

نقش تفاوت جنسیتی در شرایط نکاح و طلاق

ذبیح الله روفی^۱

چکیده

تفاوت‌های ناشی از جنسیت در حوزه‌ای - همچون نکاح و طلاق - سبب اختلاف فقه‌های فقهی و دانشمندان اسلامی و حتی مورد قضاوت محققان غیر مسلمان قرار گرفته است. اگر مبانی و زوایای این اختلافات تبیین و تشریح نگردد و قضاوت‌های اغیار بررسی و پاسخ داده نشود، ممکن است ساحت دین مقدس اسلام به اتهام تبعیض جنسیتی میان مرد و زن آلوده گردد. نقش تفاوت جنسیتی در شرایط نکاح و طلاق یکی از مباحث بحث بر انگیز در این زمینه است، لذا سعی شده است این موضوع از منظر مذاهب خمس مورد بررسی قرار داده شود. یافته‌های این تحقیق نشان داد، که اختلاف در احکام فقهی ناشی از طبیعت و سرشت زن و مرد برخاسته است، نه این که شرع مقدس ادنی تبعیض را در نظر گرفته باشد. تفاوت جنسیتی در دو مورد شرایط نکاح (شهادت، ولایت، کفایت و ...) و طلاق (مطلق و محل طلاق)، نقش مؤثر داشته است. نتایجی که از این تحقیق به دست آمده، به صراحت از واقع‌نگری احکام اسلامی حکایت دارد و این خود بهترین پاسخ به شبهات وارده در این حوزه است.

کلید واژه گان: نقش، جنس، تفاوت، شخص، نکاح، طلاق، مذاهب.

^۱ دانشجوی دکتری فقه و اصول جامعة المصطفی واحد گرگان.

مقدمه

اسلام تساوی مرد و زن را در انسانیت، کرامت انسانی و حقوق طبیعی پذیرفته است و از طرفی با توجه به فطرت و سرشت انسانی و طبیعت برخاسته از جنسیت نسبت به امور مفید انسان را تشویق از هر امری که با فطرت و طبیعت او منافات دارد، بر حذر داشته است. از منظر اسلام، زن و مرد اگرچه در حقوق طبیعی و تکالیف دینی مساوی هستند، اما از این جهت که هر کدام کارکرد طبیعی و ساختار فطری خود را دارند، در برخی احکام با هم یکسان نیستند. زن در ساختار جسمانی و ترکیب روانی خود از مرد متمایز است و نمی تواند در کارکردها و شیوه های زندگی خود همسان مرد پیاده کند، زیرا تغییر طبیعت جنسی امری دشوار است. مرد در فعالیت های گوناگون و موقعیت های مختلف حیات، سعی دارد اندیشه خود را بر احساسات خویش چیره نماید، در حالی که زن اکثر با فعالیت های احساسی-عاطفی تناسب بیشتر داشته و غالباً در موضعگیری های مختلف خویش احساسی تر نمایان می شود.

اختلاف در احکام فقهی متأثر از مساله جنسیت است که در برخی احکام در ظاهر تبعیض آمیز تلقی میشود در حالی که هیچگاه شارع مقدس هیچگونه تبعیض و دوئیتی را نسبت به بندگان چه مرد و چه زن روا نمی دارد. از جمله اختلاف در احکام فقهی که متأثر از مساله جنسیت است می توان به نکاح و طلاق اشاره کرد، به عنوان مثال در بحث نکاح براساس احکام مربوط به آن، یک مرد می تواند با توجه به شرایط گذاشته شده از طرف شارع از حق و امتیاز چند همسری برخوردار می باشد در حالی که چنین حق و امتیاز برای زن نیست. مبنای تعلق این حق و امتیاز برای آقایان و عدم تعلق آن به خانم ها بنابر مصالح جامعه است زیرا اگر یک زن از چنین حق و امتیاز برخوردار باشد لازمه آن اختلاط انساب است که بنمایه خانواده و به تبع آن جامعه را تهدید می کند. پس اختلاف در احکام تشریعی بنا بر تفاوت جنسیت بر مبنای مصالح فردی و اجتماعی بندگان جعل شده است. همه انسان ها از هر دو جنس در اصل تکالیف شرعی و الهی مورد خطابند و لذا مسأله مردان، زنان و خنثی از نگاه جنسیت در تفاوت احکام (نکاح و طلاق) از جمله مسائل مهم بوده و بر همین اساس همیشه مطرح بوده و از طرفی همواره مورد شبهه افگنی مغرضان دین مقدس اسلام بوده است؛ طوری که اگر نقش این اختلافات در این مورد تبیین نگردد، دین مقدس اسلام را متهم به مرد سالاری همراه با معنایی منفی و تبعیض بین مردان و زنان ایجاد شبهه و سوال می کند. پس لازم و ضروری است که در باره نقش جنسیت در شرایط (نکاح و طلاق) از دیدگاه فقهاء مذاهب پنجگانه تحقیق و ادله و استدلال های آنان با رویکرد تطبیقی و مقارنه ای و روش توصیفی- تحلیلی مورد بررسی قرار گیرد تا شبهات مغرضان و بهانه؛ بهانه جویان رفع گردد و تفاوت در نکاح و طلاق این که زنان احکام بخصوصی دارند (از قبیل عدم تعدد شوهر، عدم حق طلاق و...) که برای مردان چنین احکامی وجود ندارد. با توجه به ابعاد مختلف مسئله، پرسش اساسی این

است که آیا جنسیت در شرایط نکاح و طلاق تأثیری دارد و اگر دارد بر چه مبنایی استوار است؟ آیا تأثیر جنسیت در شرایط نکاح و در همه مذاهب پنجگانه یکسان پذیرفته شده است و یا میان دیدگاه های فقهی مذاهب اختلاف وجود دارد و با احصای دیدگاه های فقهی مذاهب اهل تسنن و تشیع آیا می توان به موارد اشتراکی و افتراقی آنان دست یافت؟ که درین مقاله ما در صدد تشریح و تبیین این موضوع هستیم.

۱- مفهوم شناسی

هر واژه و اصطلاحی گام اول هر تأملی نظری و اقدام عملی است. اهمیت طرح این بحث از آن جهت است که استعمال لفظ در معنی حقیقی و ترتب آثار منطقی بر آن جز در پرتو شناخت مفهوم و مدلول واقعی آن امکان پذیر نمی باشد. بنابر این در این گفتار به مفهوم شناسی پرداخته می شود.

اصطلاحات علوم اکثر به سه طریق انجام می شود: مفهوم لغوی، مفهوم عرفی و مفهوم اصطلاحی. مفهوم لغوی هر کلمه بر اساس منابع اصلی لغوی هر زبان مورد تحقیق و کنکاش قرار داده می شود.

مفهوم عرفی هر اصطلاح همچنین در مطابقت با استفاده ها و کاربرد های رایج در میان گروه های مختلف اجتماعی و مردم تعریف می گردد و مفهوم اصطلاحی واژه ها مراد واضح اصطلاح در عرف یک علم یا یک مجموعه ی خاص، مورد بررسی قرار گرفته تبیین و توضیح داده می شود.

در این جا سعی بر این گردیده است که تا بیشتر از مفهوم شناسی لغوی و اصطلاحی بهره گرفته شود.

مفهوم شرط

شرط در لغت: شرط که جمع آن شروط و یا شرایط است در لغت به معنی علامه و نشانه آمده است و از جمله أشرط الساعة یعنی نشانه های قیامت (زحیلی، ۱۳۹۶: ۱۳۷، الزمان، ج ۴، ۲۰۱۷: و زحیلی، ۱۴۰۵: ۹۷). شرط غیر رکن است، و آن عبارت از امری است خارج از حقیقت شیء و شیء بر آن متوقف است.

مفهوم اصطلاحی شرط

شرط در اصطلاح: امر خارجی شیء است، که شیء بر آن متوقف و غیر مؤثر در وجود آن می باشد مانند وضوء نسبت به نماز گزاردن، زیرا صحت نماز بر وضوء داشتن است اما وجود صلوئه متوقف بر داشتن وضوء نیست (العسلی، ۱۴۳۲: ۸۶).

شروط نکاح: عبارت از تعهدات و الزامات ناشی از طرف یکی از زوجین با توافق آنها مضاف به آثار عقد بوده و از جزء تعهدات شرعی محسوب میشود (سراج، ۲۰۲۰: ۹۴).

دلیل مشروعیت شروط نکاح

الف- قرآن کریم: «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا» (اسراء: ۳۴): و به پیمان [خود] وفا کنید زیرا که از پیمان پرسش خواهد شد. بنا بر این، بر شوهر لازم است زمانی که در برابر همسر خود ملتزم به شرط می‌شود، بر آن پابند باشد، مادامی که در آن مصلحت مشروعه برای زوجه می‌بیند و از طرفی هم باعث تضییع حقوق دیگران نگردد.

ب- سنت نبوی: پیامبر دادگر (ص) می‌فرماید: (إِنَّ أَحَقَّ الشَّرُوطِ أَنْ تُؤْفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ) (ابن حجر، ج ۹، ۱۴۲۴: ۳۶۵): سزاوارترین شروط به وفا شدن، شرط‌های است که با پذیرفتن آنها، بهره جستن شما از یکدیگر در مسائل جنسی حلال می‌شود.

اقسام شروط نکاح نزد فقها

فقها شروط نکاح را بر چهار دسته تقسیم بندی نموده اند، که عبارت است از: شروط انعقاد، شروط صحت، شروط نفاذ و شروط لزوم.

در صورت عدم موجودیت شروط انعقاد، عقد نزد جمهور علمای اهل سنت باطل و در نزد احناف فاسد می‌گردد. در صورت مختل شدن شروط صحت، عقد فاسد و در صورت فقدان شروط نفاذ، عقد نزد فقها موقوف و در صورت نبود شروط لزوم، عقد غیر لازم گردیده و برای متعاقدين خيار ثابت می‌شود که در این صورت حق فسخ برایشان ثابت می‌گردد (زحیلی، ج ۳، ۱۴۰۵: ۳۲).

الف) شروط انعقاد: شروط انعقاد عبارت از شروطی است که وجود آن در رکن عقد لازمی است، و آنها عبارت است از شروط عاقد، شروط معقود علیه و شروط صیغه عقد، که عدم موجودیت آنها و یا بعضی از آنها عقد را باطل می‌سازد (ذهبی، ۱۴۱۴: ۵۳).

در شروط انعقاد نکاح هیچ نوع تفاوت میان زنان مردان در خصوص جنسیت وجود ندارد، زنان و مردان در شرایط مذکور با هم برابر و مساوی بوده و جنسیت در آن دخیل نیست.

۱- تعیین سن ازداج

یکی از موضوعاتی که تفاوت جنسیتی در آن دیده می‌شود، تعیین سن ازدواج است. در آیات قرآن کریم و فقه اسلامی سن مشخصی برای ازدواج مطرح نشده است، بلکه آنچه مشهود است واژگانی چون بلوغ حلم و بلوغ نکاح آمده است که می‌توان به نحوی سن و سال ازدواج را از آن بدست آورد. در حقیقت سن ازدواج از دیدگاه قرآن همان توانای داشتن بر ازدواج، همخوابی و توالد نسل می‌باشد و با این حال قانون احوال شخصیه کشور مصر سن کامل برای ازدواج را هجده سال برای پسر و هفده سال برای دختر تعیین نموده است (سباعی، ۱۴۲۰: ۵۰).

در خصوص سن بلوغ برای ازدواج نزد فقهای امامیه برای مرد ۱۵ سال و برای زن ۹ سال بر اساس حدیث ابن سنان فرض شده است، ولی در نزد فقهای اهل سنت حد اکثر و حد اقل را در نظر گرفته اند؛ حداکثر سن بلوغ جهت ازدواج ۱۸ سال تعیین شده است، و نیز امام ابوحنیفه اکثر بلوغ را ۱۸ سال تعیین نموده است و برای زن ۱۷ سال را در نظر گرفته اند. و در نزد امامیه حد اقل آن برای مذکر ۱۲ سال و برای مؤنث ۹ سال در نظر گرفته شده است (مغنبه، ۲۰۱۳: ۲۳).

به نظر می‌رسد تعیین سن ازدواج از جهت اخلاقی صحیح نباشد، زیرا ممکن است فرد بعد از رسیدن به سن بلوغ و قبل از سن ازدواج دست به فساد اخلاقی جنسی زده و مصلحت جامعه را در خطر بیندازد.

بهترین زمان در ازدواج رسیدن به سن بلوغ است، زیرا اولیای پسران و دختران بهتر به مصلحت آنها پی می‌برند، که چه وقت فرزندان خویش را به عقد نکاح در آورند! به مجرد رسیدن به سن بلوغ و یا بعد از آن. به تعویق انداختن سن ازدواج بعد از بلوغ خطرات ناشی از فساد اخلاقی و روابط نامشروع میان دختران و پسران را در پی دارد، چیزی که امروزه جامعه غربی از آن رنج می‌برد.

۱/۱ (ب) **شروط صحت:** هدف از آن شروطی است که در صورت محقق شدن آن تمام احکام مربوط به عقد تحقق پیدا می‌کند؛ مانند حلال بودن نکاح زن با شخصی که قرار است با او ازدواج کند. بنا بر این زن نباید برای همیشه و یا موقتی برای مرد حرام باشد (عویضه، ۱۴۳۷: ۳۴۲) شروط صحت دارای انواع و اقسام زیاد می‌باشد و از جمله شروط شهادت و ولایت را که تفاوت جنسیتی در آن به وضوح مشاهده می‌شود مورد بحث قرار می‌دهیم.

شهادت

یکی از مواردی که جنسیت در آن دخیل و تأثیر گذار است، شهادت در نکاح است. فقهای مذاهب پیرامون شهادت در نکاح اختلاف نظر دارند؛ برخی باورمند بر جواز شهادت زن در باب نکاح بوده و بر عدم تفاوت میان

زن و مرد تأکید دارند و برخی دیگر شهادت زنان را با انضمام مردان قبول دارند و گروهی سومی اصلاً عقیده بر عدم جواز شهادت زنان در نکاح هستند و بر فرض سه دیدگاه، تفاوت‌های ناشی از جنسیت در آن مشاهده شده و نقش جنسیت در آن تأثیر گذار می‌باشد، که در ذیل به این دیدگاه‌ها پرداخته می‌شود.

شهادت در لغت: شهادت در لغت اخبار از یقین را گویند (شهید ثانی، ج ۷، ۱۴۳۱: ۱۷۱). شهادت از مشاهده گرفته شده و (الرؤية بالعین) را گویند، یعنی با چشم دیدن و یا از شهود گرفته شده که به معنی حضور را می‌دهد (عثیمین، ۷۳۴: ۱۴۳۸).

شهادت در اصطلاح: نزد شیعه امامیه عبارت از بیان قاطعانه در مورد حقی که برای دیگران لازم است و از جانب شخصی غیر حاکم صورت گیرد. (شهید ثانی، ج ۷، ۱۴۳۱: ۱۷۲)

نزد شافعیه: شهادت عبارت از اخبار صحیح شخصی بر شخصی دیگری با قول «گواهی می‌دهم». (العسلی، ۱۴۳۲: ۱۱۹).

دلیل مشروعیت شهادت

الف- قرآن کریم: خداوند در آیات بسیاری به شهادت دستور داده است از جمله آیه مداینه:

« وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى... » (بقره: ۲۸۲) (و دو شاهد از مردانتان را [بر این حق] شاهد بگیرید، و اگر دو مرد نبود، یک مرد و دو زن را از میان شاهدانی که می‌پسندید، شاهد بگیرید تا اگر یکی از آن دو زن [واقعیت را] فراموش کرد، آن دیگری او را یادآوری کند). آیه شریفه به شهادت بدهی و بیع و سند حقوق و کنترل معامله امر می‌کند و این دلیل بر حقانیت شهادت دارد.

ب- سنت نبوی: روی الأشعث بن قیس (رض) قال: کانت بینی و بین رجل خصومة فی بئر، فاختصمنا الی رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم) فقال: «شاهدک أو یمینک»، قلت: انه اذن یحلف و لا یبالی، فقال (صلی الله علیه وآله وسلم) من حلف علی یمین یستحق بها مالا و هو فیها فاجر، لقی الله و هو علیه غضبان (بیهقی، ۱۴۲۴: ۶۰۶).

از اشعث بن قیس روایت شده است که بین من و مردی بر سر چاهی منازعه برخواست و نزد رسول الله (صلی الله علیه وآله وسلم) رفتیم، رسول خدا (صلی الله علیه وآله وسلم) فرمود: یا باید دو شاهد بیاوری و یا این مرد قسم بخورد. گفتم: بی تردید او قسم خواهد خورد و پروایی هم نخواهد داشت! (رسول الله علیه و آله وسلم)

فرمود: هر کسی برای تصاحب مال کسی قسم بخورد، در حالی که او در قسم خود دروغ گو است، روز قیامت خداوند را در حالی که بر او خشمگین است، دیدار خواهد نمود.

حدیث مذکور صراحت بر طلب شهادت دارد و بویژه در فصل خصومت و نزاع و این دلیلی است بر مشروعیت شهادت از منظر سنت پیامبر علیه السلام.

ج- اجماع: امت اسلامی بر مشروعیت شهادت اجماع نموده و آن را یکی از حجت شرعی و وسیله‌ی اثبات دعوا در حضور دادگاه می‌دانند و در این زمینه هیچ قول مخالف از آنها نقل نشده است. (ابن قدامه، ج ۱۲، ۱۹۸۶: ۲)

د- عقل: شهادت یک امر مهم و ضروری بوده و تأثیرات زیاد بر زندگی اجتماعی انسانها دارد، زیرا ادله اثبات حقوق، حفظ آبرو، حفظ خون، حفظ جان، حفظ مال و سایر اختلافات انسانها بستگی به آن دارد (العسلی، ۱۴۳۲: ۱۲۲).

حکم شهادت در نکاح

فقها در مورد وجوب شهادت در عقد نکاح بر سه دیدگاه/اختلاف دارند.

دیدگاه اول: جمهوری از فقه‌های احناف، شافعیه و حنابله بر این باورند که شهادت یک امر لازمی و ضروری جهت صحت عقد بوده و در غیر این صورت عقد باطل می‌گردد. آنها بر سنت پیامبر (ص)، عملکرد صحابه و دلائل عقلی استدلال کرده اند.

روت عائشۀ (رضی الله عنها) أن (نبي الله عليه وآله وسلم) قال: "لا نكاح الا بولي و شاهدة عدل" (بیهقی، ۱۴۲۴: شماره حدیث ۱۳۵۰۰).: هیچ نکاحی بدون حضور ولی و سرپرست زن و حضور دوشاهد عادل صحیح نیست.

همچنان از صحابه کرام نیز نقل شده است که نکاح بدون شاهد را قبول نمی‌کردند، از ابو زبیر مکی روایت است «أُتِيَ بِنِكَاحٍ لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ إِلَّا رَجُلٌ وَ امْرَأَةٌ، فَقَالَ: " هَذَا نِكَاحُ السَّرِّ وَ لَا أُجِيزُهُ، وَ لَوْ كُنْتُ تَقَدَّمْتُ لَرَجَمْتُ "»: در نزد حضرت عمر (رضی الله عنه) از نکاح سخن بمیان آمد که شاهدان آن یک مرد و یک زن بودند، او گفت: این نکاح سر و پنهانی است و او را جایز نمی‌دانم و اگر نسبت به آن اقدام می‌کردم رجم می‌نمودم (العسلی، ۱۴۳۲: ۱۳۲).

عقل نیز حضور گواهان را درک نموده و آن را ضروری می‌پندارد، چون حق غیر از متعاقدين به حضور گواهان تعلق می‌گیرد که عبارت از فرزندان است؛ ممکن در صورت نبود گواهان پدر منکر نسب فرزند شده و نسب وی ضایع گردد، بر این اساس حضور آنها برای حفظ نسب فرزندان شرط صحت برای عقد نکاح می‌باشد.

دیدگاه دوم: قول مالکی‌ها است، آنها بر این عقیده اند که نظر به قول پیامبر (علیه السلام) حضور گواهان شرط صحت برای عقد نکاح نمی‌باشد، بلکه مجرد اعلان در این زمینه کافی است، زیرا رسول اکرم (ص) به روایت عائشه (رض) می‌فرماید: «أعلنوا هذا النكاح واجعلوه فی المساجد واضربوا علیه بالدفوف»: ازدواج‌ها را علنی و آشکارا انجام دهید و آنها را در مساجد برگزار کنید و بر آنها دف و طبل بنوازید (ترمذی، ۱۴۱۹، شماره حدیث: ۱۰۹۵). ولی به این استدلال مالکیان جواب دادند که هدف از اعلان در حدیث موصوف، حضور شاهدان در مجلس عقد است، با گواهی دادن ایشان عقد نکاح به شهرت رسیده و از سری بودن بیرون می‌شود.

دیدگاه سوم: از فقهای امامیه و ظاهریه است، آنان معتقدند که برای صحت صیغه عقد نکاح اصلاً لازم نیست گواهی معتبر باشد، زیرا قرآن کریم هنگام صحبت کردن از ازدواج اصلاً به آن نپرداخته است، در حالی که در مورد آنچه که خطر آن کمتر نسبت به ازدواج است، پرداخته است که عبارت از عقد بیع و مدینه است. احایث وارده در مورد شهادت محمول بر استحباب و یا این که بر لزوم حضور شهود برای اثبات نکاح نزد قاضی در صورت انکار حمل می‌شود (الذهبی، ۱۴۱۴: ۶۰).

از مقارنه دیدگاه سه گانه چنین نتیجه به دست می‌آید که فقهای همه مذاهب اسلامی وجود گواه را جهت اثبات عقد نکاح و ترتب آثار فقهی و حقوقی آن از قبیل مهر، نفقه، نسب و ... را لازم و در مورد لزوم گواه برای صحت عقد نکاح با هم اختلاف دیدگاه دارند. بیشتر از فقیهان اهل سنت (حنفیه، شافعیه و حنبله) حضور گواهان در مجلس عقد را الزامی دانسته و بدون آنها عقد نکاح را منعقد نمی‌دانند. در مقابل فقهای مذهب جعفریه با استناد از آیات و روایات وجود شهود در باب عقد نکاح را الزامی ندانسته و بر این باور اند بدون حضور شهود نیز عقد منعقد می‌گردد. مالکی‌ها راه میانه را انتخاب نموده هدف از حضور شهود در مجلس عقد را اعلان می‌دانند، بناء اگر گواهان در مجلس عقد حاضر نباشند ولی بعد از خروج بلا فاصله موضوع را به سمع گروهی برسانند عقد صحیح می‌شود، زیرا با چنین عملی عقد از موضوع سری بودن خارج می‌شود.

حکم شهادت زن در نکاح

اهل علم بر قبولیت شهادت مرد در باب نکاح، طلاق، ظهار، رجعت و غیره اتفاق نظر دارند و آنچه محل اختلاف است در مورد شهادت زن در این زمینه است که فقها به سه قول اختلاف دیدگاه دارند.

قول اول: احناف و در روایتی از حنابلہ با استناد از آیه قرآن کریم شهادت دو زن همراه مرد در باب نکاح را پذیرفته اند، خداوند در قرآن کریم می‌فرماید: «وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ» (بقره: ۲۸۲) و دو شاهد از مردانتان را [بر این حق] شاهد بگیرید، و اگر دو مرد نبود، یک مرد و دو زن را.

به باور احناف خداوند مردان و زنان را به طور مطلق ذکر نموده است، پس دو زن در جایگاه یک مرد شهادت شان در همه احکام مورد قبول است، مگر این که ادله‌ای آن را مقید کرده باشد در حالی که هیچ قیدی در این آیه ذکر نگردیده است بناء شهادت آنان در مورد ازدواج، وصیت و غیره قابل قبول است.

قول دوم: نظریه‌ی دوم از جمهور فقها، مالکیه، شافعیه و قول معتمد از حنابلہ، ابراهیم نخعی، زهری و فقهای اهل مدینه می‌باشند. ایشان بر عدم قبول شهادت زنان در باب نکاح، طلاق، رجعت، وصیت و غیره از قرآن، سنت و عقل استدلال نموده اند، خداوند می‌فرماید: «وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ...» (طلاق: ۲): و دو تن [مرد] عادل را از میان خود گواه بگیرید.

جمهور بر این عقیده اند که آیه شریفه در معنی خود دلالت بر عدم جواز گواهی زن در طلاق و رجعت دارد، بدلیل قول تعالی ذوا (ذَوَى) که در پرتو کلام حق تعالی مردان را شامل شده و آنها را مورد خطاب قرار می‌دهد. اگر شهادت زنان جایز می‌بود لفظ (ذوات) که مخصوص زنان می‌باشد نیز در آیه ذکر می‌گردید.

همچنان حدیثی که از حضرت عایشه روایت شده است نیز گواه بر این مطلب است: "لا نکاح الا بولی و شاهی عدل" (بیهقی، ۱۴۱۴، شماره حدیث: ۱۳۵۰۰): هیچ نکاحی بدون حضور ولی و دوگواه عادل صحیح نیست.

قول سوم - ظاهریه و شیعه امامیه است: فقهای ظاهری می‌گویند که گواهی زن به گونه‌ی مجرد در عقد نکاح پذیرفتنی است، طوری که به جای یک مرد دو زن قرار می‌گیرد. یعنی شهادت دو مردی که متصف به عدل باشد و یا دو زن به انضمام یک مرد و یا چهار زن به گونه‌ی انفرادی مورد پذیرش واقع می‌شود. به عقیده ظاهریان آیه ۲۸۲ سوره بقره: «وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ...» دال بر این است که خداوند متعال زنان را به طور مطلق شاهد قرار داده است، خداوند در آیه مذکور شهادت دو زن را در کنار یک مرد ذکر نموده است، پس بدین معنی نیست که قبول شهادت زنان متکی بر موجودیت مردان بوده باشد، بلکه می‌توانند به شکل انفرادی گواهی بدهند، حتی اگر هیچ مردی در کنار آنها شهادت ندهد، زیرا در قرآن هیچ گونه قیدی مبنی بر لزوم مردان در کنار زنان ذکر نگردیده است (العسلی، ۱۴۳۲: ۱۴۲).

از فقهای شیعه جعفری در خصوص اعتبار دهی شهادت زن در نکاح دو قول نقل شده است:

گروهی از فقها برای شهادت زن در نکاح موضوعیت قائل شده اند و در این مورد حدیثی را از امام صادق (علیه السلام) نقل می‌کنند: «أَنَّهُ سُئِلَ هَلْ تُقْبَلُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِي النِّكَاحِ؟ فَقَالَ تَجُوزُ إِذَا كَانَ مَعَهُنَّ رَجُلٌ»: سوال شد که آیا شهادت زنان در نکاح جایز است؟ فرمود: در صورتی که همراه با مرد باشند. این حدیث صراحت در جواز شهادت دو زن بر علاوه مرد در نکاح دارد، ولی در مقابل روایتی است که سکونی از امام صادق (علیه السلام) از علی (علیه السلام) نقل می‌کند، که بر عدم جواز شهادت زن دلالت دارد: «عَنْ عَلِيٍّ (ع) أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ لَا تَجُوزُ فِي طَلَاقٍ وَلَا نِكَاحٍ وَلَا فِي حُدُودٍ إِلَّا فِي الدِّيُونِ وَمَا لَا يَسْتَطِيعُ الرَّجَالُ النَّظَرَ إِلَيْهِ»: شهادت زنان در طلاق، نکاح و حدود جایز نیست؛ مگر در دیون و آنچه مردان نمی‌توانند به آن نظر کنند (یادداشت اقتصاد و حقوق، ۱۳۸۲، شماره: ۲۶)..

خلاصه در مذهب شیعه اکثر اتفاق بر جواز شهادت زنان در باب نکاح است، زیرا بیش‌ترین روایاتی که در این زمینه آمده است دلالت بر قبول شهادت زنان در کنار مردان دارد و حدیث مخالف در این باره را بنا بر ضعفی که در سندش است حمل بر منع شهادت زنان به گونه‌ی انفرادی نموده اند.

آنچه بیان گردید چکیده دیدگاه و نظریات فقهی مذاهب پنجگانه پیرامون شهادت زنان و مردان در باب نکاح بود، نتیجه بررسی اقوال فقها در مورد شهادت زنان این نتیجه را می‌رساند که:

۱- نقش تفاوت جنسیتی در آنها تاثیر گذار می‌باشد.

۲- قول ظاهری ها و شعیه امامیه صواب به نظر می‌رسد، زیرا استدلال‌شان از آیات و روایت قوی تر و از طرفی با واقعیت های عصری امروزی نیز سازگاری بیشتر دارد.

ولایت

ولایت یک حق شرعی و قانونی است که به موجب آن فعلی برای دیگری به گونه‌ی اجباری به جای وی انجام می‌گیرد. ولایت بر دو گونه است: عامه و خاصه، خاصه بر دو نوع می‌باشد: ولایت بر نفس و ولایت بر مال. هدف ما در این جا بررسی ولایت نفسی و نقش آن در ازدواج است. ولایت نفسی بر نکاح چهار نوع است: قرابت، ولاء، امامت و ملک (الجزیری، ۱۴۱۹: ۴۱۵).

ولایت در لغت

به معنی محبت و نصرت می‌آید مانند قول تعالی: «وَمَنْ يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا» (مائده: ۵۶): و کسی که خدا و رسولش و مؤمنین را دوست بدارد. به معنی سلطه و قدرت نیز آمده است، مثلاً گفته می‌شود "والی" یعنی صاحب قدرت و سلطه (زحیلی، ۱۴۰۵: ۱۸۶).

ولایت در اصطلاح عبارت از قدرت مستقیم بر تصرف در غیر است بدون اتکاء به اذن احدی، که به آن متولی و دارنده عقد گفته می‌شود. خداوند می‌فرماید: «فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ» (بقره: ۲۸۲): باید ولی او "به جای او" با رعایت عدالت، املا کند (زحیلی، ۱۴۰۵: ۱۸۶). از میان تعریفات که فقها در ارتباط به ولایت ارائه نموده اند جامع ترین آن از شیخ مصطفی الرزقا به نظر می‌رسد که وی می‌فرماید: «قیام شخص کبیر راشد، علی شخص محتاج الیه، لتدبیر شؤونه الشخصیة أو المالیة أو کلیهما» (الزرقا، ۲۰۰۴: ۸۴۳): ولایت عبارت از قیام و سرپرستی شخص بالغ و راشد در برابر فرد قاصر و نیازمند برای اداره امور شخصی یا مالی و یا هر دوی آن. جامعیت این تعریف در این است که هر سه نوع ولایت را شامل می‌شود.

حکم ولی در نکاح زن: زنی که در عقد نکاح در آورده می‌شود از سه حالت بیرون نیست: یا این که دوشیزه صغیره است. یا دوشیزه کبیره است و یا زن بیوه و ثیبه می‌باشد. و هر کدام آن‌ها احکام به خصوص خود را دارد که به گونه‌ی مختصر به آن‌ها پرداخته می‌شود.

الف - دوشیزه صغیره: فقهای مذاهب در خصوص ولایت پدر بر دختر صغیره خود هیچ نوع اختلاف ندارد، یعنی پدر می‌تواند او را به عقد نکاح کسی در آورد، چون حضرت ابوبکر صدیق (رضی الله عنه) حضرت عائشه (رضی الله عنها) را به عقد نکاح رسول اکرم (صلی الله علیه و آله وسلم) در آورد، در حالی که وی شش ساله بود.

امام شوکانی می‌گوید: این حدیث بیانگر دو موضوع است: یکی دلیل بر این است که پدر می‌تواند دختر نابالغ خود را به شوهر بدهد و دوم بر جواز ازدواج صغیره با کبیر دلالت دارد. و نیز از ابن المنذر روایت شده است که تمام اهل علم بر این اجماع دارند اگر پدر دختر صغیره خویش را به عقد نکاح کفو و همطراز در آورد، جایز است (الفوزان، ۱۴۳۷: ۱۰۰-۱۰۱).

در بین فقهای مذاهب اتفاق است که ولی می‌تواند صغیر و صغیره، مجنون و مجنونه را به عقد ازدواج کسی در بیاورد، ولكن شافعیه و حنابله صغیره ثیبه را ازین امر استثناء نموده و ولایت را تنها اختصاص به صغیره باکره نموده اند. در نزد شافعیه و امامیه ازدواج صغیر و صغیره موکول به ولایت پدر و پدر بزرگ پدری است و نه بر غیر آن‌ها، و اما نزد مالکیه و حنابله فقط پدر می‌تواند ولایت تزویج را عهد دار شود و بر ما دون جایز نیست، و لی احناف مشروعیت ولایت را بر تمام عصابات تسری می‌دهد (مغنیه، ۲۰۱۳: ۳۴).

ب- **دوشیزه باکره:** احناف می‌گویند: برای عاقله‌ی بالغه حق انتخاب است، یعنی دختر بالغه می‌تواند به تنهایی عقد نکاح نماید و هیچ کس بر او ولایت ندارد و حق اعتراض هم مشروط بر این است که با غیر کفو و با کمتر از مهر مثل ازدواج نماید و درین صورت ولی حق درخواست فسخ نکاح را از قاضی دارد. اما در نزد شافعیه، مالکیه و حنبله، نکاح زنان توسط ولایت انجام می‌شود صغری و کبیری، عقل و جنون، بکارت و غیر آن هیچ کدام نمی‌تواند موجبی برای اثبات یا سلب ولایت به شمار بیاید.

اکثر فقهای از امامیه می‌گویند: زن عاقل و بالغ مالک همه افعال و تصرفات خویش از قبیل عقود و غیر آن می‌باشد، برابر است باکره باشد و یا ثیبه، اینکه پدر و یا پدر بزرگ و یا وابستگی دیگر داشته باشد و یا نداشته باشد معتبر نیست. همچنان صحیح است که عقدی را از طرف خود و یا دیگران به گونه‌ی مستقیم و یا غیر مستقیم و کالتا انجام دهد (مغنیه، ۲۰۱۳: ۳۴).

حکم ولایت زن در نکاح

در ارتباط به این که آیا زن در نفس خویش ولایت دارد و یا ندارد فقهای اسلامی به دو دسته تقسیم شده اند.

الف) دسته اول جمهوری از فقها که عبارت از مالکیه، شافعیه، حنبله و ظاهریه می‌باشند، ایشان معتقد اند که زن حق تزویج نفس خود را ندارد، در صورتی که بدون حضور ولی عقد نماید، عقدش باطل گردیده و هیچ نوع اثر شرعی بر آن مترتب نمی‌شود، زیرا حضور ولی رکنی از ارکان عقد به شمار می‌رود (ابن الحزم، ۱۴۳۷: ۴۵۹).

ب) دسته دوم قایل بر جواز اند، یعنی زن مالک تزویج نفس خویش بوده اگر بدون حضور ولی عقد نماید، عقدش صحیح و نافذ می‌باشد، مگر در صورتی که با غیر کفو و یا کمتر از مهر مثل ازدواج نماید که در این صورت ولی حق اعتراض و درخواست فسخ نکاح را دارد (کاسانی، ج ۲، ۱۴۲۴: ۳۶۱). پیروان و علمداران این نظریه احناف و اکثر امامیه هستند (مغنیه، ج ۲، ۲۰۱۳: ۳۵).

حکمت در ایجاب ولی برای نکاح زن

حکمت خداوندی اقتضا می‌کرد قانون و احکام را جهت مصالح بندگان خود جعل نماید تا در پرتو همین قانون زندگی و روابط اجتماعی خویش را تنظیم نمایند. یکی از آن قوانین قانون ولایت بر نکاح است و فلسفه تشریع آن جز تأمین منافع زن و فرزندان چیزی دیگری نمی‌باشد.

حکمت مشروعیت ولایت در نکاح ناشی از اهمیت فوق العاده عقد نکاح است، عقدی که شارع مهربان آن را میثاق علیظ نامیده و دوام آن را سبب بقا و حفظ نسل بشریت. هنگامی که خداوند ازدواج را برای حفظ نوع بشر تشریع کرد بقا و تداوم این پیوند را استوار بر کفو و برابری میان زوجین قرار داد. تحقق این آرمان در همه

حال نه مقدور است و نه میسور، زیرا برخی از زنان قادر نیستند بین کفو و همطراز بودن و غیر آن تمیز قایل شوند. بناء خداوند حکیم جهت حفظ امتیاز برابری و شایسته سالاری بین زوجین و هم دفع ننگ و عاری که در اثر عدم کفو و برابری به وجود می‌آید، برای اولیای زنان حق ازدواج آنها را داده است.

یکی دیگر از حکمت های نصب ولی برای ازدواج در نظر گرفتن مصلحت زنان و صیانت از دین، نفس، عقل، مال و عرض آنها می‌باشد، از این جهت ولی نیز باید دارای شرایط و اوصاف چون علیم، امین، عاقل، حلیم، رؤف و رحیم بوده باشد و گرنه تحقق این امر امکان‌پذیر نخواهد بود.

زن معمولاً در معرض فریب قرار دارد، در حالی که ولی عادتاً از چنین موارد مصئون است، حوادث و اتفاقات زیاد در زندگی و جود دارد که اکثراً حسن اختیار و انتخاب را از انسان سلب می‌کند و زمانی انسان از ناهنجاری‌های روزگار در امان است که در عمق آن فرو رفته و برجهای خوشبختی و نگون‌بختی آن را تجربه نماید. لذا ولایت تنها به منظور حمایت زن و حفظ او از عواقب انتخاب نادرست قبل از بلوغ تشریع شده است.

اگر در عقد ازدواج دوشیزه گان اجازه ولی و قیم شرط نمی‌بود، بسا اوقات اتفاق می‌افتاد که به یک ابراز تمایل ساختگی مردان تن به ازدواج داده و خود را وارد جهنمی از مشکلات می‌کردند، اما اجازه ولی سبب می‌شود که دختر تا تحقیق کامل در این زمینه منتظر بماند، زیرا دیده ایم که بسیاری از روابط ظاهراً عاشقانه میان پسران و دختران در پس آن مطامع دیگر بوده است که با دقت نظر و حسن انتخاب پدران مشکل حل شده و دختران نیز از زندگی پر چالش که انتظارشان را داشت، نجات یافته اند.

بنا براین می‌توان پرسید: کجاست این جایگاه شریفی که اسلام برای حفظ حیثیت و کرامت زنان ارزانی نموده است از آن جایگاهی که جامعه مدرن فرنگ به آن رسیده و برای زنان فراهم کرده است؟ از آن جایی که مجبور می‌شود خود به دنبال شوهر مورد نظر خود بگردد و در طی آن ماجراهای بسیار و تجربیات خطرناک را پشت سر می‌گذارد و اغلب گرانبها ترین چیزی را که عبارت از عفت و شرافت می‌باشد قبل از اینکه به خانه بخت با فرد مورد نظر برود، از دست می‌دهد.

برخی از پژوهشگران ارشد جامعه شناسی در امریکا می‌گویند: بیش از ۸۵ درصد متأهلین قبل از ازدواج آمیزشی جنسی داشته اند و این بدین دلیل نیست که زنان خود خواهان آن بوده باشند، بلکه به دلیل تفکر مستهجن است که جامعه غربی به آنها ارائه می‌دهد (العسیلی، ۱۴۳۲: ۱۷۱).

ج) شروط نفاذ: عبارت از شروطی است که در صورت تحقق آن اثر شرعی از قبیل آمیزش جنسی، وجوب مهر و غیره جاری شده و چنین عقد را "عقد نافذ" یاد می‌کنند. اما اگر تمام شروط و یا برخی از آن از بین برود،

عقد معلق بوده و هیچ اثر شرعی و قانونی را در بر ندارد، مانند کامل الاهلیت بودن زوجین و غیره. از این که شروط نفاذ نکاح تفاوت جنسیتی را در پی نداشته و خارج از حیطه‌ی بحث ما قرار می‌گیرد، لذا از آن صرف نظر می‌کنیم.

(د) شروط لزوم: به شروطی گفته می‌شود که بقا و دوام عقد بر آن ها استوار است. اگر یکی از شرطهای لزوم وجود نداشته باشد، عقد جایز، ولی غیر لازم قرار گرفته و فسخ آن برای هر یکی از عاقدین جایز است. معنی لزوم این که یکی از عاقدین و یا غیر از آنها بعد از انعقاد عقد حق فسخ را نداشته و عقد خالی از خیار باشد و شروط لزوم بر چهار گونه می‌باشد، و یکی از آنها کفائت است، یعنی این که شوهر کفو و هم سطح زوجه باشد (وزارت حج و اوقاف، ۱۳۹۱: ۱۱۵-۱۱۶).

کفائت

کفائت در لغت: به معنی مساوات و مماثلت است، مثلاً چیزی با چیزی دیگر مساوی و هم ردف قرار گیرد» والمسلمون تتكافأ دماؤهم» (الرازی، ۱۹۸۶: ۵۷۵): مؤمنان خونشان با هم برابر است. یعنی در قصاص و دیه با هم برابر و مساوی هستند. اما کفائت در نکاح این که مرد در دین، مال و چیزهای دیگر با زن برابر باشد (العسلی، ۱۴۳۲: ۷۲)

هرگاه زوجین در منزلت، مرتبت، اخلاق، جایگاه اجتماعی و مالی در یک سطح و همسوی هم قرار گیرند، زندگی مشترک زناشویی آنان موفق و مستحکم شده و کمتر دستخوش آماج و بلاها قرار می‌گیرد.

کفائت در اصطلاح: کفائت در اصطلاح فقهی تعاریف مختلف دارد و مذاهب فقهی هر کدام یکی از آن تعاریف را مطرح نموده اند که در ذیل به آنها پرداخته می‌شود.

نزد شافعیه کفائت عبارت از امری که نبود آن در نکاح موجب ننگ و عار می‌شود (العسلی، ۱۴۳۲: ۷۳)

نزد احناف و حنابله کفائت عبارت از مساوات و برابری در امور معینه است (ابن عابدین، ج ۴، ۱۹۸۶: ۲۰۷ و ابن قدامه، ج ۹، ۱۹۸۶: ۳۸۷)

نزد مالکیه کفائت عبارت از مماثلت در تدین و سلامتی از عیوب می‌باشد (و ابن طاهر، ج ۳، ۱۴۲۶: ۲۴۷).

در مجمع البحرین آمده است: «والکفائة بالفتح والمد: تساوی زوجین فی الاسلام والايمان و قيل يعتبر مع ذلك يسار الزوج قوتاً و فعلاً، و قيل بالاسلام، والاول اشهر عند الفقهاء الامامية».

کفائت (با فتحه کاف و مد بعد از آن) عبارت از مساوات و برابری بین زوجین در اسلام و ایمان است. وعده‌ی گفته‌اند: علاوه بر آن، قدرت از پرداخت نفقه هم بالقوه و بالفعل لازم است. و برخی دیگر گفته‌اند: فقط برابری در اسلام در کفائت معتبر است. ولی مشهور بین فقهای امامیه قول اول است (کیفری، ۱۳۸۲، شماره: ۵)

حکم کفائت

کفائت از نظر اعتبار و ضرورت بستگی به صاحب حق دارد و از آن منظر حکم آن متفاوت است که به شرح زیر به آن پرداخته می‌شود:

۱) کفائت از جنس حق الله

اگر در کفائت حق خداوند (جل جلاله) را به اعتبار اسلام در نظر بگیریم، در این صورت کفائت به اتفاق فقهای مذاهب شرط صحت نکاح قرار می‌گیرد. طوری که فقهای شیعه در یکی از مباحث سه گانه در ذیل باب نکاح کفائت را شرط صحت عقد نکاح دانسته که نبود آن را موجب فسخ عقد می‌دانند (کیفری، ۱۳۸۲، شماره: ۵) لذا هیچ کس حق فسخ چنین حق ندارد، چنانچه در أسهل المدارک آمده است:

کفائت شرط صحت در نکاح زن مسلمان است، لذا به اجماع ثابت شده است که برای زن ویا اولیای او جایز نیست که آن را ترک نمایند (الکشناوی، ج ۲، ب، ت: ۷۷). پس اگر زن مسلمان با مرد کافر ازدواج نماید نکاح شان باطل می‌شود، گرچند این پیوند به رضایت هم انجام شده باشد، زیرا مسلمان بودن زوج شرط صحت عقد نکاح در اسلام است. چون خداوند می‌فرماید: «وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ» (بقره: ۲۲۱)؛ و با مردان مشرک ازدواج نکنید تا زمانی که ایمان آورند و همانا بنده مؤمن بهتر است از آقای مشرک، اگر چه مورد شگفت و خوشایند شما باشد.

۲) کفائت از جنس حق الناس

اکثریت فقهاء بر این امر اتفاق نظر دارند که هرگاه کفائت حق زن یا ولی و یا هر دو آنها قرار گیرد غالباً از جمله شروط لزوم محسوب می‌شود. و در این زمینه از سنت نبی (صلی الله علیه و آله وسلم) و عقل استناد کرده‌اند.

اولاً- سنت نبوی: عن علی أن النبی (صلی الله علیه و آله وسلم) قال له: «ثلاث لا تُؤخَّر: الصلاة إذا أتت، والجنزة إذا حضرت، والأیم إذا وجدت لها کفئاً» (ترمذی، ۱۴۱۹، شماره حدیث: ۱۰۸۷): سه چیز نباید به تأخیر افتد: نماز وقتی فرا می‌رسد، جنازه وقتی می‌آید، زن وقتی برای آن مناسب پیدا می‌کنید.

در این حدیث پیامبر خدا (ص) ازدواج زن را مشروط به پیدا شدن فرد مناسب برای او مطرح نموده است، که خود دلالت بر لزوم کفالت در این زمینه مینماید.

ثانیا - عقل: کفالت حق زن و ولی زن است، پس جایز است که نکاح را فسخ کند در صورتی که رضایت با وی نداشته باشد. امام شافعی (رح) می گوید: ازدواج با غیر کف حرام نیست ولی در هر حال او را رد میکنم، چون این نقص در زن و ولی او می باشد و اگر ایشان رضایت دادند، با وجود آن نقیصه او را می پذیرم (ابن عابدین، ج ۱۹۸۶، ۴: ۲۰۸).

نقش جنسیت در اعتبار دهی کفالت

یکی از موارد دیگر که جنسیت را در آن اعتبار است کفالت و هم شأنی است. کفالت حق زن و اولیاء او است که بر اساس جنسیت زن به او داده شده است، لذا اصل در کفالت برای مرد جهت منافع و مصالح زن و اولیای او در نظر گرفته شده است. از این جهت مرد باید هم شأنی زن را داشته باشد، زیرا نصوص وارده در این زمینه تنها معطوف به سمت مرد است، مثلاً مردی که از جایگاه و موقعیت اجتماعی بلند بر خوردار است می تواند با زنی که از چنین جایگاه برخوردار نیست ازدواج نماید و همچنان مرد ثروتمندی با زن فقیری. این که چرا مرد کفو برای زن بوده باشد بستگی به علل و عوامل دارد که در زیر به آنها پرداخته می شود.

(۱) چون مرد ولی زن و صاحب اختیار شرعی و قانونی او است، لذا لا اقل باید مساوی با وی بوده باشد تا به آسانی هدایت و تکلیف او را بپذیرد. اما اگر مرد از نگاه شأن و منزلت پایان تر نسبت به زن قرار داشته باشد، ممکن است مرد را کوچک شمرده و از دستوراتش سر پیچی نماید، زیرا معمولاً آنانی که از منزلت و جایگاه بلند اجتماعی برخوردار اند هدایت و دستورات پایان تر از خود را نپذیرفته و از اطاعت نمودن او اکراه دارند. (ذهبی، ج ۱۱۹: ۱۴۱۴، ۱۰) و از طرفی نصوص وارده صحبت از کفالت مرد دارد، زیرا او صاحب اختیار است و کسی را که انتخاب می کند راضی می شود برابر است هم سطح خودش باشد و یا پایان تر (کاسانی، ۱۴۲۴: ۴۷۴).

(۲) زنان معمولاً دوست دارند با افراد با نفوذی، که از جایگاه و منزلت اجتماعی خوبی برخوردار باشند، ازدواج نمایند، و ترجیح نمی دهند فراش افراد کم مایه و حقیری شوند که هیچ نوع بهره ی در جامعه نداشته باشد. اما مردان غالباً به چنین موارد اهمیت چندانی نمی دهند، مهم نیست که همسرشان از افراد کم مایه است و یا با سرمایه (کاسانی، ۱۴۲۴: ۴۷۴).

عرف نیز ثابت کرده است که مردم دختر خود را به عقد نکاح افراد صاحب مکانت و جایگاه در می آورند، زیرا اشخاص صاحب محل همسرش را به مقام خود رسانیده او را سرزنش نمی کند و باعث آبروریزی او نمی شود.

(۳) مرد صاحب و مالک طلاق است، هرگاه اگر ضرر از طرف همسرش به سبب عدم کفو تصور شود، می تواند طلاق بدهد، بخلاف زن، زیرا زن مالک طلاق نیست پس اگر ضرر و زیانی بخاطر عدم کفو بودن برایش پیش شود چگونه می تواند خود را از قید زندگی خلاص نماید؟ لذا ایجاب می کند که مرد باید کفو و هم شأن زن باشد (الذهبی، ۱۳۷۸: ۱۱۹).

(۴) اولیاء و بستگانه زن از کسانی که کفو نباشند پیوند خویشاوندی با آنها را عار می دانند، طوری که به علو نسب، شرافت پیشه، و حسن خلق شوهر افتخار می کنند (ابن عابدین، ج ۴، ۱۹۸۶: ۴۰۵).

نتیجه گیری

الف) از جمله شروط نکاح شهادت، ولایت و کفایت شروطی اند که جنسیت در آن دخیل و تفاوت های را در زنان و مردان به وجود آورده است. برخی فقها باور بر جواز شهادت زن در باب نکاح دارند، عده ای هم بر عدم جواز آن تأکید دارند، بر فرض تمام دیدگاه ها جنسیت بر آن بر وضوح مشاهده می شود.

ولایت نیز از جمله شروط است که جنسیت در آن مطرح بوده و در نزد جمهوری از علماء زن بدون اجازه ولی حق تزویج نفس خویش ندارد. در کفایت نیز تفاوت های میان زنان و مردان دیده می شود، مرد باید کفو و هم شأن زن باشد در حالی که جانب زن این موضوع اعتبار داده نشده است.

ب) از جمله شرایط طلاق که جنسیت در آن به وضوح دیده می شود، شروط مطلق و شروط محل طلاق است. مثلاً طلاق دهنده مرد باشد، بناءً طلاق از طرف زن واقع نمی شود. همچنان محل طلاق که ظرف وقوع طلاق است زن می باشد، لذا طلاق بر مرد واقع نمی شود.

منابع

القرآن كريم.

١. ابن حجر، احمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج٩، بيروت، دارالكتب العلمية، چاپ دوم، ١٤٢٤هـ.ق.
٢. ابن منظور، ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، ج١١، بيروت، دارصادر، چاپ اول.
٣. ابن طاهر، الحبيب، الفقه المالكي و ادلته، ج٣، بيروت، المؤسسة المعارف، چاپ سوم، ١٤٢٦هـ.ق.
٤. ابن قدامه، ابي محمد عبدالله بن احمد بن محمد، المغني، ج١٠، الرياض، دارالعالم الكتب، چاپ اول، ١٩٨٦م.
٥. ابن عابدين، محمد امين ابن عمر، ردالمحتار، ج٤، بيروت، مكتبة لبنان، بی چا، ١٩٨٦م.
٦. الزحيلي، وهبة، الوجيز في اصول الفقه، تهران، احسان، چاپ پنجم، ١٣٩٦هـ.ش.
٧. الزحيلي، وهبة، الفقه الاسلامي و ادلته، ج٧، بيروت، قاهره، دارالفكر، چاپ دوم، ١٤٠٥هـ.ق-١٩٨٥م.
٨. الزمانان، خلود بدر، شروط العقد النكاح في الفقه الاسلامي و اختيارات قانون الاحوال الشخصية الكويتي، ج٤، مصر، جامعة الازهر، چاپ اول، ٢٠١٧م.
٩. القرطبي، ابي الوليد محمد بن احمد بن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج٤، قم، المجمع للتقريب، چاپ دوم، ٢٠١١م.
١٠. الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المختار الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٣، بيروت، دارالمعرفة، چاپ اول، ١٤١٨هـ.ق.
١١. العسيلي، عبدالله عبد المنعم، الفروق الفقهية بين الرجل و المرأة في الاحوال الشخصية، عمان، دارالنفايس، چاپ اول، ١٤٣٢هـ.ق.
١٢. الرزقا، مصطفى، المدخل الفقهي العام، ج٢، دمشق، دارالقلم، چاپ دوم، ٢٠٠٤م.
١٣. الجزيري، عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الاربعة و مذهب اهل البيت، ج٢، بيروت، دار الثقلين، چاپ اول، ١٤١٩م.
١٤. الكشناوي، ابوبكر بن حسن، أسهل المدارك شرح ارشاد السالك في فقه امام الاثمة مالك، ج٢، بيروت، دارالفكر، چاپ دوم،
١٥. العثيمين، محمد بن صالح، الدروس الفقهية من المحاضرات الجامعية، سعودی، مؤسسة الشيخ، چاپ اول، ١٤٣٨م.
١٦. الذهبي، شمس الدين محمد احمد بن عثمان، سير اعلام النبلاء، ج١٠، بيروت، مؤسسة الرسالة، چاپ يازدهم، ١٤١٤هـ.ق.
١٧. السباعي، مصطفى، المرأة بين الفقه والقانون، رياض، دارالوراق، چاپ اول، ١٤٢٠هـ.ق-١٩٩٩م.
١٨. الذهبي، محمد حسين، الاحوال الشخصية بين مذاهب اهل السنة و المذهب الجعفريه، بغداد، كلية الحقوق، چاپ اول، ١٣٧٨هـ.ق.

۱۹. الاندلسی، بن الحزم، المحلی بالآثار فی شرح المجلی باختصار، ج ۹، لبنان، دارابن حزم، چاپ اول، ۱۴۳۷ هـ ق.
۲۰. الرازی، محمد بن ابی بکر بن عبدالقادر، مختار الصحاح، بیروت، مکتبه لبنان، بی جا، ۱۹۸۶ م.
۲۱. بیهقی، ابی بکر احمد بن الحسین بن علی، سنن الکبری، لبنان، دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۴ هـ ق.
۲۲. ترمذی، ابو عیسی محمد، سنن الترمذی، قاهره، دارالحديث، چاپ اول، ۱۴۱۹ هـ ق.
۲۳. سراج، محمد، احکام الأسره فی الشریعه الاسلامیه، بیروت، منشورات الحلبي، چاپ اول، ۲۰۲۰ م.
۲۴. شهید ثانی، زین الدین بن نورالدین علی بن احمد عاملی جُبعی، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، ج ۷، ایران، قم، چاپ اول ۱۴۳۱ ق.
۲۵. کاسانی، علاءالدین، ابی بکر بن مسعود، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۲، بیروت، دارالکتب العلمیه، چاپ دوم، ۱۴۲۴ م.
۲۶. مغنیه، محمد جواد، الفقه علی المذاهب الخمسه، ج ۲، بی جا، دارالغدير، چاپ سوم، ۲۰۱۳ م.

منابع فارسی:

۲۷. الفوزان، شیخ صالح، احکام ویژه بانوان، مترجم، اسحاق دبیری، ، چاپ اول، ۱۴۳۷ هـ ق.
۲۸. جمعی از نویسندگان، خانواده سالم جامعه خوشبخت، کابل، وزارت ارشاد، حج و اوقاف، چاپ اول، ۱۳۹۱ هـ ش.

۲۹. عویضه، شیخ کامل محمد محمد، فقه جامع بانوان، مترجم، عبدالله عبداللهی، ، چاپ اول، ۱۴۳۷ هـ ق.

پایان نامه:

۳۰. عبدالملکی، محمد حسین، شرایط عقد نکاح و طلاق در مذاهب خمسّه، دانشگاه آزاد اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۵ هـ ش

مقاله:

۳۱. کیفری، اصغر، کفایت در نکاح از منظر اسلام، طلوع ، شماره: ۱۳۸۲، ۵ هـ ش.
۳۲. یادداشت اقتصاد و حقوق، شهادت زن در اقوال فقها، شماره ۲۶، ۱۳۹۶ هـ ش.