



# فقه خانواده نکاح

ترجمه و تبیین کتاب فقه الامام الصادق علیه السلام

دکتر زهرا فهرستی



پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

پاییز ۱۴۰۱

فهرستی، زهرا، ۱۳۴۱-

ایران. قوانین و احکام Iran. Laws, etc

فقه خانواده؛ نکاح: ترجمه و تبیین کتاب فقه الامام الصادق / زهرا فهرستی - قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۴۰۱. ۲۹۹ص. (پژوهشگاه حوزه و دانشگاه: ۶۴۷؛ حقوق و فقه اجتماعی: ۷۶).

بها: ۱۰۵۰۰۰۰ ریال

ISBN 978-600-298-432-6

فهرست‌نویسی بر اساس اطلاعات فیفا  
کتابنامه

ترجمه و تبیین کتاب فقه الامام الصادق علیه السلام

زناشویی (فقه) -- ایران -- Marriage (Islamic law); زناشویی -- قوانین و مقررات -- ایران -- Marriage law - Iran  
حقوق خانواده (فقه) (Islamic law) Domestic relations: حقوق خانواده -- ایران Domestic relations:  
پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

شماره کتاب‌شناسی ملی ۹۰۳۴۵۹۵

رده‌بندی دیویی ۲۹۷/۳۶

رده‌بندی کنگره ۱۸۹/۱ BP



### فقه خانواده؛ نکاح (ترجمه و تبیین کتاب فقه الامام الصادق علیه السلام)

مؤلف: دکتر زهرا فهرستی (عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز)

ناشر: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

صفحه‌آرایی: نظم قلم

چاپ اول: پاییز ۱۴۰۱

تعداد: ۳۰۰ نسخه

لیتوگرافی: سعیدی

چاپ: قم-سبحان

قیمت: ۱۰۵/۰۰۰ تومان

کلیه حقوق برای پژوهشگاه حوزه و دانشگاه محفوظ و نقل مطالب با ذکر مأخذ بلامانع است.

قم: ابتدای شهرک پردیسان، بلوار دانشگاه، نیش میدان علوم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، تلفن: ۰۲۵-۳۲۱۱۱۱۰۰

(انتشارات ۳۲۱۱۱۳۰۰) نمابر: ۳۲۸۰۳۰۹۰، ص.ب. ۳۱۵۱-۳۷۱۸۵

تهران: خ انقلاب، بین وصال و قدس، کوی اسکو، پلاک ۴، تلفن: ۶۶۴۰۲۶۰۰

www.rihu.ac.ir

info@rihu.ac.ir

فروشگاه اینترنتی: <http://rihu.ac.ir/fa/book>

مرکز پخش: قم، خیابان معلم، مجتمع ناشران، طبقه همکف، پلاک ۲۷، تلفن: ۰۲۵-۳۷۸۴۲۶۳۵\_۶

## سخن پژوهشگاه

پژوهش در علوم انسانی به منظور شناخت، برنامه‌ریزی و ضبط و هدایت پدیده‌های انسانی در راستای سعادت واقعی بشر ضرورتی انکارناپذیر است و استفاده از عقل و آموزه‌های وحیانی در کنار داده‌های تجربی و در نظرگرفتن واقعیت‌های عینی، فرهنگ و ارزش‌های اصیل جوامع شرط اساسی پویایی، واقع‌نمایی و کارایی این‌گونه پژوهش‌ها در هر جامعه است.

پژوهش کارآمد در جامعه ایران اسلامی در گرو شناخت واقعیت‌های جامعه از یک‌سو و اسلام به‌عنوان متقن‌ترین آموزه‌های وحیانی و اساسی‌ترین مؤلفه فرهنگ ایرانی از سوی دیگر است؛ از این‌رو، آگاهی دقیق و عمیق از معارف اسلامی و بهره‌گیری از آن در پژوهش، بازنگری و بومی‌سازی مبانی و مسائل علوم انسانی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است.

توجه به این حقیقت راهبردی از سوی امام خمینی (علیه السلام)، بنیان‌گذار جمهوری اسلامی، زمینه شکل‌گیری «دفتر همکاری حوزه و دانشگاه» را در سال ۱۳۶۱ فراهم کرد و با راهنمایی و عنایت ایشان و همت استادان حوزه و دانشگاه، این نهاد علمی شکل گرفت. تجربه موفق این نهاد، زمینه را برای گسترش فعالیت‌های آن فراهم آورد و با تصویب شورای گسترش آموزش عالی در سال ۱۳۷۷ «پژوهشکده حوزه و دانشگاه» تأسیس شد و در سال ۱۳۸۲ به «مؤسسه پژوهشی حوزه و دانشگاه» و در سال ۱۳۸۳ به «پژوهشگاه حوزه و دانشگاه» ارتقا یافت.

پژوهشگاه حوزه و دانشگاه تاکنون در ایفای رسالت سنگین خود خدمات فراوانی به جامعه علمی ارائه نموده است که از آن جمله می‌توان به تهیه، تألیف، ترجمه و انتشار بیش از ۶۴۰ عنوان کتاب و شش نشریه علمی اشاره کرد.

این اثر به عنوان منبع درسی برای دانشجویان رشته‌های حقوق، حقوق خانواده، فقه و مبانی حقوق و مطالعات زنان و خانواده در مقطع کارشناسی و کارشناسی ارشد و نیز سایر علاقه‌مندان قابل استفاده است.

از استادان و صاحب‌نظران ارجمند تقاضا می‌شود با همکاری، راهنمایی و پیشنهادهای اصلاحی خود، این پژوهشگاه را در جهت اصلاح کتاب حاضر و تدوین دیگر آثار مورد نیاز جامعه دانشگاهی یاری دهند.

در پایان پژوهشگاه لازم می‌داند از تلاش‌های مؤلف محترم اثر، خانم دکتر زهرا فهرستی و نیز از ارزیابان محترم، آقایان حجت‌الاسلام والمسلمین سید محمدکاظم حکیم و دکتر حسین قافی سپاسگزاری کند.

این کمترین اهدامی شود به برترین بانوی خلقت، اسوه

فضایل اخلاقی، حضرت زهرا (سلام الله علیها)



## فهرست مطالب

مقدمه .....	۱
<b>فصل اول: مقدمات نکاح .....</b>	<b>۳</b>
۱. خواستگاری .....	۳
۲. نامزدی .....	۵
۳. هدایا .....	۶
<b>فصل دوم: ماهیت حقوقی نکاح .....</b>	<b>۷</b>
۱. صیغه .....	۷
۱-۱. ایجاب و قبول لفظی .....	۷
۲-۱. استفاده از الفاظ خاص .....	۹
۳-۱. ماضویت صیغه .....	۱۰
۴-۱. عربی بودن صیغه .....	۱۲
۵-۱. موالات .....	۱۳
۶-۱. تعلیق .....	۱۴
۷-۱. تقدم و تأخر ایجاب و قبول .....	۱۵
۸-۱. شرط خیار .....	۱۶
۹-۱. حضور شهود در نکاح .....	۱۷
۲. اهلیت متعاقدين .....	۱۸
۳. تصدیق ادّعی زن مبنی بر امکان ازدواج .....	۲۰

فصل سوم: شروط	۲۱
۱. انواع شروط ضمن عقد	۲۱
۲. اختلاف در مورد شرایط ضمن عقد نکاح	۲۷
فصل چهارم: اختلاف در تحقق نکاح	۲۹
۱. ادّعی زوجیت	۲۹
۲. عدم اثبات ازدواج با صرف معاشرت و همنشینی	۳۱
۳. ادّعی زوجیت نسبت به زن متأهل	۳۳
فصل پنجم: موانع نکاح	۳۵
۱. محرّمات و موانع نکاح	۳۵
۱-۱. نسب	۳۷
۲-۱. سب یا مصاهره	۳۸
۳-۱. زنا	۴۱
۴-۱. ازدواج در عده	۴۵
۵-۱. ازدواج با زن متأهل	۴۸
۶-۱. تعدّد زوجات بیش از حد مجاز (استیفای عدد)	۴۸
۷-۱. قذف زوجه لال و کر	۵۷
۸-۱. ملاعنه	۵۸
۹-۱. تعدّد طلاق	۶۰
۱۰-۱. اختلاف در دین	۶۳
۱۱-۱. ارتداد از اسلام	۷۲
۱۲-۱. مسلمان شدن یکی از زوجین	۷۵
۱۳-۱. احرام	۷۸
۲. کفو بودن	۷۹
۳. تقاضای ازدواج و خواستگاری	۸۳



۸۴	..... ازدواج با بیگانگان
۸۷	..... فصل ششم: ولایت
۸۷	..... ۱. ولایت بر دختر بالغه رشیده
۹۳	..... ۲. صغیر و صغیره
۹۸	..... ۳. مجنون
۹۹	..... ۴. سفیه
۱۰۱	..... فصل هفتم: ازدواج موقت (متعّه)
۱۰۱	..... مقدمه
۱۰۲	..... ۱. معانی متعه
۱۰۲	..... ۲. نکاح مُتعه
۱۰۴	..... ۳. وجوه اشتراک ازدواج دائم و موقت
۱۰۹	..... ۴. وجوه افتراق ازدواج دائم و موقت
۱۱۸	..... ۵. ازدواج موقت با زن عقیقه
۱۱۹	..... ۶. نقد و تحلیل نکاح موقت
۱۲۰	..... ۶-۱. تحلیل نکاح موقت از دیدگاه جامعه‌شناسی
۱۲۲	..... ۶-۲. نکاح موقت به مثابه حکم حکومتی
۱۲۷	..... فصل هشتم: عیوب
۱۲۷	..... ۱. عیوب مجوز فسخ نکاح
۱۲۷	..... ۱-۱. جنون
۱۳۲	..... ۱-۲. خصاء
۱۳۴	..... ۱-۳. جَبّ
۱۳۵	..... ۱-۴. عَنَن (ناتوانی جنسی)
۱۴۲	..... ۱-۴-۱. راه‌های اثبات عَنَن
۱۴۵	..... ۱-۵. برص و جذام

۱۴۶.....	۱-۶. کوری و لنگی.....
۱۴۸.....	۱-۷. قَرَن، عَفْل، اِفْضَاء و رَتَق.....
۱۵۱.....	۲. فوری بودن فسخ نکاح.....
۱۵۲.....	۳. عدم نیاز به اذن حاکم شرع در فسخ نکاح.....
۱۵۳.....	۴. لزوم ارائه بیّنه برای مدّعی عیب.....
۱۵۳.....	۵. فرق بین فسخ و طلاق.....
۱۵۵.....	<b>فصل نهم: تدلیس</b> .....
۱۵۵.....	مقدمه.....
۱۵۶.....	۱. تعریف تدلیس.....
۱۵۸.....	۲. تدلیس و جواز فسخ.....
۱۶۲.....	۳. تدلیس از جانب مرد.....
۱۶۴.....	۴. تدلیس از جانب زن.....
۱۶۶.....	۵. دوشیزگی.....
۱۶۸.....	۶. مسائل تدلیس.....
۱۶۹.....	<b>فصل دهم: مهر</b> .....
۱۷۰.....	۱. مهرالمسمّی.....
۱۷۱.....	۲. شروط معتبر در مهر.....
۱۷۴.....	۳. مهرالمثل.....
۱۸۳.....	۴. تفویض مهریه.....
۱۸۶.....	۵. مهریه حال و مهریه مدّت دار.....
۱۸۸.....	۶. مالکیت پدر زوجه بر مهریه (شیربها).....
۱۹۰.....	۷. امتناع زوجه از تمکین، قبل از قبض مهریه (حق حبس).....
۱۹۱.....	۸. آثار حقوقی مالکیت زوجه بر مهریه.....
۱۹۴.....	۹. ناتوانی زوج از پرداخت مهریه.....

۱۹۴	۱۰. وضعیت مهریه در طلاق قبل از دخول.....
۱۹۶	۱۱. وضعیت مهریه در صورت فوت یکی از زوجین قبل از دخول.....
۱۹۸	۱۲. خلوت (معاشقه).....
۱۹۹	۱۳. اختلاف نظر زوجین درباره مهریه.....
۲۰۵	<b>فصل یازدهم: مالکیت زوجین بر وسایل منزل</b> .....
۲۱۱	تنصیف اموال بعد از طلاق.....
۲۱۳	<b>فصل دوازدهم: نسب</b> .....
۲۱۴	۱. دخول، فراش و قاعده امکان.....
۲۱۶	۲. کمترین مدّت بارداری.....
۲۱۶	۳. بیشترین زمان بارداری.....
۲۱۸	۴. فرزند حاصل از شبهه.....
۲۲۴	۴-۱. نسبت ناشی از تلقیح مصنوعی و رحم اجاره‌ای.....
۲۲۷	۵. کودک سر راهی.....
۲۲۸	۵-۱. نقد و تحلیل.....
۲۲۹	۶. فرزندخواندگی.....
۲۳۵	۷. راه‌های اثبات نسب.....
۲۳۷	<b>فصل سیزدهم: شیردهی و حضانت</b> .....
۲۳۷	۱. اهمیت شیر مادر.....
۲۳۷	۲. مدّت شیردهی.....
۲۳۸	۳. اجرت شیردهی.....
۲۴۲	۴. حضانت.....
۲۴۲	۵. حضانت بر عهده چه کسی است؟.....
۲۴۵	۶. شروط حضانت.....
۲۴۷	۷. مسافرت بردن کودک تحت حضانت.....

۲۴۸	.....	۸. اجرت حضانت
۲۴۸	.....	۹. فقدان پدر و مادر (سلسله مراتب حضانت)
۲۵۰	.....	۱۰. اسقاط حضانت
۲۵۳	.....	<b>فصل چهاردهم: نفقه</b>
۲۵۳	.....	۱. نفقهٔ زوجه
۲۵۴	.....	۱-۱. ویژگی‌های نفقه زن
۲۵۵	.....	۲. نشوز و اطاعت
۲۵۷	.....	۳. نفقهٔ زوجه مریض
۲۵۸	.....	۴. نفقه زن در عدهٔ طلاق
۲۶۱	.....	۴-۱. ماهیت حق زن بر نفقه
۲۶۲	.....	۵. چند مسئله
۲۶۸	.....	۶. نقش و جایگاه عرف در تعیین نفقهٔ زوجه
۲۷۲	.....	۷. هزینه‌های درمانی
۲۷۳	.....	۸. هزینه‌های زایمان
۲۷۴	.....	۹. تلف کردن، هبه‌دادن و مصالحه بر نفقه (مربوط به آینده)
۲۷۶	.....	۱۳. قضای نفقهٔ زوجه
۲۷۷	.....	۱۴. نفقه زن مطلقهٔ بائن مدعی حامله بودن
۲۷۸	.....	۱۵. موارد اختلافی
۲۸۱	.....	<b>فهرست منابع</b>

## مقدمه

در همه فرهنگ‌ها و ادیان الهی و نزد همه مکاتب فلسفی، خانواده زیربنایی‌ترین و با هویت‌ترین نهاد اجتماعی است که در سایه پیوند زناشویی ایجاد می‌شود.

در شریعت اسلام نیز خانواده موقعیت ممتازی دارد؛ از این رو، سیستم حقوقی اسلام به تنظیم روابط زوجین در سایه اصول بنیادینی مانند کرامت ذاتی انسان، عدالت، رشد و تعالی اخلاقی و... پرداخته است. بدین لحاظ، فقهای امامیه بخش مهمی از مباحث خود را به نکاح و روابط و مناسبات زوجین در جنبه‌های مالی و غیرمالی اختصاص داده‌اند.

تالیفات فقهی ضمن بیان احکام و آثار نکاح، الگوهایی را برگرفته از قوانین شریعت ترسیم کرده‌اند که متناسب با نیازهای طبیعی بشر و در جهت پاسخگویی مطلوب و رفع آنان بوده است. با اینکه تلاش‌های تحسین برانگیزی صورت گرفته است که الهام‌بخش قانونگذار ایران در تدوین مواد قانونی بوده و در عین حال امروزه با تغییرات شگرفی که در همه مناسبات اجتماعی به خصوص در روابط خانوادگی بین زوجین از یک‌سو و بین والدین و فرزندان از سوی دیگر صورت گرفته است، بازنگری در احکام فقهی خانواده و قوانین مربوطه امری ضروری می‌نماید.

در یکی دو سده اخیر تلاش برای کسب حقوق مدنی و اجتماعی از جانب زنان به یک مطالبه عمومی تبدیل شده و از دل مشغولی طبقه خاص روشنفکران خارج شده است. همچنین ورود زنان به صحنه‌های اجتماعی و دسترسی زنان و کودکان به سبک زندگی غربی و اطلاعات وسیع و بعضاً نادرست، باعث شده تا برخی قوانین و احکام فقهی زیر سؤال برود. همه اینها مطالعه مجدد در وضع قوانین و احکام فقهی متناسب با واقعیات را ایجاب می‌کند؛ اما نکته حائز اهمیت این است که مسئله زنان و فرزندان در ایران گرچه تحت تأثیر تغییرات جهانی است؛ ولی دارای ویژگی‌های مذهبی، فرهنگی و حقوقی مختص به خود است و در این زمینه تنها در صورتی موفقیت حاصل می‌شود که از الگوهای بومی منطبق با چهارچوب‌های شریعت

برای تعیین حقوق و تکالیف زوجین و والدین کمک گرفته شود. برای یک بررسی فقهی مؤثر و کارآمد، اولین تلاش و حرکت، استفاده از متنی متقن و درعین حال امروزی به عنوان متن درسی است که از اطلاعات بی فائده و نظریات منسوخ، به دور باشد.

اثر حاضر با درک این ضرورت کتاب «فقه الامام جعفر الصادق» اثر محمدجواد مغنیه از فقهای معاصر را که قلم موجز، روان و امروزی دارد، به عنوان جایگزین متون قدیمی تر محور کار خود قرار داده است. بعد از ترجمه کتاب، مباحثی در کادر اضافه شده که به غنای بیشتر مطالب کمک می کند. در مرحله اول دیدگاه های نویسنده با نظرات فقهای مشهور تطبیق داده شده تا خواننده بتواند تشخیص دهد آنچه بیان شده، نظر اختصاصی محمدجواد مغنیه است یا نظر اجماعی و یا مورد تأیید مشهور فقها است. در مرحله دوم برای اینکه کتاب برای طلاب علوم دینی و دانشجویان رشته های حقوق خصوصی، فقه و مطالعات زنان جنبه کاربردی پیدا کند، مواد قانونی مرتبط و نظرات حقوق دانان نیز آمده است.

از آنجاکه بررسی احکام و مقررات نکاح، رابطه مستقیمی با حقوق زنان و فرزندان دارد، مباحثی چالش برانگیز مانند فرزندخواندگی، تعدد زوجات، ازدواج موقت و... نیز به بوتۀ نقد و تحلیل گذاشته شده و نظرات غیر مشهور نیز همراه با ذکر دلایل بیان شده است تا خواننده بتواند راه خود را بیابد.

با تمام تلاش و دقتی که در تدوین این اثر صورت گرفته است، همچنان نیازمند نظرات عالمانه و دلسوزانه صاحب نظران هستیم و امیدواریم که مورد توجه جامعه محترم علمی و حوزوی قرار گرفته و ما را از راهنمایی های خود محروم نسازند.

لازم است تا از کسانی که در تدوین این اثر کمک کرده اند، خانم ها: دکتر زهرا موسوی، دکتر الهه صادقی، دکتر مرضیه کیان، دکتر زهرا درویش نوری، مرضیه محقق، مرجان اکرمی و مرجان شایان تشکر و تقدیر شود.

در پایان از پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و مدیران محترم آن که در چاپ این اثر ما را یاری رساندند، کمال تشکر و قدردانی می شود. امید است در برکات علمی نشر دانش و بهره های معنوی آن سهیم باشند.

و آخِرُ دَعْوَانَا أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ

# فصل اول

## مقدمات نکاح

### ۱. خواستگاری

خواستگاری - که در هنگام تقاضای ازدواج و قبل از اجرای صیغه عقد صورت می‌گیرد - امری مستحب بوده و الزامی نیست. استحباب آن به جهت تأسی به فعل نبی اکرم (ص) و ائمه (ع) است. شهید ثانی در کتاب مسالک به این مطلب (استحباب خواستگاری) تصریح کرده و آن را به همه علمای اسلامی نسبت داده است.<sup>۱</sup> وی در این مورد چنین می‌گوید: «اگر خطبه خواستگاری ترک شود از نظر همه علمای مذاهب اسلامی، عقد صحیح است و خللی به صحت نکاح وارد نمی‌کند، مگر داوود ظاهری که با این حکم مخالفت کرده است».<sup>۲</sup>

ازدواج دارای دو رکن است: یکی صیغه و دیگری زوجین؛ اما مهریه در نکاح، نه رکن است و نه شرط صحت عقد.

خواستگاری به‌عنوان یکی از مقدمات عقد نکاح عبارت است از پیشنهاد زناشویی از طرف مرد نسبت به زنی که بتواند با او ازدواج نماید.<sup>۳</sup> اصطلاح فقهی آن «خطبه» است.

۱. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۷، ص ۲۰.

۲. همان.

۳. امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۳۲۸.

قانونگذار یک فصل را با عنوان خواستگاری مطرح کرده است؛ ولی تنها یک ماده آن را به این بحث اختصاص داده و بقیه را درباره بحث نامزدی پرداخته است.

باتوجهبه اینکه از هر زنی نمی‌توان تقاضای ازدواج نمود، قانونگذار به تبعیت از فقه در ماده ۱۰۳۴ قانون مدنی چنین بیان داشته است: «هر زنی را که خالی از موانع نکاح باشد، می‌توان خواستگاری نمود»؛ بنابراین، خواستگاری از زنی که دارای مانعی برای نکاح باشد، مانند زن شوهردار یا زنی که از محارم نسبی یا سببی شخص محسوب می‌شود، مجاز نیست. همین‌طور زنی که در عده رجعیه است؛ چون وی در حکم زن شوهردار است و خالی از موانع نکاح به شمار نمی‌آید.<sup>۱</sup> البته قانونگذار به برخی جزئیات و ظرائفی که در فقه اشاره شده، پرداخته است؛ از این‌رو، قبل از پرداختن به شرح این مطلب، لازم است بگوییم که خواستگاری، ممکن است به دو صورت صریح و ضمنی صورت‌پذیرد. از نگاه فقهی در برخی موارد هر دو نوع خواستگاری جایز است و در برخی موارد هیچ‌کدام جایز نیست. در مواردی نیز یکی از دو نوع خواستگاری مجاز است. خواستگاری از زنانی که دارای همسر و در عده نباشند چه به صورت صریح و چه به صورت ضمنی صحیح است؛ اما در مورد زنانی که دارای همسر هستند، خواستگاری چه به صورت صریح و چه به صورت ضمنی حرام است. در مورد زنی که در عده رجعی است، فقط خواستگاری غیر همسر، به صورت صریح حرام و به صورت ضمنی جایز است؛ زیرا وی در حکم زوجه (زن متأهل) است. اما در مورد طلاق سوم، خواستگاری ضمنی چه توسط زوج و چه توسط غیر زوج جایز است و خواستگاری صریح توسط زوج و غیر زوج جایز نمی‌باشد. در عده طلاق نهم، تصریح و تعریض از جانب زوج جایز نیست و تصریح از جانب غیر زوج صحیح نمی‌باشد؛ ولی در عده وفات خواستگاری ضمنی صحیح است.<sup>۲</sup>

برخی حقوق‌دانان معتقدند اجرای ماده ۱۰۳۴ ضمانت اجرای حقوقی ندارد، مگر اینکه در اثر خواستگاری غیر مجاز زیانی به زن وارد آید که در این صورت زن می‌تواند به علت تقصیر

۱. صفایی و امامی، مختصر حقوق خانواده، ص ۳۳.

۲. مستند این حکم آیه ۲۳۵ سوره بقره است که خداوند می‌فرماید: «وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنُتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِيمَ اللَّهِ أَنَّكُمْ سَأَلْتُمُوهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا»؛ گناهی بر شما نیست که به‌طور کنایه (از زنان همسر مرده) خواستگاری کنید و یا در دل تصمیم بر این کار بگیرید. خداوند می‌داند که شما به یاد آنها خواهید افتاد ولی پنهانی قرار زناشویی نگذارید مگر به طرز پسندیده‌ای.



خواستگار و از باب مسئولیت مدنی از او مطالبه خسارت کند یا اینکه خواستگاری طبق ماده ۶۱۹ قانون مجازات اسلامی<sup>۱</sup> (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) مصوب ۱۳۷۵، تعرض یا مزاحمت تلقی شود که در این صورت مرتکب، مستحق مجازات کیفری خواهد بود.<sup>۲</sup>

## ۲. نامزدی

در اعمال مقدماتی ازدواج بعد از مرحله خواستگاری، نوبت نامزدی می‌رسد. مرحله‌ای که شامل دوران پس از موافقت زن و قبل از عقد نکاح می‌شود؛ به عبارت دقیق‌تر، در صورتی که از طرف مردی نسبت به زنی خواستگاری صورت گیرد و بعداً با او ازدواج نماید و زن موافقت کند، آن را در اصطلاح عرف نامزدی گویند و هر یک از آن دو، نامزد دیگری خوانده می‌شود.<sup>۳</sup> در مورد ماهیت نهاد نامزدی اختلاف نظر وجود دارد. برخی معتقدند: «نامزدی وعده ازدواج است که تعهد اخلاقی ایجاد می‌نماید».<sup>۴</sup> البته درجه ضعیفی از تعهدات است. در مقابل، برخی دیگر معتقدند نامزدی یا وعده ازدواج، قراردادی است که بین دو نفر به منظور ازدواج در آینده بسته می‌شود. آنها معتقدند نامزدی را نمی‌توان صرفاً یک تعهد اخلاقی دانست؛ چون اصولاً جای بحث از تعهدات اخلاقی در کتب اخلاق است نه در قانون.<sup>۵</sup> قانونگذار در ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی به نامزدی پرداخته است. باتوجه به اینکه این بخش از قانون مدنی الهام گرفته از سوئیس است، ماهیت نامزدی نزد این عده، مطابق حقوق سوئیس یک قرارداد است (قراردادی جایز که طرفین می‌توانند آن را فسخ کنند).<sup>۶</sup>

از آنجاکه پذیرفتن هر یک از نظریات در مورد ماهیت نامزدی موجب ایجاد علقه زوجیت نمی‌شود، امکان برهم‌زدن آن وجود دارد. ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی در این باره اشعار می‌دارد: «وعده ازدواج ایجاد علقه زوجیت نمی‌کند، اگرچه تمام یا قسمتی از مهریه که بین طرفین

۱. هرکس در اماکن عمومی و یا معابر متعرض یا مزاحم اطفال یا زنان شود یا با الفاظ و حرکات مخالف شئون و حیثیت به آنان توهین نماید، به حبس از دو تا شش ماه و ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد.
۲. صفایی و امامی، مختصر حقوق خانواده، ص ۳۴.
۳. امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۳۲۸.
۴. همان، ص ۳۲۹.
۵. صفایی و امامی، مختصر حقوق خانواده، ص ۳۴-۳۵.
۶. همان، ص ۳۵.

موقع ازدواج مقرر گردیده، پرداخت شده باشد؛ بنابراین، هریک از زن و مرد مادام که عقد نکاح جاری نشده، می‌تولند از وصلت امتناع کند و طرف دیگر نمی‌تولند به هیچ وجه او را مجبور به ازدواج کرده و یا به جهت امتناع از وصلت، مطالبه خسارت نماید».

حقوق دانان در مورد مطالبه خسارات ناشی از برهم خوردن نامزدی، قائل به تفصیل شده و معتقدند زیان‌های ناشی از برهم زدن ناموجه نامزدی، طبق قواعد عمومی مسئولیت مدنی (ماده ۳۳۱ قانون مدنی و ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی) قابل مطالبه است.<sup>۱</sup> باید گفت مورد فوق‌الذکر یکی از مصادیق قاعده لاضرر و اصل ۴۰ قانون اساسی است. در واقع برهم زدن نامزدی بدون علت موجه، یک نوع سوءاستفاده از حق و تقصیر است که موجب ضمان و مسئولیت مدنی خواهد بود.<sup>۲</sup>

### ۳. هدایا

معمول است که در دوره نامزدی، هدایایی از طرف نامزدها و خویشاوندانشان به طرف دیگر داده می‌شود. هدیه از منظر حقوق دانان و عرف، همان هبه است؛ ولی هدایایی که در دوره نامزدی داده می‌شود، تابع مقررات خاصی است و قواعد هبه درباره آنها به طور کامل اجرا نمی‌شود.<sup>۳</sup> قانونگذار در مورد هدایای نامزدی قائل به امکان مطالبه شده و در ماده ۱۰۳۷ مقرر می‌دارد: «هریک از نامزدها می‌تواند در صورت به هم خوردن وصلت منظور، هدایایی را که به طرف دیگر یا ابوی او برای وصلت منظور داده، مطالبه کند. اگر عین هدایا موجود نباشد مستحق قیمت هدایایی خواهد بود که عادتاً نگاه داشته می‌شود، مگر اینکه آن هدایا بدون تقصیر طرف دیگر تلف شده باشد». وفق ماده ۱۰۳۸ همان قانون، در مواردی که وصلت منظور در اثر فوت یکی از نامزدها به هم بخورد، امکان مطالبه و رجوع به قیمت هدایای مصرف شده و از بین رفته وجود ندارد.

۱. همان، ص ۳۶.

۲. همان.

۳. همان، ص ۳۷.

---

## فصل دوم

### ماهیت حقوقی نکاح

---

#### ۱. صیغه

صیغه نکاح دارای شرایطی است که در ذیل به آنها اشاره می‌شود.

#### ۱-۱. ایجاب و قبول لفظی

در عقد نکاح، ایجاب و قبول لفظی از طرف دختر و پسر (موجب و قابل) و یا کسی که از طرف آن دو از طریق وکالت یا ولایت، نیابت داشته باشد، شرط است.

عقد ازدواج به صرف رضایت طرفین و معاطات صحیح نبوده و واقع نمی‌شود. همچنین با «اشاره» و «نوشتن» نیز در صورتی که فرد قدرتی بر سخن گفتن داشته باشد، صحیح نیست.

همین مسئله نقطه افتراق عقد ازدواج با سایر عقود است.

امکان دارد سؤال شود که چرا باید روی الفاظ تأکید کرد، در حالی که الفاظ تنها وسیله‌ای برای کشف رضایت و اراده است؟ اگر تأکید اصلی روی رضایت باشد، آیا بودن و نبودن الفاظ، یکسان خواهد بود؟!

پاسخ این است که هدف از تلفظ صیغه نکاح، التزام به زوجیت و آثار آن است، به نحوی که مجالی برای گریز از آن باقی نماند، درست مانند امضای معاهده توسط دو دولت؛ بلکه زوجیت

مهم‌تر و خطیرتر از معاملات تجاری و معاهدات بین دولت‌ها است؛ زیرا ازدواج میثاق محکمی بین زوجین است. گفته شده که این تعبیر در آیه ۲۱ سوره نساء آمده است: «وَ أَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا»؛ و آنان از شما پیمانی محکم (به وسیله عقد ازدواج) گرفته‌اند؛ لذا همان‌طور که سخنان و وعده‌ها در مورد دولت‌ها یا متبایعین با نوشتن رسمیت پیدا می‌کند، بین دختر و پسر هم میثاقی بسته نشده و التزامی بین آنها ایجاد نمی‌شود مگر با الفاظی که به منزله نگارش باشد. پس هرگاه یکی از آن دو، صیغه را به زبان آورد، در واقع خود را به آن ملزم و مقید به عهد و میثاقش کرده است. به تعبیر صحیح‌تر، شخص با انشای الفاظ خود را به بند می‌کشد.

اولین مرحله برای انعقاد نکاح، قصد و رضایت طرفین است؛ زیرا مطابق ماده ۱۹۰ قانون مدنی، قصد یا اراده و رضایت طرفین، شرط صحت کلیه عقود است و عقد نکاح از این امر مستثنا نیست. البته اراده باطنی - یکی از افعال نفسانی - به‌تنهایی برای انعقاد نکاح کافی نیست، اگرچه بین اراده زوجین توافق به وجود آید؛ چراکه باید مقرون به چیزی باشد که بر قصد دلالت کند.<sup>۱</sup> براین اساس، لازم است اراده زوجین به صورت ایجاب و قبول ابراز شود؛ از این رو، به مجرد رضایت قلبی دو طرف، نکاح به شیوه معاطاتی - در غالب معاملات - و نوشتن ایجاب و قبول و یا اشاره به آنها در غیر افراد اخرس، کفایت نمی‌کند.<sup>۲</sup>

قانونگذار نیز به پیروی از فقهای امامیه، این مطلب را پذیرفته و برای صیغه نکاح لفظی، موضوعیت قائل شده است. اگرچه در استفاده از الفاظ، انحصار قائل نشده و ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی اشعار می‌دارد: «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول بالفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج بنماید». قانونگذار اشاره را تنها در مورد متعاقدين لال پذیرفته و در ماده ۱۰۶۶ مقرر داشته است: «هرگاه یکی از متعاقدين یا هر دو لال باشند عقد به اشاره از طرف لال نیز واقع می‌شود، مشروط بر اینکه به‌طور وضوح حاکی از انشای عقد باشد».

در مورد نوشتن صیغه نکاح باید گفت که در قراردادهای مالی بی‌شک نوشته می‌تواند بیانگر اراده عقد قرارداد باشد؛ اما در نکاح مسئله قابل‌بحث است. فقهای اسلامی اعم از شیعه و سنی، معمولاً نوشته را برای تحقق نکاح کافی ندانسته و استدلال می‌کنند که نوشته در بیان مقصود صراحت کافی ندارد و اصل در بیان مقصود، لفظ است و از نظر دلالت بر

۱. امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۴۱۵.

۲. اسلامی، ترجمه تحریر الوسیله امام خمینی، ج ۴، ص ۴۳۹.

مقاصد اغراض اقوی است. حتی اگر طرف عقد لال باشد، به گفته گروهی از فقها نمی‌تواند با نوشتن، اراده خود را نسبت به نکاح اعلام کند، مگر اینکه اشاره یا قرینه‌ای نیز همراه آن باشد.<sup>۱</sup> البته برخی فقها در مقابل معتقدند، اگر کتابت به‌وضوح بر قصد نکاح دلالت نماید، مانعی از پذیرش آن وجود ندارد.<sup>۲</sup>

## ۲-۱. استفاده از الفاظ خاص

اتفاق نظر وجود دارد که ایجاب در عقد ازدواج دائم، با لفظ «رَوَّجْتُ» و «انكحْتُ» واقع می‌شود. برخی فقها معتقدند تنها از این دو لفظ می‌توان استفاده کرد و به غیر این الفاظ، نکاح واقع نمی‌شود. دلیل بر این مطلب، قول خداوند متعال در آیه ۳۷ سوره احزاب است: «فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَا كَهَا»؛ چون زید نیازش را از آن زن برآورد و از او جدا شد، وی را به نکاح تو درآوردیم و در آیه ۲۲ سوره نساء می‌فرماید: «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ»؛ با همسر پدرتان ازدواج نکنید. مراد از نکاح در این آیه، عقد نکاح است. در اینکه آیا می‌توان با لفظ «مَتَّعْتُ»، نکاح دائم را منعقد کرد، اختلاف نظر وجود دارد؛ اکثر فقها بنا بر ادعای صاحب مسالک،<sup>۳</sup> به عدم وقوع نکاح معتقدند؛<sup>۴</sup> زیرا اصل عصمت فروج است. تنها در موارد یقینی یعنی اجرای صیغه نکاح با لفظ زَوَّجْتُ و انكحْتُ می‌توان از این اصل عدول کرد، ولی سایر موارد تحت اصل منع، باقی می‌ماند. علاوه بر آنکه در ازدواج، رایحه عبادی بودن آن وجود دارد که متوقف بر امر شارع است. صاحب مسالک می‌گوید: «ازدواج مبتنی بر احتیاط است و شائبه عبادی بودن آن نیز وجود دارد؛ در نتیجه (نحوه اجرای آن) باید از شارع اخذ گردد».<sup>۵</sup> دلیل دیگر بر اینکه با هر لفظی نمی‌توان صیغه نکاح را منعقد ساخت، اصل تحریم فروج است. این اصل را باید همواره استصحاب کرد تا جایی که سبب حلیت به اثبات برسد. اما در جنبه قبول، هر لفظی که صراحتاً دال بر رضایت باشد، کفایت می‌کند. مانند: «قبلتُ» و «رضیتُ». صاحب‌جواهر در این مورد می‌گوید: «بدون هیچ‌گونه اختلاف نظری، رضایت با دو لفظ قبلتُ

۱. صفایی و امامی، مختصر حقوق خانواده، ص ۴۹.

۲. نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۲.

۳. شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۷، ص ۸۵.

۴. همان، ص ۸۶.

۵. همان، ص ۸۶.

و رضیّت حاصل می‌شود و اشکالی بر آن نیست.<sup>۱</sup> چنانچه مرد در مقام قبول به گفتن قبلت اکتفا کند و تصریح نکند که چه چیزی را قبول کرده، از نظر مصنف اشکالی بر آن نیست، مانند سایر عقود که در آنها نیز لازم نیست قابل، اشاره کند که به چه قراردادی رضایت داده است.

برخی از فقها در مورد استفاده از الفاظ خاص، معتقدند: «عقد نکاح با دو لفظ «زَوْجْتُ» و «أَنْكَحْتُ» واقع می‌شود و با کلمات مشابه و حتی ترجمه آن در سایر زبان‌ها مثل فارسی و ترکی، از این دو لفظ نمی‌توان عدول کرد.<sup>۲</sup> برخی فقهای معاصر وسعت نظر بیشتری به خرج داده و بنا بر احتیاط، قائل به استفاده از این دو لفظ شده‌اند: «احتیاط آن است که ایجاب نکاح دائم با دو لفظ أَنْكَحْتُ یا زَوْجْتُ باشد؛ پس بنا بر احتیاط، با لفظ مَتَّعْتُ واقع نمی‌شود؛ اگر چه اقوی آن است که با آن هم واقع می‌شود، اگر چیزی با آن بیاورد که آن را ظاهر در دائم قرار دهد.»<sup>۳</sup> در جانب قبول گفته‌اند: «احتیاط واجب آن است که قبول به لفظ قَبَلْتُ یا رَضَيْتُ باشد و در قبول جایز است که بعد از ایجاب، فقط به گفتن قَبَلْتُ بدون متعلقاتی که در ایجاب ذکر شده، اکتفا شود.»<sup>۴</sup>

مقنن در قانون مدنی، انحصار الفاظ در ایجاب را نپذیرفته و فقط به شرط صراحت در ماده ۱۰۶۲ اکتفا کرده است. برخی حقوق‌دانان بیان داشته‌اند: «از لزوم صریح بودن ایجاب و قبول باید نتیجه گرفت که ازدواج عقد تشریفاتی است و تنها با بیان الفاظ خاصی منعقد می‌شود.»<sup>۵</sup>

### ۱-۳. ماضویت صیغه

در اینکه آیا لازم است صیغه نکاح را به صیغه ماضی منعقد ساخت یا می‌توان از ساختارهای دیگری مانند مضارع، اسم فاعل و... کمک گرفت، دو نظریه مطرح شده است؛ مشهور فقها - بر اساس نقل صاحب مسالک - معتقدند: صیغه عقد نکاح دائم، جز به لفظ ماضی منعقد نمی‌شود؛<sup>۶</sup> بنابراین، موجب باید از «زَوْجْتُ» استفاده کند نه «اترَوْجُ». در مقابل، بسیاری از

۱. نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۳۴.

۲. همان، ص ۱۴۱.

۳. موسوی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۶۴.

۴. همان.

۵. کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ج ۱، ص ۳۴.

۶. شهیدثانی، مسالک الافهام، ج ۷، ص ۸۷.

محققین گفته‌اند: عقد ازدواج با غیر صیغه ماضی هم منعقد می‌شود. صاحب مسالک در مقام ردّ نظر مشهور، این‌گونه استدلال کرده است: «بدیهی است که مقصود اصلی از عقد، دلالت آن بر قصد باطنی می‌باشد و لفظ تنها کاشف از آن است. پس هر لفظی که بتواند بر قصد باطنی متقاعد کند، علی‌القاعده باید معتبر باشد. این نحوه استدلال که گفته‌اند تنها صیغه ماضی صراحت در انشاء دارد، ممنوع است؛ زیرا اصل در ماضی، اخبار می‌باشد نه انشاء و اینکه پذیرفته شده صیغه ماضی دالّ بر انشاء باشد، به طریق نقل است وگرنه صیغه ماضی به خودی خود افاده انشاء نمی‌کند و با وجود قرینه خارجی، چنین دلالتی دارد؛ لذا همین مسئله در غیر صیغه ماضی نیز امکان دارد».<sup>۱</sup>

شیخ انصاری در ردّ نظر مشهور از استدلال دیگری استفاده کرده، می‌گوید: «عقد موقت را می‌توان با لفظ «أَتَزَوَّجُكَ» منعقد ساخت (مضارع بودن در عقد متعه جایز است) و این مطلب بنا بر روایتی از اهل بیت علیهم‌السلام به دست می‌آید. اگر این کار در نکاح منقطع جایز باشد، در نکاح دائم هم علی‌القاعده باید جایز باشد؛ زیرا این دو از حیث اینکه هر دو عقد لازم هستند، فرقی ندارند».<sup>۲</sup>

همان‌طور که مصنف بیان کرد، شرط ماضویت از نظر مشهور فقها الزامی دانسته شده است.<sup>۳</sup> ولی بسیاری از فقهای بنام برآنند که نکاح با غیر ماضی نیز واقع می‌شود. قانونگذار برخلاف دیدگاه مشهور، شرط ماضویت را نپذیرفته و اطلاق ماده ۱۰۶۲، این نظر را تأیید می‌کند. البته در این مورد بین حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی رعایت شرط ماضویت را لازم دانسته و بیان داشته‌اند برای آنکه قصد انشاء نکاح به وسیله لفظ اعلام شود، باید آن لفظ به صیغه ماضی باشد.<sup>۴</sup> در مقابل، برخی دیگر از حقوق‌دانان به استناد نظر برخی فقها چنین گفته‌اند که نکاح به صیغه غیر ماضی نیز واقع می‌شود؛ زیرا مهم در عقد، قصد باطنی بوده و لفظ کاشف از آن است، پس هر لفظی که دالّ بر اراده نکاح است، باید معتبر باشد.<sup>۵</sup>

۱. همان، ص ۸۷.

۲. انصاری، کتاب النکاح، ص ۷۸.

۳. شهید اول، لمعه دمشقیه، ترجمه علی شیروانی، ج ۲، ص ۵۲.

۴. امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۴۱۶.

۵. صفایی و امامی، مختصر حقوق خانواده، ص ۵۰.

### ۱-۴. عربی بودن صیغه

همه فقها اتفاق نظر دارند که عقد ازدواج در صورتی که عاقد از ادای آن به لفظ عربی عاجز باشد، به غیر عربی منعقد می‌شود. اختلاف نظر در جایی است که قدرت به عربی گفتن وجود دارد. مشهور - بر اساس ادعای صاحب حدائق - معتقدند عقد نکاح با صیغه غیر عربی منعقد نمی‌شود.<sup>۱</sup> در مقابل، عده‌ای همچون شیخ انصاری و سید حکیم معتقدند نکاح با الفاظ غیر عربی از سایر زبان‌ها نیز منعقد می‌شود. شیخ انصاری در مقام ردّ نظر مشهور در ملحقات مکاسب خویش گفته است: «دلیلی بر اعتبار عربیت نیست و استدلال معتقدان بر این باور که در صورت قدرت بر انشاء صیغه عربی، بر غیر عربی آن عقد صدق نمی‌کند، استدلال مردودی است؛ زیرا قدرت، تأثیری در معانی و مدلول الفاظ ندارد».<sup>۲</sup>

همه فقها در مورد انعقاد عقد نکاح با نوشتن صیغه، چنین اتفاق نظر دارند که عقد ازدواج با نوشتن صیغه منعقد نمی‌شود. همچنین اتفاق نظر دارند که شخص اخرسی که قادر بر وکیل گرفتن است، در صورتی که نوشتن بلد نباشد، می‌تواند با اشاره‌ای که صراحت کافی بر قصد ازدواج دارد، نکاح را منعقد نماید و همان کفایت می‌کند (لازم نیست وکیل بگیرد تا الفاظ صیغه را تلفظ کند). اما چنانچه سواد نوشتن داشته باشد، بهتر است بین نوشتن و اشاره مفهمه، جمع کرده و هر دو را انجام دهد. مستند این حکم یعنی جواز اشاره برای اخرس، روایتی از امام علیه السلام در مورد اخرسی است که نه توان نوشتن دارد و نه توان شنیدن. پرسیده شد چگونه طلاق دهد؟ حضرت فرمودند: «از افعالش فهمیده می‌شود».<sup>۳</sup>

در مورد شرط عربیت صیغه، اختلاف نظر وجود دارد. برخی فقهای معاصر معتقدند: احتیاط لازم آن است که ایجاب و قبول به لفظ عربی باشد؛ پس غیر عربی، از لغات دیگر مجزی نمی‌باشد. در صورت عجز از عربی، به غیر عربی جایز است؛ لذا باید به عبارتی باشد که معنای آن همان معنای لفظ عربی باشد، به طوری که ترجمه آن شمرده شود.<sup>۴</sup> برخی دیگر از فقهای معاصر و غیر معاصر، قائل به شرط عربیت نبوده و معتقدند: ترجمه صیغه عقد به فارسی یا زبان

۱. بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۶۷.

۲. انصاری، کتاب النکاح، ص ۷۹.

۳. حرّ عاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص ۴۷.

۴. موسوی خمینی، تحریر الوسیلة، ج ۲، ص ۲۶۴-۲۶۳.



دیگر با وجود قدرت بر عربی کافی است و عربی بودن صیغه، احتیاط مستحب است و برای کسی که نمی‌تواند صیغه عربی را بخواند و یا وکیل بگیرد، فقط ترجمه کافی است.<sup>۱</sup> قانونگذار شرط عربیت را در مواد قانونی نگنجانده است؛ لذا برخی حقوق دانان گفته‌اند: عربیت شرط تحقق نکاح نیست؛ یعنی لازم نیست ایجاب و قبول عربی باشد؛ زیرا خصوصیتی در به‌کاربردن الفاظ عربی وجود ندارد و اطلاق ماده ۱۰۶۲ هم این نظر را تأیید می‌کند.<sup>۲</sup>

### ۱-۵. موالات

مشهور است که توالی بین ایجاب و قبول در انعقاد عقد ازدواج شرط است، به‌گونه‌ای که چنانچه فاصله طولانی بین آنها باشد، عقد محقق نمی‌شود. در مقابل، سید حکیم در کتاب مستمسک می‌گوید: صدق عقد متوقف بر فوریت نیست و همچنین اتحاد مجلس (دختر و پسر در مکان واحد باشند) نیز دخلی در صدق عقد ندارد ولو اینکه فاصله طولانی باشد، خللی ایجاد نمی‌کند.<sup>۳</sup> صاحب‌جواهر نیز یکی دیگر از مخالفان مشهور است و در این زمینه چنین می‌گوید: دلیلی بر اعتبار اتحاد مجلس چه در عقد ازدواج و چه در سایر عقود وجود ندارد.<sup>۴</sup> از نظر مصنف -همان‌گونه که در جلد سوم کتابش آورده- آنچه در مورد ایجاب و قبول لازم است، آن است که اراده موجب تا زمان قبول، همچنان وجود داشته باشد (یعنی قبول باید در زمانی گفته شود که ایجاب هنوز به حیات خود ادامه می‌دهد)، وگرنه فاصله -زمانی یا مکانی- بین ایجاب و قبول، مشکلی ندارد.

توالی که در فقه و قانون جزء شرایط صیغه نکاح است، بدان معناست که باید فاصله بین ایجاب و قبول به‌گونه‌ای باشد که آن دو مرتبط دانسته شوند. «عرف» ملاک توالی بین ایجاب و قبول است. توالی، به معنای حذف فاصله به صورت کلی نیست؛ بلکه اگر فاصله وجود داشته باشد نه به حدی که توالی آن از منظر عرف از بین برود، صیغه به نحو صحیح ابراز شده است.<sup>۵</sup> قانونگذار منطبق بر دیدگاه مشهور فقهی، شرط توالی ایجاب و قبول را در نکاح پذیرفته و در ماده ۱۰۶۵ مقرر می‌دارد: «توالی عرفی ایجاب و قبول، شرط صحّت عقد است».

۱. همان.

۲. صفایی و امامی، مختصر حقوق خانواده، ص ۵۰.

۳. طباطبایی حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۷۹.

۴. نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۳.

۵. صفایی، مختصر حقوق خانواده، ص ۵۱؛ امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۴۱۷.

## ۶-۱. تعلیق

مشهور فقها بر آنند که تعلیق، مبطل عقد ازدواج است؛ پس چنانچه زن بگوید در صورتی به تزویج تو درمی‌آیم که فلانی راضی باشد یا فلان حادثه اتفاق بیفتد، عقد باطل است. قائلان به این نظریه، دلیلی بر بطلان عقد ندارند جز گمان بر اینکه آثار عقد باید بلافاصله مترتب شود و امکان ندارد که آثار عقد را به آینده موکول کرده و به عقب انداخت. مصنف ضمن شروط عقد، در این مورد به طور مفصل صحبت کرده و این گمان و توهم را باطل دانسته است. با این حال، وی معتقد است که باید شرط تنجیز را نسبت به عقد ازدواج مراعات کرد؛ زیرا نکاح با سایر عقود معاوضی از چند جهت فرق دارد و همین ویژگی باعث می‌شود تا عقد نکاح را ملحق به امور توقیفیه دانست.

منظور از عقد معلّق، قراردادی است که تأثیر آن موقوف به امر دیگری باشد و تا آن امر محقق نشود، این نوع عقد اثر کامل خود را به بار نمی‌آورد (ماده ۱۸۹ قانون مدنی). در نقطه مقابل آن، عقد منجّز آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء و اراده طرفین موقوف به امر دیگری نیست. عقد معلّق به طور کلی در حقوق ایران صحیح و معتبر است؛<sup>۱</sup> لذا هر عقدی را می‌توان به طور معلّق منعقد ساخت، در صورتی که قانون تصریح به لزوم تنجیز در مورد آن ننموده باشد. در مورد نکاح، قانون مدنی نظر به اهمیت خاص آن، جنبه عمومی و اجتماعی را بر جنبه خصوصی آن برتری داده است و آزادی اراده افراد را در انعقاد آن محدود نموده و تنجیز را شرط صحّت عقد نکاح قرار داده است.<sup>۲</sup>

باتوجه به اینکه قانونگذار در ماده ۱۰۶۸ مقرر می‌دارد: «تعلیق در عقد نکاح موجب بطلان است، رابطه زناشویی و وضع خانواده از آغاز باید روشن، قطعی و منجّز باشد نه متزلزل و معلّق»؛ لذا تعلیق با هدف استحکام رابطه زناشویی سازگار نیست. در ماده فوق‌الذکر لفظ تعلیق به صورت مطلق آمده است که به موجب این اطلاق هر نوع تعلیق در عقد نکاح اگرچه بر یکی از شرایط صحّت عقد باشد، موجب بطلان عقد نکاح است،<sup>۳</sup> مانند آنکه زن به مرد بگوید: با تو ازدواج کردم به شرط اینکه برادر رضاعی من نباشی؛ مگر اینکه طرفین بدانند که

۱. صفایی و امامی، حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن، ج ۱، ص ۴۳.

۲. امامی، همان.

۳. امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۴۱۷.

شرط صحّت در هنگام عقد موجود است. این بحث تعلیق در مورد امری که زمان عقد محقق و موجود بوده، نیز مطرح می‌شود، مانند اینکه مرد بگوید: اگر امروز جمعه باشد با فلان زن عقد نکاح بستم. چنین نکاحی را فقها تأیید کرده‌اند؛<sup>۱</sup> زیرا تعلیق در اینجا صوری است.

### ۷-۱. تقدم و تأخر ایجاب و قبول

اصل بر این است که ایجاب از جانب زن و قبول از جانب مرد باشد؛ یعنی زن یا وکیلش بگوید خودم را به تزویج این مرد در آوردم و مرد یا وکیل او قبول کند. با این وجود، مشهور، تقدیم قبول بر ایجاب را جایز می‌دانند. شهید ثانی برای جواز تقدیم قبول بر ایجاب در شرح لمعه چنین استدلال می‌کند:

عقد، مجموع ایجاب و قبول است و ترکیب میان ایجاب و قبول به هر نحوی واقع شود، خللی به مقصود نمی‌رساند. در عقد نکاح نکته شاخص دیگری نسبت به سایر عقود وجود دارد، اینکه ایجاب عقد نکاح باید از سوی زن صورت گیرد و زن غالباً از اینکه شروع‌کننده باشد حیا می‌کند؛ لذا در اینجا از مقدم دانستن ایجاب صرف نظر شده و در غیرنکاح تقدیم ایجاب بر قبول لازم دانسته شده است. به همین دلیل، برخی فقها ادعا نموده‌اند که تقدم ایجاب بر قبول در مورد عقد نکاح اجماعی است.<sup>۲</sup>

ایجاب زن می‌تواند با صرف قبول کردن پیشنهاد مرد و جواب مثبت دادن به درخواست او باشد. مستند فقهی آن روایت امام صادق علیه السلام به نقل از ابان بن تغلب است: هرگاه زنی بعد از پیشنهاد به ازدواج موقت «بله» بگوید، حضرت فرمود: «آن زن زوجه توست و تو نسبت به آن زن بر همه اولی هستی».<sup>۳</sup>

در مورد شرط تقدم ایجاب بر قبول، گرچه قبول، فرع بر ایجاب و تابع آن است و تحقق قبول قبل از ایجاب منطقی نیست، اما اکثر فقهای امامیه تقدم ایجاب بر قبول را شرط نمی‌دانند. به نظر نمی‌رسد در حقوق جدید هم مانعی باشد که نخست مرد اراده خود را اعلام

۱. موسوی خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۶۷.

۲. شهید ثانی، شرح اللمعة، ج ۵، ص ۱۱۰.

۳. حرّ عاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۴۳.

کرده و سپس زن قصد خود را اظهار نماید.<sup>۱</sup> ممکن است در این موارد ایجاب از طرف مرد و قبول از جانب زن واقع شود که احتمال می‌رود مقصود از تقدم قبول بر ایجاب، همین باشد.<sup>۲</sup>

### ۸-۱. شرط خیار

صاحب‌جواهر نقل کرده است که در مورد عدم صحّت شرط خیار چه در ازدواج دائم و چه موقت، بین فقها اتفاق نظر وجود دارد.<sup>۳</sup> براین اساس، اگر زوج یا زوجه ضمن عقد برای مدت‌زمان معینی، فسخ و رجوع از عقد را شرط نمایند، شرط فاسد است؛ زیرا عقد نکاح، فسخ و اقاله را قبول نمی‌کند؛ اما در مورد اینکه خود عقد نیز فاسد می‌شود یا صرفاً شرط فاسد است، اختلاف نظر است.<sup>۴</sup> مشهور فقها - بنا بر نظر صاحب‌جواهر - معتقدند عقد نیز فاسد است. صاحب‌جواهر در مقام استدلال بر بطلان نکاح، این‌گونه بیان می‌دارد:

می‌دانیم که در عقد ازدواج خیار قابل قبول نیست؛ زیرا دارای وجهه عبادی است و فسخ آن محصور به عیب‌های منصوصه است - همان‌طور که می‌آید - بدین لحاظ، برخلاف سایر عقود معاوضی، اقاله هم در آن جاری نمی‌شود؛ لذا شرط خیار در عقد نکاح، با مقتضای آنکه برگرفته از ادله شرعی است، منافات دارد. از همین جهت (اینکه با مقتضای عقد منافات دارد) باعث بطلان عقد نکاح نیز می‌شود.<sup>۵</sup>

گروهی از فقها<sup>۶</sup> معتقدند: فقط شرط باطل است؛ ولی خود عقد صحیح است. نویسنده کتاب هم بر همین رأی است؛ زیرا معتقد است عقد نکاح، دارای احکام ویژه خود است و مانند سایر عقود نیست.

شرط خیار عبارت است از اینکه برای مدّت معینی برای طرفین یا یکی از آنها یا شخص ثالث حق فسخ قرار داده شود. بطلان عقد نکاح با شرط خیار، مورد توافق همه فقها است. در قانون نیز به تبعیت از فقه، این امر پذیرفته شده نیست؛ اما قانونگذار برخلاف نظر مشهور

۱. صفایی، مختصر حقوق خانواده، ص ۵۰.

۲. صفایی و امامی، حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن، ج ۱، ص ۴۸.

۳. نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۹.

۴. همان، ص ۱۵۰.

۵. همان، ج ۳۱، ص ۱۰۶.

۶. ابن‌ادریس، السرائر، ج ۱۲، ص ۵۷۵؛ سید یزدی، العروة الوثقی، ج ۵، ص ۶۰؛ طباطبایی حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۰۷.

فقهها، فقط شرط مزبور را باطل دانسته و آن را جزء شروط مُبطل به حساب نمی‌آورد. قانونگذار در ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی مقرر داشته است: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است...»؛ لذا با بیان حکم به فساد شرط و سکوت نسبت به عقد، عقد نکاح صحیح خواهد بود؛<sup>۱</sup> زیرا نکاح و شرط دو چیز است. به عبارت دیگر، تعدّد مطلوب در اینجا وجود دارد. بدین جهت بطلان شرط به صحت نکاح لطمه‌ای نمی‌زند. به علاوه، نکاح، قراردادی استثنایی و منشأ تشکیل خانواده است و بقا و تثبیت خانواده همواره مطلوب است. نویسندگان حقوقی، علت بطلان چنین شرطی را این‌گونه مستدل کرده‌اند: «خانواده سلول اولیه جامعه است که به وسیله توالد و تناسل بقای آن را تضمین می‌نماید و فسخ نکاح موجب انهدام آن است».<sup>۲</sup> دیگران نیز به این موضوع تصریح کرده‌اند.<sup>۳</sup>

#### ۹-۱. حضور شهود در نکاح

همه فقها جز ابن‌ابی‌عقیل، بر این اتفاق نظر دارند که حضور شاهد در ازدواج دائم، مستحب است و واجب نیست. صاحب‌جوهر در این مورد می‌گوید: «عدم وجوب شاهد بین فقها معروف است و قول بر وجوب، نظر شاذ است».<sup>۴</sup> عدم وجوب شاهد از آن جهت است که استشهاد، شرط زائد بوده و اصل بر عدم آن است، مگر دلیلی آن را اثبات کند و دلیلی در این مورد وجود ندارد. روایتی از اهل سنت و شیعه نقل شده که ازدواج جز با ولایت و شهود محقق نمی‌شود، ولی صاحب‌جوهر و مسالک، قائل به ضعف سند آن هستند.<sup>۵</sup>

فقه‌های معاصر نیز به استحباب حضور شهود در عقد نکاح معتقدند.<sup>۶</sup> قانونگذار به تبعیت از فقه امامیه، حضور شاهد را در نکاح لازم ندانسته است. سکوت قانونگذار در مقام بیان شرایط صحت نکاح، نشانگر آن است که این امر را الزامی نمی‌داند؛ از این رو، حضور و یا عدم حضور شهود در صحت نکاح تأثیری ندارد.

۱. امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۴۲۹.

۲. همان، ج ۴، ص ۳۶۵.

۳. صفایی، همان، ص ۶۰.

۴. نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۰.

۵. شهیدثانی، مسالک الافهام، ج ۷، ص ۱۹.

۶. موسوی خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۵۵.

## ۲. اهلیت متعاقدين

همه بر این اتفاق نظر دارند که عقل، بلوغ، و رشد طرفین عقد (زن و مرد)، شرط صحّت آن است، مگر درجایی که ولی، عهده‌دار عقد باشد؛ چنان‌که در آینده خواهد آمد. به‌گفته صاحب‌جواهر، الفاظی که مجنون و صغیر در مقام صیغه بیان می‌دارند، مانند اصوات حیوانات، فاقد اثر است؛<sup>۱</sup> ولی در مورد مجنون ادواری، تمام تصرّفات وی که در زمان افاقه صورت می‌گیرد، نافذ است. مستی، اغماء و خواب، حکم جنون را دارد؛ اما شوخی، همان‌طور که امام رضا<sup>علیه‌السلام</sup> فرمود است،<sup>۲</sup> دارای ارزش نبوده و اثربخش نیست. همچنین اتفاق نظر وجود دارد که برای صحّت نکاح، دختر و پسر باید خالی از محرّمات سببی و نسبی باشند که این مسئله در فصل خاصی به‌طور جداگانه خواهد آمد. همچنین اتفاق نظر وجود دارد بر اینکه دختر و پسر در عقد باید معین و مشخص باشند؛ بنابراین، چنانچه وکیل یا ولی بگوید یکی از این دو دختر را به تزویج تو در آوردم یا یکی از این دو مرد را به تزویج در آوردم، صحیح نیست؛ چون آثار و احکام زوجیت فقط بعد از مشخص و معلوم بودن طرفین قابل اجراست. همچنین بر وجوب قصد و رضا و اختیار در عقد نکاح، اتفاق نظر وجود دارد. البته در مورد اکراه، چنانچه عقد ازدواج از روی اکراه منعقد شود و سپس مُکره رضایت دهد، عقد صحیح خواهد بود. صاحب‌جواهر نیز به صحّت نکاح از روی اکراه معتقد است و می‌گوید: «اگر اکراه بر طرف شود و رضایت دهد، همین (رضایت الحاقی) برای صحّت عقد کفایت می‌کند».<sup>۳</sup> شیخ انصاری در مکاسب، این نظر را به مشهور متأخرین نسبت داده و حکم به صحّت عقد را اجماعی می‌داند. با این استدلال که عقد مُکره بعد از الحاق، رضایت عقد حقیقی است و در نتیجه، اثر دارد.<sup>۴</sup> اما رضایت بعدی از جانب شخصی که از روی شوخی، در حالت خواب، در حالت غفلت یا در حالت بیهوشی عقد نکاح را منعقد کرده باشد، مؤثر نیست؛ زیرا عقد آنان در هنگام تلفظ و انشاء صیغه، دارای وجهت نبوده است. بنابراین، اگر زنی ادّعا نماید هنگام عقد، مُکره بوده است یا آنکه زوج، چنین ادّعایی داشته باشد ولی بعد از عقد، همانند معاشرت زوجین باهم رفتار کنند و شادی

۱. نجفی، همان، ص ۱۴۳.

۲. حرّ عاملی، وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۳۰۱.

۳. نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۵.

۴. انصاری، مکاسب، ج ۳، ص ۳۲۸.