

## واکاوی دیدگاه‌های خاص علامه کاشف‌الغطاء در احوال شخصیه با رویکرد

### تطبیقی اقلیت‌های دینی ایرانی

(نوع مقاله، علمی - ترویجی)

#### امید توکلی‌کیا<sup>۱</sup>

احوال شخصیه دربرگیرنده احکامی است که به انسان اختصاص دارد و به معنای خصوصیتی است که وضع و هویت شخصی و حقوقی و تکالیف فرد را در خانواده و اجتماع معین می‌کند. این پژوهش به روش توصیفی و تحلیلی دیدگاه‌های خاص علامه محمدحسین کاشف‌الغطاء پیرامون احوال شخصیه با رویکرد تطبیقی به نظرات فقیهان اهل سنت و اقلیت‌های دینی شناخته‌شده در اصل سیزدهم قانون اساسی از جمله ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی را در سه بخش نکاح، طلاق و وصیت مورد بررسی قرار می‌دهد. یافته تحقیق این است که دیدگاه‌های فرامذهبی فقهای امامیه از جمله علامه کاشف‌الغطاء تا چه اندازه می‌تواند در تقریب مذاهب اسلامی به یکدیگر و وضع و تدوین قوانین داخلی و متأثر نمودن دیگر ادیان مؤثر باشد و قانونگذار بهتر است با توجه به اهمیت احوال شخصیه با رویکردی به مبانی شرعی و در نظر گرفتن مقتضیات زمانی، قانونی مستقل مانند برخی کشورها در این خصوص تصویب نماید.

کلیدواژه‌ها: احوال شخصیه، نکاح، طلاق، وصیت، اقلیت‌های دینی، تحریرالمجله.

۱. کارشناس ارشد حقوق، قاضی دادگستری و پژوهشگر در پژوهشکده حقوق و قانون ایران

شخص در حقوق به دو قسم حقیقی و حقوقی تقسیم می‌شود. در مبحث احوال شخصیه از احوال مربوط به شخص حقیقی بحث می‌شود. اصطلاح احوال شخصیه در فقه سابقاً اصطلاح شناخته شده‌ای نبود و بعدها در دوران معاصر این اصطلاح به پیروی از حقوق خارجی و توسط حقوقدانان به کار گرفته شد. احوال شخصیه در اصطلاح فقهی دربرگیرنده احکامی است که به انسان اختصاص دارد. اصطلاح احوال شخصیه در اواخر قرن نوزدهم توسط محمد قدری پاشا وقتی که کتاب «احکام الشرعیه فی الاحوال الشخصیه» را نوشت وارد فقه اسلامی شد (غندور، ۲۰۱۳: ۸). به نظر می‌رسد این اصطلاح اولین بار توسط علامه محمدحسین کاشف‌الغطاء در انتهای کتاب قضاء «تحریرالمجله»<sup>۱</sup> در سال ۱۳۶۱ هـ.ق. در فقه شیعه به کار گرفته شد.<sup>۲</sup> علامه کاشف‌الغطاء جلد پنجم تحریرالمجله را به احوال شخصیه - که شامل نکاح و توابع آن (مهریه، عیوب، اولاد، نفقات)، طلاق و ملحقات آن (خلع، مبارات، ظهار، ایلاء، عده)، وصیت، دین و وقف می‌شود - اختصاص داده است. ایشان در این کتاب دیدگاه‌های نوینی را ارائه نموده است که با توجه به نگرش وحدت امت اسلام و تقریب بین مذاهب مهم و قابل توجه است. در خصوص این موضوع بر اساس تتبع صورت گرفته تحقیق و پژوهشی صورت نگرفته است. اهمیت این پژوهش از این جهت است که اولاً علامه کاشف‌الغطاء پیشگام فقیهان امامیه هم در تدوین مجموعه‌ای تحت عنوان «احوال شخصیه» بوده است و مجموعه مستقلی را به این موضوع اختصاص داده است و ثانیاً اینکه ایشان پیشگام در عرصه تقریب مذاهب اسلامی بوده است. به عنوان مثال ایشان در خصوص اتحاد بین مسلمانان و اهل کتاب می‌فرماید: «وحدت ایمان به وحدت زبان دعوت می‌کند و وحدت زبان و لغت رابطه است و رابطه، برادری است و برادری حاصل از ادب، بالاتر از

۱. و قد عزمنا بتوفیقہ تعالی و معونته ان نجعل لهذا الجزء الاخير [الجزء الرابع] ملحقاتاً نستدرک به ما فات «المجله» من الکتب المهمه العامه البلوی التي يحتاجها القضاة و المحامون و الاحکام اشد الحاجة و هی ما یسمونها اليوم «بالاحوال الشخصیه» (کاشف‌الغطاء، ۱۳۳۲: ۵۱۳/۴).

۲. برخی نویسندگان حقوقی بیان داشته‌اند که احتمالاً اولین باری که اصطلاح احوال شخصیه در فقه شیعه به کار گرفته شد، برمی‌گردد به تألیف کتاب (الاحوال شخصیه فی فقه اهل بیت(ع)) که در سال ۱۳۷۰ هـ.ق. ۱۹۵۱ م توسط (شیخ یوسف فقیه) رئیس وقت محکمه عالی شرع جعفری در بیروت لبنان نگاشته شد. (شفایی، ۱۳۸۲: ۲۲۷ تا ۲۶۴)

برادری نسبی است و این برادری عناصر گوناگون و مذاهب مختلف را یکی می‌کند. پس مسیحی و یهودی و زرتشتی و صائبی که به زبان و فرهنگ ما خدمت و با ما به‌طور مسالمت آمیزی زندگی می‌کند و با ما در پنهان و آشکار همدردی می‌کنند و دشمنان ما را علیه ما یاری نمی‌کنند و از وطن‌های ما پاسداری و حمایت می‌کنند اینها برادران ما مسلمانان و داخل در ذمه مسلمین هستند و مسلمانان باید از آنان حمایت کنند، آنچه برای مسلمانان است برای آنها هم هست و آنچه علیه مسلمانان است علیه آنها نیز هست.» (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۶۶/۱). بنابراین با توجه به نگرش علامه در خصوص وحدت بین مسلمانان و دیگر ادیان رسمی سعی گردید که در کنار بیان برخی دیدگاه‌های ایشان نظرات و دیدگاه‌های فقهای اهل سنت و اقلیت‌های دینی که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به رسمیت شناخته شده‌اند، مورد بررسی قرار گیرد. روش تحقیق در این مقاله مبتنی بر مطالعه استقرایی و سطر به سطر کتاب ایشان بوده است و در بیشتر موارد خود علامه بیان نموده است که نظر مشهور فقیهان این است ولی دیدگاه من چیز دیگری است و منظور از دیدگاه‌های خاص، نظراتی است که ایشان آن را منتسب به خود می‌داند و با تعابیر «انا اول من حکیم»، «الاصح عندنا»، «التحقیق عندنا»، «حق‌التعبیر ان یقال»، «هذا من مفرداتنا» و «لم نجده لاحد» و «لا تجده فی غیر هذا الکتاب» و تعابیر دیگر یاد نموده است، هرچند که ممکن است اشخاص دیگری این نظر را سابقاً مطرح کرده باشند. با توجه به اصل ۱۲ قانون اساسی و ماده ۶ قانون مدنی، نکاح، طلاق، وصیت و ارث جزء احوال شخصیه است و اینکه علامه کاشف‌الغطاء نیز به مبحث ارث پرداخته است، بنابراین در این نوشتار ما تنها به بیان دیدگاه‌های ایشان در احوال شخصیه در سه مبحث فقهی نکاح، طلاق و وصیت خواهیم پرداخت و در این خصوص نیز رویکردی تطبیقی به مقررات احوال شخصیه اقلیت‌های دینی ایرانی شناخته‌شده در اصل سیزدهم قانون اساسی خواهیم داشت.

در این مبحث به بررسی مفهوم زوجیت، عدم لزوم صیغه عربی در تحقق نکاح، نکاح قبل از بلوغ، ازدواج مرد مسلمان با زن اهل کتاب، شرط خیار فسخ در نکاح، عدم ذکر مدت، نفقه، ارث و حق قسم زوجه در نکاح منقطع می‌پردازیم.

### ۱-۱. مفهوم زوجیت

علامه کاشف‌الغطاء معتقد است که زوجیت سعادت زندگی و کمال طبیعی برای انسان است و این تعبیر را هیچ‌کس بیان نکرده است درحالی‌که آن حقیقتی ارتکازی است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۱۱/۵-۱۵).<sup>۱</sup> نکاح یا ازدواج در قانون مدنی ایران و بسیاری از کشورها از جمله فرانسه تعریف نشده است. البته برخی کشورهای اسلامی آن را تعریف کرده‌اند. ماده ۱ قانون احوال شخصیه سوریه (۱۹۵۳م) بیان می‌دارد: «ازدواج یک قرارداد بین یک مرد و یک زن است که از لحاظ قانونی حق ایجاد یک پیوند از زندگی مشترک و فرزندان دارد.»<sup>۲</sup> ماده ۲ قانون احوال شخصیه عراق (۱۹۵۹م) تکرار ماده ۱ قانون احوال شخصیه سوریه است. برخی حقوقدانان اسلامی نکاح را چنین تعریف کرده‌اند: «نکاح عقدی است که به هریک از زوجین حق استمتاع از دیگری را به وجه مشروع می‌دهد.» (صفایی، امامی، ۱۳۸۵: ۲۳). البته علامه کاشف‌الغطاء تعریف زوجیت را بیان نکرده است، بلکه تنها هدف غایی از آن را بیان نموده است چرا که زوجیت عبارت است از علقه و رابطه همسری میان زن و شوهر که برآیند و نتیجه عقد نکاح اعم از دائم و موقت است و در واقع ایشان زوجیت را مفهومی بدیهی (ارتکازی)<sup>۳</sup> می‌داند. شایسته بود که قانونگذار در قانون مدنی همچون برخی دیگر از مباحث (بیع، اجاره، عاریه و موارد دیگر)، ابتدا تعریفی از نکاح بیان می‌نمود

۱. «انها [الزوجیه] کمال ثانوی طبیعی للانسان ... و ما ذکرناه ... بانها کمال طبیعی للانسان لم نجده لاحد، مع انه حقیقه ارتکازیه.»

۲. «الزواج عقد بین رجل وامراه تحل له شرعاً غایته إنشاء رابطه للحیاه المشتركه والنسل.»

۳. ارتکاز عبارت است از شعوری عمیق نسبت به نوع حکمی که انجام یا ترک آن از سوی عقلا و مشرعه صادر می‌گردد، بدون این‌که دقیقاً منشأ آن شناخته شود. بدین جهت هرگاه فعلی در پرتو سیره (مشرعه یا عقلاییه) به جهت مداومت در تکرار و استمرار در ذهن سخت جای‌گزین و استقرار و ثبوت یابد، آن را «ارتکازی» گویند (توکلی‌کیا، ۱۳۹۱: ۹).

چرا که تنها با تعریف دقیق است که وجه امتیاز امور مختلف از یکدیگر آشکار می‌شود. در مفهوم شرعی نکاح بین اهل سنت اختلاف نظر وجود دارد، برخی معتقدند که نکاح حقیقت در عقد و مجاز در وطی است و برخی دیگر آن را حقیقت در وطی و مجاز در نکاح می‌دانند، برخی دیگر آن را مشترک لفظی بین وطی و نکاح و برخی مشترک معنوی دانسته‌اند (قدوری، ۱۴۲۱: ۲۸۵). برخی نکاح را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «هو عقد وضع لتملك المتعه بالانثی قصداً، و القید الاخیر لاخراج شراء الامه للتسری و المراد وضع الشارع لا وضع المتعاقدين له» (سیواسی، ۱۸۶/۳). بر اساس ماده ۲۵ مقررات احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران مصوب ۱۳۸۷/۰۷/۰۳، ازدواج یا زناشویی در مسیحیت، یک عقد دائمی و عهد و پیمان مقدس کلیسایی، اجتماعی و خانوادگی می‌باشد.

## ۲-۱. عدم لزوم صیغه عربی در تحقق نکاح

مشهور فقیهان قائل به اعتبار عربی بودن در عقد نکاح هستند و ترجمه را به هر صورت که باشد، کافی نمی‌دانند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۶۷/۲۳). مرحوم کاشف‌الغطاء این قول را به احتیاط نزدیک‌تر دانسته است، ولی می‌گوید قول اقوی صحت عقد هر قومی با زبان خودشان می‌باشد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۲۱/۵). در فقه اهل سنت برخی معتقدند که عربی بودن لفظ شرط است هرچند شخص معنای آن را نداند و برخی آن را شرط نمی‌دانند (سیواسی، ۱۹۷/۳). اطلاق ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید.» به نوعی دیدگاه علامه کاشف‌الغطاء را تایید می‌کند و اینکه ایجاب و قبول به هر لفظی ممکن است واقع شود و عربیت شرط تحقق نکاح نیست.<sup>۲</sup> برخی از حقوقدانان نیز بیان داشته‌اند در عقد نکاح لفظ فارسی کافی است و آنان که لفظ عربی را لازم دانسته‌اند دلیل ندارند (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۰۱). برخی دیگر فرموده‌اند: «ماده بالا قید نموده الفاظی که نکاح به وسیله آنها منعقد می‌شود باید به چه زبانی باشد، بنابراین به هر زبانی که زوجین آشنا به آن هستند می‌توانند ایجاب و قبول بگویند و عقد نکاح منعقد سازند، ولی آن الفاظ باید صراحتاً مقصود

۱. لو لقتن المراه زوجت نفسی بالعربیه و لم تعلم معناها و قبل الزوج و الشهود یعلمون ذلك او لا یعلمون صح كالطلاق و قبل لا کالبیوع.

۲. ابن ابی حمزه و علامه بحرانی نیز قائل به عدم عربیت در تحقق نکاح می‌باشند. (بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۶۸/۲۳)

طرفین را به انعقاد نکاح برساند.» (امامی، ۱۳۷۴: ۳۵۳/۴). به نظر می‌رسد که آنچه که در تحقق عقد مؤثر است قصد انشاء و ایجاد آن است و لفظ مبرز خارجی آن می‌باشد. ماده ۱۹۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.» و لفظ در عقد نکاح نیز وسیله‌ای برای بیان اراده و توافق طرفین است و موضوعیت ندارد و ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی نیز که بیان داشته است عقد نکاح با الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید، واقع می‌شود و ماده ۱۰۶۶ این قانون که وقوع عقد نکاح با اشاره را برای اشخاص لال پذیرفته است مشروط بر اینکه به‌طور وضوح حاکی از انشاء عقد باشد، موید این تحلیل است.

### ۳-۱. اجازه ولی در نکاح باکره

در خصوص ولایت و عدم ولایت پدر و جد پدری در خصوص ازدواج باکره اقوال مختلفی<sup>۱</sup> (شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۱۲۰/۷ تا ۱۲۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۱۱/۲۳-۲۱۲؛ جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۵-۲۶) بین فقیهان وجود دارد، اما علامه کاشف‌الغطاء معتقد است صحیح‌ترین اقوال این است که صحت عقد نکاح موقوف بر رضایت زن و رضایت ولی او (پدر و جد پدری) می‌باشد و فقط با رضایت آن دو با هم صحیح است و در صورت وقوع نزاع و اختلاف نظر حاکم شرع ملاک است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۲۷/۵). ماده ۱۰۴۳ (اصلاحی ۱۳۷۰/۰۸/۱۴) قانون مدنی بیان می‌دارد: «نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدر او است.» برخی حقوقدانان معتقدند که ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی نظریه علامه کاشف‌الغطاء (نظریه تشریک)<sup>۲</sup> را برگزیده است (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۶). برخی دیگر از حقوقدانان معتقدند که قانون مدنی در این خصوص

۱. در فقه در این خصوص شش نظریه و دیدگاه مطرح شده است.

۲. نظریه تشریک دو فرع دارد:

الف) تشریک بین زن و پدر و جد پدری: این دیدگاه علامه کاشف‌الغطاء، ابوصلاح حلبی و ابن زهره حلبی است. (حلبی، ۱۴۰۳: ۲۹۲؛ حلبی، ۱۴۱۷: ۳۴۳) علامه بحرانی این قول را به شیخ حرعاملی نیز نسبت داده است. (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۱۱/۲۳).

ب) تشریک بین زن و فقط پدر: این دیدگاه به شیخ مفید نسبت داده شده است. (حلی، ۱۳۸۷: ۲۰/۲؛ شهیدثانی، ۱۴۲۵: ۱۲۲/۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۱۲/۲۳).

متاثر از قانون مدنی فرانسه و سویس بوده است (امامی، ۱۳۷۴: ۲۸۸/۴). در میان فقهای اهل سنت دیدگاه نزدیک به قانون مدنی ایران، قول ابویوسف و محمد شیبانی است که معتقدند: نکاح زن نیاز به اذن ولی دارد، لکن آن اذن شرط در نکاح نیست به طوری که جز به وسیله آن عقد منعقد نشود بلکه اگر زن اقدام به ازدواج نماید، صحیح است، پس اگر با غیر هم کفو و همتای خویش ازدواج نماید، برای ولی حق اعتراض و فسخ وجود دارد و اگر با هم کفو و همتای خویش ازدواج نماید بر ولی واجب است که عقد نکاح را اجازه نماید، در غیر این صورت حاکم اجازه آن را می‌دهد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۲۶/۵). ابوحنیفه معتقد است زمانی که دختر بالغ و رشید گردد ولایت ولی ساقط می‌شود و برای ازدواج نیاز به اذن ولی ندارد (قدوری، ۱۴۲۱: ۲۸۸).

بر اساس ماده ۱۵ آیین‌نامه احوال شخصیه زرتشتیان ایران مصوب ۱۳۸۶/۰۲/۲۷ انجمن موبدان تهران، «اجرای مراسم زناشویی مادامی که دختر و پسر در سن کمتر از بیست و یک سالگی باشند علاوه بر خواست طرفین، رضایت والدین پسر و دختر را نیز لازم دارد، در صورتی که یکی از والدین در گذشته باشد رضایت پدر و یا مادر زنده شرط خواهد بود و چنانچه از والدین هیچ‌یک زنده نباشند رضایت و اجازه جد و با نبودن آنها اجازه جده لازم است.» طبق مواد ۱۳ و ۱۴ مقررات احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران مصوب ۱۳۸۷/۰۷/۰۳، ازدواج دختر باکره، در هر سنی که باشد، با موافقت والدین امکان‌پذیر خواهد بود. اگر در مورد موافقت یا مخالفت با ازدواج، بین دختر باکره و پدر یا مادر یا وصی یا قیم اختلافی بروز نماید، حل اختلاف به کلیسا ارجاع خواهد گردید و کلیسا پس از رسیدگی‌های لازم و تحقیق از دختر و پدر و مادرش و مرد موردنظر، تصمیم لازم را اتخاذ خواهد نمود. تصمیم کلیسا در این موارد، قطعی و لازم‌الاجرا می‌باشد. هرگاه پدر و یا مادر و یا قیم یا وصی دختر باکره، بدون عذر و علت موجه از دادن اجازه خودداری نمایند، یا والدین در شهر و یا کشور محل سکونت دختر باکره حاضر نباشند، یا به هر علتی از علل (از جمله حَجْر والدین) و جلب نظر موافق یا مخالف آنها با ازدواج دخترشان میسر نباشد، کلیسا قائم‌مقام والدین بوده و پس از تحقیقات لازم، موافقت یا مخالفت خود را با ازدواج دختر باکره اعلام خواهد نمود. تصمیم کلیسا در این موارد، قطعی و لازم‌الاجرا خواهد بود. در صورتی که دختر باکره مسیحی، با وجود مخالفت کلیسا و یا والدین خود، برای اولین بار ازدواج

کند، چنین ازدواجی غیرنافذ می‌باشد. در این مورد، کلیسا یا پدر و یا مادر دختر، حق تقاضای فسخ این ازدواج را از دادگاه خواهند داشت. در ماده ۵ مجموعه قواعد و عادات متداوله مذهب مسیحی ارتدکس (روسی) مربوط به احوال شخصیه، بیان شده است: «ازدواجی که بدون اجازه والدین و یا قیم باشد ممنوع می‌باشد.» بر اساس بند یک ماده ۷ این مقررات «برای اینکه ازدواج قانونی باشد نه فقط رضایت والدین بلکه موافقت کامل اشخاصی که ازدواج می‌نمایند ضروری می‌باشد.»

#### ۴-۱. نکاح قبل از بلوغ

عقد نکاح صغیر فقط در صورت رعایت غبطه و مصلحت او لازم است. دیدگاه مشهور فقیهان این است که عقد ولی برای صغیر لازم است، پس هنگامی که صغیر بالغ شد، مطلقاً حق فسخ عقد را ندارد (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۰۴/۳۳)<sup>۱</sup>، اما علامه کاشف‌الغطاء می‌گوید به نظر ما آن عقد فقط در صورت وجود غبطه و مصلحت برای صغیر لازم می‌باشد، بنابراین چنانچه پسر یا دختر بالغ شود و عدم وجود مصلحت را در آن عقد برای خویش ببیند، تصمیم‌گیری در خصوص آن موضوع به ولی عام واگذار می‌شود، پس اگر عدم رعایت مصلحت ثابت شود برای پسر یا دختر حق فسخ عقد وجود دارد و در این صورت هیچ مهریه‌ای وجود ندارد، چرا که آن فسخ است و نه طلاق (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۲۸/۵). در فقه اهل سنت بیان شده است که اگر ولی (پدر یا جد)، پسر یا دختر را تزویج نمایند، بعد از بلوغ آنان حق خیار فسخ نکاح را ندارند ولی اگر غیر از پدر و جد، آنها را تزویج کنند، حق فسخ نکاح را دارند<sup>۲</sup> (قدوری، ۱۴۲۱: ۲۸۸).

در ماده ۱۰۴۱ (اصلاحی ۱۳۸۱/۰۴/۰۱) قانون مدنی آمده است: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح.» بنابراین اولاً دختر تا سن

۱. «ظاهر الأصحاب الاتفاق علی أنه لا خيار للصبي بعد البلوغ إذا عقد عليها الأب أو الجد، وإنما الخلاف فی الصبی، فإن المشهور أنه كذلك لیس له الخيار.»

۲. «فان زوجهما الاب أو الجد، فلا خيار لهما بعد البلوغ و ان زوجهما غیر الاب و الجد، فلکل واحد منهما الخيار، ان شاء اقام علی النکاح و ان شاء فسخ.»



۱۳ سالگی و پسر تا سن ۱۵ سالگی بدون اذن ولی نمی‌تواند ازدواج کند. ثانیاً این ازدواج منوط به رعایت مصلحت پسر و دختر است و تشخیص مصلحت با دادگاه صالح است و نیاز به تصمیم قضایی دارد. این ماده ضمانت اجرای ازدواج صغیر بدون اذن ولی و تصویب دادگاه را مشخص نکرده است، اما به نظر می‌رسد چنانچه ازدواج بدون اذن ولی یا بدون احراز مصلحت از سوی دادگاه واقع شود، غیرنافذ است. در این صورت پسر یا دختر، بعد از رسیدن به سن قانونی، خود می‌تواند ازدواج را تنفیذ یا رد کند. به نظر می‌رسد قانون مدنی در اصلاح این ماده، دیدگاه فقیهانی همچون علامه کاشف‌الغطاء را مدنظر داشته است. به نظر نگارنده افزایش عددی سن قانونی ازدواج متناسب با ضروریات اجتماعی است و این امر باعث جلوگیری از طلاق در سنین نوجوانی و محرومیت از تحصیل و آسیب‌های جسمی و روحی می‌شود و پیشنهاد می‌گردد قانونگذار حداقل سن ازدواج در دختران را ۱۶ سال تمام شمسی و در پسران ۱۸ سال تمام شمسی در نظر بگیرد. بر اساس کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۱۹۸۹، منظور از کودک افراد انسانی زیر سن ۱۸ سال است. سن کودکی یعنی عدم تشخیص کامل مسائل که از جمله آنها مبحث ازدواج است.

در ماده ۱۲ آیین‌نامه احوال شخصیه زرتشتیان ایران مصوب ۱۳۸۶/۰۲/۲۷ انجمن موبدان تهران، مقرر گردیده است: «پیش از آنکه دختر به سن شانزده سالگی و پسر به سن هیجده سالگی برسد اجرای مراسم زناشویی جایز نیست.» طبق ماده ۱۲ مقررات احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران مصوب ۱۳۸۷/۰۷/۰۳، «نکاح دختران قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام خورشیدی و پسران قبل از رسیدن به سن ۲۰ سال تمام خورشیدی، ممنوع است. ولی در موارد استثنایی که مصالحی اقتضا نماید، کلیسا می‌تواند با معافیت از شرط سن موافقت نماید، ولی به هیچ‌وجه به دختران کمتر از ۱۶ سال تمام خورشیدی و پسران کمتر از ۱۸ سال تمام خورشیدی، اجازه ازدواج داده نخواهد شد.» و به موجب بند ۴ ماده ۵۲ این مقرره ضمانت اجرای آن بطلان نکاح اعلام گردیده است که هریک از زوجین یا سرپرست کلیسا یا والدین زن یا شوهر می‌تواند با اخذ گواهی از کلیسا و تقدیم دادخواست به دادگاه، تقاضا نماید که دادگاه حکم بطلان عقد نکاح را صادر نماید. در ماده ۲۵ مقررات احوال شخصیه ارامنه گریگوری مصوب ۱۳۱۷/۰۸/۰۵، رهبر مذهبی ارامنه با اصلاحات بعدی، آمده است: «ازدواج فقط بین کسانی جائز است که به سن جایز

برای ازدواج که برای اناث ۱۵ سال و برای ذکور ۱۸ سال است، رسیده باشند.» در ماده ۲ مجموعه قواعد و عادات متداوله مذهب مسیحی ارتدکس (روسی) مربوط به احوال شخصیه، بیان شده است: «ازدواج مردهای جوانی که سن آنها کمتر از ۱۸ سال باشد و همچنین ازدواج زن‌های جوانی که سن آنها کمتر از ۱۶ سال باشد ممنوع می‌باشد (الف) و اما در مورد اهالی اصلی ایالت ماوراء قفقاز اگر چنانچه سن داماد ۱۵ سال باشد و سن عروس هم ۱۳ سال باشد ازدواج آنها جایز می‌باشد.»

### ۵-۱. ازدواج مرد مسلمان با زن اهل کتاب

در مورد ازدواج ابتدایی مسلمان با زن اهل کتاب اقوال مختلفی بین فقیهان وجود دارد، برخی این ازدواج را حرام می‌دانند، برخی دیگر آن را تنها در صورت موقت بودن می‌پذیرند و برخی دیگر به صورت مطلق قائل به جواز هستند. مرحوم کاشف‌الغطاء با استناد به آیه «امروز چیزهای پاکیزه برای شما حلال شد و [نیز ازدواج با] زنان پاکدامن با ایمان و زنان پاکدامن از کسانی که قبل از شما به آنها کتاب داده شده بر شما حلال است»، دیدگاه اخیر را مورد تایید قرار داده است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۵۱/۵-۵۲). اهل سنت نیز ازدواج مسلمان با زن اهل کتاب را جایز می‌دانند ولی ابن عمر تزویج کتابیه را مطلقاً منع کرده است و آن را مشمول زن مشرکه می‌داند<sup>۲</sup> (سیواسی: ۲۲۸/۳-۲۲۹).

برخی بیان داشته‌اند که کثرت اختلاف نظر و نیز وقوع آیات ناسخ و منسوخ و احتمال اینکه سوره مائده - که این نکاح را روا دانسته است - آخرین سوره‌ای است که نازل شده است موجب شده که مقنن قانون مدنی سکوت را ترجیح دهد و نظری که قائل به صحت این نکاح است، قابل دفاع است (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۶: ۹۴). برخی دیگر از حقوقدانان قول علامه کاشف‌الغطاء مبنی بر اینکه نکاح با زن کتابیه مطلقاً (اعم از نکاح دائم و موقت) جایز است را قوی دانسته‌اند (امامی،

۱. «اليوم احل لكم الطيبات... و المحسنات من المومنات و المحسنات من اللذين اوتوا الكتاب من قبلکم» سوره مائده، آیه ۵.

۲. «يجوز تجویز الكتابيات لقوله تعالى والمحسنات من اللذين اوتوا الكتاب.»

۱۳۷۴: ۳۴۳/۴). در مورد ازدواج مرد مسلمان با زن کتابیه قانون مدنی ساکت است و ظاهر این است که قانونگذار با توجه به فقه اسلامی نخواستہ است این ازدواج را منع کند. این معنی از مفهوم مخالف ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی<sup>۱</sup> هم قابل استنباط است و آیه شریفه «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» (مائده/۵)؛ زنان پاک‌دامن از مسلمانان و از اهل کتاب برای شما حلال هستند و می‌توانید با آنها ازدواج کنید به شرط این که مهر آنها را بپردازید، نیز دلیل دیگری بر صحت این ازدواج است.

ماده ۳۰ آیین‌نامه احوال شخصیه زرتشتیان ایران مصوب ۱۳۸۶/۰۲/۲۷ انجمن موبدان تهران، بیان می‌دارد: «اگر مردی زرتشتی، زن غیر زرتشتی داشته یا پس از ازدواج با زن زرتشتی، زن غیر زرتشتی انتخاب کند و حقیقت را پنهان کرده باشد، همسر زرتشتی او بعد از اطلاع می‌تواند تقاضای طلاق کند، شوهر مکلف است یک‌دوم از کل دارایی خود را به همسر زرتشتی پرداخت و انتقال دهد. در صورت عدم آگاهی و عدم طلاق در طول زندگی زناشویی، پس از درگذشت شوهر نیز یک‌دوم از کل دارایی شوهر متوفی به همسر زرتشتی انتقال داده خواهد شد.» بر اساس ماده ۲۲ مقررات احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران مصوب ۱۳۸۷/۰۷/۰۳، «نظر به اهمیت ازدواج و لزوم حفظ و ثبات خانواده مسیحی که کانون پرورش و تربیت فرزندان می‌باشد، شایسته است که هر فرد مسیحی با پسر یا دختر مسیحی (از جنس مخالف) ازدواج کند؛ بنابراین ازدواج با زن یا مرد غیرمسیحی، مجاز نمی‌باشد.» در ماده ۳۰ مقررات احوال شخصیه ارامنه گریگوری مصوب ۱۳۱۷/۰۸/۰۵، رهبر مذهبی ارامنه، آمده است: «ازدواج شخص مسیحی گریگوری با شخص غیرمسیحی ممنوع است. ازدواج شخص مسیحی گریگوری با شخص مسیحی غیرگریگوری فقط با رعایت احکام کلیسای مسیحی گریگوری و اجازه خلیفه یا نماینده وی مجاز است.» در بند ۷ ماده ۲۰ مجموعه قواعد و عادات متداوله مذهب مسیحی ارتدکس (روسی) مربوط به احوال شخصیه، بیان شده است: «این‌گونه ازدواج‌ها به هیچ‌وجه قانونی و حقیقی دانسته نمی‌شوند: ...»

۱. ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی: «نکاح مسلمه با غیرمسلم جایز نیست.»

۷) ازدواج کسانی که دارای مذهب ارتدکس داشته باشند با کسانی که در غیرمسیحیان باشند.

تبصره- قاعده‌ای که در فقره ۷ این ماده بیان شده است شامل آن زوجینی نمی‌باشد که هر دو آنها و یا یکی از آنها مفتخر به دریافت تأیید مقدس گردد. این موارد به‌طور مخصوص توسط محضر روحانی تحت مطالعه واقع می‌گردند و ازدواج این‌گونه زوجین طبق مقررات کلیسایی و محضر روحانی مجاز است.»

ماده ۱۲ احوال شخصیه جمعیت‌های کاتولیک ایران قوانین اصلی و مذهبی و هویت جاریه نسبت به جمعیت‌های کاتولیک ایران بیان می‌دارد: «ازدواج بین زوجین که یکی از آنها کاتولیک و دیگری غیرکاتولیک باشد و ازدواج منعقد بین دو کاتولیک در خارج از کلیسای کاتولیک باطل می‌باشد، چنین ازدواجی در صورتی اعتبار پیدا می‌کند که تشریفات آن مطابق مقررات مذهبی صورت گیرد، تجدید تشریفات مذهبی در مقابل هر یک از مقامات مذهبی دیگر هیچ اعتباری ندارد و زوجین تابع مقرراتی می‌باشند که آن ازدواج در کلیسای کاتولیک منعقد شده است.»

#### ۱-۶. شرط خیار فسخ در عقد نکاح

عقد نکاح در صورتی که به‌طور صحیح و جامع شرایط واقع شود، لازم است و امکان فسخ و اقاله آن وجود ندارد، اما چنانچه در آن خیار فسخ را شرط نمایند، مشهور فقیهان معتقدند که شرط و عقد هر دو با هم باطل است و این شرط از جمله شروط مبطل است (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۹۲/۴؛ شهیدثانی، ۱۴۲۵: ۱۰۲/۷؛ نجفی، بی‌تا: ۱۰۶/۳۱)، ولی کاشف‌الغطاء می‌گوید بنابر قول صحیح‌تر شرط باطل، ولی عقد نافذ است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۶۰/۵). در میان اهل سنت مالکیه گفته‌اند: اشتراط خیار برای زوج یا زوجه یا برای هر دو یا غیر آنها، باطل است و عقد هم به سبب این شرط، باطل می‌شود. شافعی و ابوحنیفه نیز قائل به عدم جواز شرط خیار در نکاح هستند و آن را باطل و مبطل عقد می‌دانند (جزیری، ۱۹۹۶: ۸۴/۴). عقد نکاح اساس تشکیل خانواده است و تزلزل اساس خانواده، نامطلوب است و چون حق خیار موجب تزلزل این عقد می‌شود قانونگذار از شرط کردن خیار در عقد نکاح جلوگیری کرده است. قانون مدنی در ماده ۱۰۶۹ که بیان می‌دارد: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است.» دیدگاه علامه کاشف‌الغطاء را پذیرفته است که فقط شرط خیار

باطل است و جانب احتیاط را گرفته است، زیرا عقد نکاح از اصول معاوضات و معاملات پیروی نمی‌کند، بلکه تابع نظم عمومی است. برخی از حقوقدانان بیان داشته‌اند که ماده یادشده در مقام بیان حکم عقدی است که شرط خیار در آن می‌شود و با بیان حکم به فساد شرط و سکوت نسبت به عقد، عقد نکاح صحیح خواهد بود. دلیل بر عدم تأثیر فساد شرط در عقد نکاح آن است که عقد و شرط دو امر است و فساد یکی تأثیر در دیگری نمی‌نماید، به عبارت دیگر تعدد مطلوب وجود دارد و از طرف دیگر اینکه انحلال به وسیله فسخ در موارد معینه قانونی پیش‌بینی شده و به اختیار زوجین واگذار نگردیده است (امامی، ۱۳۷۴: ۳۶۵/۴؛ صفایی، امامی، ۱۳۸۵: ۵۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۶۶۳).

### ۷-۱. نکاح منقطع

در این قسمت به بررسی ضمانت اجرای عدم ذکر مدت، نفقه، ارث و حق قسم زوجه در نکاح منقطع اشاره می‌شود. با توجه به عدم وجود مباحث ذیل در فقه اهل سنت و اقلیت‌های دینی دیدگاه کلی آنان بیان می‌شود. اهل سنت نکاح منقطع و موقت را باطل می‌دانند و ظاهراً مالک آن را جایز و مباح دانسته است (سیواسی، ۲۴۷/۳؛ قدوری، ۱۴۲۱: ۲۹۴).<sup>۱</sup> بر اساس مواد ۱۹ و ۲۵ مقررات احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران مصوب ۱۳۸۷/۰۷/۰۳، ازدواج غیردائم در مسیحیت ممنوع و باطل است.

### ۱-۷-۱. عدم ذکر مدت در نکاح منقطع

در صورتی که مدت در نکاح منقطع ذکر نشود اقوال مختلفی بین فقیهان وجود دارد؛ برخی معتقدند که عقد از اساس باطل است (حلی، ۱۴۱۳: ۲۲۷/۷؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۲۶/۱۳؛ طباطبایی، ۱۴۱۸: ۳۳۴/۱۱)، برخی دیگر معتقدند به عقد دائم تبدیل می‌شود (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۴۰/۴؛ طرابلسی، ۱۴۰۶: ۲۴۱/۲)، برخی دیگر می‌گویند اگر صیغه عقد با لفظ نکاح و تزویج باشد و مدت ذکر نشود به عقد نکاح دائم تبدیل می‌شود و اگر صیغه با لفظ تمتع باشد در این صورت عقد نکاح باطل است (حلی، ۱۴۱۰: ۶۲۰/۲)، و عده‌ای دیگر معتقدند اگر در عدم بیان مدت تعدد داشته باشند به نکاح دائم

۱. «نکاح المتعه باطل ... و قال مالک رحمه الله: هو جایز لانه کان مباحاً فبیقی الی ان یظهر ناسخه.»

تبدیل می‌شود و در صورت نسیان و فراموشی عقد باطل است (شهیدثانی، ۱۴۲۹: ۲۳۹/۳-۲۴۰).<sup>۱</sup> علامه کاشف‌الغطاء می‌فرماید به‌نظر ما احتیاط در طلاق و تجدید عقد است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۷۴-۷۳/۵). در میان حقوقدانان نیز اختلاف نظر است؛ برخی می‌گویند اگر مدت در نکاح منقطع ذکر نشود عقد، به نکاح دائم تبدیل می‌شود و مفهوم ماده ۱۰۹۵ قانون مدنی دلالت بر این معنا دارد، چراکه این ماده ضمانت اجرای عدم ذکر مهر را بطلان دانسته است لکن ضمانت اجرای عدم ذکر مدت را بطلان قرار نداده است (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۱۹-۱۲۱). برخی دیگر می‌گویند: «به پیروی از بعض فقهای امامیه به‌نظر می‌رسد که نکاح مزبور باطل باشد، زیرا قصد طرفین در عقد نکاح، انقطاع با آثار و احکام مخصوصی بوده است که با ذکر مدت و مهر منعقد می‌گردد و چون مدت که شرط لازم برای انعقاد آن است ذکر نگردیده ناچار نکاح منقطع محقق نمی‌شود و انعقاد دائم با آثار و احکام مخصوص هم بر خلاف مقصود طرفین می‌باشد» (امامی، ۱۳۷۴: ۱۰۲/۵). برخی دیگر بیان داشته‌اند: «اگر در نکاح منقطع مدت ذکر نشود و معلوم باشد که مقصود نکاح منقطع بوده عقد باطل است، ولی هرگاه مقصود طرفین معلوم نباشد، ظاهر این است که به نکاح دائم نظر داشته‌اند» (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۶۶۶-۶۶۵). اداره کل حقوقی قوه قضاییه در نظریه ۷/۲۲۶۱ مورخ ۱۳۷۷/۱۲/۲۳ بیان داشته است: «با توجه به مواد ۱۰۷۵ و ۱۰۷۶ ق.م در نکاح منقطع مدت باید کاملاً معین شود. بنابراین ذکر مدت امری علاوه است و مادام که به اثبات نرسد نکاح بدون مدت (دائم) تلقی خواهد شد. بنابراین در زمان بروز اختلاف و مرافعه بار اثبات بر عهده کسی است که مدعی امر زاید تعیین مدت است.» نظر اکثریت اعضای هیئت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور در رای اصراری ۱۳ مورخ ۱۳۸۵/۰۶/۲۸ این است که در صورت بروز اختلاف در دائم یا منقطع بودن عقد نکاح، با توجه به فتاوی معتبر فقهای عظام، عقد نکاح محکوم به «عقد دائم» است (اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور، ۱۳۸۹: ۳۰۸). به‌نظر نگارنده چنین عقدی را نه می‌توان عقد منقطع دانست، چون ذکر مدت یکی از ارکان این عقد است و ماده ۱۰۷۵ قانون مدنی می‌گوید: «نکاح وقتی منقطع است که برای مدت معینی واقع شده باشد.» بنابراین اگر مدت

۱. شهید ثانی چهار قول یادشده را در کتاب خویش بیان نموده است.

معین نباشد نکاح منقطع نیست، و نه می‌توان نکاح دائمی تلقی کرد، چرا که یکی از ارکان عقد نکاح دائم، قصد دوام است درحالی‌که در اینجا قصد طرفین نکاح منقطع است. بنابراین با توجه به قواعد فقهی «العقود تابعه للقصود» و «ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد» و وحدت ملاک مذکور در ماده ۱۰۹۵ قانون مدنی، قول به بطلان نکاح بهتر و منطبق با قانون و در راستای اصل حاکمیت اراده است.

### ۱-۷-۲. نفقه زوجه در نکاح منقطع

بیشتر فقیهان معتقد هستند که زوجه در عقد نکاح منقطع استحقاق نفقه را حتی در صورت شرط کردن ندارد (نجفی، بی‌تا: ۱۱۷/۲۹)، اما کاشف‌الغطاء می‌فرماید قول صحیح‌تر این است که زوجه در نکاح منقطع با وجود شرط، استحقاق نفقه را دارد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۶۷/۵). قانون مدنی ایران نیز در ماده ۱۱۱۳ که بیان می‌دارد: «در عقد انقطاع زن حق نفقه ندارد مگر اینکه شرط شده یا آنکه عقد مبنی بر آن جاری شده باشد.» ظاهراً دیدگاه ایشان را پذیرفته است. برخی حقوقدانان معتقدند: «در عقد انقطاع، التزام شوهر بر دادن نفقه ریشه قراردادی دارد و در صورتی حکم به آن داده می‌شود که دو طرف بر آن تراضی کرده باشند» (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۶۸۰). برخی دیگر معتقدند نفقه زن از آثار عقد انقطاع نمی‌باشد، ولی چنانچه در نکاح منقطع شرط انفاق زن بشود، شوهر ملزم است طبق شرط مزبور عمل نماید و آن را در حدود متعارف بپردازد، مگر آنکه مقدار آن را معین نموده باشند که طبق آن رفتار می‌شود. در نفقه‌ای که مورد شرط در نکاح منقطع قرار می‌گیرد رعایت شرائط و مقدار نفقه زن در نکاح دائم نمی‌شود،<sup>۱</sup> بنابراین لازم نیست که نفقه او متناسب با وضعیت زن باشد (امامی، ۱۳۷۴: ۱۰۸/۵). به نظر نگارنده التزام و تعهد به تأدیه نفقه اگر چه تعهدی مستقل و قابل قبول در راستای قاعده «المومنون عند شروطهم» و اصل آزادی قراردادی (ماده ۱۰ قانون مدنی) است و زوج ملتزم به آن است، ولی قصد و اراده زوجین از قرار دادن آن در نکاح منقطع در مقابل انجام وظائف زناشویی از طرف زن می‌باشد و الا زوج چنین

۱. نظریه ۷۳-۷/۷۰ - ۲۳/۰۹/۱۳۸۳ اداره کل حقوقی قوه قضاییه.

تعهدی را نمی‌پذیرفت، لذا هرگاه زوجه در نکاح منقطع از اطاعت شوهر سرپیچی نماید حق مطالبه نفقه مورد تعهد را برای مدت مزبور نخواهد داشت.

### ۱-۷-۳. ارث زوجه در نکاح منقطع

در رابطه با اینکه زوجه در عقد نکاح منقطع به واسطه شرط ارث می‌برد بین فقیهان اختلاف دیدگاه وجود دارد؛ برخی معتقدند که زن مطلقاً (شرط توارث و عدم توارث) ارث می‌برد (طرابلسی، ۱۴۰۶: ۲۴۰/۲ - ۲۴۳)، برخی معتقدند که زن مطلقاً (شرط توارث و عدم توارث) ارث نمی‌برد (حلی، ۱۴۱۰: ۶۲۴/۲؛ حلی، ۱۴۱۳: ۲۲۸/۷؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۳۷/۱۳)، و برخی دیگر می‌گویند در صورتی که شرط عدم ارث‌بری نشده باشد، ارث می‌برد (سیدمرتضی، ۱۴۱۵: ۲۷۵)، و برخی دیگر می‌فرمایند که فقط در صورت وجود شرط در متن عقد ارث می‌برد (عاملی، ۱۴۱۰: ۱۸۲؛ عاملی، ۱۴۲۹: ۲۴۴/۳)، اما کاشف‌الغطاء می‌گوید که قول صحیح‌تر این است که حتی در صورت وجود شرط ارث‌بری، زن ارث نمی‌برد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۶۶/۵). برخی حقوقدانان معتقدند که از مفهوم ماده ۹۴۰ قانون مدنی و قید «زوجیت دائمی» چنین فهمیده می‌شود که در نکاح منقطع (متعّه) ارث راه ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۵۷۰). برخی دیگر بیان داشته‌اند ماده مزبور در مقام بیان حکم توارث زوجین است و راجع به توارث متعه بیانی ننموده و سکوت در مقام بیان، دلیل بر عدم توارث زوجین در نکاح متعه می‌باشد (امامی، ۱۳۷۴: ۲۹۷/۳-۲۹۸؛ ۱۰۹/۵). به نظر می‌رسد با توجه به دلایل زیر شرط ارث‌بری در عقد نکاح منقطع قابل پذیرش نیست؛ اولاً در ماده ۹۴۰ قانون مدنی قید «زوجیت دائمی» به کار رفته است، ثانیاً حکم توارث از نظر حفظ نظم اجتماعی برقرار شده است و از قوانین آمره به‌شمار می‌رود، ثالثاً شرط توارث زوجین در عقد انقطاع، سهم نمودن غیر وارث در ترکه و تجاوز به سهم‌الارث ورثه قانونی می‌باشد، لذا از مصادیق شرط نامشروع شناخته می‌شود و طبق ماده ۲۳۲ قانون مدنی، شرط مزبور باطل است، رابعاً هرگاه شرط توارث زوجین در عقد انقطاع صحیح باشد، می‌توان به‌وسیله شرط توارث در ضمن عقود لازم، اشخاصی را که هیچ‌گونه خویشاوندی با یکدیگر ندارند در زمره وارث قرار داد.



## ۱-۷-۴. حق قسم زوجه در نکاح منقطع

مشهور فقهاء معتقدند زن در نکاح منقطع، حق قسم ندارد (حلی، ۱۴۱۳: ۳۱۸/۷)، ولی کاشف‌الغطاء معتقد است در صورت شرط نمودن قسم، قول صحیح‌تر استحقاق است به شرطی که مزاحم حق زوجه‌های دائمی نباشد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۶۷/۵). به نظر می‌رسد دیدگاه علامه کاشف‌الغطاء با قانون مدنی موافق باشد با توجه به اینکه اولاً در فقه اصل بر اشتراک احکام زوجه دائمه و منقطعه است ثانیاً هر شرط ضمن نکاح صحیح است مگر اینکه دلیل خاصی موجب بطلان آن باشد و ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند.» نیز اختصاص به عقد نکاح دائم ندارد و شامل نکاح منقطع هم می‌شود (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۱۹-۱۲۰). اصل آزادی قراردادی و ماده ۱۰ قانون مدنی و قاعده «المؤمنون عند شروطهم» و آیه‌های «اوفوا بالعقود» (مائده/۱) و «اوفوا بالعهد» (اسراء/۳۴) دلایل دیگری بر این مدعا است.

## ۲- طلاق

در این قسمت به بررسی مفهوم و اقسام طلاق، طلاق توسط ولی و ولایت حاکم بر طلاق زوجه می‌پردازیم.

### ۱-۲. مفهوم طلاق

برخی در تعریف طلاق گفته‌اند: طلاق عبارت است از زائل کردن قید ازدواج با لفظ مخصوص (نجفی، بی‌تا، ج ۳۲، ص ۲-۳). علامه کاشف‌الغطاء در تعریف طلاق می‌فرماید: طلاق گشودن رابطه زوجیت دائمی است که ذاتاً اقتضای بقاء دارد و به بیان روشن‌تر اینکه زوجیت دائمی ریسمان مستمری است و طلاق قطع کردن آن ریسمان است و طلاق همانند فسخ در بیع است که برداشته شدن است، بلکه بنابر قول صحیح‌تر قطع ریسمان ملکیت مستمر از هنگام فسخ می‌باشد،

۱. «أما المتعه؛ فالمشهور أنه لا قسمه فيها.»

نه از هنگام عقد. بنابراین تعبیر از طلاق به قطع بهتر از تعبیر به رفع است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۸۱/۵). در فقه اهل سنت در مفهوم شرعی طلاق بیان شده است: «و فی الشرع رفع قیدالنکاح بلفظ مخصوص»؛ طلاق رفع نکاح با لفظ خاص است (سیواسی، ۴۶۳/۳؛ قدوری، ۱۴۲۱: ۳۰۳). مازو حقوقدان فرانسوی در کتاب دروس حقوق مدنی در تعریف طلاق می‌گوید: «طلاق قطع رابطه زناشویی به حکم دادگاه، در زمان حیات زوجین، به درخواست یکی از آنان یا هر دو است» (صفایی، امامی، ۱۳۸۵: ۱۹۳). ماده ۷۸ مقررات احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران مصوب ۱۳۸۷/۰۷/۰۳، بیان می‌دارد: «منظور از طلاق، انحلال عقد نکاح در زمان حیات زن و شوهر توسط کلیسا و دادگاه می‌باشد.» و در ذیل ماده ۷۹ بیان نموده است: «کلیسا با طلاق زوجین که نتیجه آن قطع رشته اتحاد و جدایی زن و شوهر از یکدیگر و محرومیت فرزندان از محبت و سرپرستی پدر و مادر می‌باشد، موافقت ندارد (مگر در موارد استثنایی).»

## ۲-۲. اقسام طلاق

برخی از فقیهان گفته‌اند طلاق بر سه قسم است: بائن، رجعی و عدی (عاملی، ۱۴۱۰: ۱۹۴)، و برخی دیگر بیان داشته‌اند طلاق بر دو قسم است: بائن و رجعی. طلاق رجعی خود بر دو قسم است: طلاق عدی و غیرعدی (عاملی، ۱۴۲۹: ۳۵۹/۳). اما علامه کاشف‌الغطاء می‌فرماید: طلاق از حیث تنجز و تعلیق اثر آن دو قسم است: طلاق رجعی (غیربائن) و بائن.

**الف:** طلاق رجعی (غیربائن) عبارت از بدعی، رجعی و عدی است.

**ب:** طلاق بائن شش مورد است: ۱- طلاق زنی که به او نزدیکی نشده باشد چه از قبل و چه از دبر، ۲- طلاق یائسه و آن عبارت است از زنی که حیض او با رسیدن به سن پنجاه سالگی یا شصت سالگی به‌طور طبیعی قطع شده است، ۳- طلاق صغیره و آن کسی است که نه سال او کامل نشده است، ۴ و ۵- طلاق خلع و مبارات در صورت عدم رجوع زوجه نسبت به بذل، ۶- طلاق مطلقه در مرتبه سوم که بین آن، دو رجعت (رجوع) هر چند به واسطه عقد جدیدی باشد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۸۱/۵ - ۸۸ - ۹۱). در فقه اهل سنت، طلاق از حیث اینکه موافق یا مخالف شرع باشد به سنی و بدعی تقسیم می‌شود. طلاق سنی جایز ولی طلاق بدعی حرام است ولی واقع

می‌شود. طلاق سنی، به اعتبار امکان رجوع و عدم امکان رجوع مرد در ایام عده به طلاق بائن و رجعی تقسیم می‌شود. طالق بائن خود بر دو نوع است:

الف- بینونت صغری: طلاق بائنی که مرد می‌تواند مطلقه‌اش را با عقد جدید به زوجیت خود درآورد.

ب- بینونت کبری: طلاق که مرد به موجب آن سه طلاق را تکمیل نموده و دیگر نمی‌تواند مطلقه‌اش را برگرداند، مگر اینکه زن، شوهر دیگر اختیار کند و دخول واقع شود و ازدواج با طلاق یا مرگ شوهر دوم پایان یافته باشد.

به هر حال طلاق‌های بائن بر سه قسم است:

۱. طلاق قبل از دخول؛ ۲. طلاق خلع اعم از اینکه قبل از دخول یا بعد از آن باشد؛ ۳. اگر سه بار طلاق دهد، اعم از اینکه در یک مجلس سه طلاقه دهد یا در مجالس متعدد و اعم از اینکه قبل از دخول یا بعد از آن باشد (زحیلی، ۱۴۱۸: ۴۳۶/۹؛ شیرازی، ۱۴۱۷: ۳۷۳/۴).

قانون مدنی در ماده ۱۱۴۳، طلاق را بر دو قسم بائن و رجعی می‌داند و اقسام طلاق بائن را در ماده ۱۱۴۵ قانون یادشده احصا نموده است. جایگاه مباحث مربوط به طلاق در قانون مدنی چندان دقیق نیست، شایسته بود که در مبحث کلیات، تعریف و اقسام طلاق و احکام مشترک بین آنها بیان می‌شد. در یک تقسیم‌بندی دیگر می‌توان طلاق را به طلاق قضایی و غیرقضایی تقسیم کرد. امروزه تمامی طلاق‌ها طلاق حاکم است و دادگاه در تمامی طلاق‌ها (از جانب زوجه، زوج یا هر دو) نقش دارد. در محاکم دادگستری با استناد به ماده ۲۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۰۱، طلاق در سه قالب مطرح می‌شود: طلاق توافقی، طلاق به درخواست زوج و طلاق به درخواست زوجه.

## ۲-۳. طلاق دادن توسط ولی

طلاق جز از ناحیه زوج یا وکیل او صحیح نیست، اما در خصوص طلاق از طرف ولی، مشهور این است که تزویج از سوی او صحیح است ولی طلاق دادن او صحیح نمی‌باشد و برخی گفته‌اند

ثبوت طلاق برای ولی نیاز به دلیل دارد و دلیلی در این مورد وجود ندارد و ادعای اجماع نیز در این خصوص نموده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷: ۴/۴۴۲)، لیکن علامه کاشف‌الغطاء می‌گوید به‌نظر ما قول صحیح‌تر این است که با وجود مصلحت طلاق دادن او صحیح می‌باشد، همان‌طور که تزویج او صحیح است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۵/۸۵). نظر مشهور فقهای اهل سنت این است که ولی، حق طلاق ندارد، جز در طلاق خلع و مبارات. از نظر فقهای حنفی و شافعی، طلاق صغیر توسط پدر، باطل است. مالکیه معتقدند در صورتی که در طلاق صغیر، عوضی گرفته باشد، طلاق صحیح است در غیر این صورت باطل است. در مذهب حنبلی دو قول است؛ یکی اینکه ولی می‌تواند همسر فرزند صغیرش را طلاق دهد و قول دیگر اینکه ولی چنین حقی ندارد (زرگوش‌نسب، ۱۳۹۸: ۱۰۰-۱۰۱). ماده ۱۱۳۷ قانون مدنی بیان می‌دارد: «ولی مجنون دائمی می‌تواند در صورت مصلحت مولی‌علیه زن او را طلاق دهد.» در تبصره ماده ۲۰ مقررات احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران مصوب ۱۳۸۷/۰۷/۰۳، آمده است: «ازدواج و طلاق اشخاص مختل‌المشاعر یا دیوانه، در صورت صلاحدید پدر یا مادر یا وصی یا قیم آنها، با گواهی و موافقت پزشک مورد اعتماد و موافقت کلیسا، امکان‌پذیر خواهد بود.»

#### ۲-۴. ولایت حاکم بر طلاق زوجه

علامه کاشف‌الغطاء می‌فرماید بسیاری از فقیهان بیان کرده‌اند هنگامی که از شخص غائب خبری نباشد و شخصی نباشد که به همسر او نفقه دهد، موضوع نزد حاکم شرع مطرح می‌شود، پس حاکم به زوجه چهار سال مهلت می‌دهد که دنبال او بگردد، پس اگر زوج غائب را یافت با او زندگی می‌کند و در غیر این صورت حاکم او را طلاق می‌دهد و زن باید عده وفات نگه دارد و طلاق دادن حاکم شرع را در این فرض و با این کیفیت محدود کرده‌اند با وجود اینکه ادله فراوانی وجود دارد در خصوص اینکه در صورت‌های بسیاری، حاکم ولایت بر طلاق زوجه دارد، از جمله: الف: شخص غائبی که محل او معلوم است ولی از دادن نفقه یا از روی سرکشی یا به واسطه عجز و ناتوانی به زوجه خودداری می‌نماید. ب: شخص حاضری (غیرغائب) که از دادن نفقه امتناع می‌کند. پ: زندانی محکوم به حبس ابد یا پانزده سال بلکه کمتر، هنگامی که زوج محکوم به

حبس، مالی نداشته باشد که حاکم به واسطه آن به زن نفقه دهد و خرج کننده‌ای که پولی به صورت دین و قرض یا تبرعی به زوجه زندانی بدهد، پیدا نشود و زوجه نیز توانایی بر گذران زندگی از راه شرافتمندانه را نداشته باشد. ت: در صورتی که زوج مبتلای به یکی از بیماری‌های مسری مثل سل و جذام و مانند آن باشد، البته پس از ثبوت آن به واسطه شهادت پزشکان و عرضه نمودن آن به حاکم (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۹۵/۵). از قول علامه کاشف‌الغطاء نقل شده است که فرمود: «انا اول من حکم بطلاق امره من زوج مسلول»؛ من اولین کسی هستم که حکم به طلاق زن از شوهر دارای بیماری سل می‌دهم (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۵۸/۱). ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی بیان می‌دارد: «هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالاثراثر باشد زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند در این صورت با رعایت ماده ۱۰۲۳ حاکم او را طلاق می‌دهد.» و بر اساس ماده ۱۱۵۶ قانون یادشده «زنی که شوهر او غایب مفقودالاثراثر بوده و حاکم او را طلاق داده باشد باید از تاریخ طلاق، عده وفات نگاه دارد.» به این نوع طلاق، طلاق حاکم گفته می‌شود که بنا به درخواست زوجه و با فراهم بودن شرایط آن، دادگاه حکم به طلاق می‌دهد. در ماده ۳۲ آیین‌نامه احوال شخصیه زرتشتیان ایران مصوب ۱۳۸۶/۰۲/۲۷ انجمن موبدان تهران، بیان شده است: «هرگاه شوهر پنج‌سال پی‌درپی غیبت کند و خبری از زنده بودن او نرسد، به‌منزله غایب مفقودالاثراثر تلقی می‌شود و زن او می‌تواند درخواست طلاق کند.»

### ۳- وصیت

در این بخش به ماهیت حقوقی و جواز و لزوم وصیت، عدالت و خیانت وصی، وصیت به واجب بدنی و منجزات مریض خواهیم پرداخت.

#### ۱-۳. ماهیت حقوقی وصیت

وصیت نزد مشهور فقیهان عقدی است که احتیاج به ایجاب و قبول دارد (عاملی، ۱۴۲۵: ۱۱۶/۶؛ نجفی، بی‌تا: ۲۴۲/۲۸)، لیکن علامه کاشف‌الغطاء بیان می‌دارد حقیقت آن است که وصیت «برزخ بین عقد و ایقاع» (توکل‌کیا، ۱۳۹۸) است، پس هنگامی که موصی وصیت را ایجاب کند و موصی‌له

قبول نماید، عقد می‌شود و هنگامی که موصی له وصیت را قبول نکند تا هنگامی که موصی بمیرد بر او لازم می‌شود و ایقاع می‌گردد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۱۱۷/۵-۱۲۵). در فقه اهل سنت ظاهراً وصیت عقد است چرا که بیان شده است: «الموصی به یملک بالقبول الا فی مسئله واحده و هی ان یموت الموصی ثم یموت موصی له قبل القبول فیدخل الموصی به فی ملک ورثته»؛ موصی به پس از قبول به ملکیت موصی له درمی‌آید (قدوری، ۱۴۲۱: ۴۵۱). البته به نظر می‌رسد وصیت در قانون مدنی همان‌طور که برخی حقوقدانان فرموده‌اند عقد است (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۵۱۱). وصیت به وسیله ایجاب از طرف موصی و قبول از طرف موصی له به عمل می‌آید، زیرا عقد محقق می‌شود به توافق قصد و رضای طرفین به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد نماید. این است که ماده ۸۲۷ قانون مدنی می‌گوید: «تملیک به موجب وصیت محقق نمی‌شود مگر با قبول موصی له پس از فوت موصی (امامی، ۱۳۷۴: ۵۹/۳). برخی دیگر بیان داشته‌اند که برخلاف نظر بعضی از حقوقدانان که می‌گویند قانون مدنی «وصیت تملیکی» را از جمله عقود می‌داند، به نظر می‌رسد قانون مدنی مسئله را به اجمال گذرانده و در این رابطه حکم صریحی ندارد، گرچه حقوقدانان خواسته‌اند از ماده ۸۲۷ ق.م. استفاده کنند که وصیت تملیکی عقد است. صرف نیاز داشتن به قبول، دلیل بر عقد بودن آن عمل حقوقی نیست؛ زیرا در باب قبول وصیت، بین فقها اختلاف است و در فقه، نظرات گوناگونی ارائه شده است: ۱- قبول، جزء وصیت و از ارکان آن است و بدون آن وصیت باطل است. ۲- قبول، شرط ناقل است. ۳- قبول، شرط کاشف است. ۴- قبول، هیچ‌گونه اعتباری ندارد بلکه رد مانع است. ۵- قبول، هیچ‌گونه اعتباری نداشته و رد نیز دخالتی ندارد بلکه وصیت از عوامل انتقال قهری است. به موجب وجوه فوق به استثنای دو وجه اخیر، قبول اعتبار دارد و تملیک بدون آن محقق نمی‌شود، لکن تنها مطابق وجه اول (جزئیت و رکبیت قبول) وصیت از عقود بوده و بنابر سایر وجوه از ایقاعات محسوب می‌گردد. (طاهری، ۱۴۱۸: ۱۰۲/۵-۱۰۳). به نظر می‌رسد با توجه به مواد ۱۹۵ و ۲۱۶ مقررات احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران مصوب ۱۳۸۷/۰۷/۰۳، وصیت عقد است و نیاز به ایجاب از طرف موصی و قبول از سوی موصی له دارد. از تبصره ماده ۵۰ مقررات احوال شخصیه ارامنه گریگوری مصوب ۱۳۱۷/۸/۵ که بیان می‌دارد: «عدم قبول موصی به توسط احد یا چند تن از موصی لهم موجب بی‌اعتبار شدن وصیتنامه نسبت

به مابقی ماترک در مورد سایر موصی‌لهم که وصیتنامه را قبول کرده‌اند نمی‌شود. تقسیم آن قسمت از ماترک که توسط موصی‌لهم مربوطه رد شده است تابع احکام ارث است.» نیز استظهار می‌گردد که وصیت نوعی عقد است، چرا که قبول نقش اعتباردهندگی به وصیت را دارد.

### ۲-۳. جواز و لزوم وصیت

مرحوم کاشف‌الغطاء می‌فرماید: همان‌طور که وصیت برزخ بین عقد و ایقاع است، همچنین آن (وصیت) برزخ بین جواز و لزوم می‌باشد پس تا هنگامی که موصی زنده است برای هر یک از موصی و موصی‌له یا وصی حتی پس از قبول آنها (موصی‌له یا وصی) حق رجوع وجود دارد (وصیت جایز). اما در موارد ذیل وصیت لازم است:

**الف:** چنانچه موصی‌له در زمان حیات موصی وصیت را رد نماید و خبر رد به موصی برسد و رد وصیت تا مرگ موصی استمرار داشته باشد، وصیتی نمی‌باشد و اگر موصی‌له پس از رد کردن وصیت، آن را قبول کند و خبر قبول وصیت به موصی برسد و موصی تا زمان مرگ به غیر موصی‌له عدول ننماید، وصیت برای او لازم می‌شود.

**ب:** چنانچه شخصی را وصی نماید یا برای او وصیت کند و تا هنگام مرگ او را آگاه ننماید وصیت بر او (وصی یا موصی‌له) لازم می‌گردد حتی در صورتی که موصی بداند که اگر او را آگاه نماید، حتماً آن را رد می‌کند. *پوشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی*

**ج:** چنانچه موصی‌له یا وصی وصیت را رد نماید و خبر رد کردن او به موصی نرسد در این صورت نیز وصیت بر او لازم است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۵/۱۲۵).

در فقه اهل سنت بیان شده است: «يجوز للموصی الرجوع عن الوصیه»؛ موصی هر زمان که بخواهد می‌تواند از وصیت رجوع کند. در تعلیل این مطلب آمده است که وصیت نوعی تبرع است بنابراین مانند هبه، رجوع از آن جایز است بلکه در وصیت به طریق اولی می‌توان رجوع کرد چرا که هبه با قبض تمام می‌شود درحالی‌که وصیت با قبول بعد از مرگ موصی محقق می‌شود.

بنابراین رجوع در هبه بعد از تحقق ممکن است چون تبرع است پس در وصیت قبل از تحقق آن به طریق اولی جایز است چرا که هیچ الزامی بر متبرع نیست (قنوری، ۱۴۲۱: ۴۵۵).

برخی حقوقدانان بیان داشته‌اند که وصیت پس از تحقق، متزلزل است و به وسیله قبض لازم می‌گردد. بنابراین در صورتی که موصی‌له پس از فوت موصی وصیت را قبول کند و قبل از قبض بمیرد، ملکیت موصی‌به به ورثه موصی‌له منتقل می‌گردد و آنان می‌توانند آن را قبض کنند و می‌توانند عقد را بر هم زنند، زیرا فوت موصی‌له (پس از فوت موصی و قبول موصی‌له) عقد را لازم نمی‌گرداند و موصی‌به در اثر فوت موصی و قبول موصی‌له به ورثه منتقل شده، ولی جایز است تا آنکه آن را ورثه قبض کنند. بنابراین از نظر قانون مدنی قبض شرط لزوم وصیت است (امامی، ۱۳۷۴: ۷۲/۳).

### ۳-۳. عدالت در وصی

در خصوص اشتراط عدالت در وصی بین فقیهان اختلاف نظر وجود دارد و برخی قول اشتراط عدالت را به اکثر فقیهان نسبت داده‌اند (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۲۷۴/۱۱) و در مقابل برخی دیگر قائل به عدم اشتراط عدالت در وصی هستند (حلی، ۱۴۱۰: ۱۸۹/۳؛ حلی، ۱۴۱۳: ۳۹۵/۶) لیکن علامه کاشف‌الغطاء می‌فرماید عدالت وصی بنا بر احوط شرط است، هر چند که قول قوی‌تر کافی بودن اطمینان به امین بودن او و اقدام نمودنش به امور واجب در خصوص وصیت است هر چند که به خودی خود عادل نباشد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۱۲۴/۵). سرخسی عالم بزرگ اهل سنت در زمینه وصایت شخص فاسق و غیرعادل عقیده دارد که وصایت چنین شخصی باطل نیست، منتها بر حاکم شرع واجب است که وی را عزل نموده و شخص عادل را به جای وی منصوب کند؛ زیرا فاسق به طور شرعی می‌تواند ولی بر اموال قرار گیرد و اگر در اموال مورد وصیت، تصرفاتی انجام دهد، این تصرفات تا زمانی که توسط حاکم شرع از منصب خود عزل نگردیده، صحیح و نافذ است (سرخسی، ۲۵/۲۸). در خصوص اینکه وصی باید عادل باشد قانون مدنی سکوت اختیار کرده است و این سکوت به دلیل وجود اختلاف نظر عمده بوده است و به نظر می‌رسد بتوان با استناد به اصل عدم، قول به عدم اشتراط عدالت در وصی را به مقنن نسبت داد. البته ولی قهری در تعیین



وصی، باید رعایت مصلحت مولی علیه را بکند و انتخاب وصی ناشایست به مصلحت او نیست و اینکه فقدان ملکه عدالت نباید وصی را برای رسیدن به هدف موصی ناتوان سازد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۴۵۶). در ماده ۲۲۲ مقررات احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران مصوب ۱۳۸۷/۰۷/۰۳، آمده است: «هرگاه پس از مرگ موصی، وصی از اجرای مفاد وصیت نامه خودداری نماید، یا به سبب عدم شایستگی یا غفلت، قادر به انجام وظیفه نباشد، کلیسا می تواند طبق درخواست افراد ذی نفع، پس از رسیدگی و انجام تحقیقات لازم و اثبات قصور یا تقصیر، وصی قاصر یا مقصر را عزل، و شخص امین و مورد اعتمادی را به جای او منصوب نماید. چنانچه وصی به عزل خود اعتراض داشته باشد، می تواند به دادگاه مراجعه کند.»

### ۴-۳. خیانت وصی

در خصوص ضمانت اجرای خیانت وصی دیدگاه های مختلفی وجود دارد و برخی در این خصوص پنج دیدگاه را مطرح کرده اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: ۳۱۸) از این میان دو دیدگاه بیشتر مورد توجه است؛ برخی معتقدند که با تحقق خیانت، وصی از تاریخ وقوع، منعزل می شود (عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۲۷۶-۲۷۷؛ عاملی، ۱۴۲۵: ۲۴۳/۶-۲۴۴-۲۴۵؛ طباطبایی، ۱۴۱۸: ۳۱۵-۳۱۶)، و برخی دیگر می گویند خیانت وصی به حاکم حق می دهد که او را عزل کند و منعزل نیست (حلی، ۱۴۲۰: ۳۷۷/۳؛ نجفی، بی تا: ۴۲۰/۲۸)، لیکن علامه کاشف الغطاء تفصیل قائل شده است و می فرماید اگر موصی عدالت وصی را شرط کرده باشد در این صورت به واسطه خیانت به طور قهری منعزل می شود و در صورت عدم اشتراط، قول قوی تر رجوع به حاکم است که در این صورت یا امینی را به وصی ضمیمه می نماید یا او را عزل می کند (کاشف الغطاء، ۱۴۳۲: ۱۳۱/۵). به نظر می رسد که ماده ۸۵۹ قانون مدنی که می گوید: «وصی باید بر طبق وصایای موصی رفتار کند و الا ضامن و منعزل است.» با قول مشهور مطابقت دارد. ماده ۱۱۹۱ این قانون نیز بیان می دارد: «اگر وصی منصوب از طرف ولی قهری ... امتناع از انجام وظائف خود بنماید منعزل می شود.» در ماده ۴۷ قانون امور حسبی (۱۳۱۹/۰۴/۰۲) این گونه بیان شده است: «در مورد دعوی خیانت یا عدم لیاقت و سایر موجبات عزل وصی یا قییم یا ضم امین ترتیب رسیدگی مطابق مقررات این قانون است.» در این

ماده صحبت از عزل وصی شده است که مطابق با دیدگاه علامه کاشف‌الغطاء است. البته برخی حقوقدانان معتقدند که تبیینی بین قانون امور حسبی و قانون مدنی وجود ندارد و نسخی پدید نیامده است، زیرا مقصود مقنن امور حسبی رسیدگی به خیانت وصی و اعلان انعزال وصی از تاریخ خیانت است و اطلاق عزل در مورد انعزال فراوان است و در صورت شک در نسخ، اصل، عدم نسخ است (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۴: ۳۱۹). در ماده ۲۲۳ مقررات احوال شخصیه مسیحیان پروتستان ایران مصوب ۱۳۸۷/۰۷/۰۳، بیان شده است: «در صورت ... اثبات خیانت ... وصی منفرد، کلیسا مکلف است شخص مسیحی امین و صالحی را به سمت قیم محجورین به دادرسا معرفی نماید تا از طریق دادرسا، دادگاه حکم قیمومت قیم مسیحی را صادر نماید.»

### ۳-۵. وصیت به واجب بدنی

مشهور فقیهان (انصاری، ۱۴۱۵: ۷۲-۷۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۳۵/۲۲؛ طباطبایی، ۱۴۱۸: ۳۵۹/۱۰)، معتقدند حقوق بدنی - مثل روزه و نماز - از ثلث ماترک خارج می‌شود پس چنانچه موصی وصیت نکند، ساقط می‌شود، اما مرحوم کاشف‌الغطاء می‌گوید قول صحیح‌تر آن است که حقوق بدنی نیز از اصل ماترک خارج می‌شود مگر اینکه موصی به خروج آن از ثلث مال وصیت کرده باشد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۱۲۶/۵-۱۲۷). از نظر علامه کاشف‌الغطاء هر واجبی مصداق دین است و فرقی بین واجبات مالی و بدنی نیست و همگی از اصل ترکه داده می‌شود. به نظر می‌رسد قانون مدنی از قول مشهور پیروی کرده و قید «مالی» به دنبال کلمه «واجبات» در بند ۲ ماده ۸۶۹ قانون مدنی و ماده ۱۷۶ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۴۵، بهترین دلیل بر این نظر است.

### ۳-۶. منجزات مریض

علامه کاشف‌الغطاء می‌فرماید: منجزات مریض که بنا بر نظر مشهور فقیهان محاببات است و غیر آن، از اصل مال خارج می‌شود و متوقف بر اجازه ورثه نمی‌باشد، ولی به نظر ما حکم آن حسب مورد متفاوت است، پس قول بهتر، رجوع کردن به حاکم شرع برای تشخیص اینکه تصرف به صورت حقیقی است یا غرض از تصرف، محروم کردن ورثه یا چیز دیگری می‌باشد، پس حاکم شرع برای هر نوع، حکم خودش را می‌دهد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۱۳۲/۵). اهل سنت معتقدند که

منجزات مریض از ثلث است نه اصل، یعنی همان‌گونه که وصیت مریض از ثلث است، منجزات مریض نیز از ثلث می‌باشد نه از اصل (قدوری، ۱۴۲۱: ۴۵۳). به‌نظر می‌رسد با توجه به اهمیت قصد در اعمال حقوقی و قواعد فقهی «العقود تابعه للقصود» (نراقی، ۱۴۱۷: ۱۵۹؛ نجفی، بی‌تا: ۱۲۶/۳۳)، و «العبره فی العقود للمقاصد و المعانی» (کاشف‌الغطاء، ۱۴۳۲: ۱۳۰/۱)، و اصل آزادی قراردادی و ماده ۱۰ قانون مدنی، دیدگاه علامه به صواب نزدیکتر است و به‌گونه‌ای جمع بین روایات است.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی



آنچه را که علامه کاشف‌الغطاء در باب احوال شخصیه در کتاب تحریرالمجله بدان اختصاص داده است، دربردارنده تحقیقات علمی و مباحث مهمی از ابتکارات و نوآوری‌های ایشان است. ایشان پیشگام علما در تقنین مسائل احوال شخصیه است و برای اولین بار اصطلاح «احوال شخصیه» را در فقه شیعه به کار برد. با بررسی دیدگاه‌های ایشان در برخی از مسائل فقهی در ابواب فقهی نکاح، طلاق و وصیت و مقایسه آن با قانون مدنی ایران مبرهن گشت که نگرش فرامذهبی یک فقیه شیعه چه اندازه می‌تواند در وضع و تدوین قوانین داخلی و متاثر نمودن دیگر مذاهب و ادیان و فقه مقارن مؤثر باشد. از آن جایی که تبویب احکام در فقه یک امر توقیفی نیست و با توجه به مسائل مستحدثه و مقتضیات زمانی می‌توان حتی با ارائه تقسیمی جدید مباحث فقه را در قالب احوال شخصی و احوال عینی تقسیم‌بندی نمود. این تقسیم که احکام انسان را از اموال جدا می‌کند با دیدگاه اعتقادی دین اسلام درباره خلقت انسان که برای انسان کرامت بزرگی نسبت به حیوانات و اشیا قائل است، هم سازگار است. با توجه به اینکه قانون مدنی در مورد برخی موضوعات سکوت اختیار نموده و علت این امر شاید وجود اختلاف‌نظرهایی بوده که در آن خصوص وجود داشته است، پیشنهاد می‌شود که با توجه به اهمیت مباحث راجع به احوال شخصیه که از مباحث مهم است و جهت جلوگیری از سرگردانی محاکم قضایی و برداشت‌ها و صدور آرای متفاوت، دیدگاهی که با مبانی شرعی و فلسفه حمایت از کیان خانواده و استحکام روابط بین اشخاص و با در نظر گرفتن شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر جامعه سازگاری بیشتری دارد، انتخاب شود و حتی بهتر است که مانند برخی از کشورها (مصر، لبنان، اردن، سوریه) قانونی مستقل را در خصوص احوال شخصیه تصویب شود که مشتمل بر تعاریف و اصطلاحات، تقسیم‌بندی، مصادیق، قلمرو، احکام و مسائل مربوط به آن باشد.

۱. اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور، (۱۳۸۹)، مجموعه قانون مدنی، تهران، ریاست جمهوری، معاونت پژوهش تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور.
۲. امامی، سیدحسن، (۱۳۷۴)، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامیه.
۳. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵ق)، رساله فی الوصایا، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۴. بحرانی، یوسف، (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضره فی أحكام العتره الطاهره، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۵. توکلی کیا، امید، (۱۳۹۱)، «شرط ارتكازی در فقه امامیه و حقوق ایران»، قم، فصلنامه علمی - پژوهشی حقوق اسلامی، سال نهم، شماره ۳۲، بهار.
۶. جزیری، عبدالرحمن محمدعوض، (۱۹۹۶)، الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۶)، حقوق خانواده، تهران، گنج دانش.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۴)، حقوق مدنی؛ وصیت، تهران، گنج دانش.
۹. حرعاملی، محمد، (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعه الی تحصیل مسایل الشریعه، قم، موسسه آل البيت.
۱۰. حلبی، ابوالصلاح، (۱۴۰۳ق)، الکافی فی الفقه، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیرالمومنین (ع).
۱۱. حلبی، حمزه، (۱۴۱۷ق)، غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع، قم، موسسه امام صادق (ع).
۱۲. حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۱۸ق)، المختصر النافع فی فقه الامامیه، قم، موسسه المطبوعات الدینییه.

۱۳. حلی، محمد بن حسن، (۱۳۸۷)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، موسسه اسماعیلیان.

۱۴. حلی، محمد بن منصور، (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی.

۱۵. حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۲۰ق)، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، قم، موسسه امام صادق (ع).

۱۶. حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۳ق)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی.

۱۷. حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۳ق)، مختلف الشیعہ فی احکام الشریعہ، قم، دفتر انتشارات اسلامی.

۱۸. زحیلی، وهبه، (۱۴۱۸ق)، الفقه الاسلامی و ادلته، دمشق، دارالفکر.

۱۹. زرگوش نسب، عبدالجبار و آبیاری، محدثه، (۱۳۹۸)، «ولایت حاکم بر تزویج و طلاق صغیر از نظر امامیه و اهل سنت»، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال ۵۲، شماره ۱.

۲۰. سیدمرتضی، علی بن حسین، (۱۴۱۵ق)، الانتصار فی انفرادات الامامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی.

۲۱. سیواسی، محمد بن عبدالواحد (ابن همام حنفی)، (بی تا)، شرح فتح القدير، بیروت، دارالفکر.

۲۲. توکلی کیا، امید، (۱۳۹۸)، «برزخ بین عقد و ایقاع (ماهیت ثالث در اعمال حقوقی)»، فصلنامه دانشنامه های حقوقی، شماره ۴.

۲۳. شفایی، عبدالله، (۱۳۸۲)، «احوال شخصیه در فقه و حقوق»، کاوشی نو در فقه، دوره ۱۰، شماره ۳۵.

۲۴. شیرازی، ابواسحاق، (۱۴۱۷ق)، المذهب فی فقه الامام الشافعی، دمشق، دارالقلم.

٢٥. صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله، (١٣٨٥)، مختصر حقوق خانواده، تهران، نشر میزان.
٢٦. طاهری، حبیب‌الله، (١٤١٨ق)، حقوق مدنی، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
٢٧. طباطبایی، سیدعلی، (١٤١٨ق)، ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل، قم، مؤسسه آل‌البيت.
٢٨. طرابلسی، عبدالعزیز، (١٤٠٦ق)، المهذب، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
٢٩. طوسی، محمدبن‌حسن، (١٤٠٧ق)، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
٣٠. طوسی، محمدبن‌حسن، (١٤٠٠ق)، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت-لبنان، دار الكتاب العربی.
٣١. طوسی، محمدبن‌علی بن حمزه، (١٤٠٨ق)، الوسيله الی نیل الفضيله، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
٣٢. عاملی، زین‌الدین، (١٤٢٩ق)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، قم، مجمع الفكر الاسلامی.
٣٣. عاملی، زین‌الدین، (١٤٢٥ق)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه.
٣٤. عاملی، محمدبن‌مکی، (١٤١٧ق)، الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
٣٥. عاملی، محمدبن‌مکی، (١٤١٠ق)، اللمعه دمشقیه فی فقه الامامیه، بیروت - لبنان؛ دار التراث.
٣٦. عاملی کرکی، علی‌بن‌حسین، (١٤١٤ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل‌البيت.
٣٧. غندور، احمد، (٢٠١٣)، الأحوال الشخصیه فی التشريع الإسلامی؛ مع بیان قانون الأحوال الشخصیه للقضاء فی محاكم الكويت، مكتبه الفلاح، كويت.

۳۸. قدوری (بغدادی حنفی)، (۱۴۲۱ق)، احمد بن محمد، مختصر القدوری فی فقه الامام الاعظم ابی حنیفه، تهران، مکتبه الفاروق الاعظم.

۳۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، نشر میزان.

۴۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲)، وصیت در حقوق مدنی ایران، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.

۴۱. کاشف الغطاء، محمدحسین، (۱۴۳۲ق)، تحریرالمجله، قم، المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلاميه.

۴۲. معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات، مجموعه قوانین و مقررات احوال شخصیه اقلیت‌های دینی ایرانی، (۱۳۹۰)، تهران، اداره چاپ و انتشار معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات.

۴۳. نجفی، محمدحسن، (بی‌تا)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.

۴۴. نراقی، احمد، (۱۴۱۷ق)، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی



## Analysis of Allameh Kashif al-Ghatta's Specific Views on Personal Situation with a Comparative Approach of Iranian Religious Minorities

Omid Tavakoli Kiya<sup>1</sup>

### Abstract

Personal status includes the rules that are specific to human beings and means the characteristics that determine the personal and legal status and identity of a person in the family and society. This study is in a descriptive and analytical method examines the specific views of Allameh Mohammad Hussein Kashif al-Ghatta on personal status with a comparative approach to the views of Sunni jurists and religious minorities recognized in Article 13 of the Constitution, including Iranian Zoroastrian, Jewish and Christian in three parts: marriage, divorce and will. Finding of this research is to what extent the trans-religious views of Imami jurists, including Allameh Kashifa al-Ghatta', can be effective in bringing Islamic religions closer to each other, establishing domestic laws and influencing other religions, and the legislator is better to pass an independent law in this regard, like some countries, considering the importance of personal status with an approach to religious foundations and taking into account the requirements of the time.

**KeyWords:** *Personal status, marriage, divorce, wills, religious minorities, Tahrir al Majale.*

1. Master of Laws, Judge of Justice and Researcher of Iranian Law,  
(Email: [omidtavakolikia@gmail.com](mailto:omidtavakolikia@gmail.com))

## ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

