

نقش اذن در صحت یا بطلان نکاح در فقه و حقوق

سید احمد علی هاشمی^۱

چکیده

مسئله اذن و آثار حقوقی آن در حقوق مدنی، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. نظری اجمالی به قانون مدنی و ابواب مختلف فقه امامیه، این حقیقت را آشکار می‌سازد که اذن در روابط حقوقی و اجتماعی افراد نقش به‌سزایی دارد. در حقوق خانواده، نقش و اهمیت اذن، به وضوح در جای‌جای مواد قانون مدنی و ابواب فقه دیده می‌شود. اعتبار اذن ولی در نکاح دختر و پسر صغیر یا نکاح باکره، شرط بودن اذن زن در نکاح شوهر یا برادرزاده یا خواهرزاده زن و نیز موقوف بودن ازدواج زن ایرانی با تبعه خارج بر اذن دولت، از جمله این موارد است. در مذاهب اسلامی، نظرات زیادی مبنی بر امکان یا امکان‌نداشتن ازدواج دختر باکره رشیده بدون اجازه ولی قهری وجود دارد. در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی لزوم اذن ولی برای نکاح دختر باکره به صورت صریح مطرح شده است. برخی از فقها قایل به تفصیل بین نکاح موقت و دائم می‌باشند، عده زیادی احتیاط کرده و بسیاری از فقهای مشهور و برخی مراجع فعلی، اذن پدر در نکاح دختر باکره رشیده را لازم نمی‌دانند. با وجود اهمیت و نقش مؤثر و فراگیر این نهاد حقوقی، قدر آن ناشناخته مانده است و در علم حقوق نیز چندان مطمح نظر واقع نشده است. در این مقاله سعی بر این است تا بررسی جامعی نسبت به اثر اذن در صحت یا بطلان نکاح صورت گیرد.

کلیدواژه‌ها: اذن، نکاح، ولی، دختر باکره، ازدواج صغیر.

نقش اذن
در صحت یا بطلان نکاح
در فقه و حقوق
۹۷

۱. استادیار و عضو هیئت علمی دانشگاه پیام نور مشهد، رایانامه: hashemie.ahmadali@gmail.com

۱. مقدمه

اذن، دارای احکام و آثار بسیاری در مباحث مختلف حقوقی است. قانون مدنی در بحث از حقوق اموال و مالکیت، عقود، معاملات و تعهدات، الزامات خارج از قرارداد، حجر و قیمومت و حقوق خانواده، بارها به نقش اذن، توجه و احکام و آثار آن را بیان کرده است. ابواب مختلف فقه نیز، آمیخته با بیان احکام و آثار اذن می‌باشد. حقوق دانان و فقها، اگرچه به ماهیت حقوقی، عناصر و تقسیمات اذن کم‌تر پرداخته‌اند، احکام و آثار اذن را به تفصیل بررسی کرده‌اند؛ در میان مباحث مربوط به اذن، اثر اذن در صحت یا بطلان نکاح دارای اهمیت ویژه‌ای است.

۲. بررسی تعریف و ماهیت حقوقی اذن

الف. اذن در لغت

بعضی از فرهنگ‌نویسان براین باورند که واژه اذن در معانی متعددی از جمله اجازه، اراده، اطاعت و علم به کار رفته است (قریشی، ۱۳۶۱، ۵۶/۱)؛ لیکن با بررسی کتاب‌های گوناگون لغت، چنین برمی‌آید که اذن دارای معنای وسیع‌تری است و در مجموع به سه معنای زیر به کار می‌رود:

اعلام (آگاهی): چنان که قرآن می‌فرماید: «... فَأَذِّنُوا بَحْرَبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ» (بقره/۲۷۹) برخی از نویسندگان، تنها به این معنا اکتفا کرده‌اند که به دلیل اهمیت آن معناست (نگری، ۱۳۹۵، ۸/۱)؛

اباحه و ترخیص: چنان که در آیه «فَأَذِّنْ لَهُمْ يَأْذِنُ أَهْلَهُنَّ» (نساء/۲۴) اذن به همین معناست (الجوهری، ۱۴۰۴، ۵/۲۰۶۸)؛

امر و فرمان: چنان که در آیه: «تَرْتُّهُ عَلَىٰ ذَلِكِ يَأْذِنُ اللَّهُ» (بقره/۹۷) در همین معنا به کار رفته است.

غیر از آنچه یاد شد، معانی دیگری مثل اراده نیز برای اذن ذکر شده است. (زمخشری، ۱۹۵۳، ۴؛ صفی‌پور، بی‌تا، ۱۸/۱؛ طریحی، بی‌تا، ۲۰/۶؛ زبیدی، بی‌تا، ۱۱۹/۹؛ ابن‌منظور، ۱۴۰۵، ۹/۱۳ و ۱۰؛ الجوهری، ۴۰۴، ۵/۲۰۶۸؛ مقرئ، ۱۳۴۷، ۱۵/۱ و خلیل‌بن‌احمد، ۱۴۰۹، ۲۰/۸).

اذن به معنای «اعلام» بیشتر با حرف «با» متعدی می‌شود و اذن در معنای «اباحه» و «رخصت» غالباً با حرف «فی» و در معنای «استماع» در اکثر موارد با حرف «الی» متعدی می‌شود (خوری، بی تا، ۷/۱). به نظر می‌رسد از بین معانی ذکر شده، معنای «اعلام» ریشه‌ی معنای اصطلاحی اذن باشد (فیروزآبادی، بی تا، ۱۹۵/۴) یعنی اذن در اصل به معنای «اعلام» بوده، اما بر اثر کثرت استعمال، در معنای «اعلام رضایت و رخصت» نیز به کار رفته است (راغب اصفهانی، ۱۴۰۴، ۱۴).

اینان به معنای اذن دادن و استیذان به معنای اذن گرفتن می‌باشد (خوری، بی تا، ۱ و ابن منظور، ۱۴۰۵، ۱۳/۱۰۸). اذن‌دهنده را آذن و کسی را که به او اذن داده می‌شود، مأذون می‌نامند.

ب. تعریف اصطلاحی اذن

برخی از حقوق‌دانان بر این باورند که در فقه و حقوق، تعریف قابل توجهی از اذن ارائه نگردیده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳، ۲۸۷) با این همه، بررسی متون فقهی و حقوقی داخلی و خارجی، تعریف‌هایی را ارائه می‌کند. بعضی از این تعاریف، به خاصیت مباح کردن و رفع مانع کردن، و برخی به جنبه‌ی اعلام رضایت اذن توجه کرده‌اند. پاره‌ای از تعریف‌هایی که در تألیفات فقهی ذکر شده است بدین شرح است:

۱. «اذن، برطرف کردن مانعی است که قانون‌گذار بر آن مانع اثری مترتب می‌کند» (عبدالناصر، ۲۲۲/۴)؛

۲. «اذن، رخصت دادن و برداشتن مانع یا اعلام رضایت به آن است» (غروی اصفهانی، ۱۳۱/۱)؛

۳. «اذن، برطرف کردن منع و حجری است که معلول رقیبت یا صغر سن و یا ساقط کردن حق باشد» (ابوسعود، ۲۹۹/۳). به نظر می‌رسد این تعریف، بعضی از مصادیق اذن را در بر نمی‌گیرد؛

۴. «اذن، برطرف نمودن منع و ساقط کردن حق است» (زیلعی، ۲۰۳/۵).

به نظر می‌رسد، عبارت «ساقط کردن حق» در دو تعریف اخیر زاید باشد و معنایی بیش از رفع حجر نرساند. از این رو در برخی از تعاریف به رفع حجر و برداشتن مانع قانونی

تصرف، اکتفا شده است (نگری، ۱۳۹۵، ۸/۱).

در حقوق خارجی، واژه‌هایی چون Permission و Authorization به معنای اذن به کار می‌رود. در توضیح معنای واژه Permission این گونه آمده است: «اذن، اجازه انجام فعلی است، که بدون چنین اجازه‌ای انجام آن فعل مجاز نمی‌باشد» (Black;P, ۵۹۴). همچنین اصطلاح authorization در برخی از واژه‌نامه‌ها این چنین تعریف شده است: «اذن دادن عبارت است از دادن حق یا اختیار به دیگری برای انجام فعل، یا اجازه دادن به دیگری برای انجام فعلی در آینده» (Collin.pp, ۲۰۲, ۲۱, ۲۰). از بررسی تعریف‌ها در حقوق خارجی می‌توان گفت: از نظر ایشان اذن عبارت است از اختیار دادن به دیگری برای انجام فعلی که بدون آن اختیار، صدور فعل از او، برخلاف قانون باشد. در این تعریف، به وصف رفع مانع کردن اذن توجه شده است. لکن به نظر می‌رسد تعریف کامل اذن چنین باشد: «اذن، رضایت مقتن یا مالک (یا نماینده قانونی او) یا کسی است که قانون برای رضایت او اثری قایل است، به یک یا چند نفر معین یا غیر معین، برای انجام دادن یک عمل حقوقی یا تصرف خارجی». در ادامه به بررسی اثر اذن در نکاح می‌پردازیم.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دوم، شماره پیاپی سوم
تابستان ۱۴۹۶
۱۰۰

۳. نقش اذن ولی در نکاح قبل از بلوغ

۱.۳. در صورت اذن ولی

مطابق نظر مشهور فقها و قانون مدنی (ماده ۱۰۴۱) نکاح صغیر، اعم از پسر یا دختر، قبل از بلوغ ممنوع است، اما در صورتی که نکاح صغیر، با اذن ولی انجام گیرد صحیح و نافذ می‌باشد، خواه آنکه ولی، خود به این امر مبادرت کند یا به دیگری اذن یا وکالت دهد که عقد نکاح را برای صغیر منعقد کند. پسر یا دختر صغیر پس از بلوغ بر اساس اصل «لزوم عقد از دواج»، نسبت به عقد انجام شده توسط ولی، حق خیار ندارد (محقق حلی، ۲۲۰/۲؛ نجفی، ۱۳۶۷، ۱۷۲/۲۹ و ۱۷۳ و خمینی، ۱۳۶۳، ۳۹۳/۲). با این حال برخی فقها بر این باورند که آن دو پس از بلوغ، دارای حق خیارند (خویی، ۱۴۰۷، ۳۰۰/۲). نظریه سوم در این مورد قایل به تفصیل بین دختر و پسر است؛ به نظر ایشان، پسر صغیر به دلیل آنکه با نکاح، به مهر و نفقه متعهد می‌گردد، پس از بلوغ در قبول یا رد نکاح، حق

خیار دارد، درحالی که دختر صغیره چنین تعهدی بر دوش نمی گیرد و در نتیجه، نکاح برای او لازم می باشد (طوسی، ۱۴۰۷، ۱۸/۱۰۵ و ۱۰۶ و ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۱۹/۳۹۳). ابن ادریس در این زمینه می نویسد: «و متی عقد الرجل لابنه علی جاریه و هو غیر بالغ کان له الخیار إذا بلغ و لیس كذلك إذا عقد علی بنته غیر البالغ لأنها إذا بلغت لا خیار لها».

البته اذن ولی باید با مراعات مصلحت پسر یا دختر باشد (راغب اصفهانی، ۱۴۰۴، ۲/۳۵۷) مثلاً ولی نباید بدون آنکه مصلحت اقتضا کند، دختر صغیر را به کم تر از مهرالمثل شوهر دهد، یا نباید صغیر یا صغیره را به عقد کسی درآورد که به عیوبی مبتلاست که از نظر قانون مجوز فسخ عقد نکاح می باشد؛ همچنین او نمی تواند با وجود دو خواستگار متفاوت، دختر را به کسی شوهر دهد که عرفاً شایستگی آن کم تر است. به همین دلیل تبصره ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی اصلاحی مورخ ۱۳۷۰/۸/۱۴ بیان می کند: «عقد نکاح قبل از بلوغ، با اجازه ولی و به شرط رعایت مصلحت مولی علیه صحیح می باشد».

در صورتی که ولی در نکاح صغیر یا صغیره مصلحت او را نادیده بگیرد، دو نظریه درباره اینکه عقد، صحیح یا غیر صحیح است وجود دارد: گروهی از فقها، معتقدند عقد مذکور به کلی باطل است و اجازه صغیر یا صغیره پس از بلوغ موجب صحت آن نمی گردد. سید محمد کاظم طباطبایی در این باره می نویسد: «بل یشکل الصحة إذا كان هناك خاطبان احدهما أصلح من الآخر بحسب الشرف أو من أجل كثرة المهر أو قلته بالنسبة إلى الصغیر فاختر الأب غیر الأصلح لثشهی نفسه» (طباطبایی، ۲/۷۰۱)؛ برخی دیگر بر این باورند که چنین نکاحی صحیح است، ولی چون به صورت فضولی واقع شده، موقوف بر آن است که صغیر یا صغیره پس از بلوغ آن را اجازه دهند، که در صورت اجازه، عقد صحیح و در صورت رد باطل می باشد (اصفهانی، ۱۴۰۴، ۲/۳۵۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۲/۶۲ و خمینی، ۱۴۰۹، ۲/۳۹۳).

قانون مدنی، به ضمانت اجرای نکاحی که در آن ولی، مصلحت صغیر یا صغیره را در نظر نگیرد اشاره نکرده است، اما از آن جا که قانون، صحت نکاح را به رعایت مصلحت مولی علیه مشروط کرده است، می توان دریافت از نظر قانون مدنی، چنین نکاحی باطل

به‌شمار می‌آید. باین حال، این احتمال وجود دارد که صحت در ماده یاد شده، همانند بعضی موارد به‌کاررفته در قانون مدنی در مقابل عدم نفوذ باشد، نه بطلان که در این صورت از نظر قانون مدنی چنین عقدی با اجازه پسر یا دختر صغیر پس از بلوغ صحیح می‌باشد و قانون مدنی از نظریه دوم پیروی کرده باشد (شایگان، ۱۰۴ و ۱۰۵ و عدل، ۱۳۴۲، ۱۳۵/۲). در صورتی که ولی با رعایت مصلحت، دختری یا پسر صغیری را به عقد نکاح درآورد، عقد صحیح و لازم می‌باشد و کودک حق رد ندارد.

۲.۳. اذن ندادن ولی

باتوجه به ممنوع بودن نکاح پیش از بلوغ، اگر دختر یا پسر غیربالغی خود به نکاح اقدام کند، ازدواج او چه وضعیتی دارد؟

پاره‌ای از فقها، عقد صغیر را خواه ممیز و خواه غیر ممیز و چه برای خود و چه به وکالت از دیگری باطل می‌دانند؛ زیرا برای عبارت صغیر چه در نکاح و چه در عقود دیگری اعتباری نمی‌شناسند. محقق حلی در این زمینه می‌نویسد: «لا عبرة فی النکاح بعبارۃ الصبی ایجاباً و قبولاً» (محقق حلی، ۲/۲۱۸). همچنین صاحب جواهر در شرح عبارت شرایع، مؤثر نبودن انشای صغیر را مورد اجماع محصل و بلکه از ضروریات دانسته است (نجفی، ۱۳۶۷، ۲۹/۱۴۲ و بحرانی، ۱۳۶۳، ۲۳/۱۷۲ و ۱۷۵).

در مقابل برخی دیگر، نکاح صغیر ممیز را باطل نمی‌دانند، به نظر ایشان، نکاح صغیر ممیز به لحاظ اینکه دلیلی بر فقدان اراده حقوقی او وجود ندارد، در صورتی که به اذن ولی انجام گیرد صحیح و نافذ و در غیر این صورت، موقوف به اجازه یار د ولی می‌باشد که در صورت تنفیذ ولی نافذ خواهد بود (خمینی، ۱۴۰۹، ۲/۲۴۹ و راغب اصفهانی، ۱۴۰۴، ۲/۳۵۱ و ۳۵۲). قانون مدنی نیز اعمال حقوقی صغیر را غیر نافذ (نه باطل) شمرده است، لذا به نظر می‌رسد نظر قانون مدنی با عقیده اخیر موافق باشد. باین همه به نظر می‌رسد نکاح صغیر ممیز غیر نافذ باشد نه باطل، چرا که صغیر ممیز دارای عنصر قصد و تمیز بوده و تا حدودی غبطه و مصلحت خویش را تشخیص می‌دهد؛ النهایه برای دفع خطر احتمالی ازدواج عقد او را غیر نافذ می‌دانیم تا او را از هرگونه خطر مالی و اجتماعی مصون داریم.

۴. نقش اذن ولی در نکاح دختر باکره

۱.۴. بررسی نظر فقها

برخی از فقهای شیعه معتقدند نکاح دختر باکره حتی اگر به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر یا جد پدری است. گروه دیگری معتقدند نکاح دختران رشیده مانند پسران، نیازمند اجازه ولی نمی‌باشد. در این خصوص بین فقها سه نظر دیده می‌شود: برخی اذن ولی را در نکاح دختر باکره رشیده لازم ندانسته‌اند، گروه اندکی آن را واجب و گروهی دیگر احتیاط واجب کرده‌اند.

۱.۱.۴. ولایت مطلق پدر و جد پدری در نکاح باکره رشیده

شیخ صدوق می‌فرماید: «هیچ کس بر دختر ولایت ندارد مگر پدرش، تا زمانی که باکره است. هنگامی که ژییه شد، دیگر کسی بر وی ولایت نخواهد داشت و او بر خودش صاحب اختیارتر است. دختر اگر باکره باشد و پدر و جد پدری داشته باشد، جد نسبت به پدر در مورد ازدواج دختر تا زمانی که پدر زنده است حق بیشتری دارد، ولی اگر پدر بمیرد، دیگر جد ولایت نخواهد داشت؛ زیرا جد در زمان حیات پدرش صاحب اختیار دختر پدرش است، چون جد، صاحب اختیار پسر و هر چیزی است که مال اوست، لذا هنگامی که پسر می‌میرد ولایت او بر دختر نیز از بین می‌رود» (صدوق، ۱۴۱۸، ۲۶۰).

شیخ طوسی نیز می‌فرماید: «دختر باکره، بدون اجازه پدر نمی‌تواند عقد نکاح دائم منعقد کند و اگر عقد نکاح دائم را بدون اجازه پدر منعقد نمود، عقد موقوف بر رضایت پدر می‌باشد. اگر پدر آن را امضا نمود، صحیح و اگر اجازه نداد، عقد فسخ می‌شود. اگر پدر مانع ازدواج دختر شد و در زمانی که افراد هم کفو به خواستگاریش آمدند او را شوهر نداد، دختر می‌تواند عقد نکاح را برای خودش منعقد کند، هر چند پدر راضی نشود؛ در این صورت کراهت پدر تأثیری ندارد» (طوسی، ۱۴۱۷، ۲۵۳/۴).

ایشان در جای دیگر می‌فرماید: «اجماع شیعه و روایات همچنین آیه «فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ» (بقره/۲۳۰) و آیه «فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ» (بقره/۲۳۲) که در آن نکاح را به زن‌ها نسبت داده، همچنین روایت ابن عباس

از پیامبر ﷺ که فرموده: «الایم أحق نفسها من ولیها، و البکر تستأذن فی نفسها و إذنها صماتها» (= دختر مجرد نسبت به ولیش در انعقاد نکاح اولویت دارد و باکره برای ازدواجش باید اجازه بگیرد و سکوت او حمل بر اجازه می شود) و اجماع شیعه بر عدم اذن ولی در مورد ثبیه و باکره ای که فاقد جد و پدر است، واقع شده و اختلافی وجود ندارد» (طوسی، ۱۴۱۷، ۲۵۳/۴).

۲.۱.۴. ولایت نداشتن پدر و جد پدری در نکاح باکره رشیده

شیخ مفید می فرماید: «اگر دختر باکره باشد و پدر یا جد پدری داشته، سنت است (مستحب) پدر یا اگر پدر نباشد، جد پدری، عقد ازدواج او را بعد از اینکه از دختر اجازه گرفت و دختر راضی بود، برعهده بگیرد، اما اگر دختر بدون اجازه پدر عقد را منعقد نمود، عقد صحیح است، هر چند که برخلاف سنت رفتار شده است. اگر غیر باکره باشد، حق دارد بدون اجازه پدر، عقد منعقد کند و انجام این کار خلاف سنت نیست» (مفید، بی تا، ۳۶).

سید مرتضی می فرماید: «زن زمانی که عاقل و رشید شد، ولایت پدر در خصوص بضع وی از بین می رود و وی حق دارد که خودش را به ازدواج دیگری درآورد» (سید مرتضی، ۱۴۱۵، ۲۸۶).

محقق حلی می فرماید: «مستحب است که زن اجازه پدرش را بگیرد، چه باکره باشد چه ثبیه و اگر نبودند به برادرش اتکا کند و به برادر بزرگ تر رجوع کند» (محقق حلی، ۱۴۱۰، ص ۱۷۲).

شیخ انصاری نیز معتقد است: «بنا بر رأی مشهور، ولایت پدر و جد بر بالغه رشیده ثابت نیست» (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ۱۱۶-۱۱۲). برخی فقهای دیگر نیز این نظر را تأیید کرده اند (نجفی، ۱۳۶۷، ۱۷۴/۳۱، روحانی، ۱۴۱۲، ۱۶۱/۲۱؛ زین الدین، ۱۴۱۳، ۳۸/۷ و صافی گلپایگانی، ۱۴۱۴، ۲۴۸/۲).

۳.۱.۴. تفصیل بین عقد دائم و موقت در نکاح باکره رشیده

برخی بین عقد موقت و دائم تفاوت قایل شده اند؛ مثلاً ابن حمزه طوسی، می نویسد:

«برای باکره، با وجود پدر و جد، امکان انعقاد نکاح دائم وجود ندارد، مگر با دو شرط غیبت ولی یا مانع شدن ولی از ازدواج با هم کفو؛ اما مستحب است، ولی بدون کسب رضایت از دختر نکاح را منعقد نکند. اما در خصوص نکاح موقت، باکره می تواند بدون اجازه ولی، نکاح متعه به شرط عدم دخول منعقد نماید» (طوسی، ۱۴۰۸، ۲۹۹).

۱.۴.۱.۴ احتیاط واجب در اذن ولی بر نکاح باکره رشیده

سید کاظم یزدی می فرماید: «ولایتی بر پسر بالغ رشید و دختر بالغ رشید، زمانی که ثبیه باشد وجود ندارد؛ اما درباره ثبوت ولایت بر باکره رشیده نظرات مختلفی وجود دارد که مراعات احتیاط در آن و گرفتن اجازه از هردو نباید ترک شود» (یزدی، ۱۴۲۰، ۸۶۵/۲-۸۶۴).

سید محسن حکیم (حکیم، ۱۴۰۴، ۴۴۸/۱۴)، آیت الله خویی (خویی، ۱۴۰۷، ۲۵۷/۲)، امام خمینی (ره) (خمینی، ۱۴۰۹، ۲۵۴/۲)، آیت الله گلپایگانی (گلپایگانی، ۱۴۱۳، ۱۰۳)، آیت الله سیستانی (سیستانی، ۱۴۱۵، ۴۹۶)؛ آیت الله اراکی، فاضل لنکرانی، منتظری، صافی گلپایگانی (اراکی، ۱۳۷۱، ۴۴۱)؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۷۴، ۴۶۱؛ منتظری، ۱۳۷۷، ۴۶۴ و صافی گلپایگانی، ۱۴۱۴، ۴۷۳)؛ آیت الله بهجت (بهجت، ۱۳۷۸، ۳۷۹) و آیت الله نوری همدانی (نوری همدانی، ۱۳۷۳، ۴۷۳) همگی معتقدند، احتیاط واجب، در اذن پدر می باشد.

نقش اذن
در صحت یا بطلان نکاح
در فقه و حقوق
۱۰۵

۲.۴. بررسی قوانین و رویه قضایی

قانون مدنی در ماده ۱۰۴۳، اذن پدر یا جد پدری را در نکاح دختر باکره لازم شمرده است. هرچند دخالت در ازدواج دختری که به سن بلوغ رسیده است، برخلاف اصول و قواعد می باشد، ولی قانون گذار برای حمایت از نهاد مهم خانواده و پیش گیری از انحرافات اجتماعی چنین حکمی را مقرر کرده است. زیرا دختران به دلیل کم تجربگی و یا غلبه عواطف و احساسات، ممکن است بدون بررسی کافی و بدون در نظر گرفتن مصلحت خود، اقدام به ازدواجی نامناسب کنند و گرفتار هوس بازی مردان هرزه و ناپاک شوند. قانون مدنی در این حکم از نظر رایج میان فقیهان معاصر پیروی کرده است.

اذن ولی تها در نکاح دختر باکره اعتبار دارد؛ از این رو پدر یا جد پدری بر ازدواج پسری که به حد بلوغ و رشد رسیده، یا دختر ثیبه ولایتی ندارد. ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۱ این گونه مقرر می‌داشت: «نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده است، اگرچه بیش از ۱۸ سال تمام داشته باشد، متوقف به اجازه پدر یا جد پدری اوست...».

در اصلاحیه سال ۱۳۶۱ چون دیگر سن ۱۸ سال، برای رشد موضوعیتی نداشت و ملاک سن ازدواج، همان سن بلوغ معین گردید، عبارت «سن ۱۸ سال تمام» به عبارت «سن بلوغ» تبدیل شد.

باین حال حتی پس از اصلاح سال ۱۳۶۱، ماده یادشده به گونه‌ای تنظیم شده بود که اذن را در مورد «دختری که هنوز شوهر نکرده است» لازم می‌دانست، در حالی که در فقه ملاک لزوم اذن، «باکره بودن» دختر، عنوان شده است. عبارت ماده مزبور این توهم را ایجاد می‌کرد که اگر دختری ازدواج کند، اما نکاح، مزبور پیش از ازاله بکارت به دلیلی از قبیل طلاق یا فوت شوهر منحل گردد، اذن یا اجازه ولی در نکاح بعدی او لازم نیست؛ هرچند این توهم با مراجعه به فقه امامیه که از منابع مهم قانون مدنی می‌باشد برطرف می‌گردید. اصلاحیه آبان ماه ۱۳۷۰ با تغییر این ماده ابهام مزبور را برطرف ساخت و آن را این چنین تغییر داد: «نکاح دختر باکره، اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر یا جد پدری اوست...».

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دوم، شماره پیاپی سوم
تابستان ۱۳۹۶
۱۰۶

هرچند در ماده بالا ملاک اذن، «باکره بودن دختر» ذکر شده است، ولی با توجه به مبنای فقهی آن در صورتی که بکارت دختر به سببی غیر از نزدیکی مانند پرش، جراحی، بیماری و مانند آن از بین رود، اعتبار اذن پدر یا جد پدری به قوت خود باقی است (نراقی، ۴۶۱/۲).

در صورتی که بکارت دختر در اثر زنا یا شبهه زایل گردد، ولایت پدر یا جد پدری ساقط می‌شود و اذن ولی لازم نمی‌باشد؛ زیرا در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی «دختر باکره» موضوع اعتبار اذن تعیین شده است. باین حال، برخی از فقها بر این عقیده‌اند که تها زوال بکارت از طریق نکاح صحیح موجب سلب اعتبار اذن ولی می‌گردد. از این رو اگر دختر از طریق شبهه یا زنا بکارت خویش را از دست دهد، هنوز در حکم باکره است و برای نکاح نیاز به ولی خود دارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۲، ۸۶۵/۲).

رویه قضایی، نظر اول را که از قانون مدنی نیز استنباط گردید، تأیید می‌کند. در ابتدا آرای متناقضی از شعب دادگاه مدنی خاص و دیوان عالی کشور صادر گردید: در دو مورد مشابه، دختر و پسری بدون اذن پدر عقد نکاح را جاری کرده و عمل زناشویی هم انجام داده بودند که دادگاه در اثر شکایت پدر، حکم به بطلان نکاح داد. دختر و پسریاد شده، بار دیگر بدون اذن پدر به عقد یکدیگر درآمدند و باز پدر به دادگاه شکایت کرد و ابطال عقد را درخواست کرد؛ در این مورد یک شعبه دادگاه، عقد دوم را به دلیل آنکه به هنگام عقد، دختر باکره نبوده (و اذن پدر لازم نبوده است) صحیح دانست، ولی شعبه دیگر به لحاظ آنکه بکارت دختر بدون وجود عقد صحیح و از راه نامشروع زایل گردیده، به بطلان عقد دوم رأی داد. هیأت عمومی دیوان عالی کشور، پس از بررسی این موضوع در تاریخ ۱۳۶۳/۷/۲۹ رأی ذیل را به عنوان رأی وحدت رویه صادر کرد: «باتوجه به نظر اکثر فقها و به ویژه نظر مبارک حضرت امام (مدظله العالی) در حاشیه عروة الوثقی و نظر حضرت آیت الله العظمی منتظری که در پرونده منعکس است و همچنین با عنایت به ملاک صدر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، عقد دوم از نظر این هیأت صحیح و ولایت پدر نسبت به چنین عقدی ساقط است و مشروعیت دخول قبل عقد، شرط صحت عقد و یا شرط سقوط ولایت پدر نیست و دخول مطلقاً (مشروع باشد یا غیر مشروع) سبب سقوط ولایت پدر می‌شود. بنابراین، رأی شعبه نهم مدنی خاص، موضوع دادنامه شماره ۹/۲۷۹، مورخ ۱۳۵۹/۱۱/۲۸ دایر بر صحت عقد دوم، طبق موازین شرعی و قانونی صادر شده و صحیح است و این رأی، برای محاکم در موارد مشابه لازم‌الاتباع است» (مجموعه قوانین سال ۱۳۶۳، روزنامه رسمی، ۴۴)

نقش اذن
در صحت یا بطلان نکاح
در فقه و حقوق
۱۰۷

۳.۴. ضمانت اجرای نکاح دختر باکره بدون اذن ولی

در صورتی که دختر رشیده باکره‌ای بدون اذن پدر یا جد پدری یا با وجود مخالفت او ازدواج کند، آیا ازدواج او صحیح است یا خیر؟^۱

۱. ر.ک: مهرپور، ص ۱۲۹ به بعد

اگر پس از ازدواج، پدر یا جد پدری نکاح یادشده را تنفیذ کند، ازدواج صحیح است، زیرا از تغییر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی که نکاح دختر بالغ باکره را موقوف به اجازه ولی می‌داند، به خوبی می‌توان دریافت که اذن یا اجازه هرکدام تحقق یابد برای صحت و نفوذ نکاح کافی می‌باشد. باین حال، اگر پدر از تنفیذ چنین ازدواجی امتناع کند، در بطلان آن در فقه اختلاف نظر وجود دارد و برخی از فقیهان امامیه عقد مزبور را صحیح می‌دانند (علامه حلی، ۵۸۵/۲ و طوسی، ۱۴۱۷، ۱۶۳/۴).

نظریات حقوق دانان و رویه دادگاه‌ها نیز، در این باره متفاوت است. (امامی، ۱۳۷۱، ۲۸۵/۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳، ۲۶؛ محقق داماد، ۱۳۶۵، ۵۴ و صفایی، ۱۳۵۸-۵۹، ۱۱۹/۱).

برخی از احکام صادره از دادگاه‌ها مایل به صحت عقد مزبور است، مثلاً شعبه اول دادگاه مدنی خاص تهران در تاریخ ۱۳۵۹/۳/۱۲ در پرونده کلاسه ۵۸/۲۰، درخواست پدر مبنی بر اعلام بطلان عقد دخترش را که بدون اذن او انجام گرفته، مردود شناخته و به صحت عقد مذکور حکم داده است. در رأی دادگاه آمده است: «بالآخره، پس از بررسی محتویات پرونده و اظهارات خواهان که دخترش بدون رضایت وی ازدواج کرده و اغفال شده است، باید توجه داشت اولاً؛ موجبات فسخ عقدنامه چند چیز است که مورد ادعا، از مصادیق هیچ‌یک از آنها نیست و اینکه مراجع عالی قدر رضایت پدر را در ازدواج دختر دوشیزه شرط دانسته‌اند، اولاً شرط صحت عقد نمی‌باشد بلکه، شرط کمال عقد است که جنبه اخلاقی دارد که احترام به پدر محفوظ بماند؛ ثانیاً؛ هیچ‌یک از کسانی که حتی اجازه پدر را شرط صحت عقد دانسته‌اند، ازدواج مجدد دختر رشیده‌ای را که بدون اجازه پدرش به عقد مرد دل‌خواهش درآمده، پس از مراسم عروسی و زندگی بایکدیگر برای شخص ثالثی جایز نمی‌دانند؛ یعنی ازدواج اول را باطل اعلام نمی‌کنند... بنابراین ازدواج دو نفر جوان بالغ و رشید... را نمی‌توان باطل دانست، بلکه ازدواج آنان صحیح است...» (مجموعه قوانین سال ۱۳۶۳، چاپ روزنامه رسمی، ۳۵).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دوم، شماره پیاپی سوم
تابستان ۱۳۹۶
۱۰۸

۵. نقش اذن زن به شوهر، در نکاح مرد با دختر برادر یا دختر خواهر زن

ازدواج مرد با دختر برادر یا دختر خواهر همسر خویش، منوط به اذن همسر است.

قانون مدنی، در این مورد اذن زن را معتبر شناخته، مقرر می‌دارد: «هیچ کس نمی‌تواند دختر برادرزن و یادختر خواهرزن خود را بگیرد، مگر با اجازه زن خود» (قانون مدنی، ماده ۱۰۴۹).

باتوجه به آنکه حکم مزبور برای حمایت از همسر اول وضع شده و باتوجه به مبانی فقهی این ماده، اذن و اجازه، هر دو می‌توانند موجب نفوذ نکاح دوم گردند. پس اگر زوج، بدون اذن از زن اول، به ازدواج با برادرزاده یا خواهرزاده او اقدام کند، نکاح او موقوف بر تنفیذ یا رد زن اول است (طوسی، ۱۴۱۷، ۴۵۹).

عده‌ای از فقها، نکاح بدون اذن را باطل دانسته و اجازه عمه یا خاله را در تصحیح آن مؤثر نمی‌دانند (محقق حلی، ۱۷۶).

طبق نظر فقها، ازدواج با نوه خواهر یا نوه برادرزن نیز موقوف به اذن زن است. سیدمحمدکاظم یزدی در این باره می‌گوید: «لا فرق فی العمة و الخالة بین الدنیا منهما و العلیا» (یزدی، ۱۴۲۰، ۸۳/۲).

۱.۵. رجوع زن از اذن خویش

اگر عمه و خاله، قبل از آنکه شوهر به ازدواج دوم اقدام کند، از اذن خویش رجوع کنند، حتی اگر شوهر از رجوع او آگاه نشود، نکاح دوم نافذ نخواهد بود و صحت نکاح به اجازه یا رد زن موقوف می‌باشد (یزدی، ۱۴۲۰، ۸۳/۲ و خمینی، ۱۴۰۹، ۲۷۹/۲)، زیرا رجوع زن اذن را مرتفع می‌سازد و مورد، همانند آن خواهد بود که از ابتدا اذنی محقق نشده باشد.

در صورتی که زن پس از نکاح دوم از اذن خویش رجوع کند، رجوع وی تأثیری در صحت و نفوذ عقد دوم نخواهد داشت، ممکن است، تصور شود همانند رجوع قبل از نکاح، با رجوع پس از نکاح نیز اذن منتفی گشته و عقد دوم نافذ نمی‌باشد؛ چنین تصویری، به نظر نادرست می‌رسد، زیرا نکاح با وجود تمامی شرایط به طور صحیح محقق گردیده است و دلیلی نداریم که این رجوع، اثر عقدی را که قبلاً محقق شده، از بین ببرد و بفرض هم، در بقا یا زوال اثر عقد شک کنیم، بقای آن را استصحاب می‌کنیم. درباره اینکه صرف رضایت عمه یا خاله کفایت می‌کند، برخی در صورتی که به

رضایت علم حاصل شود آنرا کافی دانسته، اذن را لازم نمی‌دانند. ایشان در این باره می‌گویند: «أقویهما الاو فی صورة العلم بالرضا و أحوطهما الثانی» (یزدی، ۱۴۲۰، ۲/۲۶۶۲). به نظر امام خمینی علیه السلام رضایت باطنی کافی نمی‌باشد و باید اذن تحقق یابد (خمینی، ۱۴۰۹، ۲/۲۷۹).

اما به نظر می‌رسد با توجه به اینکه قانون مدنی ملاک را اذن و نه رضایت قرار داده است و با عنایت به اینکه ملاک قرارداد رضایت، امری غیر مضبوط بوده و منشأ نزاع می‌گردد، باید رضایت از طریق کاشف قولی یا فعلی به صورت اذن، تحقق یابد.

۲.۵. شرط اسقاط حق اذن

طرح این مسئله، مناسب به نظر می‌رسد که آیا عمه یا خاله می‌تواند اعتبار اذن خویش را اسقاط کند؟ به بیان دیگر، آیا زوج می‌تواند در ضمن ازدواج با عمه یا خاله شرط کند که اذن ایشان در نکاح با برادرزاده یا خواهرزاده آن‌ها ساقط گردد یا خیر؟ در پاسخ می‌توان گفت از آن جا که، طبق نظر فقیهان امامیه، اذن مزبور حق نبوده بلکه حکم است و حکم قابل اسقاط نمی‌باشد؛ بنابراین، چنین شرطی برخلاف قانون و طبق بند ۳ ماده ۲۳۲ قانون مدنی باطل می‌باشد.

سید محمد کاظم یزدی در این باره می‌نویسد: «الظاهر أن اعتبار إذنها من باب الحكم الشرعی لأن یكون لحق منها فلا یسقط بالإسقاط» (یزدی، ۱۴۲۰، ۲/۶۶۳).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دوم، شماره پیاپی سوم
تابستان ۱۳۹۶

۱۱۰

۶. اذن دولت در ازدواج زن ایرانی با تبعه خارجی

قانون مدنی، ازدواج زن ایرانی با مرد بیگانه را موکول به اذن دولت کرده است. به این اجازه مخصوص که از طرف دولت در این موارد صادر می‌شود پروانه زناشویی می‌گویند. ماده ۱۰۶۰ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد: «ازدواج زن ایرانی با تبعه خارجه در مواردی هم که مانع قانونی ندارد، موکول به اجازه مخصوص از طرف دولت است».

قانون‌گذار با لازم دانستن کسب اجازه از دولت در ماده فوق، دو هدف را تعقیب می‌کند: از یک سو، مصلحت دولت و کشور را لحاظ کرده که از این جهت وضع ماده

فوق جنبه، سیاسی دارد و از طرف دیگر به حمایت از حقوق و منافع زن ایرانی توجه کرده است. با توجه به اینکه اقوام و ملل مختلف از نظر روابط اخلاقی، اجتماعی، فرهنگی و آداب و رسوم، ویژگی‌های خاص خود را دارند و معمولاً اتباع ایران - به‌ویژه زنان - آن‌چنان‌که باید، از وضعیت بیگانگان آگاه نیستند و غالباً به‌دست آوردن اطلاعات لازم قبل از ازدواج برای آنان مشکل بوده یا مقدور نیست، حمایت از زن ایرانی، ضرورت بیشتری می‌یابد. قانون‌گذار با لازم‌شمردن کسب اجازه مزبور، زنان ایرانی را وافی دارد تا پیرامون موضوع، دقت و تحقیق بیش‌تری کنند.

صدور پروانه زناشویی، براساس شرایطی که طبق آیین‌نامه زناشویی بانوان ایرانی با اتباع بیگانه غیرایرانی، در جهت مصلحت زن مقرر گردیده است، انجام می‌گیرد و در صورتی که شرایط لازم احراز نگردد، پروانه زناشویی صادر نمی‌شود (آیین‌نامه زناشویی بانوان ایرانی با اتباع بیگانه غیرایرانی، مصوب ۱۳۴۵/۷/۶).

اذن دولت از شرایط صحت نکاح نمی‌باشد و چنان‌چه زن ایرانی بدون پروانه زناشویی به ازدواج با تبعه خارجه اقدام کند، ازدواج او صحیح و نافذ است و دولت نمی‌تواند آن را ابطال کند؛ زیرا ماده ۱۰۶۰ قانون مدنی، کسب اجازه از دولت را در این‌گونه موارد از شرایط صحت نکاح به‌شمار نیاورده است و لحن ماده، به‌گونه‌ای نیست که از آن بطلان چنین ازدواجی استنباط شود. روشن است، در صورتی که ازدواج مزبور شرایط قانونی صحت عقد نکاح را دارا نباشد، مثلاً زن مسلمان ایرانی با مرد غیرمسلمان خارجی ازدواج کند، نکاح باطل است (قانون مدنی، ماده ۱۰۵۹).

این ازدواج، اگرچه ضمانت اجرای مدنی ندارد، ولی دارای ضمانت اجرای کیفری است. طبق ماده ۱۷ قانون ازدواج، مصوب ۱۳۱۶، هر خارجی که بدون اجازه دولت، با زن ایرانی ازدواج کند، به حبس جنحه‌ای از یک تا سه سال محکوم خواهد شد. زن نیز در صورتی که طبق مقررات معاون جرم محسوب شود، مجازات خواهد شد.

لزوم کسب اجازه مخصوص از دولت، به نکاح زن ایرانی با مرد بیگانه اختصاص دارد و ازدواج مرد ایرانی با تبعه خارجه را شامل نمی‌شود. با این حال، گاهی ازدواج بعضی از مردان ایرانی با زنان بیگانه، به اعتبار شغل و سمت آنان با حیثیت، مصالح و سیاست کشور تعارض پیدا می‌کند و باید سیاست‌گذاران کشور بر این‌گونه ازدواج‌ها نیز نظارت

داشته باشند. قانون مدنی در این جهت پیش‌بینی لازم را کرده است و مقرر می‌دارد: «دولت می‌تواند ازدواج بعضی از مستخدمین و مأمورین رسمی و محصلین دولتی را با زنی که تبعه خارجه باشد، موکول به اجازه مخصوص نماید». (قانون مدنی، ماده ۱۰۶۱). لازم به یادآوری است که اذن مزبور نیز شرط صحت نکاح نبوده و از مقررات کشوری می‌باشد.

نتیجه‌گیری

شارع مقدس و به تبع آن قانون‌گذار در موارد متعددی اذن در نکاح را لازم شمرده است که باید گفت این الزام به جهت برخی مصالح اجتماعی و حقوقی بوده است و ضمانت اجرای بطلان یا نفوذ نداشتن را برای آن مقرر کرده است؛ اما از آن جا که عقد نکاح از زمره عقود است که با امر نسب و مصالح اجتماعی پیوند وثیقی دارد، باطل کردن آن به سادگی ممکن نیست و می‌بایست حتی الامکان ضمانت اجرای عدم نفوذ برای آن در نظر گرفت. از طرفی شارع مقدس در مواردی که صاحب اذن، قصد سوء استفاده و اضرار، از اذن داشته باشد، یا دست‌رسی به صاحب اذن ممکن نباشد، حکم لزوم اذن را برداشته است؛ چرا که اعتقاد به لزوم تحصیل اذن موجب ضرر خواهد گردید. قوانین تصویب شده نیز تا حد ممکن به نظر مشهور فقها مراجعه کرده و تفاوت چندانی با نظر فقها ندارند؛ هر چند در مواردی نظر مشهور فقها می‌تواند کمک کننده بوده و خلأ نظری ناشی از سکوت قانون را حل کند.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دوم، شماره پیاپی سوم
تابستان ۱۳۹۶

۱۱۲

منابع

۱. ابن‌ادریس، محمد بن احمد. (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. ج اول. قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسین.
۲. ابن‌عابدین. (۱۹۸۴م). حاشیة رذالمختار. ج اول. استانبول: دار فهران للنشر والتوزیع.
۳. ابن‌قدامة، عبدالله بن احمد. (۱۴۰۳ق). المغنی، به همراه شرح کبیر از ابن قدامة المقدسی، عبدالرحمن بن محمد. ج اول. بیروت: دار الکتب العربی.
۴. ابن‌منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۰۵ق). لسان العرب. ج اول. قم: ادب الحوزه.

۵. اراکی، محمد علی. (۱۳۷۱). توضیح المسائل فارسی. چ اول. قم: دفتر تبلیغات حوزه علمیه،
۶. امامی، حسن. (۱۳۷۱). حقوق مدنی. چ نهم. تهران: کتاب فروشی اسلامیة.
۷. انصاری، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۵ق). کتاب النکاح. چ اول. قم: لجنة التحقیق.
۸. _____ (۱۳۷۵ق). مکاسب. چ اول. تبریز: مطبعة الاطلاعات.
۹. بحرانی، یوسف. (۱۳۶۳). الحدائق الناضرة، چ اول. قم: جامعة المدرسین.
۱۰. بهجت، محمد تقی. (۱۳۷۸). توضیح المسائل فارسی، چ سوم. بی جا: بی نا.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۴۵). حقوق تعهدات. چ اول. قم: مدرسه عالی امور قضایی و اداری.
۱۲. _____ (۱۳۵۶-۱۳۵۸). دانشنامه حقوقی. چ اول. تهران: مشعل آزاد.
۱۳. _____ (۱۳۵۷). دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت. چ اول. تهران: بنیاد راستا.
۱۴. _____ (۱۳۶۳). ترمینولوژی حقوق. چ اول. تهران: بنیاد راستا.
۱۵. جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۰۴ق). الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية. محقق: احمد عبدالغفور عطار. چ دوم. بیروت: دارالعلم للملایین.
۱۶. حکیم، سید محسن. (۱۴۰۴ق). مستمسک العروة الوثقی. چ اول. قم: مکتبة السید المرعشی.
۱۷. حلبی، ابن زهره. (۱۴۱۷ق). غنیة النزوع. چ اول. قم: مؤسسه الامام الصادق علیه السلام.
۱۸. حلبی، یحیی بن سعید. (۱۴۰۵ق). الجامع للشرایع. چ اول. قم: مؤسسه سید الشهداء علیه السلام.
۱۹. خلیل بن احمد. (۱۴۰۹ق). العین. محقق: مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی. چ دوم. قم: دارالهجره.
۲۰. خمینی، سید روح الله. (۱۳۶۳). البیع. چ دوم. قم: اسماعیلیان.
۲۱. _____ (۱۴۰۹ق). تحریر الوسیله. چ اول. قم: دارالکتب العلمیه.
۲۲. خوانساری، احمد. (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح المختصر النافع. چ اول. قم: اسماعیلیان.
۲۳. خوری، سعید. (بی تا). اقرب الموارد فی فصیح العربیه و الشوارد. بی جا: بی نا.
۲۴. خوبی، سید ابوالقاسم. (۱۴۰۷ق). کتاب النکاح العروة تقریر البیحت آیه الله خوبی. چ اول. قم: دارالهادی.
۲۵. راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۰۴ق). المفردات فی غریب القرآن. چ دوم. تهران: دفتر نشر کتاب.
۲۶. روحانی، سید محمد صادق. (۱۴۱۲ق). فقه الصادق. چ سوم. قم: مؤسسه دارالکتاب.
۲۷. زبیدی، محمد مرتضی. (بی تا). تاج العروس من جواهر القاموس. چ اول. بیروت: منشورات

دار مکتبه الحياه.

۲۸. زمخشری، محمود بن عمر. (۱۳۷۲ق). اساس البلاغه. ج اول. مصر: دارالکتب المصریه.

۲۹. زین الدین، محمد امین. (۱۴۱۳ق). کلمة التفوی. ج سوم. بی جا: بی نا.

۳۰. سیستانی، سید علی. (۱۴۱۵ق). توضیح المسائل فارسی. ج چهارم. بی جا: بی نا.

۳۱. _____ (۱۴۱۶ق). منهاج الصالحین. ج اول. قم: مکتبه آیه الله سیستانی.

۳۲. شهید ثانی، زین الدین عاملی. (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح المععة الدمشقیة. ج دوم. قم:

داوری.

۳۳. شهیدی، مهدی. (۱۳۶۷-۶۸). حقوق مدنی (۳): جزوه درسی. تهران: دانشکده حقوق

دانشگاه شهید بهشتی.

۳۴. _____ (۱۳۷۷). حقوق مدنی (۶)، جزوه درسی. ج اول. تهران: انتشارات دانشکده

حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

۳۵. صافی گلپایگانی، لطف الله. (۱۴۱۴ق). توضیح المسائل فارسی. ج پانزدهم. قم: دارالقرآن

الکریم.

۳۶. صامت، محمد. (۱۳۵۷). اجازه و رد معاملات غیر نافذ در حقوق اسلام و ایران. پایان نامه

فوق لیسانس، رشته حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

۳۷. صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۸ق). هدایه. ج اول. قم: مؤسسه امام هادی علیه السلام.

۳۸. صفایی، سید حسین؛ امامی، اسد الله. (۱۳۷۰). حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن). ج دوم.

تهران: دانشگاه تهران.

۳۹. _____ (۱۳۵۸-۱۳۵۹). حقوق مدنی (۳)، جزوه درسی. ج اول. تهران: دانشکده حقوق

دانشگاه شهید بهشتی.

۴۰. صفی پور، عبدالرحیم بن عبدالکریم. (بی تا). منتهی الارب فی لغة العرب. ج اول. تهران:

کتابخانه سنایی.

۴۱. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۳۷۸ق). حاشیه مکاسب. ج اول. قم: مؤسسه مطبوعاتی

اسماعیلیان.

۴۲. _____ (۱۴۱۲ق). العروة الوثقی، به همراه حواشی چهار مرجع تقلید معاصر. ج اول. قم:

مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.

۴۳. _____ (۱۳۴۰ق). سؤال و جواب. ج اول. نجف: چاپخانه حیدریه.

۴۴. طریحی، فخر الدین بن محمد. (بی تا). مجمع البحرین. ج اول. نجف: دارالکتب العلمیه.

۴۵. طوسی، ابن حمزه. (۱۴۰۸ق). الوسيلة الی نیلا لفضیله. ج اول. قم: مکتب السید المرعشی.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دوم، شماره پیاپی سوم
تابستان ۱۳۹۶

۱۱۴

۴۶. _____ (۱۴۱۷ق). الخلاف. چ اول. قم: مؤسسة النشر الاسلاميه.
۴۷. عاملی، باقر. (۱۳۵۰). حقوق خانواده. چ اول. تهران: مدرسه عالی دختران.
۴۸. عاملی، محمدجواد. (۴۰۸ق). مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه. چ اول. بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
۴۹. عدل، مصطفی. (۱۳۴۲). حقوق مدنی. چ هفتم. تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات امیرکبیر.
۵۰. علامه حلی، حسن بن یوسف مطهر. (۱۳۲۴ق). مختلف الشیعه فی احکام الشریعه. بی جا: بی نا.
۵۱. _____ (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام. چ اول. قم: مؤسسة النشر الاسلاميه.
۵۲. _____ (بی تا). تذکره الفقها. چ اول. تهران: مکتبه الرضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
۵۳. علم الهدی، سیدمرتضی. (۱۴۱۵ق). الانتصار. بی جا: بی نا.
۵۴. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۷۷). توضیح المسائل فارسی. بی جا: بی نا.
۵۵. فاضل هندی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). کشف اللثام. چ اول. قم: مؤسسة نشر الاسلاميه.
۵۶. فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف اسدی حلی. (۱۳۸۷). ایضاح الفوائد. چ اول. قم: المطبعة العلمیه.
۵۷. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب (بی تا). القاموس المحيط. چ اول. مصر: مکتبه التجاریه الکبری.
۵۸. فیض، علیرضا. (۱۳۶۹). مبادئ فقه و اصول. چ اول. تهران: دانشگاه تهران.
۵۹. قریشی، علی اکبر. (۱۳۶۱). قاموس قرآن. چ سوم. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۶۰. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۵۸-۱۳۵۹). حقوق مدنی (۶)؛ جزوه درسی. چ اول. تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۶۱. _____ (۱۳۶۶). قواعد عمومی قراردادها. چ اول. تهران: به نشر.
۶۲. _____ (۱۳۷۰). ایقاع. چ اول. تهران: نشر یلدا.
۶۳. گلپایگانی، سید محمد رضا. (۱۴۱۳ق). توضیح المسائل فارسی. چ اول. قم: دارالقرآن الکریم.
۶۴. متین، احمد. (۱۳۳۵). مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، آرای شعب و هیأت های عمومی دیوان عالی کشور از سال ۱۳۱۱ تا سال ۱۳۳۵. چ اول. تهران: چاپخانه هاشمی.
۶۵. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن. (۱۴۰۹ق). شرایع الاسلام فی احکام الحلال و الحرام. چ دوم. تهران: استقلال.
۶۶. _____ (۱۴۱۰ق). مختصر النافع. چ دوم. تهران: مؤسسة البعثه.
۶۷. محقق داماد، مصطفی. (۱۳۶۳). قواعد فقه (بخش مدنی). چ اول. تهران: نشر علوم اسلامی.
۶۸. محقق داماد، مصطفی. (۱۳۶۵). حقوق خانواده نکاح و انحلال آن. چ اول. تهران: نشر علوم

اسلامی.

۶۹. محقق کرکی، علی. (۱۴۰۸ق). جامع المقاصد. ج اول. قم: مؤسسه آل‌البیت علیہ السلام.
۷۰. مفید، محمد بن نعمان عکبری بغدادی. (۱۴۱۰ق). المقنعه. ج اول. قم: مؤسسه النشر الاسلامیه.
۷۱. مفید، محمد بن نعمان عکبری بغدادی. (بی تا). احکام النساء. ج اول. قم: المؤتمر العالمی الالفیه الشیخ المفید.
۷۲. مقرئ، احمد بن محمد. (۱۳۴۷ق). مصباح المنیر. ج اول. مصر: مکتبه محمد علی صبیح و اولاده.

۷۳. منتظری، حسینعلی. (۱۳۷۷). توضیح المسائل فارسی. ج شانزدهم. تهران: نشر تفکر.
۷۴. نجفی، محمد حسن. (۱۳۶۷). جواهر الکلام. ج سوم. قم: دارالکتب الاسلامیه.
۷۵. نوری همدانی، حسین. (۱۳۷۳). توضیح المسائل فارسی. ج چهارم. بی جا: بی نا.
۷۶. نگر، عبد‌النبی احمد. (۱۳۹۵ق). جامع العلوم فی اصطلاحات الفنون، معروف به دستور العلماء. ج دوم. بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
۷۷. یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۰ق). العروة الوثقی. ج اول. قم: مؤسسه النشر الاسلامیه.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دوم، شماره پیاپی سوم
تابستان ۱۴۹۶
۱۱۶

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

بررسی ابعاد فقهی ماده «۹۴۵» قانون مدنی ایران با استناد به فقه مذاهب اسلامی^۱

علیرضاهوشیار^۲

محمدرضاهوشیار^۳

بررسی ابعاد فقهی
ماده «۹۴۵» قانون مدنی
ایران با استناد به فقه
مذاهب اسلامی
۱۱۷

چکیده

در نظام حقوقی اسلام و مقررات ایران، ازدواج بیمار مشرف به موت، با ازدواج سایرین متمایز است. ماده «۹۴۵» قانون مدنی ایران، ارث‌بری زن در صورت ازدواج هنگام مرضی مرد را منوط به دخول یا بهبودی از مرض کرده و قبل از دخول ارث‌بردن را منتفی اعلام کرده است. فقهای امامیه نیز به پشتوانه روایات مستفیض، حکم فوق را استنباط کرده و در اصل حکم اختلافی ندارند. به تصریح روایات، مرگ مرضی قبل از دخول، سبب بطلان نکاح شده و زوجه را از ارث محروم می‌کند. ماهیت بطلان نکاح، اختصاص داشتن یا اختصاص نداشتن حکم به مرضی، موت زوجه قبل از مرضی و ماهیت مرضی که باعث مرگ می‌شود، از جمله ابهاماتی هستند که در مسئله وجود دارد و فقهای امامیه در آن اختلاف کرده‌اند. در بین مذاهب

۱. تاریخ دریافت: ۹۵/۸/۲۱؛ تاریخ پذیرش: ۹۵/۱۲/۱۵

۲. مدرس دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز (نویسنده مسئول)، رایانامه: alireza112.hooshyar@yahoo.com

۳. دانشجوی دکتری دانشگاه آزاد اسلامی واحد لارستان و مدرس دانشگاه آزاد اسلامی واحد زرقان.
رایانامه: hooshyar.mr@gmail.com

عامه، فقط فقهای مذهب مالکی، ازدواج مریض را باطل می‌دانند. سایر مذاهب، ازدواج مریض و سالم را یکسان دانسته و به صحت نکاح مریض و ارث بردن زوجین از یکدیگر، فتوا داده‌اند. مقاله حاضر با استفاده از منابع کتابخانه‌ای، به منظور بیان مبانی فقهی ماده فوق، رفع ابهامات موجود و یافتن منشأ اختلاف میان فقهای اهل سنت، تحریر شده است.

کلیدواژه: زوجین، نکاح، مرض، ارث، دخول.

مقدمه

قواعد مربوط به ارث، سلطه انسان‌ها بر اموال و اقاییشان را به بعد از مرگ گسترش می‌دهد که این امر در بین نهادهای حقوقی و فقهی کم‌نظیر است. در فقه اسلامی، موجبات ارث، به دو بخش نسبی و سببی تقسیم می‌شود. رابطه نسبی از طریق پدر و مادر به وجود می‌آید و تمام کسانی را که از طریق پدر یا مادر با انسان نسبت دارند، شامل می‌شود؛ سبب، پیوندی است بین دو نفر که در اثر رابطه زوجیت به وجود می‌آید. در طبقات ارث، ارث زوجین از جایگاه ممتازی برخوردار است. فقهای امامیه با استناد به آیه شریفه «وَلَكُمْ يَصْنَفُ مَا تَرَكَ آؤُاٰ جَدَّكُمْ اِنْ لَمْ يَكُنْ لَهِنَّ وَوَلَدًا فَاِنْ كَانَ لَهِنَّ وَوَلَدًا فَلَكُمْ الرِّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا اَوْ دِيْنٍ» (نساء/۱۲) نکاح را از اسباب ارث برشمرده و معتقدند زوجین از یکدیگر ارث می‌برند. توارث زوجین در نکاح دایم اجماعی بوده و اختلافی در آن وجود ندارد؛ لکن در نکاح منقطع بین فقهای امامیه اختلاف وجود دارد (نجفی، بی تا، ۱۹۰/۳۰).

در فقه امامیه، توارث زوجین در بیماری مشرف به موت از اصل کلی استثنا شده و به جهت رعایت مصلحت وراثت، نکاح مریض مشرف به موت قبل از دخول باطل تلقی شده و ارث زوجه تحقق نمی‌یابد (علامه حلی، بی تا، ۵۱۸). بر خلاف فقهای امامیه، جمهور فقهای عامه نکاح مریض را صحیح دانسته و توارث زوجین را ثابت می‌دانند (ابن قدامه، ۱۳۸۸، ۲۱۳/۷).

قانون مدنی ایران با متابعت از آرای فقهای امامیه، به نکاح مریض اشاره کرده و در ماده «۹۴۵» مقرر می‌دارد: «اگر مردی در حال مرض، زنی را عقد کند و در همان مرض قبل از دخول بمیرد، زن از او ارث نمی‌برد، لکن اگر بعد از دخول، یا بعد از

صحت یافتن از آن مرض بمیرد، زن از او ارث می برد». نشان دادن ریشه های فقهی و تبیین ابعاد مختلف فقهی ماده فوق، اولویت خاصی دارد. از این رو محقق در پژوهش حاضر با روشی توصیفی تحلیلی به جست و جو در آثار فقهای مذاهب اسلامی پرداخته و با بیان حکم نکاح مریض در فقه مذاهب اسلامی، ابعاد و مبانی فقهی ماده را بررسی می کند.

۱. نکاح مریض در حقوق ایران

در حقوق اسلام، نکاح دائم یکی از اسباب ارث است. قانون گذار در ماده «۸۶۴» قانون مدنی می گوید: «از جمله اشخاصی که به موجب سبب، ارث می برند هر یک از زوجین است که در حین فوت دیگری زنده باشد». در ماده «۹۴۰» نیز نکاح دائم سبب ارث زوجین از یکدیگر است. طبق این دو ماده، زوجین از یکدیگر ارث می برند؛ لذا اگر در مدت نکاح یکی از زوجین فوت کند، دیگری از او ارث می برد؛ خواه دخول به عمل آمده باشد و خواه نه. این حکم در یک مورد استثنا شده است. قانون مدنی در ماده «۹۴۵» چنین مقرر می دارد: «اگر مردی در حال مرض، زنی را عقد کند و در همان مرض قبل از دخول بمیرد، زن از او ارث نمی برد؛ لکن اگر بعد از دخول یا بعد از صحت یافتن از آن مرض بمیرد، زن از او ارث می برد». به صراحت ماده فوق، شرط ارث نبردن، فوت زوج در همان مرض و دخول نکردن است؛ لذا اگر نزدیکی واقع شود یا از آن مرض بهبودی یابد و سپس با مرض دیگری بمیرد، زن از او ارث می برد. در صورت دخول نکردن، نکاح باطل و ارث زوجه منتفی است.

بطلان نکاح قبل از دخول، موجب خردگی برخی حقوق دانان شده است. یکی از شارحین قانون مدنی اعتقاد دارد: موت مریض قبل از دخول، کاشف از بطلان عقد نکاح نیست و اعتقاد به بطلان نکاح مزبور و نرسیدن ارث و مهریه به زوجه مطابق با اصول حقوقی به نظر نمی رسد (امامی، ۱۳۸۸، ۳/۲۹۸).

دکتر لنگرودی نیز بطلان نکاح را رد کرده و اعتقاد دارد نکاح مریض منشأ آثار است و با وجود آثار چگونه می توان گفت موت مریض مذکور قبل از دخول، کاشف از بطلان عقد نکاح است؟ وی این آثار را چنین برمی شمرد:

الف. نگاه کردن زوج به زوجه، در تاریخ بین عقد و موت و قبل از دخول حلال

بوده است:

ب. اگر آن مریض قبل از این ازدواج سه زن داشته با این ازدواج عدد را کامل کرده و بازن پنجم نمی تواند ازدواج کند؛

ج. با این ازدواج نمی توان با خواهر زوجه ازدواج کند؛

د. اگر فرد سوم با این زن ازدواج کند، بازن شوهردار ازدواج کرده که باطل است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ۴/۵۶۷).

ایراد فوق موجه به نظر می آید و برای رفع آن باید به منابع معتبر فقهی مراجعه کرد.

۲. نکاح مریض در فقه امامیه

فقه‌های امامیه فوت زوج قبل از دخول را موجب بطلان عقد دانسته و نکاح مریض تا قبل از دخول را فاقد احکام و آثار دانسته‌اند (نجفی، بی تا، ۳۹/۲۲۰). ابعاد مختلفی در مسئله وجود دارد که نیاز به بررسی فقهی دارد:

۱.۲. مبانی فقهی مسئله

فقه‌های امامیه نکاح مریض نزدیک به مرگ، را قبل از دخول باطل دانسته و مقرر کرده‌اند: با ابطال نکاح، زوجه نه مستحق مهر است و نه مستحق ارث. علامه ادعای اجماع در این مطلب کرده و ازدواج مریض را در صورت دخول صحیح می داند (علامه حلی، بی تا، ۵۱۸). در مفتاح الکرامه نیز از جماعتی از فقه‌های شیعه نقل اجماع شده و این حکم بدون اشکال و ابهام دانسته شده است (عاملی، ۱۴۱۹، ۸/۱۸۶). صاحب جواهر نیز نقل عدم خلاف کرده و معتقد است در حکم فوق هیچ تردیدی وجود ندارد (نجفی، بی تا، ۳۹/۲۲۰). پشتوانه اجماع محصل، منقول و نقل عدم خلاف فوق، روایات صحیح و مستفیضی است که در منابع حدیث شیعه به طور گسترده در ابواب نکاح مریض، طلاق مریض و میراث ازواج ذکر شده است (کلینی، ۱۴۰۷، ۶/۱۲۱؛ صدوق، ۱۴۰۴، ۳/۵۴۴؛ شیخ طوسی، بی تا، ۳/۳۰۳؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۸/۷۷ و حر عاملی، ۱۴۰۹، ۲۲/۱۴۹). در این پژوهش مجال بررسی تمام این روایات وجود ندارد. ضمن اینکه این روایات، راویان مختلفی داشته و در الفاظ متفاوت هستند؛ لیکن طبق مفهوم تمام روایات، استقرار ارث برای زوجه، منوط به دخول بوده و در صورت دخول نکردن، نکاح باطل

می باشد. چند مورد از روایات تحلیل می شود:

۱.۱.۲. ابی ولاد از امام صادق علیه السلام: «سألت عن رجل تزوج في مرضه، فقال: إذا دخل بها فمات في مرضه ورثته، وإن لم يدخل بها لم ترثه و نكاحه باطل» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۴۹/۲۲).

۲.۱.۲. عبید بن زراره: «سألت أبا عبد الله علیه السلام عن المريض أنه أن يطلق؟ قال: لا، ولكن له أن يتزوج إن شاء، فإن دخل بها ورثته، وإن لم يدخل بها فنكاحه باطل» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۴۹/۲۲، ح ۲).

۳.۱.۲. زراره از معصوم علیه السلام: «ليس للمريض ان يطلق و له ان يتزوج فان تزوج و دخل بها فهو جائز و ان لم يدخل بها حتى مات في مرضه فنكاحه باطل و لا مهر لها و لا ميراث» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ۱۴۹/۲۲، ح ۳).

روایات به صراحت از بطلان نکاح مریض قبل از دخول حکایت دارد. در روایت اول پرسش گرا از ازدواج در مرض پرسیده و امام علیه السلام به صراحت اعلام داشته که ارث زوجه با دخول تحقق می یابد و نکاح را در صورت دخول نکردن باطل اعلام کرده است. در روایت دوم سؤال از طلاق مریض بوده و امام علیه السلام ضمن پاسخ به سؤال، حکم نکاح مریض را نیز ذکر کرده و توارث زوجه را منوط به دخول دانسته است. در روایت سوم صراحتاً مهریه و ارث زوجه در صورت دخول نکردن منتفی اعلام شده است.

آنچه در روایات محل تأمل بوده و برخی حقوق دانان به آن انتقاد کرده اند، بطلان نکاح قبل از دخول است. اختلاف در این است که آیا دخول، شرط لزوم عقد است و یا شرط صحت آن؟ اگر دخول، شرط لزوم فرض شد نکاح مریض شبیه «عقد قرض» است که «تصرف» موجب ملکیت می شود نه «قبض». در صورت شرط صحت دانستن دخول، نکاح مریض شبیه بیع فضولی است؛ یعنی همان طور که «اجازه»، کاشف از صحت «عقد فضولی» است، دخول نیز کاشف از صحت نکاح مریض است.

برخی از فقهای امامیه، دخول را شرط لزوم فرض کرده و معتقدند نکاح مریض تا قبل از دخول، عقد جایز است و آثاری چون مهریه و ارث بر آن مترتب نمی شود. دخول، نکاح مریض را به عقد لازم مبدل ساخته و واجد آثار می سازد (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۱۳/۹۶؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۱/۴۳۷؛ بحرانی، بی تا، ۱۴/۳۲۶ و طباطبایی حائری،

۱۴۱۸، ۱۴/۳۹۱).

موافقین شرط لزوم معتقدند اگر دخول، شرط صحت باشد اشکالاتی به دنبال دارد که با مبنای قایلین به این شرط ناسازگار است. شهید ثانی به اشکال «دور» اشاره کرده و می نویسد: «اشترط الدخول في نکاح المريض بالنسبة إلى لزومه و ترتب أثره عليه لا في صحته و إلا لم يصح الوطء لأنه مشروط بصحة العقد فلو اشترط بالدخول دار» (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۱۳/۱۹۶).

صاحب جواهر برای رفع اشکال فوق، نظریه «کشف» را برگزیده و معتقد است حصول دخول بیان گر صحت نکاح از زمان انعقاد عقد است و اگر دخول صورت نگرفت، فساد نکاح کشف می شود (نجفی، بی تا، ۳۹/۲۲۲).

محقق اردبیلی به دو اشکال دیگر اشاره کرده و می نویسد: «لزم عدم جواز وطئها و ترتب أثره عليه ان وطأها في المرض و تجديد العقد بعد البرء و الصحة» (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۱۱/۴۳۷)؛ بنابر اشکال اول، اگر دخول، شرط صحت باشد، حرمت وطی زوجه در حال مرض لازم می آید و وطی صورت گرفته نیز فاقد آثار است؛ زیرا طبق شرط صحت تا قبل از دخول نکاح باطل است و وطی در نکاح باطل حرام است؛ بنابر اشکال دوم، در صورت بهبودی مریض از مرض، عقد نکاح باید تجدید شود؛ زیرا طبق این مبنا نکاح مریض باطل بوده است.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دوم، شماره پیاپی سوم
تابستان ۱۴۹۶
۱۲۲

صاحب جواهر به اشکال اول پاسخ داده و معتقد است ظاهر روایات حاکی از آن است که عقدی که مریض انجام داده به وی اجازه وطی را می دهد (نجفی، بی تا، ۳۹/۲۲۲). در توضیح باید گفت: روایات وارد شده در باب نکاح مریض، اجازه ازدواج را به مریض داده است؛ یعنی مریض، صلاحیت و اهلیت انعقاد عقد را دارد. انجام عقد توسط مریض، اجازه وطی زوجه را به وی می دهد و وطی حرمت شرعی ندارد.

«شرط صحت»، مبنای دیگری است که برخی فقهای امامیه برگزیده و معتقدند دخول کاشف از صحت عقد است (فخرالمحققین، ۱۳۸۹، ۴/۲۴۰؛ نجفی، بی تا، ۳۹/۲۲۱؛ حکیم، ۱۴۱۰، ۱۴/۳۱۶ و مغنیه، ۱۴۲۱، ۶/۲۳۳). در مفتاح الکرامه چنین آمده است: «معاهد الإجماعات و مناطق الروایات و فتاوی الأوصحاب كما في المبسوط و غیره علی أن النکاح بدون الدخول باطل و الظاهر إرادة المعنی المتبادر منه فلا حاجة إلى

تأويله بما ذكره من أن معنى بطلانه عدم استمراره و لزومه بل معناه أن الدخول كاشف عن الصحة و عدمه كاشف عن عدمها» (عاملی، ۱۴۱۹، ۱۸۷/۸). در عبارت فوق، با استناد به تبادر، دخول شرط صحت قلمداد شده است؛ یعنی متبادر از بطلان عقد، صحیح نبودن آن است و نیازی به حمل آن به شرط لزوم نیست. با این تعلیل، دخول کردن کاشف از صحت و دخول نکردن کاشف از صحیح نبودن عقد فرض شده است. مرحوم حکیم نکاح مریض قبل از دخول را به منزله عدم، فرض کرده و معتقد است در موردی که مریض قبل از دخول بمیرد مانند آن است که اصلاً مریض نکاحی نکرده است (حکیم، ۱۴۱۰، ۳۱۶/۲).

مرحوم نراقی تحلیلی دیگر از بطلان ارایه کرده و می نویسد: «أن المراد ببطلان العقد في تلك الأخبار طريان المزيل عليه، فيكون في حكم المتزلزل المشروط لزومه بالدخول أو البرء، بل في حكم اللازم الطارئ عليه الفسخ، لا البطلان و عدم صحة العقد حقيقة.» (نراقی، ۱۴۱۵، ۳۹۰/۱۹)؛ بنابراین مبنای عقد نکاح در حکم عقد متزلزل نیست؛ بلکه در حکم عقد لازمی است که عنوانی طاری به نام فسخ بر آن جاری شده است؛ یعنی عقد صحیح است و دخول نکردن موجب فسخ عقد می شود.

مرحوم خوانساری مبنای دیگری بیان کرده و معتقد است توقف صحت نکاح بر دخول، نظیر موردی است که مولا کنیز خود را فروخته و در حین عقد شرط کرده، در صورت مباشرت با کنیز عقد بیع فسخ شده و کنیز در ملکیت باقی می ماند. و طی کنیز حاکی از فسخ بیع است. در نکاح مریض، قضیه به عکس است؛ یعنی و طی یا دخول موجب صحت نکاح و و طی نکردن موجب فسخ نکاح می شود (خوانساری، ۱۴۰۵، ۵/۳۵۶).

کاشفیت ملاکی است که برای شرط صحت ذکر شده است. در مفتاح الکرامه چنین آمده است: «أن الدخول كاشف عن الصحة و عدمه كاشف عن عدمها كما هو الشأن في عقد الفضولي بالنسبة إلى الإجازة و كما هو الحال عند القائل بأن القرض إنما يملك بالتصرف لا بالقبض» (عاملی، ۱۴۱۹، ۱۸۷/۸). در این تحلیل، دخول نسبت به نکاح مریض، مانند اجازة نسبت به بیع فضولی و تصرف نسبت به قرض فرض شده است؛ یعنی همان طور که در بیع فضولی، اجازة، کاشف از صحت عقد و رد، موجب

بطلان عقد می‌شود، یا در قرض تصرف موجب ملکیت می‌شود، در عقد نکاح نیز دخول کردن موجب صحت عقد می‌شود و دخول نکردن بیان‌گر بطلان نکاح مریض است. اگر منظور از کاشفیت، کشف حقیقی باشد، این سخن معقول به نظر نمی‌رسد؛ زیرا صحت عقد مبتنی بر دخول شده و دخول نیز مبتنی بر صحت عقد است. این همان اشکال دور است که به آن اشاره شد. تشبیه نکاح مریض به بیع فضولی بیان‌گر آن است که منظور کشف حکمی است؛ یعنی تا قبل از دخول، نکاح مریض، حکم عقد غیر صحیح را دارد و فاقد آثار و احکام است و بعد از دخول به مانند عقد صحیح بوده و واجد جمیع احکام و آثار عقد نکاح است.

به نظر می‌رسد مبنای قایلین به شرط صحت، توان پاسخ‌گویی به اشکال دور را ندارد؛ خواه مراد کشف حکمی باشد یا کشف حقیقی؛ زیرا بنا بر روایات، ازدواج مریض جایز است و عقد صادره از مریض اجازه وطی زوجه را به وی می‌دهد. با جواز وطی چگونه دخول حاکی از صحت عقد است؟ اگر عقد صحیح نبود چگونه مجوز وطی صادر شده است؟ مگر نه این است که دخول شرط صحت عقد است و تا قبل از دخول، عقد حکم «عقد غیر صحیح» را دارد؟ پس چگونه در عقد غیر صحیح وطی جایز است؟ با وجود اشکالات فوق به نظر می‌رسد اختیار «شرط صحت»، خالی از قوت است؛ لذا «شرط لزوم» ارجح به نظر می‌آید. مراد از بطلان نکاح قبل از دخول، «لازم نبودن» عقد است؛ یعنی نکاح مریض تا قبل از دخول، عقد جایز و فاقد احکام است؛ لذا احکامی از قبیل میراث و عده که لازمه عقد نکاح است بر آن مترتب نمی‌شود. به محض دخول، به عقد لازم تبدیل شده و دارای جمیع احکام عقد نکاح می‌شود. در این صورت مراد از بطلان نکاح، انحلال نکاح است؛ لذا با دخول نکردن نکاح منحل شده و زوجه مستحق مهریه و ارث نمی‌شود. ثبوت عده نیز منتفی بوده و نیازی نیست که زوجه عده نگهدارد.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دوم، شماره پیاپی سوم
تابستان ۱۳۹۶
۱۲۴

۲.۲. مراد از دخول

فقه‌های امامیه توارث زوجه از زوج مریض را منوط به دخول کرده‌اند. اکثر فقهای امامیه به ذکر دخول بسنده کرده و تحلیلی از آن ارایه نکرده‌اند؛ تعداد کمی از آنان که به

تحلیل دخول پرداخته‌اند، معتقدند مراد از دخول نزدیکی زوجین است؛ چه از ناحیه قبل باشد و چه دبر (موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ۲/۳۹۷؛ سبزواری، بی تا، ۳۰/۱۹۸ و سبحانی، ۱۴۱۵، ۱/۳۴۲). مرحوم صاحب جواهر معنای متعارف دخول، یعنی نزدیکی بازوجه را برگزیده (دبراً یا قبلاً) و اختلاط و خلوت گزیدن با زوج، بدون وطی را حدسی بدون دلیل و فاقد پشتوانه عقلی و شرعی دانسته است (نجفی، بی تا، ۳۹/۲۲۲). شاید علت سخن وی، اطلاق روایات وارده باشد؛ زیرا در روایاتی که گذشت، دخول به صورت مطلق ذکر شده است. این روایات مطلق‌اند و هرگونه دخول، اعم از قبل و یا دبر را شامل می‌گردد. بنابراین چنانچه زوج از طریق قبل یا دبر مدخوله باشد، مستحق ارث می‌شود. این مبنا را می‌توان نظر سایر فقهای امامیه نیز دانست؛ زیرا در ابواب و مباحث مرتبط با دخول نظیر طهارت، زنا، قذف، جماع، مهریه و الحاق ولد به زوج، دخول اعم از قبل و دبر فرض شده و در هر دو صورت دخول صادق است. این امر موجب شده در باب نکاح مریض، دخول تحلیل و تعلیل نشود.

صاحب کشف اللثام معنای دیگری از دخول برداشت کرده و معتقد است مراد از دخول، وطی و عمل زناشویی نیست؛ بلکه مراد این است که زوج در خانه مریض داخل شود، به مریض خدمت کرده و از وی پرستاری کند (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۹/۴۶۶). این مبنا با مفهوم روایات سازگار نمی‌باشد؛ زیرا در روایات عبارت «دخل بها» آمده است. مفهوم این عبارت دخول و وطی زوج است درحالی که اگر مراد داخل شدن زوج بر مریض بود از عبارت «دخلت به» استفاده می‌شد. این دو عبارت کاملاً مفهومی متفاوتی دارند و قابل حمل و یا جمع نیستند؛ لذا مبنای فوق فاقد وجاهت است و هیچیک از فقهای امامیه به چنین مبنایی اعتقاد ندارند.

۳.۲. ماهیت مرض مشرف به موت

در ماده بحث‌شده چنین آمده: «... در همان مرض قبل از دخول بمیرد...» این عبارت اشاره به ماهیت مرض مشرف به موت دارد. مراد از «در همان مرض»، مرضی است که منتهی به موت بیمار شود. عنوان فقهی این عبارت، «مرض متصل به موت» است. سید یزدی در رساله منجزات مریض، این تعبیر را به کار برده و می‌نویسد: «لا

إشكال في أن المراد من المرض الذي يكون التصرف فيه محلاً للخلاف هو الذي يكون متصلاً بالموت فلو تصرف في حال المرض ثم برأ من مرضه ذلك و مات في مرض آخر يخرج من الأصل إجماعاً» (يزدی، ۱۴۱۰، ۱۴).

مبنای فقهی ملاک فوق، تصریح برخی روایات است. در برخی روایات وارده در باب نکاح، مریض به صورت مطلق ذکر شده است. این درحالی است که هرگونه تصرف مریض، اعم از عقد و ایقاع، در امراض ساده مانند دندان درد صحیح است و هیچ تفاوتی با تصرفات افراد سالم ندارد. صاحب مسالک نقل اجماع می کند که مطلق مرض، صلاحیت محجور ساختن مریض را ندارد (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۳۱۳/۶). در برخی روایات تعبیری وجود دارد که مرض را مقید می سازد. در روایات ابی ولاد و زراره چنین آمده است: «مات في مرضه»؛ این دو روایت به صراحت بر امراضی دلالت دارند که صلاحیت موت بیمار را داشته باشند و منتهی به موت مریض شوند. این نوع مرض در فقه، «مشرف به موت» یا «متصل به موت» خوانده می شود و احکامی بر آن مترتب می شود.

پیرامون کلمه «فی» در روایات فوق، اختلاف وجود دارد. این اختلاف در معنای ظرفیت یا سببیت است. بنابر معنای ظرفیت، تصرف در مرضی که بیمار در آن می میرد، تصرف در بیماری مشرف به موت است؛ لذا بین موت به سبب مرض، با موت به وسیله عواملی چون قتل و تصادف تفاوتی وجود ندارد؛ زیرا وقوع موت در مرض ملاک تحقق بیماری مشرف به موت است نه وقوعش به سبب مرض. مبنای فوق را علامه و شهید ثانی اختیار کرده اند (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۵۲۹/۲ و شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۳۱۵/۶). مبنای سببیت امراضی را شامل می شود که سبب مرگ بیمار شود و موت به واسطه مرضی دیگر یا عاملی خارج از مرض را شامل نمی شود. این مبنا را مرحوم محقق برگزیده و اعتقاد دارد اگر بیمار در حال بیماری باشد ولی مرگ وی توسط درندگان و یا بیماری دیگر اتفاق افتد، بیماری مشرف به موت محسوب نمی شود؛ همچنین است اگر بیمار در حال بیماری به قتل رسد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲۰۷/۲).

ثمره اختلاف در ظرفیت یا سببیت جایی مشخص می شود که مریض، حین مرض عقد نکاح انجام دهد و قبل از دخول به واسطه مرضی دیگر و یا سببی خارج از بیماری

فوت کند؛ اگر مبنای ظرفیت برگزیده شد، ارث زوجه منتفی است؛ زیرا مریض در همان مرض فوت کرده و مرض، متصل و منتهی به موت وی شده؛ اگرچه عامل سبب دیگری بوده است. اما اگر مبنای سببیت اختیار شود، زوجه حق مطالبه ارث را دارد؛ زیرا مرض سبب موت مریض نشده و موت مریض، با عاملی خارج از مرض تحقق یافته است.

مراجعه به متون فقهی حاکی از آن است که معنای سببیت، کمال و جامعیت بیشتری نسبت به مبنای ظرفیت دارد. صاحب جواهر برای اثبات مبنای فوق، از تبادر بهره جسته و معتقد است، متبادر از روایات امراضی است که موجب موت مریض می‌شوند؛ لذا اگر موت، با سببی خارج از مرض تحقق یابد، یا مرگ پس از بهبودی، به واسطه مرض دیگری اتفاق افتد مرض مشرف به موت نامیده نمی‌شود (نجفی، بی تا، ۲۲۲/۳۹). وی در بحث «منجزات مریض» متذکر می‌شود که مطلق مرض، صلاحیت حجر بیمار را ندارند؛ بلکه امراضی که عرفاً موجب مرگ شده و موجباتش را فراهم می‌سازند، مرض مشرف به موت قلمداد می‌گردند (نجفی، بی تا، ۷۴/۲۶). محقق ثانی موت در امراض ساده و مداوای پذیر را مرگ ناگهانی دانسته و احکام منجزات مریض را بر آن مترتب نمی‌داند (محقق ثانی، ۱۴۱۶، ۹۶/۱۱).

بررسی ابعاد فقهی
ماده (۹۴۵) قانون مدنی
ایران با استناد به فقه
مذاهب اسلامی
۱۲۷

روایات وارد شده در باب نکاح مریض حاکی از آن است که دخول شرط صحت عقد و ثبوت ارث زوجه است. در حالی که طبق موازین فقهی، نکاح عاقل بالغ قاصد، صحیح و عقد لازم قلمداد می‌شود. بر عقد لازم، احکامی از قبیل ارث، مهریه و عده مترتب می‌شود. شرط بودن دخول در نکاح مریض، برخلاف اصول مسلم فقهی است؛ و در مواردی که حکم بر خلاف اصل باشد باید به قدر متیقن عمل کرد. قدر متیقن در این جا امراضی هستند که سبب موت مریض شده و موت به وسیله همان بیماری اتفاق افتد.

شواهد و قرائن حاکم بر روایات نیز می‌تواند مبنای سببیت را اثبات کند؛ زیرا سؤال کننده با به کارگیری لفظ «فی مرضه»، از معصوم عنه سؤال پرسیده، و معصوم عنه نیز صحت نکاح را منوط به دخول کرده و می‌فرماید: «حتی مات فی مرضه». مستنبط از کلمه «حتی» این است که مرض در نهایت منجر به موت شود؛ یعنی وقوع موت به سبب مرض است و عاملی خارج از مرض در تحقق حکم دخیل نیست.

احتمال قابل تصور دیگر، موردی است که مریض از مرض بهبودی یابد و به سبب مرض دیگری فوت کند. طبق اجماع فقهای امامیه، در چنین حالتی عقد، لازم و توارث زوجه مطلقاً ثابت است؛ خواه با دخول و خواه بدون دخول. صاحب جواهر برای این حکم به عمومات قرآن و روایات باب میراث زوجین استناد کرده است (نجفی، بی تا، ۲۲۲/۳۹). خداوند متعال در آیه ۱۲ سوره نساء می فرماید: «وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَآذِقَانٌ كَانِ لَهُنَّ وَالَّذِينَ كَانُوا يُعْتَبِرُونَ بِمَا تَرَكَتُمْ مِنْ بَنَاتٍ فَإِنْ كَانَ لَكُمُ الْوَارِثُونَ فَلَهُنَّ الْثَمَنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَنَاتٍ» آیه فوق به صورت عام به ارث بردن زوجین از یکدیگر اشاره کرده و در آن دخول کردن یا دخول نکردن و مریضی یا سلامتی را شرط نکرده است. ارث بری زوجین از یکدیگر با عقد نکاح تحقق می یابد. روایات باب ارث زوجه در نکاح مریض، به عنوان دلیل خاص، دایره آیه شریفه را محدود ساخته و ارث بردن زوجه در نکاح مریض را مقید به «دخول» می سازد. طبق تصریح روایات مذکور، دخول نکردن و موت مریض، سبب بطلان نکاح و محروم شدن زوجه از ارث می شود. سایر موارد احتمالی، از این روایات خارج هستند و تحت عموم آیه شریفه قرار گرفته اند؛ لذا در موردی که مریض بهبودی می یابد طبق عموم آیه شریفه، توارث بین زوجین برقرار و نکاح نیز صحیح و لازم است.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دوم، شماره پیاپی سوم
تابستان ۱۳۹۶
۱۲۸

علاوه بر تصریح روایات، چنین به ذهن متبادر می شود که شارع مقدس برای بطلان نکاح مریض، تنها دو قید «دخول نکردن» و «موت در مرض» را در نظر گرفته است و قیود دیگر در این حکم تأثیر ندارند؛ زیرا شارع مقدس در مقام بیان است؛ یعنی می خواهد همه مقصود خود را در حکم شرعی بیان فرماید؛ لذا به قیود مؤثر در حکم اشاره کرده است. از آن جا که مولا حکیم است، کلام وی در سایر احتمالات، مطلق استفاده می شود. با استفاده از اطلاق، بهبودی از مرض، موجب توارث زوجین می شود.

امراض مزمن، اشکال و احتمال دیگری است که فقهای امامیه به آن اشاره کرده اند. برخی امراض همانند سل و ام اس، منجر به مرگ بیمار می شوند لکن مرگ بیمار در آن ها سال ها طول می کشد. در برخی از این امراض، مریض مانند فرد سالم راه می رود و برخی امور روزانه خود را انجام می دهد. همچنین برخی امراض شبه ادواری هستند

و علی‌رغم پایان یافتن با موت، گاه متوقف شده و مجدداً باز می‌گردند. سؤال اینجا است که آیا ارث زوجه در این امراض منوط به دخول است یا مانند نکاح فرد صحیح، بدون دخول نیز زوجه مستحق ارث می‌شود. صاحب جواهر صدور حکم را متوقف بر اطلاق روایات ساخته است و فرقی بین امراض طولانی مدت و کوتاه نمی‌گذارد (نجفی، بی تا، ۲۲۲/۳۹). مرحوم امام خمینی (ره) این حکم را اظهر دانسته و در امراض ادواری، مصالحه را احوط می‌داند. وی معتقد است در امراض ادواری، مادامی که نزد عرف، مریضی برطرف نشده و مردم می‌گویند مریض خوب نشده است، ارث منتفی است و احتیاط در مصالحه است (موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ۲/۳۹۷).

باید توجه داشت هر عارضه‌ای که در عرف مریضی محسوب شود مشمول حکم می‌شود و حالات و عوارض خطرناکی چون سیل، طوفان، قصاص و جنگ ملحق به مرض نمی‌شوند؛ زیرا روایات، پیرامون مریض وارد شده و بر حالات فوق عنوان مریضی صادق نمی‌باشد؛ بنابراین اگر محکوم به قصاص نفس، ازدواج کند، نکاح وی صحیح و توارث ثابت است؛ حتی اگر قبل از دخول به سبب قصاص فوت کند.

بنابر آنچه گذشت باید گفت: مرض مشرف به موت، مرضی است که بدون دخالت اسباب و عوارض دیگر به موت مریض منتهی شود و خود مرض سبب موت مریض می‌شود. در این مرض موت موجب تعجب اطرافیان نمی‌شود؛ گویا اطرافیان خود را برای موت مریض مهیا ساخته‌اند؛ برخلاف امراض جزئی و قابل مداوا و یا حالاتی که عرفاً مرض محسوب نمی‌شوند.

بررسی ابعاد فقهی
ماده (۹۴۵) قانون مدنی
ایران با استناد به فقه
مذاهب اسلامی
۱۲۹

۴.۲. اختصاص حکم به زوج

فقهای امامیه بطلان نکاح قبل از دخول را حکمی استثنایی و خلاف اصول معتبر در کتاب و سنت می‌دانند و معتقدند باید به قدر متیقن عمل کرد. قدر متیقن، موردی خاص، یعنی بیماری زوج است و شامل بیماری زوجه نمی‌شود. با این توجیه بین ازدواج مرد و زن مریض تفاوت است و ازدواج با زن مریض، چه قبل از دخول و چه بعد از آن ثابت‌کننده ارث است (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ۱۴/۳۹۲). صاحب جواهر تسری حکم از مرد مریض به زن مریض را «قیاس» دانسته و معتقد است: ظاهر روایات فقط بر ازدواج

مرد مریض دلالت دارد و شامل ازدواج زن مریض نمی‌شود. وی به حکمت باطل بودن چنین ازدواجی نیز استناد کرده و معتقد است حکمت باطل بودن ازدواج مریض مراعات حال ورثه است، درحالی که این فرض در ازدواج زن مریض منتفی بلکه برعکس است؛ زیرا با ارث بردن زوج، نه تنها وراثت، ضرر نمی‌کند بلکه منفعت نیز به دست می‌آورد (نجفی، بی تا، ۲۲۲/۳۹). از تعلیل اخیر صاحب جواهر مشخص می‌شود، تشابه به تهایی باعث وحدت ملاک و وحدت حکم نمی‌شود؛ بنابراین بین ازدواج مرد مریض با ازدواج زن مریض، وحدت ملاک وجود ندارد؛ زیرا با آنکه ازدواج مرد مریض با ازدواج زن مریض شبیه است؛ لیکن ملاک هر کدام متفاوت است. تفاوت در ملاک، موجب تفاوت در حکم می‌شود؛ لذا سرایت دادن حکم به موت زوجه از پشتوانه فقهی و حقوقی برخوردار نیست. پس در صورتی که عقد ازدواج بین مرد سالم و زن مریض منعقد شود، توارث مطلقاً ثابت است؛ خواه دخول صورت گیرد یا انجام نشود.

فرع دیگری که در بین فقهای امامیه اختلاف شده جایی است که مریض، ازدواج کند و زوجه قبل از دخول یا بهبودی از مریضی وی فوت کند. اختلاف در این است که آیا زوج می‌تواند از وراثت زوجه مطالبه ارث کند یا ارث منتفی است؟ علامه حلی در قواعد و فخر المحققین در ایضاح الفوائد در صدور حکم دچار تردید شده و فتوای صریحی ذکر نکرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۳/۳۷۶ و فخر المحققین، ۱۳۸۹، ۴/۲۴۰).

برخی فقهای امامیه مبنای اول را برگزیده و ارث بردن زوج از زوجه را منتفی می‌دانند (محقق ثانی، ۱۴۱۴، ۱۱/۱۱۶؛ عاملی، ۱۴۱۹، ۸/۱۸۸؛ نجفی، بی تا، ۲۲۱/۳۹؛ مغنیه، ۱۴۲۱، ۶/۲۳۳؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ۵/۳۵۶ و موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ۲/۳۹۷). صاحب جواهر ارث بردن زوج را قوی شمرده و معتقد است نکاح مریض در حکم عقد متزلزلی است که صحت و لزومش مبتنی بر دخول یا بهبودی مریض است، پس دخول نکردن کاشف از فساد عقد است؛ عقد فاسد نیز فاقد احکام است. به نظر وی اگر مریض مشرف به موت ازدواج کند ولی موفق به دخول نشود، عقد باطل است و احکامی از قبیل ارث، مهریه و عده بر آن مترتب نمی‌شود. این فقیه عالی قدر برای تقویت مبنای خود به ظاهر روایات استناد کرده است. وی معتقد است برای باطل شدن یک عقد، فاسد بودن عقد یکی از طرفین کفایت می‌کند؛ لذا همان‌طور که موت زوج قبل از دخول

کاشف از بطلان عقد است، موت زوجه نیز موجب بطلان عقد می‌شود (نجفی، بی تا، ۲۲۱/۳۹). در توضیح فرمایش صاحب جواهر باید گفت: روایات وارد شده در باب نکاح مریض، ارث بردن را منوط بر دخول کرده و بدون دخول نکاح را باطل اعلام کرده است. بنابر ظاهر روایات، به هر جهتی دخول صورت نگیرد نکاح باطل خواهد بود؛ خواه مریض متعمداً دخول نکند یا هر یک از مریض و زوجه قبل از انجام دخول فوت کنند. مبنای دوم، قول موافقان ارث است. بنابر این مبنا، طبق اصول مقرر در قرآن و سنت، به محض اجرای صیغه عقد نکاح، زوجین از یکدیگر ارث می‌برند. مشروط کردن صحت ازدواج و ارث بردن زوجه بر دخول بر خلاف اصول است؛ در مواردی که حکم بر خلاف اصل است باید به قدر متیقن عمل کرد. قدر متیقن حاصل از روایات وارد شده در باب نکاح مریض حاکی از آن است که موت زوج قبل از دخول موجب فساد عقد و استقرار یافتن ارث زوجه می‌شود؛ لذا روایات شامل فوت زوجه قبل از دخول نمی‌شود و با فوت زوجه، زوج حق مطالبه ارث را دارد (علامه حلی، ۱۴۲۰، ۳/۳۹۸؛ شهید ثانی، ۱۳۸۴، ۸/۱۷۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ۱۴/۳۹۲ و نراقی، ۱۴۱۵، ۱۹/۳۹۲).

مرحوم کاشف الغطاء ارث بردن زوج را در سه وجه تقریر کرده است: مطالبه ارث هنگام مریضی؛ مطالبه پس از بهبودی و مطالبه وراثت پس از فوت مریض. وی با استناد به «اصالة اللزوم»، تحقق ارث را در وجه اول و دوم قوی دانسته و معتقد است نکاح صحیح، عقدی لازم است و جمیع احکام عقد نکاح، از جمله ارث را دارا است. او علت وجه سوم را متزلزل شدن عقد به خاطر فوت زوج در هنگام مریضی دانسته و به همین خاطر شمول حکم را به موت زوجه، محال می‌داند (کاشف الغطاء، بی تا، ۱۲۹).

فخرالمحققین به تعلیل مبنای موافقین ارث پرداخته و می‌نویسد: «منع إرثها منه لمانع نص الشارع علیه و ثبوت المانع بالنسبة إلى أحد الأثرین لا يستلزم ثبوته بالنسبة إلى الآخر لانه مخصص فيقتصر فيه على موضع اقتضاء المخصص لا غير» (فخرالمحققین، ۱۳۸۹، ۴/۲۴۰)؛ مراد از مانع در کلام ایشان، مرض است. مرض زوج موجب شده که شارع مقدس، ارث زوجه را منوط به دخول کند. مانع فوق به زوجه اختصاص یافته و تعمیم‌پذیر به زوج نیست؛ زیرا در زوجه مرضی وجود ندارد که بتواند زوج را از ارث محروم کند. از طرفی دیگر، بر طبق آیات و روایات، اجرای صیغه عقد نکاح، موجب

ارث بردن زوجین می‌شود و نیازی به دخول نیست. روایات وارده در باب نکاح مریض، مخصوص آیات و روایات فوق هستند. صریح این روایات فقط شامل موت زوج می‌شود و از غیر او انصراف دارد؛ لذا باید به همان مورد خاص اکتفا کرده و از سرایت دادن حکم به موت زوجه اجتناب کرد.

این فقیه علت دیگری نیز ذکر کرده و معتقد است نکاح نسبت به زوج، عقد متزلزل و نسبت به زوجه عقد لازم است. در مواردی که عقد نسبت به یکی از طرفین لازم باشد نسبت به همان شخص از کلیه آثار برخوردار می‌شود؛ لذا در صورت فوت زوجه، زوج حق مطالبه میراث دارد و ارث وی مستقر است (فخرالمحققین، ۱۳۸۹، ۴/۲۴۰).

صاحب مفتاح الکرامة تعلیل اخیر را به چالش کشانده و نکاح مریض را عقدی واحد می‌داند که نسبت به طرفین حکم واحد دارد؛ همان‌طور که نسبت به زوج عقد جایز است و با دخول به عقد لازم تبدیل می‌شود در رابطه با زوجه همین حکم را دارد و تا قبل از دخول ارث منتفی است (عاملی، ۱۴۱۹، ۸/۱۸۸).

اشکال فوق موجه به نظر می‌رسد؛ زیرا بر خلاف دیگر عقود، لزوم و جواز در عقد نکاح، لزوم و جواز شرعی یا به تعبیری، حکمی است. در این عقد لزوم و جواز از طرف شارع بیان می‌گردد و بر دلیل خاص از سوی شارع توقف دارد و طرفین، حق فسخ عقد را ندارند. شارع مقدس ازدواج مریض را منوط به دخول کرده و تا قبل از دخول، آن را باطل اعلام کرده است. حکم فوق مطلق است و نسبت به طرفین عقد یکسان می‌باشد؛ لذا بین موت زوج یا زوجه قبل از دخول تفاوتی وجود ندارد.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دوم، شماره پیاپی سوم
تابستان ۱۴۹۶
۱۳۲

۵.۲. حکمت بطلان نکاح

حمایت از وراثت حکمتی است که فقهای امامیه آن را برای بطلان نکاح مریض قبل از دخول استنباط کرده‌اند. علامه می‌نویسد: «لأنه بدون الدخول یكون قد ادخل في الورثة من لیس وارثا و لأنه بدون الدخول یكون قد قصد بالتزویج الاضرار بالورثة» (علامه حلی، بی‌تا، ۵۱۸). ازدواج در حال مریضی، مریض را متهم می‌سازد که شاید به خاطر دلخوری از وراثت خود، با ازدواج، ورثه جدیدی به وراثت اضافه کرده و به نحوی موجب ضرر وراثت خود شده است. دخول، بر نیاز جنسی مریض دلالت دارد و وی را از اتهام

فوق مبرامی سازد.

اگر مریض قصد ضرر رساندن به وراثت را نداشته باشد؛ بلکه به خاطر نیاز جنسی، جسمی و روحی اقدام به ازدواج کند ولی موفق به دخول نشد؛ یا با آنکه قدرت دخول ندارد، بنابر سفارش طبیب به جهت پرستاری شدن اقدام به ازدواج کند، این ابهام وجود دارد که آیا این نکاح مانند نکاح فرد صحیح، واجد جمیع احکام نکاح است یا محکوم به بطلان است؟

رفع ابهام فوق بستگی به حکمت بطلان دارد. اگر حکمت بطلان منصوبه باشد؛ یعنی در روایات باب نکاح مریض، ضرر رساندن به وراثت، حکمت بطلان ذکر شده باشد، ازدواج بدون قصد ضرر رسانی، صحیح و دارای همه احکام نکاح از قبیل مهریه و ارث است؛ اما اگر حکمت، مستنبطه باشد و در روایات به آن اشاره ای نشده باشد، فرقی بین قصد ضرر رسانی و غیر آن وجود ندارد و ارث بردن زوجین مشروط به دخول است. از سکوت روایات باب نکاح مریض، استفاده می شود که حکمت بطلان، مستنبطه است؛ لذا در تمام حالات فوق دخول شرط تحقق ارث است و بدون دخول توارث منتفی است.

بررسی ابعاد فقهی
ماده (۹۴۵) قانون مدنی
ایران با استناد به فقه
مذاهب اسلامی
۱۳۳

۳. نکاح مریض در فقه مذاهب عامه

فقه‌های مذاهب اربعه در مورد نکاح مریض اختلاف دارند. ابن قدامه به نقل از جمهور فقهای عامه، حکم نکاح مریض و صحیح را یکسان دانسته و توارث زوجین را ثابت می داند؛ اگرچه دخول صورت نگیرد (ابن قدامه، ۱۳۸۸، ۷/۲۱۳).

رئیس مذهب مالکی، برخلاف نظر جمهور فقهای عامه فتوا داده و با جایزندانستن نکاح مرد و زن مریض، ارث بری زوجین را منتفی اعلام کرده است (مالک بن انس، ۱۴۱۵، ۵/۴۳۴). روش تحقیق موافقین و مخالفین نیز متفاوت است. اعتقاد به صحت نکاح موجب بی نیازی موافقین به بررسی ابعاد نکاح مریض شده؛ لذا موافقین به صدور حکم بسنده کرده و برخی اخبار را مستند فتوای خود دانسته‌اند. فقهای مالکی به عنوان مخالفین صحت نکاح به بررسی ابعاد مختلف نکاح مریض پرداخته و مطالب فراوانی تحریر کرده‌اند که به تفصیل بررسی می شود.

۱.۳. منشأ اختلاف فقهای عامه

منشأ اختلاف فقهای عامه، به تبرعی یا معاوضی بودن عقد نکاح برمی گردد. موافقین صحت نکاح معتقدند نکاح مریض، عقد معاوضی است که در آن عوض المثل رعایت شده و از اصل مال نافذ است (عمرانی، ۱۴۲۱، ۸/۲۱۵). مراد از عقد معاوضی، ارث بردن طرفین عقد است؛ یعنی همان طور که زوجه از مریض ارث می برد، مریض نیز از زوجه ارث می برد. ماوردی اتهام به ضرررسانی را منتفی دانسته و معتقد است احتمال ضرر، مانعی برای جواز عقد محسوب نمی شود؛ زیرا اغلب اوقات مریض به قصد رضای خدا ازدواج می کند. اگرچه در ظاهر، ازدواج به ضرر وراث است؛ ولی در واقع به نفع خود مریض تمام شده و منفعت مریض از منفعت وراث اولویت دارد (ماوردی، ۱۴۱۹، ۸/۲۸۰)

مخالفین صحت عقد، نکاح مریض را تصرف تبرعی فرض کرده، ازدواج مریض را ممنوع دانسته و در صورت انعقاد، عقد را فاسد اعلام کرده اند. آنان معتقدند مریض برای ضرررساندن به وراث خود ازدواج کرده و وارثی را به وراث داخل کرده است (صاوی، بی تا، ۳/۴۰۱).

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دوم، شماره پیاپی سوم
تابستان ۱۳۹۶
۱۳۴

۲.۳. بررسی نظر موافقان صحت نکاح

مذاهب حنفی، مالکی و حنبلی به صحت نکاح مریض و توارث زوجین فتوا داده اند. ابن قدامه حکم نکاح مریض و صحیح را یکسان دانسته و آن را به اکثریت فقهای عامه نسبت می دهد. روایت شده عبدالرحمن بن ام الحکم در حال مریضی سه زن را به ازدواج خود درآورد و مهریه هر کدام را دو هزار دینار قرار داد تا آنان را در میراث زنش شریک گرداند و عرصه را بر وی تنگ کند؛ عثمان نکاح را اجازه داد (ابن قدامه، ۱۳۸۸، ۷/۲۱۳). فقهای مذاهب سه گانه به روایت فوق استناد کرده و معتقدند اجازه عثمان کاشف از صحت نکاح مریض است.

۳.۳. بررسی نظر مخالفان صحت نکاح

در میان ائمه چهارگانه اهل سنت فقط مالک با نکاح مریض مخالفت کرده و توارث

زوجین را منتفی می‌داند. در کتاب «المدونه» چنین آمده است: «قلت أرايت المرأة تتزوج و هي مریضة أيجوز تزويجها أم لا؟ قال لا يجوز تزويجها عند مالك» (مالک بن انس، ۱۴۱۵، ۱۷۰/۲).

برخی فقهای مالکی معتقدند مراد از جایز نبودن، فساد نکاح مریض است (قرافی، ۱۹۹۴، ۲۰۸/۴؛ جندی، بی تا، ۱۰۴/۴؛ خرسی، بی تا، ۱۹۷/۳؛ دسوقی، بی تا، ۲۷۶/۲ و ۲۷۶ و صاوی، بی تا، ۴۰۱/۳). بنابراین مبنا، عقد منعقدۀ مریض می‌بایست فسخ شود و نیاز به صیغه طلاق نمی‌باشد؛ زیرا عقد در اصل فاسد است و عقد فاسد به منزله عدم عقد تلقی شده؛ خواه دخول شده باشد و چه نشده باشد.

یکی از فقهای مالکی در علت جایز نبودن نکاح چنین استدلال کرده که مریض محجور است و تصرفات غیر ضروری به ضرر وراثت را نمی‌تواند انجام دهد. نکاح مریض نیز غیر ضروری و به ضرر وراثت است؛ زیرا مریض نیازی به وطی زوجه ندارد و نکاح وی موجب مهر، ارث و نفقه می‌شود؛ لذا منع نکاح وی واجب است (قاضی عبدالوهاب، بی تا، ۷۸۷/۱). فقیه دیگری معتقد است نکاح مریض موجب زیاده شدن ورثه می‌شود. همانطور که محروم ساختن یکی از وراثت از ارث، در حال مرض ممنوع است، داخل کردن ورثه نیز ممنوع است و مریض حق چنین عملی را ندارد (رجراجی، ۱۴۲۸، ۴۹۳/۳).

در فقه مالکی بین نکاح مرد و زن مریض تفاوت وجود دارد. در هر دو قسم، نکاح غیر جایز و ارث بری منتفی است. اگر عقد نکاح منعقد شد و دخول صورت گرفت، مهریه زوجه مستقر است. با این تفاوت که در نکاح مریض، مهریه تا ثلث مال نافذ است؛ زیرا مریض محجور است و تصرفات وی تا ثلث اموالش نافذ و بیش از ثلث به اجازه وراثت نیاز دارد. در ازدواج زن مریض مهریه کاملاً نافذ است، زیرا زوج مریض نبوده که تصرفات وی محکوم به ثلث شود (مالک بن انس، ۱۴۱۵، ۱۷۰/۲).

در مواردی که مرد یا زن مریض پس از ازدواج از مریضی بهبودی یابند، دو قول از مالک نقل شده است. در قول اول، مالک قایل به فسخ شده و معتقد است حتی در صورت بهبودی از مرض، عقد باید تجدید شود. وی در قول دوم، عقد را صحیح شمرده و نکاح را ثابت می‌داند. بنابراین تصریح یکی از فقهای مالکی، مالک از قول اول رجوع

کرده و قول دوم را برگزیده است (رجراجی، ۱۴۲۸، ۴۹۳/۳).

فقه‌های مالکی با تمسک به قیاس، حکم به ارث نبردن زوجین را تعمیم داده و معتقدند اگر زن مریضی با فرد سالم ازدواج کرد و زوج زودتر از زوجه فوت کرد، ارث زوجه منتفی است (جندی، بی تا، ۱۰۴/۴). در این حکم فرقی میان مرد و زن مریض وجود ندارد؛ خواه زوج مریض باشد و زوجه فوت کند یا زوجه مریض باشد و زوج فوت کند. در فقه مالکی به ماهیت مرض مشرف به موت نیز اشاره شده و فقه‌های این مذهب، مطالب مختلفی از این‌جا کرده‌اند. قرافی به تحقیق پیرامون ماهیت مرض پرداخته و با تقسیم امراض به چهار قسم، حکم هر یک را مشخص کرده است. وی معتقد است در امراض غیر ترسناک، ازدواج صحیح و توارث پابرجاست؛ اما در امراض ترسناک که بعد از سالیان طولانی به موت منتهی می‌شوند، ازدواج در ابتدای مریضی صحیح و ارث بری ثابت است و در انتهای مریضی فاسد و توارث منتفی می‌باشد (قرافی، ۱۹۹۴، ۲۰۸/۴). عبارت فوق ناظر به فتوای مشهور فقه‌های مالکی است. ایشان معتقدند امراض مخوف سبب ممنوعیت نکاح مریض می‌شود و در آن اختلافی ندارند. درباره ملاک ترسناک بودن اختلاف نظر وجود دارد. دسوقی کثرت موت را ملاک دانسته و می‌نویسد: «أن المداک علی کثرة الموت من ذلك المرض حیث یکون الموت منه شهیرا لا یتعجب منه ولا یلزم من کثرة الموت منه غلبة الموت به» (دسوقی، بی تا، ۳۰۶/۳). طبق این تعریف اگر منتهی شدن مریضی به مرگ، نزد مردم مشهور باشد و فوت شخص موجب تعجب مردم نشود؛ لذا لازم نیست مرگ بر صحت غلبه داشته باشد.

خرشی به نقل از مازری، ملاک ترسناک بودن را غلبه موت نقل کرده و معتقد است که امراض ترسناک و غالباً کشنده، بیماری مشرف به موت هستند (خرشی، بی تا، ۳۰۴/۵). این قول برخلاف قول سابق است؛ زیرا در این قول، غلبه موت بر صحت، شرط بیماری است؛ برخلاف کثرت موت در قول اول. دسوقی در تفاوت بین کثرت و غلبه می‌نویسد: «فیقال فی الشیء أنه کثیر إذا کان وجوده مساویا لعدمه و الغلبة أخص من ذلك» (دسوقی، بی تا، ۳۰۶/۳)؛ بنابر عبارت فوق، احتمال موت به واسطه مریضی در «غالب» بیش از «کثیر» است؛ زیرا در کثیر امکان داشتن با امکان نداشتن مساوی است؛ اما در «غالب»، امکان داشتن بیش از امکان نداشتن است.

قرافی نیز ملاک ترسناک بودن را «غلبه» دانسته و معتقد است هر مرضی که به تشخیص پزشکان مرگ آور باشد و موت در آن بر صحت غلبه داشته باشد مریضی، ترسناک نامیده می شود (قرافی، ۱۹۹۴، ۱۳۷/۴). ابن حاجب، ملاک ترسناک بودن را «سببیت» ذکر کرده و معتقد است امراضی که به تشخیص پزشکان سبب موت می شوند، امراض ترسناک هستند؛ برخلاف امراضی چون دندان درد و سردرد که صلاحیت مرگ بیمار را ندارند و سبب فوت نمی شوند (ابن حاجب، ۱۴۲۱، ۳۸۷/۱). ابن شاس، مرضی که امید بهبودی در آن وجود ندارد و پزشکان آن را مهلک و کشنده می دانند، مرض ترسناک نامیده است (ابن شاس، ۱۴۲۳، ۱۲۲۰/۳).

فقههای مالکی به حالات خطرناک نیز اشاره کرده و مبتلایان به حالات خطرناک چون امواج دریا، قصاص، جنگ و قتال را به مریض ملحق ساخته و نکاح آنان را جایز نمی دانند (دسوقی، بی تا، ۲۷۶/۲).

از عبارت اخیر مشخص می شود طرفداران جواز، ازدواج مریض را مانند هزینه های جاری جهت مخارج زندگی، درمان و رفاه وی فرض کرده و معتقدند ازدواج مریض در جهت رفاه و خدمت شدن است. با اینکه ازدواج برای وراثت ضرر مالی بدنبال دارد؛ لیکن برای مریض منفعت دارد و مشمول منجزات مریض نمی شود.

بررسی ابعاد فقهی
ماده «۹۴۵» قانون مدنی
ایران با استناد به فقه
مذاهب اسلامی
۱۳۷

نتیجه گیری

۱. حکم ماده «۹۴۵» قانون مدنی ایران برگرفته از اجماع فقهای امامیه است. پشتوانه اجماع، روایات مستفیض است که از حیث متن و سند صحیح هستند و معارضی نیز ندارند. به تصریح روایات، فوت مریض قبل از دخول ازدواج را باطل کرده و زوجه را از ارث محروم می کند. مراد از باطل شدن ازدواج، انحلال نکاح است؛ لذا با دخول نکردن، ازدواج منحل شده و زوجه مستحق مهریه و ارث نمی شود. به محض دخول، این ازدواج به عقد لازم تبدیل شده و دارای جمیع احکام عقد نکاح می شود. در روایات، دخول مطلق ذکر شده و به معنای متعارف عمل زناشویی است؛ در قبل باشد یا در دبر؛

۲. عبارت «در همان مرض بمیرد» در ماده مورد بحث، بیان گر ماهیت مریضی مشرف به موت است. این عبارت از روایات گرفته شده است. سؤال کننده در سؤال

خود از معصوم علیه السلام، واژه «فی مرضه» را استفاده کرده است. اگرچه ظاهر عبارت بر معنای ظرفیت دلالت دارد؛ لیکن شواهد و قراین حاکم بر روایات گویای آن است که معنای «فی»، سببیت است؛ یعنی مرضی که سبب موت مریض شود؛ زیرا معصوم علیه السلام در جواب، عبارت «حتی مات فی مرضه» را استفاده کرده است. از کلمه «حتی» معلوم می شود که باید مریضی ادامه یابد تا در نهایت به فوت مریض منتهی شود، اگرچه مدت طولانی باشد؛ لذا مرگ مریض پس از بهبودی، مرگ به سبب امراض سهل العلاج، مرگ توسط مریضی دیگر، مرگ با عاملی خارج از مریضی و حالات و عوارض خطرناک، از ماهیت «مرض مشرف به موت» خارجند؛

۳. حکم ماده «۹۴۵»، حکمی استثنایی، مختص به مرد مریض است و قابل تعمیم به زن مریض نمی باشد؛ زیرا بین نکاح مرد و زن مریض، وحدت ملاک وجود ندارد. باطل بودن ازدواج مریض، به علت حمایت از وراثت است؛ درحالی که با ازدواج زن مریض، وراثت متحمل ضرر نمی شوند تا حکم بطلان بر ازدواج زن مریض نیز مترتب شود؛ لذا سرایت دادن حکم به موت زوجه از پشتمانه فقهی و حقوقی برخوردار نیست؛

۴. در ازدواج مریض، فوت زوجه قبل از دخول باعث ارث بردن مریض نمی شود؛ زیرا شارع مقدس، نکاح مریض را منوط به دخول کرده و تا قبل از دخول آن را باطل اعلام کرده است. حکم فوق مطلق بوده و نسبت به طرفین عقد یکسان است؛

۵. در میان مذاهب عامه، فقط فقهای مالکی نکاح مریض را جایز نمی دانند. ایشان، ازدواج مریض در مریضی ترسناک را تصرف تبرعی دانسته و به بطلان نکاح زن و مرد مریض حکم داده اند. در ملاک ترسناک بودن اختلاف وجود دارد؛ برخی «غلبه» فوت کردن بر سالم شدن را ملاک ترسناک بودن ذکر کرده و برخی دیگر «کثرت» موت به سبب مرض را، در فقه مالکی، حالات و عوارض خطرناک نیز به مرض ملحق شده و نکاح در آنها باطل اعلام شده است. فقهای این مذهب با تمسک به قیاس، حکم به ارث بردن زوجین را تعمیم داده و معتقدند بین ازدواج زن و مرد مریض تفاوتی وجود ندارد. در مواردی که زوجه زودتر از زوج فوت کند نیز ارث منتفی است.

منابع

١. قرآن كريم.
٢. ابن حاجب، عثمان بن عمر بن أبي بكر. (١٤٢١ق). جامع الأمهات. ج دوم. بی جا: الیمامة للطباعة والنشر والتوزيع.
٣. ابن شاس، أبو محمد جلال الدين عبد الله. (١٤٢٣ق). عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة. ج اول. بيروت: دار الغرب الإسلامي.
٤. ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد. (١٣٨٨ق). المغني. قاهره: مكتبة القاهرة.
٥. اردبیلی، احمد. (١٤٠٣ق). مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأنهان. ج اول. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
٦. امامی، سید حسن. (١٣٨٨). حقوق مدنی. ج سوم. تهران: انتشارات اسلامیة.
٧. بحرانی، آل عصفور. (بی تا). الأنوار اللوامع في شرح مفاتيح الشرائع. قم: مجمع البحوث العلمية.
٨. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (١٣٨٢). مجموعه محشی قانون مدنی. ج سوم. تهران: انتشارات گنج دانش.
٩. جنیدی، ضیاء الدین خلیل بن اسحاق. (بی تا). التوضیح في شرح مختصر. بی جا: بی نا.
١٠. حر عاملی، محمد بن حسن. (١٤٠٩ق). وسائل الشیعة. ج اول. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
١١. حکیم، سید محسن. (١٤١٠ق). منهاج الصالحین. ج اول. قم: دارالتعارف للمطبوعات.
١٢. خرشي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله. (بی تا). شرح مختصر خلیل. بيروت: دارالفکر للطباعة.
١٣. خوانساری، سید احمد. (١٤٠٥ق). جامع المدارک في شرح مختصر النافع. ج دوم. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
١٤. دسوقي، محمد بن احمد بن عرفه. (بی تا). حاشیة الدسوقي علی الشرح الكبير. بيروت: دارالفکر.
١٥. رجراجي، أبو الحسن علي بن سعيد. (١٤٢٨ق). مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها. بی جا: دار ابن حزم.
١٦. سبحانی، جعفر. (١٤١٥ق). نظام الارث في الشريعة الاسلاميه الفراء. ج اول. قم: مؤسسه الامام الصادق علیهما السلام.
١٧. سبزواری، سید عبدالاعلی. (بی تا). مهذب الاحکام في بیان حلال و الحرام. قم: دارالتفسیر.
١٨. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی. (١٣٨٤ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. ج سوم. قم: افست.
١٩. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی. (١٤١٦ق). مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام. ج اول. بی جا: مؤسسه المعارف الإسلامیة.

٢٠. شيخ طوسي، ابو جعفر محمد بن حسن. (١٤٠٧ق). تهذيب الاحكام. ج چهارم. تهران: دارالكتب الإسلامية.
٢١. _____ (بي تا). الاستبصار في من اختلف من الاخبار. قم: دارالكتب الإسلامية.
٢٢. صاوي، احمد بن محمد. (بي تا). حاشية الصاوي على الشرح الصغير. بي جا: دارالمعارف.
٢٣. صدوق، محمد بن علي بن حسين بن بابويه قمي. (١٤٠٤ق). من لا يحضره الفقيه. ج دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامي.
٢٤. طاهري، حبيب الله. (١٤١٨ق). حقوق مدني. ج دوم. قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامي.
٢٥. طباطبائي حائري، سيد علي بن محمد. (١٤١٨ق). رياض المسائل. ج اول. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
٢٦. عاملي كركي، علي بن حسين (محقق ثاني). (١٤١٤ق). جامع المقاصد في شرح القواعد. ج اول. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
٢٧. عاملي، سيد جواد. (١٤١٩ق). مفتاح الكرامة في شرح القواعد العلامة. ج اول. قم: دفتر انتشارات اسلامي.
٢٨. علامه حلي، حسن بن يوسف بن مطهر. (١٤١٣ق). قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام. ج اول. قم: دفتر انتشارات اسلامي.
٢٩. _____ (١٤٢٠ق). تذكرة الفقهاء (الحديثه). ج اول. قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
٣٠. _____ (بي تا) (الف). تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإماميه. ج اول. مشهد: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
٣١. _____ (بي تا) (ب). تذكرة الفقهاء (قديمه). قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
٣٢. عمراني، ابوالحسن بن يحيى بن ابي الخير. (١٤٢١ق). البيان في مذهب الإمام الشافعي. ج اول. جده: دارالمنهاج.
٣٣. فاضل هندی، محمد. (١٤١٦ق). كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام. ج اول. قم: دفتر انتشارات اسلامي.
٣٤. فخرالمحققين، ابي طالب محمد بن حسن. (١٣٨٩ق). ابضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد. ج اول. قم: مؤسسه اسماعيليان.
٣٥. قاضي عبدالوهاب، ابو محمد بن علي. (بي تا). المعونة على مذهب عالم المدينة. مكة: المكتبة التجارية.
٣٦. قرافي، شهاب الدين أحمد بن ادريس. (١٩٩٤م). الذخيرة. ج اول. بيروت: دار الغرب الاسلامي.
٣٧. كاشف الغطاء، عباس بن حسن. (بي تا). فوائد الجعفرية. نجف اشرف: مؤسسه كاشف الغطاء.