



# حقوق فامیل

(ویرایش هفتم)

مؤلف:

نظام الدین عبدالله

محصل دکتری حقوق خصوصی و استادیار حقوق (Assistant Professor of Law)

سال: ۱۴۰۳ خورشیدی

مشخصات کتاب

• عنوان: حقوق فامیل

• مؤلف: نظام الدین عبداللہ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی و استادیار حقوق ( Assistant Professor of Law )

• برگ آرایہ: مولف

• ناشر:

• نوبت و سال چاپ: ہفتم، خزان ۱۴۰۳ خورشیدی

شابک: ۹-۰۱۰-۳۲-۹۹۳۶-۹۷۸

## اختصارات

قانون اساسی .....	ق. ا
قانون مدنی .....	ق. م
قانون اصول محاکمات مدنی .....	ق. ا. م. م.
قانون محو خشونت علیه زن .....	ق. م. خ. ع. ز
قانون مدنی جدید مصر .....	ق. م. ج. م
قانون تابعیت .....	ق. ت
قانون جزاء .....	ق. ج
قانون ثبت احوال نفوس .....	ق. ث. ا. ن
جلد .....	ج
رجوع کنید به .....	ر. ک
هجری شمسی .....	ه. ش
هجری قمری .....	ه. ق

میلا دی	.....	م
صفحه	.....	ص
صفحات	.....	صص
چاپ	.....	چ
بدون تاریخ	.....	بی تا
نگاه کنید به	.....	نک



## فهرست مطالب

مقدمه ..... ۱

### باب اول

#### روابط زن و شوهر

#### بخش اول

تعریف، پیشینه، منابع حقوق فامیل، خواستگاری و نامزدی

فصل اول: کلیات ..... ۵

مبحث اول (تعریف فامیل) ..... ۵

مبحث دوم (انواع قرابت در فامیل) ..... ۶

مبحث سوم (محاسبه درجه قرابت) ..... ۶

مبحث چهارم (تعریف حقوق فامیل) ..... ۸

مبحث پنجم (پیشینه) ..... ۹

مبحث ششم (منابع) ..... ۱۵

فصل دوم: خواستگاری ..... ۲۰



## فهرست مطالب □ ط

۲۰.....	مبحث اول (پیشینه و حکمت خواستگاری)
۲۲.....	مبحث دوم (تعریف و انواع.....)
۲۳.....	مبحث سوم (شرایط صحت خواستگاری.....)
۲۹.....	<b>فصل سوم: نامزدی.....</b>
۲۹.....	مبحث اول (تعریف، مدت، اثبات و حکمت.....)
۳۰.....	مبحث دوم (شرط صحت.....)
۳۲.....	مبحث سوم (آثار.....)
۳۵.....	مبحث چهارم (الزامیت نامزدی.....)
۳۷.....	مبحث پنجم (رد مهر و هدایا.....)
۴۰.....	مبحث ششم (ممنوعیت محافل شیرینی خوری در هوتل ها.....)

## بخش دوم

### نکاح

۴۴.....	<b>فصل اول: کلیات.....</b>
۴۴.....	مبحث اول (تعریف نکاح.....)
۴۶.....	مبحث دوم (اهداف، اهمیت، حکم تکلیفی و امتناع ورزیدن از نکاح.....)
۵۳.....	مبحث سوم (ارکان نکاح.....)
۵۴.....	<b>فصل دوم: شرایط نکاح.....</b>
۵۵.....	مبحث اول (ایجاب و قیوط توسط طرفین.....)
۵۵.....	گفتار اول (اتحاد مجلس.....)
۵۶.....	گفتار دوم (صریح بودن ایجاب و قبول.....)
۵۶.....	گفتار سوم (غیر مقید بودن صیغه به شرط غیر محقق و عدم مضاف آن به زمان آینده.....)
۵۷.....	گفتار چهارم (استمرار و فوریت در ایجاب و قبول.....)
۶۱.....	مبحث دوم (شروط عاقدان.....)
۶۱.....	گفتار اول (کمتر نبودن سن دختر از پانزده سالگی.....)
۶۴.....	گفتار دوم (تکمیل سن شانزده سالگی برای دختر و هجده سالگی برای پسر.....)
۶۸.....	گفتار سوم (مذکر و مؤنث بودن عاقدین.....)

۷۰.....	گفتار چهارم) در نکاح بدل برای هر یک از دخترها مهر مثل پرداخت شود
۷۱.....	گفتار پنجم) رضایت طرفین
۷۳.....	مبحث سوم) ایجاب و قبول توسط اولیای طرفین
۹۳.....	مبحث چهارم) ایجاب و قبول توسط وکلای طرفین
۹۹.....	مبحث پنجم) حضور دو نفر شاهد با اهلیت
۱۰۴.....	مبحث ششم) شرط گذاشتن در وقت انعقاد عقد ازدواج
۱۰۹.....	مبحث هفتم) عدم موجودیت حرمت دایمی و مؤقت میان ناکح و منکوحه
۱۰۹.....	گفتار اول) محرمات مؤبد
۱۲۷.....	گفتار دوم) محرمات مؤقت
۱۷۶.....	مبحث هشتم) تدویر محافل عروسی در هتل ها و محدودیت های آن
۱۷۸.....	مبحث نهم) ثبت عقد ازدواج

### بخش سوم

#### آثار ازدواج صحیح

۱۸۵.....	مقدمه و تقسیم مطالب
۱۸۷.....	فصل اول: ازدواج باطل، فاسد، موقوف و صحیح غیر لازم
۱۸۷.....	مبحث اول) ازدواج باطل
۱۸۹.....	مبحث دوم) ازدواج فاسد و اثر آن
۱۹۳.....	فصل دوم: نکاح صحیح لازم و آثار آن
۱۹۴.....	مبحث نخست) مهر و نظام مالی زوجین
۱۹۶.....	گفتار اول) تعریف و حکمت
۱۹۸.....	گفتار دوم) انواع و مقدار
۲۰۰.....	گفتار سوم) شرایط مالی که در عقد ازدواج مهر قرار می گیرد
۲۰۲.....	گفتار چهارم) مهر معجل و مؤجل
۲۰۵.....	گفتار پنجم) حالات لزوم پرداخت مهر
۲۰۸.....	گفتار ششم) حالات لزوم پرداخت مهر مثل
۲۰۸.....	گفتار هفتم) متعه و حالات پرداخت آن

## فهرست مطالب □ ك

۲۱۲.....	گفتار هشتم) تعیین مهر در حین مرض الموت بیشتر از مهر مثل
۲۱۵.....	گفتار نهم) نصف کردن، زیاد کردن، کاهش و اسقاط کل مهر
۲۲۱.....	گفتار دهم) تفویض اختیار تعیین مهر به شوهر
۲۲۲.....	گفتار یازدهم) هبه مهر
۲۲۳.....	گفتار دوازدهم) تصرف زوجه در مهر
۲۲۴.....	گفتار سیزدهم) احکام جدید مهر در قانون مراسم عروسی
۲۲۴.....	گفتار چهاردهم) تهیه جهیز
۲۲۵.....	گفتار پانزدهم) منع اخذ طویانه
۲۲۵.....	مبحث دوم) نفقه
۲۲۶.....	گفتار اول) تعریف و مصادر مشروعیت
۲۲۸.....	گفتار دوم) انواع و اسباب
۲۲۸.....	گفتار سوم) شروط
۲۲۹.....	گفتار چهارم) مشتملات و شرایط
۲۳۳.....	گفتار پنجم) امتناع و تقصیر زوج در تأمین نفقه زوجه
۲۳۴.....	گفتار ششم) عدم سقوط نفقه زوجه در اثر حبس زوج
۲۳۵.....	گفتار هفتم) زیادت و تنقیص نفقه پس از حکم قاضی
۲۳۶.....	گفتار هشتم) نفقه زوجه شخص غایب
۲۳۷.....	گفتار نهم) زمان دین تلقی گردیدن نفقه بر زوج
۲۳۸.....	گفتار دهم) ابرا از نفقه
۲۳۹.....	گفتار یازدهم) مجرای (مقاصه / تهاتر) نفقه
۲۴۱.....	گفتار دوازدهم) سقوط نفقه

### بخش چهارم

### پایان عقد ازدواج

۲۴۸.....	مقدمه و تقسیم مطالب
۲۵۱.....	<b>فصل اول: فسخ</b>
۲۵۱.....	مبحث اول) تعریف
۲۵۲.....	مبحث دوم) اسباب فسخ در ق.م

۲۵۴.....	گفتار اول) اسبابی که حین انعقاد عقد موجود می گردد.....
۲۵۸.....	گفتار دوم) اسبابی که بعد از عقد ازدواج بر آن وارد و موجب انفساخ آن می گردد.....
<b>۲۶۱.....</b>	<b>فصل دوم: طلاق.....</b>
۲۶۱.....	مبحث اول) تعریف، شرایط و ثبت طلاق.....
۲۶۱.....	گفتار اول) تعریف.....
۲۷۳.....	گفتار دوم) شرایط مرد در طلاق.....
۲۸۴.....	گفتار سوم) شروط زوجه در طلاق.....
۲۸۶.....	گفتار چهارم) شروط صیغه.....
۲۸۸.....	گفتار پنجم) ثبت طلاق.....
۲۹۱.....	مبحث دوم) انواع طلاق.....
۲۹۱.....	گفتار اول) طلاق رجعی.....
۲۹۵.....	گفتار دوم) طلاق باین.....
۳۰۳.....	مبحث سوم) وکالت در طلاق و تفویض طلاق به زوجه.....
۳۰۴.....	گفتار اول) توکیل در طلاق.....
۳۰۴.....	گفتار دوم) تفویض صلاحیت طلاق به زوجه.....
۳۰۶.....	مبحث چهارم) وجوه افتراق و اشتراک فسخ و طلاق.....
<b>۳۰۹.....</b>	<b>فصل سوم: خُلَع.....</b>
۳۱۰.....	مبحث اول) تعریف و مصادر مشروعیت.....
۳۱۲.....	مبحث دوم) شروط خُلَع.....
۳۱۶.....	مبحث سوم) بدل خلع طبق ق. م.....
۳۲۹.....	مبحث چهارم) آثار خلع.....
۳۴۱.....	مبحث پنجم) وجوه افتراق و اشتراک فسخ، طلاق و خُلَع.....
<b>۳۴۴.....</b>	<b>فصل چهارم: تفریق قضایی.....</b>
۳۴۴.....	مبحث اول) تعریف و وجه تمایز تفریق قضایی با سایر اسباب انحلال.....
۳۴۴.....	گفتار اول) تعریف.....
۳۴۵.....	گفتار دوم) وجوه اشتراک و افتراق طلاق، تفریق قضایی، فسخ و خلع.....
۳۴۸.....	مبحث دوم) اسباب تفریق قضایی.....

## فهرست مطالب □ م

گفتار اول) تفریق به سبب مرض	۳۴۸.....
گفتار دوم) تفریق به سبب ضرر	۳۶۳.....
گفتار سوم) تفریق به سبب عدم انفاق	۳۷۵.....
گفتار چهارم) تفریق به سبب غیبت شوهر	۳۸۱.....
گفتار پنجم) تفریق به سبب محبوس شدن شوهر	۳۹۴.....

### بخش پنجم

#### آثار انحلال عقد ازدواج

مقدمه	۴۰۱.....
فصل اول: عدت	۴۰۳.....
مبحث اول) تعریف، ارکان حکمت	۴۰۳.....
گفتار اول) تعریف و ارکان	۴۰۳.....
گفتار دوم) حکمت	۴۰۴.....
مبحث دوم) اسباب عدت	۴۰۶.....
مبحث سوم) طرق رعایت عدت و انواع معتدات	۴۱۲.....
گفتار اول) معتده حامله	۴۱۲.....
گفتار دوم) عد زنی که شوهرش وفات نموده است	۴۱۵.....
گفتار سوم) عدت مُطَلَّقه حایضه	۴۱۶.....
گفتار چهارم) عدت زوجه صغیره غیرحایضه و کبیره آیهسه	۴۱۸.....
گفتار پنجم) عدت زنان مرتابه (ممتد الطهر / زنی که طهر او دوامدار شده است)	۴۲۰.....
گفتار ششم) عدت مُستحاضه	۴۲۲.....
گفتار هفتم) عدت زوجه در طلاق که شوهر در مرض موت قرار دارد	۴۲۳.....
مبحث چهارم) تغییر عدت	۴۲۵.....
گفتار اول) تحول عدت از ماه به قرء	۴۲۵.....
گفتار دوم) تغییر عدت از قرء به ماه	۴۲۶.....
گفتار سوم) تغییر عدت از حیض به عدت وفات	۴۲۶.....
مبحث پنجم) ابتداء و انتهای مدت عدت	۴۲۷.....
گفتار اول) ابتدای مدت عدت	۴۲۷.....

۴۲۸.....	گفتار دوم) انتهای مدت عدت.....
۴۲۹.....	مبحث ششم) نفقه عدت.....
۴۲۹.....	گفتار اول) معتدات مستحق نفقه.....
۴۳۷.....	گفتار دوم) معتداتی که مستحق نفقه شناخته نمی شوند.....
۴۳۹.....	گفتار سوم) اسقاط نفقه عدت.....
۴۴۰.....	مبحث هفتم) ممنوعیت خواستگاری و ازدواج معتده مگر با زوج.....
۴۴۰.....	گفتار اول) ممنوعیت خواستگاری.....
۴۴۱.....	گفتار دوم) ممنوعیت ازدواج ازدواج معتده مگر با زوج.....
۴۴۲.....	گفتار سوم) انتظار کشیدن مرد.....
۴۴۳.....	<b>فصل دوم: رجعت.....</b>
۴۴۴.....	مبحث اول) تعریف و مشروعیت.....
۴۴۴.....	گفتار اول) تعریف.....
۴۴۴.....	گفتار دوم) مشروعیت و حکمت مشروعیت.....
۴۴۶.....	مبحث دوم) حکم تکلیفی، ارکان و انواع.....
۴۴۶.....	گفتار اول) حکم تکلیفی و ارکان.....
۴۴۷.....	مبحث سوم) شروط رجعت.....
۴۴۷.....	گفتار نخست) شروط مرتجع.....
۴۴۷.....	گفتار دوم) شروط صیغه.....
۴۴۸.....	گفتار سوم) شروط مرتجعه.....
۴۴۹.....	گفتار چهارم) شروط زمان رجعت.....

## باب دوم

### حقوق اطفال

۴۵۴.....	<b>فصل اول: ثبوت نسب.....</b>
۴۵۵.....	مبحث اول) ثبوت نسب از طریق ازدواج صحیح.....
۴۵۸.....	مبحث دوم) ثبوت نسب بعد از تقریق یا وفات زوج.....
۴۹۵.....	<b>فصل سوم: حضانت.....</b>

## فهرست مطالب □ س

مبحث چهارم) سقوط و عودت حضانت.....	۵۰۴
مبحث پنجم) اجرت حضانت.....	۵۰۵
مبحث ششم) شخص مکلف به پرداخت اجرت.....	۵۰۶
مبحث هفتم) برتری مادر طفل نسبت به زن بیگانه.....	۵۰۷
مبحث هشتم) به سفر بردن طفل توسط مادر و پدر و حق ملاقات طفل.....	۵۰۹
مبحث نهم) مدت حضانت.....	۵۱۰
مبحث دهم) اثر خاتمه یافتن حضانت.....	۵۱۱

### فصل چهارم: نفقه..... ۵۲۶

مبحث اول) شروط وجوب نفقه اولاد.....	۵۲۶
مبحث دوم) تکمیل باقی نفقه در صورت عدم کفایت عواید اولاد توسط پدر.....	۵۲۷
مبحث سوم) عدم تأمین نفقه عروس توسط خسر.....	۵۲۸
مبحث چهارم) اشخاص مسؤول فراهم نمودن نفقه اولاد.....	۵۲۸
مبحث پنجم) تأمین نفقه طفل توسط اصول و حواشی.....	۵۳۰
مبحث ششم) صلح در مورد نفقه.....	۵۳۲

### فصل هفتم: قیمومیت..... ۶۱۵

مبحث اول) تعریف قیمومیت و فرق قیمومیت با ولایت و وصایت.....	۶۱۵
مبحث دوم) اشخاصی که تحت قیمومیت قرار می گیرند.....	۶۱۶
مبحث سوم) شرایط قیم.....	۶۱۹
مبحث چهارم) تصرفات قیم.....	۶۲۰
مبحث پنجم) تکالیف قیم.....	۶۲۱
مبحث ششم) تعیین ناظر جهت نظارت از عمل قیمومیت.....	۶۲۲
مبحث هفتم) ضمانت اجرای (مؤیدات) احکام مربوط به قیمومیت.....	۶۲۳
مبحث هشتم) عزل قیم.....	۶۲۳
مبحث نهم) انتهای قیمومیت و آثار آن.....	۶۲۴

### فصل هشتم: حجر..... ۶۲۵

مبحث اول) تعریف و فلسفه حجر.....	۶۲۵
مبحث دوم) تقسیمات.....	۶۲۵

۶۲۸.....	مبحث سوم) اسباب حجر
۶۳۰.....	مبحث چهارم) مصارف مصارف سرپرستی محجور علیه
۶۳۱.....	مبحث پنجم) اداره قسمتی از اموال توسط محجور علیه
۶۳۱.....	مبحث ششم) زوال حجر

**فصل نهم: غایب و مفقود..... ۶۴۵**

۶۴۵.....	مبحث اول) مفقود
۶۴۵.....	گفتار اول) ارکان مفقود
۶۴۶.....	گفتار دوم) تکلیف محکمه جهت معلوم نمودن حیات و وفات مفقود
۶۴۷.....	گفتار سوم) آثار مفقودیت
۶۵۰.....	مبحث دوم) غایب
۶۵۰.....	گفتار اول) تعیین وکیل برای غایب
۶۵۷.....	گفتار دوم) شرایط، صلاحیت، عزل و مسؤولیت مدنی وکیل غایب

**فصل دهم: مساعد قضایی..... ۶۶۱**

۶۶۱.....	مبحث اول) تعریف مساعد حقوقی و اشخاص مستحق مساعد حقوقی
۶۶۳.....	مبحث دوم) احکام مساعدت قضایی
۶۶۳.....	مبحث سوم) انتهای مساعدت حقوقی

**فصل یازدهم: سرپرستی و تکافل اجتماعی اطفال بی سرپرست..... ۶۶۵**

۶۶۵.....	مبحث اول) درخواست سرپرستی
۶۶۷.....	مبحث دوم) اجراءات محکمه ذیصلاح
۶۶۸.....	مبحث سوم) انصراف و فسخ سرپرستی
۶۶۹.....	مبحث چهارم) حقوق و واجبات طرفین

**فصل دوازدهم: حقوق مالی (نفقه) والدین بر اولاد..... ۶۷۸**

۶۷۹.....	مبحث اول) شروط وجوب نفقه والدین
۶۸۰.....	مبحث دوم) تأمین نفقه شخص فقیر توسط سایر اقارب
۶۸۱.....	مبحث سوم) تأریخ لزوم نفقه اصول
۶۸۶.....	فهرست منابع



## فهرست مطالب □ ف







## مقدمه

انسان از آن روزی که سر از مغاره بیرون کشید و به فکر زندگی شد، تشکیل خانواده داد. حتی انسان زمانی که در بهشت نیز می زیسته، در آنجا نیز تشکیل خانواده داده و با هم‌نوع خود می زیسته است، زیرا انسان از نخستین روز پیدایش، جفت بوده و سپس کسی نیامده که بتواند احساسات و کردار خویش را از تماس با دیگران کنار نگاه دارد. از همین رو، دانشمندان و فیلسوفان گفته اند که: انسان موجود است مدنی بالطبع و بنابراین به اقتضاء و حکم طبع باید در اجتماع زندگی نماید. از همین رو، در اسطوره‌ها نیز می‌خوانیم که هرگاه داستان نویسی مثلاً خواسته انسانی را در جزیره دور دست تنها ببرد، طولی نمی‌کشد که پری و یا موجود دیگری را به نزدش فرستاده نمی‌گذارد برای همیشه تنها بماند. پس، در اسطوره‌ها نیز این حقیقت مسلم و قطعی است که انسان به تنهایی قادر به ادامه زندگی نیست.

بشر از روز نخست که گرد هم جمع شدند به شکلی از اشکال تشکیل خانواده و اجتماع داده اند، زیرا خانواده و اجتماع نیاز روانی، اجتماعی، اخلاقی، دینی و ... انسان بوده که از عمق و ژرفای ذات او سرچشمه می‌گیرد. بنابراین، خانواده نخستین اجتماع ضروری و طبیعی است که شامل زن، شوهر و فرزندان می‌باشد و اولین اجتماعی است که تمایلات خود خواهانه فردی را خاضع می‌سازد.

قانونگذار مدنی برای انعقاد عقد ازدواج و تشکیل خانواده یک سلسله شکلیات و شرایط خاص را وضع نموده است. برای ورود به چنین عقدی مرسوم است که مرد توسط وابستگان و یا به صورت مباشر از دختر مورد نظر خواستگاری نماید. صحت خواستگاری مستلزم یک سلسله شرایط خاص است. هرگاه خواستگاری مرد مورد اجابت طرف مقابل واقع گردد مرحله نامزدی که وسیله برای انعقاد عقد ازدواج است آغاز می‌گردد که تابع احکام و شرایط خاص و در موارد معین قابل انصراف و در صورت انصراف معمولاً مؤجد خسارات مالی و معنوی می‌گردد. صحت، نفاذ، لزوم و انعقاد عقد ازدواج نیز منوط بر تحقق یک سلسله شرایط است که در صورت فقدان یکی از آنها عقد ازدواج بر حسب اوضاع و احوال گاهی فاسد و گاهی باطل می‌گردد.

هرگاه عقد ازدواج به صورت صحیح منعقد گردد موجب ایجاد یک سلسله حقوق مالی و غیرمالی معین می‌گردد که بعضی متوجه زوج و بعضی متوجه زوجه می‌گردد و بنابراین هر یک از زوجین خود را ملتزم با رعایت آن‌ها می‌دانند. باوصف استوار و واثق بودن عقد ازدواج، ق. م به مرد و زن حق داده است که عقد ازدواج را در موارد معین از طریق طلاق، خلع تفریق قضایی که شامل تفریق

به سبب ضرر، سوء آمیزش، عیب، عدم انفاق، غیبت، حبس شوهر، لعان، ایلاء، ظهار، ارتداد یکی از زوجین، و تباین دارین به نظر احناف می گردد با رعایت احکام خاص منحل نمایند. همچنین، گاه ممکن است عقد ازدواج در اثر اسباب مانند: ایجاد حرمت مصاهره، ارتداد یکی از زوجین، خیار افاقه به حکم قانون منفسخ گردد. انفساخ و انحلال عقد ازدواج تابع احکام خاص است که هر یک از زوجین ملزم به رعایت آن ها می باشند.

آثار عقد ازدواج محدود و منحصر به زوجین نبوده، بلکه اولادی ناشی از این عقد نیز دارای حقوق خاص از قبیل: ثبوت نسب، حق حضانت، رضاع، ولایت و وصایت و ... اند که پدر و مادر مکلف به رعایت آن ها اند. زمانی که اولاد به سن بلوغ و والدین به مرحله کهنوت برسند، اولاد در برابر والدین یک سلسله تکالیف مالی و غیر مالی پیدا می نمایند که مهم ترین تکلیف مالی اولاد در برابر والدین تأمین نفقه آنها است.

با توجه به آنچه گفته شد، کتاب حاضر در عین حال که شرح مواد ۵۶ الی ۳۳۶ ق. م است، کتاب مستقلی به نام حقوق فامیل نیز است که به «نظریه های عمومی در حقوق فامیل» پرداخته است. در شرح این مواد از فقه اهل سنت به خصوص مذهب حنفی، قانون احوال شخصیه مصر و سوریه و ق. م. ج. م استفاده صورت گرفته است. زیرا، نویسندگان ق. م احکام مربوط به حقوق فامیل را از قانون احوال شخصیه مصر (قانون شماره ۲۵ سال ۱۹۲۹ مصر) و سوریه که تقریباً مقتبس از چهار مذهب اهل سنت است، ترجمه نموده اند. در ویرایش جدید این کتاب از قانون مراسم عروسی، کُد جزا و متحد المآل های ستره محکمه استفاده به عمل آمده است.

مطالب مربوط به حقوق فامیل را در دو جلد جداگانه مورد مطالعه قرار می دهیم: در جلد اول: منابع حقوق فامیل، خواستگاری، نامزدی، نکاح، آثار نکاح، انحلال نکاح که شامل: طلاق، فسخ، تفریق، خلع می گردد و آثار انحلال که شامل عدت و رجعت می شود. در جلد دوم: حقوق اطفال از قبیل: ثبوت نسب، رضاع، حضانت، ولایت، وصایت، قیمومیت و حقوق مالی والدین.

با احترام

نظام الدین عبدالله، کابل،

افغانستان، اسد ۱۴۰۳ هجری شمسی

باب اول:  
روابط زن و شوهر

بخش اول  
تعریف، پیشینه، منابع حقوق فامیل، خواستگاری و نامزدی

فصل های شامل این بخش:  
فصل اول: کلیات  
فصل دوم: خواستگاری  
فصل سوم: نامزدی





## فصل اول: کلیات

### مبحث اول) تعریف فامیل

طبق ماده ۵۶ ق. م: «فامیل متشکل از اقاربی است که توسط يك اصل مشترك با هم جمع شده باشند». به نظر می رسد واژه فامیل از کلمه انگلسی «family» به عاریت گرفته شده است که در زبان دری به آن خانواده و در عربی عائله می گویند. قانونگذار مدنی در این ماده فامیل را تعریف نکرده است، بلکه از افرادی سخن می گوید که فامیل را تشکیل می دهند. طبق این ماده فامیل از اقاربی که دارای اصل مشترک اند تشکیل می گردد. اقارب جمع قریب از ریشه «قرب» گرفته شده است که به معنی خویشاوندان، نزدیکان و فامیل است.<sup>۱</sup> اصل به سلف مستقیم شخص گویند مانند پدر، مادر، اجداد و نظیر اینها.<sup>۲</sup>

به نظر می رسد فامیل در مفهوم وسیع در نص این ماده تعریف شده است. بنابراین، طبق این تعریف فامیل بر اقاربی گفته می شود که این اقارب دارای یک اصل مشترک باشند. به حیث مثال، اگر احمد، محمود، حمیده و جمیله با هم برادر و خواهر باشند و همه متولد از قیوم و ذاکره باشند، احمد، محمود، حمیده، جمیله و قیوم و ذاکره همه اقارب یا خویشاوند نسبی (خونی) اند. احمد، محمود، حمیده و جمیله دارای اصل مشترک اند. اصل مشترک آنها قیوم و ذاکره است. اما، در مفهوم محدود و عرفی فامیل بر زن و شوهر اطلاق می گردد. طبق این تعریف به محض این که یک پسر با

---

۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۹۴.

۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، صص ۳۱۳ و ۳۱۴.

یک دختر ازدواج نماید، فامیل تشکیل می شود. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید، به محض ازدواج فامیل کوچک احمد و حمیده ایجاد می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف فامیل است.

#### مبحث دوم) انواع قرابت در فامیل

براساس ماده ۵۷ ق. م: «قرابت مستقیم عبارت از نسبت اصل و فرع می باشد و قرابت غیر مستقیم نسبت بین اشخاص است که دارای اصل مشترك بوده بدون اینکه یکی فرع دیگری باشد.» قرابت از ریشه «قرب» گرفته شده است که به معنی خویشاوندی، نزدیکی و فامیل است.<sup>۳</sup> به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، قرابت عبارت از خویشاوندی میان افراد به دلیل رابطه سببیت، نسبیت و رضاع است. بنابراین، قرابت سه نوع است: قرابت نسبی، قرابت سببی و قرابت رضاعی. اصل در لغت به معنی بیخ، ریشه، علت، سبب، پدر، تبار، سرچشمه و اساس است. اصل به سلف مستقیم شخص گویند که از درجه نخست (پدری و مادری) است و یا از درجات بعدی (نیاکان پدری) و یا مادری (اجداد مادری) است.<sup>۴</sup> فرع که جمع آن فروع است در لغت به معنی شاخ، شعبه و قسم است. همچنین، به آنچه که از دیگری متولد شود فرع گویند<sup>۵</sup> و در برابر اصول استعمال می شود.

به حیث مثال، اگر حمیده دختر احمد باشد، احمد اصل و حمیده فرع است. طبق نص این ماده قرابت اشخاص در فامیل یا مستقیم است یا غیر مستقیم. قرابت مستقیم عبارت است از قرابت بین فرع و اصل و قرابت غیر مستقیم عبارت است از قرابت بین چند شخص حقیقی ای که دارای اصل مشترك اند. به حیث مثال، هرگاه احمد یک پسر به نام محمود و یک دختر به نام ذاکره داشته باشد، قرابت بین احمد و محمود مستقیم است. زیرا، محمود فرع احمد است و احمد اصل محمود است. اما، قرابت بین محمود و ذاکره قرابت غیر مستقیم است. زیرا، احمد و ذاکره فروع احمد اند.

همچنین، در این مثال، احمد نسبت محمود و ذاکره اصل مشترك است زیرا هر دو متولد از احمد و زوجه احمد اند. ذاکره و احمد در این مثال فرع همدیگر نیستند. زیرا، یکی از دیگری متولد نشده است بلکه هر دو از احمد و زوجه احمد متولد شده اند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف قرابت مستقیم و غیر مستقیم است.

#### مبحث سوم) محاسبه درجه قرابت

براساس ماده ۵۸ فقره اول و دوم ق. م: «(۱) در محاسبه درجه قرابت مستقیم از فرع به اصل، هر فرع يك درجه شناخته شده و خود اصل در این محاسبه شامل نمی باشد؛ و (۲) در محاسبه درجه

۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۳۹۴.

۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، صص ۳۱۳ و ۳۱۴.

۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، صص ۱۴۵۵ و ۱۴۵۶.

قربان غیر مستقیم از فرع به اصل مشترك و عكس آن، هر فرع يك درجه شناخته شده و اصل مشترك در این محاسبه شامل نمی باشد.». از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

1) در محاسبه درجه قربان مستقیم از فرع به اصل، هر فرع يك درجه شناخته شده و خود اصل در این محاسبه شامل نمی باشد. تعریف قربان مستقیم در مبحث قبلی گذشت. همچنین، تعریف فرع و اصل در مبحث قبلی گذشت. به حیث مثال، هرگاه احمد یک پسر به نام محمود و محمود یک پسر به نام راشد داشته باشد، محمود خویشاوند درجه اول احمد و راشد خویشاوند درجه دوم محمود است. به عبارت دیگر: اولاد اقارب مستقیم درجه اول، نواسه ها اقارب درجه دوم و فرزندان نواسه اقارب درجه سوم گفته می شود. در این مثال، خود اصل (احمد در این مثال) در محاسبه درجه قربان شامل نمی گردد.

2) در محاسبه درجه قربان غیر مستقیم از فرع به اصل مشترك و عكس آن، هر فرع يك درجه شناخته شده و اصل مشترك در این محاسبه شامل نمی باشد. نص این ماده با ماده ۷۵ ق. م که می گوید: «قربان غیر مستقیم نسبت بین اشخاص است، که دارای اصل مشترك بوده بدون اینکه یکی فرع دیگری باشد» متعارض به نظر می رسد. طبق نص ۷۵ ق. م قربان غیر مستقیم نسبت به اشخاص است که دارای اصل مشترك اند و طبق ماده ۷۸ ق. م قربان غیر مستقیم قربان فرع به اصل است.

به حیث مثال، اگر احمد یک پسر به نام محمود و یک دختر به نام حمیده و محمود یک دختر به نام ذاکره و حمیده یک پسر به نام جمشید داشته باشد، محمود و حمیده اقارب درجه اول احمد و ذاکره و جمشید اقارب درجه دوم احمد اند. همچنین، محمود و حمیده اقارب درجه اول جمشید و ذاکره اصولاً اند. اهمیت محاسبه اقارب در محرمات مؤقت و مؤبد و ارث ظاهر می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی قواعد محاسبه قربان میان اقارب است.

همچنین، طبق ماده ۵۹ ق. م: «اقارب یکی از زوجین در مورد زوج دیگر به عین قربان و درجه شناخته می شود.». تعریف اقارب در بالا گذشت. به زن و مردی که با رعایت احکام شرع و قانون برای زندگی مشترك و روابط زناشویی و ایجاد خانواده با همدیگر ازدواج کرده باشند «زوجان» و یا «زوجین» می گویند.<sup>۶</sup> طبق نص این ماده خویشاوندان یکی از زوجین در مورد زوج دیگر دارای عین قربان و درجه اند. به عنوان مثال، پدر عروس خسر داماد و پدر داماد خسر عروس محسوب می گردد.

۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۰۶۲.

به همین ترتیب است خواهر، برادر، کاکا، ماما و امثال اینهای زوجین. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید، پدر احمد خسر حمیده و پدر حمیده خسر احمد است. همچنین، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و حمیده از شوهر قبولی خویش جمشید دختری به نام ذاکره داشته باشد، ذاکره خویشاوند درجه اول احمد شناخته می شود. همچنین، اگر احمد از زوجه قبلی خویش پسری داشته باشد، پسر احمد خویشاوند درجه اول حمیده تلقی می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی قاعده محاسبه درجه اقارب یکی از زوجین نسبت همدیگر است.

#### مبحث چهارم) تعریف حقوق فامیل

حقوقدانان، حقوق فامیل را به گونه های مختلف تعریف نموده اند: عده ای بر این نظر اند که: حقوق فامیل مجموعه قواعدی است که مناسبت فرد را با خانواده اش که، تشکیل شده است و یا در حال تشکیل است، بیان می کند. این تعریف ناقص به نظر می رسد. زیرا، آنچه در این تعریف مطمح نظر است تنظیم مناسبات یا روابط شخص با فامیلش است که در حال تشکیل شدن است؛ یعنی: در مرحله خواستگاری و یا نامزدی قرار دارد یا تشکیل شده است، یعنی: نکاح صورت گرفته است. در حالی، حقوق فامیل نه تنها قواعد و احکام مربوط به تشکیل و بقای فامیل را تنظیم می نماید، بلکه قواعد و احکام مربوط به انحلال فامیل را نیز تنظیم می نماید. زیرا، فامیل نیز نهاد حقوقی مؤقت است که با نکاح دختر و پسر و یا زن و مرد ایجاد می گردد و با طلاق دادن مرد زوجه اش را و یا مطالبه تفریق توسط زوجه به سبب عیب، عدم انفاق، ضرر و ... از محکمه ذیصلاح و طلاق زوجه توسط محکمه ذیصلاح، خلع، فسخ و نیز مرگ یکی از زوجین منحل می گردد.<sup>۷</sup>

بنابراین، این تعریف قواعد و احکام مربوط به انحلال فامیل را در بر نگرفته است و ناقص به نظر می رسد. برخی حقوقدانان دیگر در تعریف حقوق فامیل به مفهوم خاص می گویند: حقوق فامیل مجموعه مقررات و قواعد حقوقی است که براساس آن، روابط و مناسبات اشخاصی که در یک خانواده زندگی می نمایند و معمولاً شامل پدر، مادر و فرزندان می شوند، تنظیم می شود. اما، به مفهوم عام، حقوق فامیل عبارت از مجموعه مقررات و قواعد حقوقی است که روابط و مناسبات افرادی را که در بین ایشان قرابت و خویشاوندی وجود داشته باشد، تنظیم می کند.<sup>۸</sup>

۷. به نظر می رسد فرقی که میان انحلال ازدواج از طریق طلاق، خلع، تفریق و فسخ و مرگ یکی از زوجین وجود دارد این است که انحلال ازدواج از طریق طلاق، خلع، تفریق و فسخ موجب انحلال فامیل می گردد. اما، انحلال رابطه زوجیت از طریق مرگ یکی از زوجین موجب انحلال فامیل نمی گردد مشروط بر اینکه زن و شوهر دارای اولاد باشند. از همین جهت، میان فقهاء و حقوقدان معروف است که: وجود زن و مرد شرط حدوث فامیل است نه شرط بقای آن. به این توضیح که: هیچ فامیلی تشکیل نمی شود، مگر اینکه زن و مرد با همدیگر نکاح نمایند. اما، اگر یکی از زوجین وفات نمایند هرچند رابطه زوجیت میان آنها منقطع می گردد، با آن هم فامیل با برجا است.

۸. عبدالقادر عدالتخواه (۱۳۸۷). حقوق فامیل، چاپ اول، کابل: انتشارات میوند، ص ۱۹.

برخی حقوقدانان در تعریف حقوق فامیل می گویند: حقوق فامیل مجموعه قواعدیست که تشکیل، روابط، حق ها، وجایب، ادامه و انحلال عقد ازدواج را تنظیم می نماید.<sup>۹</sup> به نظر می رسد: «حقوق فامیل مجموعه قواعد حقوقی، احکام فقهی و قواعد فقهی است که احکام متعلق به تشکیل، بقاء و انحلال فامیل و حقوق و تکالیف اشخاصی را که در فامیل دارای قرابت هستند، تنظیم می نماید». طبق این تعاریف حقوق فامیل احکام مربوط به تشکیل فامیل، استمرار و بقای فامیل و انحلال آن و نیز حقوق و تکالیف زن در برابر شوهر، شوهر در برابر زن و زن شوهر در برابر اولاد و اولاد در برابر والدین را تنظیم می نماید.

#### مبحث پنجم) پیشینه

همه پدیده های دنیوی حقوقی به صورت ابتدایی ایجاد گردیده و به مرحله فعلی تکامل نموده اند و این تکامل جریان دارد. برعکس، به نظر می رسد هسته های نهاد حقوقی فامیل در بهشت ایجاد گردیده است. زیرا، حضرت آدم علیه السلام و حضرت هوا علیها السلام در بهشت با همدیگر زندگی می نمودند. بنابراین، اولین نهاد حقوقی فامیل بوده است که پیشینه آن از بهشت شروع می شود و هیچ عصری از اعصار وجود نداشته که دنیا فاقد فامیل بوده باشد:

۱) دوره قبل از اسلام: در باره حقوق فامیل در دوره قبل از اسلام افغانستان سندی در دست نیست. بنابراین، در باره نحوه خواستگاری، نامزدی، ازدواج، آثار ازدواج، طلاق، آثار طلاق و حقوق اولاد در دوره حقوق قبل از اسلام افغانستان نمی توان به صورت صریح اظهار نظر نمود. ولی، آنچه می توان به حیث فرضیه در باره حقوق فامیل در دوره قبل از اسلام ارائه کرد این است که قبل از اسلام افغانستان مهد ادیان و عقاید متعدد بودائی، زردشتی، میتراپرستی و غیره بوده است و حقوق فامیل قبل از اسلام افغانستان به نظر می رسد که تابع احکام این ادیان بوده است.

۲) دوره بعد از ظهور اسلام الی ۱۳۰۱ هجری شمسی: در قرن هفتم هنگامی افغانستان توسط عرب ها فتح گردید، معابد و ادیان زردشتی، بودائی، شیوائی و میترا پرستی در سرتاسر کشور، با روحانیون آن در افغانستان موجود بود.<sup>۱۰</sup> زمانی که دین اسلام در افغانستان انتشار یافت تا جائیکه رسید، توانست ادیان مختلفه را که فوقاً تذکر یافت از بین بُرد<sup>۱۱</sup> و اسلام و نظام حقوقی اسلام را جایگزین آنها نمود. پس از استقرار اسلام در افغانستان در تمام روابط حقوقی و از جمله روابط فامیلی احکام شریعت اسلامی به موقع اجراء گذاشته شد. شریعت اسلامی به سه بخش عمده: عقاید، اخلاقیات و فقه تقسیم می شود. فقه نیز به عبادات (نماز، روزه، زکات و حج)، معاملات،

9. William P. Statsky (\_\_\_\_). Family Law, 6<sup>th</sup> edi, New York: Delmar Gengage leaning, p 19.

۱۰. میر غلام محمد غبار (۱۳۸۰). افغانستان در مسیر تاریخ، کابل: انتشارات میوند، ص ۶۶.

۱۱. همان، میر غلام محمد غبار، ص ۸۴.

مناکحات، ارث، صلح، عقوبات و ... تقسیم می شود. مناکحات تمامی احکام حقوق فامیل را در بر می گیرد. بنابراین، از زمان ظهور اسلام الی سال ۱۳۰۱ حقوق فامیل افغانستان تابع فقه اسلامی بوده است.

۳) دورهٔ ایجاد قوانین مدون الی کنون: از سال ۱۳۰۱ هجری شمسی الی اکنون قوانین متعددی در رابطه به حقوق فامیل علاوه بر فقه اسلامی وضع و نافذ گردیده است که هر کدام نقش خاصی را در توسعهٔ حقوق فامیل مدون افغانستان ایفاء نموده است:

۱- دورهٔ امان الله خان: عصر تدوین و ایجاد قوانین در افغانستان از لحاظ تاریخی زمانی آغاز شد که کشور های همسایه؛ یعنی: ایران و ترکیه به منظور ایجاد نظام های مبتنی بر قانون و متری ساختن این کشورها تلاش می ورزیدند. امان الله خان که سفر هایی به این کشور ها و سایر کشور ها داشت، می خواست همانند رضا شاه در ایران و آتا ترک در ترکیه با تصویب قوانین و تقویت حکومت مرکزی یک افغانستان متری به وجود بیاورد.

بنابراین، در افغانستان برای نخستین بار در اوائل سال ۱۳۰۱ هجری شمسی عصر قانونگذاری آغاز یافت. اولین قانون اساسی افغانستان در زمان حکومت امیرامان الله خان به نام «نظامنامهٔ اساسی دولت علیه افغانستان» در ۱۰ حوت ۱۳۰۱ هجری شمسی وضع و نافذ گردید. در عرصهٔ حقوق فامیل در زمان امان الله خان دو قانون (نظامنامهٔ) مهم وضع و نافذ گردید. اولین قانون در این باره نظامنامهٔ نکاح، عروسی و ختنه سوری بود که به تاریخ اول سنبله ۱۳۰۳ وضع و نافذ گردید.

هدف از این نظامنامه رفع و از بین بردن عرف و عادات خلاف شرع و قانون بود. طبق این نظامنامه تعدد زوجات جایز بود. ولی، با رعایت عدالت اسلامی. بنابراین، کسانی که با بیش از یک زن ازدواج می نمودند و عدالت را رعایت نمی نمودند مستوجب تعزیر شرعی شناخته می شدند. همچنین، طبق این نظامنامه کسانی که مانع عارض شدن زن دوم، سوم و چهارم به محکمه می شدند، مستوجب تعزیر شرعی شناخته می شدند (مواد ۱ و ۲ نظامنامهٔ نکاح، عروسی و ختنه سوری). طبق این نظامنامه، نکاح صغار جواز داشت. ولی، منع آن توصیه می شد. همچنین، در صورتی که ولی قریب؛ یعنی: پدر و پدر کلان دختر و یا پسر صغیر خود را به نکاح دیگری در می آوردند، چنین نکاحی قابل فسخ نبود. بنابراین، ناکح و منکوحه بعد از رسیدن به سن بلوغ فاقد خیار فسخ بودند. ولی، در صورتی که سائر اولیاء به غیر از پدر و پدر کلان به چنین امری مبادرت می ورزیدند، ناکح و منکوحهٔ صغیر بعد از رسیدن به سن بلوغ دارای خیار فسخ بودند (مواد ۳ و ۹). مطابق این نظامنامه مراسم شیرینی خوری منع گردید (مادهٔ ۴).

همچنین، طبق این نظامنامه بد دادن، منع ازدواج مجدد زن بیوه و مُطَلَّقه و به میراث بردن آنها، بردن عیدی و براتی، پرداخت مهر بیشتر از سی روپیه، گرفتن طویانه (ولور/ قلین)، نشان دادن جهیز، دادن لباس به داماد من حیث تحفه، شب خینه مگر به رضای داماد و تهیه شیرینی و میوه به تناسب تعداد مهمانان، ازدواج اجباری و مصارف گزاف عروسی منع گردید (مواد ۶، ۷، ۸، ۱۰، ۱۱، ۱۲، ۱۳، ۱۴ و ۱۶ و ۱۸). همچنین، طبق این نظامنامه هیچ کس حق نداشت برای ملا و یا شخصی که عقد ازدواج را منعقد می نمود کمتر از پنج افغانی و بیشتر از بیست افغانی پردازد (ماده ۱۷) سپس، نظامنامه نکاح، عروسی و ختنه سوری در سال ۱۳۰۶ تعدیل شد که تعدیل آن به نام نظامنامه نکاح و سنتی یاد می گردید که در ۱۱ دلو ۱۳۰۶ نافذ گردید که اهداف مشابه نظامنامه نکاح، عروسی و ختنه سوری را تعقیب می نمود.

**۲- دوره نادرشاه:** در دوره نادر شاه نظامنامه نکاح و سنتی لغو گردید و به عوض آن اصولنامه نکاح، عروسی و ختنه به تاریخ ۱۱، ۶، ۱۳۲۸ نافذ گردید. هدف این اصولنامه نیز طوری که در مقدمه آن تصریح گردیده بود عبارت بود از: از بین بردن رسوم مخالف شریعت و غیر ضروری. طبق این قانون، ایجاب و قبول بر اساس اراده طرفین در حضور شهود و اولیای طرفین صورت می گرفت (ماده ۱).

همچنین، مطابق این قانون تدویر مراسم شیرینی خوری منع بود (ماده ۲). لباسی که ناکح برای منکوحه تهیه می نمود کاملاً بستگی به توانائی شوهر داشت. بنابراین، زن و وابستگان زن نمی توانستند بیش از آنچه ناکح تهیه می نمود، مطالبه نمایند (ماده ۳). دادن قند و دستمال حین انعقاد نکاح نیز منع قرار داده شد (ماده ۴). برگزاری مجلس شب خینه (حناء) منع قرار داده شد، مگر به رضایت داماد بر حسب توانائی وی، و نیز به دامام توصیه می شد که از اسراف کاری اجتناب نماید (ماده ۴). گرفتن طویانه (ولور/ قلین) منع قرار داده شد (ماده ۵).

در صورت عدم پرداخت طویانه و منع ولی منکوحه را از رفتن به خانه ناکح و شکایت ناکح، محکمه ذیصلاح مکلف بود نخست ولی منکوحه را نصیحت و در صورت عدم مفیدیت نصیحت منکوحه را به ناکح تسلیم نماید (ماده ۶). همچنین، نشان دادن جهیز بعد از عروسی، بردن عیدی و براتی در این قانون ممنوع قرار داده شد (مواد ۷ و ۸). به تعقیب اصولنامه نکاح، عروسی و ختنه سوری، در سال ۱۳۴۰ قانون دیگری به نام اصولنامه ازدواج و ترتیب نکاح خط وضع و نافذ گردید. منظور از این قانون علاوه بر از بین بردن عرف و عادات مخالف قانون و شرع تنظیم مسایل مربوط به نکاح خط بود. طبق این اصولنامه نکاح بر اساس اراده و رضایت ناکح و منکوحه بالغ صورت می گرفت (ماده ۱).

سن قانونی ازدواج طبق این اصولنامه ۱۵ سال برای پسر و دختر بود (ماده ۲). نکاح صغیره جواز نداشت، مگر در صورت موجودیت ولی و ترتیب نکاح خط. باوجوداین، جهت اعتبار نکاح صغیر و صغیره شرط بود که ولی به فساد اخلاقی مشهور نباشد (مواد ۱۸ و ۱۹). همچنین، طبق این اصولنامه بد دادن دختر منع قرار داده شد (ماده ۲۰). طبق این اصولنامه نکاح خط های که بدون رعایت احکام این اصولنامه ترتیب داده می شد، مدار اعتبار نبود (ماده ۳). به صورت خلاصه باید گفت که: پروسه ای (فرایندی) که در حال حاضر برای اخذ نکاح خط در محاکم معمول است در این قانون پیش بینی شده بود.

**۳- دوره محمد ظاهر شاه:** در زمان حکومت محمد ظاهر شاه اصولنامه نکاح، عروسی و ختنه سوری ملغی و به عوض آن قانون ازدواج<sup>۱۲</sup> وضع و نافذ گردید. این قانون علاوه بر احکام ترتیب نکاح خط و از بین بردن عرف و عادات مخالف قانون که شرح آن فوقاً گذشت، دارای احکام معین در باره طلاق و مهر بود. طبق این قانون مهر حق زوجه پنداشته می شد و زوجه می توانست هر نوع تصرف در آن نماید (ماده ۲۶). همچنین، طبق این قانون زن مسلمان نمی توانست با مرد غیر مسلمان ازدواج نماید (ماده ۲۲). مطابق این قانون، طلاق حق شوهر پنداشته می شد. ولی، شوهر می توانست آن را حین انعقاد عقد نکاح به زوجه اش تفویض نماید و زن می توانست غرض مُطالبه طلاق به محکمه ذیصلاح مراجعه نماید (مواد ۳۲ و ۴). همچنین، برای اولین بار ترتیب طلاق خط در این قانون پیش بینی شد (ماده ۳۳).

**۴- دوره سردار محمد داود:** در دوره سردار محمد داود خان تحول و اصلاحات مفید از نظر حقوقی در ساحة حقوق فامیل به وقوع پیوست. اولین قانون مدنی<sup>۱۳</sup> در این دوره وضع و نافذ گردید که جلد اول آن حاوی احکام معین در باره نامزدی، نکاح، شرایط نکاح، آثار نکاح، طلاق، تفریق قضائی، خُلع، فسخ، عدت، رجعت و حقوق اولاد بود که تا به حال نافذ است. با انفاذ قانون مدنی، قانون ازدواج سال ۱۳۵۰ لغو گردید.

**۵- دوره حکومت کمیونیست ها:** در دوره حکومت کمیونیست ها فرمان شماره ۷ در باره مهر و مصارف عروسی<sup>۱۴</sup> وضع و نافذ گردید که به نحوی متمم مواد مندرج راجع به حقوق فامیل ق. م بود. هدف از این فرمان به نحوی که در مقدمه آن تصریح گردیده بود برابری حقوق زن و مرد در ساحة حقوق مدنی بود. احکام این فرمان خیلی مفید بود. این فرمان بسیاری از خلاهای که در ق. م در

۱۲. قانون ازدواج (۱۷/اسد/۱۳۵۰ ش) ۱۰۹ جریده رسمی.

۱۳. قانون مدنی (۱۵/۱۰/۱۳۵۵ ش) ۳۵۳ جریده رسمی.

۱۴. فرمان شماره ۷ در باره مهر و مصارف عروسی (۲۷/۷/۱۳۵۷) جریده رسمی ۴۰۹.



باره عرف و عادات خلاف قانون و شرع وجود داشت منع نمود. طبق این فرمان هیچ کس نمی توانست دختر را در بدل پول نقد و یا جنس به نامزدی و یا نکاح کسی دیگری در بی آورد (ماده ۱). همچنین، طبق این فرمان هیچ کس نمی توانست هنگام عروسی داماد را مکلف به پرداخت پول نقد و یا جنس به نام طویانه و سائر مصارف نماید (ماده ۱ فقره ۲). مطابق این فرمان هیچ کس نمی توانست دامام و یا ولی او را وادار به بردن عیدی، براتی و تهیه لباس و هدایای برای عروس نماید (ماده ۲). بر اساس این فرمان، مهر دختر سه صد افغانی معین گردید (ماده ۳). طبق این فرمان، ازدواج اجباری منع و هیچکس حق نداشت مانع ازدواج مجدد زن بیوه گردد (ماده ۴ فقره های اول و دوم). بر اساس این فرمان سن نامزدی و ازدواج برای زن ۱۶ و برای مرد ۱۸ بود. بنابراین، ازدواج صغار طبق این فرمان جواز نداشت (ماده ۵).

طبق این فرمان متخلفین بر حسب احوال از شش ماه الی سه سال محکوم به حبس می گردیدند و پول و یا جنسی که خلاف این فرمان گرفته می شد، نیز مصادره می گردید (ماده ۶ فقره های ۱ و ۲). احکام مندرج این فرمان که تکمیل کننده ق. م بود، در زمان حکومت دوکتور نجیب الله براساس فرمان شماره ۲۲۰ مؤرخ ۱۳۶۲/۲/۳۰ منتشره جریده رسمی ۷۱۹ مؤرخ ۱۳۶۹/۴/۱۶ ملغی گردید. باوجوداین که فرمان شماره ۷ توسط فرمان دوکتور نجیب الله ملغی گردیده بود، این فرمان مجدداً توسط قانون مراسم عروسی ملغی شد که عدم دقت و جاهل بودن قانونگذار از حکم قانون را نشان می دهد که محل ایراد به نظر می رسد (نک: ماده ۲۵ قانون مراسم عروسی). ماده اول فرمان شماره ۲۲۰ در این مورد حکم نمود که: «به تاسی از احکام مواد دوم و یکصد و چهل و هشتم قانون اساسی در حالی که اصول عالی اسلامی، رسوم و عنعنات و شعایر پسندیده افغانی اسلامی مردم افغانستان ملاک عمل دولت جمهوری افغانستان می باشد، الغای فرمان شماره هفتم منتشره جریده رسمی شماره (۴۰۹) مؤرخ ۲۶ میزان سال ۱۳۵۷ در باره مهر و مصارف عروسی رسماً اعلام می گردد.»

ماده دوم این فرمان، تنظیم احکام مربوط به نامزدی، ازدواج و تعیین مهر را به ق. م محول نمود. ماده دوم این فرمان در این باره حکم می نمود که: «موضوع نامزدی، ازدواج و تعیین مهر تابع احکام ق. م و سایر قوانین نافذ کشور می باشد.» همچنین، در این دوره قانون اصول محاکمات مدنی منتشره جریده رسمی شماره ۸۴۶ سال ۱۳۸۴ وضع و نافذ گردید که این قانون نیز حاوی احکام معین در باره حقوق فامیل است که برخی احکام آن را در لابلای این کتاب مطالعه خواهیم نمود.

۶- قوانین در زمان حکومت مجاهدین و طالبان: بعد از سقوط حکومت مارکسیستی، مجاهدین که از ۱۹۹۲-۱۹۹۶ در قدرت بودند، شریعت اسلام را به عنوان اساس دولت اسلامی

اعلام نمودند. در این وقت کدام قانون مهم در ساحه حقوق فامیل وضع و نافذ نگردید. همچنین، در زمان طالبان که از ۱۹۹۶ تا ۲۰۰۱ در افغانستان حکومت می کردند، شریعت اساس حقوق فامیل را تشکیل می داد.

۷- دوره حکومت مؤقت الی کنون: در این دوره قانون منع خشونت علیه زن به تاسی از احکام ۲۴ و ۵۴ ق. ا وضع و در سال ۱۳۸۸ طی فرمان شماره ۹۱ مؤرخ ۱۳۸۸/۴/۲۹ رئیس جمهور اسلامی افغانستان نافذ گردید که در جریده رسمی ۹۸۹ منتشر شده است. این قانون برخی اعمال را خشونت تلقی کرده و مستوجب مجازات می داند. برخی از این اعمال مربوط به حقوق فامیل نیز می شود که تفصیل آن در لابلای این کتاب خواهد آمد.

در سال ۱۳۹۶ هجری شمسی قانون مراسم عروسی وضع و نافذ گردید. طبق ماده ۲ قانون مراسم عروسی: «اهداف این قانون قرار ذیل است:

- ۱- از بین بردن رسوم و عنعنات مغایر با احکام دین اسلام؛
- ۲- حفظ ارزش های اصیل فرهنگی و احترام به سنت های پسندیده؛
- ۳- جلوگیری از مصارف گزاف و فراهم آوری تسهیلات برگذاری محافل؛
- ۴- حفظ ارزش های اسلامی و جلوگیری از انحرافات اخلاقی؛
- ۵- فراهم آوری تشکیل خانواده سالم برای همه؛
- ۶- حفظ شیرازه خانواده و جلوگیری از خشونت های فامیلی؛
- ۷- تأمین روابط حسنه و پایدار میان زوج و زوجه و خانواده».

دلیل اصلی تصویب این قانون، افزایش بی سابقه مصارف عروسی است. زیرا، به دلیل مصارف هنگفت در عروسی ها، بسیاری جوانان سال ها از زندگی مشترک محروم می مانند.<sup>۱۵</sup> به نظر می رسد بسیاری از احکام این قانون از نظامنامه نکاح، عروسی و ختنه سوری سال ۱۳۰۳ هجری شمسی امان الله و اصولنامه نکاح، عروسی و ختنه ۱۳۲۸ نادر خان گرفته شده است. بنابراین، این قانون، احکام نظامنامه نکاح، عروسی و ختنه سوری سال ۱۳۰۳ هجری شمسی امان الله و اصولنامه نکاح، عروسی و ختنه ۱۳۲۸ هجری شمسی نادر خان را دوباره احیا کرده است.<sup>۱۶</sup> در لابلای این کتاب احکام این قانون را مورد بحث قرار خواهیم داد.

در سال ۱۴۰۰ فرمان خاص امیر امارت اسلامی در خصوص حقوق زنان صادر شد. در لابلای این کتاب به مواد این فرمان خواهیم پرداخت.

15. <http://www.dw.com/fa-af/> (آخرین بازدید ۲۷/۳/۲۰۱۸).

16. [http://www.bbc.com/persian/afghanistan/2011/04/110403\\_k01\\_af\\_wedding\\_law](http://www.bbc.com/persian/afghanistan/2011/04/110403_k01_af_wedding_law) (آخرین بازدید ۲۷/۳/۲۰۱۸).

### مبحث ششم) منابع

منابع حقوق فامیل در حقوق افغانستان عبارت اند از:

۱) قوانین: برخی قوانینی که منابع حقوق فامیل افغانستان را تشکیل می دهند عبارت اند از:

۱- قانون اساسی: اولین منبع حقوق فامیل ق. ا بود. در ق. ا در خصوص حقوق فامیل قواعد ذیل وجود داشت:

نخست: طبق ماده ۵۴ ق. ا: «خانواده رکن اساسی جامعه را تشکیل می دهد و مورد حمایت دولت قرار دارد. دولت به منظور تأمین سلامت جسمی و روحی خانواده بالاخص طفل و مادر، تربیت اطفال و برای از بین بردن رسوم مغایر با احکام دین مقدس اسلام، تدابیر لازم اتخاذ می کند...». از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

یک: خانواده در اثر ازدواج به وجود می آید و مجموعه خانواده ها اجتماع را می سازند. از همین رو، قانونگذار اساسی خانواده را رکن اساسی جامعه دانسته است.

دو: دولت مکلف است خانواده را مورد حمایت قرار دهد. مصادیق حمایت هنوز در حقوق افغانستان روشن نیست، زیرا از زمان انفاذ ق. ا تا کنون دولت هیچ حمایتی برای خانواده ها فراهم نکرده است. در برخی نظام ها، کاهش و معافیت از برخی مالیات، فراهم کردن مسکن و نظیر اینها از مصادیق حمایت اند.

سه: دولت مکلف است به منظور تأمین سلامت روحی و جسمی طفل و مادر، تربیت اطفال و از بین بردن رسوم مغایر با دین اسلام مانند: منع زنان از حق توارث، بد دادن دختران و نظیر اینها تدابیر لازم را اتخاذ نماید.

دوم: طبق ماده 22 ق. ا: «[...] اتباع افغانستان اعم از زن و مرد در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی می باشند...». هرچند بخش اول این ماده که همه انواع تبعیض را ممنوع قرار می دهد، شامل مرد و زن می شود، زیرا هر فردی که تابعیت افغانستان را داشته باشد اعم از این که زن باشد و یا مرد تبعه افغانستان است (ماده 4 ق. ا)، اما به نظر می رسد برای رفع ابهام و جلوگیری از تفسیر قانونگذار اساسی در بخش دوم این ماده به صورت مشخص تأکید بر برابری حق ها و وجایب زنان و مردان دارد.

لذا، طبق نص این ماده زن و مرد در برابر قانون حقوق و وجایب مساوی دارند. به نظر می رسد می توان نص ماده 22 ق. ا را تفسیر موسع نمود و به بخش های مدنی، جزایی، اداری، اصول محاکمات و نظیر اینها تسری داد. در این صورت، در دعاوی مدنی طرفین دعوی در برابر محکمه مساوی و برابر اند. در موضوعات مدنی زن و مرد دارای حقوق و وجایب مساوی در ارث، طلاق،

شهادت و امثال اینها اند. در حقوق اداری در مسأله استخدام، مراجعه به اداره همه اتباع برابر اند. در ساحه حقوق جزا همه در برابر قانون از حقوق مساوی برخوردار اند.

چنانچه گفته شد، در نص ماده 22 ق. ۱ اصل برابری اتباع که در واقع یکی از اصول حقوق عامه است مدون شده است. مفهوم این اصل این است که همه افراد قطع نظر از رنگ، نژاد، زبان، منطقه و ... در برابر قانون مساوی و برابر اند. اصل برابری اتباع در برابر قانون با اصل بی طرفی اداره رابطه نزدیک دارد، زیرا ماده 22 ق. ۱ تبعیض و امتیاز را میان اتباع ممنوع قرار می دهد و اصل بی طرفی اداره، ادارات را مکلف به برخورد بی طرف مقامات اداری با اتباع می نماید. قابل توصیه است نص این ماده باید «اساسی سازی»<sup>۱۷</sup> شود تا قوانین مدنی و اصول محاکمات مدنی مطابق با ماده 22 ق. ۱ شوند تا در این زمینه ها نیز برابری شکلی اتباع در برابر قانون تأمین و تضمین شود.

۲- قانون مدنی: ق. م در واقع یکی از مهم ترین منابع حقوق فامیل در افغانستان است. زیرا، جلد اول، مواد ۵۶ الی ۳۳۶ ق. م احکام معین را در رابطه به نامزدی، نکاح، آثار نکاح، انحلال نکاح و آثار آن و حقوق اطفال ناشی از نکاح صحیح وضع نموده است؛

۳- ق. م. خ. ع. ز: ق. م. خ. ع. ز احکام معین جزایی را راجع خشونت علیه زن وضع نموده است که برخی احکام آن مربوط به فامیل نیز می شود.

۴- قانون مراسم عروسی: قانون مراسم عروسی منتشره جریده رسمی شماره ۱۲۸۰، ۹ جدی، ۱۳۹۶ منبع دیگری حقوق فامیل است.

۵- قانون حمایت از حقوق اطفال منتشره جریده رسمی ۱۳۳۴ مؤرخ ۲۰ حوت ۱۳۹۷.

۶- قانون سرپرستی اطفال منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۳۰ که در تاریخ ۲۳ / ۱ / ۱۳۹۳ در افغانستان نافذ گردیده است.

۷- قانون احوال شخصیه اهل تشیع در صورتی که طرفین دعوی از پیروان اهل تشیع باشند.

۲) فرامین تقنینی: برخی فرامینی که منابع حقوق فامیل را در حقوق افغانستان تشکیل می دهد عبارت اند از: فرمان شماره ۲۲۰ مؤرخ ۱۳۶/۲/۳۰ منتشره جریده رسمی ۷۱۹ مؤرخ ۱۳۶۹/۴/۱۶ دوکتور نجیب الله در مورد الغای فرمان شماره ۷ در باره مهر و مصارف عروسی منتشره جریده رسمی شماره ۴۰۹ مؤرخ ۲۷، ۷، ۱۳۵۷، فرمان شماره ۷۷ مؤرخ ۱۳۶۵/۴/۱۰ بیرک کارمل در مورد ایزاد و تکمیل قانون مدنی، منتشره جریده رسمی شماره ۶۱۵ مؤرخ ۱۳۶۵/۶/۱۵ در مورد ثبت طلاق، فرمان شماره ۲۰۰۷ مؤرخ ۲۹ جدی، ۱۳۵۸ مقام ریاست جمهوری منتشره جریده رسمی

۱۷. در خصوص اساسی سازی قانون اساسی نک: جواد تقی زاده (۱۳۹۰). مسأله اساسی سازی نظم حقوقی، مجموعه مقالات اساسی سازی، جزوه مقطع کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی - واحد کابل.

شماره ۳۹۱، مؤرخ ۱۳۵۶/۱۱/۳۰ در مورد ایزاد ق. م، فرمان شماره ۲۵۵ مؤرخ ۱۳۶۶/۸/۷ هیأت ریسه شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان در باره ضمیمه شماره سوم ق. م و غیره. همچنین، فرمان شماره ۳۹۵ امیر امارت اسلامی در خصوص زنان در تاریخ ۱۴۴۳/۱/۲۸ هجری قمری صادر شد.

**۳) فقه:** منبع سوم حقوق فامیل را فقه تشکیل می دهد (ماده ۱ ق. م). فقه شامل عبادات (نماز، روزه، زکات، حج)، معاملات، مناکحات، ارث، صلح، عقوبات و ... می گردد و مناکحات تمام احکام حقوق فامیل را در بر می گیرد. بنابراین، فقه یکی از منابع مهم حقوق فامیل را تشکیل می دهد.

**۴) عرف و عادات عمومی:** عرف و عادات یکی دیگر از منابع حقوق فامیل را تشکیل می دهد. برخی استادان به صورت مطلق عرف و عادات را منبع حقوق فامیل می دانند.<sup>۱۸</sup> این اطلاق محل ایراد به نظر می رسد، زیرا طبق ماده ۲ ق. م در عرف و عادات منحصیث منبع ای حقوق فامیل شرط است اول اینکه عرف و عادات مخالف قانون و عدالت نباشد و دوم اینکه عرف و عادات عام باشد. با توجه به این شرط عرف و عاداتی که مخالف شرع و قانون اند، مانند: بد دادن دختران، ازدواج های اجباری، مصارف بی نهایت سنگین عروسی، توارث زنان ثیبه و عدم اجازه دادن آنها جهت ازدواج، حرمان زنان از حق کار و تحصیل، نامزدی دختر و پسر بدون اینکه همدیگر را ببینند و ... منبع حقوق فامیل را تشکیل نمی دهند. زیرا، این نوع عرف و عادات خلاف قوانین موضوعه افغانستان است. از همین جهت، ق. م. خ. ع. ز برخی این عرف و عادات را جرم پنداشته است. مثالی که می توان برای عرف و عادات عام در افغانستان ارایه کرد عبارت از عرف حاکم بر مراسم عروسی به طور کلی است.

**۵) اصول کلی حقوق:** برخی اصول کلی حقوق مانند اصل صحت قراردادها، اصل عدم، اصل منع سوء استفاده از حق، اصل برابری و نظیر اینها منابع حقوق فامیل اند. همچنین، متحدالمال ها و مصوبات ستره محکمه و دکترین منبع دیگر حقوق فامیل اند.<sup>۱۹</sup> برخی از کتاب ها که در فهرست مهم ترین منابع در اخیر این کتاب فهرست شده اند، منابع غیرمستقیم و غیرالزام آور حقوق فامیل را تشکیل می دهند.

۱۸. عبدالقادر عدالتخواه (۱۳۸۷). حقوق فامیل، چاپ اول، کابل: انتشارات میوند، ص ۲۲.  
۱۹. در مورد تعریف قانون، فرمان تقنینی، فقه، عرف و عادات، رویه قضایی و ین ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۵). مبادی حقوق افغانستان، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید، صص ۳۴-۱۲۶.





## فصل دوم: خواستگاری

اولین مرحله تشکیل خانواده خواستگاری است. نویسندگان ق. م احکام مربوط به خواستگاری را به صورت منطقی و مناسب در ق. م تسجیل نکرده اند، بلکه احکام مربوط به نامزدی و خواستگاری را طی مواد ۶۲، ۶۳ و ۶۴ در مبحثی که مربوط به ازدواج می شود تنظیم نموده اند.

### مبحث اول) پیشینه و حکمت خواستگاری

خواستگاری مقدمه و وسیله نامزدی و ازدواج است و از قدیم الایام مرسوم بوده است که پیش از ازدواج، خانواده پسر به خواستگاری به نزد خانواده دختر می رفته است. این رسم مورد تأیید حقوق اسلام نیز قرار گرفته است که «خِطْبَه» نامیده می شود.<sup>۲۰</sup> پرسش این است که چرا مردان به خواستگاری زنان می رفته اند؟

در پاسخ به این پرسش برخی استادان بر این نظر اند که: اینکه از گذشته ها مردان به عنوان خواستگاری نزد زنان می رفته اند و از آنها تقاضای همسری می کرده اند از بزرگترین عوامل حفظ حیثیت و احترام زن بوده است. زیرا، طبیعت، زن را گل و مرد را بلبل، زن را شمع و مرد را پروانه قرار داده است. این یکی از تدابیر حکیمانه و شاهکاری های خلقت است که در غریزه مرد نیاز و طلب و در غریزه زن ناز و جلوه را قرار داده و ضعف جسمانی زن را در مقابل نیرومندی جسمانی مرد، با این وسیله جبران کرده است.

---

۲۰. وهبة زحیلی (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۷۵.



بنابراین، خلاف حیثیت و احترام زن خواهد بود که به دنبال مردی بدود. زیرا، برای مرد قابل تحمل است که از زنی خواستگاری کند و جواب رد بشنود و آنگاه از زنی دیگر خواستگاری کند تا اینکه زنی رضایت نشان بدهد و همسری خود را با وی اعلام نماید. ولی، برای زن که می خواهد محبوب، معشوق و مورد پرستش مرد باشد و بر سراسر وجود او حکومت کند، قابل تحمل و موافق گزینه نخواهد بود که مردی را به همسری خود دعوت کند و جواب رد بشنود و سراغ مردی دیگر برود. زیرا، به عقیده ویلیام جیمز فیلسوف امریکایی:

«حیا و خودداری ظریفانه زن گزینه نیست، بلکه دختران حوا در طول تاریخ دریافته اند که عزت و احترام شان در این است که به دنبال مردان نروند و خود را مبتذل نسازند و از دسترس مرد خود را دور نگه دارند، زنان این درس ها را در طول تاریخ دریافتند و به دختران خود یاد داده اند.».

این امر اختصاص به جنس بشر ندارد، حیوانات نیز همین طور اند. این مأموریت به جنس مذکر داده شده است که خود را دلباخته و نیازمند به جنس مؤنث نشان بدهد. زیرا، مأموریتی که به جنس مؤنث داده شده این است که با پرداختن به زیبایی و لطف و با خودداری و استغناء ظریفانه، دل جنس خشن را هرچه بیشتر شکار کند و او را از مجرای حساس قلب خودش و به اراده و اختیار خودش در خدمت خود بگمارد.<sup>۲۱</sup>

از نظر عرفی نیز در افغانستان خواستگاری معمولاً از طرف والدین پسر صورت می پذیرد. اما، از نظر شرع خواستگاری از طرف دختر یا پسر، هیچ مشکلی ندارد و این که کسانی زمینه سازی خانواده دختر برای ازدواج با پسر را بد و ناپسند می دانند، در شرع جایی ندارد. زیرا، حضرت عمر رضی الله عنه حضرت حفصه رضی الله عنها را به پیامبر صلی الله علیه و آله پیشنهاد نمود و پیامبر صلی الله علیه و آله پذیرفت.<sup>۲۲</sup>

گاهی خود زنان می آمدند و می گفتند یا رسول الله صلی الله علیه و آله ما را برای خود نکاح کنید چنانچه از سعد ابن سهل رضی الله عنه روایت است که گفت: زنی نزد پیامبر صلی الله علیه و آله آمد و گفت: یا رسول الله صلی الله علیه و آله مرا به همسری خود پذیر! پیامبر صلی الله علیه و آله در مقابل تقاضای آن زن سکوت اختیار نمود و چیزی نگفت.

زن سر جای خود نشست و مدتی از آن گذشت. مردی از اصحاب پیامبر صلی الله علیه و آله به پا خاست و گفت: یا رسول الله صلی الله علیه و آله! اگر خود نیازی به او ندارید، او را به عقد من در آورید! پیامبر صلی الله علیه و آله گفت: چیزی داری که به عنوان مهر او بدهی؟ آن مرد گفت: چیزی جز این جامه ندارم. پیامبر صلی الله علیه و آله گفت: اگر جامه ات را به او بدهی، تو بدون جامه می مانی، چیزی دیگر پیدا کن! آن مرد گفت هیچ چیز ندارم! پیامبر صلی الله علیه و آله گفت: برو خانه ات و چیزی پیدا کن تا به عنوان مهر به این زن بدهی. آن مرد به

۲۱. مرتضی مطهری (۱۳۸۵). نظام حقوق زن در اسلام، چاپ چهل و سوم، تهران: انتشارات صدرا، ص ۳۹.  
22. Muhammad Mustafa al - Jibaly, (2005). Love and mercy, revised edi. Beirut, Lebanon: Al- Kitab & As sunnah Publishing, pp 47 and 48.

خانه اش رفت و بر گشت و گفت: درخانه ام چیزی پیدا نکردم! پیامبر ﷺ گفت: باز هم برو و بگرد، اگر یک انگشتر آهنی هم بیاوری کافی است. آن مرد جستجو کرد و بالاخره چیزی پیدا نکرد. پیامبر ﷺ پرسید آیا چیزی از قرآن یاد داری؟! مرد گفت: فلان سوره و فلان هر دو... را یاد دارم و نام آنها را برد. پیامبر ﷺ گفت:

«قَدْ زَوَّجْتَكهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ». ۲۳

«او را در نکاح تو در آوردم و مهر او را آنقدر قرآن قرار دادم که یاد گرفته ای تا به وی بیاموزی.».

#### مبحث دوم) تعریف و انواع

ق. م خطبه یا خواستگاری را تعریف نموده است. ولی، به موجب فقه خطبه از ریشه «خطب» گرفته شده است که در لغت به معنی طلب ازدواج است<sup>۲۴</sup> و در اصطلاح عبارت از اظهار رغبت به ازدواج با زن معین و اعلام آن به زن یا ولی او است. طبق این تعریف خواستگاری صرف امکان دارد توسط پسر یا فامیل پسر صورت بگیرد که عاری از ایراد نیست، زیرا امکان دارد خواستاری توسط دختر و فامیل دختر از پسر نیز صورت بگیرد که بحث آن خواهد آمد. شخصی که خواستگاری می نماید خاتب (خواستگار) و شخصی که از وی خواستگاری صورت می گیرد مخطوبه (خواستگاری شده) نامیده می شود. از این تعریف به خوبی استنباط می گردد که خطبه ممکن است بدون واسطه توسط خود خاتب؛ یعنی؛ مرد یا با واسطه توسط والدین او صورت پذیرد. بنابراین، به اعتبار واسطه و عدم واسطه خطبه به دو نوع است: خطبه بی واسطه و خطبه با واسطه:

۱) خطبه مستقیم: خطبه مستقیم عبارت از خطبه ای است که توسط خود مرد یا پسر صورت بگیرد، مانند اینکه: خود مرد یا پسر بدون واسطه دیگری از زن یا دختری خواستگاری نماید.

۲) خطبه توسط نماینده: خطبه با واسطه عبارت از خطبه ای است که مرد یا پسر دختر یا زن مورد نظر را توسط والدین یا سایر اشخاص خواستگاری نماید. هر یک از خواستگاری با واسطه و بدون واسطه ممکن است به صورت صریح و یا ضمنی صورت پذیرد:

۱- خطبه صریح: خطبه صریح آن است که اظهار رغبت به ازدواج به صورت صریح اعلام شود مانند اینکه: خاتب به مخطوبه بگوید: «می خواهم با شما ازدواج نمایم!».

۲- خطبه ضمنی: خطبه ضمنی آن است که اظهار رغبت به ازدواج به صورت ضمنی اعلام شود مانند اینکه: خاتب به مخطوبه بگوید: «می خواهم به دختر نجیبی مثل شما ازدواج نمایم!».<sup>۲۵</sup>

۲۳. متفق علیه بین احمد و الشیخین.

۲۴. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۲۲۱؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۰۳.

۲۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۴۹۲.

### مبحث سوم) شرایط صحت خواستگاری

هرگاه ازدواج با زن شرعاً و قانوناً ممنوع باشد، خواستگاری و نامزدی وی نیز ممنوع است. هرگاه ازدواج با زن شرعاً ممنوع نباشد، خواستگاری و نامزدی وی نیز شرعاً و قانوناً مباح است.<sup>۲۶</sup> در نتیجه، جهت صحت خواستگاری و نامزدی شرط است که ازدواج مخطوبه با مخاطب به صورت مؤبد حرام نباشد، مانند: ازدواج با خواهر، مادر، مادر کلان و سایر محرمات مؤبد. همچنین، شرط است که ازدواج مخطوبه با مخاطب به طور مؤقت نیز حرام نباشد، مانند: ازدواج با خواهر زوجه (خیاشنه)، زوجه غیر و سایر محرمات مؤقت.<sup>۲۷</sup>

در نتیجه، خواستگاری و نامزدی محرمات مؤبد به صورت مؤبد و از مؤقت به صورت مؤقت حرام است که در بخش شرایط صحت نکاح در باره محرمات مؤقت و مؤبد به تفصیل بحث خواهیم نمود.

بنابراین، خواستگاری و نامزدی با زنی که در عدت غیر قرار داشته باشد مؤقتاً جواز ندارد تا اینکه معتدله عدت خویش را سپری نمایند.<sup>۲۸</sup> بند دوم ماده ۶۲ ق. م در این باره حکم می نماید که: «نامزدی با زنی جواز دارد که در [...] عدت غیر نباشد.»

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان یکی از شرایط خواستگاری و نامزدی است. هرچند قانونگذار مدنی در نص این ماده کلمه نامزدی را به کار برده است، اما از نص این ماده شرط خواستگاری را به نظر می رسد می توان استنباط کرد. زیرا، مرحله نخست ازدواج خواستگاری و مرحله دوم آن نامزدی است. طبق نص این ماده خواستگاری زنی جواز ندارد که در عدت غیر قرار نداشته باشد. عدت از کلمه «عدد» گرفته شده که در لغت به معنی احصاء و شمارش است. فقهای حنفیه می گویند: عدت عبارت از مدتی معین است که در شرع برای پایان دادن به مابقیه آثار ازدواج معین شده است.<sup>۲۹</sup> منظور از غیر، شوهر اول زنی است که در عدت قرار دارد. زنانی که ممکن است در عدت غیر قرار داشته باشند، به سه دسته: معتدله طلاق رجعی، معتدله طلاق بائن و معتدله وفات تقسیم می شوند که خواستگاری هر یک را ذیلاً به صورت مختصر مورد تحلیل قرار می دهیم:

۲۶. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۹)، ص ۶۴۹۷.

۲۷. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۹)، ص ۶۴۹۷.

۲۸. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۹)، ص ۴۶۹۷.

۲۹. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۹)، صص ۷۱۶۶-۷۱۶۷؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ه. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۳۰۴؛ محمد يوسف موسى (۱۳۸۵). احكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، الطبعة الجديدة، كابل: انتشارات نعماني، ص ۳۴۵؛ محمد محي الدين عبدالحميد (۲۰۰۷ م). الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، لبنان: دارالعلوم العلمية للنشر، ص ۳۴۶؛ عبدالحميد محمود طهماز (\_\_\_\_\_). الفقه الحنفي في توبه الجديد، جلد (۲)، پاکستان: چاپ مکتب حقانیه، ص ۲۰۵.

۱- **خواستگاری معتدۀ عدت و فوات:** به موجب بند اخیر ماده ۶۳ ق. م: «خواستگار زن [...] در عدت وفات به صورت صریح جواز ندارد.» عدت وفات چهار ماه و ده روز است. حکم این ماده از فقه گرفته شده است. زیرا، بر اساس فقه هرگاه زن در عدت وفات شوهر قرار داشته باشد، در جریان عدت خواستگاری او به کنایه و تعریض جایز است، چرا که پیوند زوجیت او با شوهرش به وسیله مرگ شوهر، قطع گردیده و دیگر شوهرش حقی و پیوندی با او ندارد. اما، خواستگاری وی به صورت آشکارا جواز ندارد. زیرا از یکسو اندوهگین و در سوگ شوهر است و از سوی دیگر مراعات احساس و عواطف خانواده میت و ورثه او لازم است.

خواستگاری به طور کنایه و تعریض این است که مرد به زن بگوید: «من می خواهم ازدواج کنم!» یا بگوید: «خیلی دوست دارم خداوند عز و جل زن صالح و شایسته را نصیبم کند!» یا گفته شود: «خداوند عز و جل خیری را برای تو میسر خواهد کرد و خیری در پیش داری!». همچنین، تقدیم هدایا به زنی که در عدت است جواز دارد و خواستگاری کنایی تلقی می گردد.

همچنین، جایز است که شخص پیش زنی که در عدت وفات شوهر قرار دارد، از خویش ستایش کند و اوصاف خویش را بگونه ای بر شمارد که تعریض و کنایه به ازدواج باشد. به حیث مثال، اگر احمد و ذاکره با هم زن و شوهر باشند و احمد وفات نماید، ذاکره مکلف به رعایت عدت وفات شوهر که چهار ماه و ده روز است می باشد. در این مدت، هیچ شخص نمی تواند به صورت صریح ذاکره را خواستگاری نماید. اما، خواستگاری ذاکره به صورت کنایی یا غیر مستقیم جواز دارد.

به حیث مثال، محمود می تواند ذاکره را در جریان عدت به صورت کنایی خواستگاری نماید. به عنوان نمونه، محمود به ذاکره بگوید می خواهم با زنی مانند شما ازدواج نمایم. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده 63 ق. م پیش بینی حکم جواز خواستگاری زن در عدت وفات شوهر به صورت کنایی یا ضمنی است.

خداوند عز و جل در این مورد می فرماید:

﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا عَرَضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ 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 عَظِيمٌ حَلِيمٌ﴾ - [البقره: ۲۳۵]

«و گناهی بر شما (مردان) نیست که به صورت کنایه از زنانی (شوهران شان فوت کرده اند و در عدت به سر می برند) خواستگاری کنید و یا در دل خود تصمیم بر این کار را بگیرید (و این گرایش فطری مردان نسبت به زنان است و با خواسته طبیعی شما به شکل معقول مخالف نیست)

ولی به آنان پنهانی وعده ازدواج ندهید، مگر به طور پسندیده (و به طور کنایه) اظهار کنید (اما به هر حال) اقدام به ازدواج ننمایید تا عدت آنها به سرآید و بدانید که خداوند تعالی آنچه را در دل دارید می داند. پس از (مخالفت فرمان او) خویشتن را بر حذر دارید و بدانید که بیگمان خداوند تعالی بس آمرزنده و شکیبیا است (و در مجازات بندگان شتاب نمی کند).».

۲- **خواستگاری مُطَلَّقه رَجعی:** طبق بند اول ماده ۶۳ ق. م: «خواستگاری زن در عدت طلاق رَجعی [...] به عبارت صریح یا کنایه [...] جواز ندارد.» طبق نص این ماده خواستگاری زن در عدت طلاق رَجعی به صورت صریح یا کنایه جواز ندارد. فقهاء به اتفاق آراء بر این نظر اند که: طلاق رَجعی عبارت از طلاقی است که شوهر حق تجدید نظر و باز گرداندن زوجه اش را قبل از انقضای عدت بدون نیاز به عقد جدید اعم از این که زوجه رضایت داشته باشد یا خیر دارد.<sup>۳۰</sup> صریح در لغت به معنی آشکار و روشن است.<sup>۳۱</sup> کنایه در لغت به معنی رمز، تعریض و اشاره است.<sup>۳۲</sup>

به حیث مثال، اگر احمد زوجه اش جمیله را طلاق رَجعی بدهد و جمیله عدت طلاق رَجعی را شروع نماید، محمود نمی تواند جمیله را به صورت صریح و ضمنی خواستگاری نماید مانند این که: بگوید من می خواهم با شما ازدواج نمایم و یا به جمیله هدیه بدهد. دلیل این قاعده این است که طلاق رَجعی به صورت کلی آثار ازدواج را منحل نموده و زوج می تواند در خلال عدت دوباره به زوجه اش مراجعت نماید. بنابراین، هرگاه شخصی بخواهد در این مدت معتده طلاق رَجعی را به صورت صریح یا ضمنی خواستگاری نماید، این امر موجب تجاوز و تعدی بر حق شوهر مُطَلَّقه رَجعی می گردد که مطابق فقه و ق. م جواز ندارد.<sup>۳۳</sup>

۳- **خواستگاری مُطَلَّقه باین:** به موجب بند اخیر ماده ۶۳ ق. م: «خواستگاری زن که در عدت طلاق [...] باین به صورت صریح و کنایه [...] جواز ندارد.» طبق نص این ماده خواستگاری زن در عدت طلاق باین جواز ندارد. حکم این ماده مطلق است و در برگیرنده طلاق باین صغری و باین کبری می گردد. باین اسم فاعل از ریشه «بین» گرفته شده است که در لغت به معنی جدا، منفصل، منقطع و دور شدن است.<sup>۳۴</sup> ق. م در تعریف طلاق باین سکوت اختیار نموده است. به موجب فقه طلاق باین عبارت از طلاقی است که در آن شخص جز با عقد جدید حق مراجعه و

۳۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۸۵۵.

31. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۲۰۱۸/۲/۲۲).

32. Ibid, (آخرین بازدید ۲۰۱۸/۲/۲۲).

۳۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۴۹۹.

۳۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱) تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۲۸.

بازگشت به زن مطلقه خود را ندارد.<sup>۳۵</sup> طلاق باین دو نوع است. طلاق باین صغری و طلاق باین کبری:

- **خواستگاری زن در طلاق باین صغری:** طبق نظر احناف که ماده ۶۳ ق. م از آن پیروی نموده است هر چند در طلاق باین صغری<sup>۳۶</sup> آثار ازدواج میان مُطَلَّقه و مُطَلِّق به استثنای عدت از بین می رود و مُطَلِّق نمی تواند به مُطَلَّقه رجوع نماید، ولی چون مُطَلِّق می تواند در صورت رضایت مُطَلَّقه و عقد و پرداخت مهر جدید به وی رجوع نماید. بنابراین، هرگاه خواستگاری زن در عدت طلاق بائن صغری جایز باشد، در واقع بر حق شوهر تعدی صورت گرفته است و این امر به معنی منع وی از رجوع به مُطَلَّقه است.

پس، هیچ کس نمی تواند مُطَلَّقه طلاق باین صغری را در جریان عدت خواستگاری نماید. به حیث مثال، اگر حمیده به دلیل تفریق به سبب عیب از شوهرش احمد طلاق بگیرد، این طلاق، طلاق باین صغری تلقی می شود و حمیده مکلف به رعایت عدت است. در جریان عدت طلاق باین صغری هیچ شخصی جز احمد نمی تواند حمیده را خواستگاری نماید.

- **خواستگاری زن در عدت طلاق باین کبری:** باآنکه در طلاق باین کبری<sup>۳۷</sup> شوهر نمی تواند به مُطَلَّقه ثلاثه خویش رجوع نماید، مگر اینکه مُطَلَّقه با شخص دیگر ازدواج نماید و مقاربت جنسی نیز به صورت صحیح میان آنها صورت بگیرد و شوهر دومی زن را به صورت طبیعی، مثلاً: در اثر ناسازگاری طلاق بدهد و یا شوهر دومی فوت نماید، ولی چون این امر ممکن است موجب ایجاد سوء ظن نسبت بر مخاطب مبنی بر این که وی موجب انحلال رابطه زوجیت گردیده است، می گردد. بنابراین، فقهای حنفیه و ق. م خواستگاری زن در عدت طلاق باین کبری را نیز اجازه نداده اند.<sup>۳۸</sup>

به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را طلاق باین کبری بدهد و حمیده شروع به گرفتن عدت نماید، هیچ شخصی نمی تواند حمیده را در جریان عدت طلاق باین کبری به صورت صریح یا ضمنی خواستگاری نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده 63 ق. م پیش بینی حکم عدم جواز خواستگاری معتده طلاق باین است.

- **خواستگاری نباید برخاستگاری دیگران باشد:** از امام مسلم روایت شده است که پیامبر ﷺ در این مورد فرموده است:

۳۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۳۲۳.

۳۶. در مورد طلاق باین صغری ر. ک: همین کتاب، فصل طلاق.

۳۷. در مورد طلاق باین کبری ر. ک: همین کتاب، فصل طلاق.

۳۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۴۹۸ و ۶۴۹۹؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲) تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۰۴.

«الْمُؤْمِنُ أَخُ الْمُؤْمِنِ فَلَا يَحِلُّ لِلْمُؤْمِنِ أَنْ يَبَاعَ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ، وَلَا يَخْطُبَ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ». ۳۹

«مسلمانان برادر همدیگر اند، برای هیچ مسلمانی حلال نیست که بر معامله برادر مؤمنش معامله کند. همچنین برای هیچ مسلمانی حلال نیست که خواستگاری برخواستگاری برادر مؤمنش انجام بدهد.».

همچنین پیامبر ﷺ در این مورد در جای دیگری فرموده است:

«لَا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ الرَّجُلِ حَتَّى يَتْرَكَ الْخَاطِبُ قَبْلَهُ أَوْ يَأْذَنَ لَهُ». ۴۰

«هیچ مردی نباید برخواستگاری دیگری خواستگاری نماید مگر این که خاطب اول خواستگاری را ترک و یا به وی اجازه بدهد.».





## فصل سوم: نامزدی

بعد از اینکه دختر یا والدین او در باره خطبه پسر رضایت نشان دهند، مرحله خطبه به اتمام می رسد و پسر و دختر نامزد یکدیگر می شوند و به این مرحله نامزدی گفته می شود. این مرحله محدود نیست و وابستگی به توافق طرفین دارد. با وجود این، نامزدی وعده به ازدواج و مقدمه آن است. پس، هر یک از طرفین می توانند از آن منصرف<sup>۴۱</sup> شوند. البته، انصراف از نامزدی تابع احکام معین است.

گذشته از اینها، در اکثر موارد، مفهوم خواستگاری با نامزدی مغالطه می شود، در حالی که این دو از همدیگر متفاوت و تابع احکام معین اند. در واقع، خواستگاری، مرحله اول ازدواج و وسیله برای نامزدی و نامزدی مرحله دوم و وسیله و مقدمه ازدواج است. به نظر می رسد نویسندگان ق. م این دو را مغالطه نموده و احکام هر دو را طی مواد ۶۲ الی ۶۵ تنظیم نموده اند.

### مبحث اول) تعریف، مدت، اثبات و حکمت

نامزدی اسم منسوب به نامزد است. نامزد در لغت به معنی کاندید، کاندیدا، پسر و دختری که برای ازدواج قرار گذاشته باشند است.<sup>۴۲</sup> طبق ماده ۶۴ ق. م: «نامزدی وعده به ازدواج است [...]». به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف نامزدی است. به حیث مثال، اگر احمد

۴۱. برخی استادان و حقوقدانان به عوض کلمه انصراف، کلمه فسخ (برهم زدن) را استعمال نموده اند (ر. ک: سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیه، ص ۲۷۱؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۲). حقوق مدنی: خانواده، جلد (۱)، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۳۸). استعمال کلمه فسخ به عوض کلمه انصراف صحیح به نظر نمی رسد. زیرا، فسخ جهت نقض عقد استعمال می شود و انصراف جهت نقض وعده. نامزدی وعده به ازدواج است نه خود عقد ازدواج.

۴۲. (آخرین بازدید ۸/۳۱/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com>

از حمیده خواستگاری نماید و حمیده یا وابستگان حمیده خواستگاری احمد را قبول نمایند و احمد با حمیده نامزد گردد، این نامزدی وعده احمد و حمیده است به ازدواج. اما، ماده ۳ جزء ۲ قانون مراسم عروسی در تعریف نامزدی می گوید: «نامزدی یا شیرینی خوری و لفظ گیری: عبارت از محفلی است که بن منظور پیوند ازدواج میان دو نفر از اعضای دو خانواده (پسر و دختر) و اعطای فرصت شناسایی طرفین برگزار می گردد.».

این تعریف مبهم به نظر می رسد. نامزدی طبق این تعریف مترادف با شیرینی خوری است. زیرا، قانونگذار در نص این ماده «یا» را استفاده کرده است. همچنین، لفظ گیری در این تعریف مترادف نامزدی استعمال شده است. مدت نامزدی معین نیست و بستگی به توانائی مالی زوج، آمادگی دختر برای ازدواج، تهیه وسایل ازدواج، جهیز و توافق طرفین دارد. بنابراین، این مرحله تا وقتی که نکاح انعقاد یابد یا یکی از طرفین از آن منصرف شوند، ادامه می یابد. در افغانستان در دوره نامزدی سندی ترتیب داده نمی شود.

بنابراین، اثبات نامزدی به وسیله شهادت، اقرار و سایر وسایل اثبات ثابت می گردد. به نظر می رسد فلسفه وجودی نامزدی در ممالک اسلامی این است که هر یک از نامزد ها در این دوره یکدیگر را بشناسند و از افکار، اخلاق، گرایش های فکری و طرز تفکر همدیگر آگاهی متقابل حاصل نمایند و در صورتی که اطمینان حاصل نمایند که می توانند در آینده زندگی پر از اطمینان داشته باشند می توانند اقدام به ازدواج نمایند و در صورتی که طرفین عقد تشخیص بدهند که نمی توانند زندگی پر از اطمینان، مصوون و پر از سعادت داشته باشند، می توانند از آن منصرف شوند. زیرا، نامزدی وعده به ازدواج است نه ازدواج.<sup>۴۳</sup> به نظر می رسد حکمت دیگر این دوره آماده شدن هر یک از طرفین از لحاظ روحی، جنسی و اخلاقی برای ازدواج و مقاربت جنسی است.

#### مبحث دوم) شرط صحت

طبق ق. م برای صحت نامزدی شرایط ذیل وجود دارد:

۱) **مخطوبه در قید نکاح غیر نباشد:** طبق بند اول ماده ۶۲ ق. م: «نامزدی با زنی جواز دارد که در قید نکاح [...] غیر نباشد.» طبق نص این ماده جهت صحت نامزدی شرط است که مخطوبه در قید نکاح غیر نباشد. بنابراین، خواستگاری زنی که در قید نکاح غیر قرار دارد به سبب وجود بر قراری رابطه زوجیت مخطوبه با شوهر، بروز نزاع و دشمنی خواستگار با شوهر جواز ندارد.<sup>۴۴</sup> دلیل حرمت نامزدی با زنی که در قید نکاح غیر قرار دارد، وجود حرمت مؤقت میان مخاطب و مخطوبه

۴۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۴۹۲؛ و وهبة زحیلی (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۷۵.  
44. Muhammad Mustafa al - Jibaly (2005). Love and mercy, revised edi. Beirut, Lebanon: Al- Kitab & As sunnah Publishing. p 44.

است که تفصیل آن در مبحث محرّمات مؤقت خواهد آمد. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید، جمشید نمی تواند حمیده را تا زمانی که در نکاح احمد است خواستگاری نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده جلوگیری از بروز دشمنی و منازعه میان خواستگار و شوهر اولی زن است.

۲) تکمیل سن ازدواج: طبق ماده ۲۶ ق. م. خ. ع. ز: «هرگاه شخص، زنی را که سن قانونی ازدواج را تکمیل نموده بدون رضایت وی نامزد یا به عقد نکاح در آورد، حسب احوال به حبس متوسط که از دو سال کمتر نباشد محکوم، نامزدی و نکاح مطابق احکام قانون فسخ می گردد.» از نص این ماده پنج حکم قابل استنباط است:

اول این که در نامزدی شرط است که زن سن قانونی (شانزده سالگی) را تکمیل نموده باشد. قانونگذار مدنی در نص این ماده از زن سخن گفته است در حالی که از نظر حقوقی میان زن و دختر فرق وجود دارد. دختر شخص مؤثنی است که ازدواج نکرده است. زن شخص مؤثنی است که ازدواج کرده است. نامزدی و ازدواج با زن چنانچه در ماده ۶۲ ق. م پیش بینی شده است جواز ندارد. بنابراین، استعمال کلمه «زن» در نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد. به حیث مثال، اگر حمیده ده ساله باشد، نامزدی احمد با او جواز ندارد. زیرا، حمیده سن قانونی ازدواج را که شانزده سالگی است تکمیل نکرده است.

دوم این که در نامزدی و ازدواج رضایت زن شرط است. مفهوم مخالف نص این ماده این است که ازدواج اجباری جواز ندارد. به حیث مثال، اگر حمیده را پدر، کاکا، برادر و نظیر اینها به احمد جبراً نامزد نمایند، این نامزدی جواز ندارد.

سوم این که منظور از «شخصی که» ولی، ملا و سایر افراد است که در پروسه نامزدی و نکاح دختری که سن ازدواج و نامزدی را تکمیل نکرده است و راضی نیست سهم دارند. به حیث مثال، دختر را معمولاً پدر، برادر بزرگ، کاکا و نظیر اینها به دیگری نامزد می نمایند.

چهارم این که در نص این ماده ضمانت اجرای مدنی و جزایی نکاح دختر کمتر از سن شانزده سال پیش بینی شده است. ضمانت اجرای جزایی نص این ماده حسب متوسط که از دو سال کمتر نباشد است. تطبیق این مجازات مستلزم این است که پولیس و امنیت ملی جرم را کشف و شخصی را که دختر کمتر از سن شانزده سال را به شخص دیگر نامزد و نکاح نموده است گرفتار، خازنوال (دادستان) تحقیق و محکمه حکم و حکومت جزا را بر ناقض نص این ماده تطبیق نماید. به حیث مثال، اگر احمد دختر ده ساله خود را به محمود نامزد نماید، جرم واقع شده است. پولیس باید جرم

را کشف، خارنوال (دادستان) مربوطه در خصوص جرم تحقیق و محکمه احمد را محکوم علیه نماید.

پنجم این که ضمانت اجرای مدنی نص این ماده فسخ نامزدی و نکاح به حکم قانون است. بنابراین، عدم تکمیل سن ۱۶ یکی دیگری از اسباب فسخ در کنار اسباب فسخ در ق. م است که بحث آن در فصل فسخ خواهد آمد. به حیث مثال، اگر احمد دختر ده ساله خویش را با محمود نامزد نماید، پولیس احمد را گرفتار، خارنوال (دادستان) تحقیق و دوسیه را محول محکمه نماید، محکمه باید این نامزدی را فسخ نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار جلوگیری از نامزدی ها و ازدواج های اجباری و زیرسن و حمایت از حق دختران در نص این ماده است.

### سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

#### پرسش 31:

ماده (۲۶) قانون منع خشونت علیه زن چنین صراحت دارد:

«هرگاه شخص، زنی را که سن قانونی ازدواج را تکمیل نموده، بدون رضایت وی نامزد یا به عقد نکاح در آورد، حسب احوال به حبس متوسط که از دو سال کمتر نباشد محکوم و نامزدی و نکاح، مطابق احکام قانون فسخ می گردد.»

«در رابطه به کلمه در آورد طالب وضاحت می باشیم. مراد از کلمه «در آورد» به شخصی که زن را بدون رضایت به خود نامزد و یا نکاح می نماید، می باشد یا اینکه به شخص که زن را بدون رضایتش نامزد و یا به نکاح می دهد، نیز شامل می گردد؟ در صورتی که چنین باشد، به عوض کلمه «در آورد» کلمات «بدهد یا بگیرد» جایگزین گردد مناسب خواهد بود.

#### توضیح:

کلمه شخص در ماده (۲۶) قانون منع خشونت علیه زن شامل شخصی می گردد که با داشتن علم، زنی را که سن قانونی ازدواج را تکمیل نموده باشد، بدون رضا و رغبتش به عقد نکاح خویش یا به عقد نکاح شخصی دیگری در آورد، یعنی اینکه این شخص ممکن است خود ناکح باشد و یا شخص دیگری باشد.<sup>۴۵</sup>

#### مبحث سوم) آثار

طبق ماده ۶۴ ق. م: «نامزدی وعده به ازدواج است [...]». طبق نص این ماده نامزدی ازدواج نیست، بلکه وعده به ازدواج است. پس، به نظر می‌رسد نامزدها در این دوره نمی‌توانند از همدیگر تمتع جنسی بگیرند. زیرا، تمتع جنسی زن و شوهر از همدیگر یکی از آثار ازدواج است که بعد از انعقاد آن به صورت صحیح بر عقد ازدواج مرتب می‌گردد. به موجب فقه نیز نامزدی ازدواج نیست، بلکه وعده به ازدواج است. پس، عقد ازدواج متحقق نمی‌شود، مگر این که به نحوی که در فقه پیش بینی شده است منعقد گردد.

در نتیجه، فقهاء بر این نظر اند که قبل از انعقاد عقد ازدواج نامزدها برای همدیگر نامحرم محسوب می‌گردند و نمی‌توانند از همدیگر دید و بازدید و با همدیگر خلوت نمایند.<sup>۴۶</sup> زیرا، حقوق اسلام خلوت با نامحرم و تنها بودن با او دور از انظار دیگران را به منظور جلوگیری از فساد ناشی از آن شدیداً ممنوع و حرام نموده است.<sup>۴۷</sup> علت این قاعده جلوگیری از خطرات احتمالی ناشی از انصراف از نامزدی است. زیرا، در صورت تنها بودن با زن مرد نمی‌تواند در برابر شهوت مقاومت نمایند. همچنین است زنان.<sup>۴۸</sup>

پیامبر ﷺ در این مورد فرموده است:

«لَا يَحْلُونَ رَجُلٌ بامرأةٍ لَا يَحِلُّ لَهُ؛ فَإِنَّ ثَالِثَهُمَا الشَّيْطَانُ، إِلَّا حَرَمٌ».<sup>۴۹</sup>

«مرد نباید با زنی که نکاح وی بر او حرام نیست خلوت نماید. زیرا، سوم آنها شیطان خواهد، مگر محرم.»

باوصف آنکه طبق ق. م و فقه نامزدی وعده به ازدواج است و نامزدها نمی‌توانند از همدیگر تمتع جنسی بگیرند، در عرف و عادات بعضی مناطق افغانستان از جمله کابل این امر برعکس است. به این توضیح که: غالباً نامزدها در این دوره از همدیگر تمتع جنسی می‌گیرند. علت این امر این است که در عرف و عادات برخی مناطق افغانستان از جمله کابل در وقت دادن شیرینی یا در محفل شیرینی خوری ایجاب و قبول توسط اولیای دختر و پسر صورت می‌گیرد و شهود نیز در محفل

۴۶ . وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويته: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۶۴۹۲ و ۶۴۹۱؛ وهبة زحيلي (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزيز سليمي، تهران: نشر احسان، ص ۷۶.

۴۷ . يوسف قرضاوي (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبكر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات كتاب، ص ۱۹۳.

۴۸ . وهبة زحيلي (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزيز سليمي، تهران: نشر احسان، صص ۷۶ و ۷۷؛ سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۳) ايران، انتشارات محمدي سقر، ص ۱۲۲۹؛ عبدالحميد محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفي في ثوبه الحديد، جلد (۲)، باكستان: چاپ مكتب حقانيه، ص ۴۱؛ وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويته: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۶۴۹۲ و ۶۴۹۳؛ و مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۹۰۳.

۴۹ . رواه احمد و الشيخان عن عامر بن ربيعة رضي الله عنه.

ایجاب و قبول حضور دارند. طبق ق. م شرایط صحت و نفاذ عقد ازدواج عبارت اند از ایجاب و قبول توسط عاقدین، اولیاء یا وکلای آنها، عدم موجودیت حرمت دائمی و مؤقت میان ناکح و منکوحه و حضور شهود است<sup>۵۰</sup> که این شرایط در حین شیرینی دادن یا محفل شیرینی خوری در برخی حالات متحقق می گردد<sup>۵۱</sup> و خواندن خطبه و ولیمه مستحب است و تعیین مهر یکی از آثار مالی عقد ازدواج است که بعد از انعقاد عقد ازدواج پرداخت آن توسط زوج به زوجه واجب می گردد و رکن و یا شرط صحت ازدواج تلقی نمی گردد و مستحب است.<sup>۵۲</sup>

مشکلی که در چنین حالات عرض وجود می نماید این است که هرگاه تمتع جنسی میان نامزد ها صورت بگیرد، و از نامزدی انصراف صورت بگیرد، چنین انصرافی، انصراف از نامزدی تلقی گردد و یا انحلال ازدواج؟! در این رابطه ق. م ساکت است. اما، در این خصوص رأی ستره محکمه وجود دارد که ذیلاً نقل می گردد:

#### رأی شورای عالی ستره محکمه در مورد انصراف از نامزدی

پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت ننگرهار

دوسیه فسخ نامزدی از آمریت حقوق به محکمه مواصلت می ورزد. زن ادعا می کند که با فلان شخص نامزد است و مدت چند سال می شود که نامزدم غایب است و مطالبه فسخ نامزدی را می کند. در این مورد، چه اجراءات شود؟ آیا صرف به ادعای زن اعتبار داده شود؟

توضیح:

اگر طرفین عقد در حال اهلیت کامل حقوقی به جانب مقابل وعده ازدواج را داده باشند و ایجاب و قبول نکاح طبق عرف و عادات مردم صورت نگرفته باشد، حسب هدایت ماده ۶۴ قانون مدنی هر یک از طرفین حق انصراف را از آن دارند بخاطری که در مورد کدام عقدی صورت نگرفته است و اگر این کار توسط اولیای طرفین در حین صغارت بدون ایجاب و قبول صورت گرفته باشد حکم همان است. اگر حین نامزدی مراسم ایجاب و قبول نکاح توسط خود ایشان و یا اولیای ایشان اجراء شده باشد، محکمه مطابق هدایت ماده ۱۹۴ قانون مدنی به اساس مطالبه زوجه، احکام تفریق علیه غایب را مطابق فصل هشتم قانون اصول محاکمات مدنی رعایت نماید.<sup>۵۳</sup>

۵۰. در مورد شرایط صحت عقد نکاح، ر. ک: بخش دوم همین کتاب.

۵۱. این نوع نکاح را در عرف بعضی مناطق مثلاً: کوهدامن و کابل نیمه نکاح نیز یاد می نمایند.

۵۲. در این باره ر. ک: همین کتاب، بخش آثار مالی و غیر مالی عقد ازدواج.

۵۳. محمد عثمان ژوبل (۱۲- ۱۷ عقرب ۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی رؤسای محاکم: تعمیم قانونیت - تأمین عدالت، چاپ اول، کابل: انتشارات قضاء- ارگان نشراتی ستره محکمه، صص ۱۳۹ و ۱۴۰.

## مبحث چهارم) الزامیت نامزدی

توافقی را که مرد و زن در باره ازدواج آینده می نمایند صرف موجب ایجاد تعهد اخلاقی و عرفی می گردد نه حقوقی. پس، مرد و زن را ملزم به ازدواج نمی نماید و هر یک از زن و مرد می توانند از آن منصرف شوند. ماده ۶۴ ق. م در این باره می گوید: «نامزدی وعده به ازدواج است، هر یک از طرفین می تواند از آن منصرف شود.» طبق نص این ماده هر یک از طرفین می توانند از نامزدی منصرف شوند. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده نامزد شود، این نامزدی وعده احمد به حمیده و از حمیده به احمد مبنی بر ازدواج است و هر یک از احمد و حمیده می تواند از نامزدی منصرف شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم الزامیت و عدم الزامیت نامزدی است. در انصراف از نامزدی طبق نص این ماده هیچ شرط و قیدی وجود ندارد که عاری از ایراد نیست، زیرا این اطلاق گاه گاهی امکان دارد موجب سوء استفاده از حق گردد که مخالف اصل منع سوء استفاده از حق به نظر می رسد. بنابراین، انصراف از نامزدی باید مبتنی بر دلایل موجه باشد تا از سوء استفاده از حق توسط یکی از طرفین جلوگیری به عمل آید مانند این که یکی از طرفین از اخلاق طرف دیگر خوشش نیامد، یا یکی از طرفین جانب مقابل را فریب داده باشد و فاقد اوصافی بوده باشد که قبل از نامزدی به جانب مقابل گفته است، یا یکی از طرفین معتاد به مواد مخدر باشد و این امر را از جانب مقابل پنهان نموده باشد و نظیر اینها.

همچنین، در صورت انصراف از نامزدی امکان دارد برای طرفین ضرر مادی مانند: مصارف تهیه وسایل عروسی، لباس و نظیر اینها و خسارت معنوی، مانند: تأثرات روحی، هتک احترام اجتماعی نامزد و حاضر نشدن فرد دیگر تا با وی نامزد شود، افتادن سر زبان ها و امثال اینها گردد. در خصوص جبران خسارت این گونه اضرار در مبحث نامزدی ق. م ساکت است. در فقه در این خصوص برخی قواعد عام وجود دارد مانند «الضرر یزال»،<sup>۵۴</sup> و قاعده «تعسف». <sup>۵۵</sup> و <sup>۵۶</sup> اما به طور مشخص در این باره قواعد معین وجود ندارد مگر این که قواعد جبران خسارت ناشی از حوادث و تصرفات حقوقی را که بحث آن در جلد حقوق وجایب خواهد آمد بر انصراف از نامزدی تطبیق نماییم. بنابراین، پیشنهاد می گردد در این خصوص قواعد معین وضع گردد. در این خصوص رأی ستره محکمه هم وجود دارد که ذیلاً نقل می گردد:

۵۴. «ضرر دفع می شود» (ماده ۲۰ مجله الاحکام).

۵۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کوپته: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۵۱۱.

۵۶. تعسف از ریشه «عسف» گرفته شده است که به معنی گز روی، عدول از راه و یا کاری و ستمی در حق خود و غیر است. در فقه تعسف به شیوه ای از تصرف در حق یا استیفای آن است که مقتضی ستم و زیانی در حق غیر باشد (مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۰۶). به عبارت دیگر: استعمال حق توسط انسان به نحوی که موجب تضییع صاحب حق و یا غیر گردد در قانون وضعی به نام «تعسف» می شود.

پرسش ۴۱:

در قضایای انصراف از نامزدی که از طرف دختر محول محکمه می گردد، طرف مقابل ادعای نکاح را نموده و عده ای از حاضرین مجلس عقد را به محکمه حاضر می نماید، اما قبل از اینکه محکمه قرار دوران دعوی نکاح را صادر نماید، مدعی نکاح، خود را از محکمه کناره می کند، در این حالت محکمه قرار انصراف از نامزدی را صادر نماید و یا از دختر صورت دعوی تفریق را مطالبه نماید؟

توضیح:

هرگاه در موضوع دعوی انصراف از نامزدی، جانب مقابل، ادعای نکاح را نموده، ولی قبل از صدور قرار دوران دعوی نکاح، بدون عذرموجه از محکمه کناره گیری نماید، محکمه قرار انصراف از نامزدی را صادر و به موضوع خاتمه می دهد.<sup>۵۷</sup>

نامزدی در فقه نیز ازدواج نیست، بلکه وعده به ازدواج است. بنابراین، طبق نظر اکثریت فقهاء دختر و پسر می توانند از آن عدول نمایند. زیرا، تا وقتی که عقد منعقد نگردیده است الزام و التزامی وجود ندارد. به صورت عموم اکثر نامزدی ها منتهی به ازدواج می گردد. زیرا، انصراف نامزدی در عرف و عادات افغان ها معروف نیست. زیرا، انصراف از نامزدی در عرف و عادات امر منفور تلقی می گردد و طرفی که از نامزدی منصرف شود، کسی به سبب عدم اعتماد حاضر نمی شود به آسانی با وی نامزد شود. از نظر اخلاقی هر یک از طرفین نباید این وعده را به سبب حرمت همدیگر و فامیل های همدیگر نقض نمایند، مگر در صورت ضرورت و حاجت شدید. زیرا، عدول از نامزدی و نقض وعده از جمله اخلاق نکوهیده شمرده شده است.<sup>۵۸</sup>

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

دیوان استیناف، بالای قرار انصراف از دعوی نامزدی غور نموده می تواند یا خیر؟

پرسش ۴۰:

به موجب هدایت بند (۲) ماده (۱۰۲) قانون اصول محاکمات مدنی، انصراف از دعوی نامزدی توسط قرار قضائی صورت می گیرد و این قرار قطعی بوده و ایجاب غور استینافی را نمی کند، هرگاه معروض

۵۷. \_\_\_\_\_ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۱۴۱.  
۵۸. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۲۳۱؛  
وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۵۰۹.



علیه در محکمه استیناف ادعای عقد نکاح را نماید، دیوان استیناف بر قرار مذکور غور کرده می تواند و یا نه؟ موضوع قابل توضیح است.

#### توضیح:

طرز رسیده گی به موضوع انصراف از دعوی نامزدی، در مواد (102 الی 105) قانون اصول محاکمات مدنی و هکذا در ماده (64) قانون مدنی بیان گردیده است. هرگاه معروض علیه در حین مطالبه فسخ نامزدی ادعای نکاح را نماید، محکمه طبق رهنمود ماده (104) قانون اصول محاکمات مدنی، اجراءات می نماید. البته، در صورتی که معروض علیه در محکمه ابتدائیه دعوی نکاح را اقامه نکرده و قرار انصراف از نامزدی صادر گردیده باشد، قانوناً قرار قضائی مذکور مبنی بر انصراف از نامزدی نهایی می باشد. اقامه دعوی نکاح در مرحله استینافی خلاف حکم ماده (415) قانون اصول محاکمات مدنی بوده و قابل دوران نمی باشد.<sup>۵۹</sup>

#### مبحث پنجم) رد مهر و هدایا

پرداخت مهر توسط زوج به زوجه معمولاً بعد از انعقاد عقد ازدواج صورت می گیرد. زیرا، یکی از آثار مالی عقد ازدواج صحیح پرداخت مهر توسط زوج به زوجه است. در عرف و عادات (حداقل عرف و عادات مردم کابل) پرداخت مهر در دوره نامزدی نیز معمول است چنانچه پولی را که جهت خرید لباس، طلا و سایر وسایل برای دختر توسط پسر به مصرف می رسد، حین انعقاد عقد نکاح در مهر معجل دختر حساب می نمایند.

در صورتی که خاطب مهري به مخطوبه پرداخته باشد، مخطوبه باید آن را بعد از انصراف از نامزدی مسترد نماید خواه مهر موجود باشد، یا هلاک یا استهلاک گردیده باشد. در صورت هلاک و یا استهلاک مهر، به اتفاق فقهاء زن یا دختر باید قیمت آن را در صورتی که قیمی باشد و یا مثل آن را در صورتی که مهر مثلی باشد پردازد اعم از اینکه سبب عدول مرد باشد و یا زن.<sup>۶۰</sup> پرداخت مهر به زوجه قبل از انعقاد عقد ازدواج عاری از ایراد نیست، زیرا مهر یکی از آثار عقد ازدواج است و بنابراین بعد از عقد ازدواج باید توسط شوهر به زوجه اش پرداخت شود.

در باره رد هدایا ماده ۶۵ ق. م حکم می نماید که: «هرگاه نامزد به نامزد خود هدیه ای داده باشد، هدیه دهنده می تواند در صورت انصراف جانب مقابل و موجودیت هدیه، عین یا قیمت روز خرید آن را مطالبه نماید. اگر انصراف از طرف هدیه دهنده صورت بگیرد یا هدیه هلاک گردیده باشد، او آن را به هیچ صورت مطالبه کرده نمی تواند.» از نص ماده ۶۵ ق. م سه حکم قابل استخراج است:

۵۹. \_\_\_\_\_ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۱۴۱.  
۶۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۵۰۹.

نخست این که هرگاه نامزد به نامزد خود هدیه ای داده باشد، هدیه دهنده می تواند در صورت انصراف جانب مقابل و موجودیت هدیه، عین یا قیمت روز خرید آن را مطالبه نماید. هدیه از ریشه «هدی» گرفته شده است که در لغت به معنی تحفه است و در اصطلاح ماده ۸۳۴ مجله الاحکام در تعریف هدیه می گوید: «هدیه عبارت از مالی است که برای تکریم و احترام شخص به او اعطاء یا ارسال می گردد.» به حیث مثال، اگر احمد به ذاکره هدیه داده باشد و ذاکره از نامزدی منصرف شود، احمد می تواند در صورت موجودیت هدیه، عین یا قیمت روز خرید آن را مطالبه نماید. عین در لغت به معنی ذات و نفس است که جمع آن عیون و اعیان است و در فقه و حقوق به ذات و نفس هر شی مادی عین گویند.<sup>۶۱</sup>

همچنین، عین در لغت به معنی رقبه مال مادی است، زیرا مال مادی مرکب از منفعت و رقبه یا ذات است. بنابراین، عین در نص این ماده ذات و نفس هدیه است. این حکم به نظر می رسد که در مورد دختر نیز صادق است. پس، اگر ذاکره به احمد هدیه داده باشد و احمد از نامزدی منصرف شود، ذاکره می تواند عین و یا قیمت روز هدیه را مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد به ذاکره یک ساعت به عنوان هدیه داده باشد و ذاکره از نامزدی منصرف شود، احمد می تواند ساعت و یا قیمت ساعت را مطابق نرخ روز خرید از ذاکره مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف از این قاعده جلوگیری از سوء استفاده توسط دریافت کننده است. زیرا، امکان دارد هدیه گیرنده هدیه را بگیرد و نامزدی را فسخ نماید.

دوم اگر انصراف از طرف هدیه دهنده صورت بگیرد او آن را به هیچ صورت مطالبه کرده نمی تواند. به حیث مثال، اگر احمد به ذاکره ساعت به عنوان هدیه داده باشد و احمد از نامزدی منصرف شود احمد نمی تواند از ذاکره در صورت انصراف نامزدی، مطالبه هدیه را نماید. به نظر می رسد دلیل این قاعده جلوگیری از انصراف از نامزدی است. زیرا، در صورتی که یک نامزد به نامزد دیگر هدیه بدهد، امکان دارد عدم مطالبه هدیه موجب انصراف از نامزدی شود.

سوم اگر هدیه هلاک گردیده باشد، هدیه دهنده نمی تواند آن را به هیچ صورت مطالبه کرده نمی تواند. هلاک در لغت به معنی نیست شدن، مردن، در گذشتن، نیستی و مرگ است.<sup>۶۲</sup> به حیث مثال، اگر احمد به ذاکره ساعت به عنوان هدیه داده باشد و ساعت در نزد ذاکره به هر دلیلی از بین برود، احمد نمی تواند از ذاکره در صورت انصراف نامزدی، مطالبه هدیه را نماید. همچنین، اگر احمد به حمیده نامزدش لباس، ماهی، جلیبی، کیک، کلهچه، چاکلیت، وسایل آرایشی به عنوان هدیه بدهد و

۶۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۱۵.

۶۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۲۰۵.

حمیده این هدایا را با خانواده اش مصرف نماید، احمد نمی تواند از حمیده در صورت انصراف حمیده از نامزدی، رد این هدایا را مطالبه نماید.

به نظر می رسد دلیل این قاعده از بین رفتن هدیه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۶۵ ق. م پیش بینی حکم رد هدیه در صورت انصراف از نامزدی است.

در باره رد هدایا در فقه دو نظر وجود دارد: فقهای حنفیه بر این نظر اند که هدایای دوره نامزدی حکم هبه را دارد. بنابراین، واهب می تواند از هبه رجوع نماید، مگر اینکه مانعی از موانع هبه مانند: هلاک یا استهلاک شی یا وجود رابطه زوجیت ایجاد گردد. بنابراین، هرگاه شی ای را مخاطب هبه نموده است موجود باشد، مخطوبه باید آن را مسترد نماید.

فقهای شافعیه بر این نظر اند که: مخاطب می تواند از هبه رجوع نماید. زیرا، آن را به امید ازدواج هبه نموده است. پس، در صورت باقی بودن شی می تواند به آن رجوع و در صورت تلف می تواند پرداخت بدل آن را مطالبه نماید. ولی، فقهای حنابله میان اینکه عدول از طرف مخاطب و یا مخطوبه صورت گرفته است فرق قائل می شوند.

بنابراین، به نظر فقهای حنابله هرگاه عدول از طرف مخاطب صورت بگیرد، مخاطب نمی تواند اخذ شی را مطالبه نماید هرچند موجود باشد. ولی، در صورتی که عدول از طرف مخطوبه صورت بگیرد، مخاطب می تواند استرداد هدایا را مطالبه نماید خواه هدایا باقی باشد و یا هلاک گردیده باشد. پس، در صورتی که هلاک و یا استهلاک گردیده باشد، باید قیمت آن را بپردازد.<sup>۶۳</sup> فقهای مالکیه در این باره بین انصراف زن یا مرد فرق می گذارند و می گویند: اگر انصراف از ازدواج از طرف مرد باشد، حق استرداد هدایا را ندارد. اگر انصراف از ازدواج از طرف زن باشد، مرد حق دارد که تمام چیزهایی را که به وی بخشیده است، مسترد دارد، خواه به حال اولیه مانده باشد یا از بین رفته باشد، که در این صورت، بدل آن مسترد می گردد، مگر اینکه عرفاً این کار نشود یا اینکه شرط کرده باشند، که در این صورت عمل به مقتضای شرط یا عرف واجب می گردد.<sup>۶۴</sup>

طبق قانون مراسم عروسی تحفه بالای فامیل های نامزدها ممنوع است. ماده ۷ قانون مراسم عروسی در این خصوص می گوید: «تحمیل و جبری ساختن تحایف به نام های عیدی، براتی، رمضانی، نوروزی و امثال آن بین فامیل های نامزدان برای یکدیگر ممنوع است.»

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۱۰):

۶۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۶۵۱۰.  
۶۴. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۲) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۵۱۷.

در ماده (۶۵) قانون مدنی نامزد مطالبه مصارف دیگر را از پدر نامزد خود کرده می تواند یاخیر؟  
توضیح:

بدر نظر داشت متن ماده (۶۵) قانون مدنی هدیه صرفاً از نامزد قابل مطالبه بوده و قیودی هم دارد و مطالبه مصارف از پدر و اقارب نامزد تحت حکم ماده مذکور قانون مدنی شامل نمی باشد.<sup>۶۵</sup>

#### مبحث ششم) ممنوعیت محافل شیرینی خوری در هتل ها

ماده ۴ قانون مراسم عروسی در این خصوص حکم می نماید: «محافل لفظ گیری، نامزدی، یا شیرینی خوری، خویش خوری، شب حنا، تخت جمعی، پایوازی، شب شش، سالگره، نام گذاری و کاکل گیری طفل، ختنه سوری، بازگشت از حج و سفر و فراغت از تحصیل در هتل ها، سالون ها و رستوران ها برگزار شده نمی تواند.».

نص ماده ۱۸ فقره ۴ قانون مراسم عروسی، هرچند هتل ها، سالون ها و رستوران ها را از تدویر این محافل و مخصوصاً شیرینی خوری منع نموده است، اما به نظر می رسد نص این ماده فاقد ضمانت اجرا است. دلیل وضع این ماده این است که در افغانستان معمولاً بعد از این که خواستگاری انجام و تکمیل می شود، یک محفل برگزار می شود که در عرف به آن «شیرینی خوری» می گویند.

تجارب و مشاهدات نشان می دهد که گاهی این محفل ها به صورت ساده در خانه ها برگزار می شود. اما، گاهی نیز در محافل شیرینی خوری حد اوسط تا پنج صد مهمان را دعوت می نمایند و مصارفی که داماد باید صرف محفل عروسی نماید، صرف محفل شیرینی خوری می نماید. در صورت تخلف، هرچند تخلف نقض قانون محاسبه می گردد، اما جزایی که بر مالک هتل، رستوران و سالون تطبیق شود در نص این ماده وجود ندارد.



بخش دوم  
نکاح

فصل های شامل این بخش:  
فصل اول: کلیات  
فصل دوم: شرایط نکاح



## فصل اول: کلیات

عقد نکاح به منظور تشکیل خانواده میان زن و مرد منعقد می شود و دختر و پسر بیگانه را به زن و شوهر تبدیل می نماید. بنابراین، برای اکثریت انسان ها عقد ازدواج یکی از مهم ترین عقد ها در طول زندگی آنها است که انجام می دهند.<sup>۶۶</sup> با توجه به اهمیت عقد ازدواج، حقوقدانان در مورد تعریف، اهمیت، شرایط و آثار آن کتاب ها و مقالات نوشته و توجه خاص به آن مبذول داشته اند.

### مبحث اول) تعریف نکاح

نکاح از ریشه نکح گرفته شده است که در لغت به معنی نزدیکی، ضم، جمع،<sup>۶۷</sup> پیوند، پیوستن،<sup>۶۸</sup> وطی،<sup>۶۹</sup> عقد<sup>۷۰</sup> و ازدواج نیز به کار رفته است.<sup>۷۱</sup> نکاح در نظر فقهای اهل سنت از جمله پیشوایان مذاهب چهارگانه، در عقد حقیقت و در وطی مجاز است. زیرا، دلالت این لفظ بر عقد در

---

66. Muhammad Mustafa al - Jibaly (2005). The Quest For Love & Mercy: Regulations For Marriage and Wedding in Islam, Beirut, Lebanon: Al- Kitab & As sunnah Publishing. p 55.

۶۷. عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۳)، پاکستان: چاپ مکتب حقانیه، ص ۹.

۶۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۸۰.

۶۹. عبدالرحمن الجزیری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۱؛ و وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۵۱۳.

۷۰. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۲). حقوق مدنی: خانواده، جلد (۱)، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۲۰؛ و عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۳)، پاکستان: چاپ مکتب حقانیه، ص ۹.

۷۱. سیاح عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (\_\_\_\_): ترجمه المنجد، جلد (1)، تهران: انتشارات اسلام، ص ۳۰۹۷.



قرآن و سنت مشهور است، چنانچه زمخشری از علمای حنفیه می گوید: لفظِ نکاح در قرآن جز در عبارت: «حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ [...]»<sup>۷۲</sup> به معنای وطی نیامده است.<sup>۷۳</sup>

برخی دیگر از فقهاء بر این نظر اند که: لغتی که غالباً برای ازدواج در متون اسلامی استعمال می شود «نکاح» است. در ادبیات کلاسیک و اصیل عربی، نکاح به معنی «جماع» است. بعدها نکاح در مفهوم عقد ازدواج استعمال شد زیرا نکاح وسیله جماع است.<sup>۷۴</sup> در فقه تعاریف متعدد برای نکاح ارائه شده است: فقهای حنفیه بر این باور اند که نکاح عبارت از عقدی است که افادهٔ ملک متعه می کند؛ یعنی: موجب می شود که زن و شوهر بتوانند از همدیگر استمتاع جنسی بگیرند.<sup>۷۵</sup>

سایر فقهاء نیز تقریباً تعریف مشابه از نکاح ارایه کرده و می گویند: «نکاح عقدی است که متضمن اباحت استمتاع جنسی از زن به صورت مباشر مشروط بر این که زن محرم نسبی، رضاعی و سببی نباشد.»<sup>۷۶</sup> حقوقدانان نیز تعاریف متعدّد برای نکاح ارایه کرده اند: عده ای از استادان و دانشمندان حقوق بر این عقیده اند که: «نکاح عبارت از رابطه حقوقی است که به وسیلهٔ عقد بین مرد و زن حاصل می گردد و به آنها حق می دهد که تمتع جنسی از یکدیگر ببرند.»<sup>۷۷</sup> ولی، عده ای دیگر بر این عقیده اند که: «نکاح عقدی است که به وسیلهٔ آن مرد و زن به قصد زندگانی و کمک با یکدیگر قانوناً با هم متعهد می شوند.»<sup>۷۸</sup>

برخی حقوقدانان در حقوق انگلیس ازدواج را چنین تعریف نموده اند: «ازدواج اتحاد داوطلبانه و رضایی مرد و زن است برای زندگی مشترک که دیگران از این رابطه خارج باشند.»<sup>۷۹</sup> برخی دیگر در تعریف عقد ازدواج می گویند که: ازدواج اتحاد حقوقی دو شخص به عنوان زوجین با حقوق و جایب مشخص است.<sup>۸۰</sup> به نظر می رسد نویسندگان ق. م با در نظرداشت تعاریف فقهاء و حقوقدانان نکاح را تعریف نموده اند. مادهٔ ۶۰ ق. م در تعریف نکاح می گوید: «ازدواج عقدی

۷۲. البقره: ۲۳۰

۷۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۵۱۳ و ۶۵۱۴.

74 . Muhammad Mustafa al - Jibaly (2005). The Quest For Love & Mercy: Regulations For Marriage and Wedding in Islam, Beirut, Lebanon: Al- Kitab & As sunnah Publishing. p 2.

۷۵ . عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۳)، پاکستان: چاپ مکتب حقانیه، ص ۹.

۷۶ . وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۵۱۳.

۷۷ . ناصر کاتوزیان (۱۳۸۲). حقوق مدنی: خانواده، جلد (۱)، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۲۶ و ۲۷.

۷۸ . سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامی، صص ۲۶۸ و ۲۶۹.

79 . D. L. A. Barker and C. Padfield, (1375). Law, 1<sup>st</sup> ed. Tehran: Arian bookshop. p 92; and J. G. Collier (\_\_\_\_). Conflict of laws, third edi, Cambridge university press. p 313.

80 . William P. Statsky (\_\_\_\_). family law, 6<sup>th</sup> edi, New York: Delmar Gengage leaning. p 2.

است که معاشرت زن و مرد را به مقصد تشکیل فامیل مشروع گردانیده، حقوق و واجبات طرفین را به وجود می آورد.». هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف نکاح است. طبق این تعریف: اول این که نکاح مانند سایر عقود، عقد است و تابع قواعد عمومی عقود است. تفصیل قواعد عمومی عقود در جلد حقوق و جاییب این دور از شرح ق. م خواهد آمد. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده نکاح نماید، این نکاح عقد است.

دوم این که هدف عقد ازدواج مشروعیت بخشیدن به معاشرت زن و مرد است. معاشرت از ریشه «عشر» گرفته شده است که در لغت به معنی با همدیگر زندگی کردن، با یکدیگر دوستی و آمیزش داشتن است.<sup>۸۱</sup> همچنین، معاشرت در لغت به معنی اختلاط و آمیزش، الفت، مصاحبت و همدمی است.<sup>۸۲</sup> در اصطلاح حقوق مدنی، به نظر می رسد معاشرت عبارت از زندگانی و آمیزش زن و شوهر با همدیگر است. آمیزش جنسی از سه طریق ممکن است صورت بگیرد: از طریق نکاح که مشروع است. از طریق توافق بدون نکاح که در ممالک اسلامی زنا تلقی می شود. با اجبار زن که تجاوز جنسی محسوب می گردد. در دو نوع اخیر هرچند از نظر فیزیکی میان زن و مرد تأمین رابطه جنسی مانند تأمین رابطه جنسی در عقد نکاح برقرار می شود اما شریعت و قانون این دو نوع تأمین رابطه جنسی را به رسمیت و مشروع نمی شناسند.

سوم این که هدف عقد ازدواج تشکیل فامیل است. چهارم این که نکاح برای هر یک از طرفین حقوق و تکالیف معین مالی را ایجاد می نماید. به حیث مثال، مرد مکلف می گردد به زوجه نفقه فراهم نماید و مهر بدهد. مهر و نفقه تکلیف مرد و حق زن است. اثر دیگر عقد ازدواج ارث است که حق هر یک از زوجین است. در باره این حقوق و تکالیف در بخش بعدی بالتفصیل بحث خواهیم نمود.

#### مبحث دوم) اهداف، اهمیت، حکم تکلیفی و امتناع ورزیدن از نکاح

۱) اهداف: در باره هدف نکاح فقهاء و حقوقدان نظریات گوناگون ارایه کرده اند. به نظر می رسد علت این گوناگونی نظریات این است که نکاح دارای اهداف متعدّد است و به طور قطع نمی توان یکی از آنها را به عنوان هدف اصلی برگزید. البته، نقل و نقد و بررسی تعاریف ارایه شده ما را به صورت قطع در دانستن اهداف نکاح کمک خواهد کرد. عده ای از استادان حقوق که اتحاد جنسی مرد و زن را هدف اصلی نکاح دانسته اند در تعریف آن می گویند که: «نکاح عبارت از رابطه حقوقی

۸۱. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۰۰.  
 ۸۲. (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۳۱/۸) <https://www.vajehyab.com>

است که به وسیله عقد بین مرد و زن حاصل می گردد و به آنها حق می دهد که تمتع جنسی از یکدیگر ببرند.<sup>۸۳</sup>

این تعریف از این لحاظ که امکان رابطه جنسی بین زن و شوهر را از آثار و اهداف اساسی نکاح می شمرد، درست است، زیرا پیوندی را که در آن زن و مرد حق تمتع جنسی از یکدیگر را نداشته باشند، نباید نکاح نامید،<sup>۸۴</sup> ولی، اگر حق تمتع جنسی هدف اصلی نکاح باشد، باید ازدواج اشخاص سالمند و کسانی که توانایی جنسی ندارند ممکن نباشد، در حالی که قانون هیچ منعی در این باره ندارد. بنابراین، ایرادی که بر این تعریف وارد می شود این است که اگر هدف از ازدواج صرف تمتع جنسی باشد، می توان آن را بدون ازدواج نیز حصول نمود.

پس، باید در جستجوی علتی بود که لزوم نکاح را در روابط زن و مرد ثابت نماید. پیش از تأسیس نکاح نیز این رابطه غریزی و آزاد میان انسان ها وجود داشته است و تمام مبارزاتی که پیامبران و رهبران اخلاق برای جلوگیری آن کرده اند، هنوز هم وجود دارد. پس، نمی توان هدف اصلی نکاح را ایجاد رابطه جنسی دانست به خصوص هرگاه ازدواج به پیمانی تعبیر شود که برای تمتع جنسی منعقد می گردد، نکاحی که بین دو همسر سالخورده به منظور همدمی و شرکت در زندگی انجام شده است، در این تعریف وارد خواهد شد.

عده ای دیگر در تعریف نکاح می گویند: «نکاح عقدی است که به وسیله آن مرد و زن به قصد شرکت در زندگی و کمک با یکدیگر قانوناً متحد می شوند». این تعریف هم ناقص به نظر می رسد، زیرا اگر مقصود از نکاح شرکت در زندگی و یاری کردن همدیگر باشد چه ضرورت دارد که این پیمان بین مرد و زن منعقد شود؟ دو مرد یا دو زن نیز می توانند برای به دوش کشیدن مسؤلیت های زندگی و یاری به هم متحد شوند و در غم و شادی شریک باشند. درست است که از خود گذشتگی و تعاون و همکاری از هدف های مهم ازدواج است، ولی نمی توان ادعا کرد که مشروع ساختن رابطه جنسی زن و شوهر در برابر آن به حساب نمی آید.<sup>۸۵</sup>

در تعریف نکاح فقهاء می گویند که: «نکاح عقدی است که متضمن اباحت استمتاع جنسی از زن به صورت مباشر مشروط بر این که محرم نسبی، سببی و رضاعی نباشد». براساس این تعریف، هدف اصلی نکاح مشروعیت بخشیدن به استمتاع جنسی مرد از زن است و ایرادی که بر تعریف اول وارد می گردد بر این تعریف نیز وارد می گردد. با در نظر داشت مغلقیت تعریف و گوناگونی و

۸۳. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیه، صص ۲۶۸ و ۲۶۹.

۸۴. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۲). حقوق مدنی: خانواده، جلد (۱)، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۲۵ و ۲۶.

۸۵. همان، ناصر کاتوزیان، جلد (۱)، صص ۲۵-۲۸.

تعدّد هدف ازدواج، نویسندگان ق. م افغانستان که از یکطرف نخواستہ اند از فقه عدول نمایند و از طرف دیگر متأثر از تعاریف دانشمندان و اساتید حقوق گردیده اند، در تعریف نکاح می گویند که: «ازدواج عقدی است که معاشرت زن و مرد را به مقصد تشکیل فامیل مشروع گردانیده، حقوق و وجایب طرفین را به وجود می آورد» (ماده ۶۰ ق. م).

این تعریف نیز علی الرغم عام بودن آن، با توجه گسترده بودن اهداف عقد ازدواج نمی تواند همه اهداف عقد ازدواج را احتوی نماید. زیرا، ازدواج اهداف بی شماری دارد که عبارت اند از: مشروعیت بخشیدن به حلیت استمتاع جنسی زوجین از همدیگر، تولید، ابقاء، عدم انقراض و اختلاط نسل بشریت، حفظ عزّت، عفت، شرف، کرامت و شخصیت انسان، تشکیل خانواده، تعاون و همکاری زوجین در تربیت فرزندان، حفظ و صیانت پایه های اجتماع، ایجاد زندگی مشترک، تربیت و تقدیم نسل پاک به اجتماع، احترام به زنان و جلوگیری از آلت شدن توسط مردهای هرزه و فاسد، مبارزه علیه بی بند و باری و ناهنجاری که نماد های بی تمدنی و توحش محسوب می گردند،<sup>۸۶</sup> آرامش روحی، رفع غریزه جنسی، رفع غریزه داشتن اولاد، به کار گیری نیروهای که خداوند ﷻ در طبیعت انسان به ودیعه گذاشته، تدین و جلوگیری از ایجاد و شیوع امراض مانند: ایدز و نظیر اینها.

**۲) اهمیت:** نکاح عقدی است که شریعت اسلامی آن را به منظور حلیت استمتاع جنسی زن و مرد، تولید مثل و تشکیل خانواده انشاء نموده است.<sup>۸۷</sup> بنابراین، نکاح اساس تشکیل خانواده است، زیرا توسط آن خانواده تشکیل یافته و رشد و نمو می نماید. از همین جهت، شریعت اسلام به همان پیمان که به نهاد خانواده اهتمام به خرج داده، به مسئله ازدواج نیز اهتمام به خرج داده است. زیرا، با متحقّق شدن ازدواج، مصالح دنیوی و دینی انسان ها از نقطه نظرهای آتی الذکر متحقّق می شود:

۱- از نظر رفع غریزه جنسی: غریزه جنسی یکی از نیرومند ترین، پرتحرک ترین و ذاتی ترین غریزه انسانی است. از همین رو، غریزه جنسی همواره انسان را بر آن وامی دارد که برای ارضا و اطفای آن فرصتی به دست بی آورد و آن را اطفای نماید.

چنانچه راه درست و صحیحی برای ایشباع و ارضای آن به دست نیورد، دچار پریشانی و اضطراب روحی، لغزش و انحرافات اخلاقی می گردد. پس، ازدواج طبیعی ترین و مناسب ترین، حیات بخش ترین وسیله ای است برای سیراب نمودن و ایشباع غریزه جنسی به صورت مشروع و متداوم که

۸۶. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۵۱۵؛ وهبة زحیلی (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۶۰.  
۸۷. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۵۱۳.

در نتیجه آن روح انسان آرامش می آید و نزاع و کشمکش های درونی پایان می آید و از فعل حرام جلوگیری می نماید.<sup>۸۸</sup>

۲- از نظر آرامش روحی: به وسیله پیوند زوجیت بین زن و شوهر رابطه دوستی و مهربانی برقرار می شود و هر یک بر اثر انس گرفتن با دیگری به سعادت و خوشبختی نایل می آیند.

هنگام غروب که شوهر، کار روزانه اش را به پایان می رساند و به خانه برمی گردد و در جمع صمیمی زن و فرزندان قرار می گیرد، تمام غم، اندوه و مشکلاتی که در طول روز با آنها مواجه شده، فراموش می کند و خستگی و رنج ناشی از تلاش و زحمت کار زیادی که باعث آزرده شدن او شده از بین می رود.

زن هم در چنین شرایطی، زحماتش را فراموش کرده و در محیط باصفای خانواده احساس آرامش و سکون می کند و زن و شوهر با هم و در کنار همدیگر، لحظات خوشی را در سایه آرامش و سعادت زندگی زناشویی را تجربه می کنند.

واضح است که در پرتو چنین آرامش روحی، هر یک از زوجین می توانند به طور کامل به مسؤلیت و وظایف خود عمل کرده و در راه خوشبختی خانواده و همسر و فرزندان خویش گام بردارند. از نظر روانی ازدواج موجب آرامش روحی می گردد.

کسانی به سن ازدواج رسیده و ازدواج نمی نمایند، بدون تردید به اختلالات روحی، پرت اعصاب، پریشانی، یأس و ناامیدی مواجه می گردند و نمی توانند کارهای روزمره را به صورت دقیق و درست انجام دهند.

۳- از نظر تولید مثل و ایجاد مهر و محبت: ازدواج نیکوترین وسیله است برای تولید مثل و حفظ انساب انسان از اخلاط و انقراض و ابقای عالم.<sup>۸۹</sup> زیرا تولید مثل و ابقای عالم که خداوند عز و جل به آن امر نموده است ممکن نیست مگر از طریق ازدواج از همین جهت، حقوق اسلام مردم را به ازدواج ترغیب نموده و آن را برای تأمین حیات با کرامت و ادامه نسل لازم نموده است و وسیله ای حفظ عفت، حرمت و تأمین غریزه جنسی به طور طبیعی و مشروع گردانیده و آن را راهی برای سعادت و رسیدن به آرامش و استقرار و ایجاد ارتباط میان افراد خانواده و تقویۀ پایه های محبت میان مردم بر شمرده و آن را میثاق استوار نامیده است.<sup>۹۰</sup>

۴ - از نظر مسؤلیت پذیری: نکاح نخستین گام در راه انجام زدن به خود خواهی ها و نپذیرفتن بار مسؤلیت های اجتماعی و انگیزه قوی برای فراهم نمودن وسایل زندگی و اثبات شخصیت و

۸۸ . سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۲۰۳.  
۸۹ . وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۹)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۵۱۵؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۲۰۴.  
۹۰ . وهبة زحیلی (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۴۰.

زمینه برای کار و تلاش جدی به شمار می آید. احساس مسؤولیت در ازدواج و تحمل بار آن و مراعات حقوق فرزندان انسان را به کار و کوشش وامی دارد و او را ناچار می نماید که استعدادهای خویش را به کار بی اندازد و شایستگی ها خود را تقویت نماید و برای ایفای تکالیف و مسؤولیت های خویش قیام و جدّ و جهد نماید.<sup>۹۱</sup>

۵- از نظر رفع غریزه پدری و مادری: داشتن طفل یکی از غرایز طبیعی هر انسان است. تحقق این غریزه به صورت مشروع ممکن نیست، مگر از طریق ازدواج. بنابراین، ازدواج یکی از طریقه های مناسبی است که انسان می تواند از طریق آن صاحب فرزند اعم از دختر و پسر شود و غریزه داشتن فرزند را ارضاء نماید.<sup>۹۲</sup>

۶- از نظر حفظ نسب: فایده دیگر ازدواج که خداوند ﷻ به آن امر کرده، افتخار کردن فرزندان به نسبهای شان است. زیرا اصل و نسب دار بودن باعث اعتبار، ارزش، کرامت و خوشبختی است و چنانچه ازدواج نباشد جامعه از فرزندان نامشروع که هیچ اصل و نسب ندارند پر می شود و در چنین جامعه ای ارزشهای اخلاقی لطمه اساسی می خورد و فساد و بی بند و باری در جامعه گسترش می یابد.

۷- از نظر جلوگیری از برخی امراض: یکی دیگر از حکمت های خداوند ا در امر به تشکیل خانواده، سالم ماندن جامعه از برخی امراض مانند ایدز و ... است.<sup>۹۳</sup>

۳ امتناع ورزیدن از نکاح: خداوند ﷻ انسان را آفرید و وی را به عنوان نماینده اش بر روی زمین قرار داد تا به عمران زمین و سایر وظایف محوّله اش اقدام نماید. عمران زمین و اجرای وظایف محوّله انسان مستلزم بقای نوع بشر است تا بتواند حیاتش را بر روی زمین استمرار بخشد و در نتیجه زراعت، صنعت، تجارت، معماری و ... فراگیرد تا مسؤولیتی را که به عهده دارد ایفا نماید. به منظور انجام و اکمال چنین مسؤولیتی خداوند ﷻ، مجموعه از غرایز و تمایلات را در فطرت و طبیعت انسان به ودیعه گذاشت تا به نیروی خود، انسان را به سوی مسایل و شرایطی بکشاند که موجب بقای انسان می گردند. یکی از این غرایز، غریزه جنسی است که با ارضای آن نوع بشر باقی می ماند و یکی از قوی ترین، پر تحرک ترین و سرکش ترین غرایز در وجود انسان است و به هر طریق که باشد مجالی به دست می آورد و نقش خود را ایفاء می نماید. بنابراین، انسان در برابر این غریزه حتماً یکی از عکس العمل های زیرین را از خود نشان می دهد:

۹۱ . ناصر کاتوزیان (۱۳۸۲). حقوق مدنی: خانواده، جلد (۱)، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۲۲؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۲۰۵.

۹۲ . همان، سید سابق، جلد (۳) ص ۱۲۰۵.  
 ۹۳ . For further details in this regard please see: Muhammad Mustafa al - Jibaly (2005). Love and mercy, revised edi. Beirut, Lebanon: Al- Kitab & As sunnah Publishing, pp 9 - 20.

۱) عنان این گزینه را رها می کند و با عدم در نظر داشت دین، اخلاق، حرمت و مقام انسان هیچ سد را فرا راه خود نمی بیند و در هر کجا و به هر کیفیتی باشد به تغذیه و ارضای آن مبادرت می ورزد. البته، اشخاص و مکاتبی که پای بند دین و فضایل اخلاقی نیستند و همه چیز را مباح می دانند، چنین اند. به صورت قطع، در چنین حالت نامطلوب انسان از مرتبه شرف و کرامت به مرتبه پست حیوانی سقوط نموده و موجب نابودی و فساد فرد، خانواده و اجتماع می شود؛

۲) با این گزینه به مبارزه می پردازد و آن را سرکوب می نماید مانند مذاهب و مکاتب خشک و سختگیر مانوی، رهبانیت و... که می خواهند انسان را در محرومیت و بد بینی نسبت به زندگی نگه دارند. این نوع عکس العمل نیز نامطلوب است و موجب از بین رفتن و تعطیل فعالیت گزینه جنسی می گردد و با حکمت الهی که این نیرو را در طبیعت انسان به ودیعه گذاشته و با سنت حیات که گزینه را به منظور ادامه حرکت خود به کار می برد منافات دارد؛

۳) آن را در حد معقول که با اصل فطرت انسان سازگار است مهار و محدود می نماید و به طریقی به تزکیه و هدایت آن اقدام می نماید که این برخورد، هم با آزادی و لجام گسیختگی و هم با سرکوبی خشن و بیرحمانه آنها مغایرت دارد. این برخورد معقول که طریقه اسلام که مقتضیات این گزینه قوی را در نظر گرفته و راه مشروع و حلال را بر آن سهل و آسان گرفته است و انسان را از سرکوبی آن بر حذر داشته و دوری از زنان را مذموم شمرده است همچنانی که زنا و مقدمات آن را شدیداً منع کرده و به آنها به مبارزت برخاسته است.

بدون شک، این نوع موضع گیری عادلانه در برابر گزینه، از افراط و تفریط به دور و با عقل سلیم مطابق است. زیرا، چنانچه ازدواج مجاز نمی شد و گزینه جنسی نقش خود را در ابقای نسل بشر ایفاء نمی نمود و زنا و مقدمات آن حرام نمی گردید و یک زن مختص به یک شوهر نمی شد، قطعاً خانواده ای که در درون آن فضایل اخلاقی، عواطف و روابط محکم اجتماعی پرورش می آید و عشق، مهر، محبت و فداکاری در سایه آن به اوج خود می رسد، به وجود نمی آمد و در نتیجه جامعه ای به وجود نمی آمد و سیر حرکت به سوی کمال که هدف اصلی خلقت است، حاصل نمی شد.<sup>۹۴</sup>

شریعت اسلام با توجه به اهمیت مسئله از یکطرف در مقابل بی بند و باری و آزاد ساختن گزینه جنسی به مبارزه برخاسته و زنا و کلیه مقدماتی را که موجب نزدیک شدن به زنا می گردد حرام گردانیده و از طرف دیگر با سرکوب و خنثی نمودن گزینه جنسی مخالفت نموده و مردم را از کناره گیری از زنان نهی و به ازدواج ترغیب نموده است، زیرا گاهی در اثر بیداری روحی این پندار برای

۹۴. یوسف قرضاوی (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب، صص ۱۹۱ و ۱۹۲.

انسان پیش می آید که عزلت و انزوا پیشه کند و از تمام کارهای دنیایی دست بکشد و به عبادت بپردازد و شب بیداری کند و روزها روزه بگیرد و از زنان کناره گیری اختیار کند و شیوه و طریقهٔ رهبانیت برگزیند که با سرشت و فطرت پاک انسانی و با دین خدا ﷻ منافات دارد.

پیامبر ﷺ که برترین پیامبران خدا و متقی ترین و پرهیزگارترین انسان ها می باشد، روزه می گرفت و افطار هم می کرد و نماز هم می خواند و به موقع از خواب نیز بهره می گرفت و با زنان نیز ازدواج می کرد. چنانچه امام بخاری روایت می کند که جماعتی از اصحاب به خانهٔ پیامبر ﷺ رفتند و از زنان پیامبر ﷺ در رابطه به عبادت پیامبر ﷺ سؤال نمودند؟ وقتی جواب سؤال خویش را دریافت نمودند، عبادت پیامبر ﷺ را اندک یافتند. سپس گفتند ما کجا و پیامبر ﷺ؟! خداوند ﷻ همه گناه اول و آخر وی را بخشیده است و او مثل ما نیاز به عبادت ندارد. بنابراین، یکی از آنها گفت: من تمام سال را بلاانقطاع روزه خواهم بود! دومی گفت: من تمام شب بیدار می مانم و نمی خوابم! و سومی گفت: من از زنان کناره می گیرم و هیچ گاه ازدواج نمی کنم! همینکه این موضوع به پیامبر ﷺ رسید، خطای آنان را بیان کرده و انحراف ایشان را با این کلمات گهربار به آنان گوشزد فرمود:

«إِنَّمَا أَنَا أَعْلَمُكُمْ بِاللَّهِ وَ أَحْشَاكُمْ لَهُ وَ لَكِنِّي أَقُومُ وَ أَنَامُ وَ أَصُومُ وَ أَفْطِرُ وَ أَتَزَوِّجُ النِّسَاءَ فَمَنْ رَغِبَ عَن سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي». ۹۵

«من از شما خدا ترس ترم و بیشتر از شما از اومی ترسم، اما مقداری از شب را بیدارم و مقداری از آن را می خوابم، گاهی روزه هستم و بعضی اوقات روزه نیستم، ازدواج هم می کنم، هرکس که از سنت و راه من رو برگرداند از امت من نیست.» ۹۶

۴) حکمی تکلیفی: نکاح در اصل مسنون است، اما حکم و صفتی که بر آن نظر به فعل و ترک، بر حسب احوال اشخاص مرتب می شود، گاهی واجب، گاهی فرض، گاهی سنت، گاه مکروه و گاهی هم حرام می گردد. ۹۷ جمهور فقهاء غیر از حنفیه بر این نظر اند که برای کسی که قدرت ازدواج و تمایل روحی به آن دارد و نگران و متیقن باشد که در صورت عدم ازدواج مرتکب زنا شود و توانایی ارتکاب گناه و فسق و فجور و امور شاقه را نیز داشته باشد، ازدواج واجب می باشد.

۹۵. رواه البخاری و مسلم عن انس رضی الله عنه.

۹۶. یوسف قرضاوی (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب، صص ۲۱۵ و ۲۱۶؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سفر، صص ۱۱۹۹ و ۱۲۰۰.

۹۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۵۱۶؛ و عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعة، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۶.



بنابراین، چنین شخصی باید ازدواج نماید. چون حفظ و صیانت نفس و پرهیز از فعل حرام و ناشایست واجب است که تنها از طریق ازدواج ممکن است متحقق گردد. جمهور فقهاء غیر از حنفیه میان واجب و فرض در مورد حکم تکلیفی ازدواج فرق قائل نمی شوند.<sup>۹۸</sup>

فقهای حنفیه بر این نظر اند که: ازدواج در صورت شدت اشتیاق به رفع شهوت به نحوی که خوف وقوع زنا در صورت عدم ازدواج وجود داشته باشد، بر شخص واجب است. در صورتی که شخص به وقوع زنا در صورت عدم ازدواج یقین داشته باشد و نیز توانائی پرداخت مهر و فراهم نمودن نفقه برای زوجه را داشته باشد، فرض است.

در حالت اعتدال ازدواج جهت پیروی از پیامبر ﷺ سنت مؤکد است. ولی، در صورتی که خوف وقوع ظلم بر زوجه وجود داشته باشد، ازدواج مکروه تحریمی است. اما، در صورتی که یقین بر ظلم بر زوجه وجود داشته باشد، چنین ازدواجی حرام است. زیرا، ازدواج به منظور تحقق صیانت نفس از فعل حرام و حصول ثواب تشریح گردیده است.<sup>۹۹</sup>

#### مبحث سوم) ارکان نکاح

در خصوص ارکان عقد ازدواج ق. م ساکت است. اگر قواعد عمومی عقود را بر عقد ازدواج تطبیق نماییم به نظر می رسد که ارکان عقد ازدواج عبارت اند از: طرفین که عبارت از دختر و پسر است. صیغه که عبارت از ایجاب و قبول است. سبب که عبارت از تشکیل خانواده و مشروعیت معاشرت زوجین و ایجاد حقوق و تکالیف برای طرفین است و محل که عبارت از استمتاع جنسی زوجین از همدیگر و زندگی مشترک است می باشد. ارکان نکاح به نظر فقهای حنفی صرف ایجاب و قبول است. اما، به نظر جمهور فقهاء (مالکی، شافعی و حنبلی) ارکان نکاح عبارت از ایجاب و قبول، زوج، زوجه و ولی آنها است. معقود علیه در عقد ازدواج استمتاع جنسی است که هدف زوجین در عقد ازدواج است. مهر مانند شهود شرط [نه رکن] ازدواج به دلیل جواز نکاح تفویض است.<sup>۱۰۰</sup>

۹۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۵۱۶.  
۹۹. عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۳)، پاکستان: چاپ مکتب حقانیه، صص ۳۵ و ۳۶؛ و محمد بکر اسماعیل (۱۴۱۰ ق.). الفقه الواضح، جلد (۲)، مکه المكرمة: دارالمنار للنشر و التوزیع، صص ۶ و ۷.  
۱۰۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۵۲۱.

## فصل دوم: شرایط نکاح

نویسندگان ق. م در مواد ۶۶ الی ۸۹ شرایط عقد ازدواج را تنظیم نموده اند. طبق این مواد شرایط عقد نکاح به شرایط صحت و نفاذ تقسیم می شود. در خصوص شرایط انعقاد و شرایط لزوم ق. م در مبحث نکاح ساکت است. به نظر می رسد دلیل این امر پیش بینی احکام عمومی عقود از جمله شروط انعقاد و شروط لزوم در جلد دوم ق. م است که برخی از این احکام بر عقد ازدواج نیز قابل تطبیق به نظر می رسد.

طبق ماده ۷۷ ق. م: «برای صحت عقد نکاح و نفاذ آن شرایط آتی لازم است: ۱- انجام ایجاب و قبول صحیح توسط عاقدین یا اولیاء یا وکلای شان. ۲ - حضور دو نفر شاهد با اهلیت. ۳- عدم موجودیت حرمت دائمی و یا مؤقت بین ناکح و منکوحه.» هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط صحت و نفاذ نکاح است. طبق نص این ماده شرایط نکاح به شرایط صحت و نفاذ تقسیم می شود، در حالی که طبق فقه برای نکاح چهار نوع شرط ضروری است: شرایط انعقاد، شرایط صحت، شرایط نفاذ و شرایط لزوم.

شروط انعقاد عبارت از شروطی اند که تحقق آنها در ارکان و اساس عقد ضروری است. در صورت فقدان یکی از این شرایط، عقد به اتفاق نظر فقهاء باطل است. بحث عقد باطل در بخش بعدی خواهد آمد.

شروط صحت عبارت از شروطی اند موجودیت آنها جهت مرتب شدن اثر بر عقد ضروری پنداشته می شود. در صورت عدم تحقق یکی از شرایط صحت عقد، عقد به نظر جمهور فقهاء باطل

و به نظر فقهای حنفی فاسد است.<sup>۱۰۱</sup> بحث عقد ازدواج باطل و فاسد در بخش بعدی خواهد آمد. نفاذ در لغت به معنی روان شدن و جاری شدن است.<sup>۱۰۲</sup> شروط نفاذ عبارت از شروطی اند که ترتیب اثر فعلی بر عقد متوقف بر تحقق آنها بعد از انعقاد و صحت عقد است. در صورت عدم تحقق شروط نفاذ عقد به نظر فقهای حنفی موقوف است که بحث آن در بخش بعدی خواهد آمد.

شروط لزوم عبارت از شروطی اند که استمرار و بقای عقد متوقف بر آنها است. در صورت عدم تحقق یکی از شرایط لزوم، عقد جایز و یا غیرلازم است. عقد جایز یا غیرلازم عقدی است که یکی از طرفین و یا غیر می تواند آن را فسخ نماید.<sup>۱۰۳</sup>

در هر حال، طبق نص ماده ۷۷ ق. م برای صحت و نفاذ عقد چهار شرط ضروری است: ایجاب و قبول صحیح توسط طرفین، اولیا و وکلای آنها، حضور دو نفر شاهد با اهلیت، عدم موجودیت حرمت دایمی و مؤقت میان ناکح و منکوحه. به علاوه طبق مواد ۷۰ و ۷۱ ق. م طرفین عقد ازدواج باید دارای اهلیت باشند (شروط مربوط به طرفین عقد ازدواج). همچنین، طبق ماده ۶۸ ق. م طرفین می توانند حین انعقاد عقد ازدواج شرط بگذارند.

با توجه به آنچه گفته شد، در این فصل، ایجاب و قبول توسط طرفین، شروط طرفین، ایجاب و قبول توسط اولیا و وکلای طرفین، شرط گذاشتن حین انعقاد عقد ازدواج، حضور شهود، عدم موجودیت حرمت دایمی و مؤقت میان ناکح و منکوحه، و برگذاری محافل عروسی در هوتل و قیود آن و در اخیر نیز ثبت عقد ازدواج را که در ماده ۶۱ ق. م پیش بینی شده است مورد بحث قرار می دهیم:

#### مبحث اول) ایجاب و قبول توسط طرفین

طبق ق. م برای صحت و نفاذ ایجاب و قبول که تعریف، طریقه ها، شرایط و سقوط آن در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد رعایت شرایط ذیل ضروری است:

#### گفتار اول) اتحاد مجلس

به موجب ماده ۶۶ ق. م: «ایجاب و قبول [...] بدون قید وقت در مجلس واحد صورت می گیرد.» حکم این ماده مقتبس از فقه حنفیه است. زیرا، احناف بر این نظر اند که جهت انعقاد نکاح شرط است که ایجاب و قبول از نظر زمانی در مجلس واحد صورت پذیرد نه مجالس متعدد. البته، فرق نمی کند که متعاقدان از نظر مکانی در مجالس متعدد حضور داشته باشند. زیرا، آنچه مهم است این است که مجلس از نظر زمانی واحد باشد.

۱۰۱. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۹)، صص ۶۵۳۳.  
۱۰۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۶۷.  
۱۰۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۵۳۳.

پس، در صورتی که ایجاب و قبول از نظر زمانی در مجالس متعدّد صورت پذیرد مانند اینکه زن به مرد بگوید: «با شما نکاح نمودم» و یا ولی زن بگوید: «دختر خود را به نکاح شما در آوردم» و مرد قبل از قبول مجلس را ترک نماید و یا به اجرای عملی مبادرت ورزد که بیانگر انصراف وی از قبول باشد و سپس بگوید: «قبول نمودم» به نظر احناف نکاح منعقد نمی گردد، زیرا فاصله میان مجالس عادتاً و عرفاً مبّین و بیانگر انصراف وی است.<sup>۱۰۴</sup>

همچنین، هرگاه مجلس انعقاد عقد طول بکشد و مدت زیادی را دربر بگیرد، احناف عقد ازدواج را منعقد شده محسوب می نمایند، زیرا احناف فوریت در قبول یا ردّ ایجاب را شرط انعقاد عقد ازدواج تلقی نمی نمایند. ولی، جمهور فقهاء برخلاف احناف فوریت در قبول و ایجاب را در صورتی که مجلس انعقاد عقد ازدواج خیلی زیاد طولانی شود شرط انعقاد عقد ازدواج محسوب می نمایند، زیرا طولانی شدن مجلس به نظر فقهای مزبور مانع قبول می گردد.<sup>۱۰۵</sup>

به نظر می رسد ق. م نظر جمهور فقهاء را اختیار نموده است، زیرا ماده ۶۶ آن در این باره می گوید: «ایجاب و قبول صریح که فوریت [...] را افاده نماید بدون قید وقت در مجلس واحد صورت می گیرد.» به نظر می رسد دلیل فوریت این است که دختر و پسر قبلاً در خصوص عقد ازدواج فکر کرده اند. دلیل دیگر جلوگیری از ضیاع وقت مهمانان به نظر می رسد، زیرا در صورتی که موجب و یا قابل بسیار زیاد فکر کنند این امر موجب خستگی مهمانان حاضر در محفل عقد ازدواج می گردد.

#### گفتار دوم) صریح بودن ایجاب و قبول

به موجب ماده ۶۶ ق. م: «عقد ازدواج با ایجاب و قبول صریح [...] در مجلس واحد صورت می گیرد.» از نص این ماده به نظر می رسد که ایجاب و قبول باید صریح باشد. بنابراین، برخلاف سایر عقود به نظر می رسد که عقد ازدواج با ایجاب و قبول ضمنی (غیرصریح) صورت نمی پذیرد. بنابراین، طرفین باید به صورت صریح ایجاب و قبول را صادر نمایند مانند این که عاقد عقد ازدواج به داماد بگوید فلانی بنت فلانی را که فلانی به این نام دیگر دختری ندارد را در برابر این مقدار مهر به نکاح قبول نمودی و داماد نیز بگوید بلی قبول نمودم. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۶۶ ق. م بیان شرایط ایجاب و قبول است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در ماده ۶۶ ق. م پیش بینی شرایط ایجاب و قبول در عقد ازدواج است.

#### گفتار سوم) غیر مقید بودن صیغه به شرط غیر محقق و عدم مضاف آن به زمان آینده

۱۰۴ . عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعة، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۱۴؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۵۳۵ و ۶۵۳۶؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمّدی سقر، ص ۱۲۳۵.  
۱۰۵ . وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۵۳۶.

به موجب ماده ۶۷ ق. م: «ازدواج در صورت تعلیق به شرط غیر محقق یا مضاف ساختن آن به زمان آینده عقد شده نمی تواند.» تعلیق از ریشه «علق» گرفته شده و به معنای آویختن، آویزان کردن و آویزش است<sup>۱۰۶</sup> و در اصطلاح حقوقی، به منوط و معلق ساختن تحقق امری به امری دیگر و یا ربط دادن حصول چیزی به چیزی دیگر، تعلیق گویند مانند اینکه شخصی به دیگری بگوید: در صورتی که مسافرت نمایم، شما را نکاح می نمایم! یا در صورتی که فلان شخص بیاید شما را نکاح می نمایم!<sup>۱۰۷</sup> به نظر می رسد منظور از شرط غیرمحقق شرطی است که هیچگاه محقق نشود. به عبارت دیگر: منظور از شرط غیرمحقق شرطی است که طرفین عقد ازدواج یا یکی از آنها هیچگاه قادر نباشد، آن را انجام دهد.

مثال کلاسیکی که معمولاً فقها برای این گونه شرایط ذکر می نمایند، عبور کردن شتر از سوراخ سوزن است. مثال جدید آن این است که پدر دختر بر داماد فقیر شرط گذارد که در پهلوی ریاست جمهوری یک قصر برای دختر احداث نماید. به نظر می رسد دلیل این قاعده جلوگیری از زیادت خواهی، گذاشتن شرط هایی که تطبیق آن ناممکن است و مورد حمایت قرار دادن پسر است. زیرا معمولاً دختر و یا والدین او گاه گاهی به دلیل احساسات، فقر، عوامل اقتصادی، نگرانی از آینده دختر یا هر دلیل دیگر شرط های می گذارند که اصلاً اجرای آن برای پسر ناممکن است.

مضاف به معنی منسوب کردن به آینده است. طبق نص این ماده جهت انعقاد عقد نکاح شرط است که صیغه آن مانند بیع منجز به زمان حال باشد. بنابراین، تجبیز صیغه عقد ازدواج به زمان آینده جواز ندارد، زیرا در صورت تجبیز عقد منعقد نمی گردد مانند اینکه: مرد به زن بگوید: «تورا فردا یا پس فردا نکاح می نمایم»<sup>۱۰۸</sup> از آنچه گفته شد، این نتیجه گرفته می شود که عقد ازدواج نباید منسوب و مضاف به آینده و معلق به شرط غیرمحقق گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۶۷ ق. م پیش بینی شرایط ایجاب و قبول و جلوگیری و ممنوعیت شرایط منسوب به آینده و غیرمحقق است.

#### گفتار چهارم) استمرار و فوریت در ایجاب و قبول

به موجب ماده ۶۶ ق. م: «عقد ازدواج به ایجاب و قبول صریح که [...] فوریت و استمرار را افاده کند [...] در مجلس واحد صورت می گیرد.» هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط ایجاب و قبول است. طبق نص این ماده ایجاب و قبول باید به صورت فوری صورت پذیرد.

۱۰۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۰۷.

۱۰۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۱۰۱؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۰۷.

۱۰۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۵۳۸.

بنابراین، به نظر می رسد طبق نص این ماده ایجاب و قبول در عقد ازدواج برخلاف سایر عقود با تراخی و تأمل و درنگ صورت نمی پذیرد.

همچنین، طبق نص این ماده ایجاب و قبول باید افاده استمرار نماید. بنابراین، در صورتی که ایجاب و قبول به صورت غیرمستمر صورت بگیرد، چنین ایجاب و قبول صحیح نیست. زیرا، در صورتی که صیغه عقد طور مؤقت صورت پذیرد مانند اینکه مرد به زن بگوید: «تو را برای مدت معین مثلاً یک ماه نکاح می نمایم!» و زن نیز بگوید: «قبول نمودم!» چنین نکاحی به سبب عدم دائمی و مؤقت بودن صیغه باطل است.<sup>۱۰۹</sup> زیرا، چنین نکاح، نکاحی مؤقت است که به نام های نکاح متعه و منقطع نیز یاد می گردد. نکاح متعه نکاحی است که بین مرد و زن برای مدت معین مثلاً چند روز، چند ماه و یا چند سال منعقد می گردد.<sup>۱۱۰</sup> چنین نکاحی به اتفاق نظر فقهای اهل سنت باطل و حرام است.<sup>۱۱۱</sup>

در صدر اسلام قبل از اینکه شریعت اسلام استقرار یابد و در دلها رسوخ نماید، پیامبر ﷺ اجازه نکاح مؤقت را در سفر و غزوات برای اصحاب کرام داد. ولی، سپس آن را برای همیشه حرام نمود. فلسفه حلیت نکاح متعه در اوایل اسلام این بود که مسلمانان در مرحله ای قرار داشتند که می توان آن را به دوره انتقال از جاهلیت به اسلام نامید.

بدون تردید، زنا در دوره جاهلیت بسیار زیاد شایع بود و زمانی که اسلام ظهور کرد و از مردم خواست به منظور غزا و جهاد به ترک خانه های خود اقدام نمایند، دوری از زنان برای مردان مشکل و سنگین تمام می شد. مسلماً در صدر اسلام، میان مسلمانان افراد ضعیف الایمان و قوی الایمان هر دو وجود داشت و در نتیجه بیم آن می رفت که افراد ضعیف الایمان مرتکب زنا گردند. بنابراین، افرادی که ایمان راسخ داشتند تصمیم گرفتند خود را اخته کنند چنانچه ابن مسعود رضی الله عنه در این مورد می گوید:

«كُنَّا نَعُوذُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ كَيْسَ مَعَنَا نِسَاءً، فَقُلْنَا: أَلَا نَخْتَعِي؟ فَهَانَا عَنْ ذَالِكِ، ثُمَّ رُخِّصَ لَنَا أَنْ نُنْكَحَ الْمُرَاةَ بِالثُّوبِ إِلَى أَجْلِ.»<sup>۱۱۲</sup>

۱۰۹. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ۱۲۴۵؛ وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۶۵۱.  
 ۱۱۰. عبدالرحمن الجزايري (\_\_\_\_). الفقه على المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ كتابخانه وحيدى، ص ۷۲؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۲۴۵.  
 ۱۱۱. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۶۵۲؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۲۴۵؛ عبدالرحمن الجزايري (\_\_\_\_). الفقه على المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ كتابخانه وحيدى، ص ۷۲؛ و محمد جعفر جعفرى لنگرودى (۱۳۸۲). ترمينولوژى حقوق، چاپ سيزدهم، تهران: كتابخانه گنج دانش، ص ۷۲۲ و ماده ۱۰۷۵ قانون مدنى ايران.  
 ۱۱۲. متفق عليه.

«ما با پیامبر ﷺ غذا می کردیم و همسران ما با نبود، گفتیم: آیا خود را اخته نکنیم؟ پیامبر ﷺ ما را از این کار منع نمود و اجازه داد که زنان را به طور مؤقت در برابر خریدن لباس نکاح نماییم.».

اباحه نکاح متعه رخصتی بود به منظور رفع مشکلات هر دو دسته قوی و ضعیف الایمان و قدمی بود در مسیر تکاملی زندگی مشترک زناشویی حقیقی که تمام اهداف عالیه را تضمین می نماید. همان گونه که قرآن کریم در مورد تحریم ربا و شراب که در زمان جاهلیت رواج و سلطه زیادی در جامعه داشتند و به صورت تدریجی اقدام کرد، در این مورد هم ابتداء در مواقع اضطراری، ناچاری و ضرورت اجازه داد که از نکاح متعه استفاده شود. ولی، بعد این نوع نکاح را برای همیشه حرام نمود چنانچه امام مسلم از سبزه جهنی نقل نموده است که: <sup>۱۱۳</sup>

«أَمَرْنَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بِالْمُتْعَةِ عَامَ الْفَتْحِ، حِينَ دَخَلْنَا مَكَةَ، ثُمَّ لَمْ نَخْرُجْ حَتَّى نَهَانَا عَنْهَا.» <sup>۱۱۴</sup>  
«در غزای فتح مکه پیامبر ﷺ به ما اجازه نکاح متعه داد، ولی هنوز از مکه خارج نشده بودیم که آن را تحریم نمود.» <sup>۱۱۵</sup>

همچنین، از حضرت علی رضی الله عنه روایت است که گفت:

«نَهَانَا عَنْ نِكَاحِ الْمُتْعَةِ وَعَنْ حُومِ الْحُمُرِ مِمَّنْ خَيْرٍ.» <sup>۱۱۶</sup>

«پیامبر ﷺ ما را از نکاح متعه و خوردن گوشت خران در روز جنگ خبیر منع نمود.».

همچنین، از ابن ماجه روایت است که پیامبر ﷺ فرموده است:

«يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنِّي أَذِنْتُ لَكُمْ فِي الْأَسْتِمَاعِ، أَلَا إِنَّ اللَّهَ قَدْ حَرَمَهَا إِلَيَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ.» <sup>۱۱۷</sup>

«ای مردم آگاه باشید که من ازدواج مؤقت را برای شما اجازه داده بودم، آگاه باشید که خداوند جل جلاله آن را تا روز قیامت و برای همیشه حرام نموده است.» <sup>۱۱۸</sup>

به اتفاق نظر پیشوایان مذاهب چهارگانه اهل سنت ازدواج مؤقت باطل است و بطلان آن براساس قرآن، سنت، اجماع و عقل ثابت است. ازدواج مؤقت به استناد قرآن کریم حرام است، زیرا خداوند جل جلاله در این مورد می فرماید:

۱۱۳. یوسف قرضاوی (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب، ص ۲۳۴؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۲۴۶.

۱۱۴. رواه مسلم.  
۱۱۵. عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۷۲؛ و یوسف قرضاوی (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب، ص ۲۳۴.

۱۱۶. رواه احمد، بخاری و مسلم.  
۱۱۷. رواه احمد، بخاری و مسلم.  
۱۱۸. وهبه الزحلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۵۵۷؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۲۴۶.

﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَعْتَابِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ - [المؤمنون/۵-۶]

«مؤمنان کسانی هستند که فرج و ناموس خود را محفوظ می دارند مگر برای همسران و کنیزان خود.»

به موجب این آیه استمتاع جنسی از زنان ممکن نیست مگر از طریق ازدواج یا ملک الیمین که ملک یمین امروزه موضوعیت ندارد. ازدواج مؤقت نه ازدواج صحیح است و نه ملک یمین. زیرا، احکامی را که قرآن کریم مانند: طلاق، عدت، ارث، نفقه و نظیر اینها برای ازدواج تعیین نموده است بر ازدواج متعه مانند سایر ازدواج های باطل مرتب نمی گردد. حرمت نکاح متعه براساس احادیثی که فوقاً تفصیل آنها گذشت نیز حرام و باطل است. حرمت نکاح متعه براساس اجماع امت به استثنای فقهای امامیه شیعه ثابت است. از نظر عقلی ازدواج جهت تحقق یکسلسله اغراض اجتماعی چنانچه قبلاً به آن ها اشاره شد، از قبیل: تشکیل خانواده، تولید نسل و ... تشریح گردیده است. در نکاح متعه اهداف فوق متحقق نمی گردد، مگر دفع شهوت.<sup>۱۱۹</sup>

اما، به نظر فقهای امامیه شیعه نکاح متعه جایز و حلال است.<sup>۱۲۰</sup> دلیل فقهای شیعه این آیه قرآن کریم است:

﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ - [النساء/۲۴]

«و از هر کدام از زنان بهره مند شدید، اجوره ای او را به عنوان واجب مالی بپردازید.»  
فقهای سنی «اجورهن» را در این آیه مهر های آنها تفسیر می نمایند. اما، فقهای شیعه همانطور که در این آیه ذکر شده است اجورهن را که اجرت جمع است اجرت و اجوره تلقی می نمایند.  
همانطور که امکان دارد عقد نکاح در منزل و هوتل منعقد شود، امکان دارد عقد نکاح در محکمه هم توسط قاضی منعقد گردد.

### عقد نکاح در محاکم

پرسش 51:

۱۱۹. وهبة الزحيلي (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۵۵۸؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۲۴۵ و ۱۲۴۶.  
۱۲۰. جهت معلومات مزید در این باره و بررسی مبانی دلایل حلیت نکاح متعه در فقه امامیه ر.ک: وهبة الزحيلي (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص 6552-6554؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص 1240 و سایر منابع فقهی فقه شیعه و در حقوق مدنی به: ناصر کاتوزیان (۱۳۸۲). حقوق مدنی: خانواده، جلد (۱)، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص 89، 91، 150، 151، 175 و 177.



عقد نکاح دختر و پسر بدون وجود دعوی در محاکم چطور است؟ همچنین، دختران و پسران که مرتکب فعل شنیع زنا شده اند، قبل از تکمیل مراحل محاکماتی، خواهان عقد نکاح در محاکم می شوند. در این مورد چطور اجراءات صورت گیرد؟

#### توضیح:

در انجام عقد نکاح متقاضیان، که طبق قانون و شرع در محکمه با صلاحیت صورت گیرد، کدام ممانعتی وجود ندارد. محاکم حین تصمیم به اجرای عقد نکاح، تمامی شرایط شرعی و قانونی را در نظر گرفته و به انعقاد عقد نکاح طرفین متقاضی اقدام نمایند.<sup>۱۲۱</sup>

#### مبحث دوم) شروط عاقدان

عاقد اسم فاعل از ریشه «عقد» است که جمع آن عاقدین است که در لغت به معنی کسانی است که عقد را بسته می نمایند. در اصطلاح حقوق مدنی در مفهوم محدود عاقدین کسانی اند که عقد را برای خویش می بندند. طبق ق. م برای صحت و نفاذ عقد ازدواج در عاقدین رعایت شرایط ذیل ضروری است:

#### گفتار اول) کمتر نبودن سن دختر از پانزده سالگی

طبق ماده ۷۱ فقره دوم ق. م: «عقد نکاح دختر صغیره کمتر از پانزده سال به هیچ وجه جواز ندارد». در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق این قاعده عقد نکاح دختر صغیره کمتر از پانزده سال به هیچ وجه جواز ندارد. صغیره اسم مؤنث صغیر از صغر گرفته شده است که در لغت به معنای کوچکی، خردی و کم سن و سال بودن است و در اصطلاح فقهی و حقوقی به حالت شخص از زمان زاده شدن تا هنگام بلوغ صغر و به شخصی که چنین وضعیتی دارد، صغیر (مذکر) و صغیره (مؤنث) می گویند.<sup>۱۲۲</sup>

طبق نص ماده ۷۱ ق. م ازدواج صغیره کمتر از ۱۵ سال جواز ندارد اعم از این که این ازدواج توسط خود صغیره صورت بگیرد یا توسط وکیل و یا ولی او. به حیث مثال، اگر حمیده چهارده ساله یا چهارده ساله و یازده ماهه باشد نمی تواند ازدواج نماید. همچنین، دیگران مانند پدر، برادر و نظیر اینها نمی توانند حمیده را به نکاح دیگران درآورند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده ممنوعیت ازدواج صغار کمتر از پانزده سال است.

۱۲۱. \_\_\_\_\_ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۱۴۹.  
۱۲۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۱۳.

### عدم جواز نکاح صغیره زیر سن (۱۵) سال

پرسش 43:

قبلاً در رابطه به عقد نکاح صغیره کمتر از سن پانزده سال که توسط ولی آن صورت می گیرد از صحت و عدم صحت آن در صورت بروز دعوی پرسش به عمل آمده بود که مقام عالی ستره محکمه طی متحدالامال شماره (2375-2425) مورخ 5/7/1386 محاکم را مکلف به رعایت قوانین خصوصاً فقره (2) ماده (71) قانون مدنی نمود. اما آنچه اکنون قابل پرسش دانسته می شود این است که نکاح مذکوره به نسبت عدم جواز قانونی، باطل شمرده می شود یا فاسد؟ در صورت بطلان نکاح در مورد آثار مرتبه آن از قبیل دعوی نسب، میراث، نفقه، مهر و ... محاکم چه نوع اجراءات را مدنظر داشته باشند؟

توضیح:

نکاح صغیره زیر پانزده سال، به اساس فقره (2) ماده (71) قانون مدنی به هیچ وجه جواز ندارد. بنابراین، نکاح با صغیره قانوناً جواز نداشته و عدم جواز قانونی، در حکم نکاح فاسد بوده و حکم نکاح فاسد قبل از دخول، در حکم نکاح باطل و بعد از دخول، ثابت کننده مهر، نسب، حرمت مصاهره، عدت و نفقه می باشد چنانچه در ماده (97) قانون مدنی بیان گردیده است.<sup>۱۳۳</sup>

### مکلفیت قضات در مرحله اول به تطبیق قانون

متحد المال شماره ۲۳۷۵ الی ۲۴۲۵ مؤرخ ۵ / ۷ / ۱۳۸۶ ریاست دارالانشاء شورای عالی

ستره محکمه

ریاست محکمه استیناف ولایت پنجشیر طی استهدائیه ۹۸۸ مؤرخ ۴/۶/۱۳۸۶ طالب معلومات ذیل

گردیده است:

[...]

۲- مطابق فقره ۲ ماده ۷۱ قانون مدنی عقد نکاح صغیره کمتر از سن پانزده به هیچ وجه جواز ندارد. در بسا موارد دیده می شود که عملاً نکاح صغیره کمتر از سن پانزده سال نظر به عرف و شرع اسلامی به اساس ولایت ابویت صورت می گیرد. هرگاه چنین موضوع منجر به دعوی شود محکمه در برابر نکاح صغیره کمتر از سن پانزده سال چه نوع تصمیم بگیرد؟ آیا نکاح مذکور را به حیث نکاح صحیح مطابق شرع و عرف قبول نماید و یا طبق هدایت ماده قانون مدنی عقد نکاح مذکوره را باطل بداند.

[...]

موارد فوق جهت ابراز نظر به ریاست تدقیق و مطالعات ارجاع گردید که در زمینه چنین ابراز نظر گردیده است:

[...]

جواب بند دوم: مطابق فقره دوم ماده ۱۳۰ قانون اساسی در مواردی که قوانین صراحت داشته باشد قضات مکلف به رعایت و تطبیق احکام قانون می باشد و در مواردی که قوانین صراحت نداشته باشد موضوع مطابق شریعت اسلام طوری حل و فصل می شود که عدالت به بهترین وجه تامین گردد.

[...]

حینی که نظر تدقیقی با سوابق مربوط به استهداء به مقام محترم شورای عالی ستره محکمه پیشنهاد شد طی مصوبه ۵۲۵ مؤرخ ۱۳۸۲/۶/۲۰ هدایت ذیل صادر گردید:

«نظر تدقیقی ریاست تدقیق و مطالعات عیناً تأیید گردید، به جمیع محاکم متحدالماً اخبار گردد.» ۱۲۴.

چنانچه ملاحظه می گردد سؤال محکمه استیناف ولایت پنجشیر در خصوص بررسی مطابقت ماده ۷۱ قانون مدنی با فقه اسلامی نیز بوده است. اما، ستره محکمه به آن پاسخ نداده است و قضات را در قدم نخست مکلف به تطبیق احکام قانون نموده است. در حالی که به نظر می رسد نص این ماده مخالف با فقه است.

به طور کلی، دلایل ازدواج صغار قرار ذیل است: (۱) محرومیت از ادامه تحصیل؛ (۲) پی نبردن به مفهوم زندگی؛ (۳) ناتوانی در تربیه اطفال؛ (۴) احتمال ارتکاب جرم؛ (۵) جدایی های بی موجب با شوهر؛ (۶) فراهم نمودن مداخله بی مورد فامیل های دیگر؛ (۷) ناتوانی در اداره خانواده؛ (۸) بیماری های ولادی؛ (۹) خشونت های فامیلی و خودکشی؛ (۱۰) تولد اولاد ناقص و ناسالم؛ (۱۱) احتمال مرگ هنگام ولادت؛ و (۱۲) احساس حقارت و ناتوانی.

پرسش این است که چی ضمانت اجرای برای عدم ازدواج صغار وجود دارد؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که ق. م. خ. ع. ز تزویج صغار را جرم شمرده است. ماده ۲۸ ق. م. خ. ع. ز در این مورد حکم می نماید که: «هرگاه شخص زن را که سن قانونی ازدواج را تکمیل نکرده و بدون رعایت حکم مندرج ماده (۷۱) قانون مدنی به عقد نکاح در آورد، حسب احوال به حبس متوسط که از دو سال کمتر نباشد، محکوم و نکاح در صورت مطالبه زن، مطابق احکام قانون فسخ می گردد.» تحلیل این ماده در فصل نامزدی گذشت.

گفتار دوم) تکمیل سن شانزده سالگی برای دختر و هجده سالگی برای پسر

ماده ۷۰ ق. م می گوید: «اهلیت ازدواج وقتی کامل می گردد، که ذکور سن ۱۸ و اناث شانزده سالگی را تکمیل کرده باشند.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم سن ازدواج است. از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که اهلیت ازدواج وقتی تکمیل می شود که پسران سن هجده سالگی و دختران سن شانزده سالگی را تکمیل نمایند. اهلیت از اهل گرفته شده که در لغت به معنی صلاحیت، شایستگی و توانایی است<sup>۱۲۵</sup> چنانچه به عنوان مثال گفته می شود: فلان شخص اهل این کار است؛ یعنی: توانایی و شایستگی انجام دادن آن را دارد، یا گفته می شود که: کار باید به اهل آن سپرده شود.<sup>۱۲۶</sup> در اصطلاح فقهی، به شایستگی شخص برای ثبوت و وجوب حقوق مشروعه برای او و بر او و صحت تصرفاتش اهلیت گویند.<sup>۱۲۷</sup> در اصطلاح حقوقی نیز اهلیت صلاحیتی است که شخص برای دارا شدن و اجرای حق و تکلیف دارد.<sup>۱۲۸</sup>

پرسش این است که چرا قانونگذار مدنی سن اهلیت ازدواج دختر را شانزده سالگی و سن پسر را هجده سالگی تعیین نموده است؟ در پاسخ به این پرسش برخی نویسندگان به این نظر اند که معمولاً دوره بلوغ دختران قبل از بلوغ پسران است و اکثر ازدواج ها که در دنیا صورت می گیرد معمولاً دختران نسبت به پسران پنج سال سن ایشان کمتر می باشد.<sup>۱۲۹</sup> به حیث مثال، اگر احمد به سن هجده سالگی برسد می تواند ازدواج نماید. همچنین، اگر حمیده به سن شانزده سالگی برسد می تواند ازدواج نماید.

پرسش: ماده (۷۰) قانون مدنی سن ذکور را در اهلیت ازدواج هجده سال و اناث را شانزده سال تعیین نموده است. تعیین سن در اطراف و محلات مشکلات دارد در زمینه تجویز گرفته شود.

**توضیح:**

۱۲۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). اصول الفقه اسلامی، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، جلد (۱)، ص ۱۶۲؛ عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۹۲؛ و وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۶۰.

۱۲۶. محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و المکیة و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائرالاسلامیة، ص ۳۱۶؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸ م). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۷۳۶ و ۷۳۷.

۱۲۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). اصول الفقه اسلامی، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، جلد (۲)، ص ۱۶۳؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۶۰، و محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و المکیة و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائرالاسلامیة، ص ۳۱۶.

۱۲۸. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار داد ها، جلد (۲)، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۱.

۱۲۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۷۱.

مطابق به احکام قانون در تعیین سن نخست تذکره تابعیت مدار اعتبار بوده و در صورت اشتباه بین سن مندرج تذکره تابعیت با ظاهر الحال و یا نداشتن تذکره تابعیت سن اشخاص چه زن و چه مرد توسط اهل خبره تعیین میگردد.

در مورد مصوبه کمیته علمی و ثایق که بعد از تأیید شورای عالی ستره محکمه طی متحدالمال شماره (۱۷۲) الی (۲۱۶) مورخ ۱۳۶۰/۳/۷ ریاست دارالانشاء به مراجع ذی‌علاقه تعمیم گردیده قابل‌تعمیل است.

#### متن متحدالمال:

از آن جایی که ماده (۳۹) قانون مدنی سن رشد را هجده سال مکمل شمسی تصریح نموده است بنا بر آن به ارتباط مندرجات استهدائیه مراتب ذیل قابل توضیح است.

۱- متن ماده (۳۹) قانون مدنی صراحتاً حکم می کند «سن رشد هجده سال مکمل شمسی می باشد» بنا بر آن منظور از سن مندرج ماده متذکره و همچنان سن مندرج ماده (۷۰) قانون مذکور عبارت است از اینکه در حالات مربوط (۱۸) سال کامل و (۱۶) سال کامل شمسی تکمیل گردیده باشد. چون تحویل سال شمسی از یک سال به سال دیگر با تکمیل برج حوت و آغاز برج حمل صورت میگیرد لهذا (۱۸) ساله سال ۱۳۵۹ چنین مفهوم دارد که با آغاز سال ۱۳۶۰ سن هجده سالگی را تکمیل نموده است.

۲- با رعایت حکم ماده (۵۰) قانون مدنی و حکم مندرج ماده (۹۰) تعدیل قانون اجراءات جزائی:

الف: در تعیین سن تذکره تابعیت مدار اعتبار شناخته می شود.

ب: در صورت اشتباه بین سن مندرج تذکره تابعیت با ظاهر الحال و یا نداشتن تذکره تابعیت سن اشخاص چه زن و چه مرد توسط اهل خبره (طب عدلی، مراکز صحتی و سایر مراجع و اشخاص خبیر و وثیقه تعیین می گردد.

۳- جواب توضیحی فوق بعد از ملاحظه و تأیید شورای عالی ستره محکمه به مراجع مربوط تعمیم گردد. ۱۳۰

در خصوص این ماده متحدالمال ستره محکمه نیز وجود دارد که در ذیل ذکر می گردد:

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۵)

۱- (مواد ۳۹-۷۰-۷۱) قانون مدنی با همدیگر متناقض به نظر می رسد. در روشنی احکام شریعت فابل توضیح است.

۲- در ماده (۳۹) قانون مدنی سن قانونی (۱۸) سال تعیین شده در حالی که در سن کمتر از ۱۸ سال صاحب اولاد می شود. اگر زن یا مرد کمتر از سن (۱۸) سال با اولاد خود مراجعه کند آیا ناقص اهلیت شناخته میشوند یا نه؟

توضیح:

۱- بین مواد متذکره تناقض وجود ندارد چه ماده (۳۹) احکام مربوط به اهلیت در معاملات را به صورت عمومی و ماده (۷۰) اهلیت را در موارد خاص آن که عبارت از عقد ازدواج است تنظیم نموده است و ماده (۷۱) قانون مدنی با انفاذ فرمان شماره هفتم شورای انقلابی دیموکراتیک افغانستان ملغی شناخته می شود.

۲- مطابق ماده ۳۹ قانون مدنی اهلیت برای اجرای معاملات وقتی کامل می شود که زن و مرد سن (۱۸) را تکمیل کرده باشند تفاوت دو سال در سن مرد و زن صرف در موضوع ازدواج اعتبار دارد و شخص کمتر از (۱۸) سال کامل گر چه صاحب اولاد هم باشد واجد اهلیت مدنی نمی باشد.<sup>۱۳۱</sup>

آنچه قبلاً گفته شد، در باره نکاح اشخاص عاقل و بالغ بود. سؤال این است که آیا نکاح صغار و مجانبین جواز دارد یا خیر؟ در صورتی که جواب سؤال فوق مثبت باشد آیا صغار و مجانبین می توانند عقد ازدواج خویش را مباشرتاً منعقد نمایند یا خیر؟ در پاسخ به سؤال اول در فقه دو نظریه به ترتیب ذیل وجود دارد:

۱) نظر ابن شبرمه، ابوبکرالاصم و عثمان البتی: عده ای از فقهاء مانند: ابن شبرمه، ابوبکرالاصم و عثمان البتی به این نظر اند که ازدواج صغار جواز ندارد، زیرا:

۱- خداوند ﷻ فرموده است:

﴿وَابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ [النساء/ ۴- ۵]

«ایتام را آزمایش نمایید تا اینکه به سن نکاح برسند.»

۲- بر ازدواج صغار قبل از رسیدن به سن بلوغ هیچ نوع فایده مرتّب نمی گردد، زیرا هدف از ازدواج رفع غریزه جنسی و تولید نسل است که اهداف فوق در ازدواج صغار متحقق نمی گردد.<sup>۱۳۲</sup>

۱۳۱. \_\_\_\_\_ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۰۲.  
۱۳۲. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۴.

۲) نظر جمهور فقهاء: جمهور فقها بر این نظر اند که ازدواج صغار و مجانین جواز دارد، زیرا عقل و بلوغ شرط صحت ازدواج تلقی نمی گردند.<sup>۱۳۳</sup> در جواز تزویج صغار فقهای مذکور به دلایل زیر استناد می نمایند:

۱- بیان عدت صغیره: بیان عدت صغیره سه ماه است و در این مورد خداوند تَعَالَى می فرماید:

﴿ وَاللَّائِي يئْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعَدَّتْهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ - [الطلاق / ۴]

«بر زنانی از شما که از حیض نومید شده اند (زنان یانسه) اگر شک دارید عدت آنها سه ماه است و دخترانی که هنوز عادت ماهانه پیدا نکرده اند (نیز عدت شان سه ماه است) و مدت زمان عدت زنان حامله، وضع حمل آنها است.».

خداوند تَعَالَى عدت صغیره را مانند یانسه سه ماه تعیین کرده است و عدت متحقق نمی گردد، مگر

بعد از طلاق و جدایی زوجین از همدیگر؛

۲- امر به نکاح ایمن: زیرا خداوند تَعَالَى می فرماید:

﴿ وَانْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ ﴾ - [النور: ۳۲]

«به شوهر دهید زنان ایمن خویش را.».

و ایمن بر زنانی اطلاق می گردد که شوهر نداشته باشند اعم از اینکه صغیره باشند و یا کبیره؛

۳- ازدواج پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ با عایشه رَضِيَ اللهُ عَنْهَا: پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ با ام المؤمنین حضرت عایشه رَضِيَ اللهُ عَنْهَا در حالی که صغیره بود و توسط حضرت ابی بکر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ به نکاح پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ در آورده شد<sup>۱۳۴</sup> و ازدواج ام کلثوم دختر حضرت علی رَضِيَ اللهُ عَنْهُ در حالی که صغیره بود و به نکاح عروه بن زبیر در آورده شد و به نکاح برادرزاده هایی عروه بن زبیر در حالی که صغیر بودند و توسط عروه بن زبیر به عقد هم در آورده شدند، استناد می نمایند.<sup>۱۳۵</sup> در نتیجه، ولی می تواند دختر و پسر صغیر و صغیره خویش را به نکاح دیگری در بی آورد.

باوجوداین، طبق فقه حنفیه در صورتی که چنین ازدواج توسط پدر و پدر کلان منعقد گردد، دختر صغیره بعد از رسیدن به سن بلوغ به سبب شفقت و صاحب رأی بودن پدر و پدر کلان دارای خیار فسخ نیست. اما، در صورتی که چنین ازدواج توسط غیر از پدر و پدر کلان منعقد گردد، دختر صغیره خیار فسخ دارد. زیرا، حضرت ابوبکر صدیق احضرت عایشه رَضِيَ اللهُ عَنْهَا را که هنوز به سن بلوغ

۱۳۳. همان، وهبة الزحيلي، جلد (۹)، ص ۶۶۸۲.

۱۳۴. امام بخاری و مسلم روایت می کنند که زمانی پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حضرت عایشه رَضِيَ اللهُ عَنْهَا را تزویج نمود هفت ساله بود. در سن ده سالگی به منزل پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تشریف برد و در سن سیزده سالگی حضرت پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ با وی زفاف نمود (وهبة الزحيلي (\_\_\_\_)). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۶۸۳.

۱۳۵. همان، وهبة الزحيلي، جلد (۹)، ص ۶۶۸۲.

نرسیده بود به نکاح پیامبر ﷺ آورد و زمانی که حضرت عایشه رضی الله عنها به سن بلوغ رسید دارای خیار فسخ نبود.

برعکس، امام ابو یوسف رضی الله عنه بر این نظر است که: ولی غیر از پدر و پدر کلان نیز مانند پدر و پدر کلان هستند. بنابراین، هرگاه ازدواج دختر صغیره توسط غیر از پدر و پدر کلان نیز منعقد گردد، دختر صغیره بعد از رسیدن به سن بلوغ خیار فسخ ندارد.<sup>۱۳۶</sup> در ازدواج صغار ق. م راه وسط را اختیار نموده است. زیرا، ق. م تزویج صغار کمتر از پانزده سال را توسط اولیای آنها جایز ندانسته است که بحث آن گذشت.

#### گفتار سوم) مذکر و مؤنث بودن عاقدین

در زن شرط است انوئت زن ثابت باشد. بنابراین، ازدواج مرد بامرد برخلاف آنچه در امریکا و اروپا معمول است و یا مرد با خنثی مشکل: یعنی؛ شخصی که زن و مرد بودنش معلوم نباشد منعقد نگردیده و باطل پنداشته می شود.<sup>۱۳۷</sup>

این شرط در ق. م به صورت صریح پیش بینی نشده است. اما، به نظر می رسد می توان این شرط را از ماده ۶۰ ق. م که می گوید: ازدواج عقدی است که معاشرت زن و مرد را به مقصد تشکیل فامیل مشروع گردانیده [...]» استنباط کرد، زیرا در نص این ماده قانونگذار مدنی از مرد و زن سخن می گوید. مفهوم مخالف این ماده این است که ازدواج مرد با مرد و یا زن با زن و یا مرد با خنثی مشکل مجاز نیست. علاوه بر این، به نظر حنفیه ارکان ازدواج صرف ایجاب و قبول است. ولی، به نظر جمهور فقهاء ارکان ازدواج عبارت اند از: صیغه: یعنی؛ ایجاب و قبول، زوج، زوجه، و ولی آنها<sup>۱۳۸</sup> اما، برخی استادان علاوه بر ایجاب و قبول، زنده بودن طرفین و دو جنس بودن طرفین را نیز ارکان ازدواج تلقی می نمایند.<sup>۱۳۹</sup>

زنده بودن طرفین من حیث رکن ازدواج محل انتقاد به نظر می رسد. زیرا، هیچ ایجاب و قبولی نمی تواند صورت بگیرد، مگر اینکه طرفین در قید حیات قرار داشته باشند. بنابراین، تلقی کردن زنده بودن طرفین من حیث رکن عقد ازدواج بی فایده به نظر می رسد و ایجاب و قبول کافی است. دو جنس بودن طرفین طبق فقه اسلامی، رکن عقد ازدواج نیست، بلکه شرط انعقاد عقد ازدواج است. زیرا، فقهاء بر این نظر اند که جهت انعقاد عقد ازدواج شرط است که انوئت زن متحقق باشد. بنابراین، ازدواج مرد با مرد و مرد با خنثی مشکل باطل است.

۱۳۶. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۷ و ۱۸.

۱۳۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۵۳۴؛ و عبدالرحمن الجزیری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، صص ۱۵.

۱۳۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۵۲۱.

۱۳۹. ر. ک: عبدالقادر عدالتخواه (۱۳۸۷). حقوق فامیل، چاپ اول، کابل: انتشارات میوند، صص ۶۲.



ازدواج مرد با مرد امری است که امروزه در امریکا و اروپا مثلاً آلمان مروج است. قانون زندگی مشترک جرمنی (civil partnership act) که از سال ۲۰۰۱ به این طرف نافذ است، این زمینه را فراهم نموده است تا دو شخص که دارای یک جنس اند و قصد گذراندن زندگی مشترک را به همدیگر دارند، زندگی مشترک (partnership) خویش را در مراجع مربوط ثبت نمایند. در بسیاری از موارد زندگی مشترکی تابع آثار حقوقی ازدواج است.<sup>۱۴۰</sup>

به نقل از شبکه تلویزیونی بی بی سی تاکنون (۲۷/ جون/ ۲۰۱۵) در ۳۶ ایالت ایالات متحده امریکا ازدواج همجنس ها قانونی و در ۲۴ ایالات دیگر غیر قانونی است. دیوان عالی ایالات متحده امریکا در یکی از تصامیم ازدواج همجنس ها را یکی از حق ها اساسی عنوان کرد و ازدواج دو شخص همجنس را در سراسر امریکا قانونی اعلام کرد. در ایرلند در سال ۲۰۱۴ ازدواج همجنسگرا ها قانونی اعلام شد. ازدواج همجنس ها در فرانسه، بلژیک، انگلستان و ... قانونی است. اما، شرع اسلامی، چنانچه در فوق بیان شد، چنین ازدواج ها را منع نموده است. راجع به ازدواج دو شخص همجنس دیدگاه های مختلف وجود دارد. مخالفین این نوع ازدواج بر این نظر اند که:

- ۱) این نوع ازدواج مخالف مفهوم سنتی ازدواج که میان یک مرد و یک زن صورت می گیرد است.
- ۲) ازدواج دو شخص همجنس مخالف فطرت و طبیعت پاک انسانی است، زیرا انسان پاک فطرت نfert دارد از این که با شخص همجنس خویش رابطه جنسی برقرار نماید.
- ۳) ازدواج دو شخص همجنس و تأمین رابطه جنسی از طریق غیر معمول موجب شیوع امراض می شود.

۴) ازدواج دو شخص همجنس موجب انقراض نسل بشر می شود، زیرا در این نوع ازدواج یکی از اهداف عقد ازدواج که تولید نسل است منتفی است.

۵) ازدواج دو شخص همجنس نقش پدر و مادر بودن را منتفی می نماید و شخصی که در چنین خانواده ای به فرزندی گرفته می شود از عشق مادری یا پدری محروم می شود و امکان دارد در آینده دچار اختلالات روانی گردد.

۶) ازدواج دو شخص همجنس مخالف آموزه های دینی و موجب تعزیر است.

اما، دلایل موافقین قرار ذیل است:

۱) ازدواج دو شخص همجنس موجب نفی تبعیض و برابری شهروندان می شود و همجنسگرا ها که در گذشته نمی توانستند از حقوق یک خانواده بهره مند شوند، از برخی حقوقی برخوردار می شوند.

۲) ازدواج دو شخص همجنس پدیده مدرن نیست، بلکه در گذشته هم وجود داشته است، مانند قوم لوط منتها در گذشته این امر علنی نبوده است.

۳) مشکل داشتن طفل را می توان از طریق فرزند خواندگی حل کرد.

گفتار چهارم) در نکاح بدل برای هر یک از دخترها مهر مثل پرداخت شود

طبق ماده ۶۹ ق. م: «در عقد ازدواج، زن بدل زن دیگر قرار نگرفته و برای هر یک از زوجه ها مهر مثل لازم می گردد.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن جواز ازدواج بدل مشروط بر این که برای هر یک از دختران مهر مثل پرداخته شود است. تصور عمومی و رسانه در افغانستان این است که ازدواج بدل جواز ندارد. اما، از نص این ماده دو حکم قابل استنباط به نظر می رسد:

نخست این که در عقد ازدواج یک زن بدل زن دیگر قرار نمی گیرد. به حیث مثال، اگر احمد دختر محمود را برای پسر خود بگیرد و در عوض دختر خود را به پسر محمود بدهد، دختر احمد و دختر محمود بدل همدیگر قرار می گیرند.

دوم این که اگر یک زن بدل زن دیگر قرار بگیرد، ضمانت اجرای این شرط نیز در این ماده پیش بینی شده است که عبارت از لازم شدن مهر مثل برای هر یک از زن ها است. به حیث مثال، در مثال فرضی بالا برای دختران احمد و محمود مهر مثل لازم می گردد. بنابراین، پسر احمد و پسر محمود مکلف اند مهر مثل به زوجه های خویش پرداخت نمایند. تعریف مهر مثل در مبحث مهر خواهد آمد. طبق نص این ماده نکاح شغار مشروط بر این که برای هر یک از دختران مهر جداگانه تعیین شود و یک دختر مهر دختر دیگر قرار نگیرد جواز.

نکاح شغار که در زبان عرف «بدلک» نامیده می شود عبارت از نکاحی است که ولی خواهر یا دختر خود را به شرطی به نکاح دیگری در می آورد که او هم خواهر یا دختر خود را راضی به ازدواج با او بنماید و این مبادله به صورتی باشد که برای هر یک از آنها مهر جداگانه معین نشود و «بضع» هر یک از دختر ها مهر دیگری قرار بگیرد. چون «بضع» مال نیست، نکاح شغار به اتفاق نظر فقها جز حنفیه باطل است، زیرا پیامبر ﷺ از این امر نهی نموده است. ولی، فقهای حنفیه می گویند هرگاه پس از اتمام عقد ازدواج برای هر یک از دختران مهر جداگانه معین شود، نکاح صحیح است.<sup>۱۴۱</sup>

در این خصوص ق. م از نظر فقهای حنفی به نظر می رسد که پیروی نموده است. در خصوص ازدواج بدل ماده ۶۷۴ کد جزا می گوید: «شخصی که در عقد ازدواج، زنی را بدون رضایت وی

۱۴۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۷۶۹؛ اسعد محمد سعید الصاغرچی (\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۱)، پاکستان: چاپ کتابخانه رشیدی، صص ۳، ۱۹۱ و ۱۹۲؛ عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۹۹ و ۱۰۰.

منحیث بدل مهر زن دیگر به نکاح بدهد یا بگیرد، نکاح دهنده و نکاح گیرنده به حبس قصیر شش ماه یا جزای نقدی سی هزار افغانی محکوم می‌گردد.». طبق نص این ماده به نظر می‌رسد که در صورتی که هر یک از دخترها مهر دختر دیگر قرار نگیرد جواز داد. اما، اگر یک زن بدل مهر زن دیگری قرار بگیرد و دخترها بدل شوند، نکاح دهنده و نکاح گیرنده هر دو به حبس شش ماه یا جزای سی هزار افغانی محکوم می‌گردند.

به حیث مثال، اگر احمد خواهر خود ذاکره را به محمود بدهد و محمود خواهر خود حمیده را به احمد بدهد و برای هر یک از دخترها مهر معین نمایند و حمیده مهر ذاکره و ذاکره مهر حمیده قرار گیرد، احمد و محمود به جزای شش ماه حبس یا سی هزار افغانی محکوم می‌گردند. اما، هرگاه برای ذاکره و حمیده مهرهای جداگانه قرار دهند، این ازدواج طبق ق. م و کد جزا جواز دارد. ازدواج‌های بدل در عرف هم معروف است. اما، برای هر یک از دخترها مهرهای جداگانه تعیین می‌شود.

#### گفتار پنجم) رضایت طرفین

ماده ۷۷ ق. م هرچند رضایت طرفین را شرط صحت عقد ازدواج نمی‌داند. ولی، طبق ق. م ازدواج عقد است و طبق ماده ۵۰۵ ق. م: «شرط صحت عقد عبارت از رضایت طرفین بدون اکراه است.». هرچند این ماده در مبحث قواعد عمومی عقود تسجیل شده است، اما به نظر می‌رسد می‌توان نص این ماده را بر عقد ازدواج نیز تطبیق داد و نتیجه گرفت که در عقد ازدواج نیز یکی از شرایط صحت عقد ازدواج رضایت طرفین است. در فقه و حقوق بسیاری از فقها و حقوقدانان رضایت را شرط صحت ازدواج می‌دانند. طبق نظر حقوقدانان و فقهاء هرگاه عقد ازدواج در حالت مستی، بی‌هوشی، اشتباه و اکراه منعقد گردد به سبب فقدان قصد و رضا باطل پنداشته می‌شود.<sup>۱۴۲</sup>

پرسش این است که ضمانت اجرای نکاح بدون رضایت طرفین چیست؟ در پاسخ به این پرسش ماده ۲۶ ق. م. خ. ع. ز در این مورد حکم می‌نماید که: «هرگاه شخص، زنی را که سن قانونی ازدواج را تکمیل نموده بدون رضایت وی نامزد یا به عقد نکاح در آورد، حسب احوال به حبس متوسط که از دو سال کمتر نباشد محکوم، نامزدی و نکاح مطابق احکام قانون فسخ می‌گردد.». تحلیل این ماده در مبحث نامزدی گذشت.

از آنچه گفته شد این نتیجه به دست می‌آید که در ق. م و قوانین متمم ق. م نص صریح‌الی سال ۱۴۰۰ در خصوص رضایت طرفین در عقد ازدواج وجود نداشت و بنابراین در این خصوص خلا

۱۴۲. جهت معلومات مزید درباره رضایت طرفین در عقد ازدواج ر. ک: وهبة زحیلی (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، صص ۹۸ و ۹۹؛ شیخ محمود شلتوت (۱۳۸۲). اسلام آئین زندگی، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۲۳۲؛ سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۳۵۱؛ و ناصر کاتوزیان (۱۳۸۲). حقوق مدنی: خانواده، جلد (۱)، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۵۷ و ۵۸.

وجود داشت. این خلا را فرمان شماره ۳۹۵ مؤرخ ۱۴۴۳/۱/۲۸ هجری قمری امیر امارت اسلامی رفع کرد. ماده ۱ این فرمان تصریح می نماید: «رضایت دختران بالغ در اثناى نکاح ضرورى است (البته نکاح با کفو (هممثل) باشد و خطر فتنه و فساد در آن باشد. هیچ کس زن را به نکاح مجبور نمى تواند.».

همچنین، ماده ۳ این فرمان تصریح می نماید: «پس از وفات شوهر، هرگاه عدت شرعى (چهار ماه و ده روز یا وضع حمل) سپری شود، زن بیوه را نه برادر شوهر به زور به نکاح گرفته مى تواند و نه کسی دیگری. زن بیوه در مورد نکاح و تعیین سرنوشت خود صاحب اختیار است (البته که اصل کفو (هممثل بودن) و جلوگیری از فتنه و فساد در نظر گرفته شده باشد).».

در مورد رضایت طرفین در عقد ازدواج در فقه دو نظریه وجود دارد: جمهور فقها بر این عقیده اند که رضایت و اختیار طرفین و عدم اکراه آنها شرط صحت ازدواج است و این نظر میان فقهاء مشهور و راجح است. بنابراین، هرگاه یکی از طرفین عقد از طریق قتل، ضرب و جرح شدید و حبس دوام مورد تهدید قرار بگیرد، و در نتیجه حاضر به انعقاد عقد گردد چنین عقدی فاسد است. زیرا، از حضرت عایشه رضی الله عنها روایت است که:

«أَنَّ فَتَاةً - هِيَ الْخُنُسَاءُ ابْنَةَ خَدَامِ الْأَنْصَارِيَّةِ دَخَلَتْ عَلَيْهَا، فَقَالَتْ: إِنَّ أَبِي زَوَّجَنِي مِنْ ابْنِ إِخِيهِ يَفْعُ بِنِي خَسِيسَةً، وَ أَنَا كَارِهَةٌ، قَالَتْ إِجْلِسِي حَتَّى يَأْتِيَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فَجَاءَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فَأَخْبَرَتْهُ، فَأَرْسَلَ إِلَيَّ أَبِيهَا، فَدَعَا، فَجَعَلَ الْأَمْرَ إِلَيْهَا، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ! قَدْ أُجِزْتُ مَا صَنَعَ أَبِي وَلَكِنْ أُرِدْتُ أَنْ أَعْلَمَ النِّسَاءُ أَنْ لَيْسَ لِلْأَبَاءِ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ.» ۱۴۳

«خنساء دختر خدام انصاری نزد پیامبر صلی الله علیه و آله آمد و گفت: پدرش می خواهد او را به برادرزاده اش تزویج نماید، ولی او راضی نیست. پیامبر صلی الله علیه و آله اختیار موضوع را به خود او واگذار کرد. آنگاه خنساء گفت: من کار پدرم را تنفیذ می نمایم، ولی خواستم زنان بدانند که پدران شان در این امر مهم حقی ندارد.».

این حدیث به وضوح دلالت می نماید که: رضایت شرط صحت عقد ازدواج است و اکراه آن را معدوم می نماید. پس، ازدواج توأم با اکراه صحیح نیست. ۱۴۴ به نظر فقهای متقدم حنفی رضا شرط صحت عقد نکاح نیست. پس، ازدواج و تصرفاتی مانند ازدواج از قبیل طلاق با اکراه و هزل (شوخی) صحیح است. زیرا مکره قصد عقد ازدواج را دارد، اما نسبت به حکمی که بر آن مرتب می

۱۴۳. اخراجه النسائي عن عايشة رضی الله عنها.  
 ۱۴۴. وهبة الزحيلي ( ). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويته: انتشارات مكتب رشديه، صص ۶۵۶۷ و ۶۵۶۸.

شود راضی نیست. پس، او مانند هازل (شوخی) است و هزل مانع صحت ازدواج نیست به دلیل این قول پیامبر ﷺ که می فرماید: ۱۴۵

«ثَلَاثٌ جِدْهِنَّ جِدٌّ وَ هَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ وَالرَّجْعَةُ.» ۱۴۶

«سه چیز جدی و شوخی بودن شان جدی گرفته می شود: نکاح، طلاق و رجعت.»

فقههای معاصر حنفیه بر این نظر اند که مانند عقد بیع رضاء شرط اساسی صحت عقد ازدواج است. زیرا، خداوند ﷻ می فرماید:

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ - [النساء / ۲۹]

«ای کسانی که ایمان آورده‌اید اموال همدیگر را به ناروا مخورید مگر آنکه داد و ستدی با تراضی یکدیگر از شما [انجام گرفته] باشد و خودتان را مکشید زیرا خدا ﷻ همواره با شما مهربان است.»

پس، در صورتی که در عقد بیع رضایت طرفین شرط باشد، در عقد ازدواج به صورت اولی شرط است. زیرا، عقد ازدواج مهم تر از عقد بیع است. در دوره جاهلیت زنان را بدون رضایت آنها به ازدواج دیگران در می آوردند و اسلام این امر را نهی نمود. پیامبر ﷺ در این مورد فرمود:

«لَا تُنْكَحِ الْأَيِّمَ حَتَّى تَسْتَأْمَرَ وَلَا بِكْرَ حَتَّى تَسْتَأْذِنَ، قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ! كَيْفَ إِذْهَبَا؟ قَالَ: أَنْ سَكَتَا.» ۱۴۷

«زن بیوه را نکاح ننمایید تا اینکه اجازه نگیرید و دوشیزه را نیز تا وقتی که اجازه ندهد، نکاح ننمایید. گفتند: یا رسول الله ﷺ! اذن دوشیزه چگونه است؟ گفت: سکوت او اجازه و رضایت او است.»

همچنین فقههای حنفیه به حدیث خنساء دختر خدام که فوقاً تذکر یافت استناد می نمایند. بنابراین، به نظر فقههای حنفیه با توجه به دلایل فوق، رضای طرفین شرط اساسی صحت عقد ازدواج است. روی همین دلیل، صاحب درالمختار شنیدن کلام را توسط عاقدین در عقد ازدواج شرط نموده است تا رضای طرفین تحقق یابد. ۱۴۸

#### مبحث سوم) ایجاب و قبول توسط اولیای طرفین

۱۴۵. همان، وهبة الزحيلي، جلد (۹)، ص ۶۵۶۶؛ عبدالرحمن الجزائري (\_\_\_\_). الفقه على المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۲۱؛ و مُحَمَّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه على المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفى جبارى و حميد مسجد سرايى، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۳۰.

۱۴۶. رواه الخمسه إلا النسائي عن ابى هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

۱۴۷. متفق عليه عن ابى هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

۱۴۸. عبدالحميد محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفى فى ثوبه الجديد، جلد (۲)، پاکستان: چاپ مکتب حقانيه، صص ۶۲ و ۶۳.

در افغانستان به دلیل حاکم بودن سنت ها معمولاً ازدواج ها توسط ولی منعقد می گردد. زیرا، دختر به خلاف جمهوری اسلامی ایران، ترکیه و برخی ممالک اسلامی دیگر در محفل عقد نکاح که معمولاً در افغانستان در حضور مردان صورت می گیرد، نمی آید. باوجوداین، قانونگذار مدنی صلاحیت ولی در عقد ازدواج را به دلیل قدرت دادن بیشتر به دختر شرط صحت ازدواج تلقی نمی نماید. به نظر می رسد طبق ق. م حضور ولی در عقد ازدواج شرط صحت آن نیست. در خصوص ولایت در عقد ازدواج در ق. م قواعد ذیل وجود دارد:

۱) طبق ماده ۷۷ ق. م: «برای صحت عقد نکاح و نفاذ آن شرایط آتی لازم است: ۱) انجام ایجاب و قبول صحیح توسط عاقدین، اولیاء یا وکلای شان.» طبق نص این ماده به نظر می رسد قانونگذار مدنی حضور ولی را شرط صحت ازدواج تلقی ننموده است. اما، طبق نص این ماده ایجاب و قبول می تواند علاوه بر طرفین توسط اولیای آنها انجام شود. اولیاء جمع ولی است. ولی در لغت به معنی فرمانروا، پادشاه، دوستدار، خویشاوند، متولی امر و کارساز است. به نظر احناف، ولایت عبارت از عملی نمودن تصمیم وخواست در مورد دیگری است اعم از اینکه راضی باشد یا خیر.<sup>۱۴۹</sup>

۲) طبق ماده ۷۱ فقره اول ق. م: «هرگاه دختری که سن مندرج ماده (۷۱) این قانون را تکمیل نکرده باشد، عقد ازدواج وی تنها توسط پدر صحیح التصرف یا محکمه با صلاحیت صورت گرفته می تواند.» طبق نص این ماده عقد ازدواج دختران میان سن پانزده و شانزده سال تنها توسط پدر صحیح التصرف نه سایر اولیاء مانند کاکا، برادر و پدر کلان صورت می گرفت. بنابراین، به نظر می رسد سایر اولیاء صلاحیت تزویج دخترانی را که میان سن پانزده الی شانزده قرار داشتند نداشتند، زیرا قانونگذار مدنی در نص این ماده «تنها از پدر صحیح التصرف» سخن می گفت. پرسش این است که صحیح التصرف چیست؟

در پاسخ به این پرسش باید گفت که منظور از کلمه «صحیح التصرف» در این ماده این است که تصرفات یعنی عقود و ایقاع های پدر صحیح باشد. بنابراین، تمام شرایطی را که یک شخص باید در عقد و ایقاع داشته باشد مانند عقل، بلوغ، رشد، هوش و عدم سکر و نظیر اینها که تفصیل آن در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد پدر در تزویج دختر میان سن ۱۵ الی شانزده سالگی داشته باشد.

این شرط بسیار کلی و مبهم و محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد در صورت عدم موجودیت پدر، سایر اولیاء مانند پدر کلان، کاکا، برادر پدری و نظیر اینها نمی توانستند نکاح دختر صغیره بین پانزده الی شانزده ساله را منعقد نمایند. حکم ماده ۷۱ فقره ۱ قانون توسط فرمان شماره ۷

در باره مهر و عروسی، منتشرهٔ جریدهٔ رسمی شماره ۴۰۹، مؤرخ ۲۶ میزان، ۱۳۵۷ ملغی گردیده است. مادهٔ ۶ این فرمان می‌گوید: «نامزدی و ازدواج برای زن قبل از تکمیل سن ۱۶ و برای مرد قبل از تکمیل سن ۱۸ جواز ندارد.» طبق نص این ماده نامزدی و نکاح دختر قبل از تکمیل سن ۱۶ سالگی و از پسر قبل از تکمیل سن ۱۸ جواز ندارد. به حیث مثال، اگر حمیده سن ۱۶ سالگی را تکمیل ننماید و هفده ساله نشود، نمی‌تواند ازدواج نماید. همچنین، اگر احمد سن هجده سالگی را تکمیل ننماید و پا در سن نوزده نگذارد، نمی‌تواند ازدواج نماید.

### سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۱۲):

بین ماده (۷۱-۱۵۹) قانون مدنی تفویق داده شود.

توضیح:

حکم ماده (۷۱) قانون مدنی توسط فرمان شماره هفتم شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان ملغی گردیده است. پس محلی برای تبیین نیست.<sup>۱۵۰</sup>

پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت جوزجان:

سن دختری که ۱۶ سالگی را تکمیل کرده باشد طوری که در عقد نکاح وکیل میگیرد آیا در معاملات نیز میتواند برای دفاع از خود وکیل بگیرد؟

توضیح:

طبق هدایت ماده (۴۶) قانون مدنی تکمیل اهلیت حقوقی و حالت مدنی برای دختر و پسر تکمیل سن ۱۸ سالگی میباشد و تعیین سن ۱۶ سالگی برای دختر در نکاح حالت خاص است که مقصور به مورد خود است و قابل سرایت به سایر موارد نمی‌باشد.<sup>۱۵۱</sup>

در نتیجه، هرگاه ماده ۷۰ و ۷۱ قانون مدنی را جمع و تفسیر منطقی - ساختاری نمایم، این نتیجه به دست می‌آید که نخست این که ازدواج صغیرهٔ کمتر از پانزده سال جواز ندارد. دوم این که اهلیت ازدواج دختر سن شانزده سالگی و از پسر هجده سالگی است و سوم این که دخترانی که میان سن پانزده الی شانزده قرار دارند ازدواج آنها تنها توسط پدر صحیح التصرف یا محکمهٔ با صلاحیت صورت می‌گرفت که توسط مادهٔ ۶ فرمان شماره ۷ در بارهٔ مهر و عروسی ملغی شد. مفهوم مخالف

۱۵۰. \_\_\_\_ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۰۶.  
۱۵۱. \_\_\_\_ (12-17 عقرب، 1386). اسناد و مصوبات سیمینار عالی روسای محاکم، تعمیم قانونیت - تأمین عدالت، \_\_\_\_ (-)، ص ۹۷.

این ماده این است که پدر هرچند صحیح التصرف باشد و یا محکمه ذیصلاح نمی تواند دختر صغیره کمتر از پانزده سال را به نکاح دیگری در بی آورد.

به نظر می رسد دلیل منع ازدواج قبل از وقت (ازدواج صغار) رعایت تعهدات بین المللی دولت افغانستان بوده است. همانطور که امکان دارد ازدواج دختر زیر سن و به طور اجباری صورت بگیرد، ازدواج پسر نیز امکان دارد زیر سن قانونی (عدم تکمیل سن ۱۸ سالگی) و طور اجباری صورت بگیرد، اما با توجه به این که دختران بیشتر آسیب پذیر اند بیشتر ضمانت اجراهای مدنی و جزایی در خصوص ازدواج زیرسن و ازدواج اجباری دختران در قانون جزا و قانون منع خشونت علیه زن پیش بینی شده است و در خصوص ازدواج زیر سن و ازدواج اجباری پسران ضمانت اجرای های مدنی و جزایی وجود ندارد که عاری از ایراد نیست. زیرا، در صورتی که پسری که سن ۱۸ سالگی را تکمیل نکرده است به اجبار به عقد نکاح دختری در بیاید، برای بیرون رفت از این معضل هیچ ضمانت اجرای مدنی و جزایی به نظر می رسد که در قوانین افغانستان وجود ندارد.

#### سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

#### پرسش 39:

ماده (70) قانون مدنی افغانستان اهلیت ازدواج را در ذکور سن (18) و در اناث تکمیل شانزده سالگی پیشبینی نموده و این ماده با ماده (71) قانون مذکور سازگار نیست، زیرا در فقره (1) ماده متذکره عقد ازدواج دختری که شانزده سالگی را تکمیل نکرده باشد، از طرف پدر صحیح التصرف درست دانسته شده است. بنابراین، فقره (1) ماده (71) با ماده (70) در تناقض دیده می شود و از جانبی فقره (2) ماده (71) قانون مدنی، عقد ازدواج دختر کمتر از پانزده سال را به هیچ وجه، جایز ندانسته در زمینه طالب رهنمایی هستیم.

#### توضیح:

مطابق حکم ماده (70) قانون مدنی، اهلیت ازدواج برای ذکور تکمیل سن (18) و برای اناث تکمیل سن (16) سال می باشد. حکم فقره (1) ماده (71) قانون مدنی مبنی براینکه: «هرگاه دختر سن مندرج ماده (70) این قانون را تکمیل نکرده باشد، عقد ازدواج وی تنها توسط پدر صحیح التصرف یا محکمه با صلاحیت صورت گرفته می تواند.»، تخصیص بعد از تعمیم بوده با ماده (70) در تناقض قرار ندارد و طبق فقره (2) ماده (71) قانون مذکور پدر صحیح التصرف و محکمه می توانند عقد نکاح صغیره ای را



که سن پانزده سالگی را تکمیل و شانزده سالگی را تکمیل نکرده باشد، منعقد سازند، نه کمتر از پانزده ساله را. ۱۵۲

این رأی ستره محکمه با الغای ماده ۷۱ فقره ۱ ق. م موضوعیت خویش را از دست داده است. (۳) طبق ماده ۷۶ ق. م: «در صورتی که طرفین عقد اصالتاً شرعاً یا توکیلاً تحت ولایت شخص واحد قرار داشته باشند، شخص می تواند به تنهایی از جانب طرفین عقد ایجاب و قبول نماید، مشروط بر این که شرائط قانونی عقد رعایت شده باشد.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد. در نگاه اول طبق نص این ماده به نظر می رسد که شخص امکان دارد گاهی اصیل، گاهی وکیل و گاهی ولی باشد. اگر شخص اصیل باشد عقد را به نمایندگی از خود منعقد می نماید. اما، اگر نایب باشد از طریق وکالت و ولایت.

بنابراین، طبق نص این ماده طرفین عقد می تواند اصیل، وکیل و ولی باشد و ایجاب و قبول را به اصالت از خود و به نیابت از دیگران منعقد نماید. در صورتی که ایجاب و قبول توسط اولیای طرفین صورت بگیرد، باید شرایط ایجاب و قبول در عقد ازدواج که عبارت اند از: استمرار، فوریت، اتحاد مجلس، صراحت و عدم مضاف نمودن عقد ازدواج به زمان آینده و محقق بودن شرط رعایت گردد. در صورت عدم رعایت این شرایط ایجاب و قبول صحیح نیست. اما، اگر اندکی دقت نماییم مخصوصاً با توجه به تفسیر ادبی نص این ماده، این نتیجه به دست می آید که در صورتی که طرفین عقد شرعاً تحت ولایت ولی قرار بگیرد، ولی می تواند به تنهایی از جانب طرفین عقد ازدواج، ایجاب و قبول را انجام دهد. زیرا، قانونگذار مدنی در بخش اخیر نص این ماده از شخص واحد سخن می گوید و این شخص واحد ولی است. کلمات اصالتاً و توکیلاً در نص این ماده زاید به نظر می رسد.

به حیث مثال، اگر احمد و حمیده دختر و پسر کاکا باشند و تحت ولایت جمشید پدر کلان خویش قرار داشته باشد، جمشید می تواند به نمایندگی از احمد و حمیده ایجاب و قبول احمد و حمیده را انجام دهد. به حیث مثال، بگوید: حمیده نواسه خویش را به احمد نواسه دیگرم در برابر مهر ده لک افغانی به نکاح دادم و سپس بگوید حمیده را به نواسه دیگر خویش در برابر مهر ده لک افغانی قبول نمودم. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز ایجاب و قبول در عقد ازدواج توسط ولی واحد است.

در فقه، جمهور فقهای حنفیه جز زفر رحمته بر این نظر اند که: انعقاد عقد ازدواج اِحیاناً توسط عاقد واحد می تواند صورت بگیرد که ممکن است در پنج حالت باشد:

۱- اینکه ولی از جانب خود اصیل و از جانب دیگر ولی باشد. پس، پسر کاکا می تواند دختر کاکای خویش را به نمایندگی از خود و وکالت از جانب دختر تزویج نماید.

۲- اینکه عاقد اصیل از جانب خود و وکیل از جانب دیگر باشد، مانند اینکه: زن دیگری را وکیل خویش تعیین نماید تا شخص مزبور وی را به نمایندگی از خود و وکالت از جانب زن به نکاح خویش در آورد و وکیل در حضور شهود بگوید: فلان بنت فلان مرا وکیل خویش تعیین نمود تا وی را به نکاح خویش در آورم. پس، شاهد باشید که من او را به نکاح خود در آوردم.

۳- اینکه شخص ولی جانبین باشد، مانند اینکه: پدر کلان دختر پسر و پسر پسر خویش را به نکاح همدیگر در آورد.

۴- اینکه شخص وکیل جانبین باشد، مانند اینکه: زن و مرد شخص را برای ازدواج خویش وکیل تعیین نمایند؛

۵- اینکه شخص ولی یکطرف و وکیل طرف دیگر باشد، مانند اینکه: شخص ولی دختر را وکیل خویش مبنی بر ازدواج با دختر و یا نواسه او نماید.<sup>۱۵۳</sup>

۴) طبق ماده ۷۸ ق. م: «قاضی ولی اشخاصی است که ولی نداشته باشند». نص این ماده از فقه گرفته شده است، زیرا سلطان و قاضی ولی عام اشخاصی است که ولی نداشته باشند. این ولایت را ولایت امامت می گویند. ولایت امامت عبارت از ولایت امام عادل یا جانشین او؛ یعنی: قاضی است که هر یک می تواند شخص ناقص اهلیت را به دیگری تزویج نماید.<sup>۱۵۴</sup> از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که سلطان (شاه یا رئیس جمهور) ولی اشخاصی است که ولی نداشته باشد و قاضی نماینده شاه یا رئیس جمهور است. لذا، در صورت عدم موجودیت ولی، ولایت به قاضی منتقل می شود. به نظر میرسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اعطای ولایت به قاضی است.

باوجوداین، به نظر می رسد به منظور جلوگیری از سوء استفاده قاضی ق. م شرط گذاشته که قاضی نمی تواند دختر را به نکاح خود و یا اصول و فروع خود در آورد. ماده ۷۹ ق. م در این باره حکم می نماید که: «اشخاصی که طبق ماده ۷۸ این قانون تحت ولایت قاضی قرار می گیرند، قاضی نمی تواند آنها را به عقد ازدواج خود و یا اصول و فروع خویش در آورد». به نظر می رسد هدف

۱۵۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۷۳۲ و ۶۷۳۳.

۱۵۴. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۹)، صص ۶۶۸۹ و ۶۶۹۰.

قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز انتقال ولایت برای قاضی برای افرادی است که ولی نداشته باشند. تعریف اصول در مبحث اقسام قرابت گذشت.

چنانچه ملاحظه می شود، نص ماده ۷۹ ق. م به صورت کلی زمینه های سوء استفاده احتمالی قاضی را مسدود نکرده است، زیرا قاضی می تواند اشخاصی را که طبق ماده ۷۸ تحت ولایت او قرار می گیرند به نکاح غیر از اصول و فروع مانند برادر، پسر کاکا و نظیر اینها در آورد. به حیث مثال، اگر حمیده تحت ولایت احمد که قاضی در محکمه ابتدائیه دیوان احوال شخصیه است قرار بگیرد، احمد نمی تواند حمیده را به نکاح خود، نکاح پدر و پدر کلان و نکاح پسر و نواسه خویش در آورد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۷۹ ق. م جلوگیری از سوء استفاده قاضی از ولایت است.

۴) طبق ماده ۸۰ ق: «هرگاه زن عاقله و رشیده بدون موجودیت ولی ازدواج نماید، عقد نکاح نافذ و لازم می باشد.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اعطای صلاحیت ازدواج به دختر عاقله و بالغه و عدم شرط توافق ولی در چنین ازدواج است. در خصوص این ماده سه مسأله مهم است:

نخست این که از نص این ماده به خوبی فهمیده می شود که: طبق ق. م هرگاه دختر عاقله و رشیده با دیگری بدون موجودیت ولی ازدواج نماید، چنین ازدواج نافذ و لازم است. نافذ از ریشه نفاذ گرفته شده است که در لغت به معنی مرعی، قابل تطبیق، لازم اجراء و جاری است. در اصطلاح حقوق مدنی، عقد نافذ عبارت از عقدی است که از شخص دارای اهلیت و ولایت بر نفس خویش صادر شود، مانند: عقدی که توسط شخص رشید نسبت به مال وی منعقد گردد.<sup>۱۵۵</sup> عقد لازم، عقدی است که هیچ یک از طرفین صلاحیت فسخ آن را بدون رضای جانب مقابل نداشته باشد.<sup>۱۵۶</sup> بنابراین، به نظر می رسد دختر عاقله و رشیده تحت ولایت قرار نمی گیرد. به حیث مثال، اگر حمیده سن هجده سالگی را تکمیل نموده باشد که طبق ق. م سن رشد است و عاقل باشد و با محمود بدون موجودیت ولی مانند پدر و سایر اولیاء ازدواج نماید، این ازدواج بدون توافق ولی حمیده نافذ و لازم است و ولی حمیده نمی تواند ازدواج را فسخ نماید.

دوم این که هرگاه دختر عاقله و رشیده با دیگری بدون موجودیت ولی ازدواج نماید، نباید تحت عنوان «فرار از منزل» مجازات شود، زیرا چنین ازدواج طبق ق. م نافذ و لازم است. ازدواج دختر

۱۵۵. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۷۹؛ و وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، کویته: انتشارات مکتب رشیده، ص ۳۰۹۳؛ و \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ه. ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویته: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۳۶.

۱۵۶. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، کویته: انتشارات مکتب رشیده، صص ۳۰۹۳ و ۳۰۹۴؛ \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ه. ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویته: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۲۸.

عاقله و بالغه بدون اجازه ولی لیبرال و با عصر حاضر سازگار است و مانع سوء استفاده های احتمالی ولی می شود.

سوم این که به نظر می رسد نص این ماده مقتبس از فقه حنفیه است. فقهای حنفیه حضور ولی را حین انعقاد عقد ازدواج شرط صحت آن تلقی نمی نمایند. امام ابوحنیفه رحمته و امام ابو یوسف رحمته بر این باور اند که: زن عاقله و بالغه می تواند نکاح خود را مباشرتاً و نکاحی دختر صغیره خود را وکالتاً منعقد نماید. باوصف این، هرگاه نکاح خود را به شخص غیرکفو (همشأن) منعقد نماید ولی او حق اعتراض و فسخ نکاح را دارد. ولی، امام محمد رحمته بر این عقیده است که: حضور ولی حین انعقاد عقد مستحب است. بنابراین، عقد دختر و زن عاقله و بالغه اعم از اینکه بیوه باشد و یا دوشیزه موقوف بر اجازه ولی او است.<sup>۱۵۷</sup>

عاقله اسم مؤنث عاقل است. به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، عاقله زن و یا دختری است که بعد از رسیدن به سن رشد از خرد معمولی برخوردار باشد به نحوی که بتواند میان سود و زیان تفاوت قایل شود. بالغه اسم فاعل مؤنث بالغ است که از ریشه «بلغ» گرفته شده است. در اصطلاح حقوقی بالغه به دختری اطلاق می شود که به سن بلوغ رسیده و بلوغ او با یکی از نشانه های بلوغ به اثبات رسیده است.<sup>۱۵۸</sup>

بلوغ از طریق علامات طبیعی بلوغ به اثبات می رسد و در صورت عدم ظهور این علامات از طریق سن. علامات بلوغ به موجب فقه پنج است که سه آن میان زنان و مردان مشترک است و دو آن مختص به زنان است. علامات بلوغ که میان زنان و مردان مشترک است عبارت اند از:

۱- خروج سپرم: در صورتی که از انسان اعم از مرد و زن و پسر و دختر در حالت بیداری یا خواب به واسطه جماع، احتلام و امثال اینها سپرم خارج شود، خروج سپرم یکی از علامات بلوغ است؛

۲- رویدن موهای خشن و سخت در اطراف اعضای تناسلی: رویدن موهای خشن و سخت در اطراف اعضای تناسلی پسر و دختر نیز یکی از علامات بلوغ است. بنابراین، با رویدن این موها انسان بالغ تلقی می گردد.

۱۵۷. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۶؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۶۹۸ و ۶۶۹۹؛ و عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: چاپ مکتب حقانیه، صص ۴۴ و ۴۵؛

۱۵۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۶۹؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۹۸.

۳- سن: در باره سن بلوغ ق. م سکوت اختیار نموده است. در فقه در این باره نظریات گوناگون وجود دارد: جمهور فقهاء (شافعیه، حنابله، اوزاعی، ابویوسف رحمته و امام محمد رحمته) بر این نظر اند که: سن بلوغ برای پسر و دختر و زن و مرد سن پانزده سالگی است. این نظر میان فقهاء راجح است و مجله الاحکام نیز از این نظر اقتباس و پیروی نموده است. ماده ۹۸۶ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «آغاز سن بلوغ در مرد ۱۲ سالگی و در زن ۹ سال است و انتهای آن در هر دو جنس ۱۵ سالگی است. پس، اگر پسر به سن ۱۲ سالگی و دختر به سن ۹ سالگی رسید و هنوز بالغ نشد، آنها را مراهق گویند». اما، امام ابوحنیفه رحمته بر این نظر است که سن بلوغ پسران هجده سالگی و از دختران هفده سالگی است. برعکس، امام مالک رحمته بر این نظر است که سن بلوغ اشخاص اعم از پسر و دختر هفده سالگی است.<sup>۱۵۹</sup> اما، علاماتی که اختصاص با زنان دارد عبارت اند از:

- ۱- حیض (قاعدۀ یا عادت ماهوار شدن) حیض از جمله علامات بلوغ در زنان است.
- ۲- حامله شدن: از جمله علامات دیگر بلوغ برای زنان حامگی است.<sup>۱۶۰</sup> از همین رو، ماده ۹۸۵ مجله الاحکام در این باره اعلام می دارد که: «رسیدن به حد بلوغ به احتلام شدن، باردار شدن و یا حیض گردیدن به اثبات می رسد». در صورتی که دختر عاقله و بالغه با دیگری ازدواج نماید، نباید به عنوان فرار از منزل مجازات گردد. در این خصوص متحدالمال ستره محکمه وجود دارد که ذیلاً نقل می گردد:

#### فرار از منزل جرم نیست

محاکم و خارنوالی ها در تعیین وصف جرمی از ذکر اصطلاح «فرار» یا «ترک» منزل در موارد جرمی احتراز به عمل آورند

متحدالمال شماره (۲۳۰۹-۲۳۸۰) مؤرخ ۲۴، ۱۰، ۱۳۹۱

ریاست دارالانشای شورای عالی ستره محکمه ج. ا. ا.

۱۵۹. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۷۷۸ و ۷۷۹؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و المکیة و العقد، الطبعه الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، صص ۳۴۸ و ۳۴۹؛ وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۹۶۶؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۵۶۱ و ۵۶۲؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، صص ۲۳۳ و ۲۳۴.

۱۶۰. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۷۷۸؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و المکیة و العقد، الطبعه الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۳۴۷؛ و وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۹۶۶.

مقام محترم شورای عالی ستره محکمه در مورد فرار از منزل و عواقب حقوقی ناشی از آن قرار مصوبه شماره ۱۱۳۳ مؤرخ ۷، ۹، ۱۳۹۱ چنین هدایت فرمودند:

«جامعه مدنی در مورد این که آیا فرار از منزل که در نتیجه خشونت خانوادگی صورت می گیرد، جرم است یا نیست و چه اثرات حقوقی را در پی دارد، استهداء نمودند:

موضوع بعد از غور کمیته عالی هماهنگی ارگان های عدلی و قضایی به شورای عالی ستره محکمه محول گردید. شورای عالی ستره محکمه بادر نظر داشت متن استهداء و نظر کمیته عالی هماهنگی در زمین چنین تصویب نمود:

بین فرار یا ترک از منزل و ارتکاب جرم تفاوت وجود دارد، زیرا کسی که منزل خود را به اثر خشونت خانوادگی و به هدف رهایی از خشونت ترک و به ارگان های عدلی و قضایی، مؤسسات خدمات حقوقی و یا منازل اقارب پناه می برد، این حالت قانوناً جرم نیست چنانکه به همین منوال زنان و دختران زیادی به مقصد رهایی از خشونت های خانوادگی در خانه های امن به سر می برند. لذا، «فرار» یا «ترک» منزل به هدف رهایی از خشونت اصلاً جرم نبوده و قابل تعقیب عدلی نمی باشد.

اما، زمانی ترک منزل به هدف و منظور دیگری یا ارتکاب جرم اخلاقی صورت گیرد، قضیه عنصر جرمی کسب نموده و قابل تعقیب عدلی می باشد. در این صورت، اصطلاح «فرار از منزل» یا «ترک منزل» برای آن مصداق نداشته و بهتر است تا به وصف جرمی مطابق به جرمی که ارتکاب یافته است منسوب گردد نه «فرار» یا «ترک» منزل».

محاکم و خازنوالی ها در تعیین وصف جرمی متوجه بوده از ذکر اصطلاح «فرار» یا «ترک» منزل». در موارد جرمی احترام به عمل آورند.

متن مصوبه در حالی که به اداره محترم لوی خازنوالی، وزارت های محترم عدلیه، داخله و امور زنان اخبار گردیده و بدینوسیله به محاکم محترم استیناف ولایت نیز متحدالماً تعمیم گردید تا موضوع را به محاکم مربوط اطلاع داده مطابق به آن عمل نمایند.<sup>۱۶۱</sup>

امروزه و با ایجاد امارت اسلامی فرار از منزل جرم تلقی می شود و از جرایم موجب تعزیر تلقی می شود. جزای آن معمولاً دره است که توسط قاضی تعیین می شود.

5) علاوه براین آنچه گفته شد، طبق ماده ۵۹۹ کُد جزا: «هرگاه شخص زنی را که سن قانونی ازدواج را تکمیل کرده باشد به منظور ازدواج از محل اقامت اولیایش با خود ببرد، در صورتی که به

۱۶۱. ژوبیل، محمد عثمان (۱۳۹۰). مجموعه متحدالمال ها، مصوبات و رهنمود های ستره محکمه ج. ا. چاپ اول، کابل: مطبعة نبراسکا، صص ۵۰۸ و ۵۰۹.

رضا و رغبت زن قانوناً با وی عقد ازدواج نماید، این عمل اختطاف شمرده نمی شود.». طبق نص این ماده اگر یک پسر دختری را که سن ازدواج یعنی 16 سالگی را تکمیل کرده است از محل اقامت اولیای دختر با خود ببرد، در صورتی که با رضایت دختر با وی ازدواج نماید، عمل این شخص اختطاف نیست.

نص این ماده هم متأثر از ماده 80 ق. م است. نص این ماده وصف جرمی اختطاف را از شخص رباینده سلب می نماید. به حیث مثال، اگر احمد جمیله را که سن 16 سالگی را تکمیل کرده است و در خیرخانه زندگی می نماید با خود به شهر نو ببرد و با رضایت جمیله با وی ازدواج نماید، این عمل احمد اختطاف نیست. اختطاف از ریشه فعل «خطف» گرفته شده است که در لغت به معنی ربودن است.<sup>۱۶۲</sup> ماده ۵۹۰ کد جزا در تعریف اختطاف می گوید: «(۱) اختطاف عبارت است از ربودن شخص با استفاده از تهدید یا استعمال قوه یا انواع دیگر ارباب یا استفاده از مواد بیهوش کننده یا اسلحه جارحه یا ناریه یا با حیله و فریب یا با استفاده از ناتوانی جسمی یا روانی مجنی علیه به مقصد کسب مال یا منفعت یا رسانیدن ضرر؛ و (۲) تبدیل نمودن طفل نوزاد با طفل نوزاد دیگر یا جدا نمودن طفل از والدین یا سرپرست قانونی وی یا رها نمودن طفل در محل غیر مسکون در حکم اختطاف می باشد.». به نظر می رسد هدف قانونگذار سلب وصف جرمی اختطاف از پسر و احترام به اراده دختر و سلب صلاحیت نمودن ولی در نص این ماده است.

6) یک از رسوم مرسوم در افغانستان «بد دادن» دختران است. شیوه عملی اجرای این رسم طوری است که به منظور حل و فصل نزاع میان دو قوم و قبیله و حتی دو فامیل دختری را از طرف متجاوز و جانی تسلیم فامیل متضرر و یا مجنی علیه می نمایند. به عنوان مثال، هرگاه احمد یا پدر احمد محمود را به قتل برساند، جرگه قومی برای حل و فصل مسالمت آمیز منازعه بین فامیل احمد و محمود صلح می نماید و در عوض قتل خواهر احمد را به برادر محمود بدهد، این عمل بد دادن تلقی می گردد. این عمل در کد جزا جرم تلقی شده است.

طبق بند ۴ ماده ۳ ق. م. خ. ع. ز: «به شوهر دادن زن است در بدل دیت یا صلح به ارتباط قتل، تجاوز جنسی یا سایر احوال به پیروی از رسوم، عرف و عادات ناپسند.». در ماده بیست و پنجم قانون منع خشونت علیه زن این عمل جرم تلقی شده و به قرار ذیل در بند یک پیش بینی می نماید که: «شخصی که زن را به نام بد دادن به نکاح بدهد یا بگیرد، مرتکب حسب احوال به حبس طویل که از ده سال بیشتر نباشد، محکوم می گردد.». در بند دوم حکم می نماید که در همین حالت «اشخاص ذیدخل (شاهد، وکیل، مصلح و عاقد)، هریک حسب احوال به حبس متوسط، محکوم و

عقد نکاح در صورت مطالبه زن بد داده شده مطابق احکام قانون فسخ می‌گردد.». هدف قانونگذار در نص این ماده از بین بردن عرف و عادات باطل و مورد حمایت قرار دادن دختران است. همچنین، بد دادن دختر در فرمان شماره ۳۹۵ مؤرخ ۱/۲۸/۱۴۴۳ منع شده است. ماده ۲ این فرمان می‌گوید: «زن مال نیست بلکه انسان اصیل و آزاد است و هیچ کس حق ندارد زن را در بدل صلح بد بدهد.».

در فقه ولایت از ریشه «ولی» گرفته شده است<sup>۱۶۳</sup> که در لغت به معنی محبت و کمک است، چنانچه خداوند عز وجل می‌فرماید:

﴿وَمَنْ يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْعَالِيُونَ﴾ - [المائدة / ۵۶]

«و هر کس خدا عز وجل و پیامبر صلی الله علیه و آله او و کسانی را که ایمان آورده‌اند ولی خود بداند [پیروز است چرا که] حزب خدا عز وجل همان پیروزمندانند.».

و نیز فرموده است:

﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ - [التوبه / ۷۱]

«و مردان و زنان با ایمان دوستان یکدیگرند.».

همچنین ولایت در لغت به معنی سلطه،<sup>۱۶۴</sup> فرمانروایی، حکومت کردن، دوستی، قرابت و خویشاوندی نیز است.<sup>۱۶۵</sup> در اصطلاح فقهی ولایت عبارت است از قدرت و تصرف در مورد امور غیر به صورت مباشر بدون اینکه متوقف به اجازه غیر باشد.<sup>۱۶۶</sup> به مفهوم عامتر: ولایت در اصطلاح فقهی و حقوقی عبارت از قدرت شرعی و قانونی است که به موجب آن هر شخصی می‌تواند به انشای عقود و دیگر تصرفات اعم از مالی یا غیر مالی مبادرت ورزد.<sup>۱۶۷</sup>

به نظر احناف، ولایت عبارت از عملی نمودن تصمیم و خواست در مورد دیگری است اعم از این که راضی باشد یا خیر.<sup>۱۶۸</sup> کسی که به نمایندگی از صغار و مجانین عقد را جاری می‌نماید «ولی» یا «متولی عقد» و کسی که ولی بر وی ولایت دارد «مولى عليه» صیغه مفرد و «مولى عليهم» صیغه جمع نامیده می‌شود.<sup>۱۶۹</sup> حکمت ولایت رعایت مصلحت: یعنی؛ حفظ و صیانت

۱۶۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۴۸.

۱۶۴. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۹۱.

۱۶۵. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹۴.

۱۶۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۹۱.

۱۶۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۴۸.

۱۶۸. وهبة زحیلی (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۲۲۰.

۱۶۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۹۰؛ وهبة زحیلی (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۲۲۰.



حقوق شخصی و مالی صغار و مجانین از ضیاع و به هدر رفتن به سبب عجز و عدم توانایی آنها می باشد.<sup>۱۷۰</sup>

در باره انواع ولایت در فقه نظریات گوناگون وجود دارد. ولی، فقهای حنفیه بر این نظر اند که ولایت بر سه نوع: (۱) ولایت بر نفس؛ (۲) ولایت بر مال؛ و (۳) ولایت بر مال و نفس است.<sup>۱۷۱</sup> ولایت بر مال عبارت از سرپرستی و اداره امور مالی و به کارگیری و دخل و تصرف مطلوب و حفظ ثروت و دارایی اشخاص فاقد و ناقص اهلیت است که خود توانایی علمی، فکری و جسمی لازم را برای اداره آن ندارند. ولایت بر مال طبق فقه حنفیه بر پدر، پدر کلان، وصی پدر و پدر کلان و وصی قاضی ثابت است که در بخش حقوق اطفال تفصیل آن خواهد آمد.<sup>۱۷۲</sup> ولایت بر مال و نفس عبارت از اداره امور مالی و شخصی اشخاص ناقص و فاقد اهلیت است که خود اجرای آن عاجز اند که تفصیل آن در بخش حقوق اطفال این دور از شرح قانون مدنی خواهد آمد.

ولایت بر نفس عبارت از سرپرستی و اداره امور شخصی قاصرینی است که خود از اداره، تصمیم گیری در امور مربوط به خود مانند: ازدواج، تعلیم و تربیه، مداوا و آشنایی با کار و حرفه عاجز اند. این نوع ولایت به نظر فقهای حنفیه برای پدر، پدر کلان و سایر اولیاء ثابت می گردد. ولایت بر نفس به دو نوع: ولایت اجبار و ولایت اختیار و یا استحباب منقسم می گردد:<sup>۱۷۳</sup>

ولایت اجبار عبارت از تنفیذ قول به نمایندگی از غیر است. کسی که دارای چنین ولایتی است «ولی مجبر» نامیده می شود. ولایت اجبار بنا بر سه سبب بر غیر ثابت می گردد:

(۱) قرابت: که برای صاحب قرابت به سبب خویشاوندی که با مولی علیه دارد ثابت می گردد، مانند: ولایت پدر، جد پدری که در شرایط خاص ایجاد می گردد.

(۲) موالات: چنانکه دو کس بر اساس عقدی میان خود معین نمایند که همدیگر را یاری و در صورت فوت از همدیگر ارث ببرند. به موجب چنین عقدی ولایت تزویج نیز ایجاد می گردد و جهت ثبوت شرط است که ولی عاقل، بالغ و از طریق سبب و یا نسب ارث نبرد.

۱۷۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۹۱.  
 ۱۷۱. عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۲۴؛ و وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۹۱.  
 ۱۷۲. عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۲۴؛ و وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۹۱.  
 ۱۷۳. عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۲۴؛ و وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۹۱.

۳) **ولایت امامت:** ولایت امامت عبارت از ولایت امام عادل یا جانشین او؛ یعنی: قاضی است که هر یک می تواند شخص عديم اهلیت یا ناقص اهلیت را براساس حدیث «الْسلطانُ ولی من لا ولیَّ لَهُ».<sup>۱۷۴</sup> یعنی: سلطان ولی کسی است که ولی نداشته باشد، به دیگری تزویج نماید.<sup>۱۷۵</sup>

در باره ترتیب اولیای مجبر میان فقهاء اختلاف وجود دارد.<sup>۱۷۶</sup> ولی، در مذهب حنفیه، براساس نظر امام ابو یوسف رحمته الله و امام محمد رحمته الله، ولایت اجبار برای عصبات به ترتیب ارث (بنوت، ابوت، اخوت و عمومیت) است که ترتیب آنها قرار آتی است:

۱) پسر و پسر پسر هر قدر که درجه آنها پایین تر برود؛

۲) پدر و پدر کلان عصبی هر قدر که درجه آنها بالا برود؛

۳) برادرِ پدری و مادری و برادرِ پدری و اولاد آنها هر قدر که درجه آنها پایین برود؛ و

۴) کاکا و کاکای پدر و اولاد آنها هر قدر که درجه آنها پایین برود. بعد از اشخاص مذکور، ولایت اجبار به موجب حدیث: «الْسلطانُ ولی من لا ولیَّ لَهُ».<sup>۱۷۷</sup> یعنی: سلطان ولی کسی است که ولی

نداشته باشد، به سلطان یا نایب او؛ یعنی: قاضی انتقال می نماید. اما، امام ابو حنیفه رحمته الله بر این نظر است که: ولایت اجبار در صورت عدم موجودیت عصبات به ذوی الارحام ثابت می گردد. پس، در صورت عدم موجودیت عصبات ولایت تزویج برای مادر و بعد از مادر پدر و بعد از مادر پدر به مادرِ مادر، و در صورت عدم موجودیت اصول ولایت اجبار در ازدواج به فروع انتقال می آید طوری که، دختر بر دختر پسر و دخترِ پسر، بر دخترِ دختر به سبب قوت قرابت حق تقدم می داشته باشد، و در صورت عدم موجودیت فروع، ولایت اجبار در ازدواج به جدغیر صحیح؛ یعنی: پدرِ مادر و در صورت عدم موجودیت جدغیر صحیح به خاله و عمه و اولاد آنها انتقال می آید. در صورت عدم موجودیت ذوی الارحام ولایت تزویج به حاکم یا نایب او؛ یعنی: قاضی انتقال می نماید.<sup>۱۷۸</sup>

طبق فقه تحقّق شرایط آتی در ولی ولایت بر نفس ضروری است:

۱۷۴. رواه احمد و الاربع الا النسائی.

۱۷۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۶۸۹ و ۶۶۹۰.

۱۷۶. جهت بررسی اولیای مجبر و ترتیب آنها ر. ک: عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، صص ۲۳-۲۵؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۷۰۳-۶۷۱۲؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۳۶۸.

۱۷۷. رواه احمد و الاربع الا النسائی.

۱۷۸. عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، صص ۲۳؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۷۰۳-۶۷۰۶؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۸-۲۱؛ و اسعد محمد سعید الصاغرچی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، صص ۱۵۵ و ۱۵۶.

۱) **اهلیت کامل:** شرط است که ولی بالغ و عاقل باشد. بنابراین، ولایت طفل، مجنون، معتوه، سکران، مختل العقل و مختل النظر به سبب کبر سن صحیح نیست. زیرا، اشخاص مزبور به سبب نقص ادراک بر خود دارای ولایت نیستند.

۲) **اتفاق دین ولی و مولی علیه:** شرط است که ولی و مولی علیه پیرو دین واحد باشند. بنابراین، ولایت غیر مسلمان بر مسلمان صحیح نیست. در نتیجه، به نظر حنفیه و حنابله کافر نباید ولی مسلمان و مسلمان نباید ولی کافر در عقد ازدواج شود. اما، فقهای شافعیه بر این نظر اند که: کافر می تواند کافره را به نکاح دیگری در بی آورد و فقهای مالکیه بر این نظر اند که کافر اهل کتاب می تواند مسلمان را به عقد نکاح دیگری در بی آورد. زیرا، خداوند ﷻ فرموده است:

﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ - [التوبه / ۷۱]

«و مردان و زنان با ایمان دوستان یکدیگرند.».

و نیز فرموده است:

﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ - [النساء / ۱۴۱]

«خداوند ﷻ هرگز بر [زبان] مؤمنان برای کافران راه [تسلطی] قرار نداده است.».

سبب شرط اتحاد دین میان ولی و مولی وحدت نظر در تحقق مصلحت است.

۳) **مذکر بودن:** به نظر فقهای غیر حنفیه در ولایت ازدواج شرط است که ولی مذکر باشد. بنابراین، ولایت ازدواج برای اناث ثابت نمی گردد. ولی، فقهای حنفیه بر این نظر اند که: مذکر و مؤنث بودن در ولایت بر ازدواج شرط نیست. بنابراین، زن عاقله و بالغه می تواند عقد نکاح دیگری را به نیابت از دیگری از طریق ولایت و وکالت منعقد نماید.

۴) **عدالت:** فقهای شافعیه و حنابله عدالت را نیز در ولی شرط می دانند. اما، فقهای حنفیه و مالکیه عدالت را در ولایت شرط نمی دانند.

۵) **رشد:** فقهای شافعیه و حنابله رشد را نیز در ولایت شرط می دانند. ولی، فقهای حنفیه رشد را در ولایت شرط نمی دانند.<sup>۱۷۹</sup>

فقهای حنفیه بر این نظر اند که اشخاص ناقص و فاقد اهلیت به سبب صغر، جنون و عته تحت ولایت اجبار قرار می گیرند. بنابراین، به نظر احناف ولایت اجبار صرف بر صغیر و صغیره، مجنون و مجنونه اعم از اینکه دوشیزه باشند و یا بیوه ثابت می گردد. بنابراین، ولایت اجبار به هیچ وجه بر اشخاص عاقل و بالغ ثابت نمی گردد، زیرا علت اصلی اثبات ولایت اجبار صغر و جنون است، زیرا

۱۷۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۷۰۰-۶۷۰۳؛ و عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: چاپ مکتب حقانیه، ص ۶۲؛ و اسعد محمد سعید الصاغر جی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۱۵۹.

اشخاص صغیر و مجنون از اهلیت و شایستگی لازم جهت تشخیص مصالح خویش برخوردار نمی باشند.<sup>۱۸۰</sup> طبق ق. م صرف دختر پانزده ساله تحت ولایت اجبار قرار می گیرد (ماد ۷۱)، فقره ۲). زیرا، در ق. م حکمی مبنی بر تحت ولایت اجبار قرار گرفتن مجنون، معتوه و صغیر وجود ندارد.

در باره موجودیت و عدم موجودیت ولی حین انعقاد عقد ازدواج در فقه دو نظریه متفاوت وجود دارد: فقهای حنفیه حضور ولی را حین انعقاد عقد ازدواج شرط صحت آن تلقی نمی نمایند. امام ابوحنیفه رحمته و امام ابو یوسف رحمته بر این باور اند که: زن عاقله و بالغه می تواند نکاح خود را مباشرتاً و نکاحی دختر صغیره خود را وکالتاً منعقد نماید. باوصف این، هرگاه نکاح خود را به شخص غیرکفو (همشان) منعقد نماید ولی او حق اعتراض و فسخ نکاح را دارد. ولی، امام محمد رحمته بر این عقیده است که: حضور ولی حین انعقاد عقد مستحب است. بنابراین، عقد دختر و زن عاقله و بالغه اعم از اینکه بیوه باشد و یا دوشیزه موقوف بر اجازه ولی او است. حنفیه در اثبات این نظر به دلایل ذیل استناد می نمایند:

۱) قرآن کریم: در قرآن کریم آیات متعددی وجود دارد که بیانگر صحت انعقاد عقد ازدواج توسط زن عاقله و بالغه است. چنانچه خداوند تعالی می فرماید:

﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا مَحْلُ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ ﴾ - [البقره: ۲۳۰]

«اگر شوهرش وی را برای بار سوم طلاق بدهد دیگر آن زن برای او حلال نیست مگر این که با مردی دیگری ازدواج نماید.».

همچنین خداوند تعالی می فرماید:

﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾ - [البقره / ۲۳۰]

«هرگاه زنان را طلاق دهید و عدت خویش را سپری نمایند مانع ازدواج آنها به شوهران قبلی آنها نشوید.».

و نیز فرموده است:

﴿ وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيهَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴾

[البقره / ۲۳۴]

۱۸۰. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۳۶۷؛ ووهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۷۱۹.

«کسانی از شما که می‌میرند و همسرانی بر جای می‌گذارند [همسران] چهار ماه و ده روز انتظار می‌برند پس هرگاه عدت خود را به پایان رساندند در آنچه آنان به نحو پسندیده درباره خود انجام دهند گناهی بر شما نیست و خداوند جَلَّ جَلَلُهُ به آنچه انجام می‌دهید آگاه است.»  
در آیه های مذکور مخاطب خود زنان اند نه اولیای آنها. بنابراین، زنان عاقله و بالغه می‌توانند خود عقد نکاح خویش را منعقد نمایند.

(۲) احادیث پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: علاوه بر آیات مذکور پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نیز در این مورد فرموده است:

«وَالثَّيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَالِيَّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا وَإِذْنُهَا صِمَاتُهَا.» ۱۸۱

«زن بیوه در باره خود استحقاق بیشتری دارد و، ولی او نمی‌تواند او را بدون رضایت او به نکاح دیگری دربی آورد. ولی، ازدختر دوشیزه باید کسب اجازه شود، اگر سکوت کرد دلیل بر رضایت او است.»

همچنین در حدیثی دیگری از پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ روایت شده است که:

«لَا تُنْكَحِ الْأَيِّمَ حَتَّى تَسْتَأْمَرَ وَلَا بِكْرَ حَتَّى تَسْتَأْذَنَ، قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ! كَيْفَ إِذْنُهَا؟ قَالَ: أَنْ سَكَتَ.» ۱۸۲

«زن بیوه را نکاح ننمایید تا اینکه اجازه نگیرید و دوشیزه را نیز تا وقتی که اجازه ندهد، نکاح ننمایید. گفتند: یا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ! اذن دوشیزه چگونه است؟ گفت: سکوت او اجازه و رضایت او است.»

همچنین، از حضرت عایشه رَضِيَ اللهُ عَنْهَا روایت است که:

«أَنَّ فَتَاةً - هِيَ الْخُنْسَاءُ ابْنَةُ خَدَامِ الْأَنْصَارِيَّةِ دَخَلَتْ عَلَيْهَا، فَقَالَتْ: إِنَّ أَبِي زَوَّجَنِي مِنْ ابْنِ إِخِيهِ يَقَعُ بِي خَبِيسَتَهُ، وَأَنَا كَارِهَةٌ، قَالَتْ إِجْلِسِي حَتَّى يَأْتِيَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَجَاءَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَأَخْبَرْتُهُ، فَأَرْسَلَ إِلَيَّ أَبِيهَا، فَدَعَا، فَجَعَلَ الْأَمْرَ إِلَيْهَا، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ! قَدْ أَجِزْتُ مَا صَنَعَ أَبِي وَلَكِنْ أُرِدْتُ أَنْ أَعْلَمَ النِّسَاءَ أَنْ لَيْسَ لِلْأَبَاءِ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ.» ۱۸۳

«خنساء دختر خدام انصاری نزد پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ آمد و گفت: پدرش می‌خواهد او را به برادرزاده اش تزویج نماید، ولی او راضی نیست. پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اختیار موضوع را به خود او واگذار کرد. آنگاه خنساء گفت: من کار پدرم را تنفیذ می‌نمایم، ولی خواستم زنان بدانند که پدران شان در این امر مهم حقی ندارد.»

۱۸۱. متفق علیه .

۱۸۲. متفق علیه عن ابی هریره رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

۱۸۳. اخرجہ النسائی عن عایشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا.

باوجوداین، هرگاه در چنین حالات زن با غیر کفو ازدواج نماید، صحت عقد متوقف بر اجازه ولی است.<sup>۱۸۴</sup> زیرا، از حضرت عایشه رضی الله عنها روایت شده است که:

«أَيُّ امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَوَيْ مِنْ لَا وَوَيْ لَهُ.»<sup>۱۸۵</sup>

«هرزنی که بدون اجازه ولی خود نکاح نماید، نکاح او باطل است، باطل است، باطل است. هرگاه مرد با وی همبستر شود باید مهر وی را بپردازد و در صورتی که نزاع داشته باشند، حاکم ولی کسی است که ولی نداشته باشد.»

۴) زن در عقد بیع، معامله و سایر عقود، مستقل است. پس، شایسته است که در عقد ازدواج نیز، مستقل باشد. زیرا، همه عقود با هم یکسان می باشند. ولی، اگر دختر تصرف نیکو نکند، و با شخص غیر کفو در برابر مهر کمتر از مهر مثل ازدواج نماید، در این صورت ولی حق اعتراض و فسخ عقد ازدواج را دارد.<sup>۱۸۶</sup>

با توجه به این که دختر یکی از طرفین عقد ازدواج است. بنابراین، در مورد عقد ازدواج با شخص دیگر برای مدت طولانی باید اظهار نظر نماید. حضرت عایشه رضی الله عنها روایت می نماید که پیامبر صلی الله علیه و آله فرمودند:

«اسْتَأْمِرُوا النِّسَاءَ فِي أَبْصَاعِهِنَّ.»<sup>۱۸۷</sup>

«اجازه زنان را در مورد عقد ازواج آنها بگیرید.»

همچنین، ابو موسی اشعری رضی الله عنه روایت می نماید که پیامبر صلی الله علیه و آله فرمودند:

«إِذَا أَرَادَ أَحَدُكُمْ أَنْ يَزُوجَ ابْنَتَهُ فَلْيَسْتَأْمِرْهَا.»<sup>۱۸۸</sup>

«زمانی که یکی از شما بخواهد دختر خویش را به عقد نکاح دیگری در آورد باید اجازه او را بگیرد.»<sup>۱۸۹</sup>

۱۸۴ . وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويته: انتشارات مكتب رشديه، صص ۶۵۷۲ و ۶۵۷۳ و ۶۶۹۰؛ سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۳) ايران، انتشارات محمدي سقر، صص ۱۳۶۳ و ۱۳۶۴؛ اسعد محمد سعيد الصاغر جي (\_\_\_\_). الفقه الحنفي و ادلته، جلد (۲)، پاکستان: كتابخانه رشديه، صص ۱۵۵ - ۱۶۲؛ و عبدالحميد محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفي في ثوبه الجديد، جلد (۲)، پاکستان: چاپ مكتب حقانيه، صص ۶۳ و ۶۴.

۱۸۵ . رواه احمد و الأربعة الألساني. ۱۸۶ . سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۳) ايران، انتشارات محمدي سقر، صص ۱۶؛ و وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويته: انتشارات مكتب رشديه، صص ۶۶۹۸ و ۶۶۹۹؛ و عبدالحميد محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفي في ثوبه الجديد، جلد (۲)، پاکستان: چاپ مكتب حقانيه، صص ۴۵ و ۴۴.

۱۸۷ . رواه احمد و النسائي.

۱۸۸ . رواه الطبراني.

189 . Muhammad Mustafa al - Jibaly (2005). Love and mercy, revised edi. Beirut, Lebanon: Al- Kitab & As sunnah Publishing, p 58.

باوجوداین، کیفیت اذن دختر و زن بیوه متفاوت است. هرگاه مخطوبه مورد نظر دوشیزه باشد، سکوت وی مؤید رضا و اجازه او است، زیرا دختر دوشیزه عادتاً به سبب عدم اعتیاد معاشرت با مردان از اظهار رضایت به ازدواج به صورت صریح شرم می نماید. بنابراین، به سکوت وی در صورتی که توأم با خنده بدون استهزاء، تبسم، گریه ای بدون سر و صدا و زدن به سر و صورت باشد، جهت حفظ حُجُب و حیا اکتفاء صورت می گیرد. ولی، در صورتی که سکوت وی همراه با خنده توأم با استهزاء، گریه ای توأم با سر و صدا و زدن به سر و صورت باشد، به سکوت او اکتفاء صورت نمی گیرد، زیرا چنین سکوتی مُبیین اذن و رضای او نیست. هرگاه زن مورد نظر ثیبه باشد، رضای او متحقق نمی گردد مگر به قول صریح، زیرا پیامبر ﷺ در این مورد فرموده است:

«وَالثَّيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا وَإِذْنُهَا صِمَاتُهَا.»<sup>۱۹۰</sup>

«زن بیوه در باره خود استحقاق بیشتری دارد و ولی او نمی تواند او را بدون رضایت او به نکاح دیگری دربی آورد. ولی، ازدختر دوشیزه باید کسب اجازه شود، اگر سکوت کرد دلیل بر رضایت او است.»

به موجب حدیث فوق ثیبه دارای رأی است و می تواند رضایت و عدم رضایت خویش را نسبت به عقد ازدواج اعلام نماید. زیرا، وی به معاشرت به مردان اعتیاد دارد و عادتاً از اعلام رضایت و عدم آن خجالت نمی کشد و به سکوت وی اکتفاء صورت نمی گیرد. دلیل اینکه سکوت دختر دوشیزه رضایت او تلقی می گردد بنابر حالت ضرورت است، زیرا وی از اظهار رضایت به سبب عدم اعتیاد معاشرت با مردان خجالت می کشد، ولی ثیبه چنین نیست.<sup>۱۹۱</sup>

جلوگیری از ازدواج عبارت از منع ولی از ازدواج زن و دختر عاقله و بالغه با شخص هم کفو در صورتی که زن مقتضی و طالب آن باشد و هر دو به ازدواج رضایت داشته باشند است.<sup>۱۹۲</sup> به اتفاق نظر همه فقهاء ولی نمی تواند مانع ازدواج دختر یا زن کبیره و بالغه در صورتی که بخواهد با شخصی

هم کفو در برابر پرداخت مهر مثل گردد، زیرا خداوند ﷻ در این مورد فرموده است:

﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ - [البقره / ۲۳۲]

«هرگاه زنان را طلاق دهید و زنان عدت خویش را به پایان رسانند مانع ازدواج آنها به شوهران آنها نشوید.»

۱۹۰. متفق علیه .

۱۹۱. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۶۷۱۹.  
۱۹۲. سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۳) ايران، انتشارات محمدي سقر، ص ۲۳۷۴ و ۲۳۷۵؛ و وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۶۷۲۰ و ۶۷۲۱.

در مورد شأن نزول آیه فوق معضل بن یسار رضی الله عنه می گوید: من خواهری داشتم که او را از من خواستگاری می کردند. پسر کاکایم پیش من آمد و من او را به نکاح او در آوردم. سپس، پسر کاکایم او را طلاق رجعی داد و به او مراجعه نکرد تا اینکه عدت او به پایان رسید. چون برایش خواستگار آمد، او دوباره نزد من آمد و از خواهرم خواستگاری کرد. من گفتم: نخیر به خدا تعالى سوگند من هرگز او را به تو نمی دهم در حالی که خواهرم علاقه داشت دوباره نزد وی برگردد، این آیه نازل شد. همچنین، هرگاه ولی به چنین عملی مبادرت ورزد، دختر یا زن می تواند به محکمه ذیصلاح مراجعه نماید، زیرا به نظر امام ابوحنیفه رضی الله عنه، شافعی رضی الله عنه، امام مالک رضی الله عنه و در روایتی از امام احمد رضی الله عنه ولایت ولی به موجب حدیث: «فإن اشترىوا، فالسلطان ولي من لا ولي له.»<sup>۱۹۳</sup> یعنی: اگر منازعه داشتند، سلطان ولی کسی است که ولی نداشته باشد، به سلطان که نایب او قاضی است انتقال می آید، زیرا در صورت منع، ولی ظالم تلقی گردیده و مسلوب الصلاحیت می گردد و رفع ظلم از وظایف قاضی به شمار می آید.

در باره غیبت ولی در فقه نیز در این باب اختلاف وجود دارد.<sup>۱۹۴</sup> ولی، احناف در این باره بر این نظر اند که: هرگاه ولی به طور منقطع طوری از شهر دور باشد که قافله در دفعه واحد در مدت یک سال به آن شهر نرسد و ولی شخصی دیگری را نیز جهت تزویج مولی علیه تعیین ننموده باشد، ولایت اجبار به یکی از عصبات که از وی در درجه بعیدتر قرار دارد، انتقال می آید، زیرا در صورت موجودیت ولی قریب، ولی بعید صلاحیت تزویج مولی علیه صغیره، که بعداً در باره آن بحث خواهیم نمود، را ندارد. بنابراین، هرگاه ولی قریب موجود باشد و ولی بعید دختر صغیره را به نکاح دیگری در بی آورد، عقد فضولی و نفاذ آن منوط بر اجازه ولی قریب است. بنابراین، هرگاه ولی قریب اجازه اعطا نماید، عقد نافذ و در غیر آن فسخ می گردد. هرگاه ولی قریب غایب گردد، صلاحیت تزویج صغار در مرحله اول به ولی بعید و در صورت عدم موجودیت ولی بعید، به سلطان منتقل می گردد، زیرا ولی بعید نیز از جمله عصبات مولی علیه است. هرگاه ولی قریب غایب باشد و ولی بعید در غیاب وی، دختر صغیره را به نکاح دیگری در بی آورد، ولی قریب بعد از حضور، حق اعتراض را ندارد، زیرا در صورت غیابت، ولی قریب، حکم معدوم را دارد.<sup>۱۹۵</sup>

هرگاه ولی قریب در زندان و یا اسارت باشد ولو نزدیک و دسترسی نیز به وی ممکن باشد، اسارت و محبوس بودن وی به مثابه دور بودن وی است. زیرا، علی الرغم آنکه شخصاً و ذاتاً دور نیست،

۱۹۳. رواه احمد و الاربع الا النسائی.

۱۹۴. جهت بررسی مبانی اختلاف ر. ک: وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۷۲۴ و ۶۷۲۵.

۱۹۵. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۳۷۱؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۷۲۳ و ۶۷۲۴.



ولی ازدواج مولی علیه صغیره به موجب نظر او غیر متعذر و ناممکن است. بنابراین، حکم ولی بعید و دور را دارد، زیرا اگر دور هم می بود امکان دسترسی به وی وجود نداشت. پس، زندانی و غایب بودن وی یکسان است. در موردی که نزدیک و دور بودن ولی معلوم نباشد یا معلوم باشد، ولی محل و جای بود و باش و اقامتگاه وی معلوم نباشد، عدم موجودیت وی به منزله دور بودن او است، زیرا در چنین حالات دسترسی به وی ممکن نیست. در چنین موارد، ولایت به ولی بعید انتقال می آید.<sup>۱۹۶</sup>

ولایت اختیار و یا استحباب عبارت از حقّ ولی در ترویج مولی علیه بر مبنای رضایت و اختیار او است. کسی که دارای چنین ولایت است «ولی مخیر» نامیده می شود. ولایت اختیار که بر اشخاص عاقل و بالغ ثابت است «ولایت استحباب» نیز نامیده می شود، زیرا به نظر امام ابوحنیفه رحمته و امام زفر رحمته یکی دیگر از فقهای حنفیه بر زن عاقله و بالغه اعمّ از اینکه دوشیزه باشد یا بیوه مستحب است که جهت احترام به پدر و پدر کلان و رعایت ادب عقد ازدواج خویش را توسط ولی مخیر منعقد نماید. ثبوت چنین ولایتی طبق فقه حنفیه بر مبنای رضایت مولی علیه است.<sup>۱۹۷</sup> از آنچه گفته شد، نتایج ذیل به دست می آید:

(۱) هر چند اشخاص عاقل و بالغ می توانند عقد ازدواج خویش را منعقد نمایند، اما به نظر فقهای حنفی مستحب است که حتی اشخاص عاقل و بالغ نیز عقد ازدواج خویش را توسط ولی منعقد نمایند.

(۲) به موجب فقه ازدواج صغار جواز دارد، منتها این ازدواج باید توسط ولی صورت بگیرد. نظریه ولایت در فقه موجب ازدواج های قبل از وقت و ازدواج صغار می گردد.

#### مبحث چهارم) ایجاب و قبول توسط وکلای طرفین

در افغانستان به دلیل حاکم بودن سنت ها معمولاً ازدواج ها توسط وکیل منعقد می گردد. زیرا، دختر به خلاف جمهوری اسلامی ایران، ترکیه و برخی ممالک اسلامی دیگر در محفل عقد نکاح که معمولاً در افغانستان در حضور مردان صورت می گیرد، نمی آید. پرسش این است که آیا انعقاد نکاح توسط وکیل جواز دارد یا خیر؟ پا

سخ این پرسش مثبت است. زیرا، همان طوری که ممکن است نکاح اشخاص عاقل و بالغ اصالتاً منعقد گردد، ممکن است عقد ازدواج آنها توسط وکلای آنها نیز منعقد گردد. ماده ۷۷ ق. م در این باره می گوید: «برای صحت عقد نکاح و نفاذ آن شرایط آتی لازم است: (۱) انجام ایجاب و قبول

۱۹۶. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۳۷۲؛ و هبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۷۲۷. ۱۹۷. همان، هبة الزحیلی، جلد (۹)، ص ۶۶۹۵.

صحیح توسط عاقدین، اولیاء یا وکلای شان.» علاوه براین، ماده ۷۲ ق م در این باره می گوید: «گرفتن وکیل برای عقد ازدواج جوازدارد.» هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز وکالت در عقد ازدواج است.

از نصوص این مواد به خوبی استنباط می گردد که عقد ازدواج امکان دارد توسط طرفین یا وکلای آنها منعقد گردد. در صورتی که ایجاب و قبول توسط وکلای طرفین صورت بگیرد، باید شرایط ایجاب و قبول در عقد ازدواج که عبارت اند از: استمرار، فوریت، اتحاد مجلس، صراحت و عدم مضاف نمودن عقد ازدواج به زمان آینده و محقق بودن شرط رعایت گردد. در صورت عدم رعایت این شرایط ایجاب و قبول صحیح نیست. تفصیل این شرایط در گفتار ایجاب و قبول توسط طرفین گذشت.

به اتفاق نظر فقهاء هر عملی را که انسان بتواند خودش به صورت مستقیم بلاواسطه انجام بدهد، می تواند جهت اجرای آن وکیل بگیرد مانند: خرید و فروش، اجاره، اقامه دعوی، دفع دعوی، ازدواج، طلاق و نظیر اینها.<sup>۱۹۸</sup>

ازدواج نیز از جمله عقود جایزه است که ممکن است توسط اصیل و یا وکیل به نمایندگی از اصیل انعقاد یابد. چنانچه احناف بر این اعتقاد اند که زن و مردی که واجد اهلیت: یعنی؛ عاقل و بالغ باشند می توانند برای انعقاد آن وکیل بگیرند، زیرا در این مورد قاعده فقهی وجود دارد که: «هر عملی را که انسان بتواند به صورت مستقیم بلاواسطه انجام دهد، می تواند برای اجرای آن وکیل بگیرد مشروط بر این که عمل قابل نیابت باشد». ۱۹۹ و ۲۰۰ پیامبر ﷺ به عنوان وکیل عقد ازدواج عده ای از اصحاب خویش را منعقد نموده است. ابو داود از عقبه بن عامر رضی الله عنه روایت کرده است که پیامبر ﷺ به مردی گفت:

«أَرْضَى أَنْ أَرْوِّجَكَ فُلَانَةً.»<sup>۲۰۱</sup>

«آیا راضی هستی ترا به عقد ازدواج فلانی در بی آورم؟ [او گفت بلی. پیامبر ﷺ عقد ازدواج آنان را بست].»

براساس عرف و عادات برای گرفتن وکیل لازم نیست تا وکیل جواز وکالت از انجمن مستقل وکلای مدافع داشته باشد و شرایط وکالت را که در قانون وکلای مدافع پیش بینی شده است داشته باشد بلکه

۱۹۸. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۳۷۷.  
 ۱۹۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۷۲۶.  
 ۲۰۰. به عنوان مثال، بیع، اجاره، وصیت و امثال اینها قابل نیابت است. اما، امتحان دادن در پوهنتون (دانشگاه)، مصاحبه دادن به منظور آجرارز وظیفه معین و امثال اینها قابل نیابت نیست و شخص باید این اعمال را خودش انجام دهد. پس، وکالت در این اعمال جواز ندارد.  
 ۲۰۱. رواه ابو داود عن عقبه بن عامر.

هر شخص را دختر و پسر می تواند به عنوان وکیل تعیین نماید. در وکلا حداقل شرط است که اهلیت داشته باشند. به طور کلی، تعیین وکالت مراحل ذیل را در بر می گیرد:

(۱) براساس عرف و عادات دختر معمولاً یکی از اقارب نزدیک خویش را به عنوان وکیل مهر و نفس خویش برای انعقاد عقد ازدواج معین می نماید. برای این که ملا امام و اشخاصی که در مجلس عقد حاضر اند بدانند وکیل دختر کیست، دو تن از اقارب دختر نزد دختر می روند و از دختر می پرسند وکیل شما کیست؟ دختر پاسخ می دهد، به حیث مثال، کاکا، ماما و نظیر اینهای من. ایرادی که بر انعقاد عقد از طریق وکالت وارد می گردد این است که برای برخی دختران اصلاً مهر مهم نیست. آنچه مهم است ازدواج است. وکلا در عقد ازدواج با توجه به این که اشخاص متخصص فقه و حقوق نیستند مقدار مهر را بسیار بالا تعیین می نمایند بدون این که دختر از آن آگاهی داشته باشد.

براساس برخی مشاهدات حتی وکلا مهر را از یک لک دالر شروع نموده اند. این مقدار از یکطرف باعث ایجاد تنش میان طرفین عقد ازدواج و از طرف دیگر باعث می شود تا پسران نسبت به ازدواج دلسرد و ناامید شوند. راه حل این مشکل بسیار ساده است و آن این است که دختران و پسران خود به صورت مستقیم و بالاصاله در تعیین مقدار مهر و ایجاب و قبول مانند بسیاری از ممالک اسلامی مانند ترکیه و جمهوری اسلامی ایران در محل عقد حضور یابند.

(۲) شاهدان وکالت عروس در محفل عقد می آیند و ملا امام یا عاقد عقد از شاهدان می پرسد: از کجا آمدید؟ شاهدان می گویند: از شهر عدالت یا از نزد منکوحه. ملا امام می پرسد: چه آوردید؟ شاهدان می گویند: حکم وکالت. ملا امام می گوید: بیان نمایید. شاهدان یکی پس از دیگر بالترتیب می گویند: اشهدوا شاهی می دهم از برای خدا نه از برای ریا که زینب بنت احمد که احمد به این نام دختر دیگری ندارد، کاکایش محمود را به عنوان وکیل مهر معین نمود. سپس ملا امام از محمود می پرسد، وکالت را قبول نمودی؟ می گوید: بلی!

(۳) داماد هرچند در مجلس عقد ازدواج حضور دارد اما برای تعیین مقدار مهر یکی از اقارب نزدیک خویش را به عنوان وکیل مهر تعیین می نماید.

(۴) سپس ملا امام از وکلای داماد و عروس می خواهد تا مقدار مهر را تعیین نمایند. معمولاً وکیل دختر مقدار مهر را از یک لک دالر شروع می نماید و وکیل پسر از پنج هزار. در نهایت وکلا در کابل معمولاً ده هزار دالر یا کم و بیش مقدار مهر را معین می نمایند.

(۵) طرفین بعد از تعیین مقدار مهر، آن را به ملا امام می گویند. ملا امام از وکیل دختر می پرسد که زینب بنت احمد را به این جوان در برابر ده لک افغانی مهر دادی؟ وکیل دختر می گوید: بلی؟

سپس ملا امام از داماد می پرسد که زینب بنت احمد را در برابر ده ده لک مهر خواسته بودی و قبول نمودی؟ داماد می گوید: بلی! ملا امام سه بار از داماد این جمله را می پرسد و داماد سه بار جواب می دهد. سپس، ملا امام نکاح خط عرفی را ترتیب می نماید و خطبه می خواند و برای طرفین عقد ازدواج دعای خیر می نماید. سپس، وکیل دختر، پسر و شاهدان در نکاح خط امضا می نمایند.

در انعقاد عقد ازدواج، وکلای طرفین طبق ق. م تابع قواعد ذیل اند:

(۱) طبق ماده ۷۴ ق. م: «وکیل نمی تواند عملی را که خارج از حدود وکالت او باشد، انجام دهد. تصرف خارج از حدود وکالت به مثابه عملی فضولی بوده و متوقف به اجازه مؤکل و مؤکله او می باشد.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱- وکیل نمی تواند عملی را خارج از حدود صلاحیت او باشد انجام دهد. طبق نص این ماده وکالت وکیل وکالت مقید است. وکالت مقید، وکالتی است که در آن وکیل مؤکل را جهت تزویج زن معین، با اوصاف معین در مقابل مهر معین مقید می نماید. در وکالت مقید، وکیل ملزم به رعایت قیود مصرحه مؤکل است. پس، وکیل نمی تواند عملی را انجام بدهد که از حدود صلاحیت وی خارج است مگر این که عمل به نفع مؤکل تمام شود مانند اینکه: وکیل برای مؤکل زن بهتر را در مقابل مهر کمتر از آنچه مؤکل تعیین نموده است، تزویج نماید.

ولی، هرگاه مخالفت وکیل به نفع مؤکل تمام نشود، عقد صحیح و غیرلازم است و نفاذ آن منوط بر اجازه مؤکل است و مؤکل می تواند آن را تنفیذ و یا فسخ نماید.<sup>۲۰۲</sup> به حیث مثال، اگر احمد محمود را وکیل خویش تعیین نماید تا دختری را که محصل، از ولایت کابل، محجبه و ... است به او تزویج نماید اما محمود برای احمد دختری را به نکاح می گیرد که متعلم، از ولایت کاپیسا، غیر محجبه و ... است. در این مثال، محمود از حدود صلاحیت خویش عدول نموده است و عمل محمود حیثیت عمل فضولی را دارد. در صورتی که احمد عمل محمود را تأیید نماید، عقد ازدواج نافذ و در صورت عدم تأیید عقد ازدواج باطل می گردد. عمل فضولی در نص این ماده مترادف با فضالت است.

همچنین، اگر حمیده محمود را به عنوان وکیل خویش تعیین نماید تا محمود حمیده را با پسری که پولدار، مقبول، محصل، از ولایت کابل، و ... است به او تزویج نماید اما محمود حمیده را به پسری که فقیر، از ولایت مزار، متعلم، نازیبا و ... تزویج نماید. در این مثال، محمود از حدود صلاحیت خویش عدول نموده است و عمل محمود حیثیت عمل فضولی را دارد. در صورتی که

۲۰۲. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۳۸۰؛ و وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۷۲۸.

حمیده عمل محمود را تأیید نماید، عقد ازدواج نافذ و در صورت عدم تأیید عقد ازدواج باطل می‌گردد.

۲- ضمانت اجرای این شرط نیز در نص این ماده پیش بینی شده است. بنابراین، در صورتی که وکیل از حدود صلاحیت خویش عدول نماید، تصرف او فضولی تلقی می‌گردد. عمل فضولی در نص این ماده مترادف با فضالت است. فضالت در لغت به معنای زیاده کاری، افزود کاری، کار بی ربط انجام دادن و کار بی معنی کردن است. در اصطلاح فقهی، فضالت وصفی برای تصرفات بیرون از دایره اختیارات شخص است.

همچنین، در تعریف فضالت گفته اند: به انجام کاری بدون اذن شرعی فضالت گویند، مانند اینکه: کسی بدون اذن دیگری او را به دیگری نامزد نماید؛ یا ملکی را بدون اجازه مالک آن به اجاره دهد که به کننده کار «فضولی» و به مورد انجام یافته «معامله فضولی» گویند<sup>۲۰۳</sup> و در حقوق به عقدی فضولی گویند که شخص برخوردار از اهلیت بدون داشتن حق ولایت تصرفی را انجام دهد.<sup>۲۰۴</sup> بنابراین، در صورتی که مؤکل و یا مؤکله وکیل اجازه دهند عمل نافذ و در صورت عدم اجازه عمل باطل است. وکالت در لغت معنای حفظ، نگهدارندگی و کارسازی است.<sup>۲۰۵</sup> ماده ۱۲۲۹ مجله الاحکام العدلیه در تعریف وکالت می‌گوید: «وکالت عبارت از این است که شخصی صلاحیت اجرای کار خود را به دیگری بسپارد و او را در این مورد قایم مقام خود بگرداند که تفویض کننده صلاحیت را (موکل)، شخصی که به او تفویض صلاحیت شده است، (وکیل) و موضوع تفویض شده را (موکل به) گویند.»

مؤکله اسم فاعل مؤنث مؤکل از ریشه «وکل» گرفته شده که در لغت به معنی وکیل گیرنده، سپارنده کاری به دیگری و برچیزی گمارنده است. در اصطلاح حقوق مدنی، مؤکله عبارت از شخص مؤنثی است که تصرف جایز و معلوم را در زمان حیات خویش به دیگری تفویض می‌نماید.<sup>۲۰۶</sup> در صورتی که شخص مذکر باشد، به او مؤکل می‌گویند. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۷۴ ق. م مورد حمایت قرار دادن مصلحت مؤکل و مؤکله و پیش بینی ضمانت اجرای عدم عدول وکیل از حدود صلاحیت او در وکالت در عقد ازدواج است.

۲۰۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۸۰.

۲۰۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۳۸۰.

۲۰۵. در مورد این تعاریف ر. ک: همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۲۲۰۵.

۲۰۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۳۰؛ و وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۰۵۵ و ۴۰۵۶.

۲) طبق ماده ۷۳ ق. م: «وکیل نمی تواند در عقد ازدواج بدون تفویض صلاحیت یا اجازه مؤکل و یا مؤکله شخصی دیگری را به صفت وکیل تعیین نماید.» طبق نص این ماده وکیل نمی تواند بدون اجازه مؤکل و یا مؤکله شخص دیگری را به عنوان وکیل مؤکل و یا مؤکله خویش تعیین نماید مگر این که مؤکل و یا مؤکله این صلاحیت را به وکیل داده باشند. طبق نص این ماده نیز وکالت وکیل مقید است. عبارت «بدون تفویض صلاحیت» در نص این ماده مبهم است، زیرا معلوم نیست که چه شخصی این صلاحیت را به وکیل می دهد.

دلیل این قاعده این است که معمولاً وکالت در عقد ازدواج با توجه به شخصیت وکیل و رابطه سببی، نسبی و یا رضاعی وکیل با مؤکل صورت می گیرد. زیرا، طبق عرف و عادات معمولاً عروس کاکا، ماما، یازنه و ... را به عنوان وکیل معین می نماید. به حیث مثال، اگر احمد یا حمیده محمود را در عقد ازدواج وکیل خویش تعیین نماید، محمود نمی تواند بدون اجازه احمد یا حمیده جمشید را به عنوان وکیل احمد یا حمیده تعیین نماید. اما، اگر احمد یا حمیده اجازه دهند، محمود می تواند جمشید یا هر فرد دیگر را به عنوان وکیل احمد و حمیده تعیین نماید.

۳) براساس ماده ۷۲ فقره اول ق. م: «وکیل نمی تواند مؤکله را به عقد نکاح خود در آورد، مگر این که در عقد وکالت به آن تصریح شده باشد.» از نص این ماده یک اصل و یک استثناء استنباط می گردد. اصل این است که طبق نص این ماده وکیل صلاحیت ندارد مؤکله خویش را به نکاح خویش در آورد. استثنای این قاعده این است که مؤکله حین انعقاد عقد وکالت این صلاحیت را به وکیل داده باشد. در این صورت، وکیل هم شوهر است و هم وکیل. لذا، عاقد عقد ازدواج (معمولاً ملا یا مولوی) باید ایجاب را در چنین حالات متوجه وکیل نماید، زیرا چنانچه گفته شد، دختر معمولاً در محفل عقد ازدواج در میان مردان ظاهر نمی شود. پس وکیل باید ایجاب و قبول را به اصالت از خود و وکالت از زوجه خود انجام دهد.

ایراد دیگری که در این ماده به نظر می رسد این است که مهر زوجه در صورتی که وکیل زوجه هم شوهر و هم وکیل باشد چگونه تعیین شود، زیرا در افغانستان مقدار مهر زوجه را نیز وکیل تعیین می نماید. دلیل این قاعده جلوگیری از سوء استفاده های احتمالی وکیل است. به حیث مثال، اگر حمیده محمود را وکیل خویش تعیین نماید، محمود نمی تواند حمیده را به خود نکاح نماید. این اصل است. استثنای این اصل این است که حمیده در عقد وکالت این اجازه را به محمود داده باشد. به حیث مثال، حمیده به محمود بگوید که تو وکیل من هستی و می توانی من را نکاح نمایی. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز تروج مؤکله به وکیل است.

۴) براساس ماده ۷۵ ق. م: «وکیل به تسلیم زوجه به زوج و پرداخت مهر مکلف نمی باشد مگر این که از پرداخت مهر ضمانت کرده باشد. در این صورت وکیل نمی تواند که مهر تأدیه شده را از زوج مطالبه نماید جز در حالتی که ضمانت وکیل به اجازه زوج صورت گرفته باشد.» از نص این ماده دو حکم و یک استثناء قابل استنباط است:

نخست این که در عقد وکالت مانند سایر عقود اثر عقد متوجه مؤکل و مؤکله می گردد نه وکیل، زیرا وکیل در عقد ازدواج نماینده مؤکل و مؤکله است و صرف اراده آنها را تمثیل می نماید و اثر عقد متوجه او نمی گردد. بنابراین، در عقد ازدواج وکیل مکلف به تسلیم زوجه به زوج و پرداخت مهر و اطاعت زوجه از زوج نیست، زیرا وظیفه وکیل در عقد ازدواج به مجرد به اتمام رسیدن عقد ازدواج به پایان می رسد.<sup>۲۰۷</sup> این تکلیف مطابق عرف معمولاً بر عهده اقارب زوجه و یا خود زوجه است. طبق عرف معمولاً اقارب زوجه، زوجه را تسلیم زوج می نمایند. به حیث مثال، اگر احمد در عقد ازدواج وکیل حمیده باشد و حمیده را به جمشید تزویج نماید، احمد مکلف نیست حمیده را به جمشید تسلیم نماید.

دوم این که وکیل تعهدی نسبت به پرداخت مهر توسط زوج به زوجه ندارد مگر این که پرداخت مهر را توسط زوج به زوجه ضمانت نموده باشد. بخش اخیر ماده ۷۵ ق. م که تصریح می نماید: «در این صورت وکیل نمی تواند که مهر تأدیه شده را از زوج مطالبه نماید جز در حالتی که ضمانت وکیل به اجازه زوج صورت گرفته باشد.» مبهم است. در هر صورت، در صورتی که وکیل پرداخت مهر را توسط زوج به زوجه تضمین نموده باشد، مطابق قواعد عمومی عقد تضمین (کفالت) باید زوج را وادار به پرداخت مهر نماید و یا خود مهر را بپردازد و سپس به زوج رجوع نماید.

به حیث مثال، اگر احمد در عقد ازدواج وکیل جمشید باشد و حمیده را به جمشید تزویج نماید و ضمانت نموده باشد که جمشید مهر حمیده را پرداخت می نماید، در صورت عدم پرداخت مهر توسط جمشید، حمیده می تواند بر احمد مراجعه نماید و پرداخت مهر را از احمد مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تنظیم روابط وکیل و مؤکل در عقد ازدواج است.

#### مبحث پنجم) حضور دو نفر شاهد با اهلیت

براساس ماده ۷۷ فقره دوم ق. م: «برای صحّت عقد نکاح و نفاذ آن شرایط آتی لازم است: ۲) حضور دو نفر شاهد با اهلیت.»، تعریف صحت و نفاذ گذشت. طبق نص این ماده برای صحت و نفاذ عقد ازدواج دو شرط در خصوص شهود وجود دارد: اول این که تعداد شهود دو تن باشد. شاهد

۲۰۷. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۳۹۱؛ و وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۷۳۱.

اسم فاعل از ریشه «شهد» گرفته شده است که در لغت به معنی گواه دهنده، گواه خبر قاطع و حاضر است که جمع آن شهود است. در اصطلاح حقوقی شاهد کسی است که به لفظ اشهد در حضور قاضی در مجلس قضا برای اثبات حقی گواهی بدهد.<sup>۲۰۸</sup>

قانونگذار مدنی در نص این ماده از «دو نفر» سخن می گوید و بنابراین زن و مرد بودن شهود را قید نکرده است که در عصر حاضر بسیار مناسب به نظر می رسد. دوم این که شاهدان با اهلیت باشند که تعریف اهلیت گذشت. بنابراین، شاهدان باید عاقل و بالغ باشند. بنابراین، شهادت مجنون به سبب عدم تحقق هدف شهادت؛ یعنی؛ اعلان و اثبات ازدواج در آینده در صورت انکار یکی از زوجین و یا طفل ناشی از نکاح صحیح نیست.<sup>۲۰۹</sup>

به نظر می رسد دلیل این که حضور دو نفر شهود یکی از شرایط صحت و نفاذ عقد ازدواج است این است که شاهدان می توانند به عنوان وسایل اثبات در کنار اسناد، اقرار و سایر وسایل اثبات در اثبات عقد ازدواج نقش مهم را ایفا نمایند. به حیث مثال، اگر عقد ازدواج احمد و حمیده در حضور دو تن شاهد با اهلیت منعقد گردد، حضور دو تن شاهد برای صحت و نفاذ این عقد ازدواج کافی است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط صحت و نفاذ عقد ازدواج است. پرسش این است که هرگاه زن اهل کتاب باشد تکلیف چیست؟ ماده ۹۲ فقرة دوم ق. م در پاسخ به این پرسش می گوید: «ازدواج زن اهل کتابیه توسط ولی کتابی وی به حضور دو نفر شاهد اهل کتاب صورت گرفته می تواند. در موارد مندرج این ماده اولاد تابع دین پدر شناخته می شود.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط به نظر می رسد:

نخست این که ازدواج اهل کتابیه که تعریف آن در مبحث محرمات مؤقت خواهد آمد توسط ولی کتاب او منعقد می گردد. بنابراین، طبق نص این ماده ازدواج زن اهل کتاب می تواند توسط ولی کتابی او منعقد گردد.

دوم این که در انعقاد عقد ازدواج با زن اهل کتاب باید دو تن اهل کتاب شاهد باشند.

سوم این که اولادی که از شوهر مسلمان و خانم اهل کتاب متولد گردد، تابع دین پدر شناخته می شود. به نظر می رسد این پیروی دین پسر از پدر تحمیلی است، زیرا انسان امکان دارد دین اسلام را از سه طریق کسب نماید: از طریق فطری، از طریق اکتساب براساس اراده و از طریق تحمیل قانون. نص این ماده مجمل است و قانونگذار روشن نساخته است که عقد ازدواج زن اهل کتاب با چه

۲۰۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۱۸.

۲۰۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۵۶۲؛ عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۱۵؛ و عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: چاپ مکتب حقانیة، ص ۶۵.



شخصی منعقد می‌گردد. اما، اگر این ماده را در کنار سایر مواد ق. م قرار دهیم و تفسیر ساختاری - منطقی نماییم این نتیجه به دست می‌آید که در این فرض نکاح زن اهل کتاب با پسر مسلمان صورت می‌گیرد.

به حیث مثال، اگر جولی مسیحی یا یهودی باشد و بخواهد با احمد مسلمان ازدواج نماید، ازدواج جولی می‌تواند توسط ولی مانند پدر، پدر کلان و سایر اولیای مسیحی یا یهودی او در حضور دو تن شاهد مسیحی و یهودی می‌تواند صورت بگیرد. در صورتی که احمد و جولی صاحب دختر یا پسری شوند، دختر و پسر احمد و جولی تابع دین پدر یعنی اسلام می‌باشند. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز ازدواج پسر مسلمان با پیرو اهل کتاب و تنظیم مسایل مربوط به انعقاد عقد ازدواج پیرو اهل کتاب و حضور دو شاهد اهل کتاب است.

در فقه فقهای اهل سنت به جز امام مالک رحمته اتفاق نظر دارند مبنی بر اینکه شهادت شرط صحت عقد ازدواج است. پس، ازدواج بدون شهود صحیح نیست. زیرا، پیامبر صلی الله علیه و آله فرموده است:

«لَا نِكَاحَ إِلَّا بَوَلِيٍّ وَ شَاهِدَيْنِ عَدْلٍ». <sup>۲۱۰</sup>

«هیچ نکاحی بدون حضور ولی و حضور گواهان عادل صحیح نیست.»

و نیز فرموده است:

«البغایا: اللاتی ینکحنَ أنفسهنَّ بغيرِ بینة.» <sup>۲۱۱</sup>

«زنان بدکاره آنها هستند که بدون حضور شاهد و بینة خود را به عقد نکاح در آمی آورند.»

امام مالک رحمته حضور شهود حین انعقاد عقد ازدواج را شرط صحت عقد ازدواج تلقی نمی‌نماید، بلکه اعلان عقد ازدواج را شرط صحت آن تلقی می‌نماید. بنابراین، فقهای مالکیه ازدواجی را که اعلان نشود نکاح سر و قابل فسخ می‌دانند.

فقهای مالکیه بر این نظر اند که: عدم زمینه سازی زوج با شهود مبنی بر کتمان عقد ازدواج شرط صحت ازدواج محسوب می‌گردد. بنابراین، هرگاه زوج با شهود مبنی بر کتمان عقد ازدواج زمینه سازی نماید، عقد ازدواج باطل است و چنین ازدواجی به نام «ازدواج سر یا خفیه» یاد می‌شود. ازدواج سر یا خفیه، ازدواجی است که زوج شهود را مبنی بر کتمان ازدواج از زوجه، جماعت خاص، اهل منزل و یا زوجه قدیمه در صورتی که کتم از خوف ظالم و غیره نباشد وصیت نماید. ولی، جمهور فقهاء بر این نظر اند که: کتمان و عدم کتمان ازدواج شرط صحت ازدواج تلقی نمی‌گردد. بنابراین، در صورتی که زوج با شهود مبنی بر کتمان ازدواج از کل و یا بعضی مردم توافق

<sup>۲۱۰</sup> . رواه الدارقطنی و ابن حبان.  
<sup>۲۱۱</sup> . رواه الترمذی عن ابن عباس رضی الله عنهما.

نماید، عقد ازدواج فاسد نمی گردد، زیرا اعلان ازدواج به مجرد حضور شهود حین انعقاد عقد ازدواج متحقق می گردد.<sup>۲۱۲</sup>

دلیلی که فقهای مالکیه در این باره ارایه می نمایند این است که: حضور گواهان حین اجرای معاملات شرط و یا فرض نیست، بلکه مستحب است. در نتیجه، در عقد ازدواج به صورت اولی فرض و یا شرط نیست، بلکه هدف این است که عقد ازدواج بین طرفین عقد، به منظور حفظ نسب در میان مردم اعلان شود.<sup>۲۱۳</sup> همچنین، ابو زبیر مکی می گوید که: در نزد حضرت عمر رضی الله عنه از نکاحی سخن به میان آمد که گواهان آن یک مرد و یک زن بودند، او گفت: این نکاح پنهانی است و من آن را جایز نمی دانم و اگر من به آن اقدام می کردم رجم می شدم. طبق فقه شرایطی که باید در شاهد رعایت گردد قرار آتی است:

(۱) **عاقل و بالغ بودن:** جهت صحت شهادت شهود شرط است که شاهدان عاقل و بالغ باشند. بنابراین، شهادت مجنون به سبب عدم تحقق هدف شهادت: یعنی؛ اعلان و اثبات ازدواج در آینده در صورت انکار یکی از زوجین و یا طفل ناشی از نکاح صحیح نیست.<sup>۲۱۴</sup>

(۲) **اسلام:** هرگاه طرفین عقد مسلمان باشند، فقهاء بدون اختلاف مسلمان بودن شهود را شرط صحت ازدواج تلقی می نمایند. پس، شهود قرار گرفتن کافر حین انعقاد عقد ازدواج مسلمان صحیح نیست.<sup>۲۱۵</sup> ولی، هرگاه زن اهل کتابیه باشد، در فقه دو نظر وجود دارد: امام شافعی رحمته الله، امام احمد رحمته الله، امام محمد رحمته الله و زفر رحمته الله بر این نظر اند که: شهود باید مسلمان باشند. ولی، امام ابوحنیفه رحمته الله و امام ابو یوسف رحمته الله بر این نظر اند که نکاح زن اهل کتابیه در حضور دو شاهد اهل کتابیه صحیح است.<sup>۲۱۶</sup>

(۳) **شنوایی:** شرط است که شهود کر نباشند، زیرا در صورت کر بودن نمی توانند کلام عاقدان را حین اعلام آن بشنوند و بعداً آن را به دیگران نقل نمایند. زیرا، در صورت کر بودن موجودیت و عدم

۲۱۲. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۹)، كويته: انتشارات مكتب رشديه، ص ۶۵۷۱.  
 ۲۱۳. سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۲) ايران: انتشارات محمدي سقر، ايران، انتشارات محمدي سقر، صص ۵۴۹ و ۵۵۰.  
 ۲۱۴. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۹)، كويته: انتشارات مكتب رشديه، ص ۶۵۶۲؛ عبدالرحمن الجزايري (\_\_\_\_). الفقه على المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ كتابخانه وحيدى، ص ۱۵.  
 ۲۱۵. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۹)، كويته: انتشارات مكتب رشديه، ص ۶۵۶۵؛ سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۳) ايران: انتشارات محمدي سقر، ايران، انتشارات محمدي سقر، ص ۱۲۷۳.  
 ۲۱۶. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۹)، كويته: انتشارات مكتب رشديه، ص ۶۵۶۵؛ سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۳) ايران: انتشارات محمدي سقر، ايران، انتشارات محمدي سقر، ص ۱۲۷۳؛ عبدالرحمن الجزايري (\_\_\_\_). الفقه على المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ كتابخانه وحيدى، ص ۱۵.

موجودیت آنها یکسان است. بنابراین، شهادت شخصی که کلام عاقدان را نشنود و کرباشد صحیح نیست.<sup>۲۱۷</sup>

**(۴) بینایی:** در باره بینایی شهود در فقه دو نظر وجود دارد: فقهای شافعیه بر این نظر اند که بینایی شهود شرط صحت شهادت تلقی می‌گردد. پس، شهادت نابینا پذیرفته نمی‌شود. زیرا، شخص نابینا قادر بر تمیز قایل شدن بین مدعی و مدعی علیه نیست. برعکس، بر نظر جمهور فقهاء بینایی شرط صحت شهادت در حین انعقاد عقد نکاح نیست. پس، شهادت نابینا در صورتی که کلام عاقدین را بشنود و آواز آنها را به نحوی که شک در آن نباشد، صحیح می‌دانند. زیرا، شخص نابینا واجد اهلیت شهادت است و شهادت در این گونه موارد شهادت بر قول است. پس، مانند سایر معاملات صحیح است.<sup>۲۱۸</sup>

**(۵) تعدد شهود:** به اتفاق نظر فقهای مذاهب چهارگانه تعدد شهود شرط صحت عقد ازدواج تلقی می‌گردد<sup>۲۱۹</sup> که حد اقل نصاب آن به نظر حنفیه دو مرد و یا یک مرد و دو زن می‌باشد.<sup>۲۲۰</sup> بنابراین، نکاح به حضور شاهد واحد منعقد نمی‌گردد.<sup>۲۲۱</sup> زیرا، پیامبر ﷺ فرموده است:

«لَا نِكَاحَ إِلَّا بَوْلِيٍّ وَ شَاهِدَيَّ عَدْلٍ.»<sup>۲۲۲</sup>

«هیچ نکاحی بدون حضور ولی و حضور گواهان عادل صحیح نیست.»

**(۶) مرد و زن بودن شاهد:** در باره شهادت زنان در عقد ازدواج در فقه دو نظریه متفاوت وجود دارد: فقهای شافعیه و حنبله بر این نظر اند که: شرط صحت شهادت این است که شهود مرد باشند. بنابراین، اگر عقد ازدواج به حضور یک مرد و دو زن منعقد گردد، چنین ازدواجی صحیح نیست. زیرا، ابو عبیده از زهری روایت کرده است که گفته است: «سنت پیامبر ﷺ بر این بوده است که گواهی زنان در باره حدود، نکاح و طلاق جایز نیست.» چون عقد ازدواج، عقد مالی نیست و مقصود از آن مال نمی‌باشد و معمولاً بیشتر مردان در آن وقت حضور دارند. پس، به شهادت دو زن به ثبوت نمی‌رسد، مانند: حدودات شرعی. برعکس فقهای حنفی بر این نظر اند که شهادت دو زن

۲۱۷. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۵۶۵؛

عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۱۵.

۲۱۸. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۵۶۵.

۲۱۹. عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۱۵؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران: انتشارات محمدی سقر، ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۲۷۱؛ و وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۵۶۲.

۲۲۰. همان، وهبة الزحيلي، جلد (۹)، ص ۶۵۶۳.

۲۲۱. عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۱۵؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران: انتشارات محمدی سقر، ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۲۷۲.

۲۲۲. رواه الدارقطني و ابن حبان.

و یک مرد در عقد ازدواج مانند شهادت در اموال صحیح است. زیرا، زن اهلیت تحمل و اداء شهادت را دارد. ولی، شهادت زن در حدود و قصاص به سبب شدن آنها به سبب شبهه صحیح نیست.<sup>۲۲۳</sup>

۷) عادل بودن شهود: در باره عادل بودن شهود نیز در فقه دو نظریه وجود دارد: فقهای حنفیه بر این نظر اند که: عدالت شاهدان شرط صحت عقد ازدواج نیست. پس، ازدواج در حضور شاهدان فاسق نیز صحیح است. زیرا، هر کس شایسته ولایت در ازدواج باشد، شایستگی شهادت دادن بر ازدواج را نیز دارد و شخص غیر عادل می تواند ولی قرار بگیرد. همچنین، مقصد از حضور شاهدان در عقد ازدواج اعلان آن است که توسط شخص غیر عادل نیز می تواند تحقق پذیرد. برعکس، جمهور فقهاء با توجه به حدیث:

«لَا نِكَاحَ إِلَّا بَوَلِيٍّ وَ شَاهِدَيَّ عَدْلٍ.»<sup>۲۲۴</sup>

«نکاح صحیح نیست مگر در حضور شاهدان عادل.»

حضور شاهدان عادل را شرط صحت عقد ازدواج می دانند.<sup>۲۲۵</sup>

در باره وقت شهادت نیز در فقه دو نظریه وجود دارد: جمهور فقهاء به غیر از مالکیه بر این نظر اند که: شهود باید حین انعقاد نکاح حاضر باشند تا ایجاب و قبول را حین صدور آن توسط متعاقدین بشنوند. پس، در صورتی که عقد بدون حضور شهود تمام شود، چنین عقدی به سبب «لَا نِكَاحَ إِلَّا بَوَلِيٍّ وَ شَاهِدَيَّ عَدْلٍ.»<sup>۲۲۶</sup> فاسد است. زیرا، شهادت یکی از شرایط تحقق رکن عقد (ایجاب و قبول) است. پس، وجود آن حین وجود رکن شرط است. برعکس، فقهای مالکیه بر این نظر اند که: حضور شهود شرط صحت عقد ازدواج است اعم از اینکه حین إبرام عقد ازدواج و یا بعد از عقد و قبول از دخول تحقق پذیرد. بنابراین، در صورت عدم حضور شهود حین انعقاد و یا قبل از دخول عقد فاسد است.<sup>۲۲۷</sup> حکمت شرط حضور شهود حین انعقاد عقد ازدواج بخاطر اهمیت و اظهار آن میان مردم به منظور دفع سوء ظن و تهمت از زوجین است. همچنین، حضور شهود حین انعقاد عقد ازدواج تمیز قایل شدن میان حلال و حرام است و نیز جهت اثبات ازدواج و نسب اولاد ناشی از ازدواج است.<sup>۲۲۸</sup>

#### مبحث ششم) شرط گذاشتن در وقت انعقاد عقد ازدواج

۲۲۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۵۶۳.

۲۲۴. رواه الدارقطنی و ابن حبان.

۲۲۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۵۶۴؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۲) ایران: انتشارات محمدی سقر، ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۵۵۱.

۲۲۶. رواه الدارقطنی و ابن حبان.

۲۲۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۵۶۱.

۲۲۸. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۹)، ص ۶۵۶۱.

براساس عرف و عادات اولیاء و اقارب طرفین و در برخی حالات شرایط های مختلف در عقد ازدواج می گذارند مانند: تهیه فهرست لباس، مقدار طویانه، تهیه جهیز، دعوت تعداد مهمانان در هوتل، برگذاری محفل شیرینی خوری در هوتل، برگذاری محفل عروسی در هوتل. همچنین، طرفین و یا اولیای آن برخی شرایط در مورد طرز زندگی و لباس شرط می گذارند مانند: ادامه تحصیل دختر، ادامه کار دختر، عدم کار کردن دختر، ترک تحصیل توسط دختر، پوشیدن حجاب توسط دختر، پوشیدن چادری توسط دختر و نظیر اینها. در مورد شرط گذاشتن در عقد ازدواج ماده ۶۸ ق. م حکم می نماید: «هرگاه در عقد ازدواج شرطی گذاشته شود که مخالف قانون و اهداف ازدواج باشد، عقد صحیح و شرط باطل پنداشته می شود.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط به نظر می رسد:

نخست این که طبق ق. م اشتراط در عقد ازدواج جواز دارد. شرط می تواند توسط مرد گذاشته شود و یا توسط زن. بنابراین، شرط گذاشتن در ازدواج صرف مختص دختر یا اولیای دختر نیست. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید هر یک از احمد و حمیده می توانند مانند سایر عقود در عقد ازدواج شرط بگذارند.

دوم این که شرط است که شرطی که در عقد ازدواج گذاشته می شود مخالف اهداف عقد ازدواج نباشد. بحث اهداف عقد ازدواج گذشت. به حیث مثال، اگر حمیده با احمد ازدواج نماید و حمیده شرط گذارد که احمد از او هیچ گاه تمتع جنسی نگیرد، این شرط خلاف هدف عقد ازدواج است. زیرا، یکی از اهداف مهم عقد ازدواج تمتع جنسی زوجین از همدیگر است. همچنین، اگر حمیده شرط گذارند که هیچ گاه طفلی به دنیا نیاورد، زوجین شرط گذارند که با همدیگر در امور مربوط به خانواده همکاری نمایند و نظیر اینها این شروط خلاف اهداف عقد ازدواج است زیرا یکی از اهداف عقد ازدواج کمک و همکاری در امور مربوط به خانواده و تولید نسل است.

همچنین، شرط است که شرطی را که یکی از زوجین می گذارند مخالف قانون نباشد. به نظر می رسد مصادیق شروط مخالف قانون این است که زوج شرط گذارد که با زوجه ازدواج می نماید اما به این شرط که به زوجه مهر نپردازد یا به زوجه نفقه تأمین نکند، یا مرد شرط گذارد که با دختر در صورتی ازدواج می نماید که دختر درس نخواند و کار ننماید و نظیر اینها. پرداخت مهر، تأمین نفقه، درس خواندن دختر و کار زن از اموری اند که در قانون مدنی، قانون اساسی و قانون کار تضمین شده اند و شروط مرد مخالف قانون است. همچنین، اگر حمیده به احمد بگوید من با تو به شرطی ازدواج می نمایم که جمشید قاتل پدرم را به قتل برسانی، این شرط مخالف قانون است. زیرا، طبق قوانین جزایی قتل ممنوع است.

سوم این که قانونگذار مدنی ضمانت اجرای شروط مخالف قانون و اهداف ازدواج را نیز در ماده ۶۸ ق. م پیش بینی نموده است که عبارت از باطل بودن شروط مخالف قانون و اهداف عقد ازدواج و صحیح بودن عقد ازدواج است. بنابراین، هرگاه در عقد ازدواج شرطی گذاشته شود که مخالف قانون و یا اهداف عقد ازدواج باشد، عقد صحیح است و شروط باطل. به حیث مثال، اگر حمیده با احمد ازدواج نماید و شرط گذارد که احمد هیچ گاه از او تمتع جنسی نگیرد، عقد ازدواج صحیح است و شرط باطل. بنابراین، احمد می تواند از حمیده تمتع جنسی بگیرد.

همچنین، اگر حمیده شرط گذارد که در صورت طلاق حق حضانت طفل متعلق به احمد باشد، این شرط مخالف قانون است. زیرا، مادر طبق قانون مدنی نسبت به سایر حواضن حق اولویت دارد. اما، اگر حمیده با احمد ازدواج نماید و شرط تحصیل، کار و نظیر اینها را گذارد، هم ازدواج صحیح است و هم شرط و احمد مکلف به رعایت این شروط است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۶۸ ق. م پیش بینی حکم جواز اشتراط در عقد ازدواج و قیود آن است.

طبق فقه یکی از طرفین می تواند حین انعقاد ازدواج شرط بگذارد. همه فقهاء به جز ظاهریه بر این عقیده اند که اصل در عقود و شروط اباحه است. بنابراین، در عقد ازدواج مانند سایر عقود یکی از طرفین می تواند شرط بگذارد. باوجوداین، فقهاء در باره شروطی که یکی از طرفین می تواند در عقد ازدواج بگذارند نظریات مختلف ارایه نموده اند:

فقهای حنفیه می گویند: اگر شرط صحیح و با مقتضای عقد سازگار باشد و با احکام شرع اختلاف نداشته باشد، وفا به چنین شرایط واجب است، مانند اینکه: زن شرط نماید که در یک خانه به تنهایی زندگی نماید، و یا با خانواده شوهر زندگی ننماید، و یا شرط نماید که شوهر با زن دوم ازدواج ننماید؛ یا زوجه در عقد ازدواج شروطی بگذارد که شرع به آنها امر نموده، مانند: حسن معاشرت با زوجه، عدم امر زوجه به فحاشی و نظیر اینها که این چنین شروط صحیح است. ولی، هرگاه شروط فاسد باشد، یعنی: با مقتضای عقد سازگاری نداشته باشد، و یا احکام شرع آنها را جایز نشمارد، عقد صحیح و شرط باطل است، مانند: اشتراط یکی از زوجین و یا هر دوی آنها مبنی بر اختیار داشتن بر فسخ عقد ازدواج در مدت معین.<sup>۲۲۹</sup>

فقهای مالکیه می گویند: شروطی که ممکن است در عقد ازدواج شرط گذاشته شوند به دو نوع است: شروط صحیح و شروط باطل. شروط صحیح نیز به دو نوع است: شروط مکروه و شروط صحیح غیر مکروه. شروط صحیح غیر مکروه عبارت از شروطی اند که با مقتضای عقد سازگاری داشته باشند، مانند انفاق بر زوجه، حسن معاشرت با او، عدم خروج زن از منزل مگر به اجازه مرد،

خالی بودن زن از عیوبی که موجب فسخ عقد ازدواج نمی‌گردد، مانند: کر، کور نبودن و باکره بودن زن و نظیر اینها.

شروط صحیح مکروه شروطی اند که با هدف عقد ازدواج هیچ‌گونه منافات نداشته و با عقد هم هیچ‌گونه ارتباطی نداشته باشد، ولی به نحوی از انحاء شوهر را در تنگنا قرار دهد، مانند اینکه: زن شرط گذارد که شوهر زوجه اش را از شهر بیرون نبرد، یا با زن دوم ازدواج ننماید. هرگاه چنین شروطی شرط گذاشته شده باشد، شوهر مکلف به وفاء به آنها نیست، مگر اینکه چنین شروط قرین سوگند به طلاق باشد. اما شروط فاسد، عبارت از شروطی است که با مقتضای عقد و یا هدف ازدواج منافات و تناقض داشته باشد، مانند اینکه: شرط شود که مرد در میان زنان خویش عدالت را رعایت ننماید، یا شرط شود که نفقه زوجه را ولی او تأمین نماید، یا خیار فسخ عقد ازدواج توسط یکی از زوجین شرط شود، یا شرط زوجه مبنی بر داشتن اختیار طلاق و یا شرط زوجه مبنی بر تأمین نفقه فرزند زوجه توسط اقارب شوهر اعم از پدر و برادر زوجه و نظیر اینها.

فقهای شافعیه معتقد اند که شرط در عقد ازدواج بر دو نوع است: شروط صحیح و شروط باطل. شروط صحیح در عقد ازدواج عبارت از شروطی است که با مقتضای عقد سازگاری داشته باشد، مانند: شرط پرداخت نفقه و تأمین عدالت میان زوجات و غیره.

ولی، شروط فاسد عبارت از شروطی است که با مقتضای عقد مخالفت داشته، اما در مقصود اصلی آن خللی وارد ننماید، مانند: عدم ازدواج زوج با زن دوم، عدم فراهم نمودن نفقه برای زوجه توسط شوهر، عدم مسافرت زوجه با زوج به شهر دیگر. حکمی که بر چنین شروط مرتب می‌گردد این است که ازدواج صحیح و شرط باطل است. زیرا، شرط منافی مقتضای عقد ازدواج است. زیرا، پیامبر ﷺ در این مورد فرموده است:

«کل شرط لیس فی کتاب الله فهو باطل». ۲۳۰

«هر شرطی که در کتاب خداوند ﷻ نباشد، باطل است.».

در صورتی که شرط در مقصود اصلی ازدواج خللی وارد نماید، مانند اینکه: شرط شود که استمتاع جنسی صورت نگیرد، عقد ازدواج باطل است. همچنین، اگر شرط شود که زن و شوهر از همدیگر ارث نبرند و یا زن شرط نماید که نفقه او را شخص دیگری غیر از زوج تأمین نماید، عقد ازدواج باطل است.

فقهای حنابله می‌گویند: شرط در عقد ازدواج بر دو نوع است: شرط صحیح، شروط غیر صحیح: شروط صحیح عبارت از شروطی است که عقد آن را اقتضاء می‌نماید و یا نمی‌نماید، اما موجب

بهره مندی یکی از طرفین گردد و در شرع هم نص دال بر منع آن واده نشده است، مانند: شرط زوج بر زوج مبنی بر انفاق، حسن معاشرت، عدم ازدواج دوم، عدم خروج وی از منزل و عدم مسافرت وی با زوج و یا مانند: شرط زوج مبنی بر باکره، مقبول، متعلم، خالی از عیب، عدم کر و کور و نظیر اینها بودن زوج. حکمی که بر چنین شروط مرتب می گردد این است که وفاء به چنین شروط لازم است. زیرا، پیامبر ﷺ در این مورد فرموده است:

«أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ يُوفَى بِهِ مَا اسْتَحَلَّكُمْ بِهِ الْفُرُوجَ.»<sup>۲۳۱</sup>

«شایسته ترین شروطی که باید به آنها وفا شود، شروطی است که در ضمن عقد گنجانیده می شود و شروطی که که به وسیله آن زن را بر خود حلال می کنید.».

همچنین پیامبر ﷺ فرموده است:

«الصلح جازي بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً.»<sup>۲۳۲</sup>

«صلح میان مسلمین جایز است، مگر صلحی که حلال را حرام و حرام را حلال نماید. مسلمانان پایبند شروط خویش اند، مگر شرطی که حلال را حرام و حرام را حلال بسازد.».

اما شرط غیر صحیح عبارت از شرطی است که شرع آن را نهی نموده و با مقتضای عقد منافات دارد که بر دو نوع است: شرط باطلی که بر صحت عقد تأثیر ندارد، مانند: شرط زوج مبنی بر اینکه زوجه مستحق مهر و نفقه نگردد؛ و مانند: شرط زوجه بر زوج مبنی بر عدم بودن نزد شوهر مگر در جریان روز، یا شب و یا اوقات معین. همچنین، شروطی که شارع از آنها نهی نموده نیز از جمله این شروط تلقی می گردد، زیرا، نهی دلالت بر فساد منهی عنه می نماید، مانند: ازدواج زن با مرد مشروط بر اینکه مرد زن اولی خویش را طلاق دهد. زیرا، حضرت ابو هریره رضی الله عنه روایت می نماید که:

«نهى النبي ﷺ أن تشترط المرأة طلاق أختها.»<sup>۲۳۳</sup>

«پیامبر ﷺ نهی نمود از اینکه زنی بر مرد شرط بگذارد که زن با او ازدواج مشروط بر اینکه مرد زن اولی خویش را طلاق بدهد.».

بدیهی است که نهی مقتضی فساد و بطلت منهی عنه است. زنی که چنین شرطی می گذارد، فسخ عقد نکاح زن قبلی و ابطال حق شوهر را مطالبه می نماید. نوع دوم شروطی است که ازدواج را از اصل باطل می نماید، مانند: شرط ازدواج مرد با زن به صورت مؤقت که نکاح متعه تلقی می گردد،

۲۳۱. رواه الجماعة و سعيد بن منصور عن عقبه بن عامر رضی الله عنه.  
 ۲۳۲. رواه أبو داود، ابن ماجه و الترمذی عن عمرو بن عوف رضی الله عنه.  
 ۲۳۳. متفق علیه عن أبي هريرة رضی الله عنه.



و یا اشتراط زوج مبنی بر طلاق زوجه در وقت معین، و یا تعلیق ازدواج بر شرط، مانند اینکه ولی دختر بگوید: دختر خود را به شرطی به نکاح تو در می آورم که مادرش و یا فلان شخص رضایت نشان دهد و یا یکی از طرفین یا هر دوی آنها خیار را در ازدواج شرط نمایند. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که همه فقهاء شروطی را که با هدف عقد ازدواج منافات داشته باشد، باطل می دانند.<sup>۲۳۴</sup>

#### مبحث هفتم) عدم موجودیت حرمت دائمی و مؤقت میان ناکح و منکوحه

طبق ماده ۷۷ فقره سوم ق. م: «برای صحت عقد نکاح و نفاذ آن شرایط آتی لازم است: ۳) عدم موجودیت حرمت دائمی و مؤقت میان ناکح و منکوحه.» هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از شرایط صحت و نفاذ عقد ازدواج است. حکم این ماده از فقه گرفته شده است. زیرا، طبق فقه ازدواج با زنی جواز دارد که بر شخص نکاح وی حلال باشد. بنابراین، ازدواج شخص با محرّمات دائمی و مؤقت حرام است.

محرّمات جمع محرم است که از ریشه حرم گرفته شده و به معنای حرام می باشد. در اصطلاح حقوقی محرّمات بر زنانی اطلاق می گردد که شخص نمی تواند با آنها ازدواج نماید. شریعت اسلامی و با پیروی از آن ق. م در باب ازدواج با محرّمات قواعد و احکام دقیق را وضع نموده و گستره منع ازدواج با محرّمات را وسعت داده است. برخلاف حقوق اسلامی، در برخی نظام های حقوقی غیراسلامی، به حیث مثال، نظام حقوقی فرانسه این وسعت وجود ندارد. در حقوق فرانسه ازدواج میان والدین و اولاد، برادر و خواهر، دختر اندر و پسر اندر، خشو و داماد، خسر و سنو ممنوع است.<sup>۲۳۵</sup> طبق ق. م و فقه محرّمات به دو دسته: محرّمات مؤبد و محرّمات مؤقت<sup>۲۳۶</sup> تقسیم می گردند:

#### گفتار اول) محرّمات مؤبد

محرّمات مؤبد بر زنانی اطلاق می گردد که مرد نمی تواند با آنها برای ابد ازدواج نماید.<sup>۲۳۷</sup> سببی که موجب ایجاد محرّمات مؤبد می گردد قرابت است و آن عبارت از رابطه است که در اثر نکاح، نسب و یا رضاع بین دو نفر به وجود می آید.<sup>۲۳۸</sup> بنابراین، قرابت سه نوع: قرابت نسبی، سببی و

۲۳۴. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۵۴۰-۶۵۴۷؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۵۴۶-۵۴۱.

235. John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (1380). Principles of French law, 1<sup>st</sup> edi, Tehran: Dadqaster publication, p 251.

۲۳۶. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۵۵۲؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۶۲۴.

۲۳۷. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۲۸۸؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۶۲۵.

۲۳۸. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۲). حقوق مدنی: خانواده، جلد (۱)، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۹.

رضاعی است. ۲۳۹ قرابتی را که از نسب حاصل می شود «قرابت نسبی» و قرابتی را که در اثر ازدواج به وجود می آید «قرابت سببی» و قرابتی را که در اثر شیرخوارگی ایجاد می گردد «قرابت رضاعی» می نامند: ۲۴۰

### الف) محرمات نسبی

قرابت نسبی رابطه بین دو نفر، به این اعتبار که هر دو از نسل یکدیگر، یا هر دو از نسل یک شخص اند می باشد. به عبارت دیگر: قرابت نسبی عبارت از خویشاوندی است که در اثر تولد یکی از دیگری، یا هر دو از یک شخص به وجود می آید. ۲۴۱

نکاح با اقربای نسبی نه تنها امروز، بلکه در گذشته و نه تنها در حقوق اسلام، بلکه در سایر ادیان نیز ممنوع بوده است. یونانی ها نیز نکاح با اقربای نسبی را مباح نمی شمردند. ۲۴۲ طبق بخش اول ماده ۸۱ ق. م: «ازدواج شخص با اصول و فروع خود و اصول و فروع پدر و طبقه اول فروع اجداد به طور ابدی حرام است.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حصر محرمات نسبی مؤید است. به موجب نص این ماده محرمات نسبی به چهار دسته تقسیم می شوند:

۱) اصول انسان هرچند درجه آنها بالا برود: تعریف اصول در مبحث انواع قرابت گذشت. حکم این ماده از فقه گرفته شده است. زیرا، طبق فقه ازدواج انسان با اصول مانند: مادر، مادر کلان، مادر پدر و [...] حرام است. ۲۴۳ به حیث مثال، احمد نمی تواند با مادر، مادر کلان خویش هرچند درجه آنها بالا برود به طور ابد ازدواج نماید. همچنین، حمیده نمی تواند با پدر، پدر کلان خویش هرچند درجه آنها بالا برود به طور ابد ازدواج نماید.

۲) فروع انسان هرچند درجه آنها پایین تر برود: تعریف فروع در مبحث انواع قرابت گذشت. حکم این ماده از فقه گرفته شده است. به موجب فقه ازواج انسان با فروع خود هرچند درجه آنها پایین برود مانند: دختر، دخترِ دختر، دخترِ پسر هرچند درجه آنها پایین تر برود حرام است. ۲۴۴ به

۲۳۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۲۵؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۲۸۸.

۲۴۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۹.

۲۴۱. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۲). حقوق مدنی: خانواده، جلد (۱)، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۹؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۴)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامی، ص ۲۸۹.

۲۴۲. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۲). حقوق مدنی: خانواده، جلد (۱)، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۱۰۰؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۳)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامی، ص ۲۸۹.

۲۴۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۲۵؛ و عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۳)، پاکستان: چاپ مکتب حقانیه، ص ۷۱.

۲۴۴. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۲۴؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۲۸.

حيث مثال، احمد نمی تواند با دختر، دختر دختر، دختر دختر دختر خویش هر چند درجه آنها پایین برود به طور ابد ازدواج نماید. همچنين، حمیده نمی تواند با پسر، پسر پسر، پسر پسر پسر خویش هر چند درجه آنها پایین برود به طور ابد ازدواج نماید.

۳) **فروع پدر مادر هر چند درجه آنها پایین تر رود:** به موجب فقه و ق. م ازدواج شخص با فروع پدر و مادر مانند: خواهر پدری و مادری، دختر خواهر، دختر برادر هر چند درجه آنها پایین برود حرام است.<sup>۲۴۵</sup> به حیث مثال، احمد نمی تواند با خواهر خویش و دختر خواهر خویش و دختر دختر خواهر خویش هر چند درجه آنها پایین برود، به طور ابد ازدواج نماید. همچنين، حمیده نمی تواند با برادر خویش، پسر برادر خویش، پسر پسر برادر خویش هر چند درجه آنها پایین برود به طور ابد ازدواج نماید.

۴) **گروه اول از فروع پدر کلان و مادر کلان:** ازواج شخص با گروه اول از فروع پدر کلان و مادر کلان مانند: عمه و خاله حرام است. ولی، ازدواج شخص با طبقه دوم فروع اجداد مانند: دختر عمه، دختر خاله، دختر کاکا و دختر ماما جایز است.<sup>۲۴۶</sup> به حیث مثال، احمد نمی تواند با عمه و خاله خویش ازدواج نماید. زیرا، عمه و خاله گروه اول فروع اول پدر کلان و مادر کلان اند. اما، احمد می تواند به دختر عمه و دختر خاله خویش ازدواج نماید. زیرا، دختر عمه و دختر خاله گروه دوم از فروع پدر کلان و مادر کلان است. همچنين، حمیده نمی تواند با کاکا و مامای خویش ازدواج نماید زیرا کاکا و ماما گروه اول فروع پدر کلان و مادر کلان است. اما، حمیده می تواند با پسر کاکا و مامای خویش ازدواج نماید. زیرا، پسر کاکا و ماما گروه دوم از فروع کلان و مادر کلان اند. حکمت تحریم ازدواج با اقربای نسبی قرار ذیل است:

۱- فطرت سلیم و پاک از تمایل جنسی به مادر، دختر، خواهر و ... متنفر است که این فطرت در بین بعضی حیوانات نیز وجود دارد. به طور قطع، احساس زن نسبت به کاکا و ماما نیز مانند احساس او نسبت به پدر است؛

۲- هرگاه شرع و قانون ازدواج با محرّمات مؤبد را تحریم نمی نمود، علاقه و روابط مرد به مادر و سایر محارم او به خطرمی افتاد، زیرا چاره ای جز خلوت با آنها نیست؛

۳- علاقه موجود بین مرد و محارمش بر پایه احترام، محبت و همبستگی معنوی استوار است و لازم است تمایل جنسی را متوجه زنان بیگانه نماید و از طریق ایجاد رابطه زوجیت، رابطه جدیدی به وجود آورد تا دایره صفا و صمیمیت بین مردم گسترده تر گردد؛

۲۴۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۶۲۴؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۲۸.  
۲۴۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۶۲۵.

۴- نکاح با خویشاوندان نزدیک از اجتماعی شدن اشخاص جلوگیری می کند و تعصب های خانواده ای و قبیله ای را رونق می بخشد و موجب ایجاد گروه های خانوادگی و قبیله ای می شود و در نتیجه انسان دوستی و محبت با هم نوع، جای خود را به کوتاه فکری و خود بینی تبدیل می نماید.<sup>۲۴۷</sup>

#### ب) محرمات سببی

محرمات سببی کسانی هستند که به لحاظ وجود قرابت سببی، نکاح با آنها حرام است.<sup>۲۴۸</sup> بنابراین، قرابت سببی ناشی از نکاح است. به عبارت دیگر: حرمت مصاهره یکی از انواع محرمات دایمی ازدواج است که میان وابستگان ناکح و منکوحه در اثر ازدواج به وجود می آید. طبق ماده ۸۲ ق. م زنائی که به سبب مصاهرت یا دامادی ازدواج با آنها به طور مؤبد حرام است به چهار دسته ذیل منقسم می گردند:

۱) **زوجهٔ اصول:** به موجب بخش اول ماده ۸۲ ق. م: «ازدواج شخص با زوجهٔ اصول به طور مؤبد حرام می باشد...». تعریف اصول در بالا گذشت. حکم این ماده از فقه گرفته شده است، زیرا براساس فقه ازدواج شخص با زوجهٔ اصول اعم از اینکه مدخول بهای اصل باشد و یا صرف عقد ازدواج وی با اصل منعقد گردیده باشد و میان وی و اصل دخول صورت نگرفته باشد مانند: زوجهٔ پدر و پدر کلان هر قدر که درجهٔ آنها بالا برود به طور مؤبد حرام است.<sup>۲۴۹</sup> اما، پسر می تواند با دختر زوجهٔ پدر (مادر اندر) و مادر زوجهٔ پدر ازدواج نماید. در نتیجه، شخص می تواند زنی را به خود و دختر وی را به پسر خویش تزویج نماید. مثال اصل در این ماده پدر است و زوجه اصل زوجهٔ پدر است.

به حیث مثال، اگر احمد پسری به نام محمود داشته باشد و مادر محمود وفات نماید و احمد با حمیده ازدواج نماید، در صورت وفات احمد، محمود نمی تواند به طور ابد با حمیده ازدواج نماید. زیرا، حمیده زوجهٔ اصل احمد است. به عبارت دیگر: حمیده مادر اندر احمد است. حکمت تحریم ازدواج با زوجهٔ اصول به طور مؤبد، احترام به اصول، تحقق مصلحت فامیل و جلوگیری از فساد در آن است، زیرا فرزند عادتاً و عرفاً الی رسیدن به سن رشد و حتی بعد از ازدواج در خانهٔ پدر زندگی می نماید؛<sup>۲۵۰</sup>

۲۴۷. یوسف قرضاوی (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب، صص ۲۲۳ و ۲۲۴؛ ناصر کاتوزیان (۱۳۸۲). حقوق مدنی: خانواده، جلد (۱)، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۱۹۰؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۳)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۱۰۱.

۲۴۸. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۲). حقوق مدنی: خانواده، جلد (۱)، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۱۰۲.

۲۴۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کوپته: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۶۲۷.

۲۵۰. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۹)، ص ۶۶۲۷.

۲) **زوجه فروع هر قدر که درجه آنها پایین برود:** طبق بخش دوم ماده ۸۲ ق. م: «ازدواج شخص با [...] زوجه فروع به طور دایم حرام است.» تعریف فروع در بالا گذشت. حکم این ماده از فقه گرفته شده است. زیرا، براساس فقه ازدواج شخص با زوجه فروع اعم از اینکه فرع با وی مجامعت نموده باشد و یا او را طلاق داده باشد مانند: همسرِ پسر (سنو)، همسرِ پسرِ پسر، همسرِ پسرِ دختر هر چند درجه آنها پایین برود به طور دایمی حرام است.<sup>۲۵۱</sup> به حیث مثال، اگر احمد پسری به نام محمود داشته باشد و محمود با حمیده ازدواج نماید، در صورت وفات محمود، احمد به طور ابد نمی تواند با حمیده ازدواج نماید. زیرا، حمیده زوجه فرع احمد است. به عبارت دیگر: حمیده سنوی احمد است و ازدواج با سنو به طور ابد حرام است.

۳) **اصول زوجه (خشو و خشو کلان):** طبق بخش سوم ماده ۸۲ ق. م: «[...] ازدواج شخص با اصول زوجه اش به طور مطلق [...] به طور دایم حرام است.» تعریف اصول در بالا گذشت. حکم این ماده مقتبس از فقه است، زیرا به موجب فقه ازدواج شخص با اصول زوجه اعم از اینکه شخص مورد نظر با زوجه اش همبستر شده باشد یا خیر مانند: مادر و مادر کلان همسر اعم از اینکه مادر کلان از مادر پدر یا مادر مادر همسر باشد به طور دایم حرام است.<sup>۲۵۲</sup> این بطلان و حرمت مطلق است نه نسبی. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید چه حمیده زنده باشد و چه وفات نماید، احمد نمی تواند با اصل حمیده به طور ابد حرام نماید. به عبارت دیگر: احمد نمی تواند با مادر حمیده ازدواج نماید. زیرا، مادر حمیده خشوی احمد می شود.

۴) **فروع زوجه (دختر اندر و دختر اندر و...):** طبق بخش اخیر ماده ۸۲ ق. م: «ازدواج شخص [...] با فروع زوجه در صورت دخول به طور دایم حرام است.» تعریف فروع در مبحث انواع قرابت گذشت. حکم این ماده مقتبس از فقه است، زیرا به موجب فقه ازدواج شخص با فروع زوجه مانند: دختر زوجه، دختر دختر زوجه هر قدر که درجه آنها پایین برود مشروط بر این که شخص مورد نظر با زوجه اش همبستر شده باشد به طور دایم حرام است. ولی، هرگاه شخص با زوجه اش همبستر نشده باشد و در اثر طلاق میان آنها جدایی صورت بگیرد، ازدواج او با دختر زوجه غیر مدخول بها چنانچه در ماده ۸۲ ق. م به آن اشاره شده است جایز است. طبق ماده ۸۴ ق. م ازدواج با «ربائب» که جمع «ربیبه» یعنی؛ دختر همسر که از زوج قبلی زوجه است در صورتی که

۲۵۱. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۹)، ص ۶۶۲۷.

۲۵۲. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۲۹۰؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۲۸.

مرد با زوجه اش همبستر شده باشد حرام است. ولی، هرگاه مرد با زوجه اش همبستر نشده باشد و بنا بر سببی زوجه اش را طلاق بدهد، ازدواج او با دختر مُطَلَّقه غیر مدخول بها جواز دارد.<sup>۲۵۳</sup> طبق نظر اکثریت فقهاء در ازدواج ربیبه شرط نیست که وی تحت سرپرستی مرد قرار داشته باشد. زیرا، معنی جمله ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ﴾ - [النساء/ ۲۳] از لحاظ اغلیت است، چرا که اغلب دختر زن، تحت حمایت شوهر زن قرار می گیرد.

بنابراین، جمله ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ﴾ - [النساء/ ۲۳] افاده اغلیت می نماید نه شرط.<sup>۲۵۴</sup> دخول از ریشه «دخل» گرفته شده است که در لغت به معنی وارد کردن است. در اصطلاح حقوق مدنی، دخول عبارت است از وطی و یا جماع با زن.<sup>۲۵۵</sup> با توجه به آنچه در باره حرمت مصاهرت گفته شد، به خوبی واضح می گردد که انعقاد عقد ازدواج با زن به استثنای فروع زن همه را بر مرد حرام می گرداند. از همین رو، فقهاء قاعده مشهوری را وضع نموده که: «انعقاد عقد ازدواج با دختران موجب حرمت مادران و مقاربت با مادران موجب حرمت ازدواج دختران می گردد».<sup>۲۵۶</sup> و<sup>۲۵۷</sup> به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و حمیده بیوه باشد و یک دختر به نام مهسین از شوهر قبلی خویش جمشید داشته باشد، دو حالت متصور است:

نخست این که میان احمد و حمیده دخول صورت بگیرد. در این صورت، احمد نمی تواند به طور ابد با مهسین ازدواج نماید. زیرا، مهسین فرع زوجه احمد است و میان احمد و حمیده دخول صورت گرفته است.

دوم این که میان احمد و حمیده دخول صورت نگیرد و ازدواج احمد با حمیده منحل شود. در این صورت، احمد می تواند پس از انحلال عقد ازدواج با حمیده بدون این که احمد با حمیده جماع نموده باشد، با مهسین ازدواج نماید. زیرا، مهسین فرع زوجه احمد است و احمد با حمیده جماع نموده است.

فقهای حنفیه علاوه بر عقد و دخول، وطی زوجه در نکاح فاسد، مانند نکاح بدون شهود، دخول زن در اثر شبهه و زنا را نیز موجب حرمت مصاهره می دانند. فقهای حنفیه بر این نظر اند که: هر کس با زنی مرتکب زنا شود یا او را لمس نماید و یا ببوسد یا به شهوت به فرج وی نگاه کند، بر آن

۲۵۳. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، وهبه الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص 6628-6629؛ یوسف قرضاوی (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب، ص 224.

۲۵۴. وهبه الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص 6629؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۲) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۵۶۹.

۲۵۵. همان، سید سابق، جلد (۲)، ص ۹۵۲.

۲۵۶. «العقد علی البناء یحرم الأمهات، و الدخول بالأمهات یحرم البناء»

۲۵۷. وهبه الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص 6629.

مرد محارم اصل و فرع آن زن حرام می گردد و آن زن نیز بر اصل و فرع آن مرد حرام ابدی می شود. زیرا، همانگونه که زنا موجب حرمت مصاهرت می گردد، مقدمات زنا نیز موجب حرمت مصاهرت می گردد.

فقهای حنابله لواط را نیز موجب حرمت مصاهرت می دانند و در دفاع از این نظر به دلایل ذیل استناد می نمایند:

(۱) به این قول خداوند عَلَيْهِ السَّلَامُ ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ - [النساء: ۲۲] که شامل عقد و وطی می شود فرق نمی کند که معنی آن مجازی باشد یا حقیقی؛

برعکس، فقهای شافعیه و مالکیه بر این نظر اند که زنا، نظر به شهوت و لمس موجب حرمت مصاهرت نمی گردد. فقهای مزبور به دلایل ذیل استناد می نمایند:

(۱) این قول خداوند عَلَيْهِ السَّلَامُ که فرموده است:

﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ - [النساء / ۳۲]

«حلال گردانیده شده ازدواج شما با غیر از اینها».

چون این آیه بعد از زنان محارم، ذکر شده است، زنان غیر محارم را که نکاح با آنها جایز است، ذکر می کند. همچنین، این آیه تصریح نموده است که زنا از اسباب تحریم ابدی و یا مؤقتی ازدواج است؛

(۲) از حضرت عایشه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا روایت شده است که: از پیامبر صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ در باره کسی که با زنی مرتکب زنا شده است، سؤال شد. پیامبر صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرمود:

«لَا يُحْرِمُ الْحَرَامُ الْحَلَالَ أَنَّهُ يُحْرِمُ مَا كَانَ بِنِكَاحٍ». ۲۵۸

«حرام نمی تواند وسیله تحریم حلال واقع شود، تنها جماعی موجب تحریم می شود که پس از عقد نکاح صورت گرفته باشد».

(۳) حرمت مصاهرت نعمت است. زیرا، موجب ایجاد قرابت سببی میان اجانب می گردد. ولی، زنا شرعاً محظور و سبب نعمت نیست. ۲۵۹

ق. م نظر احناف را اختیار نموده است. زیرا، ماده ۸۳ آن در این باره حکم می نماید که: «ازدواج زانی با اصل و فرع مزنیه و همچنین ازدواج مزنیه با اصول و فروع زانی حرام می باشد، ازدواج اصول و فروع مزنیه با اصول و فروع زانی از این حکم مستثنی اند». از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۲۵۸. أخرجه البيهقي عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا و ضعفه، و أخرجه ابن ماجه عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.  
 ۲۵۹. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۲) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۵۷۰ و ۵۰۸؛ و هبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۶۶۳۱ و ۶۶۳۲.

اول این که: ازدواج زانی با اصل و فرع مزنیه حرام است. تعریف اصل و فرع گذشت. زانی اسم فاعل از ریشه «زنی» گرفته شده است که در لغت به معنی مرد زناکار است.<sup>۲۶۰</sup> به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، زانی بر مردی اطلاق می شود که بدون رابطه شرعی و قانونی با زنی جماع نماید. مزنیه اسم مفعول از ریشه «زنی» گرفته شده است که در لغت به معنی زنی است که با او زنی صورت گرفته است. به مزنیه زانیه هم می گویند.<sup>۲۶۱</sup> به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی مزنیه زنی است که به طور غیر مشروع و غیرقانونی با وی مجامعت صورت گرفته است. به حیث مثال، هرگاه احمد با حمیده زنی نماید، اصول و فروع حمیده بر احمد حرام می گردد. بنابراین، اگر حمیده دختری به نام ذاکره داشته باشد، احمد نمی تواند پس از زنی با ذاکره ازدواج نماید.

همچنین، اگر حمیده مادری به نام شفیقه داشته باشد، احمد نمی تواند پس از زنی با حمیده با شفیقه ازدواج نماید. زیرا، ذاکره فرع حمیده و شفیقه اصل حمیده است. زانی در این مثال احمد و حمیده مزنیه است. نص این ماده شبیه محرمات سببی است. زیرا، همانطور که شخص نمی تواند با اصل زوجه و فرع زوجه در صورت دخول ازدواج نماید، شخص نمی تواند با اصل و فرع مزنیه در صورت زنی ازدواج نماید.

دوم این که: ازدواج مزنیه با اصول و فروع زانی حرام است. به حیث مثال، هرگاه حمیده با احمد زنی نماید، اصول و فروع احمد بر حمیده حرام می گردد. بنابراین، اگر احمد پسری به نام محمود داشته باشد، حمیده نمی تواند پس از زنی با احمد با محمود ازدواج نماید. همچنین، اگر احمد پدری به نام جمشید داشته باشد، حمیده نمی تواند پس از زنی با احمد با جمشید ازدواج نماید. زیرا، محمود فرع احمد و جمشید اصل احمد است. مزنیه در این مثال حمیده و احمد زانی است. نص این ماده شبیه محرمات سببی است. زیرا، همانطور که زن نمی تواند با اصل زوج و فرع زوج ازدواج نماید، نمی تواند با اصل و فرع زانی ازدواج نماید. اصل زوج خسر و فرع زوج پسر اندر است.

سوم این که: اصول زانی و مزنیه و فروع زانی و مزنیه می توانند با همدیگر ازدواج نمایند. به حیث مثال، هرگاه احمد با حمیده زنی نماید، اصول احمد مانند پدر احمد، با اصول حمیده مانند مادر حمیده می توانند ازدواج نمایند. همچنین، هرگاه احمد با حمیده زنی نماید فرع احمد مانند پسر احمد با فرع حمیده مانند دختر حمیده ازدواج نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش حکم ایجاد حرمت سببی به سبب زنی است.

#### ج) محرمات رضاعی

260. <https://www.vajehyab.com> (۲۰۱۶/۸/۲۸) (آخرین بازدید ۲۸/۸/۲۰۱۶).

261. Ibid (۲۰۱۶/۳۱/۸) (آخرین بازدید ۳۱/۸/۲۰۱۶).



(۱) **تعریف:** قرابت رضاعی عبارت از خویشاوندی است که بین دو نفر در اثر شیر خواری حاصل می شود.<sup>۲۶۲</sup> قرابت رضاعی مانند قرابت سببی موجب ایجاد حرمت مؤبد می گردد، زیرا چنانچه وحدت خون موجب ایجاد خویشاوندی بین افراد می گردد، موجب پیدایش و ایجاد مفاسد طبیعی و اجتماعی در اولاد متولد از افرادی که از همدیگر شیر خورده اند نیز می گردد. علت این امر این است که شیر انسان در کودکی که از آن تغذیه می نمایند تأثیر به سزایی دارد و وضعیت طبیعی و روحی شیر دهنده را در کودکی که از او شیر می خورد به ودیعه می گذارد. روی همین دلیل است که یک نوع خویشاوندی بین کودکانی که از زن شیر می خورند و کودک و زنی که به او شیر می دهد و مردی که از شیر زن او کودک شیر خورده است ایجاد می گردد.<sup>۲۶۳</sup>

از گذشته ها ازدواج با محرّمات رضاعی در ممالک غیراسلامی ممنوع نبوده است و این رسم تا حال به این منوال ادامه دارد. پس، کشورهای غیراسلامی ازدواج با محرّمات رضاعی را از جمله مواع نکاح تلقی نمی نمایند. ولی، ازدواج با محرّمات رضاعی در عادت قدیمه اعراب وجود داشت و حقوق اسلام نیز مهر تأیید بر آن گذاشت<sup>۲۶۴</sup> که احکام مربوط به رضاع ق. م مقتبس از آن است.

(۲) **انواع:** طبق ماده ۸۴ ق. م: «حرمت رضاعی به استثنای حالات ذیل مانند حرمت نسبی است: (۱) خواهر پسر رضاعی؛ (۲) مادر خواهر یا برادر رضاعی؛ (۳) مادر کلان پسر یا دختر رضاعی و (۴) خواهر برادر رضاعی.» نص این ماده از فقه حنفی گرفته شده است. از نص این ماده یک اصل و یک استثناء قابل استنباط است: طبق فقه حنفی و نص این ماده اصل این است که ازدواج با محرّمات رضاعی مانند ازدواج با محرّمات نسبی به طور دایم حرام است. به عبارت دیگر: حرمت رضاعی مانند حرمت نسبی است. بنابراین، شخص با تمام کسانی که به وسیله حرمت نسبی نمی تواند ازدواج نماید به وسیله رضاع نیز نمی تواند ازدواج نماید زیرا مادر رضاعی حکم مادر اصلی و نسبی را دارد. پس، کسی که از پستان زنی شیر بمکد، تمام کسانی که به وسیله مادرش بر او به طور ابد حرام می شوند از جانب مادر رضاعی نیز بر او حرام ابدی می شوند.<sup>۲۶۵</sup>

۲۶۲. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۳). چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۲۹۲.

۲۶۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۶۴؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۲) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۳۱۰؛ و سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۳)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۲۹۹.

۲۶۴. همان، سید حسن امامی، جلد (۳)، ص ۲۹۲.

۲۶۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۶۸۳؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۲۹۴؛ اسعد محمد سعید الصاعرجی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۲)، پاکستان: چاپ کتابخانه رشیدیة، ص ۱۶۶؛ و عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: چاپ مکتب حقانیه، ص ۷۲.

علاوه براین، همچنانی که ازدواج شخص با خویشاوندان ناشی مصاهرت حرام است، ازدواج شخص با خویشاوندان ناشی از رضاع از روی قیاس با خویشاوندان سببی حرام است. پس، با توجه به آنچه گفته شد، به عنوان قاعده می گویند: «آنهايي که در اثر قرابت نسبی و سببی بر شخص حرام می شوند، در اثر قرابت رضاعی نیز حرام می شود مگر در چند حالت». از آنچه گفته شد این نتیجه به دست می آید که محرمات رضاعی به هشت دسته تقسیم می شوند که قرار آتی اند:

**(۱) اصول رضاعی انسان هر قدر که درجه آنها بالا برود:** که شامل مادر رضاعی، مادر مادر رضاعی و مادر پدر رضاعی رضیع می گردد. به حیث مثال، اگر احمد از حمیده شیر بمکد، حمیده مادر رضاعی احمد و شوهر حمیده پدر رضاعی احمد می شود. احمد نمی تواند با مادر رضاعی خویش حمیده و اصول حمیده هر چند درجه آنها بالا برود به طور ابد ازدواج نماید. همچنین، اگر ذاکره از حمیده شیر بمکد، حمیده مادر رضاعی ذاکره و شوهر حمیده پدر رضاعی حمیده می شود و ذاکره هرگز نمی تواند با پدر رضاعی خویش و اصول پدر رضاعی خویش هر چند درجه آنها بالا برود ازدواج نماید.

**(۲) فروع رضاعی شخص هر اندازه که درجه آنها پایین برود:** که شامل دختر رضاعی، دختر دختر رضاعی، دختر پسر رضاعی هر اندازه که درجه آنها بالا برود می گردد. به حیث مثال، اگر حمیده ذاکره را شیر بدهد، شوهر حمیده هرگز نمی تواند با ذاکره و فروع ذاکره ازدواج نماید. همچنین، اگر حمیده احمد را شیر بدهد، حمیده نمی تواند هرگز با احمد و فروع احمد هر چند درجه آنها پایین برود ازدواج نماید.

**(۳) فروع پدر و مادر رضاعی:** که شامل خواهران رضاعی، دختران برادران رضاعی و دختران خواهران رضاعی هر قدر که درجه آنها پایین برود می شود. زیرا، آنها دختران خواهر و برادر رضاعی اند. به حیث مثال، اگر احمد از حمیده شیر بمکد و حمیده یک دختر به نام ذاکره داشته باشد، احمد نمی تواند هرگز با ذاکره و فروع ذاکره هر چند درجه آنها پایین برود، ازدواج نماید. زیرا، ذاکره خواهر رضاعی احمد می شود. همچنین، اگر شفیقه از حمیده شیر بمکند و حمیده یک پسر به نام احمد داشته باشد، شفیقه هرگز نمی تواند با احمد و فروع احمد هر چند درجه آنها پایین برود، ازدواج نماید. زیرا، احمد برادر رضاعی شفیقه می شود.

**(۴) فروع طبقه اول پدر کلان و مادر کلان رضاعی:** که شامل عمه ها (خواهران پدر رضاعی) و خاله های رضاعی (خواهر مادر رضاعی) می گردند. ولی، ازدواج با دختران عمه ها و خاله های رضاعی حرام نیست، همچنانی که ازدواج با دختران عمه ها و خاله های نسبی حرام نیست. به حیث مثال، اگر احمد از حمیده شیر بمکد، احمد نمی تواند با شفیقه خواهر حمیده ازدواج نماید. زیرا،

شفیقه خاله رضاعی احمد می شود. همچنین، اگر احمد از حمیده شیر بمکد و جمشید شوهر حمیده باشد، احمد نمی تواند با خواهر جمشید هرگز ازدواج نماید. زیرا، خواهر جمشید عمه رضاعی احمد می شود.

همچنین، اگر ذاکره از حمیده شیر بمکد و حمیده برادری به نام ویس داشته باشد، ذاکره هرگز نمی تواند با ویس ازدواج نماید. زیرا، ویس مامای رضاعی ذاکره می شود. همچنین، ذاکره نمی تواند با برادر پدر رضاعی خویش ازدواج نماید. زیرا، برادر پدر رضاعی ذاکره کاکای رضاعی ذاکره می شود. اما، ذاکره و احمد می توانند با پسر و دختر خاله، عمه، ماما و کاکای رضاعی خویش ازدواج نمایند، زیرا دختران و پسران کاکا، ماما، خاله و عمه رضاعی طبقه دوم فروع پدر کلان و مادر کلان رضاعی می شوند.

**۵) مادر و مادر کلان رضاعی زوجه:** ازدواج شخص با مادر و مادر کلان رضاعی زوجه هر اندازه درجه آنها بالا برود حرام است اعم از اینکه شخص به زوجه اش مقاربت نموده باشد و یا نه. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و حمیده مادر رضاعی داشته باشد، احمد هرگز نمی تواند با مادر رضاعی زوجه خویش و اصول مادر رضاعی زوجه خویش هر چند درجه آنها بالا برود ازدواج نماید همانطور که نمی تواند با مادر نسبی زوجه خویش ازدواج نماید.

**۶) زوجه پدر و پدر کلان رضاعی:** ازدواج شخص با زوجه پدر و پدر کلان رضاعی شخص هر اندازه درجه آنها بالا برود حرام است اعم از اینکه پدر و پدر کلان رضاعی با آنها مقاربت نموده باشد و یا خیر، همچنانی که ازدواج شخص با زوجه پدر نسبی حرام است. به حیث مثال، اگر احمد پدر رضاعی داشته باشد، احمد هرگز نمی تواند با زوجه پدر رضاعی خویش هر چند درجه آنها بالا برود، ازدواج نماید.

**۷) زوجه پسر و زوجه پسر رضاعی:** ازدواج شخص با زوجه پسر و زوجه پسر رضاعی هر اندازه درجه آنها پایین برود حرام است، اعم از اینکه پسر رضاعی و نواسه رضاعی با آنها مقاربت نموده باشد و یا خیر، همچنانی که ازدواج شخص با زوجه پسر و پسر پسر نسبی حرام است. به حیث مثال، اگر احمد پسر رضاعی حمید باشد و احمد با حمیده ازدواج نماید، حمید هرگز نمی تواند با زوجه پسر رضاعی خویش هر چند درجه پسران رضاعی پایین برود، ازدواج نماید.

**۸) دختر رضاعی زوجه:** ازدواج شخص با دختر رضاعی زوجه و دختران اولاد آنها هر اندازه درجه آنها پایین برود حرام است مشروط بر اینکه زوجه مدخول بهای شخص باشد. پس، در صورت عدم دخول، فروع رضاعی زوجه بر زوج حرام نیست، همچنانی که فروع نسبی زوجه بر

زوج در صورت عدم دخول حرام نیست.<sup>۲۶۶</sup> به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و حمیده به دلیل ازدواج قبلی یک دختر رضاعی به نام ذاکره داشته باشد، احمد نمی تواند هرگز با ذاکره در صورت دخول با حمیده ازدواج نماید. زیرا، ذاکره دختر رضاعی زوجه احمد است و همانطور که با دختر نسبی زوجه در صورت دخول ازدواج حرام است، با دختر رضاعی زوجه در صورت دخول ازدواج حرام است.

**۳) استثنائات محرّمات رضاعی:** با توجه به قاعده: «آنهایی که در اثر قرابت نسبی و سببی بر شخص حرام می شوند، در اثر قرابت رضاعی نیز حرام می شود مگر در چند حالت» فقهای حنفیه که ماده ۸۴ ق. م مقتبس از آن است بر این نظر اند که حرمت رضاعی مانند حرمت نسبی است، مگر در حالات ذیل:

**۱- مادر برادر یا خواهر رضاعی:** ازدواج با مادر برادر و خواهر رضاعی جواز دارد. ولی، ازدواج با مادر برادر و خواهر نسبی چنانچه قبلاً تذکر یافت جواز ندارد، مانند اینکه: زنی طفلی را شیر بدهد و دارای فرزند نسبی باشد. در چنین حالتی، فرزند نسبی مرضعه، می تواند مادر رضیع را تزویج نماید. زیرا، مادر رضیع مادر برادر یا خواهر رضاعی وی تلقی می گردد. به حیث مثال، هرگاه فاطمه احمد را شیر بدهد، و احمد مادری به اسم خدیجه داشته باشد و فاطمه پسری به اسم محمود داشته باشد، محمود می تواند با خدیجه ازدواج نماید. زیرا، خدیجه مادر برادر رضاعی احمد است. همچنین، هرگاه فاطمه جمیله را شیر بدهد و خدیجه مادر جمیله باشد و فاطمه پسری به نام احمد داشته باشد، احمد می تواند با خدیجه ازدواج نماید. زیرا، خدیجه مادر خواهر رضاعی احمد است.

**۲- خواهر پسر و دختر رضاعی:** پدر رضاعی می تواند با خواهر پسر و دختر رضاعی خویش ازدواج نماید، مانند این که: زنی طفلی را شیر بدهد و شوهر زن شیرده خواهر رضیع را تزویج نماید. زیرا، خواهر رضیع دختر پسر و یا دختر رضاعی زوج مرضعه می گردد. به عنوان مثال، اگر فاطمه احمد را شیر بدهد و احمد خواهری به نام نجیبه داشته باشد و محمود شوهر فاطمه باشد، محمود می تواند با نجیبه ازدواج نماید. زیرا، نجیبه خواهر پسر رضاعی محمود است. همچنین، اگر فاطمه شفیقه را شیر بدهد و شفیقه خواهری به نام نجیبه داشته باشد و محمود شوهر فاطمه باشد، محمود می تواند با نجیبه ازدواج نماید. زیرا، نجیبه خواهر دختر رضاعی محمود است.

**۳- خواهر برادر رضاعی:** ازدواج با خواهر برادر رضاعی جواز دارد، مانند اینکه: زنی پسری را شیر بدهد و این پسر برادری داشته باشد و برادر رضیع با دختر مرضعه ازدواج نماید. به عنوان مثال،

۲۶۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۶۶۳۳ و ۶۶۳۴؛ و اسعد محمد سعید الصاغر جی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۲)، پاکستان: چاپ کتابخانه رشیدیہ، ص ۱۶۹.

اگر فاطمه احمد را شیر بدهد و احمد خواهری به نام نجیبه داشته باشد و فاطمه پسری به نام محمود داشته باشد، محمود می تواند با نجیبه ازدواج نماید، زیرا نجیبه خواهر برادر رضاعی محمود است.

۴- مادر و مادر کلان رضاعی فرزند: شوهر مرضعه می تواند با مادر و مادر کلان نسبی رضاع ازدواج نماید.<sup>۲۶۷</sup> به عنوان مثال، اگر ذاکره احمد را شیر بدهد و ذاکره شوهری به اسم محمود داشته باشد و احمد مادری به اسم ذکیه و مادر کلانی به اسم ساجده داشته باشد، محمود می تواند با ذکیه و ساجده ازدواج نماید. زیرا، ذکیه مادر فرزند رضاعی محمود و ساجده مادر کلان فرزند رضاعی محمود است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۸۴ ق. م پیش بینی حکم حرمت با محرمان رضاعی و استثنای آن است.

برای اینکه رضاع میان رضیع و مرضعه ایجاد گردد یک سلسله شروط وجود دارد که بعضی مربوط به مرضعه، بعضی مربوط به رضیع، بعضی مربوط به شیر و بعضی هم مربوط به دفعات مکیدن شیر می گردد:

۱) شروط مرضعه: در باره شروط مرضعه در ق. م کدام حکمی وجود ندارد. در فقه نیز در این باره اختلاف وجود دارد. فقهای حنفیه در این باره به این نظر اند که جهت تحقق رضاع، مرضعه باید زن و در عین حال آدمی باشد.<sup>۲۶۸</sup> پس، هرگاه رضیع شیر خنثی مشکل، و یا حیوان را بمکد، این عمل موجب ایجاد حرمت رضاعی نمی گردد. به عنوان مثال، هرگاه دو طفل شیر یک حیوان را بکنند، قرابت رضاعی میان آنها ایجاد نمی گردد.<sup>۲۶۹</sup>

همچنین، هرگاه طفل زرداب، خون و یا قیغ زنی را بمکد حرمت رضاعی میان زن و طفل ایجاد نمی گردد. همچنین، شرط است که مرضعه نه و یا بیشتر از نه سال داشته باشد. پس، هرگاه طفلی از دختری که سنش از نه سال کمتر باشد احیاناً شیر بمکد، حرمت رضاعی میان دختر و طفل ایجاد نمی گردد. در ایجاد حرمت رضاعی فرق نمی کند که مرضعه زنده باشد و یا مرده. بنابراین، هرگاه طفلی از زنی که فوت نموده است شیر بمکد، قرابت رضاعی میان طفل و وابستگان زن ایجاد می گردد. همچنین، فرق نمی کند که زن شوهر داشته باشد و یا نه. پس، هرگاه دختری که سنش از نه سال بیشتر باشد، احیاناً طفلی را شیر بدهد، حرمت رضاعی میان وی و طفل ایجاد می گردد.<sup>۲۷۰</sup>

۲۶۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۶۳۴ و ۶۶۳۵؛ و عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: چاپ مکتب حقانیه، ص ۱۵۶.

۲۶۸. عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۲۰۲.

۲۶۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۲۸۳ و عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، صص ۲۰۲.

۲۷۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۲۸۳ و عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، صص ۲۱۹.

خواه دختر بالغ، غیربالغ، متزوج و یا غیر متزوج، یائسه و یا غیر یائسه، حامله و یاغیر حامله باشد.<sup>۲۷۱</sup>

فقهای حنابله در مرضعه شرط می دانند که باید شیر زن ناشی از حمل باشد. ولی، فقهای شافعیه شرط می دانند که زن در حین انفصال شیر از وی حیات و نه ساله باشد. پس، حرمت رضاعی در اثر مکیدن شیر از پستان زن مرده و صغیره کمتر از نه سال ثابت نمی گردد. باوجوداین، هرگاه زن قبل از وفات شیر خود را دوشیده باشد و طفل آن را بعد از مرگ بنوشد، حرمت رضاعی میان وابستگان زن و طفل ایجاد می گردد.

۲) شروط رضیع: در باره سن رضیع در فقه دو نظر وجود دارد: ، داود ظاهری، حضرت علی رضی الله عنه، ابن ابی طالب، عروه بن الزبیر رضی الله عنه و عطاء بن ابی رباح رضی الله عنه و نیز حضرت عایشه رضی الله عنها بر این نظر اند که: حرمت رضاعی در میان زن و طفلی که از وی شیر بمکد ثابت می گردد ولو طفل در هر سنی قرار داشته باشد. زیرا:

۱- خداوند تعالی فرموده است:

﴿وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتِكُم مِّن الرِّضَاعَةِ﴾ - [النساء / ۳۲]

«حرام گردانیده شده بر شما از دواج با مادران تان که به شما شیر داده و خواهران رضاعی تان.».

۲- روایت شده است که ابی حذیفه سالم را به فرزندخواندگی گرفته بود. زمانی که آیه: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ [الاحزاب / ۴ و ۵] سهله همسر ابو حذیفه نزد پیامبر صلی الله علیه و آله آمد و گفت: ما سالم را فرزند خوانده بودیم و او نزد من بود و مرا در جامه کار و لباس مخصوص خانه می دید، و حالا خداوند تعالی پسر خواندگی را منع نموده است. پس، تکلیف چیست؟ پیامبر صلی الله علیه و آله فرمود:

«أَرْضِعِيهِ خَمْسَ رَضَاعَةٍ.».<sup>۲۷۲</sup>

«او را پنج بار از پستان خویش شیر بده.».

و در روایتی:

«أَرْضِعِيهِ تَحْرِمِي عَلَيْهِ.».<sup>۲۷۳</sup>

«او را به منظور اینکه بر تو حرام شود از پستان خویش شیر بده.».

۲۷۱. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمّدی سقر، ص ۱۲۹۸  
 ۲۷۲. رواه ابی داود.  
 ۲۷۳. رواه مسلم.

برعکس، جمهور فقهاء بر این نظر اند که جهت تحقق رضاع و ایجاد حرمت رضاعی میان رضیع و مرضعه شرط است که رضیع در سنی کمتر از دو سال قرار داشته باشد زیرا خداوند تعالی در این مورد می فرماید:

﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ - [البقره/۲۳۳]  
«مادرانی که می خواهند دوره شیرخوارگی را به اتمام برسانند، باید دو سال کامل فرزندان خود را شیربدهند.»

پیامبر صلی الله علیه و آله فرموده است:

«لَا رِضَاعَ إِلَّا مَا كَانَ فِي حَوْلَيْنِ». ۲۷۴

«شیرخوارگی متحقق نمی شود مگر این که در سن کمتر از دو سال.»

و نیز فرموده است:

«لَا رِضَاعَ إِلَّا مَا أَنْشَرَ الْعِظْمَ، وَأَنْبَتَ اللَّحْمَ». ۲۷۵

«شیر خوارگی وقتی مؤثر است که موجب رشد و رویش استخوان و گوشت گردد.»

و نیز فرموده است:

«لَا يُحْرَمُ مِنَ الرَّضَاعِ إِلَّا مَا فَتَقَّ الْإِمْعَاءَ وَ كَانَ قَبْلَ الْفِطَامِ». ۲۷۶

«وقتی شیر موجب تحریم می شود که به معده برسد و معده از آن تغذیه کند و به آن از غذای

دیگری بی نیاز شود، و پیش از، از شیر گرفتن باشد.»

علت اینکه رضیع باید در سنی کمتر از دو سال قرار داشته باشد این است که رضیع در این دوره کوچک است و شیر برای او کافی است و موجب رشد گوشت، خون و رگهای او می گردد و جزء مرضعه می گردد و در نتیجه از نظر تحریم ازدواج مانند فرزندان او می گردد. ۲۷۷

در باره شروط رضیع ق. م از نظر جمهور فقهاء پیروی نموده است. زیرا، طبق ق. م حرمت رضاعی زمانی متحقق می گردد که طفل در سنی کمتر از دو سال قرار داشته باشد. ماده ۲۳۵ ق. م در این باره حکم می نماید که: «زنی که طفلی را قبل از تکمیل مدت دو سال از تولد وی شیر بدهد، مادر رضاعی طفل و شخصی که به سبب مقاربت او شیر به وجود آمده باشد، پدر رضاعی وی محسوب می گردد و احکام مندرج ماده ۲۴ این قانون بر آن تطبیق می گردد.»

۲۷۴. رواه ابو داود.

۲۷۵. رواه دارقطنی عن ابن عباس رضی الله عنهما.

۲۷۶. رواه الترمذی و صححه عن أم سلمة رضی الله عنها.

۲۷۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۲۸۷ و ۷۲۸۸؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۳۰۰ و ۱۳۰۱؛ و اسعد محمد سعید الصاغر جی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدیة، صص ۲۶۶ - ۲۲۸.

**۳) شروط شیر:** در باره شروط شیر ق. م سکوت اختیار نموده است. در فقه<sup>۲۷۸</sup> نیز میان فقهاء اختلاف وجود دارد. ولی، احناف براین عقیده اند که شیر باید طوری مایع باشد که گفته شود طفل شیر را نوشید و یا مکید. بنابراین، اگر شیر طوری جامد باشد که طفل آن را بخورد، جامد بودن شیر موجب ایجاد حرمت رضاعی میان رضیع و مرضعه نمی گردد، زیرا در صورت جامد بودن اسم رضاع بر آن اطلاق نمی گردد، بلکه گفته می شود طفل شیر را خورد. در موردی که شیر با آب و یا خوراک خلط گردد و طفل آن را بنوشد، باید دو حالت را از هم تفکیک کرد:

۱- هرگاه شیر با آب و خوراک و یا شیر حیوان خلط گردد و طفل آن را بنوشد، هرگاه شیر بر آب، خوراک و یا شیر حیوان غالب و مقدار آن بیشتر باشد و طفل آن را بنوشد، نوشیدن شیر توسط طفل موجب حرمت رضاعی میان رضیع و مرضعه می گردد، ولی هرگاه آب، خوراک و یا شیر حیوان بر شیر مرضعه غالب و مقدار آنها از شیر مرضعه بیشتر باشد و طفل آن را بنوشد، نوشیدن شیر توسط طفل موجب ایجاد حرمت رضاعی میان رضیع و مرضعه نمی گردد؛<sup>۲۷۹</sup>

۲- هرگاه دو شیر با هم خلط و یا اخلاط گردد و طفل آن را بنوشد، در باره اینکه آیا میان رضیع و هر دو مرضعه حرمت رضاعی ایجاد می گردد یا نه میان احناف اختلاف وجود دارد: امام ابوحنیفه<sup>رحمته</sup> و امام ابویوسف<sup>رحمته</sup> بر این باور اند که: هرگاه طفل آن را بنوشد، در صورت مساوی بودن مقدار شیر میان رضیع و هر دو مرضعه حرمت رضاعی ایجاد می گردد. ولی، هرگاه شیر یکی بر دیگری غالب باشد، حرمت رضاعی صرف میان رضیع و مرضعه ای به وجود می آید که شیر او غالب است. امام مالک<sup>رحمته</sup>، امام محمد<sup>رحمته</sup> و زفر<sup>رحمته</sup> بر این نظر اند که: در صورت غیر مساوی بودن و غالب و مزید بودن یک شیر بر شیر دیگر و نوشیده شدن شیر توسط طفل، حرمت رضاعی میان طفل و هر دو مرضعه به وجود می آید. این نظر میان فقهاء مشهور است، زیرا شیر هر دو زن از جنس واحد اند و دو جنس واحد بر یکدیگر غلبه ندارند.<sup>۲۸۰</sup>

**۴) شروط کیفیت وصول شیر به رضیع:** در باره وصول شیر به رضیع نیز ق. م سکوت اختیار نموده است. در فقه نیز در این باره نظریات مختلف وجود دارد. ولی، احناف بر این باور اند که: جهت تحقق رضاع شرط است که شیر به معده طفل برسد خواه از طریق مکیدن از پستان و یا نوشیدن توسط ظرف و غیره باشد. پس، در موردی که شیر به معده طفل نرسد، حرمت رضاعی میان

۲۷۸. عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۱۹۵.

۲۷۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۲۸۳؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمّدی سقر، ص ۱۲۹۷؛ و عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۱۹۵.

۲۸۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۲۸۵.



رضیع و مرضعه ایجاد نمی‌گردد، زیرا در چنین موارد در بارهٔ ایجاد حرمت رضاعی میان رضیع و مرضعه شک واقع می‌گردد و هیچ حکمی در اثر موجودیت شک ایجاد نمی‌گردد.

همچنین، فقهای مذاهب چهارگانه بر این نظر اند که حرمت رضاعی میان رضیع و مرضعه در اثر مکیدن شیر از طریق پستان، ریختاندن به حلق یا «وجور»، ریختاندن به معده از طریق بینی یا «سعوط» نیز ایجاد می‌گردد فرق نمی‌کند که مقدار شیر کم باشد و یا زیاد. بنابراین، هرگاه شیر در چشم و گوش طفل ریختانده شود، حرمت رضاعی میان رضیع و مرضعه ایجاد نمی‌گردد.<sup>۲۸۱</sup>

۵) شروط مربوط به دفعات مکیدن مقدار شیر: در بارهٔ دفعات مکیدن و مقدار شیر در ق. م کدام حکمی وجود ندارد. در فقه نیز در این باره نظریات متفاوت توسط فقهاء ارایه گردیده است: فقهای شافعیه و حنابله بر این نظر اند که: کمتر از پنج بار شیر خوردن موجب ایجاد حرمت رضاعی نمی‌گردد. در دفاع از این نظر فقهای شافعیه و حنابله به دلایل ذیل استناد می‌نمایند:

۱- پیامبر ﷺ فرموده است:

«لَا تُحْرِمُ الْمَصَّةَ وَلَا الْمَصَّتَانِ.»<sup>۲۸۲</sup>

«با یک یا دو بار مکیدن شیر تحریم رضاعی ثابت نمی‌گردد.»

۲- علت ایجاد حرمت رضاعی شبههٔ جزئی است که در اثر شیر دادن ایجاد می‌گردد. زیرا، شیر موجب رشد و رویش استخوان و گوشت می‌گردد، این امر متحقق نمی‌گردد، مگر در اثر شیر دادن حداقل پنج بار در یک روز.

برعکس، احناف و مالکیه در بارهٔ دفعات مکیدن شیر بر این باور اند که چون رضاع در قرآن به صورت مطلق بیان شده است. بنابراین، مکیدن شیر از پستان مرضعه اعم از اینکه مقدار آن کم باشد و یا زیاد، یکبار باشد و یا چندین بار موجب ایجاد حرمت رضاعی میان رضیع و مرضعه می‌گردد، زیرا رضاع فعلی است که در اثر آن تحریم رضاعی ایجاد می‌گردد. پس، فرق نمی‌کند که مقدار آن زیاد باشد و یا کم. زیرا:

۱- خداوند ﷻ در این مورد فرموده است:

﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ - [النساء / ۲۳]

«حرام گردانیده بر شما از دواج با مادرانی که به شما شیر داده اند.»

این آیه تحریم حرمت رضاعی را مقید به ارضاع نموده و دفعات و مقدار شیر را معین ننموده است.

۲- همچنین پیامبر ﷺ در این مورد فرموده است:

۲۸۱. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۲۹۷؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۲۸۳؛ و عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۱۹۵. ۲۸۲. رواه مسلم.

«يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ.»<sup>۲۸۳</sup>

«از شیر دادن حرام می شود آنچه به نسب حرام می شود.»

۳- رضاع فعلی است که به آن حرمت تعلق می گیرد. بنابراین، زیاد و یا کم بودن آن برابر است و جزئیت رضیع از مرضعه در اثر آن ثابت می گردد.<sup>۲۸۴</sup>

در خصوص محرمات دایمی خداوند ﷻ می فرماید:

﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ﴾ - [النساء: ۲۳]

«نکاح اینان بر شما حرام شده است مادرانتان و دخترانتان و خواهرانتان و عمه هایتان و خاله هایتان و دختران برادر و دختران خواهر و مادرهایتان که به شما شیر داده اند و خواهران رضاعی شما و مادران زنانتان و دختران همسرانتان که [آنها دختران] در دامان شما پرورش یافته اند و با آن همسران همبستر شده اید پس اگر با آنها همبستر نشده اید بر شما گناهی نیست [که با دخترانشان ازدواج کنید] و زنان پسرانتان که از پشت خودتان هستند.»

و نیز خداوند ﷻ می فرماید:

﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾ - [النساء: ۲۲]

«نکاح نکنید با زنانی که پدران تان نکاح نموده اند مگر آنچه قبلاً واقع گردیده است. به راستی این کار بسیار زشت و مورد خشم خداوند ﷻ و بدترین راه است.»

همچنین خداوند ﷻ فرموده است:

﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ وَبَنَاتِ عُمَّاتِكَ وَبَنَاتِ خَالَاتِكَ وَبَنَاتِ خَالَاتِكَ اللَّاتِي هَاجَرْنَ مَعَكَ ﴾ - [الاحزاب / ۵۵]

۲۸۳. متفق علیه.

۲۸۴. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۱۰)، كويته: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۷۲۸۹ و ۷۲۹۰؛ سيد سابق، فقه السنه، ترجمه محمود ابراهيمي، ج ۳، صص ۱۲۹۵ و ۱۲۹۶؛ اسعد محمد سعيد الصاغر جي (\_\_\_\_). الفقه الحنفي وادلته، جلد (۲)، پاكستان: كتابخانه رشيدية، ص ۱۶۸.

«ای پیامبر ﷺ ما برای تو آن همسرانی را که مهرشان را داده ای حلال کردیم و [کنیزیانی] را که خدا ﷻ از غنیمت جنگی در اختیار تو قرار داده و دختران کاکا و دختران عمه ها و دختران ماما تو و دختران خاله‌هایت که با تو مهاجرت کرده‌اند.».

#### گفتار دوم) محرّمات مؤقت

محرّمات مؤقت بر زمانی اطلاق می‌گردد که ازدواج با آنها بنا بر اسباب معین مؤقتاً حرام است. ولی، زمانی که این اسباب زایل گردند، حرمت ازدواج با محرّمات مؤقت نیز زایل می‌گردد.<sup>۲۸۵</sup> زیرا، هر حکم بر محور علت و سبب آن می‌چرخد و زمانی که سبب از بین برود، حکم نیز زایل می‌گردد. به موجب ماده ۸۵ ق. م محرّمات مؤقت به هفت دسته: (۱) خواهر زوجه؛ (۲) مُطَلَّقه ثلاثه؛ (۳) منکوحه و معتده غیر؛ (۴) زنی که لعان گردیده است؛ (۵) زن کافره غیر کتابیه؛ و (۶) ازدواج با بیشتر از چهار زن در زمان واحد تقسیم می‌گردد:

#### الف) ازدواج با خواهر زوجه (خیاشنه)

طبق ماده ۸۵ فقره اول ق. م: «در حالات ذیل حرمت مؤقت موجود می‌گردد: (۱) جمع بین دو زنی که هرگاه یکی از آنها مرد فرض شود، حرمت ازدواج بین شان به وجود آید.» طبق نص این ماده ازدواج با دو خواهر در زمان واحد حرام است، زیرا هرگاه یکی از دو خواهر مرد فرض شود، نمی‌تواند با دیگرش ازدواج نماید، زیرا طرف دیگر خواهر او تلقی می‌گردد. بنابراین، در صورتی که شخص با دختری ازدواج نماید، تا زمانی که این دختر در قید نکاح شخص است، این شخص نمی‌تواند با خواهر زوجه اش ازدواج نماید.

اما، در صورتی که رابطه زوجیت میان شوهر و زوجه اش از طریق وفات، فسخ، طلاق، تفریق، خلع و سایر اسباب انحلال عقد ازدواج منحل گردد، مرد می‌تواند با خواهر زوجه اش به دلیل از بین رفتن حرمت مؤقت ازدواج نماید. فقهاء حرمت ازدواج با خواهر زوجه را در قالب عبارت «جمع بین دو زنی که هرگاه یکی از آنها مرد فرض شود، حرمت ازدواج بین شان به وجود آید» به عنوان قاعده مطرح کرده‌اند که گاه گاهی فهم آن برای دانشجویان حقوق بسیار مشکل است.

در عوض این قاعده، می‌توان به عبارت ساده گفت که ازدواج با خواهر زوجه (خیاشنه) مؤقتاً حرام است. اما، اگر شخص زوجه اش را طلاق بدهد یا زوجه وفات نماید، می‌تواند بعد از ختم عدت زوجه، با خواهر زوجه ازدواج نماید. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و حمیده خواهری به نام شفیقه داشته باشد، ازدواج احمد با شفیقه مؤقتاً حرام است. اما، اگر رابطه ازدواج احمد با حمیده به دلیل اسباب انحلال عقد ازدواج مانند فوت، طلاق و تفریق و نظیر اینها منحل

شود، احمد می تواند با شفیقه ازدواج نماید. در این مثال، اگر شفیقه را مردی به نام محمود فرض کنیم، محمود نمی تواند با حمیده ازدواج نماید. زیرا، حمیده خواهر نسبی محمود می شود و چنانچه بحث آن گذشت ازدواج به خواهر نسبی به طور دایم حرام است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۸۵ ق. م پیش بینی حکم حرمت مؤقت ازدواج با خواهر زوجه که اصطلاحاً در عرف خیاشنه نامیده می شود است.

ازدواج با دو خواهر، خواهرزاده و خاله و برادرزاده و عمه در زمان واحد یکی از اموری بود که در دوره جاهلیت در میان اعراب رایج و مرسوم بود. ولی، زمانی که اسلام ظهور کرد این کار را منع نمود.<sup>۲۸۶</sup> بنابراین، ازدواج با خواهر زوجه، برادرزاده و عمه و خواهر زاده با خاله به موجب فقه اعم از اینکه توسط عقد واحد یا عقود متعدّد باشد مؤقتاً حرام است.<sup>۲۸۷</sup>

زیرا خداوند ﷻ در این مورد فرموده است:

﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ - [النساء / ۲۳]

«حرام گردانیده شده بر شما ازدواج با دوخواهر در زمان واحد مگر آنچه قبلاً گذشته است.».

نه تنها ازدواج با خواهر زوجه در زمان واحد، بلکه ازدواج با عمه و خاله زوجه در زمان واحد توسط یک شخص نیز مؤقتاً حرام است، زیرا پیامبر ﷺ در این مورد فرموده است:

«لَا تَجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَ عَمَّتِهَا وَ لَا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَ خَالَتِهَا.»<sup>۲۸۸</sup>

«زن همراه با عمه و خاله اش در یک وقت تحت نکاح یک نفر جمع نشوند.».

به حیث مثال، اگر احمد با گلالی ازدواج نماید و گلالی یک خواهر به نام زیبا داشته باشد و عمه یا خاله به نام نسرين داشته باشد، احمد نمی تواند تا وقتی که گلالی در قید نکاح او است با زیبا یا نسرين ازدواج نماید. اما، در صورتی که احمد گلالی را طلاق بدهد یا گلالی وفات نماید، احمد می تواند با زیبا یا نسرين ازدواج نماید. زیرا، در این صورت، حرمت مؤقت از بین می رود.

#### ب) ازدواج با مطلقه ثلاثه

به موجب ماده ۸۵ فقره دوم ق. م: «در حالات ذیل حرمت مؤقت موجود می گردد: ۲) مُطَلَّقه ثلاثه تا زمانی که با شخص دیگری ازدواج نماید.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۸۵ ق. م پیش بینی حکم حرمت مؤقت با مطلقه ثلاثه است. مطلقه ثلاثه عبارت از زنی است که شوهر او را طلاق ثلاثه (باین کبری) داده باشد. طبق ماده ۸۵ فقره ۲ ق. م که از فقه گرفته شده

۲۸۶. یوسف قرضاوی (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب، ص ۲۲۴.

۲۸۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۶۶۱؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۱۱۲؛ و عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۵۵.

۲۸۸. رواه جماعة.

است هرگاه شخصی زوجه اش را طلاق باین کبری یا ثلاثه<sup>۲۸۹</sup> بدهد، نمی تواند مؤقتاً با وی دوباره ازدواج نماید مگر این که زوجه مُطَلَّقه ثلاثه را شخصی دیگری تزویج نماید و بعد از ازدواج وی را به صورت طبیعی نه به قصد تحلیل بنابر دلایلی مانند عدم سازگاری طلاق بدهد یا شوهر دومی وفات نماید. در چنین موارد، زوج اولی می تواند با وی مجدداً ازدواج نماید.<sup>۲۹۰</sup>

زیرا خداوند ﷻ در این مورد می فرماید:

﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا يَحِلُّ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ - [البقره / ۲۳]

«هرگاه شخصی زوجه اش را طلاق ثلاثه یا باین کبری بدهد، نمی تواند با او مؤقتاً ازدواج نماید مگر این که زوجه با شخص دیگری ازدواج نماید.»

ق. م در خصوص شرایط ازدواج تحلیل از فقه حنفی پیروی نموده است. ماده ۱۴۷ ق. م در این باره تصریح می نماید که: «زوج نمی تواند با مطلقه ثلاثه خود دوباره ازدواج نماید، مگر اینکه مطلقه ثلاثه با شخص دیگری ازدواج نموده و بعد از دخول ازدواج دومی طلاق گردیده و عدت را تکمیل کرده باشد.» هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط رجعت به مطلقه ثلاثه است. طبق نص این ماده و فقه شرایط ازدواج مجدد با زوجه مطلقه ثلاثه قرار ذیل است:

- ۱- زوجه مُطَلَّقه ثلاثه با شخص دیگری ازدواج نماید.
- ۲- نکاح باید به صورت صحیح منعقد گردیده باشد؛
- ۳- زوج باید با وی به صورت صحیح همبستر شود؛
- ۴- وطی باید به صورت صحیح در فرج صورت بگیرد؛ و
- ۵- زوج دوم باید وی را به صورت طبیعی نه به قصد تحلیل طلاق بدهد،<sup>۲۹۱</sup> زیرا نکاح تحلیل و یا محلّل در حقوق اسلام حرام. نکاح تحلیل عبارت از نکاحی است که هدف از آن حلال گردانیدن نکاح زنی که طلاق ثلاثه او واقع شده، برای شوهری که او را طلاق باین کبری یا ثلاثه داده است. نکاح تحلیل از نظر اکثریت قریب به اتفاق فقهاء حرام است<sup>۲۹۲</sup> و از گناهان کبیره محسوب می گردد، زیرا شرع آن را حرام نموده و کسی را که به آن اقدام می نماید، مورد لعن و نفرین قرار داده است.<sup>۲۹۳</sup>

زیرا پیامبر ﷺ در این مورد فرموده است:

۲۸۹. در باره طلاق باین کبری یا ثلاثه ر. ک: همین کتاب، بخش انحلال نکاح، فصل طلاق.  
۲۹۰. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۳۱۵.  
۲۹۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۴؛ و عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، صص ۶۳.  
۲۹۲. یوسف قرضاوی (۱۳۸۲). دیدگاه های فقهی معاصر، مترجم: احمد نعیمی، جلد (۲)، تهران: نشر احسان، ص ۶۵۶؛ و وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۵۱۱۰.  
۲۹۳. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۲۵۴.

«لَعَنَ اللَّهُ الْمُحْلِلَ وَ الْمُحْلَلَّ لَهُ.»<sup>۲۹۴</sup>

«خداوند ﷻ انجام دهنده نکاح تحلیل و کسی را که نکاح تحلیل برای او انجام می شود مورد لعن و نفرین قرار می دهد.»

با وجود اینکه نکاح محلل حرام و از جمله گناهان کبیره محسوب می گردد، در باره اینکه آیا می تواند مُطَلَّقهٔ ثلاثه را برای شوهر اولی او حلال گرداند احناف بر این عقیده اند که نکاح تحلیل مُطَلَّقهٔ ثلاثه را برای شوهر اولی اش حلال می گرداند، ولی اگر نکاح به قصد تحلیل صورت بگیرد، نظر کراهت تحریمی دارد. با وجود این، ازدواج صحیح است، زیرا شروط و ارکان ازدواج در آن موجود می باشد.<sup>۲۹۵</sup>

فقهای مالکیه و حنابله بر این نظر اند که هرگاه نکاح به قصد تحلیل صورت پذیرد، به صورت مطلق زوجهٔ مُطَلَّقهٔ ثلاثه را برای شوهر اولی اش حلال نمی گرداند.

نکاح تحلیل نیز باطل است، زیرا در نکاح تحلیل قصد و نیت زوجه معتبر نیست، بلکه قصد و نیت محلل له معتبر است،<sup>۲۹۶</sup> زیرا پیامبر ﷺ در این مورد فرموده است:

«أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ؟ قَالُوا: بَلَى، يَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، قَالَ: هُوَ الْمُحْلَلُ، لَعَنَ اللَّهُ الْمُحْلِلَ وَ الْمُحْلَلَّ لَهُ.»

«آیا می خواهید بزرگاریه ای را بشناسید، گفتند: بلی، یا رسول الله ﷺ فرمود: آن انجام دهنده نکاح تحلیل است، خداوند ﷻ محلل و محلل له را مورد لعن قرار داده است.»

به حیث مثال، هرگاه احمد زوجه اش زیبا را طلاق ثلاثه بدهد اعم از این که طلاق سه بار صورت بگیرد؛ یعنی؛ احمد، زیبا را بار اولی سه مرتبه طلاق بدهد یا به لفظ یا اشارهٔ واحد به زیبا بگوید: «تو مُطَلَّقهٔ ثلاثه هستی!» یا احمد به زیبا بگوید: «تو را طلاق دادم!» و به سه انگشتانش اشاره نماید یا سه بار زیبا را مکرراً در مجلس واحد طلاق بدهد مانند اینکه: به زیبا بگوید: «تو را طلاق دادم! تو را طلاق دادم! تو را طلاق دادم!»

در همه این موارد طلاق باین کُبری میان احمد و زیبا واقع می گردد. در این گونه موارد، زیبا مطلقه ثلاثه نامیده می شود و طلاق او طلاق ثلاثه. احمد نمی تواند مؤقتاً با زیبا دوباره ازدواج نماید

۲۹۴. اخرجه ابو داود، ابن ماجه و الترمذی.

۲۹۵. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشديه، ص ۶۶۴۵؛ سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۳) ايران، انتشارات محمدي سقر، صص ۱۲۵۷ و ۱۲۵۸؛ و عبدالرحمن الجزايري (\_\_\_\_). الفقه على المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ كتابخانه وحيدى، ص ۶۳.

۲۹۶. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشديه، ص ۶۶۴۳ و ۶۶۴۴؛ و سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۳) ايران، انتشارات محمدي سقر، ص ۱۲۵۶؛ عبدالرحمن الجزايري (\_\_\_\_). الفقه على المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ كتابخانه وحيدى، ص ۶۳ و ۶۴.

مگر این که زیبا با شخص سوم، به حیث مثال، محمود ازدواج نماید و محمود با زیبا جماع نماید و پس از جماع زیبا را با توجه به اختلافی که در این خصوص وجود دارد طلاق بدهد یا رابطه عقد محمود با زیبا به دلیل اسباب انحلال عقد ازدواج مانند وفات محمود منحل گردد. پس از انحلال رابطه زوجیت زیبا با شوهر دومی و تکمیل عدت احمد می تواند مجدداً زیبا را خواستگاری و نکاح نماید.

از آنچه گفته شد واضح گردید که هرگاه کسی زوجه اش را طلاق ثلاثه بدهد، نمی تواند با او دوباره ازدواج نماید مگر این که زوجه مُطَلَّقه طلاق ثلاثه و یا باین کبری با شخصی دیگری به صورت طبیعی نه به قصد تحلیل ازدواج نماید و بعد از ازدواج به صورت طبیعی به سبب مثلاً عدم سازگاری و... از وی جدا شود. فلسفه ازدواج دوم زوجه مُطَلَّقه طلاق ثلاثه با شخص دیگر جلوگیری از وقوع طلاق است، زیرا غیرت و شهادت مرد از این امر کراهیت دارد به خصوص زمانی که شوهر بداند که شوهر دوم زوجه رقیب و دشمن او است. علاوه براین، هرگاه مرد زوجه اش را طلاق می دهد و سپس احساس می کند که از او بی نیاز نیست و پشیمان می شود و به زوجه اش مراجعت می کند و بعد از مراجعت دوباره از معاشرت با وی عاجز می گردد و برای بار دوم زوجه اش را طلاق می دهد و سپس باز پشیمان می شود و به وی مراجعت می کند و پیوند زوجیت را برقرار می نماید، دیگر آزمایش و امتحان به اتمام رسیده، زیرا ممکن است طلاق اول در اثر عدم تأمل و آگاهی نیاز به او صورت گرفته باشد.

ولی، طلاق دوم چنین نیست، زیرا آن را بعد از پشیمان شدن از طلاق اول با توجه به این که اشتباه بوده است انجام داده است. پس، هرگاه به او رجوع نماید به این معنی است که زندگی با وی را بر طلاق ترجیح می دهد. ولی، هرگاه زوجه اش را برای بار سوم طلاق بدهد به این معنی است که رجوع بار دوم اشتباه بوده و طلاق دادن بر زندگی با وی مرجح بوده است. بنابراین، بعد از طلاق سوم، مرد نمی تواند به زوجه اش مراجعت نماید، زیرا زن توپ فوتبال نیست که هرگاه مرد بخواهد به او مراجعت نماید و هرگاه بخواهد ترکش نماید، بلکه کار درست و معقول این است که این دو برای همیشه از هم جدا شوند و دیگر اختیار رجعت از زوج سلب گردد، زیرا در اثر تجربه به اثبات رسیده که این دو با هم سازگاری ندارند و نمی توانند با هم زندگی مشترک را ادامه بدهند.

باوجود این همه، هرگاه اتفاق بی افتد که زن مُطَلَّقه ثلاثه بعد از طلاق بخواهد با مردی دیگری ازدواج نماید و بعد از طلاق و متحقق شدن شرایطی که فوقاً تذکر یافت در اثر عدم سازگاری توسط شوهر دوم نیز طلاق داده شود و یا شوهر دومی وفات نماید و شوهر اولی بخواهد دوباره با وی ازدواج نماید و زن نیز رضایت نشان بدهد، این دو می توانند برای بار دوم باهم ازدواج

نمایند.<sup>۲۹۷</sup> زیرا، امام شافعی، احمد، بخاری و مسلم از عایشه بروایت کرده اند که گفت: زن رفاعه قرطی نزد پیامبر ﷺ آمد وگفت: من پیش رفاعه و همسر او بودم او مرا طلاق ثلاثه داد، پس از انقضای عدّه با عبدالرحمن بن الزبیر ازدواج کردم، ولی او چیزی داشت مانند تار جامه: یعنی؛ آلت تناسلی او خیلی ناچیز بود.<sup>۲۹۸</sup> پیامبر ﷺ لبخند زد و فرمود:

«أَتْرِبِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَيَّ رِفَاعَةَ؟ ... لَا ... حَتَّىٰ ... تَذُوقِي عَسَلَتَهُ وَ تَذُوقَ عَسَلَتِكَ.».

«آیا می خواهی پیش رفاعه برگردی؟ نخیر! این جایز نیست مگر این که تو مزه جنسی

او را بچشی و او نیز مزه جنسی تو را بچشد.».

### ج) ازدواج با منکوحه غیر

به موجب ماده ۸۵ فقره سوم ق. م: «حرمت مؤقت در حالات ذیل به وجود می آید: ۳) منکوحه [...] غیر...». منکوحه اسم مفعول از ریشه «نکح» گرفته شده است که در لغت به معنی نکاح شده و نکاح شونده است. به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی منکوحه زنی است که در قید نکاح دیگری قرار دارد. از نص ماده ۸۵ ق. م به خوبی استنباط می گردد که ازدواج با زنی که در قید نکاح دیگری است (منکوحه غیر) مؤقتاً حرام است همانطور که خواستاری و نامزدی با وی حرام است که بحث آن در مبحث نامزدی گذشت. ولی، زمانی که شوهر زن منکوحه وفات نماید یا شوهر زوجه اش را طلاق بدهد، شخص می تواند با وی بعد از انقضای عدت ازدواج نماید.

به عنوان مثال، هرگاه جمیله در قید نکاح احمد باشد، هیچ شخص نمی تواند با جمیله ازدواج نماید مگر این که احمد جمیله را به طور عادی طلاق بدهد یا احمد وفات نماید. در این دو صورت، پس از تکمیل عدت شخص سوم می تواند با جمیله ازدواج نماید.

به نظر می رسد دلیل حرمت مؤقت ازدواج با منکوحه غیر عدم اعتدلی به حق غیر، جلوگیری از نزاع و دشمنی و جلوگیری از اخلاط انساب است. زیرا، در صورتی که شخص با منکوحه غیر ازدواج نماید، این ازدواج موجب بروز نزاع میان دو زوج، تجاوز بر حق زوج اولی و خلط شدن نسب طفل ناشی از این ازدواج می گردد زیرا در این صورت طفل دارای دو پدر خواهد بود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از حالات حرمت مؤقت ازدواج است.

خداوند ﷻ در این مورد می فرماید:

﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ - [البقره / ۲۴]

۲۹۷. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۲۶۱ و ۱۲۶۲.

۲۹۸. همان، سید سابق، جلد (۳)، صص ۱۲۵۸ و ۱۲۵۹



«نکاح با زنانی که شوهر دارند بر شما حرام است مگر این که اسیر شما شده و ملک یمین باشند.».

فقهاء به اتفاق آراء به این نظر اند که ازدواج زانی با زانیه که به وی زنا نموده است جواز دارد. بنابراین، هرگاه چنین زانیه بعد از شش ماه طفلی به دنیا آورد، نسب آن طفل با زانی ثابت می گردد. ولی، هرگاه طفل در مدت کمتر از شش ماه تولد شود، نسب چنین طفلی به زانی ثابت نمی گردد، مگر اینکه به ثبوت نسب طفل اقرار نماید.<sup>۲۹۹</sup> اما، در باره ازدواج مرد غیر زنا کار با زن زنا کار و برعکس در فقه نظریات مختلف وجود دارد: امام احمد حنبل رحمته، ابن حزم، امام ابن تیمیه و ابن قیم بر این عقیده اند که پیش از توبه ازدواج با زن زنا کار جواز ندارد، مگر اینکه توبه نماید. امام احمد رحمته شرطی دیگری را علاوه بر توبه در ازدواج به زن زنا کار شرط می داند و آن اینکه زن زنا کار عده اش را سپری نماید.

ولی، جمهور فقهاء بر این نظر اند که: ازدواج مرد زنا پیشه با زن زنا پیشه و برعکس جواز دارد. بنابراین، زنا مانع صحت عقد نکاح نیست. منشاء این اختلاف در مفهوم آیه ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحَرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾<sup>۳۰۰</sup> - [النور: ۳] است که این نهی برای ذم و نکوهش است یا برای تحریم؟ یا تحریم مربوط زن می شود یا به نکاح؟ گروه اول معنی تحریم را از آیه استنباط نموده اند. ولی، جمهور علماء معنی ذم و نکوهش را از این آیه استنباط نموده اند. زیرا جمهور فقهاء به حدیثی استناد می نمایند که عایشه رضی الله عنها روایت می نماید که پیامبر صلی الله علیه و آله فرموده است:

«لَا يُحْرَمُ الْحَرَامُ الْحَلَالَ.»<sup>۳۰۱</sup>

«حرام نمی تواند وسیله تحریم حلال واقع شود.».

با وجود این، در تفصیل این حکم جمهور فقهاء نظریات متفاوت ارایه نموده اند: امام ابو حنیفه رحمته و امام محمد رحمته بر این نظر اند که: در صورتی که زن زنا کار حامله نباشد، عقد ازدواج مرد غیر زنا کار با او صحیح است. همچنین، در صورتی که حامله باشد نیز ازدواج با وی صحیح است. ولی، در چنین حالتی شوهر نباید وی را وطی نماید تا اینکه زن حامل وضع حمل نماید. در دفاع از این نظر امام ابو حنیفه رحمته و امام محمد رحمته به دلایل ذیل استناد می نمایند:

(۱) ازدواج با زن زنا پیشه از جمله محرمات نیست. زیرا، خداوند جل جلاله فرموده است:

﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ - [النساء / ۳۲]

۲۹۹. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الإسلامي وادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۶۴۸. ۳۰۰. «مرد زناکار جز زن زناکار یا مشرک را به همسری نگیرد و زن زناکار جز مرد زناکار یا مشرک را به زنی نگیرد و بر مؤمنان این [امر] حرام گردیده است.».

۳۰۱. أخرجه البيهقي عن عائشة رضی الله عنها و ضعفه، و أخرجه ابن ماجه عن ابن عمر رضی الله عنهما.

«حلال گردانیده شده ازدواج شما با غیر از اینها.»

چون این آیه بعد از زنان محارم، ذکر شده است، زنان غیر محارم را که نکاح با آنها جایز است، ذکر می کند. همچنین، این آیه تصریح نموده است که زنا از اسباب تحریم ابدی و یا مؤقتی ازدواج است؛ و

۲) آب زنا ارجحی ندارد. زیرا، توسط آن نسب برای زانی ثابت نمی گردد، چراکه پیامبر ﷺ فرموده است:

«الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ.»<sup>۳۰۲</sup>

«ولد از آن صاحب فراش و زانی مستحق سنگ است.»

ولی، آنچه مانع دخول زوجة حامله ناشی از زنا تا اینکه وضع حمل نماید، می گردد، این فرموده پیامبر ﷺ است:

«لَا يَحِلُّ لِامْرَأٍ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يَسْقِيَ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ.»<sup>۳۰۳</sup>

«کسی که به خداوند ﷻ و روز آخرت ایمان دارد، نباید کاشته دیگری را آبیاری کند.»

امام ابو یوسف رحمته و زفر رحمته بر این نظر اند که: عقد ازدواج با حامله ناشی از زنا جواز ندارد. زیرا، چنین حملی مانع وطی حامله می گردد و بنابراین مانع عقد نیز می گردد.

فقههای مالکیه بر این نظر اند که: انعقاد عقد ازدواج با زانیه جواز ندارد، مگر اینکه استبراء رحم او از طریق سه حیض و یا سه ماه معلوم شود. پس، شخصی که با چنین زنی قبل از استبراء رحم ازدواج نماید، ازدواج فاسد و فسخ آن واجب است اعم از اینکه حمل ظاهر شود و یا نه. منع ازدواج در صورت اول به سبب حدیث «فلا یسقین ماء زرع غیره» و در صورت دوم به سبب خوف اخلاط انساب است. فقههای شافعیه بر این نظر اند که ازدواج با زن زنا کار جواز دارد بدون اینکه عده اش منقضی شود.<sup>۳۰۴</sup>

#### د) ازدواج با معتده غیر

براساس بند دوم ماده ۸۵ فقره دوم ق. م: «حرمت مؤقت در حالات ذیل به وجود می آید: (۳) [...] معتده غیر...». معتده اسم فاعل از ریشه «عدد» گرفته شده است که در لغت به معنی در حال شمارش و شمارشگر است که جمع آن معتدات است. در اصطلاح حقوق مدنی، معتده زنی است

۳۰۲. رواه الجماعة إلا ابی داود عن ابی هریره رضی الله عنه.

۳۰۳. رواه الترمذی عن روفیع، و هو حسن، ولكن بلفظ «ولد غیره» بدل «زرع غیره» و رواه أبو داد و ایضاً بلفظ «زرع غیره».

۳۰۴. اسعد محمد سعید الصاغر جی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و أدلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۱۷۳؛ و هبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۶۴۸-۶۶۵۰؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۲)، ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۵۹۸-۶۰۲.

که در مدت زمان مقرر قانونی در عده به سر می برد. ۳۰۰ ازدواج با معتده برای هیچ کس جز زوج اولی جواز ندارد، مگر اینکه معتده عدت خویش را سپری نماید. ۳۰۶

تفصیل عدت در فصل اخیر بخش اخیر این کتاب خواهد آمد. آنچه به صورت مختصر ذکر آن در این مبحث ضروری است این است که عدت صغیره غیرحایضه و کبیره پانسه سه ماه، عدت زوجة حایضه سه حیض، عدت زوجه ای که شوهر او وفات نموده است، چهار ماده و ده روز و عدت زوجة حامله وضع حمل است. طبق ماده ۸۵ فقره ۲ ق. م هیچ مردی نمی تواند با زنانی که در عدت های مذکور قرار دارند مؤقتاً ازدواج نماید. اما، زمانی که عدت تکمیل گردد، مرد می تواند به دلیل رفع حرمت مؤقت با زنانی که عدت خویش را تکمیل نموده اند، ازدواج نماید. پس، عدت یکی از اسباب مؤقت حرمت ازدواج است.

به حیث مثال، اگر احمد زیبا زوجه اش را طلاق بدهد یا احمد وفات نماید، زیبا مکلف به رعایت عدت است. در این حالت، ذاکر نمی تواند با زیبا ازدواج نماید مگر این که زیبا عدت طلاق یا وفات را تکمیل نماید. به نظر می رسد دلیل حرمت مؤقت در این حالت، جلوگیری از اختلاط انساب، احترام به احساسات فامیل شوهر متوفی و عدم اعتدی بر حق شوهر است.

#### ه) ازواج با زنی که لعان شده است

لعان طبق ق. م از موانع مؤقت ازدواج است که در ذیل مورد بحث قرار می گیرد:

۱) **مصادر مشروعیت:** مشروعیت لعان بر اساس قرآن کریم، سنت پیامبر ﷺ و اجماع امت

ثابت است. خداوند ﷻ در قرآن کریم می فرماید:

﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (۶) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَ يَدْرَأُ (۷) عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (۸) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ - [النور: ۶-۹]

«کسانی که بر زنان خود نسبت زنا می دهند و به جز خود شان شهودی دیگر ندارند، هر یک از آنها باید چهار بار به خداوند ﷻ سوگند یاد کند که او قطعاً از راستگو یان است (و گواهی او بار پنجم) این است که (شوهر او بگوید) لعنت خدا ﷻ بر او باد اگر دروغ بگوید و از (زن) جزا

۳۰۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۸۷.

۳۰۶. أسعد محمد سعید الصاغر جی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و أدلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۱۷۳؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۶۴۸-۶۶۵۰؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۲) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۵۹۸-۶۰۲.

ساقط می گردد در صورتی که چهار بار سوگند یاد کند که شوهرش جداً دروغ می گوید. گواهی پنجم آنکه خشم خدا ﷻ بر او باد اگر (شوهرش) راست بگوید.».

در باره سبب نزول این آیه بخاری، ترمذی و ابن ماجه از حضرت ابن عباس رضی الله عنه روایت کرده اند که:

«ان هلال بن امیه قذف زوجته عند النبي ﷺ بشريك بن سحماء، فقال له النبي ﷺ: أَلْبَيِّنَةُ أَوْ حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ؟ فَقَالَ: يَا نَبِيَّ اللَّهِ ﷺ إِذَا رَأَى أَحَدَنَا عَلَى إِمْرَأَتِهِ رَجُلًا يَنْطَلِقُ، يَلْتَمِسُ الْبَيِّنَةَ، فَجَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ يَكْرَرُ ذَلِكَ، فَقَالَ هَلَالُ: وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ نَبِيًّا، أَنِّي لَصَادِقٌ، وَلَيَنْزِلَنَّ اللَّهُ مَا يَبْرِي ظَهْرِي مِنَ الْحَدِّ، فَتَزَلَّتِ الْآيَاتُ.» ۳۰۷

«هلال بن امیه حضور پیامبر ﷺ آمد و زن خود را متهم به زنا با شریک بن سحماء نمود. پیامبر ﷺ گفت: باید شهود بیاوری در غیر این حد قذف بر توجاری می گردد. هلال گفت: ای رسول خدا ﷺ! هرگاه یکی از ما مردی را در حال همبستری با زن خویش ببیند برود به دنبال گواه؟! پیامبر ﷺ در جواب او گفت: باید شهود بیاوری در غیر این صورت حد قذف بر تو جاری می شود! هلال گفت: سوگند به آن کسی که تو را به حق مبعوث کرده بدون شک من راستگویم و بدانید که خداوند ﷻ چیزی را نازل می کند که پشت مرا از تازیانه حد تبرئه نماید، همین بود که آیات سوره نور نازل شد.».

بعد از نزول آیات فوق، پیامبر ﷺ به سوی زن برگشت و مرد طبق رهنمود آیات فوق شهادت داد و پیامبر ﷺ می گفت:

«أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ إِنَّ أَحَدَكُمَا لَكَاذِبٌ فَهَلْ مِنْكُمَا تَائِبٌ؟!»

«خداوند ﷻ می داند که یکی از شما دورگواست آیا کسی از شما توبه می کند و پشیمان می گردد؟!».

زن نیز طبق آیات فوق، شهادت داد و چون مرتبه پنجم رسید او را نگه داشتند و به او گفتند: این مرتبه پنجم است و اگر دروغ بگویی به غضب خداوند ﷻ دچار می شوی؟! ابن عباس رضی الله عنه می گوید: زن دچار تزلزل و اضطراب شد و عقب کشید تا جایی که ما گمان کردیم پشیمان می شود و اعتراف می کند، ولی او گفت: هرگز قوم خود را رسوا نمی کنم! و بار پنجم را نیز گفت.

پیامبر ﷺ گفت:

«أَبْصُرُوهَا فَإِنَّ جَاءَتْ بِهٍ أَكْحَلَ الْعَيْنَيْنِ سَابِعَ الْإِلْتِيَانِ، خَدَلَجَ السَّاقَيْنِ، فَهُوَ لِشَرِيكَ بِنِ سَحْمَاءَ.».

«این زن حامله است، ببینید که اگر فرزند او متولد شد و چشمان سیاه، ران های بزرگ و ساقهای چاق داشت او از شریک بن سحماء است.».

زمانی که فرزند زن تولد شد، همان گونه بود که پیامبر ﷺ گفته بود. طبق این آیه و حدیث، حکم قذف زوجین از اجانب در حالی که زوج زوجه را متهم به زنا و یا نفی نسب نماید، متفاوت می شود. پس، اگر انسان دیگری را، و یا مرد زنی را که زوجه او نیست، متهم به زنا نماید، و زن عقیفه باشد، و مرد چهار شاهد ارایه ننماید تا این شاهدان بر صحت ادعای وی شهادت بدهند، چنین مردی مستوجب حد قذف که هشتاد دره است شناخته می شود. اما، اگر زوج، زوجه اش را متهم با زنا نماید و نسب فرزند زن را از خود نفی نماید، و چهار شاهد نیابد تا بر صحت ادعای وی شهادت بدهند، چنین شوهری مستوجب حد قذف شناخته نمی شود و لعان میان زوجین صورت می پذیرد.<sup>۳۰۸</sup>

احکام لعان مندرج ق. م مأخوذ از فقه است. به موجب ماده ۸۵ فقره چهارم ق. م: «حرمت مؤقت در حالات ذیل به وجود می آید: ۴) زنی که لعان شده است تا وقتی که شوهر، خود را تکذیب نماید.» طبق نص این ماده میان شوهر و زنی که لعان شده است حرمت مؤقت ازدواج به وجود می آید. اما، در صورتی که شوهر خود را تکذیب نماید، این حرمت از میان می رود. در ق. م در مورد لعان حکمی به جز مواد ۸۵ و ۱۳۳ وجود ندارد. بنابراین، احکام ق. م در خصوص لعان مجمل است. اما، براساس فقه لعان یکی از اسباب تفریق است.

۲) **تعریف:** لعان در لغت به معنی طرد و دور کردن از رحمت خداوند ﷻ نفرین گفتن، خوار داشتن و دشنام گفتن است و در اصطلاح فقهی، فقهای حنفیه در تعریف لعان می گویند: لعان عبارت از شهادت مورد تأکید همراه با سوگند همراه با لعن از جانب زوج و همراه با غضب از جانب زوجه، قایم مقام حد قذف در حق زوج و قایم مقام حد زنا در حق زوجه.<sup>۳۰۹</sup>

### ۳) اسباب لعان: لعان دو سبب دارد:

۱ - **متهم نمودن زوجه به ارتکاب زنا:** سبب اولی که موجب لعان می گردد این است که شوهر زوجه اش را به زنا متهم نماید، ولی چهار نفر گواه یا شاهد نداشته باشد تا این اتهام را تأیید نمایند؛ و

۳۰۸ . وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۷۰۹۵ - ۷۰۹۷؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۶۱۹ - ۱۶۲۱؛ و محمد علی صابونی (۱۳۸۵). تفسیر آیات الاحکام، مترجم: نعمت الله شهرانی، جلد (۲)، چاپ دوم کابل: انتشارات نعمانی، ص ۹۱؛  
۳۰۹ . وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص 7092؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص 1618؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۶۳۳؛ عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیہ، صص ۲۳۰؛ و اسعد محمد سعید الصاغرچی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدیہ، صص ۲۶۰.

۲- نفی و یا انکار نسب فرزند: سبب دومی که موجب لعان می گردد این است که شوهر نسب فرزند خویش را نفی نماید و یا اینکه ادعا نماید که زوجه اش از او حمل نبرداشته است.<sup>۳۱۰</sup>

۴) حکمت انشای لعان: اگر یک مرد یک زن را متهم به زنا نماید، یا باید زنا را ثابت نماید یا حد قذف که هشتاد دره است بر او تطبیق خواهد شد. اگر زنا را با چهار مرد ثابت نماید، حد زنا بر زن که در صورت محصنه بودن سنگسار و در صورت مجرد بودن صد دره و یک سال تبعید است تطبیق خواهد شد. اما، اگر شوهر زوجه اش را متهم به زنا و نفی نسب طفل نماید، اما برای اثبات آن چهار شاهد نتواند بیاورد، در صورت اجرای لعان حد قذف از شوهر و حد زنا از زوجه ساقط می شود اما زوجه و زوجه از همدیگر جدا می شوند. بنابراین، حکمت لعان سقوط حد قذف و زنا از زن و شوهر به نظر می رسد.

به همین دلیل، برخی از فقهاء در خصوص حکمت لعان می نویسند که: خداوند حکیم و علیم لعان را براساس حکمت های عالی تشریح نموده است. این حکمت ها در حفاظت اجتماع، پاکي فامیل، علاج خطرات و مشکلاتی که حیات زوجیت را تهدید می نماید، نقش به سزا دارد. شارع حکیم با تشریح احکام لعان، مهمترین ناحیه با درد و حسرت زندگی را که انسان گاه ممکن است با آن روبرو شود، معالجه می نماید. زیرا، وقتی که انسان با هر دو چشم خویش ببیند که شخصی با زوجه اش عمل شنیع زنا را انجام می دهد، نمی تواند سخنی بگوید چرا که او گواهی ندارد تا موضوع زناي زوجه را به اثبات برساند.

همچنین، در چنین حالتی شخص نمی تواند به قتل زوجه و زانی اقدام نماید تا عار و ننگ را از خود دور نماید. زیرا، در برابر آن قصاص می شود. در چنین حالتی شوهر چه باید کند؟ آیا بگذارد تا شرف، ناموس و آبروی او لکه دار گردد و از ترس عار و خوف فضاحت چشمان خود را ببندد و از زوجه خاین و آن دزد مکار که شریک خیانت زوجه اش می باشد انتقام بگیرد تا وسیله جزاء و قصاص گردد.

شارع حکیم این وضعیت خطرناک را خیلی حکیمانه معالجه نموده و اجرای لعان را میان زن و شوهر پیش بینی نموده است تا خداوند عزوجلله بر بندگانش ستر کند و ساحه توبه را وسیع تر و مجال آن را فراختر نماید. اگر این حکمت شارع حکیم نمی بود، ممکن بود خون ها بریزد و در راه شرف و ناموس جان ها از دست داده شود. زیرا، اگر به شوهر اجازه داده شود تا خودش از زوجه اش انتقام بگیرد و او را به قتل رساند، امکان دارد چندین شخص بیگناه قربانی این مکر ها شود چرا که هر

۳۱۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص 7095؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص 1621 و 1622.

شوهر غالباً در این گونه موارد راستگو نمی باشد. اگر به سبب متهم نمودن زوجه یا نفی نسب طفل حد قذف بر او جاری شود، این امر موجب تطبیق جزای حد قذف بر وی می گردد که ممکن است گاه شوهر صادق و راستگو باشد که در چنین حالتی از یکطرف جزای شلاق و از طرفی دیگر بدنامی متوجه او می گردد.

بنابراین، شوهر در چنین حالتی در دو راهی قرار می گیرد. اگر موضوع را افشاء نماید، حد قذف بر وی جاری می گردد و اگر موضوع را پنهان نماید، این امر موجب ایجاد خشم، کینه و درد و حقد می گردد. در نتیجه، در این حکم بلندترین مرتبه عدالت، حفاظت آبرو، شرف و قار حفظ و رعایت گردیده و جرم و جنایت در نطفه از بین برده می شود. زیرا، اگر این موضوع طور معلق گذاشته می شد، هیچ کس نمی توانست به وقوع جنایت زن حکم نماید و یا به تکذیب شوهر بپردازد چرا که احتمال داشت شوهر در دعوایش صادق باشد. پس، بهترین راه نجات این است که در بین آنها تفریق جاری گردد و تا هر دو از شقاوت و بدبختی نجات یابند و زبان های بدگوی بسته شود و راه شرافت و کرامت فامیل حفظ گردد.<sup>۳۱۱</sup>

**۵) کیفیت اجرای لعان:** هرگاه مردی زوجه اش را به زنا متهم نماید و یا نسبت فرزند را به خود انکار و برای اثبات این دو بینه نداشته باشد و زن نیز ادعای او را انکار نماید و از شوهر مبنی بر این عمل شکایت نماید و مُطالب اجرای حد قذف بر وی گردد، قاضی باید لعان را میان آنها جاری نماید. به ترتیبی که، قاضی از شوهر شروع نماید و از او بخواهد که در حضور او چهار بار بگوید: «اشهد بالله آنچه در باره زنا کاری یا نفی فرزند در مورد همسر من گویم حقیقت دارد!». در چنین حالتی، اگر زوجه حاضر است باید به اشاره و یا تسمیه بگوید: «خداوند ﷻ را شاهد می گیرم که آنچه راجع به زوجه ام فلانه می گویم صادق هستم». سپس، برای بار پنجم بگوید: «لعنت خداوند ﷻ بر من باد اگر در نسبت زنا و یا نفی ولد زوجه ام دروغگو باشم». سپس، زن چهار بار بگوید: «اشهد بالله که این مرد در نسبت کردن زنا و یا نفی نسب طفل دروغ می گوید» و برای بار پنجم بگوید: «غضب خدا ﷻ بر من باد اگر آن مرد در نسبت کردن زنا بر من صادق و راستگو باشد.».

**۶) آثار لعان:** هرگاه لعان بین زوجین در حضور قاضی صورت پذیرد موجب ایجاد آثار ذیل می گردد:

1- سقوط حد قذف و تعزیر از شوهر و سقوط حد زنا از زن: اگر زن و شوهر ملاعنه نمایند، حد قذف از شوهر و حد زنا از زن ساقط می گردد. زیرا، حقوق اسلام لعان را به این منظور تشریح نموده

است. اگر مرد لعان را اجراء ننماید، به نظر غیراحناف در صورتی که زوجه اش محصنه باشد، حد قذف و در صورت عدم محصنه بودن تعزیر شرعی بر وی واجب می گردد؛

2- وجوب تفریق بین زوجین: به نظر احناف ایجاد فرقت بین زوجین به اتمام نمی رسد مگر توسط قاضی.

3- این تفریق به نظر امام ابوحنیفه رحمته الله و امام محمد رحمته الله مانند تفریق به سبب عنه (عنین بودن زوج) طلاق باین است، زیرا این تفریق توسط قاضی صورت گرفته است و هر تفریقی که توسط قاضی صورت پذیرد، طلاق باین است. ولی، رابطه زوجیت مرد و زن دوباره بر قرار نمی گردد، مگر در دو حالت ذیل:

**حالت اول:** اینکه مرد خود را تکذیب نماید، هرچند این تکذیب ضمنی باشد مانند اینکه: طفل نفی شده بمیرد و شوهر نسب او را به خود ادعا نماید. زیرا، این امر رجوع از شهادت تلقی می گردد و بر شهادت بعد از رجوع از آن هیچ حکمی مرتب نمی گردد. در چنین حالتی، حد قذف بر زوج تطبیق می گردد و نسب طفل برای او ثابت می گردد. همچنین، زن دوباره در قید رابطه زوجیت او بر می گردد اگر زوج خویش را تصدیق نماید؛ و

**حالت دوم:** اینکه یکی از زوجین اهلیت شهادت را از دست بدهند، زیرا در صورت از دست دادن اهلیت شهادت سبب تفریق که لعان است از بین می رود. بنابراین، در صورتی که زوجه مرتکب زنا شود و یا بر دیگری تهمت وارد نماید، و حد بر وی تطبیق گردد، برای زوج جایز است به سبب منتفی شدن اهلیت لعان با وی ازدواج نماید. در صورت طلاق باین بودن تفریق، زوجه مستحق نفقه و سکنی در مدت عدت می گردد.

5) نفی نسب فرزند از پدر و الحاق ثبوت نسب فرزند به مادر در صورتی لعان بخاطر نفی نسب فرزند صورت پذیرفته باشد. حکمی که بر نفی نسب مرتب می گردد عدم توارث فرزند نفی شده از پدر و عدم الزام پدر جهت فراهم نمودن نفقه برای اولاد می باشد.<sup>۳۱۲</sup> در خصوص ماده ۸۵ رأی ستره محکمه هم وجود دارد که ذیلاً نقل می گردد:

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۱۳):

۳۱۲. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص 7118-7120؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص 1628-1629؛ \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ه. ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۵)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۲۵۸-۲۶۴.



در فقره (۴) ماده (۸۵) بعد از اعتراف شوهر مبنی بر کذب خود این اعتبار افزوده شود (یا زن قول شوهرش را تصدیق کند).

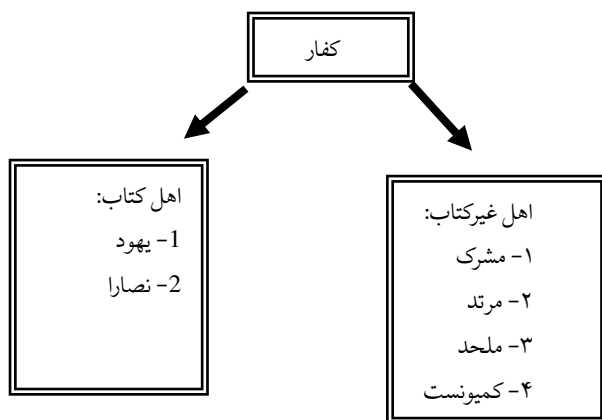
#### توضیح:

متن دری کاملاً صحیح بوده ضرورت به افزود جمله یا زن قول شوهرش را تصدیق کند نمی باشد زیرا موضوع منظور مقنن حرمت موقت است و در صورتی که او قول شوهرش را تصدیق کند توقیت حرمت از بین می‌رود. ۳۱۳

#### و) ازدواج با زن کافره غیر اهل کتابیه

طبق ماده ۸۵ فقره پنجم ق.م: «در حالات ذیل حرمت مؤقت به وجود می آید: ۵) زنی که اهل کتاب نباشد.» طبق نص این ماده ازدواج مرد مسلمان با زن کافره غیر اهل کتاب مؤقتاً حرام است. حکم این ماده از فقه گرفته شده است. زیرا، به موجب فقه ازدواج مرد مسلمان با زن کافره غیر اهل کتابیه مؤقتاً حرام است.

کافر بر و زن فاعل از ریشه کفر گرفته شده است که در لغت به معنی فرو پوشانیدن، تغطیه، در پرده کردن، مستور ساختن، انکار و ناسپاسی است. در اصطلاح فقهی کفر (ضد ایمان) به معنی انکار خداوند عزوجل، پیامبران، معاد و یا یکی از مسلمات ضروری دین اسلام است.<sup>۳۱۴</sup> طبق فقه زنان کافره به کافره اهل کتاب و کافر غیر اهل کتاب تقسیم می شود. کافر اهل کتاب به یهودی و مسیحی و کافر غیر اهل کتاب به مشرک، ملحد، مرتد و ... تقسیم می شود که در شکل ذیل نمایان می گردند:



۳۱۳. \_\_\_\_\_ (22- 25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۰۷.  
۳۱۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۱۵.

ازدواج با زنان کافره غیر اهل کتابیه مؤقتاً حرام است تا اینکه ایمان آورند و با زنان اهل کتابیه جواز دارد. بنابراین، اول ازدواج با زنان کافره غیر اهل کتابیه و دوم ازدواج با زنان کافره اهل کتابیه و سپس حرمت ازدواج زن مسلمان با مرد کافر را ذیلاً مطالعه می نماییم:

۱) ازدواج با زنان کافره غیر اهل کتابیه: زنان کافره غیر اهل کتاب به مشرک، ملحد، مرتد و مجوس تقسیم می گردد:

۱- ازدواج مرد مسلمان با زن مشرکه: ازدواج مرد مسلمان با زن مشرکه بر اساس اجماع فقهاء مؤقتاً حرام است. ولی، هرگاه زن مشرکه ایمان بی آورد، مانع حرمت ازدواج زایل گردیده و مرد مسلمان می تواند با وی ازدواج نماید. بنابراین، ازدواج مرد مسلمان با اساس اجماع فقهاء با زن مشرکه، یعنی: زنی که با خداوند اصنام، ستارگان، آتش، حیوان و نظیر اینها را شریک قرار داده و پرستش می نماید حرام است.<sup>۳۱۵</sup> زیرا، خداوند ﷻ در این مورد فرموده است:

﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُوْمِنَنَّ وَ لَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾ - [البقره/ ۲۲۱]

«زنان مشرکه را نکاح نکنید تا زمانی که ایمان بیاورند، کنیز مسلمان خوبتر از زن مشرکه است هرچند زیبایی زن مشرکه شما را به شگفت آورد.».

به حیث مثال، اگر احمد مسلمان باشد و بخواهد با حمیده که بت پرست است ازدواج نماید، این ازدواج مؤقتاً جواز ندارد مگر این که حمیده مسلمان شود. در صورت مسلمان شدن حمیده، مانع حرمت زایل می گردد و احمد می تواند با حمیده ازدواج نماید. در خصوص علت این تحریم برخی فقهاء می گویند: علت تحریم ازدواج مرد مسلمان با زن مشرکه عدم انسجام و تحقق همکاری و اطمینان میان زوجین است، زیرا میان عقیده مرد مسلمان و زن مشرکه اختلاف وجود دارد که موجب تنافر بین آنها می گردد. بنابراین، رابطه زوجیت بین آنها بر بنیاد مهربانی، محبت و همکاری قایم نمی گردد.

۳۱۵. اسعد محمد سعید الصاغر جی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و أدلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۱۷۴؛ وهیة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و أدلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۵؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمّدی سقر، ص ۱۳۲۷؛ عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی توبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۷۵؛ یوسف قرضاوی (۱۳۸۲). دید گاه های فقهی معاصر، مترجم: احمد نعیمی، جلد (۲)، تهران: نشر احسان، ص ۲۲۷؛ و اسعد محمد سعید الصاغر جی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و أدلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۱۷۴.

همچنین، عدم مسلمان و مشرکه بودن وی زمینه خیانت و فساد را بر وی مساعد می نماید و در نتیجه سبب عدم امانتداری او می گردد.<sup>۳۱۶</sup> و<sup>۳۱۷</sup> علت دیگری که باعث تحریم ازدواج مرد مسلمان با زن مشرکه می گردد عدم امکان برخورد و هماهنگی میان و شرک و ثنیت است، زیرا مشرکان دارای کتاب و پیامبر آسمانی نیستند و به اوهام و خرافات عقیده دارند که با اسلام کاملاً در تناقض است.

**۲- ازدواج مرد مسلمان با زن ملحده:** برخی از فقهاء بر این نظر اند که منظور از ملحده زنی است که معتقد به هیچ یک از ادیان آسمانی نیست. بنابراین، ملحده زنی است که نه به خدایی، نه به پیامبری، نه به کتابی، و نه به آخرتی عقیده دارد. در صورتی که ازدواج با زن مشرکه حرام باشد، ازدواج با زن ملحده به صورت اولی حرام است. زیرا، مشرکه حد اقل معتقد به وجود خداوند ﷻ است، ولی همراه با این اعتقاد، قایل به شریک و وجود خدایان دیگر است تا آنان را شفیع بگیرد تا به گمان او، او را به سوی خدای معبود نزدیک نماید.

برخی فقهای معاصر بر این نظر اند که بارزترین مثال برای زن ملحده، زن کمیونیستی است که فقط به فلسفه مادی معتقد است و به پندار او دین افیون ملتها است و ظهور ادیان را در راستای مادی تفسیر می کند و آن را دست پرورده جامعه انسانی و پدید آمده بر اثر حالات اقتصادی و روابط تولید که بر جوامع بشری حکمفرما بوده است تفسیر می کند.<sup>۳۱۸</sup> به حیث مثال، اگر احمد مسلمان باشد و بخواهد با حمیده که ملحده است ازدواج نماید، این ازدواج مؤقتاً جواز ندارد مگر این که حمیده مسلمان شود. در صورت مسلمان شدن حمیده، مانع حرمت زایل می گردد و احمد می تواند با حمیده ازدواج نماید.

**۳- ازدواج مرد مسلمان با زن مرتده:** منظور از مرتده زنی است که بعد از ایمان کفر را اختیار و اسلام را ترک نماید، فرق نمی کند که بعد از ترک اسلام به دین دیگری در آید و یا دین دیگری را قبول نکند یا دینی را که بعد از اسلام قبول نماید کتابی باشد یا غیر کتابی. پس، هر زنی که اسلام را ترک نماید و دین و مکتبی دیگری اعم از مسیحی، یهودی، بودایی، کمیونیستی و ... را اختیار نماید و یا هیچ دینی را قبول ننماید، مرتده محسوب می گردد و مرد مسلمان نمی تواند با او ازدواج نماید، زیرا چنین ازدواج باطل تلقی گردیده و هیچ نوع اثر بر آن مرتب نمی گردد.<sup>۳۱۹</sup>

۳۱۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۵۲.  
۳۱۷. یوسف قرضاوی (۱۳۸۲). دیدگاه های فقهی معاصر، مترجم: احمد نعیمی، جلد (۲)، تهران: نشر احسان، ص ۵۷۲.

۳۱۸. همان، یوسف قرضاوی، جلد (۱)، ص ۵۷۷.  
۳۱۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۵۱؛ و یوسف قرضاوی (۱۳۸۲). دیدگاه های فقهی معاصر، مترجم: احمد نعیمی، جلد (۱)، تهران: نشر احسان، صص ۵۷۸ و ۵۷۹.

این نظر محل ایراد به نظر می رسد زیرا ازدواج با زنان اهل کتاب اصلاً جواز دارد. پس، اگر زن غیرمسلمان مثلاً مشرک مسیحی شود ازدواج با وی طبق ق. م جواز دارد. به حیث مثال، اگر احمد مسلمان باشد و بخواهد با حمیده که مرتد شده است ازدواج نماید، این ازدواج مؤقتاً جواز ندارد مگر این که حمیده دوباره مسلمان شود. در صورت مسلمان شدن حمیده، مانع حرمت زایل می گردد و احمد می تواند با حمیده ازدواج نماید.

۴- ازدواج مرد مسلمان با زن مجوسی: اکثر فقهاء بر این نظر اند که مجوس از اهل کتاب نیست، چون کتاب آسمانی و پیامبر الهی ندارند. اکثر فقهاء ازدواج با زنان مجوسی را حرام می دانند.<sup>۳۲۰</sup>

۲) ازدواج با زن اهل کتاب: طبق ماده ۹۲ فقره اول ق. م: «مرد مسلمان می تواند با زن اهل کتاب ازدواج نماید.» طبق نص این ماده مرد مسلمان می تواند با زن اهل کتاب ازدواج نماید. برخی فقهاء بر این نظر اند که اهل کتاب پیروان دین عیسی علیه السلام و دین موسی علیه السلام اند.<sup>۳۲۱</sup> به حیث مثال، اگر احمد مسلمان باشد و بخواهد با حمیده که یهود یا مسیحی است ازدواج نماید، این ازدواج طبق ق. م جواز دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز نکاح مرد مسلمان با زن اهل کتاب است.

طبق ماده ۹۳ ق. م: «نکاح زن اهل کتاب بالای زن مسلمان و عکس آن جواز دارد.» طبق نص این ماده نکاح زن اهل کتاب بالای زن مسلمان و عکس آن جواز دارد. دلیل این قاعده این است که تعدد زوجات طبق ق. م جواز دارد و امکان دارد زن دوم، سوم و چهارم مرد مسلمان، دختر مسلمان یا اهل کتاب باشد.

به حیث مثال، اگر احمد مرد مسلمان باشد و حمیده زوجه اول احمد باشد و احمد با بخواهد با جولی که یهودی یا مسیحی است ازدواج نماید، این ازدواج با رعایت شرایطی که بحث آن در مبحث تعدد زوجات خواهد آمد جواز دارد.

در این مثال، حمیده زن اول احمد و مسلمان و جولی زن دوم احمد و یهودی یا مسیحی است و نکاح زن اهل کتاب بالای زن مسلمان صورت گرفته است. همچنین، نکاح زن مسلمان بالای زن اهل کتاب جواز دارد. به حیث مثال، اگر احمد مرد مسلمان باشد و جولی زوجه اول احمد و اهل

۳۲۰. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۶۶۵۶؛ اسعد محمد سعيد الصاغر جي (\_\_\_\_). الفقه الحنفي و ادلته، جلد (۲)، پاکستان: كتابخانه رشيدية، ص ۱۷۴؛ سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۲) ايران، انتشارات محمدی سقر، ص ۶۰۹؛ عبدالحميد محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفي في ثوبه الجديد، جلد (۲)، پاکستان: مكتب حقانيه، ص ۷۵؛ و يوسف قرضاوي (۱۳۸۲). ديدگاه های فقهی معاصر، مترجم: احمد نعيمي، جلد (۱)، تهران: نشر احسان، ص ۲۲۷.  
321. Muhammad Mustafa al - Jibaly, (2005). Love and mercy, revised edi. Beirut, Lebanon: Al- Kitab & As sunnah Publishing, pp 160 - 161.

کتاب باشد و احمد با بخوهد با حمیده که مسلمان است ازدواج نماید، این ازدواج با رعایت شرایطی که بحث آن در مبحث تعدد زوجات خواهد آمد جواز دارد.

در این مثال، جولی زن اول احمد و اهل کتاب و حمیده زن دوم احمد و مسلمان است و نکاح مسلمان بالای زن اهل کتاب صورت گرفته است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز نکاح زن مسلمان بالای اهل کتاب و از اهل کتاب بالای مسلمان است. احکام این مواد مقتبس از فقه است، زیرا به موجب فقه ازدواج مرد مسلمان با زن اهل کتابیه: یعنی؛ زنی که به یکی از ادیان آسمانی مانند یهودیت یا مسیحیت ایمان داشته باشد جواز دارد.<sup>۳۲۲</sup>

به موجب فقه ازدواج مرد مسلمان با زن اهل کتابیه: یعنی؛ زنی که به یکی از ادیان آسمانی مانند یهودیت و یا مسیحیت ایمان داشته باشد جواز دارد،<sup>۳۲۳</sup> زیرا خداوند ﷻ در این مورد فرموده است:

﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَ طَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ وَ طَعَامُكُمْ حَلٌّ لَهُمْ وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَ لَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ﴾ - [المائده / ۵]

«طعام کسانی که اهل کتاب اند برای شما حلال و طعام شما برای آنها حلال است. بر شما حلال است ازدواج با زنان پاکدامن از مسلمانان و زنان پاکدامن از کسانی که پیش از شما برای آنها کتاب آسمانی داده شده به شرط آنکه مهریه های شان را به ایشان بدهید در حالی که خود پاکدامن باشند نه زناکار و نه آنکه مردان را در پنهانی دوست بگیرند.»

حضرت عثمان رضی الله عنه با نانله دختر فرافصه کلبی نصرانی ازدواج نمود و سپس نانله مسلمان شد. حضرت حدیفه رضی الله عنه نیز با یک زن یهودی اهل مدین ازدواج نمود. حضرت جابرادر باره نکاح با زن یهودی سؤال شد؟ گفت: ما همراه سعد بن وقاص رضی الله عنه در زمان فتوحات با آنان ازدواج کردیم.<sup>۳۲۴</sup>

۳۲۲. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۶۶۵۳؛ عبدالحميد محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفي في ثوبه الجديد، جلد (۲)، باكستان: مكتب حقانيه، ص ۷۵؛ يوسف قرضاوي (۱۳۸۲). ديدگاه هاي فقهی معاصر، مترجم: احمد نعیمی، جلد (۱)، تهران: نشر احسان، ص ۵۸۱؛ سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمی، جلد (۲) ايران، انتشارات محمدي سقر، ص ۶۰۳؛ و اسعد محمد سعيد الصاغر جي (\_\_\_\_). الفقه الحنفي و ادلته، جلد (۲)، باكستان: كتابخانه رشيدية، ص ۱۷۴.

۳۲۳. عبدالله بن احمد بن احمد بن محمود النسفي، كنز الدقائق، ج ۲، ص ۵؛ علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ۲، ص ۵۵۲؛ وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و ادلته، ج ۹، ص ۶۶۵۳؛ عبدالحميد محمود طهماز، الفقه الحنفي في ثوبه الجديد، ج ۲، ص ۷۵؛ يوسف قرضاوي (۱۳۸۲). ديدگاه هاي فقهی معاصر، مترجم: احمد نعیمی، جلد (۱)، تهران: نشر احسان، ص ۵۸۱؛ سيد سابق، فقه السنه، ترجمه محمود ابراهيمی، ج ۲، ص ۶۰۳؛ و اسعد محمد سعيد الصاغر جي، الفقه الحنفي و ادلته، ج ۲، ص ۱۷۴.

۳۲۴. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۶۶۵۳؛ سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمی، جلد (۳) ايران، انتشارات محمدي سقر، ص ۱۳۲۸؛ علاء الدين الكاساني (\_\_\_\_). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، جلد (۲)، پشاور: چاپ مكتب حقانيه، ص ۵۵۲ و ۵۵۳؛ عبدالحميد محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفي في ثوبه الجديد، جلد (۲)، باكستان: مكتب حقانيه، ص ۷۵؛ و اسعد محمد سعيد الصاغر جي (\_\_\_\_). الفقه الحنفي و ادلته، جلد (۲)، باكستان: كتابخانه رشيدية، ص ۱۷۴.

برخی فقهاء در این خصوص می‌نویسند که علت اباحت ازدواج مرد مسلمان با زن اهل کتابیه برخلاف ازدواج با زنان مشرکه، ملحد و مرتده این است که زنان اهل کتابیه در بعضی مبادی اساسی اسلام مانند: اعتراف به وحدانیت خدا ﷻ، ایمان به پیامبران، روز قیامت و حساب و عقاب در آن و... ایمان دارند. این وحدت ایمان متضمن وجود بقای رابطه زوجیت میان مرد مسلمان و زن اهل کتابیه می‌گردد.<sup>۳۲۵</sup>

از همین رو، حقوق اسلام نسبت با پیروان اهل کتاب نظر مساعد دارد، هرچند آنها در دین خدا ﷻ تحریف و تغییر آورده اند، بازهم آنان را پیروان دین آسمانی خطاب می‌نماید و مسلمانان را اجازه می‌دهد از طریق ازدواج رابطه خویشاوندی با آنها جهت تشویق و ترغیب آنها به اسلام برقرار نمایند، زیرا از این طریق زمینه بررسی، مطالعه و شناخت مبادی اساسی اسلام برای آنها مساعد می‌گردد و این امر در ذات خود شیوه ای عملی دعوت به اسلام است.<sup>۳۲۶</sup> اینکه حقوق اسلام ازدواج با زنان اهل کتاب را اجازه داده دو موضوع را مدنظر داشته است:

۱- زن کتابی در اصل، دارای یک دین سماوی بوده و در ایمان به خدا ﷻ، رسالات او، ایمان به روز قیامت، ارزشهای اخلاقی و روحانی که از انبیاء به انسان رسیده است به طور اجمال نه تفصیل با انسان مسلمان شریک است و این وجه اشتراک فاصله میان زن و اسلام را باهم نزدیک می‌نماید، زیرا اسلام به اصل دین زن اعتراف دارد و به صورت عموم به اصول آن اقرار می‌نماید. پس، مرد می‌تواند با استفاده از اصول اسلامی بر دین وی بی‌افزاید و اندیشه و اعتماد او را کامل نماید؛

۲- زن کتابی با این خصوصیتی که بیان شد، هرگاه در سایه مرد مسلمان متعهد به اسلام، تحت حکومت و جامعه اسلامی که پایبند به شریعت اسلام باشد، زندگی نماید به نحوی که تأثیر پذیر باشد نه تأثیرگذار، امید می‌رود که با چنین اعتقادات و رفتار به دین اسلام مشرف شود، زیرا از یکطرف تحت تأثیر آداب و سنن اجتماعی جامعه اسلامی که متأثر از اسلام است قرار خواهد گرفت و از طرف دیگر تحت تأثیر اصول و مبادی اعتقادی اسلام. در این صورت، خوف و بیم آن نخواهد رفت که زن بر روان شوهر تأثیر گذارد.<sup>۳۲۷</sup>

دکتر یوسف قرضاوی در کتاب دیدگاه های فقهی معاصر چهار قید را برای ازدواج با زنان اهل کتاب معین نموده است که قرار آتی اند:

۳۲۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد ۹، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۵۳.  
 ۳۲۶. یوسف قرضاوی (۱۳۸۲). دیدگاه های فقهی معاصر، مترجم: احمد نعیمی، جلد (۱)، تهران: نشر احسان، ص ۵۷۳؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۳۳۳؛ و یوسف قرضاوی (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب، ص ۲۲۳.  
 ۳۲۷. یوسف قرضاوی (۱۳۸۲). دیدگاه های فقهی معاصر، مترجم: احمد نعیمی، جلد (۱)، تهران: نشر احسان، ص ۹۵۹.

۱) شرط اول ازدواج مرد مسلمان با زن اهل کتابیه این است که زن مورد نظر باید به صورت قطعی و یقینی کتابی باشد و معتقد به یک دین اصیل آسمانی مانند مسیحیت و یا یهودیت باشد، زیرا در صورت معتقد بودن به یک دین آسمانی چنانچه فوقاً به آن اشاره شد به خدا ﷻ، پیامبران، قیامت و حساب و عقاب در آن معتقد می باشد. علت قطعی و یقینی بودن کتابی بودن، زن مورد نظر این است که امروزه هر دختری که از پدر مسیحی یا یهودی متولد می شود، مسیحی و یا یهودی بار نمی آید، زیرا با وجود آنکه در محیط مسیحیت و یا یهودیت پرورش یافته ممکن است مشرک، یا ملحد و ... باشد؛

۲) حقوق اسلام ازدواج مرد مسلمان با زن اهل کتابیه را به صورت مطلق مباح نگردانیده، بلکه در باره ازدواج با زن اهل کتابیه شرط گذاشته که زن اهل کتابیه باید پاکدامن و عقیفه باشد، زیرا خداوند ﷻ در این مورد فرموده است:

﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ -  
[المائده: ۵]

«حلال گردانیده شده ازدواج شما با زنان پاکدامن از کسانی که پیش از شما کتاب آسمانی به آنها داده شده است.».

به موجب این آیه مرد مسلمان هیچ گاه نمی تواند با زن اهل کتابیه که افسار خود را در دست هر مردی می سپارد، ازدواج نماید، بلکه زن اهل کتابیه باید متصف به عفاف و دور از هرگونه شبهه باشد؛

۳) قید سوم ازدواج با زن اهل کتابیه این است که در اثر ازدواج با زن اهل کتابیه فتنه و فساد قطعی و یا احتمالی در جوامع اسلامی رخ ندهد، زیرا انجام همه کارهای مباح منوط به فقدان ضرر آن ها است. پس، هرگاه روشن شود که اجرای بعضی کارهای مباح ضرر عمومی را در قبال دارد، چنین مباحی به صورت قطع ممنوع و حرام خواهد گردید. از همین رو، ولی امر شرعی مسلمانان می تواند نسبت به تقیید بعضی کارهای مباح که در صورت اجرا منجر به ایجاد ضرر گردد اقدام نماید. پس، هرگاه ازدواج با زنان اهل کتابیه شایع گردد و کار به جایی برسد که ازدواج با آنها بر ازدواج با دختران و زنان شایسته مسلمان ترجیح داده شود و ازدواج مردان مسلمان با زنان اهل کتابیه به عنوان یک پدیده اجتماعی در آید، شماری زیادی از دختران و زنان مسلمان، از ازدواج که یکی از طبیعی ترین حقوق آنها است محروم خواهند شد به خصوص در عصری که تعدد زوجات نه تنها به عنوان یک امر نادر، بلکه شاذ درآمده است. در چنین موارد، جهت حل این معضل چاره ای جز اینکه باب ازدواج با زنان اهل کتابیه در صورت تضرر آن به زنان و دختران مسلمان بسته شود نیست؛ و

۴) شرط چهارم ازدواج با زن اهل کتابیه این است که زن از گروهی که دشمنی و سرچنگ با مسلمانان داشته باشد، نباشد؛ یعنی؛ از جمله زنان کتابیون محارب نباشد. از همین رو، عده ای زیادی از فقهاء میان زنان ذمی و محارب تفاوت قایل شده اند و ازدواج مرد مسلمان با اولی؛ یعنی؛ ذمی را حلال و دومی؛ یعنی؛ محارب را ممنوع نموده اند.<sup>۳۲۸</sup>

۳) ازدواج زن مسلمان با مرد کافر: براساس ماده ۹۲ فقره دوم ق. م: «ازدواج زن مسلمان با مرد غیر مسلمان باطل است.» حکم این ماده از فقه گرفته شده است. زیرا، براساس اجماع فقهاء ازدواج زن مسلمان با مرد کافر حرام است، مگر اینکه کافر مسلمان شود.<sup>۳۲۹</sup> زیرا، خداوند ﷻ فرموده است:

﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ - [الممتحنه: ۱۰]

«زنانی را که برای حفظ خود از کافران فرار می کنند و پیش شما می آیند اگر دانستید که مسلمان هستند به طرف کفار بر نگردانید، زیرا زنان مسلمان برای کافران و کافران بر زنان مسلمان حلال نیستند.»

علت عدم حلیت ازدواج زن مسلمان با مرد کافر خوف وقوع کافر شدن زن مسلمه است. شوهر حق سرپرستی همسر را دارد و بر همسر نیز لازم است در کارهای مشروع از شوهر تمکین نماید. بنابراین، در صورتی ازدواج زن مسلمه با مرد کافر، مرد کافر بر زن مسلمه تسلط پیدا می نماید<sup>۳۳۰</sup> و خداوند ﷻ از این امر نهی فرموده و می فرماید:

﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ - [النساء / ۱۴۱]

«خداوند ﷻ هیچ گاه کافران را بر مسلمانان مسلط نگردانده است.»

به حیث مثال، اگر حمیده مسلمان باشد و بخواهد با جان که کافر است ازدواج نماید، این ازدواج جواز ندارد و باطل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عدم جواز ازدواج دختر مسلمان با مرد کافر است. مردان غیر مسلمان نیز مانند زنان غیر مسلمان به پنج دسته: (۱) اهل کتاب؛ (۲) مشرک؛ (۳) ملحد؛ (۴) مرتد؛ و (۵) مجوسی منقسم می گردند:

۳۲۸. همان، یوسف قرضاوی، جلد (۱)، صص ۵۸۱-۵۹۵.

۳۲۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۶۶۵۳؛ عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیہ، ص ۷۵؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۲) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۶۱۰ و ۶۱۱؛ و یوسف قرضاوی (۱۳۸۲). دید گاه های فقهی معاصر، مترجم: احمد نعیمی، جلد (۱)، تهران: نشر احسان، ص ۵۸۱.

۳۳۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۶۶۵۳؛ و یوسف قرضاوی (۱۳۸۲). دید گاه های فقهی معاصر، مترجم: احمد نعیمی، جلد (۱)، تهران: نشر احسان، ص ۵۸۱.



۱- ازدواج زن مسلمان با مرد اهل کتابیه و فلسفه حرمت آن: ازدواج زن مسلمه با مرد اهل کتاب حرام است. به نظر برخی فقهای معاصر علت اینکه حقوق اسلام به مرد مسلمان اجازه داده با زن اهل کتابیه ازدواج نماید و زن مسلمه را از ازدواج با مرد اهل کتابیه منع نموده این است که مرد رئیس خانواده و مسلط بر زن و مسؤول زندگی او است.

شریعت اسلام آزادی عقیده و حقوق زن اهل کتابیه را در سایه مرد مسلمان تضمین کرده و به مرد مسلمان دستور داده احترام او را حفظ نماید. ولی، دنیای دیگر مانند یهودیت و مسیحیت چنین احترام و آزادی عقیده و اخلاق را حفظ نکرده اند. بنابراین، در چنین شرایط چگونگی حقوق اسلام می تواند نسبت به آینده زنان مسلمه بی توجه باشد؟! و زنان مسلمه را به دست مردانی که نسبت به عقیده و اخلاق آنها هیچ گونه تعهدی ندارند بسپارد؟! در حالی که لازم است شوهر به عقیده ای همسرش احترام بگذارد تا حسن معاشرت بین آنان به وجود آید. ۳۳۱

همچنین، اسلام اصل یهودیت و مسیحیت را به عنوان دو دین آسمانی می پذیرد و قطع نظر از این که تورات و انجیل تحریف شده اند، آنها را دو کتاب آسمانی می شمارد و به حضرت موسی عَلَيْهِ السَّلَامُ و عیسی عَلَيْهِ السَّلَامُ به عنوان دو پیامبر اولی العظم می نگرد. ولی، یهودی ها و نصرانی ها به هیچ وجه اسلام را تأیید نمی کنند و قرآن را قبول ندارند و پیامبر صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ را به عنوان پیامبر نمی شناسند. پس، زن مسلمه چگونه می تواند تحت تسلط شوهر یهودی و نصرانی به زندگی خود ادامه بدهد، در حالی که دین او حکم می نماید که عبادات دینی خود را انجام بدهد و اخلاق اسلامی خویش را رعایت نماید. به طور قطع زن مسلمان هرگز نمی تواند با چنین شوهری که هیچ احترام به دین و عقیده او قایل نیست، آزادی داشته باشد تا عبادات و سایر احکام دینی خود را انجام بدهد. ۳۳۲

۲- حرمت ازدواج زن مسلمه با مرد مشرک: ازدواج زن مسلمه با مرد مشرک حرام است. ۳۳۳

زیرا، خداوند آدر این مورد فرموده است:

﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾ - [البقره / ۲۲۱]

«زنان مسلمان را به عقد ازدواج مشرکین نیاورید تا اینکه مسلمان نشوند.».

۳۳۱. وهبة الزحيلي (\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويته: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۶۶۵۳؛ عبدالحميد محمود طهماز (\_\_\_). الفقه الحنفي في ثوبه الجديد، جلد (۲)، باكستان: مكتب حقانيه، ص ۷۵؛ سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۲) ايران، انتشارات محمدي سقر، صص ۶۱۰ و ۶۱۱؛ يوسف قرضاوي (۱۳۸۲). ديد گاه هاي فقهی معاصر، مترجم: احمد نعيمي، جلد (۱)، تهران: نشر احسان، ص ۵۸۱.

۳۳۲. يوسف قرضاوي (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبكر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات كتاب، ص ۲۳۰.

۳۳۳. وهبة الزحيلي (\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويته: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۶۶۵۲ و ۶۶۵۳

به موجب نص ماده ۹۲ ق. م زن مسلمان نمی تواند با مرد مشرک ازدواج نماید، زیرا چنانچه در باره ازدواج مرد مسلمان با زن مشرکه به آن اشاره شد، میان عقیده زن مسلمة و مرد مشرک اختلاف وجود دارد و این اختلاف عقیده باعث عدم سازگاری میان زوجه و زوج در امور زوجیت و مسلط شدن مشرک بر مسلمان می گردد.

۳- ازدواج زن مسلمة با مرد کمیونیست: چنانچه در بخش ازدواج مرد مسلمان با زن مشرکه به آن اشاره شد، کمیونیست به شخصی اطلاق می گردد که جز به ماده محسوس به هیچ چیز معتقد نیست و در نتیجه ماورای ماده را انکار و نه به خدا جَلَّ جَلَالُهُ، نه به روح، نه به وحی، نه به قیامت، نه به پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ و نه به هیچ یک از امور غیبی اعتقاد دارد، زیرا ادیان را خرافه ای از بقای جهل و فرومایگی و استعمار به شمار می آورد.<sup>۳۳۴</sup> در صورتی که ازدواج زن مسلمان با مرد یهودی و نصرانی که به صورت کلی به خدا جَلَّ جَلَالُهُ، روز قیامت و پیامبران معتقد است حرام باشد ازدواج او با مرد کمیونیست به صورت اولی حرام است.<sup>۳۳۵</sup>

۴- ازدواج زن مسلمة با مرد مرتد: مرتد چنانچه قبلاً گفته شد، شخصی است که بعد از ایمان اسلام را ترک نماید. ازدواج زن مسلمة با مرد مرتد به هیچ وجه جواز ندارد.<sup>۳۳۶</sup> زیرا، چنین ازدواج باطل است<sup>۳۳۷</sup> و بر ازدواج باطل هیچ نوع اثر مرتب نمی گردد (ماده ۹۵ ق. م). باوجود این، هرگاه زنی با مردی ازدواج نماید و مرد بعد از ازدواج و قبل از دخول زوجه مرتد گردد، عقد ازدواج منفسخ گردیده و تفریق بین زوجین صورت می پذیرد. ولی، هرگاه مرد بعد از همبستر شدن با زوجه مرتد گردد، عقد ازدواج منفسخ نمی گردد مگر این که زوجه عدت خویش را سپری نماید. در این مدت، در صورتی که زوج به اسلام بر گردد، عقد ازدواج به حالت خود باقی می ماند و در صورت عدم بازگشتن شوهر عقد ازدواج منفسخ می گردد.<sup>۳۳۸</sup>

۵) ازدواج زن مسلمة با مرد مجوسی: همچنانی که ازدواج مرد مسلمان با زن مجوسی جواز ندارد، ازدواج زن مسلمة با مرد مجوسی نیز جواز ندارد.<sup>۳۳۹</sup>

۳۳۴. یوسف قرضاوی (۱۳۸۲). دیدگاه های فقهی معاصر، مترجم: احمد نعیمی، جلد (۱)، تهران: نشر احسان، ص ۵۶۰.

۳۳۵. همان، یوسف قرضاوی، جلد (۱)، ص ۵۶۱.

۳۳۶. همان، یوسف قرضاوی، جلد (۱)، صص ۵۷۷ و ۵۷۸.

۳۳۷. همان، یوسف قرضاوی، جلد (۱)، صص ۵۷۸ و ۵۷۹.

۳۳۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۶۵۹.

۳۳۹. عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۷۵؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۶۵۳؛ سید سابق، فقه السنه، ترجمه محمود ابراهیمی، ج ۲، صص ۶۱۰ و ۶۱۱؛ اسعد محمد سعید الصاغرچی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدیة، ص ۱۷۴؛ و یوسف قرضاوی (۱۳۸۲). دیدگاه های فقهی معاصر، مترجم: احمد نعیمی، جلد (۱)، تهران: نشر احسان، ص ۵۸۱.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که قانونگذار مدنی به مردان مسلمان اجازه داده است تا با زنان مسیحی و یهودی (اهل کتاب) ازدواج نمایند. اما، به زنان مسلمان اجازه نداده است تا با مردان مسیحی و یهودی و سایر کفار ازدواج نمایند.

همچنین، قانونگذار مدنی به مردان مسلمان اجازه نداده است تا با زنان کافر غیر از اهل کتاب ازدواج نمایند. به نظر می رسد زنان در طول تاریخ و حتی امروزه یکی از منابع نزاع بوده اند و همواره مردان در صدد آن بوده اند تا زنان بیشتر به دست آورند. قانونگذار مدنی نیز به این خواست غریزی مردان لیبیک گفته و پیش بینی نموده است که زنان مسلمان از آن مسلمانان. همچنین، زنان اهل کتاب از آن مسلمانان. اما، زنان مسلمان را مسلمانان هیچگاه نباید به مسیحیان و یهودیان بدهند.

#### ز) ازدواج با بیشتر از چهار زن (تعدد زوجات)

ق. م در باره حرمت ازدواج با بیشتر از چهار زن در زمان واحد سکوت اختیار نموده و صرف به بیان شروط و احکام ازدواج با بیشتر از چهار زن اکتفا نموده است (مواد ۸۶-۸۹). ولی، به موجب فقه ازدواج شخص با بیشتر از چهار زن در زمان واحد مؤقتاً حرام است. ولی، در صورتی که یکی از زنهای شخصی که دارای چهار زن است وفات نماید یا یکی از آنها را طلاق بدهد، می تواند با زن پنجم نکاح نماید.<sup>۳۴۰</sup>

به حیث مثال، اگر احمد دارای چهار زن باشد، ازدواج با زن پنجم مؤقتاً جواز ندارد مگر این که احمد یکی از زن های خویش را به طور طبیعی طلاق دهد یا یکی از زنان احمد وفات نماید و شمار زنان احمد سه شود. در این صورت، احمد می تواند با زن پنجم ازدواج نماید.

بنابراین، به موجب ق. م و فقه ازدواج با چهار زن جواز دارد. با وجود این، ازدواج با چهار زن در زمان واحد یک امر استثنایی و نادر است که حقوق اسلام و با پیروی و اقتباس از آن ق. م به آن اجازه نمی دهد مگر در حالات خاص و استثنایی با رعایت یک سلسله شروط آن هم بنابر علل و اسبابی خاص. در ذیل پیشینه، نقش شریعت در تحدید و تقیید تعدد زوجات، مصادر، شروط و ضمانت اجرای شروط را مورد بحث قرار می دهیم:

۱) پیشینه: ازدواج و تشکیل خانواده جزء خواسته های طبیعی و غریزی بشر در همه ادوار تاریخ بوده است. ازدواج ها در ادوار مختلفه تاریخ به اشکال و انواع گوناگون صورت می پذیرفته است مانند: تک همسری (وحدت زوجه)، اشتراکیت و یا کمیونیسیم جنسی، چند شوهری و چند همسری

۳۴۰. عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۷۷؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۷؛ و اسعد محمد سعید الصاغر جی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۱۷۰.

یا تعدد زوجات. البته، تک همسری طبیعی ترین ازدواج بوده است که در آن هر یک از زوجین احساسات، عواطف و تمتع جنسی یکدیگر را از آن خود و مختص به خود می دانسته اند. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که یکی از دغدغه های انسان های مجرد در ادوار مختلف تأریخ داشتن همسر و یکی از دغدغه های بسیاری از مردان و زنان دارای همسر تعدد همسر بوده است. بنابراین، ازدواج ها در ادوار مختلفه تاریخ به اشکال و انواع گوناگون زیر صورت می پذیرفته است:

**۱) تک همسری (Monogamy):** تک همسری طبیعی ترین ازدواج بوده است که در آن هر یک از زوجین احساسات، عواطف و تمتع جنسی یکدیگر را از آن خود و مختص به خود می دانسته اند. بنابراین، تک همسر ازدواج یک مرد با یک زن بوده است.

**۲) چند همسری (Polygamy/ Bigamy):** چند همسری ازدواج یک شخص در حین زمان با چندین همسر بوده است. چند همسری در طور تأریخ اشکال مختلف به خود گرفته است که برخی اشکال آن قرار ذیل بوده است:

**۱- اشتراکیت جنسی:** یکی از انواع چند همسری اشتراکیت جنسی بوده است که در آن اختصاص در هیچ طرف وجود نداشته است، نه مرد به زن معین اختصاص داشته و نه زن مخصوص مرد معین بوده است. این همان فرض است که از آن به «کمپونیسیم جنسی» تعبیر می شود که مساوی است با نفی زندگی خانوادگی. تأریخ و حتی فرضیات مربوط به ماقبل تأریخ، دوره ای را نشان نمی دهد که در آن بشر به کلی فاقد زندگی خانوادگی بوده و کمپونیسیم و یا اشتراکیت جنسی بر آن به صورت مطلق حاکم بوده باشد. ولی، آنچه مؤرخین به این نام خوانده اند و مدعی هستند در میان بعضی از مردمان وحشی وجود داشته است و حالت متوسطی بوده میان زندگی اختصاصی خانوادگی و اشتراکیت جنسی چنانچه گفته می شود در بعضی قبایل چند برادر مشترکاً با چند خواهر ازدواج می کرده اند چنانچه ویل دورانت در جلد اول تاریخ تمدن می نویسد:

«در بعضی نقاط ازدواج به صورت دسته جمعی صورت می پذیرفته به این معنی که گروهی از مردان یک طایفه گروهی از زنان طایفه دیگر را به زنی می گرفته اند. به طور مثال، در تبت عادت بر آن بوده است که چند برادر چند خواهر را به تعداد خود به همسری اختیار می کرده اند به طوری که هیچ معلوم نبود کدام خواهر زن کدام برادر است و یک نوع کمپونیسیم زوجیت وجود داشته و هر مرد با هر زنی که می خواسته همبستر می شده است. سزار به عادت مشابهی در میان مردم قدیم انگلستان اشاره کرده

است. از بقایای این حوادث عادت همسری با زن برادر پس از مرگ برادر را باید شمرد که در میان قوم یهود و اقوام دیگر قدیم شایع بوده است.<sup>۳۴۱</sup>

۲- چند شوهری (Polyandry): شکل دیگر چند همسری چند شوهری بوده است؛ به این معنی که: یک زن در آن واحد بیش از یک شوهر داشته است. چنانچه ویل دورانت می نویسد که: «این کیفیت در قبیله توداد و بعضی از قبایل تبت قابل مشاهده است.»<sup>۳۴۲</sup>

چند شوهری در دوره جاهلیت قبل از اسلام نیز وجود داشت چنانچه امام بخاری از حضرت عایشه رضی الله عنها نقل می کند که:

«در جاهلیت عرب چهار نوع ازدواج وجود داشته است: یک نوع همان است که امروز معمول و جاری است که مردی به وسیله پدر دختر از دختر خواستگاری می کند و پس از تعیین مهر با او ازدواج می کند و فرزندی که از آن دختر پیدا می شود از لحاظ تعیین پدر، تکلیف روشنی دارد. نوع دیگر این بوده که مردی در خلال ایام زوجیت با زن خود وسیله زوجیت او را با مرد دیگر برای یک مدت محدود فراهم می کرده است تا از او برای خود نسل بهتری به وجود آورد، به این ترتیب که آن مرد از زن خود کناره گیری می کرد و زن خود را توصیه می کرد که خود را در اختیار فلان شخص معین بگذارد و تا وقتی که از آن مرد حامله نمی شد به کناره گیری خویش ادامه می داد و همین که روشن می شد حامله شده، با او نزدیکی می کرد. البته، این کار را در مورد کسانی می کردند که آنها را برای تولید فرزند از خود شایسته تر می دانستند و در نتیجه این کار را برای بهبود نسل و اصلاح نژاد انجام می دادند.

این نوع ازدواج را که در واقع در خلال ازدواج دیگر بود «نکاح استیضاح» می نامیدند. نوع دیگر ازدواج این بود که گروهی که تعدادشان کمتر از ده نفر می بود با یک زن معین رابطه جنسی برقرار می کردند و آن زن حمل می برداشت و فرزندی به دنیا می آورد. در این وقت آن زن همه آن گروه را نزد خود دعوت می کرد و طبق عرف و رسم آن زمان، مردان نمی توانستند از آمدن سرپیچی کنند و در نتیجه همه آنها می آمدند.

در این هنگام آن زن هر کدام از مردان را که خود مایل بوده به عنوان پدر برای فرزند خود انتخاب می کرد و آن مرد حق نداشت از قبول آن امتناع ورزد و به این ترتیب آن فرزند، فرزند رسمی و قانونی آن مرد محسوب می شد. نوع چهارم این بود که زنی رسماً عنوان «فاحشه گری» داشت و هر مردی بدون استئنا می توانست با او رابطه داشته باشد.

۳۴۱. نقل از: مرتضی مطهری (۱۳۸۵). نظام حقوق زن در اسلام، چاپ چهل و سوم، تهران: انتشارات صدرا، صص ۲۸۵ و ۲۸۶.  
۳۴۲. همان، مرتضی مطهری، ص ۲۸۲.

این گونه زنان معمولاً پرچمی بالای خانه های خود می زدند و با آن علامت شناخته می شدند. این چنین زنان بعد از آنکه فرزندی به دنیا می آوردند، همه مردانی را که با آنها ارتباط داشتند جمع می کردند و آنگاه کاهن و قیافه شناس از روی مشخصات قیافه رأی می داد که این فرزند از آن کیست و آن مرد هم مجبور بود نظرقیافه شناس را بپذیرد و آن فرزند را فرزند رسمی و قانونی خود بداند.».

زمانی که پیامبر ﷺ مبعوث شد، همه آنها را جز آنچه امروز معمول است از میان برد. <sup>۳۴۳</sup> علت عدم موفقیت و مطرود گردیدن چند شوهری این بود که چند شوهری نه با طبیعت مرد و نه با طبیعت زن موافق بوده است. چند شوهری با روحیه ای انحصار طلبی مرد ناسازگار است، زیرا مرد می خواهد زوجه اش مختص به خودش باشد. برعلاوه، چند شوهری با اصل اطمینان پدیری مخالف است، زیرا هر انسان می خواهد تولد و تناسل کند و رابطه اش با نسل آینده و گذشته مشخص باشد <sup>۳۴۴</sup> و می خواهد بداند پدر کدام فرزند است و فرزند کدام پدر.

چند شوهری با منافع و طبیعت زن نیز ناسازگار است، زیرا زن مرد را صرف عاملی برای رفع غریزه جنسی خود نمی داند که گفته شود «هرچه بیشتر بهتر»، بلکه زن از مرد می خواهد که قلب او را در اختیار داشته باشد، حامی و مدافع او باشد، برای او فداکاری نماید، زحمت بکشد و پول در بی آورد و محصول کار و زحمت خود را نثار او کند و غمخوار او باشد. بنابراین، در چند شوهری زن هرگز نمی توانسته است حمایت و محبت و عواطف خالصانه و فداکاری یک مرد را نسبت به خود جلب کند. از همین جهت، چند شوهری مانند «فاحشه گری» همواره مورد تنفر زن بوده است. <sup>۳۴۵</sup> کمیونیسم جنسی نیز مانند چند شوهری ناموفق بوده است، زیرا در اشتراکیت جنسی نیز زوجین مختص به یکدیگر نبوده اند و زن حمایت و فداکاری مرد را از دست می داده است و کمیونیسم جنسی مانع تشکیل خانواده و تولید نسل که منافی هدف ازدواج است و با فطرت مرد و زن ناسازگار است در تناقض قرار داشته است.

۳- چند زنی یا تعدد زوجات (Polygyny): نوع سوم چند همسری، چند زنی یا «تعدد زوجات» بوده است. چند زنی و یا تعدد زوجات در واقع برخلاف چند شوهری و اشتراکیت جنسی، رواج و موفقیت بیشتری داشته است و نه تنها در میان قبایل وحشی وجود داشته، بلکه بسیاری از ملل متمدن جهان در ادوار مختلفه تاریخ آن را پذیرفته و به آن عمل نموده اند. <sup>۳۴۶</sup> تعدد

۳۴۳. همان، مرتضی مطهری، صص ۲۸۶-۲۸۸.

۳۴۴. همان، مرتضی مطهری، ص ۹۹۸.

۳۴۵. همان، مرتضی مطهری، صص ۲۹۸ و ۲۹۹.

۳۴۶. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۳۵۷؛ یوسف قرضاوی (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب،

زوجات در شریعت یهود وجود داشت<sup>۳۴۷</sup> و اکثر پیامبران یهود بیشتر از یک زن داشتند چنانچه حضرت ابراهیم علیه السلام دوزن داشت حضرت یعقوب علیه السلام، داود علیه السلام و سلیمان علیه السلام نیز دارای زنان متعددی بوده اند.<sup>۳۴۸</sup>

تورات هیچ قیدی برای تعدد زوجات ذکر نکرده است، ولی در تلمود آمده است که برای توده مردم تا چهار زن و برای ولی امر یهود به قیاس به ملک داود تا ۱۸ زن مباح است. زمانی که مسیحیت ظهور کرد تعدد زوجات را نسخ نمود، زیرا در انجیل نص صریح وجود ندارد که به موجب آن چند همسری حرام گردیده باشد.<sup>۳۴۹</sup> ولی، به عنوان موعظه آمده است که: «خداوند جل جلاله برای هر مردی همسری آفریده است.» این گویای آن است که همه را تشویق کند تا در حالت عادی به یک زن اکتفا کنند.<sup>۳۵۰</sup>

تعدد زوجات در عراق نیز وجود داشت. در ماده ۱۴۸ قانون حمورابی آمده است که اگر زن اولی بیمار باشد، برای مرد جایز است که زن دوم بگیرد.

نیوفلد در ضمن سخن از تعدد زوجات نزد عبرانی ها گفته است قوانین بابلیان و همسایگان شان با بنی اسرائیل در ارتباط بوده اند و همگی تعدد زوجات را قبول داشته اند. آشوریان نیز به دلیل ماده ۴۶ از لوح اول که از ازدواج با همسر پدر بعد از وفات او سخن می گوید تعدد زوجات را قبول داشته اند.<sup>۳۵۱</sup> تعدد زوجات در هندوستان بدون قید خاص وجود داشت، ولی یکی از زن ها رئیس دیگران بود.<sup>۳۵۲</sup> مذهب «لیکی» چین تعدد زوجات را تا یکصد و سی تن اجازه داده است و یکی از پادشاهان قدیم چین در حدود سه هزار زن داشته است. چینیان نیز همچون هندیان یکی از زنان را بر دیگران ترجیح می داده اند و رئیس تعیین می نموده اند.<sup>۳۵۳</sup>

ص ۲۳۴؛ و مرتضی مطهری (۱۳۸۵). نظام حقوق زن در اسلام، چاپ چهل و سوم، تهران: انتشارات صدرا، ص ۲۸۹.

۳۴۷. محمود شلتوت (۱۳۸۲). اسلام آیین زندگی، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۲۷۴؛ مرتضی مطهری (۱۳۸۵). نظام حقوق زن در اسلام، چاپ چهل و سوم، تهران: انتشارات صدرا، ص ۲۸۹؛ جمال محمد فقی رسول (۱۳۸۵). زن در اندیشه اسلامی، مترجم: محمود ابراهیمی، چاپ اول، تهران: نشر احسان، ص ۱۷۳؛ و یوسف قرضاوی (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب، ص ۲۳۴.

۳۴۸. محمود شلتوت (۱۳۸۲). اسلام آیین زندگی، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۲۷۲؛ و هبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۷.

۳۴۹. مرتضی مطهری (۱۳۸۵). نظام حقوق زن در اسلام، چاپ چهل و سوم، تهران: انتشارات صدرا، ص ۳۰۸؛ و هبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۷.

۳۵۰. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمّدی سقر، صص ۱۳۵۷ و ۱۳۵۸؛ و جمال محمد فقی رسول (۱۳۸۵). زن در اندیشه اسلامی، مترجم: محمود ابراهیمی، چاپ اول، تهران: نشر احسان، ص ۷۵.

۳۵۱. همان، جمال محمد فقی رسول، ص ۱۷۴.

۳۵۲. همان، جمال محمد فقی رسول، ص ۱۷۴.

۳۵۳. همان، جمال محمد فقی رسول، ص ۱۷۵.

ثروتمندان و به ویژه خانواده های سلطنتی مصر در تعدّد زوجات همسران اسراف می کردند و حدی برای آن قایل نبودند و به آن می بالیدند، تا جایی که رامسیس دوم افتخار می کند به اینکه از زنان متعدّدش یکصد و شصت فرزند داشته است، ولی یکی زن اصلی بوده و بقیه زنان درجه دوم به حساب می آمدند.<sup>۳۵۴</sup> تعدّد زوجات در اروپای قبل از مسیحیت نیز وجود داشت و اینکه اروپایی ها بعد از ظهور دین مسیح تک همسری (وحدت زوجه) را انتخاب کردند علت آن تعالیم مسیح نبود، بلکه در میان آنان نظام های کلیسایی به وجود آمد و تعدّد زوجات را نسخ نمود و آن را جزء تعالیم و رهنمود های دین مسیح قلمداد کردند.<sup>۳۵۵</sup> چنانچه منتسکیو در روح القوانين می نویسد:

«والانستین، امپراطور روم، به علل و جهات مخصوص اجازه داد مردها چندین زن بگیرند، ولی این قانون با آب و هوای اروپا مناسب نبود و از طرف سایر امپراطوران روم مثل «تئودور»، «آکاردیوس» و «مونوریوس» لغو گردید.»<sup>۳۵۶</sup>

از آنچه گفته شد، چنین نتیجه گرفته می شود که: نظام تعدّد زوجات در اروپای قبل از مسیحیت رایج بود و زمانی که مسیحیت در اروپا ظهور کرد اروپایی ها تا زمان شارلمان که خود دارای چندین همسر بود، به آن عمل می کردند و این کشیشان مسیحی بودند که به مردان دارای چند همسر توصیه می کردند، از میان زنان خود یکی را به عنوان همسر برگزینند و بقیه را به صورت خدمتکار نگاه دارند. از همین جا بود که چند همسری در اروپا به براهه رفت و به صورت امری بسیار زشت و منفور در آمد و با فطرت و اخلاق سر ناسازگاری پیدا کرد و به این ترتیب تعدّد زوجات که در میان اروپائیان مشروع و قانونی بود، ممنوع شد، ولی ارتباط نامشروع با دهه ها رقیقه و معشوقه امری رایج گردید.<sup>۳۵۷</sup>

تعدّد زوجات در میان ملل اسلاوی که بیشتر مردمان کشورهای امروزی روسیه، لیتوانی و لیتونی و استونی، بلغاری، چکسلواکی، و یوگوسلاوی به آن نژاد منسوب اند حکمفرما بود. همچنین، نظام تعدّد زوجات در میان بیشتر ملت های ژرمنی و تکسونی که بیشتر مردمان کشورهای آلمان، اتریش، سویس، بلژیک، هلند، دانمارک، نروژ و انگلیس به آن منسوب اند نیز وجود داشته است.<sup>۳۵۸</sup> در افریقا، هند، چین و چپان تا به امروز رایج است.<sup>۳۵۹</sup> تعدّد زوجات در دوره عرب جاهلیت نیز

۳۵۴. همان، جمال محمد فقی رسول، ص ۱۷۵.

۳۵۵. محمود شلتوت (۱۳۸۲). اسلام آیین زندگی، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۲۷۴؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمّدی سقر، صص ۱۳۵۷ و ۱۳۵۸.

۳۵۶. نقل از: مرتضی مطهری (۱۳۸۵). نظام حقوق زن در اسلام، چاپ چهل و سوم، تهران: انتشارات صدرا، ص ۲۸۹.

۳۵۷. محمود شلتوت (۱۳۸۲). اسلام آیین زندگی، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۲۷۲.

۳۵۸. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمّدی سقر، صص ۱۳۵۷.

۳۵۹. همان، سید سابق، جلد (۳)، ص ۱۳۵۷.



وجود داشت.<sup>۳۶۰</sup> زمانی که اسلام ظهور کرد آن را برخلاف چند شوهری و اشتراکیت جنسی کاملاً نسخ نکرد، بلکه آن را تحدید و تقیید کرد؛ یعنی؛ از یکسو نامحدود بودن آن را از میان برد و برای آن حد اکثر قایل شد که چهار است و از سوی دیگر در این باره یک سلسله قیود وضع کرد به موجب آن مرد نمی تواند با بیش از یک زن ازدواج نماید.<sup>۳۶۱</sup>

عرب های پیش از اسلام با نظام چند همسری و داشتن کنیزکان همسر مانند اقوام و ملت های همسایه خود، آشنا بوده اند و مقید به عدد محدودی نبودند، بلکه این امر وابستگی داشت به میل و رغبت مرد و مال و جاه و مقامش. از جمله آمده است که غیلان ثقفی هنگامی که اسلام آورد ده همسر داشت.<sup>۳۶۲</sup> از آنچه گفته شد واضح گردید که تعدّد زوجات را حقوق اسلام ابداع نکرده است، بلکه تعدّد زوجات قبل از ظهور اسلام بدون حد و حصر در همه جا وجود داشت. ولی، جالب این است که عده ای زیادی از مفکرین غربی به این نظر اند که تعدّد زوجات از جمله ابداعات و ابتکارات پیامبر ﷺ است و مدعی اند که شالوده اسلام تعدّد زوجات است<sup>۳۶۳</sup> چنانچه ویل دورانت در جلد اول تاریخ تمدن صفحه ۶۱ می نویسد:

«علمای دینی در قرون وسطی چنین تصور می کردند که تعدّد زوجات از ابتکارات پیامبر اسلام ﷺ است، در صورتی که چنین نیست و چنانچه دیدیم در اجتماعات ابتدایی جریان چند همسری بیشتر مطابق آن بوده است. عللی که سبب پیدایش تعدّد زوجات در اجتماعات ابتدایی گشته فراوان است. به واسطه اشتغال مردان به جنگ و شکار، زندگی مرد بیشتر در معرض خطر بود و به همین جهت مردان بیشتر از زنان تلف می شدند و فزونی عده زنان سبب می شد که یا تعدّد زوجات رواج پیدا کند و یا عده ای از زنان بدون شوهر بسر ببرند، ولی در میان آن ملل که مرگ و میر فراوان بود هیچ شایستگی نداشت که عده ای از زنان مجرد بمانند و تولید مثل نکنند... بی شک تعدّد زوجات در اجتماعات ابتدایی امر متناسبی بود، زیرا عده زنان بر مردان فزونی داشته است.

از لحاظ بهبود نسل هم باید گفت که نهاد تعدّد زوجات بر تک همسری فعلی ترجیح داشته است. چه همان گونه که می دانیم توانا ترین و محتاط ترین مردان عصر جدید غالباً طوری است که دیر موفق به اختیار همسر می شدند و به همین جهت کم فرزند می آوردند، در صورتی که در آن ایام گذشته توانا ترین مردان ظاهراً به بهترین زنان دست می یافته و فرزندان بیشتر تولد می کرده اند. به همین جهت است که

۳۶۰. مرتضی مطهری (۱۳۸۵). نظام حقوق زن در اسلام، چاپ چهل و سوم، تهران: انتشارات صدرا، ص ۲۸۹.

۳۶۱. همان، مرتضی مطهری، ص ۲۸۹.

۳۶۲. جمال محمد فقی رسول (۱۳۸۵). زن در اندیشه اسلامی، مترجم: محمود ابراهیمی، چاپ اول، تهران: نشر احسان، ص ۱۷۷.

۳۶۳. محمود شلتوت (۱۳۸۲). اسلام آیین زندگی، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۲۸۹؛ و مرتضی مطهری (۱۳۸۵). نظام حقوق زن در اسلام، چاپ چهل و سوم، تهران: انتشارات صدرا، صص ۲۸۹ و ۲۹۰.

تعدد زوجات مدت مدیدی در میان ملتهای ابتدایی بلکه ملتهای متمدن توانسته است دوام کند و فقط در همین اواخر در زمان ماست که رفته رفته از کشورهای خاوری رخت برمی بندد. در زوال این عادت عواملی چند دخالت کرده است، زندگی کشاورزی که حالت ثابتی دارد سختی و ناراحتی زندگی مردان را تقلیل داد و مخاطرات کمتر شد و به همین جهت عده مرد و زن تقریباً مساوی یکدیگر شد و در این هنگام چند زنی حتی در اجتماعات ابتدایی از امتیازات اقلیت ثروتمند گردید و توده مردم به همین جهت با یک زن بسر می برند و عمل زنا را چاشنی (شیرینی/مزه) آن قرار می دهند.».

همچنین داکتر گوستالوبون فرانسوی در کتاب تاریخ تمدن صفحه ۵۰۷ می گوید:

«در اروپا هیچ یک از رسوم مشرق به قدر تعدد زوجات بد معرفی نشده و در باره هیچ رسمی این قدر نظر اروپا به خطا نرفته است. نویسندگان اروپا تعدد زوجات را شالوده دین اسلام دانسته و در انتشار دیانت اسلام و تنزل و انحطاط ملل شرقی، آن را علت العلل قرار داده اند. آنها علاوه بر همه اعتراضات، نسبت به زنان مشرق هم ابراز همدردی نموده اند من جمله اظهار می کنند که آن زنان بد بخت در زیر پنجه خواجه سرایان، سخت و شدید در چهار دیوار خانه مقید نگاه داشته شده اند و به مجرد حرکت مختصری که موجب رنجش و عدم رضایت خانه خدایان شود حتی ممکن است آنها را به کمال بیرحمی اعدام کنند. ولی تصور مزبور از جمله تصوراتی است که هیچ مدرکی و اساسی بر آن نیست.

اگر خوانندگان محترم از اهل اروپا، برای مدت کمی تعصبات اروپایی را از خود دور سازند، تصدیق خواهند کرد که رسم تعدد زوجات برای نظام اجتماعی شرق یک رسم عمده ای است که به وسیله آن، اقوامی که این رسم میان آنها جاری است روح اخلاقی ایشان در ترقی، و تعلقات و روابط خانوادگی آنها قوی و پایدار مانده است و بالاخره در نتیجه همین رسم است که در شرق اعزاز و اکرام آن بیش از اروپاست. ما قبل از شروع به اقامه دلیل و اثبات مدعای خود، از ذکر این مطلب ناچاریم که رسم تعدد زوجات ابداً مربوط به اسلام نیست، چه قبل از اسلام هم رسم مذکور در میان تمام اقوام شرقی یهود، ایران، عرب و غیره شایع بوده است.

اقوامی که در شرق قبول اسلام کردند از این جهت فایده ای از اسلام حاصل نکرده اند و تاکنون هم در دنیا یک چنین مذهب مقتدری نیامده که این گونه رسوم مانند تعدد زوجات را بتواند ایجاد کند و یا آن را منسوخ کند. رسم مذکور در اثر آب و هوای شرق و در نتیجه خصایص نژادی و علل و اسباب دیگری که به طرز زندگی شرق مربوط بوده پیدا شده است، نه اینکه مذهب آن را آورده باشد ... در مغرب هم با وجود اینکه آب و هوا و طبیعت هیچ مقتضی برای وجود چنین رسمی نیست.

با وجود این، رسم وحدت زوجه رسمی است که ما آن را فقط در کتاب های قانون می بینیم که درج است، و الا خیال نمی کنم بشود این را انکار کرد که در معاشرت واقعی ما اثری از این رسم (رسم تعدد زوجات) نیست. راستی من متحیرم و نمی دانم که تعدد زوجات مشروع مشرق از تعدد زوجات سالوسانه (= خدعه آمیز / فریبکارانه) اهل مغرب چه کمی دارد و چرا کمتر است؟ بلکه من می گویم که اولی از هر حیث بهتر و شایسته تر از دومی است. اهل مشرق وقتی به بلاد معظمه ما سیاحت می کنند از این اعتراضات و حملات ما دچار بهت و حیرت گردیده متغیر می شوند...»<sup>۳۶۴</sup>

از آنچه گفته شد، واضح گردید که عده ای از مفکرین که اسلام را مؤجد رسم تعدد زوجات دانسته اند به خطا رفته اند، زیرا اسلام مبتکر و مؤجد رسم تعدد زوجات نبوده، بلکه تعدد زوجات قرن ها قبل از ظهور اسلام وجود داشته است. زمانی که اسلام ظهور کرد، رسم تعدد زوجات را بنابر یک سلسله علل و عواملی اجتماعی و فردی که بعداً در باب آنها سخن خواهیم گفت برخلاف اشتراکیت جنسی و چند شوهری کاملاً از میان نبرد، بلکه شکل انحرافی و بدون حد و حصر آن را اصلاح کرد و آن را محدود به چهار زن نمود. از حضرت عمراروایت است که گفت: وقتی غیلان ثقفی رضی الله عنه مسلمان شد، ده زن داشت و پیامبر صلی الله علیه و آله به او فرمود:

«إِخْتَرْمِنْهُنَّ أَرْبَعًا وَ فَارِقْ سَائِرُهُنَّ.»<sup>۳۶۵</sup>

«چهار تن از آنها را برگزین و بقیه را طلاق ده.»

همچنین ابوداود و ابن ماجه از قیس بن حارث رضی الله عنه نقل می نمایند که گفت:

«أَسْلَمْتُ وَ عِنْدِي ثَمَانُ نِسْوَةٍ، فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ صلی الله علیه و آله، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ: إِخْتَرْمِنْهُنَّ أَرْبَعًا.»<sup>۳۶۶</sup>

«من وقتی مسلمان شدم هشت زن داشتم و این موضوع را با پیامبر صلی الله علیه و آله در میان گذاشتم، فرمود: چهار تن را برگزینم.»

همچنین شافعی از نوفل بن معاویه روایت می کند که وی مسلمان شد و در قید نکاح خود پنج زن داشت و پیامبر صلی الله علیه و آله به وی فرمود:

«أَمْسِكْ أَرْبَعًا وَ فَارِقِ الْأُخْرَى.»<sup>۳۶۷</sup>

«چهار تن را نگاه دار و بقیه را طلاق ده.»

مشروعیت اباحت تعدد زوجات در حقوق اسلام در حالات خاص با رعایت یک سلسله شروط بر بنیاد قرآن و سنت ثابت است. در باره ازدواج با بیشتر از یک زن خداوند جل جلاله می فرماید:

۳۶۴. همان، مرتضی مطهری، صص ۲۹۰-۲۹۲.  
 ۳۶۵. رواه احمد، ابن ماجه و الترمذی عن ابن عمر رضی الله عنهما.  
 ۳۶۶. رواه ابوداود.  
 ۳۶۷. رواه احمد و اهل سنن و دارمی و ابن حبان.

﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّنِّي وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ - [النساء / ۳]

«اگر نگران هستید که در ازدواج با دختران یتیم عدالت را رعایت ننمایید (از ازدواج با آنها صرف نظر کنید) و با زنان دیگر که مورد توجه تان است ازدواج نمایید دو، سه و یا چهارهمسر و اگر ترسید که عدالت را (در باره همسر خود) رعایت کرده نتوانید با یک زن پاکیزه ازدواج نمایید. این کار شما را از ظلم و ستم به خود و دیگران به دور می دارد.».

در باره مشروعیت ازدواج با چهار زن احیث پیامبر ﷺ نیز وجود دارد که تفصیل آن فوقاً گذشت. ۳۶۸

۴) شرایط: به موجب ماده ۸۶ ق. م: «ازدواج با بیش از یک زن بعد از تحقق حالات آتی صورت گرفته می تواند: (۱) در حالی که خوف عدم رعایت عدالت در بین زوجات موجود نباشد؛ (۲) در حالتی که شخص کفایت مالی برای تأمین نفقه زوجات از قبیل: غذا، لباس، مسکن و تداوی مناسب دارا باشد؛ و (۳) در حالتی که مصلحت مشروع مانند عقیم بودن زوجه اولی و یا مصاب بودن وی به امراض صعب العلاج، موجود باشد.» طبق نص این ماده در تعدد زوجات سه شرط ذیل باید متحقق گردد:

۱- رعایت عدالت میان زوجات: طبق نص این ماده مرد متأهل می تواند با زن دوم، سوم و چهارم ازدواج نماید که خوف عدم رعایت عدالت در میان زوجات نباشد. زوجات جمع زوجه اسم و زوجه مؤنث زوج به معنای زن، جفت و همسر است. در فقه و حقوق به زنی که به موجب رابطه سببیت (عقد شرعی و قانونی) در قید نکاح مردی باشد، زوجه گویند. ۳۶۹ عدالت مفهوم ذهنی یا انتزاعی است و در خصوص آن تعریف واحد وجود ندارد.

با توجه به آنچه گفته شد، از یکطرف تعریف عدالت بسیار مشکل است و از طرف دیگر تعیین مصداق برای عدالت. عدالت در لغت به معنی دادگری، تعادل، انصاف داشتن و عادل بودن، انصاف و برابری است. ۳۷۰ به شخصی که متصف به عدالت باشد، عادل گویند. در اصطلاح تعاریف متعدد راجع به عدالت وجود دارد. از نظر ارسطو عدالت به معنای عام شامل تمام فضایل است، زیرا هر کس به کار ناشایست ای دست زند ستم کرده است. او می گوید: فضیلت انسان به دو آفت بزرگ

۳۶۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۶۶۷؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۳۳۵؛ و اسعد محمد سعید الصاغرجی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدیة، ص ۱۷۰. ۳۶۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۰۶۲.

افراط و تفریط گرفتار است که باید از هر دو پرهیز کرد و میانه روی و اعتدال را در پیش گرفت. ارسطو عدالت را به معنی خاص برابر داشتن اشیاء و اشخاص می داند و می گوید: «عدالت آن است که بر هر کس آنچه را که حق او است داد.».

ارسطو سپس عدالت را به عدالت معاوضی و توزیعی تقسیم می کند. مقصود از عدالت معاوضی، تعادل میان دو عوض در معامله است به گونه ای که یکی از دو طرف قرارداد نتواند به بهای فقر دیگری ثروتمند شود یا هر دو عوض را به دست آورد. اما، عدالت توزیعی مربوط به تقسیم ثروت و مناصب اجتماعی است و ناظر بر زندگی عمومی و نقش دولت است. سیسرون در تعریف عدالت می گوید: «عدالت آن است که باید به هر کس آنچه را سزاوار است داد مشروط بر این که به منافع عمومی زیان نرسد.» آگوستین: «عدالت را مبتنی بر عشق بر خیر اعلی یا خدا عز و جل می داند.» برخی تعاریف دیگر نیز در رابطه به عدالت ارایه شده است که قرار ذیل اند:

۱- به هر کس چیز یکسان تعلق بگیرد؛

۲- به هر کس متناسب به شایستگی اش چیزی اختصاص یابد؛

۳- به هر کس متناسب با کارکرد و ارزش کارش چیزی اختصاص یابد.

۴- به هر کس متناسب با نیازهایش چیزی تعلق بگیرد.<sup>۳۷۱</sup>

۵- گذاشتن شی در محل مناسب عدالت است.

۶- در فقه اجرای اوامر خداوند عز و جل و پرهیز از نواهی عدالت است. در خصوص رعایت عدالت در صورت تعدد زوجات برخی فقها می نویسند: منظور رعایت عدالت رعایت ظاهری که انسان قادر به اجرای آن است، می باشد مانند: تساوی در امور مادی از قبیل: نفقه، رعایت نوبت همخوابگی و نظیر اینها.<sup>۳۷۲</sup>

این نظر محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، این شرط، مربوط عدالت نیست بلکه مربوط نفقه است که مربوط شرط دوم تعدد زوجات به نظر می رسد. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و سپس بخواهد با جمیله، ذاکره و رقیه نیز ازدواج نماید، ازدواج احمد با سایر زوجات در صورتی جواز دارد که احمد خوف و ترس نداشته باشد که نتواند میان زنان متعدد عدالت را رعایت نماید. در صورتی که احمد بترسد که نمی تواند عدالت میان زنان متعدد رعایت نماید، ازدواج احمد با زنان متعدد جواز ندارد.

۳۷۱. حفیظ الله زکی (۱۳۸۴). گفتمان عدالت در اسلام و مکاتب دیگر، ماهنامه عدالت، صص ۶۳-۶۶.  
۳۷۲. جهت معلومات مزید در این باره ر. ک: وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۶۹ و ۶۶۷؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سفر، ص ۱۳۴۰؛ اسعد محمد سعید الصاغر جی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۷۷؛ و محمود شلتوت (۱۳۸۲). اسلام آیین زندگی، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۲۷۲.

به نظر می رسد برخی مثال ها تأمین عدالت میان زوجات برخوردار مساوی، تأمین نفقه مساوی، عشق مساوی، تفریح مساوی، رابطه جنسی مساوی و عدم ترجیح یک زوجه بر زوجه ای دیگر است. مرجع ای که تشخیص می دهد عدالت میان زنان چگونه است خود احمد است. در حالی که در حقوق یک اصل وجود دارد که تصریح می نماید هیچ کس نمی تواند قاضی خود شود. بنابراین، مرجع ای که تشخیص بدهد آیا ازدواج دوم، سوم و چهارم احمد عادلانه است یا نیست وجود ندارد. عدم وجود و شناسایی مرجع زمینه سوء استفاده از حق را برای اشخاص شهوت پرست، نفع جو و فرصت طلب فراهم می نماید.

علاوه بر این، عدالت در ماده ۸۶ ق. م عدالت با نگاه مردانه است. اگر از نگاه و منظر زنانه به عدالت مصرح در ماده ۸۶ ق. ن نگریسته شود، مطلق بی عدالتی به نظر می رسد. زیرا، تعدد زوجات نسبت به زنان بی عدالتی به نظر می رسد. زیرا، زوج زن، نفقه زن، تمتع جنسی زن، احساسات شوهر، عشق شوهر، حمایت شوهر، ارث شوهر و سایر مزایای که زن به موجب عقد ازدواج می تواند از آن برخوردار گردد میان زنان متعدد تقسیم می شود. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که قید رعایت عدالت فاقد ضمانت اجرای لازم و انتزاعی به نظر می رسد و نگاه قانونگذار در نص این ماده نگاه مردانه بوده است.

به موجب فقه کسی که در خود چنین اطمینانی را احساس نمی کند که بتواند عدالت مادی را میان زوجات خویش بالسویه رعایت نماید، ازدواج چنین شخص حرام است. همچنین پیامبر ﷺ در این مورد فرموده است:

«مَنْ كَانَ لَهُ أَمْرَاتَانِ يَمِيلُ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْأُخْرَى، جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ يَحْرُ أَحَدَ شِقِيهِ سَاقِطاً أَوْ مَائِلاً.» ۳۷۳

«کسی که دارای دو زن باشد و یکی را بر دیگری ترجیح بدهد، در روز قیامت یکی از پاهایش قطع یا لنگ می شود.»

منظور از ترجیحی که پیامبر ﷺ به آن اشاره نموده، ترجیح حقوقی است نه میل قلبی چون عدالت در میل قلبی امکان پذیر نیست، از همین جهت، حقوق اسلام نسبت به آن گذشت و تسامح کرده است. خداوند ﷻ در این مورد فرموده است:

﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ﴾ - [النساء / ۱۲۹]

«هیچ گاه نمی توانید میان زنان عدالت (میل قلبی) را رعایت کنید هرچند دل تان چنین امری را بخواهد، ولی تمام میل و علاقه خود را در یک طرف متوجه نکنید.»

از همین جهت پیامبر ﷺ با وصف رعایت حقوق زنان به حضرت عایشه به علاقه بیشتر داشت و می فرمود: ۳۷۴

«اللَّهُمَّ هَذَا فِيمَا أَمْلِكُ... فَلَا تُؤَاخِذْنِي فِيمَا لَا أَمْلِكُ». ۳۷۵

«خداوندا! این کاری است که از دست من بر می آید، از تومی خواهم آنچه در اختیار من نیست مرا مورد ملامت قرار ندهی.»

**۲- کفایت یا تمکن مالی:** شخص در حالتی می تواند با زن دوم، سوم و چهارم ازدواج نماید که کفایت مالی برای تأمین نفقه زوجات از قبیل: غذا، لباس، مسکن و تداوی مناسب دارا باشد. منظور از کفایت مالی پولدار بودن شخص است. قانونگذار مدنی برخی مصادیق کفایت مالی در نص ماده ۸۶ ق. م پیش بینی نموده است که عبارت اند از توانایی تأمین لباس برای زنان متعدد، غذا، لباس، مسکن و تداوی مناسب.

همه این مصادیق در نفقه جمع می شود. بنابراین، شخص می تواند در صورتی با زن دوم، سوم و چهارم ازدواج نماید که توانایی تأمین نفقه برای زنان متعدد را داشته باشد. به حیث مثال، اگر احمد فقیر باشد و به سختی بتواند نفقه زوجه اولی را تأمین نماید، نمی تواند طبق نص این ماده با زن دیگر ازدواج نماید. اما، اگر احمد پولدار باشد و بتواند نفقه زنان متعدد را تأمین نماید، می تواند با چهار زن ازدواج نماید. نص این ماده موجب آن می شود که افراد پولدار بتوانند زنان متعدد بگیرند و افراد فقیر حتی نتوانند با یک زن ازدواج نمایند.

**۳- وجود مصلحت مشروع:** شخص در حالتی می تواند با زنان متعدد ازدواج نماید که مصلحت مشروع وجود داشته باشد. عبارت مصلحت مشروع مبهم و پیچیده است. به نظر می رسد مصلحت مشروع را می توان از طریق مصادیق آن فهمید. به نظر می رسد از همین رو دو مصداق مصلحت مشروع در نص ماده ۸۶ ق. م پیش بینی شده است. مصداق اول عقیم بودن زوجه اولی است. عقیم در لغت به معنی نازاینده و نازا است خواه مرد باشد خواه زن که جمع آن عقما و عقما است.

همچنین، عقیم در لغت بی حاصل، بی ثمر و بی نطفه است. ۳۷۶ به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی در مفهوم محدود، عقیم بر زنی اطلاق می شود که نازا است. در صورتی که زن اولی یک شخص نازا باشد، این شخص می تواند با زن دوم ازدواج نماید. دلیل این رخصت به نظر می

۳۷۴ . جهت معلومات مزید در این باره ر. ک: وهبة الزحيلي (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۶۶۹ و ۶۶۷۰؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۳۴۰؛ اسعد محمد سعید الصاغرجی (\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۷۷.

۳۷۵ . اخرجہ احمد و اصحاب سنن اربعة.

رسد که رفع نیاز های طبیعی و مادی انسان به طفل است. به حیث مثال، اگر احمد با جمیله ازدواج نماید و جمیله عقیم باشد، احمد می تواند با ذاکره ازدواج نماید. مصداق دوم مصاب بودن زوجه به مرض صعب العلاج است. صعب العلاج در لغت به معنی مرضی که به سختی معالجه شود، بی درمان، سخت درمان و درمان ناپذیر است. به نظر می رسد معنی اصطلاحی مرض صعب العلاج از معنی لغوی آن گرفته شده است. بنابراین، در اصطلاح حقوقی، صعب العلاج مرضی است که به آسانی درمان نشود.<sup>۳۷۷</sup>

ارایه مثال برای مرض صعب العلاج مشکل به نظر می رسد و بحث طبی است. بنابراین، در تشخیص مرض صعب العلاج باید به داکتران طب مراجعه صورت گیرد. زیرا، به نظر می رسد که قاضی و حقوقدان از نظر علم طب قادر نخواهند بود تشخیص دهند کدام مرض صعب العلاج است و کدام مرض نیست. سؤال جدی این است که شرایط مذکور در ماده ۸۶ ق. م شرایط استقلالی است یا انضمامی. به نظر می رسد شروط استقلالی شروطی اند که برای ایجاد و تحقق مشروط تحقق یکی از آنها کافی است. اما، شرایط انضمامی شرایطی اند که برای تحقق مشروط تحقق همه آنها لازم است.

به نظر می رسد شرایط تعدد زوجات شرایط انضمامی است. زیرا، قانونگذار مدنی در این خصوص می گوید: «ازدواج با بیش از یک زن بعد از تحقق حالات آتی صورت گرفته می تواند». قانونگذار مدنی در نص این ماده از «بعد از تحقق حالات آتی» سخن می گوید نه «بعد از تحقق یکی از حالات آتی». بنابراین، برای این که شخص بتواند با چهار زن ازدواج نماید، همه شرایط تعدد زوجات باید متحقق گردد.

به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و سپس بخواهد با زنان دیگر ازدواج نماید، احمد باید عدالت را میان زوجات رعایت نماید، حمیده عقیم باشد یا به مرض صعب العلاج مصاب باشد و احمد توان مالی تأمین نفقه میان زوجات را داشته باشد. اما، اگر حمیده عقیم نباشد یا به مرض صعب العلاج مصاب نباشد اما احمد پولدار باشد و بتواند نفقه زوجات متعدد را تأمین نماید، ازدواج دوم، سوم و چهارم احمد جواز ندارد. زیرا، احمد واجد یک شرط و فاقد شرط دوم است. همچنین، اگر احمد به تعبیر خودش شخص عادل باشد و زوجه احمد عقیم باشد، اما احمد توان تأمین نفقه زنان متعدد را نداشته باشد، نمی تواند با زنان متعدد ازدواج نماید، زیرا صرف دو شرط تحقق زوجات متحقق گردیده است و شرط سوم متحقق نگردیده است. به نظر می رسد هدف



قانونگذار مدنی در نص ماده ۸۶ ق. م پیش بینی شرایط تعدد زوجات است. جهت رعایت این شرایط قانونگذار مدنی سه ضمانت اجرا را پیش بینی نموده است:

۱) انتقال صلاحیت طلاق به زوجه اولی: طبق ماده ۸۸ ق. م: «زن می تواند هنگام عقد ازدواج شرط گذارد که اگر زوج او مخالف احکام مندرج ماده ۸۶ این قانون با زنی دیگری ازدواج کند، صلاحیت طلاق به او انتقال داده شود. این شرط زمانی اعتبار دارد که در وثیقه نکاح درج باشد.» طبق نص این ماده که گرفته شده از فقه است زن می تواند در هنگام عقد ازدواج شرط گذارد که هرگاه شوهرش برخلاف احکام مندرج ماده ۸۶ بخواهد زنی دیگری ازدواج نماید، صلاحیت طلاق به او انتقال نماید.<sup>۳۷۸</sup>

به حیث مثال، زمانی که عقد نکاح احمد با جمیله منعقد می گردد، جمیله شرط گذارد که اگر احمد با زن دوم، سوم و چهارم ازدواج نماید، صلاحیت طلاق از احمد به جمیله منتقل شود. دلیل پیش بینی این قاعده این است که طبق ق. م و فقه طلاق حق مرد است و زن حق طلاق را ندارد. اما، حق تفریق قضایی را دارد. بنابراین، در صورت شرط گذاشتن، این حق می تواند به زوجه منتقل شود. در انتقال حق طلاق از احمد به جمیله شرط است که این شرط در نکاح خط در وقت انعقاد عقد ازدواج درج گردیده باشد. در صورت عدم درج و پیش بینی و توافق شرط انتقال حق طلاق به زوجه به صورت شفاهی، چنین شرط مدار اعتبار نیست. به نظر می رسد دلیل عدم اعتبار شرط، عدم پذیرش اثبات آن از طریق سایر وسایل اثبات مانند اقرار، شهادت و نظیر اینها در محضر قضاء است. بنابراین، در صورتی که این شرط در نکاح خط درج گردد، جمیله می تواند در صورتی که شوهرش با زن دوم ازدواج نماید، در محضر محکمه احمد را طلاق بدهد.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن زن و پیش بینی یکی از راه های انتقال صلاحیت طلاق به زن است. همچنین، به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۸۷ ق. م پیش بینی ضمانت اجرای نص ماده ۸۶ ق. م و مورد حمایت قرار دادن زوجه اولی، دومی و سومی است. در این خصوص این ماده متحدالمآل ستره محکمه هم وجود دارد که در ذیل نقل می گردد:

توضیح شرط در ازدواج، میان مواد (شصت و هشت و هشتاد و هشت) قانون مدنی

پرسش 42:

در ماده (68) قانون مدنی افغانستان تصریح گردیده است:

«هرگاه در عقد ازدواج شرطی گذاشته شود که مخالف قانون و اهداف ازدواج باشد، عقد صحیح و شرط باطل است.».

ولی ماده (88) قانون مذکور چنین حکم می نماید:

«زن می تواند هنگام عقد ازدواج شرط گذارد که اگر زوج وی مخالف احکام مندرج ماده (86) این قانون با زن دیگر ازدواج کند صلاحیت طلاق به زن انتقال داده می شود. این شرط زمانی اعتبار دارد که در وثیقه نکاح، درج شده باشد.».

اول:- بین ماده (68) قانون مدنی و ماده (88) قانون مذکور تناقض دیده می شود.

دوم:- در ماده (2) قانون اساسی افغانستان تصریح گردیده است در افغانستان هیچ قانون نمی تواند

مخالف احکام دین مقدس اسلام باشد. خداوند متعال می فرماید:

«فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَنِّي وَ ثَلَاثَ وَ زُبَاعَ فَإِن خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً» [النساء:3]

«پس نکاح کنید آنچه را که خوش آید برای شما از زنان، دو دو سه سه و چهار چهار، پس اگر ترسیدید که عدالت نکنید، بسنده کنید به یکی.».

توضیح:

بین مواد (68 و 88) قانون مدنی افغانستان تناقض وجود ندارد و شرط مندرج ماده (88) قانون مذکور نیز با احکام قانون، شریعت و اهداف ازدواج منافات ندارد، زیرا کفایت مالی، عدالت و مصلحت مشروع، از اهداف اساسی ازدواج به شمار می آید.<sup>۳۷۹</sup>

**۲) مطالبه تفریق به اساس ضرر توسط زوجه اولی:** طبق ماده ۸۷ ق. م: «زنی که شوهر او برخلاف حکم ماده ۸۶ این قانون ازدواج نموده باشد، می تواند مطابق به احکام مندرج ماده ۱۸۳ این قانون براساس تفریق به سبب ضرر از محکمه مطالبه طلاق نماید.» طبق نص این ماده که گرفته شده از فقه است، شوهری که بدون رعایت شرایط مندرج ماده ۸۶ با زن دوم ازدواج نماید، زن اول او می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق براساس ضرر نماید<sup>۳۸۰</sup> که تفصیل آن در فصل تفریق قضایی خواهد آمد.

این دو حمایت برای زوجه اولی پیش بینی شده است. طبق ماده ۸۷ ق. م حق طلاق به زوجه اول توسط قانون اعطا می گردد و به موجب ماده ۸۸ ق. م به موجب شرط. بنابراین، منبع انتقال حق طلاق به زوجه قانون و اشتراط در عقد است. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و

۳۷۹. \_\_\_\_\_ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۱۴۲.  
۳۸۰. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۳۴۵-۱۳۴۶.

سپس بخواهد با زنان دیگر ازدواج نماید، احمد باید عدالت را میان زوجات رعایت نماید، حمیده عقیم باشد یا به مرض صعب العلاج مصاب باشد و احمد توان مالی تأمین نفقه میان زوجات را داشته باشد. در صورت عدم رعایت عدالت، عقیم نبودن و مصاب نبودن حمیده به مرض صعب العلاج و فقیر بودن احمد، حمیده می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق قضایی نماید.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۸۷ ق. م پیش بینی ضمانت اجرای نص ماده ۸۶ ق. م و مورد حمایت قرار دادن زوجه اولی، دومی و سومی است. در برخی نظام ها مانند جمهوری اسلامی ایران برخی تدابیر دیگر وجود دارد. به حیث مثال مرد زمانی می تواند با زن دوم ازدواج نماید که زن اول او اجازه دهد. این شرط مناسب است و قابل توصیه است در نظام حقوقی افغانستان نیز پیش بینی شود.

**۳) کتمان متأهل بودن از زوجه دوم:** طبق ۸۹ ق. م: «شخصی که در ازدواج با بیش از یک زن مطابق به حکم مندرج ماده ۸۶ این قانون متأهل بودن خود را کتمان نماید و رضایت و موافقه صریح زنی را که جدیداً به نکاح گرفته است را در مورد به دست نیاورده باشد، در این صورت، زوجه جدید می تواند در صورت عدم رضایت به دوام معاشرت با زوج، مطابق به احکام مندرج ماده ۱۸۳ براساس تفریق به سبب ضرر از محکمه مطالبه طلاق نماید.» طبق نص این ماده، در صورتی که شخص با زن دوم ازدواج نماید و رضایت او را اخذ ننماید، زوجه دوم می تواند در صورت عدم رضایت، از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق قضایی نماید که بحث آن در فصل تفریق قضایی خواهد آمد.

به حیث مثال، هرگاه احمد با جمیله ازدواج نماید و بعد بخواهد با ذاکره ازدواج نماید، برای ازدواج دوم شرط است که رضایت ذاکره را اخذ نماید. همچنین، شرط است که ازدواج اول را از ذاکره پنهان نکرده باشد. بنابراین، برای ازدواج دوم دو شرط وجود دارد: اول آشکار کردن ازدواج اول برای ذاکره و دوم کسب رضایت ذاکره. در صورت عدم تحقق این دو شرط، ذاکره می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق به سبب ضرر نماید. انتقال صلاحیت طلاق و تفریق قضایی ضمانت اجراهای مدنی رعایت شروط تعدد زوجات است.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۸۹ ق. م پیش بینی ضمانت اجرای نص ماده ۸۶ ق. م و مورد حمایت قرار دادن زوجه، دومی، سومی و چهارمی است. در خصوص این ماده متحد المال ستره محکمه نیز وجود دارد که در ذیل ذکر می گردد:

پرسش شماره (۱۵):

ماده (۸۹) قانون مدنی چنین حکم می کند شخصی که در ازدواج به بیش از یک زن رضایت زنی را که جدیداً به نکاح گرفته صریحاً حاصل نکرده باشد زوجه جدید حق مطالبه تفریق را دارد. این رضایت عندالمخاصه زوجین چه نوع تشخیص خواهد شد زیرا زوج می گوید که زوجه ثانی از زوجه اول به صورت قطع اطلاع داشت و رضایت صریح نموده بود ولی زوجه می گوید که ادعای شوهرم غلط است قطعاً از زوجه اول واقف نبودم بعداً اطلاع یافتم این ادعای طرفین از نگاه زمان و مکان احتمال صدق و کذب را دارد، طور مثال:

مسکن زوج در کابل است اما در ولایت بدخشان مأمور و یا غرض تجارت و امثال آن می رود و زنی را به عقد نکاح می آورد و بعد از مدتی زوج جدید از داشتن زوجه اولی شوهرش اطلاع حاصل می نماید در اینجا اطلاع زوجه جدید به حقیقت مقرون دیده می شود و این هم دیده شده که زوجه اول و ثانی در یک قریه و با هم اقارب هستند عندالمخاصه زوج به اظهار رضایت زوجه جدید استدلال می کند اما زوجه جدید انکار می نماید بالعکس در اینجا استدلال زوج به واقعیت نزدیک است. دستور در این مورد که همچو منازعات را قطع کند در قانون صراحت ندارد ایجاب رهنمونی را می کند.

توضیح:

در مواردی که عقد نکاح به داخل نکاح توثیق گردیده باشد بادر نظر داشت تصویب (۷۳) مورخ ۳۱، 6، 1369 شورای عالی ستره محکمه محلی برای به میان آمدن نزاع متصور نیست چه در روشنی تصویب ذکر شده تمام تحقیقات لازم به داخل نکاحنامه از طرف محکمه ذیصلاح و آمریت های ثبت اسناد صورت می گیرد که حصول علم به داشتن زن اول و نداشتن آن یکی از مواردی است که محکمه پیرامون آن تحقیقات می نماید.

در حالاتیکه نکاح خط در میان نباشد محکمه مربوط دعوی مورد بحث را مطابق طرزالعمل سایر دعاوی مدنی رسیده گی می نماید.

متن تصویب (۷۳) ۳۱/۶/۱۳۶۰

تحقق حالات مندرج ماده (۸۶) قانون مدنی ایجاب دقت و ارزیابی قضایی را می نماید. کسی که می خواهد با بیش از یک زن ازدواج نماید اولاً به محکمه فامیلی مربوط و یا مراجع قضایی حایز صلاحیت مراجعه و محکمه با صلاحیت به اثر درخواست شخص جهات مختلف تحقق حالات سه گانه را با دقت کامل بررسی می نماید. در صورتی که محکمه با صلاحیت به تناسب سطح اقتصادی و عدالت و تأمین وجایب ازدواج دومی و معاذیر واقعی شخص اطمینان کامل حاصل نماید در آن حالت تجویز شرعی

مبنی بر جواز ازدواج صادر و مستند با آن امریت های ثبت اسناد به ترتیب نکاحنامه اقدام و تجویز قضایی محکمه با صلاحیت را با تعهد عدالت ناکح در نکاحنامه منعکس می نماید. در مناطقی که محکمه ذوالحکم هر دو وظیفه را اجرا می دارند تجویز قضایی را با تعهد عدالت ناکح در نکاحنامه مستقیماً درج می نماید.<sup>۳۸۱</sup>

### سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۱۴):

به اتکاء ماده (۸۸ - ۸۹ - ۱۸۳) قانون مدنی در صورت ادعای زوجه ثانی از کتمان زوجه اول فیصله به تفریق صادر و قبل از سال ۱۳۶۰ این رویه در محاکم مورد تأیید قرار می گرفت ولی بعداً نسبت این که زوجه اول از طرف محاکم تحتانی جلب و احضار نگردیده به داکتر راجع نشده است مورد نقض قرار می گرفت. این اختلاف نظر محاکم ایجاب خواهد نمود تا رویه واحدی را دستور دهند.

توضیح:

ماده (۸۹) هدایت داده است که هر گاه رضایت صریح زوجه دومی را حاصل نکرده باشد زوجه ثانی می تواند که مطابق به احکام ماده (۱۸۳) قانون مدنی مطالبه تفریق نماید. چون زوجه اولی در این صورت نه مدعیه بوده نه مدعی علیها بنابراین عدم جلب و احضار آن موجب نقض حکم شده نمی تواند.<sup>۳۸۲</sup>

۴) ضمانت اجرای جزایی: ضمانت اجرای جزایی رعایت شروط تعدد زوجات در قانون منع خشونت علیه زن پیش بینی شده است. طبق ماده ۳۷ ق. م. خ. ع. ز: «شخصی که بدون رعایت احکام مندرج مواد (۸۶ و ۸۹) قانون مدنی با بیش از یک زن ازدواج نماید، حسب احوال به حبس قصیر، که از سه ماه کمتر نباشد، محکوم می گردد.» طبق نص این ماده ضمانت اجرای عدم رعایت شروط تعدد زوجات حبس قصیر است.

به حیث مثال، اگر احمد با ذاکره و سپس با جمیله ازدواج نماید، در حالی که توانایی مالی نداشته باشد، عدالت را میان زوجین رعایت ننماید و از ذاکره اولاد هم داشته باشد، این عمل احمد جرم است. امنیت ملی باید این جرم را کشف، پولیس احمد را گرفتار، خارانوال در خصوص این جرم تحقیق و دوسیه را محول محکمه ذیصلاح، قاضی احمد را به حبس قصیر محکوم و حکومت جزا را

۳۸۱. \_\_\_\_\_ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۰۷.  
۳۸۲. همان، (\_\_\_\_)، ص ۵۰۷.

بر احمد تطبیق نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای نص ماده ۸۶ ق. م و مورد حمایت قرار دادن حق زن است.

(۵) دلایل موافقین و مخالفین تعدد زوجات: از آنچه گفته شد، روشن گردید که نظام تک همسری یا وحدت زوجه در حقوق اسلام و ق. م افضل، غالب و اصل و تعدد زوجات امر نادر و استثنایی و خلاف اصل است و به آن عمل نباید شود مگر در صورت احتیاج و ضرورت، زیرا حقوق اسلام آن را واجب و یا سنت نگردانیده است و به آن چندان رغبت ندارد.<sup>۳۸۳</sup> پس، در موارد ضروری و استثنایی و خاص حقوق اسلام با رعایت یک سلسله خصوصیات فردی و اجتماعی بنابر یک سلسله علل معین به مرد حق داده با رعایت شرایطی که شرح آنها فوقاً گذشت با بیش از یک زن ازدواج نماید. موافقین تعدد زوجات بر این نظر اند که علل و اسبابی که به اقتضای آنها مرد می تواند با بیش از یک زن ازدواج نماید به دو دسته: (۱) علل و اسباب عام؛ و (۲) علل و اسباب خاص منقسم می گردد:

(۱) علل و اسباب عام: علل و اسبابی عام که به اقتضای آنها حقوق اسلام تعدد زوجات را مباح گردانیده قرار آتی اند:

۱- فزونی تعدد زنان آماده به ازدواج نسبت به مردان: اولین علتی که حقوق اسلام به اقتضای آن تعدد زوجات را مباح گردانیده فزونی زنان آماده به ازدواج نسبت به مردان آماده با ازدواج است که به نوبت خود به دو علل فرعی منقسم می گردد:<sup>۳۸۴</sup> اول اینکه تعداد دختران آماده به ازدواج از مردان آماده به ازدواج در حالات عادی بیشتر است، زیرا دوره بلوغ دختران قبل از بلوغ پسران است. از همین رو، در قوانین اکثر کشور های جهان معمولاً سن قانونی بلوغ ازدواج دختران نسبت به سن قانونی بلوغ و ازدواج پسران پایین تر است چنانچه در افغانستان سن ازدواج دختران شانزده سالگی و از پسران هجده سالگی است (ماده ۷۰ ق. م) و عملاً در همه جهان اکثریت قریب به اتفاق ازدواج ها که میان دختران و پسران صورت می پذیرد که مردان به طور متوسط پنج سال از زنان بزرگتر اند. پس، در صورتی که تعدد زوجات مباح نباشد، عده کثیری از دختران آماده به ازدواج از ازدواج که طبیعی ترین حق آنها است محروم خواهند شد.<sup>۳۸۵</sup>

۳۸۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۶۷۰؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۳۴۹؛ و محمود شلتوت (۱۳۸۲). اسلام آیین زندگی، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۲۸۲.

۳۸۴. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۶۷۱.

۳۸۵. جهت معلومات مزید در این باره ر. ک: مرتضی مطهری (۱۳۸۵). نظام حقوق زن در اسلام، چاپ چهل و سوم، تهران: انتشارات صدرا، صص ۳۱۴-۳۱۸؛ و جمال محمد فقی رسول (۱۳۸۵). زن در اندیشه اسلامی، مترجم: محمود ابراهیمی، چاپ اول، تهران: نشر احسان، صص ۱۷۹ و ۱۷۰.

دوم اینکه تعداد یا شمار تلفات مردان نسبت به زنان در اثر جنگها و ... همیشه بیشتر بوده است<sup>۳۸۶</sup> چنانچه ویل دورانت در کتاب تاریخ تمدن می نویسد:

«در اجتماعات ابتدایی به واسطه اشتغال مردان به جنگ و شکار، زندگی مرد در معرض خطر بوده و به همین جهت مردان بیشتر از زنان تلف می شدند. فزونی تعداد زنان بر مردان سبب می شد که یا تعدد زوجات رواج پیدا کند یا عده ای از زنان که به حالت عزوبت بسر برند».<sup>۳۸۷</sup>

آنچه مسلم است این است که تلفات مردان محدود و منحصر به دوره شکار نبوده، بلکه مربوط به همه دوره ها می شود، زیرا در تاریخ بشریت روزی نبوده که در چند نقطه جهان جنگ نباشد و تلفاتی بر جنس مرد وارد نیاید. میزان تلفات مرد در اثر جنگ در عصر صنعت، مدرنیسم و پست مدرنیسم صدها برابر بیشتر از عصر شکار و کشاورزی است. به عنوان مثال، تلفاتی که در دو جنگ جهانی بر جنس مرد وارد شد ظاهراً در حدود هفتاد میلیون نفر بوده است. اکثر تلفاتی که بر جنس مرد وارد می شود، در سنین است که مرد سرپرست خانواده است.<sup>۳۸۸</sup>

طبق آمارهای صدای امریکا منتشر شده در سال ۱۳۹۸ (۲۰۱۹) آمار زنان بیوه در افغانستان در اثر جنگ های بیشتر از چهل سال به شش لک الی دو میلیون می رسد و افغانستان یکی از ممالک دارای آمار بالای بیوه ها است.<sup>۳۸۹</sup> به نظر می رسد از همین جهت، حقوق اسلام با توجه به نیاز های جامعه بالاخص حقوق بیوه زنان، تعدد زوجات را مباح گردانیده، زیرا در صورت وقوع جنگ و تلف شدن زنان یا دست به ارتکاب رزایل و انحرافات جنسی خواهند زد که منجر به فاسد شدن جامعه و اخلاقیات آن می گردد و یا تمام زندگی را در تجرد بسر خواهند برد<sup>۳۹۰</sup> در حالی که حق تأهل مانند: حق کار، حق آزادی، حق خوراک، حق مسکن، حق تعلیم و تربیه و نظیر اینها یکی از طبیعی ترین و اساسی ترین حقوق بشری است که به هیچ وجه و به هیچ عنوان نمی توان آن را از بشر سلب نمود. در نتیجه، در صورت واقع شدن جنگ و تلف شدن مردان و عدم اباحت تعدد زوجات عده زیادی از بیوه زنان به حرمان از حق تأهل جبراً محکوم خواهند شد. از همین جهت، بعد از جنگ جهانی دوم زنان مجرد و مردم آلمان در سال ۱۹۴۹ با پذیرفتن مسأله چند همسری به عنوان راه حل فوق از مقامات قانونی درخواست نمودند که قانون آلمان تعدد زوجات را جایز بداند. چند سال بعد

۳۸۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد ۹، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۶۷۱.  
۳۸۷. نقل از: مرتضی مطهری (۱۳۸۵). نظام حقوق زن در اسلام، چاپ چهل و سوم، تهران: انتشارات صدرا، ص ۳۱۱.

۳۸۸. همان، صص ۳۱۸ و ۳۱۹.

389. http://www.outlookafghanistan.net/topics.php?post\_id=21182 (Last visit: 6/24/2019).

۳۹۰. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۳۴ و ۱۳۴۹؛ و جمال محمد فقی رسول (۱۳۸۵). زن در اندیشه اسلامی، مترجم: محمود ابراهیمی، چاپ اول، تهران: نشر احسان، ص ۱۸۰.

از آن تأریخ، حکومت آلمان از طریق هیأتی از علمای پوهنتون (دانشگاه) الازهر مصر درخواست نمود که در باره نظام تعدّد زوجات در حقوق اسلام، حکومت آلمان را یاری نماید تا با استفاده از آن مشکل افزایش تعداد زنان بر مردان را حل کند. به این منظور، هیأتی از دانشمندان آلمانی با شیخ الازهر تماس گرفتند، همان گونه که بعضی از زنان مسلمان آلمانی به (پوهنتون) دانشگاه الازهر مصر رفتند و شخصاً از احکام حقوق اسلام در باره اوضاع عمومی زن و تعدّد زوجات اطلاع حاصل نمایند.

قبل از این تأریخ، هیتلر رهبر پیشین آلمان نیز تلاش مشابهی کرده بود و از یکی از دوستان عرب مسلمانش خواسته بود تا با الهام از نظام تعدّد زوجات در حقوق اسلام، نظام متناسب با شرایط آلمان را برای او بنویسد، ولی جنگ جهانی دوم مانع اجرای این تصمیم شد. سندی به خط خود «مارتن بورمان» جانشین هیتلر کشف شده است که در سال ۱۹۴۴ میلادی نوشته است و در آن آمده است که هیتلر به طور جدی در فکر تنظیم قانون تعدّد زوجات بود تا از این راه آینده و قوت ملت آلمان را تضمین کند. به هر حال جنگ دوم جهانی از یکسو و مخالفت کلیسا و ترجیح شیوع فحشاء بر تعدّد زوجات از سوی دیگر مانع اجرای این طرح گردید.<sup>۳۹۱</sup>

**۲- احتیاج به زیادتِ نسل:** علت عامی دومی که حقوق اسلام به اقتضای آن تعدّد زوجات را در حالات خاصّ مباح گردانیده، ضرورت به زیادتِ نسل در موارد خاصّ چون: جلوگیری از حمله دشمنان، کمک در امر زراعت و صنعت و ... است، زیرا دولتی می تواند از خود دفاع نماید که همه امکانات مادی از قبیل: سرباز، زراعت، صنعت، تجارت، قدرت مالی و سایر پدیده ها که برای وجود و بقای دولت نیرومند ضروری است در دسترس داشته باشد. این امر زمانی ممکن است که دولت از افراد و نیروی انسان کافی برخوردار باشد و زیادتِ نسل زمانی متصور است که تعدّد زوجات مباح باشد.<sup>۳۹۲</sup>

**۳- ضرورت ایجاد قرابت جهت پخش و نشر اسلام:** علتی عام سومی که حقوق اسلام به اقتضای آن تعدّد زوجات را مباح گردانیده چنانچه در مبحث ازدواج مرد مسلمان با زنان اهل کتابیه به آن اشاره شد، ضرورت به ایجاد قرابت و از طریق آن نشر و پخش اسلام است.<sup>۳۹۳</sup>

۳۹۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۶۶۷؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۳۴۹؛ و جمال محمد فقی رسول (۱۳۸۵). زن در اندیشه اسلامی، مترجم: محمود ابراهیمی، چاپ اول، تهران: نشر احسان، صص ۱۸۱ و ۱۸۲.

۳۹۲. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۶۶۷؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۳۴۶ و ۱۳۴۷. ۳۹۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۶۶۷.



۲) **علل و اسباب خاصّ:** علل و اسباب خاص که به اقتضای آنها حقوق اسلام تعدّد زوجات را مباح گردانیده قرار آتی اند:

۱- **عقیم (نازا) بودن زوجه:** یکی از علل خاصّی که به اقتضای آن حقوق اسلام تعدّد زوجات را مباح گردانیده عقیم بودن زوجه است، زیرا محدود بودن سن زن از نظر تولید نسل برخلاف مرد، و رسیدن او به سن یا نسگی موجب تعدّد زوجات می گردد. زیرا، اکثراً واقع می شود که زن به سن یائسگی می رسد، ولی عقیم است و در عین زمان علاقه دارد که با شوهر خویش علاقه زوجیت خویش را ادامه بدهد و شوهر نیز متمایل است با او رابطه زوجیت خویش را منحل ننماید و در عین حال علاقه دارد فرزندی داشته باشد. در چنین حالات، مرد سه انتخاب دارد:

اول اینکه مرد از داشتن فرزند که یکی از طبیعی ترین خواسته‌های بشر است محروم گردد و با زوجه اش زندگی مشترک را بدون داشتن فرزند ادامه بدهد؛

دوم اینکه زوجه اش را صرف به سبب عقامت طلاق بدهد و با زن دومی ازدواج نماید؛ سوم اینکه با کسب رضایت زوجه اولی و رعایت شروط تعدّد زوجات با زن دوم ازدواج نماید تا از یکسو به آرزوی قلبی خویش که داشتن فرزند است برسد و از سوی دیگر از وقوع طلاق جلوگیری به عمل آید که این انتخاب معقول و عقلایی به نظر می رسد و نزدیک به انصاف است.<sup>۳۹۴</sup>

۲- **زیادت قدرت جنسی مرد و عادت ماهوار و مبتلا بودن زوجه به مرض:** علت خاصّی دومی که حقوق اسلام به اقتضای آن تعدّد زوجات را مباح گردانیده ازدیاد قدرت جنسی بعضی مردان و مصاب بودن به مرض و یا عادت ماهوار زنان است، زیرا بیماری ماهوار زنان و مبتلا بودن آنها به مرض صعب العلاج و خستگی از تولد فرزند و قوی بودن غریزه جنسی بعضی مردان، زن و مرد را از نظر جنسی در وضعیت نا متشابهی قرار می داده و سبب می گردیده است که مرد کم و بیش به سوی زن دیگر روی بی آورد و یا زن سبب تشویق مرد به ازدواج دومی می گردیده است چنانچه ویل دورانت در تاریخ تمدن می نویسد:

«در اجتماعات ابتدایی، زنان به سرعت پیر می شده اند و به همین جهت خود غالباً مردان را به ازدواج جدید تشویق می کردند تا بتوانند مدت درازتری غذای کودکان خود را تأمین کنند و در عین حال فاصله میان دوره های حمل خود را طولانی تر سازند بی آنکه از میل مردان در تولید نسل و رفع شهوت خود

۳۹۴. جمال محمد فقی رسول (۱۳۸۵). زن در اندیشه اسلامی، مترجم: محمود ابراهیمی، چاپ اول، تهران: نشر احسان، ص ۱۸۴؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیّه، ص ۶۶۷۲؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۳۵۰ و ۱۳۵۱؛ یوسف قرضاوی (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب، ص ۲۳۷.

چیزی بکاهند. غالباً دیده شده که زن اول شوهر خود را ترغیب می کرده است تا زن تازه بگیرد که کار او سبکتر شود و زن تازه برای خانواده اطفال دیگری بیاورد و بهره برداری و ثروت زیاد تر شود.<sup>۳۹۵</sup>

عادت ماهوار زنان و مصاب بودن آنها به امراض پدیدۀ است که محدود و منحصر به اجتماعات ابتدایی نبوده، بلکه در عصر حاضر نیز وجود دارد. باید افزود که با توجه به شرایط دشواری که حقوق اسلام در بارۀ تعدّد زوجات وضع کرده است میزان تعدّد زوجات در ممالک اسلامی بسیار کم است چنانچه در آماري که در سال ۱۹۷۱ تهیه شده ۹۶ درصد مردان مسلمان صرف یک همسر و فقط چهار فیصد آنها دارای دو همسر بوده اند.<sup>۳۹۶</sup> همچنین، در هند تعدّد زوجات برای هندوهای غیرمسلمان غیرقانونی است. در تحقیقاتی که از سال های ۱۹۷۰ م تاکنون انجام شده است نشان می دهد که حتی تعدّد زوجات در میان هندی های مسلمان نادر است. براساس آمار های رسمی صرف ۵ الی ۷ درصد هندی های مسلمان زنان متعدّد دارند.<sup>۳۹۷</sup> اما، مخالفین تعدّد زوجات بر این نظر اند که:

(۱) تعدّد زوجات زمینه سوء استفاده را برای مردان در ممالکی که حاکمیت قانون در آن ها وجود ندارد و شرایط تعدّد زوجات رعایت نمی شود، فراهم می نماید. در نتیجه، مردان پولدار در این گونه ممالک می توانند با عدم رعایت شرایط تعدّد زوجات با زن دوم، سوم و چهارم ازدواج نمایند.

(۲) به تجربه ثابت شده است که تعدّد زوجات زمینه کینه، کدورت و رقابت را میان زن اول، دوم، سوم و چهارم مردی که دارای زنان متعدّد است فراهم می نماید و این امر زمینه های ناآرامی، جنگ، عصبانیت و ... را در خانواده فراهم می نماید. همچنین، تعدّد زوجات در بعضی موارد باعث ایجاد کینه و کدورت میان فرزندان شخصی که دارای زنان متعدّد است می شود. مصداق این نظر را در ممالک اسلامی که در خانواده های شاهی که شاهان بدون رعایت شرایط تعدّد زوجات زنان متعدّد داشتند و از هر زن فرزندان متعدّد داشتند و پس از مرگ شاه جنگ های داخلی میان فرزندان شاه آغاز می گردیده است و موجب عقب مانگی مملکت می شده است به وضوح می توان دریافت. یکی از مثال های بارز آن تیمور شاه در افغانستان بوده است.

(۳) تعدّد زوجات برای مردان پولداری که بعداً به هر دلیلی فقیر می شوند، موجب ایجاد مشکلات اقتصادی می شود. زیرا، تأمین نفقه زن و اولاد زن بر مرد فرض است و در صورتی که مرد پول و

۳۹۵. مرتضی مطهری (۱۳۸۵). نظام حقوق زن در اسلام، چاپ چهل و سوم، تهران: انتشارات صدرا، ص ۳۰۹؛ و جمال محمد فقی رسول (۱۳۸۵). زن در اندیشه اسلامی، مترجم: محمود ابراهیمی، چاپ اول، تهران: نشر احسان، ص ۱۸۴.

۳۹۶. وهبة زحیلی (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۹۵؛ و جمال محمد فقی رسول (۱۳۸۵). زن در اندیشه اسلامی، مترجم: محمود ابراهیمی، چاپ اول، تهران: نشر احسان، صص ۱۸۵-۱۸۷.

397. Abdullahi A An Na'am (2002). *Islaic Family Law in A Changing World: A Global Resource Book*, 1<sup>st</sup> edi, Newyork, London, Zed Book Ltd, p 110.

ثروت خویش را به هر دلیل از دست بدهد، هم خود و هم اعضای خانواده را از نظر اقتصادی در مضیقه و تنگنا قرار می دهد.

۴) تعدد زوجات باعث می شود تا زنان مسلمان از نظر روانی نگران باشند تا مبادا شوهر آنها با زن دوم، سوم و چهارم به طور پنهانی یا آشکارا ازدواج نمایند. از همین جهت، زنان در ممالکی که تعدد زوجات وجود دارد همواره در صدد نظارت شوهران بوده اند. علاوه بر این، تعدد زوجات زمینه تهدید زنان از طریق ازدواج با زن، دوم، سوم و چهارم را برای مردان فراهم می نماید. به این معنی که: مرد به هر دلیلی بر زن قهر شود، او را تهدید به ازواج با زن دوم، سوم، و چهارم می نماید.

۵) از نظر روانی و اجتماعی برای زوجۀ اولی، دومی و سومی بسیار مشکل است تا تحمل نماید که شوهرش با زن دوم، سوم و چهارم ازدواج نماید. معمولاً زن کهنه میان زنان جایگاه اجتماعی خویش را از دست می دهد. زیرا، معمولاً با این سؤال و طعنه مواجه می شود که چه کمی داشته است که شوهر او بالای او امباغ (امباق) آورده است.

۶) اگر مردان در اثر جنگ از بین می روند، رقم مرگ و میر زنان در اثر بارداری و تولد طفل بالا است.

۷) تعدد زوجات از نظر تساوی جنسیتی مرد و زن را در وضعیت حقوقی نابرابر قرار می دهد و مخالف اصل برابری افراد در برابر قانون که در ماده ۲۱ ق. ا تضمین شده است متعارض به نظر می رسد. بنابراین، نص ماده ۸۶ ق. م با ماده ۲۱ ق. ا متناقض و متعارض به نظر می رسد.

۸) تعدد زوجات موجب می شود تا یک مرد نتواند غریزه جنسی چهار زن را ارضا و اطفای نماید و از این ناحیه به زنان متعدد ضرر وارد نماید. زیرا، معمولاً مردان در ممالک اسلامی، مخصوصاً افغانستان به دلیل حاکم بودن فقر، قادر نمی شوند در سن های میان هجده الی سی سال که در این سنین گراف شهوت در مردان بسیار بالا است حتی با یک زن ازدواج نمایند و امروزه ما در افغانستان برخلاف گذشته شاهد بالا رفتن سن ازدواج هستیم. در حال حاضر، ۹۰ فیصد مردم افغانستان زیر خط فقر زندگی می نمایند.

معمولاً مردان پولدار در سنین بالاتر از سی سال قادر می شوند با زن دوم، سوم و چهارم ازدواج نمایند در حالی که معمولاً با دختران جوان ازدواج می نمایند و گراف شهوت آنها بعد از تکمیل سن چهل سال سیر نزولی خویش را می پیماید. بنابراین، مرد میان سال یا مرد پیر نمی تواند غریزه جنسی چهار زن معمولاً جوان را اطفای نماید و از این ناحیه زنان را قطعاً در مضیقه و تنگنا قرار می دهند.

حتی برای مردان جوان بسیار مشکل است که غریزه جنسی چهار زن جوان را ارضا نماید. به حیث مثال، تصور کنید که احمد چهل و پنج ساله که عقل او به پختگی و بلوغ و رسیده و عقل و احساسات او بر شهوتش غلبه نموده و غریزه شهوی او بسیار زیاد کاهش یافته است یک زن چهل ساله، یک زن سه ساله، یکی بیست و پنج ساله و یک زن بیست ساله دارد. احمد با توان جنسی پایین با این چهار زن مخصوصاً زن چهارم و سوم چه خواهد کرد؟!

**(3) ازدواج دائم:** ازدواج دائم عبارت از ازدواجی است که میان زن و مرد به صیغه دائم صورت می گیرد.

**(4) ازدواج مؤقت:** ازدواج مؤقت عبارت از ازدواجی است که میان زن و مرد به صیغه مؤقت صورت می گیرد. این نوع ازدواج در قانون مدنی افغانستان به رسمیت شناخته نشده است.

**(5) ازدواج مذکر با مذکر، مؤنث با مؤنث، مذکر با مؤنث با داشتن گرایش جنسی به مذکر و ازدواج مؤنث با مذکر با داشتن گرایش جنسی به مؤنث و ازدواج مخنث ها (LGBT):** LGBT مخفف Gay، Lesbian، Bisexual و Transgender است. LGBT در قرن بیستم در امریکا و اروپا مطرح شد.

نوع اول LGBT ازدواج دو همجنس (Same-sex-marriage) است. ازدواج دو همجنس ازدواجی است که میان دو جنس مذکر یا دو جنس مؤنث صورت می گیرد. این نوع ازدواج در ممالک غیراسلامی در حال ترویج و گسترش است. همچنین، ازدواج مرد با زن با داشتن گرایش به روابط جنسی با مرد، ازدواج زن با مرد با داشتن گرایش جنسی با زن و ازدواج مخنث ها اجازه داده شد. این نوع ازدواج ها در حقوق اسلامی و قانون مدنی افغانستان ممنوع است.

#### مبحث هشتم) تدویر محافل عروسی در هتل ها و محدودیت های آن

در خصوص تدویر محافل عروسی در هتل ها، سالون ها و رستوران ها برخی قیود وجود دارد. برخی از این قیود مربوط اولیای عروس و داماد و برخی مربوط اداره هتل ها، سالون ها و رستوران ها و برخی نیز مربوط شاروالی می گردد. در خصوص قیود مربوط به اولیای داماد و عروس ماده ۵ قانون مراسم عروسی می گوید: «اولیاء و اقارب عروس و داماد واجد شرایط می توانند محفل عروسی را مطابق احکام این قانون در هتل ها، سالون ها و رستوران ها برگزار نمایند.» طبق نص این ماده تجلیل و برگزاری محافل عروسی در هتل ها، سالون ها و رستوران ها جواز دارد. اما، در این خصوص در سایر مواد قانون مراسم عروسی یک سلسله محدودیت ها وضع گردیده است. برخی از این محدودیت ها قرار ذیل اند:

(۱) طبق ماده ۱۰ قانون مراسم عروسی: «(۱) اولیای عروس و داماد می توانند محفل عروسی را با اشتراک حداکثر (۵۰۰) نفر از طرفین در هتل ها، سالون ها و رستوران ها برگزار نمایند؛ (۲) برگزاری محافل عروسی در هتل ها، سالون ها و رستوران ها به صورت مختلط بین زن ها و مرد ها جواز ندارد.»

(۲) طبق ماده ۱۲ قانون مراسم عروسی: «(۱) پوشیدن لباس مغایر شریعت اسلامی در محافل برای زنان و مردان جواز ندارد؛ (۲) مردان و پسران جوان نمی توانند از لباس های زنانه استفاده نمایند و بر عکس آن.» طبق ماده ۸ قانون مراسم عروسی: «لباس عروسی مطابق شریعت اسلامی به موافقت طرفین از جانب داماد برای عروسه تهیه می شود.» طبق ماده ۳ فقره ۳ قانون مراسم عروسی: «لباس مغایر شریعت اسلامی: عبارت از لباس های نیمه برهنه، نازک و تنگ است که اعضای بدن زن را برجسته سازد.» در خصوص رعایت نصوص ماده ۵ و ۱۰ و سایر مواد قانون مراسم عروسی یک سلسله قیود وضع نموده است. این ماده می گوید: «اداره هتل ها، سالون ها و رستوران های عروسی به رعایت موارد ذیل مکلف می باشند:

- ۱- امتناع از پذیرش بیش از (۵۰۰) نفر مدعوین در محافل عروسی؛
- ۲- امتناع از پذیرش مدعوین بدون کارت دعوت در محفل؛
- ۳- تهیه غذا مطابق مینوی معینه ماده (۱۷) این قانون؛
- ۴- اجتناب از برگزاری محافل مندرج ماده چهارم این قانون؛
- ۵- جلوگیری از تدویر محافل مختلط ذکور و اناث؛
- ۶- جلوگیری از موجودیت و استفاده مشروبات الکولی، استعمال دخانیات و سایر مواد نشه آور و ورود اشخاص مست و در حال نشه در هتل ها، سالون ها و رستوران ها؛
- ۷- جلوگیری از فلم برداری در محافل عروسی به استثنای فامیل های عروس و داماد؛
- ۸- جلوگیری از ادامه محفل بعد از ساعت (۱۱) شب؛ و
- ۹- همکاری با مؤظفین شاروالی و اتحادیه پیشه وران و مراجع امنیتی در امر کنترل محافل در حدود احکام این قانون.»

(۳) طبق ماده ۳ قانون مراسم عروسی: «اداره هتل ها، سالون ها و رستوران نمی تواند پول اضافی را به عنوان تزیین هتل یا سایر خدمات از مشتری اخذ نماید.»

(۴) در خصوص قیود و تکالیفی که مربوط به شاروالی و اتحادیه پیشه وران می شود ماده ۱۷ قانون مراسم عروسی تصریح می نماید: «(۱) شاروالی ها و اتحادیه پیشه وران مکلف اند، مینوی غذایی محافل عروسی را در هتل ها، سالون ها و رستوران ها کنترل نموده و از تهیه مینوهای بیش از

مبلغ سه صد افغانی فی تن و صرف نوشابه های الکلی جلوگیری به عمل آروند؛ (۲) شاروالی ها و اتحادیه پیشه وران در مبلغ معینه مندرج فقره (۱) این ماده نظر به تغییر قیم و رعایت مینوی متوسط تجدید نظر نموده و بعد از تصویب شورای وزیران تطبیق نمایند.».

برای تطبیق قیود مربوط به هتل ها، قانونگذار یک سلسله ضمانت اجرا را پیش بینی نموده است. ماده ۲۲ قانون مراسم عروسی در خصوص این ضمانت اجرا می گوید: «هرگاه اداره هتل ها، سالون ها و رستوران ها از احکام مندرج ماده هجدهم این قانون تخلف نمایند، حسب ذیل تأدیب می شوند:

۱- در صورت تخلف بار اول مبلغ (۳۰۰۰۰) افغانی؛

۲- در صورت تخلف بار دوم مسدود نمودن هتل، سالون و رستوران برای مدت یک ماه؛

۳- در صورت تخلف بار سوم سلب جواز فعالیت هتل ها، سالون ها و رستوران ها.».

قبل از انفاذ قانون مراسم عروسی، تدویر محافل عروسی دسته جمعی در کابل و برخی ولایات افغانستان مروج بود. قانونگذار مراسم عروسی علاوه براین که این نوع مراسم را به رسمیت شناخت، میکانیسم و ادارات معین دولتی را مسؤول تدویر آن نمود. طبق ماده ۲۱ قانون مراسم عروسی: «وزارت اطلاعات و فرهنگ، کار و امور اجتماعی شهدا و معلولین، امور زنان و شاروالی ها می توانند محافل عروسی پسران و دختران نوجوانی را که توانایی مالی ندارند به موافقه آنها و اولیای آنها به مصرف دولت و مؤسسات خیریه طور دسته جمعی برگزار نمایند. فامیل های پسران و دخترانی که واجد شرایط ازدواج بوده و آرزوی عروسی را از طریق برگذاری چنین محفل داشته باشند، غرض ثبت نام به معینیت جوانان وزارت اطلاعات و فرهنگ یا وزارت کار و امور اجتماعی، شهدا و معلولین یا وزارت امور زنان یا شاروالی های مربوط مراجعه نمایند.».

#### مبحث نهم) ثبت عقد ازدواج

طبق ماده ۶۱ فقره ۱ ق. م: «۱) عقد ازدواج در نکاح نامه رسمی توسط اداره مربوط در سه نقل ترتیب و ثبت می گردد، اصل آن در اداره مربوط حفظ و به هریک از طرفین عقد يك نقل آن داده می شود. عقد ازدواج بعد از ثبت به دفاتر مخصوص به اطلاع اداره ثبت سجلات مندرج ماده (۴۶) این قانون رسانیده می شود.».

طبق نص این ماده، طرز ثبت ازدواج طوری است که ناکح و منکوحه بعد از ازدواج به محکمه وثایق مراجعه و عریضه را مبنی بر اخذ نکاح خط ارایه می نمایند. محکمه وثایق فورمی را که حاوی سؤالاتی در مورد شهرت طرفین، محل سکونت طرفین، اهلیت طرفین، عدم موجودیت موانع مؤقت و مؤبد ازدواج میان طرفین است به آنها جهت تکمیل می دهد. سپس، طرفین عقد ازدواج (معمولاً مرد) مکلف است:

- ۱) فورم را به ملا امام مسجد ببرد تا ملا امام مسجد به این سؤالات پاسخ بدهد؛
  - ۲) وکیل گذر منطقه باید صحت جوابات ملا امام مسجد را تصدیق نماید؛
  - ۳) سپس، ناحیه مربوطه باید صحت جوابات را تصدیق نماید؛
  - ۴) سپس ناکح باید فورم را به محکمه واثیق ارایه نماید؛
  - ۵) سپس اگر ناکح و منکوحه بخواهند نکاح خط بگیرند باید دو شاهد با اهلیت را همراه دو قطعه عکس در روز معین در محکمه واثیق حاضر نمایند. اما، اگر طرفین بخواهند زوجیت خط بگیرند که قایم مقام نکاح خط است، ناکح و منکوحه باید پنج شاهد در محکمه حاضر نمایند؛
  - ۶) سپس طرفین باید در حضور قاضی اقرار نمایند که زن و شوهر همدیگر اند؛
  - ۷) سپس شهود باید در حضور قاضی شهادت دهند که طرفین زن و شوهر همدیگر اند؛
  - ۸) سپس محکمه واثیق در روز معین بعد از ترتیب، نکاح خط و یا زوجیت خط را به مرد می دهد؛
  - ۹) سپس مرد مکلف است نکاح خط و یا زوجیت خط را به محکمه استیناف ببرد تا رئیس محکمه استیناف تصدیق نماید که قاضی محکمه واثیق قاضی برحال ستره محکمه است؛
  - ۱۰) سپس مرد مکلف است نکاح خط و یا زوجیت خط را به ستره محکمه ببرد تا رئیس منابع بشری ستره محکمه تصدیق نماید که قاضی محکمه استیناف بر حال است. اگر نکاح خط برای گرفتن ویزه ضروری باشد، مرد مکلف است تا آن را در یکی از دارالوکاله ها به زبان انگلیسی ترجمه نماید و سپس به ریاست حقوق وزارت عدلیه برود تا ریاست حقوق وزارت عدلیه از بر حالی وکیل تصدیق نماید و سپس ترجمه انگلیسی نکاح خط توسط بخش قسوسلی وزارت امور خارجه تصدیق گردد. پروسه ثبت ازدواج و اخذ نکاح خط در افغانستان بی نهایت طولانی و زمان گیر است. از همین جهت، اتباع افغانستان نمی خواهند ازدواج های ایشان را ثبت و نکاح خط اخذ نماید و بسیاری از نکاح ها به صورت عرفی باقی می ماند.
- مطابق برخی سروی ها ۵ فیصد ازدواج در افغانستان ثبت و ۹۵ فیصد ثبت نشده اند. مطابق برخی سروی های دیگر در حدود ۸/۸ فیصد ازدواج ها ثبت و ۹۱/۲ فیصد ثبت نشده اند. ۳۹۸
- ثبت ازدواج از اهمیت خاص برخوردار است. زیرا، با ثبت نکاح و گرفتن نکاحنامه تمهیدات و تدابیر مفیدی پیش بینی می گردد.

به عنوان مثال، مقدار مهر در نکاحنامه تعیین می گردد و طرفین عقد مدرکی برای ثبوت ازدواج پیدا می نمایند. همچنین، طرفین به ویژه زن می تواند با درج یک سلسله شرایط در نکاحنامه، مانند: حق طلاق در صورت سوء رفتار شدید شوهر، مفقود الاثر شدن وی، یا نپرداختن نفقه در مدت خاص و ازدواج با زن دیگر و ... طرف مقابل را به انجام این شرایط وادار ساخته و راه حلی برای مشکلات آینده خود داشته باشد. طبق ماده ۱۳ قانون مراسم عروسی: «(۱) ستره محکمه مکلف است در چوکات ریاست وثایق و ثبت اسناد خویش وثیقه نکاح خط را ترتیب نماید و برای ملاامان و عالمان دین واجد شرایط در مساجد و تکایا اجازه عقد نکاح و تحریر نکاح خط عرفی را صادر نماید؛ (۲) ملاامان و عالمان دین که واجد شرایط اند، آنچه را در محضر آنها در خصوص عقد و اندازه مهر در محفل نکاح انجام می گردد، درج نکاح خط عرفی نموده و یک یک نقل نکاح خط عرفی را به طرفین عقد و محکمه مربوط تسلیم نمایند؛ (۳) در صورت نرسانیدن نکاح خط از سوی ریاست وثایق و ثبت اسناد ستره محکمه، ملاامان واجد شرایط مطابق شریعت اسلامی عقد نکاح کرده می توانند.»

با توجه به برخی از این ایرادها مخصوصاً تصدیق برحالی قضات محاکم وثایق توسط محکمه استیاف و تصدیق برحالی قضات محاکم استیناف توسط ریاست منابع بشری ستره، ستره محکمه مصوبه ذیل را صادر کرده است:

عدم ضرورت تصدیق از برحالی قضات ترتیب دهنده وثایق در ترتیب وثایق  
متحدالمال شماره (۲۶۸۸ / ۲۷۶۰) مؤرخ ۱۳۸۸/۱۱/۲۱ ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره  
محکمه

دیوان جزاء ریاست محکمه استیناف ولایت کابل مراتب ذیل را استهداء نموده اند:  
این ریاست روزانه در اوقات مختلف تعداد شصت وثیقه مختلف را تصدیق میدارد که گویا قضات آن بر حال و همین طور ریاست محترم ذاتیه به نوبه خود تصدیق برحالی ما را صحه می گذارد. این اجراءات از یکطرف ضیاع وقت و از طرف دیگر باعث بی اطمینانی مراجعین به ریاست های وثایق ما میگردد. بناءً پیشنهاد می شود اگر مقام عالی موافق باشند صرف وثایقی تصدیق شود که خارج کشور می رود و آنده وثایق که در داخل کشور از آن استفاده می شود مدار اعتبار باشد بدون تصدیق این ریاست و ریاست ذاتیه مقام با آنها مقام عالی آنچه هدایت بدهند قابل تعمیل می باشد.  
ریاست محترم تدقیق و مطالعات ضمن مطالعه بر موضوع در زمینه چنین ابراز نظر بعمل آورده اند.



«وثیقه سند شرعی و رسمی است و سند شرعی و رسمی طبق صراحت ماده «۹۹۱» قانون مدنی و ماده (۲۸۷) قانون اصول محاکمات و طبق سایر اسناد تقنینی در صورتی که عاری از جعل و تزویر بوده و در ترتیب آن احکام قانون رعایت شده باشد مدار اعتبار قانونی می باشد. بناءً، تصدیق از برحالی قضات که در ترتیب وثیقه اجراءات می نمایند در حالی که راجع به وثیقه مرتبه کسی ادعای ندارد بجز از سرگردانی مؤظفین و مراجعین ادارات مربوط کدام صبغه قانونی ندارد. بنابراین، پیشنهاد ریاست دیوان جزائی ریاست محکمه استیناف کابل مورد تأیید مدققین است.».

حینی که جریان توأم با نظر ریاست محترم تدقیق و مطالعات به جلسه مقام محترم شورای عالی تقدیم گردید قرار مصوبه (۹۰۶) مؤرخ ۱۳۸۸/۱۱/۶ هدایت ذیل صادر شد.

«به تأیید نظر ریاست تدقیق و مطالعات وثایق صرف در اسنادی که خارج از کشور صدور می یابد رعایت گردد. موضوع متحدالماً به جمیع محاکم اخبار شود.».

مراتب مصوبه مقام عالی بدینوسیله به محاکم محترم استیناف ولایات اخبار شد تا متن آن را به محاکم مربوط جهت تعمیل تعمیم نموده و دارالانشاء را در جریان قرار دهند. ۳۹۹



**بخش سوم**  
**آثار ازدواج صحیح**

فصل های شامل این بخش:  
فصل اول: ازدواج باطل، فاسد، موقوف و صحیح غیر لازم  
فصل دوم: نکاح صحیح لازم و آثار آن



## مقدمه و تقسیم مطالب

اثری که بر عقد ازدواج مرتب می‌گردد بر حسب رعایت شرایط عقد ازدواج فرق می‌نماید. تعریف اثر در جلد حقوق وجایب خواهد آمد. طبق فقه حنفی ازدواج با رعایت شرایط انعقاد، صحت، نفاذ و لزوم بر پنج نوع تقسیم می‌گردد: ازدواج باطل، ازدواج فاسد، ازدواج صحیح غیر لازم، ازدواج موقوف و ازدواج صحیح لازم.<sup>۴۰۰</sup> ولی، طبق ق. م ازدواج با رعایت شرایط انعقاد، صحت، نفاذ و لزوم بر سه نوع: ازدواج باطل، ازدواج فاسد و ازدواج صحیح تقسیم می‌گردد:



## فصل اول: ازدواج باطل، فاسد، موقوف و صحیح غیر لازم

تدوین کنندگان ق. م در مبحث دوم، فرع اول، طی مواد ۹۰ الی ۹۷ با رعایت و عدم رعایت شرایط ازدواج عقد ازدواج را به باطل، فاسد و صحیح تقسیم نموده اند. علاوه بر این، در این احکام برخی مثال های ازدواج فاسد و باطل را نیز ارایه نموده اند:

### مبحث اول) ازدواج باطل

احکام ازدواج باطل در ق. م ناقص و نابسند به نظر می رسد و کمک کننده نیست. در خصوص ازدواج باطل در ق. م دو حکم وجود دارد که در ماده های ۹۵ و ۹۶ ق. م پیش بینی شده اند:

۱) طبق ماده ۹۵ ق. م: «هیچ یک از آثار ازدواج صحیح بر ازدواج باطل گرچه دخول در آن صورت گرفته باشد، مرتب نمی گردد.» طبق نص این ماده هیچ یک از آثار عقد ازدواج صحیح مانند مهر، نفقه، ارث، حرمت مصاهره و نظیر اینها که تفصیل هر یک خواهد آمد بر ازدواج باطل مرتب نمی گردد فرق نمی کند که میان زوجه و زوج دخول صورت گرفته باشد یا خیر، زیرا عقد باطل از اساس کان لم یکن است. تعریف دخول گذشت.

بنابراین، نه عقد باطل موجب ایجاد اثر می گردد و نه هم دخول. قانونگذار مدنی نه ازدواج صحیح و نه ازدواج باطل را در ق. م تعریف کرده است که محل ایراد به نظر می رسد. در فقه نیز این بحث جدل برانگیز است. در فقه جمهور فقهاء میان ازدواج باطل و فاسد فرق قایل نمی شوند. جمهور فقهاء (شافعی، مالکی و حنبلی) می گویند: ازدواج باطل عبارت از ازدواجی است که فاقد ارکان و

شروط صحت عقد ازدواج باشد.<sup>۴۰۱</sup> این تعریف واضح و روشن است و موجب رهایی دانشجویان حقوق و شرعیات از ابهام می گردد. اما، فقهای حنفی عقد ازدواج غیر صحیح را به فاسد و باطل تقسیم می نمایند.

طبق نظر فقهای حنفی ازدواج باطل عبارت از ازدواجی است که فاقد یکی از ارکان و شروط انعقاد عقد ازدواج باشد. اما، ازدواج فاسد عبارت از ازدواجی است که ارکان و شروط انعقاد آن متحقق باشد اما شروط صحت آن متحقق نگردیده باشد.<sup>۴۰۲</sup> فهمیدن نظر فقهای حنفی مستلزم این است که همواره قایل به تفصیل شویم و هر ازدواج را جداگانه بررسی نماییم و نتیجه گیری نماییم که کدام ازدواج باطل و کدام ازدواج فاسد است. در کدام ازدواج ارکان عقد ازدواج متحقق است و در کدام ازدواج شروط انعقاد و شروط صحت. از یکطرف فهم این نظر از لحاظ نظری بسیار برای دانشجویان مشکل است و از طرف دیگر تطبیق آن از لحاظ عملی برای قضات.

به موجب فقه حکم ازدواج باطل این است که بر ازدواج باطل هیچ یک از آثار ازدواج صحیح مرتب نمی گردد. بنابراین، ازدواج باطل موجب حلال گردیدن وطی زن نمی گردد. همچنین، ازدواج باطل موجب واجب گردیدن پرداخت مهر، تأمین نفقه برای زوجه، توارث زوجین از همدیگر و حرمت مصاهره نمی گردد. در صورتی که در ازدواج باطل دخول صورت بگیرد، باید قاضی جبراً بین طرفین تفریق را جاری نماید و بعد از تفریق زن مکلف به رعایت عده نیز نیست.<sup>۴۰۳</sup>

به حیث مثال، احمد با حمیده بدون ایجاب و قبول ازدواج نماید یا شروط انعقاد آن متحقق نگردد، به حیث مثال، حمیده مخنث و احمد مذکر باشد، این ازدواج باطل است. هیچ یک از آثار ازدواج صحیح بر ازدواج باطل مرتب نمی شود. آثار ازدواج صحیح مهر، نفقه، ارث، توارث زوجین از همدیگر، تمتع جنسی زوجین، ثبوت نسب و نظیر اینها است. اگر ازدواج باطل باشد، هیچ یک از این آثار بر ازدواج باطل مرتب نمی شود. به حیث مثال، در مثال فرضی بالا، هیچ یک از این آثار بر ازدواج باطل مرتب نمی شود.

بنابراین، احمد مکلف نمی گردد به حمیده مهر بدهد، نفقه حمیده را تأمین نماید، در صورت فوت حمیده احمد از حمیده ارث نمی برد و نظیر اینها. در چنین حالتی، تفاوت نمی کند که احمد با حمیده جماع نموده باشد یا خیر. بنابراین، اگر میان احمد و حمیده دخول هم صورت گرفته باشد، بازهم ازدواج باطل موجب ایجاد اثر نمی گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۹۵ ق. م پیش بینی حکم فقدان اثر ازدواج باطل است.

۴۰۱. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۹)، ص ۶۵۸۷.

۴۰۲. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۹)، ص ۶۵۸۷.

۴۰۳. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۹)، صص ۶۶۰۵ و ۶۶۰۶.



۲) طبق ماده ۹۴ ق. م: «هرگاه در نکاح غیر صحیح بین زوج و زوجه قبل از دخول و مقدمات آن تفریق صورت بگیرد، موجب حرمت مصاهره نمی گردد.» طبق نص این ماده هرگاه در نکاح غیر صحیح قبل از دخول و مقدمات دخول تفریق صورت بگیرد، صرف ازدواج غیر صحیح موجب حرمت مصاهرت (ایجاد حرمت سببی) میان زوجین نمی گردد. به نظر می رسد منظور از ازدواج غیر صحیح در این ماده ازدواج باطل است. تعریف دخول در بالا گذشت. مقدمات دخول امری است که زن و شوهر قبل از دخول و جماع انجام می دهند که اصطلاحاً عشق نامیده می شود. حرمت در لغت به معنی حرام بودن است.<sup>۴۰۴</sup> مصاهره (مصاهرة) در لغت به معنی دامادی، داماد شدن، خویشی (قرابت) به دلیل و سبب دامادی است.<sup>۴۰۵</sup>

حرمت مصاهره یکی از انواع محرمات دایمی ازدواج است که میان وابستگان ناکح و منکوحه در اثر ازدواج به وجود می آید که بحث آن گذشت. به حیث مثال، اگر احمد با جمیله ازدواج نماید و ازدواج باطل باشد و تفریق بین احمد و جمیله صورت بگیرد و بعد از ازدواج دخول هم صورت نگرفته باشد، احمد می تواند به فروع و اصول جمیله ازدواج نماید. بنابراین، اگر ازدواج احمد و حمیده باطل باشد و قبل از دخول و مقدمات دخول میان احمد و حمیده تفریق صورت بگیرد، این ازدواج موجب ایجاد حرمت مصاهره نمی گردد.

بنابراین، پس از تفریق احمد می تواند با مادر یا دختر جمیله ازدواج نماید مشروط بر این که دخول و مقدمات دخول میان احمد و جمیله صورت نگرفته باشد. همچنین، در این مثال، جمیله می تواند با پدر و پسر احمد ازدواج نماید مشروط بر این که دخول و مقدمات دخول میان احمد و جمیله صورت نگرفته باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف عدم دخول و مقدمات دخول میان زوجین است.

#### مبحث دوم) ازدواج فاسد و اثر آن

طبق ماده ۹۶ ق. م: «ازدواجی که با ایجاب و قبول صورت گرفته و بعضی شرایط آن تکمیل نگردیده باشد، فاسد و احکام ازدواج بر آن مرتب نمی گردد.» نص این ماده مبهم و گمراه کننده است، زیرا قانونگذار مدنی در نص این ماده از برخی شرایط سخن می گوید و واضح نساخته است که این شرایط کدام ها اند که محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده تعریف نکاح فاسد است.

به نظر می رسد نص این ماده به نحوی از انحاء متأثر و گرفته شده از فقه حنفی است. فقهای حنفی چنانچه گفته شد، می گویند که: ازدواج فاسد عبارت از ازدواجی است که ارکان و شروط

404. <https://www.vajehyab.com> (Last visit:6/10/2017).

405. Ibid, (Last visit:6/10/2017).

انعقاد آن متحقق باشد اما شروط صحت آن متحقق نگردیده باشد<sup>۴۰۶</sup> مانند: ازدواج بدون حضور شهود، ازدواج مؤقت، ازدواج با پنج زن در زمان واحد، ازدواج با دو خواهر، خواهرزاده و خاله، برادرزاده و عمه و ازدواج با زن متزوجه بدون آگاهی مبنی بر متزوجه بودن، نکاح زن قبل از انقضای عدت او، نکاح با محارم به نظر امام ابو حنیفه رحمته، فاسد و به نظر صاحبین باطل است که همین نظر میان فقهاء راجح است. بر ازدواج فاسد هیچ یک از آثار ازدواج صحیح مرتب نمی گردد. بنابراین، ازدواج فاسد موجب حلیت دخول زوجه نمی گردد. همچنین، در نکاح فاسد قبل از دخول، زوجه مستحق مهر و نفقه شناخته نمی شود.

علاوه بر اینها، در ازدواج فاسد زوجه مکلف به رعایت عده نیست. حرمت مصاهره، ثبوت نسب، و توارث نیز در نکاح فاسد قبل از دخول ثابت نمی گردد. در نکاح فاسد برای هر یک از زوجین به سبب خروج از معصیت صلاحیت فسخ عقد ازدواج ثابت می گردد. پس، بر زوجین لازم است از همدیگر جدا گردند، در غیر آن، قاضی باید میان آنها تفریق را جاری نماید.<sup>۴۰۷</sup>

به نظر می رسد در رابطه به آثار ازدواج در ازدواج فاسد قبل از دخول ق. م از فقه حنفیه پیروی و اقتباس نموده است. ماده ۹۷ فقره اول ق. م در این باره حکم می نماید که: «ازدواج فاسد قبل از دخول در حکم نکاح باطل است.» تعریف دخول در بالا و از ازدواج در فصل قبلی گذشت. فاسد از ریشه فسد گرفته شده است که در لغت به معنی تباه و نیستی است، چنانکه اگر عرب بگوید: فسد الشی، معنی آن نابودی و نیست شدن آن چیز است. فاسد در فقه به معنای عدم صحت و بطلان یک عمل شرعی یا حقوقی است.<sup>۴۰۸</sup>

طبق نص این ماده بر ازدواج فاسد قبل از دخول هیچ یک از آثار ازدواج صحیح مرتب نمی گردد، زیرا ازدواج فاسد قبل از دخول در حکم ازدواج باطل است. به عبارت دیگر: ازدواج فاسد قبل از دخول ازدواج باطل حکمی است و بر نکاح باطل چنانچه گفته شد هیچ یک از آثار ازدواج صحیح مرتب نمی گردد. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و شروط صحت آن متحقق نگردد، به حیث مثال، حمیده در عدت غیر قرار داشته باشد این ازدواج فاسد است. بر این ازدواج قبل از دخول که تعریف آن در بالا گذشت، هیچ یک از آثار ازدواج صحیح مرتب نمی گردد. بنابراین، در مثال فرضی بالا، قبل از دخول احمد مکلف نیست به حمیده مهر بپردازد و نفقه بدهد.

۴۰۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۵۸۷.  
 ۴۰۷. عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۸۸؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۰۲؛  
 ۴۰۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۵۱.

به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم نکاح فاسد قبل از دخول است. پرسش این است که هرگاه بعد از نکاح فاسد دخول صورت بگیرد، تکلیف چیست؟ در خصوص این سؤال فقهای حنفی می‌گویند: هرگاه در نکاح فاسد وطی صورت بگیرد، چنین وطی معصیت تلقی گردیده و جاری نمودن تفریق میان زوجین واجب می‌گردد. ولی، در چنین حالتی، حد به سبب شبهه ساقط می‌گردد، مگر در ازدواج با محارم به نظر صاحبین و در ازدواج با منکوحه غیر علی‌الرغم آگاهی بر متوجه بودن او.

با وجود این، در نکاح فاسد در صورت دخول، پرداخت مهر به زوجه، ثبوت نسب طفل بخاطر حیات و عدم ضیاع طفل، رعایت عده، حرمت مصاهره میان اقارب ناکح و منکوحه بخاطر دفع حد از زوج به گونه ای که شرح آن در مبحث محرمات سببی گذشت، حفظ و صیانت نسب و حفظ بضع زن لازم می‌گردد. اما سایر احکام مانند نفقه، اطاعت زن از شوهر، توارث میان زوجین بر ازدواج فاسد مرتب نمی‌گردد.<sup>۴۰۹</sup> ماده ۹۷ فقره دوم ق. م با اقتباس از فقه حنفی با اندکی تغییر در این باره حکم می‌نماید که: «هرگاه بعد از ازدواج فاسد دخول صورت بگیرد، مهر، نسب، حرمت مصاهره، عدت، تفریق و نفقه ثابت می‌گردد.» طبق نص این ماده در صورتی که در ازدواج فاسد دخول صورت بگیرد مهر، نسب، حرمت مصاهره میان اقارب مرد و زن، رعایت عدت توسط زن، تفریق و نفقه برای زن ثابت می‌گردد. عبارت تفریق در نص این ماده مبهم است زیرا روشن نیست منظور از تفریق توسط زوجین است یا تفریق قضایی.

به نظر می‌رسد منظور از تفریق در نص این ماده هم تفریق توسط زوجین است و هم تفریق قضایی. بنابراین، در صورت دخول در نکاح فاسد زوجین باید از همدیگر جدا شوند. در صورت عدم جدا شدن و وصول قضیه به قاضی، قاضی باید آنها را جدا نماید. به حیث مثال، اگر حمیده در عدت غیر قرار داشته باشد و با احمد ازدواج نماید، این ازدواج فاسد است. اگر میان احمد و حمیده بعد از ازدواج دخول صورت بگیرد، مهر، نسب، حرمت مصاهره، عدت، تفریق و نفقه ثابت می‌گردد.

به حیث مثال، احمد مکلف می‌شود به حمیده نفقه فراهم نماید. اگر حمیده طفلی به نام ذاکره به دنیا آورد، نسب ذاکره به احمد و حمیده ثابت می‌گردد. احمد نمی‌تواند با اصول و فروع حمیده مانند مادر و دختر که از شوهر قبلی او است ازدواج نماید. همچنین، حمیده نمی‌تواند با پدر و پسر احمد ازدواج نماید. بعد از تفریق حمیده مکلف به رعایت عدت است. حمیده و احمد باید از

۴۰۹. عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، صص ۸۹ و ۹۰؛ و وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۶۶۰۳-۶۶۰۵.

همدیگر جدا شوند. در صورت عدم جدا شدن و وصول قضیه به محکمه قاضی باید تفریق را میان آنها جاری نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم دخول در نکاح فاسد است. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که مطابق ق. م دو حالت وجود دارد: حالت اول این است ازدواج فاسد است اما میان زوجین دخول صورت نگرفته است. صرف ازدواج فاسد موجب ایجاد آثار ازدواج صحیح نمی گردد زیرا ازدواج فاسد قبل از دخول در حکم ازدواج باطل است، اما قانونگذار مدنی در خصوص این که طرفین عقد ازدواج صلاحیت فسخ ازدواج فاسد را دارند و یا قاضی می تواند تفریق را به دلیل فساد عقد ازدواج میان آنها جاری نماید سکوت اختیار نموده است.

حالت دوم این است که بعد از ازدواج فاسد میان زوجین دخول صورت بگیرد. در این صورت، بر ازدواج فاسد برخی آثار ازدواج مرتب می گردد. برخی از این آثار که در ماده ۹۷ فقره ۲ به آن اشاره شده است عبارت اند از: مهر، ثبوت نسب اولاد، ایجاد حرمت مصاهره میان زوج و اقارب زوجه و برعکس به گونه ای که تفصیل آن در مبحث محرمات ازدواج گذشت، رعایت عدت توسط زوجه، نفقه و تفریق. اما، در خصوص این که طرفین می توانند عقد ازدواج فاسد را فسخ نمایند و یا قاضی باید تفریق را میان آنها جاری نماید، قانونگذار مدنی سکوت اختیار نموده است.

## فصل دوم: نکاح صحیح لازم و آثار آن

طبق ماده ۹۰ ق. م: «بر نکاح صحیح و نافذ تمام آثار آن از قبیل نفقهٔ زوجه، حقوق میراث، ثبوت نسب و حرمت مصاهره مرتب می‌گردد.» طبق نص این ماده بر ازدواج صحیح و نافذ تمام آثار ازدواج مرتب می‌گردد. ازدواج صحیح لازم ازدواجی است که ارکان و تمام شرایط صحت، نفاذ و لزوم آن متحقق گردیده است.<sup>۴۱۰</sup>

نافذ از ریشهٔ فعل ثلاثی مجرد نفذ گرفته شده است که در لغت به معنی مرعی، قابل تطبیق، لازم اجراء و جاری است.<sup>۴۱۱</sup> در اصطلاح حقوق مدنی، عقد ازدواج نافذ عبارت از عقدی است که از شخص دارای اهلیت و ولایت بر نفس خویش صادر شود، مانند: عقدی که توسط شخص عاقل و بالغ منعقد گردد. برخی از این آثار عبارت اند از: نفقهٔ زوجه، ارث بردن زوجین از همدیگر در صورت فوت یکی از زوجین، ثبوت نسب اولاد و حرمت مصاهرت. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و ازدواج صحیح و نافذ باشد، تمام آثار عقد ازدواج ایجاد می‌گردد. به حیث مثال، احمد مکلف می‌گردد به حمیده نفقه فراهم نماید، در صورت وفات یکی از احمد یا حمیده طرف دیگر از او ارث می‌برد. زیرا، یکی از اسباب ارث زوجیت است.

همچنین، در صورتی که حمیده ذاکره به دنیا آورد، نسب ذاکره را به احمد و حمیده ثابت می‌گردد. همچنین، حرمت مصاهره میان اقارب احمد و حمیده ایجاد می‌گردد. تعریف حرمت مصاهره و

۴۱۰. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۹)، ص ۶۵۸۷.  
۴۱۱. مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقہی العام، جلد (۱)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۵۷۹؛ و وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۳۰۹۳؛ و \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ه. ق.). الموسوعة الفقہیة، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامیة، ص ۲۳۶.

مثال های در فصل ازدواج فاسد گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۹۰ ق. م پیش بینی حکم ازدواج صحیح و نافذ است. آثار عقد ازدواج محدود به مهر، نفقه، ارث، ثبوت نسب و حرمت مصاهره نیست، بلکه یک سلسله آثاری دیگری نیز دارد که بیشتر جنبه اخلاقی و معنوی دارد و شامل: حُسن معاشرت زوجین با همدیگر، محافظت از ناموس و حیثیت همدیگر، حق استمتاع جنسی زوجین از همدیگر، حفظ اسرار مربوط به امور زوجیت و غیره می گردد که در فقه تنظیم گردیده است. در این کتاب صرف مهر و نفقه را مورد بحث قرار می دهیم و تفصیل ارث زوجه در کتاب حقوق میراث این دور از شرح ق. م خواهد آمد.

#### مبحث نخست) مهر و نظام مالی زوجین

یکی از سنن بسیار کهن در روابط خانوانگی این بوده است که مرد هنگام ازدواج برای زن «مهر» می پرداخته است. این سنت بر خلاف ممالک غیر اسلامی مورد پذیرش حقوق اسلام قرار گرفته و ق. م از آن پیروی و اقتباس نموده است. بنابراین، طبق حقوق اسلام و ق. م اولین حق مالی که به موجب عقد ازدواج برای زن ایجاد می گردد، پرداخت «مهر» به او توسط شوهر است. بنابراین، مهر حق زن و تکلیف شوهر است. اما، در نظام حقوقی ممالک غیر اسلامی مهر وجود ندارد.

مهر قدامت تاریخی نهایت طولانی داشته و مراحل مختلفی را پیموده است. به نظر برخی از دانشمندان، مهر زمانی به وجود آمده است که نظام پدر شاهی به جای دوره مادر شاهی استقرار می یابد. در ابتدای این دوره مردان ناگزیر بودند که از میان قبایل دیگری برای خود همسری انتخاب کنند.

از آنجایی که همیشه در میان قبایل جنگ حکمفرما بود، انتخاب همسر از طریق ربودن و اختطاف دختر صورت می گرفت. رویهمرفته به تدریج جنگ جای خود را به صلح تعویض نمود و موضوع ربودن و اختطاف دختر از میان رفت و مرد برای این که با دختر مورد نظرش ازدواج نماید میان قبیله پدر دختر می رفت و مدتی برای پدر دختر به حیث اجیر یا خدمتکار سپری می کرد.

چنانچه داستان حضرت شعیب عَلَيْهِ السَّلَام و موسی عَلَيْهِ السَّلَام در قرآن مجید آمده است که حضرت موسی عَلَيْهِ السَّلَام در حال فرار از مصر به چاه «مدین» رسید و در آنجا دید که دختران حضرت شعیب عَلَيْهِ السَّلَام در کناری با گوسفندان خویش ایستاده و کسی رعایت حال ایشان را نمی نماید و به ایشان ترحم کرد و برای گوسفندان آنها آب کشید و دختران پس از مراجعت نزد پدر، جریان را به او حکایت کردند و حضرت شعیب عَلَيْهِ السَّلَام یکی از دختران خویش را عقب حضرت موسی عَلَيْهِ السَّلَام فرستاد و او را به خانه خویش دعوت نمود. پس از آشنا شدن با یکدیگر حضرت شعیب ؛ به

موسی عَلَيْهِ السَّلَامُ گفت: به تحقیق می‌خواهم یکی از دو دختر خویش را به تو به زنی دهم، به شرط این که هشت سال برایم کار کنی و یا چوپانی کنی اگر دل تو خواست دو سال دیگر علاوه کن. <sup>۴۱۲</sup>

حضرت موسی عَلَيْهِ السَّلَامُ این پیشنهاد را پذیرفت به این ترتیب در مقابل خدمت داماد حضرت شعیب عَلَيْهِ السَّلَامُ شد. در عربستان قبل از اسلام موضوع مهر معمول و مروج بود ولی در آن زمان پدران و مادران مهر را به عنوان حق الزحمه و شیربها از مرد مطالبه می‌نمودند و آن را حق مسلم خویش می‌دانستند. <sup>۴۱۳</sup> بنابراین، در دوره جاهلیت حق تملک زن رعایت نمی‌شد و ولی زن مهر او را قبض و در آن تصرف می‌نمود و فرصت قبض، تملک و تصرف در مهر را به زن که مالک مهر بود، نمی‌داد. زمانی که اسلام ظهور کرد، قبض مهر را حق مطلق زن قرار داد و تصرف اولیاء در آن را منع نمود مگر این که خود زن اجازه بدهد. علاوه بر این، حقوق اسلام مقرر کرد که مهر زنان به خود آنها داده شود. <sup>۴۱۴</sup> خداوند صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ در این مورد می‌فرماید:

﴿ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ - [النساء / ۴]

«مهر زنان را به عنوان عطیه به خود آنها بدهید.».

نظام مالی زوجین در ق. م واضح و روشن به نظر نمی‌رسد. از مجموع احکام ق. م این نتیجه به دست می‌آید که به موجب عقد ازدواج مرد مکلف است به زوجه مهر بدهد. همچنین، زوج مکلف است نفقه زوجه را فراهم نماید. نفقه شامل غذا، لباس، مسکن و مصارف تداوی می‌شود. بنابراین، معمولاً مردان مالک خانه اند. مصارف مالی خانواده بر عهده شوهر است. در صورت وفات شوهر، زوجه از شوهر از جمله از خانه و زمین و سایر عقارات شوهر ارث می‌برد. در صورت طلاق زوجه صرف مستحق مهر مؤجل می‌شود. اگر زوجه کار و بار و کسب درآمد داشته باشد، عاید ناشی از آن متعلق به زوجه است. مهر هم ملکیت زوجه است.

در صورت وفات شوهر، زوجه از شوهر در صورت داشتن طفل یک هشت و در صورت نداشتن طفل چهار یک ارث می‌برد. ارثی را که زوجه از سایر اقارب مانند مادر، پدر، برادر، پسر و دختر می‌برد نیز متعلق به زوجه است. اگر زوجه مال و دارایی بنابر سایر اسباب کسب ملکیت مانند وقف، وصیت، عقد و ... کسب نماید، این مال و دارایی مملوک زوجه است. از آنچه گفته شد، این نتیجه

۴۱۲ . خداوند صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ این داستان را از قول شعیب عَلَيْهِ السَّلَامُ چنین بیان می‌کند: ﴿ قَالَ إِيَّيْهِ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتِي هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرَ فِئَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَمْلِكَ عَلَيْكَ سِتْرًا إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ ﴾ - [القصص: ۲۷]

«[شعیب عَلَيْهِ السَّلَامُ] گفت: من می‌خواهم یکی از این دو دختر خود را [که مشاهده می‌کنی] به نکاح تو در آورم به این [شرط] که هشت سال برای من کار کنی و اگر ده سال را تمام گردانی اختیار با تو است و نمی‌خواهم بر تو سخت گیرم و مرا ان شاء الله از درستکاران خواهی یافت.».

۴۱۳ . عبدالقادر عدالتخواه (۱۳۸۷). حقوق فامیل، چاپ اول، کابل: انتشارات میوند، صص ۱۷۸ و ۱۷۹.

۴۱۴ . وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشديه، ص ۶۷۵۹.

به دست می آید زنان طبق ق. م تکلیف مالی ندارند و تمام تکالیف مالی را طبق ق. م مردان به عهده می گیرند.

اما، اگر مرد به هر دلیلی از بین برود، معمولاً بدبختی زنان شروع می شود. زیرا، هم شوهر، هم قسمتی از خانه و هم نفقه را از دست می دهند. معمولاً طبق رویه عملی زنان تحت ولایت پدر، برادر و سایر اقارب قرار می گیرند و همیشه باید وابسته به دیگران باشند.

#### گفتار اول) تعریف و حکمت

مهر کلمه عربی است و در قرآن به این نام نامیده نشده است. ولی، مهر در قرآن به نام های «صداق» و یا «صدقه»، «نحله»، «أجر»، «فريضة»، «حِباء»، «عُقَر و علائق»، «طُول» و «نکاح» نامیده شده است.<sup>۴۱۵</sup> در باره تعریف اصطلاحی مهر ق. م سکوت اختیار نموده است. فقهای حنفی در تعریف مهر می گویند: مهر عبارت از مالی است که زن پس از عقد نکاح یا وطی مستحق دریافت آن می گردد.<sup>۴۱۶</sup> بخش اخیر این تعریف که می گوید زن به موجب وطی مستحق مهر می گردد محل ایراد به نظر می رسد، زیرا:

نخست این که: به نظر نمی رسد که زوجه به دلیل استمتاع جنسی زوج از او مستحق مهر شناخته شود، زیرا همانطور که مرد از زن استمتاع جنسی می گیرد، زن نیز از مرد استمتاع جنسی می گیرد و استمتاع جنسی جز با توافق طرفین عقد ازدواج حاصل نمی شود؛

دوم این که: وقتی زنان و دختران قواعد مهر را می آموزند و می دانند که مطابق این قواعد مرد مهر را به دلیل استمتاع جنسی به آنها می دهند، متعجب، متأثر و مأیوس می شوند.

سوم این که: استمتاع جنسی از آثار عقد ازدواج است که به موجب عقد ازدواج مشروع می گردد. برای بسیاری از دختران مهر هدف نیست، بلکه بسیاری از دختران اصلاً در خصوص مهر هیچ چیز نمی دانند. به نظر می رسد به همین دلیل، برخی فقهای معاصر بر این نظر اند که مهر عبارت از تحفه ای الزامی است که شوهر آن را برای زوجه اش را در برابر نکاح می دهد.<sup>۴۱۷</sup>

طبق ماده ۳ فقره ۷ قانون مراسم عروسی: «مهر: مقدار پول یا مال متقوم است که حین عقد نکاح از طرف ناکح برای منکوحه مطابق شریعت اسلامی و قوانین نافذ کشور پرداخته شده یا بر ذمه ناکح لازم می گردد.»

در باره حکمت پرداخت مهر به زوجه نظریات متفاوت وجود دارد: عده ای بر این نظر اند که حکمت پرداخت مهر به زن عبارت از اظهار اهمیت به عقد ازدواج، اکرام و احترام به شخصیت زن،

۴۱۵. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۹)، ص ۶۷۵۸.

۴۱۶. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۹)، ص ۶۷۵۸.

417. Muhammad Mustafa al - Jibaly, (2005). Love and mercy, revised edi. Beirut, Lebanon: Al- Kitab & As sunnah Publishing, p 68.



و اظهار حُسن نیت و صداقت مرد برای ازدواج با او و زمینه ای برای دوام معاشرت و زندگی زوجیت است. این نظر قابل نقد به نظر می رسد. زیرا، به نظر می رسد میان اهمیت عقد ازدواج و احترام به شخصیت زن و اظهار حسن نیت و صداقت و پرداخت مهر رابطه وجود ندارد. عده ای نیز بر این نظر اند که: حکمت پرداخت مهر به زن این است که معمولاً مرد ها با توجه به کار، تجارت و کسب درآمد حاصل از کار و تجارت توانایی شان نسبت به زنان بیشتر است و معمولاً زنان در صورت جدایی یا فوت همسر به توشه و سرمایه مادی ضرورت پیدا می نمایند.<sup>۴۱۸</sup> این نظر نیز قابل نقد به نظر می رسد. زیرا، زنان نیز می توانند با رعایت یک سلسله شرایط کار و ماحصل آن را تملک و پس انداز نمایند.

عده ای دیگر بر این نظر اند که مهر را مرد در برابر استمتاع جنسی از زن می پردازد. این نظر قابل نقد به نظر می رسد. زیرا، همانطور که مرد از زن استمتاع جنسی می گیرد، زن نیز از مرد استمتاع جنسی می گیرد. تمتع جنسی امری است که جز با توافق طرفین میسر نمی شود. به نظر می رسد به همین دلیل، برخی فقهای معاصر بر این نظر اند که مهر عبارت از تحفه ای است که شوهر آن را برای زوجه اش را در برابر نکاح می دهد.<sup>۴۱۹</sup>

اما به نظر می رسد که پرداخت مهر توسط مرد به زن دو حکمت عمده دارد: اولاً: جبران نقص ارث زن. زیرا، مرد دو حصه و زن یک حصه ارث را مستحق می شود و در صورتی که مرد یک مقدار آن را بعد از ازدواج به زن بپردازد، ارث هر دو برابر می شود؛ و ثانیاً: جلوگیری از طلاق. زیرا، در صورتی که مهر زن مؤجل باشد موعد پرداخت آن بعد از طلاق فرا می رسد و مرد مکلف می گردد مهر مؤجل زن را بپردازد. پرداخت مهر توسط زوج برای زوجه باعث جلوگیری از طلاق می شود. به نظر می رسد روی همین دلیل، در برخی ممالک اسلامی آمار طلاق بی نهایت پایین و در برخی ممالک غیر اسلامی که زوج به زوجه مهر نمی پردازد آمار طلاق بی نهایت بالا است. به حیث مثال، در فرانسه سالانه ۱۱۰۰۰۰ طلاق واقع می شود.<sup>۴۲۰</sup>

براساس تحقیقات در افغانستان آمار بروز طلاق وجود ندارد. مطابق به گزارش محکمه خانواده گی در ولایت کابل، تا چند سال قبل این گونه بود: در سال ۱۳۸۷، ۷۲ قضیه طلاق و ۲۹ قضیه تفریق، در سال ۱۳۸۸، ۱۰۵ قضیه طلاق و ۴۴ قضیه تفریق، در سال ۱۳۸۹، ۱۲۵ قضیه طلاق و ۲۴ قضیه تفریق به ثبت رسیده است. همان قسمی که پیدا است موارد طلاق در این سال ها بیش تر از تفریق

۴۱۸ . سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۴۶؛ و وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، صص ۶۷۵۹ و ۶۷۶۰.

419 . Muhammad Mustafa al - Jibaly, (2005). Love and mercy, revised edi. Beirut, Lebanon: Al- Kitab & As sunnah Publishing, p 68.

420 . John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (1380). Principles of French law, 1<sup>st</sup> edi, Tehran: Dadqaster publication, p 259.

بوده است. اما اکنون آمارهای ستره محکمه نشان می دهد که در سه سال پسین، آمارهای تفریق به مراتب بیش تر از طلاق بوده است تا جایی که در سال ۱۳۹۷ خورشیدی حدود ۹۰ درصد از درخواست‌های جدایی از سوی زنان بوده است.<sup>۴۲۱</sup>

به نظر می رسد از همین جهت، شرع و با پیروی از آن ق. م پرداخت مهر را به صورت معجل شرط نگردانیده اند. اما، به نظر مخالفین ایراد پرداخت مهر طبق ق. م این است که پرداخت مهر نخست این که تکلیفی است که بر شانه های مرد سنگینی می کند و موجب می شود تا بسیاری از مردان نتوانند به دلیل مهر عروسی نمایند مخصوصاً در این عصر که مقدار مهر زنان ده لک افغانی و بیشتر از آن است. دوم این که مهر موجب می شود بسیاری از شوهران قرضدار زوجه گردند و نتوانند آن را پردازند و در حالی که ذمه آنها مشغول به این دین است از دنیا رخت بریندند و دیندار زوجه باقی بمانند. سوم این که پرداخت مهر با اصل برابری زن و مرد در برابر قانون که در ماده ۲۲ ق. ا تضمین شده است در تعارض به نظر رسد. چهارم این که مهر مانع ازدواج می شود. زیرا، مرد مکلف است آن را پرداخت نماید. در صورت نداشتن پول مرد باید مجرد بماند مخصوصاً در ممالکی که فقر در آن حاکم است مانند افغانستان. در صورتی که افراد فقیر باشند، بسیار مشکل و حتی ناممکن است که یک مرد ده لک افغانی یا بیشتر از آن به زوجه مهر پردازد و نفقه زن و اطفال زن را فراهم نماید.

#### گفتار دوم) انواع و مقدار

طبق فقه<sup>۴۲۲</sup> و ق. م مهر به دو نوع است: مهر المسمی و مهر مثل:

۱) **مهر مسمی:** مسمی اسم مفعول از ریشه «سمو» گرفته شده است که در لغت به معنی نامیده شده، خوانده شده، معلوم و معین است. در فقه به هر امری که از پیش مقرر و معلوم شده باشد «مسمی» می گویند.<sup>۴۲۳</sup> با توجه به معنی لغوی مسمی، مهر مسمی عبارت از مهری است که بنا بر توافق طرفین حین انعقاد عقد ازدواج تعیین می شود. به عبارت ساده: مهر مسمی عبارت از مهری است که طرفین آن را در وقت بستن عقد ازدواج معین نمایند. مقدار این مهر معمولاً در افغانستان توسط وکلا و یا اولیای طرفین تعیین می شود. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و کلای احمد و حمیده مقدار مهر را ده لک افغانی تعیین نمایند، این مهر را مهر مسمی می گویند.

421 . <https://8am.af/90-of-couples-have-been-divorced-last-year-by-women/> (Last visit: 6/May/2021).

۴۲۲. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلتہ، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۶۷۷۴.  
۴۲۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۳۸.

۲) مهر مثل: مثل به معنی شبیه، مانند و نظیر است که جمع آن امثال می باشد.<sup>۴۲۴</sup> به نظر فقهای حنفیه مهر مثل عبارت از مهری است که برای امثال و اقربان زن در نکاح معین می گردد. این مهر براساس مهر خویشاوندان پدری زن پرداخت می گردد، مانند: عمه و دختر عمه دختر.

در صورت عدم موجودیت خویشاوند، این مهر بر اساس مهر زنانی پرداخت می گردد که از حیث زیبایی، سن، دوشیزگی و عدم آن، سلامت عقل، داشتن فرزند و عدم آن و وضعیت اجتماعی او از حیث ادب، دانش و معرفت، تمول و موقعیت خانوادگی با زن مورد نظر همسان اند.<sup>۴۲۵</sup> طبق ماده ۳ فقره ۸ قانون مراسم عروسی: «مهرالمثل: مهری که در حین عقد ازدواج برای زنان معلوم نشده و پس از زفاف از روی حد متوسط مهر زنان اقارب برای او تعیین می شود.» به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و مهر را نفی نمایند یا مقدار مهر تعیین نشود، حمیده مستحق مهر مثل می گردد. مقدار این مهر با توجه به مهر دخترانی که همشان و شبیه حمیده اند تعیین می گردد.

به اتفاق نظر فقهاء حد اکثر مهر در شرع معین نگردیده است. از همین رو، بسیاری از فقها بر این نظر اند که زمانی که حضرت عمر رضی الله عنه تصمیم گرفت مقدار مهر را به چهار صد درهم تحدید نماید به مردم گفت: ای مردم! مهر زنان را بیش از چهل «اوقیه»: یعنی؛ نقره ندهید. ولی، زمانی که از منبر پایین شد، زنی از قریش برایش گفت: ای عمر رضی الله عنه تو چنین حقّی نداری! حضرت عمر رضی الله عنه پرسید: چرا؟! زن جواب داد: چون خداوند جل جلاله فرموده است: ﴿وَأْتَيْتُمُ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ - [النساء: ۲۰] حضرت عمر رضی الله عنه گفت: معذرت می خواهم همه مردم بیش از عمر رضی الله عنه فقه می دانند. سپس، برگشت بالای منبر و گفت: من شما را منع کردم از اینکه مهر زنان را بیش از چهار صد درهم ندهید. من از این قول خود برگشتم، هر کس از مال خود هرچه می خواهد مهر تعیین نماید.<sup>۴۲۶</sup> هرچند بسیاری از فقها این داستان را نقل کرده اند، اما این داستان توسط برخی دیگری از فقها رد شده است.<sup>۴۲۷</sup>

مانند حدّ اکثر مهر، حدّ اقل مهر نیز در حقوق اسلام تعیین نگردیده است. باوجوداین، در باره حدّ اقل مهر احناف بر این نظر اند که حداقل میزان مهر ده درهم شرعی است.

۴۲۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۷۰۸.

۴۲۵. اسعد محمد سعید الصاغرچی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۱۸۹؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۷۷۵ - ۶۷۷۷؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۵۶؛ و عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، صص ۹۱ و ۹۲.

۴۲۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۷۶۳؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۴۹ و ۵۰.  
427. Muhammad Mustafa al - Jibaly, (2005). Love and mercy, revised edi. Beirut, Lebanon: Al- Kitab & As sunnah Publishing, pp 77-79.

«لَا مَهْرَ أَقَلِّ مِنْ عَشْرَةِ دِرْهَمٍ.»<sup>۴۲۸</sup>

«مهر کمتر از ده درهم صحیح نیست.»

باوصف این همه، اندک بودن میزان مهر در حقوق اسلام سنت است<sup>۴۲۹</sup> زیرا حقوق اسلام می خواهد فرصت ازدواج برای همه اشخاص اعم از متمول و فقیر فراهم شود تا همه از تمتع جنسی حلال بهره مند گردند. زمینه و فرصت ازدواج وقتی برای همه فراهم می شود که راه ازدواج برای همه سهل و ساده گردد تا افراد فقیر و تنگدست که اکثریت افراد جامعه را تشکیل می دهند و توانایی پرداخت مبالغ گزاف و سنگین را ندارند، از عهده آن موفق بدر آیند و توانایی پرداخت آن را داشته باشند. بنابراین، حقوق اسلام مهر های سنگین را مکروه می داند و در این باره اعلام می دارد که مهر هر اندازه کمتر باشد، ازدواج با فضیلت تر و مبارکتر است و اندک بودن مهر از میمنت و خوش یمن بودن آن محسوب می گردد. پیامبر خدا ﷺ در این باره فرموده است:

«إِنَّ أَعْظَمَ النِّكَاحِ بَرَكَهٌ أَيْسَرُهُ مُؤَنَةً.»<sup>۴۳۰</sup>

«با برکت ترین نکاح، نکاحی است که هزینه و زحمت آن کمتر و آسانتر باشد.»

همچنین پیامبر ﷺ در این مورد فرموده است:

«يُمْنُ الْمَرْأَةِ خِفَةُ مَهْرِهَا وَ يُسْرُ نِكَاحِهَا وَ حُسْنُ خُلُقِهَا، وَ سُؤْمُهَا غِلَاءُ مَهْرِهَا وَ عُسْرُ نِكَاحِهَا وَ سُوءُ خُلُقِهَا.»

«مبارک و میمنت زن کم بودن مهر و آسان بودن نکاح و نیکو سیرتی و خوش اخلاقی او است و

نامیمونی و نا مبارکی زن سنگین بودن مهر، دشواری نکاح و بد اخلاقی او است.»<sup>۴۳۱</sup>

ق. م با پیروی از حقوق اسلام در باره میزان حد اقل و اکثر مهر سکوت اختیار نموده است. در افغانستان مهر بر حسب عرف و عادات پرداخت می شود و از ولایت افغانستان تا ولایت دیگر مقدار آن بر حسب توانایی مالی مرد متفاوت است. به عنوان مثال، معمولاً مقدار مهر در کابل در حال حاضر از سه الی ده لک افغانی است حداقل با یک اطاق با ملحقات آن. البته، مقداری از این مبلغ را که صرف خرید لباس، طلا و سایر وسایل عروسی که مربوط به زوجه می گیرد مهر معجل و مقداری باقی را مهر مؤجل زوجه محسوب می نمایند.

گفتار سوم) شرایط مالی که در عقد ازدواج مهر قرار می گیرد

۴۲۸ . رواه بیهقی به سند ضعیف، و رواه بن ابی حاتم.

۴۲۹ . جهت معلومات مزید در این باره ر. ک: وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۷۶۲-۶۷۶۶.

۴۳۰ . رواه احمد عن عائشة رضی اللہ عنہا.

۴۳۱ . وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۷۶۳ و ۶۷۶۴.

طبق ماده ۱۰۰ ق.م: «مال قابل تملک مهر تعیین شده می تواند...». طبق نص این ماده مال قابل تملک مهر تعیین شده می تواند. تملک در لغت به معنی تحت ملکیت در آوردن است. به حیث مثال، اموال عامه و اموال دولتی قابل تملک نیست. بنابراین، هیچ کس نمی تواند تفریح گاه های عامه، سرک های عامه و نظیر اینها را تحت تملک درآورد. این اموال نمی توانند در عقد ازدواج به عنوان مهر تعیین شود.

به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید، احمد نمی تواند سرک های عامه، قبرستان های عمومی، اموال دولتی و نظیر اینها را به عنوان مهر حمیده تعیین نماید. زیرا، از یکطرف این اموال قابل تملک نیستند و از طرف دیگر احمد نمی تواند این اموال را به حمیده تسلیم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط مالی است که می تواند به عنوان مهر در عقد ازدواج تعیین شود. طبق فقه مالی که در عقد ازدواج مهر تعیین می شود باید دارای شرایط زیرین باشد:

۱) اینکه مال متقوم باشد: مالی که در نکاح مهر تعیین می شود باید متقوم: یعنی؛ از جمله اعیانی باشد که تملیک، تملک و بیع آن جایز باشد و دارای قیمت معین باشد مانند: زمین، خانه، گندم و نظیر اینها. بنابراین، مال غیر متقوم: یعنی؛ غیر قابل تملیک و تملک که بیع آن در بازار جایز نباشد مانند: شراب، خنزیر و نظیر اینها، در عقد ازدواج مهر تعیین شده نمی تواند.<sup>۴۳۲</sup>

۲) اینکه مال قابل تسلیم و تسلیم باشد: در تعیین مهر شرط است مالی که مهر تعیین می شود، قابل تسلیم و تسلیم باشد: یعنی، مالک آن بتواند آن را به زوجه اش تسلیم نماید، زیرا غرض از تعیین مهر در عقد ازدواج تسلیم و تملیک آن به زوجه است. بنابراین، هرگاه شوهر مالی را به عنوان مهر تعیین نماید که قادر بر تسلیم آن به زوجه نباشد مانند: پرنده در هوا، ماهی در آب، معدن در بطن زمین، باغ و یا زمینی که در ید غاصب باشد و... صحیح نیست.

۳) اینکه مالی که مهر تعیین می گردد معلوم باشد: در تعیین مهر شرط است مالی که در عقد ازدواج مهر تعیین می شود، معلوم باشد. بنابراین، مالی که در عقد ازدواج مهر تعیین می گردد نباید مجهول باشد مگر در «زواج التفویض». معلوم بودن مهر، مستلزم معلوم بودن مقدار، جنس و وصف آن است.

با در نظر داشت شرایط فوق، فقهاء قاعده ای را وضع کرده اند که براساس آن می توان اموالی که می توانند مهر قرار بگیرند و اموالی را که نمی توانند مهر قرار بگیرند تشخیص نمود. چنانچه احناف می گویند: «هر آنچه که متقوم، معلوم و مقدور التسلیم باشد می تواند مهر قرار بگیرد...». بنابراین، مهر

۴۳۲. همان، (۹)، ص ۶۷۶۷؛ و عبدالرحمن الجزیری (\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۷۸.

می تواند طلا، نقره، دین و عین، اموالی کیلی و وزنی، حیوان، عقار و عروض تجارتي مانند: جامه و ... باشد. همچنین، مهر ممکن است منفعت مال مانند: سکونت خانه، زرع زمین، رکوب موتر و امثال اینها قرار بگیرد. ۴۳۳

#### گفتار چهارم) مهر معجل و مؤجل

طبق ماده ۱۰۱ ق. م: «(۱) کل یا قسمتی از مهر، حین عقد طور معجل یا مؤجل تعیین شده می تواند؛ و (۲) در صورت عدم تصریح، به عرف رجوع می گردد. پرداخت مهر مؤجل در صورت تفریق یا وفات تابع مدت کوتاه تر می باشد، مگر اینکه حین عقد مدت معینی تصریح شده باشد.» از نص این ماده پنج قاعده استنباط می گردد:

۱- طرفین عقد ازدواج می توانند پرداخت کل و یا قسمتی از مهر را به صورت معجل تعیین نمایند. تعجیل از ریشه عَجَلَ گرفته شده است که به معنی شتاب کردن، سرعت و ... به کار می رود. مهری را که به صورت نقدی و عاجل پرداخت می شود در اصطلاح حقوقی مهر معجل (حال) می نامند. ۴۳۴

۲- طرفین عقد ازدواج می توانند پرداخت کل و یا قسمتی از مهر را به صورت مؤجل تعیین نمایند. تأجیل از ریشه أَجَلَ گرفته شده است که به معنی مهلت دادن، تأخیر کردن و موکول کردن به وقت دیگر به کار می رود. مهری را که به صورت مهلتی پرداخت می شود در اصطلاح حقوقی مهر مؤجل می نامند. ۴۳۵

به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و مهر حمیده پنج لک افغانی تعیین شود و احمد همه آن را یا دو و نیم لک آن به صورت عاجل پرداخت نماید، دو و نیم لک را معجل و دو و نیم لک باقی را مؤجل می گویند. همچنین، اگر احمد همه آن را به طور عاجل پرداخت نماید، مهر را معجل می گوید. اگر احمد تعهد نماید تا پنج لک افغانی را در آینده به حمیده پرداخت نماید، آن را مهر مؤجل می گویند. بنابراین، طبق نص این ماده تعجیل و تأجیل مهر جواز دارد. به عبارت دیگر: مهر معجل و مهر مؤجل طبق ق. م جواز دارد.

۳- در صورتی که طرفین در خصوص پرداخت مهر به صورت معجل و یا مؤجل سکوت اختیار نمایند، در این صورت مطابق عرف و عادات عمل می شود. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و در خصوص تعجیل و تأجیل مهر سکوت اختیار نمایند، در این صورت باید به عرف

۴۳۳. جهت معلومات بیشتر در این باره ر. ک: وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویته: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۶۷۶۷.

۴۳۴. عبدالله سیاح (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (\_\_\_\_): ترجمه المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام، ص ۴۱۵؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹.

۴۳۵. عبدالله سیاح (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (\_\_\_\_): ترجمه المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام، ص ۴۱۵؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۹.

مراجعه صورت گیرد و ملاحظه گردد که در عرف پرداخت مهر چگونه است. به حیث مثال، در عرف مردم کابل، بدخشان، تخار، مزار و نظیر اینها.

۴- در صورتی که مهر مؤجل باشد و تفریق میان زوجین صورت بگیرد یا زوج یا زوجه وفات نماید، در کوتاه ترین مدت بعد از وفات و تفریق مهر مؤجل زوجه باید پرداخت شود، زیرا مهر مؤجل زوجه با وفات یا تفریق و طلاق به مهر معجل تبدیل می شود. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و مهر حمیده مؤجل باشد، این مهر در دو حالت پرداخت می گردد. نخست در صورت تفریق میان احمد و حمیده. به حیث مثال، اگر احمد حمیده را طلاق دهد، باید مهر مؤجل حمیده را پرداخت نماید.

همچنین، اگر تفریق قضایی میان احمد و حمیده صورت بگیرد، احمد مکلف است مهر مؤجل حمیده را پرداخت نماید. دوم در صورت وفات زوج یا زوجه. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید، مهر مؤجل حمیده باید از ترکه احمد به حمیده پرداخت شود. همچنین، اگر حمیده وفات نماید، مهر مؤجل حمیده توسط احمد در ترکه حمیده باید پرداخت شود. زیرا، مهر دین است و باید مانند سایر دیون متوفی از مدیونین متوفی اخذ گردد. در این دو صورت باید دید که کدام کوتاه تر است. اگر احمد اول وفات نماید باید مهر حمیده اول پرداخت شود. اما، اگر تفریق میان احمد و حمیده صورت بگیرد بدون این که احمد یا حمیده وفات نماید، اول باید مهر حمیده پرداخت شود.

۵- قاعده سوم (پرداخت مهر در کوتاه ترین مدت وفات یا تفریق) در صورتی که قابل تطبیق است که در عقد ازدواج زمان پرداخت مهر تعیین نشده باشد. بنابراین، اگر در زمان انعقاد عقد ازدواج پرداخت مهر تعیین شده باشد، احمد مکلف است آن را مطابق زمان تعیین شده در عقد پرداخت نماید و منتظر وفات زوجه یا تفریق نباشد.

به عبارت دیگر: کوتاه ترین مدت زمانی مدار اعتبار است که در عقد مدت معین برای پرداخت مهر مؤجل پیش بینی نشده باشد. بنابراین، در صورتی پیش بینی مدت معین، پرداخت مهر در کوتاه ترین مدت بعد از وفات شوهر و انحلال عقد ازدواج صورت نمی گردد، بلکه مهر مؤجل باید در موعد معین شده در عقد به زوجه پرداخت شود. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و در عقد ازدواج پیش بینی شود که احمد مکلف است بعد از شش ماه از تاریخ عقد ازدواج مهر مؤجل حمیده را پرداخت نماید، احمد مکلف است مهر مؤجل را بعد از سپری شدن شش ماه پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی قواعد تعجیل و تأجیل مهر و مهر مؤجل و مهر معجل است.

در فقه به اتفاق نظر همه فقهاء تأجیل و تعجیل کلّ یا قسمتی از مهر جواز دارد.<sup>۴۳۶</sup> پرداخت قسمتی از مهر به صورت معجل یا نقدی مستحب است، زیرا ابو داود، نسایی و حاکم از ابن عباس رضی الله عنه روایت کرده اند که پیامبر صلی الله علیه و آله حضرت علی رضی الله عنه را پیش از اینکه چیزی برای فاطمه بدهد از زفاف منع نمود. حضرت علی رضی الله عنه گفت: چیزی ندارم تا به عنوان مهر به حضرت فاطمه رضی الله عنها بدهم! پیامبر صلی الله علیه و آله گفت: زره «حصمی» شما کجاست؟ حضرت علی رضی الله عنه آن را به عنوان مهر به فاطمه رضی الله عنها داد.

همچنین ابو داود و ابن ماجه از حضرت عایشه رضی الله عنها روایت کرده اند که گفت: پیامبر صلی الله علیه و آله به من امر کرد که زنی را پیش شوهر او ببرم قبل از اینکه چیزی برای او بدهد.<sup>۴۳۷</sup> روی همین دلایل، فقهاء به اتفاق آراء بر این نظر اند که: تعجیل و تأجیل تمام مهر و یا قسمتی از آن جایز است مشروط بر این که موضوع یا به تفصیل معلوم باشد، مانند اینکه: مرد بگوید: «با مهر ۱۰۰ درهم» با تو ازدواج می کنم، ۵۰ درهم معجل و ۵۰ درهم مؤجل تا یکسال؛ یا به اجمال معلوم باشد، مانند این که مرد به زن بگوید: «تا کوتاه ترین مدت به: مرگ یا طلاق.» ولی، اگر زمان به نحو فاحشی مجهول باشد، مانند این که مرد بگوید: «تا وقتی که مسافر بیاید» چنین اجلی باطل است.

به صورت مشخصتر فقهای حنفیه در این باره می گویند: تأجیل و تعجیل پرداخت قسمتی از مهر یا کل آن به زمان قریب، بعید و نزدیک ترین زمان به طلاق یا وفات بر حسب عرف و عادات صحیح است مشروط بر این که زمان موعد پرداخت مهر به نحو فاحش مجهول نباشد، مانند این که مرد به زن بگوید: «با مهر ۱۰۰ درهم با تو ازدواج می نمایم تا باریدن باران یا وزیدن باد.»

هرگاه زن و مرد مبنی بر تقسیم مهر توافق نمایند، چنین توافقی صحیح است. ولی، در صورتی که تعجیل و تأجیل مهر را معین ننمایند، به عرف و عادات عمل می شود. زیرا، آنچه در عرف معروف است، مانند این است که شرط شده باشد.<sup>۴۳۸</sup> در صورتی که در این باره عرفی وجود نداشته باشد، زن مستحق دریافت مهر معجل می گردد. زیرا، سکوت در باره پرداخت مهر حکم مهر معجل را دارد چرا که اصل این است که پرداخت مهر در اثر تمام شدن عقد واجب می گردد. زیرا، مهر یکی

۴۳۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کوئته: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۶۷۸۶؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۵۱ و ۵۲؛ و عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۱۱۹.  
۴۳۷. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۵۱ و ۵۲.

۴۳۸. «المعروف بالعرف كالمعروف بالشرط.»



از آثار عقد است. پس، در صورتی که تأجیل به صورت صریح یا بر مبنای عرف شرط نشده باشد، به اصل عمل می شود.<sup>۴۳۹</sup>

#### گفتار پنجم) حالات لزوم پرداخت مهر

طبق ق. م پرداخت مهر مسمی در حالات ذیل بر زوجه لازم می گردد:

۱) در صورت وطی: براساس بند اول ماده ۹۸ ق. م: «کُلّ مهر با وطی [...] لازم می گردد...». طبق نص این ماده کل مهر با وطی لازم می گردد. وطی در لغت به معنی مجامعت و جماع است. در اصطلاح حقوق مدنی، به نظر می رسد معنی اصطلاحی این کلمه از معنی لغوی آن گرفته شده است. بنابراین، وطی عبارت از جماع است.<sup>۴۴۰</sup> به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و احمد حمیده را وطی نماید، پرداخت کل مهر حمیده بر احمد لازم می گردد. طبق نص این ماده مهر را زوج به زوجه در برابر وطی پرداخت می نماید. ایراد نص این ماده در بالا تذکر یافت.

۲) در صورت خلوت صحیح: طبق بند دوم ماده ۹۸ ق. م: «کُلّ مهر با [...] خلوت صحیحه [...] لازم می گردد...». طبق نص این ماده کل مهر با خلوت صحیح بر زوج لازم می گردد. خلوت صحیح در ق. م تعریف نشده است. خلوت در لغت به معنی تنهایی، تنهایی گزیدن و انزوا است.<sup>۴۴۱</sup>

به موجب فقه خلوت صحیح ناظر بر موردی است که زوج و زوجه در مکانی جمع شوند که بدون اجازه آنها کسی در آنجا حقّ دخول را نداشته باشد. بنابراین، خلوت صحیح در صحرا، سطح آنچه که اطراف آن توسط دیوار طوری احاطه نشده باشد که مانع رویت آنها نگردد متحقق نمی گردد. علاوه براین، در خلوت صحیح شرط است که میان زوج و زوجه مانع حسی مانند مصاب بودن یکی از زوجین به مریضی اعمّ از این که مانع جماع شود و یا خیر، مانع شرعی مانند: حیضه یا نفاسه بودن یا صایم یا مُحْرَم بودن یکی از زوجین و مانع طبیعی مانند: موجودیت شخص ثالث نزد زوجین وجود نداشته باشد.<sup>۴۴۲</sup>

در صورت فقدان یکی از شرایط، خلوت فاسده به نظر می رسد. بنابراین، به نظر می رسد خلوت فاسده عبارت از خلوتی است که فاقد یکی از این شرایط، خلوت صحیح باشد. به حیث مثال، اگر

۴۳۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۷۸۷ و ۶۷۸۰؛ مُحمّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفیٰ جبازی و حمید مسجد سرائی، تهران: انتشارات ققنوس، صص ۷۵ و ۷۶.

۴۴۰. (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۳۱/۸) <https://www.vajehyab.com> 440.

441. Ibid, (۲۰۱۶/۳۱/۸) (آخرین بازدید).

۴۴۲. جهت معلومات مزید در این باره ر. ک: وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۷۸۰-۶۷۸۲؛ عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، صص ۸۸-۹۱؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۴۰۳ و ۱۴۰۴.

احمد با حمیده ازدواج نماید و خلوت صحیحہ میان احمد و حمیده صورت بگیرد، پرداخت تمام مهر بر احمد لازم می‌گردد.

به نظر می‌رسد برای رفع شبهه و نزاع قانونگذار مدنی پیش بینی نموده است که خلوت صحیحہ حکم دخول را دارد. ماده ۹۱ ق. م در این باره حکم می‌نماید که: «در مورد لزوم کل مهر، خلوت صحیحہ، حکم دخول را در نکاح صحیح دارد، گرچه زوج عنین باشد. همچنین، در مورد اثبات نسب، نفقه، حرمت نکاح خواهر زوجه، حکم خلوت صحیحہ، عیناً حکم دخول در نکاح صحیح را دارا می‌باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط به نظر می‌رسد:

نخست این که: در مورد لزوم تمام مهر خلوت صحیح حکم دخول را در نکاح صحیح دارد. بنابراین، خلوت صحیح مانند دخول حکمی در نکاح صحیح است. در صورت تحقق خلوت صحیحہ فرق نمی‌کند که زوج عنین باشد و یا غیرعنین. عن مصدر عن است که در لغت به معنی ناتوانی جنسی است و در اصطلاح فقهی عن عبارت از مرضی است که مرد دچار به آن، از انجام آمیزش جنسی با وجود سلامت عضو با زوجه اش ناتوان است. به صورت مشخص تر: جمهور فقهاء عن را عجز از وطی باوجود سلامت ذکر و مالکیه عن را صغر ذکر به نحوی که شخص مصاب به آن نتواند زوجه اش را وطی نماید و شخصی را که به این مرض دچار است عنین می‌نامند.<sup>۴۴۳</sup>

به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و خلوت صحیحہ میان احمد و حمیده صورت بگیرد، خلوت صحیح در حکم دخول است. به عبارت دیگر: خلوت صحیح دخول حکمی است. دخول دو نوع است. دخول حقیقی که تعریف آن گذشت. دخول حکمی که عبارت از خلوت صحیحہ است. در چنین حالتی تفاوت نمی‌کند که زوج عنین یا غیرعنین باشد. بنابراین، اگر شوهر ایزک باشد و با خانمش خلوت صحیح نماید، پرداخت مهر بر زوج لازم می‌گردد.

دوم این که: در خصوص اثبات نسب طفل، تأمین نفقه برای زوجه، حرمت نکاح خواهر زوجه، حکم خلوت صحیحہ مانند حکم دخول در نکاح صحیح است. بنابراین، در صورت تحقق خلوت صحیح، نسب طفل ناشی از خلوت صحیحہ برای زوجین ثابت می‌گردد. در صورت خلوت صحیح نفقه برای زوجه واجب می‌شود. همچنین، خلوت صحیحہ موجب ایجاد حرمت مؤقت ازدواج با خواهر زوجه مانند دخول در نکاح صحیح می‌گردد.

۴۴۳. مُحَمَّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرایی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۶۲؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ه. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الأوقاف و الشئون الإسلامية، ص ۶۷؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۹۸.

به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم خلوت صحیحه است. به نظر می‌رسد انتقاد هایی که بر تعریف مهر وارد است، بر حالات لزوم پرداخت مهر نیز وارد به نظر می‌رسد. زیرا، صرف در صورت تحقق این حالات (دخول و خلوت صحیحه) پرداخت مهر توسط مرد بر زن لازم می‌گردد.

فقهای حنفیه بر این عقیده اند که هرگاه خلوت صحیحه میان زوج و زوجه متحقق گردد، پرداخت مهر توسط زوج به زوجه لازم می‌گردد. زیرا، از پیامبر ﷺ روایت شده است که: «مَنْ كَشَفَ خِمَارَ امْرَأَتِهِ وَ نَظَرَ إِلَيْهَا وَ جَبَّ الصَّدَاقَ دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ». <sup>۴۴</sup>؛ «کسی که حجاب زوجه اش را رفع و به او نظر نماید، مهر لازم می‌گردد خواه دخول صورت بگیرد یا نگیرد.»

همچنین، از زرارة بن ابی اوفی روایت شده است که گفته است: خلفای راشدین حکم کرده اند که: هرگاه در بر روی زوجین بسته شود و پرده ها آویزان گردد، پرداخت مهر به زوجه لازم می‌گردد و زوجه مکلف به رعایت عده است خواه زوج وی را وطی نماید یا ننماید. <sup>۴۵</sup>

**۳) در صورت فوت یکی از زوجین:** به موجب بند اخیر ماده ۹۸ ق.م: «کلّ مهر با [...] وفات یکی از زوجین گرچه دخول یا خلوت صحیحه صورت نگرفته باشد لازم می‌گردد.» طبق نص این ماده تمام مهر با وفات یکی از زوجین لازم می‌گردد. در چنین حالتی فرق نمی‌کند که خلوت صحیحه یا دخول میان زوجین صورت گرفته باشد یا نه. وفات در لغت به معنی مرگ، مردن، موت و فوت است. در اصطلاح حقوق مدنی، وفات وصفی است برای شخصی که نشانه های زندگی کاملاً در او از بین رفته است. <sup>۴۶</sup> همچنین، فوت عبارت از بیرون رفتن روح از تن آدمی است به نحوی که از تحرك و جنبش باز ماند. <sup>۴۷</sup> طبق نص این ماده دو حالت متصور است:

نخست: در صورتی که شوهر وفات نماید، باید تمام مهر زن قبل از تقسیم ترکه شوهر به زوجه او داده شود، زیرا به نظر می‌رسد در این صورت مهر زن مانند سایر دیون شوهر متوفی دین تلقی می‌گردد.

دوم: در صورتی که زن وفات نماید، شوهر مکلف است کل مهر او را بپردازد. در این فرض، مهر زن مانند سایر دیون زن تلقی می‌گردد که باید از مدیونین توسط تصفیه کننده ترکه گرفته شود و جزء

۴۴۴. رواه دارقطنی عن محمد بن عبدالرحمن بن ثوبان رضی الله عنه.

۴۴۵. جهت معلومات مزید در این باره ر. ک: وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۷۸۰-۶۷۸۲.

۴۴۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۹۰.

۴۴۷. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۵۳؛ و محمد حسین ساکت (۱۳۸۶). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ سوم، نشر انتشارات جنگل، جاودانه، ص ۸۸.

ترکه قرار بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و احمد یا حمیده وفات نماید، پرداخت کل مهر بر احمد لازم می‌گردد هر چند میان احمد و حمیده دخول و خلوت صحیحه که تعریف هر یک در بالا گذشت صورت نگرفته باشد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۹۸ ق. م پیش بینی حالات لزوم پرداخت مهر است.

#### گفتار ششم) حالات لزوم پرداخت مهر مثل

طبق ماده ۹۹ ق. م: «زوجه مستحق مهر مسمی می‌باشد، اگر مهر حین عقد تعیین نشده و یا نفی آن به عمل آمده باشد، مهر مثل لازم می‌گردد.» از نص این ماده دو حکم استنباط می‌گردد: (۱) زوجه مستحق مهر مسمی می‌باشد. تعریف مهر مسمی در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و وکلای احمد و حمیده مقدار مهر را ده لک افغانی تعیین نمایند، این مهر را مهر مسمی می‌گویند و حمیده مستحق آن می‌گردد.

(۲) در صورت عدم تعیین مهر در حین انعقاد عقد و یا نفی آن، زوجه مستحق مهر مثل دانسته می‌شود. به حیث مثال، اگر احمد با جمیله ازدواج نماید و وکلا یا اولیای آنها به هر دلیلی مهر را معین نمایند یا احمد و جمیله توافق نمایند که احمد به جمیله مهر نپردازد، در هر دو صورت جمیله مستحق مهر مثل می‌شود.

چنانچه گفته شد، دلیل و حکمت این حکم چنانچه برخی حقوقدانان معتقد اند این است که: الزام مربوط به پرداخت مهر توسط شوهر ناشی از حکم قانون است و ریشه قرار دادی ندارد. از همین سبب، سکوت دو طرف در عقد، و حتی توافق بر این که زن مستحق مهر نباشد، نمی‌تواند تکلیف مرد را در این زمینه از بین ببرد.<sup>۴۴۸</sup> به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۹۹ ق. م پیش بینی حالت لزوم پرداخت مهر مثل است.

#### گفتار هفتم) متعه و حالات پرداخت آن

(۱) تعریف: متعه از متع گرفته شده است که در لغت به معنی بهره مندی و برخوردار است.<sup>۴۴۹</sup> از نظر اصطلاحی متعه عبارت مال، لباس و متاعی است که شوهر به خاطر اکرام و کمک و بخاطر تلافی و جبران طلاق به زوجه مُطَلَّقه اش می‌دهد.<sup>۴۵۰</sup>

۴۴۸. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۲). حقوق مدنی: خانواده، جلد (۱)، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ص ۱۳۸.

۴۴۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۰۱.

۴۵۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۸۳۰؛ و محمد علی صابونی (۱۳۸۵). تفسیر آیات الاحکام، مترجم: نعمت الله شهرانی، جلد (۱)، چاپ دوم کابل: انتشارات نعمانی، ص ۴۳۰.

۲) مقدار: در باره نوع و مقدار متعه در شرع کدام نص وجود ندارد. فقهای حنفیه می گویند: حد اقل مقدار متعه عبارت از چادر، پیراهن و قمیص است که باید از نصف مهر زیاد باشد.<sup>۴۵۱</sup>

۳) حکمت: برخی از فقهاء بر این نظر اند که حقوق اسلام پرداخت متعه را به زن مُطَلَّقه واجب گردانیده و مقدار آن را مربوط به حالت اقتصادی مرد گردانیده است که چنین متعه ای به زنان مُطَلَّقه قبل از دخول که مهر ایشان معین نشده باشد واجب و در سایر مُطَلقات مستحب است. حکمت پرداخت متعه به زنان مُطَلَّقه این است که طلاق قبل از دخول موجب تولید اشتباه نزد مردم می گردد. به این توضیح که: مردم تصور می نمایند که ممکن است شوهر در باره زوجه مُطَلَّقه ای خویش بدگمان شده و در اخلاق و رفتار او بدگمان باشد و این وضع موجب بدنامی زوجه مُطَلَّقه می گردد. ولی، اگر قبل از دخول و بعد از طلاق به زوجه مُطَلَّقه غیر مدخول بها متعه بدهد و احسان نماید، این بدنامی از زوجه مُطَلَّقه دفع می گردد. زیرا، در چنین حالتی مردم خواهند گفت که: این طلاق بر اساس معذرتی صورت پذیرفته است و نیز این متعه به منزله مرهمی است برای جراحات قلبی و معنوی وی به واسطه وقوع طلاق.<sup>۴۵۲</sup>

۴) حالات پرداخت متعه: طبق ماده ۱۰۷ ق. م: «هرگاه تفریق بین زوجین قبل از دخول یا خلوت صحیحه واقع گردد، برای زوجه، متعه ای که عبارت از البسه معمول و امثال آن می باشد، واجب می گردد. در تعیین متعه، توان مالی زوج در نظر گرفته شده و به هیچ صورت قیمت آن از نصف مهر مثل تجاوز نمی کند.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱- در صورتی تفریق بین زوجین قبل از دخول و خلوت صحیحه که تعریف هر دو گذشت صورت بگیرد، برای زوجه پرداخت متعه لازم است. تعریف تفریق در مبحث تفریق قضایی خواهد آمد. تعریف زوجین، دخول و خلوت صحیح گذشت. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده زن و شوهر باشند و حمیده قبل از دخول یا خلوت صحیحه از احمد تفریق قضایی بگیرد، پرداخت متعه بر حمیده لازم می گردد.

۲- طبق نص این ماده در پرداخت متعه توان مالی زوج مدنظر گرفته می شود. به عبارت دیگر: متعه به زن نظر با توانایی مالی و اقتصادی شوهر پرداخته می گردد. در این صورت نیز، قیدی که بر پرداخت متعه وجود دارد این است که قیمت آن نباید، از قیمت نصف مهر مثل بیشتر باشد هرچند شوهر بسیار زیاد پولدار باشد. به حیث مثال، در مثال فرضی بالا، پرداخت متعه نظر به توانایی مالی احمد به حمیده باید پرداخته شود نه توانایی مالی حمیده.

۴۵۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۸۳۴ و ۶۸۳۵؛ و محمد علی صابونی (۱۳۸۵). تفسیر آیات الاحکام، مترجم: نعمت الله شهرانی، جلد (۱)، چاپ دوم کابل: انتشارات نعمانی، صص ۴۳۰ و ۴۳۱.

۴۵۲. همان، محمد علی صابونی، جلد (۱)، صص ۴۳۱ و ۴۳۲.

۳- طبق نص این ماده متعه البسه معمول است مانند لباس های عادی که مردم می پوشند. اگر نص این ماده را امروزه در عمل تطبیق نماییم، روشن می شود که متعه اگر قیمت آن، نصف قیمت مهر مثل باشد، نمی تواند البسه معمول باشد، زیرا مقدار مهر مثل امروزه در افغانستان بسیار بالا است. نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به ماده ۱۰۵ ق. م است زیرا طبق ماده ۱۰۵ ق. م در صورتی که تفریق میان زوجین قبل از دخول و خلوت صحیح صورت گیرد، زوجه مستحق نصف مهر مثل یا مسمی می شود. بنابراین، نص این ماده را باید کنار هم قرار داد و تفسیر ساختاری-منطقی نمود. تفصیل ماده ۱۰۵ در ذیل خواهد آمد.

همچنین، نص این ماده مرتبط به ماده ۱۰۶ ق. م است زیرا طبق ماده ۱۰۶ ق. م در صورتی که تفریق بین زوجین قبل از دخول و خلوت صحیح صورت بگیرد و این تفریق در اثر مطالبه زوجه صورت بگیرد، مهر زن کاملاً ساقط می شود و در عوض بر شوهر لازم است تا برای زوجه متعه بپردازد. برای درک این حکم باید مواد ۱۰۶ و ۱۰۷ ق. م را کنار هم قرار داد و تفسیر ساختاری-منطقی نمود. تفصیل ماده ۱۰۶ در ذیل خواهد آمد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حالت لزوم و وجوب متعه به زوجه است.

همچنین، طبق ماده ۱۰۸ فقره های اول و دوم ق. م: «۱- هرگاه طلاق قبل از دخول واقع گردیده و مهر مسمی باشد و یا زوج وفات نماید، متعه برای زوجه واجب نمی گردد. در صورتی که طلاق بعد از دخول واقع گردد، خواه مهر مسمی باشد یا نه، دادن متعه برای زوجه جواز دارد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- هرگاه طلاق قبل از دخول واقع گردیده و مهر مسمی باشد و یا زوج وفات نماید، متعه برای زوجه واجب نمی گردد. به نظر می رسد در نص این ماده اشتباه تپیی وجود دارد و قانونگذار مدنی به عوض «می گردد»، «نمی گردد» در نص این ماده نوشته است. در صورتی که هدف و منظور قانونگذار مدنی در نص این ماده نمی گردد باشد، نص این ماده خلاف فقه می شود. زیرا، طبق فقه در صورتی که طلاق قبل از دخول صورت بگیرد، پرداخت متعه به زوجه واجب است. این بحث در بالا گذشت و در ذیل نیز خواهد آمد. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. با پذیرش این تصحیح، این نتیجه به دست می آید که در صورتی که طلاق قبل از دخول واقع گردد و مهر مسمی باشد، پرداخت متعه به زوجه لازم است. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و مهر حمیده ده لک افغانی باشد اما هنوز احمد با حمیده جماع نکرده باشد، پرداخت متعه به حمیده لازم می گردد.

۲- هرگاه زوج وفات نماید، متعه برای زوجه واجب نمی گردد. شرح نص این ماده مشکل به نظر می رسد. زیرا، به نظر می رسد فقهاء در خصوص وفات زوج قبل از دخول نظری ارایه نکرده اند. همچنین، اگر بپذیریم که در نص ماده ۱۰۸ اشتباه تیبی وجود دارد و «می گردد»، «نمی گردد» نوشته شده است، این نتیجه به دست می آید که در صورت وفات زوج قبل از دخول پرداخت متعه به زوجه واجب می گردد. به حیث مثال، اگر سلیم با زینب ازدواج نماید و قبل از این که سلیم با زینت جماع نماید، سلیم وفات کند، پرداخت متعه به زینت لازم می گردد. در این صورت، چاره ای جز پرداخت متعه از ترکه سلیم به زینت نیست.

۳- در صورت طلاق بعد از دخول دادن متعه به زوجه جواز دارد خواه مهر مسمی باشد یا نه. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و بعد از دخول حمیده را طلاق بدهد، دادن متعه توسط احمد به حمیده جواز دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم حالات عدم لزوم و استحباب پرداخت متعه توسط زوج به زوجه است.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که احکام مربوط نصف شدن و سقوط مهر و متعه در ق. م بسیار پیچیده است. از جمع این احکام دو قاعده سه قاعده استنباط می گردد:

نخست این که اگر تفریق میان زوجین در اثر مطالبه زوجه صورت بگیرد و هنوز زوج با زوجه جماع نکرده باشد، مهر زن به طور کامل ساقط می شود و زوج باید به زوجه متعه بپردازد. دوم این که اگر زوج زوجه را قبل از جماع طلاق بدهد، نصف مهر زوجه ساقط می شود و زوج باید به زوجه متعه بدهد.

سوم در طلاق ها و تفریق های بعد از دخول زوج می تواند به زوجه متعه بپردازد. قواعد اول و دوم آمره اند و قاعده سوم اختیاری.

فقهای حنفی می گویند: پرداخت متعه توسط زوج به زوجه گاه واجب و گاهی نیز مستحب است: ۱- طلاق های که پرداخت متعه به زوجه واجب است: طلاق که پرداخت متعه به زوجه واجب است قرار ذیل اند:

- طلاق قبل از دخول: شخص که زنی را قبل از دخول یا خلوت صحیحه طلاق بدهد باید به وی متعه بپردازد.<sup>۴۵۳</sup> زیرا، خداوند عز و جل در این مورد فرموده است:

﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَ مَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقره: ۲۳۶]

۴۵۳. وهبة الزحيلي (\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۶۸۳۰؛ و مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۲۰۱۳.

«اگر زنان را پیش از آمیزش جنسی و تعیین مهر بنابر عللی طلاق بدهید، گناهی بر شما نیست در چنین مواقع آنها را با هدیه ای مناسب (متععه) بهره مند بسازید. آنکس که توانایی دارد به اندازه توانایی و آنکس که تنگدست است به اندازه خودش هدیه ای شایسته و مناسب حال دهنده و گیرنده باشد. این کار بر نیکوکاران واجب است.».

همچنین، هرگاه شخص زوجه خویش را قبل از دخول طلاق بدهد و مهر وی نیز تسمیه نشده باشد، باید به وی متعه پردازد.

زیرا، خداوند ﷻ در این مورد فرموده است:

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ - [الأحزاب / ۴۹]

«ای کسانی که ایمان آورده‌اید اگر زنان مؤمن را به نکاح خود درآوردید آنگاه پیش از آنکه با آنان همخوابگی کنید طلاقشان دادید دیگر بر عهده آنها عده‌ای که آن را بشمارید نیست پس متعه ای شان را بدهید و خوش و خرم آنها را رها کنید.».

۲- طلاق های که پرداخت متعه در آنها به زوجه مستحب است: احناف بر این باور اند که پرداخت متعه به زوجه در طلاقی که بعد از دخول واقع گردد و طلاق قبل از دخول در نکاحی که مهر تسمیه شده باشد، مستحب است.<sup>۴۵۴</sup>

به طور کلی، فقهاء در خصوص پرداخت متعه به زوجه مطلقه سه نظر ارایه کرده اند: نخست: این که متعه به هر مطلقه واجب است خواه مهر تعیین شده باشد یا نه. این نظر حسن بصری است.

دوم: متعه به مطلقه ای واجب است که بدون تسمیه مهر قبل از جماع طلاق شده باشد. این نظر فقهای احناف و شوافع است. ابن عباس نیز بر این نظر است که زنی که مهرش تعیین شده باشد دادن متعه به وی واجب نیست بلکه مستحب است.

سوم: متعه به تمام زنان مطلقه مستحب است نه واجب. این مذهب مالکی است.<sup>۴۵۵</sup>

گفتار هشتم) تعیین مهر در حین مرض الموت بیشتر از مهر مثل

طبق ماده ۱۰۹ ق. م: «هرگاه شخصی در حین مرض موت خود ازدواج نموده و مهر زوجه اش را بیشتر از مهر مثل تعیین کرده باشد، این زیادت تابع احکام وصیت می گردد.» طبق نص این ماده

۴۵۴. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۸۳۱؛ و عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۱۰۴. ۴۵۵. محمد علی صابونی (۱۳۸۵). تفسیر آیات الاحکام، مترجم: نعمت الله شهرانی، جلد (۱)، چاپ دوم کابل: انتشارات نعمانی، ص ۳۲۹.



اگر شخصی حین مرض موت، ازدواج نماید و مهر زوجه را بیشتر از مهر مثل تعیین نماید، زیادت مهر بخاطر عدم تضرر ورثه تابع احکام وصیت است.

مرض الموت مرکب از دو کلمه می باشد: مرض که در لغت به معنی بیماری و نیز اختلال های بدنی و روانی است که بر انسان طاری شده و او را از حالت اعتدال خارج می سازد و در اصطلاح فقهی عبارت است از فاصله گرفتن از تندرستی و صحت به دلیل وجود آفت و یا هر آنچه از موجبات بیماری فرض شود و موت که در لغت به معنی مرگ و در اصطلاح فقهی جدا شدن روح از بدن است.

جمهور فقهاء بر این نظر اند که: مرض الموت عبارت از مرض مخوفی است که متصل با مرگ باشد، هرچند سبب مرگ، مرض نباشد. اما، فقهای حنفیه در تعریف مرض الموت می گویند: «مرض الموت عبارت از مرضی است که در اغلب اوقات خوف مرگ مریض در آن متصور باشد و آن حالتی است که اگر مریض از جمله مردها باشد، از انجام کارها و مصالح خویش در خارج از منزل عاجز گردد و در صورتی که مریض از جمله زنان باشد از انجام مصالح خود در داخل منزل عاجز گردد و در همین حالت، قبل از مرور یک سال بمیرد، خواه مریض حالت مریضی را در بستر بگذارد و یا خارج از بستر.

اگر مرض او دوام کند و یک سال از آن بگذرد، چنین مریض تا آنکه مرض او شدت پیدا نکند و حالت او تغییر نیابد، حکم انسان سالم را دارد و تصرفاتش مانند تصرفات انسان سالم و عادی به حساب می آید. اگر حالت او تغییر کرد، و مرض او شدت یافت و بعد از این حالت وفات کرد، از زمان تغییر حالت تا ساعت وفات، حالت مرض را به خود می گیرد.» (ماده ۱۵۹۵ مجله الاحکام).

از جمع تعاریف فوق چنین نتیجه گرفته می شود که تحقق مرض الموت منوط به تحقق شرایط ذیل است:

- اینکه مرض مخوف باشد؛ یعنی: غالباً و عادتاً هلاک مریض در آن متصور باشد؛ و
  - به تعقیب مرض، مرگ واقع گردد اعم از اینکه مرگ به سبب مرض باشد یا سبب خارجی دیگر مانند: قتل، غرق شدن، حریق، تصادم و امثال اینها.
- جمهور فقهاء برخی حالات دیگر را نیز پیش بینی نموده که شخص مواجه به آن با تحقق دو شرط مرض الموت در حکم شخص مصاب به مرض الموت است. این حالات عبارت است از:

- کسی که در داخل کشتی و یا قایق در بحر در حرکت باشد و در اثر طوفان و امواج خوف غرق شدن و هلاکت او غالب باشد. همچنین، در صورت شکستن کشتی و باقی ماندن شخص بر تخته کشتی و ترس از غرق در حکم مرض الموت است؛

- کسی که در اثر قتل یا عمل دیگر به قصاص یا اعدام محکوم شده باشد؛

- شخصی که به دست دشمنانی اسیر و محبوس شود که عادتاً آنها اسیران را قتل نمایند؛

- زن حامله که به درد زایمان مبتلا است. در این حالات و سایر حالات مشابه شرط است که خوف هلاک غالباً متصور باشد.<sup>۴۵۶</sup>

هرچند قانونگذار مدنی در این ماده به مرد در حالت مرض الموت حق داده است تا ازدواج نماید، اما این ماده امروزه عاری از ایراد نیست زیرا در این ماده اصلاً به حق زن توجه نشده است و نگاه قانونگذار مدنی در این ماده نگاه مردانه بوده است. در این ماده بیشتر نگاه قانونگذار به مهر بوده است که بیشتر از مهر مثل نباشد. اما، در صورتی که زوج وفات نماید، زوجه از ناحیه از دست دادن شوهر هم ضرر مادی و هم ضرر معنوی می بیند. بنابراین، ازدواج مرد در حالت مرض الموت توجیه پذیر و عملی به نظر نمی رسد. نص این ماده بیشتر ارزش نظری دارد.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که مریض صلاحیت ابرام عقد ازدواج را دارد. زیرا، وی محتاج شخصی است که پرستاری او را نماید و نیز انیس او باشد. اما، به شرط اینکه مهر بیشتر از مهر مثل نباشد. بنابراین، اگر مهر بیشتر از مهر مثل باشد، زیادت مهر تابع وصیت بر ثلث ترکه بوده نفاذ آن منوط بر اجازه ورثه است. به حیث مثال، اگر احمد مصاب به مرض سرطان باشد که از مصادیق مرض الموت به نظر می رسد و با حمیده ازدواج نماید و مهر حمیده را بیشتر از مهر مثل تعیین نماید، به حیث مثال، مهر مثل حمیده ده لک افغانی باشد و احمد مهر را سیزده لک افغانی تعیین نماید، ده لک افغانی نافذ و سه لک تابع افغانی که زیادت تلقی می شود تابع احکام وصیت است.

بنابراین، اگر ورثه احمد مانند پسر احمد و دختر احمد اجازه دهند حمیده مستحق زیادت می شود و اگر اجازه ندهند حمیده مستحق زیادت نمی شود. به حیث مثال، در صورت اجازه پسر و دختر احمد، مهر سیزده لک افغانی می گردد و در صورت عدم اجازه مقدار مهر ده لک افغانی می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز ازدواج شخص در حالت مرض الموت و مورد حمایت قرار دادن حق ورثه است.

۴۵۶. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۲۹۷۷ و ۲۹۸۸؛ (\_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۷)، كويت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۵-۷؛ و عبدالرزاق احمد السنهوري (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۴)، لبنان، بيروت: دار احياء التراث العربي، صص ۳۱۳-۳۱۵.

گفتار نهم) نصف کردن، زیاد کردن، کاهش و اسقاط کل مهر

۱) نصف کردن مهر: طبق ماده ۱۰۵ ق.م: «هرگاه تفریق قبل از دخول یا خلوت صحیحه واقع گردد، در صورت تسمیه، زوجه نصف مهر مسمی و در غیر آن نصف مهر مثل را مستحق می شود.» طبق نص این ماده هرگاه قبل از دخول و یا خلوت صحیحه میان زوج و زوجه تفریق صورت بگیرد، نصف مهر زن ساقط می شود.

عبارت تفریق در نص این ماده مبهم است. زیرا، معلوم نیست که منظور از تفریق در نص این ماده، تفریق قضایی به سبب مطالبه زوجه است و یا طلاق. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و قبل از دخول یا خلوت صحیحه که تعریف هر دو در بالا گذشت میان احمد و حمیده تفریق واقع گردد، در صورتی که مهر مسمی باشد حمیده مستحق نصف مهر مسمی و در صورتی که مهر مثل باشد مستحق نصف مهر مثل می شود. تعریف و مثال های مهر مسمی و مهر مثل در بالا گذشت.

نص این ماده شبیه ماده ۱۰۶ ق.م است که به موجب آن اگر تفریق قبل از دخول یا خلوت صحیحه به دلیل مطالبه زوجه از محکمه ذیصلاح واقع شود، کل مهر زوجه ساقط می شود. ایرادی که در نص ماده ۱۰۵ ق.م به نظر می رسد این است که در نص این ماده روشن نیست که سبب جدایی زن و مرد، زن است یا مرد.

قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم نصف شدن مهر است. به نظر می رسد نص این ماده از فقه با برخی اشتباهات گرفته شده است. در فقه میان فقهاء اجماع وجود دارد که زوجه قبل از دخول و تفریق مستحق نصف مهر شناخته می شود خواه تفریق طلاق باشد و یا فسخ. بنابراین، منظور از تفریق انحلال و جدایی است که می تواند فسخ، طلاق و تفریق به سبب ارتداد زوج و نظیر اینها باشد.<sup>۴۵۷</sup> در خصوص دلیل اسقاط نصف مهر زن تقریباً تمام فقهاء بر این نظر اند که زن پس از عقد مالک کل مهر مسمی می شود. ولی، فقهای مالکیه می گویند: با عقد زن صاحب نصف مهر می شود.

قایلان به نظریه اول بر این باور اند که زن به محض عقد مالک کل مهر می شود، اما اگر طلاق واقع شد، نصف آن به مرد باز می گردد. ولی، قایلان به نظریه دوم بر این نظر اند که با عقد فقط مالکیت نصف مهر به زن منتقل می شود و با خلوت صحیحه و دخول تمام مهر به مالکیت زن در

۴۵۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۸۰۴ - ۶۸۰۶؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۵۷.

می آید. اما، همه فقهاء اتفاق نظر دارند که اگر جدایی پیش از دخول با طلاق صورت بگیرد، و مهر مسمی باشد، تنها نصف مهر بر عهده مرد قرار می گیرد.<sup>۴۵۸</sup>

زیرا، خداوند ﷻ در این مورد می فرماید:

﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ - [البقره: ۲۳۷]

«اگر بیش از آنکه با زنان تماس بگیرید و آمیزش جنسی بر قرار نمایید، آنها را طلاق دهید، در حالی که مهری برای آنها تعیین کرده اید، لازم است نصف آنچه را تعیین کرده اید به آنها بدهید مگر اینکه آنها حق خود را ببخشند و اگر صغیره و یا سفیه باشند ولی آنها؛ یعنی؛ آنکس که عقد ازدواج به دست او است آن را ببخشد و اگر شما گذشت کنید و تمام مهر را به آنها بدهید به پرهیزگاری نزدیک است. گذشت و نیکوکاری را در بین خود فراموش نکنید که خداوند ﷻ به آنچه انجام می دهید بینا است.»

انتقاد هایی که بر تعریف مهر وارد است، به نظر می رسد بر نصف شدن مهر نیز وارد است، زیرا در این صورت نیز، زن به موجب استمتاع جنسی مستحق نصف مهر شناخته می شود.

۲) **زیاد کردن مهر:** طبق ماده ۱۰۲ ق. م: «۱) زوج می تواند مقدار مهر را بعد از عقد تزئید نماید؛ ۲) در حالت فوق زیادت در مهر تابع شرایط ذیل است: ۱- مقدار زیادت مهر معلوم باشد؛ ۲- زوجه یا ولی او این زیادت را قبول نماید؛ و ۳- رابطه زوجیت باقی باشد.» طبق نص این ماده زوج می تواند مقدار مهر را بعد از عقد تزئید (زیاد) نماید. زیاد کردن مهر عبارت از هر آن چیزی است که پس از انعقاد عقد بر مهر افزوده شود. در نص این ماده رشید بودن زوج قید نشده است. بنابراین، هر زوجی با توجه به اطلاق نص این ماده می تواند مهر زوجه را تزئید نماید. اما، به سه شرط:

اول این که مقدار زیادت معلوم باشد، زیرا در صورت مجهول بودن امکان بروز منازعه متصور است. جزای این شرط بطلان زیادت است. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و مهر حمیده ده لک افغانی باشد، احمد می تواند این مقدار را تزئید نماید، به حیث مثال، آن را پانزده لک افغانی بسازد. پنج لک در این مثال، معلوم است. اما، اگر مهر ده لک باشد و احمد بگوید من مهر را بیشتر از ده لک می دهم، بیشتر از ده مجهول و فاقد اعتبار است.

۴۵۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۸۰۴ - ۶۸۰۶؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۵۷.

دوم این که زوجه و یا ولی زوجه آن را قبول نماید، زیرا آن تبرع است که باید توسط متبرع لها و یا ولی او قبول گردد. در صورت رد، زیادت مانند سایر تبرعات باطل می گردد. به حیث مثال، در مثال فرضی، بالا شرط است که حمیده یا ولی حمیده پنج لک را قبول نماید.

سوم این که رابطه زوجیت میان زوج و زوجه قایم باشد. در صورتی که رابطه زوجیت میان زوج و زوجه قایم نباشد، زیادت مهر به دلیل انتفای رابطه زوجیت باطل است. به حیث مثال، در مثال فرضی بالا شرط است که رابطه زوجیت احمد و حمیده بنابر اسباب انحلال عقد ازدواج مانند وفات، فسخ، طلاق، تفریق قضایی و خلع منحل نشده باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۰۲ ق. م پیش بینی جواز تزئید مقدار مهر و پیش بینی شرایط آن است. به نظر می رسد نص این ماده با برخی اصلاحات از فقه حنفی گرفته شده است. در باره زیادت مهر فقهای حنفیه بر این نظر اند که: هرگاه زوج رشید یا ولی صغیر؛ یعنی؛ پدر و پدر کلان او شی را در مهر مسمی بعد از اتمام عقد ازدواج اضافه نماید و طرفین نیز بر آن توافق نمایند، پرداخت چنین زیادتی در اثر وطی یا موت لازم و جزء اصل مهر می گردد. البته، پرداخت چنین زیادتی به نظر فقهای حنفیه منوط بر تحقق شرایط آتی است:

۱- اینکه زوج رشید باشد: چرا که زیادت در مهر مسمی بعد از اتمام عقد ازدواج تبرع است و هیچ تبرع صحیح نیست، مگر اینکه متبرع دارای اهلیت تبرع؛

۲- اینکه مقدار زیادت معلوم باشد: اگر زیادت مجهول باشد، مانند اینکه شوهر بگوید: بر مهر تو افزوده ام و آن را تعیین ننماید، چنین زیادتی به سبب مجهول بودن باطل است؛

۳- اینکه زیادت در حالت بقای زوجیت صورت پذیرفته باشد: جهت الزامی بودن پرداخت زیادت شرط است که زیادت در حالت بقای رابطه زوجیت خواه حقیقی؛ یعنی؛ در جریان زوجیت و یا حکمی؛ یعنی؛ در جریان عدت طلاق رجعی صورت گرفته باشد؛ و

۴- اینکه زوجه یا ولی زوجه صغیره این زیادت را در مجلسی که زیادت صورت گرفته است قبول نماید: جهت لزوم پرداخت زیادت شرط است که زوجه یا ولی زوجه صغیره یا مجنون زیادت را در مجلسی که در آن زیادت صورت می پذیرد، قبول نماید. زیرا، چنین زیادتی هبه است که در مجلس ایجاب باید قبول شود.<sup>۴۵۹</sup>

۳) اسقاط مهر توسط زوجه: طبق ماده ۱۰۳ ق. م: (۱) زوجه بالغه که سن ازدواج قانونی را تکمیل نموده باشد، می تواند در حالت صحت و رضای خود مهری را که نقداً تعیین شده باشد، کلاً

۴۵۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۷۹۷ و ۶۷۹۸؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۲۰۱۰ و ۲۰۱۱.

و یا قسماً از ذمه زوج ساقط نماید؛ و ۲) پدر زوجه ای که سن مندرج ماده (۷۰) این قانون را تکمیل نکرده باشد، به هیچ صورت نمی تواند مهر را از ذمه زوج ساقط نماید.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

اول این که زوجه می تواند مهري را که نقداً تعیین شده است از ذمه شوهر کلاً یا قسماً ساقط نماید. ساقط از ریشه «سقط» گرفته شده است که در لغت به معنی سقوط کرده است. در اصطلاح حقوق مدنی، ساقط عبارت از حقی است که سقوط کرده است، مانند اسقاط مهر، اسقاط حق، اسقاط حق اقامه دعوی و نظیر اینها.<sup>۶۰</sup> به حیث مثال، اگر حمیده زوجه احمد باشد و مقدار مهر ده لک افغانی باشد، حمیده می تواند پنج لک و یا ده لک را ساقط نماید. اما، به چهار شرط:

یک- زوجه بالغه باشد. بالغه اسم فاعل مؤنث بالغ است که از ریشه «بلغ» گرفته شده است. در اصطلاح بالغه به دختری اطلاق می شود که به سن بلوغ رسیده و بلوغ او با یکی از نشانه های بلوغ به اثبات رسیده است. در صورت غیربالغه بودن زوجه چنین صلاحیتی ندارد. به حیث مثال، در مثال فرضی بالا، بلوغ حمیده توسط یکی از نشان های بلوغ مانند حیض، حمل، رویدن موهای خشن در اندام های مخصوص و در صورت عدم ظهور و هویدا شدن این علامات توسط سن (هفده سالگی به نظر حنفی ها) به اثبات رسیده باشد. در صورت عدم بلوغ اسقاط مهر صحیح نیست. مفهوم مخالف نص این ماده این است که ازدواج دختر غیربالغ صحیح است که محل ایراد به نظر می رسد. هدف قانونگذار مدنی مورد حمایت قرار دادن حق زوجه در نص این ماده است؛

دو- زوجه سن ازدواج قانونی یعنی ۱۶ سالگی را تکمیل کرده باشد که در ماده ۷۰ ق. م پیش بینی شده است. در صورت عدم تکمیل سن قانونی، اسقاط مهر صحیح نیست. پدر زوجه نیز نمی تواند مهر دختری را که سن ۱۶ سالگی را تکمیل نکرده است ساقط نماید. به نظر می رسد منظور از پدر زوجه پدر صحیح تصرف است که می توانست دختری را که میان سن ۱۵ و شانزده سالگی قرار دارد به نکاح دیگری در آورد. اما، نص این ماده توسط ماده ۶ فرمان شماره ۷ ملغی شد و به تبع آن فقره ۲ ماده ۱۰۳ ملغی به نظر می رسد. به حیث مثال، در مثال فرضی بالا، حمیده باید سن ۱۶ سالگی را تکمیل کرده باشد. در صورت عدم تکمیل اسقاط مهر صحیح نیست. مفهوم مخالف نص این ماده این است که ازدواج دختر غیربالغ صحیح است که محل ایراد به نظر می رسد.

سه- زوجه در حالت صحت باشد. عبارت در حالت صحت مجمل است. به نظر می رسد منظور از صحت این است که زوجه در حالت مرض موت نباشد. در صورتی که زوجه در حالت مرض

موت باشد، اسقاط صحیح نیست. به حیث مثال، اگر حمیده مبتلا به سرطان که از مصادیق مرض الموت محسوب می گردد باشد، نمی تواند مهر خویش را کلاً یا قسماً ساقط نماید. چهار- زوجه راضی باشد و در این خصوص شوهر و یا سایر اقارب وی را تحت اکراه و جبر قرار نداده باشد. در صورت اکراه، اسقاط مهر صحیح نیست. به حیث مثال، در مثال فرضی بالا، حمیده باید بدون اجبار و اکراه شوهر و سایر اقارب شوهر مهر را کلاً یا قسماً ساقط نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم جواز اسقاط مهر به صورت کلی و قسمی و پیش بینی شرایط آن است. به نظر می رسد نص این ماده با برخی اصلاحات از فقه حنفی گرفته شده است. زیرا، فقهای حنفیه بر این نظر اند که زن رشیده غیر مصاب به مرض الموت می تواند تمام یا بخش از مهر خود را پس از انعقاد عقد به شوهرش ببخشد. در چنین حالتی، تفاوتی نمی کند که شوهر آن را بپذیرد یا نپذیرد. ولی، اگر زن صغیره باشد، پدر حق بخشش مهر او را ندارد. در صورت کبیره بودن نیز، نفاذ بخشش منوط بر اجازه و رضای پدر است.<sup>۴۶۱</sup>

#### ۴) سقوط کل مهر: طبق ق. م مهر در حالات ذیل ساقط می شود:

۱- در تفریق قبل از دخول یا خلوت صحیح: طبق ماده ۱۰۶ ق. م: «هرگاه تفریق قبل از دخول یا خلوت صحیح از طرف زوجه صورت بگیرد، مهر وی کاملاً ساقط می گردد.» طبق نص این ماده در صورتی که تفریق قبل از دخول و خلوت صحیح که تعریف هر دو گذشت، از طرف زوجه صورت بگیرد موجب سقوط کل مهر زن می شود.

واژه تفریق در نص این ماده عام به نظر می رسد و به نظر می رسد که شامل همه انواع تفریق مانند تفریق به سبب عیب، عدم انفاق، حبس، ضرر و ... که تفصیل هر یک در فصل تفریق قضایی خواهد آمد می شود. به حیث مثال، اگر احمد زوجه حمیده باشد و حمیده قبل از این که احمد با وی خلوت صحیح یا جماع (دخول) نماید به دلیل عیب و مرض، عدم انفاق، ضرر و نظیر اینها تفریق قضایی بگیرد، مهر حمیده کاملاً ساقط می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم سقوط کل مهر است. در فقه برخی فقهاء در این خصوص می نویسند که: در صورتی که تفریق از جانب زن قبل از دخول صورت گیرد، مانند تفریق به سبب مرتد شدن زن، عدم انفاق، عیب و نظیر اینها، مهر او به طور کامل ساقط می گردد.<sup>۴۶۲</sup>

به نظر می رسد دلیل این قاعده جلوگیری از سوء استفاده از حق توسط زوجه است زیرا امکان دارد دختری با پسری ازدواج نماید و پیش از این که دخول یا خلوت صحیح صورت بگیرد، تفریق بگیرد

۴۶۱، مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۹)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۷۹۶.  
۴۶۲. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۵۸.

و مهر را اخذ نماید و با شخص دیگر ازدواج نماید. سایر ایراد هایی که بر مواد ۱۰۵ و ۱۰۶ ق. م وارد است بر نص این ماده نیز وارد به نظر می رسد زیرا سکس در برابر مهر توجیه پذیر به نظر نمی رسد.

۲- طبق ماده ۱۱۲ ق. م: «هرگاه مهر پول نقد یا شی مثلی نبوده و زوجه نصف یا کل آن را به زوج هبه نماید، در صورت وقوع طلاق قبل از دخول، زوجه نمی تواند هیچ چیزی را به عنوان مهر مطالبه نماید.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد. طبق نص این ماده در صورتی که مهر پول نقد یا شی مثلی نباشد و زوجه نصف یا تمام آن را به زوج هبه نماید، در صورت وقوع طلاق قبل از دخول زوجه نمی تواند مهر را مطالبه نماید. پول چیزی است که بدل کالا قرار می گیرد. نقد در لغت به معنی پول و بها و آنچه فی الحال داده شود، خلاف نسیه، مانند: طلا و نقره.<sup>۴۶۳</sup> به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و مهر حمیده را ده لک افغانی تعیین نماید و ده لک افغانی به حمیده بدهد، این مهر پول نقد است. مثلی اسم منسوب به مثل است و مثل در لغت به معنی نظیر، مانند و شبیه است.<sup>۴۶۴</sup> ماده ۱۴۵ مجله الاحکام: «مثلی آن است که مثل آن در بازار بدون تفاوت چشمگیر پیدا شود». به حیث مثال، موبایل های ایفون اس اکس، موتر های کورولای ۲۰۱۹، تخم ها و نظیر اینها اموال مثلی اند. قانونگذار مدنی در نص این ماده از «نبوده» سخن می گوید.

مفهوم مخالف نص این ماده این می شود که اگر مهر مال قیمی باشد و زوجه کل یا نصف آن را به شوهر هبه نماید، در صورت وقوع طلاق قبل از دخول زوجه نمی توان آن را مطالبه نماید. طبق ماده ۱۴۶ مجله الاحکام: «قیمی عبارت از چیزی است که مثل آن در بازار پیدا نشود و اگر پیدا شود در قیمت آن تفاوت چشمگیر وجود داشته باشد». به حیث مثال، موتر مرسدس بنز مدل سال ۱۹۷۰ مستعمل، کتاب های مستعمل، آثار عتیقه، موبایل های کهنه و مستعمل و نظیر اینها اموال قیمی اند.

به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و احمد مهر حمیده را مال قیمی مانند قالین مستعمل، شمشیر های قدیمی، سنگ های قیمتی مستعمل و نظیر اینها تعیین نماید و احمد قبل از دخول حمیده را طلاق دهد، حمیده نمی تواند مهر را مطالبه نماید. با پذیرش آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید نص این ماده توجیه پذیر و عملی نیست. زیرا، از یکطرف بعید است که شوهر مهر زوجه را مال قیمی تعیین نماید و از طرف دیگر مطابق عرف و عادات مهر زوجه معمولاً پول نقد و عقار تعیین می شود.

463. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 5/26/ 2019).

۴۶۴. \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ه. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۴)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۳۵ و ۳۶؛ مصطفى احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۳۰؛ ووهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۸۵.



به نظر می‌رسد در نص این ماده اشتباه لفظی وجود دارد و «نبوده»، «بوده» است. با پذیرش این نظر این نتیجه به دست می‌آید که در صورتی مهر زوجه پول نقد و مال مثلی تعیین شود و زوجه آن را به زوج هبه نماید و قبل از دخول زوج زوجه را طلاق بدهد، زوجه نمی‌تواند کل یا نصف مهر را مطالبه نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم هبه مهر است.

#### گفتار دهم) تفویض اختیار تعیین مهر به شوهر

طبق ماده ۱۰۴ ق.م: «زنی که اختیار تعیین مهر را به زوج تفویض نموده و مهر او تسمیه نشده باشد، می‌تواند بعد از عقد و قبل از دخول، تعیین مهر را مطالبه نماید. زوج مکلف است مهر او را معین کند در صورت امتناع، زوجه می‌تواند تعیین مهر مثل را از محکمه با صلاحیت مطالبه بدارد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

نخست این که زنی که اختیار تعیین مقدار مهر را به شوهر تفویض نموده باشد، می‌تواند بعد از عقد ازدواج و قبل از دخول تعیین مهر را از شوهر مطالبه نماید. تفویض در لغت به معنی واگذاری و سپردن است.<sup>۴۶۵</sup> تعریف دخول در مبحث محرمات دایمی گذشت. به حیث مثال، اگر حمیده با احمد نکاح نماید و تعیین مقدار مهر را به احمد واگذار نماید، به حیث مثال، بگوید من با شما نکاح می‌نمایم و مهرم را شما تعیین نمایید، حمیده می‌تواند بعد از عقد و قبل از دخول یا جماع از احمد مطالبه نماید تا احمد مهر او را تعیین نماید.

دوم این که اگر شوهر از تعیین مقدار مهر امتناع ورزد، زوجه می‌تواند به محکمه مراجعه نموده و تعیین مقدار مهر را از محکمه مطالبه نماید. در این صورت، به نظر می‌رسد که قاضی باید شوهر را مکلف به تعیین مقدار مهر نماید. امتناع در لغت پرهیز، اجتناب، خودداری، استنکاف، ابا، سرباز زدن و سرپیچی است. در اصطلاح حقوق مدنی، امتناع عبارت است از عدم اجرای حق و یا تکلیف (تعهد).<sup>۴۶۶</sup> تعریف تسمیه در گفتار مهر مثل و مسمی گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال فرضی بالا احمد از تعیین مهر حمیده امتناع ورزد، حمیده می‌تواند به محکمه ذیصلاح مدنی مراجعه و مطالبه تعیین مهر را نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی قواعد تفویض تعیین مهر به زوج توسط زوجه است.

همچنین، طبق ماده ۱۱۴ ق.م: «زوجه مجبور گردانیده نمی‌شود، تا کل یا قسمتی از مهر خود را به زوج یا شخص دیگری واگذار شود. در صورتی که زوجه قبل از قبض کل مهر وفات نماید، ورثه

(آخرین بازدید ۱/۱۷/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 465.

۴۶۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۴۵.

وی می تواند از زوج و در صورت وفات زوج از ورثه او پس از وضع حق الارث زوجه مهر باقیمانده را مطالبه نمایند.» از نص این ماده سه قاعده استنباط می گردد:

اول این که بخش اول نص این ماده که تصریح می نماید که «زوجه مجبور گردانیده نمی شود تا کل یا قسمتی از مهر خود را به زوج یا شخص دیگری واگذار شود» مبهم است، زیرا معلوم نیست که کلمه «واگذار» هبه مهر است و یا تفویض مهر. به نظر می رسد منظور از «واگذاری» در نص این ماده تفویض مهر توسط زوجه است. زیرا، معنی لغوی تفویض چنانچه در بالا گذشت واگذاری است. بنابراین، طبق نص این ماده زوج و یا شخص دیگر نمی تواند زوجه را مجبور گرداند تا تعیین مهر خویش را به او واگذار نماید. به حیث مثال، اگر حمیده با احمد ازدواج نماید، احمد یا پدر احمد نمی توانند حمیده را مجبور نمایند تا تعیین مقدار مهر را حمیده به آنها واگذار نماید.

دوم این که در صورتی که زن قبل از قبض تمام مهر وفات نماید، شوهر مکلف است کل مهر او را بپردازد. در صورت عدم پرداخت، ورثه زوجه مانند پدر، مادر، برادر، پسر، دختر و نظیر اینها می توانند از شوهر پرداخت مهر را مطالبه نمایند در عین حالی که خود شوهر نیز از جمله ورثه زوجه است. در این فرض، مهر زن مانند سایر دیون زن تلقی می گردد که باید از مدیونین توسط تصفیه کننده ترکه گرفته شود و جزء ترکه قرار بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و حمیده قبل از قبض یا گرفتن مهر وفات نماید، ورثه حمیده می توانند از احمد پرداخت مهر را مطالبه نمایند.

سوم این که در صورتی که شوهر قبل از پرداخت مهر زوجه وفات نماید، زوجه می تواند از ورثه زوج پرداخت مهر را مطالبه نماید. زیرا، مهر مانند سایر دیون متوفی دین است. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و احمد قبل از این که مهر حمیده را پرداخت نماید وفات نماید، حمیده می تواند از ورثه احمد مانند پدر، برادر، مادر و نظیر اینها پرداخت مهر را مطالبه نماید. در این فرض، حمیده نیز جزء ورثه است و هم به موجب عقد ازدواج مستوجب مهر و هم ارث است. به نظر می رسد منظور از این ماده حمایت حق مالی زن است.

#### گفتار یازدهم) هبه مهر

طبق ق. م هبه مهر تابع قواعد ذیل است:

۱) طبق ماده ۱۱۱ ق. م: «هرگاه زوجه کل مهر یا قسمتی از آن را قبل یا بعد از قبض به زوج هبه نموده و قبل از دخول، طلاق واقع گردد، زوجه نمی تواند نصف مهر را مطالبه نماید.» طبق نص این ماده اگر زوجه قبل از قبض و یا بعد از آن مهر را به زوج هبه نماید و قبل از دخول طلاق واقع گردد، و مهر نیز مسمی باشد، زوجه نمی تواند نصف مهر را که به زوجه هبه نموده است، مطالبه

نماید. تعریف هبه در بالا گذشت. قبض در لغت به معنی گرفتن، اخذ و در اختیار گرفتن است. در اصطلاح فقهی و حقوقی به اخذ و در اختیار گرفتن موضوع متعلق به طرف معامله از سوی شخص متصرف به نحوی که امکان تصرف برای وی فراهم آید، قبض گویند.<sup>۴۶۷</sup>

به حیث مثال، اگر حمیده با احمد ازدواج نماید و حمیده مهر خویش را از احمد گرفته باشد و آن را دوباره هبه نماید یا نگرفته باشد و آن را هبه نماید و قبل از دخول یا جماع که تعریف آن در بالا گذشت احمد حمیده را طلاق بدهد، حمیده نمی تواند پرداخت نصف مهر را از احمد مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی یکی از حالات هبه مهر است.

۲) طبق ماده ۱۱۳ ق. م: «پدر نمی تواند مهر دختر خود را کلاً یا قسماً هبه نماید.» طبق نص این ماده پدر زوجه نمی تواند مهر دختر خویش را کلاً و یا قسماً هبه نماید، زیرا مهر ملکیت زوجه است و طبق ماده ۱۱۰ ق. م صرف زوجه صلاحیت تصرف مالکانه در مهر را دارد. هبه از ریشه «وهب» گرفته شده است که در لغت به معنای انعام، بخشش، بخشیدن و دادن چیزی برای کسی بدون عوض است.<sup>۴۶۸</sup> طبق ماده ۱۱۷۶ ق. م: «عبارت است از تملیک مال به شخص دیگر بدون عوض، گاهی به مقابل عوض نیز صورت می گیرد.» به حیث مثال، اگر حمیده با احمد ازدواج نماید و مهر حمیده بیست لک افغانی باشد، پدر حمیده نمی تواند مهر حمیده را به احمد هبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق مالی زن است.

#### گفتار دوازدهم) تصرف زوجه در مهر

طبق ماده ۱۱۰ ق. م: «مهر ملکیت زوجه محسوب می گردد. زوجه می تواند در مهر خود هر نوع تصرف مالکانه بنماید.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد.

نخست این که طبق نص این ماده مهر ملکیت زوجه محسوب می گردد. طبق ماده ۱۲۵ مجله الاحکام: «ملک عبارت است از آن چیزی که انسان آن را مالک گردیده باشد اعم از اینکه از جمله اعیان باشد یا منافع.» به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و مهر حمیده را ده لک افغانی یا ده جریب زمین تعیین نماید، ده لک افغانی یا ده جریب زمین ملکیت حمیده تلقی می شود.

۴۶۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، (۱۳۸۴). جلد (۳)، ص ۱۵۰۲.

۴۶۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ه. ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۲۰؛ وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۵)، کویته: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۳۹۸؛ محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۵)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه ۱۴۹۲۰؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۲۲۵۶ و ۲۲۵۷.

دوم این که زوجه می تواند در مهر خود تصرفات مالکانه نماید، به عنوان مثال، مهر را اگر زمین باشد به فروش رساند، وقف کند، وصیت نماید، اتهاب نماید و سایر تصرفات مالکانه در آن اعمال نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق مالی زن است.

#### گفتار سیزدهم) احکام جدید مهر در قانون مراسم عروسی

طبق ماده ۱۱ قانون مراسم عروسی: «(۱) ناکح و منکوحه می توانند به رضا و رغبت کامل خویش نوع و اندازه مهر را قبل از برگزاری محفل نکاح و عروسی یا در جریان آن تعیین نمایند. هرگاه نکاح از طریق وکالت یا ولایت صورت گیرد و به نوع و اندازه مهر قبلاً موافقه ناکح و منکوحه به عمل نیامده باشد، وکیل و ولی منکوحه مکلف اند، در تعیین اندازه مهر استطاعت مالی داماد و شرایط و اوضاع اجتماعی طرفین را در نظر گرفته و نوع و مقدار آن را تعیین نمایند. نوع و مقدار مهر بدون رضایت کامل ناکح و منکوحه یا وکیل شرعی یا ولی آنها تحمیل شده نمی تواند. عالم دین یا ملا امام که بستن نکاح را به عهده دارد مکلف است طرفین عقد را حسب احکام شریعت به تخفیف مهر تشویق نمایند. در صورتی که مهر قبل از مراسم نکاح و عروسی یا در جریان آن تعیین نگردد یا تعیین آن به اختیار ناکح موکول گردیده باشد، مهر مثل لازم می گردد.

(۲) مهر بعد تعیین حق شخصی عروس بوده هیچ شخص به جز از عروس در آن حق تصرف را ندارد و نمی تواند مصارف محافل عروسی، لباس عروس، ظروف و لوازم منزل مورد استفاده عروس یا جهیزیه را در مهر محاسبه نماید.

(۳) زیورات مربوط عروس در صورتی که صراحتاً به حیث تحفه داده باشد در مهر محاسبه شده نمی تواند.

(۴) هرگاه مهر، غیر پول نقد باشد، باید طوری معین و مشخص گردد که جهالت را مرفوع نموده و در آینده موجب نزاع نگردد.»

#### گفتار چهاردهم) تهیه جهیز

جهیز کلمه عربی است که در لغت به معنی اسبابی و وسایلی است که عروس با خود به خانه داماد می برد.<sup>۴۶۹</sup> در اصطلاح فقهی و عرفی جهیز عبارت از لوازم منزل است که زن و خانواده ای او، آن را تهیه می نمایند و زن آن را خانه ای شوهر می برد. در باره اینکه تهیه جهیز بر زوجه و یا زوج لازم است ق. م سکوت اختیار نموده است. فقهای حنفیه بر این نظر اند که: مهر، حق زن است و هر تصرفی که بخواهد می تواند در آن نماید: هبه کند، جهیز بخرد، برای خود نگه دارد. تأمین همه

نیازهای زن از قبیل: لباس، فرش و سایر وسایل ضروری خانه فقط بر عهده مرد است و زن نسبت به تهیه آنها هیچ تعهدی ندارد. زیرا، تأمین نفقه زن بر عهده مرد است.<sup>۴۷۰</sup>

اما، مطابق عرف و عادات جاری افغانستان جهیز که شامل لباس، زیور، وسایل پخت و پز، تلویزیون، یخچال و ... می گردد از دو طریق تهیه می گردد: (۱) والدین دختر تهیه آن را بر عهده خانواده پسر واگذار می نماید که در این صورت والدین پسر آن را با مشوره خانواده دختر تهیه می نماید؛ و (۲) والدین پسر یک مقدار پول را از پسر یا والدین او اخذ می نماید و توسط آن جهیز دختر خویش را تهیه می نماید. مقدار این پول هم بستگی به تمول پسر و خانواده او دارد که در عرف و عادات فعلی کابل از پنجاه الی یک لک و پنجاه هزار افغانی است.

طبق ماده ۳ فقره ۱۰ قانون مراسم عروسی: «جهیز: عبارت از لباس، فرش، ظرف، خانه یا سایر سامان آلات منزل است که برای عروس تهیه می شود.» طبق ماده ۹ قانون مراسم عروسی: «داماد، اولیاء و اقارب او می توانند به رضا و رغبت خویش بدون تقاضای فامیل عروس مبلغی را به منظور تهیه جهیزی به طرف عروس پردازند. همچنین، اولیاء و اقارب عروس می توانند به رضایت خویش جهیزی مناسب را برای عروس هدیه کننده. نمایش جهیزی به دیگران ممنوع است.»

#### گفتار پانزدهم) منع اخذ طویانه

طبق ماده ۳ فقره ۳ قانون مراسم عروسی: «طویانه: وجوهی است که ولی یا اقارب عروس بخاطر قبول این پیوند و پاداش پرورش عروس یا تهیه جهیزی از داماد یا اقاربش به نام های شیربها، ولور، قلین، گله و پیش کش مطالبه می نمایند.» قانون مراسم عروسی اخذ طویانه را ممنوع قرار داده است. ماده ۶ قانون مراسم عروسی در این خصوص می گوید: «هیچ یک از اولیاء و اقارب عروس نمی توانند به مناسبت ازدواج یا عروسی دختر پول یا امتعه دیگری را به نام طویانه، شیر بها، ولور، قلین، گله، پیشکش و جهیزی و امثال آن به صورت اجباری تحمیل نموده و از داماد یا اولیاء و اقارب او مطالبه نمایند و آن را پیش شرط انعقاد محفل عروسی و عقد نکاح قرار دهند.

#### مبحث دوم) نفقه

دومین حق مالی ای که زوجه بر اساس عقد ازدواج طبق ق. م مستحق دریافت آن می گردد نفقه است. نفقه در نظام های حقوقی غیر اسلامی در مفهومی که نفقه در نظام های حقوق اسلامی و پیرو آن ممالک اسلامی وجود دارد، وجود ندارد. به نظر می رسد محاسن نفقه قرار ذیل است:

۱- نفقه حق زن و تکلیف شوهر است؛

۴۷۰. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۶۰ و ۶۱؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۸۲۴ و ۶۸۲۵؛ و مُحَمَّد جواد مُحَمَّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرابی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۸۷.

۲- در صورت فراهم نمودن نفقه برای زوجه توسط زوج برخی نیاز های مادی زن مانند غذا، مسکن، لباس و مصارف تداوی تأمین گردد. اما، معایب نفقه توسط شوهر برای زن قرار ذیل است:

۱- تأمین نفقه زوجه توسط زوج در افغانستان باعث شده است تا معمولاً والدین دختران خویش را به این دلیل که نفقه آنها توسط شوهران آنها تأمین می گردد اجازه ندهند به مکتب و دانشگاه بروند، علم فراگیرند و مهارت های لازم روز را که برای کار کردن و پیش برد امور زندگی ضرور است فرا گیرند.

۲- تأمین نفقه زوجه توسط زوج باعث می شود تا صرف مرد کار نماید و همه مسؤولیت های مالی را بر عهده بگیرد. بنابراین، تأمین نفقه زوجه توسط زوج تکلیف سنگینی است که بر عهده شوهر گذارده شده است.

۳- نفقه باعث می گردد تا زنان از استقلالیت مالی لازم برخوردار نگردند و از نظر مالی همواره وابسته به شوهر باشند تا شوهر مصارف مالی آنها را تأمین نماید.

۴- تأمین نفقه زوجه توجه توسط زوج باعث می شود تا مصارف نصف جامعه را نصف دیگر جامعه تأمین نماید. به این منظور، نصف جامعه زحمات زیادی را تحمل نمایند و نصف دیگر جامعه راحت باشند که موجب نوعی نابرابری در جامعه می گردد.

۵- در صورتی که زن به هر دلیلی منفق را از دست بدهد، با مشکلات فراوان مواجه خواهد شد به خصوص اگر تحصیل، تجربه و مهارت کاری نداشته باشد. به نظر می رسد، در کنار سایر دلایل، به همین دلیل بسیاری از زنان بعد از، از دست دادن شوهر و سایر کسانی که نفقه آنها را فراهم می نماید، دست به گدایی گری (نگدی) می زنند.

۶- فراهم کردن نفقه برای زن با اصل تساوی جنسیتی مرد با زن در تعارض به نظر می رسد که در ماده ۲۲ ق. ا تضمین شده است.

#### گفتار اول) تعریف و مصادر مشروعیت

نفقه از ریشه نفق گرفته شده است که در لغت به معنی بیرون کردن به نیکویی و هر آن چیزی است که شخص هزینه زندگی افراد تحت تکفل خود می کند. همچنین، نفقه به معنی هزینه و مصرف نیز است. کسی که عهده دار تأمین نفقه است «مُنْفِق» و کسی را که نفقه برای او فراهم می شود «مُنْفَق علیه» (صیغه مفرد) و «مُنْفَق علیهم» (صیغه جمع) می نامند<sup>۷۱</sup> و در اصطلاح به صورت عموم نفقه

۷۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۳۴۸؛ عبدالرحمن الجزیری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۴۲۶؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۶۰۸.

بخش سوم / فصل دوم - نکاح صحیح لازم و آثار آن □ ۲۲۷

عبارت از تهیه خوراک، البسه و مسکن برای کسی که نفقه او بر مُنْفَق واجب است، می باشد.<sup>۴۷۲</sup> ولی، به صورت اخص، نفقه زن هر آن چیزی است که به محض انعقاد عقد ازدواج به نفع زن بر عهده مرد قرار می گیرد که شامل خوراک، پوشاک، مسکن و مصارف تداوی می گردد.

طبق فقه تهیه نفقه برای زوجه توسط زوج از جمله حقوق مالی است که به موجب عقد ازدواج بر زوج لازم می گردد.<sup>۴۷۳</sup> وجوب فراهم نمودن نفقه برای زوجه براساس قرآن، سنت و اجماع ثابت است. خداوند ﷻ در این مورد می فرماید:

﴿ وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ - [البقره: ۲۳۳]

«و بر آن کسی که فرزند برای او متولد شده است؛ یعنی؛ پدر لازم است خوراک و پوشاک مادر را به طور شایسته متناسب به حال خود فراهم نماید، خداوند ﷻ هیچ کس را بیش از توانانش مکلف به فراهم نمودن نفقه نمی نماید.».

و می فرماید:

﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ ﴾ - [الطلاق: ۶]

« زنان را در حدّ توان در جایی مسکن دهید که خود در آن ساکن هستید.».

و نیز می فرماید:

﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَ مَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾ - [الطلاق: ۷]

«بر توانگر است که از دارایی خود هزینه کند و هر که روزی او تنگ باشد باید از آنچه خدا ﷻ به او داده خرج کند خدا ﷻ هیچ کس را جز [به قدر] آنچه به او داده است تکلیف نمی کند خدا ﷻ به زودی پس از دشواری آسانی فراهم می کند.»

امام مسلم از حضرت جابر رضی الله عنه روایت کرده است که پیامبر صلی الله علیه و آله در حجّة الوداع فرمود:  
«وَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ.».<sup>۴۷۴</sup>

«بر شما واجب است تا خوراک و پوشاک زنان تان را برحسب امکانات خود به وجه شایسته فراهم نمایید.».

۴۷۳. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۱۰)، كويته: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۷۳۷.  
۴۷۴. ررواه مسلم، ابو داود و مالک عن جابر بن عبدالله رضی الله عنه.

همچنین، امام بخاری و مسلم از حضرت عایشه رضی الله عنها روایت می کنند که هند خانم ابو سفیان نزد پیامبر صلی الله علیه و آله آمد و گفت: ای رسول خدا صلی الله علیه و آله! ابو سفیان مرد بخیل و خسیسی است و نفقه من و بچه ام را نمی دهد مگر چیزی که من بدون اطلاع او می گیرم و مصرف می کنم. پیامبر صلی الله علیه و آله فرمود: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدِكِ بِالْمَعْرُوفِ».

«برحسب عرف و عادات جاریه آنچه کفایت تو و فرزندت را می نماید بر وجه نیکو بگیر.».

همه فقهاء اتفاق نظر دارند بر این که نفقه زنان بر شوهران واجب است.<sup>۴۷۵</sup>

#### گفتار دوم) انواع و اسباب

نفقه بر دو نوع است:

۱) نفقه ای که فراهم نمودن آن بر انسان برای خودش واجب است مشروط بر این که توانایی فراهم نمودن آن را داشته باشد. بنابراین، بر انسان لازم است تا فراهم نمودن نفقه برای خود را بر دیگران ترجیح دهد. پیامبر صلی الله علیه و آله فرموده است: «أَبْدَأُ بِنَفْسِكَ ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ».

«اول نفقه خود را فراهم کن و بعد نفقه کسانی را که فراهم نمودن نفقه آنها بر تو واجب است.».

۲) نفقه که فراهم نمودن آن بر انسان برای دیگران واجب است. اسبابی که به اقتضای آنها فراهم نمودن نفقه دیگران بر مُنْفِق لازم می گردد قرار آتی اند:

۱- زوجیت که به اقتضای آن زوج مکلف به فراهم نمودن نفقه زوجه می گردد؛ و

۲- قرابت خاص که به اقتضای آن مُنْفِق مکلف به فراهم نمودن نفقه اصول و فروع می گردد.

#### گفتار سوم) شروط

طبق ماده ۱۱۷ ق. م: «۱- با عقد نکاح صحیح و نافذ نفقه بر زوج لازم می گردد، گرچه زوجه در مسکن اقرارش رهاش داشته باشد. اگر زوجه از رفتن به مسکن زوج بدون حق امتناع ورزد، نفقه وی بر زوج لازم نمی گردد. ۲- زوجه وقتی حق دارد از رفتن به مسکن زوج امتناع ورزد که مسکن مناسب مطابق مواد (۱۱۵ و ۱۱۶) این قانون از طرف زوج تهیه نشده باشد یا مهر معجل وی تأدیه نگردیده باشد.» نص این ماده مرتبط به ماده های ۱۱۵ و ۱۱۶ ق. م است. از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

۱) با عقد نکاح صحیح و نافذ نفقه بر زوج لازم می گردد، گرچه زوجه در مسکن اقرارش رهاش داشته باشد. تعریف نکاح صحیح و نافذ در فصل انواع نکاح گذشت. طبق نص ماده ۱۱۷ ق. م برای

۴۷۵. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمّدی سقر، صص ۶۲ - ۶۴؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۳۷۱-۷۳۷۳.



این که شوهر برای زوجه اش نفقه فراهم نماید شرط است که نکاح صحیح و نافذ باشد هرچند زوجه در مسکن اقاربش زندگی نماید. تعریف اقارب در مبحث انواع قرابت گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد بیست ساله و عاقل باشد و با حمیده بیست ساله در حالی که حمیده عاقل باشد مطابق قانون ازدواج نماید، چنین ازدواجی صحیح و نافذ است و احمد مکلف به تأمین نفقه حمیده است. در چنین حالتی، اگر احمد تابعیت امریکا را داشته باشد و حمیده هنوز تابعیت امریکا را نگرفته باشد و قضیه حمیده در سفارت امریکا در جریان باشد و حمیده با پدر و مادرش زندگی در اقامتگاه پدر و مادرش نماید، احمد مکلف به تأمین نفقه حمیده است.

۲- اگر زوجه از رفتن به مسکن زوج بدون حق امتناع ورزد، نفقه وی بر زوج لازم نمی‌گردد. تعریف امتناع گذشت. مسکن محل سکونت و مترادف اقامتگاه است. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و احمد مهر معجل حمیده را ندهد یا مسکن مطابق توان مالی خویش برای حمیده فراهم ننماید، به عنوان نمونه، احمد بسیار پولدار باشد و خانه بسیار گریبانه برای حمیده فراهم نماید یا احمد علاوه بر حمیده زوجه ای دیگری به نام جمیله داشته باشد و احمد بخواهد هر دو در یک خانه زندگی نمایند و جمیله و حمیده رضی نباشند، در همه این موارد هرچند حمیده در مسکن احمد زندگی ننماید، مستحق نفقه شناخته می‌شود. این دو مصداق در فقرة ۲ ماده ۱۱۷ ق. م پیش بینی شده است.

به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط تأمین نفقه زوجه است. طبق فقه جهت و جوب تأمین نفقه برای زوجه شرط است که نکاح به صورت صحیح منعقد گردد. بنابراین، هرگاه عقد ازدواج به صورت فاسد منعقد گردد، چنین نکاحی موجب الزام تأمین نفقه توسط شوهر برای زوجه اش نمی‌گردد، زیرا هرگاه عقد ازدواج به صورت فاسد منعقد گردد، فسخ آن ضروری است. همچنین، هرگاه عقد ازدواج به صورت باطل منعقد گردد، زوج مکلف به فراهم نمودن نفقه برای زوجه اش نمی‌گردد، زیرا عقد باطل کان لم یکن است و بر آن هیچ نوع اثر مرتب نمی‌گردد.<sup>۴۷۶</sup>

#### گفتار چهارم) مشتملات و شرایط

طبق ماده ۱۱۸ ق. م: «نفقه زوجه مشتمل است بر طعام، لباس، مسکن و تداوی متناسب به توان مالی زوج.» طبق نص این ماده نفقه زوجه شامل موارد ذیل است:

۴۷۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کوپته: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۳۷۵؛ عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۴۳۵؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۴۱۵.

(۱) **طعام:** طعام شامل خوراک اعم از گوشت، نان، سبزی، میوه، روغن و سایر مواد ارتزاقی که در عرف متعارف است. زیرا احمد، بخاری، مسلم، ابو داود و نسایی از عایشه روایت کرده اند که هند خانم ابو سفیان نزد پیامبر ﷺ آمد و گفت: ای رسول خدا ﷺ! ابو سفیان مرد بخیل و خسیسی است و نفقه من و بچه ام را نمی دهد مگر چیزی که من بدون اطلاع او می گیرم و خرچ می کنم. پیامبر ﷺ فرمود:

«خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدِكِ بِالْمَعْرُوفِ».

«برحسب عرف و عادات جاریه آنچه کفایت تو و فرزندت را می نماید بوجه نیکو بگیر.».

از حدیث فوق به خوبی بر می آید که پیامبر ﷺ هند خانم ابو سفیان را به اخذ آنچه کفایت او و بچه اش را به وجه نیکو بنماید بدون تعیین مقدار آن امر نمود و مقدار آن را معین نکرد. از همین رو، فقهای حنفیه می گویند که بر شوهر لازم است که طعام زوجه را که شامل خوراک اعم از گوشت، نان، سبزی، میوه، روغن و سایر مواد ارتزاقی که در عرف متعارف است فراهم نماید. ولی، از آنجایی که این چیزها برحسب مکان و زمان، اوضاع و احوال اشخاص فرق می نماید در تهیه آن غنماندی و تهیدستی شوهر باید مورد توجه قرار بگیرد نه زن، زیرا خداوند ﷻ فرموده است:

﴿لِيَنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا﴾ - [الطلاق: ۷]

«کسی که ثروتمند است باید به مقتضای ثروت و امکانات خود هزینه زن (مطلقه) را تأمین نماید و کسی که تنگدست است باید برحسب توان مالی و امکانات نفقه او را تأمین کند، زیرا خداوند ﷻ هر کس را به اندازه مکلف می گرداند که توان آن را دارد.».

بنابراین، مرد مکلف نیست بیش از آنچه در توان دارد برای زوجه اش نفقه فراهم نماید. ۴۷۷

زیرا خداوند ﷻ می فرماید:

﴿لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ - [الطلاق: ۷]

«خداوند هیچ کس را جز به قدر توانایی اش تکلیف نمی کند.».

(۲) **لباس:** لباس عبارت از آنچه است که شخص می پوشد از قبیل پیراهن و جوراب و امثال اینها که برای زندگی لازم است می شود. به اتفاق نظر فقهاء فراهم نمودن البسه برای زوجه توسط زوج واجب است، زیرا خداوند ﷻ در این مورد فرموده است:

﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾ - [البقره:

[۲۳۳]

«بر پدر لازم است که خوراک و پوشاک مادر را به طور شایسته فراهم نماید.».

همچنین از امام مسلم روایت است که پیامبر ﷺ در حجّة الوداع فرمودند:  
«وَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكَسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ.».

«و بر شما واجب است که خوراک و پوشاک زنان را برحسب امکانات خود فراهم نمایید.».

تهیه مقدار لباس نیز مانند طعام در حقوق اسلام تعیین نگردیده است و تهیه آن مطابق به عرف و عادات جاریه بر زوج برحسب توانایی و تمکن مالی او لازم است.<sup>۴۷۸</sup>

**۳) مسکن:** مسکن اسم مکان است که در لغت به معنی خانه، جای سکونت، آرامگاه و جایگاه است. در اصطلاح حقوق مدنی، مسکن به مکانی گویند که شخص در آن سکونت می کند.<sup>۴۷۹</sup>

خداوند ﷻ در این مورد فرموده است:

﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ - [الطلاق: ۶]

«زنان را در جایی سکونت دهید که خود ساکن هستید و در توان دارید.».

در تهیه مسکن شرط است:

۱- اینکه مسکن متناسب به توانایی مالی زوج باشد: طبق ماده ۱۱۵ ق. م: «زوج مطابق به توانایی مالی خود برای زوجه اش مسکن مناسب تهیه می نماید.» طبق نص این ماده در تهیه مسکن مانند طعام و البسه توانایی و تمکن مالی زوج ملاک است نه توانایی و تمکن مالی زوجه. بنابراین، مسکنی که زوج برای زوجه تهیه می نماید باید متناسب به توانایی مالی زوج باشد.

به حیث مثال، اگر احمد فقیر باشد و با حمیده که پدرش تاجر و بسیار پولدار باشد، ازدواج نماید احمد مکلف است مطابق توان مالی خود نه توان مالی حمیده و پدر حمیده برای حمیده مسکن تهیه نماید. شرط تناسب در ماده ۱۱۸ ق. م نیز پیش بینی شده است. پیش بینی یک شرط در دو ماده به دلیل تکرار و تطویل ق. م محل ایراد به نظر می رسد و قابل توصیه است اصلاح گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۱۵ ق. م پیش بینی شرط مسکن است.

۲- طبق ماده ۱۱۶ ق. م: «هرگاه شخص بیش از یک زوجه داشته باشد، نمی تواند بدون رضایت، آنها را در مسکن واحد مجبور به رهائش گرداند.» در نص این ماده یک قاعده وجود دارد. طبق نص این ماده هرگاه شخص بیش از یک زوجه داشته باشد، نمی تواند بدون رضایت، آنها را در مسکن واحد مجبور به رهائش گرداند. به حیث مثال، اگر احمد دو زوجه به نام های جمیله و حمیده داشته باشد، نمی تواند هر دو را مجبور به سکونت در یک خانه نماید. این اصل است. استثنای این اصل

۴۷۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۳۸۹ و ۷۳۹۰.

۴۷۹. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۸۳۵.

این است که حمیده و جمیله راضی باشند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط مسکن و جلوگیری و ایجاد مانع و شرط برای تعدد زوجات است.

۴) **مصارف تداوی:** طبق ماده ۱۱۸ ق. م شوهر مکلف به پرداخت مصارف تداوی زوجه است. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید، تمام مصارف تداوی حمیده بر عهده احمد است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۱۸ ق. م پیش بینی مشتملات نفقه است.

همچنین، طبق ماده ۱۱۸ ق. م شوهر مکلف است نفقه زوجه را متناسب به توان مالی خویش تأمین نماید. به حیث مثال، اگر احمد فقیر باشد و با حمیده که پدرش تاجر و بسیار پولدار باشد، ازدواج نماید احمد مکلف است مطابق توان مالی خود نه توان مالی حمیده و پدر حمیده برای حمیده مسکن تهیه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی مشتملات نفقه و معیار تأمین نفقه زوجه است.

معیار تأمین نفقه زوجه در ماده ۱۲۳ ق. م نیز پیش بینی شده است که به دلیل تکرار محل ایراد به نظر می رسد. طبق ماده ۱۲۳ ق. م: «نفقه زوجه مطابق به توان مالی زوج تأمین می گردد مشروط بر این که نفقه از حد اقل کفاف زوجه کمتر نباشد». طبق نص این ماده نفقه زوجه مطابق توان مالی شوهر تأمین می گردد. بنابراین، اگر توان مالی شوهر کاهش و یا افزایش یابد امکان کاهش و افزایش مقدار نفقه ممکن است. در این صورت، شرط است که نفقه زوجه از حداقل کفاف کمتر نباشد. کفاف در لغت به معنی آن اندازه روزی که انسان را بس کند است. همچنین، کفاف در لغت به مقداری از روزی و غذا که برای انسان کافی باشد است. همچنین، کفاف آنچه به قدر حاجت باشد نه کم باشد و نه زیاد است.<sup>۴۸۰</sup>

به نظر می رسد این شرط با معیار توان مالی زوج متعارض است. زیرا، این امکان وجود دارد که گاهی توان مالی زوج به اندازه کاهش یابد که زوج نتواند نفقه حداقل کفاف را برای زوجه فراهم کند. از آنچه گفته شد، به خوبی واضح می گردد که نفقه زوجه شامل طعام، لباس، مسکن و مصارف تداوی می گردد و تهیه اینها متناسب به توانایی مالی شوهر است نه زوجه که.<sup>۴۸۱</sup> بنابراین، مرد مکلف نیست بیش از آنچه در توان دارد برای زوجه اش نفقه فراهم نماید.<sup>۴۸۲</sup>

480. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۸/۳۱).

۴۸۱ . جهت معلومات مزید در این باره ر. ک: عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الأربعة، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، صص ۴۷۸ و ۴۷۹؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۳۸۲ و ۷۳۸۳؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۴۲۲ و ۱۴۲۳.

482 . Muhammad Mustafa al - Jibaly (2005). The Fragile Vessels, revised edi. Beirut: Lebanon, Al- Kitab & Asunnah Publishing, pp 31 and 32.

به حیث مثال، اگر احمد فقیر باشد و حمیده که از خانواده تجار و بسیار پول باشد، ازدواج نماید، احمد مکلف است مطابق توان مالی خویش به حمیده نفقه فراهم نماید، نه توان مالی خانواده حمیده. اما، شرط است که نفقه به اندازه باشد که از حد اقل کفاف کمتر نباشد. به نظر می رسد حد اقل کفاف اندازه ای است که شخص می تواند با آن زنده بماند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ملاک و معیار نفقه است. به موجب فقه نیز نفقه زوجه شامل مصارف تداوی و پرداخت اجرت طیب (داکتر طب/ پزشک) می گردد. بنابراین، به اتفاق نظر همه فقهاء زوج مکلف به پرداخت مصارف تداوی زوجه برحسب توانایی مالی خویش می باشد.<sup>۴۸۳</sup>

#### گفتار پنجم) امتناع و تقصیر زوج در تأمین نفقه زوجه

طبق ماده ۱۱۹ ق. م: «هرگاه زوج از ادای نفقه امتناع ورزد، یا تقصیر وی در آن ثابت گردد، محکمه با صلاحیت زوج را به ادای نفقه مکلف می گرداند.» طبق نص این ماده در صورتی که شوهر از ادای نفقه امتناع ورزد، قاضی محکمه ذیصلاح در صورت شکایت زوجه وی را باید مکلف به فراهم نمودن نفقه برای زوجه نماید. تعریف امتناع گذشت.

همچنین، در صورت تقصیر زوج و عدم فراهم نمودن نفقه برای زوجه قاضی باید زوج را مکلف به فراهم نمودن نفقه نماید. تقصیر از ریشه «قصر» گرفته شده که به معنای اهمال و کاستی است.<sup>۴۸۴</sup> همچنین، تقصیر در لغت به معنی سستی کردن، کوتاهی کردن، خودداری کردن از کاری با وجود توانایی، سهو، خطا، غفلت، گناه و جرم است.<sup>۴۸۵</sup> در اصطلاح حقوقی تقصیر عبارت است از اشتباه و لغزش در رفتار که انسانی محتاط در همان شرایط خارجی که وارد کننده ضرر در آن بوده است، دچار آن نمی شود.<sup>۴۸۶</sup>

به حیث مثال، اگر حمیده زوجه احمد باشد و احمد از ادای نفقه حمیده امتناع ورزد، در صورت شکایت حمیده، قاضی محکمه ذیصلاح باید احمد را مکلف به ادای نفقه به حمیده نماید. همچنین، در صورتی که احمد در تأمین نفقه حمیده مرتکب تقصیر شود، به حیث مثال، در تأمین نفقه حمیده کوتاهی نماید و حمیده آن را ثابت نماید، قاضی محکمه ذیصلاح باید احمد را مکلف به تأمین نفقه نماید.

باوجوداین، قانونگذار مدنی در این ماده مشخص نکرده است که قاضی در صورت تقصیر و یا امتناع زوجه چگونه شوهر را مکلف به تأمین نفقه زوجه نماید که به دلیل سکوت و اجمال محل

۴۸۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۳۹۴.  
۴۸۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۳۰.  
۴۸۵. عبدالخالق قاسمی (۱۳۹۲). مسؤولیت مدنی، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، ص ۲۴۳.  
۴۸۶. همان، ص ۱۹۸.

ایراد به نظر می رسد و قابل توصیه است این اجمال رفع گردد. به نظر می رسد قانونگذار مدنی اسباب تکلیف شوهر را به قاضی واگذار نموده است. بنابراین، نص این ماده مجمل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای تأمین نفقه برای زوجه است.

در فقه حنفی برخی راه ها برای مکلف گردانیده زوجه وجود دارد. به نظر احناف، قاضی باید زوج را تا استدانه (افراض) فرصت دهد. در صورتی که زوج باز از تأمین نفقه از طریق قرض گرفتن امتناع ورزد، قاضی باید وی را حبس نماید.<sup>۴۸۷</sup> هرگاه زوج از انفاق بر زوجه بعد از آنکه قاضی به آن حکم نماید امتناع ورزد در صورتی که شوهر موسر (پولدار) و ظاهراً دارای مال باشد، قاضی مال وی را جبراً به فروش رسانیده و پول آن را باید به زوجه جهت تأمین نفقه بدهد یا باید وی را حبس نماید تا اینکه نفقه زوجه را تأمین نماید. اما، در صورتی که زوج معسر (فقیر) باشد، قاضی نباید وی را حبس نماید. زیرا، در صورت معسر بودن اولاً با امتناع از انفاق ظالم تلقی نمی گردد و ثانیاً حبس وی هیچ فایده ای ندارد.<sup>۴۸۸</sup>

چنانچه ملاحظه می شود، فروختن مال شوهر، قرض گرفتن و در صورت پولدار بودن حبس زوج توسط قاضی برخی راه های اجبار شوهر بر انفاق بر زوجه است. باوجوداین، باید در نظر داشت که به نظر می رسد قاضی مطابق ق. ا نمی تواند شوهر را به دلیل عدم انفاق حبس نماید، زیرا حبس شوهر مخالف ماده ۳۲ ق. ا به نظر می رسد. ماده ۳۲ ق. ا تصریح می نماید: «مدیون بودن شخص موجب سلب یا محدود شدن آزادی وی نمی شود. طرز وسایل دین توسط قانون تنظیم می گردد.» از نص این ماده به خوبی بر می آید هرگاه شخص مدیون باشد هرچند داین شکایت نماید و مدیون دین را ادا ننماید، مراجع عدلی و قضایی نمی توانند مدیون را به دلیل مدیونیت زندانی نمایند و یا آزادی وی را محدود نمایند. به نظر می رسد مدیون را می توان تفسیر مضیق و موسع نمود. در تفسیر مضیق مدیون بر کسی می گویند که قرضی برای مدتی معین یا نامعین برای او داده شده و او مکلف به پرداخت آن در موعد معین باشد.<sup>۴۸۹</sup> اما، در تفسیر موسع مدیون را می توان متعهد به ایفای تعهد دانست و چنین نتیجه گیری نمود که متعهد بودن شخص موجب سلب و یا محدودیت شدن آزادی او نمی گردد.<sup>۴۹۰</sup>

#### گفتار ششم) عدم سقوط نفقه زوجه در اثر حبس زوج

۴۸۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۳۹۹.  
 ۴۸۸. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۱۰)، صص ۷۳۹۸ و ۷۳۹۹.  
 ۴۸۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۷۴.  
 ۴۹۰. جهت مطالعه مفصل در این مورد در حقوق مدنی افغانستان ر. ک: نظام الدین عبدالله، شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق وجایب (۱)، بخش انتهای وجبیه.

طبق ماده ۱۲۰ ق. م: «نفقة زوجه به اثر حبس زوج گرچه توان ادای آن را نداشته باشد، از ذمه وی ساقط نمی گردد.» حبس در لغت به معنی بازداشتن، زندانی کردن، زندان، بازداشت، ضبط و نگهداری است.<sup>۴۹۱</sup> در اصطلاح حقوقی، حبس عبارت است از زندانی گردانیدن شخص در زندان توسط دولت. ذمه از ریشه «ذم» گرفته شده که به معنای امان، عهد، ضمان، و پیمان است، چنانچه در تعریف جرجانی آمده است: ذمه در لغت به معنای عهد است. زیرا، شکستن آن موجب سرزنش و مذمت می گردد. در اصطلاح حقوقی ذمه عبارت از صفتی است که انسان به موجب آن اهلیت التزام پذیری را می یابد. در اصطلاح فقهی چنانچه استاد مصطفی احمد الزرقاء و وهبت الزحیلی می گویند: ذمه محل اعتباری در شخص است که دیون و التزامات بر آن واقع می گردد.<sup>۴۹۲</sup>

طبق نص این ماده نفقه زوجه هرچند شوهر حبس باشد و در اثر حبس توان ادای آن را نداشته باشد، از ذمه شوهر ساقط نمی شود. به نظر می رسد دلیل این حکم این است که نفقه مانند سایر دیون زمانی که بر ذمه شوهر ثابت شد، جز از طریق وسایل انتهایی تعهد ساقط نمی گردد. این حکم نشان دهنده اهمیت تأمین نفقه برای زوجه توسط زوج و دین تلقی گردیدن نفقه مانند سایر دیون در نظر قانونگذار مدنی است. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده با همدیگر ازدواج نماید و احمد در اثر ارتکاب جرم حبس شود، حبس بودن احمد موجب ساقط شدن نفقه حمیده نمی گردد. در این صورت، احمد مدیون حمیده به دلیل عدم انفاق می گردد. به می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عدم اسقاط نفقه در اثر محبوس بودن زوج است.

#### گفتار هفتم) زیادت و تنقیص نفقه پس از حکم قاضی

طبق ماده ۱۲۴ ق. م: «زیادت و تنقیص نفقه تابع تحول توان مالی زوج و تغییر قیمت اشیاء در محل می باشد. ادعای زیادت و یا تنقیص نفقه متعینه قبل از سپری شدن شش ماه از تاریخ تعیین آن پذیرفته نمی شود.» از نص این ماده دو قاعده استنباط می گردد:

(۱) زیادت و تنقیص نفقه تابع تحول توان مالی زوج و تغییر قیمت اشیاء در محل می باشد. زیادت در لغت به معنی افزون کردن و زیاد کردن است.<sup>۴۹۳</sup> به نظر می رسد زیادت نفقه عبارت است از زودن بر مقدار نفقه توسط شوهر. تنقیص در لغت به معنی کم کردن و نقصان است.<sup>۴۹۴</sup> در اصطلاح حقوق مدنی تنقیص نفقه عبارت است از کم کردن مقدار نفقه است توسط شوهر. شی در

(آخرین بازدید ۲۶/۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 491.

۴۹۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۰۰۰-۱۰۰۳؛ و وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۸۸ - ۲۸۹۰.

(آخرین بازدید ۱۹/۸/۲۰۱۶) Ibid, 493.

۴۹۴. جهت معلومات بیشتر در این خصوص ر. ک:

(آخرین بازدید ۷/۳/۲۰۱۶) Ibid.

این ماده مترادف با مال است که تفصیل شی و مال در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد. به حیث مثال، اگر حمیده و احمد زن و شوهر باشند، در صورت پولدار شدن احمد نفقه حمیده زیاد و در صورت فقر کم می شود. همچنین، در صورت تغییر قیمت اشیاء، به حیث مثال، در صورت قحطی و فراوانی امکان دارد نفقه حمیده زیاد یا کم شود.

(۲) ادعای زیادت و یا تنقیص نفقه متعینه قبل از سپری شدن شش ماه از تاریخ تعیین آن پذیرفته نمی شود. به حیث مثال، اگر مقدار نفقه حمیده (مصارف خانه، لباس، غذا و دوی حمیده در یک ماه مبلغ سی و پنج هزار افغانی باشد) و در ماه حمل تعیین شود، حمیده نمی تواند الی ماه میزان در خصوص زیادت آن اقامه دعوی نماید. در صورت اقامه دعوی جهت ازدیاد این مقدار، از تاریخ تعیین الی شش ماه توسط محکمه ذیصلاح قابل سمع نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم کاهش و افزایش مقدار نفقه زوجه است.

حکم این ماده از فقه حنفی گرفته شده است. زیرا، فقهای حنفی بر این نظر اند که: زوجه مستحق نفقه زمان گذشته نمی شود، مگر در صورت توافق طرفین و حکم قاضی. بنابراین، تعدیل مقدار نفقه متعینه توسط قاضی در دو حالت جواز دارد: (۱) تغییر وضع مالی شوهر از فقر به تمول. زیرا، نفقه زوجه بر حسب فقر و تمول زوج فرق می نماید؛ و (۲) تغییر قیمت اشیاء در حالات قحطی، حرب و غیره. در چنین حالات، تقاضای زیادت و یا کاهش نفقه معینه قبل از سپری شدن شش ماه قابل سمع نیست، چراکه غالباً اثر تغییر قیمت کالاها در مدت کمتر از شش ماه ظاهر نمی گردد.<sup>۴۹۵</sup>

#### گفتار هشتم) نفقه زوجه شخص غایب

طبق ماده ۱۲۱ ق. م: «هرگاه زوج غایب باشد، نفقه زوجه از اموال زوج که شامل نفقه شده بتواند و به دسترس وی قرار داشته باشد، تأمین می گردد. در غیر آن از اموالی که نزد دیگری طور ودیعت یا دین دارد، نفقه زوجه تعیین می گردد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

(۱) در صورتی که زوج غایب باشد نفقه زوجه از اموال شوهر که در دسترس زن باشد تأمین می گردد. غایب بر شخصی اطلاق می گردد که از محل سکونت خود ناپدید شده باشد، ولی حیات او معلوم باشد. اما، در صورتی که حیات او مجهول باشد چنین شخصی مفقود تلقی می گردد.<sup>۴۹۶</sup> عبارت «اموال زوج که شامل نفقه شده بتواند» در این ماده مبهم است. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده زن و شوهر باشند و احمد به روسیه برود و برنگردد و حمیده بداند که احمد در روسیه و زنده

۴۹۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۳۹۷.  
 ۴۹۶. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الإسلامية، ص ۶۲.



است، احمد غایب تلقی می‌گردد. در این صورت، نفقه حمیده از اموال احمد که در دسترس حمیده است تأمین می‌گردد مانند پول نقد در خانه، پول در بانک، زمین، باغ و نظیر اینها. (۲) در صورت عدم موجودیت اموال، نفقه زوجه از اموالی که شخص غایب نزد شخص دیگر به ودیعت گذاشته است یا نزد شخص دیگری منحیث دین است تأمین می‌گردد. ودیعه مؤنث و دیع از ریشه «ودع» گرفته شده است که به معنای سپرده، امانت است.<sup>۴۹۷</sup> ماده ۷۶۳ مجله الاحکام در تعریف ودیعه می‌گوید که: «ودیعت مالی است که نزد شخص بخاطر حفاظت گذاشته می‌شود». به حیث مثال، اگر احمد و حمیده و زن و شوهر باشند و احمد غایب گردد، نفقه حمیده از اموال احمد تأمین می‌گردد. در صورتی که احمد اموال نداشته باشد، از مالی که نزد جمشید به امانت گذاشته است تأمین می‌شود. در صورت عدم موجودیت مال امانت، از دینی که احمد بر ویس دارد، تأمین می‌شود.

به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم نفقه زوجه غایب است. پرسش این است که در صورتی که شوهر مال نزد دیگری طور امانت نگذاشته باشد و یا دینی بر عهده دیگری نداشته باشد تکلیف چیست؟ در پاسخ به این پرسش ق. م مسکوت است.

فقهای حنفیه در باره تأمین نفقه زوجه شخص غایب بر این نظر اند که تأمین آن از مال شخص غایب تعیین نمی‌گردد، مگر در اثر تقاضای زوجه. پس، در صورت غیابت زوج و مطالبه زوجه قاضی باید نفقه وی را از مال شخص غایب تعیین نماید به نحوی که اگر شخص غایب ظاهراً دارای مال باشد و تأمین نفقه زوجه نیز از این مال ممکن باشد، قاضی باید نفقه زوجه را از آن مال بعد از اینکه زوجه را مبنی بر اینکه زوج نفقه وی را تأمین ننموده است جهت رعایت مصحلت شخص غایب سوگند دهد. در صورتی که شوهر ظاهراً دارای مال نباشد، قاضی نمی‌تواند زوجه را طلاق دهد. برعکس، جمهور فقهاء بر این نظر که: در چنین حالت قاضی می‌تواند زوجه را طلاق بدهد.<sup>۴۹۸</sup>

#### گفتار نهم) زمان دین تلقی گردیدن نفقه بر زوج

طبق ماده ۱۲۵ ق. م: «هرگاه زوج از ادای نفقه واجبه امتناع ورزد، از تاریخ امتناع به ادای نفقه زوجه مکلف می‌گردد». طبق نص این ماده در صورت امتناع زوج از تأمین نفقه زوجه، زوج از تاریخ امتناع مکلف به ادای نفقه می‌گردد. تعریف امتناع گذشت. به حیث مثال، اگر احمد و

۴۹۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۴۰۱۶ و ۴۰۱۷ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۲۱۱۹؛ \_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۵.  
 ۴۹۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۴۰۱-۷۴۰۳.

حمیده زن و شوهر باشند و احمد در اول حمل سال ۱۳۹۸ از ادای نفقه امتناع ورزد و حمیده در ماه جوزای ۱۳۹۸ به محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید، قاضی محکمه ذیصلاح احمد را باید از تاریخ اول حمل ۱۳۹۸ مکلف به تأمین نفقه نماید. در این صورت، تصمیم قاضی اثر رجعی را دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم امتناع زوج از ادای نفقه زوجه است.

#### گفتار دهم) ابراء از نفقه

براساس ماده ۱۲۹ ق. م: «ابراء از نفقه قبل از اینکه تعیین شده باشد باطل است، خواه تعیین نفقه رضایی باشد یا قضایی. اما ابراء از نفقه بعد از تعیین وقتی صحیح می گردد که ابراء از نفقه ایام گذشته باشد. ابراء از نفقه روز، هفته، ماه و سال آینده وقتی صحیح می گردد که نفقه بالترتیب طور روزمره، هفته وار، ماهوار و سالانه تعیین شده باشد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱) ابراء از نفقه قبل از این که تعیین شود باطل است. ابراء از ریشه «بری» به معنای تنزیه، تخلیص، بیزار کردن، بهبود بخشیدن، شفا بخشیدن و رهایی از دین و إسقاط حق ثابت در ذمه است. در اصطلاح حقوق مدنی، به إسقاط حق خود، که بر ذمه دیگری باشد، ابراء گویند مانند اینکه: شخصی دینی را که بر عهده دیگری دارد، ساقط نماید.<sup>۴۹۹</sup> به حیث مثال، اگر احمد و حمیده زن و شوهر باشند و در خصوص نفقه اختلاف پیدا نمایند و مقدار نفقه تعیین نشده باشد، حمیده نمی تواند احمد را به دلیل جهالت موضوع یا محل ابراء، ابراء دهد.

۲) تعیین مقدار می تواند در صورت بروز اختلاف رضایی یعنی به توافق طرفین صورت گیرد. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده در صورت بروز اختلاف مقدار نفقه را به توافق همدیگر تعیین نمایند، به حیث مثال، احمد و حمیده توافق نمایند که احمد ماهوار مبلغ بیست هزار افغانی به حمیده پرداخت نماید. در این صورت، تعیین مقدار نفقه رضایی است.

۳) تعیین مقدار نفقه می تواند قضایی باشد. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده به توافق نرسند و محکمه مقدار نفقه را تعیین نماید، به حیث مثال، محکمه حکم نماید که احمد به حمیده ماهوار مبلغ بیست هزار افغانی پرداخت نماید، در این فرض، تعیین مقدار نفقه قضایی است.

۴) در صورتی که مقدار نفقه معین باشد، ابراء یا از نفقه گذشته است و یا از نفقه آینده. در صورتی که نفقه گذشته باشد، زوجه می تواند از نفقه گذشته که فراهم کردن آن بر زوج لازم است، ابراء دهد. زیرا، چنین نفقه به مثابه دین ثابت بر عهده زوج است و ابراء از آنچه بر عهده ثابت باشد، صحیح

۴۹۹. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۶)، ص ۴۳۶۹؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۰.

بخش سوم / فصل دوم - نکاح صحیح لازم و آثار آن □ ۲۳۹

است. چنانچه گفته شد، نفقه شامل لباس، طعام، خانه و مصارف تداوی می شود. اگر شوهر خانه شخصی نداشته باشد و برای زوجه اش خانه کرایه بگیرد، نفقه یک ماه زوجه حد اوسط در حدود ۲۰۰۰۰ افغانی در کابل می شود. در صورتی که شوهر برای زوجه اش یک سال نفقه فراهم نکرده باشد، مصارف نفقه یک سال زوجه ۲۴۰۰۰۰ افغانی می شود. در صورتی که احمد در جریان سال ۱۳۹۸ برای حمیده زوجه اش نفقه فراهم ننماید، حمیده می تواند در سال ۱۳۹۹ هجری شمسی نفقه سال ۱۳۹۸ هجری شمسی را ابراء دهد.

اصل این است که ابراء از نفقه آینده صحیح نیست. استثنای این اصل این است که نفقه آینده به صورت روزوار، هفته وار، ماه وار و سال وار معین شده باشد. به حیث مثال، طرفین توافق نمایند و با قاضی حکم نمایند که زوج مکلف است برای زوج در مدت یک ماه، یک سال و ... مقدار معین از نفقه فراهم نماید. در این صورت یعنی در صورت معین بودن مقدار نفقه آینده و اثبات آن بر عهده زوج به عنوان دین ثابت، ابراء آن توسط زوجه صحیح است.

#### سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۱۸):

آیا ابراء از نفقه ایام عدت بدون تعیین جواز دارد یا خیر اگر مجاز باشد اجراء آن در وثیقه طلاق خط سحت دارد و یا وثیقه علیحده ترتیب شود در حالیکه ماده (۱۲۹) ابراء از نفقه ایام عدت را قبل از تعیین اجازه نمی دهد.

توضیح:

ابراء از نفقه ایام عدت قبل از تعیین جواز ندارد و حکم ماده (۱۲۹) با مسئله ذیل الذکر فقه حنفی موافق است.

«و لذا، قالوا الابراء قبل الفرض باطل و بعده یصح مما مضی و من شهر مستقبل».

و اگر ابراء از نفقه ایام عدت حین اجرای وثیقه طلاق صورت گیرد به وثیقه خط اجرا گردد در غیر آن ایجاب وثیقه جداگانه را می نماید.<sup>۵۰۰</sup>

گفتار یازدهم) مجرای (مقاصه/ تهاتر) نفقه

طبق ماده ۱۲۸ ق. م: «نفقه واجبه جز به اداء یا ابراء از آن ساقط نمی گردد.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که نفقه ای واجبه زوجه بر زوج که براساس عقد ازدواج صحیح ثابت می

۵۰۰. \_\_\_\_\_ (۲۲- ۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، صص ۵۰۹ و ۵۱۰.

گردد منحصراً دین بر ذمه شوهر محسوب می‌گردد. بنابراین، این نفقه ساقط نمی‌گردد مگر در دو حالت: نخست در صورت ادای نفقه توسط شوهر. ادا در لغت به معنی به جای آوردن، انجام دادن، پرداختن و ادای دین است.<sup>۵۰۱</sup> به نظر می‌رسد در مفهوم محدود ادای نفقه عبارت از تأمین نفقه توسط زوج برای زوجه است.

به حیث مثال، اگر حمیده زوجه احمد باشد و عقد ازدواج آنها صحیح باشد، نفقه حمیده بر احمد واجب می‌گردد و این نفقه ساقط نمی‌گردد مگر این که احمد آن را به حمیده تأمین نماید. دوم در صورت ابرای نفقه توسط زوجه، مانند این که زوجه به زوج بگوید از نفقه خویش که بر عهده شما دارم ابرا دادم. تعریف ابرا در گفتار یازدهم گذشت. به حیث مثال، اگر حمیده زوجه احمد باشد و عقد ازدواج آنها صحیح باشد، نفقه حمیده بر احمد واجب می‌گردد و این نفقه ساقط نمی‌گردد مگر این که حمیده احمد را ابراء دهد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم ابراء و وجوب نفقه است.

طبق ماده ۱۳۰ ق. م: «دین نفقه زوجه بر ذمه زوج یا اینکه بر ذمه زوجه باشد به اساس مطالبه هر یک از زوجین مجرا شده می‌تواند.» دین در لغت به معنی قرض، قرض خواستن و قرض گرفتن است.<sup>۵۰۲</sup> ماده ۱۵۸ مجله الاحکام در تعریف دین می‌گوید: «دین عبارت است از آنچه که بر ذمه ثابت باشد [...]» تعریف ذمه گذشت. به نظر می‌رسد مجرای ترجمه دری مقاصه و تهاتر است. مقاصه در لغت از ریشه «قصص» گرفته شده که به معنای قصاص گرفتن، چیزی را به جای چیزی گرفته و بازپس گرفتن مثل چیز داده شده است.<sup>۵۰۳</sup> تهاتر در لغت از ریشه «هتر» گرفته شده که به معنای تبادل کالا، همدیگر را تکذیب کردن، مساوات و برابر شدن است.<sup>۵۰۴</sup> در اصطلاح حقوقی و فقهی به اسقاط دین به ذمه مدیون از سوی مالک در برابر آنچه که خود به ذمه دارد مجرای، تهاتر و یا مقاصه گویند. به عبارت دیگر، مجرای عبارت از سقوط تعهد به سبب مدیون بودن طرفین معامله به همدیگر است.<sup>۵۰۵</sup>

طبق نص این ماده در صورتی که دین ناشی از نفقه زوجه بر عهده زوج باشد و زوج نیز بر ذمه زوجه دین داشته باشد، در صورتی که زوجین بخواهند می‌توانند دینی را که بر عهده همدیگر دارند از طریق مجرای ساقط نمایند. به حیث مثال، اگر حمیده زوجه احمد باشد و مصارف نفقه حمیده در سه ماه ۱۵۰۰۰۰ افغانی شود و حمیده از احمد مبلغ ۱۵۰۰۰۰ افغانی قرض گرفته باشد، در

۵۰۱. (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۳۱/۸) <https://www.vajehyab.com>

۵۰۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۹۰.

۵۰۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۱۹۳۸.

۵۰۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۴۵.

۵۰۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۹۳۸.

صورتی که احمد و حمیده توافق نمایند دو دینی را که بر عهده همدیگر دارند مجرا نمایند، به دلیل این مجرای موجب اسقاط نفقه سه ماهه حمیده می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز مجرای نفقه بر دینی که زوج بر زوجه دارد است.

#### گفتار دوازدهم) سقوط نفقه

طبق ماده ۱۲۲ ق. م: «در حالات ذیل زوجه مستحق نفقه نمی گردد: ۱) زوجه بدون اجازه زوج یا به غیر مقاصد جایز از مسکن خارج گردد؛ ۲) زوجه به امور زوجیت اطاعت نداشته باشد؛ و ۳) مانع انتقال زوجه به مسکن زوج موجود باشد.» نص این ماده یکی از جنجال برانگیزترین ماده های ق. م در خصوص حقوق زنان است. طبق نص این ماده در چهار حالت زوجه مستحق نفقه نمی گردد:

۱) در صورتی که زوجه بدون اجازه زوج از مسکن خارج شود نفقه او ساقط می شود. ضمانت اجرای عدم خروج از منزل طبق نص این ماده نفقه است. اما، در صورتی که زوج اجازه بدهد، نفقه زن ساقط نمی شود. نص این ماده مجمل به نظر می رسد و تطبیق کنندگان ق. م را کمک نمی کند، زیرا قانونگذار مدنی روشن نساخته است که با یک بار خروج از منزل بدون اجازه شوهر، دوبار خروج و نظیر اینها نفقه ساقط می شود!؟

همچنین، در نص این ماده روشن نشده است که چه مقدار نفقه ساقط می شود! آیا برای همیشه نفقه زوجه ساقط می شود و یا یک بار!؟ همچنین، نص این ماده ریاست مرد بر زن در خانواده را نشان می دهد. زیرا، همانطور که مأمور برای خروج از اداره باید از رئیس اجازه بگیرد، زن نیز برای خروج از منزل از شوهر باید اجازه بگیرد. بنابراین، مرد طبق نص این ماده بر خانواده ریاست دارد و مرد رئیس است و زن مرئوس.

همچنین، نص این ماده برتری مرد در خانواده نسبت به زن را نشان می دهد. این برتری را مرد به دلیل اتفاق بر زن دارد که بیانگر نوعی نابرابری زن و مرد در خانواده و مخالف نص ماده ۲۲ ق. م است که تصریح می نماید، زن و مرد در برابر قانون دارای حقوق و وجایب مساوی اند به نظر می رسد. معمولاً مردان در خروج از منزل از زوجه خویش اجازه نمی گیرند. نه تنها اجازه که بلکه، بسیاری از مردان حتی در زمان خروج از منزل به زوجه خبر هم نمی دهند. بنابراین، نص ماده ۱۲۲ تبعیض آمیز به نظر می رسد.

طبق نص این ماده ضمانت اجرای اخذ اجازه در صورت خروج از منزل زن، نفقه است. بنابراین، در صورتی که زن با اجازه شوهر از خانه خارج شود نفقه او ساقط نمی گردد اما در صورتی که بدون اجازه شوهر از خانه بیرون برود، نفقه او ساقط می گردد. به نظر می رسد اخذ اجازه زن از شوهر در

موارد خروج از منزل دلیل فرهنگی و حقوقی دارد. در جوامع ای که زنان خارج از منزل مورد آزار و اذیت مخصوصاً آزار و اذیت جنسی در بازار، دانشگاه، دفتر و ... قرار می گیرند و قانونی برای منع آزار و اذیت وجود نمی داشته باشد و یا می داشته باشد اما دولت (به خصوص پولیس) آن را تطبیق نمی نماید (مانند افغانستان که قانون منع خشونت علیه زن و مقرره منع آزار و اذیت جنسی زنان در ساحه کار وجود دارد، اما در عمل احکام این قانون و مقرره تطبیق نمی گردد) مردان چاره ای جز حبس زنان در خانه ندارند.

در جوامع ای که حاکمیت قانون و دولت های قوی وجود دارد و پولیس تطبیق کننده قانون است و زنان مورد حمایت قرار می گیرند، بحث خروج از منزل و اخذ اجازه از مرد منتفی به نظر می رسد، زیرا این مردان نیستند که زنان را مورد حمایت قرار می دهند بلکه دولت ها هستند که زنان را مورد حمایت قرار می دهند. به هر اندازه ای که جامعه فاسد و مفسد باشد و دولت ها از زنان حمایت نمایند به همان اندازه حبس زنان و عدم اجازه خروج از منزل بالا خواهد بود زیرا در صورتی که دولت از زنان حمایت نماید مردان به دلیل غیرت چاره جز حبس زنان در خانه نخواهند داشت.

ایرادی که بر نص این ماده وارد می گردد این است که نص این ماده موجب حبس زنان توسط شوهران می شود و در نهایت موجب می شود تا نصف جامعه در خانه باشند و نصف دیگر هر طوری که میل داشته باشند. استدلال طرفداران این ماده این است که در صورتی که شوهر نفقه زوجه را تأمین نماید، نیاز های اساسی زوجه مانند لباس، خانه، مصارف تداوی و غذا تأمین می شود و زوجه ضرورت به کار و خروج از منزل ندارد.

همچنین، عدم خروج زوجه از منزل موجب آن می شود تا زوجه وظایف متعدد مانند نگهداری خانه، شستشو لباس ها، ظرف ها، خانه، نگهداری اطفال، آشپزی و سایر وظایف را انجام دهد. در صورت خروج زوجه از منزل شوهر مجبور می شود، نگهبان، دایه برای اطفال، آشپز، صفاکار و نظیر اینها استخدام نماید. زوجه همه این وظایف را در صورت عدم خروج از منزل به صورت رایگان انجام می دهد. استدلال دیگر طرفداران این ماده این است که در صورت خروج زوجه از منزل، این امر باعث خلط و اخلاط مرد و زن در جامعه و موجب شیوع مفاسد اخلاقی و فحاشی می گردد. به حیث مثال، اگر حمیده زوجه احمد باشد و حمیده بدون اجازه احمد از خانه خارج شود، نفقه حمیده ساقط می شود.

ایراد این ماده این است که به موجب نفقه زنان آزادی خویش را از دست می دهند و مجبور می شوند در خانه محبوس شوند. محبوس بودن در خانه بسیار مشکل است و چون مردان معمولاً در خارج از خانه کار می نمایند و آزاد اند، احساس نمی کنند که در خانه محبوس بودن و اجازه گرفتن

چقدر دشوار است. اما، این احساس را مردان در بسیاری از ممالک اسلامی در زمان شیوع بیماری کرونا یا کوید ۱۹ و قرنطین شدن در خانه برای مدت طولانی درک کردند و نتیجه گرفتند که محبوس بودن در چهاردیواری خانه چقدر دشوار و آزادی چه نعمتی بزرگی است و حداقل برای مدت کوتاهی درد زنان را در ممالک اسلامی احساس کردند.

۲) در صورتی که زوجه بدون از مقاصد جایز از مسکن خارج گردد، نفقه او ساقط می‌گردد. پرسش این است که مقاصد جایز چیست؟ در پاسخ به این پرسش برخی فقها بر این نظر اند که برخی مصادیق مقاصد جایز عبارت اند از: طلب علم، دیدن و زیارت و عیادت پدر و مادر، خریداری، رفتن نزد داکتر و نظیر اینها است.<sup>۵۰۶</sup> اما، به نظر می‌رسد منظور از مقاصد غیرجایز، خروج زوجه برای انجام دادن کارهای خلاف اخلاق مانند فحاشی و نظیر اینها است. به حیث مثال، اگر حمیده زوجهٔ احمد باشد و حمیده به منظور اجرای مقاصد جایز از خانه خارج شود مانند تحصیل، دیدن پدر و مادر، رفتن نزد داکتر و نظیر اینها، نفقهٔ حمیده ساقط نمی‌گردد. اما، اگر حمیده به منظور اجرای مقاصد ناجایز مانند فحاشی از خانه خارج شود، نفقهٔ او ساقط می‌گردد.

۳) در صورتی که زوجه به امور زوجیت اطاعت نداشته باشد. اطاعت در لغت به معنی فرمان برداری کردن، پیروی، تابعیت و تمکین است.<sup>۵۰۷</sup> امور زوجیت عبارت بسیار عام است و می‌تواند تفسیر وسیع و تفسیر محدود شود. در تفسیر موسع عبارت «امور زوجیت» عام است و شامل تمام امور مربوط به زوجیت (زنا شوهری) می‌گردد. اما، در تفسیر محدود، منظور از امور زوجیت تمکین است.

برخی فقها بر این نظر اند که جهت وجوب تأمین نفقهٔ زوجه شرط است که زوجه تمکین کامل کند و این امر با تسلیم نفس و یا اظهار آمادگی برای تسلیم خود به شوهر تا هرگاه بخواهد بتواند از او تمتع جنسی حاصل نماید، متحقق می‌گردد.<sup>۵۰۸</sup>

این شرط محل ایراد به نظر می‌رسد زیرا زوج در برابر تأمین نفقه از زوجه تمتع جنسی نمی‌گیرد، بلکه تمتع جنسی زوجین از همدیگر امر مستقل از نفقه به نظر می‌رسد و دو جانبه است. تمتع جنسی شوهر از زوجه در برابر نفقه غیراحترام آمیز نسبت به زنان است. گذشته از این، اگر مرد در تمتع جنسی به زن تمکین نکند، در ق. م هیچ ضمانت اجرای وجود ندارد. بنابراین، نص مادهٔ ۱۲۲

۵۰۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۳۷۸ و ۷۳۷۹.

(آخرین بازدید ۱۰/۱۰/۲۰۱۷) <https://www.vajehyab.com> 507.

۵۰۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۳۷۵؛ عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، صص ۴۳۵؛ و سید سابق، فقه السنه، ترجمهٔ محمود ابراهیمی، ج ۳، صص ۱۴۱۵.

ق. م صرف بر زنان تطبیق می شود که تبعیض آمیز به نظر می رسد. به حیث مثال، اگر حمیده زوجهٔ احمد باشد و حمیده از امور زوجیت از احمد اطاعت ننماید، نفقهٔ حمیده ساقط می شود. (۴) در صورتی که مانع انتقال زوجه به مسکن زوج موجود گردد. نص این ماده مبهم و نازیبا است. زیرا، زوجه کالا یا مال نیست که به خانهٔ شوهر منتقل شود، بلکه انسان است که خود به خانهٔ شوهر می رود. به نظر می رسد مصداق مانع انتقال زوجه به مسکن زوج ممانعت اولیای زوجه از رفتن زوجه به خانهٔ زوج است. به حیث مثال، اگر حمیده زوجهٔ احمد باشد و پدر حمیده مانع رفتن حمیده به مسکن احمد شود و حمیده را نزد خود نگهدارد، نفقهٔ حمیده ساقط می گردد. به نظر می رسد در این چهار صورت، خود زوجه نفقه اش را توسط مال و دارایی ای که دارد تأمین نماید، زیرا در غیر آن از گرسنگی خواهد مرد. همچنین، این امکان فراهم است تا سایر اقارب نفقهٔ زوجه را فراهم نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی و حصر حالات اسقاط نفقه است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۱۷):

در بند (۳) ماده (۱۲۲) قانون مدنی مانع انتقال اگر متوجه زوجه باشد تقصیر زوج چه خواهد بود.

توضیح:

اگر مانع انتقال فعل وارده زوج و یا حوادث طبیعی یا اراده شخص ثالث باشد زوجه مستحق نفقه می گردد. در صورتی که مانع از عمل و اراده زن نشأت کرده باشد مستحق نفقه نمی گردد مثلاً محبوسه بودن زن به علت ارتکاب جرم.<sup>۵۰۹</sup>

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۱۶):

عبارت فقره اول مندرج ماده (۱۲۲) قانون مدنی مخالف ماده (۱۱۷) آن معلوم می شود، باید توضیح گردد.

توضیح:



بین دو ماده متذکره مخالفت موجود نیست زیرا وجوب نفقه بر شوهر در ماده (۱۱۷) در صورتی است که زن به اجازه شوهر در منزل اقارب خود باشد. در فقره اخیر بند اول آن موضوع تصریح گردیده و ماده (۱۲۲) از حالتی بحث می کند که بدون اجازه شوهر در منزل اقاربش بماند.<sup>۵۰</sup>

**بخش چهارم**  
**پایان عقد ازدواج**

فصل های شامل این بخش:  
فصل اول: فسخ  
فصل دوم: طلاق  
فصل سوم: خلع  
فصل چهارم: تفریق قضایی



## مقدمه و تقسیم مطالب

عقد ازدواج عقد مانند سایر عقود دایمی نیست و در اثر دو سبب منتهی می شود: اول فوت یکی از زوجین و دوم انحلال. انحلال از ریشه «حل» گرفته شده است که در لغت به معنی گشوده شدن، گشاده گردیدن، حل شدن، باز شدن، نابود شدن، از بین رفتن، تعطیل شدن و متلاشی شدن است. در اصطلاح حقوق مدنی، به اثر انداختن یک عمل حقوقی درست به اراده کسی که چنین حقی دارد، انحلال گویند.<sup>۵۱۱</sup>

فوت یکی از زوجین انتهای قهری عقد ازدواج است. بنابراین، در صورتی که یکی از زوجین وفات نماید، رابطه زوجیت او با جانب مقابل منتهی می شود و جانب مقابل نامحرم او تلقی می گردد. دلیل این قاعده این است که رابطه زوجیت با عقد ازدواج ایجاد می شود و فوت باعث انتهای عقد ازدواج و در نتیجه منتهی شدن رابطه زوجیت زوجین می شود. اما، انحلال مربوط به زندگان است و براساس اراده و اختیار یکی از زوجین انجام می شود. براساس فقه انحلال عقد ازدواج عبارت از انتهای عقد ازدواج است.

عقد ازدواج ممکن است از طریق فسخ، طلاق، خلع و تفریق قضایی منحل گردد. ماده ۱۳۱ ق. م در این باره تصریح می نماید که: «عقد ازدواج با فسخ، طلاق، خلع یا تفریق مطابق به احکام مندرج این قانون منحل می گردد.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اسباب انحلال عقد ازدواج است. طبق نص این ماده ازدواج از طریق فسخ در صورت تحقق

۵۱۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۴۷۳ و ۴۷۴.

اسباب آن، طلاق توسط شوهر، خُلَع توسط زوجین و تفریق قضایی توسط زوجه صورت می گیرد. طبق ق. م طلاق حق مرد است که براساس اراده و اختیار او صورت می گردد. تفریق قضایی حق زن است که براساس اختیار او انجام می شود. خُلَع حق زن و مرد است که براساس توافق آنها انجام می شود. فسخ نیز در اثر اسباب معین انجام می شود.

به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید، احمد می تواند عقد ازدواج را از طریق طلاق منحل نماید. اگر حمیده از ازدواج ناراض باشد می تواند عقد ازدواج را از طریق تفریق قضایی در صورت تحقق اسباب آن که عبارت اند از مرض، عیب، عدم انفاق، ضرر، غیابت، مفقودیت و حبس است منحل نماید. اگر احمد و حمیده از عقد ازدواج ناراض باشند می توانند عقد ازدواج را از طریق خلع منحل نمایند. اگر بعد از عقد ازدواج اسباب فسخ مانند لعان، حرمت مصاهره و نظیر اینها بر عقد ازدواج واقع شود، ازدواج به حکم قانون از طریق فسخ از سوی طرفین یا محکمه منحل گردد:



## فصل اول: فسخ

طلاق یگانه راه انحلال ازدواج نیست، بلکه یکی از راه های آن است. فقهاء به این عقیده اند که فرقت و جدایی دو نوع است: فرقت طلاق و فرقت فسخ. فسخ نیز به دو نوع است: فسخ به توافق طرفین که خلع نامیده می شود و فسخ عقد توسط قاضی یا به صورت خود به خودی در اثر اسباب معین که حین انعقاد عقد ازدواج و یا بعد از آن بر عقد ازدواج وارد گردیده و موجب منفسخ شدن آن می گردد:

### مبحث اول) تعریف

طبق ماده ۱۳۲ ق. م: «فسخ عبارت از نقض عقد ازدواج به سبب وقوع خلل در حین عقد و یا بعد از آن، به نحوی که مانع دوام ازدواج گردد.» فسخ در لغت به معنی نقض، زایل کردن، از بین بردن و از هم جدا کردن است<sup>۵۱۲</sup> و در اصطلاح حقوقی به صورت عموم عبارت از اثر انداختن يك عقد از بنیاد و كان لم یکن گردانیدن ارادی آن است.<sup>۵۱۳</sup> طبق نص این ماده اول این که فسخ نقض عقد ازدواج است. دوم این که این نقض به سبب خلل واقع می گردد. خلل جمع خلة است که در لغت به معنی آسیب، صدمه، تباهی، شگاف، نقص و نقصان، اختلال، آسیب، فساد و عیب است.<sup>۵۱۴</sup> سوم این که خلل امکان دارد در جریان عقد ازدواج واقع گردد یا بعد از بستن عقد ازدواج

۵۱۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۴۶۱.

۵۱۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۴۶۱.

و چهارم این که خلل مانع دوام عقد می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف فسخ ازدواج و پیش بینی اسباب فسخ است.

مبحث دوم) اسباب فسخ درق. م

در باره اینکه کدام جدایی های فسخ و کدام جدایی ها طلاق پنداشته می شود، در فقه نظریات مختلف وجود دارد که این نظریات را ذیلاً مورد بحث قرار می دهیم:

فقههای حنفیه بر این نظر اند که جدایی های ذیل میان زوجین فسخ تلقی می گردد:

1) تفریق قاضی میان زوجین به سبب امتناع زوجه از پذیرش اسلام بعد از مسلمان شدن شوهر مشرک و یا مجوسی او، زیرا چنانچه قبلاً شرح آن گذشت، نکاح زن مشرکه با مرد مسلمان صحیح نیست. در چنین حالتی، سبب فرقت و جدایی زوجه است و تمام جدایی های که از جانب زوجه صورت پذیرد طلاق نیست، بلکه فسخ است. زیرا، صرف مرد مالک طلاق است نه زن. ولی، در صورتی که امتناع از پذیرش اسلام از جانب زوج صورت پذیرد، جدایی میان زوجین به نظر امام ابو حنیفه رحمته و محمد رحمته طلاق و به نظر امام ابو یوسف رحمته فسخ است؛

۲) ارتداد یکی از زوجین؛

۳) اختلاف دارین حکماً و حقیقتاً؛ اگر یکی از زوجین بعد از مسلمان شدن و یا ذمی شدن از دار حرب به دار اسلام بیاید و جانب مقابل را در حالی که کافر است در دار حرب ترک نماید، از روی قیاس با ارتداد فرقت و جدایی بین اینها واقع می گردد. اما، در صورتی که یکی از آنها در حالی مستأمن بودن از دار حرب خارج و به دار اسلام بیاید و جانب مقابل را در حالی که کافر است در دار حرب ترک نماید، هیچ نوع جدایی بین آنها واقع نمی گردد. فقههای غیر حنفیه بر این نظر اند که هیچ نوع جدایی میان زوجین به سبب اختلاف دارین واقع نمی گردد؛

۴) تفریق به سبب عدم کفایت و نقصان مهر: تفریقی که به سبب عدم کفایت و نقصان مهر صورت می گیرد، فسخ است. زیرا، چنین فرقتی از جانب زوجه صورت می گیرد و ناممکن است که طلاق تلقی گردد. زیرا، صرف زوج مالک طلاق است. به استثنای اینها، تمام جدایی های که از جانب زوج و یا به سبب زوج واقع می گردد، طلاق است از آن جمله است خلع.

ضابطه که توسط آن بتوان طلاق را از فسخ متمایز نمود به نظر امام ابو حنیفه / و امام محمد/ این است که: تمام جدایی های که از جانب یا به سبب زوجه صورت پذیرد فسخ و تمام جدایی های که از جانب مرد و یا به سبب او صورت پذیرد طلاق است، مگر امام ابو حنیفه رحمته برخلاف امام



محمد صلی الله علیه و آله جدایی میان زوجین به سبب ارتداد زوج را فسخ تلقی می نماید. زیرا، ارتداد از حیث اینکه مرتد مستوجب قتل شناخته می شود، شبیه موت است و فرقت به سبب موت طلاق نیست.

به نظر فقهای مالکیه فرقت در موارد آتی فسخ است:

(1) هنگامی که عقد به صورت غیر صحیح واقع گردد، مانند: ازدواج با خواهر و یا یکی از محارم، ازدواج با زوجه و معتدّه غیر؛

(2) وقوع آنچه که موجب حرمت مؤبد می گردد، مانند: اتصال جنسی یکی از زوجین با اصول و فروع جانب مقابل که موجب حرمت مصاهره گردد؛

(3) جدایی به سبب لعان: بر اساس حدیث: « المتلاعنان لا یجتمعان أبداً »<sup>۱۰</sup> « متلاعنان بعد از ملاعنه هرگز جمع نمی شوند »؛

(4) تفریق به سبب امتناع زوج از پذیرش اسلام و مسلمان شدن زوجه و امتناع زوجه از مسلمان شدن بعد از پذیرش اسلام توسط زوج.

و جدایی در موارد ذیل طلاق تلقی می گردد:

(1) استعمال لفظ طلاق در ازدواج صحیح؛

(2) فرقت و جدایی از طریق خلع؛

(3) فرقت به سبب ایلاء؛

(4) فرقت به سبب عدم کفایت خواه از جانب زوجه باشد و یا از جانب زوج؛

(5) فرقت به سبب عدم انفاق، غیبت، ضرر و سوء آمیزش؛ و

(6) فرقت به سبب ارتداد یکی از زوجین.

فقهای شافعیه بر این نظر اند که طلاق انواع دارد که عبارت اند از: طلاق صریح، ضمنی، خلع، جدایی از طریق ایلاء و حکمین.

اما، فسخ به انواع مختلف است که عبارت اند از: فرقت در اثر اعسار زوج مبنی بر پرداخت مهر، نفقه، لعان، عیوب، مسلمان شدن یکی از زوجین و امتناع جانب مقابل، ارتداد یکی از زوجین، عدم کفو بودن زوجین، فرقت رضاع و نظیر اینها.

فقهای حنابله می گویند: فرقت در حالت ذیل فسخ تلقی می گردد:

(1) خلع در صورتی که به لفظ غیر از طلاق واقع گردد و یا به غیر نیت طلاق واقع گردد؛

(2) ارتداد یکی از زوجین؛

<sup>۱۰</sup> . رواه دارقطنی عن ابن عباس رضی الله عنهما.

- 3) فرقت به سبب عیب مشترک (جنون، صرع) یا عیوب مختص به زن مانند: رتق، قرن و غیره و یا عیوب مختص به مرد مانند: جب، عنن؛  
4) اسلام آوردن یکی از زوجین و امتناع جانب مقابل؛  
5) جدایی به سبب ایلاء؛ و  
6) جدایی به سبب لعان.<sup>۵۱۶</sup>

طبق ماده ۱۳۳ ق. م که ملهم از فقه است: «حالات مذکور ماده (۱۳۲) که موجب فسخ عقد ازدواج شناخته می شود قرار ذیل می باشد:

- ۱ - خلل در حین عقد ناشی از اسباب ذیل می باشد:  
الف - فقدان یکی از شروط صحت عقد.  
ب - خیار افاقه (زوال جنون) و عته.  
ج - نقصان مهر از اندازه مهر مثل زوجه.  
۲ - خلل بعد از عقد که مانع دوام ازدواج می گردد، ناشی از اسباب ذیل می باشد:  
الف - حرمت مصاهره.  
ب - لعان.

ج - امتناع زوجه غیر کتابی از مسلمان شدن در صورتیکه زوج او مسلمان شده باشد.». نص این ماده مرتبط به ماده ۱۳۲ ق. م است. قانونگذار مدنی در ماده ۱۳۲ ق. م فسخ را تعریف نموده و در ماده ۱۳۳ ق. م اسباب فسخ را احصا کرده است. طبق نص این ماده برخی اسباب فسخ حین انعقاد ازدواج موجود گردیده و موجب انفساخ آن می گردد و برخی دیگر بعد از انعقاد عقد ازدواج وارد گردیده و موجب انفساخ آن می گردد:

#### گفتار اول) اسبابی که حین انعقاد عقد موجود می گردد

اسبابی که حین انعقاد عقد بر عقد ازدواج وارد گردیده و موجب انفساخ آن می گردد عبارت اند از:

۱) فقدان شرایط صحت ازدواج: طبق ماده ۱۳۳ ق. م سبب اول فسخ عقد ازدواج فقدان (نبود) شرایط صحت عقد ازدواج است. نص ماده ۱۳۳ ق. م مستقل نیست بلکه مرتبط به ماده ۷۷ ق. م است. زیرا، شرایط صحت عقد ازدواج در ماده ۷۷ ق. م پیش بینی شده است که عبارت اند از: ایجاب و قبول صحیح توسط طرفین، اولیا و یا وکلای آنها، وجود دو نفر شاهد با اهلیت و عدم

۵۱۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص

موجودیت حرمت دائمی و مؤقت که بحث هر یک به صورت مفصل در فصل شرایط صحت نکاح گذشت.

طبق نص این ماده، در صورتی که ایجاب و قبول به صورت صحیح میان طرفین صورت نپذیرد، یا میان ناکح و منکوحه حرمت مؤقت و یا دائمی وجود داشته باشد یا حین انعقاد عقد ازدواج دو نفر شهود حضور نداشته باشد چنین ازدواجی توسط طرفین یا محکمه به دلیل فقدان شرایط صحت عقد ازدواج باید فسخ گردد. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و در جریان انعقاد عقد ازدواج احمد برادر رضاعی، برادر نسبی حمیده ثابت گردد یا احمد با خشوی خویش، یا مادر اندر خویش ازدواج نماید، یا احمد با حمیده بدون حضور شهود ازدواج نماید یا شرایط صحت ایجاب و قبول متحقق نگردد، احمد و حمیده باید عقد را فسخ نمایند. در صورت عدم فسخ، قاضی در صورت وصول قضیه به قاضی، باید ازدواج را فسخ نماید.

**۲) خیار افاقه:** طبق ماده ۱۳۳ ق. م سبب دوم فسخ عقد ازدواج خیار افاقه است. افاقه در لغت به معنی بهبود یافتن، به هوش آمدن، رو به تن درستی نهادن بیمار و درمان است.<sup>۵۱۷</sup> در اصطلاح افاقه عبارت است از به هوش آمدن و خرد خود را بازیافتن در اموری از قبیل مستی، خواب و جنون است.<sup>۵۱۸</sup> افاقه در نص ماده ۱۳۳ در مفهوم زوال جنون و عته استعمال شده است. خیار در لغت به معنی اختیار است. به موجب فقه خیار عبارت از حق یکی از طرفین و یا طرفین در امضاء و یا فسخ عقد بنابر دلیل شرعی و یا اتفاق طرفین است.<sup>۵۱۹</sup>

به نظر می رسد خیار افاقه عبارت است از اختیار شخص مجنون و معتوه است در تأیید و یا فسخ عقد ازدواج. به عنوان مثال، در صورتی که ولی، دختر و یا پسر مجنون و یا مجنونه خویش را به عقد نکاح دیگری در بی آورد، مجنون و مجنونه کبیره بعد از صحت یاب شدن دارای خیار است و می تواند عقد ازدواج را فسخ نماید که این خیار را به نام «خیار افاقه» می نامند. جنون از ریشه «جن» گرفته شده که به معنای دیوانگی، زوال عقل و تباهی خرد است و در اصطلاح عبارت از اختلال عقل است که حاصل آن اضطراب و آشفتگی در رفتار است. جنون بر دو نوع است:

**۱- جنون اطباقی:** جنون اطباقی، عبارت از جنونی است که استمرار داشته و از آن به جنون «مستمر» نیز یاد می کنند.

(آخرین بازدید ۱/۲۵/۲۰۱۶) 517. <http://www.almaany.com/fa/dict/ar-fa>

۵۱۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۷۶.

۵۱۹. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ه. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۴۱؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۱۵.

۲- جنون غیر اطباقی: جنون غیر اطباقی، عبارت از جنون غیر مستمر است؛ یعنی: شخص مبتلا به آن گاه به حالت عادی باز می گردد و گاهی دچار جنون می شود. ماده ۹۴۴ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «مجنون بر دو قسم است: یکی مجنون مطبق که در تمام اوقات بیخود است و مجنون غیر مطبق که مجنونی است که گاهی بیخود و گاهی به حالت افاقه باز می گردد.»<sup>۵۲۰</sup>

عته در لغت به کاستی عقل گویند و در اصطلاح ضعفی است که موجب ایجاد خلل در عقل می شود، چنانکه به عنوان نمونه در سخن معتوه اختلال ایجاد می شود و گاه مانند خردمندان و گاهی هم مانند دیوانگان سخن می گوید.<sup>۵۲۱</sup> به عبارت دیگر: به کسی که از فهم اندک برخوردار بوده و سخنان مضطرب و پریشان بگوید و حُسن تدبیر او معلوم نباشد معتوه گویند. ماده ۹۴۵ مجله الاحکام در تعریف معتوه که در زبان عرف به آن ساده لوح می گویند، می گوید: «معتوه: کسی است که شعورش مختل شود طوری که فهمش اندک بوده و در کلامش اختلال به وجود آید و تدبیرش فاسد باشد.»

به نظر می رسد که فرق مجنون و معتوه این است که مجنون به کلی فاقد عقل و تمیز است. اما، معتوه فاقد تمیز نیست. همچنین، عته ضعف در عقل است که موجب ضعف ادراک می شود و جنون اختلال در عقل است که موجب اضطراب و هیجان می شود.<sup>۵۲۲</sup> به نظر می رسد روی همین دلیل، برخی فقهاء عته را به دو نوع تقسیم می نمایند: (۱) عته شدید، که انسان را کاملاً فاقد ادراک و تمیز می نماید در چنین حالتی فقهاء معتوه را در حکم دیوانه تلقی می نمایند؛ و (۲) عته خفیف که توأم با شعور و ادراک است که حکم چنین معتوه تابع حکم صغیر ممیز است.<sup>۵۲۳</sup> اما، نظر صحیح این است که عته یک نوع است و آن عبارت از عته ای است که در ابتداء ذکر شد، در غیر آن شخص مجنون است.<sup>۵۲۴</sup>

نص این ماده مبهم و گمراه کننده است. مفهوم مخالف نص این ماده این است ازدواج مجنون و معتوه صحیح است که محل ایراد به نظر می رسد، زیرا مجنون و معتوه ناقص اهلیت اند و شرط

۵۲۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۷۲؛ عبدالکریم زیدان، الوجیز فی اصول الفقه، ص ۱۰۲؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۱۶۹.

۵۲۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۷۲؛ عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۷۲؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۳۷۱؛ و عبدالکریم زیدان، الوجیز فی اصول الفقه، ص ۱۰۴.

۵۲۲. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۳۷۲؛ و عبدالکریم زیدان، الوجیز فی اصول الفقه، ص ۱۰۴.

۵۲۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۷۲.

۵۲۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۰.

صحت ازدواج طبق قواعد عمومی عقود این است که طرفین دارای اهلیت باشند. قابل توصیه است نص این ماده اصلاح گردد. در هر حال، اگر حمیده معتوهه یا مجنونه باشد و با احمد ازدواج نماید و در جریان ازدواج حمیده صحت خود را باز یابد، عقد ازدواج را می تواند فسخ نماید.

**۳) نقصان مهر از اندازه مهر مثل:** طبق ماده ۱۳۳ ق. م خلل سوم نقصان مهر از اندازه مهر مثل است. تعریف مهر مثل در مبحث مهر گذشت. نص ماده ۱۳۳ فقره ۲ جزء ۳ مجمل و مبهم است. طبق نص این ماده خلل سومی که طبق ق. م ممکن است حین انعقاد عقد موجود گردیده و موجب فسخ عقد گردد، نقصان و یا کم بودن مهر از اندازه مهر مثل است. به حیث مثال، اگر حمیده با احمد ازدواج نماید و مقدار مهر مثل ده لک افغانی باشد و حمیده در برابر پنج لک افغانی با احمد ازدواج نماید، ولی حمیده می تواند عقد ازدواج را به دلیل نقصان مهر فسخ نماید. ایرادی که بر نص این ماده وارد می شود این است که:

نخست این که: به نظر می رسد نقصان مهر (پنج لک افغانی از باب مثال در مثال بالا) ارزش این را ندارد تا خانواده ای به دلیل آن منحل شود؛

دوم این که: با توجه به سنتی بودن افغانستان دختری که عقد ازدواج او به دلیل نقصان مهر از اندازه مهر مثل فسخ گردیده است، نخواهد توانست به آسانی با دیگری ازدواج نماید، زیرا عرفاً به آسانی پسران نخواهند پذیرفت که با او ازدواج نماید. بنابراین، نص این ماده متناسب و مناسب جامعه افغانستان به نظر نمی رسد؛

سوم این که: در صورت نقصان مهر از اندازه مهر مثل و فسخ عقد توسط ولی، دو ضرر وجود دارد: ضرر کوچک که پذیرش نقصان مهر از اندازه مهر مثل است و دوم ضرر بزرگ که فسخ عقد است به خصوص در حالتی که زوجه عاقله و بالغه باشد و با رضایت خویش با شخص دیگری ازدواج نموده باشد. طبق قاعده: «ضرر شدید با ایراد ضرر خفیف دفع می گردد» مناسب به نظر می رسد نقصان مهر از اندازه مهر مثل را پذیرفت، زیرا نقصان مهر ضرر کوچک است و فسخ عقد ازدواج ضرر بزرگ.

علاوه براین، این نظر، موجب تکریم و احترام به اراده دختر عاقله و بالغه هم است. به نظر می رسد نص ماده ۱۳۳ فقره ۲ جزء ۳ از فقه حنفی گرفته شده است. طبق فقه حنفی هرگاه دختر و یا زن عاقله و بالغه بدون رضایت اولیاء با شخص غیر کفو ازدواج نماید، جهت لزوم عقد ازدواج شرط است که مهر بیشتر از مهر مثل باشد. بنابراین، در صورتی که مهر کمتر از مهر مثل باشد، به نظر امام

ابوحنیفه رضی الله عنه اولیای دختر می توانند اعتراض و فسخ عقد را مطالبه نمایند، مگر اینکه زوج حاضر به پرداخت زیادت مهر گردد.<sup>۵۲۵</sup>

گفتار دوم) اسبابی که بعد از عقد ازدواج بر آن وارد و موجب انفساخ آن می گردد

اسبابی که بعد از اتمام عقد، بر ازدواج وارد و موجب انفساخ آن می گردد عبارت اند از:  
 ۱) **حُرمت مصاهره:** براساس ماده ۱۳۳ فقره ۲ جزء ۱ ق. م سبب اول فسخ که بعد از عقد ازدواج بر ازدواج وارد می گردد، حرمت مصاهره است. حرمت مصاهره مرکب از حرمت و مصاهره است. حرمت در لغت به معنی حرام بودن است.<sup>۵۲۶</sup> مصاهره (مصاهرة) در لغت به معنی دامادی، داماد شدن، خویشی (قربت) به دلیل و سبب دامادی است.<sup>۵۲۷</sup> حرمت مصاهره یکی از انواع محرمات مؤبد است. حرمت مصاهره به عنوان یکی از اسباب فسخ عقد ازدواج هم در فقره ۱ ماده ۱۳۳ و هم در فقره ۲ ماده ۱۳۳ ق. م پیش بینی شده است. زیرا، اگر فقره اول ماده ۱۳۳ ق. م را تفسیر وسیع نماییم، شامل محرمات سببی هم می گردد. پیش بینی یک حکم در دو ماده محل ایراد به نظر می رسد.

در هر حال، ظهور حرمت مصاهره میان مرد و زن بعد از بستن عقد ازدواج یکی از اسباب فسخ عقد ازدواج است. به حیث مثال، هرگاه احمد با ذاکره ازدواج نماید و بعد از ازدواج آشکار شود که ذاکره خشوی احمد یا دختر اندر احمد بوده است، چنین ازدواجی باید فسخ گردد. همچنین، در صورتی که احمد با ذاکره ازدواج نماید و سپس آشکار شود که ذاکره مادر اندر احمد و یا سنوی احمد بوده است، چنین ازدواجی باید فسخ گردد. زیرا، در مثال های مذکور میان ناکح و منکوحه حرمت مصاهره وجود دارد و حرمت مصاهره یکی از موانع دایمی ازدواج است. تفصیل حرمت مصاهره در (محرمات سببی) در فصل شرایط ازدواج گذشت.

۲) **لعان:** طبق ماده ۱۳۳ ق. م هرگاه بین زوجین لعان صورت بگیرد، عقد ازدواج فسخ می گردد. بنابراین، دومین سببی که بعد از اتمام عقد ازدواج بر ازدواج وارد و موجب انفساخ آن می گردد لعان است که در فصل شرایط ازدواج بحث آن گذشت. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده زن و شوهر باشند و میان آنها به گونه ای که تفصیل آن در مبحث لعان گذشت، لعان واقع شود، عقد ازدواج باید فسخ گردد.

۳) **عدم پذیرش اسلام توسط زوجه غیر اهل کتابی در صورتی که شوهر او مسلمان شود:** طبق ماده ۱۳۴ ق. م خللی که بعد از عقد که مانع ازدواج می گردد، امتناع زوجه غیر اهل کتابیه در

۵۲۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۵۷۷-۶۵۷۹.

526. <https://www.vajehyab.com> (۲۰۱۷/۱۰/۰۶) (آخرین بازدید ۰۶/۱۰/۲۰۱۷).

527. Ibid, (۲۰۱۷/۱۰/۰۶) (آخرین بازدید ۰۶/۱۰/۲۰۱۷).

صورتی که شوهر او مسلمان شده باشد، است. امتناع در لغت پرهیز، اجتناب، خودداری، استتکاف، ابا، سرباز زدن و سرپیچی است.<sup>۵۲۸</sup>

در صورتی که شوهر زنی که اهل کتاب نیست، مسلمان شود، عقد فسخ می‌گردد، زیرا ازدواج مرد مسلمان با زن غیراهل کتاب که بحث آن در مبحث محرمات مؤقت گذشت، جواز ندارد. این اصل است. استثنای این اصل این است که زوجه غیراهل کتاب یا مسلمان شود و یا اهل کتاب. بنابراین، در صورتی که زوجه غیراهل کتاب مسلمان و یا اهل کتاب شود، عقد فسخ نمی‌گردد و ازدواج به حالت قبلی دوام می‌کند.

به حیث مثال، هرگاه جمیل با جمیله ازدواج نماید و هر دو مشرک باشند و سپس جمیل مسلمان شود، عقد ازدواج باید فسخ گردد، زیرا ازدواج مرد مسلمان با زن غیرمسلمان و غیر اهل کتاب جواز ندارد. اما، در صورتی که جمیله نیز مسلمان یا اهل کتاب شود، مانع ازدواج که عبارت از کفر است از بین می‌رود و ازدواج به حالت قبلی باقی می‌ماند.

۴) کیفیت فسخ: طبق ماده ۱۳۴: «(۱) فسخ عقد ازدواج در هر دو حالت مندرج ماده (۱۳۳) این قانون به حکم قطعی محکمه با صلاحیت صورت می‌گیرد؛ (۲) فسخ مندرج ناشی از اسباب مندرج فقره دوم ماده مذکور به رضایت زوجین بدون حکم محکمه نیز جواز دارد.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به ماده ۱۳۳ ق. م است. از نص این ماده دو حکم استنباط می‌گردد:

۱- فسخ عقد ازدواج در هر دو حالت مندرج ماده (۱۳۳) این قانون به حکم قطعی محکمه با صلاحیت صورت می‌گیرد. قانونگذار مدنی در نص این ماده از هر دو حالت مندرج ماده ۱۳۳ ق. م سخن می‌گوید. بنابراین، به نظر می‌رسد هر دو حالت، شامل اسباب فسخ ازدواج در وقت عقد ازدواج و پس از آن می‌شود.

به حیث مثال، اگر احمد با حمیده بدون شهود ازدواج نماید یا شرایط صحت ایجاب و قبول متحقق نگردد، یا مهر حمیده از مهر مثل کمتر باشد یا حمیده دارای خیار افاقه باشد، یا میان زوجین لعان واقع گردد یا میان احمد و حمیده حرمت مصاهره وجود داشته باشد یا احمد مسلمان شود و حمیده اسلام یا مسیحیت یا یهودیت را نپذیرد، عقد ازدواج به حکم قطعی محکمه فسخ می‌گردد.

نص ماده ۱۳۴ فقره ۲ مجمل است که محل ایراد به نظر می‌رسد زیرا، قانونگذار مدنی در نص این ماده واضح نساخته است که فسخ در صورت تقاضای چه کسی صورت می‌گیرد. زیرا، طبق اصل بی طرفی محکمه قاضی در قضایای جزایی پولیس، مدعی العموم (دادستان/ خائرنوال) نیست تا مظنون را گرفتار، تحقیق و قضیه او را به محکمه ارجاع دهد. همچنین، در قضایای مدنی، قاضی

۵۲۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۴۵.

بی طرف است و مدعی باید دعوی را نزد محکمه اقامه نماید. به نظر می رسد طبق نص این ماده یکی از طرفین ازدواج باید در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید. به حیث مثال، در مثال بالا احمد یا حمیده باید در محکمه دعوی نماید.

۲- فسخ مندرج ناشی از اسباب مندرج فقره دوم ماده مذکور به رضایت زوجین بدون حکم محکمه نیز جواز دارد. قانونگذار مدنی در نص ماده از اسباب فسخ مندرج در فقره ۲ ماده ۱۳۴ سخن می گوید. این اسباب عبارت اند از: حرمت مصاهره، لعان و امتناع زوجه غیر اهل کتاب در صورتی که شوهر او مسلمان شود، است. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده ازدواج نمایند و سپس روشن شود که حمیده دختر اندر احمد بوده است و احمد با مادر حمیده همبستر شده است یا احمد حمیده را متهم به زنا نماید یا نسب فرزند حمیده را نفی نماید و لعان را در حضور قاضی اجراء نمایند یا احمد مسلمان شود و حمیده اسلام را قبول نکند و اهل کتاب نیز نگردد، احمد و حمیده می توانند به توافق همدیگر عقد ازدواج را بدون این که به محکمه مراجعه نمایند، فسخ نمایند. در واقع، از مفاد ماده ۱۳۴ ق. م سه حالت استنباط می گردد:

نخست: اسباب فسخ متحقق است اما طرفین سکوت اختیار می نمایند و به عقد ازدواج ادامه می دهند. در این صورت، عقد ازدواج با توجه به اختلافی که در این خصوص وجود دارد فاسد یا باطل است. ازدواج باطل اثر ندارد و ازدواج فاسد دارای برخی آثار است اما ازدواج باید فسخ شود.

دوم: اسباب فسخ متحقق است و یکی از طرفین از محکمه ذیصلاح تقاضای فسخ ازدواج را می نماید و محکمه با صدور حکم ازدواج را فسخ می نماید.

سوم: طرفین به توافق همدیگر عقد ازدواج را به دلیل اسباب انفساخ فسخ می نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی مراجع فسخ عقد ازدواج است.



## فصل دوم: طلاق

سبب دوم انحلال عقد ازدواج طلاق است. در این فصل، تعریف، شرایط، ثبت طلاق، انواع طلاق و توکیل در طلاق را مورد بحث قرار می دهیم.

### مبحث اول) تعریف، شرایط و ثبت طلاق

#### گفتار اول) تعریف

طبق ماده ۱۳۵ ق. م: «(۱) طلاق عبارت از انحلال رابطه زوجیت صحیحه در حال یا آینده بین زوج و زوجه به الفاظی که وقوع طلاق صراحتاً از آن افاده شده بتواند. (۲) طلاق از جانب زوج یا محکمه با صلاحیت به درخواست زوجه مطابق به احکام این قانون صادر می گردد.» طلاق از ریشه «طلق» گرفته شده است که در لغت به معنی رها کردن، واگذاشتن، گسستن و گشودن گره (حل قید) است. از همین جهت اعراب به شتر رسته از بند «ناقة طالق» و به اسیر آزاد شده «اسیر مُطَلَّق» می گویند.<sup>۵۲۹</sup> شخصی که زوجه را طلاق بدهد، مُطَلِّق و زوجه ای که طلاق داده شده است را مُطَلَّقه می گویند.<sup>۵۳۰</sup> طبق نص این ماده طلاق انحلال رابطه زوجیت صحیح است. بنابراین، اگر رابطه زوجیت صحیحه (عقد ازدواج صحیح) وجود نداشته باشد، طلاق موضوعیت ندارد. همچنین، طرفین طلاق باید زوج و زوجه باشند.

---

529. Muhammad Subhi bin Hasan Hallaq, Fiqh according to Qur'an and Sunnah, translated into English by: Sameh Strauch, p 161.

۵۳۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۶۸۷۳؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۱۱؛ و محمد علی صابونی (۱۳۸۵). تفسیر آیات الاحکام، مترجم: نعمت الله شهرانی، جلد (۱)، چاپ دوم کابل: انتشارات نعمانی، ص ۳۶۶.

همچنین، طلاق باید به لفظ صریح مانند این که احمد به زوجه اش حمیده بگوید شما را طلاق دادم صورت بگیرد. لفظ صراحتاً در این ماده محل ایراد به نظر می رسد، زیرا طلاق امکان دارد به الفاظ ضمنی نیز واقع گردد که بحث آن خواهد آمد. همچنین، از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱) طلاق از جانب زوج مطابق احکام قانون صورت می گیرد. قانونگذار مدنی در نص این ماده از «جانب زوج» سخن می گوید. بنابراین، طبق نص این ماده طلاق حق زوج است. اعطای صلاحیت طلاق توسط قانونگذار مدنی موجب انتقاد طرفداران حقوق زن، فیمنست ها و طرفداران حقوق بشر قرار گرفته است. دلیل طرفداران حقوق زن این است که نص این ماده زن و مرد را در وضعیت نابرابر حقوقی قرار می دهد و مخالف ماده ۲۲ ق. ۱ که به موجب آن زن و مرد در برابر قانون از حق های مساوی بر خوردار اند، می باشد. بنابراین، نص این ماده محل ایراد و با ماده ۲۲ ق. ۱ متعارض است. اما، طرفداران نص این ماده در دفاع از نص این ماده به دلایل زیر متوسل می شوند:

۱- طبیعت و فطرت انسانی این مسأله را تأیید می کند، زیرا طلاق و ازدواج در جوامع اولی بر مبنای عادت فطری صورت می گرفته است که همواره مذکر به دنبال مؤنث می رود و او را می طلبد، مؤنث مذکر را نمی طلبد و خواستگاری نمی نماید. پس، همان گونه که در طلب و خواستگاری رأی مرد به حساب می آید، در ترک پیوند زوجیت نیز رأی مرد معتبر است. بنابراین، بر مبنای این عادت فطری، نظام طلاق در برابر ازدواج تنها در اختیار مرد است؛ و

۲- مهمتر و قوی تر از این، این است که در طلاق کوچک ترین ضرر مالی به زن وارد نمی شود، در حالی که هرگاه مرد اقدام به طلاق نماید، در صورتی که مهریه را نپرداخته باشد، باید بپردازد. برعلاوه، بعد از طلاق مرد مکلف است نفقه عدت زوجه مُطَلَّقه را بپردازد. علاوه بر نفقه عدت مرد مکلف است مصارف حضانت و سرپرستی طفل را نیز به زن مُطَلَّقه و یا یکی از خویشاوندانش بپردازد.

هرگاه در حین عقد مهر تسمیه نشده باشد و طلاق قبل از برقراری رابطه جنسی با زن صورت گرفته باشد، مرد چنانچه گفته شد، باید متعه را نیز به زن بپردازد. مزید بر این ها، هرگاه مرد ازدواج مجدد نماید، باید مصارف عروسی، مهر و غیره ازدواج مجدد را نیز متحمل شود. تمام این مخارج مرد را بر آن می دارد که بر حفظ زندگی زناشویی حریص باشد و در اقدام به طلاق شتاب نکند، زیرا باید

بار این همه مخارج را تحمل کند. از همین رو، حقوق اسلام حق طلاق را به مرد داده است نه به زن تا سود و زیان در برابر هم قرار گیرند.<sup>۵۳۱</sup>

۳- به نظر می‌رسد حقوق اسلام در برابر حق طلاق، حق خلع و تفریق قضایی را به زن اعطا کرده است. همچنین، برای رفع این انتقاد، امکان دارد شوهر حق طلاق را به زوجه تفویض نماید. (۲) طلاق از جانب محکمه با صلاحیت به درخواست زوجه مطابق به احکام این قانون صادر می‌گردد. طبق نص این ماده، طلاق توسط محکمه ذیصلاح در اثر تقاضای زوجه می‌تواند صورت بگیرد. به نظر می‌رسد نص این ماده ناظر بر تفریق قضایی است. زیرا، تفریق قضایی بر حسب مورد امکان دارد طلاق باین یا طلاق رجعی تلقی شود که بحث آن در فصل تفریق قضایی خواهد آمد. اما، برای این که زوجه بتواند از محکمه طلاق را مطالبه نماید، باید اسباب تفریق قضایی که عبارت اند از مرض و عیب در زوج، عدم انفاق، غیبت، مفقودیت، حبس، ضرر، ارتداد زوج و نظیر اینها متحقق گردد.

به نظر می‌رسد قانونگذار مدنی در نص این ماده نه تنها صلاحیت طلاق را به زوج، بلکه به زوجه نیز داده است. اما، برای این که زوجه بتواند از محکمه طلاق را مطالبه نماید، باید اسباب تفریق قضایی متحقق گردد. با پیش بینی نص این ماده، در زمینه انحلال عقد ازدواج میان زن و مرد تا اندازه‌ی برابری ایجاد می‌گردد. زیرا، مرد می‌تواند از طریق طلاق به رابطه‌ی زوجیت پایان دهد و زوجه از طریق تفریق قضایی.

به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف طلاق و پیش بینی اشخاصی که صلاحیت طلاق و تفریق قضایی را دارند است. در اصطلاح فقهی طلاق عبارت از گشودن گره نکاح و یا ازاله قید نکاح است در زمان حال و یا آینده به الفاظ مخصوص. انحلال رابطه زوجیت در زمان حال از طریق طلاق باین صورت می‌گیرد و انحلال رابطه زوجیت صحیحه در زمان آینده از طریق طلاق رجعی صورت می‌گیرد. اما، لفظ مخصوص می‌تواند لفظ صریح مانند: طلاق، و یا لفظ کنایی، مانند: حرام، باین و اطلاق و امثال اینها و یا آنچه قایم مقام لفظ قرار بگیرد، مانند: کتابت و اشاره مفهमे است.<sup>۵۳۲</sup>

۵۳۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص 7877 و 7878؛ سید سابق، فقه السنه، ترجمه محمود ابراهیمی، ج 3، صص 1515 و 1516؛ و جمال محمد فقی رسول (۱۳۸۵). زن در اندیشه اسلامی، مترجم: محمود ابراهیمی، چاپ اول، تهران: نشر احسان، صص 398-401.  
۵۳۲. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۸۷۳؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۳۱۱؛ اسعد محمد سعید الصاغرچی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدیة، صص ۲۰۹.

پرسش: طبق فقره (۲) ماده (۱۳۵) قانون مدنی آمریت های ثبت اسناد صلاحیت ترتیب طلاق خط های رضائی دارند یا نه؟

#### توضیح:

در فقره (۲) ماده (۱۳۵) قانون مدنی طلاق از جانب زوج و از جانب محکمه هر دو تنظیم گردیده طلاقیه که از طرف محکمه صادر می شود طبعاً مراد از آن محکمه با صلاحیت قضائی است.

در این زمینه تصویب شماره (۲۳) مورخ ۱۳۶۱/۳/۶ شواری عالی ستره مکمه صادر شده و چنین حکم می کند: «جهت تامین بهتر عدالت و امکان جلوگیری هرچه بیشتر از هم پاشیده شدن شیرازه خانواده بنا بر عوامل آنی و احساساتی صلاحیت اجرای هر نوع طلاق خط به محاکم ذوی الحکم تفویض گردید.» متن تصویب طی متحدالمال (۲۱۷) الی (۲۶۱) مورخ ۱۳۶۱/۳/۹ به محاکم و آمریت های ثبت اسناد تعمیم و جوابگوی پرسش فوق است.<sup>۵۳۳</sup>

قبل از ظهور اسلام، طلاق کماکان در تمام عالم مرسوم بوده است. چنانچه در دوره شهرت حکومت و شگوفایی تمدن یونان، طلاق در یونان مرسوم بوده و برای آن هیچ نوع قید و شرطی وجود نداشت. طلاق در نزد رومی ها جزء ارکان ازدواج محسوب می شد تا جایی که قضات روم قدیم ازدواجی را که طرفین به شرط عدم طلاق منعقد می نمودند، باطل دانسته و حکم بر بطلان آن صادر می کردند.<sup>۵۳۴</sup>

آیین یهودیت نیز طلاق را به گونه ای شایعی مباح گردانیده است تا جایی که اگر جریمه و گناهی بر زن ثابت شود، مرد مجبور است او را بدون موجب بدون آنکه موافقت داشته باشد یا خیر، طلاق بدهد. انجیل یهود احکام طلاق را بدون ذکر شرایط و جزئیات مربوطه، به صورت کلی مطرح کرده است:

«اگر مردی پس از ازدواج با زنی، به عللی از او راضی نباشد، طلاق نامه نوشته، به دستش دهد و او را رها سازد، اگر آن زن دوباره ازدواج کند و شوهر دوم او نیز از او راضی نباشد، و مرد او را طلاق دهد یا زن بیوه شود، آنگاه شوهر اولش نمی تواند دوباره با او ازدواج کند، زیرا آن زن

۵۳۳. \_\_\_\_\_ (۹- 19 حوت 1361). سیمینار عالی ستره محکمه، کابل: ستره محکمه، ص ۱۹۱.  
۵۳۴. یوسف قرضاوی (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب، ص ۲۵۶.

(برای شوهر نخستش) نجس شده است، خداوند عز وجل از چنین ازدواجی متنفر است. شما نباید زمینی را که به میراث تان داده است، به گناه آلوده کنید.»<sup>۵۳۵</sup>

طبق یک قانون کلی در انجیل، مرد در صورت دیدن «چیزی ناشایست» در همسرش می تواند او را طلاق بدهد. اصطلاح «چیزی ناشایست» آنقدر کلی و عام است که مکتب های مختلف تفاسیر متفاوتی در تلمود در باره آن اظهار کرده اند:

«پیروان مکتب شمایی معتقدند که مرد نباید زن خود را طلاق بدهد، مگر این که در وی نشانه از بی ناموسی بی آبد. ولی، پیروان مکتب حیلل می گویند که مرد می تواند برای اینکه زوجه اش خوراک را سوزانیده است، وی را طلاق بدهد. ربی آکیوا نیز گفته است که مرد در صورت یافتن زن زیباتر، حق دارد از همسرش جدا شود.»<sup>۵۳۶</sup>

ولی، دین مسیح در باره طلاق با سایر ادیان مابینت دارد و با یهودی ها نیز مخالف است.<sup>۵۳۷</sup> زیرا، آیین یهود طلاق را به رسمیت می شناخت و آن را در موارد معین مانند: عیوب جسمی از قبیل چشم درد بودن، بوی بد دهن، عقامت و غیره و عیوب اخلاقی از قبیل: وقاحت و بی شرمی، پُر حرفی، بی نظافتی، بخل و عناد، اسراف و آزمندی، زنا و ... تجویز می کرد، ولی آیین مسیح طلاق را موقوف به اثبات زنا کرد و در غیر آن صورت جدا شدن زن به معنای به زنا انداختن زن است و گفته است که هرکس زنی مُطلَّقه ای را نکاح کند، زنا کرده است.<sup>۵۳۸</sup>

به صورت مشخص تر باید گفت که در آیین مسیح سه مذهب: کاتولیک، ارتدودکس و پروتستان وجود دارد. در مذهب کاتولیک طلاق به طور کلی حرام است. پس، هیچ عذری هر اندازه بزرگ باشد نمی تواند مجوز طلاق واقع گردد حتی خیانت در امر زوجیت. در این صورت، تنها مجوز ترک همبستری و جدایی جسمی است و از نظر مذهب کاتولیک پیوند زوجیت همچنان باقی است و هیچ یک از زوجین در خلال این مدت جدایی نمی توانند با دیگری ازدواج نمایند، زیرا این عمل تعدد زوجات پنداشته می شود. پیروان مذهب کاتولیک در عدم اباحت طلاق به انجیل استناد می نمایند که در اصحاح ۱۵ آیه ۸ و ۹ انجیل مرقس به زبان مسیح آمده است:

---

۵۳۵. جین هولر و جان بوکر (۱۳۸۴). زن در ادیان بزرگ جهان، مترجم: علی غفاری، تهران: انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۴، ص ۲۱۹.

۵۳۶. نقل از: همان، جین هولر و جان بوکر، ص ۲۲۰.

۵۳۷. یوسف قرضاوی (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب، ص ۲۵۶.

۵۳۸. عبدالله مبلغی آبادانی (۱۳۸۸). تاریخ ادیان و مذاهب بزرگ جهان، جلد (۲)، چاپ دوم، تهران: انتشارات خُز، ه. ش. ص ۷۱۹؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۵۱۲؛ و یوسف قرضاوی (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب، ص ۲۵۶.

«این دو یک تن خواهند بود چنانکه از آن پس یک جسد اند، چیزهای را که خدا عز و جل آنها را با هم جمع کرده باشد انسان حقّ جدا نمودن آنها را ندارد.».

ولی، مذهب دیگر: یعنی؛ پروتستانت مسیحی در پاره ای حالات طلاق را مباح می داند به طور مثال، در حالات خیانت ناموسی. باوجود این، اینها نیز بعد از طلاق برای مرد و زن ازدواج با دیگری را حرام می دانند و کسانی که طلاق را مباح می دانند و به انجیل «متی» استناد می کنند که به زبان مسیح می گوید:

«و گفته شده است هرکه از زن خود مفارقت جوید، طلاق نامه به او بدهد من به شما می گویم هرکس به غیر علت زنا زن خود را از خود جدا کند باعث زنا کردن او می باشد و هرکس زن مُطَلَّقه را نکاح کند زنا کرده است.».

به هر حال، مذاهب مسیحی برای مرد و زن پس از طلاق، ازدواج را حرام می دانند و برای آن به انجیل مرقس استناد می کنند که می گوید:

«هر کس زن خود را طلاق دهد و دیگری را نکاح کند بر حقّ او زنا کرده باشد. و اگر زن از شوهر خود جدا شود و منکوحه دیگری گردد مرتکب زنا شود.».<sup>۵۳۹</sup>

سخت گیری آیین مسیح در طلاق، نادیده گرفتن و به هدر دادن فطرت انسانی و بی توجهی به شرایط زندگی است، زیرا بعضی اوقات در اثر اختلاف میان زوجین، جدایی بین آنها اجتناب ناپذیر می گردد. از همین رو، اکثر مسیحیان از دین خود برگشته و از دستورات انجیل سرپیچی کرده اند به گونه ای که غرب مسیحی در قوانین مدنی خود راه حل های گوناگون را برای خارج شدن از این بن بست وضع نموده اند و طلاق را مباح گردانیده اند.<sup>۵۴۰</sup>

چنانچه در بیشتر قوانین مدنی کشورهای پیرو مسیحیت امروز طلاق پذیرفته شده است. ق. م فرانسه باوجود مخالفت های شدید بسیاری از استادان و پیروان مذهب کاتولیک، طلاق را در موارد خاصّ به حکم محکمه می پذیرد. در ق. م سوئیس، گذشته از مورد ترک خانواده بیش از دو سال (ماده ۱۴۰) و جنون درمان ناپذیری که سه سال ادامه داشته باشد (ماده ۱۴۱) به قاضی اجازه داده شده است تا در هر مورد که زندگی مشترک بین زوجین را تحمل ناپذیر می بیند حکم به طلاق بدهد (ماده ۱۴۲).

مانند همین اختیار در ماده ۱۵۲۸ ق. م آلمان برای قاضی شناخته شده است. طلاق قضایی در انگلستان نیز، در موردی شبیه ق. م آلمان و سوئیس پذیرفته شده است. در بعضی از این قوانین مانند

۵۳۹. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۵۱۳-۱۵۱۴؛ و یوسف قرضاوی (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب، صص ۲۵۶ و ۲۵۷.  
۵۴۰. همان، یوسف قرضاوی، صص ۲۵۸ و ۲۵۹.

قوانین مدنی بلژیک و کشورهای اسکاندناوی، علاوه بر مواردی که هر یک از زوجین به حکم قانون می‌توانند از محکمه طلاق بخواهند، زن و شوهر حق دارند به تراضی انحلال نکاح را از محکمه درخواست کنند.

ق. م ۱۹۱۸-۱۹۲۶ اتحاد جماهیر شوروی، طلاق به توافق و حتی به اراده هر یک از زوجین را می‌پذیرد؛ یعنی بدون اینکه مقامات قضایی در این کار دخالت کنند، زن و شوهر می‌توانند تصمیم خود را در باره انحلال در دفتر احوال شخصیه ثبت کنند و همین امر سبب جدایی زوجین گردد. ولی، به موجب فرمان ۱۹۴۴، طلاق تنها به وسیله حکم محکمه ممکن است. در این فرمان، ارزیابی دلایل درخواست طلاق به نظر محکمه واگذار شده و قانون هیچ موجب خاصی برای طلاق پیش بینی نکرده است. در ق. م ۱۹۴۰ چکسلواکی و ق. م ۱۹۵۰ لهستان، طلاق به حکم محکمه در موردی که عدم توافق بین زن و شوهر عمیق و دایمی باشد، اجازه داده شده است. نکته ای جالبی که در ق. م لهستان پیش بینی شده، لزوم حفظ منافع فرزندان خانواده است. به موجب این قانون، اگر جدایی زن و شوهر با مصالح فرزندان ایشان منافات داشته باشد، دعوی طلاق هیچ گاه پذیرفته نمی‌شود.

در ق. م پرتغال، اختیار درخواست طلاق تابع احکام مذهبی است که زن و شوهر به آن اعتقاد دارند، و به همین دلیل طلاق برای کاتولیک‌ها ممنوع است. در اسپانیه، ایرلند و پاره ای از کشورهای افریقای جنوبی، به پیروی از احکام مذهب کاتولیک، طلاق ممنوع است، زن و شوهری که سازگاری ندارند، حق دارند دور از هم زندگی کنند. ولی، پیوند زوجیت را در هیچ حالتی نمی‌توانند فسخ نمایند. ولی، درایتالیا، با اینکه مهد مذهب کاتولیک و نزدیک ترین سازمان سیاسی به کلیسا است، با تجدید نظر در قانون مدنی، طلاق را پذیرفته اند.<sup>۵۴۱</sup>

در دوره جاهلیت، هرگاه مرد می‌خواست می‌توانست زوجه اش را طلاق بدهد و دوباره به او مراجعت نماید چنانچه حضرت عایشه بمی گوید که در دوره جاهلیت و آغاز اسلام، مرد هر وقت زوجه اش را طلاق می‌داد و هرگاه قبل از انقضای عدت بر او مراجعت می‌کرد، زوجه مُطَلَّقه خانم او پنداشته می‌شد، هرچند این کار را صد بار یا بیشتر از این انجام می‌داد.

چنانچه مردی به زوجه اش گفت: به خدا سوگند هرگز ترا طلاق نمی‌دهم که به طور قطعی از من جدا گردی و طلاق تو باین گردد و هرگز ترا پناه نیز نخواهم داد و با تو همبستر نمی‌شوم. زن گفت: چگونه این کار را می‌کنی؟ گفت: تو را طلاق می‌دهم و همین که عدّه ات در شرف اتمام باشد به تو مراجعه می‌کنم و مجدداً ترا طلاق می‌دهم و به همین‌طور... زن مذکور پیش حضرت

۵۴۱. نقل از: ناصر کاتوزیان (۱۳۸۲). حقوق مدنی: خانواده، جلد (۱)، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۳۱۴ و ۳۱۵.

عایشه رضی الله عنها رفت و این ماجرا را برایش بیان کرد. زمانی که حضرت پیامبر صلی الله علیه و آله آمد، حضرت عایشه باین موضوع را برایش بازگو کرد.

پیامبر صلی الله علیه و آله سکوت اختیار نمود تا اینکه قرآن نازل شد و خداوند جل جلاله فرمود:

﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحُ بِاِحْسَانٍ﴾ - (البقره: ۲۲۹)

«طلاق دادن دو بار است (و در آن برای آنها حق بازگشت محفوظ است، ولی پس از دو مرتبه طلاق، شوهر باید یکی از این دو کار را انجام بدهد) یا نگهداشتن (زن) به طور شایسته (و عادلانه) و یا جدایی از او به شیوه ای مطلوب (بدون آنکه بر او ستم وجود داشته باشد).»<sup>۵۲</sup>

حقوق اسلام، طلاق را جهت رعایت مصالح زن و شوهر در صورت ضرورت با رعایت شرایط خاص مباح گردانیده و اباحت آن براساس قرآن، سنت، اجماع و عقل ثابت است. در قرآن کریم آیات متعددی وجود دارد که دلالت بر مشروعیت طلاق می نمایند. خداوند جل جلاله در باره طلاق فرموده است:

﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحُ بِاِحْسَانٍ﴾ - [البقره: ۲۲۵]

«طلاق دادن دو بار است (و در آن برای آنها حق بازگشت محفوظ است، ولی پس از دو مرتبه طلاق، شوهر باید یکی از این دو کار را انجام بدهد) یا نگهداشتن (زن) به طور شایسته (و عادلانه) و یا جدایی از او به شیوه ای مطلوب (بدون آنکه بر او ستم وجود داشته باشد).»

و نیز فرموده است:

﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبِينَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ - [الطلاق: ۱]

«ای پیامبر صلی الله علیه و آله هرگاه اراده کردید که زنان تان را طلاق بدهید، وقتی این کار را بکنید که زنان به استقبال عده بروند؛ یعنی؛ پاک باشند و در آن پاکی با آنان همبستری صورت نگرفته باشد و عده را تا سه حیض کامل و تقوای پروردگار را داشته باشند و چیزی را کتمان ننمایند. بعد از طلاق آنها را تا سپری شدن عده از خانه های شان بیرون نکنید و آنان نباید از خانه های شان الی انتقضای عدت بیرون بروند مگر این که آنان گناه زشت و آشکارا را مرتکب شوند و برای شما به اثبات رسیده باشد. در این صورت اخراج آنها گناهی ندارد. این است حدود الهی، هرکس از حدود الهی تجاوز کند به خویشتن ستم روا داشته است.»

مشروعیت طلاق بر بنیاد سنت نیز ثابت است، زیرا روایت است که:

۵۲. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۵۱۴-۱۵۱۵.



«طَلَّقَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَفْصَةَ رَجَعَهَا، ثُمَّ رَاجَعَهَا.»<sup>۵۴۳</sup>

«پیامبر ﷺ حضرت حفصه رضی الله عنها را طلاق داد و دوباره به او رجعت کرد.»

فقهاء اتفاق نظر دارند که براساس دو منبع قبلی؛ یعنی؛ قرآن و سنت طلاق و جدایی زن و شوهر از همدیگر جایز است. از نظر عقلی نیز تردیدی وجود ندارد که گاهی روابط زن و شوهر بی نهایت خراب می گردد و زن و شوهر از همدیگر و یا یکی از آنها از دیگری به حدی متنفر و منزجر می گردد که امکان مصالحه میان آنها ناممکن می گردد و راه حل تنها طلاق و جدایی زن و شوهر جهت جلوگیری از سرگردانی، نگرانی و فساد و تباهی آنها می باشد.<sup>۵۴۴</sup>

حکمت اباحت طلاق در حقوق اسلام علی الرغم مبعوض و منفور بودن آن، ضرورت یکی از زوجین و یا هر دوی آنها جهت حل مشکلاتی مانند: عدم توافق اخلاقی، نفرت بیش از حد از همدیگر و یا عوامل خارجی غیر قابل تحمل مانند: مصاب بودن یکی از زوجین به مرض غیر قابل علاج مانند: عقامت، عنینیت و نظیر اینها که موجب تولید کراهیت و عداوت میان زن و شوهر می گردد که به موجب آن یکی از زوجین نمی تواند حقوق جانب مقابل را که مکلف به رعایت آن است، اداء نماید.<sup>۵۴۵</sup> روی همین دلیل است که ابن سینا در کتاب شفا می نویسد که:

«شایسته است برای زن و شوهر راهی برای جدایی آنها از همدیگر وجود داشته باشد و این راه از هر طرف بسته نباشد، زیرا بستن راه جدایی به طور کلی ضرر و زیان های را به بار می آورد. به طور مثال، بعضی از مزاج ها به هیچ وجه با هم سازگار نیستند و نمی توانند باهم الفت بگیرند، هر اندازه انسان بخواهد بین آنها الفت و نزدیکی به وجود بیاورد، شر، جدایی و اختلاف بین آنها بیشتر می شود و زندگی تلخ تر می گردد و یا شوهر به گونه ای است که طبیعت از وی گریزان است و ماندن با وی سبب تمایل و رغبت به دیگران می گردد، زیرا شهوت به هر حال یک امر طبیعی و فطری است.

چه بسا این کار موجب فساد و فحشاء می شود و چه بسا پیش می آید زن و شوهر صاحب اولاد نمی شوند که اگر این ازدواج به هم بخورد و زن، شوهر دیگر، و مرد، زن دیگر اختیار کند، بتوانند صاحب بچه بشوند. پس، باید راهی برای جدایی باشد که طلاق است، ولی باید در آن سخت گیر بود، زیرا طلاق آخرین چاره است.»<sup>۵۴۶</sup>

۵۴۳. رواه ابو داود و النسائی و ابن ماجه عن عمر رضی الله عنه.

۵۴۴. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشديه، ص ۶۸۷۴؛ و اسعد محمد سعيد الصاغر جی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۲)، پاکستان: كتابخانه رشديه، ص ۲۰۹.

۵۴۵. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشديه، ص ۶۸۷۶.

۵۴۶. سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمی، جلد (۳) ايران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۵۱۱ و ۱۵۱۲.

طلاق در حقوق اسلام گذشته از منفور بودنش آخرین راه حل است. از همین سبب است که حقوق اسلام حتی در موارد ضروری به طلاق، هر یک از زوجین را برادامه زندگی مشترک و رعایت حقوق و وجایب ناشی از آن که قرآن آن را پیمان استوارخوانده فرا می خواند و در نتیجه آنها را به تحمل و بردباری در مقابل اخلاق همدیگر، ترغیب می کند و خداوند ﷻ در این مورد می فرماید:

﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَ يُجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ - [النساء: ۱۹]

«با همسران خود به طور شایسته درگفتار و کردار معاشرت نمایید و اگر از آن (به دلایلی) بدتان آمد (شتاب نکنید و زود تصمیم به جدایی نگیرید)، زیرا چه بسا از چیزهای بدتان بیاید، ولی خداوند ﷻ خیر و منافع فراوان در آن قرار داده باشد.».

همچنین پیامبر ﷺ در این مورد فرموده است:

«لَا يَفْرَكُ مُؤْمِنٌ مُؤْمِنَةً، إِنْ كَرِهَ مِنْهَا خُلُقًا، رَضِيَ مِنْهَا آخَرَ.» .<sup>۵۷</sup>

«هیچ مرد مؤمن نباید با همسر مؤمنه اش دشمنی ورزد، زیرا ممکن است اخلاقی از او نپسندد، ولی از اخلاق دیگر او راضی باشد.».

علاوه بر مردان، حقوق اسلام زنان را نیز، به صبر و شکیبایی فراخوانده و آنان را به تحمل مشکلات الهی وارد آمدن تغییر در خلق و خوی و وضع زندگی مرد، بر شکیبایی دعوت کرده است چنانچه پیامبر ﷺ در این مورد فرموده است:

«أَيُّهَا امْرَأَةُ سَأَلْتُ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ فِي غَيْرِ مَا بَأْسٍ، فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ.» .<sup>۵۸</sup>

«هرزنی که بدون دلیل و ناراحتی سخت برای طلاق، شوهرش را تحت فشار قرار بدهد، بوی بهشت بروی حرام خواهد بود.».

از همین رو، حقوق اسلام جهت جلوگیری از وقوع طلاق و حل و فصل نزاع میان زن و شوهر آنها را به روش های مطلوب و دوستانه فراخوانده و با بهترین و مناسب ترین روش، آنها را به موعظه و نصیحت، ترک همبستری و در صورت عدم نتیجه تعیین حکمین فراخوانده است. از آنچه گفته شد، واضح می گردد که فلسفه اباحت طلاق در حقوق اسلام حل مشکلات زن و شوهر است که که بعد از رعایت مراحل آتی ممکن است صورت پذیرد: (۱) معاشرت نیکو؛ (۲) صبر، تحمل و شکیبایی در برابر مصایب و مشاغل؛ (۳) وعظ و ارشاد؛ (۴) ترک همبستری یا مضاجعت؛ و (۶) تعیین حکمین. هرگاه احیاناً با رعایت مراحل فوق، طلاق میان زن و شوهر واقع گردد، در صورتی که طلاق

<sup>۵۷</sup> . رواه مسلم عن ابی هريرة رضي الله عنه.  
<sup>۵۸</sup> . رواه الخمسة الا النسائي عن ثوبان رضي الله عنه.

رجعی باشد، بازهم شوهر می تواند تا وقتی که عدت زوجه مطلقه رجعی به پایان نرسیده به او مراجعت نماید.<sup>۵۴۹</sup>

فقهای حنفیه بر این نظر اند که: ایقاع طلاق مباح است زیرا خداوند جَلَّ جَلَلُهُ فرموده است:

﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ - [الطلاق: ۱]

«ای پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هرگاه اراده کردید که زنان تان را طلاق بدهید، وقتی این کار را بکنید که زنان به استقبال عدت بروند.».

و نیز فرموده است:

﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ ﴾ - [البقره: ۳۶]

«هرگاه زنان را طلاق بدهید گناهی بر شما نیست.».

همچنین پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حضرت حفصه رَضِيَ اللهُ عَنْهَا را طلاق داد و دوباره به او مراجعت کرد و صحابه

کرام نیز زنان خود را طلاق داده اند. اما، در حدیث:

«أَبْغَضَ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقَ.»<sup>۵۵۰</sup>

«مبغوض ترین حلال ها پیش خداوند جَلَّ جَلَلُهُ طلاق است.».

معنی حلال این است که انجام آن غیر لازم است و شامل مباح، مندوب، واجب و مکروه می گردد و بر حسب احوال اشخاص متفاوت می باشد. کمال الدین ابن همام یکی از علمای حنفی می گوید: اصح این است که اصل در ایقاع طلاق منع است، مگر در صورت ضرورت شدید. جمهور فقهاء می گویند: طلاق جایز است ولی عدم ایقاع آن اولی است. زیرا، طلاق موجب قطع الفت و رابطه زوجیت می گردد و احکام آن بر حسب احوال اشخاص شامل حرام، مکروه، واجب و مندوب می گردد:

۱) طلاق مکروه: هرگاه شوهر به ازدواج رغبت داشته باشد و از ارتکاب فعل زنا در صورت جدایی از زوجه خوف نداشته باشد و زوجه اش را طلاق بدهد، چنین طلاقی مکروه است. علاوه بر این، طلاقی که بدون دلیل و حاجت صورت بگیرد به سبب حدیث: «إِنَّ أَبْغَضَ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقَ.»<sup>۵۵۱</sup> مکروه است.

۲) طلاق واجب: هرگاه زوج بداند که بقای رابطه زوجیت، سبب وقوع فعل حرام، مانند: ترک نفقه و عدم رعایت حقوق زوجه می گردد، طلاق واجب است. همچنین، هرگاه حکمین به عدم

۵۴۹. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويته: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۶۸۷۵ - ۶۸۷۸؛ و وهبة زحيلي (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزيز سليمي، تهران: نشر احسان، صص ۳۸۶ و ۳۸۷.  
۵۵۰. رواه ابو داود.  
۵۵۱. رواه ابو داود.

سازش زن و شوهر نظر بدهند که طلاق یگانه وسیله قطع خُصومت و اختلاف میان زن و شوهر است، وقوع طلاق واجب می گردد. همچنین، طلاق در صورت «ایلاء»: یعنی؛ ترک همبستری با زن بیش از چهار ماه واجب می گردد. زیرا، خداوند ﷻ در این مورد فرموده است:

﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَأَوْوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ - [البقره: ۲۲۶ - ۲۲۷]

«کسانی که زنان خود را ایلاء می نمایند (یعنی سوگند یاد می نمایند که با آنها رابطه جنسی برقرار ننمایند) تا چهار ماه انتظار بکشند (و باید آنها در مدت چهار ماه تکلیف همسر خود را با ادامه معاشرت یا طلاق دادن روشن نمایند) اگر از تصمیم خود عدول کردند (و سوگند خود را شکستند و با زنان خود همبستر شدند، کفاره سوگند خود را بپردازند)، زیرا خداوند ﷻ بسیار آمرزنده و مهربان است. اگر تصمیم بر جدایی گرفتند (در آن مدت معاشرت و زناشویی امتناع ورزیدند) خداوند ﷻ شنوا و توانا است.».

**۳) طلاق حرام:** هرگاه مرد بداند که در صورت طلاق به سبب عدم داشتن توانایی و تمکن مالی بخاطر ازدواج با زن دیگر مرتکب زنا می گردد و زوجه اش را طلاق بدهد، چنین طلاق حرام به شمار می آید. علاوه بر این، طلاق که در حالت حیض، نفاس و یا طهری که در آن با زوجه مجامعت صورت گرفته باشد، صورت پذیرد حرام است.

همچنین طلاق که بدون ضرورت و عدم رعایت وعظ، ترک همبستری، تأدیب مشروع و تعیین حکمین، از نظر حقوق اسلام منفور و حرام است، زیرا چنین طلاق ها موجب تضرر زوجین و از بین بردن مصالح مشترک آنها می گردد. علت حرام بودن چنین طلاق ها در حقوق اسلام این است که بدون اینکه ضرورتی آن را ایجاب کند، صورت می پذیرد که شبیه اتلاف مال است که در حقوق اسلام حرام پنداشته می شود، زیرا پیامبر ﷺ در این مورد فرموده است:

«لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ.» ۵۰۲

«ضرر رسانیدن به دیگران و پذیرفتن ضرر در اسلام جایز نیست.».

همچنین، آنچه را افراد عیاش و هوس باز انجام می دهند و زنان خود را بدون ضرورت بخاطر به نکاح در آوردن زن دوم، سوم و چهارم طلاق می دهند کاری است که نه مورد رضایت خداوند ﷻ و نه مورد رضایت پیامبرش ﷺ واقع می گردد، زیرا پیامبر ﷺ فرموده است:

«لَا أَحَبُّ الدَّوَاقِئِنَ وَ الدَّوَاقَاتِ مِنَ النِّسَاءِ.» ۵۰۳

«دوست ندارم مردان و زنان هوس باز را.».

۴) طلاق مستحب یا مندوب: هرگاه زن بدرفتار و بد زبان باشد در ادای حقوق الهی مانند: ادای نماز، روزه، پرهیز از دروغ و نظیر اینها اهمال نماید و شوهر نتواند او را به این کار اجبار نماید، طلاق دادن او مستحب است. علاوه براین، در صورتی که زوجه عقیقه و پاکدامن نباشد، بر شوهرش شایسته نیست او را نگاه دارد، زیرا او موجب نقصان دین شوهر گردیده و احتمال آن می رود که بستر او را نیز آلوده نماید و بچه ای را به او ملحق نماید که از آن او نیست.<sup>۵۵۴</sup>

#### گفتار دوم) شرایط مرد در طلاق

طبق ماده ۱۳۷ ق. م: «طلاق هر زوج بالغ واقع می گردد گرچه زوج سفیه و یا مریض غیر مُختل العقل باشد.» طبق نص این ماده طلاق هر زوج بالغ واقع می گردد. بالغ اسم فاعل از ریشه «بلغ» گرفته شده است که در لغت به معنی رسنده و رسیده است. در اصطلاح حقوق مدنی، بالغ به شخصی می گویند که به سن بلوغ رسیده باشد. به عبارت دیگر: به کسی بالغ گویند که بلوغ او به یکی از اماره های (نشانه های) قانونی و شرعی مانند خروج سپرم، روییدن موی در اندام های مخصوص و نظیر اینها ثابت شده باشد.<sup>۵۵۵</sup>

مفهوم مخالف نص این ماده این است که طلاق زوج غیر بالغ واقع نمی گردد. بنابراین، طبق نص این ماده در زوج شرط است که زوج بالغ باشد. در صورت عدم بلوغ طلاق زوج صحیح نیست. دلیل این قاعده این است که در ازدواج شوهر باید سن هجده سالگی را تکمیل کرده باشد. به حیث مثال، اگر احمد بالغ باشد و حمیده زوجه اش را طلاق بدهد، این طلاق صحیح است. اما، اگر احمد غیر بالغ باشد و ازدواج نماید و پس از ازدواج زوجه اش حمیده را طلاق بدهد، ازدواج و به تبع آن طلاق احمد به دلیل نقص اهلیت صحیح نیست.

همچنین، در صورتی که شوهر بالغ اما سفیه باشد طلاق وی صحیح است. سفیه در لغت به معنی نادان، ابله، احمق، بی شعور و کم خرد است.<sup>۵۵۶</sup> ماده ۹۴۶ مجله الاحکام در تعریف سفیه می گوید: «سفیه: کسی است که مال خویش را بیجا به مصرف رساند و در مصارف مال اسراف نماید و از طریق اسراف مال خود را ضایع سازد و تلف نماید. کسانی که در داد و گرفت خویش غفلت می ورزند و در تجارت بلد نیستند و از روی ناهمی و بی پروایی تجارت می نمایند از جمله سفهاء محسوب می شوند.»

۵۵۴. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۸۷۹-۶۸۸۱؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۵۳-۱۵۵؛ ۱۵۱۰؛ یوسف قرضای (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب، صص ۲۶۱ و ۲۶۲؛ و اسعد محمد سعید الصاغر جی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدیة، صص ۲۰۹ و ۲۱۰.  
۵۵۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۲۹.

به حیث مثال، اگر احمد بیست و پنج ساله اما سفیه باشد و زوجه اش حمیده را طلاق بدهد، این طلاق صحیح است. در این مثال، احمد بیست و پنج ساله است و به بلوغ رسیده است اما بعد از رسیدن به سن بلوغ به سفه مواجه شده است. طلاق سفیه محجور در صورتی که بالغ باشد به اتفاق نظر فقهای مذاهب چهارگانه ولو بدون اجازه ولی او صورت پذیرد واقع گردیده و نافذ است، زیرا محل حجر تصرفات مالی است و طلاق و آثار آن از جمله تصرفات مالی نیست. برعلاوه، رشد شرط صحّت وقوع طلاق نیست. پس، طلاق سفیه صحیح و نافذ است.<sup>۵۵۷</sup> همچنین، در صورتی که شوهر مریض غیرمختل العقل باشد، طلاق وی واقع می‌گردد.

به حیث مثال، اگر احمد مریض، به حیث مثال گلو درد باشد و حمیده زوجه اش را در حالت مرض عادی طلاق بدهد، این طلاق صحیح است. دلیل این قاعده این است که مرض عادی که عقل را مختل ننماید، بر اهلیت تأثیر ندارد و بنابراین طلاق مریض غیر مختل العقل صحیح است. به نظر می‌رسد منظور از مرض مختل العقل جنون است، زیرا جنون موجب ایجاد اختلال در عقل می‌شود.

به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط زوج در طلاق است. همچنین، طبق ماده ۱۴۱ ق. م: «طلاق اشخاص ذیل اعتبار ندارد: ۱ - مجنون، مگر در صورتی که طلاق را قبل از جنون به شرطی معلق ساخته و شرط در حال جنون موجود شود. ۲ - معتوه. ۳ - مکره. ۴ - نایم. ۵ - شخصی که عقلش به علت زیادت سن و یا مرض مختل گردیده باشد. ۶ - شخص مدهوش که قوه ممیزه اش را به علت غضب یا عوامل دیگری از دست داده و قولش را درک نکند.» طبق نص این ماده مرد در طلاق باید واجد شرایط ذیل باشد:

۱) **مجنون نبودن شوهر:** تعریف مجنون در فصل فسخ گذشت. طبق نص این ماده اصل این است که طلاق مجنون واقع نمی‌شود. استثنای این اصل تعلیق طلاق به شرط قبل از جنون و تحقق شرط در حالت جنون است. به عنوان مثال، اگر احمد در حالت صحت عقل به زوجه اش حمیده بگوید: «اگر در منزل فلان شخص داخل شدی مُطلقه هستی!» و یا بگوید: «هرگاه با فلان شخص صحبت نمایی مُطلقه هستی!»، سپس، احمد به جنون دچار شود و در حالت جنون شرط محقق گردد،<sup>۵۵۸</sup>

۵۵۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۸۸۴ و ۶۸۸۵؛ و مُحمّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرایی، تهران: انتشارات ققنوس، صص ۱۴۳ و ۱۴۴.

۵۵۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۸۸۲؛ مُحمّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرایی، تهران: انتشارات ققنوس، صص ۱۴۳؛ عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الحدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، صص ۱۶۸؛ و اسعد محمد سعید الصاغر جی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، صص ۲۱۷.

به حیث مثال، حمیده از منزل خارج شود طلاق واقع می‌گردد. در این مثال، زمانی که احمد مجنون نبود طلاق را معلق به شرط نمود و زمانی که احمد مجنون شد، شرط محقق شد. قانونگذار مدنی در نص این ماده جنون را مطلق استعمال نموده است و بنابراین در نگاه اول به نظر می‌رسد مجنون شامل مجنون دایمی و مؤقت می‌شود زیرا طبق قاعده حقوقی مطلق به حالت اطلاق باقی می‌ماند مگر این که تقیید شود. قانونگذار مدنی در نص این ماده جنون را قید زنده است. اما، اگر اندکی دقت نماییم به نظر می‌رسد طلاق مجنون مؤقت در حالت صحت عقد صحیح است. دلیل عدم صحیح بودن طلاق مجنون دایمی نقص اهلیت مجنون و دلیل صحیح بودن طلاق مجنون دوره صحت عقل است.

۲) **معتوه نبودن شوهر:** تعریف معتوه و فرق معتوه با مجنون در فصل فسخ گذشت. طلاق معتوه صحیح نیست. به حیث مثال، اگر احمد معتوه باشد و در حالت عته زوجه اش حمیده را طلاق بدهد، این طلاق صحیح نیست. دلیل عدم صحت طلاق احمد نقص اهلیت احمد به دلیل عته است و عته یکی از اسباب سماوی نقص اهلیت است.

۳) **غیر مکره بودن زوج:** مکره اسم مفعول از ریشه گرفته شده است که در لغت به معنی اکراه شونده است. در مفهوم محدود مکره بر شخصی اطلاق می‌گردد در اثر اکراه زوجه اش را طلاق بدهد.<sup>۵۵۹</sup> طلاق مکره طبق ق. م صحیح نیست. زیرا، کسی که مورد اکراه قرار می‌گیرد اراده او سلب می‌گردد. اراده اساس تکلیف است. کسی که اراده نداشته باشد، مسؤول تصرفات خود نیست. مکره فاقد اراده است زیرا او اراده دیگری را اجرا می‌کند.<sup>۵۶۰</sup> به حیث مثال، اگر احمد محمود را تحت اکراه قرار دهد تا محمود زوجه اش حمیده را طلاق بدهد، چنین طلاقی به دلیل اکراه فاقد اعتبار است. دلیل عدم اعتبار عدم رضایت محمود است و در طلاق شرط است که شوهر راضی باشد.

#### سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۲۰):

طلاق مکره و طلاق مسکر مندرج مواد (۱۳۸ و ۱۴۱) قانون مدنی مخالف فقه حنفی است.

توضیح:

۵۵۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۱۷.  
۵۶۰. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۶۲.

مضمون ماده (۱۳۸) و بند (۳) ماده (۱۴۱) قانون مدنی موافق مذهب امام شافعی است. امام کرخی و امام طحاوی که از جمله علمای احناف اند عین نظر را دارند و قاضی مطابق به حکم ماده (۵۶) اصول اساسی جمهوری دموکراتیک افغانستان مکلف به تطبیق حکم ماده فوق می باشد.<sup>۵۶۱</sup>

۴) **نایم نبودن شوهر:** نائم اسم فاعل از ریشه «نوم» گرفته شده است که در لغت به معنی خفته و خوابیده است. در اصطلاح حقوق مدنی، نایم بر شخصی اطلاق می گردد که خواب است.<sup>۵۶۲</sup> برخی افراد عادت دارند که در خواب حرف بزنند. طبق ماده ۱۴۱ ق. م طلاق نایم فاقد اعتبار است. به حیث مثال، اگر احمد در حال خواب به زوجه اش حمیده بگوید شما طلاق هستید، چنین طلاق صحیح نیست. دلیل این که طلاق شخص نایم صحیح نیست این است که نایم فاقد اهلیت اداء است. زیرا، اساس اهلیت اداء را تمیز و عقل تشکیل می دهد و انسان در حالت خواب فاقد تمیز است. خواب در اصل منافی اختیار است. بنابراین، طلاق، نایم باطل است.

۵) **عدم زایل گردیدن عقل شوهر به دلیل کبر سن و یا مرض:** طلاق شخصی که به علت کبر سن و یا مرض عقلی عقلش زایل و یا مختل گردیده باشد، صحیح نیست. به عبارت دیگر: افرادی که مبتلا به مرض زوال عقل (Alzheimer) اند، طلاق آنها صحیح نیست. به حیث مثال، اگر احمد هشتاد ساله شود و به دلیل کبر سن، حافظه اش را از دست بدهد و به زوال عقل مواجه شود، طلاق احمد صحیح نیست. دلیل عدم صحت زایل العقل چنانچه از نام آن پیدا است ضیاع عقل و حافظه و نقص اهلیت است.

۴) **مدهوش نبودن شوهر:** مدهوش در لغت به معنی سرگردان، گیج، متحیر و بی هوش است.<sup>۵۶۳</sup> در اصطلاح مدهوش و یا بی هوش بر شخصی اطلاق می گردد که به سبب صدمه ای عقل خود را از دست داده و ماهیت عمل و قول خود را از فرط خوف، حُزن و غضب درک کرده نتواند.<sup>۵۶۴</sup> طلاق مدهوش مانند طلاق مجنون و مُکره است و بنابراین صحیح تلقی نمی گردد. پس، طلاق شخصی که در بی هوشی واقع گردیده باشد، صحیح نیست.<sup>۵۶۵</sup> به حیث مثال، اگر احمد در

۵۶۱. \_\_\_\_\_ (۲۲-۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۱۰.  
 ۵۶۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۳۷.

(آخرین بازدید ۲۰۱۶/۳۱/۸) <https://www.vajehyab.com> 563.

۵۶۴. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۸۸۲؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۵۲۲؛ و مُحَمَّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سربای، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۱۴۳.

۵۶۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۸۸۲؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۵۲۲؛ و مُحَمَّد



اثر تصادم موثر در وقت راندگی هوش و حواس خویش را از دست بدهد و هزیان بگوید و زوجه اش به دیدن او در شفاخانه بیاید و احمد به زوجه اش بگوید شما طلاق هستید، طلاق احمد به دلیل عدم داشتن هوش و حواس و درک صحیح نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۴۱ ق. م پیش بینی شرایط مرد است.

۵) نشه (سکران / مست) نبودن شوهر: طبق ماده ۱۳۸ ق. م: «طلاق به حالت سکر واقع نمی گردد.» سکر در لغت به هر چیزی که مانع بهره مندی شخص از خرد او در حالت عادی؛ یعنی: عدم جنون، بیهوشی و امثال اینها گردد گویند. در اصطلاحی فقهی سکر، به پوشیده ماندن عقل در اثر خوردن مواد مسکر اعم از مایع و جامد سکر گویند.<sup>۵۶۶</sup> به شخصی که مواد مسکر را استعمال نماید و مست گردد سکران گویند. طبق نص این ماده طلاق سکران واقع نمی گردد.

به حیث مثال، اگر احمد مواد مسکر مانند شراب، جرس و نظیر اینها را استعمال نماید و نشه شود و زوجه اش را طلاق بدهد، این طلاق صحیح نیست. دلیل این قاعده این است که سکر یکی از عوارض اکتسابی نقص اهلیت است که به دلیل آن شخص اهلیت ناقص می گردد. همچنین، سکر موجب عدم درک، تمیز و اختیار می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط مرد در طلاق است.

۶) طلاق شخص مریض مبتلا به مرض الموت: طبق ماده ۱۵۵ ق. م: «هرگاه زوج در حال مرض موت، زوجه خود را به طلاق باین طلاق نماید. این طلاق مانع حق ارث زوجه در صورتی که عدت او قبل از وفات تکمیل نشده باشد، نمی گردد مشروط بر این که مطلقه از وقوع طلاق تا وفات به سبب دیگر از حق میراث محروم نگردیده باشد.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به مواد مربوط به موانع میراث ق. م است. طبق نص این ماده در صورتی که زوج در حالت مرض موت زوجه خود را به طلاق باین طلاق بدهد، طلاق باین مانع حق ارث زوجه از زوج نمی گردد مشروط بر این که زوجه به اسباب دیگر سقوط میراث مانند قتل و نظیر آن محروم نگردیده باشد. تعریف مرض الموت گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد به مرض سرطان مبتلا گردد که از مصادیق مرض الموت تلقی می گردد و زوجه اش حمیده را طلاق باین که بحث آن خواهد آمد بدهد، طلاق باین حمیده مانع حق ارث حمیده نمی گردد. بنابراین، در این صورت، حمیده از احمد ارث می برد. اما، به دو شرط:

---

جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرابی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۱۴۳.  
۵۶۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۹۷۳ و ۲۹۷۴؛ عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۱۲۸-۱۳۰؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). اصول الفقه اسلامی، جلد (۲)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۱۷۹ و ۱۸۰.

نخست این که عدت حمیده قبل از وفات تکمیل نشده باشد. بنابراین، اگر عدت حمیده قبل از وفات احمد تکمیل گردد، حمیده مستحق ارث از احمد نمی شود. به حیث مثال، اگر احمد در اول حمل سال ۱۳۹۸ در حالت مرض موت حمیده زوجه اش را طلاق باین بدهد و حمیده از جمله زنان حایضه باشد و سه حیض عدت بگیرد و سه حیض تمام شود اما احمد هنوز زنده باشد، در این صورت حمیده مستحق ارث نمی شود. اما، اگر پس تکمیل حیض دوم و قبل از تکمیل حیض سوم (میان حیض دوم و سوم) احمد وفات نماید، حمیده مستحق ارث می شود. زیرا، در این صورت، حمیده هنوز در عدت است و عدت خویش را تکمیل نکرده است.

شرط دوم این است مُطَلَّقه از وقوع طلاق تا وفات به سبب دیگر از حق میراث محروم نگردیده باشد. به حیث مثال، اگر احمد در اول حمل سال ۱۳۹۸ در حالت مرض موت حمیده زوجه اش را طلاق باین بدهد و حمیده شروع به گرفتن عدت نماید، اما پس از شروع عدت و قبل از تکمیل عدت یکی از موانع میراث میان احمد و حمیده متحقق گردد، حمیده به دلیل مانع میراث مستحق ارث از احمد نمی شود.

طبق ق. م که بحث آن در کتاب حقوق میراث این دور از شرح ق. م خواهد آمد موانع میراث سه است که عبارت اند از: قتل، اختلاف دین و اختلاف مملکت. به حیث مثال، اگر حمیده پس از طلاق باین توسط احمد و بعد از شروع و قبل از تکمیل عدت احمد را به قتل برساند، یا حمیده مرتد گردد یا میان احمد و حمیده اختلاف مملکت ایجاد شود؛ به این توضیح که حمیده به مملکت دیگر برود و قانون آن مملکت به احمد اجازه ندهد تا از حمیده ارث بگیرد، حمیده نیز نمی تواند از احمد ارث ببرد. در این سه حالت، میان احمد و حمیده موانع ارث متحقق است و حمیده نمی تواند از احمد که او را طلاق باین داده است، ارث ببرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم طلاق باین زوجه توسط زوج در حالت مرض موت، توریث زوجه از زوجه، پیش بینی شرایط توریث و مورد حمایت قرار دادن حق زوجه است.

جهت صحّت طلاق، فقهاء اتفاق نظر دارند که: شوهر وقتی می تواند زوجه اش را طلاق بدهد که عاقل، بالغ و مختار باشد.<sup>۵۶۷</sup> باوجوداین، فقهاء در باره صحّت و بطلان طلاق مُکَرّه، سکران و یا آدم مست، هازل و یا آدم شوخ، غضبان، غافل و ساهی و مدهوش اختلاف نظر دارند:

(۱) طلاق مُکَرّه:

<sup>۵۶۷</sup> .الدوکتور وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی وادلتہ، ج ۹، ص 6881؛ وداکتر سید سابق، فقه السنه، ترجمه داکتر محمود ابراهیمی، ج 3، ص 1516.

احناف بر این عقیده اند که: طلاق مُکَرَّه صحیح است، زیرا او قصد طلاق را دارد، ولی نسبت به اثری که بر آن مرتب می گردد مانند: هازل رضایت ندارد. فقهای مزبور به این حدیث پیامبر ﷺ استناد می نمایند که می فرماید:

«ثَلَاثٌ جِدْهِنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: الْنِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ وَالرَّجْعَةُ.»<sup>۵۶۸</sup>

«سه چیز جدی و شوخی بودن شان جدی گرفته می شود: نکاح، طلاق و رجعت.»

جمهور فقهاء بر این نظر اند که: طلاق مُکَرَّه صحیح نیست، زیرا او فاقد قصد است و قصد و اختیار اساس وزیربنای تکلیف است. بنابراین، شخصی که قصد نداشته باشد مکلف و مسؤول تصرفات خود نمی باشد. فقهای مزبور به این حدیث پیامبر ﷺ استناد می نمایند که فرموده است:

«تَجَاوَزَلِي عَنْ أُمَّتِي الْخَطَا وَالنِّسْيَانِ وَ مَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ.»<sup>۵۶۹</sup>

«قلم تکلیف از خطا، فراموشی و اکراه در امت من برداشته شده است.»<sup>۵۷۰</sup>

۲) طلاق سکران: طلاق از اعمال ارادی است و نفوذ آن وابستگی به اراده شوهر دارد. پس، شخصی که در حالت مستی کلماتی را در باره طلاق به زبان بی آورد، طلاق او به اتفاق نظر همه فقهاء واقع نمی گردد. البته، عدم وقوع طلاق سکران در چنین حالت مشروط بر این است که مواد مسکر را جهت ضرورت و یا در اثر اکراه استعمال نموده باشد، زیرا شخصی که در اثر اکراه و یا در حالت ضرورت مواد مسکر را استعمال نماید از آن لذت نمی برد.<sup>۵۷۱</sup> ولی، در صورتی که شخصی مواد مسکر را از روی اختیار و به قصد التذاذ استعمال نماید، در باره صحت و بطلان و وقوع و عدم وقوع طلاق نظریات متفاوت توسطه فقهاء ارایه گردیده است:

۱) فقهای مذاهب چهارگانه کماکان در باره طلاق شخصی که از روی اختیار مواد مسکر را استعمال نماید و در نتیجه آن کلماتی را درباره طلاق بر زبان بی آورد بر این نظر اند که طلاق او به

<sup>۵۶۸</sup> . رواه الخمسة إلا النسائي عن أبي هريرة.

<sup>۵۶۹</sup> . رواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما عن ابن عباس.

<sup>۵۷۰</sup> . الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج 9، ص 6885؛ داکتر سید سابق، فقه السنه،

ترجمه داکتر محمود ابراهیمی، ج 3، ص 1517 و 1518؛ عبدالرحمن الجزایری، الفقه علی المذاهب

الاربعه، ج 4، صص 221-223؛ مُحَمَّد جواد مغنیه، احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی

المذاهب الخمسه، ترجمه داکتر مصطفی جباری و حمید مسجد سرائی، 144؛ و عبدالحمید محمود طهماز،

الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، ج 2، ص 168

<sup>۵۷۱</sup> . الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج 9، ص 6883؛ و عبدالرحمن الجزایری، الفقه

علی المذاهب الاربعه، ج 4، ص 221.

سبب ارتکاب معصیت و متحمل شدن جزای آن واقع می گردد، زیرا او مواد مسکر را از روی اختیار به قصد تلذذ استعمال نموده است؛<sup>۵۷۲</sup>

(2) عده ای دیگری از فقهاء مانند: زفر، طحاوی از علمای حنفیه، در روایتی از امام احمد رحمته مزنی از فقهای شافعیه و حضرت عثمان رضی الله عنه بر این نظر اند که طلاق شخص سکران به سبب عدم موجودیت قصد و اراده واقع نمی گردد، زیرا شخص سکران مانند مجنون زایل العقل، و مانند نایم و مُکره فاقد الاراده است و بنابراین کلمات و عباراتی را که در باره طلاق بر زبان می آرد باطل و بی اثر است و برای عقوبت او حقوق جزای اسلام جزای دیگری: یعنی؛ حد را تعیین نموده و با حد نمی توان جزای دیگری را یکجا و یا تعویض کرد.<sup>۵۷۳</sup>

(3) طلاق مجنون: طلاق تصرف ارادی است که محتاج ادراک و عقل می باشد که مجنون فاقد آن است. بنابراین، طلاق مجنون صحیح نیست<sup>۵۷۴</sup>، زیرا پیامبر صلی الله علیه و آله در این مورد فرموده است: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ وَ عَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ.»<sup>۵۷۵</sup>

«از سه دسته قلم برداشته شده است: از طفل تاوقتی که بالغ گردد، از شخصی که درحال خواب است تا وقتی که بیدار گردد و از شخصی دیوانه تا وقتی که عاقل گردد.»

(4) طلاق مدهوس: طلاق مدهوش مانند طلاق مجنون و مُکره است و بنابراین صحیح تلقی نمی گردد، زیرا پیامبر صلی الله علیه و آله در این مورد فرموده است: «لَا طَلَّاقَ فِي إِغْلَاقٍ.»<sup>۵۷۶</sup>

«طلاق درحال اغلاق معتبر نیست.»

<sup>۵۷۲</sup> .الدوكتور وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج 9، ص 6883؛ وداكتر سيد سابق، فقه السنه، ترجمه داکتر محمود ابراهیمی، ج 3، ص 1518.

<sup>۵۷۳</sup> .الدوكتور وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج 9، ص 6883 و 6884؛ داکتر سيد سابق، فقه السنه، ترجمه داکتر محمود ابراهیمی، ج 3، ص 1518؛ داکتر يوسف قرضاوی، دیدگاه های فقهی معاصر، ترجمه داکتر احمد نعیمی، ج 1، صص 637-644؛ و عبدالحمید محمود طهماز، الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، ج 3، صص ۱۶۸ و ۱۶۹.

<sup>۵۷۴</sup> .الدوكتور وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج 9، ص 6882؛ مُحَمَّد جواد مغنیه، احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، ترجمه داکتر مصطفی جباری و حمید مسجد سرائی، ص 143؛ عبدالحمید محمود طهماز، الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، ج 2، ص ۱۶۸؛ و اسعد محمد سعید الصاغر جی، الفقه الحنفی وادلته، ج 2، ص 217.

<sup>۵۷۵</sup> .رواه أحمد و ابوداود و الحاكم عن علی و عمر.

<sup>۵۷۶</sup> .رواه احمد، ابو داود و ابن ماجه عن عایشة.

کلمه «اغلاق» برخشم، جنون، غضب و نظیر اینها اطلاق می‌گردد. پس، طلاق شخصی که در اثر خشم، حُزن، غضب و بی‌هوشی واقع گردیده باشد، صحیح نیست.<sup>۵۷۷</sup>

۵) طلاق غضبان: به موجب فقه طلاق شخصی که خشمگین و غضبان است و نمی‌داند چی می‌گوید و چه چیزی از او سر می‌زند و در باره آنچه می‌گوید و انجام می‌دهد و نمی‌اندیشد به صورت عموم به موجب حدیث: «لَا طَلَّاقَ فِي إِغْلَاقٍ»<sup>۵۷۸</sup> واقع نمی‌گردد، زیرا شخص خشمگین مسلوب الاراده می‌باشد. علی‌الرغم این، خشم و غضب از نظر شدت و خفت و در نتیجه صحت و بطلان طلاق به سه قسم است:

1) قسم اول: قسم اول آن است که انسان در اوایل و مقدمات عصبانیت باشد به گونه ای که نه عقل و نه اندیشه او تغییر کند و به آنچه می‌گوید و قصد می‌کند آگاهی دارد. بدون تردید، در این مرحله، طلاق شخص غضبان واقع می‌گردد، زیرا در چنین حالات عقود و سایر تصرفات شخص صحیح است به خصوص هنگامی که عصبانیت بعد از یک تردد فکری از او سر بزند؛

2) قسم دوم: قسم دوم آن است که غضب و عصبانیت به بی‌نهایت درجه خود برسد به گونه ای که باب آگاهی و اراده بر شخص بسته شده باشد و شخص نداند که چی می‌گوید و چی می‌خواهد. در این نوع خشم، هیچ شک و اختلافی در عدم وقوع طلاق شخص عصبانی وجود ندارد، زیرا غضب و عصبانیت نا بود کننده عقل اند، وقتی که عصبانیت و خشم عقل انسان را زایل نماید به طوری که انسان نداند چی می‌گوید، شکی وجود ندارد که در چنین حالتی به گفتار او ترتیب اثر داده نخواهد شد، زیرا گفتار انسان مکلف وقتی نافذ می‌گردد و به آن ترتیب اثر داده می‌شود که گوینده اولاً به آنچه از او سر می‌زند آگاه باشد و ثانیاً مفهوم آن را بداند و ثالثاً با قصد و اراده با آن تکلم نموده باشد.

با قید اول نایم، دیوانه، مدهوش، مست و این نوع عصبانیت از حد تلکیف خارج می‌شود، با قید دوم، شخصی که آگاهانه لفظی را بگوید، ولی معنی آن را ندارد خارج می‌شود که البته نباید با مقتضای الفاظ او عمل بشود و با قید سوم شخصی که با اجبار و اکراه سخنی را گفته است خارج می‌شود، هر چند معنی سخنی را که گفته است نداند؛

<sup>۵۷۷</sup> . الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و ادلته، ج 9، ص 6882؛ داکتر سید سابق، فقه السنه، ترجمه داکتر محمود ابراهیمی، ج 3، ص 1522؛ و محمد جواد مغنیه، احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، ترجمه داکتر مصطفی جباری و حمید مسجد سرایی، ص 143؛ و عبدالحمید محمود طهماز، الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، ج 2، ص .  
<sup>۵۷۸</sup> . رواه احمد، ابو داود و ابن ماجه عن عائشة.

3) قسم سوم: قسم سوم حد وسط میان دو قسم اول و دوم است؛ یعنی؛ شخص از مرحله اوایل و مقدمات عصبانیت فراتر رفته، ولی هنوز به مرز آخر آن که همان دیوانگی است نرسیده است. در باره صحّت و بطلان طلاق شخصی که در این مرحله قرار دارد میان فقهاء اختلاف وجود دارد، ولی نظر راجح و معتبر این است که به طلاق، عقود و سایر تصرفات شخص ترتیب اثر داده نشود، زیرا اختیار و رضاء در این امر معتبر است و همانطور که پیشوایان اسلام گفته اند عصبانیت نشانه از اغلاق است.<sup>۵۷۹</sup>

۶) طلاق سفیه محجور در صورتی که بالغ باشد به اتفاق نظر فقهای مذاهب چهارگانه ولو بدون اجازه ولی او صورت پذیرد واقع گردیده و نافذ است، زیرا موضع و یا محل حجر تصرفات مالی است و طلاق و آثار آن از جمله تصرفات مالی نیست. برعلاوه، رشد شرط صحّت وقوع طلاق نیست. پس، طلاق سفیه صحیح و نافذ است.<sup>۵۸۰</sup>

۷) طلاق مریض مبتلا به مرگ: در باره طلاق زوجه در حالت مرض الموت روایت شده است که عبدالرحمن بن عوف رضی الله عنه، همسر خود «تماضراً» را در حال مرض موت، طلاق باین داد و حضرت عثمان بن عفان رضی الله عنه حکم کرد که او از عبدالرحمن بن عوف رضی الله عنه ارث می برد. حضرت عثمان رضی الله عنه گفت: من عبدالرحمن رضی الله عنه را متهم نمی کنم به اینکه خواسته باشد از حق ارث زوجه اش فرار نماید، ولی خواستم به سنت نبوی عمل کنم. پس، به وی ارث دادم. همچنین، روایت شده است که خود حضرت عثمان رضی الله عنه زوجه اش «ام البنین» دختر عیینه بن حصن فزاری را در حالتی طلاق داد که در خانه اش محاصره شده بود.

چون حضرت عثمان رضی الله عنه به شهادت رسید، ام البنین پیش حضرت علی رضی الله عنه رفت و ماجرا را برایش نقل کرد. حضرت علی رضی الله عنه به وی ارث داد. باتوجه به این و با توجه قصد شوهر مبنی بر محروم کردن زوجه مُطَلَّقه ثلاثه از ارث، فقهاء در باره طلاق دادن زوجه در حالت مرض الموت نظریات متفاوت ارایه کرده اند:

فقهای حنفیه بر این نظر اندکه: هرگاه شخصی زوجه اش را در حالت مرض الموت طلاق باین دهد و مُطَلَّق در اثر این مرض وفات نماید، در صورتی که زوجه در عدت قرار داشته باشد، از مُطَلَّق

<sup>۵۷۹</sup>. جهت معلومات مزید و بررسی مبانی دلایل موافق و مخالف ر.ک: داکتر یوسف قرضاوی، دیدگاه های فقهی معاصر، ترجمه داکتر احمد نعیمی، ج 1، صص 645-653؛ الدوکتور وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج 9، 6883؛ و داکتر سید سابق، فقه السنه، ترجمه داکتر محمود ابراهیمی، ج 3، صص 1519 و 1520؛ <sup>۵۸۰</sup>. الدوکتور وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج 9، صص 6884 و 6885؛ و مُحَمَّد جواد مغنیه، احوال شخصیّه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، ترجمه داکتر مصطفیٰ جباری و حمید مسجد سرایی، صص 143 و 144.

ارث می برد. ولی، در صورتی که عده اش منقضی گردد، ارث نمی برد. همچنین، هرگاه شوهر زوجه اش را در اثر خواهش زوجه طلاق دهد یا امر طلاق را به زوجه واگذار نماید، و زوجه خود را طلاق باین بدهد، در چنین حالتی نیز زوجه از زوج ارث نمی برد. فقهای حنبلی بر این نظر اندک: بعد از انقضای عده تا زمانی که زوجه با دیگری ازدواج ننماید، می تواند از شوهر ارث ببرد.

امام مالک رحمته در این مورد بر این نظر است که: زن خواه در عدت باشد، یا نباشد و خواه ازدواج کرده باشد یا نکرده باشد، از مُطَلَّق ارث می برد. برعکس، امام شافعی رحمته بر این نظر است که: زوجه مُطَلَّقه از مُطَلَّق ارث نمی برد. زیرا، در اثر طلاق باین تمام آثار عقد ازدواج از بین می رود و میراث بعد از زوال سبب آن ثابت نمی گردد.

فقهای شافعیه می گویند: مُطَلَّقه طلاق باین از مُطَلَّق ارث نمی برد. زیرا، در صورتی که شوهر دوباره صحتمند شود نیز از شوهر ارث نمی برد. در صورتی که شوهر زوجه اش را در حالت مرض الموت طلاق رجعی بدهد، و در زمان عدت شوهر بمیرد، زوجه مُطَلَّقه می تواند از شوهر ارث ببرد. زیرا، در طلاق رجعی آثار عقد ازدواج به حالت قبلی باقی است.

از آنچه گفته شد، به خوبی نتیجه گرفته می شود که ثبوت میراث برای زوجه در حالت طلاق توسط شوهر مبتلا به مرض الموت منوط بر تحقق شرایط آتی است:

- 1) اینکه شوهر بعد از طلاق دوباره صحتمند نشود؛
- 2) اینکه مرض مخوف باشد و موجب محجور علیه قرار گرفتن شوهر شود؛
- 3) اینکه طلاق باین و بعد از دخول حقیقی باشد. پس، در صورتی که طلاق قبل از دخول ولو بعد از خلوت صحیحه باشد، چنین طلاق، طلاق فرار تلقی نگردیده و زوجه مستحق ارث نمی گردد. زیرا، در طلاق قبل از دخول زوجه مکلف به رعایت عده نیست؛
- 4) اینکه طلاق بدون رضایت زوجه ایقاع گردد: به این توضیح که طلاق از جانب شوهر ایقاع گردد نه از جانب زوجه و یا به سبب زوجه. پس، در صورتی که طلاق به رضای زوجه واقع گردد، میراث برای زوجه ثابت نمی گردد.

همچنین، در صورتی که زوج حق طلاق را به زوجه واگذار نماید و زوجه خود را طلاق بدهد، و یا زوجه با زوج مخالعت نماید و یا قاضی تفریق را میان زوجین به سبب عیب در شوهر جاری نماید، و شوهر وفات نماید و زوجه در عدت باشد، به سبب رضایت ابطال حق خویش، زوجه مستحق دریافت میراث نمی گردد؛

5) اینکه زوجه در وقت طلاق نیز واجد اهلیت حق دریافت ارث باشد و این اهلیت الی وقت موت شوهر ادامه داشته باشد. پس، در صورتی زوجه قبل از موت شوهر مرتد گردد، مستحق دریافت ارث نمی‌گردد.<sup>۵۸۱</sup>

#### گفتار سوم) شروط زوجه در طلاق

طبق ماده ۱۳۶ ق. م: «طلاق تنها بالای زوجه ای که در نکاح صحیح یا در عدت طلاق رجعی باشد، واقع می‌گردد.» طبق نص این ماده برای وقوع طلاق در زوجه دو شرط باید رعایت گردد: ۱) طلاق تنها بالای زوجه در نکاح صحیح واقع می‌گردد. نکاح صحیح نکاحی است که ارکان و شرایط آن متحقق گردد. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و تمام ارکان و شرایط عقد ازدواج متحقق گردد، احمد می‌تواند حمیده را طلاق بدهد. در صورت عدم تحقق ارکان و شرایط با توجه به اختلافی که وجود دارد، عقد ازدواج یا باطل است که هیچ نوع اثر ندارد یا فاسد است که دارای برخی آثار است و باید توسط طرفین یا قاضی فسخ گردد. بنابراین، در ازدواج باطل و فاسد محلی برای موضوعیت طلاق باقی نمی‌ماند.

۲) در صورتی که زوجه در جریان عدت طلاق رجعی قرار داشته باشد، محل وقوع طلاق واقع می‌گردد. زیرا، در طلاق رجعی آثار عقد ازدوج منتهی نمی‌گردد. به حیث مثال، اگر احمد زوجه اش حمیده را طلاق رجعی بدهد و حمیده شروع به گرفتن عدت نماید، احمد می‌تواند حمیده را طلاق دوم بدهد. در این صورت، طلاق احمد واقع می‌گردد و طلاق رجعی به طلاق باین صغری تبدیل می‌شود. اما، در صورتی که زن در عدت طلاق باین کبری قرار داشته باشد، محل وقوع طلاق قرار نمی‌گیرد. زیرا، شوهر حق سه طلاق را دارد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط زوجه در طلاق است.

همچنین، طبق ماده ۱۴۰ ق. م: «زوجه قاصر، از جانب زوج یا پدر زوج طلاق شده نمی‌تواند.» به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط زوجه در طلاق است. قاصر از ریشه قصر گرفته شده است که در لغت به معنی ناتوان و عاجز است. در فقه به کسی قاصر گفته می‌شود که به موجب شرع یا قانون از تصرف درست عاجز باشد که به طور مشخص مصادیق

<sup>۵۸۱</sup> .الدوكتور وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج 9، صص ۶۹۷۶-۶۹۸۰؛ اسعد محمد سعيد الصاغر جي، الفقه الحنفي وادلته، ج ۲، صص ۲۳۶ و ۲۳۷؛ عبدالحميد محمود طهماز، الفقه الحنفي في ثوبه الجديد، ج ۲، صص ۱۹۷-۱۹۹؛ داکتر سيد سابق، فقه السنه، ترجمه داکتر محمود ابراهيمي، ج ۳، صص ۲۰۶-۲۱۰؛ و محمد محي الدين عبدالحميد، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، صص ۲۹۶-۳۰۰.



بارز آن شخص دیوانه و صغیری است که هنوز به سن بلوغ نرسیده باشد.<sup>۵۸۲</sup> با توجه به معنی لغوی واژه «قاصر» نص این ماده محل ایراد به نظر می‌رسد زیرا طبق نص این ماده نه زوج و نه پدر زوج می‌توانند زوجه قاصر را طلاق بدهند. لذا، طبق نص این ماده طلاق زوجه قاصر صحیح نیست. عدم صحیح بودن طلاق زوجه قاصر مستلزم این است که ازدواج دختر قاصر صحیح باشد زیرا تا ازدواج صورت نگیرد طلاق صورت گرفته نمی‌تواند. در حالی که چنانچه بحث آن گذشت، ماده ۷۱ فقره ۳ ق. م نکاح دختر صغیره کمتر از پانزده سال را جواز نمی‌دهد. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می‌آید که نص ماده ۱۴۰ ق. م با ماده ۷۱ ق. م در تناقض به نظر می‌رسد. زیرا، هرچند در ظاهر ماده ۱۴۰ طلاق زوجه قاصر را توسط زوج و پدر زوج به نمایندگی از زوج منع می‌کند، اما مفهوم مخالف نص ماده ۱۴۰ ق. م این است که ازدواج قاصر صحیح است و در صورت ازدواج طلاق او صحیح نیست مگر این که قاصر را دیوانه بدانیم و نتیجه بگیریم که زن بعد از ازدواج دیوانه شده است.

تعیین وکیل مسخر برای دفاع از حقوق غایب از اقارب درجه اول یا از خرنوال  
متحد المال شماره ۴۳۲ الی ۴۹۳ مؤرخ ۱۳۸۷ / ۲ / ۱۹ ریاست دارالانشای شورای عالی ستره  
محکمه

ریاست محکمه ابتدائیه احوال شخصیه کابل حسب ذیل استهدا نموده اند:

ماده ۱۴۰ قانون مدنی مشعر است: «زوجه قاصر از جانب زوج یا پدر زوج طلاق شده نمی‌تواند». در ماده متذکره هدف از زوجه قاصر کیست؟ آیا زوج است یا خود زوجه. اگر زوج باشد پس طلاق از جانب چه کسی و به چه شکل اجرا گردد. با ذکر مراتب فوق محکمه احوال شخصیه جهت تأمین عدالت از مقام محترم طالب هدایت است.

ریاست تدقیق و مطالعات در رابطه به موضوع مورد استهدا چنین ابراز نظر به عمل آورده اند:  
به ارتباط بخش دوم استهدائیه مذکور که تحریر نموده اند که هدف از زوجه قاصر در ماده ۱۴۰ قانون مدنی کی است؟ چون طلاق زوجه شخص قاصر الاهلیت از طرف زوج و یا ولی زوج یک تصرفی است که به ضرر شخص قاصر الاهلیت می‌باشد بناءً زوجه زوج قاصر الاهلیت از طرف زوج و یا

۵۸۲. وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۶۸۶۴ و ۶۸۶۵؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۶۱۷؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۱۱؛ وهبة زحیلی، فقه خانواده در جهان معاصر، ص ۳۸۴.

ولی وی طلاق نمی شود. اگر زوجه از این ناحیه متضرر شده باشد می تواند که طبق هدایت ماده ۱۸۳ قانون مدنی ادعای تفریق را علیه ممثل قانونی شخص قاصر الاهلیت در محکمه مربوط اقامه نماید. حینی که مطالب مورد استهدا و نظر تدقیقی مرتب بر آن مطرح بحث مقام محترم شورای عالی قرار گرفت قرار مصوبه ۱۰۲ مؤرخ ۱۳۸۷/۲/۱۰ هدایت ذیل را صادر کرد.

نظر ریاست تدقیق و مطالعات عیناً تصویب گردید، موضوع به جمیع محاکم طور متحدالمال اخبار گردد.». ۵۸۳

طبق فقه زن در صورتی که در قید زوجیت صحیحه و یا در جریان عدت طلاق رجعی قرار داشته باشد، محل وقوع طلاق واقع می گردد چراکه در طلاق رجعی آثار عقد ازدوج منتهی نمی گردد. پس، در صورتی که زن در عدت طلاق باین کبری قرار داشته باشد، محل وقوع طلاق قرار نمی گیرد. زیرا، شوهر حق سه طلاق را دارد پس، هرگاه زن معتده طلاق باین کبری باشد، نمی تواند محل وقوع طلاق واقع گردد. همچنین، هرگاه زوجه در عدت طلاق باین صغری قرار داشته باشد، به نظر جمهور علماء به غیر از حنفیه چنین زنی به سبب انتهای رابطه زوجیت محل طلاق واقع نمی گردد. اما، به نظر حنفیه معتده طلاق باین صغری نیز می تواند به سبب باقی بودن برخی آثار ازدواج، مانند: وجوب تأمین نفقه و مسکن و عدم مشروع بودن ازدواج با شخص دیگر در اثنای عدت محل طلاق واقع می گردد. در صورتی که ازدواج فاسد باشد و یا عدت مُطلَّقه به صورت کامل منقضی گردیده باشد، طلاق چنین زنی واقع نمی گردد. همچنین، در صورتی که مردی زنی را قبل از دخول و خلوت صحیحه طلاق بدهد، چنین زنی مکلف به رعایت عده نیست. زیرا، چنین طلاق، طلاق باین تلقی می گردد. خداوند ﷻ در این مورد فرموده است:

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾ - [الاحزاب: ۴۹]

«ای کسانی که ایمان آورده اید! هنگامی که زنان را نکاح نمایید و قبل از همبستر شدن، آنها را طلاق بدهید، عده برای شما بر آنها نیست که بخواید حساب آن را نگاه دارید.» ۵۸۴

#### گفتار چهارم) شروط صیغه

۵۸۳. محمد عثمان ژوبیل (\_\_\_\_). مجموعه متحدالمآلها، مصوبات و رهنمودها (۱۳۸۵-۱۳۸۸)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۵۱۴ و ۵۱۵.

۵۸۴. الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامی وادلته، ج ۹، صص ۶۸۸۸ و ۶۸۸۰؛ و داکتر سید سابق، فقه السنه، ترجمه داکتر محمود ابراهیمی، ج ۳، صص ۱۶۶ و ۱۶۷.

براساس ماده ۱۳۹ فقره های اول و دوم ق. م: «۱) زوج می تواند به صورت شفوی و یا تحریری زوجه اش را طلاق نماید. هرگاه زوج فاقد این دو وسیله باشد، طلاق به اشارات معموله که صراحتاً معنی طلاق را افاده نماید، صورت گرفته می تواند؛ و ۲) طلاق به الفاظ صریح ای که در عرف معنی طلاق را افاده کند، بدون نیت واقع می گردد.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی طریقه ها و ابزار طلاق است. طبق نص این ماده زوج می تواند زوجه خویش را از طریقه های ذیل طلاق بدهد:

۱) به صورت شفوی: زوج می تواند زوجه اش را به صورت شفوی از طریق الفاظ طلاق دهد مانند این که زوج در محکمه به زوجه بگوید: تو طلاق هستی!

۲) به صورت تحریری: زوج می تواند به صورت تحریری زوجه اش را طلاق بدهد. نص این ماده مجمل و مطلق است. بنابراین، فرق نمی کند که زوج قادر بر سخن گفتن باشد یا نباشد. به حیث مثال، اگر زوج به زوجه اش نامه بنویسد که شما مطلقه هستی، طلاق واقع می گردد. به موجب فقه مرد می تواند زوجه اش را با استفاده کتابت طلاق بدهد.<sup>۵۸۵</sup> بنابراین، هرگاه زوج زوجه اش را از طریق کتابت طلاق بدهد هرچند قادر بر تلفظ و قرائت نیز باشد، طلاق او واقع می گردد.<sup>۵۸۶</sup>

۳) به اشاره معموله: هرگاه زوج فاقد این دو وسیله باشد، طلاق به اشارات معموله که صراحتاً معنی طلاق را افاده نماید، صورت گرفته می تواند. بنابراین، در صورتی که شوهر قادر بر سخن گفتن و نوشتن نباشد می تواند زوجه اش را به اشاره معمول که معنی طلاق را افاده نماید در محکمه طلاق بدهد. به حیث مثال، اگر احمد گنگ و بی سواد باشد و نوشته تواند می تواند زوجه اش را در محکمه با اشاره ای که معنی طلاق را افاده نماید، طلاق دهد. به موجب فقه حنفی طلاق گنگ وقتی صحیح است که قادر بر کتابت و نوشتن نباشد، زیرا در صورتی که قادر بر کتابت و نوشتن باشد به اشاره او نباید اکتفاء صورت بگیرد، زیرا کتابت بهتر بر مقصود دلالت می نماید و بنابراین عدول از آن جواز ندارد، مگر در صورت ضرورت.<sup>۵۸۷</sup>

۴) با لفظ صریح: طلاق به الفاظ صریح ای که در عرف معنی طلاق را افاده کند، بدون نیت واقع می گردد. اما، این که الفاظ صریح کدام ها اند، ق. م مسکوت است که محل ایراد به نظر می

۵۸۵. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۵۵۱؛ و محمد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سزایی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۱۴۱.

۵۸۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدییه، ص ۶۹۰۵؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۵۳۲.

۵۸۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدییه، ص ۶۹۰۵؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۵۳۲.

رسد. در باره الفاظ صریح طلاق فقهای حنفیه بر این باور اند که: مراد از لفظ صریح آن است که مراد آن روشن باشد و آن لفظ در عرف غالباً برای طلاق به کار برده شود، مانند: الفاظی که از کلمه «طلاق» اشتقاق یافته اند مانند: «أَنْتِ طَالِقٌ»: یعنی؛ تو طلاق و یا آزاد هستی، «انت علیه حرام؛ یعنی: تو بر من حرام هستی» هرچند لفظ اخیر در اصل کنایه بوده، اما در عرف غالباً برای طلاق به کار می رود.

حکمی که طبق فقه و ماده ۱۳۹ فقره دوم ق. م بر طلاق صریح مرتب می گردد این است که طلاق به لفظ صریح بدون ضرورت و حاجت به نیت که دلالت بر انشای طلاق نماید، واقع می گردد. بنابراین، در چنین حالات، به ادعای شوهر مبنی بر اینکه او خواهان ایقاع طلاق نبوده است التفاتی صورت نمی گیرد.<sup>۵۸۸</sup> اما، در صورتی که لفظ ضمنی باشد، ق. م مسکوت است.

فقهای حنفیه بر این نظر اند که: طلاق به الفاظ کنایی جز در صورتی که قرین نیت باشد واقع نمی گردد یا اینکه دلالت حال بر اراده طلاق وجود داشته باشد، مانند: ایقاع طلاق در حالت غضب و یا در حال مذاکره ایقاع طلاق. لفظ ضمنی عبارت لفظی است که احتمال منظور از طلاق دادن در آن وجود داشته باشد مانند اینکه: مرد به زوجه اش بگوید: «أَنْتِ بَاطِنَةٌ!»؛ یعنی؛ «تو از من جدا هستی!» یا «أَمْرِكِ بِيَدِكِ!»؛ یعنی «سرنوشتت را خودت تعیین کن!»، «الحقی بأهلك» برو به پیش خانواده ات، «اذهبی فتزوجی» برو ازدواج کن، زیرا، در استفاده چنین الفاظ امکان دارد که مقصود آن باشد که، عصمت تو در دست تو است و تو مالک خودت هستی و یا هم احتمال دارد که منظور آن باشد که تو در تصرف خود آزاد هستی و نظیر اینها.<sup>۵۸۹</sup> به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی الفاظ طلاق است.

#### گفتار پنجم) ثبت طلاق

طبق ماده ۱ فرمان شماره ۷۷ مؤرخ ۱۰/۴/۱۳۶۵ ببرک کارمل در مورد ایزاد و تکمیل قانون مدنی، منتشره جریده رسمی شماره ۶۱۵ مؤرخ ۱۵/۶/۱۳۶۵: «(۱) مراتب ثبت طلاق به حضور زوجین یا وکلای آنها صورت می گیرد؛ و (۲) هرگاه حضور زوجه متعذر باشد و یا از حضور امتناع ورزد وثیقه انحلال زوجیت به اداره محل اقامت و یا یکی از اقارب نزدیک او ارسال می شود.» طبق نص این ماده طلاق بعد از وقوع باید ثبت گردد. ثبت طلاق در حضور زوج و زوجه و یا وکلای آنها صورت می پذیرد. در صورتی که حضور زوجه در محکمه متعذر باشد و یا زوجه از حضور در محکمه

۵۸۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۸۹۷-۶۸۹۹.

۵۸۹. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمّدی سقر، صص ۱۵۲۷-۵۲۹؛ و وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۸۹۹ و ۶۹۰۲.

امتناع ورزد، وثیقه انحلال زوجیت به اداره محل اقامت زوجه و یا یکی از اقارب او ارسال می گردد. متعذر اسم فاعل از ریشه «عذر» گرفته شده است که در لغت به معنی دشوار، محال، غیرممکن و سخت است.<sup>۹۰</sup> به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، متعذر کاری است که انجام آن محال و غیرممکن است. تعریف امتناع گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را طلاق بدهد، طلاق در حضور احمد و حمیده یا وکلای احمد و حمیده باید ثبت گردد. در صورتی که آمدن حمیده در محکمه ناممکن باشد یا حمیده از آمدن به محکمه پرهیز نماید، محکمه مکلف است طلاق خط را به اقامتگاه حمیده یا اقارب حمیده بفرستد. اقامتگاه محلی است که شخص عادتاً در زندگی می نماید. در عمل طلاق در دیوان احوال شخصیه یا حقوق فامیل محکمه ابتدائیه مدنی صورت می گیرد. سپس، طلاق خط در حضور زوجین یا وکلای زوجین در محکمه وثایق مربوطه صورت می گیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی محکمه و الزامی بودن ثبت طلاق است.

### اجرای طلاق در غیاب زوجه

متحدالمال شماره (۳۴۹۴/۳۴۲۴) مؤرخ ۱۳۸۷/۱۱/۱ ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره محکمه

محکمه ابتدائیه احوال شخصیه شهر کابل استهداء نموده اند که: یکنعداد اوراق و دوسیه ها جهت اجرای طلاق از طریق ریاست حقوق ولایت کابل و یا اشخاص راساً به این محکمه ارجاع و تقدیم می گردد در حالیکه زوجه اشخاص متذکره در کشور نبوده خارج می باشند و خواهان اجرای طلاق خط غیابی زوجه شان را می نمایند و اجرای همچو طلاق خط قبلاً به اساس متحدالمال شماره (۱۰۷۰-۱۱۲۶) مؤرخ ۱۳۵۴ / ۱۱ / ۸ مقام محترم شورای عالی ستره محکمه اجرای طلاق خط غیابی که زوجه اش حاضر محکمه نباشد بخاطر بروز دعوی آینده زوجه در حصه نفقه و مهرش غیاباً قابل اجراء ندانسته اند.

بناءً مراتب قرار شرح فوق الذکر استهداء به مقام محترم عرض و تقدیم شد تا جریان موضوع به مقامات ذیصلاح ارجاع نموده تا بعد از هدایت شان به شکایت مراجعین و حل و فصل دوسیه های

وارده اقدام اصولی و مقتضی به عمل آید. مطلب مورد استهداء تحت مذاقه مدققین قضائی ریاست محترم تدقیق و مطالعات قرار گرفته چنین ابراز نظر به عمل آورده اند:

ماده (۱۱۵) قانون مدنی ذریعه فرمان شماره (۷۷) مؤرخ ۱۳۵۵/۴/۱۰ ذیلاً ابراز نظر گردیده است:

۱- ماده ۱۳۵ قانون مدنی با ایزاد فقرات (۳ و ۴) ذیلاً تکمیل گردیده است.

(۳) مراتب ثبت طلاق به حضور زوجین یا وکلای آنها صورت می گیرد.

(۴) هرگاه حضور زوجه متعذر باشد و یا از حضور امتناع ورزد وثیقه انحلال زوجیت به اداره محل

اقامت وی یا یکی از اقارب نزد یک ارسال شود.

بنابر جریان فوق مدققین قضائی به این نظر اند که ماده (۱۲۵) قانون مدنی به تاریخ ۱۳۵۵/۴/۱۰

بعد از متحدالمال (۱۰۷۵-۱۱۲۶) مؤرخ ۱۳۵۴/۶/۱۱ با ایزاد فقره های (۳ و ۴) در قانون مدنی

مشکل موجود را مرفوع نموده محاکم طبق آن عمل نمایند.

چنینکه جریان موضوع و نظر تدقیقی به اجلاس مقام شورای عالی تقدیم گردید طی قرار مصوبه

(۶۰۳) مورخ ۱۳۷۸/۱۰/۱۰ چنین هدایت دادند:

نظر ریاست تدقیق و مطالعات تائید شد موضوع به جمیع محاکم متحدالمالاً اخبار گردد.<sup>۵۹۱</sup>

اجرای وثیقه طلاق و حل منازعه فامیلی به وسیله محکمه فامیلی و احوال شخصی

متحدالمال شماره (3865-3923) مؤرخ 7/12/1386 ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره

محکمه

آمریت ثبت اسناد و وثایق ریاست محکمه استیناف ولایت بلخ حسب ذیل طالب هدایت گردیده اند:

به آن مقام محترم بهتر معلوم است که اداره ثبت اسناد و وثایق در چوکات این ولایت مطابق حکم ماده

(55) قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم قوه قضائیه جدیداً تشکیل و ایجاد گردیده و اخیراً طبق

مصوبه شورای عالی ستره محکمه شروع به فعالیت کرده و مطابق به حکم قوانین نافذ و وظایف و

صلاحیت های خویش را الی تنظیم قانون خاص مندرج در حکم ماده 4 قانون مذکور انجام می دهد.

امادر جریان انجام فعالیت بادر نظر داشت بعضی از هدايات و مصوبات سیمینار های قضایی و هم

رهنمای مربوط به تنظیم امور وثایق که در سال 1352 از مقام ستره محکمه به نشر سپرده شده است

دچار مشکلات می باشیم از جمله مطابق به توضیح پرسش شماره (19) سیمینار سال 1361 آمریت

های ثبت اسناد در حصه اجرای طلاق فاقد صلاحیت دانسته و صلاحیت اجرای طلاق را به محکمه

ذوی الحکم تفویض نموده اند که به این اساس طبق تشکیل جدید بایست موضوع به محکمه احوال

۵۹۱. محمد عثمان ژوبیل (\_\_\_\_). مجموعه متحدالمالها، مصوبات و رهنمودها (۱۳۸۵-۱۳۸۸)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۶۱۹ و ۶۲۰.

شخصیه این ولایت محول گردد در حالیکه عده ای از اشخاص با مراجعه مستقیم و یا هم از سلسله محکمه مذکور به این آمریت عارض و خواهان اجرای طلاق خط زوجه خویش می گردند. استهداء واصله پس از ابراز نظر ریاست تدقیق و مطالعات مطرح بحث قرار گرفت و طی مصوبه (814) مؤرخ 23/11/1386 هدایت ذیل صادر گردید:

«جمیع منازعات در مورد طلاق و نیز اجرای وثایق طلاق به صورت عموم به محاکم فامیلی و احوال شخصیه محول گردد. دارالانشاء هدایت فوق را به جمیع محاکم طور متحدالمال اخبار نماید.»  
موضوع جهت مسبوقیت و اجراء مقتضی باین وسیله طور متحد المال اخبار گردید.<sup>۵۹۲</sup>

#### مبحث دوم) انواع طلاق

براساس ق. م طلاق به اعتبار صیغه به طلاق صریح و کنایی که تفصیل آن در مبحث صیغه گذشت و به اعتبار رجعت و عدم رجعت شوهر به طلاق رجعی و باین تقسیم می شود:

#### گفتار اول) طلاق رجعی

۱) تعریف: ق. م تعریفی از طلاق رجعی ارایه نکرده است. اما، فقهاء به اتفاق آراء بر این نظر اند که: طلاق رجعی عبارت از طلاقی است که شوهر حق تجدید نظر و بازگردانیدن زوجه اش را قبل از انقضای عدت بدون نیاز به عقد جدید اعم از این که زوجه رضایت داشته باشد یا خیر دارد. به عبارت دیگر: طلاق رجعی طلاقی است که در آن زوج حق رجوع به زوجه مطلقه را تا وقتی که در عده است دارد، خواه زوجه راضی باشد یا نباشد.

از تعریف فوق به خوبی استنباط می گردد که تجدید نظر و بازگردانیدن زوجه پس از طلاق اول و دوم و قبل از به پایان رسیدن عدت زوجه مطلقه رجعی ممکن است. بنابراین، هرگاه عدت زوجه مطلقه رجعی سپری گردد، زوج نمی تواند او را دوباره به نکاح خویش برگرداند، زیرا در صورت انقضای عدت «طلاق رجعی» به «طلاق باین صغری» مبدل می گردد و در طلاق باین صغری مرد صرف می تواند زوجه اش را با تجدید عقد، پرداخت مهر جدید و رضایت زوجه دوباره به نکاح خویش دربی آورد.<sup>۵۹۳</sup>

#### ۲) آثار: طلاق رجعی مؤجد آثار ذیل است:

۵۹۲. محمد عثمان ژوبیل (\_\_\_\_). مجموعه متحدالمالها، مصوبات و رهنمودها (۱۳۸۵-۱۳۸۸)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۴۸۲ و ۴۸۳.  
۵۹۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۸۵.

۱- کاهش تعداد شمار طلاق: طبق ماده ۱۴۴ ق. م: «زوج در برابر زوجه صلاحیت سه طلاق را دارد.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم صلاحیت طلاق هایی که زوج واجد آن است، می باشد. نص این ماده مجمل و فهمیدن آن مشکل به نظر می رسد. به نظر می رسد نص این ماده ناظر بر طلاق رجعی است. زیرا، در طلاق رجعی صرف امکان طلاق دوم و سوم امکان دارد. طبق نص این ماده مرد صلاحیت سه طلاق را دارد. ولی، طلاق رجعی موجب کاهش تعداد شمار این طلاق ها می گردد. بنابراین، هرگاه طلاق رجعی توسط زوج برای بار اول صورت پذیرد، وی حق دوبار طلاق دیگر را دارد.<sup>۵۹۴</sup>

به حیث مثال، اگر احمد جمیله زوجه اش را طلاق رجعی بدهد و زوجه شروع به گرفتن عدت نماید و احمد به او مراجعه نماید، احمد مالک دو طلاق دیگر است. اگر احمد برای بار دوم زوجه اش را طلاق بدهد و زوجه به گرفتن عدت شروع نماید و احمد به او مراجعه نماید، احمد مالک یک طلاق دیگر است. اما، اگر احمد برای بار سوم جمیله را طلاق بدهد، سه طلاق احمد تکمیل می گردد و احمد صلاحیت طلاق چهارم را ندارد. دلیل این قاعده جلوگیری از آزار و اذیت زوجه و منع سوء استفاده از حق توسط شوهر به نظر می رسد.

این امر قبل از اسلام معمول بود. اما، اسلام آن را محدود کرد. در دوره جاهلیت، هرگاه مرد می خواست می توانست زوجه اش را طلاق بدهد و دوباره به او مراجعت نماید چنانچه حضرت عایشه رضی الله عنها می گوید که در دوره جاهلیت و آغاز اسلام، مرد هر وقت زوجه اش را طلاق می داد و هرگاه قبل از انقضای عدت براو مراجعت می کرد، زوجه مُطَلَّقه خانم او پنداشته می شد، هرچند این کار را صد بار یا بیشتر از این انجام می داد. چنانچه مردی به زوجه اش گفت: به خدا سوگند هرگز ترا طلاق نمی دهم که به طور قطعی از من جدا گردی و طلاق تو باین گردد و هرگز ترا پناه نیز نخواهم داد و با تو همبستر نمی شوم. زن گفت: چگونه این کار را می کنی؟

گفت: تو را طلاق می دهم و همین که عدّه ات در شرف اتمام باشد به تو مراجعه می کنم و مجدداً تو را طلاق می دهم و به همینطور... زن مذکور پیش حضرت عایشه رضی الله عنها رفت و این ماجرا را برایش بیان کرد. زمانی که حضرت پیامبر صلی الله علیه و آله آمد، حضرت عایشه رضی الله عنها این موضوع را برایش بازگو کرد. پیامبر صلی الله علیه و آله سکوت اختیار نمود تا اینکه قرآن نازل شد و خداوند جل جلاله فرمود:

﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ - (البقره: 229)

۵۹۴. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمّدی سقر، ص ۱۵۶۱؛ وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۶۹۶۳؛ و محمد محي الدين عبد الحميد (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية في شريعة الاسلامية، لبنان: دارالعلوم العلمية للنشر، صص ۲۸۷ و ۲۸۸.



«طلاق دادن دو بار است (و در آن برای آنها حق بازگشت محفوظ است، ولی پس از دو مرتبه طلاق، شوهر باید یکی از این دو کار را انجام بدهد) یا نگهداشتن (زن) به طور شایسته (و عادلانه) و یا جدایی از او به شیوه ای مطلوب (بدون آنکه بر او ستم وجود داشته باشد)».<sup>۵۹۰</sup>

**۲- امکان مراجعت شوهر به مُطَلَّقه رجعیه در مدت عدت:** در طلاق رجعی، مُطَلَّق می تواند تا وقتی که عدّه طلاق رجعیه زوجه به پایان نرسیده است به زوجه رجوع و او را دوباره تحت نکاح خویش در بی آورد. این رجعت از طریق قول، مانند اینکه مُطَلَّق به زوجه مُطَلَّقه بگوید: به شما رجعت نمودم، به اتفاق فقهاء و از طریق فعل، مانند: لمس کردن به نظر فقهای حنفیه صحیح است. پس، در صورتی که عدت مُطَلَّقه رجعیه منقضی گردد، زوج نمی تواند به زوجه مُطَلَّقه مراجعت نماید. زیرا، در این صورت طلاق رجعی به باین صغری تبدیل می شود و در طلاق باین صغری شوهر می تواند به زوجه مُطَلَّقه خویش در صورت نکاح جدید، پرداخت مهر جدید و رضایت زوجه رجوع نماید؛

**۳- باقی بودن آثار عقد ازدواج به حالت قبلی:** طبق ماده ۱۴۹ ق. م: «آثار عقد ازدواج و صلاحیت زوج با یک یا دو طلاق رجعی تا تکمیل عدّه طلاق از بین نرفته، به حال خود باقی می ماند.» طبق نص این ماده آثار عقد ازدواج مانند تأمین نفقه، ارث و امثال اینها و صلاحیت طلاق زوج تا تکمیل عدت به حالت قبلی باقی می ماند. بنابراین، فراهم نمودن نفقه در حالت عدّه برای زوجه توسط زوج لازم و ضروری است. علاوه براین، هرگاه یکی از زوجین وفات نماید، طرف مقابل می تواند از او ارث ببرد. به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را طلاق رجعی بدهد و حمیده شروع به گرفتن عدت نماید، آثار عقد ازدواج میان احمد و حمیده به حالت قبلی باقی است. بنابراین، احمد مکلف است به حمیده نفقه فراهم نماید. در صورت فوت احمد حمیده از احمد ارث می برد.

قانونگذار مدنی آثار عقد ازدواج را در نص ماده ۱۴۹ ق. م به صورت مطلق استعمال نموده است و آثار ازدواج شامل مهر، نفقه، ارث، تمتع جنسی و نظیر اینها می شود. در باره تمتع جنسی مُطَلَّق از زوجه مُطَلَّقه رجعیه احناف بر این اعتقاد اند که طلاق رجعی موجب حُرمت وطی با زوجه نمی گردد، زیرا آثار ازدواج در طلاق رجعی از بین نمی رود. بنابراین، تمتع جنسی مُطَلَّق از زوجه مُطَلَّقه رجعیه جواز دارد، زیرا تمتع جنسی از زوجه مباح است. باوجود این، احناف و حنابله بر این عقیده

اند که تمتع جنسی از زوجه مُطَلَّقه رجعیه کراهیت تنزیهی دارد.<sup>۵۹۶</sup> به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر طلاق رجعی است.

۴- **انتهای رابطه زوجیت با منتهی شدن عدت طلاق رجعی:** براساس ماده ۱۵۱ ق. م: «رابطه زوجیت در طلاق رجعی با پاک شدن از حیض سوم قطع و حق رجوع زوج ساقط می گردد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است. اول این که رابطه زوجیت در طلاق رجعی با پاک شدن زوجه از حیض سوم میان زوج و زوجه قطع می گردد. حیض در لغت به معنی سیلان و روان شدن است.<sup>۵۹۷</sup>

همچنین، حیض در لغت به معنی قاعدگی و عادت ماهیانه و عات ماهوار است.<sup>۵۹۸</sup> در اصطلاح حقوق مدنی، حیض عبارت از خونی است که در حالت صحت از فرج زن خارج می شود و حد اقل آن به نظر احناف سه روز و حد اکثر آن ده روز است.<sup>۵۹۹</sup> به عبارت دیگر: به خونی که به طور ماهوار از رحم زن به سن بلوغ رسیده (غیرصغیر) و سالم از بیماری می آید حیض گویند.<sup>۶۰۰</sup> دوم این که با تکمیل حیض سوم و قطع رابطه زوج با زوجه، حق رجوع زوج بر زوجه ساقط می گردد. بنابراین، زوج نمی تواند به زوجه قبلی خویش رجوع نماید.

به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را طلاق بدهد و حمیده از جمله زنان حایضه باشد، حمیده باید سه حیض عدت بگیرد، با پاک شدن حمیده از حیض سوم، رابطه زوجیت میان احمد و حمیده قطع می گردد و طلاق رجعی به طلاق باین صغری تبدیل می شود و احمد حق رجوع بر حمیده را ندارد مگر با رعایت شرایطی که بحث آن خواهد آمد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر طلاق رجعی است.

۳) **طلاق های رجعی:** طبق ماده ۱۴۶ ق. م: «طلاق به طور عموم رجعی و در موارد ذیل باین می باشد: (۱) طلاق سوم؛ (۲) طلاق قبل دخول؛ (۳) طلاق به عوض؛ و (۴) طلاقی که در این قانون باین خوانده شده.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به مواد مربوط به طلاق های رجعی ق. م است. همچنین، نص این ماده ارجاعی است زیرا قانونگذار مدنی طلاق هایی را که رجعی تلقی می گردند با سایر مواد ق. م ارجاع داده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این

۵۹۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۹۶؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۵۵۹.

۵۹۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۱۸۶؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ه. ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۲۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامیة، ص ۳۲۸.

۵۹۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۸۰.

۵۹۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۱۸۶؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ه. ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۲۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامیة، ص ۳۲۸.

۶۰۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۸۰.

ماده احصای برخی طلاق های باین است. طبق نص این ماده اصل این است که همه طلاق ها رجعی اند. استثنای این اصل این است که طلاق سوم، طلاق قبل از دخول و طلاق به عوض (خُلع) طلاق باین اند.

قانونگذار مدنی کلمه باین را در این ماده مطلق استعمال نموده است. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که به جز طلاق سوم، طلاق در برابر مال (خلع)، طلاق قبل از دخول، طلاق به سبب ضرر و طلاق به سبب عیب بقیه طلاق ها رجعی اند که بحث هر کدام در مبحث مربوطه خواهد آمد. به حیث مثال، اگر احمد زوجه اش را برای بار سوم طلاق بدهد، این طلاق، طلاق باین صغری است.

همچنین، اگر احمد زوجه اش را قبل از دخول طلاق بدهد، این طلاق باین صغری است. زیرا، در این طلاق عدت وجود ندارد و به تبع آن احمد به زوجه اش رجوع کرده نمی تواند و طلاق باین صغری تلقی می گردد. همچنین، طلاق به عوض که خلع نامیده می شود طلاق رجعی است. به حیث مثال، اگر احمد زوجه اش حمیده را در برابر مال طلاق بدهد، این طلاق، طلاق باین صغری است. بحث سایر طلاق ها که باین تلقی می شوند خواهد آمد. به غیر از این طلاق ها، بقیه طلاق ها رجعی تلقی می گردند.

فقههای حنفیه بر این نظر اند که: تمام طلاق ها رجعی اند، مگر طلاق ثلاثه، طلاق قبل از دخول، طلاق در برابر مال و طلاقی که معنی شدت را افاده نماید. بنابراین، طلاق در موارد آتی رجعی است:

۱- طلاق صریح بعد از دخول حقیقی: طلاق صریح بعد از دخول حقیقی به لفظ طلاق و یا تطلیق غیر مقترن به عوض (طلاق بدون عوض) و غیر مقترن به عدد ثلاث (طلاق ثلاثه) و غیر مقترن به وصف شدت و قوت و یا باین و نظیر اینها طلاق رجعی تلقی می گردد. بنابراین، هرگاه شخصی به زوجه اش بگوید: تو مُطَلَّقه هستی، و یا شما را طلاق دادم، یک طلاق رجعی او واقع می گردد هرچند نیت بیشتر از یک طلاق را داشته باشد؛<sup>۶۰۱</sup>

۲- طلاقی که به سبب عدم انفاق و ایلاء توسط قاضی صورت می گیرد: طلاقی که به سبب عدم انفاق و یا ایلاء توسط قاضی جاری می گردد، طلاق رجعی محسوب می گردد، زیرا در طلاق به سبب عدم انفاق احتمال آن می رود که زوج توانایی مالی بر انفاق پیدا نماید.<sup>۶۰۲</sup>

#### گفتار دوم) طلاق باین

۶۰۱. عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۲۴۸؛ و وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۹۵۶. ۶۰۲. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۹)، ص ۶۹۵۷.

باین اسم فاعل از ریشه «بین» گرفته شده است که در لغت به معنی جدا، منفصل، منقطع و دور شدن است. در اصطلاح حقوقی، این کلمه در همان معنی لغوی خود به کار رفته است. به طور مشخص، فقهاء در طلاق باین از این کلمه استفاده نموده اند.<sup>۶۰۳</sup> ق. م در تعریف طلاق باین سکوت اختیار نموده است. به موجب فقه طلاق باین عبارت از طلاقی است که در آن شخص جز با عقد جدید حق مراجعه و بازگشت به زن مطلقه خود را ندارد.<sup>۶۰۴</sup> طلاق باین دو نوع است: طلاق باین صغری و طلاق باین کبری:

#### الف) طلاق باین صغری

۱) تعریف: ق. م طلاق باین صغری را تعریف نموده است. ولی، به موجب فقه طلاق باین صغری، طلاقی است که بعد از وقوع آن، شوهر نمی تواند زوجه اش را به نکاح خود برگرداند، مگر به موجب عقد و مهر جدید و رضایت زوجه.<sup>۶۰۵</sup> طبق این تعریف در صورت طلاق باین صغری شوهر حق برگردانیدن زوجه را ندارد. اما، در صورتی که بخواهد به زوجه برگردد، باید عقد مجدد با زوجه ببندد، مهر جدید به زوجه بدهد و زوجه برخلاف طلاق رجعی به عقد رضایت داشته باشد.

۲) آثار: طبق ماده ۱۵۲ ق. م که: «طلاق باین صغری عقد ازدواج را منحل و آثار مرتب بر آن را از بین می برد. صلاحیت زوج و جمیع روابط زوجیت را به استثنای عدت، به مجرد وقوع ساقط می سازد.» از نص این ماده چهار حکم قابل استنباط است:

۱- طلاق بیان صغری عقد ازدواج را منحل می نماید. منحل از از ریشه «حل» گرفته شده است که در لغت به معنی گشوده شده، نابود شده و از بین رفته است. در اصطلاح حقوق مدنی، به از اثر افتادن یک عمل حقوقی صحیح به اراده کسی که چنین حقی دارد، انحلال گویند.<sup>۶۰۶</sup> به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را طلاق باین صغری بدهد، رابطه زوجیت میان احمد و حمیده منحل می گردد.

۲- به موجب طلاق باین صغری آثار عقد ازدواج مانند تأمین نفقه، ارث، تمتع جنسی زوجین و نظیر اینها از بین می رود. به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را طلاق باین صغری بدهد، رابطه زوجیت میان احمد و حمیده منحل می گردد و احمد مکلف به تأمین نفقه نیست. همچنین، میان احمد و حمیده ارث وجود ندارد.

۶۰۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۲۸.

۶۰۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۳۲۳.

۶۰۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۹۵؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمّدی سقر، ص ۱۵۶۳.

۶۰۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۴۷۳ و ۴۷۴.

۳- عبارت صلاحیت زوج در نص ماده ۱۵۲ مبهم است. به نظر می‌رسد منظور از صلاحیت زوج صلاحیت رجوع زوج به زوجه است. در صورت طلاق باین صغری، زوج نمی‌تواند به زوجه رجوع نماید، مگر این‌که زوجه راضی باشد و عقد ازدواج به صورت مجدد با پرداخت مهر صورت بگیرد.

۴- به موجب طلاق باین صغری زوجه مکلف است عدت بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را طلاق باین صغری بدهد، رابطه زوجیت میان احمد و حمیده منحل می‌گردد و احمد صلاحیت رجوع به حمیده را ندارد مگر طبق شرایطی که بحث آن خواهد آمد. در چنین، حالتی حمیده مکلف به رعایت عدت است.

۵- **عدم ایجاد حرمت ابدی ازدواج میان مُطَلَّق و مُطَلَّقه:** طبق ماده ۱۵۳ فقرة اول ق. م: «طلاق باین صغری موجب حرمت ازدواج مُطَلَّقه با زوج نمی‌گردد.» طبق نص این ماده طلاق باین صغری موجب ایجاد حرمت ازدواج میان زوجه ای طلاق داده شده و زوج نمی‌گردد. بنابراین، طبق ماده ۱۵۳ فقرة دوم ق. م «زوج می‌تواند با مُطَلَّقه طلاق باین صغری در حین عدت یا بعد از آن مجدداً ازدواج نماید مشروط بر این‌که این ازدواج به رضای زن و به عقد و مهر جدید صورت بگیرد.»

طبق نص این ماده برای ازدواج مجدد با زوجه مطلقه طلاق باین صغری سه شرط وجود دارد. رضایت زن برخلاف طلاق رجعی، عقد ازدواج جدید و پرداخت مهر جدید توسط زوج به زوجه. به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را طلاق باین صغری بدهد، رابطه زوجیت میان احمد و حمیده منحل می‌گردد. اما، این طلاق موجب ایجاد حرمت میان احمد و حمیده نمی‌گردد. احمد می‌تواند در جریان عدت یا پس از تکمیل عدت حمیده را مجدداً خواستگاری و نکاح نماید مشروط بر این‌که حمیده راضی باشد و احمد مهر جدید به حمیده پراخت نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم طلاق باین صغری است.

۶- **پرداخت مهر مؤجل:** به مجرد وقوع طلاق باین صغری، موعد پرداخت مهر مؤجل که طلاق و یا وفات یکی از زوجین است، فرا می‌رسد. بنابراین، در صورت وقوع طلاق باین صغری شوهر مکلف است مهر مؤجل زوجه را که بر ذمه وی باقی است پرداخت نماید؛<sup>۶۰۷</sup>

۳) **طلاق های باین صغری:** طبق ق. م طلاق های ذیل طلاق باین صغری اند:

۱- **طلاق قبل از دخول یا بعد از خلوت صحیحه:** طبق ماده ۱۴۸ ق. م: «هر نوع طلاق زوجه قبل از دخول همچنین یک یا دو طلاق رجعی که در آن رجوع صورت نگرفته باشد، طلاق باین

۶۰۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۶۹۶۴؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۵۶۳.

صغری گفته می شود.». طبق نص این ماده طلاقى که قبل از دخول صورت پذیرد، طلاق باین صُغری محسوب می گردد، زیرا در طلاقى که قبل از دخول صورت بگیرد، زوجه مکلف به رعایت عدّه نیست. پس، زوج نمی تواند دوباره به زوجه اش رجوع نماید، زیرا رجوع زوج به زوجه مُطَلَّقه زمانى امکان دارد که زوجه عدّت بگیرد. زنانى که قبل از دخول طلاق داده می شوند مکلف به رعایت عدّه نیستند. بنابراین، زمانى که عدّت وجود نداشته باشد، رجعت نیز وجود نخواهد داشت، زیرا رجعت به زوجه در صورت رعایت عدّت توسط وی ممکن است. بنابراین، در طلاق قبل از دخول چون عدّت وجود ندارد، رجعت نیز وجود ندارد و طلاق باین صُغری محسوب می گردد.<sup>۶۰۸</sup> به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را قبل از دخول طلاق بدهد، این طلاق، طلاق باین صغری است. همچنین، طبق فقه طلاقى که بعد از خلوت صحیحه که در آن اتصال جنسى میان زوج و زوجه صورت نگرفته باشد طلاق باین صُغری تلقى می گردد.<sup>۶۰۹</sup> همچنین، یک یا دو طلاق رجعى که بعد از آن شوهر به زوجه اش رجوع ننماید، طلاق باین صغری است، زیرا در صورت تکمیل عدت در طلاق رجعى طلاق رجعى به طلاق باین صغری تبدیل می شود.

به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را یک طلاق رجعى بدهد و عدت حمیده تکمیل شود، طلاق رجعى حمیده به طلاق باین صغری تبدیل می شود. همچنین، اگر احمد حمیده زوجه اش را یک طلاق رجعى بدهد و در جریان عدت به حمیده مراجعه نماید و دوباره طلاق بدهد، پس از تکمیل عدت حمیده و عدم رجوع احمد به حمیده، طلاق رجعى به طلاق باین صغری تبدیل می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنى در نص این ماده احصای طلاق های باین صغری است.

۲- خُلَع (طلاق در برابر مال): طبق ماده ۱۴۶: «طلاق به صورت عموم رجعى و در موارد ذیل باین است: ۳- طلاق به عوض.» طبق نص این ماده هرگاه زوج زوجه اش را در برابر مال طلاق بدهد، این طلاق، طلاق باین صُغری محسوب می گردد، زیرا هدف از خُلَع یا طلاق در برابر مال این است که زن مالک امر خود گردد و شوهرش نتواند دوباره به وی رجوع نماید. پس، در صورتى که شوهر بتواند دوباره به زوجه اش رجوع نماید، هدف خُلَع متحقق نمی گردد، مگر این که طلاق

۶۰۸. عبدالرحمن الجزائرى (\_\_\_\_). الفقه على المذاهب الاربعة، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۲۴۸؛ وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۹۵۷ و ۶۹۵۸؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۵۵۷ و ۱۵۵۸؛ و محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، ص ۳۸۱.  
 ۶۰۹. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۹۵۸؛ محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، ص ۳۸۱.

باین صُغری باشد.<sup>۶۱۰</sup> به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را در برابر مال، طلاق بدهد، این طلاق، طلاق باین صغری است. بحث طلاق در برابر مال (خلع) خواهد آمد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده احصای طلاق های باین صغری است.

۳- طلاق های که به سبب غیر از عدم انفاق و ایلاء توسط قاضی صورت گرفته باشد: طبق ماده ۱۴۶ ق. م: «طلاق به صورت عموم رجعی و در موارد ذیل باین است: ۴) طلاق که در این قانون باین خوانده شده.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط است. همچنین، نص این ماده ارجاعی است زیرا قانونگذار مدنی در نص این ماده طلاق هایی را که طلاق باین صغری اند به سایر مواد ق. م ارجاع داده است. طلاق های که طبق ق. م طلاق باین صغری تلقی می گردند قرار آتی اند:

**اول) طلاق به سبب عیب:** طبق ق. م طلاق به سبب عیب شوهر، طلاق باین صغری تلقی می گردد. بنابراین، هرگاه بعد از طلاق عیب شوهر رفع گردد، می تواند با زوجه مُطَلَّقه ازدواج نماید. ماده ۱۸۰ ق. م در این باره حکم می نماید که: «تفریق به سبب عیب، طلاق باین است.»

**دوم) طلاق به سبب ضرر:** طبق ق. م طلاق به سبب ضرر طلاق باین صغری تلقی می گردد. ماده ۱۸۴ فقرة دوم ق. م در این باره حکم می نماید که: «تفریق، حکم يك طلاق باین را دارد.» طلاق های که به سبب عیب در شوهر، سوء آمیزش، ضرر و غیبت و حبس شوهر توسط قاضی جاری می گردد، به نظر احناف طلاق باین صُغری اند، زیرا زوجه بخاطری به محکمه پناه می برد که قضی اضرار مذکور را دفع نماید و دفع اضرار مذکور متحقق نمی گردد، مگر این که طلاق باین صُغری باشد.<sup>۶۱۱</sup>

#### ب) طلاق باین کُبری

**۱) تعریف:** ق. م طلاق باین کُبری را نیز تعریف نموده است. ولی، براساس فقه طلاق باین کُبری عبارت از طلاقی است که شوهر نمی تواند بعد از وقوع آن به زوجه مُطَلَّقه اش رجوع نماید، مگر اینکه زوجه مُطَلَّقه با مرد دیگری ازدواج نماید و میان او و شوهر جدیدش به صورت حقیقی دخول صورت بگیرد و سپس شوهر دوم وی را به طور عادی نه به قصد تحلیل طلاق بدهد یا شوهرش فوت نماید و زوجه عدت خویش را سپری نماید.<sup>۶۱۲</sup>

**۲) آثار:** طلاق باین کبری دارای آثار ذیل می باشد:

۶۱۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۹۵۸؛ محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، ص ۳۸۱.

۶۱۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۹۵۸.  
۶۱۲. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۹) ص ۶۹۵۶؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۵۶۴.

۱- از بین رفتن ملک متعه و حلال بودن ازدواج: طلاق باین کبری موجب از بین رفتن ملک متعه و حلال بودن ازدواج با زوجه می گردد. بنابراین، هیچ اثری از ازدواج به جز عدت باقی نمی ماند؛

۲- حال گردیدن مهر مؤجل: در صورت طلاق باین کبری مهر مؤجل مهر حال می گردد. بنابراین، زوج باید مهر مؤجل زوجه را به زوجه پرداخت نماید؛

۳- عدم توارث زوجین از همدیگر: طلاق باین کبری موجب از بین رفتن توارث زوجین از همدیگر می گردد. زیرا، در صورت طلاق باین کبری رابطه زوجیت به کلی از بین می رود؛

۴- حرمت ازدواج مجدد با زوجه مُطلَّقه طلاق باین کبری: طبق بند اول ماده ۱۵۴ ق. م: «هرگاه مُطلَّقه با شخص دیگری ازدواج نموده و پس از دخول طلاق گردد، می تواند با زوج اول ازدواج نماید. در این صورت طلاق های قبلی ازدواج ساقط، زوج مجدداً صلاحیت سه طلاق را کسب می نماید.» طبق نص این ماده در صورتی که بعد از طلاق باین کبری مطلقه با شخص دیگری ازدواج نماید و پس از دخول زوج دوم زوجه را طلاق بدهد، زوج اول می تواند با زوجه مطلقه ازدواج نماید. در این صورت، طلاق های قبلی ازدواج ساقط، زوج مجدداً صلاحیت سه طلاق را کسب می نماید. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که زوج می تواند با مطلقه ثلاثه با رعایت دو شرط ازدواج نماید:

- مطلقه ثلاثه به شخص دیگر ازدواج نماید؛

- میان مطلقه و زوج دوم دخول صورت بگیرد که تعریف آن گذشت.

- شوهر دومی زوجه را طلاق بدهد. به حیث مثال، اگر احمد حمیده را طلاق باین کبری بدهد، احمد نمی تواند با حمیده مجدداً ازدواج نماید. اما، در صورتی که حمیده با محمود ازدواج نماید و محمود بعد از دخول حمیده را طلاق بدهد، احمد می تواند با حمیده ازدواج نماید. در این صورت، احمد مجدداً مالک سه طلاق می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر طلاق باین کبری است.

۳) طلاق های باین کبری: فقهاء به این نظر اند که: هرگاه طلاق ثلاثه میان زن و شوهر صورت بگیرد اعم از این که سه بار صورت بگیرد: یعنی؛ شوهر، زوجه اش را بار بار الی سه مرتبه طلاق بدهد یا به لفظ یا اشاره واحد به زوجه اش بگوید: «تو مُطلَّقه ثلاثه هستی!» یا شوهر به زوجه اش بگوید: «تو را طلاق دادم!» و به سه انگشتانش اشاره نماید یا سه بار زوجه اش را مکرراً در مجلس



واحد طلاق بدهد مانند اینکه: به زوجه اش بگوید: «تورا طلاق دادم! تورا طلاق دادم! تورا طلاق دادم!». در همه این موارد طلاق باین کُبری میان زوج و زوجه واقع می‌گردد.<sup>۶۱۳</sup>

براساس ق. م طلاق مقترن به لفظ ثلاثه یک طلاق محاسبه می‌گردد. ماده ۱۴۵ ق. م در این باره حکم می‌نماید که: «طلاق مقترن به عدد خواه به الفاظ یا اشاره صورت گرفته باشد، یک طلاق شناخته می‌شود.» مقترن در لغت به معنی پیوسته، همراه و نزدیک است. عدد در لغت به معنی شماره و رقم است.<sup>۶۱۴</sup>

طبق نص این ماده طلاق همراه شماره مانند این که شوهر به زوجه اش بگوید توسط مطلقه ثلاثه هستی، یا تورا سه طلاق دادم و نظیر اینها، یک طلاق محاسبه می‌گردد. به نظر می‌رسد دلیل این که این طلاق یک طلاق محاسبه می‌گردد جلوگیری از اضرار آن است. زیرا شوهر نمی‌تواند به زوجه اش رجوع نماید مگر این که زوجه به دیگری ازدواج نماید و سایر شرایطی که بحث آن گذشت متحقق شود. از آنچه گفته شد، به نظر می‌رسد طبق ق. م دو نوع طلاق وجود دارد که عبارت اند از طلاق رجعی و طلاق باین. طلاقی را که فقهاء باین کبری خوانده اند طبق ق. م یک طلاق رجعی محاسبه می‌شود.

به نظر می‌رسد دلیل این حکم جلوگیری از اضرار طلاق باین کبری است. زیرا، گاهی امکان دارد شوهر زوجه اش را به یک لفظ سه طلاق دهد و در صورتی که این طلاق، طلاق باین کبری محاسبه شود، باب رجوع به زوجه بسته می‌شود مگر این که زوجه با شخص سوم ازدواج نماید. برای رفع این معضل، قانونگذار مدنی آن را یک طلاق رجعی به نظر می‌رسد که محاسبه می‌نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم سه طلاق زوجه توسط زوج است. به نظر می‌رسد در این خصوص ق. م از حکمی که حضرت عمر رضی الله عنه در دوره خلافت خویش داده بود پیروی نکرده است و از آنچه قبلاً از دوره حضرت عمر رضی الله عنه معمول بوده پیروی کرده است. برخی محققین اسلامی، به حیث مثال، استاد محمد محق در این خصوص می‌نویسد که در زمان پیامبر و نیمه اول دوران خلفای راشدین طلاق ثلاثه یک طلاق محسوب می‌شد. اما تجربه تاریخی مسلمانان پس از آن به گونه دیگری رقم خورد، و نهادینه شدن این تجربه در فقه اسلامی به پیامدهای ناگواری انجامید. تجربه تاریخی این بود که در دوران خلافت حضرت عمر رضی الله عنه، افراد متعددی به خاطر مشاجرات خانوادگی و قضیه طلاق به قاضی مراجعه می‌کردند. شماری از مردان از تهدید به طلاق به عنوان راهی برای فشار وارد کردن بر زنان شان استفاده می‌کردند و گاهی در یک جلسه چندین بار کلمه طلاق را بر زبان می‌راندند. افزایش این دعوها،

۶۱۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۹۵۹.  
۶۱۴. (آخرین بازدید ۳۱/۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 614.

طلاق را به بازیچه‌ای تبدیل کرده بود که معنای اصلی و جدی خود را از دست می‌داد. ارجاع مکرر این قضایا به محاکم سبب شد که حضرت عمر رضی الله عنه اقدامی پیش‌گیرانه را برای مهار این پدیده روی دست بگیرد. او فرمان صادر کرد که از این پس هر کس که حتی در یک نوبت سه بار لفظ طلاق را به کار ببرد یا یک بار بگوید سه طلاقه هستی، محاکم باید آن را به مثابه سه بار جدایی در نظر گرفته و به جدایی نهایی حکم کنند. یعنی مرد باید مطمئن باشد که در چنین حالتی قطعاً همسرش را از دست خواهد داد. این اقدام در واقع یک اجتهاد شخصی برای پیش‌گیری از افزایش مشاجرات بود تا مردان در زمینه طلاق محتاطانه‌تر رفتار کنند و آن را تهدیدی برای همسران شان نگردانند.

صدور فرمان رسمی از پایتخت آن زمان به دیگر شهرها سبب شد که آن حکم در محاکم رواج یابد و در ردیف قوانین رسمی قرار بگیرد، و در سده‌های بعد که مذاهب فقهی چهارگانه پیدایش یافتند، آن فرمان قضایی بخشی از سنت فقهی این مذاهب شد، و به ظاهر مورد اجماع فقها قرار گرفت. اجرای این حکم در جهان اسلام به این شکل به مرور زمان عواقب منفی خود را نشان داد، به ویژه با پخش این روایت منسوب پیامبر صلی الله علیه و آله که می‌فرماید: <sup>۶۱۵</sup>

«ثَلَاثٌ جِدْهِنَّ جِدٌّ وَ هَزُّهُنَّ جِدٌّ: أَلْنِكَاحِ، وَالطَّلَاقِ وَالرَّجْعَةِ.» <sup>۶۱۶</sup>

«سه چیز جدی و شوخی بودن شان جدی گرفته می‌شود: نکاح، طلاق و رجعت.»

از آن پس اگر فردی در اثر عصبانیت یا هر دلیل دیگری زنش را سه طلاقه می‌کرد، حتی در یک نوبت، از نظر فقها باید برای همیشه از وی جدا می‌شد. با دردهایی که این کار داشت، به ویژه از حیث از هم پاشیدن خانواده و بی‌سرپرست شدن فرزندان و آسیب‌هایی که متوجه آنان می‌کرد، فقها راه حلی از طریق حیل‌های شرعی پیدا کردند به نام "حلاله" کردن که بحث آن در مبحث محرمات مؤقت گذشت. حلاله به این معنا بود که مرد و زن چون تصمیم جدایی نداشته‌اند و در اثر عصبانیت سخن از طلاق گفته و آن را به کار برده‌اند، و حالا از این کار پشیمان شده‌اند، فقها پیشنهاد می‌کردند که آنان به شکل ظاهری و نمایشی از هم جدا شوند، و ظاهراً سه ماه را به عنوان عده طلاق سپری کنند، و پس از آن زن به نکاح مرد دیگری در آید، و با این مرد توافق شود که به محض هم‌بستری با زن و انجام عملیه جنسی او را طلاق دهد، تا او پس از تکمیل عده دوباره زندگی خود را با شوهر و فرزندان‌ش شروع کند. یعنی در واقع زندگی مشترک به پایان نمی‌رسید، و صرفاً به طور موقت نمایش

۶۱۵ . همان، وهبة الزحيلي، جلد (۹)، ص ۶۵۶۶؛ عبدالرحمن الجزائري (\_\_\_\_). الفقه على المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۲۱؛ و مُحَمَّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه على المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرائی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۳۰.

۶۱۶ . رواه الخمسه إلا النسای عن ابی هریره رضی الله عنه.

جدایی را اجرا می‌کردند. مرد در این صورت ناچار بود فرد قابل اطمینانی را پیدا کند که پس از هم‌بستری با زنش از وی جدا شده و او را به وی برگرداند. این عمل از نظر اخلاقی عملی زشت بود، زیرا نمایشی مزخرف و بی‌معنا بود، و حتی در حدیثی منسوب به پیامبر اسلام مورد لعنت قرار گرفته بود که بحث آن در مبحث محرّمات مؤقت گذشت. هرچه بود فقها راه حل بهتری نداشتند.

در قرن هفتم هجری، فقیه و متکلم مشهور حنبلی ابن تیمیه با مشاهده تجارب ناگوار این وضعیت و دردسرهای ناشی از آن برای خانواده‌ها، موضوع را مورد بازنگری قرار داد و با مراجعه به حکم قرآن و بررسی پیشینه موضوع، پیشنهاد داد که اجماع مذاهب چهارگانه در این زمینه کنار گذاشته شود، زیرا مبنای قرآنی نداشته و ریشه‌اش به فرمانی حکومتی در زمان خلیفه دوم حضرت عمر رضی الله عنه می‌رسد. او گفت بهتر است در این زمینه به طرز العملی بازگشت کنیم که قرآن بر آن تصریح کرده است و در زمان پیامبر صلی الله علیه و آله، زمان خلیفه اول و نیمه نخست زمان خلیفه دوم رایج بوده است. به اساس پیشنهاد او اگر در یک نوبت مردی زنش را طلاق بدهد، و لو هزار بار کلمه طلاق را به کار ببرد یک طلاق واقع می‌شود، یعنی یک بار شراکت به هم می‌خورد، و آنان حق بازگشت دارند. اگر پس از سپری شدن آن وضعیت دوباره روابط زن و شوهر متشنج شد و شراکت شان را به هم زده و جدا شدند، اگر مرد هزار بار هم کلمه طلاق را به کار ببرد یک طلاق بیش‌تر واقع نمی‌شود، و این بار دومین جدایی اتفاق می‌افتد. اما اگر شراکت شان برای سومین بار به هم خورد و طلاق واقع گردید، راهی برای برگشت نمی‌ماند. نظر ابن تیمیه را در این زمینه بسیاری از فقهای معاصر به شمول شیخ محمد غزالی مصری، یوسف قرضاوی و دیگران تایید کرده و معتبر دانسته‌اند.

#### مبحث سوم) وکالت در طلاق و تفویض طلاق به زوجه

طبق ماده ۱۴۲ ق. م: «زوج می‌تواند زوجه اش را توسط وکیل قانونی طلاق دهد یا اینکه صلاحیت طلاق را به خود زوجه تفویض...». از نص این ماده دو قاعده استنباط می‌گردد:

- (۱) زوج می‌تواند زوجه اش را توسط وکیل قانونی طلاق دهد. به حیث مثال، احمد می‌تواند حمیده زوجه اش را در محکمه توسط وکیل قانونی مانند مرضیه یا جمشید طلاق بدهد.
- (۲) زوج می‌تواند صلاحیت طلاق را به زوجه تفویض نماید. تفویض در لغت به معنی واگذاری، سپردن، سپردن چیزی به کسی است. به حیث مثال، اگر احمد زوج حمیده باشد، احمد می‌تواند صلاحیت طلاق را به حمیده منتقل نماید.

به حیث مثال، بگوید: شما صلاحیت طلاق را دارید. به نظر می‌رسد دلیل این قاعده رفع انتقاد های است که طرفداران حقوق زن بر ق. م وارد می‌نمایند. به موجب این انتقاد ها، زن صلاحیت طلاق را ندارد و صرف مرد صلاحیت طلاق را دارد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص

این ماده پیش بینی جواز وکالت در طلاق و انتقال صلاحیت طلاق توسط زوج به زوجه است. طبق فقه طلاق حق مسلم و قطعی شوهر است. پس، شوهر می تواند زوجه اش را اصالتاً طلاق بدهد و یا هم زوجه اش را توسط وکیل طلاق بدهد: ۶۱۷

#### گفتار اول) توکیل در طلاق

توکیل این است که شخصی، شخص دیگری را جهت طلاق زوجه خویش وکیل معین نماید. بنابراین، هرگاه شخصی امر طلاق زوجه اش را به وکیل قانونی خویش واگذار نماید و به او بگوید: «زوجه ام را طلاق بده!» یا: «امر طلاق زوجه ام به دست تو است!» و یا: «تو را وکیل طلاق زوجه ام تعیین نمودم» و وکیل به نیابت از زوج، زوجه اش را طلاق بدهد، طلاق واقع می گردد. ۶۱۸ وکالت در طلاق مانند وکالت در سایر امور است و وکیل باید واجد اهلیت: یعنی؛ عاقل و بالغ باشد. بنابراین، در صورتی که شوهر امر طلاق زوجه اش را به شخص واگذار نماید که فاقد اهلیت: یعنی؛ مجنون و نابالغ باشد و شخص مجنون و نابالغ زوجه مؤکل را به نیابت از زوج طلاق بدهد، چنین طلاق صحیح پنداشته نشده و نافذ نمی باشد. ۶۱۹

در مورد حدود صلاحیت وکیل احناف بر این نظر اند که حدود صلاحیت وکیل منوط بر نظر مؤکل است. بنابراین، وکیل باید در حدود صلاحیت، مطابق نظر مؤکل عمل نماید. ولی، در صورتی که وکیل از حدود صلاحیت خویش تجاوز نماید، عمل فضولی تلقی گردیده و نفاذ آن منوط بر اعطای اجازه توسط مؤکل است. در نتیجه، در صورتی که مؤکل اجازه اعطا نماید، عمل نافذ و در صورت عدم اجازه عمل باطل و بی اثر پنداشته می شود. علاوه براین، هرگاه وکیل مقید به طلاق زوجه در زمان معین نباشد، می تواند هر وقت بخواهد، زوجه مؤکل را طلاق بدهد.

#### گفتار دوم) تفویض صلاحیت طلاق به زوجه

بر اساس اجماع فقهاء زوج می تواند صلاحیت طلاق را به زوجه اش حین انعقاد عقد یا بعد از آن واگذار نماید. ۶۲۰ فقهای حنفیه بر این نظر اند که هرگاه این حق حین انعقاد عقد ازدواج به زوجه واگذار گردد شرط است که ایجاب کننده آن زن باشد نه شوهر. به عنوان مثال، زن حین انعقاد عقد بگوید: «من نفس خویش را به عقد ازدواج تو در آوردم مشروط بر این که کار من - طلاقم - به دست خودم باشد و هرگاه خواستم خودم را طلاق بدهم!» و مرد نیز بگوید: «قبول نمودم!». در چنین

۶۱۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۹۳۵؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمّدی سقر، ص ۱۵۶۹.

۶۱۸. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمّدی سقر، صص ۱۵۷۵ و ۱۵۷۶؛ و وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۹۳۶.

۶۱۹. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمّدی سقر، ص ۱۵۷۶.

۶۲۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۹۳۵.

موارد، ازدواج کامل می‌گردد و زن می‌تواند هر وقت بخواهد خود را طلاق بدهد، زیرا قبول اول متوجه ازدواج و سپس متوجه واگذاری حق طلاق به زن می‌گردد؛ یعنی؛ مرد اول ازدواج را می‌پذیرد و سپس حق واگذاری طلاق را.

ولی، هرگاه ایجاب کننده مرد باشد مانند اینکه: مرد بگوید: «تو را به نکاح خویش در می‌آورم مشروط بر این که صلاحیت طلاق به دست خودت باشد و هر وقت دلت خواست خود را طلاق بدهی!». و زن هم بگوید: «قبول نمودم!» عقد ازدواج اتمام می‌آید، ولی حق واگذاری طلاق به زن صحیح پنداشته نمی‌شود و در نتیجه زن نمی‌تواند خود را طلاق بدهد، زیرا در صورت اول، شوهر حق واگذاری طلاق را بعد از اتمام عقد ازدواج مالک می‌گردد و سپس می‌تواند آن را به زوجه اش واگذار نماید، ولی در صورت دوم، پیش از آنکه شوهر مالک طلاق گردد و عقد ازدواج به اتمام برسد، صلاحیت طلاق را به زوجه اش واگذار کرده است در حالی که هنوز ازدواج کامل نگردیده است و حق تفویض صلاحیت طلاق را به زوجه ندارد.<sup>۶۲۱</sup> تفویض صلاحیت طلاق گاهی مُطلق، گاهی مقید است:

۱) تفویض صلاحیت طلاق به زوجه به صورت مُطلق: هرگاه صلاحیت طلاق توسط زوج به زوجه به صورت مُطلق تفویض گردد؛ یعنی؛ مقید به زمان و مکان خاص نگردد، زوجه می‌تواند در هر مکان و زمان که بخواهد خود را طلاق بدهد.

۲) تفویض صلاحیت طلاق به زوجه به صورت مقید: هرگاه حق طلاق به زوجه به صورت مقید صورت پذیرد؛ یعنی؛ محدود و منحصر به زمان و مکان خاص گردد، زوجه نمی‌تواند بجز در زمان و مکان معین خود را طلاق بدهد.<sup>۶۲۲</sup>

به موجب ماده ۱۴۳ ق.م. «زوج بعد از تفویض صلاحیت طلاق نمی‌تواند از آن رجوع کند، مگر این که زوجه صلاحیت مفوضه را قبول نکرده باشد.» از نص این ماده یک قاعده و یک استثناء استنباط می‌گردد. اصل و قاعده این است که زوج بعد از تفویض صلاحیت طلاق نمی‌تواند از آن رجوع کند. به حیث مثال، اگر احمد به حمیده زوجه اش بگوید: شما مالک طلاق هستید، سپس احمد نمی‌تواند بگوید شما مالک طلاق نیستند. استثنای این قاعده این است که زوجه صلاحیت مفوضه را قبول نکرده باشد.

۶۲۱. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۹) ص ۶۹۴۶؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۵۷۶.  
۶۲۲. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۹)، کویته: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۹۴۲؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۵۷۶ و ۱۵۷۸.

به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد به زوجه اش بگوید: شما مالک طلاق هستید و حمیده بگوید من قبول ندارم، احمد می تواند از تفویض صلاحیت طلاق رجوع نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم رجوع از تفویض طلاق است. حکم این ماده مأخوذ از فقه حنفیه است، زیرا احناف بر این نظر اند که: تفویض صلاحیت طلاق به زوجه توسط زوج عقد لازم است.

پس، زوج نمی تواند از آن رجوع نماید و یا زوجه را از اجرای آنچه به او واگذار نموده است منع نماید و یا آن را فسخ کند، زیرا مرد صلاحیت طلاق را به زوجه اش تملیک نموده است و شخصی که چیزی را به دیگری تملیک می نماید مالکیت او نسبت به آن شی زایل می گردد. بنابراین، نمی تواند از آن از طریق فسخ و ابطال رجوع نماید. ولی، تفویض و واگذاری صلاحیت طلاق نسبت به زوجه عقدی است که لازم. پس، زوجه می تواند از آن صراحتاً و یا دالماً رجوع نماید.<sup>۶۱۳</sup>

#### مبحث چهارم) وجوه افتراق و اشتراک فسخ و طلاق

میان فسخ و طلاق از جهات گوناگون تفاوت وجود دارد:

(۱) از نظر ماهیت: فسخ نقض و باطل گردانیدن عقد از اساس و بُنیاد آن است، مانند: ازدواج با یکی از محرمات که این ازدواج از اساس و بُنیاد باطل است و اثر آن از بین برده می شود. ولی، طلاق پایان دادن به روابط زوجیت است که براساس نکاح صحیح ایجاد گردیده که بعد از طلاق متحقق می شود.

(۲) از نظر اسباب: فسخ به سبب حالات عارضی و طارئه که منافی عقد ازدواج اند مانند: حُرمت مصاهره از قبیل ازدواج با مادر یا دختر زوجه، ارتداد یکی از زوجین و عدم برگردیدن وی به اسلام و یا به سبب حالاتی که حین عقد موجود می گردد مانند: خیار بلوغ یکی از زوجین، خیار فسخ برای اولیاء در صورتی که مولی علیه با شخص غیر کفو (غیرهمشأن) در برابر مهر کمتر از مهر مثل ازدواج نماید، صورت می پذیرد. ولی، در طلاق سببی وجود ندارد که منافی عقد ازدواج باشد. بنابراین، طلاق بر عقد صحیح و لازم صورت می پذیرد.

(۳) از نظر اثر: فسخ، موجب کاهش تعداد شمار طلاق که مرد مالک آن است نمی گردد. به طور مثال، هرگاه عقد ازدواج در اثر خیار بلوغ توسط یکی از زوجین فسخ گردد و سپس بخواهد با جانب مقابل ازدواج نماید، شوهر مالک سه طلاق شناخته می شود. ولی، طلاق موجب کاهش تعداد شمار طلاق می گردد. به طور مثال، هرگاه مرد زوجه اش را به صورت طلاق رجعی طلاق بدهد و

## بخش چهارم / فصل دوم - طلاق □ ۳۰۷

در مدت عدت بر وی مراجعت نماید، این طلاق موجب کاهش شمار طلاق گردیده و مرد مالک دو طلاق دیگر خواهد بود.

بر علاوه، فسخ اعم از اینکه در اثر خللی باشد که حین عقد یا بعد از آن بر عقد وارد گردد به صورت فوری پیوند زوجیت را از بین می برد. ولی، طلاق در صورتی که رجعی باشد، پیوند زوجیت را به صورت فوری از بین نبرده و مرد می تواند دوباره به زوجه مُطَلَّقه اش رجوع نماید.<sup>۶۲۴</sup> اما، وجه اشتراک فسخ و طلاق این است که هر دو موجب انحلال نکاح می گردد.

---

۶۲۴. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۶۱۷؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۸۶۴ و ۶۸۶۵؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۱۱؛ وهبة زحیلی (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۳۸۴.





## فصل سوم: خُلَع

گاهی اتفاق می افتد که شوهر از همسرش یا بر عکس همسر از شوهرش تنفر و انزجار پیدا نماید. در این گونه موارد، حقوق اسلام به زوجین توصیه می کند که صبر و شکیبایی داشته باشند. ولی، با وجود این گاهی اتفاق می افتد که ناخوشنودی و نزاع بین زوجین تشدید می یابد و چاره ای آن دشوار می گردد و صبر و شکیبایی زوجین به پایان می رسد و مهر و مُحَبَّت و آرامش از خانه رخت برمی بندد و زندگی زوجیت سازش ناپذیر می گردد.

در این گونه موارد، حقوق اسلام و با اقتباس و پیروی از آن ق. م راه حل های گوناگون را مانند: طلاق، خُلَع و تفریق پیش بینی نموده است. بنابراین، هرگاه ناخوشنودی از طرف شوهر باشد، حقوق اسلام و با پیروی و اقتباس از آن ق. م حَقِّ طلاق را به وی داده است. پس، شوهر می تواند در حدود احکام قانون از آن استفاده نماید. ولی، در صورتی که ناخوشنودی و عدم رضایت از جانب زوجه باشد، حقوق اسلام و با پیروی و اقتباس از آن ق. م حَقِّ خُلَع را به زوجه داده است. بنابراین، زن می تواند از طریق خُلَع به رابطه زوجیت پایان ببخشد.

نباید تصور کرد که گرفتن عوض در برابر طلاق توسط شوهر به دور از عدل و انصاف است، زیرا مرد مقداری مال را به عنوان مهر به زن می دهد و پرداخت مخارج زندگی او و فرزندانش را نیز متعهد می شود. بنابراین، هرگاه زن علی الرغم این همه بخواهد از مرد جدا شود، باید آنچه را مرد به وی پرداخته است، دوباره مُسترد نماید.<sup>۶۲۵</sup> خُلَع مفهومی است که در نظام های حقوقی دیگر وجود

۶۲۵. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۵۸۸-۱۵۹۰.

ندارد. در واقع، به نظر می‌رسد خلع برای ایجاد برابری در خصوص انحلال عقد ازدواج تشریح گردیده است. زیرا، یکی از انتقادات های نهضت های حقوق زن، فیمنست ها و نهضت های حقوق بشری این است که طلاق حق مرد است و زوجه صلاحیت طلاق را ندارد. برای این که در زمینه انحلال عقد ازدواج میان زن و مرد تعادل و تساوی ایجاد شود، ق. م صلاحیت خلع را به زوجه در برابر حق طلاق به زوج داده است.

در خلع مقداری از ضرر از شوهر دفع می‌شود. در طلاق شوهر هم زوجه را از دست می‌دهد و هم مهری را که پرداخته است با توجه به قواعدی که در مبحث مهر گذشت، مهر معجل زوجه را نیز پرداخت نماید. اما، در خلع شوهر صرف زوجه را از دست می‌دهد و امکان دارد در برابر پولی که از زوجه می‌گیرد، آن پول را صرف مصارف عروسی جدید و مهر نماید.

#### مبحث اول) تعریف و مصادر مشروعیت

طبق ماده ۱۵۶ فقره اول ق. م: «خلع عبارت است از انحلال عقد ازدواج در بدل مالی که زن برای زوج می‌دهد.» هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف خلع است. خلع در لغت به معنی نزع، کندن، ازاله و از بین بردن رابطه زوجیت است.<sup>۶۲۶</sup> طبق نص این ماده خلع انحلال عقد ازدواج است در برابر مال که زوجه برای شوهر می‌دهد. به حیث مثال، اگر حمیده یک مقدار پول بدهد تا احمد حمیده را طلاق بدهد، عمل حمیده و احمد خلع است. به نظر فقهای حنفیه خلع عبارت از ازاله ملک نکاح موقوف بر قبول آن توسط زوجه به لفظ خلع یا لفظی که به معنای خلع است.<sup>۶۲۷</sup> به نظر فقهای حنفیه خلع عبارت از ازاله ملک نکاح موقوف بر قبول آن توسط زوجه به لفظ خلع یا لفظی که به معنای خلع است.

قید «ملک نکاح» خلع در نکاح فاسد، خلع بعد از طلاق باین و ارتداد یکی از زوجین را نفی می‌نماید. زیرا، در صورت نکاح فاسد، طلاق باین و ارتداد یکی از زوجین خلع لغو و بیهوده است. قید «متوقف بر قبول زوجه» به این معنی است که باید زوجه خلع را قبول نماید. پس، در صورتی که زوج به زوجه بگوید: با تو خلع نمودم و مال را ذکر ننماید و نیت طلاق را نیز داشته باشد، طلاق

۶۲۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۰۰۷؛ عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۳۰۰؛ محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، ص ۳۲۸؛ عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیة، ص ۲۲۶.

۶۲۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۰۰۷؛ محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، ص ۳۲۸.

باین که غیر مسقط حق باشد، به سبب عدم قبول زوجه واقع می‌گردد. زیرا، قبول دلالت بر در برابر بدل بودن خلع را افاده می‌نماید و مادام که خلع در برابر بدل مالی باشد، قبول زوجه لازم است.<sup>۶۲۸</sup> بسیاری فقهاء نظرشان بر جایز بودن خلع به سبب عدم توافق زوجین، نزاع و سوء معاشرت آنها با یکدیگر است، زیرا بعضی اوقات اتفاق می‌افتد که زن از شوهرش به سبب عدم تحمل اخلاق، دیانت و یا به سبب پیری، ناتوانی و بیماری مُتَنَفِر و مُنْزَجِر گردیده و نمی‌خواهد زندگی مشترک را با او ادامه بدهد. جهت حل این معضل، حقوق اسلام و با پیروی و اقتباس از آن ق.م در مقابل حق طلاق، این حق را به زن داده است تا در مقابل پرداخت مقداری مال یا صرف نظر از حصول مهر زندگی با شوهر را پایان بدهد، تا دچار زیان و ناراحتی ادامه زندگی با او نشود و در نتیجه مرتکب نافرمانی خداوند عز و جل نگردد. مشروعیت خلع بر مبنای قرآن کریم ثابت است. خداوند عز و جل در این مورد می‌فرماید:

﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَاقِيَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ - [البقره: ۲۲۹]

«اگر نگران بودید که زن و شوهر نتوانند حدود خداوند عز و جل را (در مورد همدیگر) رعایت کنند (و اگر بخاطر جدا شدن) زن چیزی را به شوهرش بدهد، گناهی بر آنان نیست.»

و نیز می‌فرماید:

﴿ فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴾ - (النساء: ۴)

«اگر به میل خودشان چیزی از آن را به شما واگذاشتند آن را حلال و گوارا بخورید.»

و نیز فرموده است:

﴿ وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَ الصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِن تُحْسِنُوا وَ تَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾ - [النساء: ۱۲۸]

«اگر زنی از شوهر خویش بیم ناسازگاری یا رویگردانی داشته باشد بر آن دو گناهی نیست که از راه صلح با یکدیگر به آشتی گرایند که سازش بهتر است [ولی] بخل [و بی‌گذشت بودن] در نفوس حضور [و غلبه] دارد و اگر نیکی کنید و پرهیزگاری پیشه نمایید قطعاً خدا عز و جل به آنچه انجام می‌دهید آگاه است.»

همچنین، مشروعیت خلع بر مبنای سنت پیامبر صلی الله علیه و آله ثابت است، زیرا از ابن عباس رضی الله عنهما روایت است که:

۶۲۸. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويته: انتشارات مكتب رشديه، ص ۷۰۷؛ محمد محي الدين عبد الحميد (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية في شريعة الاسلامية، لبنان: دارالعلوم العلمية للنشر، ص ۳۲۸.

«أَنَّ امْرَأَةً ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ مَا أَعْيَبُ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ وَلَا دِينَ وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَتُرَدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟» فَقَالَتْ: نَعَمْ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَقْبِلِ الْحَدِيثَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً».<sup>۶۲۹</sup>

«همسر ثابت بن قیس خدمت پیامبر ﷺ آمد و گفت: یا رسول الله ﷺ! من در دین و اخلاق شوهرم هیچ عیب نمی بینم، ولی دوست ندارم که پس از مسلمان شدن دوباره به کفر بازگردم (و او را دوست ندارم و نمی خواهم با او زندگی کنم).

پیامبر ﷺ فرمود: می توانی باغی را که مهر تو تعیین کرده به او بازگردانی؟ گفت: آری یا رسول الله ﷺ! رسول خدا ﷺ خطاب به حدیقه گفت: باغ را قبول کن و او را طلاق بده!».

علاوه بر قرآن سنت مشروعیت خلع بر مبنای اجماع امت نیز ثابت است.<sup>۶۳۰</sup> در باره حکم شرعی خلع فقهای حنفیه می گویند: در صورتی که نشوز (نفرت و جفاء) از جانب زوج باشد، کراهیت دارد که از زوجه عوض بگیرد. زیرا، وی موجب ارباب (ترسانیدن) زوجه بخاطر خلع گردیده است. پس، زوج نباید با اخذ مال به این ارباب و وحشت بی افزاید. اما، در صورتی که نشوز از جانب زوجه باشد، کراهیت دارد که زوج بیشتر از آنچه بخاطر مهر به زوجه داده است، از او اخذ نماید. پس، در صورتی که بیشتر از آنچه به زوجه داده از وی اخذ نماید، از نظر قضایی، به سبب اطلاق آیه ذیل جواز دارد:<sup>۶۳۱</sup>

﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَاقِيَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ - [البقره: ۲۲۹]

«اگر نگران بودید که زن و شوهر نتوانند حدود خداوند ﷻ را (در مورد همدیگر) رعایت کنند (و اگر بخاطر جدا شدن) زن چیزی را به شوهرش بدهد، گناهی بر آنان نیست.».

### مبحث دوم) ارکان و شروط خلع

به نظر حنفیه ارکان خلع صرف ایجاب و قبول و به نظر جمهور فقهاء ارکان خلع عبارت اند از: (۱) قابل؛ (۲) موجب؛ (۳) عوض؛ (۴) معوض؛ و (۵) صیغه که قابل ملتزم به عوض، موجب شوهر یا ولی یا وکیل او است. عوض هر آن شیء مخالف به است، معوض بضع زوجه که از آن استمتاع گرفته می شود و صیغه لفظ است، مانند اینکه شوهر به زوجه بگوید: شما را در برابر این مقدار مال

۶۲۹. رواه البخاری و النسائی و رواه ابن ماجه ايضاً.

۶۳۰. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشديه، صص ۷۰۰۸ - ۷۰۱۰؛ و عبدالحميد محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفي في ثوبه الجديد، جلد (۲)، پاکستان: مكتب حقانيه، صص ۲۲۶ و ۲۲۷.

۶۳۱. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشديه، صص ۷۰۲۷؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۹)، كويت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۲۴۳.

مخالفت نمودم! بنابراین، به نظر جمهور فقهاء تحقق معنای خُلع متضمن موجودیت ارکان پنجگانه فوق است.<sup>۶۳۲</sup>

خُلع نیز مانند طلاق دارای یک سلسله شروط است که بعضی مربوط به زوج، بعضی مربوط به زوجه و بعضی مربوط به مال و برخی مربوط به صیغه می‌گردد:

(۱) شروط زوج: طبق ماده ۱۵۷ ق. م: «خُلع وقتی صحیح می‌گردد که زوج واجد اهلیت [...] طلاق باشد.» نص این ماده ارجاعی است زیرا قانونگذار مدنی در نص این ماده شرایط زوج در خلع را معین نکرده است بلکه شرایط مرد در خلع را به طلاق ارجاع داده است. طبق نص این ماده برای این که زوج با زوجه خلع نماید شرط است که زوج واجد اهلیت طلاق باشد. تفصیل شرایط مرد در طلاق در فصل طلاق گذشت. بنابراین، شوهر در خلع باید بالغ و عاقل باشد.

همچنین، شوهر در خلع باید غیر مکره و غیر سکران و باهوش باشد و عقل وی به دلیل کبر سن و یا مرض زایل نگردیده باشد. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد با حمیده زوجه اش خلع نماید، شرط است که احمد عاقل، بالغ، باهوش، غیر مست، غیر مکره و به دلیل کبر سن حافظه او زایل نگردیده باشد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط مرد در خلع است.

(۲) شروط زوجه: براساس ماده ۱۵۷ ق. م: «خُلع وقتی صحیح می‌گردد که زوج واجد صلاحیت طلاق و زوجه محل آن باشد.» طبق نص این ماده خلع زمانی صحیح است که زوجه محل خلع باشد. عبارت محل خلع در نص این ماده مبهم به نظر می‌رسد. به نظر می‌رسد منظور قانونگذار مدنی این است که عقد ازدواج زن و مرد صحیح باشد. زیرا، در صورت صحیح بودن ازدواج زن محل خلع می‌تواند قرار بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد بخواهد با حمیده زوجه اش خلع نماید، شرط است که ازدواج احمد و حمیده صحیح باشد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط زوجه در خلع است.

همچنین، طبق ماده ۱۵۹ آن: «خُلع زوجه ای که فاقد اهلیت باشد، جواز دارد مگر زوجه بدون موافقت ولی مالی، به پرداخت بدل خُلع مجبور گردانیده نمی‌شود.» طبق نص این ماده خُلع زوجه ای فاقد اهلیت مانده سفیهه و مجنونه صحیح است. اما، در این صورت، زوجه فاقد اهلیت بدون موافقت مالی، ولی مالی مکلف به پرداخت بدل خُلع نیست. بنابراین، در صورت توافق ولی مالی

<sup>۶۳۲</sup> . الامام علاء الدین الکاسانی، بدائع الصنائع، ج ۳، ص ۲۲۹؛ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج ۱۹، ۲۴۵؛ مسعود انصاری و داکتر محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۲، ص ۹۰۷؛ الدوکتور وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۹، صص ۷۰۱۳-۷۰۱۵.

زوجهٔ فاقد اهلیت، زوجه مکلف به پرداخت بدل خلع است و در صورت عدم موافقت مکلف به پرداخت بدل خلع نیست.

نص این ماده در صورتی قابل تطبیق است که زوجه واجد اهلیت باشد و پس از ازدواج اهلیت خویش را از دست بدهد. به حیث مثال، دیوانه شود. به حیث مثال، اگر حمیده عاقله و بالغه باشد و با احمد ازدواج نماید، اما پس از ازدواج اهلیت خویش را به دلیل جنون، عته، سفه و نظیر اینها از دست بدهد، به عنوان مثال، سفیهه، معتوهه و مجنونه گردد، می تواند با احمد شوهرش در برابر مال خلع نماید. اما، برای این که پول را به احمد پرداخت نماید، باید ولی مالی او مانند پدر و پدر کلان در خصوص پرداخت پول به احمد موافقه نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن زوجه و جواز خلع زوجهٔ فاقد اهلیت است.

همچنین، طبق مادهٔ ۱۷۵ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه زوجه در حال مرض موت با زوج خلع نماید، خلع صحیح و به اثر آن طلاق باین واقع می گردد. در صورتی که زوجه در اثنای عدت وفات نماید، زوج از جملهٔ حق ارث، بدل خلع، یا ثلث ترکه، آنچه کمترین باشد مستحق می گردد. در صورت وفات بعد از عدت از جمله ثلث ترکه و بدل خلع کمتر آن را مستحق می شود؛ و (۲) اگر زوجه صحت یابد، زوج تمام بدل تعیین شده خلع را مستحق می شود.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

۱- هرگاه زوجه در حال مرض موت با زوج خلع نماید، خلع صحیح و به اثر آن طلاق باین واقع می گردد. تعریف مرض الموت گذشت. به حیث مثال، اگر حمیده زوجه ای احمد مبتلا به سرطان باشد و با احمد در برابر مال خلع نماید، خلع صحیح است و در نتیجهٔ آن طلاق باین میان احمد و حمیده واقع می گردد.

۲- در صورتی که زوجه در اثنای عدت وفات نماید، زوج از جملهٔ حق ارث، بدل خلع، یا ثلث ترکه، آنچه کمترین باشد مستحق می گردد. به حیث مثال، اگر حمیده زوجه ای احمد مبتلا به سرطان باشد و با احمد در برابر مال خلع نماید، طلاق باین میان احمد و حمیده واقع می گردد. پس از طلاق باین، حمیده مکلف به رعایت عده است. در صورتی که حمیده در جریان عدت وفات نماید، احمد از جملهٔ حق ارث، بدل خلع و ثلث ترکه هر کدام که مقدار آن کمترین باشد، را مستحق می شود.

۳- اگر زن در مرض الموت وفات ننماید و بهبود یابد تمام آنچه را که در بدل خلع تعهد کرده است، باید بپردازد. زیرا، در چنین حالتی تصرف وی در حالت مرض موت نیست. به حیث مثال،

اگر در مثال بالا، حمیده صحتمند گردد، مکلف است پول را به احمد بدهد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم خلع زوجه با زوج در حالت مرض الموت است.

**۳) شروط مال (عوض):** براساس ماده ۱۵۸ ق. م: «مالی که به صفت مهر قبول شده بتواند، بدل خُلع نیز قبول می‌گردد.» نص این ماده ارجاعی است زیرا قانونگذار مدنی در نص این ماده به صورت واضح شرایط مال در خلع را پیش بینی ننموده است بلکه شرایط مال در خلع را به شرط مال در مهر ارجاع داده است. از جمع این ماده با ماده ۱۰۰ ق. م این نتیجه به دست می‌آید که همانطور که در مهر شرط است که مهر مال قابل تملک باشد، در خلع نیز شرط است که مال قابل تملک باشد. تملک در لغت به معنی تحت ملکیت در آوردن است.

به حیث مثال، اگر حمیده با احمد در برابر تفریحگاه، سرک، مسجد، مدرسه، شفاخانه، مکتب و به طور عموم اموال عامه و نظیر اینها خلع نماید، خلع صحیح نیست زیرا این اموال به گونه این که تفصیل آن در جلد حقوق عینی این دور از شرح ق. م خواهد آمد، قابل تملک نیست. اما، اگر مال پول نقد، طلا، زمین، مهر و نظیر اینها باشد و تحت تملک حمیده قرار داشته باشد، می‌تواند بدل خلع واقع گردد. دلیل این شرط این است که اگر مال قابل تملک نباشد، زوجه نمی‌تواند آن را تحت ملکیت در آورد و سپس ملکیت آن را به شوهرش در برابر خلع انتقال دهد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط عوض خلع است.

**۴) شروط الفاظ:** طبق ماده ۱۵۶ فقره دوم ق. م: «خُلع به لفظ صریح آن یا هر لفظ دیگری که مفهوم خُلع را افاده کند، صورت می‌گیرد.» طبق نص این ماده خُلع با لفظ صریح و یا هر لفظی که مفهوم خلع را افاده نماید صورت می‌گیرد. اما، ایرادی که در نص این ماده به نظر می‌رسد این است که قانونگذار مدنی نه در نص این ماده و نه سایر مواد ق. م الفاظ صریح و یا ضمنی خلع را پیش بینی نکرده است. بنابراین، در خصوص الفاظ خلع در ق. م خلا وجود دارد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی الفاظ خلع است.

فقه‌های حنفیه بر این نظر اند که: الفاظ خُلع پنج است که عبارت اند از: خلع، مبارات، طلاق، مفارقت و بیع و شراء، مانند اینکه: مرد به زوجه اش بگوید: با تو در برابر این مقدار پول خُلع نمودم یا بگوید: تو را در مقابل این مقدار رها نمودم؛ یا بگوید: خود را در برابر این مقدار پول طلاق بده؛ یا بگوید: تو را در برابر این مقدار پول از خود جدا نمودم و یا بگوید: طلاق تو را در برابر این مقدار پول فروختم و زوجه بگوید: قبول نمودم.<sup>۶۳۳</sup>

۶۳۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۰۱؛ و عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، صص ۳۰۲-۳۰۵.

## مبحث سوم) بدل خلع طبق ق. م

طبق ق. م امور ذیل می تواند بدل خلع واقع شود:

۱) خُلع در برابر شیر دادن و نفقه دادن طفل: مطابق ماده ۱۶۹ ق. م: «هرگاه اجرت شیر دادن طفل در مدت رضاع یا حفاظت وی به شمول نفقه در یک مدت معین از طرف زوجه بدل خُلع قبول گردد، زوجه مکلف به ایفای تعهدش می باشد.» طبق نص این ماده خُلع در برابر ارضاع یا شیر دادن طفل زوج که مدت آن دو سال است صحیح است، زیرا ارضاع طفل از اموری است که عوض گرفتن در بدل آن جواز دارد. پس، خُلع در برابر آن به صورت اولی جواز دارد.

همچنین طبق نص این ماده حفاظت طفل به شمول نفقه دادن طفل می تواند بدل خلع واقع شود. عبارت حفاظت در نص این ماده مبهم است. به نظر می رسد منظور از حفاظت در نص این ماده «حضانة» است. همچنین، طبق نص این ماده و ماده ۱۷۰ ق. م نفقه دادن طفل می تواند بدل خلع واقع گردد. در سه صورت فوق، زوجه مکلف به ایفای تعهد است. ایفاء از ریشه «وفی» گرفته شده است که در لغت به معنی بجا آوردن عهد است.<sup>۶۳۴</sup> در اصطلاح حقوقی وفاء به عهد عبارت از «عملی است که به موجب آن متعهد آنچه را در عقد به عهده گرفته است انجام می دهد.»<sup>۶۳۵</sup> به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را طلاق بدهد و با حمیده توافق نماید که محمود طفل احمد و حمیده را حمیده شیر بدهد و حفاظت نماید و نیز نفقه بدهد، شیر دادن طفل، حفاظت طفل و نفقه دادن طفل مشترک احمد و حمیده توسط حمیده می تواند بدل خلع واقع شود و احمد حمیده را طلاق بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز بدل خلع قرار گرفتن شیر دادن طفل، مواظبت طفل و تأمین نفقه طفل توسط زوجه مُطلَّقه است.

در چنین حالتی، طبق ماده ۱۷۰ ق. م: «هرگاه زوجه به علتی از قبیل ازدواج با شخصی دیگر، فرار، فوت خود و یا طفلش تعهدش را در مورد شیر دادن، حفاظت و نفقه طفل کاملاً ایفا ننماید، زوج می تواند اجرت باقیمانده مدت رضاع و نفقه باقیمانده را مطالبه نماید، مگر این که به عدم مطالبه در صورت وفات طفل یا زوجه هنگام خُلع موافقه شده باشد.» نص این ماده مرتبط به ماده ۱۶۹ ق. م است.

در واقع، قانونگذار مدنی در نص این ماده ضمانت اجرای نص ماده ۱۶۹ ق. م را پیش بینی نموده است. طبق نص این ماده هرگاه مرضعه به دلایل متعدد مانند فوت خودش و یا طفل، فرار، ازدواج با شخص دیگر، خشک شدن شیر و نظیر اینها نتواند تعهدش را مبنی بر ارضاع، حفاظت و انفاق بر طفل ایفا نتواند، پدر طفل می تواند اجرت بقیه مدت را در صورت زنده بودن از مرضعه و در صورت

۶۳۴. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۲۳.  
۶۳۵. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۵). قواعد عمومی قرار دادها، جلد (۳)، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۴ و ۵.



وفات مرضعه از ورثه مرضعه مطالبه نماید. به نظر می‌رسد در صورت وفات مرضعه، اجرت مانند سایر دیون مرضعه متوفی از ترکه او توسط ورثه پرداخت می‌شود.

این اصل است. استثنای این اصل، توافق پدر طفل با مرضعه در صورت وفات مرضعه و یا طفل است. بنابراین، هرگاه مرضعه با پدر طفل توافق نموده باشد که در صورت وفات مرضعه و یا وفات طفل، تعهد مرضعه ساقط شود و پدر طفل اجرت باقیمانده مدت ارضاع، حفاظت و نفقه را از مرضعه مطالبه ننماید، چنین توافقی مدار اعتبار است و به موجب آن تعهد مرضعه ساقط می‌شود. به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را طلاق بدهد و با حمیده توافق نماید که حمیده، محمود طفل احمد را شیر بدهد و نفقه او را فراهم نماید، اما حمیده با جمشید ازدواج نماید و به دلیل ازدواج نتواند محمود را حفاظت نماید و نفقه محمود را فراهم نماید، احمد می‌تواند از حمیده قیمت باقیمانده نفقه را مطالبه نماید.

به حیث مثال، اگر احمد با حمیده توافق نموده باشد که حمیده برای دو سال نفقه محمود را تأمین نماید، اما حمیده نفقه محمود را برای یک سال تأمین نماید، احمد می‌تواند قیمت یک سال نفقه را از حمیده مطالبه نماید. همچنین، اگر شیر حمیده خشک شود و نتواند محمود را شیر بدهد، احمد می‌تواند اجرت باقی مانده مدت شیر دادن را از حمیده مطالبه نماید.

به حیث مثال، اگر حمیده محمود را یک سال شیر بدهد و سپس شیرش خشک شود، احمد می‌تواند اجرت یک سال باقیمانده شیر دادن محمود را از حمیده مطالبه نماید. در صورت فرار حمیده، طبق نص ماده ۱۷۰ ق. م احمد می‌تواند قیمت نفقه باقیمانده یا اجرت باقیمانده مدت شیر دهی را از زوجه اش که فرار کرده است مطالبه نماید. نص این ماده عملی و توجیه پذیر به نظر نمی‌رسد مخصوصاً در صورتی که زوجه به خارج از کشور فرار نماید مگر مطابق قواعد حقوق بین الملل خصوصی که بحث آن در کتاب حقوق بین الملل خصوصی این کتاب گذشت.

اما، در صورتی که زوجه از منزل فرار نماید و در داخل کشور باشد، شوهر می‌تواند علیه او اقامه دعوی و محکمه زوجه را جلب نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای تعهدات زوجه مبنی بر تأمین نفقه طفل، حفاظت و شیر دادن طفل در برابر خلع است.

همچنین، طبق ماده ۱۷۱ ق. م: «هرگاه قبل از ولادت، شیر دادن طفل بدل خلع تعیین گردد، پس از آن ثابت شود که طفل موجود نبوده یا سقط شده است و یا اینکه طفل قبل از تکمیل دو سال شیرخوارگی وفات نماید، زوج معادل اجرت شیر دادن تمام یا مدت باقیمانده را مطالبه کرده می‌تواند.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط به ماده ۱۷۰ ق. م است. طبق نص این ماده در

صورتی که شیر دادن طفل بعد از تولد در بدل خُلع تعیین گردیده باشد و سپس تثبیت گردد که حمل اصلاً وجود ندارد و یا بعد از وجود، سقط گردد و یا بعد از وجود و قبل از تکمیل دو سال وفات نماید، زوج می تواند تمام اجرت باقیمانده آن را از زوجه مطالبه نماید.

به حیث مثال، اگر حمیده زوجه احمد حامله باشد و احمد با حمیده توافق نماید که من با شما خلع می نماید و بدل خلع شیر دادن طفل آینده ما باشد و حمیده با احمد در این خصوص موافقت نماید. اما، ثابت گردد که حمیده اصلاً حمل نداشته است و اشتباه صورت گرفته است، یا حمل حمیده قبل از تولد به صورت عادی سقط شود یا طفل احمد و حمیده قبل از تکمیل دو سال که مدت شیر دهی است، وفات نماید، در این سه حالت، احمد می تواند معادل اجرت شیر دادن در صورت عدم موجودیت حمل یا سقط حمل و معادل باقیمانده مدت شیر دادن طفل را از حمیده مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای تعهدات زوجه است.

۲) توافق زن و شوهر مبنی بر این که طفل در دوره حضانة نزد شوهر باشد: طبق ماده ۱۷۳ فقره اول ق. م: «هرگاه هنگام خُلع، بودن طفل در دوره حضانة نزد زوج شرط شده باشد، عقد خُلع صحیح و شرط باطل می باشد. زوجه می تواند طفل را تا تکمیل دوره حضانة نزد خود نگاه نماید مشروط بر این که این حق به سبب دیگری ساقط نگردیده باشد.» طبق نص این ماده در صورتی که هنگام خلع، زوجین توافق نمایند که طفل در دوره حضانة که مدت آن در صورتی که حاضنه دختر باشد نه سال و در صورتی که محضون پسر باشد هفت سال است (ماده ۲۴۹ ق. م) نزد پدر باشد، عقد صحیح و شرط باطل است.

دلیل بطلان شرط مخالفت آن با حکم ماده ۲۳۷ ق. م است که به موجب آن مادر نسبت به سایر حواضن در حضانة طفل حق اولویت دارد. بنابراین، در چنین حالتی، زوجه می تواند طفل را تا تکمیل دوره حضانة نزد خود نگاه دارد. این اصل است. استثنای این اصل این است که حاضنه فاقد شرایط حضانة گردد مانند این که حاضنه غیرامینه، غیرعاقله و ... گردد که تفصیل آن در جلد دوم این کتاب خواهد آمد.

به حیث مثال، اگر احمد به حمیده زوجه اش شرط نماید که من با شما خلع می نماید به شرط این که طفل مشترک ما جمشید در دوره حضانة نزد من باشد، خلع صحیح است و شرط باطل. بنابراین، در این مثال، خلع میان احمد و محمود واقع می گردد. اما، شرط اعتبار ندارد و حمیده می تواند جمشید را الی تکمیل مدت حضانة نزد خود نگهدارد به شرط این که حمیده به دلیل اسباب از دست دادن حق حضانة مانند از دست دادن اهلیت و دیوانه شدن، حق حضانة را از دست

ندهد. در صورت از دست دادن شرایط حضانت، حضانت از حمیده به سایر حواصن به گونه ای که تفصیل آن در جلد حقوق اطفال این دور از شرح ق. م خواهد آمد، منتقل می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق حضانت زوجه است.

**۳) خلع مبنی بر حفاظت و باقی ماندن طفل پسر الی رسیدن به سن بلوغ نزد مادر:** طبق ماده ۱۷۲ ق. م: «زوجه وقتی می تواند حفاظت طفل را الی رسیدن به سن بلوغ بدل خلع تعیین نماید که طفل، دختر باشد. هرگاه زوجه در خلال این مدت با شخص دیگری ازدواج نماید، پدر دختر می تواند طفلش را از زوجه تسلیم گردیده و معادل اجرت حفاظت یا باقیمانده را مطالبه نماید گرچه به بودن طفل نزد مادر قبلاً موافقه صورت گرفته باشد.»

طبق نص این ماده هرگاه زوجه با زوج مبنی بر حفاظت و باقی ماندن طفل نزد وی الی رسیدن به سن بلوغ خلع نماید، خلع صحیح است. البته، این در موردی است که طفل پسر باشد. پس، در صورتی که طفل دختر باشد و پدر در برابر حفاظت و باقی ماندن وی نزد مادر الی رسیدن به سن بلوغ خلع نماید، خلع و شرط هر دو صحیح است، زیرا پسر بعد از تکمیل مدت حضانت به پدر نسبت به مادر بیشتر ضرورت دارد بخاطری که پدر نسبت به مادر وی توانا تر است، ولی دختر به مادر نسبت به پدر بیشتر احتیاج دارد، زیرا مادر در مورد تعلیم و تربیه او از پدر توانا تر است. اما، هرگاه زوجه در خلال این مدت با شخص دیگری ازدواج نماید، پدر دختر می تواند طفلش را از زوجه تسلیم گردیده و معادل اجرت حفاظت یا باقیمانده را مطالبه نماید گرچه به بودن طفل نزد مادر قبلاً موافقه صورت گرفته باشد. زیرا، در این صورت موافقه اعتبار ندارد.

به حیث مثال، اگر احمد با حمیده زوجه اش خلع نماید و بگوید که من با شما خلع می نماید به شرط این که طفل من نزد شما الی رسیدن به سن بلوغ که بحث آن گذشت باشد و حمیده موافقت نماید، برای صحت خلع و حفاظت و باقی ماندن طفل نزد حمیده دو شرط باید وجود داشته باشد. نخست این که طفل باید دختر باشد. دوم این که حمیده با شخص سوم ازدواج ننماید. بنابراین، اگر طفل پسر باشد، حفاظت و قاقی ماندن طفل نزد حمیده الی رسیدن به سن بلوغ صحیح نیست. همچنین، اگر حمیده در این مثال با جمشید ازدواج نماید و طفل دختر باشد، احمد می تواند دختر را از حمیده بگیرد و معادل اجرت حفاظت را از حمیده مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی جواز حفاظت و باقی ماندن طفل نزد مادر و بدل خلع قرار گرفتن آن و شرایط آن است.

**۴) خلع در برابر تأمین نفقه طفل:** براساس ماده ۱۷۴ ق. م: «زوج نمی تواند دینی را که بر ذمه زوجه اش دارد در عوض دین نفقه طفل مجرا کند. اگر نفقه طفل بدل خلع تعیین گردد و زوجه

معسر باشد، زوج مکلف به پرداخت نفقه طفل می باشد. در صورت یسار زوجه، زوج می تواند مبالغ پرداخته شده را از وی مطالبه نماید.». از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱- زوج نمی تواند دینی را که بر ذمه زوجه اش دارد در عوض دین نفقه طفل مجرا کند. مجرا در لغت به معنی روش عادی و طبیعی انجام یک امر و اجرا شده است.<sup>۶۳۶</sup> ذمه در لغت به معنای امان، عهد، ضمان، و پیمان است و در اصطلاح فقهی ذمه محل اعتباری در شخص است که دیون و التزامات بر آن واقع می گردد.<sup>۶۳۷</sup>

به حیث مثال، اگر حمیده زوجه احمد مبلغ یک لک افغانی مدیون احمد باشد و احمد و حمیده خلع نمایند و توافق نمایند که حمیده در بدل خلع نفقه طفل احمد را تأمین نماید، اما حمیده نتواند نفقه طفل احمد را تأمین نماید، احمد نمی تواند دینی را که بر عهده حمیده دارد با دین ناشی از عدم تأمین نفقه طفل توسط حمیده، مجرا نماید. طفل در این مثال، طفل مشترک احمد و حمیده است و رابطه زوجیت احمد و حمیده منحل گردیده است.

۲- اگر نفقه طفل بدل خلع تعیین گردد و زوجه معسر باشد، زوج مکلف به پرداخت نفقه طفل می باشد. معسر اسم فاعل از ریشه «عسر» گرفته شده است که در لغت به معنی نادار، درویش و تنگدست است. در اصطلاح حقوق مدنی، معسر به کسی گویند که به دلیل نداشتن دارایی و یا عدم دسترسی به آن از انجام تعهد مالی خویش ناتوان باشد. به عبارت دیگر: معسر عبارت از کسی است که از پرداخت دینی که بر عهده او قرار گرفته در زمان حال به دلیل مؤجه مانند نداشتن دارایی و یا عدم امکان دسترسی به آن ناتوان و عاجز است.<sup>۶۳۸</sup>

به حیث مثال، اگر حمیده زوجه احمد با احمد در بدل تأمین نفقه محمود فرزند احمد و فرزند خودش بعد از خلع توافق نماید، اما، حمیده معسر باشد یا معسر گردد، احمد مکلف به تأمین نفقه محمود است. زیرا، نفقه محمود در این مثال بر عهده احمد است و احمد با زوجه اش در برابر تأمین نفقه محمود خلع می نماید.

۳- در صورت یسار زوجه، زوج می تواند مبالغ پرداخته شده را از وی مطالبه نماید. یسار در لغت به معنی دست چپ، چپ و طرف چپ و خلاف یمین است. در اصطلاح حقوق مدنی، یسار عبارت است از فراخ دستی، ثروت و توانگری است.<sup>۶۳۹</sup>

636. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 31/8/2016).

۶۳۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۰۰۰-۱۰۰۳؛ و وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۸۸۸-۲۸۹۰.

۶۳۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۰۰.

۶۳۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۲۲۶۸.

به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد نفقه محمود را تأمین نماید، احمد می تواند در صورت پولدار شدن حمیده، از حمیده مصارف نفقه محمود را مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز خلع در برابر تأمین نفقه طفل توسط زوجه و در صورت معسر شدن زوجه و تأمین نفقه طفل توسط زوج و مراجعه زوج بر زوجه مبنی بر دریافت مصارف نفقه طفل و مورد حمایت قرار دادن طفل است.

(۵) خلع در برابر ابراء از نفقه مدت عدت: براساس ماده ۱۶۸ ق. م: «در خلع نفقه عدت ساقط نمی گردد، مگر اینکه زوجین هنگام خلع صراحتاً به اسقاط آن موافقه کرده باشند.» تعریف نفقه در مبحث نفقه گذشت. تعریف عدت در فصل عدت خواهد آمد. اسقاط از ریشه «سقط» گرفته شده است که در لغت به معنی افگندن، انداختن و از ارزش انداختن است. در اصطلاحی حقوق مدنی، به از اعتبار انداختن حقی اعم از مالی و غیرمالی اسقاط گویند.<sup>۶۴۰</sup>

طبق نص این ماده در خلع نفقه عدت ساقط نمی گردد. این اصل است. استثنای این اصل توافق زوجین مبنی بر اسقاط نفقه عدت است. بنابراین، در صورتی که زوج و زوجه مبنی بر اسقاط نفقه عدت خلع کنند، ذمه زوج از تأمین آن بری می گردد.<sup>۶۴۱</sup> به حیث مثال، اگر احمد با حمیده زوجه اش خلع نماید و حمیده از جمله زنان حایضه باشد، مکلف به گرفتن و رعایت سه حیض است. اگر، حمیده صغیره و آیسه باشد، مکلف به گرفتن و رعایت عدت برای مدت سه ماه است. اگر حمیده حامله باشد، عدت حمیده الی وضع حمل دوام می نماید. در این مدت، احمد مکلف به تأمین نفقه عدت به حمیده است مشروط بر این که احمد با حمیده در این خصوص توافق بر اسقاط آن نکرده باشند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز اسقاط نفقه عدت بعد از خلع در صورت توافق زوجین است.

به موجب فقه خلع نیز مانند طلاق دارای یک سلسله شروط است که بعضی مربوط به زوج، بعضی مربوط به زوجه و بعضی مربوط به مال می گردد:

(۱) شروط زوج: به موجب فقه جهت صحّت خلع شرط است که زوج واجد اهلیت ایقاع طلاق باشد. به این توضیح که، به نظر جمهور فقهاء بالغ و عاقل و به نظر حنابله ممیز عاقل باشد. پس، تمام کسانی که ایقاع طلاق آنها صحیح نیست، خلع آنها نیز صحیح نیست، مانند: مجنون، معتوه و شخصی که به سبب مرض و یا کبر سن عقلش زایل گردیده باشد.<sup>۶۴۲</sup>

۶۴۰. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۲۷۲.  
۶۴۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۰۳۲.  
۶۴۲. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۹)، ص ۷۰۱۸؛ و عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۲۲۸؛

۱- خلع سفیه: طلاق هر شخص مکلف (عاقل و بالغ)، رشید و سفیه صحیح است. زیرا، اشخاص مزبور از زمره کسانی هستند که طلاق آنها صحیح است، پس، خلع آنها نیز صحیح است. زیرا در صورتی که سفیه بتواند زوجه اش را در برابر حصول هیچ نوع مال طلاق بدهد، به صورت اولی می تواند او را در برابر مال مخالعت نماید.<sup>۶۴۳</sup>

۲- خلع ولی با زوجه پسر مجنون و صغیر: امام ابو حنیفه رحمته الله علیه، امام شافعی رحمته الله علیه و امام احمد حنبل رحمته الله علیه خلع و طلاق پدر صغیر و مجنون را با زوجه پسر صغیر و مجنون جایز نمی دانند. همچنین، هر شخصی که نتواند به نمایندگی از صغیر و مجنون طلاق را ایقاع نماید، نمی تواند به نمایندگی از آنها خلع نماید. زیرا، پیامبر صلی الله علیه و آله فرموده است:

«الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ.»<sup>۶۴۴</sup>

«طلاق حق کسی است که مالک بهره مندی جنسی است.»

و خلع به معنی طلاق است.<sup>۶۴۵</sup>

۳- خلع مریض مبتلا به مرض الموت: فقهاء به اتفاق آراء به این نظر اند که: خلع مریض در مرض الموت صحیح است. زیرا، در صورتی که طلاق بدون عوض مریض مبتلا به مرض الموت صحیح باشد، خلع وی که در برابر مال است به صورت اولی صحیح است.<sup>۶۴۶</sup>

۲) شروط زوجه: فقهاء بر این نظر اند که خلع زمانی صحیح است که زوجه محل خلع و در قید نکاح صحیح مرد باشد خواه مدخول بها باشد خواه غیر مدخول بها، خواه مُطَلَّقه رجعیه تا زمانی که در عده است. همچنین، شرط است که زوجه از جمله کسانی باشد که تبرع آنها صحیح باشد و بتوانند در اموال خود تصرف نمایند؛ به این توضیح که: عاقله و بالغه و غیر محجور علیها باشد. اسباب حجر سفه، مرض، صبی یا طفل بودن و جنون است. پس، خلع سفیه به اتفاق فقهاء، و از مریضه به نظر شافعیه و حنابله به سبب عدم صحت تصرف آنها در مال، و صغیره و مجنونه به سبب عدم موجودیت اهلیت قبول صحیح نیست:

۱- خلع صغیره: فقهای حنفیه بر این عقیده اند که: زوجه صغیره یا غیر ممیزه و یا ممیزه است و خلع وی نیز یا توسط خودش و یا توسط ولی اش صورت می پذیرد. ولی، نیز یا پرداخت بدل خلع را تضمین می نماید یا نمی نماید که تفصیل هر یک را ذیلاً مطالعه می نمایم:

۶۴۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۰۱۸.

۶۴۴. أخرجه ابن ماجه.

۶۴۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۰۱۹.

۶۴۶. محمد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیته ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرائی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۱۶۲؛ و وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۰۱۹.

- خلع زوجه صغیره غیر ممیزه: اگر زوجه صغیره غیر ممیزه باشد و با شوهرش خلع نماید، طلاق وی واقع نمی گردد و زوجه صغیره نیز مکلف به پرداخت بدل نمی گردد. علت عدم وقوع طلاق زوجه صغیره غیر ممیزه در چنین حالتی این است که شوهر وقوع طلاق را معلق به قبول زوجه در برابر بدل نموده است و قبول در شرع زمانی معتبر است که از شخصی که اهل آن باشد صادر گردد و زوجه صغیره غیر ممیزه اهل قبول نیست و معلق علیه تحقق نمی پذیرد. پس، معلق که همان طلاق است نیز تحقق نمی پذیرد.<sup>۶۴۷</sup>

- خلع زوجه صغیره ممیزه: اگر زوجه، صغیره ممیزه باشد، و با شوهرش اصالتاً مخالفت نماید، و این خلع به لفظ طلاق باشد، یک طلاق رجعی او واقع می گردد و زوجه مکلف به پرداخت مال به زوج نمی گردد. علت این امر این است که زوجه صغیره ممیزه اهل قبول است، ولی اهل تبرع نیست و در مختلعه شرط است که اهل تبرع باشد. اما، علت اینکه طلاق او واقع می گردد این است که عبارتی را که شوهر در خلع به کار برده است، به معنی تعلیق طلاق به قبول زن است و این تعلیق صحیح است. زیرا، از کسی صادر شده است که اهلیت آن را دارد و معلق علیه که پذیرش زن است، حاصل گردیده است و زن واجد اهلیت قبول است چرا که برای قبول صحیح، تمیز او کافی است. پس، چون معلق علیه تحقق یافته است، طلاق معلق نیز تحقق می پذیرد. اما، اینکه طلاق رجعی است به این سبب است که: چون التزام مالی از طرف زن صحیح نمی باشد، طلاق خواهد بود که مالی در برابر آن پرداخت نمی گردد. پس، طلاق رجعی محسوب می شود.<sup>۶۴۸</sup>

۲- خلع ولی زوجه صغیر با شوهر زوجه صغیره: فقهاء معتقد اند که: هرگاه خلع بین ولی زن صغیره و شوهرش واقع شود، به نحوی که شوهر زوجه صغیره به پدر صغیره (خسر خویش) بگوید: دخترت را در برابر فلان مبلغ مال، خلع کردم و پدر زوجه صغیره عوض خلع را تضمین ننماید و بگوید: قبول کردم! در این صورت زوجه صغیره ملزم به پرداخت بدل خلع نیست. ولی، طلاق واقع می گردد. زیرا، طلاق معلق است به قبول و قبول واقع شده است چرا که پدر واجد اهلیت قبول است. علت اینکه زوجه صغیره در چنین حالتی ملزم به پرداخت بدل نیست، این است که زوجه فاقد اهلیت تبرع است. اما علت عدم ملزم بودن پدر مبنی بر پرداخت عوض عدم تضمین او است.

۶۴۷. محمد محی الدین عبدالحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، ص ۳۴۱؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمّدی سقر، ص ۲۴۱.

۶۴۸. محمد محی الدین عبدالحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، ص ۳۴۱؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمّدی سقر، صص ۲۴۰ و ۲۴۱.

اما، در صورتی که پدر پرداخت بدل را تضمین نموده باشد، مکلف به پرداخت آن است که در چنین حالت، خلع واقع و طلاق باین تلقی می‌گردد.<sup>۶۴۹</sup>

به نظر فقهای شافعیه و حنابله خلع صغیره به سبب عدم اهلیت قبول صحیح نیست. همچنین، پدر و سایر اولیای صغیره، و معنونه و سفیهه نمی‌توانند دختر صغیره، معنونه و سفیهه‌شان را در مقابل اموال و دارایی (ملکیت) آنها مخالفت نمایند، زیرا اولیاء در اموال مولی‌علیهم جهت تحقق مصلحت آنها می‌توانند تصرف نمایند و در خلع مصلحتی برای دختر صغیره، معنونه و سفیهه وجود ندارد، بلکه خلع موجب اسقاط حق واجب و الزامی آنها می‌گردد. بنابراین، خلع دختری که به سبب سفه، صغر سن و جنون تحت حجر قرار دارد صحیح نیست اعم از این که خلع توسط خود و یا اولیای وی جاری گردد، زیرا خلع تصرف در مال است که محجور علیها فاقد صلاحیت تصرف در آن می‌باشد و، ولی او نیز حق اعطای اجازه تبرعات را ندارد.<sup>۶۵۰</sup>

بر عکس، فقهای مالکیه بر این نظر اند که هرگاه زوجه واجد اهلیت نباشد و با شوهر خویش خلع نماید و زوج نیز مال او را قبض نماید، باید آن را دوباره به زوجه اش مُسترد نماید، مگر این که ولی زوجه اجازه دهد.<sup>۶۵۱</sup>

۳- خلع زوجه محجور علیها به سبب سفه: فقهاء به اتفاق آراء بر این نظر اند که: خلع زوجه محجور علیها به سبب سفه بدون اذن ولی او صحیح نیست. اما، اختلاف نظر دارند که اگر ولی به سفیهه اذن دهد خلعه صحیح است یا نه؟ حنفیه بر این نظر اند که: اگر ولی، عوض خلع را از مال شخصی خود بپردازد خلع صحیح است، در غیر آن بذل باطل بوده و بنابر درست‌ترین روایت طلاق واقع می‌شود.<sup>۶۵۲</sup>

۴- خلع زوجه مبتلا به مرض الموت: فقهاء به اتفاق آراء بر این نظر اند که: خلع زوجه مبتلا به مرض الموت مانند زوجه تندرست صحیح است. اما، در باره اینکه هرگاه بخواهد بیش از ثلث مالش را به عنوان بدل به شوهر بدهد و یا بدل بیش از مالی باشد که اگر زوجه در اثنای عدت بمیرد، شوهرش مستحق آن نگردد، فقهاء اختلاف نظر دارند: امام مالک رحمته گفته است: عوض خلع باید به اندازه ارث شوهر از او باشد، اگر از اندازه سهم الارث بیشتر باشد، حرام است و باید مبلغ اضافی

۶۴۹. محمد محی‌الدین عبدالحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، ص ۳۴۲؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۲۴۱ و ۲۴۲.

۶۵۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۰۲؛ و \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ه. ق.). الموسوعة الفقهیة، جلد (۱۹)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیة، ص ۲۴۶.

۶۵۱. عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعة، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، صص ۳۱۱ و ۳۱۲.

۶۵۲. مُحمّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیة ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسة، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرابی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۱۶۱.



بر گرداننده شود. اما، طلاق واقع می شود و در صورتی که شوهر صحمتند باشد از همدیگر ارث نمی برند.

فقههای حنابله نیز مانند فقههای شافعیه می گویند: اگر بدل خلع به اندازه میراث شوهر و یا کمتر از آن باشد، خلع صحیح است. اما، اگر خلع بیشتر از سهم الارث زوج باشد، خلع صحیح و مقدار اضافی باطل است. امام شافعی رحمته الله می گوید: اگر بر مقدار مهر المثل خود، خلع را پذیرفت، خلع صحیح است و اگر بیش از مهر المثل باشد، مقدار اضافی از یک سوم ترکه پرداخت می شود و تبرع و بخشش به حساب می آید. فقههای حنفیه در این باره می گویند: این خلع صحیح است مشروط بر اینکه خلع بر بیش از ثلث مایملک زن نباشد. زیرا، تبرع در مرض الموت در حکم وصیت است و وصیت برای بیگانه در ثلث ماترک نافذ است و شوهر نیز پس از خلع اجنبی تلقی می گردد.

فقههای حنفیه اضافه می نمایند که: اگر زن در حالت مرض الموت وفات نماید، شوهر کمترین چیز از این سه چیز را مستحق می شود: بدل خلع، ثلث ترکه، و یا سهم خود از ارث زوج. به عنوان مثال، اگر بدل خلع ۵ دینار، سهم زوج از ارث ۴ دینار و ثلث ترکه ۳ دینار باشد، شوهر به جهت حفظ حقوق سایر ورثه و رعایت احتیاط مستحق سه دینار می شود. اما، اگر زن در مرض الموت وفات ننماید و بهبود یابد تمام آنچه را که در بدل خلع تعهد کرده است، باید بپردازد. زیرا، در چنین حالتی تصرف وی در حالت مرض موت نیست. در صورتی که زن بعد از انقضای عدت بمیرد، شوهر مستحق دریافت تمام بدل خلع می گردد مشروط بر اینکه از ثلث ترکه بیشتر نباشد.<sup>۶۵۳</sup>

۵- خلع زوجهٔ محجور علیها به سبب افلاس: فقهاء به اتفاق آراء بر این نظر اند که: خلع زوجهٔ محجور علیها به سبب افلاس صحیح است. زیرا، زوجهٔ محجور علیها به سبب افلاس، دارای ذمه است و تصرف وی نیز صحیح است. ولی، شوهر باید عوض خلع را زمانی از او مطالبه نماید که رفع حجر وی صورت بگیرد. پس، بدل خلع الی رفع حجر از زوجهٔ محجور علیها به سبب افلاس به ذمهٔ زوجه باقی می ماند.<sup>۶۵۴</sup>

۳) شروط مال (عوض): فقهاء اتفاق نظر دارند مبنی بر اینکه: مالی که بتواند در عقد ازدواج مهر قرار بگیرد، می تواند عوض در بدل خلع نیز قرار بگیرد.<sup>۶۵۵</sup>

۶۵۳. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ه. ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۲۴۶ و ۲۴۷؛ وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۰۲۱ و ۷۹۲۲؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۲۴۲ و ۲۴۳؛ اسعد محمد سعید الصاغر جی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی وادلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، صص ۲۵۲؛ و محمد محی الدین عبدالحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، صص ۳۴۲ و ۳۴۳.

۶۵۴. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۹۲۲؛ ۶۵۵. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۲۳۲؛ و \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ه. ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۲۵۲.

آنچه می تواند به نظر فقهای حنفیه مهر در عقد ازدواج قرار بگیرد این است که: بدل خلع مال متقوم، موجود، معلوم و یا منفعتی که قابل تقویم به مال باشد است. پس، خلع زن مسلمه با زوج در برابر خمر، خنزیر، حیوان خود مرده و خون صحیح نیست. زیرا، در چنین حالات، عوض باطل می شود و زوج مستحق دریافت چیزی نمی گردد و طلاق باین زوجه واقع می گردد. زیرا، هنگامی که عوض باطل شود، لفظ خلع باقی می ماند که لفظ کنایه است و به الفاظ کنایات طلاق باین واقع می گردد. اما، در صورتی که طلاق در برابر مال باشد، و عوض باطل گردد، چنین طلاق، طلاق رجعی محسوب می گردد. زیرا، در چنین حالتی لفظ طلاق باقی می ماند و استعمال لفظ طلاق صریح است و طلاق رجعی محسوب می گردد.

بدل به نظر جمهور فقهاء عبارت است از: هر آنچه که تملک آن صحیح باشد خواه مال، عین، دین و منفعت باشد به استثنای خمر، خنزیر و آنچه مشابه این دو است. پس، هرگاه زوجه با زوج در برابر عوض حرام خلع نماید، مانند: خمر، خنزیر، مال مغصوب و مسروق، زوج مستحق دریافت چیزی نمی شود و طلاق باین او به نظر فقهای مالکی و حنابله واقع می گردد و در حکم خلع بلاعوض است. زیرا، شوهر به اسقاط بدون عوض راضی شده و مستحق چیزی نمی شود. اما فقهای شافعیه می گویند: در صورتی شوهر با زوجه در برابر عوض حرام و یا مجهول خلع نماید، زوجه از زوج در برابر مهر مثل جدا می گردد و چنین جدایی طلاق باین است. اما، در صورتی که زوجه با زوج در برابر آنچه اصلاً مال نیست، مانند: خون، خلع نماید، طلاق رجعی او واقع می شود.<sup>۶۵۶</sup>

همان گونه که خلع در برابر مالی که بتواند در عقد ازدواج مهر قرار بگیرد، صحیح است، خلع در برابر منافع مال مانند: سکونت خانه برای مدت معین، خلع در برابر حقوق مانند: ارضاع یا شیر دادن طفل زوج، حضانت طفل زوج، تأمین نفقه طفل و سقوط نفقه عدت نیز جواز دارد که هر یک ذیلاً مطالعه می گردد:

۱- خلع در برابر شیر دادن طفل: براساس فقه خلع در برابر ارضاع یا شیر دادن طفل زوج که مدت آن دو سال است صحیح است، زیرا ارضاع طفل از اموری است که عوض گرفتن در بدل آن جواز دارد. پس، خلع در برابر آن به صورت اولی صحیح جواز دارد. به نظر فقهای حنابله نیز ارضای طفل در برابر خلع بدون تحدید مدت الی دو سال جواز دارد. زیرا، خداوند ﷻ شیر دادن طفل را الی دو سال مقید نموده است. خداوند ﷻ در این مورد فرموده است:

۶۵۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۷۰۲۲ و ۷۰۲۳؛ (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۹)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۲۵۴ و ۲۵۵؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۲۳۲-۲۳۵؛ و محمد محی الدین عبدالحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شريعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، ص ۳۳۳.

﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنَ حَوْلَيْنَ كَامِلَيْنَ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّئَهُنَّ ﴾ - [البقرة: ۲۳۳]

«و مادران باید فرزندان خود را تا دو سال تمام شیر بدهند (این حکم) برای کسی است که بخواهد دوران شیرخوارگی را تکمیل کند.».

پس هرگاه مرضعه فوت نماید و یا شیر وی خشک گردد، و یا رضیع وفات نماید، مرضعه باید اجرت مثل بقیه مدت را به پدر رضیع بدهد. همچنین، در صورتی که طفل وفات نماید، پدر طفل متوفی می تواند طفل دیگری را به عوض رضیع متوفی به مرضعه جهت رضاع بدهد.<sup>۶۵۷</sup>

۲- خلع در برابر حضانت برای مدت معلوم: جمهور فقهاء می گویند: خلع زوجه با زوج مبنی بر اینکه زوجه طفل زوج را برای مدت معلوم بدون اجرت تحت حضانت قرار دهد صحیح است. اما فقهای شافعیه می گویند: چنین اتفاقی صحیح نیست مگر اینکه مدت رضاع، مقدار طعام و اجرت معین گردد. مبنای این اختلاف مسأله استئجار اجیر و معین نمودن اجرت او است. فقهای شافعیه تعیین اجرت را در اجاره واجب می دانند. زیرا، از ابی سعید خدری روایت شده است که فرمود:

«نهی رسول الله ﷺ عن استئجار الأجير حتى يُبين له أجره.»<sup>۶۵۸</sup>

«رسول الله ﷺ نهی نموده است از استئجار اجیر تا وقتی اجرت وی معین نگردد.».

اما، دلیل جمهور فقهاء عرف و استحسان و این حدیث پیامبر ﷺ است که فرموده است:

«أن موسى عليه السلام أجز نفسه ثماناً أو عشر سنين على عفة فرجه، و طعامه بطنه.»<sup>۶۵۹</sup>

«موسی علیه السلام بخاطر طعام و حفظ فرج خویش هفت یا ده سال خود را اجیر نمود.».

به هر حال هرگاه زوجه طفل را ترک نماید و یا فرار نماید و یا طفل و یا مادر وفات نماید، زوجه باید اجرت مثل زمان باقی مانده را بپردازد.<sup>۶۶۰</sup>

۳- خلع مبنی بر باقی ماندن طفل الی رسیدن به سن بلوغ: فقهای حنفیه بر این نظر اند که: هرگاه زوجه با زوج مبنی بر باقی ماندن طفل نزد وی الی رسیدن به سن بلوغ خلع نماید، خلع صحیح و شرط باطل است. زیرا، بعد از سن حضانت پدر نسبت به مادر در مورد طفل مستحق تر شناخته می شود. البته، این در موردی است که طفل پسر باشد.

۶۵۷ . وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشديه، ص ۷۰۲۹؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۹)، كويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۵۴؛ مُحَمَّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه على المذاهب الخمسة، مترجم: مصطفى جباري و حميد مسجد سرايي، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۱۵۹؛ و محمد محي الدين عبدالحميد (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية في شريعة الاسلامية، لبنان: دارالعلوم العلميه للنشر، ص ۳۳۴. ۶۵۸ . رواه احمد.

۶۵۹ . رواه احمد و ابن ماجه عن عقبه بن النذر رضي الله عنه.

۶۶۰ . وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشديه، ص ۷۰۳۰.

پس، در صورتی که طفل دختر باشد و پدر در برابر باقی ماندن وی نزد مادر الی رسیدن به سن بلوغ خُلع نماید، خُلع و شرط هر دو صحیح است، زیرا پسر بعد از تکمیل مدت حضانت به پدر نسبت به مادر بیشتر ضرورت دارد بخاطری که پدر نسبت به مادر وی توانا تر است، ولی دختر به مادر نسبت به پدر بیشتر احتیاج دارد، زیرا مادر در مورد تعلیم و تربیه او از پدر توانا تر است.

اما، فقهای مالکیه اشتراط بقای پسر با مادر الی رسیدن به سن بلوغ را صحیح می دانند. زیرا، سن حضانت پسر به نظر فقهای مالکیه سن بلوغ است. همچنین، فقهای مالکیه اشتراط باقی بودن دختر الی ازدواج را نیز با مادر صحیح می دانند.<sup>۶۶۱</sup>

۴- خُلع در برابر تأمین نفقه طفل: فقهای حنفیه و مالکیه بر این عقیده اند که: هرگاه زوج با زوجه مبنی بر تأمین نفقه طفل زوج بری مدت معین خُلع نماید، خُلع صحیح است و زوجه ملزم بر انفاق بر طفل در مدت تصریح شده می گردد. در صورتی که زن از انفاق بر فرزند صغیر شوهر امتناع ورزد، فرزند قبل از انتهای مدت فوت نماید، پرداخت نفقه طفل بر وی در مدت باقی مانده لازم می گردد. در صورتی که خود زوجه فوت نماید، این اجرت از ترکه او اخذ می گردد. هرگاه زوجه نتواند نفقه را بپردازد، زوجه می تواند نفقه را از پدر فرزند بخواهد و پدر نیز به پرداخت نفقه مجبور می شود. پس از پرداخت نفقه پدر می تواند در وقتی که زوجه مالدار شود، به زوجه رجوع نماید.<sup>۶۶۲</sup>

۵- خلع در برابر ابراء از نفقه مدت عدت: به موجب فقه خلع در برابر ابرای زوجه از نفقه عدت صحیح است. پس، در صورتی که زوج و زوجه مبنی بر ابرای آن صلح کنند، ذمه زوج از تأمین آن بری می گردد.<sup>۶۶۳</sup>

۶- عدم جواز خلع زوجه با زوج مبنی بر سقوط حق سکنی زوجه در منزل زوج در مدت عدت: خلع زوجه با زوج مبنی بر سقوط حق سکنی زوجه در منزل زوج در مدت عدت صحیح نیست. زیرا، حق سکنی زوجه در منزل زوج در مدت عدت شرعاً واجب است. پس، زوجه نمی تواند آن را اسقاط و زوج نمی تواند زوجه را از منزل اخراج نماید.<sup>۶۶۴</sup> خداوند تعالی در این مورد می فرماید:

۶۶۱. عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۳۱۶؛ و هبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۰۳۰.  
 ۶۶۲. مُحَمَّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفیٰ جباری و حمید مسجد سرابی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۱۶۰.  
 ۶۶۳. هبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۰۳۲.  
 ۶۶۴. \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ه. ق). الموسوعة الفقهیه، جلد (۱۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیه، ص ۲۵۵ و هبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۰۳۲.

﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ - [الطلاق: ۱]

«بعد از طلاق آنها را تا سپری شدن عده از خانه های شان بیرون نکنید و آنان نباید از خانه های شان الی انقضای عدت بیرون بروند مگر این که آنان گناه زشت و آشکارا را مرتکب شوند و برای شما به اثبات رسیده باشد. در این صورت اخراج آنها گناهی ندارد. این است حدود الهی، هر کس از حدود الهی تجاوز کند به خویشتن ستم روا داشته است.»

۴) **توکیل در خلع:** هر امری را که می توان به وسیله دیگران انجام ، مگر این که قانون اجرای آن را به عهده خود شخص گذارده باشد. بنابراین، کلیه اموری را که قانون تصریح نموده که قایم به شخص است و یا قراین و اوضاع و احوال دلالت بر آن ننماید، به وسیله غیر می توان آن را انجام داد. خلع از اموری نیست که قایم به شخص باشد. پس، هر یک از زوجین یا هر دوی آنها می توانند جهت اجرای خلع وکیل بگیرند، زیرا هر شخصی که خلع وی صحیح تلقی گردد و بتواند آن را اصالتاً انجام بدهد، می تواند جهت انجام آن دیگری را وکیل بگیرد خواه مرد، زن، مسلمان، کافر، محجور علیه به سبب سفه و رشید باشد. زیرا، خلع عقد معاوضه است مانند بیع.<sup>۶۶۵</sup>

#### مبحث چهارم) آثار خلع

طبق ق. م خلع موجب ایجاد آثار ذیل می گردد:

۱) طبق ماده ۱۶۰ ق. م: «خلع در حکم طلاق باین بوده، موقوف به حکم محکمه نمی باشد.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱- خلع در حکم طلاق باین است. تعریف و آثار طلاق باین در فصل طلاق گذشت. طبق نص این ماده طلاق باین دو نوع است: طلاق باین حقیقی که بحث آن گذشت و طلاق باین حکمی که به حکم قانون طلاق باین شناخته می شود. دلیل این که خلع طلاق باین تلقی می گردد این است که اگر خلع طلاق باین نباشد، مرد مالک رجعت می گردد و زوجه دوباره تحت نکاح مرد می یابد. همچنین، هدف از خلع دفع ضرر از زوجه است. پس، اگر رجعت صورت پذیرد، ضرر نیز دوباره اعاده می گردد.

۲- طبق نص این ماده تحقق خلع متوقف بر حکم قاضی نیست. بنابراین، زوج و زوجه می توانند بدون مراجعه به محکمه خلع را اجراء نمایند. زیرا، خلع عقدی است که ترازی طرفین در آن معتبر است و به منزله طلاق در برابر عوض است و شوهر صلاحیت ایقاع طلاق و زوجه صلاحیت ملتزم

۶۶۵ . (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۵۱؛ و هبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۰۱۹.

شدن پرداخت عوض را دارد.<sup>۶۶۶</sup> باوجوداین، چون خلع طلاق باین صغری است لازم است تا در محکمه ثبت گردد و برای آن طلاق خط ترتیب گردد تا از مشکلات بعدی ناشی از نداشتن طلاق خط جلوگیری به عمل آید. مبنای این نظر، فرمان بیرک کارمل در خصوص ثبت طلاق است که بحث آن در فصل طلاق گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر خلع است.

**۲) پرداخت مثل و یا قیمت بدل خلع در صورت هلاک:** طبق ماده ۱۶۷ ق. م: «هرگاه بدل خلع قبل از تسلیم به زوج، هلاک گردیده و یا به استحقاق برده شود، زوجه به پرداخت مثل یا قیمت آن مکلف می باشد.» بدل در لغت به معنی عوض است. به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی، بدل چیزی است که یک طرف عقد به عوض چیز دیگر به جانب مقابل می دهد. هلاک از ریشه «هلاک» گرفته شده است که در لغت به معنی تلف شدن، از بین رفتن و نیست شدن است.

به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی هلاک از بین رفتن مال است. استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شدن است. در اصطلاح حقوقی و فقهی ظهور حق غیر را در مدعی بها را استحقاق گویند.<sup>۶۶۷</sup> مثل در لغت به معنی نظیر، مانند و شبیه است. در فقه مثلی به چیزی گویند که در تمامی اوصاف اساسی با شی دیگری که مماثل آن فرض شود، برابر باشد.<sup>۶۶۸</sup> طبق نص این ماده هرگاه بدل خلع قبل از تسلیم به زوج، هلاک گردیده و یا به استحقاق برده شود، زوجه به پرداخت مثل یا قیمت آن مکلف می باشد. مثال های این ماده قرار ذیل است:

۱- اگر احمد با حمیده زوجه اش در برابر موتور کورولای مدل ۲۰۱۸ رنگ سیاه صفر کیلو متر خلع نماید و موتور قبل از این که حمیده آن را تسلیم احمد نماید از بین برود، حمیده مکلف به دادن قیمت آن به احمد است. موتور در این مثال مال مثلی است.

۲- اگر احمد با حمیده زوجه اش در برابر موتور مرسدس بنز مدل ۱۹۷۰ خلع نماید و موتور قبل از این که حمیده آن را تسلیم احمد نماید از بین برود، حمیده مکلف به دادن قیمت آن به احمد است. موتور مرسدس بنز مدل ۱۹۷۰ در این مثال مال قیمی است و در صورت از بین رفتن با توجه به این

۶۶۶. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۹)، ص ۷۰۳۶؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۹)، کویت: وزارة الاوقاف والسنون الإسلامية، ص ۲۴۴؛

۶۶۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۸.

۶۶۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۴)، کویت: وزارة الاوقاف والسنون الإسلامية، صص ۳۵ و ۳۶؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، ص ۱۳۰؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۲۸۸۵.

که مثل آن در بازار پیدا نمی شود و یا کم پیدا می شود، حمیده مکلف است قیمت آن را به احمد بدهد.

۳- اگر احمد با حمیده زوجه اش در برابر موتور مرسدس بنز مدل ۱۹۷۰ خلع نماید و موتور قبل از این که حمیده آن را تسلیم احمد نماید توسط جمشید به استحقاق برده شود، حمیده مکلف به دادن قیمت یا مثل آن به احمد است. به حیث مثال، جمشید قبل از این که حمیده موتور را تسلیم احمد نماید در خصوص مالکیت موتور در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید و با ارایه وسایل اثبات از قبیل سند، شهود و سایر وسایل اثبات، ثابت نماید که موتور متعلق به جمشید است و محکمه حکم نماید که حمیده موتور را تسلیم جمشید نماید، حمیده مکلف به دادن مثل یا قیمت موتور با توجه به مثلی و قیمی بودن آن به احمد است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی هلاک و استحقاق بدل خلع قبل از تسلیم آن توسط زوجه در خلع به زوج است.

۳ خلع در بدل مال معین به غیر از مهر: طبق ماده ۱۶۲ ق. م: «هرگاه خلع در بدل مال معین بغیر از مهر صورت گیرد، زوجه به پرداخت آن مکلف گردیده، مطالبه دیگری ناشی از حقوق زوجیت از قبیل مهر یا نفقه ایام گذشته آن که در حین خلع به ذمه یکدیگر داشته باشند، صورت گرفته نمی تواند.» طبق نص این ماده هرگاه خلع در برابر مال دیگر به غیر از مهر صورت بگیرد زوجه مکلف به پرداخت آن است.

به حیث مثال، در صورتی که احمد و حمیده زن و شوهر توافق نمایند که حمیده به احمد ده لک افغانی بدهد و ده لک افغانی پول غیر از مهر باشد، حمیده مکلف به دادن ده لک افغانی به احمد است. عبارت «مطالبه دیگری ناشی از حقوق زوجیت از قبیل مهر یا نفقه ایام گذشته آن که در حین خلع به ذمه یکدیگر داشته باشند، صورت گرفته نمی تواند» مبهم است. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی این است که: «حقوق دیگر ناشی از زوجیت از قبیل مهر، نفقه گذشته که در وقت خلع زوجین بر ذمه یا عهده همدیگر دارند، قابل مطالبه نیست.»

بنابراین، این حقوق ساقط می گردد زیرا هدف خلع قطع نزاع و خصومت است. با پذیرش این برداشت و استتباط، نص ماده ۱۶۲ محل ایراد به نظر می رسد زیرا نخست این که قانونگذار در نص این ماده از مال معین دیگر که زوجین در مورد آن توافق نموده اند سخن می گوید. دوم این که زوجین در مورد سقوط نفقه ایام گذشته و مهر توافق نکرده اند. لذا، سقوط حقوق دیگری به غیر از مال معین که در خصوص آن زوجین توافق کرده اند از نظر حقوقی توجیه پذیر نیست مگر این که در مورد آن توافق صورت گرفته باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر خلع است.

۴) طبق ماده ۱۶۳ ق. م: «هرگاه خلع در بدل کل مهر صورت گرفته باشد در صورتی که زوجه کل مهر و یا قسمتی از آن را تسلیم شده باشد، مکلف است تا اندازه تسلیم شده را اعاده نماید. در غیر آن مهر از ذمه زوج ساقط می گردد خواه خلع قبل از دخول و یا بعد از آن صورت گرفته باشد.» طبق نص این ماده هرگاه خلع در بدل تمام مهر صورت گرفته باشد، در صورتی که زوجه کل مهر و یا قسمتی از آن را تسلیم شده باشد، مکلف است تا اندازه تسلیم شده را اعاده نماید. در غیر آن مهر از ذمه زوج ساقط می گردد خواه خلع قبل از دخول و یا بعد از آن صورت گرفته باشد.

به حیث مثال، اگر احمد با حمیده زوجه اش در بدل تمام مهر خلع نماید، دو حالت وجود دارد: اول این که اگر حمیده مهر را تسلیم شده باشد، باید آن را به احمد رد نماید. به حیث مثال، اگر مقدار مهر ده لک افغانی باشد و حمیده آن را تسلیم شده باشد، باید آن را دوباره به احمد بدهد. اگر پنج لک آن را حمیده تسلیم شده باشد، باید پنج لک را به احمد دوباره بدهد. دوم این که اگر حمیده مهر را از احمد نگرفته باشد باید، پرداخت مهر از ذمه احمد ساقط می شود. تعریف ذمه و اسقاط در بالا گذشت. در دو حالت فوق، فرق نمی کند که میان احمد و حمیده دخول صورت گرفته باشد یا نه. تعریف دخول گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بین اثر خلع است.

۵) طبق ماده ۱۶۴ ق. م: «هرگاه بدل هنگام خلع تعیین نشده باشد، جمیع حقوق زوجیت از ذمه زوجین ساقط گردیده، زوج نمی تواند آنچه را به زوجه تسلیم شده از او استرداد یا زوجه آنچه را بر ذمه زوج باقیمانده، مطالبه نماید خواه این خلع قبل از دخول صورت گرفته باشد یا بعد از آن.» طبق نص این ماده در صورتی که بدل خلع یعنی مقدار پول در هنگام خلع معین نشده باشد، همه حق های زوجیت به دلیل قطع نزاع از ذمه زوجین ساقط می گردد. بنابراین، آنچه را زوج به زوجه تسلیم نموده است مانند مهر و نظیر آن نمی تواند از زوجه مطالبه نماید.

زوجه هم نمی تواند آنچه را که برعهده زوج دارد مانند نفقه ایام گذشته و نظیر آن از زوج مطالبه نماید. در این حالت، تفاوت نمی کند که دخول صورت گرفته باشد یا نه. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده زوجه اش خلع نماید و بدل خلع یعنی مال را تعیین نکرده باشند، جمیع حق های زوجیت از ذمه احمد و حمیده ساقط می گردد.

به نظر می رسد منظور از جمیع حق های زوجیت، مهر و نفقه و سایر حق های است که زوجین به موجب عقد ازدواج بر همدیگر دارند. بنابراین، اگر احمد مهر به حمیده داده باشد، نمی تواند آن را مطالبه نماید. همچنین، حمیده نمی تواند مقدار باقی مهر خویش یا نفقه گذشته را از احمد مطالبه



نماید. دلیل اسقاط این حق قطع نزاع میان زوجین است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش‌بینی اثر خلع است.

۶) طبق ماده ۱۶۵ ق. م: «هرگاه بدل هنگام خلع نفی شده باشد، طلاق باین واقع شده موجب اسقاط حقوق زوجیت از یکدیگر نمی‌گردد.» طبق نص این ماده در صورتی که زوجین مبنی بر نفی بدل خلع توافق نمایند، میان زوج و زوجه طلاق باین واقع می‌گردد. قانونگذار مدنی در نص این ماده نوع طلاق را معین نکرده است.

به نظر می‌رسد در این صورت میان زوج و زوجه طلاق باین صغری واقع می‌گردد. در صورت نفی بدل خلع، حق‌هایی را که زوجین بر همدیگر دارند ساقط نمی‌گردد. به عبارت دیگر: نفی بدل خلع موجب ساقط شدن حق‌هایی زوجین که بر عهده همدیگر دارند مانند مهر، نفقه و امثال اینها نمی‌گردد. به حیث مثال، اگر حمیده با احمد شوهرش خلع نماید و بدل خلع را نفی نمایند، طلاق باین صغری میان احمد و حمیده واقع می‌گردد. در این صورت، حق‌های ناشی از رابطه زوجیت را که احمد بر حمیده و حمیده بر احمد دارد مانند مهر، نفقه و نظیر اینها ساقط نمی‌شود. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش‌بینی اثر خلع در صورت نفی بدل خلع است.

۷) طبق ماده ۱۶۶ ق. م: «هرگاه زوج بدل خلع را بغیر حق اخذ نماید، در صورتی که نکاح فاسد باشد، خلع صحیح نمی‌گردد. زوجه می‌تواند بدل آن را نیز استرداد نماید.» طبق نص این ماده در صورتی که نکاح فاسد باشد، خلع صحیح نیست. زیرا، یکی از شرایط صحت خلع این است که زوجه محل خلع بتواند واقع گردد. به عبارت دیگر: خلع زمانی صحیح است که ازدواج صحیح باشد. نکاح فاسد قبل از دخول اثر ندارد و بعد از دخول دارای برخی آثار است، اما نکاح باید فسخ شود. در صورتی که بعد از نکاح فاسد میان طرفین نکاح فاسد خلع صورت بگیرد، زوج باید بدل خلع را به زوجه بدهد زیرا آن را بدون حق گرفته است.

به عبارت دیگر: اگر نکاح فاسد باشد، خلع صحیح نیست و زوج مستحق دریافت بدل خلع نمی‌گردد. در صورت دریافت بدل خلع، باید آن را به جانب مقابل مسترد نماید. زیرا، دریافت بدل خلع استیفای ناروا یا پرداخت بدون سبب است که تفصیل آن در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و نکاح فاسد باشد، به حیث مثال، نکاح بدون شهود باشد، یا حمیده زوجه پنجم احمد باشد و سایر شرایط صحت عقد ازدواج که بحث آن در مبحث شرایط ازدواج گذشت، میان احمد و حمیده متحقق نگردد و سپس احمد با حمیده در برابر دریافت ده لک افغانی خلع نماید، در این مثال ازدواج فاسد است و به تبع آن خلع

نیز صحیح نیست و احمد باید ده لک افغانی را دوباره به حمیده پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر خلع در نکاح فاسد است.

۸) براساس ماده ۱۶۱ ق. م: «هر یک از زوجین می توانند قبل از قبول طرف مقابل از ایجاب خود رجوع نمایند.» طبق نص این ماده هر یک از زوجین می توانند قبل از قبول جانب مقابل از خلع رجوع نمایند. مفهوم مخالف نص این ماده این است که در صورت قبول جانب مقابل، ایجاب کننده نمی تواند از ایجاب خویش رجوع نماید. به حیث مثال، اگر احمد به حمیده زوجه اش بگوید تو را در برابر این مقدار افغانی خلع نمودم و قبل از این که حمیده قبول نماید، احمد می تواند از خلع رجوع نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر رجوع از خلع است.

از بدل خلع طبق ماده (۲۲) قانون تعرفه محصول دولتی محصول اخذ نمی گردد  
متحدالمال شماره (۱۸۰۰ - ۱۸۷۲) مورخ ۱۳۹۱/۷/۵ ریاست دارالانشای شورای عالی ستره  
محکمه ج.ا.۱

ریاست محکمه استیناف ولایت بادغیس از طریق ریاست محترم تحریرات مراتب ذیل را استهدا  
نموده اند:

استهدائیه نمبر ۱۳۹ بر ۶۳ ریاست محترم محکمه ابتدائیه ولسوالی قادس ولایت بادغیس به شرح ذیل  
واصل و مین گارد:

در سطر ۲۱ صفحه ۴۵ ماهنامه قضا برج جدی ۱۳۹۰ صراحت یافته است که خلع نامه طلاق خطی که مطلقه جهت طلاق خود به شوهرش مالی میپردازد وثیقه مذکور محصولی می باشد طوری که لایحه محصولات انضمام مکتوب ۱۵۹ مورخ ۱۳۸۵/۹/۴ ماموریت مالی آن مقام محترم ملاحظه، غور و مذاقه در آن صورت می گیرد از محصول خلع نامه و یا طلاق نامه تذکر به عمل نیامده است و نیز در مندرجات لایحه و ماهنامه از فیصدی وجوه مندرجه در وثیقه مذکور تذکری وجود ندارد، بناءً استهداء موضوع را معروض و امیدواریم در قسمت فیصدی محصول وجه مندرجه خلع نامه طلاق خط هدایت عنایت فرمایند.

بناءً مراتب تحریری ریاست محترم محکمه ابتدائیه قادس فوقاً به آن مقام عالی احتراماً تقدیم شد و همچنین باید متذکر شد که به لایحه محصولات واصله ریاست محترم نشرات آن مقام عالی که ذریعه متحد المال نمبر ۱۳۰ بر ۸۱ مورخ ۱۳۸۵/۸/۲۱ به این ریاست شرف ورود بخشیده است که تا فعلاً مورد استفاده محاکم قرار دارد از محصول فیصدی خلع نامه و یا طلاق خط تذکر به عمل نیامده است و از سوی دیگر در ماهنامه فوق الذکر در صفحه ۴۵ صراحت دارد که خلع نامه طلاق خطی که

مطلقه جهت طلاق خود به شوهرش مال میبردازد محصولی میباشد و همچنین در فصل اول ماده ۴۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان چنین صراحت دارد: «هر افغان مکلف است مطابق به احکام قانون به دولت مالیه و محصول تادیه کند. هیچ نوع مالیه و محصول بدون حکم قانون وضع نمی شود. اندازه مالیه و محصول و طرز تادیه آن با رعایت عدالت اجتماعی توسط قانون تعیین میگردد.».

لذا مراتب فوق احتراماً به آن مقام عالی استهداء میداریم آیا محاکم مطابق لایحه محصول دست داشته اجراءات بدارند و یا مطابق سطر ۲۱ صفحه ۴۵ ماهنامه برج جدی ۱۳۹۰ در صورتی که ماهنامه فوق مجوز قانونی داشته باشد فیصدی آن معین و مشخص نگردیده است در مورد طالب هدایت می باشیم آنچه مقام عالی هدایت فرماید مورد تعمیل خواهد بود.».

متن استهدا حسب حکم مقام محترم ستره محکمه غرض تدقیق به ریاست. محترم تدقیق و مطالعات فرستاده شد و در زمینه چنین ابراز نظر به عمل آوردند:

«طوری که تعرفه محصولات دولتی غور و ملاحظه گردید ماده ۲۲ آن صرف قیمت وثیقه طلاق را مبلغ ششصد افغانی تصریح نموده اما در قسمت محصول بدل خلع که زوجه برای زوج خود به داخل طلاق خط یک مقدار پول پرداخت می کند کدام تذکری داده نشده است و حتی فیصله دعوی ازدواج یا انحلال آن نیز محصول فیصدی نداشته بلکه محصول آن ثابت است یعنی اقامه دعوی آن در محکمه ابتدائیه مبلغ سیصد افغانی و محصول فیصله آن پنجمد افغانی می باشد قراری که روی گزارش متحد المال شماره ۷۱۰ مورخ ۱۳۳۸/۱/۳۰ زمان قبلی که راجع به محصول موضوع مورد بحث تذکر نموده است غور به عمل آمد، راجع به محصول وثیقه بدل خلع کدام تذکری نیز ندارد. تنها در قسمت اخذ محصول فیصله بدل خلع قیاس به محصول مهر زوجه شده است نه در قسمت وثیقه آن در حالی که فعلاً حکم متذکره به اساس تعرفه محصولات دولتی بعد از نشر آن به داخل جریده رسمی شماره ۷۱۰ مورخ ۱۳۶۸/۱۱/۳۰ ملغی قرار گرفته است. روی جریان فوق اخذ محصول بدل خلع به داخل طلاق خط شرعی حسب هدایت ماده ۴۲ قانون اساسی صبغه قانونی ندارد بازهم جریان به قرار شرح فوق به شورای عالی گزارش داده شود طوریکه هدایت فرماید موجب تعمیل می باشد.».

حینی که متن استهداء توأم با نظر تدقیقی مرتب بر آن به جلسه مورخ ۱۳۹۱/۶/۲ شورای عالی تقدیم شد پس از بحث بر موضوع قرار مصوبه ۷۹۴ هدایت ذیل صادر گردید:

«نظر ریاست محترم تدقیق و مطالعات تایید شد موضوع به تمام محاکم تعمیم گردد.».

مراتب به تاسی از مصوبه فوق بدینوسیله به محاکم محترم استیناف اخبار شدتا مطابق به آن اجراءات مقتضی به عمل آورده، محاکم مربوط را نیز در جریان قراردهند.<sup>۶۶۹</sup>

به موجب فقه خلع ممکن است از طرف زوجه و یا به تراضی زوجین صورت پذیرد. بر علاوه، بعضاً هم امکان دارد شوهر زوجه اش را وادار به خلع نماید. بنابراین، خلع ممکن است توسط زوجه، به تراضی زوجین و یا توسط زوج صورت پذیرد:

۱) حکم اخذ بدل خلع (طلب خلع توسط زوج، زوجه و هر دو): مطالبه خلع توسط زوجه وقتی جایز است که برای اجرای آن سببی وجود داشته باشد مانند اینکه: مرد عیبی داشته باشد و یا بد اخلاق باشد و حقوق زوجه اش را مراعات ننماید و زوجه نیز نگران باشد که نتواند با چنین شوهری حقوق وی را رعایت نماید و نتواند با وی حسن معاشرت و مصاحبت داشته باشد. پس، در صورتی که سببی برای خلع وجود نداشته باشد، خلع ممنوع و ناجایز است، زیرا احمد و نسایی از ابو هریره رضی الله عنه روایت کرده اند که پیامبر صلی الله علیه و آله فرموده است:

«الْمُخْتَلِعَاتُ هُنَّ الْمُنَافِقَاتُ». ۶۷۰

«زنانی که خلع می نمایند در امر زوجیت منافق و سازش ناپذیر اند.».

باوجود این، هرگاه زن از شوهرش به سببی سوء معاشرت یا قبیح المنظر بودن کراهیت داشته باشد و نگران باشد که نتواند حق او را اداء نماید و مطالبه خلع نماید، زوج می تواند او را در برابر اخذ بدل مخالفت نماید. در چنین موارد، احناف براین نظر اند که اخذ بیش از آنچه به وی داده است براساس حدیث زوجه ثابت بن قیس که تفصیل آن گذشت کراهیت دارد. ۶۷۱ برعکس، جمهور فقهاء گرفتن بیش از مهر را مادام که نشوز از جانب زوجه باشد، به زوج اجازه داده اند. باوجوداین، جمهور فقهاء می گویند: گرفتن مهر بیش از آنچه زوج به زوجه داده است مستحب نیست. زیرا، خداوند جل جلاله در این مورد می فرماید:

﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَاقِيَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ - [البقره: ۲۲۹]

«اگر نگران بودید که زن و شوهر نتوانند حدود خداوند جل جلاله را (در مورد همدیگر) رعایت کنند (و اگر بخاطر جدا شدن) زن چیزی را به شوهرش بدهد، گناهی بر آنان نیست.».

خداوند جل جلاله در این آیه گناه را در گرفتن بدل توسط زوج از زوجه نفی نموده است اعم از اینکه بدل کم باشد و یا زیاد. اما، اگر سوء رفتار و نشوز از جانب زوج باشد، به اتفاق آراء فقهاء گرفتن بدل خلع بیشتر از آنچه شوهر پرداخت است، کراهیت دارد. زیرا خداوند جل جلاله فرموده است:

﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا﴾ - [النساء: ۲۰]

۶۷۰. رواه احمد و النسائي عن أبي هريرة رضی الله عنه.

۶۷۱. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۲۷۰.

«هرگاه خواستید به جای زن تان زن دیگر اختیار نمایید و به آنان مهر زیاد داده باشید، او را تحت فشار قرار ندهید تا او را مجبور گردانید که چیزی را به شما بدهد و از شما طلاق بگیرد و به وی تهمت نزنید تا به این کار راضی شود، آیا چنین کار زشتی را مرتکب می شوید؟ هرگز چنین کاری را نکنید!».

همچنین، سوء رفتار زوج با زوجه برای اینکه وی را حاضر به پذیرش خلع نماید حرام است. بنابراین، شوهر به هیچ وجه نمی تواند با عدم ایفای وجایب و اجبه، زوجه اش را بی آزارد و مایه ملال و خستگی او را فراهم نماید تا حاضر بر خلع گردد. پس، هرگاه شوهر به اجرای امری مبادرت ورزد که موجب مخالفت زوجه با وی گردد، در صورت اجراء، چنین خُلعی باطل و بی اثر تلقی گردیده و آنچه که در برابر این خلع پرداخت شده باید دوباره به زوجه برگردانیده شود حتی اگر قاضی نیز به آن حکم کرده باشد، زیرا در چنین حالات زوجه از دو جهت متضرر می گردد: اول از جهت ازدست دادن شوهر و دوم از جهت مالی. خداوند عز و جل در این مورد فرموده است:

﴿وَلَا تُنْكِحُواْ ضُرَّارًا لَّتَعْتَدُواْ﴾ - [النساء: ۲۳۱۰]

«زنان خود را جهت زیان رسانیدن به آنها نگاه ندارید.».

همچنین خداوند عز و جل فرموده است:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُواْ النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضَلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُواْ شَيْئًا وَ يَجْعَلَ اللهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ - [النساء: ۹]

«ای کسانی که ایمان آورده‌اید برای شما حلال نیست که زنان را به اکراه ارث برید و آنان را زیر فشار مگذارید تا بخشی از آنچه را به آنان داده‌اید [از چنگشان به در] برید مگر آنکه مرتکب زشتکاری آشکاری شوند و با آنها به شایستگی رفتار کنید و اگر از آنان خوشتان نیامد پس چه بسا چیزی را خوش نمی‌دارید و خدا عز و جل در آن مصلحت فراوان قرار می‌دهد.».

این دو آیه بیانگر تحریم خلع بدون ضرورت و حاجت می باشد، زیرا خلع در صورت عدم ضرورت باعث تضرر زوجه می گردد و ضرر رسانیدن به غیر حرام است، زیرا پیامبر صلی الله علیه و آله فرموده است:

«لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ». ۶۷۲

«ضرر رسانیدن به دیگران و مقابله ضرر با ضرر در اسلام جایز نیست.» ۶۷۳

۶۷۲. رواه ابن ماجه و دار قطنی .  
 ۶۷۳. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويته: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۷۰۲۸؛ وسيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۳) ايران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۵۹۶ و ۱۵۹۷.

اما، هرگاه کراهیت از جانب هر دو باشد و هر دو نگران باشند که در ادای امور زوجیت تقصیر و تفریط نمایند، خُلع و اخذ بدل در مقابل آن، به اتفاق نظر همه فقها جواز دارد، زیرا خداوند ﷻ فرموده است:

﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقيِمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ - [البقره: ۲۲۹]

«اگر نگران بودید که زن و شوهر نتوانند حدود خداوند ﷻ را (در مورد همدیگر) رعایت کنند (و اگر بخاطر جدا شدن) زن چیزی را به شوهرش بدهد، گناهی بر آنان نیست.»

۲) آیا خلع در حکم طلاق باین است یا فسخ؟ در باره این سؤال میان فقهاء اختلاف نظر وجود دارد: فقهای حنفیه، مالکیه و شافعیه در قول راجح و امام احمد/ در روایتی بر این نظر اند که: خلع طلاق باین است هر چند بدون نیت باشد. زیرا، خداوند ﷻ فرموده است:

﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقيِمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ - [البقره: ۲۲۹]

«اگر نگران بودید که زن و شوهر نتوانند حدود خداوند ﷻ را (در مورد همدیگر) رعایت کنند (و اگر بخاطر جدا شدن) زن چیزی را به شوهرش بدهد، گناهی بر آنان نیست.»

دادن فدیة زمانی تحقق می پذیرد که زوجه مالک نفس خود شود. پس، اگر خلع طلاق باین نباشد، مرد مالک رجعت می گردد و زوجه دوباره تحت حکم و قبضهٔ مرد می یابد. همچنین، هدف از خلع دفع ضرر از زوجه است. پس، اگر رجعت صورت پذیرد، ضرر نیز دوباره اعاده می گردد. همچنین از حضرت عمر رضی الله عنه، حضرت علی رضی الله عنه و ابن مسعود رضی الله عنه روایت شده است که پیامبر فرموده است:

«الْخُلْعُ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ.» ۶۷۴

«خلع طلاق باین است.»

برعکس، عده ای دیگری از فقهاء از جمله: امام احمد در روایت راجح، ابن عباس، عثمان بن عفان، طاوس، عکرمه، اسحق و ابی ثور رضی الله عنه بر این نظر اند که: خلع فسخ است. زیرا، خداوند ﷻ فرموده است: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فِیْمَا سَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِیحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ ۶۷۵ - [البقره: ۲۲۵] - ۲۳۰] سپس از فدیة دادن سخن گفته و فرموده است: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقيِمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ ۶۷۶ - [البقره: ۲۲۹] و سپس فرموده است: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا لِحْلُلٍ

۶۷۴. اخرجہ دارقطنی فی سننہ.

۶۷۵. «طلاق دادن دو بار است (و در آن برای آنها حق بازگشت محفوظ است، ولی پس از دو مرتبه طلاق، شوهر باید یکی از این دو کار را انجام بدهد) یا نگهداشتن (زن) به طور شایسته (و عادلانه) و یا جدایی از او به شیوه ای مطلوب (بدون آنکه بر او ستم وجود داشته باشد).»

۶۷۶. «اگر نگران بودید که زن و شوهر نتوانند حدود خداوند را (در مورد همدیگر) رعایت کنند (و اگر بخاطر جدا شدن) زن چیزی را به شوهرش بدهد، گناهی بر آنان نیست.»

حَتَّى تَنْكَحَ زَوْجًا غَيْرَهُ<sup>۶۷۷</sup> - [البقره / ۲۳] خداوند ﷻ در آیات فوق دو طلاق را ذکر کرده است، سپس خلع و بعد از آن یک طلاق را. پس، در صورتی که خلع طلاق باشد، طلاق چهارم خواهد بود، در حالی که چنین نیست.<sup>۶۷۸</sup>

۳) خُلع موقوف بر حکم قاضی نیست: براساس فقه تحقّق خُلع متوقف بر حکم قاضی نیست. بنابراین، زوج و زوجه می توانند بدون مراجعه به محکمه خُلع را اجراء نمایند. زیرا، خلع عقدی است که که تراضی طرفین در آن معتبر است و به منزله طلاق در برابر عوض است و شوهر صلاحیت ایقاع طلاق و زوجه صلاحیت ملتزم شدن پرداخت عوض را دارد. پس، حضور اشتراط قاضی بی معنی است.<sup>۶۷۹</sup>

۴) شروط فاسد خُلع را باطل نمی نماید: چنانچه قبلاً به آن اشاره شد، هرگاه زوجه با شوهرش در برابر باقی ماندن طفل نزد شوهر قبل از انقضای مدت حضانت خُلع نماید و یا زوج با زوجه اش مشروط بر ترک فرزند نزد زوجه بعد از انتهای مدت حضانت خُلع نماید، خُلع صحیح و شرط باطل پنداشته می شود.<sup>۶۸۰</sup>

۵) پرداخت مثل یا قیمت بدل خلع در صورت هلاک: هرگاه زوجه با زوج در برابر مال قیمی، مانند: افرا د حیوان، زمین، خانه، اشجار، قالین، احجار کریمه از قبیل یاقوت و الماس، کتب مخطوطه و مستعمله و نظیر اینها خلع نماید و قبل از خلع، عوض خلع هلاک گردد، زوجه مکلف به پرداخت قیمت آن به زوج است. زیرا، اموال قیمی آن است که مثل آن در بازار پیدا نمی شود و اگر شود، قیمت آن متفاوت می باشد. اما، در صورتی که زوجه با زوج در برابر اموال مثلی خلع نماید، و قبل از تسلیم بدل خلع، بدل خلع هلاک گردد، زوجه مکلف به پرداخت مثل آن به زوج است. همچنین است در صورتی که بدل خلع به استحقاق برده شود.

۶) ملزم شدن زوجه به ادای بدل خُلع: به اتفاق نظر همه فقها زوجه مکلف است آنچه را بدل خُلع تعیین نموده است به زوج بدهد اعمّ از این که بدل خُلع کُل مهر، قسمتی از آن و یا چیزی

۶۷۷. «هرگاه شخصی زوجه اش را طلاق ثلاثه یا باین کبری بدهد، نمی تواند با او مؤقّتاً ازدواج نماید مگر این که زوجه با شخص دیگری ازدواج نماید.»

۶۷۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۰۳۵-۷۰۳۶.

۶۷۹. سید سابق، فقه السنه، ترجمه محمود ابراهیمی، ج ۳، صص ۲۴۴ و ۲۴۵؛ (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۹)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۲۳۷-۲۴۰؛ محمد محی الدین عبدالحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شريعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، ص ۳۳۷؛ و اسعد محمد سعید الصاغر جی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، صص ۲۴۹ و ۲۵۰.

۶۷۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۰۳۶؛ (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۹)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۲۴۴؛

۶۸۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۰۳۰؛ وهبة زحیلی (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، صص ۳۹۷.

دیگر باشد، زیرا شوهر طلاق او را به حصول بدل معلق گردانیده و نسبت به آن موافقت نموده است. بنابراین، بر زوجه پرداخت آن لازم است.<sup>۶۸۱</sup>

(۷) **عدم سقوط نفقه عدت:** بر اساس فقه نفقه عدت زوجه در اثر خلع ساقط نمی گردد، مگر اینکه زوجین در این باره توافق نموده باشند.<sup>۶۸۲</sup>

(۸) **عدم سقوط حقوق ناشی از غیر ازواج:** حقوق و دیونی که یکی از زوجین بر ذمه جانب مقابل دارد و مربوط به ازدواج نمی گردد، مانند: قرض، ودیعه، رهن، ثمن مبیعه و نظیر اینها به اتفاق نظر فقهاء ساقط نمی گردد.<sup>۶۸۳</sup>

(۹) **سقوط حقوق ناشی از ازدواج:** امام ابو حنیفه رحمته بر این نظر است که: در اثر خلع تمام حقوق و دیونی که هر یک از زوجین بر ذمه جانب مقابل دارد و حقوق و دیونی که مربوط به ازدواجی که در اثر خلع منحل گردیده است، مانند: مهر و نفقه گذشته ساقط می گردد. زیرا، هدف از خلع قطع خصومت و منازعه میان زوجین است. ولی، جمهور فقهاء و امام محمد رحمته می گویند: در اثر خلع هیچ چیز از حقوق زوجیت ساقط نمی گردد، مگر اینکه در باره اسقاط آن توافق صورت گرفته باشد خواه به لفظ خلع و یا مبارات باشد.

پس، خلع به صورت تام مانند طلاق بر مال است که در اثر آن طلاق باین واقع می گردد و پرداخت بدل متفق علیه واجب می گردد. زیرا، حقوق ساقط نمی گردد، مگر در اثر امری که به صورت قطعی بر سقوط آن دلالت نماید. در خلع امری وجود ندارد که دلالت بر اسقاط حقوق ثابت نماید. زیرا، خلع از جانب زوجه معاوضه است، و بر معاوضات هیچ اثری جز آنچه طرفین در باره آن توافق نموده اند، مرتب نمی گردد که این نظر میان فقهاء راجح است. زیرا، حق جز با امری که دلالت بر اسقاط آن به صورت صریح و یا ضمنی نماید، ساقط نمی گردد.<sup>۶۸۴</sup>

(۱۰) **عدت مختلعه:** جمهور فقهاء (حنفیه، مالکیه و شافعیه) بر این نظر اند که: عدت مختلعه، عدت مُطَلَّقه است و این قول سعید بن مسیب، سالم بن عبدالله، سلیمان بن یسار، عمر بن

۶۸۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۰۳۶؛ و محمد محی الدین عبدالحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، ص ۳۳۷.

۶۸۲. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۰۳۷؛ و محمد محی الدین عبدالحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، ص ۳۳۸.

۶۸۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۰۳۷؛ و محمد محی الدین عبدالحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، ص ۳۳۹.

۶۸۴. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۰۳۶ و ۷۰۳۸؛ وهبة زحیلی (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۳۹۷-۳۹۸.



عبدالعزیز، حسن، شعبی، نخعی، زهری یو غیره است. دلیل فقهای مزبور این آیه قرآن کریم است که خداوند عَلَّامٌ می فرماید:

﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ - [البقره: ۲۲۸]

«زنان مُطَلَّقه باید سه طهر یا سه حیض انتظار بکشند.».

خُلع جدایی بین زوجین در حالت حیات بعد از دخول است. پس، عدت مختلعه مانند: عدت مُطَلَّقه سه حیض است. اما، امام احمد رَضِيَ اللهُ عَنْهُ در قولی بر این است که عدت مختلعه یک حیض است و این از حضرت عثمان بن عفان، ابن عمر، ابن عباس، اسحاق و ابن منذر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ روایت شده است. دلیل فقهای مزبور حدیثی است که نسایی و ابن ماجه از ابن عباس روایت کرده است که پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرموده است:

«أَنَّ امْرَأَةً ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ اخْتَلَعَتْ مِنْهُ فَجَعَلَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عِدَّتَهَا حَيْضَةً.»<sup>۶۸۵</sup>

«همسر ثابت بن قیس با او خُلع نمود و پیامبر عدت وی را یک حیض معین نمود.»<sup>۶۸۶</sup>

همچنین حضرت عثمان بن عفان رَضِيَ اللهُ عَنْهُ این چنین قضاوت نموده است.<sup>۶۸۷</sup>

مبحث پنجم) وجوه افتراق و اشتراک فسخ، طلاق و خُلع

فسخ، طلاق و خُلع موجب انحلال عقد ازدواج می گردد. به عبارت دیگر: فسخ، طلاق و خُلع سه اسباب انحلال عقد ازدواج هستند. اما، میان فسخ، طلاق و خُلع فرق های ذیل وجود دارد:

(۱) عقد ازدواج در اثر اسباب معین فسخ می گردد. اما، طلاق براساس اراده زوج و خُلع براساس اراده زوجین صورت می پذیرد؛

(۲) خُلع همیشه در برابر مال صورت می پذیرد که زوجه آن را به زوج می پردازد. اما، در طلاق پرداخت مالی مطرح نیست. به عبارت دیگر: زوج مکلف نیست در برابر طلاق به زوجه مالی بپردازد؛ و

(۳) طلاق صرف حق مرد است. اما، خُلع حق مرد و زن. بنابراین، زوجین می توانند براساس توافق عقد ازدواج را از طریق خُلع منحل نمایند.

<sup>۶۸۵</sup> . رواه البخاری و النسائی و رواه ابن ماجه أيضاً.

<sup>۶۸۶</sup> . Muhammad Subhi bin Hasan (2008). Fiqh According to Qur'an and Sunnah, translated into English by: Sameh Strauch, 1st edi Riyadh: Dar-us- salam, p 171.

<sup>۶۸۷</sup> . \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، صص ۲۵۲ و ۲۵۳؛ وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۰۰۸ - ۷۰۱۰؛ و اسعد محمد سعید الصاغر جی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانه رشیدیة، صص ۲۲۶ و ۲۲۷.





## فصل چهارم: تفریق قضایی

نهاد فقهی - حقوقی دیگری که به موجب شرع و ق. م موجب انحلال عقد ازدواج می گردد تفریق قضایی است. به طور کلی، در حقوق غیر اسلامی، به حیث مثال، رومن ژرمنیک و کامن لا، طلاق حق زن و شوهر تلقی می گردد. بنابراین، زن و مرد هر دو می تواند عقد ازدواج را از طریق طلاق منحل نمایند.

اما، طبق فقه و ق. م طلاق حق مرد پنداشته می شود. لذا، شرع و با پیروی از آن ق. م حق تفریق قضایی را به زن در برابر حق طلاق به مرد داده است تا میان زن و مرد در زمینه انحلال ازدواج نیز تعادل برقرار شود. تفریق قضایی بیشتر ریشه های اجتهادی دارد و قرآن و حدیث به صورت صریح در خصوص تفریق قضایی حکم ندارند. به نظر می رسد دلیل ایجاد این نهاد فقهی - حقوقی توسط مجتهدین اسلامی رفع انتقاد اعطای حق طلاق به مرد به نظر می رسد.

مبحث اول) تعریف و وجه تمایز تفریق قضایی با سایر اسباب انحلال

### گفتار اول) تعریف

تفریق از ریشه فرق گرفته شده که در لغت به معنی جدا کردن، جدایی انداختن و از هم گسیختن است.<sup>۶۸۸</sup> چون این جدایی میان زن و مرد توسط قاضی گاه در اثر مطالبه زن، مانند: عدم انفاق شوهر، وجود عیب جنسی در شوهر، حبس و غیبت شوهر صورت می پذیرد آن را تفریق قضایی می گویند. در اصطلاح حقوق مدنی به نظر می رسد تفریق قضایی عبارت است از طلاق زوجه توسط

۶۸۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۲۰.

قاضی در اثر تقاضای زوجه به سبب عیب، عدم انفاق، حبس، غیابت، ضرر، ارتداد یکی از زوجین، ایلاء، ظهار و لعان.

گفتار دوم) وجوه اشتراک و افتراق طلاق، تفریق قضایی، فسخ و خلع

طبق مفاد ماده ۱۳۵ فقره دوم ق. م که تفصیل آن در مبحث طلاق گذشت طلاق حق مرد است. ولی، تفریق قضایی حق زن است. به نظر می رسد حقوق اسلام و ق. م این حق را به زن در برابر حق طلاق به مرد داده است. پس، در مواردی که زوجه به سبب عیب، عدم انفاق، سوء آمیزش، غیبت و حبس شوهر و ... متضرر گردد، می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق قضایی نماید. اما، به نظر می رسد وجه اشتراکی که بین طلاق و تفریق قضایی وجود دارد این است که هر دو طلاق است، با این تفکیک که طلاق توسط زوج یا وکیل زوج، و تفریق قضایی توسط زوج جبراً براساس حکم محکمه با صلاحیت در اثر درخواست زوجه با رعایت شرایط پیش بینی شده در فقه و ق. م صورت می گیرد. در خصوص ماده ۱۳۵ ق. م متحدالمال ستره محکمه هم وجود دارد که ذیلاً نقل می گردد:

#### سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۱۹) :

طبق فقره (۲) ماده (۱۳۵) قانون مدنی آمریت های ثبت اسناد صلاحیت ترتیب طلاق خط های رضایی را دارند یا خیر.

توضیح:

در فقره (۲) ماده (۱۳۵) قانون مدنی طلاق از جانب زوج و از جانب محکمه هر دو تنظیم گردیده است. طلاق که از طرف محکمه صادر می شود طبعاً مراد از آن محکمه با صلاحیت قضایی است. در این زمینه تصویب شماره (۲۳) مورخ ۶/۳/۱۳۶۱ شورای عالی ستره محکمه صادر شده و چنین حکم می کند:

«جهت تأمین بهتر عدالت و امکان جلوگیری هرچه بیشتر از هم پاشیده شدن شیرازه خانواده بنا بر عوامل آنی و احساساتی صلاحیت اجرای هر نوع طلاق خط به محاکم ذوی الحکم تفویض گردید.».

متن تصویب طی متحدالمال (۲۱۷) الی (۲۶۱) مورخ ۹/۳/۱۳۶۱ به محاکم و آمریت های ثبت اسناد تعمیم و جوابگوی پرسش فوق است.<sup>۶۸۹</sup>

### سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۶):

در ماده (۴۲) قانون مدنی شخص ناقص اهلیت تابع و صایت می باشد و در ماده (۳۹) سن رشد را اكمال هجده سالگی می داند. پس، دختری که بین سن (۱۷-۱۸) باشد می تواند دعوی طلاق نماید یا خیر.

توضیح:

مطابق به حکم ماده (۳۹) قانون مدنی سن رشد و اهلیت کامل حقوقی به صورت عام اكمال سن هجده سالگی است. تنها مستند به ماده (۷۰) قانون مدنی اهلیت زن برای ازدواج به صورت اختصاصی اكمال سن (۱۶) سالگی قبول گردیده و دعوی طلاق، نفقه و سایر دعوی ناشی از ازدواج در قسمت زنانی که سن هجده سالگی را اكمال نکرده باشد به پیروی از صحت عقد ازدواج و متکی به متحد اكمال (۶۲۱-الی ۶۶۵) ۱۳۵۹/۱۲/۱۴ ریاست دارالانشا شورای عالی ستره محکمه اصالتاً اقامه شده می تواند.

متن متحد المال

قبلاً دیوان مدنی و حقوق عامه ریاست محکمه کابل در مورد احکام مواد (۷۰-۸۰) قانون مدنی همچنین مواد (۳۹-۴۰) قانون مذکور مبنی بر این که دختر ۱۶ ساله طبق حکم ماده (۷۰) قانون مدنی و ماده (۵) فرمان شماره هفتم شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان واجد اهلیت ازدواج بوده ولی برعکس در دعوی مطالبه طلاق تفریق دعوی نفقه و غیره که فرع ازدواج است فاقد اهلیت دانسته شده ادعای وی توسط ولی یا وصی علیه زوج در محکمه دنبال می گردد شرحی را استهداء و نظری ارائه داشته بودند:

حینی که مراتب به مقام محترم شورای عالی ستره محکمه پیشنهاد شد طی تصویب ۱۳۳۹/۱/۲۸ هدایت دیل صادر گردید:

«استهدائیه مورخ ۵۹/۱/۱۴ دیوان مدنی و حقوق عامه ولایت کابل در مورد این که دختر (۱۶) ساله طبق حکم ماده (۷۰) قانون مدنی و ماده (۵) فرمان شماره هفتم شورای انقلابی واجد اهلیت ازدواج بوده ولی بر عکس دعوی مطالبه طلاق، تفریق مهر و نفقه و غیره که فرع ازدواج است توسط ولی یا وصی علیه زوج در محکمه دنبال می گردد و نظر دیوان مذکور دایر بر این که احکام مواد (۷۰-۸۰) قانون مدنی احکام ۳۹ و ۴۰ قانون مذکور را اخلال نکرده تخصیص بعد از تعمیم خواهد بود در جلسه تاریخ ۱۳۵۹/۱۱/۱۸ شورای عالی مطرح بحث و مشوره قرار یافت و مطالعه مواد مورد بحث استهدائیه

و با مراجعه با سایر احکام مواد قانون مدنی نظر ذیل قایم گردید که ماده (۷۰) قانون مدنی دختر ۱۶ ساله را واجد اهلیت کامل ازدواج دانسته از جانب دیگر مطابق حکم ماده (۹۰) قانون مدنی بر نکاح صحیح و نافذ تمام آثار آن از قبیل نفقه زوجه حقوق میراث، ثبوت نسب و غیر مرتب می گردد. هرگاه از اعطای این حقوق امتناع به عمل آید و یا در شناسایی بعضی آن اختلافی بین زوج و زوجه بروز نماید زوجه (۱۶) ساله صلاحیت مطالبه این حقوق را از محکمه دارد و دلایل آن عبارت است از:

الف: ماده (۱۰۳) قانون مدنی صراحتاً صلاحیت اسقاط کلی یا قسمی مهر را به زوجه بالغه که سن ازدواج را تکمیل نموده باشد اعطا نموده در حالی که اسقاط مهر به ضرر زوجه است و قانوناً زوجه این صلاحیت را دارد معقول نیست در قسمت مطالبه یا دعوی سایر فروع عقد ازدواج فاقد اهلیت پنداشته شود.

ب: طبق حکم ماده (۱۸) قانون مدنی شخص رشید در حال صحت عقل در اجرای معاملات حقوقی دارای اهلیت کافی شناخته شده و ماده (۴۰) این قانون صغیر غیر ممیز را از انجام معاملات حقوقی منع قرار داده است. چون دختر ۱۶ ساله از یکسو صغیر غیر ممیز نیست و از جانب دیگر در حین مطالبه مهر طلاق و غیره معامله ای را انجام نداده بلکه به حیث مدعیه اقامه دعوی می نماید و بالآخره هر گاه حکم ماده (۳۹) قانون مدنی عام قبول شود چون ماده (۷۰) قانون مذکور تعبیری که در استهدائیه محکمه ولایت کابل به کار برده شده تخصیص بعد از تعمیم است حکم ماده (۳۶) را به هیچ وجه اخلال نمی نماید. بادر نظر داشت دلایل فوق باید گفت که چنانچه دختر ۱۶ ساله اهلیت ازدواج را دارد اهلیت شرعی مدعی علیه شدن را نیز منحصرأ در مطالبات مربوط به آثار مرتب بر نکاح و فروعات مربوط به این عقد در پیشگاه محاکم دارا می باشد. نظر توضیحی فوق که به جواب استهدائیه محکمه ولایت کابل ابراز گردید غرض توحید مرافق قضایی به عموم محاکم متحدالمال شود.<sup>۶۹</sup>

به نظر می رسد فرق میان تفریق قضایی و خُلع این است خُلع در برابر مال و تفریق قضایی بدون مال در اثر مطالبه زوجه از محکمه ذیصلاح در اثر تحقق اسباب معین صورت می پذیرد. به نظر می رسد فرق تفریق قضایی با فسخ این است که اسباب فسخ چنانچه گفته شد، عبارت اند از: فقدان یکی از شرایط صحت عقد ازدواج، زوال جنون و عته، نقصان مهر از اندازه مهر مثل زوجه، حرمت مصاهره، لعان و امتناع زوجه غیر کتابی از مسلمان شدن در صورتی که شوهر او مسلمان شده باشد (ماده ۱۳۳). اما، اسباب تفریق عبارت اند از: عیب شوهر، ضرر رسانیدن شوهر به زوجه، عدم

انفاق زوج بر زوجه، غیبت و محبوس گردیدن زوج، لعان؛ ایلاء، ظهار و ارتداد و غیره است. وجه اشتراک فسخ، طلاق، خُلَع و تفریق قضایی این است که همه موجب انحلال عقد ازدواج می گردند.

#### مبحث دوم) اسباب تفریق قضایی

طبق ق. م تفریق قضایی پنج سبب دارد که عبارت اند از: عیب شوهر، ضرر زوجه توسط زوج، عدم انفاق، غیبت شوهر و حبس. اما، طبق فقه تفریق قضایی دوازده سبب دارد که عبارت اند از: عیب شوهر، ضرر رسانیدن شوهر به زوجه، عدم انفاق زوج بر زوجه، غیبت زوج، مفقودیت زوج، محبوس گردیدن زوج، ایلاء لعان، ظهار، ارتداد، مسلمان شدن یکی از زوجین، تباین دارین به نظر فقهای حنفیه. در این فصل صرف اسباب تفریق قضایی را که در ق. م پیش بینی شده است مورد بحث قرار می دهیم:

#### گفتار اول) تفریق به سبب مرض

اولین نوع تفریق طبق ق. م تفریق به سبب مرض است.

#### الف) شرایط و تثبیت مرض

طبق ماده ۱۷۶ ق. م: «زوجه وقتی می تواند مطالبه تفریق نماید که زوج مُبتلا به مرضی باشد که اعاده صحت وی غیر ممکن یا مدت طولانی برای معالجه او لازم باشد به نحوی که معاشرت با زوج بدون ضرر کلی متعذر باشد.» از نص این ماده احکام ذیل قابل استنباط است:

- ۱) تفریق به دلیل مرض حق زوجه است. بنابراین، در صورت مصاب بودن شوهر به مرض زوجه حق مطالبه تفریق از محکمه ذیصلاح را دارد؛
- ۲) برای اعمال این حق سبب آن باید متحقق شود. سبب اعمال این حق مرض زوج است.
- ۳) در مرض شرط است:

۱- این که مرض از جمله امراضی باشد که اعاده صحت زوج غیر ممکن باشد. قانونگذار مدنی عبارت «غیر ممکن» را در نص این ماده به کار برده است و مصداق و مثال مرض را ذکر و مشخص نکرده است. به نظر می رسد دلیل این که قانونگذار مدنی مرض مشخص را قید و ذکر نکرده است این است که بحث امراض و تشخیص امراض اعم از جنسی و غیرجنسی بحث طبی است و مصداق آن بر حسب زمان و پیشرفت امراض و علم امکان دارد متفاوت باشد که بسیار مناسب به نظر می رسد.

۲- اینکه اعاده صحت زوج مستلزم زمان طولانی باشد. قانونگذار مدنی عبارت «اعاده صحت زوج مستلزم زمان طولانی» را در نص این ماده به کار برده است و مصداق و مثال مرض را ذکر و مشخص نکرده است. به نظر می رسد دلیل این که قانونگذار مدنی مرض مشخص را قید و ذکر



نکرده است این است که بحث امراض و تشخیص امراض اعم از جنسی و غیرجنسی بحث طبی است و مصداق آن بر حسب زمان و پیشرفت امراض و علم امکان دارد متفاوت باشد که بسیار مناسب به نظر می‌رسد.

۳- به موجب این امراض معاشرت زوجه با زوج بدون ضرر کلی متعذر باشد. معاشرت از ریشه «عشر» گرفته شده است که در لغت به معنی با همدیگر زندگی کردن، با یکدیگر دوستی و آمیزش داشتن است.<sup>۶۹۱</sup> همچنین، معاشرت در لغت به معنی اختلاط و آمیزش، الفت، مصاحبت و همدمی است.<sup>۶۹۲</sup> در اصطلاح حقوق مدنی، به نظر می‌رسد معاشرت عبارت از زندگانی و آمیزش زن و شوهر با همدیگر است.

شرط اول و دوم کلی به نظر می‌رسد. اما، شرط سوم اندکی مشخص است و آن این که مرض باید به گونه ای باشد که معاشرت زوج با زوجه را بدون ضرر کلی ناممکن باشد. متعذر اسم فاعل از ریشه «عذر» گرفته شده است که در لغت به معنی دشوار، محال، غیرممکن و سخت است.<sup>۶۹۳</sup> شرط سوم محل ایراد به نظر می‌رسد. زیرا، در صورت ورود ضرر به زوجه، زوجه می‌تواند براساس ضرر مطالبه تفریق نماید نه براساس مرض یا عیب جنسی شوهر. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن مرض و عیب به عنوان یکی از اسباب تفریق قضایی و پیش بینی معیارهای کلی مرض و عیب است.

طبق ماده ۱۷۸ ق. م: «در تثبیت عیوب متذکره ماده (۱۷۶) این قانون از نظریات اهل خبره استفاده به عمل می‌آید.» همچنین، ماده ۱۸۱ ق. ا. م. م: «محکمه در دعاوی تفریق به سبب عیب زوج راجع به تثبیت عیب و یا مصاب بودن وی با امراض غیرقابل علاج یا علاج طولیل المدت از متخصص مربوط یا هیأت طبی کسب معلومات می‌نماید.» نص ماده ۱۷۸ ق. م مستقل نیست بلکه ارجاعی است زیرا قانونگذار مدنی در ماده ۱۷۶ ق. م مرض شوهر را مشروط بر این که اعاده صحت زوج غیر ممکن یا مدت طولانی برای معالجه او لازم باشد به نحوی که معاشرت با زوج بدون ضرر کلی متعذر باشد را از اسباب تفریق قضایی می‌داند، اما تثبیت این امراض را منوط یا وابسته به قاضی ننموده است که بسیار مناسب به نظر می‌رسد. زیرا، قاضی که امکان دارد دانشکده شرعیات، حقوق یا مدرسه دینی خوانده باشد، ذهن فقهی و حقوقی دارد و امراض و تثبیت امراض به طور کامل بحث طبی، تخنیک، مسلکی و فنی است نه بحث فقهی و حقوقی و تجارب نشان می‌دهد ذهن حقوقی و فقهی نمی‌تواند به صورت علمی و دقیق امراض را تثبیت نماید.

۶۹۱. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ص ۱۱۰۰.

692. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 8/31/2016).

693. Ibid, (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۳۱/۸).

همچنین، قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۷۶ ق. م از مرضی که معاشرت زوجه با زوج را ناممکن گرداند سخن می گوید که می توان از آن مرض جنسی را استنباط کرد. همچنین، قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۷۶ از مرض سخن می گوید که می تواند هر نوع مرضی باشد. اما، در نص ماده ۱۷۸ ق. م از عیوب سخن می گوید که عدم دقت قانونگذار را نشان می دهد. عیوب جمع عیب است. عیب در لغت به معنی نقص، نقیصه، بدی، زشتی و کمبود است که جمع آن عیوب است.<sup>۶۹۴</sup> در تعریف عیب ماده ۳۳۸ مجله الاحکام می گوید: «عیب آن است که در نزد تجار و اهل خبره نقصانی در ثمن مبیعه بار آورد.».

این تعریف بیشتر در مورد کالاها صادق است. اما، به طور عموم، در اصطلاح فقهی عیب عبارت از کاستی، پستی و نقیصه ای است که خلق یا صنع سلیم عادتاً از آن برخوردار نیست.<sup>۶۹۵</sup> بنابراین، از جمع ماده های ۱۷۶ و ۱۷۸ ق. م این نتیجه به دست می آید که در صورتی که زوجه به دلیل مرض یا عیب شوهر از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق قضایی نماید، قاضی نباید عیب یا مرض را تثبیت نماید. طبق ماده ۴ جزء ۱۰ قانون اصول محاکمات مدنی: «اهل خبره: اشخاص مسلکی است که در رشته های خاص دارای تخصص، معلومات یا تجربه کافی باشند.».

همچنین، طبق ماده ۴ جزء ۳۳ قانون اجراءات جزایی: «اهل خبره: شخص مسلکی یا فنی است که در رشته معین دارای تخصص، معلومات و تجربه کافی باشد.» به نظر می رسد مصداق اهل خبره در خصوص مسایل مرض به مرض و عیب شوهر داکتر طب عدلی یا داکتران ریاست صحت عامه است که معمولاً محکمه ذیصلاح از طریق استعلامی خواهان تثبیت عیوب مرد می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی صلاحیت تکلیفی قاضی است. با توجه به آنچه گفته شد، در خصوص ماده ۱۷۶ ق. م نظر ستره محکمه نیز وجود دارد که ذیلاً نقل می گردد:

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۲۱):

مفهوم ماده (۱۷۶) قانون مدنی در ضمن مثال قابل توضیح است.

توضیح:

694. Ibid, (۲۰۱۶/۸/۳۱) (آخرین بازدید).

۶۹۵. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ص ۸۱؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۱۴.

مرض صعب العلاج یا غیر قابل علاج را اهل خبره تشخیص می دهند.<sup>۶۹۶</sup>

طبق ماده ۱۷۹ ق. م: «هرگاه عیب از نوعی تثبیت گردد که اعاده صحت وی غیر ممکن باشد، محکمه بدون تعویق به تفریق زوجین حکم می نماید. در صورتی که عیب قابل علاج بوده و مدت طولانی برای معالجه لازم باشد، محکمه مطالبه تفریق را تا مدتی که متجاوز از یکسال نباشد به تعویق می اندازد.» نص این ماده مرتبط به ماده های ۱۷۶ و ۱۷۸ ق. م است. بنابراین، نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی است زیرا قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۷۶ ق. م مرض را به عنوان سبب تفریق به رسمیت شناخته است، در ماده ۱۷۸ ق. م تثبیت آن را به اهل خبره واگذار نموده است و در ماده ۱۷۹ ق. م حکم نظر اهل خبره را پیش بینی نموده است. از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

(۱) هرگاه عیب از نوعی تثبیت گردد که اعاده صحت وی غیر ممکن باشد، محکمه بدون تعویق به تفریق زوجین حکم می نماید. تعویق در لغت به معنی به تأخیر انداختن کاری، عقب انداختن، موکول کردن و تأخیر است.<sup>۶۹۷</sup> قانونگذار مدنی در نص این ماده نیز کلمه عیب را به صورت مطلق به کار برده است. به حیث مثال، اگر حمیده به محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید و ادعا نماید که شوهرش نمی تواند با او آمیزش جنسی نماید یا شوهرش مریض است به گونه ای که معاشرت با او ناممکن است، محکمه ذیصلاح باید به ریاست صحت عامه استعمال بفرستد و خواهان تثبیت مرض شود. در صورتی که داکتران ریاست صحت عامه یا داکتر طب تشخیص نماید که شوهر عین، محبوب، خصی و مجنون است و اعاده صحت شوهر ناممکن است، محکمه باید بدون تأخیر حکم تفریق به سبب مرض یا عیب را میان احمد و شوهرش صادر نماید.

(۲) در صورتی که عیب قابل علاج بوده و مدت طولانی برای معالجه لازم باشد، محکمه مطالبه تفریق را تا مدتی که متجاوز از یکسال نباشد به تعویق می اندازد. به حیث مثال، اگر حمیده به محکمه ذیصلاح اقامه دعوی نماید و ادعا نماید که شوهرش نمی تواند با او آمیزش جنسی نماید یا شوهرش مریض است به گونه ای که معاشرت با او ناممکن است، محکمه ذیصلاح باید به ریاست صحت عامه استعمال بفرستد و خواهان تثبیت مرض شود. در صورتی که داکتران ریاست صحت عامه یا داکتر طب تشخیص نمایند که مرض شوهر حمیده قابل علاج است، به حیث مثال، شوهر حمیده مجنون دوره ای، مصاب به مرض سل و نظیر اینها است، محکمه مطالبه تفریق را تا مدتی که

۶۹۶. \_\_\_\_\_ (۹- 19 حوت 1361). سیمینار عالی ستره محکمه، کابل: ستره محکمه، ص ۱۹۲.  
(آخرین بازدید ۱۹/۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 697.

متجاوز از یکسال نباشد به تعویق می اندازد. اما، در صورتی که مرض در مدت یک سال رفع و تداوی نگردد، ق. م مسکوت بوده است که بیانگر نوعی نارسایی و نقص در ق. م بوده است. این نقص، در ق. ا. ا. م که در تاریخ ۱۳۶۸/۹/۱۹ نافذ گردید، مرفوع گردید. ماده ۱۱۴ قانون اصول محاکمات مدنی در این باره حکم می نماید که: «هرگاه عیب زوج در خلال مدت یک سال مرفوع نگردد محکمه بادر نظر داشت حکم ماده ۱۷۹ ق. م به تفریق بین زوجین حکم می نماید.» به حیث مثال، اگر احمد شوهر حمیده در مثال بالا معنون دوره ای باشد یا به مرض سل مبتلا باشد و محکمه یک سال به شوهر حمیده غرض تداوی مهلت بدهد، اما تداوی مرض نتیجه مثبت نداشته باشد، محکمه باید تفریق به سبب مرض و عیب را میان حمیده و احمد جاری نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در ماده ۱۷۹ ق. م پیش بینی صلاحیت تکلیفی قاضی است. برخلاف ماده ۱۷۶ ق. م که مرض و عیوب مرد که به موجب آنها زوجه می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق نماید، غیر محصور است. اما، فقهاء مصادیق عیب را معین نموده اند در حالی که قانونگذار مدنی قواعد و ضوابط را پیش بینی نموده است و براساس این قواعد مصادیق معین می شود. تثبیت این عیوب نیز بر عهده داکتران طب است که منحیث اهل خبره می توانند مورد استفاده قرار بگیرند که بسیار مناسب به نظر می رسد. زیرا، حقوقدانان و قضات داکتر طب نیستند و نمی توانند امراض را تشخیص دهند.

اما، در فقه عیب زوج یکی از اسباب تفریق قضایی است. احناف بر این نظر اند که حق مطالبه تفریق به سبب عیب صرف حق زوجه پنداشته می شود نه حق زوج، زیرا زوج می تواند ضرر را در صورت موجودیت، از طریق طلاق دفع نماید، ولی زوجه از آنجایی که حق طلاق را ندارد نمی تواند ضرر را به وسیله طلاق از خود دفع نماید. ولی، جمهور فقهاء بر این نظر اند که: هریک از زوجین می توانند به سبب عیب جانب مقابل مطالبه تفریق نمایند.<sup>۶۹۸</sup>

#### ب) شرایط مربوط به وقت مطالبه تفریق

برخی حقوقدانان بر این نظر اند که در عیب فرق نمی کند که مرض قبل یا بعد از عقد نکاح عارض گردد.<sup>۶۹۹</sup> این نظر محل ایراد به نظر می رسد. زیرا، براساس ق. م در این مورد شرایط معین وجود دارد. طبق ماده ۱۷۷ ق. م: «هرگاه زوجه هنگام عقد یا قبل از آن به عیوب متذکره ماده (۱۷۶) این قانون واقف بوده یا در صورت وقوع عیب بعد از عقد به طور صریح یا ضمنی به آن رضایت نشان داده باشد، نمی تواند مطالبه تفریق نماید.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۶۹۸ . وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص 7048؛ و \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۶۷. ۶۹۹ . عبدالقادر عدالتخواه (۱۳۸۷). حقوق فامیل، چاپ اول، کابل: انتشارات میوند، ص ۲۳۴.

اول این که: هرگاه زوجه هنگام عقد یا قبل از آن از عیوب مرد واقف باشد، نمی تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق نماید. واقف در لغت به معنی آگاه است.<sup>۷۰۰</sup> به حیث مثال، در صورتی که پسر عنین یا خصی باشد و دختر بداند و به رغم دانستن با پسر ازدواج نماید، نمی تواند بعد از عقد ازدواج مطالبه تفریق نماید. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده نامزد شود و احمد عنین باشد و حمیده از عنینیت احمد آگاهی داشته باشد، نمی تواند پس از عقد ازدواج مطالبه تفریق قضایی نماید. به نظر می رسد دلیل این حکم این است که زن آن را پذیرفته است.

دوم این که: در صورتی که مرد بعد از عقد ازدواج دچار به مرض جنسی شود و زن آن را به صورت صریح و یا ضمنی قبول نماید، نمی تواند مطالبه تفریق قضایی نماید. به حیث مثال، اگر زوج در اثر انفجار ماین و یا بمب مجبوب شود و زوجه به صورت صریح آن را بپذیرد، به حیث مثال، بگوید: با وجود این تو شوهرم هستی و تو را قبول دارم و یا این که سکوت اختیار نماید، نمی تواند بعد از آن مطالبه تفریق نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط مطالبه تفریق قضایی به دلیل عیب و مرض شوهر است. نص این ماده از فقه حنفی گرفته شده است. فقهای حنفیه برای ثبوت تفریق به سبب عیب شرایط ذیل را لازم می دانند:

(۱) جاهل بودن مطالبه کننده تفریق از عیب در جانب مقابل حین انعقاد عقد و یا قبل از آن. پس، در صورتی که مطالبه کننده تفریق حین انعقاد عقد بداند که جانب مقابل معیوب است و عقد ازدواج را منعقد نماید، مستحق مطالبه تفریق به سبب عیب شناخته نمی شود. زیرا رضایت او مبنی بر تعاقد علی الرغم علم او به عیب جانب مقابل رضای وی نسبت به عیب تلقی می گردد؛

(۲) اینکه بعد از عقد با وصف اطلاع از عیب نسبت به آن رضایت نشان ندهد: در صورتی که مطالبه کننده تفریق جاهل به عیب باشد و بعد از انعقاد عقد واقف گردد که جانب مقابل معیوب است و نسبت به عیب رضایت نشان بدهد، حق مطالبه تفریق وی ساقط می گردد؛

(۳) اینکه زوجه تفریق به سبب عیب را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید. زیرا، تفریق حق زوجه است و قاضی نمی تواند زوجه را بدون مطالبه وی طلاق بدهد؛ و

(۴) اینکه خود زوجه نیز خالی از عیوبی مانند: قرن، رتق و غیره که مانع وطی می گردد باشد. پس، در صورتی که زوجه نیز واجد این عیوب باشد، نمی تواند مطالبه تفریق نماید. زیرا، مانع وطی صرف محدود به شوهر نیست و مربوط به زوجه نیز می گردد.<sup>۷۰۱</sup> شرط چهارم در ق. م پیش بینی نشده است.

700. <https://www.vajehyab.com> (last visit: 8/31/2016).

۷۰۱. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۰۵۴ و ۷۰۵۵؛ \_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۷۳.

ج) اثر تفریق به سبب عیب

طبق ماده ۱۸۰ ق. م: «تفریق به سبب عیب، طلاق باین است.» طبق نص این ماده تفریق به سبب عیب طلاق باین است. به حیث مثال، اگر حمیده به دلیل عیب یا مرض احمد از محکمه ذیصلاح تفریق بگیرد، این تفریق، طلاق باین تلقی می گردد.

دلیل این که این تفریق طلاق باین تلقی می گردد رفع ضرر از زوجه است. زیرا، هنگامی که زوج بتواند قبل از انقضای عدت به زوجه رجوع نماید، ضرر نیز اعاده می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر تفریق به سبب ضرر است. طبق ماده ۱۸۱ ق. م: «تفریق به سبب عیب موجب حرمت ابدی نگردیده، زوجین می توانند بعد از تفریق دوباره باهم ازدواج نمایند، خواه در عدت باشد یا بعد از آن.» نص این ماده مرتبط به ماده ۱۸۰ ق. م است. بنابراین، نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط است.

طبق نص ماده ۱۸۰ ق. م تفریق به سبب عیب، طلاق باین است و طبق ماده ۱۸۱ ق. م زوجین می توانند بعد از تفریق دوباره باهم ازدواج نمایند، خواه در عدت باشد یا بعد از آن. به حیث مثال، اگر محکمه ذیصلاح حمیده را به دلیل عقامت شوهرش احمد طلاق بدهد، این طلاق، طلاق باین است. طلاق باین چنانچه بحث آن گذشت، موجب حرمت ابدی میان زن و شوهری که از همدیگر طلاق گرفته اند نمی گردد.

بنابراین، در مثال بالا، احمد می تواند مجدداً با حمیده در جریان عدت یا پس از آن ازدواج نماید، اما به شرط این که نخست این که احمد صحت یابد گردد. این شرط در ق. م پیش بینی نشده است اما بدیهی و مسلم است. دوم این که حمیده راضی باشد. سوم این که احمد به حمیده مهر جدید پرداخت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر تفریق به سبب عیب است. در خصوص تفریق به عقامت متحدالمال ستره محکمه نیز وجود دارد که ذیلاً نقل می گردد:

متحدالمال شماره (۸۲۶-۹۰۳) مورخ ۲۴/۴/۱۳۹۴ دارالانشاء شورای عالی  
ریاست محکمه استیناف ولایت بدخشان ذریعه نامه شماره (۷۸۴۹/۷۸۶/۶) مؤرخ ۱۳۹۳/۱۱/۱۶  
خویش مطالب ذیل را استهدا نموده اند:  
«۱- دوسیه حقوقی یکنن از اصحاب دعوی راجع به عیب عقامت به محکمه شهری واصل و خواهان  
تفریق نکاح شده است. از آنجائی که به مواد (۱۷۶/۱۷۹) قانون مدنی مراجعه گردید، قانون مدنی از  
تفریق به سبب مرض و عیب بحث نموده اما موارد آن را مشخص نکرده است. حسب هدایت ماده ۱۳۰

قانون اساسی حینی که به فقه حنفی مراجعه شد، نظر امام ابوحنیفه و ابو یوسف بر این است که تفریق به استثنای جب عنین و خصی بودن زوج در دیگر عیوب صورت نمی گیرد، اما فقهای غیر احناف و بعضی از حقوق دانان معاصر عیب عقامت را سبب تفریق می دانند. در چنین موارد اختلاف آراء قضایی وجود داشته جهت دریافت نظریه های صائب و درست طالب هدایت و رهنمایی می باشیم.

عقامت زوج عیب است یا خیر؟ در قانون مدنی عقامت زوج را عیب نگفته است و طبق هدایت مواد قانون اساسی کشور به فقه احناف مراجعه صورت گرفته است در فقه احناف عقامت زوج را اسباب تفریق نخوانده و فقهاء غیر احناف و حقوق دانان معاصر عقامت زوج را ضرر و اسباب تفریق گفته اند. این استهدائیه در جلسه هیأت رهبری دیوان های استیناف تحت غور همه جانبه قرار داده شد. در این جلسه تصویب گردید که این دعوی پیش آمده یک معضله عمومی و قانونی بوده است. هیأت رهبری دیوان های ریاست محکمه استیناف ولایت با مطابقت به نظر هیأت قضائی دیوان مدنی و حقوق عامه ریاست محکمه ابتدائیه شهری ولایت بدخشان عقامت زوج را ضرر و اسباب تفریق می دانند.

با آن هم موضوع قابل استهداء می باشد. طبق هدایت فقره سوم ماده ششم طرز العمل استهداآت بعد از نظر هیأت رهبری دیوان های ریاست محکمه استیناف به مقام محترم عالی ستره محکمه تقدیم شد. در زمینه خلأ این معضله رهنمائی لازم و رهنمود قانونی بفرمایند.».

راجع به موارد فوق الذکر مدققین قضائی چنین ابراز نظر نمودند: ماده (۱۷۶) قانون مدنی در مورد تفریق به سبب عیب چنین صراحت دارد: «زوجه وقتی می تواند مطالبه تفریق نماید که زوج مبتلا به مرضی باشد که اعاده صحت وی غیر ممکن یا مدت طولانی برای معالجه او لازم باشد، به نحوی که معاشرت با زوج بدون ضرر کلی متعذر باشد».

در ماده فوق الذکر برای صحت دعوی تفریق به سبب عیب دو شرط در نظر گرفته شده است: زوج مبتلا به مرضی باشد که باعث ایجاد ضرر در معاشرت زوجیت گردد. مرض باید قابل علاج نباشد و یا حد اقل مدت طولانی (بیشتر از یکسال) برای علاج آن لازم باشد.

بنابراین، از این که عقامت زوج که در نتیجه با خصی بودن یکسان است در اهداف معاشرت زوجیت از جمله تولید نسل باعث ضرر می گردد. بنابراین، از جمله امراضی شمرده می شود که موجب صحت دعوی تفریق به سبب عیب پیشبینی گردیده است.

موضوع در جلسه مورخ ۱۳۹۴/۱/۱۱ شورای عالی ستره محکمه گزارش یافت. بالاتر طی مصوبه شماره (۶۰) چنین هدایت صادر گردید:

نظر ریاست محترم تدقیق و مطالعات تأیید شد به مرجع اش اخبار گردد. مراتب فوق طی نامه شماره (۹) مورخ ۱۳۹۴/۱/۲۵ به ریاست محکمه استیناف ولایت بدخشان اخبار و بدین وسیله طور

متحدالمال تعمیم شد تا ریاست های محاکم استیناف ولایات با رعایت آن اجراءات شان را عیار نموده موضوع را به محاکم مربوط خویش نیز اطلاع دهند. ۷۰۲

**د) عدم توارث زوجین از همدیگر بعد از تفریق به سبب عیب**

براساس ماده ۱۸۲ ق. م: «هرگاه یکی از زوجین که به سبب عیب بین آنها تفریق واقع شده، وفات نماید، طرف دیگر مستحق ارث از وی نمی گردد.» طبق نص این ماده هرگاه یکی از زوجین که به سبب عیب بین آنها تفریق واقع شده، وفات نماید، طرف دیگر مستحق ارث از وی نمی گردد. به حیث مثال، اگر محکمه ذیصلاح حمیده را به دلیل عقامت شوهرش احمد طلاق بدهد، این طلاق، طلاق باین است. در طلاق باین صغری تمام آثار عقد ازدواج بجز عدت از بین می رود. بنابراین، هرگاه حمیده پس از طلاق باین صغری شروع به گرفتن عدت نماید و در جریان عدت وفات نماید، احمد از حمیده ارث نمی برد. همچنین، اگر احمد در جریان عدت حمیده وفات نماید، حمیده از احمد ارث نمی برد.

همچنین، اگر احمد بعد از تکمیل عدت حمیده وفات نماید، حمیده از احمد ارث نمی برد زیرا با تکمیل عدت رابطه زوجیت احمد با حمیده به صورت کلی از بین می رود. همچنین، اگر حمیده بعد از تکمیل عدت خویش وفات نماید، احمد از حمیده ارث نمی برد. زیرا، رابطه زوجیت او به صورت کلی با حمیده قطع گردیده است. دلیل این قاعده این است که یکی از اسباب ارث زوجیت است و در صورت نفی رابطه زوجیت، سبب ارث منتفی می شود و زن و شوهری که میان آن تفریق واقع شده است از همدیگر ارث نمی برند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عدم توارث زوجین بعد از تفریق به سبب عیب است.

**تفریق به سبب معتاد بودن شامل کدام نوع تفریق است؟**

**پرسش 50:**

یکتعداد از خانم ها که شوهرانشان به اثر معتاد بودن به مواد مخدر (هیروئین، تریاک) و یا هم به علت های دیگر بیش از یک و نیم یا دو سال به منازل خود برنگشته اند و از حیات و ملمات آنها نیز طی مدت فوق الذکر اطلاعی در دست نیست در زمینه قوانین نافذه کشور مسکوت بوده و قانون



مدنی افغانستان در مورد غیابت، تکمیل شدن سه سال و یا اضافه تر از سه سال را پیشبینی نموده است. خانها از نهایت مجبورت و رفع مشکل، جهت تفریق به سبب ضرر به محکمه مراجعه می نمایند، محاکم در زمینه چگونه اجراءات نمایند؟

### توضیح:

این نوع تفریق از جمله تفریق به سبب عیب و مرض است. بنابراین، محاکم مطابق مواد مرتبط به تفریق به سبب عیب، اجراءات نمایند.<sup>۷۰۳</sup>

به موجب فقه عیب به فتح عین و سکون یاء مصدر از ریشه «عاب» گرفته شده است که به معنای نقص، ننگ و کاستی است که جمع آن عیوب و اعیاب است. در اصطلاح فقهی به صورت عام عیب عبارت از کاستی، پستی و نقیصه ای است که خَلْق یا صُنْع سلیم عادتاً از آن برخوردار نیست.<sup>۷۰۴</sup> طبق فقه عیوب از حیث منع دخول و عدم منع دخول بر دو نوع منقسم می شود:

۱) عیوب جنسی که مانع دخول می گردد: عیوب جنسی که مانع دخول می گردد عبارت اند از: «جَبَّ»، «عنن»، «خُصَاء» در مرد و «رَتَّقَ»، «قَرَنَ» در زن است. جَبَّ به فتح جیم در لغت به معنی بریدن، بر آوردن خصیه، قطع کردن و قطع ذکر است و در اصطلاح فقهی به قطع ذکر یا آلت رجولیت مرد جب گویند. شخصی که دارای این صفت است محبوب نامیده می شود.<sup>۷۰۵</sup> عنن مصدرِ عنّ است که در لغت به معنی ناتوانی جنسی است و در اصطلاح فقهی عنن عبارت از مرضی است که مرد دچار به آن، از انجام آمیزش جنسی با وجود سلامت عضو با زوجه اش ناتوان است.

به صورت مشخص تر: جمهور فقهاء عنن را عجز از وطی باوجود سلامت ذکر و مالکيه عنن را صغر ذکر به نحوی که شخص مصاب به آن نتواند زوجه اش را وطی نماید و شخصی را که به این مرض دچار است عنین و در عرف و عادات «ایزک» می نامند.<sup>۷۰۶</sup> خُصَاء از ریشه «خصی» گرفته

۷۰۳. \_\_\_\_\_ (۲۲- ۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۱۴۸ و ۱۴۹.

۷۰۴. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۸۱؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۱۴.

۷۰۵. مُحَمَّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرائی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۶۲؛ محمد جعفر جعفری لنگرودی (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۱۹۰؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۶۷.

۷۰۶. مُحَمَّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرائی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۶۲؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۶۷؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۹۸.

شده که در لغت به معنی خشکیدن و کشیدن یا کوفتن بیضه است و در اصطلاح فقهی به نظر جمهور فقهاء قطع و کشیدن خصیه ها را خصاء و مردی را که بیضه های او کشیده یا کوفته شده باشد در اصطلاح خصّی می نامند.<sup>۷۰۷</sup>

رَتَق (به فتح راء و تاء) از ریشه «رَتَق» گرفته شده است که در لغت به معنی انسداد فرج زن است با گوشت و استخوان و در اصطلاح فقهای عبارت از انسداد فرج زن است که به نحوی که مانع جماع گردد.<sup>۷۰۸</sup> قَرَن (به فتح قاف و سکون راء) در لغت به معنی استخوان است و در اصطلاح فقهی عبارت از استخوان یا غده در فرج زن است شبیه شاخ گوسفند که مانع مجامعت با زن می گردد.<sup>۷۰۹</sup>

۲) عیوبی که مانع دخول نمی گردد: نوع دوم عیوبی منفوره اند که مانع دخول نمی گردند، ولی زندگی را با شخصی که به آن مصاب است ناممکن نمی گرداند، مگر این که شخصی که با آن مبتلا نیست متضرر گردد.

این عیوب عبارت اند از: «جذام»،<sup>۷۱۰</sup> «برص»،<sup>۷۱۱</sup> «سل» و زهری. البته، برخی از این عیوب مختص به زن و بعضی مختص به مرد و بعضی هم مختص به هر دو می باشد: عیوبی که مختص به مرد اند عبارت از: جبّ، عنن، خصاء و اعتراض است.

اعتراض حالتی است که شخص مصاب به آن نمی تواند به سببی مانند: مرض و کبر سن زوجه اش را وطی نماید.<sup>۷۱۲</sup> اما، عیوبی که مختص به زن است عبارت اند از: قَرَن، رَتَق، «عَقَل»<sup>۷۱۳</sup> یا

۷۰۷. مُحمّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سراپی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۶۱؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۶۷؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۰۸.

۷۰۸. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیه، ص ۷۰۴۶؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۶۷؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۹۸؛ مُحمّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سراپی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۶۴.

۷۰۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۲۹؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۶۷.

۷۱۰. جذام نوع مرض است که در دری به آن خوره می گویند. این مرض ابتداء موجب سرخ شدن عضو مبتلاء به آن و سپس سیاه و سپس تبدیل به زخم و جراحت می گردد. این مرض در افریقا و بعضی نقاط اروپا و امریکا شیوع دارد \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۶۸؛ و حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۴۹۷.

۷۱۱. برص به معنی پیسی و پیس و لکه های سفید که در روی پوست بدن پیدا می شود است و در اصلاح مرضی است که در اثر آن پوست تقاطی از بدن دارای لکه های سفید همراه با سوزش و خارش می شود \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۶۸.

۷۱۲. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیه، ص ۷۰۴۶. ۷۱۳. عَقَل گوشت زایدی است در فرج که ترشح دارد و مانع لذت برقراری رابطه جنسی میان زوجین می گردد (وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیه، ص ۷۰۴۶؛ مُحمّد جواد مغنیه

غده که مانع لذت برقراری رابطه جنسی میان زوجین می گردد و «إفشاء»<sup>۷۱۴</sup> یا یکی بودن مجرای بول و حیض در زن می باشد. برخی از این عیوب نیز هم به مرد و هم به زن اختصاص دارند که عبارت اند از: جنون، برص و خنثی مشکل بودن یکی از زوجین می باشند.<sup>۷۱۵</sup> به صورت عُموم نظریات فقها در باره جواز و عدم جواز مطالبه تفریق به سبب عیب به دو دسته تقسیم گردیده است:

(۱) **نظر فقهای ظاهریه:** فقهای ظاهریه در باره جایز و عدم جایز بودن تفریق به سبب عیب بر این نظر اند که: تفریق به سبب عیب ولو بنا بر هر عیبی باشد به سبب عدم موجودیت نصّ و دلیل در قرآن، سنّت، قیاس و عقل جواز ندارد.

(۲) **نظر بقیه فقهاء:** بجزاز فقهای ظاهریه بقیه بسیاری از فقهاء بر این نظر اند که: تفریق به سبب عیب جواز دارد.

پرسش این است که مطالبه تفریق براساس عیب حق زوجه تلقی می گردد و یا زوج؟ در پاسخ به این پرسش در فقه نظریات متفاوت وجود دارد: احناف بر این نظر اند که حق مطالبه تفریق به سبب عیب صرف حقّ زوجه پنداشته می شود نه حقّ زوج، زیرا زوج می تواند ضرر را در صورت موجودیت، از طریق طلاق دفع نماید، ولی زوجه از آنجایی که حقّ طلاق را ندارد نمی تواند ضرر را به وسیله طلاق از خود دفع نماید. ولی، جمهور فقهاء بر این نظر اند که: هر یک از زوجین می توانند به سبب عیب جانب مقابل مطالبه تفریق نمایند.<sup>۷۱۶</sup>

پرسش این است که به موجب کدام عیوب زن می تواند مطالبه تفریق براساس عیب نماید؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که به موجب فقه و عیوب مشخصی وجود دارد که به موجب آنها زن می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق نماید. همچنین، طبق ق. م در باره عیوب شرایط معین وجود دارد. در باره عیوبی که به موجب آنها زن می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق نماید فقهای مذاهب چهار گانه و فقهای امامیه به اتفاق آراء بر این نظر اند که: در صورت مجبوب و عنین بودن زوج، زوجه می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق نماید.

(۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرایی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۶۵).

۷۱۴. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۰۴۶؛ مُحمّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مس جد سرایی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۶۵).

۷۱۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۰۴۵ و ۷۰۴۶.

۷۱۶. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۹)، ص ۷۰۴۸؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۶۷؛

بر عکس، در مورد سایر عیوب اختلاف نموده اند: امام ابوحنیفه رحمته و امام ابویوسف رحمته بر این نظر اند که: فسخ ازدواج به سبب عیب جواز ندارد، مگر این که مرد به عیوبی تناسلی مانند: مقطوع بودن آلت تناسلی یا جب، عنن و خُصاء مبتلا باشد، زیرا این امراض به صورت قطع غیر قابل تداوی اند. بنابراین، در صورت موجودیت این نوع عیوب تضرر زوجه به صورت دائمی متصور است و هدف اصلی ازدواج که عبارت از تولد و تناسل و اعفاف زوجین از معاصی است متحقق نمی گردد. پس، در صورت مصاب بودن زوج به یکی از امراض چاره ای جز تفریق وجود ندارد.

ولی، مطالبه تفریق به موجب سایر عیوب مانند: جنون، جذام، برص، رتق و قرن که بعضی اختصاص به مرد و بعضی اختصاص به زن دارند جواز ندارد خواه زوج و خواه زوجه به یکی از این عیوب مصاب باشد. امام محمد رحمته می گوید: زوجه دارای خیار فسخ است در صورتی که زوج به یکی از این عیوب مصاب باشد. ولی، زوج فاقد خیار است در صورتی که زوجه به یکی از این عیوب مصاب باشد.

به نظر فقهای مالکیه عیوب موجب تفریق عبارت اند از: جب، خصاء، عنن و اعتراض در مرد و رتق، قرن، عفل، افضاء و بخر<sup>۷۱۷</sup> در زن، و جنون، جذام، برص، عذیبه<sup>۷۱۸</sup> و خشی مشکل بودن در مرد و زن. پس، عیوبی مانند: نابینایی، لنگ بودن و غیره از عیوب موجب تفریق نیستند. به نظر فقهای شافعیه عیوب موجب تفریق جب و عنن در مرد و رتق و قرن در زن و جنون، جذام و برص در زن و مرد است.

پس، عیوب موجب فسخ به نظر فقهای شافعیه هفت نوع است: جب، عنن، جنون، جذام، برص، رتق و قرن که دو اول (جب و عنن) مختص به مرد و دو اخیر (رتق و قرن) مختص به زن و سه وسطی (جنون، جذام و برص) مختص به زن و مرد است. در نتیجه، عیوبی مانند: بخر، استحاضه (استمرار نزول خون از زن بدون انقطاع)، نابینایی، لنگ بودن، خصاء، افضاء، عذیبه و غیره موجب تفریق نیست. به نظر فقهای حنابله عیوب موجب تفریق عبارت اند از: عنن و جب در مرد، قرن، عفل و فتق (اختلاط یا پارگی حجاب حایل میان مجرای بول و منی و یا فرج و دُبُر) در زن و جنون، برص و جذام در مرد و زن است. پس، عیوبی مانند: نابینایی، لنگ بودن، قطع دست ها و پا موجب تفریق نیست. زیرا، این عیوب مانع استمتاع جنسی زوجین نمی گردد.<sup>۷۱۹</sup>

۷۱۷. بخر به فتح و کسر خاء به معنای بوی تند، بوی بد دهن تفناک و گنده گردیدن دهان و فرج است (\_\_\_\_ (۱۴۰۴) ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ص ۷۰۵۰؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۳۲.

۷۱۸. عذیبه عبارت خارج شدن بول و یا غائط حین جماع است (\_\_\_\_ (۱۴۰۴) ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ص ۶۸؛ وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الإسلامي وادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۰۵۰)

۷۱۹. (\_\_\_\_ (۱۴۰۴) ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، صص ۶۷ و ۶۸؛ وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الإسلامي وادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۰۴۹-۷۰۴۸

فقهای حنفیه چهار شرط عمدۀ را برای ثبوت تفریق به سبب عیب شرط گذاشته اند:

(۱) جاهل بودن مُطالبه کننده تفریق از عیب در جانب مقابل حین انعقاد عقد و یا قبل از آن. پس، در صورتی که مطالب تفریق حین انعقاد عقد بدانند که جانب مقابل معیوب است و عقد ازدواج را منعقد نماید، مستحق مطالبه تفریق به سبب عیب شناخته نمی شود. زیرا رضایت او مبنی بر تعاقد علی الرّغم علم او به عیب جانب مقابل رضای وی نسبت به عیب تلقی می گردد؛

(۲) اینکه بعد از عقد با وصف اطلاع از عیب نسبت به آن رضایت نشان ندهد: در صورتی که مطالبه کننده تفریق جاهل به عیب باشد و بعد از انعقاد عقد واقف گردد که جانب مقابل معیوب است و نسبت به عیب رضایت نشان بدهد، حق مطالبه تفریق وی ساقط می گردد؛

(۳) اینکه زوجه تفریق به سبب عیب را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید. زیرا، تفریق حق زوجه است و قاضی نمی تواند زوجه را بدون مطالبه وی طلاق بدهد؛ و

(۴) اینکه خود زوجه نیز خالی از عیوبی مانند: قرن، رتق و غیره که مانع وطی می گردد باشد. پس، در صورتی که زوجه نیز واجد این عیوب باشد، نمی تواند مطالبه تفریق نماید. زیرا، مانع وطی صرف محدود به شوهر نیست و مربوط به زوجه نیز می گردد.<sup>۷۲۰</sup>

در صورتی که عیب بعد از انعقاد عقد ازدواج حادث گردد، باز فقهاء اختلاف نموده اند: احناف بر این نظر اند که: هرگاه زوج بعد از ازدواج مجنون یا عنین گردد و زوجه اش را ولو یکبار دخول نموده باشد، زوجه مستحق طلب فسخ به سبب سقوط حق وی توسط یکبار دخول قضاءً شناخته نمی شود.

در صورتی که زوج بعد از ازدواج مجبوب، یا عنین گردد و با زوجه اش ولو یک بار هم همبستر شده باشد، زوجه مستحق حق مطالبه تفریق به سبب سقوط حق برای یکبار قضاءً شناخته نمی شود، ولی بیشتر از یک بار دیناً شناخته می شود. ولی، در صورتی که بیشتر از یکبار زوجه را دخول نموده باشد، زوجه از نظر دینانی مستحق طلب تفریق شناخته می شود نه از نظر قضایی. فقهای مالکیه در طلب تفریق بعد از انعقاد عقد ازدواج میان عیب زوج و عیب زوجه تفکیک قایل شده اند. فقهای مالکیه می گویند: در صورتی که عیب در زوجه ایجاد گردد، زوج خیار فسخ و طلب تفریق به سبب این عیب ندارد. زیرا، این عیب نوع مصیبت است که بعد لزوم عقد بر معقود علیه وارد گردیده است که شبیه عیب حادثه بر مبیع است.

۷۰۵۱؛ و محمد محی الدین عبدالحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، صص ۳۱۲-۳۱۴.  
۷۲۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۰۵۴ و ۷۰۵۵؛ (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهیة، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، ص ۷۳.

اما، در صورتی که عیب در زوج ایجاد گردد، زوجه حق مطالبه تفریق را به سبب عدم صبر و ضرر دارد مشروط بر این که این عیب جنون، جذام و برص باشد. در صورت حدوث عیوب تناسلی مانند: جب، عنن و خصاء زوجه حق مطالبه تفریق ندارد. فقهای شافعیه و حنابله به صورت مطلق عیب حادث بعد از ازدواج را مانند عیب موجود قبل از ازدواج می دانند. زیرا، زوجه نمی تواند از این عیوب خلاصی پیدا نماید مگر به طلب تفریق قضایی. باوجوداین، فقهای شافعیه حدوث عنن بعد از دخول را استثنا قرار داده اند. بنابراین، زوجه نمی تواند از محکمه ذیصلاح به سبب استیفای حق خویش ولو یکبار مطالبه تفریق نماید.<sup>۷۲۱</sup>

فقهاء به اتفاق آراء بر این عقیده اند که: تفریق زوجین نیاز به حکم و ادعای صاحب مصلحت دارد. زیرا، تفریق در اثر عیب، امر مجتهد فیه و اختلافی میان فقهاء است. پس، محتاج حکم قاضی جهت رفع اختلاف است. پس، در صورتی که واضح و ثابت گردد که زوج مجبوب است، قاضی باید میان زوجین بدون تعویق به سبب عدم فایده در تأجیل حکم، حکم به تفریق زوجین صادر نماید. اما، در صورت عنین و خصی بودن زوج، قاضی باید زوج را یکسال از تأریخ ادعای زوجه به نظر حنفیه و حنابله به سبب احتمال قادر شدن زوج بر جماع در جریان سال مهلت دهد.

تأجیل یکسال از حضرت عمر، علی و ابن مسعود رضی الله عنهم روایت شده است. اما، این مدت به نظر فقهای شافعیه و مالکیه از زمان صدور حکم قاضی به سبب قضاوت حضرت عمر رضی الله عنه که آن را امام شافعی رضی الله عنه و بیهقی روایت کرده است، آغاز می گردد. هرگاه عیب غیر از جب، عنن و خصاء باشد، به نظر مالکیه در صورت غیر قابل تداوی بودن عیب، قاضی باید فی الحال تفریق را جاری نماید.

اما، در صورتی که عیب قابل علاج باشد، قاضی باید الی مدت یک سال صدور حکم تفریق را به تعویق بی اندازد در صورتی که عیوب از عیوب مشترک مرد و زن، مانند: جنون، جذام و برص باشد. در صورتی که عیوب خاص زنان باشد، قاضی باید حکم را بر حسب اقتضای علاج و تداوی زوجه از عیب به تعویق بی اندازد. هرگاه زوجه ادعای بهبود یافتن از عیب را نماید، این ادعای وی با یمین وی پذیرفته می شود.<sup>۷۲۲</sup>

پرسش این است که تفریق به سبب عیب طلاق است و یا فسخ؟ در باره پاسخ این پرسش در فقه دو نظریه وجود دارد: فقهای حنفیه و مالکیه می گویند: تفریق به سبب عیب طلاق باین است که موجب کاهش شمار طلاق می گردد. زیرا، فعل قاضی به نحوی مضاف به زوج می گردد که گویی

۷۲۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۰۵۴ و ۷۰۵۵.

۷۲۲. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۹)، صص ۷۰۵۲ و ۷۰۵۳.

زوج زوجه را طلاق داده باشد چرا که این تفریق بعد از ازدواج صحیح واقع می گردد و تفریق بعد از ازدواج صحیح به نظر فقهای مالکیه طلاق است نه فسخ.

علت اینکه این تفریق طلاق باین تلقی می گردد رفع ضرر از زوجه است. زیرا، هنگامی که زوج بتواند قبل از انقضای عدت به زوجه رجوع نماید، ضرر نیز اعاده می گردد. بر عکس، فقهای شافعیه و حنابله می گویند: تفریق به سبب عیب فسخ است نه طلاق و فسخ موجب کاهش شمار طلاق نمی گردد. پس، زوج می تواند با نکاح جدید، در حضور ولی و شاهد عادل و مهر جدید به زوجه مراجعه نماید. زیرا، تفریق به سبب عیب فرقت و جدایی از جانب زوجه است و فرقت و جدایی از جانب زوجه فسخ است نه طلاق.<sup>۷۲۳</sup>

باید افزود که چنین طلاق طبق نظر جمهور فقهاء بغیر از حنابله<sup>۷۲۴</sup> طلاق باین صغری تلقی می گردد. پس، چنین طلاق موجب حرمت ابدی نگردیده و زوجین می توانند در جریان عدت و یا بعد از آن باهم ازدواج نمایند.

#### گفتار دوم) تفریق به سبب ضرر

سبب دوم تفریق قضایی طبق ق. م ضرر است. فقهای حنفیه، شافعیه و حنابله بر این نظر اند که تفریق به سبب ضرر هر اندازه شدید باشد، جواز ندارد، زیرا دفع ضرر از زوجه از طرق دیگر نیز ممکن است، زیرا قاضی می تواند در صورت مراجعه زوجه به محکمه بخاطر مطالبه تفریق، زوج را از طریق تعزیر شرعی مجبور به ترک ضرر نماید. بر عکس، فقهای مالکیه بر این نظر اند که تفریق به سبب ضرر جهت رفع نزع و ضرر از زوجه جواز دارد.<sup>۷۲۵</sup> به نظر می رسد قانونگذار مدنی نظر فقهای مالکیه را اقتباس کرده است.

#### الف) تعریف ضرر

در خصوص شقاق و ضرر در ق. م تعریف وجود ندارد. به موجب فقه شقاق عبارت از نزاع بین زوجین است خواه سبب آن یکی از زوجین، هر دوی آنها و یا امر خارجی باشد.<sup>۷۲۶</sup> ضرر و سوء

۷۲۳. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۷۶؛ وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۰۵۵ و ۷۰۵۶؛ و محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، ص ۳۱۷.

۷۲۴. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۷۶. ۷۲۵. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص 7060؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص 1383؛ و محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، صص ۳۱۷ و ۱۸.

۷۲۶. ر. ک: \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۷۶.

آمیزش عبارت از آزار و اذیت زوجه به وسیله قول و فعل مانند: فحش و بد و بی راه گفتن، لت و کوب، اجبار بر انجام دادن کارهای خلاف قانون و قهر و دوری از وی بدون دلیل است.<sup>۷۲۷</sup>

(ب) شرط تفریق به سبب ضرر

طبق ماده ۱۸۳ ق. م: «هرگاه زوجه از معاشرت با زوج ضرری را ادعا کند که دوام معاشرت را در چنین حالت بین امثال زوجین غیر ممکن گرداند، می تواند از محکمه مطالبه تفریق نماید.» طبق نص این ماده برای این که زوجه بتواند از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق نماید شرط است که ضرر متوجه زوجه باشد. معیار این ضرر هم غیر ممکن بودن دوام معاشرت میان امثال زوجین است. معاشرت از ریشه «عشر» گرفته شده است که در لغت به معنی با همدیگر زندگی کردن، با یکدیگر دوستی و آمیزش داشتن است.<sup>۷۲۸</sup>

همچنین، معاشرت در لغت به معنی اختلاط و آمیزش، الفت، مصاحبت و همدمی است.<sup>۷۲۹</sup> در اصطلاح حقوق مدنی، به نظر می رسد معاشرت عبارت از زندگانی و آمیزش زن و شوهر با همدیگر است. ضرر در لغت به معنای زیان و تاوان است که جمع آن اضرار است. همچنین، ضرر به معنی خسارت و یا خساره است.<sup>۷۳۰</sup> در اصطلاح حقوقی و فقهی ضرر عبارت است از آزار و یا نقصان ناخوشایندی که در یکی از ضروریات پنجگانه جان، دین، عقل، آبرو و مال حاصل می شود که عامل آن (ضار/ ضرر رساننده) ممکن است خود شخص و یا غیر باشد.<sup>۷۳۱</sup>

ضرر به پنج نوع است که عبارت اند از: ضرر مالی، ضرر جانی، ضرر معنوی، ضرر عدم النفع (کسر عواید) و مختلط اند. به حیث مثال، اگر شوهر خانم را لت و کوب نماید، ضرر وارد بر زن ضرر جانی است. اگر شوهر با خانم بدرفتاری نماید و یا شوهر با زن دیگری روابط جنسی نامشروع داشته باشد، ضرر معنوی است. به نظر می رسد ضرر در ماده ۱۸۳ ق. م را طبق تفسیر عملی ماده ۱۸۳ ق. م تفسیر مضیق نمود و محدود به ضرر جانی و ضرر معنوی نمود.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که هر چند ضرر طبق ق. م یکی از اسباب تفریق قضایی است اما قانونگذار مدنی معیار بسیار کلی برای ضرر تعیین کرده است و زمینه را برای تفسیر وسیع ماده ۱۴۳ ق. م مساعد ساخته است تا با استفاده از آن هر نوع ضرری از زوجه دفع شود و زوجه مورد حمایت قرار بگیرد.

۷۲۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۰۶۰؛ و \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الأوقاف والشئون الاسلامیة، ص ۵۳.

۷۲۸. حسن عمید (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ص ۱۱۰۰. (آخرین بازدید ۸/۳۱/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 729.

۷۳۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۹۷.

۷۳۱. همان، مسعود انصاری و محمود علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۲۶۴.



اما، فقهاء بدون این که معیار معین نمایند، مصادیق ضرر را معین کرده اند و م دشنام دادن زوجه یا پدر زوجه، زدن زوجه بدون دلیل، قهر و ترک سخن بیش از سه روز، آمیزش در غیر مهبل (دهان فرج زن)، اجبار برای ارتکاب محرمات، مانند نوشیدن شراب، افطار روزه ماه رمضان و مانند آن، ارتکاب فحشا توسط زوج، نوشیدن شراب یا مصرف مواد مخدر و نظیر اینها را معین کرده اند.<sup>۷۳۲</sup> به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۸۳ ق. م به رسمیت شناختن ضرر به عنوان یکی از اسباب تفریق قضایی و تعیین معیارهای کلی برای تشخیص ضرر است. در خصوص نص این ماده رأی ستره محکمه نیز وجود دارد که در ذیل ذکر می گردد.

### سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۲۲):

طبق حکم ماده (۱۸۳) قانون مدنی زوجه حق مطالبه تفریق به ضرر را داشته در صورت ثبوت ادعا احکام ماده (۱۸۴) قانون مذکور تطبیق و در صورت عدم ثبوت و اصرار زوجه احکام ماده 185 الی 190 قانون مدنی بالترتیب رعایت و اصدار حکم می گردد و این رویه بعد از انفاذ قانون مدنی با این طرف در توحید رویه محاکم ثلاثه سابقه تأییدی دارد اما در این اواخر از طرف مقام بررسی فرجام خواهی نسبت ندادن حلف به زوج منکر اکثر فیصله های صادره در همچو موضوعات به نقض و بطلان مواجه می گردد آیا خطا در تطبیق قانون متوجه محاکم تحتانی بوده و یا به مقام فرجام رسی.

توضیح:

با ملاحظه مواد (۱۸۵ الی ۱۹۰) قانون مدنی در دعاوی تفریق به سبب ضرر که قانون مدنی به آن تصریح کرده منحصر به ادله اثبات حکم مندرج در ماده (۱۲۲) اصولنامه اداری و مواد (۹۸۳ الی ۱۰۳۲) قانون مدنی نیست بلکه قرائن مستنبط از دعوی متکی به حکم ماده (۱۸۸) و ماده ۱۰۳۴ قانون مدنی نیز سبب تفریق می گردد.

همچنان در متن مواد (۱۸۳ الی ۱۹۰) قانون مدنی در دعوی تفریق به ضرر اصول محاکمه نیز منعکس گردیده و شیوه آن طوری است که محکمه در حکم به تفریق اتکاء به قرائن مستنبط می نماید.<sup>۷۳۳</sup>

ج) جاری شدن تفریق توسط قاضی در صورت ادعا و ثبوت ضرر توسط زوجه

۷۳۲. حسین گلستانی (۱۳۹۶). اسباب تفریق از منظر فقه و قانون مدنی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات فرهنگ، صص ۱۰۶ و ۱۴-۱۵۵.  
۷۳۳. \_\_\_\_\_ (۲۲-۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۱۱.

براساس ماده ۱۸۴ فقره اول ق. م: «هرگاه ضرر مورد ادعا ثابت گردیده و اصلاح بین زوجین صورت گرفته نتواند، محکمه به تفریق حکم می نماید.» طبق نص این ماده برای این که قاضی حکم تفریق قضایی را میان زوجین صادر نماید باید دو شرط متحقق گردد:

۱) ضرر مورد ادعا ثابت گردد. نص این ماده مجمل است. زیرا، قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی نموده است که چه کسی باید ادعا را ثابت نماید. اما، با توجه به این که تفریق قضایی حق زوجه است و زوجه مدعی و شوهر مدعی است، بار اثبات ضرر بر عهده زوجه است. زیرا، در این خصوص قاعده فقهی حقوقی رایه وسایل اثبات بر عهده مدعی است وجود دارد.

به حیث مثال، اگر حمیده در محکمه ذیصلاح به دلیل ضرر اقامه دعوی نماید، باید ضرر را مطابق وسایل اثبات دعوی ثابت نماید. طبق ق. م و ق. ا. م. م وسایل اثبات دعوی عبارت اند از اسناد، شاهدان، اقرار، سوگند و قرینه. بنابراین، در مثال بالا، اگر حمیده به محکمه ذیصلاح مراجعه نماید و ادعا نماید که شوهرش او را لت و کوب کرده است یا شوهرش او را به فحاشی دستور می دهد، باید لت و کوب را توسط سند یا شاهد و اجرای فحاشی را توسط سند و شاهد اثبات نماید. در صورتی که شوهر اقرار نماید، لت و کوب و فحاشی ثابت می شود. در صورت عدم داشتن سند و شاهد، زوجه می تواند زوج را سوگند دهد. همچنین، لت و کوب و فحاشی می تواند توسط قراین ثابت گردد. تفصیل وسایل اثبات دعوی در جلد حقوق و جایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد.

۲- شرط دوم صدور حکم تفریق قضایی توسط قاضی این است که اصلاح بین زوجین صورت نگیرد. به حیث مثال، اگر حمیده به محکمه ذیصلاح مراجعه نماید و ادعا نماید که شوهرش او را لت و کوب کرده است یا شوهرش او را به فحاشی دستور می دهد، قاضی باید دو تن را به عنوان حکم تعیین نماید تا میان زوجین اصلاح نمایند. در صورتی حکمین نتوانند میان حمیده و شوهر اصلاح نمایند، قاضی باید حکم تفریق میان حمیده و شوهرش را صادر نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط صدور حکم تفریق به سبب ضرر است.

#### د) عدم اثبات ضرر توسط زوجه و تعیین حکمان توسط قاضی

طبق ماده ۱۸۵ ق. م: «هرگاه ضرر مورد ادعا ثابت نگردیده و زوجه با ادعای خود اصرار داشته باشد، محکمه دو شخص را به حیث حکم جهت اصلاح بین آنها تعیین می نماید.» طبق نص این ماده هرگاه ضرر مورد ادعا ثابت نگردیده و زوجه به ادعای خود اصرار داشته باشد، محکمه دو شخص را به حیث حکم جهت اصلاح بین آنها تعیین می نماید. به حیث مثال، اگر حمیده به محکمه ذیصلاح مراجعه نماید و ادعا نماید که شوهرش او را لت و کوب کرده است یا شوهرش او را به فحاشی دستور می دهد، اما نتواند ادعای خود را با اسناد، شاهدان، اقرار شوهر، سوگند و قرینه

ثابت نماید، اما اصرار بر تفریق نماید، محکمه دو شخص را به عنوان حکم تعیین می نماید. نص این ماده مرتبط به ماده ۱۸۴ فقره ۱ ق. م است. حکم در لغت به معنی داور است.<sup>۷۳۴</sup> در اصطلاح حقوق مدنی، در مفهوم محدود حکم شخصی است که برای حل مشکل و یا دعوی توسط قاضی تعیین می شود.

به حیث مثال، قاضی می تواند احمد یکی از اقارب حمیده و محمود یکی از اقارب شوهر حمیده را به عنوان حکمان تعیین نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عدم اثبات ادعا توسط زوجه و اصرار زوجه مبنی بر تفریق و صلاحیت تکلیفی قاضی است. همچنین، طبق ماده ۱۱۰ قانون اصول محاکمات مدنی: «هرگاه در دعوی تفریق به سبب ضرر، ضرر مورد ادعا مؤجه نباشد و نزد محکمه خوف شقاق و اختلاف بین زوجین متصور گردد محکمه دو نفر شخص عادل یکی از اقارب زوج و دیگری از اقارب زوجه را جهت اصلاح آنها به حیث حکم تعیین می نماید.» طبق نص این دو ماده در صورتی که زوجه نتواند ادعای خود را به اثبات برساند، و یا زوج صدق ادعای وی را تکذیب نماید و زوجه نیز دعوی خود را تکرار و مطالبه تفریق نماید، قاضی باید دو نفر حکم یکی از خانواده زن و دیگری از خانواده مرد را برای ایجاد آشتی و یا تفریق در بدل عوض و یا بدون آن، تعیین نماید. در خصوص ماده ۱۸۵ ق. م رأی ستره محکمه نیز وجود دارد که ذیلاً نقل می گردد:

#### سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۲۳):

در ماده (۱۸۵ و ۱۸۸) قانون مدنی عدم اثبات ضرر مورد ادعا بعد از طی محاکم ثلاثه قابل توضیح است.

توضیح:

برای فهم مطلب باید مواد (۱۸۴ و ۱۸۵) قانون مدنی یکجا مطالعه گردد. از این مطالعه دو مطلب ذیل درک می گردد:

۱ - متکی به حکم ماده (۱۸۴) قانون مدنی اگر چه ضرر مورد ادعا ثابت گردیده معهداً محکمه باید امکان اصلاح بین زوجین را مطالعه کند و در صورتیکه اصلاح ممکن نباشد حکم به تفریق نماید.

۲ - متکی به حکم ماده (۱۸۵) قانون مدنی ضرر مورد ادعا ثابت نگردیده ولی زن به ادعا خود اصرار دارد محکمه باید دو شخص را به حیث حکم تعیین نماید حکم تصمیم خود را به محکمه تقدیم کند

محکمه با در نظر داشت تصمیم حکم و درک و استنباطی که از قضیه منشأ اختلاف نموده حکم صادر نماید که با رعایت طرزالعمل فوق چون اجراءات مذکور تماماً به حضور محکمه اول صورت می گیرد موجب برای اصرار بعد از طی محاکم ثلاثه وجود نخواهد داشت.<sup>۷۳۵</sup>

#### ه) شروط و وظیفه حکمان

طبق ماده ۱۸۶ ق. م: «(۱) حکم باید شخص عادل بوده یکی از اقارب زوجه و دیگری از اقارب زوج باشند. اگر اقارب زوجین موجود نباشند، حکم از اشخاصی تعیین می گردد که از احوال زوجین معلومات کافی داشته و به اصلاح بین زوجین قادر باشند؛ و (۲) حکم باید در محکمه سوگند یاد نماید که وظیفه خود را به عدل و امانتداری ایفاء می نماید.» نص این ماده مرتبط به ماده ۱۸۵ ق. م است. زیرا، قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۸۵ ق. م قاضی را مکلف به تعیین حکمان نموده است و در نص ماده ۱۸۶ ق. م شرایط حکمان را تعیین نمود است. طبق نص این ماده حکمان باید عادل، یکی از خویشاوندان زن و دیگری از خویشاوندان مرد باشند. در حکمان باید شرایط ذیل متحقق گردد:

(۱) نخست این که تعداد حکمان دو تن باشند. زیرا، قانونگذار مدنی از یکی از اقارب زوجه و دیگری از اقارب زوج سخن می گوید. قانونگذار مدنی کلمه حکم را در نص این ماده به صورت مطلق ذکر کرده است. بنابراین، به نظر می رسد طبق نص این ماده حکمان می تواند زن یا مرد باشند. به حیث مثال، اگر حمیده علیه شوهرش احمد ادعای نماید که شوهرش او را به فحاشی و استعمال مواد مخدر دستور می دهد، اما نتواند ادعای خود را ثابت نماید، محکمه باید دو تن حکمان یکی از خویشاوندان حمیده و دیگری از خویشاوندان احمد را به عنوان حکمان تعیین نماید.

(۲) حکمان باید شخص عادل باشند. عادل در لغت به معنی دادگر و دادگستر است. در اصطلاح حقوقی عادل شخصی است که رفتارش توأم با عدل و داد است.<sup>۷۳۶</sup> به حیث مثال، اگر حمیده علیه شوهرش احمد ادعای نماید که شوهرش او را به فحاشی و استعمال مواد مخدر دستور می دهد، اما نتواند ادعای خود را ثابت نماید، محکمه باید دو تن حکمان یکی از خویشاوندان حمیده و دیگری از خویشاوندان احمد را عادل باشند به عنوان حکمان تعیین نماید.

(۳) اگر اقارب زوجین موجود نباشند، حکم از اشخاصی تعیین می گردد که از احوال زوجین معلومات کافی داشته و به اصلاح بین زوجین قادر باشند. اصلاح در لغت به معنی آشتی، صلح،

۷۳۵. \_\_\_\_\_ (۲۲-۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۱۱.  
736. www.vajehyab.com (last visit: 7/15/2018).

آشتی دادن و صلح کردن است.<sup>۷۳۷</sup> به نظر می‌رسد اصلاح در اصطلاح حقوقی از معنی لغوی آن گرفته شده است و عبارت از است از ایجاد آشتی و صلح میان زوجین است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، اقارب حمیده و احمد موجود نباشد یا موجود باشند اما حاضر به حکمیت نشوند یا عادل نباشند، حکمان می‌توانند اشخاصی باشند که اقارب احمد و حمیده نباشند، اما قادر به ایجاد اصلاح میان احمد و حمیده باشند.

۴) حکم باید در محکمه سوگند یاد نماید که وظیفه خود را به عدل و امانتداری ایفاء می‌نماید. سوگند به نام قسم و حلف نامیده می‌شود. دکتر سنهوری در تعریف سوگند می‌گوید: «سوگند قولی است که یادکننده سوگند به عنوان دلیلی بر صدق گفته خویش و یا منجز گردانیدن امری در آینده بر خویش، به نحوی که: اگر آن را بشکنند مستوجب عقوبت الهی می‌شود.» طبق این تعریف سوگند صرف یک عمل مدنی نیست، بلکه یک عمل دینی نیز است.<sup>۷۳۸</sup> سوگند بر دو قسم است: سوگند التزامی و قضایی. سوگند قضایی عبارت از سوگندی است که مدعی در محکمه با تشریفات معین، واقعیتی را که به سود او است تأیید می‌کند. سوگند التزامی عبارت از سوگندی است که در آن شخصی با رعایت شکلیات خاص، ملتزم می‌شود که وظیفه یا اقدام معینی را که از او خواسته شده به بهترین وجه ممکن انجام دهد. سوگند شاهد و حکم پیش از ادای وظیفه از این قبیل است.

همچنین، سوگندی را که نمایندگان مجلس، وزراء، رئیس جمهور، قضات و نظیر اینها به هنگام آغاز تصدی بیان می‌کنند از نمونه‌های همین سوگند است که برخی دانشمندان حقوق آن را سوگند غیر قضایی نیز یاد کرده‌اند.<sup>۷۳۹</sup> سوگند حکم از نوع دوم است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، جمشید و ویس از اقارب یا غیراقارب حمیده و احمد به عنوان حکم تعیین شوند باید در محکمه سوگند ادا نمایند که وظیفه خویش را با کمال امانت داری و عدل ایفا می‌نمایند. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرایط حکمان است.

طبق ماده ۱۸۷ ق. م: «اشخاصی که به حیث حکم تعیین می‌شوند، باید علل اختلاف و طُرُق اصلاح بین زوجین را تشخیص نموده و در تأمین اصلاح کوشش نمایند.» طبق نص این ماده حکمان دو وظیفه مهم دارند: نخست این که حکمان باید علل اختلاف میان زوجین را پیدا نمایند. به حیث مثال، اگر حمیده از شوهرش به دلیل ضرر در محکمه شکایت نماید و مطالب تفریق گردد، حکمان باید کوشش نمایند که علت‌های اختلاف میان احمد و حمیده چیست و چرا حمیده علیه

737. Ibid, (last visit: 4/29/2019).

۷۳۸. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۳)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص 514.  
۷۳۹. همان، عبدالرزاق احمد السنهوری، صص 514 و 515؛ ناصر کاتوزیان (1395). اثبات و دلیل اثبات، جلد (2)، تهران: نشر میزان، صص 184 و 185؛ سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۶)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، صص 227-229؛ و محمد جعفر، حعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۵)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه‌های 15127 و 15130.

احمد اقامه دعوی نموده است. دوم این که حکمان باید طریقه های اصلاح میان زوجین را پیدا نمایند و کوشش نمایند میان زوجین صلح و آشتی برقرار نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی وظایف حکمان است.

طبق ماده ۱۸۹ ق. م: «(۱) هرگاه در نظریات اشخاصی که به حیث حکم تعیین شده اند، اختلاف موجود گردد، از طرف محکمه مکلف به تجدید نظر می گردند؛ و (۲) در صورت دوام اختلاف محکمه اشخاص دیگری را مطابق حکم مندرج ماده (۱۸۶) این قانون به حیث حکم تعیین می نماید.» نص این ماده مستقل نیست بلکه مرتبط و ارجاعی است. زیرا، قانونگذار مدنی در صورت دوام اختلاف در نظریات حکمان، قاضی را مکلف نموده است تا دو تن حکم دیگر مطابق ماده ۱۸۶ ق. م تعیین نماید. از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

(۱) هرگاه در نظریات اشخاصی که به حیث حکم تعیین شده اند، اختلاف موجود گردد، از طرف محکمه مکلف به تجدید نظر می گردند. به حیث مثال، اگر حمیده از محکمه ذیصلاح به دلیل ضرر مطالبه تفریق نماید، اما نتواند با ارایه وسایل اثبات ضرر را ثابت نماید و اصرار بر تفریق نماید و محکمه جمشید و ویس را به عنوان حکم تعیین نماید، جمشید و ویس مکلف اند علل اختلاف میان احمد و حمیده را پیدا نمایند. در صورتی که در نظریات ویس و جمشید اختلاف پیدا شود، به حیث مثال، ویس بگوید حمیده علت اصلی اختلاف است و جمشید بگوید احمد علت اصلی اختلاف است، قاضی محکمه ذیصلاح مکلف است جمشید و ویس را مجبور به تجدید نظر در نظریات آنها نماید.

(۲) در صورت دوام اختلاف محکمه اشخاص دیگری را مطابق حکم مندرج ماده (۱۸۶) این قانون به حیث حکم تعیین می نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، ویس و جمشید به اختلاف نظر ادامه بدهند، محکمه می تواند قیوم و فاروق را مطابق نص ماده ۱۸۶ ق. م به عنوان حکم تعیین نماید. در این صورت، فاروق و قیوم باید عادل و از اقارب احمد و حمیده باشند. در صورت عدم موجودیت اقارب، حکمان می توانند غیر اقارب احمد و حمیده باشند. فاروق و قیوم باید در محکمه سوگند اداء نمایند که وظایف خویش را به عدل و امانتداری ایفاء می نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف حکمان و صلاحیت تکلیفی قاضی محکمه ذیصلاح است.

همچنین، طبق ماده ۱۸۸ ق. م: «(۱) هرگاه حکم به اصلاح بین زوجین موفق نشود و منشاء اختلاف زوج یا زوجین بوده و یا اصلاً معلوم نباشد، محکمه به تفریق بین آنها حکم می نماید.

(۲) در صورتی که زوجه منشأ اختلاف باشد، حکم به تفریق در بدل کل مهر و یا قسمتی از آن تصمیم می‌گیرد.». از نص این ماده دو حکم استنباط می‌گردد:

(۱) هرگاه حکم به اصلاح بین زوجین موفق نشود و منشاء اختلاف زوج یا زوجین بوده و یا اصلاً معلوم نباشد، محکمه به تفریق بین آنها حکم می‌نماید. به حیث مثال، اگر حمیده از محکمه ذیصلاح به دلیل ضرر مطالبه تفریق نماید، اما نتواند با ارایه وسایل اثبات ضرر را ثابت نماید و اصرار بر تفریق نماید و محکمه جمشید و ویس را به عنوان حکم تعیین نماید، جمشید و ویس مکلف اند علل اختلاف میان احمد و حمیده را پیدا نمایند. در صورتی جمشید و ویس به اصلاح یا سازش میان احمد و حمیده مؤفق نشوند یا نتوانند علت و منشاء اختلاف را پیدا نمایند یا اصلاً علت اختلاف را نتوانند پیدا نمایند، قاضی محکمه ذیصلاح به تفریق میان احمد و حمیده باید حکم نماید.

(۲) در صورتی که زوجه منشأ اختلاف باشد، حکم به تفریق در بدل کل مهر و یا قسمتی از آن تصمیم می‌گیرد. به حیث مثال، اگر حمیده از محکمه ذیصلاح به دلیل ضرر مطالبه تفریق نماید، اما نتواند با ارایه وسایل اثبات ضرر را ثابت نماید و اصرار بر تفریق نماید و محکمه جمشید و ویس را به عنوان حکم تعیین نماید، جمشید و ویس مکلف اند علل اختلاف میان احمد و حمیده را پیدا نمایند. اگر منیع و منشاء اختلاف حمیده باشد، حکمان می‌توانند حمیده را در بدل کل مهر یا قسمتی از مهر که احمد به حمیده پرداخته است طلاق دهد. این طلاق چون در برابر مال است خلع تلقی می‌گردد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف حکمان و صلاحیت تکلیفی قاضی محکمه ذیصلاح است.

همچنین، طبق ماده ۱۹۰ ق.م: «حکم تصامیم خود را به محکمه تقدیم و محکمه مطابق به آن حکم صادر می‌نماید.». طبق نص این ماده در صورتی که حکمان مطابق ماده ۱۸۸ ق.م تصمیم به تفریق در بدل کل یا قسمتی از مهر گرفتند، باید تصمیم خویش را به محکمه تقدیم نماید و محکمه مطابق آن حکم صادر نماید. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تکلیف حکمان و صلاحیت تکلیفی قاضی محکمه ذیصلاح است.

(و) نوع طلاقی که در اثر تفریق به سبب ضرر واقع می‌گردد

طبق ماده ۱۸۴ فقره دوم ق.م: «تفریق حکم یک طلاق باین را دارد.». طبق حکم این ماده تفریقی که توسط محکمه ذیصلاح صورت می‌پذیرد، حکم یک طلاق باین را دارد، زیرا دفع ضرر و سوء آمیزش از زوجه ممکن نیست، مگر این که طلاق باین باشد، زیرا در صورتی که طلاق رجعی باشد،

چنین طلاقى زوج را قادر بر رجعت بر زوجه در زمان عدت خواهد گردانید و بنابراین زمینه تضرر زوجه دوباره مساعد خواهد شد.

به حیث مثال، اگر حمیده از محکمه ذیصلاح به دلیل ضرر توسط احمد شوهرش مطالبه تفریق نماید و بتواند آن را با ارایه وسایل اثبات نماید یا نتواند ضرر را ثابت نماید و قاضی محکمه ذیصلاح دو تن را به عنوان حکم تعیین نماید و حکمان نتوانند میان احمد و حمیده آشتی و اصلاح نمایند و در نهایت محکمه ذیصلاح حکم تفریق حمیده را صادر نماید، این تفریق در حکم یک طلاق باین است.

بنابراین، طلاق باین دو نوع است: طلاق باین حقیقی که بحث و تفصیل آن گذشت و طلاق باین حکمی که یکی از مصادیق آن تفریق به سبب ضرر است. تعریف طلاق باین در فصل طلاق گذشت. در صورت تفریق، حمیده بر حسب وضعیت مکلف به رعایت عدت است. احمد نمی تواند در جریان عدت یا تکمیل عدت به حمیده رجعت نماید مگر این که حمیده راضی باشد و احمد مهر جدید به حمیده پرداخت نماید و نکاح مجدداً میان احمد و حمیده صورت بگیرد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بین اثر حکم تفریق به سبب ضرر است.

به موجب فقه در صورتی که زوجه راه نشوز و سوء معاشرت را اختیار نماید، شرع حق تأدیب زوجه را به شوهر داده است. اما، در صورتی که شوهر موجب ضرر رسانیدن زوجه شود و وی را لت کوب و با وی خشونت نماید، شرع<sup>۷۴۰</sup> و با پیروی از شرع حق مطالبه تفریق براساس ضرر را به زوجه داده است.

شقاق عبارت از نزاع بین زوجین است خواه سبب آن یکی از زوجین، هر دوی آنها و یا امر خارجی باشد.<sup>۷۴۱</sup> ضرر و سوء آمیزش عبارت از آزار و اذیت زوجه به وسیله قول و فعل مانند: فحش و بد و بی راه گفتن، لت و کوب، اجبار بر انجام دادن کارهای خلاف قانون و قهر و دوری از وی بدون دلیل است.<sup>۷۴۲</sup>

فقهاء بر این نظر اند که بر هر یک از زوجین واجب است که با همدیگر حسن معاشرت داشته باشند. هرگاه زوجه راه نشوز و سوء معاشرت را اختیار نماید، شوهر حق ولایت تأدیب وی را دارد و این حق را شرع به شوهر داده است. باوجوداین، براساس اجماع فقهاء جایز نیست شوهر زوجه اش را با خشونت و به شدت لت نماید و حقوق وی را که شرع آن را پیش بینی نموده است، از قبیل:

۷۴۰. ر. ک: محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، ص ۳۱۷.

۷۴۱. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ. ق.). الموسوعة الفقهیة، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، ص ۷۶.

۷۴۲. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۰۶۰؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ. ق.). الموسوعة الفقهیة، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، ص ۵۳.



نفقه، رعایت عدالت، حسن معاشرت و ... را رعایت ننماید. هرگاه شوهر چنین نماید، براساس اجماع فقهاء ظالم تلقی می گردد.<sup>۷۴۳</sup>

باوجوداین، اینکه در صورت ظلم شوهر بر زوجه، زوجه می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق نماید یا خیر؟ میان فقهاء اختلاف وجود دارد: فقهای حنفیه، شافعیه و حنبله بر این نظر اند که تفریق به سبب ضرر هر اندازه شدید باشد، جواز ندارد، زیرا دفع ضرر از زوجه از طریق دیگر نیز ممکن است، زیرا قاضی می تواند در صورت مراجعه زوجه به محکمه بخاطر مطالبه تفریق، زوج را از طریق تعزیر شرعی مجبور به ترک ضرر نماید. برعکس، فقهای مالکیه بر این نظر اند که تفریق به سبب ضرر جهت رفع نزاع و ضرر از زوجه جواز دارد،<sup>۷۴۴</sup> زیرا پیامبر ﷺ فرموده است:

«لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ.»<sup>۷۴۵</sup>

«ضرر رسانیدن به دیگران و مقابله ضرر با ضرر در اسلام جایز نیست.»

فقهای مالکیه بر این نظر اند که: هرگاه زوجه به محکمه ذیصلاح مراجعه و مطالبه تفریق نماید و بتواند ادعای خود را ثابت نماید و قاضی نتواند میان آنها مصالحه نماید، قاضی باید تفریق را میان زن و شوهر جاری نماید.<sup>۷۴۶</sup>

فقهای مالکیه بر این نظر اند که: در صورتی که زوجه نتواند ادعای خود را به اثبات برساند، و یا زوج صدق ادعای وی را تکذیب نماید و زوجه نیز دعوی خود را تکرار و مطالبه تفریق نماید، قاضی باید دو نفر حکم یکی از خانواده زن و دیگری از خانواده مرد را برای ایجاد آشتی و یا تفریق در بدل عوض و یا بدون آن، تعیین نماید، زیرا خداوند ﷻ در این مورد فرموده است:

﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ - [النساء: ۳۵]

«اگر نگران جدایی میان آنان بودید، حکمی از خانواده مرد و حکمی از خانواده زن برای تصمیم گیری در مورد آشتی و یا جدایی به نزد آنها بفرستید.»

در حکمان رعایت شرایط آتی ضروری است:

۱) اینکه حکمان دو مرد عادل، بالغ و عاقل و از احوال زوجین آگاه باشند. پس، تحکیم طفل، مجنون و سفیه صحیح نیست؛

۷۴۳. محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، ص ۳۱۷.

۷۴۴. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۰۶؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۳۸۳؛ و محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، صص ۳۱۷ و ۱۸.

۷۴۵. رواه ابن ماجه و دار قطنی .

۷۴۶. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۰۶؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۳۸۳.

۲) مستحب است که یکی از حکمان از خویشاوندان زن و دیگری از خویشاوندان مرد باشند. در صورتی که زوجین خویشاوند نداشته باشند، قاضی می تواند اشخاص بیگانه را مشروط بر این که توانایی ایجاد آشتی را میان زوجین داشته باشند، حکم تعیین نماید؛

۳) اینکه حکمان مسلمان باشند. زیرا، تعیین نمودن غیر مسلمان به عنوان حکم مسلمان نوع سلطه غیر مسلمان بر مسلمان است که شرع آن را نهی نموده است. خداوند ﷻ در این مورد فرموده است:

﴿ وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ - [ النساء / ۱۴۱ ]

«خداوند هرگز بر [زبان] مؤمنان برای کافران راه [تسلطی] قرار نداده است.».

۴) اینکه حکمان احکام تحکیم را بفهمند.<sup>۷۴۷</sup>

در باره وظیفه حکمان در فقه نظریات متفاوت وجود دارد:

۱) **نظر فقهای حنفیه:** فقهای حنفیه بر این نظر اند که: وظیفه حکمان صرف اصلاح است. پس، حکمین باید زوجین را اصلاح نمایند. اگر نتوانستند آنها را اصلاح نمایند، باید آنها را به حال شان رها نمایند تا خود آنها بر نزاع خویش از طریق مصالحه، صبر، طلاق و خلع غالب شوند. پس، حکمان نمی توانند تفریق را بین زوجین جاری نمایند، مگر اینکه زوجین این اختیار را به آنها تفویض نموده باشند. در این صورت، حکمین وکیل زوجین تلقی گردیده و می توانند به وکالت از آنها تفریق را میان آنها جاری نمایند.

۲) **نظر فقهای حنابله:** فقهای حنابله بر این نظر اند که: وظیفه حکمان رفع نزاع و صلح میان زوجین است. هرگاه حکمین موفق به اصلاح زوجین نشوند، نمی توانند تفریق را میان زوجین جاری نمایند.

۳) **نظر فقهای مالکیه:** فقهای مالکیه بر این نظر اند که: بر حکمین واجب است تا اول زوجین را اصلاح نمایند، در صورتی که از اصلاح زوجین عاجز شوند، ببینند که منشأ اختلاف زوج است یا زوجه یا هر دو. در صورتی که زوج منشأ اختلاف باشد، حکمین باید زوجه را بغیر عوض طلاق دهند. اما، اگر منشأ اختلاف زوج باشد، حکمین به تفریق در برابر عوض حکم نمایند. در صورتی که منشأ اختلاف اصلاً معلوم نباشد، در فقه مالکیه دو نظریه وجود دارد: طبق نظر اول حکمین باید زوجه را بغیر عوض طلاق بدهند و طبق نظر دوم که نظر اکثریت فقهای مالکیه است حکمین زوجه را در برابر عوض طلاق دهد و قاضی این طلاق را تأیید نماید.

۷۴۷. وهبة الزحيلي (\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۰۶۱؛  
 (۱۴۰۴ هـ. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، صص ۵۴ و ۵۵؛ و محمد  
 محي الدين عبد الحميد (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية في شريعة الاسلامية، لبنان: دارالعلوم العلمية للنشر، صص  
 ۳۱۸ و ۳۱۹.

۴) **نظرفتهای شافعیه:** فقهای شافعیه بر این نظر اند که: هرگاه اختلاف بین زوجین شدید شود، قاضی یک حکم از اهل زوجه و یک حکم از اهل زوج را تعیین نماید و براساس قول اظهر فقهای شافعیه حکمان وکلای زوجین هستند و در قولی نیز حکمان نماینده قاضی هستند. در صورتی که حکمان به مصلحت زوجین تشخیص دهند، می توانند تفریق را بین آنها جاری نماید. در صورتی که در نظر حکمین اختلاف وجود داشته باشد، قاضی باید دو حکم دیگر را تعیین نماید.<sup>۷۴۸</sup>

از آنچه گفته شد، می توان چنین نتیجه گرفت که: هرگاه زوجه ادعای تفریق به سبب ضرر و شقاق نماید و بتواند ادعای خود را ثابت نماید و امکان مصالحه میان زوجین ممکن نباشد، قاضی باید تفریق را میان آنها جاری نماید.

در صورتی که زوجه نتواند ضرر را ثابت نماید، و به تفریق اصرار داشته باشد، قاضی باید دو مرد عادل، واجد اهلیت، مسلمان، توانا بر حل اختلاف و فهیم بر احکام اصلاح یکی از اقارب زوج و دیگری از اقارب زوجه را به حیث حکمان تعیین نماید. حکمان بعد از سوگند و تعهد مبنی بر ایفای وظیفه حکمیت از روی صداقت، باید منشأ اختلاف را به صورت مفصل بررسی نموده، در صورت عدم معلوم بودن منشأ اختلاف نظر و در صورت منشأ اختلاف بودن زوجه، تصمیم خویش را به محکمه تقدیم نماید. در صورت اختلاف نظر در نظر حکمان، قاضی باید آنها را مکلف به تجدید نظر و در صورت دوام اختلاف، قاضی دو شخص واجد اهلیت حکمیت را به حیث حکمان تعیین نماید.

بعد از وصول تصمیم حکمین مبنی بر تفریق و یا نظر حکمین مبنی بر اصلاح و یا تفریق در صورت عدم معلوم بودن منشأ اختلاف، قاضی محکمه ذیصلاح مطابق نظر حکمین باید حکم خویش را مبنی بر دوام معاشرت و یا تفریق بین زوجین صادر نماید. براساس فقه تفریقی که توسط محکمه ذیصلاح صورت می پذیرد، حکم طلاق باین را دارد، زیرا دفع ضرر و سوء آمیزش از زوجه ممکن نیست، مگر این که طلاق باین باشد، زیرا در صورتی که طلاق رجعی باشد، چنین طلاقى زوج را قادر بر رجعت بر زوجه در زمان عدت خواهد گردانید و بنابراین زمینه تضرر زوجه دوباره مساعد خواهد شد.<sup>۷۴۹</sup>

#### گفتار سوم) تفریق به سبب عدم انفاق

۷۴۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۷۰۶۱-۷۰۳۶؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۵۸۳ و ۱۵۸۴؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ه. ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۵۴ و ۵۵؛ و محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، ص ۳۲۰.

۷۴۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۷۰۶۰؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۳۹۳.

چنانچه بحث آن در مبحث آثار عقد ازدواج گذشت، یکی از آثار مالی عقد ازدواج تهیه نفقه توسط زوج برای زوجه است. ضمانت اجرای این حق، تفریق قضایی به دلیل عدم فراهم نمودن نفقه است. بنابراین، سبب سوم تفریق طبق ق. م تفریق براساس عدم انفاق است. به نظر می رسد قانونگذار مدنی در تفریق به سبب عدم از نظر فقهای غیرحنفی پیروی نموده است که بحث آن خواهد آمد.

#### الف) شروط تفریق به سبب عدم انفاق

طبق ماده ۱۹۱ ق. م: «هرگاه زوج از ادای نفقه امتناع ورزد در حالی که ظاهراً مالک دارایی نبوده و عجز وی از ادای نفقه نیز ثابت شده نتواند، زوجه می تواند مطالبه تفریق نماید.» طبق نص این ماده در صورتی که زوج از ادای نفقه امتناع نماید، و در ظاهر دارای مال و دارایی نباشد و عجز وی نیز ثابت شده نتواند، زوجه می تواند مطالبه تفریق نماید. امتناع در لغت پرهیز، اجتناب، خودداری، استتکاف، ابا، سرباز زدن و سرپیچی است. در اصطلاح حقوق مدنی، امتناع عبارت است از عدم اجرای حق و یا تکلیف (تعهد).<sup>۷۵۰</sup> عجز در لغت به معنی ناتوانی است.<sup>۷۵۱</sup> در اصطلاح حقوق مدنی، عجز عبارت است از عدم توانایی انجام تعهد مانند عجز در تهیه نفقه برای زوجه است.

مفهوم مخالف نص ماده ۱۹۱ ق. م این است که در صورتی که زوج دارای مال باشد و یا عجز وی در تهیه نفقه ثابت گردد، زوجه نمی تواند مطالبه تفریق قضایی نماید، زیرا در صورت داشتن مال و دارایی به نظر می رسد که قاضی محکمه ذیصلاح می تواند مال و دارایی شوهر نفقه زوجه اش را تأمین نماید. همچنین، در صورتی که عجز شوهر در تهیه نفقه ثابت گردد، تفریق جواز ندارد. بنابراین، در صورتی که زوج عجز خود را ثابت نماید، محکمه ذیصلاح مدت مناسبی که از سه ماه تجاوز نکند به او مهلت می دهد. ماده ۱۹۲ ق. م در این باره تصریح می نماید که: «هرگاه زوج عجز خود را از ادای نفقه ثابت نماید، محکمه مدتی مناسبی را که از سه ماه تجاوز نکند، به او مهلت می دهد و در صورتی که بازهم به ادای نفقه قادر نشود، محکمه به تفریق بین زوجین حکم می نماید.» مهلت در لغت به معنی زمان، مدت، فرصت، اجل و زمان دهی است. در اصطلاح حقوق مدنی، مهلت مدت زمانی معین است که برای انجام تعهد در اختیار شخص به موجب قانون و یا توافق قرار می گیرد.<sup>۷۵۲</sup>

به حیث مثال، اگر حمیده زوجه احمد باشد و احمد نفقه حمیده را تأمین نکند و حمیده علیه احمد در محکمه ذیصلاح اقامه دعوی و تفریق به دلیل عدم انفاق نماید، قاضی نباید حمیده را

۷۵۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۴۵.

۷۵۱. همان، مسعود انصاری و محمود علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۳۵۷.

۷۵۲. همان، مسعود انصاری و محمود علی طاهری، جلد (۳)، ص ۲۰۱۵.

طلاق دهد مگر این که احمد از تأمین نفقه حمیده خودداری نماید. بنابراین، شرط اول صدور حکم تفریق امتناع احمد از تأمین نفقه حمیده است. شرط دوم این که است که احمد دارای مال نباشد. زیرا، در صورتی که و مال نداشته باشد. در صورتی که احمد مال داشته باشد، قاضی می تواند نفقه حمیده را از مال احمد تأمین نماید. شرط سوم این که احمد عجز خویش را در تأمین نفقه ثابت نماید. بنابراین، اگر احمد عجز یا ناتوانی خویش را ثابت نماید، قاضی نباید حمیده را طلاق دهد. به حیث مثال، اگر احمد ثابت نماید که سر فلکه (سرچوک) برای چندین روز رفته اما کار پیدا نکردم و برای اثبات عدم پیدا کردن کار دو شاهد بیاورد، قاضی باید او را سه ماه مهلت بدهد. در صورتی که بعد از سه ماه نتواند نفقه حمیده را تأمین نماید، قاضی می تواند حمیده را طلاق بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز تفریق به سبب عدم انفاق، مورد حمایت قرار دادن زوجه و پیش بینی شرایط تفریق به سبب عدم انفاق است. در خصوص نص این ماده رأی ستره محکمه نیز وجود دارد که در ذیل نقل می گردد:

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۲۴):

در صورت امتناع زوج از نفقه اگر طبق هدایت ماده (۱۹۱) قانون مدنی حکم به تفریق شود، اوضاع، احوال اقتصادی مردم سازگاری ندارد.

توضیح:

متکی به حکم ماده (۱۹۱) قانون مدنی عدم قدرت به انفاق از موجبات تفریق است. امتناع در وقت قدرت طبعاً موجب تفریق بوده می تواند. در صورت عدم قدرت به نفاق البته محکمه تدابیر لازم را در مدتی که قانون مهلت را قبول کرده مدنظر گیرد.<sup>۷۵۳</sup>

(ب) حکم تفریق به سبب عدم انفاق

طبق ماده ۱۹۳ ق. م: «تفریق بین زوجین که به سبب عدم ادای نفقه به حکم محکمه صورت بگیرد، در حکم طلاق رجعی بوده، زوج می تواند به زوجه اش در خلال عدت رجوع نماید مشروط بر این که زوج توان مالی و آمادگی خود را به ادای نفقه ثابت نماید.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱) تفریق بین زوجین که به سبب عدم ادای نفقه به حکم محکمه صورت بگیرد، در حکم طلاق رجعی است. طلاق رجعی دو نوع است: طلاق رجعی حقیقی که بحث آن در فصل طلاق گذشت و طلاق رجعی حکمی که توسط قانونگذار به رسمیت شناخته شده است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، محکمه حمیده را طلاق بدهد، این طلاق در حکم طلاق رجعی است.

۲) زوج می تواند در مدت عدت به زوجه اش مشروط بر این که قدرت و توانایی مالی وی برانفاق ثابت گردد، مراجعت نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، قاضی محکمه ذیصلاح حمیده را طلاق بدهد و حمیده شروع به گرفتن عدت نماید، احمد می تواند در جریان عدت به حمیده رجعت نماید به شرط این که توان مالی و آمدگی خود را به ادای نفقه را با ارایه وسایل اثبات مانند سند، شاهدان و نظیر اینها ثابت نماید. در صورت عدم اثبات توان مالی و تکمیل عدت طلاق رجعی به طلاق باین تبدیل می شود و احمد در صورت طلاق باین صغری نمی تواند به حمیده رجوع نماید مگر این که حمیده راضی باشد، نکاح جدید صورت بگیرد و احمد مهر جدید به حمیده بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر تفریق به سبب عدم انفاق است.

به موجب فقه فقهاء اتفاق نظر دارند که در صورتی که عقد ازدواج صحیح باشد، تأمین نفقه زوجه بر زوج واجب است، مگر در صورت عدم تمکین زوجه از زوج. پس، در صورتی که زوج از تأمین نفقه زوجه در اثر نشوز زوجه امتناع ورزد، به تأمین آن اجبار نمی گردد. اما، در صورتی که زوج بدون عذر از تأمین نفقه زوجه امتناع ورزد، اینکه زوجه می تواند مطالبه تفریق نماید یا خیر در فقه دو نظریه متفاوت وجود دارد: نظر فقهای حنفیه و نظر فقهای غیر حنفیه:

۱) نظر فقهای حنفیه: فقهای حنفیه بر این نظر اند که تفریق به سبب عدم انفاق بنا بر دلایل ذیل جواز ندارد:

۱- زوج یا معسر (فقیر) است و یا موسر (متمول). بنابراین، در صورتی که زوج معسر باشد به سبب عدم انفاق مرتکب ظلم و ستمی نگردیده است و در صورتی که شوهر ظالم نباشد، نباید بر وی به سبب ایقاع طلاق مرتکب ظلم شویم. خداوند عزوجل در این مورد می فرماید:

﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَ مَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ - (الطلاق: ۷)

«هرکسی که دارایی و ثروت دارد (برای اهل و خانواده اش، از آن خرج بنماید)، ولی کسی که زندگی بروی تنگ شده (و مال و درآمد کافی ندارد) از همان که خداوند عزوجل نصیب او نموده (در حد توان) مخارج زندگی خانواده اش را تأمین نماید.»

ولی، در صورتی که شوهر ثروتمند باشد و بر زوجه اش انفاق ننماید، گنهکار می گردد. با وجود این، جلوگیری از ستم و خلاف کاری او از طریق طلاق روا نیست، بلکه باید از راه های دیگری از قبیل گرفتن تعهد از وی جهت فراهم نمودن نفقه برای همسر و در صورت امتناع، حبس، فروش اموال وی جهت تأمین نفقه زوجه می توان متوسل شد؛

۲- در میان یاران و اصحاب پیامبر ﷺ بعضی معسر و بعضی موسر بوده اند و شنیده نشده که پیامبر ﷺ زنی را از شوهرش بخاطر عدم توانایی انفاق بر زوجه اش جدا نموده باشد؛

۳- زنان پیامبر ﷺ از او چیز های خواستند که توانایی فراهم نمودن آنها را نداشت و از آنها کناره گرفت و به این ترتیب آنها را تنبیه نمود. بنابراین، هرگاه مطالبه چیزی که شوهر توان فراهم نمودن آن را نداشته باشد موجب جدایی زوجین گردد، ستمی است غیر شایسته که نباید به آن توجه صورت پذیرد؛ و

۴- شخصی که دارای مال و دارایی (ملکیت) باشد، ولی از تأمین نفقه زوجه امتناع ورزد، این عمل او ظلم تلقی می گردد و راه حل آن فروش مال و یا حبس کردن او است تا حاضر به پرداخت نفقه گردد. بنابراین، تا وقتی که وسایل و ابزار های دیگر جهت رفع ظلم وجود داشته باشد، قاضی نباید به طلاق متوسل شود، زیرا چنانچه گفته شد، مبعوض ترین و منفور ترین حلال نزد خداوند ﷻ طلاق است.

۲) نظر غیر احناف: فقهای مالکیه، شافعیه و حنابله بر این نظر اند که: تفریق به سبب عدم انفاق جواز دارد، زیرا:

۱- شوهر مکلف است زوجه اش را طور شایسته و نیکو نگاه دارد، یا او را طور شایسته طلاق بدهد، زیرا خداوند ﷻ در این مورد فرموده است:

﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ - [البقره: ۲۲۵ - ۲۳۰]

«طلاق دادن دو بار است (و در آن برای آنها حق بازگشت محفوظ است، ولی پس از دو مرتبه طلاق، شوهر باید یکی از این دو کار را انجام بدهد) یا نگهداشتن (زن) به طور شایسته (و عادلانه) و یا جدایی از او به شیوه ای مطلوب (بدون آنکه بر او ستم وجود داشته باشد [...])».

بدون شک، خودداری شوهر از تأمین نفقه و مایحتاج زندگی زوجه، معاشرت پسنندیده نیست. خداوند ﷻ می فرماید:

﴿وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لَّتَعْتَدُوا﴾ - [البقره: ۲۳۱]

«زنان خود را جهت زیان رسانیدن به آنها نگاه ندارید و آنان را میازارید تا به آنان ظلم کنید و زنان از مهرشان بگذرند و طلاق بگیرند.».

همچنین پیامبر ﷺ فرموده است:

«لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ». ۷۵۴

«ضرر رسانیدن به دیگران و مقابله ضرر با ضرر در اسلام جایز نیست.»

۲- هرگاه به سبب عیبی در شوهر قاضی بتواند بین زن و شوهر تفریق را جاری نماید، بدیهی است که رنج و آزار ناشی از عدم انفاق واجبه بر زوجه بیشتر از رنج و آزار وجود عیب در شوهر است. پس، جاری نمودن تفریق بین زوجین به سبب عدم انفاق شایسته و اولی تراست؛

۳- حضرت عمر رضی الله عنه به امرای عساکر در باره مردانی که از نزد خانم های شان غایب بودند نوشت که: باید آنها گرفتار شوند تا بر زنان خود انفاق نمایند یا آنها را طلاق دهند. در صورتی که طلاق دهند، نفقه گذشته را نیز باید بدهند. ۷۵۵

طبق فقه تفریق بر سبب عدم انفاق منوط بر تحقق شرایط آتی است:

(۱) اینکه زوج ممتنع ظاهراً دارای مال نباشد. پس، در صورتی که زوج ممتنع ظاهراً دارای مال باشد، و زوجه بتواند از آن نفقه خود را تأمین نماید خواه زوج آگاه باشد، یا نباشد و خواه خود زوجه از آن نفقه خود را تأمین نماید و یا براساس حکم قاضی، زوجه نمی تواند به سبب وصول حق از طریق غیر از تفریق، مطالبه تفریق نماید؛

(۲) اینکه اعسار زوج مبنی بر تأمین نفقه زوجه ثابت گردد. زیرا، قبل از اثبات، قاضی مدت مناسبی که از سه بیشتر نباشد، برای زوج مهلت می دهد تا نفقه زوجه را تأمین نماید؛

(۳) اینکه زوج از تأمین نفقه حال بعد از حکم قاضی امتناع ورزد. پس، در صورتی که امتناع از نفقه گذشته باشد، زوجه به اتفاق آرای فقهاء نمی تواند مطالبه تفریق نماید. زیرا، نفقه گذشته مانند: سایر دیون، بر ذمه شوهر منحیث دین باقی می ماند. ۷۵۶

فقهای شافعیه و حنابله می گویند: تفریق به سبب عدم انفاق طلاق باین است. برعکس، فقهای مالکیه بر این نظر اند که: تفریق به سبب عدم انفاق رجعی است. پس، زوج می تواند در

۷۵۴. رواه ابن ماجه و دارقطنی .

۷۵۵. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۰۴۴ و ۷۰۴۵؛ سید سابق، فقه السنه، ترجمه محمود ابراهیمی، ج ۳، صص ۱۵۰۷۰-۱۵۸۰؛ وهبة زحيلي (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزيز سلیمی، تهران: نشر احسان، صص ۳۹۹ و ۴۰۰؛ و محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، صص ۳۰۷-۳۱۰ . ۷۵۶. \_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ. ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الأوقاف والشئون الاسلامیة، صص ۵۹-۶۱؛ و محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، صص ۳۱۰ و ۳۱۱.



مدت عدت به زوجه اش مشروط بر این که قدرت و توانایی مالی وی برانفاق ثابت گردد، مراجعت نماید. ۷۰۷

#### گفتار چهارم) تفریق به سبب غیبت شوهر

سبب چهارم تفریق قضایی طبق ق. م غیبت شوهر است.

#### الف) تعریف غایب

غیاب به معنای نبود، فقدان و ناپیدایی است. در اصطلاح فقهی وصفی است برای کسی یا چیزی که به چشم نیاید. ۷۰۸ غایب بر شخصی اطلاق می گردد که از محل سکونت خود ناپدید شده باشد، ولی حیات او معلوم باشد. اما، در صورتی که حیات او مجهول باشد چنین شخصی مفقود تلقی می گردد. ۷۰۹

#### ب) شروط مطالبه تفریق به اساس غیابت

طبق ماده ۱۹۴ ق. م: «هرگاه زوج مدت سه سال یا زیاده از آن بدون عذر معقول غایب گردد، در صورتی که زوجه از غیابت وی متضرر شود، می تواند از محکمه مطالبه تفریق نماید، گرچه زوج مالک دارایی بوده و زوجه از آن نفقه خود را تأمین کرده بتواند.» طبق نص این ماده تفریق قضایی یکی از اسباب تفریق است. اما، برای این که زوجه بتواند به دلیل غیبت زوج از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق نماید، باید شرایط ذیل متحقق گردد:

۱) اینکه شوهر مدت سه سال غایب باشد. به حیث مثال، اگر حمیده و احمده و زن و شوهر باشند و احمد به ایران یا پاکستان برود و برای مدت سه سال از اقامتگاه خود غایب باشد و حمیده بداند که احمد زنده است، حمیده می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق نماید. شرط مدت سه سال را به نظر می رسد که قانونگذار مدنی از فقه مالکی گرفته است. فقهای حنابله این مدت را بادر نظر داشت فیصله حضرت عمر رضی الله عنه شش ماه معین نموده اند. بر عکس، فقهای مالکیه این مدت را یک سال یا بیشتر و در قولی برای مدت سه سال معین نموده اند. ۷۶۰

۷۰۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۷۰۴۵؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۶۱؛ و محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية في شريعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، ص ۳۱۰. ۷۰۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۴۳.

۷۰۹. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۶۲. ۷۶۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۷۰۶۶ و ۷۰۶۷؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۲۲۶ و ۲۲۷؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۶۳ و ۶۴؛ و محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية في شريعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، صص ۳۲۲-۳۲۵.

تا آنجا که مؤلف تحقیق کرده است دلیل و مبنای علمی سه سال را در فقه مالکی را پیدا نکرده است. انتظار سه سال توسط زوجه در صورت غیبت زوج امروزه موجه به نظر نمی رسد. با توجه به این که در گذشته وسایل ارتباطات مانند موبایل، انترنت و نظیر اینها و وسایل حمل و نقل مانند هواپیما، ریل (قطار)، موتر و نظیر اینها بسیار محدود بوده است و مردم معمولاً با شتر، اسب، مرکب و نظیر اینها از یکجا به جای دیگر در کاروان ها با پای پیاده سفر می کردند، سه سال برای ابلاغ موضوع به شوهر غایب و آمدن شوهر غایب یا طلب زوجه در اقامتگاه زوج غایب موجه بود.

اما، امروزه این مدت باید مورد تجدید نظر قرار بگیرد. زیرا، امروزه به سادگی می توان با هواپیما در مدت حدود بیست ساعت به قاره امریکا، کانادا، استرالیا رفت و در مدت ده ساعت به قاره اروپا توسط هواپیما رفت. همچنین، امروزه می توان به سرعت و سادگی از طریق موبایل، تیلیفون، رسانه های اجتماعی مانند فیسبوک، وات اس اپ (Whatsapp)، وی چت (Wechat) و ایبر (Viber)، سکایپ (Skype)، منسجر (Messenger) و نظیر اینها که در حال حاضر به صورت بسیار سریع و شگفت آور در حال ظهور و توسعه اند با افراد در سراسر دنیا تماس بر قرار کرد. این وسایل هنوز در حال توسعه اند. بنابراین، نص ماده ۱۹۴ ق. م که ظاهراً مقتبس و متأثر از فقه مالکی است و در حدود یک هزار و چهار صد سال پیش ارایه شده است قابل بازنگری به نظر می رسد.

۲) اینکه غیبت شوهر بدون عذر معقول صورت گرفته باشد. عذر در لغت به معنی پوزش است که جمع آن اعدار است. در اصطلاح اصولی عذر عبارت است از دلیلی که مبنای پوزش مکلف در انجام تکلیف شود.<sup>۷۶۱</sup> معقول در لغت به معنی پسندیده عقل و آنچه با عقل درک و فهم شود است. به حیث مثال، اگر حمیده و زین و شوهر باشند و احمد به ایران یا پاکستان برود و برای مدت سه سال از اقامتگاه خود غایب باشد و حمیده بداند که احمد زنده است، حمیده می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق نماید. اما، برای این که حمیده بتواند مطالبه تفریق نماید شرط است که غیبت احمد بدون عذر معقول باشد. به حیث مثال، اگر احمد برای تجارت، تحصیل، کار و نظیر اینها به ایران و پاکستان رفته باشد، کار، تجارت و تحصیل از مصادیق عذر معقول به نظر می رسند. اما، در صورتی که احمد در ایران و پاکستان بدون هیچ عذری رفته باشد، حمیده می تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق نماید.

۳) اینکه زوجه از به سبب غیبت شوهر متضرر گردد. متضرر از ضرر گرفته شده است که در لغت به معنی شخصی است که ضرر متوجه او شده است. در اصطلاح حقوقی متضرر شخصی است که مورد ضرر واقع شده باشد. متضرر در نص این ماده مطلق است. ضرر، چنانچه تفصیل آن در جلد

۷۶۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۶۵.

حقوق و جایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد پنج نوع است: ضرر مالی، ضرر جانی، ضرر معنوی، ضرر عدم النفع و ضرر مختلط. قانونگذار مدنی در نص این ماده نوع ضرر را که به زوجه وارد می شود معین نکرده است که محل ایراد است.

همچنین، ضرر خود یکی از اسباب مستقل تفریق است. با توجه به این که قانونگذار مدنی در بخش اخیر این ماده می گوید «گرچه زوج مالک دارایی بوده و زوجه از آن نفقه خود را تأمین کرده بتواند» از نص این ماده ضرر معنوی قابل استنباط به نظر می رسد نه ضرر مالی و ضرر عدم النفع. ضرر مالی، ضرری است که بر مال متضرر واقع می گردد. ضرر عدم النفع از دست دادن پول که شخص قرار است آن را حاصل نماید. ضرر معنوی ضرری است که بر روح و حیثیت متضرر واقع می گردد. به نظر می رسد مبنای حق مطالبه تفریق توسط زوجه ضرر معنوی است. مصداق ضرر معنوی تنها ماندن زوجه، دور بودن زوجه از زوج، ترس، محروم شدن از حق تمتع جنسی و احتمال ارتکاب فعل حرام، از دست دادن حمایت شوهر و نظیر اینها است.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که برای تحقق غیابت سه شرط اول کافی است. بنابراین، اگر شوهر دارای مال و دارایی باشد و زوجه بتواند از آن نفقه اش را تأمین نماید، بازهم می تواند مطالبه تفریق نماید. به عبارت دیگر: داشتن مال و دارایی توسط شوهر که زوجه بتواند در صورت غیاب شوهر از آن نفقه را تأمین نماید، مانع مطالبه تفریق قضایی به دلیل غیاب شوهر نیست. زیرا، در تفریق به دلیل غیاب زوجه متحمل ضرر معنوی به سبب دوری از شوهر می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، احمد غایب باشد اما از خود پول نقد در بانک، مارکیت و خانه به جا گذاشته باشد و حمیده بتواند از پول نقد و کرایه خانه و مارکیت نفقه خود را تأمین نماید، می تواند به دلیل ضرر معنوی مطالبه تفریق نماید.

به نظر می رسد شرایط تفریق به سبب غیبت ترکیبی یا انضمامی است نه استقلالی. بنابراین، همه شرایط تفریق به سبب غیبت باید متحقق گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا شوهر حمیده برای سه سال غایب باشد، صرف غیابت زمینه تفریق را فراهم نمی کند بلکه علاوه بر غیابت باید غیابت بدون عذر باشد و ضرر متوجه زوجه شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جواز مشروعیت تفریق به سبب غیبت شوهر و پیش بینی و حصر شرایط تفریق به سبب غیبت است. در خصوص نص این ماده رأی ستره محکمه نیز وجود دارد که ذیلاً نقل می گردد:

استفاده از اخبار مخبرین در دعوی تفریق به سبب ضرر و غیابت

هرگاه در اثبات دعاوی تفریق به سبب ضرر و غیابت از اخبار مخبرین به حیث قرینه استفاده به عمل آید، شرعاً و قانوناً بهتر خواهد بود. چون لت و کوب و غیره اضرار از طرف زوج از انظار عامه مخفی بوده و محلی برای شهود نمی باشد. زیرا شهادت آن است که مشهود به دیده شود. بنابراین، در اثبات غیابت نباید از شهادت شاهد استفاده به عمل آید، چون مدت دقیق غیابت قابل درک و مشاهده نمی باشد. لذا، بهتر خواهد بود که در اثبات آن از اخبار مخبرین و اطلاع مطلعین استفاده صورت گیرد.

#### توضیح:

قبلاً متحد المال (1-46) مورخ 22/2/1361 بالاثر تصویب 124) مورخ 18/12/1360 شورای عالی ستره محکمه به عموم محاکم تعمیم گردیده که در زمینه ذیلاً صراحت دارد:

«در مورد، ماده (194) قانون مدنی مبنی بر ادعای ضرر زوجه علیه زوج غائب، اثبات ادعا ذریعۀ اخبار مخبرین هم با رعایت شرایط آن عندالقضا به حیث سبب حکم قبول گردیده، بنابراین، محاکم باید در اجراءات قضائی شان نکات ذیل را کاملاً رعایت نمایند:

- 1\_ مخبرین باید از محل سکونت زوجین باشند.
  - 2\_ لازم است مخبرین از اشخاص صالح قوم انتخاب گردند.
  - 3\_ تعداد مخبرین به نحوی باشد که اطمینان محاکم را راجع به صدق واقعه، ولو نسبی هم باشد فراهم سازد.
  - 4\_ اخبار مخبرین باید به صفت جزء محاکمه در محکمه حاکمه و به حضور خصوم صورت گیرد، و در صورتی که کسی از غایب دفاع می نماید، حتمی است تا مجال اعتراض علیه اخبار مخبرین برایش میسر باشد.»
- بنابراین، محاکم در قضایای تفریق به سبب غیابت و تفریق به سبب ضرر ناشی از سوء معاشرت، مراتب فوق را حسب احوال به حیث قرینه در نظر گرفته، طبق آن اجراءات نمایند.<sup>۷۶۲</sup>

۴) طبق ماده ۱۹۵ ق. م: «در صورت غیابت زوج، محکمه بعد از استماع مطالبۀ تفریق از جانب زوجه، موضوع را به زوج غایب کتباً اعلام نموده و مدتی را تعیین می نماید تا در خلال آن زوج مذکور به مسکن فامیل عودت نموده یا زوجه خود را به اقامتگاه خویش طلب نماید.» طبق نص این ماده در صورتی که زوجه از محکمه ذیصلاح مطالبۀ تفریق قضایی نماید، محکمه موضوع را به زوج غایب به صورت کتبی باید اعلام نماید و مدتی را تعیین نماید تا شوهر یا به اقامتگاه خویش بر گردد و یا زوجه را به اقامتگاه خویش طلب نماید. به حیث مثال، اگر حمیده و احمده و زن و شوهر

باشند و احمد به ایران یا پاکستان برود و برای مدت سه سال از اقامتگاه خود بدون عذر معقول غایب باشد و حمیده متضرر شود در محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق نماید، محکمه باید موضوع را به زوج غایب کتباً ابلاغ نماید. دلیل ابلاغ کتبی این است که زوج اولاً در غیابت زنده است و ثانیاً اقامتگاه معلوم دارد. در ابلاغ محکمه باید مدتی را تعیین نماید تا یا شوهر برگردد تا تفریق جلوگیری به عمل آید یا زوجه را به اقامتگاه خود طلب نماید تا ضرر معنوی از زوجه دفع گردد و به تبع آن از تفریق جلوگیری به عمل آید.

به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی شرط چهارم تفریق است. حکم ماده ۱۹۵ ق. م در ق. ا. م. نیز پیش بینی شده است که به دلیل تکرار محل ایراد به نظر می‌رسد. ماده ۱۱۵ قانون اصول محاکمات مدنی در این خصوص حکم می‌نماید: «در دعوی تفریق به سبب غیابت در صورتی که زوج مسکن معلوم و معین داشته باشد محکمه موضوع را به زوج غایب کتباً اعلام نموده مدتی را جهت عودت به مسکن زوجه و یا خواستن وی به اقامتگاه خودش برای زوج تعیین می‌نماید.» در صورتی که شوهر به اقامتگاه خویش برنگردد و زوجه را نزد خود طلب ننماید، تکلیف چیست؟

ق. م در این خصوص ساکت بوده است که بیانگر خلا در ق. م بوده است. اما، این خلا با انفاذ قانون اصول محاکمات مدنی مرفوع گردید. ماده ۱۱۶ قانون اصول محاکمات مدنی در این خصوص می‌گوید: «در صورتی که زوج غایب با وجود وصول اعلام محکمه و انقضای مدت معینه به غیابت خود ادامه دهد محکمه با تعیین وکیل برای غایب به موضوع رسیدگی می‌نماید.» طبق نص این ماده در صورتی که زوج غایب با وجود وصول اعلام محکمه و انقضای مدت معینه به غیابت خود ادامه دهد محکمه با تعیین وکیل برای غایب به موضوع رسیدگی می‌نماید. در عمل، به وکیل غایب وکیل مسخر می‌گویند. در خصوص تفصیل تعیین وکیل مسخر و شرایط وکیل مسخر ق. ا. م. م مسکوت است. در عمل، وکیل مسخر در اثر تقاضای رسمی محکمه ذیصلاح از میان خارنوالان مدنی خارنوالی تعیین می‌گردد.

دلیل این که خارنوال به عنوان وکیل مسخر زوج غایب تعیین می‌گردد روشن نیست. همچنین، به موجب ماده ۱۱۷ قانون اصول محاکمات مدنی: «هرگاه زوج غایب مسکن معلوم و معین نداشته باشد و یا وصول اعلام تحریری به زوج غایب ممکن نباشد موضوع با تعیین مدت احضار ذریعه رادیو اعلام می‌گردد مدت به این منظور از تأریخ اعلام کمتر از یک ماه بوده نمی‌تواند.» دلیل اعلام از طریق رادیو این است که ارزان ترین و مؤثرترین در دسترس ترین وسیله ارتباطات بصری در جریان سال های ۱۳۶۹ رادیو بوده است. به نظر می‌رسد امروزه محکمه می‌تواند از سایر وسایل

ارتباط جمعی و رسانه های اجتماعی مانند صفحه رسمی فیسبوک محکمه، صفحه رسمی توئیتر و نظیر اینها موضوع غیابت را اعلام نماید.

همچنین، به موجب ماده ۱۹۵ ق. م: «در صورتی که زوج غایب، با وجود اعلام محکمه، بدون عذر معقول به غیابت خود ادامه بدهد یا اصلاً وصول اعلام به زوج غیر ممکن باشد، در چنین احوال، محکمه به تفریق بین زوجین حکم می نماید.»

طبق نص این ماده در صورتی که زوج غایب، با وجود اعلام محکمه، بدون عذر معقول به غیابت خود ادامه بدهد یا اصلاً وصول اعلام به زوج غیر ممکن باشد، در چنین احوال، محکمه به تفریق بین زوجین حکم می نماید. به حیث مثال، اگر احمد شوهر حمیده غایب باشد و حمیده مطالبه تفریق نماید و محکمه از طریق کتبی موضوع را به شوهر اعلام نماید یا اصلاً اعلام موضوع به صورت کتبی به احمد ناممکن باشد و محکمه موضوع را از طریق رادیو اعلام نماید، اما احمد بدون عذر موجه به غیابت خود ادامه بدهد، محکمه مکلف است تفریق را میان احمد و حمیده جاری نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر عدم حضور زوج و صلاحیت تکلیفی محکمه است. در خصوص نص ماده ۱۹۵ ق. م رأی ستره محکمه نیز وجود دارد که ذیلاً نقل می گردد:

#### سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۲۵):

در ماده (۱۱۴) قانون مدنی راجع به مطالبه تفریق زوجه به علت غیابت شوهر معلوم نیست بعد از تقدیم صورت دعوی و اقامه شهود اثبات و تزکیه سری و علنی و اعلان محکمه طبق ماده (۱۹۵) حکم صادر نماید و یا یک سلسله تحقیقات مقدماتی از طرف محکمه و یا شعبات صورت بگیرد.

توضیح:

اثبات و تقدیم وسایل تبرئه به محکمه از وظیفه مدعیه تفریق است. و وسایل ثبوتیه منحصر به شاهد نبوده این موضوع بیشتر به اصول محاکمه ربط می گیرد چون در سیمینار سال ۱۳۵۰ رؤسای محاکم راجع به صدور احکام غیابی قواعدی وضع شده که در این موضوع قابلیت تطبیق دارد محکمه در حالتی که شوهر غائب مسکن معلوم و ثابت داشته باشد بر طبق حکم ماده ۱۹۵ قانون مدنی اجراءات و در صورت عدم حضور شوهر و یا عدم عودت آن بدون عذر معقول به محل اقامتش حکم تفریق صادر خواهد کرد.

و اگر شوهر غائب مسکن ثابت و معلوم نداشته باشد با استفاده از سیمینار رؤسای محاکم سال ۱۳۵۰ با تعیین وکیل مسخر رسیده گی قانونی نموده حکم خود را صادر خواهد کرد.<sup>۷۶۳</sup>

#### سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۲۷):

در صورتی که زوج غائب بوده وکیل مسخر از آن دفاع نماید متکی به احکام ماده (194 الی 197) قانون مدنی حاجت تعیین حکم نبوده چه در صورت نبودن زوج طریق حل دریافت دوام ازدواج با زوج غائب میسر نبوده اما نسبت عدم تعیین حکمین در قسمت زوج نیز فیصله به نقض مواجه می گردد. این موضوع قابل توضیح است.

توضیح:

در مواد (۱۹۴) الی (۱۹۷) قانون مدنی احکام به سبب تفریق به سبب غیاب زوج تنظیم گردیده است. هرگاه محاکم مبتنی بر احکام قانون مدنی حکم صادر نماید صرف استناد به عدم تعیین حکمین موجب نقض حکم شده نمی تواند.<sup>۷۶۴</sup>

#### سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۲۶):

در قسمت اشخاص غائب بیش از سه سال رویه محاکم ثلاثه در اصدار فیصله ها تطبیق احکام ماده (۱۹۴ - ۱۹۵) قانون مدنی بود ولی بعداً نسبت عدم رعایه مطالبه ادای شهادت دو نفر شاهدان مبنی بر غیابت زوج فیصله های محاکم تحتانی به نقض مواجه می گردد. در این مورد طالب توضیح می باشیم.

توضیح:

روش محاکم در رسیده گی به دعوی تفریق به سبب غیابت در مواد (۱۹۴ و 195) قانون مدنی کاملاً تنظیم گردیده و اثبات غیابت زوج منحصر با اسباب حکم در ماده (124) اصولنامه اداری محاکم نمی باشد بلکه متکی به ماده (۱۰۳۴) قانون مدنی در این نوع دعوی به قرائن که در قانون پیش بینی شده حکم نیز اتکا شده می تواند و هرگاه حکم محاکم به چنان قرائن مستنبط مبتنی باشد به محض اینکه شاهدان بر غیابت زوج اقامه نشده حکم قابل نقض شناخته نمی شود.<sup>۷۶۵</sup>

۷۶۳. همان، ( )، صص ۵۱۲ و ۵۱۳.

۷۶۴. همان، ( )، صص ۵۱۲ و ۵۱۳.

۷۶۵. همان، ( )، صص ۵۱۲ و ۵۱۳.

ج) حکم تفریق به سبب غیابت

طبق ماده ۱۹۷ ق. م: «(۱) تفریق به سبب غیبت در حکم طلاق رجعی می باشد؛ (۲) هرگاه زوج غایب حاضر گردد [...] می تواند قبل از تکمیل عدت به زوجه خود رجوع نماید.» طبق نص این ماده تفریق به سبب غیبت در حکم طلاق رجعی می باشد. طلاق رجعی دو نوع است: طلاق رجعی حقیقی که بحث آن در مبحث طلاق گذشت و طلاق رجعی حکمی (غیرحقیقی) که به حکم قانون طلاق رجعی محسوب می گردد. دلیل این که تفریق به سبب غیبت طلاق رجعی تلقی می گردد این است تا شوهر را در صورتی که در جریان عدت برگردد، قادر نماید تا به زوجه رجوع نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، حمیده را محکمه ذیصلاح به دلیل غیبت احمد طلاق بدهد، این طلاق رجعی است. پس از طلاق حمیده، با توجه به این که حیضه است یا غیرحیضه باید مدت عدت رعایت نماید. در صورتی که احمد برگردد قبل از انقضای عدت می تواند به حمیده رجعت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر تفریق به سبب غیاب شوهر است.

بحث دیگر که در اخیر این مبحث باید اضافه نمود این است که قانونگذار مدنی صرف در مبحث تفریق، به پیش بینی و تنظیم احکام مربوط به تفریق به سبب غیابت پرداخته است. اما قانونگذار مدنی در کتاب اول، جزء چهارم، مواد ۳۲۶ الی ۳۲۸ ق. م احکام مربوط به تفریق به سبب مفقودیت را تنظیم نموده است. تفصیل این احکام با توجه به شرح ترتیبی ق. م در بخش حقوق اطفال خواهد آمد. با توجه به این احکام میان غایب و مفقود فرق های ذیل وجود دارد:

(۱) غایب شخصی است که برای مدت سه سال از اقامتگاه خود غایب است. اما، مفقود از اقامتگاه خویش برای مدت چهار سال مفقود است.

(۲) حیات غایب معلوم است. اما حیات مفقود معلوم نیست.

(۳) در خصوص غایب محکمه وکیل مسخر تعیین می نماید. اما، در خصوص مفقود محکمه حکم موت فرضی صادر می نماید.

در خصوص تعیین وکیل مسخر متحدالمال ستره محکمه نیز وجود دارد که در ذیل نقل می گردد:

تعیین وکیل مسخر

متحدالمال شماره (۳۴۸-۴۳۶) مورخ ۱۳۸۵ / ۸ / ۳۶۵ ریاست دارالانشاء شورای عالی ستره

محکمه



براساس استهدائیه محکمه استیناف ولایت فاریاب در رابطه به مشکل تعیین وکیل مسخر برای مدعی علیه غائب در قضایای مدنی که باید از اقارب شان باشد و در صورت امتناع اقارب از قبولی وکالت، خارنوالی مدنی ولایت باید به حیث وکیل مسخر تعیین گردد ولی قرارمعلومات خارنوالی ولایت فاریاب که خارنوالی مدنی نیز از تشکیل خارنوالی های مرافعه تنقیص گردیده، شورای عالی ستره محکمه طی یادداشت شماره (۵۶۳) مؤرخ ۲۰ / ۷ / ۱۳۸۵ چنین هدایت صادر نمود:

«چون ماده (۱۵۹) قانون اصول محاکمات مدنی در مورد تعیین وکیل مسخر برای غائب به قوت خود باقی و نافذ است و فعلاً به اثر قانون دیگری این تکلیف بدوش اداره دیگری گذاشته نشده بنابراین تاحین تعدیل ماده اصول محاکمات مدنی و نفاذ قانون دیگری مقام محترم لوی خارنوالی فعلاً درزمینه همکاری فرموده، به ریاست های خارنوالی های ولایات هدایت دهند تا یکنفر خارنوال را برای وکالت مسخر معرفی بدارند. موضوع درحالی که به مقام محترم لوی خارنوالی اخبار می گردد طورمتحدالمال به تمام ریاست های محاکم اخبار گردد.»

۴) زوجه مفقود با توجه به فوت فرضی مفقود باید مدت چهار ماه و ده روز عدت بگیرد که بسیار توجیه پذیر به نظر نمی رسد. زیرا، زوجه قبلاً چهار سال انتظار کشیده است و برانت رحم او از شوهر مفقود معلوم است. اما، زوجه غایب برحسب مورد باید سه حیض، سه ماه یا الی تولد طفل در صورت حامله بودن عدت بگیرد.<sup>۷۶۶</sup>

#### تعیین وکیل مسخر برای دفاع از حقوق غایب از اقارب درجه اول یا از خارنوال

متحد المال شماره 432 الی 493 مؤرخ 19/2 / 1387 ریاست دارالانشای شورای عالی ستره محکمه

ریاست محکمه ابتدائیه احوال شخصیه کابل حسب ذیل استهدا نموده اند:

در رابطه به تعیین وکیل در دعاوی غیابی ماده 158 قانون اصول محاکمات مدنی در فصل نهم احکام غیابی چنین صراحت دارد:

هرگاه مدعی علیه بعد از تقدیم عریضه به اثر جلب اصلاً حاضر نگردد و یا قبل از دوران قبلی یا بعد از آن غایب گردد و مدعی به حل و فصل موضوع اصرار ورزد محکمه یکی از اقارب درجه اول زوج و یا زوجه غایب را وکیل تعیین و دعوی را رسیدگی می نماید. در یک قضیه دعوی تفریق به سبب غیابت که در این محکمه تحت رسیدگی قرار دارد پدر مدعی علیه غایب از وکالت پسر غیابش امتناع کرده اما برادر شخص غایب حاضر به وکالت بوده و حتی تحریر نموده که این قضیه هرچه عاجل فیصله شود

۷۶۶. محمد عثمان ژوبیل (\_\_\_\_) مجموعه متحدالمالها، مصوبات ورهنمودها (۱۳۸۵-۱۳۸۸)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه، ص ۲۱۸.

که می خواهیم با خانم مذکور ازدواج نمایم. در همچو حالت آیا محکمه برادر موصوف را به حیث اقارب درجه اول، منحیث وکیل غایب تعیین نموده می تواند یاخیر؟ طبق هدایت مواد 57 و 58 قانون مدنی پدر به اساس قرابت مستقیم و برادر به اساس قرابت غیرمستقیم هر دو درجه اول محسوب می شوند. بناءً محکمه مربوط طبق هدایت ماده 158 قانون اصول محاکمات مدنی در صورتی که اقارب درجه اول شرایط وکیل مسخر را داشته باشد، می تواند که هر یکی از آنها را به حیث وکیل مسخر انتخاب نموده، به نزاع خاتمه دهد. از طرف دیگر حسب هدایت ماده 170 قانون اصول محاکمات مدنی، وکیل غایب صلاحیت اقرار، ابراء، اصلاح و قناعت و سایر اقدامات را که به ضرر غایب تمام شود حایز نمی باشد. هدف قانونگذار از تعیین وکیل مسخر از جمله اقارب درجه اول این است که قریب درجه اول نسبت به حال شخص غایب اشفق بوده از حقوق شخص غایب بهتر دفاع خواهد نمود. چون برادر موصوف اصرار نموده است که هرچه عاجل به قضیه خاتمه داده شود تا با خانم وی ازدواج نماید این اظهار نیت از طرف برادر موصوف خود عملی است که به ضرر غایب انجام داده است.

بناءً حسب هدایت فقرة اول ماده (170) قانون اصول محاکمات مدنی برادر موصوف شرایط وکیل مسخر را نداشته محکمه مذکور می تواند حسب هدایت ماده 158 قانون اصول محاکمات مدنی در صورت موجودیت، اقارب درجه اول دیگری را انتخاب نموده در مورد رسیدگی نماید در غیر آن از شارنوالی وکیل مسخر تعیین گردد.

حینی که مطالب مورد استهدا و نظر تدقیقی مرتب بر آن مطرح بحث مقام محترم شورای عالی قرار گرفت قرار مصوبه 102 مؤرخ 10/2/1387 هدایت ذیل را صادر کرد.  
نظر ریاست تدقیق و مطالعات عیناً تصویب گردید، موضوع به جمیع محاکم طور متحدالمال اخبار گردد.)) ۷۶۷.

طرز رسیده گی به قضایای فامیلی در صورتی که زوج غایب باشد

متحدالمال شماره 2635-2558 مؤرخ 8/11/1393 ریاست دارالنشاء شورایعالی ستره

محکمه

ریاست محکمه ابتدائیه احوال شخصیه و فامیلی ولایت کابل طی پیشنهادیه شماره (۳۷۳) مورخ ۲۱

۱۳۹۳/ ۷/ چنین استهداء نموده است:

«از آنجایی که مقام محترم در جریان هستند محکمه احوال شخصیه ولایت کابل قضایای خانوادگی را رسیده گی می دارد که یک تعداد قضایا به اساس عرایض که مزین به احکام جلالتمآب قاضی القضاة و سرپرست مقام عالی ستره محکمه می باشد مواصلت میوزد که در متن عریضه شان خواهان تعیین سرنوشت و یا تفریق خویش گردیده اند و این در حالیکه که زوج به محکمه حاضر نمی گردد تا مبنی بر حضورش تعهد اخذ گردد و نه هم میعاد غیابت را که همانا سه سال است تکمیل نموده چون عرایض شان مزین بر احکام مقام محترم ستره محکمه میباشد محکمه موضوع را رسیده گی میدارد و در نهایت زمانیکه محکمه فیصله خویش را صادر مینماید و اوراق غرض غور استینافی محول ریاست محترم دیوان مدنی احوال شخصیه استیناف کابل میگردد دیوان مدنی محترم فیصله محکمه را به دلیل عدم تکمیل غیابت زوج نقض میدارد که در این خصوص محکمه قبلاً ذریعه صادره نمبر (۳۰۲) مورخ ۷ / ۳ / ۱۳۹۳ عنوانی مقام محترم ریاست عمومی محاکم استیناف ولایت کابل طالب معلومات گردیده و مقام محترم در تصمیم شماره (۵۴) مورخ ۲۱ / ۳ / ۱۳۹۳ کمیسیون رؤسای دیوان ریاست استیناف چنین هدایت فرمودند: «در زمنیه قوانین نافذ کشور خصوصاً قانون مدنی صراحت داشته با مطالعه آن رفع مشکل نمایند و هكذا مطابق هدایت فقره (۱) ماده ۴۰۵ قانون اصول محاکمات مدنی احکام و قرار های محاکم فوقانی بالای محاکم تحتانی واجب التعمیل است در حصه رسیده گی مجدد قضایا هدایت و رهنمودهای محکمه فوقانی در نظر گرفته شود».

اما هدایت مقام محترم در حصه رفع این معضل کافی نبود و محکمه موضوع را عنوانی ریاست محترم تدقیق و مطالعات مقام ستره محکمه استهداء نموده که بعد از نظر تدقیقی شان شورای عالی مقام ستره محکمه به اساس تصویب شماره ۶۹۵ مورخ ۲۷ / ۵ / ۱۳۹۳ چنین هدایت فرمودند: «دعوی تفریق از طرف زوجه مانند سایر دعاوی اقامه می شود و پروسیجر اجراءات در قانون تصریح گردیده هرگاه مدعی علیه حاضر نمیگردد در زمینه بارعایت دقیق احکام قانون اقدام نمایند» که هدایت مقام محترم هم در زمینه حل مشکل، واضح و روشن نبوده زیرا در صورتی که زوجه مطالبه تفریق ضرر را نماید، مطابق مصوبه شماره ۸۱۸ سال ۱۳۸۶ مقام شورای عالی ستره محکمه حضور مدعی علیه یا زوج حتمی پنداشته شده تا مبنی بر حضورش در جلسات قضایی تعهد اخذ گردد و هرگاه بعد از اخذ تعهد به محکمه حاضر نگردد محکمه در باره وی احکام غیابت را تطبیق میدارد و همچنین در صورتی که زوج سه و یا بیشتر از سه سال غایب باشد زوجه میتواند از محکمه مطالبه تفریق غیابت را نماید، در این مورد ماده ۱۹۴ قانون مدنی صراحت دارد و اما مشکل در اینجا است که زوج نه یکبار به محکمه حاضر نمی گردد تا از وی تعهد اخذ گردد و نه هم مدت غیابت را تکمیل نموده اگر چه محکمه از پذیرش همچون قضایا خوداری می دارد.

ولی اکثر همچنین قضایا به اساس هدایت مقام محترم ستره محکمه و ریاست محترم عمومی محاکم استیناف ولایت کابل محول محکمه میگردد. بدینوسیله موضوع را به مقام محترم احترامانه نگاشتیم تا در مورد رهنمائی فرموده که آیا قضایای که قبلاً فیصله گردیده و فیصله محکمه از طرف ریاست محترم دیوان مدنی و احوال شخصیه استیناف کابل نقض شده دوباره تحت دوران قرار دهد و یا بریاست حقوق ولایت کابل ارسال گردد تا الی تکمیل غیابت زوج حفظ گردد. همچنین همچو قضایای که تا حال در موردشان تصمیم گرفته نشده در پرتو قانون روشنی انداخته تا بر مبنای آن اجراء صورت گیرد.»

استهادهایه فوق مورد غور کمیسیون رؤسای دیوان های ریاست محکمه استیناف ولایت کابل قرار گرفته و موضوع را غرض غور به مقام عالی ستره محکمه محول نمودند بلااثر هدایت مورخ ۱۷/ ۸/ ۱۳۹۳/ سرپرست ستره محکمه ضم نامه شماره (۱۵۴۹) مورخ ۱۸/ ۸/ ۱۳۹۳/ ریاست تحریرات به ریاست عمومی تدقیق و مطالعات واصل و در مورد چنین ابراز نظر تدقیقی بعمل آمد:

«تفریق قضائی ذریعه ولایت قاضی در موارد خاصی که در آن مصلحت زوجین در نظر گرفته می شود با تقاضای زوجه و تکمیل معیارها و شرایط قانونی حکم می گردد. برای مطالبه تفریق به سبب غیاب زوج که زوجه صرف از ناحیه غیاب زوج متضرر باشد نه عدم انفاق، محکمه می تواند در صورت به موضوع رسیدگی نماید که زوج مدت سه سال کامل غایب باشد و قبل از آن حق مطالبه تفریق برای زوجه ایجاد نمی گردد مگر اینکه مطالبه تفریق از ناحیه عدم انفاق نماید بناءً در صورت عدم تکمیل شرایط قانونی محکمه می تواند طبق صراحت ماده ۲۶۷ قانون اصول محاکمات مدنی با رعایت ماده (۱۰۵) قانون مذکور تصمیم اتخاذ و الی تکمیل شرایط دعوی را رد می نماید و در صورتیکه زوجه ادعای تفریق به سبب ضرر ناشی از معاشرت سوء می نماید در صورتیکه زوج خود را از دعوی کناره می نماید و می خواهد حقوق زوجه را تلف نماید محکمه با در نظر داشت احکام غیابی به موضوع رسیدگی می نماید و در صورتیکه در مطالبه تفریق به سبب ضرر شروط قانونی موجود نباشد طورمثال زوج اصلاً غایب بوده و مدتی است که در مسکن زوجه حضور ندارد بناءً ضرر از معاشرت اصلاً قابل تصور نیست جز ضرری ناشی از عدم انفاق بناءً محاکم با در نظر داشت شرایط قانونی به مطالبات تفریق مبادرت ورزیده طبق احکام قانون در صورت توافر شروط قانونی در ماهیت موضوع حکم نمایند و در صورت عدم توافر شروط قانونی در شکل موضوع تصمیم اتخاذ و به تکمیل شروط قانونی هدایت دهند.»

طوریکه جریان موضوع بالتفصیل به جلسه مورخ 11/9/1393 شورایعالی عالی ستره محکمه گزارش یافت قرار تصویب شماره (1398) نظر تدقیقی فوق مورد تأیید قرار گرفت لذا موضوع طی نامه شماره (753) مورخ 19/9/1393 به ریاست محکمه استیناف کابل اخبار و ازینکه موضوع حایز

جنبه عام می باشد، بنابراین موضوع باینوسیله متحدالمالاً تعمیم شد. ریاست های محترم محاکم استیناف موضوع را جهت مسبوقیت و تعمیم اجراءات قانونی به محاکم مربوط نیز اخباردارند.<sup>۷۶۸</sup>

به موجب فقه غایب بر شخصی اطلاق می گردد که از محل سکونت خود ناپدید شده باشد، ولی حیات او معلوم باشد. اما، در صورتی که حیات او مجهول باشد چنین شخصی مفقود تلقی می گردد.<sup>۷۶۹</sup>

هرگاه زوج از زوجه اش غایب گردد و این غیابت موجب تضرر زوجه گردد، در باره جواز و عدم جواز مطالبه تفریق از محکمه ذیصلاح در فقه دو نظریه متفاوت وجود دارد:

(۱) **نظر احناف و شافعیه:** فقهای حنفیه و شافعیه بر این نظر اند که زوجه نمی تواند به سبب غیبت شوهر از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق نماید اعم از اینکه غیبت شوهر مدتی طولانی را در بر بگیرد و یا خیر، زیرا در حقوق اسلام نص و دلیلی وجود ندارد که براساس آن زوجه مطالبه تفریق نماید.

(۲) **نظر فقهای مالکیه و حنابله:** فقهای مالکیه و حنابله بر این نظر اند که: تفریق به سبب غیبت در صورتی که مدت طولانی را در بر بگیرد و موجب تضرر زن گردد جواز دارد هرچند شوهر برای زوجه مخارج زندگی و امکانات لازم را نیز فراهم نموده باشد، زیرا پیامبر ﷺ فرموده است:

«لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ». <sup>۷۷۰</sup>

«ضرر رسانیدن به دیگران و پذیرفتن ضرر در اسلام جایز نیست.»

همچنین، حضرت عمر رضی الله عنه به کسانی که مدت طولانی غایب می شدند می فرمود: «یا مخارج زندگی زنان خود را تأمین کنید یا آنها را طلاق بدهید!».

جهت تحقق تفریق براساس غیبت تحقق شرایط آتی ضروری است:

(۱) اینکه غیبت مدت طولانی را در بر بگیرد: فقهای حنابله این مدت را بادر نظر داشت فیصله حضرت عمر رضی الله عنه شش ماه معین نموده اند که تفصیل آن در مبحث استمتاع جنسی زوجین از همدیگر گذشت. بر عکس، فقهای مالکیه این مدت را یک سال یا بیشتر و در قولی برای مدت سه سال معین نموده اند؛

(۲) اینکه زوجه در اثر این غیبت متضرر شود و این تضرر نیز از ناحیه خوف وقوع زنا است؛

۷۶۸. محمد عثمان ژوبیل (\_\_\_\_). مجموعه متحدالمالها، مصوبات و رهنمودها (۱۳۸۹-۱۳۹۳)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه، صص ۷۳۰-۷۳۳.  
۷۶۹. \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۶۲.  
۷۷۰. رواه ابن ماجه و دار قطنی .

۳) اینکه این غیبت به نظر فقهای حنابله بدون عذر باشد. پس، در صورتی که این غیبت در اثر عذر باشد، مانند: رفتن به حج، تجارت، طلب علم زوجه نمی تواند مطالبه تفریق نماید. اما، به نظر فقهای مالکیه فرق نمی کند که غیبت زوج در اثر عذر مانند: تحصیل، تجارت و نظیر اینها و یا بدون صورت گرفته باشد؛

۴) اینکه قاضی موضوع را به زوج غایب که وصول نامه به او ممکن باشد کتباً اعلام دارد و مدتی را که تعیین تا در خلال آن زوج غایب عودت و یا زوجه اش را در اقامتگاهش طلب نماید.<sup>۷۷۱</sup> تفریق به سبب غیابت را فقهای حنابله فسخ و فقهای مالکیه طلاق باین می دانند.<sup>۷۷۲</sup>

#### گفتار پنجم) تفریق به سبب محبوس شدن شوهر

طبق ق. م نوع پنجم تفریق قضایی، تفریق به سبب حبس شوهر شوهر است. جمهور فقهاء بر این نظراند که تفریق به سبب محبوس گردیدن شوهر به سبب عدم موجودیت نصّ شرعی به صورت مطلق جواز ندارد هرچند مدت حبس شوهر طویل و مکان و سبب حبس نیز واضح و روشن باشد یا خیر. زیرا، به نظر فقهای حنفیه و شافعیه زوج محبوس در حکم غایبی است که حیات وی معلوم است و چنانچه گفته، به نظر فقهای شافعیه و حنفیه تفریق به سبب غیابت جواز ندارد.

به نظر فقهای حنابله نیز مطالبه چنین تفریق جواز ندارد. زیرا، چنین غیابتی در اثر عذر تحقق پذیرفته است. بر عکس، فقهای مالکیه بر این نظر اند که تفریق در اثر محبوس گردیدن شوهر اعم از این که در اثر عذر باشد و یا بدون آن جواز دارد، زیرا زندانی و محبوس شدن زوج موجب تضرر زوجه می گردد. بنابراین، هرگاه زوج به سه سال حبس به حکم قطعی و نهایی محکمه محکوم گردد، زوجه می تواند بعد از سپری شدن یک سال و یا بیشتر از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق نماید.<sup>۷۷۳</sup>

#### الف) شروط مطالبه تفریق به اساس محبوس شدن زوج

طبق ماده ۱۹۶ ق. م: «هرگاه زوج به حکم قطعی محکمه به حبس ده سال یا بیشتر از آن محکوم گردیده باشد، زوجه می تواند پس از مدت پنج سال مطالبه تفریق نماید، گرچه زوج محبوس توان

۷۷۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۰۶۶ و ۷۰۶۷؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۲۲۶ و ۲۲۷؛ \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۶۳ و ۶۴؛ و محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شريعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، صص ۳۲۲-۳۲۵.

۷۷۲. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۰۶۷؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۲۲۶ و \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۶۴.

۷۷۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۰۶۸ و ۷۰۶۹؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۲۲۷؛ \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ه. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۶۶ و ۶۷؛ و محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شريعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، صص ۳۲۴ و ۳۲۵.

ادای نفقه را داشته باشد». طبق نص این ماده جهت تحقق مطالبه تفریق براساس محبوس شدن زوج رعایت شرایط آتی ضروری است:

(۱) اینکه زوج به حکم قطعی محکمه به ده سال یا بیشتر به حبس محکوم شده باشد. حبس در لغت به معنی بازداشتن، زندانی کردن، زندان، بازداشت، ضبط و نگهداری است.<sup>۷۷۴</sup> طبق ماده ۴ فقره ۱۰ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم: «حکم قطعی حکمی است که محل رسیدگی بعدی برای آن موجود نبوده و قابل اعتراض نباشد و سیر آن در یکی از درجات قضایی (مراحل قضایی) به حکم قانون یا فناعت طرفین قطع گردیده یا میعاد قانونی اعتراض منقضی شده و یا به سقوط اعتراض استیناف خواه حکم شده باشد. حکم قطعی و نهایی از لحاظ آثار یکی می باشد». چنانچه گفته شد، به نظر فقهای مالکی این مدت سه سال است و زوجه می تواند بعد از سپری شدن یک سال مطالبه تفریق نماید. تا آنجا که مؤلف تحقیق کرده است دلیل و مبنای این مدت در فقه مالکی را پیدا نکرده است. اما این مدت طبق ق. م ده سال است و زوجه می تواند بعد از پنج سال مطالبه تفریق نماید. دلیل ده سال و پنج سال روشن نیست.

(۲) اینکه مدت پنج سال از حبس شوهر گذشته باشد. در چنین حالتی تفاوت نمی کند که زوج محبوس توان ادای نفقه را داشته باشد یا نه، زیرا آنچه در این گونه موارد مهم به نظر می رسد ضرر معنوی ای است که زوجه در اثر محبوس شدن زوج متحمل آن می شود. به حیث مثال، اگر احمد زوج حمیده مرتکب قتل و محکوم به ده سال حبس در اثر حکم قطعی محکمه شود، حمیده می تواند بعد از سپری شدن پنج سال از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده جواز مشروعیت تفریق به سبب محبوس بودن شوهر و شرایط آن است.

#### ب) حکم تفریق به سبب محبوس گردیدن زوج

طبق ماده ۱۹۷ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) تفریق به سبب غیاب در حکم طلاق رجعی می باشد؛ و (۲) هرگاه زوج غایب حاضر با زوج محبوس رها گردد، می تواند قبل از تکمیل عدت به زوجه خود رجوع نماید.»

طبق نص این ماده تفریق به سبب حبس شوهر در حکم طلاق رجعی می باشد. طلاق رجعی دو نوع است: طلاق رجعی حقیقی که بحث آن در مبحث طلاق گذشت و طلاق رجعی حکمی (غیرحقیقی) که به حکم قانون طلاق رجعی محسوب می گردد. دلیل این که تفریق به سبب حبس شوهر طلاق رجعی تلقی می گردد این است تا شوهر را در صورتی که در جریان عدت برگردد، قادر نماید تا به زوجه رجوع نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، حمیده را محکمه ذیصلاح به دلیل

حبس احمد طلاق بدهد، این طلاق رجعی است. پس از طلاق حمیده، با توجه به این که حیاضه است یا غیرحیاضه باید مدت عدت رعایت نماید. در صورتی که احمد از زندان رها گردد قبل از انقضای عدت می تواند به حمیده رجعت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر تفریق به سبب حبس شوهر است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی اثر تفریق به سبب حبس است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۲۸):

طبق حکم ماده (۱۹۶) قانون مدنی در مورد تفریق زوجه شخص محبوس قرار قضایی صادر شود یا فیصله؟

توضیح

تفریق به سبب حبس زوج مندرج ماده (۱۹۶) قانون مدنی ایجاب حکم را می نماید و فیصله صادر گردد. ۷۷۵

در باره جواز و عدم جواز مطالبه تفریق به سبب محبوس گردیدن شوهر نیز در فقه دو نظریه متفاوت وجود دارد: جمهور فقهاء بر این نظر اند که تفریق به سبب محبوس گردیدن شوهر به سبب عدم موجودیت نص شرعی به صورت مطلق جواز ندارد هرچند مدت حبس شوهر طویل و مکان و سبب حبس نیز واضح و روشن باشد یا خیر. زیرا، به نظر فقهای حنفیه و شافعیه زوج محبوس در حکم غایبی است که حیات وی معلوم است و چنانچه گفته شد، به نظر فقهای شافعیه و حنفیه تفریق به سبب غیابت جواز ندارد.

به نظر فقهای حنابله نیز مطالبه چنین تفریق جواز ندارد. زیرا، چنین غیابتی در اثر عذر تحقق پذیرفته است. بر عکس، فقهای مالکیه بر این نظر اند که تفریق در اثر محبوس گردیدن شوهر اعم از این که در اثر عذر باشد و یا بدون آن جواز دارد، زیرا زندانی و محبوس شدن زوج موجب تضرر زوجه می گردد.

بنابراین، هرگاه زوج به سه سال حبس به حکم قطعی و نهایی محکمه محکوم گردد، زوجه می تواند بعد از سپری شدن یک سال و یا بیشتر از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق نماید. در باره تفریق



به سبب محبوس شدن زوجه ق. م از فقه مالکیه پیروی نموده است.<sup>۷۷۶</sup> فقهای مالکیه براین نظر اند که تفریق به سبب حبس در حکم طلاق باین است.<sup>۷۷۷</sup>

---

۷۷۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۷۰۶۸ و ۷۰۶۹؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۲۲۷؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیة، ص ۶۶ و ۶۷؛ و محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصیة فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، صص ۳۲۴ و ۳۲۵.

۷۷۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۷۰۶۹ و ۶۷؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۲۲۷.



بخش پنجم  
آثار انحلال عقد ازدواج

فصل های شامل این بخش:

فصل اول: عدت

فصل دوم: رجعت



## مقدمه

بعد از انحلال عقد ازدواج از طریق طلاق، تفریق و فوت شوهر زن مکلف به رعایت عدت است. در صورتی که طلاق رجعی باشد شوهر می تواند در اثنای عدت به زوجه مُطَلَّقه رجعیه خویش رجوع نماید. در سایر طلاق ها و وفات شوهر نیز زن مکلف به رعایت عدت است. بنابراین، دو اثر مهمی که بر انحلال نکاح مرتب می گردد عبارت از رعایت عدت توسط زوجه و در صورتی که طلاق رجعی باشد، رجعت شوهر در مدت رعایت عدت به مُطَلَّقه رجعیه است. اما، برخی حقوقدانان بر این نظر اند که انحلال نکاح موجب ایجاد چهار اثر می گردد: عدت، ثبوت نسب، حضانت و نفقه اصول.<sup>۷۷۸</sup>

این نظر محل ایراد به نظر می رسد، زیرا ثبوت نسب یکی از حقوقی است که طفل باید بعد از تولد از آن بهره مند گردد. حضانت نیز یکی از حقوق اطفال است که معمولاً بعد از انحلال عقد ازدواج مطرح می شود. اما، اثر انحلال عقد ازدواج نیست. تأمین نفقه اصول یکی از حقوق مالی است که اولاد زمانی که به سن بلوغ برسند و پدر و مادر پیر و فقیر باشند و توانایی کار را نیز نداشته باشند، اولاد باید آن تأمین نمایند و بنابراین، میان انحلال نکاح و تأمین نفقه اصول هیچ رابطه منطقی وجود ندارد. با توجه به آنچه بیان گردید، مطالب این بخش را در دو فصل جداگانه مورد بحث قرار می دهیم: فصل اول عدت و در فصل دوم رجعت:



## فصل اول: عدت

برخلاف حقوق اسلامی، در اکثر نظام های حقوقی غیراسلامی، به حیث مثال، نظام حقوقی فرانسه عدت وجود ندارد. طبق ماده ۲۲۸ قانون مدنی فرانسه زنی که شوهرش وفات نماید و یا شوهرش او را طلاق بدهد، نمی تواند برای مدت ۳۰۰ روز با شخص دیگر ازدواج نماید که این امر را تعلیق اجباری ازدواج می نامند. علت تعلیق اجباری ازدواج این است تا استبراء رحم زن معلوم شود. باوجوداین، در صورتی که تصدیق صحی وجود داشته باشد که اثبات نماید که زن حامله نیست، زن می تواند با شخص دیگر ازدواج نماید.<sup>۷۷۹</sup> اما عدت قبل از اسلام وجود داشت و حقوق اسلام آن را تأیید نمود. احکام مربوط به عدت در ق. م از فقه اسلامی گرفته شده است.

### مبحث اول) تعریف، ارکان حکمت

#### گفتار اول) تعریف و ارکان

عدت از کلمه «عدد» گرفته شده که در لغت به معنی احصاء و شمارش است. معتده اسم فاعل از ریشه «عدد» گرفته شده است که در لغت به معنی در حال شمارش و شمارشگر است که جمع آن معتدات است. در اصطلاح حقوق مدنی، معتده زنی است که در مدت زمان مقرر قانونی در عده به سر می برد.<sup>۷۸۰</sup> فقهای حنفیه می گویند: عدت عبارت از مدتی معین است که در شرع برای پایان

779. John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (1380). Principles of French law, 1<sup>st</sup> edi, Tehran: Dadqaster publication, p 251.

۷۸۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۸۷.

دادن به مابقیه آثار ازدواج معین شده است.<sup>۷۸۱</sup> به نظر می رسد ق. م در تعریف عدت از فقه حنفی اقتباس نموده است. ماده ۱۹۸ ق. م در تعریف عدت می گوید: «عدت عبارت از مدت معین است که با انقضای آن تمام آثار مرتبه ازدواج از بین می رود.» طبق نص این ماده عدت عبارت از مدتی است که با ختم آن آثار عقد ازدواج مانند ارث، نفقه و نظیر اینها میان زوج و زوجه ختم می شود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده تعریف عدت است. فقهای حنفیه می گویند: رکن عدت عبارت از التزام زوجه به چیزهای حرامی است که به سبب عدت ثابت گردیده و مخالفت وی با آنها حرام است، مانند: ازدواج با زوج دوم، حرمت خروج از خانه شوهری که وی را در آن طلاق داده است و صحیح بودن طلاق در جریان عدت.<sup>۷۸۲</sup>

#### گفتار دوم) حکمت

در عدت حکمت های متعددی نهفته است که قرار ذیل اند:

- (۱) آگاهی از وضع حاملگی زوجه مُطَلَّقه از شوهر قبلی و در نتیجه جلوگیری از اخلاط انساب؛<sup>۷۸۳</sup>
- (۲) فراهم نمودن فرصت کافی برای زوج جهت فکر و آینده نگری و تجدید نظر در مورد جدایی یا بازگشت به زندگی زوجیت در طلاق رجعی و نیز فراهم نمودن فرصت فکر کردن برای زوجین در طلاق باین صغری و دوباره با هم زندگی کردن با عقد و مهر جدید و رضایت زوجه؛
- (۳) توجه به عقد ازدواج که منعقد نمی گردد، مگر این که افرادی برای انعقاد آن گردهم جمع شوند و منحل نمی گردد مگر این که زمانی طولانی بگذرد، زیرا اگر چنین نباشد، عقد ازدواج به منزله بازی کودکان خواهد بود که زود صورت می گیرد و زود از هم می پاشد؛
- (۴) رعایت احتیاط در حق شوهر، مصلحت زوجه، حق طفل و قیام به امر خداوند عز و جل. زیرا، خداوند عز و جل رعایت عدت را بر زوجه مُطَلَّقه واجب گردانیده است؛ و
- (۵) رعایت حق زوج و اقارب زوج در عدت وفات و اظهار تأسف جهت از دست دادن زوج.<sup>۷۸۴</sup>

۷۸۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۷۱۶۶-۷۱۶۷؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیة، صص ۳۰۴؛ محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصیة فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجدیدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۳۴۵؛ محمد محی الدین عبدالحمید، الاحوال الشخصیة فی الشریعة الاسلامیة، صص ۳۴۶؛ عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، صص ۲۰۵.

۷۸۲. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۷۱۶۶ و ۷۱۶۹؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمندی سقر، صص ۱۶۳۱ و ۱۶۳۲؛ محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصیة فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجدیدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۳۴۵ و ۳۴۶؛ و \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۲۲)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیة، صص ۳۰۷.

۷۸۳. با پیشرفت علم و تکنالوژی در حوزه طب، این امر امروزه امکان دارد با یک آزمایش حاملگی (Pregnancy test) متحقق گردد.

۷۸۴. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۷۱۷۲.



رعایت عدت توسط مُعتدات در دوره جاهلیت نیز مرسوم بود و اعراب به آن عمل می نمودند. زمانی که اسلام ظهور کرد، حقوق اسلام آن را به سبب مصالح که در آن وجود دارد مورد تأیید قرار داد.<sup>۷۸۵</sup> بنابراین، رعایت عدت توسط زوجه مُطلَّقه و متوفی عنها زوجها به اتفاق آرای فقهاء در صورت وجود سبب آن واجب است. وجوب رعایت عدت توسط معتدات براساس قرآن، سنت و اجماع ثابت است: خداوند ﷻ در مورد رعایت عدت توسط زنان مُطلَّقه می فرماید:

﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ - [البقره: ۲۲۸]

«زنان مُطلَّقه باید سه طهر یا سه حیض انتظار بکشند.»

همچنین خداوند ﷻ در مورد عدت وفات می فرماید:

﴿وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ - [البقره: ۲۳۳]

«کسانی که از شما می میرند و از خود زنان خود را برجا می گذارند (زنان باید) چهار ماه و ده روز انتظار بکشند.»

و در مورد عدت دختر صغیره و زن یائسه و حامله می فرماید:

﴿وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعَدَّتْهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ - [الطلاق: ۴]

«بر زنانی از شما که از حیض نومید شده اند (زنان یائسه) اگر شک دارید که (عادت ماهانه دارند یا نه) عده آنها سه ماه است و دخترانی که هنوز عادت ماهانه پیدا نکرده اند (نیز عده شان سه ماه است) و مدت زمان عدت زنان حامله، وضع حمل آنهاست.»

مشروعیت عدت بر بنیاد سنت پیامبر ﷺ نیز ثابت است، زیرا پیامبر ﷺ فرموده است:

«لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تَوَمَّنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تُحِدَّ عَلَى مِيتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا.»<sup>۷۸۶</sup>

«برای زنانی که به خداوند ﷻ و دنیای پس از مرگ ایمان دارند، سوگواری بیش از سه روز جایز نیست مگر برای شوهر که چهار ماه و ده روز است.»

همچنین در حدیث دیگر آمده است که:

«أمر النبي ﷺ فاطمة بنت قيس أن تعتد عند أبي مکتوم.»<sup>۷۸۷</sup>

«پامبر ﷺ به فاطمه بنت قیس فرمود که در خانه ابن مکتوم سه حیض بگیرد.»

۷۸۵. همان، جلد (۹)، ص ۱۶۳۱.

۷۸۶. رواه البخاری و مسلم عن ام سلمة رضی اللہ عنہا.

۷۸۷. رواه احمد، ابو داود، نسائی و مسلم عن عبيدالله بن عبدالله بن عقبه رضی اللہ عنہ.

فقهاء در رابطه به واجب بودن رعایت عدت توسط زنان اتفاق نظر دارند.<sup>۷۸۸</sup>

#### مبحث دوم) اسباب عدت

طبق ماده ۱۹۹ فقرة دوم ق. م: «(۲) در موارد ذیل عدت بر زوجه لازم می گردد:

(۱) در صورتی که تفریق بین زوجین در نکاح صحیح یا فاسد، بعد از دخول و یا بعد از خلوت صحیح یا خلوت فاسد در نکاح صحیح صورت گرفته باشد خواه این تفریق به اساس طلاق رجعی، باین صغری یا طلاق باین کبری صورت گرفته باشد؛

(۲) در حالی که تفریق به سبب لعان، عیب، نقصان مهر، خیار بلوغ و افاقه، فسخ، متارکه در نکاح فاسد یا وطی به سبب شبهه صورت گرفته باشد.» نص این ماده مبهم و پیچیده به نظر می رسد. قانونگذار مدنی احکام مندرج در این ماده را به صورت دقیق، علمی - منطقی و قابل فهم پیش بینی نکرده است. به نظر می رسد طبق نصوص این ماده زوجه مکلف است در موارد ذیل عدت را رعایت نماید:

۱- در صورتی که تفریق میان زوجین در نکاح صحیح بعد از دخول یا بعد از خلوت صحیح صورت بگیرد. تعریف نکاح صحیح و تفریق گذشت. همچنین، تعریف دخول گذشت. در چنین حالتی تفاوت نمی کند که تفریق طلاق رجعی، باین صغری یا باین کبری باشد. به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را بعد از دخول یا بعد از خلوت صحیح که تعریف هر دو گذشت، طلاق باین کبری بدهد، حمیده مکلف به رعایت عدت است. همچنین، اگر حمیده از احمد به دلیل حبس یا عدم اتفاق بعد از دخول و خلوت صحیح تفریق قضایی بگیرد، مکلف به رعایت عدت است. همچنین، اگر حمیده با احمد بعد از دخول یا خلوت صحیح خلع نماید، خلع در حکم طلاق باین است و حمیده مکلف به رعایت عدت است.

۲- در صورتی که تفریق بین زوجین در نکاح فاسد بعد از دخول و یا خلوت صحیح صورت گرفته باشد فرق نمی کند که تفریق طلاق باین رجعی، باین صغری و یا کبری باشد. تعریف نکاح فاسد، خلوت صحیح و دخول گذشت. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده بدون حضور شهود ازدواج نماید یا حمیده زوجه پنجم احمد باشد، این نکاح فاسد است. در صورتی که در این نکاح، میان احمد و حمیده به دلیل فسخ بعد از دخول یا خلوت صحیح توسط احمد و حمیده یا قاضی

۷۸۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۱۶۴؛ (۱۴۰۴ ه. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۳۰۵ و ۳۰۶؛ اسعد محمد سعید الصاغرچی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدیة، ص ۲۶۷؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران: انتشارات محمدی سقر، ص ۱۶۵؛ و مُحَمَّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرابی، تهران: انتشارات ققنوس، صص ۱۶۴ و ۱۶۵.

تفریق و جدایی جاری شود، خواه این تفریق به اساس طلاق رجعی، باین صغری یا طلاق باین کبری صورت گرفته باشد، حمیده مکلف به رعایت عدت است.

۳- در صورتی که تفریق بین زوجین در خلوت فاسده در نکاح صحیح صورت گرفته باشد خواه این تفریق به اساس طلاق رجعی، باین صغری یا طلاق باین کبری صورت گرفته باشد. به نظر می رسد خلوت فاسده عبارت از خلوتی است که فاقد یکی از شرایط خلوت صحیح باشد. شرایط خلوت صحیح، چنانچه بحث آن در مبحث پرداخت مهر گذشت، عبارت اند از جمع شدن زوجین در مکانی بدون اجازه آنها کسی در آنجا حق دخول را نداشته باشد، عدم موجودیت مانع حسی مانند مصاب بودن یکی از زوجین به مریضی اعم از این که مانع جماع شود و یا خیر، مانع شرعی مانند: حیضه و یا نفاسه بودن و یا صایم و یا مُحْرَم بودن یکی از زوجین و مانع طبیعی مانند عدم موجودیت شخص ثالث نزد زوجین است. در صورت فقدان یکی از این شرایط، به نظر می رسد که خلوت، خلوت فاسده است. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و ازدواج صحیح باشد اما خلوت فاسد باشد، به حیث مثال، حمیده صایم، حیض و نفساء باشد و با احمد در یک اطاق یک جا باشد و سپس میان احمد و حمیده تفریق صورت بگیرد، حمیده مکلف به رعایت عدت است.

۴- در صورتی که تفریق براساس لعان میان زوجین صورت بگیرد. تفصیل لعان در مبحث محرمات مؤقت گذشت. به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را متهم به زنا یا نفی نسب نماید و قاضی تفریق را به گونه ای که تفصیل آن در گفتار لعان گذشت، جاری نماید، حمیده مکلف به رعایت عدت است.

۵- در صورتی که تفریق براساس عیب میان زوجین صورت بگیرد. تفصیل تفریق براساس عیب در فصل تفریق قضایی گذشت. به حیث مثال، اگر احمد محبوب، عنین، خصی، معتاد و نظیر اینها باشد و حمیده زوجه اش از احمد تفریق قضایی بگیرد، حمیده مکلف به رعایت عدت است.

۶- در صورتی که تفریق براساس نقصان مهر صورت بگیرد. بحث نقصان مهر در فصل فسخ گذشت. به حیث مثال، اگر حمیده عاقله و بالغه باشد و با احمد در برابر مهر کمتر از مهر مثل ازدواج نماید و ولی حمیده نکاح را فسخ نماید، حمیده پس از فسخ نکاح مکلف به رعایت عدت است.

۷- در صورتی که تفریق براساس خیار بلوغ صورت بگیرد. بحث خیار بلوغ در فصل فسخ گذشت. به حیث مثال، اگر حمیده غیربالغه باشد و توسط ولی به عقد نکاح احمد در آید و پس از رسیدن به سن بلوغ نکاح را فسخ نماید، مکلف به رعایت عدت است. نص این ماده به دلیل این که

ازدواج دختران کمتر از شانزده سال طبق ماده ۷۱ ق. م جواز ندارد، با ماده ۷۱ ق. م در تعارض به نظر می رسد. این حکم در صورتی قابل تطبیق است که دختر به سن شانزده سالگی برسد اما بالغ نشده باشد در غیر آن حکم ماده ۷۱ ق. م تطبیق می گردد. با پذیرش این فرضیه، نص این ماده محل ایراد و قابل تعدیل به نظر می رسد.

۸- در صورتی که نکاح فسخ شود. تعریف و تفصیل فسخ در فصل فسخ گذشت. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و به دلیل اسباب فسخ که عبارت اند از فقدان شرایط صحت نکاح، خیار بلوغ، نقصان مهر، حرمت مصاهره، لعان و امتناع زوجه غیر کتابیه در صورتی که شوهر او مسلمان شود، نکاح حمیده با احمد فسخ گردد، حمیده مکلف به رعایت عدت است.

۹- در صورت متارکه در نکاح فاسد. تعریف و مصادیق نکاح فاسد در فصل نکاح فاسد گذشت. متارکه در لغت به معنی بیزاری، طلاق، جدایی، ترک جنگ و خصومت است.<sup>۷۸۹</sup> به نظر می رسد متارکه در نص این ماده در مفهوم جدایی استعمال شده است. با پذیرش این فرضیه، این نتیجه به دست می آید که در صورتی که نکاح فاسد باشد و طرفین عقد ازدواج از همدیگر جدا شوند یا قاضی طرفین عقد را در اثر تقاضای یکی از طرفین عقد جدا نماید، زوجه مکلف به رعایت عدت است. به حیث مثال، اگر احمد با زوجه پنجم در حالی که چهار زن داشته باشد ازدواج نماید یا احمد با حمیده بدون حضور شهود ازدواج نماید و سایر شرایط صحت عقد ازدواج متحقق نگردد و سپس احمد از حمیده جدا شود یا قاضی میان احمد و حمیده به دلیل شکایت حمیده جدایی یا متارکه را جاری نماید، حمیده مکلف به رعایت عدت است.

۹- در صورتی که وطی به سبب شبهه صورت گرفته باشد. وطی در لغت به معنی مجامعت و جماع است. در اصطلاح حقوق مدنی، به نظر می رسد معنی اصطلاحی این کلمه از معنی لغوی آن گرفته شده است. بنابراین، وطی عبارت از جماع است.<sup>۷۹۰</sup> شبهه در لغت به معنی گمان و شک است.<sup>۷۹۱</sup> وطی به شبهه عبارت از اتصال جنسی بین مرد و زن از طریق غیر از زنا است مانند اینکه: مرد زنی را در بستر خویش بیابد، و وی را به تصور اینکه زوجه اش است وطی نماید، یا مردی مُطَلَّقه ثلاثه را که در حالت سپری نمودن عدت است به تصور اینکه عده اش منقضی گردیده است، وطی نماید. به عبارت عام تر: وطی به سبب شبهه عبارت است از این که مردی با زنی که بر او حرام است با جهل به تحریم نزدیکی کند. وطی به سبب شبهه دو نوع: شبهه عقد و شبهه فعل است:

789. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۱/۱۷/۲۰۱۶).

790. Ibid, (Last visit: 31/8/2018).

791. Ibid, (Last visit: 5/6/2019).

- **شبهه عقد:** شبهه عقد آن است که مردی، با زنی مانند همه زوج های قانونی، عقد نکاح منعقد کند و بعد از عقد معلوم شود که عقد به یکی از اسباب مُفسدِ عقد، فاسد بوده است، مانند: ازدواج با زنی که در قید عدت غیر قرار دارد.

- **شبهه فعل:** شبهه فعل آن است که مردی با زنی مقاربت کند بی آنکه عقدی، چه صحیح چه فاسد، بین آن دو وجود داشته باشد، بلکه اصلاً بی توجه به هیچ چیز با او مقاربت نماید، یا به این اعتقاد که زن بر او حلال است نزدیکی کند، سپس معلوم شود که ماجرا برعکس بوده است. مقاربت مردی با زنی که گمان می کند زوجه او است، ولی سپس مشخص می شود که اجنبیه است از مصادیق شبهه فعل است.<sup>۷۹۲</sup>

به حیث مثال، اگر احمد با حمیده با گمان این که زوجه او است مقاربت نماید، اما سپس روشن شود که حمیده زوجه او نیست، حمیده مکلف به رعایت عدت است. وطی به سبب شبهه در موارد بسیار نادر و استثنایی امکان دارد واقع گردد. برخی استادان حقوق در این خصوص می نویسند که: «وطی یا نزدیکی به شبهه به موردی گفته می شود که زن و مردی برخلاف واقعیت چنین پندارند که زن و شوهر اند و در نتیجه این پندار نادرست با هم مقاربت نمایند. آنچه در ابتداء تعجب آور می نماید این است که چگونه ممکن است زن، مرد دیگری را به جای شوهر خود تصور و با او مقاربت نماید، یا چطور می توان تصور کرد که شوهری زن خود را نشناسد و تماس با زن بیگانه او را از حقیقت آگاه نسازد؟»

با وجود این، نزدیکی به شبهه را نباید امری عجیب پنداشت. در جامعه کنونی کس بیگانه را به جای همسر خود نمی گیرد، ولی امکان دارد که، در اثر اشتباه در اوصاف یا نسبت زن دیگری با خود یا به دلیل جهل به قانون، رابطه خود را با او مشروع پندارد، در حالی که قانونگذار آن دو را زن و شوهر نمی شناسد. مثال های زیر این حقیقت را روشن می سازد. فرض کنیم برادر بزرگتر جلالی وطن کند و سالها از او خبری به دست نیاید و برادر کوچکتر ندانسته با دختر او ازدواج کند. این دو یکدیگر را بیگانه می پندارند و خود را زن و شوهر تصور می کنند، در حالی که نکاح بین کاکا و برادر زاده باطل است. مثال دیگر: زنی از ظواهر امر استنباط می کند که نامزد او مسلمان است، ولی بعدها معلوم می شود که یهودی است یا هیچ مذهبی ندارد. شرع نکاح این دو را باطل می داند، در حالی که زن گمان می کند شوهر او مسلمان است.

۷۹۲. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۲۶۴ و ۷۲۶۵؛ \_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۲۳۷؛ محمد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرابی، تهران: انتشارات ققنوس، صص ۹۴ و ۹۵؛ و محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، صص ۳۷۵.

در این دو مثال، علت اشتباه در وجود رابطهٔ زوجیت جهل زن و شوهر یا یکی از آنها به موضوع خارجی بوده است، ولی در بسیاری موارد علت، جهل به قانون است. به طور مثال، زنی و مردی نمی دانند که عدت طلاق سه قرء است و گاه این مدت بیش از سه ماه طول می کشد، زن و مرد عدت را سه ماه تصور می کنند، در حالی که زن هنوز در عدت شوهر سابق خویش است باهم ازدواج می کنند، در حالی که می دانیم چنین ازدواج فاسد است و یا زن و مردی دیگر حکم رضاع را نمی دانند و با اینکه برادر و خواهر رضاعی محسوب می شوند باهم ازدواج می کنند، در حالی که ازدواج برادر با خواهر رضاعی باطل است.<sup>۷۹۳</sup> به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۱۹۹ ق. م احصای برخی مصادیق اسباب عدت و پیش بینی تکلیف زوجه است.

۹- طبق ماده ۲۰۰: «هرگاه زوج در نکاح صحیح قبل از دخول و یا بعد از آن وفات نماید، عدت بر زوجه لازم می گردد.» طبق نص این ماده هرگاه زوج در نکاح صحیح قبل از دخول و یا بعد از آن وفات نماید، عدت بر زوجه لازم می گردد. تعریف دخول و نکاح صحیح گذشت. در صورتی که زوج بعد از دخول در نکاح صحیح وفات نماید، توجیه رعایت عدت توسط زوجه برائت رحم است. اما، در صورتی که زوج قبل از دخول وفات نماید، رعایت عدت توسط زوجه توجیه پذیر به نظر نمی رسد. زیرا، در صورتی که دخول صورت نگرفته باشد، امکان حمل برداشتن زوجه متصور نیست. در صورت عدم دخول و برداشتن حمل، رعایت عدت توجیه پذیر به نظر نمی رسد.

به نظر می رسد یگانه دلیل رعایت عدت توسط زوجه قبل از دخول و وفات زوج رعایت احتیاط است. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده ازدواج نماید و ازدواج صحیح باشد و احمد قبل از دخول یا بعد از دخول وفات نماید، عدت بر حمیده لازم می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده احصای سبب عدت و پیش بینی تکلیف زوجه است. در فقه عدت به اتفاق نظر همه فقهاء بعد از وفات زوج در ازدواج صحیح بر زوجه واجب است هر چند وفات قبل از دخول صورت گرفته و زوجه صغیره باشد.<sup>۷۹۴</sup>

عدت به صورت عموم به سبب دو امر: طلاق و وفات واجب می گردد. فسخ نیز مانند طلاق است که بعد از دخول در ازدواج صحیح، ازدواج فاسد و، وطی به سبب شبهه به اتفاق نظر همه فقهاء واجب می گردد. همچنین، عدت به نظر جمهور فقهاء به غیر از شافعیه بعد از خلوت صحیحه

۷۹۳. ناصر کاتوزیان (۱۳۸۲). حقوق مدنی: خانواده، جلد (۱)، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۵۱۴ و ۵۱۵.

۷۹۴. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۱۷۰ و ۷۱۷۱؛ محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۳۴۶؛ (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ هـ. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۲)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۳۰۶؛ و محمد محی الدین عبدالحمید، الاحوال الشخصية فی الشريعة الاسلامية، صص ۳۴۸.

واجب می‌گردد. همچنین، عدت بر نظر فقهای مالکیه و حنابله بعد از زنا، مانند موطئه به سبب شبهه واجب می‌گردد. پس، عدت به یکی از اسباب ذیل واجب می‌گردد:

۱) عدت در فرقت بعد از دخول در ازدواج صحیح، فاسد و به نظر جمهور فقهاء بغیر از شافعیه بعد از خلوت صحیحه واجب می‌گردد خواه فرقت در حال حیات زوج به سبب طلاق یا فسخ صورت گرفته باشد و یا به سبب وفات زوج. پس، در صورتی که ازدواج فاسد باشد، مانند: ازدواج با زن پنجم و یا ازدواج با معتده، عدت واجب نمی‌گردد مگر بعد از دخول حقیقی. بنابراین، به نظر جمهور فقهاء بغیر از شافعیه در ازدواج فاسد بعد از خلوت عدت واجب می‌گردد. دلیل جمهور فقهاء در وجوب عدت بعد از خلوت روایتی است از احمد و اثرم از زرارث ابن اوفی که می‌گوید: «حکم کردند خلفای راشدین که کسی که دروازه را ببندد و پرده‌ها را پایین نماید، مهر و عدت واجب می‌گردد. اما، دلیل فقهای شافعیه در عدم واجب گردیدن عدت در اثر خلوت صحیحه بدون وطی این قول خداوند  $\text{عَلَّامٌ}$  است:

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عَدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾ - [الاحزاب: ۴۹]

«ای کسانی که ایمان آورده‌اید اگر زنان مؤمنه را به نکاح خود در آورید، هرگاه پیش از آنکه با آنها همبستری کنید، آنها را طلاق بدهید بر عهده آنها عدتی که آن را در نظر دارید بگیرد، نیست.»

۲) عدت به اتفاق نظر همه فقهاء در تفریق به سبب وطی به سبب شبهه،<sup>۷۹۵</sup> مانند موطئه ازدواج فاسد واجب می‌گردد. زیرا، وطی به سبب شبهه و وطی در ازدواج فاسد، از نظر مشغول کردن رحم و ملحق شدن نسب طفل به واطی، شبیه ازدواج صحیح است. بنابراین، از نظر عدت نیز شبیه آن

۷۹۵. وطی یا نزدیکی به شبهه به موردی گفته می‌شود که زن و مردی برخلاف واقعیت چنین پندارند که زن و شوهراند و در نتیجه این پندار نادرست با هم مقاربت نمایند. آنچه در ابتداء تعجب آور می‌نماید این است که چگونه ممکن است زن، مرد دیگری را به جای شوهر خود تصور و با او مقاربت نماید، یا چطور می‌توان تصور کرد که شوهری زن خود را نشناسد و تماس با زن بیگانه او را از حقیقت آگاه نسازد؟ با وجود این، نزدیکی به شبهه را نباید امری عجیب پنداشت. در جامعه کنونی کس بیگانه را به جای همسر خود نمی‌گیرد، ولی امکان دارد که، در اثر اشتباه در اوصاف یا نسبت زن دیگری با خود یا به دلیل جهل به قانون، رابطه خود را با او مشروع پندارد، در حالی که قانونگذار آن دورا زن و شوهر نمی‌شناسد. مثال‌های زیر این حقیقت را روشن می‌سازد:  
فرض کنیم برادر بزرگتر جلالی وطن کند و سالها از او خیری به دست نیاید و برادر کوچکتر ندانسته با دختر او ازدواج کند. این دو یکدیگر را بیگانه می‌پندارند و خود را زن و شوهر تصور می‌کنند، در حالی که نکاح بین کاکا و برادر زاده باطل است.

مثال دیگر: زنی از ظواهر امر استنباط می‌کند که نامزد او مسلمان است، ولی بعدها معلوم می‌شود که یهودی است یا هیچ مذهبی ندارد. شرع و ق. م نکاح این دو را باطل می‌داند، در حالی که زن گمان می‌کند شوهر او مسلمان است. در این دو مثال، علت اشتباه در وجود رابطه زوجیت جهل زن و شوهر یا یکی از آنها به موضوع خارجی بوده است، ولی در بسیاری موارد علت، جهل به قانون است. به طور مثال، زنی و مردی نمی‌دانند که عدت طلاق سه قرء است و گاه این مدت بیش از سه ماه طول می‌کشد، زن و مرد عدتی را سه ماه تصور می‌کنند، در حالی که زن هنوز در عده شوهر سابق خویش است باهم ازدواج می‌کنند، در حالی که می‌دانیم چنین ازدواج فاسد است. و با زن و مردی دیگر حکم رضاع را نمی‌دانند و با اینکه برادر و خواهر رضاعی محسوب می‌شوند باهم ازدواج می‌کنند، در حالی که ازدواج برادر با خواهر رضاعی باطل است (ناصر کاتوزیان (۱۳۸۲). حقوق مدنی: خانواده، جلد (۱)، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار، صص ۵۱۴ و ۵۱۵).

است تا انساب انسان ها باهم خلط نشوند. در این دو حالت، فرق نمی کند که فرقت به سبب طلاق و یا فسخ باشد. بنابراین، عدت هر فرقت بین زوجین عدت طلاق است اعم از اینکه در اثر خلع، لعان، رضاع، فسخ به سبب عیب، اعسار زوج و یا اختلاف دین باشد. اما، چنانچه بیان شد، به اتفاق نظر همه فقهاء در نکاحی که دخول صورت نگرفته باشد و زوج زوجه اش را قبل از دخول طلاق بدهد، زوجه مکلف به رعایت عدت نیست. زیرا، خداوند عز و جل می فرماید:

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾ - [الاحزاب: ۴۹]

«ای کسانی که ایمان آورده اید اگر زنان مؤمنه را به نکاح خود در آورید، هرگاه پیش از آنکه با آنها همبستری کنید، آنها را طلاق بدهید بر عهده آنها عدتی که آن را در نظر دارید بگیرد، نیست.»  
 ۳) عدت به اتفاق نظر همه فقهاء بعد از وفات زوج در ازدواج صحیح بر زوجه واجب است هرچند وفات قبل از دخول صورت گرفته و زوجه صغیره باشد. زیرا، خداوند عز و جل در این مورد می فرماید:

﴿ وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ - [البقره: ۲۳۳]

«کسانی که از شما می میرند و از خود زنان خود را برجا می گذارند (زنان باید) چهار ماه و ده روز انتظار بکشند.»<sup>۷۹۶</sup>

#### مبحث سوم) طرق رعایت عدت و انواع معتدات

طریقه های رعایت عدت سه نوع ذیل است: عدت از طریق قرء، عدت از طریق ماه و عدت از طریق وضع حمل. با توجه به طریقه های رعایت عدت معتدات به انواع ذیل تقسیم می شود: معتده حامله، معتده متوفی عنها زوجها، معتده مطلقه حیضه، معتده مرتابه، معتده مستحاضه، معتده مختلعه، زانیه، زوجه مرتد و معتده کتابیه:

#### گفتار اول) معتده حامله

طبق ماده ۲۰۶ ق.م: «عدت زوجه حامله با وضع حمل تکمیل می گردد مشروط بر این که شکل اعضای حمل تماماً و یا قسماً ظاهر شده باشد.» طبق نص این ماده عدت زوجه حامله با وضع حمل تکمیل می گردد. در تکمیل حمل شرط است این که حمل به صورت کامل متولد شود و یا به

۷۹۶. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۷۱۷۰ و ۷۱۷۱؛ محمد يوسف موسى (\_\_\_\_). احكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، الطبعة الجديدة، كابل: انتشارات نعماني، ص ۳۴۶؛ (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، كويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۳۰۶؛ و محمد محي الدين عبدالحميد (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية في شريعة الاسلامية، لبنان: دارالعلوم العلمية للنشر، ص ۳۴۸.



صورت قسمی. به نظر می رسد منظور از قسمی علقه، مضغه و نظیر اینها است. فقهای حنفیه می گویند: حمل بر جمیع آنچه در بطن است اطلاق می گردد. بنابراین، اگر زن حامل یک طفل را متولد نماید و طفل دیگر در بطنش باشد، عدت اش با تولد طفل دوم منقضی می گردد.

فقهای حنفیه بر خلاف جمهور می گویند: خروج اکثر طفل کافی است. همچنین، هرگاه زن حامله جنین خویش را سقط نماید، در صورتی بعضی خلقت او، مانند موی، ناخون و... آشکار شود، عدت اش منقضی می گردد. در صورت عدم روشن و آشکار شدن بعضی خلقت، عدت منقضی نمی گردد. زیرا، در این صورت در وضع حمل شک واقع می گردد و عدت زن در اثر شک منقضی نمی گردد.<sup>۷۹۷</sup> به حیث مثال، اگر احمد حمیده را که حامله است طلاق دهد، عدت حمیده زمانی تکمیل می شود که حمیده طفل را به دنیا آورد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی عدت حامله است.

به اتفاق نظر همه فقهاء عدت زن حامله به وضع حمل منقضی می گردد اعم از اینکه معتدۀ طلاق و یا وطی به سبب شبهه باشد به دلیل این قول خداوند ﷻ:

﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ - [الطلاق / ۴]

«و مدت زمان عدۀ زنان حامله، وضع حمل آنها است.»

اما، فقهاء در بارۀ عدت متوفی عنها زوجها در صورتی که حامله باشد، اختلاف نظر دارند: جمهور فقهاء بر این نظر اند که: عدت زوجه متوفی عنها زوجها به وضع حمل منقضی می گردد اگرچه یک ساعت بعد از وفات شوهر باشد. در دفاع از این نظر به عموم آیه ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ - [الطلاق / ۴] «و مدت زمان عدۀ زنان حامله، وضع حمل آنها است.» استدلال می نمایند و می گویند این آیه عموم مطلقات و متوفی عنها زوجها را در بر می گیرد و مخصوص آیه سوره بقره است که خداوند ﷻ می فرماید:

﴿وَالَّذِينَ يَتوفُونَ مِنْكُمْ وَ يَذرُونَ أزواجاً يترِصْنَ بأنفسِهِنَّ أزبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْرًا﴾ - [البقره: ۲۳۳]

۷۹۷. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۹)، كويته: انتشارات مكتب رشديه، صص ۷۱۷-۷۱۸؛ سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۳) ايران، انتشارات محمدي سقر، صص ۱۶۳۸؛ محمد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصيه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفى جباري و حميد مسجد سرايي، تهران: انتشارات ققنوس، صص ۱۶۵؛ محمد علی صابوني (۱۳۸۵). تفسير آیات الاحكام، مترجم: نعمت الله شهراني، جلد (۲)، چاپ دوم كابل: انتشارات نعماني، صص ۶۷۶ و ۶۷۷؛ محمد يوسف موسى (\_\_\_\_). احكام الاحوال الشخصيه في الفقه الاسلامي، الطبعة الجديدة، كابل: انتشارات نعماني، صص ۳۴۹؛ \_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۲)، كويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۳۱۷-۳۲۱؛ محمد محي الدين عبدالحميد، الاحوال الشخصيه في الشريعة الاسلامية، صص ۳۵۴ عبدالحميد محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفي في ثوبه الجديد، جلد (۳)، باكستان: مكتب حقانيه، صص ۲۰۶؛ و اسعد محمد سعيد الصاغر جي (\_\_\_\_). الفقه الحنفي وادلته، جلد (۲)، باكستان: كتابخانه رشديه، صص ۲۲۶۹.

«کسانی که از شما می میرند و از خود زنان خود را برجا می گذارند (زنان باید) چهار ماه و ده روز انتظار بکشند».

همچنین، از حضرت عمر رضی الله عنه، عبدالله بن مسعود رضی الله عنه، زید بن ثابت رضی الله عنه و عبدالله بن عمر رضی الله عنه و ابی هریره رضی الله عنه روایت شده است که در باره متوفی عنها زوجها می گویند: هرگاه زن حامله وضع حمل نماید و زوج وی بر تابوت باشد، می تواند ازدوج نماید.

همچنین، جمهور فقهاء به آنچه که از مسور بن مخرمت رضی الله عنه روایت شده که گفت:

«أَنَّ سُبَيْعَةَ الْأَسْلَمِيَّةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا نَفَسَتْ بَعْدَ وِفَاةِ زَوْجِهَا بِلَيْالٍ، فَجَاءَت النَّبِيَّ ﷺ، فَاسْتَأْذَنَتْهُ أَنْ تَنْكِحَ، فَأَذِنَ لَهَا، فَنَكَحَتْ.» . ۷۹۸

«سبیعت اسلمیه یک شب بعد از وفات شوهرش انتظار کشید، سپس نزد پیامبر صلی الله علیه و آله آمد و اجازه ازدواج خواست. پیامبر صلی الله علیه و آله نیز به وی اجازه داد و او ازدواج نمود.».

همچنین از ام سلمه رضی الله عنها روایت است که:

«سبیعة بنت الحارث توفی عنها زوجها وهي حبلى، فوضعت بعد نحو عشرين ليلة من وفات زوجها، ثم جاءت النبي ﷺ فقال: انكحي! وفي رواية: فأفتأني بأني قد حلت حين وضعت حملي، وأمروني بالتزويج إن بلالی.» . ۷۹۹

«سبیعه بنت حارث که شوهرش وفات نمود حامله بود و بعد از فوت شوهر وضع حمل نمود. همینکه از نفاس؛ یعنی؛ خون پاک شد، خود را برای استقبال از خواستگاران آراست. مردی از «بنی عبدالدار» به نام «ابوالسنابل بن بعکک» بروی وارد شد و گفت: چی خبر است ترا آرایش کرده می بینم! شاید قصد ازدواج دارید؟! به خدا تعالی سوگند! شما نمی توانید ازدواج نمایید، مگر این که چهار ماه و ده روز از فوت شوهرتان سپری شود. سبیعه گفت: چون این سخن را به من گفت: من به حضور پیامبر صلی الله علیه و آله رفتم و در این باره از ایشان پرسش نمودم و ایشان برایم فتوی داد که با وضع حمل عدتم تمام شده و به من امر کرد که اگر صلاح دانم ازدواج کنم.».

ولی، برخی از صحابه از جمله حضرت علی بن ابی طالب رضی الله عنه و عبدالله بن عباس رضی الله عنه می گویند: عدت زن حامله ای که شوهرش وفات می نماید دراز ترین دو مدت: وضع حمل و یا چهار ماه و ده روز است و اگر پیش از تمام شدن چهار ماه و ده روز ولادت کند، تا تکمیل آن مدت باید صبر نماید. به هر حال، انتهای عدت به نظر جمهور فقهاء به غیر از حنفیه: وضع جمیع حمل و یا انفصال کل حمل است. بنابراین، عدت زن حامله با وضع یکی از دو طفل و یا انفصال قسمتی از طفل منقضی نمی گردد. عدت زن حامله به نظر مالکیه منقضی می گردد هر چند علقه (خون بسته

که شکل بعدی نطفه است) باشد. اما، به نظر شافعی و حنبله حملی که با وضع آن عدت منتهی می گردد باید چیزی از خلقت انسان مانند سر، ید و پا در آن هویدا باشد و یا مضغه (قطعه ای گوشت) باشد و صورت آدمی را داشته باشد به دلیل این قول خداوند عز وجل که می فرماید:

﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ - [الطلاق / ۴]

«و مدت زمان عدت زنان حامله، وضع حمل آنهاست.».

برعکس، فقهای حنفیه می گویند: حمل بر جمیع آنچه در بطن است اطلاق می گردد. بنابراین، اگر زن حامل یک طفل را متولد نماید و طفل دیگر در بطنش باشد، عدت اش با تولد طفل دوم منقضی می گردد. اما، فقهای حنفیه بر خلاف جمهور می گویند: خروج اکثر طفل کافی است. همچنین، هرگاه زن حامله جنین خویش را سقط نماید، در صورتی بعضی خلقت او، مانند موی، ناخون و... آشکار شود، عدت اش منقضی می گردد. در صورت عدم روشن و آشکار شدن بعضی خلقت، عدت منقضی نمی گردد. زیرا، در این صورت در وضع حمل شک واقع می گردد و عدت زن در اثر شک منقضی نمی گردد.<sup>۸۰۰</sup>

گفتار دوم) عد زنی که شوهرش وفات نموده است

براساس ماده ۲۰۷ ق. م: «عدت وفات چهار ماه و ده روز است مگر این که زوجه حامله باشد که در این صورت حکم ماده ۲۰۶ این قانون تطبیق می گردد.» نص این ماده مستقل نیست بلکه ارجاعی و مرتبط به ماده ۲۰۶ ق. م است. از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است: نخست این که: عدت وفات چهار ماه و ده روز است. این اصل است. در چنین حالتی، طبق نظر همه فقها فرق نمی کند که زوجه صغیره باشد و یا کبیره و یا آیه کبیره.<sup>۸۰۱</sup> استثنای این اصل حامله بودن زوجه است. بنابراین، در صورتی که زوجه حامله باشد و شوهرش وفات نماید در این صورت زوجه مکلف به رعایت عدت زوجه حامله است که تفصیل آن گذشت نه چهار ماه و ده روز. به حیث مثال، اگر احمد و حمیده زن و شوهر باشند و احمد وفات نماید، حمیده مکلف است چهار ماه و ده روز عدت بگیرد. در صورتی که در این مدت، ظاهر شود که حمیده حامله است عدت وفات به

۸۰۰. عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۳)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۲۰۶.

۸۰۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۱۸۱ و ۷۱۸۲؛ محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجدیدة، کابل: انتشارات نعمانی، ص ۳۴۸؛ \_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۲)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۳۱۴-۳۱۷؛ محمد محی الدین عبدالحمید، الاحوال الشخصية فی الشريعة الاسلامية، صص ۳۵۳ و ۲۵۴؛ عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۳)، پاکستان: مکتب حقانیه، صص ۲۰۵ و ۲۰۶؛ و اسعد محمد سعید الصاغر جی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۲۶۸.

عدت حمل تبدیل می شود. در این صورت، حمیده مکلف به رعایت عدت زن حامله که وضع حمل است می باشد.

عدت متوفی عنها زوجها (زنی که شوهرش وفات کرده است) در صورتی که حامل باشد به وضع حمل منتهی می گردد هرچند ولادت بعد از زمان اندک بعد از وفات صورت گرفته باشد. اما، در صورتی که متوفی عنها زوجها حایل (غیر حامله) باشد، به اتفاق نظر همه فقهاء عدت وی چهار ماه و ده روز از تاریخ وفات شوهرش می باشد. زیرا، خداوند جَلَّ جَلَلُهُ در این مورد می فرماید:

﴿وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ - [البقره: ۲۳۳]

«کسانی که از شما می میرند و از خود زنان خود را برجا می گذارند (زنان باید) چهار ماه و ده روز انتظار بکشند...».

همچنین پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ در این مورد فرموده است:

«لا يجل لأمرات تو من بالله واليوم الآخر تحدُّ علي ميت فوق ثلاثة إلا زوج اربعة اشهر و عشرًا». ۸۰۲

«برای زنانی که به خداوند جَلَّ جَلَلُهُ و دنیای پس از مرگ ایمان دارند، سوگواری بیش از سه روز جایز نیست مگر برای شوهر که چهار ماه و ده روز است...».

در چنین حالتی، فرق نمی کند که زوجه صغیره باشد و یا کبیره و یا آیه کبیره به سبب اطلاق آیه. ۸۰۳

#### گفتار سوم) عِدَّتْ مُطَلَّقَةٌ حَائِضَةٌ

طبق ماده ۲۰۱ فقرة اول و دوم ق. م: «(۱) عِدَّتْ در طلاق و تمام انواع فسخ بعد از نکاح صحیح برای زن مدخول بهای حقیقی یا حکمی که حامله نبوده و حایضه گردد، سه حیض کامل می باشد؛ و (۲) حیضی که در آن طلاق یا تفریق صورت گرفته در عدت محسوب نمی گردد». از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است: نخست این که عدت در طلاق و انواع فسخ که تفصیل آن گذشت بعد از نکاح صحیح برای زن مدخول بهای حقیقی و یا حکمی که حامله نباشد و حایضه گردد، سه حیض کامل است. تفصیل نکاح صحیح گذشت.

مدخول بها در لغت زنی است که با وی دخول صورت گرفته است. مدخول بهای حقیقی زنی است که با وی به صورت حقیقی مجامعت صورت گرفته در حالی که هیچ مانع استمتاع جنسی

۸۰۲. رواه البخاری و مسلم عن ام سلمة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا.

۸۰۳. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۷۱۸۱ و ۷۱۸۲؛ محمد يوسف موسى (\_\_\_\_). احكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، الطبعة الجديدة، كابل: انتشارات نعماني، ص ۳۴۸.

میان زوجین وجود نداشته است. اما، مدخول بهای حکمی زنی است که خلوت صحیحه با وی صورت گرفته است، زیرا خلوت صحیحه در نکاح صحیح حکم دخول را دارد.<sup>۸۰۴</sup> حایضه اسم مؤنث فاعل از ریشه حیض گرفته شده است که در لغت به معنی زنی است که حیض ببیند. به نظر می رسد معنی اصطلاحی این کلمه از معنی لغوی آن دور نیست. بنابراین، حایضه عبارت از زنی است که حیض ببیند. حیض در لغت به معنی سیلان و روان شدن است.<sup>۸۰۵</sup>

همچنین، حیض در لغت به معنی قاعدگی و عادت ماهیانه و عات ماهوار است.<sup>۸۰۶</sup> در اصطلاح حقوق مدنی، حیض عبارت از خونی است که در حالت صحت از فرج زن خارج می شود و حد اقل آن به نظر احناف سه روز و حد اکثر آن ده روز است.<sup>۸۰۷</sup> به عبارت دیگر: به خونی به طور ماهوار از رحم زن به سن بلوغ رسیده (غیرصغیر) و سالم از بیماری می آید حیض گویند.<sup>۸۰۸</sup>

به حیث مثال، اگر حمیده با حمیده ازدواج نماید و میان احمد و حمیده دخول صورت بگیرد یا خلوت صحیحه و سپس نکاح به دلیل طلاق یا فسخ منحل گردد و حمیده حامله نباشد و حیض یا عادت ماهوار ببیند، باید سه حیض یا عادت ماهوار عدت بگیرد. در این مثال، اگر میان احمد و حمیده دخول صورت بگیرد، حمیده مدخول بهای حقیقی است. اگر میان احمد و حمیده دخول صورت نگرفته باشد اما خلوت صحیحه صورت گرفته باشد، حمیده مدخول بهای غیر حقیقی است. اگر حمیده حامله گردد، حیض قطع می گردد و حمیده مکلف به رعایت عدت حمل که وضع حمل است می باشد. دوم این که حیضی که در آن طلاق یا تفریق صورت گرفته در عدت محسوب نمی گردد. بنابراین، ابتدای عدت بعد از حیضی که در آن طلاق یا تفریق صورت گرفته است شروع می شود.

به حیث مثال، اگر حمیده حایضه یا در عادت ماهوار باشد و احمد شوهرش او را طلاق بدهد یا قاضی تفریق را میان احمد و حمیده جاری نماید، این حیض در عدت شامل نمی شود. بنابراین، حمیده مکلف است سه حیض دیگر عدت بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عدت حایضه یا زنی که عادت ماهوار می شود است.

۸۰۴ . یادگار راجی (۱۳۹۵). توضیح مفاهیم قانون مدنی، مجله قضا، ص ۱۵.  
 ۸۰۵ . وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۱۸۶؛  
 (۱۴۰۴ هـ. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، ص ۳۲۸.  
 ۸۰۶ . مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۸۰.  
 ۸۰۷ . وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۱۸۶؛  
 (۱۴۰۴ هـ. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، ص ۳۲۸.  
 ۸۰۸ . مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۸۰.

زنی که طلاق داده شود و حیاضه: یعنی؛ از جمله زنانی باشد که حیض ببیند، عدّه اش به اتفاق نظر همه فقها سه قرء است اعم از اینکه جدایی در اثر طلاق باشد و یا فسخ. چنانچه گفته شد، قرء به نظر احناف و حنابله سه حیض و به نظر مالکیه و شافعیه سه طهر (پاک شدن از حیض) است، زیرا خداوند ﷻ فرموده است:

﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ - [البقره: ۲۲۸]

«زنان مُطَلَّقه باید سه طهر یا سه حیض انتظار بکشند.».

طبق این آیه زن به نظر حنفیه و حنابله باید سه حیض را سپری نماید و این سه حیض منتهی نمی گردد مگر بعد از انقطاع خون از حیض سوم. همچنین، در چنین حالتی نباید زن حیضی را که در آن طلاق واقع گردیده است، حساب نماید.<sup>۸۰۹</sup>

گفتار چهارم) عدت زوجة صغیره غیرحایضه و کبیره آیسه

طبق ماده ۲۰۲ ق. م: «عدت در طلاق یا فسخ برای منکوحه آیسه یا منکوحه که به سن بلوغ نرسیده و حیض نگردیده سه ماه کامل می باشد.» از نص این ماده دو حکم استنباط می گردد:

۱) عدت در طلاق یا فسخ برای منکوحه آیسه که حیض نگردیده سه ماه کامل می باشد. منکوحه اسم مفعول از ریشه «نکح» گرفته شده است که در لغت به معنی نکاح شده و نکاح شونده است. به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی منکوحه زنی است که در قید نکاح دیگری می یابد. یائسه صیغه مؤنث اسم فاعل از ریشه «یأس» گرفته شده است که در لغت به معنی نومید است. در اصطلاح حقوقی یائسه زنی است که از عادت ماهوار (حیض) قطع امید کرده باشد.<sup>۸۱۰</sup> به عبارت دیگر: به زنی که به سن یأس رسیده باشد یائسه گویند. یأس در لغت به معنی نومیدی است. سن یائسگی در زنان متفاوت است. از همین رو، ق. م در مورد این سن سکوت اختیار نموده است. در فقه نیز در این مورد اختلاف وجود دارد: فقهای حنابله پنجاه سالگی، فقهای حنفیه پنجاه و پنج سالگی، فقهای شافعیه شصت و پنج سالگی و فقهای مالکیه هفتاد سالگی را سن یأس تعیین نموده اند.<sup>۸۱۱</sup> ولی، امام ابن تیمیه می گوید: سن یأس نسبت به زنان مختلف، متفاوت است و در این باره سن معینی وجود ندارد. بنابراین، هر زنی که از حیض دیدن مأیوس گردد و امیدی نداشته باشد «آیسه» پنداشته می شود و سن وی مطرح نیست اعم از اینکه چهل سال داشته باشد و یا بیشتر از

۸۰۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۱۸۲؛ و محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجدیدة، کابل: انتشارات نعمانی، ص ۳۴۷.

۸۱۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۶۶.

۸۱۱. ر. ک: وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۱۸۳ و ۷۱۸۴؛ و مُحمّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرابی، تهران: انتشارات ققنوس، صص ۱۶۵ و ۶۶.

آن.<sup>۸۱۲</sup> به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را طلاق بدهد یا نکاح میان احمد و حمیده به گونه ای که تفصیل آن در فصل فسخ گذشت، فسخ شود و حمیده به دلیل رسیدن به سن یأس حیض نبیند، مکلف است سه ماه عدت بگیرد.

۲) عدت در طلاق یا فسخ برای منکوحه که به سن بلوغ نرسیده و حیض نگردیده سه ماه کامل می باشد. مفهوم مخالف نص این ماده این است که ازدواج دختر غیر بالغ جواز دارد. نص این ماده با ماده ۷۱ ق. م که ازدواج دختران کمتر از شانزده سال را اجازه نمی دهد، در تعارض به نظر می رسد مگر این که دختر به سن شانزده سالگی رسیده باشد و بالغ نگردد. تفصیل بلوغ و علامات بلوغ گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد با حمیده که هنوز به سن بلوغ نرسیده است و حیض نبیند، ازدواج نماید و حمیده را طلاق بدهد یا به گونه ای که تفصیل آن در فصل فسخ گذشت، نکاح میان احمد و حمیده فسخ شود، حمیده مکلف به رعایت عدت برای مدت سه ماه است. از آنچه گفته شد این نتیجه به دست می آید که عدت برای زنی که به سن بلوغ نرسیده سه ماه کامل است. زنی را که به سن بلوغ و حیض نرسیده باشد، صغیره غیرحایضه یا به تعبیر ق. م. مراهقه می نامند. بنابراین، عدت زنان مراهقه و آیه سه ماه است و این سه ماه بدل سه حیض است.<sup>۸۱۳</sup> هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عدت صغیره حایضه و کبیره آیه سه ماه است.

عدت زنان مراهقه و آیه سه ماه است و این سه ماه بدل سه حیض است،<sup>۸۱۴</sup> زیرا خداوند  $\text{عَلَيْهَا}$  در این مورد فرموده است:

﴿وَاللَّائِي يَئْسَنَ مِنَ الْمُحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعَدَّتْهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ - [الطلاق / ۴]

«بر زنانی از شما که از حیض نومید شده اند (زنان یائسه) اگر شک دارید عدت آنها سه ماه است و دخترانی که هنوز عادت ماهانه پیدا نکرده اند (نیز عده شان سه ماه است).».

شرط وجوب عدت بدل حیض زنان صغیره غیر حایضه و کبیره یائسه دو امر است: اول صغر و کبر و دوم دخول و یا آنچه در معنای دخول است؛ یعنی: خلوت صحیح در ازدواج صحیح، یا دخول در ازدواج فاسد و یا وطی به سبب شبهه.<sup>۸۱۵</sup>

۸۱۲. ر. ک: وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۱۸۳ و ۷۱۸۴؛ و محمد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرائی، تهران: انتشارات ققنوس، صص ۱۶۵ و ۶۶. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۶۳۸.

۸۱۳. عدت از طریق ماه دو نوع است: نوع آن بدل حیض و آن همان عدت زنان صغیره غیر حائضه و کبیره یائسه و نوع دوم آن فی نفسه اصلی است که همان عدت زنان حائضه است.

۸۱۴. عدت از طریق ماه دو نوع است: نوع آن بدل حیض و آن همان عدت زنان صغیره غیر حائضه و کبیره یائسه و نوع دوم آن فی نفسه اصلی است که همان عدت زنان حائضه است.

گفتار پنجم) عدت زنان مرتابه (ممتد الطهر / زنی که طهر او دوامدار شده است)

طبق ماده ۲۰۴: «(۱) عدت زوجه عادی به طهر متداوم، یک سال کامل است مشروط بر این که معتده در خلال این مدت حیض نشود. در صورت حیض شدن در سال اول، عدت با ختم سال دوم که معتده در آن حیض نشده باشد، تکمیل می گردد؛ (۲) اگر در سال دوم نیز حیض گردد عدت به مجرد مشاهده خون در سال سوم یا به ختم آن، بدون مشاهده خون تکمیل می گردد.».

نص این ماده مبهم است و به نظر می رسد که به جز فقره اول، فقره دوم معنی درست را افاده نمی کند. طبق فقره اول نص این ماده عدت زوجه عادی به طهر متداوم، یک سال کامل است مشروط بر این که معتده در خلال این مدت حیض نشود. طهر در لغت به معنی پاک گردیدن و پاک شدن است. در اصطلاح حقوق مدنی، به انقطاع حیض و یا انقطاع خون و پاک شدن از عادت ماهیانه طهر گویند. به عبارت عام تر: طهر عبارت از پاک شدن زن از حیض و نفاس است.<sup>۸۱۶</sup> حیضه اسم مؤنث فاعل از ریشه حیض گرفته شده است که در لغت به معنی زنی است که حیض ببیند. معنی اصطلاحی این کلمه از معنی لغوی آن دور نیست. بنابراین، حیضه عبارت از زنی است که حیض ببیند.

به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را طلاق بدهد و حمیده کبیره آیسه و صغیره نباشد و از جمله زنان حیضه باشد عدت او سه حیض یا عادت ماهوار است. در صورتی که طهر حمیده متداوم گردد؛ یعنی: حمیده عادت ماهوار یا حیض نبیند، باید یک سال عدت بگیرد. دلیل یک سال به نظر می رسد این است که حمیده صغیره غیرحیضه و کبیره آیسه نیست تا از طریق ماه عدت بگیرد.

همچنین، حمیده در این فرض حامله نیست تا از طریق وضع حمل عدت بگیرد و هیچ گزینه ای جز رعایت عدت از طریق حیض یا عادت ماهوار نیست. در صورتی که حمیده عادت ماهوار یا حیض نبیند، طهر حمیده متداوم می شود و چاره ای جز گرفتن عدت برای مدت یک سال نیست. بنابراین، حمیده باید برای مدت یک سال عدت بگیرد. این اصل است. استثنای این اصل این است که حمیده حیض گردد. بنابراین، اگر احمد حمیده را در اول حمل سال ۱۳۹۸ طلاق بدهد و

۸۱۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۱۸۲؛ محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، ص ۳۵۳؛ و عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۳)، پاکستان: مکتب حقانیه، صص ۲۰۵ و ۲۰۶.

۸۱۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۳۲۸.



حمیده شروع به گرفتن عدت نماید، اما الی شش ماه عادت ماهوار یا حیض نشود و پس از شش ماه عادت ماهوار یا حیض شود، سه عادت ماهوار یا حیض باید عدت بگیرد.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی عدت زنی که طهر او دوامدار می شود است. بقیه احکام ماده ۲۰۴ ق. م که می گوید: «در صورت حیض شدن در سال اول، عدت با ختم سال دوم که معتده در آن حیض نشده باشد، تکمیل می گردد؛ (۲) اگر در سال دوم نیز حیض گردد عدت به مجرد مشاهده خون در سال سوم یا به ختم آن، بدون مشاهده خون تکمیل می گردد». به نظر می رسد که مفهوم صحیح را فاده نمی نماید. حذف این احکام قابل توصیه به نظر می رسد. به موجب فقه مرتابه یا ممتد الطهر عبارت از زنی است که حیض می بیند. ولی، حیض وی بدون برداشتن حمل و یا رسیدن به سن یأس قطع می گردد. بنابراین، هرگاه وی را شوهر طلاق بدهد و حیض وی به علت معلوم مانند: شیر دادن طفل، نفاس و یا مریضی که بهبود وی متصور باشد، قطع گردد، باید انتظار بکشد تا زمانی که حیض ببیند و سپس سه قراء عدت بگیرد و یا به سن یأس برسد و سه ماه مانند آیسه عدت بگیرد.

در چنین حالتی، ممتد الطهر نمی تواند قبل از رسیدن به سن یأس از طریق ماه عدت بگیرد که این نظر حضرت علی، حضرت عثمان و زید بن ثابت رضی الله عنهم است. همچنین، بیهقی از حضرت عثمان رضی الله عنه روایت کرده است که وی چنین قضاوت کرده است. اما، در صورتی که حیض ببیند و سپس حیض وی بدون علت قطع گردد، در فقه دو نظریه وجود دارد: فقهای شافعیه و حنفیه بر این نظر اند که: ممتد الطهر برای همیشه انتظار بکشد تا وقتی که حیض ببیند و یا به سن یأس برسد. در صورت اول، سه قراء و در صورت دوم سه ماه عدت بگیرد. زیرا، در صورتی که ممتد الطهر حیض ببیند از جمله زنان حایضه تلقی می گرد.

برعکس فقهای مالکیه، حنابله، حضرت عمر رضی الله عنه، حضرت ابن عباس رضی الله عنهما و حسن بصری بر این نظر اند که: مرتابه در چنین حالتی باید غالب مدت حمل؛ یعنی: نه ماه انتظار بکشد، تا برائت رحم وی به منظور زوال شک آشکار گردد. سپس، سه ماه عدت بگیرد که مجموعاً یک سال می شود و بعد از این مرتابه برای ازدواج دوم حلال می گردد. زیرا، از حضرت عمر رضی الله عنه روایت شده است که وی به مردی که زوجه اش را طلاق داده و یک یا دو حیض دیده و سپس حیض به سبب نامعلوم منقطع گردید، حکم نمود که: نه ماه انتظار بکشد، در صورتی که حمل وی آشکار نشود، باید سه ماه عدت بگیرد که یک سال مکمل می شود. زیرا، مقصود از عدت شناخت برائت رحم و خالی بودن

زوجه از حمل است که این مقصود با سپری شدن این مدت متحقق می گردد. پس، به آن اکتفاء صورت می گیرد.<sup>۸۱۷</sup>

نظر به نرمش و سهولتی که در نظریه فقهای مالکیه و شافعیه وجود دارد ماده ۱۲۱ قانون احوال شخصیه سوریه از این نظر پیروی و اقتباس نموده است. به نظر می رسد نویسندگان ق. م که می خواسته اند ماده ۱۲۱ قانون احوال شخصیه سوریه را ترجمه نمایند، در ترجمه آن اشتباه نموده اند که ایجاب تعدیل را می نماید. زیرا، فقره اول با فقره دوم و شق اول و دوم باهم متناقض به نظر می رسند.

#### گفتار نهم) عدت مستحاضه

طبق ماده ۲۰۵ ق. م: «عدت زوجه عادی به خون ریزی متداوم که ترتیب عادت ماهوار خود را فراموش کرده باشد، بعد از وقوع طلاق یا فسخ، هفت ماه کامل می باشد.» طبق نص این ماده عدت زوجه عادی به خون ریزی متداوم که ترتیب عادت ماهوار خود را فراموش کرده باشد، بعد از وقوع طلاق یا فسخ، هفت ماه کامل می باشد.

به حیث مثال، اگر احمد و حمیده زن و شوهر باشند و احمد حمیده را طلاق بدهد یا میان احمد و حمیده فسخ به گونه ای که تفصیل آن در فصل فسخ گذشت، واقع گردد اما خون ریزی حمیده متداوم باشد و حمیده عادت ماهوار خود را نتواند به صورت دقیق حساب نماید، عدت حمیده هفت ماه است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم عدت زنان مستحاضه است.

پرسش: احکام مواد (۲۰۴ و ۲۰۵) قانون مدنی راجع به مدت عدت مخالف فقه حنفی است.

#### توضیح:

احکام مواد (۲۰۴ و ۲۰۵) قانون مدنی با مذهب امام مالک (رح) موافق است نظر به حکم ماده (۵۶) اصول اساسی جمهوری دموکراتیک افغانستان قابل تطبیق است.<sup>۸۱۸</sup>

خونی که از فرج زنان خارج می شود سه نوع است: حیض، نفاس و استحاضه. حیض در لغت به معنی سیلان و روان شدن است و اصطلاح عبارت از خونی است که در حالت صحت از فرج زن

۸۱۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۱۸۵ و ۷۱۸۶؛ و (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ هـ. ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۲)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۳۲۹ و ۳۳۰.

۸۱۸. \_\_\_\_ (۹-19 حوت 1361). سیمینار عالی ستره محکمه، کابل: ستره محکمه، ص ۱۹۶.

خارج می شود و حد اقل آن به نظر احناف سه روز و حد اکثر آن ده روز است. هرگاه مدت این خون از سه روز کمتر و یا از ده روز بیشتر باشد، این خون را استحاضه و زن مبتلاء به آن را مستحاضه می نامند. اما، نفاس عبارت از خونی است که بعد از تولد طفل از فرج زن خارج می شود که حد اکثر آن چهل روز است.

هر یک از حیض، نفاس و استحاضه موجب آثار معین می گردد که بحث روی این آثار از حوصله این کتاب خارج و آنچه در این کتاب باید تذکر یابد این است که در باره عدت مستحاضه در فقه دو نظریه وجود دارد: اگر زن بتواند بین حیض و استحاضه از طریق بوی، رنگ و یا کثرت و قلت و یا عادت تفکیک قایل شود، باید از طریق قرء عدت بگیرد به علت عموم ادله وارد در این مورد از آن جمله این قول خداوند عز و جل که می فرماید:

﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ - [البقره: ۲۲۸]

«زنان مطلقه باید سه طهر یا سه حیض انتظار بکشند.»

اما، در صورتی که نتواند بین حیض و استحاضه تفکیک قایل شود و متحیر باشد فقهای حنفیه می گویند: عدت مستحاضه هفت ماه است. فقهای شافعیه و حنابله می گویند: عدت مستحاضه مانند آیه سه ماه است. اما، فقهای مالکیه عدت مستحاضه را شبیه عدت مرتابه می دانند. پس، مستحاضه باید یک سال عدت بگیرد، به ترتیبی که: نه ماه که مدت حمل است انتظار بکشد تا برائت رحم وی معلوم گردد و سپس سه ماه عدت بگیرد.<sup>۸۱۹</sup>

گفتار هفتم) عدت زوجه در طلاق که شوهر در مرض موت قرار دارد

طبق ماده ۲۰۹ ق. م: «هرگاه زوجی که در حال مرض موت، زوجه اش را بدون رضای وی طلاق باین نموده و در خلال عدت وفات نماید، زوجه مستحق میراث گردیده هر یک از عدت طلاق یا وفات را که مدت آن بیشتر باشد تکمیل می نماید.» طبق نص این ماده هرگاه زوج در حال مرض موت، زوجه اش را بدون رضای وی طلاق باین نموده و در خلال عدت وفات نماید، زوجه مستحق میراث گردیده هر یک از عدت طلاق یا وفات را که مدت آن بیشتر باشد تکمیل می نماید.

فقهای حنفیه در تعریف مرض الموت می گویند: «مرض الموت عبارت از مرضی است که در اغلب اوقات خوف مرگ مریض در آن متصور باشد و آن حالتی است که اگر مریض از جمله مردها باشد، از انجام کارها و مصالح خویش در خارج از منزل عاجز گردد و در صورتی که مریض از جمله زنان باشد از انجام مصالح خود در داخل منزل عاجز گردد و در همین حالت، قبل از مرور یک سال بمیرد، خواه مریض حالت مریضی را در بستر بگذارد و یا خارج از بستر. اگر مرض او دوام

۸۱۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۱۸۶؛  
 (۱۴۰۴ ه. ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۳۲۸.

کند و یک سال از آن بگذرد، چنین مریض تا آنکه مرض او شدت پیدا نکند و حالت او تغییر نیابد، حکم انسان سالم را دارد و تصرفاتش مانند تصرفات انسان سالم و عادی به حساب می آید. اگر حالت او تغییر کرد، و مرض او شدت یافت و بعد از این حالت وفات کرد، از زمان تغییر حالت تا ساعت وفات، حالت مرض را به خود می گیرد.» (ماده ۱۵۹۵ مجله الاحکام).

به حیث مثال، اگر احمد مبتلا به مرض سرطان باشد که از مصادیق مرض الموت به نظر می رسد و زوجه اش حمیده را بدون رضای حمیده طلاق باین که تعریف آن در فصل طلاق گذشت بدهد و احمد در حالی که حمیده عدت خویش را رعایت نماید، وفات نماید، حمیده مستحق میراث از احمد می گردد، اما مکلف است از میان عدت طلاق یا وفات هر کدام که بیشتر باشد را رعایت نماید. نص این ماده استثنای بر قواعد عمومی طلاق باین است. زیرا، چنانچه بحث آن در مبحث طلاق باین گذشت، طلاق باین برخلاف طلاق رجعی موجب انتهای رابطه زوجیت می گردد. بنابراین، در صورتی که در جریان عدت طلاق باین زوج وفات نماید، زوجه از زوج مستحق ارث نمی گردد. اما، در صورتی که زوج مبتلا به مرض الموت زوجه اش را به دلیل فرار یا محروم کردن از ارث طلاق باین بدهد، این امر باعث ورود ضرر به زوجه می گردد. زیرا، زوجه از یکطرف شوهر خویش را از دست می دهد و از طرف دیگر از ارث به دلیل قطع رابطه زوجیت و از بین رفتن سبب ارث، محروم می گردد. برای جلوگیری از سوء استفاده شوهر از حق، قانونگذار مدنی زوجه را مورد حمایت قرار داده و هرچند شوهر او که در حالت مرض الموت است او را طلاق باین بدهد، مستحق ارث می داند.

همچنین، در طلاق باین رضایت زوجه شرط نیست. اما، طبق نص این ماده شرط است که زوج زوجه را بدون رضایت او طلاق باین بدهد. به نظر می رسد در صورتی که زوجه راضی باشد، مستحق ارث نمی گردد. زیرا، قانونگذار مدنی در نص این ماده از بدون رضایت سخن می گوید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از سوء استفاده از حق توسط شوهر و مورد حمایت قرار دادن زوجه است.

در فقه چنین طلاقی را طلاق فار می نامند. طبق فقه طلاق فرار برطلاقی اطلاق می گردد که مرد در حالت بیماری مرگ، زوجه اش را به قصد حرمان از میراث طلاق باین بدهد و خودش قبل از انقضای عدت زوجه وفات نماید.<sup>۸۲۰</sup>

در خصوص طلاق فرار امام ابوحنیفه رحمته، امام محمد رحمته و امام احمد رحمته بر این نظر اند که: هرگاه طلاق بخاطر فرار از ارث زوجه صورت بگیرد؛ یعنی؛ زوج زوجه اش را در حالت مرض

الموت به قصد حرمان از ارث طلاق بدهد و بعد از طلاق وفات نماید، زوجه مکلف به رعایت عدت طولانی تر از میان عدت طلاق و وفات است؛ یعنی؛ در صورتی که مدت حیض از چهار ماه و ده روز طولانی تر باشد، باید آن را رعایت نماید. ولی، در صورتی که مدت سه حیض از چهار ماه و ده روز کمتر باشد، باید عدت وفات را رعایت نماید و در صورتی که طهر وی دوامدار شود، باید الی رسیدن به سن یأس انتظار بکشد. زیرا، در چنین حالت، زوجه از شوهرش ارث می برد و ازدواج حکماً به حالت قبلی باقی مانده محسوب می گردد.<sup>۸۲۱</sup>

#### مبحث چهارم) تغییر عدت

چنانچه گفته شد، عدت بر سه نوع است: عدت از طریق قرء، عدت از طریق ماه و عدت از طریق وضع حمل. گاهی ممکن است این عدت ها از یک نوع به نوع دیگر تغییر نماید که برخی مثال های آن در ذیل مطالعه می گردد:

#### گفتار اول) تحول عدت از ماه به قرء

براساس ماده ۲۰۳ ق. م: «هرگاه مراهقه و آیه سه عدت شان را به حساب ماه آغاز کرده و قبل از تکمیل سه ماه حیض شوند، عدت شان سه حیض کامل می باشد.» مراهق در لغت به کودک نزدیک به بلوغ، نزدیک شده به حلم و احتلام، در شرف بلوغ اعم از دختر و پسر معنا شده است که مؤنث آن مراهقه است. کودکی ممیزی که به سن بلوغ شرعی نرسیده، ولی امکان و استعداد بلوغ را از طریق انزال و یا انبات (رویدن موی خشن در اطراف اعضای تناسلی) دارد مراهق نامیده می شود.<sup>۸۲۲</sup>

در باره آغاز و انتهای سن مراهق ماده ۷۱ قانون جزای افغانستان می گفت: «مراهق به شخصی اطلاق می گردد که سن سیزده سالگی را تکمیل و هجده سالگی را تکمیل نکرده باشد.» آیه سه مؤنث آیس، از ریشه «آیس» گرفته شده است که در لغت به معنی زن نوید است.<sup>۸۲۳</sup> در اصطلاح حقوق مدنی، به زنی که به سبب کبر سن و سالمند شدن حیض (عادت ماهوار) نمی بیند آیه سه و یا یائسه می گویند. چنانچه گفته شد، صغیره یا مراهقه و آیه سه با توجه به این که حیض یا عادت ماهوار نمی شوند، مکلف اند از طریق ماه عدت بگیرند. اما، هرگاه مراهقه و آیه سه عدت شان را به حساب ماه آغاز کرده و قبل از تکمیل سه ماه، حیض شوند، عدت شان سه حیض کامل می باشد. به

۸۲۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۱۹۰ و ۷۱۹۱؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۶۶۱ و ۱۶۶۲؛ و محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الأحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجدیدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۳۵۴ و ۳۵۵.

۸۲۲. مجید وزیری (۱۳۸۴). حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام، تهران: چاپ شرکت چاپ و نشر بین الملل، ص ۵۱.

۸۲۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۳.

حيث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را که صغیره یا مراهقه است طلاق بدهد و حمیده شروع به گرفتن عدت از طریق ماه نماید، اما قبل از تکمیل سه ماه عادت ماهوار شود، عدت از طریق ماه به عدت از طریق حیض تبدیل می شود.

در این مثال، حمیده در جریان عدت بالغ می شود و مکلف از طریق حیض عدت را رعایت نماید. پیش بینی نص این ماده با ماده ۷۱ ق. م که ازدواج صغار را ممنوع کرده است در تعارض به نظر می رسد مگر این که دختر به سن شانزدگی سالگی برسد و بالغ نشود. همچنین، اگر احمد حمیده زوجه اش را که آیه است طلاق بدهد و حمیده شروع به گرفتن عدت از طریق ماه نماید، اما قبل از تکمیل سه ماه عادت ماهوار شود، عدت از طریق ماه به عدت از طریق حیض تبدیل می شود. در این مثال، حمیده مکلف از طریق حیض عدت را رعایت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی تبدیل عدت از ماه به حیض یا عادت ماهوار است. طبق فقه هرگاه دختر صغیره که به سن حیض نرسیده یا آیه یا زنی که به سبب کبر سن به سن یأس رسیده و به اقتضای آن حیض نبیند طلاق داده شوند و عدت خویش را براساس ماه شروع نمایند و قبل از انتهای عدت، حیض ببینند، باید عدت خویش را از ماه به قراء تبدیل نمایند. در چنین حالتی، مدتی گذشته باطل گردیده و عدت منتهی نمی شود مگر به سه حیض کامل به نظر حنفیه.<sup>۸۲۴</sup>

#### گفتار دوم) تغییر عدت از قراء به ماه

در باره تغییر عدت از قراء به ماه ق. م ساکت است. اما، براساس فقه هرگاه حیضه طلاق داده شود و بعد از وقوع طلاق یک یا دو بار حیض ببیند و سپس به سن یأس برسد و در نتیجه از دیدن حیض مأیوس گردد، عدت وی از قراء به ماه تغییر می نماید. بنابراین، باید سه ماه که عدت زن آیه است عدت بگیرد و این عدت بدل حیض است.<sup>۸۲۵</sup> به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را که حیضه است طلاق بدهد و حمیده شروع به گرفتن عدت از طریق حیض نماید، اما قبل از تکمیل سه حیض عادت ماهوار او خشک شود و حمیده به زن آیه تبدیل شود، عدت از طریق حیض به عدت از طریق ماه تبدیل می شود. در این مثال، حمیده مکلف از طریق ماه عدت را رعایت نماید.

#### گفتار سوم) تغییر عدت از حیض به عدت وفات

۸۲۴. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۷۱۸۲؛ محمد يوسف موسى (\_\_\_\_). احكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، الطبعة الجديدة، كابل: انتشارات نعماني، صص ۳۵۰ و ۳۵۱؛ عبدالرحمن الجزائري (\_\_\_\_). الفقه على المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ كتابخانه وحيدى، صص ۴۲۴ و ۴۲۵.

۸۲۵. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۷۱۸۹؛ محمد يوسف موسى (\_\_\_\_). احكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، الطبعة الجديدة، كابل: انتشارات نعماني، ص ۳۵۱؛ عبدالرحمن الجزائري (\_\_\_\_). الفقه على المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ كتابخانه وحيدى، ص ۴۲۵؛ محمد محي الدين عبد الحميد (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية في شريعة الاسلامية، لبنان: دارالعلوم العلمية للنشر، ص ۳۵۶.

براساس ماده ۲۰۸ ق. م: «هرگاه زوج قبل از تکمیل عدت طلاق زوجه خود وفات نماید، عدت طلاق کاملاً ملغی و عدت وفات مطابق به حکم ماده ۲۰۷ این قانون لازم می گردد خواه این طلاق در حالت صحت یا مرض موت زوجه صورت گرفته باشد.» طبق نص این ماده هرگاه زوج قبل از تکمیل عدت طلاق زوجه خود وفات نماید، عدت طلاق کاملاً ملغی و عدت وفات مطابق به حکم ماده ۲۰۷ این قانون لازم می گردد خواه این طلاق در حالت صحت یا مرض موت زوجه صورت گرفته باشد. به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را طلاق بدهد و حمیده شروع به گرفتن عدت نماید و احمد در جریان عدت حمیده وفات نماید، عدت طلاق حمیده که بر حسب مورد سه حیض یا سه ماه است به عدت وفات که چهار ماه و ده روز است تبدیل می شود. بنابراین، حمیده مکلف است چهار ماه و ده روز عدت بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تغییر عدت از حیض به وفات است.

به موجب فقه هرگاه شخصی زوجه اش را طلاق رجعی بدهد و زوجه از جمله زنان حایضه باشد و گرفتن عدت را شروع نماید و قبل از انقضای عدت شوهرش وفات نماید، عدت طلاق رجعی به عدت وفات که چهار ماه و ده روز است انتقال می آید. بنابراین، زوجه مُطَلَّقه رجعی مکلف به رعایت عدت وفات می گردد، زیرا در صورت وقوع طلاق رجعی چنانچه قبلاً گفته شد رابطه زوجیت الی انقضای عدت کاملاً منحل نمی گردد. در چنین حالتی تفاوت نمی کند که طلاق در حالت صحت و یا مرض موت صورت گرفته باشد. ولی، در صورتی که طلاق باین باشد، عدت از قرء به ماه تغییر نمی کند، زیرا در صورت وقوع طلاق باین رابطه زوجیت میان زوجین منحل می گردد. ۸۲۶

#### مبحث پنجم) ابتداء و انتهای مدت عدت

##### گفتار اول) ابتدای مدت عدت

طبق ماده ۲۱۱ ق. م: «عدت به مجرد وقوع طلاق، وفات، فسخ، تفریق و یا متارکه در نکاح فاسد آغاز می گردد.» طبق نص این ماده عدت به مجرد وقوع طلاق، وفات شوهر، فسخ عقد ازدواج، تفریق قضایی و متارکه در نکاح فاسد آغاز می شود. به نظر می رسد منظور از متارکه در نص این ماده به در مفهوم جدایی زن و شوهر است زیرا متارکه در لغت به معنی بیزاری، طلاق، جدایی، ترک جنگ و خصومت است. ۸۲۷

۸۲۶ . وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۷۱۸۹؛ و محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، صص ۳۵۷ و ۳۵۸؛ محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجدیدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۳۵۱ و ۳۵۲.

به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را طلاق بدهد، به مجرد وقوع طلاق حمیده مکلف به آغاز رعایت عدت است. همچنین، اگر احمد و حمیده زن و شوهر باشند و احمد وفات نماید، به مجرد وفات احمد، حمیده مکلف به آغاز رعایت عدت است. همچنین، اگر احمد و حمیده ازدواج نمایند و ازدواج به گونه ای که بحث آن در فصل فسخ گذشت، فاسد باشد و عقد ازدواج فسخ گردد، به مجرد فسخ عقد ازدواج حمیده مکلف به شروع رعایت عدت است.

همچنین، اگر حمیده زوجه ای احمد از احمد به دلیل عیب و مرض، ضرر، عدم انفاق، مفقودیت و غیابت و حبس تفریق قضایی بگیرد، به مجرد وقوع تفریق قضایی حمیده مکلف به آغاز رعایت عدت است. همچنین، در صورت جدایی احمد و حمیده که زن و شوهر اند در نکاح فاسد، حمیده مکلف به آغاز رعایت عدت است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی زمان آغاز عدت است.

#### پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت فاریاب:

جانب در دعوی تفریق به سبب غیابت، زوج، طبق مقررات از غائب وکیل مسخر تعیین و وکیل موصوف صلاحیت قناعت و سایر اقداماتی را که به ضرر غائب باشد حایز نمیشد لزوماً دعوی متذکره قابل تعقیب محاکم ثلاثه تا قطعیت موضوع میباشد اما ماده (۱۹۷) قانون مدنی تفریق را در محاکم طلاق رجعی دانسته و عدت آن را نیز مثل عدت طلاق رجعی محسوب نموده است پس سوال در اینجا است که آغاز ایام عدت از حکم محکمه ابتدائیه حساب میشود یا از تاریخ قطعیت فیصله یعنی از تاریخ طی محاکم ثلاثه در مورد رهنمائی نموده ممنون سازند. توضیح:

حسب هدایت ماده (۱۰) قانون تشکیل و صلاحیت محاکم احکام قطعی محاکم واجب التعمیل است و حکم به تفریق بین زوجین بعد از قطعیت حکم محکمه قابل محاسبه میباشد بناءً طبق هدایت ماده (۲۱۱) قانون مدنی عدت به مجرد وقوع طلاق، وفات، فسخ تفریق و یا متارکه در نکاح فاسد آغاز می گردد در تفریق قضائی بین زوجین بعد از قطعیت حکم محکمه آغاز می شود. ۸۲۸

#### گفتار دوم) انتهای مدت عدت

انتهای عدت نظر به وضعیت معتده فرق می نماید: اگر زن حامله باشد، عدت وی با وضع کل حمل منتهی می گردد؛ اگر عدت زن از طریق قرء باشد با سه قرء ختم می شود. اما، اگر عدت زن از



طریق ماه باشد، زن باید از زمان فرقت و یا وفات شوهر عدت را حساب نماید و این عدت با ختم سه ماه و یا چهار ماه و ده روز منتهی می گردد.<sup>۸۲۹</sup>

#### مبحث ششم) نفقه عدت

مطابق ق. م معتدات با توجه به استحقاق دریافت نفقه و عدم آن به دو دسته ذیل تقسیم می شوند:

#### گفتار اول) معتدات مستحق نفقه

طبق ماده ۱۲۶ ق. م: «مُطَلَّقه از تاریخ طلاق تا ختم عدت مستحق نفقه می گردد.» طبق نص این ماده مطلقه از تاریخ طلاق تا ختم عدت مستحق نفقه عدت شناخته می شود. به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را طلاق رجعی یا باین بدهد، حمیده از تاریخ طلاق تا ختم عدت مستحق نفقه شناخته می شود. عدت حمیده بستگی دارد که حمیده حیضه، صغیره غیر حیضه و کبیره آیه یا حامله است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ابتداء و انتهای استحقاق نفقه توسط زوجه مطلقه است. همچنین، طبق ماده ۲۱۲ ق. م: «هر نوع تفریقی که از جانب زوج واقع می گردد، خواه طلاق باشد و یا فسخ، موجب اسقاط نفقه عدت زوجه نمی گردد، گرچه زوج قصوری در آن نداشته باشد. نفقه معتدات آتی الذکر بر زوج لازم است:

(۱) معتده طلاق رجعی، باین صغری و باین کبری، خواه زوجه حامله باشد یا نه؛

(۲) معتده لعان، ایلا و خلع، مگر اینکه از نفقه خود ابرا داده باشد؛

(۳) معتده ای که تفریق وی به سبب امتناع زوج از قبول اسلام صورت گرفته باشد؛

(۴) معتده ای که زوج عقد نکاح را به سبب خیار بلوغ و افاقه، فسخ نموده باشد؛

(۵) معتده ای که تفریق وی به اثر مرتد شدن زوج یا به اثر ارتکاب فعلی که موجب حرمت مصاهره می گردد، صورت گرفته باشد.» از نص این ماده احکام ذیل قابل استنباط است:

(۱) طبق بند اول این ماده هر نوع تفریقی که از جانب زوج واقع می گردد، خواه طلاق باشد و یا فسخ، موجب اسقاط نفقه عدت زوجه نمی گردد، گرچه زوج قصوری در آن نداشته باشد. تفریق از ریشه فرق گرفته شده که در لغت به معنی جدا کردن، جدایی انداختن و از هم گسیختن است.<sup>۸۳۰</sup> به نظر می رسد منظور از تفریق در نص این ماده تفریق قضایی نیست زیرا تفریق قضایی چنانچه بحث آن در فصل تفریق قضایی گذشت حق زوجه است نه از زوج و قانونگذار مدنی در نص این ماده از هر نوع تفریق توسط زوج سخن می گوید و سپس مصادیق آن را طلاق و فسخ تعیین می نماید.

۸۲۹. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ه. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، ص ۳۲۷.  
۸۳۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۲۰.

به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را طلاق بدهد، این طلاق تفریق میان احمد و حمیده است و موجب اسقاط شدن نفقه عدت حمیده نمی گردد. همچنین، اگر احمد نکاح خویش را با حمیده به دلیل لعان یا حرمت مصاهره فسخ نماید، این فسخ تفریق میان احمد و حمیده است و موجب اسقاط نفقه عدت حمیده نمی گردد. بند اخیر این ماده که می گوید گرچه زوج قصوری در آن نداشته باشد مبهم به نظر می رسد.

(۲) طبق بند دوم این ماده نفقه معتدات ذیل بر زوج لازم است. معتدات جمع معتده است که تعریف آن در بالا گذشت.

۱- معتده طلاق رجعی، باین صغری و باین کبری، خواه زوجه حامله باشد یا نه: اگر معتده، مُطَلَّقه طلاق رجعی باشد، مستحق دریافت همه انواع نفقه اعم از طعام، لباس و مسکن می گردد. زیرا، معتده طلاق رجعی تا زمانی در عدت است زوجه مُطَلَّقه تلقی می گردد. در صورتی که مُطَلَّقه طلاق باین حامله باشد، مستحق همه انواع نفقه است. همچنین، طبق نص این ماده معتده طلاق باین صغری و کبری مستحق نفقه شناخته می شود. به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را طلاق رجعی، باین صغری یا باین کبری که تفصیل هر یک در فصل طلاق گذشت بدهد، حمیده در جریان عدت مستحق نفقه شناخته می شود و احمد مکلف است نفقه عدت حمیده را بدهد.

۲- معتده لعان: تفصیل لعان در فصل محرمات مؤقت گذشت. به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را متهم به زنا یا نفی نسب نماید و لعان به گونه ای که تفصیل آن در فصل محرمات مؤقت گذشت، میان احمد و حمیده اجراء شود و در نتیجه موجب تفریق قضایی میان احمد و حمیده گردد، احمد مکلف است در جریان عدت به حمیده نفقه فراهم نماید.

۳- معتده ایلاء: در ق. م در باره ایلاء بجز ماده مذکور احکام مفصل وجود ندارد. در فقه ایلاء یکی از اسباب تفریق قضایی است. ایلاء از ریشه ولی گرفته شده است که در لغت به معنی حلف (سوگند، یمین و قسم) است. شخصی که ایلاء می نماید (زوج) مولی و شخصی که مورد ایلاء قرار می گیرد (زوجه) مولی منها نامیده می شود. فقهای حنفیه در تعریف ایلاء می گویند: ایلاء عبارت از سوگند به خداوند ﷻ یا یکی از صفات او و یا به نذری یا تعلیق طلاق مبنی بر ترک مقاربت جنسی زوجه در مدت چهار ماه و یا بیشتر است، مانند اینکه: زوج به زوجه بگوید: والله با شما برای مدت چهار ماه، شش ماه یا هیچگاه و یا در مدت حیات خویش مقاربت جنسی نمی نمایم که این صورت قسم خوردن با اسم خداوند ﷻ است. تعلیق ایلاء طوری است زوج به زوجه بگوید: اگر با شما مقاربت جنسی نمایم به خدا یک ماه روزه می گیرم، به حج می روم و یا شصت مسکین را

طعام می دهم. همچنین، هرگاه زوج به غیر از خداوند جَلَّ جَلَلُهُ، مانند: پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ و غیره سوگند یاد نماید، ایلاء متحقق نمی گردد. طبق این تعریف، ایلاء صبی، مجنون صحیح نیست.<sup>۸۳۱</sup>

اعراب دوره جاهلیت هرگاه می خواستند زنان خود را در تنگنا قرار بدهند و به آنها ضرر برسانند، سوگند یاد می کردند که با زنان خود در مدت یک سال و یا بیشتر از آن رابطه جنسی برقرار ننمایند. بدون تردید، این امر موجب محروم گردانیدن آنها از مزایای همبستری می گردید. زیرا، زنان در چنین حالات از یکسو نمی توانستند با شوهران خویش رابطه جنسی برقرار نمایند و از سوی دیگر مُطَلَّقه محسوب نمی گردیدند تا شوهر دیگر اختیار نمایند.

حقوق اسلام برای این عمل زیان بار حد و مرزی تعیین نمود و بنابراین برای آن مدت چهار ماه را تعیین نمود تا شوهر همه جوانب و ابعاد کار خویش را بسنجد و در نتیجه یا پشیمان گردد و به اشتباه خود پی ببرد و کفاره ای سوگند خود را بپردازد و یا زوجه اش را طلاق بدهد تا او از بلا تکلیفی بدر آید. زیرا، از حضرت ابن عباسی نقل شده است که ایلاء در دوره جاهلیت دو سال و یا بیشتر از آن بود<sup>۸۳۲</sup> و خداوند جَلَّ جَلَلُهُ مدت آن را چهار ماه معین نمود. خداوند جَلَّ جَلَلُهُ در این مورد فرمود:

﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ - [البقره: ۲۲۶ - ۲۲۷]

«کسانی که زنان خود را ایلاء می نمایند (یعنی سوگند یاد می نمایند که با آنها رابطه جنسی برقرار ننمایند) تا چهار ماه انتظار بکشند (و باید آنها در مدت چهار ماه تکلیف همسر خود را با ادامه معاشرت یا طلاق دادن روشن نمایند) اگر از تصمیم خود عدول کردند (و سوگند خود را شکستند و با زنان خود همبستر شدند، کفاره سوگند خود را بپردازند)، زیرا خداوند جَلَّ جَلَلُهُ بسیار آمرزنده و مهربان است. اگر تصمیم بر جدایی گرفتند (در آن مدت معاشرت و زناشویی امتناع ورزیدند) خداوند جَلَّ جَلَلُهُ شنوا و توانا است.»

۸۳۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۰۷۰ و ۷۰۷۱؛ سید سابق (۱۳۷۱)، فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۴۵۰؛ (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۷)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۲۱؛ اسعد محمد سعید الصاغر جرجی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۲۴۵؛ عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۲۱۷.

۸۳۲. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۰۶۹ و ۷۰۷۰؛ سید سابق (۱۳۷۱)، فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۴۵۰ و ۱۴۵۱؛ (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۷)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۲۱؛ عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۲۱۷.

فقهای حنفیه ایلاء را مکروه تحریمی می دانند.<sup>۸۳۳</sup> هرگاه همه شرایط و ارکان ایلاء تحقق یابد، یا زوج به زوجه قبل از اتمام مدت ایلاء رجوع نماید که در این صورت زوج باید کفاره یمین خویش را بپردازد و یا رجوع نمی نماید که در این صورت بعد از سپری شدن مدت ایلاء طلاق واقع می گردد:

- حکم حنث/ فی (نقض سوگند و رجوع به زوجه): مقصود از حنث عدم وفا به یمین است. هرچند حنث غیر مرغوب است، ولی مستحب است. زیرا، حنث موجب رجوع از اذیت زوجه می گردد. اما، فی به معنی رجوع است، یعنی رجوع زوج به جماع زوجه<sup>۸۳۴</sup> که ممکن است به قول و یا فعل متحقق گردد. رجوع به فعل جماع با زوجه در فرج است. پس، اگر شوهر در غیر فرج جماع نماید، و یا زوجه را به شهوت در آغوش بگیرد، و یا لمس نماید و یا به فرج وی به شهوت نظر نماید، این اعمال فی تلقی نمی گردد. زیرا، حق زوجه این است که زوج با وی در فرج جماع نماید. اما، فی به قول این است که شوهر به زوجه اش بگوید: من به تو رجوع نمودم یا کلمات مشابه را استعمال نماید.

حکم حنث نظر به محلوف به متفاوت می باشد: اگر حلف به نام خداوند جَلَّ جَلالُه و یا یکی از صفات او بود، مانند اینکه شوهر گفته باشد: والله با شما نزدیک نمی شوم، بر زوج کفاره یمین مانند سایر سوگند ها لازم می گردد که در صورت متمول بودن عبارت از اطعام ده مسکین در یک روز، یا البسه دادن به آنها و یا آزادی یک برده و در صورت معسر (فقیر) بودن سه روز پی در پی روزه گرفتن است. اما، در صورتی حلف شرط و یا جزاء بود باشد، مانند اینکه: زوج به زوجه گفته باشد: اگر به شما نزدیک شوم حج بالای من لازم گردد، یا شما مُطَلَّقه هستید، جزای معلق بر وی لازم می گردد.

- حکم بر (وفا بر سوگند و عدم رجوع به زوجه در مدت ایلاء) و نوع طلاق: هرگاه شوهر سوگند را نقض نماید و از همبستر شدن با زوجه اش نیز در مدت چهار ماه استتکاف ورزد، احناف بر این نظر اند که هرگاه چهار ماه بگذرد و شوهر حاضر به آمیزش جنسی با زوجه اش نگردد به مجرد به اتمام رسیدن چهار ماه طلاق باین به صورت خود به خودی میان زوج و زوجه واقع می گردد و نیازی به حکم قاضی ندارد. بنابراین، زوج نمی تواند به زوجه اش مراجعت نماید، زیرا شوهر در این مدت به عوض استفاده از حق خویش، از آن سوء استفاده نموده و بدون عذر از آمیزش جنسی با زوجه اش امتناع ورزیده و در نتیجه موجب تضییع حق زوجه خویش گردیده و نسبت به وی مرتکب ظلم و ستم شده است.

فقهای حنفیه بر این نظر اند که: طلاق که در اثر ایلاء واقع می گردد، طلاق باین است، زیرا در صورتی که طلاق رجعی باشد، شوهر می تواند از حق رجعت استفاده و دوباره به زوجه اش در

۸۳۳. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۷۰۷۰.  
 ۸۳۴. \_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۷)، كويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۳۴.

خلال مدت عدت مراجعت نماید، زیرا رجعت حقّ او است. بنابراین، در صورتی که تفریق به سبب ایلاء طلاق رجعی تلقی گردد، مصلحت زن متحقّق نگردیده و ضرر از وی دفع نمی گردد. دلیل فقهای حنفیه در طلاق باین تلقی گردیدن ایلاء بعد از سپری شدن مدت و عدم وطی زوجه عمل بر رأی حضرت عثمان، ابن مسعود، ابن عباس، ابن عمر، زید بن ثابتی است. زیرا، اینها می گویند: اگر مدت چهار ماه بگذرد و زوج، زوجه را وطی ننماید، طلاق باین واقع می گردد. زیرا، دفع ظلم از زوجه ممکن نیست مگر اینکه طلاق باین باشد.<sup>۸۳۵</sup> به حیث مثال، اگر تفریق میان احمد و زوجه اش به دلیل ایلاء جاری شود، زوجه ای احمد مکلف به رعایت عدت و احمد مکلف به فراهم نمودن نفقه عدت برای زوجه اش است.

۴- معتده خلع: تفصیل خلع در فصل خلع گذشت. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده زوجه اش در برابر ده لک افغانی خلع نماید، در اثر خلع طلاق باین صغری میان احمد و حمیده واقع می گردد و حمیده مکلف به رعایت عدت و احمد مکلف به دادن نفقه عدت به حمیده است. از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که زوج زنی که لعان و ایلاء شده است مکلف است به زوجه اش نفقه عدت را فراهم نماید.

همچنین، در صورت وقوع خلع شوهر مکلف است نفقه عدت را برای زوجه مختلعه فراهم نماید. استثنای این اصل برای معتده لعان، ایلا و خلع است. بنابراین، اگر زوجه ای که لعان، ایلا و خلع شده از نفقه ابراء داده باشد، زوج مکلف بر فراهم نمودن نفقه برای معتده در جریان عدت نیست. به حیث مثال، اگر احمد با حمیده زوجه اش خلع نماید یا تفریق قضایی به سبب ایلاء یا لعان میان احمد و حمیده توسط قاضی جاری گردد و حمیده از نفقه عدت احمد را ابراء دهد، نفقه حمیده در اثر ابراء ساقط می گردد. ابراء از ریشه «بری» به معنای تنزیه، تخلیص، بیزار کردن، بهبود بخشیدن، شفا بخشیدن و رهایی از دین و إسقاط حقّ ثابت در ذمه است. در اصطلاح حقوق مدنی، به إسقاط حق خود، که بر ذمه دیگری باشد، ابراء گویند.<sup>۸۳۶</sup>

۳- معتده ای که تفریق وی به سبب امتناع زوج از قبول اسلام صورت گرفته باشد. به حیث مثال، در صورتی که احمد و حمیده کافر باشند و حمیده اسلام را قبول نماید، اما احمد اسلام را قبول

۸۳۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۰۸۱ - ۷۰۸۳؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۰۰ و ۱۰۱؛ \_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۷)، کویت: وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، صص ۲۳۱ - ۲۲۳۸؛ عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، صص ۲۱۸ و ۲۱۹؛ اسعد محمد سعید الصاغرچی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، ص ۲۴۶.

۸۳۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۳۶۹ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۰.

نماید و تفریق میان آنها توسط قاضی صورت بگیرد، احمد مکلف به دادن نفقه عدت برای حمیده است. امتناع در لغت پرهیز، اجتناب، خودداری، استتکاف، ابا، سرباز زدن و سرپیچی است.<sup>۸۳۷</sup>

۴- معتده ای که زوج عقد نکاح را به سبب خیار بلوغ و افاقه، فسخ نموده باشد. خیار در لغت به معنی اختیار است. به موجب فقه خیار عبارت از حق یکی از طرفین و یا طرفین در امضاء و یا فسخ عقد بنا بر دلیل شرعی و یا اتفاق طرفین است.<sup>۸۳۸</sup> بلوغ در لغت به معنای رسیدن، وصول و رسیدگی است و در اصطلاح حقوقی و فقهی به رسیدن به سن پایانی صغارت و پای نهادن در سن تکلیف بلوغ گویند. این دوران از زمان بلوغ تا وقت رشد ادامه می یابد.<sup>۸۳۹</sup> بلوغ از طریق علامات طبیعی بلوغ به اثبات می رسد و در صورت عدم ظهور این علامات از طریق سن. علامات بلوغ به موجب فقه پنج است که سه آن میان زنان و مردان مشترک است و دو آن مختص به زنان است. علامات بلوغ که میان زنان و مردان مشترک است عبارت اند از:

- خروج سپرم: در صورتی که از انسان اعم از مرد و زن و پسر و دختر در حالت بیداری یا خواب به واسطه جماع، احتلام و امثال اینها سپرم خارج شود، خروج سپرم یکی از علامات بلوغ است؛  
- رویدن موهای خشن و سخت در اطراف اعضای تناسلی: رویدن موهای خشن و سخت در اطراف اعضای تناسلی پسر و دختر نیز یکی از علامات بلوغ است. بنابراین، با رویدن این موها انسان بالغ تلقی می گردد.

- سن: در باره سن بلوغ ق. م سکوت اختیار نموده است. در فقه در این باره نظریات گوناگون وجود دارد: جمهور فقهاء (شافعیه، حنابله، اوزاعی، ابویوسف رحمته و امام محمد رحمته) بر این نظر اند که: سن بلوغ برای پسر و دختر و زن و مرد سن پانزده سالگی است. این نظر میان فقهاء راجح است و مجله الاحکام نیز از این نظر اقتباس و پیروی نموده است. ماده ۹۸۶ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «آغاز سن بلوغ در مرد ۱۲ سالگی و در زن ۹ سال است و انتهای آن در هر دو جنس ۱۵ سالگی است. پس، اگر پسر به سن ۱۲ سالگی و دختر به سن ۹ سالگی رسید و هنوز بالغ نشد، آنها را مراهق گویند.» اما، امام ابوحنیفه رحمته بر این نظر است که سن بلوغ پسران هجده

۸۳۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۴۴۵.  
۸۳۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ه. ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۴۱؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۱۵.  
۸۳۹. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۶۹؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۹۸.

سالگی و از دختران هفده سالگی است. برعکس، امام مالک رحمته بر این نظر است که سن بلوغ اشخاص اعم از پسر و دختر هفده سالگی است.<sup>۸۴۰</sup>

اما، علاماتی که اختصاص با زنان دارد عبارت اند از:

- حیض (قاعده یا عادت ماهوار شدن) حیض از جمله علامات بلوغ در زنان است.

- حامله شدن: از جمله علامات دیگر بلوغ برای زنان حاملگی است.<sup>۸۴۱</sup> از همین رو، ماده ۹۸۵ مجله الاحکام در این باره اعلام می دارد که: «رسیدن به حد بلوغ به احتلام شدن، باردار شدن و یا حیض گردیدن به اثبات می رسد.» به نظر می رسد خیار بلوغ عبارت از اختیار صغیر است بعد از رسیدن به بلوغ در تأیید یا فسخ عقد ازدواج. به حیث مثال، اگر احمد سیزده ساله باشد و بالغ نشده باشد و توسط ولی او با حمیده نکاح شود، احمد با رسیدن به سن بلوغ اختیار تأیید یا فسخ عقد ازدواج را دارد. در صورت فسخ عقد ازدواج، حمیده مکلف به رعایت عدت و احمد مکلف به تأمین نفقه عدت به حمیده است.

ایرادی که بر نص این ماده وارد است این است که سن ازدواج برای پسر طبق ق. م هجده سال است و در صورتی که پسر صغیر باشد و ازدواج نماید ق. م نقض می گردد. افاقه در لغت به معنی بهبود یافتن، به هوش آمدن، رو به تن درستی نهادن بیمار و درمان است.<sup>۸۴۲</sup> در اصطلاح افاقه عبارت است از به هوش آمدن و خرد خود را بازیافتن در اموری از قبیل مستی، خواب و جنون است.<sup>۸۴۳</sup>

خیار افاقه عبارت است از اختیار شخص مجنون و معتوه است در تأیید و یا فسخ عقد ازدواج. به عنوان مثال، در صورتی که احمد مجنون یا معتوه باشد و توسط ولی عقد ازدواج او با حمیده منعقد گردد، احمد بعد از افاقه خیار تأیید و فسخ عقد ازدواج را دارد. ایرادی که بر نص این ماده وارد می گردد این است که شخص معتوه و مجنون ناقص اهلیت اند و یکی از شرایط عقد مطابق قواعد عمومی عقود، واجد اهلیت بودن طرفین عقد است.

۸۴۰ . مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۷۷۸ و ۷۷۹؛ محی الدین القره داغی، المقدمة فی المال و الاقتصاد و العقد و الملكية، صص ۳۴۸ و ۳۴۹؛ وهبة الزحيلي (\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۶۶؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۵۶۱ و ۵۶۲؛ و داد محمد نذیر (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، صص ۲۳۳ و ۲۳۴.

۸۴۱ . مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقهي العام، جلد (۲)، طبعه التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۷۷۸؛ محی الدین القره داغی، المقدمة فی المال و الاقتصاد و العقد و الملكية، صص ۳۴۷ و وهبة الزحيلي (\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۶۶.

(آخرین بازدید ۲۰۱۶/۲۵/۱) <http://www.almaany.com/fa/dict/ar-fa> 842.

۸۴۳ . مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۳۷۶.

۵- معتده ای که تفریق وی به اثر مرتد شدن زوج صورت گرفته باشد. مرتد شخصی است که بعد از ایمان کفر را اختیار و اسلام را ترک نماید، فرق نمی کند که بعد از ترک اسلام به دین دیگری در آید و یا دین دیگری را قبول نکند و یا دینی را که بعد از اسلام قبول نماید کتابی باشد و یا غیر کتابی.<sup>۸۴۴</sup> به حیث مثال، در صورتی که احمد و حمیده زن و شوهر باشند و احمد مرتد شود و قاضی میان احمد و حمیده تفریق قضایی را به سبب ارتداد احمد را جاری نماید، احمد مکلف است نفقهٔ عدت حمیده را فراهم نماید.

۶- معتده ای که تفریق وی به اثر ارتکاب فعلی که موجب حرمت مصاهره می گردد، صورت گرفته باشد. عبارت فعلی که موجب حرمت مصاهره می گردد در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. حرمت مصاهره مرکب از دو کلمه است: حرمت که در لغت به معنی حرام بودن است و مصاهره که در لغت به معنی دامادی است. در اصطلاح حقوق مدنی، حرمت مصاهره یکی از انواع محرمات دائمی ازدواج است که میان وابستگان ناکح و منکوحه در اثر ازدواج به وجود می آید. نص این ماده از فقه حنفی گرفته شده است، زیرا چنانچه در مبحث محرمات دائمی گفته شد فقهای حنفیه علاوه بر عقد و دخول، وطی زوجه در نکاح فاسد، مانند نکاح بدون شهود، دخول زن در اثر شبهه و زنا را نیز موجب حرمت مصاهره می دانند.

فقهای حنفیه بر این نظر اند که: هر کس با زنی مرتکب زنا شود یا او را لمس نماید و یا ببوسد و یا به شهوت به فرج وی نگاه کند، بر آن مرد محارم اصل و فرع آن زن حرام می گردد و آن زن نیز بر اصل و فرع آن مرد حرام ابدی می شود. زیرا، همانگونه که زنا موجب حرمت مصاهره می گردد، مقدمات زنا نیز موجب حرمت مصاهره می گردد.<sup>۸۴۵</sup> به حیث مثال، اگر احمد با حمیده زنا نماید و سپس با جمیله مادر حمیده یا دختر حمیده ازدواج نماید و تفریق میان احمد و جمیله جاری شود، احمد مکلف است به جمیله نفقهٔ عدت را فراهم نماید.

۷- طبق مادهٔ ۲۱۳ ق. م: «نفقه معتده ای که عقد نکاح را به سبب خیار بلوغ، نقصان مهر یا معیوب بودن زوج فسخ نموده باشد، ساقط نمی گردد مشروط بر اینکه معتده در مورد فوق قسوری نداشته باشد.» از نص این ماده قواعد ذیل استنباط می گردد:

- نفقه معتده ای که عقد نکاح را به سبب خیار بلوغ فسخ نموده باشد، ساقط نمی گردد مشروط بر اینکه معتده قسوری نداشته باشد. قصور جمع تقصیر است. تقصیر به معنای اهمال و کاستی

۸۴۴. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۶۶۵۱؛ و یوسف قرضاوی (۱۳۸۲). دیدگاه های فقهی معاصر، مترجم: احمد نعیمی، جلد (۱)، تهران: نشر احسان، ص ۵۷۸ و ۵۷۹.

۸۴۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۶۳۱ و ۶۶۳۲؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۲) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۵۷۰ و ۵۰۸.



است.<sup>۸۴۶</sup> همچنین، تقصیر در لغت به معنی سستی کردن، کوتاهی کردن، خودداری کردن از کاری با وجود توانایی، سهو، خطا، غفلت، گناه و جرم است.<sup>۸۴۷</sup> تعریف خیار بلوغ در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر حمیده غیربالغ باشد و توسط محمود ولی اش به نکاح جمشید در آید، در صورت رسیدن حمیده به سن بلوغ که تعریف آن در بالا گذشت، حمیده به دلیل داشتن خیار بلوغ می تواند عقد را فسخ نماید. ازدواج دختر غیربالغ پایین تر از سن ۱۶ سالگی طبق ماده ۷۱ ق. م جواز ندارد. بنابراین، نص این ماده در صورتی که دختر غیربالغ و پایین تر از سن ۱۶ سالگی باشد با ماده ۷۱ متعارض به نظر می رسد. در صورت فسخ ازدواج، حمیده مستحق نفقه عدت شناخته می شود.

- نفقه معتده ای که عقد نکاح را به سبب نقصان مهر فسخ نموده باشد، ساقط نمی گردد مشروط بر اینکه معتده در مورد فوق قصوری نداشته باشد. فسخ نکاح چنانچه بحث آن در فصل فسخ گذشت، توسط ولی صورت می گیرد. بنابراین، نص این ماده از نظر ادبی محل ایراد است. به حیث مثال، اگر حمیده عاقله و بالغه باشد و با احمد در برابر مهر کمتر از مهل مثل ازدواج نماید و جمشید ولی حمیده عقد نکاح را فسخ نماید، حمیده در جریان عدت مستحق نفقه شناخته می شود.

- نفقه معتده ای که عقد نکاح را به سبب معیوب بودن زوج فسخ نموده باشد، ساقط نمی گردد مشروط بر اینکه معتده در مورد فوق قصوری نداشته باشد. قانونگذار مدنی در نص این ماده معیوب بودن را یکی از اسباب فسخ شناخته است در حالی که در مواد مربوط به تفریق قضایی به سبب مرض، مرض شوهر را که می تواند جنسی یا غیرجنسی باشد از اسباب تفریق قضایی دانسته است.

بنابراین، میان نص این ماده و احکام مربوط به تفریق به سبب مرض هماهنگی وجود ندارد. به حیث مثال، اگر حمیده زوجه احمد باشد و احمد معیوب، به حیث مثال، فلج و معیوب گردد، حمیده می تواند نکاح را فسخ نماید. فسخ نکاح یا خارج از محکمه می تواند صورت بگیرد یا توسط قاضی. در صورت فسخ نکاح، احمد مکلف است نفقه عدت حمیده را فراهم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده احصای معتداتی که مستحق نفقه شناخته می شوند است.

گفتار دوم) معتداتی که مستحق نفقه شناخته نمی شوند

۸۴۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۳۰.  
۸۴۷. عبدالخالق قاسمی (۱۳۹۲). مسؤولیت مدنی، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، ص ۲۴۳.

براساس ماده ۲۱۴ ق. م: «هر نوع تفریقی که به سبب قصور زوجه و مطالبه وی واقع شده باشد، موجب اسقاط نفقه عدت می گردد. در صورت فوق گرچه سبب تفریق قبل از تکمیل عدت از بین رفته باشد، معتدله دوباره مستحق نفقه نمی گردد.» طبق نص این ماده هر نوع تفریقی که به سبب قصور زوجه و مطالبه زوجه صورت گرفته باشد، مانند: ارتداد زوجه، زوجه مستحق نفقه دوران عدت شناخته نمی شود. قصور از ریشه «قصر» گرفته شده که به معنای اهمال و کاستی است.<sup>۸۴۸</sup> همچنین، تقصیر در لغت به معنی سستی کردن، کوتاهی کردن، خودداری کردن از کاری با وجود توانایی، سهو، خطا، غفلت، گناه و جرم است.<sup>۸۴۹</sup> به حیث مثال، اگر احمد و حمیده زوج و زوجه باشند و حمیده مرتد گردد و قاضی تفریق را میان احمد و حمیده جاری نماید، حمیده مستحق نفقه عدت شناخته نمی شود. بند دوم این ماده مبهم به نظر می رسد. زیرا، طبق نص این ماده هر نوع تفریقی که به دلیل مطالبه زوجه واقع شود، زوجه مستحق نفقه عدت نمی گردد. در حالی که تفریق هایی که توسط محکمه میان زوج و زوجه واقع می گردد، یا طلاق رجعی یا طلاق باین صغری است. به حیث مثال، تفریق به سبب عیب شوهر طلاق باین صغری، تفریق به سبب عدم انفاق طلاق رجعی، تفریق به سبب ضرر طلاق باین صغری، تفریق به سبب غیبت و حبس شوهر طلاق رجعی اند و همه این تفریق ها به سبب مطالبه زوجه صورت می گیرد و طبق ماده ۲۱۲ ق. م در طلاق رجعی، باین صغری و باین کبری زوجه مستحق نفقه شناخته می شود. بنابراین، بند اخیر نص ماده ۲۱۴ محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم معتدله ای که مستحق نفقه شناخته نمی شود است.

همچنین، طبق ماده ۲۱۵: «در صورت وفات زوج، زوجه مستحق نفقه نمی گردد، خواه زوجه حامله باشد یا نه.» اگر نص این ماده را تفسیر منطقی - ساختاری نماییم این نتیجه به دست می آید که منظور از نفقه در نص این ماده نفقه عدت است. با پذیرش این استنباط و برداشت این نتیجه به دست می آید که در صورت وفات زوج، زوجه در جریان عدت وفات به دلیل فوت منفق یعنی شوهر مستحق نفقه عدت وفات شناخته نمی شود.

به حیث مثال، اگر احمد و حمیده زوج و زوجه باشند و احمد وفات نماید، حمیده مکلف به رعایت چهار ماه و ده روز عدت است. با توجه به این که احمد منفق حمیده است حمیده منفق را از دست می دهد، مستحق نفقه عدت شناخته نمی شود. در این صورت، سایر اقارب حمیده یا خود حمیده باید نفقه خویش را فراهم نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده

۸۴۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۳۰.  
 ۸۴۹. عبدالخالق قاسمی (۱۳۹۲). مسؤولیت مدنی، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، ص ۲۴۳.

پیش بینی حکم معتده ای که مستحق نفقه شناخته نمی شود است. در این خصوص رأی ستره محکمه نیز وجود دارد که در ذیل نقل می گردد:

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۳۰)

مطابق ماده (۲۱۵) قانون مدنی در صورت وفات زوج، زوجه مستحق نفقه نمی شود ولو حامله باشد. این ماده عادلانه وضع نشده قابل توضیح است

توضیح

حکم ماده متذکره کاملاً موافق با مذهب حنفی و عادلانه می باشد چه با فوت مورث مترو که خالی از دین و وصیت به ورثه انتقال می نماید و زوجه و حمل او از جمله کسانی است که در متروکه سهم ثابت دارند. لذا، لزوم نفقه بر متروکه به ضرر وارثین می باشد و از این جهت زوجه مستحق نفقه در متروکه نمی گردد. ۸۵۰

گفتار سوم) اسقاط نفقه عدت

نفقه عدت طبق ق. م در موارد ذیل ساقط می گردد:

۱) طبق ماده ۲۱۶ ق. م: «هرگاه نفقه معتده از طرف زوج تعیین نگردیده و معتده نیز مطالبه آن را تا ختم عدت نکرده باشد، نفقه عدت ساقط می شود.» بند اول این ماده مبهم به نظر می رسد. زیرا، نفقه عدت زوجه ریشه قراردادی ندارد و طبق ق. م زوج مکلف به فراهم نمودن آن به زوجه است. اما، طبق نص این ماده در صورتی که شوهر را آن به زوجه اش فراهم نکند و زوجه هم آن را الی ختم عدت مطالبه ننماید، نفقه ساقط می شود. مفهوم مخالف نص این ماده این است که در صورت مطالبه زوجه نفقه ساقط نمی شود.

به حیث مثال، اگر احمد حمیده را طلاق بدهد و احمد نفقه حمیده را تعیین نکند و حمیده نیز آن را مطالبه ننماید و حمیده از جمله زنان حایضه باشد، با تکمیل سه حیض نفقه عدت حمیده ساقط می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم اسقاط نفقه است.

۲) براساس ماده ۱۲۷ ق. م: «ادعای مُطَلَّقه در مورد نفقه ایام عدت اگر بیشتر از یکسال از تأریخ طلاق باشد، قابل سمع نیست.» طبق نص این ماده ادعای مطلقه در مورد نفقه ایام عدت بعد از یک سال از تأریخ وقوع طلاق تحت مرور زمان اسقاط سمع دعوی قرار گرفته و توسط محکمه

ذیصلاح قابل سمع نیست. بنابراین، طبق نص این ماده مرور زمان ادعای نفقه عدت یک سال بعد از وقوع طلاق است. مطلقه تا یک سال بعد از وقوع طلاق می تواند برای حصول نفقه عدت اقامه دعوی نماید.

به حیث مثال، اگر احمد در اول حمل سال ۱۳۹۸ هجری شمسی حمیده زوجه اش را طلاق باین صغیر یا طلاق باین کبری بدهد، حمیده می تواند الی اول حمل سال ۱۳۹۹ هجری شمسی می تواند نفقه عدت را مطالبه نماید. در صورت ختم اول حمل سال ۱۳۹۹ هجری شمسی و اقامه دعوی حمیده، دعوی توسط محکمه ذیصلاح به دلیل تحت مرور زمان اسقاط حق اقامه دعوی که تفصیل آن در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد قابل سمع و رسیدگی نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم مدت مرور زمان اسقاط نفقه ایام عدت است. در این خصوص رأی ستره محکمه نیز وجود دارد که در ذیل نقل می گردد:

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۳۱)

در ماده (۲۱۶) قانون مدنی در دعوی نفقه عدت بعد از ختم مدت عدت ساقط می شود در حالی که در ماده (۱۲۷) دعوی مذکور را تا یک سال جواز داده هر دو ماده تضاد دارد.

توضیح

مقصد از ماده (۲۱۶) مطالبه نفقه عدت از زوج است که باختم عدت ساقط می شود و ماده (۱۲۷) حالتی را پیش بینی کرده که معتده در خلال عدت از زوج مطالبه نفقه کرده اما زوج امتناع ورزیده باشد. در این صورت معتده تا یکسال حق اقامه دعوی را در محکمه دارد باین ترتیب بین دو ماده فوق تضاد وجود ندارد.<sup>۸۵۱</sup>

مبحث هفتم) ممنوعیت خواستگاری و ازدواج معتده مگر با زوج

گفتار اول) ممنوعیت خواستگاری

به موجب فقه، چنانچه تفصیل آن در مبحث خواستگاری بیان شد، هیچ شخصی اجنبی نمی تواند معتده را صراحتاً خواستگاری نماید اعم از اینکه زن معتده طلاق رجعی، باین، وفات و یا وطی به سبب شبهه باشد. زیرا، مُطَلَّقه طلاق رجعی حکماً زوجه زوج تلقی می گردد. پس، خواستگاری او

جواز ندارد. همچنين، خواستگاری مُطَلَّقه طلاق ثلاثه و متوفی عنها زوجها به سبب ایجاد عداوت، اندوهگین بوده زوجه جواز ندارد که تفصیل آن در فصل خواستگاری گذشت.<sup>۸۵۲</sup>

#### گفتار دوم) ممنوعیت ازدواج ازدواج معتده مگر با زوج

براساس ماده ۱۹۹ فقره اول ق. م: «قبل از تکمیل عدت هیچ کس بدون از زوج نمی تواند با معتده ازدواج نماید.» طبق نص این ماده قبل از تکمیل عدت هیچ کس نمی تواند با معتده ازدواج نماید. به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را طلاق رجعی، باین صغری و باین کبری بدهد و حمیده شروع به گرفتن عدت نماید، محمود و هیچ شخص دیگر نمی تواند با حمیده ازدواج نماید مگر این که عدت حمیده تکمیل گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بین اثر عدت است. حکم این ماده از فقه گرفته شده است. زیرا، طبق فقه هیچ شخص اجنبی نمی تواند بر اساس اجماع فقهاء معتده را نکاح نماید اعم از اینکه زن معتده عدت طلاق اعم از رجعی و باین صغری و کبری، موت، فسخ و یا وطی به سبب شبهه باشد. علت این امر بقای رابطه زوجیت در طلاق رجعی و بقای برخی آثار ازدواج در طلاق باین است. بنابراین، کسی که با معتده ازدواج نماید، نکاح باطل است. زیرا، زوجه از نکاح دوم به سبب حق زوج اول منع گردیده است. بنابراین، نکاح او مانند نکاح زن زمانی که در قید نکاح شوهر بوده است باطل است و در صورت ازدواج تفریق آنها واجب است. اما، صاحب عدت (زوج) می تواند با معتده ازدواج نماید. زیرا، الزام زوجه بر رعایت عدت به منظور رعایت حق زوج؛ یعنی: حفظ نسب طفل زوج تشریح گردیده است. اما، در صورتی که عدت زوجه سپری گردد، هر شخصی می تواند با زوجه ازدواج نماید.<sup>۸۵۳</sup>

طبق ماده ۲۱۰ ق. م: «هرگاه زوج با معتده طلاق باین صغری در خلال عدت ازدواج نموده و مجدداً طلاق نماید، در این صورت زوجه مهر کامل را مستحق گردیده عدت جدید را تکمیل می نماید گرچه این طلاق قبل از دخول صورت گرفته باشد.» طبق نص این ماده هرگاه زوج با معتده طلاق باین صغری در خلال عدت ازدواج نموده و مجدداً طلاق نماید، در این صورت زوجه مهر کامل را مستحق گردیده عدت جدید را تکمیل می نماید گرچه این طلاق قبل از دخول صورت گرفته باشد. به حیث مثال، اگر احمد زوجه اش حمیده را طلاق باین صغری که تعریف و احکام آن

۸۵۲. محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، صص ۳۵۷ و ۳۵۸؛ محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، ص ۳۵۴؛ اسعد محمد سعید الصاغر جی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و أدلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدیة، ص ۲۷۲؛ و \_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ. ق.). الموسوعة الفقهیة، جلد (۲۲)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة، صص ۳۴۵ و ۳۴۶.

۸۵۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و أدلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۱۹۸؛ اسعد محمد سعید الصاغر جی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و أدلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدیة، ص ۲۷۳؛ محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، ص ۳۵۲؛ و \_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ. ق.). الموسوعة الفقهیة، جلد (۲۲)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة، ص ۳۴۶.

در فصل طلاق گذشت، طلاق بدهد و حمیده شروع به گرفتن عدت نماید و در جریان عدت احمد مجدداً با حمیده ازدواج نماید و مجدداً حمیده را طلاق بدهد، حمیده مستحق مهر شناخته شده و عدت جدید را تکمیل می نماید هرچند دخول صورت نگرفته باشد. تعریف دخول گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم ازدواج مجدد با معتده طلاق باین صغری در جریان عدت است.

#### گفتار سوم) انتظار کشیدن مرد

به نظر همه فقهاء انتظار زوج در مدت عدت زوجه مُطَلَّقه بر زوج واجب نیست. بنابراین، زوج می تواند در مدت عدت زوجه مُطَلَّقه با هر زنی که بخواهد ازدواج نماید، مگر اینکه مانعی شرعی در این زمینه وجود داشته باشد که قرار ذیل اند:

- ۱) هرگاه زوج به سببی از زوجه اش جدا گردد و بخواهد با عمه، خاله، خواهر، خواهر زاده و یا برادر زاده او ازدواج نماید، باید الی انقضای عدت زوجه مُطَلَّقه اش انتظار بکشد. زیرا، چنانچه در مبحث محرمات مؤقت ازدواج توضیح گردید، جمع بین محارم در نکاح واحد حرام است؛ و
- ۲) هرگاه مردی چهار زن داشته باشد یکی از آنها را طلاق بدهد، نمی تواند با زن پنجم ازدواج نماید، مگر اینکه عدت زوجه مُطَلَّقه اش منقضی گردد. زیرا، چنانچه توضیح آن در مبحث محرمات مؤقت گذشت، ازدواج شخص با بیش از چهار زن در زمان واحد حرام است.<sup>۸۵۴</sup>

۸۵۴. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۷۱۷۲؛  
 (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۲)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۳۰۶؛ محمد محي  
 الدين عبد الحميد (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية في شريعة الاسلامية، لبنان: دارالعلوم العلمية للنشر، ص ۳۴۷.

## فصل دوم: رجعت

هرگاه طلاق رجعی باشد، زوجه مکلف به رعایت عدت می باشد. زیرا، رجعت حقّ زوج تلقی می گردد و بنابراین در این مدت قبل از انقضای عدت می تواند دوباره به زوجه مُطَلَّقه رجعیّه خویش رجوع و وی را دوباره در حباله نکاح خویش در آورد.

بنابراین، یکی از آثار بی نهایت مهمی که بر عدت مرتب می شود رجعت شوهر است. تا وقتی مُطَلَّقه در عدت است، رجعت حق شوهر است خواه زن راضی باشد و یا نباشد. خداوند ﷻ که در این مورد می فرماید:

﴿ وَبَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ﴾ - [البقره: ۲۲۸]

«شوهران شان برای برگرداندن شان به زندگی زناشویی در این مدت (عدت طلاق رجعی) از

دیگران سزاوار تراند. در صورتی که (شوهران براستی خواهان اصلاح و آشتی باشند).».

رجعت حقی است که شارع آن را برای شوهر معین و ثابت نموده است. پس، شوهر نمی تواند آن را ساقط و یا از آن تنازل نماید. بنابراین، در صورتی که شوهر به زوجه اش بگوید: «تورا طلاق دادم و حقّ رجعت نیز ندارم!» حقّ وی ساقط نمی گردد، زیرا اسقاط حقّ زوجین در چنین حالت موجب تغییر آنچه خداوند ﷻ تشریح نموده می گردد و کسی نمی تواند حکم خداوند ﷻ را تغییر بدهد و خداوند ﷻ این حق را برای زوج براساس این آیه پیش بینی نموده است:

﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ - [البقره: ۲۲۵ - ۲۳۰]

«طلاق دادن دو بار است (و در آن برای آنها حق بازگشت محفوظ است، ولی پس از دو مرتبه طلاق، شوهر باید یکی از این دو کار را انجام بدهد) یا نگهداشتن (زن) به طور شایسته (و عادلانه) و یا جدایی از او به شیوه ای مطلوب (بدون آنکه بر او ستم وجود داشته باشد).»<sup>۸۵۵</sup>

#### مبحث اول) تعریف و مشروعیت

##### گفتار اول) تعریف

رجعت از ریشه رجع گرفته شده است که در لغت به معنی بازگشت، بازگشتن، روی آوردن دوباره، باز آمدن و بازگشت است و در اصطلاح فقهاء تعاریف متعدد برای آن ارایه کرده اند: فقهای حنفیه در تعریف رجعت می گویند: رجعت عبارت از دوام ملک نکاح است بدون عوض تا زمانی که زن در عدت قرار دارد.

اما، جمهور فقهاء در تعریف رجعت می گویند: رجعت عبارت از باز گردانیدن مطلقه طلاق غیر باین به ازدواج در مدت عدت بدون عقد جدید است.<sup>۸۵۶</sup> طبق این تعریف، بعد از وقوع طلاق رجعی شوهر می تواند زوجه اش را دوباره به نکاح خود بدون تجدید عقد در آورد.

##### گفتار دوم) مشروعیت و حکمت مشروعیت

مشروعیت رجعت بر بنیاد قرآن و سنت ثابت است. خداوند عز و جل در این مورد می فرماید:

﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ - [البقره: ۲۲۸]

«شوهران شان برای برگردانیدن شان به زندگی زوجیت در این مدت (عدت طلاق رجعی) از دیگران سزاوار تراند. در صورتی که (شوهران براستی خواهان اصلاح و آشتی باشند).».

همچنین فرموده است:

﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ - [الطلاق: ۱]

«ای پیامبر صلی الله علیه و آله! هرگاه اراده کردید که زنان تان را طلاق بدهید، وقتی این کار را بکنید که زنان به استقبال عدت بروند؛ یعنی پاک باشند و در آن پاکی با آنان همبستری صورت نگرفته باشد و عدت را تا سه حیض کامل و تقوای پروردگار را داشته باشند و چیزی را کتمان نمایند. بعد از طلاق آنها را تا سپری شدن عدت از خانه های شان بیرون نکنید و آنان نباید از خانه های شان الی

۸۵۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۹۸۹ و ۶۹۹۰.

۸۵۶. \_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، صص ۱۰۴؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۶۹۸۲؛ و عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه على المذاهب الاربعة، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، صص ۳۳۱.



انقضای عدت بیرون بروند مگر این که آنان گناه زشت و آشکارا را مرتکب شوند و برای شما به اثبات رسیده باشد. در این صورت اخراج آنها گناهی ندارد.  
این است حدود الهی، هرکس از حدود الهی تجاوز کند به خویشتن ستم روا داشته است.»  
و نیز فرموده است:

﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ - [البقره: ۲۲۵ - ۲۳۰]

«طلاق دادن دو بار است (و در آن برای آنها حق بازگشت محفوظ است، ولی پس از دو مرتبه طلاق، شوهر باید یکی از این دو کار را انجام بدهد) یا نگهداشتن (زن) به طور شایسته (و عادلانه) و یا جدایی از او به شیوه ای مطلوب (بدون آنکه بر او ستم وجود داشته باشد).»  
منظور از امساک به معروف رجعت است. رسول خدا ﷺ در مورد رجعت فرموده است:  
«أتأني جبريل فقال: راجع حفصة رضي الله عنها، فانها صوامه قوامه، وإنها زوجتك في الجنة.»<sup>۸۵۷</sup>  
«جبرئیل نزد من آمد و گفت: حفصه رضي الله عنها را باز گردان، زیرا او بسیار نمازخوان، روزه دار و همسر تو در جنت است.»

همچنین، زمانی که حضرت ابن عمر رضي الله عنهما زوجه اش را در حالت حیضه بودن طلاق داد و پیامبر ﷺ به حضرت عمر رضي الله عنه گفت:

«مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض فتطهر، ثم إن شاء طلقها طاهراً قبل أن يمس.»<sup>۸۵۸</sup>

«به ابن عمر رضي الله عنهما دستور بده تا او را باز گرداند و نزد خودش نگه دارد تا اینکه از حیض پاک شود. سپس، دوباره به حیض افتد و دوباره پاک شود. سپس، اگر خواست بعد از آن او را نگه دارد و اگر خواست قبل از اینکه با او نزدیکی نماید، او را طلاق دهد.»

فقهاء به اتفاق نظر اجماع دارند که هرگاه مردی زوجه اش را طلاق رجعی بدهد، می تواند دوباره او را در طلاق اول و دوم در مدت عدت به نکاحش بازگرداند اعم از این که زوجه رضایت داشته باشد و یا نه. زیرا، به نظر حنفیه در مدت عدت طهار، ایلاء، لعان توارث زوجین از همدیگر و ایقاع طلاق زوج صحیح است.

حکمت مشروعیت رجعت در طلاق رجعی فراهم نمودن فرصت و مجال برای مرد و زن جهت دریافتن منشأ اختلاف و تجدید نظر در مورد طلاق است، زیرا در این مدت هر یک از مرد و زن

فرصت پیدا می کنند تا در باره عواقب طلاق و مشکلات ناشی از آن به خوبی بی اندیشند و چنانچه بر حل اختلاف و اصلاح به توافق رسیدند، به زندگی مشترک قبل از طلاق باز گردند.<sup>۸۵۹</sup>

مبحث دوم) حکم تکلیفی، ارکان و انواع

### گفتار اول) حکم تکلیفی و ارکان

رجعت در اصل مباح و حق زوج است به دلیل این قول خداوند ﷻ:

﴿ وَبَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ﴾ - [البقره: ۲۲۸]

«شوهران شان برای برگرداندن شان به زندگی زناشویی در این مدت (عدت طلاق رجعی) از دیگران سزاوار تراند. در صورتی که (شوهران براستی خواهان اصلاح و آشتی باشند)».

رجعت به نظر فقهای حنفیه و مالکیه واجب و به نظر فقهای حنابله و شافعیه سنت است هنگامی که مرد زوجه اش را در حالت حیض یک طلاق رجعی بدهد. زیرا، طلاق زوجه در حالت حیض طلاق بدعی و تصحیح آن واجب است و تصحیح طلاق در حالت حیض زوجه ممکن نیست مگر اینکه زوج به زوجه رجعت نماید. دلیل واجب بودن طلاق زوجه در حالت حیضه بودن حدیث ابن عمر رضی الله عنهما است که در بالا نقل شد.

رجعت در حالت پشیمان شدن زوجین بعد از وقوع طلاق مندوب است به خصوص زمانی که والدین طفل داشته باشند و مصلحت این طفل اقتضای رجعت زوجین را نماید. رجعت حرام است در صورتی که زوج قصد ضرر رسانیدن به زوجه را از طریق رجعت داشته باشد. زیرا، خداوند ﷻ شوهران را از این امر نهی نموده و نهی معنی تحریم را افاده می نماید. باوجوداین، به نظر احناف رجعت در این صورت صحیح است. خداوند ﷻ می فرماید:

﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾ - [البقره: ۲۳۱]

«آنان را برای [آزار و] زیان رساندن [به ایشان] نگاه مدارید تا [به حقوقشان] تعدی کنید و هر کس چنین کند قطعاً بر خود ستم نموده است.».

رجعت مکروه است هنگامی که مرد گمان داشته باشد که هرگز حدود خداوند ﷻ را در حق زوجه از حیث احسان رعایت کرده نمی تواند.<sup>۸۶۰</sup>

۸۵۹. \_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۰۴؛ ص ۶۹۸۷؛ عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۳۳۳؛ \_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۱۰۵ و ۱۰۶؛ عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۲۰۲.

۸۶۰. عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۳۳۲؛ و \_\_\_\_ (۱۴۰۴ هـ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۱۰۶ و ۱۰۷.

رکن رجعت به نظر فقهای حنفیه قول یا صرف فعل است و به نظر جمهور فقهاء ارکان رجعت سه است: مرتجع، زوجه و صیغه.<sup>۸۶۱</sup>

#### مبحث سوم) شروط رجعت

صحت رجعت منوط بر تحقق یک سلسله شروط است که بعضی مربوط به مرتجع یا زوج و بعضی مربوط به آنچه رجعت به آن حاصل می شود و برخی مربوط به مرتجعه یا زن مُطَلَّقه طلاق رجعیه است:

#### گفتار نخست) شروط مرتجع

در رجعت شرط است که مرتجع واجد اهلیت ازدواج باشد. بنابراین، فقهای مالکیه، شافعیه و حنابله بالغ، عاقل، مُختار و غیر مرتد بودن زوج را شرط صحت رجعت می دانند. فقهای مذکور ادعا می نمایند که رجعت مانند انشای عقد ازدواج است و جهت صحت انشای عقد ازدواج شرط است که مرد مرتد، طفل، مجنون، مُکره و مست نباشد. بنابراین، رجعت در حالت ارتداد، طفولیت، جنون، سُکر و اکراه صحیح نیست. ولی، فقهای حنفیه برخلاف جمهور فقهاء رجعت طفل را صحیح می دانند، زیرا به نظر احناف نکاح صبی صحیح است و متوقف بر اجازه ولی او است. همچنین، فقهای حنفیه رجعت مجنون، معتوه و مُکره را اجازه داده اند. به اتفاق نظر فقهاء عدم مُحرم و مریض بودن مرتجع در رجعت شرط نیست، زیرا مُحرم و مریض، چنانچه گفته شد، دارای اهلیت نکاح اند. بنابراین، رجعت آنها نیز صحیح است.

#### گفتار دوم) شروط صیغه

به نظر فقهای شافعیه رجعت ناطق صرف با قول تحقق می پذیرد اعم از اینکه صریح باشد و یا ضمنی. رجعت صریح آن است که مرتجع بگوید: به تو رجعت نمودم و یا تو را نگاه نمودم اعم از اینکه عربی را بفهمد و یا نفهمد و اعم از اینکه رجعت را به خود و یا نکاح خود مضاف نماید. اما، رجعت ضمنی این است که شوهر بگوید: تو را نکاح نمودم.

به نظر فقهای شافعیه رجعت در اثر فعل مانند: وطی و غیره حاصل نمی شود. زیرا، به نظر فقهای شافعیه وطی معتدّه طلاق رجعی حرام است و در اثر فعل حرام رجعت صحیح نیست.

برعکس، به نظر جمهور فقهاء رجعت به قول و فعل حاصل می شود. رجعت به قول به نظر حنفیه یا صریح است و به نیت ضرورت ندارد و آن لفظی است که معنی جز رجعت را افاده ننماید، مانند اینکه: مرد به زوجه مُطَلَّقه اش بگوید: به تو رجعت نمودم، تو را نگاه نمودم و به زوجه ام رجعت نمودم. اما، لفظ غیر صریح آن است که معنی رجعت و غیر رجعت را افاده نماید و ضرورت به نیت

۸۶۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۹۸۷؛ و عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۲۳۳.

و دلالت الحال داشته باشد، مانند اینکه: مرد به زوجه اش بگوید: تو زوجه ام هستی و یا تو اکنون نزد من هستی مانند سابق. اما رجعت از طریق فعل عبارت از جماع و مقدمات جماع است، مانند: لمس کردن زوجه به شهوت، نظر بر فرج زوجه به شهوت، در آغوش گرفتن به شهوت اعم از اینکه مرتجع قصد رجعت را داشته باشد یا نداشته باشد. زیرا، این افعال به وضوح دلالت بر رغبت زوج بر امساک زوجه می نماید.

رجعت به نظر فقهای مالکیه به قول و فعل و نیت حاصل می شود که قول می تواند صریح باشد و یا ضمنی و فعل نیز عبارت از وطی و مقدمات وطی است. اما، نیت عبارت از این است که زوج نیت رجوع به زوجه را نماید و این نیت توأم با فعل و یا قول باشد.

اما، رجعت به نظر فقهای حنابله به قول صریح و یا به وطی حاصل می شود اعم از اینکه زوج نیت رجعت را داشته باشد و یا نداشته باشد. زیرا، طلاق سبب زوال ملک و وطی مالک مانع زوال ملک است. بنابراین، به نظر فقهای حنابله رجعت با در آغوش گرفتن زوجه، یا مس وی به شهوت و نظر بر فرج زن به شهوت و غیر شهوت و با خلوت و سخن گفتن با زن حاصل نمی شود. زیرا، این افعال معنی وطی را افاده نمی نماید. همچنین، رجعت با قول صریح به نظر فقهای حنابله تحقق نمی پذیرد.

از آنچه گفته شد به این نتیجه می رسیم که: رجعت به قول صریح به اتفاق نظر همه فقهاء تحقق می پذیرد و با کنایه به شرط نیت به نظر همه فقهاء بجز حنابله نیز تحقق می پذیرد. فقهای مالکیه نیت را در رجعت از طریق فعل و قول شرط می دانند. همچنین، رجعت به نظر فقهای غیر از شافعیه با وطی متحقق می گردد و همچنین به نظر فقهای حنفیه و مالکیه به آنچه که موجب حرمت مصاهره می گردد و به نظر فقهای حنابله بغیر از وطی و کنایه حاصل نمی شود.

#### گفتار سوم) شروط مرتجع

در رجعت شرط است که زن مدخولٌ بها و مُطَلَّقهٌ رجعیه نکاح صحیح باشد. زیرا، نکاح فاسد خواه بعد از دخول و یا قبل از دخول فسخ می شود و در نکاح مفسوخ رجعت وجود ندارد. زیرا، خداوند جلّ و علا رجعت را منوط بر طلاق گردانیده است.

پس، رجعت اختصاص به طلاق دارد. همچنین، شرط است که طلاق رجعی باشد. زیرا، طلاق باین به مجرد وقوع آثار عقد ازدواج را در حال از بین می برد و زن مالک امر خود می گردد و نیز شرط است که طلاق بلاعوض باشد. زیرا، در طلاق به عوض (خُلع)، مُطَلَّقه مالک نفس خود می گردد و نیز شرط است که زن عدد طلاق خود را تکمیل نکرده باشد که سه طلاق است. زیرا، در صورت سه بار طلاق دیگر مرد سلطه بر زن ندارد (حق طلاق چهارم را ندارد).

همچنین، شرط است که زن مرتده نباشد و یا از جمله زنانی نباشد که مسلمان شده و شوهرش کافر باشد. زیرا، زن مرتده بر مرد مسلمان و زن مسلمه برای کافر حلال نیست. همچنین، شرط است که عدت زوج منقضی نگردیده باشد. بنابراین، رجعت شوهر بر زوجه بعد از انقضای عدت صحیح نیست چراکه بعد از انقضای عدت طلاق رجعی به باین صغری تبدیل می شود و مانع رجعت زوج به زوجه می گردد.

#### گفتار چهارم) شروط زمان رجعت

شرط است که رجعت منجز به زمان حال باشد. پس، تعلیق رجعت به شرط در زمان آینده مانند اینکه شوهر به زوجه مُطَلَّقه رجعیه خویش بگوید: «اگر پدرت بیاید بر تو رجعت می نمایم!» صحیح نیست. همچنین، مضاف نمودن رجعت به زمان آینده نیز صحیح نیست مانند اینکه: شوهر خطاب به زوجه مُطَلَّقه خویش بگوید: «فردا به شما رجوع می نمایم!». زیرا، احناف بر این نظر اند که رجعت از نظر انشاء مانند عقد ازدواج است که منجز بودن آن به زمان حال شرط صحت آن تلقی می گردد. علاوه بر اینها، در رجعت شرط است که رجعت مؤقت نباشد مانند اینکه شوهر خطاب به زوجه مُطَلَّقه رجعیه خویش بگوید: «به تو برای مدت یک ماه یا دو ماه ... رجوع می نمایم!». <sup>۸۶۲</sup>

طبق ماده ۱۵۰ ق. م: «تعلیق رجوع به زمان آینده یا به کدام شرط جواز ندارد. در صحت رجوع حضور شهود شرط نمی باشد». تعلیق از ریشه «علق» گرفته شده و به معنای آویختن، آویزان کردن و آویزش است <sup>۸۶۳</sup> و در اصطلاح حقوقی، به منوط و معلق ساختن تحقق امری به امری دیگر و یا ربط دادن حصول چیزی به چیزی دیگر، تعلیق گویند مانند اینکه شخصی به دیگری بگوید: در صورتی که مسافرت نمایم، شما وکیل من هستید! یا در صورتی که فلان شخص بیاید این شی را به شما به فروش می رسانم! <sup>۸۶۴</sup> از نص ماده ۱۵۰ ق. م دو حکم در خصوص رجوع قابل استنباط است:

۱- در رجوع شرط است که معلق به زمان آینده و یا شرط نباشد، مانند اینکه: شوهر خطاب به زوجه مُطَلَّقه خویش بگوید: «فردا به شما رجوع می نمایم!». زیرا، احناف بر این نظر اند که رجعت از نظر انشاء مانند عقد ازدواج است که منجز بودن آن به زمان حال شرط صحت آن تلقی می گردد. علاوه بر این، در رجعت شرط است که رجعت مؤقت نباشد مانند اینکه شوهر خطاب به زوجه

۸۶۲. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۶۹۹۶.  
 ۸۶۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۰۷.  
 ۸۶۴. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۳۱۰۱ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۰۷.

مُطَلَّقَةٌ رجعیه خویش بگوید: «به تو برای مدت یک ماه یا دو ماه ... رجوع می نمایم!».<sup>۸۶۵</sup> همچنین، در رجوع شرط است که معلق به شرط نباشد، مانند اینکه شوهر به زوجه مُطَلَّقَةٌ رجعیه خویش بگوید: «اگر پدرت بیاید بر تو رجعت می نمایم!»

۲- طبق ماده ۱۵۰ ق. م در رجوع حضور شهود شرط نیست. به حیث مثال، اگر احمد حمیده زوجه اش را طلاق باین صغری یا کبری بدهد و بخواهد به حمیده رجوع نماید، حضور شهود در رجوع احمد به حمیده شرط نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی حکم تعلیق به زمان آینده و عدم شرط شهود در رجوع به زوجه مُطَلَّقَه است. فقهای مذاهب چهارگانه بر این نظر اند که حضور شهود حین رجعت شرط صحّت آن تلقی نمی گردد، بلکه حضور شهود حین رجعت مستحب است. علاوه براین، شهادت در طلاق شرط نیست و رجعت نیز مانند آن است، زیرا روایت شده است که ابن عمر رضی الله عنهما زوجه اش را در حالی که در حال حیض بود طلاق رجعی داد و پیامبر صلی الله علیه و آله وی را امر نمود تا به وی بدون حضور شهود رجعت نماید. علاوه براین، طلاق و رجعت امری اند که در حیات صحابه کرام به کثرت به وقوع پیوسته است، ولی هیچ یک از صحابه کرام حضور شهود را در رجعت شرط ندانسته اند.<sup>۸۶۶</sup>

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می یابد که شروط رجعت قرار آتی است:

- ۱) اهلیت (عاقل و بالغ بودن) مرتجع به نظر فقهای مالکیه، شافعیه و حنابله؛
  - ۲) اینکه طلاق رجعی باشد نه باین و طلاق به عوض؛
  - ۳) اینکه رجعت در مدت عدت صورت پذیرد نه پس از انقضای آن؛
  - ۴) اینکه زن زوجه مُطَلَّقَه معینه غیر مبهمه، مدخول بهای نکاح صحیح و حلال برای مرد باشد. پس، رجعت زن غیر مدخول بها و زنی که نکاح وی فسخ گردیده و مرتده صحیح نیست؛ و
  - ۵) اینکه رجعت منجز، غیر مؤقت، غیر معلق به شرط و مضاف به زمان آینده نباشد.
- بنابراین، امور آتی در رجعت شرط نیست:

۱- رضای زوجه: رضای زوجه مُطَلَّقَه رجعیه به اتفاق آراء فقهاء در رجعت شرط نیست. زیرا، خداوند عز و جل این حق را به مرد داده است. خداوند عز و جل می فرماید:

﴿ وَبَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ﴾ - [البقره: ۲۲۸]

«شوهران شان برای برگرداندن شان به زندگی زناشویی در این مدت (عدت طلاق رجعی) از دیگران سزاوار تر اند. در صورتی که (شوهران برآستی خواهان اصلاح و آشتی باشند).».

۸۶۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۹۹۶.  
 ۸۶۶. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۹)، صص ۶۹۹۰-۶۹۹۷؛ عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، صص ۳۳۳-۳۴۲؛ و \_\_\_ (۱۴۰۴ ه. ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۲)، کویت: وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، صص ۱۰۷-۱۱۴.

همچنین، خداوند ﷻ مردان را به صیغه امر مخاطب قرار داده می فرماید:

﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ - [الطلاق: ۲]

«پس چون نزدیک رسند مُطَلَّقات به میعاد خویش پس نگاه دارید ایشان را به وجه پسندیده و یا جدا شوید از ایشان به وجه پسندیده و گواه گیرید دو کس صاحب تقوی را از قوم خود.».

همچنین، در رجعت به نظر حنفیه رضای ولی و پرداخت مهر شرط نیست. زیرا، در طلاق رجعی مُطَلَّقه رجعیه در حکم زوجه است. اعلام رجعت نیز به زن شرط نیست. بنابراین، رجعت هرچند زن نیز آن را نداند صحیح است. زیرا، رجعت حق خالص زوج است و مانند طلاق وابسته به رضای زن نیست. باوجوداین، اعلام آن به زن مستحب است. فقهای ظاهریه حضور شاهد را حین رجعت شرط صحت آن تلقی می نمایند. فقهای مزبور استدلال می نمایند که خداوند ﷻ فرموده است:

﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ - [الطلاق: ۲]

«پس چون نزدیک رسند مُطَلَّقات به میعاد خویش پس نگاه دارید ایشان را به وجه پسندیده و یا جدا شوید از ایشان به وجه پسندیده و گواه گیرید دو کس صاحب تقوی را از قوم خود.».

حضور شاهد در این آیه به صیغه امر آمده است و امر دلالت بر وجوب می نماید. علاوه براین، حضور شاهد در انشای عقد ازدواج به اتفاق نظر فقهاء شرط است. پس، در رجعت نیز شرط است. ولی، فقهای مذاهب چهارگانه بر این نظر اند که حضور شاهد حین رجعت شرط صحت آن تلقی نمی گردد، بلکه حضور شاهد حین رجعت مستحب است. منظور از امر در این آیه استحباب است، زیرا قبل از آن: «فَأَمْسِكُوهُنَّ» آمده است.

علاوه براین، شهادت در طلاق شرط نیست و رجعت نیز مانند آن است، زیرا روایت شده است که ابن عمر رضی الله عنهما زوجه اش را در حالی که در حال حیض بود طلاق رجعی داد و پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم وی را امر نمود تا به وی بدون حضور شاهد رجعت نماید. علاوه براین، طلاق و رجعت امری اند که در حیات صحابه کرام رضی الله عنهم به کثرت به وقوع پیوسته است، ولی هیچ یک از صحابه کرام رضی الله عنهم حضور شاهد را در رجعت شرط ندانسته اند.<sup>۸۶۷</sup> ق. م حضور شاهد را با پیروی از نظر جمهور فقهاء شرط صحت رجعت تلقی نمی نماید. بنابراین، طبق ق. م حضور شاهد حین رجعت شرط نیست. ماده ۱۵۰ ق. م در این باره حکم می نماید که: «[...] در صحت رجوع حضور شاهد شرط نمی باشد.».

۸۶۷. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۶۹۹۰ - ۶۹۹۷؛ و (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ هـ. ق.). الموسوعة الفقهیة، جلد (۲۲)، کویت: وزارة الأوقاف والشئون الاسلامیة، صص ۱۰۷-۱۱۴.

باب دوم:  
حقوق اطفال



## مقدمه

با توجه به این که آثار عقد ازدواج نه تنها متوجه طرفین عقد ازدواج: یعنی، زوجین، بلکه متوجه اولاد ناشی از این عقد نیز می گردد، در این کتاب حقوق اطفال را در روشنایی مواد ۲۱۷ الی ۳۳۶ ق. م مورد بحث قرار می دهیم.

این کتاب شامل ده فصل در خصوص حقوق اطفال و حق نفقه والدین قرار ذیل است.

فصل اول: ثبوت نسب؛

فصل دوم: رضاع؛

فصل سوم: حضانت؛

فصل چهارم: نفقه؛

فصل پنجم: ولایت بر مال و نفس؛

فصل ششم: وصایت؛

فصل هفتم: قیمومیت؛

فصل هشتم: حجر؛

فصل نهم: مساعدت قضایی؛

فصل دهم: سرپرستی و تکافل اجتماعی اطفال بی سرپرست؛ و

فصل یازدهم: حق نفقه والدین بر اولاد.

## فصل اول: ثبوت نسب

اولین حق طفل طبق ق. م ثبوت نسب است. نویسندگان ق. م احکام مربوط به ثبوت نسب را در جلد اول مواد ۲۱۷ الی ۲۲۸ ق. م تنظیم نموده اند. نسب مصدر است و در لغت به معنی انتساب، قرابت و خویشاوندی، نژاد، اصل، خاندان، سلسله، رگ و ریشه و پیوند است که جمع آن انساب است. نسب امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می آید. از این امر، رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی مادر و دیگری پدر می باشد، موجود می گردد. روی همین دلیل فقهاء در تعریف نسب می گویند: نسب عبارت از رابطه ای است خونی میان فرزند و نیاکانش که او را در زمره خاندان آنها قرار می دهد. حقوقدانان نسب را عبارت از رابطه ای خویشاوندی بین دو نفر که یکی از نسل دیگری و یا هر دو از نسل شخص ثالث باشند می دانند. به عبارت دیگر: نسب علاقه ای است بین دو نفر که به سبب تولد یکی از آنها از دیگری یا تولد شان از شخص ثالثی حادث می شود.<sup>۸۶۸</sup>

نسب هر شخص مستقیماً به دو شخص می رسد که یکی مادر و دیگر آنها پدر می باشد. رابطه خویشاوندی ممکن است بین دو نفر مورد اختلاف قرار بگیرد به نحوی که یکی دعوی خویشاوندی با دیگری بنماید و جانب مقابل آن را مورد تردید قرار بدهد یا انکار نماید. خویشاوندی مورد تردید

۸۶۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۲۳۱؛ سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۵)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، صص ۱۶۰ و ۱۶۱؛ مُحَمَّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرائی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۹۹؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۴۶.

یا انکار ممکن است خویشاوندی مستقیم باشد مانند خویشاوندی بین اولاد و پدر و مادر، مادر کلان و پدر کلان، و ممکن است خویشاوندی غیر مستقیم باشد، مانند خویشاوندی بین خویشاوندان. اثبات خویشاوندی در هر یک از موارد بالا مبتنی بر اثبات نسب پدری و یا مادری است<sup>۸۶۹</sup> که اثبات نسب برای هر یک را در ذیل مورد مطالعه قرار می‌دهیم:

(۱) **ثبوت نسب طفل برای مادر:** ثبوت نسب طفل برای مادر ولادت است اعم از این که شرعی باشد یا غیر شرعی.<sup>۸۷۰</sup> زیرا انتساب به مادر به وسیله ولادت ثابت می‌گردد و آن امری خارجی و اغلب مشهود است و می‌توان آن را به وسیله شهود که از ساده ترین و قدیمی ترین ادله اثبات دعوی به شمار می‌رود اثبات نمود.

(۲) **ثبوت نسب طفل برای پدر:** اثبات انتساب فرزند به پدر، دشوارتر از اثبات انتساب طفل به مادر است. زیرا، انتساب طفل به مادر، چنانچه بیان شد، برخلاف انتساب به پدر که مبتنی بر خلقت کودک از نطفه وی است، به وسیله ولادت ثابت می‌گردد و آن امری خارجی و اغلب مشهود است.<sup>۸۷۱</sup> اما، اثبات انتساب طفل به پدر طبق ق. م ممکن است از طریق ازدواج صحیح، فاسد و اقرار به نسب متحقق گردد.

#### مبحث اول) ثبوت نسب از طریق ازدواج صحیح

براساس ماده ۲۱۸ ق. م: «طفل هر زوجه در ازدواج صحیح منسوب به زوج می‌گردد مشروط بر اینکه کمترین مدت حمل در عقد ازدواج سپری شده مقاربت و خلوت صحیحه بین زوجین ثابت باشد.» طفل در لغت به معنی کوچک، صغیر و بچه اعم از اینکه دختر باشد و یا پسر، فرزندی که به حد بلوغ نرسیده است اعم از پسر و دختر. ماده ۹۵ کد جزا در تعریف طفل می‌گوید: «طفل به شخصی اطلاق می‌گردد که هجده سال را تکمیل نکرده باشد.» طبق نص این ماده طفل هر زوجه در ازدواج صحیح به منسوب زوج می‌گردد. ازدواج صحیح لازم ازدواجی است که ارکان و تمام شرایط صحت، نفاذ و لزوم آن متحقق گردیده است. باوجوداین، در انتساب نسب طفل به شوهر سه شرط وجود دارد:

اول این که کمترین مدت حمل که شش ماه است سپری شده باشد. پرسش این است که هرگاه کمترین مدت حمل سپری نشده باشد و زوجه طفلی به دنیا بی‌آورد تکلیف چیست؟ در خصوص

۸۶۹. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۵)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، صص ۱۶۰ و ۱۶۱؛ و محمد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرابی، تهران: انتشارات ققنوس، صص ۹۱ و ۹۲.  
 ۸۷۰. وهبة الزحیلی (—). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۲۵۶.  
 ۸۷۱. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۵)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۱۶۲.

این سؤال ماده ۲۱۹ ق. م حکم می نماید که: «هرگاه زوجه در مدت کمتر از شش ماه از عقد ازدواج وضع حمل نماید، چنین طفل منسوب به زوج نمی گردد مگر اینکه زوج نسبت طفل را به غیر از طریق زنا به خود ادعا نماید.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که اگر زوجه در مدت کمتر از شش ماه طفلی به دنیا بیاورد، نسب این طفل به زوج ثابت نمی گردد، مگر اینکه زوج نسب طفل را از طریق وطی به سبب شبهه، نامزد بازی و نظیر اینها برای خود ادعا نماید. همچنین، از نص این ماده به خوبی بر می آید که نسب طفل به زوج از طریق زنا ثابت نمی گردد.

دوم این که مقارب میان زوجه و زوج در ازدواج صحیح ثابت باشد. مقاربت در لغت به معنی نزدیکی و قربت، هم آغوشی، آمیزش جنسی، جماع و دوستی است.<sup>۸۷۲</sup> به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، مقاربت عبارت از آمیزش جنسی و جماع است.

سوم این که خلوت صحیح میان زوجه و زوج در ازدواج صحیح ثابت باشد. خلوت در لغت به معنی تنهایی، تنهایی گزیدن و انزوا است.<sup>۸۷۳</sup> خلوت صحیح ناظر بر موردی است که زوج و زوجه در مکانی جمع شوند که بدون اجازه آنها کسی در آنجا حق دخول را نداشته باشد. بنابراین، خلوت صحیح در صحرا، سطح آنچه که اطراف آن توسط دیوار طوری احاطه نشده باشد که مانع رویت آنها نگردد متحقق نمی گردد.

علاوه براین، در خلوت صحیح شرط است که میان زوج و زوجه مانع حسی مانند مصاب بودن یکی از زوجین به مریضی اعم از این که مانع جماع شود و یا خیر، مانع شرعی مانند: حیاضه و یا نفاسه بودن و یا صایم و یا مُحْرَم بودن یکی از زوجین و مانع طبیعی مانند: موجودیت شخص ثالث نزد زوجین وجود نداشته باشد.<sup>۸۷۴</sup>

به حیث مثال، اگر احمد با جمیله ازدواج نماید و جمیله طفلی به دنیا آورد، نسب طفل جمیله به احمد در صورتی ثابت می شود که طفل حداقل در مدت شش ماه بعد از نکاح به دنیا آید و مقاربت یا خلوت صحیح میان احمد و جمیله ثابت باشد.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان یکی از اسباب ثبوت نسب که ازدواج صحیح و شرایط ثبوت نسب از طریق ازدواج صحیح است، می باشد.

در خصوص نص این ماده نظر شورای عالی ستره محکمه وجود دارد که ذیلاً نقل می گردد:

872. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۳۱/۸)

873. Ibid, (Last visti: 31/8/2016).

۸۷۴. وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۶۷۸۰-۶۷۸۲؛ عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، صص ۸۸-۹۱؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۴۰۳ و ۱۴۰۴.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۳۲)

ماده (۲۱۹) قانون مدنی به توضیح ضرورت دارد.

### توضیح

حکم ماده (۲۱۹) با مطالعه احکام مواد (۲۱۷-۲۱۸) قانون مدنی افاده می کند که اقل مدت حمل ششماه و اکثر آن یکسال می باشد. اگر وضع حمل با گذشت شش ماه از ازدواج صورت گیرد طفل منسوب به زوج می باشد. هرگاه زوجه در مدت کمتر از شش ماه از عقد ازدواج وضع حمل نماید در چنین حالت اگر زوج طفل را از خود بداند و اظهار نماید که طفل از طریق زنا متولد نشده در آن صورت مولود کمتر از شش ماه نیز منسوب به زوج می گردد و اگر زن چنین مولود را از خود نداند در آن حالت نسب طفل ثابت نمی گردد.<sup>۸۷۵</sup>

فقها اتفاق نظر دارند بر این که طفلی که از زوجه متزوجه در ازدواج صحیح متولد می گردد، به شوهرش منسوب می گردد به دلیل این حدیث پیامبر ﷺ که فرموده است:

«الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَ لِلْعَاهِرِ الْحَجَرِ».<sup>۸۷۶</sup>

«فرزند از آن کسی است که صاحب فراش است و زانی مستحق سنگ است.».

منظور از فرش یا بستر در این حدیث، زنی است که مرد وی را فرش و از وی استمتاع جنسی می گیرد. باوجوداین، تحقق انتساب نسب فرزند به صاحب فراش منوط بر تحقق شروط آتی است:

- اینکه شوهر مردی باشد که عادتاً تصور حمل برداشتن زن از او متصور باشد، چنانکه مالکیه و شافعیه گفته اند که بالغ باشد و حنفیه گفته اند که: به دوازده سالگی رسیده باشد. اما، فقهای حنابله این سن را ده سال ذکر کرده اند. بنابراین، به اتفاق نظر فقهاء نسب از صغیر غیر بالغ ثابت نمی شود حتی اگر مادرش او را در مدت زمانی بیش از شش ماه از تاریخ عقد به دنیا آورده باشد؛ و

- اینکه فرزند در نظر حنفیه پس از شش ماه از زمان ازدواج به دنیا آمده باشد. اما، به نظر فقهای سایر مذاهب امکان وطی نیز باید فراهم شده باشد. بنابراین، اگر کودکی در مدتی کمتر از کمترین

۸۷۵. \_\_\_\_\_ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۱۵.  
۸۷۶. متفق علیه.

مدت حمل که شش ماه<sup>۸۷۷</sup> است به دنیا بیاید، به اتفاق نظر همه فقهاء نسب وی به شوهر ثابت نمی شود، و این امر دلیل بر آن خواهد بود که برداشتن حمل پیش از انعقاد عقد صورت گرفته است، مگر اینکه خود شوهر به آن اقرار نماید که ادعای او بیانگر این امر خواهد بود که زن پیش از انعقاد عقد از او حمل برداشته است؛

- اینکه بعد از انعقاد عقد ازدواج تلاقی و لقاء زوجین فعلاً، حساً و عادتاً ممکن باشد؛ بنابراین، در صورتی که تلاقی و لقاء زوجین ممکن نباشد مانند اینکه: زوج برای مدت حمل از زوجه اش دور باشد، نسب فرزند زن برای شوهرش تثبیت نمی گردد هرچند حنفیه تصور و امکان عقلی را شرط می دانند و فقهای سه مذهب دیگر امکان و تلاقی فعلی، حسی و عادی را.<sup>۸۷۸</sup>

#### مبحث دوم) ثبوت نسب بعد از تفریق یا وفات زوج

طبق ق. م اثبات نسب طفل بعد از تفریق و وفات زوج تابع قواعد ذیل است:

۱) طبق ماده ۲۲۰ ق. م: «هرگاه معتده طلاق یا وفات در مدت بیشتر از یک سال از طلاق یا وفات زوج وضع حمل نماید، دعوی نسب چنین معتده قابل سمع نمی باشد، مگر اینکه در صورت طلاق زوج و در وفات، ورثه زوج نسبت طفل را به خود ادعا نماید.» معتده اسم فاعل از ریشه «عدد» گرفته شده است که در لغت به معنی در حال شمارش و شمارشگر است. در اصطلاح حقوق مدنی، معتده زنی است که در مدت زمان مقرر قانونی در عده به سر می برد.<sup>۸۷۹</sup> معتده طلاق عبارت از زنی است که شوهرش او را طلاق داده است و او در حالت سپری کردن عدت طلاق است. معتده وفات عبارت از زنی است که شوهرش وفات نموده است و او در حال سپری کردن عدت وفات است که چهار ماه و ده روز است، می باشد. از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که در صورتی که معتده طلاق و یا وفات در مدت بیشتر از یک سال از تأریخ وقوع طلاق و یا

۸۷۷. حدّ اقل مدت حمل به اتفاق نظر همه فقهاء شش ماه است. باوجوداین، این مدت به نظر جمهور فقهاء از وقت همبستر شدن زوجین باهمدیگر و به نظر امام ابوحنیفه رحمته از وقت ازدواج است. دلیل این مطلب که حدّ اقل مدت حمل شش ماه است قرآن، سنت و اجماع است. فقها در این باره به آیه های: «وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا» [ الاحقاف: ۱۵] یعنی؛ حمل برداشتن و از شیر گرفتن طفل سی ماه است و: «وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ» [ لقمان: ۱۴] یعنی؛ مدت از شیر گرفتن طفل دو سال است، استناد می نمایند. آیه اول مدت حمل و ایام شیر دهی را سی ماه معین کرده و آیه دوم سن از شیر جدا کردن کودک را دو سال تعیین نموده است (وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۲۵۰-۷۲۵۳؛ مُحَمَّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرائی، تهران: انتشارات ققنوس، صص ۹۲ و ۹۳؛ مجید وزیری (۱۳۸۴) حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام، تهران: چاپ شرکت چاپ و نشر بین الملل، صص ۱۱۶ و ۹۸). ق. م در مورد حدّ اقل مدت حمل از نظر محمد بن عبدالحکم پیروی نموده و ماده ۲۱۷ آن که ترجمه ماده ۱۲۸ قانون احوال شخصیه سوریه است در این باره اشعار می دارد که: «مترین مدت حمل شش ماه و اکثر آن یک سال است.»

۸۷۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۲۵۷ و ۷۲۵۸؛ (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۲۳۴ و ۲۳۵.

۸۷۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸۸۷.

وفات شوهر طفلی به دنیا به آورد، نسب چنین طفلی به شوهر ثابت نمی گردد زیرا، طبق ماده ۲۱۷ ق. م: «کمترین مدت حمل شش ماه و اکثر آن یکسال است.»<sup>۸۸۰</sup> این اصل است. استثنای این اصل، ادعای زوج و یا ورثهٔ زوج متوفی است. بنابراین، در صورتی که در صورت طلاق زوج و در وفات، ورثهٔ زوج نسبت طفل را به خود ادعا نمایند، در چنین حالات نسب طفل به شوهر متوفی و شوهر مُطَّلَق ثابت می گردد.

به حیث مثال، اگر احمد جمیله زوجه اش را طلاق دهد و جمیله شروع به رعایت عدت نماید یا احمد شوهر جمیله وفات نماید و جمیله شروع به رعایت عدت وفات نماید و بعد از سپری کردن عدت طلاق یا وفات در مدت بیشتر از یک سال طفلی به دنیا آورد، نسب این طفل به احمد ثابت نمی گردد. اگر جمیله در این خصوص اقامه دعوی نماید، دعوی او قابل سمع نیست. زیرا، بیشترین مدت حمل یک سال است. در این صورت، این فرض وجود خواهد داشت که طفل از احمد نیست. اما، اگر احمد بعد از طلاق ادعای نسب طفل را به خود نماید، نسب طفل به احمد ثابت می گردد. همچنین، اگر در این فرض، احمد وفات کرده باشد و ورثه احمد مانند مادر، پدر، پدر کلان و نظیر اینها نسب طفل را به احمد ادعا نمایند، نسب طفل به احمد ثابت می گردد. در خصوص این ماده نظر شورای عالی ستره محکمه وجود دارد که ذیلاً نقل می گردد:

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۳۳)

در ماده (۲۲۰) هرگاه معتده طلاق و یا وفات در مدت بیشتر از یکسال از طلاق و یا وفات زوج وضع حمل نماید دعوی نسب چنین معتده قابل سمع نمی باشد مخالف صفحه (۲۵۲) و صفحه (۳۳) فتاوی کاملیه است.

توضیح ماده (۲۲۰)

قانون مدنی موافق قول محمد بن حکم از علما مذهب مالکی است که می گوید اقصی مدت حمل سنه قمریه است. بدین شکل حکم مذکور موافق با احکام شریعت و ماده (۲۱۷) قانون مدنی است.<sup>۸۸۱</sup>

۸۸۰. تعیین یک سال به عنوان حداکثر مدت حمل امروزه از نظر طبی توجیه پذیر به نظر نمی رسد. حداکثر مدت حمل امروزه نه یا نه ماه و ده روز است. معمولاً در صورتی که در ماه نهم طفل تولد نشود، مادر را عملیات سزارین (cesarean operation) می نمایند و طفل را از روی شکم مادر می گیرند.  
۸۸۱. \_\_\_\_\_ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۱۵.

۲) براساس ماده ۲۲۱ ق. م: «هرگاه مطلقه یا زوجه بعد از وفات زوج به تکمیل عدت خود اقرار نماید، نسبت طفل او به زوج وقتی ثابت می گردد که وضع حمل در مدت کمتر از شش ماه اقرار و یا کمتر از یک سال از طلاق یا وفات زوج، صورت گرفته باشد.».

مُطَلَّقه از «طلق» گرفته شده است که در لغت به معنی رها شده و طلاق داده شده است. در اصطلاح حقوقی، مُطَلَّقه زنی است که شوهرش، او را طلاق داده است.

زوجه اسم مؤنث زوج به معنای زن، جفت و همسر است. در فقه و حقوق به زنی که به موجب رابطه سببیت (عقد شرعی و قانونی) در قید نکاح مردی باشد، زوجه گویند.<sup>۸۸۲</sup>

عدت به کسر عین از کلمه «عدد» گرفته ششده که در لغت به معنی احصاء و شمارش است. فقهای حنفیه می گویند: عدت عبارت از مدتی معین است که در شرع برای پایان دادن به مابقیه آثار ازدواج معین شده است.<sup>۸۸۳</sup>

اقرار از ریشه قرر گرفته شده است که در لغت به معنی اعتراف نمودن، اذعان کردن حقی برای صاحب آن و اثبات کردن چیزی، قرار دادن چیزی و پذیرفتن است.<sup>۸۸۴</sup> ماده ۱۵۷۲ مجله الاحکام در تعریف اقرار می گوید: «اقرار عبارت از اخبار انسان است از حقی که شخص دیگر بر او دارد. اخبار کننده را «مقر»، شخصی را که اقرار به نفع او صورت گرفته است «مقرله» و شی ای را که به آن اخبار به عمل آمده است «مقربه» می گویند.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد. به نظر می رسد از نص این ماده دو حکم قابل برداشت است:

نخست این که هرگاه مطلقه به تکمیل عدت خود اقرار نماید، نسب طفل او به زوج وقتی ثابت می گردد که این طفل در مدت کمتر از شش ماه از اقرار و یا کمتر از یک سال از طلاق صورت گرفته باشد. عبارت مطلقه در نص این ماده مطلق است. با توجه به این که صغیره غیرحایضه و کبیره یا نسه به دلیل عدم حمل برداشتن طفل به دنیا نمی آروند به نظر می رسد منظور مطلقه، مطلقه حایضه است. قید «کمتر از شش ماه» در نص این ماده محل ایراد به نظر می رسد، زیرا طبق ماده ۲۱۷ ق. م کمترین مدت حمل شش ماه است. در نص این ماده کمتر از شش ماه بعد از اقرار مبنی بر تکمیل

۸۸۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۰۶۲.

۸۸۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۱۶۶-۷۱۶۷؛ (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۳۰۴؛ محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، ص ۳۴۵؛ محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، ص ۳۴۶؛ عبد الحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیه، ص ۲۰۵.

۸۸۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۰۸.



عدت قید شده است. در حالی که امکان دارد مطلقه بعد از اقرار مبنی بر تکمیل عدت در مدت شش ماه که کمترین مدت حمل است طفل را به دنیا آورد. زمان آغاز برداشتن حمل طبق نص این ماده اقرار به تکمیل عدت است.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که در صورتی مطلقه به تکمیل عدت اقرار نماید و از زمان اقرار در میان شش تا ده ماه که کمترین و بیشترین مدت حمل است طفلی به دنیا بی آورد، این طفل منسوب به شوهر او می شود. به حیث مثال، اگر احمد و جمیله زن و شوهر باشند و احمد جمیله را طلاق بدهد و جمیله به تکمیل عدت خویش اقرار نماید و سپس در خلال مدت شش الی یک سال طفلی به نام محمود به دنیا آورد، نسب محمود به احمد ثابت می گردد.

اما، در صورتی که این طفل را در مدت کمتر از شش ماه و یا بیشتر از ده ماه به دنیا بی آورد، این طفل منسوب شوهر نمی شود.

دوم این که این تحلیل در مورد زنی که شوهر او وفات نموده است قابل تطبیق است. بنابراین، در صورتی که زنی که شوهر او وفات نموده است به تکمیل عدت خود اقرار نماید، نسبت طفل او به زوج وقتی ثابت می گردد که وضع حمل در مدت شش ماه از اقرار و یا کمتر از یک سال از وفات زوج، صورت گرفته باشد. به حیث مثال، اگر احمد و جمیله زن و شوهر باشند و احمد وفات نماید و جمیله به تکمیل عدت خویش اقرار نماید و سپس در خلال مدت شش الی یک سال طفلی به نام محمود به دنیا آورد، نسب محمود به احمد ثابت می گردد.

### مبحث سوم) ثبوت نسب در نکاح فاسد، متارکه و تفریق

براساس ماده ۲۲۲ فقرة اول و دوم ق. م: «(۱) طفل زوجه در نکاح فاسد وقتی به زوج منسوب می گردد که طفل اقل بعد از شش ماه از تاریخ دخول تولد شده باشد؛ و (۲) در صورت متارکه یا تفریق، طفل وقتی به زوج منسوب می گردد که حد اکثر در خلال مدت یک سال تولد شده باشد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

(۱) طفل زوجه در نکاح فاسد در صورتی به زوج منسوب می گردد که طفل حداقل در مدت شش ماه بعد از دخول تولد یافته باشد، زیرا طبق ماده ۲۱۷ ق. م کمترین مدت حمل شش ماه است. مفهوم مخالف نص این ماده این است که اگر طفل در مدت کمتر از شش ماه در نکاح فاسد بعد از دخول تولد شود، نسب او به زوج ثابت نمی گردد. زیرا، حداقل مدت حمل شش ماه است. در این صورت، این فرض وجود خواهد داشت که زن از شخص دیگری حمل برداشته است.

فقهای حنفی می گویند که: ازدواج فاسد عبارت از ازدواجی است که ارکان و شروط انعقاد آن متحقق باشد اما شروط صحت آن متحقق نگردیده باشد<sup>۸۸۵</sup> مانند: ازدواج بدون حضور شهود، ازدواج مؤقت، ازدواج با پنج زن در زمان واحد، ازدواج با دو خواهر، خواهرزاده و خاله، برادرزاده و عمه و ازدواج با زن متزوجه بدون آگاهی مبنی بر متزوجه بودن، نکاح زن قبل از انقضای عدت او<sup>۸۸۶</sup>. دخول از ریشه «دخل» گرفته شده است که در لغت به معنی وارد کردن است. در اصطلاح

حقوق مدنی تعاریف مختلف برای دخول وجود دارد:

۱- دخول عبارت است از وطی و یا جماع با زن.<sup>۸۸۷</sup>

۲- دخول اولین رابطه جنسی با زن است.

۳- دخول اولین جماع مخصوصاً میان زن و شوهر است.<sup>۸۸۸</sup>

به حیث مثال، اگر احمد با جمیله در اول حمل سال ۱۳۹۷ ازدواج نماید و این ازدواج بدون شهود باشد یا احمد چهار خانم داشته باشد و جمیله خانم پنجم احمد باشد و بعد از نکاح احمد با جمیله جماع نماید، طفل جمیله در صورتی به احمد منسوب می شود که طفل در مدت شش ماه بعد از دخول (میزان ۱۳۹۷) متولد گردد. در صورتی که طفل در مدت کمتر از شش ماه به دنیا بی آید، این طفل منسوب به احمد نیست.

۲) در متارکه طفل وقتی منسوب به زوج می شود که حداکثر در خلال یک سال بعد از متارکه متولد شود، زیرا طبق ماده ۲۱۷ ق. م بیشترین مدت حمل یک سال است. عبارت متارکه در نص این ماده مبهم است. متارکه در لغت به معنی بیزاری، طلاق، جدایی، ترک جنگ و خصومت است.<sup>۸۸۹</sup> متارکه در ق. م در برخی حالات در مفهوم طلاق و در برخی حالات در مفهوم خلع استعمال شده است. به نظر می رسد متارکه در نص این ماده در مفهوم خلع استعمال شده است. زیرا، حکم ثبوت نسب در طلاق در ماده ۲۲۱ ق. م بیان شده است. به حیث مثال، اگر احمد با جمیله در اول حمل ۱۳۹۷ خلع نماید و جمیله در خلال یک سال بعد از اول حمل ۱۳۹۷ طفلی به دنیا آورد، نسب این طفل به احمد ثابت می گردد.

۸۸۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۵۸۷.  
 ۸۸۶. عبدالحمید محمود طهماز، الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، ج ۲، ص ۸۸؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۰۲؛  
 ۸۸۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۵۲.

888. William P. Statsky (\_\_\_\_). Family Law, 6<sup>th</sup> edi, New York: Delmar Gengage leaning, p 189.

889. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۱/۱۷/۲۰۱۶).

۳) در صورت تفریق طفل وقتی منسوب به زوج می شود که حداکثر در خلال یک سال بعد از تفریق متولد شود، زیرا طبق ماده ۲۱۷ ق. م بیشترین مدت حمل یک سال است. تفریق از ریشه فرق گرفته شده که در لغت به معنی جدا کردن، جدایی انداختن و از هم گسیختن است.<sup>۸۹۰</sup> در اصطلاح حقوق مدنی به نظر می رسد تفریق قضایی عبارت است از طلاق زوجه توسط قاضی در اثر تقاضای زوجه به سبب عیب، عدم انفاق، حبس، غیابت، ضرر، ارتداد یکی از زوجین، ایلاء، ظهار و لعان. به حیث مثال، اگر محکمه جمیله را در اول حمل بنا بر اسباب تفریق قضایی طلاق دهد، جمیله در خلال یک سال بعد از اول حمل ۱۳۹۷ طفلی به دنیا آورد، نسب این طفل به شوهر جمیله ثابت می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان مدت ثبوت نسب در نکاح فاسد، خلع و تفریق قضایی است.

#### مبحث چهارم) ثبوت نسب از طریق اقرار

طبق ق. م اقرار به نسب یکی از طریقه های اثبات نسب است. اقرار طبق ق. م می تواند توسط زوجه، زوجه و طفل صورت بگیرد. همچنین، اقرار می تواند خارج از امومت، ابوت و بنوت صورت بگیرد که قواعد آن قرار ذیل است:

۱) اقرار توسط زوج: طبق اده ۲۲۴ ق. م: «ثبوت نسب توسط اقرار به بنوت گرچه در حال مرض موت باشد، وقتی صورت می گیرد که: ۱) مقرر در سنی باشد که مقررله فرزند وی شده بتواند؛ ۲) مقررله نسب معلوم نداشته باشد؛ و ۳) مقررله ممیز ادعای مقرر را تصدیق نماید.» اقرار از ریشه قرر گرفته شده است که در لغت به معنی اعتراف نمودن، اذعان کردن حقی برای صاحب آن و اثبات کردن چیزی، قرار دادن چیزی و پذیرفتن است.<sup>۸۹۱</sup> ماده ۱۵۷۲ مجله الاحکام در تعریف اقرار می گوید: «اقرار عبارت از اخبار انسان است از حقی که شخص دیگر بر او دارد. اخبار کننده را «مقرر»، شخصی را که اقرار به نفع او صورت گرفته است «مقررله» و شی ای را که به آن اخبار به عمل آمده است «مقربه» می گویند.»

فقهای حنفیه در تعریف مرض الموت می گویند: «مرض الموت عبارت از مرضی است که در اغلب اوقات خوف مرگ مریض در آن متصور باشد و آن حالتی است که اگر مریض از جمله مردها باشد، از انجام کارها و مصالح خویش در خارج از منزل عاجز گردد و در صورتی که مریض از جمله زنان باشد از انجام مصالح خود در داخل منزل عاجز گردد و در همین حالت، قبل از مرور یک سال بمیرد، خواه مریض حالت مریضی را در بستر بگذارد و یا خارج از بستر.

۸۹۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۲۰.  
۸۹۱. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۴۰۸.

اگر مرض او دوام کند و یک سال از آن بگذرد، چنین مریض تا آنکه مرض او شدت پیدا نکند و حالت او تغییر نیابد، حکم انسان سالم را دارد و تصرفاتش مانند تصرفات انسان سالم و عادی به حساب می آید. اگر حالت او تغییر کرد، و مرض او شدت یافت و بعد از این حالت وفات کرد، از زمان تغییر حالت تا ساعت وفات، حالت مرض را به خود می گیرد.» (ماده ۱۵۹۵ مجله الاحکام).

بنوت در لغت به معنی فرزندی و رابطه فرزندی است. در اصطلاح حقوق مدنی، بنوت عبارت از رابطه ای است که فرزند را با پدر و مادر پیوند می دهد.<sup>۸۹۲</sup> از نص این ماده استنباط می گردد که ثبوت نسب از طریق اقرار به فرزندی می تواند صورت بگیرد. برای اثبات نسب در چنین حالتی شرط است این که:

۱- مقرر در سنی قرار داشته باشد که بتواند پدر مقررله شود. بنابراین، در صورتی که مقررله، از نظر سن از مقرر بزرگتر باشد یا هم سن، وی باشد به نحوی که عادت و حس آن را تکذیب نماید، اقرار باطل و بی اثر پنداشته می شود. به حیث مثال، اگر احمد ۲۰ ساله بگوید که محمود ۴۰ ساله فرزند من است، چنین اقراری باطل است. زیرا، احمد (مقرر) در سنی قرار ندارد که محمود (مقررله) بتواند فرزند او شود. در چنین فرضی، نسب محمود به احمد ثابت نمی شود.

۲- مقررله نسب مجهول داشته باشد؛ یعنی: نسب وی از دیگری معروف و معلوم نباشد، زیرا در صورتی که نسب وی معلوم باشد، اقرار مقرر باطل پنداشته می شود. به حیث مثال، اگر محمود فرزند جمشید باشد و از طریق وسایل اثبات ثابت باشد که محمود فرزند جمشید است و احمد اقرار نماید که محمود فرزند من است، این اقرار بی اعتبار است. زیرا، نسب محمود به جمشید ثابت است.

۳- این که مقرر له ممیز ادعای مقرر را تصدیق نماید مانند این که مقرر له ممیز بگوید: مقرر راست می گوید من فرزند او هستم. منظور ممیز صغیر ممیز است. صغیر ممیز شخصی است که اجمالاً بتواند بین ضرر و منفعت تمیز قایل شود و در بسیاری از مسایل این توان داشته باشد که منافع و ضرر های خود را در آنها تشخیص بدهد. به عنوان مثال، قرارداد بیع و معامله سودمند را تشخیص بدهد.<sup>۸۹۳</sup> از تعریف فوق به خوبی بر می یاید که صغیر ممیز بر شخصی اطلاق می گردد سود و زیان را از همدیگر تشخیص می دهد<sup>۸۹۴</sup> که معمولاً بر اطفالی که بین سنین هفت الی چهارده

۸۹۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۵۶۶.

۸۹۳. ماده ۹۴۳ مجله الاحکام در این باره می گوید: «صغیر غیر ممیز کسی است که خرید و فروش را نمی فهمد؛ یعنی: نمی داند که فروش موجب سلب مالکیت و خرید سبب به دست آوردن آن است و بین غبن فاحش آشکار، مانند غبن به میزان پنج دهم، و غبن کم فرق نمی گذارد؛ و به کسی که میان اینها فرق بگذارد طفل ممیز گفته می شود.»

۸۹۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۲۱۷.

سالگی قرار دارند اطلاق می گردد. مفهوم مخالف این شرط این است که در صورتی که مقررله، صغیر یا مجنون باشد، تصدیق وی شرط نیست، زیرا مجنون و صغیر فاقد اهلیت اقرار و تصدیق اند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن اقرار به عنوان یکی از وسایل اثبات نسب و بیان شروط اقرار به نسب است.

**۲) اقرار توسط زوجه و یا معتده:** طبق ماده ۲۲۵ ق. م: «نسب توسط اقرار زوجه یا معتده، وقتی ثابت می گردد که زوج اقرار زوجه را تصدیق و یا از طرف زوجه ادله مثبتیه ارایه گردیده باشد.»  
تعریف اقرار، زوجه و معتده در بالا گذشت. از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- طبق نص این ماده نسب طفل به شوهر توسط اقرار زوجه وقتی ثابت می گردد که زوج اقرار زوجه را تصدیق و یا از طرف زوجه ادله مثبتیه ارایه گردد. به حیث مثال، اگر جمیله زوجه احمد به احمد بگوید محمود پسر شما است. در این صورت، اگر احمد اقرار جمیله را تصدیق نماید نسب محمود به احمد ثابت می گردد و در صورت رد، نسب طفل برای زوج ثابت نمی گردد. همچنین، اگر در صورت رد زوجه ادله مثبتیه مبنی بر نسب محمود در این فرض ارایه نماید، نسب محمود به احمد ثابت می گردد.

ادله جمع دلیل است. مثبتیه مؤنث مثبت است که در لغت به معنی ثابت کننده است. از ترکیب این دو کلمه می توان به این نتیجه کلی رسید که: ادله مثبتیه به چیزهایی گفته می شود که برای ثابت کردن امری در پیشگاه قضاء به کار می رود مانند شهود، سند، اقرار، سوگند و نظیر اینها. به حیث مثال، اگر جمیله اقرار نماید که محمود پسر احمد شوهر او است و احمد اقرار را رد نماید، اما جمیله سند مانند کارت ولادت، شهود و نظیر اینها ارایه نماید که ثابت نمایند محمود پسر احمد است، نسب محمود به احمد ثابت می گردد.

۲- نسب طفل به شوهر توسط اقرار معتده وقتی ثابت می گردد که زوج اقرار معتده را تصدیق و یا از طرف معتده ادله مثبتیه ارایه گردد. به حیث مثال، اگر جمیله معتده طلاق احمد به احمد بگوید محمود پسر شما است. در این صورت، اگر احمد اقرار جمیله را تصدیق نماید نسب محمود به احمد ثابت می گردد و در صورت رد، نسب طفل برای زوج ثابت نمی گردد.

همچنین، اگر در صورت رد احمد، جمیله معتده ادله مثبتیه مبنی بر نسب محمود ارایه نماید، نسب محمود به احمد ثابت می گردد. به حیث مثال، اگر جمیله معتده اقرار نماید که محمود پسر احمد شوهر مُطلق او است و احمد اقرار را رد نماید، اما جمیله سند مانند کارت ولادت، شهود و نظیر اینها ارایه نماید که ثابت نمایند محمود پسر احمد است، نسب محمود به احمد ثابت می

گردد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده شناخت اقرار زوجه به عنوان یکی از وسایل اثبات نسب و تبیین حالات و شرایط اقرار زوجه است.

۳) اقرار توسط طفل: طبق ماده ۲۲۶ ق.م: «شخصی که نسب وی معلوم نباشد و به ابوت و یا امومت شخصی اقرار نماید، نسب وی وقتی ثابت می‌گردد که: (۱) مقربه در سنی باشد که فرزند مقرر شده بتواند؛ و (۲) مقربه، ادعای مقرر را تصدیق کند. در این صورت حقوق ابوت و امومت در برابر یکدیگر ثابت می‌گردد.» ابوت در لغت به معنی پدری، رابطه پدری، پدر بودن مرد و رابطه شرعی و طبیعی میان فرزند و پدر است. در اصطلاح حقوق مدنی، به رابطه شرعی یا طبیعی مرد با فرزند منتسب به او ابوت (پدری) گویند.<sup>۸۹۵</sup> امومت در لغت به معنی مادری کردن، مادر شدن، مادر بودن و مادری است. در اصطلاح حقوق مدنی، به رابطه که مادر و فرزند را به همدیگر مرتبط می‌کند، امومت گویند.<sup>۸۹۶</sup> نص این ماده مبهم است. زیرا، در نص این ماده واضح نیست که اقرار توسط کدام شخص صورت می‌گیرد. به نظر می‌رسد مقر در نص این ماده طفل است. همچنین، در نص این ماده اشتباهات املائی یا تپیی وجود دارد. زیرا، قانونگذار مدنی در فقرة ۱ این ماده به عوض «مقر»، «مقربه» را استعمال نموده است در حالی که به نظر می‌رسد منظور قانونگذار مدنی از مقربه شخصی است که اقرار می‌نماید. مقربه عبارت از موضوع اقرار است. همچنین، در فقرة ۲ نص این ماده قانونگذار مدنی به عوض «مقرله» که عبارت از پدر یا مادر است کلمه «مقربه» را استعمال نموده است که محل ایراد به نظر می‌رسد.

طبق نص این ماده شخصی که به ابوت (پدری) و امومت (مادری) شخصی اقرار نماید، ثبوت نسب وی منوط بر تحقق شرایط ذیل است:

۱- اینکه مقر مجهول النسب باشد. بنابراین، در صورتی که نسب مقر معلوم باشد، نسب وی برای دیگران ثابت نمی‌گردد.

۲- این که مقر در سنی باشد که فرزند مقررله شده بتواند. بنابراین، در صورتی که مقر ۵۰ ساله و مقرله ۲۰ ساله باشد نسب مقر برای مقرله ثابت نمی‌گردد.

۳- این که مقرله ادعای مقر را تصدیق نماید. در صورت رعایت شرایط فوق حقوق ابوت و امومت برای مقر و مقرله ثابت می‌گردد. به نظر می‌رسد این حق‌ها، حق‌هایی است که اولاد در برابر پدر و پدر در برابر اولاد و اولاد در برابر مادر و مادر در برابر اولاد دارد که تفصیل آن در این کتاب مورد بحث قرار می‌گیرد.

۸۹۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۴۱.  
۸۹۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۴۶۱.

به حیث مثال، اگر احمد بگوید محمود پدر من و جمیله مادر من است، نسب احمد به محمود و جمیله ثابت می‌گردد. اما، به سه شرط: اول این که احمد نسب معلوم نداشته باشد، به حیث مثال، ثابت نباشد که احمد پسر جمشید است. دوم این که سن احمد از محمود و جمیله هفده یا نوزده سال کمتر باشد به گونه ای که احمد بتواند فرزند محمود و جمیله گردد. سوم این که محمود و جمیله اقرار احمد را تصدیق نمایند، به حیث مثال، بگویند احمد راست می‌گوید او فرزند ما است. در صورت تحقق این سه شرط، نسب به احمد به محمود و جمیله ثابت می‌گردد و احمد در برابر جمیله و محمود و محمود و جمیله در برابر احمد دارای حق‌هایی می‌گردند که والدین در برابر اطفال و اطفال در برابر والدین دارند که قانونگذار مدنی آن را «حقوق ابوت و امومت» نامیده است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن اقرار طفل به عنوان یکی از ابزارهای ثبوت نسب و بیان شرایط و آثار آن است.

۴) اقرار خارج از بنوت، ابوت و امومت: طبق ماده ۲۲۷ ق.م: «اقرار به نسب در خارج از بنوت، ابوت و امومت بر غیر تأثیر ندارد مگر این که تصدیق نموده باشند.» نص این ماده مرتبط با ماده های ۲۲۴، ۲۲۵ و ۲۲۶ ق.م است. تعریف امومت (رابطه مادری)، ابوت (رابطه پدری) و بنوت (رابطه پسر) گذشت. طبق نص این ماده اقرار در خارج از بنوت، ابوت و امومت، به حیث مثال عمومت (کاکایی) و اخوت (برادری) بر غیر تأثیر ندارد مگر این که غیر این اقرار را تصدیق نماید. به حیث مثال، اگر احمد اقرار نماید که محمود کاکا یا مامای من است، این اقرار در خارج از بنوت، ابوت و امومت است. در این صورت، نسب احمد به محمود ثابت نمی‌گردد. این اصل است. استثنای این اصل این است که محمود تصدیق نماید که احمد برادرزاده یا خواهرزاده او است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن اقرار طفل به عنوان یکی از ابزارهای ثبوت نسب علاوه بر بنوت، ابوت، امومت است.

### مبحث پنجم) عدم ثبوت نسب فرزند خواندگی، زنی، التقاط و تلقیح مصنوعی

۱) فرزند خواندگی: براساس ماده ۲۲۸ ق.م: «شخصی که نسب وی معلوم بوده و به صفت فرزند خوانده شود، آثار ثبوت نسب از قبیل نفقه، اجرت حضانت، میراث، حرمت مصاهره و حرمت ازدواج مُطَلَّقه بر آن مرتب نمی‌گردد.» طبق نص این ماده شخصی که شخصی را که نسب معلوم داشته باشد، فرزند بخواند، این امر موجب ثبوت نسب فرزندخواه برای فرزندخوانده نمی‌شود.

در نتیجه، هیچ یک از آثار ثبوت نسب، از قبیل: تأمین نفقه برای فرزندخوانده، پرداخت اجرت حضانت فرزندخوانده، توارث شخصی که فرزند خوانده شده از شخصی که وی را فرزند خوانده

است و حرمت مصاهره نمی‌گردد. به حیث مثال، اگر احمد و جمیله طفل نداشته باشند و محمود را به عنوان فرزند قبول نمایند، این عمل موجب آثار ثبوت نسب نمی‌شود. برخی آثار ثبوت نسب در نص این ماده احصا شده است که عبارت اند از: نفقه، اجرات حضانت، میراث، حرمت مصاهره و حرمت ازدواج با مطلقه. بنابراین:

۱- احمد طبق نص این ماده مکلف به فراهم نمودن نفقه برای محمود نیستند. زیرا، تأمین نفقه برای زوجه و طفل از آثار عقد ازدواج و آثار ثبوت نسب است.

۲- اگر احمد جمیله را طلاق دهد و جمیله حضانت محمود را به عهده بگیرد، احمد به پراخت اجرت حضانت به جمیله نیست. زیرا، پرداخت اجرت حضانت تکلیف پدر خونی و قانونی طفل است.

۳- اگر احمد یا جمیله وفات نمایند، محمود فرزند خوانده شده نمی‌تواند از احمد و جمیله ارث ببرد. همچنین، اگر محمود فرزندخوانده شده وفات نماید، احمد و جمیله نمی‌توانند از او ارث ببرند. زیرا، چنانچه تفصیل آن در جلد حقوق میراث این دور از شرح ق. م خواهد آمد ارث دو سبب دارد که عبارت اند از: زوجیت و قرابت است و هیچ یک از این اسباب میان احمد و محمود وجود ندارد.

۴- اگر جمیله دختر خوانده ذاکره باشد و احمد با جمیله ازدواج نماید، میان احمد و ذاکره حرمت مصاهره ایجاد نمی‌گردد. زیرا، حرمت مصاهره، چنانچه تفصیل آن در جلد حقوق فامیل این دور از شرح ق. م گذشت، میان فرد و اصول و فروع زوجه در صورت دخول، زوجه اصول و زوجه فروع ثابت می‌گردد.

۵- اگر احمد جمیله را طلاق دهد، محمود پسر خوانده می‌تواند بعد از انقضای مدت عدت، با مادرخوانده خویش ازدواج نماید. زیرا، چنانچه تفصیل آن در جلد حقوق فامیل این دور از شرح ق. م گذشت، ازدواج شخص با اصول، فروع، فروع پدر مادر و طبقه اول فروع اجداد حرام است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده عدم به رسمیت شناختن فرزند خواندگی به عنوان یکی از ابزار ثبوت نسب و عدم به رسمیت شناختن آثار آن است.

در فقه تبنی مصدر باب تفعل از ریشه «بنو» گرفته شده که در لغت به معنی پسرخواندگی و پسر گزیدن است و در اصطلاح فقهی عبارت از این است که شخص پسری شخصی را به فرزند برگزیند. تبنی در حقوق اسلام حرام و حقوق اسلام فرزند خواندگی را از اسباب ثبوت نسب نمی‌داند. خداوند عز و جلاله می‌فرماید:



﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَ مَوَالِيكُمْ﴾ - [الاحزاب: ۴ و ۵]

«خداوند ﷺ پسرخواندهای شما را پسر حقیقی شما قرار نداده است. این تنها حرفی است که از دهان شما برمی آید [و مدرکی دیگر ندارد] خداوند ﷺ حق را بیان می نماید و تنها خداوند ﷺ هدایت دهنده راه حق است. پسرخوانده ها را به نام پدر حقیقی خودشان صدا کنید، این امر نزد خداوند ﷺ به حق و عدالت نزدیک تر است، اگر پدر واقعی ایشان را نشناختید، ایشان برادر شما هستند [و به نام برادر دینی و دوست آنها را صدا کنید].».

طبق حقوق اسلامی تبنی نه تنها موجب ثبوت نسب نمی شود، بلکه در حقوق اسلام حرام است که سیر تأریخی و حرمت آن را در ذیل مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱) فرزندخواندگی در دوره جاهلیت: قبل از ظهور اسلام، اعراب دوره جاهلیت مانند سایر ملت های آن زمان افراد بیگانه را به خانواده، نسب و طایفه خود ملحق می کردند. بنابراین، هر کسی را که می خواستند، از طریق پسر خواندگی، پسر خود قرار می دادند. به ترتیبی که، هرگاه شخصی چنین تصمیمی می گرفت، این واقعه را به اطلاع مردم می رسانید و پس از این اعلام، طفل به صورت پسر اصلی خانواده در می آمد و از تمام حقوق و مزایای آن خانواده بهره مند می شد و در نتیجه در کلیه خوبی ها و ضرر و زیان آن خانواده سهیم می شد. پسر خواندگی در چنین حالت، مانع آن نمی شد که پسرخوانده، دارای نسب و پدر معلوم باشد. زمانی که اسلام ظهور کرد، این عادت در میان مردم بسیار رایج و متداول بود.

حتی پیامبر ﷺ نیز قبل از بعثت زید بن حارث رضی الله عنه را به عنوان پسر خوانده خود قبول کرد. زید بن حارث رضی الله عنه یک جوان عرب بود که در سن کودکی در یکی از غارت ها و چپاول گری ها اسیر شد و حکم بن حزم وی را برای عمه خود حضرت خدیجه رضی الله عنها خریداری نمود. خدیجه رضی الله عنها بعد از ازدواج وی را به پیامبر ﷺ بخشید. زمانی که پدر و کاکای زید بن حارث رضی الله عنه اطلاع پیدا کردند که زید بن حارث رضی الله عنه در خدمت پیامبر ﷺ است، نزد وی آمدند و خواهش نمودند که زید بن حارث رضی الله عنه را به آنها برگرداند. پیامبر ﷺ زید را مختار ساخت که آزاد است به نزد پدر و فامیلش برگردد یا نزد او بماند. زید بن حارث بدون هیچ تردیدی مانندن پیش پیامبر ﷺ را بر بازگشت به سوی پدر و اقاربش ترجیح داد. سپس، پیامبر ﷺ وی را آزاد نمود و به عنوان پسرخوانده خود قبول کرد، و مردم را به این امر آگاه نمود. از آن تأریخ به بعد، زید بن حارث رضی الله عنه به پسر محمد رضی الله عنه معروف گردید و اولین آزاد شده بود که به پیامبر ﷺ ایمان آورد.

۲) موضع حقوق اسلام در برابر رسم تبنی: از نظر حقوق اسلام، پسرخواندگی نوعی تزویر و خلاف واقعیت است. تزویر و جعلی است که یک بیگانه را جزء افراد یک خانواده قرار می دهد که با تمام زنان آن خانواده نشست و برخاست داشته باشد و با آنها به تنهایی بدون اینکه فرد محرمی حضور داشته باشد، بنشیند و صورت یک محرم واقعی را به خود بگیرد، در حالی که هیچ یک از زنان خانواده با او محرم نیستند و همه آنها با او بیگانه اند. نه مردی که او را پسر می خواند، پدر او است و نه هم زوجه اش مادر او و نه دختر آنها خواهر او.

بنابراین، همه اعضای خانواده با او نامحرم و بیگانه اند، زیرا در حقوق اسلام، چنانچه تفصیل آن گذشت، قرابت صرف سببی، نسبی و رضاعی است، در حالی که به اقتضای عرف و عادت جاهلیت، در دوره جاهلیت پسرخوانده از مرد و زنی که او را به فرزند خواندگی قبول می کردند، ارث می برد و همانند پسر اصلی آنها محسوب می شد و تمام وارثین واقعی آنها را از ارث محروم می کرد. از همین جهت، خویشاوندان مرد نسبت به پسر خوانده او عداوت و کینه در دل داشتند و او را به عنوان مزاحم و مهمان ناخوانده به حساب می آوردند که حق آنها را غصب می کرد و آنها را از ارث محروم می نمود.

این کینه و عداوت ها منجر به بروز فتنه و از بین رفتن روابط خانوادگی می شد. پس، حقوق اسلام این عادت و رسم جاهلی را باطل اعلام نمود و آن را به صورت ابدی مورد تحریم قرار داد. خداوند ﷻ در این باره می فرماید:

﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَ مَوَالِيكُمْ﴾ - [الاحزاب: ۴ و ۵]

«خداوند ﷻ پسرخواندهای شما را پسر حقیقی شما قرار نداده است. این تنها حرفی است که از دهان شما برمی آید [و مدرکی دیگر ندارد] خداوند ﷻ حق را بیان می نماید و تنها خداوند ﷻ هدایت دهنده راه حق است. پسرخوانده ها را به نام پدر حقیقی خودشان صدا کنید، این امر نزد خداوند ﷻ به حق و عدالت نزدیک تر است، اگر پدر واقعی ایشان را نشناختید، ایشان برادر شما هستند [و به نام برادر دینی و دوست آنها را صدا کنید].».

هرگاه این کلمات گهربار و پُراج قرآنی را به دقت ملاحظه نماییم: «وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ» متوجه می شویم که منظور از قرآن کریم آن است که هیچ دلیلی جز گفته های افواهی و خالی از حقیقت نیست که اثبات کند که آنها پسران شما اند. گفته به دور از حقیقت نمی تواند واقعیت را دگرگون نماید و بیگانه را به صورت فامیل در بی آورد و نامحرم را به محرم تبدیل کند و تنها با الفاظ،

خونهای که باهم ارتباط ندارد به هم مرتبط نمی شود و حس پدری و فرزندی را در میان آنان تحریک نماید و پسرخوانده از او ارث ببرد. بنابراین، حقوق اسلام، تمام آثاری که در دوره جاهلیت بر عادت پسر خواندگی از قبیل: ارث، حرام بودن زن بر پسرخوانده و ... مرتب می گردید به کلی ملغی و باطل نمود. چنانچه در مورد ارث قرآن کریم جز برای قرابت نسبی و سببی که به وسیله ازدواج ایجاد می گردد، ارث قرار نداده است و هیچ عاملی دیگری را موجب ارث نمی داند و می فرماید:

﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ - [انفال: ۷۵]  
 «صاحبان قرابت نسبت به یکدیگر حق تقدم دارند در کتاب خدا ﷻ».

ولی، در مورد ازدواج، قرآن به وضوح اعلام می دارد که مادر حقیقی و زن پسرانی که از نطفه شما هستند بر شما حرام اند نه مادرخوانده ها و زن پسرخوانده های تان. خداوند ﷻ در این مورد می فرماید:

﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ - [النساء: ۲۴]

«حرام اند بر شما زن فرزندان صلبی شما که از نطفه شما به وجود آمده اند».

بنابراین، پدران می توانند با زن پسرخوانده خود پس از وقوع طلاق ازدواج نمایند و پسرخوانده ها نیز می توانند مادر خوانده خود را بعد از طلاق تزویج نمایند، زیرا اینها باهم بیگانه اند و رابطه واقعی و خونی باهم ندارند.<sup>۸۹۷</sup>

۳) **ابطال قولی و فعلی نظام تبنی در حقوق اسلام:** مبارزه و ابطال نظام تبنی که ریشه عمیق در دوران جاهلیت داشت، کار آسانی نبود. بنابراین، این نظام که بر اجتماع و زندگی اعراب دوران جاهلیت سایه افکنده بود، به آسانی از بین نمی رفت. از همین رو، مشیت و حکمت الهی بر این بود که برای رفع و ابطال آن تنها به قوانین و دستورات قولی اکتفاء صورت نگیرد، بلکه در مبارزه با آن قول و عمل توأم و هماهنگ گردد. بنابراین، مشیت و حکمت الهی بر این بود که برای مبارزه عملی با این مسأله مهم، پاک ترین و نیرومندترین بندگانش: یعنی پیامبر ﷺ انتخاب شود تا برای مردم هیچ شک و شبهه در حرمت آن باقی نماند و مردم یقین حاصل کنند که حلال آن است که خداوند ﷻ حلال گردانیده و حرام آن است که خداوند ﷻ حرام نموده است.

۸۹۷ . وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلتہ، جلد (۱۰) کویتہ: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۷۲۴۸ و ۷۲۴۹؛ عبدالحمید محمود طہماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبہ الجدید، جلد (۳)، پاکستان: مکتب حقانیہ، ص ۲۱۰؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۰)، کویت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، صص ۱۲۰ - ۱۲۲؛ یوسف قرضاوی (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب، صص ۷۷۵ و ۷۷۶؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۲۶.

گفته شد که زید بن حارث رضی الله عنه را زید بن محمد صلی الله علیه و آله می خواندند. زید رضی الله عنه با زینب رضی الله عنها بن جحش دختر عمه پیامبر صلی الله علیه و آله ازدواج نمود. پس از آنکه رابطه زوجیت بین آنها به هم خورد، زید رضی الله عنه شکایت های زیادی از زینب رضی الله عنها را نزد پیامبر صلی الله علیه و آله آورد. پیامبر صلی الله علیه و آله با الهام الهی می دانست که زید بن حارث او را طلاق خواهد داد و او خودش بعد از طلاق باید با وی ازدواج نماید. طبیعت و ضعف بشری گاه گاهی بر او غلبه می کرد و از برخورد با گفته های مردم بیمناک بود. در نتیجه، هر وقتی که زید بن حارث رضی الله عنه از زینب رضی الله عنها شکایت می کرد، می فرمود:

﴿أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ وَاتَّقِ اللَّهَ﴾ - [الاحزاب: ۲۶]

«زوجه ات را نزد خود نگهدار و از مخالفت با امر خداوند جل جلاله پرهیز کن!».

ولی، قرآن نازل شد و پیامبر صلی الله علیه و آله را مورد عتاب قرار داد و در عین زمان وی را تشویق و ترغیب نمود که در مبارزه با جامعه، قوی و نیرومند باشد و به جز از خدا جل جلاله از کسی دیگری ترسد و با این نظام اجتماعی قدیمی فاسد که زن یک بیگانه: یعنی؛ فرزند خوانده را به دیگری: یعنی؛ پدر خوانده حرام می نماید و اجازه ازدواج با او نمی دهد، شدیداً مبارزه نماید، خداوند جل جلاله فرمود:

﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ وَاتَّقِ اللَّهَ وَتُخْفِي فِي نَفْسِكَ مَا اللَّهُ مُبْدِيهِ وَتُخْفِي النَّاسُ وَ اللَّهُ أَحَقُّ أَنْ تَخْشَاهُ فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا وَ كَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا﴾ - [الاحزاب: ۳۶ و ۳۷]

«وقتی که شما به کسی که خداوند جل جلاله او را مشمول نعمت خود که ایمان است قرار داده و شما هم به او کمک کرده اید و او را آزاد ساخته اید می گویی: زنت را پیش خودت نگه دار و از مخالفت با امر خدا جل جلاله پرهیز و پنهان می کنی در دل خود امری را که خداوند جل جلاله آن را آشکار می سازد و از مردم می ترسی، در حالی که خداوند جل جلاله سزاوارتر است که از او بترسی و هرگاه علاقه زوجیت زید با او [زینب] قطع گردید و عده اش منقضی شد او را به ازدواج شما در آوردیم. این کار برای آن است که مسلمانان در ازدواج زنان پسرخوانده های شان بعد از طلاق و بعد از انقضای عدت در شک و شبهه نباشند، و امر خداوند جل جلاله انجام شده باشد.».

بعد از این دستور، خداوند جل جلاله حمایت خود را در انجام این عمل از پیامبر صلی الله علیه و آله اعلام می نماید و مشروعیت و بلا مانع بودن، ازدواج زن فرزند خوانده اش را بعد از طلاق تأکید و تثبیت نموده و فرمود:

﴿ مَا كَانَ عَلَى النَّبِيِّ مِنْ حَرَجٍ فِيمَا فَرَضَ اللَّهُ لَهُ سُنَّةَ اللَّهِ فِي الَّذِينَ خَلَوْا مِنْ قَبْلُ وَ كَانَ أَمْرُ اللَّهِ قَدَرًا مَّقْدُورًا (۳۸) الَّذِينَ يُبَلِّغُونَ رِسَالَاتِ اللَّهِ وَ يُحْشَوْنَ لَهُ وَ لَا يُحْشَوْنَ أَحَدًا إِلَّا اللَّهُ وَ

كَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا (۳۹) مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَكِن رَّسُولَ اللَّهِ وَ خَاتَمَ النَّبِيِّينَ  
وَ كَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا ﴿﴾ - [الاحزاب: ۳۷ - ۴۰]

«نیست بر پیامبر ﷺ گناه و ایرادی در اجرا نمودن دستوری که خداوند ﷻ بر او فرض کرده است. این سنت و قانون خداوند ﷻ نسبت به پیامبران گذشته نیز همینطور بوده است. و امر و فرمان خداوند ﷻ سنجیده شده و براساس نظم استوار است. کسانی که رسالت الهی را به عهده دارند و آن را ابلاغ می نمایند، از خدا ﷻ می ترسند و از کسی دیگری نمی ترسند. کافی است که خداوند ﷻ حسابرس باشد. مُحَمَّدٌ ﷺ پدر هیچ یک از شما نیست، ولی او رسول خدا و خاتم پیامبران است و خداوند ﷻ به تمام اشیای عالم آگاه است.».

۴) پسرخواندگی به معنی ترتیب و پرورش: حقوق اسلام پسرخواندگی را به معنای که یک مرد پسری را که با او بیگانه است و از نطفه او نیست، جزو خانواده خود قرار می داد و او را پسر خویش می خواند و تمام حقوقی را که برای یک پسر واقعی وجود داشت، برای این پسرخوانده نیز به وجود می آورد، و از او ارث می برد و جزو محارم زنان خانواده مرد محسوب می شد، باطل اعلام نموده و حقوقی را که ناشی از این نوع رابطه بود ملغی کرد.

ولی، نباید اشتباه کرد که کسانی که پسر یتیم و یا بچه را که به دور انداخته شده، بر می دارند و او را تربیت و پرورش می دهند و در راه تربیت او از هیچ کوششی دریغ نمی کنند و مانند پسر خود با او با مهربانی رفتار می کنند، ولی فراموش نمی کنند که این بچه، فرزند دیگری است و بنابراین او را جزو اقربا، وارثین و محرم خانواده خود نمی دانند، کاری است خوب، خدا پسندانه و با دوره جاهلیت متفاوت. حقوق اسلام، برای این نیکوکاران پاداش بزرگی را در نظر گرفته است<sup>۸۹۸</sup>، زیرا پیامبر ﷺ در این مورد فرموده است:

«أَنَا وَ كَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ هَكَذَا وَ أَشَارَ بِالسَّبَابَةِ الْوُسْطَى وَ فَرَجَ بَيْنَهُمَا».<sup>۸۹۹</sup>

«من و سرپرست یتیم در بهشت مثل این هستیم و دو انگشت سبابه وسطی خود را در حالی که در بین آنها فاصله انداخته بود نشان داد.».

۲) عدم ثبوت نسب در تلقیح مصنوعی: تلقیح در لغت به معنی باردار کردن است. تلقیح مصنوعی در اصطلاح عبارت است از داخل کردن نطفه مرد به وسیله ابزار طبی در رحم زن بدون

۸۹۸. وسف قرضاوی (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب، صص ۲۷۷ - ۲۸۰.

۸۹۹. رواه البخاری، ابوداود و الترمذی.

این که نزدیکی بین آنان صورت بگیرد.<sup>۹۰۰</sup> تلقیح مصنوعی نخست برای اصلاح نژاد یا تکثیر نسل حیوانات مورد استفاده قرار گرفت. اولین آزمایش در این زمینه توسط یک دانشمند آلمانی به نام لودویک جاکوبی (Ludwig Jacobi) در سال ۱۷۶۵ روی ماهی ها انجام شد. سپس، تلقیح مصنوعی برای تولید مثل انسان نیز آزمایش شد و به تدریج در برخی کشورها معمول شد.<sup>۹۰۱</sup>

چنانچه امروزه در غرب بحث تندی در این باره در جریان است که: اگر زوج، عقیم باشد و صاحب فرزند نشود و با همسر خود توافق کند که نطفه مردی اجنبی به زوجه به صورت مصنوعی تلقیح شود آیا این کار جایز است یا خیر؟

این مشکل در انگلستان به مجلس عوام و به کمیته تخصصی فرستاده شد. در ایتالیا، پاپ حکم به تحریم این کار کرد. در فرانسه، داکتران طب گفتند: اگر این کار به توافق زوجین باشد، جایز است و دولت اتریش این فرزند را مانند فرزند قانونی به رسمیت می شناسد، مگر این که زوج قانوناً اعتراض کند.<sup>۹۰۲</sup>

هرگاه این مسأله را از دیدگاه حقوق اسلام مورد بررسی قرار دهیم، دو سؤال در ذهن تداعی می شود: اول این که تلقیح مصنوعی به موجب حقوق اسلام جایز است یا خیر؟ و دوم این که اگر تلقیح مصنوعی محقق شد، حکم فرزند ناشی از تلقیح چه خواهد بود و به چه کسی ملحق خواهد شد؟

در پاسخ به سؤال اول باید گفت که در حالی که حقوق اسلام به حمایت از حفظ نسب و عدم اختلاط نطفه ها برخاسته و به همین منظور زنا و پسرخواندگی را تحریم کرده تا خانواده از آلودگی با عناصر بیگانه در امان باشد. شکی نیست آنچه که تلقیح مصنوعی چنانچه از نطفه غیر از نطفه شوهر باشد حرام است. همان طوری که استاد شیخ محمود شلتوت در این مورد می نویسد که:

«تلقیح مصنوعی با نطفه غیر شوهر گناهی است بزرگ و جرمی است ناپسند که با زنا در یک سطح می باشد، زیرا که در ماهیت جرم و نتیجه آن هر دو یکی هستند چون ماهیت هر دو عبارت است از قرار دادن عمدی نطفه مرد بیگانه در رحم زنی که ارتباط شرعی به وسیله ازدواج بین آنان برقرار نشده است، و نتیجه هر دو اختلاط انساب و ... می باشد. بنابراین، تلقیح مصنوعی با نطفه غیر شوهر حکم زنا را دارد که شریعت الهی و کتابهای آسمانی آن را به عنوان جریمه بزرگ معرفی کرده اند. مسلم است که گناه تلقیح مصنوعی با نطفه غیر شوهر از گناه پسرخواندگی

۹۰۰. مجید وزیری (۱۳۸۴) حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام، تهران: چاپ شرکت چاپ و نشر بین الملل، ص ۱۳۳؛ یوسف قرضاوی (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب، ص ۲۸۰.

۹۰۱. مجید وزیری (۱۳۸۴) حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام، تهران: چاپ شرکت چاپ و نشر بین الملل، صص ۱۳۳ و ۱۳۴.

۹۰۲. محمد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرابی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۱۰۳.

زمان جاهلیت که اسلام آن را باطل نمود بیشتر و کاری بسیار شنیع تراست، چون تلقیح علاوه بر این که مانند پسرخواندگی نطفه بیگانه را وارد نسب نموده و افراد غیر محرم را جزء خانواده قرار می دهد، زشتی زنا را نیز در بردارد و با زنا، دارای یک ماهیت هستند. شریعت و قانون و حیثیت یک انسان فاضل از این زشتی دوری می نماید و حاضر نیست با ارتکاب چنین کاری نا پسند خودش را در سطح حیواناتی که درک حفظ نسب و نجابت خانواده را ندارند قرار بدهد.»<sup>۹۰۳</sup>

و در پاسخ به سؤال دوم باید گفت که نسب ولد ناشی از تلقیح مصنوعی به هیچ وجه به زوج منسوب نمی گردد، زیرا از نطفه او به دنیا نیامده است و فرزند خواندگی نیز براساس آیه ۴ و ۵ سوره احزاب حرام است. همچنین، نسب طفل به صاحب نطفه نیز ثابت نمی شود. زیرا، صاحب نطفه عمل جماع را خود انجام نداده است نه از طریق نکاح و نه از طریق شبهه. ولی، نسبت به زن باردار: برخی مذاهب آن را به زن ملحق می دانند، زیرا «ولد زنا» از مادر و خویشاوندان مادری ارث می برد و آنان نیز از او ارث می برند و وقتی ولد زنا به مادر ملحق شود، ولد تلقیح، به صورت اولی ملحق خواهد شد.<sup>۹۰۴</sup>

۳) عدم ثبوت نسب در زنی: حقوق اسلام، به هیچ وجه اجازه نمی دهد که کسی دیگری را به زنا متهم کند. علاوه براین، طریق اثبات و حکم آن را نیز مشکل پیش بینی نموده است زیرا برای ثبوت جرم قتل دو شاهد عادل را کافی می داند، ولی زنا فقط با چهار شاهد عادل، ثابت می شود به طوری که شهادت بدهند که آن چنان دیده اند که میل در سرمه دان وارد می شود. البته، در شهادت شهود کافی نیست که بگویند: «فلان با فلان زنا کرد» یا اینکه آن دو را برهنه و در آغوش هم در یک لحاف و یک بستردیده اند و اگر سه شاهد به زنا شهادت بدهند و نفر چهارم شهادت، ندهد، باید هر کدام از شهود هشتاد تازیانه زده شوند. همچنین، هرگاه کسی مردی یا زنی را به زنا متهم کند هشتاد تازیانه می خورد. مقصود از این سخت گیری این است که راز مردم پنهان ماند، هتک حرمت نشود و خانواده محفوظ بماند تا نسل انسان تباه و اطفال آنان آواره نشوند.

طبق حقوق اسلام زنا عبارت است از «انجام آن کار» به معنای حقیقی اش، از فرد بالغ، عاقل عالم به تحریم و مختار در انجام فعل. بنابراین، این فعل از غیربالغ، مجنون، جاهل، مکره و سکران متحقق نخواهد شد، بلکه فعل آنان در چنین حالتی «شبهه» است که بحث و حکم آن فوقاً گذشت.

۹۰۳. یوسف قرضاوی (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب، ص ۲۸۰؛ و محمد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سربای، تهران: انتشارات ققنوس، صص ۱۰۴-۲۰۶.  
۹۰۴. همان، محمد جواد مغنیه، صص ۱۰۶ و ۱۰۷.

از تعریف فوق به خوبی استنباط می‌گردد که حقوق اسلام در مسأله «زنا» بسیار سخت گرفته است و مفهوم آن را بسیار محدود کرده است، زیرا آن را فعلی می‌داند که با «علم» و «اختیار و تصمیم» انجام شده باشد به نحوی که به هیچ وجه نتوان آن را بر غلط و اشتباه حمل کرد و طریق اثبات آن را نیز منحصر کرده است به این که چهار شاهد عادل آن را به «رأی العین» دیده باشند.

همه اینها دال بر این است که حقوق اسلام باب سخن را در این موضوع نفرت انگیز بر هر کس که می‌خواهد در این باره سخن بگوید به سختی بسته است، زیرا خداوند عز و جل دوست ندارد فحشاء بین مردم شایع گردد. فقهای مذاهب اجماع دارند که وقتی زنا با این «مفهوم» و از این «طریق» ثابت شود، توارث بین ولد زنا و صاحب نطفه را از بین می‌برد، زیرا فرزند، شرعاً و قانوناً به صاحب نطفه منسوب نمی‌شود. زیرا، پیامبر صلی الله علیه و آله در این مورد فرموده است:

«أَلَوْلَدٌ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرِ». ۹۰۵

«فرزند از آن کسی است که صاحب فراش است و زانی مستحق سنگ است.».

با وجود این، فقهاء با این فتوا مبنی بر محرومیت ولد زنا از ارث، در مشکلی افتاده اند و سرگرداند که چگونه از آن رهایی یابند، زیرا خلاصی از آن بسیار دشوار است. مشکل مزبور این است که: اگر ولد زنا، شرعاً به صاحب نطفه منسوب نیست، باید بر صاحب نطفه حرام نباشد که با دختری که از زنا او به دنیا آمده است ازدواج کند و نیز بر پسر حاصل از زنا حرام نباشد که با خواهر و عمه خود ازدواج کند، مادام که فرزند با نطفه اجنبی است. بنابراین، فرزند ناشی از زنا یا فرزند قانونی است و بنابراین از تمام حقوق فرزندان قانونی و شرعی مانند ارث، نفقه و ... مستحق می‌گردد و یا فرزند غیر شرعی است و همه حقوق فرزندان غیر شرعی و قانونی را دارد حتی ازدواج با خواهر و عمه.

از این همین جهت، می‌بینیم، فقهاء علی الرّغم این که در محرومیت از ارث ولد زنا، اتفاق نظر دارند، در مسأله حرمت و عدم حرمت نکاح اختلاف نموده اند: امام مالک رحمته الله و امام شافعی رحمته الله می‌گویند: مرد می‌تواند با دختر، خواهر، دختر پسر، دختر دختر، دختر برادر و دخترخواهر خود که از زنا باشند ازدواج کند، زیرا اینها اجنبی اند و شرعاً به او منسوب نیستند.

ولی، امام ابوحنیفه رحمته الله، امام احمد حنبل رحمته الله و فقهای امامیه بر این نظر اند که: قایل به تفصیل می‌شویم: یعنی؛ او را ارث محروم می‌کنیم و بر او و پدرش مصاهره و ازدواج با محرم را حرام می‌دانیم، بلکه گذشته از ازدواج، لمس و نظر نیز بر آن دو حرام است. بنابراین، پدر نمی‌تواند به دختر حاصل از زنا خود به شهوت نگاه کند یا او را لمس کند، با وجودی که این دو از همدیگر ارث نمی‌برند. اینها بر «حرمت مصاهره» چنین استدلال کرده اند که ولد زنا، لغتاً و عرفاً فرزند است.



پس، بر او و پدر او، هر چیزی که بر پدران و فرزندان حرام است، حرام خواهد بود و بر «عدم توارث» استدلال کرده اند که ولد زنا، طبق صریح آیات و روایات «ولد شرعی» نیست.<sup>۹۰۶</sup>

۴) عدم ثبوت نسب لقیط از ملتقط: لقیط به فتح لام و کسر قاف، بر وزن فعلیل از ریشه لقیط گرفته شده که در لغت به معنی چیزی است که از زمین بردارند و در اصطلاح فقهی لقیط عبارت از طفل دور انداخته شده ای است که شخص او را برای حفظ و نگهداری بر می دارد. کسی که لقیط را پیدا می کند و در کنار عایله خود، از او سرپرستی می کند، فقهای همه مذاهب اتفاق نظر دارند که بین «لقیط» و «ملتقط»: یعنی؛ یابنده توارث وجود ندارد، زیرا کار ملتقط صرفاً برای خیر و احسان و تعاون و تقوی است.

مثال لقیط مانند مثال انسانی است که به کسی مبلغ زیادی از مال بخاطر قربت جستن به خداوند ﷻ هدیه کند و او را از فقر به غنا و از ذلت به عزت رساند. همان گونه که چنین احسانی سبب توارث نمی گردد، التقاط نیز موجب توارث بین لقیط و ملتقط نمی گردد.<sup>۹۰۷</sup>

### مبحث ششم) آثار ثبوت نسب

طبق ماده ۲۲۳ ق.م: «در صورت ثبوت نسب گرچه در نکاح فاسد یا دخول به سبب شبهه باشد، آثار مرتبه قرابت از قبیل نفقه، ارث، حرمت مصاهره و امثال آن ثابت می گردد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط به نظر می رسد:

۱) در صورت ثبوت نسب آثار مراتب بر قرابت ثابت می گردد. قرابت از ریشه «قرب» گرفته شده است که به معنی خویشاوندی، نزدیکی و فامیل است.<sup>۹۰۸</sup> به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، قرابت عبارت از خویشاوندی میان افراد به دلیل رابطه سببیت، نسب و رضاع است. بنابراین، قرابت سه نوع است: قرابت نسبی، قرابت سببی و قرابت رضاعی.

به حیث مثال، اگر ثابت شود که محمود فرزند احمد است، احمد مکلف است به محمود نفقه تأمین نماید، محمود و احمد از همدیگر ارث می برند و حرمت مصاهره میان محمود و زوجه احمد (مادر اندر محمود) ثابت می گردد. قانونگذار مدنی برخی آثار ثبوت نسب را در نص این ماده

۹۰۶. وهبه الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۲۴۹؛ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۳۷؛ مُحَمَّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سربابی، تهران: انتشارات ققنوس، صص ۹۹-۱۰۰.

۹۰۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۳۹؛ و مُحَمَّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سربابی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۱۰۱.

۹۰۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۹۴.

احصا نموده و راه را برای قیاس نمودن سایر آثار ثبوت نسب با این سه اثر باز گذاشته است مانند پرداخت اجرت حضانت و نظیر اینها.

(۲) ثبوت نسب هرچند به دلیل نکاح فاسد باشد که تعریف آن در بالا گذشت موجب ایجاد آثار ثبوت نسب مانند نفقه، ارث، حرمت مصاهره و امثال اینها می‌گردد. به حیث مثال، اگر احمد با جمیله ازدواج نماید و در وقت ازدواج شهود حضور نداشته باشد یا جمیله زوجه پنجم احمد باشد و پس از ازدواج فاسد جمیله طفلی به دنیا آورد، میان احمد و طفل آثار ثبوت نسب ثابت می‌گردد. بنابراین، احمد مکلف به تأمین نفقه به طفل است. میراث هم میان احمد و طفل وجود دارد و حرمت مصاهره هم میان طفل و زوجه اصول (مادر اندر طفل) ثابت می‌گردد.

(۳) ثبوت نسب هرچند به دلیل دخول به سبب شبهه موجب ایجاد آثار ثبوت نسب مانند نفقه، ارث، حرمت مصاهره و امثال اینها می‌گردد. دخول به سبب شبهه مرکب دو کلمه است. دخول و شبهه. دخول از ریشه «دخل» گرفته شده است که در لغت به معنی وارد کردن است. در اصطلاح حقوق مدنی دخول عبارت است از وطی و یا جماع با زن.<sup>۹۰۹</sup> شبهه که جمع آن شبهات است از اشتباه گرفته شده است که در لغت به معنی شک، تردید و دودلی است. معنی اصطلاحی شبهه از معنی لغوی آن گرفته شده است. در اصطلاح حقوقی شبهه تردید بین امور حلال و حرام است.<sup>۹۱۰</sup>

دخول به سبب شبهه، عبارت از اتصال جنسی بین مرد و زن از طریق غیر از زنا است مانند اینکه: مرد زنی را در بستر خویش بیابد، و وی را به تصور اینکه زوجه اش است وطی نماید، یا مردی مُطَلَّقه ثلاثه را که در حالت سپری نمودن عدت است به تصور اینکه عده اش منقضی گردیده است، وطی نماید. به عبارت عام تر: وطی به سبب شبهه عبارت است از این که مردی با زنی که بر او حرام است با جهل به تحریم نزدیکی کند. وطی به سبب شبهه دو نوع: شبهه عقد و شبهه فعل است:

(۱) **شبهه عقد:** شبهه عقد آن است که مردی، با زنی مانند همه زوج های قانونی، عقد نکاح منعقد کند و بعد از عقد معلوم شود که عقد به یکی از اسباب مُفسد عقد، فاسد بوده است، مانند: ازدواج با زنی که در قید عدت غیر قرار دارد.

(۲) **شبهه فعل:** شبهه فعل آن است که مردی با زنی مقاربت کند بی آنکه عقدی، چه صحیح چه فاسد، بین آن دو وجود داشته باشد، بلکه اصلاً بی توجه به هیچ چیز با او مقاربت نماید، یا به این اعتقاد که زن بر او حلال است نزدیکی کند، سپس معلوم شود که ماجرا برعکس بوده است. نزدیکی و مقاربت سکران، مجنون و نایم از این نوع است. همچنین است مقاربت مردی با زنی که گمان می

۹۰۹. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۹۵۲.

کند زوجه او است، ولی سپس مشخص می شود که اجنبیه است. در چنین حالات، هرگاه زن طفلی را بعد از شش ماه و یا بیش از آن بعد از زمان وطی تولد نماید، طفل به واطی منسوب می گردد. ولی، در صورتی که زن طفلی را قبل از تکمیل شش ماه به دنیا بی آورد، نسب طفل به واطی منسوب نمی گردد، زیرا در چنین موارد، ممکن است حمل قبل از وطی تکوین یافته باشد، مگر این که واطی ثبوت نسب را برای خود ادعا نماید.

از آنچه گفته شد، می توان نتیجه گرفت که فرزندی که به «شبهه» اعم از شبهه عقد و فعل، متولد می گردد مانند: فرزندی است که از «نکاح صحیح» به دنیا بی آید. بنابراین، هرگاه سکران، مجنون، نایم، مُکره و نابالغ با زنی نزدیکی کند، یا کسی گمان می کند زنی، زوجه او است و با او نزدیکی می کند، ولی معلوم می شود که زوجه اش نبوده است، و آن زن فرزندی به دنیا بی آورد، چنین فرزندی شرعاً به مرد ملحق می شود.

گاهی شبهه از هر دو طرف است: یعنی؛ هر کدام از زن و مرد نسبت به آن علم ندارند و گاه از طرف یکی از آن دو است مانند اینکه: زن علم دارد که زوج شرعی دارد، ولی آن را از مرد پنهان می کند، یا اینکه مرد آگاه است، ولی زن مجنون یا سکران است. بنابراین، هرگاه شبهه از طرفین باشد، فرزند به هر دو ملحق می گردد، ولی اگر شبهه از طرف یکی از آنها باشد، فرزند به صاحب شبهه ملحق و از طرف دیگر نفی می شود.<sup>۹۱۱</sup>

به حیث مثال، اگر احمد با جمیله با تصور این که زوجه او است مقاربت نماید و در اثر مقاربت محمود متولد شود، احمد مکلف به تأمین نفقه به محمود است. میراث هم میان احمد و محمود وجود دارد و حرمت مصاهره هم میان محمود و زوجه اصول (مادر اندر محمود) ثابت می گردد.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن آثار ثبوت نسب در نکاح صحیح، نکاح فاسد و وطی به سبب شبهه است. همچنین، قانونگذار مدنی در نص این ماده برخی آثار ثبوت نسب را احصا کرده است. بنابراین، نص این ماده احصایی است نه حصری و بقیه موارد با مواد احصا شده می تواند قیاس شود.

۹۱۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۲۶۴ و ۷۲۶۵؛ \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۲۳۷؛ مُحَمَّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرابی، تهران: انتشارات ققنوس، صص ۹۴ و ۹۵؛ و محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، صص ۳۷۵.

## فصل دوم: رضاع

حق دیگر طفل طبق ق. م رضاع است. نویسندگان ق. م احکام رضاع را در جلد اول، ۲۲۹ الی ۲۳۵ ق. م تنظیم نموده اند.

### مبحث اول) تعریف

رضاع در لغت به معنی مکیدن پستان، شیر خوردن طفل از پستان مادر، شیر دادن زن باردار کودک را است و در اصطلاح فقهی عبارت از مکیدن شیر از پستان زن آدمی در زمان مخصوص است. طفلی که شیر را می مکد «مرتضع» یا «رضیع» و زنی که شیر از پستان او مکیده می شود «مرضعه» نامیده می شود.<sup>۹۱۲</sup>

### مبحث دوم) حالات استحقاق اخذ اجرت توسط مادر

طبق ماده ۲۳۰ ق. م: «مادر تا وقتی که در قید نکاح زوج بوده یا در عدت طلاق رجعی باشد، مستحق اجرت شیر دادن طفل نمی گردد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱) در صورتی که زن در قید نکاح شوهر قرار داشته باشد؛ یعنی: عملاً رابطه زوجیت میان آن ها قایم باشد مستحق دریافت اجرت شیر دادن طفل نمی شود. زیرا در این صورت مرد مکلف به تأمین نفقه زن است. به حیث مثال، اگر جمیله زوجه احمد باشد و طفلی به نام محمود داشته باشد و

---

۹۱۲. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۶۶۸۳؛ و عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۱۹۳.

جمیله محمود را شیر بدهد، جمیله مستحق اجرت شیر دادن محمود نیست. بنابراین، احمد مکلف نیست به جمیله اجرت بدهد.

۲) در صورتی که زن در عدت طلاق رجعی مرد قرار داشته باشد مستحق اجرت شیر دادن طفل نمی شود زیرا در مدت طلاق رجعی به گونه ای که تفصیل آن در جلد اول این کتاب گذشت آثار عقد ازدواج میان زوج و زوجه جاری است. به حیث مثال، اگر جمیله زوجه احمد باشد و طفلی به نام محمود داشته باشد و احمد جمیله را طلاق رجعی بدهد و جمیله به گرفتن عدت شروع نماید و در جریان عدت به محمود شیر بدهد، جمیله مستحق اجرت شیر دادن به محمود نمی شود. بنابراین، احمد مکلف نیست به جمیله اجرت بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم شیر دادن طفل در جریان زندگی زناشویی و مشترک و در جریان عدت طلاق رجعی است.

اما، طبق ماده ۲۳۱ ق. م: «هرگاه مادر طفلش را در خلال عدت طلاق باین یا بعد از تکمیل آن شیر بدهد، مستحق اجرت می گردد.» طبق نص این ماده در صورتی که مادر طفلش را در خلال عدت طلاق باین و یا بعد از تکمیل عدت طلاق باین که تفصیل آن در جلد اول این کتاب گذشت شیر بدهد، مستحق اجرت شیر دادن می شود. دلیل این امر طبق فقه این است که در این دوره زن نسبت به شوهر اجنبیه تلقی می گردد.<sup>۹۱۳</sup>

به حیث مثال، اگر احمد جمیله زوجه اش را طلاق باین بدهد و احمد پسری به نام محمود داشته باشد و جمیله در جریان عدت طلاق باین به محمود شیر بدهد، احمد مکلف است اجرت شیر دادن را به جمیله بدهد. طبق نص این ماده این تکلیف را بیشتر باید پدر طفل متحمل شود و از حق بیشتری مادر طفل بهره مند گردد. باوجود این که مادر طفل خود را که در عین حال، طفل شوهر قبلی او بوده است شیر می دهد، اما به دلیل شیر دادن مستحق دریافت اجرت شیر دادن می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم شیر دادن طفل پس از پایان یافتن رابطه زوجیت است.

### مبحث سوم) شخص مکلف به پرداخت اجرت رضاع و مقدار اجرت

براساس ماده ۲۲۹ ق. م: «اجرت شیر دادن طفل به ذمه شخصی است که به دادن نفقه وی مکلف است. این اجرت به مقابل تغذیه طفل پرداخت می شود.» طبق نص این ماده اجرت شیر

۹۱۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۲۷۷ و ۷۲۷۸؛ محمد یوسف موسی (\_\_\_). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجدیدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۳۹۰ و ۳۹۱؛ و محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، صص ۳۹۹ و ۴۰۰.

دادن طفل به ذمه شخصی است که به دادن نفقه طفل مکلف است. چون پدر مکلف به تأمین نفقه طفل است، اجرت شیر دادن را نیز باید پردازد. تفصیل ذمه در جلد حقوق وجایب و تعریف اجرت در جلد دوم حقوق وجایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد. به حیث مثال، اگر احمد زوجه اش جمیله را طلاق باین بدهد و هر دو طفلی به نام محمود داشته باشند، در صورتی که جمیله محمود را شیر بدهد، احمد مکلف است اجرت شیر دادن محمود را به جمیله بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده معین و مشخص کردن شخص مکلف به پرداخت اجرت شیر دادن است.

طبق ماده ۲۳۴ ق. م: «اجرتی که نسبت شیر دادن برای مادر تعیین گردیده به علت وفات پدر طفل ساقط نشده، از ترکه متوفی مثل سایر دیون پرداخته می شود.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که در صورتی که پدر طفل وفات نماید، اجرت شیر دادن طفل ساقط نمی گردد و ورثه مکلف اند مانند سایر دیون متوفی، آن را به مادر طفل از ترکه متوفی پردازند. به حیث مثال، هرگاه احمد جمیله زوجه اش را طلاق باین بدهد و پس از طلاق احمد وفات نماید و جمیله طفل احمد را که در عین زمان طفل او نیز است شیر بدهد، اجرت شیر دادن باید از متروکه احمد به جمیله پرداخت شود.

به حیث مثال، مقدار اجرت رضاع ماهوار ده هزار افغانی باشد و جمیله برای مدت یک سال محمود را شیر داده باشد، ورثه احمد یا تصفیه کننده ترکه باید مانند سایر دیون (قرض های) احمد مقدار یک لک و بیست هزار افغانی به جمیله پردازند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق زن مبنی بر دریافت اجرت شیر دادن است. چنانچه گفته شد، پرداخت اجرت شیر دادن تکلیف پدر طفل است. این تکلیف دینی است که بر عهده پدر طفل ثابت می گردد. در صورت وفات، این دین مانند سایر دین های متوفی باید از متروکه او بعد از پرداخت مصارف تجهیز و تکفین پرداخت شود و سپس باقی متروکه بعد از تنفیذ وصیت میان ورثه تقسیم شود.

### مبحث چهارم) مدت و آغاز زمان استحقاق دریافت اجرت

براساس ماده ۲۳۲ ق. م: «مادر بیش از دو سال، مستحق اجرت شیر دادن طفل نمی گردد.» طبق نص این ماده مادر صرف مستحق اجرت شیر دادن برای دو سال می شود. به حیث مثال، اگر احمد جمیله زوجه اش را طلاق باین بدهد و بعد از طلاق جمیله محمود فرزند احمد را برای مدت سه سال شیر بدهد، صرف مستحق اجرت شیر دادن برای مدت دو سال می شود نه بیشتر. حکم این

ماده از فقه گرفته شده است، زیرا به اتفاق نظر همه فقهاء مدت استحقاق دریافت اجرت رضاع دو سال است. ۹۱۴

پرسش این است که مادر از چه زمانی مستحق دریافت اجرت می گردد؟ در پاسخ به این پرسش ق. م ساکت است. فقها در این خصوص بر این نظر اند که مرضعه اعم از مادر و دایه بعد از انتهای رابطه زوجیت از تاریخ عقد مستحق دریافت اجرت رضاع می گردد. زیرا، دایه به منظور شیر دادن طفل به اجاره گرفته می شود. بنابراین، قبل از عقد مستحق دریافت اجرت نمی گردد. اما، مادر براساس به نظر راجح فقهای حنفیه از زمان ارضاع مستحق دریافت اجرت می گردد.<sup>۹۱۵</sup> به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم مدت شیر دادن و استحقاق اجرت مدت شیر دادن است.

#### مبحث پنجم) حق تقدم مادر نسبت به زنان بیگانه

ماده ۲۳۳ ق. م در این باره حکم می نماید: «هرگاه زن دیگری بدون اجرت یا به اجرت کمتر از آنچه مادر مطالبه می نماید به شیر دادن طفل حاضر گردد، مادر مستحق شیر دادن نمی گردد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱) هرگاه زن دیگری بدون اجرت حاضر شود طفل را شیر دهد، این زن نسبت به مادر در شیر دادن طفل حق تقدم دارد. به حیث مثال، اگر احمد زوجه اش جمیله را طلاق باین بدهد و محمود فرزند جمیله و احمد در سن یک سالگی قرار داشته باشد و ضرورت به شیر دادن داشته باشد و ذاکره یکی از خویشاوندان احمد بپذیرد که به صورت رایگان به محمود شیر بدهد، به دلیل مورد حمایت قرار دادن پدر طفل (احمد) ذاکره نسبت به مادر محمود حق تقدم دارد.

۲) هرگاه زن دیگری بپذیرد که با اجرت کمتر طفل را شیر بدهد، این زن نسبت به مادر حق تقدم دارد. به حیث مثال، اگر احمد زوجه اش جمیله را طلاق باین بدهد و محمود فرزند احمد و جمیله در سن یک سالگی قرار داشته باشد و ضرورت به شیر داشته باشد و ذاکره یکی از خویشاوندان احمد بپذیرد که در برابر اجرت کمتر از مادر محمود، محمود را شیر بدهد، ذاکره نسبت به جمیله حق تقدم دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حق تقدم سایر دایه ها و زنان شیرده نسبت به مادر است.

#### مبحث ششم) شرایط تحقق حرمت رضاعی

۹۱۴. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۲۸۱.  
۹۱۵. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۱۰)، صص ۷۲۷۸ و ۷۲۷۹.

طبق ماده ۲۳۵ ق. م: «زنی که طفلی را قبل از تکمیل مدت دو سال از تولد وی شیر بدهد، مادر رضاعی طفل و شخصی که به سبب مقاربت او شیر به وجود آمده باشد، پدر رضاعی وی محسوب می گردد و احکام مندرج ماده ۸۴ این قانون بر آن تطبیق می گردد.» نص این ماده مرتبط با ماده ۸۴ ق. م است. زیرا، قانونگذار مدنی نص این ماده را به ماده ۸۴ ق. م ارجاع داده است. از نص این ماده استنباط می گردد که برای این که حرمت رضاعی میان طفل و مادر و سایر اقارب ایجاد شود، شرط است که طفل قبل از دو سالگی قرار داشته باشد. بنابراین، به نظر می رسد طبق نص این ماده در صورتی که زنی طفلی را بعد از تکمیل سن دو سالگی شیر بدهد، میان طفل و زن حرمت رضاعی ایجاد نمی شود. در صورت اول، مادری که طفل را شیر می دهد، مادر رضاعی طفل، پدری که به سبب مقاربت او با مادر شیر به وجود آمده است، پدر رضاعی طفل محسوب می شود و حکم ماده ۲۴ ق. م که تفصیل آن در مبحث محرّمات رضاعی گذشت میان طفل و خویشاوندان رضاعی طفل قابل تطبیق است. جابجایی و پیش بینی نص ماده ۲۳۵ در مبحث رضاع از نظر تفسیر منطقی - ساختاری ق. م محل ایراد به نظر می رسد.

به نظر می رسد محل مناسب این ماده مبحث محرّمات مؤبد است. به حیث مثال، اگر جمیله و احمد زن و شوهر باشند و جمیله محمود را شیر بدهد، جمیله مادر رضاعی و احمد پدر رضاعی محمود تلقی می گردد. محمود نمی تواند با اصول رضاعی، فروع پدر و مادر رضاعی، طبقه اول فروع اجداد و جدات رضاعی به گونه ای که تفصیل آن در جلد اول این کتاب گذشت ازدواج نماید. همچنین، جمیله نمی تواند با احمد که فرع رضاعی او تلقی می شود، ازدواج نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان یکی از شرایط تحقق حرمت رضاعی که عبارت از کمتر بودن سن رضیع از دو سال است و بیان آثار رضاع است.

حقوق اسلام حق تغذیه کودک توسط شیر مادر را به عنوان یکی از حقوق کودک بر والدین به رسمیت شناخته است. بنابراین، حق تغذیه کودک توسط شیر مادر یکی حقوق کودکان است که علاوه بر قرآن، مورد توجه سنت نیز قرار گرفته است. در دوران شیرخوارگی علاوه بر این که ساختمان جسمی کودک محکم می شود، ساختار روحی او نیز تکوین می یابد. از همین جهت، از نظر حقوق اسلام تغذیه کودک از دو جهت در چگونگی تربیت و پرورش او تأثیر دارد: یکی در چگونگی وضعیت مزاجی، ساختار جسمانی، سلامت و نیرومندی و بیماری و ناتوانی او، و دیگر در اخلاقیات و نفسانیات او. از همین رو، خداوند عز و جل مادران را به شیر دادن فرزندان در قالب جمله ای خبری به معنی امر در مدت زمانی که حد اکثر آن دو سال است دستور می دهد و می فرماید:



﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ - [البقره: ۲۳۳]

«و مادران باید فرزندان خود را تا دو سال تمام شیر بدهند (این حکم) برای کسی است که بخواهد دوران شیرخوارگی را تکمیل کند.».

خداوند ﷻ حکیم است و مقتضای حکمت کامله حضرت حق، قرار دادن هر چیزی در جای آن، و انتظام عالمانه آفرینش و جامع نگری در تشریح قوانین است. نگاهی به ولادت نوزاد و نیاز غذایی او، همزمان بودن ترشح شیر در پستان مادر و تولد نوزاد، ترکیبات شیر مادر و تعیین حق برای کودک، همه نشان از حکمت حضرت باری تعالی دارد و برای اندیشمندان و خرد ورزان نشانه توحید است. تغذیه کودک با شیر مادر که بسیار زیاد مورد توجه حقوق اسلام است، مطلبی است که علم جدید نیز به آن اعتراف دارد. امروزه علاوه بر علم طب، علم تغذیه نیز شیر مادر را کامل ترین غذا و از لحاظ مواد غذایی، غنی ترین غذا برای نوزاد می داند و مزایای متعددی را برای آن بر شمرده است از جمله:

- ۱) شیر مادر کلیه مواد مورد نیاز رشد کودک را دربردارد؛
- ۲) شیر مادر گرم، پاک و بدون میکروب است؛
- ۳) شیر مادر به راحتی هضم می شود؛
- ۴) شیر مادر به لحاظ ترکیبات غذایی، بیشتر از هر غذایی دیگری با ساختار جسمانی کودک تناسب دارد. پروتین و مواد قندی موجود در آن به قدری است که مواد از دست رفته بدن کودک را جبران می کند و مقداری هم صرف رشد او می شود. املاح شیر مادر: کلسیم، فسفر، آهن، مس، کبالت و غیره صرف ساختمان استخوان ها، دندان ها، نظام عصبی، عضلانی و خون سازی طفل می گردد. مقدار املاح شیر مادر به حدی است که آن را قابل هضم تر از شیر گاو کرده است؛
- ۵) کودکانی که از شیر مادر استفاده می کنند، شش برابر بیشتر از کودکانی که توسط شیرچوشک تغذیه می شوند، چانس زنده ماندن را دارند. اگر تمام نوزادان تا حدود شش ماهگی منحصراً با شیر مادر تغذیه شوند، از مرگ و میر بیش از یک میلیون نوزاد در سال پیشگیری خواهد شد؛
- ۶) کودکان شیرخوار به شیر مادر حساسیت نشان نمی دهند، و در میان این دسته از نوزادان ابتلاء به بیماری های پوستی ناشی از حساسیت کمتر به چشم می خورد. علاوه براین، تغذیه با شیر مادر، کودک را در برابر اسهال، سرفه، سرماخوردگی و سایر بیماری های شایع مصلوبیت می بخشد. در حالی که شیر گاو، انواع شیرهای خشک و سایر غذاهای کمکی به هیچ وجه او را در برابر اسهال، سرفه، سرماخوردگی و سایر بیماری ها حفاظت نمی کند؛

۷) شیر مادر سهل الوصول و همیشه در دسترس نوزاد است و بنابراین کودک می تواند به دفعات از شیر مادر استفاده کند؛

۸) شیر مادر چون به طور طبیعی و خام به مصرف می رسد، هیچ کدام از مواد خود را از دست نمی دهد و همیشه تازه و با حرارت مناسب مورد استفاده قرار می گیرد. برخلاف شیرهای دیگر که امکان دارد در اثر ماندن فاسد و یا آلوده به میکروب های بیماری زا مانند اسهال شیری و غیره شود؛  
 ۹) شیر مادر حتی در آب و هوای خشک حاوی آب کافی برای رفع نیاز های کودک نوپا می باشد. آب اضافی یا آشامیدنی های شیرین برای رفع تشنگی کودک لزوم ندارد. در ضمن، آنها می توانند زیان آور باشند؛

۱۰) شیر مادر فقط زمینه ساز سلامت کودک در دوره شیرخوارگی نیست، حتی به هنگام پیری، آنان که در دوران رضاع از شیر مادر بهره مند بوده اند به مراتب بیش از آنان که از این نعمت خداداد محروم بوده اند از سلامت دستگاه قلب و عروق بهره مند خواهند بود و افزایش چربی و کلسترول در خون آنها کمتر از کسانی است که دوره طفولیت آنها با محرومیت از شیر مادر سپری شده است؛  
 ۱۱) شیر مادر دارای کالری بیشتری است و تأمین این میزان کالری توسط شیر خشک امکان پذیر نیست؛

۱۲) شیر مادر تنها ماده غذایی یا دارویی شناخته شده است که ضریب هوش (IQ) طفل را تا ۸ واحد می تواند افزایش دهد؛

۱۳) شیرخوارگی کودک به طور مستقیم و به وسیله مکیدن پستان مادر، مانع چاقی زیاد کودک و مادر می شود؛ و

۱۴) مکیدن شیر از پستان مادر، موجب ازدیاد مهر و محبت و تقویت روابط عاطفی در میان مادر و فرزند می گردد.<sup>۹۱۶</sup> مدت ارضاع و شیر دادن طفل از روز تولد آغاز می گردد و مدت کامل آن دو سال تمام است. زیرا، خداوند عز و جل در این مورد فرموده است:

﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّكَ الرِّضَاعَةَ﴾ - [البقره: ۲۳۳]  
 «و مادران باید فرزندان خود را تا دو سال تمام شیر بدهند (این حکم) برای کسی است که بخواهد دوران شیرخوارگی را تکمیل کند.».

۹۱۶ . محمد نور سوید (۱۳۸۷). تربیت فرزندان از دیدگاه پیامبر، مترجم: محمد صالح سعیدی، چاپ دوم، نشر مترجم، ص ۱۳۱؛ و مجید وزیری (۱۳۸۴) حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام، تهران: چاپ شرکت چاپ و نشر بین الملل، صص ۱۵۱-۱۵۴.

فقهاء اتفاق نظر دارند که شیر دادن مادر به فرزند دیناً واجب است و اگر مادر از شیر دادن طفل امتناع ورزد، در برابر خداوند عز و جل مسؤوّل است. زیرا، شیر دادن طفل ضامن بقای حیات کودک است، تفاوت نمی کند که زن پدر رضیع باشد، و یا از پدر رضیع طلاق گرفته باشد. اما، در این باره که الزام قضایی مادر به شیر دادن طفل ممکن است یا خیر میان فقهاء اختلاف وجود دارد: فقهای مالکیه معتقدند که: اگر مادر از تکلیف شیر دادن طفل امتناع ورزد، امکان الزام اجباری او وجود دارد. برعکس، جمهور فقهاء معتقدند که: نمی توان مادر را به حکم قاضی به شیر دادن طفل مجبور کرد. بنابراین، مادر می تواند از این کار امتناع ورزد، مگر در صورت ضرورت. مبنای این اختلاف نوع استنباط از آیه ای است که خداوند عز و جل می فرماید:

﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُرْضِعَهُنَّ وَالرَّضَاعَةُ وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَ لَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَ عَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَ تَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَ إِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْرِضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَ اتَّقُوا اللَّهَ وَ اعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ - [البقره: ۲۳۳]

«و مادران [باید] فرزندان خود را دو سال تمام شیر دهند [این حکم] برای کسی است که بخواهد دوران شیرخوارگی را تکمیل کند و خوراک و پوشاک آنان [=مادران] به طور شایسته بر عهده پدر است. هیچ کس جز به قدر وسعش مکلف نمی شود. هیچ مادری نباید به سبب فرزندش زیان ببیند و هیچ پدری [نیز] نباید به خاطر فرزندش [ضرر ببیند] و مانند همین [احکام] بر عهده وارث [نیز] است پس اگر [پدر و مادر] بخواهند با رضایت و صوابدید یکدیگر کودک را [زودتر] از شیر بازگیرند گناهی بر آن دو نیست و اگر خواستید برای فرزندان خود دایه بگیرید بر شما گناهی نیست به شرط آنکه چیزی را که پرداخت آن را به عهده گرفته اید به طور شایسته بپردازید و از خدا عز و جل پروا کنید و بدانید که خداوند عز و جل به آنچه انجام می دهید بینا است.»

مالکیه امر را در این آیه بر وجوب و جمهور فقهاء حمل بر استحباب نموده اند. فقهای مالکیه می گویند: در حالت قایم بودن رابطه زوجیت شیر دادن طفل بر مادر واجب است و تا وقتی که او زوجه است یا طفل غیر از پستان او، پستان زن دیگری را نمی پذیرد، و یا اینکه طفل پدر نداشته باشد بر وی واجب است. ولی، در صورتی که زن طبق عرف و عادات شریفه باشد به طور استثنایی شیر دادن طفل بر وی واجب نیست. همچنین شیر دادن طفل بر مطلقه باینه نیز واجب نیست به دلیل این قول خداوند عز و جل که می فرماید:

﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ - [الطلاق: ۶]

«پس اگر اطفال شما را شیر بدهند، اجرت آنها را بدهید.»<sup>۹۱۷</sup>

این آیه در باره زنان مُطَلَّقهٔ باینه نازل شده است.

برعکس، جمهور فقهاء می گویند: امر در این آیه استحباب است. بنابراین، بر مادر شیر دادن فرزند واجب نیست، مگر اینکه طفل پستان زنی دیگری را غیر از او نپذیرد، یا پدر قدرت پرداخت اجرت را نداشته باشد و یا قدرت داشته باشد، ولی مرضعه پیدا نشود. خداوند تعالى در این مورد می فرماید:

﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتُم فَاسْتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى﴾ - [الطلاق: ۶]

«و اگر کارتان [در این مورد] با هم به دشواری کشید [زن] دیگری [بچه را] شیر دهد.»

از آنچه بیان شد، چنین نتیجه گرفته می شود که در سه حالت شیر دادن طفل توسط مادر واجب است:

(۱) وقتی که کودک جز پستان مادر را قبول نکند، آنگاه برای نجات او شیر دادن توسط مادر به او واجب می شود. همچنین، فقهاء بر این نظر اند که: دایه را هم در صورتی که کودک جز پستان او را نپذیرد، می توان اجبار بر شیر دادن طفل نمود؛

(۲) زن شیردهٔ دیگر جز مادر وجود نداشته باشد که در این صورت مادر را می توان بخاطر حفاظت حیات طفل ملزم به شیر دادن طفل نمود؛ و

(۳) در صورتی که پدر استطاعت لازم را برای شیر دایه گرفتن نداشته باشد.<sup>۹۱۸</sup>

پرسش این است که هرگاه مادر فرزند خویش را خود و یا براساس اجبار قضی قضاء شیر بدهد، مستحق اجرت می گردد یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش باید حالات ذیل را مدنظر گرفت:

(۱) به نظر احناف، شافعیه و حنابله مادر مستحق اجرت رضاع در حال زوجیت و در حال سپری نمودن عدت طلاق رجعی نمی گردد. زیرا، در این دو حالت پدر مکلف به تأمین نفقه زن است.

بنابراین، مادر مستحق نفقهٔ دیگری در برابر شیر دادن طفل نمی شود تا اینکه پدر در زمان واحد مکلف به تأمین نفقه و پرداخت اجرت شیر دادن نگردد چرا که این عمل به سبب کفایت نفقهٔ واجبه بر زوج جایز نیست. برعکس، فقهای مالکیه می گویند: اگر شیر دادن بر زن واجب باشد، زن

۹۱۷ . وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۲۷۷.  
 ۹۱۸ . \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۴۰۲ و ۴۰۳؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۲۷۴-۷۲۷۶؛ محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۳۸۹ و ۳۹۰؛ و حمد محی الدین عبدالحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية في شريعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، صص ۳۹۷ و ۳۹۸.

مستحق دریافت اجرت نخواهد گردید. ولی، در صورتی که زن عادتاً از چنان جایگاه اجتماعی بر خوردار باشد که شیر دادن بر وی واجب نباشد، مستحق اجرت شیر دادن می گردد.

۲) به اتفاق نظر همه فقهاء زن پس از انتهای رابطه زوجیت و عدت و نیز در عدت وفات مستحق دریافت اجرت می گردد به دلیل این قول خداوند ﷻ که می فرماید:

﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ - [الطلاق: ۶]

«پس اگر اطفال شما را شیر بدهند، اجرت آنها را بدهید.».

این آیه در باره زنان مُطَلَّقه نازل شده است. زیرا، مادر بعد از انتهای رابطه زوجیت و در زمان عدت وفات مستحق نفقه شناخته نمی شود.

۳) مادر مستحق اجرت شیر دادن در زمان عدت طلاق باین به نظر اصح حنفیه و مالکیه شناخته می شود. زیرا، در این دوره زن نسبت به شوهر اجنبیه تلقی می گردد. خداوند ﷻ در این مورد می فرماید:

﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ - [الطلاق: ۶]

«پس اگر اطفال شما را شیر بدهند، اجرت آنها را بدهید.»<sup>۹۱۹</sup>

بر اساس فقه پدر مکلف به پرداخت اجرت رضاع است. زیرا، پدر مکلف به تأمین نفقه فرزند است و کسی که مکلف به تأمین نفقه باشد، مکلف به پرداخت اجرت رضاع نیز است به دلیل این قول خداوند ﷻ که می فرماید:

﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُرِيْمَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ - [البقره: ۲۳۳]

«و مادران [باید] فرزندان خود را دو سال تمام شیر دهند [این حکم] برای کسی است که بخواهد دوران شیرخوارگی را تکمیل کند و خوراک و پوشاک آنان [=مادران] به طور شایسته بر عهده پدر است...».

و نیز به دلیل این قول خداوند ﷻ که می فرماید:

﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ - [الطلاق: ۶]

«پس اگر اطفال شما را شیر بدهند، اجرت آنها را بدهید.».

۹۱۹. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشديه، صص ۷۲۷۷ و ۷۲۷۸؛ محمد يوسف موسى (\_\_\_\_). احكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، الطبعة الجديدة، كابل: انتشارات نعماني، صص ۳۹۰ و ۳۹۱؛ و محمد محي الدين عبدالحميد (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية في شريعة الاسلامية، لبنان: دارالعلوم العلميه للنشر، صص ۳۹۹ و ۴۰۰.

پدر مکلف بر تأمین پنج نوع نفقه برای طفل صغیر است: اجرت رضاع، اجرت حضانت، نفقه، اجرت مسکن حضانت و اجرت خادم در صورت که طفل به خادم ضرورت داشته باشد. باوجوداین، الزام پدر مبنی بر تأمین همه انواع نفقه زمانی صورت می‌گیرد که صغیر دارای مال نباشد. پس، در صورتی که صغیر دارای مال باشد، اصل این است که نفقه انسان از مال وی تأمین گردد، تفاوت نمی‌کند که صغیر باشد و یا کبیر. اگر پدر فقیر و صغیر نیز دارای مال نباشد، مادر براساس نظر فقهای حنفیه اجبار بر شیر دادن طفل می‌شود و اجرت شیر دادن بر پدر دین تلقی گردیده و مادر می‌تواند آن را حین یسار پدر از وی مطالبه نماید. اما، به نظر فقهای مالکیه در صورت فقیر بودن پدر و طفل صغیر مادر بر شیر دادن اجبار می‌گردد و نمی‌تواند بعد از یسار پرداخت اجرت را از پدر مطالبه نماید.<sup>۹۲۰</sup>

مقدار اجرت که مادر مستحق آن شناخته می‌شود، اجرت مثل است: یعنی، اجرت که زن دیگری حاضر به رضاع یا شیر دادن طفل در مقابل آن باشد. البته، مقدار تعیین اجرت مربوط به قاضی است. بنابراین، هرگاه مادر بیش از اجرت مثل مطالبه نماید، مستحق پرداخت آن نمی‌گردد. به اتفاق نظر همه فقهاء مدت استحقاق دریافت اجرت رضاع دو سال است، زیرا خداوند ﷻ در این مورد می‌فرماید:

﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُرِيْمَ الرِّضَاعَةَ﴾ - [البقره: ۲۳۳]

«و مادران باید فرزندان خود را تا دو سال تمام شیر بدهند (این حکم) برای کسی است که بخواهد دوران شیرخوارگی را تکمیل کند.»

این آیه دلالت بر التزام پدر بر فراهم نمودن نفقه در مدت دو سال می‌نماید، زیرا مدت رضاع دو سال است.<sup>۹۲۱</sup> مرضعه اعم از مادر و دایه بعد از انتهای رابطه زوجیت از تاریخ عقد مستحق دریافت اجرت رضاع می‌گردد. زیرا، دایه به منظور شیر دادن طفل به اجاره گرفته می‌شود. بنابراین، قبل از عقد مستحق دریافت اجرت نمی‌گردد.

اما، مادر براساس رأی فقهای مالکیه در حالت قایم بودن رابطه زوجیت و در زمان عدت طلاق رجعی به صورت مطلق بدون عقد اجاره مستحق دریافت اجرت می‌گردد. برعکس، به نظر راجح فقهای حنفیه مادر از زمان ارضاع مستحق دریافت اجرت می‌گردد. پرداخت اجرت در اثر فوت پدر ساقط نگردیده و از ترکه متوفی پرداخت می‌گردد.<sup>۹۲۲</sup>

۹۲۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۷۲۸۰ و ۷۲۸۱؛ و محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصیة فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجدیدة، کابل: انتشارات نعمانی، ص ۳۹۰.

۹۲۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۷۲۸۱.

۹۲۲. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۱۰)، صص ۷۲۷۸ و ۷۲۷۹.

فقهاء اتفاق نظر دارند بر این که مادر نسبت به سایر زنان در صورتی که طفل را بدون دریافت اجرت، عدم مطالبه اجرت بیشتر نسبت به زن بیگانه و عدم پیدا شدن مرضعه، مگر در برابر اجرت به سبب رعایت مصلحت طفل و شفقت بیشتر، حق تقدم دارد، زیرا منع مادر از شیر دادن طفل موجب ضرر زن می گردد که جواز ندارد. زیرا، خداوند عز و جل می فرماید:

﴿لَا تَصَارَّ وَالِدَةٌ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ - [البقره: ۲۳۳]

«هیچ مادری نباید به سبب فرزندش زیان ببیند و هیچ پدری [نیز] نباید به خاطر فرزندش [ضرر ببیند] و مانند همین [احکام] بر عهده وارث [نیز] است پس اگر [پدر و مادر] بخواهند با رضایت و صوابدید یکدیگر کودک را [زودتر] از شیر باز گیرند گناهی بر آن دو نیست و اگر خواستید برای فرزندان خود دایه بگیرید بر شما گناهی نیست به شرط آنکه چیزی را که پرداخت آن را به عهده گرفته‌اید به طور شایسته بپردازید و از خدا عز و جل پروا کنید و بدانید که خداوند عز و جل به آنچه انجام می‌دهید بینا است.»

و نیز می فرماید:

﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ - [البقره: ۲۳۳]

«و مادران باید فرزندان خود را تا دو سال تمام شیر بدهند (این حکم) برای کسی است که بخواهد دوران شیرخوارگی را تکمیل کند.»

این دو آیه دلالت بر حق تقدم مادر نسبت به سایر زنان در شیر دادن طفل می نماید. اگر مرضعه متبرعه پیدا شود، و یا مادر مطالبه اجرت نماید، و یا مرضعه ای پیدا شود که مطالبه اجرت کمتر نسبت به مادر طفل را نماید، باز به نظر فقهای مالکیه و حنابله مادر نسبت به سایر زنان در برابر اجرت مثل بخاطر شیر دادن طفل مستحق تر است به دلیل اطلاق دو آیه ذیل:

﴿لَا تَصَارَّ وَالِدَةٌ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بَوْلِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ - [البقره: ۲۳۳]

«هیچ مادری نباید به سبب فرزندش زیان ببیند و هیچ پدری [نیز] نباید به خاطر فرزندش [ضرر ببیند] و مانند همین [احکام] بر عهده وارث [نیز] است پس اگر [پدر و مادر] بخواهند با

رضایت و صوابدید یکدیگر کودک را [زودتر] از شیر بازگیرند گناهی بر آن دو نیست و اگر خواستید برای فرزندان خود دایه بگیرید بر شما گناهی نیست به شرط آنکه چیزی را که پرداخت آن را به عهده گرفته‌اید به طور شایسته بپردازید و از خداوند عز و جل پروا کنید و بدانید که خداوند عز و جل به آنچه انجام می‌دهید بینا است.».

و نیز:

﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ - [البقره: ۲۳۳]

«و مادران باید فرزندان خود را تا دو سال تمام شیر بدهند (این حکم) برای کسی است که بخواهد دوران شیرخوارگی را تکمیل کند.».

برعکس، بنابر رأی اظهر فقهای حنفیه و شافعیه مرضعه ای اجنیه نسبت به مادر به سبب دفع ضرر از پدر حق تقدم دارد، فرق نمی‌کند که پدر متمول و یا فقیر باشد به دلیل این قول خداوند عز و جل که می‌فرماید:

﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ - [البقره: ۲۳۳]

«هیچ مادری نباید به سبب فرزندش زیان ببیند و هیچ پدری [نیز] نباید به خاطر فرزندش [ضرر ببیند] و مانند همین [احکام] بر عهده وارث [نیز] است.».

و به دلیل این قول خداوند عز و جل که می‌فرماید:

﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ - [البقره: ۲۳۳]

«پس اگر [پدر و مادر] بخواهند با رضایت و صوابدید یکدیگر کودک را [زودتر] از شیر باز گیرند گناهی بر آن دو نیست و اگر خواستید برای فرزندان خود دایه بگیرید بر شما گناهی نیست به شرط آنکه چیزی را که پرداخت آن را به عهده گرفته‌اید به طور شایسته بپردازید و از خداوند عز و جل پروا کنید و بدانید که خداوند عز و جل به آنچه انجام می‌دهید بینا است.».

در چنین حالت به مادر گفته می‌شود: یا طفل را متبرعاً و یا در برابر اجرت مثلی که دیگران مطالبه می‌نمایند شیر بده و یا او را به مرضعه تسلیم نما. در صورت تسلیم به مرضعه، حق حضانت طفل برای مادر باقی است. بنابراین، مرضعه می‌تواند رضیع را در نزد مادر شیر بدهد و یا در خانه خویش و سپس رضیع را نزد مادر بیاورد.<sup>۹۲۳</sup>







## فصل سوم: حضانت

حق دیگر طفل مطابق ق. م حضانت است. قواعد حضانت عمدتاً بعد از انحلال رابطه زوجیت میان افراد زنده قابل تطبیق است. نویسندگان ق. م احکام حضانت را در جلد اول، مواد ۲۳۶ الی ۲۵۴ ق. م تنظیم و پیش بینی نموده اند.

### مبحث اول) تعریف و حکم

حضانت از «حِضْن» به کسر حاء اشتقاق یافته که به معنی زیر بغل یا پهلو می باشد. چنانچه اعراب می گویند: «حَصَّنَ الطَّاهِرُ بَيْضَهُ»؛ یعنی؛ پرنده تخم خود را زیر بال گرفت. به اعتبار اینکه زن طفل را زیر بغل می گیرد و شیر می دهد آن را حضانت می گویند. پس، حضانت در لغت به معنی به در آغوش گرفتن، به آغوش چسپاندن، در کنار گرفتن، پروردن کودک و دایگی کردن، حفظ و نگهداری و پرورش کودک است.<sup>۹۲۴</sup> زنی که طفل را تحت حضانت قرار می دهد، حاضنه، پدر طفل را حاضن و طفل تحت حضانت را محضون می گویند. در اصطلاح حقوقی - فقهی تعاریف متعددی برای حضانت ارایه کرده اند که برخی این تعریف علاوه بر طفل مجنون و معتوه را نیز در بر می گیرد:

(۱) حضانت عبارت است از تربیه طفل توسط کسی که حق حضانت را دارد.

۹۲۴. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۴۵۳ - ۴۵۵؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۲۹۵؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۲۸؛ و (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۲۹۹.

۲) حضانت عبارت است از تربیت و حفظ کسی است که به سبب عدم تمیز در امور خود مستقل نیست، مانند: طفل و مجنون کبیر.<sup>۹۲۵</sup>

۳) حضانت عبارت است از انجام دادن آنچه که به مصلحت کودک است و نگهداری او از آنچه به او ضرر می رساند.<sup>۹۲۶</sup>

۴) حضانت عبارت است از نگهداری و سرپرستی طفل اعم از پسر و دختر یا سفیه ای که اهل تمیز نباشد و نتواند مستقلاً کار خود را اداره کند و این سرپرستی، به گونه ای باشد که کار او را اصلاح کند و او را از چیزهای که برایش زیان دارد و آزار می رساند، حفظ نماید و او را از نظر جسمی و روحی و عقلی پرورش دهد تا بتواند مسؤولیت ها و وظایف زندگی خویش را بعداً عهده دار شود و این توانایی را بیابد.<sup>۹۲۷</sup>

۵) ق. م در تعریف حضانت از فقه پیروی نموده است. باوجوداین، ق. م صرف اطفال نه اشخاص کبیر مجنون را مستحق حضانت می داند. ماده ۲۳۶ فقره اول ق. م در تعریف حضانت می گوید که: «حضانت عبارت از حفاظت و پرورش طفل است در مدتی که طفل به حفاظت و پرورش زن محتاج باشد.»

حضانت و سرپرستی کودک اعم از دختر و پسر، مجنون و سفیه مانند تأمین نفقه واجب است، زیرا سهل انگاری و اهمال در امر تربیه و سرپرستی اطفال و اشخاص سفیه آنها را در معرض هلاکت قرار می دهد.<sup>۹۲۸</sup>

**مبحث دوم) صاحب حق حضانت و اشخاصی که حضانت به آنها ثابت می گردد**  
فقه‌های حنفیه بر این نظر اند که: حضانت حق حاضن است. برخی دیگر گفته اند: حضانت حق محضون است.<sup>۹۲۹</sup> برخی دیگر گفته اند: حضانت حق حاضن و محضون است.<sup>۹۳۰</sup> برخی دیگر

۹۲۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۷۲۹۵ و ۷۲۹۶.

۹۲۶. عبدالعظیم بن ندوی (۱۳۸۴). مختصر فقه، مترجم: عبدالله محمدی، پشاور: انتشارات مکتبه علم و فرهنگ، صص ۴۴۲.

۹۲۷. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمّدی سقر، صص ۲۸۸ و ۲۸۹.

۹۲۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۷۲۹۶؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمّدی سقر، صص ۶۴۹؛ و \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۱۷)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، صص ۳۰۰.

۹۲۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۷۲۹۷.

۹۳۰. \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۱۷)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، صص ۳۰۱.

گفته اند: حضانت حق حاضنه و محضون است. زیرا، طفل به حضانت احتیاج دارد تا کسی از او حفاظت کند. حاضنه نیز حق دارد حضانت او را به عهده بگیرد<sup>۹۳۱</sup>

با توجه به این اختلافات برخی فقهاء می گویند: به حضانت سه حق تعلق می گیرد: حق حاضنه، حق محضون و حق حاضن یا قایم مقام او. پس، اگر امکان اجرای هر سه حق وجود داشت، اجرای آن لازم است. ولی، اگر این سه حق تعارض نمایند، حق محضون بر حق حاضنه و حاضنه بر حاضن تقدم دارد.<sup>۹۳۲</sup> اشخاصی که طبق ق. م حق حضانت را دارند عبارت اند از طفل، مادر و سایر زنان و پدر و سایر مردان که ترتیب آنها خواهد آمد. به اتفاق نظر همه فقهاء حضانت بر طفل صغیر ثابت می شود.<sup>۹۳۳</sup>

### مبحث سوم) ترتیب و درجات حواضن

براساس ق. م ترتیب اشخاصی که مستحق حضانت اند تابع قواعد ذیل است:

۱) براساس ماده ۲۳۶ ق. م: «(۲) حضانت حق اشخاصی است که به اساس این قانون تنظیم گردیده است.» قانونگذار مدنی در نص این ماده در صدد بیان صاحب حق حضانت است. اما، اشخاصی که مستحق حق حضانت اند در نص این ماده پیش بینی نشده است. بنابراین، نص این ماده مرتبط به مواد ۲۳۷ الی ۲۴۲ ق. م است. زیرا، اشخاصی که صاحب حق حضانت اند در این مواد پیش بینی شده اند.

۲) طبق ماده ۲۳۷ ق. م: «مادر نسبی در خلال زوجیت و بعد از تفریق به حضانت و پرورش طفل اولویت دارد مشروط بر این که واجد شرایط اهلیت حضانت باشد.» طبق نص این ماده مادر نسبی هم در جریان زوجیت و هم بعد از تفریق در حضانت طفل حق اولویت دارد. زوجیت به معنی دوره زناشوهری و زوج بودن است. تفریق از ریشه فرق گرفته شده که در لغت به معنی جدا کردن، جدایی انداختن و از هم گسیختن است.<sup>۹۳۴</sup>

برای این که مادر نسبی واجد اهلیت حضانت شناخته شود، باید دارای شرایط حضانت باشد. شرایط حضانت در نص این ماده بیان نشده است بلکه در ماده ۲۳۸ ق. م بیان شده است. بنابراین، نص این ماده مرتبط با ماده ۲۳۸ ق. م است. به حیث مثال، اگر جمیله فرزندی به نام محمود داشته باشد و جمیله زوجه احمد باشد، چه رابطه زوجیت جمیله با احمد قایم باشد و چه تفریق قضایی

۹۳۱. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۲۸۸؛ و محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الأحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۴۰۲ و ۴۰۳.

۹۳۲. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۲۹۷.

۹۳۳. \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۷)، کویت: وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، ص ۳۰۱.

۹۳۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۲۰.

میان احمد و جمیله جاری شده باشد، در هر دو حالت جمیله نسبت به سایر زنان به دلیل مادر نسبی بودن محمود حق اولویت دارد.

دلیل این قاعده این است که عالی ترین تربیت و پرورش برای فرزند تربیتی است که در آغوش پدر و مادر به خصوص مادر صورت بگیرد، زیرا سرپرستی و تربیت فرزند توسط پدر و مادر موجب رشد جسمانی، عقلایی و روحانی کودک می شود و در نتیجه طفل را برای زندگی آماده می نماید.<sup>۹۳۵</sup> به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده به رسمیت شناختن حق اولویت مادر نسبی در حضانت طفل است.

۳) براساس ماده ۲۳۹ ق. م: «زنانی که حق حضانت طفل را دارند به تربیت درجه استحقاق عبارت اند از: (۱) مادر، مادر مادر و یا بالاتر از آن؛ (۲) مادر پدر؛ (۳) خواهر اعیانی؛ (۴) خواهر اخیافی؛ (۵) خواهر علاقی؛ (۶) دختر خواهر اعیانی؛ (۷) دختر خواهر اخیافی؛ (۸) دختر خواهر علاقی؛ (۹) خاله اعیانی؛ (۱۰) خاله اخیافی؛ (۱۱) خاله علاقی؛ (۱۲) خاله اعیانی پدر؛ (۱۳) خاله اخیافی پدر؛ (۱۴) خاله علاقی پدر؛ (۱۵) عمه مادر؛ و (۱۶) عمه پدر». استحقاق از ریشه «حق» گرفته شده که در لغت به معنای خواستار حق شدن، حق خواهی، طلب حق و مستوجب شدن است.<sup>۹۳۶</sup> به نظر می رسد استحقاق در نص این ماده در مفهوم لغوی نه بلکه در مفهوم مصطلح مستحق بودن استعمال شده است. طبق نص این ماده زنانی که مستحق حق حضانت اند بالترتیب قرار ذیل اند:

۱- مادر طفل؛

۲- مادر مادر طفل هر اندازه که بالا رود؛

۳- مادر پدر؛

۴- خواهر اعیانی طفل: اعیانی اسم منسوب به اعیان است. در اصطلاح حقوق مدنی، اعیانی به خواهران ابویینی (پدری- مادری) که پدر و مادرشان یکی است گویند.<sup>۹۳۷</sup> به حیث مثال، اگر احمد و جمیله زن و شوهر باشند و پسری به نام محمود و دختری به نام ذاکره داشته باشند، محمود و ذاکره خواهر و برادر عینی (حقیقی) اند زیرا محمود و ذاکره دارای یک پدر و یک مادر اند.

۵- خواهر اخیافی طفل: اخیافی اسم منسوب به اخیاف جمع اخیف است که در لغت به معنی دو چیز مختلف و جدا از هم است. در اصطلاح فقهی- حقوق مدنی، به خواهران مادری اخیاف

۹۳۵. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۶۵۱.

۹۳۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۸.

۹۳۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۸۴.

گویند، زیرا پدرشان مختلف و جدا از هم است.<sup>۹۳۸</sup> به خواهر اخیافی خواهر مادری هم می گویند. به حیث مثال، اگر احمد و جمیله زن و شوهر باشند و احمد وفات نماید و جمیله از احمد دختری به نام ذاکره داشته باشد و پس از وفات احمد جمیله با محمود ازدواج نماید و پسری به نام جمشید از محمود به دنیا آورد، ذاکره خواهر اخیافی جمشید است. زیرا، جمشید و ذاکره دارای یک مادر و پدرهای جداگانه اند. خواهر علاتی خواهر اندر هم نامیده می شود.

۶- خواهر علاتی (پدري) طفل: علاتی اسم منسوب به علات جمع علة است که در لغت به معنی انباغ است.<sup>۹۳۹</sup> برادران و خواهران پدري میت، بنوالعلات گفته می شود. به عبارت دیگر: برادران و خواهرانی که تنها در پدر با میت شریک هستند و ما درانشان مختلف است بنوالعلات نامیده می شود.<sup>۹۴۰</sup> به عبارت ساده، خواهر پدري، خواهر علاتی است. به حیث مثال، اگر احمد دو زوجه به نام های جمیله و ذاکره داشته باشد و ذاکره پسری به نام محمود و جمیله دختری به نام حمیده داشته باشد، حمیده خواهر علاتی محمود است. زیرا، پدر محمود و حمیده یکی است اما مادرهای ایشان جدا.

۷- دختر خواهر اعیانی (حقیقی): پس از خواهر علاتی دختر خواهر عینی یعنی خواهر زاده حقیقی حق حضانت را دارد.

۸- دختر خواهر اخیافی (مادری): پس از دختر خواهر عینی، دختر خواهر مادری حق حضانت طفل را دارد.

۹- دختر خواهر علاتی (پدري): پس از دختر خواهر اخیافی، دختر خواهر علاتی حق حضانت طفل را دارد.

۱۰- خاله عینی (حقیقی) طفل.

۱۱- خاله اخیافی: عبارت خاله اخیافی مبهم است. به نظر می رسد منظور از خاله اخیافی خاله خواهر و برادر مادری است.

۱۲- خاله علاتی: منظور از خاله علاتی خاله برادر و خواهر پدري است.

۱۳- خاله حقیقی (عینی) پدر.

۱۴- خاله اخیافی پدر: منظور از خاله اخیافی پدر خاله ای که از برادر و خواهر اخیافی پدر می باشد، است.

۹۳۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۱۴۰.

۹۳۹. (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۸/۳۱) <https://www.vajehyab.com>

۹۴۰. نقل از: عبدالناصر دامنی (۱۳۸۶). میراث به زبان ساده، چاپ اول، تهران: نشر احسان، صص ۱۷-۲۶.

۱۵- خاله علالتی پدر: منظور از خاله علالتی پدر خاله ای که از برادر و خواهر پدری، پدری است می باشد.

۱۶- عمه مادر طفل.

۱۷- عمه پدر طفل.

۴) قبل از عمه مادر و عمه پدر، عمه طفل نسبت به حضانت طفل مستحق تر است. زیرا، طبق فرمان شماره ۲۰۰۷ مؤرخ ۲۹ جدی، ۱۳۵۸ مقام ریاست جمهوری<sup>۹۴۱</sup> در این ماده چنین زیادت به عمل آمده است: «کلمه عمه در ماده ۲۳۹ بعد از شماره ۱۴ گرفته شود.».

۵) طبق ماده ۲۴۰ ق.م: «هرگاه اشخاص مندرج ماده ۲۳۹ این قانون وجود نداشته باشد یا فاقد شرایط اهلیت حضانت باشند، حق حضانت به عصبات طفل به ترتیب میراث انتقال می نماید.».

نص این ماده مرتبط به مواد ۲۳۹ و ۲۳۸ ق.م است. طبق نص این ماده هرگاه محضون هیچ یک از زنان مذکور در ماده ۲۳۹ ق.م را نداشته باشد، و یا زنان مذکور فاقد شرایط حضانت باشند، حق حضانت به عصبات به ترتیب ارث منتقل می شود. قانونگذار مدنی در نص این ماده عصبات به ترتیب ارث را مطلق استعمال نموده است.

تعریف و انواع عصبات در جلد حقوق میراث این دور از شرح ق.م خواهد آمد. به طور بسیار مختصر، عصبه در اصطلاح عبارت است از: وارث غیر تقدیری و نامعین و اگر صاحب سهام معین وجود داشته باشند آنچه که از آنها باقی می ماند سهم اوست و اگر تنها باشد همه ترکه را می گیرد و اگر صاحبان سهام معین تمام اموال را به ارث ببرند محجوب می شوند.<sup>۹۴۲</sup> طبق ق.م عصبات به سه نوع اند:

۱- عصبه بالنفس که دارای چهار جهت است:

- بُنُوْت (فرزندی): به ترتیبی که شامل پسر، پسر پسر و پایینتر می شود.

- اُبُوْت (پدری): به ترتیبی که شامل پدر، جد صحیح و بالاتر می شود.

- اُخُوْت (برادری): به ترتیبی که شامل برادر عینی (پدری و مادری) و پسر برادر پدری (اخیفی) و سپس پسر برادر عینی و بعد پسر برادر علالتی (هر قدر پایین برود) می شود.

۴- عمومیت (کاکایی) و پسر کاکایی: به ترتیبی که شامل کاکاهای متوفی و کاکاهای پدری و کاکاهای جد چه عینی باشد یا پدری و فرزندان پسر آنها و پایینتر می شود.

۲- عصبه بالغیر که به چهار دسته تقسیم می شوند:

۹۴۱. منتشره جریده رسمی شماره ۳۹۱، مؤرخ ۳۰/۱۱/۱۳۵۶.  
 ۹۴۲. صلاح سلطان (\_\_\_\_). ارث و وصیت در شریعت و قانون، ص ۱۲۳ (۹ حوت ۱۳۹۸ ش). متن این کتاب در سایت [www.aqeedeh.com](http://www.aqeedeh.com) قابل دسترس است.



۱- دختران صلبی میت.

۲- دختران پسر.

۳- خواهران عینی (پدری و مادری).

۴- خواهران (علاتی/ پدری).

عصبه مع الغیر به دو دسته تقسیم می‌شود:

۱- خواهر یا خواهران عینی (پدری و مادری).

۲- خواهر یا خواهران علاتی (پدری).

با توجه به آنچه گفته شد، این نتیجه گرفته می‌شود که استعمال لفظ عصبه به صورت مطلق در نص ماده ۲۴۰ ق. م محل ایراد به نظر می‌رسد. زیرا، خواهر حقیقی، خواهر اخیافی، خواهر علاتی قبلاً در ماده ۲۳۹ فهرست شده اند. به نظر می‌رسد نص این ماده با اندکی تغییر از فقه گرفته شده است. فقها در این خصوص می‌گویند می‌گویند در صورت نبود این زنان حضانت به عصبه محارم از مردان به ترتیب ارث به پدر و پدر کلان هر چند درجه آنها بالا برود، در صورت عدم موجودیت یا عدم واجد بودن شروط حضانت، به برادر و برادر زاده‌ها هر اندازه که درجه آنها پایین بی‌آید و در صورت عدم موجودیت برادرزاده‌ها و یا فقدان شروط، حق حضانت به کاکا و پسر کاکای محضون انتقال می‌نماید.<sup>۹۴۳</sup>

پرسش این است که شرایط حاضنه کدام‌ها اند؟ در پاسخ به این پرسش ماده ۲۳۸ ق. م می‌گوید: «زنی که حضانت طفل را به عهده می‌گیرد باید، عاقله، بالغه و امینه بوده و خوف ضیای طفل نسبت به عدم واریسی وی متصور نباشد و توانایی حفاظت و پرورش طفل را داشته باشد.» طبق نص این ماده حاضنه باید دارای شرایط ذیل باشد:

۱- حاضنه عاقله باشد: عاقله اسم مؤنث عاقل است. به نظر می‌رسد در اصطلاح حقوق مدنی، عاقله زن و یا دختری است که بعد از رسیدن به سن رشد از خرد معمولی برخوردار باشد به نحوی که بتواند میان سود و زیان تفاوت قایل شود.

۲- حاضنه بالغه باشد: بالغه اسم فاعل مؤنث بالغ است که از ریشه «بلغ» گرفته شده است. در اصطلاح بالغه به دختری اطلاق می‌شود که به سن بلوغ رسیده و بلوغ او با یکی از نشانه‌های بلوغ به اثبات رسیده است.

۹۴۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۳۰۱ و ۷۳۰۲؛ (\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۷)، کویت: وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، صص ۳۰۲؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۶۵۳؛ و عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۳)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، صص ۴۵۷.

۳- حاضنه باید امینه باشد: امینه اسم مؤنث امین است و از ریشه «امن» گرفته شده است که در لغت به معنی امانتدار و کسی است که به او اطمینان کنند. در اصطلاح حقوق مدنی، امین شخصی است که چیزی را نزد او امانت گذارند.<sup>۹۴۴</sup> همچنین، امینه زن یا دختری است که به او اطمینان و اعتماد کنند.

۴- حاضنه توانایی حضانت را داشته باشد. بنابراین، زنی که به سبب کبر سن، مرض، کار و بارداری ای که مانع تربیت و رسیدگی به طفل گردد، کوربودن، ضعیف بودن چشمان که خود نیاز به کمک دیگران دارد، حق حضانت را ندارد.

۶) براساس ماده ۲۴۱ ق.م: «هرگاه اشخاص مندرج مواد (۲۳۹ و ۲۴۰) این قانون وجود نداشته باشد یا فاقد شرایط اهلیت حضانت باشند، طفل جهت حفاظت و پرورش به نزدیک ترین محرم از ذوی الارحام به ترتیب درجه استحقاق به اشخاص ذیل سپرده می شود: (۱) پدر مادر؛ (۲) برادر اخیافی؛ (۳) پسر برادر اخیافی؛ (۴) کاکای اخیافی؛ (۵) مامای اعیانی؛ (۶) مامای علاقی؛ (۷) مامای اخیافی.» دختر کاکا، دختر عمه، دختر ماما و دختر خاله در صورتی که طفل پسر باشد، همچنین پسر کاکا، پسر عمه، پسر ماما و پسر خاله در صورتی که طفل دختر باشد، حق حضانت وی را ندارند.» طبق نص این ماده در صورتی که طفل خویشاوندان از جمله عصبات نداشته باشد و یا داشته باشد، ولی فاقد شرایط حضانت باشند، حق حضانت پدر مادر، برادر اخیافی (مادری)، پسر برادر اخیافی (مادری)، کاکای اخیافی (مادری)، مامای اعیانی (حقیقی)، مامای علاقی (پدري) و مامای اخیافی (مادری) منتقل می شود. همچنین، طبق نص این ماده دختر کاکا، دختر عمه، دختر ماما و دختر خاله در صورتی که طفل پسر باشد، همچنین پسر کاکا، پسر عمه، پسر ماما و پسر خاله در صورتی که طفل دختر باشد، حق حضانت وی را ندارند. بنابراین، طبق نص این ماده شرط است که زن از محرمات طفل مانند: مادر، مادر کلان و خواهر باشد. بنابراین، حضانت دختر کاکا، عمه و خاله به طفل صغیر به سبب عدم موجودیت حرمت ازدواج صحیح نیست مگر این که محضون دختر باشد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده انتقال حق حضانت به ذوی الارحام در صورت فقدان شرایط در عصبات یا عدم وجود عصبات است.

پرسش ریاست محکمه استیناف ولایت سمنگان:

۹۴۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۶۳.

در ارتباط ماده (۲۳۶) قانون مدنی که از موضوع حضانت بحث نموده مطالب ذیل قابل توضیح دیده می شود. زمانی که بین زن و شوهر طلاق و یا تفریق صورت می گیرد مسئله حضانت و پرورش طفل واضح است که چه کسی حق حضانت را دارد اما بعضی مشکلات عاطفی بعد از طلاق و تفریق بروز می نماید که محکمه از لحاظ قانونی در تطبیق آن به مشکلاتی مواجه می شود اکثر اطفال بین سنین ۷ الی ۹ سالگی که دوره حضانت شان می باشد و مادر مستحق پرورش طفل می باشد اطفال تمایل با رفتن همراهی مادر را نداشته و علاقه دارند که در آغوش پدر باشند اما مادر از حق خود انصراف نمی نماید و بعد از تکمیل حضانت غالباً به ملاحظه میرسد که پدر خواهان تسلیمی اطفال خویش می باشد اما اطفال تمایل ندارند که با پدر زنده گی نمایند در همچو احوال محکمه چه اجراءات را در نظر بگیرد تا طفل از صدمه روانی در امان باشد.

#### توضیح:

حسب هدایت ماده (۲۴۹) قانون مدنی مدت حضانت دختر و پسر با رعایت ماده (۲۳۹) و ۲۴۰ و (۲۴۱) حق پرورش طفل تنظیم گردیده است و در این مدت اراده طفل دخیل نمی باشد.<sup>۹۴۵</sup>

۷) براساس ماده ۲۴۲ ق. م: «هرگاه بیش از یک نفر حق حضانت طفل را داشته باشند، محکمه می تواند هر کدام را که بیشتر به مصلحت طفل باشد انتخاب نماید.» طبق نص این ماده که گرفته شده از فقه است در صورتی که بیش از یک نفر مستحق شرایط حضانت باشد و در یک درجه قرار داشته باشد مانند دو برادر، دو کاکا و نظیر اینها، هر کدام که بیشتر به مصلحت طفل باشند حق حضانت را مطابق نظر محکمه خواهد داشت.<sup>۹۴۶</sup> به حیث مثال، اگر محمود محضون قرار بگیرد و دو برادر داشته باشد، محکمه تشخیص می دهد که محمود تحت حضانت کدام برادر قرار بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق طفل و صلاحیت اختیاری محکمه است.

۸) وفق ماده ۲۵۱ ق. م: «هرگاه ثابت گردد شخصی که حضانت طفل را به عهده دارد گرچه پدر وی نیز باشد، به مصلحت طفل تمام نمی شود، محکمه می تواند طفل را جهت حفاظت و پرورش به شخصی که به درجه دوم مستحق حضانت است، تسلیم نماید.» از نص این ماده به خوبی فهمیده می شود که در صورتی که اشخاصی که در فوق ذکر گردید، به مصلحت طفل تمام نشود،

۹۴۵ . محمد عثمان ژوبل (12-17 عقرب، 1386). اسناد و مصوبات سیمینار عالی روسای محاکم،

تعمیم قانونیت - تامین عدالت، ریاست نشرات ستره محکمه، ص ۱۰۱.

۹۴۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۳۰۳.

محکمه ذیصلاح می تواند طفل به شخصی که در درجه بعد به ترتیبی که در فوق ذکر گردید، تسلیم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مصلحت و حق طفل و بیان صلاحیت تخییری محکمه است.

۹) طبق ماده ۲۴۸ ق. م: «هرگاه زوجه ناشزه گردد و سن طفل از پنج سال متجاوز باشد، محکمه می تواند طفل را به هر يك از زوجین که بیشتر به مصلحت طفل باشد، تسلیم نماید.» ناشزه اسم فاعل مؤنث از ریشه «نشز» گرفته شده است که در لغت به معنی بلند نشین، برآمده و برجسته است. در اصطلاح حقوق مدنی، ناشزه زنی است که از اوامر شرعی و قانونی شوهر اطاعت نکند.<sup>۹۴۷</sup> طبق نص این ماده در صورتی که زوجه از اوامر شرعی و قانونی زوج اطاعت نکند، محکمه می تواند به هر یک از زوجین که به مصلحت طفل باشد، طفل را تسلیم نماید. نص این ماده توجیه پذیر به نظر می رسد. زیرا، حضانت اطفال معمولاً و غالباً بعد از انحلال رابطه زوجیت مطرح می شود. در صورت انحلال رابطه زوجیت، زوجه سابقه مکلف نیست از زوج سابق خویش اطاعت نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق طفل و بیان صلاحیت تخییری محکمه است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۳۴):

مطابق ماده (238) قانون مدنی حق حضانت برای زن امینه عاقله بالغه بعد از ازدواج ثانی باقی می ماند یا خیر؟

توضیح:

مطابق ماده (۲۳۸) قانون مدنی شرایط حضانت را پیش بینی کرده است و دوام حق حضانت طبق حکم ماده (۲۵۱) قانون مدنی به مصلحت طفل می باشد در صورتی که ازدواج ثانی شرایط متذکره را اخلاص نماید حق حضانت مادر باقی است.<sup>۹۴۸</sup>

### مبحث چهارم) سقوط و عودت حضانت

۹۴۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۳۸.  
۹۴۸. \_\_\_\_\_ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۱۶.

براساس ماده ۲۴۳ ق. م: «هرگاه حق حضانت به سببی از اسباب قانونی ساقط گردد، با از بین رفتن سبب مذکور، این حق دوباره اعاده می‌گردد.» طبق نص این ماده در صورتی که حق حضانت به دلیل یکی از اسباب قانونی سقوط حضانت ساقط گردد، با از بین بردن سبب دوباره اعاده می‌گردد. به حیث مثال، در صورتی که حاضنه به جنون و عته مصاب شود حق حضانت او ساقط می‌گردد. اما، در صورتی که حاضنه صحت یاب شود، حق حضانت او اعاده می‌گردد.

دلیل این حکم قاعده حقوقی - فقهی «هر حکمی از حیث وجود و عدم وجود بر محور علت و سبب خویش می‌چرخد و زمانی که علت از بین رفت حکم نیز از بین می‌رود.»<sup>۹۴۹</sup> است. با توجه به این قاعده، اگر جمیله محمود را تحت حضانت داشته باشد و به جنون مواجه شود، حق حقیقت او ساقط می‌گردد و به افرادی که بعد از او از حیث درجه قرار دارند منتقل می‌شود. اما، در صورتی که جمیله صحت یابد، حق حضانت او بر محمود دوباره اعاده می‌گردد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق حاضن و حاضنه از یکطرف و از طرف دیگر مورد حمایت قرار دادن حق محضون است.

### مبحث پنجم) اجرت حضانت

براساس ماده ۴۴۵ فقرة اول ق. م: «(۱) مادر تا وقتی که در قید نکاح یا عدت طلاق رجعی زوج باشد، مستحق اجرت حضانت نمی‌گردد؛ و (۲) در صورتی که در عدت طلاق باین بوده یا با شخصی که مَحْرَم طفل است ازدواج کرده یا معتده او باشد، مستحق اجرت حضانت می‌گردد.» از نص این ماده چهار حکم قابل استنباط است:

(۱) مادر تا وقتی که در قید نکاح زوج باشد، مستحق اجرت حضانت طفل زوج نمی‌گردد. دلیل این قاعده دوام رابطه زوجیت میان زوج و زوجه است. به حیث مثال، اگر احمد و جمیله زن و شوهر باشند و طفلی به نام ذاکره داشته باشند و جمیله ذاکره را تحت حضانت بگیرد، مستحق اجرت حضانت نمی‌گردد.

(۲) مادر تا وقتی که در عدت طلاق رجعی زوج که تفصیل آن در جلد اول این کتاب گذشت باشد، مستحق اجرت حضانت نمی‌شود زیرا در طلاق رجعی چنانچه تفصیل آن گذشت آثار عقد ازدواج به حالت قبلی باقی است. به حیث مثال، اگر احمد جمیله زوجه اش را طلاق رجعی بدهد و جمیله محمود پسر خود و احمد را تحت حضانت بگیرد، مستحق اجرت حضانت نمی‌شود.

۹۴۹. در مورد این قاعده ر. ک: خلیل قبله ای خوبی (۱۳۸۴). آیات الاحکام: حقوق مدنی و جزایی، چاپ اول، تهران: وزارت ارشاد و فرهنگ اسلامی، صص ۱۷ و ۱۸.

۳) در صورتی که مادر در عدت طلاق باین شوهر که تفصیل آن در جلد اول این کتاب گذشت باشد، به دلیل خاتمه پذیرفتن آثار عقد ازدواج مستحق اجرت حضانت می شود. به حیث مثال، اگر احمد جمیله زوجه اش را طلاق باین بدهد و جمیله محمود پسر احمد را که در عین حال پسر جمیله نیز است تحت حضانت قرار بدهد، مستحق اجرت حضانت شناخته می شود.

۴) در صورتی که مادر طفل با شخصی که محرم طفل است ازدواج کند و یا در عدت طلاق او باشد، مستحق اجرت حضانت شناخته می شود. به حیث مثال، اگر جمیله زوجه احمد باشد و پس از طلاق باین با برادر احمد جمشید ازدواج نماید و احمد و جمیله داختری به نام ذاکره داشته باشند، در این صورت جمیله مستحق اجرت حضانت ذاکره می گردد. زیرا، با کاکای ذاکره که محرم ذاکره است ازدواج نموده است. همچنین، اگر در این مثال، جمشید جمیله را طلاق بدهد و جمیله در دوره عدت طلاق رجعی حضانت ذاکره را به عهده بگیرد، مستحق اجرت حضانت می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی بیان حالات استحقاق و عدم استحقاق اجرت حضانت است.

#### مبحث ششم) شخص مکلف به پرداخت اجرت

براساس ماده ۲۴۴ ق.م: «اجرت حضانت غیر از اجرت رضاع و نفقه بوده و پدر طفل به پرداخت آن مکلف می باشد. در صورتی که طفل مالک دارایی باشد، این اجرت از دارایی وی پرداخته می شود، مگر این که پدر تبرعاً آن را بپردازد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است (۱) اجرت حضانت متفاوت از اجرت رضاع و نفقه است. بنابراین، پدر طفل مکلف است اجرت حضانت را بپردازد.

۲) در صورتی که طفل دارای مال باشد، این اجرت از دارایی طفل پرداخته می شود مانند این که برای طفل مال هبه شده باشد و یا به ارث رسیده باشد و نظیر اینها. این اصل است. استثنای این اصل پرداخت اجرت حضانت توسط پدر از روی تبرع (تبرعاً) است در صورت داشتن ملکیت توسط طفل. تبرع از ریشه «برع» گرفته شده است که در لغت به معنی بخشیدن است.<sup>۹۵۰</sup> جمله بندی این ماده محل ایراد به نظر می رسد زیرا مفهوم درست را افاده نمی کند. زیرا طبق نص این ماده اول پدر مکلف به پرداخت اجرت حضانت گردیده و سپس این اجرت امکان دارد از مال و دارایی طفل پرداخت شود. بنابراین، میان بند اول و دوم این ماده تعارض به نظر می رسد.

به حیث مثال، اگر احمد با جمیله ازدواج نماید و جمیله طفل احمد را تحت حضانت قرار دهد، احمد مکلف به پرداخت اجرت حضانت به جمیله است. همچنین، در صورتی که طفل دارای

۹۵۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۹۶.

ملکیت باشد (به حیث مثال، مال را از طریق ارث، هبه، وقف و نظیر اینها توسط ولی تملک نموده باشد) باید اجرت حضانت از مال طفل پرداخت شود. حکمی که در این خصوص در فقه پیش بینی شده است واضح تر و منطقی تر است. فقهاء بر این عقیده اند که اجرت حضانت از مال و دارایی محضون پرداخت می گردد. در صورتی که محضون مال و دارایی نداشته باشد، حاضن یا کسی که ملزم به تأمین نفقه طفل است، باید اجرت حضانت را پرداخت نماید، زیرا حضانت جهت حفظ طفل از هلاکت صورت می پذیرد.<sup>۹۵۱</sup>

### مبحث هفتم) برتری مادر طفل نسبت به زن بیگانه

براساس ماده ۲۴۷ ق. م: «هرگاه شخص مکلف به پرداخت حضانت، موسر بوده و طفل نیز مالک دارایی باشد، طفل در مقابل اجرت مثل، به مادر تسلیم می گردد گرچه این اجرت از دارایی صغیر پرداخته شود.» طبق نص این ماده در صورتی که شخص مکلف به پرداخت اجرت حضانت موسر باشد و طفل نیز دارای دارایی باشد، طفل در مقابل اجرت مثل به مادر تسلیم می شود. منظور از شخص مکلف به پرداخت اجرت حضانت پدر طفل است. موسر اسم فاعل از ریشه «اسر» گرفته شده است که در لغت به معنی فراخ دست، توانگر، بی نیاز و مالدار است. در اصطلاح حقوق مدنی، موسر شخصی است که دارایی لازم را برای انجام تعهداتی که بر عهده او است دارد.<sup>۹۵۲</sup> طبق ماده ۲۱۲ مجله الاحکام: «اجرت مثل اجرتی است که اهل خیره بی غرض آن را تعیین نموده باشد.»

طبق نص این ماده هرگاه در میان خویشاوندان کودک، کسی پیدا شود که اهلیت حضانت را داشته باشد و حاضر شود داوطلبانه و مجانی حضانت طفل را به عهده بگیرد و مادر طفل حاضر نگردد که جز با اجرت حضانت او را به عهده بگیرد، اگر پدر توانایی مالی داشته باشد، مجبور می شود که اجرت حضانت را به مادر بپردازد و در چنین حالتی طفل نباید به شخص داوطلب داده شود، بلکه نزد مادرش بماند و پدر طفل اجرت را بپردازد. زیرا، حضانت مادر از هر کس دیگری بهتر است و پدر نیز توانایی پرداخت اجرت حضانت را دارد.<sup>۹۵۳</sup>

۹۵۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۳۱۵ و ۷۳۱۶؛ عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعة، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۴۶۳.

۹۵۲. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۲۷.

۹۵۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۳۱۴؛ عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعة، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۴۶۵؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۲۹۷ و ۲۹۸؛ و محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجدیدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۴۱۱ و ۴۱۲.

به حیث مثال، اگر احمد و جمیله زن و شوهر باشند و طفلی به نام محمود داشته باشند و احمد جمیله را طلاق باین بدهد و هم احمد پولدار باشد و هم محمود پولدار باشد (به حیث مثال، از طریق ارث، هبه، وصیت، وقف و نظیر اینها). در این صورت، اگر سایر زنان حاضر به تحت حضانت قرار دادن محمود شوند، احمد باید محمود را به جمیله در مقابل اجرت مثل (اجرتی که اهل خیره آن را تعیین می نمایند یا مطابق عرف تعیین می گردد) بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اعطای حق اولویت به مادر است.

اما، طبق ماده ۲۴۶ ق. م: «هرگاه شخص مکلف به پرداخت اجرت حضانت، معسر بوده و یکی از محارم حضانت طفل را تبرعاً به عهده بگیرد، حاضنه مخیر است که حضانت را بدون اجرت به عهده گرفته و یا او را به متبرع واگذار نماید.» طبق نص این ماده در صورتی که شخص مکلف به پرداخت اجرت معسر باشد و یکی از محارم طفل به صورت مجانی حضانت طفل را به عهده بگیرد، حاضنه مخیر است که حضانت را بدون اجرت به عهده بگیرد و یا طفل را به متبرع جهت حضانت تسلیم نماید. بنابراین، مادر طبق نص این ماده مشروط بر این که پدر طفل معسر باشد و شخص دیگر حاضر بر عهده گرفتن حضانت طفل به صورت رایگان شود دو گزینه (اختیار) دارد: نخست قبول حضانت به صورت تبرعی. دوم واگذار نمودن طفل به متبرع جهت حضانت. منظور از شخص مکلف به پرداخت اجرت حضانت پدر است. منظور از حاضنه در نص این ماده مادر طفل است. معسر اسم فاعل از ریشه «عسر» گرفته شده است که در لغت به معنی نادار، درویش و تنگدست است. در اصطلاح حقوق مدنی، معسر به کسی گویند که به دلیل نداشتن دارایی و یا عدم دسترسی به آن از انجام تعهد مالی خویش ناتوان باشد. به عبارت دیگر: معسر عبارت از کسی است که از پرداخت دینی که بر عهده او قرار گرفته در زمان حال به دلیل مؤجه مانند نداشتن دارایی و یا عدم امکان دسترسی به آن ناتوان و عاجز است.<sup>۹۵۴</sup> متبرع از ریشه «برع» گرفته شده است که در لغت به معنی بخشنده است.<sup>۹۵۵</sup> در اصطلاح حقوق مدنی، شخصی که عمل تبرع را انجام می دهد متبرع نامیده می شود.

به حیث مثال، اگر احمد جمیله زوجه اش را طلاق بدهد و احمد و جمیله پسری به نام محمود داشته باشند، اما احمد فقیر باشد و نتواند اجرت حضانت را بپردازد و عمه محمود حاضر گردد که به صورت رایگان محمود را تحت حضانت قرار دهد، جمیله اختیار دارد که به صورت رایگان محمود را به حضانت بگیرد یا محمود را به عمه محمود جهت حضانت بسپارد. به نظر می رسد هدف

۹۵۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۰۰.  
۹۵۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۶۹۶.



قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن پدر محضون که فقیر است، حق مادر و حق طفل است.

### مبحث هشتم) به سفر بردن طفل توسط مادر و پدر و حق ملاقات طفل

براساس ماده ۲۵۴ ق.م: «پدر طفل نمی تواند در خلال مدت حضانت بدون اجازه حاضنه طفل را با خود به سفر ببرد.» طبق نص این ماده پدر طفل به صورت مُطلق نمی تواند طفل را با خود از شهر مادر طفل بدون رضایت مادر تا وقتی که حاضنه است، ببرد. بنابراین، در صورتی که پدر بخواهد به شهری غیر از شهر محل اقامت حاضنه سفر نماید، نمی تواند طفل را با خود اعم از اینکه شهر نزدیک باشد یا دور و اعم از اینکه سفر به قصد تجارت، اقامت، زیارت و غیره باشد ببرد، زیرا حضانت حق حاضنه است و ولی طفل نمی تواند آن را ساقط نماید. به حیث مثال، اگر احمد و جمیله زن و شوهر باشند و پسری به نام محمود داشته باشند و احمد جمیله را طلاق دهد و جمیله با محمود در کابل زندگی نماید، احمد نمی تواند محمود را با خود به جلال آباد، هرات، ایران و نظیر اینها ببرد. اما، در صورتی که جمیله به احمد اجازه بدهد، احمد می تواند محمود را با خود به سفر ببرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق حضانت مادر است.

همچنین، طبق ماده ۲۵۲ ق.م: «مادر تا وقتی که در قید نکاح یا عدت باشد، نمی تواند بدون اجازه پدر، طفل را با خود به سفر ببرد.» براساس نص این مادر تا وقتی که در قید نکاح پدر محضون و یا عدت طلاق رجعی او باشد نمی تواند طفل را به خود به سفر ببرد، مگر به اجازه حاضن. به حیث مثال، اگر احمد و جمیله زن و شوهر باشند و پسری به نام محمود داشته باشند و رابطه زناشویی احمد و جمیله دوام داشته باشد، جمیله نمی تواند محمود را با خود به سفر ببرد. اما، اگر محمود اجازه بدهد، جمیله می تواند محمود را با خود به سفر ببرد. همچنین، در صورتی که احمد جمیله را طلاق بدهد و جمیله در عدت قرار داشته باشد، نمی تواند محمود را با خود به سفر ببرد، مگر این که احمد اجازه دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق پدر است.

همچنین، براساس ماده ۲۵۳ ق.م: «حاضنه غیر از مادر نمی تواند بدون اجازه ولی، طفل را با خود به سفر ببرد.» طبق نص این ماده حاضنه غیر از مادر مانند متبرع و سایر حواضن نمی تواند بدون اجازه ولی طفل، طفل را به سفر ببرد. به حیث مثال، اگر احمد و جمیله زن و شوهر باشند و پسری به نام محمود داشته باشند و احمد و جمیله از همدیگر از طریق طلاق و تفریق جدا گردند و محمود را ذاکره خواهر احمد (عمه محمود تحت حضانت قرار دهد)، ذاکره نمی تواند محمود را با

خود به سفر ببرد مگر این که ولی محمود (در این مثال احمد) اجازه بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق ولی طفل است.

همچنین، طبق ماده ۲۵۵ ق. م: «زنی که شوهر نداشته و نتواند تأمین معیشت نماید، نفقه وی را ولی محرمش تا وقتی می پردازد که مشارالیها در مسکن ولی محرم مذکور سکونت داشته باشد.» طبق نص این ماده زنی که شوهر نداشته باشد و نتواند تأمین معیشت نماید، نفقه او را ولی محرم او مانند پدر و پدر پدر، پسر، پسر پسر، برادر، کاکا و سایر اولیاء که محرم او باشند، تا وقتی که زن در خانه ولی محرم سکونت نماید، باید پردازد. معیشت در لغت به معنی زیست، زندگانی، ارتزاق، رزق، روزی و معاش است. در اصطلاح حقوق مدنی معیشت عبارت است از آنچه که به وسیله آن زندگانی کنند مانند خوردنی، آشامیدنی، پوشیدنی و امثال اینها.<sup>۹۵۶</sup> مشارالیها به معنی کسی است که به او اشاره شده است. همچنین، مشارالیها به معنی در پیش ذکر شده (فوق الذکر) است. قانونگذار مدنی در نص این ماده میان دختر و زن تفاوت قایل شده است.

به حیث مثال، اگر جمیله با احمد ازدواج نماید و به هر دلیلی مانند طلاق و وفات احمد را از دست بدهد، اگر خود جمیله بتواند کار نماید و بتواند نفقه خویش را تأمین نماید، ولی محرم او مانند پدر و سایر اولیای محارم مکلف به تأمین نفقه جمیله نیستند. اما، اگر جمیله به هر دلیلی نتواند کار نماید و نفقه خویش را تأمین نماید، ولی محرم او مانند پدر، پسر، برادر، کاکا و سایر اولیاء که در عین حال محرم جمیله اند و جمیله با آنها در مسکن آنها زندگی می نماید، نفقه جمیله را تأمین نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان تکلیف اولیاء مبنی بر تأمین نفقه زن فاقد شوهر است. جابجایی نص این ماده در مبحث مربوط به حضانت از نظر تفسیر منطقی - ساختاری ق. م محل ایراد به نظر می رسد. به نظر می رسد محل مناسب نص این ماده مبحث نفقه زوجه است.

### مبحث نهم) مدت حضانت

طبق ماده ۲۴۹ ق. م: «مدت حضانت پسر با سن هفت و از دختر با سن نه سالگی خاتمه پیدا می کند.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که مدت حضانت پسر در سن هفت سالگی و از دختر در سن نه سالگی خاتمه پیدا می کند. به حیث مثال، اگر احمد و جمیله زن و شوهر باشند و از همدیگر از طریق طلاق و تفریق جدا گردند و دختری به نام ذاکره داشته باشند، مدت حضانت ذاکره نه سال است. اما، اگر احمد و جمیله پسری به نام محمود داشته باشند، مدت حضانت محمود

هفت سال است. طبق نص این ماده مدت حضانت دختری اندکی نسبت به حضانت پسر بیشتر است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم مدت حضانت است. با وجود این طبق ماده ۲۵۰ ق. م: «محکمه می تواند مدت حضانت مندرج ماده ۲۴۹ این قانون را تمدید نماید مشروط بر این که مدت تمدیده شده از دو سال تجاوز نکند». نص این ماده مرتبط به ماده ۲۴۹ ق. م است. طبق نص این ماده قاضی صلاحیت دارد مدت های مذکور در ماده ۲۴۹ را تا دو سال تمدید نماید. در این صورت، مدت حضانت دختر ۱۱ سال می شود و از پسر ۹ سال. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اعطای صلاحیت اختیاری به قاضی جهت تمدید مدت حضانت است.

### مبحث دهم) اثر خاتمه یافتن حضانت

ق. م در خصوص ختم مدت حضانت مسکوت بود. طبق فرمان شماره: ۲۵۵ مؤرخ ۱۳۶۶/۱/۷ هیأت رییسه شورای انقلابی جمهوری دموکراتیک افغانستان در باره ضمیمه شماره سوم ق. م<sup>۹۵۷</sup> خاتمه یافتن مدت حضانت تابع قواعد ذیل است:

۱) طبق ماده ۱ فرمان شماره ۲۵۵: «هرگاه طفلی که دوره حضانت و تمدید آن را مطابق مواد ۲۴۹ و ۲۵۰ ق. م تکمیل نموده و فاقد پدر و به سن قانونی رشد نرسیده باشد محکمه با تشخیص دقیق و مدلل با رعایت تمایل طفل و اطمینان محکمه به اینکه میلان طفل به مصلحت او می باشد طفل را برای مادر یا یکی از عصبیات محرم که از عهده تربیه سالم و تأمین رشد و مصلحت طفل بدر شده بتواند تسلیم می نماید». از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که طفلی که دوره حضانت و تمدید آن را به گونه ای که تفصیل آن گذشت، تکمیل نموده باشد، در صورتی که پدر داشته باشد، به پدر او تسلیم داده می شود. زیرا، قانونگذار در نص این ماده از فاقد پدر سخن می گوید. مفهوم مخالف نص این ماده این است که در صورتی که طفل پدر داشته باشد، باید به پدرش تسلیم داده شود. همچنین، در صورتی که طفل به سن رشد رسیده باشد، به نظر می رسد می تواند به عنوان یک فرد مستقل بدون این که به پدر تسلیم شود زندگی نماید. اما، در صورتی که طفل به سن رشد که هجده سال مکمل هجری شمسی است نرسیده باشد و فاقد پدر باشد، محکمه با تشخیص دقیق و مدلل می تواند طفل را با مادر یا یکی از عصبیات محرم که تفصیل آن در بالا گذشت تسلیم نماید.

۹۵۷. عبدالرحمن الجزایری (—). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۴۶۰؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۶۶۴-۱۶۶۸.

به حیث مثال، اگر احمد و جمیله زن و شوهر باشند و طفلی به نام محمود یا ذاکره داشته باشند و از همدیگر از طریق طلاق و تفریق جدا شوند، ذاکره برای مدت ۹ الی ۱۱ سال و محمود برای مدت ۷ الی ۹ سال تحت حضانت افرادی که در بالا فهرست گردید قرار می گیرند. در صورت تکمیل این مدت ها، اگر ذاکره و محمود، پدر داشته باشند (در این مثال احمد زنده باشد) ذاکره یا محمود به احمد تسلیم می گردند به شرط این که سن هجده سالگی را تکمیل نکرده باشند. در صورتی که ذاکره یا محمود سن ۱۸ سالگی را تکمیل کرده باشند، قانونگذار مدنی تکلیف هر یک را معین نکرده است که به دلیل ابهام محل ایراد به نظر می رسد.

در صورت نبود پدر و عدم تکمیل سن ۱۸ سالگی، محکمه می تواند محمود یا ذاکره را به مادر طفل یا یکی از عصبات محمود و ذاکره تسلیم نماید. در تسلیمی محمود و ذاکره شرایط ذیل وجود دارد: اول این که محکمه به صورت دقیق و مدلل تشخیص دهد، تسلیمی به مصلحت طفل است. دوم این که تمایل طفل وجود داشته باشد و سوم این که مادر یا عصبات از عهده تربیت سالم و تأمین رشد طفل موفق بدر آیند.

۲) براساس ماده ۲ فرمان شماره ۲۵۵: «هرگاه طفل فاقد والدین بوده و در عصبات بیش از یک نفر حایز شرایط ماده اول این فرمان باشد محکمه می تواند هر کدام را که بیشتر به مصلحت طفل باشد انتخاب نماید.» طبق نص این ماده در صورتی که طفل فاقد والدین یعنی پدر و مادر باشد و در عصبات که تفصیل آن در بالا گذشت بیش از یک تن واجد شرایط ماده ۱ فرمان باشد، محکمه ذیصلاح می تواند طفل را به هر کدام که به مصلحت طفل تمام شود، انتخاب نماید. به حیث مثال، اگر طفل دارای کاکا و برادر باشد، محکمه تشخیص می دهد که طفل را به کاکا یا برادر طفل تسلیم نماید.

۳) براساس ماده ۳ فرمان شماره ۲۵۵: «محکمه می تواند در صورت عدم دریافت شخص واجد شرایط مندرج ماده (۱ و ۲) این فرمان طفل را به مؤسسه تربیوی اطفال تسلیم نماید.» طبق نص این ماده در صورتی که هیچ یک از افراد که در ماده های ۱ و ۲ این فرمان پیش بینی شده پیدا واجد شرایط شرایط نباشد، محکمه می تواند طفل را به مؤسسه تربیوی تسلیم نماید. مصداق مؤسسه تربیوی دارالایتام است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان صلاحیت تخییری قاضی است.

پرسش ریاست محکمه فامیلی شهر کابل:

۱- در قانون مدنی تسلیمی طفل بعد از اكمال سن حضانت تصریح نشده محکمه فامیلی در این رابطه اجراءات خود را بر مبنای اساسات فقه انجام میدهد باید در قانون مدنی ماده خاص در این خصوص ایزاد شود.

۲- برای دختر و پسر نظر به عدم رشد ذهنی، جسمی و روحی سن حضانت بلند برده شود یعنی برای پسر ده سال و برای دختر ۱۳ سال تعیین گردد.

#### توضیح:

۱- اجراءات محکمه فامیلی در مطابقت حکم ماده (۱۳۰) قانون اساسی است الی تدوین و تفیذ ماده خاص کما فی السابق ادامه یابد.

۲- چون احکام قانونی شامل حالات عمومی می باشد سن حضانت برای پسر و دختر در قانون مدنی تعیین گردیده است و تمدید مدت حضانت در صورت ضرورت نیز پیش بینی گردیده است مطابق احکام قانونی محکمه اجراءات نمایند. ۹۵۸

در فقه فقهای حنفیه و مالکیه در قول مشهور بر این نظر اند که: حضانت حق حاضن است. برخی دیگر گفته اند: حضانت حق محضون است. ۹۵۹ برخی دیگر گفته اند: حضانت حق حاضنه و محضون است. زیرا، طفل به محضون است. ۹۶۰ برخی دیگر گفته اند: حضانت حق حاضنه و محضون است. زیرا، طفل به حضانت احتیاج دارد تا کسی از او حفاظت کند. حاضنه نیز حق دارد حضانت او را به عهده بگیرد ۹۶۱ زیرا پیامبر ﷺ به زنی گفت:

«أَنْتِ أَحَقُّ بِهٖ مَالَمِ تَنْكِحِي.» ۹۶۲

«تا وقتی که ازدواج مجددنمایی حق سرپرستی او از آن تو است.»

با توجه به این اختلافات برخی فقهاء می گویند: به حضانت سه حق تعلق می گیرد: حق حاضنه، حق محضون و حق حاضن یا قایم مقام او. پس، اگر امکان اجرای هر سه حق وجود داشت، اجرای آن لازم است. ولی، اگر این سه حق تعارض نمایند، حق محضون بر حق حاضنه و حاضنه بر حاضن تقدم دارد. ۹۶۳

۹۵۸. محمد عثمان ژوبل (۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی رؤسای محاکم، ۱۲-۱۷ عقرب، چاپ اول، کابل: انتشارات قضاء- ارگان نشراتی ستره محکمه، ص ۱۰۶.

۹۵۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۲۹۷.

۹۶۰. \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۷)، کویت: وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، ص ۳۰۱.

۹۶۱. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۲۸۸؛ و محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۴۰۲ و ۴۰۳.

۹۶۲. رواه ابو داود و البيهقي و صحح إسناده.

۹۶۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۲۹۷.

به اتفاق نظر همه فقهاء حضانت بر طفل صغیر ثابت می شود. همچنین، به نظر فقهای حنفیه، شافعیه، حنابله و در یک قول فقهای مالکیه حضانت برای مجنون و معتوی بالغ نیز ثابت می گردد. بنا بر رأی مشهور فقهای مالکیه حضانت با رسیدن ذکور به سن بلوغ منقطع می گردد هر چند مجنون باشد.<sup>۹۶۴</sup>

عالی ترین تربیت و پرورش برای فرزند تربیتی است که در آغوش پدر و مادر صورت بگیرد، زیرا سرپرستی و تربیت فرزند توسط پدر و مادر موجب رشد جسمانی، عقلایی و روحانی کودک می شود و در نتیجه طفل را برای زندگی آماده می نماید.<sup>۹۶۵</sup>

با وجود این، فقهاء نظر به مصلحت محضون بعضی از حواضن را بر بعضی برتری داده اند. بنابراین، زنان را بر مردان جهت حضانت اطفال شایسته تر دانسته اند، زیرا زنان نسبت به مردان در امر تربیت اطفال مهربان تر، توانا تر و شکبیا تر اند. گذشته از این، در میان زنان نیز بعضی را بعضی نظر به شفقت و نزدیکی درجه قرابت برتری داده اند. بعد از زنان، مردان حق حضانت طفل را دارند که برحسب مصلحت طفل ترتیب درجه آنها نیز فرق می نماید.<sup>۹۶۶</sup>

بر اساس اجماع فقهاء مادر برای حضانت طفل خرد سال در صورت تفریق، طلاق یا وفات شوهر، حق حضانت را دارد، زیرا مادر نسبت به پدر و سایر زنان اقارب مهربان تراست مگر این که مانعی وجود داشته باشد مانند اینکه زنی که از شوهرش جدا شده و یا شوهرش فوت کرده است مرتده یا فاسقه یا ناپرهیزگار باشد، یا این نگرانی وجود داشته باشد که اگر طفل نزد او نگهداری شود به سبب فساد اخلاقی مادر تلف گردد.<sup>۹۶۷</sup> علت حق تقدم مادر نسبت به حضانت طفل حدیثی است که عبدالله بن عمر رضی الله عنهما روایت کرده است که:

«أن امرأة جاءت إلى رسول الله، فقالت يا رسول الله! إن ابني هذا كان بطني له وعاء، و ثديي له سقاء، و حجري له حواء، و إن أباه طلقني و أراد أن تنتزعه مني، فقال: «أنتِ أحقُّ به ما لم تنكحِي.»<sup>۹۶۸</sup>

«زنی نزد رسول خدا صلی الله علیه و آله آمد و گفت: ای رسول خدا صلی الله علیه و آله! این فرزند من است که در شکم من پرورش شده و در آغوشم آرامیده و از پستانم شیرخورده و پدرش مرا طلاق داده و می خواهد او

۹۶۴. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۷)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۳۰۱.

۹۶۵. سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۶۵۱.

۹۶۶. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۲۹۸.

۹۶۷. محمد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم:

مصطفی جباری و حمید مسجد سرابی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۱۰۸؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم:

محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۲۸۹؛ وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته،

جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۲۹۸.

۹۶۸. رواه ابو داود و البيهقي و صحح إسناده.

را از من بگیرد. پیامبر ﷺ فرمود: «تا وقتی که ازدواج مجددنمایی حق سرپرستی او از آن تو است.»

اما، در باره اینکه بعد از مادر چه کسی مستحق حضانت است و ترتیب آنها میان فقهاء اختلاف وجود دارد: فقهای حنفیه بر این نظر اند که حضانت حق مادر، سپس مادر پدر، سپس خواهران شقیق، سپس خواهران مادری، سپس خواهران پدری، سپس به دختر خواهر شقیق و سپس به دختر خواهر مادری منتقل می شود و همین طور تا به عمه ها و خاله ها برسد و بعد از این به عصبات به ترتیب ارث.

فقهای مالکیه می گویند: حضانت اول به مادر، سپس مادر مادر هرچه بالا بروند، سپس به خاله، سپس مادر پدر هرچه بالا بروند، سپس خواهر، سپس عمه، دختر خواهر، سپس وصی و سپس عصبه. فقهای شافعیه می گویند: حضانت حق مادر، سپس مادر پدر، سپس مادر پدر، سپس خواهران، سپس خاله ها، سپس دختران برادران و دختران خواهران، سپس عمه ها، سپس به عصبات به ترتیب ارث.

فقهای حنابله می گویند: حضانت اول حق مادر، سپس مادر مادر، سپس مادر مادر پدر، سپس مادران پدر، سپس جد، سپس مادران جد، سپس خواهران ابوینی، سپس خواهر مادری، سپس خواهر پدری، سپس خاله ابوینی، سپس خاله مادری، پس خاله پدری، سپس عمه پدر، سپس خواهر برادر، سپس دختر کاکای پدر و سپس باقی عصبه.<sup>۹۶۹</sup>

در صورتی که طفل خویشاوندان عصبی نداشته باشد و یا داشته باشد، ولی فاقد شرایط حضانت باشند، حق حضانت به نظر احناف به ذوی الارحام انتقال می آید. به ترتیبی که اول پدر و مادر، سپس برادر مادری (اخیفی) یا پسر برادر اخیفی سپس کاکای اخیفی (مادری) سپس مامای اعیانی (پدری و مادری) حق حضانت خواهند داشت.<sup>۹۷۰</sup>

۹۶۹. \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۷)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۳۰۱-۳۰۵؛ عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه على المذاهب الأربعة، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، صص ۴۵۷ و ۴۵۸؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الإسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۳۰۰ و ۷۳۰۱؛ محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۴۰۴-۴۰۶؛ و محمد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سراپی، تهران: انتشارات ققنوس، صص ۱۰۸ و ۱۰۹.

۹۷۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الإسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۳۰۲؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۶۵۳؛ و عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه على المذاهب الأربعة، جلد (۳)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، صص ۴۵۷.

همچنین، طبق فقه در صورتی که بیش از یک نفر مستحق شرایط حضانت باشد و در یک درجه قرار داشته باشد مانند برادر و کاکا، هر کدام که بیشتر به مصلحت طفل باشند حق حضانت را خواهد داشت.<sup>۹۷۱</sup>

حضانت دارای یک سلسله شروط است که بعضی مربوط به محضون، بعضی مربوط به حاضنه و بعضی مربوط به حاضن می گردد:

۱) **شروط محضون:** طبق فقه، چنانچه گفته شد، محضون شخصی است که به سبب عدم تمیز، جنون، و معتوهیت توانایی لازم را جهت اداره امور خویش نداشته باشد مانند: طفل، مجنون و سفیه. بنابراین، حضانت جز بر اطفال و معتوهین ثابت نمی گردد.

پس، حضانت بر شخص رشید و بالغ ثابت نمی گردد، زیرا شخص بالغ و رشید می تواند نزد هر یک از والدین که بخواهد اقامت کند. در صورتی که شخص بالغ و رشید پسر باشد می تواند به سبب عدم نیاز بدون پدر و مادر به صورت مستقل زندگی نماید. ولی، در صورتی که شخص عاقل و رشید دختر باشد، نباید به صورت مستقل زندگی نماید، زیرا در صورتی که به چنین امری مبادرت ورزد، پدر و در صورت عدم موجودیت پدر ولی وی او را از زندگی به صورت مستقل باید منع نماید.<sup>۹۷۲</sup>

۲) **شروط حاضنه:** طبق فقه حاضنه باید، واجد شرایط ذیل باشد:

۱- **بلوغ:** شرط است که حاضنه باشد، زیرا شخصی که بالغ نباشد هرچند اهل تشخیص و تمیز هم باشد، نمی تواند حضانت و پرورش دیگری را به عهده بگیرد، زیرا خودش از عهده امور خود عاجز می باشد؛

۲- **عقل:** شرط است که حاضنه عاقله باشد. بنابراین، حضانت مجنون و معتوه صحیح تلقی نمی گردد، زیرا مجنون و معتوه توانایی اداره امور خود را ندارند و کسی که توانایی امور خود را نداشته باشد، نمی تواند اداره امور دیگران را به عهده بگیرد. فقهای مالکیه رشد را نیز شرط می دانند. بنابراین، طبق نظر فقهای مالکیه حضانت سفیه مبذر صحیح نیست؛

۳- **امانت و اخلاق نیکو:** جهت صحت حضانت شرط است که حاضنه امانتدار و دارای اخلاق نیکو باشد. بنابراین، زنی که فاسقه، غیرامینه و معروف به زناکاری، شرب خمر و امثال اینها باشد، مستحق حضانت طفل پنداشته نمی شود، زیرا در صورت متصف بودن حاضنه به صفات فوق، امکان آن متصور خواهد بود که اخلاق طفل نیز تباہ شود؛

۹۷۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۳۰۳.  
۹۷۲. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۱۰)، ص ۷۳۰۴.



۴- قدرت و توانایی حضانت: جهت صحّت حضانت شرط است که حاضنه توانایی حضانت را داشته باشد. بنابراین، زنی که به سبب کبرسن، مرض، کار و بارداری ای که مانع تربیت و رسیدگی به طفل گردد، کوربودن، ضعیف بودن چشمان که خود نیاز به کمک دیگران دارد، حقّ حضانت را ندارد. در باره این شروط ق. م از فقه پیروی نموده است. ۹۷۳

۵- مسلمان بودن حاضنه: فقهای شافعیه و حنابله مسلمان بودن حاضنه را شرط می دانند، زیرا حضانت نوعی ولایت است و کافر نمی تواند ولی مسلمان باشد، زیرا خداوند ﷻ در این مورد می فرماید:

﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ - [النساء: ۱۴۱]

«هرگز خداوند ﷻ ولایت کافران را برمسلمان نمی پذیرد.»

حضانت نیز مانند ولایت بر ازدواج ولایت مالی است و ممکن است زنی که کافر باشد، کودک را نیز بر دین خود برگرداند. ولی، فقهای حنفیه و مالکیه بر این نظر اند که زن کافره، حقّ حضانت طفل مسلمان را دارد، زیرا حضانت امری جز شیر دادن و خدمت طفل بیش نیست و بنابراین اجرای آن توسط زن کافره نیز روا است، زیرا روایت شده که رافع بن سنان مسلمان شد و زوجه اش از پذیرش اسلام امتناع ورزید، سپس رافع و زوجه اش نزد پیامبر ﷺ آمدند و هر دو خواهان حضانت و گرفتن دختر خویش شدند، پیامبر ﷺ دختر را مخیر گردانیده فرمود:

«اللَّهُمَّ أَهْدِهَا.»

«خداوندا ﷻ او را هدایت کن!»

با وجود این، احناف بر این نظر اند که علی الرغم جواز حضانت زن کافره شرط است که زن مرتده نباشد، زیرا به نظر احناف، زن مرتده مستحق حبس می گردد، مگر این که پشیمان گردد یا در زندان فوت نماید؛ ۹۷۴

۶- مادر طفل با مرد بیگانه ازدواج نکرده باشد: جهت حضانت شرط است که مادر طفل با مرد بیگانه ازدواج نکرده باشد. بنابراین، هرگاه مادر طفل با مرد بیگانه ازدواج نماید، حقّ حضانت وی ساقط می گردد، زیرا عبدالله بن عمر رضی الله عنهما روایت کرده است که زنی نزد رسول خدا ﷺ آمد

۹۷۳. محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، الطبعة الجديدة، كابل: انتشارات نعمانی، ص ۴۰۷؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۶۵۴ و ۱۶۵۵؛ وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۱۰)، كويته: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۷۳۰۴ - ۷۳۰۶؛ و وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، الموسوعة الفقهية، ج ۱۷، صص ۳۰۶. ۹۷۴. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۱۰)، كويته: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۷۳۰۶؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۶۵۶ و ۱۶۵۷؛ و عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه على المذاهب الاربعه، جلد (۳)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، صص ۴۵۹ و ۴۶۰؛ \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۷)، كويت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۳۰۵ و ۳۰۶.

وگفت: ای رسول خدای! این فرزند من است که در شکم من پرورش یافته و در آغوشم آرامیده و از پستانم شیر خورده و پدرش می خواهد او را از من جدا کند. پیامبر ﷺ فرمود:

«أَنْتِ أَحَقُّ بِهٖ مَالِمٌ تُنْكَحِي.».

« تا وقتی که مجدداً ازدواج ننمایی، به حضانت وی مستحق تر هستی.».

سقوط حق حضانت در موردی است که زن یا حاضنه با مرد بیگانه ازدواج کند. بنابراین، در موردی که زن با یکی از خویشاوندان و محرم محضون مانند کاکا و ... ازدواج نماید، حق حضانت وی ساقط نمی گردد، زیرا کاکا خود حق حضانت طفل را دارد و در نتیجه زن و شوهر برای کفالت و نگهداری طفل همکاری خواهند کرد. ولی، در صورتی که زن با مرد بیگانه ازدواج نماید، حق حضانت وی ساقط می گردد، زیرا امکان آن می رود که مرد بیگانه به پرورش طفل چندان توجه ننماید؛<sup>۹۷۵</sup>

۷- زن از محرمات طفل مانند: مادر، مادر کلان و خواهر باشد: جهت صحت حضانت شرط است که زن از محرمات طفل مانند: مادر، مادرکلان و خواهر باشد. بنابراین، به نظر احناف حضانت دختر کاکا، عمه و خاله به طفل صغیر به سبب عدم موجودیت حرمت ازدواج صحیح نیست مگر این که محضون دختر باشد.

۸- به نظر احناف حاضنه از حضانت طفل بدون عوض امتناع نوزد و پدر طفل معسر (تهیدست) باشد و توانایی پرداخت اجرت حضانت را نداشته باشد: بنابراین، در موردی که پدر معسر باشد و حاضنه از حضانت طفل بدون عوض امتناع ورزد، حق حضانت وی ساقط گردیده و به حاضنه که بعد از وی قرار دارد، انتقال می نماید.<sup>۹۷۶</sup>

۳) شروط حاضن: در باره شروط حاضن احناف بر این باور اند که: حاضن باید عاقل، بالغ، دارای اخلاق نیکو و کفایت و توانایی باشد. در صورتی که حاضن مرتد گردد، حق حضانت وی ساقط می گردد، مگر این که دوباره اسلام را بپذیرد. برعلاوه، فقهای حنفیه بر خلاف حاضنه مسلمان بودن و اتحاد دین حاضن و محضون را شرط می دانند، زیرا به نظر فقهای حنفیه حضانت یک نوع از ولایت بر نفس است که در صورت موجودیت اختلاف دین متحقق نمی گردد.<sup>۹۷۷</sup>

۹۷۵. رواه ابو داود و النسائی.

۹۷۶. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، كويته: انتشارات مكتب رشديه، ص ۷۳۰۸؛ و عبدالرحمن الجزايري (\_\_\_\_). الفقه على المذاهب الاربعه، جلد (۳)، پشاور: چاپ كتابخانه وحيدى، ص ۴۵۹

۹۷۷. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، كويته: انتشارات مكتب رشديه، صص ۷۳۰۴ - ۷۳۰۷؛ سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۳) ايران، انتشارات محمدي سقر، صص ۱۶۵۴ - ۱۶۵۷؛ و عبدالرحمن الجزايري (\_\_\_\_). الفقه على المذاهب الاربعه، جلد (۳)، پشاور: چاپ كتابخانه وحيدى، ص ۴۵۹.

حضانت به سبب وجود مانع آن یا زوال شرطی از شروط استحقاق آن ساقط می‌گردد، مانند اینکه: حاضنه با شخص غیر خویشاوند محضون ازدواج نماید، یا حاضنه به جنون و عته مصاب شود، یا به مرضی که موجب ضرر محضون گردد مصاب شود، مانند: جذام و نظیر آن و یا حاضنه به سر زمین های دور سفر نماید.

همچنین، حضانت در اثر اسقاط توسط صاحب آن نیز ساقط می‌گردد. همچنین، هرگاه حاضنه به سبب مانع ای از حضانت امتناع ورزد و سپس مانع زایل گردد، مانند عاقل شدن مجنون، توبه نمودن فاسق، شفاء یافتن مریض، حضانت به علت قاعده ای «إذا زال المانع عاد الممنوع» یعنی: زمانی که مانع زایل گردد، ممنوع اعاده می‌گردد، اعاده می‌گردد که همه آنها میان فقهاء متفق علیه است.

باوجوداین، فقهاء در مورد حضانتی که در اثر عذر و یا بدون آن صورت پذیرفته است، اختلاف دارند: فقهای مالکیه در قول مشهور می‌گویند: هنگامی که حضانت حاضنه به سبب عذری، مانند: خوف، مرض، سفر به حج و نظیر اینها سقوط نماید و سپس عذر به سبب شفاء یافتن حاضنه، تحقق امن، برگشتن از سفر اضطراری، حضانت دوباره به وی اعاده می‌گردد. زیرا، مانع حضانت عذری اضطراری است که زایل گردیده است و هنگامی که مانع زایل گردد، ممنوع اعاده می‌گردد. اما، در صورتی که حاضنه با اجنبی غیر محرم ازدواج نماید و دخول صورت بگیرد، و یا از روی اختیار سفر نماید و سپس شوهر او را طلاق دهد یا نکاح فسخ شود و یا شوهر وفات نماید، یا حاضنه از سفر اختیاری بر گردد، حضانت دوباره به وی به سبب زوال مانع اعاده نمی‌گردد. زیرا، سقوط حضانت با اختیار او صورت پذیرفته و عذری مؤجه پنداشته نمی‌شود.

برعکس، جمهور فقهاء می‌گویند: هنگامی که حضانت در اثر مانع ای سقوط نماید، سپس مانع زایل گردد، حضانت به صاحب آن اعاده می‌گردد فرق نمی‌کند که مانع اضطراری باشد یا اختیاری مانند: ازدواج، سفر و فسق.<sup>۹۷۸</sup>

ریش این است که آیا در مدت حضانت حاضنه مستحق دریافت اجرت حضانت می‌گردد؟ در پاسخ به این پرسش در فقه نظریات مختلف وجود دارد: فقهای مالکیه می‌گویند: حاضنه مستحق دریافت اجرت حضانت نمی‌گردد اعم از اینکه مادر باشد و یا غیر مادر. فقهای شافعیه و حنابله می‌گویند: اجرت حضانت برای حاضنه ثابت است حتی اگر حاضنه مادر باشد و اجرت حضانت غیر از اجرت رضاع است.

۹۷۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۷۳۱۱ و ۷۳۱۲؛ و \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۷)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۳۱۳-۳۱۴.

بنابراین، در صورتی که مادر هم مرضعه و هم حاضنه باشد مستحق دریافت اجرت رضاع و اجرت حضانت می‌گردد. در چنین حالتی، در صورتی که صغیر دارای مال باشد، اجرت حضانت از مال صغیر و در صورتی که دارای مال نباشد، پدر صغیر و یا شخصی تأمین نفقه صغیر بر وی لازم است، باید اجرت حضانت را بپردازد. فقهای حنفیه نیز می‌گویند: اجرت حضانت برای حاضنه ثابت است فرق نمی‌کند که حاضنه مادر باشد و یا غیر مادر. همچنین، اجرت حضانت غیر از اجرت رضاع و غیر نفقه طفل است.

بنابراین، بر پدر محضون و یا شخصی که مکلف به تأمین نفقه محضون است سه نوع هزینه لازم است: اجرت حضانت، اجرت رضاع و نفقه طفل. در صورتی که محضون دارای مال باشد، اجرت حضانت از مال طفل پرداخت می‌گردد. اما، در صورتی که طفل دارای مال نباشد، اجرت حضانت توسط پدر و یا شخصی که مکلف به تأمین نفقه طفل است لازم می‌گردد.

باوجوداین، فقهای حنفیه میان اینکه زن در قید نکاح و یا عدت طلاق رجعی پدر محضون قرار داشته باشد و یا رابطه زوجیت او با پدر محضون به کلی منتهی گردیده باشد، قایل به تفکیک هستند. فقهای حنفیه می‌گویند: اجرت حضانت مانند اجرت شیر دادن طفل است. بنابراین، حاضنه تا وقتی که زوجه یا معتده طلاق رجعی حاضن باشد، مانند ارضاع مستحق دریافت اجرت در برابر حضانت نمی‌گردد، زیرا خداوند عز و جل در این مورد فرموده است:

﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يَتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ - [البقره: ۲۳۲]

«مادران باید تا دو سال کامل فرزندان خود را شیر بدهند اگر بخواهند دوره کامل شیرخوارگی را رعایت نمایند. بر پدری بچه شیرخوار واجب است که خوراک و لباس مادر را برحسب عرف و عادات به طریق نیکو تأمین کند.»

ولی، حاضنه بعد از انقضای عدت، استحقاق دریافت اجرت نگهداری و حضانت کودک را مانند اجرت ارضاع پیدا خواهد کرد، زیرا خداوند عز و جل در این مورد می‌فرماید:

﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ أَجْرَهُنَّ وَأَمْرُؤُا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَسَرِّضْهُ لَهٗ أُخْرَى﴾ - [الطلاق: ۶]

«ای مردان! زنان مطلقه حامله خویش را نفقه دهید تا اینکه وضع حمل کنند و چنانچه حاضر شدند که پس از وضع حمل بچه را شیر بدهند، مزد شیرخوارگی را مطابق توافق به آنان بدهید و اگر بر مزد شیرخوارگی توافق نکردید، بچه را برای شیر خوردن به دایه دیگر بسپارید.»

همچنین، حاضنه ای غیر زوجه نیز مستحق دریافت اجرت حضانت در برابر عمل حضانت می‌گردد. ۹۷۹

فقه‌های حنفیه بر این نظر اند که در صورتی که حاضنه دارای مسکن باشد، باید محضون را در مسکن خود نگهداری نماید، ولی در صورتی که دارای مسکن نباشد، پرداخت کرایه آن برحاضن واجب است. زیرا، تهیه مسکن جزو نفقه طفل پنداشته می‌شود. بنابراین، پرداخت کرایه آن برکسی که تأمین نفقه طفل بر عهده او است، واجب است. علاوه براین، در موردی که طفل به خادم نیاز داشته باشد، پرداخت اجرت خادم نیز بر پدر واجب است. ۹۸۰ زیرا، فقهاء بر این عقیده اند که اجرت حضانت از مال و دارایی محضون پرداخت می‌گردد. در صورتی که محضون مال و دارایی نداشته باشد، حاضن یا کسی که ملزم به تأمین نفقه طفل است، باید اجرت حضانت را پرداخت نماید، زیرا حضانت جهت حفظ طفل از هلاکت صورت می‌پذیرد. ۹۸۱

هرگاه در میان خویشاوندان کودک، کسی پیدا شود که اهلیت حضانت را داشته باشد و حاضر شود داوطلبانه و مجانی حضانت طفل را به عهده بگیرد و مادر طفل حاضر نگردد که جز با اجرت حضانت او را به عهده بگیرد، اگر پدر توانایی مالی داشته باشد، مجبور می‌شود که اجرت حضانت را به مادر بپردازد و در چنین حالتی طفل نباید به شخص داوطلب داده شود، بلکه نزد مادرش بماند و پدر طفل اجرت را بپردازد. زیرا، حضانت مادر از هر کس دیگری بهتر است و پدر نیز توانایی پرداخت اجرت حضانت را دارد. ولی، در صورتی که پدر فقیر باشد و کسی از خویشاوندان که واجد اهلیت حضانت باشد، متبرعاً حضانت طفل را به عهده بگیرد، چون پدر فقیر است و نمی‌تواند اجرت حضانت را بپردازد، اجباراً طفل به شخص متبرع سپرده شود.

در صورتی که پدر فقیر باشد و طفل نیز دارای مال نباشد، و مادر جز با اجرت حاضر به حضانت طفل نگردد، و در میان محارم طفل نیز کسی حاضر به حضانت طفل نباشد، در این صورت مادر

۹۷۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۷۵۱۴؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۶۵۸ و ۱۶۵۹؛ عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الأربعة، جلد (۳)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، صص ۴۶۳ و ۴۶۴؛ (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۷)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، صص ۳۱۱ و ۳۱۲؛ و محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الأحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۴۱۰-۴۱۲.

۹۸۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۷۳۱۵؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۱۶۵۹ و عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الأربعة، جلد (۳)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، صص ۴۶۳. ۹۸۱. وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۱۰، صص ۷۳۱۵ و ۷۳۱۶؛ عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الأربعة، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۴۶۳.

اجباراً باید حضانت طفل را بر عهده بگیرد. در این صورت، اجرت حضانت بر ذمه پدر دین تلقی گردیده و تا وقتی که آن را پرداخت ننماید، ذمه وی بری نمی گردد.<sup>۹۸۲</sup>

به نظر فقهای حنفیه استحقاق اجرت حضانت از روی قیاس با استحقاق اجرت رضاع آغاز می شود. بنابراین، اگر توافق معین در باره اجرت وجود داشته باشد، و یا قاضی به پرداخت اجرت حکم صادر نموده باشد، حاضنه مستحق اجرت از تاریخ اتفاق و یا حکم قاضی می شود.

اما، در صورتی در این باره توافق و یا حکم قاضی وجود نداشته باشد، و حاضنه غیر از مادر باشد، مستحق اجرت حضانت شناخته نمی شود مگر از تاریخ توافق و یا حکم قاضی.

برعکس، در صورتی که حاضنه مادر باشد از زمان آغاز حضانت بعد از انقضای عدت بدون توافق و یا حکم قاضی شناخته می شود. برخی نیز گفته اند: مادر نیز از زمان توافق و یا صدور حکم قاضی مستحق اجرت حضانت شناخته می شود.<sup>۹۸۳</sup>

در باره مکان حضانت فقهاء قایل به تفصیل شده و می گویند:

(۱) در صورتی حاضنه مادر و در حال قیام زوجیت یا عدت طلاق رجعی یا وفات باشد، مکان حضانت همان مکانی است که با زوج بود و باش می نمود. بنابراین، انتقال طفل توسط زوجه از آن مکان جایز نیست مگر به اجازه زوج. زیرا، زن ملزم به پیروی زوج و اقامت با او است هرچا که زوج اقامت نماید و معتده ملتزم به باقی ماندن در مسکن زوج است اعم از اینکه با پسر باشد یا بدون او به دلیل این قول خداوند عز و جل:

﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرَجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴿- [الطلاق: ۱]

«ای پیامبر صلی الله علیه و آله! هرگاه اراده کردید که زنان تان را طلاق بدهید، وقتی این کار را بکنید که زنان به استقبال عدّه بروند؛ یعنی؛ پاک باشند و در آن پاکی با آنان همبستری صورت نگرفته باشد و عدت را تا سه حیض کامل و تقوای پروردگار را داشته باشند و چیزی را کتمان ننمایند. بعد از طلاق آنها را تا سپری شدن عدت از خانه های شان بیرون نکنید و آنان نباید از خانه های شان الی انقضای عدت بیرون بروند مگر این که آنان گناه زشت و آشکارا را مرتکب شوند و برای شما به

۹۸۲ . وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۷۳۱۴؛ عبدالرحمن الجزائري (\_\_\_\_). الفقه على المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ كتابخانه وحيدى، ص ۴۶۵؛ سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۳) ايران، انتشارات محمدى سقر، صص ۲۹۷ و ۲۹۸؛ و محمد يوسف موسى (\_\_\_\_). احكام الاحوال الشخصية فى الفقه الاسلامي، الطبعة الجديدة، كابل: انتشارات نعماني، صص ۴۱۱ و ۴۱۲.

۹۸۳ . وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۷۳۱۶.

اثبات رسیده باشد. در این صورت اخراج آنها گناهی ندارد. این است حدود الهی، هرکس از حدود الهی تجاوز کند به خویشتن ستم روا داشته است.»

۲) در صورتی که حاضنه مُطَلَّقه و در عین زمان عدت خویش را نیز سپری نموده باشد، محل حضانت محل اقامت شوهر است و حاضنه نمی تواند طفل را با خود به شهر دیگری که به قدری از شهر و محل اقامت شوهر فاصله داشته باشد که مانع دیدن شوهر از طفل گردد ببرد، مگر این که شهر دیگر وطن زوجه و عقد ازدواج نیز در آن منعقد گردیده باشد. در صورت تحقق این دو شرط جایز است حاضنه محضون را با خود انتقال دهد. در صورت عدم تحقق این دو شرط انتقال محضون غیر جایز و حق حضانت زن ساقط می گردد؛<sup>۹۸۴</sup>

۳) در صورتی که حاضنه غیر از مادر مانند: مادر کلان، عمه، خاله و نظیر اینها باشد، به صورت مُطلق نمی تواند محضون را با خود به سفر ببرد، مگر به اجازه و رضایت پدر. زیرا، مسافرت برای طفل در صورتی که شیرخوار باشد زیانبار است. بنابراین، در صورتی که حاضنه غیر از مادر به چنین عملی مبادرت ورزد، حق حضانت وی ساقط می گردد.<sup>۹۸۵</sup>

احناف بر این نظر اند که پدر یا وصی طفل به صورت مُطلق نمی تواند طفل را با خود از شهر مادر طفل بدون رضایت مادر تا وقتی که حاضنه است، ببرد.

بنابراین، در صورتی که پدر بخواهد به شهری غیر از شهر محل اقامت حاضنه سفر نماید، نمی تواند طفل را با خود اعم از اینکه شهر نزدیک باشد یا دور و اعم از اینکه سفر به قصد تجارت، اقامت، زیارت و غیره باشد ببرد، زیرا حضانت حق حاضنه است و ولی طفل نمی تواند آن را ساقط نماید.<sup>۹۸۶</sup> همچنین، مادر تا وقتی که در قید نکاح پدر محضون و یا عدت طلاق رجعی او باشد نمی تواند طفل را به خود به سفر ببرد، مگر به اجازه حاضن.<sup>۹۸۷</sup> باوجوداین، حق دیدن و ملاقات فرزند در مدت حضانت به اتفاق نظر همه فقهاء برای هر یک از زوجین شرعاً ثابت است. علاوه براین، هرگاه فرزند نزد پدر باشد و مدت حضانت نیز منتهی گردیده باشد و یا بنابر دلایلی حق حضانت مادر ساقط گردیده باشد، باز هم مادر می تواند محضون را ملاقات نماید.<sup>۹۸۸</sup>

۹۸۴. همان، وهبة الزحیلی، جلد (۱۰)، صص ۷۳۱۷ و ۷۳۱۸؛ و عبدالرحمن الجزیری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۴۶۱.

۹۸۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۳۱۸؛ و عبدالرحمن الجزیری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۴۶۱.

۹۸۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۳۱۹؛ (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۷)، کویت: وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، صص ۳۰۸ و ۳۰۹؛ و محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۴۱۲-۴۱۴.

۹۸۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۳۱۷؛ و عبدالرحمن الجزیری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۴۶۱.

۹۸۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۳۲۰.

به اتفاق نظر فقهاء حضانت از زمان ولادت طفل شروع می گردد. ولی، در مورد انتهای آن اختلاف دارند: فقهای حنفیه می گویند که: زمانی که محضون پسر باشد و از خدمات زنان بی نیاز شده و بتواند مستقلاً امور خود را تنظیم نماید، مدت حضانت خاتمه می آید که معمولاً سن هفت سالگی می باشد. ولی، در موردی که محضون دختر باشد، مدت حضانت الی رسیدن دختر به سن حیض که نه سالگی است ادامه می آید تا محضونه بتواند آن را از دارنده اش؛ یعنی؛ زنان حایضه فراگیرد.

فقهای شافعیه می گویند: حضانت مدت معلوم ندارد، بلکه طفل نزد مادرش می ماند تا «صاحب تشخیص» شود و بتواند یکی از والدین را انتخاب کند. اگر پسر، مادر را انتخاب کرد، شب نزد او می ماند و روز نزد پدر تا پدر به تعلیم او پردازد و اگر دختر مادر را انتخاب کرد، روز و شب نزد او می ماند. اگر فرزند هر دو را انتخاب کرد، بین آن دو قرعه انداخته می شود و اگر ساکت بود و هیچ یک را انتخاب نکرد، حضانتش حق مادر است. فقهای مالکیه می گویند: مدت حضانت پسر از زمان تولد او است تا بالغ شود و از دختر تا ازدواج نماید. فقهای حنابله می گویند: مدت حضانت پسر و دختر، هفت سال است و پس از آن طفل مخیر است و تحت حضانت کسی قرار می گیرد که انتخاب کند خواه پدر باشد و یا مادر.

هرگاه پسر به سن هفت سالگی یا سن تمیز برسد، مدت حضانت او به پایان می رسد. چنانچه پدر و حضانت کننده توافق کنند که بچه پیش یکی از آنها بماند، این توافق قابل اجراء است. اگر آن دو با هم اختلاف و نزاع داشته باشند، پس مختار است که هر کدام را برگزیند و هر کدام را که برگزید او از حق اولویت بر خوردار است. زیرا، ابو هریره رضی الله عنه روایت کرده است که زنی پیش پیامبر صلی الله علیه و آله آمد و گفت: رسول خدا صلی الله علیه و آله شوهرم می خواهد پسر را پیش خود ببرد، در حالی که پسر از چاه «ابی عنبه» در فاصله یک ملی مدینه برایم آب می آورد و این امر برایم سودمند است. پیامبر صلی الله علیه و آله به پسر گفت:

«هذا أبوك و هذه أمك فخذ أيهما شئت». ۹۸۹

«این پدر و این مادرت است، هر کدام را که می خواهی دستش را بگیر.».

عمر بن خطاب رضی الله عنه و علی ابن ابی طالب رضی الله عنه و قاضی شریح به این حکم کرده اند و مذهب شافعی و حنبلی نیز چنین است. چنانچه پسر هر دو را انتخاب کند یا هیچ یک را انتخاب نکند، یکی از آن دو به قید قرعه انتخاب خواهد شد. برعکس، امام ابو حنیفه رضی الله عنه می گوید: پدر حق اولویت دارد و صحیح نیست تا پسر حق اختیار داشته باشد. زیرا، سخن او معتبر نیست و مصلحت



خود را تشخیص کرده نمی تواند و غالباً کسی را انتخاب می کند که نزد وی بازی کند و وی را تربیت و تأدیب نماید و جلو آرزوهای وی را نگیرد.

بنابراین، در موردی که حق انتخاب به طفل داده شود، ممکن است منتهی به فاسد شدن اخلاق او گردد. امام مالک رحمته می گوید: تا زمانی که دندان های شیریش بیفتد مادرش نسبت به وی حق بیشتری دارد. در مذهب امام شافعی دختر کوچک نیز چنین است. ولی، امام ابو حنیفه رحمته می گوید: نسبت به دختر کوچک مادر حق بیشتری دارد تا اینکه ازدواج کند یا بالغ گردد. امام مالک رحمته می گوید: نسبت به دختر کوچک مادر حق بیشتری دارد تا اینکه شوهر کند و با وی دخول صورت می گیرد. فقهای حنابله می گویند: هرگاه دختر به سن نه سالگی رسید، حق اختیار ندارد و پدر نسبت به وی حق بیشتری دارد و تا سن نه سالگی مادر حق بیشتر دارد.<sup>۹۹۰</sup>

۹۹۰ . عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۴۶۰؛ و سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۳) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۱۶۶۴-۱۶۶۸.

## فصل چهارم: نفقه

یکی دیگر از حقوق مالی طفل بر والدین تأمین نفقه است. نویسندگان ق. م احکام مربوط به نفقه طفل را در مواد ۲۵۶-۲۶۳ ق. م پیش بینی نموده اند. تعریف و اسباب نفقه در جلد اول این کتاب گذشت. بنابراین، در این جلد نفقه اولاد را ذیلاً مورد مطالعه قرار می دهیم:

### مبحث اول) شروط وجوب نفقه اولاد

طبق ماده ۲۵۷ ق. م: «نفقه پسر کبیر که توان کسب و کار را نداشته و فقیر باشد، همچنین نفقه دختر کبیره فقیره تا وقت ازدواج به دوش پدر وی می باشد.» نفقه از ریشه نفق گرفته شده است که در لغت به معنی بیرون کردن به نیکویی و هر آن چیزی است که شخص هزینه زندگی افراد تحت تکفل خود می کند. همچنین، نفقه به معنی هزینه و مصرف نیز است.<sup>۹۹۱</sup> در اصطلاح به صورت عموم نفقه عبارت از تهیه خوراک، البسه و مسکن برای کسی که نفقه او بر مُنْفِق واجب است، می باشد.

از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است: اول این که نفقه پسر کبیر که توان کسب و کار را نداشته باشد، بر عهده پدر او است. کبیر از ریشه «کبر» گرفته شده است که در لغت به معنی بزرگ است. در فقه کبیر وصفی است برای شخصی که به کبر رسیده باشد.<sup>۹۹۲</sup> مفهوم مخالف نص این ماده این است که در صورت صغیر بودن پسر نفقه او را پدر باید تأمین نماید. همچنین، طبق نص این ماده در صورتی که پسر کبیر توان کار را داشته باشد، نفقه او بر عهده پدر او لازم نیست. بنابراین، در تأمین نفقه پسر کبیر شرط است که پسر کبیر فقیر باشد. با توجه به معنی لغوی کبیر ارایه مثال برای نص این ماده مشکل است. زیرا، معلوم نیست که منظور از کبیر چه است. با توجه به این که کبیر در برابر صغیر استعمال می شود به نظر می رسد منظور از کبیر شخصی است که به بلوغ رسیده

۹۹۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۳۴۸؛ عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعة، جلد (۴)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۴۲۶؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۶۰۸.

۹۹۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۵۹۳.

است. با پذیرش این برداشت و استنباط این نتیجه به دست می آید که نفقه پسر بالغ بر پدر لازم نیست. به حیث مثال، اگر احمد به سن بلوغ رسیده و کبیر باشد و بتواند کار نماید نفقه او بر پدر او واجب نیست.

دوم این که نفقه دختر کبیره فقیره تا زمان ازدواج به عهده پدر او است. کبیره اسم مؤنث کبیر و فقیره اسم مؤنث فقیر است. مفهوم مخالف این نص ماده این است که نفقه دختر صغیر بر عهده پدر است. همچنین، نفقه دختر کبیره پولدار باید از پول و دارایی خود او تأمین شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط استحقاق نفقه توسط اولاد است.

### مبحث دوم) تکمیل باقی نفقه در صورت عدم کفایت عواید اولاد توسط پدر

براساس ماده ۲۵۸ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) مصارف نفقه پسر یا دختر صاحب کسب و کار در صورت کفایت از عوایدشان تأمین گردیده و در صورت عدم کفایت بقیه نفقه از طرف پدر تکمیل می گردد؛ و (۲) هر گاه عواید کسب و کار اولاد بیشتر از مصارف نفقه شان باشد، مقدار اضافی از طرف پدر ذخیره شده بعد از بلوغ به آنها مسترد می گردد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است: نخست این که مصارف نفقه پسر یا دختر صاحب کسب و کار در صورت کفایت از عواید خود را تأمین می شود.

عاید در لغت به معنی بازگشت کننده، آنچه به کسی باز می گردد، حاصل کردن، سود بردن، درآمد داشتن، فایده دادن و سود و فایده است.<sup>۹۹۳</sup> جمع عاید، عایدات و عواید است. به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، عاید عبارت از درآمد و فایده است که در نتیجه کار انسان آن را به دست می آورد. به حیث مثال، اگر احمد پسری به نام محمود و دختری به نام جمیله داشته باشد و هر دو کار نمایند و معاش کافی داشته باشند، مصارف نفقه آنها بر احمد لازم نیست.

دوم این که در صورتی که عواید دختر و پسر مصارف پسر و دختر را تأمین نکند، پدر مکلف است بقیه مصارف را بپردازد. به حیث مثال، اگر احمد پسری به نام محمود و دختری به نام جمیله داشته باشد و هر دو محصل باشند و نیمه وقت (part time) در رستوران یا هر جایی دیگری کار نمایند و عواید ایشان مصارف آنها را کفایت ننماید، پدر مکلف است بقیه مصارف نفقه محمود و جمیله را تأمین نماید. سوم این که هر گاه عواید کسب و کار اولاد بیشتر از مصارف نفقه شان باشد، مقدار اضافی از طرف پدر ذخیره شده بعد از بلوغ به آنها مسترد می گردد. به حیث مثال، اگر احمد دختری به نام جمیله و پسری به نام محمود داشته باشد و هر دو کار نمایند و عواید آنها به اندازه باشد که بیشتر از مصارف آنها باشد، احمد مکلف است بقیه عواید را ذخیره نماید. در این صورت، بقیه

عواید متعلق و ملکیت محمود و جمیله است نه از احمد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان تکلیف پدر است.

### مبحث سوم) عدم تأمین نفقه عروس توسط خسر

طبق ماده ۲۶۲ ق. م: «پدر مکلف به پرداخت نفقه زوجه پسرش نمی باشد، مگر اینکه قبلاً به آن تعهد نموده باشد. در این صورت پدر حین یسار مصارف نفقه را از وی مطالبه می نماید.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که پدر مکلف نیست نفقه زوجه پسر (سنو) خویش را تأمین نماید، مگر اینکه تأمین آن را تعهد نموده باشد که در این صورت نیز می تواند حین پولدار شدن پسر بر وی مراجعه و مصارف ناشی از آن را از پسر مطالبه نماید. یسار در لغت به معنی دست چپ، چپ و طرف چپ و خلاف یمین است. در اصطلاح حقوق مدنی، یسار عبارت است از فراخ دستی، ثروت و توانگری است.<sup>۹۹۴</sup>

بنابراین، در صورتی که پدر نفقه زوجه پسر را فراهم نماید، در صورت توانگر شدن پسر، پدر می تواند آنچه را صرف تأمین نفقه زوجه پسر نموده است از پسر مطالبه نماید زیرا تأمین نفقه زوجه بر زوج واجب است. به حیث مثال، اگر احمد پسری به نام محمود داشته باشد و محمود با جمیله ازدواج نماید، احمد مکلف نیست نفقه جمیله را تأمین نماید. زیرا، تأمین نفقه جمیله بر عهده شوهر او محمود است. این اصل است. استثنای این اصل این است که احمد تعهد نموده باشد که نفقه جمیله را تأمین نماید. در صورت تعهد، احمد می تواند در صورت پولدار شدن محمود به محمود مراجعه نماید و پولی را که صرف مصارف نفقه جمیله نموده است از او مطالبه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده عدم شناسایی تکلیف پدر مبنی بر تأمین نفقه عروس پسر (سنو) است.

### مبحث چهارم) اشخاص مسؤول فراهم نمودن نفقه اولاد

طبق ماده ۲۵۹ ق. م: «هرگاه پدر توان پرداخت نفقه اولاد خود را نداشته باشد و از کسب و کار نیز عاجز باشد، مکلفیت نفقه اولاد به ولی بعد از پدر انتقال می نماید.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که در صورتی که پدر توان پرداخت نفقه اولاد خویش را به دلیل فقر نداشته باشد و توانایی کسب کار را نیز نداشته باشد، مکلفیت نفقه اولاد به ولی بعد از پدر منتقل می شود. قانونگذار مدنی در نص این ماده از ولی بعد از پدر سخن می گوید. اما، این که ولی بعد از پدر کیست، ق. م سکوت اختیار نموده است که محل ایراد به نظر می رسد.

۹۹۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۶۸.

در صورت انتقال مسئولیت تأمین نفقه از پدر به ولی بعد از پدر به حیث مثال، پدر کلان برادر و کاکا، ماده ۲۶۰ ق. م می گوید: «هرگاه پدر معسر بوده و از کسب و کار عاجز باشد، پرداخت نفقه اولاد از ذمه وی ساقط نمی گردد. در این صورت، ولی ای که بعد از پدر قرار دارد مکلف به پرداخت نفقه اولاد بوده حین یسار پدر مصارف نفقه را از وی مطالبه می نماید.».

از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است: اول این که طبق نص این ماده در صورتی که پدر معسر باشد و از کسب و کار عاجز باشد، پرداخت نفقه طفل از ذمه پدر ساقط نمی گردد. معسر اسم فاعل از ریشه «عسر» گرفته شده است که در لغت به معنی نادار، درویش و تنگدست است. در اصطلاح حقوق مدنی، معسر به کسی گویند که به دلیل نداشتن دارایی و یا عدم دسترسی به آن از انجام تعهد مالی خویش ناتوان باشد. به عبارت دیگر: معسر عبارت از کسی است که از پرداخت دینی که بر عهده او قرار گرفته در زمان حال به دلیل مؤجه مانند نداشتن دارایی و یا عدم امکان دسترسی به آن ناتوان و عاجز است.<sup>۹۹۵</sup> عاجز اسم فاعل از ریشه «عجز» گرفته شده است که در لغت به معنی ناتوان، ضعیف و بیچاره است.<sup>۹۹۶</sup> به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، عاجز شخصی است که نمی تواند تعهدش را انجام دهد. ذمه در لغت به معنی عهده و دوش است. در اصطلاح حقوقی - فقهی ذمه محل اعتباری که در آن التزامات واقع می گردد.<sup>۹۹۷</sup> به حیث مثال، اگر احمد پسری به نام محمود یا دختری به نام جمیله داشته باشد هرچند احمد توان کسب و کار را نداشته باشد و فقیر باشد، پرداخت مصارف نفقه دختر و پسر از عهده او ساقط نمی گردد.

دوم این که ولی ای که بعد از پدر قرار دارد مانند پدر کلان، برادر و کاکا مکلف به تأمین نفقه طفل بوده و بعد از یسار پدر می تواند به پدر مراجعه و مصارفه نفقه را از پدر مطالبه نماید. یسار در لغت به معنی دست چپ، چپ و طرف چپ و خلاف یمین است. در اصطلاح حقوق مدنی، یسار عبارت است از فراخ دستی، ثروت و توانگری است.<sup>۹۹۸</sup> به حیث مثال، اگر احمد پسری به نام محمود داشته باشد و احمد توانایی کار و کسب درآمد را نداشته باشد و فقیر باشد، مکلف به تأمین نفقه محمود است. اگر احمد نتواند نفقه محمود را فراهم کند، پدر احمد، پسر پولدار احمد، برادر احمد و ... مکلف اند نفقه محمود را فراهم نمایند. در این صورت، پدر احمد، پسر پولدار احمد و برادر احمد (پدر کلان محمود، برادر محمود و کاکای محمود) می توانند بعد از پولدار شدن احمد

۹۹۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۹۰۰.

996. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۸/۳۱).

۹۹۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۰۰۰-۱۰۰۳؛ و وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۸۸۸ - ۲۸۹۰.

۹۹۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۲۶۸.

پولی را که صرف تأمین نفقه محمود نموده اند از احمد مطالبه نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده عدم اسقاط تکلیف پدر، انتقال تکلیف پدر به ولی بعد از پدر و تنظیم رابطه حقوقی پدر با سایر اولیاء طفل و مورد حمایت قرار دادن حق طفل است.

### مبحث پنجم) تأمین نفقه طفل توسط اصول و حواشی

طبق ماده ۲۶۱ ق. م: «طفلی که پدرش وجود نداشته و مالک دارایی شخصی نباشد در حالی که اقارب طفل مرکب از اصول و حواشی باشد، نفقه وی به ترتیب آتی پرداخته می شود: (۱) در صورتی که تنها اصول و یا حواشی وارث طفل باشد، اصول خواه وارث طفل گردد یا نه، مکلف به پرداخت نفقه می باشد؛ و (۲) در صورتی که اصول و حواشی مشترکاً وارث طفل باشند، نفقه به تناسب سهم میراث هر کدام پرداخته می شود.» طبق نص این ماده نفقه طفل بالترتیب تأمین می گردد:

۱- توسط پدر؛

۲- توسط دارایی شخصی طفل. به حیث مثال، اگر طفل دارایی را به ارث برده باشد، از طریق هبه، وصیت، وقف و نظیر اینها تملک نموده باشد، نفقه طفل طبق مفاد نص این ماده از دارایی او باید تأمین گردد. زیرا، قانونگذار مدنی در نص این ماده از عدم موجودیت پدر و دارایی شخصی طفل سخن می گوید.

۳- طفلی که پدرش وجود نداشته باشد و طفل دارای مال نباشد و اقارب او مرکب از اصول و حواشی باشد، نفقه او به ترتیب ذیل پرداخته می شود:

اول- در صورتی که تنها اصول و حواشی وارث طفل باشد، اصول خواه وارث طفل گردد یا نه مکلف به تأمین نفقه است. اصول جمع اصل است و اصل به سلف مستقیم شخص گویند که از درجه نخست (پدری و مادری) است و از درجات بعدی (نیاکان پدری) و یا مادری (اجداد مادری) است.<sup>۹۹۹</sup> به نظر می رسد منظور از اصول در نص این ماده پدر کلان ها است نه مادر کلان ها. در این مورد رأی ستره محکمه وجود دارد و در این رأی اصول آباء تفسیر شده است. آباء جمع اب است که در لغت به معنی پدر و اجداد<sup>۱۰۰۰</sup> می باشد نه مادران و جدات. این نظر در ذیل نقل می گردد:

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۳۵)

در ماده (۲۶۱) قانون مدنی حواشی چه مفهوم دارد با مثال توضیح شود.

## توضیح

اصل عبارت از آباء و فرع عبارت از اولاد است. پس حواشی غیر از اصول و فروع و یا به عباره اقارب غیر از آباء و اولاد است مانند برادر - برادر زاده.<sup>۱۰۰۱</sup>

حواشی جمع حاشیه است که در لغت به معنی کناره، لبه، شرحی که بر کناره و یا لبه رساله و یا کتاب می نویسند، اطرافیان از اهل و عیال و خدمتگذاران، شرح، پانویس، مصاحبان و همدمان است.<sup>۱۰۰۲</sup> در اصطلاح فقهی، به خویشاوندان غیر از اصول و فروع شخص حواشی گویند مانند برادر، خواهر و نظیر اینها.<sup>۱۰۰۳</sup>

به حیث مثال، اگر احمد پسری به نام محمود داشته باشد و احمد وفات نماید و محمود دارای مال نباشد، اما محمود پدر کلانی به اسم جمشید و کاکایی به اسم حمید داشته باشد، جمشید از جمله اصول محمود و حمید از جمله حواشی محمود تلقی می گردند. در این فرض، خواه جمشید وارث محمود باشد یا نباشد، مکلف به تأمین نفقه جمشید است. بنابراین، به نظر می رسد در نص این ماده تکلیف تأمین نفقه محمود (طفل) در قدم نخست به اصول واگذار گردیده است فرق نمی کند که اصول (جمشید) از طفل (محمود) ارث می برد یا نمی برد.

دوم - در صورتی که اصول و حواشی مشترکاً وارث طفل باشند، نفقه به تناسب سهم میراث هر کدام پرداخته می شود. برای این که مقدار نفقه را که اصول و حواشی باید به طفل فراهم نمایند معلوم نماییم اول باید طفل را متوفی تلقی کنیم. سپس، ارث وی را میان اصول و حواشی تقسیم نماییم و سهم هر ورثه را از ترکه طفل معین و معلوم نماییم. سپس، به تناسب حصه ای که اصول و حواشی از طفل ارث می برند، به همان تناسب باید نفقه طفل را فراهم نمایند.

به حیث مثال، اگر محمود وفات نماید و از او جمشید به عنوان پدر کلان پدری (جد صحیح) و حمید به عنوان برادر حقیقی (پدری و مادری) باقی بماند، جمشید اصول محمود و حمید حواشی محمود است. در این صورت، جمشید و محمود مکلف اند متناسب به سهم ارث خویش از محمود نفقه او را تأمین نمایند. همچنین است، اگر به عوض حمید فرض کنیم که محمود یک خواهر عینی (حقیقی) به نام جمیله داشته باشد یا محمود مادری به نام ذاکره داشته باشد، جمیله و ذاکره از جمله حواشی محمود تلقی می گردند. زیرا، غیر از اصول و فروع اند. بنابراین، تأمین نفقه

۱۰۰۱. \_\_\_\_ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، ص ۵۱۶.  
(آخرین بازدید ۲/۲/۲۰۱۷) <https://www.vajehyab.com> 1002.

۱۰۰۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۶۷.

طفل توسط حواشی مستلزم این است که آیا حواشی از طفل ارث می برند یا از ارث محسوب می شوند. ۱۰۰۴

در این فرض، به عوض حمید می توان هر یک از ورثه محمود را که از جمله اصول و فروع نباشد و از جمله حواشی باشد، فرض کرد مانند کاکا، پسر کاکا، ماما و نظیر اینها. نص این ماده از یکطرف مبهم است و فهمیدن آن مشکل است و از طرف دیگر تطبیق نص این ماده مستلزم دانستن قواعد میراث و تطبیق آن است. به نظر می رسد نص این ماده ارزش نظری دارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده انتقال تکلیف تأمین نفقه طفل از پدر به پدر کلان و از پدر کلان به سایر حواشی است. همچنین، هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم تأمین نفقه طفل در صورت اشتراک اصول و حواشی است.

### مبحث ششم) صلح در مورد نفقه

براساس ماده ۲۶۳ ق.م: «زوجین می توانند در مورد مصارف نفقه اولاد شان صلح نمایند. هرگاه صلح به کمتر از نفقه لازمه صورت گرفته باشد، پدر مکلف به تکمیل نفقه بوده و در صورت صلح به مقدار بیشتر از نفقه لازمه و وجود تفاوت فاحش، پدر به پرداخت مقدار اضافی مکلف گردانیده نمی شود.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱) به زن و مردی که با رعایت احکام شرع و قانون برای زندگی مشترک و روابط زناشویی و ایجاد خانواده با همدیگر ازدواج کرده باشند «زوجان» و یا «زوجین» می گویند. ۱۰۰۵ زوجین می توانند در مورد مصارف نفقه اولادشان صلح نمایند. صلح به معنای آشتی، سلیم، تراضی متنازعین، سازش، پایان دادن به جنگ و قطع نزاع است. در اصطلاح شرعی صلح عبارت از عقدی است که جهت رفع منازع وضع گردیده است. ۱۰۰۶ ماده ۱۵۳۱ مجله الاحکام در تعریف صلح می گوید: «صلح عقدی است که نزاع را به تراضی رفع می نماید.»

۲) در صورت که صلح در برابر کمتر از نفقه صورت بگیرد، در این صورت پدر مکلف است آن را تکمیل نماید. به حیث مثال، اگر احمد و جمیله زن و شوهر باشند و پسری به نام محمود داشته باشند و مقدار مصارف نفقه محمود در یک ماه ده هزار افغانی شود و احمد و جمیله توافق نمایند که

۱۰۰۴. برای مطالعه مثال های ارث پدر کلان با برادر حقیقی و خواهر حقیقی ر. ک: نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷).

شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث، مبحث مقاسمة الجسد، کابل: انتشارات سعید.

۱۰۰۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۰۶۲.

۱۰۰۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۳۳۰؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۲۸۸۵-۲۸۸۶؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، صص ۴۴۰ و ۴۴۱.



احمد ماهوار هفت هزار افغانی برای نفقه محمود پردازد، در این صورت، این صلح مدار اعتبار نیست و احمد مکلف است باقی مقدار مصارف نفقه یعنی سه هزار را پردازد.

۳) در صورتی که صلح در برابر بیشتر از مقدار نفقه باشد و میان مقدار ضرورت طفل و مصارف تفاوت فاحش وجود داشته باشد، پدر مکلف نیست مقدار اضافی را پرداخت نماید. به حیث مثال، اگر مقدار نفقه طفل در یک ماه ده هزار افغانی باشد و پدر مکلف شود، پانزده هزار افغانی در یک ماه پردازد، پدر مکلف نیست مقدار اضافی یعنی پنج هزار را پردازد. به نظر می رسد در این صورت، صلح در مقدار اضافی اعتبار ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن پدر و طفل است.

در فقه فقهاء اتفاق نظر دارند بر وجوب تأمین نفقه پدر بر فرزند اعم از پسر و دختر به دلیل این قول خداوند عز وجل:

﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ - [البقره: ۲۳۳]

«برای کسانی که فرزند از آن او می باشد (پدر) واجب است به شیوه پسندیده مخارج (زندگی) لباس و پوشاک آنها را فراهم کند.»

از این آیه به خوبی استنباط می گردد که نفقه اولاد بر پدر به سبب ولادت طفل همان گونه که نفقه زوجه به سبب ولادت فرزند واجب است، واجب می باشد، زیرا پیامبر صلی الله علیه و آله به هند خانم ابو سفیان گفت:

«خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدِكِ بِالْمَعْرُوفِ.»

«بر حسب عرف و عادات جاریه آنچه کفایت تو و فرزندت را می نماید بر وجه نیکو بگیر.»

فقهای حنفیه، شافعیه و حنابله بر این نظر اند که اولادی که نفقه آنها بر پدر لازم است عبارت از اولاد مباشر و اولاد اولاد؛ یعنی؛ نواسه ها ولو هر قدر درجه آنها پایین برود می گردد. بنابراین، بر پدر نه تنها نفقه فرزند اعم از دختر و پسر، بلکه نفقه نواسه ها نیز لازم است، زیرا فرزند شامل فرزند و آنچه از فرزند متفرع می گردد می شود چرا که به نظر جمهور فقهاء نفقه به سبب «جزئیت» واجب می شود نه «ارث» و فرزند فرزند نیز جزء پدر است. برعکس، امام مالک/ بر این نظر است که: پدر صرف مکلف به فراهم نمودن نفقه اولاد مباشر؛ یعنی؛ فرزند نه اولاد اولاد است، زیرا خداوند عز وجل در این مورد فرموده است:

﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ - [البقره: ۲۳۳]

«برای کسانی که فرزند از آن او می باشد (پدر) واجب است به شیوه پسندیده مخارج (زندگی) لباس و پوشاک آنها را فراهم کند.»

به نظر فقهای مالکیه نفقه به موجب «ارث» نه «جزئیت» واجب می‌گردد.<sup>۱۰۰۷</sup> تأمین نفقه اولاد و فرع اولاد بر پدر بدون قید و شرط لازم نیست، بلکه در این باره یک سلسله شروط وجود دارد که قرارآتی اند:

۱) توانایی کار و کسب پدر: نفقه اولاد بر پدر در صورتی واجب است که پدر غنی و ثروتمند باشد و یا توانایی کار و کسب درآمد را داشته باشد. پس، در صورت ثروتمند بودن، پدر باید از مال و دارایی خود نفقه اولاد را فراهم نماید و در صورت عدم ثروتمند بودن و قادر بودن بر کار و کسب درآمد، باید کار نماید و نفقه اولاد را از مایحصل درآمد فراهم نماید.

بنابراین، در صورتی که پدر معسر یا تهیدست باشد، ولی قدرت کار، و کسب درآمد را داشته باشد، و از کار کردن، و کسب درآمد استنکاف ورزد، قاضی باید وی را حبس نماید تا اینکه حاضر به کار و کسب درآمد گردد. ولی، در صورتی که پدر طوری معسر یا تهیدست باشد که نفقه وی بر دیگری اعم از اصول و فروع واجب باشد و توانایی کار، و کسب درآمد را نیز نداشته باشد، فراهم نمودن نفقه اولاد بر وی واجب نمی‌باشد، زیرا در چنین مورد، وجوب نفقه اولاد بر وی عقلایی نیست، زیرا نفقه وی توسط دیگری فراهم می‌گردد. برعکس، فقهای مالکیه می‌گویند: پدر مکلف به کار کردن نمی‌گردد.

۲) اینکه پسر معسر یا فقیر باشد و توانایی کار، و کسب درآمد را نداشته باشد: نفقه فرزند وقتی بر پدر واجب است که فرزند مال و دارایی نداشته باشد. بنابراین، در صورتی که فرزند دارای مال و دارایی باشد، فراهم نمودن نفقه وی بر پدر واجب نمی‌باشد، بلکه پسر باید مصارف نفقه خود را از مال و دارایی خود فراهم نماید. ولی، در صورتی که فرزند دارای مال نباشد و توانایی کار و کسب درآمد را نیز نداشته باشد، فراهم نمودن نفقه وی بر پدر واجب نمی‌باشد.

در نتیجه، فرزند باید کار نماید و مصارف نفقه خود را از مایحصل درآمد کار خویش فراهم نماید. ولی، در صورتی که پسر و دختر از کار، و کسب درآمد عاجز باشند، نفقه آنها بر پدر واجب می‌گردد. عجز از کار، و کسب درآمد ممکن است در اثر عوامل چون: صغر سن، انوثت، مرض و تحصیل علم متحقق شود:

۱- صغر: منظور از صغیر، صغیری است که به حدی بزرگ نشده باشد که بتواند کار و کسب درآمد نماید. هرگاه صغیر به سن بلوغ برسد، پدر باید وی را به کار بگمارد تا از طریق کار، و کسب

۱۰۰۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۷۴۱۲؛ عبدالرحمن الجزایری (\_\_\_\_). الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد (۳)، پشاور: چاپ کتابخانه وحیدی، ص ۴۵۰؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهیة، جلد (۴۰)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیة، صص ۷۸ و ۷۹؛ و عبدالحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانیہ، ص ۲۴۰.

درآمد، نفقه خویش را تأمین نماید. بنابراین، هرگاه دختر و پسرکار نمایند و عاید آنها مصارف آنها را تکافونکنند، فراهم نمودن بقیه مصارف بر پدر واجب است. بنابراین، نفقه پسر کبیر بر پدر واجب نیست، مگر اینکه از کار، و کسب درآمد به سبب جنون، عته و مرض مانند: قطع اعضای بدن از قبیل: دست، پا یا شل و کور بودن عاجز باشد.

۲- انوشت: فراهم نمودن نفقه دختر صغیره الی ازدواج بر پدر وی واجب است. بنابراین، زمانی که دختر ازدواج نماید، فراهم نمودن نفقه وی بر زوج واجب می گردد. هرگاه زوج وی را طلاق بدهد، نفقه وی دوباره بر پدر او لازم می گردد. در چنین موارد، پدر نباید وی را اجبار به کار، و کسب درآمد نماید، مگر این که کار مناسب باشد و وی را در معرض فتنه و فساد قرار ندهد. در صورتی که دختر کار نماید، نفقه وی از ذمه پدر ساقط می گردد، مگر این که عاید وی مصارف وی را تکافو نماید. هرگاه عواید ناشی از کسب و کار اولاد اعم از دختر و پسر بیشتر از مصارف نفقه آنها باشد، پدر باید عواید اضافی را الی رسیدن اولاد به سن بلوغ برای آنها ذخیره نماید و بعد از رسیدن به سن بلوغ به آنها مسترد نماید.

۳- مرض: هرگاه اولاد به مرض مصاب باشد به نحوی که مانع کار و کسب درآمد گردد مانند: فلج، جنون، عته و نظیر اینها، نفقه آنها بر پدر آنها واجب می باشد.

۴- حصول علم به گونه ای که مانع کار و کسب درآمد گردد: فرزند اعم از پسر و دختر در صورتی که متعلم و محصل باشد و حصول علم مانع کار و کسب درآمد گردد، نفقه وی بر پدرش واجب می باشد اعم از این که فرزند توانایی کار و کسب درآمد را داشته باشد یا خیر.

۳) اختلاف دین: به نظر فقهای حنابله عدم اختلاف دین اصول و فروع شرط تأمین نفقه است. ولی، به نظر جمهور فقهاء اختلاف دین شرط تأمین نفقه اولاد نیست به دلیل این قول خداوند عز و جل که می فرماید:

﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ - [البقره: ۲۳۳]

«برای کسانی که فرزند از آن او می باشد (پدر) واجب است به شیوه پسندیده مخارج (زندگی) لباس و پوشاک آنها را فراهم کند.».

این آیه دلالت می نماید که ولادت سبب ایجاب نفقه اولاد بر پدر آنها است فرق نمی کند دین آنها واحد باشد و یا متفاوت. زیرا، نفقه وسیله حیات و حیات امر مطلوب است هرچند توأم با کفر

باشد چراکه مال در حقیقت چندان اهمیت ندارد و خداوند ﷻ کافر و مسلمان را به صورت برابر رزق می دهد. ۱۰۰۸

فقها به اتفاق آراء بر این نظر اند که هرگاه پدر موجود، حیات و موسر و دارای کار و کسب درآمد باشد تأمین نفقه اولاد بر وی واجب است. بنابراین، پدر نباید شخصی دیگری را در فراهم نمودن نفقه اولاد شریک نماید به دلیل این قول خداوند ﷻ که می فرماید:

﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ - [البقره: ۲۳۳]

«برای کسانی که فرزند از آن او می باشد (پدر) واجب است به شیوه پسندیده مخارج (زندگی) لباس و پوشاک آنها را فراهم کند.».

ولی، در صورت عدم وجود پدر و نیز وجود وی و عدم توانایی وی بر انفاق میان فقهاء اختلاف نظر وجود دارد: فقهای حنفیه می گویند: در صورتی که پدر غایب و یا حاضر باشد، ولی معسر و یا فقیر باشد و به سبب مرض یا کبر سن و غیره قادر به کار و کسب درآمد نباشد، نفقه اولاد بر اصول توانگری که بعد از وی قرار دارد انتقال می یابد. به طور مثال، در صورت عدم موجودیت و یا مصاب بودن پدر به مرض یا کبر سن، فراهم نمودن نفقه اولاد بر پدر کلان در صورت موسر بودن انتقال می نماید اعم از اینکه اولاد مذکر باشد و یا مؤنث. بنابراین، نفقه صرف بر پدر کلان در صورت متمول بودن و یا صرف بر مادر در صورت متمول بودن واجب می گردد.

پدر کلان و یا مادر در صورتی که پدر موجود، معسر و فقیر و غیر مریض باشد، می تواند در حال یسار یا پولدار شدن به وی رجوع نمایند چرا که آنچه پدر کلان و یا مادر بر اولاد وی انفاق نموده است، بر پدر دین تلقی می گردد. در صورتی که پدر کلان و مادر موجود باشند، نفقه اولاد بر آنها برحسب میراث آنها است به نحوی که مادر باید ثلث و جد ثلثان نفقه را تأمین نماید. در صورتی که اقارب طفل غیر وارث و از جمله ذوی الارحام باشند، نفقه بر آنهاست که درجه قرابت آنها به طفل نزدیک است لازم است.

اما، در صورتی که درجه آنها مساوی باشد، نفقه طفل بر آنها به صورت مساوی لازم است. در صورتی که بعضی وارث و بعضی غیر وارث باشند، نفقه بر نزدیک ترین آنها لازم است هرچند وارث نباشند. در صورتی که درجه قرابت آنها مساوی باشد، نفقه صرف بر وارث لازم است.

۱۰۰۸. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۷۴۱۲؛ عبدالرحمن الجزايري (\_\_\_\_). الفقه على المذاهب الاربعه، جلد (۳)، پشاور: چاپ كتابخانه وحيدى، ص ۴۵۰؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۰)، كويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۷۹ و ۸۰؛ و محمد محي الدين عبد الحميد (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية في شريعة الاسلامية، لبنان: دارالعلوم العلميه للنشر، صص ۲۲۴-۲۲۷.

فقهای مالکیه می گویند: نفقه طفل صرف بر پدر لازم است. فقهای شافعیه می گویند: در صورتی که پدر غیر موجود و یا عاجز باشد، نفقه طفل صرف بر اصول از طبقه ذکور لازم است. به حیث مثال، هرگاه پدر کلان، مادر، مادر کلان پدر و مادر موجود باشند، نفقه طفل بر پدر کلان مادر لازم است. فقهای حنابله می گویند: در صورت عدم موجودیت پدر طفل، نفقه طفل بر وارث لازم است. پس، در صورتی طفل وارث متعدد داشته باشد، نفقه طفل به اندازه سهم آنها بر هر یک لازم

می گردد. زیرا، خداوند عز و جل می فرماید:

﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ﴾<sup>۱۰۰۹</sup> - [البقره: ۲۳۳] و سپس می فرماید: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلَ ذَلِكَ﴾<sup>۱۰۱۰</sup> - [البقره: ۲۳۳] خداوند عز و جل نفقه رضاع را بر پدر واجب گردانیده و سپس وارث را بر آن عطف نموده است. بنابراین، آنچه بر والد واجب می گردد بر وارث نیز واجب می گردد.<sup>۱۰۱۱</sup>

۱۰۰۹. «برای کسانی که فرزند از آن او می باشد (پدر) واجب است به شیوه پسندیده مخارج (زندگی) لباس و پوشاک آنها را فراهم کند.»  
 ۱۰۱۰. «و مانند همین [احکام] بر عهده وارث [نیز] است.»  
 ۱۰۱۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۷۴۱۵-۷۴۱۷؛ (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۸۰ و ۸۱؛ محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شريعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، صص ۲۲۷-۲۲۹؛ و اسعد محمد سعید الصاغرچی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۲)، پاکستان: کتابخانه رشیدیہ، صص ۲۸۴ و ۲۸۵.

## فصل پنجم: ولایت بر مال و مال و نفس

یکی دیگر از حقوق مالی طفل بر والدین حق ولایت بر اموال است که نویسندگان ق. م احکام آن را در مواد ۲۶۸ الی ۲۸۸ ق. م تنظیم نموده اند. تعریف و انواع ولایت و ولایت بر نفس در جلد اول این کتاب بیان شد. بنابراین، در این جلد ولایت بر اموال و مال و نفس صغار را مورد مطالعه قرار می دهیم:

### مبحث اول) تعریف، هدف و سبب ولایت بر مال

ولایت بر مال عبارت از سرپرستی و اداره امور مالی و به کارگیری و دخل و تصرف مطلوب و حفظ ثروت و دارایی قاصرینی است که خود توانایی علمی، فکری و جسمی لازم را برای اداره آن ندارند. بنابراین، ولایت نوع مسؤولیت و امانتداری است که هدف از آن تحقق مصالح و محافظت از اموال اطفال، مجانین و معتوهین است. سبب ولایت بر مال ابوت و قضاء است. از ناحیه ابوت ولی ولایت بر مال پدر، و وصی پدر، پدر کلان و وصی پدر کلان است. زیرا، پدر کلان به نظر حنفیه در صورت عدم وجود پدر، پدر و قایم مقام پدر تلقی می گردد و وصی هر یک به نمایندگی از آنها از ولایت استفاده می نماید.

اما، از ناحیه قضاء، قاضی ولی طفل در صورت عدم موجودیت ولی و یا وصی از جهت ابوت تلقی می گردد. زیرا، چنانچه در جلد اول این کتاب بیان شد، قاضی ولی کسی است که ولی نداشته باشد و وصی قاضی از قاضی نمایندگی می نماید. اساس برتری اولیاء از نظر ترتیب وجود شفقت و محبت اولیاء نسبت به صغیر است. ثبوت ولایت بر اموال صغیر و امثال صغیر امر مشروع و معقول

است. زیرا، صغار از تدبیر امور مربوط به خویش عاجز اند و پدر و سایر اولیاء به سبب کمال عقل و رأی به این امر قادر اند.<sup>۱۰۱۲</sup>

### مبحث دوم) ترتیب اولیاء در ولایت بر اموال

براساس ماده ۲۶۸ فقره های اول و دوم ق. م: (۱) ولایت بر اموال ناقص اهلیت به درجه اول به پدر و ثانیاً به جد صحیح تعلق می گیرد مشروط بر این که از طرف پدر وصی تعیین نگردیده باشد؛ و (۲) در این صورت ولی و وصی نمی توانند، بدون اجازه محکمه با صلاحیت از سرپرستی اموال وی کناره گیری نمایند.». از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

(۱) ولایت بر اموال ناقص اهلیت در درجه اول به پدر و بعد به جد صحیح تعلق می گیرد. به هر نوع اهلیت شخص پیش از رسیدن به سن بلوغ و رشد کامل اهلیت ناقص گویند، مانند: اهلیت طفل غیر ممیز و ممیز. جد در لغت به معنی پدر کلان است<sup>۱۰۱۳</sup> که جمع آن اجداد است. جد بر دو نوع است: جد صحیح و جد فاسد. جد صحیح کسی است که در رابطه او با شخص متوفی مادر وجود نداشته باشد، مثل: پدر پدر و پدر پدر و بالاتر.<sup>۱۰۱۴</sup> به حیث مثال، اگر محمود به بلوغ نرسیده باشد اهلیت او ناقص است. در صورتی که محمود دارای مال باشد، در قدم نخست ولی او پدر او است.

(۲) پدر کلان (جد صحیح) در صورتی ولی طفل قرار می گیرد که از طرف پدر وصی برای طفل معین نشده باشد. بنابراین، در صورتی که پدر برای طفل ناقص اهلیت وصی معین کرده باشد، ولایت جد صحیح اعتبار ندارد. به حیث مثال، اگر محمود به بلوغ نرسیده باشد اهلیت او ناقص است. در صورتی که محمود دارای مال باشد، در قدم نخست ولی او پدر او است. در صورتی که پدر برای محمود وصی معین کرده باشد، ولایت بر اموال محمود به وصی پدر منتقل می شود. وصی در لغت به معنی وصیت شده است. در اصطلاح حقوقی، وصی شخصی است که برای حفظ مال و یا فرزندان شخص پس از مرگ او توسط شخص یا قاضی تعیین شده باشد.<sup>۱۰۱۵</sup>

(۳) در صورت عدم تعیین وصی، جد صحیح و در صورت تعیین وصی برای طفل ناقص اهلیت توسط پدر، وصی نمی تواند از سرپرستی اموال طفل کناره گیری نمایند. بنابراین، ولی و وصی نمی

۱۰۱۲. محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجدیدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۴۴۹ و ۴۵۰.

۱۰۱۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۸۱.

۱۰۱۴. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۷۵۶-۷۷۵۸؛ و محمد بکر اسماعیل (۱۴۱۰). الفقه الواضح، جلد (۲)، مكة المكرمة: دارالمنار للنشر و التوزیع، صص ۶۴۸ و ۶۴۹.

۱۰۱۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۸۸.

توانند بدون اجازهٔ محکمهٔ ذیصلاح از سرپرستی اموال طفل کناره‌گیری نمایند. به نظر می‌رسد دلیل عدم کناره‌گیری وصی و ولی این است که ولایت و سرپرستی اموال طفل از مصادیق ولایت قهری است و ولی به حکم قانون تعیین می‌گردد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن اموال طفل و بیان ترتیب ولی مالی طفل است.

### مبحث سوم) شروط ولی در ولایت بر اموال

براساس مادهٔ ۲۶۹ ق.م: «ولی وقتی می‌تواند از حقوق متعلق به ولایت استفاده نماید که واجد اهلیت کامل در مورد استفاده از عین حقوق متعلق به اموال خود باشد». نص این ماده مبهم به نظر می‌رسد. طبق نص این ماده برای برخورداری از ولایت بر مال دو شرط وجود دارد. نخست این که ولی کامل‌الاهلیت باشد. کامل‌اهلیت شخصی است که سن رشد را تکمیل نموده و دارای صحت عقل باشد. سن رشد هجده سال مکمل هجری شمس است. دوم این که عبارت «استفاده از عین حقوق متعلق به اموال خود باشد» مبهم به نظر می‌رسد.

به نظر می‌رسد منظور قانونگذار مدنی این است که ولی بتواند در اموال خویش تصرف نماید. بنابراین، ولی باید از یکطرف واجد اهلیت باشد و از طرف دیگر بتواند از اموال خویش استفاده نماید. بنابراین، ولی نباید محجور علیه باشد. به حیث مثال، اگر احمد پسر بی‌نام محمود داشته باشد و احمد سی ساله باشد، اما سفیه یا مجنون گردد، نمی‌تواند بر مال محمود ولایت داشته باشد. زیرا، احمد محجور علیه است و نمی‌تواند بر مال خویش تصرف نماید. در صورتی که احمد نتواند بر مال خویش تصرف نماید، به صورت اولی نمی‌تواند بر مال محمود تصرف نماید. در صورت تصرف، بر مولی علیه ضرر می‌رسد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط ولایت بر مال است.

### مبحث چهارم) تصرفات پدر و پدرکلان

طبق مادهٔ ۲۷۰ ق.م: «ولی به منظور اداره و سرپرستی اموال اشخاص تحت ولایت خود، می‌تواند مطابق به احکام مندرج این قانون تصرف نماید». هدف قانونگذار مدنی در این ماده مقید نمودن صلاحیت‌های پدر، وصی پدر و جد صحیح است. در روشنایی این ماده، صلاحیت پدر و سپس پدرکلان را در ق.م مورد مطالعه قرار می‌دهیم:

۱) صلاحیت‌های پدر در ق.م: طبق ق.م پدر نمی‌تواند اعمال ذیل را انجام دهد:

۱- تبرع مال صغیر مگر به اجازهٔ محکمه: طبق مادهٔ ۲۷۲ ق.م: «ولی نمی‌تواند اموال اشخاص تحت ولایت خود را بدون اجازهٔ محکمه با صلاحیت به احدی تبرع نماید». طبق نص این ماده



ولی حق ندارد اموال مولی علیه را به شخص دیگر تبرع نماید. تبرع از ریشه «برع» گرفته شده است که در لغت به معنی بخشیدن است.<sup>۱۰۱۶</sup>

به نظر می‌رسد تبرع عبارت از عمل حقوقی است که موجب ایجاد تعهد برای یکی از طرفین می‌گردد، مانند: هبه،<sup>۱۰۱۷</sup> صدقه، وصیت، وقف، عاریت و امثال آن. اما، اگر محکمه ذیصلاح اجازه دهد ولی می‌تواند مال مولی علیه را تبرع نماید. به حیث مثال، اگر محمود پسر احمد باشد و محمود دارای مال باشد، احمد نمی‌تواند مال محمود را به جمشید تبرع نماید مگر این که در این خصوص محکمه ذیصلاح اجازه بدهد. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده حمایت مصلحت طفل است.

۲- تصرف ولی بدون اذن محکمه در مال مولی علیه به نحوی که نفع ولی یا زوجه یا فروع ولی تا درجه چهارم مضمّر باشد: براساس ماده ۲۷۳ ق. م فقرة اول: «(۱) ولی نمی‌تواند بدون اجازه محکمه با صلاحیت در اموال غیر منقول اشخاص تحت ولایت خود چنان تصرفات نماید که نفع خود ولی یا زوجه یا اقارب شان تا درجه چهارم در آن مضمّر باشد». از نص این ماده به خوبی استنباط می‌گردد که ولی نمی‌تواند در اموال غیر منقول مولی علیه چنان تصرفاتی نماید که نفع خود ولی، زوجه ولی و اولاد آنها تا درجه چهارم (فرزند، نواسه، نواسه فرزند و نواسه نواسه) مضمّر باشد. منظور از اموال غیر منقول، چنانچه تفصیل آن در جلد حقوق عینی خواهد آمد، اموالی است که نقل و انتقال آن از یک جا به جای دیگر ممکن نیست، مانند خانه و زمينه. منظور از تصرفات انجام عقد و ایقاع است. مضمّر اسم مفعول از ریشه «ضمّر» گرفته شده است که در لغت به معنی نهفته، پنهان و ناپیدا است. در اصطلاح حقوق مدنی، مضمّر به وصف و یا خصلتی چیزی گویند که پنهان و ناپیدا است.<sup>۱۰۱۸</sup> باوجود این در صورتی که محکمه ذیصلاح اجازه اعطا نماید ولی می‌تواند چنین تصرفی را انجام دهد.

به حیث مثال، اگر محمود تحت ولایت احمد پدر یا جمشید پدر کلان خویش قرار داشته باشد و دارای مال غیر منقول مانند خانه، زمین، باغ و نظیر اینها باشد، احمد یا جمشید نمی‌تواند این اموال را به زوجه ای خویش هبه نماید. عبارت اقارب تا درجه چهارم به نظر می‌رسد که شامل اقارب ولی فروعاً تا درجه چهارم می‌شود مانند فرزند (درجه اول)، فرزند فرزند (درجه دوم) فرزند فرزند فرزند (درجه سوم) و فرزند فرزند فرزند فرزند (درجه چهارم). بنابراین، احمد یا جمشید در نص این ماده

۱۰۱۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۶۹۶.

۱۰۱۷. به نظر می‌رسد تبرع عمل حقوقی (عقد و ایقاع) و هبه عقد است. بنابراین، فرقی که میان تبرع و هبه وجود دارد این است که هر هبه تبرع است اما هر تبرع هبه نیست. زیرا تبرع علاوه بر هبه شامل سایر تصرفات حقوقی غیر معوض مانند وصیت، وقف، صدقه و نظیر اینها می‌شود.

۱۰۱۸. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۸۷۳.

نمی تواند اموال غیر منقول مولی علیه تحت ولایت را به فرزندان خویش الی درجه چهارم، به حیث مثال، هبه یا وصیت نمایند مگر این که محکمه ذیصلاح اجازه دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده حمایت مصلحت طفل و جلوگیری از سوء استفاده ولی از مال غیر منقول مولی علیه به نفع ولی است.

**۳- رهن اموال عقار مولی علیه:** براساس ماده ۲۷۳ ق.م: «(۲) همچنین ولی نمی تواند اموال غیر منقول اشخاص تحت ولایت خود را در عوض دینی که بر ذمه ولی باشد به رهن بگذارد.» رهن عقدی است به موجب آن مالی وثیقه دین قرار می گیرد.<sup>۱۱۹</sup> از نص این ماده به خوبی بر می آید که ولی نمی تواند اموال عقار اعم از زمین، خانه و باغ مولی علیه را در برابر دینی که دیگری به ذمه ولی دارد، به رهن دهد. زیرا این امر موجب ضرر رسیدن به مولی علیه می گردد. به حیث مثال، اگر محمود تحت ولایت احمد قرار داشته باشد و احمد قرضدار جمشید باشد، احمد نمی تواند مال غیر منقول مانند باغ، خانه، زمین و نظیر اینهای محمود را به جمشید در برابر دینی که جمشید بر احمد دارد به رهن دهد.

دلیل این قاعده این است که هرگاه رهن دهنده (در این فرض احمد) نتواند دین خویش را بپردازد، جمشید (رهن گیرنده در این فرض) می تواند آن را به فروش رساند و از پول فروش آن دین خویش را حاصل نماید. در این صورت، مولی علیه (در این مثال محمود) متضرر می شود. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن اموال غیر منقول طفل و جلوگیری از سوء استفاده های احتمالی ولی است.

**۴- تصرف در اموال غیر منقول مولی علیه:** طبق ماده ۲۷۴ ق.م: «پدر نمی تواند بدون اجازه محکمه با صلاحیت در اموال غیر منقول، تجارتخانه و اوراق و اسناد مالی و بهادار اشخاص تحت ولایت خود که بیش از بیست هزار افغانی قیمت داشته باشد، تصرف نماید. در همچو موارد محکمه از اصدار حکم مبنی بر جواز تصرف وقتی امتناع می ورزد، که تصرف پدر در اموال اشخاص تحت ولایت سبب اتلاف و یا غبن بیش از خمس قیمت مال مذکور گردد.» اوراق بهادار یک وسیله مالی قابل داد و ستد در بازار است که دارای ارزش مالی می باشد، مانند: اوراق قرضه و سهام قرضه، اوراق حقوق صاحبان سهم و نظیر اینها.<sup>۱۲۰</sup>

طبق نص این ماده پدر نمی تواند بدون اجازه محکمه با صلاحیت در اموال غیر منقول مانند خانه، زمین، باغ و نظیر اینها، تجارت خانه، اوراق اسناد مالی و بهادار مولی که قیمت آن بیش از بیست

۱۰۱۹. عبدالفتاح عبدالله البرشومی، (۱۴۲۴). احکام الرهن و الشفعة فی الفقه الاسلامیة، چاپ دوم، الازهر، ص

۶.

هزار افغانی باشد تصرف نماید. تصرف شامل عقد و ایقاع می شود. بنابراین، پدر نمی تواند در اموال عقار، تجارت خانه و اسناد بهادار مولی علیه که قیمت آن بیشتر از بیست هزار افغانی باشد تصرف نماید. به حیث مثال، مال عقار و اسناد بهادار را بفروشد، هبه نماید، در آن وصیت نماید و سایر تصرفات را انجام دهد.

همچنین، طبق نص این ماده در صورتی تصرف پدر موجب تلف شدن و یا غبن بیش از خمس قیمت اموال غیرمنقول، تجارت خانه، اوراق اسناد مالی و بهادار مولی علیه گردد به محکمه صلاحیت می دهد تا از جواز تصرف امتناع ورزد. امتناع در لغت پرهیز، اجتناب، خودداری، استتکاف، ابا و سرباز زدن است.<sup>۱۰۲۱</sup> عبارت «غبن بیش از خمس قیمت» در این ماده مبهم است. غبن به معنای کاستی، نقص، خدعه و زیان زدن است.<sup>۱۰۲۲</sup> به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی از «غبن بیش از خمس قیمت» نقصان و زیان بیشتر از پنج فیصد در اموال غیرمنقول، تجارت خانه، اوراق اسناد مالی و بهادار مولی علیه است.

به حیث مثال، اگر احمد پسری به نام محمود داشته باشد و محمود تجارتخانه، اموال عقار و اسناد بهادار داشته باشد، احمد نمی تواند در تجارت خانه تصرف نماید مگر به اجازه محکمه ذیصلاح. همچنین، احمد نمی تواند عقار و اسناد بهادار محمود را که بیشتر از بیست هزار افغانی قیمت داشته باشد به فروش رساند، هبه نماید، وصیت نماید و سایر تصرفات را انجام دهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از سوء استفاده پدر و مورد حمایت قرار دادن اموال طفل تحت ولایت است.

**۵- قرض، اجاره دادن، تجارت و قبول نمودن هبه یا وصیت ولی که همراه (توأم) با تعهد باشد:** طبق ماده ۲۷۶ ق. م: «ولی نمی تواند در اموال اشخاص تحت ولایت خود بدون اجازه محکمه باصلاحیت تصرفات ذیل را به عمل آورد: (۱) قرض دادن یا قرض گرفتن؛ (۲) اجاره دادن به مدتی که بعد از رسیدن به سن رشد دوام نماید؛ (۳) دوام دادن به تجارتي که به شخص ناقص اهلیت تعلق بگیرد؛ و (۴) قبول نمودن هبه یا وصیتی که توأم با تعهدات معین باشد.» از نص این ماده شش حکم قابل استنباط است:

۱۰۲۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۴۵.

۱۰۲۲. وهمة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۰۷۲ و (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۱)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۱۳۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۵۳.

- قرض به معنی بریدن، قطع کردن وام دادن و پاداش دادن است. فقهای حنفیه در تعریف قرض گفته اند: قرض عبارت از عقد مخصوصی است که به موجب آن مال مثلی به قصد باز پس گرفتن به دیگری داده می شود.<sup>۱۰۲۳</sup> ولی نمی تواند اموال مولی علیه را به دیگری به قرض دهد مگر به اجازه محکمه ذیصلاح، زیرا این امر موجب ضرر رسانیدن به مولی علیه می گردد. به حیث مثال، اگر محمود تحت ولایت احمد قرار داشته باشد، احمد نمی تواند اموال محمود را به جمشید به قرض بدهد مگر این که محکمه ذیصلاح در این مورد اجازه بدهد.

- ولی نمی تواند به نام و حساب مولی علیه از دیگری قرض بگیرد مگر به اجازه محکمه ذیصلاح. به حیث مثال، اگر محمود تحت ولایت احمد قرار داشته باشد، احمد نمی تواند به نام و حساب محمود از جمشید و شخص دیگری قرض بگیرد مگر این که محکمه ذیصلاح اجازه بدهد.

- اجاره از ریشه «اجر» گرفته شده است که در لغت به چیزی را کرایه دادن و نیز بیع منفعت است. فقهای حنفیه در تعریف اجاره گفته اند: اجاره عقدی است که بر منافع در برابر عوض واقع می گردد.<sup>۱۰۲۴</sup> ولی نمی تواند اموال منقول و عقار مولی علیه را به دیگری برای مدتی به اجاره بدهد که بعد از رسیدن به سن رشد مولی علیه دوام نماید مگر به اجازه محکمه ذیصلاح، زیرا در صورت رسیدن مولی علیه به سن رشد، ولایت ولی ختم می شود و، ولی مکلف است اموال مولی علیه را به وی رد نماید و اجاره مانع رد اموال به مولی علیه می گردد مگر اینکه مدت آن ختم شود. سن رشد طبق ماده ۳۹ ق. م هجده سال مکمل هجری شمسی است.

به حیث مثال، اگر محمود تحت ولایت احمد قرار داشته باشد و محمود پانزده ساله باشد و مالک زمین باشد، احمد نمی تواند زمین محمود را برای مدت پنج سال به اجاره بدهد. زیرا، مدت اجاره بیشتر از سن رشد محمود دوام می نماید.

- فقره ۳ ماده ۲۷۶ ق. م که تصریح می نماید: «دوام دادن به تجارتي که به شخص ناقص اهلیت تعلق بگیرد» مبهم است. برخی حقوقدانان در این خصوص چنین مثال می آورند: اگر ولی یک مقدار پول و اموال تجارتي شخص ناقص اهلیت تحت ولایت خود را برای مدت پانزده سال به

۱۰۲۳. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و ادلته، ج ۵، صص ۳۷۸۵ و ۳۷۸۶؛ و \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۳)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۱۱۱؛ سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۴) ايران، انتشارات محمدي سقر، ص ۲۶۹؛ مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فكر، صص ۱۵۱۹ و ۱۵۲۰.

۱۰۲۴. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۵)، كويت: انتشارات مكتب رشيديه، صص ۳۸۰۳-۳۸۰۵؛ مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۶۲؛ و سيد سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهيمي، جلد (۴) ايران، انتشارات محمدي سقر، صص ۲۹۲ و ۲۹۳.

مضاربت به شخص دیگر بدهد، در این صورت، شخص ناقص اهلیت به سن رشد می رسد و اموال او باید به او سپرده شود. در این صورت، دوام مضاربت به شخص ناقص اهلیت تعلیق می گیرد.<sup>۱۰۲۵</sup>

- هبه از ریشه «وهب» گرفته شده است که در لغت به معنای انعام، بخشش، بخشیدن و دادن چیزی برای کسی بدون عوض است. در اصطلاح حقوقی و فقهی هبه عبارت از عقدی است که به موجب آن يك نفر مالی را مجاناً به شخص دیگری در زمان حیات تملیک می کند.<sup>۱۰۲۶</sup> ولی نمی تواند هبه را قبول نماید که توأم یا همراه با تعهد باشد، مانند این که هبه در برابر عوض باشد. به حیث مثال، اگر اگر محمود تحت ولایت احمد قرار داشته باشد و جمشید بگوید موتر خویش را به محمود هبه می نمایم به شرطی که ولی زمین محمود را به من بفروش رساند. پذیرش این هبه همراه به قبول تعهد است. بنابراین، ولی نمی تواند این هبه را بپذیرد. زیرا، امکان دارد در فروش زمین محمود، به او ضرر برسد.

- وصیت از ریشه «وصی» گرفته شده است که در لغت به معنای عهد، فرمان دادن و در نبود کسی به کاری پرداختن است. همچنین، وصیت در لغت به معنای عهد با دیگری در انجام کاری در حال حیات و یا پس از وفات است.<sup>۱۰۲۷</sup> فقهای حنفیه در تعریف وصیت گفته اند که: به تملیک تبرعی مضاف به پس از مرگ وصیت گویند.<sup>۱۰۲۸</sup> ولی نمی تواند وصیتی را قبول نماید که توأم یا همراه با تعهد باشد. به حیث مثال، اگر محمود تحت ولایت احمد قرار داشته باشد و جمشید زمین خویش را به محمود وصیت نماید به شرط این که جمشید آن را به فروش نرساند، ولی نمی تواند این وصیت را بپذیرد. زیرا، این وصیت همراه با تعهد است. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق و مصلحت طفل و جلوگیری از سوء استفاده های احتمالی ولی به نظر می رسد.

۱۰۲۵. یادگار راجی سمنگانی (\_\_\_\_). تشریح و توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد اول: باب تمهیدی، (\_\_\_\_)، ص ۲۲۲.

۱۰۲۶. \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۲)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۲۰؛ وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۳۹۸۰؛ محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۵)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، کلمه ۱۴۹۲۰؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۲۲۵۶ و ۲۲۵۷.

۱۰۲۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۷۵.

۱۰۲۸. سید حسن امامی (۱۳۷۷). حقوق مدنی، جلد (۳)، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیة، ص ۶۳؛ وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۴۳۹-۷۴۴۰؛ \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۲۱؛ و حمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۱۴ و ۱۵.

۶- اجازه صغیری که به سن شانزده سالگی رسیده است به تجارت توسط ولی به اذن محکمه: ماده ۲۷۷ فقره های اول و دوم ق. م در این باره می گوید: «(۱) هرگاه صغیر به سن (۱۶) سالگی رسیده باشد، ولی می تواند به اجازه محکمه با صلاحیت مبلغی را برای تجارت به دسترس وی بگذارد؛ و (۲) اذن به تجارت، خواه مطلق باشد یا مقید، با وفات یا عزل ولی از بین نمی رود.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

- هرگاه صغیر به سن شانزده سالگی برسد، ولی می تواند مبلغی را برای تجارت به اجازه محکمه ذیصلاح به دسترس وی برای تجارت قرار دهد. تجارت در لغت به معنی داد و ستد، خرید و فروش هر نوع کالا، بازرگانی و سوداگری است.<sup>۱۲۹</sup> به نظر می رسد می توان معنی اصطلاحی تجارت را از معنی لغوی آن استخراج کرد. بنابراین، به نظر می رسد در اصطلاح حقوقی، تجارت عبارت از خرید و فروش کالاها است. در این فرض، هنوز طفل صغیر به سن رشد که هجده سال مکمل شمسی است نرسیده است. شخصی زمانی می تواند در اموال خویش تصرف نماید که به سن رشد برسد و دارای صحت عقل باشد. به حیث مثال، اگر احمد ولی محمود باشد و محمود دارای مال باشد، احمد می تواند، به حیث مثال، ده لک افغانی از پول محمود را به دسترس محمود قرار دهد تا با آن صرافی، خرید و فروش و سایر انواع تجارت را انجام دهد.

- اذن در لغت به معنی اجازه و رخصت دادن است. در اصطلاح حقوقی به نظر می رسد اجازه عبارت از موافقت کردن با کاری است که کسی شخصی قصد انجام آن را دارد.<sup>۱۳۰</sup> اذن می تواند مطلق باشد. به حیث مثال، احمد به محمود بگوید با بیست لک افغانی می توانی هر نوع تجارت را چه در داخل کشور چه در خارج کشور انجام دهی. اجازه می تواند مشروط به شرایط توسط محکمه ذیصلاح و یا ولی گردد. به حیث مثال، احمد به محمود بگوید با بیست لک افغانی در شهر کابل صرافی نما. در این فرض، تجارت مقید به صرافی در کابل است. اذن چه مطلق باشد یا مقید با فوت و یا عزل ولی از بین نمی رود. عزل در لغت به معنی بیکار کردن، برکنار کردن، از کار بازداشتن، اخراج و انفصال است.<sup>۱۳۱</sup>

- طبق ماده ۲۷۸ ق. م ماده ۲۷۸ ق. م: «تصرفات صغیر مآذون در حدودی که محکمه با صلاحیت در اموال وی مجاز قرار داده است، به منزله تصرف شخص است که به سن رشد رسیده باشد.» نص این ماده مرتبط به ماده ۲۷۷ ق. م است. تصرفات شامل عقد و ایقاع می شود. صغیر مآذون مرکب از دو کلمه است: صغیر و مآذون. مآذون اسم مفعول از ریشه «اذن» گرفته شده است

1029. <https://www.vajehyab.com> (۱۲/۱۰/۲۰۱۷) (آخرین بازدید ۱۲/۱۰/۲۰۱۷).

1030. Ibid, (Last visit: 17/1/2016).

1031. Ibid, (۲۰۱۶/۸/۳۱) (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۸/۳۱).

که در لغت به معنی اجازه داده شده است. در اصطلاح حقوق مدنی، صغیر مأذون عبارت از صغیری است که توسط محکمه ذیصلاح اجازه تجارت دریافته کرده باشد.

طبق نص این ماده تصرفات یعنی عقد ها و ایقاع های صغیر مأذون در حکم تصرفات شخص رشید است. بنابراین، طبق نص این ماده صغیر مأذون رشید حکمی تلقی می گردد و تصرفات او مانند شخص رشید نافذ است. به حیث مثال، اگر محمود تحت ولایت احمد قرار داشته باشد و دارای مال باشد و سن شانزده سالگی را تکمیل نماید و احمد به اجازه محکمه ذیصلاح بیست لک افغانی به محمود بدهد و بگوید با این بیست لک افغانی تجارت نما و محمود با این پول تجارت نماید، تجارت محمود نافذ است و متوقف بر تأیید احمد نیست. زیرا، محمود طبق نص این ماده رشید حکمی تلقی می گردد.

۷- تأمین نفقه ولی از اموال مولی علیه: براساس ماده ۲۸۲ ق. م: «ولی می تواند از مال شخص تحت ولایتش نفقه خود و یا شخص دیگری را تأمین نماید مشروط بر اینکه قانوناً نفقه شان در مال شخص مذکور لازم دانسته شود.» نص این ماده مرتبط به ماده ۲۶۴ ق. م است. این ماده می گوید: «نفقه والدین، اجداد و جداتی که فقیر باشند خواه توان کسب و کار داشته باشند یا نه، به دوش فرزندی است که موسر باشد خواه فرزند پسر باشد یا دختر، صغیر باشد یا کبیر.» اگر این دو ماده را جمع و تفسیر ساختاری - منطقی نماییم این نتیجه به دست می آید که مولی علیه مکلف نیست نفقه ولی و سایر اقارب که نفقه آن از مال مولی علیه تأمین می شود تأمین نماید، بلکه از مال مولی علیه نفقه ولی و اشخاص دیگر مانند مادر، مادر کلان ها باید تأمین شود.

به نظر می رسد نص این ماده ناظر بر موردی است که ولی توانایی کار و کسب عاید را نداشته باشد و خود نیز دارای مال نباشد که در این صورت ولی می تواند نفقه خود را و سایر اشخاص را از مال مولی علیه که قانوناً مستحق نفقه می گردند تأمین نماید. به حیث مثال، اگر احمد پسری به نام محمود داشته باشد و احمد وفات نماید و مال و دارای فراوان به محمود به جا گذارد و محمود تحت ولایت پدر کلان خویش قرار گیرد، پدر کلان می تواند از مال محمود نفقه خود و سایر اقارب مانند مادر کلان محمود را تأمین نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق ولی است.

۸- انعقاد عقد توسط پدر یا خود به حساب صغیر: براساس ماده ۲۷۹ ق. م: «پدر می تواند عقدی را به اسم شخص تحت ولایت خویش به حساب خود یا شخص دیگری انجام دهد مگر اینکه قانون خلاف آن حکم کرده باشد.» عبارت «به اسم شخص تحت ولایت خویش به حساب خود یا شخص دیگر» در این ماده مبهم به نظر می رسد. در نگاه اول به نظر می رسد منظور

قانونگذار مدنی این است که پدر می تواند عقد را به نام طفل منعقد نماید و اثر عقد متوجه پدر و یا شخص دیگری که پدر تعیین می نماید گردد، اما اگر اندکی دقت نماییم در این صورت نص این ماده بی معنی می شود، زیرا این امر فایده ندارد که پدر به نام طفل و به حساب خود عقدی را منعقد نماید. برخی نویسندگان در این خصوص چنین مثال می آورند:

- پدر می تواند یک حویلی قابل سکنی مملوکه و ذوالیدی خویش را طور هبه و تملیک بلاعوض برای پسر صغیر تحت ولایت خود عند المحکمه از اقرار خویش به مقررله بودن پسر صغیر خویش ولایتاً انجام دهد.

- پدر می تواند موازی یک جریب زمین مزروعی مملوکه متصرف احمد شخص دیگری را در بدل ثمن مناسب مثل از اقرار احمد بایع و به مشتری و مقرر له بودن پسر صغیر تحت ولایت خود عند المحکمه انجام دهد.<sup>۱۰۳۲</sup> این دو مثال واضح و مفهوم به نظر نمی رسند.

۹- طبق ماده ۲۷۱ ق.م: «هرگاه به اشخاص ناقص اهلیت مالی تبرع گردیده و چنان شرط گذاشته شده باشد که مال مذکور تحت ولایت ولی قرار داده نشود، استثناءً چنین مال از تحت ولایت ولی خارج ساخته می شود.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که هرگاه مالی برای اشخاص ناقص اهلیت تبرع شود و شرط گذاشته شود، این مال تحت ولایت ولی قرار داده نشود، این مال به طور استثنایی از حیطة ولایت ولی خارج می شود. در نتیجه، برای اداره چنین مال وصی متبرع تعیین می گردد. منظور از شخص ناقص اهلیت طفل صغیر ممیز یا صغیر ممیز است. تبرع از ریشه «برع» گرفته شده است که در لغت به معنی بخشیدن است.<sup>۱۰۳۳</sup>

به نظر می رسد تبرع عبارت از عمل حقوقی است که موجب ایجاد تعهد برای یکی از طرفین می گردد، مانند: هبه، صدقه، وصیت، وقف، عاریت و امثال اینها. به حیث مثال، اگر احمد به محمود چهار ساله (صغیر غیر ممیز) موتر را هبه نماید و شرط گذارد که این مال تحت ولایت پدر احمد قرار نگیرد، این شرط متبرع مدار اعتبار است. در این صورت، محکمه می تواند برای این مال وصی متبرع تعیین نماید و مال تحت وصایت وصی متبرع قرار داده شود. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق طفل است. زیرا، امکان دارد شخص به طفل مالی را تبرع نماید، اما بر ولی اعتماد نداشته باشد.

۱۰۳۲. یادگار راجی سمنگانی (\_\_\_\_). تشریح و توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد اول: باب تمهیدی، (\_\_\_\_)، ص ۲۲۹.

۱۰۳۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۹۶.



۲) صلاحیت های پدر کلان طبق ق. م: طبق ق. م پدر کلان نمی تواند اعمال ذیل را بر اموال مولی علیه انجام دهد:

۱- عدم صلاحیت پدر کلان مبنی بر صلح و تقلیل تأمینات مال طفل صغیر: طبق ماده ۲۸۰ ق. م: «پدر کلان نمی تواند بدون اجازه محکمه با صلاحیت در مورد اموال شخص تحت ولایت خود تصرف یا صلح مبنی بر ضرر نموده یا از تأمینات آن انصراف و یا در تأمینات تقلیل به عمل آرد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

نخست این که پدر کلان نمی تواند بدون اجازه محکمه ذیصلاح در اموال مولی علیه تصرفی نماید که موجب ضرر مولی علیه گردد. چنانچه گفته شد، منظور از تصرف انجام عقد و ایقاع است. به حیث مثال، پدر کلان نمی تواند مال مولی علیه را به فروش رساند، هبه نماید، وصیت نماید، وقف نماید و سایر تصرفات را انجام دهد. زیرا، این تصرفات موجب خروج مال از ملکیت مولی علیه می گردد و موجب ورود ضرر به مولی علیه می شود. این اصل است. استثنای این اصل است این است که محکمه به پدر کلان این صلاحیت را اعطا نماید.

دوم این که پدر کلان نمی تواند بدون اجازه محکمه ذیصلاح در مورد اموال مولی علیه صلحی نماید که موجب ضرر مولی علیه گردد. به حیث مثال، اگر احمد پدر کلان محمود باشد و احمد با جمشید در خصوص زمین منازعه داشته باشد، احمد نمی تواند خانه محمود را در برابر صلح به جمشید دهد. زیرا، این امر موجب خروج مال از ملکیت محمود و موجب ورود ضرر به محمود می گیرد. این اصل است. استثنای این اصل این است که قاضی محکمه ذیصلاح به احمد این صلاحیت را اعطا نماید.

سوم این که پدر کلان نمی تواند از تأمینات مال مولی علیه انصراف ورزد و یا تأمینات را تقلیل (کاهش) دهد. به نظر می رسد منظور از تأمینات تضمینات است مانند ضامن (کفیل) و رهن مانند که: شخص در برابر مال مولی علیه شخصی را به به عنوان کفیل معین نموده باشد و یا مالی را به عنوان رهن گذاشته باشد. به حیث مثال، اگر احمد پدر کلان محمود باشد و محمود بر جمشید دین داشته باشد و جمشید حمید را به عنوان ضامن به محمود بدهد، احمد نمی تواند از گرفتن ضامن انصراف ورزد. زیرا، این امر موجب تضییع محمود می گردد مگر این که قاضی ذیصلاح به احمد اجازه اعطا نماید. همچنین، اگر جمشید ده لک از محمود قرضدار باشد و هشت بسوه زمین خویش را به محمود به رهن بدهد، احمد نمی تواند رهن را تقلیل دهد، به حیث مثال، به جمشید بگوید به عوض هشت بسوه زمین چهار بسوه زمین را به رهن دهید. این اصل است. استثنای این اصل این است که قاضی محکمه ذیصلاح به احمد این صلاحیت را اعطا نماید. به نظر می رسد هدف

قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق مولی علیه و جلوگیری از سوء استفاده احتمالی ولی و نظارت استصوابی قاضی است.

**۲- عدم تصرف ولی در اموال مولی علیه در صورت وصیت مؤثر مولی علیه:** طبق ماده ۲۷۵ ق.م: «هرگاه مورث شخص ناقص اهلیت به عدم تصرف ولی در اموال موروثه وصیت نموده باشد، ولی نمی تواند بدون اجازه و نظارت محکمه با صلاحیت در آن تصرف نماید.» نص این ماده مبهم به نظر می رسد. مؤثر اسم مفعول از ریشه ورث گرفته شده است که در لغت به معنی ارث گذار است. در اصطلاح حقوق مدنی مؤثر شخص متوفی است. موروثه اموال و حقوقی است که از مؤثر باقی مانده است. طبق نص این ماده در صورتی که مؤثر شخص ناقص اهلیت یعنی طفل غیر ممیز و ممیز وصیت نماید تا ولی در اموال موروثه تصرف ننماید، ولی نمی تواند بدون اجازه و نظارت محکمه ذیصلاح در آن تصرف نماید. منظور از تصرف انجام عقد و ایقاع است. مؤثر طبق نص این ماده می تواند هر شخصی باشد که وفات نماید و طفل ناقص اهلیت او از او ارث ببرد، مانند مادر، پدر کلان، پدر و سایر اشخاصی که با شخص ناقص اهلیت قرابت نسبی دارند.

به حیث مثال، اگر احمد ده ساله باشد و مادر احمد وفات نماید و مادر احمد وصیت نماید که پدر یا پدر کلان احمد در موروثه احمد تصرف ننماید، پدر و پدر کلان احمد نمی توانند در موروثه تصرف نمایند مگر این که محکمه ذیصلاح اجازه دهد. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی در این ماده مورد حمایت قرار دادن شخص ناقص اهلیت و جلوگیری از سوء استفاده های احتمالی ولی، احترام به وصیت مؤثر و نظارت استصوابی قاضی است.

### مبحث پنجم) مکلفیت های ولی

طبق ق.م ولی به تعهدات ذیل است:

۱) مطابق ماده ۲۸۱ ق.م: «ولی مکلف است فهرست مکمل اموال متعلق به شخص تحت ولایت خود را در ظرف دو ماه از آغاز ولایت یا از تأریخی که شخص تحت ولایت، مالک دارایی گردیده است، ترتیب نموده و به اداره مربوط محکمه با صلاحیت تسلیم نماید.» طبق نص این ولی مکلف است فهرست اموال مولی علیه را در ظرف دو ماه از زمان آغاز ولایت و یا از تأریخ اکتساب دارایی توسط مولی علیه ترتیب و به محکمه ذیصلاح تسلیم نماید. به حیث مثال، اگر احمد هشت ساله باشد و محمود پدر یا پدر کلان پدری احمد به عنوان ولی او قرار گیرند، مکلف اند فهرست اموال مولی علیه را از تأریخ آغاز ولایت یا از تأریخی که مولی علیه مالک مال می گردد، ترتیب و به

محکمه ذیصلاح تقدیم نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در این ماده جلوگیری از سوء استفاده ولی و مورد حمایت قرار دادن مولی علیه است.

۲) طبق ماده ۲۸۷ ق. م: «پدر از خسارات ناشی از خطای فاحش خود بر اموال شخص تحت ولایت مسؤولیت دارد. مسؤولیت پدر کلان در این مورد عین مسؤولیت وصی می باشد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- پدر از خسارتی که در اثر خطای فاحش او بر اموال مولی علیه واقع می شود، مسؤولیت دارد. طبق یک نظریه قدیمی و مهجور خطا که تفصیل آن در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد، به سه دسته تقسیم می شود: خطای سنگین (فاحش) که عبارت از خطایی است که حتی از فرد غافل سر نمی زند. خطای سبک (یسیر) که عبارت از خطایی است که شخص معمولی مرتکب آن نمی شود. خطای بسیار سبک که عبارت از خطایی است از شخص دوراندیش و محتاط نیز سر نمی زند.<sup>۱۰۳۴</sup> با توجه به تقسیم خطا به خطای فاحش، سبک و بسیار سبک به نظر می رسد ولی در خطای سبک و بسیار سبک مسؤولیت ندارد. به نظر می رسد تشخیص خطای فاحش از صلاحیت محکمه ذیصلاح است.

قانونگذار مدنی در نص این ماده از خسارت در اثر خطای فاحش بر اموال مولی علیه سخن می گوید و روشن نساخته است که آیا ضرر در اثر حادثه حقوقی بر اموال مولی علیه واقع می گردد یا در اثر عمل حقوقی. در تفسیر موسع، به نظر می رسد منظور از مسؤولیت در ماده ۲۸۷ ق. م مسؤولیت مدنی غیرقراردادی و قراردادی پدر است. برخی مثال های مسؤولیت مدنی قراردادی و غیرقراردادی پدر در اثر خطای فاحش پدر قرار ذیل است:

۱- اگر احمد پدر محمود و در عین حال ولی او باشد و با موتر احمد رانندگی نماید و در اثر تقصیر یا خطای فاحش تصادم نماید و موتر از بین برود، در این مثال به احمد ضرر مالی رسیده است و پدر احمد مکلف است جبران خسارت موتر را به احمد بدهد.

۲- اگر احمد خانه داشته باشد و خانه احمد تحت ولایت محمود پدر احمد قرار داشته باشد و خانه در اثر خطای فاحش محمود آتش بگیرد، به حیث مثال، محمود در وقت خروج از منزل گاز را خاموش ننماید، در این صورت، محمود در برابر احمد مسؤولیت مدنی غیرقراردادی در اثر خطای فاحش دارد و باید جبران خسارت خانه را به احمد پرداخت نماید. در این دو مثال، مسؤولیت مدنی غیرقراردادی پدر متحقق است. زیرا، در این مثال ها تقصیر (خطای) پدر، ورود ضرر به مولی علیه و رابطه سببیت میان تقصیر و ضرر وجود دارد.

۱۰۳۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۷۴۳.

۳- اگر محمود پدر احمد با پول احمد کار و بار نماید و با جمشید در سال ۱۳۹۵ قرارداد ببندد تا به جمشید در جریان سال ۱۳۹۵ هتل احداث نماید، اما در اثر تقصیر و کوتاهی هتل را احداث ننماید، به جمشید خسارت عدم النفع (کسر عواید) وارد گردیده است. در این صورت، محمود در برابر جمشید مسؤولیت مدنی قراردادی دارد و باید جبران خسارت کسر عواید جمشید را از پول احمد بدهد. در این مثال، شرایط مسؤولیت مدنی قراردادی متحقق است. زیرا، میان محمود و جمشید قرارداد صحیح وجود. محمود در اثر تقصیر یا کوتاهی تعهد خویش را انجام نداده است و به جمشید ضرر عدم النفع رسیده است. در عین حال، محمود مکلف است پول احمد را که به جمشید به عنوان جبران خسارت داده است، به احمد بپردازد.

۲- مسؤولیت پدر کلان در صورت ورود خسارت به مال مولی علیه مانند مسؤولیت وصی است که تفصیل آن در بحث وصایت خواهد آمد. به نظر می رسد هدف قانونگذار در نص این ماده بیان حکم خطای فاحش پدر و پدر کلان و مسؤولیت مدنی قراردادی و غیر قراردادی پدر و پدر کلان است.

۲) مطابق ماده ۲۸۴ ق.م: «هرگاه نسبت سوء تصرف ولی ضرری به اموال شخص تحت ولایت متوجه باشد، محکمه می تواند ولایت ولی را سلب و یا صلاحیت او را محدود سازد.» عبارت سوء تصرف در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. سوء تصرف مرکب از دو کلمه است: سوء که در لغت به معنی بد، ناروا، قبیح و ناپسند است.<sup>۱۰۳۵</sup>

تصرف از ریشه «صرف» به معنای دست به کاری زدن، تأثیر، دخالت و نفوذ است.<sup>۱۰۳۶</sup> همچنین، تصرف در لغت به معنی به دست آوردن، چیزی را مالک شدن، تسلط، چیرگی، به چنگ آوردن، مالک شدن، تصاحب، تملک، قبض و ضبط است.<sup>۱۰۳۷</sup> طبق نص این ماده در صورت تصرف سوء ولی به مال مولی علیه ضرر برسد محکمه ذیصلاح می تواند ولایت ولی را سلب و یا محدود نماید. به حیث مثال، اگر احمد ولی محمود باشد و با موتر محمود بدون احتیاط رانندگی نماید و به موتر ضرر وارد نماید، قاضی می تواند ولایت احمد را محدود یا سلب نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق طفل و جلوگیری از سوء تصرف ولی است.

1035. <https://www.vajehyab.com> (۷/۱۱/۲۰۱۸/۲۰۱۸). (آخرین بازدید ۲۰۱۸/۱۱/۷).

۱۰۳۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۸۸.

1037. <https://www.vajehyab.com> (۲۰۱۶/۱۶/۳). (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۱۶/۳).

۳) براساس ماده ۲۸۵ ق. م: «هرگاه ولی غایب شناخته شده یا به مدت بیش از یکسال حبس محکوم گردد، محکمه به تعطیل ولایت وی حکم صادر می نماید.» غایب بر شخصی اطلاق می گردد که از محل سکونت خود ناپدید شده باشد، ولی حیات او معلوم باشد. اما، در صورتی که حیات او مجهول باشد چنین شخصی مفقود تلقی می گردد.<sup>۱۰۳۸</sup> حبس در لغت به معنی بازداشتن، زندانی کردن، زندان، بازداشت، ضبط و نگهداری است.<sup>۱۰۳۹</sup>

طبق نص این ماده در صورتی که ولی غایب شود یا به مدت بیشتر از یک سال به حبس محکوم گردد، محکمه می تواند ولایت ولی را تعطیل نماید. به حیث مثال، اگر احمد تحت ولایت محمود پدرش قرار داشته باشد و محمود ایران برود و غایب شود یا مرتکب جرم شود و به حبس بیشتر از یک سال محکوم گردد، محکمه می تواند ولایت محمود را تعطیل نماید. تعطیل در لغت به معین دست از کار کشیدن، بیکاری و مرخص نمودن است.<sup>۱۰۴۰</sup> به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی مورد حمایت قرار دادن مصلحت طفل در نص این ماده است. زیرا، در این صورت طفل بدون ولی باقی می ماند.

### مبحث ششم) انتهای ولایت و اثر آن

طبق ق. م ولایت در صورت تحقق حالات ذیل منتهی می گردد:

۱) براساس ماده ۲۸۳ ق. م: «هرگاه سن شخص تحت ولایت به هجده سال تمام برسد، ولایت ولی به انجام می رسد، مگر این که به سببی از اسباب حجر، محکمه باصلاحیت به دوام آن حکم نموده باشد.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که در صورتی که مولی علیه به سن هجده سالگی تمام برسد ولایت ولی ختم می شود، زیرا طبق ماده ۳۰ ق. م سن رشد هجده سال مکمل شمسی است. در صورت رسیدن مولی علیه به سن هجده سالگی شخص به سن رشد می رسد و می تواند بر اموال خویش بدون تأیید ولی تصرف نماید.

بنابراین، بعد از رسیدن مولی علیه به سن رشد ضرورت به ولی نیست. این اصل است. استثنای این اصل ظهور اسباب حجر در مولی علیه بعد از تکمیل سن هجده سالگی و صدور حکم محکمه ذیصلاح به دوام ولایت به دلیل اسباب حجر مانند سفه، جنون و نظیر اینها است که تفصیل آن در فصل حجر خواهد آمد. به حیث مثال، اگر احمد دوازده ساله باشد و تحت ولایت محمود پدر کلانش قرار داشته باشد و احمد تجارت خانه داشته باشد، با رسیدن احمد به سن هجده سالگی، ولایت محمود خاتمه می یابد. اما، اگر احمد بعد از این سن دیوانه شود یا به سفه مواجه شود،

۱۰۳۸. (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، ص ۶۲.  
 ۱۰۳۹. (آخرین بازدید ۲۶/۸/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com>  
 ۱۰۴۰. Ibid, (۱۲/۱۰/۲۰۱۷) (آخرین بازدید ۱۲/۱۰/۲۰۱۷).

محکمه می تواند ولایت محمود را دوام دهد. زیرا، در این صورت، تصرفات احمد مجنون یا سفیه باید توسط ولی صورت بگیرد.

۲) در صورت فوت مولی علیه اعم از اینکه قاصر، مجنون، معتوه، غافل و یا سفیه باشد. زیرا، در صورت فوت مولی علیه، ولایت بدون موضوع می گردد. به حیث مثال، اگر در مثال بالا احمد وفات نماید، ولایت محمود خاتمه پیدا می کند زیرا برای آن محلی باقی نمی ماند.

۳) فوت ولی، سلب ولایت ولی و زایل شدن اهلیت ولی.<sup>۱۰۴۱</sup>

در خصوص اثر ختم ولایت ماده ۲۸۸ ق. م حکم می نماید: «ولی یا ورثه او مکلف اند اموال شخص تحت ولایت را حین رسیدن او به سن رشد، به وی تسلیم نمایند. در صورت تصرف، قیمت مال را طبق نرخ روز به وی بپردازد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است: نخست این که ولی یا ورثه ولی مکلف اند در صورت رسیدن مولی علیه به سن رشد اموال وی را به او تسلیم نمایند. زیرا، با رسیدن مولی علیه به سن رشد مولی علیه غیر محجور علیه می تواند مستقلاً نه در اموال خویش بدون اجازه ولی تصرف نماید. به حیث مثال، اگر احمد تحت ولایت محمود قرار داشته باشد و محمود به سن هجده سال مکمل برسد و دارای صحت عقل باشد، احمد یا ورثه احمد مکلف اند اموال محمود را به دست او قرار دهند. دوم این که در صورتی که ولی در اموال مولی علیه تصرف نموده باشد، به حیث مثال، آن را هبه، وقف، وصیت و نظیر اینها نموده باشد، مکلف است جبران خسارت آن را مطابق نرخ روز بپردازد. به حیث مثال، اگر احمد موتر محمود را که تحت ولایت او قرار داشته است به جمشید هبه کرده باشد، احمد مکلف است قیمت موتر محمود را مطابق نرخ روز نه تصرف به محمود بپردازد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم ختم ولایت و مورد حمایت قرار دادن حق مولی علیه است.

### مبحث هفتم) اعاده ولایت

براساس ماده ۲۸۶ ق. م: «در صورتی که ولایت ولی طبق مواد (۲۸۴، ۲۸۵) این قانون سلب، محدود و یا معطل قرار داده شده باشد، با رفع اسباب موجب آن حق ولایت مجدداً به قرار محکمه با صلاحیت اعاده می گردد.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که در صورتی که ولایت ولی طبق مواد ۲۸۴ الی ۲۸۵ ق. م به دلیل سوء تصرف، غیابت، حبس و نظیر اینها سلب، محدود و یا معطل قرار داده شود، با رفع اسباب سلب، تعطیل و تحدید که طبق مواد ۲۸۴ الی ۲۸۵ ق. م سوء تصرف، غیابت، حبس و نظیر اینها است دوباره اعاده می گردد. زیرا در این خصوص قاعده

۱۰۴۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۴۶۷.

حقوقی - فقهی وجود دارد که تصریح می نماید حکم نظر به موجودیت علت و عدم آن وجود و عدم وجود پیدا می نماید.

در اعاده ولایت ولی صدور قرار توسط محکمه ذیصلاح شرط است. قرار در لغت به معنی تصمیم قضایی است که به طور مؤقت و بی آنکه دعوی را ماهیتاً فیصله دهد، به نفع یکی از طرفین صادر می شود.<sup>۱۰۴۲</sup> ماده ۴ جزء ۱۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم در تعریف قرار می گوید: «قرار تصمیم قضائی است که قضیه از لحاظ شکل در محکمه مورد رسیدگی قرار داده می شود.» به حیث مثال، اگر احمد ولی محمود غایب باشد محکمه ذیصلاح می تواند ولایت او را تعطیل نماید. اما، اگر احمد بعد از غیابت حاضر گردد، محکمه ذیصلاح می تواند با صدور قرار ولایت ولی را اعاده نماید.

### مبحث هشتم) ولایت بر مال و نفس

بعضی اوقات ممکن است شخصی هم بر مال و هم بر نفس شخص ناقص الاهلیت ولایت داشته باشد. چنین ولایتی در واقع اخلاطی از ولایت بر نفس و مال است. بنابراین، ولی ولایت بر مال و نفس از یکطرف باید شرایط، صلاحیت و مکلفیت های ولی بر مال و از طرف دیگر شرایط، صلاحیت و مکلفیت های ولی بر نفس را دارا باشد که تفصیل هر کدام قبلاً گذشت.

در فقه ولایت بر مال عبارت از سرپرستی و اداره امور مالی و به کارگیری و دخل و تصرف مطلوب و حفظ ثروت و دارایی قاصرینی است که خود توانایی علمی، فکری و جسمی لازم را برای اداره آن ندارند. بنابراین، ولایت نوع مسئولیت و امانتداری است که هدف از آن تحقق مصالح و محافظت از اموال اطفال، مجانین و معتوهین است.

سبب ولایت بر مال ابوت و قضاء است. از ناحیه ابوت ولی ولایت بر مال پدر و وصی پدر، پدر کلان و وصی پدر کلان است. زیرا، پدر کلان به نظر حنفیه در صورت عدم وجود پدر، پدر و قائم مقام پدر تلقی می گردد و وصی هر یک به نمایندگی از آنها از ولایت استفاده می نماید.

اما، از ناحیه قضاء، قاضی ولی طفل در صورت عدم موجودیت ولی و یا وصی از جهت ابوت تلقی می گردد. زیرا، چنانچه در جلد اول این کتاب بیان شد، قاضی ولی کسی است که ولی نداشته باشد و وصی قاضی از قاضی نمایندگی می نماید. اساس برتری اولیاء از نظر ترتیب وجود شفقت و محبت اولیاء نسبت به صغیر است. ثبوت ولایت بر اموال صغیر و امثال صغیر امر مشروع و معقول

است. زیرا، صغار از تدبیر امور مربوط به خویش عاجز اند و پدر و سایر اولیاء به سبب کمال عقل و رأی به این امر قادر اند. ۱۰۴۳

هرگاه طفل دارای اموال و دارایی باشد، به اتفاق نظر فقهاء پدر ولایت و صلاحیت حفظ و استثمار اموال وی را دارد. ولی، زمانی که پدر قاصر وفات نماید، در مورد کسی که صلاحیت ولایت بر اموال قاصر را پیدا می نماید فقهاء اختلاف نموده اند: حنفیه بر این باورند که ولایت بر اداره امور مالی کودکان و افرادی که به سرپرستی نیاز دارند به ترتیب حق پدر، وصی پدر، جد، وصی جد و پس از آنها به قاضی انتقال می یابد.

فقهای مالکیه و حنابله بر این نظر اند که این ولایت حق پدر، پدر کلان و وصی آنها سپس قاضی یا نماینده قاضی: یعنی؛ قیم و در صورت عدم موجودیت قاضی ولایت به جماعت از مسلمانان محول می گردد. به نظر شافعیه ولایت بر کودکان قبل از همه حق پدر و بعد از پدر، حق پدر کلان و پس از اینها، حق وصی آنها و پس از اینها حق قاضی یا نماینده قاضی: یعنی؛ قیم است. به نظر فقهای شافعیه بر خلاف فقهای حنفیه و مالکیه پدر کلان نسبت به وصی پدر مقدم تر است. ولایت بر مال به غیر این اشخاص، مانند: برادر، کاکا و مادر ثابت نمی گردد، مگر از طریق وصایت توسط پدر و یا قاضی. ۱۰۴۴

آنچه برای ثبوت ولایت بر نفس شرط است، برای ولایت بر مال نیز شرط است. بنابراین، برای ثبوت ولایت بر مال سه شرط ذیل ضروری است:

**(۱) اهلیت کامل:** جهت ثبوت ولایت بر مال شرط است که ولی ولایت بر مال دارای اهلیت کامل: یعنی؛ عاقل و بالغ باشد، زیرا اشخاص ناقص و یا فاقد اهلیت، صلاحیت دخل و تصرف در اموال خود را ندارند. پس، به صورت اولی اهلیت ولایت و حق دخل و تصرف در اموال دیگران را نیز ندارند؛

**(۲) عدم سفیه مبذر و محجور علیه بودن ولی:** جهت ثبوت ولایت بر اموال شرط است که ولی ولایت بر مال، غیر سفیه و غیر محجور علیه باشد. زیرا، کسی که جهت تحقق مصلحت خود محکوم به حجر گردیده باشد، نمی تواند بر اموال و دارایی دیگران ولایت داشته باشد؛

۱۰۴۳. محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۴۴۹ و ۴۵۰.

۱۰۴۴. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۳۳۱؛ محمد محی الدین عبد الحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، ص ۴۳۴؛ محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۴۵۰-۴۵۲؛ و \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۴۵)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیة، صص ۱۶۱ و ۱۶۲.



۳) اتحاد دین میان ولی و مولی علیه: جهت ثبوت ولایت بر اموال شرط است که ولی و مولی علیه پیرو دین واحد باشند. بنابراین، در موردی که پدر غیر مسلمان باشد، حق ولایت بر اموال فرزند مسلمان را ندارد.<sup>۱۰۴۵</sup>

اشخاصی که مسؤولیت ولایت بر اموال اطفال، مجانین و معتوهین را به عهده می گیرند، دارای پارهٔ صلاحیت و اختیارات متناسب به مسؤولیت خود و مصلحت مولی علیه می باشند. صلاحیت اولیاء بر اموال و دارایی اطفال، مجانین و افراد سفیه عبارت از: سعی و تلاش برای سرمایه گذاری ثروت آنها در طرح ها، تجارت و کارهای سود آور، محافظت از ثروت آنها براساس ایمان، اخلاق و امانتداری است.

ولی نباید اموال مولی علیهم را در کارهای که به زیان آن ها تمام می شود مانند: اقدام به اتهاب و صدقه، فروش اموال به نحوی که موجب تضرر آنها گردد، استعمال نماید، زیرا در صورتی که تصرف ولی در اموال مولی علیهم موجب تضرر آنها گردد، چنین تصرفی باطل تلقی می گردد. پدر مهربان ترین شخص نسبت به صغیر است.

بنابراین، هر تصرفی که پدر بتواند در مال خود نماید، می تواند در اموال صغیر نیز نماید، بجز تبرع. زیرا، آن به ضرر طفل است. در ذیل رعایت احتیاط در تصرف در اموال صغیر و برخی تصرفات پدر را در اموال طفل صغیر مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱) رعایت احتیاط در تصرف در اموال صغیر: میان فقهاء هیچ اختلافی وجود ندارد مبنی بر اینکه برای ولی جایز نیست در مال محجور تصرف نماید، مگر از روی احتیاط به دلیل این حدیث پیامبر ﷺ:

«لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ». <sup>۱۰۴۶</sup>

«ضرر رسانیدن به دیگران و مقابله ضرر با ضرر در اسلام جایز نیست». <sup>۱۰۴۷</sup>

۲- فروش اموال طفل و خرید اموال برای طفل: در موردی که پدر مبذر باشد، حق سرپرستی اموال کودکان صغیر را ندارد. بنابراین، اموال آنها را باید به وصی ای که اصلح است بسپارند. ولی، چنانچه معمولاً اهل اسراف و تبذیر نباشد، حق ولایت و سرپرستی بر اموال اطفال را دارد. در نتیجه، براساس نظر حنفیه و مالکیه حق خرید و فروش اموال عقار و منقول اطفال را دارد مادامی که آن عقد و معامله با قیمت مناسب و در راستای تحقق مصلحت اطفال صورت پذیرد. ولی، خرید

۱۰۴۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۳۳؛ و محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، ص ۴۳۴.

۱۰۴۶. رواه ابن ماجه و دار قطنی.

۱۰۴۷. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۵)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۶۲.

و فروش اموال آنها به گونه ای که در آن غبن فاحش وجود داشته باشد، جواز ندارد و باطل پنداشته می شود. با وجود این، نظر مفتی به در مذهب امام مالک رحمته و امام ابوحنیفه رحمته این است که این گونه خرید و فروش صحیح است، ولی اثر آن متوجه خود ولی می گردد. اما، فروش اموال اطفال در صورتی که غبن فاحش بر آن وارد شود، قابل انفاذ نیست.<sup>۱۰۴۸</sup>

۳) **هبه، صدقه و وصیت اموال طفل صغیر:** پدر نمی تواند اموال و دارایی طفل را به دیگری تبرع نماید، صدقه دهد و وصیت نماید. زیرا تبرع، صدقه و وصیت مال صغیر، ضرر محض است. بنابراین، ولی نمی تواند اموال صغیر را تبرع نماید ولو پدر باشد. در صورت تبرع، وصیت، صدقه ولی مکلف به پرداخت ضمان آن است. زیرا، هبه، صدقه و وصیت ازاله ملک است بدون عوض که ضرر محض تلقی می گردد. اما، در باره هبه با عوض، امام ابوحنیفه رحمته و امام ابویوسف رحمته می گویند که: ولی نمی تواند مال طفل صغیر را هبه با عوض نماید. زیرا، آن در اصل هبه است چراکه تملک معوض منوط بر قبض است که در نهایت معاوضه پنداشته می شود. برعکس، به نظر فقهای حنابله و امام محمد رحمته ولی می تواند مال صغیر را در برابر عوض هبه نماید. زیرا، آن معاوضه مال به مال و به معنی بیع است.<sup>۱۰۴۹</sup>

۴) **رهن اموال صغیر:** در باره رهن اموال صغیر در فقه حنفیه دو نظر وجود دارد: امام ابوحنیفه رحمته و امام محمد رحمته بر این نظرند که پدر می تواند مقداری از اموال فرزند خویش را در مقابل دینی که بر ذمه وی است، به رهن بدهد، همانطوری که می تواند مال طفل خویش را به ودیعه بدهد. برعکس، امام ابویوسف رحمته و زفر رحمته بر این نظر اند که: چنین رهنی جواز ندارد، زیرا موجب بدون سود و بهره ماندن مال طفل می گردد و چنین کاری برخلاف مصلحت طفل صغیر تمام می شود.<sup>۱۰۵۰</sup>

۵) **اقامه دعوی جهت حصول دین صغیر:** ولی می تواند جهت مطالبه حقوق مولی علیه اقامه دعوی و ارایه بینه نماید، حلف را متوجه خصم در صورت انکار نماید، در برابر دفع آنچه از عین و دین بر مولی علیه است صلح نماید، و آنچه مولی علیه بر دیگران دارد قبض نماید.<sup>۱۰۵۱</sup>

۱۰۴۸. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۳۳۹. ۴۵۸.

۱۰۴۹. \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۵)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۶۲؛ وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۳۳۴؛ و محمد يوسف موسى (\_\_\_\_). احكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۴۵۸.

۱۰۵۰. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۳۳۴. ۱۰۵۱. \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۵)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۶۴.

۶) قرض دادن اموال صغیر: ولی حَقّ ندارد که اموال افراد تحت سرپرستی خویش را به عنوان قرض به دیگری بدهد و یا آن را به عنوان قرض در اختیار خود بگیرد، زیرا چنین اعمال سودی را برای اطفال تحت سرپرستی در بر ندارد. اما، در صورت ضرورت می تواند مبالغ یا کالایی را برای فرزند صغیر خود به قرض بگیرد.<sup>۱۰۵۲</sup>

۷) سرمایه گذاری و تجارت توسط مال صغیر: در باره تجارت و انکشاف مال یتیم در فقه سه نظریه وجود دارد: جمهور فقهاء (حنفیه، شافعیه و حنابله) بر این نظر اند که: ولی می تواند با مال یتیم تجارت نماید و آن را انکشاف دهد. زیرا، این امر موجب تحقق مصلحت طفل می شود چرا که در ابقای اموال یتیم بدون استثمار فایده ای وجود ندارد. اما، در صورتی که توسط اموال صغیر برای خود تجارت نماید، این امر برای او جایز نیست. زیرا، اصل در تصرفات ولی در مال یتیم مقید بودن ولی به تحقق مصلحت طفل صغیر است و تمام تصرفات ولی باید بر مبنای این اصل استوار باشد. در مورد سرمایه گذاری و تجارت با مال یتیم از حضرت عمر رضی الله عنه روایت شده است که گفته است:

«تجروا فی اموال الیتامی، لا تأکلها الصدقة.»

«با اموال یتیمان تجارت کنید تا در اثر دادن صدقه و زکات کاهش نیابد و از بین نرود.»

فقههای شافعیه در قول اصح گفته اند: بر ولی انکشاف مال صبی به قدر نفقه، زکات و غیره در صورت امکان واجب است. اما، ولی ملزم به مبالغه نیست. برخی از فقههای شافعیه، جصاص و ابن تیمیه بر این نظر اند که: سرمایه گذاری و تجارت با مال صغیر مندوب است نه واجب. جصاص به این آیه استدلال نموده است:

﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْتَكُمُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ - [البقره: ۲۲۰]

«و در باره یتیمان از تو می پرسند بگو به صلاح آنان کار کردن بهتر است و اگر با آنان همزیستی کنید برادران [دینی] شما هستند و خدا تعالی تباهکار را از درستکار بازمی شناسد و اگر خدا می خواست [در این باره] شما را به دشواری می انداخت آری خداوند تعالی توانا و حکیم است.»

۱۰۵۲. محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، ص ۴۵۷؛ و وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۳۳۴؛ و \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۵)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۶۳.

این آیه دال بر عدم وجوب تصرف ولی در اموال طفل از طریق تجارت است. زیرا، ظاهر لفظ آیه دلالت بر این امر می نماید که مقصود آن ندب و ارشاد است. امام ابن تیمه گفته است: تجارت با مال یتیم مستحب است به دلیل این قول حضرت عمر رضی الله عنه که فوقاً تذکر یافت. ۱۰۵۳

۸) اجاره دادن مال طفل: طبق فقه پدر می تواند مال صغیر را در برابر اجرت مثل و یا بیشتر از اجرت مثل به اجاره دهد و یا مالی را برای صغیر در برابر اجرت مثل و یا کمتر از اجرت مثل و یا بیشتر از اجرت مثل که غبن یسیر در آن متصور باشد، به اجاره بگیرد، همانطوری که می تواند خود صغیر را به دیگری جهت آموختن حرفه به اجاره دهد مادام که خیری در آن برای صغیر متصور باشد. باوجوداین، چنانچه در «جامع احکام الصغار» آمده است، پدر نمی تواند مال صغیر را برای مدت طویل: یعنی؛ سه سال و یا بیشتر از آن به دیگری به اجاره دهد. زیرا، اجاره برای این مدت عادتاً در برابر کمتر از اجرت مثل است. ۱۰۵۴

۹) تأمین نفقه ولی از اموال طفل: در باره تأمین نفقه ولی از مال مولی علیه در فقه نظریات مختلف وجود دارد: فقهای مالکیه می گویند: ولی نمی تواند در صورتی غنی بودن از مال صغیر نفقه خویش را تأمین نماید به دلیل این قول خداوند جل جلاله:

﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ - [النساء: ۶]

«و آن کس که توانگر است باید [از گرفتن اجرت سرپرستی] خودداری ورزد.»

اما، در صورت فقیر بودن می تواند نفقه خود را از آن تأمین نماید به دلیل این قول خداوند جل جلاله که می فرماید:

﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ - [النساء: ۶]

«و هر کس تهیدست است باید مطابق عرف [از آن] بخورد.»

فقهای شافعیه می گویند: ولی مستحق هیچ نفقه و اجرتی از مال صغیر نمی شود. اما، در صورتی که فقیر باشد و ولایت مانع اکتساب درآمد توسط وی گردد، حد اقل نفقه و اجرت را به گونه ای شایسته از مال صغیر اخذ نماید به دلیل این قول خداوند جل جلاله:

﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ - [النساء: ۶]

«و آن کس که توانگر است باید [از گرفتن اجرت سرپرستی] خودداری ورزد و هر کس تهیدست

است باید مطابق عرف [از آن] بخورد.»

۱۰۵۳. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۵)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۱۶۷ و ۱۶۸؛ و محمد نور سوید (۱۳۸۷). تربیت فرزندان از دیدگاه پیامبر، مترجم: محمد صالح سعیدی، چاپ دوم، نشر مترجم، ص ۲۹۹.

۱۰۵۴. محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۴۵۵ و ۴۵۶.

فقهای حنابله نیز گفته اند: صرف ولی، نه حاکم و امین حاکم، می توانند در صورت حاجت نفقه خود را از مال صغیر به صورت حد اقل تأمین نمایند. اما، در صورت عدم حاجت چنین حقی ندارند. فقهای حنفیه به صورت مطلق تأمین نفقه از مال صغیر را منع نموده اند<sup>۱۰۵۵</sup> به دلیل این قول خداوند ﷻ:

﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا﴾ - [النساء: ۹]

«در حقیقت کسانی که اموال یتیمان را به ستم می خورند جز این نیست که آتشی در شکم خود فرو می برند...».

طبق فقه در صورت فوت پدر و عدم تعیین وصی، ولایت بر اموال صغار به پدر کلان منتقل می شود. سؤالی که مطرح می شود این است که آیا پدر کلان تمام صلاحیت های را که پدر دارد، نیز واجد است یا خیر؟ در پاسخ به این سؤال فقهاء بر این نظر اند که: پدر کلان شفیق ترین شخص نسبت به صغیر بعد از پدر است. روی همین دلیل، بعد از وفات پدر قایم مقام او تلقی می گردد. در این صورت، پدر کلان از تمام حقوق پدر برخوردار است و می تواند تمام تصرفاتی را که پدر در مال صغیر انجام دهد، پدر کلان نیز انجام دهد.

تقدم وصی پدر نسبت به پدر کلان که پدر وی را بر گزیده است، به معنی احترام گذاشتن به اراده پدر است، نه به این معنی که وصی شفیق تر نسبت به پدر کلان است و نسبت به پدر کلان بیشتر مصلحت طفل را رعایت می نماید. از همین رو، برخی فقهاء می گویند: در صورت عدم تعیین وصی توسط پدر، پدر کلان مانند پدر است. زیرا، پدر کلان نزدیک ترین و شفیق ترین شخص نسبت به صغیر بعد از پدر است به اندازه ای که می تواند صغیر را به نکاح دیگری در بی آورد که وصی چنین صلاحیتی ندارد. همچنین، صاحب فصولین گفته است: پدر می تواند مال طفل را خریداری نماید به نحوی که در آن غبن یسیر نه غبن فاحش متصور باشد، اما وصی نمی تواند مال صغیر را به قیمت مثل بخرد، و پدر کلان در این امر مانند پدر است.<sup>۱۰۵۶</sup>

ولایت در صورت تحقق حالات ذیل منتهی می گردد:

۱) در صورت فوت مولی علیه اعم از اینکه قاصر، مجنون، معتوه، غافل و یا سفیه باشد. زیرا، در صورت فوت مولی علیه، ولایت بدون موضوع می گردد؛

۲) طبق فقه با رسیدن شخص عاقل به سن رشد ولایت منتهی می گردد. در صورت رسیدن سفیه و غافل به سن رشد، ولایت با صدور حکم محکمه ادامه می یابد. برعکس، در صورت

۱۰۵۵. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۰)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۶۵.  
 ۱۰۵۶. محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۴۶۱ و ۴۶۲.

رسیدن مجنون و معتوه به سن رشد ولایت بدون حکم محکمه استمرار می یابد. <sup>۱۰۵۷</sup> (۴) زوال سبب حجر، مانند افاقه مجنون، معتوه و غافل و ورشید شدن سفیه؛ و (۵) فوت ولی، سلب ولایت ولی و زایل شدن اهلیت ولی. <sup>۱۰۵۸</sup>

چنانچه قبلاً گفته شد، پس از رسیدن اطفال به سن رشد، این ولایت برطرف می شود. باوجود این، هرگاه بعد از رسیدن اطفال به سن رشد، عارضه جنون و معتوهیت برای آنها روی دهد، آیا حق ولایت قبلی دوباره عود می نماید یا خیر؟

در باره پاسخ به سؤال فوق در فقه دو نظریه وجود دارد: مالکیه و حنابله بر این نظر اند که ولایت دوباره برای کسانی که حق ولایت را داشتند، باز نمی گردد، مگر برای قاضی، زیرا ولایت پس از رسیدن طفل به سن رشد و بلوغ ساقط می گردد و آنچه ساقط گردیده، دوباره باز گردانیده نمی شود. ولی، فقهای حنفیه و شافعیه بنابر رأی راجح بر این نظرند که ولایت بر اموال افراد دوباره به آنهایی بر می گردد که بیش از بلوغ حق ولایت و سرپرستی را داشته اند، زیرا حکم نظر به موجودیت علت و عدم آن وجود و عدم وجود پیدا می نماید. بنابراین، هرگاه علت وجود موجود گردد، ولایت هم موجود می گردد.

به عنوان مثال، هرگاه نوجوانی که به سن رشد رسد و سفیه و معتوهیت بر وی عارض گردد، نظر اکثریت علماء بر این است که حق ولایت و مراقبت از او به قاضی باز می گردد، زیرا مقصود از اعاده ولایت محافظت از اموال طفل و اهتمام به مصالح مردم است که جزو صلاحیت های قاضی محسوب می گردد. <sup>۱۰۵۹</sup>

۱۰۵۷. همان، محمد یوسف موسی، ص ۴۶۷.

۱۰۵۸. همان، محمد یوسف موسی، ص ۴۶۷.

۱۰۵۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۳۳۱ و ۷۳۳۲.

## فصل ششم: وصایت (وصیت عهدی)

نهاد دوم حقوقی را که ق. م جهت اداره اموال محجورین از جمله اطفال پیش بینی نموده است وصایت است که به نام وصیت عهدی نیز یاد می شود. تدوین کنندگان ق. م احکام مربوط به وصایت را در مواد ۲۸۹ الی ۳۱۸ ق. م تنظیم نموده اند.

### مبحث اول) تعریف و حکم تکلیفی وصایت و فرق وصایت با ولایت

وصایت از اوصی گرفته شده است که در لغت به معنای پند، اندرز، نصیحت و وصایت کردن و وصی تعیین کردن است.<sup>۱۰۶۰</sup> شخصی را که برای بعد از مرگش وصی معین می نماید، موصی، شخصی را که برای او وصی معین می شود، موصی علیه، عملی را که برای آن وصی معین می شود، موصی به و یا موصی فیه و شخصی را که جهت اداره اموال صغار توسط ولی و یا قاضی معین می شود، وصی می گویند. در اصطلاح فقهی تعاریف مختلف برای وصایت قرار ذیل وجود دارد:

(۱) وصایت عبارت از قیام به اداره امور مالی اطفال، مجانین و اشخاص سفیه از طریق نیابت از طرف ولی یا قاضی است.<sup>۱۰۶۱</sup>

---

۱۰۶۰. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۱۷؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۷۲.

۱۰۶۱. وهبة زحیلی (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزيز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۲۳۱.

۲) وصایت عبارت است از این که شخصی؛ یعنی: وصی برای دیگری؛ یعنی: موصی تعهد کند که بعد از فوت او، وصیت های او از قبیل: پرداخت و گرفتن دیون، سر پرستی و تأمین مخارج اطفال وی را انجام دهد.<sup>۱۰۶۲</sup>

در باره وصی تعیین کردن برای صغار فقهاء بر این نظر اند که: وصی تعیین کردن برای اولاد صغار و کسانی که در حکم آنها است در صورت خوف ضیاع اموال آنها واجب است.<sup>۱۰۶۳</sup> به نظر می رسد میان ولایت و وصایت فرق های ذیل وجود دارد:

۱) ولایت بر مال صرف بر ولی؛ یعنی: پدر و پدر کلان ثابت است. برعکس، وصایت ممکن است برای اشخاص غیر از پدر و پدر کلان نیز ثابت گردد؛

۲) ولایت ممکن است بر ازدواج و اداره اموال صغار و محجورین ثابت گردد. ولی، وصایت صرف بر اموال صغار ثابت می گردد. بنابراین، اوصیاء چنانچه گفته شد، صلاحیت تزویج صغار را ندارند؛ و

۳) نصب ولی به حکم مستقیم قانون به طور امری صورت می پذیرد. ولی، نصب وصی ممکن است از طرف پدر و پدر کلان و قاضی جهت اداره اموال صغار و محجورین براساس قانون صورت پذیرد.

### مبحث دوم) انواع

براساس فقه وصی دو نوع است: وصی پدر و، وصی القاضی.<sup>۱۰۶۴</sup>

۱) **وصی اختیاری:** وصی اختیاری یا وصی الاب عبارت از وصی است که از طرف پدر یا پدر کلان طفل، مجنون و سفیه برای اداره امور مالی آنها برای پس از مرگ موصی علیه تعیین می گردد. بنابراین، وصی مختار عبارت از کسی است که شخصی در زمان حیات خود و قبل از مرگ برای تدبیر شؤون قاصر می گمارد. زیرا، پدر و پدر کلان می توانند که افراد پرهیزگار و با صلاحیت را برای اداره امور فرزندان صغیر خویش انتخاب نمایند.<sup>۱۰۶۵</sup>

۲) **وصی القاضی:** وصی قاضی شخصی است که از طرف قاضی برای اداره امور مالی اطفال تعیین گردد.<sup>۱۰۶۶</sup> طبق ق. م وصی به سه نوع تقسیم می شود: وصی پدر، وصی متبرع و وصی قاضی:

۱۰۶۲. محمد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیّه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرائی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۲۲۳.

۱۰۶۳. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۶۸.

۱۰۶۴. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۳۳۷.

۱۰۶۵. وهبة الزحيلي (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزيز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۴۳۱؛ وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۳۳۷.

۱۰۶۶. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۶۸؛ و

مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر،

ص ۲۱۷۲؛ وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۳۳۷.



۱) **وصی پدر:** براساس ماده ۲۹۱ فقره اول ق. م: «(۱) پدر می تواند برای اولاد ناقص اهلیت یا حمل ثابت در بطن، وصی تعیین نماید [...]». طبق نص این ماده پدر می تواند برای اولاد ناقص اهلیت مانند طفلی که به بلوغ نرسیده باشد وصی تعیین نماید. به حیث مثال، اگر احمد پدر محمود ده ساله بگوید که در صورت وفات من، جمشید وصی محمود است. همچنین، طبق نص این ماده پدر می تواند برای حمل ثابت در بطن مادر وصی معین نماید. به حیث مثال، اگر احمد شوهر جمیله باشد و جمیله حامله باشد، احمد می تواند برای حمل وصی می نماید. به حیث مثال، احمد بگوید در صورت وفات من جمشید وصی حمل است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اعطای صلاحیت به پدر جهت تعیین وصی برای طفل و مورد حمایت قرار دادن مصالح طفل از طریق تعیین وصی است.

۲) **وصی متبرع (وصی خاص):** براساس ماده ۲۹۱ ق. م: «[...] همچنین شخص متبرع می تواند در حالت مندرج ماده (۲۷۱) این قانون وصی اختیار نماید...». متبرع از ریشه «برع» گرفته شده است که در لغت به معنی بخشنده است.<sup>۱۰۶۷</sup> در اصطلاح حقوق مدنی، شخصی که عمل تبرع را انجام می دهد متبرع نامیده می شود. نص این ماده مرتبط به ماده ۲۷۱ ق. م است. بنابراین، این دو ماده را باید کنار هم قرار داد و تفسیر ساختاری- منطقی نمود. طبق ماده ۲۷۱ ق. م: «هرگاه به اشخاص ناقص اهلیت مالی تبرع گردیده و چنان شرط گذاشته شده باشد که مال مذکور تحت ولایت ولی قرار داده نشود، استثناءً چنین مال از تحت ولایت ولی خارج ساخته می شود...». از نص این ماده به خوبی بر می آید که هرگاه مالی برای اشخاص ناقص اهلیت تبرع شود و شرط گذاشته شود، این مال تحت ولایت ولی قرار داده نشود، این مال به طور استثنایی از حیطة ولایت ولی خارج می شود.

در نتیجه، برای اداره چنین مال وصی متبرع تعیین می گردد. منظور از شخص ناقص اهلیت طفل صغیر ممیز یا صغیر ممیز است. به حیث مثال، اگر احمد به محمود چهار ساله (صغیر غیر ممیز) موتر را هبه نماید و شرط گذارد که این مال تحت ولایت پدر احمد قرار نگیرد و تحت حیطة حمید قرار داده شود، این شرط متبرع مدار اعتبار است. در این صورت، محکمه می تواند برای این مال وصی متبرع تعیین نماید و مال تحت وصایت وصی متبرع قرار داده شود. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حق طفل است. زیرا، امکان دارد شخص به طفل مالی را تبرع نماید، اما بر ولی اعتماد نداشته باشد.

جهت صحت وصایت وصی پدر و متبرع شرط است که وصایت آنها توسط محکمه ذیصلاح تأیید شود. در صورت عدم تأیید، وصایت آنها اعتبار ندارد. ماده ۲۹۶ ق. م در این باره حکم می نماید که: «اختیار وصی وقتی نافذ شمرده می شود که از طرف محکمه با صلاحیت تأیید شده باشد.» به حیث مثال، اگر احمد طفلی به نام محمود داشته باشد و جمشید را به عنوان وصی او معین نماید در صورت وفات احمد شرط است که محکمه ذیصلاح وصایت جمشید را تأیید نماید. در صورت تأیید وصایت جمشید نافذ و در صورت عدم تأیید وصایت باطل می گردد. همچنین، در صورتی که در مثال بالا (وصی متبرع) شرط است که وصایت وصایت حمید توسط محکمه ذیصلاح تأیید شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرط وصی پدر و وصی متبرع است. طبق ق. م حدود صلاحیت و اختیار وصی پدر و وصی متبرع قبل از تأیید محکمه باید در وصایت خط عرفی و بعد از تأیید توسط محکمه در وصایت خط رسمی تصریح گردد. زیرا، ماده ۲۹۱ فقره دوم ق. م در این باره حکم می نماید که: «اختیار وصی در چنین موارد توسط وصایت خط رسمی یا عرفی صورت می گیرد که به خط و امضای پدر یا متبرع باشد و یا از امضا و یا شصت شان در چنین اسناد تصدیق به عمل آمده باشد.»

۳) **وصی قاضی و انواع آن در ق. م:** براساس ماده ۲۹۷ ق. م: «هرگاه برای شخص ناقص اهلیت یا حمل ثابت در بطن وصی اختیاری موجود نباشد، محکمه وصی تعیین می نماید. وصایت برای حمل ثابت در بطن بعد از وضع حمل برای مولود نیز نافذ است، مگر اینکه محکمه وصی جدیدی را عوض وی تعیین کرده باشد.» نص این ماده مرتبط به ماده ۲۹۱ ق. م است. طبق نص این ماده هرگاه پدر و پدر کلان برای اولاد صغار خویش وصی تعیین ننموده باشند، ولایت به قاضی منتقل می شود و قاضی می تواند جهت اداره اموال صغیر وصی تعیین نماید. به حیث مثال، اگر در مثالا بالا، احمد برای محمود یا حمل وصی معین نکرده باشد، قاضی می تواند برای محمود و حمل ثابت وصی معین نماید. در صورت تولد حمل، وصایت شخص در خصوص مولود نافذ است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان صلاحیت اختیاری قاضی جهت تعیین وصی برای صغیر ناقص اهلیت و حمل ثابت در بطن است.

چون قاضی نمی تواند به تنهایی امور همه اطفال را اداره نماید، می تواند برای اداره امور مالی آنها وصی تعیین نماید. ق. م در تعیین وصی برای قاضی صلاحیت وسیع داده است. در نتیجه، قاضی می تواند برای صغیر وصی خاص، وصی مؤقت و وصی خصومت تعیین نماید:

۱- **وصی خاص:** طبق ماده ۲۹۹ ق. م: «محکمه در حالات ذیل وصی خاص تعیین می نماید: (۱) در صورتی که مصلحت شخص ناقص اهلیت با مصلحت وصی، زوج وی یا یکی از

اصول و فروع وصی و یا با مصلحت اشخاصی که وصی نماینده قانونی شان می باشد، متصادم واقع گردد؛ ۲) در صورتی که به شخص ناقص اهلیت مالی تبرع گردیده و چنان شرط گذاشته شده باشد که مال مذکور تحت ولایت ولی قرار داده نشود؛ و ۳) در صورتی که اجرای وصایت اوصاف خاصی را که وصی دایمی فاقد آن است ایجاب نماید.». طبق نص این ماده در سه حالت قاضی محکمه ذیصلاح می تواند برای صغیر وصی خاص تعیین نماید:

اول: در حالتی که مصلحت شخص ناقص اهلیت با مصلحت وصی، زوج وی یا یکی از اصول و فروع وصی و یا با مصلحت اشخاصی که وصی نماینده قانونی شان می باشد، متصادم واقع گردد، قاضی می تواند وصی خاص تعیین نماید. به نظر رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده جلوگیری از تعارض منافع است. زیرا، در این فرض، مصلحت و منفعت وصی با مصلحت و منفعت شخص ناقص اهلیت متعارض واقع می گردد. برای رفع تعارض منافع، ق. م به قاضی صلاحیت داده است تا برای صغیر ناقص اهلیت وصی خاص تعیین نماید. به حیث مثال، اگر محمود پنج ساله باشد و احمد پدر محمود با جمشید در شرکت شریک باشند و در عین حال جمشید وصی محمود باشد و احمد وفات نموده باشد و میان محمود و جمشید در خصوص شرکت دعوی ایجاد شود، قاضی می تواند حمید را به عنوان وصی خاص تعیین نماید. قانونگذار مدنی در نص این ماده از وصی و زوج وی سخن می گوید. بنابراین، وصی می تواند زن باشد یا مرد. همچنین، در صورت تعارض میان مصلحت شخص ناقص اهلیت و اصول و فروع وصی، قاضی می تواند وصی خاص تعیین نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، دعوی در خصوص شرکت میان فرزند جمشید یا پدر جمشید با محمود ایجاد شود، قاضی می تواند وصی خاص برای محمود تعیین نماید.

دوم: در حالتی که به شخص ناقص اهلیت مالی تبرع گردیده و شرط گذاشته شده باشد که مال تحت ولایت ولی قرار داده نشود که به چنین وصی، وصی متبرع نیز می گویند. به حیث مثال، اگر احمد ولی محمود باشد و حمید یک عراده موتر را به محمود تبرع (بخشش) نماید و شرط گذارد که مال تحت ولایت احمد قرار داده نشود، قاضی محکمه ذیصلاح می تواند برای محمود وصی خاص تعیین نماید.

سوم: در حالتی که وصی دایمی نتواند عمل وصایت را انجام دهد. به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و شرکت داشته باشد و محمود هفت ساله باشد و احمد جمشید را به عنوان وصی معین کرده باشد. اما، جمشید نتواند شرکت را مؤفقانه اداره و مدیریت نماید، قاضی می تواند برای محمود وصی خاص تعیین نماید.

به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان صلاحیت‌های تخییری قاضی و مورد حمایت قرار دادن مصلحت شخص ناقص اهلیت است.

۲- **وصی مؤقت:** طبق ماده ۳۰۰ ق.م: «محکمه در حالات ذیل وصی مؤقت تعیین می‌نماید: (۱) در صورتی که محکمه ولایت ولی را متوقف نموده و شخص ناقص اهلیت ولی دیگری نداشته باشد؛ (۲) در صورتی که وصایت به تقاضای خود وصی متوقف شده باشد؛ و (۳) در صورتی که عوامل مؤقت مانع اجرای وصایت گردیده باشد.» طبق نص این ماده قاضی محکمه ذیصلاح می‌تواند در سه حالت وصی مؤقت تعیین نماید:

- در صورت متوقف نمودن ولایت ولی. به حیث مثال، اگر احمد ولی محمود باشد و احمد غایب گردد یا به حبس بیشتر از یک سال محکوم شود، ولایت احمد متوقف می‌گردد. در صورتی که محمود ولی دیگر، به حیث مثال پدر کلان نداشته باشد، قاضی جهت اداره اموال محمود وصی مؤقت تعیین می‌نماید. نص بند اول ماده ۳۰۰ ق.م مرتبط به ماده ۲۸۵ ق.م است.

- در صورت تقاضای توقف وصایت توسط وصی. به حیث مثال، اگر احمد ولی محمود باشد و احمد جمشید شریک خویش را به عنوان وصی محمود تعیین کرده باشد، اما جمشید از محکمه ذیصلاح توقف وصایت خویش را به هر دلیلی مانند سفر، تجارت و نظیر اینها مطالبه نماید، قاضی محکمه ذیصلاح می‌تواند یک شخص دیگری را به عنوان وصی مؤقت برای محمود معین نماید.

- در صورت ایجاد موانع مؤقت وصایت. به حیث مثال، اگر جمشید وصی محمود باشد و جمشید توسط آدم ربایان اختطاف شود، برای وصایت موانع ایجاد گردیده و قاضی می‌تواند برای محمود وصی مؤقت تعیین نماید. ۱۰۶۸ به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان صلاحیت اختیاری قاضی و مورد حمایت قرار دادن طفل است.

۳- **وصی خصومت:** طبق ماده ۳۰۱ ق.م: «محکمه می‌تواند برای حل و فصل دعاوی مربوط به شخص ناقص اهلیت وصی خصومت تعیین نماید، گرچه شخص ناقص اهلیت مالک دارایی نباشد.» طبق نص این ماده قاضی محکمه ذیصلاح می‌تواند برای پیش برد دعوی صغیر وصی خصومت معین نماید. خصومت از ریشه خصم گرفته شده است که در لغت به معنی دشمنی است. در اصطلاح حقوق مدنی، خصومت عبارت است از ادعای که از یکطرف در مورد حقی صورت می‌گیرد. ۱۰۶۹

۱۰۶۸. یادگار راجی سمنگانی (\_\_\_). تشریح و توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد (۱)، باب تمهیدی، (\_\_\_): (\_\_\_)، ص ۲۴۳.

۱۰۶۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۹۹.

به حیث مثال، اگر احمد وفات نماید و برای محمود شرکت تجارتي را به ارث بگذارد و جمشید در خصوص شرکت با محمود دعوی داشته باشد، قاضی محکمه ذیصلاح می تواند برای رفع دعوی جمشید، برای محمود وصی خصومت تعیین نماید. قانونگذار مدنی در نص این ماده تصریح می نماید که هرچند شخص ناقص اهلیت دارایی نداشته باشد، قاضی می تواند برای او وصی خصومت تعیین نماید. تعیین وصی خصومت در صورت نداشته دارایی توجیه پذیر به نظر نمی رسد. زیرا، در صورت نداشتن مال دعوی ای که موضوع آن مال باشد منتفی است. اما، وصی خصومت می تواند سایر دعاوی و دفع دعاوی شخص ناقص اهلیت را که مربوط به مال و دارایی نباشد مانند دعوی مربوط به امور شخصی ناقص اهلیت پیش ببرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان صلاحیت اختیاری قاضی و مورد حمایت قرار دادن حق طفل است.

طبق ماده ۳۰۳ ق.م: «وظایف اشخاص مندرج مواد (۲۹۹، ۳۰۰، ۳۰۱) این قانون که به حیث وصی تعیین گردیده اند وقتی خاتمه پیدا می کند، که موضوع وصایت انجام یافته و یا مدت معینه وصایت منقضی گردیده باشد.» نص این ماده مرتبط به ماده های ۲۹۹، ۳۰۰ و ۳۰۱ ق.م است. زیرا، قانونگذار مدنی در نص این ماده اسباب انتهای وصایت وصی خاص، مؤقت و خصومت را به ماده های ۲۹۹، ۳۰۰ و ۳۰۱ ق.م ارجاع داده است. طبق نص این ماده وصایت وصی خاص، مؤقت و وصی خصومت که از طرف قاضی معین گردیده اند، در صورت انجام موضوع وصایت و ختم میعاد به دلیل انتفای محل یا انقضای مدت منقضی می گردد. به حیث مثال، وصایت وصی خاص در صورتی که صغیر به سن رشد برسد و مال برایش داده شود خاتمه می یابد، وصایت وصی مؤقت در صورت رها شدن ولی از زندان یا حضور او خاتمه می یابد و وصایت وصی خصومت در صورت ختم دعوی خاتمه می یابد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده احصای حالات ختم وصایت وصی خاص، مؤقت و وصی خصومت است.

### مبحث سوم) شروط وصی

براساس ماده ۲۸۹ ق.م: «وصی باید شخص عادل، با کفایت و واجد اهلیت کامل بوده و با شخصی تحت وصایت او قرار می گیرد، دین مشترک داشته باشد.» طبق نص این ماده شرط است که وصی عادل باشد. عادل در لغت به معنی دادگر و دادگستر است. در اصطلاح حقوقی عادل شخصی است که رفتار او با عدل و داد است.<sup>۱۷۰</sup>

همچنین، طبق نص این ماده وصی باید با کفایت باشد. کفایت در لغت به معنی شایستگی و لیاقت داشتن در اداره امور، از عهده کاری و یا امری بر آمدن و قابلیت است.<sup>۱۰۷۱</sup> تعریف اصطلاحی کفایت از معنی لغوی آن دور نیست. بنابراین، کفایت عبارت از شایستگی و لیاقت انجام کارها است. همچنین، وصی باید کامل اهلیت باشد. کامل اهلیت شخصی است که سن هجده سالگی را تکمیل نموده و دارای صحت عقل باشد (مستفاد از ماده ۳۹ ق. م).<sup>۱۰۷۲</sup> همچنین، شرط است که وصی با شخص تحت وصایت دین مشترک داشته باشد. به حیث مثال، اگر محمود تحت وصایت احمد قرار داشته باشد، شرط است که احمد مسلمان باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط وصی است.

فقهاء اتفاق نظر دارند که وصی باید عاقل، امانتدار و رشید باشد. پس، وصایت صبی و مجنون صحیح نیست. زیرا، صبی و مجنون تحت ولایت دیگری قرار دارند. همچنین، وصایت خاین، فاسق، غیر رشید، غیر امین صحیح نیست. زیرا، در صورت ثبوت خیانت عزل آنها از وصایت لازم است. اما، ذکورت شرط صحت وصایت نیست. بنابراین، وصی بودن زن صحیح است. زیرا، زن نیز از اهل شهادت است.<sup>۱۰۷۳</sup>

همچنین، به موجب ماده ۲۹۰ ق. م: «اشخاص ذیل وصی تعیین شده نمی توانند: (۱) شخصی که به حکم قطعی محکمه به جرم منافی آداب عامه یا عفت محکوم به جزا شده باشد؛ (۲) شخصی که شهرت بد داشته باشد و یا مدرک مشروع برای تأمین معیشت نداشته باشد؛ (۳) شخصی که به حکم قطعی محکمه محکوم به افلاس شده و حیثیت او اعاده نشده باشد؛ (۴) شخصی که قبلاً از ولایت یا وصایت شخصی دیگر به حکم قطعی محکمه عزل شده باشد؛ (۵) شخصی که از طرف پدر یا جد قبل از وفات از حق وصایت کتباً محروم ساخته شده باشد؛ و (۶) شخصی که خودش یا یکی از اصول، فروع یا زوجه اش با شخص ناقص اهلیت منازعه قضایی داشته باشد یا چنان اختلافی فامیلی موجود باشد که به اساس آن مصلحت شخص ناقص اهلیت مختل گردد.» به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حصر اشخاصی است که نمی توانند به عنوان وصی معین شوند. طبق نص این ماده اشخاص ذیل نمی توانند وصی معین شوند:

1071. Ibid, (آخرین بازدید ۲۰۱۷/۲/۷).

1072. Alaeddin Kharofa (2009). Transactions in Islamic Law, 4th edi, Kuala Lumpur: ASN, p3.

۱۰۷۳. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۵۷۸-۷۵۸۰؛ و (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۱۷۲-۱۷۵.

۱- شخصی که به حکم قطعی محکمه به جرم منافی عامه آداب عامه یا عفت محکوم به جزا شده باشد. حکم قطعی در قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم و کُد جزا تعریف شده است. طبق ماده ۴ فقره ۱۰ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم: «حکم قطعی حکمی است که محل رسیدگی بعدی برای آن موجود نبوده و قابل اعتراض نباشد و سیر آن در یکی از درجات قضایی (مراحل قضایی) به حکم قانون یا قناعت طرفین قطع گردیده یا میعاد قانونی اعتراض منقضی شده و یا به سقوط اعتراض استیناف خواه حکم شده باشد. حکم قطعی و نهایی از لحاظ آثار یکی می باشد.».

ماده ۴ جزء ۴ کُد جزا در تعریف حکم قطعی می گوید: «۱۰- حکم قطعی: حکمی است که:

- طبق احکام قانون در محکمه ابتدائیه یا استیناف نهایی شده باشد.

- محکمه فرجام در مورد، حکم نهایی صادر نموده باشد.

- ستره محکمه بعد از رسیدگی تجدید نظر در مورد، حکم صادر نموده باشد.

- میعاد تقدیم شکایت یا اعتراض بر آن مطابق قانون منقضی شده باشد.».

برخی نویسندگان در تعریف آداب عامه می گویند: آداب عامه که از آن به اخلاق حسنه نیز تعبیر شده است، عبارت از مجموعه قواعدی است که اخلاقیات اجتماعی معینی آن را مقرر می کند و معمولاً در زمان و مکانی محدود و معین مشاهده می شوند. چنین آدابی در واقع معیارهایی است که عملکرد و تصرفات افراد بر اساس آن معیارها مورد ارزیابی قرار می گیرد.<sup>۱۰۷۴</sup>

این تعریف مبهم است. برخی دیگر در تعریف آداب عامه می گویند: آداب عامه بر ضوابط و اصول اخلاقی اطلاق می گردد که در جامعه معین توسط قانون، پولیس و فشار اجتماعی تطبیق می گردد.<sup>۱۰۷۵</sup>

این تعریف با این ایراد مواجه است که قانون معمولاً قواعد اخلاقی را تنظیم نمی نماید. به نظر می رسد آداب عامه عبارت از قواعدی است که رفتار انسان ها به خصوص خوب و بد درست و نادرست را تنظیم می نماید. طبق نص این ماده شرط است که شخصی که وصی معین می شود به جرایم منافی آداب عامه توسط حکم قطعی محکمه محکوم نشده باشد. به نظر می رسد زنا، لواط و نظیر اینها از جرایم منحل آداب عامه اند. به حیث مثال، اگر احمد به دلیل ارتکاب فعل زنا یا لواط به حکم قطعی محکمه محکوم شده باشد، نمی تواند وصی معین شود. قانونگذار مدنی آداب عامه را مترادف به عفت استعمال نموده است زیرا قانونگذار مدنی در نص این ماده «یا» را به کار برده است.

۱۰۷۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۸.

عفت در لغت به معنی پارسایی، پاک دامنی و پرهیزگاری است.<sup>۱۰۷۶</sup> در اصطلاح حقوقی، عفت عبارت از دوری از گناه و ترک شهوات حرام است.

۲- شخصی که شهرت بد داشته باشد و یا مدرک مشروع برای تأمین معیشت نداشته باشد. معیشت در لغت به معنی زیست، زندگانی، ارتزاق، رزق، روزی و معاش است. در اصطلاح حقوق مدنی معیشت عبارت است از آنچه که به وسیله آن زندگانی کنند مانند خوردنی، آشامیدنی، پوشیدنی و امثال اینها. به حیث مثال، اگر احمد به دلیل قمارباز بودن، دیوث بودن، رشوه خوار بودن و نظیر اینها شهرت بد داشتن باشد، نمی تواند به عنوان وصی معین شود. همچنین، در صورتی که مدرک تأمین معیشت احمد مشروع نباشد، به حیث مثال، احمد قمار باز، رشوه خوار، دیوث و نظیر اینها باشد، نمی تواند به عنوان وصی معین شود.

۳- شخصی که به حکم قطعی محکمه محکوم به افلاس شده و حیثیت او اعاده نشده باشد. افلاس از ریشه «فلس» گرفته شده است که در لغت به معنی ناچیز شدن، نادر شدن، بینوایی، ناداری و پریشانی است. در اصطلاح حقوقی افلاس عبارت از وصفی است در شخصی که قرض او بیشتر از دارایی او باشد.<sup>۱۰۷۷</sup> به حیث مثال، اگر احمد در اثر تجارت همه مال و دارایی خویش را از دست بدهد و دیون او از دارایی او بیشتر باشد، نمی تواند به عنوان وصی معین شود.

۴- شخصی که قبلاً از ولایت یا وصایت شخصی دیگر به حکم قطعی محکمه عزل شده باشد. تعریف ولایت گذشت. عزل در لغت به معنی بیکار کردن، برکنار کردن، از کار بازداشتن، اخراج و انفصال است.<sup>۱۰۷۸</sup> به نظر می رسد در مفهوم محدود عزل عبارت از برکناری وصی است توسط محکمه. به حیث مثال، اگر احمد از ولایت یا وصایت محمود قبلاً توسط حکم قطعی محکمه ذیصلاح که تعریف آن گذشت عزل شده باشد، نمی تواند وصی تعیین شود.

۵- شخصی که از طرف پدر یا جد قبل از وفات از حق وصایت کتباً محروم ساخته شده باشد. تعریف جد گذشت. وفات در لغت به معنی مرگ، مردن، موت و فوت است. در اصطلاح حقوق مدنی، وفات وصفی است برای شخصی که نشانه های زندگی کاملاً در او از بین رفته است.<sup>۱۰۷۹</sup> همچنین، فوت عبارت از بیرون رفتن روح از تن آدمی است به نحوی که از تحرك و جنبش باز

1076. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 1/1/2018).

۱۰۷۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۸۴.

1078. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۲۰۱۶/۸/۳۱).

۱۰۷۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۹۰.



مانند.<sup>۱۰۸۰</sup> به حیث مثال، اگر احمد توسط حمید پدر محمود یا جمشید پدر کلان محمود قبل از وفات حمید یا جمشید از وصایت کتباً محروم شده باشد، احمد نمی تواند وصی محمود معین شود.

۶- شخصی که خودش یا یکی از اصول، فروع یا زوجه اش با شخص ناقص اهلیت منازعه قضایی داشته باشد یا چنان اختلافی فامیلی موجود باشد که به اساس آن مصلحت شخص ناقص اهلیت مختل گردد. منازعه از ریشه «نزع» گرفته شده است که در لغت به معنی ستیز کردن، خصومت کردن، مناقشه کردن، کشاکش کردن و جدال است. در اصطلاح حقوق مدنی، سرسختی نشان دادن برای احقاق حق خویش با رفتن به نزد قاضی و دفاع کردن از حق خویش منازعه گویند.<sup>۱۰۸۱</sup>

اصول جمع اصل است و اصل به سلف مستقیم شخص گویند که از درجه نخست (پدری و مادری) است و از درجات بعدی (نیاکان پدری) و یا مادری (اجداد مادری) است.<sup>۱۰۸۲</sup> فرع که جمع آن فروع است در لغت به معنی شاخ، شعبه و قسم است. همچنین، به آنچه که از دیگری متولد شود فرع گویند<sup>۱۰۸۳</sup> و در برابر اصول استعمال می شود. به حیث مثال، اگر احمد و جمشید در یک شرکت شریک باشند و احمد جمشید را به عنوان وصی پسر صغیر خویش محمود تعیین نموده باشد و جمشید، پدر جمشید، پسر جمشید یا زوجه جمشید در خصوص شرکت با محمود منازعه قضایی داشته باشد، جمشید نمی تواند به عنوان وصی محمود تعیین شود. به نظر می رسد دلیل این منع جلوگیری از تعارض منافع است.

۳) **شروط موصی به:** موصی به عبارت از تصرفی است که اجرای آن به موصی توسط وصی تعهد شده است. در موصی به شرط است که تصرف معلوم باشد و وصی بتواند آن را انجام دهد. زیرا، وصایت مانند وکالت است و تصرف وصی به اذن موصی است. پس، وصایت جایز نیست، مگر اینکه موصی به معلوم باشد، مانند: ایصاء در باره قضای دین، توزیع وصی چیزی را که به آن وصیت شده است، مراقبت از امور طفل، مجنون و سفیه، رد ودایع به اهل آن، رد مغضوب و غیره.

اما، در باره تزویج دختر و یا پسر موصی فقهای حنفیه چنانچه، قبلاً بیان شد، بر این نظر اند که وصی نمی تواند در صورت موجودیت و یا عدم موجودیت پدر کلان، طفل تحت وصایت را به

۱۰۸۰. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و مجبورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۵۳؛ و محمد حسین ساکت (۱۳۸۶). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ سوم، نشر انتشارات جنگل، جاودانه، ص ۸۸.

۱۰۸۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۷۳.

۱۰۸۲. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، صص ۳۱۳ و ۳۱۴.

۱۰۸۳. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، صص ۱۴۵۵ و ۱۴۵۶.

دیگری تزویج نماید. علت این امر این است که اشخاص بالغ تحت ولایت قرار نمی گیرند و صغیر و صغیره را هیچ کس جز پدر و پدر کلان نمی تواند به دیگری تزویج نماید.<sup>۱۰۸۴</sup>

۴) صیغه: فقهاء اتفاق نظر دارند که: وصایت به اتمام نمی رسد، مگر به ایجاب و قبول موصی و وصی، همانطوری که اتفاق دارند که ایجاب با هر صیغه ای که دلالت بر تفویض موصی به، به وصی نماید صحیح است، مانند: تو را وصی معین نمودم، امر اموال و اولاد خویش را بعد از مرگم به تو مفوض نمودم، تو بعد از مرگ من قائم مقام من هستی و نظیر اینها که دلالت بر تفویض موصی به، به وصی نماید.

همچنین، اشاره مفهّمه گنگ و نوشته وی جهت انعقاد وصایت کافی است. در وصایت شرط است که قبول موافق ایجاب باشد. زیرا، وصایت عقد تصرف است که به وکالت شباهت دارد و قبول در آن شرط است و در صورت عدم قبول باطل می گردد.<sup>۱۰۸۵</sup>

### مبحث چهارم) قبول و رد وصایت در زمان حیات موصی و ماهیت وصایت طبق ق. م قبول و رد وصایت تابع قواعد ذیل است:

۱) طبق ماده ۲۹۲ ق. م: «پدر و متبرع می توانند در مورد اختیار وصی از تصمیم شان رجوع نمایند.» رجوع از ریشه «رجع» گرفته شده است که در لغت به معنی بازگشت، عودت و بازگشتن است.<sup>۱۰۸۶</sup> متبرع از ریشه «برع» گرفته شده است که در لغت به معنی بخشنده است.<sup>۱۰۸۷</sup> در اصطلاح حقوق مدنی، شخصی که عمل تبرع را انجام می دهد متبرع نامیده می شود. طبق نص این ماده پدر و متبرع می توانند هر لحظه ای که بخواهند از وصایت رجوع نمایند. به حیث مثال، اگر احمد محمود را به عنوان وصی پسرش جمشید تعیین نموده باشد، به حیث مثال، گفته باشد که جمشید وصی پسرم محمود است، می تواند از ایصاء تا زمانی که زنده است رجوع نماید. همچنین، متبرع می تواند از ایصاء رجوع نماید.

به حیث مثال، اگر احمد به محمود موتر و خانه اش را تبرع نماید و شرط گذارد که مال تحت ولایت ولی محمود قرار نگیرد و جمشید وصی خانه و موتر تعیین شود، احمد می تواند مادام که زنده است از ایصاء خویش رجوع نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم رجوع از وصایت است.

۱۰۸۴. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۵۸۲ و ۷۵۸۳؛ و \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۱۸۵. ۱۰۸۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی وادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۷۵۸۳؛ و \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۱۸۶. ۱۰۸۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۰۱۷ و ۱۰۱۸. ۱۰۸۷. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، صص ۱۶۹۶.

۲) طبق ماده ۲۹۳ ق. م: «شخصی که وصایت را در حین حیات موصی قبول کرده باشد، نمی تواند از آن منصرف گردد، مگر اینکه انصراف از وصایت را قبلاً به اراده خود منوط ساخته باشد.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که وصی ای که وصایت را در زمان حیات موصی قبول کرده باشد، نمی تواند از آن منصرف شود. این اصل است. استثنای این اصل منوط ساختن انصراف از وصایت به اراده خود توسط وصی است. بنابراین، در صورتی که وصی انصراف از وصایت را شرط گذاشته باشد می تواند از وصایت انصراف نماید. به حیث مثال، اگر احمد محمود را وصی پسر صغیر خویش جمشید تعیین نموده باشد و محمود وصایت را پذیرفته باشد، نمی تواند از پذیرش وصایت رجوع نماید. اما، در صورتی که محمود شرط گذاشته باشد که من هر لحظه ای که تصمیم بگیرم می تواند از وصایت رجوع نمایم، می تواند از وصایت رجوع نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم رجوع از وصایت توسط وصی است.

۳) طبق ماده ۲۹۴: «رد وصایت باید حین حیات موصی صورت گرفته و به اطلاع وی رسانیده شود.» طبق نص این ماده وصایت باید در زمان حیات موصی صورت بگیرد و به اطلاع وصی رسانیده شود. به حیث مثال، اگر محمود وصی جمشید توسط احمد تعیین شود، شرط است که محمود وصایت را در زمان حیات احمد رد نماید. زیرا، در صورتی که وصایت را بعد از وفات احمد رد نماید، تعیین وصی دیگر توسط احمد منتفی است. در این صورت، مصلحت صغیر متضرر می گردد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم رد وصایت توسط وصی است.

۴) طبق ماده ۲۹۵ ق. م: «شخصی که وصایت را طبق احکام مندرج ماده (۲۹۴) این قانون رد نموده است، قبولی وی بعد از زمان وفات موصی اعتبار ندارد.» نص این ماده مرتبط به ماده ۲۹۴ ق. م است. طبق نص این ماده وصی ای که وصایت را در زمان حیات موصی رد کرده است نمی تواند آن را بعد از وفات موصی قبول نماید. به نظر می رسد دلیل این قاعده این است که امکان دارد موصی وصی ای دیگر برای صغیر معین کرده باشد. به حیث مثال، اگر احمد محمود را به حیث وصی ذاکره دختر صغیره اش تعیین کرده باشد و محمود وصایت را در زمان حیات احمد رد کرده باشد، احمد نمی تواند وصایت را بعد از وفات احمد قبول نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم قبول وصایت بعد از وفات موصی است. در خصوص وصایت فقهاء به اتفاق آراء بر این نظر اند که: وصایت با ایجاب و قبول منعقد می گردد و بنابراین عقد است نه ایقاع.<sup>۱۰۸۸</sup>

### مبحث پنجم) احکام تصرفات وصی

طبق ق. م تصرفات وصی تابع قواعد ذیل است:

(۱) طبق ق. م تمام تصرفات وصی منوط بر اخذ اجازه از محکمه ذیصلاح است. طبق ماده ۳۰۴ ق. م: «وصی نمی تواند بدون اجازه محکمه باصلاحیت در اموال شخص تحت وصایت تصرفات ذیل را به عمل آورد:

(۱) خرید و فروش، مقایضه، شرکت، رهن، قرض دادن و هر نوع تصرف دیگری که موجب انتقال ملکیت یا اثبات حق عینی گردد؛

(۲) حواله دادن دینی که شخص ناقص اهلیت به ذمه شخص دیگری دارد یا قبول حواله دین علیه او؛

(۳) گذاشتن اموال به منظور بهره برداری و تصفیه حسابات مربوط به آن یا قرض گرفتن به حساب شخص ناقص اهلیت؛

(۴) اجاره دادن اموال غیر منقول شخص ناقص اهلیت برای مدت بیش از سه سال، در صورتی که اموال غیر منقول زمین زراعتی، و مدت بیش از یک سال در صورتی که اموال غیر منقول عمارت باشد؛

(۵) اجاره دادن اموال غیر منقول ناقص اهلیت برای مدتی که بعد از رسیدن به سن رشد تا یک سال ادامه نماید؛

(۶) قبول یا رد تبرعاتی که مشروط به شرط باشد؛

(۷) پرداخت نفقه اشخاص که نفقه آنها بر ذمه شخص ناقص اهلیت لازم است، مگر این که پرداخت نفقه به حکم قطعی محکمه ثابت گردیده باشد؛

(۸) صلح و حکمیت؛

(۹) ایفای تعهداتی که بر متروکه و یا بر ذمه شخص ناقص اهلیت ثابت باشد، مگر این که حکم قطعی محکمه در مورد صادر گردیده باشد؛

(۱۰) اقامه دعاوی، مگر این که در تأخیر آن ضرر یا ضیاع حقوق شخص ناقص اهلیت متصور باشد؛

(۱۱) انصراف از حقوق دعاوی و یا قناعت به چنان احکام محکمه که قابل اعتراضات عادی باشد یا انصراف از چنین اعتراضات بعد از اقامه آن و اقامه اعتراضات غیرعادی در برابر احکام محکمه؛

(۱۲) انصراف از تأمینات یا تقلیل آن که به ضرر ناقص اهلیت تمام شود؛

۱۳) اجاره اموال شخص ناقص اهلیت برای خود، زوجه یا یکی از اقارب شان تا درجه چهارم و یا برای کسی که وصی نایب وی باشد؛

۱۴) پرداخت مصارف ازدواج شخص ناقص اهلیت؛ و

۱۵) پرداخت مصارف تعلیمی و یا پرداخت چنان مصارفی که شخصی ناقص اهلیت در اجرای شغل معین به آن ضرورت دارد.». به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حدود صلاحیت های وصی و نظارت استصوابی قاضی است. طبق نص این ماده وصی نمی تواند تصرفات ذیل را در اموال شخص تحت وصایت انجام دهد مگر این که اجازه محکمه ذیصلاح را اخذ نماید:

۱- خرید و فروش اموال شخص تحت وصایت. خرید و فروش مترادف با بیع است. بنابراین، وصی نمی تواند مال شخص تحت وصایت را به فروش رساند. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و محمود دارای مال اعم خانه، زمین، موتر و نظیر اینها باشد، احمد نمی تواند این اموال را به فروش رساند مگر اینکه اجازه محکمه ذیصلاح را اخذ نماید.

#### سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

#### پرسش 35:

در بعضی حالات برای صغیر وصی تعیین گردیده، وصی مذکور از محکمه خواهان تجویز در مورد فروش مال صغیر می شود. زمانیکه به قانون مدنی افغانستان مراجعه می شود، در ماده (304) آن وصی بدون اجازه محکمه، صلاحیت فروش مال صغیر را ندارد. سؤال این است، در صورتی که مال موروثی از جمله نمرات رهایشی یا خانه باشد که قابل قسمت و تجزیه نبوده و تعداد ورثه کبیر زیاد باشد و خواهان فروش باشند، در همچو حالت محکمه تجویز به فروش بگیرد و یا خیر؟

#### توضیح:

ماده (304) قانون مدنی افغانستان تصرفات وصی را در موارد مشخص از جمله خرید و فروش اموال صغیر، مقید به اذن محکمه نموده و علت آن هم حمایت از حقوق صغیر است. بناءً وظیفه محکمه است که در موارد مندرج ماده (304) و دیگر مواردی که قانون مدنی تصرف وصی را مقید به اذن محکمه نموده، منفعت صغیر را در نظر گرفته و تجویز قانونی اتخاذ نماید. فروش عقار صغیر جایز است در صورتی که یکی از شرایط ذیل موجود گردد:

اول: آنکه بیع به کمتر از ثمن مثل نباشد.

دوم: آنکه برای نفقه و کسوت صغیر باشد.

سوم: آنکه برای ادای دینی بوده که بر ذمه میت باشد.  
 چهارم: آنکه بیع مذکور برای نفاذ وصیت میت بوده که بغیر از این عقار، برای نفاذ آن مال دیگری وجود نداشته باشد.  
 پنجم: آنکه عقار مبیعه چنان عقاری بوده که مصارف آن از عوایدش زیاد شود.  
 ششم: آنکه بیع عقار به سبب بدون خرابی و نقصان در عقار باشد.  
 هفتم: آنکه عقار به دست متغلب باشد.  
 هشتم: آنکه صغیر مال منقول نداشته باشد.  
 نهم: آنکه سهم صغیر نسبت به سهام سایر شرکا اندک باشد و سایر شرکا سهم خود را بفروشند. در احوال فوق محکمه می تواند به فروش عقار صغیر تجویز اتخاذ نماید.<sup>۱۰۸۹</sup>

**۲- مقایضه مال تحت وصایت:** مقایضه که به نام معاوضه نیز یاد می گردد از ریشه «قیض» گرفته شده است که در لغت به معنی عوض دادن، مبادله کردن، رد و بدل کردن، و مبادله است. در اصطلاح فقهی مقایضه عبارت از بیع کالا به کالا است.<sup>۱۰۹۰</sup> ماده ۱۲۲ مجله الاحکام در تعریف مقایضه می گوید: «مقایضه عبارت از بیع عین به عین است؛ یعنی مبادله مال است به مال در حالی که بدلین عقد غیر از نقود باشد.» طبق نص این ماده وصی نمی تواند مال شخص تحت وصایت را مقایضه نماید مگر این که محکمه ذیصلاح اجازه اعطا نماید. بنابراین، وصی مکلف است در خصوص مقایضه مال صغیر اجازه محکمه ذیصلاح را اخذ نماید. به حیث مثال، اگر احمد تحت وصایت محمود قرار داشته باشد و احمد بخواهد خانه محمود را با زمین جمشید مقایضه نماید، باید اجازه محکمه ذیصلاح را اخذ نماید.

**۳- شرکت:** شرکت از ریشه «شرک» گرفته شده است که در لغت به معنی شریک شدن، همدست شدن در کاری، مشارکت، آمیزش و اختلاط است.<sup>۱۰۹۱</sup> ماده ۱۳۲۹ مجله الاحکام در تعریف شرکت می گوید: «شرکت عقد عبارت از شرکت میان دو یا زیاده از آن است طوری که سرمایه و

۱۰۸۹. \_\_\_\_\_ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، صص ۱۳۵ و ۱۳۶.

۱۰۹۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۴۰؛ و \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۸)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۳۴۳.

۱۰۹۱. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۳۸۷۸؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۶)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۳۳؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۱۴۰.

ربح میان آنها مشترک باشد.» طبق نص این ماده وصی نمی تواند با مال تحت وصایت با دیگری شریک شود مگر به اجازه محکمه ذیصلاح. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و محمود دارای مال باشد، احمد نمی تواند با مال محمود با جمشید در مضاربه شرکت نماید مگر این که اجازه محکمه ذیصلاح را اخذ نماید.

۳- رهن: رهن عقدی است که به موجب آن مال مدیون و ثبیه «تضمین» دین قرار می گیرد. طبق نص این ماده وصی نمی تواند مال تحت وصایت را به داین شخص تحت وصایت به رهن دهد. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و محمود مدیون جمشید باشد، احمد نمی تواند خانه یا موتور محمود را به جمشید به رهن بدهد مگر این که محکمه ذیصلاح به احمد این اجازه را بدهد.

۴- قرض: قرض عبارت از اعطای مال است توسط شخص به دیگری که بر ذمه ثابت شود.<sup>۱۰۹۲</sup> طبق نص این ماده وصی نمی تواند مال تحت وصایت را قرض بدهد مگر این که محکمه اجازه دهد. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد، احمد نمی تواند پول محمود را به جمشید قرض دهد مگر این که محکمه ذیصلاح به احمد این اجازه را اعطا نماید.

قانونگذار مدنی در بند اخیر نص ماده ۳۰۴ ق. م از سایر تصرفات سخن می گوید که موجب انتقال ملکیت یا حق عینی می گردد. بنابراین، نص ماده ۳۰۴ فقرة ۱ احصایی به نظر می رسد نه حصری زیرا سایر تصرفات که موجب انتقال ملکیت یا اثبات حق عینی با قرض، رهن، بیع و شرکت قیاس شده اند. پس، هر تصرف دیگری مانند هبه، وصیت و نظیر اینها که موجب انتقال ملکیت یا اثبات حق عینی بر ملکیت صغیر تحت وصایت می شود توسط وصی مجاز نیست مگر به اجازه محکمه ذیصلاح.

۵- حواله دادن دینی که شخص ناقص اهلیت به ذمه شخص دیگری دارد یا قبول حواله دین علیه او: حواله از ریشه «حول» گرفته شده است که در لغت به معنی انتقال دادن است.<sup>۱۰۹۳</sup> ماده ۶۷۳ مجله الاحکام در تعریف حواله می گوید: «حواله عبارت از نقل دین از یک ذمه به ذمه دیگر است.» طبق نص ماده ۳۰۴ ق. م وصی نمی تواند دینی را که شخص تحت وصایت بر ذمه شخص دیگر دارد، به شخص سوم حواله دهد.

۱۰۹۲. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۳۷۸۵ و ۳۷۸۶؛ و \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۳۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامیة، ص ۱۱۱؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمّدی سقر، ص ۲۶۹؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۵۱۹ و ۱۵۲۰.

۱۰۹۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۱۸۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۱۹.

به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و محمود داین جمشید باشد و جمشید داین حمید باشد، احمد نمی تواند دینی را که محمود بر ذمه جمشید دارد، به حمید حواله بدهد و به این ترتیب محمود دین خویش را از حمید اخذ نماید. همچنین، وصی نمی تواند حواله دین را به نمایندگی از شخص تحت وصایت قبول نماید مگر این که محکمه اجازه دهد. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و محمود مدیون جمشید و جمشید مدیون حمید باشد، اگر جمشید اخذ دین حمید را به محمود حواله دهد، احمد نباید این حواله را قبول نماید، مگر این که محکمه اجازه دهد.

۶- **گذاشتن اموال به منظور بهره برداری و تصفیه حسابات مربوط به آن:** وصی نمی تواند اموال شخص تحت وصایت را به منظور بهره برداری به دیگری واگذار نماید مگر به اجازه محکمه ذیصلاح. عبارت بهره برداری در نص این ماده مبهم به نظر می رسد. بهره برداری در لغت به معنی سود بردن، عمل برداشتن حاصل زراعت و سود برداری است.<sup>۱۰۹۴</sup> به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و محمود باغ داشته باشد، احمد نمی تواند باغ را به باغبان به باغبانی بدهد مگر این که محکمه اجازه بدهد.

۷- **قرض گرفتن به حساب شخص ناقص اهلیت:** فقهای حنفیه در تعریف قرض گفته اند: قرض عبارت از عقد مخصوصی است که به موجب آن مال مثلی به قصد باز پس گرفتن به دیگری داده می شود.<sup>۱۰۹۵</sup> حساب در لغت به معنی شمار، اندازه، تعداد و حد است که جمع آن حسابات می باشد.<sup>۱۰۹۶</sup> طبق نص ماده ۳۰۴ ق. م وصی نمی تواند به حساب و به نام شخص تحت وصایت قرض بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد، احمد نمی تواند به حساب محمود از جمشید قرض بگیرد مگر این که محکمه اجازه بدهد.

۸- **اجاره دادن اموال غیر منقول:** اجاره از ریشه «اجر» گرفته شده است که در لغت به چیزی را کرایه دادن و نیز بیع منفعت است.<sup>۱۰۹۷</sup> ماده ۲۰۵ مجله الاحکام در تعریف اجاره می گوید: «اجاره در لغت به معنی اجرت و گاهی به معنی ایجار نیز استعمال می شود و در اصطلاح فقهاء به معنی بیع منفعت معلوم در مقابل عوض معلوم است.» طبق نص ماده ۳۰۴ ق. م وصی نمی تواند اموال

1094. <https://www.vajehyab.com> (Last visti: 7,16, 2018).

۱۰۹۵. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۳۷۸۵ و ۳۷۸۶؛ و (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، ص ۱۱۱؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمدی سقر، ص ۲۶۹؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۵۱۹ و ۱۵۲۰.

1096. <https://www.vajehyab.com> (Last visti: 7,16, 2018).

۱۰۹۷. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۳۸۰۳-۳۸۰۵؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۶۲؛ و سید سابق، فقه السنه، ترجمه محمود ابراهیمی، ج ۴، صص ۲۹۲ و ۲۹۳.



غیر منقول شخص تحت وصایت را در صورتی عقار زمین زراعتی باشد، برای مدت بیش از سه سال به اجاره بدهد مگر این که محکمه اجازه دهد. اما، اگر عقار عمارت باشد، وصی نمی تواند آن را برای مدت بیشتر از یک سال به اجاره بدهد.

به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و محمود زمین زراعتی داشته باشد، احمد نمی تواند زمین زراعتی محمود را برای مدت بیشتر از سه سال به حمید به اجاره بدهد مگر به اجازه محکمه ذیصلاح. اما، اگر عقار محمود عمارت باشد، وصی نمی تواند آن را برای مدت بیشتر از یک سال به اجاره بدهد مگر به اجازه محکمه ذیصلاح. عمارت در لغت به معنی بنا، ساختمان و تعمیر است. ۱۰۹۸

**۹- قبول یا رد تبرعاتی که مشروط به شرط باشد:** تبرعات جمع تبرع است. تبرع از ریشه «برع» گرفته شده است که در لغت به معنی بخشیدن است. ۱۰۹۹ به نظر می رسد تبرع عبارت از عمل حقوقی است که موجب ایجاد تعهد برای یکی از طرفین می گردد، مانند: هبه، صدقه، وصیت، وقف، عاریت و امثال اینها. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و حمید بخواهد به محمود موتر خویش را هبه نماید به شرط این که محمود با دختر حمید ازدواج نماید، احمد نمی تواند این تبرع یا هبه را قبول یا رد نماید مگر اینکه محکمه ذیصلاح اجازه دهد. زیرا، این تبرع مشروط بر شرط است. شرط، ازدواج محمود با دختر حمید است.

**۱۰- پرداخت نفقه:** وصی نمی تواند نفقه ای اشخاصی که را که بر ذمه اشخاص ناقص اهلیت ثابت است از مال و دارایی شخص تحت وصایت پرداخت نماید مگر به اجازه محکمه ذیصلاح و مگر این که نفقه این افراد به حکم قطعی محکمه ثابت گردیده باشد. تعریف حکم قطعی در بالا گذشت. نص این ماده مرتبط به ماده ۲۶۴ ق. م است. این ماده می گوید: «نفقه والدین، اجداد و جداتی که فقیر باشند خواه توان کسب و کار داشته باشند یا نه، به دوش فرزندی است که موسر باشد خواه فرزند پسر باشد یا دختر، صغیر باشد یا کبیر.»

اگر این دو ماده های ق. م را در کنار هم قرار دهیم و تفسیر منطقی - ساختاری نماییم این نتیجه به دست می آید که وصی نمی تواند نفقه افراد مانند پدر، مادر، مادر کلان و پدر کلان صغیر تحت وصایت را از مال و دارایی شخص ناقص اهلیت پرداخت نماید مگر این که محکمه ذیصلاح از یک طرف اجازه دهد و از طرف دیگر نفقه اشخاص مذکور به حکم قطعی محکمه بر مال و دارایی شخص ناقص اهلیت ثابت گردیده باشد. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و محمود دارای مال و دارایی فراوان باشد و در عین حال پدر کلان محمود یا مادر محمود زنده باشند، احمد

1098. <https://www.vajehyab.com> (Last visti: 7,16, 2018).

۱۰۹۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۶۹۶.

نمی تواند از مال و دارایی محمود نفقه پدر کلان محمود و مادر محمود را پرداخت نماید مگر این که محکمه ذیصلاح اجازه دهد و نفقه پدر کلان محمود و مادر محمود به حکم قطعی محکمه در مال و دارایی محمود ثابت باشد. به حیث مثال، محمود به پدر کلان و مادر کلان خویش نفقه فراهم نکرده باشد و پدر کلان و مادر کلان علیه محمود اقامه دعوی نموده باشد و محکمه حکم کرده باشد که محمود باید نفقه پدر کلان و مادر کلان را پرداخت نماید و حکم محکمه هم قطعی باشد.

۱۱- **صلح و حکمیت:** صلح به معنای آشتی، سلیم، تراضی متنازعین، سازش، پایان دادن به جنگ و قطع نزاع است.<sup>۱۱۰۰</sup> ماده ۱۵۳۱ مجله الاحکام در تعریف صلح می گوید: «صلح عقدی است که نزاع را به تراضی رفع می نماید.» ماده ۳ قانون حکمیت تجارتي در تعریف حکمیت می گوید: «حکمیت علمیه لازم الاجرائی است که براساس آن حکم یا حکم ها یا با اراده خود یا در اثر تقاضای و توافق طرفین یا قرار محکمه خدمات بی طرفانه را به منظور حل و فصل سریع و عادلانه منازعات ناشی از قرارداد، معاملات تجارتي و اقتصادی انجام می دهند.»

وصی نمی تواند با مال و دارایی شخص تحت وصایت حکمیت نماید یا در خصوص مال و دارایی شخص تحت وصایت صلح نماید مگر این که محکمه ذیصلاح به وصی اجازه دهد. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و محمود با جمشید در خصوص خانه منازعه داشته باشد، احمد نمی تواند خانه را به جمشید بدهد و زمین را در برابر خانه محمود بگیرد. همچنین، اگر حمید و جمشید منازعه داشته باشند و جهت حکمیت نزد احمد بیابند، احمد نمی تواند با پرداخت مصارف حکمیت از مال و دارایی محمود، میان حمید و جمشید حکمیت نماید.

۱۲- **ایفای تعهدات ثابت بر ذمه شخص ناقص اهلیت یا ترکه:** ذمه از ریشه «ذم» گرفته شده که به معنای امان، عهد، ضمان، و پیمان است. در اصطلاح فقهی ذمه محل اعتباری در شخص است که دیون و التزامات بر آن واقع می گردد.<sup>۱۱۰۱</sup> ترکه از «ترک» گرفته شده است که در لغت به معنی هر چیزی است که انسان پشت سر خودش به جای می گذارد که جمع آن ترکات است. در اصطلاح فقهی فقهای حنفیه بر این نظر اند که: ترکه عبارت از اموالی است خالی از حق غیر که میت از خود به جا می گذارد.<sup>۱۱۰۲</sup> طبق نص این ماده وصی نمی تواند تعهداتی را که بر ذمه شخص

۱۱۰۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۳۳۰؛ مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۲۸۸۵-۲۸۸۶؛ سید سابق (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، جلد (۴) ایران، انتشارات محمّدی سقر، صص ۴۴۰ و ۴۴۱.

۱۱۰۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، صص ۱۰۰۰-۱۰۰۳؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۸۸۸-۲۸۹۰.

۱۱۰۲. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۱)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۱۱.

ناقص اهلیت یا بر ترکه ثابت است ایفاء نماید مگر این که حکم قطعی محکمه در این خصوص وجود داشته باشد. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و محمود دو لک افغانی مدیون جمشید باشد، احمد نمی تواند دین جمشید را پرداخت نماید، مگر این که حکم قطعی محکمه ذیصلاح مبنی بر الزامیت محمود وجود داشته باشد.

همچنین، اگر محمود پسر حمید باشد و حمید وفات نموده باشد و بیست لک افغانی مدیون جمشید باشد، در این صورت دین حمید باید از ترکه حمید پرداخت شود. اگر در این صورت، احمد وصی محمود تعیین گردد، نمی تواند بیست لک افغانی دین جمشید را از ترکه پرداخت نماید مگر این که حکم قطعی محکمه ذیصلاح که تعریف آن گذشت وجود داشته باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده محدود کردن صلاحیت های وصی و مورد حمایت قرار دادن شخص تحت وصایت است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۳۷)

جزء (۹) ماده (۳۰۴) قانون مدنی در مورد ایفاء تعهدات در متروکه و یا به ذمه شخص ناقص اهلیت قابل توضیح می باشد.

توضیح

بند (۹) ماده متذکره تعهدات ثابت بر متروکه شخص ناقص اهلیت را قبل از صدور حکم قطعی محکمه قابل ایفاء از جانب وصی ولی نمی داند. هدف قانون گذار صیانت اموال صغار و اشخاص فاقد یا ناقص اهلیت می باشد.<sup>۱۱۰۳</sup>

۱۳ - اقامه دعاوی، مگر این که در تأخیر آن ضرر یا ضیاع حقوق شخص ناقص اهلیت متصور باشد: دعاوی جمع دعوی است. دعوی از ریشه «دعوا» گرفته شده است که در لغت به معنی خواهانی، خواسته شده، طرح دعوی، خواستار شدن و طلب است. در اصطلاح حقوق مدنی به طرح دعوی در حضور قاضی شرعی و قانونی برای اثبات حقی برای شخص دیگر «دعوی» گویند.<sup>۱۱۰۴</sup> تأخیر از ریشه «أخر» گرفته شده است که در لغت به معنی پس انداختن، واپس انداختن

۱۱۰۳. \_\_\_\_\_ (22-25 حوت 1395). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، صص ۵۱۶ و ۵۱۷.

۱۱۰۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۹۵۰

و عقب انداختن است. در اصطلاح حقوق مدنی، به قرار دادن چیزی در غیر جایگاه زمانی اش تأخیر گویند.<sup>۱۱۰۵</sup> همچنین، به نظر می‌رسد پس انداختن اجرای تعهد تأخیر است.

طبق نص این ماده وصی نمی‌تواند علیه مدیونین شخص تحت وصایت اقامه دعوی نماید مگر این که محکمه ذیصلاح اجازه دهد یا در تأخیر دعوی ضرر به حق شخص تحت وصایت وارد گردد. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و محمود بر جمشید ده لک افغانی قرض داشته باشد، احمد نمی‌تواند علیه جمشید اقامه دعوی نماید مگر این که محکمه اجازه دهد. همچنین، احمد نمی‌تواند علیه جمشید اقامه دعوی نماید مگر این که حق محمود ضایع شود. به حیث مثال، قرض تحت مرور زمان قرار بگیرد. در این صورت، احمد می‌تواند علیه جمشید اقامه دعوی نماید.

**۱۴- انصراف از حقوق دعاوی و یا قناعت به چنان احکام محکمه که قابل اعتراضات عادی باشد یا انصراف از چنین اعتراضات بعد از اقامه آن و اقامه اعتراضات غیرعادی در برابر احکام محکمه:** طبق نص این ماده وصی نمی‌تواند امور ذیل را انجام دهد:

- وصی نمی‌تواند از حقوق دعاوی منصرف شود. عبارت حقوق دعاوی مبهم به نظر می‌رسد. حقوق در نص این ماده در مفهوم جمع حق استعمال شده است. دعاوی هم جمع دعوی است. بنابراین، وصی نمی‌تواند از حق دعوی انصراف نماید. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و حمید موتر محمود را غصب نموده باشد، محمود حق دعوی و پرداخت جبران خسارت (رد موتر) و در صورت از بین رفتن پرداخت جبران خسارت موتر) را دارد. احمد نمی‌تواند از این دعوی انصراف نماید. زیرا، انصراف از دعوی موجب ورود ضرر به محمود می‌گردد.

- وصی نمی‌تواند به احکام محکمه که قابل اعتراضات عادی باشد قناعت نماید. اعتراضات جمع اعتراض است. اعتراض از ریشه «عرض» گرفته شده است که در لغت به معنی عارض شدن و منع است. در اصطلاح حقوقی اعتراض عبارت است از متعرض شدن به احکام و قرارهای قضایی.<sup>۱۱۰۶</sup> ماده ۳۵۸ قانون اصول محاکمات مدنی در تعریف اعتراض می‌گوید: «شکایت و اعتراض عبارت از حق محکوم علیه غیرقانع از فیصله محکمه تحتانی است که با تقدیم شکایت علیه اجراءات قضائی محکمه حاکمه از محکمه بالاتر مطالبه می‌گردد.»

به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و وصی به نمایندگی از محمود در خصوص مال محمود اقامه دعوی نماید اما محکوم علیه واقع گردد و دعوی را ببازد، احمد نمی‌تواند به احکام محکمه که قابل اعتراض عادی باشد قناعت نماید. زیرا، قناعت موجب ورود ضرر به محمود می‌گردد.

۱۱۰۵. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۶۰۵.

۱۱۰۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۱)، ص ۳۵۳.

گردد. به حیث مثال، اگر محکمه فاقد صلاحیت بوده باشد و حکم صادر نموده باشد، وصی مکلف است علیه حکم محکمه اعتراض نماید. در خصوص اسباب اعتراضات ابتدایی ماده ۲۱ قانون اصول محاکمات مدنی می گوید: «اعتراضات ابتدایی قرار ذیل است:

۱- عدم صلاحیت رسیدگی قضیه از طرف محکمه؛

۲- فقدان صلاحیت و اهلیت مدعی و مدعی علیه؛

۳- متوجه نبودن ادعای مندرج عریضه بر مدعی علیه؛

۴- صدور حکم قضائی قبلی در موضوع بین عارض و معروض؛

۵- عدم ذوالیدی مدعی علیه متکی بر اسناد مثبتة در مدعی بهای غیر منقول؛

۶- ارتباط قضیه با دعوی ای که در محکمه دیگر دایر است؛

۷- دایر بودن قضیه مندرج در عریضه در محکمه دیگر؛

۸- تحت مرور زمان بودن قضیه مورد دعوی.»

- وصی نمی تواند از اعتراض علیه حکم محکمه انصراف نماید. به حیث مثال، در مثال بالا، احمد نمی تواند از اعتراض علیه حکم محکمه تحتانی انصراف نماید. زیرا، انصراف از اعتراض منجر به ورود ضرر به محمود می گردد.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حدود صلاحیت وصی و مورد حمایت قرار دادن حق شخص تحت وصایت است.

۱۵- انصراف از تأمینات یا تقلیل آن که به ضرر ناقص اهلیت تمام شود: تأمینات جمع تأمین است. تأمین که از ریشه «امن» گرفته شده است که به معنی آماده کردن، فراهم کردن و تهیه کردن است.<sup>۱۱۰۷</sup> تأمین دو نوع است: تأمین عینی و تأمین شخصی. تأمین عینی عبارت از دادن عین (مال) به عنوان تضمین به داین توسط مدیون است. تأمین شخصی عبارت است از دادن شخص به عنوان ضامن (کفیل) به داین توسط مدیون است. تقلیل در لغت به معنی کاهش و کم کردن است.

طبق نص این ماده وصی نماید از تأمینات شخص تحت وصایت انصراف ورزد یا تأمینات را کاهش دهد. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و محمود بر حمید سی لک افغانی دین داشته باشد، اما حمید پول نقد نداشته باشد و پنج جریب زمین خویش را به محمود به رهن (تأمین عینی) داده باشد، احمد نمی تواند از تأمین عینی انصراف ورزید یا مقدار آن را کاهش دهد. به حیث مثال، به عوض پنج جریب زمین سه جریب زمین را به عنوان رهن بگیرد. همچنین، اگر حمید

جمشید را به عنوان کفیل (ضامن) بدهد، احمد نمی تواند از گرفتن ضامن در برابر دین محمود انصراف ورزد.

۱۶- اجاره اموال شخص ناقص اهلیت برای خود، زوجه یا یکی از اقارب شان تا درجه چهارم و یا برای کسی که وصی نایب وی باشد: طبق نص این ماده وصی نمی تواند اموال شخص ناقص اهلیت را برای خود، زوجه یا اقارب خویش تا درجه چهارم و یا برای کسی که وصی نماینده او مانند وکیل او است به اجاره بدهد مگر این که محکمه ذیصلاح اجازه اعطا نماید. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد، احمد نمی تواند خانه یا زمین محمود را برای خود، برای زوجه ای خود، برای اولاد خویش تا درجه چهارم (پسر، پسر پسر، پسر پسر پسر، پسر پسر پسر پسر) به اجاره بگیرد. همچنین، اگر احمد وکیل حمید باشد، احمد نمی تواند زمین یا خانه محمود را برای حمید به اجاره بگیرد.

۱۷- پرداخت مصارف ازدواج شخص ناقص اهلیت: نص این ماده با ماده ۷۱ ق. م در تعارض به نظر می رسد. طبق نص ماده ۷۱ ق. م: «اهلیت ازدواج وقتی کامل می گردد، که ذکور سن ۱۸ و اناث شانزده سالگی را تکمیل کرده باشند». طبق نص این ماده ازدواج دختر قبل از سن ۱۶ سالگی و از پسر قبل از سن ۱۸ سالگی به گونه ای که تفصیل آن در جلد حقوق فامیل این دور از شرح ق. م گذشت جواز ندارد.

اما، نص طبق ماده ۳۰۴ ق. م وصی می تواند به اجازه محکمه ذیصلاح مصارف ازدواج شخص ناقص اهلیت را از اموال شخص ناقص اهلیت پرداخت نماید. نص این ماده ایجاب تعدیل را می نماید. برخی نویسندگان در این خصوص چنین مثال می آروند: «طور مثال، هرگاه ولی شرعی شخص ناقص اهلیت مطابق ماده (۷۱) این قانون برای شخص ناقص اهلیت ازدواج نماید و مصارف ازدواج و از اموال شخص ناقص اهلیت که اداره و سرپرستی آن را به دوش وصی قضایی باشد، در این صورت وصی نمی تواند بدون اجازه محکمه با صلاحیت به پرداخت مصارف ازدواج شخص ناقص اهلیت اقدام نماید.»<sup>۱۱۰۸</sup>

این مثال از جهات ذیل محل ایراد به نظر می رسد: نخست این که نص ماده ۷۱ فقره های ۱ و ۲ ق. م ناظر بر ازدواج دختر صغیره و دختری که میان سن ۱۵ و ۱۶ قرار دارد است. مصارف ازدواج دختر مطابق عرف بر عهده پسر است نه دختر. دوم این که ازدواج دختر کمتر از ۱۵ سال جواز ندارد.

۱۱۰۸. یادگار راجی سمنگانی (\_\_\_\_). تشریح و توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد (۱): باب تمهیدی، (\_\_\_\_)، (\_\_\_\_)، ص ۲۵۰.

سوم این که حکم ماده ۷۱ فقره ۱ قانون توسط فرمان شماره ۷ در باره مهر و عروسی، منتشره جریده رسمی شماره ۴۰۹، مؤرخ ۲۶ میزان، ۱۳۵۷ را ملغی گردیده است.

۱۸- پرداخت مصارف تعلیمی و یا پرداخت چنان مصارفی که شخصی ناقص اهلیت در اجرای شغل معین به آن ضرورت دارد: طبق نص این ماده وصی نمی تواند مصارف تعلیمی مانند مکتب و کورس و نظیر اینهای ناقص اهلیت را پرداخت نماید مگر این که محکمه اجازه دهد. به حیث مثال، اگر احمد وصی جمیله باشد و جمیله متعلم باشد و دارای مال و دارایی باشد احمد نمی تواند این مصارف را از مال و دارایی جمیله پرداخت نماید مگر این که محکمه اجازه بدهد. همچنین، اگر جمیله شغلی داشته باشد، احمد نمی تواند مصارف شغل جمیله را پرداخت نماید مگر این که محکمه ذیصلاح اجازه دهد. شغل در لغت به معنی کار، پیشه، حرفه است. همچنین، شغل در لغت به معنی در کار مشغول داشتن کسی، مشغول کردن و وظیفه است. در اصطلاح حقوقی شغل عبارت است از آنچه مایه و موجب مشغولیت گردد.<sup>۱۱۰۹</sup> به حیث مثال، اگر احمد بخواهد صرافایی ایجاد نماید، ایجاد صرافایی مستلزم مصارف مانند مصارف دوکان، میز، چوکی، فرش و نظیر اینها است.

۲) براساس ماده ۳۰۲ ق.م: «وصی می تواند در تمام مواردی که صلاحیت اجرای وصایت را دارد شخص دیگری را به حیث وکیل تعیین نماید. وکیل با وفات وصی یا شخص تحت وصایت معزول شناخته می شود.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱) نص این ماده به موادی که در آنها صلاحیت های وصی در ق.م پیش بینی شده است مرتبط است. طبق نص این ماده وصی می تواند تمام اموری را که اصالتاً انجام دهد، برای انجام آنها وکیل بگیرد. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد می تواند مستقیماً دعوی محمود را اقامه نماید یا برای اقامه آن وکیل استخدام نماید. همچنین، اگر احمد صلاحیت به اجازه دادن اموال غیرمنقول محمود را داشته باشد، می تواند آن را توسط وکیل اجازه دهد. اساس و مبنای این حکم قاعده ای حقوقی است که حکم می نماید: «هر عملی را که شخص بتواند مستقیماً انجام دهد می تواند برای آن وکیل استخدام نماید به شرط این که عمل قابل توکیل باشد.»

۲) وکیل با وفات وصی یا شخص تحت وصایت معزول می گردد. معزول اسم مفعول از ریشه «عزل» گرفته شده است که در لغت به معنی برکنار شده و دور انداخته شده است. در اصطلاح حقوق مدنی، معزول به کسی گویند که از مرتبت و مقام خود برکنار شده باشد.<sup>۱۱۱۰</sup>

1109. <https://www.vajehyab.com> (Last visit: 5/1/2018).

۱۱۱۰. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۹۰۱.

به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و برای اجرای تصرفات جمیله را به عنوان وکیل استخدام نماید، با وفات احمد جمیله معزول می‌گردد. زیرا، در صورت وفات مؤکل وکالت خاتمه می‌یابد. همچنین، در صورت وفات محمود وصایت احمد خاتمه پیدا می‌کند و به تبعیت از آن وکالت جمیله خاتمه پیدا می‌کند. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اعطای صلاحیت به وصی جهت استخدام وکیل و بیان حکم انتهای وکالت است.

### مبحث ششم) تعدد اوصیاء

براساس ماده ۲۹۸ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) محکمه می‌تواند حین ضرورت برای شخص ناقص اهلیت بیش از یک وصی تعیین نماید. در صورت تعدد وصی، اوصیا نمی‌توانند در اموال شخص تحت وصایت شان منفرداً تصرف نمایند، مگر اینکه همچو تصرف کاملاً به مصلحت ناقص اهلیت باشد؛ و (۲) حین اختلاف نظر بین اوصیا تجویزی که از طرف محکمه اتخاذ می‌گردد، قابل‌تعمیل می‌باشد.» از نص این ماده سه حکم استنباط می‌گردد:

(۱) محکمه ذیصلاح می‌تواند در صورت ضرورت برای شخص ناقص اهلیت مانند صغیر ممیز و یا صغیر ممیز به جای یک وصی دو یا چند نفر را وصی تعیین نماید. به حیث مثال، اگر احمد وصی اداره اموال محمود تعیین شده باشد و محمود در عین حال علیه حمید در خصوص شرکت دعوی داشته باشد، محکمه می‌تواند برای محمود جمشید را وصی خصومت تعیین نماید. در این صورت، محمود دو وصی دارد: احمد به عنوان وصی اداره اموال و جمشید به عنوان وصی خصومت.

(۲) در صورت تعدد وصی، اوصیا نمی‌توانند در اموال شخص تحت وصایت شان منفرداً تصرف نمایند، مگر اینکه همچو تصرف کاملاً به مصلحت ناقص اهلیت باشد. به حیث مثال، اگر محمود تجارتخانه، موتر فروشی، زمین، خانه، پول نقد و نظیر اینها داشته باشد و یک وصی از عهده اداره اموال محمود موفق بدر نیاید، محکمه می‌تواند چند شخص را به عنوان وصی تعیین نماید. سوم این که در صورت اختلاف میان نظر اوصیا، نظر محکمه قابل‌تعمیل است. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، یک وصی به اجاره خانه محمود نظر دهد و وصی دیگر مخالف آن باشد، تجویز محکمه قابل‌تعمیل است. به نظر می‌رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن مصلحت شخص تحت وصایت از طریق تعیین اوصیا است.

### مبحث هفتم) اخذ اجرت

براساس ماده ۳۱۰ ق. م: «اجرای وصایت بدون اجرت می‌باشد. محکمه استثناءً می‌تواند پرداخت اجرت یا مکافات را در برابر عمل معین بنا بر مطالبه وصی امر نماید. مگر پرداخت اجرت برای مدت قبل از مطالبه به هیچ صورت جواز ندارد.» طبق نص این ماده وصایت بدون



اجرت است. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود توسط محکمه یا پدر یا پدر کلان محمود تعیین گردد، وصایت احمد بدون اجرت است. اجرت عوض و بدلی است که در برابر کار پرداخت می شود. نص این ماده توجیه پذیر به نظر می رسد. زیرا، اجرای وصایت زمانگیر است و وظایف وصی خطیر و در برخی حالات بسیار تخصصی است. در صورتی که وصایت بدون اجرت باشد، به راحتی و آسانی هیچ کس نخواهد پذیرفت تا وظیفه وصایت را به عهده بگیرد.

۲) قاضی محکمه ذیصلاح می تواند برای اجرای برخی امور در اثر تقاضای وصی پرداخت اجرت را اجازه دهد. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و محمود علیه حمید در خصوص خانه منازعه داشته باشد و احمد وکیل مدافع نباشد و ضرورت احساس گردد تا برای محمود وکیل مدافع استخدام گردد، محکمه می تواند در اثر تقاضای احمد اجازه دهد تا به محمود وکیل مدافع در برابر پرداخت اجرت استخدام گردد.

۳) پرداخت اجرت در صورت عدم مطالبه وصی جواز ندارد. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و محمود علیه حمید داشته باشد و محمود جمشید را به عنوان وکیل مدافع استخدام نماید، در صورت عدم تقاضای احمد از محکمه پرداخت اجرت به جمشید جواز ندارد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان احکام پرداخت اجرت به وصی است.

### مبحث هشتم) مکلفیت های وصی

طبق ق. م وصی دارای مکلفیت های ذیل است:

۱) مطابق ماده ۳۰۵ فقره های اول، دوم و سوم ق. م: «(۱) وصی مکلف است تماماً عایدات نقدی شخص تحت وصایت خود را بعد از وضع مصارف نفقه و مصارف متفرقه ای که از طرف محکمه تعیین گردیده است، به حساب امانت محکمه یا بانکی که از طرف محکمه معرفی شده، به نام وی به ودیعت بگذارد؛ (۲) همچنین وصی باید تمام اشیاء از قبیل اوراق بهادار، زیورات، جواهرات و امثال آن را حسب لزوم دید محکمه به ودیعت بگذارد. این اجراءات وصی باید در ظرف (۱۵) روز از تسلیمی عواید و اشیاء متذکره صورت گیرد؛ (۳) وصی نمی تواند آنچه را که در بانک به ودیعت گذاشته بدون اجازه محکمه اخذ نماید.» طبق نص این ماده وصی مکلف است امور ذیل را انجام دهد:

۱- وصی مکلف است تمام عایدات نقدی شخص تحت وصایت را بعد از این که مصارف نفقه شخص تحت وصایت و سایر مصارفی را که از طرف محکمه تعیین می شود، در بانک به امانت بگذارد. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و محمود شرکت داشته باشد و شرکت محمود عاید نقدی نماید، احمد مکلف است عواید نقدی محمود را بعد از وضع مصارف نفقه (غذا،

لباس، مسکن و مصارف تداوی) محمود و سایر مصارفی را که محکمه تعیین می نماید در بانک به امانت بگذارد.

۲- وصی مکلف است اوراق بهادار، زیورات، جواهرات و سایر اشیا را طبق لزوم دید محکمه به بانک به ودیعه گذارد. اوراق بهادار وسیله مالی قابل داد و ستد در بازار است که دارای ارزش مالی می باشد، مانند: اوراق قرضه و سهام قرضه، اوراق حقوق صاحبان سهم و نظیر اینها.<sup>۱۱۱</sup> به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و محمود شرکت داشته باشد، احمد مکلف است اوراق قرضه، اوراق حقوق صاحبان سهم و نظیر اینهای محمود را در بانک به ودیعه گذرد.

این امور باید در مدت ۱۵ روز از تاریخ تسلیمی عواید و اشیا صورت گیرد. وصی نمی تواند بدون اجازه محکمه اشیا و عواید مذکور را از بانک اخذ نماید. هدف از این قواعد مورد حمایت قرار دادن حقوق مالی شخص تحت وصایت و جلوگیری از سوء استفاده وصی است.

۲) وفق ماده ۳۰۶ ق.م: «وصی مکلف است دعاوی را که علیه شخص ناقص اهلیت اقامه می گردد، توأم با اجراءات مربوط به آن، به اطلاع محکمه رسانیده و اوامر محکمه را در مورد پیروی نماید.» طبق نص این ماده وصی مکلف است دعاوی ای را که در مورد اموال شخص تحت وصایت توسط اشخاص ثالث اقامه می شود و وصی به دفاع می پردازد، به محکمه گزارش دهد و اوامر و دساتیر محکمه را در این زمینه پیروی نماید. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و جمشید در خصوص ملکیت خانه، موتر، زمین و شرکت محمود علیه محمود اقامه دعوی نماید، احمد مکلف است به دفع این دعاوی پردازد و به محکمه گزارش دهد. به نظر می رسد هدف از این قاعده جلوگیری از تبانی وصی با شخص ثالث و از دست دادن اموال شخص تحت وصایت است.

۳) براساس ماده ۳۰۷ ق.م: «وصی مکلف است صورت حساب سالانه را با اسناد متعلق به آن، قبل از آغاز سال جدید به محکمه مربوط تقدیم نماید.» در رایه گزارش سالانه وصی شرط است که دارایی موصی علیه بیش از ده هزار افغانی باشد. بنابراین، در صورتی که دارایی موصی علیه صغیر کمتر از ده هزار افغانی باشد، وصی مکلف به رایه گزارش سالانه به محکمه ذیصلاح نیست. ماده ۳۰۸ ق.م در این باره تصریح می نماید که: «هرگاه دارایی شخص تحت وصایت بیش از ده هزار افغانی نباشد، محکمه می تواند وصی را از ترتیب و تقدیم صورت حساب لازمه معاف نماید.» به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و محمود دارای مال و دارایی باشد، احمد مکلف است صورت حساب سالانه محمود را با اسناد متعلق به آن به محکمه ارائه نماید. به نظر می رسد هدف

قانونگذار مدنی جلوگیری از سوء استفاده وصی و مورد حمایت قرار دادن حق تحت شخص وصایت است.

۴) براساس ماده ۳۰۹ ق.م: «هرگاه شخص دیگری به عوض وصی تعیین گردد، وصی مکلف است در ظرف سی روز از ختم وصایت صورت حساب متعلق به اموال شخص تحت وصایت خود را ترتیب و به محکمه تقدیم نماید.» طبق نص این ماده در صورت عزل وصی، و تعیین وصی دیگر، وصی معزول باید در مدت سی روز بعد از ختم وصایت صورت حساب متعلق به اموال موصی علیه را به محکمه ارایه نماید. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و احمد توسط محکمه ذیصلاح عزل شود، احمد مکلف است صورت حساب اموال محمود را در ظرف سی روز ترتیب و به محکمه تقدیم نماید.

#### مبحث نهم) تعیین ناظر جهت نظارت بر اعمال وصی

براساس ماده ۳۳۱ فقره اول، دوم، سوم و چهارم ق.م: «(۱) محکمه می تواند غرض مراقبت اجراءات وصی [...] شخصی را به حیث ناظر تعیین نماید. ناظر مکلف است در صورت ایجاب مصلحت، محکمه و یا خازنوال مربوط را از جریان امور مطلع گرداند؛

(۲) نایب [...] مکلف است تا به استیضاح ناظر در مورد اداره اموال و تحقق اسناد و اوراق مربوط به آن جواب دهد؛

(۳) در صورتی که نایب [...] موجود نباشد، ناظر از محکمه مربوط تعیین نایب [...] جدیدی را تقاضا می نماید؛ و

(۴) تا زمان تعیین نایب [...]، ناظر به اجرای اموری اقدام می نماید که در تأخیر آن ضرر متصور باشد.» از نص این ماده احکام ذیل استنباط می گردد:

۱- محکمه ذیصلاح می تواند برای کنترل اجراءات وصی شخصی را به حیث ناظر تعیین نماید. ناظر اسم فاعل از ریشه «نظر» گرفته شده است که در لغت به معنی بیننده، نظر کننده و نگرنده است.<sup>۱۱۱۲</sup> در اصطلاح حقوقی ناظر عبارت از شخصی است که از کاری نظارت می نماید مانند ناظر وقف، ناظر انتخابات، ناظر جلسه ولسی جرگه و مشرانو جرگه و نظیر اینها. علت این قاعده این است که امکان دارد در عین زمان افراد متعدد تحت وصایت قرار بگیرند و قضات محکمه ذیصلاح نتوانند از امور همه افراد تحت وصایت نظارت نمایند. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد، محکمه می تواند حمید را غرض نظارت بر اعمال احمد ناظر تعیین نماید.

۲- با توجه به ماهیت وظیفه ناظر، ناظر مکلف است در صورت ضرورت، به محکمه ذیصلاح یا خارنوال مربوط از اجراءات وصی گزارش دهد. به حیث مثال، در مثال بالا اگر وصی وظایف را به نحو احسن انجام ندهد یا تخطی نماید، ناظر مکلف است به محکمه یا خارنوال مربوط اطلاع دهد. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و حمید توسط محکمه ناظر تعیین شود، در صورت تخطی احمد، حمید مکلف است به محکمه یا خارنوال تخطی های احمد را گزارش دهد.

۳- وصی مکلف است تا به استیضاح ناظر در مورد اموال، عواید و اسناد بهادر جواب ارایه نماید. استیضاح از ریشه وضع گرفته شده است که در لغت به معنی طلب وضاحت خواستن و بازخواست است. به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی در مفهوم محدود، استیضاح طلب وضاحت خواستن ناظر از وصی است. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود و حمید ناظر احمد باشد، حمید می تواند از احمد در خصوص عواید، اسناد، اموال و ... استیضاح نماید. قانونگذار مدنی در نص این ماده به عوض «وصی» کلمه «نایب» را استعمال نموده است. وصایت نوعی نیابت قهری است.

۴- ناظر می تواند در صورت عدم موجودیت وصی، از محکمه ذیصلاح تعیین وصی دیگر را مطالبه نمایند و تا زمان تعیین وصی دیگر، ناظر صرف می تواند اموری که در تأخیر آن ضرر موصی علیه صغیر متصور است، انجام دهد. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و احمد در سفر باشد، حمید می تواند اموری که در صورت تأخیر آن به احمد ضرر می رسد، مانند دریافت دین، احداث و تکمیل ساختمان، فروش اموال استهلاکی و نظیر اینها انجام دهد. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده اعطای صلاحیت اختیاری به قاضی، نظارت بر اعمال وصی و تحقق مصلحت شخص تحت وصایت است.

### مبحث دهم) شرایط ناظر

براساس مفاد ماده ۳۳۲ ق. م تعیین ناظر تابع شرایط وصی است. پس، ناظر باید شخص عادل، باکفایت و واجد اهلیت کامل باشد. علاوه بر این، طبق ق. م اشخاص ذیل ناظر تعیین شده نمی توانند:

۱- شخصی که به حکم قطعی محکمه به جرم منافی آداب عامه یا عفت محکوم به جزا شده باشد؛

۲- شخصی که شهرت بد داشته باشد و یا مدرک مشروع برای تأمین معیشت نداشته باشد؛

۳- شخصی که به حکم قطعی محکمه محکوم به افلاس شده و حیثیت او اعاده نشده باشد؛

۴- شخصی که قبلاً از ولایت یا وصایت شخصی دیگر به حکم قطعی محکمه عزل شده باشد؛

۵- شخصی که از طرف پدر یا جد قبل از وفات از حق وصایت کتباً محروم ساخته شده باشد؛ و  
 ۶- شخصی که خودش یا یکی از اصول، فروع یا زوجه اش با شخص ناقص اهلیت منازعه قضایی داشته باشد یا چنان اختلافی فامیلی موجود باشد که به اساس آن مصلحت شخص ناقص اهلیت مختل گردد که تفصیل هر یک در فصل وصایت گذشت. ماده ۳۳۲ ق. م در مورد تعیین، عزل و استعفاء، پرداخت اجرت برای ناظر حکم می نماید که: «در مورد تعیین، عزل و استعفاء اجرت و مسؤولیت ناظر، احکام متعلق به نایب [...] تطبیق می گردد». بنابراین، طبق مفاد ماده ۳۲۲ ق. م اصل در انجام عمل نظارت بدون اجرت بودن آن است. با وجود این، قاضی محکمه ذیصلاح می تواند در اثر مطالبه ناظر به طور استثنایی برای وی اجرتی معین نماید.

براساس مفاد ماده ۳۲۲ ق. م عزل ناظر نیز مانند عزل وصی است. پس، ناظر در صورت فاسق شدن، از دست دادن اهلیت، ترک نمودن اسلام، محکوم شدن به جرم منافی آداب عامه یا عفت، مانند زنا و لواط و نظیر اینها، پیدا کردن شهرت بد و از دست دادن مدرک مشروع برای تأمین معیشت، محکوم شدن به افلاس و عدم اعاده حیثیت، عزل شدن از ولایت یا وصایت به حکم قطعی محکمه، در صورتی که توسط پدر یا جد موصی علیه قبل از وفات از حق وصایت کتباً محروم ساخته شده باشد، و نیز در صورت بروز منازعه قضایی خودش یا یکی از اصول، فروع یا زوجه اش با شخص ناقص اهلیت، اهمال در عمل نظارت و سوء تصرف عزل می گردد.

براساس ماده ۳۳۳ ق. م: «هرگاه اسباب موجه نظارت از بین برود، محکمه به وظیفه ناظر خاتمه می دهد». سبب نظارت وصایت است. در صورت ختم وصایت، نظارت هم خاتمه می یابد. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و وصایت احمد بنابر اسبابی که بحث آن خواهد آمد، خاتمه یابد، وصایت حمید هم خاتمه می یابد. زیرا، محلی برای آن باقی نمی ماند. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان سبب انتهای نظارت به نظر می رسد.

#### مبحث یازدهم) ضمانت اجرای (مؤیدات) احکام مربوط به وصایت

۱) براساس ماده ۳۳۴ فقره های ۱ و ۲ ق. م: «۱) هرگاه وصی در وظایفی که طبق احکام این قانون به اجرای آن مکلف باشد، مرتکب قصوری گردیده یا در اجرای قرار صادره محکمه اهمال ورزد، محکمه می تواند با در نظر گرفتن جزاء های پیش بینی شده قانون جزاء، وصی را به جریمه نقدی که از ده هزار افغانی متجاوز نباشد یا محرومیت از کل اجرت یا قسمتی از آن و عزل یا به یکی از آنها محکوم نماید؛ و ۲) در صورتی که وصی امور مستلزم مجازات فوق را بدون اینکه شخص ناقص اهلیت متضرر گردد، جبران یا اعدار مقننه نزد محکمه ارایه نماید. محکمه می تواند به برائت وی یا تخفیف مجازات مندرج این ماده حکم نماید.»

طبق نص این ماده در صورتی که وصی در اجرای وظایف مرتکب قصور گردد و یا در اجرای قرار های محکمه اهمال نماید، به سه نوع جزا محکوم گردد: پرداخت جریمه نقدی کمتر از ده هزار افغانی، محروم شدن از کل و یا قسمتی از اجوره وصایت و عزل از وصایت. قصور از ریشه «قصر» گرفته شده که به معنای اهمال و کاستی است.<sup>۱۱۱۳</sup> همچنین، قصور در لغت به معنی سستی، کوتاهی، خودداری از کاری با وجود توانایی، سهو، خطا، غفلت، گناه و جرم است.<sup>۱۱۱۴</sup> به نظر می رسد مسؤولیت وصی، مسؤولیت قهری است که تفصیل آن در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد.

قرار در لغت به تصمیم قضایی گفته می شود که به طور مؤقت و بی آنکه دعوی را ماهیتاً فیصله دهد، به نفع یکی از طرفین صادر می شود.<sup>۱۱۱۵</sup> ماده ۴ جزء ۱۴ قانون تشکیلات و صلاحیت محاکم در تعریف قرار می گوید: «قرار تصمیم قضائی است که قضیه از لحاظ شکل در محکمه مورد رسیدگی قرار داده می شود.»

باوجوداین، طبق نص ماده ۳۳۴ ق. م وصی در دو صورت یا بری الذمه شناخته می شود و یا محکمه ذیصلاح می تواند مجازات او را تخفیف دهد: نخست در صورتی که که وصی جبران خسارت را به گونه ای که شخص تحت وصایت متضرر نشود، پردازد. دوم در صورت ارایه «اعذار مقنعه» به محکمه ذیصلاح. اعذار جمع عذر است. عذر در لغت به معنی پوزش است که جمع آن اعذار است. در اصطلاح اصولی عذر عبارت است از دلیلی که مبنای پوزش مکلف در انجام تکلیف شود.<sup>۱۱۱۶</sup>

مقنعه مؤنث مقنعه است که در لغت به معنی اقناع کننده، راضی کننده و خرسند کننده است.<sup>۱۱۱۷</sup> به نظر می رسد در اصطلاح حقوق مدنی، مقنعه دلیل و پاسخی است که قناعت طرف مقابل را فراهم کند. بنابراین، منظور از اعذار مقنعه عذر های قانع کننده ای است که تقصیر وصی را نفی نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای احکام وصایت است.

۲) طبق ماده ۳۳۵ ق. م: «هرگاه نایب وظایفی را که طبق احکام مندرج این قانون به اجرای آن مکلف می باشد اخلال نموده و به سبب آن خساره به شخص ناقص اهلیت وارد گردد، مسؤولیت

۱۱۱۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۷۳۰.

۱۱۱۴. عبدالخالق قاسمی (۱۳۹۲). مسؤولیت مدنی، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب، ص ۲۴۳.

۱۱۱۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۵۱۷.

۱۱۱۶. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۲)، ص ۱۳۶۵.

۱۱۱۷. آخرین بازدید ۸/۳۱/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 1117.

وی در جبران خساره تابع حدود مسؤولیت وکیل به اجرت می باشد.». طبق نص این ماده، در صورتی که وصی در عمل وصایت اخلال وارد نماید، و این امر موجب تضرر موصی علیه شود، مسؤولیت وصی تابع مسؤولیت وکیل به اجرت که تفصیل آن در جلد قواعد خصوصی عقود معین خواهد آمد می باشد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده پیش بینی ضمانت اجرای احکام وصایت است.

### مبحث دوازدهم) عزل وصی

براساس ماده ۳۱۲ ق. م: «وصی در حالات ذیل عزل می گردد: ۱) هرگاه سببی از اسباب حرمان وصایت مندرج مواد (۲۸۹-۲۹۰) این قانون موجود گردد؛ و ۲) اگر در اداره اموال شخص ناقص اهلیت اهمال یا سوء استفاده نماید، یا اینکه در عدم عزل وصی مصلحت وی به خطر مواجه باشد.». عزل در لغت به معنی بیکار کردن، برکنار کردن، از کار بازداشتن، اخراج و انفصال است.<sup>۱۱۸</sup> نص این ماده مرتبط به ماده های ۲۸۹ و ۲۹۰ ق. م است. زیرا، قانونگذار مدنی اسباب حرمان وصایت را در نص این ماده احصا نکرده است بلکه به مواد ۲۸۹ و ۲۹۰ ارجاع داده است. اگر ماده های ۳۲۱، ۲۸۹ و ۲۹۰ را کنار هم قرار دهیم و تفسیر منطقی - ساختاری نماییم این نتیجه به دست می آید که وصی در حالات ذیل عزل می شود:

- ۱- در صورت فاسق شدن؛
- ۲- در صورت از دست دادن اهلیت؛
- ۳- در صورت از دست دادن کفایت؛
- ۴- در صورت ترک نمودن اسلام و دین مشترک نداشتن با شخصی که تحت وصایت او قرار دارد؛
- ۵- در صورت محکوم شدن به جرم منافی آداب عامه یا عفت، مانند زنا و لواط و نظیر اینها؛
- ۶- در صورت پیدا کردن شهرت بد و از دست دادن مدرک مشروع برای تأمین معیشت که تفصیل آن گذشت؛
- ۷- در صورت محکوم شدن به افلاس و عدم اعاده حیثیت به حکم قطعی محکمه ذیصلاح که تفصیل آن گذشت؛
- ۸- در صورت عزل شدن از ولایت یا وصایت به حکم قطعی محکمه؛
- ۹- در صورتی که توسط پدر یا جد موصی علیه قبل از وفات از حق وصایت کتباً محروم ساخته شده باشد؛ و

۱۰- در صورت بروز منازعه قضایی خودش یا یکی از اصول، فروع یا زوجه اش با شخص ناقص اهلیت. هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده احصای اسباب عزل وصی به نظر می رسد.

### مبحث سیزدهم) ختم وصایت

براساس ماده ۳۱۱ ق.م: «وظیفه وصی در حالات ذیل ختم می گردد: ۱) وفات شخص ناقص اهلیت؛ ۲) رسیدن شخص ناقص اهلیت به سن هجده سالگی، مگر اینکه شخص ناقص اهلیت حین رسیدن به سن مذکور معتوه یا مجنون باشد؛ ۳) اعاده مجدد ولایت ولی؛ ۴) ختم عملی که وصی قاضی غرض اجرای آن تعیین گردیده است؛ ۵) عزل وصی یا قبول استعفای وی؛ و ۶) فقدان اهلیت قانونی وصی یا غیاب یا وفات وی.» طبق نص این ماده وظیفه وصی در حالات ذیل ختم می شود:

۱- در صورت وفات موصی علیه ناقص اهلیت مانند طفل ممیز و یا غیر ممیز زیرا، در صورت فوت موصی علیه یک رکن وصایت از بین رفته و وصایت منتهی می گردد. علاوه بر این، در صورت فوت موصی علیه، وصایت بدون موضوع می گردد. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود تعیین گردد و محمود فوت نماید، وصایت احمد خاتمه پیدا می نماید.

۲- در صورت رسیدن موصی علیه به سن هجده سالگی که طبق ق.م سن رشد است. این اصل است. استثنای این اصل مجنون یا معتوه بودن موصی علیه است که در این صورت وصایت ادامه می یابد. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و محمود به سن هجده سالگی برسد، وصایت احمد خاتمه پیدا می کند. زیرا، با رسیدن به سن رشد محمود می تواند به صورت مستقل در اموال خویش تصرف نماید و نیازی به وصی نیست. اما، اگر محمود در صورت تکمیل سن هجده سالگی مجنون یا معتوه گردد، وصایت احمد ادامه پیدا می کند. زیرا، مجنون و معتوه در حکم شخص ناقص اهلیت است و ضرور است تا تحت وصایت شخص دیگری قرار بگیرند.

۳- در صورت اعاده ولایت ولی توسط محکمه ذیصلاح به گونه ای که تفصیل آن گذشت وظیفه وصی خاتمه می یابد، زیرا در صورت وجود ولی ضرورتی به وصی نیست. به حیث مثال، اگر ولی غایب باشد و حاضر گردد، وصایت وصی خاتمه پیدا می کند. همچنین، در صورتی که ولی از زندان رها گردد، وصایت وصی خاتمه پیدا می کند. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و حمید پدر محمود باشد و غایب یا در زندان باشد، در صورت حضور و رها شدن از زندان، وصایت احمد خاتمه پیدا می کند.



۴- در صورت ختم شدن عمل وصایت، مانند ختم شدن عمل در وصایت وصی خاص، مؤقت و خصومت. به حیث مثال، اگر احمد وصی خصومت محمود باشد، با اجرای عمل (دعوی یا دفع دعوی) وصایت احمد خاتمه می یابد؛

۵- در صورت عزل وصی توسط محکمه ذیصلاح که تفصیل آن در فوق گذشت،

۶- در صورت، قبول استعفای وصی توسط محکمه ذیصلاح. استعفا در لغت به معنی کناره گیری از کار و شغل و برکناری خواهی است.<sup>۱۱۱۹</sup> استعفا در اصطلاح حقوقی تقاضای ترک سمت رسمی را گویند.<sup>۱۱۲۰</sup> به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و استعفای خویش را از سمت وصایت به محکمه تقدیم نماید و محکمه آن را بپذیرد، وصایت احمد خاتمه پیدا می کند؛

۷- در صورت از دست دادن اهلیت وصی، مانند: مجنون و معتوه شدن وصی. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و احمد دیوانه و معتوه شود، وصایت احمد خاتمه پیدا می کند. زیرا، احمد از یکطرف اهلیت حقوقی خویش را از دست می دهد و از طرف دیگر خودش ناقص اهلیت گردیده و ضرورت به نایب اعم از ولی یا وصی یا قیم پیدا می کند.

۸- در صورت غیاب وصی. غیاب به معنای نبود، فقدان و ناپیدایی است. در اصطلاح فقهی غیاب وصفی است برای کسی یا چیزی که به چشم نیاید.<sup>۱۱۲۱</sup> غیاب بر شخصی اطلاق می گردد که از محل سکونت خود ناپدید شده باشد، ولی حیات او معلوم باشد. اما، در صورتی که حیات او مجهول باشد چنین شخصی مفقود تلقی می گردد.<sup>۱۱۲۲</sup> به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و احمد از محل سکونت خویش غایب گردد، وصایت او خاتمه پیدا می کند. زیرا، در صورت غیاب احمد، مصالح و امور محمود بدون وصی می ماند.

۹- در صورت وفات وصی. وفات در لغت به معنی مرگ، مردن، موت و فوت است. در اصطلاح حقوق مدنی، وفات وصفی است برای شخصی که نشانه های زندگی کاملاً در او از بین رفته است.<sup>۱۱۲۳</sup> همچنین، فوت عبارت از بیرون رفتن روح از تن آدمی است به نحوی که از تحرك و جنبش باز ماند.<sup>۱۱۲۴</sup> به حیث مثال، گر احمد وصی محمود باشد و احمد وفات نماید، وصایت

(آخرین بازدید ۱۵/۱۰/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 1119.

۱۱۲۰. محمد جعفر، جعفری لنگرودی (۱۳۸۱). مسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد (۱)، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش، واژه شماره ۱۲۶۸.

۱۱۲۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۴۳.

۱۱۲۲. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۶۲.

۱۱۲۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۹۰.

۱۱۲۴. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۵۳؛ و محمد حسین ساکت (۱۳۸۶). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ سوم، نشر انتشارات جنگل، جاودانه، ص ۸۸.

احمد خاتمه پیدا می کند و قاضی محکمه ذیصلاح مکلف است وصی دیگر برای محمود تعیین نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده حصر اسباب ختم وصایت است.

### مبحث چهاردهم) آثار ختم وصایت

طبق ق. م ختم وصایت و یا عزل وصی موجب ایجاد آثار ذیل می گردد:

۱) رد اموال و صورت حساب: براساس ماده ۳۱۳ ق. م: «وصی مکلف است در خلال سی روز از ختم وصایت اموال تحت اداره خود را با صورت حساب و اسناد متعلق به آن به قایم مقام خود یا شخص ناقص اهلیت که به سن رشد رسیده باشد، یا در صورت وفات وی به ورثه شخص ناقص اهلیت تسلیم نماید و پس از تسلیمی، صورت حساب و تسلیمی اموال را به اداره محکمه مربوط تقدیم نماید.» از نص این ماده سه حکم به قرار ذیل قابل استنباط است:

۱- در صورت ختم وصایت، وصی مکلف است در خلال سی روز از ختم وصایت اموال تحت اداره خویش را با صورت حساب متعلق به آن به قایم مقام خویش بدهد. قایم مقام در لغت به معنی «جانشین» و «نایب» است.<sup>۱۱۲۵</sup> قایم مقام شخصی است که جانشین وصی می شود مانند وصی قاضی و یا ولی و امثال اینها. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و وصایت احمد به دلیل اسباب اختتام وصایت که بحث آن گذشت، خاتمه پیدا کند، احمد مکلف است در ظرف سی روز اموال محمود و صورت حساب آن را به وصی قاضی یا ولی که قایم مقام احمد تلقی می گردند بدهد.

۲- در صورتی که محمود به سن هجده سالگی برسد، احمد مکلف است اموال محمود و صورت حساب آن را به محمود در ظرف سی روز بدهد. زیرا، با رسیدن محمود به سن رشد خود محمود می تواند اموال خویش را اداره نماید. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و محمود به سن هجده سالگی برسد، احمد مکلف است اموال محمود و صورت حساب آن را به محمود بدهد.

۳- در صورت وفات شخص ناقص اهلیت، وصی مکلف است در خلال سی روز از ختم وصایت اموال تحت اداره خویش را با صورت حساب متعلق به آن به ورثه شخص ناقص اهلیت تسلیم نماید. عبارت «پس از تسلیمی، صورت حساب و تسلیمی اموال را به اداره محکمه مربوط تقدیم نماید» مبهم است. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و محمود وفات نماید، احمد مکلف است اموال محمود و صورت حساب آن را به ورثه محمود، به حیث مثال، برادر، مادر و نظیر اینها بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان آثار ختم وصایت است.

۲) مطابق ماده ۳۰۸ ق. م: «هرگاه دارائی شخص تحت وصایت بیش از ده هزار افغانی نباشد، محکمه می تواند وصی را از ترتیب و تقدیم صورت حساب لازمه معاف نماید.» طبق نص این ماده در صورتی که قیمت دارایی یا خود دارایی شخص تحت وصایت بیش از ده هزار افغانی نباشد، وصی مکلف به ترتیب و تقدیم صورت حساب به قایم مقام خویش، ورثه شخص تحت وصایت یا شخص تحت وصایت نیست. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و دارایی محمود ده هزار افغانی باشد یا قیمت دارای محمود ده هزار افغانی باشد، وصی مکلف نیست به وصی بعد از خود، ولی محمود، ورثه محمود یا به خود محمود بعد از رسیدن به سن رشد بدهد. دلیل این قاعده کم ارزش بودن مقدار اموال شخص تحت وصایت است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان حکم تکالیف وصی بعد از ختم وصایت است.

۳) براساس ماده ۳۱۶ ق. م: «تعهد یا ابراء شخص ناقص اهلیت که به سن رشد رسیده باشد، به منفعت وصی وقتی اعتبار دارد که وصی صورت حساب نهایی مربوط به اموال وی را قبلاً ترتیب و تقدیم نموده باشد.» طبق نص این ماده در صورتی که شخص ناقص اهلیت مانند صغیر غیر ممیز و صغیر ممیز که به سن رشد رسیده است تعهد نماید که وصی تمام اموال او را به او تسلیم نموده است یا وصی را ابراء دهد، این تعهد و ابراء زمانی مدار اعتبار است که وصی صورت حساب نهایی اموال را ترتیب و تقدیم محکمه نموده باشد.

ابراء در لغت از ریشه «بری» به معنای تنزیه، تخلیص، بیزار کردن، بهبود بخشیدن، شفا بخشیدن و رهایی از دین و إسقاط حق ثابت در ذمه است. در اصطلاح حقوق مدنی، به إسقاط حق خود، که بر ذمه دیگری باشد، ابراء گویند مانند اینکه: شخصی دینی را که بر عهده دیگری دارد، ساقط نماید.<sup>۱۱۲۶</sup> به حیث مثال، اگر احمد وصی جمیله باشد و جمیله سن هجده سالگی را تکمیل نماید و احمد تمام اموال جمیله را به او بدهد یا جمیله احمد را ابراء دهد، تعهد و ابراء جمیله زمانی اعتبار دارد که احمد صورت حساب نهایی اموال جمیله را ترتیب و تقدیم محکمه نموده باشد.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن اموال شخص تحت وصایت و فراهم نمودن زمینه نظارت قاضی بر اعمال وصی است.

۴) طبق ماده ۳۱۴ ق. م: «هرگاه وصی وفات نماید یا محجور علیه واقع گردد و یا غایب شناخته شود، ورثه یا شخص قایم مقام او به تسلیمی اموال و تقدیم صورت حساب آن مکلف می باشد.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱۱۲۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۴۳۶۹؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۰.

۱- در صورتی که وصی وفات نماید ورثه وصی مکلف است اموال شخص تحت وصایت و صورت حساب آن را به شخص تحت وصایت ارایه نماید. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و احمد وفات نماید، پسر احمد یا پدر احمد یا هر شخصی دیگری که ورثه احمد است مکلف است اموال محمود و صورت حساب آن را به محمود ارایه نمایند. تعریف فوت در بالا گذشت.

۲- در صورتی که وصی محجور علیه گردد، ورثه وصی مکلف است اموال شخص تحت وصایت و صورت حساب آن را به شخص تحت وصایت ارایه نماید. محجور علیه اسم مفعول از ریشه «حجر» گرفته شده است که در لغت به معنی ممنوع و بازداشته شده است. در اصطلاح حقوقی محجور به کسی گویند که به حکم قانون یا قاضی از تصرف در اموال خویش ممنوع شده باشد مانند دیوانه، صغیر، ورشکسته و نظیر اینها.<sup>۱۱۲۷</sup> به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و احمد مجنون، معتوه، سفیه، مفلس و نظیر اینها شود و محکمه او را تحت حجر قرار دهد، ورثه احمد مانند پسر احمد، پدر احمد و نظیر اینها مکلف اند اموال محمود و صورت حساب آن را به محمود ارایه نمایند، زیرا، در صورت محجور علیه قرار گرفتن احمد، احمد از تصرفات بر اموال ممنوع می شود.

۳- در صورتی که وصی غایب گردد که تعریف آن در بالا گذشت، ورثه وصی مکلف اند اموال شخص تحت وصایت و صورت حساب آن را به شخص تحت وصایت ارایه نمایند. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و احمد از محل سکونت خویش غایب گردد، ورثه احمد مانند پسر، پدر، دختر و نظیر اینها مکلف اند اموال محمود و صورت حساب آن را به محمود ارایه نمایند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی بیان احکام انتهای وصایت در نص این ماده است.

۴) وفق ماده ۳۱۵ ق.م. «محکمه می تواند به اثر مطالبه وصی تسلیمی تمام و یا قسمتی از اموال تحت وصایت را غرض اداره به خود شخص ناقص اهلیت که به سن (۱۶) سالگی رسیده باشد اجازه دهد. در صورت رد مطالبه، وصی نمی تواند قبل از گذشتن یکسال از قرار نهایی محکمه مطالبه خود را مجدداً به محکمه تقدیم نماید.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱- وصی می تواند تسلیمی تمام و یا قسمتی از اموال موصی علیه را که به سن شانزده سالگی رسیده از محکمه ذیصلاح به موصی علیه مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و محمود ده ساله باشد، با رسیدن محمود به شانزده سالگی احمد می تواند از محکمه مطالبه

نماید تا تمام اموال محمود مانند خانه، موتر، زمین، پول نقد و نظیر اینها و یا قسمتی از اموال، به حیث مثال، صرف پول نقد محمود را در دسترس محمود قرار دهد.

۲- در صورت رد، وصی صرف می تواند یک سال بعد از قرار رد، تقاضای تسلیمی مال موصی علیه را به وی از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید. به حیث مثال، اگر احمد در تاریخ اول حمل سال ۱۳۹۷ تقاضای تسلیمی اموال محمود را از محکمه به محمود نماید و محکمه توسط صدور قرار، که تعریف آن در بالا گذشت، این تقاضا را رد نماید، محمود می تواند در تاریخ اول حمل سال ۱۳۷۸ مجدداً این تقاضا را از محکمه نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان صلاحیت تخییری قاضی است.

۵) طبق ماده ۳۱۷ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) شخص ناقص اهلیت که مأذون به اداره اموال باشد، مکلف است صورت حساب سالانه اموال را به محکمه مربوط تقدیم نماید. محکمه نظر وصی را حین رسیدگی حساب اخذ می نماید؛ و (۲) همچنین محکمه می تواند امر دهد تا عواید خالص سالانه شخص مأذون به حساب خود محکمه یا یکی از آنها طوری پس انداز به ودیعت گذاشته شود. در این صورت مأذون نمی تواند بدون اجازه محکمه از آن استفاده نماید.»  
نص این ماده مرتبط به ماده ۳۱۵ ق. م است. از نص این ماده چهار حکم قابل استنباط است:

۱- شخص ناقص اهلیت که مأذون به اداره اموال گردیده باشد، مکلف است صورت حساب سالانه اموال خویش را به محکمه ذیصلاح تقدیم نماید. مأذون اسم مفعول از ریشه «اذن» گرفته شده است که در لغت به معنی اجازه داده شده است. در اصطلاح حقوق مدنی، مأذون عبارت از شخص ناقص اهلیت است که توسط محکمه ذیصلاح اجازه اداره اموال را دریافت کرده است.  
به حیث مثال، اگر احمد وصی محمود باشد و احمد در صورت رسیدن محمود به سن شانزده سالگی از محکمه تقاضا نماید تا اموال و دارایی محمود به دسترس او قرار داده شود، محمود مأذون به اداره اموال خویش است و مکلف است صورت حساب اموال خویش را سالانه به محکمه تقدیم نماید.

۲- در صورت اذن به اداره اموال توسط مأذون و تقدیم صورت حساب توسط مأذون به محکمه، محکمه مکلف است نظر وصی را حین رسیدگی صورت حساب مأذون اخذ نماید. به حیث مثال، اگر محمود مأذون به اداره اموال باشد و صورت حساب خویش را به محکمه تقدیم نماید، محکمه مکلف است نظر وصی را در خصوص صورت حساب بگیرد.

۳- محکمه می تواند دستور دهد تا عواید خالص سالانه شخص مأذون به حساب خود محکمه یا یکی از آنها طور پس انداز به ودیعت گذاشته شود. عبارت «یا یکی از آنها» مبهم است. به نظر

می رسد منظور از یا یکی از آنها «حساب بانکی محکمه» یا «حساب بانکی» مأذون است. ودیعه مؤنث ودیع از ریشه «ودع» گرفته شده است که به معنای سپرده، امانت است که جمع آن ودایع است. ودع در لغت به معنی ترک و رها کردن و ودیعه به معنای هر آن چیزی است که آن را برای نگهداری نزد دیگری بگذارند. ماده ۷۶۳ مجله الاحکام در تعریف ودیعه می گوید که: «ودیعت مالی است که نزد شخص بخاطر حفاظت گذاشته می شود.»<sup>۱۱۲۸</sup> به حیث مثال، اگر محمود شرکت تجارتي داشته باشد و سالانه شرکت محمود دو لک افغانی ناخالص نماید و بعد از پرداخت مالیه عاید آن یک لک و هفتاد هزار افغانی گردد، محمود مکلف است عواید خاص را در بانک طور ودیعت گذارد.

۴- در صورت گذاشتن عواید خالص در بانک توسط مأذون، مأذون نمی تواند بدون اجازه محکمه از آن استفاده نماید. به حیث مثال، در مثال بالا محمود نمی تواند از یک لک و هفتاد هزار استفاده نماید مگر این که محکمه ذیصلاح به او اجازه بدهد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن حقوق مأذون و جلوگیری از ضیاع اموال توسط مأذون است.

۶) براساس ماده ۳۱۸ ق. م: «هرگاه شخص مأذون به اداره اموال مخالف احکام مندرج ماده (۳۱۷) این قانون اجراءات نموده یا در اداره خود سوء تصرف نماید یا اسبابی موجود گردد که از رهگذر دوام تصرف شخص مأذون اموال تحت اداره وی مواجه به ضرری باشد، محکمه می تواند بر حسب صوابدید خود یا به اثر مطالبه ُ خارنوال یا یکی از اشخاص ذیعلاقه پس از استماع دلایل شخص مأذون، اجازه داده شده را محدود یا سلب نماید.»

نص این ماده مرتبط به ماده ۳۱۷ ق. م است. از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که در صورت عدم ارایه صورت حساب سالانه و یا امر محکمه مبنی بر به ودیعه گذاشتن عاید سالانه موصی علیه در بانک و عدم تصرف در آن مگر به اجازه محکمه و عدم رعایت آن توسط موصی علیه، یا سوء تصرف موصی علیه در اموال، محکمه ذیصلاح می تواند بعد از شکایت خارنوال و یا اشخاص ذیعلاقه مانند وصی و سایر اقارب شخص تحت وصایت بعد از استماع دلایل موصی علیه مأذون به تجارت و بعد از اثبات عدم ارایه صورت حساب سالانه، عدم ودیعه گذاشتن عاید سالانه به بانک و سوء تصرف، اجازه وی در اداره اموال را کاملاً سلب و یا محدود نماید.

۱۱۲۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۵)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۴۰۱۶ و ۴۰۱۷ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۱۹؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۵.

به حیث مثال، اگر محمود مأذون به تجارت باشد، اما صورت حساب سالانه خوش را تقدیم محکمه ننماید، یا در اموال خود سوء تصرف نماید محکمه می تواند در اثر مطالبه خازنوال، وصی و اقارب محمود اجازه ای را که داده است سلب یا محدود نماید. در صورت سلب، محکمه می تواند وصی دیگر معین نماید. در صورت محدود شدن اجازه، محمود می تواند بر قسمتی از اموال تصرف نماید و قسمتی از اموال تحت وصایت وصی قرار بگیرد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان صلاحیت اختیاری قاضی است.

به موجب فقه وصایت از اوصی گرفته شده است که در لغت به معنای پند، اندرز، نصیحت و صایت کردن و وصی تعیین کردن است.<sup>۱۱۲۹</sup> شخصی را که برای بعد از مرگش وصی معین می نماید، موصی، شخصی را که برای او وصی معین می شود، موصی علیه، عملی را که برای آن وصی معین می شود، موصی به و یا موصی فیه و شخصی را که جهت اداره اموال صغار توسط ولی و یا قاضی معین می شود، وصی می گویند. در اصطلاح فقهی، وصایت عبارت از قیام به اداره امور مالی اطفال، مجانین و اشخاص سفیه از طریق نیابت از طرف ولی یا قاضی است.<sup>۱۱۳۰</sup> به عبارت عامتر: وصایت عبارت است از این که شخصی؛ یعنی: وصی برای دیگری؛ یعنی: موصی تعهد کند که بعد از فوت او، وصیت های او از قبیل: پرداخت و گرفتن دیون، سر پرستی و تأمین مخارج اطفال وی را انجام دهد.<sup>۱۱۳۱</sup>

در باره وصی تعیین کردن برای صغار فقهاء بر این نظر اند که: وصی تعیین کردن برای اولاد صغار و کسانی که در حکم آنها است در صورت خوف ضیاع اموال آنها واجب است.<sup>۱۱۳۲</sup>

براساس فقه وصی دو نوع: وصی پدر و، وصی القاضی است که وصی اختیاری نیز نامیده می شود:<sup>۱۱۳۳</sup>

۱) **وصی اختیاری:** وصی اختیاری یا وصی الاب عبارت از وصی است که از طرف پدر یا پدر کلان طفل، مجنون و سفیه برای اداره امور مالی آنها برای پس از مرگ موصی تعیین می گردد. بنابراین، وصی مختار عبارت از کسی است که شخصی در زمان حیات خود و قبل از مرگ

۱۱۲۹. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۷؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۳، ص ۲۱۷۲.

۱۱۳۰. وهبة زحیلی (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزيز سلیمی، تهران: نشر احسان، ص ۲۳۱.

۱۱۳۱. مُحَمَّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرائی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۲۲۳.

۱۱۳۲. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۶۸.

۱۱۳۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویته: انتشارات مکتب رشیدیة، ص ۷۳۳۷.

برای تدبیر شؤون قاصر می گمارد. زیرا، پدر و پدر کلان می توانند که افراد پرهیزگار و با صلاحیت را برای اداره امور فرزندان صغیر خویش انتخاب نمایند.<sup>۱۱۳۴</sup>

۲) **وصی القاضی:** وصی قاضی شخصی است که از طرف قاضی برای اداره امور مالی اطفال براساس حدیث: «الْسلطانُ ولی مَنْ لَا ولیَّ لَهُ»<sup>۱۱۳۵</sup> «قاضی ولی کسی است که ولی نداشته باشد» تعیین گردد.<sup>۱۱۳۶</sup>

طبق نظر جمهور فقهاء ارکان وصایت چهار است که عبارت اند از:

- ۱) موصی: شخص است که دیگری را وصی تعیین می نماید که عبارت از ولی یا قاضی است.
- ۲) وصی: شخص است که جهت اجرای وصایت از طرف ولی یا قاضی تعیین می گردد.
- ۳) موصی به: موضوع وصایت است.
- ۴) صیغه: که عبارت از لفظ است.<sup>۱۱۳۷</sup> اما به نظر فقهای حنفیه رکن وصایت عبارت از صیغه که همان ایجاب و قبول است، می باشد. هر یک از موصی، وصی، موصی به و صیغه دارای شرایطی است:

۱) **شروط موصی:** طبق فقه وجود شرایط ذیل در موصی ضروری است:

۱- **تکلیف (عقل و بلوغ):** به اتفاق نظر همه فقهاء وصیت هر شخص مکلف (عقل و بالغ)؛ مختار صحیح است. بنابراین، وصیت مجنون و صغیر صحیح نیست چرا که صغار و مجانین نمی توانند متولی امور خویش باشند؛

۲- **رشد:** شرط است که موصی رشید باشد. پس، پدر محجور علیه نمی تواند برای طفل صغیر و یا سفیه خویش وصی تعیین نماید؛

۳- **عدالت:** طبق نظر فقهای حنفیه، حنابله و مالکیه عادل بودن موصی شرط نیست. پس، وصایت فاسق صحیح است. برعکس، فقهای شافعیه عادل بودن موصی را شرط وصایت می دانند؛

و

۴- **اسلام:** اصل این است که کافر اهل ولایت بر مسلمان نیست. پس، وصی معین نمودن کافر برای مسلمان (طفل مسلمان) صحیح نیست.<sup>۱۱۳۸</sup>

۱۱۳۴. وهبة الزحيلي (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزيز سليمي، تهران: نشر احسان، ص ۴۳۱؛ وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۷۳۳۷.

۱۱۳۵. رواه احمد و الاربع الا نسائي.

۱۱۳۶. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۷۳۳۷؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، كويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۶۸؛ و مسعود انصاري و محمد علي طاهري (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصي، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فكر، ص ۲۱۷۲.

۱۱۳۷. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۷۵۷۷؛ و \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، كويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۱۷۲.



۲) **شروط وصی:** فقهاء اتفاق نظر دارند که وصی باید عاقل، امانتدار و رشید باشد. پس، وصایت صبی و مجنون صحیح نیست. زیرا، صبی و مجنون تحت ولایت دیگری قرار دارند. همچنین، وصایت خاین، فاسق، غیر رشید، غیر امین صحیح نیست. زیرا، در صورت ثبوت خیانت عزل آنها از وصایت لازم است. همچنین، وصایت کافر نیز صحیح نیست. زیرا، کافر بر مسلمان ولایتی ندارد به دلیل این قول خداوند عز وجل:

﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ - [النساء / ۱۴۱]

«خداوند عز وجل هرگز بر [زبان] مؤمنان برای کافران راه [تسلطی] قرار نداده است.».

اما، ذکوریت شرط صحت وصایت نیست. بنابراین، وصی بودن زن صحیح است. زیرا، زن نیز از اهل شهادت است. ۱۱۳۹

۳) **شروط موصی به:** موصی به عبارت از تصرفی است که اجرای آن به موصی توسط وصی تعهد شده است. در موصی به شرط است که تصرف معلوم باشد و وصی بتواند آن را انجام دهد. زیرا، وصایت مانند وکالت است و تصرف وصی به اذن موصی است. پس، وصایت جایز نیست، مگر اینکه موصی به معلوم باشد، مانند: ایصاء در باره قضای دین، توزیع وصی چیزی را که به آن وصیت شده است، مراقبت از امور طفل، مجنون و سفیه، رد ودایع به اهل آن، رد مغضوب و غیره.

اما، در باره تزویج دختر و یا پسر موصی میان فقهاء اختلاف وجود دارد: به نظر فقهای حنابله و مالکیه وصی می تواند دختر و یا پسر موصی را به دیگری تزویج نماید. زیرا، وصی نایب و وکیل موصی است. برعکس، فقهای شافعیه و حنفیه چنانچه، قبلاً بیان شد، بر این نظر اند که وصی نمی تواند در صورت موجودیت و یا عدم موجودیت پدر کلان، طفل تحت وصایت را به دیگری تزویج نماید به دلیل این حدیث پیامبر صلی الله علیه و آله که می فرماید:

«السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ.» ۱۱۴۰

«قاضی ولی کسی است که ولی نداشته باشد.».

علت این امر این است که اشخاص بالغ تحت ولایت قرار نمی گیرند و صغیر و صغیره را هیچ کس جز پدر و پدر کلان نمی تواند به دیگری تزویج نماید. ۱۱۴۱

۱۱۳۸. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشيديه، ص ۷۵۷۷؛ و \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۱۸۴ - ۱۸۵؛ و مُحَمَّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصيته ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه على المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفى جباري و حميد مسجد سرايي، تهران: انتشارات ققنوس، صص ۲۲۵ و ۲۲۶.

۱۱۳۹. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشيديه، صص ۷۵۷۸ - ۷۵۸۰؛ و \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۱۷۲ - ۱۷۵.

۱۱۴۰. رواه احمد و الاربع الا النسائي.

۴) صیغه: فقهاء اتفاق نظر دارند که: وصایت به اتمام نمی رسد، مگر به ایجاب و قبول موصی و وصی، همانطوری که اتفاق دارند که ایجاب با هر صیغه ای که دلالت بر تفویض موصی به، به وصی نماید صحیح است، مانند: تو را وصی معین نمودم، امر اموال و اولاد خویش را بعد از مرگم به تو مفوض نمودم، تو بعد از مرگ من قائم مقام من هستی و نظیر اینها که دلالت بر تفویض موصی به، به وصی نماید.

همچنین، اشاره مفهّمه گنگ و نوشته وی جهت انعقاد وصایت کافی است. در وصایت شرط است که قبول موافق ایجاب باشد. زیرا، وصایت عقد تصرف است که به وکالت شباهت دارد و قبول در آن شرط است و در صورت عدم قبول باطل می گردد.<sup>۱۱۴۲</sup>

طب فقه موصی اعم از پدر و متبرع می تواند هر لحظه ای که بخواهند از وصایت برگردند.<sup>۱۱۴۳</sup> پرسش این است که آیا وصی نیز می تواند از وصایت رجوع نماید؟ در پاسخ به این پرسش در فقه دو نظر وجود دارد: جمهور فقهاء (حنفیه، مالکیه و حنابله و شافعیه در قولی) بر این نظر اند که: قبول و رد وصایت در حالت حیات موصی صحیح است. به صورت مشخص تر، فقهای حنفیه می گویند: قبول و رد وصایت در زمان حیات موصی صحیح است. زیرا، در این صورت موصی می تواند وصی دیگر معین نماید. اما، در صورت فوت موصی رد وصایت صحیح نیست. فقهای مالکیه می گویند: وصی می تواند وصایت را در زمان حیات موصی رد نماید. زیرا، عقد وصایت در زمان حیات موصی نسبت به طرفین غیر لازم است. اما، در صورت فوت موصی نمی تواند وصایت را رد نماید.

فقهای حنابله می گویند: قبول و رد وصایت در زمان حیات موصی صحیح است. برعکس، فقهای شافعیه در قول صحیح بر این نظر اند که: قبول و رد وصایت در زمان حیات موصی صحیح نیست. زیرا، در زمان حیات موصی، وصی نمی تواند تصرفی انجام دهد.<sup>۱۱۴۴</sup>

پرسش این است که آیا وصایت عقد است و یا ایقاع؟ در پاسخ به این پرسش فقهاء به اتفاق آراء بر این نظر اند که: وصایت با ایجاب و قبول منعقد می گردد و بنابراین عقد است نه ایقاع.<sup>۱۱۴۵</sup>

۱۱۴۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیّه، صص ۷۵۸۲ و ۷۵۸۳؛ و (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، ص ۱۸۵.  
 ۱۱۴۲. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیّه، صص ۷۵۸۳؛ و (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، ص ۱۸۶.  
 ۱۱۴۳. مُحمّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرایی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۲۲۷.  
 ۱۱۴۴. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیّه، صص ۷۵۸۴؛ و (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، صص ۱۸۶ و ۱۸۷.  
 ۱۱۴۵. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۱۷۲.

طبق فقه وصایت تابع احکام ذیل است:

۱) خرید عقار صغیر و فروش عقار برای صغیر توسط وصی: در صورتی که مال صبی عقار باشد، جایز نیست وصی آن را به فروش رساند، مگر در صورت ضرورت مانند: تأمین نفقه صغیر، ادای دین میت یا در بیع آن برای صغیر مصلحت ظاهری باشد، مانند اینکه: مشتری آن را دو برابر قیمت آن خریداری نماید. در صورت منقول بودن، وصی می تواند آن را در برابر قیمت مثل، یا در بیع ای که غبن یسیر وجود داشته باشد، به فروش رساند. اما، فروش مال صغیر به غبن فاحش جواز ندارد.<sup>۱۱۴۶</sup>

به نظر جمهور فقهاء وصی نمی تواند مال خود را به صبی به فروش رساند و یا مال وی را برای خود خریداری نماید. فقهای حنفیه میان وصی قاضی و وصی پدر تفکیک قایل شده می گویند: وصی قاضی به هیچ وجه نمی تواند مال خود را بالای صغیر به فروش رساند و مال صغیر را برای خود خریداری نماید.

اما، وصی پدر می تواند مال خود را به صغیر به فروش رساند و مال صغیر را به نظر امام ابو حنیفه رحمته، و در روایتی به نظر امام ابو یوسف رحمته برای خود خریداری نماید. برعکس، به نظر امام محمد رحمته و ابو یوسف رحمته و فقهای مالکیه خرید مال صغیر و فروش مال برای صغیر جواز ندارد.<sup>۱۱۴۷</sup>

۲) وکیل و وصی معین نمودن وصی: در صورتی که موصی وصی را برای ایصاء یا معین کردن وصی دیگر اجازه داده باشد، به اتفاق نظر همه فقهاء وصی می تواند وصی دیگر برای موصی علیه معین نماید. اما، در صورت عدم اجازه، در فقه دو نظریه وجود دارد: فقهای حنفیه و مالکیه می گویند: وصی می تواند برای موصی علیه، وصی دیگر معین نماید. زیرا، وصی به اقتضای ولایتی که به وی از ولی منتقل گردیده است، تصرف می نماید.

بنابراین، مانند جد مالک ایصاء می گردد. برعکس، فقهای شافعیه و حنابله می گویند: وصی نمی تواند وصی دیگری برای صغیر معین نماید. زیرا، وصی به نمایندگی و اذن موصی تصرفات خویش را اعمال می نماید. همچنین، به نظر فقهای شافعیه و حنابله وکیل گرفتن غیر نیز برای صغیر جواز

۱۱۴۶. عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۹)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۱۱-۱۶؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۸۸۲؛ مصطفی احمد الزرقاء (۱۹۶۷-۱۹۶۸م). المدخل الفقہی العام، جلد (۳)، طبعة التاسعة، دمشق: دارالفکر، صص ۱۴۷-۱۴۹؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامیة، صص ۴۶ و ۴۷؛ و \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقہیة، جلد (۳۶)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة، ص ۳۷.

۱۱۴۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۵۸۵-۷۵۸۸ و \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقہیة، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة، ص ۱۹۴.

ندارد، مگر اینکه وصی نتواند عادتاً عمل وصایت را خودش انجام داده بتواند، مانند اینکه: عمل جهات و ابعاد گوناگون داشته باشد و وصی نتواند آن را به تنهایی انجام دهد، یا عمل شاق باشد و به شخص قوی ضرورت باشد و یا عمل به تخصص خاص ضرورت داشته باشد و وصی نتواند آن را انجام دهد.<sup>۱۱۴۸</sup>

۳) مضاربت و تجارت وصی با مال صغیر: مضاربت و تجارت با مال یتیم و صغیر به یکی از این طرق ممکن است صورت پذیرد: تجارت برای خود توسط مال صغیر، تجارت وصی توسط مال یتیم و صغیر برای صغیر و دفع مال صغیر موصی علیه برای دیگری جهت مضاربت که در باره هر یک نظریات فقهاء ذیلاً بیان می گردد:

۱- فقهای حنفیه، مالکیه، شافعیه و حنابله بر این نظر اند که: جایز نیست وصی با مال صغیر یا میت برای خود تجارت نماید. باوجوداین، فقهای حنفیه در باره رأس مال و ربیح (فایده) آن دو نظر متفاوت ارایه کرده اند: امام ابو حنیفه رحمته، و امام محمد رحمته بر این نظر اند که: در این صورت وصی ضامن رأس مال است و در صورت فایده، آن را باید صدقه بدهد. برعکس، امام ابو یوسف رحمته بر این نظر است که: وصی باید ربیح مال را به موصی علیه تسلیم نماید و آن را صدقه ندهد.

۲- تجارت وصی توسط مال یتیم برای یتیم: فقهاء در باره تجارت وصی توسط مال یتیم برای یتیم دو نظریه متفاوت ارایه کرده اند: فقهای حنفیه، شافعیه، حنابله و فقهای مالکیه در قولی بر این نظر اند که: وصی می تواند با مال یتیم برای یتیم بخاطر مصلحت یتیم تجارت نماید. برعکس، فقهای مالکیه و بعضی فقهای حنفیه بر این نظر اند که: جایز نیست وصی با مال صغیر برای صغیر تجارت نماید.

۳- دفع وصی مال صغیر موصی علیه را برای مضارب جهت مضاربت: فقهاء بر مشروعیت مضاربت مال یتیم جهت مصلحت صغیر نظر داده اند. باوجوداین، جمهور فقهاء این امر را مستحب و فقهای شافعیه واجب می دانند.<sup>۱۱۴۹</sup>

۴) تأجیر (اجاره دادن یا به اجاره گرفتن) صبی موصی علیه توسط وصی: تأجیر صبی موصی علیه توسط وصی یا برای غیر است و یا برای وصی. در باره به اجاره دادن موصی علیه توسط وصی فقهاء بر این نظر اند که: وصی می تواند موصی علیه را بدون عوض جهت تهذیب و ریاضت استعمال نماید. بنابراین، به اجاره دادن صبی در برابر عوض به صورت اولی جواز دارد. اما، اجاره

۱۱۴۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۵۸۸؛ (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، ص ۲۰۷.  
 ۱۱۴۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۵۸۸ و (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهیة، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامیة، صص ۱۹۴-۱۹۶.

گرفتن صبی، توسط وصی را صرف فقهای حنفیه اجازه داده اند. همچنین، فقهاء در باره فسخ اجاره زمانی که صبی در اثنای عقد اجاره به سن بلوغ برسد نظریات مختلف ارائه کرده اند: فقهای حنفیه و شافعیه می گویند: در صورت رسیدن صبی به سن بلوغ صبی، می تواند عقد اجاره را فسخ نماید. فقهای مالکیه می گویند: در چنین حالت باید میان سه حالت تفکیک قایل شد: ظن و گمان وصی در باره رسیدن صبی به سن بلوغ، عدم گمان وصی در باره رسیدن صبی به سن بلوغ و هیچ یک. در هر سه حالت فوق، یا از مدت اجاره زمان زیادی باقی است و یا زمان کمی، مانند یک ماه. در صورت کم بودن مدت و ظن وصی مبنی بر به سن بلوغ رسیدن صبی، صبی دارای اختیار فسخ نیست. اما، در صورت مدت زیاد خواه وصی رسیدن به سن بلوغ صبی را گمان کرده باشد، یا نکرده باشد صبی اختیار فسخ عقد اجاره را دارد.

فقهای حنابله می گویند: اگر وصی، یتیم را اجیر بگیرد و صبی قبل از انقضای مدت به سن بلوغ برسد در حالی که رشید باشد، در صورت دانستن وصی، عقد اجاره در وقت رسیدن صبی به سن بلوغ فسخ می گردد. در صورت عدم دانستن رسیدن صبی به سن بلوغ در اثنای عقد اجاره، عقد اجاره منفسخ نمی گردد.

۵) اجاره دادن وصی خود را به صبی: در باره اجاره وصی توسط صبی در فقه دو نظریه وجود دارد: فقهای حنفیه بر این نظر اند که: اجاره وصی خود را برای صبی یا یتیم جواز ندارد. برعکس، فقهای مالکیه می گویند: در صورت اجیر شدن وصی بخاطر اجرای عملی برای صبی، قاضی باید این امر را تعقیب نماید. در صورتی این امر به خیر صبی باشد، آن را تأیید و در صورتی که به خیر و صلاح صبی نباشد آن را رد نماید.

۶) اجاره داده شدن مال صبی توسط وصی: به اجاره داده شدن مال صبی توسط وصی، یا برای غیر است یا برای وصی. در باره جواز به اجاره دادن مال وصی توسط صبی برای غیر فقهاء اتفاق نظر دارند. باوجوداین، فقهای حنفیه می گویند: وصی نمی تواند عقال صبی را برای مدت طویل (سه سال) اجاره دهد. در باره به اجاره گرفتن مال صبی توسط وصی، فقهای حنفیه می گویند: به اجاره گرفتن مال صبی توسط وصی جواز ندارد.<sup>۱۱۰</sup>

۷) تبرع و صدقه دادن مال صغیر توسط وصی: فقهای حنفیه، شافعیه، حنابله و مالکیه بر این نظر اند که: وصی نمی تواند مال صغیر را تبرع نماید اعم از اینکه تبرع صدقه و هبه به غیر عوض باشد. زیرا، در تبرع مال صغیر هیچ فایده ای برای صغیر نهفته نیست و نیز تبرع مال صغیر منافی

هدف وصایت که عبارت از حفاظت، انکشاف و تصرف در مال صغیر به نحوی که موجب نفع صغیر گردد است. زیرا، خداوند جَلَّالٌ عَزِيزٌ در این مورد فرموده است:

﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ - [الانعام: ۱۵۲]

«به مال یتیم جز به نحوی [هر چه نیکوتر] نزدیک مشوید.».

این آیه از تصرف در مال یتیم نهی نموده است، مگر اینکه تصرف به مصلحت وی تمام شود و در تبرع مال یتیم هیچ مصلحتی برای یتیم نهفته نیست، بلکه تبرع مال یتیم تصرفی است که خداوند جَلَّالٌ عَزِيزٌ از آن نهی نموده و ممنوع و منهی عنه است به دلیل این حدیث پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:

«لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ». ۱۱۰۱

«ضرر رسانیدن به دیگران و مقابله ضرر با ضرر در اسلام جایز نیست.».

و به دلیل این قول پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:

«لَيْسَ مِنْ أُمَّتِي مَنْ لَمْ يَجِلْ كَبِيرَنَا وَ يَرْحَمِ صَغِيرَنَا وَ يَعْرِفَ لِعَالِمِنَا حَقَّهُ». ۱۱۰۲

«از امت من نیست کسی که به بزرگان ما احترام به کوچکان ما رحم و حق علمای ما را نشناسد.».

پس، وصی نمی تواند مال صغیر را برای غیر بدون عوض هبه نماید. زیرا، هبه ازاله ملک است بدون عوض که برای صغیر ضرر محض تلقی می گردد. همچنین، وصی نمی تواند مال صغیر را صدقه بدهد، و از طریق وصیت به دیگری انتقال دهد. زیرا، صدقه دادن و وصیت ازاله ملک است بدون عوض که ضرر محض تلقی گردیده و وصی نمی تواند آن را انجام دهد.

اما، در باره هبه با عوض، امام ابو حنیفه رَضِيَ اللهُ عَنْهُ و امام ابو یوسف رَضِيَ اللهُ عَنْهُ می گویند که: وصی نمی تواند مال طفل صغیر را هبه با عوض نماید. زیرا، آن در اصل هبه است چراکه تملک معوض منوط بر قبض است که در نهایت معاوضه پنداشته می شود. به نظر امام محمد رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ولی می تواند مال صغیر را در برابر عوض هبه نماید. زیرا، آن معاوضه مال به مال و به معنی بیع است. فقهای حنابله می گویند: در صورتی که قیمت معوض بیشتر باشد، وصی می تواند مال صغیر را در برابر عوض هبه نماید. ۱۱۰۳

۸) قرض دادن مال صغیر و قرض گرفتن برای صغیر: قرض دادن مال صغیر یا برای وصی است و یا برای غیر. در باره به قرض داده شدن مال صبی توسط وصی برای خود وصی در فقه دو نظریه

۱۱۰۱. رواه ابن ماجه و دار قطنی .

۱۱۰۲. أخرجه أحمد من حديث عبادة بن الصامة و حسن إسناده المنذرى فى الترغيب و الترهيب .

۱۱۰۳. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، كويت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۱۹۸ و ۱۹۹.

وجود دارد: فقهای حنفیه، مالکیه، و حنابله بر این نظر اند که: وصی نمی تواند چیزی از مال صغیر را برای خود به سبب تهمت ناشی از آن به قرض دهد.

برعکس، امام محمد رحمته الله و فقهای مالکیه در قولی بر این نظر اند که: در صورت داشتن مالی که وصی بتواند از آن دین خویش را اداء نماید، وصی می تواند مال صغیر را برای خود قرض بگیرد. در باره قرض دادن مال صغیر برای غیر نیز در فقه دو نظریه وجود دارد: فقهای حنفیه، شافعیه، و حنابله بر این نظر اند که: وصی نمی تواند مال صغیر را به دیگری قرض دهد، مگر در صورت حاجت. برعکس، فقهای مالکیه می گویند: وصی نمی تواند مال صغیر را به دیگری قرض دهد در صورتی که مصلحتی در آن برای صغیر وجود نداشته باشد. همچنین، قرض گرفتن وصی برای خود به نظر فقهای حنفیه در صورت حاجت جایز است.<sup>۱۱۵۴</sup>

۹) به رهن دادن مال صغیر: به رهن دادن مال صغیر نیز یا به سبب دینی است که بر صغیر است یا بر وصی. در صورت مدیون بودن صغیر و رهن مال صغیر در برابر دین، فقهای مالکیه، شافعیه و حنابله می گویند: جایز نیست وصی مال صبی را در برابر دینی که دیگری بر صبی دارد، به رهن دهد، مگر اینکه در آن مصلحتی برای صبی وجود داشته باشد.

برعکس، فقهای حنفیه می گویند: وصی می تواند مال صبی را در برابر دینی که دیگری به ذمه صبی دارد، به رهن دهد چرا که وصی می تواند با مال صغیر تجارت نماید و به رهن دادن مال صغیر نیز از توابع تجارت است. در باره به رهن دادن مال صبی در برابر دینی که بر ذمه وصی است، فقهای حنفیه، شافعیه و مالکیه و حنابله می گویند: وصی نمی تواند مال صغیر را در برابر دینی که دیگری بر ذمه وصی دارد به رهن دهد. اما، فقهای حنابله در روایتی بر این نظر اند که: وصی می تواند مال صغیر را در برابر دینی که بر ذمه وصی دارد به رهن دهد.<sup>۱۱۵۵</sup>

۱۰) اعاره دادن مال صغیر: جمهور فقهاء بر این نظر اند که: وصی نمی تواند مال صبی را به دیگری به اعاره دهد. زیرا، اعاره تملیک یا اباحه منفعت است بدون عوض و نوعی تبرع است که منافی مقصود وصایت که عبارت از حفظ مال صغیر است، می باشد چرا که در اعاره مال صبی هیچ فایده ای برای صبی نهفته نیست. پس، ضرر محض تلقی گردیده و وصی مالک آن نیست. برعکس، برخی از فقهای حنفیه بر این نظر اند که: استحساناً وصی می تواند مال صبی را به دیگری به اعاره دهد. زیرا، اعاره از توابع و ضرورات تجارت است و وصی می تواند با مال صبی تجارت نماید.<sup>۱۱۵۶</sup>

۱۱۵۴. همان، \_\_\_\_\_، جلد (۴۳)، ص ۲۰۳.  
 ۱۱۵۵. همان، \_\_\_\_\_، جلد (۴۳)، صص ۲۰۳ و ۲۰۴.  
 ۱۱۵۶. همان، \_\_\_\_\_، جلد (۴۳)، ص ۲۱۱.

۱۱) به ودیعه گذاشتن مال صغیر نزد غیر: فقهای حنفیه، مالکیه و حنابله بر این نظر اند که: در صورت مصلحت صغیر وصی می تواند مال صبی را نزد دیگری به ودیعه گذارد. زیرا، وصی قایم مقام موصی در ولایت تصرف است. پس، حق تصرف در ایداع را دارد. در نتیجه، در صورت عاجز شدن از حفظ مال، می تواند آن را نزد دیگری جهت حفظ به ودیعه گذارد. برعکس، فقهای شافعیه می گویند: در صورت غیر حاجت وصی نمی تواند مال صغیر را نزد دیگری به ودیعه گذارد.<sup>۱۱۰۷</sup>

۱۲) اختلاف وصی و موصی علیه در باره اصل نفقه و مقدار آن و دفع مال به صبی بعد از بلوغ: وصی به نظر جمهور فقهاء امین است. پس، ضامن هلاک مال موصی علیه نیست و قول وی با یمین او زمانی که صبی به سن بلوغ برسد قبول می شود زمانی که او و صبی در باره اصل و یا مقدار نفقه اختلاف داشته باشند.

بنابراین، زمانی که وصی و موصی علیه در باره اصل نفقه و یا مقدار آن دعوی داشته باشند، به نحوی که وصی بگوید: نفقه شما را تأمین نمودم و موصی علیه بگوید: نفقه من را تأمین نمودی یا وصی بگوید: از ده سالگی بر شما انفاق نمودم و موصی علیه بگوید: از پنج سالگی بر من انفاق نمودی، قول وصی با یمین قبول می شود. زیرا، وی امین و اقامه یمین بر وی ناممکن است. پس، قول او با یمینش پذیرفته می شود. در صورت دفع مال به صبی بعد از رسیدن به سن بلوغ و اختلاف وصی و موصی علیه فقهاء سه قول ذکر کرده اند: فقهای مالکیه و شافعیه می گویند: قول صبی پذیرفته می شود. زیرا، خداوند عز و جل در این مورد فرموده است:

﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾ - [النساء: ۶]

«پس هر گاه اموالشان را به آنان رد کردید بر ایشان گواه بگیرید خداوند عز و جل حسابرسی را کافی است.»

فقهای حنفیه می گویند: در دفع مال به صبی، قول وصی با یمینش معتبر است. زیرا، وصی امین است. پس، قول او مانند تأمین نفقه برای صغیر و مودع پذیرفته می شود. فقهای حنابله می گویند: در صورت متبرع بودن وصی قول او با یمینش معتبر پنداشته می شود. زیرا، وی امین است و شباهت با مودع دارد. اما، در صورتی که وصایت در برابر اجرت باشد، قول او معتبر پنداشته نشده و قول صغیر معتبر پنداشته می شود.<sup>۱۱۰۸</sup>

۱۱۰۷. همان، \_\_\_\_، جلد (۴۳)، ص ۲۱۱.  
 ۱۱۰۸. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۷۵۹۳ و ۷۵۹۴؛ و \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، كويت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۲۰۵ و ۲۰۶.



۱۳) **اقرار وصی:** در باره اقرار وصی فقهای حنفیه و حنابله می گویند: اقرار وصی بر دینی که بر ذمه میت است جواز ندارد. همچنین، اقرار وصی در ترکه جواز ندارد، مانند اینکه: وصی بگوید: این چیز از فلان است. زیرا، این اقرار بر غیر است و اقرار بر غیر باطل است. همچنین، برای مقررله جایز نیست گرفتن آنچه به آن اقرار صورت گرفته است مادامی که دلیلی برای آن ارایه نکرده است. در صورت دفع مال به مقررله، وصی ضامن است، مگر این که مقررله وارث باشد.<sup>۱۱۵۹</sup>

۱۴) **تعدد اوصیاء:** فقهاء اتفاق نظر دارند که موصی می تواند به جای یک وصی دو یا چند نفر را وصی تعیین نماید. اگر موصی به طور صریح برای هر یک از آنها مستقلاً و بدون جلب توافق وصی دیگر، حق تصرف داده باشد، باید به گفته او عمل شود، همانطوری که اگر تصریح کرده باشد که اوصیاء باهم تشریک مساعی داشته باشند که در این صورت هیچ یک از اوصیاء نمی تواند به تنهایی، عملی را انجام دهد.

اما، اگر موصی وصایت را مطلق گذاشته و معین نکرده باشد که اوصیاء مستقلاً یا باهم عمل وصایت را انجام دهند، میان فقهاء اختلاف نظر وجود دارد: فقهای شافعیه، مالکیه و حنابله می گویند: هیچ یک از اوصیاء نمی توانند در چیزی به تنهایی تصرف نمایند. پس، در صورتی که در نوع تصرف با هم دیگر مجادله کنند، و مجتمعاً تصرف نمایند، قاضی باید آنها را مجبور نماید تا مجتمعاً عمل وصایت را انجام دهند. اگر باز آنها عمل وصایت را انجام ندهند، قاضی باید دو نفر دیگر را وصی معین نماید.

فقهای حنفیه می گویند: در صورت تعدد اوصیاء هر یک می تواند در هفت چیز به تنهایی تصرف نماید: کفن میت، پرداخت دیون او، تنفید وصیت او، رد کردن عین امانت، خرید ضروری نظیر: لباس و خوراک برای صغیر، قبول کردن هبه برای صغیر و رفع خصومت در آنچه علیه میت یا به نفع او ادعا شود. زیرا، تصرفات در این امور به طور دسته جمعی مشکل است و به تأخیر انداختن آن ضرر دارد. در نتیجه، جایز است که هر یک از اوصیاء این اعمال را به تنهایی انجام دهد.<sup>۱۱۶۰</sup>

۱۵) **اخذ اجرت در برابر وصایت:** فقهاء اتفاق نظر دارند که: هنگامی که پدر و یا قاضی برای وصی اجرتی در برابر وصایت در مال موصی علیه معین نماید، وصی می تواند آن را اخذ نماید فرق نمی کند که فقیر باشد و یا غنی، همانطوری که اتفاق نظر دارند که: وصی غنی در صورتی که اجرتی

۱۱۵۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۷۵۹؛ و \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۲۰۷.  
 ۱۱۶۰. محمد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرابی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۲۲۸.

برای وی معین نشده باشد، جایز نیست چیزی از مال موصی علیه بگیرد به دلیل این قول خداوند ﷻ که می فرماید:

﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ - [النساء: ۶]

«و آن کس که توانگر است باید [از گرفتن اجرت سرپرستی] خودداری ورزد.».

در صورت امتناع از پذیرش وصایت مگر در صورت پرداخت اجرت، وصی بر عمل وصایت اجبار نمی گردد. در صورت رأی قاضی مبنی بر تعیین اجرت مثل، این امر جواز دارد.<sup>۱۱۶۱</sup>

۱۶) **ضمان وصی:** از آنچه گفته شد، واضح گردید که: تصرف وصی باید جهت تحقق مصلحت صغیر باشد. پس، در صورتی که تصرف وصی در راستای تحقق مصلحت موصی علیه نباشد، وصی ضامن است و ید وی بر اموال موصی علیه ید امان تلقی گردیده و باید تعدی و تفریط وی ثابت گردد. به عبارت دیگر: هرگاه مال موصی علیه از دست وصی تلف شود، وصی ضامن نیست، مگر اینکه تعدی و تفریط وی ثابت شود. بنابراین، در صورت به سن بلوغ رسیدن صبی، صبی می تواند بر علیه وصی بینه بی آورد و وصی سوگند بخورد. زیرا، چنانچه گفته شد، وصی امین است.<sup>۱۱۶۲</sup>

طبق فقه در صورت تحقق حالات ذیل وصایت منتهی می گردد:

۱- در صورت فوت موصی علیه اعم از اینکه قاصر، مجنون، معتوه، غافل و یا سفیه باشد. زیرا، در صورت فوت موصی علیه، وصایت بدون موضوع می گردد؛

۲- با رسیدن شخص موصی علیه به سن رشد، مگر اینکه شخص موصی علیه به جنون و یا عته مواجه گردد؛

۳- زوال سبب حجر، مانند افاقه مجنون، معتوه و غافل و رشید شدن سفیه؛ و

۴- فوت وصی، سلب وصایت و زایل شدن اهلیت وصی.<sup>۱۱۶۳</sup>

۱۱۶۱. وهبة الزحيلي (\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۷۵۹۴ و ۷۵۹۵؛ و (\_\_\_) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۰۶.

۱۱۶۲. مُحَمَّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصيته ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه على المذاهب الخمسة، مترجم: مصطفى جباري و حميد مسجد سرايي، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۲۳۰؛ و (\_\_\_) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۳)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، ص ۲۱۴.

۱۱۶۳. همان، \_\_\_، جلد (۴۳)، ص ۴۶۷.

## فصل هفتم: قیمومیت

محجورین از طُرق مختلف مورد حمایت قانون قرار گرفته اند. بخشی از این حمایت ها به صورت بطلان یا عدم نفوذ اعمال حقوقی محجورین است که برخی مثال های آن در جلد قواعد عمومی عقود خواهد آمد. همچنین، مصلحت محجورین ایجاب می نماید که اشخاصی مؤظف به اداره امور آنان و مأمور به انجام دادن اعمال حقوقی به نیابت از آنها باشند. به این منظور، ق. م نهاد های را برای حمایت از محجورین پیش بینی کرده است. این نهادها در حقوق افغانستان عبارت از ولایت، وصایت و قیمومت است. تفصیل ولایت و، و وصایت گذشت. بنابراین، در این فصل موضوعات مربوط به قیمومیت را مورد مطالعه قرار می دهیم:

### مبحث اول) تعریف قیمومیت و فرق قیمومیت با ولایت و وصایت

قیم در لغت به معنی مستقیم، متولی، سرپرست، سید و کسی که متولی امرشخص محجور است می باشد.<sup>۱۱۶۴</sup> صغیر در صورت موجودیت ولی، تحت ولایت ولی قرار می گیرد و ولی صغیر امور مالی و غیر مالی صغیر را اداره می نماید. در صورتی که ولی وصی تعیین نموده باشد، بعد از فوت ولی صغیر تحت وصایت وصی ولی قرار می گیرد و در صورتی ولی نیز برای اداره امور مالی طفل صغیر خویش وصی تعیین نموده باشد، قاضی می تواند برای اداره امور مالی طفل صغیر وصی

---

۱۱۶۴. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۲۵۹

تعیین نماید. پس، ولایت و وصایت بر صغار ثابت می‌گردد. اما، در صورتی شخص بالغ، به جنون، سفیه، عته و غفلت مواجه شود، و ولی و صی نداشته باشد، قاضی محکمه ذیصلاح غرض اداره اموال وی برای او قیم تعیین می‌نماید. بنابراین، فرقی که میان ولایت، و وصایت و قیمومیت ظاهر می‌گردد این است که:

(۱) ولایت ممکن است بر ازدواج و اداره اموال اشخاص ناقص اهلیت صورت پذیرد. اما، وصایت و قیمومیت صرف بر اداره اموال محجورین صورت می‌پذیرد با این تفکیک که وصایت بر اداره امور مالی صغار و قیمومیت بر اداره امور مالی محجورین غیر از صغار که عبارت اند از: سفیه، معتوه، مجنون و غافل؛

(۲) ولایت و وصایت صرف بر صغار ممکن است ثابت گردد. ولی، قیمومیت ممکن است بر اداره اموال اشخاص سفیه، معتوه و مجنون و بالغ ثابت گردد؛

(۳) نصب قیم به حکم مستقیم قانون نبوده، بلکه در صورت فقدان ولی و وصی با رعایت شرایطی که بعداً بحث آن خواهد آمد، از طرف قاضی صورت می‌پذیرد. بنابراین، تا زمانی که ولی و وصی وجود داشته باشد، و اهلیت لازم را نیز داشته باشند، قاضی نمی‌تواند برای اداره اموال محجورین قیم تعیین نماید. در نتیجه، تعریفی که برخی حقوقدانان به قیمومیت ارایه می‌نمایند این است که: قیم شخصی است که در صورت نبودن ولی و وصی به وسیله محکمه ذیصلاح برای سرپرستی و اداره امور محجور نصب می‌شود. بنابراین، قیمومیت وظیفه ای است که از طرف قاضی به شخصی که قیم نامیده می‌شود برای سرپرستی و اداره امور محجورین غیر از صغار؛ یعنی، سفیه، معتوه، مجنون و ... در صورت فقدان ولی و وصی واگذار می‌شود.<sup>۱۱۶۵</sup>

### مبحث دوم) اشخاصی که تحت قیمومیت قرار می‌گیرند

به موجب ماده ۳۱۹ ق. م فقره های اول و دوم ق. م : «(۱) شخص بالغ به سبب جنون، معتوهیت، سفاهت یا غفلت وی در اداره اموال محکوم به حجر گردیده و تا وقتی دوام می‌کند که محکمه به رفع آن حکم ننموده باشد؛ (۲) محکمه برای اداره اموال شخص محجور علیه، مطابق به احکام مندرج این قانون قیم تعیین می‌نماید.» از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

(۱) شخص بالغ به سبب جنون، معتوهیت، سفاهت یا غفلت در اداره اموال محکوم به حجر می‌گردد و تا وقتی دوام می‌کند که محکمه به رفع آن حکم ننموده باشد. حجر اشخاص مذکور در نص این ماده حجر قضایی است. بالغ اسم فاعل از ریشه «بلغ» گرفته شده است که در لغت به معنی رسنده و رسیده است. در اصطلاح حقوق مدنی، بالغ به شخصی می‌گویند که به سن بلوغ رسیده

باشد. به عبارت دیگر: به کسی بالغ گویند که بلوغ او به یکی از اماره های (نشانه های) قانونی و شرعی ثابت شده باشد.<sup>۱۱۶۶</sup> طبق نص این ماده اشخاص بالغ ذیل تحت قیومیت قرار می گیرند:

۱- **مجنون:** جنون از ریشه «جن» گرفته شده که به معنای دیوانگی، زوال عقل و تباهی خرد است و در اصطلاح عبارت از اختلال عقل است که حاصل آن اضطراب و آشفتگی در رفتار است. جنون بر دو نوع است:

- **جنون اطباقی:** جنون اطباقی، عبارت از جنونی است که استمرار داشته و از آن به جنون «مستمر» نیز یاد می کنند.

- **جنون غیر اطباقی:** جنون غیر اطباقی، عبارت از جنون غیرمستمر است؛ یعنی: شخص مبتلا به آن گاه به حالت عادی باز می گردد و گاهی دچار جنون می شود. ماده ۹۴۴ مجله الاحکام در این مورد می گوید: «مجنون بر دو قسم است: یکی مجنون مطبق که در تمام اوقات بیخود است و مجنون غیر مطبق که مجنونی است که گاهی بیخود و گاهی به حالت افاقه باز می گردد.»<sup>۱۱۶۷</sup>

۲- **معتوه:** عته در لغت به کاستی عقل گویند و در اصطلاح ضعیفی است که موجب ایجاد خلل در عقل می شود، چنانکه به عنوان نمونه در سخن معتوه اختلال ایجاد می شود و گاه مانند خردمندان و گاهی هم مانند دیوانگان سخن می گوید.<sup>۱۱۶۸</sup>

به عبارت دیگر: به کسی که از فهم اندک برخوردار بوده و سخنان مضطرب و پریشان بگوید و حُسن تدبیر او معلوم نباشد معتوه گویند. ماده ۹۴۵ مجله الاحکام در تعریف معتوه که در زبان عرف به آن ساده لوح می گویند، می گوید: «معتوه: کسی است که شعورش مختل شود طوری که فهمش اندک بوده و در کلامش اختلال به وجود آید و تدبیرش فاسد باشد.» به نظر می رسد که فرق مجنون و معتوه این است که مجنون به کلی فاقد عقل و تمیز است. اما، معتوه فاقد تمیز نیست. همچنین، عته ضعف در عقل است که موجب ضعف ادراک می شود و جنون اختلال در عقل است که موجب اضطراب و هیجان می شود.<sup>۱۱۶۹</sup>

۱۱۶۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۲۹.

۱۱۶۷. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۷۲؛ عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۱۰۲؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۱۶۹.

۱۱۶۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۷۲؛ عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۲)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۷۲؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۳۷۱؛ و عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۱۰۴.

۱۱۶۹. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، والاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۳۷۲؛ و عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۱۰۴.

به نظر می‌رسد روی همین دلیل، برخی فقهاء عته را به دو نوع تقسیم می‌نمایند: (۱) عته شدید، که انسان را کاملاً فاقد ادراک و تمیز می‌نماید در چنین حالتی فقهاء معتوه را در حکم دیوانه تلقی می‌نمایند؛ و (۲) عته خفیف که توأم با شعور و ادراک است که حکم چنین معتوه تابع حکم صغیر ممیز است.<sup>۱۱۷۰</sup> اما، نظر صحیح این است که: عته یک نوع است و آن عبارت از عته ای است که در ابتداء ذکر شد، در غیر آن شخص مجنون است.<sup>۱۱۷۱</sup>

۳- سفیه: سفاهت از سفه گرفته شده است. سفه در لغت به معنای جهل، نادانی و کم خردی است و در اصطلاح شرعی عبارت است از تصرف در اموال بر خلاف مقتضای شرع و عقل باوجود موجودیت عقل.

سفیه در لغت به معنی نادان، جاهل و کم خرد است. ماده ۹۴۶ مجله الاحکام در تعریف سفیه می‌گوید: «سفیه: کسی است که مال خویش را بیجا به مصرف رساند و در مصارف مال اسراف نماید و از طریق اسراف مال خود را ضایع سازد و تلف نماید. کسانی که در داد و گرفت خویش غفلت می‌ورزند و در تجارت بلد نیستند و از روی ناهمی و بی‌پروایی تجارت می‌نمایند و از جمله سفهاء محسوب می‌شوند.»

۴- غافل: غفلت مصدر «غفل» به معنای گذاشتن، فراموش کردن، سهل‌انگاری و بی‌خبری است. به شخص دچار به غفلت غافل گویند. در اصطلاح فقهی، به سهل‌انگاری و فراموشکاری غفلت گویند. فقهای اهل سنت غفلت را از رهگذر جواز و عدم جواز حجر به «سفه» شبیه می‌دانند. بنابراین، در تعریف آن می‌گویند که: غافل کسی است که نمی‌تواند به اسباب سود و زیان راه برد. تفاوت سفیه و غافل در آن است که سوء تصرف غافل ناشی از ضعف ادراک اوست و از سفیه از سفه.<sup>۱۱۷۲</sup>

(۲) حجر مجنون، سفیه، معتوه و غافل تا زمانی دوام می‌کند که محکمه به رفع آن حکم ننموده باشد. به حیث مثال، اگر جمیله بیست ساله باشد، اما بعد از بیست سالگی مجنون، سفیه، غافله و معتوه گردد، در اثر تقاضای اشخاص ذیعلاقه مانند اقارب محکمه می‌تواند او را به حجر محکوم نماید. این حجر الی رفع حجر دوام می‌نماید. تعریف حجر در فصل بعدی خواهد آمد.

(۳) محکمه ذیصلاح برای اداره اموال شخص محجور علیه، مطابق به احکام مندرج این قانون قیم تعیین می‌نماید. تعریف قیم در بالا گذشت. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، جمیله به حجر محکوم

۱۱۷۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۷۲.  
 ۱۱۷۱. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۰.  
 ۱۱۷۲. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۷۶؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۱۸۲ و ۱۸۳.

شود نمی تواند بر اموال و دارایی خویش تصرف نماید. برای پیش برد اداره اموال وی، محکمه می تواند یک شخص، به حیث مثال، احمد را به عنوان قیم او تعیین نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن اشخاص ناقص اهلیت، بیان اسباب حجر و مورد حمایت قرار دادن حقوق محجورین از طریق تعیین قیم است.

### سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

#### تعیین قیم

#### پرسش 30:

طبق حکم فقره (2) ماده (319) قانون مدنی افغانستان، قیم برای اداره اموال شخص محجور تعیین می گردد. در بعضی حالات قیم حاضر محکمه شده و خواهان تجویز فروش مال شخص محجور به دلایل مختلف می گردد مانند: مصارف مریضی و یا اینکه مال از مورث محجور باقیمانده و در پهلوی شخص محجور، ورثه دیگر نیز وجود دارد. آیا در همچو حالت محکمه می تواند که تجویز به فروش مال شخص محجور، اتخاذ نماید و یاخیر؟

#### توضیح:

در مورد قیم مطابق ماده (322) قانون مدنی افغانستان با نظر داشت مواد (289 و 290) قانون مذکور تمام احکام مربوط به وصی قابل تطبیق است، بناءً محکمه تجویز فروش اموال محجور را در صورتیکه به خیر او باشد با رعایت شروط مندرج توضیح پرسش شماره (35) این بخش اتخاذ نموده می تواند. ۱۱۷۳

### مبحث سوم) شرایط قیم

به موجب بند اول ماده ۳۲۲ ق. م: «شرایط مندرج مواد ۲۸۹-۲۹۰ این قانون در مورد قیم اعتبار داشته و سایر احکام مربوط به وصی نیز در مورد وی قابل تطبیق می باشد». از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که قانونگذار مدنی برای قیم احکام جداگانه وضع نکرده است و قیم را تابع احکام وصی قرار داده است زیرا وصی برای صغار معین می شود و قیم برای مجنون، معتوه، سفیه و غافل. بنابراین، قانونگذار مدنی در نص این ماده شرایط قیم را به مواد ۲۸۹ و ۲۹۰ ق. م ارجاع داده است و به این ترتیب از تکرار احکام جلوگیری نموده است. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده ارجاع شرایط قیم به شرایط وصی است.

براساس مفاد ماده ۳۲۲ ق. م عاقل بودن، امانتداری و رشد قیم شرط است. پس، قیمومیت صبی و مجنون صحیح نیست. زیرا، صبی و مجنون تحت ولایت دیگری قرار دارند. همچنین، قیمومیت خاین، فاسق، غیر رشید و غیر امین صحیح نیست. زیرا، در صورت ثبوت خیانت عزل آنها از قیمومیت لازم است. همچنین، شرط است که قیم با افراد تحت قیمومیت دین واحد داشته باشد. همچنین، به موجب مفاد ماده ۳۲۲ ق. م شخصی که به حکم قطعی محکمه به جرم منافی آداب عامه یا عفت، مانند: زنا، لواط و نظیر اینها محکوم به جزا شده باشد؛ شخصی که شهرت بد داشته باشد و یا مدرک مشروع برای تأمین معیشت نداشته باشد؛ شخصی که به حکم قطعی محکمه محکوم به افلاس شده و حیثیت او اعاده نشده باشد؛ شخصی که قبلاً از ولایت یا وصایت شخص دیگر به حکم قطعی محکمه عزل شده باشد؛ شخصی که از طرف پدر یا جد قبل از وفات از حق قیمومیت کتباً محروم شده باشد؛ و شخصی که خودش یا یکی از اصول، فروع یا زوجه اش با شخص ناقص اهلیت منازعه قضایی داشته باشد یا چنان اختلافی فامیلی میان آنها موجود باشد که به اساس آن مصلحت شخص ناقص اهلیت مختل گردد نمی تواند قیم تعیین گردد که تفصیل هر یک در فصل وصایت گذشت.

### مبحث چهارم) تصرفات قیم

براساس مفاد ماده ۳۲۲ ق. م: «قیم نمی تواند بدون اجازه محکمه باصلاحیت در اموال شخص تحت قیمومیت تصرفات ذیل را به عمل آورد:

(۱) خرید و فروش، مقایضه، شرکت، رهن، قرض دادن و هر نوع تصرف دیگری که موجب انتقال ملکیت یا اثبات حق عینی گردد؛

(۲) حواله دادن دینی که شخص ناقص اهلیت به ذمه شخص دیگری دارد یا قبول حواله دین علیه او؛

(۳) گذاشتن اموال به منظور بهره برداری و تصفیه حسابات مربوط به آن یا قرض گرفتن به حساب شخص ناقص اهلیت؛

(۴) اجاره دادن اموال غیر منقول شخص ناقص اهلیت برای مدت بیش از سه سال، در صورتی که اموال غیر منقول زمین زراعتی، و مدت بیش از یک سال در صورتی که اموال غیر منقول عمارت باشد؛

(۵) اجاره دادن اموال غیر منقول ناقص اهلیت برای مدتی که بعد از رسیدن به سن رشد تا یک سال ادامه نماید؛

(۶) قبول یا رد تبرعاتی که مشروط به شرط باشد؛



۷) پرداخت نفقه اشخاص که نفقه آنها بر ذمه شخص ناقص اهلیت لازم است، مگر این که پرداخت نفقه به حکم قطعی محکمه ثابت گردیده باشد؛

۸) صلح و حکمیت؛

۹) ایفای تعهداتی که بر متروکه و یا بر ذمه شخص ناقص اهلیت ثابت باشد، مگر این که حکم قطعی محکمه در مورد صادر گردیده باشد؛

۱۰) اقامه دعاوی، مگر این که در تأخیر آن ضرر یا ضیاع حقوق شخص ناقص اهلیت متصور باشد؛

۱۱) انصراف از حقوق دعاوی و یا قناعت به چنان احکام محکمه که قابل اعتراضات عادی باشد یا انصراف از چنین اعتراضات بعد از اقامه آن و اقامه اعتراضات غیرعادی در برابر احکام محکمه؛

۱۲) انصراف از تأمینات یا تقلیل آن که به ضرر ناقص اهلیت تمام شود؛

۱۳) اجاره اموال شخص ناقص اهلیت برای خود، زوجه یا یکی از اقارب شان تا درجه چهارم و یا برای کسی که وصی نایب وی باشد؛

۱۴) پرداخت مصارف ازدواج شخص ناقص اهلیت؛ و

۱۵) پرداخت مصارف تعلیمی و یا پرداخت چنان مصارفی که شخصی ناقص اهلیت در اجرای شغل معین به آن ضرورت دارد.». تفصیل و مثال های این تصرفات در مبحث وصایت گذشت.

### مبحث پنجم) تکالیف قیم

طبق مفاد ماده ۳۲۲ ق. م قیم تابع احکام وصی است. پس، قیم نیز مانند وصی دارای مکلفیت های ذیل است:

۱) قیم مکلف است به منظور تحقق مصلحت اشخاص محجور علیه کلیه عایدات نقدی محجور علیه را بعد از وضع مصارف نفقه و مصارف متفرقه ای که برای محجور علیه از طرف محکمه تعیین می گردد، به بانکی که از طرف محکمه معرفی می گردد تسلیم نماید. علاوه بر این، قیم باید تمام اشیای محجور علیه از قبیل: جواهرات، اوراق بهادار و نظیر اینها را در بانک به ودیعت گذارد. در صورت تسلیمی عواید و اشیای مزبور، قیم نمی تواند بدون اذن محکمه ذیصلاح اشیای مزبور و پول نقد محجور علیه را از بانک دوباره اخذ نماید.

۲) قیم مکلف است دعاوی را که علیه محجور علیه اقامه می گردد، بعد از دفاع به محکمه گزارش دهد و پس از اخذ دستور از آن پیروی نماید.

۳) قیم باید صورت حساب سالانه مربوط به قیمومیت را توأم با اسناد مربوطه در اخیر سال و قبل از آغاز سال جدید به محکمه ذیصلاح گزارش دهد. در رایه گزارش سالانه قیم شرط است که دارایی محجورعلیه بیش از ده هزار افغانی باشد. بنابراین، در صورتی که دارایی شخص محجورعلیه کمتر از ده هزار افغانی باشد، قیم مکلف به رایه گزارش سالانه به محکمه ذیصلاح نیست.

۴) در صورت عزل قیم، و تعیین قیم دیگر، قیم معزول باید در مدت سی روز بعد از ختم قیمومیت صورت حساب متعلق به اموال محجورعلیه را به محکمه رایه نماید.

### مبحث ششم) تعیین ناظر جهت نظارت از عمل قیمومیت

براساس مفاد ماده ۲۳۳ ق. م محکمه ذیصلاح می تواند شخصی را جهت نظارت بر اجراءات قیم جهت تحقق مصلحت محجور علیه و جلوگیری از سوء استفاده قیم به حیث ناظر تعیین نماید که در ذیل تکلیف، شرایط و انتهای نظارت را مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱) **وظیفه ناظر:** وظیفه ناظر، در چنین حالتی، این است که در صورت ضرورت، به محکمه ذیصلاح گزارش دهد. همچنین، ناظر می تواند در صورت عدم موجودیت قیم، از محکمه ذیصلاح تعیین قیم دیگر را مطالبه نمایند و تا زمان تعیین قیم دیگر، ناظر صرف می تواند اموری که در تأخیر آن ضرر محجورعلیه متصور است، انجام دهد. وظیفه دیگر ناظر این است که از قیم راجع به اداره اموال محجورعلیه استیضاح نماید.

۲) **شرایط ناظر:** براساس مفاد ماده ۳۲۲ ق. م ناظر باید شخص عادل، باکفایت و واجد اهلیت کامل بوده و با شخصی تحت وصایت دین مشترک داشته باشد. همچنین، طبق ق. م شخصی که به حکم قطعی محکمه به جرم منافی آداب عامه یا عفت، مانند: زنا، لواط و نظیر اینها محکوم به جزا شده باشد؛ شخصی که شهرت بد داشته باشد و یا مدرک مشروع برای تأمین معیشت نداشته باشد؛ شخصی که به حکم قطعی محکمه محکوم به افلاس شده و حیثیت او اعاده نشده باشد؛ شخصی که قبلاً از ولایت یا وصایت شخصی دیگر به حکم قطعی محکمه عزل شده باشد؛ شخصی که از طرف پدر یا جد قبل از وفات از حق قیمومیت کتباً محروم ساخته شده باشد؛ و شخصی که خودش یا یکی از اصول، فروع یا زوجه اش با شخص ناقص اهلیت منازعه قضایی داشته باشد یا چنان اختلافی فامیلی میان آنها موجود باشد که به اساس آن مصلحت شخص ناقص اهلیت مختل گردد نمی تواند ناظر تعیین گردد.

۳) **اجرت و عزل ناظر:** اصل در انجام عمل نظارت بدون اجرت بدون آن است. باوجوداین، قاضی محکمه ذیصلاح می تواند در اثر مطالبه ناظر به طور استثنایی برای وی اجرت معین نماید.

براساس مفاد ماده ۳۲۲ ق. م عزل ناظر نیز مانند عزل وصی است. پس، ناظر در صورت فاسق شدن، از دست دادن اهلیت، ترک نمودن اسلام و دین مشترک نداشتن با شخصی که تحت نظارت، محکوم شدن به جرم منافی آداب عامه یا عفت، مانند: زنا و لواط و نظیر اینها، پیدا کردن شهرت بد و از دست دادن مدرک مشروع برای تأمین معیشت، محکوم شدن به افلاس و عدم اعاده حیثیت، عزل شدن از ولایت یا وصایت به حکم قطعی محکمه، در صورتی که توسط پدر یا جد موصی علیه قبل از وفات از حق وصایت کتباً محروم ساخته شده باشد، و نیز در صورت بروز منازعه قضایی خودش یا یکی از اصول، فروع یا زوجه اش با شخص ناقص اهلیت، اهمال در عمل نظارت و سوء تصرف عزل می گردد. همچنین، در صورت انتهای وصایت که سبب نظارت است است، وظیفه ناظر ختم می گردد. ماده ۳۳۳ ق. م در این باره حکم می نماید که: «هرگاه اسباب موجب نظارت از بین برود، محکمه به وظیفه ناظر خاتمه می دهد.»

#### مبحث هفتم) ضمانت اجرای (مؤیدات) احکام مربوط به قیمومیت

براساس ماده ۳۳۶ ق. م: «احکام مندرج مواد (۳۳۴ و ۳۳۵) این قانون بر قیم [...] تطبیق می گردد.» طبق ق. م در صورتی که قیم وظایف خویش را اجراء ننماید، و در اجرای قرار محکمه اهمال ورزد، و این امر موجب تضرر شخصی که تحت قیمومیت او گرفته است گردد محکمه ذیصلاح می تواند، وی را عزل یا از اجرت قیمومیت در صورتی که قیمومیت در برابر اجرت باشد محروم و یا هم به جریمه نقدی که از ده هزار افغانی متجاوز نباشد، محکوم نماید، مگر اینکه قیم جبران خسارت را بپردازد و یا دلایل کافی و قانع کننده مبنی بر برائت خویش به محکمه ذیصلاح ارائه نماید. همچنین، در صورتی که قیم در عمل تحت قیمومیت اخلال وارد نماید، و این امر موجب تضرر شخص محجور علیه شود، مسؤولیت قیم تابع مسؤولیت وکیل به اجرت می باشد.

#### مبحث هشتم) عزل قیم

براساس مفاد ماده ۲۳۳ ق. م قیم در صورت فاسق شدن، از دست دادن اهلیت، ترک نمودن اسلام و دین مشترک نداشتن با شخصی که تحت قیمومیت او قرار دارد، محکوم شدن به جرم منافی آداب عامه یا عفت، مانند زنا و لواط و نظیر اینها، پیدا کردن شهرت بد و از دست دادن مدرک مشروع برای تأمین معیشت، محکوم شدن به افلاس و عدم اعاده حیثیت، عزل شدن از ولایت یا وصایت به حکم قطعی محکمه، در صورتی که توسط پدر یا جد موصی علیه قبل از وفات از حق وصایت کتباً محروم ساخته شده باشد، و نیز در صورت بروز منازعه قضایی خودش یا یکی از

اصول، فروع یا زوجه اش با شخص محجورعلیه، اهمال در اجرای قیمومیت و سوء تصرف عزل می‌گردد.

### مبحث نهم) انتهای قیمومیت و آثار آن

براساس مفاد ماده ۳۲۲ ق. م قیمومیت در صورت فوت نمودن محجور علیه ختم می‌گردد. زیرا، در صورت فوت محجورعلیه یک رکن قیمومیت از بین رفته و قیمومیت معدوم می‌گردد. همچنین، قیمومیت در اثر بهبود یافتن صحت محجورعلیه، مانند: افاقه جنون، معتوهیت و سفه محجورعلیه منتهی می‌گردد. همچنین، قیمومیت در صورت ختم شدن عمل قیمومیت، عزل قیم توسط محکمه ذیصلاح، قبول استعفای قیم توسط محکمه ذیصلاح، و از دست دادن اهلیت قیم، مانند: مجنون و معتوه شدن قیم نیز منتهی می‌گردد.

براساس مفاد ماده ۳۲۲ ق. م ختم قیمومیت و عزل قیم موجب ایجاد آثار ذیل می‌گردد:

۱) رد اموال و صورت حساب: در صورت ختم قیمومیت، قیم مکلف است اموال و صورت حساب متعلق به آن را به شخص محجور علیه که صحت وی بهبود یافته است بدهد. در صورت عزل توسط محکمه ذیصلاح، قیم مکلف است اموال و صورت حساب آن را به شخصی که به عوض وی قیم تعیین می‌گردد غرض ادامه قیمومیت توسط قیم بعد از وی بدهد. اما، در صورت وفات محجورعلیه، قیم باید اموال و صورت حساب متعلق به آن را به ورثه محجورعلیه بدهد.

۲) عدم قبول ابرای محجور علیه: ابرای محجور به نفع قیم قبول نمی‌گردد، مگر اینکه قیم صورت حساب نهایی مربوط به اموال را قبلاً ترتیب و به محکمه ارایه نموده باشد.

۳) دادن اموال و صورت حساب توسط ورثه قیم در صورت فوت قیم: در صورتی که قیم وفات نماید یا اهلیت خود را از دست دهد، مثلاً: به جنون، سفه و عته مواجه گردد و در نتیجه محجورعلیه شناخته شود، و یا مفقود گردد، ورثه یا قائم مقام وی مکلف به تسلیم اموال و دادن صورت حساب می‌باشد.

## فصل هشتم: حجر

اشخاص محجور که اطفال نیز از آن جمله اند نمی توانند اعمال حقوقی را انجام دهند و اموال و دارایی خویش را اداره نمایند و تحت ولایت، وصایت و قیمومیت قرار می گیرند. احکام مربوط به ولایت، وصایت و قیمومیت گذشت. در این فصل مطالب مربوط به حجر را مورد مطالعه قرار می دهیم:

### مبحث اول) تعریف و فلسفه حجر

حجر در لغت به معنی منع و تضییق و جلوگیری است. در اصطلاح حقوقی حجر به معنی عدم اهلیت استیفاء است که در تعریف آن حقوقدانان می گویند که: «حجر عبارت است از منع شخص به حکم قانون از اینکه بتواند امور خود را به طور مستقل و بدون دخالت دیگری اداره کند و شخصاً اعمال حقوقی انجام دهد». و نیز «حجر عدم توانایی قانونی شخص در اعمال و اجرای حق است». ۱۱۷۴ اشخاصی که از تصرف در اموال و حقوق مالی خود ممنوع هستند «محجور» یا «محجور علیه» (صیغه مفرد) و «محجورین» و یا «محجور علیهم» (صیغه جمع) نامیده می شوند. قانونگذار و شارع در ایجاد ممنوعیت برای محجور و تأسیس نهاد حقوقی - فقهی حجر اهدافی را دنبال می کند. این اهداف و انگیزه ها را حکمت تشریح حجر می نامند. اهداف حجر به دو دسته تقسیم می شوند: قسم اول حجر برای حمایت از محجور و مصلحت اجتماع تشریح شده است مانند: حجر سفیه، صغیر و مجنون. زیرا، حجر آنان و حفظ اموال و دارایی آنها به نفع آنها و جامعه است. قسم دوم به ضرر محجور و به نفع دیگران است و آن ضرری است که خود محجور به وجود آورده است مانند: حجر شخص ورشکسته و حجر مریض مبتلا به مرض الموت از مازاد بر ثلث که اولی به نفع طلبکاران (داینین) و دومی به نفع ورثه است. ۱۱۷۵

### مبحث دوم) تقسیمات

---

۱۱۷۴. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۱۸۶.  
۱۱۷۵. خلیل قبله ای خوبی (۱۳۸۴). آیات الاحکام: حقوق مدنی و جزایی، چاپ اول، تهران: وزارت ارشاد و فرهنگ اسلامی، ص ۱۵؛ و سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، ص ۱۹۴.

حقوقدانان حجر را به تقسیمات متعدد تقسیم نموده اند:

حقوقدانان حجر را به اعتبارات مختلف تقسیم بندی نموده اند:

(۱) - تقسیم حجر از نظر عام و خاص: حجر به اعتبار شمول و عدم شمول به حجر عام و خاص تقسیم می شود:

- حجر عام: منظور از حجر عام آن است که شخص به طور کلی از اجرای حق انجام دادن اعمال حقوقی ممنوع باشد، مانند: حجر مجنون که عام است و کلیه اعمال حقوقی او را در بر می گیرد و در نتیجه مجنون به علت نقصان اراده نمی تواند هیچ گونه عمل حقوقی اعم از عقد و ایقاع را انجام دهد.

- حجر خاص: حجر خاص ممنوع شدن شخص از برخی از تصرفات است نه همه آن. به عنوان مثال، حجر سفیه خاص است. زیرا، مربوط به امور مالی او است. حجر تاجر ورشکسته نیز حجر خاص است. زیرا، محدود به تصرفات مالی او است که به نفع داینین صورت می پذیرد.

(۲) تقسیم حجر از نظر مصلحت محجور علیه (حجر حمایتی) و غیر محجور علیه (حجر سوء ظنی): حجر به اعتبار مصلحت محجور علیه و غیر محجور علیه به دو نوع است: حجر حمایتی و حجر سوء ظنی:

۱- حجر از نظر مصلحت محجور علیه: حجر به مصلحت محجور علیه حجر است که در آن مصلحت محجور علیه مورد نظر قانونگذار است مانند: حجر مجنون، صغیر و سفیه. حجر حمایتی یا حجر به مصلحت محجور علیه دارای خصایص ذیل است:

- حجر حمایتی ناشی از حکم قانون است و احکام آن مانند احکام مربوط به اهلیت با نظم عمومی ارتباط دارد و جزء احکام امری به شمار می آید. پس، اراده افراد نمی تواند در ایجاد و رفع آن نقشی داشته باشد؛

- ضمانت اجرای حجر حمایتی در ق. م بطلان یا عدم نفوذ اعمال محجورین است. بنابراین، اعمال حقوقی شخص فاقد تمیز، مانند: صغیر غیر ممیز و مجنون باطل و بلا اثر است. ولی، اعمال حقوقی شخصی که تا اندازه دارای قوه تمیز باشد، مانند: صغیر ممیز غیر نافذ و انفاذ آن منوط بر اجازه ولی است؛

- احکام مربوط به حجر حمایتی از یکطرف مربوط به اشخاص است. زیرا، حجر بخاطر نقص شخصیت ایجاد گردیده و از طرف دیگر مربوط به فامیل است. زیرا، ق. م نهاد های معین حمایت از محجورین را برای حمایت از فامیل پیش بینی کرده است. به عنوان مثال، طبق ق. م ولی قهری مکلف به اداره اموال صغیر؛ و والدین نیز مکلف به حضانت طفل است. حجر حمایتی یا حجر به

نفع محجور علیه برای حفظ حقوق و منافع صغیر، سفیه و مجنون وضع شده است که مبنای حقوقی آن فقدان یا نقص عقل و اراده محجورین است. زیرا، برای انجام دادن اعمال حقوقی وجود اراده انشایی لازم است. اراده انشایی مستلزم وجود تمیز و درک در وجود شخص است. چون شخص محجور فاقد تمیز و اراده است، مانند: صغیر غیر ممیز و مجنون و یا هم قوه تمیز و اراده او ناقص است، مانند: صغیر ممیز و سفیه، نمی تواند اعمال حقوقی را انجام دهد. بنابراین، چنین اشخاص به حکم قانون از تصرف در اعمال حقوقی و امور خویش ممنوع می شوند. برعکس، در حجر سوء ظنی یا حجر به منفعت غیر محجور علیه، مبنای حقوقی حجر فقدان یا نقص اراده نیست، بلکه حمایت از اشخاص دیگر به ویژه داینین است. به عنوان مثال، تاجر ورشکسته بدون اینکه فاقد و ناقص اهلیت باشد، از پاره ای تصرفات در امور مالی خویش منع می شود تا نتواند اعمالی را که به حقوق داینین او لطمه می زند، انجام دهد.<sup>۱۱۷۶</sup>

۲- حجر به مصلحت غیر: گاه مصلحت دیگران اقتضاء می کند که برخی اشخاص از تصرفات در اموال شان منع شوند که بارزترین نمونه آن محجوریت شخص ورشکسته است که جهت رعایت حقوق دیگران و مصالح داینین از تصرف در اموال شان منع می شوند.<sup>۱۱۷۷</sup>

۳) حجر قانونی و حجر قضایی: حجر ممکن است به حکم مستقیم قانون باشد یا به حکم محکمه که به نام حجر قانونی و حجر قضایی نامیده می شود. به عنوان مثال، حجر صغیر، حجر قانونی است. ولی، حجر مجنونی که بعد از رسیدن به سن بلوغ و رشد دچار جنون شده است و همچنین حجر تاجر ورشکسته که به حکم محکمه نیاز دارد، حجر قضایی است.

۴) حجر مبتنی بر فقدان اراده و حجر مبتنی بر نقص اراد: در پاره ای موارد حجر مبتنی بر فقدان درک، شعور و اراده است. ولی، در برخی موارد دیگر مبنای حجر نقص یا عدم کفایت اراده است. به عنوان مثال، حجر مجنون مبنی بر فقدان اراده و حجر صغیر ممیز و یا سفیه مبنی بر نقص اراده است.

۵) حجر در امور مالی و حجر در امور غیر مالی: گاهی اوقات حجر را به اعتبار اینکه منحصر به امور مالی است و یا هم امور مالی و غیر مالی را احتوی می نماید به دو نوع: حجر در امور مالی و حجر در امور مالی و غیر مالی تقسیم کرده اند. بنابراین، حجر سفیه محدود و منحصر به امور

۱۱۷۶. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، صص ۱۹۴ و ۱۹۵.  
 ۱۱۷۷. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۱۶؛ و سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، صص ۱۸۸-۱۹۰.

مالی او است. زیرا، تصرفات سفیه برخلاف عقل است. ولی، سفیه در امور غیر مالی دارای شعور و اراده است. برعکس، حجر مجنون و صغیر عام است و امور مالی و غیر مالی او را احتوی می نماید. ۶) **حجری که غایت معین دارد و حجری که غایت معین ندارد:** بعضی اوقات حجر در زمان معین ختم می شود، مانند: حجر صغیر که پس از رسیدن به سن بلوغ و رشد رفع می گردد. ولی، گاهی حجر غایت معین ندارد و زمان انقضای آن معلوم نیست، مانند: حجر مجنون.<sup>۱۱۷۸</sup>

### مبحث سوم) اسباب حجر

به موجب ماده ۳۱۹ ق. م فقره های اول و دوم ق. م : (۱) شخص بالغ به سبب جنون، معتوهیت، سفاهت یا غفلت وی در اداره اموال محکوم به حجر گردیده و تا وقتی دوام می کند که محکمه به رفع آن حکم ننموده باشد؛ (۲) محکمه برای اداره اموال شخص محجور علیه، مطابق به احکام مندرج این قانون قیم تعیین می نماید.». از نص این ماده سه حکم قابل استنباط است:

۱) شخص بالغ به سبب جنون، معتوهیت، سفاهت یا غفلت در اداره اموال محکوم به حجر می گردد و تا وقتی دوام می کند که محکمه به رفع آن حکم ننموده باشد. حجر اشخاص مذکور در نص این ماده حجر قضایی است. بالغ اسم فاعل از ریشه «بلغ» گرفته شده است که در لغت به معنی رسنده و رسیده است. در اصطلاح حقوق مدنی، بالغ به شخصی می گویند که به سن بلوغ رسیده باشد. به عبارت دیگر: به کسی بالغ گویند که بلوغ او به یکی از اماره های (نشانه های) قانونی و شرعی ثابت شده باشد.<sup>۱۱۷۹</sup> طبق نص این ماده اشخاص بالغ ذیل تحت حجر قرار می گیرند و برای آنها قیم تعیین می شود:

۱- **مجنون:** جنون از ریشه «جن» گرفته شده که به معنای دیوانگی، زوال عقل و تباهی خرد است و در اصطلاح عبارت از اختلال عقل است که حاصل آن اضطراب و آشفتگی در رفتار است. جنون بر دو نوع است:

- **جنون اطباقی:** جنون اطباقی، عبارت از جنونی است که استمرار داشته و از آن به جنون «مستمر» نیز یاد می کنند.

- **جنون غیر اطباقی:** جنون غیراطباقی، عبارت از جنون غیرمستمر است؛ یعنی: شخص مبتلا به آن گاه به حالت عادی باز می گردد و گاهی دچار جنون می شود. ماده ۹۴۴ مجله الاحکام در این

۱۱۷۸. همان، سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، صص ۱۸۸-۱۹۰.  
 ۱۱۷۹. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۵۲۹.



مورد می گوید: «مجنون بر دو قسم است: یکی مجنون مطبق که در تمام اوقات بیخود است و مجنون غیر مطبق که مجنونی است که گاهی بیخود و گاهی به حالت افاقه باز می گردد.»<sup>۱۱۸۰</sup>

۲- معتوه: عتّه در لغت به کاستی عقل گویند و در اصطلاح ضعفی است که موجب ایجاد خلل در عقل می شود، چنانکه به عنوان نمونه در سخن معتوه اختلال ایجاد می شود و گاه مانند خردمندان و گاهی هم مانند دیوانگان سخن می گوید.<sup>۱۱۸۱</sup>

به عبارت دیگر: به کسی که از فهم اندک برخوردار بوده و سخنان مضطرب و پریشان بگوید و حُسن تدبیر او معلوم نباشد معتوه گویند. ماده ۹۴۵ مجله الاحکام در تعریف معتوه که در زبان عرف به آن ساده لوح می گویند، می گوید: «معتوه: کسی است که شعورش مختل شود طوری که فهمش اندک بوده و در کلامش اختلال به وجود آید و تدبیرش فاسد باشد.» به نظر می رسد که فرق مجنون و معتوه این است که مجنون به کلی فاقد عقل و تمیز است. اما، معتوه فاقد تمیز نیست. همچنین، عتّه ضعف در عقل است که موجب ضعف ادراک می شود و جنون اختلال در عقل است که موجب اضطراب و هیجان می شود.<sup>۱۱۸۲</sup>

به نظر می رسد روی همین دلیل، برخی فقهاء عتّه را به دو نوع تقسیم می نمایند: (۱) عتّه شدید، که انسان را کاملاً فاقد ادراک و تمیز می نماید در چنین حالتی فقهاء معتوه را در حکم دیوانه تلقی می نمایند؛ و (۲) عتّه خفیف که توأم با شعور و ادراک است که حکم چنین معتوه تابع حکم صغیر میز است.<sup>۱۱۸۳</sup> اما، نظر صحیح این است که: عتّه یک نوع است و آن عبارت از عتّه ای است که در ابتداء ذکر شد، در غیر آن شخص مجنون است.<sup>۱۱۸۴</sup>

۳- سفیه: سفاهت از سفه گرفته شده است. سفه در لغت به معنای جهل، نادانی و کم خردی است و در اصطلاح شرعی عبارت است از تصرف در اموال بر خلاف مقتضای شرع و عقل باوجود موجودیت عقل. سفیه در لغت به معنی نادان، جاهل و کم خرد است. ماده ۹۴۶ مجله الاحکام در

۱۱۸۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۷۲؛ عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۱۰۲؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۱۶۹.

۱۱۸۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۷۲؛ عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسیط، جلد (۱)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۱۷۲؛ علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۳۷۱؛ و عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۱۰۴.

۱۱۸۲. علی محی الدین القره داغی (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية، ص ۳۷۲؛ و عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، ص ۱۰۴.

۱۱۸۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۷۲.

۱۱۸۴. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۱)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۰.

تعریف سفیه می گوید: «سفیه: کسی است که مال خویش را بیجا به مصرف رساند و در مصارف مال اسراف نماید و از طریق اسراف مال خود را ضایع سازد و تلف نماید. کسانی که در داد و گرفت خویش غفلت می ورزند و در تجارت بلد نیستند و از روی ناهمی و بی پروایی تجارت می نمایند و از جمله سفهاء محسوب می شوند.».

**۴- غافل:** غفلت مصدر «غفل» به معنای گذاشتن، فراموش کردن، سهل انگاری و بی خبری است. به شخص دچار به غفلت غافل گویند. در اصطلاح فقهی، به سهل انگاری و فراموشکاری غفلت گویند. فقهای اهل سنت غفلت را از رهگذر جواز و عدم جواز حجر به «سفه» شبیه می دانند. بنابراین، در تعریف آن می گویند که: غافل کسی است که نمی تواند به اسباب سود و زیان راه برد. تفاوت سفیه و غافل در آن است که سوء تصرف غافل ناشی از ضعف ادراک اوست و از سفیه از سفیه.<sup>۱۱۸۵</sup>

۲) حجر مجنون، سفیه، معتوه و غافل تا زمانی دوام می کند که محکمه به رفع آن حکم ننموده باشد. به حیث مثال، اگر جمیله بیست ساله باشد، اما بعد از بیست سالگی مجنون، سفیه، غافله و معتوه گردد، در اثر تقاضای اشخاص ذیعلاقه مانند اقارب محکمه می تواند او را به حجر محکوم نماید. این حجر الی رفع حجر دوام می نماید. تعریف حجر در فصل بعدی خواهد آمد.

۳) محکمه ذیصلاح برای اداره اموال شخص محجور علیه، مطابق به احکام مندرج این قانون قیم تعیین می نماید. به حیث مثال، اگر در مثال بالا، جمیله به حجر محکوم شود نمی تواند بر اموال و دارایی خویش تصرف نماید. برای پیش برد اداره اموال وی، محکمه می تواند یک شخص، به حیث مثال، احمد را به عنوان قیم او تعیین نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده مورد حمایت قرار دادن اشخاص ناقص اهلیت، بیان اسباب حجر و مورد حمایت قرار دادن حقوق محجورین از طریق تعیین قیم است.

۴) در نص این ماده قانونگذار مدنی واضح و روشن نساخته است که مجنون، معتوه، سفیه و غافل در اثر تقاضای چه کسی تحت حجر قرار می گیرند که محل ایراد به نظر می رسد.

#### مبحث چهارم) مصارف مصارف سرپرستی محجور علیه

وفق ماده ۳۲۰ ق. م: «مصارف مربوط به سرپرستی محجور علیه، بر سایر مصارف مقدم می باشد.» سرپرستی در لغت به معنی نگهداری، نگهداری، کفالت و پرستاری است.<sup>۱۱۸۶</sup> طبق نص این ماده مصارف سرپرستی محجور علیه مانند مجنون، معتوه، سفیه و غافل نسبت به سایر مصارف

۱۱۸۵. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۲۹۷۶؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۱۸۲ و ۱۸۳.  
 (آخرین بازدید ۸/۳۱/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 1186.

مقدم است. قانونگذار مدنی در نص این ماده از سایر مصارف سخن می گوید، اما مصداقی برای سایر مصارف ارایه نکرده است. برخی نویسندگان در این خصوص می نویسند که: «مصارف سرپرستی محجور علیه از قبیل مصارف مربوط به خوراک، پوشاک، مسکن و تداوی بر سایر مصارف مانند مانند ترمیم خانه، دیوار باغ، آبیاری زمین و نظیر این ها مقدم است.<sup>۱۱۸۷</sup> به نظر می رسد منظور قانونگذار در این ماده این است که در صورتی که از پولی محجور علیه مصرفی صورت بگیرد، اول باید مصرف مربوط به سرپرستی؛ یعنی: مصارف اجوره سرپرست مشروط که بر این که در برابر اجوره باشد، مصارف تعلیم و تربیه، غذا، تداوی و امثال اینها پرداخت گردد.

### مبحث پنجم) اداره قسمتی از اموال توسط محجور علیه

طبق مطابق ماده ۳۲۱ فقره های اول و دوم ق. م: «(۱) هرگاه محکمه به سبب سفاهت یا غفلت شخصی را در اداره اموال به حجر محکوم نموده باشد، می تواند اداره قسمتی از اموال را توسط محجور علیه مجاز قرار دهد؛ و (۲) در صورت فوق احکام مربوط به ناقص اهلیت که مأذون به اداره اموال باشد، تطبیق می گردد.»

از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است: نخست این که طبق فقره اول این ماده محکمه ذیصلاح می تواند قسمتی از مال محجور به سبب سفاهت یا غفلت را در دسترس محجور علیه سفه و غفلت قرار دهد. به حیث مثال، اگر احمد به سبب سفه یا غفلت توسط محکمه ذیصلاح به حجر محکوم گردد، محکمه می تواند قسمتی از اموال سفيه و غافل را در دسترس او قرار دهد. به حیث مثال، اگر احمد به سبب سفه یا غفلت توسط محکمه ذیصلاح محجور علیه شود و خانه، تجارت خانه، باغ، موتر فروشی و نظیر اینها داشته باشد، محکمه می تواند به احمد اجازه بدهد که صرف بر موتر فروشی تصرف نماید. دوم این که چنین شخصی تابع شخص ناقص اهلیت مأذون به اداره اموال (مانند طفل صغیر ممیز) است که احکام در مبحث ولایت گذشت. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان صلاحیت اختیاری قاضی و مورد حمایت قرار دادن محجورین است.

### مبحث ششم) زوال حجر

رفع حجر از صلاحیت قاضی است. بنابراین، کسی که مدعی رفع حجر باشد، باید این امر را در محکمه به اثبات برساند. مبنای این حکم قاعده ای است که حکم می نماید که: «هر حکمی از حیث وجود و عدم وجود بر محور علت و سبب خویش می چرخد و از آن حیث که اسباب حجر

۱۱۸۷. یادگار راجی سمنگانی (\_\_\_). تشریح و توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد (۱): باب تمهیدی، (\_\_\_)، (\_\_\_)، ص ۲۶۲.

معلوم و مشخص هستند، هرگاه این اسباب از بین بروند، دیگر دلیلی برای بقای محجوریت باقی نمی ماند. پس، اگر سفاهت سفیه از بین برود و رشد او ثابت شود، باید به رفع محجوریت او حکم صادر کرد<sup>۱۱۸۸</sup> (ماده ۳۱۹ فقرة اول ق. م).

در فقه حَجْر در لغت به معنی منع و تضییق و جلوگیری است، چنانچه گفته می شود: حَجْر علیه حَجْرًا یعنی او را از تصرف منع کرد. از همین رو، حرام را حَجْر می نامند. خداوند ﷻ می فرماید:

﴿يَوْمَ يَرُونَ الْمَلَائِكَةَ لَا بُشْرَىٰ يَوْمَئِذٍ لِلْمُجْرِمِينَ وَيَقُولُونَ حَجْرًا مَّحْجُورًا﴾ - [الفرقان: ۲۲]

«روزی که فرشتگان را ببینند آن روز برای گناهکاران بشارتی نیست و می گویند دور و ممنوع [آید از رحمت خدا ﷻ].».

همچنین، عقل را نیز حَجْر می نامند چون عقل انسان را از مفاسد و آنچه که موجب ضرر می گردد منع می نماید. خداوند ﷻ می فرماید:

﴿هَلْ فِي ذَٰلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حَجْرٍ﴾ - [الفرج: ۵]

«آیا در این برای خردمند [نیاز به] سوگندی [دیگر] است.».

حَجْر در شریعت عبارت از منع انسان از تصرف در مال او است. در اصطلاح فقهی، فقهاء تعاریف متفاوتی برای حَجْر ارائه کرده اند: فقهای حنفیه در تعریف حَجْر می گویند: حَجْر عبارت از منع از لزوم عقود و تصرفات قولی است. پس، اگر محجور علیه به صورت مباشر عقد و یا تصرفی قولی مانند: بیع و هبه را انجام دهد، این عقد و تصرف نافذ نیست و حکمی بر آن مرتب نمی شود، مگر به اجازه شخص صاحب حق.

حَجْر به نظر حنفیه صرف بر تصرفات قولی ممکن است صورت پذیرد. زیرا، تصرفات قولی تصرفاتی است که منع از آنها از طریق عدم نفاذ ممکن است. اما، در افعال و تصرفاتی فعلی حَجْر ممکن نیست صورت پذیرد. زیرا، در صورت وقوع فعل از انجام، رد آن ناممکن است. از همین رو، ماده ۹۴۱ مجله الاحکام در تعریف حَجْر می گوید: «حَجْر عبارت از منع شخص مخصوص از تصرفات قولی که برای این شخص بعد از حَجْر محجور گفته می شود.».

فقهای شافعیه و حنابله در تعریف حَجْر می گویند: حَجْر عبارت از منع تصرفات مالی است اعم از اینکه منع به منظور تحقق مصلحت غیر، مانند: حَجْر مدیون مفلس به سبب عدم ضیاع حقوق گرماء (داینین) حَجْر راهن بخاطر تحقق مصلحت مرتهن، حَجْر مریض مبتلاء به مرض الموت بخاطر تحقق حق ورثه تشریح گردیده باشد و یا بخاطر مصلحت محجور علیه، مانند: حَجْر

۱۱۸۸. خلیل قبله ای خوبی (۱۳۸۴). آیات الاحکام: حقوق مدنی و جزایی، چاپ اول، تهران: وزارت ارشاد و فرهنگ اسلامی، صص ۱۷ و ۱۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۱۶.

مجنون، صغیر و سفیه. فقهای مالکیه در تعریف حجر می گویند: حجر عبارت از صفت حکمی است که موجب منع شخص موصوف به حجر (محجور علیه) از نفوذ تصرفات بر مازاد از قوتش می گردد، یا حجر عبارت از صفت حکمی است که موجب منع نفوذ تبرع محجور علیه در بیشتر از ثلث مالش می گردد.

تعریف اول شامل حجر صبی، مجنون، سفیه و مفلس و نظیر اینها می گردد. زیرا، اشخاص مزبور از تصرف در اموال از طریق بیع و تبرع منع می شوند و نفاذ تصرفات آنها موقوف بر اجازه ولی می باشد. تعریف دوم شامل مریض مبتلاء به مرض الموت می گردد. زیرا، شخص مبتلاء به مرض الموت نمی تواند بر بیشتر از ثلث مالش تصرف نماید.<sup>۱۱۸۹</sup>

مشروعیت حجر بر مبنای قرآن کریم ثابت است. زیرا، خداوند عز و جل در این مورد فرموده است:

﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَاقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ - [النساء / ۵]

«و اموال تان را که خداوند عز و جل آنها را مایه زندگی تان قرار داده است، به سفها ندهید و از ثمرات آن به آنان بخورانید و ببوشانید و با آنان سخن پسندیده بگویند.»

در این آیه خداوند عز و جل اولیاء را از دادن اموال سفهاء منع نموده است. زیرا، دادن اموال آنها به آنها، موجب ضیاء اموال می گردد. همچنین خداوند عز و جل می فرماید:

﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ - [النساء / ۶]

«و یتیمان را بیازمایید تا وقتی که به سن ازدواج رسند. پس، اگر از آنان حسن تدبیر دیدید، اموالشان را به آنها باز گردانید.»

در این آیه خداوند عز و جل اولیاء را به آزمایش یتیمان در حفظ اموال و در صورت ثبوت حسن تدبیر رد اموال به آنها امر نموده است که به وضوح بیانگر تحت حجر قرار دادن آنها است تا اینکه به بلوغ برسند. مشروعیت حجر بر مبنای سنت پیامبر صلی الله علیه و آله نیز ثابت است. زیرا، از کعب بن مالک رضی الله عنه روایت است که:

«أَنَّ النَّبِيَّ صلی الله علیه و آله حَجَرَ عَلِيَّ مَعَ مَالِهِ وَبَاعَهُ فِي دِينِ كَانِ عَلَيْهِ.»<sup>۱۱۹۰</sup>

۱۱۸۹. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۴۴۶۱ و ۴۴۶۲؛ (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۷)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۸۴ و ۸۵؛ اسعد محمد سعيد الصاغر جرجي (\_\_\_\_). الفقه الحنفي و ادلته، جلد (۳)، باكستان: كتابخانه رشيدية، صص ۶۰ و ۶۱؛ عبدالحميد محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفي في ثوبه الجديد، جلد (۲)، باكستان: مكتب حقانيه، صص ۲۸۵ و ۱۱۹۰. رواه الدارقطني، و البيهقي و الحاكم و صححه عن كعب بن مالكا.

«پیامبر ﷺ معاذ را تحت حجر قرار داد و مال وی را در برابر دینی که بر ذمه او بود به فروش رسانید.»

همچنین، شافعی در مسند خود از عروة بن زبیر روایت کرده است که حضرت عثمان رضی الله عنه، علی بن عبدالله بن جعفر را به سبب تذبذیر تحت حجر قرار داد. مشروعیت حجر براساس اجماع امت نیز ثابت است.<sup>۱۱۹۱</sup>

فقهاء حجر را به تقسیمات متعدد تقسیم نموده اند:

(۱) **تقسیمات حجر در فقه:** طبق فقه حجر به اعتبار مصلحت محجورین و غیر به دو نوع تقسیم می شود:

۱- **حجر به اعتبار مصلحت محجور علیه:** حجر به مصلحت محجور علیه حجر است که در آن مصلحت محجور علیه مورد نظر شارع است مانند: حجر مجنون، صغیر و سفیه که شرع این نوع حجر را بخاطر عدم ضیاع و حفظ اموال شان وضع نموده است.

۲- **حجر به مصلحت غیر:** این نوع حجر را شرع به منظور حفظ حقوق دیگران تشریح نموده است، مانند: حجر مدیون مفلس به سبب عدم ضیاع حقوق غرماء (داینین) حجر راهن بخاطر تحقق مصلحت مرتهن، حجر مریض مبتلاء به مرض الموت بخاطر تحقق حق ورثه.<sup>۱۱۹۲</sup> مجله الاحکام حجر را به دو نوع تقسیم نموده است: حجر طبیعی یا ذاتی و حجر قضایی. طبق مجله الاحکام صغیر، مجنون و معتوه محجور بالذات یا محجور طبیعی هستند. ماده ۹۵۷ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «صغیر، مجنون و معتوه محجورین بالذات هستند». اما، طبق مجله الاحکام، سفیه و مدیون محجور قضایی اند. ماده ۹۵۸ مجله الاحکام در مورد سفیه تصریح می نماید که: «قاضی می تواند سفیه را تحت حجر قرار دهد». همچنین، ماده ۹۵۸ مجله الاحکام در مورد حجر مدیون مفلس می گوید که: «قاضی می تواند مدیون را براساس مطالبه غرماء (داینین) تحت حجر قرار دهد.»

اسباب حجر در فقه اهل سنت هفت است که عبارت اند از: صغر، جنون، عته، افلاس، سفه، غفلت و مرض الموت. اما، طبق ق. م اسباب حجر: صغر، جنون، سفه، عته و افلاس است. در ذیل هر یک از این اسباب را به صورت جداگانه در گفتارهای جداگانه مورد بحث قرار می دهیم:

۱۱۹۱. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشديه، صص ۴۴۶۱ و ۴۴۶۲؛ (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۷)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۸۴ و ۸۵؛ و اسعد محمد سعيد الصاغر جي (\_\_\_\_). الفقه الحنفي وادلته، جلد (۳)، باكستان: كتابخانه رشديه، صص ۶۰. ۱۱۹۲. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي وادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشديه، صص ۴۴۶۵ و ۴۴۶۶؛ (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۷)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۸۷.

(۱) صغر: فقهاء اتفاق نظر دارند که: صغیری که به سن بلوغ نرسیده به سبب عدم اهلیت اداء به حکم شرع محجور علیه است تا اینکه به سن بلوغ و سپس به رشد برسد. زیرا، خداوند عز وجل می فرماید:

﴿ وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ - [النساء / ۶]

«و یتیمان را بیازمایید تا وقتی که به سن ازدواج رسند. پس، اگر از آنان حسنِ تدبیر دیدید، اموالشان را به آنها باز گردانید.».

به نظر عامه فقهاء و امام ابوحنیفه رحمته حجر با رسیدن صبی به سن بلوغ و رشد ختم می شود به دلیل این قول خداوند عز وجل که می فرماید:

﴿ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ - [النساء / ۶]

«پس، اگر از آنان حسنِ تدبیر دیدید، اموالشان را به آنها باز گردانید.».

اما، به نظر جمهور فقهاء حجر خاتمه نمی یابد و اموال صبی به وی داده نمی شود، مگر اینکه صبی به رشد برسد.

(۲) سفه: تعریف سفیه که در جلد قواعد عمومی عقود خواهد آمد ممکن است در حالت سفه به بلوغ برسد و نیز ممکن است بعد از رسیدن به سن بلوغ به سفه دچار شود. از همین رو، در فقه در باره جواز حجر سفیه دو نظریه وجود دارد:

۱- به بلوغ رسیدن سفیه در حالت سفه: جمهور فقهاء (مالکیه، شافعیه، حنابله، امام ابو یوسف رحمته، امام محمد رحمته) بر این نظر اند که: هرگاه حجر محجور علیه به سبب بلوغ و یا رشد او، رفع گردد و اموال او به وی تسلیم گردد و شخص بالغ و رشید دوباره سفیه گردد، دوباره تحت حجر قرار می گیرد. زیرا، خداوند عز وجل می فرماید:

﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ﴾ - [النساء / ۵]

«و اموال تان را که خداوند عز وجل آنها را مایه زندگی تان قرار داده است، به سفهاء ندهید و از ثمرات آن به آنان بخورانید و ببوشانید و با آنان سخن پسندیده بگویید.».

همچنین خداوند عز وجل می فرماید:

﴿ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ - [النساء / ۶]

«پس، اگر از آنان حسنِ تدبیر دیدید، اموال شان را به آنان باز گردانید.».

همچنین، پیامبر صلی الله علیه و آله فرموده است:

«خذوا علی ید سفهائکم». ۱۱۹۳

«سفهایی خویش را کمک نمایید.».

مجله الاحکام نیز این نظر را اختیار نموده است. ماده ۹۸۲ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «اگر صغیر بالغ شود، ولی غیر رشید باشد، تا زمانی که رشد وی تحقق نیابد، مانند سابق از تصرف منع شود.».

برعکس، امام ابو حنیفه رحمته بر این نظر است که: منع صبی از تصرف در مال با رسیدن صبی به سن بلوغ منتهی می گردد. زیرا، غالباً در این سن رشد متحقق می شود. در صورت عدم تحقق رشد بعد از این سن نباید انتظار کشید. اما، تصرفات او در این مدت نافذ نیست، مگر اینکه به نفع محض او تمام شود، زیرا سفیه ممکن است در حدود ثلث مال وصیت نماید و یا تصرفاتی نماید که این تصرفات قابل فسخ نباشد، مانند: ازدواج، طلاق، رجعت و یمین. ولی، از سایر تصرفات منع می شود.

۲- به سفه مواجه شدن انسان بعد از رشد: شخصی که به سن رشد برسد و سپس به سفه مواجه شود، امام ابو حنیفه رحمته بر این نظر است که: حجر وی جایز نیست، زیرا، اشخاص در تصرفات خود آزاد اند و نمی توان آنان را از تصرف در اموال شان منع کرد چرا که حجر منافی حریت انسان است. برعکس، جمهور فقهاء و صاحبین بر این نظر اند که: حجر سفیه بخاطر مصلحت و محافظت مال سفیه جایز است. در چنین حالتی، سفیه ای که بعد از سن رشد به سفه مواجه شد، تابع حکم تصرفات صبی ممیز است. این نظر در فقه حنفیه مفتی به است و مجله الاحکام نیز از آن پیروی نموده است. ماده ۹۹۰ مجله الاحکام در این مورد حکم می نماید که: «سفیه محجور علیه در معاملات مانند صغیر ممیز است. اما، ولی سفیه تنها قاضی است. بنابراین، پدر، پدر کلان و وصی او بر او حق ولایت ندارند.» علت این امر این قول خداوند جل جلاله است که می فرماید:

﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ - [النساء / ۵]

«و اموال تان را که خداوند جل جلاله آنها را مایه زندگی تان قرار داده است، به سفها ندهید و از ثمرات آن به آنان بخورانید و ببوشانید و با آنان سخن پسندیده بگویید.».

همچنین، خداوند جل جلاله که می فرماید:

﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهَاً أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُجِملَ هُوَ فَلْيَمْلِكْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ﴾ - [البقره: ۲۸۲]



«پس اگر کسی که حق بر ذمه اوست، سفیه یا ناتوان است، یا خود نمی‌تواند املا کند، پس ولی او باید با (رعایت) عدالت، املا نماید...».

این دو آیه به صورت واضح دلالت بر ثبوت حجر بر سفیه می‌نمایند. به نظر امام ابو یوسف رحمته، امام شافعی رحمته، امام احمد رحمته و امام مالک رحمته تحت حجر قرار دادن سفیه در چنین حالتی منوط بر صدور قرار توسط محکمه است. اما، امام محمد رحمته از فقهای حنفیه و ابن القاسم از فقهای مالکیه بر این نظر اند که: حجر سفیه ضرورت به حکم قاضی ندارد. زیرا، فساد وی در مال او باعث حجر وی می‌گردد و علت آن که همان سفه است تحقق یافته است.

نتیجه این اختلاف این است که: تصرفات سفیه قبل از حجر به نظر جمهور فقهاء صحیح است. ولی، به نظر امام محمد رحمته از فقهای حنفیه و ابن القاسم از فقهای مالکیه صحیح نیست.<sup>۱۱۹۴</sup>

۳) عته: چنانچه گفته شد، معتوه در حکم صبی ممیز است. بنابراین، در تصرفات مالی و غیر مالی معتوه نیز تابع احکام صغیر ممیز است<sup>۱۱۹۵</sup> که تفصیل آن گذشت.

۴) غفلت: جمهور فقهاء به صورت صریح ابراز نظر نموده اند که غافل تحت حجر قرار می‌گیرد به جز امام ابو یوسف رحمته و امام محمد رحمته. پس، در تعریف آن می‌گویند که: غافل کسی است که نمی‌تواند به اسباب سود و زیان راه برد. تفاوت سفیه و غافل در آن است که سوء تصرف غافل ناشی از ضعف إدراک او است و از سفیه از سفه است. با وجود این، به نظر امام ابو یوسف رحمته حجر غافل از زمان صدور قرار قضایی توسط قاضی و به نظر امام محمد رحمته از زمان ظهور علامات غفلت آغاز می‌گردد. بنابراین، به نظر امام ابو یوسف رحمته حجر غافل توسط حکم قاضی و به نظر امام محمد رحمته به زوال غفلت از بین می‌رود.<sup>۱۱۹۶</sup>

۵) مجنون و حدود حجر او: فقهاء در مورد تحت حجر قرار دادن مجنون اعم از این که دایمی و یا دوره ای باشد، اتفاق نظر دارند.<sup>۱۱۹۷</sup>

۶) مدیون مفلس و حدود حجر او: به موجب فقه مدیون بر کسی می‌گویند که قرضی برای مدتی معین یا نا معین برای او داده شده و او مکلف به پرداخت آن در موعد معین باشد.<sup>۱۱۹۸</sup> فقهاء

۱۱۹۴. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۷۵ - ۲۹۷۶؛ عبدالکریم زیدان (۱۳۸۵). الوجیز فی اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان، صص ۱۱۸ - ۱۲۶؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۷)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۹۶ و ۹۷.

۱۱۹۵. محمد محی الدین عبدالحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شريعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیه للنشر، ص ۲۲۸.

۱۱۹۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۲۹۷۶؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). اصول الفقه اسلامی، جلد (۱)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۱۸۲ و ۱۸۳؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۷)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۹۷؛ محمد محی الدین عبدالحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شريعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیه للنشر، ص ۲۲۸.

۱۱۹۷. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۱۷)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۹۲.

از نظر محجور علیه و عدم محجور علیه قرار گرفتن مدیون مانند سفیه و غافل دو دیدگاه متفاوت ارایه کرده اند: امام ابوحنیفه رحمته بر این نظر است که محجور علیه قرارگرفتن مدیون جواز ندارد، هرچند جمیع مال او مستغرق به دین باشد. زیرا، مدیون کامل الاهلیت است. پس، حجر به سبب حفاظت از حریت و انسانیت مدیون بر مدیون ثابت نمی گردد. علت این امر این است که به نظر امام ابوحنیفه رحمته در موردی که مدیون از پرداخت دین استنکاف ورزد، می توان دیون داینین را از طریق حبس مدیون و فروش اموال وی پرداخت نمود.

برعکس، امام ابویوسف رحمته و امام محمد رحمته و بقیه فقهای مذاهب چهارگانه اهل سنت بر این نظر اند که: در صورت مطالبه داینین قاضی باید وی را در صورتی که مال وی مستغرق به دین باشد، و از ادای دین داینین امتناع ورزد، به سبب حفظ حقوق داینین به حجر محکوم نماید. البته، این در صورتی است که مدیون مفلس باشد. مفلس در لغت به معنی کسی است هیچ مالی نداشته باشد. اما، در اصطلاح شرعی، مفلس کسی است که دین وی بیشتر از مال او باشد.

همچنین، امام ابویوسف رحمته و امام محمد رحمته و بقیه فقهای مذاهب چهارگانه اهل سنت اضافه می نمایند که: در صورتی که داینین مدیون طلب حجر مدیون را از محکمه ذیصلاح نمایند و مدیون تحت حجر قرار بگیرد، در چنین حالتی مدیون نمی تواند در اموال خویش تصرفی نماید که موجب ابطال حق غرماء (داینین) گردد، مانند: وقف، هبه، صدقه و وصیت. در صورتی چنین تصرفات، نفاذ آن منوط بر اجازه داینین است.

بنابراین، در صورت اجازه داینین عقد نافذ و لازم در صورت عدم اجازه عقد باطل است. زیرا، در صورت محجور علیه شدن مدیون، اهلیت مدیون مانند اهلیت صبی ممیز تلقی می گردد. باوجوداین، در چنین حالت، ازدواج مدیون در برابر مهر مثل، طلاق و خلع و امثال اینهای او صحیح است، همچنانی که قبول تبرعات و هبات او صحیح است.<sup>۱۱۹۹</sup> در مورد حجر مدیون مفلس ق. م نظر جمهور فقهاء را اختیار نموده است که تفصیل آن در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد.

(۷) **مرض الموت:** مرض الموت اسم ترکیبی است که مرکب از دو کلمه می باشد: مرض که در لغت به معنی بیماری و نیز اختلال های بدنی و روانی است که بر انسان طاری شده و او را از حالت اعتدال خارج می سازد و در اصطلاح فقهی عبارت است از فاصله گرفتن از تندرستی و صحت به

۱۱۹۸. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۷۷۴.  
 ۱۱۹۹. وهبة الزحیلی (—). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیة، صص ۲۹۷۶ و ۲۹۷۷؛ و محمد محی الدین عبدالحمید (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فی شریعة الاسلامیة، لبنان: دارالعلوم العلمیة للنشر، صص ۲۳۰ و ۲۳۱

دلیل وجود آفت و یا هر آنچه از موجبات بیماری فرض شود و موت که در لغت به معنی مرگ و در اصطلاح فقهی جدا شدن روح از بدن است. طبق فقه مرض به طور کلی به دو نوع تقسیم می شود:

۱- **مرض عادی:** نوع اول مرض، مرض عادی است که غالباً کشنده نیست، مانند اکثر مریضی های که کشنده نیست، مانند: سرماخوردگی، گلو درد، اسهال و امثال اینها.

۲- **مرض الموت:** نوع دوم مرض، مرض الموت است که به موت منتهی می شود. در باره تعریف اصطلاحی مرض الموت در فقه دو تعریف وجود دارد: جمهور فقهاء بر این نظر اند که: مرض الموت عبارت از مرض مخوفی است که متصل با مرگ باشد، هرچند سبب مرگ، مرض نباشد. اما، فقهای حنفیه در تعریف مرض الموت می گویند: «مرض الموت عبارت از مرضی است که در اغلب اوقات خوف مرگ مریض در آن متصور باشد و آن حالتی است که اگر مریض از جمله مردها باشد، از انجام کارها و مصالح خویش در خارج از منزل عاجز گردد و در صورتی که مریض از جمله زنان باشد از انجام مصالح خود در داخل منزل عاجز گردد و در همین حالت، قبل از مرور یک سال بمیرد، خواه مریض حالت مریضی را در بستر بگذارد و یا خارج از بستر.

اگر مرض او دوام کند و یک سال از آن بگذرد، چنین مریض تا آنکه مرض او شدت پیدا نکند و حالت او تغییر نیابد، حکم انسان سالم را دارد و تصرفاتش مانند تصرفات انسان سالم و عادی به حساب می آید. اگر حالت او تغییر کرد، و مرض او شدت یافت و بعد از این حالت وفات کرد، از زمان تغییر حالت تا ساعت وفات، حالت مرض را به خود می گیرد.» (ماده ۱۵۹۵ مجله الاحکام).

از جمع تعاریف فوق چنین نتیجه گرفته می شود که تحقق مرض الموت منوط به تحقق شرایط ذیل است:

- اینکه مرض مخوف باشد؛ یعنی: غالباً و عادتاً هلاک مریض در آن متصور باشد؛ و  
- به تعقیب مرض، مرگ واقع گردد اعم از اینکه مرگ به سبب مرض باشد، یا سبب خارجی دیگر مانند: قتل، غرق شدن، حریق، تصادم و امثال اینها.

جمهور فقهاء برخی حالات دیگر را نیز پیش بینی نموده که شخص مواجه به آن با تحقق دو شرط مرض الموت در حکم شخص مصاب به مرض الموت است. این حالات عبارت است از:

- کسی که در داخل کشتی و یا قایق در بحر در حرکت باشد و در اثر طوفان و امواج خوف غرق شدن و هلاکت او غالب باشد. همچنین، در صورت شکستن کشتی و باقی ماندن شخص بر تخته کشتی و ترس از غرق در حکم مرض الموت است؛

- کسی که در اثر قتل و یا عمل دیگر به قصاص و یا اعدام محکوم شده باشد؛

- شخصی که به دست دشمنانی اسیر و محبوس شود که عادتاً آنها اسیران را قتل نمایند؛
  - مجاهدی که در راه خدا ﷺ به جهاد خارج شده و با دشمن جنگ را آغاز نماید؛ و
  - زن حامله که به درد زایمان مبتلا است. در این حالات و سایر حالات مشابه شرط است که خوف هلاک غالباً متصور باشد.<sup>۱۲۰۰</sup>
- مریضی عادی که کشنده نیست بر تصرفات شخص مبتلاء به آن هیچ نوع تأثیری وارد نمی کند. بنابراین، تمام تصرفات شخص مبتلاء به مریضی عادی صحیح است. همچنین، مرض الموت بر اهلیت و جوب هیچ گونه تأثیر وارد نمی کند. زیرا، این نوع مرض به هیچ وجه بر ذمه، عقل و نطق کسی اثری وارد نمی کند.
- همچنین، مرض الموت بر اهلیت اداء شخص مبتلاء به آن هیچ نوع تأثیری وارد نمی کند. زیرا، مرض الموت موجب مختل شدن عقل نمی گردد. بنابراین، بر اقوال و عبارات مریض مبتلاء به مرض الموت در معاملات از قبیل: بیع، هبه، اجاره و امثال اینها اثر مرتب می شود.
- با وجود این، جهت تحقق مصلحت اخروی مریض مبتلاء به مرض الموت که ذین کسی بر ذمه وی باقی نماند و نیز جهت تحقق مصلحت داینین و ورثه او، از برخی تصرفات منع می شود، چنانکه اگر قرضدار باشد، نمی تواند تصرفاتی به عمل آورد که موجب زیان داینین او گردد، به عنوان مثال، تمام دارایی (ملکیت) خود را به فروش رساند، و یا تمام اموال و دارایی خود را وصیت نماید که در این صورت ورثه متضرر می گردد.
- فقهاء به صورت عموم در مورد حقوق مریض مبتلاء به مرض الموت در زمان مرض الموت، حقوق داینین، حقوق موصی له و حقوق ورثه بحث نموده اند که هر یک ذیلاً بیان می گردد:
- ۱- حقوق خاص شخص مبتلاء به مرض الموت: تصرفات ضروری شخص مبتلاء به مرض الموت که مختص به خود و فامیل او است، نافذ است و نفاذ آن متوقف بر اجازه احدی نیست. این تصرفات قرار ذیل است:
- نفقات ضروری جهت تهیه طعام، لباس و مسکن برای خود مریض مبتلاء به مرض الموت و کسانی که نفقه آنها بر وی لازم است و مصرفات تداوی، اجرت طبیب، اجرت عمل جراحی و امثال اینها؛

۱۲۰۰. وهبة الزحیلی (\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۴)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، صص ۲۹۷۷ و ۲۹۸۸؛ (۱۴۰۴ ق.) الموسوعة الفقهية، جلد (۳۷)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية، صص ۵-۷؛ و عبدالرزاق احمد السنهوری (۲۰۰۲). الوسيط، جلد (۴)، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، صص ۳۱۳-۳۱۵.

- ازدواج: مریض صلاحیت ابرام عقد ازدواج را دارد. زیرا، وی محتاج شخصی است که پرستاری او را نماید و نیز انیس او باشد. اما، به شرط اینکه مهر بیشتر از مهر مثل نباشد. بنابراین، اگر مهر بیشتر از مهر مثل باشد، زیادت مهر تابع وصیت بر ثلث ترکه بوده نفاذ آن منوط بر اجازه ورثه است. این نظر ناقص و محل ایراد به نظر می رسد زیرا در این صورت زوجه در صورت از دست دادن شوهر متضرر می شود.

- طلاق: طلاق شخص مبتلاء به مرض الموت به اتفاق نظر همه فقهاء صحیح است. اما، در صورتی که طلاق باین و بدون رضای زن باشد و مرد در اثنای عدت وفات نماید، زوجه مستحق میراث از زوجه می گردد. زیرا، این طلاق، طلاق فرار نامیده می شود که تفصیل آن گذشت.

- عقود وارده بر منافع: مریض مبتلاء به مرض الموت می تواند به صورت مباشر عقودی را که بر منافع وارد می گردد، منعقد نماید حتی اگر در برابر عوض حداقل باشد و یا بدون عوض، مانند: اعاره، اجاره، مزارعت، مساقات و امثال اینها.

در چنین حالتی ورثه و داینین نیز نمی توانند در این باره اعتراض نمایند. زیرا، منافع به نظر فقهای حنفیه مال تلقی نمی گردد و تصرف وارد بر منافع به نظر احناف به مرگ یکی از عاقدین منتهی می گردد و حاجتی به اعتراض ورثه و داینین باقی نمی نماید. برعکس، به نظر جمهور فقهاء منافع نیز مال تلقی می گردد و بنابراین تصرف در آن منوط را بر اجازه اصحاب حق می دانند.

۲- حقوق داینین: بعد از حقوق خاص شخص مبتلاء به مرض الموت حقوق داینین مطرح می شود. در صورتی که مریض مدیون باشد، از تصرفاتی که موجب ضرر داینین می گردد منع می شود. بنابراین، در صورتی که اموال شخص مصاب به مرض الموت مستغرق به دین باشد، از تبرعات و آنچه در حکم تبرع است، منع می شود، مانند: هبه، وقف و وصیت به شی ای از اموال و بیع و شراء به محاببات و تصرفات مریض مصاب به مرض الموت موقوف بر اجازه داینین بعد از وفات مریض می باشد.

اما، در صورتی که اموال مدیون مستغرق به دین نباشد، تصرف او با غیر وارث که در آن غبن فاحش وجود نداشته باشد، نافذ پنداشته می شود. اما، تصرف شخص مصاب به مرض الموت با وارث، در حکم وصیت است که در ثلث مال بعد از پرداخت دیون نافذ و در بیشتر از ثلث مال نفاذ آن متوقف بر اجازه ورثه است.

۳- حقوق موصی له: شخص مبتلاء به مرض الموت می تواند در ثلث مال خویش وصیت نماید. بنابراین، در صورتی که شخص مبتلاء به مرض الموت وفات نماید و اموال وی مستغرق به دین باشد، وصیت باطل می شود، مگر اینکه داینین اجازه اعطاء نمایند. اما، در صورتی که اموال

شخص مبتلاء به مرض الموت مستغرق به دین نباشد، وصیت در ثلث مال نسبت به اجنبی نافذ است. در صورتی که وصیت به ورثه باشد، نفاذ آن متوقف به اجازه سایر ورثه است بدوت توجه به اینکه موصی به چه است به دلیل این قول پیامبر ﷺ:

«إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلَا وَصِيَّةَ لِرِثٍ»<sup>۱۲۰۱</sup>

«خداوند ﷻ برای هر صاحب حق، حق وی را اعطاء نموده است و بنابراین وصیت برای ورثه جواز ندارد.»

۴- **حقوق ورثه:** حقوق ورثه به ثلث ترکۀ مریض بعد از پرداخت دیون و تنفیذ وصایا تعلق می گیرد. بنابراین، حقوق ورثه بعد از حقوق داینین و موصی لهم مطرح می گردد. اما، در صورت عدم موجودیت دیون و وصایا (وصیت ها) ورثه مستحق تمام ترکۀ می شوند.<sup>۱۲۰۲</sup> در صورتی که تصرف مریض مصاب به مرض الموت قابل فسخ و ابطال نباشد، مانند: ازدواج، طلاق، رجعت و عفو از قصاص، بعد از موت در حدود ثلث ترکۀ نافذ است. اما، در صورتی که تصرف قابل فسخ باشد، نفاذ آن موقوف بر اجازه اصحاب حق بعد از وفات است. البته، این در صورتی است که تصرف به ضرر آنها تمام شود، مانند: هبه، وقف و بیع محابات.<sup>۱۲۰۳</sup> در ذیل به برخی تصرفات شخص مصاب به مرض الموت اشاره صورت می گیرد:

۱- **اقرار مریض مصاب به مرض الموت:** اقرار شخص مصاب به مرض الموت بر دینی که اجنبی و وارث بر ذمه وی دارند، صحیح است. بنابراین، اگر داین اجنبی غیر وارث باشد، اقرار بدون اجازه ورثه صحیح و نافذ است، هرچند اقرار جمیع مال مقرر (شخص مصاب به مرض الموت) را در بر بگیرد. اما، در صورتی که داین وارث باشد، اقرار نافذ نیست، مگر اینکه باقی ورثه اجازه اعطاء نمایند. بنابراین، در صورتی که ورثه اجازه اعطاء نمایند، اقرار نافذ و در صورت عدم اعطای اجازه اقرار باطل است<sup>۱۲۰۴</sup> (مواد ۱۶۰۱ و ۱۵۹۸ مجله الاحکام).

۲- **خلع مریض مصاب به مرض الموت:** فقهاء به اتفاق آراء به این نظر اند که: خلع مریض در مرض الموت صحیح است. زیرا، در صورتی که طلاق بدون عوض مریض مبتلا به مرض الموت صحیح باشد، خلع وی که در برابر مال است به صورت اولی صحیح است.<sup>۱۲۰۵</sup>

۱۲۰۱. حدیث متواتر رواه أثناعشر صحابياً، و أرسله خمسة من التابعين، فمن الصحابة رواه أبو أمامة عند أبي داود و الترمذی و ابن ماجه و أحمد و البيهقي عبد بن حميد في مسنده، بالفظ المذكور.

۱۲۰۲. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۹)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۷۱۹۰ و ۷۱۹۱.

۱۲۰۳. \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۷)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۲۴؛ و وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۴)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۲۹۸۳.

۱۲۰۴. همان، وهبة الزحيلي، جلد (۱۰)، صص ۲۹۸۱ و ۲۹۸۲.

۱۲۰۵. \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۷)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۲۳؛ مُحَمَّد جواد مغنیه (۱۳۷۹). احوال شخصیه ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسة، مترجم: مصطفی

۳- وقف مریض مصاب به مرض الموت: فقهاء به اتفاق آراء بر این نظر اند که: هرگاه شخص مریض مبتلاء به مرض الموت وقف نماید، وقف صرف در ثلث مال نافذ و در بیشتر از ثلث مال نافذنیست و نفاذ آن منوط بر اجازه ورثه است. ۱۲۰۶

۴- وصیت مریض مصاب به مرض الموت: وصیت شخص مبتلاء به مرض الموت بر ثلث مال نافذ و بر بیشتر از آن منوط بر اجازه ورثه است.

چنانچه اشاره شد، رفع حجر از صلاحیت قاضی است. بنابراین، کسی که مدعی رفع حجر باشد، باید این امر را در محکمه به اثبات برساند. مبنای این حکم قاعده ای است که حکم می نماید که: «هرحکمی از حیث وجود و عدم وجود بر محور علت و سبب خویش می چرخد و از آن حیث که اسباب حجر معلوم و مشخص هستند، هرگاه این اسباب از بین بروند، دیگر دلیلی برای بقای محجوریت باقی نمی ماند. پس، اگر سفاهت سفیه از بین برود و رشد او ثابت شود، باید به رفع محجوریت او حکم صادر کرد. ۱۲۰۷

---

جباری و حمید مسجد سراپی، تهران: انتشارات ققنوس، ص ۱۶۲؛ وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۹) کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۷۰۱۹.

۱۲۰۶. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۱۰)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، صص ۷۶۲۴-۷۶۲۷؛ محمد یوسف موسی (\_\_\_\_). احکام الاحوال الشخصية فی الفقه الاسلامی، الطبعة الجديدة، کابل: انتشارات نعمانی، صص ۲۳-۲۵؛ \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۴)، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية، صص ۱۲۴-۱۳۰؛ و عبد الحمید محمود طهماز (\_\_\_\_). الفقه الحنفی فی ثوبه الجديد، جلد (۲)، پاکستان: مکتب حقانی، صص ۳۶۳ و ۳۶۴.

۱۲۰۷. خلیل قبله ای خوبی (۱۳۸۴). آیات الاحکام: حقوق مدنی و جزایی، چاپ اول، تهران: وزارت ارشاد و فرهنگ اسلامی، صص ۱۷ و ۱۸؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۸۱۶.





## فصل نهم: غایب و مفقود

قانونگذار مدنی در مواد ۳۲۳ الی ۳۲۸ ق. م احکام مربوط به غایب و مفقود را تنظیم نموده است.

### مبحث اول) مفقود

قانونگذار مدنی احکام مربوط به مفقود را در ماده ۳۲۶ و ۳۲۷ ق. م تنظیم نموده است. این احکام مربوط به ارکان مفقود و اثر مفقودیت است:

### گفتار اول) ارکان مفقود

براساس ماده ۳۲۶ ق. م: «(۱) هرگاه شخصی که بیش از چهار سال مفقود گردیده و غالباً هلاک وی متصور باشد، چنین شخص به حکم محکمه با صلاحیت متوفی شناخته می شود و در سایر موارد تشخیص مدتی که بعد از آن شخص مفقود متوفی شناخته می شود، مفوض برای محکمه می باشد.» طبق نص این ماده شخصی که برای مدت چهار سال مفقود گردد و به گمان غالب هلاک او متصور باشد، توسط محکمه ذیصلاح متوفی شناخته می شود.

به حیث مثال، اگر احمد از محل اقامت خویش مفقود گردد و زوجه او مطالبه تفریق قضایی به دلیل مفقود بودن او نماید یا ورثه احمد مطالب تقسیم متروکه گردند، محکمه ذیصلاح می تواند حکم موت فرضی مفقود را صادر نماید. طبق نص این ماده مفقودیت چهار عنصر دارد: اول این که شخص از اقامتگاه خویش مفقود گردد. دوم این که این مفقودیت باید برای مدت چهار سال باشد. سوم این که هلاک شخص مفقود غالباً متصور باشد. چهارم این که برای این که تفریق قضایی میان مفقود زوجه او جاری گردد یا اموال مفقود میان ورثه تقسیم شود یا در میان ورثه شخص مفقود وجود داشته باشد، قاضی باید حکم موت فرضی مفقود را جاری نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان ارکان مفقودیت است.

پرسش: حکم ماده (۳۳۶) قانون مدنی در مورد متوفی شناخته شدن مفقود بیش از چهار سال با شرایط افغانستان سازگار نیست.

**توضیح:**

مستند به ماده (۳۳۶) قانون مدنی محکمه با صلاحیت در چنان مورد شخص را حکماً متوفی قبول میکند و احکام متوفی در مورد آن تطبیق می‌گردد. تحدید مدت به بیش از چهار سال اساس شرعی داشته و نظریه سرعت وسایل ارتباط جمعی موافق شرایط روز می‌باشد.

پرسش: در ماده (۳۲۶) قانون مدنی ذکر سایر موارد چه معنی دارد چند مثال توضیح شود و آیا حکم محکمه به مرگ شخص در میراث و سقوط دعوی جزائی موثر است یا نه.

**توضیح:**

در جمله سایر موارد، موردی است که هلاک مفقود غالباً متصور بوده ولی مدت کمتر از چهار سال باشد تشخیص این مدت به صلاحیت محکمه می‌باشد.

صدور حکم محکمه با صلاحیت در قسمت مرگ حکمی شخص مستند به مواد (۱۹۹۵ و ۳۲۷) قانون مدنی در میراث موثر بوده و در قسمت سقوط دعوی جزائی موثر بوده و در قسمت سقوط دعوی جزائی احکام قانون اجراءات جزائی قابل تطبیق است چنانچه تصویب نمبر (۳۲) مورخ ۱۳۶۰/۴/۶ شورای عالی ستره محکمه در زمینه صراحت دارد.<sup>۱۲۰۸</sup>

**گفتار دوم) تکلیف محکمه جهت معلوم نمودن حیات و وفات مفقود**

طبق ماده ۳۲۶ فقره ۲ ق. م: «محکمه در معلوم نمودن حیات و وفات شخص مفقود از وسائل ممکنه استفاده می‌نماید.» طبق نص این ماده محکمه مکلف است برای معلوم نمودن این که مفقود حیات است یا وفات از تمام وسایل ممکن استفاده نماید. قانونگذار مدنی در نص این ماده از تمام وسایل ممکن سخن می‌گوید و مصداق وسایل ممکن را ذکر نمی‌نماید که بسیار مناسب به نظر می‌رسد. زیرا، وسایل ممکن نظر به زمان و پیشرفت وسایل و فن آوری‌ها فرق می‌نماید. به حیث مثال، در گذشته اعلان از طریق رادیو یکی از وسایل ممکن بود. اما، امروزه قاضی می‌تواند برای معلوم نمودن حیات و ممات مفقود از تلویزیون، اینترنت، شبکه‌های اجتماعی در اینترنت مانند فیسبوک و نظیر اینها استفاده نماید.

به حیث مثال، اگر احمد مفقود باشد و زوجه احمد از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق به دلیل مفقودیت احمد نماید و سایر ورثه احمد تقاضای تقسیم اموال احمد را نمایند، قاضی محکمه ذیصلاح مکلف است از تمام وسایل ممکن برای معلوم نمودن زنده یا مرده بودن مفقود استفاده

نماید. معلوم نمودن حیات و وفات مفقود چنانچه گفته شد بسیار مهم است. زیرا، در صورت معلوم نمودن حیات و وفات مفقود هم تکلیف مفقود روشن می شود و هم تکلیف ورثه مفقود و هم از صدور موت فرضی و آثار آن جلوگیری به عمل می آید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان صلاحیت تکلیفی قاضی است.

### گفتار سوم) آثار مفقودیت

در خصوص اثر مفقودیت ماده ۳۲۷ ق. م می گوید: «هرگاه به وفات شخص مفقود طبق احکام مندرج ماده (۳۲۶) این قانون حکم شده باشد، زوجه وی به گذشتادن عدت وفات مکلف بوده و تمام متروکه وی بین ورثه ای که حین اصدار حکم به وفات مستحق میراث شناخته شوند، تقسیم می گردد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط است:

۱) در صورتی که به وفات شخص مفقود حکم فرضی محکمه ذیصلاح صادر شود، زوجه مکلف به رعایت عدت وفات (چهار ماه و ده روز) است. به حیث مثال، اگر احمد مفقود باشد و زوجه او مطالبه تفریق قضایی به دلیل مفقودیت او نماید، قاضی حکم موت فرضی احمد را صادر می نماید. در این صورت، زوجه احمد مکلف است عدت وفات را که چهار ماه و ده روز است رعایت نماید. در صورت صدور حکم موت فرضی، نکاح زوجه احمد با احمد منحل می گردد. زیرا، انتهای نکاح دو سبب دارد: اول انحلال که میان زنده صورت می گیرد و شامل طلاق، فسخ، تفریق قضایی و خلع می شود و وفات که به موجب آن یکی از زوجین وفات می نماید و رابطه ازدواج او با جانب مقابل منحل می گردد.

۲) ترکه مفقود میان ورثه مطابق قواعدی که در جلد حقوق میراث این دور از شرح ق. م خواهد آمد تقسیم می گردد. به حیث مثال، اگر احمد مفقود باشد و دارای زوجه ای به نام جمیله و دختری به نام حمیده باشد، بعد از صدور حکم موت فرضی احمد، ترکه احمد میان جمیله و حمیده مطابق قواعد حقوق میراث تقسیم می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان اثر حکم مرگ فرضی مفقود است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۳۹)

در ماده (۳۲۶) قانون مدنی ذکر سایر موارد چه معنی دارد چند مثال توضیح شود و آیا حکم محکمه به مرگ شخص در میراث و سقوط دعوی جزایی موثر است یا نه ؟

توضیح

در جمله سایر موارد است که هلاک مفقود غالباً متصور بوده ولی مدت کمتر چهار سال باشد تشخیص این مدت به صلاحیت محکمه می باشد صدور حکم محکمه با صلاحیت در قسمت مرگ حکمی شخص مستند به مواد (۱۹۹۵) و (۳۲۷) قانون مدنی در میراث موثر بوده و در قسمت سقوط دعوی جزایی احکام قانون اجراءات جزایی قابل تطبیق است چنانچه تصویب نمبر (۳۲) مورخ ۴،۶، ۱۳۶۰ شورای عالی ستره محکمه در زمینه صراحت دارد.

متن تصویب شورای عالی ستره محکمه

در حالی که یک جمعیت از اهالی در اصل وثیقه شرعی تصدیق نماید که شخصی مفقود در دوره قدرت امین سفاک به اتهام جرم سیاسی گرفتار گردیده است مراجع رسمی با صلاحیت دولت نیز عدم موجودیت وی را به داخل محابس کشور مورد تایید قرار دهند یکی از اسباب حکم قراین قاطعه است. در این صورت، محکمه می تواند طبق روحیه ماده (۳۲۶) قانون مدنی که چنین مشعر است: «در سایر موارد تشخیص اینکه بعد از آن شخص مفقود متوفی شناخته می شود مفوض برای محکمه می باشد و محکمه در معلوم نمودن حیات و وفات شخص مفقود از وسایل ممکنه استفاده می نماید» اجراءات و دعاوی اقامه شده را از هرنوعی که باشد در پرتو قانون مدنی حل و فصل نماید.<sup>۱۲۰۹</sup>

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۳۸)

حکم ماده (۳۳۶) قانون مدنی در مورد متوفی شناخته شدن مفقود بیش از چهار سال با شرایط افغانستان سازگار نیست

توضیح

مستند به ماده (۳۳۶) قانون مدنی محکمه با صلاحیت در چنان مورد شخصی را حکماً متوفی قبول می کند و احکام متوفی در مورد آن تطبیق می گردد تحدید مدت به بیش از چهار سال اساس شرعی داشته و نظر به سرعت وسایل ارتباط جمعی موافق شرایط روز می باشد.<sup>۱۲۱۰</sup>

در فقه مفقود اسم مفعول از ریشه «فقد» گرفته شده است که در لغت به معنی گم شدن است. براساس فقه مفقود عبارت از کسی است که از شهر و محل سکونت خود چنان ناپدید شده که اثری از او در دست نباشد و از زمان ناپدید شدن او چنان زمانی گذشته باشد که معلوم نباشد که آیا زنده

۱۲۰۹. \_\_\_\_ (۲۲- ۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه، صص ۵۱۷ و ۵۱۸.

۱۲۱۰. همان، (\_\_\_\_)، صص ۵۱۷ و ۵۱۸.

است یا مرده.<sup>۱۲۱۱</sup> از تعریف فوق به خوبی واضح می گردد که جهت تحقق مفقودیت شخص، موجودیت ارکان آتی ضروری است:

(۱) مفقودیت: نخستین عنصر تعریف حقوقی مفقودیت، مفقودیت است؛ یعنی: مفقودیت از اقامتگاه و آن همان محلی است که شخص عادتاً در آن زندگی می نماید.

(۲) انقضای مدت زمان طولانی: اگر شخص برای مدت کمی از اقامتگاه خود دور باشد، هر چند هیچ گونه اطلاعی از او در دسترس نباشد، چنین شخص مفقود تلقی نمی گردد. بنابراین، همسر او نمی تواند از محکمه ذیصلاح مطالبه تفریق نماید و در مورد اموال و دارایی او نیز نمی توان احکام مربوط به مفقود را اجراء کرد.<sup>۱۲۱۲</sup> در باره این زمان نیز در فقه نظریات مختلف وجود دارد: فقهای حنفیه بر این نظر اند که ملاک در صدور فوت فرضی سپری شدن مدت زمانی است که عادتاً چنان شخص در چنان مدتی زنده نماند و این مدت را نیز به عرف واگذار کرده اند و حتی برخی ملاک را در طول عمر اقران (هم سن و سال) شخص مفقود دانسته اند. به صورت مشخص تر، امام ابوحنفیه رحمته الله این مدت را ۱۱۰ سال، امام ابو یوسف رحمته الله این مدت را ۱۰۰ سال و برخی از فقهای حنفیه نیز ۸۰ سال تعیین نموده اند. ولی، امام مالک رحمته الله این مدت را ۴ سال تعیین نموده است.<sup>۱۲۱۳</sup>

(۳) فقد خبر حیات و ممات شخص مفقود: مهم ترین عنصری که تعریف شخص مفقود در نظر گرفته شده است، بی اطلاعی از وضعیت مفقود و حیات و ممات او است که تقریباً در تمام نظریات حقوقی و فقهی در این باره وحدت نظر وجود دارد. دانستن حیات و ممات شخص مفقود بی نهایت مهم است. زیرا، در صورت اطلاع از زنده و یا مرده بودن، تکلیف شخص مورد نظر روشن می شود. زیرا، در صورتی که معلوم شود شخص مورد نظر زنده است، چنین شخص تابع احکام شخص زنده است. پس، اموال و دارایی او مانند گذشته در ملکیت او باقی می ماند و رابطه زوجیت او نیز با همسرش برقرار می ماند. ولی، در صورتی که معلوم شود شخص مورد نظر مرده است، چنین شخص تابع احکام مرده است.<sup>۱۲۱۴</sup>

۱۲۱۱. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۸۷۳؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۲۱.

۱۲۱۲. سید حسین صفایی و سید مصطفی قاسمزاده، (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و مجبورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر، صص ۵۶ و ۵۷.

۱۲۱۳. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدی، ص ۴۸۷۳؛ اسعد محمد سعید الصاغرچی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانه رشیدی، صص ۱۳۶ و ۱۳۷؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۱۸.

۱۲۱۴. \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۲۹)، کویت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، ص ۶۵.

در باره انواع مفقود در فقه سه نظر وجود دارد: فقهای حنفیه و شافعیه می گویند: مفقود صرف یک نوع است. فقهای مالکیه می گویند: مفقود چهار نوع است: مفقود در مملکت اسلامی، مفقود در مملکت دشمنان، مفقود در جنگ مسلمانان با کفار، مفقود در جنگ مسلمانان با همدیگر. فقهای حنبله می گویند: مفقود دو نوع است: مفقودی که خبر وی به سبب غیبت قطع گردیده و ظاهراً سلامت است، مانند: مسافر، تاجر، سیاح، محصل و نظیر اینها. مفقودی که خبری وی به سبب غیبت قطع گردیده و ظاهراً حیات نیست، مانند سربازی که در معرکه مفقود گردیده، راکب کشتی ای که غرق گردیده و بعضی راکبین آن نجات یافته است و نظیر اینها. همچنین، در باره اسیری که معلوم نیست زنده است یا مرده، به نظر زهری، حنفیه، شافعیه و حنبله مفقود تلقی می گردد. برعکس، فقهای مالکیه اسیر را هر چند محلس معلوم نباشد، مفقود تلقی نمی نمایند.<sup>۱۲۱۵</sup>

طبق فقه آثار ذیل بر مفقود مرتب می گردد:

۱) تکلیف زوجه مفقود: از نظر شرعی ثابت است که فقدان شوهر بر عقد ازدواج تأثیری وارد نمی نماید. روی همین دلیل، زوجه مفقود در عصمت نکاح زوج باقی می ماند و مستحق نفقه براساس نظر همه فقهاء شناخته می شود و طلاق، طهار، ایلاء او واقع می شود و از شوهر ارث می برد و شوهر نیز از او ارث می برد. اما، اینکه تا چه وقت نکاح به حالت قبلی باقی می ماند، در سنت پیامبر ﷺ نصی جز یک حدیث وجود ندارد که پیامبر ﷺ می فرماید:

«إمرأة المفقود امرأة حتى يأتيها الخبر».<sup>۱۲۱۶</sup>

«زوجه مفقود زوجه اوست تا هنگامی که خبر شوهر به او برسد».

با توجه به این حدیث حضرت علی رضی الله عنه فرموده است: زوجه مفقود در عصمت نکاح مفقود باقی می ماند تا اینکه شوهر وفات نماید و یا خبر طلاق زوجه از جانب او بی یاید و این نظر ابن مسعود، نخعی، ابو قلابه، شعبی، جابر بن زید، حکم، حماد، ابن ابی لیلی، ابن شبرمه، عثمان بتی، سفیان ثوری، حسن بن حی، برخی اصحاب حدیث، فقهای حنفیه و فقهای شافعی در قول جدید است. پس، زن باید چهار سال انتظار بکشد، سپس عدت وفات (چهار ماه و ده روز) را نگه دارد. زمانی که عدت وی منقضی گردد، می تواند ازدواج نماید که این قول حضرت عثمان رضی الله عنه، ابن عمر رضی الله عنه، ابن عباس رضی الله عنه، ابن زبیر او قول قدیم فقهای شافعیه است.

فقهای مالکیه بر این نظراند که: زوجه مفقود در بلاد مسلمین، باید چهار سال انتظار بکشد، سپس چهار ماه و ده روز عدت بگیرد. پس از انقضای این مدت، زوجه می تواند با دیگری ازدواج نماید.

۱۲۱۵. همان، —، جلد (۳۷)، صص ۲۶۷ و ۲۶۸.

۱۲۱۶. أخرجه الدارقطني عن المغيرة بن شعبة و ضعفه الزيلعي في نصب الراية.

اما، زوجه مفقود در بلاد دشمنان نمی تواند ازدواج نماید، مگر هنگامی که موت شوهر ثابت گردد. زوجه مفقود در قتال مسلمین با کفار در حکم زوجه مفقود در بلاد دشمنان است. در باره زوجه مفقود در قتال مسلمانان با همدیگر امام مالک رحمته الله علیه گفته است: زوجه مفقود از روز صف آرایی عدت را آغاز نماید. برخی دیگر از فقهای مالکیه گفته اند: زوجه یک سال انتظار بکشد و سپس عدت بگیرد و برخی دیگر نیز گفته اند این امر بستگی به اجتهاد امام دارد. فقهای حنابله در باره زوجه مفقودی که ظاهراً حیات است دو قول ذکر کرده اند: رابطه زوجیت زوجه به شوهر مفقود زائل نمی گردد، مگر اینکه موت شوهر ثابت شود؛ و زوجه باید انتظار بکشد تا اینکه به سن نود سالگی برسد. اما، در باره زوجه مفقودی که ظاهراً هلاک وی متصور است، گفته اند که: زوجه چهار سال انتظار بکشد و سپس عدت وفات بگیرد.<sup>۱۲۱۷</sup>

۲) تصرف در اموال مفقود: در صورت مفقودیت شخص، در مورد تصرف در اموال وی باید میان حالات آتی تفکیک قایل شد:

۱- فقهای حنفیه بر این نظر اند که: قاضی نمی تواند عقار و اموال مفقود که را سریع الفساد نیست، مانند: میوه جات و سبزیجات به فروش رساند. اما، اگر مال شخص مفقود در معرض فساد و تباهی قرار گیرد، آنگاه تنها قاضی صلاحیت دارد دستور فروش آن را بدهد؛

۲- هرگاه مال مفقود نزد مستودع جهت حفظ باشد، قاضی می تواند آن را نزد وی بگذارد. زیرا، مستودع مال مورد ودیعه را به نیابت از مفقود حفظ می نماید؛

۳- در صورتی که شخص مفقود دارای زوجه و اولاد باشد و رابطه زوجیت مفقود نیز با زوجه او برقرار باشد، قاضی می تواند از محل اموال شخص مفقود نفقه آنها را تأمین نماید. در صورتی که شخص مفقود دارای مال نباشد، ولی، دارای اشیای دیگری، مانند: طعام، لباس، درهم و دینار باشد، قاضی می تواند نفقه زوجه و اولاد مفقود را از آن تأمین نماید. قاضی نمی تواند از اموال مفقود که خوف اتلاف آنها متصور نباشد، مانند: عقار و عروض تجاریه، نفقه زوجه و اولاد مفقود را تأمین نماید. زیرا، فراهم نمودن نفقه زوجه و اولاد مفقود جز از طریق فروش عقار و عروض تجارتهی ممکن نیست. زیرا، قاضی صلاحیت فروش عقارات و عروض تجارتهی شخص مفقود را ندارد. ولی، پدر شخص مفقود می تواند عروض تجارتهی شخص مفقود را جهت تأمین نفقه زوجه و اولاد شخص مفقود به فروش رساند. زیرا، پدر صلاحیت تصرف در مال پسر را برخلاف قاضی دارد.

باوجوداین، پدر نمی تواند عقال شخص مفقود را جهت تأمین نفقهٔ زوجه و اولاد شخص مفقود به فروش رساند، مگر به اجازهٔ قاضی.

۴- به نظر فقهای حنفیه وصیت مفقود موقوف است تا اینکه زنده و یا مرده بودنش ثابت گردد. بنابراین، در صورتی که حیات وی ظاهر گردد، وصیت وی نافذ و در صورت صدور فوت فرضی، مال موصی به، به ورثهٔ وی مسترد می گردد.

۵- در رابطه به آثار مفقودیت بعد از سپری شدن مدت مفقودیت در فقه اهل سنت دو نظریه وجود دارد: فقهای حنفیه و شافعیه بر این نظر اند که شخص مفقود نسبت به خود زنده و نسبت به دیگران مرده فرض می شود. بنابراین، برای او صرف حقوق سلبی نه ایجابی ایجاد می شود. نتیجتاً، کسی مال او را به ارث نمی برد و زوجهٔ او نیز از او جدا نمی شود. ولی، شخص مفقود چون نسبت به غیر مرده تلقی می گردد، نمی تواند از خویشاوندان خویش ارث ببرد.

۶- اگر کسی برای او وصیتی کرده باشد، شخص مفقود مستحق موصی به نمی شود و تنفیذ چنین وصیت منوط بر تعیین تکلیف زنده و یا مرده بودن شخص مفقود است.<sup>۱۲۱۸</sup>

۳) ادارهٔ اموال مفقود الی صدور حکم موت فرضی توسط قاضی: در صورت مفقودیت شخص و عدم معلوم بودن حیات و ممات او الی صدور حکم فوت فرضی توسط محکمهٔ ذیصلاح، نیاز به شخصی است که اموال و دارایی او را در این مدت اداره نماید. بنابراین، سؤال این است که چه کسی صلاحیت ادارهٔ اموال و سائر امور شخص مفقود را دارد؟ در پاسخ به این پرسش باید گفت که ق. م در چنین حالات با اقتباس از فقه به قاضی محکمهٔ ذیصلاح صلاحیت داده است تا شخصی را جهت ادارهٔ امور مالی شخص مفقود تعیین نماید. همچنین، هرگاه شخص مفقود قبل از مفقودیت وکیل تعیین نموده باشد، در صورت واجد شرایط بودن، قاضی می تواند وکالت وی را قبول نماید که هر یک را در ذیل مورد مطالعه قرار می دهیم:

۱- تعیین وکیل توسط مفقود قبل از مفقودیت در فقه: کسی که دارای وکیل باشد و سپس مفقود گردد، وکالت وکیل بعد از مفقودیت مفقود به حالت صحت باقی می ماند. زیرا، وکیل در صورت مفقودیت مؤکل عزل نمی گردد. این وکیل می تواند مال مفقود را حفظ نماید. در صورتی که شخص مفقود قبل از مفقودیت وکیل تعیین ننموده باشد، قاضی می تواند وکیلی برای او تعیین نماید. وکیل معین شده توسط قاضی می تواند متولی جمع کردن، حفظ و قبض تمام حقوق و دیون

۱۲۱۸. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۴۸۷؛ اسعد محمد سعید الصاغرجی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانه رشیدیہ، ص ۱۳۴؛ (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۷)، کویت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۲۷۱-۲۷۴؛ و مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامهٔ حقوق خصوصی، جلد (۲)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۱۴۱۹.



ثابته و غلات مال مفقود باشد. اما، این وکیل نمی تواند در باره حقوقی که مفقود بر دیگران دارد، اقامه دعوی نماید مگر اینکه قاضی این اذن را به او بدهد.<sup>۱۲۱۹</sup>

مفقودیت مفقود طبق فقه در حالات ذیل منتهی می گردد:

۱- **عودت مفقود:** زمانی که معلوم شود که مفقود زنده است و دوباره به وطنش بر گردد، مفقودیت منتهی می گردد. زیرا، حیات و ممات مفقود مجهول است و این مجهولیت با عودت مفقود به وطن منتهی می شود؛

۲- هرگاه با بینه که تفصیل آن در جلد حقوق وجایب این دور از شرح ق. م خواهد آمد ثابت شود که مفقود فوت نموده است، حالت فقدان به سبب زوال جهالت مربوط به حیات و ممات مفقود منتهی می گردد. همه فقهاء به جز شافعیه برای اثبات موت مفقود ارائه بینه نزد قاضی را شرط می دانند. بنابراین، ورثه می توانند برای اثبات فوت مفقود اقامه دعوی و در نتیجه برای اثبات این امر بینه اقامه نمایند. قاضی نیز می تواند برای مفقود وکیل را غرض مخاصمه با ورثه تعیین نماید. در صورت ثبوت موت مفقود توسط ورثه، قاضی باید حکم خویش را صادر نماید؛ و

۳- **موت فرضی مفقود:** بعد از گذشت مدت معین مفقودیت، مفقود میت حکمی تلقی می گردد. بنابراین، میراث مفقود بین ورثه اش تقسیم می شود. حضرت عمر رضی الله عنه و عثمان رضی الله عنه این چنین قضاوت نموده اند. این نظر فقهای حنفیه، نظر فقهای مالکیه و نظر فقهای حنابله در قول اصح است. به نظر فقهای حنابله میراث بعد انقضای مدت در صورتی که هلاک مفقود غالباً متصور باشد تقسیم می شود.

(۵) **اثر / حکم آمدن مفقود بعد از صدور حکم موت فرضی:** در صورتی که شخص مفقود بعد از صدور حکم موت فرضی به صورت زنده بر گردد، این امر دارای برخی آثار نسبت به زوجه و برخی نیز نسبت به مال است:

۱- **حکم آمدن مفقود بعد از صدور حکم موت فرضی نسبت به زوجه:** فقهای حنفیه بر این نظر اند که: در صورتی که مفقود دوباره به صورت زنده بعد از اینکه موت فرضی اش توسط محکمه ذیصلاح صادر گردیده است، بر گردد و زوجه اش ازدواج نموده باشد، زوجه، زوجه او است. اما، در صورتی که زوجه با دیگری ازدواج نموده باشد، زوج اول حقی بر او ندارد.

فقهای مالکیه بر این نظر اند که: هرگاه مفقود دوباره به صورت زنده بعد از اینکه موت فرضی او صادر شده است برگردد، در صورتی که زوجه اش با دیگری ازدواج نکرده باشد، زوجه، زوجه او

۱۲۱۹. وهبة الزحیلی (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، جلد (۶)، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ، ص ۴۸۷؛ اسعد محمد سعید الصاغر جی (\_\_\_\_). الفقه الحنفی و ادلته، جلد (۳)، پاکستان: کتابخانه رشیدیہ، ص ۱۳۴؛ \_\_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۳۷)، کویت: وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، صص ۲۷۵.

است. اما، اگر زوجه با دیگری ازدواج نموده باشد و ازدواج غیر صحیح باشد، و یا زوج دوم با وجود علم بر حیات زوج مفقود با زوجه شخص مفقود ازدواج کرده باشد، نیز زوجه از زوج اولی است. اما، در صورتی که ازدواج صحیح باشد و زوج دوم از حیات زوج مفقود بی خبر باشد، در صورت دخول زوجه، زوجه زوج دومی است. برعکس، اگر میان زوجه و زوج دومی دخول صورت نگرفته باشد، به نظر جمهور زوجه مربوط به زوج اولی است.

فقههای شافعیه در این باره دو قول ذکر کرده اند: در قول قدیم فقههای شافعیه بر این نظر اند که: اگر شوهر بعد از ازدواج زوجه بر گردد، باز دو قول ذکر کرده اند: (۱) شوهر اولی میان گرفتن زوجه از شوهر ثانی مخیر گردانیده می شود؛ و (۲) شوهر اولی مثل مهر از زوجه اخذ و وی را به شوهر دومی ترک نماید. اما، در قول جدید، فقههای شافعیه بر این نظر اند که: زوجه در نکاح شوهر مفقود باقی است. پس، در صورتی که با دیگری ازدواج نماید، نکاح باطل و بعد از انتهای عدت شوهر ثانی به شوهر اول بر گردانیده می شود.

فقههای حنابله بر این نظر اند که: در صورتی که مفقود قبل از ازدواج به صورت زنده بر گردد، زوجه در عصمت نکاح او است. اما، در صورتی که زوجه با دیگری ازدواج نموده باشد، و هنوز دخول صورت نگرفته باشد، در روایت صحیح زوجه، زوجه شوهر اولی است و در قول دیگر شوهر دوم در گرفتن زوجه و ترک نمودن وی به شوهر دومی مخیر است. اما، در صورتی که زوج دوم با وی جماع نموده باشد، زوج اول اختیار دارد که زوجه اش را با عقد اول بگیرد و یا مهر را از او بگیرد و او را در نکاح زوج دوم ترک نماید.

**۲- حکم آمدن مفقود بعد از صدور حکم موت فرضی نسبت به مال:** در باره حکم آمدن مفقود بعد از صدور حکم موت فرضی نسبت به مال فقهاء نظریات مختلف ارائه نموده اند: فقههای حنفیه می گویند: در صورتی که مفقود بعد از صدور حکم فرضی زنده بر گردد، نمی تواند آنچه را که زوجه و اولاد او به اذن قاضی مصرف نموده اند از آنها مطالبه نماید. ولی، باقیمانده اموالی را که در ید ورثه باقی است می تواند مطالبه نماید. فقههای مالکیه و شافعیه می گویند: مفقود می تواند جمیع ترکه را هر چند تقسیم شده باشد، دوباره اخذ نماید.

اما، فقههای حنابله می گویند: مفقود می تواند آنچه از اعیان اموال باقی مانده اخذ نماید و ضمان آنچه را تلف شده است در روایت صحیح مطالبه نماید. اما، در روایتی دیگر نمی تواند مطالبه نماید. ۱۲۲۰.

### مبحث دوم) غایب

قانونگذار مدنی احکام مربوط به تفریق به دلیل غیابت را در جزء چهارم، مواد ۱۹۴ الی ۱۹۷ تنظیم نموده است که بحث آن گذشت. علاوه براین، بقیه احکام مربوط به غایب را در مواد ۳۲۳ الی ۳۲۵ و ۳۲۶ ق. م تنظیم نموده است.

#### گفتار اول) تعیین وکیل برای غایب

طبق ماده ۳۲۳ ق. م: «هرگاه شخص واجد اهلیت قانونی مدت یک سال و یا بیشتر از آن غایب بوده و در اثر آن مصالح وی متأثر گردد، محکمه در حالات ذیل از طرف او وکیل تعیین می نماید: ۱- در صورتی که مفقودالاثراثر بوده حیات و وفات وی معلوم نباشد؛ ۲- در صورتی که محل سکونت یا اقامتگاه وی در خارج از افغانستان معلوم نبوده و اداره امور مربوط یا نظارت بر اجراءات قائم مقام از جانب شخص غایب ناممکن باشد.» طبق نص این ماده برای این که برای شخص محکمه وکیل تعیین نماید تحقق شرایط ذیل ضروری است:

۱) شخص واجد اهلیت قانونی باشد. واجد اهلیت شخصی است که سن هجده سالگی را تکمیل نموده و دارای صحت عقل باشد.

۲) شخص واجد اهلیت برای مدت یک سال یا بیشتر از آن از محل اقامت غایب باشد. غایب بر شخصی اطلاق می گردد که از محل سکونت خود ناپدید شده باشد، ولی حیات او معلوم باشد. اما، در صورتی که حیات او مجهول باشد چنین شخصی مفقود تلقی می گردد.<sup>۱۲۲۱</sup>

۳) مصالح شخص غایب در اثر غیابت متأثر گردد. به حیث مثال، اگر احمد بیست و پنج ساله باشد و دارای عقل سلیم باشد اما از محل اقامت خویش غایب گردد و یک سال سپری شود و احمد تجارت خانه، اموال، زمین، خانه و نظیر اینها داشته باشد و تجارت احمد در اثر غیابت او متأثر شود، برای احمد وکیل تعیین می گردد.

۴) شخص مفقودالاثراثر باشد و حیات و وفات او معلوم نباشد. مفهوم مخالف نص این ماده این است که اگر حیات یا وفات شخص معلوم باشد، محکمه نمی تواند برای او وکیل تعیین نماید. به حیث مثال، اگر احمد از اقامتگاه خویش غایب باشد، به حیث مثال، در ایران باشد و معلوم باشد که زنده است یا مرده قاضی نمی تواند برای او وکیل تعیین نماید.

۴) محل سکونت یا اقامتگاه او در خارج از افغانستان معلوم نباشد. قانونگذار مدنی در نص این ماده اقامتگاه را مترادف محل سکونت استعمال نموده است. اقامتگاه از کلمه «اقامت» و پسوند

«گاه» که در لغت به معنای قرارگاه، جای اقامت و سکنی گزیدن می باشد گرفته شده است.<sup>۱۲۲۲</sup> در اصطلاح حقوقی طبق ماده ۵۱ فقرة دوم ق. م: «اقامتگاه جایی است که شخص عادتاً در آن سکونت دارد، و این سکونت دائم و یا مؤقت می باشد.».

۵) عبارت «اداره امور مربوط» در نص این ماده مبهم به نظر می رسد.  
 ۶) نظارت بر اجراءات قائم مقام شخص غایب ناممکن باشد. قایم مقام در لغت به معنی «جانشین» و «نایب» است<sup>۱۲۲۳</sup> مانند ورثه، وکیل و نظیر اینها. به حیث مثال، اگر احمد غایب باشد و دارای شرکت تجارتي در افغانستان باشد و محکمه نتواند بر اعمال و تصرفات جانشین احمد نظارت نماید، می تواند برای احمد وکیل تعیین نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط تعیین وکیل برای غایب است.

علاوه براین، طبق ماده ۳۲۴ ق. م: «هرگاه شخص غایب قبلاً وکیل عام و تام برای خود گماشته باشد و وکیل مذکور واجد تمام شرائط مربوط به وصی باشد، محکمه وکالت او را تأیید و در غیر آن شخص دیگری را به حیث وکیل تعیین می نماید.» از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که در صورتی که شخص غایب قبل از غیابت وکیل عام و تام (وکیل مطلق) برای خود تعیین نموده باشد، وکالت این شخص نافذ است مشروط بر این که واجد تمام شرایط وصی باشد که تفصیل آن در مبحث وصایت گذشت و محکمه ذیصلاح وکالت وی را تأیید نماید. به حیث مثال، اگر احمد قبل از غیابت خویش محمود را به عنوان وکیل با صلاحیت خویش تعیین نموده باشد، محکمه می تواند وکالت محمود را تأیید نماید. در صورت عدم تعیین وکالت، محکمه می تواند با تحقق شرایط مندرج ماده ۳۲۳ ق. م جمشید را به عنوان وکیل احمد تعیین نماید. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان صلاحیت تکلیفی قاضی و انفاذ وکالت وکیل شخص غایب است.

تعیین خارنوال مدنی به حیث وکیل غایب در صورتی که اقارب درجه اول، زوج یا زوجه او، حایز شرایط وکالت نباشد

متحد المال شماره 1095 الی 1154 مؤرخ 13 / 3 / 1386 ریاست دارالانشاء شورای عالی  
 ستره محکمه

محکمه اختصاصی فامیلی کابل استهدائیه شماره (۱۲۵۲-۷۶۳) مؤرخ ۱۳۸۵/۱۱/۱۰ را به متن ذیل  
 ارایه داشته است:

۱۲۲۲. حسن حسنی (۱۳۸۴). اقامتگاه، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان، ص ۱۱.  
 ۱۲۲۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۷۸.

«یک تعداد قضایای تفریق به سبب غیاب شوهر در این محکمه تحت بررسی قرار داشته که مراحل جلب و اعلان آن به منظور حضور شخص غایب تکمیل و مرحله بعدی آن در ماده (۱۵۹) قانون اصول محاکمات مدنی احضار اقارب درجه اول شخص غایب به منظور وکالت از وی تصریح گردیده و اجراءات بعدی محکمه را - به مشکل مواجه ساخته است؛ بدین معنی که: سکونت اصلی شخص غایب یا خارج از شهر کابل بوده و یا اینکه طبق اظهارات مدعیه ازدواج وی با شخص غایب (شوهرش) روی عوامل خاص صورت گرفته بدان ملحوظ واقعاً از محل سکونت اصلی شوهر و اقارب آن معرفت و آگاهی نداشته است در مورد طالب هدایت می باشیم.»

موضوع جهت ابراز نظر به ریاست تدقیق و مطالعات محول و پس از وصول نظر آن اداره جریان به مقام شورای عالی ستره محکمه پیشنهاد وطی یادداشت (۱۵۹) مؤرخ ۱۳۸۵/۱۲/۱۵ هدایت ذیل صادر گردید:

«نظر ریاست تدقیق و مطالعات مبنی بر این که: طبق هدایت ماده (۱۵۹) قانون اصول محاکمات مدنی که می گوید: «در صورتی که اقارب درجه اول غایب زوج یا زوجه وی حایز شرایط وکالت نبوده یا اقارب وی از قبول وکالت امتناع ورزد به اثر تجویز تحریری محکمه خارنوال مدنی را به حیث وکیل غایب تعیین و دعوی را رسیده گی می نماید» محکمه فامیلی ذکر نموده که ماده (۱۵۹) مذکور اجراءات بعدی محکمه را به مشکل مواجه می سازد. طوری که دیده می شود در ماده مذکور هیچ نوع اشکالی راجع به اجراءات محکمه در مورد فیصله علیه زوج غایب دیده نمی شود زیرا در صورتی که اقارب درجه اول غایب روی هر دلیلی از وکالت محروم شود محکمه مربوط خارنوال مدنی رابه حیث وکیل تعیین نموده به موضوع رسیدگی می نماید.»

در صورتی که حیات و ممت زوج غایب معلوم نباشد محکمه مربوط طبق ماده (۱) قانون اصول محاکمات مدنی با رعایت ماده (۳۲۶) قانون مدنی در موضوع اقدام نماید عیناً تأیید است. متن یادداشت به محاکم استیناف ولایات اخبار گردد تا مطابق به آن اجراءات مقتضی قانونی همگون به عمل آورند.»

متن یادداشت متحدالماً به محاکم اخبار گردید تا با رعایت آن در حصه خویش اجراءات قانونی نمایند. ۱۳۲۴

### گفتار دوم) شرایط، صلاحیت، عزل و مسؤولیت مدنی وکیل غایب

به عنوان یک قاعده ای عام در مورد شرائط، صلاحیت ها، تکالیف، عزل، اجرت و مسؤولیت مدنی وکیل مفقود ماده ۳۲۵ ق. م حکم می نماید که: «تمام احکام مربوط به وصی در مورد وکیل شخص غایب نیز قابل تطبیق است.» قانونگذار مدنی در نص این ماده وکیل شخص غایب را تابع احکام مربوط به وصی دانسته است. از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که هر چند وکیل از غایب نیابت می نماید، اما وکیل در همه امور مربوط به غایب تابع احکام وصایت است. بنابراین، وکیل باید شرائط، صلاحیت، تکالیف و مسؤولیت وصی را داشته باشد که هر یک را ذیلاً مورد مطالعه قرار می دهیم:

- **شرایط وکیل غایب:** چنانچه بیان شد، براساس مفاد ماده ۳۲۵ ق. م وکیل باید امین، رشید، عاقل، مسلمان، عادل باشد. همچنین، به موجب مفاد ۳۲۵ ق. م شخصی که به حکم قطعی محکمه به جرم منافی آداب عامه یا عفت، مانند: زنا، لواط و نظیر اینها محکوم به جزا شده باشد؛ شخصی که شهرت بد داشته باشد و یا مدرک مشروع برای تأمین معیشت نداشته باشد؛ شخصی که به حکم قطعی محکمه محکوم به افلاس شده و حیثیت او اعاده نشده باشد؛ شخصی که قبلاً از ولایت یا وصایت شخصی دیگر به حکم قطعی محکمه عزل شده باشد؛ و شخصی که از طرف پدر یا جد قبل از وفات از حق قیمومیت کتباً محروم ساخته شده باشد نمی تواند وکیل شخص مفقود قرار بگیرد.

- **تصرفات وکیل در اموال شخص غایب:** طبق مفاد ماده ۳۲۵ ق. م وکیل شخص غایب چه از طرف غایب قبل از غیابت تعیین شده باشد و چه از توسط قاضی محکمه ذیصلاح نمی تواند تصرفاتی چون: خرید و فروش، مقایضه، شراکت، رهن، قرض دادن، حواله دادن دین، قرض گرفتن، اجاره دادن اموال غیر منقول، قبول ورد تبرعات مشروط به شرط، پرداخت نفقه، صلح و حکمیت، ایفای تعهداتی که بر ترکه و یا بر ذمه شخص مفقود لازم بوده است، اقامه دعوی، انصراف از دعوی، انصراف از تأمیناتی که در برابر اموال شخص غایب داده می شد و یا کاهش این تأمینات که به ضرر شخص غایب تمام شود و اجاره دادن اموال شخص غایب انجام دهد، مگر اینکه اجازه محکمه ذیصلاح را اخذ نماید.

- **تکالیف وکیل:** طبق مفاد ماده ۳۲۵ ق. م وکیل تابع احکام وصی است. پس، وکیل نیز مانند وصی دارای مکلفیت های ذیل است:

نخست) وکیل مکف است به منظور تحقق مصلحت شخص غایب کلیه عایدات نقدی غایب را بعد از وضع مصارف نفقه و مصارف متفرقه ای برای غایب از طرف محکمه تعیین می گردد، به بانکی که از طرف محکمه معرفی می گردد تسلیم نماید. علاوه براین، وکیل باید تمام اشیای غایب

از قبیل: جواهرات، اوراق بهادار و نظیر اینها را در بانک به ودیعت گذارد. در صورت تسلیمی عواید و اشیای مزبور، وکیل نمی تواند بدون اذن محکمه ذیصلاح اشیای مزبور و پول نقد مفقود را از بانک دوباره اخذ نماید.

دوم) وکیل مکلف است دعاوی را که علیه غایب اقامه می گردد، بعد از دفاع به محکمه گزارش دهد و پس از اخذ دستور از آن پیروی نماید.

سوم) وکیل باید صورت حساب سالانه مربوط به وکالت را توأم با اسناد مربوطه در اخیر سال و قبل از آغاز سال جدید به محکمه ذیصلاح گزارش دهد. در ارائه گزارش سالانه وکیل شرط است که دارائی غایب بیش از ده هزار افغانی باشد. بنابراین، در صورتی که دارائی شخص غایب کمتر از ده هزار افغانی باشد، وکیل مکلف به ارائه گزارش سالانه به محکمه ذیصلاح نیست.

چهارم) در صورت عزل وکیل، و تعیین وکیل دیگر، وکیل معزول باید در مدت سی روز بعد از ختم وکالت صورت حساب متعلق به اموال غایب را به محکمه ارائه نماید.

- **ضمانت اجرای احکام مربوط به وکیل:** براساس ماده ۳۳۶ ق.م: «احکام مندرج مواد (۳۳۴ و ۳۳۵) این قانون بر [...] وکیل شخص غائب [...] تطبیق می گردد.» طبق نص این ماده در صورتی که وکیل وظایف خویش را اجراء ننماید، و در اجرای قرار محکمه اهمال ورزد، و این امر موجب تضرر شخص غایب گردد محکمه ذیصلاح می تواند، وی را عزل یا از اجرت وکالت در صورتی که وکالت در برابر اجرت باشد محروم و یا هم به جریمه نقدی که از ده هزار افغانی متجاوز نباشد، محکوم نماید، مگر اینکه وکیل جبران خسارت را بپردازد و یا دلایل کافی و قانع کننده مبنی بر برائت خویش به محکمه ذیصلاح ارائه نماید. همچنین، در صورتی که وکیل در عمل تحت وکالت اخلال وارد نماید، و این امر موجب تضرر شخص مفقود شود، مسؤولیت وکیل تابع مسؤولیت وکیل به اجرت می باشد.

- **عزل وکیل شخص غایب:** براساس مفاد ماده ۳۲۵ ق.م وکیل در صورت محکوم شدن به جرم منافی آداب عامه یا عفت مانند: زنا و لواط و نظیر اینها، پیدا کردن شهرت بد و از دست دادن مدرک مشروع برای تأمین معیشت، محکوم شدن به افلاس و عدم اعاده حیثیت، عزل شدن از ولایت یا وصایت به حکم قطعی محکمه، در صورتی که توسط پدر یا جد موصی علیه قبل از وفات از حق وصایت کتباً محروم ساخته شده باشد، و نیز در صورت بروز منازعه قضائی خودش یا یکی از اصول، فروع یا زوجه اش با شخص غایب، اهمال در اجرای امور مربوط به وکالت و سوء تصرف عزل می گردد.

- **انتهای وکالت شخص غایب:** به موجب مفاد ماده ۲۳۵ ق. م وکالت وکیل شخص غایب در صورت صدور حکم موت فرضی شخص غایب، ختم عملی که وکیل غرض اجرای آن تعیین گردیده است، معزول شدن و یا استعفی، از دست دادن اهلیت، مانند مجنون، معتوه و سفیه شدن، غائب شدن و وفات او منتهی می گردد.

- **آثار ختم وکالت شخص غایب:** به موجب مفاد بند دوم ماده ۳۲۲ ق. م و مفاد ماده ۳۱۳ ق. م وکیل مکلف است در خلال سی روز از ختم وکالت اموال تحت اداره خود را با صورت حساب و اسناد متعلق به آن به قائم مقام خود یا ورثه شخص غایب تسلیم نماید و پس از تسلیمی، صورت حساب و تسلیمی اموال را به اداره محکمه ذیصلاح مربوط تقدیم نماید. در چنین حالات، به موجب مفاد ماده ۳۲۲ ق. م و ماده ۳۱۴ ق. م هرگاه وکیل وفات نماید یا محجور علیه واقع گردد و یا غایب شناخته شود، ورثه یا شخص قائم مقام او به تسلیمی اموال و تقدیم صورت حساب آن مکلف می باشد.

در خصوص ختم غیابت ماده ۳۲۸ ق. م تصریح می نماید: «حالت غیاب وقتی ختم می گردد که اسباب موجب آن از بین رفته و یا شخص غایب وفات نماید یا اینکه شخص غایب، به حکم محکمه با صلاحیت متوفی شناخته شده باشد.» از نص این ماده به خوبی بر می آید که در سه حالت غیابت ختم می شود: نخست در صورتی که اسباب موجب غیابت از بین برود. منظور از اسباب موجب هر سببی است که باعث ختم غیابت شود. قانونگذار مدنی در این ماده مصداق ختم غیابت را معین ننموده است، بلکه سبب را معین نموده است که بسیار مناسب به نظر می رسد، زیرا براساس سبب مصداق های ختم غیابت معین می گردد. مبنای این حکم قاعده حقوقی است که تصریح می نماید هر حکم بر اساس سبب به وجودی می آید. زمانی که سبب از بین رفت حکم نیز از بین می رود. بنابراین، در صورتی که غایب برگردد سبب غیابت از بین می رود و غیابت خاتمه می یابد. دوم این که شخص غایب وفات حقیقی نماید و سوم این که غایب به حکم محکمه ذیصلاح متوفی فرضی شناخته شود.



## فصل دهم: مساعد قضایی

حق دیگر طفل طبق ق. م تعیین مساعد قضایی است. نویسندگان ق. م احکام مربوط به مساعد قضایی را در جلد اول، مواد ۳۲۹ الی ۳۳۰ ق. م تنظیم نموده اند.

### مبحث اول) تعریف مساعد حقوقی و اشخاص مستحق مساعد حقوقی

براساس ماده ۳۲۹ ق. م: «هرگاه شخص کر و گنگ یا کور و کر یا کور و گنگ بوده و نتواند اراده خود را طور صحیح ابراز نماید، محکمه می تواند به چنین شخص جهت معاونت در تصرفات مندرج ماده (۳۰۴) این قانون مساعد قضایی تعیین نماید.» طبق نص این ماده در صورتی که شخص کر و گنگ باشد، یا کور و کر باشد یا کور و گنگ باشد و نتواند اراده خود را طور صحیح ابراز نماید، محکمه می تواند جهت معاونت در تصرفات مندرج ماده (۳۰۴) ق. م مساعد حقوقی تعیین نماید. طبق نص این ماده مساعد حقوقی برای اشخاص کر و گنگ، یا کور و کر یا کور و گنگ می تواند توسط محکمه تعیین شود. قانونگذار مدنی در نص این ماده تصرفاتی را که به سبب آنها محکمه می تواند برای کر و گنگ، یا کور و کر یا کور و گنگ تعیین نماید را به ماده ۳۰۴ ق. م ارجاع داده است که تفصیل آن در مبحث وصایت گذشت.

به حیث مثال، اگر احمد کر و گنگ، یا کور و کر یا کور و گنگ باشد، محکمه می تواند برای اجرای تصرفاتی مانند: خرید و فروش، مقایضه، شرکت، رهن، قرض دادن، حواله دادن دین، قرض گرفتن، اجاره دادن اموال غیر منقول، قبول و رد تبرعات مشروط به شرط، پرداخت نفقه، صلح و حکمیت، ایفای تعهداتی که بر ترکه و یا بر ذمه شخص کر، کور و گنگ لازم بود، اقامه دعوی انصراف از دعاوی، انصراف از تأمیناتی که در برابر اموال اشخاص کر، کور، گنگ داده می شد یا کاهش این تأمینات که به ضرر شخص کر، کور، گنگ تمام شود، اجاره دادن اموال شخص کر، کور، گنگ، پرداخت مصارف ازدواج و سایر تصرفاتی که در ماده ۳۰۴ ق. م فهرست شده اند مساعد قضایی تعیین نماید. طبق ماده ۵ فقره دوم قانون وکلای مدافع: «مساعد حقوقی وکیل مدافع

است که در موضوعات جنایی از طرف وزارت عدلیه برای اشخاص بی بضاعت تعیین می گردد). از نص این ماده به خوبی بر می آید که میان وکیل و مساعد حقوقی فرق های ذیل وجود دارد:

۱- مساعدین حقوقی صرف برای اشخاص بی بضاعت و کر، کور و گنگ از طرف ریاست مساعد های حقوقی وزارت عدلیه تعیین می شوند. بی بضاعت نیز شخصی است که نظر به عدم توانایی مالی در موضوعات جنایی قدرت استخدام وکیل مدافع را نداشته باشد (ماده ۵ فقره ۳ قانون وکلای مدافع). اما، وکیل بر مبنای عقد وکالت برای مؤکل دعوی او را پیش ببرد؛

۲- مساعد حقوقی صرف در دعاوی جزایی برای اشخاص بی بضاعت توسط ریاست مساعد های حقوقی تعیین می شود. اما، وکیل می تواند دعوی جزایی، مدنی، تجارتي و ... را به نیابت از مؤکل در پیشگاه محاکم اقامه نماید؛

۳- حقوق یا معاش مساعدین حقوقی توسط وزارت عدلیه پرداخت می شود. بنابراین، مساعدین حقوقی مستحق مزدی شناخته نمی شوند تا توسط مؤکلین بی بضاعت پرداخت شود. اما، وکیل می تواند از مؤکل مزد در یافت نماید.

از آنچه گفته شد، این نتیجه دست می آید که نظریه مساعدت حقوقی برای اولین بار در ق. م پیش بینی شده است. بعد از پیش بینی این احکام، اداره به نام ریاست مساعدت های حقوقی در سال ۱۳۶۸ هجری شمسی مطابق فیصله شورای وزیران و توشیح ریاست دولت وقت در چوکات ستره محکمه ایجاد شد و تا ختم سال ۱۳۸۶ در ساحه قضایی کشور فعالیت نمود. مقرر اداره مساعدت حقوقی حسب مصوبه شماره ۳۸۶ مورخ ۱۳۸۱/۴/۲۴ شورای عالی ستره محکمه نیز تصویب و نافذ گردید. از آغاز سال ۱۳۸۷ مطابق به فرمان ۱۱۱ مورخ ۱۳۸۶/۹/۴ ریاست جمهوری اسلامی افغانستان این ریاست با کارمندان و مساعدین حقوقی آن از تشکیل ستره محکمه جدا شده و در چوکات وزارت عدلیه مدغم شد.

در حال حاضر، وظایف مساعدین حقوقی منوط و محدود بر دفاع از حقوق کر، کور، گنگ و اطفال منعیث وصی، خاص، مؤقت و وصی خصومت نیست و در هر دعوی چه مدنی و چه جزایی مساعدین حقوقی می توانند از حقوق اشخاص بی بضاعت و اطفال دفاع نمایند. زیرا، طبق ماده ۳۱ فقره سوم ق. ۱ تعیین وکیل مدافع برای متهم بی بضاعت در قضایای جنایی وظیفه دولت است.

همچنین، براساس، ماده ۲۴ فقره اول قانون رسیدگی به تخلفات اطفال در صورت عدم توانایی والدین و یا ممثل قانونی طفل مبنی بر استخدام وکیل مدافع یا ترجمان در تمام مراحل تحقیق و محاکمه وکیل مدافع و یا ترجمان به مصرف دولت برای طفل موظف می گردد که دفاع از طفل را در

این حالت نیز مساعد حقوقی به دوش می‌گیرد. ماده ۱۹ قانون اجراءات جزایی مؤقت نیز برای مظنون و متهم که توانایی مالی استخدام وکیل مدافع را نداشته باشد تعیین وکیل مدافع رایگان را پیش بینی کرده است که مساعد حقوقی در قضایای جزایی نزد پولیس، خرنوالی و محکمه از مظنون و متهم به دفاع اقدام می‌نماید.

### تعیین مساعد قضائی برای کر، گنگ و نابینایان

#### پرسش 15:

تعیین مساعد قضائی برای کر، گنگ و کر یا کور و گنگ از صلاحیت آمریت های وثایق است یا از محاکم ذیصلاح؟

#### توضیح:

در امور مربوط به وثایق، تعیین مساعد قضایی از صلاحیت دیوان های مدنی مربوطه می باشد و تعیین مساعد قضایی توسط قرار صورت می گیرد. ۱۲۲۵

### مبحث دوم) احکام مساعدت قضایی

ق. م احکام معین را در باره ضمانت اجرای احکام مربوط به مساعدت حقوقی پیش بینی نموده است. طبق ماده ۳۳۶ ق. م: «احکام مندرج مواد (۳۳۴ و ۳۳۵) این قانون بر [...] مساعد قضایی [...] تطبیق می گردد.» احکام مندرج مواد ۳۳۴ و ۳۳۵ ق. م در باره مؤیدات ناظر بر مساعدت حقوقی است. بنابراین، طبق ق. م در صورتی که مساعد حقوقی وظایف خویش را اجراء ننماید، و در اجرای قرار محکمه اهمال ورزد، و این امر موجب تضرر شخص کر، کور، گنگ و اطفال گردد، ریاست می تواند وی را عزل و یا هم به جریمه نقدی که از ده هزار افغانی متجاوز نباشد، محکوم نماید، مگر اینکه مساعد حقوقی جبران خسارت را بپردازد و یا دلایل کافی و قانع کننده مبنی بر براءت خویش ارایه نماید.

### مبحث سوم) انتهای مساعدت حقوقی

طبق ماده ۳۳۰ ق. م حکم می نماید که: «احکام مندرج ماده (۳۰۳) این قانون بر مساعد قضایی تطبیق می گردد.» قانونگذار مدنی در نص ماده ۳۳۰ ق. م پیش بینی نموده است که حکم ماده ۳۰۳ ق. م بر مساعد قضایی قابل تطبیق است. حکم ماده ۳۰۳ ق. م چنانچه بحث آن در مبحث وصایت گذشت مربوط به انتهای وصایت است. طبق نص ماده ۳۰۳ ق. م: «وظایف اشخاص

مندرج مواد (۲۹۹، ۳۰۰، ۳۰۱) این قانون که به حیث وصی تعیین گردیده اند وقتی خاتمه پیدا می کند، که موضوع وصایت انجام یافته و یا مدت معینه وصایت منقضی گردیده باشد.)).

نص این ماده مرتبط به ماده های ۲۹۹، ۳۰۰ و ۳۰۱ ق. م است. زیرا، قانونگذار مدنی در نص این ماده اسباب انتهای وصایت وصی خاص، مؤقت و خصومت را به ماده های ۲۹۹، ۳۰۰ و ۳۰۱ ق. م ارجاع داده است. طبق نص این ماده وصایت وصی خاص، مؤقت و وصی خصومت که از طرف قاضی معین گردیده اند، در صورت انجام موضوع وصایت و ختم میعاد به دلیل انتفای محل یا انقضای مدت منقضی می گردد. به حیث مثال، وصایت وصی خاص در صورتی که صغیر به سن رشد برسد و مال برایش داده شود خاتمه می یابد، وصایت وصی مؤقت در صورت رها شدن ولی از زندان یا حضور او خاتمه می یابد و وصایت وصی خصومت در صورت ختم دعوی خاتمه می یابد. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده احصای حالات ختم وصایت وصی خاص، مؤقت و وصی خصومت است.

از آنچه گفته شد، این نتیجه به دست می آید که وظیفه مساعد حقوق در صورت انجام موضوع مساعدت خاتمه می یابد. همچنین، وظیفه مساعد حقوقی در صورت ختم میعاد مساعدت خاتمه پیدا می کند. همچنین، وظیفه مساعد حقوقی در صورت ختم دعوی خاتمه پیدا می کند. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص ماده ۳۰۳ ق. م ختم حالات مساعدت قضایی است.

## فصل یازدهم

### سرپرستی و تکافل اجتماعی اطفال بی سرپرست

با توجه به ممنوع بودن فرزند خواندگی در نظام حقوقی افغانستان قانون سرپرستی اطفال منتشره جریده رسمی شماره ۱۱۳۰ در تاریخ ۱۳۹۳/۱/۲۳ در افغانستان نافذ گردیده است. اهداف این قانون قرار ذیل است: ۱- حمایت و کمک به اطفال یتیم و بی سرپرست و تأمین منافع مادی و معنوی آنها. ۲- فراهم نمودن زمینه رشد، تربیت سالم، تعلیم و آموزش اطفال یتیم و بی سرپرست. ۳- تأمین معیشت، صحت و سلامت جسمی و روحی اطفال یتیم و بی سرپرست. ۴- تعیین سرپرست برای اطفال یتیم و بی سرپرست. به موجب این قانون، این امکان فراهم است تا اطفال بی سرپرست را تحت سرپرستی گرفت.

#### مبحث اول) درخواست سرپرستی

ماده ۹ ق. س. ا در این مورد حکم می نماید: «(۱) زوجین واجد شرایط مندرج ماده پنجم این قانون می توانند، درخواست خود را جهت سرپرستی یک و یا چند طفل به محکمه با صلاحیت ارائه نمایند. (۲) هرگاه درخواست دهنده مندرج فقرة (۱) این ماده قبلاً با طفل مورد نظر شناسائی داشته یا یکی از اقارب وی باشد، مشخصات طفل را درج درخواست نماید؛ (۳) درخواست دهنده مکلف است، اسناد مثبته عواید و دارائی خود را که مبین توانائی مالی او باشد، ضمیمه درخواست نماید». از نص این ماده هفت حکم قابل استنباط است:

نخست- زن و شوهر می توانند درخواستی خویش را جهت سرپرستی یک و یا چند طفل به محکمه ذیصلاح ارائه نمایند. منظور از سرپرستی طفل تعهدی است که به منظور نگهداری، تعلیم، تربیت و تأمین مایحتاج مادی و معنوی طفل یتیم و بی سرپرست مطابق احکام این قانون صورت می گیرد (ماده ۳ بند ۱ ق. س. ا).

زوجینی که مطالبه سرپرستی طفل را می نمایند باید واجد شرایط ذیل باشند: ۱- مسلمان باشند؛ ۲- سن (۳۰) سالگی را تکمیل نموده باشند؛ ۳- از توانایی مالی برخوردار باشند؛ ۴- به جرایم اخلاقی و ضد حقوق بشری محکوم نگردیده باشند؛ ۵- از طرف محکمه از سرپرستی و نگهداری

طفل ممنوع نگردیده باشند؛ ۶- از طرف محکمه به حجر محکوم نگردیده باشند؛ ۷- به امراض ساری و روانی مصاب نباشند؛ ۸- معلول نباشند، مگر اینکه معلولیت آنها مانع سرپرستی طفل نگردد؛ ۹- به مواد مخدر و الکول معتاد نباشند؛ ۱۰- به فساد اخلاقی مشهور نباشند؛ ۱۱- کسب اجازه ولی یا وصی طفل (در صورت موجودیت)» (ماده ۵ فقره ۱) ق. س. ا). به نظر می رسد کلمه زوجین در نص این ماده عام است و شامل زوجینی که تبعه افغانی و غیرافغان باشند می شود. از همین رو، در فقره ۲ ماده ۵ قانونگذار از تبعه غیرمسلمان افغان سخن می گوید.

دوم- تبعه غیرمسلمان افغانستان می تواند سرپرستی طفل غیرمسلمان کشور را به اجازه محکمه مطابق احکام این قانون به عهده بگیرد (ماده ۵ فقره ۲ ق. س. ا).

سوم- پرسش این است که آیا زوجین می توانند هر طفلی را به سرپرستی بگیرند؟ پاسخ این پرسش منفی است، زیرا قانونگذار ق. س. ا در مورد طفل یک سلسله شرایط را پیش بینی نموده است. ماده ۶ ق. س. ا در مورد این شرایط حکم می نماید: «(۱) طفل واجد شرایط ذیل تحت سرپرستی قرار گرفته می تواند:

۱- به سن رشد نرسیده باشد؛

۲- ولی و وصی شرعی نداشته یا ولی و یا وصی وی فاقد توان سرپرستی بوده و یا به حکم محکمه فاقد صلاحیت اعلام شده باشند؛

۳- محارم شرعی طفل دختر علاوه بر حالت مندرج جزء (۲) این فقره، از قبول سرپرستی وی اباء و رزد؛

۴- طفلی که والدین وی در حبس و یا توقیف قرار دارند.».

چهارم- نگهداری طفل مجهول الهویه و یتیم فاقد ولی و وصی که در حدود احکام این قانون تحت سرپرستی اشخاص قرار نگیرد، به عهده دولت می باشد (ماده ۶ فقره ۲) ق. س. ا). منظور از طفل مجهول الهویه طفلی است که نسب وی معلوم نباشد (ماده ۳ فقره ۴ ق. س. ا). در این صورت، وزارت کار و امور اجتماعی شهداء و معلولین مکلف است طفل شیر خوار مجهول الهویه و اطفال مندرج فقره (۲) این ماده را در یکی از پرورشگاه های دولتی یا مؤسسات خیریه ثبت شده تحت سرپرستی قرار داده و همزمان راپور آن را جهت تثبیت هویت به اداره ثبت احوال نفوس و وزارت امور داخله ارسال نماید.» (ماده ۶ فقره ۳ ق. س. ا).

پنجم- درخواست دهنده مکلف است، اسنادی که عواید و دارائی او را ثابت نماید به محکمه ذیصلاح ارایه نماید، زیرا یکی از شرایط سرپرست داشتن توانایی مالی است.

ششم- در صورتی که درخواست کنندگان متعدد باشند تکلیف چیست؟ ماده ۱۰ ق. س. ا در این مورد حکم می نماید: «در صورت تعدد در خواست کنندگان، محکمه می تواند با نظر داشت احکام این قانون و منافع و مصلحت طفل به ترتیب ذیل به درخواست کنندگان، حق تقدم بدهد:

۱- اقارب نسبی طفل از عصابات با رعایت درجه قرابت.

۲- اقارب طفل از ذوی الارحام با رعایت درجه قرابت.

۳- زوجینی که اولاد ندارند.

۴- زوجینی که قبلاً طفلی دیگری را طور موفقانه سرپرستی کرده اند.».

هفتم- تحت سرپرستی قرار دادن طفل به دلیل عدم تأمین نفقه: مطابق ماده ۱۱ ق. س. ا: «والدینی که توانائی تأمین نفقه طفل را نداشته باشند، می توانند به یکی از اقارب یا زوجین که متمایل به سرپرستی طفل باشند، مطابق احکام این قانون طفل خود را تحت سرپرستی قرار دهند.» هدف از این قاعده مورد حمایت قرار دادن والدین فقیر و ناتوان و مورد حمایت قرار گرفتن اطفال آنها است، زیرا در این صورت امکان فروش، ترک کردن و قتل اطفال به دلیل فقر متوقف می شود.

### مبحث دوم) اجراءات محکمه ذیصلاح

محکمه ذیصلاح بعد از دریافت درخواست سرپرستی طفل، مکلف است شرایط درخواست کننده سرپرستی طفل را طبق حکم مندرج ماده پنجم و وضعیت طفل را مطابق حکم مندرج ماده ششم ق. س. ا تشخیص و تثبیت نموده و در مورد تصمیم اتخاذ نماید (ماده ۱۲ ق. س. ا). به این منظور قانونگذار صلاحیت ها و مکلفیت های ذیل را به محکمه ذیصلاح اعطاء نموده است:

نخست- طبق ماده ۱۴ ق. س. ا: «(۱) محکمه در هر حالت منفعت و مصلحت طفل را مقدم شمرده و می تواند علاوه بر شرایط مندرج این قانون، سرپرست را ملزم به رعایت شرایط دیگری نیز نماید؛ (۲) محکمه مکلف است شکایات اقارب طفل را استماع نموده و در زمینه از سرپرست توضیحات مطالبه و مطابق مصالح طفل، تصمیم مقتضی اتخاذ نماید.».

دوم- اخذ تعهد از سرپرست: ماده ۱۳ ق. س. ا در این باره تصریح می نماید: «(۱) درخواست کننده سرپرستی طفل، مکلف است موارد ذیل را تعهد نماید: ۱- عدم سوء استفاده یا بهره کشی از طفل؛ ۲- رعایت احکام شریعت، آداب و اخلاق اسلامی و قوانین در خصوص طفل تحت سرپرستی؛ ۳- تعهد مبنی بر واریسی و مواظبت از طفل در حدود احکام این قانون.».

۴- ارائه گزارش سالانه و عندالضرورت از وضعیت طفل به محکمه؛ و (۲) سرپرست تعهد می کند که در هیچ صورت در امر سرپرستی طفل اهمال و غفلت نکرده بدون استیذان محکمه از ایفای تعهدات خود صرف نظر نمی نماید.».

سوم- سرپرستی آزمایشی: ماده ۱۵ ق. س. ا در این باره تصریح می نماید: «محکمه می تواند در صورت لزوم قرار مبنی بر سرپرستی طفل را برای یک دوره آزمایشی، الی مدت شش ماه صادر نماید.».

چهارم- صدور قرار سرپرستی الی مرحله رشد: ماده ۱۶ ق. س. ا در این باره تصریح می نماید: «(۱) محکمه می تواند بعد از اخذ معلومات و گزارش سرپرست در پایان بررسی های لازم، دوره آزمایشی را تمدید و یا قرار سرپرستی را الی رسیدن طفل به مرحله رشد، صادر نماید؛ (۲) محکمه مکلف است، قرار سرپرستی در مورد طفل مجهول الهویه را به اداره ثبت احوال نفوس و بررسی امورخارجیان وزارت امورداخله به منظور ثبت ارسال نماید.».

### مبحث سوم) انصراف و فسخ سرپرستی

مطابق ق. س. ا انصراف، فسخ و لغو سرپرستی تابع قواعد ذیل است:

نخست- انصراف از سرپرستی: ماده ۱۸ ق. س. ا در این باره تصریح می نماید: «سرپرست و اولیای طفل تحت سرپرستی می توانند درخواست خویش را مبنی بر انصراف یا فسخ تعهد به محکمه با صلاحیت، ارائه نمایند.» به موجب نص این ماده انصراف و فسخ سرپرستی هم به اولیای طفل و هم به سرپرست اعطاء شده است.

دوم- تقاضای فسخ: ماده ۱۹ فقره های ۱، ۲ و ق. س. ا در این باره تصریح می نماید: «(۱) هرگاه سرپرست، تقاضای فسخ قرار سرپرستی طفل را نماید، محکمه با نظر داشت مصلحت و منافع طفل و دلایل درخواست کننده، قرار سرپرستی طفل را فسخ می نماید؛ (۲) طفل می تواند در حال صحت جسمی و روانی بعد از اكمال سن مندرج جزء (۱) ماده ششم این قانون به دوام زندگی خود همراه با سرپرست یا پایان دادن به آن، در حضور محکمه توافق نماید؛ (۳) در صورت فسخ قرار سرپرستی، موضوع به اطلاع اقارب طفل رسانیده شده محکمه راجع به سرنوشت آینده طفل تصمیم لازم اتخاذ می نماید.».

سوم- فقدان شرایط و فوت سرپرست: ماده ۲۰ فقره های ۱ و ۲ ق. س. ا در این باره حکم می نماید: «(۱) هرگاه سرپرست یکی از شرایط مندرج ماده پنجم این قانون را از دست بدهد یا فوت نماید، محکمه قرار سرپرستی را فسخ و طفل را به پرورشگاه دولتی یا مؤسسه خیریه ثبت شده، تسلیم می نماید؛ (۲) هرگاه رابطه زوجیت سرپرست منحل گردد، محکمه با نظر داشت اصل تقدم



منفعت و مصلحت طفل می تواند، طفل را به یکی از آنان یا سرپرست دیگری که واجد شرایط باشد یا به پرورشگاه و یا مؤسسه خیریه ثبت شده، تسلیم نماید.».

چهارم- لغو سرپرستی: ماده ۲۱ ق. س. ا در این باره صراحت دارد که: «محکمه می تواند قرار سرپرستی طفل را که مطابق احکام مندرج این قانون صادر گردیده است در موارد ذیل لغو و سرپرست را طبق احکام قانون مجازات نماید:

- ۱- در صورت بد رفتاری، لت و کوب، تعذیب جسمی یا تهدید.
- ۲- در صورت عدم رعایت احکام مندرج ماده هفتم این قانون.
- ۳- در صورت سوء استفاده از طفل یا معتاد نمودن وی به مواد مخدر و الکول.
- ۴- در صورت اجبار طفل به عمل گدایی یا کار شاقه و یا بهره کشی جنسی و تهیه فلم و تصاویر منافی اخلاق (پورنوگرافی) و امثال آن.
- ۵- در صورت تشویق طفل به همکاری در باندها یا فعالیت های جنایتکارانه، قاچاق انسان، مواد مخدر یا گروه های تروریستی و تشویق به فحشا و سایر اعمال غیر قانونی.».

#### مبحث چهارم) حقوق و وجایب طرفین

طبق ق. س. ا سرپرستی میان طفل و سرپرست موجب ایجاد آثار ذیل می گردد:

نخست- حقوق و وجایب متقابل سرپرست طفل از لحاظ نگهداری آداب معاشرت، احترام و شفقت، شبیه حقوق و وجایب دینی و قانونی بین والدین و اولاد است (ماده ۷ فقره ۱ ق. س. ا) که تفصیل آن خواهد آمد.

دوم- سرپرست، مطابق احکام ق. س. ا مسئولیت ولی و وصی را دارد و در مسایل مدنی از مصالح طفل تحت سرپرستی خویش باید حمایت و از الحاق ضرر به وی اجتناب و دفاع کند (ماده ۷ فقره ۲ ق. س. ا).

سوم- سرپرستی طفل داوطلبانه و تبرعی (مجانی) است. لذا، سرپرست نمی تواند مصارف دوره سرپرستی طفل را مطالبه نماید (ماده ۲۲ ق. س. ا).

چهارم- سرپرست نمی تواند طفل را مورد لت و کوب یا تعذیب جسمی یا روانی قرار دهد و یا به کار های غیر مجاز یا شاقه بگمارد. همچنین، سرپرست مکلف است زمینه تعلیم و تحصیل یا آموزش های فنی و حرفوی را برای طفل فراهم نماید (ماده ۷ فقره های ۳ و ۴ ق. س. ا).

پنجم- سرپرست طفل می تواند دارائی منقول یا غیر منقول خود را مطابق احکام قانون به طفل تحت سرپرستی خود اهدا یا هبه نماید (ماده ۷ فقره ۵ ق. س. ا) پرسش این است که آیا سرپرستی موجب توارث میان سرپرست و طفل می شود؟ در پاسخ به این پرسش ماده ۴ ق. س. ا حکم می

نماید: «(۱) سرپرستی، حق ارث، نسب و محرمیت شرعی را به بار نمی آورد؛ (۲) هرگاه طفل در دوره شیرخوارگی تحت سرپرستی قرار گرفته و یکی از اعضای خانواده سرپرست به او شیر بدهد، در مورد وی حکم ماده (۲۳۵) قانون مدنی تطبیق می گردد.»

ششم - سرپرست نمی تواند در مورد عقد نکاح طفل تحت سرپرستی خود قبل از رسیدن وی به سن قانونی ازدواج و رضایت کامل او، تصمیم اتخاذ نماید (ماده ۸ ق. س. ا).

هفتم - سرپرست نمی تواند طفل را به خارج از کشور با خود ببرد، مگر اینکه اجازه محکمه با صلاحیت را در مورد کسب نموده باشد. محکمه مکلف است حین صدور اجازه مصلحت طفل را در نظر گیرد. در صورت اجازه مبنی بر خروج طفل از کشور، سرپرست مکلف است، گزارش خود را در مورد اوضاع و احوال طفل در سال یکبار به نمایندگی سیاسی یا قونسل افغانستان ارائه نماید. نمایندگی سیاسی یا قونسل افغانستان مکلف است، در صورتی که مصالح طفل به خطر مواجه باشد، موضوع را از طریق وزارت امور خارجه به محکمه مربوط ارائه نماید (ماده ۱۷ فقره های ۱-۴ ق. س. ا).

هشتم - هرگاه فرار طفل نزد سرپرست متصور باشد او مکلف است، به محکمه مربوط اطلاع دهد. محکمه می تواند در حالت فوق، با در نظر داشت مصلحت و منفعت طفل قرار سرپرستی طفل را فسخ و قرار تسلیمی وی را به یکی از پرورشگاه های دولتی یا مؤسسات خیریه ثبت شده، صادر نماید. محکمه مکلف است نقل قرار سرپرستی طفل را که به پرورشگاه دولتی یا مؤسسه خیریه ثبت شده صادر نماید و به وزارت کار و امور اجتماعی، شهدا و معلولین ارسال نماید. وزارت کار و امور اجتماعی، شهدا و معلولین مکلف است وقتاً فوقتاً از اطفال تحت سرپرستی پرورشگاه های دولتی یا مؤسسات خیریه ثبت شده، نظارت نموده و گزارش آن را به محکمه مربوط ارائه نماید (ماده ۲۷ فقره ۱-۴ ق. س. ا).

ماده ۲۴ ق. س. ا در اشخاصی قبل از انفاذ ق. س. ا به سرپرستی گرفته شده اند حکم می نماید: «اشخاصی که قبل از انفاذ این قانون، اطفالی را تحت سرپرستی گرفته اند و واجد شرایط مندرج ماده پنجم این قانون باشند، مکلف اند در خلال مدت یکسال بعد از انفاذ این قانون درخواست سرپرستی خویش را به محکمه مربوط ارائه نمایند.»

در خصوص سرپرستی اطفال بی سرپرست رأی شورای عالی ستره محکمه نیز وجود دارد که ذیلاً نقل می گردد:

رهنمود توضیحی در مورد تکافل اجتماعی بی سرپرستان

به اساس فتوی شرعی دارالافتاء ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان و تأیید سیمینار عالی رؤسای محاکم منعقدہ ۱۲-۱۷ عقرب سال ۱۳۸۶.

ریاست عمومی افتاء و احتساب از ضمیمه مکتوب نمبر (۹۱۶) مورخه ۱۳۸۶/۶/۲۵ ریاست عمومی تدقیق و مطالعات دو موضوع ذیل را استنباط می نمایند:

۱- تکافل اجتماعی بی سرپرستان جواز دارد و یا خیر؟

۲- وثیقه تکفل اجتماعی بی سرپرست موجود است یا خیر؟

### الجواب والله اعلم بالصواب

علماء ریاست افتاء در روشنایی احکام شرعی موضوع را قرار ذیل توضیح می دهد:

مسأله تبنی در زمان جاهلیت در میان مردم یک امر معمول بود و بعداً دین مقدس اسلام حرمت قرابت، میراث و ثبوت نسب شخص را به غیر فامیل و پدرش ممنوع و حرام گردانید، ولی تکافل اجتماعی را که از ضروریات اجتماعی انسان است قبول دارد و عبارت ذیل را به منظور توضیح بیشتر این مسأله تقدیم می داریم:

عن سهل بن سعد قال: قال رسول الله ﷺ «أنا و كافل اليتيم في الجنة هكذا و أشار بالسبابة الوسطى و فرج بينهما». (رواه بخاری)

سهل بن سعد رضی اللہ عنہ روایت می کند که حضرت رسول اکرم صلی اللہ علیہ و آله و سلم فرموده است: «من و سرپرست یتیم در بهشت مثل این هستیم و دو انگشت سبابة وسطی خود را در حالی که در بین آنها فاصله انداخته بود نشان داد.»

بنابر دلیل فوق، اطفالی که به ممالک دیگر توسط اقارب و خویشاوندان برده می شوند مراعات نکات ذیل در مورد ایشان ضروری است که در نظر گرفته شود تا از فساد پیشگیری شده باشد:

فمن تبنى لقيطاً او مجهول النسب دون ان يدعى ان ولده لم يكن ولده حقيقة فلا يثبت التوارث بينهما و لا تجرى عليه احكام التحريم بالقرابة و من كان له اب معروف نسب الى ابيه و من جهل ابوه و دعى مولى و اخافى الدين منعا من تغيير الحائق و حفظما لحقوق الآباء و الاولاد من الضياع او الانتفاض و توفيراً لوحدة الانسجام فى الاسرة فكثيراً ما اساء الولد المبنى للزوجين و اقاربهما فى العرض و المال. لكن لهم يمنع الاسلام تربية و لداً لقيط و تعليمة ثم يحجب عن الاسوة بعد البلوغ او قبله بقليل. و انما فتح باب الاحسان اليه على اوسع نطاق وعد ذلك انقاذاً للنفس من الهلاك و احياء للنفس بشرية و من احيانا نفساً فكانما احيانا الناس جميعاً. (الفقه الاسلامى و ادلته، ج ۵، ص ۷۲۴۹ و احكام القرآن جصاص، ج ۵، ص ۲۲۲).

از مطالب کتاب معتبر فقه و آیات احکام پیرامون سرپرستی اطفال بی سرپرست نکات ذیل مراعات شود:

- ۱- محافظت از عقیده اسلامی جهت آرامش فردی و اجتماعی حتمی است.
  - ۲- به تکلیف های فردی و اجتماعی او موظف است.
  - ۳- ثبوت حرمت نکاح به این سبب به وجود نمی آید.
  - ۴- قرابت فامیلی (حرمت خانوادگی) مطرح نمی گردد.
  - ۵- احکام میراث به آن جاری نمی شود.
  - ۶- نسب شخصی به اسم پدر اصلی اش محفوظ می باشد. اما، در صورتی که مجهول النسب باشد، صرف برادر دینی خوانده می شود.
  - ۷- حیات مادی و معنوی وی ضمانت گردد.
  - ۸- در صورتی که نام اسلامی نداشته باشد نام نیک برای وی انتخاب گردد.
  - ۹- تعلیم مسایل ضروری دینی و دنیوی و اخلاق اسلامی در برنامه هایش گنجانیده شود.
  - ۱۰- به یکی از حرفه های حلال رهنمایی گردد.
  - ۱۱- بعد از بلوغ، استقلال اسلامی اش را در تمام عرصه های زندگی دارا می گردد.
  - ۱۲- متوجه رشد، حیات مادی و معنوی وی باشد.
  - ۱۳- تکفل شخص بی سرپرست صرف از طرف اقارب اصولی درجه اول تا درجه سوم صورت گرفته می تواند و به اشخاص بیگانه فاقد رابطه قرابت دادن این حق بخاطر جانب رعایت مصلحت بی سرپرست مجاز نمی باشد.
- در صورتی که جهت حفاظت و سلامت شخص و اجتماع نکات متذکره را به صورت احسن مراعات نماید، تکافل و سرپرستی اشخاص حاجتمند، شرعی و مرعی الاجراء می باشد.
- در برابر فقره (۲) چنین تجویز می گردد که تا زمانی که به این موضوع وثیقه خاص و معین مشخص می گردد، محاکم امور مربوط به تکافل اجتماعی بی سرپرستان را در وثیقه اقرار خط اجراء نمایند. این رهنمود از تاریخ تصویب شورای عالی ستره محکمه نافذ است. تصویب ۶۶۵ مؤرخ ۸/۲۹/۱۳۸۶.

باید افزود که: فقره ۱۳ این رهنمود تعدیل گردیده است که در ذیل نقل می گردد:

تعدیل و ایزاد در رهنمود توضیحی تکافل اجتماعی متحد المال شماره (۲۷۵۸ / ۲۷۸۹) مؤرخ  
۱۳۸۷ / ۸ / ۲۰

### ریاست دارالانشای شورای عالی ستره محکمه

به اثر استهداء ریاست محکمه استیناف کابل به ارتباط موضوع تکافل اجتماعی بی سرپرستان پس از  
تدقیق و انجام مطالعات لازم پیشنهاد ذیل به مقام محترم شورای عالی تقدیم گردید:

«قبلاً رهنمود توضیحی در مورد تکافل اجتماعی بی سرپرستان تنظیم و به اثر تصویب شماره (۶۶۵)  
مؤرخ ۱۳۸۶ / ۸ / ۲۹ شورای عالی تأیید و در صفحات ۲۴۱-۲۴۴ نشریه سیمینار عالی رؤسای محاکم  
منعقدة ۱۲ / ۱۷ عقرب سال ۱۳۸۶ نشر گردیده فقره (۱۳) رهنمود مذکور متن آتی را در بر داشت:

۱۳- تکفل شخص بی سرپرست صرف از طرف اقارب اصولی درجه اول تا درجه سوم صورت گرفته  
می تواند و به اشخاص بیگانه فاقد رابطه قرابت دادن این حق بخاطر جانب رعایت مصلحت بی  
سرپرست مجاز نمی باشد.

به اثر استهداء ریاست محکمه اطفال کابل ریاست عمومی تدقیق و مطالعات ستره محکمه  
بادر نظر داشت ماده (۷۸) قانون مدنی تعدیل فقره (۱۳) مذکور را به نحو ذیل پیشنهاد نمود:

«۱۲/ الف- تکافل شخص بی سرپرست از طرف اقارب اصولی درجه اول تا درجه سوم صورت می  
گیرد.

ب- تکفل شخص مجهول الهویه و فاقد هویت به عهده دولت است.

ج- محکمه مربوط با رعایت حکم ماده (۷۸) قانون مدنی می تواند سرپرستی شخص مجهول الهویه  
و فاقد هویت را به اشخاص واجد اهلیت و شرایط قانونی واگذار نماید.

د- شخص مسؤول تعهد می نماید که تمام احکام شریعت و قوانین دولت به خصوص احکام و قواعد  
مندرج این رهنمود را در خصوص طفل بی سرپرست و فاقد هویت یا مجهول النسب جداً رعایت نموده  
و در مواقع معینه به حکم محکمه مربوط از وضع طفل گزارش دهد.»

همانا نظر مذکور ریاست تدقیق و مطالعات به اجلاس مؤرخ ۱۳۸۷ / ۶ / ۹ شورای عالی محول  
گردید که مقام محترم شورای عالی ضمن یادداشت شماره (۲۰۱) هدایت صادر نمود که ریاست  
دارالانشاء به همکاری ریاست تدقیق و مطالعات طرح مکمل و روشنی را در مورد تکافل اجتماعی  
اطفال بی سرپرست و به جلسه بعدی شورای عالی تقدیم نماید.

بالا تر در زمینه با تأکید بر طرح تعدیل فقره (۱۳) که تفصیل از طرف دارالانشای شورای عالی و  
ریاست تدقیق و مطالعات تنظیم گردیده به اجلاس مقام محترم شورای عالی تقدیم گردید و در زمینه  
طالب هدایت شد.

مقام شورای عالی قرار مصوبه (۵۱۰) / ۸ / ۸ / ۱۳۸۷ در زمینه هدایت ذیل را صادر فرمود:

«از آنجا که سرپرستی جان و مال طفل یافت شده از صلاحیت قاضی بوده در امور محافظت، تعلیم و تربیه و تزویج وی و تصرف در مال نیز قاضی ولایت داشته و ذیصلاح می باشد، بالاثر کسی که طفل را یافته صلاحیت تزویج و یا تصرف در مال وی را ندارد و با رعایت احکام اسلامی کسی که سرپرستی طفل را می نماید باید امین و نیک سرشت باشد تا سبب اصلاح جسمی، عقلی و اخلاقی طفل گردد. بنابراین، قاضی حق نظارت بر کسی که سرپرستی طفل را می نماید نیز دارد و اگر وی را غیر صالح تشخیص دهد، قاضی می تواند طفل را تحت سرپرستی شخص دیگری و یا اداره رسمی مربوط قرار دهد چنانچه غیر مسلمان سرپرست طفل مسلمان شده نمی تاند بالاثر فقره (۱۳) رهنمود توضیحی در مورد تکافل اجتماعی بی سرپرستان به متن ذیل تصویب گردید:

۱۳- الف: تکفل شخص بی سرپرست از طرف اقارب اصولی درجه اول تا درجه سوم صورت می گیرد.

ب- تکفل شخص مجهول الهویه و فاقد هویت به عهده دولت است.

ج- محکمه مربوط با رعایت حکم ماده (۷۸) قانون مدنی می تواند سرپرستی شخص مجهول الهویه و فاقد هویت را به اشخاص واجد اهلیت و شرایط قانونی واگذار نماید.

د- شخص مسؤول تعهد می نماید که تمام احکام شریعت و قوانین دولت به خصوص احکام و قواعد مندرج این رهنمود را در خصوص طفل بی سرپرست و فاقد هویت یا مجهول الهویت جداً رعایت نموده و در مواقع معینه به محکمه مربوط از وضع طفل گزارش دهد».

همچنین، فقره (۱۴) در رهنمود مذکور به متن ذیل ایزاد گردد: «هرگاه ولی و یا قریب طفل توان و قدرت سرپرستی طفل را نداشته باشد می تواند طفل را توسط وثیقه علیحده از طریق محکمه به منظور سرپرستی برای شخص مناسب و واجد شرایط سرپرستی بسپارد». در تمام حالات محکمه از سرپرستی طفل مراقبت و نظارت نماید و اگر طفل از طریق محکمه جهت سرپرستی برای شخصی که در خارج افغانستان اقامت دارد سپرده شده باشد، سفارت افغانی را از طریق وزارت امور خارجه به منظور مراقبت و نظارت طفل تحت سرپرستی در جریان قرار دهد. مصوبه جهت توحید به جمیع محاکم طور متحدالامال اخبار گردد». مراتب مصوبه مقام به این وسیله متحدالامالاً به محاکم محترم استیناف اخبار شد که البته متن آن را به محاکم مربوط خویش تعمیم تا مطابق به آن اجراء مقتضی قانونی به عمل آورده و ریاست دارالانشای شورای عالی را در جریان قرار دهند. ۱۳۲۷

## تعیین سرپرست برای اطفال

متحدالمال شماره (1536 - 1609) مؤرخ 1396/11/17 ریاست دارالانشاء، که به اساس مصوبه شماره (1131) مؤرخ 1396/9/7 شورایی عالی ستره محکمه ج.ا.ا، تعمیم یافته است. استهدائیه شماره (363) مؤرخ 1396/7/1 ریاست محکمه ابتدائیه اطفال، بعد از ابراز نظر ریاست تدقیق و مطالعات مواصلت ورزیده است. که فشرده موضوع ذیلاً میباشد:

«اخیراً مراجعات بعضی از اشخاص به منظور سرپرست گرفتن و یا مراجعات والدین مبنی به سرپرستی دادن اطفال شان به اقارب و یا اشخاص غیر، در این محکمه رو به ازدیاد است که مطالبات آن ها موافق به هدایت قانون سرپرستی اطفال نبوده و واجد شرایط نیز نمی باشند.

مطابق هدایت ماده سوم قانون سرپرستی اطفال، «سرپرست شخصی تعریف گردیده است که داوطلبانه سرپرستی یک یا چند طفل غیر را از طریق محکمه به عهده می گیرد.» و طفل بی سرپرست نیز طفلی تعریف گردیده است: «که یکی از والدین وی فوت، غایب و یا هم ولی وی طبق حکم محکمه با صلاحیت فاقد شرایط حضانت اعلام گردیده باشند.»

ماده (5) قانون سرپرستی اطفال، شرایط سرپرست و ماده (6) قانون مذکور شرایط طفل بی سرپرست را توضیح نموده است. همچنان ماده نهم در مورد ارایه در خواست سرپرستی توسط زوجین واجد شرایط، به محکمه با صلاحیت می باشد؛ اما ماده (11) قانون مذکور در مورد تحت سرپرستی قرار دادن طفل؛ نسبت عدم تأمین نفقه. صراحت دارد.

با صراحت قانون مذکور، اغلباً والدین در خواست میدهند؛ تا اطفال شانرا که در سن حضانت و یا در سن مراهق الی 18 سال قرار دارند، به یکی از اقارب شان که در خارج از افغانستان اقامت دارند، تحت سرپرستی قرار دهند تا با استفاده از فرصت، اطفال شانرا به خارج از کشور اعزام نمایند. در حالیکه هرگاه منافع و مصالح فعلی اطفال مورد نظر قرار گیرد، بانیست مراجع مشخص در وضعیت های خاص مسؤولیت اجرای امور مربوطه حضانت، سرپرستی و یا تجویز سرپرستی اطفال را داشته باشد.

در صورتیکه مادر طفل معذور از نگهداری طفل باشد مطابق هدایت ماده (239) قانون مدنی از طبقات شانزده گانه زنان برای حفاظت و نگهداشت طفل، حاضنه تعیین میگردد که تعیین حاضنه ارتباط به این محکمه نمی گیرد.

گاهی بعضی از والدین در خواست میدهند که اطفال خویش را به یکی از اقارب شان که در خارج اقامت دارند به سرپرستی دهند، در حالیکه والدین مذکور، به سپردن اطفال شان برای سرپرست نیاز ندارند و هر کدام از والدین، صلاحیت نگهداشت و سرپرستی اطفال شانرا بر حسب حکم شرع و قانون دارند.

از جانب دیگر رهنمود در توضیحی تکافل اجتماعی بی سرپرستان چنین هدایت دارد: (شخص بی سرپرست را صرف اقارب اصولی درجه اول تا درجه سوم به سرپرستی گرفته می‌تواند، به اشخاص بیگانه که فاقد رابطه قرابت اند؛ دادن این حق بخاطر رعایت مصلحت بی سرپرستی مجاز نمی‌باشد) رهنمود مذکور، ذریعه تصویب شماره (665) مؤرخ 1386/8/29 شورای عالی ستره محکمه، مورد تأیید قرار گرفته است.

همچنان هدایت متحدالجمال (2799 الی 2869) مؤرخ 1387/8/20 شورای عالی که در تعدیل فقره (13) رهنمود توضیحی صورت گرفته چنین مشعر است:

«تکافل شخص بی سرپرست از طرف اقارب اصولی درجه اول تا درجه سوم صورت گیرد. تکافل شخص مجهول الهویه و فاقد هویت را محکمه به اشخاص واجد اهلیت و شرایط قانونی واگذار می‌کند.»

همچنان قرار مصوبه شماره (510) مؤرخ 1387/8/8 شورای عالی ستره محکمه در زمینه سرپرستی اطفال مطابق هدایت رهنمود توضیحی تکافل اجتماعی هدایت داده شده است که هرگاه ولی یا قریب طفل توان و قدرت سرپرستی را نداشته باشد، می‌تواند طفل را توسط وثیقه علیحده از طریق محکمه به منظور سرپرستی برای شخص مناسب واجد شرایط به سرپرستی بسپارد، البته محل اجرای هدایت متذکره محاکم وثایق می‌باشد نه محکمه اطفال.

از جانب دیگر تصویب شماره (665) مؤرخ 1386/8/29 رهنمود توضیحی اجرای سرپرستی را در وثیقه اقرار خط هدایت داده است. قابل یاد آور است که این محکمه نگران مصلحت حال و آینده این چنین اطفال بوده، حتی امروزه والدین نظر به ضعف اقتصادی و ناهنجاری های اجتماعی حاضر به فروش اطفال شان می‌گردند و با از طریق این محکمه در صدد اعزام اطفال شان به خارج از کشور، چه در برابر منفعت و یا غیر آن می‌باشند و در خواست آنها، نه مطابق هدایت رهنمود توضیحی می‌باشد و نه مطابق به هدایت قانون سرپرستی اطفال، لذا این محکمه نمی‌تواند در خواست شانرا بپذیرد.

مطابق هدایت قانون سرپرستی به آن‌عده اشخاص که تاحال، سرپرستی اطفال سپرده شد است، اشخاص مذکور اطفال را با خود به خارج از کشور برده اند، تا اکنون از حالت و وضعیت و چگونگی ترتیب و نگهداری اطفال به قنسلگری های افغانستان مراجعه نکرده، گزارش به این محکمه فرستاده نشده است، معلوم نیست اطفال مذکور در چی وضعیتی قرار دارند. احتمال آن نیز موجود میباشد که از اطفال دختر و پسر استفاده های ناجایز دیگر صورت گرفته و به مقاصد غیر مشروع، تحت تربیت قرار داده شوند.



با ذکر مطالب فوق، از مقام محترم شورای عالی ستره محکمه طالب هدایت می باشیم؛ که آیا این محکمه همه موارد سرپرستی را بپذیرد و یا محاکم فامیلی و یا وثایق را در پاره از امور مربوط، مطابق به هدایت رهنمود توضیحی و یا قانون مدنی، به تعیین حاضنه مؤظف خواهند نمود؟ در ضمیمه اوراق (...)

که خواهان دادن سرپرستی دو طفل خورد سال اش که به سن حضانت قرار دارد به بهانه مرضی قلبی زوجه اش که احتمالاً در این وضعیت قرار نداشته باشد به برادرش که در هالند اقامت دارند، از این محکمه گردیده، تقدیم است. در حالیکه شخص مذکور اطفال دیگر نیز دارد در صورتیکه زوجه اش توانایی نگهداری و سرپرستی را ندارد، چطور می تواند از آنها سرپرستی نماید؟ با اینکه ماده (239) قانون مدنی که در زمینه تعیین حاضنه صراحت دارد.

شخص مذکور میتواند از محکمه مربوط، طالب تعیین حاضنه گردد نه از محکمه اطفال. از جانب دیگر اطفال مذکور فاقد سرپرست نیز نمی باشد، همانا که ولی اطفال مذکور موجود میباشد. همچنان ولی اطفال مذکور معضله عدم توانایی نفقه را نیز ندارد؛ تا مطابق هدایت ماده (11) قانون سرپرستی اطفال، محکمه خود را مکلف به اجرای درخواست وی بداند.

قابل یاد دهانی است که بتاريخ 1394/5/5 در کمیسیون رؤسای دیوانهای ریاست محکمه استیناف ولایت کابل قضیه (... ) مورد بحث قرار گرفت، بنابر تصمیم شفاهی کمیسیون مذکور، اجرای تمام انواع سرپرستی را وظیفه محکمه ابتدائیه اطفال تشخیص نموده است و نیز قابل یاد آورست که مصوبه شماره (1281) مؤرخ 1392/9/24 شورای عالی ستره محکمه، تعیین سرپرست را، مطابق به احکام فصل ششم و هفتم قانون رسیده گی به تخلفات اطفال، را وظیفه محکمه مرتبط فصل ششم و هفتم قانون مذکور دانسته است نه در همه موارد...».

با آنها با ذکر مطالب فوق، هدایت مقام محترم شورای عالی ستره محکمه را در رابطه به تشخیص حدود صلاحیت این محکمه در امور سرپرستی اطفال، خواهانیم...».

مطلب مورد استهداء و نظر تدقیقی مرتب بر آن در جلسه مؤرخ 1396/9/7 شورای عالی ستره محکمه مطرح گردید، ذریعه تصویب شماره (1131) در زمینه هدایت ذیل صدور یافت.

«در مورد سرپرستی اطفال، قانون رسیده گی به تخلفات اطفال و قانون سرپرستی اطفال صراحت دارد. محاکم و ادارات ثبت اسناد و وثایق در پرتو آن و مصوباتیکه در مطابقت با روحیه قوانین نافذ کشور صادر گردیده؛ اجراءات خویش را عیار نمایند.

موضوع متحدالماً به محاکم اخبار گردد...».<sup>۱۳۲۸</sup>

## فصل دوازدهم: حقوق مالی (نفقه) والدین بر اولاد

چنانچه در مقدمه به آن اشاره شد، در فامیل سه دسته افراد وجود دارد: شوهر، زن و اطفال. به موجب عقد ازدواج شوهر در برابر زن، زن در برابر شوهر و زن و شوهر (والدین) در برابر اطفال یک سلسله حقوق و تکالیف معین پیدا می نمایند. اطفال زمانی که به سن بلوغ برسند در برابر والدین یک سلسله تکالیف پیدا می نمایند. زیرا، پیری یکی از مراحل زندگی انسان ها است که در آن مرحله به کمک و معاونت دیگران ضرورت دارند.

بنابراین، دور از حق و انصاف خواهد بود که کسانی که در آخرین مرحله زندگی خود قرار دارند به دست فراموشی و بی توجهی سپرده شوند و در حال ضعف، پیری، نیازمندی به مراقبت و نگهداری، رها شوند. از همین جهت، حقوق اسلام به این مرحله نیز توجه داشته و برای والدین در برابر فرزندان یک سلسله حقوق معین نموده است. برخی این حقوق غیر مالی است، مانند: احسان، احترام و تکریم و اطاعت<sup>۱۲۲۹</sup> و غیره که در قرآن و سنت به آن تصریح و گردیده و چون مبادی اخلاقی دارند ق. م به آن ها نپرداخته است.

اما، برخی دیگر این حقوق مالی است که عمدتاً شامل نفقه و ارث<sup>۱۲۳۰</sup> می شود. طبق فقه و ق. م اولاد ملزم به فراهم نمودن نفقه برای اوصول در صورتی که معسر باشند و توانایی کار و کسب درآمد را نداشته باشند هستند. بسیاری از استادان و نویسندگان در افغانستان که کتب در باره حقوق فامیل تألیف نموده به این نکته توجه نموده اند. برخی در تألیفات خویش صرف از احکام خواستگاری، نامزدی و نکاح و حقوق و تکالیف زوجین، نفقه اقارب، حضانت و ثبوت نسب بحث نموده اند<sup>۱۲۳۱</sup> و برخی نیز صرف احکام خواستگاری، نامزدی، نکاح و انحلال نکاح و حقوق اطفال را مورد بحث قرار داده اند.<sup>۱۲۳۲</sup>

---

۱۲۲۹. در این مورد ر. ک: مجید وزیری (۱۳۸۴) حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام، تهران: چاپ شرکت چاپ و نشر بین الملل.

۱۲۳۰. ارث والدین از اولاد مربوط حقوق میراث است.

۱۲۳۱. عبدالقادر عدالتخواه، (۱۳۸۷). حقوق فامیل، چاپ اول، کابل: انتشارات میوند.

۱۲۳۲. کعبه راستین تهرانی و نجما یساری (۱۳۹۰). کتاب درسی انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق فامیل افغانستان، مترجم: فهیم قیومی، چاپ دوم با اصلاحات، انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول و انستیتوت حقوق خصوصی خارجی و حقوق بین الملل خصوصی ماکس پلانک.

### مبحث اول) شروط وجوب نفقه والدین

طبق ماده ۲۶۴ ق.م : «نفقه والدین، اجداد وجداتی که فقیر باشند خواه توان کسب و کار داشته باشند یا نه، به دوش فرزندی است که موسر باشد خواه فرزند پسر باشد یا دختر، صغیر باشد یا کبیر». از نص این ماده به خوبی استنباط می گردد که جهت وجوب تأمین نفقه والدین یکسلسله شروط وجود دارد که قرار آتی اند:

۱) اینکه والدین، اجداد و جدات فقیر باشند: منظور از والدین پدر و مادر است. اجداد جمع جد است که به معنی پدر کلان است و جدات جمع جده که در لغت به معنی مادر کلان است. طبق نص این ماده هرگاه والدین، اجداد (پدر کلان ها) و جدات (مادر کلان ها) فقیر باشند ولو توانایی کار و کسب درآمد را نیز داشته باشند، تأمین نفقه آنها بر اولاد واجب است.

علت این امر این است که خداوند جل و علا انسان را به نیکوکاری و احسان به والدین امر نموده است و ملزم نمودن والدین بر کار و کسب درآمد علی الرغم غنی بودن آنها ترک احسان و نیکوکاری تلقی گردیده و باعث آزار و اذیت آنها می گردد که از نظر حقوق اسلام جواز ندارد. بنابراین، بر اولاد شایسته نیست که پدر و مادر را در حالی که فقیر باشند و ادار به کار و کسب درآمد نمایند؛

۲) اینکه فرزند موسر و دارای مال و دارایی باشد و توانایی کار و کسب درآمد را داشته باشد: نفقه والدین، پدر کلان و مادر کلان در صورتی بر فرزند واجب است که موسر باشد و مال و دارایی وی زاید بر رفع حوائج وی باشد. بنابراین، در صورتی که مال و دارایی فرزند، مصارف تأمین نفقه خود او را تکافو نماید، تأمین نفقه والدین بر وی واجب نمی باشد. موسر اسم فاعل از ریشه «اسر» گرفته شده است که در لغت به معنی فراخ دست، توانگر، بی نیاز و مالدار است. در اصطلاح حقوق مدنی، موسر شخصی است که دارایی لازم را برای انجام تعهداتی که بر عهده او است دارد.<sup>۱۲۳۳</sup> در تأمین نفقه پدر و مادر و پدر کلان و مادر کلان فرق نمی کند که فرزند دختر باشد یا پسر. صغیر باشد یا کبیر. کبیر از ریشه «کبر» گرفته شده است که در لغت به معنی بزرگ است. در فقه کبیر وصفی است برای شخصی که به کبر رسیده باشد.<sup>۱۲۳۴</sup>

به حیث مثال، اگر احمد و جمیله مادر و پدر حمید یا ذاکره باشند، به شرط این که احمد و جمیله فقیر باشند فراهم نمودن نفقه آنها بر حمید و ذاکره لازم است به شرط این که حمید و ذاکره دارایی یا مال لازم را برای آن داشته باشند تفاوت نمی کند که ذاکره و حمید کوچک باشند یا بزرگ. همچنین،

۱۲۳۳. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۲۰۲۷.  
 ۱۲۳۴. همان، مسعود انصاری و محمد علی طاهری، جلد (۳)، ص ۱۵۹۳.

اگر احمد یا جمیله پدر و مادر داشته باشند و فقیر باشند، حمید و ذاکره مکلف اند مشروط بر موسر بودن نفقه آنها را مشروط بر این که فقیر باشند فراهم نمایند.

به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط وجوب نفقه پدر و مادر و پدر کلان و مادر کلان است.

۳) طبق ماده ۲۶۶ ق. م: «به استثنای نفقه اصول و فروع، نفقه با اختلاف دین ساقط می گردد.» از نص این ماده دو حکم قابل استنباط به نظر می رسد. نخست این که طبق نص این ماده اتحاد دین میان اصول و فروع در تأمین نفقه اصول توسط فروع شرط نیست. بنابراین، اگر اصول و فروع تابع ادیان مختلف باشند مانند این که فرزند مسلمان و پدر و مادر غیرمسلمان باشند، اختلاف دین موجب اسقاط نفقه اصول و فروع نمی گردد. دوم این که در خصوص تأمین نفقه سایر اقارب نفقه به اختلاف دین ساقط می گردد.

به حیث مثال، اگر احمد و جمیله مسلمان باشند و ذاکره و حمید دختر و پسر آنها غیرمسلمان، احمد و جمیله مکلف به تأمین نفقه حمید و ذاکره باوجود اختلاف دین اند. همچنین، ذاکره و حمید در صورتی که مسلمان باشند و احمد و جمیله کافر، مکلف به تأمین نفقه آنها است. اما، اگر محمود کاکای حمید یا ذاکره باشد و محمود کافر باشد، حمید و ذاکره مکلف نیستند، نفقه کاکای خویش را تأمین نمایند. همچنین، اگر حمید و ذاکره مسلمان نباشد و محمود کاکای آنها مسلمان باشند، محمود مکلف به تأمین نفقه حمید و ذاکره نیست. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان شرایط نفقه سایر اقارب است.

سیمینار عالی قضایی ستره محکمه، ۱۳۹۵

پرسش شماره (۳۶)

طبق ماده (۲۶۶) قانون مدنی نفقه اصول و فروع با اختلاف دین ساقط نمی گردد قابل توضیح است.

توضیح

ماده (۲۶۶) قانون مدنی به لزوم نفقه اصول و فروع ولو که اختلاف دین در میان باشد موافق مذهب

حنفی و مالکی است. ۱۳۳۵

مبحث دوم) تأمین نفقه شخص فقیر توسط سایر اقارب

براساس ماده ۲۶۵ ق. م: «نفقه شخص فقیر که به علت مریضی جسمی یا عقلی و عصبی توان کسب و کار را نداشته باشد، به تناسب سهم ارث بدوش اقارب موسر می باشد.» نص این ماده مبهم و بسیار کلی است. از نص این ماده چند حکم قابل استنباط است:

نخست این که اگر این ماده در کنار ماده ۲۶۴ قرار دهیم و هر دو ماده را تفسیر منطقی - ساختاری نماییم، به نظر می رسد منظور از شخص فقیر والدین، پدر کلان و مادر کلان نیست.

دوم این که اگر شخص فقیر باشد و اصول و فروع نداشته باشد و به دلیل مریضی جسمی و عقلی توان کسب و کار را نداشته باشد، نفقه این شخص به بر عهده اقارب موسر به تناسب ارث اقارب موسر می باشد. به نظر می رسد کلمه «اقارب» را می توان در نص این ماده تفسیر عام کرد و بر همه اقاربی که از شخص فقیر ارث می برند، تسری داد. اقارب جمع قریب از ریشه «قرب» گرفته شده است که به معنی خویشاوندان، نزدیکان و فامیل است.<sup>۱۲۳۶</sup> در اصطلاح حقوقی، در مفهوم وسیع اقارب عبارت از اشخاصی است که شخص با آنها قرابت نسبی، سببی و رضاعی دارد مانند پدر، مادر و نظیر اینها.

سوم این که اقارب به موجب نص این ماده مکلف اند نفقه شخص فقیر را متناسب به ارث خویش از شخص فقیر به شخص فقیر فراهم کنند. بنابراین، برای این که مقدار نفقه را که هر خویشاوند باید به شخص فقیر فراهم نمایند معلوم نماییم اول باید شخص فقیر را متوفی تلقی کنیم. سپس، ارث وی را میان اقارب اعم از ذوی الفروض، عصبات و ذوی الارحام تقسیم نماییم و سهم هر ورثه را از ترکه شخص فقیر معین و معلوم نماییم. سپس، به تناسب حصه ای که هر خویشاوند از شخص فقیر ارث می باشند، به همان تناسب باید نفقه شخص فقیر را پردازند. از نظر منطقی نص این ماده به این ایراد مواجه به نظر می رسد که در صورتی که شخص فقیر باشد، قطعاً چیزی وجود نخواهد داشت تا اقارب از او ارث ببرند. زیرا فقیر لغتاً بر شخصی اطلاق می گردد که تهیدست، غریب، بی مال و ... باشد.<sup>۱۲۳۷</sup>

### مبحث سوم) تأریخ لزوم نفقه اصول

وفق ماده ۲۶۷ ق. م: «نفقه اقارب از تاریخ مطالبه آن لازم می گردد.» نص این ماده مبهم است. زیرا در صورت تکمیل شرایط، اولاد مکلف به تأمین نفقه والدین است. به نظر می رسد منظور قانونگذار مدنی در این ماده این است که در صورت امتناع ورزیدن اولاد از تأمین نفقه والدین و اقامه دعوی والدین علیه اولاد، والدین مستحق نفقه، از تاریخ اقامه دعوی شناخته می شوند. به

۱۲۳۶. مسعود انصاری و محمد علی طاهری (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، جلد (۳)، تهران: انتشارات محراب فکر، ص ۳۹۴.

۱۲۳۷. (آخرین بازدید ۸/۳۱/۲۰۱۶) <https://www.vajehyab.com> 1237.

حيث مثال، اگر احمد نفقه پدرش محمود را در جریان سال های ۱۳۹۶ و ۱۳۹۷ فراهم نکند و محمود عليه احمد در اول حمل سال ۱۳۹۷ اقامه دعوی نماید، محمود از تاریخ اول حمل مستحق نفقه شناخته می شود. به نظر می رسد هدف قانونگذار مدنی در نص این ماده بیان تأریخ استحقاق نفقه اقارب است.

در فقه فقهاء بر این نظر اند که هرگاه والدین سالمند گردند و توانایی کار و کسب درآمد را از دست بدهند و دارای پس انداز و منبع درآمد نباشند، نفقه آنها باید توسط فرزندان و خویشاوندان نزدیک آنها که بتوانند نفقه آنها را فراهم نمایند تأمین گردد. فقهای حنفیه، شافعیه و حنابله تأمین نفقه والدین را واجب می دانند، زیرا خداوند عز و جل می فرماید:

﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ - [الاسراء: ۲۳]

«ای انسان! پروردگارت فرمان داده که جز او را نپرستید و نسبت به پدر و مادر نیکی نمایید.»

بارزترین نمونه نیکی و احسان با پدر و مادر، رسیدگی به وضع مادی و تأمین نفقه آنها است، زیرا خداوند عز و جل فرموده است:

﴿وَصَاحِبِهَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ - [لقمان: ۱۵]

«در زندگی دنیا با آنها به گونه ای شایسته رفتار و همراهی کنید.»

توجه به زندگی والدین و فراهم نمودن وسایل آسایش آنها هرچند مسلمان هم نباشند جزو مسؤولیت های اساسی فرزندان و خویشاوندان محسوب می گردد، زیرا آیه اخیر راجع به پدر و مادر کافر نازل گردیده است.

بنابراین، شایسته نیست که فرزندان در ناز و نعمت بسر ببرند و پدر و مادر را در میان مشکلات، فقر و گرسنگی در حالی که به کمک و مراقبت آنها ضرورت داشته باشند رها نمایند. این فرموده رسول خدا صلی الله علیه و آله این موضوع را مورد تأکید قرار می دهد که می فرماید:

«إِنْ أَطِيبَ مَا أَكَلْتُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ، وَإِنْ أَوْلَادِكُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ، فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا.» ۱۳۳۸

«بهترین چیزی را که از آن بهره می گیرید این است که حاصل کار خودتان باشد و فرزندان حاصل عمر شما هستند، و از اموال و زندگی آنها استفاده نمایید.»

این سخن ایشان خطاب به مردی بود که سؤال کرد:

«من أبر؟ قال: أمك، ثم امك، ثم اباك ثم الاقرب فالاقرب.» ۱۳۳۹

«با چى كسى بهتر است خوبى كنم؟ رسول خدا ﷺ فرمود: با مادرت، پس از او با پدرت و پس از پدر با اقوام و خویشاوندان.»

در باره تأمین نفقه اصول دو نظر وجود دارد: فقهای حنفیه، حنابله و شافعیه بر این نظر اند که تأمین نفقه پدر، مادر، پدر کلان و مادرکلان بر فرزندان و نواسه ها واجب است، زیرا پدر کلان و مادرکلان، پدر و مادر گفته می شوند و از منزلت آنها برخوردارند. ولی، فقهای مالکیه بر این نظر اند که بر اولاد صرف تأمین نفقه پدر و مادر واجب است همانطور که صرف نفقه فرزندان بر پدر و مادر واجب است. ۱۲۴۰

جهت وجوب تأمین نفقه والدین یکسلسله شروط وجود دارد که قرار آتی اند:

۱) **اینکه والدین فقیر باشند:** فقهای حنفیه، شافعیه و حنابله بر این باور اند که هرگاه والدین فقیر باشند ولو توانایی کار و کسب درآمد را نیز داشته باشند، تأمین نفقه آنها بر اولاد واجب است. علت این امر این است که خداوند جل و الا انسان را به نیکوکاری و احسان به والدین امر نموده است و ملزم نمودن والدین بر کار و کسب درآمد علی الرغم غنی بودن آنها ترک احسان و نیکوکاری تلقی گردیده و باعث آزار و اذیت آنها می گردد که از نظر حقوق اسلام جواز ندارد.

بنابراین، بر اولاد شایسته نیست که پدر و مادر را در حالی که فقیر باشند و ادا به کار و کسب درآمد نمایند. ولی، فقهای مالکیه به این نظر اند که تأمین نفقه والدین بر اولاد در صورتی واجب است که والدین علاوه بر فقیر بودن توانایی کار و کسب درآمد را نداشته باشند؛

۲) **اینکه فرزند موسر و دارای مال و دارایی باشد و توانایی کار و کسب درآمد را داشته باشد:** فقهای حنفیه به این نظر اند که تأمین نفقه والدین در صورتی بر فرزند واجب است که موسر باشد و مال و دارایی وی زاید بر رفع حوائج وی باشد. بنابراین، در صورتی که مال و دارایی فرزند، مصارف تأمین نفقه خود او را تکافو نماید، تأمین نفقه والدین بر وی واجب نمی باشد؛

۳) **اتحاد دین به نظر فقهای حنابله:** فقهای حنابله اتحاد دین میان اصول و فروع را در تأمین نفقه شرط می دانند. برعکس، جمهور فقهاء اتحاد دین میان اصول و فروع را در تأمین نفقه اصول توسط فروع شرط نمی دانند. ۱۲۴۱

۱۲۴۰. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۷۴۲۰ و ۷۴۲۱؛ اسعد محمد سعيد الصاغر جي (\_\_\_\_). الفقه الحنفي و ادلته، جلد (۲)، باكستان: كتابخانه رشيدية، ص ۲۸۵ و \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۰)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۷۴ و ۷۵

۱۲۴۱. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، ص ۷۴۴؛ عبدالرحمن الجزايري (\_\_\_\_). الفقه على المذاهب الاربعة، جلد (۳)، پشاور: چاپ كتابخانه وحيدى، ص ۴۵۳؛ \_\_\_\_ (۱۴۰۴ ق.). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۰)، كويت: وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامية، صص ۷۱ و ۷۲؛ و محمد محي الدين عبدالحميد (۲۰۰۷). الاحوال الشخصية فى شريعة الاسلامية، لبنان: دارالعلوم العلميه للنشر، صص ۲۲۹ و ۲۳۰.

فراهم نمودن نفقه والدین بر فرزندان واجب است. پس، فرزندان نباید دیگری را در تأمین نفقه والدین شریک نمایند، زیرا آنها نسبت به همه، به والدین نزدیک تر اند. بنابراین، استحقاق تأمین نفقه آنها بر اولاد نسبت به سایرین اولی تراست که به نظر احناف اولاد ذکور و اناث و جیبیه مساوی دارند. همچنین، به نظر جمهور فقهاء به غیر از مالکیه نفقه اصول بر فرزند فرزند نیز واجب است. در صورت تعدد فروع فقهای حنفیه می گویند: در صورت اتحاد درجه قرابت آنها، مانند: دختر و پسر، نفقه اصل به صورت مساوی بر آنها واجب است فرق نمی کند که بعضی آنها وارث و بعضی غیر وارث باشند به سبب تساوی در درجه و جزئیت و فرق نمی کند که پسر دو برابر دختر میراث می گیرد. اما، در صورتی که درجه قرابت آنها متفاوت باشد، مانند: دختر و پسر پسر، نفقه اصل بر نزدیک ترین آنها واجب می گردد. فقهای مالکیه می گویند: در صورت تعدد فروع نفقه اصول بر حسب پولدار بودن هر فرع فرق می نماید.

فقهای شافعیه می گویند: در صورت اتحاد درجه قرابت فروع، مانند: پسر و دختر، باید هر دو به صورت مساوی نفقه اصل را تأمین نمایند. در صورت اختلاف درجه قرابت، مانند: پسر و پسر دختر، اصح این است که نفقه اصل را قریب ترین فرع که همان پسر است تأمین نماید فرق نمی کند وارث باشد و یا غیر وارث، مذکر باشد و یا مؤنث. در صورت مساوی بودن درجه قرابت نفقه اصل بر اساس ارث تأمین گردد. فقهای حنابله می گویند: در صورت اتحاد درجه قرابت فروع مانند، پسر و دختر، نفقه اصل بر اساس میراث باید تأمین گردد.<sup>۱۲۴۲</sup>

پایان جلد حقوق فامیل

ادامه در جلد حقوق و جایب (۱)

۱۲۴۲. وهبة الزحيلي (\_\_\_\_). الفقه الاسلامي و ادلته، جلد (۱۰)، كويت: انتشارات مكتب رشيدية، صص ۷۴۲۲-۷۴۲۴؛ و (\_\_\_\_) (۱۴۰۴ ق). الموسوعة الفقهية، جلد (۴۰)، كويت: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية، صص ۷۶ و ۷۷.





## فهرست منابع

### الف) دری:

#### اول) در فقه:

۱. الزحیلی، وهبة (۱۳۸۵). فقه خانواده در جهان معاصر، مترجم: عبدالعزیز سلیمی، تهران: نشر احسان.
۲. بن ندوی، عبدالعظیم (۱۳۸۴). مختصر فقه، مترجم: عبدالله محمدی، پشاور: انتشارات مکتبه علم و فرهنگ.
۳. خلیل قبله ای خوبی (۱۳۸۴). آیات الاحکام: حقوق مدنی و جزایی، چاپ اول، تهران: وزارت ارشاد و فرهنگ اسلامی.
۴. دامنی، عبدالناصر (۱۳۸۶). میراث به زبان ساده، چاپ اول، تهران: نشر احسان.
۵. ژوبل، محمد عثمان (۱۳۸۵). مجله الاحکام، کابل: نشر پروژه عدلی و قضایی اداره انکشافی ایالات متحده امریکا.
۶. سابق، سید (۱۳۷۱). فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی، (۴) جلد، انتشارات محمدی سقر.
۷. سلطان، صلاح (\_\_\_\_). ارث و وصیت در شریعت و قانون (۹ حوت ۱۳۹۸ ش). متن این کتاب در سایت [www.aqeedeh.com](http://www.aqeedeh.com) قابل دسترس است.
۸. شلتوت، محمود (۱۳۸۲). اسلام آیین زندگی، مترجم: عبد العزیز سلیمی، تهران: نشر احسان.
۹. صابونی، محمد علی (۱۳۸۵). تفسیر آیات الاحکام، مترجم: نعمت الله شهرانی، چاپ دوم کابل: انتشارات نعمانی.
۱۰. قبله ای خوبی، خلیل (۱۳۸۴). آیات الاحکام: حقوق مدنی و جزایی، چاپ اول، تهران: وزارت ارشاد و فرهنگ اسلامی.
۱۱. قرضاوی، یوسف (۱۳۸۲). دیدگاه های فقهی معاصر، مترجم: احمد نعیمی، تهران: نشر احسان.
۱۲. قرضاوی، یوسف (۱۳۷۷). حلال و حرام در اسلام، مترجم: ابوبکر حسن زاده، چاپ پنجم، پشاور: انتشارات کتاب.
۱۳. مُحَمَّد، فقی رسول (۱۳۸۵). زن در اندیشه اسلامی، مترجم: محمود ابراهیمی، چاپ اول، تهران: نشر احسان.
۱۴. مطهری، مرتضی (۱۳۸۵). نظام حقوق زن در اسلام، چاپ چهل و سوم، تهران: انتشارات صدرا.
۱۵. مغنیه، محمد جواد (۱۳۷۹). احوال شخصیه، ترجمه و تبیین جزء دوم الفقه علی المذاهب الخمسة، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرائی، تهران: انتشارات ققنوس.
۱۶. نذیر، داد محمد (۱۳۸۸). اساسات حقوق اسلام، چاپ اول، کابل: مطبعة نعمانی، افغانستان.

۱۷. وزیر، مجید (۱۳۸۴). حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام، تهران: چاپ شرکت چاپ و نشر بین الملل.
- دوم) در حقوق**
۱۸. امامی، سید حسن (۱۳۷۷). حقوق مدنی چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات کتاب فروشی اسلامیه.
۱۹. تهرانی، کعبه راستین و یساری، نجما (۱۳۹۰). کتاب درسی انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق فامیل افغانستان، مترجم: فهیم قیومی، چاپ دوم با اصلاحات، انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول و انستیتوت حقوق خصوصی خارجی و حقوق بین الملل خصوصی ماکس پلانک.
۲۰. حسنی، حسن (۱۳۸۴). اقامتگاه، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان.
۲۱. ژوبل، محمد عثمان (۱۳۹۰). مجموعه متحدالمال ها، مصوبات و رهنمود های ستره محکمه ج. ا. ا (۱۳۸۵-۱۳۸۹)، چاپ اول، کابل: مطبعه نبراسکا.
۲۲. ژوبل، محمد عثمان (۱۳۸۶). اسناد و مصوبات سیمینار عالی رؤسای محاکم، ۱۲-۱۷ عقرب، چاپ اول، کابل: انتشارات قضاء- ارگان نشراتی ستره محکمه.
۲۳. محمد عثمان ژوبل (\_\_\_). مجموعه متحدالمالها، مصوبات و رهنمودها (۱۳۸۵-۱۳۸۸)، چاپ اول، کابل: انتشارات ستره محکمه.
۲۴. ژوبل، محمد عثمان (۱۳۹۰). مجموعه متحدالمال ها، مصوبات و رهنمود های ستره محکمه ج. ا. ا (۱۳۸۵-۱۳۸۹)، چاپ اول، کابل- افغانستان: مطبعه نبراسکا.
۲۵. ساکت، محمد حسین (۱۳۸۶). شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، چاپ سوم، نشر انتشارات جنگل، جاودانه.
۲۶. سمنگانی، یادگار راجی (۱۳۹۴). تشریح و توضیح مفاهیم قانون مدنی، جلد (۱): باب تمهیدی، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
۲۷. صفایی، سید حسین، قاسمزاده، سید مرتضی (۱۳۸۱). حقوق مدنی اشخاص و محجورین، چاپ دهم، تهران: انتشارات مهر.
۲۸. عبدالله، نظام الدین (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث، مبحث مقاسمة الجدد، کابل: انتشارات سعید.
۲۹. عدالتخواه، عبدالقادر (۱۳۸۷). حقوق فامیل، چاپ اول، کابل: انتشارات میوند.
۳۰. غبار، غلام محمد (۱۳۸۰). افغانستان در مسیر تاریخ، کابل: انتشارات میوند.
۳۱. قاسمی، عبدالخالق (۱۳۹۲). مسؤولیت مدنی ناشی از نقض قرارداد، چاپ اول، کابل: دانشگاه کاتب.
۳۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). حقوق مدنی: خانواده، چاپ ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

33. گلستانی، حسین (۱۳۹۶). اسباب تفریق از منظر فقه و قانون مدنی افغانستان، چاپ اول، کابل: انتشارات فرهنگ.
34. \_\_\_\_ (۲۲-۲۵ حوت ۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی، کابل: ستره محکمه.
۳۵. \_\_\_\_ (۱۳۹۵). اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضایی ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان، ۲۲-۲۵ حوت، ۱۳۹۵، چاپ اول، ریاست نشرات ستره محکمه.
۳۶. قویم، احمد فهیم (۱۳۹۸). مجموعه متحدالمال های ۱۳۹۴-۱۳۹۷، چاپ اول، کابل: ریاست نشرات ستره محکمه جمهوری اسلامی افغانستان.

### سوم) فرهنگ ها:

۳۷. انصاری مسعود و طاهری محمد علی (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی، چاپ اول، تهران: انتشارات محراب فکر.
۳۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۲). ترمینولوژی حقوق، چاپ سیزدهم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۳۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۸). الفارق، چاپ دوم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۴۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: چاپ کتابخانه گنج دانش.
۴۱. سیاح، عبدالله (۱۳۸۲). فرهنگ بزرگ نوین، مترجم (\_\_\_\_): ترجمه المنجد، جلد (۱)، تهران: انتشارات اسلام.

۴۲. عمید، حسن (۱۳۸۳). فرهنگ فارسی عمید، تهران: مؤسسه انتشارات امیر کبیر.
۴۳. معین، محمد (۱۳۸۲). فرهنگ فارسی یکجلدی، چاپ هفتم، تهران: چاپ نشرات سرایش.

### چهارم) قوانین و فرامین تقنینی:

44. قانون اساسی جمهوری اسلامی افغانستان (۱۳۸۲ ش) ۸۱۸ جریده رسمی.
۴۵. قانون مدنی (۱۳۵۵ / ۱۰ / ۱۵ ش) ۳۵۳ جریده رسمی.
۴۶. قانون اصول محاکمات مدنی (۱۳۶۹) ۷۲۲ جریده رسمی.
۴۷. قانون رسیدگی به تخلفات اطفال (۱۳۸۴) 848 جریده رسمی.
۴۸. قانون سرپرستی اطفال (۱۳۹۳). ۱۱۳۰ جریده رسمی.
۴۹. کُد جزا (۱۳۹۶) ۱۲۶۰ جریده رسمی.
۵۰. قانون منع خشونت علیه زن (۱۳۸۸) ۹۸۹ جریده رسمی.
۵۱. قانون ازدواج (۱۷ / اسد / ۱۳۵۰ ش) ۱۰۹ جریده رسمی.
۵۲. نظامنامه نکاح، عروسی و ختنه سوری (اول سنبله ۱۳۰۳). (\_\_\_\_).

۵۳. نظامنامه نکاح و سنتی (۱۱ دلو ۱۳۰۶). (\_\_\_\_).
۵۴. اصولنامه نکاح، عروسی و ختنه سوری (۱۱، ۶، ۱۳۲۸). (\_\_\_\_).
۵۵. اصولنامه ازدواج و ترتیب نکاح خط (۱۳۴۰ق). (\_\_\_\_).
۵۶. قانون مراسم عروسی (۱۳۹۶). 1280 جریده رسمی.
۵۷. فرمان در باره مهر و مصارف عروسی (۲۷/۷/۱۳۵۷). شماره ۷، ۴۰۹ جریده رسمی.
۵۸. فرمان بیرک کارمل در مورد ایزاد و تکمیل قانون مدنی، در مورد ثبت طلاق (مؤرخ ۱۵/۶/۱۳۶۵). شماره ۷۷، ۶۱۵ جریده رسمی.
۵۹. فرمان دوکتور نجیب الله در مورد الغای فرمان شماره ۷ در باره مهر و مصارف عروسی منتشره جریده رسمی شماره ۴۰۹ مؤرخ ۲۷، ۷، ۱۳۵۷ هـ ش (۲/۳۰/۱۳۶۹) شماره ۲۲۰، ۷۱۹ جریده رسمی.
۶۰. فرمان مقام ریاست جمهوری در مورد ایزاد ق. م، منتشره جریده رسمی شماره ۳۹۱، مؤرخ ۳۰/۱۱/۱۳۵۶ هـ ش (مؤرخ ۲۹ جدی، ۱۳۵۸). شماره ۲۰۰۷، ۳۹۱ جریده رسمی.

### پنجم) وبسایت ها:

61. <https://www.vajehyab.com> (آخرین بازدید ۳۱/۸/۲۰۱۶).
62. [http://www.bbc.com/persian/afghanistan/2011/04/110403\\_k01\\_af\\_wedding\\_law](http://www.bbc.com/persian/afghanistan/2011/04/110403_k01_af_wedding_law) (آخرین بازدید ۲۷/۳/۲۰۱۸).
63. <https://fa.m.wikipedia.org> (Last visit: 2017/10/9).
64. <https://en.m.wikipedia.org> (Last visit: 6/12/2017).
65. <http://www.dw.com/fa-af/> (آخرین بازدید ۲۷/۳/۲۰۱۸).

### ب) عربی:

۶۶. الزحیلی، وهبة (\_\_\_\_). الفقه الاسلامی و ادلته، ۱۲ جلد، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ.
۶۷. الزحیلی، وهبة (\_\_\_\_). اصول الفقه اسلامی، ۲ جلد، کویت: انتشارات مکتب رشیدیہ.
۶۸. احمد السنهوری، عبدالرزاق (۲۰۰۲م). الوسيط فی شرح القانون المدنی الجدید، ۱۴ ج، بیروت، لبنان: چاپ دار احیاء التراث العربی.
۶۹. اسماعیل، محمد بکر (۱۴۱۰ ق). الفقه الواضح، مكة المكرمة: دارالمنار للنشر و التوزیع.
۷۰. القره داغی، علی محی الدین (۱۴۰۳ ق). المقدمة فی المال، و الاقتصاد و الملكية و العقد، الطبعة الاولى، قطر: شركة دارالبشائر الاسلامية.

٧١. جزايرى، عبد الرحمن (\_\_\_). الفقه على المذاهب الاربعة، ٦ جلد، پشاور: چاپ كتابخانه وحيدى.
٧٢. زيدان، عبدالكريم (١٣٨٥). الوجيز فى اصول الفقه، تهران: انتشارات احسان.
٧٣. سعيد الصاغرچى، اسعد محمد (\_\_\_). الفقه الحنفى و ادلته، ٣ ج، پاكستان: چاپ كتابخانه رشيديه.
٧٤. عبدالحميد، محمد محى الدين (٢٠٠٧م). الاحوال الشخصية فى شريعة الاسلاميه، لبنان: دارالعلوم العلميه للنشر.
٧٥. عبدالله البرشومى، عبدالفتاح (١٤٢٤). احكام الرهن و الشفعة فى الفقه الاسلاميه، چاپ دوم: مصر: الازهر.
٧٦. مصطفى احمد، زرقاء (١٩٦٧-١٩٦٨م). المدخل الفقهي العام، (٣) جلد، طبعه التاسعه، دمشق: دارالفكر.
٧٧. محمود، طهماز، عبدالحميد (\_\_\_). الفقه الحنفى فى ثوبه الجديد، (٥) جلد، پاكستان: چاپ مكتب حقانيه.
٧٨. موسى، محمد يوسف (١٣٨٥). احكام الاحوال الشخصية فى الفقه الاسلامى، الطبعة الجديدة، كابل: انتشارات نعمانى.
٧٩. \_\_\_ (١٤٠٤ ق). الموسوعة الفقهيه، جلد (٣٠)، كويت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلاميه.
٨٠. الزحيلي، وهبة (\_\_\_). الفقه الاسلامى و ادلته، ١٢ جلد، كويته: انتشارات مكتب رشيديه.
- ج) انگليسى:**

64. Al Jibaly, Muhammad Mustafa (2005). Closer Than a Garment, revised edit, Beirut, Lebanon: Al- Kitab & Sunnah Publishing.
65. Al Jibaly, Muhammad Mustafa (2005). The Fragile Vessels, revised edi. Beirut: Lebanon, Al- Kitab & Asunnah Publishing.
66. Al Jibaly, Muhammad Mustafa (2005). Love and Mercy, revised edit. Beirut, Lebanon: Al- Kitab & Asunnah Publishing.
67. Al Jibaly, Muhammad Mustafa (2007). Our Precious Sprouts, Beirut, Lebanon: Al- Kitab & Asunnah Publishing.
68. D. L. A Barker and C. F Padfield (1375). Law, 1<sup>st</sup> edi, Tehran: Arian bookshop.
69. John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker (1380). Principles of French Law, 1<sup>st</sup> edit, Tehran: Dadqaster publication.
70. Hallaq, Subhi Muhammad (2008). Fiqh According to Qur'an and Sunnah, translated into English by: Sameh Strauch, 1<sup>st</sup> edi, Riyadh: Dar-us- salam.

71. Robbers, Gerhard (2002). An Introduction to German Law, Translated into English by Miceal Jewll, fifth edit, (\_\_\_).
81. 72 J.C. Collier (\_\_\_). Conflict of Laws, 3<sup>rd</sup> edi, Combridge university press..
82. Kharofa, Alaeddin (2009). Transctions In Islamic Law, 4<sup>th</sup> edi, Kuala Lumpur, ASN.
83. P. Statsky, William (\_\_\_). Family Law, sixth edition, New York: Delmar Gengage leaning.



نظام الدین عبداللہ فرزند عبدالرحیم در سال ۱۳۵۸ هجری شمسی در ولسوالی شکرده ولایت کابل چشم به جهان گشوده است. او در سال ۱۳۸۳ از دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه پوهنتون کابل فارغ گردیده است و ماستری خویش را در سال ۱۳۹۳ در رشته حقوق عامه از دانشگاه پوهنتون آزاد اسلامی واحد افغانستان اخذ نموده است. او از ماه سنبله سال ۱۳۹۹ الی اکنون در دانشگاه پوهنتون آزاد اسلامی استان تهران - واحد تهران مرکزی دانشجوی مقطع دکتری حقوق خصوصی است. او در جریان سال های ۱۳۸۷ الی ۱۳۹۴ مضامین حقوق و جایب، حقوق عینی،

حقوق میراث، مبادی حقوق، حقوق فامیل، حقوق بین الملل خصوصی، حقوق اساسی، حقوق اداری، عقود معین، قانونگذاری، روش تحقیق در حقوق و ... را در پوهنتون کاردان، انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک و پوهنتون کاروان و غیره تدریس کرده است. او از سال ۱۳۹۵ الی اکنون استادیار حقوق (Assistant Professor of law) در یکی از دانشگاه پوهنتون های خصوصی افغانستان است. او در این جریان مضامین حقوق و جایب (قواعد عمومی عقود)، حقوق و جایب (حوادث حقوقی و مسؤلیت مدنی غیر قراردادی)، حقوق فامیل، حقوق عینی، حقوق میراث، حقوق بین الملل خصوصی، قانونگذاری، حقوق اساسی، مبادی حقوق، حقوق اداری، روش تحقیق در حقوق و ... را در این دانشگاه پوهنتون به زبان انگلیسی تدریس نموده است. برخی آثاری را که او تا اکنون تألیف و ترجمه نموده است قرار آتی است:

- ۱) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: اشخاص، چاپ چهارم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۲) نظام الدین عبداللہ (۱۴۰۱) شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق بین الملل خصوصی، چاپ دوازدهم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۳) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق فامیل: روابط زوجین (۱)، چاپ ششم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۴) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق اطفال، چاپ چهارم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۵) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق و جایب (۱) تصرفات و حوادث حقوقی، انواع، تنفیذ، انتهاء و اثبات وجیبه، چاپ ششم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۶) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۵). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق و جایب (۲) عقود معین، چاپ سوم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۷) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق عینی، چاپ هشتم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۸) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۷). شرح قانون مدنی افغانستان: حقوق میراث، چاپ سوم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۹) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۰). مواد درسی انستیتوت ماکس پلانک پیرامون اموال و ملکیت چاپ اول، کابل - افغانستان: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الملل ماکس پلانک.
- ۱۰) نظام الدین عبداللہ (۱۳۹۵). مبادی حقوق افغانستان، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.



- ۱۱) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۸) انواع قانون و مراحل قانونگذاری در نظام حقوقی افغانستان، چاپ دوم، کابل - افغانستان: انتشارات سعید.
- ۱۲) جولیا پیفر (۱۳۹۰). رهنمود انستیتوت ماکس پلانک پیرامون حقوق بین الملل عمومی برای افغانستان، مترجم: نظام الدین عبدالله، چاپ اول، کابل: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه و حقوق بین الدول ماکس پلانک.
- ۱۳) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۴). شرح قانون اساسی افغانستان: حقوق و وجایب اساسی اتباع، جلد (۱)، چاپ اول، کابل: انتشارات سعید.
- ۱۴) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۶). شرح قانون اساسی افغانستان: حقوق اساسی جمهوری اسلامی افغانستان، جلد (۲)، چاپ دوم، کابل: انتشارات سعید.
- ۱۵) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۷). فرهنگ اصطلاحات حقوقی افغانستان، چاپ دوم، انتشارات سعید.
- دوم) مقالات:**
- ۱) نظام الدین عبدالله و داکتر جواد تقی زاده (۱۳۹۳). انواع قانون در نظام حقوقی افغانستان، مجله وکالت، شماره های ۲۶ و ۲۷.
- ۲) نظام الدین عبدالله (۱۳۹۳). حق تشکیل حزب سیاسی، مجله وکالت، شماره ۲۸.
- ۳) نظام الدین عبدالله (۲۰۱۷). مسؤولیت مدنی دولت در نظام حقوقی افغانستان، مجله مطالعات حقوقی افغانستان، جلد (۲)، کابل: بنیاد ماکس پلانک برای حاکمیت قانون و صلح بین الملل.
- سوم) به انگلیسی:**

1) Nezamuddin Abdullah (2007). A Brief Comparative Analysis of United Nations Convention on Rights of Children (UNCRC), Islam, Afghan Legislations & Customary Practices, Kabul: Save the Children, Sweden – Norway.

2) Nezamuddin Abdullah (2011). Max Planck Manual on Property and Ownership in Afghanistan, first edition, Kabul: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.

# **Family Law**

---

**Seventh edition**

**2024**

**Nezamuddin Abdullah**

(Assistant Professor of Law & PhD candidate of Private Law)