

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

نگاهی گذرا بر قواعد فقهی و
مقررات قانونی عقد نکاح



مؤلف

سید حمزه حسینی فرد

انتشارات چتر دانش

سرشناسه : حسینی فرد، سیدحمزه
 عنوان و نام پدیدآور : نگاهی گذرا بر قواعد فقهی و مقررات قانونی عقد نکاح/
 مولف سیدحمزه حسینی فرد.
 مشخصات نشر : تهران: چتر دانش، ۱۳۹۵.
 مشخصات ظاهری : ۲۴۲ ص.
 شابک : ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۱۰۷-۳
 وضعیت فهرست نویسی : فیپا
 موضوع : زناشویی -- قوانین و مقررات -- ایران
 Marriage law -- Iran : موضوع
 موضوع : زناشویی (فقه)
 Marriage (Islamic law) : موضوع
 رده بندی کنگره : ۱۳۹۵ ن ۸ ح / KMH۵۴۲
 رده بندی دیویی : ۳۴۶/۵۵۰۱۶
 شماره کتابشناسی ملی : ۴۴۴۲۹۷۰

نام کتاب : نگاهی گذرا بر قواعد فقهی و مقررات قانونی عقد نکاح
 ناشر : چتر دانش
 مؤلف : سیدحمزه حسینی فرد
 نوبت و سال چاپ : دوم - ۱۳۹۸
 شمارگان : ۱۰۰۰
 شابک : ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۱۰۷-۳
 قیمت : ۱۲۵۰۰۰ تومان

فروشگاه مرکزی: تهران، میدان انقلاب، خ منیری جاوید (اردیبهشت شمالی)، پلاک ۸۸

تلفن مرکز پخش: ۶۶۴۹۲۳۲۷ - تلفن فروشگاه کتاب: ۶۶۴۰۲۳۵۳

پست الکترونیک: nashr.chatr@gmail.com

کلیه حقوق برای مؤلف و ناشر محفوظ است.

سخن ناشر

رشته‌ی حقوق با تمام شاخه‌ها و گرایش‌هایش، به‌منزله‌ی یکی از پرطرفدارترین رشته‌های دانشگاهی کشور، تعداد فراوانی از دانشجویان علوم انسانی را به‌خود جلب کرده است؛ دانشجویانی که پس از تحصیل، وارد عرصه‌ی خدمت شده و در مناصب و جایگاه‌های گوناگون به ایفای وظیفه مشغول می‌شوند. منابعی که در دانشکده‌های حقوق، مبنای کار قرار گرفته و تحصیل دانشجویان بر مدار آن‌ها قرار دارد، در واقع، مجموعه‌ی کتب و جزواتی هستند که طی سالیان متمادی چنان‌که باید تغییر نیافته و خود را با تحولات و نیازهای زمانه هماهنگ نکرده‌اند.

این، درحالی است که نیاز مبرم دانش‌پژوهان به مجموعه‌های پربار و سودمند، امری انکارناپذیر است. به‌این ترتیب، ضرورت تدوین کتب غنی و ارزشمند برای رفع نیازهای علمی دانشجویان رشته‌ی حقوق و نیز رشته‌های متأثر از آن، باید بیش از گذشته مورد توجه قرار گیرد؛ کتاب‌هایی که روزآمدی محتوای آنها از یک سو و تناسب آنها با نیاز دانش‌پژوهان از سوی دیگر، مورد توجه و لحاظ ناشر و نویسنده، قرار گرفته باشد.

مؤسسه‌ی آموزش عالی آزاد چتردانش، در مقام مؤسسه‌ای پیشگام در امر نشر کتب آموزشی روزآمد و غنی، توانسته است گام‌های مؤثری در همراهی با دانشجویان رشته‌ی حقوق بردارد. این مؤسسه افتخار دارد که با بهره‌مندی از تجربیات فراوان خود و با رصد دقیق نیازهای علمی دانشجویان، به تولید آثاری همت گمارد که مهم‌ترین دستاورد آن‌ها، تسهیل آموزش و تسریع یادگیری پژوهندگان باشد. انتشارات چتر دانش امیدوار است با ارائه‌ی خدمات درخشان، شایستگی‌های خود را در این حوزه‌ی علمی بیش از پیش به منصه‌ی ظهور برساند.

فرزاد دانشور

مدیر مسئول انتشارات چتر دانش

تقدیم بہ

پیشگاہ حضرت ولی عصر و روح پاک حضرت امام خمینی و ارواح طیہی شہدای اسلام

و باسکرا از پدر بزرگوارم کہ در تحصیل علم و فربنگ ہموارہ چراغ راہم بودہ اند.

ہمچنین تقدیم بہ ہمسرم کہ در تحقیق و تحریر این دفتر

یار و مددکار ہمیشہ ام بودہ است.

چکیده

ازدواج یک ضرورت فردی و اجتماعی است که در سلامت روح و جسم هر فرد و امنیت اجتماعی نقش مؤثری دارد. ازدواج در تمام ادیان جایگاه ویژه‌ای دارد. قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، به تبعیت از فقه امامیه، نکاح دائم و منقطع را مجاز شناخته و ۱۰۰ ماده را به نکاح اختصاص داده است. مطالعه‌ی مواد قانون مدنی حاکی از آن است که سند و منبع اکثر قریب به اتفاق مواد قانون مدنی، آیات و روایات اسلامی است که مورد اتفاق نظر فقهای اسلام، به‌خصوص فقه امامیه است و هر جا روایات اسلامی مختلف بوده، قانون مدنی در تدوین مواد از نظر مشهور فقهای امامیه پیروی نموده است.

با مطالعه‌ی ۸۷ ماده از مواد قانون مدنی، چهار دسته مواد استخراج شده که عبارتند از:

- ۱- موادی که سند آنها آیات و روایات اسلامی است که اکثر مواد را شامل می‌شود.
- ۲- موادی که از نظامات حکومتی است که بنابر مصلحت اجتماعی و بین‌المللی و حفظ حقوق شهروندان وضع گردیده است.
- ۳- مواد حقوقی که در احکام اسلامی آورده شده ولی قانون مدنی نسبت به آنها سکوت کرده است.
- ۴- موادی که با احکام اسلامی مغایرت دارند که ماده‌ی ۱۰۹۰ قانون مدنی از این دسته است.

فهرست

۱۳مقدمه
۱۷فصل اول: تعریف نکاح
۱۹اهمیت و جایگاه ازدواج
۱۹۱- ازدواج واجب
۱۹۲- ازدواج مستحب
۲۰۳- ازدواج حرام
۲۰۴- ازدواج مکروه
۲۰نکاح از دیدگاه قرآن
۲۱فضیلت ازدواج از نظر معصومین (ع)
۲۲سرزنش عزبها
۲۳عزلت برای عبادت یا ازدواج؟
۲۴فوائد نکاح
۲۸فصل دوم: مقدمات نکاح
۲۸گفتار اول: خواستگاری
۲۸مقدمه
۲۹تاریخچه‌ی خواستگاری
۳۰معنی خواستگاری
۳۱مقایسه‌ی تطبیقی خواستگاری
۳۲خواستگاری از نامزد دیگری
۳۳خواستگاری قبل از اعلام موافقت
۳۴آیا وعده‌ی ازدواج علقه‌ی زوجیت می‌کند؟
۳۵گفتار دوم: قابلیت صحی برای ازدواج
۴۰ولایت در نکاح دختر
۴۳سقوط ولایت پدر
۴۶تذکر

۴۶	گفتار سوم: موانع نکاح
۴۷	الف) اقارب نسبی
۴۸	ب) اقارب رضاعی
۴۹	مقایسه‌ی تطبیقی
۴۹	۱- کتاب قرآن
۴۹	۲- سنت متواتر
۵۰	شرایط پیدایش قرابت رضاعی
۵۰	شرط اول
۵۱	شرط دوم
۵۱	شرط سوم
۵۳	شرایط دفعاتی که موجب حرمت می‌شود
۵۳	شرط چهارم قانون مدنی
۵۴	شرط پنجم
۵۴	ج) اقارب سببی
۵۵	مدرک و سند عبارت اول قانون مدنی
۵۸	سند و مدرک عبارت دوم قانون مدنی
۵۸	مستند این ماده
۵۹	عبارت سوم قانون مدنی
۶۲	مواردی که نکاح موجب حرمت ابدی می‌شود
۶۳	مستند این ماده
۶۵	در شأن نزول آیات لعان
۶۶	نحوه‌ی لعان بنا بر سنت پیامبر
۶۸	توضیح
۷۲	شرایط حلّیت
۷۳	نکاح غیر مسلمان
۷۴	شأن نزول

۷۷ فصل سوم: صحت نکاح
۷۷ گفتار اول: شرایط صحت نکاح
۷۷ ایجاب و قبول
۷۹ شرایط عاقد
۸۰ توالی عرفی
۸۲ تعیین زن و شوهر
۸۲ مُنَجَز بودن عقد
۸۲ تعریف عقد مُنَجَز
۸۳ شرط خیار فسخ در عقد
۸۴ شرایط ضمن عقد نکاح
۸۴ شرط فاسدی که باطل کننده‌ی عقد است
۸۴ شرط وکالت ضمن عقد
۸۵ شرط عدم ازدواج مجدد
۸۶ رضای زوجین
۸۶ گفتار دوم: وکالت در نکاح
۸۷ مستندات

۸۹ فصل چهارم: نکاح منقطع
۸۹ گفتار اول: نکاح منقطع
۸۹ معنی لغوی متعه
۸۹ تعریف نکاح منقطع
۹۱ تاریخچه‌ی ازدواج موقت براساس روایات اسلامی
۹۵ توجیه تحریم متعه در زمان خلیفه‌ی دوم
۹۷ اسناد فقهی نکاح منقطع
۹۷ مشروعیت متعه
۹۸ تعداد مُتَعَه‌ها
۹۹ فواید متعه

- ۱۰۰ حرمت معشوقه‌بازی در قرآن
- ۱۰۱ تفاوت نکاح منقطع و دائم
- ۱۰۴ مشترکات نکاح منقطع و دائم
- ۱۰۴ گفتار دوم: قانون مدنی و فقه شیعه و نکاح منقطع
- ۱۰۵ قانون مدنی و نکاح منقطع
- ۱۰۷ مهریه در نکاح منقطع
- ۱۱۰ میزان مهریه و زمان مُتَعَه.
- ۱۱۰ زندگی امروز و نیاز به ازدواج موقت
- ۱۱۱ دلایل تأخیر ازدواج دائم
- ۱۱۶ راه حل سیاسیون اروپا برای حفظ حریم خانواده از شر جوانان مجرد و عزب‌ها
- ۱۱۷ راهکار صاحب‌نظران اروپایی برای حمایت از بنیاد خانواده
- ۱۱۸ تفاوت ازدواج رفاقتی و ازدواج عادی
- ۱۱۹ تفاوت ازدواج موقت با روابط آزاد و نامشروع
- ۱۲۲ چرا ازدواج موقت در جهان اسلام رواج ندارد
- ۱۲۵ آیا ازدواج موقت بوالهوسی است؟
- ۱۲۷ نتیجه

فصل پنجم: حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر ۱۳۰

- ۱۳۰ حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر
- ۱۳۰ بخش اول: حقوق مالی زن و مرد
- ۱۳۰ گفتار اول: آشنایی با مهریه
- ۱۳۰ تاریخچه مهریه
- ۱۳۴ مهریه در قرآن
- ۱۳۶ مهریه در زمان جاهلیت
- ۱۳۷ فلسفه مهریه با توجه به آیات و روایات
- ۱۳۸ گفتار دوم: اقسام مهریه در اسلام
- ۱۳۸ الف) مَهْرُ الْمُسَمَّى

۱۳۹ ویژگی مَهْرُ الْمُسَمَّى
۱۳۹ شرایط مَهْرُ الْمُسَمَّى
۱۴۰ شرایط عمومی مَهْرُ الْمُسَمَّى
۱۴۲ میزان مهر
۱۴۹ مقایسه‌ی تطبیقی
۱۵۲ اسقاطِ حَقِّ حَبْسِ برای زن
۱۵۴ اسقاطِ حَقِّ حَبْسِ برای مرد
۱۵۶ شرح اجمالی علل فسادِ مَهْرُ الْمُسَمَّى در فقه اسلام
۱۵۶ شرح تفصیلی علل فسادِ مَهْرُ الْمُسَمَّى از نظر فقه اسلام
۱۵۸ ب) مهر مَفْوِضَةُ الْبُضْعِ
۱۶۰ مَهْرُ الْمُتَعَه
۱۶۱ شأن نزول آیه ۲۳۶
۱۶۲ میزان مَهْرُ الْمُتَعَه
۱۶۲ تفاوت مَهْرُ الْمُتَعَه و مَهْرُ الْمُثَلِّ
۱۶۲ تفاوت جدایی به وسیله‌ی طلاق و جدایی به واسطه‌ی فوت در مَفْوِضَةُ الْبُضْعِ
۱۶۳ مَهْرُ الْمُثَلِّ
۱۶۳ تعیین مَهْرُ الْمُثَلِّ
۱۶۴ مقایسه‌ی تطبیقی ماده‌ی ۱۰۹۱
۱۶۶ مقایسه‌ی تطبیقی ماده‌ی ۱۰۹۸
۱۶۷ ج) مَفْوِضَةُ الْمَهْرِ
۱۶۷ تطبیق مواد ۱۰۸۹ و ۱۰۹۰ با احکام شرعی
۱۶۸ سند و دلیل فقهی
۱۷۰ مَهْرُ السَّنَةِ
۱۷۱ دلایل لزوم مَهْرُ السَّنَةِ
۱۷۱ ۱- نظر فقهای اسلام
۱۷۲ سیره‌ی پیامبر مبنای فقه است نه سیره‌ی مردم
۱۷۴ بخش دوم: نفقه
۱۷۴ گفتار اول: نفقه

تأمین هزینه‌ی خانواده.....	۱۷۴
اسباب نفقه.....	۱۷۴
میزان و حد نفقه در موارد مختلف.....	۱۷۷
فرق نفقه‌ی زوجیت و خویشاوندی.....	۱۷۹
گفتار دوم: نشوز.....	۱۸۰
مقایسه‌ی تطبیقی ماده‌ی ۱۱۰۸ و احکام شرعی.....	۱۸۱
تطبیق احکام شرعی و ماده‌ی ۱۱۰۸.....	۱۸۱
موارد نشوز زن نسبت به شوهر.....	۱۸۲
مواردی که نفقه ساقط نمی‌شود.....	۱۸۳
موارد نشوز مرد نسبت به همسرش.....	۱۸۶
بخش دوم: حقوق معنوی و حقوق مشترک بین زن و مرد.....	۱۹۲
گفتار اول: آغاز روابط مشروع زن و مرد.....	۱۹۲
حقوق معنوی زن و مرد.....	۱۹۲
آغاز روابط مشروع زن و مرد.....	۱۹۳
حسن معاشرت.....	۱۹۴
تطبیق احکام شرعی و ماده‌ی ۱۱۰۳.....	۱۹۴
سنت و سیره‌ی پیامبر و ائمه.....	۱۹۴
الف) حقوق مرد بر زن.....	۱۹۴
ب) حق زن بر مرد.....	۱۹۵
تطبیق احکام شرعی و ماده‌ی ۱۱۰۴.....	۱۹۶
ریاست مرد بر زن.....	۱۹۷
گفتار دوم: رعایت نوبت زن.....	۱۹۸
قَسَم.....	۱۹۸
معنی لغوی.....	۱۹۸
ساقط شدن تقسیم.....	۱۹۹
روایات اسلامی در مورد رعایت عدالت میان همسران.....	۲۰۲
روایتی در مورد مشروعیت چندهمسری.....	۲۰۲
آداب تعدد زوجات.....	۲۰۳

- گفتار سوم: قانون مدنی و تعدد زوجات ۲۰۳
- ماده ۱۷ قانون حمایت از خانواده ۲۰۴
- عدد زوجات ۲۰۵
- محدود کردن چند زنی با ۹ قید ۲۰۵
- مفهوم عدالت ۲۰۶
- چند نکته‌ی قابل تأمل ۲۱۰
- گفتار چهارم: تعدد زوجات ۲۱۵
- تاریخچه‌ی تعدد زوجات ۲۱۵
- نقد و بررسی اشکال مختلف ازدواج ۲۱۶
- بررسی چند شوهری ۲۱۶
- اشتراک جنسی ۲۱۸
- عناصر دخیل در امر زناشویی ۲۱۹
- قانون تعدد زوجات ۲۱۹
- علل نیاز به چندهمسری ۲۲۰
- علل پیشی گرفتن عدد زنان آماده به ازدواج بر مردان آماده‌ی ازدواج ۲۲۰
- نظر شهید مطهری در مورد چندهمسری ۲۲۱
- خلاصه ۲۲۲
- نظر صاحب نظران غربی پیرامون چندهمسری ۲۲۳
- فلسفه‌ی تعدد زوجات ۲۲۵
- یک پند ۲۲۷
- علل لزوم چندهمسری در جوامع بشری ۲۲۷
- آیا دوران تعدد زوجات با تغییر زمان پایان یافته؟ ۲۲۹
- مزایای چندهمسری ۲۳۱
- پی آمد تک همسری ۲۳۱
- مقایسه‌ی اثرات معشوقه‌بازی و چندهمسری ۲۳۴
- فصل نهم: احکام حکومتی** ۲۳۷
- منابع و مأخذ** ۲۳۹

مقدمه

فقه اسلام به‌عنوان احکام و دستورات عملی آخرین و کامل‌ترین دین جهت تنظیم روابط بین انسانها و سعادت بشریت برنامه‌هایی را ارائه نموده که این برنامه‌ها مبتنی بر فطرت و سرشت خاص اوست، و بشر برای طی نمودن راه سعادت لازم است که این برنامه‌ها را بشناسد و از آنها پیروی کند تا به خوشبختی و سعادت که آرزوی دیرینه‌ی اوست برسد.

یکی از این برنامه‌ها ازدواج است که بعد از اسلام بزرگترین نعمت است. اسلام برای امر نکاح جایگاه ویژه‌ای قرار داده است و علت این جایگاه پاسخ به یکی از نیازهای ضروری بشر است؛ نیازی که بقای بشر و ادامه‌ی آن در روی زمین بسته به آن است. نیازی که آرامش انسان در حیات دنیوی به آن وابسته است. نکاح در همه‌ی ادیان الهی قداست خاصی دارد. هر خردمندی با اندکی توجه در می‌یابد که دین نزد خدا یکی است، زیرا مشترکات نکاح در تمام ادیان چندان فراوان است که تنها از برنامه‌های ازدواج می‌توان پی برد که آیا این دین از جانب خداست یا نه.

تاریخ ازدواج را باید تاریخ خلقت بشر و ادیان الهی دانست؛ چرا که اولین بشر حضرت آدم اولین پیامبر است و اولین پیامبر اولین کسی است که به دستور خدا ازدواج نموده است؛ یعنی پایه‌ی ازدواج درست بعد از خلق بشر بنا نهاده شده است و خداوند، بعد از ازدواج حضرت آدم و حضرت حوا اراده کرد که نسل آنها را پدید آورده و در سراسر زمین منتشر گرداند. پس از مدتی حضرت حوا باردار شد و در اولین وضع حمل از او یک دختر و یک پسر همزمان پا به عرصه‌ی گیتی نهادند. نام پسر را «قابیل» و نام دختر را «لوپذا» گذاشتند. مدتی بعد که حضرت حوا وضع حمل نمود، باز دوقلو به دنیا آورد که یکی از آنها پسر بود و دیگری دختر. نام پسر را «هابیل» و نام دختر را «اقلیما» گذاشتند. وقتی فرزندان آدم بزرگ شدند و به حد نکاح رسیدند، آدم به حوا گفت «قابیل» را بگو با «اقلیما» خواهر هابیل ازدواج کند و هابیل

را امر کن تا لو بذا خواهر قابیل را بگیرد. و بدین شیوه نسل آدم بر روی زمین تکثیر یافت و دوام پیدا کرد.

پس برنامه‌ی نکاح را می‌توان اولین برنامه و حقوق متقابل بشر دانست و می‌توان ازدواج را اولین برنامه‌ی اجتماعی تاریخ بشر شناخت که همانا حقوق و وظایف آدم و حوا نسبت به یکدیگر است؛ چرا که با اولین ازدواج، اولین نهاد اجتماعی پایه‌گذاری شده است. پس اولین برنامه‌ی پایه‌گذاری شده بعد از خلقت بشر نکاح و احترام به آن است. با افزایش جمعیت، اهمیت و جایگاه ازدواج بیشتر شناخته شد و نیاز به آن بیشتر احساس شد.

نکاح یک ضرورت اجتماعی و یک قانون عمومی است. اگر به غرایز طبیعی انسان به صورت صحیح پاسخ داده نشود مسلماً انسان برای دفع و ارضای آن راه‌های انحرافی و غیراخلاقی را برخورد گزید؛ چرا که غرایز طبیعی را نمی‌توان مهار کرد و یا از بین برد. گزینه‌ی جنسی یکی از غرایز نیرومند انسانی است؛ تا جایی که عده‌ای از روانکاوان، آن را تنها گزینه‌ی اصیل انسان می‌دانند و غرایز دیگر را به آن باز می‌گردانند.

حال باید دید قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران برای پاسخ به این نیاز ضروری چه موادی را وضع نموده و آیا بین این مواد و احکام شرعی اسلامی سختیتی هست؟ در مقایسه‌ی احکام شرعی و قانون مدنی آیا تفاوتی وجود دارد یا همه‌ی مواد قانون مدنی از فقه اخذ شده است. هدف این پایان‌نامه آشنایی با نکاح اسلامی، صدرصد اسلامی نمودن مواد قانون مدنی، بدون هیچ تفاوتی بین احکام شرعی و مواد قانون مدنی، مبارزه‌ی فرهنگی با مفاسد اجتماعی موجود است؛ زیرا با هر پدیده‌ی اجتماعی باید متناسب با آن برخورد نمود و از آنجا که مفاسد اجتماعی یک پدیده‌ی ضد فرهنگی است؛ پس باید با فرهنگ صحیح با آن برخورد نمود. در ارتباط با جلوگیری از طلاق‌های فراوان و اسلامی کردن ولایت پدر بر دختران بالغ و جلوگیری قانونی از ضایع شدن حقوق آنان و همچنین تجدید نظر مقامات قضایی بر مواد مربوط به مهریه و رواج مَهْرُالسُّنَّة پیامبر در جامعه، فرضیه‌هایی که در این کتاب ارائه

شده چنین است:

اولاً اگر ما احکام شرعی را پیرامون نکاح رعایت کنیم جامعه‌ای با حداقل مفساد خواهیم داشت.

ثانیاً رعایت احکام اسلامی در واقع کنار زدن و مبارزه با عرفهای غلط است و احکام اسلامی با فطرت انسان سازگار است.

ثالثاً احکام اسلامی پیرامون نکاح، راههای مبارزه با مفساد اجتماعی را با در نظر گرفتن فطرت و غریزه‌ی انسان بیان نموده است.

رابعاً علت اصلی مفساد روز افزون اجتماعی در جامعه‌ی اسلامی به میزان دوری ما از احکام اسلامی بستگی دارد.

خامساً احکام اسلام پاسخگوی نیازهای فطری و غریزی انسان پیرامون ازدواج است.

سادساً در دین مقدس اسلام در صورتی که دختر با هم‌کفو خود ازدواج کند ولایت پدر ساقط می‌شود.

همچنین در این کتاب سعی شده از هر دو نوع ازدواج که در قانون مدنی مجاز شناخته شده دفاع شود و با توجه به این که تعدد زوجات یکی از مصلحت‌های فردی و اجتماعی است و در جامعه‌ی کنونی ما که با تحمل هشت سال دفاع مقدس جوانان آماده‌ی ازدواج زیادی را تقدیم انقلاب و آرمانهای آن نمود؛ همچنین حوادث دلخراش تصادفات جاده‌ای، مردان آماده به ازدواج زیادی را از جامعه‌ی گرفت، چنین احساس می‌شود که تعداد زنان آماده‌ی ازدواج در جامعه ما زیاد است؛ پس برای آنکه همه‌ی زنان بتوانند از حق طبیعی داشتن همسر مناسب برخوردار شوند فصلی از این کتاب به تعدد زوجات اختصاص داده شده است. با توجه به اینکه قانون مدنی هیچ ماده‌ای را به آن اختصاص نداده؛ شخصاً ضرورت وجودی آن را، هم از نظر قرآن و هم از نظر صاحب‌نظران بزرگ اسلامی و غربی بررسی نمودم. در این بررسی، هر جا که بین فقه و قانون مدنی هماهنگی بوده و منبع آن ذکر شده پیرامون آنها سخنی گفته نشده اما در مواردی که این هماهنگی بسیار کم

است و بین فقه و قانون مدنی تفاوتی مشاهده شده، به‌خاطر ایمان و اعتقاد راسخی که به فقه اسلامی داشته‌ام با ارائه‌ی سند و مدرک از فقه اسلامی دفاع نموده‌ام. می‌توان گفت که بیشتر مواد قانون مدنی گرفته شده از نظر مشهور فقها بوده و در کمتر جایی قانون مدنی از نظر مشهور فقها پیروی ننموده است. آنچه در این کتاب به آن رسیدم با وجود پیروی قانون مدنی از فقه اسلام، این است که جامعیت فقه اسلام نسبت به قانون مدنی کاملاً مشهود است. وقتی منصفانه تحقیق شود هرکسی چنین قضاوت خواهد کرد که ۱۴۰۰ سال پیش چنین حقوق دقیق و بدون عیب و نقص فقط از یک خالق بی‌همتا در قالب کامل‌ترین دین آسمانی میسر است و اگر امروز حقوق‌دانان ما در بعضی موارد نسبت به آوردن بعضی از احکام حقوقی فقه واهمه دارند و یا بخشی از آن را گرفته و بخشی دیگر را رها کرده‌اند، به این علت است که فقه اسلام دریایی بی‌کران است که علم به همه‌ی آن و وقوف به آنچه آمده واقعاً دشوار است؛ لذا یک حقوق‌دان نمی‌تواند به تمام مسائل حقوق فقه احاطه پیدا نماید؛ چون علم کافی و احاطه‌ی لازم می‌خواهد تا بتوان تمام احکام را چنان که هست آورد. گرچه کتب فراوانی پیرامون ازدواج و حقوق خانواده نگاشته شده ولی پیرامون مقایسه‌ی تطبیقی احکام شرعی و قانون مدنی کتابی نوشته نشده است و یا دست کم من مشاهده نکرده‌ام. یکی از مشکلات پیش روی حقیر برای نگارش این نوشته در دسترس نبودن کتب منبع به‌علت فقدان کتابخانه‌ی جامع در شهر الشتر لرستان است به‌طوری که گاه برای تهیه‌ی کتاب مجبور بودم به شهرهای اصفهان و قم و تهران مسافرت کنم. همچنین از مشکلات دیگر غیر از جمع‌آوری کتاب، اطلاع یافتن از وضع خانواده‌ها با شرایط تعدد زوجات بود که جمع‌آوری اطلاعات به‌روز از وضع آنها به‌علت اطلاعات شخصی بسیار مشکل بود و نویسنده به‌صورت غیر مستقیم از وضعیت آنها مطلع شده است.

والسلام

سید حمزه حسینی فرد

فصل اول: تعریف نکاح

نکاح مصدر ثلاثی و از ریشه‌ی «نَكَحَ، يَنْكِحُ»^۱ و در لغت به معنای ازدواج کردن است. نکاح به‌طور کلی در دو معنا استعمال می‌شود که عبارتند از:

۱- زناشویی یا ازدواج کردن زن با مرد (عقد)^۲

۲- نزدیکی و همبسترشدن زن با مرد (وطی)

مشهور آن است که نکاح در لغت به معنی «وطی» و شرعاً به مفهوم «عقد» است^۳

از آنجا که منظور و هدف نکاح تنها نزدیکی کردن نیست لذا می‌توان «ازدواج کردن زن با مرد» را معنی نکاح دانست؛ چون مفهوم نکاح وسیع‌تر از نزدیکی زن و مرد است. نزدیکی یکی از ابتدایی‌ترین ویژگی‌های طبیعی ازدواج است. آرامش مرد و زن، رشد اخلاقی و معنوی مرد و زن، تولید مثل و بقای انسان و نیاز فطری و عاطفی، از دیگر ویژگی‌ها و اهداف نکاح است. پس جامع‌ترین و کامل‌ترین معنی لغوی نکاح را می‌توان «ازدواج کردن زن و مرد» یعنی عقد که یک پیمان شرعی است دانست.

در فقه شیعه دو نوع نکاح وجود دارد: یکی نکاح دائم و دیگر نکاح موقت. پس تعریفی از نکاح می‌تواند جامع و کامل باشد که شامل هر دو نکاح شود.

بعضی از حقوقدانان نکاح را چنین تعریف کرده‌اند:

«نکاح عبارت است از: رابطه‌ی بین زن و شوهر برای تشکیل خانواده»^۴ این تعریف فقط نکاح دائم را شامل می‌شود و نکاح منقطع از مفهوم آن مستفاد نمی‌شود.

بعضی دیگر از حقوقدانان نکاح را چنین تعریف کرده‌اند.

«نکاح رابطه‌ای است حقوقی - عاطفی که به‌وسیله‌ی عقد بین زن و مرد حاصل

۱- لویس معلوف، المنجد، ج ۲، صفحه ۲۰۰۸ و جبران مسعود، الرائد، ص ۱۷۷۶

۲- لویس معلوف، المنجد، ج ۱، ص ۲۰۰۸ و جبران مسعود، الرائد، ص ۱۷۷۶ و محمد معین، ج ۲، صفحه ۸۳۵

۳- تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۵۶۵؛ علامه حلی، تحریر الاحکام، اول نکاح

۴- دکتر امامی سید حسن، حقوق مدنی

می‌گردد و به آنها حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کنند. مظهر بارز این رابطه حق تمتع جنسی است.^۱

این تعریف، هردو نکاح؛ یعنی نکاح دائم و نکاح منقطع را شامل می‌شود. باید دانست که رابطه‌ی زناشویی محدود به رابطه‌ی عاطفی نیست و دایره‌ی ازدواج بسیار وسیع‌تر از یک رابطه‌ی عاطفی و تمتع جنسی است.

تعریف نکاح از نظر نگارنده: نکاح عبارت است از تعهد شرعی و قانونی زن و مرد برای تشکیل خانواده به‌طوری که بنابر اقتضای طبیعت و غریزه، ابتدایی‌ترین اثر آن بهره‌ی جنسی و عالی‌ترین درجه‌ی آن کسب آرامش روحی، انس و الفت و رشد معنوی و اخلاقی زن و مرد است.

این تعریف با قید «بهره‌ی جنسی»، هم شامل ازدواج موقت و هم شامل عقد دائم می‌شود و با آوردن «درجه‌ی عالی رشد معنوی و اخلاقی» بیانگر این است که اولاً هدف از ازدواج تنها بهره‌ی جنسی نیست، بلکه ابتدایی‌ترین ویژگی طبیعی ازدواج مشروعیت بخشیدن به رابطه‌ی جنسی زن و مرد است، لذا اصلی‌ترین و عالی‌ترین درجه‌ی ازدواج، آرامش روحی و انس و الفت است؛ مطلبی که قرآن هم در آیه ۲۱ سوره‌ی روم به آن اشاره کرده است و می‌فرماید: «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ»

ترجمه: «و از نشانه‌های قدرت اوست که برایتان از جنس خودتان همسرانی آفرید تا به ایشان آرامش یابید، و میان شما دوستی و مهربانی نهاد. در این، عبرتهایی است برای مردمی که اندیشه می‌کنند.»

ثانیاً عقد ازدواج یک نیاز طبیعی متقابل است که هم زن به آن نیاز دارد و هم مرد به آن محتاج است.

اهمیت و جایگاه ازدواج

برای فهم اهمیت و جایگاه ازدواج باید به انواع ازدواج اشاره کنیم. سپس با بیان روایات مختلف از معصومین (ع) روایاتی برای تشویق به ازدواج خواهیم آورد که همگی بیانگر اهمیت ازدواج است. در فقه اسلام بنابر نیاز و ضرورت سه نوع ازدواج ذکر شده است.

۱- ازدواج واجب

کسی که بترسد که در اثر ترک نکاح به گناه افتد نکاح بر او واجب است.^۱ همه‌ی کسانی که به سن بلوغ می‌رسند به ازدواج نیاز دارند؛ زیرا ازدواج یک امر فطری و غریزی است. با عنایت به اینکه ترسِ افتادن به گناه و گرفتار شدن به آن برای هرکسی وجود دارد پس می‌توان گفت که ازدواج برای افراد بالغ یک امر واجب است که وجوب آن بالقوه است و با در نظر گرفتن تفاوت فردی باید پذیرفت که دیر یا زود روزی به فعلیت خواهد رسید. اکثر انسان‌هایی که از سلامت روحی و جسمی برخوردارند اگر دیر ازدواج کنند روزی ترس از افتادن به گناه را حس خواهند کرد؛ چون حفظ و صیانت نفس و پرهیز از حرام واجب است. پس روزی بر همه‌ی انسان‌های دارای سلامت روحی واجب خواهد شد تا ازدواج کنند.

در روایات داریم که اگر کسی از یک طرف توان رفتن به حج واجب را دارد، و از سوی دیگر به ازدواج نیاز داشته باشد و نگران باشد که ممکن است با ترک ازدواج دچار زنا شود؛ در چنین وضعیتی ازدواج بر حج واجب مقدم شمرده شده است.^۲

۲- ازدواج مستحب

برای کسی که می‌تواند ازدواج کند و خوف افتادن در گناه را ندارد ازدواج

۱- ترجمه و تبیین شرح لمعه، علی شیروانی، ج ۹، کتاب نکاح

۲- فقه السنة سید سابق، ج ۲، ص ۴۹۷

مستحب مؤکد است.^۱ با توجه به اینکه رهبانیت و ترک دنیا و اعراض از لذایذ مشروع دنیا در اسلام توصیه نشده است و با طبیعت انسان که موجودی اجتماعی است ناسازگار است لذا کسی که می‌تواند ازدواج کند و خوف و نگرانی افتادن در گناه را هم ندارد مستحب است که ازدواج کند و به سیره و سنت پیامبر عمل نماید.

۳- ازدواج حرام

کسی که به علت بیماری و تحمل هزینه‌ی ازدواج و نفقه‌ی همسر در امر زناشویی و همبستری دچار اختلال گردد و علاقه و میل جنسی در وی نباشد، ازدواج بر او حرام است. دقت شود که این در حالی است که دو امر ۱- ناتوانایی در زناشویی و همبستری ۲- ناتوانی در پرداخت نفقه، همزمان در کسی جمع شود.

کما اینکه پیامبر با زنی از بنی‌بیاضه ازدواج کرد؛ سپس دریافت که در پهلوی وی بیماری پیسی وجود دارد، لذا او را برگرداند و ازدواج را برهم زد و فرمود: «دَلَسْتُمْ عَلَيَّ» شما تدلیس و فریب‌کاری و عیب‌پوشی کردید.

۴- ازدواج مکروه

چنانچه مرد نتواند از عهده‌ی امر زناشویی و همبستری و پرداخت هزینه و نفقه‌ی زن بر آید، به‌گونه‌ای که ضرر و زیانی به زن وارد نماید، به‌علت اینکه زن بی‌نیاز و ثروتمند بوده باشد و چندان رغبت و میل نیرومندی به همبستری نداشته باشد ازدواج مکروه است.

نکاح از دیدگاه قرآن

قرآن در مورد تشویق به نکاح در آیه‌ی ۳ سوره‌ی نساء می‌فرماید:

وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ

۱- ترجمه و تبیین شرح لمعه، علی شیروانی، کتاب نکاح، ج ۹

وَنُلَّاتِ وَرَبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ
أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا

«اگر شما را بیم آن است که در کار یتیمان عدالت نورزید، از زنان هر چه شما را پسند افتد دو یا سه یا چهار زن به نکاح در آورید و اگر بیم آن دارید که به عدالت رفتار نکنید تنها یک زن بگیرید یا به آنچه مالک آن هستند بسنده کنید. این راهی بهتر است تا مرتکب ستم نگردید.»^۱

و همچنین می‌فرماید:

«وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ
يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ»

«البته باید عزبهایتان^۲ و کنیزان و بندگان خود را به نکاح یکدیگر در آورید. اگر مرد و زنی فقیرند خدا به لطف خود آنان را بی نیاز و مستغنی خواهد فرمود که خدا به احوال آنان آگاه و رحمتش وسیع است.»^۳

از این آیه چنین استفاده می‌شود که سزاوار نیست فقر و احتیاج مانع از ازدواج شود، چون خداوند وعده داده است که غنی می‌سازد و در زندگی گشایش می‌بخشد.^۴ در واقع خداوند خودش گشایش در امور زندگی زن و مرد ازدواج کننده را تضمین و تأکید هم نموده است که خداوند فراخی بخش است.

فضیلت ازدواج از نظر معصومین (ع)

پیامبر (ص) و ائمه‌ی معصوم علیه السلام در تشویق به ازدواج سخنان فراوانی آورده‌اند که در اینجا فقط به چند سخن از پیامبر و ائمه علیهم السلام اکتفا می‌کنیم.

رسول خدا می‌فرماید: «کسی که از سنت من دوری کند و آن را ترک گوید از

۱- سوره مبارکه نساء، آیه ۳

۲- مردان بی زن و زنان بی شوهر

۳- سوره مبارکه نوره، آیه ۳۲

۴- امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، کتاب نکاح

من نیست، و نکاح سنت من است.»

همچنین می‌فرماید: «ازدواج کنید که من از کثرت شما می‌بالم»^۱ همچنین می‌فرماید: «دو رکعت نماز فرد متأهل از هفتاد رکعت نماز مجرد بهتر است.» و همچنین می‌فرماید: «هرکس ازدواج کند نصف ایمانش را کامل کرده پس درباره‌ی نصف دیگر از خدا بترسد» رسول خدا می‌گوید: «خدای عزوجل می‌فرماید: هرگاه بخواهم خیر دنیا و آخرت را برای مسلمانی جمع کنم برای او قلبی خاشع، و زبانی ذاکر، و بدنی که در بلا صابر و مقاوم است و همسری مؤمن قرار می‌دهم که هرگاه بدو می‌نگرد شادمانش می‌سازد، و هرگاه از او دور می‌شود، همسر او حافظ ناموس و مال اوست.»

امیر المؤمنین (ع) فرمودند: «تزوید کنید که سنت رسول خداست.»^۲

امام رضا (ع) فرمودند: «هیچ‌کس فایده‌ای به‌دست نیاورد که بهتر از همسر شایسته باشد؛ همسری که وقتی به او نگاه می‌کند شادمانش می‌گرداند و در غیاب او نفس خودش و مال او را نگه داری می‌نماید.»^۳

سرزنش عزبها

ائمه‌ی معصوم ما همواره مردم را به ازدواج ترغیب و عزبها را سرزنش می‌کردند، که این خود از اهمیت ازدواج به‌موقع مردم خبر می‌دهد. پیامبر (ص) در سرزنش عزب‌بودن چنین می‌فرماید: «اکثر اهل آتش عزب‌ها هستند»^۴ و نیز از امام صادق (ع) است که فرمود: پیامبر (ص) فرموده است: «فروماه‌ترین مردهای شما عزبها هستند.»^۵

نکته ۱: در اینجا نگوئیم عزبها عام است و منظور از آن اعم از کسانی که اصلاً

۱- نهج الفصاحه، ح ۲۴۸

۲- وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۳

۳- وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۲۳

۴- همان

۵- همان

ازدواج نکرده و یا ازدواج کرده‌اند و به علتی مثل طلاق یا فوت همسر و یا فسخ نکاح عزب شده‌اند؛ خواه زن بیوه یا مرد باشند.

نکته ۲: بعضی در توجیه عزب ماندن و تأخیر در ازدواج، پای مسائل اقتصادی و فقر را به میان می‌کشند، ولی در آیات و روایات حتی این توجیه نکوهش شده است؛ همان‌طور که قرآن می‌فرماید: «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ»

«البته باید عزبهایتان^۱ و کنیزان و بندگان خود را به نکاح یکدیگر در آورید. اگر مرد و زنی فقیرند خدا به لطف خود آنان را بی‌نیاز و مستغنی خواهد فرمود که خدا به احوال آنان آگاه و رحمتش وسیع است.»^۲

و همچنین پیامبر می‌فرماید: «کسی که ازدواج را به‌خاطر ترس از احتیاج ترک نماید تحقیقاً به خدای عزوجل گمان بد برده است»

عزت برای عبادت یا ازدواج؟

ابن عباس گوید: مردی از رنج تجرد و عزب بودن به پیامبر شکایت برد و گفت: آیا خود را اخته نکنم؟ پیامبر فرمود: «هرکس خود را اخته کند از ما نیست و بر شریعت مانع است»^۳

عثمان بن مظعون نزد پیامبر (ص) شرفیاب می‌شود و از پیامبر می‌خواهد به او اجازه دهد تا برای ترک ازدواج خود را اخته کند و از مواد خوشبو استفاده نکند و هر لذت جسمانی را ترک کند. پیامبر به وی اجازه نمی‌دهد. سعد وقاص می‌گوید: اگر پیامبر اجازه می‌داد ما همه خود را اخته می‌کردیم و به عبادت می‌پرداختیم. طبری در تفسیر آیه ۸۷ سوره مائده: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَحَرَّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ»

۱- مردان بی زن و زنان بی شوهر

۲- سوره مبارکه نوره، آیه ۳۲

۳- سید سابق، فقه السنة، ج ۲، ص ۴۹۶

یعنی «ای مؤمنان حرام نکنید بر خویشتن، خوشیها را آنچه خدا بر شما حلال کرده است و از حد شرع تعدی و تجاوز نکنید، چون خدای تعالی دوست ندارد متعديان و تجاوز کاران را.» می‌گوید وقتی که عثمان بن مظعون تصمیم گرفت به عنوان عبادت، خود را از خوشیهای دنیا محروم کند و پیامبر اجازه نداد آنگاه آیه نازل شد.

از آنچه در اهمیت ازدواج گفته شد چنین استفاده می‌شود که باید تلاش کرد که بستر ازدواج در جامعه آسان باشد تا جوانان و مردم بتوانند از نعمت ازدواج برخوردار شوند، و بدین وسیله علاوه بر سلامت روحی و جسمی مردم و شادابی ناشی از ازدواج در جامعه امنیت اخلاقی و دینی و معنوی ایجاد گردد. پس ازدواج یکی از ضروری‌ترین نیازهای بشری است که اگر به‌موقع انجام شود هم منافع فردی دارد و هم منافع اجتماعی و غفلت از آن علاوه بر به‌خطر انداختن سلامت روحی و جسمی مردم، امنیت اجتماعی و اخلاقی را هم به‌خطر خواهد انداخت.

فوائد نکاح

نکاح فواید زیادی دارد که ما در اینجا به بیان مهمترین آنها می‌پردازیم.

۱- **فایده‌ی فردی:** غریزه‌ی جنسی نیرومندترین و شدیدترین غریزه‌ی انسانی است که همواره انسان را بر آن می‌دارد که برای ارضای آن راهی و فرصتی و جولانگاهی پیدا کند و اگر راه درست و صحیح برای اشباع و ارضای غریزه‌ی جنسی یافت نشود انسان را دچار نابسامانی و پریشانی‌ها و لغزشها و پرتگاه‌ها و انحرافات بس دشوار می‌کند. ازدواج و انتخاب همسر ویژه، بهترین راه طبیعی و مناسب‌ترین جایگاه سودمند و حیات بخش و آرام بخش است. قرآن مجید در آیه ۲۱ سوره‌ی روم فایده و اهمیت ازدواج را چنین بیان می‌کند: «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ»

ترجمه: «و از نشانه‌های قدرت اوست که برایتان از جنس خودتان همسرانی آفرید تا به ایشان آرامش یابید، و میان شما دوستی و مهربانی نهاد. در این عبرتهایی است برای مردمی که تفکر می‌کنند.»

۲- طول عمر: ازدواج یک ضرورت و نیاز فطری بشر و باعث تسکین و آرامش انسان است؛ لذا ازدواج به‌موقع باعث سلامت روان و نشاط و طول عمر انسان می‌گردد. سازمان ملل متحد گزارشی را انتشار داده بود که درضمن آن آمده بود: «کسانی که ازدواج می‌کنند، از کسانی که ازدواج نمی‌کنند عمر طولانی‌تری دارند. کسانی که ازدواج نمی‌کنند خواه بیوه باشند یا از طلاق استفاده کرده یا اصلاً عزب بوده‌اند، خواه مرد یا زن باشند، کمتر از کسانی که ازدواج کرده و همسر دارند عمر می‌کنند.» در آن گزارش آمده بود که مردم در همه‌ی نقاط جهان با ازدواج در سن پایین روی آورده‌اند و عمر ازدواج‌کنندگان طولانی‌تر است. این گزارش سازمان ملل بر اساس تحقیقات و آمارهایی بوده که در خلال ۱۹۵۸ در سراسر جهان به‌عمل آمده بود و با توجه به این آمارها در گزارش آمده که معدل مرگ‌ومیر در بین ازدواج‌کنندگان زن و مرد از میانگین مرگ و میر در بین زنان و مردانی که ازدواج نکرده‌اند کمتر بوده است و این نسبت در سنین مختلف عمر محفوظ بوده است. این گزارش چنین ادامه می‌دهد که می‌توان گفت از نظر بهداشتی و تندرستی، ازدواج برای زن و مرد مفید است؛ تا جایی که خطرات بارداری و زایمان در مقابل فوائد ازدواج بسیار ناچیز است.^۱

۳- فائده‌ی اجتماعی: پیوند خانواده‌ها و تقویت رشته‌ی مهر و محبت بین خانواده‌ها و استحکام رابطه‌ی اجتماعی که از ثمرات ازدواج است مورد تأیید و تحسین و حمایت اسلام است؛ زیرا جامعه‌ای که پیوند بین افراد آن بر اساس محبت باشد جامعه‌ای نیرومند و خوشبخت و سعادت‌مند است.

۴- غریزه‌ی پدر و مادری: غریزه‌ی پدر و مادری در سایه‌ی وجود طفل و

۱- روزنامه الشعب، تاریخ ۱۹۵۹/۶/۶، نقل از سید سابق، فقه السنة

کودک رشد و تکامل می‌یابد. در واقع، میوه و ثمره‌ی ازدواج تولد فرزندان است که انسان فطرتاً و به حکم غریزه حفظ زندگی و تداوم زندگی خود را در وجود فرزندان می‌بیند؛ زیرا حب ذات از غریزه‌ی انسان ریشه می‌گیرد. در قرآن نیز به اهمیت فرزند در تشکیل خانواده اشاره شده است. آنجا که می‌فرماید: «وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ.»^۱ ترجمه: «خدا برای شما از میان خودتان همسرانی قرار داد و از همسرانتان فرزندان و فرزندزادگان پدید آورد و از چیزهای خوش و پاک روزیتان داد. آیا هنوز مردم به باطل ایمان می‌آورند و نعمت خدا را کفران می‌کنند؟»

در روایات اسلامی هم، به وجود فرزندان و اهمیت آن تأکید شده است تا جایی که پیامبر اسلام (ص) می‌فرماید: «تزوجوا الودود الولود فانی مکارم بکم الانبیاء یوم القیامة» یعنی: «با زنانی ازدواج کنید که مهربان و زاینده باشند؛ زیرا در روز قیامت من با کثرت و فراوانی شما بر پیامبر الهی مباحثات می‌کنم و افزونی می‌طلبم.» بی‌شک کثرت نسل، مصالح و منافعی دارد که ملتها و امت‌ها و قبایل، هم به آن اهمیت می‌دهند و هم افتخار می‌کنند و در موضع‌گیری‌های سیاسی و عقیدتی و احراز هویت و حتی حقانیت خود به آمار و تعداد جمعیت فخر می‌فروشد و بر آن حریصند؛ به‌گونه‌ای که در بعضی از جوامع برای افرادی که فرزندان زیادی دارند مشوقه‌هایی در نظر می‌گیرند تا جمعیت آنها افزایش یابد و حق این است که عزت و سر بلندی از آن امتی است که جمعیت بیشتری داشته باشد.

۴- رشد استعدادهای مرد و زن: مرد و زن با تشکیل خانواده و اخلاق ایثار و مراعات یکدیگر و تحمل سختیها و فرازونشیب‌های زندگی و احساس مسئولیت متقابل برای رشد فرزندان و برنامه‌ریزی برای رشد و تعالی خود و

فرزندان تلاش می‌کنند و در نتیجه استعدادهای نهفته و خارق‌العاده‌ی آنها رشد می‌یابد.

۵- **رشد عقلی و معنوی و اخلاقی مرد و زن:** عالی‌ترین فایده‌ی ازدواج رشد معنوی و اخلاقی زن و مرد است. در این زمینه احادیث زیادی وارد شده که نشان تکامل انسان بعد از ازدواج است که این تکامل، علاوه بر رشد عقلی، رشد معنوی و اخلاقی را نیز در پی خواهد داشت.

در قانون مدنی جمهوری اسلامی دونوع نکاح مجاز شناخته شده است: یکی نکاح دائم است و دیگر نکاح منقطع. در کتاب حاضر به مقایسه‌ی احکام شرعی و قانون مدنی در این رابطه خواهیم پرداخت.

فصل دوم: مقدمات نکاح

شخصی که قصد ازدواج دارد باید بداند که با چه زنی می‌تواند ازدواج کند و با چه زنی شرعاً و قانوناً نمی‌تواند ازدواج کند. در قانون مدنی نیز به پیروی از فقه اسلام ابتدا زنان خالی از مانع ازدواج را آورده و سپس زنانی را که نمی‌توان با آنها ازدواج نمود مطرح کرده است. اینک ضمن آوردن مواد قانون مدنی، به تطبیق آن با فقه اسلام می‌پردازیم.

گفتار اول: خواستگاری

مقدمه

امر خواستگاری همواره از سوی مرد است و تقاضای وصلت اختصاص به مرد دارد. در همه‌ی انواع جانوران هر جا که قانون دوجنسی حکم فرماست با وجود نیاز متقابل جنس نر و ماده به یکدیگر، معمولاً تقاضا از سوی جنس نر صورت می‌گیرد؛ زیرا جنس نر نیازمندتر آفریده شده و این جنس نر است که برای جلب رضایت جنس ماده اولین گامها را می‌برد. گرچه جنس نر همواره قدرتمندتر است و توان به زیر سلطه در آوردن جنس ماده را بدون قید و شرط دارد اما هیچگاه جنس نر برای جفت‌گیری از قدرت زور استفاده نمی‌کند؛ برعکس به‌جای سوء استفاده از قدرت خود در اکثر گونه‌های جانوری جنس نر از موضع فروتنی و تملق برای جفت‌گیری استفاده نموده است و حتی برای جلب رضایت ماده، با نرهای دیگر به جنگ و نبرد پرداخته ولی وقتی به جنس ماده رسیده خاضعانه و با ظرافت خاصی عمل کرده است. آگاهان، علت این امر را چنین توجیه کرده‌اند که: «مرد از زن شهوانی‌تر است» ولی در روایات اسلامی آمده است که مرد از زن شهوانی‌تر نیست و حتی زن از مرد در امر شهوت تواناتر است، فقط زن خوددارتر آفریده شده است و مرد در مقابل غریزه از زن ناتوان‌تر است و این خصوصیت ناتوانی مرد در مقابل غریزه باعث شده تا به‌دنبال زن حرکت کرده و میل به وصلت را

به او اظهار کند و خوددارتر بودن زن در غریزه‌ی جنسی این فرصت را به او داده که به دنبال مرد نرود و زود تسلیم او نشود و مرد را وادار کند تا به زن اظهار ارادت و نیاز کند.^۱

نکته: از آنجا که قوانین مربوط به خواستگاری و نامزدی که در قانون مدنی آمده است قوانین مستقیم اسلامی نیست و نص و دستور صریحی از خود فقه اسلام در اغلب مواد نرسیده است و قانون مدنی آنچه در این زمینه گفته است طبق استنباطی است که از قواعد کلی اسلامی کرده است، لذا در این فصل فقط به معنی و سابقه‌ی تاریخی خواستگاری و بعضی مباحث ذکر شده در فقه اسلامی اکتفا شده است.

تاریخچه‌ی خواستگاری

حضرت آدم چون خلعت وجود بر اندامش دوخته شد، خداوند قادر، حضرت حوا را نیز به عنوان زوج او آفرید. در این هنگام چشم آدم به حوا افتاد و او را شبیه خود ولی زیباتر و دلرباتر یافت؛ لذا خطاب به وی گفت: تو کیستی؟ حوا جواب داد من مخلوق خدا هستم. آدم دید حوا نیز مثل او سخن می‌گوید و از نظر قیافه به وی شباهت دارد. احساس کرد که در دل خویش نیز خیلی به وی علاقه‌مند است. در این هنگام با خدا مناجات کرد و گفت: خدایا این مخلوق زیبا کیست که در کنار من است. من از دیدار او بسیار خوشحالم. از جانب خدا خطاب رسید که این انسان کنیز ما خواست. آیا دوست داری که با تو انس گیرد و سخن گوید. آدم عرض کرد بلی و من به شکرانه‌ی این نعمت الهی پیوسته سپاسگزار خواهم بود. پروردگار فرمود: ای آدم از وی خواستگاری کن که او مشکل جنسی تو را نیز برطرف می‌کند. آدم از حوا خواستگاری کرد و به دستور خداوند تعلیم معارف دینی را مهریه‌ی وی قرار داد. خدا از این کار آنان راضی شد. چون آدم آماده‌ی خواستگاری شد، از

۱- شهید مطهری، نظام حقوق زن در اسلام، ص ۲۲۷ بعد

حوا خواست که به پیش او آید ولی حوا نپذیرفت و گفت: تو پیش من بیا. خداوند خطاب کرد: ای آدم تو پیش حوا برو و بدین‌سان این روش سنت شد که مردان سراغ زنان روند و چنانچه برعکس بود سنت آن می‌شد که دختران از پسران خواستگاری کنند.^۱

معنی خواستگاری

اولین قدم برای تحقق ازدواج خواستگاری است. خواستگاری در فقه با لفظ «خِطْبَة» با کسر خاء به معنی درخواست مرد است از زن یا ولی دختری که برای ازدواج آمده است.^۲

لفظ «خِطْبَة» در قرآن فقط در سوره‌ی بقره آیه‌ی ۲۳۵ یک‌بار به‌کار رفته است. وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْزَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ

«و اگر به کنایت از آن زنان (زنانی که شوهرشان فوت کرده و در عده‌ی فوت هستند) خواستگاری کنید یا اندیشه‌ی خود در دل نهان دارید، گناهی بر شما نیست زیرا خدا می‌داند که از آنها به‌زودی یاد خواهید کرد ولی در نهان با آنان وعده منهدید. مگر آنکه به‌وجهی نیکو سخن گوید، و آهنگ بستن نکاح مکنید تا آن مدت به سر آید و بدانید که خدا به آنچه در دل دارید آگاه است. از او بترسید و بدانید که او آمرزنده و بردبار است.»

خواستگاری بر اجرای صیغه‌ی عقد مقدم است و در صورت قبول دختر، نامزدی حاصل می‌شود. نامزدی عبارت است از: «فاصله‌ی زمانی میان خواستگاری و اجرای مراسم عقد شرعی.» معمولاً خواستگاری توسط زوج و یا خویشان یا

۱- علی اکبر بابازاده، سیمای زنان در قرآن، ص ۲۱؛ شیخ صدوق، علل الشرائع، ص ۱۷

۲- شهید ثانی، مسالک الافهام؛ لویس معلوف، المنجد، ج ۱، ص ۴۰۰

دوستان زوج صورت می‌گیرد. خواستگاری در قانون مدنی چنین آمده است. ماده ۱۰۳۴- هر زنی را که خالی از موانع نکاح باشد می‌توان خواستگاری نمود.

مقایسه‌ی تطبیقی خواستگاری

ماده‌ی ۱۰۳۴ مشتمل بر دو مطلب است:

الف) خواستگاری فقط از زنان خالی از موانع جایز است

ب) خواستگاری از زنان دارای مانع، باطل و حرام است.

فقه‌های اسلام اتفاق نظر دارند که خواستگاری از زنی که خالی از موانع است جایز است. فقه‌های اسلام خواستگاری از زنان خالی از موانع را بر اساس سیره‌ی پیامبر مستحب می‌دانند.^۱ خواستگاری به دو شکل از سوی مرد می‌تواند محقق شود:

۱- **تصریح:** که منظور از آن جاری ساختن لفظی است که جز طلب ازدواج از آن چیز دیگری استنباط نگردد. مانند آنکه مرد بگوید «من می‌خواهم با تو ازدواج کنم» و یا از زن سؤال کند آیا مایلی با من ازدواج کنی؟...

۲- **تعریض یا کنایه:** که عبارتند از: لفظی که میل به ازدواج را می‌رساند مانند آنکه مرد بگوید «تو زیبا هستی»^۲

مطابق فقه اسلام و قانون مدنی، احکام خواستگاری در صور مختلف ذیل است:

۱. فقه اسلام خواستگاری از زنی را که شوهر ندارد و یا در عده‌ی طلاق رجعیه نیست؛ چه به صورت تصریح چه به صورت تعریض جایز می‌داند. و این حکم مورد اتفاق همه‌ی فقه‌هاست

۲. تمام فقها اتفاق نظر دارند که از زن شوهردار حتی به کنایه جایز نیست خواستگاری نمود؛ زیرا موجب افساد می‌شود؛ همچنین از زنی که در عده‌ی رجعی است جایز نیست حتی به صورت کنایه خواستگاری کرد؛ چون زنی که در عده‌ی رجعی است در حکم زن شوهردار است.^۳

۱- علامه حلی، تذکره الفقها (نقل از سید مصطفی محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده، ص ۲۶)

۲- شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۲، کتاب نکاح

۳- لمعه، شهید اول، ج ۲؛ کتاب نکاح، علامه حلی، تذکره الفقها، ج ۲، ص ۵۷۰؛ شرح لمعه ج ۲ کتاب نکاح

۳. خواستگاری از زنی که در عده‌ی طلاق بائن است نظیر طلاق خلع یا زنی که نکاحش فسخ شده توسط شوهر، چه به صورت تعریض و چه به صورت تصریح جایز ولی خواستگاری چنین زنی برای غیر شوهر، فقط به صورت تعریض جایز است.^۱

۴. خواستگاری از زنی که در عده‌ی سه طلاقه است، از سوی زوج، به صورت تعریض جایز است ولی زوج و غیر شوهر حق ندارند از چنین زنی به صورت تصریح خواستگاری کنند.^۲

۵. خواستگاری از زنی که در عده‌ی وفات است به صورت تعریض جایز و به صورت تصریح ممنوع است.^۳ دلیل این حکم، آیه‌ی ۲۳۵ سوره‌ی بقره است که می‌فرماید: «وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ»

۶. خواستگاری از زنی که به علت لعان یا علل دیگر در عده‌ی نه طلاقه است، از ناحیه‌ی شوهر و سایرین، چه به صورت تصریح چه به صورت تعریض حرام و ممنوع است.^۴

خواستگاری از نامزد دیگری

علمای اهل سنت به استناد چندین حدیث نبوی خواستگاری از زنی را که توسط دیگری خواستگاری شده و موافقت کرده است ممنوع و حرام دانسته‌اند و دلیل آنها این حکم حدیث پیامبر است که می‌فرماید «مؤمن برادر مؤمن است و حلال نیست که در معامله‌ی برادر مؤمنش وارد شود و نیز حلال نیست از زنی که برادر دینی او خواستگاری نموده خواستگاری کند؛ مگر اینکه برادر دینی او این معامله را به هم بزند». همچنین پیامبر فرموده

۱- تذکرة الفقها، علامه حلی، شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۲، کتاب نکاح، تحریر الوسیله، حضرت امام خمینی، ج

۲- کتاب نکاح

۳- همان

۴- همان

۴- همان

«هیچ‌یک از شما زنی را که دیگری خواستگاری نموده خواستگاری ننماید تا اینکه او ازدواج نماید یا منصرف شود.»^۱
اما فقهای امامیه در این مسئله اختلاف نظر دارند و نظریات آنان عموماً به دو دسته تقسیم می‌شود:

الف) شیخ طوسی در کتاب تذکرة الفقهاء^۲ و شهیداول در کتاب شرح لمعه^۳ و عده‌ای دیگر از فقها معتقدند خواستگاری از زنی که مرد مسلمانی از او خواستگاری کرده و از طرف او یا ولی و یا وکیلش مورد موافقت قرار گرفته حرام است. این دسته از فقها علاوه بر احادیث مذکور، معتقدند: این عمل از طرف پیامبر (ص) نهی گردیده و نهی، ظهور در حرمت دارد. علاوه بر آن، اظهار داشته‌اند که چون این‌گونه خواستگاری باعث ایذا و اذیت و موجب عداوت می‌شود حرام است.^۴

ب) گروهی دیگر مانند شهید ثانی به کراهت عمل نظر داده‌اند و در توجیه نظریه‌ی خود می‌گویند:

اولاً: اصل بر عدم حرمت است

ثانیاً: وعده‌ی ازدواج فی نفسه هیچگونه علقه‌ی زوجیت بین زن و مرد نمی‌کند؛ بنابراین، همان‌گونه که طرفین حق به هم‌زدنِ آن را دارند، خواستگاری دیگران نیز بلامانع است

ثالثاً: سند روایات مذکور ضعیف است؛ گرچه احادیث مذکور ظهور در حرمت دارد.

خواستگاری قبل از اعلام موافقت

هیچ‌یک از فقها، در مورد خواستگاری از زنی که هنوز به خواستگار اول خود جواب رد یا قبول نداده قائل به حرمت نیستند.

۱- محمد بن اسماعیل بخاری، صحیح بخاری، کتاب نکاح، باب ۴۵

۲- علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ج ۲، ص ۵۲۰

۳- شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۲ ص ۸۵، چاپ سنگی

۴- سید مصطفی محقق داماد، بررسی حقوق خانواده، ص ۲۹

آیا وعده‌ی ازدواج علقه‌ی زوجیت می‌کند؟

ماده ۱۰۳۵ - وعده ازدواج علقه زوجیت نمی‌کند اگر چه تمام یا قسمتی از مهریه که بین طرفین برای موقع ازدواج مقرر گردیده پرداخت شده باشد، بنا بر این هریک از زن و مرد مادام عقد نکاح جاری نشده می‌تواند از وصلت امتناع کند و طرف دیگر نمی‌تواند به هیچوجه او را مجبور به ازدواج کرده یا از جهت صرف امتناع از وصلت مطالبه خسارتی نماید.

ناگفته نماند که قواعد راجع به نامزدی که در مواد ۱۰۳۵ تا ۱۰۴۰ قانون مدنی آمده ظاهراً از قانون مدنی سوئیس (ماده ۹۰ تا ۹۵) الهام گرفته شده است. لیکن قانونگذار جدید ماده ۱۰۳۶ و ۱۰۳۹ را شاید به تصور اینکه با فقه اسلام هماهنگی ندارد حذف کرده است.^۱

ماده ۱۰۳۵ که از ماده ۹۰ قانون مدنی سوئیس الهام گرفته شده است به مرد و زن این امکان را داده تا آخرین لحظه قبل از وقوع عقد از تصمیم خود بازگردد و وعده‌ی ازدواج را به هم بزند. انصراف از یک تصمیم نسنجیده بهتر از آن است که زن و مرد، خانواده‌ای به‌دور از انس و الفت و عشق و محبت و سرد تشکیل بدهند و یک عمر در رنج و سختی زندگی کنند. طبق این ماده هیچ‌یک از نامزدها نمی‌توانند از طریق قضایی نامزد دیگر را مجبور به ازدواج نمایند ولی قانون این اجازه را به طرف متضرر داده است که با رعایت حدود مقرر از طرفی که در به‌هم زدن نامزدی مقصر بوده مطالبه‌ی خسارت نماید. فقه اسلام نیز هرگونه علقه و الزام را قبل از اجرای عقد نکاح بلااثر دانسته است.^۲

ماده ۱۰۳۶ - حذف شده است.

ماده ۱۰۳۷ - هریک از نامزدها می‌تواند در صورت بهم خوردن وصلت منظور هدایایی را که به طرف دیگر یا ابویین او برای وصلت منظور داده است مطالبه

۱- سید حسین صفایی، اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، ص ۳۴

۲- همان منبع

کند.

اگر عین هدایا موجود نباشد مستحق قیمت هدایا خواهد بود که عادتاً نگه داشته می‌شود، مگر اینکه آن هدایا بدون تقصیر طرف دیگر تلف شده باشد. ماده ۱۰۳۸- مفاد ماده قبل، از حیث رجوع به قیمت در موردی که وصلت منظور در اثر فوت یکی از نامزدها بهم بخورد مجری نخواهد بود.

با توجه به دو ماده‌ی فوق، چنین استنباط می‌شود که اولاً در صورت به‌هم‌خوردن نامزدی، هریک از نامزدها می‌توانند عین اموالی را که به‌عنوان هدیه به طرف مقابل یا ابوبین او داده‌اند در صورت موجود بودن مسترد کنند. چنانچه عین اموال موجود نباشد اگر عین از اموالی است که عادتاً نگهداری نمی‌شود قیمت آن قابل مطالبه نیست و اگر عین از اموالی است که عادتاً نگهداری می‌شود در صورتی که عین با افراط و تفریط طرف دیگر تلف شده و برهم خوردن نامزدی علت فوت یکی از نامزدها بوده است، قیمت قابل مطالبه نیست ولی اگر برهم خوردن نامزدی به علت غیر از فوت یکی از نامزدها بوده باشد، قیمت قابل مطالبه است و اگر مال بدون تقصیر طرف دیگر تلف شده است با توجه به قوانین مربوط به هبه قابل مطالبه نیست. از دیدگاه فقه، تقدیم هدایا از سوی نامزدها یا کسان آنان به طرف دیگر از مصادیق هبه است و واهب می‌تواند در غیر صورت مورد ذوی الارحام مال موهوبه را مسترد نماید. مگر اینکه مال تلف شده باشد و یا اینکه واهب و متهب فوت کرده باشند که در این موارد مال موهوبه قابل استرداد نیست.^۱ ماده ۱۰۳۹- حذف شده است.

گفتار دوم: قابلیت صحی برای ازدواج

ماده ۱۰۴۱- عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط

مصلحت با تشخیص دادگاه صالح.

در این ماده به ذکر کلمه‌ی «ولی» اکتفا شده و مشخص نشده که منظور از ولی کیست؟ لذا معلوم نیست که آیا منظور از ولی فقط پدر است یا پدر و جد پدری منظور است و یا شامل ولی غیرقهری هم می‌گردد. مثلاً آیا حاکم می‌تواند نسبت به صغیر، چه دختر و چه پسر، اقدام به ازدواج نماید یا نه؟ در فقه اسلام «ولی» کاملاً مشخص است که منظور پدر و جد پدری است. این ماده دارای سه موضوع است که باید ابتدا تفکیک گردد؛ سپس با احکام شرعی مطابقت داده شود.

۱- موضوع قرار دادن سن برای ازدواج ۱۳ سال شمسی برای دختر و ۱۵

سال شمسی برای پسر

۲- موضوع اذن ولی

۳- موضوع تشخیص دادگاه صالحه

۱- موضوع قرار دادن سن برای ازدواج ۱۳ سال شمسی برای دختر و ۱۵

سال شمسی برای پسر

احتساب سن ۱۳ سال شمسی در ماده ۱۰۴۱، خلاف نظر مشهور فقهای امامیه است ولی نمی‌توان این ضابطه را مغایر با مقررات و قواعد شرعی دانست زیرا بعضی از فقهای امامیه و اکثر فقهای اهل تسنن سن بلوغ را بالاتر از سن عنوان شده از جانب مشهور فقهای امامیه می‌دانند. در فقه عامه و قوانین مبتنی بر آن، سنین ۱۵، ۱۶ و ۱۷ و ۱۸، سن بلوغ دختر دانسته شده است.^۱ در توضیح باید گفت که: بلوغ دختران و پسران ممکن است در اثر شرایط محیطی فرق بکند. با توجه به اینکه کشور ایران دارای تنوع آب و هوایی است لذا سن بلوغ دختران و پسران در نواحی مختلف ایران متفاوت است. دیگر این که تفاوت فردی اشخاص با یکدیگر باعث می‌شود که قرار دادن سن برای ازدواج مشکلاتی را در بر داشته باشد. کاش قانون‌گذار به جای به‌کار بردن

۱- مقداد فاضل، آیات الاحکام، ج ۲، ص ۵۹۳ به بعد

سن معین برای ازدواج، همانند فقه اسلام از قید بلوغ برای ازدواج استفاده می‌کرد؛ زیرا بین بلوغ جنسی و بلوغ عقلی و آمادگی برای ازدواج رابطه است نه سن. ممکن است این دو بلوغ در یکی دیرتر از دیگری شروع شود و یا زودتر از دیگری آغاز شود. نکته‌ی دیگر اینکه اسلام بلوغ دختر را ۹ سال قمری و بلوغ پسر را ۱۵ سال قمری قرار داده ولی قانونگذار سن ازدواج دختر را ۱۳ سال شمسی قرار داده است. با توجه به تفاوت سال قمری و شمسی و اینکه سال قمری هرسال حدود ده روز کمتر از سال شمسی است. باید گفته شود این تحولی در قانون مدنی است. زیرا پس از پیروزی انقلاب، این اولین بار است که سال شمسی به‌جای سال قمری در تکالیف شرعی احتساب می‌شود. البته قانون مدنی سن قانونی ازدواج دختر را ۱۳ سال شمسی اعلام نموده است؛ درحالی‌که در ماده ۱۲۱۰، سن بلوغ پسر را ۱۵ سال قمری و سن بلوغ دختر را ۹ سال قمری قرار داده است. لذا بدین‌وسیله قانون مدنی بین سن تکلیف شرعی و نکاح تفکیک قائل شده است؛ درحالی‌که در فقه امامیه هیچ تفکیکی بین سن ازدواج و تکلیف نیست.

۲- موضوع اذن پدر: از آنجا که اهلیت طرفین قرارداد یکی از شرایط صحت عقد است و این قاعده بر کلیه‌ی معاملات حاکم است؛ در نکاح، اهلیت طرفین اهمیت زیادتری دارد، لذا پسر صغیر و دختر صغیر نمی‌توانند بدون اجازه‌ی «ولی» عقد نکاح منعقد سازند. اما ولی می‌تواند مولی‌علیه را به عقد ازدواج در آورد. به همین جهت است که در فقه اسلام بر روی اذن ولی برای پسر صغیر و دختر صغیر تأکید شده. منظور از اذن ولی در این حکم این است که ولی می‌تواند مستقیماً مولی‌علیه را تزویج کند نه اینکه پسر صغیر و دختر صغیر با اجازه‌ی ولی مستقیماً خودشان عقد نکاح را انجام دهند. اما در اینکه ولی می‌تواند برای دختر صغیر خود نکاح نماید بین فقها تردیدی وجود ندارد و از این نظر فرقی نمی‌کند که دختر صغیر باکره باشد یا آنکه به‌علت کسالت و یا جنایت یا به اشتباه از او ازاله‌ی بکارت شده باشد. سند

این فتوا علاوه بر اجماع فقهاء روایات زیادی است که وارد گردیده است. از آن جمله صحیحہ عبدالله بن صلت است که می‌گوید:

«از حضرت صادق (درباره‌ی دختر صغیره‌ای که پدرش برای او نکاح می‌کند) سؤال کردم 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 صغیر پس از بلوغ نسبت به عقد انجام شده توسط «ولی» خود حق خیار ندارد. پس در مورد نکاح دختر صغیر بین فقها اختلاف نظری نیست. حتی در این مورد بعضی ادعای اجماع نموده‌اند. البته اقدام ولی باید منطبق با مصلحت دختر صغیر باشد. در بین فقها دو عقیده وجود دارد: بعضی از فقها همچون امام خمینی و شهید اول عقیده دارند که در عقد دختر صغیر اگر عقد به مصلحت دختر نباشد عقد به صورت فضولی واقع شده و صحت آن موقوف به اجازه‌ی دختر پس از بلوغ است^۲ و گروهی دیگر از فقها بر این عقیده‌اند که در صورت وقوع عقد برخلاف مصلحت صغار، عقد به کلی باطل است و اجازه‌ی بعدی دختر یا پسر صغیر موجب صحت آن نمی‌شود.^۳

چنانچه از ظاهر ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی استفاده می‌شود، قانونگذار در بیان حکم این ماده از نظریه‌ی دوم پیروی نموده است؛ زیرا صحت عقد را مشروط به رعایت مصلحت مولی‌علیه نموده است و این شرط، مطلق است. اما در مورد پسر صغیر هرچند مشهور فقها فتوا بر عدم خیار داده‌اند، گروهی از فقها از جمله ابن براج، ابن حمزه، ابن ادریس حلی، و نیز شیخ طوسی معتقدند که پسر صغیر پس از بلوغ حق خیار دارد. برای مستند این نظریه دو مطلب مطرح شده است:

۱- وسائل الشیعه، باب ۶ از ابواب نکاح، ج ۱

۲- تحریر الوسیله، امام خمینی؛ شرح لمعه، ج ۲، ص ۶۲

۳- حاج سید محمد کاظم یزدی

- ۱- ورود ضرر بر زوج. بدین معنی که اثبات مهر و نفقه با فرارسیدن بلوغ بر وی ضرر است درحالی که بر زوجه چنین ضرری وارد نمی‌گردد.
- ۲- روایت کناسی. وی از امام باقر نقل کرده است که آن حضرت فرمود: هرگاه پدر برای پسر زن بگیرد درحالی که رشد نداشته باشد، پس از رسیدن به سن بلوغ یا رشد حق خیار دارد.^۱
- آنچه مسلم است اقدام ولی برای نکاح دختر و پسر صغیر باید در جهت رعایت مصلحت باشد؛ درغیراین صورت آرای فقها به‌طورکلی به دودسته تقسیم می‌شود:
- بعضی از فقها عقیده دارند که عقد به‌صورت فصولی واقع شده و صحت و ادامه‌ی آن موقوف بر آن است که دختر و پسر صغیر، پس از بلوغ اجازه دهد یا رد نماید.^۲
- گروهی دیگر از فقها معتقدند که در صورت وقوع عقد برخلاف مصلحت صغارا، عقد به‌کلی باطل است و اجازه‌ی بعدی پسر و دختر صغیر، موجب صحت آن نمی‌شود؛ مثلاً چنانچه دختری دو خواستگار داشته باشد، و ولی طفل از نکاح دختر صغیرش با فرد صالح‌تر خودداری کند و او را به عقد دیگری در آورد این عقد اصولاً باطل خواهد بود.
- چنانچه از ظاهر ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی استفاده می‌شود قانونگذار در بیان حکم این ماده از نظریه‌ی دسته‌ی دوم پیروی کرده است؛ زیرا صحت عقد را مشروط به رعایت مصلحت مولی‌علیه نموده است.
- و اما موضوع تشخیص دادگاه صالحه: طبق نظر مشهور فقها، حاکم و وصی بر صغیر مطلقاً ولایت ندارند چه به صلاح باشد چه نباشد.^۳ امام خمینی (ره) می‌فرماید: حاکم در نکاح صغیر - پسر یا دختر- با نبود پدر و جد ولایت

۱- وسائل الشیعه، باب ۶ از ابواب نکاح، ح ۸

۲- امام خمینی، تحریرالوسیله، کتاب نکاح، اولیاء عقد، مسئله ۴

۳- علی شیروانی، ترجمه و تبیین شرح لمعه، کتاب نکاح، عقد نکاح

ندارد. و اگر حاجت و ضرورت و مصلحتی که رعایتش لازم است ازدواج را اقتضا کند به طوری که بر ترک آن مفسده‌ای مترتب شود که باید از آن اجتناب کرد، حاکم اقدام به تزویج او می‌کند و احتیاط به ضمیمه نمودن اجازه‌ی وصی پدر یا جد پدری است؛ در صورتی که وجود داشته باشد ترک نشود.^۱

در مورد اینکه با وجود پدر و جد پدری آیا حاکم اختیار تزویج پسر و دختر صغیر را دارد یا نه؛ همان‌طور که در بالا ذکر گردید در صورت فقدان پدر و جد پدری، حاکم، ولایتی بر دختر و پسر صغیر ندارد؛ چه به صلاح او باشد یا نباشد. پس چنین نتیجه می‌گیریم که با وجود پدر و جد پدری تشخیص دادگاه صالحه برای ازدواج صغیر معنایی ندارد، ولی می‌توان قید «دادگاه صالحه» را جزو مسائل مربوط به نظامات حکومتی برای جلوگیری از سوء استفاده و جلوگیری از تجاوز به حقوق صغیر قلمداد نمود، وگرنه چنین چیزی در احکام شرعی وجود ندارد که گفته باشد با فرض وجود پدر و جد پدری نیاز به تشخیص دادگاه صالحه باشد.

ماده ۱۰۴۲ - حذف شده است.

ولایت در نکاح دختر

در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی آمده است: «نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه‌ی پدر یا جد پدری او است و هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، اجازه‌ی او ساقط است و در این صورت، دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد، با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهتری که بین آنها قرار داده شده پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید.»

۱- امام خمینی، تحریرالوسیله، ج ۲، کتاب نکاح اولیای عقد