

مدرسه علمیه الزهراء (س) اردبیل

موضوع: اعتبار اذن ولی در ازدواج دختر از دیدگاه فقه و حقوق

پژوهشگر: هاجر نیک برش

ولایت در ازدواج تسلطی شرعی است بر مولی علیه، که شارع آن را برای فرد کامل قرار داده است. به همین جهت نیز، در قانون مدنی پدر و جد پدری را اولیای قهری نامیده اند. یکی از شرایط صحت ازدواج، بلوغ طرفین عقد است. پس پسر صغیر و دختر صغیره نمی توانند بدون اجازه ی "ولی" عقد نکاح انجام دهند اما "ولی" میتواند مولی علیه صغیر را به عقد ازدواج طرف مقابل در آورد. فقهاء اهل سنت نیز بالاجماع تزویج ولایتی را پذیرفته اند، لیکن در تعیین "ولی" مجبر بین مکاتب چهارگانه ی فقهی اختلاف است "ولی" مجبر نزد شافعیه، پدر، جد و سید است و در نزد مالکیه، پدر، وصی پدر و مالک است و در نزد حنابله، پدر، وصی پدر و حاکم می باشد..

در مواردی که اجازه ی "ولی" دختر لازم است البته ولی حق ندارد بدون دلیل با ازدواج دختر مخالفت کند رضایت اولیای دختر در صورتی موجه و محترم می باشد که همراه با رعایت مصلحت دختر باشد. هرگاه "ولی" با وجود خواستگار شایسته و متناسب و هم چنین تمایل متقابل دختر، از دادن اجازه خودداری کند، در این صورت اعتبار اجازه از "ولی" ساقط می گردد. همچنین اگر پدر یا جد پدری دختر غایب باشند و امکان اخذ استیذان از آن ها مقدور نباشد. یا اخذ اجازه با مشقت همراه باشد ولایت پدر و جد پدری ساقط و دختر با نظر دادگاه می تواند ازدواج نماید چرا که تا مراتب فوق در دادگاه اثبات نشود اجازه ی ازدواج صادر نخواهد شد اگر طفلی هم پدر و هم جد پدری داشته باشد و یکی از آن ها محجور باشد ولایت قانونی او ساقط می شود

امامیه معتقد است که ولایت بر کودک و دیوانه ای که دیوانگی اش به بلوغ پیوسته باشد _ چه مذکر و چه مونث _ منحصرأً به عهده ی پدر و جد پدری است . شافعی ها نیز انحصار ولایت را در پدر و جد پدری پذیرفته اند. حنبلی ها، ابتدا ولایت را از آن پدر می دانند و در باب نکاح وصی پدر را بر جد پدری مقدم می شمارند

مالکی ها نیز چنان گفته اند و شرطی را اضافه کرده اند که ولایت وصی مشروط به وقتی است که پدر زوج مورد نظر فرد تحت ولایتش را تعیین کرده و در وصیتش به وصی، اجازه ی نکاح او را داده باشد اما حنفی ها هر چند خویشاوندی پدری درجه ی یک را موجب تحقق ولایت اجباری در همه مراتب دانسته اند اما برای کودک خردسال و هر کس که در حکم اوست ابتدا ولایت پدر را پذیرفته اند و سپس جد پدری را. شافعی ها و حنفی ها بر آنند که دختر خردسال، آزاد (غیر کنیز) و عاقل اگر باکره نباشد و ازاله ی بکارتش چه با آمیزش حلال یا حرام باشد پدر و هیچ کس دیگری برای تزویج وی ولایتی ندارد. بنابراین رضایت خودش برای ازدواج شرط است "ولی" تنها می تواند با اجازه ی صریح و کلامی او اقدام به تزویج او کند.

ولایت پدر و جد پدری در مورد ازدواج پسر صغیر و یا دختر صغیره با فرض حیات دو نفر به صورت ترتیبی (طولی) نبوده بلکه در عرض یکدیگر تلقی می گردد. اما در صورت وقوع دو ازدواج توسط پدر و جد پدری هم زمان، از منظر حقوقدانان به ترتیب ازدواج، یعنی نکاح پدر بر جد پدری ترجیح داده می شود و ازدواج پدر را موثر می دانند. ولی فقهاء برعکس، اقدام جد پدری را موثر و ازدواج پدر را بلا اثر می شناسند.

کلیدواژه: اذن- ولی- ولایت- ازدواج

بدیهی است که خانواده هسته اصلی جوامع بشری است و معلوم است اولین قدمی که آدمی از حالت انفرادی به حالت اشتراک و اجتماعی بر می دارد زناشویی یا انعقاد قرار زندگی مشترک با همسر است و شبیه ای نیست که اگر این پایه و هسته مرکزی اجتماع بر شالوده و قوانین و سنت های درستی برقرار و استوار باشد، تاثیری در بهبود وضع خانواده و در نتیجه اجتماع دارد و اگر نباشد جامعه و خانواده گرفتار انواع انحرافات و کجی ها و سقوط ها خواهند گردید و از آنجایی که حفظ نظام خانواده و حمایت از آن به عنوان یک اصل اساسی در آموزه های دینی مطرح شده است نظام حقوقی اسلام برای اجرایی کردن و پویایی این اصل روش هایی از جمله ولایت پدر یا جد پدری بر فرزندان را در نظر گرفته است. ولایت پدر و حضانت مادر یکی از راهکار های مهم است که در سازمان دهی کانون خانواده و حمایت و پشتیبانی قانونی از اعضا و کاستن مشکلات مادی و معنوی آنان نقش موثری دارد.

ولایت در نکاح

ولایت در ازدواج تسلطی شرعی است بر مولی علیه که شارع آن را برای فرد کامل قرار داده است. به خاطر نقصی که در مولی علیه وجود دارد و مصلحتی که بر او برمی گردد. پس "ولی" فردی دارای کمال است که به حکم شرع مقدس بر کسی که اهلیت ناقص دارد تسلط دارد تا در امور وی براساس مصلحتش عمل کنند. یعنی آن کسی که به عنوان تسلط و برتری، امور او را عهده دار و متکفل گردیده است. ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی گاه وصی منصوب از طرف پدر یا جد پدری را نیز در زمره ی اولیا می آورند چنانچه ماده ۱۱۹۴ می گوید: «پدر و جد پدری و وصی منصوب از طرف یکی از آنان "ولی" خاص نامیده می شود» ولی باید دانست که در عرف حقوقدانان دو اصطلاح "ولایت" و "وصایت" از یکدیگر جدا است و کمراتفاق می افتد که به "وصی" نیز "ولی" گفته شود. به ویژه که منبع اختیار "ولی" به طور مستقیم قانون است و اعطای این سمت به اراده ی اشخاص ارتباط ندارد، در حالی که "وصی" نماینده ی ارادی "ولی" است و حدود اختیار او را نیز پدر یا جد پدری معین می کند. به همین جهت نیز، در قانون مدنی پدر و جد پدری را اولیای قهری نامیده اند..

قهری بودن ولایت پدر، از نظر حقوقی و اجتماعی به معنای واقعی خود پا بر جاست. زیرا همین که طفل به دنیا آید، خود به خود تحت ولایت پدر قرار می گیرد و هیچ مقامی حق تغییر یا تنفیذ این وضع را ندارد. لیکن ولایت جد پدری، هر چند که در دیدگاه قوانین مانند ولایت پدر است در رسوم اجتماعی ما منوط بر این است که ولایت پدر به دلیلی از بین رفته باشد و کودک در خانواده ی طبیعی و مرسوم خود زندگی نکند. وانگهی، ولایت پدر در وضع عادی خود شاخه ی حضانت را نیز به همراه دارد یعنی پدر کودک هم "ولی" او در امور مالی است و هم در کنار مادر حضانت را بر عهده دارد در حالی که حضانت جد پدری زمانی موضوع پیدا می کند که پدر و مادر کودک مرده باشند یا به دلیلی توان اجرای این تکلیف را از دست داده باشد.^۱

یکی از شرایط صحت ازدواج، بلوغ طرفین عقد است و این شرط در کلیه ی عقود و معاملات جاری است این قضیه در عقد نکاح اهمیت بیشتری دارد پسر صغیر و دختر صغیره نمی توانند بدون اجازه "ولی" عقد نکاح انجام دهند اما "ولی" میتواند مولی علیه صغیر را به عقد ازدواج طرف مقابل در آورد ولایت "ولی" در تزویج صغیر و صغیره از مسلمات فقهی است که به آن ادعای اجماع گردیده. آورایاتی نیز بر آن دلالت دارد شیخ طوسی در نهاییه آورده است: «برای مرد جایز است که دختر صغیره اش را به عقد ازدواج دیگری در آورد و اذن گرفتن از او لازم نیست»^۲. تنها اختلاف نظری که در این زمینه بین فقهاء شیعه وجود دارد این است که آیا ولایت جد پدری نیز مانند ولایت پدر مطلق است یا ولایت او مشروط به حیات پدر می باشد مشهور فقهاء امامیه عقیده دارند ولایت جد

^۱- ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، چاپ اول، تهران، نشریلدا، ۱۳۷۵، صص ۴۰۲-۴۰۳.

^۲- محسن، الطباطبایی الحکیم، مستمسک العروه الوثقی، ج ۱۳، چاپ سوم، قم، نشر دار الهدی، ۱۳۸۹، ص ۲۶۲.

^۳- اسد الله، لطفی، حقوق خانواده، ج ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۲، به نقل از جوامع الفقهه متن النهایه، ص ۳۱۵

مشروط به حیات پدر نیست. زیرا آیه ی شریفه که جواز ولایت را ثابت می کند اطلاق داشته و عبارت «وَأَلْدَى بِيَدِهِ عَقْدُهَا لِنِكَاحٍ»^۱

هم پدر را شامل می شود و هم جد پدری را و نیز روایاتی که از امام صادق - علیه السلام - در این خصوص رسیده ولایت جد را نسبت به عقد صغیر یا صغیره مشروط به حیات پدر ندانسته است.^۲ برخی از فقهاء مانند شیخ طوسی، ابن حمزه، ابن بُراج و ابوصلاح حلبی ولایت جد را مشروط به حیات پدر دانسته اند..

شیخ طوسی بعد از اینکه نکاح جد را در صورتی که نکاح پدر و جد همزمان انجام شود، مقدم بر نکاح پدر می داند و می گوید: «ولایت جد در تزویج باکره در صورتی است که پدر دختر زنده باشد و الّا جد پدری مجاز به تزویج دختر به غیر نیست مگر اینکه رضایت دختر را تحصیل نماید.»^۳ فقهاء اهل سنت نیز بالاجماع تزویج ولایتی را پذیرفته اند، لیکن در تعیین "ولی" مجبر بین مکاتب چهارگانه ی فقهی اختلاف است ولی مجبر نزد شافعیه، پدر، جد و سید است و در نزد مالکیه، پدر، وصی پدر و مالک است و در نزد حنابله، پدر، وصی پدر و حاکم می باشد. در ماده ۱۰۴ ق.م و تبصره ی ذیل آن آمده است: نکاح قبل از بلوغ ممنوع است.

تزویج ولی به شرط رعایت مصلحت کودک

ماده ۱۰۴۱ ق.م عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به ۱۳ سال شمسی و پسر قبل از رسیدن به ۱۵ سال شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت کودک با تشخیص دادگاه صالح لذا کافی نیست که ازدواج توسط "ولی" مفسده برای کودک نداشته باشد بلکه بایستی علاوه بر آن بر مصلحت کودک هم باشد. انتخاب همسر برای کودک او را از حق طبیعی مشروع خود محروم می سازد و به شخصیت کودک ضرر می زند بنابراین در نکاحی که "ولی" انجام می دهد فرض ضرر وجود دارد و این فرض در صورتی از بین می رود که "ولی" بتواند ضرورت نکاح و به مصلحت کودک بودن را در دادگاه اثبات کند.

ماده ۶۴۶ قانون مجازات اسلامی مقرر می دارد: «ازدواج قبل از بلوغ بدون اذن "ولی" ممنوع است چنانچه مردی با دختری که به حد بلوغ نرسیده بر خلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ ق.م ازدواج نماید به حبس تعزیری از شش ماه تا دو سال محکوم می گردد.» نکاح دختر باکره اگر چه به سن بلوغ هم رسیده باشد به موجب ماده ۱۰۴۳ ق.م موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او شده است یعنی دختر باکره در هر سنی برای ازدواج باید اذن و اجازه "ولی" خود را قانوناً اخذ نماید.

از مفهوم ماده ۱۰۴۱ ق.م استنباط می گردد، که "ولی" می تواند برای دختر صغیره و یا پسر صغیر خود نکاح نماید. اما آن را اولاً منوط به اذن "ولی" با رعایت مصلحت مولی علیه دانسته شده، در ثانی مشروط به تشخیص و احراز مصلحت غیر بالغ توسط دادگاه صالح داشته است. پس بنا بر تجویز ماده ۱۰۴۱ ق.م نکاح با

^۱ - سوره بقره (۲)، آیه ۲۳۷.

^۲ - محمد بن حسن، حر عاملی، تفصیل و سائل الشیعه الی مسائل الشریعه، ج ۱۴، باب ۸ از ابواب نکاح، قم، منشورات ذوی القربی، ۱۳۸۷، ص ۵۴۱.

^۳ - اسد الله، لطفی، همان کتاب، ج ۱، به نقل از النهایه، چاپ شده در جوامع الفقهیه، ص ۳۱۶.

ولایت صراحتاً تجویز شده است. یعنی اگر "ولی" با رعایت مصلحت صغیر عقد نکاح را واقع سازد، این عقد نافذ است. و صغیر پس از بلوغ نمی تواند آن را فسخ یا رد کند. اما اگر ولی مصلح صغیر را در این خصوص رعایت نکند، مثلاً دختر را به کمتر از مهر المثل شوهر دهد، یا اینکه با وجود دو خواستگار متفاوت دختر را به کسی شوهر دهد که عرفاً شایسته نیست این ازدواج باطل و به قولی غیر نافذ عنوان شده است.^۱

در این که "ولی" می تواند برای دختر صغیره یا پسر صغیر خود نکاح نماید بین فقها تردید وجود ندارد و فرقی قائل نشده اند که دختر صغیره باکره باشد یا به علتی از علل از قبیل جنایت یا عمل اشتباهی از او ازاله بکارت شده باشد در این خصوص علاوه بر اجماع، روایات زیادی نیز وارد گردیده که از جمله ی آن صحیحہ ی عبد الله بن صلت^۲ است که می گوید از حضرت امام صادق -علیه السلام- سوال کردم در باره ی دختر صغیره ای که پدرش برای او نکاح می کرد، آیا او بعد از بلوغ حق اظهار نظر و اختیار فسخ دارد یا نه؟ آن حضرت فرمود: خیر^۳

به صراحت ماده ۱۰۴۱ ق.م.اقدام "ولی" نسبت به نکاح دختر یا پسر باید در جهت رعایت صلاح و مصلحت آنان باشد و در غیر رعایت صلاح آنان، بعضی از فقهاء عقیده دارند که عقد به صورت فضولی واقع شده و موقوف بر آن است که پسر یا دختر پس از رسیدن به سن قانونی، نکاح را اجازه دهد یا رد نماید. در نتیجه با اجازه عقد صحیح و در صورت رد آن عقد باطل است. گروهی دیگر از فقها اعتقاد دارند که در صورت وقوع عقد برخلاف مصلحت صغار، عقد به کلی باطل است در نتیجه اجازه ی بعدی صغیر موجب صحت عقد نمی شود چنانکه ولی، دختر را به کمتر از مهر المثل شوهر دهد یا "ولی" طفل از نکاح دختر صغیرش با فرد صالح تر خودداری نماید و او را به عقد دیگری در آورد چنین عقدی اصولاً باطل و بلا اثر است.

البته برخی از فقها صحت تزویج پدر و جد پدری و نافذ بودن نکاح آنان را مشروط به عدم مفسده دانسته اند^۴ و مستند فتوای خود راهم پاره ای روایات قرار داده اند از جمله این روایت است که امام صادق -علیه السلام- فرمودند: «اگر جد، دختر پسرش را تزویج کند در حال پدر دختر زنده است و جد هم راضی است این تزویج فعلیت دارد» و نیز روایت عبید بن زراره که نقل کرده است، «به امام صادق -علیه السلام- عرض کردم دختری است که پدرش قصد دارد او را به عقد مردی در آورد ولی جد او مایل است او را به ازدواج مرد دیگری در آورد حضرت فرمود: «جذب پدر اولویت دارد مادامی که ضرر زننده نباشد»^۵

ولیکن همانطور که اشاره گردید نظر مشهور فقها در خصوص تزویج "ولی" رعایت مصلحت است، عدم مفسده کافی نیست. این ادویس حلی نیز قید اعتبار مصلحت در تصرفات "ولی" را مقتضای اصول مذهب

^۱- روح الله، موسوی خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، چاپ سوم، قم، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۹، ص ۸-۶.

^۲- محمد بن حسن، حر عاملی، همان کتاب، ج ۷، باب ۶ از ابواب نکاح، ص ۳۶۱.

^۳- مصطفی، محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده نکاح و انحلال آن، چاپ ۱۵، تهران، نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۷، ص ۴۵-۴۸.

^۴- محمد کاظم، الطباطبایی یزدی، غایه القصوی فی ترجمه عروه الوثقی، ترجمه عباس قمی، ج ۱، چاپ دوم، قم، انتشارات صبح پیروزی، ۱۳۹۰، ص ۳۱۳.

^۵- محمد بن حسن، حر عاملی، همان کتاب، ج ۷، ص ۳۶۷.

دانشسته است. از جمله ادله ای که در اعتبار قید مصلحت به آن استناد می شود آیه شریفه «لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»^۱ است به این استدلال که آیه ی شریفه پدر را شامل نمی شود. زیرا با وجود پدر، فرزند یتیم نخواهد بود لکن اطلاق آیه شامل جدّ نیز می گردد و چون در این زمینه حکم جدّ با پدر یکسان است حکم آیه ی شریفه پدر را نیز شامل می شود.^۲

به طور کلی پس از بررسی کتب فقهی در ابواب مختلف می توان نتیجه گرفت که شرط مصلحت در تصرفات "ولی" نزد بسیاری از فقهاء امر مسلمی می باشد. در صورتی که در اقدام "ولی" به تزویج مولی علیه مصلحت نشده باشد بعضی از فقهاء عقیده دارند که عقد به صورت فضولی واقع شده و موقوف بر آن است که صغیر یا صغیره پس از بلوغ اجازه دهد یا ردّ نماید در صورت اول عقد صحیح و در صورت ردّ باطل است اما گروهی دیگر از فقهاء عقیده دارند در صورتی وقوع عقد بر خلاف مصلحت صغار، عقد بطور کلی باطل است و اجازه ی بعدی صغیر یا صغیره تاثیری در صحت عقد ندارد و موجب نمی شود، مثلاً اگر دختری دو خواستگار داشته باشد و "ولی" کودک از نکاح دختر صغیره اش با فرد صالح تر خودداری نماید و او را به عقد دیگری در آورد این عقد باطل است از تبصره ی ماده ۱۰۴۱ ق.م.هم همین نظر استفاده می شود که صحت عقد مولی علیه را مشروط به رعایت مصلحت از جانب "ولی" نموده است بنا براین در صورت عدم رعایت مصلحت عقد باطل است.^۳

معیار مصلحت در عقد نکاح

قطعاً ازدواجی به مصلحت می باشد که هدف نهایی ازدواج را برای انسان تامین نماید. ازدواج علاوه بر اینکه ضامن بقای نسل انسان می باشد ارضای غریزه ی جنسی را تامین می کند، موجب آرامش، سلامت و امنیت جامعه و مانع انحرافات و لغزش های فردی و اجتماعی و تضمین کننده ی بهداشت جسمی و روانی انسان است. همچنین از نظر قرآن کریم یکی از اهداف ازدواج ایجاد آسایش و آرامش روحی است چنانچه خداوند متعال می فرماید: «هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا»^۴ و در آیه ی دیگر می فرماید: «وَمَنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ»^۵ با توجه به آیات شریفه ی فوق و روایات موجود در این زمینه یکی از مهم ترین اهداف ازدواج ایجاد انس و الفت و آرامش روحی و روانی است گرچه مسائل مالی از قبیل مهریه و نفقه در ازدواج وجود دارد و لیکن آنچه اهداف بالای ازدواج را تشکیل می دهد، علاوه بر بقاء نسل ایجاد الفت، ارضاء غریزه ی جنسی از راه صحیح و پر کردن خلاءهای روحی و عاطفی است با توجه به این واقعیات می توان نتیجه گرفت مصلحت در امر تزویج، رساندن انسان به کمال و اهداف معنوی و روحی فوق است، این معنی با تزویج ولائی حاصل نمی شود. آسایش و آرامش روحی و عاطفی در امر

^۱ -سوره انعام(۶)، آیه ۱۵۲.

^۲ -اسد الله، لطفی، همان کتاب، ج ۱، به نقل از مرتضی، انصاری، مکاسب، ص ۲۹.

^۳ -اسد الله لطفی، همان کتاب، ج ۱، ص ۱۱۳-۱۱۱.

^۴ - سوره اعراف(۷)، آیه ۱۸۹.

^۵ -سوره روم(۳۰)، آیه ۲۱.

ازدواج، زمانی حاصل می شود که دختر و پسر کاملاً به یکدیگر تمایل داشته و عشق و علاقه بین آن ها وجود داشته باشد در غیر این صورت چنین صفا و آرامش و تسکین خاطر، موجب آزردهی خاطر و نهایتاً باعث جدایی و طلاق گردد. از مطالب فوق این نتیجه حاصل می شود که رعایت مصلحت یک مفهوم و معیار نسبی است چرا که اولاً در هر تصرفی معیار خاصی وجود دارد معیار مصلحت در تصرفات مادی، نفع و ضرر مادی و معیار مصلحت در تزویج، فراهم آوردن زمینه های ازدواج سالم و موفق است.

ثانیاً تصرفات بستگی به شرایط زمانی و مکانی و اوضاع و احوال اجتماعی و فرهنگی هر جامعه دارد در گذشته که غالباً پدر خانواده عهده دار انتخاب همسر برای فرزندان بوده است تزویج ولایتی کودکان با رعایت شرایط لازم، برخلاف مصلحت نبوده است. اما امروزه که جوانان در انتخاب همسر استقلال یافته و عواملی از قبیل سطح تحصیلات، اعتقادات، بینش و تفکر فردی و اجتماعی، نوع اشتغال و عوامل دیگر معیارهای عمدهای در همسرگزینی به شمار می روند، اعمال ولایت از جانب پدر یا جد پدری خالی از مفسده نیست به ویژه عقد ازدواج در سن طفولیت غالباً از روی عشق و علاقه و صفا و دوستی نیست، در پاره ای از روایات هم این نکته به گونه ای تایید شده است.

ولایت بر ازدواج دختر بالغه باکره

بر اساس ماده ی ۱۰۴۳ قانون مدنی نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه ی پدر یا جد پدری او است و هر گاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند اجازه ی او ساقط و دختر می تواند با معرفی کامل مردی که می خواهد با او ازدواج کند و شرایط نکاح و مهری که بین آن ها قرار داده شده پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید. در توضیح مطلب فوق می گوئیم: در اینکه پدر و جد پدری بر دختر بالغه ی غیر باکره هیچ گونه ولایتی ندارد بلکه نکاح چنین دختری به اراده ی خود اوست بین فقها تردید و اختلافی وجود ندارد ولیکن در خصوص ولایت پدر و جد پدری در تزویج دختر بالغه ی باکره اختلاف نظر وجود دارد و مهم ترین آن اقوال سه نظریه به شرح زیر است: الف) عدم ولایت، گروهی از قدما و فقها معروف از جمله شیخ طوسی در تبیان، سید مرتضی، ابن ادریس حلی و شهید اول بر این عقیده اند.^۱

ب) بقاء ولایت پدر و جد پدری، نظر شیخ طوسی در النهایه چنین است. ج) تشریک در ولایت، یعنی هم رضایت دختر شرط است و هم رضایت پدر و جد پدری، به طوری که هر کدام بدون رضایت دیگری اقدام به عقد بکنند نفوذ و صحت نکاح منوط به اجازه ی دیگری است که پس از اجازه از حین عقد، صحیح و تنفیذ می گردد. برخی از فقها از قبیل شیخ مفید، ابو صلاح حلبی، شهید ثانی و امام خمینی -رحمت الله علیه- بر این نظر هستند. قانون مدنی هم از این نظریه اخیر تبعیت کرده است تا هم رضایت دختر در انتخاب همسر آینده تامین شود و هم پدر یا جد پدری بتواند از ازدواج نامناسب او جلوگیری نماید و همچنین آینده ای از عشق و تجربه، استحکام نکاح و سعادت دختر را تضمین کند.

^۱ -محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۹، چاپ سوم، تهران، انتشارات اسلامیه، ۱۳۷۴، ص ۱۷۵.

^۲ -مصطفی، محقق داماد، همان کتاب، ص ۵۰.

همانطور که اشاره شد اجازه ی ولی قهری در صورتی شرط نفوذ عقد است که دختر هنوز ازدواج نکرده باشد بنابراین اگر دختری یک بار شوهر کرده و این نکاح پس از زنا شویی به سببی منحل شود دیگر برای بار دوم عقد، نیاز به ولایت پدر یا جد پدری نیست البته در خصوص دختری که ازدواج می کند ولی قبل از نزدیکی، عقد نکاح منحل می شود، برای عقد بعدی نیاز به ولایت پدر یا جد پدری باقی است همچنین است در مورد دختری که بکارت او در اثر عملی غیر از نزدیکی از بین برود ولایت پدر و جد پدری در این مورد هم باقی است حتی ازاله ی بکارت بوسیله ی زنا هم موجب از بین رفتن ولایت پدر و جد پدری بر عقد چنین دختری نمی شود.^۱

این فتوا با ظاهر ماده ی ۱۰۴۳ نیز موافق است هر چند بسیاری از فقهاء معاصر احتمال سقوط ولایت در مورد ازاله ی بکارت با شبهه ویا زنا را چندان بعید ندانسته اند رویه ی قضایی نیز به همین نظر استوار است که گفته اند مشروعیت دخول قبل از عقد، شرط صحت عقد ویا شرط سقوط ولایت پدر نیست بلکه دخول به طور مطلق (مشروع باشد یا نامشروع) سبب سقوط ولایت پدر است.

در مواردی که اجازه ی "ولی" دختر لازم است البته ولی حق ندارد بدون دلیل با ازدواج دختر مخالفت کند رضایت اولیای دختر در صورتی موجه و محترم می باشد که همراه با رعایت مصلحت دختر باشد از نظر اخلاقی هم برای پدری که دخترش برخلاف میل او شوهر کرده است درخواست ابطال آن دشوار است. زیرا بطور معمول ضرر وزیانی که از اعلام بطلان نکاح به دختر می رسد خیلی بیش از ضرر وزیانی است که از ادامه ی آن عقد حاصل می شود لذا پدر ناچار است عمل دختر را تنفیذ نماید. از مفاد بخش آخر ماده ی ۱۰۴۳ هم چنین بر می آید که در این دعوی پدر نیاز به اثبات موجه بودن مخالفت خود دارد و نمی تواند صرفاً به اقتدار پدری و ولایت خود استناد نماید زیرا ولایت با بلوغ دختر در صورت عدم حجر متصل به صغر پایان می پذیرد و اختیار پدر تنها حالت حمایتی دارد و مقید به مصلحت دختر و رفع ضرر از او است.^۲

اذن به نکاح باید خاص و مربوط به ازدواج با شخص معین باشد دادگاه هم نمی تواند اذن عام را صادر نماید زیرا دختر در هر صورت مکلف به تحصیل اذن می باشد چه از سوی پدر یا جد پدری و چه از سوی دادگاه، برخی از حقوقدانان در توجیه این ماده معتقدند: در اجتماع ما تجربه و اطلاعات دختران اغلب کمتر از پسران است و طبیعت نیز احساساتی رقیق تر و عواطفی بیشتر به آنان داده است از این رو دختران ممکن است فریب خورده، دستخوش هوسبازی مردان هرزه و ناپاک شوند یا بدون اندیشه و بررسی کافی بر خلاف مصلحت خود اقدام به ازدواج نامناسب کنند لذا قانونگذار به حمایت از آنان شتافته و اجازه ی پدر یا جد پدری را در مورد نکاح دختری که برای بار اول ازدواج می کند لازم شمرده است.

در فقه امامیه در مبحث نکاح، باکره به دختری گفته می شود که بکارت او از راه مواقعه زائل نگردیده باشد چنانچه بکارت دختری به طریقی غیر از مواقعه از بین برود چنین دختری باکره ویا در حکم باکره محسوب است و منظور از در حکم باکره بودن این قبیل دختران، صرفاً از لحاظ بقاء ولایت پدر یا جد پدری اوست چرا که امکان زوال بکارت ویا ازاله ی آن به طریق وطی ویا غیر وطی محقق خواهد بود ولی زوال بکارتی موجب سقوط ولایت

^۱ - محمد کاظم، الطباطبایی یزدی، همان کتاب، ج ۱، ص ۳۱۲.

^۲ - اسد الله، لطفی، همان کتاب، ج ۱، ص ۱۱۷ و ناصر، کاتوزیان، همان کتاب، ص ۳۱۲.

پدر یا جد پدری خواهد بود که با واقعه محقق گردد. اگر در اثر پرش، ورزش و یا عمل جراحی و مانند آن بکارت دخترى زایل گردد چنین دخترى باکره محسوب و وصف باکره بودن از او سلب نمى گردد دخترى که شوهر نموده ولى به علت عدم نزدیکی بکارت وی زایل نشده باشد هم چنان باکره به شمار آمده و برای ازدواج بعدی مشمول حکم ماده ی ۱۰۴۳ می باشد .

دختری که به طریق شرعی و یا غیر شرعی بکارت او زایل گردد با کره محسوب نگردیده و مشمول حکم ماده ۱۰۴۳ ق.م نمی باشد به چنین دخترى ثبیتى گویند. برخی از فقهاء از ازاله ی بکارت از طریق نزدیکی به شبهه وزنا را موثر در سقوط ولایت پدر و جد پدری نمی دانند بنا براین نظر، چنین زنی را در حکم باکره دانسته و ازدواج او را مستوجب تحصیل اذن پدر و یا جد پدری می دانند ولى قانون مدنى از این نظر تبعیت ننموده است. و دخول مطلقاً سبب سقوط ولایت پدر در امر ازدواج می باشد.

هرگاه "ولى" با وجود خواستگار شایسته و متناسب و هم چنین تمایل متقابل دختر، از دادن اجازه خودداری کند در این صورت اعتبار اجازه از "ولى" ساقط می گردد این عمل را در اصطلاح فقهی عضل گویند که به معنای منع است یعنی منع دختر از ازدواج با همتای که دختر قصد ازدواج با او را دارد.^۱

مضایقه پدر یا جد پدری از دادن اجازه به سه صورت زیر ممکن است اتفاق بیافتد: الف) پدر یا جد پدری بدون بیان علت و به صورت کلی ازدواج را رد می کند. ب) پدر یا جد پدری مستنداً به علل موجه، ازدواج را رد می کند. ج) پدر یا جد پدری هیچ گونه نظری اعم از موافق یا مخالف را اعلام نمی کند.

دختر در هر سه صورت مزبور این حق را دارد که مستنداً به ماده ۱۰۴۳ ق.م به دادگاه صالح جهت اخذ اجازه ازدواج مراجعه نماید به صرف عدم موافقت پدر یا جد پدری بار دلیل اثبات غیر موجه نظریه اعلام شده، متوجه زوجین است و "ولى" در این خصوص مسئولیتی متوجه او نیست چون دختر قصد ازدواج و اخذ اجازه از دادگاه را داشته و در راستای تأمین مقصود خود به دادگاه مراجعه نموده لذا بار دلیل شایسته بودن همتای او و غیر موجه بودن رد ازدواج از سوی "ولى" با اوست برخی معتقدند که "ولى" قهری ناچار است دلایل مخالفت خود را به دادگاه ارائه و نظر خود را توجیه کند باید توجه داشت که: الف) اثبات موجه بودن دلایل رد، بر عهده ی "ولى" نیست بلکه چنانچه پس از انجام امر ازدواج، "ولى" متعرض باشد کافی است که عدم موافقت خود را در دادگاه به اثبات رساند اما اثبات نا موجه بودن عدم موافقت "ولى" بر عهده ی زوجین است.

ب) چنانچه پدری دخترش را در تمامی امور به حال خود و انهداده و او را از هر جهت مختار قرار داده باشد اجازه و رضایت از وی در امر ازدواج لازم نیست. ج) چنانچه پدر یا جد پدری غایب بوده و دسترسی به آنان ممکن نباشد اعتبار اذن آنان ساقط است. د) چنانچه زوجه باکره ی کتابیه باشد و در مذهب وی اذن پدر در امر ازدواج لازم نباشد اجازه ی رضایت ساقط است. ه) بنا بر نظریه ی لزوم اذن "ولى" در صورت ازدواج با دختر باکره، بدون اجازه پدر و یا

^۱ - زین الدین، عاملی، الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیه، حمید مسجد سراپی، ج ۱۶، چاپ سوم، قم، نشر پیام نوآور، ۱۳۹۰، ص ۱۲۵.

جد پدری او مجازات زنا بر زوج مترتب نخواهد بود.^۱ هرگاه دختر بدون رعایت ماده ۱۰۴۳ ق.م.مبادرت به ازدواج نماید پدر یا جد پدری دختر می تواند با ارایه دلایل، دختر خود را از دادگاه صالح بخواهد.

با توجه به ماده ی فوق که نکاح دختر باکره را موقوف به اجازه ی پدر یا جد پدری دانسته این سوال پیش می آید که نفوذ این اجازه به چه ترتیب است؟ آیا رابطه ی بین اجازه ی پدر و جد یک رابطه ی ترتیبی است و یا این رابطه مرکب است یعنی در عرض یکدیگر قرار دارند برای این سوال دو حالت زیر اتفاق می افتد: الف) ولایت در عقد نکاح صغار ب) ولایت در عقد نکاح دختر کبیر باکره

در حالت اول: ولایت پدر و جد پدری ترتیبی نیست بلکه در عرض یکدیگرند یعنی هر کدام زودتر از دیگری به عقد نکاح برای پسر و دختر صغیر اقدام کردند اجازه ی طرف دیگر لازم نیست و در صورتی که هر دو اقدام به این عمل نمودند آن عقد نکاحی که زودتر منعقد شده است صحیح است و اگر هر دو عقد در یک زمان انجام شده بود ولایت جد پدر نسبت به ولایت پدر در اولویت است پس عقد نکاح جد پدری نافذ است و دیگری باطل

در حالت دوم: ولایت در عقد نکاح دختر کبیره ی باکره فرق می کند زیرا ولایت پدر و جد پدری ترتیبی است یعنی در صورت حیات پدر و جد پدری ولایت پدر نسبت به جد پدری در اولویت است و اگر پدر فوت کرده باشد ولایت به جد پدری می رسد البته از مفاد قانون چنین استنباط می شود که تنها اجازه ی یکی از پدر یا جد پدری برای ازدواج کافی است و چنانچه پدر مخالفت کند. ولی جد پدری با ازدواج موافق باشد اجازه ی جد پدری برای انجام عقد نکاح کافی است و بالعکس در این امر که پدر و جد پدری بر بالغه ی غیر باکره، هیچ گونه ولایتی ندارند و نکاح چنین دختری موکول به اراده خود اوست بین فقها تردیدی وجود ندارد. در مورد دختر بالغه ی باکره بین فقها اختلاف نظر وجود دارد دسته ای از فقها بر این عقیده اند که از حین بلوغ ولایت پدر و جد پدری ساقط می شود. و اختیار نکاح مطلقاً در دست خود دختر است پس برای انجام عقد به هیچ عنوان نیازی به اجازه ی پدر و یا جد پدری نیست.^۲ همچنین امام علی - علیه السلام - فرمودند: «همسر دادن پدران بر پسران و دختران اگر بالغ نیستند نافذ است و اگر دختران و پسران بزرگ شدند دیگر اختیاری ندارند.»^۳

اما دسته ای دیگر از فقهاء بر این عقیده اند که ولایت پدر یا جد پدری برای دختر بالغه ی باکره هم چنان وجود دارد و نیز گروهی دیگر از فقهاء قائل به اشتراک ولایت بین دختر و پدر و یا جد پدری می باشد یعنی نه دختر ولایت مستقل دارد و نه پدر به طوری که هر یک می توانند با موافقت دیگری اقدام به عقد نکاح کنند چیزی که مسلم است. هیچ یک از فقهای که معتقد به ولایت پدر یا جد پدری می باشند بطلان عقد نکاح را در فرض رد "ولی" و یا عدم تحصیل رضایت به صراحت اعلام نداشته اند و حتی جدایی در این فرض را با طلاق معتبر دانسته

^۱- محمد حسن، نجفی، همان کتاب، ج ۲۹، ص ۱۷۴.

^۲- محمد حسن، نجفی، همان کتاب، ص ۱۷۴ و محمد بن حسن، حر عاملی، همان کتاب، ج ۶، ص ۱۲۷.

^۳- حسین، برجرودی، منابع فقه شیعه نکاح ۱، احمد اسماعیل تبار، احمد رضا حسینی، مهدی حسینیان قمی، ج ۲۵، چاپ اول، تهران، انتشارات فرهنگ سبز، ۱۳۸۹، ص ۳۲۵.

اند. چنانچه مرحوم آیت الله گلپایگانی در پاسخ از این مسأله نیز مرقوم نموده اند: «احتیاط این است که در ازدواج دختر باکره چه موقت و چه دائم از پدر اذن حاصل شود لکن اگر دختر بالغه ی رشیده بدون اجازه پدر ازدواج نموده صحیح است»^۱

پس می توان نتیجه گرفت که این دسته از فقهاء دختر رشیده ی باکره را مستقل دانسته و تحصیل رضایت را به هیچ وجه لازم ندانسته اند. در ضمن آن دسته از فقهاء که تحصیل رضایت را مطابق با احتیاط اعلام داشته اند کاملاً واضح است اگر تحصیل رضایت مطابق با احتیاط است، حکم به بطلان ازدواج انجام گرفته در فرض فقدان رضایت نیز خلاف احتیاط خواهد بود.

بنابراین رضایت اولیای دختر در صورتی محترم است که با دلایل موجه همراه باشد یعنی به خاطر مصلحت دختر با عقد نکاح او مخالفت شود نه برای ارضای تمایل و نفع خود در ضمن در این دعوی، پدر نیاز به اثبات موجه بودن مخالفت خود دارد و نمی تواند تنها به اقتدار پدری و ولایت خود استناد کند .

بنابراین قانون مدنی برای پیشگیری از مفساد و حل مشکلات و تخصصات و به بن بست نرسیدن روابط اجتماعی با استفاده از اصول و قواعد حاکم بر فقه اسلامی در این گونه موارد مسأله را موقوف به اجازه ی حاکم شرع نموده است همه ی فقهای که اجازه ی "ولی" را در نکاح دختر باکره معتبر دانسته اند اضافه می کنند که اعتبار اجازه ی "ولی" تنها در صورتی است که "ولی" بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه نماید. اما چنان چه "ولی" با وجود خواستگاری شایسته و متناسب و تمایل متقابل دختر، از دادن اجازه خودداری کند در این صورت اعتبار اجازه ی او ساقط می شود.^۲

امتناع ولی از دادن اذن

مطابق ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی، در صورتی که پدر یا جد پدری در محل حاضر نباشند و استیذان از آن ها نیز عادتاً غیر ممکن باشد و دختر نیز احتیاج به ازدواج داشته باشد وی می تواند اقدام به ازدواج نماید. تبصره: ثبت این ازدواج در دفتر خانه منوط به احراز موارد فوق در دادگاه مدنی خاص می باشد پس اگر پدر یا جد پدری دختر غایب باشند امکان اخذ استیذان از آن ها مقدور نباشد. یا اخذ اجازه با مشقت همراه باشد ولایت پدر و جد پدری ساقط و دختر با نظر دادگاه می تواند ازدواج نماید چرا که تا مراتب فوق در دادگاه اثبات نشود اجازه ی ازدواج صادر نخواهد شد به نظر می رسد که این ماده مبتنی بر مبنای فقهی قاعده لا ضرر و قاعده عسر و حرج می باشد چه عدم ازدواج دختر در صورت عدم حضور "ولی" در محل و عدم امکان استیذان از وی و نیاز دختر به ازدواج موجب ضرر و مشقت شدید او خواهد بود به هر حال این نظر که در فقه امامیه نیز سابقه دارد با استقلال حقوقی دختر بالغه رشیده و قایل شدن شخصیت بیشتری برای او سازگارتر است و ماده ۱۰۴۴ ق.م.ج جدیدالتصویب از نظر تصریح به این قاعده بر ماده ی قبلی (مصوب ۱۳۱۳) برتری دارد. ^۳ حذف متن ماده ۱۰۴۴ سابق قانون مدنی موجه به نظر نمی

^۱ -لطیف، راشدی، سعید، راشدی، رساله ی توضیح المسائل نه مرجع، چاپ دوم، تهران، موسسه ی فرهنگی تسنیم،

۱۳۸۶، ص ۱۳۱۵.

^۲ -محمد ابراهیم، قزوینی، حقوق مدنی بررسی فقهی و حقوق خانواده، چاپ اول، تهران، انتشارات راه نوین، ۱۳۹۰، ص ۶۰-۵۵.

^۳ -حسین، صفایی، اسد الله، امامی، مختصر حقوق خانواده، چاپ ۲۱، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۸، ص ۸۲-۸۰.

رسد چه اینکه هنوز قاعده مزبور، رعایت آن برای ازدواج دختر مقبول بوده و در صورتی که تحت قیومیت باشند همانند موردی می ماند که فوت نموده باشند و دختر فاقد ولی قهری تلقی می گردد و با اراده ی خویش می تواند مبادرت به ازدواج نماید. غیررشدیاسفیه کسی است که تصرف امور اموال و حقوقی مالی اش عقلایی نباشد و به همین خاطر ماده ۱۲۰۷ ق.م غیر رشید را در زمره ی محجورین قلمداد نموده است غیر رشید به صورت مستقل وبدون اذن ولی یا قیم خود نمی تواند اعمال مالی و حقوقی خود را انجام دهد.

در اینجا سوالی پیش می آید مبنی بر اینکه آیا غیر رشید می تواند مستقلاً آزادانه ازدواج کند یا در این خصوص به اذن "ولی" یا قیم خود محتاج است قانون مدنی در این خصوص صراحتاً حکمی نداشته و به سکوت برگزار نموده است ولی از مفاد ماده ۱۰۶۴ ق.م که در خصوص صحت نکاح اعلام می دارد عاقد باید عاقل و بالغ و مختار باشد و صحبتی از رشد در صحت نکاح نمی کند شاید بتوان گفت که ازدواج غیر رشید بدون اذن "ولی" یا قیم صحیح ولی غیر نافذ است.^۱

همانطوری که برخی از حقوقدانان نیز چنین اعتقادی دارند چون معتقدند که ازدواج دارای عواقب و آثار مالی از قبیل مهریه، نفقه و سایر هزینه ها بوده و سفیه نمی تواند در این خصوص مستقلاً اقدام نماید و لذا ازدواج باید با اذن ولی و قیم صورت پذیرد در غیر این صورت ازدواج او غیر نافذ خواهد بود همانطوری که برخی از فقهاء و امام خمینی^۲ همین نظر را پذیرفتند.

اما برخی از فقهای اسلامی (حنفی ها) اصل نکاح را از نظر حقوقی، غیر مالی تلقی نموده، مهریه و نفقه و سایر هزینه های مترتب را از آثار نکاح قلمداد می کنند لذا در خصوص ازدواج سفیه آن را مستقلاً صحیح و نافذ می دانند و اما در خصوص تعیین مهریه و سایر مراتب بدون اذن "ولی" و قیم آن را غیر نافذ می دانند در خصوص ازدواج مجنون دائمی، در صورتی که ازدواج در بهبود وضعیت او موثر بوده و برایش ضروری شناخته شود مستنداً به ماده ۸۸ قانون امور حسبی در صورت تجویز پزشک معالج، قیم سفیه با اجازه دادستان می تواند برای مجنون ازدواج نماید و از آنجایی که اگر قیم سفیه این حق را داشته باشد و بتواند برایش ازدواج کند به طریق اولی، ولی قهری یا وصی منصوب از طرف "ولی" سفیه، نیز می تواند برای سفیه ازدواج کند البته باز هم دو شرط (ضرورت ازدواج برای مجنون با نظر پزشک صالح و موافقت دادستان با این امر) می بایست تحصیل شود.

"ولی" یا قیم نمی تواند برای مجنون ادواری عقد نکاح ببندد چون نکاح یک امر شخصی بوده و علی الاصول خود شخص می باید در این خصوص تصمیم گیری نماید بدیهی است مجنون ادواری در مقطعی که حالت جنون ندارد و خودش می تواند راساً نسبت به این امر اقدام نماید همانطوری که ماده ۸۸ قانون امور حسبی در این خصوص اشعار می دارد لیکن خود مجنون در حال افاقه می تواند مستقلاً ازدواج نماید، مشروط به رعایت قسمت اخیر ماده ۱۲۱۳ ق.م است که می گوید: «لکن اعمال حقوقی که مجنون ادواری در حال افاقه می نماید نافذ است مشروط به آنکه افاقه او مسلم باشد»^۳ چنانچه دختری به سن بلوغ و رشد رسیده باشد وبدون اجازه ی "ولی" ازدواج کند به نظر بسیاری از

^۱-علی، جعفر زاده، حقوق مدنی خانواده. نکاح و انحلال آن، چاپ دوم، تهران، انتشارات جاودانه جنگل، ۱۳۹۰، ص ۵۸.

^۲-روح الله، موسوی خمینی، همان کتاب، ص ۲۷۳.

^۳-علی، جعفر زاده، همان کتاب، ص ۶۱-۵۸.

فقهاء این ازدواج غیر نافذ است در صورتی که ولی قهری اجازه دهد نافذ و صحیح می شود از ظاهر ماده ۱۰۴۳ ق.م.هم همین نظر بر می آید و اگر ولی قهری اجازه ندهد عقد باطل است و چنانچه پدر دادخواست ابطال چنین عقدی را به دادگاه بدهد چون اصل به بقاء ولایت است نیازی به آوردن دلیل موجه بودن مخالفت خود ندارد.^۱

حال در فرض عدم حضور پدر وجد پدری می توان حالات زیر را در نظر گرفت:

الف) دسترسی به پدر وجد پدری عادتاً غیر ممکن است. ب) پدر وجد پدری در محل حاضرند اما به علتی تحت قیمومیت می باشند. ج) پدر وجد پدری هر دو در ازدواج اناث از نظر قانونی خلاف اصل است. اما در سه فرض می توان قاعده فقهی لاضرر و لاجرح را مستند فقهی اعتبار ماده ی فوق دانست که طبق این اصول، اعتبار اذن ولی ولزوم آن هر دو ساقط می شود.^۲

ازدواج باکره ی رشیده در صورت حجر پدر وفوت جد پدری

سوال طبق ماده ۱۱۸۲ قانون مدنی اگر طفلی هم پدر و هم جد پدری داشته باشد و یکی از آن ها محجور باشد ولایت قانونی او ساقط می شود در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی مزبور نیز نکاح دختر باکره اگر به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه ی پدر یا جد پدری است با توجه به موارد فوق:

۱- دختر بالغه ی رشیده باکره قصد ازدواج دارد و اگر جد پدری فوت نموده باشد و پدر دختر محجور باشد، آیا راساً می تواند نسبت به ثبت واقعه ی ازدواج اقدام نماید یا نیاز به اذن محکمه دارد؟^۲- چنانچه جواب منفی است با توجه به ماده ۱۱۸۲ پیش گفته اگر قبل از فوت جد پدری حجر پدر ثابت گردد یا بعد از فوت، در مساله تفاوتی وجود دارد یا خیر (بدین توضیح که اگر قبل از فوت باشد ولایت پدر ساقط است و با فوت جد پدری ولایت و حق اذن اعاده می شود)

پاسخ: ۱- مشهور بین فقهاء امامیه ولایت پدر وجد پدری بر نکاح باکره رشیده است بدین معنی که صحت عقد منوط به اذن و رضایت آن هاست این نظریه در ماده ۱۰۴۳ ق.م.ایران نیز پذیرفته شده است. لکن بعضی از فقهاء همچون آیت الله بهجت اذن پدر وجد پدری را شرط صحت نکاح نمی دانند به هر حال این ولایت مشروط به آن است که "ولی" متصف به شروطی باشد چنانچه در کلام صاحب عروه آمده است: «یشترط فی الولیا المذکورین البلوغ، العقل، الحریه و الاسلام اذا کان المولی علیه مسلماً و کذا لا ولایه للاب و الجدمع جنونها و ان جنّ احدهما دون الاخر لولایه ی للاخرو...»^۳ شرط است در ولایت اولیا بلوغ، عقل، و حریت و اسلام در صورتی که مولی علیه مسلم باشد همچنین پدر وجد اگر هر دو فاسد العقل شوند ولایت ندارند و اگر یکی فاسد العقل باشد ولایت با دیگری است. دلیل این مسأله نیز روشن است زیرا هر گاه پدر وجد پدری به دلیل محجور بودن ممنوع از تصرف در امور خود باشند پس به طریق اولی از تصرف در مورد دیگری و اموالش نیز محجورند در روایت فضل بن عبدالملک

۱- اسد الله، لطفی، همان کتاب، ص ۱۲۱.

۲- محمد ابراهیم، قزوینی، همان کتاب، ص ۶۰.

۳- محسن، الطباطبایی الحکیم، همان کتاب، ص ۳۱۵.

از امام صادق - علیه السلام - آمده است که آن حضرت فرمودند: «إِنَّ الْجَدَّ إِذَا زَوَّجَ ابْنَهُ وَكَانَ أَبُوهُ حَيًّا وَكَانَ الْجَدُّ مَرْضِيًّا، جَازٌ» از این روایت فهمیده می شود که ولایت جدمنوط به مرضی بودن اوست و معلوم است که مجنون، مرضی نیست همچنین خود پدر نیز باید به طریق اولی مرضی باشد زیرا جد که ولایتش مقدم بر پدر است هرگاه جواز تصرفش مشروط به مرضی بودن باشد پس پدر به طریق اولی ولایتش مشروط به مرضی بودن است.

در نتیجه ولایت پدر یا جد پدری در صورت جنون ساقط است اما در فرض سوال که جد پدری فوت کرده و پدر دختر محجور است باید گفت که چون بر اساس اصل وقاعده، دختر بالغه ی رشیده در کلیه ی امور مالی و غیر مالی خود استقلال و اهلیت تصرف دارد و لزوم استیذان وی از پدر وجد پدری در امر نکاح خلاف قاعده بوده و مستند به روایات و دلیل خاصی می باشد چرا که (اصل اولی در باب ولایت، عدم ولایت است) لذا در صورت فوت جد پدری و محجوریت پدر، ولایت آن دو ساقط شده و مطابق اصل وقاعده دختر بالغه ی رشیده در تمام تصرفات خود، اعم از نکاح و دیگر تصرفات مستقل بوده و نیازی به اذن محکمه ندارد.

واضح است که در خصوص ولایت اذن پدر وجد پدری نسبت به ازدواج دختر باکره ی رشیده آنچه مانع رعایت مصالح دختر می گردد مجنون بودن "ولی" یا سفیه بودن او در مورد نکاح است نه مفلس بودن یا ور شکسته بودن یا سفیه بودن وی در امور مالی بنابراین هرگاه محجوریتی در شخص باعث سقوط اعتبار اجازه ی او در مورد نکاح دختر باکره رشیده اش نمی شود بلکه فقط محجوریتی که ناشی از جنون یا سفاهت در امر نکاح باشد ولایت اذن او را ساقط می کند اما شرایطی که وجودشان در "ولی" بر نکاح، لازم می باشد عبارت است از بلوغ، عقل، حریت و اسلام (در خصوص موردی که مولی علیه نیز مسلمان باشد) است و شرایطی همچون عدم محجوریت در امور مالی لازم دانسته نشده است.

۲- از توضیحات پیشین معلوم شد که در صورت محجور شدن پدر به دلیل عروض جنون یا سفاهت در امر نکاح، ولایت او بر نکاح دختر باکره ی رشیده اش زایل می شود و در این مساله فرقی بین محجور شدن پدر قبل از فوت جد پدری و بعد از آن نیست بلی اگر جنون پدر ادواری باشد و پدر به حالت افاقه برگردد ولایت او اعاده می شود و لذا اگر باکره ی رشیده در دوره ی افاقه ی پدر تصمیم به ازدواج بگیرد باید از وی کسب اجازه کند اما در صورتی که پدر دچار جنون ادواری شده و پیش از آن که حالت افاقه برای او حاصل شود، دختر باکره ی رشیده اش بخواهد ازدواج کند آیا نیاز به کسب اجازه از پدر دارد؟ پاسخ این سوال مثبت است زیرا برخی از روایات که در خصوص ازدواج باکره رشیده وارد شده که امام صادق - علیه السلام - می فرماید: «الجاریه البکره التي لها الاب لا تتزوج الا باذن ابیها»^۱ بر لزوم استیذان از پدر دلالت می کند و اطلاق این روایات حالتی را که دختر با کمی صبر کردن و حصول حالت افاقه برای پدرش می تواند از او اجازه بگیرد را نیز شامل می شود.

مقصود از ولی

^۱ - جعفر بن حسن، محقق حلی، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، ج ۲، چاپ ۱۵، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۹، ص ۵۱۵.

^۲ - محسن، الطباطبایی الحکیم، همان کتاب، ص ۲۶۶ و محمد بن حسن، حر عاملی، ج ۷، ص ۳۵۷.

"ولی" فردی دارای کمال است که به حکم شرع مقدس بر کسی که اهلیت ناقص دارد و تحت سر پرستی اوست، تسلط دارد تا در امور وی براساس مصلحتش عمل کند منظور از کسی که اهلیت ناقص دارد در اینجا کودک خردسال (نا بالغ)، دیوانه و سفیه _ چه مذکر و چه مونث_ است .

امامیه^۱ معتقد است که ولایت بر کودک و دیوانه ای که دیوانگی اش به بلوغ پیوسته باشد _ چه مذکر و چه مونث_ منحصرأً به عهده ی پدر وجد پدری است اگر آن دو باهم حضور داشته باشند ولایتشان در عرض یکدیگر نافذ خواهد بود یعنی ولایت داشتن جدمنوط به عدم حضور پدرچه به مرگ و چه به از دست دادن صلاحیت ولایت _ نشده است به استناد روایات وارده از اهل بیت علاوه بر پدر وجد پدری، وصی آن دو در بعضی موارد حاکم شرع نیز به عنوان "ولی" فرد ناقص الاهلیه به شمار می روند.

شافعی ها نیز انحصار ولایت را در پدر وجد پدری پذیرفته اند و تنها تفاوت نظر آنان با امامیه آن است که ایشان ولایت جد را در طول ولایت پدر قرار می دهند بدین معنی که در صورت مرگ پدر یا از دست دادن صلاحیت ولایت که موجب سقوط ولایت پدر از نظر شرع میشود جد دارای ولایت می گردد.

حنبللی ها، ابتدا ولایت را از آن پدر می دانند و در باب نکاح وصی پدر را بر جد پدری مقدم می شمارند هر چند مقدسی از فقهای ایشان اصلاً وصی را ذکر نکرده و به استناد روایتی از فقهای ایشان به نام "احمد" ولایت را در نبود پدر، تنها به عهده ی جد پدری گذاشته است. اما در عین حال با نقل روایت دیگر از "احمد" فرزند را مقدم بر جد دانسته است او جایی دیگر و در روایتی دیگر از "احمد" برادر را نیز بر جد پدری مقدم شمرده و بالاخره در روایت چهارم از "احمد" جد پدری و برادر را در یک مرتبه و همسان در ولایت دیده است.^۲ مالکی ها نیز چنان گفته اند و شرطی را اضافه کرده اند که ولایت وصی مشروط به وقتی است که پدر زوج مورد نظر فرد تحت ولایتش را تعیین کرده و در وصیتش به وصی، اجازه ی نکاح او را داده باشد.

به نقل از "ابن قدامه" ولایت جد از نظر "مالک" بعد از پدر معتبر بوده و از وصی نامی نرفته است. در روایتی هم از "مالک" نقل شده است که فرزند بر جد پدری مقدم است.^۳

اما حنفی ها هر چند خویشاوندی پدری درجه ی یک را موجب تحقق ولایت اجباری در همه مراتب دانسته اند اما برای کودک خردسال و هر کس که در حکم اوست ابتدا ولایت پدر را پذیرفته اند و سپس جد پدری را. زیرا درست است که خویشی و قرابت باعث شفقت و مهربانی بر افراد تحت ولایت فرد می شود اما مهربانی پدر وجد پدری به طور طبیعی بیشتر از سایرین است بنابراین عقد پدر وجد پدری الزام آور است و خیار در آن پذیرفتنی نخواهد بود در حالی که عقد سایرین این طور نیست.^۴

^۱ - جعفر بن حسن ، محقق حلی، همان کتاب، ص ۵۱۶ .

^۲ - محمد جعفر، شمس الدین، نکاح و طلاق در مذاهب ۵ گانه، محمد رضا واحدی، چاپ اول، تهران، نشر خرسندی، ۱۳۹۱، به نقل از المغنی و شرح الکبیر، ج ۷، صص ۳۴۶-۳۴۷ .

^۳ - محمد جعفر، شمس الدین، همان کتاب، صص ۷۴-۷۵ .

^۴ - همان .

منظور از "ولی" ولی قهری یعنی پدر وجد پدری است برای افرادی غیر از پدر وجد پدری و هر چه بالاتر رود، مولی، حاکم و وصی ولایتی در خصوص ازدواج وجود ندارد البته ولایت پدر وجد پدری یعنی ولایت قرابت و نسبی بر دختر نابالغ و دیوانه و دختر بالغی که هنوز رشد عقلی ندارد ثابت می باشد و همچنین ولایت پدر وجد پدری در خصوص پسری است که دارای اوصاف مذکور باشد (نابالغ، دیوانه، سفیه) ولی بنا به قول صحیح تر پدر وجد پدری در خصوص ازدواج دوشیزه ای که بالغ ورشید است (باکره) هیچ گونه ولایتی ندارد اما از نظر امام -رحمت الله علیه- احتیاط آن است که دختر بالغه رشیده از پدر یا جد پدری اذن اخذ نماید.^۱

توضیح: در میان فقهای شیعه ابن جنید معتقد بود که مادر وجد مادری نیز در ازدواج فرزند صغیر ولایت دارند.^۲ ابن ابی عقیل نیز معتقد بود که اصلاً ولایتی برای جد پدری در خصوص ازدواج فرزند صغیر وجود ندارد مشهور فقها نیز معتقدند که فقط برای پدر وجد پدری این ولایت وجود دارد.

۲- در خصوص مرتبه و جایگاه ولایت جد پدری، برخی فقها مثل شیخ طوسی معتقدند که ولایت جد پدری مشروط به حیات پدر بوده و با مرگ پدر، جد ولایتی نخواهد داشت در صورتی که فقهای اهل سنت ولایت جد را مشروط به مرگ پدر دانسته اند در این میان مشهور فقهای شیعه ولایت جد را نه بر حیات پدر و نه مرگ او مشروط ندانسته اند.

۳- در خصوص ولایت پدر وجد پدری بر دوشیزه ای که بالغ ورشید است روایات متعدد و متعارضی وارد شده است لذا اختلاف فتوا در این خصوص جدی است شیخ مفید، ابن جنید، سید مرتضی معتقدند اذن پدر لازم نیست عمده استدلال این دسته از فقها عبارت است از: (الف) قرآن آیه «فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»^۳ ب) در میان روایات وارده و تعارض بین آن ها روایات موافق با کتاب ترجیح داده می شوند لذا روایاتی که دختر را در امر ازدواج خود مالک دانسته است، مقبول می گردند. ج) اصل عدم ولایت اشخاص بر یکدیگر یعنی در جایی که در خصوص ولایت شخصی نسبت به دیگری مشکوک باشیم اصل مقتضی عدم ولایت است.

نکته جالب توجه اینکه مرحوم صاحب جواهر قول به سقوط ولایت پدر وجد پدری را به مشهور فقها نسبت می دهد دسته ای دیگر از فقها که علمای معاصر نیز در این دسته قرار می گیرند معتقد به مشارکت پدر وجد پدری و دختر در امر ازدواج می باشند به عبارت دیگر در میان روایات وارده روایاتی هستند که بر اعتبار اذن "ولی" در صحت نکاح دختران باکره دلالت دارند به همین جهت در جمع روایات وارده اینگونه نظر داده اند و اراده هر دو نفر پدر و دختر را لازمی صحت ازدواج دانسته اند. قابل ذکر است که در خصوص ولایت پدر وجد پدری نسبت به دختر نابالغ و یا بالغ غیررشید و همچنین عدم ولایت پدر وجد پدری نسبت به دختر ثیب (یکبار شوهر کرده) بین فقهای شیعه اتفاق نظر وجود دارد امام صادق - علیه السلام - در این باره که آیا می شود برای خواستگاری از زن

^۱ - مختار، صبور ازلیقی، متون فقه ۱، چاپ اول، تهران، نشر مهاجر، ۱۳۸۸، ص ۳۷۱.

^۲ - محمد حسن، نجفی، همان کتاب، ج ۲۹، ص ۱۸۹ و زین الدین، عاملی، همان کتاب، ج ۱۶، ص ۱۱۸.

^۳ - سوره بقره (۲)، آیه ۲۳۲.

بیوه نزد خود او رفت فرمود: زن بیوه صاحب اختیار خویش است می تواند خودش را به ازدواج هر کس که همتای اوست در آورد. پیامبر اکرم -صلی علیه وآله وسلم- نیز فرموده اند: «ولی در مورد زن بیوه اختیاری ندارد»^۱.

۴- با قبول ولایت پدر وجد پدری در ازدواج دختر بالغ رشید مطلبی که باید معلوم شود این است که ملاک اذن پدر چیست آیا ملاک باکره بودن دختر است یا ازدواج نکردن؟ به نظر می رسد ملاک اصلی همان باکره بودن دختر است لذا بسیاری از فقهاء معتقدند در فرضی که بکارت دختر قبل از ازدواج به هر دلیلی زایل شده باشد حتی به سبب زناکردن یا وطی به شبهه در این صورت اذن پدر ساقط می گردد.

۵- ولایت پدر وجد پدری بر فرزند دیوانه زمانی است که جنون او متصل به صغر باشد والا اگر بچه بعد از بلوغ دیوانه شده باشد ولایت پدر او ساقط شده در این صورت حاکم باید برای چنین شخصی قیم تعیین نماید که البته پدر نیز می تواند برای فرزندش بعنوان قیم تعیین شود به این ترتیب حق تزویج او را نیز دارد.

۶- اگر پدری مجنون شود و یا کافر باشد نسبت به فرزند مسلمان خود ولایتی نخواهد داشت همچنین پدر در حالت بیهوشی هیچ گونه ولایتی بر فرزند ندارد و اگر موانع زایل گردند یعنی مثلاً پدر عاقل شود یا از حالت بیهوشی بیرون آید ولایت بالقرا به باز می گردد چرا که مقتضی ولایت که همان ابوت (پدری) بوده است هم چنان باقی است در حالی که در شخص وصی این گونه نیست یعنی اگر وصی ای بواسطه دیوانگی از وصایت خلع شود پس از سلامت روح و روان وصایتش باز نمی گردد.

حاکم ووصی بر دختر وپسری که بالغ شده ولی عقلشان ناقص است ولایت دارند ودر صورتی که ازدواج آن ها به مصلحت باشد وپدر وجد پدری نداشته باشند می توانند آن ها را تزویج نمایند لیکن قول مشهور در این مورد هم بر عدم ولایت وصی است به این استدلال که اصل، عدم ولایت بوده وانتقال ولایت از ولی قهری به وصی نیاز به دلیل دارد که چنین دلیلی در میان نیست .

در نتیجه به حسب این روایات و سوال ها چنانچه عمو یا برادر وامثال آنان برای صغیر اقدام به ازدواج کرده باشند صغیر با رسیدن به سن بلوغ حق دارد ودر صورت عدم رضایت از ازدواج نسبت به فسخ آن اقدام نماید. ودر مورد مادر وجد مادری نیز اکثر قریب به اتفاق اصحاب امامیه بر عدم ولایت عقیده دارند. اما درخصوص ولایت حاکم نسبت به نکاح دختر صغیر یا پسر صغیر میان فقهاء، اختلاف نظر وجود دارد. گروه زیادی که شاید مشهورترند بر عدم ولایت حاکم نظر داده اند اما برخی را عقیده بر این است که حاکم می تواند برای صغیر و صغیره نکاح نماید این نظریه چندان موجه به نظر نمی رسد به همین دلیل فتوای قضایی مطابق نظر مشهور است ودر زمینه ی ولایت وصی بین فقهاء اختلاف نظر شدیدی وجود دارد به موجب یک نظر که مطابق با اعتدال است چنانچه موصی حق اجازه ازدواج صغیر یا صغیره برای وصی را تنصیص کرده باشد اقدام وصی بلا اشکال است در غیر این صورت در این مورد اختیاری نخواهد داشت.

^۱ -حسین، برجردی، همان کتاب، ص ۳۱۵.

^۲ -جعفر بن حسن، محقق حلی، همان کتاب، ص ۵۱۶.

اگر پدر یا جد پدری کودک غیر بالغ تحت ولایت خود -چه پسر وچه دختر- را با بیشتر از مهر المثل یا کمتر از آن به ازدواج در آورد از نظر امامیه در صورتی که نکاح به مصلحت کودک باشد صحیح است و او حتی بعد از بلوغ، نه در عقد و نه در مهر هیچ خیاری ندارد. اما اگر مصلحتی در نکاح آنان نباشد عقد صحیح است. ولیکن براساس قول صحیح تر، تحقق و تعلق محجرتوقف بر اجازه ی کودک بعد از بلوغ است.

درباره ی خیار کودک در نفس عقدنیز نزد امامیه دو نظر وجود دارد که قول قوی تر همان است که ذکر کردیم. البته نظر سوم این است که در هر صورت، نه در عقد و نه در مهر دارای هیچ گونه خیاری نیست لازم بودن عقد با مهر المسمی چه بیشتر از مهر المثل باشد و چه کمتر مجیزی است که حنبلی ها و حنفی ها آن را قبول کرده اند حتی در صورتی که زیادی یا کمی آن نسبت به مهر المثل بسیار زیاد باشد. البته آنان شرط کرده اند که پدر وجد پدری معروف به بی تدبیری، لا ابالی گری و فسق نباشد. دو تن از فقهای حنفی به نام های «ابو یوسف» و «محمد» با این حکم مخالفت کرده اند و معتقدند که عقد منعقد نمی شود مگر آنکه زیادی و کمی مهر المسمی نسبت به مهر المثل در حدی نباشد که مردم به طور معمول از آن مقدار نمی گذرند. زیرا "ولی" باید مصلحت ها را در نظر بگیرند و بدیهی است که عرف مردم، این مقدار از زیادی یا کمی را مصلحت نمی داند.

مالکی ها نیز معتقدند که پدر و وصی او می توانند دختر خرد سال را به ازدواج با هر کسی که خود می خواهند حتی به کمتر از مهر المثل مجبور کنند و او بعد از بلوغ هیچ گونه خیاری برای فسخ عقد نکاح ندارد.

شافعی ها از جمله شرایط تزویج دختر خردسال توسط پدر یا جد پدری را این می دانند که با مهر المثل باشد و حال نه مدت دار، و نیز اینکه مهر با پول رایج محل باشد پس اگر او را با کمتر از مهر المثل یا مهر المثل مدت دار تزویج کند یا مهر از پول رایج نباشد، "ولی" گناه کرده است. اما نکاح با مهر المثل و پول رایج محل صحیح است البته شرط حال بودن مهر و به پول رایج بودن آن، در صورتی است که عرف محل چنان باشد اما قول صحیح تر مبتنی بر جواز مدت دار بودن مهر و به پولی غیر از پول رایج محل است.^۱

احکام دختر خرد سال غیر باکره

شافعی ها و حنفی ها بر آنند که دختر خردسال، آزاد (غیر کنیز) و عاقل اگر باکره نباشد و ازاله ی بکارتش چه با آمیزش حلال یا حرام باشد پدر و هیچ کس دیگری برای تزویج وی ولایتی ندارد.

بنابراین رضایت خودش برای ازدواج شرط است "ولی" تنها می تواند با اجازه ی صریح و کلامی او اقدام به تزویج او کند حتی اگر به خاطر عدم اعتبار اجازه ی وی قبل از بلوغ، بعد از بلوغ این اجازه حاصل می شود. «فرقی» و گروهی از فقهای حنبلی نیز همین قول را پذیرفته اند و تفاوتی بین عدم بکارت وی به وسیله ی آمیزش یا غیر آن قائل نشده اند.

^۱ - محمد جعفر، شمس الدین، همان کتاب، صص ۷۵-۷۶.

«ابوحنیفه» و «مالک» مجبور ساختن وی توسط پدر را جایز می دانند و معتقدند که رضایت دختر صغیره هیچ ارزش و نقشی ندارد و اذن وی فاقد اعتبار است. البته این در صورتی است که بکارت وی بدون وطی یا به وسیله ی زنا زائل شده باشد که در این صورت مانند باکره به حساب می آید. و پدرش همه کاره ی اوست اما فقهای امامیه ولایت پدر و جد را تنها بر صغیره ثابت می دانند، چه بکارت او به وسیله ی وطی حلال یا حرام یا حتی بدون وطی از بین رفته باشد. مبنای ولایت و عدم ولایت پدر بر دختر خردسال، از نظر حنبلی ها و شافعی ها، بکارت یا عدم بکارت اوست در حالی که مبنای این ولایت نزد امامیه، حنفی ها و مالکی ها خردسالی و صغر سن اوست نه بکارت بنابراین به نظر مشهور امامیه، اگر پدر یا جد پدری دختر خردسال غیر باکره ای را به عقد فردی در آورند، حتی پس از بلوغ نیز حق فسخ نکاح را ندارد همانطور که دختر خرد سال باکره چنین حقی را ندارد.

احکام دختر بالغ، باکره و رشیده

فقهاء در مورد ولایت یا عدم ولایت بر دختر باکره ای که بالغه و رشیده است، اختلاف نظر دارند به اعتقاد مالکی، شافعی، حنبلی، و «ابن ابی لیلی» که از فقهای حنفی است ولایت بر چنین دختری ثابت است، زیرا ملاک ولایت بر زن، بکارت اوست نه خرد سالی اش، بنابراین حتی اگر دختر در خانه بماند نیز ولایت "ولی" بر ای او ثابت و برقرار خواهد بود این فتوی به خاطر اصل معتبری نزد آنان است که در باب نکاح، زن هیچ نقش و تاثیری در ایجاد نکاح، چه برای خود و چه به وکالت از دیگری ندارد حتی اگر مؤکل "ولی" خودش باشد.

به نظر ایشان در خانه ماندن و باکره بودن او تنها دلیل ولایت پدر بر اوست و میزان آن تا چهل سالگی و حتی تا شصت سالگی نیز ذکر شده است گروهی از فقهاء معتقدند که نیازی به تعیین این مدت و محدود کردن ولایت پدر به سن و سال خاصی نیست زیرا پدر می تواند دخترش را حتی اگر عمرش به هزار سال هم برسد و ادا به ازدواج کند.

ابوحنیفه و پیروان او درست برعکس این نظراعتقاد دارند و برآنند که هیچ کس بر دختر باکره ی بالغه ی رشیده ولایت ندارد و تنها خود اوست که حق دارد برای خودش تصمیم بگیرد و ازدواج کند اینان معتقدند حتی اگر ولایت را بر او بپذیریم به خاطر استحباب خودداری "ولی" از ازدواج خود سرانه و بدون رضایت "ولی" است بنابراین این ولایت، ولایت مستحبی خواهد بود نه ولایت حتمی و اجباری، این گروه از فقهاء با این حال معتقدند که چنین دختری اگر با غیر کفو (همطراز) یا با مهریه ای کمتر از مهر المثل ازدواج کرد اولیای وی حق اعتراض دارند.

بین فقهاء اختلافی نیست که ولایت پدر و جد پدری به مال دختر منتفی است. اما نسبت به نکاح، استمرار ولایت آنها اختیاری است البته اختلاف یاد شده در جایی است که پدر یا جد پدری، کامل و حاضر باشند اما اگر غایب بوده و یا به واسطه ی جنون یا کفر (در صورت مسلمان بودن دختر) شرط کمال و اهلیت را نداشته باشند بر دختر ولایت نخواهد داشت. نظر مشهور در بین قدما و متأخرین این است که دختر، استقلال داشته و کسی بر او ولایت ندارد از سوی دیگر، از آن جا که روایت موجود برخی استقلال دختر و برخی استقلال پدر را مطرح می کنند جمع دلالتی بین آن ها که اذن دختر و پدر را لازم بدانیم همان گونه که مضمون برخی روایت هاست، امکان پذیر نیست. زیرا

^۱ - محسن، الطباطبایی الحکیم، همان کتاب، ص ۲۷۰.

هریک از روایات دیگری را نفع می کند پس به ناچار باید به مرجحات که عبارت اند از: شهرت، موافقت با کتاب الله و مخالفت با عامه رجوع کنیم. و نتیجه آن همان قول مشهور، یعنی استقلال دختر باکره ی بالغه ی رشیده در ازدواج است حکم یاد شده حکم اولی است یعنی حکمی که با قطع نظر از عوارض صادر می گردد اما فقهاء توجه داشته اند که در زمان و مکان، سبب بیان حکم، ثانوی می گردد.

صاحب جواهر که به خوبی متوجه این لوازم بوده است اول بیان می کند مستحب است دختر اختیار "ولی" خود را بر انتخاب خود ترجیح دهد. و بعد از آن می گوید بلکه چه بسا به دلیل عوارض ازدواج او، بدون اذن "ولی" حرام باشد.^۱

پیدایی عشق های دروغین، به خطر افتادن آینده ی دختران، کم شدن رغبت نسبت به ازدواج، تقاضای ازدواج موقت، ازدیاد عوامل تحریک جنسی، روابط مخفیانه، سو استفاده مردان شهوت ران، از دست دادن پشتیبان در زندگی، اهانت و عدم احترام به والدین عوارضی هستند که موجب توجه فقهاء به حکم ثانوی ازدواج دختر باکره ی بالغه ی رشیده شده اند لذا قائل به تشریح، یعنی لزوم اذن دختر به همراه "ولی" او شده و آنرا با مصلحت دختر موافق دانسته اند. اتفاقاً در روایات متعددی نیز از ازدواج موقت با دختر باکره بدون اذن پدر، منع شده است. ^۲ و همانگونه که روشن است در مفسد ذکر شده تفاوتی میان ازدواج دائم و موقت نیست ممکن است این توهم ایجاد شود که مفسد یاد شده در مورد برخی از دختران بالغه ی رشیده که تحصیلات عالی داشته و به مصالح خود به خوبی واقف اند صدق نمی کند.

از این رو افراد یاد شده شامل این حکم ثانوی نمی گردند لذا لازم است آنها را استثنا کنیم؟ در پاسخ می گوئیم که احکام شرعی مانند سایر قوانین عرفی و اجتماعی بسته به افراد نبوده و ملاک موجود در آنها فراگیر نیست بلکه ملاک غالب افراد را در بر می گیرد از طرف دیگر چنین استثنایی قانون را به ابتدال می کشاند چه هر فرد خود را مصداق قانون استثنا می داند و اصل قانون زیر سوال می رود از این رو فقیهان آشنا به زمان حتی در مورد دختر باکره ی بالغه ی رشیده ی یتیم، مشورت با اقوام بزرگ و با تجربه و در صورت فقدان آن ها مشورت با حاکم شرع را لازم دانسته اند. بنابراین حکم اولی در مورد ازدواج دختر باکره ی بالغه ی رشیده چه ازدواج دائم یا موقت استقلال وی است و با توجه به عناوین ثانویه مذکور، فقیه یا به طور قطع و یا به گونه ی احتیاط واجب اذن "ولی" و جلب نظر او را لازم می داند.^۳

فقهای امامیه نیز با استناد به آیات قرآن و روایات وارد شده از امامان اهل بیت نظرات گوناگونی دارند که مهم ترین آنها سه نظر زیر است:

^۱ - محمد حسن، نجفی، همان کتاب، ص ۱۸۳.

^۲ - محمد بن حسن، حر عاملی، صص ۴۶۰-۴۵۹.

^۳ - علی، تولایی، نگرشی تاریخی بر جایگاه مصلحت در فقه امامیه، چاپ اول، قم، موسسه بوستان کتاب (مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه) ۱۳۹۱، ص ۱۵۲-۱۵۰.

الف) هر گونه ولایتی از اوساقت است و تنها خود او بر امور خویش ولایت دارد بنا براین اگر پدر یا جد پدری او را به ازدواج دیگری در آورد جز با رضایت وی نافذ نخواهد بود^۱ این نظر مشهور فقهای امامیه است و حتی سید مرتضی ادعای اجماع بر آن کرده است. ب) با وجود پدر و جد پدری، ولایت آنان نافذ است و خود دختر کاره ای نیست. ج) دختر و پدر و جد پدری در ولایت سهیم هستند یعنی او به تنهایی و بدون رضایت "ولی" نمی تواند ازدواج کند و "ولی" هم بدون رضایت او نمی تواند او را به ازدواج کسی در آورد.^۲

تزام حق پدر و جد پدری

ولایت پدر و جد پدری در مورد ازدواج پسر صغیر و یا دختر ضغیره با فرض حیات دو نفر به صورت ترتیبی (طولی) نبوده بلکه در عرض یکدیگر تلقی می گردد بنا براین هر یک از پدر و یا جد پدری می توانند بدون اخذ موافقت دیگری مبادرت به ازدواج دختر خود نمایند و چنانچه هر یک جداگانه به ازدواج دختر مبادرت ورزند ازدواجی که زودتر محقق گردیده، موثر و صحیح بوده و ازدواج ثانوی بلا اثر خواهد بود.

اما در صورت وقوع دو ازدواج توسط پدر و جد پدری هم زمان، از منظر حقوقدانان به ترتیب ازدواج، یعنی نکاح پدر بر جد پدری ترجیح داده می شود و ازدواج پدر را موثر می دانند. ولی فقهاء برعکس، اقدام جد پدری را موثر و ازدواج پدر را بلا اثر می شناسند. به نظر مولف نیز ازدواج پدر باید موثر شناخته شود آن هم به واسطه نزدیکتر بودن و مسئولیت مستقیم تر پدر و دقیقاً به همین خاطر است که از منطوق قانون عنوان پدر را مقدم بر جد پدری ذکر کرده اند و در عمل نیز اغلب دختران با پدر خود زندگی می کنند نه با جد پدری، در نتیجه پدر به مصالح دختر و روحمیات، نیاز مندی ها و عقاید وی آگاه تر به نظر می رسد لذا گزینش و موافقت پدر می تواند مصالح و منافع بیشتری را برای دختر در بر داشته باشد.^۳

تزام به معنای تعارض بین نظر پدر و جد، جز در مذهب فقهای امامیه پیش نمی آید زیرا اینان بر خلاف نظر فقهای سایر مذاهب، پدر و جد پدری را از نظر ولایت در یک مرتبه قرار داده اند و برای هر یک از آنان به طور انحصاری و جداگانه حق ولایت قائل اند. بنا براین اگر پدری، دخترش را به ازدواج مردی در آورد و در همان زمان، جد پدری نیز او را به مرد دیگری تزویج کند به اعتقاد امامیه عقد متقدم، یعنی عقدی که زودتر انجام شده است مورد قبول و تحقق یافته به حساب می آید و عقد دوم باطل است. اما اگر هر دو عقد در یک زمان انجام شود به اجماع علما عقد جد مقدم شمرده می شود و عقد پدر فاقد اعتبار خواهد بود. فقهای امامیه در این باره به روایات صحیح و موثقی استناد کرده اند که از امامان اهل بیت - علیه السلام - روایت شده است^۴ آنان اتفاق نظر دارند که هرگاه جد پدری برای دختر فرزندش همسری را انتخاب کند و پدر آن دختر (فرزند جد) به ازدواج دخترش با فرد دیگری رغبت داشته باشد آن کس که مورد تمایل و خواست جد است بر فرد مورد نظر پدر مقدم است.

۱- محسن، الطباطبایی الحکیم، همان کتاب، ص ۲۷۵.

۲- محمد جعفر، شمس الدین، همان کتاب، ص ۸۴-۸۲.

۳- مصطفی، محقق داماد، همان کتاب، ص ۶۰.

۴- محمد بن حسن، حر عاملی، همان کتاب، ج ۲۰، ص ۳۶۷.

این فتوا به استناد بعضی از احادیث صحیح و موثق وارده از امامان اهل بیت -علیه السلام- از سوی فقهای امامیه صادر شده است امام صادق -علیه السلام- فرموده اند: «اگر پدر و پدر بزرگ هر کدام دختر را شوهر بدهند تزویج آن کس که زودتر شوهر داده است تمام است و اگر این دو باهم در یک زمان شوهر دهند پدر بزرگ سزاوار تر است (تزویج پدر بزرگ مقدم است)»^۱ شاید دلیل مقدم داشتن جد بر پدر، این باشد که جد، در زمان کودکی پدر، بر او ولایت داشته است در حالی که پدر، هرگز از ولایت بر جد برخوردار نبوده است.

ضمن آنکه بعضی از روایات وارده از پیامبر و امامان اهل بیت -علیه السلام- به صراحت بیان کرده است که فرزند و اموال او از آن پدر هستند یکی از فرع های این موضوع، جایی است که زنی به دو برادر خود وکالت داده باشد تا او را به ازدواج فرد دلخواه خود در آورند اگر هر دو برادر به اقتضای وکالت خود، او را به ازدواج دو مرد در آورند از نظر امامیه، حنبلی ها، شافعی ها و اصحاب رای آن ازدواجی صحیح است که جلوتر از دیگری صورت گرفته باشد. زیرا با تحقق عقد اول، زن صاحب همسر شده و بعد از آن دیگر زمینه ای برای حصول عقد جدیدی وجود ندارد و بدین جهت عقد نکاح دوم لغو و باطل به حساب می آید. مالکی ها نیز همین نظر را پذیرفته اند. البته به شرط آنکه همسر دوم با وی آمیزش نکرده و دخولی صورت نگرفته باشد. استناد آنان به روایتی از «عمر» با این مضمون است که اگر دخول، توسط همسر دوم صورت گرفته باشد، اولویت با اوست دلیل دیگر این فتوا این است که همسر دوم پس از عقد، همسرش را تحویل گرفته است و شایسته تر به زوجیت اوست اما طرفداران نظر اول، از جمله امامیه معتقدند که در صورت دخول فرد دوم، واجب است بین آنان جدایی ایجاد شود و اگر از وی حامله شده باشد فرزند با او ملحق است و بنا بر رأی بیشتر فقهاء مهر المثل به او متعین می شود.

اما اگر هر دو عقد انجام شد و مشخص نبود کدام عقد، زودتر صورت پذیرفته است چنانچه تاریخ یکی از آن ها روشن بود و ما قائل باشیم که عقد با تاریخ مجهول، متاخر از عقد با تاریخ معلوم باشد، به نفع عقد با تاریخ معلوم رأی می دهیم و گرنه یا باید به قرعه متوسل شد یا اینکه حاکم شرع نکاح را فسخ کند و یا هر دو را به طلاق و ادار سازد و شاید راه دوم درست تر باشد. قول قوی تر آنچنان که بعضی از فقها گفته اند رجوع به قرعه است روی آوردن به قرعه در این مورد منسوب به امام «احمد» در یکی از دو قول اوست اما «مالک» و «شافعی» و «احمد» در قول دیگر قائل به فسخ نکاح توسط حاکم شده اند «علامه» از فقهای امامیه نیز به قدرت این رأی نظر داده است.^۲

^۱- همان، ص ۲۹۱.

^۲- محمد جعفر، شمس الدین، همان کتاب، ص ۹۱-۸۸.

در این مقاله به این نتیجه رسیده ایم که فقهای شیعه و سنی ولایت را از آن پدر وجد پدری، برخی از آنها حاکم و قیم و برخی ولایت جد مادری را در باره دختر را پذیرفته اند. همچنین استقلال یا عدم اختیار بالغه باکره و دختر غیر باکره خرد سال را که یکی از جنجال برانگیزترین مطالب در عرصه فقه و حقوق است را مطرح نموده و به نقد و بررسی و دلایل هر کدام پرداخته اند. امامیه معتقد است که ولایت منحصرأً به عهده ی پدر وجد پدری است اگر آن دو باهم حضور داشته باشند ولایتشان در عرض یکدیگر نافذ خواهد بود بعضی از فقهای ایشان مادر وجد مادری را در ازدواج فرزند معتبر می دانند اما شافعی ها تنها اختلافی که با امامیه دارند این است که آن ها ولایت جد را در طول ولایت پدر قرار می دهند حنبلی ها نیز ابتدا ولایت را از آن پدر می دانند و در باب نکاح وصی پدر را بر جد پدری مقدم می شمارند هر چند بعضی از فقهای ایشان نظر مخالف را ذکر کرده اند. مالکی ها هم ولایت وصی را مشروط به وقتی می دانند که پدر زوج در وصیتش به وصی، اجازه ی نکاح او را داده باشد. اما حنفی ها ابتدا ولایت پدر و سپس جد پدری را پذیرفته اند. فقها در مورد ولایت یا عدم بر دختر باکره ای که رشیده و بالغه است اختلاف نظر دارند به اعتقاد مالکی، شافعی، و حنبلی ولایت بر چنین دختری ثابت است ابو حنیفه و پیروان او درست برعکس این نظر اعتقاد دارند و فقهای امامیه نظرات گوناگونی دارند که مهم ترین آن ها سه نظریه زیر است: الف- استقلال دختر به طور مطلق ب- عدم اختیار به طور مطلق ج- تشریک در ولایت که بسیاری از فقهای قدیم و جدید به این ره رفته اند و قانون مدنی جمهوری اسلامی نیز این نظریه را پذیرفته است.

اما در مورد ازدواج دختر غیر باکره به طور کلی چه خردسال باشد و چه رشیده استقلال دختر را نظر داده اند.

فهرست منابع

* قرآن

- ۱- امامی، اسد الله، حسین، صفایی، مختصر حقوق خانواده، چاپ ۲۱، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۸.
- ۲- برجدی، حسین، منابع فقه شیعه نکاح ۱، احمد اسماعیل تبار، احمد رضا حسینی، مهدی حسینیان قمی، ج ۲۵، چاپ اول، تهران، انتشارات فرهنگ سبز، ۱۳۸۹.
- ۳- تولایی، علی، نگرشی تاریخی بر جایگاه مصلحت در فقه امامیه، چاپ اول، قم، موسسه بوستان کتاب (مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه) ۱۳۹۱.
- ۴- جعفر زاده، علی، حقوق مدنی خانواده نکاح و انحلال آن، چاپ دوم، تهران، انتشارات جاودانه جنگل، ۱۳۹۰.
- ۵- حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل و سائل الشیعه الی مسائل الشریعه، ج ۷، باب ۶ از ابواب نکاح، قم، منشورات ذوی القربی، ۱۳۸۷.
- ۶- راشدی، لطیف، سعید، راشدی، رساله توضیح المسائل (نه مرجع)، چاپ دوم، تهران، موسسه فرهنگی تسنیم، ۱۳۸۶.
- ۷- شمس الدین، محمد جعفر، نکاح و طلاق در مذاهب ۵ گانه، محمد رضا واحدی، چاپ اول، تهران، نشر خرسندی، ۱۳۹۱.
- ۸- صبور ازلیقی، مختار، متون فقه ۱، چاپ اول، تهران، نشر مهاجر، ۱۳۸۸.
- ۹- الطباطبایی الحکیم، محسن، مستمسک العروه الوثقی، ج ۱۳، چاپ سوم، قم، نشر دار الهدی، ۱۳۸۹.
- ۱۰- الطباطبایی یزدی، محمد کاظم، غایه القصوی فی ترجمه عروه الوثقی، ترجمه عباس قمی، ج ۱، چاپ دوم، قم، انتشارات صبح پیروزی، ۱۳۹۰.
- ۱۱- عاملی، زین الدین، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، حمید مسجد سرایی، ج ۱۶، چاپ سوم، قم، نشر پیام نوآور، ۱۳۹۰.
- ۱۲- قزوینی، محمد ابراهیم، حقوق مدنی بررسی فقهی و حقوق خانواده، چاپ اول، تهران، انتشارات راه نوین، ۱۳۹۰.
- ۱۳- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، چاپ اول، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۵.

- ۱۴- لطفی، اسد الله، حقوق خانواده، ج ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۲.
- ۱۵- موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، ج ۲، چاپ سوم، قم، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی
- ۱۶- محقق داماد، مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده نکاح و انحلال آن، چاپ ۱۵، تهران، نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۷.
- ۱۷- محقق حلی، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، ج ۱ و ۲، چاپ ۱۵، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۹.
- ۱۸- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۹، چاپ سوم، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۴.