

## استقلال دختران بالغ در عقد نکاح در حقوق ایران، فقه مذاهب اسلامی و اسناد بین‌المللی

علی‌رضا شریفی<sup>۱</sup>، پروین باپیری<sup>۲</sup>

### چکیده

یکی از دلایل عقلی جهت سلب مباشرت از دختران بالغ در امر نکاح، سریع‌التأثیری و غلبه احساس بر قوه عقل است که مانع از انتخاب زوجی هم‌کفو می‌شود. این امر مورد استناد طرفداران استقلال اولیا در عقد نکاح در فقه امامیه، قانون مدنی، و نظر جمهور فقهای اهل سنت در احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه است، درحالی‌که در برخی اسناد حقوق بشر و همچنین در آرای برخی از فقهای امامیه و اهل سنت، استقلال در عقد نکاح برای دختران به رسمیت شناخته شده است؛ از این رو، نویسنده، به شیوه توصیفی - تحلیلی درصدد بررسی عمده دلیل منع استقلال دختران بالغ در امر نکاح مبنی بر ناتوانی از انتخاب زوجی هم‌کفو به علت عدم خبرگی و سریع‌التأثیری است که امروزه در علم روان‌شناسی با تقویت هوش هیجانی می‌توان سریع‌التأثیری را برطرف کرد و به رشد نکاحی (معرفت به انتخاب زوج هم‌کفو) رسید.

### کلیدواژه‌ها

استقلال، دختران بالغ، سن نکاح، فقه مذاهب اسلامی، حقوق ایران، اسناد بین‌المللی

alireza.sharify@yahoo.com

۱- استادیار گروه حقوق دانشگاه پیام‌نور، تهران، ایران

bapiri.parvin@yahoo.com

۲- دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق دانشگاه پیام‌نور، تهران، ایران

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۶/۱۶ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱/۱۴

## مقدمه

در تحقق اهلیت برای مباشرت در عقد نکاح، رشد نکاحی شرط است، و فقدان بلوغ و عقل و رشد نکاحی موجب می‌شود شخص با انتخابی ناشایست سبب سرافکندگی و اضرار خود و خانواده‌اش شود، همچنین تصمیم‌گیری دختران برای ازدواج یقیناً بر اوضاع و احوال خانواده تأثیر دارد؛ به همین علت، اولیای نکاح در فقه شافعی و مالکی و حنبلی، بستگان ذکور نسبی هستند و در فقه حنفی، بستگان مادری نیز ولایت دارند (رزق مطر، ۱۴۲۷هـ، ص ۵۱) و طبق دیدگاه فقهای امامیه فقط پدر و جد پدری تا بالاتر، ولی نکاح هستند و در صورت فقدان آنها کسی بردختر ولایت ندارد (بیزدی فرد، کلیجی، و کاویار، ۱۳۹۰، ص ۱۴). در روایاتی مانند صحیح فضلاء و صحیح زراره، از امام باقر علیه السلام روایت شده است: «دختری که سفیهه نیست یا خود خرید و فروش می‌کند، در امر نکاح نیازی به ولی ندارد» (الطوسی، ۱۳۲۳، ج ۳، ۲۳۳، ۲۳۴). به نظر نویسنده هدف از رشد مالی مذکور در این روایات، تعامل و معاشرت با مردان است که سبب می‌شود دختر از خصوصیات مردان آگاهی پیدا کند و در نتیجه به رشد نکاحی نیز برسد. اما در حقوق ایران دختران رشیده در امور مالی، در امر نکاح همچنان باید تحت نظر ولی عقد نکاح را منعقد کنند. البته امروزه با توجه به مقتضیات جامعه کنونی می‌توان با تقویت هوش هیجانی به جای رشد در امور مالی به هدف مورد نظر در این احادیث شریف رسید.

در نظر فقهای شافعی و مالکی و حنبلی، دختران رشیده در امور مالی، همچنان در امر نکاح تحت نظارت ولی هستند و در فقه حنفی رشد مالی، تأثیری در عقد نکاح ندارد و دختران می‌توانند به‌طور مستقل عقد نکاح را منعقد کنند (سالم، ۲۰۱۴م، ص ۲۲، ۲۳).

هدف از این نوشتار بررسی علت وجود این آراء متعارض و یافتن راهکاری جهت یکسان‌سازی این آرا است که با توجه به موضوع دو سؤال مطرح می‌شود:

الف) رابطه عدم استقلال دختران در امر نکاح با اهلیت استیفاء چیست؟

ب) راهکار استقلال دختران در امر نکاح در صورت تام‌بودن ارکان اهلیت چیست؟

به شیوه تحلیلی - توصیفی پاسخ سؤالات فوق چنین است: که اهلیت استیفاء دختران در نظر طرفداران استقلال اولیا و ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی در عقد نکاح با استقلال آنان در

این زمینه ارتباطی ندارد و در هر حالتی عقد نکاح آنان باید با نظر ولی منعقد شود و اخذ نظر ولی در حالت تام‌بودن ارکان اهلیت بیشتر مبنای عقلی دارد و دارای جنبه حمایتی به دلیل عدم رشد نکاحی است، چون موفقیت در امر نکاح مستلزم شناخت و تجربه است و در گذشته تنها وسیله جلوگیری از اضرار خانواده و انتخاب زوجی هم‌کفو، انتخاب توسط ولی نکاح بود؛ اما امروزه راهکار استقلال دختران در امر نکاح رسیدن به رشد نکاحی از طریق آموزش‌های پیش از ازدواج و تقویت هوش هیجانی است. نوشتارهای مختلفی به صورت تک بعدی مسئله نکاح دختران را بررسی کرده‌اند؛ برای مثال ایزدی‌فرد و کلیجی و کاویار (۱۳۹۰)، در مقاله «ولایت در نکاح باکره رشیده»، مسئله ولایت بر دختران را در امر نکاح، در فقه امامیه و اهل سنت و حقوق ایران تحلیل کرده‌اند. رزق مطر (۱۴۲۷هـ) نیز در پایان‌نامه «الزواج بدون ولی و الآثار المترتبة»، از ازدواج بدون ولی و آثار مترتب بر آن منحصراً در فقه مذاهب اهل سنت بحث کرده است؛ بنابراین بررسی استقلال دختران در عقد نکاح به صورت جامع و تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی، حقوق ایران و اسناد بین‌المللی، و بررسی موضوع رشد در نکاح در علم روان‌شناسی، نوآوری این پژوهش در مقایسه با پژوهش‌های دیگر است.

## مفهوم شناسی مصطلحات

### ۱. اهلیت

اهلیت در لغت به معنای شایستگی و سزاواری است (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۱۹۱)؛ و در اصطلاح اکثر حقوقدانان یعنی صلاحیت شخص برای داراشدن و اجرای حق و تکلیف است (داوریار، و عزیزاده، ۱۳۸۹، ص ۶۲). اهلیت خود به نوع اهلیت تمتع و استیفاء تقسیم می‌شود که طبق ماده ۹۵۶ قانون مدنی اهلیت تمتع «اهلیت برای دارابودن حقوق است که با زنده متولدشدن انسان، شروع و با مرگ او تمام می‌شود»؛ و ارکان اهلیت استیفاء در عقد نکاح، مطابق ماده ۱۰۶۴ قانون مدنی بلوغ و عقل است و در ازدواج دختران صاحب اهلیت، علاوه بر بلوغ و عقل بر طبق ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، موافقت و اجازه پدر یا جد پدری او شرط نفوذ عقد است. در اسناد بین‌المللی، واژه اهلیت تعریف نشده است، اما بند ۲ ماده ۱۵ کنوانسیون رفع

کلیه تبعیض‌ها علیه زنان، خواهان اهلیت قانونی یکسان زن و مرد در امور مدنی است و آنچه در این مقاله بحث شده است، اهلیت استیفاء است؛ از این رو مفهوم‌شناسی ارکان اهلیت استیفاء (بلوغ و عقل و رشد) ضروری است.

## ۲. بلوغ

بلوغ در لغت به معنای «رسیدن» است و در اصطلاح فقهی - حقوقی، به معنای رسیدن به سنّی است که در آن، شخص از توانایی تولیدمثل برخوردار شود (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۲۳۹). اما طبق تعریف مندرج در اسنادی مثل تفسیر عمومی کمیته مشترک رفع تبعیض از زنان و کمیته حقوق کودک در سال ۲۰۱۴م، صندوق جمعیت سازمان ملل و یونیسف «کودک به کسی اطلاق می‌شود که در سنین بین تولد تا هجده سالگی قرار دارد» و در جامعه بین‌المللی نیز در سال ۲۰۱۴م براساس اعلامیه سازمان ملل متحد، ۱۵۸ کشور، حداقل سن ازدواج دختران بدون نیاز به رضایت والدین را سن ۱۸ سال قرار داده‌اند (غدیری، ۱۳۹۵، ص ۱۱۹، ۱۲۲)؛ بنابراین، در این اسناد، اشخاص در ۱۸ سالگی بالغ فرض می‌شوند.

## ۳. عقل

در علم لغت، عقل قوه‌ای است که منجر به تشخیص نیکی و زشتی می‌شود و در اصطلاح علم حقوق، عقل عبارت از نیروی اندیشه است که باعث می‌شود شخص خوب و بد اشیا و اعمال خود و اشخاص را در سطح متعارف بشناسد (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۲۴۲). در اسناد بین‌المللی تعریفی از عقل دیده نمی‌شود.

## ۴. رشد

رشد، در لغت به معنای قرار گرفتن در راه درست است (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۲۴۴) و در اکثر اصطلاحات حقوقی، رشد به معنای توانایی تشخیص مصالح و مفاسد مالی است (کاظمی، و برزویی، ۱۳۹۴، ص ۱۲۳). نزد فقهای حنفی و مالکی، رشد یعنی اصلاح مال (صلاحیت در اداره امور مالی). دلیل فقهاء حنفی و مالکی در چنین تعریفی از کلمه رشد، آیه ۶ سوره نساء (آیه

ابتلا) است که می‌فرماید: «... و یتیمان را بیازمایید تا وقتی به سن زناشویی برسند، پس اگر در ایشان رشد فکری یافتید، اموالشان را به آنان رد کنید...»، اما در نظر فقهای شافعی رشد، اصلاح در دین و مال است و فاسق غیر رشید است (داوریار، و عزیزاده، ۱۳۸۹، ص ۱۶). نکته جالب توجه اینجاست که در فقه حنبلی رشد نکاحی از رشد مالی مجزاست و رشد در نکاح، یعنی معرفت و آگاهی در تشخیص و انتخاب شخص هم‌کفو و آگاهی نسبت به مصالح نکاح (سالم، ۲۰۱۴، ص ۶۳). مشهور فقیهان امامیه نیز، مثل شیخ طبرسی و محقق ثانی و شهید ثانی، رشد را عقل و اصلاح مال می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۳۳، ۳۴) و دلیل آنها نیز آیه ابتلاء است.

در اسناد بین‌المللی تعریفی از رشد وجود ندارد، اما هدف مشترک همه اسناد مذکور، تعیین سنی است که زوجین بتوانند آزادانه رضایت کامل خود را مطابق قانون ابراز دارند؛ چون در نظر کمیته حقوق بشر رابطه معناداری بین سن ازدواج و رضایت به آن وجود دارد (غدیری، ۱۳۹۵، ص ۱۲۲).

## استقلال دختران در عقد نکاح در فقه، حقوق و اسناد بین‌المللی

### ۱. استقلال دختران در عقد نکاح در فقه اهل سنت

در فقه شافعی و مالکی، نکاح زن به استقلال و بدون نظر ولی، باطل است، در مذهب حنبلی زنان فقط با إذن ولیشان می‌توانند مباشر عقد نکاح خود شوند (الزیدان، ۱۴۱۳ هـ ج ۶، ص ۶۹)؛ و در نظر ابوحنیفه، زن آزاد و صاحب اهلیت (که ایشان فقط بلوغ و عقل را شرط اهلیت می‌دانند) اعم از باکره یا بیوه و رشیده یا غیررشیده، می‌تواند مباشر عقد نکاح خود با هم‌کفو یا غیرکفو شود ولی در این حالت و در حالت کم‌بودن مهریه به نسبت مهرالمثل برای ولی (عصبه ارث و ذوی‌الاحرام) حق فسخ وجود دارد. همچنین در فقه احناف اگر زن اصلاً ولی نداشته باشد یعنی علاوه بر عصبه ارث (بستگان ذکور نسبی)، ذوی‌الاحرام (بستگان مادری) نیز نداشته باشد، هیچ‌کس حق فسخ و اعتراض در مورد عقد وی را ندارد؛ زیرا او ولی‌ای ندارد تا از ازدواج او با غیرکفو احساس ننگ و شرمندگی کند، بنابراین می‌تواند از مهرالمثل نیز صرف نظر کند (سید سابق، ۱۳۸۷، ص ۱۵).

## ۲. استقلال دختران در عقد نکاح در فقه امامیه و قانون مدنی

### الف) نظریه ولایت تشریکی

درفقه امامیه یکی از آرای که مورد تبعیت قانون مدنی در ماده ۱۰۴۳ نیز قرار گرفته است، نظریه ولایت تشریکی است، یعنی جهت انعقاد عقد نکاح، اذن و رضایت دختر و ولی او لازم است. این قول شیخ مفید در مقنعه، شیخ حرّعاملی، ناصر کاتوزیان و دیگران است (کاتوزیان، ۱۳۸۸ الف، ج ۲، ص ۸۱)؛ بنابراین انعقاد نکاح توسط ولی یا دختر بدون کسب نظر از یکدیگر، طبق این نظریه، باطل است (علی‌دوست، ۱۳۸۹، ص ۲۵۹). در این قول مهم‌ترین دلیل، احتیاط است یعنی احتیاط در فروج و نسل و حتی اموال حکم می‌کند نظریه ولایت تشریکی برقرار شود. این نظرفقیهی چون شهید ثانی در *مسالك الافهام است(عاملی جبعی، ۱۴۱۶ هـ ج ۷، ص ۱۴۱)*.

### ب) نظریه استقلال دختران در عقد نکاح

در این نظریه، ازدواج منحصرأ در اختیار دختر صاحب اهلیت است. صاحب جواهر می‌فرماید: «نظر مشهور فقهای امامیه سقوط ولایت ولی است و سید مرتضی در این مورد اجماع فقها را محقق دانسته است» (حق‌پرست، یوسف‌زاده، ۱۳۹۴، ص ۱۴)؛ بنابراین توجیه این نظریه براساس آیات و روایات، اصل عدم ولایت و اصل صحت عقد است. همچنین صاحب جواهر بر این باور است: در صورتی که ازدواج دختر با فردی موجب ننگ او یا از بین رفتن آبرویش شود، بعید نیست که مخالفت در چنین موردی برای ولی جایز باشد؛ اما چنانچه دختر با نظر ولی مخالفت کند و ازدواج کند، ازدواجش (بر این مبنا که کسی بر او ولایت ندارد) صحیح است (النجفی الجواهری، ۱۳۶۲، ج ۲۹، ص ۱۸۴).

### ج) نظریه استقلال ولی در عقد نکاح

مطابق این نظریه پدر و جد پدری می‌توانند به استقلال دختران رشیده را به عقد ازدواج دیگری درآورند. این نظر فقهای از جمله شیخ طوسی و شیخ یوسف بحرانی و شیخ صدوق است. در نتیجه به نظر شیخ طوسی و علامه حلی، استقلال دختران در عقد نکاح،

صحیح نیست (ایزدی‌فرد، کلیجی، و کاویار، ۱۳۹۰، ص ۲۳، ۲۸). این نظر متکی بر روایاتی است که صاحب‌جوهر معتقد به ضعف نصوص وارد شده است و آن را مخالف ظاهر کتاب خدا و موافق مذهب عامه می‌داند (النجفی‌الجوامری، ۱۳۶۲، ج ۲۹، ص ۱۸۰)؛ چون این نظر شبیه نظر شافعی است. همچنین دلیل دیگر طرفداران آن حکمت ثبوت ولایت است که معنای آن در مباحث آتی ذکر می‌شود.

### ۳. استقلال دختران در عقد نکاح در اسناد بین‌المللی

در صحنه بین‌المللی اسناد متعددی خواهان استقلال افراد ۱۸ ساله اعم از زن و مرد در امر نکاح هستند. بند الف و ب ماده ۱۶ کنوانسیون رفع کلیه تبعیض‌ها علیه زنان به‌عنوان منشور حقوق زنان، خواهان حق ورود یکسان زن و مرد در انعقاد عقد ازدواج و حق یکسان برای انتخاب آزادانه همسر است. این امر به‌عنوان یک حق فطری و بشری براساس آزادی و برابری فطری انسان‌ها که برگرفته از عقل است، توجیه می‌شود. واضح است که در زمینه حق مساوی زن و مرد در نکاح بین این ماده و متون دینی و حتی قانونی ما تعارضی وجود ندارد و مطابق اصل ۱۹ و ۲۰ قانون اساسی نیز این حق به رسمیت شناخته شده است؛ اما آنچه مورد تعارض است، حق ورود یکسان زن و مرد در انعقاد، عقد نکاح است.

### اهمیت و جایگاه بلوغ و عقل و رشد در عقد نکاح

#### ۱. جایگاه بلوغ در عقد نکاح

نخستین رکن جهت ثبوت اهلیت استیفاء رسیدن به سن بلوغ است که مطابق نظر مشهور فقهای امامیه این سن برای دختر و پسر به ترتیب ۹ و ۱۵ سال قمری است، درحالی‌که سن بلوغ آنان در فقه شافعی ۱۵ سال برای هر دو جنس، در فقه حنفی ۱۷ سال برای دختر و ۱۹ سال برای پسر، و در فقه مالکی ۱۸ سال برای آن دو است (عبدالحافظ، ۲۰۱۲، ص ۳۹، ۴۲).

تبصره یک ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی نیز مطابق نظر مشهور فقهای امامیه است، اما در مورد سن ازدواج، در قانون مدنی در سال ۱۳۷۹ مقرر شد سن ازدواج دختر و پسر هجده سال تمام شمسی باشد، اما دختری که به سن پانزده سال تمام رسیده باشد و بخواهد ازدواج کند، دادگاه در صورت مصلحت می‌تواند به وی اجازه دهد. این مصوبه مورد تأیید شورای نگهبان قرار نگرفت و در تاریخ ۸۱/۴/۱ ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی به این صورت اصلاح شد: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال شمسی، منوط است به إذن ولیّ به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه» و این وضعیت تاکنون پا برجاست/غیاثی‌ثانی، و موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷، ص ۱۰۸).

اهمیت بلوغ نیز در اسناد بین‌المللی در حدی است که کمیته حقوق کودک با اشاره به انواع ازدواج‌های اجباری، ازدواجی را که حداقل یک طرف آن کمتر از ۱۸ سال داشته باشد، ازدواجی اجباری نامیده و آن را فاقد اثر حقوقی دانسته است، توصیه‌نامه عمومی شماره ۲۱ کمیته رفع تبعیض علیه زنان نیز ازدواجی را که توسط والدین برای کودکان ترتیب داده می‌شود، ازدواج اجباری تلقی می‌کند، حتی اگر کودک به آن رضایت داشته باشد. بدین ترتیب کنوانسیون رفع کلیه تبعیض‌ها علیه زنان ولایت هیچ کس را بر شخص صغیر در مبحث ازدواج نپذیرفته است/غدیری، ۱۳۹۵، ص ۱۲۱، ۱۲۳).

## ۲. اهمیت عقل در عقد نکاح

یکی از ادله عقلی فقهای شافعی و مالکی و حتی حنبلی، جهت سلب مباشرت از زنان در عقد نکاح چنین است: زنان به خاطر نقصان عقل و سرعت در فریب خوردن (سریع التأثیری)، در مورد نکاح غیرقابل اعتماد هستند، پس جایز نیست انعقاد این عقد به آنان واگذار شود؛ چون مانند مبذر در مال (سفیه) در آن عمل می‌کنند/الزحیلی، ۱۴۰۵ هـ ج ۷، ص ۱۹۲). دلیل این نظریه چنین است: در ازدواج اهدافی چون سکنی و استقرار و توالد و تناسل و تربیت فرزندان وجود دارد که زنان به دلیل سریع‌التأثیری ناتوان از انتخاب شخصی هستند که بتواند این مقاصد را فراهم کند/رزق مطر، ۱۴۲۷ هـ ص ۷۱).



در فقه امامیه نیز طرفداران استقلال اولیاء از نقصان عقل زنان (سریع‌التأثیری) در قالب حکمت سخن گفته‌اند و به‌عنوان یک دلیل عقلی بیان می‌دارند: دختران رشیده از ویژگی‌ها و احوال مردان آگاهی کافی ندارند، بنابراین چنانچه امر ازدواج آنان منوط به نظر ولی نباشد، در اغلب موارد موجب ایراد ضرر بر وی و خانواده‌اش می‌شود که قاعده لاضرر آن را بر نمی‌تابد/نقیبی، ۱۳۸۷، ص ۶) و در نتیجه عقد وی صحیح نیست. کاتوزیان نیز ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی را چنین توضیح می‌دهد: بدین‌وسیله، در انتخاب همسر آینده، هم شخصیت نوجوان رعایت می‌شود و هم پدر یا جد پدری می‌توانند از ازدواج نامناسب او جلوگیری کنند. آمیزه‌ای از عشق و تجربه، استواری نکاح و سعادت دختر را تضمین می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۸۳، ۸۵).

این دلیل عقلی، متکی بر روایات «نقصان عقل زنان» است که در منابع حدیثی اهل سنت، مانند صحیح بخاری، صحیح مسلم، سنن ابی‌داود، سنن ترمذی، سنن نسائی، و در منابع حدیثی فقه امامیه، مانند کافی و من لایحضره الفقیه و نهج‌البلاغه، آمده است و در فقه اهل سنت و نیز فقه امامیه، نقصان عقل به معنای غلبه احساس در زنان تفسیر شده است (دیاری بیبگی، و جعفری، ۱۳۹۵، ص ۲۱، ۷). علم روان‌شناسی نیز ثابت کرده است که جنبه‌های عاطفی و احساسی زن قوی‌تر از جنبه‌های عقلانی او است و احساساتش غالب بر عقلش است، اما این تفاوت‌های طبیعی ضروری بشر است، چراکه هلاکت بشر در یکنواخت بودن سرشت است و این ظرافت روحی و قدرت عاطفه نقش مهمی در سعادت انسان‌ها دارد (رجب‌نژاد، ۱۳۸۰، ص ۱۱۵، ۱۱۷): اما در این میان، اسناد بین‌المللی با ندای آزادی و برابری، سعی در نادیده‌گرفتن تفاوت‌های زن و مرد دارد و قوانین نظام غربی که اسناد بین‌المللی براساس آن شکل گرفته است، درباره زن و خانواده بر این مبنا بنا شده است. اما مسئله انکار هویت زنانه در میان زنان، یکی از عوامل ناموفق بودن برابری حقوق زنان در جامعه معاصر است و کشورهای آمریکا و بریتانیا حدود نیم قرن است که دستمزد یکسان را برای کار تصویب کرده‌اند، اما کماکان وضعیت، تبعیض‌آمیز و نابرابر است/جاوید، اشرفی، و شاه‌مرادی، ۱۳۹۳، ص ۱۶۶-۱۶۷) اسنادی مانند: اصول حمایت از افراد دارای معلولیت ذهنی و توسعه و مراقبت ذهنی، بند ۳ اصل نهم قطعنامه ۴۸/۹۶ مجمع عمومی ملل متحد در مورد اصول استاندارد درباره برابری فرصت‌ها برای معلولان، ماده اول اعلامیه حقوق افراد

عقب‌مانده ذهنی مصوب ۱۹۷۱م، کنوانسیون حقوق معلولان، همگی به این امر اذعان دارند که معلولان و از جمله معلولان ذهنی نباید از حق بشری ازدواج که شامل فرصت تجربه مسائل جنسی، و برخورداری از تجربه پدر یا مادر شدن است محروم شوند (توسلی نائینی، و کاویار، ۱۳۸۷، ص ۶۶-۶۹، ۷۵)؛ که این امر مغایر قانون مدنی ایران و نظر فقهای مذاهب اسلامی است. طبق نظر فقهای مذاهب اهل سنت و امامیه تزویج مجانین توسط ولی، در صورت وجود ضرورت به تزویج و وجود مصلحت، صحیح است؛ اما نه به استقلال توسط مجانین (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۱۹)؛ و همچنین مطابق ماده ۱۹۱ قانون مدنی قصد انشاء مجنون فاقد اثر حقوقی است، چون آنها حقیقت نکاح و ارزش ایجاب یا قبول این عقد و آثار مترتب بر آن را نمی‌دانند.

با توضیحات فوق ضرورت وجود بلوغ و عقل در مبحث نکاح مشخص شد، چراکه اگر شخص بالغ نشود یا فاقد قوه عقل باشد، همچنان تحت ولایت ولی باقی می‌ماند؛ اما جهت انتخاب زوجی هم‌کفو علاوه بر بلوغ و عقل، رشد نیز لازم است.

### ۳. تأثیر رشد در عقد نکاح

در فقه اهل سنت، تأسیس اماره رشد و تعیین سن معین به‌عنوان سن رشد، به‌وضوح مطرح نبوده است، اما فقیهان با این موضوع بیگانه نیستند؛ به‌عنوان مثال ابوحنیفه سن ۱۵ سال را سن رشد قرار داده است و مستند آن هم آیه ابتلاء است، اما قاضی ابویوسف و محمد حنفی از شاگردان وی سن ۱۸ سال را به‌عنوان سن رشد معرفی کرده‌اند. فقهای شافعی و حنبلی نیز سن ۱۵ سال را برای زن و مرد به‌عنوان سن رشد در نظر گرفته‌اند، ولی فقهای مالکی سن رشد را ۱۸ سال اعلام کرده‌اند و براین باورند: کسانی که سن ۱۵ سال را سن رشد معرفی کرده‌اند، دلیل و حجتی بر این سن ندارند، بلکه سن بلوغ مظنه رشد و کمال عقل است؛ پس باید براساس وضعیت فطری و جسمی هر شخص سن رشد معین شود؛ بنابراین برای مطمئن شدن از خروج کامل شخص از مرحله صغر (کودکی)، نظر قابل ترجیح همان سن منتخب توسط فقهای مالکی و برخی فقهای حنفی، یعنی ۱۸ سالگی

است(عبدالحافظ، ۲۰۱۲م، ص ۱۲، ۵۲-۵۱)، ولی در فقه امامیه در این زمینه نگارنده مطلبی نیافته است.

ماده ۱۲۰۸ قانون مدنی مصداق غیر رشید را چنین بیان می‌کند: «غیر رشید، کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی خود عقلایی نباشد». اختصاص رشد به امور مالی از جهت حقوقی، مورد قبول اکثریت فقهاء قرار دارد و حتی نسبت به آن ادعای اجماع شده است(شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۲۴۴). پس با این بیان پیداست که رشد فقط در امور مالی مطرح است و در امری مثل نکاح زکری از کلمه رشد حتی در قانون مدنی وجود ندارد. ولی در سال ۱۳۱۳ شمسی ماده واحده‌ای با عنوان قانون راجع به رشد متعاملین به تصویب رسید که به موجب آن ۱۸ سالگی اماره رشد قرار گرفت. این ماده در سال ۱۳۱۴ شمسی در مواد ۱۲۰۹ و ۱۲۱۰ قانون مدنی تکرار شد، ولی در سال ۶۱ ماده ۱۲۰۹ با انگیزه انطباق با شرع حذف و ماده ۱۲۱۰ چنین شد: «هیچ‌کس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به‌عنوان جنون یا عدم‌رشد محجور کرد، مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد»(کاتوزیان، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۲۸). اما مطابق تبصره دو این ماده، اموال صغیری را که به سن بلوغ رسیده است، در صورتی می‌توان به او داد که رشد او ثابت شود. به این ترتیب بین ماده و تبصره دوم آن، تعارض به وجود آمد(کاظمی، و بروزی، ۱۳۹۴، ص ۱۲۱). جهت رفع این تعارض رأی وحدت رویه شماره ۳۰ مورخ ۶۴/۱۰/۳ تصریح دارد: در حقوق ایران به‌عنوان یک قاعده، رسیدن صغار به سن بلوغ، دلیل رشد قرار داده شده و خلاف آن محتاج اثبات دانسته شده است، که ناظر به دخالت آنان در هر نوع امور مربوط به خود است، مگر در مورد امور مالی که به حکم تبصره ۲ ماده مرقوم، مستلزم اثبات رشد است؛ به عبارت دیگر، هیئت عمومی، رسیدن به سن بلوغ را اماره قانونی بر رشیدشدن اشخاص در کلیه امور غیرمالی اعلام کرده است، ولی با رفع این تعارض به وسیله این نوع تفسیر به علت غیرقابل اعتماد بودن نظر، آگاهی و عمل ولی در احراز رشد کودک، همچنین عسر و حرج، رجوع به دادگاه جهت احراز رشد به علت انباشت و تراکم کار آنان، در عمل دادگاه‌ها، دفاتر اسناد رسمی، بانک‌ها و سایر مؤسسات دولتی و خصوصی، همچنان سن ۱۸ سال را اماره رشد افراد می‌دانند و از این اشخاص گواهی یا حکم رفع حجر مطالبه نمی‌کنند(غیاثی‌ثانی، و بجنوردی، ۱۳۸۷، ص ۱۱۲، ۱۰۹).

اما باید گفت: تأسیس اماره و تعیین سن رشد برخلاف شرع نیست، چراکه اولاً تأسیس اماره رشد موجب تغییر سن رشد واقعی شخص نمی‌شود و فقط جنبه اثباتی خواهد داشت و تنها اثرش آن است که مدعی تحقق رشد قبل از آن سن معین، باید آن را اثبات کند و بعد از آن نیز مدعی عدم رشد باید دلیل اقامه کند؛ ثانیاً از دیدگاه فقهی، رشد یک مفهوم عرفی است و به اصطلاح حقیقت شرعیه نیست که حدود و ثغور آن در شرع معین شده باشد، بلکه این عرف است که چارچوب آن را معین می‌کند. پس بر این اساس ملاک و معیار آن می‌تواند از یک زمان به زمانی دیگر و از یک جامعه به جامعه دیگر تغییر کند. حال اگر در جامعه‌ای قانونگذار بر مبنای عرف موجود و از طریق استقراء یا شیوه دیگر سن معینی را برای رشد تعیین کند، این امر خلاف شرع نیست؛ ثالثاً عقلاً شخصی را که مدتی از بلوغ او گذشته باشد، رشید محسوب می‌کنند، از آن رو این اماره باید نسبی باشد تا امکان اثبات خلاف آن وجود داشته باشد، یعنی بتوان قبل از سن معین (سن رشد)، رشد او و بعد از آن، عدم رشد او را ثابت کرد (کاظمی، و برزویی، ۱۳۹۴، ص ۱۳۵، ۱۳۴).

مسئله دیگری که باید بدان توجه کرد این است که رشد در امور مالی مستلزم رشد در همه امور، به ویژه امر نکاح نیست؛ چراکه فقها نیز درباره ارتباط بلوغ و رشد بر این باورند که سن بلوغ برای اتمام دوره حجر کافی نیست و حصول رشد هم لازم است، انصاری در کتاب *الموسوعه الفقهی المیسره* بر این باور است که: سن رشد در مسائل مختلفی مثل خرید و فروش و نکاح فرق می‌کند؛ از این رو افرادی ممکن است به رشد مدنی رسیده باشند، ولی به رشد لازم برای ازدواج نرسیده باشند (انصاری، ۱۴۱۵ هـ ج ۱، ص ۲۹۵). نجفی نیز در کتاب *جوهر الکلام*، احتمال عدم تلازم بین رشد مالی و رشد نکاحی را مطرح کرده است؛ چون ممکن است شخص ضمن رشد در امور مالی، معنا و عواقب عقد نکاح را درک نکرده باشد، همچنین ممکن است در امر نکاح رشید باشد، اما در امور مالی به رشد کافی نرسیده باشد حتی صاحب *جوهر* در این زمینه ادعای اجماع می‌کند و بر این باور است که سن بلوغ برای رشید فرض کردن شخص کافی نیست (النجفی الجواهری، ۱۳۶۲، ج ۲۹، ص ۱۸۰، ۱۸۱). فقهای اهل سنت نیز بین بلوغ و رشد تفاوت قائل شده‌اند و علائم رشد را غیر از علائم بلوغ می‌دانند و در تفاوت بین بلوغ و رشد اجماع دارند (رهامی، ۱۳۸۱، ص ۱۸۱، ۱۸۲)؛ ولی به رغم این

موضوع، نگارنده در فقه و حقوق از نحوه احراز رشد برای نکاح، بیانی نیافته است و راه احراز و پرورش رشد در امر نکاح را باید در علم روان‌شناسی پیگیری کرد؛ چون رشد وضعیتی قابل پرورش است و می‌توان به آن رسید. همچنین به مثابه ماده ۱۲۰۹ سابق و فقه مالکی و آرای برخی از فقهای احناف، روان‌شناسان نیز ۱۸ سال را سن رشد افراد می‌دانند. روان‌شناسانی مثل پیازده و اریکسون، اگرچه تقسیم‌بندی‌های متفاوتی از دوران صغر اشخاص دارند، اما در اینکه غایت سن صغر و خردسالی، ۱۸ سالگی است، اتفاق نظر دارند (داوریار، و عزیزاده، ۱۳۸۹، ص ۷۵).

در اسناد بین‌المللی، سن بلوغ و رشد از یکدیگر منفک نشده است، بلکه آنچه به صراحت بیان شده، تعیین حداقل سن برای ازدواج است که آن هم همان‌طور که سابقاً ذکر شد ۱۸ سالگی برای دختر و پسر است، پس سن رشد یا بلوغ، یک واژه نسبی است که می‌تواند از یک فرهنگ تا فرهنگ دیگر، متفاوت باشد؛ برای مثال ایالات متحده آمریکا در سال ۱۹۷۱م، سن ازدواج را از ۲۱ سال به ۱۸ سال تقلیل داد (بروین، ۱۳۸۶، ص ۴۹).

به نظر می‌رسد علت اتخاذ سن ۱۸ سالگی به‌عنوان سن رشد، این است که از دید روان‌شناسان از الزامات یک ازدواج موفق، تحول زوجین در زمینه رشد فردی (PGI) است که در این سن رخ می‌دهد و آن هم نوعی درگیری فعال و هدفمندانه در فرایند رشد فردی است و نتایج، حاکی از این است که PGI روابط مثبت و معناداری با مؤلفه‌های سلامت روانی شامل سازگاری، رشد شخصیتی، معنویت، مهارت‌های بین فردی، حمایت‌های هیجانی، کنجکاوی و شادمانی دارد (جمشیدیان‌نائینی، یونسی، و قادری، ۱۳۹۴، ص ۱۲۲).

از همین رو انتخاب درست و مناسب همسر به شناخت نیاز دارد و مسیری که این شناخت را میسر سازد به آگاهی نیازمند است و آگاهی هم در پرتو آموزش‌های مناسب به افراد جامعه به دست می‌آید؛ به همین جهت روان‌شناسان بر اهمیت آموزش مهارت‌های پیش از ازدواج و مهارت‌های زندگی در بین جوانان تأکید می‌کنند، که این آموزش‌ها به تقویت هوش هیجانی منجر می‌شود و هوش هیجانی، مجموعه‌ای از توانایی‌های شناختی و هیجانی به هم پیوسته است که سبب تعدیل ملاک‌های کمال‌گرایانه و بدبینانه جوانان در انتخاب همسر می‌شود، و آنها را در انتخابی واقع‌بینانه مبنی بر یافتن مناسب‌ترین و نه

بهترین شریک برای زندگی، در فرایند انتخاب همسر یاری می‌دهد؛ از باورمندان این نظریه می‌توان سالووی و مایر<sup>۱</sup> بدل<sup>۲</sup> و دتیولر<sup>۳</sup> را نام برد (کیمیایی، صالحی‌فدری، و غفوری‌نسب، ۱۳۹۴، ص ۴۲، ۴۳).

تحقیقات نشان داده است از راه‌های تقویت هوش هیجانی شرکت در برنامه‌های آموزشی پیش از ازدواج است که در نتیجه آن افرادی که این مهارت را پیدا کردند از رشد ارتباطی بهتری برخوردارند، و همچنین آمار طلاق در آنها کمتر است. چون بسیاری از طلاق‌ها بدین دلیل رخ می‌دهد که زوجین برای ازدواج آماده نبوده‌اند؛ یعنی در واقع به رشد لازم برای ازدواج نرسیده‌اند. از نظر این نوع متخصصان، ارائه آموزش پیش از ازدواج یکی از راه‌های آسان و کم‌هزینه، دستیابی به حمایت از زندگی مشترک است (جمشیدیان‌نائینی، یونسی، و قادری، ۱۳۹۴، ص ۱۲۸، ۱۲۵). به همین علت است که ماده ۱۶ قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱) نیز اعلام می‌دارد: به منظور تحکیم مبانی خانواده و جلوگیری از افزایش اختلالات خانوادگی و طلاق و سعی در ایجاد صلح و سازش، قوه قضاییه موظف است ظرف سه سال از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون مراکز مشاوره خانواده را در کنار دادگاه‌های خانواده ایجاد کند.

بنابراین برای اینکه دختران در نکاح به استقلال برسند و انتخابی درست داشته باشند، باید با بهره‌گیری از علم روان‌شناسی به رشد نکاحی و اهلیت در نکاح برسند که شامل بلوغ جسمی و عقل و رشد (معرفت به انتخاب زوجی هم‌کفو) است.

## رعایت شرط کفایت یا عدم آن در استقلال دختران در عقد نکاح

### ۱. شرط کفایت یا عدم آن در عقد نکاح در فقه و حقوق ایران

بر اساس نظر شافعیان و احناف، به دلیل حق فسخ اولیا رعایت شرط کفایت، شرط

۱. هر دو روان‌شناس اجتماعی بودند که اولین بار اصطلاح هوش هیجانی را بکار بردند

۲. روان‌شناس اجتماعی و از باورمندان نظریه قابل رشد بودن هوش هیجانی

۳. روان‌شناس اجتماعی و از باورمندان نظریه هوش هیجانی

صحت عقد است. در مذاهب مالکی و حنبلی، نیز در برخی نظرات شرط صحت است (الزیدان، ۱۴۱۳هـ ج ۶، ص ۱۰۸، ۹۷). مالکی‌ها هم‌کفو بودن زوجین را فقط در استقامت و درستی اخلاق و دین و صلاح قبول دارند، اما سایر شروط کفایت، مثل نسب و آزادی و اسلام و حرفه و هنر در مذهب شافعی و یکی از روایت‌های امام احمد حنبل و امام ابوحنیفه و شاگردان وی پذیرفته شده است. همچنین بر سر کفایت در دارایی و ثروت و سلامتی از عیوب موجب فسخ بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد. در مورد اینکه چه کسی در صورت غیر کفو بودن زوج حق فسخ دارد باید گفت: به نظر جمهور فقهاء (شافعی، مالکی، حنبلی) کفایت حق زن و اولیای او است، پس ولیّ زن حق ندارد که او را به غیر کفو نکاح کند مگر با رضای او و دیگر اولیا، چون ازدواج او با غیر کفو برای همه آنها سرافکنندگی و عار به بار می‌آورد و بدون رضایت آنان جایز نیست (سید سابق، ۱۳۸۷، ص ۴۳، ۳۶). در نزد مالکیه اگر ولیّ، زوجی هم‌کفو برای دختر انتخاب کند و دختر نیز شخصی هم‌کفو برای خود در نظر بگیرد، انتخاب وی بر انتخاب ولیّ ارجحیت دارد (رزق مطر، ۱۴۲۷هـ ص ۵۶) و زمانی که ولیّ عضل<sup>۱</sup> شود، ولایت به قاضی منتقل می‌شود؛ و عضل هم هنگامی است که زن، زوج خود را با این شرایط کفو که ذکر شد، بیابد و ولیّ مانع ازدواج شود که به اتفاق مذاهب ذکر شده، ولیّ عضل می‌شود؛ در این حالت، قاضی عقد را منعقد می‌کند. این نظر شافعی و مالک در زنان به صورت مطلق، و نظر ابوحنیفه در تزویج صغار و مجانین اعم از دختر و پسر است، ولی در مذهب حنبلی در صورت عضل ولیّ، ولایت به شخص بعدی منتقل می‌شود نه به قاضی (سالم، ۲۰۱۴م، ص ۳۵، ۵۴).

در فقه امامیه معیار ثابتی برای تشخیص هم‌کفو بودن زن و مرد وجود ندارد، ولی زوج باید کفو شرعی و عرفی زوجه باشد؛ یعنی همسانی زوجین در اسلام و اخلاق، هم کفو شرعی است و هم کفو عرفی؛ نیز در نظر عقلاء چنین است که برای دختر و خانواده او چنین ازدواجی سبب خواری و سرافکنندگی در اجتماع نشود. به نظر آیت‌الله حکیم، حجیت و

۱. از نظر فقهای که نظر ولیّ را برای نکاح دختران لازم می‌دانند هرگاه ولیّ از این اختیار خود سوءاستفاده کند برکناری شود و این برکناری در اصطلاح فقهی عضل نام دارد.

اعتبار کفویت عرفی به واسطه مطلق بودن کلمه کفو، از نظر فقها استنباط می‌شود/حکیم، ۱۴۱۶هـ ج ۱، ص ۴۴۹). در فقه امامیه نیز به مثابه فقهای اهل سنت، ممانعت ولی از ازدواج دختر با هم‌کفو خود، اصطلاحاً عضل نامیده شده است، با این تفاوت که با عضل ولی، استقلال در نکاح به دختر برمی‌گردد و او مستقلاً می‌تواند عمل کند/مهرپور، ۱۳۷۲، ص ۱۲۰، ۱۲۲). قانون مدنی عنوان کلی کفائت را شرط صحت نمی‌داند ولی به صورت مجمل در برخی مواد مثل ماده ۱۰۵۹ (جایز نبودن نکاح مسلمان با غیر مسلمان) به هم‌سانی در دین، و ماده ۱۱۰۷ (پرداخت حق نفقه به زوجه) به کفائت مالی، و ماده ۱۱۱۷ (حق زوج در منع زوجه از اشتغال به شغل منافی حیثیت خانوادگی) به کفائت در حرف و صنعت، کفائت ظاهری و جنسی یا به عبارتی خالی بودن از عیوب موجب فسخ در ماده ۱۱۲۱ تا ۱۱۲۴ اشاره شده است و موارد تخلف از شرط صفت را نیز می‌توان به عنوان شرط کفائت نام برد. همچنین در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی به جای اینکه گفته شود اگر پدر یا جد پدری از نکاح دختر با هم‌کفو منع کند، اجازه وی ساقط می‌شود، گفته شده که: اگر پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کنند، اجازه آنان ساقط می‌شود، اما این ماده ریشه‌ای کاملاً فقهی دارد، پس روشن است که «علت غیرموجه، یعنی همان ممانعت از نکاح با کفو شرعی و عرفی»؛ پس اگر دختر رشیده توانایی تشخیص زوج هم‌کفو را داشته باشد رضایت یا عدم رضایت ولی او در این عقد به طور مطلق در نفس وقوع عقد نکاح - بدون در نظر گرفتن ثبت آن - فاقد هرگونه اثر قانونی است و الفاظ مندرج در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، موجب ایجاد تغییری در حکم موضوع نمی‌شود/کیفرخی، ۱۳۸۲، ص ۷۰؛ اما اگر دختر رشیده عقد را با فردی که کفو شرعی و عرفی او نیست منعقد کرد، با توجه به آنچه ذکر شد باید گفت: اجازه ولی در این نوع نکاح دارای اثر حقوقی است و ولی می‌تواند تقاضای بطلان چنین نکاحی را به دادگاه تقدیم کند/مهرپور، ۱۳۷۲، ص ۱۲۶).

در نظر روان‌شناسان نیز شباهت یک امر حیاتی در ازدواج است، در نتیجه رمز خوشبختی زوجین انتخاب همسری همسان از لحاظ دینی و سنی و طبقاتی و تحصیلی است؛ به گونه‌ای که محققان براساس یافته‌های خود، همسانی زوجین در موارد فوق را ۹۹/۹ درصد بر مطلوبیت رابطه زناشویی تأثیرگذار دانسته‌اند/قادری، مردانی، ۱۳۹۲، ص ۹۱-۹۷).



## ۲. شرط کفائت یا عدم آن در عقد نکاح در اسناد بین‌المللی

در اسناد بین‌المللی اشاره‌ای به تأثیر رعایت یا عدم رعایت شرط کفائت در عقد نکاح نشده است، اما مطابق بند ۱ ماده ۱۶ کنوانسیون رفع کلیه تبعیض‌ها علیه زنان با عنوان حق یکسان در انعقاد عقد نکاح و حق یکسان در انتخاب آزادانه همسر که پیش از این نیز ذکر شد و ماده ۱۶ اعلامیه حقوق بشر که بیان می‌دارد: «هر زن و مردی که به سن بلوغ رسیده‌اند، حق ازدواج و تشکیل خانواده را بدون هیچ محدودیت نژادی و ملیتی و مذهبی دارند» (بروین، ۱۳۸۶، ص ۱۶)، پیداست که اشخاصی که به سن ازدواج رسیده‌اند، فارغ از رعایت شرط کفائت دینی و اقتصادی و غیره می‌توانند با هم ازدواج کنند و ازدواج آنان، قانونی و صحیح است؛ اما باید گفت: علت این تعارض آرا در اسناد بین‌المللی و نظر فقها و حقوقدانان اسلامی به علت اختلاف مبانی این آرا است؛ چرا که اسلام بر مبنای تعالیم الهی برای ازدواج اهداف عالی‌ای چون آرامش و رسیدن به قرب الهی در نظر گرفته است، در حالی که این اسناد براساس تفکر لیبرالیستی، اهدافی غیر از رفع نیاز جنسی بشر در نظر ندارند و شاهد بر این ادعا هم نبود تعریف ازدواج در قالب دو جنس مخالف یعنی زن و مرد، به رسمیت شناختن حق ازدواج معلولان ذهنی و مؤثر نبودن رعایت شرط کفائت در این اسناد است که در صورت فقدان رشد نکاحی و هم‌کفو نبودن زوجین یقیناً امر همسرگزینی با مشکل مواجه خواهد شد.

## یافته‌های پژوهش

در این مقاله پس از طرح آرای مختلفی در مورد استقلال دختران در عقد نکاح یا فقدان آن باید گفت: سن ۱۸ سالگی به‌عنوان سن مناسب برای رشد نکاحی در اسناد بین‌المللی، موافق با نظر فقهاء مالکی و برخی فقیهان حنفی و ماده واحده راجع به رشد متعاملین در سال ۱۳۱۳ شمسی، است. همچنین در اسناد بین‌المللی، آرای فقهای مذاهب اسلامی و قانون مدنی زن و مرد به صورت یکسان حق نکاح دارند و در استقلال دختران صاحب اهلیت در نکاح در این اسناد و در نظر ابوحنیفه و نظر مشهور فقهای امامیه، اشتراک نظر وجود دارد. البته لازم به ذکر است که در نظر مشهور فقهای امامیه فقط رعایت شرط

کفایت شرعی، برای صحت عقد کافی است، ولی در فقه حنفی باید علاوه بر کفایت شرعی، کفایت عرفی نیز رعایت شود تا حق فسخ ولی در این زمینه ساقط شود؛ اما در رویه قضایی کشور ما عقد نکاح منعقدشده توسط دختران به صورت مطلق، باید به تنفیذ ولی نکاح برسد و فقط در صورت فقدان ولی یا محجوریت وی یا امتناع ناموجه وی از تنفیذ است که دختر می‌تواند به صورت مستقل عمل کند و عقد نیز صحیح است. همچنین در نظر جمهور فقهای اهل سنت (شافعی و مالک و احمد حنبل) عقد دختران رشیده بدون نظر ولی باطل اعلام شده است، چون به علت سریع‌التأثیری و نبود تجربه در امر نکاح قاصر و مولی علیها هستند.

لازم است ضمن توجه به مبانی صدور فتاوی گذشته، بیان شود که جعل نهاد ولایت در نکاح، فقط جهت حمایت از دختران در انتخاب همسری صالح و به اصطلاح هم‌کفو است تا هم اهداف نکاح تأمین شود و هم حق برهم‌زدن عقد توسط ولی نکاح زایل شود؛ زیرا تأثیر کفایت و همسان‌همسری مطابق علم روان‌شناسی بر زندگی مشترک، ۹۹ درصد است و برخلاف ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی و نظر جمهور فقهای اهل سنت، عقد نکاح با رعایت شرط کفایت صحیح، و بی‌نیاز از نظر ولی است. مؤید این مطلب هم آرای فقهای طرفدار استقلال دختران صاحب اهلیت، و اماره عضل ولی در فقه مذاهب اسلامی و قانون مدنی است که براساس آن اگر ولی نکاح، عقد واقع شده توسط دختر با هم‌کفو را تنفیذ نکند، عضل می‌شود، در نتیجه عقد صحیح است و دختر نیازی به رجوع به مرجعی خاص جهت انعقاد یا تنفیذ آن ندارد، اما نزد فقهای شافعی و مالکی با عضل ولی به دلیل ممانعت از تزویج دختر با هم‌کفو، دختر جهت تزویج باید به حاکم و از نظر احمد حنبل، به ولی بعدی مراجعه کند؛ بنابراین در اهلیت و به‌ویژه رکن عقل دختران، خللی وارد نیست و غلبه احساس به‌هنگام تصمیم‌گیری نیز، امروزه با پرورش رشد نکاحی از طریق تقویت هوش هیجانی و آموزش‌های پیش از ازدواج به آسانی رفع می‌شود. به این ترتیب استقلال دخترانی را که به رشد نکاحی رسیده‌اند، می‌توان به وسیله نبود آیه‌ای صریح از قرآن کریم در مورد سلب استقلال از آنان در نکاح، و رجوع به منابع غنی فقهی در اهل سنت و امامیه و اتخاذ نظر فقهای طرفدار استقلال دختران در این زمینه، اثبات کرد تا به این

شیوه، و نه به شیوه اسناد بین‌المللی، ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی نیز اصلاح شود؛ چون اسناد حقوق بشری هم به دلیل عدم نوآوری در جعل حقوق زنان و عدم پذیرش دلیل عقلی آنان، که برگرفته از تفکرات لیبرالیستی و متکی بر عقل است، و حتی از لحاظ به رسمیت شناختن ازدواج معلولان ذهنی و عدم توجه به رعایت شرط کفایت زوجین مورد انتقاد به نظر می‌رسد، در جامعه اسلامی ما پذیرفته و اجرا نمی‌شود.

## منابع

- الأنصاری (الشیخ)، محمد علی (۱۴۱۵هـ). *الموسوعة الفقهية الميسرة (الجزء ۱)*. قم: المجمع الفکر الإسلامی، الطبعة الأولى.
- ایزدی فرد، علی؛ کلیجی، سمیه؛ و کاویار، حسین (۱۳۹۰). ولایت در نکاح باکره رشیده. *مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی*، ۱ (۴۴)، ۱۱-۳۳.
- بروین، محمد (۱۳۸۶). اسناد بین‌المللی حقوق بشر از دیدگاه اسلام (فضل‌الله موسوی، مترجم). *مجله حقوق بین‌الملل*، ۲۴ (۳۷)، ۴۷-۶۲.
- توسلی نائینی، منوچهر؛ و کاویار، میرحسین (۱۳۸۷). تأملی بر حقوق معلولان از منظر کنوانسیون حقوق معلولان و سایر اسناد بین‌المللی. *اندیشه‌های حقوق خصوصی*، ۵ (۱۳)، ۵۱-۸۲.
- جاوید، محمدجواد؛ اشرفی، عباس؛ و شاه‌مرادی، عصمت (۱۳۹۳). تبعیض مثبت به نفع زنان با تأکید بر حقوق شهروندی. *فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده*، ۱۷ (۶۶)، ۱۵۸-۱۹۳.
- جمشیدیان نائینی، یاسمن؛ یونسی، فلورا؛ و قادری، زهرا (۱۳۹۴). اثربخشی آموزش مهارت‌های پیش از ازدواج بر رشد فردی دختران مجرد. *فصلنامه فرهنگ مشاوره و روان‌درمانی*، ۶ (۲۳)، ۱۲۲-۱۳۸.
- حق‌پرست، شعبان؛ و یوسف‌زاده، صمد (۱۳۹۴). تحول مفهوم رضایت ولی نسبت به دختر باکره بالغ در ازدواج و آثار آن. *فصلنامه پژوهش‌های حقوق خصوصی*، ۴ (۱۲)، ۱۰-۳۵.
- حکیم، محسن (۱۴۱۶هـ). *مستمسک العروه الوثقی (جلد ۱)*، قم: موسسه دارالتفسیر، الطبعة الثانی.

- داوریار، محمدعلی؛ و علیزاده، غفار(۱۳۸۹). بررسی تطبیقی قیمومت محجورین در فقه فریقین و قانون ایران، فصلنامه تخصصی فقه و تاریخ تمدن، ۷(۲۶)، ۹۶-۵۹.
- دیاری بیدگلی، محمدتقی؛ و جعفری، اسمر(۱۳۹۵). روایات نقصان عقل و ایمان زنان در بوته اعتبارسنجی، فصلنامه پژوهش دینی، ۱(۳۲)، ۲۵-۶.
- رجب‌نژاد، محمدرضا(۱۳۸۰). خرد زیبا، تهران: نشر عابد، چاپ اول.
- رزق مطر، بیان(۱۴۲۷هـ). الزواج بدون ولیّ و الآثار المترتبة عليه و تطبيقاته فی المحاکم الشرعیه بقطاع غزه. قدمت هذه الرساله استكمالاً لمتطلبات الحصول علی درجه الماجستير فی الفقه المقارن من کلیه الشریعه و القانون فی الجامعه الإسلامیه بغزه.
- رهامی، محسن(۱۳۸۱). رشد جزائی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۵۸(۵۰۹)، ۱۹۸-۱۷۶.
- الزحیلی، وهبه(۱۴۰۵هـ). الفقه الاسلامی وأدلته(الجزء السابع). دمشق: دار الفکر، الطبعة الثانية.
- الزیدان، عبدالکریم(۱۴۱۳هـ). المفصل فی أحكام المرأة و بیت المسلم فی الشریعه الاسلامی (الجزء السادس). بیروت: النشر مؤسسه الرساله، الطبعة الاولى.
- سالم، صادق(۲۰۱۴م). الولیّ فی الزواج. مذکره مکمله من متطلبات نیل شهاده الماسترفی الحقوق، تخصص أحوال الشخصیه. جامعه محمد خیضر بسکره کلیه الحقوق و العلوم السیاسیه فی الجزائر.
- سید سابق(۱۳۸۷)، فقه السنه(جلد سوم)(محمود ابراهیمی، مترجم). تهران: انتشارات مردم سالاری، چاپ سوم.
- شهیدی، مهدی(۱۳۸۲). تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: انتشارات مجد، چاپ سوم.
- الطوسی، أبی جعفر محمد بن الحسن بن علی بن الحسن (۱۳۶۳)، الإستبصار(الجزء ۳)، المحقق: السید حسن الوسوی الخراسان. النشر: تهران، دارالکتب الإسلامیه، الطبعة الثانية.
- عاملی جبعی(شهیدثانی)، زین‌الدین بن علی(۱۴۱۳هـ)، مسالک‌الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام (الجزء ۷). قم: النشر مؤسسه المعارف الإسلامیه، الطبعة الأولى.
- عبدالحافظ، عبدالله(۲۰۱۲م). سن الزواج فی الشریعه الاسلامیه دارسه مقارنه تطبیقیه. کلیه دارسات عالیه فی جامعه النجاح الوطنیه فی نابلس، فلسطین.
- علیدوست، ابوالقاسم(۱۳۸۹). نقش پدیده‌شناسی ازدواج در اذن ولیّ به نکاح دوشیزه رشیده، فصلنامه مطالعات راهبردی زنان، ۱۲(۴۸)، ۲۹۴-۲۵۴.

- غدیری، ماهر و (۱۳۹۵). سن و رضایت به ازدواج از منظر نظام بین‌المللی حقوق بشر. *فصلنامه خانواده‌پژوهی*، ۱۲(۴۸)، ۱۱-۳۵.
- غیاثی‌ثانی، اعظم؛ و موسوی بجنوردی، محمد (۱۳۸۷). سن ازدواج دختران در مبانی حقوق اسلامی، *دو فصلنامه علمی ترویجی فقه و حقوق خانواده*، ۱۳(۴۸)، ۱۰۱-۱۱۶.
- قادری، طاهره؛ و مردانی، سمیه (۱۳۹۲). رابطه همسان‌همسری و مطلوبیت روابط زناشویی، *فصلنامه برنامه‌ریزی و رفاه و توسعه انسانی*، ۴(۱۵)، ۹۰-۱۳۷.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸ الف). *حقوق مدنی خانواده (جلد اول)*. تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۸ ب). *قواعد عمومی قراردادها (جلد دوم)*. تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.
- کاظمی، محمود؛ و برزویی، عباس (۱۳۹۴). از بلوغ جسمانی تا رشد عقلانی: بازخوانی اماره رشد در حقوق موضوعه ایران و فقه اسلامی با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه، *فصلنامه پژوهش‌های حقوق خصوصی*، ۴(۱۳)، ۱۲۰-۱۴۵.
- کیفرخی، احمد (۱۳۸۲). کفایت در نکاح از نگاه مذاهب و فرق اسلامی، *پژوهشنامه حکمت و فلسفه اسلامی*، ۵، ص ۴۰-۵۷.
- کیمیایی، علی؛ صالحی‌فرددی، جواد؛ و غفوری‌نسب، جواد (۱۳۹۴). اثربخشی آموزش مهارت‌های پیش از ازدواج و مهارت‌های زندگی بر ملاک‌های همسرگزینی و هوش هیجانی دانشجویان دانشگاه فردوسی مشهد. *مجله پژوهش‌های روان‌شناسی بالینی و مشاوره*، ۵(۱)، ص ۴۲-۵۱.
- مهرپور، حسین (۱۳۷۲). اجازه ولی در عقد نکاح، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، ۱(۱۱۶)، ۱۰۹-۱۳۸.
- النجفی‌الجواهری، الشیخ محمد حسن (۱۳۶۲). *جواهر الکلام (الجزء ۲۹)*. بیروت: النشر دار الإحياء التراث العربيه، الطبعة السابع.
- نقیبی، ابوالقاسم (۱۳۸۷). استقلال دختر در ازدواج و آراء مربوط به آن، *مجله فقه و حقوق خانواده*، ۱۳(۴۹)، ۸۶-۱۰۶.
- کنوانسیون رفع کلیه تبعیض‌ها علیه زنان، ۱۹۷۹ م.

- Abdualhafezz Abdullallah(2012). The age of marriage in Islamic law is an applied comparison study. Colleges of Higher Studies at the An-Najah National University in Nablus, Palestine.
- Al-Ansari, Shaykh Muhammad Ali (1415 AH), Al-Musawiyah Al-Fiqhiyyah Al-Maysara (Al-Jaza '1). Qom: Islamic Jurisprudence, first edition.
- Alidoust, Abolghasem(2010). The Phenomenological Role of a Guardian' r Permission for the Marriage of a Maiden Daughte.W oman's strategic studeies journal, 12(48) ,254-294.
- Al-Najafi Al-Jawahiri, Sheikh Muhammad Hassan (1362), Jawahir Al-Kalam (Vol. 29). Beirut: Dar Al-Ihyaa Al-Tarath Al-Arabi, Al-Sabeeh Press, Seventh Edition.
- Al-Tusi, Abi Ja'far Muhammad ibn al-Hasan ibn Ali ibn al-Hasan (1363), Al-Istibsar (Al-Jaza '3), researcher: Al-Sayyid Hassan Al-Wasawi Al-Khorasan Publisher: Tehran, Islamic Library, Second Edition.
- al-Zuhayli, Wahbah (1985). *Islamic Jurisprudence and its Proofs* (Volume7). Damascus Syria: Publisher Dar al-Fakir, second edition.
- BetweenT, mohamad, Translated by Fazollah Mousavi (2007). International Bills of Human Rights: An Islamic Critique,international. law review an academic journal, 24(37)47- 62.
- Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women1979.
- counsding,6(23),122-138.
- Davaryar,mohammad ali,alizadeh, ghafar(2019). A Comparative Study on the Guardianship of Idiots And the Retarded in Sects, Jurisprudence and in Iran Law. Journal of Jurisprudence & History of Civilization,7(26), 59-96.
- Diyari Bidgoli MohammadTaghi, Jafari Asmar(2016).An Evaluation of the Narrations Related to Women's Deficiency of Wisdom and Faith.pajuohash dini journal, 1(32), 6-25.
- Ghaderi,taherh;Mardani suomayah (2013). The Relationship BetweenHomogamyandMaritalSatisfaction.Social Development&welfare Planning journal,4(15),90-137.
- Ghadiri mahro(2016). Age and Consent to Marriage in the Light of International Human Rights Law. Journal of Family Research, 12 (48),11-35.
- Ghiyasisani Azam;mosavi bojnuordi mahommad(2008). (Girls Age for Marriage in Islamic Law). Journal of Family Law and Jurisprudence,13(48),101-116.

- Haghparast, Shaban. Yousefzadeh ,Samad(2015). The Evolution and Effects of the Concept of Custodian's Permission for Virgin Girl Marriage .private law,4(12),10-35.
- Hakim, Mohsen (1416 AH). Al-Urwa Al-Wathqi (Volume 14), Qom: Dar Al-Tafsir Institute, Second Edition.
- Izadifard Ali, Kaliji,Somayyeh, Kaviar, Hossein (2011). Guardianship at the Marriage of Adolescent Maiden.jurispruence and the fundamentals of the Islamic law, 1(44), 11-33.
- Jamshidyannaeini,yasaman;yonnesi,flour,ghaderi,Zahra(2015).
- Javid,Mohammad Javad , Ashrafi, Abbas , Shahmoradi, Esmat(2014). Positive discrimination of women and their citizenship rights. Womens Strategic Studies,17(66),158-193.
- Katouzian Nasser(2009). General Rules of Contracts (Volume2). Tehran: Publisher: Knowledge treasure, First Edition.
- Katouzian,Nasser (2009). Civil Rights in Marriage and Divorce (Volume1). Tehran: Publisher:Knowledge treasure, First Edition.
- Kavirkhi Asghar(2008). Adequacy in marriage from the perspective of Islamic religions. Bi - quarterly Journal of Hikmat & Islamic Philosophy,4 (0),5-57.
- Kazemi Mahmoud , Borzouei Abbas(2015). From Physical Puberty to Intellectual Maturity: Comparative Analysis ofMaturity Presumption in Iranian, French and Islamic Law. Journal of Private Law,4(13),120-145.
- kimiaee ali, salhi fardadi javad ; ghafouri nasab javad(2015). The Effectiveness of Pre- Marriage and Life Skills Training On Choosing a Spouse and EQ of the Students of Ferdowsi University of Mashhad.Resarch in Clinical Psychology And Counseling ,5(1),42-51.
- Mehrpour Hossain(1993). But let's get married.Legal Research Quarterly,4(0).5-57.
- Naghbi Seyyed Abolghasem(2008).( The Independence of a Girl in Marriage from a Different Point of View) .Family Law and Jurisprudence Journal,13(49),86-106.
- Rajabnejad mohammadreza(2001). Beautiful Stub.Tehran: Publisher Abed, First Edition.
- Rizk Matar Bayan(2006). Marriage without a guardian and its implications and applications in Sharia courts in the Gaza Strip. This thesis was submitted to complement the requirements for obtaining a master's degree in comparative jurisprudence From the Faculty of Sharia and Law at the Islamic of Gaza.

- Ruhami,mohsn(2002). Criminal maturity.law and Political science journal,58(509),178-198.
- Sadgh Salem (2014). Guardian 'r the Marriage. This thesis was to submitted complement the requirements for obtaining a master's degree in law Personal specialization status .Universite 'mohammad khider Biskra. Algerian University of Law and Political Science.
- Sayyid Saabiq (2008). Fiqh As-Sunnah (Volume3). Translated by ebrahimi,mahmuod. Teharn: Publisher mardoumsalari, Third edition.
- Shahid Thani, Zayn al-Din ibn Ali (1413 AH), Masalak al-Afham al-Tanqih Sharia al-Islam (Al-Jaza '7). Qom: Islamic Encyclopedia Institute, first edition.
- Shahidi,Mehdi(2003). Forming contracts and obligations.tehran: Publisher: Majd. Third edition.
- Tavassoli Nayini Manouchehr , Kaviar Mir Hossein(2008). Reflect on the Rights of Persons with Disabilities from the perspective of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and other international instruments. Private Law Thoughts,5(13),51-82.
- The effectiveness of premarital skills training on thecounsding persona growth of the single girls, .culture
- Zaidan, Abdul Karim(1993). al-Masfal fay al-rikm al-marm al-musliyat al-shari'a al-islamiyyah(Volume6). Beirut: Publisher Al-Rasaleh Institute. First Edition.