

مدنی ۵

دکتر دلاور برادران

## جلسه اول

وقتی لفظ خانواده را می‌شنویم، لفظ اخلاقی و روان‌شناسانه به میان می‌آید.

حقوق رعایت همسری، موضوع خانواده این مفهوم نیست که چگونه همسر داری کنیم، مفاهیم اخلاقی به مناسبت مدنظر است، منظور ما مقررات حقوقی و قانونی حقوق خانواده است. موقعیت همسر بودن - ازدواج - طلاق - اولاد و ... از لحاظ حقوقی مدنظر است.

ما در این حقوق خانواده که زوجیت را از حیث آثار و اوصاف و ... می‌خوانیم از کجا شروع و به کجا ختم می‌کنیم؟ ما در واقع موضوع مدنی (۵) را در دو کلمه‌ی نکاح و طلاق مدنظر می‌گیریم. برای این کار مقدم بر هر طلاق، نکاحی است و مقدم بر نکاح، مسئله نامزدی است. مقدم بر نامزدی نیز خواستگاری است.

پس نقطه شروع ما خواستگاری است.

شرایط صحت نکاح

- شرایطی باید باشد (قصد - رضا ...)

- شرایطی که نباید باشد (شرایط عدمی)

در فقه، به شرایط عدمی، موانع نکاح گویند.

بعد آثار نکاح بررسی می‌گردد:

- مالی: مهر - جهیز - ...

- غیرمالی: حسن رفتار - تمکین - ...

بعد فسخ نکاح - طلاق - عده که خود انواعی دارد که بررسی می‌شود.

کسی که ازدواج می‌کند. باید آثار آن را بپذیرد کسی نمی‌تواند بگوید من نفقه، مهر نمی‌دهم. یعنی

مرد بگوید هیچ تکالیفی از من نداشته باش ولی تو زن من باش.

آثار نکاح، علی‌الاصول امری است. کسی نمی‌تواند بگوید من با تو ازدواج می‌کنم ولی اگر من مردم تو از من ارث نمی‌بری. لازم نیست امری بودن را احراز کنیم.

همین که **تخییری** بودن را احراز نکرده ایم یعنی امری است چون قاعده امری بودن، آثار نکاح است. بعضی جاها استثنا داریم مانند تعیین محل سکونت البته در عقد موقت قواعد امری را کمتر می‌بینیم. مثلاً: عقد موقت تولید ارث نمی‌کند.

ارث در نکاح دائم آمده است، تولید وراثت در عقد دائم آمده است ولی در عقد موقت از هم ارث نمی‌برند. اگر شما، مردی را سراغ داشته باشید که زنش مرده و برای خودش مال دارد و در کنارش زنی را سراغ داریم که شوهرش مرده و بچه هم دارد. اینها از یک طرف می‌خواهند با هم ازدواج کنند و از طرف دیگر نمی‌خواهند همسرها از هم ارث ببرند.

این در قالب عقد دائم نمی‌شود چون تولید وراثت در عقد دائم آمده است.

بهترین قالب آن است که عقد موقت داشته باشیم. عقد موقت مبی بر نفقه نیست. آن عقد موقت که مبنی بر نفقه نیست برای عقدهای خیلی موقت است. مبنی بر نفقه یعنی آن عقد موقتی که نفقه آن در آن شرط بنایی است.

در عقد موقت، قواعد آمده کم است مگر شرط بنایی یا تصرعی شده باشد. نکاح از جهت توصیه‌های مذهبی مستحب موکد است.

مستحب یعنی آن حکم تکلیف که انجام شدن آن موجب دوستی خداوند است. خداوند یکتا در قرآن فرموده که زنها را در عقد ازدواج سبب آرامش مردان قرار داده است. نکاح هم آثار مالی و هم آثار غیرمالی دارد مانند: مهر- نفقه- ارث- جهیز- سکونت- تمکین- معاضرت در تشدید و استحکام مبانی خانواده و ...

نکاح از جمله عقود رضایی است. پس ثبت نکاح نقشی در انعقاد و رکنیت نکاح ندارد.

نکاح با همان توافق طرفین واقع می‌شود. عقد نکاح اگر ثبت نشود جرم است.

در نکاح اقاله نداریم. چون عناوین انحلالی نکاح آمده است و قانون تعیین کرده که نکاح چه چیزی را منحل می‌کند. در نکاح رشد لازم نیست، برای عقود اهلیت استیفاء (بلوغ- عقل- رشد) لازم است و

برای نکاح رشد را لازم نداریم. نفس انتخاب همسر امر مالی نیست پس وقتی امری مالی نیست رشد لازم نیست.

چون انتقال ارث انتقال قهری است پس رشد تأثیری ندارد یعنی ارث انتقال قهری است. نفقه حکم قانون است. پس اگر X مجنون است زن او حق نفقه دارد. مَهْر جنبه توافقی دارد. میزان مَهْر حکم قانون نیست.

نفس مَهْر حکم قانون است. مَهْر می‌تواند یک ریال یا یک میلیارد باشد. چون جنبه توافقی دارد و دخالت در مال هست لذا رشد در مَهْر لازم است. و مبنای آن ارادی است. هرکدام از دوطرف اگر غیر رشید بود مَهْر قرار دادن محتاج **تنفیذ** است. کسی به زنی بگوید با تو ازدواج می‌کنم به این شرط که از من مَهْر نگیری. پس نفس مَهْر در اختیار طرفین نیست بلکه حکم قانون است. این در عقد دائم است.

در عقد موقت هم نفس انفاق و هم اجزای نفقه قراردادی است. لذا در عقد موقت برای نفقه رشد لازم است. در نکاح راجع به اصل نکاح (نفس رابطه زوجیت) حق فسخ نمی‌توان قرار داد؛ یعنی نکاح عقدی است که خیار شرط برای آن قراردادی نیست. (م. ۱۰۶۹ ق.م) اما راجع به مَهْر می‌توان خیار شرط قرار داد.

مثلاً الف نمیتواند بگوید من با تو ازدواج می‌کنم اگر تا ۱۰ روز خواستم نکاح را فسخ کنم ولی خانم ب می‌تواند بگوید مَهْر ۱۰۰۰ رُز سیاه- دو هفته اختیار فسخ دارم که مَهْر را فسخ کنم، ایرادی ندارد. در عقد دائم، مَهْر هیچ دخالتی، موضوعیتی در انعقاد نکاح ندارد ولی در عقد موقت، مَهْر رکن است، اگر نباشد باطل است.

نکته) در عقد موقت، خیار شرط نسبت به مَهْر هم نمی‌شود چون مَهْر رکن است یعنی اگر طرف فسخ کند یکی از ارکان نکاح را فسخ کرده و نمی‌شود ارکان را فسخ کرد نه در عقد دائم و نه در عقد موقت نمی‌توان عقد نکاح را بطور معلق منعقد کرد.

تعلیق در نکاح موجب بطلان عقد است (م ۱۰۶۸ ق.م).

نکاح همچنان که با طلاق منحل می‌شود با فسخ هم منحل می‌شود.

فسخ نکاح ۳ مبنای کلی دارد:

(۱) خیار تخلف از شرط

(۲) خیار تدلیس

(۳) خیار عیب

به استناد تدلیس، عقد نکاح قابل فسخ است.

شرط تصریحی: به این شرط با تو ازدواج می‌کنم که دکتری حقوق داشته باشی بعد معلوم شود که این شرط را نداشته است.

خیار عیب: منظور هر عیبی نیست.

« کل مازاد أو نقص عن الخلقه الا صلیه عیب »

هرچند که از خلقت اصلیت زیادی داشته باشد یا کم داشته باشد، عیب است.

در عقد نکاح هر عیبی منشأ فسخ نیست. عیب‌های منشأ فسخ، عیب‌های منصوص و تصریحی و حصری است.

آن عیوب یک دسته‌اش مختص مردها است و دسته‌ای دیگرش مختص زنها است و دسته‌ای دیگر مشترک میان زن و مرد است مانند جنون.

یک عیب هم هست که مرد می‌تواند آن را داشته باشد ولی قانون آن را برای زن گفته است (م ۱۱۲۱ ق.م)

## جلسه دوم

؟؟؟

هم‌جنس‌بازی نکاح محسوب نمی‌شود و در برخی از کشورها، که هم‌جنس‌بازی رایج است جرم نیست. نکاح باید بین زن و مرد باشد و مساله تولد و تناسل مطرح است و هم‌جنس‌بازی ازدواج قانونی نیست. قواعد ازدواج، قهری است و آمره نیز است.

« ما بنی لا احبَّ الله عن التزویج » هیچ بنایی دوست داشتنی تر از ازدواج نزد خدا نیست. شرط حق فسخ در زوجیت وجود ندارد.

عقد نکاح برای تمام زندگی است (نکاح دائم) زیرا تشکیل اساس جدید است و اگر خیار فسخ بگنجانیم با فلسفه تناسب ندارد و اگر بگنجانیم خیار شرط باطل است. ؟؟؟ ولی نسبت به مهر چون جنبه مالی وارد می‌توان خیار شرط گنجاند اگر فسخ کند مانند آن است که مهري تعیین نشده است. در عقد دائم، مهر از ارکان اصلی نیست، اگر مهر باطل و فاسد و ... باشد، ایرادی ندارد. زن هم در این صورت محروم از مهر نمی‌شود. در عقد موقت قواعد آمره کمتر است. نفقه وجود ندارد مگر شرط تصریحی یا بنایی باشد.

تعلیق در نکاح، بطلان در عقد است و این هم باز با فلسفه نکاح منافات دارد. اراده جدی نداشتن در نکاح معنی ندارد زیرا مربوط به زندگی است و زندگی دوامی نخواهد داشت. (م ۱۰۶۸ ق.م) نکاح را فسخ می‌توان کرد همانطور که عقود دیگر را می‌توان فسخ کرد. طلاق با فسخ، فرق دارد. نکاح هم با طلاق و هم با فسخ از بین می‌رود. در نکاح ما ۳ دسته خیار داریم که به وسیله آنها نکاح را فسخ می‌کنیم:

۱. تخلف وصف: زوجی بر زوج دیگر شرط کند که این چیز، چنان و چنین باشد و ... بعد خلاف آن ثابت شود، می‌توان توسط خیار تخلف وصف، عقد نکاح را فسخ کرد که خواهیم دید که این شرط می‌تواند بنایی باشد و یا تصریحی باشد.

باکره بودن دختر شرط بنایی است. زیرا؟؟؟ اینکه هیچ کس باکره بودن را به زبان نمی‌آورد باکره بودن را یک بنا می‌دانند.

۲. خیار تدلیس: زوجی، زوجه‌ای را فریب می‌دهد یا بالعکس. اگر یک طرف به علت فریبی که طرف دیگر به او داد که این فریب است که صفت کمالی را تظاهر می‌کند درحالیکه فی‌الواقع ندارد و این تدلیس است بعد که واقعیت کشف شد اگر بر آن مبنا ازدواج باشد می‌تواند، عقد را فسخ کند.

۳. خیار عیب: خیاری است که عیب‌های مشخص و منصوص است. هر عیبی مستحق فسخ نیست بلکه عیب‌های مشخصی است.

قواعد ارث آمره است. هم اصل ارث و هم میزان سهم‌الارث اینکه چه کسی وارث چه کسی شناخته می‌شود را قانون تعیین می‌کند. اصل ارث به حکم قانون است. وراثت مشخص شد، سهم‌الارث هرکدام به حکم قانون است و با شرط کردن، کسی وارث نمی‌شود با محروم کردن، کسی از ارث محروم نمی‌شود زیرا قواعد ارث اصلاً شرط نیست و اگر شرط کنیم، تأثیری ندارد. هیچ قاعده آمره‌ای در محدوده‌ی اشتراط قرار نمی‌گیرد.

اگر عقد نکاحی تولید ارث می‌کند (نکاح دائم) کاری نمی‌توان کرد، البته بدل می‌توان زد یعنی از راه دیگر می‌رویم. مثلاً: کسی زن موقتی دارد، هرکدام بمیرند از یک دیگر ارث نمی‌برند. ولی می‌توان در حال حیات ماشین خود را به زوجه‌اش، صلح کند. چون در حال حیات ما قاعده فقهی: «الناس مسلطون علی أموالهم» را داریم و بطور تبعی می‌توان راه‌های دیگری اندیشید.

مثلاً: کسی تمایل دارد اگر مرد پسر بزرگش ارث نبرد. در وصیت نمی‌توان این مطلب را نوشت. می‌توان در حال حیات کلیه اموالش را به پسران و دختران دیگر ببخشد (قاعده تسلیط ماده ۳۰ ق.م)

### **اباحه استمتاع:**

اباحه یعنی مجاز بود- رایج بود- یعنی مجاز بودن زوجین به بردن لذت جنسی از هم‌دیگر استمتاع یعنی لذت بردن از هم‌دیگر و این مباح است.

نکاح که واقع می‌شود برای زوجین این خصوصیات روشن می‌شود که بی‌قید و شرط است اعم از اینکه استمتاع در فعل زناشویی یا مادون رابطه جنسی باشد.

از همدیگر لذت غریزی ببرند گاهی بیشتر و گاهی کمتر. به خصوص رابطه جنسی در عقد دائم بی‌قید و شرط است. هیچ کس برای دیگری نباید بهانه آورد.

## نکات:

۱. بعضی‌ها، اباحه استمتاع را برای مرد به رسمیت می‌شناسد ولی این امر متقابل است. اگر ما

غریزه داریم، زوجه هم غریزه دارد و مرد نباید بگوید تو موظف به تمکین هستی؟

۲. مواردی وجود دارد که زن می‌تواند شرط کند. اول این کار را انجام بده بعد، استمتاع صورت

گیرد، بارزترین آن حق حبس است که زن برای اولین رابطه نزدیکی بگوید اول مهر را بده بعد

تمکین می‌کنم. زن می‌تواند، تمکین خود را معلق به تأدیه مهر کند و این تمکین نکردن

**مسقط** حق نفقه او هم نیست.

چون حقی است که قانون به او داده است. نهایی که مسقط حق نفقه است، اجرای حق‌های غیر مجاز

است (م ۱۰۸۵ ق.م) و مشروط بر آنکه:

مهر زن حال بوده البته مهرها، حال هستند زیرا در نکاحیه ذکر شده است. عندالمطالبه، ولی باید

گفت حال بودن مهر، ذات مهر نیست زیرا می‌توان گفت مهر تو از یک باب ساختمان ۱۵۰ m که در

سال ۱۴۰۰ برایت می‌خرم یا اینکه می‌توان گفت: مهر را مقید به استطاعات کند که مهر زوجه را

عندالاستطاعه می‌پردازد یعنی هر وقت مالی داشت و توان پرداخت را داشت می‌پردازد.

لیکن اگر یک بار تمکین کند، حشش از بین می‌رود.

۳. زن، عذرهایی دارد که در ایام آن عذر می‌تواند، مبادرت به فعل زناشویی نکند. یکی از آنها ایام

عادت است. دیگری آن است که بودن زن با مرد در آن منزل بنا به دلایلی: متضمن خوف و

ضرر باشد زوجه می‌تواند مسکن **علیحده** اختیار کند و مادام که آن مسئله باقی است زن

نمی‌تواند، تمکین به مرد کند.



اباحه استمتاع بی قید و شرط برای طرفین وجود دارد در صورتی که ۳ شرط بالا رعایت شود در باب اخلاق جنسی توصیه‌های فراوان فقهی داریم.

پیامبر اکرم (ص) فرموده: روابط جنسی شما مثل خروس نباشد: اگر مردی یا زنی در **اثنای** روابط جنسی به فکر غیر زن و غیر مرد خودش باشد این در حکم زنا است. مثلا: اگر مردی در فعل زناشویی خود را ارضاء کند ولی زن هنوز ارضاء نشده باشد از انجام آن دست بردارد و زن نیز هنوز ارضاء نشده باشد زن به همان موارد بالا به دلیل عسر و حرج می‌تواند تقاضای طلاق دهد.

### خواستگاری:

خواستگاری یعنی ازدواج به طور رسمی را پیشنهاد می‌کند از جانب مرد می‌باشد البته لازمه شرعی و عقلی این است که مرد از زن خواستگاری کند، ولی زن هم می‌تواند خواستگاری کند اما عفاف زن ایجاب می‌کند که مرد از او خواستگاری کند (م ۱۰۳۴ ق.م). هر زنی که خالی از موانع نکاح باشد می‌تواند خواستگاری کرد. موانع نکاح: وضعیت‌هایی است که یک زن با یک مرد، هیچگاه یا فعلا در مدت معینی نمی‌تواند ازدواج کند. مثلا: زن در لباس احرام است فعلا نمی‌توان با او نکاح کرد تا زمانی که مدت احرام برطرف شود. لذا اگر کسی که الان با او بتوان ازدواج کرد می‌توان نکاح کرد. خواستگاری را در اصطلاح فقهی خطبه می‌گویند در ضمن چیزی که در حقوق خلاف اخلاق **جنسه** در نظم عمومی باشد در فقه به آن فعل حرام گویند.

### نامزدی یا وعده نکاح:

در عرف ما ۲ سری نامزدی وجود دارد (ملاک ما نامزدی قانون نیست)

۱. یک مدل آن به خواستگاری زوجه می‌روند آن دختر را به عقد پسر در می‌آورند ولی فعلا مراسم عروسی نمی‌گیرند تا یک زمان معین عروسی بگیرند. در این مدت زوج می‌گوید، من نامزد دارم. خطبه عقد زن و مرد برای همدیگر خوانده شده است.

۲. مورد دوم آنست که دختر و پسری که از هم خوششان می‌آید، پسرخواستگاری می‌کند و الان امکان ازدواجشان فراهم نیست. خطبه عقدی وجود ندارد، سند ازدواجی نیز نیست. این دو در توافق دو خانواده به نام هم نامیده می‌شوند و قرار است با هم ازدواج کنند.

در مورد اول: زوجه همسر زوج است (محرم شده‌اند)

اما در مورد دوم: صرفاً توافق کرده‌اند، در اینجا محرم هم نیستند.

منظور قانون مدنی از نامزدی این مفهوم دومی است اعم از اینکه عروسی را یک سال بعد و ... بگیرند. به صورت اسم، نامزدی است ولی در عین حال زوج و زوجه یکدیگرند.

## آثار نامزدی:

آیا زوجین که قول داده‌اند ازدواج کنند، مکلف هستند یا خیر؟ و اگر از نکاح امتناع کنند آیا می‌توان خسارت گرفت؟ هدایایی که به یکدیگر داده‌اند می‌توان پس داد یا خیر؟ آیا این قول ازدواج، تعهد حقوقی است یا نه؟ آیا قابل الزام است یا خیر؟

با توجه به م ۱۰۳۵: وعده ازدواج، ایجاد علقه زوجیت نمی‌کند. اگرچه تمام یا قسمتی از مهر پرداخت شده باشد، آن قول و قرار از ازدواج خودش به معنای علقه زوجیت نیست.

الان که ۲ نفر نامزد به مفهوم قانون مدنی هستند با هم زوجیت ندارند پس خود این قول و قرار ایجاد علقه زوجیت نمی‌کند، حتی اگر قسمتی از مهر پرداخت شده باشد، حتی اگر کل مهر داده بشود باز هم این نامزدی به معنای ایجاد رابطه زوجیت نیست، پس طرفین مقید و ملتزم به ازدواج با یکدیگر نیستند سپس هر یک از زن و مردها مادام که عقد نکاح جاری نشده است می‌توانند از وصلت امتناع کنند و طرف دیگر نمی‌تواند او را مجبور به ازدواج کرده و مطالبه خسارت کند. این ماده به درستی نوشته شده است.

براساس م ۱۰۳۵ ق.م طرفین تعهد حقوقی به ازدواج با هم ندارند. یک قول و قرار اخلاقی است چون تعهد حقوقی ندارد نتیجتاً هیچ‌کدام قابل الزام نیستند.

قانون مدنی به دقت نوشته که نامزدی به معنای عقد زوجیت نیست به همین دلیل در م ۱۰۳۵ نگفته که هر یک از زوجین، بلکه گفته هر یک از زن و مرد.

س) چرا قانون مدنی نامزدی را تعهد حقوقی نمی‌شناسد؟

ج) برای اینکه قانون مدنی خواسته آزادی طرفین تا آخرین لحظه محفوظ باشد به اصطلاح حریت طرفین آزاد باشد و بتوانند تصمیم بگیرند به این ازدواج تن بدهند یا ندهند و دو طرف را در این ماده، متعهد حقوقی ندانسته است. آزادی اشخاص قابل سلب نیست.

م ۹۶۰ ق.م

طرفین که با هم رفت و آمد دارند و توافق دارند نامزد باشند این نامزدی از لحاظ ماهیت حقوقی یک عقد است.

برای اینکه هر امری مورد توافق دو طرف باشد از لحاظ ماهیت حقوقی عقد است. قانون مدنی به نامزدی نگفته عقد نامزدی، ضمن اینکه نامزدی خودش به معنی زوجیت نیست.

رابطه نامزدی را نخواستہ بنامد عقد نامزدی. در حالیکه قد است زیرا تراضی بر امری دارند ولی تا بگوید عقد، بأصاله اللزوم درگیر می‌شود و لزوم قراردادهای به آن متصل می‌شود و هر دو طرف ??? بسته است. قانون گذرا برای حفظ آزادی دو طرف آن را عقد ندانسته همچنین آن را عقد جایز هم ندانسته است. به همین دلیل است که وعده نکاح را انتخاب کرده است. در حقوق با تعهد یک طرفی لازم الوفاء نیست.

نامزدی حتی تعهد یکطرفی نیست چون تعهد حقوقی نیست بلکه یک قول اخلاقی است. به همین دلیل است که قانون مدنی در ادامه ماده ۱۰۳۵ ق.م گفته: به هیچ وجه او را مجبور به ازدواج کرده، بعضی از حقوقدانان گفته‌اند اگر دو طرف در این نامزدی وجه التزامی قرار داده باشند خودشان قابل الزام برای ازدواج نیستند.

من نامزد می‌شوم و با شما ازدواج می‌کنم اگر با شما ازدواج نکردم این یک میلیارد برای شما. اگر دو طرف وجه التزام قرار دهند به استناد م ۱۰ ق.م قابل مطالبه است ولی این نظر به دو دلیل درست نیست:

۱. سخن م ۱۰۳۵ می گوید: «به هیچ وجه» متوجه می شویم. یکی از وجوه قراردادان وجه التزام است.

۲. الزام غیر مستقیم از طریق وجه التزام، نحوی فرد وادار می شود در حالیکه قانون مدنی خواسته آزادی طرفین تا آخرین لحظه حفظ شود. ترتیب اثر دادن وجه التزام با حفظ آزادی طرفین منافات دارد.

قانون مدنی گفته: صرف امتناع نمی شود خسارت خواست؛ یک معنی آن است که شما چرا نمی خواهی با او ازدواج کنی؟ لازم به ارائه دلیل نیست پس طرف هر لحظه می تواند. دوم اینکه کسی صرفاً امتناع می کند از ازدواج، بدون اینکه فعلی مرتکب شود.

در فرض دوم: ضمن اینکه کسی از وصلت امتناع می کند، آبروی او را هم می برد و موجب هتک حرمت او می شود، از لحاظ فعلی که مرتکب شده می تواند خسارت بگیرد. زیان می توان، عاطفی، حیثیتی و .. باشد. قانون می گوید اگر در کنار امتناع یک نامزد فعلی هم مرتکب شد که آن فعل ضرر مالی، حیثیتی و... وارد کرد در حدود آن فعلی که انجام داده می شود خسارت خواست.

اما اگر فعلی ضررواری مرتکب نشده باشد و صرف امتناع باشد خسارت های خواستنی نیست. دکتر کاتوزیان می گوید: اگر نامزد از این امتناع خود سوء استفاده کند خسارت می توان گرفت. یعنی اگر آن فعل های ضرروار را بخواهد می شود خسارت خواست.

ولی اگر فعل ضرروار انجام ندهد چطور می توان ثابت کرد او سوء استفاده کرده است؟ اثبات سوء استفاده مشکل است.

### **جلسه سوم:**

### **هدایای نامزدی:**

م ۱۰۳۷: هر یک از نامزدها می توانند در صورت بر هم خوردن وصلت منظور، هدایایی که به طرف دیگر یا ابوبین او برای وصلت منظور داده است، مطالبه کند، اگر عین هدایا موجود نبود مستحق قیمت هدایایی خواهد بود که عادتاً نگه داشته می شود، مگر آن که هدایا بدون تقصیر طرف دیگر تلف شود.

## چند نکته:

۱. در صورت به هم خوردن نامزدی، هدایا قابل مطالبه است. طبیعی هم است که قابل مطالبه باشد، زیرا مرد آن هدایا را برای وصلت داده است ولی قید و شرط نداده، از این جهت هدایای داده شده برای عقد ازدواج و این منظور این هدایا داده شده است، حال که این نامزدی به هم خورده، مقصود نهایی فراهم نشده که یا هدیه گیرنده یا هدیه دهنده ممکن است بر هم زند. در مورد هدایا قانون مدنی مطلبی نوشته که باید در نظر بگیریم که مثلا یک ادکلن و یک عدد گردنبند داده شده است. هدایایی است که مصرف شدنی و هدایایی داریم ماندگار که استفاده می شود و حتما آن که استفاده می شود از بین نمی رود، مانند: ساعت، گردنبند و ... که حکم این ۲ با هم تفاوت دارد.

۲. اگر عین هدایا موجود باشد، از هر کدام که باشد قابل استرداد است، چه هدایای مصرف شدنی و چه هدایایی ماندگار.

۳. اما اگر عین هدایا موجود نباشد، مثلا هم ساعت از بین رفته و هم ادکلن از بین رفته است، اگر عین هدایا موجود نباشد مستحق قیمت هدایا خواهد بود که عاداتا نگه داشته می شود. پس قیمت هدایای مصرف شدنی قابل استرداد نیست و ما در مورد فرضی صحبت می کنیم که هدایا موجود نیستند. مانند: پرتقال، ساعت، ادکلن و ... وجود ندارد که اگر هدایای موجود وجود نداشته باشد، عین قابل گرفت نیست، مخصوصا اینکه عین معین بوده که اگر پس گرفتنی باشد، خود آن پس گرفته می شود.

گفته شده که اگر عین موجود نیست، قیمت آن قابل استرداد نیست، زیرا آنها به منظور مصرف داده شده و اگر موجود نیست فرض بر این است که مصرف شده است. فلذا وقتی که عین آن موجود نیست، قیمت آن نیز قابل استرداد نیست.

اما کالاهای ماندگار (ساعت- گردنبند) وقتی که عین آن موجود نیست، قیمت روز مطالبه می شود مگر آن که آن هدایای ماندگار بدون تقصیر طرف دیگر تلف شده باشد، بنابراین از باب قابل مطالبه بودن قیمت هدایای ماندگار در فرض تلف، دو فرض قابل تصور است ( در باب قابل مطالبه بودن قیمت

هدایای ماندگار قابل تلف؛ آیا هدایایی که موجود نیست با تقصیر هدیه گیرنده تلف شده یا بدون تقصیر وی، اگر بدون تقصیر وی تلف شده باشد، قیمت هم قابل مطالبه نیست، اما اگر با تقصیر وی تلف شده باشد، قیمت قابل مطالبه است. اصل هم عدم تقصیر است، زیرا اصل صحت اعمال معلوم است.

م ۱۰۳۸ ق.م: مفاد ماده قابل حیث رجوع به قیمت در موردی که وصلت منظور در صورت فوت یکی از نامزدها بهم بخورد مجری نخواهد بود.

این ماده به هم خوردن نامزدی را در فرض فوت مطرح کرده است، نامزدی که مقدمه نکاح است و نکاح هم عقدی است که قائم به خود شخص است.

حال سوال این است که اگر نامزدی قهری به هم خورده، در این حالت آیا باز هم قابل مطالبه است؟ م ۱۰۳۸ به نحوی نوشته شده که مفهوم مخالف دارد، گفته در صورت رجوع به قیمت .... مفهوم مخالف آن این است که مفاد ماده قبل از حیث رجوع عین حاصل خواهد بود و اگر موجود بود که هیچ.

اما موجود نیست که ماندگار و چه مصرف شدنی هم قیمت هدایا قابل مطالبه نیست، زیرا فرض این است که اگر هدایای ماندگار اگر بدون تقصیر طرف تلف شده که چون مشمول ماده ۱۰۳۸ شده که وضع معلوم است و اساسا قابل مطالبه نیست ولی اگر با تقصیر تلف شده، چون آن خانواده یک جوان خود را از دست داده قانون گذار دیده که این خلاف اخلاق و آداب اجتماعی و حسن اجتماعی است.

نکته: آیا هدایایی که خانواده طرف به طرف دیگر می دهد آیا از اقسام هبه محسوب می شود و اگر هبه نیست از باب حقوق مدنی چیست و اگر هبه است چه جور هبه ای است؟

بسیاری از حقوقین می گویند هبه است. چرا که هدیه است و هدیه است که از باب حقوق مدنی بر آن هبه نامیده می شود.

دکتر کاتوزیان می گویند: هبه است، چرا که هبه از جنس هدیه است، منتها هبه از نوع هبه فاسخ، یعنی پسر به دختر هدیه می دهد ولی یک شرط همراه آن است که اگر ازدواج صورت نگرفت، دیگر هدیه برای او نیست.

البته به ۲ دلیل نمی تواند هبه باشد:

۱. اگر یکی از نامزدها فوت کند، این هدایا عین آنها قابل مطالبه است (اصل هدایا) - مفهوم مخالف م ۱۰۳۸ - ولی ماده ۸۰۵ گفته که بعد از فوت راهب و متهب هبه موجود نیست و فوت هبه دهنده و هبه گیرنده عقد هبه را مستحکم تر می‌کند در حالی که در ساختمان عقد نکاح گفته اگر یکی از طرفین بمیرد، عین هدیه قابل استرداد است.

۲. انتهای ماده ۱۰۳۷ که می‌گوید اگر عین هدیه موجود نباشد مستحق .....

یعنی مثلاً مال را به طرف دادم، حال، یا با تقصیر تلف کرده، باید بدهد، پس اگر بدون تقصیر شده باشد خیر، این نشان می‌دهد که آن مال او نیست و چون اگر مال او بود که جوابگو نبود، پس این با هبه‌ی طبیعی نمی‌سازد.

می‌توان گفت نسبت به کالاهای مصرف‌شدنی، اباحه تصرف است، یعنی آن مال مصرف‌شدنی را هر جور که دوست داریم مصرف کنیم این اباحه تصرف مثل اینکه تصرف میهمان است و در مورد مواد غذایی است که؟؟؟ او می‌گذارند. در مورد کالاهای ماندگار اباحه انتفاع وجود دارد.

اگر نهایتاً بگوئیم که هبه است، هم باید گفت که هبه معلق به انعقاد عقد است؛ یعنی یک عقد معلق است که معلق علیه آن عقد نکاح است که اگر عقد نکاح منعقد شد معلوم می‌شود که هدایا مال اوست. نه این که بگوییم هبه است با تعلیق در انعقاد عقد نکاح و انحلال «یعنی همان شرط فاسخ دکتر کاتوزیان» به عدم تحقق رابطه زوجیت نه این که بگوییم عقد منجز است» هبه منجز اما شرط فاسخ است.

م ۱۰۳۹ ق.م حذف شده است.

م ۱۰۴۰ ق.م: هر یک از طرفین می‌تواند برای انجام وصلت منظور از طرف مقابل تقاضا کند که تصدیق طبیب به صحت از امراض مسریه مهم از قبل سفلیس و سوزاک و سل ارائه دهد. بعضی از بیماری‌ها مسری‌اند که بعضی از آنها خطرناکند و بعضی نه، بعضی از بیماری‌های مهم‌اند مانند سوزاک و سفلیس «بیماری قارچی مقاربتی» و سل که مهم‌اند و برخی مهم نیستند مانند زکام و ... این ماده اختیاری است، چون گفته که می‌تواند، البته امروزه به طور اتوماتیک این آزمایشات انجام شود.

نکته خارج از درس: هدیه از ۳ حال خارج نیست: هبه - صلح بلاعوض - صدقه

شرایط صحت نکاح:

عقد نکاح با ۲ دسته شرایط ایجاد می‌شود: (۱) شرایط وجودی (۲) شرایط عدمی

شرایط وجودی باید بین طرفین باشد و شرایط عدمی نباید بین طرفین باشد.

از شرایط وجودی: ۱- قصد و رضای طرفین ۲- اهلیت طرفین ۳- موضوع جهت نکاح (مندرجات م

۱۹۰ ق.م)

شرایط عدمی که در فقه و قانون مدنی است به آن موانع نکاح گویند.

### شرایط وجودی:

(۱) قصد و رضای طرفین: پس طرفین باید قاصد در نکاح باشند و در هر دو آنها این قصد واقعی

باشد، یعنی صوری نباشد و ثانیا جازم و منجز باشد (معلق نباشد) چرا که در تعلیق در نکاح

موجب بطلان است. ازدواج با قصد مخدوش و بدون قصد باطل است. یعنی تمایل باطنی به

انجام آن عمل حقوقی، رفتار معتبر در عقد اگر وجود نداشته باشد، عقد غیر ناقد است. مانند:

عقد **قصولی** - عقد اکراهی آن عقد، ازدواج غیرناقد است، بعد از رفع حالت کره، شخص

می‌تواند تنفیذ درد نماید و تنفیذ یا رد هم طبق ماده ۲۵۸ ق.م کاشفیت دارد.

م ۱۰۷۰ ق.م: رضایت زوجین شرط نفوذ عقد است و هرگاه **مکره** بعد از زوال **کره** عقد را اجازه کند

ناقد است. مگر آن که اکراه به درجه‌ای باشد که عاقد «طرف عقد» فاقد قصد باشد. این دیگر اکراه

نیست بلکه اجبار است، در اکراه می‌دانیم داریم چه کار می‌کنیم ولی تحت تأثیر قرار می‌گیریم.

لزوم ابراز اراده: تا زمانی که اراده انجام معامله در ذهن من است و من آن را بروز خارجی ندارم، عقد

منعقد نمی‌شود، باید آن را بروز کنیم و در مدنی ۳ هم خواندیم که طرق ابراز اراده طریقت دارد، پس

طرفین باید در ازدواج اراده خود را ابراز کنند.

موضوعیت لفظ در ابراز اراده: از لحاظ حقوق مدنی در مسئله ابراز اراده، وسیله انحصاری نداریم و

وسایل و طرق ابراز اراده موضوعیت ندارد مگر استثنا قانون‌گذار در جایی برای انعقاد یک عقدی یا

ایقاعی لفظ را در موضوعیت قرار داده که آن عقد فقط با لفظ ممکن است منعقد شود که این یک



استثنا است که شامل عقد نکاح و ایقاع طلاق می‌باشد. در انعقاد عقد نکاح لفظ فقط لازم است و همینطور در واقع ساختن طلاق، بنابراین نکاح و طلاق بدون لفظ واقع نمی‌شود.

### فصل چهارم: شرایط صحت نکاح

م ۱۰۶۲ ق.م: نکاح ایجاد می‌شود به ایجاب و قبول و به الفاضی که صریحا دلالت بر قصد ازدواج نماید پس هر لفظی را شامل نمی‌شود بلکه باید تلفظی را به کاربرد قاطع در بیان مفاد نکاح باشد.

تخصیص دوم قانونگذار بر وجود لفظ: لفظی که صریحا دلالت بر قصد ازدواج کند یعنی **کنایتا** هم اگر دلالت بر ازدواج کند صحیح نیست، این به این معنی است که زیر سقف بودن و با هم بودن و ... را شامل نمی‌شود که این لفظ یا ازدواج است که مصدر باب افتعال است و دیگری لفظ نکاح است. یعنی زَوَجْتُ - اُنْكَحْتُ

۱. نکاح واقعی می‌شود به ایجاب و قبولی ۲. به الفاضی ؟؟؟ ۳. صریحا دلالت بر ازدواج کند.

م ۱۰۶۳ ق.م: ایجاب و قبول ممکن است از طرف خود مرد و زن صادر شود یا از طرف افرادی که قانونا حق عقد دارند و دیگری وکیل که نماینده قراردادی است، یعنی همان عاقد و ... پس از خود طرفین می‌شود به شرط آنکه توافق آنها به صورتی باشد که بتوانند آن لفظ را به درستی بگویند.

م ۱۰۶۴ ق.م: عاقد باید عاقل و بالغ و قاصد باشد که در اینجا به رشد اشاره نکرده و درست هم است زیرا که در عقد نکاح که اصل آن تصمیم‌گیری در امور غیرمالی است، رشد لازم نیست.

م ۱۰۶۵ ق.م: توالی عرفی ایجاب و قبول شرط صحت نکاح است، هدف قانون‌گذار از آوردن این ماده تأکید است. یعنی توالی عرفی بین ایجاب و **تبرل**، شرط صحت عقد است.

م ۱۰۶۶ ق.م: هرگاه یکی از متعاقبین یا هر ۲ لال باشند، عقد به اشاره از طرف لال نیز واقع می‌شود مشروط بر این که به طور وضوح حاکی از انشاء عقد باشد. همانطور که گفته شد عقد نکاح و لفظ به کاربردده شده موضوعیت دارد ولی این ماده گفته که هرگاه یکی از طرفین یا هر ۲ آنها لال باشد عقد به اشاره از طرف لال «خیلی مهم» واقع می‌شود، مشروط بر اینکه به طور وضوح حاکی از نکاح باشد.

چون اشاره یک امر عام است باید به شکل خاصی انجام شود ولی الفاظ خاص تری می‌باشند و گویای اشاره را ندارد.

نکته مهم: چرا قانونگذار در باب نکاح از قواعد عمومی معاملات در باب نکاح عدول کرده است؟ در قواعد عمومی قراردادها گفته که طرق ابراز اراده طریقت دارد در حالی که در این مورد استثنا است چرا که اگر گفته که اعمال و اشارات نمی‌شود و با لفظ می‌شود؟

ج: زیرا که اگر بشود که با عمل بتوان اراده خود را ابراز نمود، دیگر مفهومی زنا باقی نمی‌ماند زیرا یکی از اعمال زناست.

اعلنوا النکاح: عقد نکاح را اظهار کنید. «فرمایش رسول اکرم (ص)» منظور اینکه با شهود عقد نکاح را منعقد کنید. سفاح یعنی زنا.

نکته: بیع معاملاتی وجود دارد ولی در نکاح وجود ندارد زیرا نکاح بالفظ منعقد می‌شود.

## وکالت در نکاح (مواد ۱۰۷۱ تا ۱۰۷۴)

وکالت در ازدواج ۲ مفهوم دارد:

(۱) مفهومی که اکثریت قریب به اتفاق داریم و آن این است که برای خطبه عقد دیگری وکالت می‌دهیم، منظور از وکالت در نکاح در قانون مدنی این نیست زیرا در ماده ۱۰۶۳ گفته بود که ایجاب و قبول می‌تواند از طرف خود طرفین باشد یا از طرف شخص دیگری.

(۲) منظور قانون مدنی است و در عمل هم کم است این است که آقای به خانمی یا خانمی به آقای یا آقای به آقای یا شخصی به شخصی وکالت دهد که دیگری همسری برای او برگزیند و خطبه عقد این نکاح را بخواند. «منظور از وکالت این است».

مواد قانون مدنی: قانون مدنی را در نظر گرفتند که زنی به مردی وکالت می‌دهد که برای من همسری پیدا کند و خطبه عقد من را هم بخواند.

فرض اول و مشکلات مربوط به این امر: این که خود وکیل خودش را انتخاب کند.

فرض دوم: این است که زن اوصافی را تعیین کند و بگوید فردی باشد که ... و مرد از اوصاف که زن گفته تخطی کرده است.

فرض سوم: این است که آن خانم به آقا وکالت داده است و هیچ اوصافی را تعیین نکرده و بعدها معلوم می‌شود که فرد آبدارچی بوده است.

م ۱۰۷۱ ق.م: هر یک از زن و مرد - یعنی هر مرد و زنی - می‌توانند برای عقد نکاح وکالت به غیر؟؟؟ - منظور برای خطبه عقد نیست بلکه مورد دوم توضیح مطرح است -.

م ۱۰۷۲ ق.م: در صورتی که وکالتبه طور اطلاق داده شده باشد:

۱. وکیل نمی‌تواند موکله را برای خود تجویز کند و تزویج نماید مگر آن که این اذن صریحا به او داده شده باشد. وکالت مطلق مطرح است یعنی هیچ خانمی شرط را برای همسر خود تعیین نکرده است.

بعضی از حقوقیین می‌گویند: اگر آقای به خانمی در مورد این ماده وکالت داد که برای او همسری را بگزیند ولی بعدا متوجه شود که آن زن، زن مورد توجه او نبوده تکلیف چیست؟

زیرا در این قانون به موکله اشاره شده، در قانون به این دلیل در مورد مرد صحبت نشده که چون مرد حق طلاق دارد و ابتکار عمل در دست اوست دیگر نیازی به ماده قانونی نیست و دست مرد باز است.

نکته حقوقی: مورد اول م ۱۰۷۲ در باب معاملات هم یک قاعده حقوقی است مثلا؛ من به دیگری وکالت می‌دهم که خانه مرا بفروشد، که حال اگر قید حتی به خود وکیل نباشد، نمی‌تواند وکیل آن را برای خود بخرد.

نکته دوم: قانون‌گذار در م ۱۰۷۲ گفته که آقا نمی‌تواند خانم را برای خود تزویج کند، حال که درآورده، عقد باطل نیست، بلکه **قصولی** است. «نکاح ابتدا به ساکن **قصولی** است.»

قصولی یک قاعده عام است و فقط در وصیت است که نمی‌توان قصولی آن را دید ولی در سایر موارد قصولی بودن مطرح است.

م ۱۰۷۳ ق.م: ناظر به آن فرضی است که خانم اوصافی را تعیین کرده و آقا از آن اوصاف تخطی کرده است. اگر وکیل از آن چه که موکل راجع به شخص یا مهر یا خصوصیات دیگر معین کرده تخلف کند،

صحت عقد موقت بر تنفیذ موکل خواهد بود. یعنی اگر باز هم راجع به مهر - خود شخص - خصوصیات دیگر ... مطرح شد از آن خصوصیات و اوصاف تخطی کرد غیر ناقد است و صحت آن بستگی به تنفیذ خانم دارد.

م ۱۰۷۴ ق.م: فرض سوم که بدون در نظر گرفتن اوصاف خانم به آقای وکالت داده که شوهر پیدا کند، وکالت بدون قید ← بدون تعیین اوصاف و بدون قید شرط وکیل رعایت مصلحت موکل را نکند. یعنی مثلاً تناسب بین دختر و پسر وجود نداشته باشد و ... باز هم حکم م ۱۰۷۳ ق.م یعنی غیرناقد بودن است و بستگی به تنفیذ دختر دارد که البته این در قواعد عمومی معاملات هم صحت دارد.

«در قلمرو عقد وکالت تمام اقدامات هر وکیل مقید به حفظ رعایت مصلحت موکل است»

نکته ۱: نکاح قصولی: در بیع قصولی هم مثل نکاح قصولی است و آن این است که مثلاً خانمی مراجعه می‌کند و می‌گوید که مرا به عقد کسی در بیاورد و مرد زن را به عقد دیگری در می‌آورد (قصولتا) و قانون گفته که صحت عقد به تنفیذ آن ??? تا ??? صحت یا رد خود را مطرح نکرده، در ازدواج کرده تلقی می‌شود. برعکس زن نسبت به آن کسی که در عقد حضور ندارد قصولی است. در عقد قصولی این است که رد و قبول آن توسط کسی صورت می‌گیرد که اراده‌اش در عقد حضور ندارد.

«الشیئان متعارضان انابعارضا تساقط» اگر وکالت برای خطبه عقد داده شود و خطبه عقد همزمان برای ۲ یا چند نفر خوانده شود، عقد ساقط است. (نکاح قصولی در امتحان مهم است.)

دو شی متعارض هرگاه به تعارض هم می‌رسند، هر دو ساقط می‌شوند (یعنی تعارض دقیق) نقش سکوت: علامت رضا نیست و سکوت معنایش این است که حرف نزده باشد به معنای مجسمه است که هیچ چیز از آن نمی‌توان استنباط کرد سابق برای احترام به پدر و بزرگ‌تر دختر رضایتش را با لفظ ابراز نمی‌کرد. همینطور اگر ثابت شود که سکوت دختر ناشی از اجبار است و هیچ اراده‌ای ندارد عقد اشکال دارد و باطل است. (م ۱۰۶۸ ق.م)

## جلسه چهارم

اهلیت: ذیل اهلیت طرفین در واقع قانون مدنی کلمه‌ای را آورده است- فصل دوم در نکاح گفته است قابلیت **صحی** در نکاح- این قابلیت **صحی** در نکاح یعنی چه؟ قانون مدنی نخواستن سن به خصوصی را در نظر بگیرد. اهلیت استیفاء دارای سه رکن است: بلوغ- عقل- رشد است. در بلوغ، سن را قرار داده است.

همان نویسنده قانون مدنی قابلیت صحی در باب بلوغ نکاح، در باب سن بلوغ سن به خصوصی را قائل نشده است. سقف سنی خاصی را در نظر نگرفته بلکه یک کلمه انتخاب کرده که آن قابلیت صحی است یعنی کسی می‌تواند ازدواج کند که از لحاظ رشد جسمانی و رشد تکوینی و رشد اندامهای جسمانی (اندامهای ذیربط نکاح) به قابلیت لازم رسیده باشد. مثلاً: با دختر کوچک اگر ازدواج کنیم چون هر ازدواجی تبعاً تأثیرات جسمانی دارد، دختر کوچک که می‌گوئیم، نفس نگاهش اشکال ندارد ولی مدام که کوچک است قابلیت صحی ندارد. اولین چیزی که قانون‌گذار معین کرده قابلیت صحی داشته باشد یعنی به اندازه مقتضی که برای ازدواج کافی است رسیده باشد. نکته بعدی که در زیر مجموعه قابلیت صحی است بحث اختلاف جنس است. در همان تعریف نکاح دیدیم عقد نکاح تنها عقدی است که بین دو جنس مخالف است و هیچ عقدی اینگونه نیست. نکاح تکویناً اقتضاء می‌کند که اینگونه باشد یعنی الزاماً باید از ۲ جنس مخالف باشد. چون مساله توالد و تناسل بین دو جنس موافق به وجود نمی‌آید. قانون‌گذار ۲ جنس مخالف را به جهت بدیهی بودن نیاورده است ولی در موارد گوناگونی اشاره کرده یعنی گفته مرد و زن مثل مادتهای ۱۰۳۵ و ۱۰۷۱ ق.م.

### بحث سن:

در بحث سن بعد از انقلاب سن ۱۸ سال را که یکسان بوده، قانون‌گذار حواسش بود که ممکن است کسی که به سن ۱۸ سال نرسیده ولی قابلیت صحی داشته باشند وقتی سن را به ۹ سال برای دختران و ۱۵ سال برای پسران آورند این بحث پیش آمد که چه می‌شود؟

م ۱۰۴۱ ق.م: «نکاح پیش از سن بلوغ ممنوع است.»

یعنی کسی نمی‌تواند پیش از ۹ سالگی در مورد دختر و پیش از ۱۵ سالگی در مورد پسر ازدواج کند و تبصره آن هم این بود که عقد نکاح پیش از بلوغ با اجازه ولی به شرط مصلحت مولی‌علیه صحیح است. یعنی چیزی که متن ماده ممنوع کرده بود تبصره راه داده بود.

بحث‌های زیادی پیش آمده بود.

تفسیر ماده: عقد نکاح درست است با فرض وجود اذن ولی به فرض رعایت مصلحت مولی‌علیه پس عقد نکاح درست ولی چون قابلیت صحت ندارد فعل زناشویی با او ممنوع است نکاح معنی لغوی‌اش یعنی ممنوع و مجازا یعنی عقد - در تبصره می‌گوید عقد نکاح صحیح است.

### رعایت مصلحت مولی‌علیه

علی‌القاعده نکاح پیش از بلوغ صحیح نیست. به طوریکه بسیار بیشتر موردی و نادر پیش آید که مصلحتی دختری ایجاب می‌کند که او را زیر سن بلوغ شوهر دهند.

مانند: مثلاً دختری، پدر و مادرش مرده‌اند در زلزله. با مردی ازدواج می‌کند و از سرگردانی رها می‌شود. به همین دلیل فقها این مطلب را در نظر گرفته‌اند و باید در دادگاه احراز شود که مصلحت او ایجاب می‌کند و فقط برای نفس عقد است. کسی با دختری زیر سن بلوغ ازدواج کند، مجازات دارد و با او اگر موافقه کند و منتهی به نقص عضو شود حبس ابد برای او وجود دارد (سال ۱۳۱۰). ولی ماده ۱۰۴۱ را مجمع تشخیص در سال ۱۳۸۱ اصلاح کرد: به این صورت که «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط به اذن ولی با تشخیص مصلحت و با تشخیص دادگاه صالح». پس نکاح زیر سن ۱۳ سال برای دختر و زیر ۱۵ سال برای پسرها فقط به این قید است:

۱. وجود اذن ولی در این اذن

۲. مصلحت مولی‌علیه ایجاب کند.

۳. این اذن و مصلحت را دادگاه احراز کند.

۴. این دادگاه هر دادگاهی نیست بلکه دادگاه صالح باید آن را احراز کند، طبیعتاً دادگاه خانواده مدنظر است و که امور نکاح و طلاق را رسیدگی می‌کند.

اگر دختری را به طور موردی به عقد مردی در آورند، با اذن ولی و احراز مصلحت در دادگاه صالح درست است ولی تا زمان رسیدن به قابلیت صحتی با او نباید عمل زناشویی انجام دهد. م ۳ مصوب ۱۳۱۱ قانون خانواده

هر کسی بر خلاف م ۱۰۴۱ با دختری که به سن قانونی بر ازدواج نرسیده ازدواج کند به ۶ ماه تا ۲ سال حبس محکوم می‌گردد و اگر بر اثر واقعه، فعل زناشویی به نقص عضو یکی از اعضاء یا مرض دایم زن شود مجازات ۱۰ سال و اگر زن بمیرد، مجازات حبس دایم است.

بالای سن ۱۵ سال برای پسر و ۱۳ سال برای دخترها مشکلی برای ازدواج وجود ندارد اگر زیر این سن باشد با وجود ۴ شرط بالا ایرادی ندارد.

نکته ۱: ولایت مختص ۲ نفر است. پدر و جد پدری - در حقوق ما، پدر و جد پدری در یک رتبه‌اند و در طول همدیگرند حقوقین نظر دارند که این دو هر کدام اذن دادند کافی است ولی شهید اول معتقد است که جد پدری باید نظر بدهد. (فقه)

نکته ۲: قانون‌گذار به نادرستی گفته اجازه در حالیکه باید می‌گفت اذن، اذن که پیشاپیش است ولی اجازه در بعد است.

نکته ۳: اختیار ولی قهری، مطلق نیست، اگر ولی قهری مخالفت کرد باید برای مخالفت خود دلیل بیاورد.

نکته ۴: از جمله فرقهایی که اجازه با اذن دارد آن است که اذن قابل رجوع است ولی اجازه قابل رجوع نیست. لذا می‌شود این نکته وجود داشته باشد که پدر و جد پدری اذن دهد و بعد از آن رجوع کند.

نکته ۵: در م ۱۰۴۴ ق.م آمده که پدر و جد پدری در محل حاضر نبوده، اگر استیذان از ولی عادتاً غیرممکن باشد ولایتی وجود ندارد. دختر، راساً می‌تواند ازدواج کند. در موردی که پدر و جد پدری در کار نیست ولایتی در کار نیست یعنی نیازی به اذن کسی ندارد یعنی از لحاظ حقوقی درست است.

نکته ۶: اگر پدر و جد پدری یک کدامشان با امر ازدواج موافق و دیگری مخالف باشد، مهم نیست کدام موافق و کدام مخالف است. آنکه نظرش موافق است، کفایت می‌کند. (دیگر به نظر شهید اول مبنی بر مقدم بودن ولایت جد پدری بر پدر توجهی نمی‌کنیم) ازدواج کردن نیاز به اثبات ندارد همین قدر متیقین است.

نکته ۷: اذن، همیشه ناظر به فرد خاصی است نه اذن عام یعنی قانونگذار اگر ولایت پدر را تعبیه کرده برای ازدواج دختر به منظور مصلحت دختر است. لذا پدر وضعیت دختر را ارزیابی می‌کند. نه اینکه دختر را محجور حساب کنیم، مصلحت اضافه است و فقط زمانی اعمال می‌شود که پسر به خصوصی مطرح باشد نه اینکه دختر بگوید اذن می‌دهید ازدواج کنم با هر کسی یعنی بطور عام اذن دهد بلکه باید پسر یا مورد خاص و موردی باشد.

نکته ۸: ولایت قهری ناظر به دختری است که باکره باشد. دختر غیر باکره طبیعتاً اذن نمی‌خواهد. م ۱۰۴۳ ق.م نگفته نکاح دختر غیر باکره بلکه گفته نکاح دختر باکره. مفهوم مخالف آن این است که دختر غیر باکره نیاز به اذن ولی ندارد.

### ولایت در نکاح:

ذیل بحث نکاح در دو مورد ولایت در نکاح داریم. یکی در ولایت نکاح دختر صغیره همین م ۱۰۴۱ ق.م که زیر سن ۱۳ سال باشد. همینطور در مورد پسری که زیر سن ۱۵ سال باشد. در واقع ولایت در نکاح دختر صغیره و پسر زیر سن ۱۵ سال. (دوم) ولایت در نکاح دختر کبیره باکره مطابق نظره تعدادی زیادی از فقها و مطابق قانون ازدواج، دختر باکره بالغ در هر سنی که باشد ازدواج او محتاج اذن ولی است. این مطلب رام ۱۰۴۳ ق.م گفته است. به عبارتی م ۱۰۴۳ ق.م به عنوان قاعده کلی است. نکاح دختر باکره در هر سنی که باشد موقوف به اجازه ولی قهری است که ولی قهری عبارت است از پدر و جد پدری - ولایت قهری ولی بر همه مادر همه ایام وجود دارد. پسر از سن ۱۳ سال که بیرون می‌رود از ولایت، دخترها از سن بلوغ در مورد تمام عقود از تحت ولایت بیرون می‌آیند به جز نکاح که تحت ولایت ولی خود می‌باشد. بعد گفته فرض می‌کنیم دختری



می‌خواهد با او ازدواج کند ولی او اذن نمی‌دهند، اگر بدون علت موجه از دادن اذن مضایقه کند ولایت ساقط است و دیگر ولایت ندارد.

چون ولی سمتش مقید به مصلحت مولی‌علیه است، پس او صلاحیت ولایت ندارد.؟؟؟ وقتی قانون می‌گوید بدون علت موجه از آنجا که با علت موجه است یا بی‌علت موجه است. با دادگاه است یعنی در دادگاه احراز شود تا ولایت را ساقط شده بدانیم. دختر از لحاظ حقوقی باید در دادگاه دادخواست بدهد مبنی بر اینکه پدرش بدون علت موجه از ازدواج او مضایقه می‌کند و دادگاه او را احراز کرده و علت مخالفت را می‌پرسد و علت مخالفت را تبیین کند، اگر منطبق با منطق صحبت کرد یعنی مصلحت دختر را در نظر بگیرد یعنی مخالفت پدر موجه است پس ولایت پدر، کماکان باقی است. اما اگر احراز کرد که پدر، علت موجهی ندارد، ولایت او ساقط است بلکه دادگاه به دختر باکره اجازه می‌دهد که ازدواج کند، آنکه می‌گوید باید فرد معین را به دادگاه معرفی کند و آن مهر را که توافق کرده‌اند به دادگاه احراز کنند (ولایت پدر هم که ساقط است) به دختر دادگاه مراجعه می‌کند و اقدام به ازدواج می‌کنند.

چند مدل غیر باکره می‌توانیم، تصور کنیم:

یک فرض آن است که دختری ازدواج کند و عروسی می‌کند، ۶ ماه زندگی کرده و شوهرش می‌میرد یا طلاق می‌گیرد. او با شوهرش زندگی کرده است که طبیعی‌ترین غیر باکره است که با اصطلاح می‌گویند بیوه و در فقه **ثَّيْبٌ** می‌گویند.

فرض بعدی: دختری عقد ازدواجش منعقد می‌شود، عروسی نکرده طلاق واقع می‌شود، بدون اینکه رابطه آنها منتهی به فعل زناشویی باشد، نکاح منحل است طبیعتاً او باکره است.

فرض سومی: گاهی بکارت در اثر اعمال فیزیکی غیراعمال زناشویی است مانند: سقوط - عملیات ورزشی و... از لحاظ اذن پدر، باکره است.

فرض چهارم: دختری در اثر بیماری، بکارتش زایل می‌شود. او باکره است و اذن پدر باقی است.

ما از این فرض‌ها به این نتیجه می‌رسیم که می‌گوئیم دختر باکره نیاز به اذن ولی دارد و دختر غیر باکره نیاز به اذن ولی ندارد و غیرباکره به صورت غیر رابطه جنسی مورد نظر ما نیست. یعنی هر

غیرباکره‌ای که از طریق غیرباکره‌ای که از طریق غیر رابطه جنسی، غیر باکره باشد او کماکان باکره تلقی می‌شود.

پس مرکز ثقل سوال اینجاست که منظور ما در سقوط ولایت پدر و جد پدری در مورد دختر باکره آن غیرباکره‌ای است که از طریق فعل جنسی، غیر باکره شده. حال که فهمیدیم سقوط ولایت پدر که از طریق نزدیکی واقع شده، آیا آن فعل جنسی مشروع مدنظر ما است یا فعل جنسی نامشروع؟ طبیعتاً آن فعل جنس مشروع مدنظر است. می‌دانیم که فعل جنسی مشروع که در قالب عقد نکاح صورت گیرد ساقط کننده ولایت پدر است. یک فعل جنسی و نزدیکی نامشروع با دختر (زنا) مسقط ولایت پدر هستند. حکم رای وحدت رویه ۶۲/۶۲ مورخ ۱۳۶۳/۱/۲۹ این است که مشروعیت دخول شرط ولایت پدر نیست. «دخول مشروع باشد یا نباشد موجب سقوط ولایت پدر می‌شود». دختر به هر صورتی چه از طریق مشروع و نامشروع موجب ازاله بکارت شود ولایت پدر، ساقط است.

اشکال عمده‌ای که این مساله دارد این است که:

در بعضی عرف‌ها هست که  $X$ ,  $Y$  با هم ازدواج می‌کنند و دختر فرار می‌کند، پدر هم او را مجازات می‌کند یعنی به او جهیز نمی‌دهد. وقتی اذن پدر نیست وقتی با او رابطه نامشروع دارد و پدر دادخواست ابطال آن ازدواج را می‌خواهد چون اذن پدر همراه نیست و پدر آن ازدواج را باطل می‌کند. ازدواج دختر بدون اذن پدر غیر ناقد و ازدواج دادن دختر از طرف ولی بدون اذن دختر غیر ناقد است یعنی ازدواج قصولی است.

### سفیه و مجنون

سفیه یا شخص غیر رشد در اصل ازدواج مشکلی ندارد چون نقص اهلیت غیر رشید در امور مالی است و نفس انتخاب همسر مالی نیست پس می‌تواند با هر کس که بخواهد ازدواج کند. از باب تبعات ازدواج آنچه که مالی باشد و جنبه توافقی داشته باشد طبیعتاً غیر رشید اهلیت ندارد. هرچه که غیرمالی هست، غیر رشید اهلیت دارد یا مالی هست ولی جنبه قراردادی ندارد. مانند: ارث، نفقه و ...

اما از جمله این مصداقی که هم مالی باشد و جنبه قراردادی داشته باشد بحث مهرالمسمی است. هر مهر المسمی ای جنبه توافقی دارد پس یک قرارداد است. لذا محتاج اهلیت است غیر رشیدی راسا ازدواج می‌کند و مهر ۱۰۰ سکه است. نفس ازدواج صحیح است ولی مهر باطل است زیرا امر مالی است و توافقی است.

در عقد موقت نفقه همهمین وضع مهر را دارد. نفقه در عقد دایم حکم قانون است. رشید بودن یا غیر رشید بودن تأثیری ندارد. ولی در موقت، بحث میزان، نوع و ... جنبه قراردادی دارند یعنی با توافق طرفین است چون نفقه معینی در عقد موقت نیست.

هرچه که توافق کنند، نفقه آن است که توافق کرده‌اند، در نفقه در عقد موقت کاملاً محتاج به رشد هستیم. در عقد موقت اصل بر ازدواج غیر رشید درست است ولی هم مهرالمسمی و نفقه امور مالی هستند ولی هر دو محتاج تنفیذ ولی است.

در عقد دایم مهر المسمی و در عقد موقت مهرالمسمی و نفقه رشد لازم است.

م ۱۰۶۴ ق.م مقرر داشته: عاقد باید بالغ، عاقل و قاصد باشد.

رشید را نگفته است چون بحث انتخاب همسر است و غیر مالی است و نفس امر، نکاح است و نیازی به رشد نیست.

نکاح مجنون: مجنون قصد انشاء ندارد زیرا مجنون طبیعت اعمال حقوقی را درک نمی‌کند. هر قصد انشایی، متفرع بر فهم آن عمل حقوقی است. هیچ عمل حقوقی از جمله نکاح را راسا نمی‌تواند واقع کند (اعم از دایم و موقت) اگر نکاح را نتواند به جهت فقدان قصد؟؟؟ مطرح کند طبیعتاً برای متفرعات نکاح هم اهلیت ندارد. مثلاً: توافق در مهر و نفقه و ... که از متفرعات عقد نکاح است. پس خودش راسا و مباشرتاً نمی‌تواند ازدواج کند.

م ۸۸ قانون امور حبسی: «در صورتی که پزشک، ازدواج مجنون را لازم بداند، قیم با اجازه دادستان می‌تواند برای مجنون ازدواج کند یعنی قیم کسی را پیدا کند و قصد انشای خطبه نکاح را قیم بیان می‌کند، مجنون را اراده می‌کند.»

در طلاق هم همینطور است فقط دادستان پیشنهاد می‌کند و دادگاه تصویب می‌کند و قیم طلاق می‌دهد.

نکته ۱: این از صلاحیت‌های استثنایی قیم است. چون صلاحیت قیم ناظر بر امور مالی است در حالیکه ازدواج و طلاق هر دو امر غیرمالی هستند.

نکته ۲: ازدواج و طلاق هر دو غیر مالی هستند ولی اگر در ازدواج مهر و نفقه و ... قید شود مالی می‌شود ولی در حالت کلی خود نفس ازدواج غیرمالی است.

نکته ۳: وقتی قیم که صلاحیت محدودتری نسبت به ولی دارد می‌تواند برای محجور (مجنون) ازدواج کند یا همسر مجنون را طلاق دهد. این صلاحیت را به طریق اولی ولی هم دارد در معاملات موضوع معامله مال است و در عقد نکاح موضوع ازدواج خود زوجین هستند. باید (۲) نکته را بررسی کنیم:

۱. لزوم تعیین زن و شوهر: معین بودن زن برای شوهر و معین بودن برای زن که م ۱۰۶۷ ق.م

هم اشاره کرده. تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ‌یک از طرفین شبهه‌ای نباشد شرط

صحت نکاح است. پس اگر کسی نداند که با چه کسی ازدواج کرده یعنی تعیین نشده، نگاهش

باطل است چون شرط صحت وجود ندارد. حالا فرض کنیم که م ۱۰۶۷ را نداریم آیا از لحاظ

اصول حقوقی می‌توان استدلال کرد؟

باید گفت در معاملات که موضوع معامله مال است اگر موضوع معامله مجهول یا مردد باشد معامله

**عذری** است پس باطل است پس به طریق اولی نکاح هم اگر موضوعش مجهول باشد یا مردد باشد

باطل است.

پس موضوع معامله که مال است و شخصیت طرفین مطرح نیست باطل است در نکاح به طریق اولی

باطل است.

می‌توان اینگونه استدلال کرد:

در مورد بحث اشتباه در شخصیت «شخصیت طرفین علت عمده عقد» است هرگاه عقدی را بخواهیم

باطل بدانیم باید به یکی از ارکان م ۱۹۰ ق.م استناد کنیم. اشتباه در شخصیت آنجایی که علت عمده

عقد است نکاح و عقود تبرعی است.

۲. اثر اشتباه در شخصیت طرفین: اگر کسی در شخصیت طرف مقابل اشتباه کند یعنی در طرف

مقابل اشتباه کنیم، ازدواج چگونه وضعیتی دارد؟

اگر اشتباه در شخصیت طرف مقابل باشد بدین معنی که در هویت فیزیکی او اشتباه کرده‌ایم. عقد به دلیل م ۲۰۱ ق.م باطل است و اگر اشتباه در اوصاف باشد یعنی بطور یکطرفه در ذهنیت خودش صفتی را به طرف مقابل بدهیم و این صفت هم به شوق او اضافه کند. اشتباه در وصف است اگر بر خلاف آن ظاهر شود و اگر صفت کمالی را گوید و خلافتش ثابت شود این خیار تدلیس است و من هم برای او شرط نمی‌کنم این مورد هم خیار تخلف شرط است.

اشتباه متصور یکطرفه که در ذهن من، نسبت به طرف مقابل هست ولی این بر خلاف واقع است. «اشتباه در اوصاف طرف هیچ تأثیری ندارد.»

۱- شخص با همان که دیده ازدواج می‌کند. ۲- شرط نکرده‌اید که خیار شرط شود.

۳- او اظهار نکرده که خیار تدلیس شود ۴- هیچ کس هم بر قدرت خیال طرف مقابل مسلط نیست. اگر هم صفتی را شرط کرده‌ایم و آن شرط را نداشت خیار تخلف شرط است نه اشتباه.

### مشروعیت جهت عقد:

در معاملات دیدیم که معاملات باید مشروع باشد و الا باطل است اگر جهت تصریح شود. جهت نامشروع به این معنی بود که موضوع معامله یک معامله، مجرمانه گردد.

آیا در نکاح جهت مشروع وجود دارد؟

علی القاعده خیر. زیرا انگیزه نکاح تشکیل زندگی است لیکن نکاتی وجود دارد مثلاً: آقایانی که متأهل باشند خدمت سربازی نمی‌روند عملاً تعداد متأهل‌ها زیاد می‌شود اگر کسی زن بگیرد ازدواج باطل نیست درست است که سربازی مشوقی بوده ولی در زن گرفتنش قاصد بوده است.

یا مثلاً: دانشجویان که به خارج اعزام می‌شوند باید متأهل شوند. اگر ازدواج کنند درست است اما اگر همین ازدواج کردن در بحث معافیت از سربازی یا امکان رفتن به خارج، صوری باشد، طبیعتاً ازدواج باطل است ولی ربطی به جهت نامشروع ندارد و قصد انشاء وجود ندارد.



## فصل دوم

موانع نکاح و شرایط عمومی آن

قرابت:

۱. تعریف قرابت

۲. اقسام قرابت

(۱) قرابت نسبی

(۲) قرابت رضاعی

(۳) قرابت سببی

قرابت نسبی:

۱. تعریف قرابت نسبی

۲. اقسام قرابت نسبی

(۱) قرابت در خط مستقیم

(۲) قرابت در خط اطراف

قرابت رضاعی

۱. تعریف قرابت رضاعی

۲. شرایط رضاع

۳. اثر رضاع در حرمت نکاح- حدود دایره حرمت

قرابت سببی

۱. کسانی که نکاح با آنها عینا ممنوع است.

۲. کسانی که نکاح با آنها جمعا ممنوع است.

شرایطی که بین طرفین نباشد که در اصطلاح حقوقی و فقه موانع نکاح گویند ولی به آن قرینه وجودی که باید باشد، ضمن موانع نکاح باید گفت شرایط عدمی (صفات سلبیه) یکی از آنها مسئله قرابت است که (۳) نوع قرابت نسبی - رضاعی - سببی داریم.

قرابت در اصطلاح ما یعنی رابطه خویشاوندی - رابطه خونی است آیا از طریق نسب یا از طریق شیرخوردن حاصل می‌شود یا از طریق سبب است که از منظور از سبب ازدواج است. اگر این رابطه خویشاوندی خونی بود که از طریق نسب به وجود آمده بود، رابطه نسبی نام دارد، اگر از طریق شیر خوردن بود قرابت رضاعی نام دارد که البته که پیش می‌آید و اگر از طریق سبب (ازدواج) بود، قرابت سببی است.

رابطه کسی با مادرزنش، سببی است.

رابطه کسی با خواهرش، نسبی است.

رابطه عروسی با پدرشوهرش، سببی است.

معنای لغوی قرابت یعنی نزدیکی ولی نه به معنای روابط جنسی زوجین - نزدیکی به مفهوم اتصال به نحوی که خونی یا شیرخوارگی یا پیش آمدن از ازدواج می‌تواند باشد.

مثلاً: یک فرد نمی‌تواند با خاله و دخترخاله‌اش ازدواج می‌کند اما با بعضی از بستگان نسبی می‌تواند ازدواج کند باید دید حد و حدود آنها کجاست؟

گاهی دو خواهر و برادر از یک پدر و مادرند. گاهی از یک پدرند و گاهی از یک مادر هستند. آیا این مطلب در ازدواج تأثیر دارد یا خیر؟ این مطلب در بحث ارث خیلی مهم و تأثیر دارد. در قرابت سببی هم ممکن است مثلاً یکی با همسرش ازدواج کرده ولی هنوز فعل زناشویی انجام نداده آیا با مادر او می‌تواند ازدواج کند یا خیر؟ یا با دختر آن زن می‌تواند ازدواج کند؟ یا کسی در ایام طفولیت از زنی شیرخورده - دختری دارد آیا با آن دختر می‌تواند ازدواج کند؟ آیا برادر آن پسر که از شیر آن زن می‌خورده می‌تواند با او ازدواج کند؟ پسرش چگونه؟

یعنی آیا کل این خانواده بر آن خانواده ممنوعیت دارد یا اینگونه نیست؟ آیا فرد از زنی شیر خورده باید نفقه بدهد؟ از او ارث می‌برد یا خیر؟



## تعریف قرابت نسبی

رابطه خونی خویشاوندی است بین دو نفر که با متولد شدن یکی از دیگری یا اتصال آن دو یا چند نفر به منشأ واحد حاصل می‌شود.

مثلاً: رابطه کسی با پدرش، مادرش، فرزندش یک مدل از قرابت نسبی است. نوه را هم اگر حساب کنیم از این قیاس است زیرا با یک واسطه نوه از پدر بزرگ متولد شده است.

پس نوه فرزند پدر بزرگش هست اما فرزندی بلا فصل (مستقیم) است و گاهی فرزندی، فرزندی با واسطه است. نوه نوه کسی هم فرزند اوست اما با ۳ واسطه فرزند اوست چون یکی از دیگری متولد شده است. منتهی شدن آن دو یا چند نفر به منشأ واحد در تعریف قرابت دارمی یعنی رابطه کسی با خواهرش هر دو از یک دیگر متولد شدند رابطه کسی با دختر برادرش، رابطه کسی با خاله - پسر عمه - نوه دایی و ... اینها قرابت نسبی دارند و قابل تردید نیست. به اصطلاح عرفی از طریق خونی خویشاوند هستند. پس دو نفر از هم متولد شده‌اند که به این افراد صدق نمی‌کند. اگر اینها را با کسی بسنجد در یکجا به هم می‌رسند. مثلاً: کسی با خاله‌اش، منشأ واحد آن پدر بزرگ شخص است. کسی با دختر خاله‌اش، کسی با برادرش اگر بررسی کنیم همه به یک منشأ واحد می‌رسند.

رابطه کسی با دختر برادرش، قرابت نسبی در خط مستقیم است.

رابطه کسی با دختر خاله‌اش، قرابت نسبی در خط اطراف است.

که خود قرابت نسبی در خط مستقیم ۲ صورت صعودی و نزولی دارد.

خود فرد - پدرش - پدر پدرش - پدر پدرش و ... قرابت نسبی مستقیم صعودی دارند.

خود فرد - بچه اش - نوه اش - نوه نوه اش - ... قرابت نسبی مستقیم نزولی است.

در قرابت نسبی در خط مستقیم نزولی یا صعودی به هر کسی می‌رسیم، پایینی، فرزند بالایی است.

؟؟؟ نمودار

جامع نَسَب: همه در او به همدیگر منتسب می‌شویم. اگر مادر بزرگ مادری کسی نبود، کسی خاله و دختر خاله‌اش را نمی‌شناخت. یعنی در رابطه آن فرد با دختر خاله‌اش یکی جامع نسب است اما در

رابطه آن فرد با دختر عمه‌اش، یکی دیگر جامع نسب است.

## طبقات اقربای نسبی:

نمای کلی طبقات در پایان طبقه سوم

طبقه اول: به دو دسته تقسیم می‌شود. دسته اول آن والدین مستقیم هستند. پس فقط دو نفر هستند (بدون درجه) که بلافصل از او متوجه شده‌ایم که دسته اول طبقه اول هستند. بدون درجه یعنی نه از پدر و نه از مادر بالاتر می‌رویم.

دسته دوم طبقه اول: اولاد هستند که مثل لشگر است یعنی فرزند و فرزندان فرزندان اولاد در فرهنگ ما مفرد استفاده می‌شود در حالیکه جمع ولد است. خود اولاد مستقیم درجه یک طبقه اول و فرزندان آن درجه دو طبقه اول و فرزند آن درجه سه طبقه اول ....

هرچه عقب‌تر برویم یک درجه اضافه و از شخص مورد نظر دور می‌شود. طبقه دوم ما دو دسته است

اگر ما جد و جده را کنار هم به کار ببریم. جدّ = پدربزرگ      جدّه = مادربزرگ  
جمع آن دو را اجداد گویند.      جمع جدّ = اجداد      جمع جدّه = جدات

هرکسی چهار پدر و مادربزرگ دارد آن اجدادی که از سمت پدر هستند اجداد آلی و آن اجدادی که از سمت مادر هستند اجداد امّی هستند.

اجداد طبقه دوم هستند و در درجه اول. پدر و مادر پدربزرگ و مادربزرگ فرد درجه ۲ طبقه ۲ هستند که بدین ترتیب اضافه می‌شود که درجه بالا می‌رود ولی از طبقه بیرون نمی‌آید.

در طبقه دوم در کنار اجداد، اخواه را داریم.      آخ: برادر      آخت: خواهر

جمع مکسر خواهر و برادر: اخوه

هر فرد سه طور می‌تواند خواهر و برادر داشته باشد:

۱) خواهر و یا برادی که از پدر جدا و از مادر یکی هستند. (اخوه امّی (مادری))

۲) خواهر یا برادری که از مادر جدا و از پدر یکی هستند. (اخوه آلی (پدري))

۳) خواهر یا برادری که از پدر و مادر یکی هستند. (اخوه ابوینی (پدر و مادری))

هر سه فرض بدون توجه به ابی - امّی - ابوینی درجه یک طبقه دو هستند.

اولاد اخوه درجه دو طبقه ۳ هستند.

طبقه سوم: دسته اول ← بستگان پدر (اعمام)

اعمام = عموها                      اعمات = عمه‌ها

اگر اعمام تنها به کار برود به معنای عموها و عمه‌ها است.

دسته دوم ← بستگان مادری (اخوان)

خال = دایی‌ها                      خالات = خاله‌ها

عمو یعنی برادر پدر من، اگر عموی من با پدر من از سمت مادر یکی نباشد، عموی آبی است.

اگر از سمت مادر یکی باشند، عموی امی است.

اگر از سمت پدر و مادر یکی باشند، عموی ابوینی است.

همچنین در مورد عمه، خاله و دایی هم همان موارد فوق صادق است.

هر چهار نفر (عمو - عمه - خاله - دایی) در هر دو دسته قطع نظر از اینکه آبی - امی یا ابوینی هستند

درجه یک طبقه سوم هستند.

لذا هر ۴ تا از لحاظ دسته برابرند. اولاد آنها، درجه دوم طبقه سوم و اولاد اولاد آنها، درجه سوم طبقه

سوم هستند.

«الْأَقْرَبُ يَمْنَعُ الْأَ بَعْدَهُ» ← آنکه نزدیکتر به متوفی است، دورتر به متوفی را منع می‌کند. که در ارث

مطرح است (یعنی هم از لحاظ طبقه و هم از لحاظ درجه)

م ۱۰۴۵ ق.م: با توجه به موارد فوق می‌گوید: نکاح با اقارب نسبی به طور مطلق ممنوع نیست.

نکاح با اجداد هر قدر بالاتر رود و نکاح با پدر و مادر و نکاح با اولاد هرچه پایین‌تر رود، نکاح با آنان

ممنوع است (کل هر دو دسته طبقه اول)

و دسته اول طبقه دوم ممنوع است (اجداد)

نکاح با برادر - خواهر - اولاد آنها (دسته دوم طبقه دوم)

نکاح با اعمام و خالات هم ممنوع است (کل درجه یک طبقه سوم نکاح با آنان ممنوع است).

از درجه ۲ طبقه ۳ به بالا می‌توان ازدواج کرد که قاعده فقهی داریم.

طبقه اول:

- دسته اول ← والدین مستقیم (بدون درجه)

- دسته دوم ← اولاد و اولاد اولاد → درجات این دسته

طبقه دوم:

- دسته اول ← اجداد: ابی - امی → درجات این دسته

- دسته دوم ← اخواه : ابی - امی - ابوینی → درجات این دسته و اولاد آنها

طبقه سوم:

- دسته اول ← بستگان پدر (عمو - عمه): ابی - امی - ابوینی و اولاد آنها

- دسته دوم ← بستگان مادری (دایی - خاله): ابی - امی - ابوینی و اولاد آنها

« یَحْرَمُ عَلَى الْإِنْسَانِ كُلِّ قَرِيبٍ عَدَا أَوْلَادِ الْعُمُومَةِ وَالْخَثُولَةِ »

کلیه بستگان نسبی در ازدواج برای انسان حرام می‌شوند به جز اولاد عمو، عمه، خاله و دایی. هر عمل حقوقی از حیث حکم تکلیفی که حرام باشد از حیث حکم وضعی یعنی باطل.

شبهه و زنا یعنی چه؟ قرابت حاصل از شبهه و زنا باشد یعنی چه؟

زنا یعنی رابطه جنسی زن و مرد که ذاتا یا در آن شرایط بر هم حرامند.

در زنا دو خصوصیت مهم در حقوق مدنی دارد. (۱) علم (۲) اختیار

طرف زنا (زانی و زانیه) می‌دانند که کار نامشروع می‌کنند و دیگری اختیار است. اگر کسی به ناچار مبادرت به فعل زنا داشته باشد این حالت را ندارد. زنا اثرش این است که ایجاد سبب مشروع و قانونی نمی‌کند.

اگر  $X$ ,  $Y$  با هم زنا کنند و فرزندی متولد شود آن فرزند از لحاظ فیزیولوژیک ملحق به  $X$ ,  $Y$  است ولی قانونا آن فرزند برای آنان نیست. پس آثار نسب بین  $Y$ ,  $X$  و فرزند حاصل از زنا که ولدالزنا نام دارد حاصل نمی‌شود. نسب نامشروع باطل است و آثار نسب جاری نمی‌شود. زنا با محارم، حرام است و این حرام بودن هیچگاه برداشته نمی‌شود. زنا با زن شوهردار یا زن در عده، در آن شرایط امکان ازدواج وجود ندارد.

## شبهه یا در اصطلاح دقیق آن **وطی** به شبهه

رابطه نامشروع جنسی بین دو نفر است که فی الواقع نامشروع است یعنی اساس مساله از لحاظ توصیف حقوقی نامشروع است اما طرفین یا یکی از آنها علم به آن نامشروع بودن را ندارند یا اختیار ندارند یکی از اساسیات شبهه جهل است.

یعنی آن علمی که در زنا هست در شبهه وجود ندارد جهل به سه چیز است.

۱. جهل به حکم

۲. جهل به موضوع

۳. جهل به یک واقعیت خارجی موثر در یک قضیه می باشد.

پس مبنای شبهه حتما در این قسمت جهل است که اگر جهل نباشد، اختیار است.

جهل به حکم مثلا فردی نمی داند که عده چیست؟ زنی بدون رعایت عده ازدواج می کند ولی آن زنا محسوب نمی شود.

جهل به موضوع: ممکن است او می داند که چیزی به نام عده داریم در محاسبه عده اشتباه می کند. اگر ازدواج کند رابطه آنها فی الواقع نامشروع است، زنی بدون تکمیل ده وفات ازدواج می کند فی الواقع نکاح باطل است ولی مجازات کیفری و مدنی ندارد

جهل به یک واقعیت خارجی موثر در یک قضیه است: ممکن است به ندرت پیش بیاید، معمولا در قدیم و در خانواده های گسترده که زندگی صمیمانه داشته بوده (**کرسی**) کسی که جهل به اصل حکم و جهل به موضوع و جهل به واقعیت خارجی دارد آنچه وجود دارد حسن نیت است و آنچه وجود ندارد علم به واقع است.

فرزند حاصل از شبهه در حکم فرزند حاصل از نکاح صحیح است. ارث می برد- ارث می گذارد....

کشف شبهه، ختم رابطه است از آن لحظه که کشف شد، رابطه قطع می گردد زیرا ازدواج شبهه فی الواقع باطل است.

اگر شبهه ازدواجی حاصل شده باشد، یعنی ازدواج که باطل بوده از لحظه ای که شبهه کشف شد دیگر ازدواج او ادامه نخواهد داشت و طلاق همه ندارد. بعد از جداشدن باید دوباره می توانند با هم

ازدواج کنند یا خیر؟ که بستگی دارد قاعده کلی ندارد بعضی مواقع امکان ازدواج وجود دارد و بعضی مواقع امکان ازدواج وجود ندارد.

مثلا: کسی در زمانی که زنی در عده است ازدواج کند حرام موبر است.

ممکن است یکی از طرفین آگاه به واقعیت است و طرف دیگر آگاه نیست آن که عالم و دیگری جاهل است، دقیقا اثر هر دو اجرا می شود یعنی فرزندی که متولد شده نسبت به سنتی که جاهل بوده تمام احکام فرزند صحیح را دارد، ارث می برد- ارث می گذارد...

نسبت به سمتی که عالم بوده است رابطه ای وجود ندارد.

همچنانکه در رابطه صحیح، انسان با پدر و مادر مشروع خود نمی تواند ازدواج کند. ← در رابطه نامشروع (یعنی با پدر و مادر نامشروع خود) هم نمی توانند ازدواج کنند.

پس همچنانکه در نکاح صحیح و قرابت صحیح موانع نکاح به شرح م ۱۰۴۵ وجود دارد در این موانع نکاح عینا در مورد زنا و در مورد شبهه هم اجرا می شود به عبارت دیگر زنا و شبهه از حیث مانعیت نکاح در حکم نکاح صحیح است.

## جلسه ششم

قرابت رضاعی: رضاع یعنی شیرخوارگی که مربوط به ایام طفولیت یک شخص یا دو سالگی است. آن طفلی را که شیر می‌خورد رضیع و مرضعه یعنی شیردهنده.

فحل یعنی شوهر آن زن که صاحب شیر است. (م ۱۰۴۶ ق.م)

نکته: قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح، در حکم قرابت نسبی است که باید ۵ شرط داشته باشد.

(۱) مرضعه باید حامل بوده و به لحاظ زایمان شیر داشته باشد که آن شیر مربوط به حمل مشروع

باشد. حمل ناشی از ۳ حالت است: (۱) نکاح صحیح (۲) نکاح ناشی از شبهه (۳) نکاح ناشی از

زنا

چیز در شیر زن آنست که ناشی از تولد ازدواج صحیح باشد یعنی فرزند از ازدواج صحیح متولد شده باشد. در شبهه هم چون علم و آگاهی به واقعیت وجود ندارد فرزند حاصل از شبهه در حکم فرزند حاصل از نکاح صحیح است. پس شبهه زاده هم شیرش مشروع است. شیرزن ناشی از حمل مربوط به زنا باشد. لازم نیست الان زن که که این بچه را شیر می‌دهد هم اکنون شوهر داشته باشد. قبل از موضع حمل اگر شوهرش بمیرد ایرادی ندارد اگر حمل ناشی از نطفه صحیح باشد کافی است.

۲ شیر مستقیماً از پستان مکیده شود: اگر مادر رضاعی، طفل را به طریق غیر مستقیمی شیر دهد، هر مقدار هم شیر بخورد ایجاد قرابت رضاعی نمی‌شود. چرا باید با دهان خود طفل از پستان مکیده شود؟ یک دلیل حقوقی و یک دلیل عاطفی دارد:

دلیل حقوقی: قرابت خارج از نسب و سبب خارج از اصل است و قرابت خلاف اصل است ما همیشه به قدر متقین در اینجا اکتفا می‌کنیم ما تفسیر مضیق می‌کنیم مورد یقین و دقیق‌ترین و مهم‌ترین مصداق شیرخوردن، شیرخوردن بچه از پستان مادر است.

دلیل عاطفی: وقتی مادر آن بچه را بغل می‌کند و از پستان سمت چپ او شیر می‌خورد گوش بچه در قلب مادر قرار می‌گیرد و صدای قلب مادر را می‌شنود.

۳. یک شبانه روز یا ۱۵ روز متوالی شیر کامل خورده باشد بدون اینکه غذای دیگر یا شیرزن دیگر را بخورد. طفل را مثلاً ۸ صبح به زنی بسپرد هر وقت طفل اظهار نیاز کرد او به بچه شیر دهد و پستان

خود را از دهان طفل نگیرد تا اینکه طفل خودش رها کند (اظهار سیری کند) و در بین آن غذای دیگری نخورد.

نکته: آب و دارو اشکالی ندارد.

۱۵ دفعه متوالی باشد. طبرسی ۱۰ بار املاک دانسته و دیگر اینکه خود طفل شیرخوردن را رها کند.

نکته: ملاک در شبانه روز بودن ۱۵ دفعه متوالی نیست.

۴. قبل از تمام شدن ۲ سال باشد که منظور ۲ سال قمری است. شیر خوردن باید تا ۲ سالگی

اتفاق بیافتد.

۵. از یک زن و شوهر باشد یعنی چه؟ مردی ۲ زن دارد، فرزند از شیر یک شوهر ولی از ۲ زن

مختلف شیر می خورد.

دو زن که شوهر آنها یکی است، هر دو حامله اند. X به Y شیر می دهد و Z به I شیر می دهد چون

شوهر زنها واحد هستند «Y-I» برادران رضاعی محسوب می شوند.

قرابت رضاعی بین دو طفل هم شیر: فردی از شیر زن یکی بخورد. آن زن دیگر هم دختری را شیر

داده، قرابت رضاعی حاصل می شود.

آثار قرابت رضاعی یک قاعده کلی و مهم دارد:

«يَحْرِمُ بِالرِّضَاعِ مَا يَحْرِمُ بِالنَّسَبِ»

« حرام می شود در شیرخوردن همانی که حرام است». در قرابت نسبی، همان ممنوعیت هایی که در

قرابت نسبی وجود دارد (م ۱۰۴۵ ق. م) عینا در قرابت رضاعی هم وجود دارد ما فهمیدیم که طفل

شیرخوار که بزرگ شده خود او نمی تواند از بستگان آن خانواده ازدواج کند با آنهایی که فرزند نسبی

آن خانواده نمی تواند ازدواج کند.

مثلا: فرزند نسبی آن زن می تواند با خاله اش ازدواج کند؟ خیر. پس آن هم نمی تواند ممنوعیت هایی

ازدواج نسبی دارد بر این هم بار می شود. فردی که شیرخورده، خودش برادر و خواهر دارد. آیا برادر و

خواهر او هم ممنوعیت دارد؟ و یا پدر یا مادر آن فرد با پدر و مادر رضاعی فرد می توانند ازدواج کنند

یا خیر؟



طفل شیرخوار داخل دایره حرمت است در حدودی که فرزند نسبی او داخل حرمت است در ازدواج کردن.

آیا بستگان این فرزند رضاعی اینها هم داخل دایره حرمت هستند؟

پاسخ منفی است. فقط خود شیرخواره هست که داخل در دایره حرمت است لذا خواهران - برادران - ... او داخل در دایره حرمت نیستند زیرا هیچ رابطه‌ای نداشتند.

الف، فرزند رضاعی ب است. آیا در رابطه قرابت رضاعی فقط بحث ممنوعیت ازدواج مطرح است یا سایر آثار قرابت نسبی هم وجود دارد؟

مسئله قرابت رضاعی فقط و فقط ناظر است به بحث ممنوعیت ازدواج و هیچکدام از آثار دیگر قرابت نسبی در قرابت رضاعی جاری نمی‌شود (ارث نمی‌برد - نفقه نمی‌برد...)

م ۱۰۴۶ ق.م گفته ← «از حیث حرمت نکاح ...»

### قرابت سببی (قرابت بالصاهره (دامادی))

در مسئله قرابت سببی «مسئله‌ی امکان ازدواج هر یک از زوجین مطرح است با بستگان دیگری.» قانون‌گذار همیشه ممنوعیات را می‌گوید و اصل کلی اباحه و جواز است لذا اگر موردی را ممنوع اعلام نکرده باشد یعنی می‌شود با او ازدواج کرد. ما با دو گروه مواجه هستیم:

۱. عده‌ای که ازدواج با آنها ممنوع دائمی است (به صرف انعقاد نکاح هیچکدام با برخی از بستگان دیگر نمی‌توانند ازدواج کنند).

۲. عده‌ای هستند که جمع آنها در فرض تعدد زوجات ممنوع است.

ممنوع دائمی (م ۱۰۴۷ ق.م)

۱. بین مرد با مادر و جدات آن از هر درجه که باشند. (اعم از نسبی و رضاعی).

۲. بین مرد و زنی که سابقاً زن پرد و یا یکی از اجداد بوده

۳. یا زن پسر (عروس) و یا یکی از احفاد (ج خمیر) نوه او باشد هرچند قرابت رضاعی باشد.

۴. بین مرد با اناث از اولاد زن (زنی دختری دارد- آیا امکان دارد مادر را طلاق دهد و با آن دختر ازدواج کند. اگر فعل زناشویی صورت گرفته باشد، نمی‌شود. ولی اگر فعل صورت نگرفته باشد می‌تواند با دختر وی ازدواج کند و او رضاعی)

آنهايي که ازدواج با آنها ذاتا حرام نیست ولی جمع بین آنها حرام است:

۱. جمع بین دوخواهر (م ۱۰۴۸ ق.م)

۲. دختر برادر زن و یا دختر خواهر زن، یعنی موردی را می‌گویند که مردی دو زن داشته باشد که یکی خاله دیگری یا عمه دیگری است.

آن موردی اشکال دارد که زن اول، خاله یا عمه است.

دختر برادر زن یا دختر خواهر زن روی زن اول و آن هستند. در این مورد ازدواج ذاتا حرام نیست به قید اذن همسر اول درست است. اگر اذن ندهد و تنفیذ نکند، باطل می‌شود (آیه ۲۳ سوره نساء)

## جلسه هفتم

کفر: یکی دیگر از موانع نکاح است. م ۱۰۵۹ ق.م بیان می‌دارد: «نکاح مسلمه با غیر مسلمه جایز نیست» جایز نیست یعنی ممنوع است و ممنوع است یعنی باطل است.

ازدواج زن مسلمان با مرد غیر مسلمان از لحاظ حکم تکلیفی حرام و از لحاظ؟؟؟ باطل می‌باشد. کفر در نعمت به معنای تاریکی است از این جهت است که گفته‌اند کافر، باطنش تاریک است زیرا ایمان، نور و روشنایی است.

در اصطلاح فقهی کافر یعنی غیر مسلمان و غیرمسلمان اعم از اینکه پیرو کتاب آسمانی مورد قبول ما مثل یهودی و ... باشد یا نباشد.

همین که غیر مسلمان است از لحاظ فقهی کافی است هرچند که پیرو آئین نامه‌های یهودی و ... خدانشناس نیستند.

حال چرا حرام است؟ « به دلیل قاعده نفی سبیل»

لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا: «تقی تسلط کافر بر مسلمان». سبیل در قاعده نفی سبیل یعنی تسلط

خداوند در احکام خود چیزی مقرر نکرده که موجب تسلط کافر بر مسلمان شود. در خانواده چون ریاست خانواده از خصایص شوهر است، اختیار شوهر از زن خیلی زیادتر است. گردش امور خانواده از لحاظ اجتماعی و ... به دست مرد است و با توجه به قاعده فقهی -للرجال قوامون علی النساء- تکیه‌گاه زنان، مردان هستند.

پس در یک ازدواج، زن در اختیار مرد قرار می‌گیرد پس اگر زن مسلمان با مرد غیرمسلمان ازدواج کند آن زن در اختیار مرد غیر مسلمان قرار می‌گیرد.

از لحاظ استقرایی (آماری) مشاهده شده که زن‌ها از مردها تبعیت می‌کنند.

لِأَنَّهُنَّ تَأْخُذْنَ مِنْ دِينِ بَعْلِهِنَّ ← شرع ما اجازه نداده که زن مسلمان از مرد غیر مسلمان تبعیت کند. حتی تبعیت عقیدتی که منجر به خروج دین زن گردد.

ازدواج مرد مسلمان با زن غیر مسلمان غیر اهل کتاب باطل است ولی ازدواج مرد مسلمان با زن مسلمان کتابیه (زرتشتی ...) بطور دایم باطل ولی به طور موقت بلامانع است.

وقتی در متن قانون حکمی نباشد به استناد اصل ۱۶۷ ق. ۱ به منابع فقهی مراجعه می‌کنیم. در باب کفر اگر کسی شوهرش مرتد شود، از آن لحظه فرد کافر می‌شود و عقد نکاح آنها خود به خود از بین می‌رود و زن عده نگاه می‌دارد (عده وفات، زیرا از لحاظ فقهی شوهر وی مرده محسوب می‌شود). یکی دیگر از موانع نکاح لعان است. تفریقی است که با لعان حاصل می‌شود موجب حرکت مؤبر (ابری) می‌شود. (م ۱۰۵۲ ق.م)

لعان از کلمه لعنت است و از حرمت خدا دور باشد معنی می‌داد. مواردی پیش می‌آید که شوهر به زن خود یا بطور صریح یا صفتی نسبت زنا می‌دهد اگر بطور صریح گوید یعنی آنکه زنا را در حین العمل مشاهده کرده است اما شاهد ندارد. اگر بگوید زنا خود را در حال رابطه جنسی انجام دادن با آقای الف دیده‌ام و مشاهده کرده‌ام این لعان به طور صریح است. لعان نفی ولد که این نسبت زنا بطور صفتی است. مرد می‌گوید این فرزندی که این زن دارد و آن فرزند را زن در قید زوجیت آن مرد دارد که اماره فراش اوست داراست و آن مرد آن فرزند را انکار می‌کند.

«أَلْوَدُ لِلْفِرَاشِ وَ لِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ»

پس شوهر بطور صفتی می‌گوید که زنش بدکاره است.

أَلْوَدُ لِلْفِرَاشِ ← طفل متولد شده در زمان زوجیت زن و شوهری، متعلق به آن زن و شوهر است. این اماره خلاف پذیر است. اگر کسی اثبات کرد که این طفل فرزندش نیست این نفی ولد است. زن و شوهر در محضر دادگاه حاضر می‌شوند و شوهر ۴ بار خدا را گواه صدق گفتار خود قرار می‌دهد برای بار ۵ می‌گوید لعنت خدا بر من اگر از دروغگویان باشم. بعد زن می‌رود و ۴ بار خدا را گواه صدق گفتار خود قرار می‌دهد برای بار ۵ می‌گوید لعنت خدا بر من اگر شوهر من بر آن ادعایی که می‌کند راست گفته باشد. بدین ترتیب تشریفات لعان انجام می‌شود.

## آثار لعان:

اولا: این دو نفر از همدیگر جدا می‌شوند که طلاق یا فسخ نیست بلکه یک جدا شدن عملی است. قانون در م ۱۰۵۲ ق.م می‌گوید تفریق. نگفته طلاق یا فسخ.

ثانیا: به همدیگر حرام موبر می‌شوند، که کسی به سادگی به زن خود تهمت نزند.

ثالثا: در حالت عادی اگر کسی به دادگاه بگوید زن این گونه است از او ۴ شاهد می‌خواهند و این قذف است و شلاق می‌خورد (اگر نداشته باشد). شاهدان باید وحدت زمانی و مکانی داشته باشند اگر شاهدان دروغ بگویند شلاق می‌خورند. در این مورد لعان چون فرض این است که شوهر صدق می‌گوید در اینجا حد قذف از مرد ساقط می‌شود.

رابعا: چون زن هم خدا را گواه صدق گفتار خود قرار داده است، حد زنا از زن ساقط می‌شود یعنی مفروض این است که هر دو با حسن نیت صحبت می‌کنند.

نکته: چون زن و مرد از همدیگر جدا می‌شوند، چنانچه شوهر بمیرد، زن از او ارث نمی‌برد زیرا دیگر زن وی نیست.

ممکن است لعان روی نفی ولد صورت گیرد، اگر روی نفی ولد صورت بگیرد رابطه نسبی فرزند با پدر و سمت پدر قطع می‌شود.

اما رابطه با سمت مادر از هر دو سمت محفوظ است. ممکن است پدر از لعان برگردد. (در لعان زنا به همسر بطور صریح برگشتی نیست اما در لعان نفی ولد امکان برگشت داریم). اگر پدر از لعان رجوع کرد، پدر از فرزند لعان شده خود ارث نمی‌برد ولی فرزند از پدر خود که او را لعان کرده است، ارث می‌برد.

نسب از سمت فرزند به پدر برقرار می‌شود ولی از سمت پدر به فرزند برقرار نمی‌شود. (م ۸۸۳ ق.م)

«الْمَرْضُ أَعْظَمُ حَرَمِهِ مِنَ الْكَعْبَةِ»

احرام یکی دیگر از موانع نکاح است (م ۱۰۵۳ ق.م) عقد در حال احرام باطل است و باعلم به حرمت، حرمت ابدی را موجب می‌شود.

احرام: وضعیتی که اگر فرد در آن قرار گیرد که چند چیز بر مَحْرَم حرام است یکی از آنها عقد ازدواج است بطریق اولی فعل زناشوئی هم حرام است اگر عقدی که در حال احرام می‌بندند اگر علم به حرمت هم داشته باشند نه تنها عقد باطل است بلکه موجب حرمت ابدی هم می‌شود. در مورد ازدواج در حال احرام کفایت یکی از طرفین مَحْرَم باشند لازم نیست هر دو محرم باشند و آن کسی را که مَحْرَم نیست را مُحِل گویند. (یعنی همه چیز برای او حلال است).

یکی دیگر از موانع نکاح خارجه بودن است. (م ۱۰۶۰ و ۱۰۶۱ ق.م) کارمندان سفارت- کنسولی-...برای ازدواج باید از دولت اجازه بگیرند. در م ۱۰۶۱ دو نکته وجود دارد:

۱. اجازه مخصوص در واقع اثر شرعی ندارد بلکه یک امر تشریفاتی (شکلی) است.

۲. چرا دولت چنین چیزی که ازدواج اینها را با تبعه خارجی است موکول به اجازه کرده است؟ در تاریخ روابط سیاسی اثبات شده که زنها طرق جاسوسی آنها می‌شوند و زنی را به جان یک مأمور سیاسی می‌اندازند.

م ۱۰۶۰ ق.م: ازدواج زن ایرانی با تبعه خارجی در مواردی هم که مانع قانونی ندارد یعنی در مواردی هم که طرف مسلمان است و شرعا اشکالی ندارد موکول به اجازه مخصوص از طرف دولت است چون با ازدواج زن عملاً ترک تابعیت به وجود می‌آید و دولتها به این مسئله نیستند. تابعیت شوهر بر زن تحمیل می‌شود که البته این اجازه تأثیر شرعی ندارد.

یکی دیگر از موانع نکاح ازدواج با زن شوهردار و زن معتده است (م ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ ق.م) هر کسی زن شوهردار را با علم به وجود علقه زوجیت و حرمت نکاح یا زنی که در عده وفات یا طلاق هست با علم به عده و حرمت، عقد کند آن عقد باطل و آن زن بر آن شخص مطلقاً حرام موبد می‌شود.

م ۱۰۵۱ ق.م: حکم مزبور در مورد م ۱۰۵۰ در موردی جاری است که عقد از روی جهل به تمام یکی از امور مذکور و فوق بوده و نزدیکی هم واقع شده باشد در صورت جهل و عدم وقوع نزدیکی عقد باطل ولی حرمت ابدی حاصل نمی‌شود.

اگر این دو ماده را ترکیب کنیم نقش مطلب استنتاج می‌شود:

۱) هرکس زن شوهردار را با علم به موضوع (شوهردار بودن) و علم به حکم (حرمت نکاح) برای خود عقد کند به صرف عقد آن دو بر هم حرام ابدی می‌شوند.

۲) هرگاه مردی زن معتده را با علم به موضوع (معتده بودن) و علم به حکم (حرمت نکاح) برای عقد کند به صرف عقد آن دو بر هم حرام موبر می‌شوند.

۳) هرکس با زن شوهر دار ازدواج کند به موضوع (شوهردار بودن) علم داشته باشد و به حکم (حرمت نکاح) جاهل باشد باز هم حرمت ابدی جاری است. (در صورتی که فعل زناشویی انجام گرفته باشد) همچنانکه اگر هم به حکم و هم به موضوع جاهل باشد، ولی فعل زناشویی صورت گرفته باشد باز هم حرمت ابدی وجود دارد.

۴) هرگاه مردی با زن معتده ازدواج کند و به موضوع جاهل باشد و به حکم عالم باشد یا به حکم جاهل و به موضوع عالم باشد یا به هر دو عالم یا به هر دو جاهل باشد ولی فعل زناشویی صورت گرفته باشد باز هم حرمت ابدی وجود دارد.

۵) هرگاه کسی با زن شوهردار یا با زن معتده ازدواج کند و به موضوع جاهل باشد و به حکم عالم و بالعکس یا به هر دو جاهل باشد (کافیست به کلی جاهل باشد) و فعل زناشویی بین آنها صورت گرفته باشد، اصل آن عقد باطل است ولی موجب حرمت ابدی نمی‌شود.

۶) در همه این موارد فرقی بین عقد موقت و عقد دائم نیست.

م ۱۰۵۴ ق.م: «حکم زنا با زن شوهردار یا زن معتده»

زنای با زن شوهردار یا زنی که در عده رجعیه است موجب حرمت ابدی می‌شود.

ماده ۱۰۵۴ ق.م دو حکم دارد:

۱. زنای با زن شوهردار موجب حرمت ابدی می‌شود (برای امکان ازدواج آینده)

۲. قانون گفته زنای با زنی که در عده رجعیه است نیز موجب حرمت ابدی است.

دو نوع طلاق داریم: ۱- طلاق بائن ۲- طلاق رجعی

طلاق بائن: یعنی بین زن و شوهر بینویت (جدایی) افتاده و در طلاق بائن شوهر در مدت عده حق رجوع ندارد. عده زن تمام بشود زن آزاد است که با هرکسی که می‌خواهد ازدواج کند. اگر هم این

شوهر خواست با او ازدواج کند زن باید راضی باشد دوباره خطبه عقد جدید و مهر جدید و ... اجرا شود.

طلاق رجعی: طلاق است که شوهر در مدت عده حق بازگشت دارد و زن در مدت عده در حکم زن شوهردار است، درست است طلاق داده شده است ولی در حکم زن شوهردار است. فقها به «مطلقه رجعیه» تعبیر می‌کنند یعنی زن طلاق داده شده به طلاق رجعی.

۱. یعنی همچنان که زن شوهردار اگر یکی از آنها بمیرد، دیگری از او ارث می‌برد نسبت به این مطلقه رجعیه نیز اجرا می‌گردد و آثار ارث بر او بار می‌شود.

۲. زن شوهردار مستحق نفقه است، مطلقه رجعیه هم که مثل زن شوهردار است مستحق نفقه است و آثار نفقه بر او بار می‌گردد.

۳. همچنانکه زن شوهردار باید در معاشرتهایش باید مراعات شوهر را بکند، مطلقه رجعیه هم در مدت رجعی این معاشرتها را باید رعایت کند.

در مدت عده با کوچکترین حرکت از جانب شوهر که علامت علاقه به زن محسوب می‌شود که این علاقه رجوع محسوب شود و طلاق خود به خود از بین می‌رود و دوباره رابطه زوجیت آنها که سابقا بوده احیاء می‌گردد و لزومی ندارد عقد جدید و ... باشد.

« و بَعُولَتِهِنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ » ← رجوع همیشه در عده مطرح است. اگر خارج از عده باشد ملاک نیست. برای رجوع، اراده زن مطلقا ملاک نیست. چون رجوع یک ایقاع است که در اختیار شوهر است. با لحاظ این ملاحظات گفته‌اند مطلقه رجعیه در حکم زن شوهردار است لذا حکم زنای با زن شوهردار به زن معتده طلاق رجعی نیز تسری پیدا می‌کند. این ماده مفهوم مخالف دارد (م ۱۰۵۴ ق.م): زنای با زنی که در عده رجعیه نیست سپس در عده طلاق بائن و یا در عده وفات و یا در عده فسخ نکاح است. موجب حرمت ابدی نیست ولی از استدلال دیگری می‌توان به حرمت استناد کرد:

وقتی ازدواج با زن معتده طبق م ۱۰۵۰ ق.م موجب حرمت ابدی است، زنا که نامشروع است به طریق اولی موجب حرمت ابدی است. در زنا هم علم و هم اختیار و هم رابطه جنسی وجود دارد.



م ۱۰۵۵ ق.م: «نزدیکی به شبهه و زنا اگر سابق بر نکاح باشد از حیث مانعیت نکاح در حکم نزدیکی با نکاح صحیح است ولی مبطل نکاح سابق نیست».

## جلسه هشتم

تحلیل ماده ۱۰۵۵ ق.م: در هر ازدواجی طبق م ۱۰۴۵ و ۱۰۴۶ و ۱۰۴۷ و ۱۰۴۸ یک ممنوعیت‌هایی ایجاد می‌شود در محدوده قرابت نسبی، سببی، رضاعی. مثلاً در محدوده قرابت نسبی، انسان با بعضی از اقربای نسبی خود نمی‌تواند ازدواج کند این ممنوعیت وجود دارد در قرابت سببی م ۱۰۴۷ ممنوعیت‌هایی وجود دارد مانند اینکه مرد دیگر نمی‌تواند با مادرزن خود ازدواج کند یا نکاح با اولاد زن مشروط بر اینکه فعل زناشوئی شده باشد نمی‌تواند ازدواج کند. پس آن ممنوعیت‌هایی که در قرابت سببی و نسبی ایجاد می‌شود، عیناً در رابطه جنسی که در قالب شبهه یا در قالب زنا صورت می‌گیرد ایجاد می‌شود. اگر شخصی با فردی ازدواج کند، مرد با مادرزن خود نمی‌تواند ازدواج کند اگر کسی با دیگری زنا کند یا به شبهه رابطه داشت، همان ممنوعیت‌های اقربای هر یک از دو طرف به آن یکی در نکاح عیناً در شبهه و زنا هم جاری می‌شود. لذا نزدیکی به شبهه و زنا از حیث ممنوعیت نکاح هر کدام از طرفین با بستگان طرف مقابل مشمول همان ممنوعیت‌هایی است که در نکاح صحیح وجود داشت. اگر کسی با دیگری ازدواج کند با بستگان آن نمی‌تواند ازدواج کند پس اگر با دیگری هم زنا یا به شبهه نزدیکی کند با بستگان آن دیگر نمی‌تواند ازدواج کند به همین دلیل است که م ۱۰۵۵ ق.م گفته: از حیث مانعیت نکاح هیچ یک از دو طرف با بستگان ممنوع طرف مقابل نمی‌تواند ازدواج کند (هم در نکاح- هم در شبهه- هم در زنا) اگر کسی با دیگری زنا کرد یا به شبهه رابطه جنسی داشت و بعداً علاقه دارد با مادر او ازدواج کند چون در نکاح صحیح نمی‌تواند پس در آنجا هم نمی‌تواند.

جمله دوم ماده: کسی با کسی ازدواج کرده بعد یکی از دو طرف ازدواج مدتی بعد از انعقاد ازدواج با یکی از بستگان طرف مقابل به شبهه یا به زنا نزدیکی کند در این جا سوال این است که حالا که با ازدواج کرده و با او نمی‌توانست ازدواج کند آیا نکاح سابقش از بین می‌رود؟ خیر با توجه به قاعده فقهی «الْحَرَامُ لَا يُحْرِمُ الْحَلَالَ» امر حرام بعدی، امر حلال صحیح قبلی را زایل نمی‌کند.

م ۱۰۵۶ ق.م: «اگر سپری با سپری عمل شنیع...» پسر: اعم است مرد هم می‌تواند باشد و منظور لواط است. شنیع عمل خیلی زشت، از معنای عام تخصیص پیدا کرده به این فعل که هرگاه مردی با مردی مرتکب آن فعل شوند نمی‌توانند خواهر- دختر- مادر طرف مقابل را بگیرد.

م ۱۰۵۷ ق.م: بحث سه طلاقه است. یکی از ممنوعیت‌های نکاح بحث سه طلاقه است و اینکه سابقه تاریخی آن از کجاست؟ طلاق‌های ما دو دسته است:

(۱) بائن (۲) رجعی

در طلاق رجعی، شوهر در مدت عده می‌تواند رجوع کند ولی در بائن، نمی‌تواند رجوع کند. اگر رجوع کند در مدت عده آن طلاق انجام شده، خنثی می‌شود نکاح برقرار می‌شود (رجعی) اگر شوهر با هر فعلی رجوعش را **هرز** کند نکاح عینا، ادامه خود را دارد.

در زمان جاهلیت و تا مدتی بعد از ظهور اسلام، شوهرها که زنان خود را طلاق می‌دادند، طلاق رجعی بود، از یک طرف طلاق می‌داد و از طرف دیگر مایل نبود که آن زن با مرد دیگری ازدواج کند. او را طلاق می‌دهد، نزدیک عده رجوع می‌کرد و زن بلا تکلیف می‌ماند. قرآن آیه‌ای نازل کرد و این وضعیت را از بین برد.

«الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ خَأْسَنَاقٍ بِالْمَعْرُوفِ أَوْ تَسْرِيحٍ بِأِحْسَانٍ»

طلاق رجعی دو بار است یا از آن رویه به خوبی خودداری کنید یا اگر خودداری نمی‌کنید او را به خوبی آزاد کنید.

اگر کسی زن مدخوله را چندبار طلاق دهد:



س) آیا در عده نمی‌توان رجوع کرد، آیا بعد از عده می‌تواند با هم ازدواج کنند؟ پاسخ منفی است. فعلا بر شوهر حرام می‌شود اگر بخواهد ازدواج کند باید با شخص ثالث به عقد دائم ازدواج کند و حتما با او فعل زناشویی کنند. اگر با نحوی از وی جدا شد (فسخ نکاح- فوت- طلاق) امکان این هست که با شوهر اول مجددا ازدواج کند.

نکته: به آن شخص ثالث مَحَلَّل گویند که زمینه حلال شدن آن زن را با شوهر اولش حلال می‌کند. در واقع این عمل یک صفایت اجرایی غیر محسوس است.

تحلیل ۱۰۵۷ ق.م: اولاً) این مربوط به ازدواج دایم است با شوهر اول از کجا می‌فهمیم؟ زیرا ازدواج سیغه (موقت،؟؟؟) طلاق ندارد. ثانیاً) آن سه طلاق، متوالی باشد در وجه یک نفر بوده که مطلقه شده است یعنی بدون فاصله زوجیت زن برای دیگری اگر مردی زن خود را طلاق داد و دوباره ازدواج کرد و دوباره طلاق داد و بعد ازدواج کرد (منظور ازدواج خارج از عده است) برای بار دوم که طلاق داد، زن با دیگری ازدواج کند و آن شوهر دوباره این زن را طلاق دهد مشمول این ماده نیست زیرا باید سه مرتبه متوالی باشد اعم از اینکه ازدواج کردن آن رجوع است یا همسر خود را طلاق دهد و خارج از عده ازدواج کند هر دو محتاج محلل است. دو طلاق اعم از اینکه مسبوق به رجوع باشد یا یکی رجوع و دیگری طلاق، فرقی ندارد. هرکسی زن دایم خود را دوبار طلاق دهد برای بار سوم محتاج محلل است.

سنّی‌ها ۳ طلاق را یکجا جاری می‌کنند. ما ۳ طلاق به یک سیغه نداریم. ۳ طلاق با یک خطبه واقع نمی‌شود.

نکته: در این بحث، نزدیکی یا عدم نزدیکی ملاک نیست.

نکته: هر سه عقد باید دایم باشد و هر سه هم باید طلاق صورت گرفته باشد. سپس اگر دو طلاق یک فسخ نکاح و یا وفات شوهر باشد مشمول م ۱۰۵۷ ق.م نمی‌باشد.

نکته: در م ۱۰۵۷ مسئله جهل یا علم مطرح نیست. اگر جاهل بودند و بعد از ازدواج کردند آن موقع شبهه می‌شود.

نکته: اگر بعد از سه طلاق اول، زوجه بواسطه زنا یا نزدیکی به شبهه فعل انجام داده باشد این ملاک برای از بین رفتن آن سه طلاق نیست بلکه باز هم محتاج محلل است زیرا باید حتماً به واسطه عقد دایم باشد.

رجوع فعلی آنچنان کاری است که برای غیر شوهر حرام است.

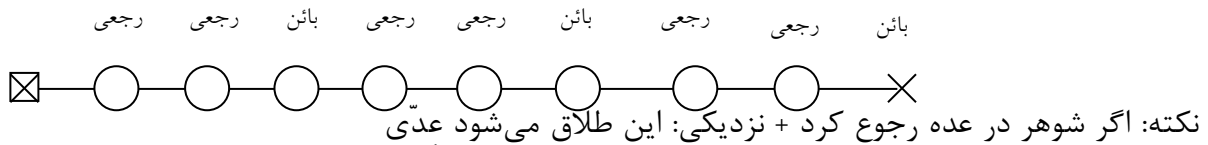
## ۹ طلاق

تحلیل م ۱۰۵۸ ق.م: در مسئله حرام مؤبد ۲ خصوصیت وجود دارد.

۱. ۹ طلاق صورت گرفته باشد.

۲. حتما از این ۹ طلاق، ۶ تای آن عدی باشد. اگر ۶ تای آن عدی نباشد، ۳ تا به ۳ تا محلل نیاز

دارد و حرمت ابدی به بار نمی‌آورد.



طلاق عدی یعنی آنچنان طلاق رجعی که (۱) شوهر در عده رجوع کند (۲) نزدیکی هم صورت گیرد (۳) ماهیتا رجعی است. پس اگر در عده رجوع نکند یا رجوع کند و نزدیکی نکند محلل می‌خواهد ولی حرمت ابدی ایجاد نمی‌کند. (هر ۹ ازدواج هم دایم است).

آخرین مورد موانع نکاح استیفاء عدد است، یعنی شوهر تعداد زنان را که می‌تواند در عقد دایم داشته باشد تکمیل کرده است.

قانون مدنی ما نگفته که شوهر می‌تواند زنان متعدد بگیرد، اما موردی دارد که نشان می‌دهد، شوهر بیش از یک زن داشته باشد. مثلا مسئله جمع بین دو خواهر ممنوع است پس می‌تواند زن دومی بگیرد یا در باب ارث می‌گوید فرض یک هشتم فرض زوجیه یا زوجات متوفی است. چون رقابت قانون صریحا نداریم که شوهر می‌تواند بیش از یک زن داشته باشد طبق اصل ۱۶۷ ق.ا باید به منابع فقهی رجوع کرد ۲ نظر وجود دارد.

۱ نظر اکثریت: شوهر می‌تواند ۴ زن دایم داشته باشد و زوجه موقت هر چقدر که بخواهد می‌تواند داشته باشد.

۲ نظر اقلیت: شوهر در حالت کلی زن دایم و موقت ۴ تا می‌تواند داشته باشد. با این فرض که شوهر بتواند ۴ زن دایم داشته باشد ازدواج با زن پنجم ممنوع است البته به صورت دایم چون شوهر تعداد زنان دایم را تکمیل کرده است.

نکته: چون مطلقه رجعی در حکم زوجه است. اگر یکی از ۴ زن را به طلاق رجعی مهر تا زمانی که آن زن در عده رجعی است نمی‌تواند با زن پنجم ازدواج کند بنا بر قول عده اقل: اگر شوهر ۴ زن اعم از

اینکه موقت و دائم داشته باشد نمی‌توان با زن پنجم ازدواج کرد. قانون مدنی ما نظر مشهود فقها را قبول دارد.

طبیعتاً اگر یکی از ۴ زن عقدش دائم باشد باز هم در مدت عده محدودیت وجود دارد.

نکته: قرآن امکان تعدد زوجات را مقرر کرده و به رعایت عدالت یعنی بیش از یک زن داشته باشی اما بتوانی عدالت را برقرار کنی و اگر ترسیدی که نمی‌توانی به عدالت رفتار کنی یک زن داشته باشید در آیه دیگر قرآن مقرر شده که «لَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ» نمی‌توانید بین زنان خود به عدالت رفتار کنید. بعضی از حقوقین می‌گویند درست است قرآن اجازه ازدواج می‌دهد ولی آن را (تعدد زوجات) معلق به محال کرده است. «وَإِنْ خِفْتُمْ لَا تَعْدِلُوا فَوَاحِدٌ» نتیجه: پس یک زن داشته باشید.

آثار نکاح: خواستگاری صورت گرفته بعداً طرفین نامزد شدند و شرایط وجودی ازدواج بوده و شرایط عمومی نبوده است. بعد از انعقاد عقد نکاح چه آثاری دارد؟  
آثار نکاح دو دسته است:

۱. آثار مالی: مهر - جهیز - نفقه - ...

۲. آثار غیرمالی: تمکین - سکونت مشترک - ...

آثار مالی مهمتر هستند. نخستین مسئله آثار مالی، مهر می‌باشد. یکی از احکام امضایی است یعنی قبل از اسلام هم مهر بوده و در نظام حقوقی دیگر هم وجود دارد.

«کابین» و «صداق» نام‌های دیگر مهر هستند. در باب مهر نخستین مسئله، مطلب استقلال مالی زن هست. در فقه ما از همان ابتدا پذیرفته شده که زن در دارایی خود مستقل است (مراودات مالی داشته باشند) و زن می‌تواند در مال خود هر تصرفی کند. ماده ۱۰۸۲ ق.م: این استقلال مالی را در مهر آورده که به مجرد عقد، زن مالک مهر می‌شود و می‌تواند هر نوع تصرفی در آن بکند. طبق قاعده تسلیط در هر تصرفی مجاز است.

نکات: در بعضی نظام‌های حقوقی اروپایی، رژیم اشتراک اموال وجود دارد یعنی وقتی دو نفر با هم ازدواج می‌کنند هرچه برای این هست برای دیگری هم هست. ما رژیم اشتراک اموال نداریم استقلال دارایی زن و شوهر محفوظ است البته اخلاقاً هرچه برای مرد هست برای زن هم هست و بالعکس.

نکته: در بعضی از دفترچه‌های ازدواج هست که اگر شوهر، زن خود را طلاق دهد موظف است. نصف دارایی خود را بدهد این یک شرط ضمن العقد است و حکم قانون نیست.

اگر الف و ب امضاء کنند آن شرط هست ولی اگر امضاء نکرده باشند بین آنها مجری نیست پس حکم قانون نیست بلکه یک توافق خصوصی است.

نکته: در بعضی نظام‌های حقوقی، زن از لحاظ مالی تحت نظر شوهر می‌رود ولی ما این چیز را نداریم چون برای زن استقلال مالی در نظر گرفته ایم می‌گویند زن با ازدواج مالک نصف مهر می‌شود وقتی رابطه نزدیکی واقع شده مالک تمام مهر می‌شود این مطلب غلط است، زن به صرف ازدواج مالک تمام مهر می‌شود.

آیا رابطه نزدیکی با استقرار مهر رابطه دارد؟ بله. ولی به این معنا نیست که با ازدواج مالک مهر می‌شود ولی اگر قبل از نزدیکی طلاق واقع شده مالکیت زن بر نصف مهر منفسخ می‌شود. لذا اگر زن مهر را نگرفته باشد. نصف را در طلاق قبل از نزدیکی می‌گیرد. اگر تمام مهر را گرفته باشد نصف آن را بر می‌گرداند. اگر یکبار نزدیکی صورت گیرد تمام مهر بر زن مستقر می‌شود و زن مالک مهر می‌شود مگر آنکه خودش بخواهد تمام یا بخشی از مهر را به شوهر ببخشد.

اگر زن بخواهد مهر خود را وصول کند یا به اجرا بگذارد، اگر آن زن را ما به صرف عقد مالک تمام مهر بدانیم قطع نظر از رابطه نزدیکی می‌توان تمام آن را وصول کرد اما اگر طبق آن شایعه، زن را مالک نصف مهر بدانیم، می‌تواند تمام مهر را وصول کند چون به مجرد عقد مالک تمام مهر است. زن حق حبس را اجرا می‌کند تا مهر را به او بدهد.

نکته: چون مهر در سند رسمی مندرج می‌شود و سند رسمی اثر حقوقی‌اش این است که قابل تردید، انکار، تکذیب نیست و اگر ادعای جعل بشود مدعی جعل باید آن را ثابت کند. مهر چون در سند ازدواج است پس مبلغ مهر نه قابل انکار، تردید، ... است. اگر زن بخواهد مهر خود را وصول کند، شوهر

نمی‌تواند آن را انکار کند. تنهاترین دفاعی که وجود دارد آن است که دادخواست اعسار بدهد و تقسیط شود. یعنی از نظر تشریفات قضایی مساله را طولانی کرد. مگر آنکه اثبات کنید که اصل نکاح، باطل بوده که مهر تماما باطل می‌باشد.

اجرای مهر: زن اگر بخواهد مهر خود را اجرا کند دو راه حل وجود دارد هم می‌شود ۱ دادخواست داد (حقوقی مبنی بر مطالبه مهریه) به تمام مهر یا به بخشی از مهر. مهر یک نفر ۱۰۰ سکه است می‌تواند ۱۰ سکه مطالبه کند یا ۱۰۰ سکه مطالبه کند فرقی نمی‌کند؟؟؟ که کل مال را می‌تواند مطالبه کند پس جزء آن را هم می‌تواند. ۲) راه بهتر آن است که اجری مهر یا وصول مهر از طریق اجرای ثبت، هر دینی که در سند رسمی نوشته شده باشد که در اصطلاح سند ذمه‌ای نامیده می‌شود این از طریق دایره اجرای ثبت است و بدون نیاز به حکم دادگاه و بدون نیاز به دادخواست بدون رسیدگی و بدون حکم مستقلا قابل اجرا است. زن به آن سردفتری که سند او را نوشته مراجعه می‌کند و او، زن را به اداره ثبت معرفی می‌کند و به دایره اجرا می‌رود که کار آن آنست که می‌گوید از شوهرتان مال معرفی کنید پس بلافاصله آن مال را توصیف می‌کنند و به مزایده می‌گذارند به بالاترین قیمت، ۵ درصد مبلغی که دارد (نیم عشر) هزینه دارد. طبیعتا اگر شوهر مالی نداشته باشد، اجرایی صورت نمی‌گیرد. یک چیزهایی مستثنیات این است که آنها توقیف نمی‌شوند: وکیل زوجه به مأمور اجرای ثبت هر مالی را بگوید توقیف می‌کند و شوهر باید ادعا کند که آن از **تشنیات** است.

ماهیت حقوقی مهر:

مهر الزاما باید یک مال باشد. هر چیزی که عرفا مال است یعنی ارزش معاوضی دارد و قابل تملک خصوصی است می‌تواند مهر قرار گیرد پس مهر ۲ شرط دارد.

۱- مال باشد یعنی مالیت داشته باشد. ۲- قابل تملک خصوصی باشد.

مهر باید مالیت داشته باشد: هر چیزی که مال نیست و در عرف قابل داد و ستد نیست نمی‌تواند مهر قرار گیرد. به همین جهت اعضای بدن و ... بیخود است. حال چرا باید مال باشد؟ زیرا هدف مهر آن است که توقیف شود و قابل وصول باشد قابل تملک و نقل و انتقال هم باشد- قابل نقل و انتقال بین



اشخاص باشد. کل ستارگان، خوشه پروین را نمی‌توان مهر قرار داد چون خوشه پروین قابل تملک نیست. (م ۱۰۷۸ ق.م)

عین یک مال و منفعت یک مال را می‌توان مهر قرار داد یا دادن یک حرفه و پیشه می‌تواند مهر قرار گیرد زیرا مالیت دارد. حج را نمی‌شود مهر قرار داد. زیرا امر مالی نیست ولی هزینه یک سفر حج را می‌توان مهر قرار داد. اساس حج امر عبادی است و مالی نیست.

نکته: اصل مهر یک حکم قانون است. در هیچ ازدواجی صحیحی زن محروم از مهر نمی‌شود. بعد ازدواج باطل اصلاً مهري وجود ندارد. شرط ضمن العقد وجود دارد اگر ازدواج باطل بوده باشد، مهر به طریق اولی منتفی است. موارد بسیار نادری وجود دارد که زن از مهر محروم می‌شود. مقدار مهر توافقی است. مهر نه در قسمت اقل و نه در قسمت اکثر، سقفی ندارد.

سقف اقل آن اندازه که صدق عنوان مالیت برایش باشد کفایت مثلاً: یک کیلو گندم را می‌توان مهر قرار داد ولی یک دانه گندم را نمی‌شود.

## جلسه نهم

مهر مقدار مالی که در هر ازدواجی که شوهر باید به زن بدهد است و مورد اشتغال ذمه در مقابل زن دارد. مهر باید مال باشد و ارزش مالی داشته باشد، هرچه در عرف عموم مالیت ندارد و مهر قرار گرفتن آن باطل است. اصل مهر یک الزام قانونی است می‌شود در نکاح مهر نباشد اما زن از مهر محروم نمی‌شود زیرا اگر شرط عدم مهر کنید. اصل مهر درست است یعنی می‌توان نکاح باشد که مهر نداشته باشد و نکته دیگر اینکه مهر باید قابلیت تملک داشته باشد پس چیزی که مالیت دارد ولی به مالکیت ما، در نمی‌آید قابل مهر قرارداد نیست. در مهر قدرت بر تسلیم آن باید وجود داشته باشد. یکی از شرایط صحت تعهد آنست که قادر به تسلیم موضوع تعهد باشد (م ۱۰۷۸ و ۱۰۷۹ ق.م) مهر می‌تواند عین، منفعت، کار که ارزش مالی دارد و ... قابل مهر قرار گرفتن است.

م ۱۰۷۹: «مهر باید ...» مهر نباید مجهول باشد. زیرا مهر مجهول، ??? و مهر ??? باطل است. پس موضوع مهر باید معلوم باشد که ??? نشود. مهر باطل منزله صفر است زیرا اراده وکیل، اراده موکل است. مهر اصلا سقف ندارد، فقط باید صدق مالیت شود اگر به کسی وکالت دادند هر مقدار تعیین کردند، صحیح است و فقط یک استثناء دارد اگر به زن وکالت داده شود آنجا او محدودیت دارد زیرا مهر به تملک زن در می‌آید، چون یک چیزی در همه وجود دارد به نام حد به ذات. چه بسا زن از این حس سوء استفاده کند لذا قانون جلوگیری کرده و گفته اختیار تعیین مهر به زن داده می‌شود او بیشتر از مهرالمثل نمی‌تواند تعیین کند.

«مَفَوَّضَه المهر» «مَفَوَّضَه البُضع» هر دو نگاهشان درست است.

مَفَرَضَه المهر: همان زنی که برای تعیین مهرش برای ازدواج به دیگری وکالت می‌دهد یعنی وکالت تعیین مهر را به شما تفویض کردم پس وکالت را می‌توان به همه داد.

مَفَرَضَه البُضع: بضع: اندام تناسلی زن.

آن زنی که می‌گوید من در قالب نکاح در اختیار تو، راجع به مهر حرف نمی‌زنند و مهر سکوت است و مهر را به قانون می‌سپرد و قانون او را محروم از مهر نمی‌کند که چنین خانمی مفوضه‌النصع است. کسی که ازدواج می‌کند ولی مهرش سکوت است زیرا مهر از شرایط صحت نکاح دایم نیست. این نکاح

صحیح است. (یعنی آنجایم در اختیار تو در قالب نکاح) است و معادل نکاحی خواهد بود که مهر  
برایش تعیین نشده است. لذا حکم مهر، سکوت می‌باشد یعنی مهر در عقد داریم در هیچ حالی از  
شرایط صحت نکاح و از ارکان صحت نکاح نیست ما ۳ نوع مهر داریم: ۱- مهر المسمی ۲- مهر  
المثل ۳- مهر المتعد

منظور این نیست که به زن، سه نوع مهر می‌دهیم بلکه از این سه نوع، یکی را می‌دهیم.

### مهر المسمی:

مهری که آن را طرفین از آن اسم می‌برند. هر مهری که طرفین، هم توافق کردند و تعیین می‌کنند  
تمام مهرهایی که در سند ازدواج نوشته می‌شود را مهر المسمی گویند.

در باب مهر المسمی ممکن است مقدار مهر را طرفین خودشان تعیین می‌کنند و یا ممکن است به  
کسی وکالت دهند. مثلاً: دختر و پسر به والدین خود وکالت می‌دهند که مهر را تعیین کنند یا به یک  
نفر دیگر وکالت می‌دهند و ممکن است به خود زن وکالت دهند یا به خود مرد وکالت دهد. اگر خود  
طرفین با هم توافق کردند که این مهر المسمی است. اگر به کسی وکالت دادند اعم از اینکه یک نفر یا  
چند نفر باشند و آنها تعیین کردند. یعنی مهر وکالت تعیین شد، باز هم مهر المسمی.

نکته: هر چیزی که عرفاً مال است، در رابطه متعاقدين هم الزاماً مال است.

م ۱۰۸۹ ق.م: این ماده مفوضه‌المهر است. زیرا برای تعیین مهر به کسی وکالت داده شده که شخص  
ثالث که می‌تواند هر کسی باشد می‌تواند مهر را هر قدر بخواهد تعیین کند زیرا اراده وکیل، اراده موکل  
است.

م ۱۰۹۰ ق.م: در اینجا زن محدودیت دارد.

مهر المثل:

یعنی مهر زنان همتای آن زن و هم شأن آن زن، و به همین جهت است که گفته‌اند مهر المثل.

نکته: در تعیین مهرالمثل باید وضعیت زن را ملاک قرار داد یعنی در هیچ موقعیتی وضعیت شوهر ملاک نیست. وضعیت زن را از لحاظ؟؟؟ (مثل زن) - اقران (همنشینها) - اقارب (بستگان) می‌سنجند با چه ملاکی می‌سنجند؟

یکی از حیث شرافت خانوادگی - سایر صفات و ... می‌سنجند. همه موارد فوق را در معمول محل می‌سنجند. مثلا در اصفهان ۱۰۰ سکه - در بندرعباس ۷۰۰ سکه ...

س) به زن چه موقع مهرالمثل می‌دهند؟

به زن در ۳ مورد مهرالمثل می‌دهند:

۱. هرگاه مهری در عقد سکوت بماند یعنی خانم مفوضه البضع است به قید یک اگر به زن مهرالمثل می‌دهند.

۲. مهری که تعیین شده بنا به هر دلیلی باطل است. مهر المسمی داریم و مهر سکوت نیست اما مهرالمسمی بنا به دلیلی باطل است. مثلا مجهول است اعم از اینکه مجهول یا مالیت نداشته باشد یا مالیت دارد ولی قابلیت تملک نیست. مردد باشد - مقدورالتسلیم نیست...

پس به بنا به هر دلیلی باطل است اعم از اینکه مهر تعیین شده باشد. پس مهر باطل باشد یعنی مهر المثل درست نداریم مهرالمسمی باطل یا مهر المسمی مسکوت فرقی ندارد در این مورد به قید یک اگر، به یک مهرالمثل می‌دهند.

۳. نکاحی منعقد شده مهرالمسمی داریم. مهرالمسمی هم صحیح است اما اصل عقد باطل است. مثلا یکی از موانع نکاح در آن است و زن هم به بطلان آن نکاح جاهل است و تأثیری ندارد که مرد عالم باشد یا جاهل باشد. ملاک ما زن است. در این مورد هم به قید اگر به زن مهرالمثل می‌دهند. تمام موارد تعلق مهرالمثل به زن مقید به یک «اگر» است. اگر تحقق نیابد به زن مهرالمثل نمی‌دهند.

آن ۳ مورد اینست که بین مرد و زن فعل زناشویی واقع شود یعنی مقید به تحقق نزدیکی است. لذا یکی از ملاک‌های اساسی استحقاق زن بر مهرالمثل وجود فعل زناشویی است. در مورد اول که مهر مسکوت است و با هم رابطه نزدیکی نداشته‌اند اگر مهر تعیین کنند. مهرالمسمی نام دارد اما اگر قبل

از آنکه تعیین کنند فعل زناشویی شود، قانون به زن مهرالمثل می‌دهد در مورد دوم مهر به جهتی باطل است. طرفین فعل زناشویی انجام نداده‌اند باید تعیین کنند و اگر تعیین کردند مهرالمسمی می‌شود. دیگر نوبت به مهرالمثل نمی‌رسد ولی اگر فعل زناشویی باشد و مهرالمسمی تعیین نشده باشد، مهرالمثل وجود دارد.

در مورد سوم اصل نکاح باطل باشد. مهر نسبت به اصل نکاح در حکم شرط ضمن العقد است. اگر عقد اصلی بنا به هر دلیلی باطل شود، شرط ضمن العقد تبعا باطل می‌شود. مهر داریم که درست است ولی نکاح باطل است اگرچه مهر درست است، چون مهر برای نکاح شرط ضمن العقد است وقتی اصل باطل باشد کل فروع آن هم باطل می‌شود.

طرفین در قالب نکاح باطل با هم رابطه زناشویی نداشته‌اند در اینجا به زن هیچ مهري نمی‌رسد. زیرا قانونا نکاحی وجود ندارد. طرفین با هم رابطه نداشته و اگر مهرالمسمی هم باشد به لحاظ بطلان اصل نکاح اثری بر آن مترتب نیست.

- اصل نکاح باطل بوده اما زن هم به بطلان نکاح عالم بوده است وقتی زن عالم بوده مانند اینکه زنا کرده پس مهري به او تعلق نمی‌گیرد زیرا عقد باطل هیچ اثر مثبتی تولید نمی‌کند. مهر، اثر مثبت نکاح صحیح است.

- عقد نکاح صحیح است و مهرالمسمی هم داریم. اما اولاً زن به بطلان جاهل است. ثانیاً با او فعل زناشویی واقع شده است. قانون استثناء در جهت حمایت از زن به او مهرالمثل می‌دهد. زیرا علی‌القاعده به جهت بطلان نکاح به زن نباید مهر تعلق بگیرد. (م ۱۰۹۹ ق.م)

نکته: فلسفه مهرالمثل، حمایت از زن است زیرا مادامی که فعل زناشویی واقع شده طرفین می‌توانند با هم توافق کنند وقتی با زن فعل زناشویی واقع شد برای زن یک دگرگونی جسمانی و حیثیتی پیش می‌آید و آثاری دارد همان که فعل زناشویی واقع شد قانون منتظر طرفین نمی‌شود چون زن، ضرر می‌برد. چون شوهر توافق نمی‌کند سپس مهرالمثل حکم قانون است. یکی از تفاوت‌های اساسی مهرالمثل با مهرالمسمی در این است که مهرالمسمی ریشه قراردادی و توافقی دارد در حالیکه مهرالمثل در هیچ موردی ریشه توافقی ندارد. حکم آمره قانون است. شوهر نه گریزی و نه گریزی. زن

باید علیه شوهر دادخواست بدهد به الزام خوانده به تأدیه مهرالمثل یا تعیین مهرالمثل و الزام خوانده به تعیین آن.

در ۳ مورد به زن مهر تعلق نمی‌گیرد:

۱. عقد نکاح باطل است و زن هم به بطلان نکاح عالم است فرقی نمی‌کند که نزدیکی صورت

گرفته است یا خیر به او مهر داده نمی‌شود.

۲. نکاح باطل بوده و با زن نزدیکی نکردند پس اینها رابطه‌ای ندارند.

۳. شوهر، زن را طلاق نداده باشد و تحقق مهرالمثل و مهرالمسمی نباشد.

م ۱۰۹۹ در همین مورد سوم است. در مورد جهل زن به فساد نکاح و وقوع نزدیکی زن مستحق

مهرالمثل است دکتر کاتوزیان معتقدند که از وحی به نزدیکی نیست باید گفت که پایگاه مهرالمثل

اساساً نزدیکی است که اشتباه است. (نظر دکتر کاتوزیان)

م ۱۱۰۰ ق.م: در صورتی که مهرالمسمی مجهول با ؟؟؟ مالیت نداشته باشد یا ملک غیر باشد. آن

مهرالمسمی باطل است زن مستحق بدل آن است، در صورت اول و دوم به قید نزدیکی مستحق

مهرالمثل است و در صورت سوم که مال غیر است، مستحق مثل یا قیمت آن است. مانند) معامله

فضولی که **تنفیذ** شده است.

### مهر المتعه

در یک مورد به زن مهرالمتعه داده می‌شود و در زمانی که مهرالمثل نمی‌شود داد و مهرالمسمی هم

نداریم:

۱. شوهر و زن مهرالمسمی در عقد را تعیین نکرده‌اند.

۲. شوهر، زن را طلاق دهد.

۳. قبل از نزدیکی طلاق می‌دهد.

۴. قبل از تعیین مهر طلاق دهد.

۵. عقد صحیحی وجود دارد.

در این فرض به زن مهری داده می‌شود به نام «مهرالمتعّه».

س) چرا مهرالمسمی و مهرالمثل نمی‌تواند داد؟

ج) موردی است که مهرالمسمی در عقد تعیین نشده است. قبل از تعیین مهر طلاق اتفاق می‌افتد. اگر

بعد از تعیین مهر اتفاق افتد ما با مهرالمسمی کار داریم.

شوهر طلاق می‌دهد - اگر زن طلاق بگیرد، زن مهر نمی‌گیرد.

برای اینکه مهری تعیین نشده (مهرالمسمی) فعل زناشویی صورت نگرفته (مهرالمثل) و شوهر زن را

طلاق نداده است (مهرالمتعّه).

چرا می‌گویند مهرالمتعّه؟ درست است که فعل زناشویی صورت نگرفته. مهرالمتعّه یعنی مهر تمتعی

که از زن برده است در مهرالمتعّه حال شوهر ملاک است.

حال شوهر از لحاظ وضع مالی نه از شئون علمی - اخلاقی ... پس باید به (۲) نکته توجه کرد:

درمهرالمثل حال زن ملاک بود (از جهت تمام صفات تعیین کننده است).

در مهرالمتعّه حال مرد ملاک است. (فقط فقر و غنای مرد ملاک است). م ۱۰۹۳ و ۱۰۹۴ ق.م.

شِغار: در فقه اهل سنت نکاحی است که در فقه ما آن نکاح باطل است و آن نکاح شِغار است. این

است که (۲) دختر از ۲ خانواده که هستند آن خانواده دخترش را به این خانواده می‌دهد و برعکس

اشکالی که دارد آن است که من که با خواهر شما ازدواج می‌کنم و شما هم با خواهر من مهر ازدواج

من با دختر شما عبادت باشد از ازدواج شما با خواهر من و ازدواج شما با خواهر من مهرش با ازدواج

من باشد به جای آنکه مهرهای حال و مستقل باشد هرکدام از ازدواج‌ها مهر آن یکی از ازدواج است.

س) آیا بطلان مهر در عقد دائم موجب بطلان نکاح می‌شود؟

در عقد دائم پاسخ منفی است. در هیچ موردی در عقد دائم، بطلان قصد موجب بطلان مهر نمی‌شود

زیرا مهر از ارکان نکاح در عقد دائم نیست. برعکس در نکاح موقت که مهر یکی از ارکان صحت است

در تمام موارد در عقد موقت بطلان مهر مساوی بطلان نکاح است. مورد بعدی حق حبس زن است (در

گرفتن مهر)

در عقد بیع و به اعتقاد بعضی‌ها در همه عقد معاوضی این نکته وجود دارد که در بیع هرکدام از ۲ طرف می‌تواند ایفای هر تعهد خود را موکول به ایفای تعهد مقابل کند.

مثال) مسعود از میلاد یک موبایل می‌خرد به عنوان ثمن ۵۰۰۰۰۰ تومان می‌دهد. مسعود می‌تواند بگوید ۵۰۰۰۰۰ را نمی‌دهم تا اینکه میلاد موبایل را بدهد و بالعکس (م ۳۷۷ ق.م) اگر به توافق نرسند باید به دادگاه بروند و دادگاه رد و بدل می‌کند.

یک مدلی در حق حبس بطور یکطرفه در نکاح به نفع زن وجود دارد مفهوم این است که زن می‌تواند، مادام که مهر به او تسلیم نشده از هم خوابگی امتناع کند. این امر **نشوز** محسوب نمی‌شود زیرا حق قانونی است، مسقط حق نفقه نیست در حالت‌های عادی **نشوز** باعث می‌شود که به زن نفقه ندهد اما یکی اینکه این حق زن موکول به اینکه مهر او حال باشد اگر مهر زن موجد باشد (عندالاستطاعه) علی القاعده مهر ما حال هستند اگر تصریح بر موجد بودن نباشد، مهر حال است. اطلاق عقد، اقتضای فوریت دارد.

در عقد نکاح وقتی مهرالمسمی تعیین می‌شود و مدیونیت شوهر محرز شد و شوهر مشغول الذمه شد. تصریح بر موجد بودن هم نشد زیرا اصل مهر معلوم است و تصریح بر موجد بودن نشده است.

اطلاق العقد یقتضی کون ثمن حالاً: اصل بر حال بودن دین است.

زمانی حال نیست که (۱) تصریح شده باشد. (۲) یا قید شده باشد در این تعداد اقساط یا قید شده باشد عندالاستطاعه (هر وقت داشتیم بدهم).

نکته) اگر زن یک بار، اختیاراً تمکین کرد آن حق (حق حبس) ساقط می‌شود.

م ۱۰۸۵-۱۰۸۶ ق.م « در رابطه با حق حبس زن است و شرایط آن»

نکته دیگر که باید گفته شود اینکه: زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده است از انجام وظایف زناشویی امتناع کند. ما از لحن می‌فهمیم هم تمکین عام و هم تمکین خاص. ولی منظور این نیست. قانون‌گذار خواسته مودبانه بگوید که فقط تمکین خاص مدنظرش است و تمکین عام (در خانه ماندن - معاشرت‌ها...) را باید اجرا کند.



نکته بعد آنکه وقتی مهرالمسمی داریم اگر شوهر قبل از انجام فعل زناشویی زن را طلاق دهد زن مستحق نصف مهریه است. یعنی اگر زن تمام مهر را گرفته باشد، باید نصف آن را برگرداند ولی اگر نگرفته باشد، باید نصف آن را بگیرد.

حال اگر زن بخواهد طلاق بگیرد (قبل از فعل زناشویی) باید تمام آن مهر را بگیرد و دادخواست بر تمام آن مهر بدهد، بعد نصف آن را باید به شوهر بدهد.

ابراء ذمه شوهر نسبت به مهر قبل از نزدیکی:

اگر یک زنی مهر خود را به شوهرش ابراء کند و بگوید من اصلاً از مهرم گذشتم و نمی‌خواهم و ذمه شوهرش را نسبت به مهر ابراء کرد و بعد قبل از نزدیکی طلاق واقع شد حال روابط حقوقی و آثار آن چه می‌شود؟

(ج) فقط دکتر کاتوزیان گفته‌اند اگر هبه بلاعوض باشد، زن نباید چیزی بدهد و خودش هم متوجه است که این جمله حقوقی نیست زیرا حقوق با اخلاق فرق می‌کند.

اتفاق فقها: زن باید معادل نصف مهر را از جیب خودش بدهد. همچنانکه می‌دانیم اگر شوهر مهر را به زن داده و زن بطور فیزیکی رفته و بعد باید نصف آن را بر می‌گرداند. (تصرف مادی) حال اگر زن در مهر تصرف حقوقی کند، است (ابراء کردن - ...)

پس باید از جیب خودش نصف مهر را بدهد.

نکته: اگر هبه باشد قابل رجوع است ولی اگر ابراء کرده باشد نمی‌توان رجوع کرد زیرا ابراء اسقاط حق است.

نکته: وقتی به شوهر، هبه یا ابراء کرد، مالکیت ما فی الذمه ایجاد می‌شود.

## «وضعیت و رابطه مهر با عوامل انحلال نکاح»:

### انحلال نکاح با طلاق

- مهر المسمی در عقد وجود دارد.
- ۱. طلاق قبل از نزدیکی (نصف مهر المسمی)
- ۲. طلاق بعد از نزدیکی (تمام مهر المسمی)
- مهر المسمی در عقد وجود ندارد..
- ۱. طلاق قبل از نزدیکی. اگر مرد طلاق بدهد مهرالمتعه است. اگر زن طلاق بگیرد مهرالمتعه است.
- ۲. طلاق بعد از نزدیکی. (مهر المثل)

### انحلال نکاح با فسخ:

- مهر المسمی وجود دارد.
- ۱. فسخ قبل از نزدیکی
- ۲. فسخ بعد از نزدیکی (مهر المسمی (تمامش))
- مهر المسمی وجود ندارد.
- ۱. فسخ قبل از نزدیکی (مهر المسمی)
- ۲. فسخ بعد از نزدیکی (مهر المثل)
- فسخ قبل از نزدیکی (مهر المسمی وجود دارد):
- قاعده: هیچ مهري به زن تعلق نمی‌گیرد.
- استثناء:؟؟؟ (ناتوانی جنسی مرد).

### انحلال نکاح با فوت:

- مهر المسمی وجود دارد: تمام مهر المسمی
- مهر المسمی وجود ندارد.
- ۱. فوت قبل از نزدیکی

۲. فوت بعد از نزدیکی (مهرالمثل)

س) آیا مهرهای با مبالغ بالا درست است یا خیر؟

یک نظریه وجود دارد که این مهرها هم درست است زیرا یک انسان می‌تواند دین در ذمه بگیرد و اگر ما ذمه انسان را محدود کنیم ما شخصیت انسان را محدود کرده‌ایم که درست نیست.

نظر بعدی که درست است آنکه اگر مهری باشد که شوهر قادر به پرداخت آن نباشد چنین مهری باطل است. یکی از قواعد عمومی تعهدات آن است که باید متعهد در تمام تعهدات مالی (م ۳۴۸ ق.م) این نکته شرط است که متعهد باید قادر به تأدیه و تسلیم موضوع تعهد باشد زیرا شوهر قادر نیست مهر باطل است.

توافق طرفین در مورد مهر، حکم معامله را دارد.

اولاً) می‌دانیم که بطلان مهر هیچ لطمه‌ای به اصل عقد نمی‌زند زیرا مهر از ارکان نکاح نیست. ثانیاً) زن محروم از مهر نمی‌شود به قید فعل زناشویی. اما یک اشکال پیش می‌آید. در نظر بگیریم که فعل زناشویی واقع نشده است، آن مهر باطل است و با هم می‌توانند تعیین کنند تعیین می‌کنند، اگر شوهر قادر به تسلیم هست، درست است، شوهر قادر به تسلیم این هم نیست. و گذشت تا فعل زناشویی واقع شد در اینجا زن مستحق مهرالمثل است که این اشکال هست. وقتی به مهرالمثل می‌رسیم آنها هم همان حدود هستند.

از جهت بحث نظری ایرادی ندارد (مهر باطل است) ولی از نظر بحث عملی متفاوت است.

## جلسه دهم

تعارض ظاهر با استصحاب در بحث اختلاف زوجین در امر نزدیکی:

یک موردی که در دادگاهها پیش می‌آید و اثر عملی در مسئله مهر دارد، این مسئله است که بین زوجین فعل زناشویی صورت گرفته است. آقای با زنی بیوه ازدواج کرده طبیعتاً مسئله تحقق یا عدم فعل زناشویی در مسئله مهر تأثیر دارد. اگر ثابت شود که نزدیکی و مهر نداشته باشیم.

مهر المثل و اگر نداشته باشیم و فعل انجام نشده باشد. مهرالمتعه در چنین موردی نفع شوهر ایجاب می کند که فعل زناشویی انجام نداده است.

نفع زن ایجاب می کند که بگوید فعل صورت گرفته است. اگر اختلافی صورت بگیرد حرف چه کسی را باید ثابت کند؟

گاهی استصحاب یک حکمی دارد و ظاهر حکم دیگری دارد ظاهر حجیت و دلیل است یعنی ظواهر هرچیزی نیست به مدلول خود دلیل است.

استصحاب ابتدائاً دلیل نیست بلکه بعنوان یک اصل عملی دلیل است و ما به اصل عملی تمسک نمی کنیم مگر در فقدان دلیل.

«الاصلُ دلیلٌ حیثُ لا دلیلُ له» اصل عملی دلیل هستند زمانی که دلیل در بند نباشد اصل عملی و استصحاب دلیل هستند اما در آخر کار، زمانی که هیچ مستمکی نداشتیم. به اصل استصحاب مراجعه می کنیم. ظاهر مقدم و **اماره و دلیل** است. استصحاب موخر است و برای رفع سرگردانی است (زمانی که هیچ دلیلی نداشته باشیم).

استصحاب: «إبقاء ما كان على ما كان» - «لا تُنتَقِضُ یقینُ بالشک»

«شک لاحق، یقین سابق را از بین نمی برد. یقین یا امر عدمی است یا امر وجود است مگر مطمئن شویم که خلاف آن ثابت شود.

إبقاء ما كان: یعنی آن چیزی که دیری به همان وضعیت که دیدی آن را ابقاء کن. در دادسرا ۴ نفر دستگیر می شوند، از این ۴ نفر، ۳ نفر مجرم نیستند و تبرئه می شوند آن یکی مجرم بوده و مدارک را ظاهر نکرده: این فرد را دلیل مجرمیت را پیدا نکرده اند و دچار سرگردانی شده اند که اصل برائت جاری می شود.

در حالی که اماره ظاهر خود دلیل است مانند لوث.

«الوٲ امارهٌ یظنُّ بها صدق المدعی کوجود شخص ذیصلاح ملطخ بالرّم عندضیل» یکی از اصطلاحات فقه اسلامی قضیه لوث است.

از مزرعه رد می‌شویم، یک نفر افتاده و مرده است. ۲۰ قدم آن طرف، شخصی را با یک چاقوی خونی می‌بینیم. اولین چیزی که به ذهن می‌رسد آن است که او قاتل است. الزاما او قاتل نیست این لوث است.

لوث: اماره‌ای است، گمان برده می‌شود به وسیله آن که مدعی راست می‌گوید. مانند وجود شخص صاحب سلاح آلوده خون کنار کشته شده برای آنکه زوجش که اختلاف دارند که چه کسی راست می‌گویند و رابطه زوجیت داشته‌اند و جدا شوند.

زن: فعل زناشویی واقع می‌شود.

مرد: فعل زناشویی واقع نمی‌شود.

در اینجا حرف زن مقدم است، حرف شوهر مطابق استصحاب است و حرف زن مطابق اماره ظاهر است و حرف شوهر اصل استصحاب عدمی است چون در امور حدوثی اصل عدم است. تحقق فعل زناشویی امور حدوثی است. در کنار آن اماره ظاهری است که دلالت آن خودش است.

چون ظاهر از هر رابطه زوجیت و کنار همدیگر بودن تحقق فعل زناشویی است حرف زن مقدم است و اگر مهرالمثل وجود ندارد. برگردن شوهر می‌آید.

اگر مهرالمسمی وجود داشته باشد (تمام مهرالمسمی)

معامله سفهی: باطل است. یعنی معامله‌ای که شخص قادر به تسلیم موضوع تعهد نیست که اصطلاحا به آن معامله سفهی می‌گویند.

اگر خانمی، علیه شوهرش دادخواست داد به مطالبه مهریه- یکی از بهترین راه آن است که شوهر ضمن ادعای اعسار، دادخواست بطلان آن مهر را بدهد به علت غیرقابل تسلیم و فقدان بر آن و ضمن آن ادعای اعسار هم بکند. تمام موارد بطلان جز قواعد آمره است. محاسبه مهر با شاخص قیمت جدید: تبصره م ۱۰۸۲ را داریم.

اگر مهر غیر منقول است قیمت همان است.

گاهی سکه است همان است. گاهی مهر، پول نقد است و درگذر زمان پول افت می‌کند. خانمی سال ۱۳۳۰ ازدواج کرده مهر آن ۲۰ تومان است. الان از شوهر می‌خواهد طلاق بگیرد تبصره م ۱۰۸۲ را



شرط شده زوجین مکلف به بحث اتفاق هستند اما در عقد دایم وضع نفقه فرق می‌کند، در عقد دایم هم اصل اتفاق حکم قانون است (آمره) هم اجزای نفقه یک قاعده آمره است. کسی نمی‌تواند بگوید من ازدواج می‌کنم ولی نفقه نمی‌دهم. حدود و اجزای نفقه هم آمره است و عبارت است از اینکه شوهر، زن را به طور کامل اداره کند. در عقد دایم، در دو مورد نفقه داریم.

۱. نفقه در زمان زوجیت.

۲. نفقه پس از انحلال

زوجیت مانند نفقه عده طلاق رجعی. نفقه عده طلاق بائن مشروط بر آن که زن حامل باشد. مادامی که زوجیت برپاست. نفقه زن بر عهده شوهر است. گاهی نفقه خارج از زوجیت است.

۱. نفقه در زمان زوجیت: این نفقه که مربوط به زمان زوجیت است از تکالیف مرد است و قاعده

آمره است. «م ۱۱۰۶ ق.م» و «م ۱۱۰۵ ق.م» تصریح کرده که در روابط زوجین ریاست با

شوهر است. «م ۱۱۰۷ ق.م» این اجزای نفقه را بر شمرده است. ۱. همه نیازهای متعارف ۲.

متناسب با وضعیت زن باشد از قبیل مسکن، غذا، اثاث منزل و ... که لسان تمثیلی است و

حصری نیست. نیازهای متعارف، را درجه تمدن و فرهنگ هر جامعه مشخص می‌کند. و

همچنین با وضعیت زن متناسب است.

عاشروهنّ بالمعروف: با زنان خود به روش پسندیده رفتار کنید.

شرط نفقه «تمکین زن» است. تمکین: تسلیم زن در مقابل شوهر.

تمکین:

- عام ← ملاحظه اداره شوهر در سایر امور زوجیت مثل سکونت مشترک و ...

- خاص ← تسلیم زن در مقابل شوهر در امر خصوصی روابط زوجیت.

زنی که تمکین نمی‌کند چه عام و چه خاص ناشزه است و حالت آن نشوز است. زنی که ناشزه است

مجازات مدنی او این است که از نفقه منع می‌شود. سکونت در خانه شوهر از تکالیف زن است یک

بحثی در فقه مطرح شده است آنکه وقتی می‌گوئیم ملاک استحقاق زن، تمکین است.

س) آیا تمکین موجب استحقاق زن بر نفقه است یا عدم تمکین مانع نفقه است؟  
عده‌ای می‌گویند زن باید اظهار تمکین کند تا به او نفقه داده شود. عده‌ای دیگر می‌گویند: اگر زن ناشزه نیست یعنی تمکین می‌کند به او نفقه می‌دهند.

اختلاف این دو در بار دلیل است. اگر بگوئیم به زن زمانی نفقه می‌رسد که او بطور مثبت تمکین کند زن باید تمکین را اثبات کند. بالعکس اگر ظاهر از زندگی مشترک تکین است پس عدم تمکین مانع استحقاق نفقه است و اگر شوهر مدعی عدم تمکین است شوهر باید عدم تمکین را ثابت کند که نفقه ندهد و الا ظاهر از زندگی مشترک، تمکین است.

که این نظر معقول است. پس عدم تمکین که مدعی آن زوج است باث اثبات شود.  
پنج مورد وجود دارد که اینها عذرهای موجه هستند. (یعنی زن تمکین نمی‌کند ولی عذر موجه دارند)  
که مسقط حق نفقه نیست. «م ۱۱۰۸ ق.م» هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نیست:

۱. استناد از حق حبس در اولین فعل زناشویی م ۱۰۸۵ ق.م
  ۲. خودداری از فعل زناشویی در فرض بیماری
  ۳. خودداری از فعل زناشویی در زمانی که زن عذرهای ماهانه دارد.
  ۴. خودداری از فعل زناشویی در فرض بیماری‌های مقاربتی شوهر «م ۱۱۲۷ ق.م»
  ۵. خودداری از سکونت در منزل شوهر به واسطه خوف ضرر بدنی، مالی، شرافتی
- «م ۱۱۱۵ ق.م» «اگر بودن زن با شوهر ...»

مسکن از اجزای نفقه است و در نفقه شأن زن ملاک است و می‌تواند (زن) آن را انتخاب نکند نگفته اگر بودن زن با شوهر در یک منزلی یک ضرر بدنی ..... داشته باشد گفته خوف آن را داشته باشد. خوف ضرر که انواع ضرر است. ضرر مالی- جانی- شرافتی فقط خوفش باشد کفایت می‌کند. این ماده اعم از این است که این خوف ضرر از ناحیه شوهر است یا از ناحیه غیرشوهر که زن می‌تواند مسکن علی‌حده اختیار کند و باید به دادگاه اطلاع دهد.



## امتیازات نفقه زن بر نفقه اقارب:

یک نفر به پدرش، مادرش، اولاد و به همسرش هم باید نفقه بدهد، آیا اقربای نسبی در خط مستقیم وضع نفقه‌اشان متفاوت است؟ یکی است؟ کدام مقدم است؟

برعکس تصور همه ما در همه این موارد، نفقه زن مقدم است. باید به اقربای نسبی در خط مستقیم نفقه بدهیم. مثلاً) ۱۰۰۰۰۰ تومان پول دارم. اگر به یکی بدهم به دیگری نمی‌رسد چکار کنیم؟  
اولاً) نفقه زن بر نفقه اقارب مقدم است. در اقارب بحث ما معطوف به اقارب نسبی در خط مستقیم است. «م ۱۲۰۳ ق.م»

ثانیاً) نفقه زن هم از حیث حجم و هم از حیث معیار با نفقه اقربا فرق می‌کند.

بطوریکه دیدیم در م ۱۱۰۷ در باب نفقه زن:

اولاً) نفقه زن منظور همه نیازهای متعارف است. پس نفقه زن استثناء ندارد ولی نفقه اقارب مسکن، غذا، اثاث‌البیت است. دیگر همه نیازهای متعارف را در بر ندارد. در نفقه زوجه ملاک شأن زوجه است در حالیکه در مسئله نفقه اقارب ملاک رفع نیاز است نه شأن او (م ۱۲۰۴ ق.م). به علاوه در نفقه زن استطاعه شوهر اصلاً ملاک نیست. یعنی در هر مورد نفقه زن، شأن زن ملاک است. در حالیکه در نفقه اقربای نه تنها ملاک رفع نیاز است در این رفع نیاز هم درجه استطاعه مُنْفِق ملاک است.  
مثال) زنی شأنش ایجاب می‌کند جوجه کباب بخورد تأثیری ندارد که شوهر استطاعه دارد یا ندارد ولی در اقربا اینطور نیست.

فرق دیگر آنست که نفقه به نفع زوجه همیشه یکطرفه است. هیچ موردی نداریم که زنی به شوهرش نفقه بدهد در حالیکه در مسئله انفاق در بین اقارب مسئله بطور امکانی متقابل است. اگر اولاد متمکن است و پدر فقیر؛ اولاد نفقه او را می‌دهد.

اگر اولاد فقیر و والدین متمکن باشند؛ والدین نفقه آنها را می‌دهند.

زوجه مستحق نفقه است (آنچه م ۱۲۰۷ گفته) قطع نظر از وضع مالی خودش و قطع نظر از وضع مالی شوهرش در حالیکه در مسئله اقربا اینطور نیست یعنی اگر فرد داشت (دارا بود) مکلف به نفقه اقربا است.

فرد که متمکن است، وضع تعهداتش را ملاک قرار داد اگر چیزی نماند دیگر او وظیفه ندارد به اقربای خود نفقه بدهد (مواد ۱۱۹۶-۱۱۹۷-۱۱۹۸ ق.م.)

اگر ما مدتی نفقه اقربا را ندهیم و مدتی هم نفقه زوجه را نداده‌ام هر دو نفقه معوقه می‌شوند. باز وضع نفقه مرد با نفقه زن متفاوت است. حکم شرعی این است که نفقه معوقه زوجه قابل مطالبه است ولی نفقه معوقه اقارب قابل مطالبه نیست. (م ۱۲۰۶ ق.م.)

باید دید قصور کرده یا عاجز بوده و پولی نداشته و نداده: قانون می‌گوید زوجه در هر حال می‌تواند اقارب نسبت به گذشته نمی‌توانند برای نفقه گذشته خود، اقامه دعوی کنند. زن به شرط اثبات عدم نشوز می‌تواند نفقه ایام گذشته خود را بگیرد و جزء طلب ممتاز است. یعنی ابتدائاً آن که طلبش ممتاز است طلبش را بر می‌دارد.

عزیم: طلبکاری که بدهکارش مفلس است.

چرا نفقه گذشته اقارب قابل جبران نیست؟ زیرا نفقه اقارب برای رفع نیاز است. مثلاً ۶ ماه مسکن نداده و ...؟؟؟؛ بالاخره نیازشان تا به امروز حل شده است. این مسئله را در فقه سَرَّالْخُلَّةَ گویند اگر پدر و مادر برای همان رفع نیاز ناچار باشند و قرض بگیرند، نفقه دهنده از باب تسبیب مسئول است.

صنات اجزای عجز شوهر از پرداخت نفقه و امتناع شوهر از پرداخت نفقه:

شوهری نفقه همسرش را نمی‌دهد این ندادن ۲ وضعیت دارد.

۱. گاهی شوهر عاجز از پرداخت نفقه است.

۲. گاهی شوهر امتناع می‌کند.

امتناع شوهر مجازات کیفری دارد این امتناع برای اقربا هم هست در م ۶۴۲ ق.م.ا ذکر شده است.

مجازات عجز: ندادن نفقه از لحاظ عجز (بیکاری- فقر ...) مجازات مدنی هم دارد که منتهی می‌شود به طلاق زن

چه عجز و چه امتناع، اگر شوهر نفقه ندهد در هر دو حال زن ابتدا باید علیه شوهر دادخواست به الزام شوهر به دادن نفقه و این نفقه، نفقه زندگی جاری است. مثلاً شوهر از اول سال ۸۵ نفقه زن خود را نمی‌داده (چه عجز و چه امتناع) بعد از سال ۸۵ نفقه می‌دهد ولی درجایی که شوهر مثلاً از شهریور

۸۵ نمی‌داده تا الان یعنی استمرار داده و زن سپس تصمیم به طلاق می‌گیرد ابتدا به ساکن تقاضای طلاق نمی‌کند زیرا رد می‌شود اول باید دادخواست علیه شوهر مبنی بر دادن نفقه بدهد. حکم صادر می‌شود نفقه می‌شود و اگر اجرائیه صادر شد تمکین مفروض است (مگر اینکه شوهر عدم تمکین را اثبات کند) شوهر ملزم به دادن نفقه می‌شود و اگر اجرائیه صادر شد، اگر حکم پرداخت نفقه عملی و اجرا شد بحث تمام است. (یعنی دیگر نفقه خود را نمی‌گیرد و موضوع تمام می‌شود).

حال اگر دادخواست داد و حکم را گرفت و اجرائیه صادر شد، اجرائیه به شوهر ابلاغ می‌شود اما شوهر چون مالی ندارد حکم زمینه اجرایی پیدا نمی‌کند. در این صورت زن می‌آید مجدداً دادخواست طلاق می‌دهد به این استناد شوهر نفقه من را نمی‌دهد من مقدماتاً در پرونده کلاسه فلان دادخواست نفقه کردم ولی نداشت که بدهد (یعنی به آن حکم استناد می‌کند) این بار دادگاه شوهر را ملزم به دادن طلاق زن می‌کند و اگر شوهر طلاق ندارد. (الحاکم ولی التمتع) یعنی حاکم از طرف شوهر زن را طلاق می‌دهد (م ۱۱۲۱ ق.م - ۱۱۲۹ ق.م).

نکته) این اولین باری است که زن می‌تواند طلاق بگیرد.

نکته خیلی مهم) وقتی زنی نشوز است معمولاً شوهرها دادخواست الزام به تمکین می‌دهند. حالا زنی رفته خانه پدرش و یکی از موارد عذر هم ندارد. الزام به تمکین می‌شود. حکم الزام به تمکین زوجه عملاً قابل اجرا نیست زیرا اگر مال بود توقیف می‌کردیم.

تنها ۲ اثر دارد:

۱. از تاریخ احراز عدم تمکین نفقه به زن تعلق نمی‌گیرد.

۲. وقتی شوهری حکم تمکین زن را گرفت و پیش زن نرفت و او نیامد، شوهر می‌تواند از دادگاه

تقاضای ازدواج مجدد کند.

نفقه پس از انحلال زوجیت: در ۲ مورد باید پس از با وجود انحلال زوجیت به زن نفقه دهد.

۱- طلاق رجعی: مطلقه رجعیه در زمان عده در حکم زن شوهردار است پس مطلقه رجعیه نیز

باید نفقه بگیرد مگر این که طلاق در حال نشوز واقع شده باشد. (م ۱۱۰۹ ق.م)

۲- نفقه زن حامل در طلاق بائن و فسخ نکاح

اگر طلاق بائن بود یا انحلال زوجیت با فسخ بود چون کلا از هم جدا شده‌اند زوجه مستحق نفقه نخواهد بود مگر این که زوجه حامل بوده باشد تا انقضای مدت حمل به لحاظ مستحق نفقه است. فی الواقع این نفقه اقارب است ولی چون ملحق و ملصق به بدن مادر است باید نفقه زن داده می‌شود. نفقه زن حامل در صورت فوت شوهر:

(م ۱۱۱۰ ق.م): قبل از اصلاح سال ۱۳۸۱ گفته بود: در عده وفات زن حق نفقه ندارد درست است زیرا:

۱. نفقه را از شوهر می‌گیرد و شوهر دیگر مرده است.
  ۲. وقتی مرد دیگر کسی شوهر او نیست تا بدهد و بستگان نسبی شوهر هم (پدر و مادر) هیچ کدام با زن نسبت ندارد بنابراین نمی‌توان آنها را مجبور کرد.
  ۳. نفقه آینده زن هنوز جزء دیون نیست که از ترک استیفاء شود بنابراین با فوت شوهر اگرچه زن حامل باشد، دیگر حق نفقه ندارد.
  ۴. رابطه زوجیت رابطه قائم به شخص است.
- اگر خانم نفقه معوقه‌ای دارد مثلاً شوهر در سال ۸۴ نفقه نداده همین که اثبات شد زن می‌تواند تقاضای (دادخواست) الزام به دادن نفقه بدهد و این ربطی به حیات و مرگ شوهر ندارد. در سال ۱۳۸۱ گفتند: «در ایام عده وفات مخارج زندگی زوجه عندالمطالبه از اموال اقاربی که پرداخت نفقه به عهده آنان است (در صورت عدم پرداخت) تأمین می‌شود». این به صورتی همان م قبل از اصلاحی سال ۸۱ است و هیچ فرقی نکرده از لحاظ محتوا. نکته: نفقه در زندگی جاری قائم به شخص است ولی نفقه معوقه دین است و قابل دادن به دیگری است.

### جهیز:

از احکام امضایی است درست مانند مهریه.

خانمی که به خانه شوهر می‌آید یک سری وسایل به خانه شوهر می‌آورد.

نکته: جهیز را پدر دختر به دختر می‌دهد اینها ربطی به سهم الارث ندارد حال چرا؟

«الناس مسلطون علی اموالهم» (م ۳۰ ق.م) مال خود پدر بوده و در حال حیات خواسته ببخشد به دخترش و به کسی مربوط نیست و نسبت به باقی مانده به قاعده سهم الارث تقسیم می‌شود بین بچه‌ها و وارث.

نکته: بردن جهیز نشانه علاقه زندگی زن با آن آقا است.

نکته: آوردن جهیز به خانه شوهر و برای شوهر ایجاد مالکیت نمی‌کند و حق انتفاع هم ایجاد نمی‌کند بلکه فقط اذن در انتفاع ایجاد می‌کند.

### انواع مالکیت:

- مالکیت عین: بالاترین مصداق سلطه انسان به مال است زیرا منافع، توابع و ... تابع عین است.
- مالکیت منافع: مالکیت مستأجر نسبت به ملک، و ید امانی است.
- حق انتفاع: حق بهره‌برداری دارم و کم درجه‌تر از مالکیت منفعت است.
- اذن در انتفاع: که اصلا حق و امتیاز نیست بلکه فقط یک اجازه است و هر لحظه قابل رجوع است.

یعنی اگر در غیر از حدود اذن تعدی و تفریط کرد مسئول است.

### دو نکته در مورد جهیز:

۱. اختلاف طرفین در مسأله جهیز زمانی است که خانم جهیزش را می‌خواهد ببرد گاهی اختلاف

پیش می‌آید که این مال، مال زن بوده یا مال شوهر بوده است یعنی از اقلام جهیز بوده یا نبوده است.

۲. خانمی در طول زوجیتش چندبار منزل را جابه‌جا کرده و اسباب خراب شده‌اند و خصومتی

بین آنها پیش می‌آید، خانم شکایت می‌کند که شوهر اقلام جهیز را اتلاف کرده است.

پاسخ نکته ۱: راجع به تعیین تکلیف اموال (جهیز) ← بعضی از خانواده‌ها اموال جهیز را لیست

می‌کنند و آن لیست را به امضاء شوهر می‌رسانند. اگر به اختلاف بیفتد و اگر شهودی باشد از حیث

تشخیص اموال زن مفید است. حال اگر لیست جهیز نباشد چه می‌شود؟ قانون ما هم از اماره تصرف استناد کرده است و هم قانون نحوه اجرای مفاد اسناد رسمی مصوب ۱۳۵۶ از این اموال آنهایی که استفاده اختصاصی زنانه دارند، ملک زن محسوب می‌شوند. و مال‌هایی که استفاده مردانه دارند، ملک مردانه محسوب می‌شود و اموال مشترک دیگر را مشترکا و مشاعا حساب می‌کنند که یا تقسیم می‌کنند یا قیمت را به یکدیگر می‌دهند.

پاسخ نکته ۲: آنست که سیاهه (لیست جهیز) را دارم، الان کهک از هم جدا می‌شویم من ضرر و زیان آن عیب و نقص را می‌خواهیم. در خصوص عیب و نقص‌هایی که به مال جهیز باشد آیا شوهر به صرف اینکه ذیل لیست را امضاء کرده ضامن است یا خیر؟ خیر. پاسخ منفی است زیرا اموال جهیز علی‌القاعده در تصرف زن است و اگر هم جابه‌جا می‌شود به رضایت خود اوست.

پس امضای شوهر معنی‌اش این نیست که سلامت اموال را تضمین کند معنی آن است که این اموال به خانه آمده و خود زن حفظ کند و حفظ سلامت را تضمین نکرده است.

رای هم در ۱۳۱۶/۱/۵: جهیز زن در محل اقامت و سکنی او و تحت نظر و استعمال خود او مورد استفاده واقع می‌شود و تصدیق زوج فقط در زمینه اقرار به مالکیت زوجه و عدم استحقاق زوج در اشیاء مذکور است. پس حکم به ضمان و مسئولیت شوهر به صرف امضاء و تصدیق او ذیل صورت جهیز مستند قانونی نخواهد داشت.

## جلسه یازدهم:

### شیربهاء:

**نعتاً** یعنی پول شیر، اجرت شیر. منظور از شیربهاء فی الواقع یعنی زبان حال مادر دختر است که آقا داماد چون من به این دختر شیر داده‌ام و بزرگ کرده‌ام حالا ک می‌خواهد که زن تو شود من اجرت شیرم را از توی داماد می‌خواهم این پول که گرفته می‌شده در قبل‌ها، به آن شیربها می‌گفتند. شیربها محل درست و حسابی و شرعی ندارد. یعنی ما زبان حال مادر را در نظر می‌گیریم مگر داماد گفته که

به آن دختر شیر بدهی و قبلا اصلا هیچ رابطه قراردادی در شیردادن وجود نداشته و تعهدی در کار نبوده است.

از این جهت گرفتن شیربها از داماد مانند این است که ما کسی را که مسئول نیست را مسئول بدانیم و درست نیست. البته پول شیر را مادر دختر می‌تواند از شوهر خودش (پدر دختر) بگیرد نه از داماد بدبخت.

اگر بخواهد از شوهر خود بگیرد باید شرط کند تا بگیرد ولی اگر بعد از ۲۰ سال بخواهد پولش را بگیرد نمی‌شود زیرا ظواهر قضایا نشان می‌دهد که در آن موقع شیردادن، مادر قصد تبرعی داشته است. پس در حالت کلی گرفتن پولی به عنوان شیربها درست نیست. ولی از طرق دیگر می‌شود گرفت ولی نه به عنوان شیربها. ما در بعضی از مواقع باید کاری کنیم که به آن چیزی که می‌خواهیم در پایان برسیم. (مخصوصا در کار وکالت)

مثلا مَهر دختر ۱۰۰ سکه می‌خواستیم قرار دهیم و شیربها مثلا ۲۰ سکه (یا ۷۰۰ هزار تومان) حال می‌توانیم مهر را ۱۲۰ سکه قرار دهیم و بگوئیم از این ۱۲۰ سکه، ۲۰ سکه را فی‌الحال (فی‌المجلس) می‌خواهیم (خانواده عروس) و ۱۰۰ سکه در ذمه شوهر باقی بماند و اصلا هم اسمی از شیربها و ... نمی‌آوریم.

نکته‌ای که از جهیز باقی مانده بود: از لحاظ شرعی اصلا جهیز به عهده دختر و یا پسر و ... نیست این عرف است که مردم، اتوماتیک خود را ملزم به دادن جهیز می‌کنند.

## آثار غیرمالی نکاح:

الف) حقوق و تکالیف متقابل زوجین

ب) آثار ناشی از مدیریت شوهر

الف- حقوق و تکالیف متقابل زوجین

۱. سکونت مشترک: یکی از اوصاف عقد نکاح که جزء قواعد آمره است سکونت مشترک است و از

مصادیق مربوط به نظم عمومی است. حالا چون ما می‌گوئیم جزء قواعد آمره است هر

قراردادی بین زوجین باشد این قرارداد الزام‌آور نیست. مثلاً) من قرار هست که وقتی ازدواج می‌کنم من ۳ سال در اهواز باشم و خانم هم می‌گوید من ۴ سال در کاشان هستم و این قرارداد باطل است.

م ۱۱۱۴ ق.م: «زن باید در منزلی که شوهر تعیین می‌کند...»

پس زن از این جهت (سکونت) خانه تابع شوهر است مگر اینکه در سند ازدواج در شرط ضمن‌العقد چیزی دیگر زن شرط کند.

زیرا مسکن از مصادیق نفقه است این موضوع به عهده شوهر است مگر اینکه شرطی دیگر باشد.

نکته ۱) در م ۱۱۱۵ ق.م: «اگر بودن زن با آن شوهر در خانه ...»

این یک امر موقت است که آن عذر یا ضرر برطرف شود. و زن نمی‌تواند از اول به خانه نیاید و بگوید که من عذر دارم که متضمن ضرر می‌شوم و این یک امر موقت است مثلاً اگر زن ۴ ماه نبود و می‌گفت که متضمن ضرر می‌شده دادگاه باز تشخیص می‌دهد که آیا باز هم امکان ضرر وجود دارد یا خیر.

نکته ۲: اگر زن حاضر به سکونت مشترک نباشد این از مصادیق نشوز است و با احراز نشوز: زن مستحق نفقه نخواهد بود.

ولی اگر مرد حاضر به سکونت مشترک نباشد برای زن از مصادیق عسر و حرج است و از اسباب طلاق است.

سوء معاشرت در معنی عام کلمه به معنای هر نوع بدخلقی و بدرفتاری، نه بد رفتاری به معنای خشم و بددهنی و ...

۲. حسن معاشرت: (م ۱۱۰۳ ق.م) زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با هم هستند. آن چه را که عرف و عادت و جامعه‌ها آن رفتار را خوب می‌دانند طرفین (زوجین) باید آنطور رفتار کنند عدم رعایت اگر از جهت مرد باشد، مصداق عسر و حرج است ولی اگر از طرف زن باشد، مصداق نشوز است.



نکته: ضمن آنکه حسن معاشرت را (نحوه خوب رفتار کردن) درجه فرهنگ و تمدن معین می‌کند ولی بعد از معاشرت‌ها هستند که فرهنگ‌ها و تمدن‌ها آن را طرد می‌کنند مانند) بدهنی- ترک خانواده- کتک- ...

۳. مساعدت در تثبیت و **تشیید** مبنای خانواده: (م ۱۱۰۴ ق.م)

«زوجین باید ...»

**تشیید**: یعنی محکم و مستحکم کردن مبنای خانواده (اساس خانواده)

این یکی از تکالیف مهم و عام است زیرا تکالیف دیگر را هم به نوعی در این موضوع جای می‌گیرد یعنی من به عنوان یک طرف رابطه زوجیت هر تکلیف حقوقی دارم باید انجام بدهم و همسر من به عنوان طرفی دیگر هر تکلیف حقوقی دارد باید علاقه‌مندانه انجام دهد، در کنار تکالیف حقوقی یک تکالیفی دیگر هم است. مثلاً) من چکار کنم که زنم یا شوهرم دلگرم تر به آن خانواده شود یعنی به طور کلی خوب همسرمداری کردن که نه تنها تکالیف حقوقی دارد بلکه تکالیف اخلاقی و تیزی‌ها و زرنگی‌های زندگی را باید انجام بدهیم.

یعنی به طور کلی چطور و حیات یک دیگر را بسازیم.

مثلاً می‌خواهیم همدیگر را دلگرم به زندگی کنیم زوجین باید بدون چشم‌داشت مرد و بدون منت باید انجام دهند. (در مریضی- شادی ...)

**آثار ناشی از مدیریت مرد در خانواده: (م ۱۱۰۵ ق.م)**

در روابط زوجین ریاست خانواده از خصایص شوهر است اولاً هر خانواده و هر جمعی رئیسی می‌خواهد همانطور که مولایمان حضرت علی (ع) فرمایشی دارند:

وَ إِنَّهُ لَأَبَدٌ لِلنَّاسِ مِنْ أَمِيرٍ بَرٍّ أَوْ فَاجِرٍ» به ناچار هر قومی باید یک سرپرست و امید داشته باشد چه آن

امیر خوب شد و چه بد».

ریاست یعنی مدیریت به عبارت دیگر ریاست بیش از اینکه حق باشد تکلیف است.

منظور این نیست که هرچیزی که مرد می‌گوید باید اطلاعات شود منظور حسن اداره زندگی و تکالیف ایجاب کننده آن به عهده شوهر است.

از آثار ریاست چند مورد است:

۱. تمکین (عام- خاص): هر کدام از تمکین‌ها نباشد نشوز محسوب می‌شود. اثبات عدم تمکین بر

عهده زوج است زیرا ظاهر در زندگی مشترک تمکین است.

نکته: عدم تمکین زن اگر به این صورت باشد که خانه شوهر را ترک کرده و رفته عملاً قابل اجرا ندارد.

۲. تعیین محل سکونت: به جهت مدیریت شوهر در عهده شوهر است مگر اینکه شرط ضمن‌العقد دیگری شده باشد.

۳. مخالفت شوهر با اشتغال زن به دلیل حفظ مصلحت خانواده (م ۱۱۱۷ ق.م): «شوهر می‌تواند زن خود را...»

اولاً این ماده بسیار بسیار ماهرانه نوشته شده و نگفته زن از اشتغال ممنوع است مگر اینکه شوهر اجازه دهد بلکه گفته شوهر عندالاطلاق (به طور کلی) نمی‌تواند زن را از اشتغال ممنوع کند.

دوماً بعضی از حقوقیین (دکتر امامی) گفته‌اند: این اشتغالاتی که مرد می‌تواند ممنوع کند، اشتغالات بعد از ازدواج است نه اشتغالاتی که قبل از ازدواج بوده است زیرا قبلاً می‌دانسته که قبلاً این شغل را داشته است.

ولی به نظر استاد گرامی (دکتر برادران): این نظر درست نیست. هر شغلی که مخالف و منافی مصلحت خانواده باشد چه قبل و چه بعد از ازدواج باشد مرد می‌تواند منع کند زیرا ۱ مرد قبل از ازدواج خود زن را دوست داشت نه شغل وی را.

شغل‌های منافی حیثیات خانوادگی یا شوهر یا زن دو گروه است:

- برخی از شغل‌ها در هر عرفی مخالف و منافی حیثیت است: اشتغال به کارهای حرام همانطوریکه در قرآن گفته شده: «الطيباتُ لِلطيبین (زنان پاک برای مردان پاکند و بالعکس)».

- اشتغالاتی که فی‌النفسه حلال و مجاز هستند ولی با شأن این شخص نمی‌خورد که شأن یک امر نسبی است و باید دید که شوهر کیست. مثلاً) در یک کیوسک زنی نوارفروشی کند که او زن یک استاد باشد.

۴. تحمیل تابعیت مرد ایرانی بر زن خارجی (م ۹۸۶ ق.م): هرکسی زن خارجی بگیرد تابعیت مرد ایرانی بر زن خارجی تحمیل می‌شود.

۵. امکان وحدت نام خانوادگی (م ۴۲ ق.ث)

۶. ولایت شوهر (پدر) بر فرزندان (م ۱۱۸۰ ق.م)

### عقد منقطع

ما در زمان‌های قدیم در کشورهای اروپایی طلاق نداشتیم. یکی از خصوصیات فقه امامیه چیزی است به نام عقد موقت یا منقطع یا متعه یا به اصطلاح عامه مردم صیغه‌ای و نه اهل سنت و نه در سایر موارد حقوق خصوصی وجود نداشت ولی اسلام (شیعه) پذیرفته است. در این باره آیه قرآنی داریم در خصوص مشروعیت عقد منقطع.

فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ (سوره نساء آیه ۲۴)

«از زنانی که تمتع می‌برید مَهْر و شأن را بدهید.»

که علمای شیعه این را قبول دارند ولی اهل سنت عقیده دارند که این **سنخ** شده که رد شده است. پس اگر عقدی مدت دار باشد را عقد منقطع گویند چه یک سال و چه صد سال بنابراین از تفاوت‌های مهم عقد منقطع و عقد دائم.

عقد منقطع مدت در آن مشخص است و برعکس عقد دائم.

اگر کسانی قصد ازدواج دارند و معلوم نیست که عقد نکاح دائم است یا منقطع محمول بر دائم بودن نکاح است.

حال اگر قصد عقد منقطع را دارد ولی مدت ذکر نشده باشد، این عقد باطل است. حال چرا تبدیل به دایم نمی‌شود؟ زیرا قصد دایم بودن را نداشتن. و چون یکی از ارکان عقد موقت لزوم تعیین مدت است و چون مدت معین نیست باطل می‌شود.

پس (اولاً) بردن مدت نباشد. (دوماً) دقیقاً مدت معین و معلوم بشاد.

حال اگر طرفین علم به بطلان نداشته می‌شود. «شبهه»

یکی از ارکان عقد موقت لزوم وجود مهر است. در حالی که در عقد دایم وجود مهر الزامی ندارد اگر در عقد موقت مهري باشد ولی معلوم نباشد با باطل باشد یا اصلاً نداشته باشیم عقد موقت باطل است (زیرا مهر از ارکان اساسی عقد موقت است) (م ۱۰۹۵ ق.م)

خصوصیت بعدی عقد موقت که در قانون نیست این است که حدود روابط زوجین می‌تواند توافقی باشد. مثلاً) ما در عقد دایم م ۱۱۰۲ ق.م را داریم. یعنی هرچیزی توافقی است به استثنای مهر که باید حتماً تعیین شود.

خصوصی بعدی هم که قانون گفته: زن علی‌القاعده حق نفقه ندارد مگر در ۲ مورد که این نفقه عقد دایم فرق دارد.

۱. آن این است که شرط ضمن العقد دادن نفقه بشود.

۲. یا بنای عرف بر انفاق باشد در عقد موقت در واقع در این جا حکم نفقه شرط بنایی است.

بنابراین زن با عقد منقطع زمانی نفقه می‌گیرد که شرط نفقه شده باشد که حالا آن شرط نفقه یا تصریحی است یا بنایی.

مثلاً) شرط بنایی نفقه موقت‌های ۳۰ ساله و ۵۰ ساله داریم که نشان می‌دهد که نظر زوجین بر زندگی مشترک است.

م ۱۱۱۳ ق.م: در عقد موقت زن حق نفقه ندارد مگر آن که شرط شده (شرط تصریحی) با آن عقد مبنی بر آن (شرط بنایی) قرار داده است اما ماهیت نفقه عقد موقت با عقد دایم در همین دو مورد عقد موقت و دایم است که فرق دارد و فرق آن این است که در عقد دایم اصل نفقه به زن حکم قانون

است ولی در عقد انفاق است و نفقه جنبه قراردادی دارد در حالیکه در عقد دایم نفقه جنبه قانونی دارد.

فرق دوم: در عقد موقت حدود و جزای نفقه هم توافقی است در حالیکه در عقد دایم اجزای نفقه را هم قانون تعیین کرده است.

خصوصیات چهارم: فقدان رابطه وراثت است در عقد موقت بین زوجین رابطه مشروعیت ندایم ولی اگر فرزندی حاصل شده باشد فرزندان ارث می‌برند.

### پس منظور بین زوجین است (منع ارث)

س) آیا می‌توان بردن قرار داد؟ وقواعد ارث قواعد آمره است و نمی‌توان بر خلاف قوانین توافق کرد قانون مدنی هم بدون آن که صریحا بگوید که زن شوهر مود ارث نمی‌برد به طور زیرکانه و غیر مستقیم منظور خود را رسانده است.

در م ۱۰۷۷ ق.م: گفته در عقد منقطع احکام راجع به ارث در مورد عقد موقت همان است در باب ارث در فصل آتی مطرح شده است. در وراثت هم گفته که زوجین که رابطه آنها دائمی بوده است ارث می‌برند پس با این وصف خواسته که بگوید که زن و شوهر در عقد موقت ارث نمی‌برند.

م ۹۴۰ ق.م که مفهوم مخالف دارد: زوجه‌ی عقد موقت و زوج عقد موقت ارث نمی‌برند ولی طبیعتا زن و مرد می‌توانند در زمان حیات اموال خود را به هر کسی که بخواهند ببخشند حتی چون یک‌سوم ماترک دست خود آدم است که وصیت کند می‌تواند آن را ارث به زن موقت خود بدهد.

مهر زن که در عقد موقت باید حتما باشد و یک خصوصیتی دارد که عبارتند از:

۱. در عقد موقت مهرالمتعه نداریم (خیلی مهم) زیرا در عقد موقت طلاق نداریم و یکی از

خصوصیات مهرالمتعه هم این است که طلاق داده شود توسط شوهر پس مهرالمتعه نداریم.

۲. یک مورد استثنایی مهرالمثل داریم: آن جایی است که اصل عقد نکاح به دلیلی باطل است و

طبیعتا اگر عقد باطل باشد مهرالمسمی هم باطل می‌شود و اگر زن به بطلان جاهل باشد و با

او فعل زناشویی صورت گیرد استثنائا به او مهرالمثل تعلق می‌گیرد که مهرالمثل عقد موقت و

عده آن از عقد دائم کمتر است. اما در سایر موارد مهرالمثل در عقد دائم مهرالمسمی مسکوت بود یا بنا به هر دلیلی باطل بود و فعل زناشویی صورت گرفته بود که در صورت وجود اینها عقد هم باطل است زیرا مهر یکی از ارکان عقد موقت است و عقد وقت در صورت نبودن مهر باطل است.

اطلاق م ۱۰۹۹ ق.م: «در صورت جهل زن ...»

۳. طبق م ۱۰۹۶ ق.م: فوت زن در اثنای مدت موجب سقوط مهر نمی‌شود که وراثت می‌تواند از شوهر بگیرند و چون در عقد موقت شوهر از زن ارث نمی‌برد و بالعکس پس نمی‌تواند سهم خود را بردارد.

۴. در نکاح منقطع هرگاه شوهر قبل از نزدیکی تمام مدت نکاح را ببخشد باید نصف مهر را بدهد.  
(م ۱۰۹۷ ق.م)

۵. عدم جواز شرط خیار نسبت به مهر (برعکس عقد دائم) (م ۱۰۶۹ ق.م) و اگر باطل شود مهر، چون مهر رکن است موجب بطلان عقد موقت هم می‌شود.

۶. تقابل مهر با تمکین که در عقد دائم نفقه با تمکین تقابل داشت که اگر تمکین نمی‌کرد نفقه نمی‌گرفت ولی در عقد موقت مهر با تمکین تقابل دارد. یعنی هر مقدار که تمکین کند به همان مقدار، مهر از گردن شوهر بری می‌شود.

مثلاً زنی به عقد موقت مردی درآمدی است برای ۳ سال و مهر وی ۳۰ میلیون است یعنی مهر توزیع می‌شود و اگر زن مثلاً ۶ ماه را تمکین نکند ۵ میلیون از گردن شوهر بری می‌شود. (یعنی از مهر وی ۲۵ میلیون باید بدهد).

### خصوصیت آخر عقد موقت:

عقد موقت به صرف بذل مدت پایان می‌پذیرد و توجه در این جاست که طلاق نداریم ولی فسخ داریم.

نکته‌ای که در بذل مدت است این است که بذل یعنی بخشش. ما در بخشش ما ایجاب و قبول به نظر می‌آید و این طور به ذهن ما می‌رسد که اگر مرد بخواهد ببخشد زن باید راضی کند در حالی که این طور نیست بلکه اگر مرد ببخشد دیگر رضایت و نظر زن وجود ندارد.

ایقاع از این نظر که هر دو طرف می‌توانند بذل مدت کنند ولی رضایت و نظر طرف دیگر مهم نیست.

### شروط ضمن العقد نکاح:

همچنانکه در مدنی ۳ خواندید که در کنار عقدی می‌تان شرط ضمن‌العقد داشت در کنار عقد نکاح هم می‌توان شرط ضمن‌العقد داشت (هر تعداد می‌شود، محدود نیست).

نوعاً هم این شرطها به نفع زن است و می‌تواند شرط ضمن‌العقد به نفع خود بگذارد. مانند) تعیین محل سکونت و ...

نکته ۱) شرط ضمن‌العقد نکاح نمی‌تواند مفادش تعلیق در نکاح باشد. (م ۱۰۶۸ ق.م).

نکته ۲) حق ازدواج کردن، حق انتخاب همسر و ... از حقوق مربوط به شخصیت است و این حق قابل اسقاط و سلب نیست. زیرا منافی اصل آزادی و حریت و کرامت انسانی ما است. حتی اگر به مدت معین هم سلب شده باشد هم باطل است.

نکته ۳) قواعدی که ضمانت اجرای آنها بطلان است با رضایت و توافق طرفین درست نمی‌شود و ملاک نیست. (مثلاً کسی با خاله خود ازدواج کرده و هر دو طرف راضی باشند که درست نیست و نمی‌شود (م ۱۰۴۵ ق.م)

نکته ۴) بسیاری از آثار نکاح آمره هستند مانند) اصل مهر (نه مقدار) و تکلیف شوهر به دادن نفقه ... حضانت فرزندان - اباحه استمتاع ... و اینها در اختیار ما نیست که توافق و تراضی کنیم.

نکته ۵) راجع به اسباب انحلال نکاح هم نمی‌توان شرط ضمن‌العقد کرد.

یعنی (مثلاً) قانون گفته نکاح با فوت - طلاق - فسخ و در عقد موقت با بذل مدت منحل می‌شود و نمی‌شود مثلاً گفت اگر خانه پدرت رفتی عقد منحل می‌شود.

تنها مورد استثناء وکالت در طلاق است. زن می‌تواند از مرد وکالت بگیرد که از طرف وی وکیل باشد تا خود را طلاق دهد.

نکته ۶) راجع به مهر شرط حق فسخ جایز است و باید مدت آن معین باشد، البته در عقد دایم (در م ۱۰۶۹ ق.م) اگر شرط شده بود: که اگر فعل زناشویی صورت نگرفته که می‌توانند تعیین کنند ولی اگر فعل واقع شده بود که به حکم قانون مهرالمثل تعلق می‌گیرد اگر در آن مدت معین مهر فسخ شد که شد ولی اگر نشد مهر به همان عنوان باقی می‌ماند.

نکته ۷) شرط زن نسبت به وکالت در طلاق: در چارچوب فعلی ما طلاق در اختیار مرد است (م ۱۱۳۳ ق.م) معنی آن این نیست که زن حق تقاضای طلاق ندارد. در جایی که زن تقاضای طلاق می‌دهد در واقع زن از دادگاه می‌خواهد که شوهر را مکلف به دادن طلاق آن زن کند به همین جهت است که مرد همیشه طلاق می‌دهد.

و اگر شوهر نیامد تا طلاق دهد: الحاکم ولی التسنع (حاکم قاضی) از طرف شوهر زن را طلاق می‌دهد.

ما طلاق خارج از دادگاه نداریم (طلاق خصوصی نداریم) ولی ازدواج همیشه به صورت خصوصی است اگرچه ثبت ازدواج مهم نیست از لحاظ شعری ولی از لحاظ جرم بودن و قانونی ثبت نکردن نکاح جرم است.

مهم‌ترین بحث شرط ضمن العقد در وکالت در طلاق است: دست شوهر در طلاق باز است و علی‌الاصول دست زن در طلاق باز نیست. به همین جهت است که به این عنوان انحلالی نکاح، طلاق گویند. (آزاد شدن)

چون دست شوهر در طلاق باز است استنادی نمی‌خواهد و دادگاه فوقش با تجدید یکی دو جلسه در پایان طلاق می‌دهد ولی زن نیاز به استناد دارد زیرا دستش بسته است و از لحاظ ساختار نکاح این زن است که در بند شوهر قرار می‌گیرد در حالیکه شوهر در بند نکاح قرار می‌گیرد نه در بند زن و در حبس زن نیست و همین نفقه معوقه زن باید داده شود زیرا زن در حبس مرد است ولی نفقه اقارب



(معوقه‌اش) دادنی نیست و زن باید در تمام موارد استناد داشته باشد. مثلاً) از استنادها: نفقه ندادن - سوء معاشرت (عسرو حرج)

برای اینکه زن دستش را کمی باز نگه دارد بهتر است بیاید وکالت در طلاق بگیری. قانون ما این نظریه را پذیرفته و در م ۱۱۱۹ ق.م گفته: «طرفین عقد ازدواج ...» و طرق طلاق گرفتن زن را نوشته است. حال اولاً) ما باید تحقق آن شروط را اثبات کنیم. مثلاً) سوء قصد حیات، این باید ثابت شود و ... و پزشک قانونی تصدیق کند و بعد هم این را هم باید ثابت کند که شوهرش این کار را کرده است. پس زنی که تقاضای طلاق می‌دهد باید چند چیز را اثبات کند:

۱. اصل رابطه زوجیت (با سند ازدواج)

۲. اثبات شرط وکالت در طلاق

۳. اثبات موضوع شرط در عالم خارج (مانند: ترک انفاق و...)

۴. انتساب آن موضوع شرط به شوهر: حکم باید قطعی شود که یا اعتراض در مرحله بدوی نمی‌شود.

نکته مهم) لحن م ۱۱۱۹ ق.م، لحن تمثیلی است و محدود به این موارد نیست الان در این دفترچه‌های ازدواج جدید ۱۴ یا ۱۵ تا جا برای شرط ضمن‌العقد گذاشته و زن می‌تواند همه اینها را پر کند.

نکته مهم) قانون به ما می‌گوید زن می‌تواند با مرد تراضی کند یا شرط کند که اگر تو این کار را کردی من وکیلیم که طلاق بگیرم.

س) حال آیا می‌شود این وکالت به طور اطلاق باشد و قید موضوع خاصی نکنیم یعنی به طور کلی بگوئیم من از طرف تو وکیلیم هر وقت خواستم طلاق بگیرم؟

بله می‌شود زیرا اگر مرد می‌تواند هر وقت که خواست طلاق بدهد، زن نیز می‌تواند هر وقت خواست طلاق بگیرد.

سند ازدواج چون سند رسمی است انکار و تردید و جعل آن امکان‌پذیر نیست.

## اسباب انحلال نکاح:

به طوریکه دیدید حصری است و ما نمی‌توانیم عنوان جدیدی اضافه کنیم.

«فوت- بذل مدت- لعان- طلاق- فسخ- مرتد شدن»

ما از اسباب انحلال نکاح طلاق و فسخ را می‌خوانیم.

فسخ مانند طلاق یک ایقاع است که فقط به اراده فسخ کننده ایجاد می‌شود و زمانی ممکن است که مبنای فسخ وجود داشته باشد هیچ زن و یا شوهری نمی‌تواند بگوید بدون دلیل و استناد فسخ می‌کنم در نکاح هم باید یکی از خيارات باشد تا بتوان فسخ کرد. مطلب بعدی در باب فسخ: هر طرف که مبنای فسخ نکاح را دارد (خيار عيب- خيار تدليس- تخلف از شرط وصف)

اقدام به فسخ بعد از اینکه به زمینه فسخ (مثلا طرف مقابل این عيب را دارد یا ...) حاصل شد باید به طرف مقابل اظهارنامه بفرستد. (می‌رود سه برگ اظهارنامه می‌گیرد و می‌فرستد). بعد از اظهارنامه دادخواست می‌دهد. (در محل اقامت خوانده) و در خواست می‌نویسد، صدور حکم دایر بر اعلام صحت فسخ نکاح به دلیل مثلا خيار عيب فسخ چون ایقاع است. اگر به دادگاه بگوید به حکم خود عقد را فسخ کن، این مطلب صحیح نیست. ایقاع را خود شخص اعمال کرده باشد لذا با اظهارنامه که از کانال دادگستری می‌رود فسخ کرده (خود فرد) از دادگاه نمی‌خواهد صدور حکم به فسخ دهد دادگاه باید صحت قضیه را اعلام کند یعنی حکم اعلامی نه تأسیسی. دادگاه تحقق آن شرایط را لحاظ می‌کند.

در متن اظهارنامه گفته اخیرا این به چه معناست؟

فسخ فوریت دارد. تمام فسخ‌ها، فوریت دارند که فوریت باید عرفی باشد که م ۱۱۳۱ صراحت دارد و زمانی موثر است که مهلت فوریت عرفی عمل شود. اگر آگاه به وجود عيب بوده و ازدواج کرده پس حق فسخ دیگر ندارد.

نکته) در طلاق فقط به اراده مرد صورت می‌گیرد فسخ مانند طلاق ایقاع است یعنی سبب فسخ می‌تواند به نفع مرد ایجاد شود و مرد فسخ کند یا می‌تواند برحسب مورد به نفع زن ایجاد شود و زن فسخ کند در هر حال یکطرفی است. ممکن است ازدواج‌هایی باشد که هم مرد و هم زن حق فسخ

دارند. (مثلا) یکی مجنون است و دیگری تدلیس کرده یکی به علت جنون و دیگری به علت تدلیس فسخ کند.

نکته) ما سه نوع طلاق داریم ولی سه فسخ نداریم. (طلاق سه مرتبه در ماجرای محلل)

نکته) ما ۹ طلاق داریم ولی ۹ فسخ نداریم.

وقتی سه طلاق بود، امکان ازدواج بعدی الزاما از طریق محلل است.

فسخ‌ها هر تعداد تکرار شود محتاج محلل نیست و حرمت ابدی نمی‌آورد.

طلاق مخصوص عقد دائم است در حالی که فسخ عام است و در عقد موقت و هم در عقد دائم وجود دارد.

نکته) طلاق مستلزم تشریفات خاصی است. مانند) صیغه طلاق - اشهاد عدلین ولی فسخ نیازی به تشریفات ندارد.

نکته) طلاق رجعی داریم ولی فسخ رجعی نداریم.

طلاق اگر قبل از فعل زناشویی باشد نصف مهرالمسمی به زن تعلق می‌گیرد ولی اگر فسخ قبل از فعل زناشویی باشد به زن مهر تعلق نمی‌گیرد مگر در مورد غین که نصف مهرالمسمی به زن تعلق می‌گیرد. اگر مهرالمسمی در کار نباشد، نصفی از مهر المسمی در کار نیست.

## جلسه دوازدهم

نکته) حکم دادگاه در مورد اعلام صحت فسخ، حکم اعلامی است.

موجبات فسخ: سه خیار کلی است: خیار عیب - خیار تخلف از شرط وصف - خیار تدلیس

خیار تخلف از شرط صفت را نباید با مطلق خیار تخلف از شرط یکی دانست یعنی من یک شرط ضمنی را در ازدواج با کسی شرط می‌کنیم یا به طور صریح یا به طور ضمنی که اگر بعدا این شرط را نداشت می‌توان نکاح را فسخ کرد و فقط باید صفتی شرط کنیم.

اگر ما گفتیم من با تو ازدواج می‌کنم به شرطی که تو به من مثلا عربی یاد بدهی این دیگر قابل فسخ نیست زیرا صفتی شرط نشده است این یک شرط مطلق است نه شرط ضمنی.

خیار عیب: عیب را باید بدانیم که هر عیبی را شامل نمی‌شود عیب مخصوص نکاح آن است که عیب‌های مخصوص و مشخص موردنظر قانون‌گذار است.

هم درباره زن و هم درباره مرد و یا مشترک بین هر دو (مواد ۱۱۲۲-۱۲۲۳ ق.م.) عیب‌های دیگر قابل فسخ نیست مگر اینکه در قالب تدلیس بتوان آن را فسخ کرد. مثلاً) یک نفر قبل از ازدوج عیبی داشته و آن را پوشانده است.

م ۱۱۲۲ ق.م:

۱. حضاء

۲. غین به شرط اینکه ولو یک بار عمل زناشویی را انجام نداده باشد.

۳. مقطوع بودن آلت تناسلی

### عیوب مردها

۱- حضاء: به اصطلاح کوچه بازاری یعنی اخته یعنی کسی که بیضه‌هایش از بین رفته و توان اسپرم سازی ندارد.

۲- غین: یعنی ناتوانی جنسی مرد به شرطی که نتواند فعل زناشویی را انجام دهد و با به اینکه اسپرم‌سازی می‌تواند بکند یا نه توجهی نمی‌کنیم.

کسی بیمار عنین است و ...

البته به شرطی که حتی یک بار هم نتوانسته باشد فعل زناشویی انجام دهد، البته زن نمی‌تواند از این راه فسخ کند ولی می‌تواند از طریق عسرو حرج طلاق بگیرد.

۳- مقطوع بودن آلت تناسلی: به اندازه‌ای که نتواند فعل زناشویی را انجام دهد.

م ۱۱۲۳ ق.م:

۱. قَرَن

۲. جذام

۳. بَرَص

۴. اِفضاء

۵. زمین‌گیری

۶. نابینایی از هر دو چشم

### عیوب زن‌ها:

۱- قَرْن: یعنی استخوانی در داخل اندام تناسلی زن که در جایی بدی قرار دارد که مانع انجام فعل زناشویی باشد.

۲- جذام: بیماری عفونی پوستی بدعلاج است که قبلاً قابل معالجه نبوده ولی امروزه قابل معالجه است.

۳- بَرَض: یک نوع بیماری پوستی است.

۴- اِفضاء: ساختمان اندام تناسلی زن به هم بخورد. (مثلاً) رحم متصل شده به انتهای روده بزرگ یا متصل شده به مثانه.

۵- زمین‌گیری: در فقه به آن افغاد گویند.

۶- نابینایی از هر دو چشم: یعنی اگر از یک چشم مورد نابینایی واقع شده باشد قابل فسخ نیست.

### عیب مشترک میان مرد و زن (م ۱۱۲۱ ق.م)

آن عیب مشترک بین مرد و زن جنون است.

معنی‌اش این است که هر کدام از زوجین می‌توانند داشته باشند، طرف دیگر حق فسخ دارد البته اعم از اینکه مستمر یا ادواری باشد فرقی نمی‌کند. (البته به شرط استقرار. منظور از به شرط استقرار یعنی اگر دائماً مجنون است همیشه مجنون باشد. (یا اگر گاهی مجنون می‌شود گاه گاهی مجنون شود) به طور کلی موردی و مقطعی نباشد.

ناراحتی‌ها و ناملایمت‌های شدید بعضی از مواقع (۱۰ دقیقه‌ای) به خاطر فشارات زندگی، جنون محسوب نمی‌شود.

نکته) تشخیص جنون با پزشکی قانونی است.

دادگاه در صورت استناد طرفین به یکی از عیوب مرد یا زن یا جنون دادگاه ملزم است آن را به پزشکی قانونی ارجاع دهد تا نظر وی را بگیرد.

نکته) فسخ‌ها فوریت عرفی دارند و اگر در فوریت عرفی انجام ندهد حق فسخ ساقط می‌شود. البته به دو شرط: ۱- بداند فوریت دارد. ۲- بداند که چنین حقی را دارد.

### م ۱۱۳۱ ق.م: به این مسئله شده است.

طبیعی است که اگر علم به اصل حق یا علم به فوریت دارد ولی فسخ نکند مستند به فسخ نخواهد بود و عملش مشمول قاعده اقدام است.

نکته) آیا اصل علم است یا جهل است؟

در مسایل موضوعی علی القاعده اصل بر جهل است مگر اینکه طرف مقابل اثبات کند که تو می‌دانستی یا اینکه اوضاع و احوال طوری باشد که جهل را نپذیریم.

مثلا) کسی لیسانس حقوق دارد و ۱۰ سال بعد استناد کرده به جنون، قَرَن و ... از او نمی‌پذیرند زیرا از لیسانس حقوق انتظار دانستتاین موضوعات بر می‌آید و اصل بر این است که او می‌داند.

«جهل به قانون قابل مسموع نیست» اگر در مواردی که استثناء خورده است.

«مَا مِنْ عَامٍ إِلَّا وَ قَدْ خَصَّ»: هیچ قاعده عامی نیست مگر آنکه تخصیص خورده باشد.

نکته) در مورد جنون و غین مرد اگر بعد از ازدواج به وجود آید موجب حق فسخ برای زن نیز هست. (م ۱۱۲۵ ق.م) یعنی لازم نیست که حتما قبل از نکاح باشند.

ولی برعکس آن یعنی اگر عیوب زن بعد از ازدواج به وجود آیند این مستند فسخ برای مرد نیست و باید قبل از ازدواج باشد. (م ۱۱۲۴ ق.م)

### م ۱۱۲۷ ق.م: هرگاه شوهر بعد از عقد...

یعنی نشوز برای زن حساب نمی‌شود و مانع حق نفقه نیست.

با آمدن بیماری‌های جدید و ... به نظر می‌رسد این عیوب باید اصلاح شود.

نکته) حال اگر بیماری بود و معالجه کرد طرف و از بین رفت آیا باز حق فسخ داریم؟

کاتوزیان گفته: «چون حق از بین رفته است و مرد حق فسخ ندارد.»

نظر دیگر: وقتی عقیبی در طرف دیگر هست این حق فسخ برای طرف دیگر است بقای حق را استصحاب می‌کنیم.

نظر کاتوزیان درست‌تر است.

خيار تدلیس: در باب تدلیس که هم در عقود و هم در نکاح وجود دارد.

تدلیس: از ماده دَلَس است به معنای تاریکی، یعنی ذهن یک طرف را به تاریکی انداختن. فی‌الواقع یعنی طرف دیگر را فریب دادن.

یعنی واقعیت را آنچه که هست در ذهن شما مجسم نمی‌شود و جور دیگر نشان می‌دهد.

این فریفتن به دو صورت است: ۱- رکن مادی ۲- رکن معنوی

۱) رکن مادی: شخص مُدَلِّس (فریب دهنده) عملیات مادی و فیزیکی انجام می‌دهد اعم از گفتار

و کردار و ...

این گفتار و کردار و ... مبتنی بر تظاهر است یعنی من یک ظاهری را می‌نمایانم و شما هم باور می‌کنید که ظاهر این است در صورتی واقعیت مثل آن ظاهر نیست.

این تظاهر به ۲ صورت است:

۱. یا صفت کمالی را تظاهر می‌کنم دارم در حالی که ندارم مانند: دکترا داشتن در حقوق....

۲. یا یک صفت نقصانی را که دارم فی‌الواقع می‌پوشانم. مانند: کسی عیبی دارد آن را می‌پوشاند.

در عقد دیگر مثلاً ماشین، سیلندرش ترک خورده آن را برای موقتی درست می‌کند تا بنوشد

ماشین را...

در هر حال یا آن مورد ولی انجام می‌دهد یا مورد دوم

هرگونه نقصان دیگری را بپوشاند را هم شامل می‌شود. مثلاً تظاهر به تمکین مالی هم تدلیس است.

مثلاً کسی که چیزی ندارد برود و وسایل خانه اجاره کند و بگوید همه مال من است. و یا تظاهر به

مجرد بودن (طرف می‌رود شناسنامه ای دیگری می‌گیرد و ...

## یکی از فرق‌های مهم خیار تدلیس و خیار عیب

اولاً) عیب‌ها به صورت نص در قانون آمده و حصری هست در حالی که مصداق‌های تدلیس نه در قانون آمده و نه حصری است.

هرچیزی است از باب تمثیل است. لذا عیب‌ها نوعی هست، تدلیس‌ها شخصی هستند یعنی هرکس را براساس سادگی ذهن او فریب دهم.

به طور کلی، عیب‌ها در نگاه همه بد هستند. (نوعی)

در مورد تدلیس، را بعضی‌ها بد می‌دانند و بعضی‌ها بد نمی‌دانند.

مثال) کسی بنا است، فلان خانم بد می‌داند ولی دیگری بد نمی‌داند.

نکته) معیار تدلیس عرف است یعنی چه چیزی صفت کمال یا چه چیزی صفت نقصان در عرف است.

۲) رکن معنوی: آنها را عالما و عامدا و به قصد فریب طرف انجام بدهد یعنی اگرچه می‌پوشاند از

روی علم و عمد می‌پوشاند و می‌خواهد طرف را فریب دهد.

نکته) باید در تدلیس رکن معنوی (قصد و عمد) باشد.

### مصداق‌های بارز در ازدواج: دادن گواهی تحصیلی جعلی ...

نکته مهم) طرف باید متوجه واقعیت نشده باشد تا بگوئیم تدلیس صورت گرفته است. مثلاً) بعضی از تدلیس‌ها صورت گرفته ولی فرد می‌داند که آن چیز را دارد یا ندارد که این تدلیس محسوب نمی‌شود.

مثلاً) مادرها شروع به تعریف کردن از دخترهایشان می‌کنند که فلان خواستگار را داشته یا آشپزی خوبی دارد... این را همه می‌دانند که یک جور تعریف توخالی است که این تدلیس نیست.

نکته) اگر من تدلیس کرده باشم و همه کار کرده باشم ولی طرف مقابل بداند که من دارم تدلیس می‌کنم این تدلیس نیست زیرا فریب صورت نگرفته است زیرا طرف می‌دانست است.

مهم) نتیجه، در تدلیس باید صورت گرفته باشد که مان فریفتن طرف مقابل است.



نکته) تدلیس در نکاح هم خیار فسخ ایجاد می‌کند و هم جنبه کیفری دارد ولی تدلیس در معامله جنبه کیفری ندارد. (م ۶۴۷ ق.م)

### **خیار تخلف از شرط صفت:**

ما در نکاح فقط خیار تخلف از شرط صفت را داریم و خیار تخلف از شروط دیگر را نداریم. این صفت می‌تواند صفت سالم بودن و ... جسمانی باشد یا صفت کمالی معنوی، اخلاقی باشد مانند عالم بودن - دانشمند بودن.

شرط صفت یا شرط صفت، تصریحی است (یعنی اظهار می‌شود) یا می‌تواند شرط صفت، بنایی باشد. آن صفتی است که ملفوظ طرفین نیست و به لفظ نمی‌آید و در صراحت کلمه گنجانده نشده ولی بنای طرفین بر این است یا بنای عرف بر این است و از باب بدیهی بودن شرط نمی‌شود. (مثلا) باکره بودن دختر (م ۱۱۲۸ ق.م)

مثلا) ایدز نداشتن شرط بنایی است: به عنوان خیار تخلف از شرط بنایی قابل فسخ است. نکته) در مورد هر خیار فسخی اعم از خیار عیب - خیار تدلیس - خیار تخلف از شرط صفت اگر طرف بدانند که این موضوع شرط وجود ندارد یعنی به واقعیت آگاه باشد خیار فسخ وجود ندارد (قاعده اقدام است).

نتیجه: سپس هر خیاری (سه خیار در نکاح) مبتنی بر ۱- جهل طرف و ۲- فریفتن وی است.