

پژوهشنامه ی حقوق و علوم سیاسی / سال دوّم / شماره هفتم / زمستان ۸۶

## برون شدی از ابهام قانونی نکاح مسلم با غیر مسلمه

دکتر مصطفی جباری \*

### چکیده

درباره ی نکاح مسلمین و غیر مسلمین ، فقط همین مقدار در قانون مدنی ایران آمده است که: «نکاح مسلمه با غیر مسلم جایز نیست.» (ماده ۱۰۵۹). در این نوشتار، نگاهی خواهم داشت بر ابهام موجود مربوط به «نکاح مسلم با غیر مسلمه» و با طرح چند پرسش تلاش کرده ام تا نشان دهم آیا برای ایرانیان علاقه مند به «زندگی مشترک دائم با زنان اهل کتاب» ، می توان راهی یافت ؟

واژه های کلیدی: نکاح دائم ، نکاح منقطع ، نسب مشروع ، بطلان نکاح.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

\* استادیار دانشگاه سمنان

## طرح بحث

تشکیل خانواده از زن و مردی که میان آنان همسری و کفایت طبقاتی، دینی و اجتماعی وجود ندارد موضوعی است که ذهن اندیشمندان را از دیرباز به خود مشغول داشته است و اختصاص به فقیهان و دانشمندان مسلمان ندارد. پیش از آن که به نظر مسلمین در این باره بپردازیم به نقل دو دیدگاه دیگر خواهیم پرداخت. این دو دیدگاه بیانگر دغدغه‌های معتقدان به باورهای دینی خاصی است.

**الف - دیدگاه دین هندویی:** «مرد دوباره متولد شده»<sup>۱</sup> ، ... در امر ازدواج باید از خانواده‌های زیر به دقت اجتناب ورزد گر چه آن خانواده‌ها بسیار بزرگ و ثروتمند باشند و اسب و گوسفند و گله و دارایی‌های دیگری داشته باشند این خانواده‌ها عبارتند از : خانواده‌ای که از شعائر مقدس غافل باشد، خانواده‌ای که فرزندان ذکور نداشته باشد، خانواده‌ای که به مطالعه وادها نپردازد،

...

توصیه می‌شود که مردان دوباره متولد شده با زنانی از طبقه خودشان ازدواج کنند. اما کسانی که بخواهند دوباره ازدواج کنند می‌توانند از طبقه خود یا کاست‌های پایین‌تر از خود همسر اختیار کنند. البته بهتر است که از طبقات پایین‌تر انتخاب نکنند.

مردان دوباره متولد شده‌ای که با زنانی از طبقه ی پایین (شودره) ازدواج می‌کنند، خانواده و فرزندان خود را به درجه ی شودره تنزل می‌دهند.

برهمنی که با زنی از طبقه شودره هم‌بستر گردد پس از مرگ به قعر جهنم فرو خواهد رفت و در صورتی که از آن زن صاحب فرزند شود مرتبه‌ی برهمنی خود را از دست خواهد داد. ارواح نیاکان و خدایان پیش‌کش‌هایی را که چنین مردی به کمک همسر شودره خود تهیه کرده نمی‌پذیرند و چنین مردی وارد بهشت نخواهد شد. از کسی که لب بر لب زن شودره گذاشته و یا با نفس زن

۱- به عضو هر یک از سه کاست بالای جامعه (برهمن ، کشریه، وایشیه) گفته می‌شود و دلیل آن این است که چنین فردی در چرخه تناسخ به مرتبه بالاتری صعود کرده است.

شودرده آلوده شده و یا از آن زن صاحب فرزندى شده باشد، كفاره پذیرفته نخواهد شد. (لطیفی، عبدالحسین سال چاپ/ ۱۶۹ به بعد).

ب - دیدگاه کتاب مقدس: «... پس از پایان این امور، سران قوم اسرائیل پیش من آمدند و گفتند که قوم و کائنات و لایوان خود را از قوم‌های بت‌پرستان ساکن این دیار جدا نکرده‌اند و از اعمال قبیح کنعانی‌ها، حتی‌ها، فرزى‌ها، بیوسى‌ها، عمویى‌ها، موآبی‌ها، مصری‌ها و اموری‌ها پیروی می‌کنند. مردان یهودی از دختران این قوم‌ها برای خود و پسرانشان زنان گرفته‌اند و به این وسیله، قوم مقدس را با قوم‌های بت‌پرست در هم آمیخته‌اند. در این فساد، سران و بزرگان قوم پیش‌قدم بوده‌اند. وقتی این خبر را شنیدم جامه‌ی خود را دریدم. موی سر و ریش خود را کندم و متحیر نشستم. سپس گروهی از کسانی که به‌خاطر این گناه قوم از خدای اسرائیل می‌ترسیدند نزد من جمع شدند و من تا وقت تقدیم قربانی عصر همان طور نشسته ماندم ... و حال ای خدای ما پس از این همه لطف، چه می‌توانیم بگوییم؟ در حالی که بار دیگر از دستورات تو که توسط انبیایت به ما داده بودی سرپیچی کرده‌ایم. آن‌ها به ما گفته بودند که سرزمینی که به زودی آن را به تصرف خود در خواهیم آورد زمینی است که بر اثر اعمال قبیح ساکنان بت‌پرست آن نجس شده است و سراسر آن پر از فساد و پلیدی است. به ما فرمودند که دختران خود را به پسران اهالی آن‌جا ندهیم و نگذاریم پسران ما با دختران ایشان ازدواج کنند و نیز هرگز به آن قوم‌ها کمک نکنیم تا بتوانیم از آن سرزمین حاصلخیز بهره‌مند شویم و آن را برای فرزندانمان تا ابد به ارث بگذاریم ... با وجود این باز از دستورات تو سرپیچی نموده‌ایم و با این قوم‌های فاسد وصلت کرده‌ایم. حال بدون شک مورد خشم تو قرار خواهیم گرفت و حتی یک نفر از ما نیز زنده باقی نخواهد ماند. (کتاب مقدس، کتاب عزرا، باب ۹).

«سپس شکینا پسر یحیی ثیل که از طایفه عیلام بود به عزرا گفت: ما اعتراف می‌کنیم که نسبت به خدای خود گناه ورزیده‌ایم چون با زنان غیر یهودی ازدواج کرده‌ایم. ولی با وجود این باز امیدی برای بنی اسرائیل باقی است. اینک در حضور خدای خویش قول می‌دهیم که از زنان خود جدا شویم و آن‌ها را با فرزندان‌شان از این سرزمین دور کنیم ... بگذار سران ما در اورشلیم بمانند و به این کار رسیدگی کنند. سپس هر کس که زن غیر یهودی دارد در وقت تعیین شده با بزرگان و

قضات شهر خود بیاید تا به وضعش رسیدگی شود و خشم خدای ما از ما برگردد... قوم این روش را پذیرفتند و عزرای کاهن چند نفر از سران طائفه‌ها را انتخاب کرد و اسامی‌شان را نوشت. این گروه روز اول ماه دهم تحقیق خود را شروع کردند و در عرض سه ماه به وضع مردانی که همسران بیگانه داشتند رسیدگی نمودند. (کتاب مقدس، کتاب عزرا، باب ۱۰. و هم چنین رک: + اول قرن‌تیان، باب ۷، آیه ۱۲ به بعد).

ج - در فقه: نکاح، در فقه اسلام و در میان عقود، ویژگی منحصر به فردی دارد: علاوه بر بعد عبادی آن که در برخی از متون فقهی، بدان اشاراتی شده است، آشنایی با فرهنگ و عادات و آداب و دین طرف مقابل، پیوندی که از طریق زوجین میان دو تبار یا طائفه به وجود می‌آید و در روابط اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی میان آنان موثر است نباید از نظر دور بماند؛ به ویژه اگر جامعه ای را تصور کنیم که زوجه، بنا به دلایل اقتصادی و اجتماعی که حاصل نبود زمینه های اشتغال؛ بیمه و غیره برای زنان است، بالاچار چنان زیر چتر حمایتی زوج قرار می‌گیرد که خواسته یا ناخواسته مصداق بارز «المراه تاخذ بدین بعلها» - زن آیین شوهر خود را می‌گیرد - می‌شود و «دین زوج که به معنای عام آن عبارت است از فرهنگ و آداب و اعتقادات او، بر زوجه تحمیل خواهد شد. شهید اول، در لمعه، پس از طرح سؤالی پیرامون جواز تزویج «مؤمنه» با «مخالف» عبارت فوق را آورده است: «هل يجوز للمؤمنه التزویج بالمخالف؟ اما العکس فجایز، لان المراه تاخذ بدین بعلها». آنچه گفته شد چندان مورد نظر فقیهان قرار گرفته است که موجب فتح بابی برای بحث «کفالت» در «کتاب النکاح» کتب فقهی شده است. فقیهان کفالت را در نکاح، معتبر دانسته و در ذیل این عنوان کلی از ازدواج مسلمه با «کافر» و «ناصبی» و از ازدواج «مؤمنه» با «مخالف» سخن گفته اند. برخی از فقیهان، ناصبی را از یهودی و نصرانی بدتر دانسته اند. و از دیدگاه آنان «مخالف»، هر مسلمان غیر شیعه ی اثنا عشری است. (مثلا نگاه کنید شهید ثانی، ۱۳۷۹: ۱۰۰) هم چنین تحت عنوان کفالت از ازدواج مسلم با کافر - به عقد دائم یا منقطع - بحث می‌شود. پیشینه‌ی همجواری دو گروه مسلمان و غیر مسلمان و نیز مسلمانان مؤمن (شیعیان) و غیر مؤمن (غیر شیعیان) روشن کرده که ازدواج این دو گروه با یکدیگر خالی از تبعات و مناقشات نبوده است و چنین اختلافات

و مناقشاتی لازمه‌ی طبیعی زندگی دو گروه یا دو شخصی است که علاوه بر مشترکات، مفترقاتی هم - کم یا بیش - با یکدیگر دارند. از نزاع میان مسلمین و غیر مسلمین در هندوستان معاصر که هر از گاه به بهانه‌هایی مانند «مسجد ببری» رخ می‌دهد و نیز از نزاعی که در دوران شیخ طوسی میان شیعه و غیر شیعه رخ داد و به هجرت آن عالم بزرگ از مرکز علمی بغداد به نجف انجامید (شهید صدر/۶۳) و نیز از شهادت دو شهید اول و ثانی (دکتر گرجی/۸۵) می‌توان به عنوان نمونه‌ای از این مناقشات و تبعات آن یاد کرد. اگر تصور کنیم زوجینی که فقط در «زبان» با هم متفاوتند یا چه تبعات و مناقشاتی روبه‌رو هستند چنان که در زندگی‌های مشترک غیر هم‌زبانان میان خودمان کمابیش وجود دارد، درک و پذیرش اختلافات و مجادلات حاصل از اختلاف «دین» یا «مذهب» کاملاً مشخص خواهد شد.

به هر حال موضوع ازدواج مسلمان و غیر مسلمان در قانون مدنی ایران به تفصیل نیامده و فقط به همین بسنده شده است که «نکاح مسلمه با غیر مسلم جایز نیست». در شرح لمعه، به‌عنوان نمونه‌ای از متون فقهی چنین آمده است: «لا یجوز للمسلمه مطلقاً التزویج بالکافر، و هو موضع وفاق.» (شرح لمعه/ ۱۰۰). اما آیا از مفهوم ماده می‌توان استنباط کرد که «نکاح مسلم با غیر مسلمه جایز است حتی اگر منظور از غیر مسلمه، غیر کتابیه باشد؟» با توجه به پیشینه‌ی فقهی موجود و تفصیلی که در مطلب داده شده است، پاسخ مثبت قطعی و روشن برای سؤال منتفی است. اما آیا می‌توان گفت معنای این پاسخ منفی آن است که نکاح مسلم با غیر مسلمه جایز نیست؟ به این پرسش نیز باید با توجه به پیشینه‌ی فقهی موضوع، نظر داد، به ویژه با عنایت به این که مراجعه به منابع فقهی، در قوانین موضوعه تصریح شده است:

اصل ۱۶۷ قانون اساسی: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه‌ی سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.» و در ماده‌ی ۳ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است: «قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطرحه وجود

نداشته باشد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد حکم قضیه را صادر نمایند و نمی توانند به بهانه ی سکوت، نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند و آلا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد.»

اکنون برای یافتن پاسخ این سؤال که «آیا مرد مسلمان می تواند با زن غیر مسلمان کتابی ازدواج کند؟» به دلیل نیافتن پاسخ آن در قوانین موضوعه، باید به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر مراجعه کرد.

فقهای گذشته به منابع معتبر اسلامی مراجعه کرده اند ولی به پاسخ قطعی و روشن نرسیده اند. ذکر دیدگاه های فقیهان از سه منبع می تواند بیان گر همین عدم قطعیت باشد. وقتی فقیهان گذشته با دقت نظر علمی ای که در آنان سراغ داریم نتوانسته اند حکمی روشن و بی تردید صادر کنند، بدیهی است امید به این که قضات بدون در دست داشتن «قانون» که برای همه لازم الاجرا است، بتوانند به حکم قطعی دست پیدا کنند، آرزویی بیش نخواهد بود:

۱\_ بحرم عقدالدوام علی الکافره و ان اختلفت جهات کفرها آلا علی وجه مذکوره (سرائر/۵۲۷) و سپس در صفحه ی ۵۴۱ همان کتاب آمده است: «و قد قَدِمنا انه لا يجوز للرجل المسلم ان يعقد علی الکافرات علی اختلافهن، فان اضطر إلى العقد علیهن عقد علی اليهودیه و النصرانیه و ذلك جایز عندالضروره. ولا باس ان يعقد علی هذین الجنسین عقد المتعه مع الاختیار، لکنه یمنعهن من شرب الخمر و لحم الخنزیر و قال بعض اصحابنا انه لا يجوز العقد علی هذین الجنسین عقد متعه ولا عقد دوام» (سرائر/۵۴۱).

۲\_ فلا يجوز للمسلم ان ینکح غیر الکتابیه اجماعا لا دواما و لا انقطاعا، و فی الکتابیه قولان، اظهرهما الجواز فی المنقطع بل فی الدایم ایضا، و ان کان الاحتیاط لا ینبغی ترکه. (منهاج الصالحین/ ۲/ ۲۹۴).

۳\_ لا يجوز للمسلم تزویج غیر الکتابیه ... و اما الکتابیه من اليهودیه و النصرانیه ففیه اقوال اشهرها المنع فی النکاح الدایم و الجواز فی المنقطع. و قیل بالمنع مطلقا. و قیل بالجواز کذلک، و الاقوی الجواز فی المنقطع، و اما فی الدایم فالاحوط المنع (تحریر الوسیله/ ۲/ ۴۲۲)

با ذکر این سه قول ، نقل قول از فقهای دیگر ضرورتی ندارد زیرا جمله های پیش گفته به روشنی بیانگر اختلاف موجود بین فقیهان است.

نقل قول از سه تن از حقوقدانان بیانگر آن است که حقوقدانان نیز چیزی بر آن چه فقها بیان کرده اند، نیفزوده اند:

۱- «قول مشهور بر آن است که نکاح دائم ممنوع می باشد ولی نکاح منقطع جایز است. بعضی از فقها نکاح با زن کتابیه را مطلقاً (چه دائم و چه منقطع) منع نموده اند و برخی دیگر نکاح با آنان را مطلقاً اجازة داده اند. قول اخیر قوی به نظر می رسد.» (امامی/۴/۳۴۳).

۲- «قانون مدنی در باب نکاح مرد مسلمان با زن کافر هیچ منعی ندارد و به همین جهت شاید بتوان گفت که چون سلب آزادی در نکاح نیازمند به حکم صریح است، ازدواج با زن کافر به طور مطلق مجاز است. ولی باید دانست که در فقه امامیه ، نکاح مرد مسلمان با مشرک و کافر غیر کتابی باطل است و درباره زناشویی با زنان یهودی و مسیحی و زردشتی که در نظر اسلام دارای کتاب آسمانی هستند، اختلاف نظر وجود دارد. بنابراین با وضعی که قانون مدنی دارد، درباره صحت نکاح مردم مسلمان با زنان اخیر تردید روا نیست. لیکن بطلان نکاح با کافر غیر کتابی قوی تر به نظر می رسد.» (کاتوزیان/۱۲۶).

۳- «... علاوه بر این که نکاح با زن غیر کتابیه باطل است، در فقه امامیه قول اشهر این است که فقط نکاح منقطع با زن کتابیه جایز و نکاح دائم باطل است. در حقوق فعلی ایران هم می توان گفت چون این قول بین فقهای امامیه مشهورتر است ، ظاهراً قبول آن، مورد نظر قانون گذار بوده و به علاوه این قاعده عرف و عادت مسلم را تشکیل می دهد. پس مرد مسلمان نمی تواند با زن غیر

۱- به دو مقاله ی زیر مراجعه شود که موضوع؛ به تفصیل همراه با ذکر اقوال فقهاء، دست بندی و بحث درباره ی دلایل آن ها ؛ دنبال شده است و به همین دلیل از ذکر آن اقوال خودداری کرده ام. هدف این نوشته پیدا کردن شیوه ی اجرایی برای حل مشکل است، نه داوری در مباحث تئوری میان فقهاء. به عبارت دیگر هدف این مقاله آن است که حتی با پذیرفتن همین اختلاف دیدگاه ها چه راهی برای حل مشکل وجود دارد؟ الف: پژوهشی درباره ازدواج با زنان اهل کتاب، مجله مطالعات اسلامی دانشکده الهیات دانشگاه مشهد، شماره ۶۹ پاییز ۱۳۸۴، علی بابایی و ب: ازدواج دائم با اهل کتاب در فقه اسلامی و حقوق مدنی ایران، مجله مقالات و بررسی ها، دانشکده الهیات دانشگاه تهران، دفتر ۸۰ تابستان ۱۳۸۵، عبدالرضا محمدحسین زاده.

مسلمان کتابیه ، به عقد نکاح دائم ازدواج کند. در فقه اهل سنت این ازدواج به اجماع معتبر شناخته شده است.» (صفایی/۱۵۳).

این که معتقد باشیم چون نظر مشهور، چنان که فقهای متاخر نقل کرده اند، حرمت ازدواج دائم است و به هنگام سکوت قانون مدنی، باید به این فتوای مشهور مراجعه شود، با نص اصل ۱۶۷ و نیز ماده ۳ آیین دادرسی مدنی ظاهراً تطابق دقیق و بی شبهه ندارد. زیرا اصل و ماده ۳، قاضی را موظف کرده است که نخست به منابع معتبر اسلامی مراجعه کند و بدیهی است وقتی قاضی، مجتهد باشد می تواند به منابع معتبر اسلامی مراجعه و حکم به صحت نکاح دائم صادر کند حال آن که ممکن است قاضی مجتهد دیگری چنین صحتی برای نکاح دائم قائل نباشد. علاوه بر این، آنچه تحت عنوان «اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد» در متن ماده ۳ آمده است، حتی در صورت داشتن مفهوم و مصداقی روشن، ظاهراً نمی تواند ناظر به ازدواج مسلمان و غیر مسلمان باشد زیرا با توجه به پیشینه‌ی فقهی موضوع، مجالی برای اجرای «اصل حقوقی» باقی نمی ماند. از سوی دیگر با عنایت به اختلاف فراوانی که در فتاوا وجود دارد مراجعه به «فتاوی معتبر» مشکلی را حل نخواهد کرد زیرا احراز این که کدام فتوا «معتبر» و دیگری «غیر معتبر» است از روشی بدون پیروی نمی کند و به خود قاضی بستگی دارد و این باعث خواهد شد تا احکام صادره در موضوعی کاملاً مشابه، متفاوت باشند.

## ۲- چهره خارجی و واقعی موضوع

آن چه تا کنون گفته شد همگی به مقام نظریه پردازی و بحث های نظری مرتبط است. اما علی‌رغم همه‌ی مباحث مفصل و مستدلی که ممکن است از سوی طرفین بحث \_ قائلان به حرمت و جواز مطلق یا تفصیل بین دو نوع عقد دائم و منقطع \_ مطرح شود که نقل اقوال هر یک از طرفین ضرورت ندارد؛ واقعیت این است که موضوع در «قانون» که نخستین ملاک و منبع صدور احکام قضایی است، مسکوت مانده است. اکنون باید پرسید آیا می توان برای این مشکل راه حلی اجرایی پیدا کرد. به نحوی که ایرانیان داخل کشور هم بتوانند با زنان اهل کتاب ازدواج دائم بکنند



یا «زندگی مشترک دائم» داشته باشند؟ (برای دیدن اقوال فقهای شیعه در خصوص حرمت ازدواج دائم و منقطع با کتابیه، جواز ازدواج دائم و منقطع، و حرمت ازدواج دائم و جواز ازدواج منقطع؛ به عنوان نمونه ک: شود شیخ طوسی، مبسوط/۴/۲۱۰ و نجفی، جواهرالکلام/۳۰/۳۱ و امام خمینی، تحریر الوسیله/۲/۲۸۵ و علامه حلی، مختلف الشیعه/۲/۲۹۴).

۱-۲- اگر بپذیریم که معاملات مشمول زمان و مکان هستند، بحثی که دست کم در ایران امروز کم تر صاحب نظری با آن مخالف است و نهادهای قانون گذاری همین شیوه را برای حل بسیاری از مشکلات اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، روانی و غیره در جامعه ی معاصر، دنبال می کنند؛ می توان پذیرفت که «نکاح» هم از معاملات بوده و چه بسا می توان با صدور حکم روشنی درباره ی نکاح مورد بحث، روابط محکم و استواری بین ایرانیان مسلمان و اهل کتاب به وجود آورد. کاری که بدون تردید در راستای وحدت ملی می تواند مفید باشد.

تصمیمات و مصوبات و قوانینی که برای حل مشکلات معاصر توسط قوه ی مقننه، به منصفی عمل رسیده است کم نیستند: قوانین بانکی، قوانین مربوط به تلقیح مصنوعی و اهدای جنین و سقط جنین، و هم چنین است حکم حکومتی تساوی دیه بین مسلمان و ذمی. (تبصره ی ۲ ماده ی ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی: براساس نظر حکومتی ولی امر، دیه ی اقلیت های دینی شناخته شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به اندازه ی دیه ی مسلمان تعیین

می گردد.)

۲-۲- با پذیرفتن قاعده ی اصولی ای که مقرر می دارد: «نهی - در معاملات - مقتضی فساد منهی عنه نیست»، قاضی پرونده ای که در آن موضوع ازدواج مسلم با کتابیه مطرح شده است می تواند حکم به صحت آثار نکاحی که واقع شده، هرچند از نظر گروهی از فقیهان شیعه منهی عنه بوده است، بدهد. زیرا ممکن است عملی منهی عنه باشد اما شارع یا قانون گذار آن را باطل و فاسد تلقی نکرده باشد. مثلاً در ماده ی یک قانون راجع به ازدواج - مصوب ۱۳۱۰/۵/۲۳ - آمده است:

۲- اصولیون مقدم و متأخر درباره ی «نهی و فساد منهی عنه» بحث کرده اند. به عنوان نمونه رجوع شود به سید مرتضی، الذریعه؛ آخوند خراسانی، کفایه الاصول؛ محمدرضا مظفر. اصول مظفر؛ علامه حیدری، اصول الاستنباط؛ شهید صدر، المعالم الجدیده للاصول؛ سید محمد بجنوردی، مقالات اصولی.

«در نقاطی که وزارت عدلیه معین و اعلام می‌نماید هر ازدواج و طلاق و رجوع باید در یکی از دفاتری که مطابق نظام‌نامه‌های وزارت عدلیه تنظیم می‌شود، واقع و به ثبت برسد. در نقاط مزبور هر مردی که در غیر از دفاتر رسمی ازدواج و طلاق، مبادرت به ازدواج و طلاق و رجوع نماید به یک تا شش ماه حبس تأدیبی محکوم می‌شود و همین مجازات درباره‌ی عاقدی مقرر است که در این نقاط بدون داشتن دفاتر رسمی به اجرای صیغه‌ی ازدواج یا طلاق یا رجوع مبادرت نماید.» البته شورای محترم نگهبان در نظریه‌ی شماره‌ی ۱۴۸۸ مورخ ۱۳۶۳/۵/۹ اعلام کرده است که «مجازات متعاقبین و عاقد در عقد ازدواج غیر رسمی مذکور در ماده‌ی یک قانون ازدواج ... شرعی نمی‌باشد.»

پس ملاحظه می‌شود علی‌رغم این که قانون‌گذار از عدم ثبت ازدواج، طلاق و رجوع نهی کرده است اما این نهی را مقتضی فساد منهی عنه نمی‌داند. هم‌چنین است حکمی که در ماده چهارم قانون لزوم ارائه‌ی گواهی‌نامه‌ی پزشک قبل از وقوع ازدواج مصوب ۱۳۱۷/۹/۱۳ آمده است: «هر سردفتری که بدون رعایت ماده‌ی ۲ این قانون به عقد و ثبت ازدواج مبادرت نماید به حبس تأدیبی از دو ماه الی یک سال محکوم خواهد شد.» ماده‌ی دوم این قانون دفاتر ازدواج را مکلف کرده که قبل از وقوع ازدواج از نامزدها گواهی‌نامه‌ی پزشک مبنی بر نداشتن امراض مسریه مهم مطالبه نمایند.

اما آیا از این مواد می‌توان نتیجه گرفت که علاوه بر مجازاتی که برای سردفتران در نظر گرفته شده، نکاح هم باطل است؟

بنابراین وقتی چنین نکاحی واقع شود نسب حاصله، نسبی است شرعی، همان گونه که وطی در دوران عادت و روزه منهی عنه است اما فرزند حاصل از این وطی، شرعی است. دیده ایم که در خصوص تلقیح مصنوعی نیز همین نکته رعایت شده است و حتی فقیهانی که قایل به حرمت تلقیح مصنوعی هستند و معتقدند که هیچ مسلمانی جرات قول به حلیت آن را ندارد در نامشروع بودن فرزند حاصل از این تلقیح درنگ کرده، و حکم به نامشروع بودن فرزند دست کم نسبت به مادر ولد نداده‌اند. (مغنیه/۱۰۶).

پس می‌توان گفت از یک طرف قانون نسبت به نکاح مسلم و کتابیه ساکت است و از سوی دیگر وقتی قاضی به فتاوی معتبر مراجعه کند می‌تواند بر اساس نظر فقیهانی عمل کند که نکاح دائم مسلم با کتابیه را قبول دارند و حتی این فرض نیز ممکن است که قاضی، خودش مجتهد باشد و اصولاً قائل به صحت نکاح دائم مسلم با کتابیه.

۲-۳ - شروط ضمن عقد هم راهی است برای این‌که بتوان زن کتابی را از برخی از کارها که در اسلام پذیرفته نیست، بازداشت: رعایت جامعه‌ی مسلمین و عادات و آداب مسلمانان، عدم استفاده از خوردنی‌ها و آشامیدنی‌هایی که در اسلام ممنوع شده است و ... همگی می‌توانند به صورت شرط ضمن عقد لحاظ شود.

اگر در ضمانت اجرایی این شروط تردید کنیم، البته در ضمانت اجرای هر شرط دیگری هم می‌توان تردید کرد.

۲-۴ - واقعیت این است که شرایط کنونی جهان و جهان اسلام و به تبع آن ایران کنونی، با آن‌چه در صدر اسلام می‌گذشته است کاملاً متفاوت است و بنابراین می‌توان گفت ارتباط اقتصادی، اجتماعی و سیاسی و نظامی میان مسلمانان و پیروان سایر ادیان چهره‌ی دیگری به خود گرفته است و ولای امروز مسلمین با مسیحیان به عنوان مثال، همان دوستی یا دشمنی این دو گروه در صدر اسلام نیست. به عبارت دیگر موضوع عوض شده است. نه مسیحیت امروز همانی است که در صدر اسلام بوده است و نه مسیحی افروز. همان‌گونه که «انفال»، «مسایقات» و «معامله با کفار» و ... چهره دیگری به خود گرفته‌اند. پس شاید بتوان گفت آن فلسفه‌ی ممنوعیت ارتباط میان مسلمین و اهل کتاب که در صدر اسلام وجود داشته است امروزه وجود ندارد. معاهدات اقتصادی تبادل علوم و فناوری، روابط سیاسی و اجتماعی دولت‌های اسلامی با دول غیر اسلامی بیان‌گر این مدعا است.

۲-۵ - تجربه نشان داده است مردان مسلمان و زنان اهل کتاب می‌توانند زندگی مشترک و بدون مشکل داشته باشند. استاد مغنیه می‌گوید: «به هر حال بسیاری از فقهای معاصر امامیه، ازدواج دائم با کتابیه را جایز می‌دانند و محاکم شرعی فقه جعفری در لبنان ازدواج مرد مسلمان با زن کتابی را انجام می‌دهند، این نکاح را ثبت کرده و همه‌ی آثار زوجیت را بر آن بار می‌کنند.»

(مغنیه/۴۵). علاوه بر جامعه ی مسلمان لبنان، ایرانیان مقیم خارج از کشور نیز ازدواج های متعدد موفق را با مسیحیان تجربه کرده اند.

۲-۶ - وقتی نکاح موقت با اهل کتاب، برابر نظر گروهی از فقیهان، مجاز شناخته شده است «انعقاد عقد موقت با زمان بسیار طولانی» ظاهراً راه حل مناسبی برای ایجاد زندگی مشترک میان مرد مسلم و زن اهل کتاب است زیرا در نکاح متعه از «معلوم بودن زمان» سخن گفته شده نه از کم یا زیاد بودن آن. اگر این شبهه به ذهن زوجه برسد که ممکن است زوج از حق خود استفاده و مدت باقی مانده را «بذل» کرده و جدایی اتفاق افتد، بدیهی است که این راه حل در نکاح موقت بین دو مسلمان نیز وجود دارد و البته در نکاح دائم نیز همواره راهی برای جدایی تحت نام «طلاق»، زندگی مشترک را تهدید می کند. شاید بتوان گفت همان گونه که دیگر حقوق قابل اسقاطند در این جا نیز زوج برای اطمینان زوجه می تواند حق «بذل مدت» را از خود ساقط کند. اگر چنین نظری درست باشد آن گاه این سؤال مطرح می شود که آیا زوجین باید تا پایان مدت چنین نکاح منقطعی به آن پایدار بمانند و راهی برای انحلال چنین نکاحی وجود نخواهد داشت؟ به ویژه با عنایت به این که در عقد منقطع، طلاق نیز وجود ندارد؟ اما شاید یک راه حل آن است که ضمن عقد، حق بذل مدت، وکالتاً از سوی زوج به زوجه واگذار شود. در این صورت می توان میان جنبه های متفاوت را در عقد جمع کرد: ۱- مرد مسلمان و زن کتابی که مایل به زندگی مشترک هستند به مقصود می رسند، ۲- این عقد در قالب عقد موقت - که مشهور فقهاء صحت آن را پذیرفته اند - منعقد می شود، ۳- اما مدت آن چنان است که عملاً با نکاح دائم تفاوتی ندارد، ۴- زوجه که ضمن عقد وکیل زوج شده است مطمئن است که زوج نمی تواند در نیمه راه زندگی از حقی که در اختیار دارد بلامنازع، استفاده کند و پیوند زندگی مشترک را بگسلد، ۵- مسأله توارث نیز با شرطی که ضمن عقد می شود بر حسب شرطی که شده است قابل حل خواهد بود. (مثلاً ر.ک: بحث نکاح متعه از شرح لمعه ... لا توارث بینهما الا مع شرطه فی العقد فیثبت علی حسب ما یشرطانه.)

## فهرست منابع

- ۱- ابن ادیس، السرائر الحاوی للفتاوی. مؤسسه نشر الاسلامی، چاپ چهارم، ۱۴۱۷هـ.ق.
- ۲- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۴، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۰.
- ۳- بابایی، علی، پژوهشی درباره ازدواج با زنان اهل کتاب، مجله مطالعات اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، شماره ۶۹، پاییز ۱۳۸۴.
- ۴- حلی، علامه، مختلف الشیعه، مرکز الابحاث و الدراسات الاسلامیه، قم، بی تا.
- ۵- حیدری، علینقی، اصول الاستنباط، ترجمه ی دکتر عباس زراعت و حمید مسجدسرای، نشر فیض، ۱۳۷۸.
- ۶- خراسانی، محمد کاظم [آخوند]، کفایه الاصول، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم، ۱۴۰۸ق.
- ۷- خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، مکتبه العلمیه الاسلامیه، تهران، بی تا.
- ۸- خوبی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، چاپ ۲۱، نجف، مطبعه النعمان، ۱۳۷۹.
- ۹- شهید ثانی، شرح لمعه، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۹.
- ۱۰- سید مرتضی، الذریعه الی اصول الشریعه، به تصحیح دکتر ابوالقاسم گرجی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۳.
- ۱۱- شیخ طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، المکتبه الرضویه لاحیاء الأئثار الجعفریه، تهران ۱۴۱۸ق.
- ۱۲- صدر، سید محمد باقر، المعالم الجدیده للاصول، مطبعه النعمان، نجف، ۱۹۷۵م.
- ۱۳- صفایی، سید حسین، امامی، اسدالله، حقوق خانواده، ج ۱، دانشگاه تهران، ۱۳۷۴.
- ۱۴- قانون راجع به ازدواج، مصوب ۲۳ مرداد ۱۳۱۰ شمسی.
- ۱۵- قانون مجازات اسلامی جمهوری اسلامی ایران.
- ۱۶- کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، ج ۱، شرکت انتشار با همکاری بهمن یرنا، ۱۳۷۱.
- ۱۷- کتاب مقدس. بی جا، بی تا.

- ۱۸- لطیفی، عبدالحسین، آداب و احکام ازدواج در دین هندوی، نیمسالنامه تخصصی پژوهشنامه ادیان، سال اول، شماره اول، دانشگاه آزاد اسلامی ایران.
- ۱۹- محمدحسین زاده، عبدالرضا، ازدواج دائم با اهل کتاب در فقه اسلامی و حقوق مدنی ایران، مجله مقالات و بررسی‌ها، دانشگاه تهران، دفتر ۸۰، تابستان ۱۳۸۵.
- ۲۰- مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، قم، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۰.
- ۲۱- مغنیه، محمدجواد، الفقه علی المذاهب الخمسه، ترجمه‌ی مصطفی جباری و حمید مسجدسرای، تهران، نشر نی، ۱۳۷۹.
- ۲۲- موسوی بجنوردی، سید محمد، مقالات اصولی، چاپ شرکت افست، بی‌تا.
- ۲۳- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، دار احیاء التراث العربی، بیروت، بی‌تا.

