

بسمه تعالی

اذن ولی در ازدواج دختر باکره

نویسنده: حسین حسینی ساطحی کارشناس ارشد حقوق خصوصی^۱

چکیده

این پژوهش قصد دارد اذن ولی در نکاح از دیدگاه فقهای امامیه و حقوق ایران بررسی کرده و با کنکاش در مفاهیم الفاظی مانند اذن، اجازه، باکره ولی و ولایت این مسئله را به تفصیل مورد بحث قرار دهد. شاید ازدواج دختر بالغه باکره با اذن پدر یا جدپدری باعث گردد افرادی گمان کنند؛ اسلام دختر بالغه باکره را محجور شمرده و او را نیازمند به اذن ولی میدانند لیکن چنین نمی‌باشد و هدف از اذن این است که از علم و تجربه پدر و جدپدری استفاده نماید تا در آینده زندگی موفق‌تری داشته باشد. در قانون مدنی، ماده ۱۰۴۳ ازدواج دختر بالغ را موقوف به اذن ولی می‌داند که البته تغییراتی در این ماده قانونی نسبت به ماده قانونی سابق انجام شده است. موضوع این پژوهش، از دیدگاه فقهی به طور مختصر بررسی شد و اقوال فقها در سه دسته کلی بیان گردیده است.

۱- نظر استقلال دختر بالغ در ازدواج ۲- نظریه استمرار ولایت پدر یا جدپدری دختر بالغ در ازدواج ۳- نظریه تشریک. ادله هر کدام از این نظرات اعم از کتاب، سنت، اجماع و عقل مورد بررسی قرار گرفته و نظریه سوم به لحاظ برتری آن بر دو نظر دیگر، ترجیح داده شده.

کلیدواژه ها: اذن، اجازه، باکره ولی و ولایت

^۱ - پرسنل رسمی ناجا تلفن تماس ۰۹۱۳۶۷۳۸۶۳۰

مقدمه:

یکی از مسائل قابل توجهی که در زمینه حقوق و آزادیهای زنان مطرح است، موضوع حق انتخاب همسر و شریک زندگی است. گفته می شود، کرامت و شخصیت زن، به عنوان یک موجود انسانی، همانند مرد اقتضاء می کند که در حق انتخاب زوج و همسر، همانند مرد آزادی کامل داشته باشد و در این راه اراده دیگری بر او تحمیل نشود، یعنی نه ناخواسته زوجی را بر او تحمیل نمایند، و نه اراده دیگری مانع تحقق انتخاب همسر برای او بشود، همان سان که برای مرد، قانوناً، این ترتیب وجود دارد. تبعیض و تفاوتی که از این حیث در جوامع مختلف بین زن و مرد وجود داشت و تحمیل هایی که در انتخاب همسر بر روی زن اعمال میگردید یا موانع و محدودیت هایی که از این حیث در مورد او اجراء می شد، مدافعین ارتقاء حقوق زن و طرفداران تساوی حقوق زن و مرد را بر آن داشت که به طرق مختلف این آزادی را برای زنان تثبیت و تساوی آنان را با مردان در این خصوص تأمین نمایند، در نتیجه این حق جزء قواعد مربوط به رعایت حقوق بشر زنان در اسناد مختلف بین المللی حقوق بشر، گنجانده شد.

از این رو در ماده ۱۶ اعلامیه حقوق بشر، از تساوی حقوق زن و مرد برای انجام ازدواج و تحقق نکاح با رضایت کامل خود زوجین سخن رفته است.

ماده مزبور مقرر می دارد:

"۱- هر زن و مرد بالغی حق دارند بدون هیچگونه محدودیت از نظر نژاد، ملیت و تابعیت یا مذهب با همدیگر زناشویی کنند و تشکیل خانواده دهند. در تمام مدت زناشویی و هنگام انحلال آن، زن و شوهر در کلیه امور مربوط به ازدواج، دارای حقوق مساوی می باشند.

۲- ازدواج باید با رضایت کامل و آزادانه زن و مرد واقع شود.

۳- خانواده رکن طبیعی و اساسی اجتماع است و حق دارد از حمایت جامعه و دولت بهره مند شود."

همین مضمون در ماده ۲۳ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی که مقرراتش لازم الاجراست به چشم می خورد. کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان نیز به این موضوع پرداخته و بند ب ماده ۱۶ بر حق مساوی زن و مرد، در انتخاب همسر و انجام ازدواج فقط با اراده و رضایت آزاد و کامل خود آنها، تصریح و تأکید دارد. کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان در ۱۸ دسامبر ۱۹۷۹ از سوی مجمع عمومی سازمان ملل متحد به تصویب رسید و تاکنون بیش از ۱۶۰ کشور به آن پیوست. ایران هنوز آن را تصویب نکرده است. ماده ۱۶ کنوانسیون که مربوط به تساوی زن و مرد در امور مربوط به زناشویی و خانوادگی است و نسبتاً مفصل است مقرر می دارد:

دولتهای عضو باید کلیه اقدامات مناسب را جهت محو تبعیض علیه زنان در کلیه امور مربوط به ازدواج و روابط خانوادگی انجام دهند و مخصوصاً بر مبنای تساوی زن و مرد امور زیر را تضمین نمایند:

الف: حق مساوی برای انعقاد ازدواج

ب: حق انتخاب آزادانه همسر و انعقاد ازدواج فقط با رضایت کامل و آزادانه زوجین. (مهر پور، ۱۳۷۷)

۱- مفهوم و ماهیت اذن

۲- مفهوم اذن

مساله اذن و آثار حقوقی آن در حقوق مدنی، از اهمیت ویژه ای برخوردار است. نظری اجمالی به قانون مدنی و ابواب مختلف فقه امامیه این حقیقت را آشکار می سازد که اذن در روابط حقوقی و اجتماعی افراد نقش بسزایی دارد.

در حقوق خانواده نیز نقش و اهمیت اذن به وضوح در جای جای مواد قانون مدنی و ابواب فقه دیده می شود. اعتبار اذن ولی در نکاح دختر یا پسر صغیره و نیز در نکاح باکره به شرط بودن اذن زن در نکاح شوهر با برادر زاده یا خواهر زاده و نیز موقوف بودن ازدواج زن ایرانی با تبعه خارج، بر اذن دولت از جمله این موارد است.

۳- مفهوم لغوی اذن

الف: اعلام: چنانکه قرآن می فرماید: فأذنوا بحرب من الله ورسوله. (بقره ۲ آیه ۲۷۹). "آگاه باشید به جنگ خدا و رسول او بر خاسته اید."

ب: اباحه و رخصت: چنان که در آیه: فانكحوهن بإذن اهلهن (نساء آیه ۲۴)؛ "پس با کنیزان مؤمنه با اذن مالکانشان ازدواج کنید"

ج: امر و فرمان: مثلاً در آیه أنزله علی قلبک باذن الله (بقره آیه ۹۷)؛ "او به فرمان خدا قرآن را بر قلب پاک تو نازل کرده است."

عبدالنبی احمد نگری صاحب کتاب "جامع العلوم فی اصطلاحات الفنون" می گوید:

"اذن به کسر الف، در لغت به معنای مطلق اعلام است و از همین ریشه است و از همین ریشه است اذان به

فتح الف" (نگری، عبدالحسین الاحمد، ۱۳۹۵ ق، ج ۱، ص ۸)

فیروز آبادی می نویسد: "اذن بالشی مانند سمع است، اذانا و اذانه به معنای علم به چیزی است، فاذنوا بحرب

یعنی درباره جنگ آگاه باشید" (فیروز آبادی، ۱۳۵۶ ق، ج ۴، ص ۱۹۵) راغب اصفهانی می گوید: "استاذنه

یعنی سؤال کردن اذن (اذن گرفتن) و به همین معناست. اذن دخول گرفتن و استیذان یعنی اذن طلب کردن

"(الراغب الاصفهانی، بی تا، ص ۱۴).

۴- مفهوم اصطلاحی اذن

الف: اذن، برطرف نمودن مانعی است که قانونگذار برای آن اثری مترتب می کند. (انه فك الحجر مما رتب عليه شارع حكما شرعيا ما يعده من الاسباب الشرعية (جمال عبد الناصر، بی تا، ج، ۴، ص ۲۲۲)

ب: اذن، رخصت دادن و برداشتن مانع یا اعلام رضایت به آن است. (الاذن حقيقة الترخيص و ارخاء العنان اظهار الرضا به (غروی اصفهانی، بی تا، ج ۱، ص ۱۳۱)

ج: اذن: برطرف نمودن منع و حجری می باشد که معلول رقیب یا صغر سن است و باعث ساقط شدن حق می گردد. (محمد بن محمد ابومسعود، بی تا، ج ۳، ص ۲۹۹)

با توجه به بیان معانی اذن در لغت و عبارت های فقهی و حقوقی، می توان اذن را اینگونه تعریف نمود:

"انشای رضایت مقنن یا صاحب حقی و یا قائم مقام او به یک یا چند نفر معین یا اشخاص غیر معین، برای انجام دادن یک عمل حقوقی یا تصرف خارجی" (فصیحی زاده، ۱۳۷۷ ش، ص ۲۶)

ملاحظه میشود که در تعریف مذکور هم اذن قانونی و هم اذن اشخاص را در بر گرفته است در حالیکه بعضی از تعاریف، مانند "اذن عبارت است اختیار دادن به دیگری در انجام فعلی است که بدون آن اختیار، صدور فعل از او برخلاف قانون می باشد."

فقط اذن قانونی را شامل میشود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۶ ش، ص ۱۶۶)

۵- ماهیت حقوقی اذن

ماهیت اذن چیست؟ آیا یک عمل حقوقی است یا یک واقعه حقوقی؟
در این باره دو نظریه وجود دارد:

۱- اذن در خارج، عمل حقوقی ایجاد نمی کند، بلکه مانند شهادت و اقرار یک واقعه حقوقی است و مانع قانونی را مرتفع می کند. (همان) جعفری لنگرودی می گوید: "عمل حقوقی، دارای معنای وسیع تری است که در اینجا مقصود نیست. در معنای عام، عمل حقوقی به هر عملی اطلاق می شود که از روی قصد بوده و دارای اثر حقوقی باشد، اعم از آنکه قصد مزبور انشاء باشد مانند قصد بایع و مشتری در قصد بیع یا نباشد مانند قصد اقرار کننده در هنگام اقرار". (همان)

دکتر امامی و محقق اصفهانی (غروی اصفهانی) نیز این نظر را دارند و احمد صدر حاج سید جوادی آن را در کتاب دایره المعارف تشیع نقل کرده است (محقق اصفهانی، محمد حسین غروی اصفهانی، بی تا، ج ۱، ص ۱۷۷. دکتر امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۰۸، احمد صدر حاج سید جوادی، دایره المعارف تشیع، ج ۲، ص ۴۶)

۲- اذن یعنی انشاء یک اباحه برای طرف مقابل. اذن مانع از تصرف را بر میدارد و دارای اثر است و اثرش آنست که دیگران می توانند تصرف نمایند، بنابراین اذن یک عمل حقوقی است نه صرفا یک واقعه حقوقی و تا زمانی

که اذن دهنده از اذن خود برنگردد، ماذون حق تصرف شیء اذن داده شده را دارد. امام خمینی (ره) و محمد جواد مغنیه و غیره قائل به این نظریه اند. محقق خوانساری در این رابطه می نویسد: «والاذن من الایقات لایحتاج الی القبول» (قدیری ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص ۲۳۹)

۶- مفهوم ولایت و ولی

۷- مفهوم ولایت

یکی از واژه‌های مستعمل در قرآن و احادیث، واژه ولایت و مشتقات آن است. طبق بیان راغب، واژه «ولی» در زبان عربی آنگاه معنا پیدا می‌کند که دو چیز به گونه‌ای در کنار هم قرار گیرند و به هم بچسبند و پیوند خورند که هیچ امر سوم بیگانه با آن دو میانشان را از هم نگسلد و پیوندشان را بر هم نزند. بنابراین ولایت به معنای نزدیکی و قرابت است.

۸- مفهوم لغوی

درباره ریشه این واژه می‌توان گفت که چون توجه انسان‌ها به امور محسوس پیرامون خود، زودتر معطوف می‌شود، بشر، به هم پیوستگی و اتصال را ابتدا در امور محسوس تجربه کرده و برای آن واژه «ولا» و «توالی» را قرار داد کرده و سپس با توسعه این مفهوم محسوس آن را در امور غیر مادی و نامحسوس، مانند محبت و نصرت و تدبیر و هر جا که نوعی قربت و پیوند حضور داشته باشد، در قالب استعاره به کار برده است و این پیوند و قرابت است که موجب می‌شود، نوعی حق تصرف و مالکیت تدبیری میان دو طرفی که با هم پیوند خورده اند، پدید آید و کسانی که از گردونه پیوند خارج اند، دارای چنین اولویت و حق تصرفی نباشند.

از این رو «مالکیت در تدبیر، تکفل در امور، عهده دار شدن احکام و سائل مولی علیه، لازمه و نتیجه حاصله از ولایت است، نه اصل حقیقت و معنای مطابقی آن»

بنابراین هر جا که لفظ ولایت و غیر آن را یافتیم و قرینه‌ای به خصوص نبود که دلالت بر خصوص یکی از مصادیق آن کند، باید همان معنای کلی را بدون هیچ قیدی در نظر بگیریم و آن را مراد و معنای لفظی بدانیم، مثلاً اگر گفته شود ولایت از آن خداست باید گفت مراد معیت خداوند با موجودات است و اگر گفته شود فلان کس به مقام ولایت رسیده است باید گفت مراد آنست که در مراحل سیر و سلوک و عرفان و شهود الهی به مرحله‌ای رسیده است که هیچ یک از حجب نفسانیه، بین او و حضرت حق نیست و به مقام

عبودیت مطلقه و بندگی محضه حضرت حق نائل گردیده است به همین مناسبت به هر یک از دو طرف ولایت، «ولی» گفته می شود. از این رو این واژه با هیئت های مختلف (به فتح و کسر) به معنای «حبّ و دوستی»، «نصرت و یاری»، «متابعت و پیروی»، و «سرپرستی» استعمال شده که وجه مشترک همه این معانی همان قرب معنوی است.

۹- مفهوم اصطلاحی

مقصود از واژه «ولایت»، در بحث ولایت فقیه، آخرین معنای مذکور یعنی «سرپرستی»، خود دارای اقسامی است و باید هر یک توضیح داده شود تا روشن شود که در این مسأله، کدام یک از آنها مورد نظر می باشد.

فقهای شیعه در تعریف ولایت گفته اند: "الولاية في الزواج سلطة الشرعية جعلت للكامل على المولى عليه لنقص فيه ورجوع المصلحة اليه؛ (مغنيه، ۱۳۷۷، ص ۳۲۱) یعنی ولایت یک سلطه شرعی است برای فرد کامل نسبت به مولى عليه که به دلیل وجود نقص در او و به خاطر مصلحت او قرار داده شده است، و در کتاب مصطلحات فقه آمده است: "ليس للولاية اصطلاح خاص في الشرع والفقهاء وقد كثر استعمالها في النصوص وكلمات الاصحاب بمعنى الولاية على الشئ او على الشخص والقائم بامرهم و...." (مشکینی، بی تا، ص ۵۷۳) یعنی برای ولایت در شرع و فقه، اصطلاح خاصی نمی باشد ولی در روایات و کلام اصحاب بسیار از آن استفاده شده است و به معنای ولایت بر چیزی یا شخصی است و قائم به امر خود است و فرمانبر نمی باشد و در تصرفاتش تسلط و قدرت دارد *

۱۰- مفهوم ولی

ولی کلمه عربی به معنای شخص دارای ولایت می باشد. ولی به معنای دوست، یاور و سرپرست به کار رفته است. این کلمه در قرآن و متون اسلامی به کار رفته است و تفاوت تعریف و تفسیر آن از اختلافات اصلی میان شیعه و سنی می باشد. همچنین در فقهای اصطلاح کار برد دارد. در ادبیات فارسی نیز از طریق صوفیان و اراج گسترده یافته است.

۱۱- باکره

۱۲- باکره در لغت

باکره در لغت به معنای بکر و دست نخورده می باشد.

۱۳- باکره در اصطلاح

در مدخل آلت تناسلی زن پرده ای لطیف و مخاطبی از جنس بافت پوشاننده مجرا وجود دارد که به آن mymen یا پرده بکارت می گویند. که باکره بودن بستگی به سالم بودن این پرده دارد. ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی دقیقاً اصطلاح متداول در کتب فقهی را مورد استفاده قرار داده و باکره بودن دختر را شرط لزوم اخذ اجازه از ولی دانسته است اصطلاح باکره در مقابل ثبیه می باشد و ثبیه به بیان شهید ثانی در مسالک، به دختری که بکارت او در اثر آمیزش از بین رفته است. چنین دختری برای ازدواج نیازی به اجازه ولی ندارد و می تواند مستقلاً اقدام به ازدواج کند. کسی که در اثر آمیزش بکارت او از بین نرفته باشد باکره محسوب می شود.

زوال بکارت در اثر اعمال طبیعی چون پرش، ورزش و غیره موجب زوال بکارت می شود اما آیا از احکام باکره خارج می شود یا خیر؟ به هر حال مقتضای عنوان بکارت در این ماده این است که اگر دختری ازدواج کرده ولی با او آمیزش موجب زوال بکارت صورت نگرفته و از شوهر جدا شده است باز برای ازدواج بعدی اجازه ولی لازم است چرا که او هنوز دختری باکره محسوب می شود. ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی قدیم از اصلاحیه سال ۱۳۶۱ مقرر می داشت:

((نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده، اگرچه بیش از ۱۸ سال تمام داشته باشد متوقف به اجازه پدر یا جد پدری اوست))

در اصلاحیه سال ۱۳۶۱ چون دیگر سن ۱۸ سال موضوعیت برای رشد نداشت و ملاک سن ازدواج سن بلوغ تعیین شده، عبارت (اگر چه بیش از ۱۸ سال تمام داشته باشد) به (اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد) اصلاح شد.

در اصلاحیه سال ۱۳۷۰ عبارت ((دختری که هنوز شوهر نکرده)) به ((دختر باکره)) تبدیل شد، زیرا عبارت قبلی این توهم را ایجاد می کرد که اگر دختری شوهر کرده باشد قبل از آمیزش و دخول جدا شده باشد چون عنوان شوهر کردن بر او صدق می کند برای ازدواج بعدی نیاز به اذن پدر ندارد. در حالیکه در این صورت هم اجازه پدر لازم است، برای رفع این شبهه در اصلاحیه عنوان دختر باکره ذکر شد.

اگر بکارت دختر در اثر زنا یا شبهه زایل شده باشد دیگر برای ازدواج اجازه ولی را لازم ندارد، زیرا عنوان باکره که مبنای لزوم کسب اجازه پدر وجود ندارد.

بنابراین از نظریات پزشکی فوق می توان این طور نتیجه گرفت که: برخی از بانوان مادرزاد و در بدو تولد آلت بکارت نداشته اند.

برخی دیگر از ایشان هم به هر نحوی غیر از رابطه جنسی یعنی از طریق خود ارضائی انجام برخی از اعمال ورزشی استفاده از برخی داروها و... آلت بکارت خود را از دست داده اند.

برخی هم نیز با وجود داشتن ارتباط جنسی از جلو (دخول یا زنا) آلت بکارت آنها زایل نشده است زیرا

ممکن است بسیار ضخیم یا ارتجاعی (انعطاف پذیر) باشد و از همه مهمتر برخی از بانوان که به وسیله ارتباط جنسی از جلو (دخول یا زنا) آلت بکارت خویش را از دست داده اند و ثبیه اند می توانند با عمل جراحی آن را دوباره احیاء کنند و با تدلیس خود را باکره کنند (در واقع باکره جلوه دهند) و همچنین نیز عده ای هم با حفظ آلت بکارت خود اقدام به رابطه جنسی می کنند مثل: رابطه جنسی از دُبر (ظهر) و راه های غیر متعارف دیگر که امروزه شاهده آن هستیم.

با استدلال های فوق الذکر باید این موضوع را کاملاً منتفی دانست که معیار باکره بودن شخص و همچنین طبق فرهنگ سنتی ما عصمت دوشیزه را پیش از ازدواج به وجود آلت بکارت وی دانست از این رو که آلت بکارت فقط و فقط نام بکارت را بر خود بر گزیده و اگر نه در بسیاری از موارد وجود آن نشانه سر به مهر بودن و همچنین بکر بودن و عدم آن هم مدرک ثبیه یابی عصمت شدن زن نیست و این معیار (آلت بکارت) برای تشخیص باکره بودن را باید در فرهنگ و سنتگذشتمان جستجو کرد چرا که امروزه کاربرد خود را تا حد بسیار زیادی از دست داده است.

۱۴- بررسی فقهی

موضوع بحث در این مقاله، لزوم یا عدم لزوم اذن یا اجازه‌ی ولیّ در صحّت نکاح دوشیزه‌ی بالغ و رشید است. بر این اساس:

الف - محل بحث صحّت و عدم صحّت نکاح چنین دوشیزه‌ای بدون اذن یا اجازه‌ی ولیّ است، نه حرمت و عدم حرمت نکاح مزبور. بنابراین حکم وضعی و ترتب اثر یا عدم ترتب اثر بر این نکاح، بدون اذن یا اجازه‌ی ولیّ مورد توجه است نه حکم تکلیفی حرمت و عدم آن.

از این رو هرگاه فقهی به جنبه‌ی تکلیفی لزوم تحصیل اذن ولیّ قائل باشد و نبود آن را باعث بطلان نکاح نداند، در زمره‌ی کسانی است که به عدم لزوم اذن یا اجازه‌ی ولیّ در صحّت نکاح دوشیزه‌ی رشید و بالغ، قائل است. ب- محلّ چالش نه تنها فرض «اذن ولیّ» و «عدم اذن ولیّ» بلکه فرض «اجازه‌ی ولیّ» و «عدم اجازه‌ی ولیّ» نیز است.

تفاوت اذن و اجازه در این است که اذن بر ابراز رضایت قبل از عمل اطلاق می‌شود و اجازه ابراز رضایت به عمل انجام شده است. البته فرض سومی هم مبنی بر رضایت باطنی ولیّ به عمل بدون ابراز آن قبل یا بعد از عمل متصور است. معمولاً از این حالت به «رضایت» در مقابل «کراهت» تعبیر می‌شود. در این مقاله تنها به دو فرض اذن و اجازه پرداخته می‌شود. هرچند بنابر دیدگاه توقّف، به این موضوع هم باید پرداخته شود که آیا رضایت ولیّ در حکم اذن و اجازه هست یا نه؟

ج- موضوع مورد گفت‌وگو ازدواج پسر و دختر غیر بکر و دوشیزه‌ی غیر بالغ و یا غیر رشید نیست؛ بلکه مورد بحث صرفاً ازدواج دوشیزه‌ی بالغ و رشید است. البته به دلیل برخی ابهام‌ها در مسئله، در صورت قائل شدن به توقف صحت نکاح دوشیزه بر اذن یا اجازه ولی، لازم است مستقلاً به رفع این ابهام‌ها پرداخت. مثلاً، اگر ازاله‌ی بکارت از زنی بدون مقاربت یا با مقاربت غیرمشروع بوده، در حکم دوشیزه و بکر است، به طوری که هرچه در صحت ازدواج بکر گفته شد، در مورد نکاح این گروه از زنان نیز حاکم است؟ یا چنین زنانی در حکم دوشیزه نبوده و همانند زنانی هستند که قبلاً شوهر کرده و با ایشان مجامعت مشروع صورت گرفته است؟ از این‌رو صحت ازدواج آنها متوقف بر اذن یا اجازه‌ی ولی نخواهد بود؟

د- محل گفت‌وگو جایی است که امتناع ولی از اذن یا اجازه علت موجه داشته باشد، بنابراین در فرض‌هایی که برای این امتناع، توجیه عقلی یا شرعی وجود ندارد، از محل گفت‌وگو خارج است. در ادامه‌ی مقاله به این فرض‌ها اشاره خواهد شد.

ه- منظور از «ولی» در عنوان مقاله، بنابر مذهب برخی از فقیهان فقط پدر و بنابر نظر جمع کثیری از ایشان، پدر و جدّ پدری دختر است که قصد ازدواج دارد (حکیم ۱۳۹۱: ج ۱۴، ص ۴۴۸؛ نجفی ۱۳۹۵: ۱۸۰-۱۷۴) و توسعه‌ی آن به غیر این دو، چون ولی قهری و حاکم شرع، نیازمند بحثی جداگانه است. در این پیوند باید اقتضای ادله‌ی توقف نکاح مزبور بر اذن یا اجازه‌ی ولی و مقتضای ادله‌ی ولایت ولی قهری و حاکم شرع را نیز ملاحظه کرد.

۱۵- بیان اقوال در مسئله و موقعیت فقهی هر قول

در مسئله‌ی مورد بحث اقوالی از فقیهان متقدم، متأخر و معاصر موجود است. عمده‌ی اقوال از این قرار است:

۱۶- قول اول

بنا بر نظر اول چنین ازدواجی منحصرأ در اختیار دختر است و ولی هیچ ولایتی بر او ندارد. به تعبیر دیگر دوشیزه در این کار ولی ندارد. این نظر به مشهور از فقیهان متقدم و متأخر نسبت داده شده است؛ بلکه برخی بر آن ادعای اجماع کرده‌اند. شیخ محمدحسن نجفی (صاحب جواهر) در بیان موقعیت فقهی این دیدگاه در مسئله می‌فرماید:

إن المشهور نقلاً و تحصيلاً بين القدماء و المتأخرين سقوط الولاية عنها بل عن المرتضى في الانتصار و الناصريات الإجماع عليه (نجفی ۱۳۹۵: ج ۲۹، ص ۱۷۵)؛

نظر مشهور، به حسب آنچه حکایت شده و خود ما به آن رسیده‌ایم، بین فقیهان متقدم و متأخر این است که ولایت پدر و جد پدری از دوشیزه‌ی بالغ رشید در ازدواج ساقط است. بلکه سید مرتضی در دو کتاب *انتصار و ناصریات* این نظر را به همه‌ی فقیهان امامیه نسبت داده است.

این اندیشه به طور خاص به شیخ مفید در رساله‌ی *احکام النساء*، شیخ طوسی در *تبیان*، سید مرتضی، ابن جنید، علامه حلّی، محقق حلّی، ابن ادریس، شهید اول و دوم، فخر المحققین، محقق ثانی، صاحب ریاض، صاحب جواهر، شیخ انصاری، محقق نایینی، اراکی و... نسبت داده شده است (انصاری ۱۴۲۵: ج ۶، ص ۲۶۹).

۱۷- قول دوم

مطابق قول دوم این ازدواج در انحصار پدر یا پدر و جد پدری دختر است و اذن یا اجازه‌ی دختر هیچ نقشی در این امر ندارد. پدر و جد پدری می‌توانند بدون مشورت دختر، وی را به ازدواج کسی که مصلحت است درآورند. این نظر به شیخ صدوق، شیخ طوسی در *کتب الخلاف و المبسوط*، شیخ یوسف بحرانی و... نسبت داده شده است (انصاری ۱۴۱۵: ص ۱۲۳ و ۱۲۴؛ نجفی ۱۳۹۵: ج ۲۹، ص ۱۸۰).

۱۸- قول سوم

براساس نظر سوم ازدواج مزبور باید با اذن یا اجازه‌ی دختر و ولی (پدر یا جد پدری) صورت پذیرد و هرکدام از دختر یا ولی، راضی به آن نباشند، ازدواج باطل است. برخی نیز در پیوند با اذن یا اجازه‌ی ولی احتیاط کرده و از حکم به صحّت نکاح مزبور بدون رضایت او خودداری کرده‌اند.

شیخ انصاری این دو دیدگاه را با عنوان «التشریک بین الجاریه و أیها فی الإذن» از شیخ مفید در *المقنعه*، أبو‌الصلاح حلبی و شیخ حرّ عاملی نقل می‌کند (انصاری ۱۴۱۵: ۱۲۵ و ۱۲۶؛ الخمینی: ج ۲، ص ۲۵۴؛ خویی: ج ۴، ص ۲۶۴ امام خمینی در *تحریر الوسیله* و محقق خویی در *مبانی العروه الوثقی* و جمعی دیگر از فقیهان معاصر نیز بر این نظر تأکید دارند یا احتیاط را در عمل به این نظر دانسته و آن را واجب کرده‌اند. این نظر به اندیشه‌ی مساهمه و تشریک نامیده شده است.

۱۹- اسناد قول سوم

این نظر متکی به جمع بین اخبار مطرح در مسئله و خصوص برخی روایات است.

جمع بین اخبار با این بیان که با توجه به قانون «الجمع مهما أمکن اولی من الطرح» اطلاق روایات دال بر استقلال دختر و روایات دال بر استقلال ولی به یکدیگر مقید می‌شود. دختر شوهر دیده سهم گروه اول از روایات و دوشیزه‌ی غیر رشید سهم گروه دوم از روایات و دوشیزه‌ی رشید سهم هر دو گروه از روایات است. با این تصرف در مفاد روایات که هرچند هر یک از دو گروه اطلاق دارد (روایات استقلال دوشیزه می‌گوید: چه پدر اذن دهد یا نه و روایات استقلال پدر می‌گوید: چه دختر راضی باشد یا نه) لکن اطلاق هریک را مقید کرده به صورتی که طرف دیگر رضایت داشته باشد.

درباره‌ی خصوص برخی اخبار هم چنین گفته شده است:

در معتبره صفوان امام (ع) می‌فرمایند: «برای زن نیز سهمی است (فإن لها فی نفسها نصیباً، فإن لها فی نفسها حظاً)» و این می‌رساند که زن سهمی دارد و غیر زن نیز سهمی. همچنین در صحیح زراره و محمد بن مسلم آمده است که امام باقر (ع) فرمود: «لا ینقض النکاح إلا الأب». «نقض» در موردی صادق است که امر مبرم و با قراری وجود داشته باشد و از آنجا که عقد صحیح بالفعل قابل نقض نیست، چرا که در نکاح فسخ وجود ندارد، پس مراد از امر مبرم عقدی است که صحّت شأنی داشته باشد به گونه‌ای با اذن یا اجازه به فعلیت تبدیل شود یا با ردّ، نقض و نابود گردد و این چیزی جز دیدگاه تشریک نیست (خوئی: ج ۲، صص ۲۶۴ و ۲۶۵). مطابقت این نظر با احتیاط هم می‌تواند یکی از علل گرایش به این نظر باشد.

۲۰- اقوال فقها

۲۱- ابو صلاح حلبی

«اگر دختر بالغ باشد، پدر و جد پدری نمی‌توانند او را شوهر دهند، مگر با اذن خودش، اگر آنها عقد را منعقد کردند مخالف سنت عمل نموده‌اند و او می‌تواند بپذیرد یا نپذیرد و اگر نپذیرفت عقد باطل می‌شود و او هم نمی‌تواند بدون اذن آنها عقد را منعقد کند و اگر عقد کند، خلاف سنت عمل نموده و عقد موقوف به امضای آنها است» (ابوصلاح حلبی، ۱۴۰۳ق: ص ۲۹۲).

۲۲- ابن زهره

دختر باکره بدون اجازه ولی نمی‌تواند عقد نماید و اگر عقد کرد و پدر و جد پدری از تنفیذ آن ابا کردند، عقد فسخ می‌شود، مگر این که پدر از ازدواج با هم کفوش ممانعت کرده باشد که در این حالت اجماع فقها بر این است که فسخ نمی‌شود. اما از طرف دیگر، بر پدر و جد پدری هم لازم می‌داند که از دختر باکره اجازه بگیرند. نکاح متوقف بر اجازه است، یعنی هم اراده زوج لازم است، هم اراده ولی و هم اراده باکره و بدون وجود آنحق فسخ دارند [یعنی با ازدواج دختر بدون اذن ولی، آنها حق فسخ دارند و در صورت انعقاد عقد بدون رضایت دختر، دختر حق فسخ دارد] (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷ق: ص ۳۴۲).

۲۳- نقد اسناد قول سوم

بی‌تردید نظر سوم تا حدودی می‌تواند اخبار ناهمسو در مسئله را با یکدیگر جمع کند؛ چنان‌که با مفاد مستقیم برخی اخبار دیگر موافق است؛ لکن نمی‌تواند جمعی عرفی و مقبول بین همه‌ی اخبار به وجود آورد! به تعبیر دیگر صاحبان این دیدگاه، برخی از اخبار را ملاحظه کرده و این اندیشه را پذیرفته‌اند و برخی اخبار معتبر دیگر را نادیده گرفته‌اند. مثلاً، روایات مطرح در نظر دوم که هیچ حظی برای دختر جز در وقتی که ثیب می‌شد، قائل نبود، چه جایگاهی در اندیشه‌ی سوم دارد؟ مگر اینکه آن روایات از صحن استدلال بیرون شده و به دلیل موافقت با عامه و مخالفت با کتاب و سنت فاقد صلاحیت استدلال، حتی در حد اقتضا، دانسته شوند.

۲۴- اسناد اقوال موجود در مسئله و نقد آنها

بی‌تردید اختلاف موجود در اقوال و احتمالات مسئله ناشی از اختلاف مبانی اصولی و اختلاف در مفاد و کیفیت جمع بین روایاتی است که از حضرات معصومین (ع) در پیوند با مسئله‌ی حاضر صادر شده است. مثلاً، اختلاف اصولی در اینکه آیا می‌توان از آیات قرآن، که مرتبط با نکاح زنان است، در مسئله بهره برد و به آنها استدلال کرد یا نه؟ امکان تخصیص و تقیید عمومات و اطلاقات قرآن با اخبار غیر قطعی و غیر متواتر و عدم امکان آن، نیز یکی از سرچشمه‌های ناهمسویی اقوال فقیهان در مسئله است. البته باید پذیرفت که علت اصلی ناهمسویی انظار فقیهان در مسئله، ناهمسویی در مفاد روایات و نحوه‌ی تعامل و جمع بین آنهاست. توضیح و تبیین این ناهمسویی در ادامه‌ی مقاله خواهد آمد. اختلاف در تحلیل ماهیت ازدواج و در تبیین نهاد ولایت ولی در امر ازدواج نیز می‌تواند، بلکه باید، از عوامل اختلاف اقوال در مسئله باشد، که در ادامه توضیح داده خواهد شد. گفتنی است از دیدگاه سوم با بیانی دیگر که مبتنی بر پدیده‌شناسی نکاح است، می‌توان دفاع کرد. این بیان در ادامه خواهد آمد. با سیری که در مسئله صورت گرفت می‌توان به اسناد سایر اقوال در مسئله پی برد، چنان‌که بر نقد آنها نیز می‌توان واقف گردید. از این رو و به دلیل عدم تحمل حجم

رساله برای بسط بحث در این زمینه و محور بودن اصل توقف یا عدم توقف صحّت نکاح دوشیزه بر اذن یا اجازه ولیّ در این مقاله، از پرداخت تفصیلی به اسناد و نقد این اقوال صرف‌نظر کرده و به اشارتی اکتفا می‌کنیم.

۲۵- تحقیق در مسئله و بیان لزوم توجه به عناصر دخیل در استنباط حکم

آنچه گذشت، جست‌وجو از آرای فقیهان امامیه در مسئله مهم ازدواج دوشیزگان رشید و بالغ در پیوند با اذن و اجازه‌ی ولیّ و نقد آنها بود. در این قسمت از مقاله نه به انگیزه‌ی افتا و اصدار نظر قطعی بلکه به انگیزه‌ی بیان لزوم توجه به برخی عناصر در اصدار فتوا در مقام تحقیقی، که کمتر مورد توجه واقع شده است، ارائه می‌شود؛ به این امید که صاحب‌نظران و متکفّان استنباط در این مسئله به این عناصر توجه کنند. البته با اذعان به اینکه به دلیل تعدد و تعارض اخبار معتبر در مسئله، حلّ آن از معضلات فقهی به شمار می‌رود، به گونه‌ای که کمتر می‌توان از مسئله‌ای در فقه، با این وضعیت سراغ گرفت.

محقق بحرانی که از ایستادگان بر قلّه فقاہت و درایت حدیث است در این پیوند چنین می‌نگارد:

قد عدّها الأصحاب من امہات المسائل و معضلات المشاكل و قد صنّفت فیها الرسائل و کثر السّؤال عنها و السائل... (بحرانی ۱۴۰۶: ج ۲۳، ص ۲۱۲)؛

اصحاب، مسئله‌ی ازدواج دوشیزه (و ثبوت یا عدم ثبوت ولایت ولیّ بر آن) را از مسائل مادر و از مشکلات پیچیده شمرده‌اند. در این باره رساله‌هایی نوشته و پرسش و پرسش‌گر در اطراف آن زیاد شده است.

۲۶- تفصیل بین عقد دائم و موقت در نکاح باکره رشیده

این نظر نیز طرفدارانی دارد. مثلاً ابن حمزه طوسی، می‌نویسد: «برای باکره با وجود پدر و جد امکان انعقاد نکاح دائم وجود ندارد، مگر با دو شرط غیبت ولیّ یا مانع شدن ولیّ از ازدواج با هم کفو، اما مستحب است، ولیّ بدون کسب رضایت از دختر نکاح را منعقد نکند. اما در خصوص نکاح موقت، باکره می‌تواند بدون اجازه ولیّ، نکاح متعه به شرط عدم دخول منعقد نماید» (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸ق: ص ۲۹۹).

۲۷- بررسی حقوقی

قانون مدنی ایران در ماده ۱۰۴۳ مقرر کرده که نکاح دختری که به سن بلوغ رسیده، منوط به اجازه پدر است، ولی اگر پدر و جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه خودداری کند، اجازه آنان ساقط می‌شود.» نکاح دختر اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر یا جد پدری اوست و هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، اجازه او ساقط 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، پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص، به دفتر ازدواج، مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید.»

این ماده به پیروی از دیدگاه غالب در فقه امامیه، ولایت پدر و جد پدری را برای دختر باکره رشیده نیز به رسمیت شناخته است. شاید عمده ترین دلیل برای این مسأله، ایده حمایت از دختر باشد؛ زیرا پیروان این نظریه معتقدند که زنان بدلیل ساختار روحی و روانی، رقیق القلب بودن و حساس بودن، به حمایت نیاز دارند.

بلوغ در اصطلاح عبارت است از سنی که غریزه جنسی در آن به حد کافی رشد کرده و شخص آماده تولید مثل باشد. (صفایی و امامی، ۱۳۸۲، چ ۶، ص ۶۸) طبق نظر مشهور در فقه امامیه، سن بلوغ، نه سال تمام برای دختر و پانزده سال تمام برای پسر است، ولی مشهور در فقه عامه همان پانزده سال برای دختر و پسر است، گرچه ابوحنیفه، هیجده سال برای پسر و شانزده سال را برای دختر ذکر کرده است. (محمد بن حسن طوسی، ۱۴۱۷ ه.ق. چ ۱، ج ۳، ص ۲۸۲؛ علی بن محمد قمی، بی تا، چ ۱، ص ۳۰۷).

قانون مدنی ایران که بر گرفته از آرای مشهور فقهای شیعه است، در ماده ۱۰۴۱، نکاح قبل از سن بلوغ را ممنوع اعلام کرده و در تبصره این ماده، نکاح قبل از سن بلوغ توسط ولی را به شرط رعایت مصلحت مولی علیه، مجاز دانسته است. (ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی ایران: « نکاح قبل از بلوغ ممنوع است. » تبصره: عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی و به شرط رعایت مصلحت مولی علیه صحیح است.»)

تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ این قانون، سن بلوغ را همان دیدگاه مشهور فقهای امامیه، یعنی نه سال تمام برای دختر و پانزده سال تمام برای پسر اعلام می‌کند. (تبصره ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی ایران: « سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است.»)

نکته قابل ذکر در مورد ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی ایران، این است که نویسندگان این قانون قبل از انقلاب، بدلیل آگاهی از وجود اختلاف در مورد سن بلوغ، این ماده را به گونه‌ای تدوین کرده بود که به این اختلاف دامن نزنند. « نکاح اناث قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام و نکاح ذکور قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام ممنوع است. مع ذلک در مواردی که مصالحی اقتضا کند، با پیشنهاد مدعی العموم و تصویب محکمه ممکن است استثنائاً معافیت از شرط سن اعطا شود، ولی در هر حال، این معافیت نمی‌تواند به اناثی داده شود که کمتر از ۱۳ سال تمام و به ذکوری شامل گردد که کمتر از ۱۵ سال تمام دارند.»

بعد از انقلاب، شورای نگهبان این ماده را بر خلاف شرع تشخیص داد و آن را در سال ۱۳۶۱ اصلاح کرد که تقریباً به شکل ماده فعلی تدوین شد. البته بدلیل نامتناسب بودن این اصلاحات با آداب و رسوم مردم، این ماده بار دیگر در سال ۱۳۸۱ مورد بازبینی و اصلاح قرار گرفت و در آن، سن اهلیت برای ازدواج غیر از سن بلوغی قرارداد شده که تبصره ماده ۱۲۱۰ مقرر کرده بود و در آن، سن اهلیت ازدواج برای پسران پانزده سال تمام شمسی و برای دختران سیزده سال تمام شمسی اعلام شد. هم‌چنین تشخیص مصلحت مولی علیه به دادگاه صالح و اگذار شد. ماده اصلاحی سال ۱۳۸۱ بدین شرح است: « عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال شمسی منوط به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت، با تشخیص دادگاه صالح، می‌باشد.

در مورد پسران بالغ و رشید جای بحث و تردیدی نیست و همه به عدم ولایت ولی قهری در نکاح معتقدند. در مورد دختر رشیده که یک بار شوهر کرده، نیز همه به عدم ولایت ولی قهری معتقدند. ولی از جمله مسائلی که علمای شیعه درباره آن دچار اختلاف نظر شده اند، مسأله‌ی قلمرو اذن ولی در نکاح دختر باکره رشیده است.

۲۸- نقد و بررسی قانون مدنی

قانون مدنی در سال ۱۳۱۳ در مواد ۱۰۴۳-۱۰۴۱ در مورد ازدواج دختران، موضوع را از نظر سنی بررسی کرده بود:

ماده ۱۰۴۱ق.م: «نکاح اناث قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام و نکاح ذکور قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام ممنوع است. مع ذلک در مواردی که مصالحی اقتضا کند، با پیشنهاد مدعی‌العموم و تصویب محکمه ممکن است استثنای معافیت از شرط سن اعطا شود، ولی در هر حال این معافیت نمی‌تواند به انائی داده شود که کمتر از ۱۳ سال تمام و به ذکوری شامل گردد که کمتر از ۱۵ سال تمام دارند».

ماده ۱۰۴۲ق.م: «بعد از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام نیز اناث نمی‌توانند مادام که به ۱۸ سال تمام نرسیده‌اند بدون اجازه ولی خود شوهر کنند».

ماده ۱۰۴۳ق.م: «نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده، اگرچه بیش از ۱۸ سال تمام داشته باشد، متوقف به اجازه پدر یا جد پدری اوست. هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد به او شوهر کند و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده به دفتر ازدواج مراجعه و توسط دفتر مزبور مراتب را به پدر یا جد پدری اطلاع می‌دهد و بعد از ۱۵ روز از تاریخ اطلاع، دفتر مزبور می‌تواند نکاح را واقع سازد. ممکن است، اطلاع مزبور به وسایل دیگری غیر از دفتر ازدواج به پدر یا جد داده شود، ولی باید اطلاع مزبور مسلم شود».

پس از انقلاب به موجب قانون اصلاحی آزمایشی قانون مدنی مصوب ۱۳۶۱/۱۰/۸ ماده ۱۰۴۲ ق.م. حذف شد و ماده ۱۰۴۱ ق.م. نیز به این صورت اصلاح شد: «نکاح قبل بلوغ ممنوع است». اما در تبصره آن بیان شد: «نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی و به شرط رعایت مصلحت مولی علیه صحیح است». در ماده ۱۰۴۳ ق.م. تفاوت حاصل شده این بود که در خصوص مرجع صالح برای اطلاع دادن به ولی، دادگاه مدنی خاص جایگزین دفتر ازدواج شد و سن بلوغ جایگزین سن ۱۸ سال شد. پس از اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴، تغییراتی در مواد ۱۰۴۲ - ۱۰۴۱ ایجاد نشد؛ اما ماده ۱۰۴۳ ق.م. بدین صورت تغییر نمود:

«نکاح دختر باکره، اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر یا جد پدری اوست و هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، اجازه او ساقط و در این صورت دختر می-تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده، پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید». در سال ۱۳۸۱ با تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام، پس از بیست سال مجدداً ماده ۱۰۴۱ ق.م. مشابه همان ماده قانون مدنی ۱۳۱۳ شد. مطابق این ماده جدید، عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به ۱۵ سال تمام شمسی منوط به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح شد.

اما ماده ۱۰۴۳ ق.م. تغییری نکرد. با دقت در این ماده و تطبیق آن با نظرات فقهی مطرح شده، واضح می-شود، در واقع این ماده بر مبنای اشتراک اراده است؛ زیرا براساس این ماده، دختر بدون اذن ولی نمی‌تواند ازدواج کند؛ از طرفی پدر هم نمی‌تواند بدون اجازه دختر بالغ، او را شوهر دهد. همچنین نتیجه ماده این است که اگر دختر بدون اذن پدر شوهر کند، پدر می‌تواند تقاضای فسخ نکاح را بکند و بر عکس این حق برای دختری که بدون اجازه، پدر او را عقد نموده نیز متصور است.

لذا مبنای ماده مزبور استقلال یا عدم استقلال دختر در نکاح باکره که مورد قبول اغلب فقها است، نیست. تغییر دیگر این ماده مشهود این است که مطابق قانون فعلی، ازدواج دختر باکره منوط به اذن ولی است و بر اساس رأی وحدت رویه شماره ۱ مورخ ۱۳۶۳/۱/۲۹ در صورت ازاله بکارت ولو بدون ازدواج، دیگر نیازی به اذن نیست، در حالی که ماده سابق در مورد دختر ازدواج نکرده، بکارت نقشی در اذن یا عدم آن نداشت.

۲۹- تطبیق نظر فقها و قانون

در تطبیق نظرات فقها با قانون، موضوع از جنبه اجرای قانون قابل بررسی است. از مطالعه نظرات فقها معلوم می‌شود، اکثر فقهای قدیمی و بزرگ شیعه، اذن ولی را در نکاح باکره رشیده لازم ندانسته‌اند و فقهای معاصر نیز یا همین نظر را دارند یا به صراحت فتوا نداده و احتیاط واجب نموده‌اند.

۳۰- موارد سقوط اعتبار اذن ولی

درپاره ای از موارد، اعتبار ولی 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 می‌باشد. این قیود محدود کننده عبارتند از:

الف: فوت یا حجر ولی

اگر، پدر یا جد پدری دختر به علتی محجور و تحت قیمومیت باشد، اذن شخص دیگری مانند قیم او لازم نمی‌باشد. همچنین، اگر پدر یا جد پدری دختر فوت کرده باشند، دختر مکلف به کسب اذن شخص دیگری نیست و اعتبار اذن ولی ساقط می‌گردد.

قانون مدنی، به سقوط اعتبار اذن ولی در صورت حجر یا فوت او اشاره نکرده است. اما تا پیش از اصلاح سال ۱۳۷۰، ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی با صراحت سقوط اعتبار اذن ولی را در مورد حجر بیان می‌کرد. این ماده با اشاره به ماده ۱۰۴۳ به صورت زیر تنظیم گشته بود:

«در مورد ماده قبل، 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.»

در اصلاحیه سال ۱۳۷۰ با توجه به مبانی مسلم فقهی، ماده ۱۰۴۴ ق.م.ب باید به گونه ای تغییر می‌یافت که محجور بودن ولی و عدم دسترسی به او هر دو، از موارد سقوط اعتبار اذن ولی در مورد نکاح دختر باکره، تعیین می‌گردید؛ اما متأسفانه قانونگذار مورد محجور بودن ولی را حذف کرد و مسأله عدم دسترسی به ولی را به جای آن قرار داد.

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. اصول و قواعد حاکم بر قانون مدنی، آراء فقیهان امامیه و وحدت ملاک با موضوع ماده ق.م.ب این نظر را تأیید می‌کند.

ب: عدم دسترسی به ولی

در صورتی که، پدر یا جد پدری غایب بوده و به آنها دسترسی نباشد، طبق نظر فقیهان امامیه دختر می‌تواند بدون اذن ولی با همسرشایسته وهم کفو خویش ازدواج کند. ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی، اصلاحی سال ۱۳۷۰، به تبع فقه (۳) اینچنین مقرر می‌دارد: «در صورتی که پدر یا جد پدری در محل حاضر نباشند و استیذان از آنها نیز عادتاً غیرممکن بوده و دختر نیز احتیاج به ازدواج داشته باشد، وی می‌تواند اقدام به ازدواج نماید.»

ج: منع غیر موجه ولی

چنانکه پیشتر به آن اشاره شد، هدف قانونگذار از معتبر دانستن " اذن ولی در نکاح دختر باکره " حفظ مصالح دختر، خانواده و جامعه می باشد. در صورتی که ولی از اختیار خویش سوء استفاده کند و بدون دلیل یا به دلیلی غیر موجه از ازدواج دختر باکره با همسر مناسب و شایسته او جلوگیری کند؛ وجهی برای باقی ماندن اعتبار اذن او وجود ندارد. از این رو، قانون مدنی در ذیل ماده ۱۰۴۳ اعلام می کند ... « و هر گاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، اجازه او ساقط است و در این صورت، دختر می تواند با معرفی کامل مردی که می خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده ، پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام کند.

چنانکه از ماده بالا بر می آید، صرف اجتناب پدر از دادن اذن ، بدون علت موجه، اعتبار اذن او را ساقط می کند؛ در حالی که تا پیش از اصلاح ماده فوق در سال ۱۳۷۰، دختر باکره برای ازدواج باید به دادگاه مراجعه می نمود و دادگاه پس از ناموجه تشخیص دادن علت منع، اذن به نکاح را صادر می کرد.

رجوع به دادگاه و اثبات ناموجه بودن دلیل منع، برخلاف نظر فقیهان امامیه بوده و بیشتر با رأی فقهای اهل تسنن سازگار می باشد. قوانین برخی از کشورهای اسلامی که متخذ از فقه عامه می باشد، رجوع به دادگاه را لازم دانسته است.

ماده ۱۲ قانون خانواده الجزایر مقرر می دارد: « لایجوز للولی أن یمنع من فی ولایتہ من الزواج اذا رغبت فیہ و کان اصلح لها و اذا وقع المنع فللقاضی أن یأذن به.

همچنین ماده ۲ قانون احوال شخصیه سوریه در این زمینه تصریح می کند: « الکبیره التي اتمت السابعة عشرة اذا ارادت الزواج یطلب القاضی من ولیها بیان رأیه خلال مدّة یجدّها له فاذا لم یعترض او کان اعتراضه غیر جدیر بالاعتبار یأذن القاضی یزوجها بشرط الکفائه.

شورای نگهبان ، به هنگام اظهار نظر در مورد اصلاحیه قانون مدنی مصوب مجلس شورای اسلامی ، ماده ۱۰۴۳ را که همانند گذشته ، مراجعه دختر به دادگاه و اخذ اذن را برای نکاح لازم می شمرد، خلاف شرع تشخیص داد و در نامه مورخ ۱۳۷۰/۶/۶ ، خطاب به مجلس شورای اسلامی اعلام داشت : « الزام دختر به مراجعه به دادگاه و گرفتن اذن در صورت مضایقه ولی از دادن اجازه بدون علت موجه، با موازین شرع مغایر است... ». در نتیجه ، مجلس شورای اسلامی، ماده بالا را به صورتی که ذکر گردید، اصلاح نمود.

بنا براین اگر دختر بدون مراجعه به دادگاه با همسر هم کفو خویش ازدواج کند، نمی توان نکاح او را باطل دانست . در حقیقت، ثبت ازدواج و گرفتن اذن از دادگاه مدنی خاص از شرایط نکاح نبوده و عدم مراعات آن صرفاً تخلف انتظامی به حساب می آید.

۳۱- ضمانت اجرای نکاح دختر باکره بدون اذن ولی

در صورتی که ، دختر رشیده باکره ای بدون اذن پدر یا جد پدری یا با وجود مخالفت او ازدواج کند، آیا ازدواج او صحیح است یا خیر؟

از آنجا که در قانون آمده که عقد ازدواج دختر باکره موقوف است به اجازه (اذن) ولی او، می توان نتیجه گرفت که اذن ولی تنها شرط نفوذ چنین عقدی است و نه شرط صحت آن ؛ بنا بر این اگر پس از ازدواج ، پدر یا جد پدری نکاح یاد شده را تنفیذ کند، ازدواج صحیح است. زیرا ، از تعبیر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی که نکاح دختر بالغ باکره را " موقوف " به اجازه ولی می داند، به خوبی می توان دریافت که اذن یا اجازه هر کدام تحقق یابد ، در صحت و نفوذ نکاح کافی می باشد. با این حال، اگر پدر از تنفیذ این عقد ازدواج امتناع کند، در خصوص بطلان آن در فقه اختلاف نظر وجود دارد و برخی از فقیهان عقد مزبور را صحیح می دانند.

۳۲- نتیجه گیری

از مجموع بحثهای گذشته و مراجعه به اقوال مختلف فقها و روایات وارده می توان به این نتیجه رسید که اگر دختر به حد بلوغ و رشد رسیده باشد، به گونه ای که بتواند در امور مالی خود به طور مستقل تصرف کند، در انتخاب همسر و نکاح نیز مستقل است و پدر یا جد پدری بر او ولایت ندارند و اجازه آنها شرط صحت عقد نیست، هر چند جلب نظر و موافقت آنها پسندیده و مخالفت آنان، مکروه و ناپسند است. با توجه به اهمیت موضوع اذن پدر یا جد پدری در ازدواج فرزندان، و این که آیا در صحت نکاح دخیل است یا خیر، مبادرت به بررسی این مسئله از دیدگاه فقهی نموده و خلاصه تحقیق به قرار ذیل می باشد. در پایان بنظر می رسد که: اولاً تا جایی که می توان می بایست بین اخبار متعارض جمع نمود و قاعده معروف (صالجمع مهما امکن اولی من الطرد) موید این نظر می باشد و به همین جهت نظریه تشریک قویتر به نظر می رسد. ثانیاً شرطیت اذن از نوع لزوم عقد نکاح است، بنابراین دختر بالغه باکره رشیده که بدون اذن ولی خود ازدواج نموده صحت دارد ولی نافذ نیست و با اذن ولی عقد نکاح تنفیذ می شود و در نتیجه آثار حلیت بر فرزندان متولد از این ازدواج فاقد اذن ولی و نیز استحقاق نفقه و... بر آن حمل می شود.

۳۳- منابع فارسی

- ۱- صفایی، سید حسین و اسدالله امامی، ۱۳۸۲ مختصر حقوق خانواده، تهران، نشر میزان، چاپ ۶.
- ۲- فاضل لنکرانی، محمد، ۱۳۷۷، توضیح المسائل، ج ۷، قم.
- ۳- فصیحی زاده، علیرضا، اذن و آثار حقوقی آن، بی تا، انتشارات دفتر تبلیغات و تحقیقات اسلامی قم،
- ۴- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۲، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، نشر میزان.
- ۵- مهرپور، حسین، مباحثی از حقوق زن از منظر حقوق داخلی، مبانی فقهی و موازین بین المللی، چاپ اول، سال ۱۳۷۹، انتشارات اطلاعات.
- ۶- نوری همدانی، حسین، ۱۳۷۳، توضیح المسائل، ج ۴.

منابع عربی

- ۱- الاحمد نگری، عبدالحسین، ۱۳۹۵. ق، جامع العلوم فی اصطلاحات الفنون بدستور العلماء، موسسه الاعلمی للمطبوعات، ج ۱.
- ۲- ابو الصلاح حلبی، ۱۴۰۳ق، الکافی فی الفقه، ج ۱، اصفهان، مکتبه امیرالمؤمنین.
- ۳- اصفهانی، محمدحسین، معروف به کمپانی، تقریرات محقق نائینی، بی تا، نشر الاسلامی ج ۱.
- ۴- انصاری، مرتضی، ۱۴۱۵ق، کتاب النکاح، ج ۱، قم، لجنه التحقیق.
- ۵- بحرانی، (محقق)، یوسف، ۱۳۶۳، حدائق الناضره، ج ۱، قم، جامعه المدرسین.
- ۶- انصاری، مرتضی، ۱۴۱۳ق، کتاب الصوم، قم، ج ۱.
- ۷- الطوسی، محمد بن الحسن، ۱۴۰۰ق، النهایه، بیروت، دار الکتب العربی، ج ۲.
- ۸- حکیم، سیدمحسن، مستمسک العروه، بی تا، احیاء التراث العربی، بیروت، ج ۱۴.
- ۹- حلبی، ابن زهره، ۱۴۱۷ق، غنیه النزوع، ج ۱، قم، مؤسسه الامام الصادق.
- ۱۰- حکیم، سید محسن، ۱۴۰۴ق، مستمسک العروه الوثقی، ج ۱، قم، مکتبه السید المرعشی.
- ۱۱- خمینی، (امام)، سید روح الله، ۱۴۰۹ق، تحریر الوسیله، قم، دارالکتب العلمیه .
- ۱۲- خویی، سید ابوالقاسم، ۱۴۰۷ق، کتاب النکاح العروه تقریراً لبحث آیت ... خویی، ج ۱، قم، دارالهادی.
- ۱۳- طوسی، ابن حمزه، ۱۴۰۸ق، الوسیله الی نیل الفضیله، ج ۱، قم، مکتب السید المرعشی.
- ۱۴- طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن، ۱۴۱۷ق، الخلاف، ج ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامیه.
- ۱۵- طوسی، محمد بن حسن، ۱۴۱۷ق، الخلاف، قم، دار الفکر، ج ۱، ج ۳.
- ۱۶- علی بن محمد قمی، بی تا، جامع الخلاف والوفاق، قم، پاسدار اسلام، چاپ ۱.
- ۱۷- غروی اصفهانی، محمدحسین، حاشیه علی المکاسب، مکتب الصادق. تهران، ج ۱.
- ۱۸- محمد بن حسن الطوسی، تهذیب الحکام، بیروت، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۲هـ. ق، ج ۷، باب ۳۲.

۱۹- مغنیه، محمدجواد، الفقه الی المذاهب الخمسه، ۱۳۷۷، هـ.ش، موسسه الصادق للطباعه و النشر، تهران،
الطبعه الرابعه.

۲۰- مشکینی، میرزا علی، بی تا، مصطلحات الفقه، انتشارات جامعه مدرسین.

۲۱- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، نشر مکتب اسلام، ج ۲۶.