

بخشوده درس:

## مستون فقه ۲ (خانواده)

کرد آورنده:

جناب آقای فرساد دارایی

موسسه آموزش عالی فروردین قائم شهر

## جزوه متون فقه ۲

استاد : جناب آقای فرشاد دارایی

منبع امتحان : جزوه درسی

**تعریف نکاح :** نکاح در لغت به معنی پیوستن است و در اصطلاح حقوقی چنین تعریف می شود :

نکاح قراردادی است که به موجب آن زن و مرد در زندگی با یکدیگر شریک و متحد شده اند ممکن است گفته شود این تعریف جامع نیست زیرا شامل نکاح موقت یا منقطع که از اقسام نکاح است نمی گردد. اما می توان گفت در نکاح منقطع نیز تشکیل نوعی خانواده مورد نظر است و نوعی از تعاون و همبستگی خانوادگی در نکاح دائم به مراتب بیشتر است بعضی از استادان حقوق در تعریف نکاح گفته اند : نکاح عبارت است از یک رابطه حقوقی که به وسیله عقد در بین مرد و زن حاصل می گردد و به آنها حق می دهد که تمتع جنسی از یکدیگر داشته باشند. ایرادی که بر این تعریف می توان گرفت آن است که تمتع جنسی جزء ماهیت نکاح نیست و بدون آن نیز نکاح می تواند تحقق یابد لذا نباید آن را در تعریف نکاح آورد. البته تمتع جنسی از مهمترین اغراض نکاح است ولی اغراض دیگری مانند توالد و تناسل و همکاری در زندگی نیز در نکاح وجود دارد اما هیچ یک از این اغراض جزء ماهیت اصلی نکاح نیست.

عقد نکاح دارای ایجاب و قبول است ایجاب توسط بانوان و قبول توسط آقایان صورت می گیرد.

ولایت خویشاوندی بر کودک صغیر بر پدر و جد پدری و در مورد دختر رشید ولایتی نیست.

عزل : وقتی دو نفر تمایل قلبی به ازدواج دارند و هم کف هستند نمی توان جلوی آنها را گرفت و دختر می تواند علیه پدر اقامه دعوا کند و دادگاه در قبال آنها مسموع است این اراده و میل از دواج اینگونه را عزل می گویند و اگر پدر اجازه ندهد در چنین موردی ولایت از وی ساقط می گردد.

\* مولا می تواند بنده و کنیز خود را تزویج نماید و وصی می تواند دختری را که به بلوغ رسیده و از لحاظ عقلی فساد داشته باشد تزویج نماید در صورتی که این تزویج به صلاح وی باشد.

نکاح دائم

نکاح منقطع (نکاح موقت نیز می گویند)

انواع نکاح

\* شرط در صداق صحیح است و شرط خیار در عقد باطل است .

**نکاح منقطع :** اینگونه نکاح در فقه شیعه و قانون مدنی معتبر شناخته شده است . قانون مدنی در این باب از فقه امامیه پیروی کرده است. نکاح منقطع از ویژگی های مذهب تشیع است و فقه عامه یا همان اهل سنت آن را معتبر نمی شناسد.

فقه‌های امامیه برای صحت این نکاح به آیات قرآن به ویژه آیه ۲۴ سوره فساد و نیز روایات و اخبار اجماع علمای مذهب استناد می‌کنند.

**فرق بین نکاح دائم و منقطع :** نکاح منقطع از بسیاری از جهات مانند نکاح دائم است، شرایط و موانع نکاح منقطع همان است که در نکاح دائم آمده است. آثار آن هم اصولاً جز در مورد فقه وارث همان آثار نکاح دائم است.

به ویژه از لحاظ اولاد تفاوتی بین نکاح دائم و منقطع نیست و فرزندان نمایی از این نکاح از کلیه حقوق فرزند ناشی از نکاح دائم برخوردار است. تفاوت عمومی نکاح دائم و منقطع در امور زیر می‌باشد :

۱- تعیین مدت در نکاح منقطع شرط لازم است. بنابر ماده ۱۰۷۵ ق. م که بیان می‌دارد : نکاح منقطع آن است که برای مدت معینی واقع شده باشد پس اگر مدت در نکاح منقطع ذکر نشود بی‌شک نکاح منقطع واقع نخواهد شد. اما آیا نکاح در این صورت اساساً باطل است یا خیر ؟ مسأله اختلافی است بنابر قول گروهی از فقه‌های امامیه نکاح به صورت دائم واقع خواهد شد زیرا لفظ ایجاب می‌تواند مفید نکاح دائم یا منقطع باشد و فقط ذکر مدت است که آن را به مقطع اختصاص می‌دهد و اگر مدت ذکر نشده باشد برای عقد دائم خواهد بود. بعضی از فقها از جمله علامه هلی و شهید در کتاب مصالح گفته اند اگر مدت ذکر نشود نکاح باطل است. زیرا هرگاه با قصد نکاح منقطع مدت را در عقد ذکر نکنند چون قصد به نکاح دائم تعلق نگرفته است نکاح نمی‌تواند به صورت دائم واقع شود. به تعبیر دیگر عقد تابع اصل است و در فرض ما قصد نکاح دائم منتفی است.

۲- تعیین مهر از شرایط اساسی نکاح منقطع است و در اینگونه نکاح عدم ذکر مهر در عقد موجب بطلان عقد خواهد بود. (ماده ۱۰۹۵ ق. م).

۳- در نکاح منقطع شوهر ملزم به دادن نفقه به زن خود نیست مگر اینکه دادن نفقه شرط شده باشد. (ماده ۱۱۱۳ ق. م).

۴- در نکاح منقطع مقررات طلاق اجرا نمی‌شود و جدایی زن و شوهر با انقضا یا بذل مدت و یا فسخ نکاح تحقق می‌یابد بنابراین طلاق ویژه نکاح دائم است (مستنبط از ماده ۱۱۲۰ ق. م).

۵- در نکاح منقطع زن و شوهر از یکدیگر ارث نمی‌برند (مستنبط از مواد ۹۴۰ و ۱۰۷۷ ق. م).

در فقه امامیه ۴ قول و دیدگاه در این مسأله دیده می‌شود :

**دیدگاه اول :** نکاح منقطع مقتضی است. مانند نکاح دائم و شرط صدور ارث لازم است.

**دیدگاه دوم :** توارث در نکاح منقطع وجود ندارد اعم از اینکه توارث یا عدم آن شرط شده باشد یا اصلاً شرطی در این خصوص در میان نباشد. بسیاری از این فقها این نظر را پذیرفته اند و ظاهراً این نظر برای اکثر متأخرین از فقه‌های امامیه است و بعضی آن را قول مشهور تلقی کرده اند و در اثبات آن به اصل عدم توارث استناد کرده اند. زیرا ارث یک حکم شرعی است که سقوط آن دلیل می‌خواهد و متلق زوجیت استحقاق ارث نیست.

**دیدگاه سوم :** اصل عقد، مقتضی توارث نیست ولی شرط توارث صحیح و نافذ است زیرا طبق آیه «المسلمون عندالشروطهم» یعنی مسلمانان در گرو شرط هایشان هستند آن را در بر می‌گیرند. شیخ طوسی و محقق و شهید اول و ثانی این قول را پذیرفته اند و اخباری بر آن (بر دلالتش) آورده اند.

**دیدگاه چهارم :** در نکاح منقطع زوجین از یکدیگر ارث می‌برند مگر اینکه سقوط آن شرط شده باشد (از قانون مدنی مواد ۹۴۰ و ۱۰۷۷ چنین برمی‌آید که در نکاح منقطع بر خلاف نکاح دائم پیوند توارث وجود ندارد ولی در اینکه آیا می‌توان در آن شرط توارث کرد یا نه قانون ساکت است. ممکن است با توجه به ملاک ماده ۱۱۱۳ ق. م و اصل صحت نظریه سوم در حقوق امروز پذیرفته شده باشد لیکن نظریه سوم یعنی بطلان شرط توارث اقوا به نظر می‌رسد و در تعیین آن می‌توان به دلایل زیر اشاره کرد :

## بطلان شرط توارث

**اولاً:** سکوت قانونگذار در مقام بیان قرینه است بر اینکه نخواستۀ است در اینجا از نظر سوم پیروی کند. اگر قانونگذار می خواست شرط توارث را معتبر شمارد آن را صریحاً ذکر می کرد.

**ثانیاً:** شرط توارث به مقررات ارث که از قواعد آمره و لازم الاتباع مربوط به نظم عمومی است لطمه می زند به تعبیر دیگر قواعد راجع به تعیین ورثه و همام آنان از قواعدیست که در راه مصلحت اجتماعی و منافع عمومی مقرر شده است و افراد نمی توانند با قراردادهای خود آنها را زیر پا بگذارند بنابراین قراردادی که غیر وارث را وارث معرفی کند یا در همام ورثه تغییر ایجاد کند بر خلاف نظم عمومی محسوب شده و از درجه اعتبار ساقط می گردد. شرط توارث در مورد نکاح منقطع از اینگونه قراردادهاست که نمی تواند معتبر باشد.

بر خلاف شرط انفاق که مخالف هیچ یک از قواعد آمره و نظم عمومی نیست و در واقع یک قرارداد مالی است که تعهدی برای شوهر ایجاد می کند.

## ماده ۱۰۳۴ قانون مدنی

در ق.م یک ماده به خواستگاری اختصاص داده شده است که مبتنی بر فقه اسلامی است و آن ماده ۱۰۳۴ ق.م است که مقرر می دارد:

از هر زنی که خالی از موانع نکاح باشد می تواند خواستگاری کرد. منظور از موانع نکاح زن شوهردار یا زنی که از محارم سببی و نصبی است و همینطور زنی که در عده رجعیه (نوعی از طلاق) است.

آیا می توان دختری را که به سن قانونی ازدواج نرسیده است خواستگاری کرد؟

در این مورد قانون ساکت است اما مشهور علما در فقه خواستگاری به تعریض را مجاز دانسته اند نه خواستگاری به صراحتاً.

قوانین راجع به نامزدی در مواد ۱۰۳۵ تا ۱۰۴۰ ق.م آمده و ظاهراً از ق.م سوئیس مواد ۹۰ تا ۹۵ الهام گرفته است لیکن قانونگذار جدید هر ماده آنرا شاید به تصور اینکه با فقه اسلامی هماهنگی ندارد حذف کرده است. دو ماده ۱۰۳۶ و ۱۰۳۹.

**تعریف نامزدی:** نامزدی و یا وعده ازدواج قراردادی است بین ۲ نفر به منظور ازدواج در آینده. نامزدی را نمی توان صرفاً یک تعهد اخلاقی دانست چرا که اصولاً جای بحث از تعهدات اخلاقی در کتب اخلاق است نه قانون بنابراین نامزدی یک قرارداد است و جایز است که طرفین می توانند آن را فسخ کنند و این موضوع در ماده ۱۰۳۵ به صراحت ذکر شده است.

## مطالبه خسارت نامزدی طبق ماده ۱۰۳۶ قانون مدنی

ماده ۱۰۳۶ ق.م که در اصطلاحات اخیر حذف شده چنین مقرر داشته است که اگر یکی از نامزدها وصلت منظور را بدون علت موجهی بر هم زند در حالی که طرف مقابل یا ابوبین (والدین) یا اشخاص دیگر به اعتماد وقوع ازدواج مضرو شده

باشد و مخارجی کرده باشد طرفی که وصلت را بهم زده باید از عهده خسارات وارده برآید . ولی خسارات مذکور فقط مربوط به مخارج متعارف می باشد . در اینباره دو نکته قابل توجه است :

۱- اولاً قانون گذار جبران خسارت را فقط در موردی می پذیرد که وعده ازدواج بدون علت موجه بهم می خورد و در واقع نامزدی که بدون علت موجه امتناع می کند مقصر شناخته می شود (این مطابق قواعد عمومی مسئولیت مدنی است که تقصر را شرط مسئولیت می داند).

۲- ثانیاً تنها مخارج متعارف قابل مطالبه می باشد؛ مثل دوختن لباس عروسی . اگر یکی از نامزدان، مخارج نامتعارفی داشته باشد از قبیل مهمانی های غیر معمول یا مسافرت های پرخرج نمی توان مطالبه نمود . چرا که مطالبه خسارت در این موارد بر اساس مسئولیت مدنی غیر نافذ است .

زیان های ناشی از بر هم زدن نامزدی بر طبق قواعد حقوق مسئولیت مدنی قابل مطالبه است و در واقع بر هم زدن بدون علت موجه نامزدی یک نوع سوء استفاده از حق و تقصیر است که موجب ضمان و مسئولیت خواهد شد .

### چند مساله

**مساله اول :** اگر نامزدی که بدون علت موجه رابطه نامزدی را بر هم زند و قبل از جبران خسارت ناشی از تقصیر خود بمیرد آیا می توان به طرفیت وراثت او برای دریافت خسارت اقامه دعوا کرد؟

**پاسخ :** چون با ایراد خسارت به طریق مذکور یک دین مالی برای نامزد مقصر ایجاد شده و وراثت متوفی قائم مقام او در پرداخت دیون هستند لذا زیان دیده می تواند علیه ورثه اقامه دعوی خسارت نماید البته اگر ورثه ثابت کنند که متوفی مالی از خود به جای نگذاشته تا بتوان از آن جبران خسارت کرد یا ترکه تلف شده است مسئولیتی در این مورد نخواهند داشت ( ماده ۲۴۸۵ قانون امور حسبی) .

**مساله دوم :** آیا کسانی که در ام نامزدی دخالت مستقیم نداشته اند مانند قوم و خویش یا دوستانی که به اعتماد وقوع ازدواج مخارجی متحمل شده اند به عنوان مثال لباس دوخته اند یا اقدام به تهیه تدارکات کرده اند می توانند بابت مخارج متعارف مطالبه خسارت نمایند؟

**پاسخ :** ماده ۱۰۳۶ ق . م ح حق مطالبه خسارت برای مخارج متعارفه به طرف مقابل یا ابوبین و یا اشخاص دیگر داده است . پس مطالبه خسارت در حد متعارف مورد ندارد . می توان گفت همه کسانی که به اعتماد وقوع ازدواج زیان دیده مقرر شده و مخارجی کرده باشند اعم از اینکه در امر نامزدی دخالت مستقیم داشته باشند یا نه می توانند مطالبه خسارت نمایند البته اگر عرفاً رابطه سببیت بین به هم زدن نامزدی و زیان وارد شده وجود نداشته باشد مطالبه خسارت از نامزد مقصر موردی نخواهد داشت .

**مساله سوم :** آیا می توان برای جبران خسارت ناشی از بر هم زدن وعده نامزدی وجه التزامی معین کرد ؟

**پاسخ :** در حقوق سوئیس تعیین وجه التزام بلااثر است و نمی توان آن را از مقصر مطالبه کرد . ماده ۹۱ ق . م سوئیس این قاعده را صریحاً ذکر کرده است در این خصوص حقوق ایران ساکت است؛ لیکن با توجه به قواعد عمومی می توان بین موارد مختلف قاعده به تفکیک شد . اگر قرض اثر تعیین وجه التزام این باشد که به محض بهم خوردن نامزدی از جهت صرف امتناع از وصلت متعهدله بتواند آن را مطالبه بی شک این وجه التزام معتبر نخواهد بود زیرا این مخالف اصل آزادی نامزدها در ازدواج و ماده ۱۰۳۵ ق . م است . ولی اگر مقصود این باشد که در صورت بهم خوردن وعده ازدواج بدون علت موجه ، وجه التزام قابل مطالبه باشد به نظر می رسد که این وجه التزام معتبر است .

**استرداد هدایا (ماده ۱۰۳۷ ق . م) :** گذشته از هزینه هایی که نامزدان و یا خویشان آنها که در نامزدی می کنند ممکن است هدایایی به وسیله هریک از نامزدان به طرف دیگر داده باشند . هدیه به موجب عرف و عادت یک نوع هبه است و هبه قراردادی است که به موجب آن یک نفر مالی را مجاناً به کسی تملیک می کند . بنابر این دریافت کننده هدیه مالک آن می شود

و می توانند در آن تصرف مالکانه نمایند البته هدایایی که در دوره نامزدی داده می شود تابع مقررات خاصی است و قواعد هبه درباره آنها اجرا نمی شود .

ماده ۱۰۳۷ ق . م درباره استرداد هدایا پس از بهم خوردن نامزدی چنین مقرر داشته است که هریک از نامزدها می تواند در صورت بهم خوردن وصلت هدایایی را که به طرف دیگر داده است مطالبه نماید و اگر عین هدایا موجود نباشد مستحق قیمت هدایا خواهد بود که عادتاً نگاه داشته می شود . مگر اینکه آن هدایا بدون تقصیر طرف دیگر تلف شده باشد .

ماده ۱۰۳۸ ق . م می گوید مفاد ماده قبل (۱۰۳۷) از حیث رجوع به قیمت در مورد یک وصلت منظور در اثر فوت یکی از نامزدها بهم بخورد مجری نخواهد بود. پس باید بین هدایایی که عین آنها موجود است و هدایایی که تلف شده فرق گذاشت.

**استرداد عکس :** به نظر می رسد عکس هم نوعی هدیه محسوب می شود و مشمول مقررات مربوط به استرداد هدایاست . بنابراین اگر عین آن مال باقی باشد صاحب عکس می تواند آن را مطالبه نماید و اگر تلف شده بهای آن را در صورتی که عکس مذکور عرفاً ارزش مالی داشته و تلف ناشی از تقصیر دریافت کننده باشد قابل مطالبه است .

**استرداد نامه ها :** هرگاه در دوران نامزدی یا قبل از آن نامه هایی بین نامزدها مبادله شده باشد؛ آیا این نامه ها پس از بهم خوردن نامزدی قابل استرداد است ؟

به نظر می رسد که نامه را عرفاً نمی توان جزء هدایا به شمار آورد و مقررات راجع به هدایا درباره آنها قابل اجرا نیست از سوی دیگر بر حسب عرف کسی که نامه ای دریافت می کند مالک آن محسوب می شود و از نظر حقوقی اصولاً نمی توان آن را مجبور به استرداد نامه کرد هرچند که وظیفه اخلاقی شخص اقتضا می کند که آن نامه را به نویسنده بازگرداند نتیجتاً اگر یکی از نامزدها از نامه هایی که دریافت کرده سوء استفاده کند یا از این راه زبانی به نویسنده وارد کند طبق قوانین عمومی مسئولیت مدنی مسئول و مکلف به جبران خسارت است و دادگاه می تواند فرد را مجبور به استرداد نامه نماید مستنبط از ماده ۱۰ ق . م و حتی می توان گفت با بهم خوردن نامزدی علت دادن نامه از میان رفته و نامه باید برگردانده شود یا مسترد گردد و بر این مینا دادگاه باید به درخواست نویسنده نامه حکم به رد آن صادر نماید. در حقوق سوئیس هم چنین راه حلی پذیرفته شده است .

### قواعد مهریه

هر چیزی که قابل تملیک است چه عین باشد چه منفعت به عنوان مهریه تلقی می شود مثل یک زمین هزار هکتاری و یا حتی آموزش یک برنامه یا هنر و ...

اگر دو نفر ضمنی توافق کنند بر مهریه شراب یا ده عدد خوک که چون قابل ملکیت نیست مهریه صحیح خواهد بود و اگر آنها مسلمان شدند منتقل می شود به قیمت آن اشیاء به عنوان مهریه .

تقدیر و یا حد و حدودی برای مهر معین نیست چه از لحاظ کمیت و چه از لحاظ کثرت و نباید از حد آن که (خمسه مناعه) می باشد تجاوز نماید .

منظور از قله : (مال کم) عرفاً و عقلاً ارزش مالی داشته را قله می گویند .

منظور از کثره : عبارتی به نام قنطار در قرآن است که مال بی حد و حصر و تمام نشدنی تلقی می شود . شأن نزول این آیه مرتفع کردن قنطار است نه میزان مهر در واقع کثره در مهر جایز نیست یعنی با مشاهده مهریه دیگر نیازی به شمارش آن نیست .

\* چنانچه تعلیم قرآن به عنوان مهر در نظر گرفته شود عقد صحیح خواهد بود .

\* خداوند تکلیف به مال لایطاق نکرده است (یعنی توانایی مالی نداشته باشی ولی بیش از توانایی خود مهر تعیین نمایی) .

\* اگر دو نفر عقد نکاحی را منعقد کرده ولی مهر تعیین ننمایند بعد از نکاح می توانند مهر تعیین نمایند.

\* تعیین نکردن مهریه در نکاح دائم جایز بوده ولی در عقد منقطع جایز نیست .

\* اگر تعیین مهر توسط آقا صورت گیرد عقد صحیح است ولو بیش از حد شرعیه باشد . اما اگر خانم تعیین نماید تاحدی که مهر سنت اجازه می دهد می تواند و بیش تر از آن جایز نیست .

### **نفقه**

\* شرط اول در نفقه زوجیت بوده و با تمکین کامل در هر زمان و مکانی که شنید اطاعت آن واجب است .

نفقه برای صغیر و ناشده وجود ندارد .

میزان رفع گرسنگی برای نفقه در خوراک مد نظر می باشد .

### **نفقه خویشاوندان**

برای پدر و جد پدری و بالاتر و اولاد و نوه و نتیجه و همینطور پائین تر برود و برای باقی خویشاوندان مستحب موکد بوده و واجب نیست .

### **نفقه زوجه**

در صورتی که شوهر آن را نپرداخته باشد باید قضا شود در واقع اگر زنی تمکینش ثابت شود علاوه بر نفقه و مهریه اجرت المثل آن هم می تواند دریافت نماید .

### **تملك**

بحث نفقه کنیز و غلام ، حیوانات و از این قبیل می باشد و فرد می تواند اقامه دعوا نموده و وجه آن از بیت المال پرداخت گردد.

### **انواع مهریه**

مقررات راجع به مهریه در مواد ۱۰۷۸ تا ۱۱۱۰ در ۲۴ ماده در ق . م ذکر شده که همگی از فقه امامیه گرفته شده است در فقه و ق.م مهریه بر سه گونه است :

#### **۱ - مهر المسمى**

هرگاه مهریه در عقد نکاح تعیین شود آنرا مهر المسمى می نامند این اصطلاح از فقه اسلامی گرفته شده است و در ماده ۱۰۱۰ ق.م به کار رفته ولی قانون آنرا تعریف نکرده است. با توجه به فقه اسلامی می توان چنین تعریف کرد که مهر المسمى عبارت است از مال معینی که با عنوان مهر و با توافق طرفین تعیین می شود یا شخصی که زوجین انتخاب کرده اند آنرا معین می کند .

## شرایط مهر المسمی

قراردادی که طرفین راجع به مهر می بندند یک قرارداد مالی تبعی است (فرعی) یعنی قراردادی است راجع به مال که جدا از اصل نکاح است اما تابعی است از این عقد بنابراین شرایط اساسی صحت معامله در مورد قرارداد مهر لازم است که عبارتند از :

- ۱- مهر باید مالیت داشته باشد ؛ یعنی اراضی داد و ستد اقتصادی داشته باشد (ماده ۱۰۷۸ ق.م).
- ۲- مهر باید قابل تملک به وسیله زن باشد ماده ۱۰۷۸ اموال عمومی و موقوفات را نمی توان مهریه قرار داد .
- ۳- مهریه باید به طرفین تا حدی که رفع جهالت آنها بشود معلوم باشد ماده ۱۰۷۹ ق.م
- ۴- مهر باید معین باشد بنابراین مهریه نمی تواند یک امر مردد قرار بگیرد .
- ۵- مهریه باید منفعت عقلایی و مشروط داشته باشد (مثل مشروبات الکلی و مواد مخدر) که جزء منفعت عقلایی محسوب نمی شود .
- ۶- مهریه باید امری باشد که قدرت بر تصمیم آن وجود داشته باشد بنابراین انگشتی که در قعر آب فرو رفته نمی تواند مهر طلقی شود .

## بطلان مهر

در صورتی که مهر المسمی مجهول باشد یا مالیت نداشته باشد، یا ملک غیر باشد در صورت اول و دوم مهر المثل خواهد بود و در صورت سوم مستحق مثل یا قیمت آن خواهد بود مگر اینکه صاحب مال اجازه نماید (ماده ۱۳۰۰ ق . م)

اگر مهر المسمی مال غیر باشد و صاحب مال آن را اجازه ندهد زن مستحق مثل یا قیمت آن خواهد بود . در واقع تعیین مهر از مال دیگری بدون اجازه یک قرارداد فضولی و غیر ناقد است که مالک می تواند آن را تنفیذ یا رد کند و اگر رد کند زن می تواند مثل و یا قیمت آن را مطالبه نماید ممکن است این ایراد وارد شود که در صورت رد مهریه به وسیله مالک تعیین مهر کان لم یکن محسوب شود؛ و باید مانند موردی عمل شود که مهری تعیین نشده است یعنی زوجه پس از نزدیکی مهر المثل بر وی تعلق می گیرد البته این نظر با قواعد عمومی معاملات سازگارتر است .

**پاسخ ایراد :** لیکن از آنجا که مهر معین و معلوم بوده و می توان آن را تقویم (ارزش گذاری) به مثل یا قیمت کرد رجوع به مثل یا قیمت آن منصفانه تر از حالت قبلی است و از این رو قانون آن را برگزیده است .

آیا ممکن است مهر به عهده شخصی غیر از شوهر باشد ؟

برخی گفته اند مال معینی که مهر قرار داده می شود باید متعلق به شوهر باشد و اگر شخصی بجز شوهر مانند پدر او بخواهد مال خود را مهر قرار دهد باید نخست آن را به شوهر منتقل کند تا شوهر بتواند آن را به عنوان مهر تعیین نماید زیرا برابر اصل و مقرراتی که در معاوضات و معاملات مورد قبول است معوض در ملک هرکس داخل گردد عوض از ملکیت او خارج می شود (ماده ۱۹۷ ق . م) و در نکاح نیز منافع زناشویی به شوهر تعلق می گیرد بر این اساس مهریه باید از ملک او خارج شود و شخص دیگر نمی تواند مستقیماً متعهد آن باشد مگر اینکه از شوهر ضمانت کند اما این نظر قابل خدشه و ایراد می باشد:

**اولاً :** نکاح یک قرارداد مالی نیست تا احکام معاملات و معاوضات بر آن اجرا گردد.

**ثانیاً:** در معاملات هم اشکالی به نظر نمی رسد که با توافق طرفین کی از عوضین در ملک شخصی داخل گردد و عوض دیگر از مال شخص ثالث به عنوان مثال پدر خریدار خارج گردد. اصل حاکمیت رارده و آزادی قراردادها اقتضا می کند که این نوع از معاملات درست و نافذ باشد بنابراین شخصی بجز شوهر مال خود را مهر قرار دهد و تعهد به مهریه داشته باشد.

## ۲- مهر المثل

مهریست که به موجب قرارداد تعیین نشده است بلکه بر حسب عرف و عادت و با توجه به وضع زن از لحاظ زیبایی، تحصیلات جایگاه و موقعیت اجتماعی و خانوادگی او و با در نظر گرفتن مقتضیات زمان و مکان تعیین می گردد ماده ۱۰۹۱ ق.م می گوید: برای تهیه مهر المثل باید حال زن از حیث سرگذشت خانوادگی و سایر صفات و وضعیت او نسبت به خویشان و اقارب در نظر گرفته شود. در فقه امامیه برخی بر آنند که مهر المثل نمی بایست از مهرالسنه تجاوز کند ولی قانون مدنی این را نپذیرفته و مهر المثل در محدودیت قرار ندارد. در تعیین مهر المثل برابر قانون مدنی زن در موارد زیر مستحق مهر المثل است:

۱- هرگاه مهر در عقد شرط تعیین نشده باشد و قبل از تراضی بر مهر معین بین زوجین نزدیکی واقع شود. (ماده ۱۰۸۷ ق.م)

۲- هرگاه عدم مهر در عقد شرط شده باشد و قبل از تراضی زوجین بر هم نزدیکی واقع شود.

۳- هرگاه توافق طرفین درباره مهر المسمی به جهتی باطل باشد، یعنی:

۱- چنانچه مال تعیین شده مجهول باشد. (ماده ۱۰۰ ق.م)

۲- چنانچه مال تعیین شده مالیت نداشته باشد (ماده ۱۰۰ ق.م)

۳- هرگاه نکاح باطل و زوجه جاهل به بطلان نکاح بوده و نزدیکی هم واقع شده باشد (ماده ۱۰۹۱ ق.م)

## ۳- مفوضه المهر (تفویض مهر)

در اصطلاح حقوقی تفویض عبارت است از اینکه اختیار تعیین مهر ضمن عقد نکاح به یکی از زوجین یا شخص ثالث واگذار شده باشد. زنی که بدین شکل ازدواج می مند مفوضه المهر نامیده می شود. شخصی که به موجب این توافق تعیین مهریه به او محول شده است داور به شمار می آید و این شخص اگر شوهر یا شخص ثالث باشد می تواند مهر را هر قدر که بخواهد تعیین کند ولی اگر زن داور در تعیین مهر باشد محدودیت از لحاظ حداکثر برای او مقرر شده است؛ ماده ۱۰۹۰ ق.م در اینباره می گوید: اگر اختیار تعیین مهر بر عهده زوجه باشد وی نمی تواند بیشتر از مهر المثل تعیین نماید چرا؟

چون زوجه در مهر ذی نفع است و متمایل به آن است که مهر خود را بیشتر معین نماید و احتمال سوء استفاده در این زمینه وجود دارد. در فقه امامیه اختیار زوجه در تعیین مهر از این هم محدودتر است زیرا بنابراین اعتقاد زنی که اختیار تعیین مهر بر او واگذار شده نمی تواند بیش از مهر السنه برای خود تعیین نماید. اما در حقوق ما هرگاه زوجه ای به تعیین مهر که به او واگذار شده کمتر از مهر المثل یا معادل تعیین نماید حکم او نافذ است.

## طلاق خلع

طلاق خلع آن است که زن بواسطه کراهتی که از شوهر دارد، در برابر مالی که به شوهر می دهد، از شوهر طلاق بگیرد، اعم از آنکه مال مزبور عین مهر یا معادل آن و یا بیشتر یا کمتر از مهر باشد.

## نمونه سوالات

۱- مفوضه المهر در معنای اصطلاحی را تعریف نموده و مباحث پیرامون ماده ۱۰۹۰ قانون مدنی را تشریح نمایید .

۲- آیا ممکن است مهریه به عهده شخصی غیر از شوهر باشد ؟ توضیح دهید .

۳- مهر المثل را تعریف کرده و مباحث پیرامون آن را توضیح دهید.

۴- در چه صورتی مهریه باطل است ؟

۵- مهر المسمی و شرایط آن را توضیح دهید ؟

۶- چهار قول در مورد توارث زوجین در نکاح منقطع وجود دارد . آنها را بیان نمایید ؟

۷- دلایلی که قانون مدنی در بطلان شرط توارث در نکاح متعم انتخاب کرده را توضیح دهید ؟

۸- فرق بین نکاح دائم و متعم را بیان نمایید ؟

۹- متون عربی ذیل را به فارسی برگردانید :

**متن عربی :** و لا يجوز بغیر العربیه مع القدره و الاخرس بالاشاره

**ترجمه :** در صورت قدرت بر اجرای عقد با الفاظ عربی نمی توان آن را با الفاظ غیر عبی جاری ساخت و شخص لال با اشاره می تواند صیغه عقد را جاری سازد .

**متن عربی :** و يعتبر فی العاقد الکمال فالسكران باطل عقده ولو اجازه بعده

**ترجمه :** عقد کننده باید از کمال برخوردار باشد؛ و لذا عقد کسی که مست است ، باطل است، اگرچه پس از برطرف شدن مستی، آن را اجازه کند .

**متن عربی :** الاولى: یصح اشترط الاختیار فی الصداق و لا يجوز فی العقد فیبطل

**ترجمه :** شرط کردن خیار در مورد مهر مانعی ندارد، اما در عقد جایز نیست، و موجب بطلان آن می شود .

**متن عربی :** و یحرم بالرضاع ما یحرم بالنسب بشرط کونه عن نکاح ، و ان ینبت اللحم او یشد العظم او یتیم یوماً و لیله او خمس عشره رضعه و الاقرب النثر بالعشر و ان یکون المرتضع فی الحولین، و ان لا تفصل بینها برضاع اخری ، و ان یکون اللبن لفحل واحد فی وضعت امراه جماعه بلین لم یحرم بعضهم عی بعض

**ترجمه :** هر چه به واسطه خیشاوندی حرام میشود، به واسطه شیرخوارگی نیز حرام می شود، البته به شرط آنکه شیرخوارگی از نکاح باشد، (یعنی شیری باشد که از ازدواج مشروع فراهم شده باشد) و به مقداری باشد که گوشت برویاند یا استخوان را سخت کند ، یا آنکه یک شبانه روز کامل باشد و یا ۱۵ مرتبه باشد. و بنابر قول نزدیک تر به صواب، حرمت با ده مرتبه شیر دادن حاصل می شود. همچنین باید کودک در طی دو سال اول شیر بخورد، و در میان آن شیر خورندها، از سیر زن دیگری نخورد. و شیر زن از یک شوهر باشد. بنابراین اگر زن چند بچه را (متناباً) از شیر دو شوهر شیر دهد آنها بر هم حرام نمی شوند (مانند آنکه دختری را از شیر شوهر اول و پسری را از شیر شوهر دوم شیر دهد، که در اینصورت آن دختر و پسر بر هم حرام خواهند بود .

**متن عربی :** الکفاء معتبره فی النکاح ، فلا يجوز للمسلمه التزویج بالکافر، و لا يجوز للناسب التزویج بالمومنه، و يجوز للمسلم التزویج متعه او استدامه کما مر بالکافره

**ترجمه :** کفو بودن (یعنی برابر بودن زن و شوهر در اسلام و ایمان) در امر نکاح معتبر است. و از این رو زن مسلمان نمی تواند با کافر ازدواج کند و مرد ناصبی نمی تواند با زن مومنه ازدواج کند. اما مرد مسلمان، چنانچه گذشت، می تواند بر نکاح خود با زن کافر باقی بماند یا آنکه او را به عقد خود درآورد.

**متن عربی :** يجوز اشتراط ما يوافق الشرع في عقد النكاح فلو شرط ما يخالف لغى الشرط كاشتراط أن لا يتزوج عليها ولا يتنسى ولو شرط ابقاؤها في بلذها لزم و كذا في منزلها

**ترجمه :** شرط کردن اموری که شرع با آن موافق است، در عقد نکاح جیز است. و اگر عقد نکاح چیزی را شرط کند که مخالف شرع است، آن شرط لغو و بی ثمر خواهد بود (اما عقد به صحت خود باقی است) مانند آنکه شرط کند که با زن دیگری ازدواج نکند، یا کنیز نگیرد و اگر مرد شرط کند زن را در شهر یا منزل او نگاه دارد، عمل به آن لازم است.

**متن عربی :** وكل ما صح ان يكون مهر اصح ان يكون فديه و لا تقدير فيه فيجوز على ازید مما وصل اليها منه

**ترجمه :** هرچه مهر قرار دادن آن صحیح باشد، می تواند عوض خلع واقع شود، و اندازه خاصی در آن معتبر نیست، بنابراین عوض خلع می تواند بیش از مقداری باشد که (به صورت مهریه و غیر آن) از شوهر به زن رسیده است.

**متن عربی :** و المباره كالخلع الا انها يترب على كراهيه الزوجين فلا يجوز له الزیاده على ما اعطاها و لابد فيها من الاتباع بالطلاق، ولو قلنا: فی الخلع، لا يجب

**ترجمه :** مبارات مانند خلع است، با این تفاوت که مبارات در جایی است که کراهت طرفینی می باشد، و از این رو عوض در مبارات نباید بیش از مهریه ای باشد که شوهر به زن داده است. و نیز در مبارات باید صیغه طلاق بدنبال آن آورده شود، حتی اگر در مورد خلع ذکر صیغه طلاق را لازم ندانیم.

**متن عربی :** و يشترط في الخلع و المباره شروط الطلاق

**ترجمه :** اموری که در طلاق شرط شد (از قبیل کامل بودن شوهر، قصد و اختیار او و اینکه زن در ایام عادت نباشد) در (خلع و مبارات نیز معتبر است)