

به نام خدا

جزوه متون فقه 2

دکتر عباس زراعت

www.JOZVE30TI.ir

[telegram.me/jozve30ti](https://t.me/jozve30ti)

[instagram.com/jozve30ti](https://www.instagram.com/jozve30ti)

با سلام

این محتوی از سایت رسمی «جزوه 30 تی» دانلود و تهیه شده است. برای دانلود جزوات بیشتر به آدرس سایت ما www.Jozve-Ti.ir مراجعه کنید. همچنین برای این که چیزی را از دست ندهید، کانال تلگرام و اینستاگرام ما فراموشتان نشود. بابت انتخابتان ممنونیم...

مقدمه

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 دستاورد 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 به مثابه نخستین هسته و سلول تشکیل دهنده نهادهای اجتماعی بیش از پیش احساس شده است.

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 تالو بیشتری یافته است.

حقوق خانواده در اسلام بخش مهمی از احکام و اخلاق را تشکیل می‌دهد و با وسواس و دقتی در خور تشریح 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؛

آنانی که اشتیاق زده به آستان‌پرستی ضد ارزش‌های غربی و عتبه‌بوسی تماشاخانه‌های فرنگ رفته بودند. جای خوشوقتی است که در وا‌نفسای 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 تراهم تشکیل می‌داده است. اصولی که در سایه اجتهاد شیعه پیوسته سیر تکامل تاریخی خود را با نظم کم‌نظیر پیموده 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.
- ۳) در این جزوه به منظور پرهیز از هر گونه نوگرایی 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 استشهد 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.
- همتم بدرقه راه کن ای طایر قدس
که دراز است ره مقصد و من نوسفرم

باب اول نکاح

واژه نکاح:

نکاح مصدر ثلاثی و از ریشه نکح، ینکح می‌باشد. اهل لغت نیز آن را در عداد مصادر ثلاثی منظور داشته‌اند.^۱

تعریف نکاح:

نکاح در لغت به معنی تقابل است، و در زبان عرب هرگاه دو کوه در 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 شرعاً به مفهوم «عقد» است.^۲

به نظر 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 به وسیله 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.»

^۱ - المنجد: نکح، ینکح، نکاحا و نکاحا.

^۲ - رجوع شود به تذکره الفقهاء ج ۲ ص ۵۶۵؛ تحریر الاحکام علامه حلی، اول نکاح.

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»^۳.

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 به احتمال قوی تعریف فوق از حقوق کشورهای دیگر استنتاج گردیده، زیرا در سیستم حقوقی اغلب کشورها فقط نکاح دائم به رسمیت شناخته شده است.

فصل اول - در خواستگاری

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^۴.

دین مقدس اسلام نیز که آئین فطرت است بر این رویه 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: «فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ - با زنان طیب ازدواج کنید»^۵.

خواستگاری، که در اصطلاح فقه آن را «خطبه»^۶ 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 به وسیله خویشان و دوستانش صورت گیرد.

به موجب 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 موانع.

^۳ - حقوق مدنی دکتر امامی.

^۴ - نظام حقوق زن در اسلام، استاد شهید مرتضی مطهری.

^۵ - قرآن مجید، سوره نساء، آیه ۳.

^۶ - خطبه بکسر الخاء، هی طلب من نفسها او ولیها (مسالك الافهام شهید)؛ طلب المرأة للزواج (المنجد).

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 ازمنه مختلفه و بلاد متباینه بر همین امر ساری و جاری بوده و بر جواز آن دلالت دارد.

خواستگاری یا به صورت تصریح و بی‌پرده صورت می‌گیرد و یا به صورت تعریض و به کنایه؛ و زنی که از وی خواستگاری می‌گردد یا فاقد شوهر و خارج از عدّه رجعیّه است و یا آنکه مشغول به آنست؛ و خواستگاری کننده هم یا شخص شوهر است و یا اجنبی.

منظور از تصریح، کلامی است که به صورت 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 به کار رود که اشاره به تمایل ازدواج باشد. مثل آنکه بگوید: «چه بسا به تو رغبت دارند» و یا «تو زیبا هستی».

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:

به فرموده 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 به هم 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»^۷.

اما در این مسأله میان فقهاء امامیه اختلاف نظر است، و نظریات آنان عموماً به دو دسته تقسیم می‌شود: عدّه‌ای از جمله شیخ طوسی^۸ و شهید اول^۹ معتقدند خواستگاری از زنی که مرد مسلمانی از او خواستگاری کرده و از طرف او یا ولی یا وکیلش مورد موافقت 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.

^۷ - صحیح بخاری، کتاب النکاح، باب ۴۵؛ الرسالة شافعی شماره‌های ۸۱-۸۶؛ الموطأ مالک، ج ۲، ص ۵۲۳.

^۸ - به نقل از تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۵۷۰.

^۹ - شرح لمعه، ج ۲، ص ۸۵، چاپ سنگی.

به علاوه عقیده دارند که چون این گونه خواستگاری باعث ایذاء و اذیت و موجب عداوت می‌شود بنابراین حرام است.

گروه دیگر مانند شهید ثانی^{۱۰} 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 همان گونه که طرفین حق 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

به نظر می‌رسد با توجه به اینکه 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 قائم‌مقام 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 قائم‌مقام قانونیش آن را رد یا قبول ننموده، خواستگاری کرد یا خیر؟ می‌توان گفت هیچ‌یک از فقهاء در این خصوص قائل به حرمت نیستند.

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 فقهاء یافت نشده است^{۱۱}. علامه حلی معتقد است که خواستگاری قبل از اعلام قبول یا رد بلا مانع است. بعضی از علمای شافعی نیز این عقیده را دارند. به دلیل 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^{۱۲}. مالک بن انس رئیس مذهب مالکی نیز همین عقیده را دارد^{۱۳}.

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؟

^{۱۰} - مأخذ سابق.

^{۱۱} - مأخذ سابق.

^{۱۲} - تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۵۷۰.

^{۱۳} - الموطأ مالک، ج ۲، ص ۵۲۳.

علمای امامیه به اتفاق معتقدند عقد باطل نیست هر چند مرتکب را مستوجب عقاب می‌دانند^{۱۴}. 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 خطبه 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.

به نظر 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^{۱۵}.

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 به وجود 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.

بعضی از شارحین قانون مدنی گمان کرده‌اند که چنانچه نامزدها تعهد کرده باشند طرفی که نامزدی را برهم بزند مبلغی به عنوان وجه التزام به طرف دیگر پردازد، 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^{۱۶}.

^{۱۴} - شرح لمعه، ج ۲، ص ۸۵ چاپ سنگی.

^{۱۵} - تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۵۷۰.

^{۱۶} - حقوق مدنی دکتر امامی، ج ۴، ص ۲۷۱.

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 به موجب 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: به موجب ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی، اولاً هر یک از طرفین قبل از وقوع عقد حق دارند از وصلت امتناع کنند، ثانیاً هیچ عاملی نمی‌تواند آنان را به ازدواج مجبور نماید. بنابراین به موجب 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.

به هر حال همانگونه که ماده مذکور صراحت دارد قبل از اجرای صیغه عقد هیچ‌گونه 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، این گونه خسارات به موجب 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.

وضعیت مخارج نامزدی و نمونه سوالات مدارس و دانشگاه‌ها

ماده ۱۰۳۶ قانون مدنی: «اگر یکی از نامزدها وصلت منظور را بدون علت موجهی به هم زند درحالی که طرف مقابل یا ابوی 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 برآید ولی خسارت مزبور فقط مربوط به مخارج متعارفه خواهد بود.»

وضعیت هدایای نامزدی

اشاره

ماده ۱۰۳۷ قانون مدنی: «هر یک از نامزدها می‌توانند در صورت به هم خوردن وصلت منظور هدایائی را که به طرف دیگر یا ابوی 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 می شود:

- ۱- در صورت به هم خوردن نامزدی ، هر یک از نامزدها می تواند عین اموالی را که به عنوان هدیه به طرف مقابل یا ابوبین او داده در صورتی که موجود باشد مسترد نماید.
 - ۲- چنانچه عین اموال موجود نباشد، در این صورت دو حالت متصور است:
 - الف- عین از اموالی است که عادتاً نگهداری نمی شود.
 - ب- عین از اموالی است که عادتاً نگهداری می شود.
- در صورت اول قیمت قابل مطالبه نمی باشد، 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 به علت فوت یکی از نامزدها بوده است .
 - ب- برهم خوردن نامزدی به علت 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 می تواند 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^{۱۷} .

با توجه به احکام فوق در مورد هبه و تطبیق آن با مدلول دو ماده فوق الذکر از قانون مدنی ، این سؤال پیش می آید که اگر هدایای نامزدی از نظر فقهی و حقوقی 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 می شود اجازه مطالبه قیمت داده است ، معیار تمیز اموالی که عادتاً نگهداری می شود از اموالی که عادتاً نگهداری نمی شود ، چیست؟

در توجیه فقهی موضوع می توان گفت که هنگام نامزدی هدیه دهنده اموالی را که عادتاً قابل نگهداری است مانند طلا و زیورآلات ، به نحو مطلق هدیه نمی کند بلکه به شرط وقوع عقد ازدواج آنها را هدیه می دهد؛ بنابراین چنانچه ازدواج به عللی مانند فوت طرفین تحقق نیابد، مال هدیه شده قابل برگشت خواهد بود.

^{۱۷} - تحریر الوسیله حضرت امام خمینی مد ظله العالی، ج ۲، ص ۵۹ - ۶۰.

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، به نظر 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 به تصور 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 به علت سهل انگاری یا تقصیر متَّهَب 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 منجَز صورت می‌گیرد و چنین اشیائی قابل استرداد نیست.

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

این تفاوت در نخستین نگاه به چشم 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.

قانون مدنی ظاهراً این تفصیل را نپذیرفته است، زیرا می‌گوید: «هر یک از نامزدها ... در صورت به هم خوردن وصلت منظور ...» که شامل بر هم زدن نامزدی توسط طرفین می‌گردد. حتی به نظر 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 به هم 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.

مرور زمان

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

مسأله 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 یزیده شیء» یعنی: حق هر چند

قدیم باشد چیزی نمی‌تواند آن را زایل کند)، فتوا داده‌اند که حق 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 مدتی دچار تزلزل می‌کند، و باعث طرح مجدد و مکرر دعاوی مختومه می‌گردد، و در نتیجه اشکالاتی برای دستگاه قضائی پدید می‌آورد که باید نسبت به آن تدبیری منطبق با موازین شرعی اتخاذ نمود.

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 نمی‌گردد و عدم توجه به آن نیز ممکن بود عواقب ناخوشایندی در بر داشته باشد، لذا در سال ۱۳۱۷ به موجب 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 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 الا عدم رعایت آن اثری در عقد ازدواج ندارد.

فصل دوم - قابلیت صحی برای ازدواج

سن ازدواج

ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی: «نکاح قبل از بلوغ ممنوع است». تبصره: «عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی صحیح است به شرط رعایت مصلحت موکی 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 نمی‌تواند به انائی 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 قاعده بر کلیه معاملات حاکم است؛ در نکاح موضوع اهمیت زیادی دارد پسر صغیر و دختر صغیره نمی‌توانند بدون اجازه ولی عقد نکاح منعقد سازند؛ اما ولی می‌تواند موکی علیه صغیری را به عقد ازدواج درآورد.

منظور از تبصره فوق نه این است که صغیر و صغیره می‌توانند با اجازه ولی مستقیماً خودشان نکاح کنند، بلکه منظور این است که ولی می‌تواند مستقیماً موکی علیه را تزویج نماید. به عبارت دیگر، طرف عقد در حقیقت ولی است و برای اجرای صیغه باید بگوید: «دخترم را به نکاح درآوردم» و یا «برای پسر نکاح را قبول کردم» در واقع نسبت ایجاب و قبول را به خویش بدهد.

نکاح توسط ولی

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

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

«از حضرت صادق سؤال کردم (در باره دختر صغیره‌ای که پدرش برای او نکاح می‌کند) آیا او بعد از بلوغ حق اظهار نظر و اختیار دارد یا نه؟ آن حضرت فرمود: خیر»^{۱۸}.

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، حق اختیار ندارد. البته اصل لزوم و استصحاب نیز مؤید عدم اختیار برای دختر صغیره بعد از بلوغ است. بنابراین همانگونه که اشاره شد در مورد دختر صغیره بین فقهاء اختلاف نظری نیست^{۱۹}. حتی در این مورد بعضی دعوی اجماع نموده‌اند. اما در مورد پسر صغیر، هر چند مشهور علماء فتوا بر عدم اختیار داده‌اند^{۲۰}، گروهی از فقها از جمله ابن براج، ابن حمزه، ابن ادریس حلی^{۲۱}، و نیز شیخ طوسی^{۲۲} معتقدند که پسر صغیر پس از بلوغ حق اختیار 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.

^{۱۸} - وسائل الشیعه، باب ۶ از ابواب عقد نکاح، حدیث ۱.

^{۱۹} - رجوع شود به مسالک الافهام شهید ثانی، افسست قم، ج ۱، ص ۳۵۸؛ تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۵۸۶، افسست قم.

^{۲۰} - جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۷۳، چاپ بیروت.

^{۲۱} - مأخذ سابق.

^{۲۲} - النهایه چاپ بیروت، ص ۴۶۷.

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 سن بلوغ یا رشد حقّ خیار دارد.^{۲۳}

به نظر می‌رسد اولاً فرض مسأله جایی است که هنگام نکاح این امر در نظر ولی به مصلحت موکلی 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 به نظر نمی‌رسد. خصوصاً اینکه روایت دیگری که توسط محمد بن 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.^{۲۴} 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 به صورت 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.^{۲۵}

گروهی دیگر از فقهاء معتقدند که در صورت وقوع عقد بر خلاف مصلحت صغار، عقد به کلی باطل است و اجازه بعدی صغیر یا صغیره موجب صحّت 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 درآورد این عقد اصولاً باطل خواهد بود.^{۲۶}

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

ماده ۱۰۴۲ حذف شد (۸/ ۱۰/ ۶۱).

^{۲۳} - وسائل الشیعه باب ۶ از ابواب عقد نکاح، حدیث ۸.

^{۲۴} - وسائل الشیعه، باب ۶ از ابواب عقد نکاح، حدیث ۹.

^{۲۵} - تحریر الوسیله امام خمینی؛ شرح لمعه، ج ۲ ص ۶۲.

^{۲۶} - عروه الوثقی حاج سید محمد کاظم یزدی.

اجازه ولی در نکاح دختری که شوهر نکرده است

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی: «نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر یا جد پدری اوست و هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه 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 جد پدری اطلاع داده شود و بعد از ۱۵ روز از تاریخ اطلاع و عدم پاسخ موجه از طرف ولی دادگاه مزبور می‌تواند اجازه نکاح را صادر نماید». (اصلاحی ۸/۶۱)

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 مطلقاً 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^{۲۷}

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 فقهاء از جمله شیخ طوسی در «النهاية» و شیخ صدوق بر این نظریه‌اند^{۲۸}.

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^{۲۹}.

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

^{۲۷} - عروة الوثقی، سید محمد کاظم یزدی، ج ۲، ص ۳۶۱؛ حاشیه میرزای نائینی بر عروة الوثقی؛ تذکره الفقهاء، علامه حلی، ج ۲، کتاب النکاح؛ قواعد الاحکام، علامه حلی، ج ۲، ص ۲۷؛ جامع الشتات، میرزای قمی، ص ۴۴۰ و ۴۷۰ و ۴۷۴؛ جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۷۵.

^{۲۸} - 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.

^{۲۹} - 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 تراقی، ج ۲، ص ۴۵۹ و ما بعد آن.

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 سوّم را اختیار نموده‌اند.^{۳۰} از علمای معاصر کسانی نیز قائل به احتیاط شده‌اند، امام خمینی در این مقام می‌گویند: «احتیاط استیذان از ولی است».^{۳۱} 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 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 ماده مار لذکر، بکارت دختر است نه شوهر نکردن و لذا در مورد دختری که شوهر کرده ولی قبل از هم بستری طلاق گرفته همین حکم به عینه 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 ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی نیز همین معنی استنباط می‌شود.

تأثیر زوال بکارت در سقوط ولایت

عده‌ای از فقهاء از ازاله بکارت به وسیله شبهه و زنا را نیز باعث سقوط ولایت پدر یا جد پدری نمی‌دانند.^{۳۲} ولی بسیاری از فقهای معاصر احتمال سقوط ولایت در مورد ازاله بکارت با شبهه و یا زنا را چندان بعید ندانسته‌اند.^{۳۳} فتوا و رویه قضائی نیز فعلاً بر همین نظر استوار گردیده است.^{۳۴}

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 موجه از دادن اجازه مضایقه ننماید. لکن چنانچه ولی با وجود خواستگار شایسته و 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^{۳۵} گویند که به معنای 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 این گونه موارد ولی از دادن اجازه خودداری کند، این عدم اجازه باید مستند به علل و جهات منطقی و موجه باشد و صرف امتناع از صدور اجازه، معتبر نیست. قانون مدنی برای پیشگیری از مفاسد و حل مشکلات و تخاصمات و به بن بست نرسیدن روابط اجتماعی، با

^{۳۰} - منابع سابق؛ شرایع الاسلام و جواهر الکلام، ج ۱۰، ص ۱۷۷.

^{۳۱} - تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۵۴.

^{۳۲} - مستند الشیعه مرحوم نراقی، ج ۲، ص ۴۶۱.

^{۳۳} - عروه الوثقی، سید محمد کاظم یزدی.

^{۳۴} - رجوع شود به ضمیمه شماره ۲.

^{۳۵} - «عضل (عضلا و عضلا و عضالانا) المرأة عن الزواج ای حبسها و منعها عنه» المنجد چاپ بیستم ص ۵۱۱.

استفاده از اصول و قواعد حاکم بر فقه اسلامی در این گونه 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 موجه آن را رد کند؛

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

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

چنانچه اشاره شد، این ماده قبل از اصلاح از نظر مرجع تشخیص عذر موجه ساکت بود. بدین لحاظ برخی از شارحین قانون مدنی، این تشخیص را به عهده سردفتر گذاشته بودند. درحالی که به دلیل قضائی بودن موضوع، و نداشتن سمت قضائی، سردفتر اصولاً صلاحیت چنین کاری را نداشت و صرفاً واسطه ابلاغ و در نهایت مأمور ثبت واقعه ازدواج بود.

ولی چه کسی است؟

قانون مدنی در تبصره ماده ۱۰۴۱ به ذکر کلمه «ولی» اکتفا کرده و آن را تعریف ننموده است. از طرفی دیگر به شرح ماده ۱۰۴۳ اجازه پدر یا جد 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 جد 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 جد 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 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 سن بلوغ حق دارد (در صورت عدم رضایت از ازدواج) نسبت به فسخ آن اقدام نماید.^{۳۶}

در مورد مادر و جد 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 جد مادری می‌توانند جایگزین پدر شوند.^{۳۷}

^{۳۶} - جواهر الکلام، کتاب النکاح، ج ۲۹؛ وسائل الشیعه باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

^{۳۷} - حاشیه مرحوم کرکی بر شرح لمعه.

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^{۳۸}. ولی بعضی را عقیده بر این است که حاکم می‌تواند برای صغیر و صغیره نکاح نماید^{۳۹}. این نظریه چندان موجه به نظر نمی‌رسد، و لذا فتوای قضائی مطابق نظر مشهور است.

ولایت وصی

در زمینه ولایت وصی بین فقها اختلاف نظر شدیدی وجود دارد. به موجب یک نظر که مطابق با اعتدال است چنانچه موصی حق اجازه ازدواج صغیر یا صغیره برای وصی را تنصیب کرده باشد، اقدام وصی بلا اشکال است. در غیر این صورت در این مورد اختیاری نخواهد داشت^{۴۰}.

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 نماید. البته در صورت انجام امر ازدواج توسط هر دو، ازدواجی که زودتر انجام گرفته صحیح و دیگری بلااثر است. اما در صورت وقوع هر دو در زمان واحد، به نظر 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، به نظر بعضی از حقوقدانان این حق به نحو 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 به نظر 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 به شرح مذکور در قانون به دادگاه مراجعه و مراتب قصد خود را در مورد نکاح به اطلاع هر یک از آنان برساند.

^{۳۸} - شرح لمعه جلد ۲ کتاب النکاح.

^{۳۹} - عروة الوثقی کتاب النکاح.

^{۴۰} - عروة الوثقی کتاب النکاح، فصل اولیاء عقد.

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 عتلی 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 عتلی تحت قیمومت باشند، همانند موردی می ماند که فوت نموده باشند و اجازه قیم لزومی ندارد^{۴۱}، دختر می تواند با اراده خویش به ازدواج مبادرت نماید.

فصل سوم - در موانع نکاح

قرابت نسبی

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 جدات 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 عمات و خالات خود و عمات و خالات پدر و مادر و اجداد و جدات».

موانع نکاح در کتب فقهی تحت عنوان اسباب تحریم مطرح گردیده که به ترتیب مورد بحث قرار می گیرد. قرابت نسبی عبارت از خویشاوندی است که با تولد یکی از دیگری و یا منتهی شدن دو نفر به منشأ واحد حاصل می شود. لازم به ذکر است که قرابت نسبی به طور مطلق و عام موجب حرمت نکاح نیست. زیرا از این حکم کلی فرزندان عمو، عمه، 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 وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ 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 به طور اشاره بیان نموده که با امعان نظر می توان یکایک آنان را برشمرد:

^{۴۱} - رجوع شود به جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۸۶ به بعد.

- ۱- مادران: که شامل مادر بلاواسطه و جدّه اعم از جدّه مادری و پدری می‌شود، حتی در صورتی که با واسطه باشد. پس زنان بر پسرانشان و نیز پسران دخترانشان و پسران دخترانشان، همچنین پسران پسرانشان و پسران دختران پسرانشان و بالاخره بر هر مذگری 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.
- 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 به علت وضوح نیازی به بازشماری نداشته و به نظر می‌رسد قانون مدنی برای وضوح بیشتر مجدداً آنها را در ماده تکرار کرده است.

اولاد از زنا و شبهه

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^{۴۲}.

بررسی فقهی

فقهای 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 فرزندان که از طریق روابط نامشروع و زنا به وجود 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».

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.

^{۴۲} - جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۵۷.

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 ملاحظه 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 شرعی نیز باید مترتب گردد در حالی که چنین نیست»^{۴۳}.

علامه حلی^{۴۴} و فرزندش فخر المحققین^{۴۵} 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». به نظر می‌رسد استدلال و توجیه اخیر منطقی و قابل پذیرش است.

توضیح: زنا عبارت است از رابطه جنسی زن و مرد به طور 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 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.

قرابت رضاعی و شرایط آن

قرابت رضاعی خویشاوندی است که بین دو نفر بر اثر شیر خوردن حاصل می‌شود و مانند قرابت نسبی به خطّ عمودی و اطراف تقسیم می‌گردد. قرابت 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 قرابت رضاعی طفلی که شیر زن دیگری را خورده مرتضع و زن شیر دهنده مرضعه و شوهر زن فحل و یا صاحب اللبن نامیده می‌شود.

^{۴۳} - مسالک الافهام، شهید ثانی، ج ۱، ص ۲۷۰.

^{۴۴} - تذکره الفقهاء، افسر تهران، ج ۲، ص ۶۱۴.

^{۴۵} - ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۴۲.

شرایط قرابت رضاعی

ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی: «قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت 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 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 اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ» و مادران آنان که شما را شیر داده‌اند و خواهران رضاعی شما^{۴۶}. با توجه به عبارت «حَرَمْتُ عَلَيْكُمْ» که در اول آیه مزبور آمده است حرام بودن نکاح با مادر و خواهر رضاعی کاملاً محرز به نظر می‌رسد.

رسول اکرم (ص) فرموده است: «الرَّضَاعُ لَحْمَةٌ كَلْحَمَةِ النَّسَبِ»^{۴۷} - خویشاوندی به وجود آمده از رضاع همانند خویشاوندی حاصله از نسب است». در روایت دیگری آمده است: «يَحْرَمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرَمُ مِنَ النَّسَبِ - حرام می‌شود به واسطه رضاع آنچه که از جهت نسب حرام است»^{۴۸}. 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 مجملاً شمرده شده و به شرح 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 به

^{۴۶} - سورة نساء، آیه ۲۳.

^{۴۷} - وسائل الشیعة، باب ۱ از ابواب رضاع - اللحمه: القرابة (المنجد).

^{۴۸} - همان مأخذ.

صورت شرعی ازدواج کرده باشد؛ ثانیاً به واسطه 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.^{۴۹}

شرط دوم - «شیر مستقیماً از پستان مکیده شده باشد». منظور از این شرط آنست که اگر بچه از طریق مکیدن شیر نخورده باشد، مثلاً شیر را در دهانش چکانده باشند یا با وسیله دیگری مانند شیشه به صورت 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.^{۵۰}

شرط سوم - «طفل لا اقل 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 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 به ترتیب فوق به مدت یک شبانه روز یا ۱۵ مرتبه متوالی 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.

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 فقهاء چنین استنباط می‌گردد که این دو سال نه فقط شرط مرتضع است بلکه علاوه بر آن معتبر است که از سن بچه خود مرضعه نیز بیش از دو سال نگذشته باشد».^{۵۱}

شرط پنجم - «مقدار شیری که طفل خورده است از یک زن و یک شوهر باشد». به موجب این شرط اولاً 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 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

^{۴۹} - تذکره الفقهاء، ج ۱، افست تهران، ص ۶۱۴.

^{۵۰} - وسائل الشیعه، باب ۵ از ابواب یحرم بالرضاع، حدیث ۸.

^{۵۱} - جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۹۷.

زن دیگر شیر بخورد، به طوری 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 مدت 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» به کار 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 به علت 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. وضعیت زن پس از جدائی از شوهر اول (به واسطه طلاق، فوت، علل دیگر) برای مدتی که شیرش متعلق به شوهر اول است به ترتیب زیر قابل بررسی و در این خصوص چند فرض قابل تصور است:

اول- زن پس از جدائی از شوهر اول 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 مقرر شیر بدهد بین طفل و شوهر قبلی نسبت پدر فرزندی رضاعی ایجاد می‌گردد، هر چند ملاک شیر دادن از حیث دفعات و مدت بعد از ازدواج جدید کامل شود. پس اگر قبل از ازدواج دوم بعضی از دفعات شیر را داده باشد و بعد از ازدواج آن را کامل کند و توالی مقرر نیز وجود داشته باشد، ازدواج جدید و حتی نزدیکی شوهر دوم به ایجاد رابطه رضاعی بین شوهر اول و طفل خدش‌ای وارد نمی‌سازد.

دوم- زن بعد از ازدواج دوم حامله می‌شود ولی شیر پستانش مانند سابق است و تغییری نمی‌کند. در این فرض نیز به نظر اکثر فقها شیر منتسب به همان شوهر قبلی است.^{۵۲}

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 بی شماری 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.^{۵۳} 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.^{۵۴}

^{۵۲} - تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۶۶؛ القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۳۳۲.

^{۵۳} - مأخذ سابق.

^{۵۴} - مأخذ سابق.

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 تصور اینکه زنی با شیر متعلق به دو شوهر طفلی را شیر بدهد بخوبی روشن خواهد شد.

قرابت رضاعی بین دو طفل هم شیر

تا اینجا شرایطی که گفته شد مربوط بود به حرمت حاصله از رضاع در خط 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 به وجود می‌آید. به عبارت دیگر وضع آنها نسبت به یکدیگر در خط 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 خط اطراف بررسی می‌کند و از متفرعات شرط پنجم نیست. زیرا صدر ماده به دنبال مواد قبلی در مقام بیان حرمت نکاح در خط عمودی است.

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.
به موجب 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 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 فقها و روایاتی است که مستفاد از آنها چنین حکمی است^{۵۵}. 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 متعدّد 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 قاعده مرویه از نبی اکرم (ص) است که فرمود: «یحرم من الرضاع ما

^{۵۵} - وسائل الشیعه، کتاب النکاح، باب ۲ و ۶ از ابواب رضاع.

یحرم من النسب - به واسطهٔ رضاع حرام می‌گردد آنچه که به واسطهٔ نسب حرام است. پس چون طبق قاعدهٔ حاکم بر نسب، بین اولاد متعدّد یک زن که از شوهران متعدّد به وجود آمده باشند قرابت نسبی به وجود 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 نظریهٔ 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 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 تعدّد، بین دو مرتضع قرابت رضاعی و حرمت نکاح ایجاد نمی‌شود.

احکام رضاع

بنابر آنچه گفته شد، مطابق حدیث نبوی که می‌فرماید: «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»^{۵۶} - حرام می‌شود به وسیله شیر خوردن آنچه که به وسیله 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 نسبتش 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.

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 الرضاعه» 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:

^{۵۶} - وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۲۸۰ به بعد

مسأله اول: پدر طفلی که شیر خورده نمی‌تواند با اولاد صاحب لبن اعم از نسبی یا رضاعی ازدواج کند. منظور از صاحب لبن به شرحی که قبلاً گفته شد، شوهر زنی است که به طفل شیر داده است. چنانچه صاحب لبن از زن دیگرش فرزندی داشته 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 به حساب می‌آیند و خواهر فرزند در حکم فرزند و بر پدر حرام است.^{۵۷} مستند این فتوی اخبار صحیحهای است که تصریح به تحریم کرده است و در اخبار آمده که این گونه اطفال حکم ولد صاحب لبن را دارند.^{۵۸}

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 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».^{۵۹}

قرابت سببی (قرابت بالمصاهره)

قرابت سببی که آن را قرابت بالمصاهره نیز می‌گویند، به طوری که مرحوم شهید ثانی^{۶۰} و شیخ انصاری^{۶۱} تعریف کرده‌اند، خویشاوندی است که در اثر نکاح بین هر یک از زوجین با خویشاوندان دیگری ایجاد می‌گردد.

در مورد قرابت 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 عیناً ممنوع است. یعنی به محض ایجاد قرابت، حرمت ابدی تحقق می‌یابد؛ مانند مادر زن.

دوم- کسانی که نکاح آنان جمعاً ممنوع است. یعنی نکاح در فرض وجود قرابت ممنوع است؛ مانند خواهر زن.

کسانی که نکاح آنان عیناً ممنوع است

ماده ۱۰۴۷ قانون مدنی: «نکاح بین اشخاص ذیل به واسطه مصاهره ممنوع دائمی است:

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

^{۵۷} - شرایع الاسلام و جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۱۴.

^{۵۸} - رجوع شود به وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۳۰۶ و ۳۰۷.

^{۵۹} - رجوع شود به وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۳۰۶ و ۳۰۷.

^{۶۰} - شرح لمعه دو جلدی، ج ۲، ص ۷۳.

^{۶۱} - رساله فی المصاهره (شرح بر ارشاد الاذهان علامه حلی)، مطبوع در آخر مکاسب محشی.

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

حکم این ماده در مورد ممنوعیت نکاح با کسانی است که به واسطهٔ مصاهره^{۶۲}، با آنان خویشاوندی حاصل شده است. که هر یک از بندهای آن ذیلاً تشریح می‌گردد:

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

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

همچنین مادران رضاعی و جدات رضاعی زن هم بر مرد حرام می‌گردند. اطلاق این بند از مادهٔ رسانندهٔ آن است که به محض تحقق رابطهٔ 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 مدت یک ساعت متعه نماید (نکاح منقطع) هر چند با او نزدیکی نکند مادر و جدّه زن بر او حرام مؤبد می‌گردد.

بررسی فقهی:

مضمون بند اول مادهٔ 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 جدات 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 جدات زن بر مرد حرام نمی‌شود. ولی این قول نادر و ضعیف است»^{۶۳}.

مستند فتوای مشهور، علاوه بر اجماع که در شرح لمعه^{۶۴} به آن اشاره شده، این آیه شریفه است: «حُرِّمَتْ عَلَیْكُمْ ... وَ اُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَ رَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَاِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَیْكُمْ - حرام شد ازدواج کردن شما با ... مادران زنانتان 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»^{۶۵}. مشهور فقهاء قید (من نسائکم ...) را منحصرأً به جملهٔ اخیر (و ربائبکم ...) مربوط دانسته و جملهٔ نخستین (امهات نسائکم) را مطلق شمرده‌اند.

متقابلاً، مخالفین چنین استدلال می‌کنند: کلمهٔ «من» در آیه فوق الذکر به صورت 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

^{۶۲} - داماد شدن.

^{۶۳} - مسالک الافهام، ج ۱، ص ۳۷۸.

^{۶۴} - شرح لمعه ده جلدی، ج ۵، ص ۱۷۷.

^{۶۵} - قرآن سورهٔ نساء، آیه ۲۳.

حرام می‌شود 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.

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.

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:

«وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ... - نکاح نکنید با کسانی که پدران شما با آنها نکاح کرده‌اند»^{۶۶}.

«حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ ... وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ - حرام شد ازدواج کردن شما با ... همسران فرزندان آنان که از صلب شما هستند»^{۶۷}.

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، به صرف وقوع عقد، حرمت ایجاد می‌گردد.

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

^{۶۶} - سورة نساء، آیه ۲۲.

^{۶۷} - سورة نساء، آیه ۲۳.

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 به صرف 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 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 جمعاً ممنوع است

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 به موجب 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 ... وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ - حرام است بر شما جمع بین دو خواهر».^{۶۸}

علاوه بر آیه شریفه نصوص متواتری دال بر این حکم وجود دارد که طبق 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.

فقه‌ها در این زمینه عقیده دارند اگر مرد زنش را با طلاق رجعی مطلقه ساخت در مدت عدّه نمی‌تواند با خواهر زن ازدواج کند زیرا مطلقه رجعیه قبل از اتمام مدت عدّه، به منزله زوجه است.^{۶۹}

قانون مدنی نیز در مادّتين ۹۴۳ و ۱۱۴۸ و موادّ دیگر مطلقه رجعیه را در حکم زوجه قلمداد کرده است. بنابراین اگر مرد در عدّه رجعیه 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 عدّی) 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.^{۷۰}

[جمع بین عمه با برادرزاده یا خواهرزاده]

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 عمّه یا خاله دختری است، مرد نمی‌تواند با آن دختر ازدواج کند مگر با اجازه عمّه یا خاله دختر (یعنی همسر خود).

ازدواج با همسر دیگری

ماده ۱۰۵۰ قانون مدنی: «هر کس زن شوهردار را با علم به وجود علقه زوجیت و حرمت نکاح و یا زنی را که در عدّه طلاق یا در عدّه وفات است با علم به عدّه 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 به تمام 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:

^{۶۸} - رجوع شود به جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۸۱.

^{۶۹} - رجوع شود به جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۸۱.

^{۷۰} - مأخذ سابق.

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

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 با 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 تقدم و تأخر 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 فقهاء اختلاف نظری وجود ندارد، به دلیل اینکه مستند حکم، آیه شریفه زیر است:

«وَلَا تَعْرُضُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ» - مادام که مدت عده سر نیامده عزم عقد نکاح ننمائید^{۳۱}.

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 به صورت 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. فقهاء عقیده دارند در مسأله فرقی نمی‌کند که هر دو عالم به حکم و موضوع باشند و یا اینکه فقط

^{۳۱} - قرآن مجید، سوره بقره، آیه ۲۳۵.

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

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 با 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 تقدم و تأخر 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 مقدماً 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 فقهاء اختلاف نظری وجود ندارد، به دلیل اینکه مستند حکم، آیه شریفه زیر است:

«وَلَا تَعْرَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ» - مادام که مدت عده سر نیامده عزم عقد نکاح ننمائید^{۳۱}.

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 به صورت 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. فقهاء عقیده دارند در مسأله فرقی نمی‌کند که هر دو عالم به حکم و موضوع باشند و یا اینکه فقط

^{۳۱} - قرآن مجید، سوره بقره، آیه ۲۳۵.

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

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 با 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 تقدم و تأخر 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 فقهاء اختلاف نظری وجود ندارد، به دلیل اینکه مستند حکم، آیه شریفه زیر است:

«وَلَا تَعْرَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ» - مادام که مدت عده سر نیامده عزم عقد نکاح ننمائید^{۳۱}.

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 به صورت 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. فقهاء عقیده دارند در مسأله فرقی نمی‌کند که هر دو عالم به حکم و موضوع باشند و یا اینکه فقط

^{۳۱} - قرآن مجید، سوره بقره، آیه ۲۳۵.

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

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 با 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 تقدم و تأخر 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 مقدماً 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 فقهاء اختلاف نظری وجود ندارد، به دلیل اینکه مستند حکم، آیه شریفه زیر است:

«وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ» - مادام که مدت عده سر نیامده عزم عقد نکاح ننمائید^{۳۱}.

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 به صورت 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. فقهاء عقیده دارند در مسأله فرقی نمی‌کند که هر دو عالم به حکم و موضوع باشند و یا اینکه فقط

^{۳۱} - قرآن مجید، سوره بقره، آیه ۲۳۵.