وضع اولین آنها، عده منقضی می‌گردد، یا آنکه انقضاء عده متوقف بر وضع همه آنهاست؟ شیخ طوسی به استناد روایتی که در خصوص موضوع وارد گردیده عقیده دارد که با آمدن اولین فرزند عده منقضی است؛ ولی اکثر فقهای امامیه «۲» انقضای مدت را با زایمان کامل زن می‌دانند.

نظر مشهور فقهاء موجه است زیرا آیه شریفه فوق الذکر و نیز روایات و نصوص وارده دالّ بر آنند که انقضای عده با وضع حمل انجام می‌گیرد و وضع حمل با زایمان کامل مصداق می‌یابد.

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۲۶۳.

(۲) جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۲۵۸.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۵۹

عده وفات

اشاره

ماده ۱۱۵۴ قانون مدنی: «عده وفات چه در دائم و چه در منقطع در هر حال چهار ماه و ده روز است، مگر اینکه زن حامل باشد که در این صورت عده وفات تا موقع وضع حمل است، مشروط بر اینکه فاصله بین فوت شوهر و وضع حمل از چهار ماه و ده روز بیشتر باشد و الا مدت عده همان چهار ماه و ده روز خواهد بود».

زنی که شوهرش وفات می‌کند، خواه دائم و خواه منقطع، چنانچه حامله نباشد بر وی واجب است که بمدت چهار ماه و ده روز عده نگاهدارد. در عده وفات فرقی میان مدخوله و غیر مدخوله وجود ندارد. در این خصوص اجماع محقق است، بعلاوه نصوص «۱» و اخبار متعددی واصل گردیده و قرآن کریم نیز به شرح زیر صراحت دارد:

«وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا» (۲) -

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۵، کتاب الطلاق، ص ۴۵۱.

(۲) سوره بقره، آیه ۲۳۴.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۶۰

کسانی که از شما فوت می‌کنند و از آنان زنان باقی می‌ماند بایستی چهار ماه و ده روز عده نگاهدارند».

هرگاه زن شوهر مرده، حامله باشد، مدت عده او باصطلاح فقهاء «بعد الاجلین» یعنی طولانی‌ترین دو مدت است؛ بدین طریق که چنانچه وضع حمل قبل از چهار ماه و ده روز اتفاق افتد، تا پایان مدت مزبور عده ادامه خواهد یافت، و چنانچه بعد از مدت اتفاق افتد، با وضع حمل عده سپری می‌گردد. مستند فقهی این مسأله استنتاج از دو آیه شریفه است، یکی آیه فوق الذکر و دیگری آیه ۴ از سوره طلاق است به شرح زیر: «وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» (۱) - عده زنان باردار به وضع حمل آنان است».

تبصره:

(۱) فوت در حال عده رجعیه

- هرگاه زنی که عده رجعیه را می‌گذرانند شوهرش فوت کند، باید عده رجعیه را رها کند و عده وفات اتخاذ نماید؛ زیرا که مطلقه رجعیه در حکم زوجه است «۲». مستند این فتوا نصوص خاصه واصله است و لذا حتی کسانی که در سایر موارد اجتماع عده‌های مختلف قائل به عدم تداخل هستند، در این مورد همین گونه نظر داده‌اند «۳».

(۲) فوت در حال عده بائن

- هرگاه زنی که دوران عده طلاق بائن را می‌گذرانند شوهرش فوت کند، عده وفات بر وی واجب نیست؛ زیرا که طلاق بائن ارتباط میان آن دو را بکلی قطع کرده است «۴».

(۱) عروه الوثقی، ج ۲ (ملحقات) ص ۶۰.

(۲) مناهج المتقین مامقانی، ص ۳۸۹.

(۳) عروة الوثقی، ج ۲ (ملحقات) ص ۱۰۸؛ وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۴۶۳.

(۴) عروة الوثقی، همانجا.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۶۱

حکم عدّه غیر مدخوله و یائسه

ماده ۱۱۵۵ قانون مدنی: «زنی که بین او و شوهرش نزدیکی واقع نشده و همچنین زن یائسه، نه عدّه طلاق دارد و نه عدّه فسخ نکاح، ولی عدّه وفات در هر دو مورد باید رعایت شود».

ماده فوق حاوی مطالب زیر است:

الف) بر زوجه غیر مدخوله، عدّه طلاق و فسخ نکاح واجب نیست. در این مسأله اختلافی در فقه وجود ندارد و مستند آن اخبار واصله می باشد «۱». مدلول اخبار مطلق است و هر گونه دخول اعم از قبل و یا دبر را شامل می گردد و بنابراین چنانچه زوجه از طریق قبل و یا دبر مدخوله باشد و مطلقه و یا نکاح وی فسخ شود بایستی عدّه نگاه دارد.

استنباط فقهاء از اخبار آنست که عدّه به یکی از دو امر واجب می گردد:

۱) نزدیکی، هر چند بدون انزال منی صورت گیرد؛

۲) ورود منی در رحم، هر چند بدون نزدیکی انجام شود «۲».

ب) زنی که به سن یائسگی میرسد عدّه طلاق ندارد. سن یائسگی و مستندات فقهی مسأله قبلا بحث گردید.

ج) عدّه وفات در تمامی حالات واجب است و هیچ چیز رافع آن نمی باشد.

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۴۰۳.

(۲) عروة الوثقی، ج ۲ (ملحقات) ص ۵۳؛ الحقائق الناضرة، ج ۵، کتاب طلاق، فصل سوم؛ شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۳۵.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۶۲

عدّه زوجه مفقود الاثر

اشاره

ماده ۱۱۵۶ قانون مدنی: «زنی که شوهر او غایب مفقود الاثر بوده و حاکم او را طلاق داده باشد باید از تاریخ طلاق، عدّه وفات نگاهدارد».

قانون مدنی در فصل غایب مفقود الاثر حکم طلاق او را به شرح زیر مقرر داشته است:

ماده ۱۰۲۹: «هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقود الاثر باشد زن او می تواند تقاضای طلاق کند در این صورت با رعایت ماده ۱۰۲۳ حاکم او را طلاق می دهد».

ماده ۱۰۳۰: «اگر شخص غایب پس از وقوع طلاق و قبل از انقضاء مدّت عدّه مراجعت نماید، نسبت به طلاق حق رجوع دارد ولی بعد از انقضاء مدّت مزبور حق رجوع ندارد».

[تحلیل فقهی]

اینک به تحلیل فقهی مواد فوق می‌پردازیم:

شخصی که غایب می‌گردد و مدت مدیدی از وی خبری واصل نمی‌شود، چنانچه مرگش ثابت شود، زوجه‌اش از تاریخ وصول خبر فوت، عده وفات اتخاذ

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۶۳

می‌کند؛ هر چند که چند سال هم از فوت وی گذشته باشد. و پس از پایان عده می‌تواند شوهر دیگری انتخاب نماید «۱».

چنانچه خبر حیات واصل شود، ولی معلوم نباشد که در کجاست، زوجه‌اش باید صبر کند که تا منتهی به طلاق و یا مرگ شود. هرگاه به هیچ وجه خبری از مرگ و یا حیات وی واصل نشود، چنانچه زوج غایب اموالی دارد که زوجه بتواند از آن ارتزاق کند، یا آنکه کسی از ناحیه زوج وجود دارد و مخارج او را تأمین می‌کند، زوجه باید صبر کند؛ و در غیر این صورت به نظر مشهور فقها می‌تواند به محکمه مراجعه و درخواست طلاق نماید و حاکم از تاریخ درخواست او چهار سال ضرب الاجل تعیین می‌کند، که در این مدت فحص و جستجوی لازم بعمل آید، و چنانچه خبری از وی بدست نیامد حاکم زوجه را طلاق می‌دهد و زن عده وفات نگاه می‌دارد.

در مقابل قول مشهور، برخی از فقهاء از جمله صاحب حدائق باستناد بعضی از روایات معتقدند که لازم نیست حاکم از تاریخ مراجعه وی ضرب اجل نماید و لزوماً چهار سال بگذرد تا زن را طلاق دهد، بلکه چنانچه از تاریخ مفقود شدن زوج چهار سال گذشته باشد حاکم می‌تواند طلاق دهد. تفاوت دو قول کاملاً مشهود است، زیرا به موجب نظر مشهور در هر زمان که زوجه تقاضای طلاق نماید، از همان تاریخ حاکم لزوماً ضرب اجل خواهد کرد هر چند که چندین سال از مفقود شدن زوج گذشته باشد، درحالی که بموجب قول دوم ضرب اجل حاکم پس از تقاضای زوج شروع نمی‌شود بلکه معیار تاریخ مفقود شدن است «۲». قانون مدنی علی الظاهر از نظریه اخیر پیروی کرده است.

مشهور فقهای امامیه بر آنند که زوجه مفقود الاثر که حاکم او را طلاق

(۱) عروة الوثقی، ج ۲ (ملحقات) ص ۷۷؛ تهذیب، شیخ طوسی، باب عده النساء.

(۲) عروة الوثقی، ج ۲ (ملحقات) ص ۷۷؛ شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۳۹؛ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۴۰؛ منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۲۶؛ جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۲۸۸.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۶۴

می‌دهد باید عده وفات نگاهدارد نه عده طلاق. مستند آنان چند روایت است که در بعضی از آنها ائمه (ع) فرموده‌اند پس از مراجعه به حاکم چهار ماه و ده روز عده نگاه می‌دارد «۱»، بدون آنکه نامی از طلاق ببرد. باستناد همین روایات بعضی گفته‌اند اصولاً حاکم او را طلاق نمی‌دهد، بلکه صرفاً دستور به اتخاذ عده وفات می‌دهد. و بسیاری از فقها گفته‌اند اولاً حاکم باید طلاق دهد و ثانیاً عده هم عده طلاق است نه عده وفات «۲». و مستند آنان چند روایت است که در بعضی تصریح به طلاق شده و در بعضی در صورت مراجعه شوهر در زمان عده حق رجوع به وی داده شده است «۳».

مشهور فقها با توجه به جمع روایات متعارض به شرح زیر نظر داده‌اند:

اولاً- حاکم باید زن را طلاق بدهد.

ثانیا- زن باید عده وفات نگاهدارد.

ثالثا- هر چند عده وفات همانند عده طلاق بائن است ولی در این مورد خاص، همانند عده طلاق رجعی، چنانچه شوهر در زمان عده پیدا شود حق رجوع دارد و بعد از آن ندارد «۴».

باید توجه داشت که غیر از موضوع حق رجوع زوج در ایام عده که همانند عده طلاق رجعی است، سایر احکام عده وفات (مدت- نفقه- حداد «۵») مترتب خواهد بود.

قانون مدنی در مواد فوق الذکر از مشهور فقهاء پیروی کرده است.

(۱) (۱ و ۲) کافی، چاپ تهران، کتاب الطلاق، باب المفقود، حدیث ۴.

(۳) وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۳۸۹.

(۴) شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۳۹؛ عروه الوثقی، ج ۲، ص ۷۷؛ منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۲۶؛ جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۲۸۸.

(۵) حداد، وظائفی را گویند که زن پس از مرگ شوهر خویش در زمان عده باید رعایت نماید.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۶۵

عده نزدیکی به شبهه

اشاره

ماده ۱۱۵۷ قانون مدنی: «زنی که به شبهه با کسی نزدیکی کند باید عده طلاق نگاهدارد».

قبلا گفته شد که یکی از موجبات عده وطی به شبهه است، خواه زن دارای شوهر و خواه بی شوهر باشد؛ یعنی چنانچه مردی اشتباها با زن اجنبیه نزدیکی کند اگر بی شوهر است تا قبل از انقضای مدت عده طلاق نمی تواند بدیگری شوهر کند ولی به نظر بسیاری از فقها با واطی قبل از انقضای مدت مزبور می تواند ازدواج کند «۱»، و اگر شوهردار است بی تردید در مدت عده با شوهر خود نمی تواند نزدیکی کند ولی استمتاع دیگر مورد اختلاف است؛ اقوی جواز و احوط ترک است «۲».

آغاز عده وطی به شبهه:

در آغاز عده وطی به شبهه اختلاف نظر وجود دارد که آیا معیار آخرین نزدیکی یا زمان رفع شبهه است. صاحب جواهر معتقد است که با معیار آخرین

(۱) تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۴۵.

(۲) همانجا؛ منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۲۹.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۶۶

نزدیکی، آغاز عده محسوب می گردد «۱».

نقشه در ایام عده و طی به شبهه:

اگر چه قائل شویم که تمامی استمتاعات در زمان عده و طی به شبهه ممنوع است، ولی به نظر می‌رسد که چنین زنی ملحق به ناشزه نیست و ادای نفقه بر زوج واجب است.

با توجه به آنچه گفته شد، مجموع موجبات عده به شرح زیر است:

(۱) وفات

(۲) طلاق به جمیع اقسام

(۳) فسخ به عیوب

(۴) انفساخ یا ارتداد و یا مسلمان شدن زوجه کافر و یا رضاع طاری (مثل آنکه مادر زن نوه خود را شیر دهد که در نتیجه عقد دختر وی منفسخ خواهد شد)

(۵) و طی به شبهه

(۶) انقضاء مدت در نکاح منقطع

(۷) بذل مدت در نکاح منقطع

تبصره ۱- جز در مورد اول (عده وفات)، در سایر موارد شرط وجوب عده آنست که زن مدخوله باشد.

تبصره ۲- عده انفساخ به ارتداد اگر فطری باشد عده وفات خواهد بود، و اگر ملی باشد همانند عده طلاق است و در زمان عده چنانچه زوج مسلمان شود حق رجوع دارد «۲».

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۳۸۸.

(۲) تحریر الوسیله، ج ۲، کتاب الموارث، مسأله ۱۰؛ منهاج الصالحین، کتاب الطلاق، مسأله ۱۴۷۰.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۶۷

بررسی تطبیقی طلاق «۱»**اشاره**

طلاق در مذاهب مختلف اسلامی طلاق در کشورهای اسلامی طلاق در حقوق کشورهای اروپایی و آمریکایی طلاق در حقوق کشورهای سوسیالیستی

(۱) در تدوین این بخش، از جزوات منتشره و منابع تهیه شده در مؤسسه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران استفاده گردیده است.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۶۹

طلاق در مذاهب مختلف اسلامی**اشاره**

در همه مذاهب اسلامی طلاق از ایقاعات و در اختیار شوهر است و کراهت طلاق که مورد تأکید شارع مقدس اسلام قرار گرفته مانع از آن نیست که مرد هر وقت بخواهد، بی آنکه ملزم بذکر علت باشد، همسرش را طلاق دهد.

در همه مذاهب اسلامی طلاق به رجعی و بائن تقسیم شده است. طلاق در صورتی رجعی است که شرائط زیر در آن جمع باشد:

(۱) زوجه مدخوله باشد (پیروان ابو حنیفه و مالک و حنبل معتقدند طلاق زنی که با او خلوت شده اگر چه غیر مدخوله باشد در حکم مدخوله است ولی امامیه و شافعیّه بر خلوت بوحده اثری قائل نیستند).

(۲) طلاق در قبال بذل مال از طرف زوجه نباشد.

(۳) طلاق سوم نباشد.

امامیه یائسه نبودن زن مطلقه را نیز از شرائط رجعی بودن طلاق می‌دانند، ولی سایر مذاهب اسلامی به چنین شرطی قائل نیستند.

[خلع و مبارات در مذاهب اربعه]

طلاق که در قبال بذل مال واقع می‌شود «خلع» نامیده می‌شود و در نزد پیروان مذاهب چهارگانه اهل سنت اعم از آنست که کراهت از طرف زوجه به تنهایی باشد یا طرفین از هم کراهت داشته باشند، ولی امامیه شرط صحت خلع را

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۷۰

کراهت زوجه از زوج می‌داند و در صورت کراهت زوجین از یکدیگر آن را «مبارات» می‌شناسد نه خلع. و فرق خلع و مبارات این است که در مبارات مال مبذول باید از مهر تجاوز نکند و این شرط در خلع نیست.

بائن بودن طلاق منوط به عوامل خارجی بیرون از اراده شوهر است. تنها حنیفه می‌گوید اگر زوج به زوجه بگوید «انت طالق» یا بائنا یا عبارات دیگری به همین مفهوم بکار برد، طلاق بائن است.

شرط صحت خلع، به اتفاق مذاهب اسلامی، بلوغ و عقل است و الا خلع باطل است ولی طلاق واقع شده است. در صورتی که زوجه سفیه باشد حنیفه معتقدند که اگر ولی پرداخت عوض خلع را از مال خودش تقبل کند، خلع صحیح و الا باطل است. شافعیّه و حنابله می‌گویند که خلع سفیه مطلقاً صحیح نیست، خواه ولی اذن داده باشد یا نه. امامیه و مالکیه عقیده دارند در صورت اذن ولی خلع صحیح است و از اموال زوجه پرداخت می‌شود.

باتفاق مذاهب اربعه، صیغه خلع ممکن است به لفظ صریح باشد یا کنایی، ولی اکثر امامیه معتقدند که خلع به لفظ کنایی واقع نمی‌شود و فقط بدو لفظ خلع و طلاق واقع می‌گردد.

طلاق به تقاضای زوجه

اشاره

اگر چه در حقوق اسلام طلاق ایقاع و در اختیار زوج است ولی در مواردی مذاهب اسلامی معتقدند که زن می‌تواند از حاکم تقاضای صدور حکم طلاق کند، و حاکم زوج را ملزم به طلاق می‌کند یا به ولایت شرعی خود، زوجه را مطلقه می‌سازد. موارد مزبور بشرح زیر است:

[موارد موجب آن]

(۱) غیبت زوج

اگر زوج غایب شود، به نحوی که محل و مسکنش معلوم نباشد و خبری از

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۷۱

او بدست نیاید، ابو حنیفه و شافعی و احمد می‌گویند زوجۀ چنین مفقودی می‌تواند پس از انقضاء مدتی که غالباً تا پایان این مدت شخص زنده نمی‌ماند ازدواج کند، و مالک می‌گوید زوجۀ چهار سال از تاریخ رجوع بقاضی صبر می‌کند چنانچه خبری از زوج نرسد چهار ماه و ده روز عده نگه می‌دارد و آنگاه ازدواج بر وی حلال می‌باشد.

امامیه معتقدند که اگر غایب خود مالی دارد که می‌توان از آن نفقه زوجۀ را پرداخت یا ولی او نفقه زوجۀ را بپردازد «۱»، زوجۀ باید تا زمانی که به وفات یا طلاق علم پیدا نکرده منتظر بماند، در غیر این صورت می‌تواند به حاکم رجوع کند، و حاکم چهار سال از هنگام رجوع مهلت می‌دهد و در این مدت به جستجوی غایب می‌پردازد اگر خبری از غایب بدست نیامد، چنانچه غایب ولی یا وکیل داشته باشد آنها را ملزم به طلاق زوجۀ می‌کند و در صورت امتناع آنها رأساً زوجۀ را مطلقه می‌نماید. و زوجۀ پس از این طلاق باید چهار ماه و ده روز عده نگهدارد.

(۲) امتناع یا عجز از انفاق

امام شافعی و احمد و مالک قائلند که زوجۀ می‌تواند در صورت امتناع یا عجز شوهر از انفاق از حاکم طلاق خود را تقاضا کند، ولی ابو حنیفه اعسار زوج را موجب طلاق نمی‌داند، بعضی از فقهای امامیه عسرت زوج را موجب طلاق نمی‌دانند ولی عده‌ای از جمله سید محمد کاظم طباطبائی و سید ابو الحسن اصفهانی می‌گویند زوج اگر معسر باشد یا تمنع از انفاق نماید و الزام او بانفاق مقدور نگردد زوجۀ می‌تواند از حاکم تقاضای طلاق کند.

(۳) ایلاء یا التزام زوج به ترک وظیفه خاص زوجیت

اگر زوج به خداوند سوگند یاد کند که وطی زوجۀ را ترک نماید در

(۱) منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۲۶.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۷۲

صورتی که سوگند برای بیش از مدت چهار ماه باشد، این امر را «ایلاء» می‌گویند.

حنیفه می‌گویند اگر تا پایان چهار ماه مرد به سوگند خود عمل کند زوجۀ به طلاق بائن مطلقه می‌گردد بدون اینکه نیاز به ترافع نزد قاضی باشد. پیروان مالک و احمد و شافعی معتقدند در چنین موردی به قاضی باید مراجعه شود و قاضی زوج را امر به وطی می‌کند، چنانچه امتناع کند او را ملزم به طلاق می‌کند و در صورت امتناع، حاکم زوجۀ را مطلقه می‌سازد و این طلاق رجعی است. امامیه معتقد است که اگر بیش از چهار ماه بگذرد، در صورت رجوع زن به قاضی و گذشت چهار ماه از تاریخ رجوع، قاضی زوج را به رجوع یا طلاق مجبور می‌کند، و در صورت امتناع زوج، قاضی او را تا اختیار یکی از دو امر محبوس می‌نماید، بی‌آنکه اختیار داشته باشد زوجۀ را مطلقه نماید.

(۴) بعضی از مذاهب اسلامی تضرر زوجۀ از قول یا فعل زوج و یا بیم خطر و عسر و حرج

را نیز از موارد طلاق می‌دانند.

صیغه طلاق

مذاهب اربعه وقوع طلاق را با هر لفظ که بر آن دلالت کند، حتی به کنایه (مثل اذهبی و تزوجی) و کتابت تجویز می‌کنند، ولی در فقه امامیه طلاق به صیغه خاص «انت طالق» یا «فلان طالق» یا «هی طلاق» باید اجرا شود و اگر صیغ دیگری اداء گردد طلاق واقع نمی‌گردد، مگر در مورد لال که کتابت یا اشاره نیز تجویز شده است. و حضور دو شاهد عادل در فقه امامیه برای صحت طلاق لازم است ولی سایر مذاهب چنین شرطی را لازم نمی‌دانند.

عده

باتفاق مذاهب اسلامی، بر مطلقه غیر مدخوله عده لازم نیست، و عده زن بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۷۳

حامل تا وضع حمل است، و عده مطلقه بالغ که حامل یا یائسه هم نیست سه قرء است. حنفیه و حنابله قرء را به حیض تفسیر کرده‌اند و گفته‌اند عده چنین زنی سه حیض است، ولی امامیه و مالکیه و شافعیه قرء را طهر تفسیر و عده زن مطلقه بالغه را سه طهر می‌دانند. مذاهب متفقا عده مطلقه‌ای را که به سن بلوغ رسیده لیکن حیض نمی‌بیند سه ماه می‌دانند. و همین حکم را مذاهب اربعه شامل زن یائسه نیز دانسته‌اند ولی امامیه برای زن یائسه قائل به عده نیست.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۷۴

طلاق در کشورهای اسلامی

اشاره

مقررات طلاق در کشورهای اسلامی مبتنی بر احکام شرع است، و هر کشوری در این مورد در بیشتر مواقع از یکی از مذاهب اسلامی پیروی کرده است و بر این اساس در این کشورها طلاق به اراده مرد واقع می‌شود، و طلاق به تقاضای زن در مواردی صورت می‌گیرد که شرعا تجویز شده باشد. در این میان دو کشور «عراق» و «تونس» صدور حکم طلاق را از طرف دادگاه لازم می‌دانند.

بموجب ماده ۳۹ قانون «احوال شخصیه عراق» مصوب ۱۹۵۹، متقاضی طلاق اعم از زوج و زوجه باید بدادگاه شرع رجوع کند و حکم طلاق بگیرد و در صورت تعذر مراجعه به دادگاه باید در خلال مدت عده، طلاق را در دفتر دادگاه به ثبت برساند، ولی قانون مدنی عراق برای طلاق به تقاضای شوهر علل خاصی ذکر نکرده است.

قانون «احوال شخصیه تونس» مصوب ۱۹۵۶ در مادتين ۳۰ و ۳۱ مقرر داشته که طلاق باید به حکم دادگاه واقع شود و دادگاه به تقاضای احد از زوجین در موارد معینه قانونی یا به ترازی زوجین حکم طلاق صادر می‌کند.

طلاق به تقاضای زن در کشورهای اسلامی

اشاره

طلاق به تقاضای زن در کشورهای اسلامی در موارد زیر پذیرفته شده است:

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۷۵

الف) غیبت شوهر

(۱) در مراکش - مطابق ماده ۵۷ قانون احوال شخصیه مراکش، اگر شوهر برای مدتی زائد از یک سال بدون عذر موجه غیبت کند و در مکان معلومی بسر برد، زن می‌تواند بسبب تضرر از دوری شوهر برای مطلقه ساختن خود به طلاق بائن به قاضی مراجعه نماید، اگر چه شوهر دارای اموالی باشد که بتوان از آن نفقه زن را تأدیه کرد؛ در صورتی که امکان اطلاع بشوهر وجود داشته باشد قاضی او را دعوت می‌کند که یا زن را به محل سکونت خود دعوت کند یا خود در محل اقامت زن مقیم شود و یا حاضر بطلاق زوج گردد و اگر شوهر پیشنهاد های مزبور را نپذیرد قاضی زوج را مطلقه می‌سازد، و اگر امکان نباشد که به زوج اطلاع داده شود، قاضی و کیلی تعیین می‌کند تا سعی در پیدا کردن غایب بکند و در صورت عدم دسترسی یا عدم حضور غایب، قاضی بدون اعلام و تعیین وقت، زوج را مطلقه می‌سازد.

(۲) در عراق - برابر ماده ۴۳ قانون احوال شخصیه عراق، اگر شوهر بدون عذر قابل قبول بیش از دو سال غیبت کند زن می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق نماید و دادگاه بعثت تضرر زن حکم طلاق صادر می‌کند؛ چنین طلاق طلاق بائن است.

(۳) در سوریه - طبق ماده ۱۰۹ قانون احوال شخصیه سوریه، هرگاه شوهر بدون عذر موجه غیبت کند زوج می‌تواند پس از گذشت یک سال از غیبت شوهر از دادگاه تقاضای طلاق کند؛ این طلاق رجعی است.

(۴) در مصر - برابر ماده ۱۲ و ۱۳ قانون احوال شخصیه مصر مصوب ۱۹۲۹، غیبت شوهر بمدت یک سال یا بیشتر بدون عذر موجه مجوز تقاضای طلاق زوج از محکمه است.

(۵) در تونس - مطابق ماده ۴۰ قانون احوال شخصیه تونس، در صورت غیبت زوج و نبودن مال برای پرداخت نفقه زن یا نبودن کسی که بر زوج انفاق کند قاضی مهلتی یک ماهه برای حضور غایب معین می‌کند و پس از گذشت مدت مزبور از ادای سوگند توسط زن، دادگاه حکم به طلاق صادر می‌کند.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۷۶

ب) امتناع یا عجز از انفاق

(۱) در مراکش - ماده ۳ قانون احوال شخصیه مراکش مقرر می‌دارد زوج می‌تواند از دادگاه بجهت امتناع شوهر از انفاق یا عدم اثبات عجز شوهر از تأدیه نفقه تقاضای طلاق نماید، در صورتی که شوهر غایب باشد یا عجزش به اثبات رسد قاضی مدت مناسبی که از سه ماه تجاوز نکند تعیین می‌کند اگر شوهر در این مدت نفقه را نپردازد قاضی مبادرت به طلاق می‌کند؛ این طلاق رجعی است و شوهر می‌تواند، بشرط اثبات پرداخت نفقه، در مدت عده به زوج رجوع کند.

(۲) در عراق - ماده ۴۵ قانون احوال شخصیه، در دو حالت برای زن حق طلاق قائل شده است؛ یکی آنکه شوهر از پرداخت نفقه بدون عذر مشروع بعد از مهلتی که دادگاه به او می‌دهد (این مهلت نباید زائد بر شصت روز باشد) امتناع کند، دیگر اینکه انفاق شوهر به علت غیبت، مفقود شدن، پنهان شدن، یا محبوس شدن در مدتی زائد بر یک سال مقدور نباشد؛ طلاق صادره توسط قاضی در این دو حالت طلاق رجعی بشمار می‌آید.

۳) در سوریه - مقررات طلاق در این مورد مشابه مقررات مراکش است.

۴) در مصر - مواد ۴ و ۵ و ۶ قانون ۱۹۲۰ مصر مقرر می‌دارد که در صورت عدم انفاق شوهر، حکم به پرداخت نفقه از مال او به زوجه صادر می‌شود ولی اگر دسترسی به اموال شوهر نباشد، و شوهر نگوید ملجأ است یا معسر، قاضی حکم بطلاق زوجه صادر می‌کند و اگر شوهر مدعی عسرت شود و نتواند آن را ثابت کند قاضی زوجه را مطلقه می‌کند ولی اگر شوهر اعسار خود را ثابت کند قاضی برای پرداخت نفقه به او مهلتی که بیش از یک ماه نباشد می‌دهد و پس از گذشت مدت مزبور، در صورت عدم انفاق، حکم طلاق زوجه را صادر می‌کند.

ج) ایلاء

در قوانین مصر و سوریه و عراق حکمی راجع به ایلاء نیست ولی ماده ۵۸

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۷۷

قانون احوال شخصیه مراکش ایلاء را در صورتی که الزام شوهر بموقعه ممکن نباشد از موارد طلاق شناخته است.

د) طلاق یا تفريق به سبب عيب، ضرر و شقاق

ماده ۵۵ قانون مراکش و مواد ۱۰۵ به بعد قانون سوریه و مقررات قانون احوال شخصیه عراق و قانون ۱۹۲۰ و ۱۹۲۹ مصر طلاق به سبب عیب زوج و ضرر و شقاق (ناسازگاری) را تجویز کرده است.

تشریفات طلاق

ماده ۴۶ قانون احوال شخصیه مراکش مقرر داشته است که طلاق بهر لفظی که بر این امر دلالت کند و یا کتابت و در صورت عجز از تلفظ و کتابت با اشاره واقع می‌شود.

قانون احوال شخصیه عراق برای اجرای طلاق، صیغه شرعی مخصوص را لازم می‌داند.

قانون سوریه طلاق را با لفظ و یا کتابت و در صورت عجز از این دو با اشاره معلوم تجویز کرده است. قانون مصر طلاق را حتی با الفاظ کنایی معتبر می‌داند. و جز قانون احوال شخصیه مراکش که حضور عدلین را در طلاق لازم می‌داند قانون هیچ کشور دیگری چنین شرطی را نپذیرفته است.

شرائط طلاق

ماده ۸۵ قانون احوال شخصیه سوریه، اهلیت زوج را که رسیدن به ۱۸ سال تمام است در طلاق لازم می‌داند ولی اگر زوج قبل از رسیدن به ۱۸ سال ازدواج کرده باشد در صورتی که قاضی مصلحت بداند اجازه طلاق می‌دهد و اگر طلاق واقع شده باشد تنفیذ آن با قاضی است. و طبق بند یک ماده ۸۹ همین قانون، طلاق

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۷۸

مست و مدهوش باطل است و بند ۲ این ماده مدهوش کسی را می‌شناسد که به سبب خشم و غضب قوه تمیز خود را از دست داده و نداند چه می‌گوید. برابر ماده ۴۹ قانون احوال شخصیه مراکش طلاق مستی که مستی او از حد گذشته و شخص خشمگین که

شدیدا غضبناک شده باطل است. ماده یک قانون ۱۹۲۹ مصر هم طلاق مست را باطل می‌داند.

قانون احوال شخصیه عراق هم به بطلان طلاق مست و مجنون و کسی که به سبب غضب یا مصیبت ناگهانی یا پیری و یا مرض فاقد شعور شده صراحت دارد.

مصر و سوریه و عراق و مراکش، جنون و کره را از موجبات بطلان طلاق می‌دانند.

داوری در طلاق

کشورهای عربی احکام داوری را بر اساس حقوق اسلامی در قوانین خود پذیرفته‌اند.

قانون مراکش در بند ۲ و ۳ ماده ۵۶ مقرر می‌دارد: اگر درخواست طلاق شود و زن اصرار در این تقاضا داشته باشد، و وقوع ضرر نیز ثابت نشده باشد، دادگاه دو داور برای آشتی میان زوجین معین می‌کند؛ داوران باید علت ناسازگاری زن و شوهر را کشف کنند و کوشش در اصلاح ذات البین نمایند و چنانچه نتوانند بین زوجین آشتی و سازش برقرار کنند نظر خود را به قاضی اعلام می‌دارند تا قاضی بر اساس آنچه داوران گفته‌اند تصمیم بگیرد. قانون ۱۹۲۹ مصر نیز همین حکم را بیان می‌کند.

ماده ۴۰ قانون احوال شخصیه عراق نیز اشعار دارد که در صورت تقاضای طلاق از طرف یکی از زوجین باستناد تضرر و ناسازگاری، قاضی قبل از صدور حکم دو داور از خانواده زن و شوهر معین می‌کند تا کوشش در اصلاح بین آنها نمایند و در صورت عدم توفیق داوران در این امر قاضی از زن و شوهر می‌خواهد که

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۷۹

دو داور دیگر معین کنند، هرگاه قاضی احراز کند که یکی از زوجین بر دیگری ضرر وارد می‌کند و نتواند بین آنها صلح دهد و زوج حاضر به طلاق زنش نشود، قاضی حکم طلاق صادر می‌نماید.

به موجب قانون احوال شخصیه سوریه اگر داوران نتوانند بین زوجین آشتی برقرار کنند نظر خود را به قاضی اعلام می‌کنند و قاضی بر اساس آن حکم طلاق صادر می‌کند.

برابر ماده ۲۵ قانون احوال شخصیه تونس هرگاه یکی از زوجین باستناد تضرر تقاضای طلاق کند و به علت عدم اقامه دلیل، احراز ضرر برای قاضی مشکل باشد دو داور تعیین می‌شود که بقدر مقدور بین طرفین آشتی و سازش برقرار کنند و در صورت عدم توفیق آنها در سازش مراتب را بقاضی اعلام می‌کنند چنانچه قاضی نیز از اصلاح بین آنها عاجز گردد، حکم طلاق صادر می‌کند.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۸۰

طلاق در حقوق کشورهای اروپائی و آمریکائی

[مبانی طلاق]

اشاره

قبل از بیان طلاق در حقوق کشورهای غربی و سوسیالیست، تذکار این نکته بی‌مناسبت نیست که مبانی طلاق در این کشورها بر اساس نظریه «طلاق مجازات» و یا «طلاق درمان» مبتنی است.

طلاق مجازات

، نظریه‌ای است که به موجب آن، در صورت تقصیر یکی از زوجین یا عدم انجام تعهدات ناشی از زناشویی، طلاق تجویز می‌شود. و چون این طلاق به عنوان جزای تقصیر پذیرفته شده آن را طلاق مجازات نامیده‌اند. و از خصوصیات آن تعیین موارد تقصیر در قانون است که باستناد آن می‌توان تقاضای طلاق کرد.

طلاق درمان

، یا طلاق مبتنی بر شکست ازدواج، بر این نظریه متکی است که قطع نظر از اینکه تقصیری واقع شده یا نه و در صورت وقوع تقصیر چه کسی مقصر است، چون ادامه زندگی مشترک امکان‌ناپذیر شود و نظام خانواده از هم گسیخته گردد طلاق باید به عنوان درمان پذیرفته شود. از خصوصیات این نظام حقوقی عدم تصریح و تعیین موارد طلاق در قانون است، بجای ذکر علل متعدد برای طلاق تنها به ذکر یک علت کلی عدم امکان زندگی مشترک اکتفا می‌شود.

در بعضی از کشورهای اروپایی و آمریکایی منحصرا نظریه قدیمی طلاق

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۸۱

مجازات، یا طلاق مبتنی بر تقصیر، مورد قبول است مانند تعدادی از ایالات متحده. و برخی از کشورها فقط نظریه طلاق درمان یا طلاق شکست را پذیرفته‌اند، مثل شوروی و بعضی از ایالات آمریکا.

ولی دسته سومی از کشورها از هر دو نظریه استفاده کرده و تلفیقی از آن دو بعمل آورده‌اند که می‌تواند جوابگوی طرفداران هر دو نظریه باشد. کشور فرانسه و انگلیس و ... از این دسته‌اند. اکنون بذکر طلاق در حقوق بعضی از این کشورها می‌پردازیم.

طلاق در حقوق فرانسه

[موارد موجه آن]

اشاره

به موجب ماده ۲۲۹ اصلاحی قانون مدنی فرانسه مصوب ۱۹۷۵، در موارد زیر حکم طلاق صادر می‌گردد:

۱) رضایت زوجین

۲) قطع زندگی مشترک

۳) تقصیر

۱) رضایت زوجین

بدو طریق اعمال می‌شود؛ اول تقاضای مشترک زن و شوهر، دوم تقاضای طلاق توسط یکی از زوجین و قبول طرف دیگر، که هر یک از این دو طریق دارای آثار و احکامی است بشرح زیر:

الف) طلاق به تقاضای مشترک زوجین - ماده ۲۳۰ قانون مدنی می‌گوید هرگاه زن و شوهر متفقا درخواست طلاق نمایند، مجبور به ذکر علت آن نیستند و فقط باید طرح قراردادی را که نتایج حاصل از طلاق را متذکر است، جهت تأیید به قاضی تسلیم نمایند. و

طبق ماده ۲۳۱ همان قانون قاضی هر یک از طرفین را بدو به تنهایی دعوت کرده و در مورد تقاضا با او مذاکره می‌کند سپس مجتمعاً آنها را با

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۸۲

و کلایشان دعوت کرده و پس از مذاکره در صورت اصرار طرفین در تقاضای طلاق بآنان تذکر می‌دهد که درخواست خود را پس از ۳ ماه تعمق تجدید کنند در صورتی که ظرف ۶ ماه پس از پایان مدت تعمق تقاضای خود را تجدید نکنند تقاضای مشترک باطل می‌گردد. و برابر ماده ۲۳۲ جدید قانون مدنی در صورتی قاضی حکم طلاق صادر خواهد کرد که در مورد رضایت واقعی زوجین و آزادی عمل آنان اقناع وجدانی پیدا کند. و در این حکم، قاضی قراردادی را که نتایج طلاق را تنظیم می‌کند مورد تأیید قرار می‌دهد. اگر بنظر قاضی قرارداد تنظیمی منافع اطفال و یا یکی از زوجین را کاملاً تأمین نکند می‌تواند از تأیید قرارداد و صدور حکم طلاق خودداری نماید.

و طبق مواد ۳۱ و ۳۲ تصویب نامه ۲۳ دسامبر ۱۹۷۵، که مکمل ماده مزبور می‌باشد، قاضی می‌تواند قرارداد زوجین را با در نظر گرفتن نفع یکی از طرفین و یا فرزندان تأیید نکرده و تا تسلیم قرارداد اصلاحی طلاق را بتعویق اندازد و در موارد خاصی حکم قاضی پژوهش‌پذیر است.

طلاق به تقاضای مشترک در صورتی قابل طرح است که ۶ ماه از تاریخ ازدواج گذشته باشد.

(ب) طلاق به تقاضای یکی از زوجین و قبول طرف دیگر - برابر ماده ۲۳۳ قانون مدنی فرانسه، یکی از زوجین می‌تواند باستناد اینکه مجموعه اعمال و رفتار آنان زندگی مشترک را غیر قابل تحمل می‌سازد، تقاضای طلاق نماید. و ماده ۲۳۴ مقرر می‌دارد: «اگر همسر دیگر اعمال مزبور را در محضر قاضی تأیید نمود قاضی حکم طلاق را بدون اظهار نظر در تعیین تقصیر هر یک صادر می‌کند چنین طلاقی آثار طلاق با تقصیر طرفین را خواهد داشت».

و ماده ۶۴ آئین نامه اجرائی سال ۱۹۷۵ ماده مذکور را اصلاح نموده و مقرر می‌دارد که قاضی حکمی بر مبنای اقرار زوجین و اینکه زندگی مشترک برای

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۸۳

زوجین غیر قابل تحمل است صادر و سپس آنان را برای صدور حکم طلاق و نتایج حاصل از آن دعوت می‌کند.

معلوم نیست چه تفاوتی میان تقاضای مشترک و تقاضای مورد قبول طرف دیگر وجود دارد که در این نوع طلاق نیازی به تنظیم قرارداد موقت و نهایی نیست.

۲) طلاق به سبب قطع زندگی مشترک

برابر ماده ۲۳۷ قانون مدنی فرانسه، وقتی که زوجین عملاً ۶ سال از هم جدا زندگی کرده باشند همسر می‌تواند به علت قطع رابطه طولانی تقاضای طلاق نماید. همین حکم به موجب ماده ۲۳۸ قانون مدنی در موردی نیز جاری است که یکی از زوجین مبتلاء به جنون بوده و از ۶ سال به این طرف قوای دماغی او شدیداً مختل شده باشد به حدی که بین زن و شوهر زندگی مشترک وجود نداشته و طبق پیش‌بینی‌های معقول در آینده نیز برقراری آن ممکن نباشد، ولی در صورتی که طلاق اثرات سوء شدیدی در بیماری همسر داشته باشد قاضی می‌تواند علاوه بر آنچه که در ماده ۲۴۰ مذکور شده رأساً تقاضای طلاق را رد کند. ماده ۲۴۰ که ناظر به مادّتين ۲۳۷ و ۲۳۸ است مقرر می‌دارد:

«اگر همسر دیگر اثبات نماید که طلاق برای او با توجه به سنّ و طول مدت ازدواج و یا برای اطفال نتایج مادی یا معنوی بد خواهد داشت قاضی تقاضا را رد می‌کند و در مورد پیش‌بینی شده در ماده ۲۳۸ قاضی تقاضای طلاق را راساً رد می‌نماید».

۳) طلاق به سبب تقصیر

برابر ماده ۲۴۲ قانون مدنی، طلاق ممکن است توسط یکی از زوجین به سبب اعمال قابل انتساب به طرف دیگر تقاضا شود در صورتی که این اعمال تخطی شدید یا تکراری از تکالیف و الزامات زناشویی را در بر داشته و بقاء زندگی مشترک را غیر قابل تحمل سازد.

در تقاضای طلاق به سبب تقصیر اگر طرفین سازش کنند دیگر نمی‌توانند

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۸۴

به استناد همان تقصیر تقاضای طلاق نمایند.

ممکن است طلاق در زندگی یکی از زوجین عدم تعادل ایجاد کند، در این صورت همسر دیگر مبلغی به عنوان کمک هزینه باید به او پرداخت نماید کمک مزبور بر حسب احتیاج همسر نیازمند، منابع درآمد همسر دیگر و با امعان نظر در وضع طرفین و تحوّل آن در آینده قابل پیش‌بینی تعیین می‌گردد، همسری که بواسطه خطای انحصاری او طلاق صورت گرفته حق دریافت هیچ‌گونه کمک هزینه را ندارد.

عده زن مطلقه در حقوق فرانسه

مدّت عده برای زن مطلقه یا بیوه در فرانسه سیصد روز است، مگر اینکه حکم طلاق به علت قطع زندگی مشترک صادر شده باشد که در این صورت رعایت عده لازم نیست. اگر زوجین در طول محاکمه با اجازه دادگاه جدا از هم زندگی نمایند مدّت عده از تاریخ اجازه برای اقامت جداگانه شروع می‌شود، و در طلاق به تقاضای مشترک مدّت مزبور از تاریخ تأیید قرارداد موقت زوجین بوسیله قاضی آغاز می‌گردد، اگر زن پیش از سپری شدن سیصد روز وضع حمل کند مدّت عده با وضع حمل پایان می‌پذیرد.

تفریق جسمانی

تفریق جسمانی را نباید با تفریق عملی که به علت قطع عملی زندگی مشترک بوجود می‌آید اشتباه کرد. تفریق جسمانی، از حکم دادگاه ناشی می‌شود، که ممکن است به تقاضای یکی از طرفین یا هر دو با رضایت مشترک و رعایت شرایط طلاق مورد حکم دادگاه قرار گیرد. تفریق جسمانی بدون اینکه ازدواج را منحل کند موجب می‌شود که تکالیف ناشی از زندگی مشترک خاتمه یابد؛ ولی در صورت مرگ یکی از زوجین، طرف دیگر از همه حقوقی که قانوناً پس از فوت

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۸۵

همسر به همسر دیگر تعلّق می‌گیرد برخوردار می‌شود؛ مشروط بر اینکه حکم تفریق جسمانی به سبب تقصیر انحصاری همسر بازمانده یا به تقاضای او صادر نشده باشد.

اگر زوجین متّفقاً تقاضای تفریق جسمانی از دادگاه کرده باشند می‌توانند در قراردادی که بین خود منعقد می‌کنند حقوق خود را در مورد توارث از یکدیگر ساقط نمایند. تفریق جسمانی همیشه موجب جدائی اموال زن و شوهر می‌شود، ولی اگر قاضی دستور دهد که یکی کمک مالی بدیگری بنماید این دستور باید اجراء گردد.

اگر تفریق جسمانی با تقاضای مشترک زوجین صادر شده باشد، دیگر قابل تبدیل به طلاق نیست، مگر با تقاضای مجدّد و مشترک، در غیر این صورت همسر متقاضی طلاق باید ۶ سال صبر کند تا باستناد قطع زندگی مشترک تقاضای طلاق نماید؛ ولی اگر حکم تفریق جسمانی بتقاضای یکی از طرفین صادر شده باشد در صورتی که این تفریق سه سال ادامه یابد بتقاضای یکی از زوجین تبدیل

به حکم طلاق می‌شود.

طلاق در حقوق ایتالیا

[موارد آن]

اشاره

قانون طلاق در ایتالیا، پس از کشمکش‌های زیاد بین طرفداران و هواداران کلیسا، در سال ۱۹۷۰ میلادی بتصویب رسید و به دادگاه اجازه داد که در موارد مندرج در ماده ۳ آن قانون پس از احراز عدم امکان سازش بین زوجین حکم طلاق صادر نماید. مواردی که زوجین می‌توانند تقاضای طلاق نمایند، بشرح زیر است:

- (۱) محکومیت قطعی یکی از زوجین.
 - (۲) منکوحه غیر مدخوله بودن.
 - (۳) حکم به بطلان یا انحلال ازدواج در خارج از کشور یا انعقاد نکاح جدید در خارج، مشروط بر اینکه یکی از زوجین تبعه خارجی باشد.
 - (۴) قطع رابطه زندگی مشترک.
- بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۸۶

(۱) محکومیت قطعی یکی از زوجین

- مشروط بر اینکه محکومیت بعد از عقد نکاح باشد، و لو اینکه اعمال ارتكابی مربوط بدوران پیش از نکاح باشد.
- انواع محکومیت‌های مجوز طلاق معینه در قانون بدین قرار است:
- الف) محکومیت به حبس دائم یا به حبس بیش از ۱۵ سال، بشرطی که محکومیت به علت ارتكاب جرائم سیاسی یا جرائمی که علل خاص اخلاقی و اجتماعی داشته، نباشد.
- ماده ۸ قانون جزای ایتالیا حتی جرائمی را که جزئا بدلائل سیاسی واقع شده باشد جرم سیاسی تلقی می‌نماید.
- ب) محکومیت بهر میزان حبس باتهام داشتن رابطه جنسی با محارم که توأم با جریحه‌دار کردن عفت عمومی باشد، یا محکومیت به هتک ناموس بعنف، عمل منافی عفت، ربودن شخص برای عیاشی، محکومیت به تحریک یا اجبار همسر، فرزند، فرزند خوانده به فحشاء یا بهره‌برداری از آن یا تسهیل فحشاء یکی از اعقاب یا فرزندخواندگان.
- ج) محکومیت بهر مجازاتی به سبب قتل عمد یکی از اعقاب یا فرزند خوانده و یا شروع به قتل همسر یا یکی از اعقاب یا فرزند خوانده.
- د) محکومیت بهر میزان حبس که ناشی از دو حکم یا بیشتر بعلت صدمه جسمانی شدید، تخلف از تعهدات معاضدت خانوادگی، بدرفتاری نسبت به همسر و فرزندان، سوء استفاده از اشخاص معلول، مشروط بر اینکه جرائم مذکور علیه همسر یا فرزند و فرزند خوانده واقع شده باشد.

در فروض مذکور در این بند، و نیز در صورتی که متهم به علت ضعف قوای دماغی بخاطر ارتكاب اعمال مندرج در بندهای ب و ج مجرم محسوب نگردد قاضی برای صادر کردن حکم طلاق باید رفتار بعدی مرتکب را در نظر گرفته و عدم توانائی او را برای

ادامه زندگی زناشویی احرار کند. ضمناً در همه موارد بالا در صورتی

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۸۷

همسر می‌تواند تقاضای طلاق کند که خود او در وقوع جرم شرکت نداشته باشد، یا با وصف محکومیت‌های مزبور، ادامه زندگی زناشویی را نپذیرفته باشد.

۲) منکوحه غیر مدخوله بودن

این علت از حقوق کلیسائی سرچشمه می‌گیرد که در قانون طلاق ماده ۳ پیش‌بینی گردیده است.

۳) حکم به بطلان یا انحلال ازدواج یا وقوع نکاح جدید در خارج از کشور به شرط اینکه یکی از زوجین تبعه خارجی باشند.

بدین شرح که اگر یکی از محاکم خارجی حکم به انحلال نکاح یا طلاق زوجین که یکی از آنها ایتالیائی است صادر کند یا شوهر خارجی در خارج ازدواج کند، آن همسر که تبعه ایتالیا است می‌تواند بر اساس احکام مزبور یا برای جلوگیری از تعدد زوجات از دادگاه ایتالیا تقاضای طلاق کند و دادگاه نیز حکم طلاق صادر خواهد کرد.

۴) قطع رابطه زندگی مشترک

در صورتی که ۵ سال رابطه زناشویی قطع شود هر یک از زوجین می‌تواند تقاضای طلاق کند. قسمت اعظم طلاق در ایتالیا بر مبنای قطع رابطه زندگی مشترک یا تفریق جسمانی است و طلاق به علت محکومیت جزائی استثنایی است.

طلاق به علت قطع رابطه زندگی مشترک یا تفریق جسمانی در دو مورد پیش‌بینی شده است:

الف) تفریق عملی زوجین قبل از اجرای قانون جدید طلاق.

ب) تفریق جسمانی زوجین بعد از اجرای قانون جدید طلاق.

در مورد الف، زن و شوهری که عملاً از ۵ سال قبل از قانون جدید طلاق از هم جدا شده باشند می‌توانند تقاضای طلاق نمایند؛ که با توجه به گذشت بیش از ۵ سال از تصویب این قانون بحث در اطراف این بند زائد است.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۸۸

در مورد بند ب، باید توجه داشت که این تفریق که آن را تفریق قانونی می‌گویند بر دو گونه است: تفریق با توافق، و یا تفریق قضائی.

ماده ۱۵۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: اگر تفریق که با توافق زوجین از دادگاه صلاحیت دار درخواست می‌شود مورد تأیید دادگاه واقع نشود، هیچ اثر قانونی بر آن مترتب نیست و فقط تفریق عملی بحساب می‌آید. بنابراین در صورتی تفریق با توافق مؤثر خواهد بود که دادگاه آن را مورد تأیید قرار دهد.

تقاضای تفریق با توافق از طرف زوجین به دادگاه مدنی صالح تقدیم می‌شود، دادگاه پس از دریافت این درخواست طرفین را برای سازش دعوت می‌نماید اگر موفق به اصلاح بین زوجین نشود ضمن تأیید توافق آنها قرار تفریق جسمانی صادر می‌کند. در توافق زوجین باید تکلیف نفقه و حضانت اطفال تعیین شده باشد.

تفریق قضائی به تقاضای یکی از طرفین و در موارد زیر با استناد مواد ۱۵۱ و ۱۵۲ و ۱۵۳ قانون مدنی از دادگاه صورت می‌گیرد و مورد حکم واقع می‌شود.

اول - ارتکاب زنا، ترک خانواده، ایراد صدمه جسمانی و توهین شدید.

دوم- محکومیت همسر به حبس ابد یا به حبس مجزّد بیش از ۵ سال یا به محرومیت از خدمات عمومی.

سوم- وقتی که شوهر بدون داشتن دلائل قانع کننده محل سکونت برای زن فراهم نکند یا زندگی همسرش را با داشتن امکانات بنحو متناسب مرتب نسازد.

پس از وصول دادخواست، دادگاه طرفین را برای سازش دعوت می کند و در صورت عدم حصول سازش قرار تفریق صادر می گردد. این قرار قابل پژوهش و فرجام است.

تفریق جسمانی مقدمه برای طلاق است؛ البته تفریق با توافق سریعتر از تفریق قضائی به طلاق منتهی می شود چون مراحل پژوهشی و فرجامی را طی نمی کند. برای تقاضای طلاق معمولاً باید مدت ۵ سال از تاریخ حضور طرفین برای

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۸۹

سازش در محضر قاضی دادگاه منقضی گردد، در مواردی این مدت به ۶ و یا ۷ سال افزایش می یابد.

عده زن مطلقه در حقوق ایتالیا

- در ایتالیا برای زن مطلقه عده وجود ندارد و پس از طلاق هر یک از زوجین برای انعقاد عقد جدید آزاد خواهند بود.

طلاق در حقوق انگلستان

اشاره

تا اواسط قرن نوزدهم در انگلستان فقط با تصویب پارلمان طلاق امکان پذیر بود که به علت صعوبت و هزینه سنگین و صرف وقت طولانی کمتر کسی از این طریق اقدام می کرد.

دادگاههای انگلیس بر اساس قوانین کلیسایی مجاز به صدور حکم طلاق نبودند و تنها در دو مورد حکم به جدائی زن و شوهر صادر می شد بی آنکه زن و شوهر پس از جدائی حق ازدواج داشته باشند. و این دو مورد یکی در صورت ارتکاب زنا یا اعمال وحشیانه بود، و دیگری در صورت ترک همسر توسط همسر دیگر. ولی طبق قوانین جدید انگلستان به دادگاهها اجازه صدور حکم طلاق در موارد معین داده شده است.

[موارد طلاق]

اشاره

مواردی که به موجب این قوانین زن و شوهر متّفقا یا منفرداً می توانند تقاضای طلاق کنند، بشرح زیر است:

۱) اگر یکی از زوجین مرتکب زنا شود

و همسر وی ادامه زندگانی مشترک را بهمین جهت غیر ممکن بداند. بنابراین ارتکاب زنا به تنهایی برای صدور حکم طلاق کافی نیست، بلکه این عمل باید ادامه زندگی زناشویی را برای همسر غیر مقدور سازد. فلذا اگر پس از ارتکاب یا کشف زنا، همسر زناکار با او زندگی کند و مدت ۶ ماه از آن بگذرد دادگاه دیگر بدین علت تقاضای طلاق را نخواهد پذیرفت؛ مع ذلک تشخیص موضوع با دادگاه است.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۹۰

۲) اگر رفتار یکی از زوجین آنچنان باشد که برای همسرش ادامه زندگی زناشویی غیر مقدور گردد

، همسر حق دارد از دادگاه تقاضای طلاق کند. تشخیص اینکه ادامه زندگی زناشویی ممکن است یا نه، با توجه به اوضاع و احوال هر خانواده، با دادگاه است.

بعضی از دادگاهها جنون همسر را نیز مشمول این مورد می‌دانند.

۳) اگر یکی از زوجین دو سال مداوم همسرش را ترک کرده باشد

۴) اگر زوجین دو سال جدا از یکدیگر زندگی کنند [بدون عذر موجه]

و علت این جدایی معاذیر موجهی از قبیل بیماری یا مأموریت اداری و امثال آن نباشد، در صورتی که متراضیا تقاضای طلاق کنند دادگاه درخواست آنها را می‌پذیرد.

جدائی در این زمینه الزاما بمفهوم زندگی در دو محل جدا از هم نیست، بلکه اگر در یک خانه هم مانند دو بیگانه زندگی کنند جدائی مصداق پیدا می‌کند.

۵) اگر زوجین مدت ۵ سال مداوم جدا از هم زندگی کنند

دادخواست طلاق توسط هر یک از آنها بدادگاه تسلیم شود پذیرفته خواهد شد؛ اعم از اینکه توافق در طلاق داشته باشند یا نه. هرگاه دادگاه تشخیص دهد که بعد از این مدت امکان زندگی زناشویی وجود دارد دادخواست طلاق را نخواهد پذیرفت.

دعوی طلاق در دادگاه بخش طلاق با دادخواست اقامه می‌شود، اگر خواننده پاسخ دهد که از دعوی دفاع می‌کند دادگاه طلاق پرونده را به دادگاه مدنی می‌فرستد تا مثل یک دعوی حقوقی رسیدگی شود، ولی اگر خواننده قصد دفاع نداشته باشد دادگاه بخش طلاق به تقاضای خواهان رأی صادر می‌کند، در صورتی که حکم طلاق صادر گردد این حکم معلق است و ازدواج هنوز پابرجا است، پس از گذشت ۶ هفته از این تاریخ به تقاضای یکی از طرفین حکم طلاق منجز صادر می‌شود و در صورتی که طرفین بچه داشته باشند باید پس از گذشت سه ماه تقاضای صدور حکم قطعی نمایند. در موارد زیر حکم طلاق معلق به منجز تبدیل

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۹۱

نخواهد شد و حکم معلق فسخ می‌شود.

۱) سازش طرفین.

۲) اگر محکوم علیه استیناف بخواهد و در استیناف برفع پژوهش خواه رای صادر شود.

۳) در موردی که علت طلاق و دوری از زندگی خانوادگی به مدت دو سال باشد، چون صدور حکم طلاق منوط به رضایت طرفی است که همسرش او را ترک کرده لذا اگر مدعی شود همسرش در کسب رضایت او را اغفال کرده است دادگاه می‌تواند حکم طلاق معلق را لغو نماید.

دخالت در دعوی طلاق بعنوان نماینده مقام سلطنت

نماینده مقام سلطنت با مشورت و زیر نظر دادستان کل پس از کسب اجازه از دادگاه می‌تواند از صدور حکم طلاق جلوگیری کند و این در زمانی است که مدارک کافی برای صدور حکم طلاق به دادگاه ارائه نشده و یا اینکه دادگاه کاملاً به مسائل مادی توجه

نکرده باشد.

در انگلستان دادگاه برای حفظ و نگهداری و تعلیم و تربیت و امور مادی اطفال کلیه امکانات را در نظر می‌گیرد تا بتواند بهترین تصمیم را در مورد فرزندان خانواده بعد از طلاق اتخاذ کند، بنابراین چنانچه دادگاه حکم طلاق را صادر کند بی‌آنکه در مورد فرزند یا فرزندان خانواده ترتیب اطمینان‌بخشی بدهد این حکم قانوناً باطل است، مگر اینکه زن و شوهر دادگاه را قانع کنند که در وقت معین به دادگاه مراجعه کرده و تکلیف فرزندان را روشن خواهند کرد.

محکوم علی‌ه که حکم طلاق معلق علیه او صادر شده اگر به ادعای اینکه در جریان محاکمه در مورد او بی‌عدالتی شده یا دادگاه در موردی اشتباه کرده تقاضای رسیدگی مجدد کند دادگاهی که به دعوی طلاق رسیدگی کرده می‌تواند تقاضا را قبول و مجدداً رسیدگی نماید.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۹۲

تفریق جسمانی در انگلستان

قبل از قانون اصلاح طلاق مصوب ۱۹۶۹ تقاضای تفریق جسمانی در انگلستان رواج داشته ولی امروزه احکامی که در این مورد صادر می‌شود بسیار نادر است. دادخواست تفریق جسمانی پس از ازدواج ممکن است به دادگاه داده بشود بی‌آنکه قید زمانی وجود داشته باشد. موجبات تفریق جسمانی همانست که در مورد طلاق پذیرفته شده و تشریفات مربوط به این درخواست مثل تشریفات است که برای طلاق مقرر است.

حکم جدائی قضائی از لحظه صدور حکم نسبت به طرفین ازدواج مؤثر است، ولی دادگاه هر وقت که مقتضی بداند می‌تواند آن را لغو کند، خواه تقاضای تفریق با تراضی طرفین صورت گرفته باشد یا نه و خواه درخواست شکستن حکم را طرفین کرده باشند یا آنکه دادگاه راساً صلاح بداند که حکم جدائی قضائی را لغو نماید.

صدور حکم تفریق جسمانی ازدواج را منحل نمی‌کند و طرفین را تنها از انجام وظایف زناشویی آزاد می‌سازد.

طلاق در حقوق آمریکا

اشاره

قانون اساسی فدرال آمریکا به هر یک از ایالات اختیار داده است که برای اهالی خود درباره مسائل مربوط به خانواده و بخصوص ازدواج و طلاق، قانونی وضع کند و بهمین دلیل هر یک از ایالات در این مورد قوانین خاص خود را دارد که با ایالات دیگر متفاوت است. بعضی از ایالات بر مبنای نظریه «طلاق مجازات» به تدوین قانون طلاق پرداخته‌اند و بعضی نیز «نظریه طلاق درمان» را پذیرفته‌اند.

در ایالاتی که طلاق بعنوان مجازات قبول شده، علل طلاق بدو گروه زیر منقسم می‌شود:

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۹۳

[علل طلاق]

(۱) علل مبتنی بر تقصیر

بر این مبنا، هر یک از زوجین می‌تواند مستنداً به اینکه همسرش مرتکب تقصیر شده تقاضای طلاق کند. گرچه تقصیرهایی که به استناد آن می‌توان تقاضای طلاق کرد در ایالات مختلف یکسان نیستند، ولی معمولاً تقصیراتی که مجوز طلاق شناخته می‌شوند عبارتند از: زنا، محکومیت به حبس به علت ارتکاب جنایت، خشونت و آزار روحی و ترک خانواده.

(۲) علل عینی

عبارتند از: ناتوانی جنسی یا سرد مزاجی، ابتلاء به جنون که در اغلب ایالات از موجبات طلاق شناخته شده، ابتلا به بیماریهای شرم‌آور مخصوصاً بیماری‌های آمیزشی.

در ایالاتی که از نظریه طلاق به عنوان درمان پیروی می‌کنند، فقط یک نوع علت برای طلاق وجود دارد و آن هم از هم گسیختگی ازدواج است. و گسیختگی ازدواج چنین تعریف شده: گسیختگی چاره‌ناپذیری که نتوان در آن بطور معقول امکان آشتی را در نظر گرفت و این اختلافات آشتی‌ناپذیر ادامه زندگی مشترک را غیر ممکن می‌سازد بدون اینکه رفتار خطاکارانه و تقصیر یکی از طرفین مطرح شود. در بعضی ایالات، اختلافات موجب گسیختگی ازدواج مجوز طلاق نیست مگر پس از یک دوران تفریق جسمانی بین زوجین؛ که گاه بوسیله دادگاه یا بطوری که در ایالت نیویورک معمول است طبق یک توافق کتبی بمدت یک سال یا ۱۸ ماه تعیین می‌گردد.

در بعضی ایالات آمریکا و یا کشورهای این قاره، آنچنان تسهیلاتی برای طلاق وجود داشت که مردم از نقاط مختلف برای طلاق به آن شهرها رو می‌آوردند.

چنانکه شهر «رنو» از همان شهرها بود و به پایتخت طلاق معرفی می‌گردید، بعدها «مکزیکوسیتی» جانشین «رنو» شد و سپس «هائیتی» جای آن را گرفت تا آنجا که

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۹۴

برای تقاضای طلاق نه اقامت قبلی و نه ارائه سند ازدواج را مطالبه می‌کردند.

در بسیاری از ایالات آمریکا قواعدی مربوط به آئین دادرسی به منظور کاهش دادن به تقاضاهای غیر موجه طلاق وضع نموده‌اند و دادگاههای سازش ایجاد نموده‌اند که بدو اختلافات زناشویی در آن دادگاهها بررسی و کوشش‌هایی که بطور معقول برای سازش امکان‌پذیر است معمول گردد و فواصل لازم بین دادخواست و صدور حکم بوجود آید تا از این طریق از میزان طلاق کاسته شود.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۹۵

طلاق در حقوق کشورهای سوسیالیستی

طلاق در حقوق شوروی

در شوروی بعد از انقلاب ۱۹۱۷ و سقوط رژیم قبلی در تمام شئون اجتماعی تحوّل ایجاد شد؛ از جمله در حقوق خانواده مقررات تازه‌ای وضع گردید؛ اولین قانون خانواده در ۱۶ سپتامبر ۱۹۱۸ تصویب شد که بر مبنای آن همین که زوجین توافق می‌کردند، با ثبت آن در دفاتر محلی، طلاق تحقق می‌یافت و در صورت عدم توافق به دادگاه مراجعه می‌شد. در ۱۹۲۶ قانون تازه‌ای تصویب شد که بموجب آن تشریفات طلاق ساده‌تر شد، بطوری که هر یک از زوجین می‌توانستند با مراجعه به دفتری که برای این کار معین شده بود طلاق را ثبت کنند و بدین ترتیب زوجیت را بگسلند. و مسئولان دفتر کارت‌پستالی به مراجعه‌کننده می‌دادند که آن را پر

کند و برای طرف بفرستد، بهمین مناسبت این طلاق به طلاق «کارت پستالی» معروف گردید، گرچه گاهی از ارسال همین کارت پستال نیز خودداری می‌شد.

این آزادی بیش از صدور امر طلاق عملاً به مشکلات بزرگی منجر می‌شد؛ از جمله آن که طلاق بطور منظم در دفاتر ثبت نمی‌شد و ازدواج مجدد، بعد از طلاقی که در جائی ثبت نشده بود، در عمل با مسأله تعدّد ازدواج یا تعدّد زوجات مواجه می‌گردید که خود جرم بود و اساس خانواده‌ها نیز متزلزل می‌شد؛ به علت سستی بنیان

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۹۶

خانواده و تزلزل ارکان آن بر تعداد اطفال بزهکار افزوده می‌شد؛ تا آنجا که در سال ۱۹۴۴ عکس العمل این آزادی مطلق موجب وضع مقرراتی شد که علاوه بر آن که طلاق به دادگاه واگذار گردید محدودیت فراوانی برای آن قائل شدند؛ و این محدودیت‌ها نیز بنوبه خود مشکلاتی بوجود آورد که ناچار در سال ۱۹۶۸ قانون خانواده متعادل برای تمام جماهیر شوروی تصویب گردید.

به موجب ماده ۱۴ همین قانون، تنها یک علت کلی برای طلاق منظور شده و آن عدم امکان ادامه زندگی مشترک بین زوجین می‌باشد بدون آنکه جهات و اسباب خاصی برای آن تعیین شده باشد. البته رویه قضایی شوروی موجباتی را که به عنوان اسباب عدم توافق شناخته است، بدون آنکه آنها را از اسباب منحصر بشناسد، از این قرار است:

عدم وفاداری در امر زناشویی، الکلیسم مزمن، رفتار اهانت آمیز یکی از زوجین نسبت به دیگری، رفتار خلاف مقررات زندگی جامعه سوسیالیستی، غیبت و ترک خانواده، ارتکاب جرم، حجر، ابتلاء به امراض صعب العلاج روحی و جسمی و نظایر آن؛ عقیم بودن یکی از زوجین و نداشتن اولاد نیز ممکن است از موجبات طلاق باشد، بشرطی که این امر باعث بروز اختلاف شدید و سبب عدم امکان ادامه زندگی گردد؛ هرگاه زن و شوهر کسالت شدید و مرض خود را هنگام ازدواج کتمان کرده باشند، همسر دیگر به این علت نیز می‌تواند تقاضای طلاق کند. به هر حال همه این موارد در قالب عدم امکان ادامه زندگی مشترک گنجانده می‌شود. دادگاه صالح برای رسیدگی به طلاق باید احراز کند که اولاً عدم توافق اخلاقی و روحی بین زوجین وجود دارد، ثانیاً این عدم توافق در حدی است که ادامه زندگی مشترک را غیر مقدور می‌سازد؛ بی‌آنکه در چهارچوب مقررات خاص محصور باشد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۹۷

طلاق در حقوق رومانی

تا سال ۱۹۴۸ در قوانین کشور رومانی علل و موجبات طلاق تصریح شده بود، و ضمناً به زوجین امکان داده شده بود که به استناد مواد ۲۴۵ تا ۲۷۶ قانون مدنی مترادف دادخواست انحلال نکاح به دادگاه تسلیم کنند و با رضایت متقابل حکم طلاق بگیرند. در سال ۱۹۴۸ این مواد لغو و طلاق با توافق طرفین ممنوع گردید. در سال ۱۹۵۴ قانون خانواده به تصویب رسید که فعلاً نیز با تغییراتی که در ۱۹۶۶ در آن ایجاد شده قابلیت اجرا دارد.

به موجب این قانون، اسباب و جهات طلاق محدود به موارد معین و انحصاری نیست؛ و هرگاه یکی از زوجین ثابت کند ادامه زندگی زناشویی بین او و همسرش امکان‌پذیر نیست و دادگاه موجه بودن انگیزه و علت طلاق را احراز نماید، با در نظر گرفتن منافع اطفال حاصل از نکاح، حکم طلاق را صادر می‌نماید.

بطور کلی قانون رومانی جمع بین دو نظریه طلاق مجازات و طلاق درمان کرده است. اسباب و علل معینه مجوز طلاق در رومانی به شرح زیر است:

الف) علل شخصی و مربوط به تقصیر یکی از زوجین؛ مثل تخلف از تعهدات ناشی از ازدواج نظیر ترک اقامتگاه مشترک زوجین،

بدرفتاری و صدمه بدنی، توهین، ارتکاب زنا، محکومیت به حد اقل سه سال حبس به علت ارتکاب جرائم علیه امتیت کشور و جرائم علیه صلح و حقوق بشر، قتل، بچه کشی، دزدی، راهزنی، فاحشگی، کلاهبرداری، جعل و استفاده از آن.

ب) عللی که ناشی از تقصیر زوجین نیست؛ مثل امراض روحی، بیماری مزمن، امراض مسری که مانع ادامه زندگی عادی زناشویی باشد و غایب مفقود الاثر بودن یکی از زوجین.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۹۸

اگر موجبات طلاق مربوط به قبل از وقوع نکاح باشد در صورتی مورد قبول محاکم قرار می گیرد که اولاً حین ازدواج مکتوم مانده باشد، ثانیاً ادامه زندگی مشترک زناشویی را غیر ممکن سازد؛ مثل جنون دائمی یا ادواری یکی از زوجین یا ابتلا به مرض صعب العلاج یا عقیم بودن یکی از آنان.

طلاق در حقوق چکسلواکی

در چکسلواکی طلاق از جمله مسائل مهمه‌ای است که صرف رضایت زوجین نمی تواند موجب وقوع آن گردد، چون طلاق خانواده را متلاشی می کند و منافع جامعه را مختل می سازد و اطفال که نوعاً ذخایر ذی قیمت کشور محسوب می شوند باید در کانون خانواده بطور منظم تربیت شوند لذا طلاق در صورتی امکان پذیر است که از نظر مصالح و منافع جامعه قابل توجیه باشد، بنابراین قانون گذار علل و موجبات خاصی را برای طلاق، بنحو انحصاری، در قانون پیش بینی نکرده است.

علل قابل توجیه طلاق در دادگاه ابراز می گردد و قاضی باید احراز کند که رابطه زناشویی آنچنان غیر حسنه است که ادامه زندگی مشترک و تربیت صحیح فرزندان غیر ممکن است در این صورت به تجویز مواد ۲۳ و ۲۴ قانون خانواده مصوب ۱۹۶۳ دادگاه با رعایت منافع فرزندان صغیر حاصل از ازدواج حکم طلاق صادر خواهد کرد.

طلاق در حقوق مجارستان

به موجب قانون مصوب سال ۱۹۵۲ مجارستان، ازدواج به درخواست یکی از زوجین، اگر دلائل و علل جدی و واقعی وجود داشته باشد، منحل خواهد شد و دادگاه در صورتی که ادامه زندگی مشترک را غیر ممکن تشخیص دهد حکم طلاق

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۴۹۹

صادر می نماید. مجارستان از گروه کشورهایی است که طلاق درمان را پذیرفته و بهمین علت از تعیین موارد طلاق در قانون اجتناب کرده بلکه تنها عدم امکان زندگی مشترک را به هر علت، در طلاق ملاک قرار داده است.

طلاق در حقوق لهستان

برابر ماده ۵۶ قانون خانواده لهستان، هرگاه عدم تفاهم کامل و مداوم بین زوجین بوجود آید هر یک از آنان حق دارد با ارائه دلایل قابل قبول از دادگاه تقاضای صدور حکم طلاق کند. بنابراین در حقوق لهستان نیز مانند شوروی و دیگر کشورهای سوسیالیستی که نام برده شد، علل و موجبات طلاق در مواد قانون احصاء نشده و هر عاملی که ادامه زندگی مشترک بین زوجین را غیر ممکن سازد سبب طلاق خواهد بود.

رویه قضایی لهستان، زنا، فحاشی و توهین شدید، ضرب و جرح، مرض صعب العلاج، فریبکاری در اختفاء مرض روحی قبل از نکاح، عدم انجام وظائف زناشویی، ترک اقامتگاه خانواده بدون عذر موجه، الکلیسم و نظایر آن را بعنوان دلیل قابل قبول و سبب انحلال نکاح پذیرفته است.

طلاق در حقوق چین کمونیست

قانون خانواده مصوب ۱۹۵۰ چین علت و موجب خاصی را برای طلاق تعیین نکرده است، ولی طبق ماده ۱۷ قانون خانواده و مواد ۵ و ۶ آیین نامه اجرای مقررات ثبت ازدواج، هر عاملی که سبب عدم سازش بین زوجین باشد برای طلاق کافی است. به همین علت دادگاههای چین توافق زوجین را برای طلاق کافی دانسته و یا مراجعه احد از آنها و اصرار و پافشاری یک طرفه برای طلاق را برای صدور حکم طلاق کافی می‌دانند.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۰۰

طلاق در حقوق یوگسلاوی

در قوانین کشور یوگسلاوی موجبات طلاق صریحا معین شده و این علل را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد:

الف) علل کلی - این علل عبارتند از:

(۱) عدم امکان ادامه زندگی مشترک، به علت نداشتن علاقه به همدیگر و عدم تفاهم اخلاقی و اهانت و فحاشی و بدرفتاری، تا آنجا که روابط زوجین آنچنان متزلزل گردد که زندگی مشترک قابل دوام نباشد.

(۲) رضایت متقابل زوجین، در صورتی که زن و شوهر متراضیا مبادرت به تسلیم دادخواست طلاق نمایند.

ب) علل خاص - این علل عبارتند از:

(۱) زنا، در صورتی که یک سال از آن نگذشته باشد چون بموجب ماده ۶۷ قانون ازدواج یوگسلاوی مرور زمان این حق یک ساله است.

(۲) ترک همسر و خانواده، به موجب ماده ۶۱ قانون ازدواج، چنانچه کسی همسر و خانواده را بدون عذر موجه به منظور کینه‌توزی ترک کند و ۶ ماه از تاریخ ترک خانواده گذشته باشد، مورد از موارد طلاق خواهد بود.

(۳) اگر یکی از زوجین دو سال غایب مفقود الاثر باشد، در این صورت همسرش می‌تواند تقاضای طلاق کند، و در صورتی که همسر در زمان جنگ مفقود الاثر شده باشد، طبق ماده ۶۲ قانون ازدواج، وقتی حق طلاق برای همسرش ایجاد خواهد شد که یک سال از خاتمه جنگ گذشته باشد، بنابراین اگر دو سال مذکور همزمان با پایان جنگ منقضی شده باشد همسر غایب برای اقامه دعوی طلاق باید یک سال هم از تاریخ پایان جنگ صبر کند.

(۴) سوء قصد، هرگاه یکی از زوجین نسبت به زندگی همسر خود سوء قصد کرده باشد و یا از سوء قصد شخص ثالث نسبت به جان همسرش مطلع گردد ولی

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۰۱

برای حفظ وی اقدام نکرده یا او را از توطئه مزبور آگاه نسازد، مورد از موارد طلاق است؛ در صورتی که همسر مقصّر از این عمل خود عذرخواهی کند حق طلاق ساقط خواهد شد.

۵) مرض روحی غیر قابل علاج یا از بین رفتن قوه تمیز و شعور، در صورتی که این امراض بعد از انعقاد عقد نکاح عارض شده باشد.

۶) محکومیت، ارتکاب هر یک از زوجین به جرمی علیه منافع ملت و دولت یا جرمی خلاف حیثیت و یا ارتکاب هر نوع جرم با مجازات حبس بیش از سه سال، طبق ماده ۶۳ قانون ازدواج، از اسباب و علل طلاق می‌تواند باشد.

۷) ماده ۵۹ قانون مزبور، اهانت و فحاشی و داشتن زندگی غیر شرافتمندانه یا امر دیگری نظیر بدرفتاری و غیره که زندگی مشترک را غیر قابل تحمل سازد از موجبات و علل طلاق دانسته است؛ که می‌توان علل مزبور را جزو علل کلی دانست.

طلاق در حقوق کوبا

در کوبا علاوه بر اینکه طلاق به توافق زوجین، بدون نیاز به ذکر علت، واقع می‌شود، ماده ۳ قانون طلاق مصوب سال ۱۹۴۳ مواردی از قبیل زنا، تحریک به فساد و فحشاء را به عنوان علل طلاق احصاء کرده بود، ولی در قانون مصوب ۱۹۷۵ پیش‌بینی شده است که دادگاه فقط وقتی حکم طلاق صادر می‌کند که با توافق زوجین درخواست شده باشد یا با اقامه دلائل کافی ثابت گردد که زندگی مشترک برای زوجین و اطفال و بالاخره جامعه مفهوم واقعی خود را از دست داده است؛ بنابراین موجبات طلاق در قانون اخیر الذکر کوبا حصری نیست و اثبات عدم امکان سازش بهر سببی امکان‌پذیر است.

تذکار: کوبا از کشورهای معدودی است که مثل فرانسه برای زن مطلقه عده

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۰۲

قائل شده و مدت عده سیصد روز است، مگر اینکه زن حامل باشد که در این صورت مدت عده تا وضع حمل است.

در بیشتر کشورهای ذکر شده طلاق موقعی انجام می‌گیرد که ترتیب مطمئنی برای اداره صغار حاصل از ازدواج داده شده باشد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۰۳

ضمائم

اشاره

ضمیمه شماره ۱، صیغ مفصله عقد نکاح ضمیمه شماره ۲، رأی وحدت رویه در مورد ماده ۱۰۴۳ ق.م.

ضمیمه شماره ۳، شرایط مندرج در نکاحیه ضمیمه شماره ۴، دادگاه صالح در دعاوی خانواده ضمیمه شماره ۵، سؤال ملا علی نوری از میرزای قمی در مورد بذل مدت توسط ولی و پاسخ آن

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۰۵

ضمیمه شماره ۱

همانطور که در متن اشاره شد، با توجه به اهمیت موضوع نکاح و امر تزویج و بمنظور آنکه بطور یقین لفظی که دلالت بر انشاء امر مزبور از ناحیه زوجین می‌نماید باید بطور صحیح و بی‌غلط انجام گیرد، لذا صیغه‌های زیر برای احتیاط درج می‌شود تا مورد ملاحظه قرار گیرد.

صیغ مفصله ذیل با توجه به تقدّم و تأخر دو مفعول واژه تزویج و نکاح و حروف جر مختلفی که از نظر ادبی در تعدیه این دو صیغه

بکار می‌رود تنظیم گردیده است.

چنانچه زوجه شخصا عاقد باشد می‌گوید: / زوج در جواب می‌گوید:

(۱) زَوَّجْتُكَ نَفْسِي عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْلُومِ / قبلت التَّزْوِيجَ لِنَفْسِي عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْلُومِ

(۲) زَوَّجْتُ نَفْسِي مِنْكَ عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْلُومِ / قبلت التَّزْوِيجَ لِنَفْسِي عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْلُومِ

(۳) زَوَّجْتُ مِنْكَ نَفْسِي عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْلُومِ / قبلت التَّزْوِيجَ لِنَفْسِي عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْلُومِ

(۴) زَوَّجْتُ نَفْسِي لَكَ عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْلُومِ / قبلت التَّزْوِيجَ لِنَفْسِي عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْلُومِ

(۵) زَوَّجْتُ لَكَ نَفْسِي عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْلُومِ / قبلت التَّزْوِيجَ لِنَفْسِي عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْلُومِ

(۶) زَوَّجْتُ نَفْسِي بِكَ عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْلُومِ / قبلت التَّزْوِيجَ لِنَفْسِي عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْلُومِ

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۰۶

(۷) زَوَّجْتُ بِكَ نَفْسِي عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْلُومِ / قبلت التَّزْوِيجَ لِنَفْسِي عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْلُومِ

(۸) انْكَحْتُ نَفْسِي مِنْكَ عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْلُومِ / قبلت النِّكَاحَ لِنَفْسِي عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْلُومِ

(۹) انْكَحْتُكَ نَفْسِي عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْلُومِ / قبلت النِّكَاحَ لِنَفْسِي عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْلُومِ

(۱۰) انْكَحْتُ مِنْكَ نَفْسِي عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْتَيْنِ / قبلت النِّكَاحَ لِنَفْسِي عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْتَيْنِ

ممکن است صیغه نکاح توسط وکیل طرفین اجراء گردد. وکیل می‌تواند یک نفر باشد که از سوی هر دو نفر صیغه را جاری می‌سازد.

در صورتی که صیغه نکاح توسط وکیل انجام گیرد بصورت ذیل اجرا خواهد شد:

وکیل زوجه خطاب به وکیل زوج می‌گوید: / وکیل زوج می‌گوید:

(۱) زَوَّجْتُ مُوَكَّلَتِي فَلَانَهُ مُوَكَّلَكَ فَلَانَ عَلَى الْمَهْرِ الْمَعْلُومِ / قبلت التَّزْوِيجَ لِمُوَكَّلِي فَلَانَ عَلَى الْمَهْرِ الْمَعْلُومِ

(۲) زَوَّجْتُ مُوَكَّلَكَ فَلَانَ مُوَكَّلَتِي فَلَانَهُ عَلَى الْمَهْرِ الْمَعْلُومِ / قبلت التَّزْوِيجَ لِمُوَكَّلِي فَلَانَ عَلَى الْمَهْرِ الْمَعْلُومِ

(۳) زَوَّجْتُ مُوَكَّلَتِي فَلَانَهُ مِنْ مُوَكَّلَكَ فَلَانَ عَلَى الْمَهْرِ الْمَعْلُومِ / قبلت التَّزْوِيجَ لِمُوَكَّلِي فَلَانَ عَلَى الْمَهْرِ الْمَعْلُومِ

(۴) زَوَّجْتُ مِنْ مُوَكَّلَكَ فَلَانَ مُوَكَّلَتِي فَلَانَهُ عَلَى الْمَهْرِ الْمَعْلُومِ / قبلت التَّزْوِيجَ لِمُوَكَّلِي فَلَانَ عَلَى الْمَهْرِ الْمَعْلُومِ

(۵) زَوَّجْتُ مُوَكَّلَتِي فَلَانَهُ لِمُوَكَّلَكَ فَلَانَ عَلَى الْمَهْرِ الْمَعْلُومِ / قبلت التَّزْوِيجَ لِمُوَكَّلِي فَلَانَ عَلَى الْمَهْرِ الْمَعْلُومِ

(۶) زَوَّجْتُ لِمُوَكَّلَكَ فَلَانَ مُوَكَّلَتِي فَلَانَهُ عَلَى الْمَهْرِ الْمَعْلُومِ / قبلت التَّزْوِيجَ لِمُوَكَّلِي فَلَانَ عَلَى الْمَهْرِ الْمَعْلُومِ

(۷) زَوَّجْتُ الْمَرْأَةَ الْمَعْلُومَةَ فَلَانَهُ الْمَرْءَ الْمَعْلُومَ فَلَانَ عَلَى الْمَهْرِ الْمَعْلُومِ / قبلت التَّزْوِيجَ لِلْمَرْءِ الْمَعْلُومِ فَلَانَ عَلَى الْمَهْرِ الْمَعْلُومِ

(۸) زَوَّجْتُ فَلَانَهُ فَلَانَ عَلَى الْمَهْرِ الْمَعْلُومِ / قبلت التَّزْوِيجَ لِفَلَانَ عَلَى الْمَهْرِ الْمَعْلُومِ

(۹) زَوَّجْتُهَا إِيَّاهُ عَلَى الْمَهْرِ الْمَعْلُومِ / قبلت التَّزْوِيجَ لَهُ عَلَى الْمَهْرِ الْمَعْلُومِ

(۱۰) زَوَّجْتَهُ إِيَّاهَا عَلَى الْمَهْرِ الْمَعْلُومِ / قبلت التَّزْوِيجَ لَهُ عَلَى الْمَهْرِ الْمَعْلُومِ

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۰۷

اجرای صیغه بوسیله وکیل با صیغه «انکحت»:

وکیل زوجه: / وکیل زوج:

(۱۱) انْكَحْتُ مُوَكَّلَتِي فَلَانَهُ مُوَكَّلَكَ فَلَانَ عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْلُومِ / قبلت النِّكَاحَ لِمُوَكَّلِي فَلَانَ عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْلُومِ

(۱۲) انْكَحْتُ مُوَكَّلَكَ فَلَانَ مُوَكَّلَتِي فَلَانَهُ عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْلُومِ / قبلت النِّكَاحَ لِمُوَكَّلِي فَلَانَ عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْلُومِ

(۱۳) انْكَحْتُ مُوَكَّلَتِي فَلَانَهُ مِنْ مُوَكَّلَكَ فَلَانَ عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْلُومِ / قبلت النِّكَاحَ لِمُوَكَّلِي فَلَانَ عَلَى الصَّدَاقِ الْمَعْلُومِ

- (۱۴) انکحت من موکلك فلان موکلتی فلانه على الصّداق/ قبلت النّکاح لموکلی فلان على الصّداق المعلوم
- (۱۵) انکحت موکلتی فلانه لموکلك فلان على الصّداق المعلوم/ قبلت النّکاح لموکلی فلان على الصّداق المعلوم
- (۱۶) انکحت لموکلك فلان موکلتی فلانه على الصّداق المعلوم/ قبلت النّکاح لموکلی فلان على الصّداق المعلوم
- (۱۷) انکحت المرأة المعلومه فلانه المرء المعلوم على الصّداق المعلوم/ قبلت النّکاح للمرء المعلوم على الصّداق المعلوم
- (۱۸) انکحت فلانه فلان على الصّداق المعلوم/ قبلت النّکاح لفلان على الصّداق المعلوم
- (۱۹) انکحتها اياه على الصّداق المعلوم/ قبلت النّکاح له على الصّداق المعلوم
- (۲۰) انکحته اياها على الصّداق المعلوم/ قبلت النّکاح له على الصّداق المعلوم
- بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۰۸

ضمیمه شماره ۲

رأی وحدت رویه اخیر الصدور هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مورد ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی:

در خصوص استنباط از ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی بین شعب دادگاه مدنی خاص آراء مختلفی صادر گردید مراتب برای اتخاذ رویه واحد از طرف دادستان کل کشور در هیأت عمومی دیوان عالی کشور مطرح و رأی وحدت رویه شماره ۱ ردیف ۶۲/۶۲ صادر گردید. جریان امر بطور خلاصه بشرح زیر بوده است:

(۱-۱) آقای ... بشرح پرونده ... شعبه اول دادگاه مدنی خاص به خواسته فسخ عقدنامه دادخواستی بطرفیت آقای ... تقدیم و توضیح داده خواننده دختر ۱۷ ساله اش را اغفال و بدون کسب اجازه از ولی با او ازدواج کرده است. دادگاه پس از رسیدگی دعوی را مردود و عقد را صحیح اعلام داشته است؛ از رأی پژوهش‌خواهی بعمل آمده، و شعبه اول دادگاه تجدید نظر اعلام داشته اجازه ولی شرط صحت عقد بوده و بدین ترتیب حکم بدوی را مخدوش تشخیص و فسخ کرده است.

(۱-۲) مجددا خواهان نامبرده بطرفین خواننده فوق دادخواستی به خواسته ابطال سند ازدواج دوم به شعبه نهم دادگاه مدنی خاص تقدیم و توضیح داده آقای، ... خواننده فوق، بعد از صدور رأی شعبه اول دادگاه تجدید نظر بدون اخذ رضایت ولی با دخترش بنام ... مبادرت به ازدواج و تنظیم سند ازدواج نموده است، دادگاه مذکور بعد از رسیدگی اعلام

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۰۹

داشته چون این ازدواج بعد از بطلان ازدواج اول صورت گرفته و هنگام ازدواج مجدد آقای ... با خانم ... مشار الیها بیوه بوده ازدواج را خالی از اشکال تشخیص و حکم بر رد دعوی صادر کرده است؛ خواهان از رأی صادره پژوهش‌خواهی بعمل آورده و شعبه اول دادگاه تجدید نظر این بار حکم را صحیح تشخیص و تأیید کرده است.

(۱-۲) در پرونده مشابه آقای ... بطرفیت آقای ... دادخواستی به خواسته ابطال نکاح به شعبه اول دادگاه مدنی خاص تقدیم و توضیح داده دخترش که کمتر از ۱۸ سال داشته با اغفال خواننده به نکاح او درآمده است دادگاه پس از رسیدگی حکم به بطلان نکاح مزبور صادر کرده است.

(۲-۲) مجددا خواهان نامبرده دادخواست دیگر به طرفیت خواننده مزبور به شعبه اول دادگاه مدنی خاص تقدیم و توضیح داده بعد از صدور حکم به بطلان ازدواج اول خواننده مجددا با مراجعه به دفترخانه بار دیگر با دخترش ازدواج کرده است، دادگاه بعد از رسیدگی حکم به بطلان ازدواج دوم نیز صادر کرده است.

بشرح فوق الذکر بین آراء صادره از شعبه نهم دادگاه مدنی خاص و شعبه اول دادگاه تجدید نظر مدنی خاص از یک طرف، و رأی شعبه اول دادگاه مدنی خاص که در پرونده اخیر صادر گردیده از طرف دیگر، اختلاف و تهافت بوجود آمده موضوع در هیأت

عمومی دیوان عالی کشور طرح و هیأت مذکور در ۶۳/۱/۲۹ بشرح زیر اظهار نظر کرده است:

متن رأی: «با توجه به نظر اکثر فقها و بویژه نظر مبارک حضرت امام مد ظله العالی در حاشیه عروه الوثقی و نظر حضرت آیت الله العظمی منتظری که در پرونده منعکس است و همچنین با عنایت به ملاک صدر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، عقد دوم از نظر این هیأت صحیح و ولایت پدر نسبت به چنین عقدی ساقط است، و مشروعیت دخول قبل از عقد شرط صحت عقد و یا شرط سقوط ولایت پدر نیست و دخول مطلقاً (مشروع باشد یا غیر مشروع) سبب سقوط ولایت پدر می‌باشد، بنابراین رأی شعبه نهم مدنی خاص موضوع دادنامه شماره ۲۷۹/۹ - ۲۸/۱۱/۵۹ دایر بر صحت عقد دوم طبق موازین شرعی و قانونی صادر شده و صحیح است و این رأی برای محاکم در موارد مشابه لازم الاتباع است».

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۱۰

ضمیمه شماره ۳

شرایط مندرج در نکاحیه

اخیراً شورای عالی قضائی طی مصوبه «۳۴۸۲۳/۱ - ۱۹/۷/۶۱» و «۳۱۸۲۳/۱ - ۲۸/۶/۶۲» به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور ابلاغ کرده است که در دفترچه‌های نکاحیه‌ای که در اختیار سردفتران قرار می‌گیرد، شرایطی به عنوان شرائط ضمن عقد یا عقد خارج لازم درج شود. و سردفتر می‌بایست حین نکاح آن شرایط را مورد به مورد به زوجین تفهیم نماید. شرطی که مورد توافق زوجین واقع و به امضاء آنها رسیده باشد، بعنوان شرط ضمن العقد معتبر خواهد بود. شرائطی که در دفترچه‌های نکاحیه فعلی چاپ شده بشرح زیر است:

شرایط ضمن عقد یا عقد خارج لازم

۱) ضمن «عقد نکاح/ عقد خارج لازم» زوجه شرط نمود هرگاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد و طبق تشخیص دادگاه تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظائف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نبوده، زوج موظف است تا نصف دارائی موجود خود را که در ایام زناشویی با او بدست آورده یا معادل آن را طبق نظر دادگاه بلاعوض به زوجه منتقل نماید.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۱۱

(بنظر می‌رسد که بهتر بود بجای «زوجه شرط نمود» نوشته می‌شد «طرفین شرط نمودند» چون درست است که مشروط لها زوجه است، ولی شرط مربوط به طرفین و ناشی از توافق اراده و قصد و رضای دو طرف است).

۲- ضمن «عقد نکاح/ عقد خارج لازم» زوج به زوجه وکالت بلاعزل با حقّ توکیل غیر داد که در موارد مشروحه زیر با رجوع به دادگاه و اخذ مجوز از دادگاه، پس از انتخاب نوع طلاق، خود را مطلقه نماید. و نیز به زوجه وکالت بلاعزل با حقّ توکیل غیر داد تا در صورت بذل از طرف او قبول نماید.

مواردی که زن می‌تواند حسب مورد تقاضای صدور اجازه طلاق نماید، بشرح زیر است:

۱) استنکاف شوهر از دادن نفقه زن به مدت ۶ ماه به هر عنوان، و عدم امکان الزام او به تأدیه نفقه، و همچنین در موردی که شوهر سایر حقوق واجبه زن را به مدت ۶ ماه وفا نکند، و اجبار او به ایفاء هم ممکن نباشد.

۲) سوء رفتار و یا سوء معاشرت زوج، بحدی که ادامه زندگی را برای زوجه غیر قابل تحمل نماید.

۳) ابتلاء زوج به امراض صعب العلاج، به نحوی که دوام زناشویی برای زوجه مخاطره‌آمیز باشد.

(۴) جنون زوج در مواردی که فسخ نکاح شرعا ممکن نباشد.

(۵) عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال زوج به شغلی که طبق نظر دادگاه صالح منافی با مصالح خانوادگی و حیثیت زوجه باشد.

(۶) محکومیت شوهر به حکم قطعی به مجازات ۵ سال حبس یا بیشتر یا به جزای نقدی که بر اثر عجز از پرداخت منجر به ۵ سال بازداشت شود، یا به حبس و جزای نقدی که مجموعاً منتهی به ۵ سال یا بیشتر بازداشت شود و حکم و مجازات در حال اجرا باشد.

(۷) ابتلاء زوج به هر گونه اعتیاد مضری که به تشخیص دادگاه به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و ادامه زندگی برای زوجه دشوار باشد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۱۲

(۸) زوج زندگی خانوادگی را بدون عذر موجه ترک کند. تشخیص ترک زندگی خانوادگی و تشخیص عذر موجه با دادگاه است؛ و یا شش ماه متوالی بدون عذر موجه از نظر دادگاه غیبت نماید.

(۹) محکومیت قطعی زوج در اثر ارتکاب جرم، و اجراء هر گونه مجازات اعم از حد و تعزیر در اثر ارتکاب جرمی که مغایر با حیثیت خانوادگی و شئون زوجه باشد.

تشخیص اینکه مجازات مغایر با حیثیت و شئون خانوادگی است با توجه به وضع و موقعیت زوجه و عرف و موازین دیگر با دادگاه است.

(۱۰) در صورتی که پس از گذشت ۵ سال زوجه از شوهر خود به جهت عقیم بودن و یا عوارض جسمی دیگر زوج، صاحب فرزند نشود.

(۱۱) در صورتی که زوج مفقود الاثر شود و ظرف ۶ ماه پس از مراجعه زوجه به دادگاه پیدا نشود.

(۱۲) زوج همسر دیگری بدون رضایت زوجه اختیار کند، یا به تشخیص دادگاه نسبت به همسران خود اجرای عدالت ننماید.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۱۳

ضمیمه شماره ۴

دادگاه صالح در دعاوی خانواده

به موجب ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب اول مهر ماه سال پنجاه و هشت، رسیدگی به دعاوی راجع به نکاح و طلاق و فسخ نکاح و مهر و نفقه زوج و سایر اشخاص واجب النفقه و حضانت، در صلاحیت دادگاههای مدنی خاص قرار گرفته است.

قبلاً لازم است در زمینه گذشته تاریخی و فلسفه ایجاد آن توضیحات مختصری داده شود.

سابقه تاریخی

دادگاههای مدنی خاص از تأسیسات حقوقی بعد از انقلاب اسلامی ایران است. تأسیس آن بر این اندیشه مبتنی بوده است که تا زمانی که زمینه و امکان حل و فصل کلیه امور و دعاوی بر اساس موازین شرعی فراهم نشده، اموری که حیثیت شرعی آن در خور توجه و اهمیت بیشتری است، در این دادگاهها توسط مجتهدین جامع الشرائط و با رعایت مقررات شرعی رسیدگی شود.

در بین معتقدین به اجرای مقررات شرعی دو نظریه وجود داشت؛ بعضی بدون در نظر گرفتن محدودیتها و ارزیابی امکانات و

نیازهای جامعه، به اجرای فوری و بدون تأخیر مقررات شرعیه معتقد بودند؛ و در مقابل، عده‌ای هم بر مبنای «الاهم فالاهم و الاقدم فالاقدم» به اجرای تدریجی مقررات شرعیه، با در نظر گرفتن امکانات و احتیاجات بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۱۴ جامعه، اعتقاد داشتند.

گروه دوم که در میان تصمیم‌گیرندگان آن روز دادگستری اکثریت داشتند، موفق به اجرای طرح تأسیس دادگاههای مدنی خاص شدند؛ تا هم قسمتی از دعاوی شرعیه و امور حسبه در این دادگاهها توسط فقهاء و مجتهدین فیصله یابد، و هم دادگاههای عرفی به کارهای عادی خود پردازند، تا نظام حقوقی جامعه دچار اختلال نگردد. روی این اساس، لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص در تاریخ مهر ماه سال ۱۳۵۸ از تصویب شورای انقلاب جمهوری اسلامی گذشت.

البته پیش از این، محاکم شرع به شرحی که در قانون محاکم شرع مصوب آذرماه سال ۱۳۱۰ مقرر شده بود، وجود داشتند. به موجب قانون مزبور محکمه شرع از یک مجتهد جامع الشرائط تشکیل می‌شد، و در تهران می‌توانست دو معاون که به درجه اجتهاد رسیده باشند داشته باشد. در حوزه‌هایی که وزارت عدلیه محکمه شرع تشکیل نداده بود، محضر رسمی قائم مقام محکمه شرع بوده و هر محضر شرع از یک مجتهد جامع الشرائط تشکیل می‌شد. مرجع تجدید نظر در احکام محاکم شرع ولایات، محکمه شرع تهران بود و مرجع تجدید نظر در احکام محکمه شرع تهران بدین ترتیب معین می‌شد که محکمه شرع تهران در جلسه علنی با حضور طرفین یا نمایندگان آنها و در صورت عدم حضور یکی از طرفین با حضور طرف دیگر، و نیز با حضور نماینده مدعی العموم یک نفر از مجتهدین جامع الشرائط تهران را برای تجدید نظر با قرعه تعیین می‌کرد؛ البته استقرا از میان مجتهدینی بعمل می‌آمد که از طرف وزارت عدلیه تعیین و به محکمه شرع معرفی می‌شدند.

صلاحیت محاکم شرع به دعاوی راجع به اصل نکاح و طلاق، و مورد مذکور در ماده ۱۰ قانون ازدواج محدود بود. اینک برای توضیح بیشتر، ماده ۱۰ قانون ازدواج عیناً نقل می‌گردد:

«زن می‌تواند در مورد استنکاف شوهر از دادن نفقه به محکمه رجوع کند، در این صورت محکمه میزان نفقه را معین و شوهر را به دادن آن محکوم خواهد کرد.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۱۵

هرگاه اجرای حکم مزبور ممکن نباشد، زن می‌تواند برای تفریق از طریق محاکم عدلیه به محاکم شرع رجوع کند».

این حکم، در ماده ۱۱۲۹ ق.م. بدین نحو بیان شده است: «در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجراء حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر او را اجبار به طلاق می‌نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه».

البته به نظر عده‌ای صلاحیت محکمه شرع در این مورد با تصویب قانون حمایت خانواده منتفی شده بود، چرا که رسیدگی به دعاوی خانوادگی در صلاحیت دادگاههای خانواده (که شعبی از دادگاه شهرستان و در نقاطی که دادگاه شهرستان نبود، دادگاه بخش بود) قرار گرفت، که دعوی خانوادگی شامل این مورد نیز می‌شد. ضمناً افراد حق مراجعه مستقیم به محاکم شرع نداشتند، و دعاوی از طرف دادگاهها یا دادرها به محاکم مزبور ارجاع می‌شد، و رسیدگی در محکمه شرع طبق موازین شرعی صورت می‌گرفت. محکمه پس از صدور حکم باید آن را ظرف دو روز به دفتر محکمه یا دادرایی که موضوع را ارجاع کرده بود می‌فرستاد، و مدیر دفتر محکمه یا دادر حکم را برای ابلاغ به طرفین ظرف دو روز به مأمور ابلاغ می‌داد. احکام محکمه شرع جز در صورتی که طرفین قبل از صدور حکم کتباً از حق اعتراض صرفنظر می‌کردند یا حکم مستند به اقرار صادر می‌شد، قابل تجدید نظر بود.

پس از صدور رأی قطعی از طرف محاکم شرع، مرجعی که دعوی را به محکمه شرع ارجاع کرده بود، بر اساس حکم محکمه شرع رأی خود را صادر می‌کرد.

برای مثال، شوهری علیه زن خود در دادگاه دعوی تمکین اقامه می‌کند، زن در مقام دفاع مدعی وقوع طلاق می‌شود، و شوهر منکر طلاق می‌گردد، در این مورد محکمه‌ای که به تمکین رسیدگی می‌کرد، به علت اختلاف در اصل طلاق دعوی بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۱۶

را به محکمه شرع ارجاع می‌داد، پس از صدور حکم قطعی محکمه شرع در مورد طلاق، دادگاه رسیدگی کننده به دعوی تمکین مکلف به تبعیت از حکم محکمه شرع بود و بر اساس آن در مورد دعوی تمکین حکم صادر می‌کرد.

تأسیس دادگاههای مدنی خاص

بطوری که ملاحظه می‌شود، دایره عمل محاکم شرع بسیار محدود و اثر آن در جامعه نامحسوس بود، و این تصور می‌رفت که جامعه اسلامی در اختلافات راجع به زناشویی، دعاوی خانوادگی، امور حسبی، وقف، وصیت و امثال آن تشنه قضاوت فقها و مجتهدین جامع الشرائط است. به همین جهت لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص در تاریخ ۸/۷/۵۸ به تصویب شورای انقلاب رسید. این لایحه دارای ۱۹ ماده و ۲ تبصره است. و در تاریخ ۲۴/۲/۵۹ به موجب لایحه قانونی اصلاح لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص، مواد ۱ و ۲ و ۸ و ۱۱ و ۱۵ آن اصلاح و ماده ۲۰ به آن افزوده شد. در سال ۱۳۶۰ نیز یک بند به عنوان بند ۵ به ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص اضافه گشت.

به موجب ماده ۱ لایحه قانونی مزبور و اصلاحیه آن، دادگاه مدنی خاص از یک مجتهد جامع الشرائط یا فرد صالحی که منصوب از طرف وی باشد، و یک یا دو مشاور حقوقدان تشکیل می‌شود. ریاست دادگاه و صدور حکم با مجتهد مذکور یا فرد منصوب از طرف او است، و عضو مشاور علاوه بر مشاوره با رئیس دادگاه نظارت در امور اداری و دفتری و ابلاغ و اجراء را به عهده دارد.

تحقیق و بررسی

آنچه که در این ماده می‌تواند مورد بحث قرار گیرد فرد صالح منصوب از طرف مجتهد است؛ در واقع معلوم نیست اگر مجتهدی که بعنوان رئیس یک دادگاه مدنی خاص انتخاب می‌شود، خود او حق دارد بجای خود فردی را بعنوان فرد صالح به طور موقت یا دائم به این سمت بگمارد؟ و اگر چنین کاری انجام دهد، چه

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۱۷

اشکالی بر این کار از نظر قانونی وارد است؟

فرض کنیم مجتهد جامع الشرائط بعنوان رئیس دادگاه مدنی خاص از طرف شورایعالی قضائی تعیین شود، اگر این مجتهد به فرد صالحی (بفردی که او را صالح می‌داند) ابلاغ دهد که در غیاب او یا علی‌الدوام تصدی شعبه دادگاه را به عهده گیرد، تکلیف چه خواهد بود؟ اگر گفته شود چنین مجتهدی حق تعیین فرد صالح را ندارد که خلاف ظاهر ماده است، و اگر چنین کاری مجاز شناخته شود، نظم دادگاه مختل و نظارت شورایعالی قضائی متعسر خواهد گردید.

بنظر می‌رسد استنباط فوق از ماده مزبور صحیح نباشد؛ ماده ۱ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص در مقام این نبوده است که به مجتهدی که به ریاست دادگاه تعیین می‌شود، اجازه دهد دیگری را هر چند صالح باشد بجای خود به تصدی دادگاه مأمور و منصوب کند، بلکه منظور این است که انتخاب قاضی دادگاه مدنی یا از میان مجتهدین واجد شرایط بعمل آید، و یا از بین کسانی که به تشخیص مجتهدین جامع الشرائط برای تصدی این مقام صالح باشند؛ مسلماً انتخاب کننده مقامی است که نصب و عزل قضات

در صلاحیت آنها است؛ در واقع انتخاب‌کننده شورایعالی قضائی خواهد بود.

قانون‌گذار در این ماده فرد صالح را تعریف نکرده، و معلوم نیست چه کسی از این نظر صالح است؛ ولی با توجه به اینکه در سال ۱۳۶۱ در قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری، شرایط لازم برای قضات تعیین شده، می‌توان گفت منظور از فرد صالح کسی است که واجد شرایطی باشد که برای قضات لازم شمرده شده است.

تجدید نظر در احکام صادره

ماده ۲ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص، اصلاح شده در سال ۱۳۵۹ «۱»، مرجع تجدید نظر از آراء دادگاه بدوی را مجتهدین و قضات مأذونی دانسته است که

(۱) مجموعه قوانین سال ۱۳۵۹، ص ۹۵.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۱۸

توسط شورایعالی قضائی تعیین می‌شوند، و اگر در محلی مرجع تجدید نظر نباشد، بعبارت دیگر افراد واجد شرایط در محل نباشند، به مرجع تجدید نظر مرکز استان مراجعه خواهد شد. موارد تجدید نظر نیز در ماده ۱۲ معین شده است. به موجب این ماده احکام دادگاههای مدنی خاص جز در موارد مشروحه ذیل قابل تجدید نظر است:

الف) مواردی که حکم مستند به اقرار باشد.

ب) مواردی که طرفین قبل از صدور حکم از حق درخواست تجدید نظر صرف‌نظر کرده باشند.

ج) حکم مستند به رأی یک یا چند نفر داور یا کارشناس باشد که طرفین کتبا رأی آنها را قاطع دعوی قرار داده باشند.

د) دعاوی مالی که خواسته دعوی بیش از دویست هزار ریال نباشد.

نظریه شورای نگهبان

ماده ۱۲ با اظهار نظر مورخ ۲۷/۵/۶۲ شورای نگهبان، به علت مغایرت با موازین شرعی، ملغی شده تلقی گردیده است. بدین معنا که تجدید نظر منحصر به مواردی شده که ادعای عدم صلاحیت قاضی شده باشد، یا حکم مخالف ضرورت فقهی، یا غفلت قاضی از دلیل باشد.

عین نظریه شورای نگهبان به شرح زیر است:

«تجدید نظر در حکم حاکم شرع جز در مورد ادعای عدم صلاحیت قاضی از سوی احد متداعیین، و در مواردی که حکم مخالف ضرورت فقهی و یا غفلت قاضی از دلیل باشد، جائز نیست «۱»».

(۱) مجموعه قوانین سال ۱۳۶۲، ص ۴۲۶.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۱۹

صلاحیت دادگاه مدنی خاص

ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص «۱» و اصلاحیه آن «۲» صلاحیت دادگاههای مدنی خاص را به شرح زیر تعیین کرده است:

(۱) دعاوی راجع به نکاح و طلاق و فسخ نکاح و مهر و نفقه زوجه و سایر اشخاص واجب النفقه و حضانت.

(۲) دعاوی راجع به نسب و وصیت و وقف و ثلث و حبس و تولیت و وصایت.

(۳) نصب قیم و ناظر و ضمّ امین و عزل آنها.

(۴) سایر دعاوی حقوقی به تراضی طرفین دعوی.

(۵) دادگاههای مدنی خاص می‌توانند در امور جزائی که با دعاوی حقوقی مطروحه در آن دادگاه ارتباط مستقیم پیدا می‌کند رسیدگی نموده حکم مقتضی را طبق مقررات صادر نمایند.

بطوری که ملاحظه می‌شود بندهای ۱ و ۳ این ماده کلیه اموری را که رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاههای حمایت خانواده بود، به دادگاه مدنی خاص واگذار کرد، مضافاً اینکه دعاوی راجع به اصل نکاح و طلاق را نیز که خارج از صلاحیت دادگاه خانواده و در صلاحیت اختصاصی محاکم شرع بود، و نیز دعاوی راجع به وصیت، وقف، ثلث، حبس تولیت و وصایت و رسیدگی به امور جزائی را که ارتباط مستقیم با دعوی حقوقی مطروحه در دادگاه مدنی خاص داشته باشد، قانون‌گذار به دادگاه مدنی خاص محول کرده است.

موضوع بند ۵ که طی اصلاحیه سال ۱۳۶۰ به صلاحیت دادگاههای مدنی خاص اضافه شد، منظور جرائمی است که دقیقاً با دعاوی حقوقی مطروحه در آن دادگاه مربوط است، که نمونه‌های آن ذیلاً اشاره می‌شود:

(۱) مجموعه قوانین سال ۱۳۵۸، ص ۱۸۰.

(۲) مجموعه قوانین سال ۱۳۶۰، ص ۱۱۳.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۲۰

الف) ترک انفاق، زن می‌تواند در صورتی که شوهر از ادای نفقه خودداری کند، به دادگاه مدنی خاص مراجعه نماید.

ب) شکایت ازدواج مجدد طبق قانون.

فروع:

(۱) آیا دعوی جهیزیه جزو دعاوی راجع به ازدواج و طلاق محسوب می‌شود؟ و آیا رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه مدنی خاص است یا خیر؟

بنظر می‌رسد که اگر چه جهیزیه عرفاً از متفرعات ازدواج است، و معمول در خانواده‌ها این است که همراه زوجه جهیزیه‌ای به خانه شوهر می‌فرستند، ولی دعوی راجع به آن از جمله دعاوی راجع به نکاح و طلاق نیست، بلکه امری مستقل و حقوقی است که باید در دادگاههای عمومی مطرح شود؛ مگر آنکه طرفین به رسیدگی در دادگاه مدنی خاص توافق کنند.

(۲) در مورد دعاوی راجع به وقف، ثلث، وصیت و امثال آن، این موضوع قابل بررسی است که آیا هر دعوائی که یک طرف آن وقف یا ثلث و امثال آن باشد، باید در دادگاه مدنی خاص مطرح شود؟ مثلاً اگر واقف موجد بوده و تقاضای تخلیه موقوفه را از مستأجر داشته باشد، آیا دعوی تخلیه موقوفه دعوی راجع به وقف تلقی می‌شود و در دادگاه مدنی خاص باید مطرح گردد، یا آنکه این دعوی باید در دادگاه عمومی مطرح شود؟

بنظر می‌رسد منظور قانون‌گذار از دعاوی راجع به وقف یا وصیت و امثال آن، دعاوی باشد که در آن وقفیت و وصیت و غیره از حیث اصل وقفیت و وصیت و آثار و عوارض آن مطرح باشد. یعنی هر جا که اظهار نظر در باب وقف و وصیت و تولیت و آثار آن‌ها در دادگاه لازم باشد، اینگونه دعاوی باید در دادگاه مدنی خاص اقامه گردد؛ و الاً دعوی تخلیه که متولی یا واقف خواهان آن است و وقفیت و آثار آن مورد نزاع و گفتگو نیست، از شمول بند ۲ ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص خارج است.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۲۱

ترتیب رسیدگی

رسیدگی در دادگاه مدنی خاص تابع تشریفات قانونی آئین دادرسی نیست؛ تنها باید هزینه دادرسی پرداخت شود، مگر آنکه خواهان به تشخیص دادگاه معسر شناخته شود.

در رسیدگی ترتیب شرعی باید رعایت گردد. اجرای احکام این دادگاهها، طبق مقررات اجرای احکام مدنی، با دائره اجرای احکام دادگاههای عمومی است.

اما اجرای حکم دادگاه در مواردی که حکم طلاق به تقاضای زن صادر شود، حسب مورد به صورت‌های زیر انجام می‌شود:

(۱) اگر زن وکالت از شوهر داشته باشد که در صورت تحقق شرطی پس از اثبات در محکمه، وکیل و وکیل در توکیل باشد که خود را مطلقه نماید، رویه دادگاههای مدنی خاص بر این است که به دفترخانه‌های طلاق حکم محکمه را ابلاغ، و تذکر می‌دهند که زن وکالت یا توکیل غیر از شوهر در طلاق دارد.

(۲) اگر طلاق به درخواست زوجه باشد ولی وکالت در طلاق نداشته باشد، بلکه مطابق مادّتين ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ (اصلاحی) قانون مدنی تقاضای طلاق کند، دادگاه حکم به الزام شوهر به طلاق صادر می‌کند، اگر زوج از طلاق و تمکین از حکم دادگاه امتناع کند، به تجویز «الحاکم ولی الممتنع» رویه بر این است که رئیس دادگاه مدنی خاص حکم را به دفترخانه طلاق ارسال و به سر دفتر وکالت می‌دهد که به وکالت از حاکم که ولی زوج ممتنع است، صیغه طلاق را جاری نماید.

(۳) در مورد درخواست طلاق از طرف زوج، به استناد ماده ۱۱۳۳ ق.م.

تبصره ۲ ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص چنین مقرر داشته است:

«موارد طلاق همانست که در قانون مدنی و احکام شرع مقرر گردیده ولی در مواردی که شوهر به استناد ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی تقاضای طلاق می‌کند،

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۲۲

دادگاه بدوا حسب آیه کریمه: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا» (۱) موضوع را به داوری ارجاع می‌کند، و در صورتی که بین زوجین سازش حاصل نشود اجازه طلاق به زوج خواهد داد ...»

اگر چه بنظر می‌رسد آیه مورد استناد در تبصره فوق الاشعار به خوف شقاق اشاره دارد، و شقاق، ناسازگاری و اختلاف طرفین است و چندان ارتباطی با موضوع ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی که اعم از موارد شقاق است، ندارد؛ ولی به هر حال قانون مزبور تلویحا انجام طلاق در غیر موارد اختلاف و ناسازگاری را ممنوع ساخته، و مقرر داشته است که در موارد تنازع و اختلاف بدوا باید دو حکم (داور) یکی از طرف زن و دیگری از ناحیه شوهر انتخاب شوند، چنانچه این دو حکم موفق به ایجاد سازش بین زوجین نشوند، دادگاه به زوج اجازه طلاق خواهد داد. زوج به استناد این اجازه‌نامه با مراجعه به دفترخانه مبادرت به طلاق می‌نماید.

(۴) به موجب ذیل تبصره فوق الاشعار در مواردی که بین زوجین راجع به طلاق توافق شده باشد، مراجعه به دادگاه لازم نیست. طرفین می‌توانند مستقیما به دفترخانه مراجعه نموده، و دفترخانه صیغه طلاق را با رعایت موازین شرعی اجرا خواهد ساخت.

(۱) سورة نساء، آیه ۳۵: «اگر بیم جدائی بین آنان داشته باشید، داوری از سوی مرد و داوری از سوی زن اعزام نمائید، چنانچه آن دو خواهان سازش گردند، خداوند میان آنان توافق برقرار خواهد ساخت، همانا خداوند دانا و آگاه است».

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۲۳

ضمیمه شماره ۵

سؤال ملا علی نوری «۱» از میرزای قمی در مورد بذل مدّت توسط ولی و پاسخ آن

سؤال: حقیر کنیز آزادی را به جهت ضرورت و گزارشات خانه به جهت بندزادهٔ صغیر غیر بالغ، نودساله صیغه خوانده‌ام و در خانه بودند و حال مدّتی است که بنا را به ناسازگاری گذاشته جای بجائی رفته است و نشسته است و متوجّه او می‌باشم و صرفه هم به جهت ما ندارد و دلش می‌خواهد که مدّتش بخشیده شود بلکه شوهر کرده باشد، فی الجمله مشتری‌پسند هم هست آیا حقیر که ولی صغیر می‌باشم می‌توانم مدّتش را بخشیده باشم با راه صرفه به جهت صغیر ملاحظه نموده باشم، مثل مصالحه به مالی یا نمی‌توانم؟ علامه العلامی مجتهد الزمانی صاحبی آقا شیخ محمد جعفر نجفی «۲» سلمه الله تعالی در حضور حقیر فرمودند که به رأی من تو می‌توانی مدّتش را بخشیده باشی و ضرری ندارد، و این معنی را قیاس به طلاق نمودن، چنانکه جمهور فقهای ما رضی الله عنهم قیاس کرده‌اند، صورت ندارد، و اما

(۱) علامه حکیم آقا علی بن جمشید نوری، متوفی به سنه ۱۲۴۶ ه. ق. صاحب حاشیه بر اسفار.

(۲) معروف به کاشف الغطاء.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۲۴

چون نقل فروج است احتیاطی باید کرد، و عالی جناب قدسی القاب علامی مطاعی میرزا محمد مهدی مشهدی سلمه الله تعالی در این مسأله با ایشان گفتگو کردم ایشان هم فرمودند که این معنی ربط به طلاق ندارد و قیاس به آن پوچ است و احدی از فقها هم این قیاس نکرده‌اند و ولی خاطر جمع می‌تواند مدّت منقطعه صغیر را بخشیده باشد، خلاصه بسیار دلم می‌خواهد که اگر بشود و عیب و نقصی نداشته باشد این بیچاره را حسب دلخواه خودش مرخص کرده باشم بدانچه رأی صاحبی مطاعی قرار بگیرد مقرر فرموده باشند به هر نسبت تدبیری که موجب زیادتی اطمینان بوده باشد و بخاطر شریف می‌رسید قلمی فرموده باشند و عالی جناب قدسی القاب زبده الفقهای خیر الحاج الکرام الاخ اعز ارجمند حاج محمد ابراهیم کلباسی می‌نماید که می‌تواند شد و هر که فقیه است مظنه است که غیر از این نگوید و چون واجب بود مراتب را بعرض رسانیدن همه گوشیم تا چه فرمائی.

جواب ...: و اما سؤال از حال هبه مدّت و جواز آن از برای ولی، پس ذکر این مسأله در کتب فقهیه صریحا نفیا و اثباتا هیچ کدام در نظر حقیر نیست و آنچه فرموده بودند که عالی جناب علامه شیخ المشایخ العظام و قدوة الفضلاء الکرام شیخ محمد جعفر نجفی سلمه الله تعالی فرموده‌اند که جمهور فقهای ما این را قیاس به طلاق کرده‌اند و تجویز نکرده‌اند و لکن رأی ایشان جواز است حقیر تا بحال به این قیاس بر نخورده‌ام و تکذیب ایشان نمی‌کنم و من هم ذکر و فکر خود را می‌دانم زیرا که حقیر در همه چیز قلیل البضاعه می‌باشم بلید و سیئ الحفظ و بطیء الانتقال و قلیل الاسباب و الکتاب و لکن اظهر در نظر احقر جواز است به شرط مصلحت، و بدون مصلحت دلیلی بر آن نمی‌دانم، پس هرگاه بخشیدن مدّت متمتع صلح باشد به حال صغیر، هر چند به این نحو باشد که مالی به ضعیفه داده شود که او آن مال را صلح کند در عوض این مدّت و صلاح صغیر هم در آن باشد، جایز خواهد بود و شما ولایه از جانب او صلح بکنید، خصوصا از قرار تقدیر مخدومی، که معلوم نیست که صلاح در عقدی که شده بیش از این صلاحی باشد که در هبه مدّت باشد بلکه در

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۲۵

آن هم مصلحت باید منظور باشد پس هر قدر که مصلحت کار کرده این مصلحت آن را می‌تواند بردارد و قیاس به طلاق هم وجهی ندارد، و اگر در طلاق نصوص و احادیث نبود در طلاق هم می‌گفتیم که هرگاه مصلحت باشد جایز است، و مؤید این است

جواز طلاق ولی از جانب مجنون و همچنین جواز خلع، ولی هرگاه خلع را طلاق ندانیم یا محتاج به ذکر صیغه طلاق عقب آن ندانیم چنانکه تصریح به آن در قواعد و غیره شده و از این کلام نیز مستفاد می‌شود حصر عدم جواز در طلاق.

و همچنین مؤید مطلب است احادیث بسیاری که در آنها به فرزند خطاب شده بابت و مالک لاییک خصوصاً بعض آنها که در نکاح وارد شده که از عموم و علت منصوصه حکم ما نحن فیه هم ثابت می‌شود از جمله حدیثی است که کلینی «ره» به سند قوی روایت کرده است از حضرت صادق (ع) که آن حضرت فرمود که انی کنت ذات یوم عند زیاد بن عبد الله الحارثی اذ جاء رجل يستعدی علی أیه فقال صلح الله الأمير إن ابی زوج ابنتی بغیر اذنی فقال زیاد لجلسائه الذین عنده ما تقولون فیما یقول هذا الرجل قالوا نکاحه باطل قال ثم اقبل علی فقال ما تقول یا ابا عبد الله فلما سألنی اقبلت علی الذین اجابوه فقلت لهم أ لیس فیما تروون انتم عن رسول (ص) ان رجلا جاء يستعدی عن أیه فی مثل هذا فقال له رسول الله (ص) انت و مالک لاییک فقالوا بلی فقلت لهم فکیف یکون هذا و هو و ماله لاییه و لا یجوز نکاحه علیه؟ فقال اخذ بقولهم و ترک قولی.

و نیز مؤید جواز است در ما نحن فیه قول به جواز فسخ ولی عقد نکاح را به سبب عیب با مصلحت قال العلّامه فی القواعد «و هل یثبت للاولیاء الخیار الوجه ذلک مع مصلحه المولی علیه زوجا کان او زوجة و لو اختار الامضاء لم یسقط خیار المولی علیه بعد کماله فی الفسخ».

و قال ولده فی الشرح «الكلام هنا فی مسألتین الاولى هل للاولیاء الخیار فی العیب المتقدم علی العقد أم لا الاقرب ذلک مع مصلحه المولی علیه بعد کماله فی الفسخ لان الاولیاء تعمّل کل المصالح غیر الطلاق لان النص اخرجه و یحتمل عدمه
بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۲۶

لان النکاح متعلق بالشهوة و هی مختصة بالزوجین و الاصح الاول الثانیة فی العیب اذا كانت بعد العقد الوجه ذلک ایضا لما تقدم و یحتمل عدمه الی آخر ما ذکره «۱» و به هر حال اظهار در نظر حقیر جواز هبه مدت است با ملاحظه غبطه و مصلحت صغیر مخدوما! این مسأله نیز از آن بابت است که احتیاط در آن در نهایت عسر است که با ضعیفه فقیره را با کمال شوق به نکاح و خوف وقوع در زنا الزام کنند بر نشستن با وجودی که اصل صحت نکاح او نظر به اعتبار ملاحظه غبطه صغیر راه اشکال دارد که مقصود اهم خدمت خانه بوده است با استمتاع صغیر از آن کمال صعوبت به هم می‌رساند و از این طرف هم حکایت اهتمام در امر فرج است و نص صریحی بر جواز آن نیست و عمومات و آیه به این دست و پاها ساخته می‌شود که ملاحظه کردید و اگر کسی خواهد در هر مسأله بنا را به احتیاط بگذارد کجا به انجام می‌رسد و گاهست خلاف احتیاط می‌شود از راه دیگر عجل الله فرجنا به ظهور مولانا امین یا رب العالمین «۲».

و السلام

(۱) ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۱۸۲.

(۲) جامع الشتات، ص ۷۵۶.

بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۲۷

فهرست منابع و مآخذ

قرآن کریم.

احکام الاحوال الشخصية فی الشریعة الاسلامیة، شیخ حسن خالد و عدنان نجا.

احکام القرآن، جصاص.

- الاشباه و النظائر، سیوطی.
- اعلام الموقّعين، ابن قیم الجوزیه.
- الانتصار، سید مرتضی.
- ایضاح الفوائد (فی شرح القواعد)، فخر المحققین، چاپ قم، ۱۳۸۷ ق.
- تحریر الاحکام، علامه حلی.
- تحریر الوسیله، امام خمینی چاپ نجف، ۱۳۹۰ ق.
- تذکره الفقهاء، علامه حلی، چاپ تهران، ۱۳۸۸ ق، افست قم.
- تقریرات حاج شیخ عبد الکریم حائری، نوشته میرزا محمد آشتیانی.
- تهذیب الاحکام، شیخ طوسی، با تصحیح حسن موسوی خراسان، چاپ نجف، ۱۹۵۸ ق، افست بیروت.
- جامع الشتات، میرزای قمی، چاپ تهران، ۱۳۰۳ ق، افست قم.
- جامع المقاصد، محقق کرکی، چاپ تهران، ۱۲۷۲ ق.
- جزوات منتشره و منابع تهیه شده در مؤسسه حقوق تطبیقی دانشگاه تهران.
- جزوه پرسش و پاسخ شورای عالی قضایی.
- جزوه منتشره دانشکده حقوق دانشگاه تهران (بحث‌های نگارنده در مورد ضمان).
- جوامع الفقهیه.
- جواهر الکلام، محمد حسن بن محمد باقر نجفی، با تصحیح شیخ عباس قوچانی، چاپ نجف، ۱۳۷۷ ق، افست بیروت.
- حاشیه بر شرح لمعه، مرحوم کرکی.
- حاشیه بر مکاسب شیخ انصاری، سید محمد کاظم یزدی، چاپ تهران، ۱۳۷۸ ق، افست قم.
- بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۲۸
- حاشیه بر عروۃ الوثقی، میرزای نائینی.
- الحدائق الناضرة، شیخ یوسف بحرانی، چاپ قدیم.
- حقوق خانواده، دکتر لنگرودی.
- حقوق زن در اسلام و اروپا، حسن صدر.
- حقوق مدنی: دکتر امامی.
- الخلاف، شیخ طوسی، چاپ قم.
- الرساله، شافعی.
- رسالة فی المصاهره.
- ریاض المسائل، سید علی طباطبائی، ۱۲۹۲ ق، افست قم.
- السرائر، ابن ادریس، چاپ تهران، ۱۲۷۰ ق.
- سفینه النجاة، کاشف الغطاء.
- شرایع الاسلام، محقق حلی، چاپ تهران و نجف.
- شرح ارشاد، شهید اول.
- شرح لمعه، شهید ثانی، دو جلدی.

- شعائر الاسلام، اشرفی.
- صحیح، ابو عبد الله محمد بن اسماعیل بخاری، چاپ قاهره.
- صحیح، ترمذی.
- صحیح، مسلم.
- العروة الوثقی، حاج سید محمد کاظم یزدی، چاپ حروفی تهران.
- الفصول المهمه، شرف الدین.
- الفقه علی مذاهب الاربعه، عبد الرحمن جزیری.
- الفقه علی مذاهب الخمسه، محمد جواد مغنیه.
- قانون مدنی ایران.
- قانونی مدنی فرانسه.
- قواعد الاحکام، علامه حلّی، چاپ تهران، ۱۳۱۵ ق، افست قم.
- القواعد الفقهیه، میرزا حسن موسوی بجنوردی، چاپ نجف، ۱۳۹۰ ق.
- قواعد فقه، بحثهای سید مصطفی محقق داماد.
- بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، ص: ۵۲۹
- الکافی، محمد بن یعقوب کلینی، تصحیح علی اکبر غفّاری، چاپ تهران، ۱۳۷۷ ق.
- الکافی، فی الفقه، ابو الصلاح حلبی، با تحقیق رضا استادی، چاپ اصفهان، ۱۴۰۳ ق.
- کتاب القضاء، آشتیانی.
- لمعه الدمشقیه، شهید اول، چاپ بیروت.
- المبسوط فی فقه الامامیه، شیخ طوسی، چاپ ۱۳۸۷ ق.
- مجمع البیان، علامه طبرسی.
- مجمع المسائل، آیت الله گلپایگانی.
- مجموعه‌های قوانین منتشره روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران.
- مختلف الشیعه، علامه حلّی، چاپ تهران، ۱۳۲۴ ق.
- مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام، شهید ثانی، چاپ تهران، ۱۲۷۳ ق، افست قم.
- مستدرک الوسائل، حاجی نوری، چاپ تهران، ۱۳۸۲ ق.
- مستمسک العروة الوثقی، حاج سید محسن حکیم، چاپ نجف، نوبت چهارم.
- مستند الشیعه، احمد بن محمد مهدی نراقی، چاپ تهران، ۱۲۷۳ ق.
- مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، محشی، دو جلدی، چاپ ۱۳۲۵ ق.
- مناهج المتقین، مامقانی، افست قم.
- المنجد.
- منهاج الصالحین، حاج سید محسن حکیم، چاپ نجف.
- منیة الطالب، تقریرات میرزای نائینی به قلم نجفی خوانساری، چاپ نجف، ۱۳۵۷ ق.
- الموطأ، مالک.

نظام حقوق زن در اسلام، استاد شهید مرتضی مطهری.

التهایه، شیخ طوسی، چاپ بیروت، افست قم.

وسائل الشیعه، محمد بن حسن حرّ عاملی، با تصحیح عبد الرحیم ربانی شیرازی، چاپ تهران ۱۳۷۶ ق.

وسيلة النّجاه، حاج سید أبو الحسن اصفهانی، چاپ نجف.

درباره مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

بسم الله الرحمن الرحيم

جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (سوره توبه آیه ۴۱)

با اموال و جانهای خود، در راه خدا جهاد نمایید؛ این برای شما بهتر است اگر بدانید حضرت رضا (علیه السلام): خدا رحم نماید بنده‌ای که امر ما را زنده (و برپا) دارد ... علوم و دانشهای ما را یاد گیرد و به مردم یاد دهد، زیرا مردم اگر سخنان نیکوی ما را (بی آنکه چیزی از آن کاسته و یا بر آن بیافزایند) بدانند هر آینه از ما پیروی (و طبق آن عمل) می کنند

بنادر البحار-ترجمه و شرح خلاصه دو جلد بحار الانوار ص ۱۵۹

بنیانگذار مجتمع فرهنگی مذهبی قائمیه اصفهان شهید آیت الله شمس آبادی (ره) یکی از علمای برجسته شهر اصفهان بودند که در دلدادگی به اهل بیت (علیهم السلام) بخصوص حضرت علی بن موسی الرضا (علیه السلام) و امام عصر (عجل الله تعالی فرجه الشریف) شهره بوده و لذا با نظر و درایت خود در سال ۱۳۴۰ هجری شمسی بنیانگذار مرکز و راهی شد که هیچ وقت چراغ آن خاموش نشد و هر روز قوی تر و بهتر راهش را ادامه می دهند.

مرکز تحقیقات قائمیه اصفهان از سال ۱۳۸۵ هجری شمسی تحت اشرف حضرت آیت الله حاج سید حسن امامی (قدس سره الشریف) و با فعالیت خالصانه و شبانه روزی تیمی مرکب از فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مختلف مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

اهداف: دفاع از حریم شیعه و بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البيت علیهم السلام) تقویت انگیزه جوانان و عامه مردم نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی، جایگزین کردن مطالب سودمند به جای بلوتوث های بی محتوا در تلفن های همراه و رایانه ها ایجاد بستر جامع مطالعاتی بر اساس معارف قرآن کریم و اهل بیت علیهم السلام با انگیزه نشر معارف، سرویس دهی به محققین و طلاب، گسترش فرهنگ مطالعه و غنی کردن اوقات فراغت علاقمندان به نرم افزار های علوم اسلامی، در دسترس بودن منابع لازم جهت سهولت رفع ابهام و شبهات منتشره در جامعه عدالت اجتماعی: با استفاده از ابزار نو می توان بصورت تصاعدی در نشر و پخش آن همت گمارد و از طرفی عدالت اجتماعی در تزریق امکانات را در سطح کشور و باز از جهتی نشر فرهنگ اسلامی ایرانی را در سطح جهان سرعت بخشید.

از جمله فعالیتهای گسترده مرکز :

الف) چاپ و نشر ده ها عنوان کتاب، جزوه و ماهنامه همراه با برگزاری مسابقه کتابخوانی

ب) تولید صدها نرم افزار تحقیقاتی و کتابخانه ای قابل اجرا در رایانه و گوشی تلفن همراه

ج) تولید نمایشگاه های سه بعدی، پانوراما، انیمیشن، بازیهای رایانه ای و ... اماکن مذهبی، گردشگری و...

د) ایجاد سایت اینترنتی قائمیه www.ghaemiyeh.com جهت دانلود رایگان نرم افزار های تلفن همراه و چندین سایت مذهبی

دیگر

ه) تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و ... جهت نمایش در شبکه های ماهواره ای

(و) راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی (خط ۲۳۵۰۵۲۴)

(ز) طراحی سیستم های حسابداری، رسانه ساز، موبایل ساز، سامانه خود کار و دستی بلوتوث، وب کیوسک، SMS و...

(ح) همکاری افتخاری با دهها مرکز حقیقی و حقوقی از جمله بیوت آیات عظام، حوزه های علمیه، دانشگاهها، اماکن مذهبی مانند مسجد جمکران و ...

(ط) برگزاری همایش ها، و اجرای طرح مهد، ویژه کودکان و نوجوانان شرکت کننده در جلسه

(ی) برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم و دوره های تربیت مربی (حضور و مجازی) در طول سال

دفتر مرکزی: اصفهان/خ مسجد سید/ حد فاصل خیابان پنج رمضان و چهارراه وفائی / مجتمع فرهنگی مذهبی قائمیه اصفهان

تاریخ تأسیس: ۱۳۸۵ شماره ثبت: ۲۳۷۳ شناسه ملی: ۱۰۸۶۰۱۵۲۰۲۶

وب سایت: www.ghaemiyeh.com ایمیل: Info@ghaemiyeh.com فروشگاه اینترنتی:

www.eslamshop.com

تلفن ۲۵-۲۳۵۷۰۲۳-(۰۳۱۱) فکس ۲۳۵۷۰۲۲ (۰۳۱۱) دفتر تهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ (۰۲۱) بازرگانی و فروش ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹ امور

کاربران (۰۳۱۱) ۲۳۳۳۰۴۵

نکته قابل توجه اینکه بودجه این مرکز؛ مردمی، غیر دولتی و غیر انتفاعی با همت عده ای خیر اندیش اداره و تامین گردیده و لی جوابگوی حجم رو به رشد و وسیع فعالیت مذهبی و علمی حاضر و طرح های توسعه ای فرهنگی نیست، از اینرو این مرکز به فضل و کرم صاحب اصلی این خانه (قائمیه) امید داشته و امیدواریم حضرت بقیه الله الاعظم عجل الله تعالی فرجه الشریف توفیق روزافزونی را شامل همگان بنماید تا در صورت امکان در این امر مهم ما را یاری نمایند انشاءالله.

شماره حساب ۶۲۱۰۶۰۹۵۳، شماره کارت: ۶۲۷۳-۶۲۳۱-۵۳۳۱-۳۰۴۵-۱۹۷۳ و شماره حساب شبها: ۰۶۲۱-۰۰۰۰-۰۰۰۰-۰۱۸۰-۰۹۰۰ IR

۵۳-۰۶۰۹ به نام مرکز تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان نزد بانک تجارت شعبه اصفهان - خیابان مسجد سید

ارزش کار فکری و عقیدتی

الاحتجاج - به سندش، از امام حسین علیه السلام :- هر کس عهده دار یتیمی از ما شود که محنت غیبت ما، او را از ما جدا کرده است و از علوم ما که به دستش رسیده، به او سهمی دهد تا ارشاد و هدایتش کند، خداوند به او می فرماید: «ای بنده بزرگوار شریک کننده برادرش! من در کرم کردن، از تو سزاوارترم. فرشتگان من! برای او در بهشت، به عدد هر حرفی که یاد داده است، هزار هزار، کاخ قرار دهید و از دیگر نعمت ها، آنچه را که لایق اوست، به آنها ضمیمه کنید».

التفسیر المنسوب إلى الإمام العسکری علیه السلام: امام حسین علیه السلام به مردی فرمود: «کدام یک را دوست تر می داری: مردی اراده کشتن بینوایی ضعیف را دارد و تو او را از دستش می رسانی، یا مردی ناصبی اراده گمراه کردن مؤمنی بینوا و ضعیف از پیروان ما را دارد، اما تو دریچه ای [از علم] را بر او می گشایی که آن بینوا، خود را بداند، نگاه می دارد و با حجت های خدای متعال، خصم خویش را ساکت می سازد و او را می شکند؟».

[سپس] فرمود: «حتماً رها کردن این مؤمن بینوا از دست آن ناصبی. بی گمان، خدای متعال می فرماید: «و هر که او را زنده کند، گویی همه مردم را زنده کرده است»؛ یعنی هر که او را زنده کند و از کفر به ایمان، ارشاد کند، گویی همه مردم را زنده کرده است، پیش از آن که آنان را با شمشیرهای تیز بکشد».

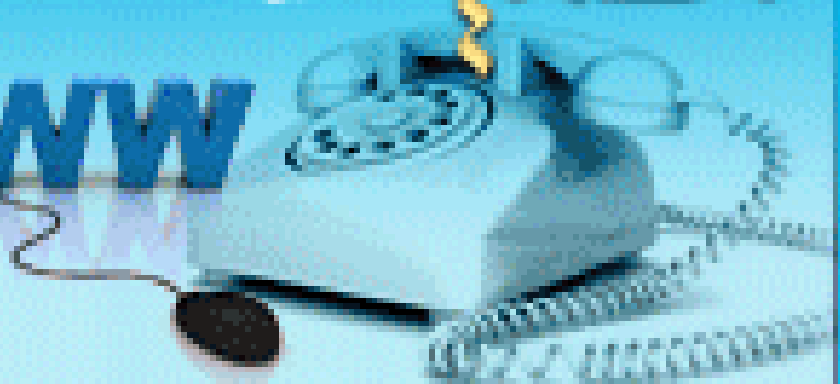
مسند زید: امام حسین علیه السلام فرمود: «هر کس انسانی را از گمراهی به معرفت حق، فرا بخواند و او اجابت کند، اجری مانند آزاد کردن بنده دارد».



اصفهان

فائمه

WWW



برای داشتن کتابخانه های تخصصی
دیگر به سایت این مرکز به نشانی

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.

۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹

