

قابلیت توکیل اذن ولی قهری در عقد نکاح

محمد عابدی* / سیده سمیه مرتضوی**

چکیده

در فقه اسلامی، با هدف حمایت از محجوران و یا همراه ساختن تجربه با عشق و یا به جهت وجود سنت های تاریخی که ولایت پدر و جد پدری را توجیه می کند، ولی قهری در تزویج دختر و پسر صغیر و اعطای اجازه به دختر باکره برای نکاح ولایت دارد. مواد ۱۰۴۱ و ۱۰۴۳ قانون مدنی نیز ولایت ولی را با قیودی تأیید کرده و ازدواج دختر زیر سیزده سال و پسر زیر پانزده سال منوط به اذن ولی و تشخیص مصلحت توسط دادگاه شده و نکاح دختر باکره نیز با اجازه ولی قهری نافذ است. اما آیا این اختیار ولی، قائم به شخص است یا این که واگذاری آن از راه وصایت و وکالت و یا هر قرارداد بدون نام امکان پذیر است؟ این مقاله با بررسی ماهیت اذن و مبنای ولایت و موضوع وکالت در صدد اثبات آن است که ولایت در نکاح، فی نفسه قابل واگذاری به دیگری نیست و توکیل اذن ولی در عقد نکاح هر چند ذاتاً مانعی ندارد، اما به دلایل مصلحتی ولی نمی تواند اجازه تزویج صغیر یا اذن در نکاح دختر باکره اش را از طریق وکالت، به غیر واگذار کند. البته در مورد نکاح صغیر یا دختر باکره با شخص معینی که مورد رضایت ولی قرار گرفته است، اعطای وکالت ساده در اعلام اذن به وکیل مجاز است.

کلیدواژه: عقد نکاح، عقد وکالت، نکاح صغیر، نکاح دختر باکره، ولایت در نکاح، توکیل اذن

dr.m.abedi@um.ac.ir

* استادیار دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول)

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه فردوسی مشهد

تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۱۰/۰۷ - پذیرش نهایی: ۱۳۹۷/۰۷/۲۵

۱- مقدمه

یکی از موضوعات اختلافی در فقه امامیه در حوزه حقوق خانواده، استقلال یا عدم استقلال دختر بالغه در امر نکاح است. گروهی، با لحاظ اصل عدم ولایت، قائل به استقلال دختر باکره در ازدواج هستند و از این حیث، تفاوتی میان پسر و دختر قائل نیستند. در برابر، اکثریت فقهای متأخر با هدف اجتماع تجربه و عشق در ازدواج، اذن ولیّ را برای نکاح دختر باکره ضروری دانسته اند. قانون مدنی در ماده ۱۰۴۳ نظر اخیر را تأیید کرده است. همچنین، ازدواج اطفال مسأله حقوقی است که ابعاد اجتماعی آن پررنگ تر است و هنوز در مورد اصل جواز قانونی نکاح اطفال تردید های جدی وجود دارد. مشهور فقهای امامیه با اعتقاد به ولایت ولیّ در نکاح دختر و پسر صغیر، به پدر و جدّ پدری اختیار داده اند که بتوانند صغیر را تزویج کنند. ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی نیز پس از تحولات متعدّد که حکایت از فشار های اجتماعی دارد و تقابل نیازها و سنت ها را نشان می دهد، در اصلاحات سال ۱۳۸۱، به ضرورت اذن ولیّ و رعایت مصلحت به تشخیص دادگاه در ازدواج دختر کمتر از سیزده سال و پسر کمتر از ۱۵ سال تصریح کرده است. اکنون نیز زمزمه های ضرورت افزایش سن ازدواج در قوای قانونگذاری و اجرایی و استقلال کامل بخشیدن به برخی دختران باکره رشیده به گوش می رسد. ماهیت اذن و مبانی توجیه کننده اعطای اختیار به ولیّ قهری مورد سؤال است و با لحاظ آن، این پرسش اصلی مطرح است که آیا اذن ولیّ در نکاح صغیر و دختر بالغه باکره، امر قائم به شخص است که باید مستقیماً توسط شخص ولیّ اعمال و اعلام شده و قابلیت توکیل ندارد، و یا این که ولیّ می تواند با اعطای وکالت به دیگری، اذن و اختیار قانونی خود را به دیگری واگذار کند؟ جنبه حقّی یا حکمی بودن ولایت ولیّ در اعطای اذن در نکاح و این امر که ولیّ قهری بتواند برای سایر امور مربوط به ولایت وکیل بگیرد ولی چرا نتواند برای تجویز نکاح فرزندش وکیل

بگیرد و این مسأله که نکاح و ویژگی هایی دارد که حکم خاص می طلبد، در نتیجه بحث مؤثر است.

برای پاسخ به پرسش های بالا لازم است ابتدا ماهیت و مفهوم اذن و نیز ماهیت و موضوع وکالت را بررسی کرده و قابلیت توکیل اذن را از حیث فنی مطالعه نمائیم و پس از بیان مبانی ولایت در نکاح دختر باکره و دختر و پسر صغیر، پرسش اصلی مبنی بر قابلیت توکیل اذن در نکاح را بررسی و پاسخ دهیم.

۲- مفهوم و ماهیت اذن

اذن در لغت به معنای دستوری، دستوری دادن، بار، اجازه، اجازت، رخصت علم، اباحه، استماع و فرمان آمده است و در فقه، اذن به رخصت دادن و اعلام رضایت معنا شده است (الجوهري، ۱۴۰۷: ۲۰۶۸/۵؛ احمد نگرى، ۱۳۹۵: ۸/۱) به بیان دیگر، اذن عبارت است از: «اعمال رضای مالک (یا نماینده قانونی او) یا رضای کسی که قانون برای رضای او اثری قائل شده است برای انجام یک عمل حقوقی (اعم از عقود و ایقاعات) و یا یک تصرف خارجی» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۷/۱).

در رابطه با ماهیت اذن ممکن است گفته شود اذن عقد است؛ به این معنا که یک توافق خصوصی میان آذن و مأذون مبنی بر پذیرش امری وجود دارد و با رضایت هر دو طرف، اذن محقق می شود. برخی معتقدند اذن، ایقاع است که به انشاء نیاز دارد و اباحه مورد اذن را انشاء می کند و حتی ردّ مأذون نیز نمی تواند مانع تحقق اذن یا بقای آن بشود و تا زمانی که آذن بر اذن خود باقی است مأذون می تواند در امر مورد اذن تصرف کند. این نظر به طور ضمنی و یا صریح مورد تأیید بسیاری از فقها و حقوقدانان قرار گرفته است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۵۶/۲۷؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۴۷۶/۳؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۱۸۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۳۸۹/۱؛ کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۶۵) گروهی نیز اذن را واقعه حقوقی می دانند که نه عقد و نه ایقاع است. اذن عملی ارادی است که آثار حقوقی در پی دارد و اذن قائم به قصد انشاء نیست، بلکه مانع قانونی را مرتفع می

سازد؛ مانند این که تصرّف در مال غیر ممنوع است و مالک با دادن اذن در مال خود این منع را برداشته است. از جمله کسانی که طرفدار این نظر هستند محقّق اصفهانی است (محقّق اصفهانی، ۱۳۸۳: ۱۷۷/۱).

اگر ماهیت اذن، صرف اعلام رضا و یک عمل ارادی غیر انشایی باشد، صرفنظر از دلایل مصلحتی، نیابت پذیری آن به لحاظ ذات آن مورد تردید است؛ زیرا چگونه فرد می تواند اعلام رضایت را که امر نفسانی و شخصی است به دیگری واگذار کند و دیگری به نیابت بتواند تصمیم بگیرد که منوبّ عنه رضایت دارد یا خیر؟ اما در صورتی که ماهیت اذن را عمل حقوقی (ایقاع) بدانیم که نیاز به انشاء دارد ذاتاً قابلیت توکیل دارد و عدم امکان توکیل اذن می تواند به دلایل مصلحتی مستند شود.

همچنین در مورد ماهیت حقّ یا حکم بودن اذن نیز اختلاف است: آیا اذن از احکام امری و مربوط به نظم عمومی است و یا آن که حقّ است و با تراضی می توان مفاد آن را تغییر داده و یا اختیار دادن اذن را ساقط یا به دیگری سپرد؟ به نظر می رسد باید بین موارد مختلف اذن قائل به تفصیل شویم. بعضی از موارد اذن مربوط به نظم عمومی بوده و حکم است. بنابراین کسی که اختیار دادن اذن به او داده شده و اذن او معتبر شناخته شده است، نمی تواند این اختیار را از خویش ساقط کند، یا آن را در برابر عوض یا بدون آن به دیگری انتقال دهد؛ مثلاً در مورد اذن همسر در ازدواج شوهر با برادرزاده یا خواهرزاده همسر، از آنجا که حکم مزبور به نظم عمومی خانواده مرتبط است، زن نمی تواند این اختیار خود را به دیگری منتقل کند یا آن را از خود اسقاط نماید. اما به نظر می رسد در مواردی که شخصی مالک مال یا حقّی باشد و طبق قانون برای تصرّف در مال یا حقّ مذکور اذن مالک معتبر است، چنین اذنی حقّ به شمار می آید. از اینرو، مالک می تواند اذن خویش یا حقّ رجوع از اذن خود را ساقط کند و یا حقّ دادن اذن را به دیگری انتقال دهد (فصیحی زاده، ۱۳۸۰: ۸) اما در مواردی که حقّ یا حکم بودن اذن مورد تردید است، آیا باید آن را در زمره حقوق به حساب

آورده، قابل اسقاط و انتقال بدانیم، یا این که از مصادیق احکام بوده، اسقاط و انتقال آن ممنوع است؟ فقیهان در موارد مشکوک بین حق و حکم، دیدگاه های متفاوتی ابراز نموده اند: بعضی جانب آزادی اراده را تقویت کرده و معتقدند در اینگونه موارد اراده نافذ است و اسقاط یا انتقال بدون اشکال است؛ در نتیجه مصادیق مشکوک را به حق ملحق نموده اند. در مقابل، عده ای عرف را ملاک تشخیص دانسته اند. به نظر این گروه اگر چیزی از نظر عرف قابل اسقاط باشد حق است، نه حکم. غالب مصادیق اذن، حق و پاره ای از موارد آن حکم است؛ زیرا بسیاری از مواردی که در عرف به دیگری اذن داده می شود، در حقیقت تصرف در مال یا منفعت یا حق دیگری برای مأذون مباح می گردد. در اینگونه موارد، به دلیل آن که اذن دهنده، مالک یا نماینده او می باشد، اذن حق شمرده می شود (همان: ۸).

۳- ماهیت و موضوع وکالت

ماهیت وکالت چیست؟ آیا وکیل صرفاً اراده موکل را به دیگری ابلاغ می کند و رسول و ابلاغ کننده است یا این که نایب و نماینده موکل بوده و یا ولایت مستقل بر موکل پیدا می کند؟ مشهور فقها با تعریف وکالت به استنباط در تصرف، بر این باورند که نمایندگی جوهر وکالت است (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۴۲۵/۲۷؛ طباطبائی، ۱۴۱۹: ۱۶/۹؛ شهید اول، ۱۴۱۰: ۱۴۴). به این معنا که وکیل آن چه را که انجام می دهد برای موکل است و خود تعهدی را نمی پذیرد. عمل مورد وکالت با اراده وکیل منعقد می شود اما آثار آن برای موکل ظاهر می گردد. ماده ۶۵۶ ق.م. نیز در تعریف وکالت از این نظر پیروی کرده است: «وکالت عقدی است که یکی از طرفین دیگری را برای انجام کاری نایب خود قرار دهد» (کاشانی، ۱۳۸۸: ۱۹۳-۱۹۴) با این حال، عده ای برای توجیه ماهیت عقدی وکالت، جوهر وکالت را در اعطای سلطه بر دیگران دانسته اند؛ زیرا اگر ماهیت وکالت صرف اذن در نیابت و تصرف باشد لازم می آید ایقاع تلقی گردد (حسینی سیستانی، ۱۴۱۶: ۳۴۰/۲؛ خمینی، ۱۴۰۹: ۳۹/۲). به نظر می رسد با

تعریفی که فقها از وکالت انجام داده اند و آن را «الاستنابه فی التصرف» تعریف کرده اند باید قائل به آن شد که ماهیت وکالت همان اعطای نیابت است که وکیل یک عمل حقوقی را به نیابت از موکل منعقد می کند: عمل حقوقی مورد وکالت با اراده وکیل منعقد می شود لیکن به نام و به حساب موکل است. البته این امر مانع از آن نیست که ابلاغ اراده یک طرف معامله به طرف مقابل را توسط یک واسطه وکالت در معنای عام تلقی کنیم و به شخص رسول و ابلاغ کننده، وکیل اطلاق نمائیم. عرف معاملات این امر را تأیید می کند.

در مورد موضوع وکالت نیز اتفاق نظر وجود ندارد. برخی با استناد به ظاهر ماده ۶۵۶ ق.م. که اشعار می دارد: «وکالت عقدی است که به موجب آن، یکی از طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری، نائب خود می کند» و قول مشهور فقهای امامیه (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۱۳/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۷۷/۲۷؛ طوسی، ۱۴۱۷: ۳۶۳/۳) معتقدند که واژه «امر» دلالت دارد که موضوع وکالت اعم از انجام یک عمل حقوقی نظیر عقد و ایقاع و یا عمل مادی می تواند باشد مانند تسلیم و تسلّم مال (امامی، ۱۳۷۲: ۲۱۸/۲) زیرا واژه «امر» مطلق به کار رفته است. پاره ای از مواد قانون مدنی (مواد ۶۶۴ و ۶۶۵) که از وکالت در قبض حق و ثمن سخن می گوید استنباط فوق را تقویت می کند. برخی موضوع وکالت را صرفاً اعمال حقوقی می دانند؛ زیرا نیابت در امور حقوقی متصور است و از ماده ۶۶۲ ق.م. که «وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را بجا آورد. وکیل هم باید کسی باشد که برای انجام آن امر اهلیت داشته باشد» توانایی وکیل و موکل در تصرفات حقوقی استنباط می شود. بنابراین، موکل در فرض محجور نبودن یا تا حدودی که با حجر او منافات نداشته باشد، می تواند برای انجام تصرفات حقوقی خود به دیگری وکالت دهد و همین ضابطه در مورد قبول نیابت به وسیله وکیل هم عیناً صادق است و ماده ۶۸۲ ق.م. نیز بر آن تأکید می کند (ابوعطا، ۱۳۸۸: ۷-۲۸). مضافاً پذیرش امکان توکیل در انجام تصرفات مادی سبب از

بین رفتن مرز بین عقد و کالت با عقود همچون ودیعه، جعاله و مضاربه می شود. در مقام داوری باید گفت اعمال مادی نمی تواند موضوع اصلی و کالت باشد؛ لیکن می تواند در کنار موضوع اصلی که تصرف حقوقی است مورد و کالت قرار گیرد؛ مثلاً و کالت در فروش میبع که و کالت در تسلیم میبع نیز به وکیل واگذار شده باشد. مواد قانون مدنی نیز باید در همین جهت تفسیر شود و مراد از و کالت در قبض حق و ثمن یا تعهد مرتبط با انعقاد یک عمل حقوقی باشد یا ناظر به مواردی باشد که ایفای تعهد ماهیتاً ایقاع تلقی گردد، مانند تسلیم مال کلی.

۴- قابلیت توکیل اذن

قابلیت توکیل اذن بستگی به این امر دارد که اذن را یک عمل ارادی غیر انشایی بدانیم که اذن دهنده صرفاً رضایت نفسانی خود را اعلام و ابراز می کند یا این که اذن دهنده با اعطای اذن، یک عمل حقوقی را انشاء می کند و محصول اذن، یک ماهیت حقوقی اعم از عقد یا ایقاع است؟ همچنین پاسخ مثبت یا منفی به قابلیت توکیل اذن تابع این موضوع است که آیا اذن بر فرض انشایی بودن ماهیت آن می تواند موضوع و کالت قرار گیرد؟

در مورد نخست، با لحاظ آن که دلایل انشایی بودن اذن را قوی تر یافتیم و در فقه و حقوق اسلامی نیز طرفداران بیشتری دارد قائل به آن هستیم که اذن، ماهیت انشایی دارد و اذن دهنده با اذن خود نه تنها رضایت خویش را اعلام می کند بلکه قصد ایجاد یک ماهیت حقوقی یا اثر حقوقی را نیز دارد و همین قصد انشاء است که توجیه کننده اعتبار عقود اذنی مانند و کالت و ودیعه است.

در مورد دوم، لازم به ذکر است که فقها برای تعیین قلمرو و کالت عمدتاً دو روش را در نظر داشتند: گروهی به روش مصداقی روی آورده و با استقراء مواردی را که قابلیت توکیل دارد مجاز دانسته اند (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۶۰-۳۶۳) و گروه دیگر، ابتدا به بیان ضابطه برای قابلیت توکیل پرداخته و سپس بر مبنای آن مصداق را معین کرده

اند. علامه حلّی در کتاب مختلف الشیعه بیان کرده اند: «هر فعلی از افعال که نیابت در آن راه داشته باشد قابل توکیل است» (علامه حلّی، ۱۴۱۵ به نقل از ابوعطا، ۱۳۸۸: ۱۱) و عمدتاً بیع و نکاح و طلاق به عنوان نمونه ذکر شده و در سایر عقود و ایقاعات و اعمال حقوقی به صراحت فتوا داده نشده است (ابوعطا، ۱۳۸۸: ۱۲) برخی نیز معتقدند اگر غرض شارع بر انجام تکلیف توسط مکلف باشد، توکیل جایز نیست (عاملی نبطی جزینی، ۱۴۱۰: ۱۴۴؛ محقق حلّی، ۱۴۰۹: ۴۲۸/۲) مانند عبادات از جمله: نماز، روزه و ...؛ و اگر انجام عمل توسط مکلف مقصود شارع نبوده و نفس عمل مطلوب باشد توکیل صحیح است (علامه حلّی، ۱۴۱۴: ۱۱۷/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۷۷/۲۷-۳۸۸) مانند اعطای وکالت در انشای جمیع عقود و ایقاعات، قبض و اقباض عوضین، مطلق قبض مال (دیه، نفقه و ...)، خصومات و محاکمات (دعاوی) و حتی استیفای حدود و قصاص (عقوبات شرعی) و همچنین فعل موضوع مضاربه، جعاله و وصایت (علامه حلّی، ۱۴۱۴: ۱۱۷/۲) به نظر می رسد با توجه به این که اصل بر عدم مباشرت شخص در انعقاد عمل حقوقی است، نیابت پذیری اعمال حقوقی را بتوان به عنوان یک اصل استخراج کرد و در وکالت نیز که منبع نیابت است گفت اصولاً هر عقد و ایقاعی، و هر عمل مادی به تبع عمل حقوقی، می تواند مورد وکالت قرار گیرد، مگر به لحاظ طبیعت عمل یا حکم قانون مباشرتی بودن آن محرز باشد. در همین راستا، اصولاً مطلق اذن و از جمله اذن در نکاح به جهت ماهیت انشایی آن، از حیث فنی و ذاتی می توانند موضوع وکالت قرار گیرند.

۵- تفویض ناپذیری ولایت

ولایت، «قدرت و اختیاری است که برابر قانون به یک شخص ذی صلاح برای اداره امور محجور واگذار شده است» (صفایی، ۱۳۷۹: ۳۷۰) ولایت در این مفهوم، اعم از ولایت قانونی (ولایت قهری) و ارادی (وصایت) و قضایی (قیمومت) است.

لیکن، ولایت در معنای خاص همان ولایت پدر و جد پدری بر صغیر و نیز کبیری است که سغه یا جنون او متصل به صغر باشد و قانون مدنی از آن به ولایت قهری و فقها به ولایت اجباری تعبیر کرده اند (همان: ۳۷۱) تفویض امر یعنی اختیار دادن به دیگری با زوال اختیار تفویض کننده و نصب دیگری بر امری و عزل خود از انجام آن؛ در حالی که وکالت یعنی دیگری را نایب امری قرار دادن و ابقاء اراده موکل که زوال نمی یابد مگر با فوت و سغه و جنون. هر چند ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی از نمایندگی قانونی ولی قهری در «اموال و حقوق مالی موکلی علیه» سخن می گوید؛ لیکن قلمرو ولایت ولی از امور مالی فرا تر می رود و ولی در مورد نکاح صغیر (ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی) و تربیت و حضانت وی نیز اختیار دارد و اختیار وصی در «نگاهداری و تربیت» اولاد موصی (ماده ۱۱۸۸ قانون مدنی) نیز ناشی از صلاحیت قبلی ولی قهری در امور غیر مالی موکلی علیه است. در هر حال، ولایت پدر و جد پدری بر اطفال در امور مالی و غیر مالی آنان و نیز چهره کم رنگ این ولایت در اذن در تزویج نکاح دختر باکره (ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی) ناشی از حکم قانون و قهری است و ارتباط آن با نظم عمومی روشن است. به همین دلیل است که جز در موارد استثنایی (ماده ۱۱۸۴ ق.م.) «هیچ مقامی حق تغییر یا تنفیذ این وضع را ندارد» (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۴۰۲) و قابل عزل نیستند؛ همچنان که این سمت و منصب قابل واگذاری یا اسقاط نیست. نتیجه آن که ولی قهری نمی تواند اختیار و ولایت در تزویج صغیر یا اذن در نکاح دختر باکره را به دیگری واگذار کند و در مواردی که ولایت ولی ساقط یا معلق شده باشد مانند فوت یا کفر یا جنون، دادگاه نمی تواند به تنهایی ولو به مصلحت صغیر باشد، دختر یا پسر کمتر از سیزده و پانزده سال را تزویج کند و دختر بالغ باکره نیز در امر نکاح خود استقلال می یابد و نیازی به اذن شخص دیگری یا دادگاه نیست.

۶- وجوه افتراق ولایت در نکاح با اذن ولی در نکاح

ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی اصلاحی ۱۳۷۰ از ولایت ولی در نکاح صغیر به شرط مصلحت سخن می گفت و مقصود آن بود که ولی می تواند به استناد سلطه و ولایت

قانونی خویش صغیر ممیز یا غیر ممیز را با اراده خود تزویج کند. لیکن، ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی اصلاحی ۱۳۸۱ عقد نکاح دختر کمتر از ۱۳ و پسر کمتر از ۱۵ سال را «منوط» به «اذن ولیّ» کرده است. به نظر می رسد این اصطلاحات مفید آن است که عقد نکاح با اراده خود صغیر باید منعقد شود و نقش ولیّ صرفاً در اعطای اذن در نکاح است. این که کدام نهاد حقوقی مقصود مجمع تشخیص مصلت نظام به عنوان تصویب کننده حکم بالا باشد نتایج حقوقی متفاوتی را از حیث آثار و ماهیت به دنبال دارد:

از حیث ماهیت، در ولایت در نکاح، عقد نکاح با اراده ولیّ منعقد می شود و ولیّ قهری بدون دخالت صغیر در انشای عقد، او را تزویج می کند، لذا عقد نکاح نه به قصد انشاء و نه به رضای صغیر منتسب نیست؛ لیکن، در نهاد دوم یعنی اذن ولیّ در نکاح، عقد نکاح ناشی از اراده خود صغیر است و عقد منتسب به قصد و رضای اوست و نقش ولیّ محدود به اعطای اذن قبلی یا اجازه بعدی است.

از حیث آثار، قلمرو ولایت در نکاح وسیع تر از اذن ولیّ در نکاح است زیرا در اوّلی، ولیّ قهری می تواند موکلی علیه صغیر، اعم از ممیز و غیر ممیز را تزویج کند. به عنوان مثال، پدر بزرگ پدری می تواند نوه دختری را برای نوه پسری خود تزویج کند، هرچند هر دو شیرخواره باشند، لیکن در اذن ولیّ در نکاح، چون صغیر غیر ممیز از قصد انشاء برخوردار نیست و عدم تمییز وی مطلق است، لذا نمی تواند صیغه نکاح را جاری کند و عدم اهلیت وی در نکاح تا رسیدن به سنّ تمییز از مصادیق عدم اهلیت تمتّع است. اما نکاح دختر و پسر صغیر ممیز یا بالغ کمتر از ۱۳ سال (دختر) و ۱۵ سال (پسر) با اذن ولیّ و اجازه دادگاه ممکن می باشد و عدم اهلیت آنان در نکاح از مصادیق عدم اهلیت استیفاء است (عابدی، ۱۳۹۳: ۱۸-۱۹).

۷- مبانی ولایت در نکاح دختر بالغه باکره و پسر یا دختر صغیر

۷-۱- مبانی ولایت در نکاح دختر بالغه باکره

در فقه شیعه، زن رشیده بالغه ٔیبه را برای ازدواج بعدی مستقل دانسته و اجازه ولی را لازم نمی‌داند (شعرانی، بی تا: ۱۷۳؛ شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۱۲۰/۷) و برخی بر آن ادعای اجماع کرده‌اند (محقق کرکی، ۱۴۱۵: ۱۲۳)؛ اما در مورد دختر بالغ رشید و باکره، نظرات متفاوت و متعدد است: نظریه استقلال دختر باکره در نکاح، نظریه ولایت ولی قهری در ترویج دختر باکره بدون اراده وی و نظریه تشریک در ولایت؛ به این معنا که نکاح با اراده دختر واقع می‌شود اما اذن قبلی یا اجازه بعدی ولی قهری لازم است. قانون مدنی در ماده ۱۰۴۳ نظریه تشریک در ولایت را که قول مشهور فقهای متأخر است پذیرفته است، اما مبانی این ولایت چیست؟ چرا پسر بعد از بلوغ، آزادی مطلق در ازدواج دارد اما دختر باکره در هر سن و درجه رشدی باشد باید با رضایت ولی نکاح کند و بدون آن غیر نافذ است؟

تمسک به اصل عملی استصحاب با این توجیه که ولایت بر دختر پیش از بلوغ و رشد ثابت بوده و پس از بلوغ و رشد، هنگام شک، همان ولایت دوران صغر استصحاب می‌شود، قابل قبول نیست و در نقد آن باید گفت که این استصحاب نابجاست، چراکه شرط تحقق استصحاب، بقای عرفی موضوع است که از دیدگاه عرف، صغر تبدیل به بلوغ و رشد شده است و وحدت در مستصحب منتفی است. از ظاهر برخی روایات،^۱ ولایت پدر را استنباط کرده‌اند که این روایات در برابر دیگر

۱- فضل بن عبد الملک از امام صادق (ع) نقل می‌کند: «لا تستأمر الجاریه الّتی بین أبویها اذا أراد أبوها أن یزوّجها هو أنظر لها و أما الّتیب فإنّها تستأذن و إن کانت بین أبویها اذا أراد أن یزوّجها: هرگاه پدر بخواهد دختری را که نزد آنهاست شوهر دهد، لازم نیست با او مشورت کند؛ زیرا پدر به حال او داناتر است؛ اما هرگاه بخواهد ٔیبه را شوهر دهد باید از او اذن بگیرد اگرچه نزد آنها باشد» (حرّ عاملی، ۱۳۶۷: ۲۰۲/۱۴)؛ همچنین در روایت صحیح حلی امام صادق (ع) در مورد دختری که پدرش او را بدون اجازه وی شوهر می‌دهد، فرمود: «برای دختر با وجود پدر، اختیاری نیست. بنابراین هرگاه پدرش او را به نکاح کسی درآورد، نکاحش نافذ است حتی اگر دختر کراهت داشته باشد» (همان: ۲۰۲/۱۴) که این روایت را شیخ طوسی و کلینی روایت کرده‌اند (طوسی، ۱۳۶۵: ۳۸۱/۷؛ کافی، ۱۳۷۵: ۳۹۳/۵).

روایاتی است که بر استقلال دختر تأکید دارند و مورد استناد مشهور فقهای متقدم قرار گرفته است و نمی تواند قاطع باشد.

به نظر می رسد با توجه به وضعیّت روحی و عاطفی دختران و تبعیّت از عرف زمانه و ضرورت دانستن ترکیب عشق و تجربه در نکاح دختران باکره، که غالباً فاقد سابقه زناشویی هستند، تشریک ولایت مورد قبول غالب فقهای متأخر قرار گرفته است تا از یک سو، استقلال حقوقی دختران نقض نشود و از سوی دیگر، چتر حمایت ولیّ صاحب تجربه در مهمّ ترین تصمیم دخترش یاریگر وی باشد و همین نکته، امری بودن حکم مقنّن و ارتباط آن را با نظم عمومی خانواده نشان می دهد؛ هرچند گسترش حضور اجتماعی دختران و پیمودن پله های ترقّی و تحصیلات عالی در زمان حاضر، توسط آنان تردیدهای جدّی در استمرار این ولایت خفیف و موجّه بودن تبعیض بین دختران و پسران را ایجاد کرده است، مضافاً این که تغییر عبارات قانونی از «دختر شوهر نکرده» به «دختر باکره» در ماده ۱۰۳۴ قانون مدنی در اصلاحات سال ۱۳۷۰ نیز که در جهت همگامی با مشهور فقها بوده است، توجیهی ندارد و بهتر همان بود که دختر شوهر کرده که تجربه زناشویی دارد، به مقتضای اصل، در ازدواج استقلال داشته باشد و ولایت ولیّ، ویژه دختران شوهر نکرده باشد، خواه باکره یا غیر باکره باشند.

۲-۲- مبانی ولایت در نکاح دختر و پسر صغیر

اصل عدم ولایت بر دیگری و استقلال حقوقی اشخاص و ضرورت اتّخاذ تصمیم شخص در خصوصی ترین و مهمّ ترین واقعه زندگی اقتضاء می کند که ولایت در تزویج دیگری ممنوع باشد و همچنین نوعاً ازدواج اطفال از حیث فردی و اجتماعی بر خلاف مصلحت، و عملی ضرری است و هدف و فلسفه نکاح را که به حکم قرآن

کریم آرامش و مودت و رحمت است، تأمین نمی کند؛^۱ بنابراین، چرا در فقه اسلامی و قانون مدنی ولی اجازه یافته است با تشخیص مصلحت با اراده خود یا دادگاه صغیر را تزویج کند و یا به تعبیر دیگر، به وی اذن در ازدواج دهد؟

فقها در تجویز ازدواج صغار به وسیله ولی، به مقتضای ولایت که نوعی سلطنت است و اجماع و روایات متعدّد از جمله: صحیحه عبدالله بن صلت^۲ (حرّ عاملی، ۱۳۶۷: ۲۰/۲۰۷)، صحیحه علی بن یقظین^۳ (همان: ۲۰/۲۰۸)، صحیحه محمد بن اسماعیل بن بزيع^۴ (همان: ۲۰/۲۷۵)، صحیحه محمد بن مسلم^۵ (همان: ۲۰/۲۹۲) و روایت برید الكناسی^۶ (همان: ۲۰/۲۷۸) استناد کردند که همگی در اصل تزویج دختر و پسر صغیر

۱- «و من آیاته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بینكم موده و رحمه إن فی ذلك لآیات لقوم یتفکرون: و از آیات او این است که برای شما از جنس خودتان همسرانی آفرید تا به واسطه آنها آرامش بیابید و میان شما دوستی و محبت قرار داد، همانا در این امر نشانه هایی برای گروهی که تفکر کنند وجود دارد.»
۲- عن عبدالله ابن الصلت قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الجارية الصغيرة يزوجه أبوها لها أمر اذا بلغت؟ قال: لا ليس لها مع أبيها أمر.

۳- عن علی بن یقظین قال: سألت أبا الحسن عليه السلام أتزوج الجارية و هی بنت ثلاث سنين أو يزوج الغلام و هو ابن ثلاث سنين و ما أدنى حد ذلك الذي يزوجه منهُ، فاذا بلغت الجارية فلم ترضى فما حالها؟ قال: لا بأس بذلك إذا رضی أبوها أو ولیها.

۴- عن مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ بَزِيْعٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عَ عَنِ الصَّبِيَّةِ يُزَوِّجُهَا أَبُوهَا - ثُمَّ يَمُوتُ وَ هِيَ صَغِيرَةٌ - فَتَكْبُرُ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا زَوْجُهَا يَجُوزُ عَلَيْهَا التَّزْوِيجُ - أَوِ الْأَمْرُ إِلَيْهَا قَالَ يَجُوزُ عَلَيْهَا تَزْوِيجُ أَبِيهَا.

۵- محمد بن الحسن باسناده عن الحسن بن محبوب عن العلاء عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر (ع) عن الصبي يزوجه الصبيّه قال إن كان أبوهاما اللذان زوجها فنعمة جازية و لكن لهما الخيار إذا أدركا فإن رضيا بعد ذلك فإن المهر على الأب.

۶- عن بُرَيْدِ الْكُنَاسِيِّ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي جَعْفَرٍ عَ مَتَى يَجُوزُ لِلْأَبِ أَنْ يُزَوِّجَ ابْنَتَهُ وَ لَا يَسْتَأْمِرَ بِهَا قَالَ إِذَا جَازَتْ تِسْعَ سِنِينَ فَإِنْ زَوَّجَهَا قَبْلَ بُلُوغِ التَّسْعِ سِنِينَ كَانَ الْخِيَارُ لَهَا إِذَا بَلَغَتْ تِسْعَ سِنِينَ قُلْتُ فَإِنْ زَوَّجَهَا أَبُوهَا وَ لَمْ تَبْلُغْ تِسْعَ سِنِينَ قَبْلَئِهَا ذَلِكَ فَسَكَتَتْ وَ لَمْ تَأَبَّ ذَلِكَ أَيْ يَجُوزُ عَلَيْهَا قَالَ لَيْسَ يَجُوزُ عَلَيْهَا رَضَى فِي نَفْسِهَا وَ لَا يَجُوزُ لَهَا تَأَبُّ وَ لَا سَخَطٌ فِي نَفْسِهَا حَتَّى تَسْتَكْمَلَ تِسْعَ سِنِينَ وَ إِذَا بَلَغَتْ تِسْعَ سِنِينَ جَازَ لَهَا الْقَوْلُ فِي نَفْسِهَا بِالرِّضَا وَ التَّأَبُّ وَ جَازَ عَلَيْهَا بَعْدَ ذَلِكَ وَ إِنْ لَمْ تَكُنْ أَدْرَكَتْ مُدْرَكَتِ النِّسَاءِ قُلْتُ أَ فَتَقَامُ عَلَيْهَا الْحُدُودُ وَ تُؤَخَذُ بِهَا وَ هِيَ فِي تِلْكَ الْحَالِ وَ إِنَّمَا لَهَا تِسْعَ سِنِينَ وَ لَمْ تَدْرِكْ مُدْرَكَتِ النِّسَاءِ فِي الْحَيْضِ قَالَ نَعَمْ إِذَا دَخَلَتْ عَلَى زَوْجِهَا وَ لَهَا تِسْعَ سِنِينَ ذَهَبَ

اتفاق دارند. در هر حال، مبنای این حکم خاصّ و قابل انتقاد هر چه باشد در استثنایی بودن آن تردید نیست و همین امر اقتضا دارد که از یک سو، این ولایت منحصر به ولیّ قهری شود و دیگر اولیاء مانند وصیّ و قیّم و دیگر خویشان و نیز حاکم از چنین ولایتی برخوردار نباشند و از سوی دیگر، این ولایت قائم به شخص است و قابل انتقال و تقویض به غیر نیست و با زوال یا تعلیق این ولایت- به هر دلیلی باشد- هیچ شخص یا نهاد جایگزینی نمی تواند با اعمال ولایت صغیر را تزویج کند و صرفاً طفل پس از رسیدن به سنّ کبر باید در مورد سرنوشت خود تصمیم بگیرد.

۸- اوصاف اذن ولیّ قهری در نکاح

اذن ولیّ دختر باکره یا دختر و پسر صغیری که می خواهند ازدواج کنند دارای این ویژگی هاست:

۱- خاصّ است: ولیّ قهری نمی تواند به طور کلیّ اذن در نکاح دختر باکره را به وی اعطا کند که هر زمان و هر گونه و با هر کس که خواست ازدواج کند بلکه باید رضایت خود را در مورد نکاح با شخص معین اعلام کند؛ زیرا فرض آن است که ولیّ قهری با استفاده از تجربه و انجام تحقیقات در مورد همسر آینده دختر یا پسرش، اوصاف و شرایط مطلوب را احراز می کند و بر مبنای اطلاعات حاصل شده و با لحاظ شرایط دختر و پسر و سایر اوضاع و احوال که کفو بودن را نشان می دهد رضایت خویش را اعلام می کند و بدیهی است اذن و اعلام رضایتی که به نحو کلیّ صادر شود حکمت حکم را زایل می کند.

عَنْهَا الْيَتِيمُ وَ دَفَعَ إِلَيْهَا مَالَهَا وَ أَيْمَتِ الْخُدُودَ النَّامَةَ عَلَيْهَا وَ لَهَا، قُلْتُ فَالْغُلَامُ يَجْرِي فِي ذَلِكَ مَجْرَى الْجَارِيَةِ فَقَالَ يَا أَبَاخَالِدٍ إِنَّ الْغُلَامَ إِذَا زَوَّجَهُ أَبُوهُ وَ لَمْ يُدْرِكْ كَانَ بِالْخِيَارِ إِذَا أَدْرَكَ وَ بَلَغَ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً أَوْ يُشْعِرُ فِي وَجْهِهِ أَوْ يُنْبِتُ فِي عَاتِقِهِ قَبْلَ ذَلِكَ قُلْتُ فَإِنْ أَدْخَلَتْ عَلَيْهِ امْرَأَتَهُ قَبْلَ أَنْ يُدْرِكَ فَمَكَتْ مَعَهَا مَا شَاءَ اللَّهُ.

۲- قابل رجوع است: یکی از اوصاف اذن، قابلیت رجوع آن است مگر آن که در ضمن عقد لازمی آمده باشد که در این صورت، غیر قابل رجوع می شود و در هر حال، اذن با زوال منبع اذن یعنی اراده به جهت فوت و حجر از بین می رود. ولی قهری نیز تا وقتی نکاح واقع نشده است می تواند از اذن خود رجوع کرده و با ازدواج مخالفت کند. وضعیّت خاصّ اذن در نکاح و اهمیّت اجتماعی ازدواج و مبانی توجیه کننده ضرورت ولایت در نکاح اقتضاء دارد که اذن در ازدواج همیشه قابل رجوع باشد و نتوان با درج آن در ضمن عقد لازم، امکان رجوع را از ولی قهری سلب کرد. بدیهی است در صورتی که رجوع از اذن غیر موجّه باشد دختر باکره می تواند از تصمیم ولیّ به دادگاه اعتراض کند (ماده ۱۰۴۳ ق.م.). لیکن این امکان در مورد نکاح دختر و پسر صغیر وجود ندارد، زیرا قانون چنین امری را پیش بینی نکرده و استثنایی بودن نکاح صغیر نیز آن را توجیه می کند.

۳- اذن در نکاح قابلیت سقوط و تعلیق دارد: اذن وابسته به منبع اذن یعنی اراده است و اذن در نکاح نیز مبتنی بر مصالحی است که وجود این حکم استثنایی را توجیه می کند. بنابراین با فوت ولیّ اعمّ از پدر و جدّ پدری اذن ساقط می شود و با جنون آنان ضرورت لزوم اعطای اذن معلق می شود و در دوره جنون ولیّ، دختر باکره می تواند مستقلاً نکاح کند. همچنین است در صورت غیبت ولیّ که امکان استیذان وجود نداشته باشد. به علاوه، در صورت کفر ولیّ و به جهت اعمال قواعد اعتدلا (الاسلام یعلو و لایعلی علیه) و نفی سبیل (لن یجعل الله للکافرین علی المومنین سبیلاً) ولایت ولیّ معلق می گردد. لازم به ذکر است که به جهت استثنایی بودن نکاح صغیر در موارد بالا، صغیر اهلیت نکاح را از دست می دهد و دادگاه با اذن وصیّ یا قیم یا مستقلاً نمی تواند دختر یا پسر صغیر را تزویج نماید. همچنین، در صورتی که دلایل مخالفت ولیّ با نکاح دختر باکره غیر موجّه باشد و این امر در دادگاه ثابت شود اذن پدر ساقط شده و دختر باکره می تواند با اجازه دادگاه با شخص مطلوب خود ازدواج کند.

۴- اجازه نکاح شخصی و منحصر به فرد ولیّ قهری است: تنها پدر و جدّ پدری است که می تواند با نکاح دختر باکره خود مخالفت کند. مادر و سایر خویشاوندان دختر حقّ دخالت در نکاح را ندارند و همچنین وصیّ منصوب از سوی ولیّ قهری نیز از این حقّ بی بهره است (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۷۹). همچنین این اذن، قابل انتقال به غیر نیست.

۹- قابلیت یا عدم قابلیت توکیل اذن ولیّ در نکاح صغیر

با توجه به مطالب گفته شده، به نظر می رسد که هرچند اذن به لحاظ ماهیت انشایی آن، عمل حقوقی محسوب می شود و قاعده‌تاً قابلیت نیابت دارد و هرچند با لحاظ اصل قابلیت نیابت و توکیل اعمال حقوقی و اصل عدم مباشرت اذن نیز می تواند موضوع وکالت قرار گیرد و از حیث فنی و ذاتی منعی برای توکیل اذن در نکاح دختر باکره و دختر و پسر صغیر وجود ندارد؛ لیکن با توجه به مبانی گفته شده برای ولایت ولیّ قهری در اعطای اذن به دختر باکره برای ازدواج و نیز نکاح صغیر و با توجه به اوصاف و ویژگی هایی که برای اذن ولیّ در نکاح بیان شد از جمله این که اذن باید خاصّ باشد و اذن کلی اعتبار ندارد، و این امر که این اذن جنبه مباشرتی دارد و قابل انتقال و تفویض به غیر نیست و حتی با فوت یا حجر ولیّ این اختیار به شخص دیگری منتقل نمی شود و نیز با لحاظ این مطلب که دختر باکره بالای سیزده سال اصولاً دارای اهلیت و رشد در امور غیر مالی است و در امر نکاح استقلال دارد و ولایت پدر بر وی و ضرورت استیذان از ولیّ حکم خلاف قاعده است که نباید به اشخاص دیگر تسری داده شود و استقلال دختر باکره رشیده را بدون دلیل محدود کرد و با توجه به این امر که تزویج یا اعطای اذن در نکاح به کودکان زیر سیزده و پانزده سال حکم استثنایی و غالباً خلاف مصلحت است که مقنّن صرفاً به لحاظ ولایت و سلطنت ولیّ به وی چنین اختیار استثنایی را عطا کرده است و گسترش این اختیار بر خلاف مصلحت و هدف

قانونگذاری است، به نظر می‌رسد ولیّ قهری نمی‌تواند اختیار خود در اعطای اذن را به دیگری تفویض کرده، و یا از راه وکالت به دیگری واگذار کند؛ زیرا خاصّ و مباشرتی بودن اذن بر خلاف اعمال ولایت در نکاح از طریق وکیل است. بدیهی است حتی اگر اعطای اذن در ازدواج را به وکیل بپذیریم یقیناً به همان دلایل پیش گفته ولیّ قهری نمی‌تواند حقّ عزل وکیل یا حقّ ضمّ وکیل یا حقّ انجام موضوع وکالت را از خود سلب نماید و نیز وکیل نمی‌تواند حقّ توکیل را از ولیّ گرفته و با توکیل به غیر، تزویج یا دادن اذن را به وکیل با واسطه واگذار کند.

البته ممنوعیت اعطای نیابت در دادن اذن در نکاح به وکیل در فرضی است که وکیل بخواهد به جانشینی از ولیّ قهری انشای اذن کرده و در مقام تشخیص مصلحت برآید و به جای ولیّ تصمیم بگیرد؛ لیکن در موردی که ولیّ قهری نسبت به همسر آینده دختر یا پسرش اطلاعات کافی را به دست آورده و با ازدواج آن دو رضایت دارد لیکن به دلایلی نمی‌تواند در هنگام اجرای صیغه نکاح حاضر شود و اذن خود را ابراز کند مانعی نیست که وکیل و در واقع، رسولی را انتخاب کند تا وی بتواند وکالت، اراده ولیّ قهری را ابلاغ نماید و بدیهی است که این وکالت نمی‌تواند بلاعزل باشد. لیکن به نظر می‌رسد دادن حقّ توکیل به چنین وکیلی که ماهیتاً رسول و ابلاغ کننده اراده ولیّ قهری است مانعی نداشته باشد و در هر حال، ولیّ تا قبل از اجرای صیغه نکاح حقّ فسخ وکالت و مخالفت با رضایت سابق را دارد.

۱۰- نقد رویه دفاتر اسناد رسمی

رویه های دفاتر اسناد رسمی تا حدّی که موافق نظر بالا باشد و وکیل صرفاً اراده ولیّ در تزویج دختر را با شخص معین ابلاغ کند به نظر قابل توجیه است؛ لیکن تنظیم وکالت نامه های مطلق و کلی که وکیل بتواند به جای ولیّ قهری مصلحت را تشخیص داده و با اراده خود در اعطای اذن در نکاح تصمیم بگیرد مغایر با مبانی و اوصاف اذن ولیّ در نکاح است و بی اعتبار تلقّی می‌گردد.

نمونه یکی از وکالت نامه های اعطای اجازه پدر برای ازدواج دختر باکره به شرح ذیل است:

«وکالت اجازه پدر برای ازدواج دختر باکره

موکل: آقای / خانم : فرزند
بشناسنامه شماره متولد صادره از به شماره ملی ساکن

وکیل: آقای / خانم : فرزند
بشناسنامه شماره متولد صادره از به شماره ملی ساکن

مورد وکالت: با رعایت جمیع جهات قانونی و ارائه مدارک مثبت و مورد نیاز و در صورت فقد هر گونه منع و ردع قانونی، مراجعه به دفاتر رسمی ثبت ازدواج و مقامات ذیربط و اقدام در خصوص به مزاجت دائمی و تزویج دائمی در آوردن فرزند اناث موکل دوشیزه فرزند دارنده شماره شناسنامه متولد صادره از به شماره ملی با هر شخص و فردی که وکیل صلاح و مقتضی بداند و به هر صداق و مهریه و نحو و ترتیب و شرط وفق مقررات و موازین قانونی و شرعی و اعطاء رضایت و تنفیذ و تأیید ازدواج و قیام و اقدام به تمامی تشریفات لازمه و امضاء ذیل کلیه دفاتر و اسناد و قباله نکاحیه و به طور اعمّ انجام هر امر مورد نیاز به جای موکل به عنوان ولیّ قانونی دوشیزه موصوف به نحوی که نیازی به حضور و امضاء مجدد و ثانوی موکل مرقوم نباشد و امضاء ذیل کلیه اوراق و اسناد و مدارک و دفاتر و نوشتجات مربوطه .

حدود اختیارات: وکیل مرقوم دارای اختیارات تامه در خصوص مورد وکالت و لوازم آن از جمله حقّ توکیل به غیر ولو کراراً می باشد و اقدام و امضاء وی به جای

اقدام و امضاء موکل معتبر است. مدلول این سند فقط در نفس و کالت مؤثر است. به تاریخ / / هجری شمسی».

عبارت تزویج دائمی فرزند اناث موکل «با هر شخص و فردی که وکیل صلاح و مقتضی بداند و به هر صدق و مهریه و نحو و ترتیب و شرط وفق مقررات و موازین قانونی و شرعی و اعطاء رضایت و تنفیذ و تأیید ازدواج» از چند جهت موجه به نظر نمی رسد:

اولاً- از این حیث که اجازه به نحو کلی است؛ در حالی که اذن در نکاح باید خاص باشد و ولی قهری رضایت خود را با نکاح دخترش با شخص معینی ابراز نماید. ثانیاً- تعیین مهریه با ولی قهری و جزو اختیارات وی نیست تا او بتواند آن را به وکیل واگذار کند. در نکاح دختر باکره عقد نکاح و تعیین شرایط عقد و از جمله مهریه تابع قصد و رضای دختر یا وکیل اوست نه ولی یا وکیل ولی قهری.

ثالثاً- تزویج دختران باکره رشیده و نیز صغار به وسیله وکالت از ولی، تالی فاسدی دارد. توضیح آن که با غیبت ولی قهری به نحوی که امکان استیذان از وی وجود نداشته باشد ولایت ولی معلق می گردد و دختر باکره در ازدواج استقلال می یابد و نکاح صغیر موقتاً ممنوع می شود. حال اگر وکیل بتواند با وکالت کلی خویش از جانب ولی قهری که فعلاً غیبت دارد دختر موکل خویش را تزویج کند نقض غرض می شود. به بیان بهتر، وقتی که خود موکل در حال غیبت، اختیاری در تزویج ندارد به تبع، وکیل وی نیز نباید اختیار تزویج فرزند موکلش را داشته باشد.

رابعاً- عبارت «تنفیذ و تأیید ازدواج» در متن وکالت نامه ظهور در آن دارد که وکیل بتواند نکاح غیر نافذی را که دختر مستقلاً و بدون اذن ولی منعقد کرده است تنفیذ کند. به نظر ما به دلایل گفته شده نه تنها وکالت کلی در ازدواج معتبر نیست بلکه حتی اگر قائل به صحّت چنین وکالتی باشیم نمی توان قلمرو آن را به تنفیذ نکاح غیر نافذ گسترش داد، زیرا اختیار تنفیذ و ردّ ازدواج غیر نافذ، «حکم» است نه «حق» و توکیل ناپذیری آن روشن تر است.

اما در مورد تزویج یا اذن در نکاح دختر و پسر صغیر باید گفت توکیل ناپذیری آن علاوه بر دلایل بالا، به دلایل دیگری ممکن نیست زیرا دادگاه باید پس از احراز اذن ولیّ و شنیدن دلایل توجیه کننده رضایت وی، وجود مصلحت در نکاح را تشخیص و اعلام کند و استثنایی بودن نکاح اطفال اقتضاء دارد که به قدر متیقّن اکتفا کنیم و از نفوذ اذن وکیل ولیّ قهری پرهیز کنیم.

نتیجه گیری

یافته های پژوهش نشان می دهد که اذن ماهیّتاً ایقاع است و جنبه انشایی دارد و به لحاظ جنبه انشایی بودن اذن و ماهیّت ایقاعی و حقّ بودن آن، ذاتاً قابل توکیل است؛ لیکن ولایت در نکاح به لحاظ حکم بودن آن قابل واگذاری به غیر نیست. بنابراین، علی القاعده ولیّ قهری باید بتواند اذن در نکاح دختر باکره و صغیر را در قالب وکالت به دیگری واگذار کند؛ اما خصوصیات نکاح و مبانی ولایت ولیّ در نکاح و استثنایی بودن آن و مغایرت آن با آزادی و استقلال فرزند و لزوم تفسیر مضیق ولایت ولیّ در نکاح اقتضاء دارد که اذن ولیّ در نکاح قابل توکیل نباشد و باید خود ولیّ در مورد نکاح فرزند خویش تصمیم بگیرد و تشخیص مصلحت صرفاً باید توسط وی احراز شود. البته، توکیل ناپذیری اذن در نکاح مانع از آن نیست که ولیّ قهری پس از احراز مصلحت دختر باکره یا صغیر در ازدواج با شخص معین، و نه به نحو کلی و مطلق، وکالت در اعلام موافقت یا مخالفت را به وکیل واگذار کند و وکیل صرفاً در ابلاغ اراده موکّل نیابت دارد؛ و به بیان دیگر، رسول است نه وکیل.

منابع

- ابوعطا، محمد (۱۳۸۸ش)، موضوع وکالت در حقوق ایران و فرانسه، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۳، ۷-۲۸.

- ۲۶۱ _____ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۰ - شماره ۱۹ - پاییز و زمستان ۹۷
- احمد نگری، عبد النبي بن عبد الرسول (۱۳۹۵ق)، **جامع العلوم في اصطلاحات الفنون**، ج ۱، چ ۲، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
- الجوهري الفارابي، اسماعيل بن حماد (۱۴۰۷ق)، **الصاحح تاج اللغة و صحاح العربية**، ج ۵، چ ۴، بیروت: دار العلم للملايين.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۲ش)، **حقوق مدنی**، ج ۲، چ ۱۲، تهران: اسلامیة.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۲۵ق)، **مسالك الأفهام الى تنقيح شرائع الاسلام**، ج ۷، چ ۳، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸ش)، **ترمینولوژی حقوق**، چ ۲۲، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۳۶۷ش)، **وسائل الشیعه الى تحصیل مسائل الشریعه**، تهران: المكتبة الإسلامیه.
- حسینی سیستانی، علی (۱۴۱۶ق)، **منهاج الصالحین**، ج ۲، تبریز: ستاره.
- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، **العناوین الفقهیة**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلّی (علّامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق)، **تذکره الفقهاء**، ج ۲، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حلّی (محقّق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۹ق)، **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، ج ۲، تهران: استقلال.
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۰۹ق)، **تحریر الوسیله**، ج ۲، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
- خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق)، **جامع المدارک فی شرح المختصر النافع**، چ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- شعرانی، ابوالحسن (بی تا)، **ترجمه و شرح تبصره المتعلّمین**، بی جا: نرم افزار جامع فقه اهل البيت.
- صفایی، سید حسین (۱۳۷۹ش)، **مختصر حقوق خانواده**، چ ۳، تهران: دادگستر.
- طباطبائی (صاحب ریاض)، سید علی (۱۴۱۹ق)، **ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل**، ج ۹، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- طوسی (شیخ الطائفة)، محمد بن حسن (۱۳۶۵ش)، **تهذیب الأحکام**، ج ۷، چ ۴، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- همو (۱۳۸۷ق)، **المبسوط**، ج ۲، چ ۳، تهران: المكتبة المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریة.

- همو (۱۴۱۷ق)، کتاب الخلاف، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- عابدی، محمد (۱۳۹۳ش)، ماهیت و ضمانت اجرای اذن ولیّ در نکاح کودکان، دو فصلنامه علمی ترویجی فقه و حقوق خانواده، ۶۰، ۵-۲۶.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق)، اللّمعه الدمشقیه، بیروت: دار التراث - دار الإسلامیه.
- فصیحی زاده، علیرضا (۱۳۸۰ش)، اذن و آثار حقوقی آن، قم: بوستان کتاب.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵ش)، دوره مقدماتی حقوق مدنی (خانواده)، تهران: یلدا.
- همو (۱۳۷۶ش)، حقوق مدنی (عقود اذنی - وثیقه های دین)، چ ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- همو (۱۳۷۷ش)، حقوق مدنی: ایقاع، نظریه عمومی - ایقاع معین، تهران: دادگر.
- همو (۱۳۹۳ش)، حقوق مدنی (خانواده)، چ ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاشانی، سید محمود (۱۳۸۸ش)، حقوق مدنی، قرارداد های ویژه، تهران: میزان.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۷۵ش)، الفروع من الکافی، چ ۴، تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- محقق اصفهانی، محمدحسین (۱۳۸۳ش)، حاشیه المکاسب، ج ۱، تهران: پایه دانش.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۵ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چ ۲، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۷، چ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.