

ظرفیت‌های فقه و حقوق خانواده در همگرایی حقوقی جهان اسلام

جواد حبیبی تبار*

سیامک قیاسی**

[تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۴/۳۱؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۵/۳۰]

چکیده

خانواده با سابقه‌ترین اجتماعی است که منبع تغذیه اجتماعات بزرگ انسانی از جنبه‌های مختلف است. این نهاد حقوقی، پیچیده و چندساحتی است. نظام‌های حقوقی بزرگ دنیا، علی‌رغم تفاوت در بنیانشان، کوشیده‌اند اهمیت و اقتضائات خاص آن را در منظومه کشورهای متبوعشان در نظر بگیرند و به خانواده در قاموس قوانین خویش توجه کنند. در اسلام نیز حقوق خانواده بخش مهمی از احکام و اخلاق را تشکیل می‌دهد. بر این اساس، بازخوانی و بررسی ظرفیت‌های حقوق خانواده در اتحاد حقوقی جهان اسلام مسئله‌ای ضروری است. در این مقاله می‌کوشیم ضمن پرداختن به جایگاه حقوق خانواده در نظام حقوقی اسلام، نقش حقوق خانواده را به عنوان یکی از ظرفیت‌های موجود زمینه‌ساز اتحاد حقوقی جهان اسلام مطرح نظر قرار دهیم. بر این اساس، پس از تبیین مشترکات محل اجماع در فرآیند پژوهش به مصادیقی طبق فتاوای مشهور فریقین در این زمینه می‌پردازیم و امکان تقریب در غیرمشتراکات با دخالت دادن حقوق اسلامی و لزوم رعایت حق تحفظ را بررسی می‌کنیم. روش تحقیق در این پژوهش، تحلیلی توصیفی و مبتنی بر اطلاعات کتابخانه‌ای است.

کلیدواژه‌ها: حقوق خانواده، نظام حقوق اسلامی، حقوق تطبیقی، اتحاد حقوقی.

* استاد خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم و دانشیار گروه فقه و حقوق قضایی، جامعه المصطفی ﷺ (نویسنده

مسئول)، prof.javadhabibitabar@yahoo.com

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه عدالت و مربی پژوهشگاه بین‌المللی المصطفی ﷺ، sqiasi52@gmail.com

مقدمه

دانش حقوق شامل دو حوزه حقوق موضوعه (positive) و غیرموضوعه (non-positive) است. حقوق موضوعه مجموع قواعد لازم‌الاجرائی است که از طرف مراجع تقنینی وضع و تدوین شده است. به این حوزه حقوقی، حقوق مدون نیز اطلاق می‌شود؛ مانند حقوق اغلب کشورهای جهان که قوه مقننه آنها وضع کرده است. چنانکه حقوق به صورت عرف و عادت بوده و قوه مقننه دخالتی در ایجاد آن نداشته باشد، آن را حقوق عرفی و غیرمدون می‌گویند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۸۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: ۱۷۳۵).

حقوق از نظر دایره شمول و قلمرو نیز به حقوق داخلی (حقوق ملی) یا حقوق خارجی (حقوق بین‌المللی) و از نظر موضوع یا اشخاصی که در دایره شمول آن قرار می‌گیرند، به حقوق عمومی و حقوق خصوصی تقسیم می‌شود. همچنین اشخاص نیز به اشخاص موضوع حقوق عمومی و اشخاص موضوع حقوق خصوصی منقسم می‌شوند (ساکت، ۱۳۸۷: ۲۳۴؛ قاسم، ۱۹۶۵: ۱۱۰؛ القاسم، ۲۰۱۲: ۸۱).

حقوق خانواده مجموعه‌ای است از قوانین و مقررات حاکم بر اعضای خانواده که ضمانت آن نوعاً با نیروی عمومی است. حقوق خانواده در این پژوهش موضوعی چندساخته است که آموزه‌هایی با خاستگاه حقوق موضوعه و غیرموضوعه دارد. حقوق خانواده در اسلام نیز بخش مهمی از احکام و اخلاق را تشکیل می‌دهد. بر این اساس، بازخوانی و بررسی ظرفیت‌های حقوق خانواده در اتحاد حقوقی جهان اسلام مسئله‌ای ضروری است. در بازخوانی حقوق خانواده باید به حقوق موضوعه کشورها و خاستگاه این مقررات در منابع تقنین توجه کرد؛ چنانکه بایسته است در کشورهایی که بخش اصلی حقوقشان متأثر از مذهب است، به بایسته‌ها و آموزه‌های مذهبی در زمینه خانواده نیز توجه شود. با این نحوه پژوهش می‌توان این منابع را به هم تقریب کرد که در نتیجه در بازخوردی که در تقنین حاصل می‌شود، مقررات به هم نزدیک خواهد شد. بدیهی است چنین پژوهشی از یک سو آسیب‌ها و معضلات خاص خود را دارد و از سوی دیگر، بایسته‌های ویژه‌ای دارد که باید رعایت شود.

کشورهای اسلامی در تقنین قوانین و مقررات ناظر به حقوق خانواده و پای‌بندی آنها به شریعت اسلامی در قانون‌گذاری مرتبط با گستره حقوق خانواده، به چند دسته تقسیم می‌شوند:

الف) کشورهای متمایل به سکولاریسم قانونی

کشورهایی که در احوال شخصیه و قوانین مرتبط با گستره حقوق خانواده، به فقه و مذهبی خاص محدود نیستند؛ به تعبیری قوانین آنها فراققه است. کشورهای مثل تونس و مغرب بعضاً قوانین سکولار را در احوال شخصیه اتخاذ کرده‌اند^۱ (السباعی، ۲۰۰۱: ۱۵) چنانکه در کشور تونس در ماده ۱۸ قانون احوال شخصیه مصوب ۱۹۶۴، ازدواج دوم باطل دانسته شده و این عمل، جرم‌انگاری شده و دویست و چهل هزار فرانک و یک سال حبس به عنوان مجازات آن در نظر گرفته شده است (قانون الاحوال الشخصیه التونسی، مصوب ۱۹۶۴، ماده ۱۸؛ باجوری، ۱۹۸۶: ۲۷۲؛ وافی، ۱۹۶۰: ۴۸). این مجازات ناشی از قرائتی است که بعضی از علمای تونس مطرح، و ادعا کرده‌اند که آیه «وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُوراً رَحِيماً» (نساء: ۱۲۹) ناسخ گزاره قرآنی «وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَمَامِي فَانْكَحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعْوَلُوا» (نساء: ۳) است؛ چنانکه عالمان فقه و تفسیر امامیه و فرق اربعه اهل سنت و گزارش‌های تاریخی از صدر اسلام این ادعای نسخ را نمی‌پذیرند (نجفی، ۱۴۰۱: ۴۹/۵؛ عاملی، ۱۴۰۳: ۲۰۶؛ طباطبایی، ۱۴۱۷: ۱۶۶؛ الشوکانی، ۱۳۵۷: ۳۸۰؛ ابن‌قدامه المقدسی، ۱۴۰۳: ۴۴۸؛ قرطبی، ۱۴۰۵: ذیل آیه ۱۲۹ سوره نساء؛ الزحیلی، ۱۴۱۸: ۱۶۲).

ب) کشورهای متمایل به قانون‌گذاری مبتنی بر فقه

کشورهایی که منبع اول آنها گزاره‌های فقه بوده، اما اصرار بر فقه مذهب خاص ندارند. آنها مرزهای تقسیم مذاهب را نیز پشت سر گذاشته‌اند. به عبارت دیگر، در حالی که خود را به رعایت شریعت اسلامی مقید می‌دانند، از تقید به مذهب خاص خود را رهایی بخشیده‌اند؛ مصر، اندونزی و مالزی از این سنخ و دسته‌اند (أبوزهره، ۱۹۵۸: ۴ و ۲۴؛ السباعی، ۲۰۰۱: ۱۶). مصر از جمله کشورهای پیشرو در توسعه قضایی و تساهل با دیگر مذاهب بوده است. این کشور در ۱۹۱۵ قانون احوال شخصیه را بر اساس مذاهب اربعه تدوین کرد (أبوزهره، ۱۹۶۳: ۱۵ و ۱۶).

ج) کشورهای متمایل به تعدد قانون خانواده بر اساس تعدد مذاهب

کشورهایی که بر اساس توجه به مذاهب مختلف، تعدد قانون خانواده را مبتنی بر شریعت اسلامی و مذاهب متعدد برمی‌تابند. کشورهای نظیر ایران، لبنان، افغانستان و بحرین از این صنف‌اند (شلی، ۱۳۷۰: ۱۸). در برخی کشورها مثل لبنان حتی به تعدد قوانین اکتفا نشده، بلکه به تعداد مذاهب، دادگاه‌های متعدد تشکیل شده است؛ چنانکه بر اساس قانون مصوب ۱۹۴۲، هر طایفه‌ای در امور مربوط به احوال شخصیه تابع قوانین مربوط به خود گردید. محاکم بر دو قسم شیعه و سنی تقسیم شده و طایفه دروزی برای احوال شخصیه خود محکمه اختصاصی دارد (بدران، ۱۴۰۹: ۵؛ شلی، ۱۳۷۰: ۱۸). در ایران بر اساس ماده واحده مصوب ۱۳۱۲، ایرانیان غیرشیعه اجازه دارند در محاکم از قانون احوال شخصیه مذهب خود پیروی کنند. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز بر اساس اصل ۱۲، پیروان مذاهب حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدی در تعلیم و تربیت دینی و احوال شخصیه طبق فقه خودشان آزادند و دعوی آنها در دادگاه‌ها رسمیت دارد (قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اصل ۱۲).

د) کشورهای متمایل به وحدت قانون خانواده بر اساس مذهب خاص

برخی از کشورها به وضع و تدوین قوانین خانواده بر اساس فقه مذهب خاص اصرار و تمایل دارند؛ چنانکه کشور کویت بر «مذهب مالکی»، عربستان و قطر بر «مذهب حنبلی» در قانون‌گذاری تأکید دارند (قانون الاحوال الشخصية الكويتی، قانون رقم ۵۱ لسنة ۱۹۸۴ فی شأن الأحوال الشخصية). در این کشورها در زمینه قانون خانواده دیگر مذاهب اقدام چندانی صورت نگرفته است (محمد، ۲۰۰۱).

شایان توجه است که مقررات ناظر به خانواده مبتنی بر دانش حقوق نیست، بلکه مبتنی بر مذهب، اخلاق و عرف اجتماعی است. بر همین اساس، کلیه قانون‌گذاران و اندیشمندان در عرصه‌های داخلی و بین‌المللی نیز به دلیل توجهی که به حمایت از حقوق خانواده داشته‌اند، به انتظاراتی که خانواده به منظور انجام بهینه وظایف خویش از دولت و قانون‌گذاران دارد احترام گذاشته و با تنظیم قوانین، مصوبات و آیین‌نامه‌ها در فضای حقوق داخلی و تدوین میثاق‌نامه‌ها و پیمان‌ها در نظام حقوقی بین‌المللی،^۲ در جهت ایجاد زمینه مناسب و بسترسازی مساعد به منظور رشد و توسعه خانواده‌های

کارآمد کوشیده‌اند. بنابراین در این پژوهش پس از تبیین برخی مباحث مقدماتی حقوق خانواده (فقه الأُسره)، مشترکات اجماعی را بررسی می‌کنیم؛ چنانکه در ادامه فرآیند پژوهش به مشترکات طبق فتاوی مشهور فریقین می‌پردازیم و امکان تقریب در غیرمشترکات با دخالت‌دادن حقوق اسلامی و لزوم رعایت حق تحفظ را بررسی می‌کنیم.

۱. مفهوم‌شناسی، پیشینه و بایسته‌های موضوع

۱.۱. مفهوم وحدت و اتحاد

«اتحاد» در لغت از ریشه «وحد» به معنای یگانگی، یکتایی و یکی شدن است: «صیرورة الشیئین الموجودین شیئاً واحداً» (ابن منظور، ۱۹۹۷، ذیل واژه «وحدت» و «اتحاد»). «وحدت» نیز در لغت به معنای اتفاق آرا و هماهنگی رأی‌ها است (دهخدا، ۱۳۷۳، ذیل واژه «وحدت»). «وحدت» در اصطلاح نیز به معنای یکی‌بودن است که از آن به واحد تعبیر می‌کنند، ولی «اتحاد» در اصطلاح آن است که دو چیز با وجوه متفاوت، جنبه‌های مشترک خود را تقویت، و از این حیث خود را هر چه بیشتر به یکدیگر نزدیک کنند، که از آن به «اتحاد» تعبیر می‌کنند، مانند اتحاد دو یا چند مذهب فقهی یا کلامی. به تعبیر دقیق علمی، اتحاد یعنی تقویت «مابه‌الاشتراک» در عین حفظ «مابه‌الامتياز» (فاضل مقداد، ۱۳۶۵: ۲۱). با این توضیح به نظر می‌رسد چنانچه منظور از اتحاد بین امت اسلامی این باشد که در کل جهان اسلام یک قانون بدون وجود حق تحفظ اجرایی شود، این هدف دور از دسترس است. البته می‌توان مجموعه‌ای از مقررات را با وجود حق تحفظ تعریف کرد که شامل مشترکات احکام در بین امت اسلامی نیز هست.

۱.۲. نظام حقوق خانواده

«نظام حقوق خانواده» (family law system) که عبارت است از مجموعه قوانین و مقررات منسجم، هماهنگ و مرتبط که بر اساس مبانی ویژه در جهت اهداف خاص تنظیم شده، خود نوعی نظام حقوقی میانی است. به این معنا که اصطلاح «نظام حقوق خانواده»، اصطلاحی نسبی به شکل مضاف است. توضیح آنکه نظام حقوقی، مجموع نهادها، سازمان‌ها و قواعدی است که بر اساس مبانی خاص به صورت منظومه‌ای هماهنگ و

منسجم به وجود می‌آیند؛ چنانکه سازمان حقوقی نکاح، ارث و نفقه عناصر تشکیل‌دهنده «سازمان حقوقی خانواده» است (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۳۶ و ۳۷؛ حکمت‌نیا، ۱۳۸۸: ۳۰).

حقوق خانواده مجموعه‌ای کوچک از مجموعه بزرگ نظام حقوقی حاکم بر کشور است. وقتی از نظام حقوق خانواده سخن گفته می‌شود باید توجه داشت که صرفاً «عقد» مد نظر نیست. نظام حقوق خانواده مشتمل بر عقد و سلسله‌ای از ایقاعات، مانند فسخ، طلاق رجعی، طلاق خلع، طلاق مبارات، رجوع در عده، رجوع به مابذل در طول مدت عده مطلقه رجعیه،ظهار، لعان، ایلاء و مانند اینها است. پس علاوه بر عقد و مجموعه‌ای از ایقاعات، مجموعه‌ای از وقایع حقوقی و منابع حق به حکم مقنن که منشأ فعل ندارد، همه در ساحت حقوق خانواده مطرح است. بر این اساس، مفهوم «حقوق خانواده» آینه‌ای از نظامی حقوقی است.

۱.۳. جایگاه مباحث حقوق خانواده در فقه

تقسیم مباحث فقهی و دسته‌بندی آن به چند نحوه انجام گرفته است. در فقه عامه معمولاً مباحث فقه را به دو گروه عبادات و معاملات تقسیم می‌کنند (غزالی، ۱۳۵۱: ۳؛ فیض کاشانی، ۱۳۸۳: ۴). در فقه امامیه، قدیم‌ترین تقسیم در مراسم سلار بن عبدالعزیز دیلمی (متوفای ۴۴۸ ه.ق.)، مهذب قاضی عبدالعزیز بن براج (متوفای ۴۸۱ ه.ق.) و کافی ابوالصلاح حلبی (از میانه قرن پنجم) دیده می‌شود (سلار، ۱۴۱۰: ۲۸). محقق حلی کتاب شرائع خود را بر چهار بخش پایه‌گذاری کرده است که شامل عبادات، عقود، ایقاعات و احکام است (حلی، ۱۳۷۰: ۱۳۵-۱۶۳). البته فقهای پس از او این روش را پذیرفتند و پیروی کردند (حلی، بی‌تا: ۱۵۸ و ۱۲۳؛ نائینی، ۱۴۱۸: ۳۳). بر این اساس، مباحث فقهی به دو حوزه اصلی، یعنی فقه عبادات و معاملات بالمعنی اعم تقسیم می‌شود؛ چنانکه فقه بالمعنی اعم نیز شامل جزئیات و غیرجزئیات و در بخش غیرجزئیاتی، شامل فقه سیاسی، فقه مدنی و فقه قضایی می‌شود. گرچه مبحث حقوق خانواده در فقه، قاعدتاً در کتاب النکاح والطلاق، کتاب الایلاء والظهار و کتاب اللعان بررسی می‌شود، گاهی در حوزه مطالعه برای شرایط مهم عمومی، باید به دیگر ابواب از معاملات نیز مراجعه کرد؛ چنانکه در فقه مدنی باید دنبال آن بخشی از معاملات فقهی باشیم که با حقوق زوجین و اولاد مرتبط است. البته نباید از نظر دور داشت که بعضی از احکام ناظر به نکاح و

حقوق خانواده در مقام تبیین نظریه العقود، ذیل عنوان «بیع»، «صلح»، «اجاره» و دیگر عناوین آمده است.

۱. ۴. مفهوم خانواده^۳

«خانواده» در لغت به معنای دودمان، تبار و نیز به مفهوم همسر و خویشان مرد آمده است (دهخدا، ۱۳۷۳: ۹۴۳۸، ذیل واژه «خانواده»). در اصطلاح نیز در دو مفهوم عام و خاص به کار رفته است. در مفهوم عام و گسترده، خانواده شامل خویشاوندانی می‌شود که حسب مقررات مربوط، از همدیگر ارث می‌برند؛ اما در معنای خاص و محدود، خانواده به عده‌ای که از ارتباط بین زن و مرد نشئت می‌گیرند و شامل زن و شوهر و فرزندان آنها می‌شود و به طور معمول با هم زندگی می‌کنند، گفته می‌شود. بر این اساس، خانواده به سه نوع کوچک، متوسط و بزرگ تقسیم می‌شود (الزحیلی، ۱۴۲۰: ۲۰)؛ چنانکه در قوانین ایران خانواده در دو مفهوم عام و خاص استعمال شده است (ماده ۹۹۷ و ۹۹۸ قانون مدنی و ۱۱۰۵ ق.م.). البته از منظر جامعه‌شناسی، خانواده تعریف و اقسام خاصی دارد که فرصت تبیین آن در این مقاله نیست.

۱. ۵. مفهوم نکاح (ازدواج)

تعریف لغوی و اصطلاحی «نکاح» (فقهی)

از نظر لغوی، «نکاح» از مصدر ثلاثی و از ریشه «نَكَحَ، يَنْكَحُ» (ابن فارس، بی‌تا: ۴۷۵) و به معنای گوناگون به کار رفته است؛ از جمله تقابل و التقاء (فیومی مفری، ۱۴۰۵: ۶۲۴/۲). در زبان عرب هر گاه دو کوه مقابل یکدیگر قرار گرفته باشند گفته می‌شود: «تَنَاحَ الْجَبَلَانِ»، یعنی دو کوه در مقابل هم واقع شده‌اند. الالتقاء و ملاقات کردن (زبیدی، ۱۴۱۱: ۲۴۰/۴)، با این معنا «تَنَاحَتِ الْجِبَالِ» یعنی کوه‌ها به هم رسیدند. سلطه و غلبه (طریحی، ۱۴۱۶: ۴۲۱/۲)، وصول و اختلاط، انضمام (مروج، ۱۳۷۹: ۵۴۴)، وطی (جوهری، ۱۹۹۰: ۴۱۳)، عقد، آمیزش^۴ و جمع کردن نیز از معانی نکاح است.

ابن منظور در *لسان العرب* آورده است: «أصل النکاح فی کلام العرب الوطء، و قیل للتزوُّج نکاح لأنّه سبب للوطء المباح» (ابن منظور، ۱۹۹۷: ۶۲۶)؛ «در اصل نکاح در کلام عرب وطی است، و برای تزویج نکاح گفته شده است؛ زیرا نکاح سبب برای مباح شدن

نویسنده کتاب *الفقه الاسلامی و ادلته* معتقد است نکاح نزد اصولیان و زبان‌شناسان حقیقت در وطی و مجاز در عقد است. پس اگر بدون قرینه در کتاب و سنت استعمال شود، انصراف به وطی دارد. چنانکه به حکم آیه «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ» (نساء: ۲۲) زنی که پدر با او زنا کرده باشد بر فرزند حرام می‌شود و حرام‌بودن چنین زنی بر فروع به نص قرآن کریم ثابت است؛ اما حرمت زنی که برای پدر عقد شده باشد به اجماع ثابت می‌شود. بر این اساس، نکاح در این گزاره قرآنی بر وطی دلالت دارد. اما نکاح نزد فقیهان، از جمله غالب پیشوایان مذاهب چهارگانه، حقیقت در عقد و مجاز در وطی است (ابن‌نجیم، ۲۰۰۲: ۸۲)؛ چراکه دلالت این لفظ بر عقد در قرآن و اخبار مشهور است و زمخشری از عالمان حنفیه می‌گوید لفظ «نکاح» در قرآن کریم جز در عبارت «حتی تنکح زوجا غیره» به معنای وطی نیامده است (زحیلی، ۲۰۰۶: ۶۵۱۴). البته برخی معتقدند فقیهان سه انگاره مختلف در این زمینه دارند. برخی آن را حقیقت در عقد، و مجاز در وطی دانسته و برخی در مقابل آن را حقیقت در وطی، و مجاز در عقد می‌دانند؛ چنانکه دیگرانی اعتقاد به اشتراک لفظی واژه «النکاح» در معانی عقد و وطی دارند (الجزیری، ۲۰۰۶: ۷؛ فخری، ۲۰۰۹: ۱۷). اصطلاحات «ازدواج» و «زناشویی» تقریباً مرادف «نکاح» است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: ۷۲۱).

تعریف «نکاح» در قانون

تعریف واحدی از «نکاح» در قوانین احوال شخصیه کشورهای اسلامی مطرح نشده است. قانون برخی از کشورهای اسلامی، از جمله ماده یک قانون احوال شخصیه سوریه مصوب ۱۹۵۳ و ماده سه قانون احوال شخصیه عراق مصوب ۱۹۵۹ و ماده دو احوال شخصیه اردن مصوب ۱۹۷۶، در تعریف «نکاح» می‌گویند ازدواج عقدی است بین زن و مرد که زن را شرعاً بر مرد حلال می‌کند و هدف آن ایجاد ارتباط برای زندگی مشترک و تولید نسل است.^۶ در حالی که قانون احوال شخصیه مغرب «عقد ازدواج» را میثاق و رابطه‌ای شرعی بین زوجین تعریف کرده، و در فصل اول خود مقرر می‌کند: «ازدواج میثاق و رابطه شرعی است بین زن و مرد که هدف آن عفت و پاکدامنی با گسترش ایجاد و تشکیل خانواده ...».^۷

به نظر می‌رسد هیچ کدام از این تعاریف جامع و مانع نیست. اگرچه تعریف قانون احوال شخصیه مغرب، نزدیک و شبیه به معنای شرعی عقد ازدواج است.^۸

۲. امکان تقریب در حوزه تقنین

۲.۱. در مشترکات محل اتفاق

۲.۱.۱. تشویق به تشکیل خانواده

یکی از مسائل مهم در حوزه حقوق خانواده، تشویق به تشکیل خانواده است. بر این اساس، مقررات در کشورهای اسلامی باید به سمت و سوی تشکیل نهاد خانواده جهت‌دهی شود^۹ (کاشانی، ۱۳۷۷: ۳۲۸؛ الرملی، بی‌تا: ۱۷۸؛ السباعی، ۲۰۰۱: ۴۵) تا با افزایش سن ازدواج که خود توالی فاسد فراوانی دارد، مبارزه شود.

بنابراین یکی از مشترکاتی که در همه جوامع اسلامی محل اتفاق و اتحاد نظر است با نفی همجنس‌گرایی و نفی روابط جنسی آزاد، تأکید بر استحباب اصل نکاح بین زن و مرد است. این مسئله از گزاره‌های قرآنی و سنت متشرعه به دست می‌آید؛^{۱۰} چنانکه درباره آن ادعای ضرورت اسلامی و اجماع امت شده است (کاشانی، ۱۳۷۷: ۳۲۸؛ الرملی، بی‌تا: ۱۷۸؛ السباعی، ۲۰۰۱: ۴۵). این نگرش می‌تواند مبنای بخش مهمی از مقررات در حوزه تقنین باشد. تسهیل و تشویق به ازدواج، مانع تراشی نکردن در زمینه آن و کراهت عزوبت که محل اتفاق در بین امت اسلامی است و اختلافی نیست،^{۱۱} هم‌راستا و همسو هستند.

۲.۱.۲. تعدد زوجات

از بین نظام‌های ازدواج چندشوهری، تک‌همسری، مختلط، چندزنی، همجنس‌گرایی و مانند آن، اسلام به نظام چندزنی رسمیت داده است. بر این اساس، جواز تعدد زوجات دومین مسئله اجماعی در حوزه حقوق خانواده است. در اسلام تعدد زوجات به دلایل اجتهادی و سیره قطعی مسلمانان در طول تاریخ و نوعاً در همه کشورهای اسلامی پذیرفته شده است (نجفی، ۱۴۰۱: ۲؛ کرکی، ۱۴۰۸: ۳۷۳؛ زحیلی، ۱۴۱۸: ۷ و ۳۵)، اگرچه در برخی از کشورها ازدواج مجدد را به کسب مجوز از دادگاه منوط کرده‌اند (السباعی، ۲۰۰۱: ۱۶۵).^{۱۲} البته چنانکه گفته شد، در تونس ازدواج دوم باطل دانسته شده و این عمل

ظرفیت‌های فقه و حقوق خانواده در همگرایی حقوقی جهان اسلام / ۱۹

جرم‌انگاری شده است (ماده ۱۸ قانون احوال الشخصية التونسي، مصوب ۱۹۶۴؛ باجوری، ۱۹۸۶: ۲۷۲؛ وافی، ۱۹۶۰: ۴۸؛ www.barasy.com).

در ایران گرچه در قانون جدید حمایت خانواده به جواز تجدید فراش تصریح نشده، راه آن نیز قانوناً مسدود نشده است (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۱۱۲). مقنن در کشور مصر ماده ۱۹ قانون مدنی، عراق ماده ۱۳ قانون احوال شخصیه، لبنان ماده ۱۴ قانون احوال شخصیه، اردن ماده ۲۸ قانون احوال شخصیه، سوریه ماده ۳۷ قانون احوال شخصیه، عمان ماده ۳۵ قانون احوال شخصیه، مغرب ماده ۲۹ قانون احوال شخصیه تصریح کرده که هر مرد می‌تواند تا چهار زن اختیار کند؛ اما اجازه چنین تصریحی در حوزه تقنین در ایران داده نشده است. بنابراین وضعیت کشور تونس استثنا است.

۲. ۱. ۳. شرطیت انشاء لفظی در عقد نکاح

امروزه در جوامع مختلف با پدیده‌های ازدواج رفاقتی (marriage friendship)، ازدواج سفید (white marriage) و مانند آن مواجه هستند. مسلمانان این پدیده‌ها را به رسمیت نمی‌شناسند. لذا از دیگر مسائل مربوط به حقوق خانواده، شرطیت انشای لفظی در نکاح است که فی‌الجمله محل وفاق است؛ چنانکه نظریه صحت نکاح معاطاتی در فقه جایگاهی ندارد و هیچ فقیه صاحب نامی از مذاهب فقهی قائل به صحت نکاح معاطاتی نیست (الزحیلی، ۱۴۱۸: ۶۵۲۵؛ ابن‌عابدین، ۱۴۰۶: ۳۷۲). تمام فقهایی که متعرض بحث نکاح شده‌اند نیز بر لزوم لفظی بودن ایجاب و قبول تأکید کرده‌اند،^{۱۳} کما اینکه انصاری در کتاب النکاح می‌گوید:

أجمع علماء الاسلام - كما صرح به غير واحد - على اعتبار أصل الصيغة في عقد النكاح، و أنّ الفروج لا تباح بالاباحة و لا بالمعاطاة؛ همه دانشیان فقه بر بایستگی لفظ در عقد نکاح تأکید می‌کنند. ایشان معتقدند فروج و نوامیس با اباحه و معاطات، مباح نمی‌شوند (انصاری، ۱۴۱۵: ۷۸).

۲. ۱. ۴. تحقق نشر حرمت به وسیله رضاع

در اسلام حوزه شمول خانواده از قرابت نسبی فراتر رفته و شامل قرابت رضاعی نیز هست. در همین خصوص، اصل تحقق نشر حرمت به وسیله رضاع، اجماعی است. کما

اینکه یکی از دانشیان معاصر در این زمینه تأکید می‌کند که اصل تحقق نشر حرمت به وسیله رضاع موضوعی اجماعی، بلکه از ضروریات دین است و در این زمینه در بین مسلمانان اختلافی نیست: «للاجماع بل هو من ضروریات الدین و لا خلاف فیہ فی الجملة بین المسلمین» (الزحیلی، ۱۴۱۸: ۹/۶۶۳۳؛ الجزیری، ۱۴۰۶: ۶۳).^{۱۴} بر این اساس، اصل نشر حرمت به وسیله رضاع از مصادیقی است که می‌تواند ماده‌ای قانونی بین امت اسلامی در حوزه حقوق خانواده باشد.

۲. ۱. ۵. حرمت ازدواج با مولوده ناشی از زنا

یکی از مباحث مهم در حوزه حقوق خانواده، مبحث موانع نکاح است که در تمام مصادیق آن انگاره‌های یکسانی در مذاهب اسلامی مطرح نیست، ولی حرمت ازدواج شخص با مولوده خودش ناشی از زنا از مسائلی است که بین امت اسلامی محل اتفاق است. دانشیان فقه امامی و اهل سنت به جز شافعی همین نظر را دارند. البته خروج شافعی از این نظریه نیز انکار شده است. زمخشری اشعاری در رد نظر شافعی نیز سروده است. بر این اساس، به نظر می‌رسد این مسئله محل اتفاق است (طوسی، ۱۴۰۷، کتاب النکاح).

۲. ۱. ۶. بطلان عقد مجنون

نقش قصد و اراده در تحقق عقد ازدواج انکارناپذیر است. مسئله «بطلان عقدی که مجنون منعقد کرده» نیز از جمله مشترکات فقه و حقوق خانواده در اسلام است. البته در این خصوص نیز در مذهب شافعی با پذیرش نسبیّت در جنون، اختلاف دیدگاه وجود دارد. توضیح آنکه، دیگر مذاهب فقهی نسبیّت در جنون را نمی‌پذیرند و معتقدند جنون و عقل دایر مدار ملکه و عدم ملکه است. پس یا شخص به حد ادراک رسیده یا نرسیده است. بر این اساس، این مسئله که مثل صغیر ممیز گفته شود مجنون ممیز هم داریم، نادرست است. بازگشت این مسئله نیز به مفهوم اصلی جنون است و الا این موضوع که اگر شخص را مجنون دانستیم، عقدش باطل است، از مشترکات فقهی امت اسلامی و فقه و حقوق خانواده اسلامی است (همان).

۲. ۱. ۷. اجرای صیغه نکاح به وسیله صغیر ممیز به عنوان وکیل

از دیگر مسائل مشترک در فقه و حقوق خانواده اسلامی این موضوع است که: «اگر صغیر ممیز وکالتاً از دیگری، اجرای صیغه نکاح کند صحیح است». در آموزه‌های روایی نیز بر این نکته تأکید شده است که: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ، قَالَ: «تَزْوَجَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أُمَّ سَلَمَةَ، زَوْجَهُ إِيَّاهُ عُمَرُ بْنُ أَبِي سَلَمَةَ وَهُوَ صَغِيرٌ لَمْ يَبْلُغِ الْحُلُمَ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۹۱). این روایت از طریق شیعه و سنی گزارش شده است. بعضی ادعا کرده‌اند که با توجه به ادبیات و فضای حدیث، ممکن است موضوع حدیث از اختصاصات النبی (ص) باشد. البته نحوه انشای صیغه به تعداد و تعدد زوجات بر نمی‌گردد. لذا موضوع این حدیث از اختصاصات نیست و بیان‌کننده قاعده‌ای عمومی است؛ چنانکه اصحاب امامیه اختصاصات النبی (ص) را تا حدود هفتاد موضوع احصا کرده‌اند و این حدیث از مصادیق آنها نیست.

۲. ۱. ۸. غیرخیاری بودن عقد نکاح

موضوع دیگری که می‌توان آن را از مشترکات فقه و حقوق خانواده اسلامی دانست، لازم و غیرخیاری بودن عقد نکاح است. توضیح آنکه عقد از منظر دوام، یا لازم است یا جایز؛ چنانکه در قراردادهای لازم نیز یا امکان جعل خیار شرط در قرارداد به دست احد متعاملین یا هر دو برای خویشتن یا ثالث وجود دارد یا وجود ندارد. با این توضیح شایان توجه است که بنا بر اندیشه متفق علیه در فقه اسلامی، جعل خیار در خصوص اصل نکاح پذیرفته نیست. شیخ طوسی در این زمینه می‌گوید: «جعل چنین شرطی مبطل خود نکاح هم هست» (طوسی، ۱۴۰۷: ۵۹)؛ چنانکه عالمان فقه اهل سنت نیز بر همین انگاره تأکید می‌کنند و معتقدند خیار در اصل نکاح، عقد را ممکن است فاسد کند. البته برخی دیگر می‌گویند خود شرط فاسد است و عقد را فاسد نمی‌کند. در همین خصوص، ابن‌قدامة، فقه‌پژوه حنبلی مسلک، در المغنی معتقد است عقد ازدواج لازم است و امکان جعل خیار در آن از هر نوعی وجود ندارد. این مسئله اجماعی است و در آن اختلافی نیست: «و لا یثبت فی النکاح خیارٌ سِوَا فِی ذَلِکَ خِیَارِ الْمَجْلِسِ وَ خِیَارِ الشَّرْطِ وَ لَا نَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَ هَذَا» (ابن‌قدامة مقدسی، ۱۴۰۳: ۵۶۰).

۲. ۱. ۹. نشر حرمت به وسیله مصاهره

قرابت سببی که آن را قرابت مصاهره نیز می‌گویند، نوعی از خویشاوندی است که در اثر نکاح بین هر یک از زوجین با خویشاوندان دیگری ایجاد می‌شود و مستلزم حرمت ازدواج است. موجبات آن عبارت‌اند از: عقد، آمیزش، لمس، نگاه زن و مرد به آلت تناسلی دیگری (الجزیری، ۱۴۰۶: ۹۴). بنا بر آموزه‌های اسلامی، مصاهره چهار صنف از بانوان را بر انسان حرام می‌کند: ۱. امهات النساء، هر که بر او صدق مادرزن شود؛ ۲. الربائب من النساء المدخول بها؛^{۱۵} ۳. حلائل ابناء؛^{۱۶} ۴. زوجات الآباء.^{۱۷} حرمت این چهار دسته از زنان به سبب مصاهره هم از لحاظ نص قرآنی و هم از لحاظ نصوص روایی، متفق علیه بین امت اسلامی است؛ چنانکه برخی از فقه‌پژوهان فقه مقارن نیز در این زمینه ادعای اجماع کرده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷، کتاب النکاح، مسئله ۷۶).

۲. ۲. مشترکات بر مبنای شهرت فتوایی بین فریقین

چنانکه گفته شد، مشترکات بر مبنای شهرت فتوایی بین فریقین از جمله موضوعاتی است که بین فریقین درباره آن اتفاق نظری نیست؛ اما منطبق با قول مشهور بین فریقین است. اینکه مشهور عامه با مشهور امامیه در موضوعی یک نظر دارند، در حوزه تقنین درخور ملاحظه است. در فقه و حقوق خانواده، اینکه «کنترل موالید چه موقعیتی دارد؟ تقاضای فرزند بیشتر چه حکمی دارد؟ و آیا موافقت زوجین را لازم دارد یا خیر؟» مترتب بر مسئله‌ای فقهی است. مسئله با عنوان «عزل از حره منکوحه» چه حکمی دارد؟ مشهور فقیهان امامیه و عامه به انگاره کراهت عزل معتقدند. البته انگاره حرمت، هم در بین عالمان شیعه و هم سنی طرفدارانی دارد، ولی فتوایی غیرمشهور است.

با این توضیح قابل توجه است که حوزه تقنین غیر از حوزه افتا است. در مقام تقنین لازم نیست از فتوای خاصی پیروی کنیم. در حوزه تقنین کافی است قانون خلاف شریعت نباشد و وقتی خلاف شریعت نیست که در شریعت، فتوای معتبر موافقی داشته باشد. اگر در شریعت فتوای معتبری وجود داشته باشد و قانون‌گذار از آن تبعیت کند، قانون را نمی‌توانیم خلاف شرع تلقی کنیم. چنانکه در قانون مدنی جاری در نظام حقوقی ایران، برخی از مواد قانون مدنی با فتوای مشهور منطبق است و برخی منطبق نیست، ولی فتوای موافق دارد. به هر روی، وقتی فتوای موافق در مسئله هست، دیگر

عنوان خلاف شرع پیدا نمی‌کند، چه رسد به اینکه مبنای تقنین فتوای مشهور باشد. با توجه به این نکته، اگر به پشتوانه انگاره مشهور فریقین بخواهیم در حوزه تقنین قدم برداریم، دور از انتظار نیست. بنابراین وقتی مشهور فریقین بر انگاره‌ای تأکید می‌کنند، می‌شود آن را جزء مشترکات مباحث فقه فریقین تلقی، و بر مبنای آن قانون‌گذاری کرد.

۲.۳. امکان تقریب در حوزه تقنین در غیرمشترکات

در بعضی مصادیق، علی‌رغم اینکه اختلاف فتاوا جدی است، امکان دستیابی به قوانین و مقرره‌های مشترک وجود دارد؛ از جمله:

۲.۳.۱. حضور شهود در نکاح

عموم عالمان اهل سنت شهادت را فقط در نکاح لازم دانسته‌اند و در طلاق آن را لازم نمی‌دانند. این انگاره با رویکرد فقه و فقیهان شیعی تفاوت دارد. توضیح آنکه در بین فقیهان اهل سنت در زمینه اشهاد در نکاح اختلاف وجود دارد؛ مثلاً شافعی معتقد است: «لا یصح النکاح الا بشاهدین عدلین ذکرین»، اما ابوحنیفه تأکید می‌کند که: «من شرطه الشهادة و لیس من شرطها العدالة و لا الذکورة» (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۶۳)؛ چنانکه مالک نیز تأکید می‌کند:

آنچه نکاح را باطل می‌کند، توأسی به کتمان است حتی اگر شاهد بگیرند؛ یعنی اگر مرد و زن که قصد ازدواج دارند به همراه دو نفر شاهد، هر چهار نفر با هم تبانی کنند که آن نکاح پوشیده بماند، این نکاح باطل است. اما اگر تصمیم زن و مرد به کتمان‌نکردن باشد، ولو اینکه شاهد نباشد، نکاح صحیح است (همان، مسئله ۱۳).

در این میان، چون امامیه منکر اصل استحباب در اشهاد نیستند، ولی آن را در صحیح‌بودن یا نبودن عقد دخیل نمی‌دانند، با بهره‌بری از ظرفیت‌های فقه و حقوق حکومتی که بر صلاحیت حاکم جامعه اسلامی در وضع مقرراتی برای نظام‌بخشی به امور تأکید می‌کند، می‌توان در این زمینه به مقرره‌های مشترکی دست یافت؛ چنانکه با بهره‌بری از همین ظرفیت در نظام حقوقی ایران، ثبت‌نکردن واقعه نکاح جرم‌انگاری

شده است.^{۱۸} بر این اساس، این ظرفیت وجود دارد که مقرر شود بایسته است در همه جوامع اسلامی واقعه نکاح در دفترخانه‌های رسمی یا دادگاه خانواده واقع شود؛ چنانکه در مقررات ثبت نیز حضور شاهد را شرط می‌شود. به بیانی، حضور شاهد لازمه ثبت تلقی می‌شود. بدین ترتیب در این زمینه، یک قانون متحد در بین کشورهای اسلامی قابل طراحی است و با مشارب فقهی گوناگون هم سازگار است.

۲.۳.۲. قلمرو اولیای عقد

از جمله مسائلی که فقیهان سنی مسلک درباره آن اختلاف دارند قلمرو مفهوم اولیای عقد است؛ چنانکه مالک معتقد است: «منظور از اولیای عقد ابتدا آبا است، سپس به ترتیب اخوه، عمومه، مولا و سلطان هستند» (حلی، ۱۴۱۲: ۸۷). در مقابل، دیگرانی تأکید می‌کنند که اول پدر، دوم پسر زن، سوم پسر پسر زن، چهارم برادر والدینی یا ابی زن، پنجم اعمام، سپس مولا، سپس سلطان (طوسی، ۱۴۰۷، کتاب النکاح، مسئله ۱۴). بر این اساس، بین دو انگاره پیش‌گفته از نظر صدق اولیا اختلاف است. از طرفی فقیهان امامی معتقدند «لا ولایة لغير الاب والجد و ان علا للعقد».^{۱۹} البته ابن‌ابی‌عقیل در اثبات ولایت در غیر از خود پدر برای اجداد هم خدشه کرده است (نجفی، ۱۴۰۱: ۹۵ و ۱۷۰/۲۹؛ ابن‌قدامة مقدسی، ۱۴۰۳: ۴۵۱؛ جزیری، ۱۴۰۶: ۸۵). بر این اساس، بنا بر نظریه امامیه، جد و جد پدری و ان علا ولایت دارند و از نظر عامه، اولیای عقد شامل عمو، اخوه، پسر زن و دیگران می‌شوند. با وجود این، ممکن است در حوزه اجرا و عمل نوعی تقریب ایجاد کرد. توضیح آنکه با همان بیان و فرآیندی که در بحث لزوم ثبت مطرح شد، بر بایستگی حضور پدر، جد پدری، برادر یا یکی از اقارب زن به نحو ترتب حین اجرا و ثبت عقد نکاح، در قالب شرط تأکید می‌شود. بنابراین جعل قانون واحد با استفاده از ظرفیت‌های حقوق اسلامی مبتنی بر مصالح جامعه اسلامی، امکان‌پذیر است.

۲.۳.۳. حدود ولایت پدر و جد پدری بر باکره رشیده

حدود ولایت پدر و جد پدری بر باکره رشیده نیز از جمله مسائلی است که امکان دستیابی به قوانین و مقرره‌های مشترک در زمینه آن وجود دارد. فقیهان سنی مسلک در

این مسئله اختلاف نظر دارند. مالک، ابن‌ابی‌لیلی، شافعی و اسحاق معتقدند: «له اجبارها علی النکاح و تزویجها بغیر اذنها کالصغیره»، که از این قول نظر به استبداد ولی تعبیر می‌شود (ابن‌قدمه مقدسی، ۱۴۰۳: ۵۱۶). ابوحنیفه، ثوری، اوزاعی و بعضی دیگر تأکید می‌کنند که: «لابد من اعتبار رضاها و وافقهم مالک فی البکر علی احد القولین عنهم» (ابن‌رشد اندلسی، ۱۴۱۶: ۵). بعضی می‌گویند اینجا بحث اشتراک در ولایت است؛ یعنی باید علاوه بر نظر موافق پدر یا جد پدری، نظر خود دختر هم موافق باشد و اگر یکی از این دو نباشد کافی نیست.

انگاره تشریک در میان معاصران از فقهای امامیه هم قول مشهور است. گرچه در بین قدما فقهی مثل شیخ طوسی از حیث امکان اجبار دختر از جانب ولی در ازدواج موافق عامه است، در بین معاصران از فقهای امامیه قول تشریک در ولایت، قولی پذیرفته‌شده و مشهور است. مبانی این انگاره هم گزاره‌های روایی، از جمله برخی روایات نبوی است که برای فریقین برهان تلقی می‌شود، نه اینکه دلیل اسکاتی یا اقتضاعی باشد. پیامبر (ص) فرموده‌اند: «أَلَا تُنْكَحُ الْأَیْمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ وَ لَا تُنْكَحُ الْبِکْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ» (نسائی، ۱۴۱۱، رقم ۳۲۷۶). بر این اساس، با این توضیح می‌توان لزوم تحصیل اذن پدر و نیز اذن دختر باکره را در حوزه تقنین گنجانند.

۲.۳.۴. مفهوم تمکین خاص

تمکین خاص مفهومی است که امکان رسیدن به مقرره‌های حقوقی مشترک در زمینه آن وجود دارد. توضیح آنکه برخی از فقیهان امامی مسلک، از جمله شیخ طوسی در مبسوط، معتقدند: «تمکین آن است که زن خود را کاملاً تمکین کند». آنگاه در قالب مثل می‌گوید: «اگر زن تمکین کامل نداشت، مثل اینکه بگوید تسلیم تو هستم در خانه پدرم یا در خانه مادرم یا در شهر خاص نه شهرهای دیگر، استحقاق نفقه ندارد؛ زیرا تمکین کامل حاصل نشده است» (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۱)؛ چنانکه محقق حلی در شرائع تأکید می‌کند که: «تمکین کامل آن است که زن میان خود و شوهر حائلی قرار ندهد، به طوری که در زمان یا مکانی خاص خود را به او بسپارد و از این‌رو اگر در زمانی خاص یا مکانی خاص تسلیم بود، تمکین حاصل نیست» (حلی، ۱۳۷۰: ۳۴۷).

بر این اساس، در نگاهی کلی، درباره جواز تمکین خاص و استمتاع مطلق یا استمتاع در قالب وطی اختلاف است. سید مرتضی، از فقیهان امامیه، معتقد است اعتراض و ایرادگیری بر اندیشه فقیهان امامی به واسطه نظریه جواز وطی در دبر ناروا است؛ چراکه این قول، قول امامیه به تنهایی نیست و در بین خود اهل سنت هم طرفداران و قائلانی دارد: «مما یشنع به علی الامامیه و تنسب الی التفرد به، القول باباحه وطی النساء فی غیر فروعهن المعتاده للوطی» (علم الهدی، ۱۳۹۱: ۱۲۵). در بین فقههای امامیه برخی طرفدار انگاره حرمت هستند؛ از جمله علی بن حمزه طوسی در *الوسیله الی نیل الفضیله* تأکید می‌کند: «حَرَمَ علیه و طؤها فی المحاش» (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۳۱۳). با این توضیح به نظر می‌رسد با طیف فراوان طرفداران انگاره فقهی حرمت از فریقین، با توجه به مفاسد و مصالح اجتماعی و با دخیل کردن حق تقنین حاکم، این ظرفیت وجود دارد که استمتاع متعارف را ملاک تمکین و نشوز معرفی کرد.

۲.۴. لزوم جعل با حق تحفظ

علاوه بر مسائل اتفاقی که مشارب فقهی مختلف اسلامی آن را قبول دارند، مسائلی وجود دارد که از نظر فقیهان مذاهب اسلامی به نحوی مختلف و متفاوت از هم است و یکسان‌سازی در حوزه تقنین دور از دسترس است. بر این اساس، در این مسائل با وضع قانون واحد، در عین حال باید مقرراتی برای حق تحفظ پیروان فرق اسلامی وجود داشته باشد. از جمله در:

۲.۴.۱. مشروعیت نکاح متعه

یکی از این مصادیق لزوم ایجاد حق تحفظ در صورت اقدام به وضع قانون واحد، مشروعیت نکاح متعه است. نکاح متعه در صدر اسلام رایج بوده و مشروعیت آن مستند به گزاره‌های قرآنی و روایی است (حر عاملی، ۱۴۱۰: ۶)؛ اگرچه فقیهان اهل سنت بر حرمت و بطلان متعه نظر دارند (الزحیلی، ۱۴۱۸: ۶۵۵۲؛ السباعی، ۱۴۱۷: ۸۰) و برخی از آنها معتقدند گزاره‌های قرآنی: «وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ»؛ «إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ» (مؤمنون: ۵ و ۶) ناسخ نصوص دال بر جواز و حلیت متعه است. با این توضیح که بر اساس آیه،

ارتباط مشروع زناشویی به دو چیز منحصر شده است: یکی ازدواج دائم، و دیگری ملک یمین؛ و ازدواج موقت خارج از این حکم است (فخر رازی، ۱۳۷۱: ۵)؛ چنانکه عده‌ای معتقدند آیه مستند جواز متعه با آیه میراث نسخ شده است (سبحانی، ۱۴۱۷: ۵۵). با وجود این، همه مسلمانان در عصر پیامبر (ص) مشروعیت متعه را قبول داشتند و حکم اولیه ازدواج موقت اباحه است و امامان معصوم (ع) به دلیل منع حکومتی از ناحیه خلیفه دوم، با حکم تحریم آن مبارزه کردند؛ چون منع مطلق آن توجیه شرعی نداشت (فخر رازی، ۱۳۷۱: ۴۹).

درباره اصل اباحه متعه در صدر اسلام اتفاق نظر وجود دارد. از پیامبر (ص) روایت شده است آنگاه که ایشان هنگام عمره وارد مکه شدند، چون زنان مدینه خود را آراسته بودند، اصحاب پیامبر از طولانی شدن دوران تجرد خود نزد پیامبر شکایت کردند و آن حضرت در پاسخ فرمودند که می‌توانید با این زنان ازدواج موقت کنید. اما اختلاف در این است که آیا این حکم نسخ شده است یا نه. بسیاری از مسلمانان قائل به نسخ شده‌اند و جمعی هم معتقدند این حکم بر اباحه سابق باقی است. این قول از ابن عباس و عمران بن الحصین روایت شده است (حر عاملی، ۱۴۱۰: ۶). با وجود این، چون از جهت فتوا فقیهان اهل سنت در زمینه ممنوعیت اجماع دارند، بایسته است که در بحث مشروعیت نکاح منقطع، برای پیروان مشارب فقهی مختلف، حق تحفظ در قانون لحاظ کرد.

۲. ۴. ۲. حرمت نکاح دختر برادر و خواهر هم‌زمان با عمه و خاله

یکی دیگر از مصادیق لزوم ایجاد حق تحفظ در صورت اقدام به وضع قانون واحد، حرمت نکاح «بنت الاخ والاخت علی العمه والخالة» است. البته طرف دیگر مسئله در فقه امامیه ممنوع نیست؛ یعنی اگر کسی اول با دختری ازدواج کند، بعد با خاله آن دختر، منعی ندارد. در فقه عامه، به نحوی اجماعی، طرفین مسئله هر دو ممنوع هستند. شیخ صدوق (صدوق، ۱۳۷۷: ۱۰۰) و شیخ مفید (مفید، ۱۴۱۳: ۵۰۴) در بررسی‌های فقه خود در این زمینه به این مسئله اشاره می‌کنند؛ چنانکه ابن‌قدامه مقدسی و دیگران از فقیهان سنی مسلک نیز متعرض این مسئله شده‌اند و بین عامه اجماع حرمت شامل هر دو صورت است (ابن‌قدامه مقدسی، ۱۴۰۳: ۴۷۸). بر این اساس، در گستره‌ای که توافق است،

باید در بخش مشترکات مطرح گردد، ولی این مقدار که امامیه قبول ندارند، باید حق تحفظ ملاحظه شود.

۲. ۴. ۳. شرایط تحقق نشر حرمت به وسیله رضاع

اصل تحقق نشر حرمت به وسیله رضاع از مشترکات است؛ اما شرایط تحقق رضاع موجب حرمت، اختلافی است. فقیهان امامیه معتقدند شیری که در رضاع موجبات حرمت را فراهم می‌کند باید حتماً ناشی از وطی حلال باشد (نجفی، ۱۴۰۱: ۲۶۵)؛ ولی فقیهان سنی مسلک وطی حلال را شرط نمی‌دانند و به نحو اجماعی می‌گویند شیر به هر طریقی که حاصل شده باشد، موجب نشر حرمت است: «اتفقوا علی أن الرضا المَحْرَم، إذا كان من لبن انثی، سواء كانت بکرا أو ثیبا، موطوءة أو غیر موطوءة» (ابن رشد اندلسی، ۱۴۱۶: ۳۱). البته فقیهان امامی، به استثنای محمد بن احمد بن جنید، قائل به شرطیت وطی حلال هستند. پس در این فرع، بین امامیه که به اجماع بر شرطیت وطی حلال در نشر حرمت به سبب رضاع معتقدند و نظر عامه مبنی بر اجماع بر عدم شرطیت، اختلاف است. بر این اساس، بایسته است که قائل به حق تحفظ برای طرفین در صورت تصویب قانون واحد باشیم.

نتیجه

هرچند در کشورهای اسلامی، مذاهب فقهی تأثیرگذار در شکل‌دهی حقوق خانواده یکسان نیستند، به سبب عواملی از جمله ارتباط وثیق مسائل این بخش از حقوق با آموزه‌های دینی و باورهای اعتقادی و اخلاقی، اصول کلی حاکم بر حقوق خانواده در این کشورها همسان‌اند. بنابراین اتحاد حقوقی جهان اسلام مطلوب و دست‌یافتنی است. البته منظور از اتحاد حقوقی، تحمیل نظریات یک مذهب در قالب قانون بر سایر مذاهب نیست، بلکه منظور تدوین قانونی است که در آن مسائل اتقاقی که مشارب فقهی مختلف اسلامی آن را قبول دارند یا مسائل فقهی مبتنی بر شهرت فتوایی در مذاهب اسلامی مبنای تقنین واقع شوند؛ چنانکه در فروع اختلافی نیز برای همه فرق اسلامی حق تحفظ به صورت قانون نهادینه شود. در این خصوص و به منظور دادن طرحی برای متحدالشکل‌شدن اصول حقوقی و قوانین احوال شخصیه کشورهای اسلامی،

بهره‌بری از سه عنصر مشترکات حقوقی، فتاوی‌ای مشهور و حق تحفظ بایسته است. حقوق خانواده ظرفیت‌های درخور توجهی در جهت اتحاد حقوقی جهان اسلام دارد. بر این اساس، به منظور دست‌یابی به اصول مشترک حقوقی در این زمینه بهره‌بری از مشترکات اجماعی، فتاوی‌ای مشهور فریقین در این خصوص و تقریب در غیرمشترکات با دخالت دادن حقوق اسلامی و لزوم رعایت حق تحفظ بایسته است. البته لازم است با این هدف و رویکرد در پژوهشی تطبیقی فقه را بکاویم و وجوه اشتراک و افتراق آن را بررسییم. چنین مطالعه فقهی مقارنی می‌تواند زمینه‌ساز پیش‌نویس قانون حقوق خانواده اسلامی یا اصول حقوقی حاکم بر قوانین احوال شخصیه در گستره جهان اسلام شود.

پی‌نوشت‌ها

۱. در کشور تونس نیز قانون مدنی به شدت متأثر از قانون فرانسه است و برای همه شهروندان به اجرا درمی‌آید. قانون احوال شخصیه مصوب ۱۹۵۶ برای هر مسلمان اعمال می‌شود و تعدد زوجات را غیرقانونی اعلام می‌کند، به زنان حق دادن درخواست طلاق می‌دهد و انکار یک‌جانبه شوهر را ممنوع می‌کند. چنانکه ماده ۱۸ قانون احوال شخصیه تونس مصوب ۱۹۵۶ مقرر می‌دارد: «تعدد زوجات ممنوع است». در کشور مراکش، قانون احوال شخصیه (مداونه) پس از اعلام استقلال این کشور در ۱۹۵۶ تصویب شد. اصلاحات مهمی در قانون مداونه در ۱۹۹۳ انجام شد و در فوریه ۲۰۰۴ اصلاح مهم دیگری انجام گرفت که مطابق با قوانین و مقررات اسلامی بود. قانون جدید اصل برابری میان زن و مرد را در بر دارد. این قانون اجازه تعدد زوجات را فقط طبق شرایط مضیق و با نظارت دادگاه می‌دهد، برای طلاق رضایت طرفین را مقرر می‌کند و طلاق به دلیل سازش‌ناپذیری و ... حاکی از نگرانی‌های مربوط به انصاف و عدالت در قانون است و حقوق دیگری مازاد بر آنچه بود برای حفاظت از کودکان مقرر می‌کند (قانون الاحوال الشخصیه المغربی، ۱۹۵۷؛ السباعی، ۱۴۱۷: ۱۵).

۲. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی؛ کنوانسیون بین‌المللی محو هر نوع تبعیض نژادی؛ کنوانسیون محو تبعیض علیه زنان.

۳. «خانواده» در لغت عرب «عائلة» یا «أسرة» و در انگلیسی family است.

۴. فیومی می‌گوید: «فَيَقَالُ (أَنْكَحْتُ) الرَّجُلَ الْمَرْأَةَ يَقَالُ مَاخُوذٌ مِنْ (نَكَحَهُ) الدَّوَاءُ إِذَا خَامَرَهُ وَغَلَبَهُ أَوْ مِنْ (تَنَاقَحَتِ) الْأَشْجَارُ إِذَا انْتَضَمَ بَعْضُهَا إِلَى بَعْضٍ أَوْ مِنْ (نَكَحَ) الْمَطَرُ الْأَرْضَ إِذَا اخْتَلَطَ بِثَرَاهَا وَ عَلَى هَذَا فَيَكُونُ (النِّكَاحُ) مَجَازاً فِي الْعُقْدِ وَالْوَطْءِ جَمِيعاً؛ وقتی گفته می‌شود انکحت الرجل المرأة برخی معتقدند این کلمه از اصل نکحه الدواء گرفته شده و در این صورت به معنای اختلاط و آمیختن و غلبه کردن

یکی از دو دارو بر دیگری خواهد بود و برخی دیگر معتقدند این کلمه از اصل "تناکحت الأشجار" گرفته شده که به معنای به هم پیوستگی درختان با همدیگر است و گروهی دیگر معتقدند این کلمه از اصل "نکح المطر الارض" اخذ شده که به معنای مخلوط شدن آب باران با خاک زمین است و بر این اساس واژه "نکاح" در عقد و وطی هر دو مجاز خواهد بود» (فیومی مقری، بی تا: ۶۲۴).

۵. «عقد بین رجل وامرأة تحل له شرعاً لتكون أسرة و ایجاد نسل بینهما» (قانون الاحوال الشخصية السوری، ۱۹۵۳، ماده ۱؛ الاحوال الشخصية العراقي، ۱۹۵۹، ماده ۳).

۶. قانون الاحوال الشخصية العراق، ماده ۳: «عقد بین رجل وامرأة تحل له شرعاً لتكوين أسرة و ایجاد نسل بینهما»؛ قانون الاحوال الشخصية السوری، ماده ۱ و قانون الاحوال الشخصية اردنی، ماده ۲.

۷. «میتاق ترابط و تماسک شرعی بین رجل وامرأة علی وجه البقاء غایته الاحسان والعفاف مع تكثر سواد الامة بانشاء أسرة تحت رعاية الزوج علی اسس مستقرة تكفل للمتعاقدین تحمل اعبای هافی طمأنينة و سلام و ود و احترام» (قانون الاحوال الشخصية المغربي، ۱۹۵۷).

۸. قانون الاحوال الشخصية المغربي، ۱۹۵۷، «و اخذن منكم ميثاقاً غليظاً» (نساء: ۲۱).

۹. قال الكاساني من علماء الحنفية «ولا خلافان النكاح فرض حاله التوقان ...» و قال الخرشي من علماء المالكية «و قد يجب حق القادر ...» و قال الرملي من علماء الشافعية «ولو خافت العنت ... وجب» و قال ابن قدامة من علماء الحنابلة «من يخاف على نفسه تجب عليه النكاح» (سیاست های کلی خانواده، مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام، ۱۳۹۵).

۱۰. «وَ أَنْكَحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ؛ بی همسران خود، و غلامان و کنیزان درست کارتان را همسر دهید. اگر تنگ دست اند، خداوند آنان را از فضل خویش بی نیاز خواهد کرد، و خدا گشایشگر دانا است» (نور: ۳۲). «وَ مِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَ جَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَ رَحْمَةً إِنْ فِي ذَلِكَ آيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ؛ و از نشانه های او اینکه از [نوع] خودتان همسرانی برای شما آفرید تا بدانها آرام گیرید، و میانتان دوستی و رحمت نهاد. آری، در این [نعمت] برای مردمی که می اندیشند قطعاً نشانه هایی است» (روم: ۲۱).

۱۱. «رَوَى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: أَكْثَرُ أَهْلِ النَّارِ الْعُزَابُ» (صدوق، ۱۳۹۰: ۳/۳۸۴)؛ قال رسول الله ﷺ: «رذال موتاكم العزاب؛ پست ترین مرگ ها، مرگ عزب ها است» (حر عاملی، ۱۴۱۰: ۷/۱۴-۸).

۱۲. قانون احوال شخصیه سوریه، تعدد زوجات را مجاز می داند؛ اما به قاضی اجازه داده است که اگر تشخیص داد مرد قادر به دادن نفقه به بیش از یک زن نیست به او اجازه ازدواج مجدد ندهد. در عین حال در مقدمه قانون مزبور، که وضع چنین ماده ای را توجیه می کند تصریح شده که اگر چنین ازدواجی واقع شد به هر حال حکم بر صحت آن می شود و باطل نیست. ماده ۱۷ قانون احوال شخصیه سوریه: «للقاضی ان لا یأذن للمتزوج بان یتزوج علی امرأته الا اذا کان مسوغ شرعی و کان الزوج قادر علی نفقتهما».

قانون خانواده الجزایر نیز تعدد زوجات را در حدود موازین اسلامی و به شرط وجود وجه شرعی و شرط اجرای عدالت مجاز دانسته‌اند، اما مراجعه به دادگاه را لازم نمی‌دانند. اما به هر یک از زن سابق و لاحق این حق را داده است که اگر شوهر به آنها دروغ گفته و فریشتان داده باشد به دادگاه مراجعه و درخواست طلاق کنند.

در کشور مالزی، طبق قوانین برخی از ایالات، مرد برای ازدواج مجدد باید قبلاً از قاضی یا شورای علما اجازه دریافت کند، اما در برخی ایالات چنین محدودیتی برای ازدواج مجدد وجود ندارد. در لیبی، ازدواج مجدد با شرایطی مجاز است. در ماده یک قانون جدید این کشور آمده است: «برای مرد جایز است با یک زن دیگر ازدواج کند اگر دلایل محکمی داشته باشد و با وجود یکی از دو شرط ذیل:

یکم. صدور حکم دادگاه به تجویز نکاح بعدی در نزد دادگاه بخش ویژه در دعوی که به طرفیت زوجه اقامه می‌شود.

دوم. ضمانت اجرای این قانون بطلان ازدواج است و زوجه اول حق اقامه دعوی در این خصوص را دارد.

در قانون کشور یمن، در ماده ۱۲ قانون احوال شخصیه این کشور، آمده: «برای مرد تعدد زوجات تا چهار زن جایز است با تحقق سه شرط: ۱. قدرت بر عدل و گرنه باید به یک زن اکتفا کند؛ ۲. زوج قدرت بر اداره عائله داشته باشد؛ ۳. زن دوم بداند که با غیر او ازدواج کرده است».

در ماده ۳ قانون احوال شخصیه عراق بند ۴ آمده: «ازدواج با بیشتر از یک زن جایز نیست مگر به اجازه قاضی و برای اذن، تحقق دو شرط دیگر لازم است: اینکه برای زوج کفایت مالی باشد که بتواند بیشتر از یک زن را نفقه بدهد. اینکه مصلحت مشروعی وجود داشته باشد». بند ۵: «اگر مرد از ناتوانی در برقراری عدالت بین زنان خوف داشت، تعدد جایز نیست». بند ۶: «هر کس عقد ازدواج با بیش از یک زوجه ببندد برخلاف آنچه در بندهای ۴، ۵ قبلی ماده مقرر شده است، به حبس بیش از ۱ سال یا غرامتی که بیش از ۱۰۰ دینار باشد یا هر دو محکوم می‌شود».

زوجه حق دارد شرط کند که مرد، زن دیگر نگیرد. در چنین حالی اگر شوهر زن دیگر گرفت، زوجه حق دارد تقاضای فسخ نکاح کند.

در قانون احوال شخصیه مراکش، ماده ۳۱، آمده است: «برای زوجه این حق هست که شرط کند مرد، زن دیگر نگیرد و در چنین حالی اگر شوهر زن دیگر گرفت، زوجه حق دارد تقاضای فسخ نکاح کند». همچنین در ماده ۳۰ بیان شده: «برای مرد واجب است وقتی می‌خواهد همسر دیگری اختیار کند به همسر اول اعلام کند و به همسر دوم بگوید که زن دیگری دارد و برای زوجه این حق وجود دارد که شرط کند همسر دیگری نگیرد و اگر مرد چنین کرد پس ادامه زندگی به دست زن است، در صورتی که زن چنین شرطی نکرده باشد می‌تواند نزد قاضی اقامه دعوی کند تا قاضی راجع به ضرری که برای او ایجاد شده، تعیین تکلیف کند و در هر صورت، اگر قاضی خوف ناتوانی در برقراری عدالت بین زوجات را احراز کند، اجازه تعدد زوجات نمی‌دهد».

در ماده ۳۷ قانون احوال شخصیه عمان نیز به شرط عدالت بین زوجین، در ضمن حقوق زن بر شوهر تصریح شده است. همچنین در ماده ۵۹ مقرر شده است که: «مرد نمی‌تواند زنش را وادار کند که با

همسر دومش در یک مسکن بماند، مگر زن رضایت داده باشد و اگر زن رضایت داد و پس از آن برایش موجب ضرر شد، می‌تواند از رضایت خود عدول کند» (شلبی، ۱۳۷۰: ۲۴۵؛ بداعی، ۱۳۸۷: ۲۳۵-۲۵۰).

۱۳. فقیهان مذاهب اسلامی همه اتفاق نظر دارند که در عقد نکاح نه تنها وقوع ایجاب و قبول لفظی ضرورت دارد، بلکه بدون آن رابطه زوجیت ایجاد نمی‌شود و اثری بر آن مترتب نمی‌گردد. بر این مطلب اجماع مستقر است و فقیهان بر بطلان نکاح معاطاتی، یعنی نکاحی که صرفاً به اعلام توافق و تراضی طرفین بسنده شود و فاقد ایجاب و قبول لفظی باشد، نظر داده‌اند و اصولاً یکی از تفاوت‌های نکاح با زناپی که به تراضی انجام شود، همین نکته است؛ چراکه در زنا رضای فعلی محقق است و آنچه موجود نیست، قولی است که شارع آن را سبب حلیت زوجین بر یکدیگر قرار داده است (الزحیلی، ۲۰۰۶: ۶۵۲۵/۹؛ نائینی، ۱۴۱۸: ۱۸۹/۱).

۱۴. بنا بر عقیده جمهور فقیهان اهل سنت، محرماتی که به واسطه نسب و سبب مصاهره حرام می‌شود، در رضاع نیز حرام شناخته شده و جزء محرمات ازدواج است. این محرمات به طور کلی هشت گروه است: ۱. اصول انسان از رضاع و هر چه بالا رود؛ یعنی مادر رضاعی و مادر مادر و مادر پدر رضاعی و مادر مادر هر چه بالا رود؛ ۲. فروع انسان از رضاع و هر چه پایین رود، که شامل دختر رضاعی و دختر دختر رضاعی و دختر برادر رضاعی و دختر خواهر رضاعی و هر چه پایین رود می‌شود؛ ۳. فروع ابوبین از رضاع، که شامل خواهران رضاعی، و دختران برادر و دختران خواهر رضاعی و هر چه پایین رود می‌شود؛ ۴. فروع جد و جدده رضاعی که شامل عمو و عمه خاله و دایی می‌شود؛ ۵. مادر زن و جد او و هر چه بالا رود سوای اینکه زوجه مدخوله باشد یا نشده باشد؛ ۶. زن پدر و زن جدده از رضاع و هر چه بالا رود؛ ۷. زوجه فرزند رضاعی از رضاعی و هر چه پایین رود؛ ۸. دختر زن از رضاع و دختران اولاد او و هر چه پایین رود، مشروط به اینکه زوجه مدخوله باشد (الزحیلی، ۲۰۰۶: ۶۶۳۳/۹؛ الجزیری، ۱۴۰۶: ۶۳؛ شلبی، ۱۳۷۰: ۱۷۸). در نظام حقوقی مصر عمل به اندیشه و انگاره فقیهان حنفی مذهب رویه است. این رویه با اندیشه جمهور فقیهان نیز همسو است. آنها معتقدند هر چه به نسب و سبب حرام می‌شود، به رضاع هم حرام می‌شود؛ اما در قانون احوال شخصیه مصر در ماده ۲۲ مقرر شده: «الف، قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت نسبی است؛ ب) به واسطه رضاع محارم به مصاهره ثابت نمی‌شود». به نظر می‌رسد قانون‌گذار مصری در این باب بر طبق عقیده و نظر فقیهان امامیه عمل کرده و این رأی را اتخاذ کرده است (شلبی، ۱۳۷۰: ۱۸۵؛ بدران، ۱۴۰۹: ۹۴؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۳۲۳/۴).

۱۵. «یعنی دختر زنی که با آن زن مواجهه کرده باشد».

۱۶. «زنانی که زن پسر شخص تلقی شوند».

۱۷ «زنان پدر شخص».

۱۸. ماده ۱ قانون راجع به ازدواج مصوب ۱۳۱۰، ثبت‌نکردن نکاح را جرم‌انگاری، و مرد را مکلف کرد ظرف بیست روز پس از وقوع ازدواج یا طلاق در محلی ولو غیر از دفترخانه آن را ثبت کند. در سال ۱۳۱۶ این مقرر اصلاح و مهلت بیست‌روزه مذکور حذف و شوهر مکلف به ثبت واقعه در دفاتر رسمی شد. در قانون مجازات اسلامی نیز، در ماده ۶۴۵ ق.م.ا، این مسئله جرم‌انگاری شده بود و

ماده ۶۴۵ مقرر می‌داشت: «به منظور حفظ کیان خانواده ثبت واقعه ازدواج دائم، طلاق و رجوع طبق مقررات الزامی است، چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی مبادرت به ازدواج دائم، طلاق و رجوع نماید به مجازات حبس تعزیری تا یک سال محکوم می‌گردد». ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ نیز ضمانت اجرای کیفری عدول از ثبت نکاح را پیش‌بینی کرد و بر اساس آن «چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی به ازدواج دائم، طلاق یا فسخ نکاح یا پس از رجوع تا یک ماه از ثبت آن خودداری یا در مواردی که ثبت نکاح موقت الزامی است از ثبت آن امتناع کند، ضمن الزام به ثبت واقعه، به پرداخت جزای نقدی درجه پنجم و یا حبس تعزیری درجه هفت محکوم می‌شود. این مجازات در مورد مردی که از ثبت انفساخ نکاح و اعلام بطلان نکاح یا طلاق استنکاف کند نیز مقرر است».

۱۹. در این زمینه فی‌الجمله اتفاق است (نجفی، ۱۴۰۱: ۹۵/۳۱ و ۱۷۰/۲۹). لزوم ولایت در ازدواج مستند به گزاره‌های قرآنی، روایت نبوی و اجماع است. گزاره قرآنی «وَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَزْوَاجُكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ» (بقره: ۲۳۲) از جمله گزاره‌هایی است که برای مبرهن کردن این اندیشه به آن استناد شده است. مفسران معتقدند این آیه خطاب به اولیای عقد است. چنانکه اگر آنها حق ولایت در ازدواج نداشتند، از منع ازدواج مجدد با همسران سابق خود نهی نمی‌شدند: «وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَكَوْا أَعْجَبَكُمْ أَوْلَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَبَيْنَ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ» (بقره: ۲۲۱). به نظر مفسران، این آیه نیز خطاب به اولیای در ازدواج است و نباید به مشرکان مولی‌علیه خود را تزویج کنند. از نظر فقیهان، ولی، گاه پدر و جد پدری است و این دو بر صغیر و صغیره به طور مطلق و کبار در صورت جنون ولایت دارند. در صورتی که مجنون کبیر، پسر داشته باشد، پسرش ولی او است (جصاص، ۱۳۳۵: ۴۸۶/۱؛ الجزیری، ۱۴۰۶: ۵۴؛ سرخسی، ۱۴۲۱: ۲۳۷).

منابع

قرآن کریم.

ابن بابویه قمی (صدوق)، محمد بن علی (۱۳۷۷). *المتنع والهدایة*، تهران: مؤسسه المطبوعات الدینیة، مکتبه الاسلامیة، الطبعة الاولى.

ابن بابویه قمی (صدوق)، محمد بن علی (۱۳۹۰). *من لا یحضره الفقیه*، تهران: دار الکتب الاسلامیة، چاپ اول.

ابن حمزه طوسی، محمد بن علی (۱۴۰۸). *الوسیلة الی نیل الفضیلة*، قم: مکتبه آیه الله المرعشی النجفی، الطبعة الاولى.

ابن رشد اندلسی، احمد بن محمد (۱۴۱۶). *بداية المجتهد والنهاية المقتصد*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، الطبعة الاولى.

ابن عابدین، محمد امین (۱۴۰۶). *رد المختار علی الدر المختار*، کویت: وزارة الاوقاف، الطبعة الاولى.

ابن عابدین، محمد امین (بی تا). *رسائل ابن عابدین*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

ابن فارس، احمد (بی تا). *معجم مقانیس اللغة*، بیروت: مرکز النشر مکتب الاعلام الاسلامی.

ابن قدامه المقدسی، عبدالله (۱۴۰۳). *المغنی*، بیروت: دار الکتب العلمیة، ج ۷.

ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۹۹۷). *لسان العرب*، بیروت: دار صادر للطباعة والنشر، الطبعة الاولى.

ابن نجیم، زین الدین (۲۰۰۲). *البحر الرائق شرح كنز الدقائق*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

أبو زهرة، محمد (۱۹۵۸). *محاضرات فی عقد الزواج وآثاره*، مصر: مطبعة مخیمر.

ابوزهرة، محمد (۱۹۶۳). *الاحوال الشخصية: قانون الاحوال الشخصية المصرية*، قاهرة: دار الفكر العربی.

انصاری، مرتضی (۱۴۱۵). *كتاب النکاح*، قم: مؤسسه باقری.

باجوری، جمال محمد فقی رسول (۱۹۸۶). *المرأة فی الفكر الاسلامی*، عراق: بی نا، ج ۲.

بدای، فاطمه (۱۳۸۷). «ازدواج مجدد در کشورهای اسلامی»، *مطالعات راهبردی زنان*، دوره ۱۰،

ش ۴۰، ص ۲۳۵-۲۵۰.

بدران، ابوالعینین بدران (۱۴۰۹). *الفقه المقارن للاحوال الشخصية بین المذهب الاربعة والمذهب*

الجعفری والقانون، بیروت: دار النهضة.

جزیری، عبدالرحمن (۱۴۰۶). *الفقه علی مذاهب الاربعة*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، الطبعة التاسعة.

جصاص، احمد ابن علی (۱۳۳۵). *احکام القرآن*، بیروت: مطبعة الاوقاف الاسلامیة فی دار الخلافة العلیة،

الطبعة الاولى.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۴). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ

پانزدهم.

ظرفیت‌های فقه و حقوق خانواده در همگرایی حقوقی جهان اسلام / ۳۵

جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۹۹۰). *الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربیة*؛ بیروت: دار العلم للملایین، الطبعة الرابعة، ج ۱.

جهانگیر، منصور (۱۳۹۵). *قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: دوران، چاپ صد و هفدهم، ۱۳۹۵.

حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۰). *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، بیروت: دار احیاء التراث العربیة.

حکمت‌نیا، محمود (۱۳۸۸). *فلسفه حقوق خانواده*، تهران: شورای فرهنگی و اجتماعی زنان، چاپ دوم، ج ۱.

حلی، احمد بن محمد (۱۴۱۲). *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی. حلی، جعفر بن حسن (۱۳۷۰). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم: مؤسسه اسماعیلیان. حلی، حسن بن یوسف (بی‌تا). *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الامامیة*، مشهد: مؤسسه طوسی، چاپ سنگی.

دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۳). *لغت‌نامه*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول. رملی مصری، محمد ابن ابی العباس (بی‌تا). *نهایة المحتاج فی شرح المنهاج*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

زبیدی، محمد بن محمد (۱۴۱۱). *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت: منشورات مکتبه الحیاء. زحیلی، وهبه (۱۴۱۸). *الفقه الاسلامی و ادلته*، دمشق: دار الفکر المعاصر، ج ۷. زحیلی، وهبه (۱۴۲۰). *الاسرة المسلمة فی العالم المعاصر*، دمشق: دار الفکر. ساکت، محمد علی (۱۳۸۷). *حقوق‌شناسی: دیباچه‌ای بر دانش حقوق*، تهران: نشر ثالث. سباعی، مصطفی (۱۴۱۷). *شرح قانون الاحوال الشخصية؛ قانون الاحوال الشخصية السورية (۱۹۵۳ و ۱۹۷۵)*، بیروت: المکتب الاسلامی.

سبحانی، جعفر (۱۴۱۷). *نظام النکاح فی الشریعة الاسلامیة الغراء*، قم: مؤسسه الامام الصادق (ع)، الطبعة الاولى.

سلار دیلمی، حمزة بن عبد العزیز (۱۴۱۰). *مراسم، چاپ‌شده در: سلسله الینابیع الفقہیة*، بیروت: مؤسسه فقه الشیعة و الدار الاسلامیة.

سرخسی، محمد ابن ابی سهل (۱۴۲۱). *المبسوط*، بیروت: دار الفکر، الطبعة الاولى. الشرنباوی، رمضان علی السید (۲۰۰۶). *احکام الاسرة فی الفقه الاسلامی والقانون والقضاء فی مصر و لبنان*، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیة.

شلبی، محمد مصطفی (۱۳۷۰). *احکام الاسرة فی الاسلام: قانون الاحوال الشخصية لبنان*، بیروت: دار النهضة العربیة.

شوکانی، محمد بن علی (۱۳۵۷). *نبیل الاوطار شرح متنی الاخبار*، مصر: مطبعة العثمانیة.

طباطبای، محمد حسین (۱۴۱۷). *المیزان فی تفسیر القرآن*، بیروت: مؤسسة الاعلمی للمطبوعات، الطبعة الاولى، ج ۴.

طریحی، فخر الدین (۱۴۱۶). *مجمع البحرین*، تهران: مؤسسة البعثة.

طوسی، محمد بن الحسن (۱۳۸۷). *المبسوط*، تهران: المكتبة المرتضوية.

طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷). *الخلافة فی الأحكام*، قم: انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۰۳). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، الطبعة الاولى.

علم الهدی، سید مرتضی (۱۳۹۱). *الانتصار*، نجف: منشورات المطبعة الحیدریة.

غزالی، محمد (۱۳۵۱). *احیاء علوم الدین*، تهران: بنیاد فرهنگ ایران.

فاضل، مقداد (۱۳۶۵). *الباب الحادی عشر للعلامة الحلّی*، مع شرحه النافع یوم الحشر، لمقداد بن عبدالله السیوری و مفتاح الباب لابی الفتح بن مخلوم حسینی، تصحیح: محقق مهدی، طهران: بی نا.

فخر رازی، محمد بن عمر (۱۳۷۱). *تفسیر کبیر مفاتیح الغیب*، تهران: اساطیر، چاپ اول، ج ۱۰.

فخری، جمیل محمد جانم (۲۰۰۹). *مقومات عقد الزواج: قانون الاحوال الشخصية الاردنی (۱۹۷۶)*، اردن: دار الحامد للنشر.

فیض کاشانی، ملا محمد محسن (۱۳۸۳). *المحجة البيضاء فی تهذیب الاحیاء*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

فیومی مقری، احمد بن محمد (۱۴۰۵). *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر*، قم: دار الهجرة.

فیومی مقری، احمد بن محمد (بی تا). *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی*، قم: دار الرضی.

قاسم، محمد حسن (۲۰۱۲). *المدخل لدراسة القانون*، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

القاسم، هشام (۱۹۶۵). *المدخل الى علم الحقوق*، دمشق: مطبعة الانشاء.

قانون الاحوال الشخصية المغربي، الصادر باسم مدونه الاحوال الشخصية المغربي، لسنة ۱۹۵۷ م.

قانون الاحوال الشخصية الكويتی، قانون رقم ۵۱ لسنة ۱۹۸۴ فی شأن الأحوال الشخصية (۱۹۸۴).

قانون مجله احوال شخصیه تونس (۱۹۵۶). *مجلة واجبات الطبيب في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية (اصلاحات ۱۹۹۳)*.

قرطبی، محمد بن احمد (۱۴۰۵). *الجامع لاحكام القرآن*، بیروت: دار الکتب العلمیة، الطبعة الاولى.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷). *فلسفه حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ج ۱.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰). *مقدمه علم حقوق*، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). *قانون مدنی در نظم کنونی*، تهران: نشر میزان، چاپ یازدهم.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). *حقوق خانواده*، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.

کاشانی، ابوبکر بن مسعود (۱۳۷۷). *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

کرکی، علی بن حسین (۱۴۰۸). *جامع المقاصد*، قم: آل البيت، چاپ اول، ج ۱۲.

کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷). *الکافی*، تهران: الاسلامیة، الطبعة الرابعة.

ظرفیت‌های فقه و حقوق خانواده در همگرایی حقوقی جهان اسلام / ۳۷

محمد، محمد عبدالجواد (۲۰۰۱). *النظور فی المملكة العربية السعودية، اسكندرية: المعارف*.
قانون احوال شخصية مغرب (مصوب ۱۹۵۷). الصادر باسم مدونه الاحوال الشخصية المغربية (اصلاحات
سال ۲۰۰۴).

مروج، حسین (۱۳۷۹). *اصطلاحات فقهی، قم: نشر بخشایش*.
مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۳). *المقنعة، قم: مكتب الاعلام الاسلامی، المؤتمر العالمی لالفیة الشيخ
المفید، الطبعة الاولى*.

موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹). *القواعد الفقهية، قم: نشر الهادی*.
نائینی، محمدحسین (۱۴۱۸). *منية الطالب، تقریرات موسی خوانساری، قم: مؤسسه نشر اسلامی*.
نجفی، محمد حسن (۱۴۰۱). *جواهر الكلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی،
ج ۳۰*.

نسائی، احمد بن علی (۱۴۱۱). *سنن النسائی، بشرح الحافظ جلال الدين السيوطی، بیروت: دار الکتب
العلمية، الطبعة الاولى*.
وافی، علی عبد الواحد (۱۹۶۰). *بيت الطاعة و تعدد الزوجات والطلاق فی الاسلام، قاهره: مؤسسة
المطبوعات الحديثة*.