

مبانی فقهی و بحث حقوقی اذن ولی در نکاح دختر بالغه رشیده

فریبا حاجعلی* فاطمه قدرتی**

چکیده: نهاد حقوقی اذن، در میان اعمال حقوقی یک طرفه جایگاه ویژه‌ای در فقه و به تبع آن، قانون مدنی دارد و در مباحث متنوع فقهی حقوقی به کار گرفته می‌شود. باب نکاح در فقه و حقوق مدنی یکی از این ابواب است که اعتبار اذن ولی در نکاح دختر یا پسر صغیر و نیز در نکاح باکره از جمله سؤالات مهم و پر مناقشه این حوزه است که نوع پاسخگویی به آن، جهت‌گیری‌ها و آثار و تبعات کاملاً متفاوتی را هم در مباحث فقهی و حقوقی و هم و در بطن جامعه به دنبال خواهد داشت. چرا که اذن در روابط حقوقی و اجتماعی افراد نقش به‌سزایی دارد. در تزویج ولایتی کودکان نابالغ توسط اولیا منطبق حقوقی و قواعد اولیه فقهی اقتضاء می‌کند که کودک به دلیل فقدان اهلیت نتواند طرف عقد نکاح قرار گیرد و یا حداقل پس از رسیدن به سن بلوغ اختیار فسخ یا پذیرش عقد را داشته باشد اما در اینکه چنین منطقی در مورد دختر بالغه و رشیده نیز قابل بیان و جانبداریست، نظرات کاملاً متفاوتی ابراز شده و گروه کثیری از فقها کاملاً مخالف و بحث‌هایی را در باب استقلال تام او بیان داشته و برخی کاملاً موافق تزویج ولایتی او و ادامه ولایت قهری پدر و جد پدری هستند و برخی هم نظر بینابینی را مطرح کرده‌اند. در این مقاله در یک بررسی تطبیقی بین مذاهب اهل سنت و فقهای امامیه به بیان مبانی فقهی شیعه و اهل سنت و استدلالات موافقین و مخالفین در باب لزوم اذن ولی پرداخته شده و از خلال مباحث، عدم لزوم فقهی آن در فقه جعفری نتیجه گرفته شده است اما در حوزه مباحث حقوقی، قانونگذار علاوه بر توجه به دیدگاه فقها نگاهی جدی به مصالح و منافع اجتماعی و عرفی افراد در جامعه دارد و لاجرم در همه مباحث نمی‌تواند منطبق با اقوال مشهور فقهی قانونگذاری کند و در این بحث نیز اگرچه سعی شده کاملاً مباحث منبعث از احکام مشهور باشد اما بر اصل لزوم اذن ولی، صحنه گذاشته شده ولی در معنای لزوم قانونی و متوقف بودن نکاح بر آن باید گفت، از بُعد قانونی باید به آن نگاه شود و نه وجه شرعی.

واژه‌های کلیدی: تزویج، اذن، ولایت، صغیره، بلوغ، رشد، بکارت.

faribahajiali14@yahoo.co.uk

Fatima.arta@yahoo.com

*استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات دانشگاه الزهراء .

**دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه الزهراء.

تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۸۷/۰۳/۲۸ تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۸۷/۰۸/۱۵

مقدمه

حقوق زن در اسلام و درک جایگاه او در نظام فکری اسلام نیازمند اهتمام و توجه است. در این میان، احکام اجتماعی و خانوادگی مربوط به زنان، امروزه، علاوه بر یک مسئله داخلی و ملی، به یک موضوع بین‌المللی تبدیل شده است و بسیاری از کسانی که به تصور خود بنای ایراد گرفتن به اسلام و اثبات غیرعادلانه بودن احکام آن‌را دارند، احکام مربوط به زنان را دستاویز قرار داده‌اند. گام اول در رابطه با این اشکالات و ایرادات در توضیح و یا توجیه آنها، بی‌تردید رسیدن به قضاوتی روشن در مورد درستی یا نادرستی آنها است. یکی از این نمونه‌ها، مسئله لزوم اجازه پدر برای ازدواج دختران است. البته سابقه اعمال نفوذ ولی در عقد نکاح و اجازه او در عرف جامعه ایرانی به سالیانی بس دور می‌رسد. قانون مدنی در زمینه حقوق خانواده، کوشیده است از نظر فقه امامیه پیروی کند. بدیهی است فهم درست و موضع‌گیری صحیح نسبت به دستورات ایراد شده در مواد قانونی مربوط به نکاح دختران مستلزم تحلیل حقوقی و بررسی دلایل جانبداران و منتقدان آن می‌باشد.

این مقاله در راستای نیل به هدف مذکور در سه بخش تنظیم شده است، در بخش اول با بررسی مبانی فقهی لزوم اذن ولی به طرح دیدگاه‌های مختلف فقها اعم از شیعه و سنی و بیان ادله هر کدام اکتفا شده است و در بخش دوم، در یک بررسی مبنایی به بیان ماهیت اذن ولی در نگاه قائلین به لزوم اذن ولی در نکاح پرداخته و سعی شده است دیدگاه صحیح و جامع و منطبق با مبانی فقه شیعه انتخاب شود. در بخش سوم، مسئله لزوم اذن ولی را در بیان قانون و حقوق مدنی دنبال کرده و با بررسی مواد قانونی مربوط به اذن ولی در نکاح و تطبیق آن با مبانی فقهی، در مواردی با ارائه پیشنهاداتی در خصوص اصلاح مواد قانونی مربوطه سعی شده است تا از میان تمامی اختلاف نظرهای موجود، به پاسخی قاطع و روشن و مستدل دست یابیم.

طرح مسئله

یکی از موضوع‌هایی که در این اواخر به شدت مورد تردید و پرسش قرار گرفته، اذن ولی و قلمرو آن در ازدواج است. در دو دهه اخیر با افزایش ظواهر مدرنیته و تغییر شیوه زندگی از سنتی به مدرن، نظام خانواده در ایران دستخوش تغییراتی شده است. به‌عنوان نمونه این سؤال از جانب دختران و پسران بسیار مطرح می‌شود که چرا دختر باکره در ازدواج خود نیاز به اجازه پدر و یا جد پدری دارد؟ به تصور برخی، قوانین جمهوری اسلامی ایران به پدر اجازه می‌دهد تا بدون در نظر گرفتن علایق و تمایلات دختر، هر گونه که

مبانی فقهی و بحث حقوقی اذن ولی در نکاح دختر بالغه رشیده ۴۱

خود تشخیص می‌دهد در مورد ازدواج و زندگی آینده او تصمیم‌گیری نماید و مطابق قانون، دختر در این زمینه مستقل نیست. برخی دیگر این‌گونه بیان نموده‌اند که این قانون، صرفاً از باب احترام به پدر است و لذا این سؤال را مطرح می‌کنند که چگونه است که پسران ملزم به رعایت چنین احترامی نسبت به پدر خویش نشده‌اند و یا اینکه چرا احترام به مادر در این مسئله رعایت نشده است.

پدر و مادر به علت علاقه و محبت به فرزند، معمولاً مصالح و خوشبختی او را در نظر گرفته و به علت تجربه و پختگی‌شان، بهتر می‌توانند خصوصیات افراد را ارزیابی و عاقبت ازدواج را پیش‌بینی کنند. اما باز هم همچنان این سؤال قابل طرح است که در صورت کمال و بلوغ و رشد دختر آیا باز هم اذنی را که فقها به آن اشاره کرده‌اند و رویه قانون مدنی نیز مبتنی بر آن است، ضروری است و اگر دختر بالغ باکره رشیده همچنان تحت ولایت قهری سابق قرار دارد، از چه بابی است و اینکه چرا نسبت به پسران چنین حساسیتی وجود ندارد. انسانی که در تمام تصرفاتش آزاد است و هیچ سلطه‌ای از جانب دیگران، چه نزدیک و چه دور بر او نیست چگونه در امر ازدواج، اذن ولی را باید با خود داشته باشد. آیا ازدواج نسبت به سایر امور خصوصیت ویژه‌ای دارد؟

از طرفی ازدواج‌های نابسامانی که به‌دور از شناخت‌های عمیق و تنها با توجه به صلاح‌دید دختران و پسران و بدون توجه به جایگاه خانواده و به‌ویژه پدر در فرهنگ جامعه ایرانی صورت گرفته است و نقش و موقعیت والدین در بسامان کردن روابط لرزان آغاز زندگی، نادیده گرفته شده است؛ قابل مشاهده است که در پایان هم خسارات و زیان‌های معنوی و مادی فراوانی به جای می‌گذارد. آمارها از افزایش طلاق در کشور به خصوص در نسل جوان خبر می‌دهند که به اعتقاد بسیاری از روانشناسان مسائل اجتماعی، یکی از علل افزایش طلاق، ازدواج‌های زود هنگام و بدون برخورداری از حمایت خانواده‌ها می‌باشد. بنابراین برای سامان بخشیدن به وضع موجود و حفظ مصالح اجتماعی و جلوگیری از تبعات جبران‌ناپذیر آن به‌نظر می‌رسد که پرداختن درست و دور از پیش‌داوری به مسئله اعتبار اذن ولی، هم در روشن نمودن حیطه مسئولیت‌های ولی و تبیین درست از آنچه باید صورت گیرد، بسیار راهگشا خواهد بود. برای تحقق این منظور به واقع این سؤالات قابل طرح و بررسی دقیق هستند که:

اولاً، ولی در نکاح چه کسی است؟

ثانیاً، حیطه نفوذ و تصرف ولی در نکاح تا چه حدی است و در مورد چه دختری مطرح می‌شود؟

ثالثاً، در صورتی که دختران بدون اذن ولی به نکاح مبادرت کنند از دیدگاه شرع و قانون چگونه خواهد بود؟

رابعاً، رشد و بلوغ دختر چه تأثیری در لزوم یا عدم لزوم اذن ولی خواهد داشت و صلاحیت پدر برای اذن دادن چگونه قابل احراز است؟

با توجه به اهمیت نهاد حقوقی اذن در میان اعمال حقوقی یک‌جانبه، در عمل می‌بینیم که قانون مدنی تنها به بیان برخی از احکام و آثار آن اکتفا نموده و امتیاز آن را از نهادهای حقوقی دیگر تبیین ننموده است و برخی تعارضات همچنان در مواد قانونی وجود دارد به‌گونه‌ای که قانون مدنی بارها اذن و اجازه را به‌جای یکدیگر بکار می‌برد. بنابراین بررسی حقوقی و فقهی مسئله اعتبار اذن ولی در نکاح، می‌تواند تا حدود زیادی به روشن شدن جایگاه واقعی آن در جامعه کمک کند.

بخش اول: مبانی فقهی لزوم اذن ولی در نکاح

برای بیان مبانی فقهی لزوم اذن ولی، ابتدا لازم است بحثی را مطرح کنیم که به‌طور کلی از دیدگاه مذاهب اسلامی چه کسانی در نکاح ولایت دارند و حیطة ولایت آنها تا چه حد است و بر چه کسانی می‌توانند اعمال ولایت کنند.

سخنی در اولیاء عقد نکاح

طبق نظر امامیه اسباب ولایت در نکاح سه چیز است: قرابت؛ ملک و حکم. آنچه علامه حلی در کتاب خود آورده در پاسخ به این سؤال که به‌طور کلی چه کسانی ولایت دارند، چهار گروه را ذکر کرده که شامل: پدر، جد پدری، وصی و حاکم شرع است. اما با توجه به مقتضای سخن ما که در صدد بررسی استمرار ولایت قهری پدر و جد پدری بر بالغه رشیده و بررسی ماهیت اقتضانات آن در امر نکاح هستیم؛ همچنین با توجه به اینکه بالغه رشیده در صورت عزل ولی یا نبود او، تحت هیچ ولایتی نیست؛ بنابراین تنها به بررسی تطبیقی رابطه ولایت پدر و جد پدری بر صغیر و صغیره و در ادامه بر بالغه رشیده بسنده می‌کنیم:

۱- پدر دختر

الف) دیدگاه فقهای اهل سنت: در بررسی دیدگاه اهل سنت در مورد ولایت پدر بر صغیر و صغیره و مجنون و مجنونه، مشاهده می‌کنیم که میان شافعیه (الفیروزآبادی، بی‌تا: ۳/ ۴۰)، حنابله (ابن رحال، ۱۹۸۶: ۵/ ۴۳-۴۴)، مالکیه و حنفی‌ها اتفاق نظر وجود دارد (مغنیه، ۱۹۹۸: ۳۲۲) منتهی شافعیه و حنابله (ابن قدامه، ۱۹۷۲: ۶/ باب الزواج) و مالکی‌ها (النیشابوری، بی‌تا: ۲۶۵) ولایت پدر را به صغیره باکره اختصاص داده‌اند و صغیره ثبیه را مستقل می‌دانند.

مبانی فقهی و بحث حقوقی اذن ولی در نکاح دختر بالغه رشیده ۴۳

ب) دیدگاه فقهای امامیه: بنابر نظر غالب فقهای امامیه، ولایت پدر بر صغیر و صغیره مطلق می‌باشد (علامه حلی، بی‌تا: ۱۱) و عقد صغیر را - خواه ممیز و خواه غیر ممیز و چه برای خود و چه به وکالت از دیگری- غیر صحیح و باطل می‌دانند. زیرا برای عبارت صغیر چه در نکاح و چه در عقود دیگری اعتباری نمی‌شناسند (المحقق الحلی، ۱۴۰۳: ۲/ ۷۰ و ۲۱۸؛ البحرانی، بی‌تا: ۲۳/ ۱۷۲ و ۱۷۵) و حتی برخی بر این نظر ادعای اجماع کرده‌اند (النحیفی، بی‌تا: ۲۹/ ۱۴۲) به گونه‌ای که محقق حلی در کتاب خود آورده است که ولایت پدر و جد پدری بر زن نابالغ هر چند بکارتش رفته باشد، به وطی یا غیر آن، نافذ است (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۴۴۷). به همین دلیل است که در نابالغ و فاسدالعقل، لفظ نکاح اعتبار ندارد. همچنین در مست، که معانی الفاظ را درک نمی‌کند و فرد سفیه نیز ملحق به این افراد است و محجور می‌باشد. بنابراین نظر اظهر عدم صحت عقدی است که توسط این افراد منعقد می‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۴۴۷؛ الطباطبایی الیزدی، بی‌تا: کتاب نکاح، مبحث اولیاء عقد، مسئله ۷؛ الموسوی‌الخمنی، تحریرالوسیله، کتاب نکاح، بخش اولیاء عقد، مسئله ۷؛ شهید ثانی، ۱۳۸۴: ۴۷؛ نراقی، ۱۴۰۵: ۲/ ۴۶۳؛ محقق ثانی، ۱۴۱۰: ۲/ ۳۰۴ و ۳۰۶) در واقع طرف عقد اگر نکاحی صورت گیرد ولی است. البته در رابطه با نکاح سفیه برخی از حقوقدانان معتقدند که سخن فوق را جز در مورد توافق درباره مهریه، نباید پذیرفت، زیرا عقد نکاح دارای دو جنبه ممتاز است: ۱- اتحاد زن و شوهر به منظور ایجاد خانواده است که غیر مالی است. ۲- توافق در میزان مهر، عقدی است مالی و تابع قواعد عمومی معاملات. تمام آثار مالی ناشی از نکاح، به حکم قانون بر افراد حمل می‌شود و از این جهت هیچ فرقی بین یک فرد رشید و سفیه وجود ندارد؛ سفیه نیز به همان اندازه باید نفقه پردازد که یک شخص رشید می‌پردازد و سایر آثار... (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱/ ۸۵ - ۸۶) قانون مدنی نیز به‌طور ضمنی نکاح سفیه را مجاز می‌شمرد زیرا در ماده ۱۰۶۴ ق.م. شریعت اهلیت زوجین بیان شده است ولی اشاره‌ای به لزوم رشد نکرده و گفته است: «عاقد باید عاقل و بالغ و قاصد باشد» ولی نسبت به دومین جنبه ممتاز نکاح، که توافق در مورد میزان مهر است، سفیه آزاد نیست و نفوذ اراده او به اجازه ولی و قیم بستگی دارد؛ زیرا این توافق به‌طور مستقیم با اموال او ارتباط داشته و میزان مهر نیز با رضای زوجین معین می‌شود، نه صرفاً به حکم قانون (همان: ۸۵-۸۷).

در مقابل دیدگاه مشهور بیان شده در رابطه با ولایت ولی بر صغار در امر نکاح، برخی نکاح صغیر ممیز را باطل نمی‌دانند. به نظر این گروه نکاح صغیر ممیز به لحاظ این که دلیلی بر فقدان اراده حقوقی او وجود

ندارد، در صورتی که به اذن ولی انجام گیرد صحیح و نافذ و در غیر آن صورت موقوف به اجازه یا رد ولی می‌باشد که در صورت تنفیذ ولی نافذ خواهد بود (الموسوی الخمینی، تحریرالوسیله: ۲/ ۲۴۹).

همچنین در مورد عقدی که ولی می‌تواند برای نکاح صغیر و صغیره منعقد کند نظرات متفاوت است؛ در قول مشهور عقد ولی برای صغیر و صغیره لازم و نافذ تلقی شده است و بنابراین پسر و یا دختر صغیر پس از بلوغ نسبت به عقد انجام شده توسط ولی، حق خیار ندارد. همچنین اصل لزوم و استصحاب نیز این نظر را تأیید می‌کند (المحقق الحلّی، ۱۴۰۳: ۲/ ۲۲۰؛ النجفی، بی‌تا: ۱۷۲/۲۹ و ۱۷۳؛ الموسوی الخمینی، تحریرالوسیله: ۲/ ۳۹۳). با این حال برخی از فقها بر این باورند که آن دو پس از بلوغ، دارای حق خیارند (خویی، ۱۳۹۶: ۲/ ۳۰۰). پاره‌ای از فقیهان در این مسئله نظریه سومی را ارائه کرده و در این مورد قائل به تفصیل شده‌اند (مروارید، سلسله‌الینابیع الفقهیه: ۱۸/ ۱۰۵ و ۱۰۶ و ۳۹۳/۱۹). به نظر ایشان، صغیر به دلیل آن که با نکاح، نسبت به مهر و نفقه متعهد می‌گردد، پس از بلوغ در قبول یا رد نکاح حق خیار دارد و بنابراین در صورت فسخ نیازی به جاری کردن صیغه طلاق ندارد، در حالی که صغیره چنین تعهدی بر دوش نمی‌گیرد و در نتیجه، نکاح نسبت به او لازم خواهد بود (مروارید، سلسله‌الینابیع الفقهیه: ۱۹ / ۳۹۳).

همچنین در صورتی که ولی در اذن به نکاح صغیر یا صغیره مصلحت او را نادیده بگیرد، با توجه به دو دیدگاه مطرح در رابطه با اطلاق و عدم اطلاق ولایت او نسبت به نکاح صغیر و صغیره، در صحت و عدم صحت عقد مذکور دو نظریه وجود دارد: گروهی از فقها، معتقدند عقد مذکور به کلی باطل است و اجازه صغیر یا صغیره پس از بلوغ موجب صحت آن نمی‌گردد (الطباطبایی البزّدی، بی‌تا: ۷۰۱/۲) برخی دیگر بر این باورند که چنین نکاحی صحیح است، ولی به صورت فضولی واقع شده و موقوف بر آن است که صغیر یا صغیره پس از بلوغ آن را اجازه دهد، یا رد کند، که در صورت اجازه، عقد صحیح و در صورت رد باطل می‌باشد (شهید ثانی، شرح لمعه: ۲/ ۶۲؛ الموسوی الخمینی، تحریرالوسیله: ۲/ ۳۹۳).

در رابطه با ولایت پدر بر بالغه رشیده بین فقهای مذاهب اربعه و فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد که به‌طور مجزا و مفصل به آن خواهیم پرداخت.

۲- جد پدری اگر چه بالارود

دیدگاه فقهای امامیه: در رابطه با ولایت جد پدری در میان فقیهان شیعی از مخالفی نام برده نشده، جز این‌ابی عقیل که با ولایت جد مخالف است (الخویی، بی‌تا: ۲۴۸/۲).

مبانی فقهی و بحث حقوقی اذن ولی در نکاح دختر بالغه رشیده ۴۵

یکی از مباحثی که در ولایت جد مطرح می‌شود این است که آیا شرط ولایت او زنده بودن پدر است؟ که در این رابطه نظرات متعدد است: در یک نظر آن‌گونه که برخی از علماء مانند شیخ صدوق (الصدوق، ۱۴۰۴: ۲۸) بیان می‌کنند، ولایت جد منوط به ولایت پدر می‌باشد. در من لایحضر الفقیه آمده است که اگر مولی‌علیه هم پدر دارد و هم جد، جد تا زمانی که پدر حیات دارد، بر صغیر و صغیره ولایت دارد زیرا او مالک فرزند و مال اوست و چون پدر از دنیا رفت جد دیگر حق ندارد و اقدام او در حکم فضولی است (همان: ۲۸-۲۹) شیخ صدوق در این قول به روایتی استناد کرده که البته در سند آن، دو واقفی وجود دارد و دلالت آن نیز به مفهوم است. بنا بر نظر دیگری ولایت جد منوط به حیات پدر نیست و او می‌تواند هم در زمان حیات پدر و هم پس از آن، اعمال ولایت کند و بر این اساس در صورت انجام امر ازدواج توسط هر دو، ازدواجی که زودتر انجام گرفته صحیح و دیگری اثری ندارد و در صورت وقوع هر دو عقد در یک زمان به نظر فقها اقدام جد پدری مؤثر و عمل پدر بدون اثر است (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۴۴۷؛ شهید ثانی، ۱۳۸۴: ۸۵؛ الموسوی‌الخیمینی، تحریر الوسیله: ۴۵۵، مسئله ۳؛ محقق ثانی، ۱۴۱۰: ۱۰۳؛ الطباطبایی البزدی، بی‌تا: کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد، مسئله ۹). در میان اخبار و روایات نیز آمده که زراره می‌گوید به امام صادق(ع) عرض کردم: دختری است که پدرش می‌خواهد او را به عقد مردی درآورد و جدش هم می‌خواهد او را به عقد دیگری درآورد. امام(ع) فرمود: «جد سزاوارتر است در این امر مادام که ضرری متوجه دختر نشود؛ مشروط بر آن که پدر دختر پیش از جد، دختر را تزویج نکرده باشد (الطوسی، ۱۴۰۱: ۷/ ۳۹۰، ح ۶). علاوه بر این روایت، حکم مذکور این‌گونه تحلیل شده که ولایت جد قوی‌تر از ولایت پدر است؛ چون ولایت جد شامل پدر نیز می‌شود، در صورتی که در پدر نقصانی مثل جنون باشد اما پدر هیچ‌گاه بر جد ولایت نمی‌یابد (شهید ثانی، ۱۳۸۴: ۸۵). در نظر سوم برخی فقها معتقدند که در صورت حیات پدر برای موافقت در رابطه ازدواج تنها باید به او رجوع شود و فقط در صورت فوت پدر است که جد پدری اختیار اجازه دادن برای نکاح را دارد (ابن قدامه، ۱۹۷۲: ۳۴۶/۷).

سخنی در باب ولایت مادر

مشهور فقیها بر این عقیده‌اند که مادر پس از وفات شوهر ولایتی بر فرزندان صغیر خود ندارد و صاحب جواهر در این قول از تذکره علامه‌حلی و مجمع الفائدة و البرهان محقق اردبیلی نقل اجماع کرده است دلیل آن را روایات متواتر در مسئله اولیای عقد می‌داند (النجفی، ۲۳۴/۲۹ به بعد) صاحب مجمع الفائدة و البرهان می‌گوید: ولا نجد دلیلاً غیره صریحاً؛ ما دلیل روشنی غیر از همان اجماع نمی‌یابیم (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۹: ۹/ ۲۳۱).

قول مقابل اینان متعلق به برخی از شافعی‌ها است که معتقد به ولایت مادر هستند (به نقل از تذکره الفقهاء، ۱۴/ ۲۴۳)، و ابن جنید نیز همین عقیده را دارد (حاشیه مرحوم کرکی بر شرح لمعه).

سخن موافقان ولایت مادر در تشکیک ادله مخالفان:

۱- دلیل اجماع: تشکیکی که موافقان بر این ادله دارند این است که این اجماع در کتب قدما مانند انتصار، خلاف، غنیه و غیر آنها دیده نمی‌شود، بلکه در کتب متأخرین هم ظاهراً غیر از کتاب تذکره ادعای اجماع نشده است، و گرنه مثل صاحب جواهر که معمولاً متعرض موارد نقل اجماع می‌شود، آن را نقل می‌کرد و به تذکره و مجمع البرهان بسنده نمی‌نمود. صاحب جواهر حتی بیان کرده است که بعید نیست که اذن مادر در تزویج دخترش را جایز بدانیم و دلیل این سخن را روایتی از پیامبر بیان می‌کند (نجفی، بی تا: ۲۹/ ۲۳۴ به بعد) که در آن پیامبر به نعیم بن النخاع امر کرد که اذن مادر دختر را در نکاح او لحاظ کند با این عبارت که «اتمردهن فی بناتهن» (احمد بن حنبل، ۱۴۱۱: ۲/ ۹۷) و غیر از آنکه اجماع مذکور به خودی خود دلالت نداشته و صرفاً کاشف از رأی معصوم است، همچنین دارای اشکال صغروی و کبروی نیز می‌باشد. زیرا ابن جنید از فقهای است که قائل به ولایت مادر بوده و از نظر کبروی نیز اجماع از نوع مدرکی است که در علم اصول قابل اعتنا نمی‌باشد و مفید ظن و گمان ولو ظن نوعی به وجود چنین فتاوی‌ای در میان همه اصحاب نمی‌باشد و ادعای حصول ظن نوعی که مناط حجیت خبر ثقه است، کاری بس دشوار است.

۲- دلیل روایی: موافقین ولایت مادر، دلالت این روایات را بر این که به‌طور صریح به حرمت ولایت مادر اشاره کرده‌اند، قابل قبول نمی‌دانند. نکته قابل تأملی که بیان می‌کنند این است که در موضوعات و احکام عرفی - عقلایی، هیچ ضرورتی ندارد که به دنبال دلیل شرعی باشیم؛ زیرا جعل برخی احکام در عصر تشریح به خاطر مخالفت با عرف موجود امکان نداشته است بنابراین باید بگوییم تنها در صورت فهمیدن انحصار از روایات پدر و جد پدری است که امکان جعل ولایت برای مادر میسر نیست، لکن از روایات پدر و جد پدری انحصار فهمیده نمی‌شود و لذا جعل ولایت مادر امکان‌پذیر است (صادقی، ۱۳۸۱).

برخی از موافقان ولایت مادر نه تنها ولایت مادر را تأیید می‌کنند بلکه معتقد بر تقدم ولایت مادر بر جد پدری هستند و دلایلی را بیان می‌کنند از جمله: عموم آیه (...و أولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فی کتاب الله...) (انفال، آیه ۷۵) که حجت و دلیل محکم و متقنی است. در این آیه دلیلی برای استثنای زنان، از مؤمنین و نیکوکاران برای اهتمام به امر ولایت وجود ندارد، ضمن آنکه این آیه ناظر بر ولایت بر اساس مرتبه خویشاوندی است و همه اذعان دارند که مادر از جد پدری نسبت به طفل خود اولی است. چرا که

مبانی فقهی و بحث حقوقی اذن ولی در نکاح دختر بالغه رشیده ۴۷

خویشاوندی و رَجِم بودنش به فرزند نزدیکتر است. اینکه گفته می‌شود آیه اختصاص به مسئله ارث دارد - که ناشی از غلبه تمسک به آن در مسائل ارث می‌باشد - سخنی نادرست و ناتمام است، چون متعلق آیه عام است و اختصاص آن به ارث، خلاف ظاهر و نوعی تفسیر به رأی محسوب می‌شود (اقتباس از قیمومت مادر برگرفته از نظریات فقهی آیت‌الله العظمی صانعی؛ تقریرات درس خارج).

لازم به ذکر است که در قانون حمایت خانواده، مصوب سال ۱۳۵۳، برای مادر در کنار پدر و جدّ پدری جعل ولایت شده بود و حداقل مادر و جدّ پدری در یک ردیف قرار داشتند لیکن به موجب لایحه قانونی الغای مقررات مخالف با قانون مدنی این ماده قانونی در سال ۱۳۵۸ نسخ شد.

افرادى که در امر نکاح مولی علیه هستند

مطابق آنچه که در کتب فقهای متأخر و متقدم می‌توان دید، چهار گروه به عنوان مولی علیه معرفی شده‌اند: صغیر و صغیره، مجنون و مجنونه، سفیه و بالغه رشیده که با توجه به مقتضای مقاله تنها دیدگاه اجمالی فقها و نقد و بررسی ادله ایشان را در مورد صغیر و صغیره و بالغه رشیده، از نظر می‌گذرانیم:

۱- صغیر و صغیره

صغیر به واسطه حجر در امور مالی و معاملات، تحت ولایت است و نکاح جزء عقود است که هم جنبه مالی و هم غیر مالی را توأمان دارد. همچنین صغیر به واسطه سفاهت نیز تحت ولایت قهری و مجبر قرار می‌گیرد. الف) دیدگاه فقهای مذاهب اربعه: فقهای مالکیه ولایت بر صغیر را برای أب و وصی او و حاکم ثابت می‌دانند (ابن رحال، ۱۹۸۶: ۴۳/۵-۴۷ و ابن قدامه، ۱۹۷۲: ۲۵۳/۶) اما حنابله آن را مختص پدر می‌دانند (ابن رحال، ۱۹۸۶: ۴۳/۵-۴۴) فقهای حنفیه ولایت بر نابالغ را، برای جمیع عصبات حتی عمو، برادر جایز می‌دانند و معتقدند که تنها زمانی که به بلوغ رسید تحت ولایت دیگری نخواهد بود (طوسی، ۱۳۹۰: ۲۱۳/۴). شافعی‌ها در این مسئله دیدگاهی مطابق امامیه دارند (ابن قدامه، ۱۹۷۲: ۴/ باب الحجر).

ب) دیدگاه فقهای امامیه: امامیه ولایت بر صغیر و صغیره را تنها از آن پدر و جدّ پدری می‌داند (علامه حلّی، بی تا: ۵۸۷/۲). ایشان در این قول به ادله‌ای استناد می‌کنند، از جمله:

۱- روایات: روایاتی وجود دارد که به پدر و جد اجازه داده است که دختر نابالغ خود را شوهر دهند. به عنوان مثال در وسائل الشیعه آمده است: محمد بن حسن یاسناده عن احمد بن محمد بن عیسی، عن الحسن بن علی ابن یقطین، عن أخیه الحسین، عن علی بن یقطین قال: سألتُ أبا الحسن أتزوج الجارية و هی بنت

ثلاث سنين أو يزوج الغلام و هو ابن ثلاث سنين و ما أدنى حد ذلك الذي يزوجان فيه فإذا بلغت الجارية فلم ترض فما حالها؟ قال: لا بأس بذلك إذا رضی أبوها أو وليها (حرعاملی، ۱۳۶۷: ۲۷۶/۱۴، باب ۶ از ابواب عقد نکاح و اولیاء العقد، ح ۷).

در این مورد روایاتی که به طور صریح و یا ضمنی به جواز و ولایت در نکاح ولی اشاره داشته باشند فراوان است (حرعاملی، ۱۳۶۷: ۲۷۶/۲۰، باب ۳ ح ۳ و ۲۷۵/۲۰، باب ۶ ح ۱ و ۲۷۷/۲۰، ح ۸ و ۲۷۸/۲۰، ح ۹).

۲- اجماع: در مورد ولایت بر صغیر و صغیره، ادعای اجماع شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۹: ۳۵۸/۱). البته فقهای امامیه نفوذ ولایت را منوط به این می‌دانند که ضرری متوجه صغیره و صغیر نباشد و گرنه اگرچه عقد صحیح است اما بعد از بلوغ برای آنها حق فسخ ایجاد می‌شود (مغنیه، ۱۹۹۸: ۳۲۰ به بعد). حتی برخی نداشتن مفسده را، در ضمن اعمال ولایت، هم شرط نفوذ و هم شرط صحت تزویج پدر و جد پدری می‌دانند و بیان می‌کنند که اگر ولی، مولی علیه را به کسی که دارای عیب است تزویج کند صحیح و نافذ نیست، چه عیب موجب خیار فسخ باشد یا موجب خیار نباشد مثل شارب الخمر یا بد زبان. مگر اینکه مصلحتی وجود داشته باشد که تزویج او را لازم کرده است. اما در این مورد نیز، اگر عیب از جمله عیوب مجوز فسخ نکاح باشد، بعد از رفع محجوریت، حق فسخ وجود دارد (الموسوی الخمینی، ۱۳۷۱: ۲۵۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۹: ۶۲/۲؛ محقق داماد، ۱۳۸۱: ۵۰ به نقل از عروة الوثقی محمد کاظم یزدی) و قول جواز فسخ بعد از بلوغ، قول مشهور در مسئله می‌باشد (الحرعاملی، ۱۳۶۷: باب ۶ از ابواب نکاح حدیث ۷ و ۸). برای صغیر در زمان قبل از بلوغ، حق فسخ قائل نشده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۸: ۱۴ و محقق حلی، ۱۴۰۳: ۴۴۸). صاحب جواهر ادله اثبات خیار فسخ را دو چیز می‌داند: ۱- به موجب قاعده لاضرر ۲- اطلاق ادله بر فسخ به سبب عیوب.

در قانون اساسی در ماده ۱۱۸۰ نیز این بیان کلی وجود دارد که طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر و جد پدری خود می‌باشد و همچنین است طفل غیر رشید و یا مجنون در صورتی که عدم رشد یا جنون او متصل به صغر باشد.

مبانی فقهی و بحث حقوقی اذن ولی در نکاح دختر بالغه رشیده ۴۹

۲- بالغه رشیده

افراد بالغه رشیده را در دو عنوان باید مورد بررسی قرار داد. چرا که بالغه رشیده با قید باکره و ثبیه دو حکم متفاوت در مسئله ولایت ولی خواهند داشت؛

الف) ثبیه: در فقه دختری را که به حد بلوغ و رشد رسیده است و در اثر نزدیکی با او بکارتش از بین رفته، اصطلاحاً ثبیه می‌نامند.

در بررسی دیدگاه فقهای اهل سنت می‌توان گفت که فقهای حنفی قائل به استقلال ثبیه در امر نکاح هستند و در این باب به احادیث صریحی که در این زمینه آمده استناد می‌کنند: الثَّيْبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيَّاهِ (ابن قدامه، ۱۹۷۲: ۴/ باب حجر)؛ هی املک بنفسها تولی امرها من شاءت فلا بأس به بعد أن تكون قد نکحت زوجاً قبل ذالک (الطوسی، ۱۴۰۱: ۷/ ۳۷۹).

البته شافعیه ولی را نسبت به زن در امر نکاح کاملاً مستقل می‌دانند و فرقی بین صغیره و کبیره باکره و ثبیه نمی‌گذارند (علامه حلی، بی‌تا: ۲/ ۵۸۵-۵۸۷). حنابله و مالکیه، ثبیه را کاملاً مستقل نمی‌دانند بلکه معتقد به ولایت مشترک او با ولی هستند (مغنیه، ۱۹۹۸: ۳۲۰ به بعد).

فقهای شیعه به اجماع زنی را که در اثر نزدیکی با او بکارتش از بین رفته برای ازدواج بعدی مستقل می‌دانند و معتقدند که نظر و اجازه پدر در ازدواج او نقشی ندارد (شعرانی، بی‌تا: ۱۷۳).

ب) باکره:

فقهای اهل سنت در این مسئله قائل به دو نظر می‌باشند:

۱- دختر هم‌چنان تحت ولایت پدر و جد پدری است و ولی می‌تواند مستقلاً دختر باکره رشیده خود را به عقد ازدواج دیگری در آورد.

۲- پدر و جد پدری، ولایتی بر باکره رشیده ندارند و او خود می‌تواند مستقلاً اقدام به نکاح نماید.

دیدگاه اول، منتخب فقهای مالکی و شافعی و حنبلی است چرا که همان‌گونه که اشاره شد آنها مطلقاً زن را در امر نکاح محجور می‌دانند، هر چند عاقل و رشید باشد و چند بار هم شوهر کرده باشد (مغنیه، ۱۹۹۸: ۳۲۰-۳۲۴؛ جناتی، بی‌تا: ۲۶۶). شیخ طوسی در کتاب خلاف در اشاره به عقیده شافعیه بیان می‌کند: زمانی که دختر آزاد بالغه، رشیده شد هر عقدی را می‌تواند انجام دهد، غیر از نکاح که در این مورد ولی او باید اقدام کند (طوسی، ۱۴۱۸: ۲۵/۴). همچنین حنابله عقد بالغه رشیده را برای خودش صحیح نمی‌دانند و علاوه بر احادیثی که در دیدگاه استقلال تام ولی به آنها استناد می‌شود، به مفهوم حدیث «لا تنکح الیتیمه الا»

بازنهما» (قرطبی اندلسی، ۱۴۲۵: ۴۵/۲) و یا حدیث دیگر «تستأمر الیتیمه فی نفسها» استناد کرده و برای واژه «الیتیمه» مفهوم وصف می‌گیرند و بنابراین معتقدند که اذن ولی، زمانی که دختر، پدر داشته باشد در صحت عقد معتبر است (همان: ۴۵/۲).

ادله‌ای که در این نظر فقها به آن استناد می‌کنند، دو آیه از آیات قرآن است (سوره نور آیه ۳۲ و سوره بقره آیه ۲۲۱) و معتقدند که در این آیات انکاح (انشای عقد نکاح) به مرد نسبت داده شده است (الزحیلی، ۱۴۰۹: ۱۸۷/۷؛ الجزیری، ۱۴۱۱: ۴ / ۲۹ به بعد).

دیدگاه دوم به فقهای حنفی نسبت داده شده است. ایشان معتقدند که زن مطلقاً بدون اذن ولی می‌تواند شوهر کند حتی دختران دوشیزه شوهر نکرده که پدر دارند. نراقی در کتاب خود عقیده ابوحنفیه و شاگرد او ابو یوسف را نقل کرده است (نراقی، ۱۴۰۵: ۴۷۹).

ادله‌ای که فقهای حنفی در این عقیده به آن استناد می‌کنند، آیه ۲۳۲ سوره بقره است (البته در دلالت این آیه مناقشاتی بیان شده که در جای خود به آن می‌پردازیم). همچنین پاره‌ای از روایات، من جمله روایت «الایم احق بنفسها من ولیها» (النیسابوری، بی‌تا: ۲۲۳ و المغنیه، ۱۹۹۸: ۳۲۲) ایشان احادیثی را که در لزوم اذن ولی وارد شده مثل «لانکاح الا بولی» و ... را حمل به اولویت و رجحان می‌کنند و همچنین بیان می‌کنند که فرقی بین امور مالی و غیر مالی نیست و چون دختر در امور مالی مستقل است در امور غیر مالی نیز مستقل است؛ البته این استقلال مشروط است به اینکه با هم کفو خود ازدواج کند و به کمتر از مهرالمثل نباشد که در غیر این صورت ولی حق اعتراض دارد (جناتی، بی‌تا: ۲۶۸ و مغنیه، ۱۹۹۸: ۳۲۴). نراقی نیز در کتاب خود به عقیده ابوحنفیه و ادله ایشان اشاره کرده است (نراقی، ۱۴۰۵: ۴۷۹).

فقهای امامیه در رابطه با حیطة ولایت ولی در نکاح باکره رشیده سه دیدگاه را بیان کرده‌اند:

۱- استمرار ولایت پدر و جدّ پدری

معدودی از فقها دیدگاه اول را انتخاب کرده و قائل به استمرار ولایت پدر و جدّ پدری در نکاح دختر باکره رشیده هستند از جمله می‌توان از نظر شیخ طوسی در النهایه (طوسی، ۱۳۹۰: ۴۶۵) و صدوق در المقنع و الهدایه (صدوق، ۱۳۷۷: ۶۸) و من لا یحضر الفقیه (صدوق، ۱۴۰۴: ۳ / ۲۵۰ ذیل حدیث ۱۱۹۳) نام برد. ایشان در این نظر به روایات و اصل استصحاب و وجود مصلحت استناد کرده‌اند (که در ادامه مقاله در رابطه با بی‌اساس بودن ادله آنها، مطالبی خواهد آمد). در من لا یحضر الفقیه احادیثی وجود دارد دال بر وجوب اذن ولی در جواز تزویج دختر باکره با داشتن پدر (صدوق، ۱۴۰۴: ۲۶).

مبانی فقهی و بحث حقوقی اذن ولی در نکاح دختر بالغه رشیده ۵۱

۲- تشریح در ولایت

در نظریه تشریح در ولایت، تشریح، به این معنی است که هیچ یک از دختر و پدر به تنهایی اختیار و آزادی و استقلال در نکاح ندارند و تنها با موافقت یکدیگر می‌توانند در ازدواج تصمیم بگیرند. این قول نیز مانند دیدگاه قبلی، قول غیر مشهور در نزد فقهای امامیه است که شیخ مفید، در مقنعه (مفید، ۱۴۱۷: ۵۱۰) و ابوالصلاح حلبی در کتاب کافی فی الفقه معروف به کافی (حلبی، ۱۴۰۳: ۲۹۲) و صدوق در کتاب «من لا یحضر الفقیه» (صدوق، ۱۴۰۴: ۲۵۰/۳ ذیل حدیث ۱۱۹۳) و از فقهای معاصر - صاحب العروة الوثقی (طباطبایی، ۱۴۲۰: ۵۲۸) و صاحب تحریر الوسیله (الموسوی الخمینی، بی‌تا: ۲۵۴/۲) به آن قائل شده‌اند و شیخ طوسی در کتاب تهذیب این قول را احتمال داده (همچنین در ذیل حدیث ۱۵۳۸ احتمال دیگری را بیان کرده و تنها در عقد دائم قائل به لزوم اذن ولی شده است) و بسیاری از فقها و مراجع معاصر نیز غالباً به صورت احتیاط و برخی به عنوان فتوا لزوم اذن ولی را بیان کرده‌اند.

برای این قول به روایاتی استناد می‌شود که در آنها آمده جایز نیست دختر بالغه باکره رشیده را بدون رضای او عقد کنند: «إذا كانت الجارية بین أبویها فلیس لها مع أبویها امر و إذا كانت قد تزوجت لم یزوجها الا برضى منها» (الطوسی، ۱۴۰۱: ۷ / ۳۸۰) و یا روایاتی که بیان می‌کند با کراهت دختر، عقد صحیح نیست (شهید ثانی ۱۴۱۹: ۱ / ۳۵۸؛ آشتیانی، تقریرات حاج شیخ عبد الکریم حائری و نراقی، ۱۴۰۵: ۴۵۹/۲).

در رابطه با علت این احتیاط و لازم دانستن اجازه پدر در فتوای فقها باید گفت که علت آن، روایاتی است که از ائمه (ع) وارد شده و مشعر بر این است که دختر باکره نباید بدون اذن پدرش ازدواج کند و یا امر ازدواج دختر به دست پدر است و یا با وجود پدر، دختر را اختیاری نیست (الطوسی، ۱۴۰۱: ۷ / لا ینقض النکاح الاب، ح ۱۵۳۳) و لاتزوج ذوات الالباء من الایکار الایاذن ابائهن ح ۱۵۳۱؛ الصدوق، ۱۴۰۴: ۴۳۹۰) که در واقع این گروه سعی کرده‌اند که بین روایت‌ها و روایات معارضی که مستند قائلین به عدم اشتراط اذن ولی است جمع کنند.

۳- استقلال تام بالغه رشیده در امر نکاح

از این قول، به عنوان قول مشهور بین متأخرین فقهای امامیه یاد شده است و علامه حلی از این نظر به عنوان قول مشهور در مسئله یاد می‌کند (العلامه الحلی، ۱۴۱۸؛ شعرانی، بی‌تا: ۱۷۵). علاوه بر متأخرین، گروهی از قدماء از جمله شیخ مفید در کتاب احکام النساء (مفید، بی‌تا: ۳۶ / ۹)، و ابن ادریس (الحلی، ۱۴۰۸: ۵۳۴/۲)، سلار (علامه حلی، ۱۴۱۲: ۵۳۴) و ابن جنید که علامه در کتاب المختلف (همان: ۵۳۴) از قول او نقل کرده، نیز این قول را در کتاب‌های خود اختیار کرده‌اند و در کتاب «الفقه علی مذهب الخمسه» قول استقلال

دختر بالغه رشیده - باکره و ثیبه - به عنوان قول اکثر امامیه آورده شده است (مغنیه، ۱۹۹۸: ۳۲۴). همچنین تصریح شده است که ازدواج او به طور مستقل نافذ و صحیح است (سید علی طباطبایی، ۱۴۲۰: ۹۵/۱۰). ابتدا به بررسی ادله قائلین به استقلال تام بالغه باکره رشیده می‌پردازیم و در مرحله بعد، در یک بررسی مبنایی در ماهیت اذن ولی، به نقد دیدگاه‌های بیان شده خواهیم پرداخت:

بررسی ادله قائلین به استقلال تام باکره و عدم اشتراط اذن ولی

با بلوغ و رشد دختر، دیگر پدر و جد پدری بر او ولایت قهری ندارند، منتها بحث اذن مطرح است. قبل از بیان دلایل موافقین عدم اشتراط در رابطه با ماهیت اذن و تفاوت اذن و اجازه باید گفت: رضای امری باطنی است که به صورت اذن و اجازه ابراز می‌شود و اجازه اظهار رضایت بعد از وقوع عقد یا ایقاع است اما اذن ابراز رضایت، قبل از وقوع آن است و در بیشتر باب‌های فقهی اعم از عبادات، عقود، ایقاعات و احکام به عنوان شرط صحت یا جواز بیان می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲: ۱/۳۳۱ و ۲۳۸).

۱- آیات: در استناد به آیات قرآن می‌بینیم که تنها به یک آیه استناد شده است:

«وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ» (بقره/۲۳۲).

جالب اینجاست که مخالفین استقلال تام بالغه رشیده، نیز به همین آیه استناد کرده‌اند. در خصوص این آیه، علامه طباطبایی در پاسخ به قائلین اشتراط در صحت عقد می‌فرماید: «آیه دلالت ندارد بر اینکه عقد بدون ولی صحیح نیست زیرا اولاً اگر واژه «لَا تَعْضُلُوهُنَّ» دلالت بر عدم تأثیر ولایت نداشته باشد، دلالتی بر تأثیر آن نیز ندارد. ثانیاً دلیل ندارد که خطاب مخصوص اولیاء زن باشد بلکه ظاهر این است که مخاطبین اعم از اولیاء می‌باشند و منظور از این نهی، ارشاد به مصالح و منافی است که در رجوع بعد از طلاق وجود دارد (طباطبایی، ۱۴۱۱: ۳۳۵/۲-۳۳۷) همچنان که صاحب مجمع‌البیان مخاطب آیه را مردانی می‌داند که زنان خویش را طلاق داده‌اند و آنگاه برای جلوگیری از ازدواج مجدد آنها هنگامی که عده، رو به پایان است رجوع می‌کنند و به این وسیله با سرنوشت زن بازی می‌کنند (طبرسی، بی‌تا: ۵۷۱).

گذشته از این، آیه مربوط به زنان ثیبه است و در رابطه با لزوم اذن ولی در نکاح باکره، ساکت است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۵: ۱۲۸/۲). پس چه برای اشتراط و چه برای عدم اشتراط اذن ولی، نمی‌توان به این آیه استناد کرد.

مبانی فقهی و بحث حقوقی اذن ولی در نکاح دختر بالغه رشیده ۵۳

۲- روایات: در مورد روایات می‌بینیم که قائلین به استقلال تام دختر بالغه رشیده، به روایات زیادی اشاره کرده‌اند و در رابطه با دلالت روایاتی که مخالفان‌شان به آنها استناد کرده‌اند، تشکیک کرده و لزوم اذن در این روایات را، حمل بر وجوب تکلیفی می‌کنند.

و اینک نمونه‌ای از روایات مورد استناد ایشان:

- روایتی از ابن عباس که از پیامبر نقل کرده‌است: «لاتنکح الأیم حتی تستأمر و لاتنکح حتی تستأذن» این حدیث در کتاب‌های مختلف شیعه و سنی ذکر شده (النجاری، ۱۴۱۹: ۵/در باب نکاح، ح ۴۸۴۳؛ الترمذی، ۱۴۱۵: ۲۳/۵، باب استثمار بکر و ثیب ۲۳) و در کتب «الاقناع» و «اللقه علی مذاهب الخمسه» نیز در بیان ادله قائلین به مشروعیت استقلال باکره همین حدیث را ذکر کرده‌اند (النیشابوری، بی‌تا: ۲۲۳؛ مغنیه، ۱۹۹۸: ۳۲۲). الأیم کسی است که «لازوج له» و این به‌طور مطلق است، چه زن باشد و چه مرد، چه باکره باشد و چه ثیبیه.

- روایت سعد بن مسلم از امام صادق و روایت زراره از امام باقر (حرعاملی، ۱۳۶۷: باب ۹ از ابواب عقد نکاح، حدیث ۶).

- روایت معروف به حسنه فضلاء که سه نفر از رؤات از امام باقر نقل کرده‌اند و در وسائل‌الشیعه آمده است (ابواب عقد نکاح حدیث ۱): «المرأة التي قد ملکت نفسها غیر سفیهه و لامولی علیها أن تزوجها غیر ولی جائز» که دلالت دارند که زن بدون اذن ولی می‌تواند ازدواج کند زیرا اختیار وی با خود اوست.

- روایت ابن عباس که به گفته شهید ثانی، اگر سند این روایت صحیح باشد روشن‌ترین دلیل در این زمینه است و در بسیاری از کتب حدیث اهل سنت همچون سنن ابن‌ماجه و بیهقی نقل شده است (ابن‌ماجه، ۱۳۹۵: ۱ /باب استثمار البکر و الثیب، ح ۱۸۷۰؛ بیهقی، ۱۳۵۵: ۷ /۱۱۸).

«حدّثنا اسماعیل بن موسی السدی عن مالک بن انس عن عبدالله بن فضل الهاشمی عن نافع بن جبیر بن معطم عن ابن عباس: الأیم اولی بنفسها من ولیها و البکر تستأمر فی نفسها»

- روایت عبد الرحمن بن ابی عبدالله (الحرعاملی، ۱۳۶۷: ۱۴ /باب ۳) و منصور بن حازم از امام صادق که در آن آمده است: «تستأمر البکر و غیرها و لاتنکح الاّ بأمرها».

- روایت ابی مریم از ابی عبدالله (همان: ۲۰۲ ح ۷).

محقق حلی در کتاب شرایع‌الاسلام درباره خلاف ابن‌عقیل که موافقین اشتراط اذن ولی به آن تمسک می‌کنند، می‌گوید که مستند آن روایت ضعیفی است که فقها آن را حمل بر صحت می‌کنند و از مجموع

۵۴ پژوهش زنان، دوره ۶، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۷

مستندات موجود نتیجه می‌گیرد که اذن گرفتن زن از پدر، برای زن خواه بکر باشد خواه نباشد مستحب است (العلبی، ۱۴۰۳: ۴۴۳) و شهیدین (شهید ثانی، ۱۴۰۳: ۴۵۰) و فقهای بزرگ دیگری چون میرزای قمی در جامع الشتات (قمی، ۱۳۷۱: ۴۴۰، ۴۷۰، ۴۷۴) صاحب جواهر (نجفی، بی‌تا: ۱۷۵/۲۹) و نراقی (نراقی، ۱۴۰۵: ۴۷۹) روایات وارده در زمینه لزوم کسب نظر پدر در امر ازدواج را حمل بر استحباب و رجحان گرفتن نظر او می‌دانند.

ما در بحث بعدی در یک نگاه تطبیقی با بررسی ماهیت اذن ولی به نقد مبانی انتخاب شده در هر دیدگاه می‌پردازیم.

۳- اجماع: سید مرتضی در دو کتاب الانتصار (علم الهدی، بی‌تا: ۶۷ و ۲۴۶) و ناصریات، بر قول نفوذ و صحت ازدواج دختر بالغه رشیده بدون اذن ادعای اجماع کرده است و اجماع ایشان را صاحب جواهر نیز در کتاب خود نقل نموده است (جواهرالکلام، ۱۷۵ / ۲۹).

۴- عقل: انسانی که در تمام تصرفاتش آزاد است و هیچ سلطه‌ای از جانب دیگران چه نزدیک باشند و چه دور بر او نیست، چگونه در امر ازدواج تحت ولایت ولی قهری سابق خود قرار می‌گیرد، ولایتی که با بلوغ به‌طور کامل ساقط شده‌است. با توجه به اینکه نمی‌توان قاطعانه بین ازدواج و سایر امور تفاوت گذاشت و ویژگی خاصی را لحاظ کرد؛ می‌توان به وحدت مناط موضوع نکاح و سایر معاملات- نکاح هم مانند سایر معاملات جزء عقود است- تمسک کرد که تناسب موضوع و حکم ایجاب می‌کنند که عقلاً وجود هیچ‌گونه ولایتی در این مورد پذیرفتنی نباشد. در این مورد احادیثی نیز وجود دارد که این حکم عقلی را تأیید می‌کند از آن جمله:

«علی بن اسماعیل المیثمی عن فضاله بن ایوب عن موسی ابن بکر عن زراره عن ابی جعفر(ع) قال: اذا كانت المرأة مالكة امرها تبيع و تشتري و تعتق و تشهد و تعطى من مالها ما شاءت فان أمرها جائز تزوج أن شاءت بغیر اذن ولیها، و در ادامه حدیث می‌فرماید: و إن لم یکن كذلك فلا یجوز تزویجها إلا بأمر ولیها» (الطوسی، ۱۴۰۱: ۷ / باب ۳۳، ح ۱۵۳۰). می‌بینیم در این روایت بحث عدم لزوم اذن در نکاح به عدم لزوم اذن در سایر معاملات تشبیه شده‌است. همچنین در خود روایت به یک قیاس تمثیلی استناد شده است و چون از جانب معصوم بیان شده، حجیت آن در این موضوع قطعی است و مشاهده می‌شود در این حدیث به واقع نقش بلوغ و رشد و اقتضای عقلی آن مورد توجه قرار گرفته‌است.

مبانی فقهی و بحث حقوقی اذن ولی در نکاح دختر بالغه رشیده ۵۵

همچنین اصل استقلال اشخاص اقتضاء می‌کند که هر کس بتواند حقوق خود را استیفا کند و دلیل مخصّصی وجود ندارد که دلالت بر لزوم کسب اجازه کند.

تشکیک قائلین به استقلال تام باکره رشیده، در ادله مخالفین

مخالفین بیان می‌کنند که روایات مورد استناد موافقین اشتراط اذن ولی از لحاظ سند اعتبار ندارد و از لحاظ دلالت هم نمی‌توان گفت صریحاً دلالت بر ادامه ولایت قهری ولی و ممنوع یا باطل بودن نکاح بدون اذن ولی دارد. و نهی وارده می‌تواند بر کراهت ازدواج دختر بالغه باکره یا نهایتاً بر حرمت دلالت کند و دلالتی بر بطلان نکاح نخواهد داشت (نجفی، بی‌تا: ۱۸۳/۲۹ و ۲۲۹-۲۳۰).

در رابطه با استصحاب هم بیان می‌کنند؛ استصحاب ولایت پدر با وجود بلوغ دختر موجب ندارد چرا که بلوغ دختر موجب تغییر موضوع حکم ولایت ولی در زمان صغر، شده است.

همچنین حتی با پذیرش ولایت او قیود متعددی در اعمال ولایت وجود دارد که در صورت نادیده گرفته شدن از جانب ولی منجر به سقوط ولایت ولی خواهد شد، از جمله: اگر پدر مطابق مصلحت دخترش تصمیم نگیرد و یا غایب باشد و یا با هم کفو دخترش مخالفت کند و در این خصوص ادعای اجماع نقل شده است (نجفی، بی‌تا: ۱۷۵/۲۹). همچنین یک قید محدودکننده‌تر نیز وجود دارد و آن اینکه، مخالفت ولی و عدم اذن او تنها در صورتی پذیرفته می‌شود که عدم کفویت وجود داشته باشد و با توجه به بحثی که در رابطه با ملاک کفویت بیان خواهیم کرد می‌بینیم که معیار و محدوده تحقق و ثبوت عدم کفویت در شرع مقدس بسیار تنگ در نظر گرفته شده است و در بیشتر مواقع کفویت وجود دارد و در این شرایط اگر پدر اظهار عدم کفایت کند این یک ادعا محسوب می‌شود و وظیفه اثباتی به عهده او خواهد بود که تفصیلات مربوط به این باب را در آینده بیان خواهیم کرد.

با توجه به اقوال طرح شده در مسئله و ادله هر کدام، به نظر می‌رسد قول سوم که دختر بالغه رشیده را در امر ازدواج مستقل، و ولایت ولی را ساقط می‌داند و اجازه او را شرط صحت نکاح نمی‌داند، با اصول سازگارتر و به صواب نزدیک‌تر است. زیرا کسی که به سن بلوغ و رشد رسیده از تحت ولایت خارج است و اختیار اعمال و اقوال خود را دارد و می‌تواند هر گونه معامله‌ای را انجام دهد و هر قراردادی را منعقد سازد و دلیلی ندارد کسی که در همه امور و معاملات می‌تواند دخالت و تصرف نماید، صرفاً بدین جهت که هنوز باکره است، او را مختار در عقد ازدواج ندانیم و اجازه ولی را در صحت عقد نکاح شرط قرار دهیم. به ویژه اینکه پدر نمی‌تواند نسبت به پسری که کفو دختر است منعی ایجاد بکند که در بحث سقوط ولایت ولی، به آن می‌پردازیم. چنان که دیدیم

تقریباً اکثریت فقها نیز بر همین عقیده‌اند و فقهای هم که اذن پدر را شرط می‌دانند، عمدتاً مطلب را به صورت احتیاط واجب بیان کرده‌اند و به دلیل وجود روایات معارض و اشکالاتی که به ادله قائلین به اشتراط اذن ولی وارد دانسته‌اند، فتوا نداده‌اند. در حالی که به اتفاق تمامی فقهای امامیه (شیخ طوسی، ۱۴۰۱: ۷/ ۳۸۱) بر این قول ادعای اجماع شده است که اراده دختر بر تزویج، یکی از شرایط صحت عقد می‌باشد و بدون رضایت او، قطعاً عقد باطل است. ادله آنها روایات متعدد در کتب حدیثی که در باب رضایت دختر و عدم اکراه او در عقد نکاح آمده (الحرالعالمی، ۱۳۶۷: ۱۴/ ابواب اولیاء عقد، باب ۹، ح ۱ و ح ۲؛ طوسی، ۱۴۰۱: ۷/ ح ۱۵۳۶). وجود اجماع بر این قول و بیان آن به‌عنوان قول مشهور در نزد فقهای امامیه (جواهرالکلام، ۱۲۹/ ۱۷۵) و با وجود تشکیکات وارده در ادله دیگر اقوال، بهترین گزینه برای انتخاب صحیح قول به استقلال کامل دختر بالغه و رشیده در امر نکاح است.

بخش دوم: اذن ولی، وجوب تکلیفی یا صحت وضعی

در خصوص نحوه اعتبار اذن ولی در حدوث عقد ازدواج دختر باکره و اثر چنین اذنی نظرات مختلفی بیان شده است که این مبحث از مباحث مهم و تعیین‌کننده در باب اشتراط و لزوم اذن ولی است.

بین دو مفهوم وجوب تکلیفی و صحت وضعی، تفاوت زیادی وجود دارد. اگر گفته شود احادیثی که بر لزوم اذن گرفتن از ولی تصریح دارند، دلالت می‌کنند بر اینکه دختر، وجوب تکلیفی دارد که از نظر پدر متابعت کند، همچنان که بسیاری از متأخرین که قائل به استقلال دختر در امر نکاح شده‌اند و اذن ولی را احوط یا مستحب دانسته‌اند؛ دلالت احادیث را در تعیین حکم تکلیفی دانسته‌اند. بنا بر این نظر اگر نکاحی بدون اذن ولی اتفاق بیافتد، نافذ است و نمی‌توان حکم به بطلان آن داد، بر خلاف زمانی که نظر و رضایت پدر را شرط صحت نکاح بدانیم.

الف) دیدگاه فقهای امامیه: با توجه به سه دیدگاهی که فقهای امامیه درباره حیطه نفوذ و اعمال ولایت ولی در نکاح بالغه رشیده بیان کرده‌اند، به بررسی تبیین ماهیت اذن در هر دیدگاه، می‌پردازیم:

۱- دیدگاه استمرار ولایت بر باکره: در میان فقهای امامیه آنان که قائل به ثبوت ولایت بر باکره هستند، برخی قائل به بطلان عقد بدون اذن ولی هستند و اذن ولی را شرط صحت می‌دانند (مفید، بی‌تا: ۷۸) و برای این منظور به احادیث استناد می‌کنند؛ از جمله: «لاتتزوج ذوات الالباء من الابکار الا باذن ابیها» (الکلینی، ۱۳۶۵: ۳۹۱/۵، حدیث ۳۹۳ و ۳۹۴؛ الطوسی، ۱۴۰۱: ۷/ حدیث ۱۵۳۱ و ۱۵۳۲؛ الطوسی،

مبانی فقهی و بحث حقوقی اذن ولی در نکاح دختر بالغه رشیده ۵۷

۱۳۶۳: ۳/ حدیث ۸۴۵ و ۸۴۶). البته در بین آنان کمتر کسی به صراحت، نظر به بطلان عقد داده‌است و بسیاری قائل به صحت چنین عقدی هستند (علامه‌حلی؛ بی‌تا: ۲/ ۵۸۵؛ النجفی، بی‌تا: ۱۸۳/۲۹ و ۱۷۵؛ آیت‌الله گلپایگانی، بی‌تا: ۱۵۱/۲ و ۱۵۹).

۲- دیدگاه تشریک در ولایت ولی: فقهای که قائل به تشریک ولایت هستند، معتقدند چنانچه هر یک به تنهایی اقدام نمودند، نکاح صحیح است اما نافذ نیست و نفوذ آن منوط به اجازه دیگری خواهد بود و پس از اخذ اجازه از زمان عقد نافذ می‌شود (مفید، بی‌تا: ۳۶/ در مجموعه مصنفات مفید؛ شهید ثانی، ۱۴۱۹: ۱/ ۳۵۸؛ آشتیانی، بی‌تا: ۲۰؛ نراقی، ۱۴۰۵: ۴۵۹).

البته اگر واقعا از تشریک در ولایت چنین برداشتی وجود داشته باشد این خلاف اجماعی است که در آن رضایت دختر و اذن او را شرط صحت نکاح می‌دانند و حتی خود قائلین به تشریک ولایت آن را بیان کرده‌اند (برای نمونه مفید، ۱۴۱۰: ۵۱۰ قائل به اجماع شده‌است). البته در این که چرا اذن پدر را شرط نفوذ دانسته اما در مورد اذن دختر، آن را شرط صحت دانسته‌اند، می‌توان گفت احادیث زیادی در باب تأثیر اذن دختر، با عبارات «تستأمر البکر و غیرها و لاتنکح الا بأمرها» و یا «... و اذا كانت قد تزوجت لو یزوجها الا برضی منها» (الطوسی، ۱۴۰۱: ۷/ حدیث ۱۵۳۵ و ۱۵۳۶) وجود دارد و بیان می‌کند اگر اذن و رضایت دختر اخذ نشود، تزویج واقع نمی‌شود. اما در رابطه با ماهیت و نحوه اذن ولی چنین عباراتی وجود ندارد. آیا قول به تشریک در ولایت با توجه به نقش‌های متفاوتی که دختر و ولی او در نکاح دارند، به واقع حاصل جمع روایات متعارض در باب استقلال پدر و استقلال ولی است؟ و آیا در اینجا شرایط جمع روایات حاکم است؟

۳- دیدگاه استقلال تام دختر و عدم اشتراط اذن ولی: این فقها که اکثریت فقهای امامیه را تشکیل می‌دهند نکاح بدون اذن ولی را صحیح می‌دانند (العلامه‌الحلی، بی‌تا: ۲/ ۵۸۵؛ الطوسی، ۱۳۵۱: ۴/ ۱۶۳؛ النجفی، بی‌تا: ۱۸۳/۲۹ و ۱۷۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۹: ۱۳۵؛ الطوسی، ۱۴۱۸: ۴/ ۲۵۳).

شهید ثانی نیز در مسالک‌الفهام در این خصوص می‌گوید:

ممکن است از روایات استفاده حرمت ازدواج دختر بدون اجازه پدر شود، اما این امر موجب بطلان عقد نکاح نمی‌شود، زیرا نهی در غیر مبادرت دلالت بر فساد نمی‌کند (شهید ثانی، ۱۴۱۹: ۱۳۵) و حداکثر، قول به وجوب تکلیفی، گرفتن اذن از پدر اثبات می‌شود نه صحت وضعی. قول به وجوب تکلیفی نیز به دلیل وجود روایات معارض و دشواری استنباط قطعی از روایات، خواهد بود.

ب) دیدگاه فقهای اهل سنت: اشاره شد که فقهای اهل سنت نیز درباره حیطه نفوذ و اعمال ولایت ولی در نکاح بالغه رشیده دو قول مطرح کرده‌اند:

۱- دیدگاه استقلال تام ولی: مالکیه، شافعیه و حنابله، معتقدند که اذن ولی شرط صحت است و شاید به همین دلیل است که در امر نکاح دختر به ولی استقلال تام داده‌اند و همان گونه که در بحث از حیطه ولایت ولی در نظر ایشان بیان کردیم در استقلال ولی هیچ تفصیلی قائل نشده‌اند و آنچه به‌عنوان دلیل برای این مدعا بیان می‌کنند علاوه بر احادیثی که دلالت بر لزوم اذن ولی داشت به آیه ۲۳۲ سوره بقره نیز استناد می‌کنند که قبلاً به تفصیل به بررسی دیدگاه ایشان و ادله آنها پرداختیم (قرطبی اندلسی، ۱۴۲۵: ۴۵/۲؛ مغنیه، ۱۹۹۸: ۳۲۰-۳۲۴؛ جناتی، بی‌تا: ۲۶۶ و الزحیلی، ۱۴۰۹: ۱۸۷/۷؛ الجزیری، ۱۴۱۱: ۴/۲۹ به بعد).

۲- دیدگاه استقلال تام دختر: ابوحنیفه معتقد است که اذن ولی شرط صحت نمی‌باشد و دلالت آیه مورد استناد دیدگاه مقابل را بر اشتراط اذن قبول ندارد. همچنان که می‌بینیم در کتاب «دروس فی فقه المقارن» آمده است: ابویوسف می‌گوید- او شاگرد ابوحنیفه است- و محمد: «نکاح به اذن ولی نیاز دارد اما اذن شرط نکاح نیست به گونه‌ای که بدون آن واقع نشود.....» (جناتی، بی‌تا: ۲۷۱). بنابراین با جستجو در کتب فقهی مختلف می‌توان گفت بر اینکه نظر پدر شرط صحت عقد نکاح باشد، دلیل محکمی وجود ندارد به علاوه آن چنان که بعداً خواهیم دید، با توجه به اینکه در صورت ممانعت ولی از ازدواج دختر با کفو خود، ولایت او ساقط و اجازه‌اش لازم نیست، عملاً دلیل و خصوصیتی برای وجوب أخذ اجازه ولی باقی نمی‌ماند.

بخش سوم: دیدگاه‌های حقوقی در مورد چگونگی نکاح بدون اذن ولی

حقوقدانان دیدگاه‌های متفاوتی را درباره چگونگی نکاح دختری که بدون اذن ولی مبادرت به نکاح می‌کند، بیان می‌کنند:

الف) گروهی از حقوقدانان چنین نکاحی را صحیح می‌دانند. چرا که وقتی کسی از نظر شرعی و قانونی اهلیت تمتع و اهلیت استیفاء داشته باشد، می‌تواند طرف حق و تکلیف واقع شود و عقود همچون بیع، اجاره و سایر عقود را منعقد سازد. بنابراین چرا نتواند مستقلاً در امر ازدواج خود تصمیم بگیرد.

مبانی فقهی و بحث حقوقی اذن ولی در نکاح دختر بالغه رشیده ۵۹

در ماده ۲۱۱ قانون مدنی اهلیت افراد را با سه شرط محقق می‌داند: ۱- بالغ ۲- عاقل ۳- رشید. اشخاص فاقد این سه ویژگی محجور محسوب می‌شوند (ماده ۲۱۲ قانون مدنی). لذا ازدواج افراد واجد اهلیت قانونی، بدون اجازه پدر صحیح است و اجازه پدر شرط کمال است که اگر هم نباشد خللی به صحت شرعی عقد ازدواج وارد نمی‌شود (شهنایی، ۱۳۸۵: ۲۳/۱ - ۲۴).

حال اگر پدر دادخواست ابطال چنین ازدواجی را به دادگاه تقدیم نماید وظیفه اثباتی به عهده اوست چرا که ولایت او با بلوغ و رشد دختر از بین رفته و اصل، عدم ولایت اوست پس او باید برای تقاضای ابطال خود دلیل اقامه کند.

هیچ‌کس بر دیگری ولایت ندارد اما شارع استثنائاتی را قرار داده است، از جمله ولایت قهری پدر بر اولاد صغیر و محجورش.

لذا هیچ دادگاهی نمی‌تواند نکاح واقع شده را صرفاً به دلیل عدم کسب اجازه از ولی ابطال کند و این امر خلاف احتیاط است. به همین جهت در این مورد گفته‌اند احتیاط آن است که دختر و پسر با طلاق از یکدیگر جدا شوند (دادنامه شعبه اول تجدید نظرخواهی دادگاه مدنی خاص تهران مورخ ۵۹/۶/۱۲).

ب) برخی از حقوقدانان، معتقدند که اذن ولی شرط صحت نکاح است (محقق داماد، ۱۳۸۱: ۵۶) اما با توجه به آنچه در تبیین نظر گروه اول گفته شد، سخن این گروه نمی‌تواند مبنای درستی داشته باشد؛ زیرا قانون اساسی از نظریه تشریک در ولایت و قول به احتیاط پیروی کرده که در آن نکاح بدون اذن هر کدام از ولی و مولی‌علیه صحیح است اما نافذ نیست و نفوذ آن منوط به اجازه دیگری خواهد بود، این در حالیست که حوزه ولایت ولی محدود به رعایت مصلحت دختر است و او حق ندارد اذن ندهد و تنها در صورت عدم کفویت است که حق دارد از دادن اذن امتناع کند. می‌دانیم که در صورت عدم کفویت چه او اذن بدهد و چه ندهد نکاح منعقد نمی‌شود. بنابراین عملاً اذن او هیچ اثر شرعی نخواهد داشت و کاملاً تشریفاتی و از باب احترام و استحباب امر است.

در رابطه با موضع‌گیری قانون‌مدنی در این زمینه، نکته دیگری که می‌توان اضافه کرد و مشعر بر مدعای ما است، این است که در مسئله عضل، اگر دختر برای اثبات عضل ولی و کسب اذن از دادگاه برای نکاح بدون اذن، به دادگاه مراجعه نکند و مستقلاً خودش اقدام کند؛ دادگاه نکاح او را صحیح می‌داند اما ثبت قانونی نمی‌شود و در این حالت دادگاه بین صحت نکاح و ثبت آن تفاوت قائل شده است و بنابراین چنین نکاحی تنها نفوذ قانونی ندارد. در این باب تفصیلاتی وجود دارد که در آینده به آن می‌پردازیم.

موضع قانون مدنی در لزوم اذن ولی در نکاح

در حقوق موضوعه، نظریه تشریک ولایی پذیرفته شده است. ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی از نظریه رایج فقهای معاصر که غالباً اذن ولی را احوط می‌دانند، پیروی نموده است و با نظر به مصالح عرفی و اجتماعی اجازه پدر یا جد پدری را در نکاح دختر بالغه باکره (رشیده) لازم دانسته است. دختری که به موجب قانون اجازه پدر یا جد پدر را برای نکاح لازم دارد، دختری است که: اولاً: باکره بوده و تا به حال ازدواج منجر به آمیزش نکرده باشد؛ ثانیاً: امکان دسترسی به پدر یا جد پدری وجود داشته باشد (ماده قانونی ۱۰۴۴).

بیان تفصیلی شرط اول

وفق نظر فقهای قائل به تشریک در ولایت، اگر دختری ازدواج کرده ولی هنوز باکره است و در این حال به هر علتی از شوهر خود جدا شد و باز قصد ازدواج دیگری داشت، چون باکره است، برای ازدواج دوم نیز احتیاج به اجازه پدر دارد. همچنان که در اصلاحیه سال ۱۳۷۰ عبارت «دختری که هنوز شوهر نکرده» به «دختر باکره» تبدیل شد. زیرا عبارت قبلی این توهم را ایجاد می‌کرد که اگر دختری شوهر کرده باشد و قبل از دخول جدا شده باشد، به علت صدق عنوان شوهر کردن بر او، برای ازدواج بعدی نیازی به اجازه پدر نخواهد داشت و صرف خواندن خطبه عقد در سقوط اذن کافی است. برای رفع این شبهه در اصلاحیه، عنوان «دختر باکره» ذکر شده است.

در کتب حدیثی ما به همین مطلب اشاره شده است که ولایت پدر نسبت به باکره به صرف عقد ساقط نمی‌شود بلکه باید بکارت به نکاح شرعی از بین برود تا ولایت نکاح، ساقط شود. در واقع در فقه ملاک لزوم اذن، باکره بودن دختر، عنوان شده است (الطوسی، ۱۴۰۱: ۷/ حدیث ۱۵۳۱ و ۱۵۳۶؛ صدوق، ۱۴۰۴: ۵/ حدیث ۴۳۹۱).

آنچه از قرائن برمی‌آید این است که طریق زوال بکارت نیز برای صدق عنوان غیر باکره مورد توجه است و موضوعیت دارد. در فقه دختری که در اثر پریدن یا عمل جراحی و امثال آن بکارتش زایل شده در حکم باکره است و برای ازدواج اذن پدر را لازم دارد (نراقی، ۱۴۰۵: ۴۶۱/۲).

اگر بکارت دختر در اثر زنا یا شبهه زایل شده باشد؛ عنوان باکره که مبنای لزوم کسب اجازه پدر بود، در اثر آمیزش وجود ندارد. در عین حال برخی از فقها معتقدند که چون وقوع نزدیکی ناشی از نکاح صحیح، موجب سلب عنوان باکره از دختر، و سقوط اجازه ولی می‌گردد، پس در این شرایط نیز دختر در حکم باکره است و باید برای نکاح از ولی خود اجازه بگیرد (طباطبایی یزدی، بی تا: ۲/ ۸۶۵، مسئله ۲).

مبانی فقهی و بحث حقوقی اذن ولی در نکاح دختر بالغه رشیده ۶۱

احادیث موجود در این زمینه نیز عموماً طریق زوال بکارت را ذکر می‌کنند، دالّ بر اینکه بیوگی‌ای که در استقلال زن معتبر است، آن است که به نکاح صحیح شرعی ازاله بکارت شده باشد (صدوق، ۱۳۷۷: ۵/ ۲۹). البته در این خصوص بین قضات محاکم اختلاف نظر وجود دارد و برخی در یک رویکرد مخالف نسبت به آنچه بیان شد، معتقدند که دخول، مطلقاً (مشروع باشد یا غیر مشروع) سبب سقوط ولایت پدر می‌شود. هیئت عمومی دیوان عالی کشور ردیف ۶۲ در تاریخ ۱۳۶۳/۳/۲۹ به دلیل وجود همین اختلاف آراء قضایی در مسئله، رأی ذیل را به‌عنوان رأی وحدت رویه صادر کرد: «با توجه به نظر اکثر فقها و به ویژه نظر مبارک حضرت امام (مدظله‌العالی) در حاشیه عروة‌الوثقی و همچنین با عنایت به ملاک صدر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی [یعنی مفهوم مخالف ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، که «نکاح دختر باکره» را مطرح کرده است و ماده قانونی مذکور در آن ظهور دارد] مشروعیت دخول قبل از عقد، شرط صحت عقد و یا شرط سقوط ولایت پدر نیست و دخول مطلقاً (مشروع باشد یا غیرمشروع) سبب سقوط ولایت پدر می‌شود (مجموعه قوانین سال ۱۳۶۳، ص ۴۴).

نقدی در باب ملاک بکارت در قانون (برای ثبوت ولایت) و تطبیق آن با ملاک رشد

الف) معنای لغوی رشد

ابن فارس (قرن پنجم هجری قمری) و صاحب مصباح المنیر می‌نویسد: این واژه در مقابل واژه «غی» است. غی در اصل به معنای «فرو رفتن در جهل است» (الفیومی، بی‌تا: ۴/ ۳۹۹ و ۴۵۷). برخی از معاجم با توجه به معنای وضعی و کاربردی رشد، آن را این‌گونه تعریف کرده‌اند: رشد عبارت است از رسیدن به حقیقت امر و رشید نیز به کسی گفته می‌شود که تدابیر او در بستری استوار به غایت و کمال مطلوب رسد (هیكل، ۱۳۶۳: ۴۸۲/۱). در متون اسلامی نیز رشد به معنای جسمانی به‌کار نرفته است، لذا در توصیف برخی از افرادی که به رشد نرسیده‌اند، گفته شده است: «... کبیره غیر رشیده» (الحرالعالمی، ۱۳۶۷: ۱۴/ ۲۱۳) و امام خمینی در این‌باره دارد که: «دختری که به حد بلوغ رسیده و رشیده است، یعنی مصلحت خویش را تشخیص می‌دهد» (رساله امام (ره)، مسئله ۳۷۶).

ب) رشد و بلوغ و اقتضات آن در قانون مدنی:

ابتدا باید به این سؤال پاسخ داد که بلوغ و رشد چه نسبت و ارتباطی با هم دارند و دلیلیت هر کدام برای دیگری به چه میزان است.

در ماده ۱۲۰۸ آمده است: «غیر رشید کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی خود عقلایی نباشد». آنچه از این تعریف دانسته می‌شود این است که «غیررشید» کودک یا نوجوانی است که ممکن است

حتی از سن بلوغ، عبور کرده باشد اما به مرحله عقل و درایت نرسیده باشد. با این بیان مضمون ماده ۱۲۰۸ با مضمون ماده ۱۲۱۰ راجع به رشد متعاملین مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴ که هنوز هم معتبر است، در تناقض قرار می‌گیرد؛ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی می‌گوید: «هیچ‌کس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود، مگر آن‌که عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد.» مفهوم این ماده قانونی آن است که کودکان دختر به محض رسیدن به ۸ ساله سال کامل قمری «هشت سال و نه ماه خورشیدی» و نوجوانان پسر به محض رسیدن به پانزده سال کامل قمری «چهارده سال و هفت ماه خورشیدی» هم بالغ هستند و هم رشید. در نتیجه می‌توانند در اموال و حقوق مالی خود تصرف کنند. در واقع این ماده بلوغ را به عنوان اماره رشد در نظر گرفته است. اما بلافاصله در تبصره دو ماده مذکور در رویکردی متفاوت، می‌بینیم که همه افراد صغیری را که بالغ شده‌اند غیر رشید می‌شناسد، مگر آن‌که رشد آن‌ها در دادگاه ثابت شود و رسیدن صغار به سن بلوغ را دلیل رشد نمی‌داند و این خلاف مضمون ماده ۱۲۱۰ می‌باشد. ما در مواد دیگری نیز داریم که سن بلوغ تعیین‌کننده رشد نیست و به عنوان دو مقوله مجزا به آن نگاه شده است؛ مثلاً در ماده ۱۱۸۰ آمده است که طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر و جد پدری خود می‌باشد. همچنین طفل غیررشید یا مجنون - در صورتی که عدم رشد یا جنون او متصل به صغر باشد - و اکنون بالغ شده باشد.

با این مقدمه اکنون وارد محل بحث می‌شویم:

در ماده ۱۰۴۳ آمده که دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد باز هم نکاحش منوط به اذن ولی است. قائلین به عدم ولایت در نکاح دختر بالغه بیان می‌دارند که وقتی دختر به سن بلوغ رسید، دیگر در دوران «حجر» به سر نمی‌برد و ولایت بر وی معنا ندارد و با توجه به اصل در مسئله که هیچ‌کس بر دیگری ولایت ندارد، دلیلی وجود ندارد که ولایت پدر در ازدواج دختر را به عنوان استثناء از این اصل در نظر بگیریم. در ماده ۱۰۴۳ به رشد دختر اشاره نشده است اما به نظر می‌رسد آنچه مهم است بلوغ فکری و رشد فکری دختر است که باعث ساقط شدن ولایت قهری می‌شود. چنان‌که در ماده ۱۱۸۰ هم اشاره کردیم که دختر و پسر در هر سنی هم که باشند در صورتی که غیر رشید باشند باز هم تحت ولایت باقی هستند. در واقع در ماده ۱۰۴۳ بکارت دختر است که به‌عنوان دلیل لزوم اذن گرفتن دختر عنوان شده و صرفاً به وجود یک تغییر فیزیکی استناد شده است در حالی که کنکاش در نظریات شهیدین در کتاب لمعه و روضه بیانگر این واقعیت است که باکره بودن به عنوان اماره و نشانه‌ای از عدم رشد و بلوغ فکری و اجتماعی مطرح بوده است و از این رو می‌بینیم فقهای بزرگ در نکاح دختر رشیده با احتیاط فتوی داده‌اند.

مبانی فقهی و بحث حقوقی اذن ولی در نکاح دختر بالغه رشیده ۶۳

در قانون به اهمیت و اقتضات عنوان «رشد در نکاح» اشاره نشده و تنها در بحث امور مالی رشد مورد توجه قرار گرفته است. با استناد به برخی از روایات می‌بینیم که رشد دختر نیز به عنوان مقوله‌ای قابل توجه و تأثیرگذار در احکام مربوط به نکاح باکره دیده شده است. از جمله صحیح فضاء یا حسنه، که او از امام باقر نقل کرده است که امام فرمودند: «المرأة التي قد ملکت نفسها غیر السفیهة و لا المولی علیها ان تزویجها بغیر ولی جائز» (الحرالعالمی، ۱۳۶۷: باب ۳ از ابواب عقد نکاح، ح ۱). همچنین روایت زراره از امام باقر (همان: باب ۹ از ابواب عقد نکاح، ح ۶؛ نجفی، بی تا: ۲۹/ ۱۷۶) را می‌توان نام برد.

ج) بررسی ارتباط سن بلوغ با سن ازدواج در قوانین جدید:

اولین قانون مدون ازدواج در ایران در سال ۱۳۱۰ به تصویب رسید که در آن مسئله سن قانونی ازدواج مسکوت باقی گذارده شده بود. فقط در ماده سوم آن پیش‌بینی شده بود که مزاجت با کسی که استعداد جسمانی برای ازدواج پیدا نکرده ممنوع است و هر کسی با کسی که هنوز استعداد جسمانی نداشته ازدواج کند، به یک تا سه سال حبس تأدیبی محکوم خواهد شد.

در سال ۱۳۱۳ کتاب دوم قانون مدنی فصل دوم خود را به مبحثی در پیوند با قابلیت صحتی برای ازدواج اختصاص داد. منظور از قابلیت صحتی برای ازدواج، دارا بودن استعداد جسمانی زن و شوهر آینده، برای روابط جنسی و عواقب مترتبه بر آن می‌باشد. به این صورت قانون مدنی یکی از شرایط نکاح را قابلیت صحتی برای زوجین قرار داده است و در ماده ۱۰۴۱، قانون‌گذار برای اولین بار سن ازدواج را بدین شرح توضیح داد:

«نکاح اناث قبل از رسیدن به سن پانزده سال تمام و نکاح ذکور قبل از رسیدن به سن هجده سال تمام ممنوع است. مع‌ذلک در مواردی که مصالحی اقتضا کند با پیشنهاد مدعی‌العموم و تصویب محکمه، ممکن است استثنائاً معافیت از شرط اعطاء شود؛ ولی در هر حال این معافیت نمی‌تواند به انائی داده شود که کمتر از سیزده سال تمام و به ذکوری که کمتر از پانزده سال تمام دارند».

در سال ۱۳۵۳ آنگاه که قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۴۶ مورد اصلاح قرار گرفت مسئله سن ازدواج از جمله مواردی بود که بازنگری شد. در بازنگری ماده ۲۳ قانون حمایت از خانواده، سن ازدواج برای دختران از پانزده به هجده و برای پسران از هجده به بیست افزایش داده شد. با تصویب این قانون که قانون خاص بود، ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۳ نسخ شد (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱/ ۶۸).

پس از پیروزی انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۷، قانون حمایت از خانواده قدرت اجرایی خود را از دست داد. در سال ۱۳۶۱ قانونگذار اسلامی موادی از قانون مدنی ایران - از جمله ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی در باب سن قانونی ازدواج را مورد اصلاح و بازنگری قرار داد. بدین ترتیب، این ماده پس از بازنگری به این شکل بازنویسی شد: «نکاح قبل از بلوغ ممنوع است» همچنین تبصره ذیل این ماده بیان می‌کند: «عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی صحیح است به شرط رعایت مصلحت مولی علیه».

گرچه در این ماده سن قانونی ازدواج صریحاً ذکر نشده است، ولی سن ازدواج همان سن بلوغ قانونی مطرح شده است. در نتیجه این تغییر و بازنگری، از سال ۱۳۶۱ سن قانونی ازدواج دختران بار دیگر به هشت سال و نه ماه شمسی و پسران به چهارده سال و هفت ماه شمسی تقلیل داده شد که این عدد با توجه به نظر مشهور فقهای امامیه سن بلوغ قرار داده شده است (البحرانی، بی‌تا: ۳۴۹/۲۰؛ العاملی، بی‌تا: ۲۴۰/۵؛ همچنین به منظور دیدن آرای مخالف با دیدگاه مشهور ر.ک به مهریزی، بی‌تا: ۱۵۰ به بعد). مبنای این قول مشهور روایات معتبر در این باب است (النجفی، بی‌تا: ۳۸/۲۶؛ الطوسی، ۱۴۱۸: ۱۲/۲؛ الحلّی، ۱۴۰۸: ۳۶۷/۱).

البته در قائل بودن سن تعبدی برای نکاح که همان سن بلوغ باشد بین علما اختلافاتی وجود دارد که ذکر دلایل هر کدام و تفصیل مطلب باعث اطاله کلام است (در این زمینه مراجعه کنید به مقالات: تحقیقی درباره سن بلوغ، آیت‌الله سید محمدحسن مرعشی؛ متی تصوم الجاریه، آیت‌الله معرفت؛ سن بلوغ برای دختران، سید محمد موسوی بجنوردی؛ که همگی در کتاب بلوغ دختران به کوشش مهدی مهریزی گردآوری شده است). در سال ۱۳۸۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی را به شرح زیر اصلاح کرد (اصلاحی ۷۹/۹/۲۱ و ۸۱/۴/۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام):

«عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن سیزده سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن پانزده سال شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت مولی علیه با تشخیص دادگاه صالح» که ابتدائاً بایستی سه امر ۱- اذن ولی، ۲- رعایت مصلحت و ضرورت، ۳- تنفیذ دادگاه وجود داشته باشد. این ماده که متأثر از عقاید فقهای امامیه است اگر چه بارها اصلاح و تعدیل شده چون امری خلاف اصل را در بر دارد به صورت محدود و مضیق تفسیر می‌شود. البته نکته بسیار جالب توجه اینکه در نتیجه نهایی از این مباحث پیشنهاد تغییر قانون از نه به پانزده یا هجده سالگی است، که هیچ آیه و روایتی به آن اشاره ندارد.

با در نظر گرفتن ماهیت اذن پدر (و جوب تکلیفی یا صحت وضعی) در ازدواج باکره و همین‌طور مباحث فقهی فقهای بزرگ چه در خصوص ولایت و شرایط مولی علیه و تعارض ادله در ولایت پدر بر دختر رشیده و

مبانی فقهی و بحث حقوقی اذن ولی در نکاح دختر بالغه رشیده ۶۵

ادله خروج مولی علیه رشیده از تحت ولایت قیم یا ولی و چه مباحث عرفی و شرعی موجود در این زمینه، پیشنهاد اصلاح این ماده قانونی برای رفع تعارضات موجود مطرح می‌شود:

«پیشنهاد اصلاح ماده ۱۰۴۳: نکاح دختر بالغه غیر رشیده منوط به اذن پدر یا جد پدری اوست.»

بیان تفصیلی شرط دوم:

همان‌گونه که اشاره شد در دو ماده ۱۰۴۳ و ۱۰۴۴ قانون مدنی می‌توان رویکرد قانون و ضوابط و شرایط را در مورد نکاح باکره بالغه ملاحظه کرد. از جمله این ضوابط بیان شروطی است که موجب لزوم ولایت بر دختر بالغه باکره و تشریک در ولایت می‌شود. در شرط اول عنوان و وصف باکره بودن قید شده در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی مورد بررسی و کنکاش قرار گرفت در شرط دوم به مباحث مطرح در ماده ۱۰۴۴ می‌پردازیم.

ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی اصلاحی سال ۱۳۷۰ بیان می‌کند:

«در صورتی که پدر یا جد پدری در محل حاضر نباشند و استیذان از آنها نیز عادتاً غیرممکن بوده باشد و دختر نیز احتیاج به ازدواج داشته باشد، وی می‌تواند اقدام به ازدواج نماید.»

در تبصره این ماده آمده است: ثبت این ازدواج در دفترخانه منوط به احراز موارد فوق در دادگاه مدنی خاص می‌باشد. طباطبایی یزدی، در این زمینه می‌نویسد: «یسقط اعتبار اذنه اذا كان غایباً لایمکن الاستیذان» (الطباطبایی یزدی، بی تا: ۲/ ۷۰۰، مسئله ۱).

البته در این ماده قانونی قبل از اصلاحیه ۱۳۷۰ محجوریت پدر را هم شرط سقوط ولایت معرفی کرده بود و با توجه به این نکته که به اجماع تمام فقهای امامیه قیم و وصی ولایتی در نکاح دختر بالغه رشیده ندارند، در اصلاحیه ۱۳۷۰ این عبارت حذف شد. با این حال، در سقوط اعتبار اذن ولی به هنگام حجر یا فوت او، تردیدی وجود ندارد. از این رو نویسندگان حقوقی پیش از اصلاح سال ۱۳۷۰، با توجه به سابقه فقهی، حکم این موضوع را استنباط می‌کردند (امامی، ۱۳۸۲: ۲۸۷/۴ و محقق داماد، ۱۳۸۱: ۵۶). این مطلب به عنوان یک قاعده کلی در ماده قانونی ۱۱۸۲ نیز مورد اشاره قرار گرفته است.

بررسی قیود جواز اعمال ولایت ولی و ضرورت توجه به صلاحیت و شرط کمال پدر

اگر پدر مطابق مصلحت دخترش تصمیم نگیرد و یا غایب باشد و یا با هم کفو دخترش مخالفت کند در این خصوص از جانب فقها در سقوط ولایت ولی در نکاح ادعای اجماع نقل شده است (نجفی، بی تا: ۲۹/ ۱۷۵). بنابراین در اعتبار اذن او توجه به شروط کمال در پدر بدیهی خواهد بود. در قانون مدنی نیز این مهم مورد

۶۶ پژوهش زنان، دوره ۶، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۷

توجه قرار گرفته و در ماده ۱۰۴۴ در ضمن شروطی به بررسی محدوده اعمال ولایت ولی و قیود جواز اختیارات او پرداخته شده است.

با توجه به آنچه که در ماده ۱۰۴۴ آمده است می‌بینیم که در پاره‌ای از موارد، اعتبار اذن ولی در قانون مدنی ساقط می‌گردد و دختر باکره می‌تواند بدون اذن پدر یا جد پدری خویش اقدام به ازدواج کند؛ چنین ازدواجی به حکم قانون صحیح و نافذ است.

این قیود محدود کننده عبارتند از:

۱- ولی باید در قید حیات باشد.

۲- ولی باید حاضر باشد، اگر ولی مسافر یا غایب بود، ولایت او ساقط و اذن وی غیر لازم می‌گردد.

مورد اول و دوم در ماده قانونی ۱۰۴۴ مورد تصریح قانونگذار قرار گرفته است.

۳- ولی خود باید اهلیت داشته باشد؛ اگر ولی و سرپرست خود محجور باشد یا مجنون باشد، حق دخالت ندارد.

تا پیش از اصلاح سال ۱۳۷۰، ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی با صراحت سقوط اعتبار اذن ولی را در مورد حجر بیان می‌کرد. اما از ماده ۱۰۴۳ نیز می‌توان شرط مزبور را استنباط نمود. چرا که در ماده ۱۰۴۳، اجازه را باید شخص پدر یا جد پدری بدهد و اگر پدر یا جد پدری دختر به علتی تحت قیمومیت باشد، اجازه قیم او لازم نخواهد بود.

۴- ولی باید در ازدواج دختر مصلحت‌شناسی کند، زیرا اختیار او محدود به مصلحت دختر است.

۵- ولی باید در رعایت مصلحت، دلسوز باشد؛ ممانعت بی‌جهت به موجب قانون ولایت ولی را ساقط می‌کند که با توجه به مفهوم مخالف ماده ۱۰۴۳ می‌توان به این ملاک رسید.

ذیل ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد: ... و هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، اجازه او ساقط و در این صورت دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده است، پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید.

در فقه امامیه اگر ولی، دختر را از ازدواج با کسی که کفو اوست منع کند ولایت او ساقط می‌شود و دختر می‌تواند مستقلاً با مرد دلخواه خود ازدواج نماید. ممانعت ولی از ازدواج دختر با کفو خود را اصطلاحاً عضل

مبانی فقهی و بحث حقوقی اذن ولی در نکاح دختر بالغه رشیده ۶۷

نامیده، اتفاق دارند که در صورت عضل، اذن ولی ساقط می‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۴۴۸) صاحب جواهر این اجماع را از سید مرتضی در الانتصار و الناصریات بیان کرده است (نجفی، بی تا: ۲۹/ ۱۷۵).

تعریف و معیار کفویت

در کتاب المفردات در ذیل عنوان کفو آمده است: الکفاء؛ فی المنزله و القدر و منه الکفاء لشقه تنصح (تخاط) بالاخری فلان کفو لک فی المضاده. در کتاب «الفقه علی مذهب الخمسه» کفاه را به معنی مساوی بودن مرد با زن در چیزهایی که ذکر می‌شود می‌داند. برخی کفو بودن را در مردان ذکر کرده‌اند نه در زنان چون مردان می‌توانند با زن پایین‌تر از خود ازدواج کنند اما زنان نمی‌توانند (مفید، ۱۴۱۷: ۳۲۶).

الف) دیدگاه فقهای اهل سنت: در بیان فواید طرح دیدگاه فقهای اهل سنت در رابطه با کفایت، می‌توان گفت که یک مبانی مورد اتفاق در بین تمام مذاهب اسلامی وجود دارد و آن اینکه کفایت شرعی، شرط صحت نکاح است. حال با توجه به این مطلب، بررسی دیدگاه اهل سنت جالب توجه به نظر می‌رسد؛ فقهای حنفی، شافعی و حنبلی، کفایت را در اسلام و حریه و حرفه و نسب محقق می‌دانند (مغنیه، ۱۹۹۸: ۳۲۶). البته شرط حریت با اصول حنفیه منافات دارد چرا که در قصاص هر گاه حر، عبدی را بکشد حکم می‌کنند که حر کشته شود و این برخلاف حکم مذاهب دیگر است. همچنین آنها برای ولایت در نکاح، حریت را شرط ندانسته‌اند.

دیدگاه فقهی مالکی و مستندات آنها مطابق فقهای شیعه است.

ب) دیدگاه فقهای امامیه: امامیه تنها ملاک کفو بودن را دین می‌دانند و ادله‌ای که به آن استناد می‌کنند از این قرار است:

۱- آیات: آیه «ان اکرمکم عند الله اتقیکم» : در رابطه با شأن نزول این آیه آمده است: زمانی که رسول (ص) ضبیعه بنت زبیر را به عقد مقداد بن اسود درآورد، فرمودند: «انما زوجه اتضع المناکح» و در پاسخ به اعتراض بنی‌هاشم همین آیه را تلاوت فرمود (الطوسی، ۱۳۵۱: ۷/ ح ۱۵۸۲).

۲- احادیث: «اذ جاءکم من ترضون دینه و خلقه فزوجوه ان لاتفعلوا تکن فی الارض فساد کبیر» در مورد ازدواج جویبر با دختر زیادبن لبید از اشراف و یا نکاح عایشه و حفصه (الحر العاملی، ۱۳۶۷: باب ۱۱ از ابواب ما یحرم بالکفر حدیث ۱۴).

با استناد به مبادی اسلام که «لافضل لعربی علی عجمی الا بتقوی» و همچنین به استناد تبعیت از سنت پیامبر، ملاک را تقوی و اخلاق شایسته قرار داده‌اند. علامه حلی می‌گوید: ازدواج آزاد با برده و عرب با عجم

۶۸ پژوهش زنان، دوره ۶، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۷

و هاشمی با غیر هاشمی و صاحبان مشاغل پایین و پست با افراد خانواده‌دار و بزرگ اشکالی ندارد و حتی آن را مستحب می‌داند (العلامه‌الحلی، ۱۴۱۸: ۱۴/۳).

شرطیت تمکن مالی و ایمان و عدالت در تحقق کفائت

در اینکه آیا شیعه بودن شوهر و توانایی او در انفاق نیز مشمول هم کفو بودن و شرط در صحت نکاح است یا خیر، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. علامه حلی تمکن از انفاق را در صحت نکاح شرط نمی‌داند و آن را در مفهوم کفائت (هم کفو بودن) مندرج نمی‌داند (همان: ۱۴/۳). البته ایشان در کتاب تذکرة الفقها این نظر را ندارد و قائل به اشتراط تمکن مالی است (علامه‌حلی، بی‌تا: ۶۰۳/۲). با این وجود برخی دیگر همانند شیخ طوسی در دو کتاب المیسوط (طوسی، ۱۳۵۱: ۱۷۸/۴) و خلاف (طوسی، ۱۴۱۸: ۴/۲۷۱ مسئله ۲۷). تمکن مالی را شرط دانسته‌اند. در این بین نیز برخی قائل به تفصیل در مسئله می‌باشند (بحرانی، بی‌تا: ۷۶/۲۴؛ نجفی، بی‌تا: ۱۰۵/۳۰).

ادله قائلین به عدم اشتراط تمکن از انفاق

ایشان برای قول به عدم شرطیت تمکن در امور مالی به سه دلیل استناد می‌کنند:

۱- آیات: آیه ۳۲ سوره نور که در آن خداوند تنگدستان را تشویق به ازدواج می‌کند و وعده می‌دهد اگر هم «فقیر» باشند خداوند آنان را بی‌نیاز می‌سازد، معلوم می‌کند فقر مانع صحت ازدواج نبوده و «غنا» شرط «تحقق» کفو، به شمار نمی‌رود.

۲- احادیث: در این زمینه احادیث فراوانی وجود دارد که مورد استناد فقها قرار می‌گیرد (الطوسی، ۱۴۰۱: ۷ باب الکفاه فی النکاح؛ الحرالعاملی، ۱۳۶۷: ۲۵/۱۴؛ اصفهانی، ۱۴۰۵: ۹۱/۷؛ نجفی، بی‌تا: ۱۰۴/۳۰).

۳- قاعده نفی عسر و حرج: در استناد به این دلیل بیان می‌شود که اگر فقر مانع صحت ازدواج باشد و توانایی بر نفقه، شرط «کفو» بودن قرار گیرد، این امر مستلزم عسر و حرج است که در اسلام نفی شده است؛ چرا که بسیاری از مردان به خاطر فقرشان ناچارند دست از ازدواج بکشند و بسیاری از دختران و زنان نیز بی‌همسر می‌مانند و این خود مایه دشواری زیاد است که بر اساس قرآن و سنت و به اتفاق نظر همه فقها، امری مردود است.

ادله قائلین به اشتراط تمکن مالی

ایشان نیز در مورد مستندات قول خود، عمدتاً به دو دلیل اشاره کرده‌اند:

مبانی فقهی و بحث حقوقی اذن ولی در نکاح دختر بالغه رشیده ۶۹

۱- روایات: صاحب من لایحضر الفقیه حدیثی را از امام صادق آورده است: «الكفوءان یكون عفیفا و عنده یسار» (صدوق، ۱۴۰۴: ۵/ ح ۴۳۸۶).

۲- قاعده لاضرر و لاضرار: چرا که قبول زندگی توأم با فقر یعنی قبول ضرر و با توجه به اینکه امری موقتی هم نیست.

شرطیت شیعه بودن

علامه حلی مراد از کفویت را تساوی در اسلام و ایمان می‌داند و به همین دلیل است که ازدواج زن مسلمان و شیعه تنها به مثل مسلمان و شیعه صحیح است (علامه حلی، ۱۴۱۸: ۱۴).

پس ازدواج زن شیعه و مرد اهل سنت از نظر شرعی حرمتی ندارد چون هر دو مسلمانند، اما مشکلی که وجود دارد عدم کفایت آنهاست و از این ناحیه ممنوع شده‌است.

آنچه در نهایت بیان شد مؤید این است که کفو عرفی نیز در نظام اسلامی، نهایتاً دین داشتن و حسن اخلاق و امکان انفاق است نه بیش از آن و با توجه به عمومیت و شمول فراگیر این ملاک‌ها می‌توان گفت بنابراین بسیار نادر است که دختری بخواهد با پسری ازدواج کند و پدر به لحاظ کفو نبودن از این ازدواج ممانعت نماید، زیرا اگر پسر مسلمان نباشد که حتی با اجازه پدر نیز، ازدواج باطل است. پس در صورت مسلمان بودن، چون اصل، سلامت و صحت فعل مسلم است، پدر باید بتواند فسق و شرارت او را ثابت نماید. تا به عنوان فقدان کفایت عرفی در او، ممانعت خود را توجیه نماید. پس عملاً می‌بینیم حتی در فرض قائل بودن و جواب اذن ولی، موقعیتی برای اعمال ولایت پیدا نمی‌شود و با توجه به اینکه ولایت او حتی از دید قائلین به ولایت ولی محدود به قیودی است که در بحث سقوط ولایت ولی به آن پرداختیم.

نتیجه گیری

از مباحث بیان شده نتیجه گرفته می‌شود که ولی، در نکاح دختر بالغه رشیده هیچ اثر شرعی نمی‌تواند داشته باشد و نکاح مستقل دختر بالغه رشیده طبق ادله بیان شده و قول مشهور فقها و همچنین اجماع بیان شده در مسئله و تشکیکات صورت گرفته در ادله مخالفین نافذ و صحیح می‌باشد. مطابق نظر صریح فقها و سیره عقلاء، آنچه در تعیین لزوم اذن ولی موضوعیت دارد، وجود رشد است و نه بکارتی که در قانون به آن تصریح شده که تنها به عنوان اماره‌ای برای عدم رشد می‌تواند مورد استناد قرار گیرد. درباره اذنی که برخی فقها نکاح را متوقف به آن کرده‌اند باید گفت که تنها به‌عنوان شرط کمال عقد می‌توان به آن نگاه کرد و ماهیت

اذن در قول قائلین به احتیاط در لزوم اذن نیز شرط صحت عقد نمی‌باشد، بلکه نهایتاً اگر در صدد تعیین اثر شرعی برای آن باشیم باید نفوذ نکاح را متوقف بر آن بدانیم. اذن ولی را اگر شرط صحت بدانیم به این اعتبار است که ولی تنها در صورتی که کفویت وجود نداشته باشد حق مخالفت دارد و آنچه که از نصوص و قول صریح فقها بدست می‌آید این است که در صورت فقدان کفویت چه اذن ولی وجود داشته باشد و چه نداشته باشد نکاح صحیح نخواهد بود و از طرفی چون در شرع مقدس معیار و محدوده عدم کفویت بسیار تنگ و تنها در صورتی که مرد غیر مسلمان قصد ازدواج با دختر مسلمان را داشته باشد، عدم کفویت به اثبات می‌رسد، پس در صورت مسلمان بودن مرد و طبق قاعده اصالة الصحة فعل مسلمان، می‌توان مدعای مرد را مبنی بر کفویت پذیرفت و اگر ولی ادعای عدم کفایت کرده، مخالفت خود را اعلام کند وظیفه اثباتی با اوست و باید بتواند عدم کفویت را اثبات کند.

با توجه به ادله فقهی و اجماع بیان شده در اینکه اذن و رضایت دختر شرط صحت و نفوذ نکاح است و با در نظر گرفتن تفاوت فقهی و حقوقی بحث اذن و اجازه و سایر ادله مطرح شده در باب عدم اشتراط اذن ولی و مناقشات وارد شده بر ادله موافقین می‌بینیم که عملاً شرایطی برای اعمال نظر ولی وجود ندارد. اما با توجه به ضرورت اجتماعی وجود یک حامی با تجربه از جنس خود مردان و دلسوز نسبت به دختر که در امر ازدواج بی‌تجربه است؛ می‌توان تا حدودی بر ادله وجود و ضرورت و اعتبار چنین اذنی تأکید نمود. چرا که روشن است، مصلحت به تنهایی دلیل شرعی نیست که بتوان بر اساس آن حکم شرعی صادر کرد. اگر کسی مصلحت را فی‌الجمله دلیل بداند، هنگام اجرای احکام است، آن هم برای حاکم صالح. اما با توجه به تبعات اجتماعی و مصالح عرفی می‌توان در رابطه با ضرورت وجود برخی احکام، آن احکام را به نوعی مشروع و جایز دانست. حال با توجه به غرض بیان شده در اعتبار اذن ولی که استفاده از تجربیات پدر در تشخیص مصلحت واقعی دختر است، بدیهی است که پدر باید واجد شروطی باشد که این هدف را تأمین نماید از جمله واجد شروط اهلیت و فقدان محجوریت و توانایی در مصلحت‌شناسی برای دختر که در مجموع به عنوان شرط کمال مورد توجه می‌باشند.

از دیدگاه حقوقی نیز، ملاحظه می‌شود که مواد قانونی مطابق احتیاط فقها و ملاحظه مصالح اجتماعی و عرفی براساس نظریه تشریک در ولایت تنظیم شده‌است و در آنجا نیز لزوم اذن ولی به عنوان شرط صحت نکاح نیامده‌است. اما برای اذن ولی آثار حقوقی در نظر گرفته شده و آن هم نه آثاری که نفوذ عقد مقتضای آن است. قوانین مربوط به لزوم مراجعه به دادگاه برای اذن در صورت عضل ولی نیز، نه برای صحت نکاح

مبانی فقهی و بحث حقوقی اذن ولی در نکاح دختر بالغه رشیده ۷۱

و نفوذ شرعی آن بلکه برای نفوذ قانونی آن تدوین شده و در این موارد قانونگذار به طور صریح بین ثبت نکاح و صحت آن تفاوت قائل شده است.

منابع

- آشتیانی، میرزا محمد (بی تا) تقریرات حاج شیخ عبدالکریم حائری، مشهد: بی نا.
- ابن رحال، حسن (۱۹۸۶م.) کشف القناع عن تضمین الصناع، به کوشش محمد ابو الاجفان، تونس: بی نا.
- ابن قدامه المقدسی، عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامه (۱۹۷۲م.) المغنی، بیروت: دار التراث العربی.
- ابن ماجه، محمد بن یزید (۱۳۹۵ه.ق.) سنن ابن ماجه، تحقیق: محمد فواد عبد الباقي، بیروت: دار التراث العربی.
- ابوالمکارم، حمزه بن علی (ابن زهره) (۱۴۰۴ ه.ق.) الغنیه، در الجوامع الفقهیه، قم: بی نا.
- ابوزهره، محمد (۱۹۵۰م.) الاحوال الشخصیه، قاهره: الأزهر.
- احمد بن حنبل (۱۴۱۱ ه.ق.) المسند، بیروت: دارالفکر.
- الاصفهانى، محمد بن الحسن (۱۴۰۵ ه.ق.) کشف اللثام، قم: مکتبه آیه الله المرعشى النجفی.
- امامی، سید حسن (۱۳۸۲ ه.ش.) حقوق مدنی، تهران: اسلامیه، چاپ بیست و ششم.
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۵ ه.ق.) کتاب نکاح، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ، چاپ اول.
- البحرانی، یوسف بن احمد (بی تا) الحدائق الناظرة فی احکام العترة الطاهرة، قم: مؤسسه نشر الاسلامی.
- البیقهی، احمد (۱۳۵۵ ه.ق.) السنن الكبرى، بیروت: دار صادر.
- الترمذی محمد بن عیسی (۱۴۱۵ ه.ق.) الجامع الصحیح (سنن الترمذی)، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- الجزیری، عبد الرحمن (۱۴۱۱ ه.ق.) الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت: دارالفکر.
- الجناتی، محمد ابراهیم (بی تا) دروس فی فقه المقارن، بی جا: منظمه الاعداد الاسلامی.
- الحر العاملی، محمد بن حسن (۱۳۶۷ ه.ش.) وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، تهران: مکتبه الاسلامیه.
- حکیم، السید محسن (۱۳۷۴ ه.ش.) مستمسک العروة الوثقی، قم: مؤسسه دارالتفسیر، چاپ اول.
- الحلی، ابوصلاح تقی الدین (۱۴۰۳ ه.ق.) الکافی فی الفقه، تحقیق: رضا استادی، اصفهان: مکتبه الامام امیرالمومنین (ع).
- الحلی، احمد بن ادريس (۱۴۰۸ ه.ق.) السرائر، قم: مؤسسه نشر الاسلامی.
- الخوبی، سید ابوالقاسم (۱۳۹۶ ه.ق.) مبانی تکملة المنهاج، قم: بی نا، چاپ دوم.
- _____ (بی تا) مستند العروة الوثقی، قم: منشورات مدرسه دار العلم.
- الراغب الاصفهانى، ابو القاسم الحسين بن محمد (۱۴۱۶ ه.ق.) المفردات الفاظ القرآن، تحقیق: صفوان عدنان داوودی، بیروت: الدار الشامیه، چاپ اول.
- رحیمی اردستانی، مصطفی (۱۳۷۷ ه.ش.) المنجد فی اللغة، تهران: صبا.
- الزحیلی، وهبه (۱۴۰۹ ه.ق.) الفقه الاسلامی و ادلته، بیروت: دار الفکر.
- شعرانی، ابوالحسن (بی تا) ترجمه و شرح تبصرة المتعلمین، بی جا: جامع فقه اهل بیت.

۷۲ پژوهش زنان، دوره ۶ شماره ۴، زمستان ۱۳۸۷

- شهنایی، خلیل (۱۳۸۵ ه.ش). حمایت قانون از نهاد خانواده، تهران: دانشگاه الزهراء.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۹ ه.ق). مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- _____ (۱۴۰۳ ه.ق). روضة البهیة فی شرح لمعه دمشقیه، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
- _____ (۱۳۸۴ ه.ش). شرح لمعه دمشقیه، ترجمه و تبیین: علی شیروانی، قم: دارالعلم، چاپ ششم.
- الصدوق، علی بن بابویه (۱۴۰۴ ه.ق). من لایحضره الفقیه، قم: انتشارات جامعه مدرسین، چاپ دوم.
- _____ (۱۳۷۷ ه.ش). المقنع و الهدایه، تصحیح و تعلیق: محمد بن مهدی واعظ خراسانی، تهران: مکتبه الاسلامیه.
- صادقی، حبیب (۱۳۸۱ ه.ش). رویکردی نوین به ولایت قهری کودکان در فقه و حقوق مدنی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، پژوهشکده امام خمینی.
- صانعی، یوسف (۱۴۲۰ ه.ق). قیمومت مادر - برگرفته از نظریات فقهی آیت الله العظمی صانعی، قم: فقه الثقلین.
- _____ (۱۴۲۰ ه.ق). تقریرات درس خارج، قم: انتشارات دفتر ارتباط با آیت الله صانعی.
- صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدالله (۱۳۸۱ ه.ش). حقوق خانواده، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- الطباطبایی، السید محمد حسین (۱۴۱۱ ه.ق). المیزان فی تفسیر القرآن، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، چاپ اول.
- الطباطبایی البزدی، سید محمد کاظم (بی تا). العروة الوثقی، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- طباطبایی، سید علی (۱۴۲۰ ه.ق). ریاض المسائل، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول.
- الطبرسی، الشیخ فضل بن الحسن (بی تا). مجمع البیان فی تفسیر القرآن، بیروت: دار الفکر.
- الطوسی، محمد بن حسن (۱۳۹۰ ه.ق). النهایه فی مجرد الفقه و الفتوی، بیروت: دار الکتب العربی.
- _____ (۱۴۱۸ ه.ق). الخلاف، قم: مؤسسه نشر الاسلامی.
- _____ (۱۳۵۱ ه.ش). المبسوط فی فقه الامامیه، قم: مکتبه المرتضویه.
- _____ (۱۴۰۱ ه.ق). تهذیب الاحکام فی شرح المقنعه لشیخ المفید، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- _____ (۱۳۶۳ ه.ق). الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، تهران: دار الکتب، چاپ چهارم.
- العاملی، السید محمد جواد (بی تا). مفتاح الکرامه، بیروت: داراحیاءالتراث العربی.
- العلامه الحلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۸ ه.ق). قواعد الاحکام، قم: مؤسسه نشر الاسلامی.
- _____ (۱۴۱۲ ه.ق). مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، بی جا: مکتبه الاعلام الاسلامی.
- _____ (بی تا). تذکره الفقهاء، قم: مؤسسه آل‌البتیت.
- علم الهدی، مرتضی (بی تا). الانتصار، قم: الشریف المرصی.
- فارس، احمد (۱۴۱۰ ه.ق). معجم مقاییس اللغه، بیروت: الدارالاسلامیه.
- الفیروزآبادی، ابراهیم (بی تا). المذهب فی فقه الامام الشافعی، بیروت: داراحیاءالتراث العربی.
- القیومی، احمد بن محمد بن علی المقرئ (بی تا). المصباح المنیر، قم: دار الهجره.

مبانی فقهی و بحث حقوقی اذن ولی در نکاح دختر بالغه رشیده ۷۳

- قربان نیا، ناصر (۱۳۸۴ ه.ق.) باز پژوهی حقوق زن، تهران: روز نو، چاپ اول.
- قرطبی اندلسی، محمد بن احمد بن رشد (۱۴۲۵ ه.ق.) بداية المجتهد و نهاية المقتصد، قاهره: دار العقید.
- قمی، ابو القاسم (۱۳۷۱ ه.ش.) جامع الشتات، تهران: انتشارات کیهان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱ ه.ش.) حقوق مدنی - خانواده، تهران: دادگستر.
- الکلبینی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۵ ه.ش.) الکافی، تهران: دار الکتب الاسلامیة.
- کیانی، عبدالله (بی تا) قانون مدنی و فتاوی امام خمینی، تهران: سمت.
- گلیایگانی، سید محمدرضا (بی تا) مجمع المسائل، قم: دار القرآن الکریم.
- محقق الثانی، علی بن الحسن الکرکی (۱۴۱۰ ه.ق.) جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البيت، چاپ اول.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۱ ه.ش.) بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم.
- المحقق الحلّی، جعفر بن حسن (۱۴۰۳ ه.ق.) شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، بیروت: دار الاضواء.
- مروارید، علی اصغر (بی تا) سلسله النبیایع الفقهیه، ج ۱۸ و ۱۹، بی جا.
- مغنیه، محمد جواد (۱۹۹۸ م.) الفقه علی المذاهب الخمسه، تهران: الصادق، چاپ چهارم.
- المفید العکبری البغدادی، محمد بن النعمان (۱۴۱۷ ه.ق.) المقنعة فی الاصول و الفروع، تهران: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ چهارم.
- مفید، محمد بن محمد بن نعمان (بی تا) احکام النساء، ج ۳۶ در مجموعه مصنفات مفید.
- مقدس الاردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۲ ه.ق.) مجمع الفائدة و البرهان، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر و همکاران (۱۳۷۵ ه.ش.) تفسیر نمونه، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.
- الموسوی الخمینی، روح الله (بی تا) زبدة الاحکام، بی جا: منظمة الاعداد الاسلامی.
- _____ (بی تا) تحریر الوسیله، قم: دار العلم، چاپ دوم.
- مهریزی، مهدی (بی تا) بلوغ دختران، رساله های فقهی، ویرایش مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، قم: بهار.
- النجاری، محمد بن اسماعیل (۱۴۱۹ ه.ق.) صحیح البخاری، بیروت: دار الفکر.
- النجفی، محمد حسن (بی تا) جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- النراقی، احمد (۱۴۰۵ ه.ق.) مستند الشیعه، قم: مکتبه آیه الله المرعشی النجفی.
- النیشابوری، محمد (بی تا) الاقناع، تحقیق: محمد حسن اسماعیل الشافعی، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- هاشمی شاهرودی، محمود (۱۳۸۲ ه.ش.) فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، قم: مؤسسه دار المعارف فقه اسلامی.
- هیكل، محمد حسینین (۱۳۶۳ ه.ش.) مجمع اللغة العربیة، معجم الفاظ القرآن الکریم، تهران: ناصر خسرو، چاپ دوم.