

فصلنامه مطالعات حقوق

Journal of Legal Studies

شماره بیست و هفتم. زمستان ۱۳۹۷، صص ۲۵۱-۲۳۵ Vol 3. No 27. 2018, p 235-251

ISSN: (2538-6395)

شماره شاپا (۶۳۹۵-۲۵۳۸)

تجزیه و تحلیل ولایت در عقد ازدواج دختر

حسن کریمی^۱. دکتر سیامک جعفرزاده^۲

۱. طلبه حوزه علمیه قم

۲. استادیار دانشگاه ارومیه، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی

Jafarzadeh_siamak@yahoo.com

چکیده

ولایت در ازدواج از جمله شرایطی است که در عقد ازدواج دختر مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد و در این مقاله با روش تحلیلی و توصیفی به تجزیه و تحلیل ولایت در عقد ازدواج و ضمن بررسی ولی و انواع آن و معتبر بودن اذن آن‌ها، شرایط اولیاء و شرایط تزویج ولی و همچنین معیار ثبیه و باکره بودن و در بحث ولایت ولی بر باکره به ادله استقلال و عدم استقلال باکره در ازدواج دائم و منقطع، عضل، اقوال مختلف در آن و سقوط ولایت در صورت عضل پرداخته شده و در نهایت به ادله عدم ولایت ولی بر ثبیه اشاره شده است.

واژه‌های کلیدی: ازدواج، ولی، ولایت، عقد دائم، عقد موقت، باکره، ثبیه، عضل

مقدمه

هر جامعه ای از هسته های کوچکی به نام خانواده تشکیل شده است. خانواده با ازدواج زوج و زوجه قوام می یابد. اما با توجه به مسلمان بودن کشور ایران و تقیید به احکام این دین آسمانی یک سری شرایط برای این آیین مقدس در نظر گرفته شده است. ازدواج در دین اسلام بر دو گونه است: دائم و موقت؛ و هر کدام علاوه بر شرایط مشترک یک سری شرایط خاص دارند.

در اسلام اذن ولی در ازدواج یکی از شرایط صحت عقد دانسته شده است. اما آیا اذن ولی در امر ازدواج معتبر و از شرایط صحت عقد است؟ آیا دختر باکره در ازدواج مستقل است؟ آیا ثبیه نیز احتیاج به اذن ولی دارد؟

با توجه به اینکه دو نوع عقد ازدواج وجود دارد دائم و موقت، اکثر مردم گمان می کنند شرایط ازدواج فقط منحصر در عقد دائم است و رعایت این شرایط در عقد موقت لازم نیست. از جمله آن شرایط اذن ولی است، که رعایت آن در ازواج باکره حتی به صورت موقت هم لازم و ضروری است. ولی بعضی از جوانان با عدم آگاهی از این شرط و بدون اذن ولی اقدام به ازدواج نموده و آثار سوء آن دامنگیرشان می شود.

این مقاله با هدف بررسی اذن ولی در ازدواج دائم یا موقت، در مورد دختر باکره یا ثبیه و با شیوهی توصیفی، تحلیلی و تطبیقی انجام گرفته است.

اولیاء عقد

للأب والجد من طرف الأب - بمعنى أب الأب - فصاعداً، ولأیة علی الصغیر والصغیرة والمجنون المتصل جنونه بالبلوغ، وكذا المنفصل عنه علی الظاهر؛ ولا ولایة للأُمّ علیهم، وللجد من طرف الأمّ، ولو من قبل أمّ الأب، بان كان أباً للأمّ الأب مثلاً، ولا للأخ والعَمّ والخال واولادهم.^۱

ازدواج دختر باکره منوط به اجازه پدر است مگر آن که با میل دختر به ازدواج، پدر از ازدواج وی با کفو عرفی و شرعی او ممانعت کند و خوف آن باشد که کفو دیگری برای خواستگاری دختر پیدا نشود که در این صورت ولایت پدر ساقط است، و در موردی که ولایت پدر ساقط نیست، صحت عقد مشروط به اجازه پدر است و اگر پدر اجازه نکند، دختر نمی تواند آثار عقد صحیح را مترتب نماید و احوط آن است که با طلاق در عقد دائم و با إبراء مدت در عقد متعه از هم جدا شوند گرچه این احتیاط واجب نیست.^۲

قانون مدنی در تبصره ماده ۱۰۴۱ به ذکر کلمه «ولی» اکتفا کرده و آن را تعریف نموده است. از طرفی دیگر به شرح ماده ۱۰۴۳ اجازه پدر یا جد پدری را در نکاح دختر باکره ضروری دانسته و آن را از ارکان صحت عقد قرار داده است، و لذا معلوم نیست که آیا موضوع تبصره ماده ۱۰۴۱ اختصاص به پدر یا جد

۱. مکرم شیرازی، ۱۴۲۵، ص ۲۵۳

۲. امام خمینی، ۱۴۲۲، ج ۳، ص ۱۶۲

پدری دارد یا آنکه شامل ولی غیر قهری نیز می‌گردد. مثلاً آیا حاکم می‌تواند نسبت به صغیر و صغیره اقدام به ازدواج نماید یا خیر؟ لذا در این قسمت ضمن بررسی اولیاء عقد، به بررسی ولایت آنها پرداخته خواهد شد.

الف- ولایت پدر و جد

ظاهراً ولایت پدر و جد اجماعی است، ولی برخی ولایت در ازدواج را منحصر در پدر می‌دانند. ولی این نظر شاذ است و اصحاب ادعای اجماع بر ولایت جد دارند و توجیه کلام بدین گونه است که پدر عرفاً شامل جد هم می‌شود.

برای اثبات ولایت پدر و جد می‌توان به این آیه شریفه نیز استدلال نمود: «إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدُ النِّكَاحِ»^۳ اگر چه در تفسیر آیه بین مفسرین اختلاف است ولی قدر متیقن از آیه پدر است که ولایت بر صغیر دارد. البته برای اثبات ولایت پدر می‌توان به سیره عقلانیه نیز تمسک جست مخصوصاً اهل شرع نیز که قایل به ولایت پدر بر صغیر و صغیره بودند. همچنین پدر و جد در مورد دختر و پسر مجنون که جنونشان متصل به دوران کودکی می‌باشد دارای ولایت هستند.^۴

عن علی علیه السلام انه قال: تزویج الآباء جائز علی البنین و البنات اذا كانوا صغاراً و لیس لهم خیار اذا کبروا؛^۵ حضرت می‌فرمایند به ازدواج در آوردن پسران و دختران نابالغ توسط پدرانشان صحیح و نافذ است و آنها نمی‌توانند پس از بلوغ آن ازدواج را رد کنند.

امادر مورد مرتبه ولایت جد سه قول وجود دارد:

- ۱- ولایت جد مشروط به حیات پدر نیست.
 - ۲- حیات پدر شرط در ولایت جد بر باکره بالغه و صغیره است و موت پدر مسقط ولایت هر دو است.
 - ۳- ولایت جد مشروط به مرگ پدر است.
- اگر چه قول اول مشهور است.^۶

ب - ولایت مادر

برای مادر اگر چه از طرف پدر باشد ولایتی نیست و این مسئله اجماعی است گر چه خلاف این قول نظر ابن جنید است که مادر و جد مادری می‌تواند جایگزین پدر شود.^۷

۳. بقره/۲۳۷

۴. مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص ۲۵۴

۵. نوری طبرسی، ۱۴۰۸، باب ۵، ح ۲

۶. سبحانی، بی تا، ج ۱، ص ۱۶۴

۷. مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص ۲۵۷

در مورد عدم ولایت سایر بستگان به جز مادر و جدّ مادری، بین فقهای امامیه هیچ‌گونه اختلاف نظری نیست. زیرا در این زمینه روایات زیادی وارد شده، و سؤالات زیادی از ائمه اطهار صورت گرفته است. بدین ترتیب مطلب کاملاً روشن است و محل اختلاف نیست.^۸

ج - ولایت برادر، عمو، دایی

برای برادر و عمو و دایی و اولاد آنها ولایتی نیست و مرحوم نراقی برای آن ادعای اجماع نموده است. اما آن چه از کتب اربعه اهل سنت برمی آید این است که برای برادر و عمو و سایر خویشاوندان حق ولایت قائل‌اند اگر چه از حیث تقدم و تاخر در بین آنها اختلاف دارند. آیت الله سبحانی برادر را بعد از پدر و قبل از عمو دارای حق ولایت میدانند، پس اولیاء نزد ایشان پدر و برادر و عمو و مولی و سلطان می باشد.^۹ ادله ای وجود دارد که بر عدم ولایت عمو دلالت دارد. 'و یکسری از ادله دیگر نیز بر عدم ولایت برادر دلالت دارد. 'این احادیث اگر چه اذن برادر را نفی نمی کند ولی استقلال در اجازه را نفی می کند. پس عمده دلیل بر عدم ولایت برادر ادله عامی است که ولایت را از غیر پدر و جد نفی می کند.^{۱۰}

د - ولایت حاکم

در مورد ولایت حاکم نسبت به نکاح دختر صغیره و پسر صغیر بین فقها اختلاف نظر وجود دارد، مشهور فقها به عدم ولایت حاکم نظر داده‌اند.^{۱۱} ولی بعضی را عقیده بر ولایت حاکم است؛^{۱۲} البته ولایت حاکم در جایی است که اب و جد، و وصی اب و جد وجود نداشته باشند.^{۱۳}

ه - ولایت وکیل و وصی

در زمینه ولایت وصی بین فقها اختلاف نظر شدیدی وجود دارد. بموجب یک نظر که مطابق با اعتدال است چنانچه موصی حقّ 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.^{۱۴}

۸. محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۵۷

۹. سبحانی، بی تا، ج ۱، ص ۱۶۳

۱۰. حر عاملی، ۱۴۰۹، حدیث ۲، الباب ۶

۱۱. همان، حدیث ۴، باب ۴

۱۲. مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص ۲۵۹

۱۳. شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۵۸

۱۴. طباطبایی یزدی، بی تا، مسأله ۱۳، صاحب جواهر، ج ۲۹، ص ۱۸۸

۱۵. طاهری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۶۳

آیت الله سبحانی (مدظله العالی) ضمن تایید همین نظر بیان داشته که هر جا سخن از وصی به میان آمده به صورت مطلق بوده و وصی در نکاح نبوده لذا اگر در امر ازدواج هم وصی باشند پس بر بالغه نیز ولایت دارند.^{۱۷}

شرایط ولایت اولیاء عقد

در مورد اولیاء عقد شرایط چهار گانه: بلوغ، عقل، حریت و اسلام ذکر شده است که عمده آنها شرط اسلام است. زیرا شرط بلوغ در مورد صغیر است و صغیر هم نمی تواند پدر یا جد باشد مگر اینکه ناظر به وصی و حاکم باشد. زیرا وصی و حاکم عقلا می تواند صغیر باشد اگر چه به اجماع فقهاء باطل است، برای این که افعال صبی اعتباری ندارد، مگر موردی که با دلیل خارج شده باشد مثل امامت امام جواد (علیه السلام) که امامت مرتبه اعلی حکومت شرعی است.

اما در مورد مجنون و کسی که نازل به منزله مجنون است مثل انسان مست و بیهوش، آنها هم به حکم عقل و شرع صلاحیت ولایت ندارند. همچنین حریت که در زمان ما مبتلا به نمی باشد.^{۱۸} اما در مورد شرط اسلام در کتاب حدائق چنین آمده: اختلافی بین اصحاب در شرطیت اسلام برای ولی نیست پس کافر بر ولد مسلمان صغیر باشد یا مجنون، دختر باشد یا پسر ولایتی ندارد و اسلام ولد به اسلام مادر یا جده اش متصور است.^{۱۹} پس این قضیه اجماعی است. همچنین آیه قرآن نیز بر این مطلب اشاره دارد: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»؛ بنا بر اینکه ولایت نوعی سبیل و تسلط بر مومن است و کافر این تسلط را ندارد.^{۲۰}

شرایط تزویج ولی

اگر چه ولی می تواند اقدام به ازدواج موکلی علیه (فرزند) خود نماید، اما این ازدواج در صورت وجود شرایط زیر صحیح می باشد و در غیر این صورت فضولی بوده و منوط به اجازه صغیر بعد از بلوغ می باشد:

۱- **عدم مفسده:** تعداد کثیری از فقهاء به وجود این شرط تصریح کرده اند، و مرحوم نراقی برای اعتبار این شرط ادعای اجماع نموده اند.

آیت الله العظمی مکارم در انوار الفقهاء چهار دلیل برای اعتبار این شرط ذکر نموده اند که از آن جمله می توان به اصالة الفساد، اجماع، عمومات نفی ضرر و انصراف اشاره نمود.^{۲۱}

۱۶. طباطبایی یزدی، بی تا، فصل اولیاء عقد

۱۷. سبحانی، بی تا، ج ۱، ص ۱۶۵

۱۸. مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص ۳۳۶

۱۹. بحرانی، ۱۳۱۶، ۲۶۷/۲۳

۲۰. النساء/ ۱۴۱

۲۱. مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص ۲۹۵

۲- **وجود مصلحت:** علامه در کتاب تذکره این شرط را معتبر دانسته اند، ولی مرحوم نراقی به دلیل اصل و عمومات این شرط را معتبر ندانسته اند.^{۲۲}

از جمله آیاتی که میتوان برای رعایت این شرط آورد این آیه است: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ...»^{۲۳} این آیه شریفه اگرچه در مورد اموال یتیم نازل شده که رعایت مصلحت لازم است، اما حق این است که از طریق قیاس اولویت بتوان در مورد نکاح هم استفاده کرد پس عمومات نکاح توسط ولی تخصیص زده شده و شامل مواردی می شود که ازدواج به مصلحت باشد به خاطر آن که ولی بصیرتر و آگاه تر به مصالح اولاد بوده و از نظر محبت و رحمت نسبت به فرزند خود از دیگران شدیدتر است و از همه اینها میتوان فهمید که ولی رعایت مصلحت مولی علیه می کند نه مصلحت خود، و همین رعایت مصلحت در مفهوم ولایت موجود است.

اقدام ولی نسبت به نکاح صغیر یا صغیره باید در جهت رعایت غبطه و صلاح و صرفه آنان باشد. در غیر این صورت بعضی از فقهاء عقیده دارند که عقد بصورت فضولی واقع شده، و موقوف بر آن است که صغیر یا صغیره پس از بلوغ اجازه دهد یا رد نماید، که در صورت اول عقد صحیح و در صورت رد باطل است.^{۲۴} گروهی دیگر از فقهاء معتقدند که در صورت وقوع عقد بر خلاف مصلحت صغار، عقد بکلی باطل است و اجازه بعدی صغیر یا صغیره موجب صحت آن نمی شود. مثلاً چنانچه دختری دو خواستگار داشته باشد، و ولی طفل از نکاح دختر صغیره اش با فرد صالح تر خودداری کند، و او را به عقد دیگری درآورد این عقد اصولاً باطل خواهد بود.

ترتیبی بودن ولایت پدر و جد

در مورد تزویج پسر صغیر یا دختر صغیره، ترتیبی بودن ولایت اب و جد وجود ندارد؛ زیرا هر دو در ولایتشان مستقل اند. لذا هر یک از پدر و جد پدری می تواند بدون کسب رضایت دیگری اقدام به ازدواج «موکلی علیه» نماید. البته در صورت وقوع ازدواج از طرف هر دو، ازدواجی که زودتر انجام گرفته است صحیح، و دیگری باطل است. و در صورت وقوع هر دو در زمان واحد، به نظر فقهاء اقدام جد پدری مؤثر و عمل پدر بدون اثر خواهد بود.^{۲۵} اما بعضی از حقوقدانان به ترتیبی بودن این حق قائلند. ولی بنظر می رسد که این نظر بر خلاف متون فقهی می باشد. زیرا موافقت پدر یا جد پدری، بدون لزوم رعایت ترتیب برای صحت عقد کافی است. بدین ترتیب دختر کبیره باکره چنانچه موافقت هر یک از پدر یا جد پدری را برای نکاح جلب نماید، حق ازدواج خواهد داشت و به همین نحو در صورت عدم اعلام موافقت هر یک از

۲۲. محقق نراقی، بی تا، ۱۶۷/۱۶

۲۳. الانعام / ۱۵۲

۲۴. شرح لمعه، ۱۴۱۰، ج ۲ ص ۶۲

۲۵. طاهری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۶۳

آنان، دختر حق دارد بشرح مذکور در قانون به دادگاه مراجعه و مراتب قصد خود را در مورد نکاح به اطلاع هر یک از آنان برساند.^{۲۶}

معیار باکره و ثیبه

در بحث ازدواج و اذن ولی برای این امر بین باکره و ثیبه تفاوت است، آنجایی که اگر زوجه باکره باشد اذن ولی شرط صحت نکاح است و در ازدواج ثیبه این اذن لازم نیست و ثیبه بنا به صلاحدید و دلخواه خود می تواند ازدواج نماید. لذا ضروری به نظر می رسد که ابتدا ملاک و معیار باکره و ثیبه بودن را مشخص نماییم تا در تطبیق موارد آتی دچار مشکل نشویم.

در مورد باکره و ثیبه بودن چندین قول است که آنها را بیان می داریم:
اول: اگر پرده بکارت موجود باشد پدر بر او ولایت دارد و اگر زائل شده هر چند با انگشت یا پریدن یا مرض، ولایت ساقط است. یعنی باکره و ثیبه بودن به حسب وجود و عدم پرده بکارت است. ظاهراً این معنا قائلی ندارد.

دوم: اگر بکارت با وقاع (نزدیکی) زائل شد ثیبه است هر چند وقاع با شبهه یا زنا باشد، این نظر صاحب جواهر است که می نویسد: اگر مدخوله بود و لو با زنا حکم روی آن آمده و ثیب شده است. مرحوم آقای خوئی نیز مدخوله بودن را در ثبوت کافی می دانند.

آیت الله سبحانی نیز همین مورد را برای ثیبه بودن کافی می دانند.^{۲۷}
سوم: اگر عذره (بکارت) بعد از ازدواج با وطی شوهر زائل شده باشد ثیبه است که این قول مختار مرحوم آقای حکیم است.

چهارم: به مجرد شوهر کردن احکام ثیبه بار خواهد شد هر چند وقاع صورت نگرفته باشد و این نظر مرحوم سید بود که فرمود: متبادر از بکر، عدم ازدواج است و لو زنا یا وطی شبهه واقع شده و عذره هم زائل شده باشد.

پنجم: برای ثبوت دو چیز معتبر است: ازدواج و ازاله بکارت، یعنی بعد از ازدواج ازاله بکارت شده باشد با وطی شوهر یا زنا یا شبهه یا هر سبب دیگری.

مقتضای استدلالی که مرحوم آقای حکیم نموده اند این قول است، هر چند خود ایشان قول سوم را انتخاب کرده اند.^{۲۸}

۲۶. محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۵۸

۲۷. سبحانی، بی تا، ج ۱، ص ۱۹۸

۲۸. زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۱۱، ص ۴۰۵۴

و ظاهر کلام شهید ثانی در مسالک این است که ثبیه بودن به دو شرط است: زوال بکارت و مورد وطی قرار گرفتن.^{۲۹} مرحوم نراقی مشروط به سه شرط می‌داند: زوال بکارت و آن ناشی از وطی شرعی باشد. «در کتاب عروۀ معیار را فقط ازدواج می‌داند.»^{۳۱}

اما اهل سنت قائل‌اند به این که ثبیه کسی است که از قُبُل مورد وطی قرار گرفته باشد فرقی هم نمی‌کند این وطی حلال یا حرام باشد این نظر مذهب شافعی است. اما مالک و ابوحنیفه بیان می‌دارند که حکم وطی حرام حکم باکره است و اگر بکارت به راهی غیر از جماع زایل شود مثل پریدن، شدت حیض و یا انگشت و غیره حکم بکارت دارد.^{۳۲}

آنچه از مجموع این اقوال به دست می‌آید این است که فقهاء شیعه و سنی بر یک چیز اتفاق نظر ندارند و اگر بخواهیم قدر متیقنی را اخذ کنیم باید سه امر را شرط بدانیم: تزویج، دخول و جدایی.

اما عرف معیار باکره بودن را باقی ماندن بکارت می‌داند پس اگر باقی باشد باکره است و الا ثبیه است. در ماده «۱۰۴۲» قانون مدنی چنین آمده است: «بعد از رسیدن به سن ۱۵ سال نیز اناث نمیتواند مادام که به هیجده سال تمام نرسیده‌اند بدون اجازه ولی خود شوهر کند».

در حقوق امامیه نکاح دختری که بکارت او در اثر نزدیکی زائل نشده باشد منوط با اجازه ولی میباشد. اما دختری که بکارت او بوسیله نزدیکی زایل شده است اگر چه در اثر زنا یا شبهه باشد چنانچه بخواهد شوهر کند اجازه ولی را لازم ندارد.^{۳۳}

تفصیل بین عقد دائم و موقت

در مسأله استقلال و عدم استقلال باکره یا ولی او در ازدواج موقت روایاتی وارد شده است که در آینده به بحث و بررسی آنها خواهیم پرداخت. از این روایات دو گونه برداشت شده است، برخی همچون صاحب جواهر از این روایات استقلال بکر را در عقد موقت استفاده کرده‌اند، و برخی دیگر مفاد نهایی این روایات را عدم استقلال بکر دانسته‌اند، به هر حال، بحث در این است که بنابر هر مبنایی که در مسأله متعه اتخاذ شود، آیا می‌توان حکم عقد موقت را به عقد دائم سرایت داد؟

در اینجا هم برای استقلال بکر و هم برای عدم استقلال بکر در عقد دائم به روایات متعه تمسک شده و هر دو استناد نیز بر مبنای اولویت استوار است.

۲۹. شهید ثانی، ۱۲۸۲، ۷/ ۱۴۴.

۳۰. نراقی، بی تا، ۱۶/ ۱۲۳.

۳۱. طباطبائی، بی تا، ۵/ ۶۱۶.

۳۲. بن قدامة، بی تا، ۷/ ۳۸۸.

۳۳. امامی، ۱۳۷۴، ج ۴، ص ۲۸۳.

صاحب جواهر می‌فرماید که وقتی ما استقلال بکر را در باب متعه از روایات استفاده کردیم، بالاولویه در باب دائم نیز استقلال بکر ثابت می‌شود.

برخی از علماء برعکس در باب متعه قائل به عدم استقلال بکر شده‌اند، و فرموده‌اند که وقتی در باب متعه، بکر استقلال رأی نداشته باشد در باب عقد دائم به طریق اولی استقلال رأی نخواهد داشت.^{۳۴}

ولایت پدر و جد بر باکره رشیده در عقد دائم

لزوم اذن ولی در ازدواج دختران پس از بلوغ و قبل از شوهر کردن، از نظر فقهی امری خلاف اصل است؛ زیرا اشخاص پس از رسیدن به سن بلوغ و رشد از تحت ولایت خارج گردیده و به اصطلاح، اهلیت پیدا می‌کنند. ولی چون بقای ولایت اب و جد، در مسأله ازدواج بر اساس نصوص وارد شده است، و آن هم فقط ناظر به پدر و جد پدری است در خلاف اصل باید به قدر متیقن اکتفا شود، و آن همان مورد نص است (اب و جد) لذا اذن دیگران در تحت اصل، باقی مانده و معتبر نخواهد بود.^{۳۵}

بعضی دیگر بر آنند که رشیده باکره در نکاح مانند پسر رشید احتیاج با اجازه ولی ندارد. عده دیگر بر آنند که رشیده باکره را ولی ازدواج مینماید و دختر اختیاری از خود ندارد. بعضی دیگر از فقهاء بین عقد دوام و انقطاع فرق گذارده‌اند. دسته‌ای در نکاح دائم اجازه ولی را لازم میدانند و در منقطع دختر را مختار و دسته دیگر بالعکس در نکاح دائم دختر را مختار و در نکاح منقطع اجازه ولی را لازم می‌شمارند.^{۳۶}

در ثبوت ولایت پدر و جد بر دختر صغیره یا کبیره غیر رشیده شکی نیست همچنین در سقوط ولایت آن دو از ثبیه رشیده نیز بحثی نیست، آن چه محل بحث است باکره رشیده است که سعی بر آن است که ولایت یا عدم ولایت آن دو را در این قسمت اثبات کنیم.^{۳۷}

«نکاح دختر باکره اگر چه 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 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»^{۳۸}

اقوال فقهاء در ولایت داشتن بر باکره رشیده، فراوان و متفاوت است از جمله: شیخ طوسی در کتاب خلاف قائل اند به اینکه اگر باکره کبیره باشد آن چه از ظاهر روایات بر می‌آید این است که پدر و جد می‌توانند او را بر نکاح اجبار نمایند اگر چه مستحب است از دختر هم اذن بگیرند و سکوت دختر اذن

۳۴. زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۱۱، ص ۳۹۶۱

۳۵. حقوق مدنی (طاهری)، ج ۳، ص: ۶۳

۳۶. امامی، ۱۳۷۴، ج ۴، ص ۲۸۸

۳۷. سبحانی، بی تا، ج ۱، ص ۱۷۲

۳۸. ماده ۱۰۴۳ ق. م. اصلاحی ۱۳۷۰ / ۵ / ۲۰

اوست و مالک و شافعی هم این نظر را قبول دارند، ابوحنیفه صغیر و کبیر بودن را معتبر دانسته و بین آنها فرق قائل شده است.^{۳۹}

اما اقوال فقهاء شیعه بالغ بر هفت یا هشت قول است که مشهورترین آن ها عبارتند از:

- ۱- استمرار ولایت بر دختر (شیخ صدوق، ابن ابی عقیل)
 - ۲- نظری که بین متأخرین مشهور است اینکه دختر در عقد مستقل است (شیخ طوسی در تبیان، سید مرتضی، شیخ مفید، ابن جنید و سلار)
 - ۳- استمرار بر ولایت دختر در عقد دائم نه منقطع
 - ۴- ثبوت ولایت بر دختر در عقد منقطع نه دائم (محقق در شرایع این قول را نقل کرده است)
 - ۵- شراکت بین دختر و ولی در ولایت (از ابی الصلاح، شیخ مفید در مقنعه، شیخ حر عاملی در وسائل نقل شده است)
- و اقوال غیر مشهوری هم وجود دارد که آن ها را نقل نمی کنم.
- از نظر آیت الله سبحانی (مد ظله العالی) قول به تشریک یعنی قول پنجم از نظر سندی و دلالتی اظهر و به احتیاط نزدیکتر است.^{۴۰}

عضل ولی

عضل در لغت به معنای منع است و در اینجا منظور این است که ولی دختر را از ازدواج با کفوش همراه با علاقه دختر منع کند.

کلیه فقهایی که اذن و اجازه ولی را در نکاح دختر باکره شرط دانسته اند می گویند: اجازه ولی در صورتی است که ولی بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه ننماید؛ اما اگر چنانچه ولی با وجود خواستگار شایسته و متناسب و هم کفو و مورد تمایل دختر، از دادن اجازه خودداری کند، در این صورت اعتبار اجازه او ساقط می گردد. ^{۴۱} و همچنین اگر ولی دختر غایب بوده، به طوری که دسترسی به او میسر نباشد، اذن او نیز معتبر نخواهد بود.^{۴۲}

علامه در تذکره می فرمایند: اگر زنی بخواهد با مردی ازدواج کند وظیفه دارد از پدر یا جدّ خودش استجازه کند، و مادامی که امکان استیذان هست اگر این کار را نکند عقد باطل است، و وظیفه پدر یا جدّ هم این است که اجازه بدهند و اگر (با کفویت) اجازه ندادند، گناه کرده و اذن آنها ساقط است. نظیر آنچه

۳۹. طوسی، بی تا، المسأله ۱۰

۴۰. سبحانی، بی تا، ج ۱، ص ۱۷۳

۴۱. صاحب جواهر، ۱۲۸۷، ج ۲۹، ص ۱۸۳

۴۲. صاحب جواهر، ۱۲۸۷، ج ۲۹، ص ۱۷۵

که در مورد اولیاء میت وارد شده که برای نماز باید از ولیّ میت اجازه گرفت و بدون آن عمل صحیح نیست، اما اگر ولیّ اجازه ندهد شرطیت اذن او ساقط است.^{۴۳}

در کتاب جواهر الفخریه نیز آمده است که: اگر ولیّ دختر را عضل نماید، یعنی اینکه از ازدواج با کفو منع نماید در حالیکه دختر راغب و مایل به اوست، بحثی در سقوط ولایت ولیّ نیست و اینکه دختر می تواند بطور مستقل ازدواج نماید و فرقی هم نیست که نکاح به مهرالمثل است یا غیر آن و اگر ولیّ از غیر کفو منع نماید عضل نمی باشد.^{۴۴}

قانون مدنی برای پیشگیری از مفاسد و حلّ مشکلات و تخصّصات و به بن بست نرسیدن روابط اجتماعی، با استفاده از اصول و قواعد حاکم بر فقه اسلامی، در این گونه موارد، مسأله را موکول به اجازه حاکم شرع نموده است.

مضایقه ولیّ از دادن اجازه به سه صورت متصور است:

- ۱- بدون بیان علت، ازدواج را رد کند.
 - ۲- به استناد علت غیر موجه آن را رد کند.
 - ۳- هیچ گونه نظر موافق یا مخالفی را اعلام نکند.
- در هر سه صورت دختر حق دارد به شرح ذیل ماده ۱۰۴۳ به دادگاه مراجعه و اجازه ازدواج را تحصیل کند.

آیت الله سبحانی سه صورت دیگر برای عضل ذکر می کند:

- ۱- اینکه ولیّ از ازدواج با غیر کفو شرعی و عرفی جلوگیری کند.
 - ۲- اینکه ولیّ از ازدواج با کفو شرعی غیر عرفی جلوگیری کند.
 - ۳- اینکه ولیّ از ازدواج با کفو شرعی عرفی جلوگیری کند.
- منظور از غیر کفو شرعی و عرفی کسی است فاقد شرایط معتبر شرعی در صحت نکاح می باشد مانند اسلام و کسی که از ازدواج با آنان نهی شده مانند شارب خمر، تارک صلاة، متجاهر به فسق.
- در صورت اول نیازی به ولایت نیست، برای اینکه ازدواج فی نفسه باطل است.
- صورت دوم هم مانند صورت اول است.
- اما در صورت سوم شکی در سقوط ولایت پدر نیست، زیرا عضل زمانی که بدون مصلحت و از روی لجاجت باشد، باعث سقوط ولایت می شود.

۴۳. زنجانیف ۱۴۱۹، ج ۱۱، ص ۴۰۵۰

۴۴. وجدانی فخر، ۱۴۲۶، ج ۱۱، ص ۹۲

اما مراد از کفو شرعی چیست؟ در نگاه نخست، مراد از کفو شرعی، مسلمان و مؤمن به نظر می‌آید، در روایات می‌خوانیم: المؤمن کفو للمؤمنة و المسلم کفو للمسلمة^{۴۵} یا المؤمنون بعضهم اکفاء بعض^{۴۶} بنابراین اگر بخواهد با غیر کفو شرعی یعنی با کافر ازدواج کند پدر می‌تواند او را مانع گردد، و منع او، «عَصْل» به حساب نمی‌آید، در اینجا اگر همان مورد ازدواج با کافر را در نظر بگیریم و بگوییم که منع پدر، در آن مورد منشأ اثر نیست، مطلب بی‌فائده و لغوی خواهد بود، چون چه پدر منع کند یا نکند ازدواج با کافر صحیح نیست و منع پدر تأثیری در بطلان آن ندارد و هیچ گونه احتمال تأثیری هم برای منع پدر نیست تا این عبارت، در صدد دفع آن باشد، لذا می‌توان عبارت را این گونه معنا کرد که اگر پدر، دختر خود را از ازدواج با غیر کفو شرعی منع کند، ممکن است توهم شود که همین منع سبب می‌گردد که در ازدواج با کفو شرعی هم حق ولایت وی ساقط گردد، و دختر بتواند بدون استجازه از پدر ازدواج کند، عبارت فوق این توهم را دفع می‌کند، البته این توهم هم توهم فاسدی است و بطلان آن آشکار است، ولی بیان آن، همانند معنای قبلی نیست که هیچ فایده‌ای در آن به نظر نمی‌آید.

اذن ولی در عقد موقت باکره

تا اینجا تمام مباحث مربوط به عقد دائم باکره بود ولی در این قسمت می‌خواهیم ببینیم آیا در عقد انقضایی هم دختر نیاز به اذن ولی دارد یا به طور مستقل می‌تواند عمل کند.

در کتاب تبصره المتعلمین چنین آمده که اسلام متعه دختران را حرام مطلق نفرمود چون گاهی مصلحت زن است و چاره غیر آن نیست مثل آن که مرد شریف و ثروتمند که چهار زن دائم دارد دختری را موافق مصلحت با مهر بسیار و مدت طولانی عقد متعه کند که هیچ علت فساد در آن تصور نمی‌شود اما بهر حال متعه گرفتن در غیر حال احتیاج مکروه است بکر باشد یا ثیب.^{۴۷}

در این قسمت ابتدا به تعدادی احادیث که در باره عقد موقت باکره می‌باشد اشاره کرده و نحوه استدلال به آن‌ها را بررسی می‌نماییم.

معتبره ابن ابی یعفر: «فضالة بن أيوب عن العلاء عن عبد الله ابن ابی یعفر قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام يتزوج الرجل بالجارية متعة فقال: نعم ألا ان يكون لها اب و الجارية يستأمرها كل أحد ألا ابوها»^{۴۸}
معتبره ابی مریم؛ عن ابان عن ابی مریم عن ابی عبد الله عليه السلام قال: العذراء التي لها أب لا تتزوج متعة ألا باذن أبيها»^{۴۹}

۴۵. بروجردی، ۱۳۸۰، باب ۲۵ از ابواب مقدمات النکاح، ح ۱

۴۶. همان، ۱۳۸۰، باب ۲۷، از ابواب مقدمات النکاح

۴۷. شمسانی، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۵۳۱

۴۸. جامع الاحادیث، ۱۳۸۰، باب ۷، از ابواب المتعة، ح ۸

۴۹. همان، باب ۱۱ از ابواب المتعة، ح ۱۲

شیخ طوسی توجیهاتی در مورد این روایت کرده از جمله حمل روایت بر تقیه، که عجیب به نظر می‌رسد چون عامه اصل متعه را (حتی با اجازه پدر) صحیح نمی‌دانند.

صحیحۀ بزنی در قرب الاسناد: احمد بن محمد (بن عیسی) عن احمد بن محمد بن ابی نصر البرزنی عن الرضا علیه السلام قال: البکر لا تتزوج متعاً الا باذن أبيها.^{۵۰}

همانطوری که ملاحظه می‌شود دلالت این روایات بر اعتبار اذن پدر در عقد انقطاعی تمام است.^{۵۱}

استقلال باکره در عقد متعه

صحیحۀ زیاد بن ابی الحلال قال سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: لا بأس بان يتمتع بالبکر ما لم يفض اليها مخافه كراهية العيب على اهلها.^{۵۲}

شبهه این روایت در نقل مرسلی از جمیل بن درّاج از امام صادق علیه السلام وارد شده است.^{۵۳}

در روایت محمد بن ابی حمزۀ عن بعض اصحابه عن ابی عبد الله عليه السلام هم می‌خوانیم: فی البکر یتزوجها الرجل متعاً قال لا بأس ما لم يفتضها^{۵۴}

همان روایت با اندک تغییر و تحریفی در کتاب حسین بن سعید که به نام نوادر احمد بن محمد بن عیسی چاپ شده آمده است.

این روایات صرف نظر از مرسله بودن اکثر آنها، از جهت دلالت ناتمام می‌باشند، چون ناظر به اصل جواز تمتع به ابکار است و به الغاء سایر شرایط عامه همچون ولایت پدر کاری ندارد.

صحیحۀ جمیل بن درّاج قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتمتع عن الجارية البکر قال لا بأس بذلك ما لم يستصغرها^{۵۵}

استصغار به معنای کوچک شمردن است، مفاد این حدیث این است که تمتع و عقد موقت بر جاریه بکر بستن مانعی ندارد، ولی در مقام ترتیب اثر بر عقد انقطاعی نباید باکره را کوچک شمرد و کاری کرد که سبب رسوایی و هتک حیثیت وی باشد، بنابراین اگر مباشرت کامل چنین مسأله‌ای را به همراه دارد، باید از انجام آن خودداری کرد.

صحیحۀ محمد بن مسلم قال سأله عن الجارية يتمتع منها الرجل قال: نعم الا ان تكون صبية تخدع قلت اصلحك الله، کم الحد الذي اذا بلغته لم تخدع قال بنت عشر سنين^{۵۶}

۵۰. جامع الاحادیث، ۱۳۸۰، همان باب، ح ۹

۵۱. زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۱۱، ص ۴۰۲۸

۵۲. جامع الاحادیث، ۱۳۸۰، باب ۷، از ابواب المتعه، ح ۴

۵۳. جامع الأحادیث، ۱۳۸۰، همان باب، ذیل ح ۳

۵۴. همان

۵۵. همان، ۲۶: ۳۸۴۰۹/۷۶، همان باب

۵۶. جامع الاحادیث، ۱۳۸۰، همان باب، ح ۳۸۴۱۰

این دو روایت نیز در مقام بیان اصل جواز نکاح متعه با باکره می‌باشد و به الغاء شرایط عامه نکاح ناظر نیست.

هیچ یک از روایات گذشته قادر به اثبات استقلال دختر باکره در عقد موقت و نفی استقلال پدر نیست، و بر فرض که روایاتی که عقد موقت با جاریه باکره را تجویز کرده نسبت به مسأله ولایت نداشتن پدر مطلق بدانیم، به هر حال این مطلقات صلاحیت معارضه با ادله مقیده که به صراحت اذن پدر را معتبر دانسته ندارند، تنها روایاتی که بالصراحه از تمتع با باکره بدون اجازه پدر سخن گفته معتبره ابو سعید قماط بود که به نظر ما - لا اقل - محتمل است که مراد از تمتع، بهره‌گیری جنسی (و نه عقد موقت) باشد.

نتیجه بحث این است که در عقد موقت هم، همچون عقد دائم پدر استقلال رأی دارد و دختر مستقل نیست.

۵۷

عدم ولایت پدر و جد بر ثیبه رشیده

قول مشهور (بر خلاف ابن ابی عقیل) این است که در استقلال ثیب در ازدواجش اختلافی نیست، آن هم در صورتی که عاقله و رشیده باشد.

دلیل بر این نظر علاوه بر اصل - که همان اصل عدم ولایت است - وجود روایات زیادی است که نزدیک است به حد تواتر برسد. از آن جمله:

ما رواه الحلبي، من أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء، ألهما مع أبيها أم؟ قال: ليس لها مع أبيها أمر ما لم تثيب.^{۵۸}

ما عن عبد الرحمن ابن أبي عبد الله، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الثيب، تخطب إلى نفسها؟ قال: نعم، هي أملك بنفسها، تولي أمرها من شاءت، إذا كانت قد تزوجت زوجا قبله.^{۵۹}

ما عن عبيد بن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث، قال: لا تستأمر الجارية في ذلك إذا كانت بين أبيها، فإذا كانت ثيباً، فهي أولى بنفسها.^{۶۰}

ما عن عبد الخالق، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة الثيب، تخطب إلى نفسها.

قال: هي أملك بنفسها تولي أمرها من شاءت إذا كان كفواً، بعد أن تكون قد نكحت زوجاً قبل ذلك.^{۶۱}

ما رواه في الكافي، في الصحيح، عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في المرأة الثيب تخطب إلى نفسها، قال: «هي أملك بنفسها تولي أمرها من شاءت إذا كان كفواً بعد أن تكون قد نكحت رجلاً قبله».

۶۲

۵۷. زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۱۱، ص ۴۰۳۵.

۵۸. الوسائل ۲۰۳/۱۴، الحديث ۱۱، الباب ۳ من أبواب عقد النكاح.

۵۹. الوسائل ۲۰۴/۱۴، الحديث ۱۲، الباب ۳ من أبواب عقد النكاح.

۶۰. الوسائل ۲۰۴/۱۴، الحديث ۱۳، الباب ۳ من أبواب عقد النكاح.

۶۱. الوسائل ۲۰۱/۱۴، الحديث ۲، الباب ۳ من أبواب عقد النكاح.

۶۲. الوسائل، ج ۱۴، الباب ۳ من أبواب عقد النكاح، الحديث ۴.

ولی برخی روایت‌های دیگری نیز وجود دارد که با این دسته روایت‌ها در تعارض است. مثل: ما رواه سعید بن اسماعیل، عن أبيه، قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل تزوج بامرأة أو ثيب لا يعلم أبوها ولا أحد من قراباتها، ولكن تجعل المرأة وكيلا فيزوجها من غير علمهم، قال: لا يكون ذا.^{۶۳} ما رواه المهلب الدلال، عن أبي الحسن عليه السلام، إلى أن قال: ... فكتب عليه السلام، التزويج الدائم لا يكون إلّا بولي و شاهدین...^{۶۴}

ولی انصاف این است که این دسته روایت‌ها به دلیل ضعف سندی توان معارضه با روایت‌های قبلی را ندارد. علاوه بر آن در روایت دوم وجود دو شاهد ذکر شده است در حالی که این شرط در عقد نکاح وجود ندارد پس این روایت‌ها حمل بر تقیه یا استحباب می‌شود.^{۶۵}

نتیجه:

از این مقاله چنین بر می‌آید که عقد ازدواج دارای شرایطی می‌باشد و این شرایط در ازدواج دختر باکره به خاطر حفظ احترام و شخصیت او سنگین‌تر می‌باشد.

از جمله اذن ولی در عقد ازدواج که جزء شرایط صحت عقد می‌باشد و در حفظ شئون باکره فرقی میان عقد دائم و موقت نبوده و باید این شرط رعایت شود.

۶۳. الوسائل، حدیث ۱۵، باب ۳ من أبواب عقد النکاح

۶۴. الوسائل ۱۴/۴۵۹، الحدیث ۱۱، الباب ۱۱ من أبواب المتعة

۶۵. مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص ۲۸۲

فهرست منابع و مآخذ

– قرآن کریم

– ابن قدامه، عبدالله بن احمد، المغنی، قاهره: دارالکتاب الاسلامی، بی تا

– امامی، سید حسن، حقوق مدنی (امامی)، ۶ جلد، انتشارات اسلامی، تهران – ایران، ۱۳۷۴

– بروجردی، حسین، جامع احادیث الشیعه فی احکام الشریعه، طهران: حاج محمد حسین کوشانیپور، ۱۳۸۰ ق

– بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، تبریز: دارالطباعه ابراهیم التبریزی،

۱۳۱۶

– خمینی، سیدروح الله، تحریر الوسیله، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، ۱۳۸۴

– خمینی، سید روح الله، استفتاءات (امام خمینی)، ۳ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین

حوزه علمیه قم، قم – ایران، پنجم، ۱۴۲۲ هـ ق

– حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، چاپ دهم، قم: آل البيت، ۱۴۰۹

– سبجانی تبریزی، جعفر، نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه الغراء، دو جلد، قم، چاپ اول، بی تا

– شبیری زنجانی، سید موسی، کتاب نکاح (زنجانی)، ۲۵ جلد، مؤسسه پژوهشی رای پرداز، قم – ایران،

اول، ۱۴۱۹ هـ ق

– شعرانی، ابو الحسن، تبصره المتعلمین فی احکام الدین – ترجمه و شرح، ۲ جلد، منشورات اسلامی،

تهران – ایران، پنجم، ۱۴۱۹ هـ ق

– شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، تهران، بی تا، ۱۲۸۲ ق

– صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام، طهران: موسی طهرانی، ۱۲۸۷ ق

– طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی (طاهری)، ۵ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه

علمیه قم، قم – ایران، دوم، ۱۴۱۸ هـ ق

– طباطبایی یزدی، محمد کاظم، عروة الوثقی، مصحح: ابوالقاسم اصفهانی و محمد خامنه تبریزی، طهران،

بی تا

– طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، قم: دارالمعارف الاسلامیه، بی تا

– عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی – کلاتر)،

کتابفروشی داوری، قم، اول، ۱۴۱۰ هـ ق

– مکارم شیرازی، ناصر، أنوار الفقاهة – کتاب النکاح (المکارم)، در یک جلد، انتشارات مدرسه الإمام علی

بن ابي طالب علیه السلام، قم – ایران، اول، ۱۴۲۵ هـ ق

– نوری طبرسی، حسین بن محمد تقی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، محقق/مصحح: موسسه آل

البيت عليهم السلام، چاپ اول، قم، موسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۸ ق

– نراقی، احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، بی جا، بی تا، بی تا

- وجدانی فخر، قدرت الله، الجواهر الفخريه فی شرح الروضة البهيّة، ۱۶ جلد، انتشارات سماء قلم، قم - ایران، دوم، ۱۴۲۶ هـ ق
- یزدی، سید مصطفی محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن، در یک جلد، قم - ایران، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۷

