



**The Scientific Journal in Jurisprudence and Bases of Islamic law The 16 rd.
Year/NO: 1 Spring 2023**

بررسی تطبیقی ولایت در نکاح در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران

محمد مهدی مسعودی^۱ حمید جلیلیان^۲ زهرا مسعودی^۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۰۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۱۹

چکیده

موضوع ولایت در نکاح یکی از پرکاربردترین موضوعات فقهی و حقوقی است که علی رغم اهمیت، به دلیل اختلافات جدی فقهی، حد و مرزهای دقیق آن در حقوق ایران مشخص نگردیده است. منشأ این اختلافات، گاه به تفاوت برداشتها از متون روایی و گاه به اختلافات مبانی فقهی بر می گردد. این پژوهش ضمن بررسی ولایت در نکاح از منظر آیات و روایات، معرفی اولیای عقد نکاح در غیر سفیه و مجنون و شرایط آنها، موارد سقوط ولایت در نکاح و مراحل مختلف زمانی إذن ولی در نکاح در فقه امامیه و حقوق ایران و بررسی خलाهای قانونی موجود؛ طرح مسأله تکلیفی یا وضعی بودن إذن ولی در قانون مدنی را به عنوان ساز و کاری جهت برون رفت از اختلافات و معضلات حقوقی پیش رو پیشنهاد نموده است.

واژگان کلیدی: ولایت در نکاح، شروط، إذن ولی، تکلیفی بودن إذن ولی

^۱. استادیار گروه معارف اسلامی، واحد اقلید، دانشگاه آزاد اسلامی، اقلید، ایران (نویسنده مسؤول).

^۲. استادیار گروه معارف اسلامی، واحد بناب، دانشگاه آزاد اسلامی، بناب، ایران.

^۳. دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد ابرکوه.

مقدمه

جایگاه ازدواج و نقش تشکیل نظام خانواده در رشد و کمال بشر پوشیده نیست. به خصوص که نظام خانواده رکن اساسی هر جامعه ای است و از این رو اسلام تاکید زیادی بر حفظ آن داشته است؛ لذا هر چه اساس خانواده محکم تر و منسجم تر باشد به همان نسبت جامعه محکم تر است و هر چه خانواده ضعیف تر باشد اثر سوء آن به صورت های مختلف از جمله؛ طلاق، بی بند و باری و ... خود را نشان می دهد. جایگاه والای این نظام کوچک در شرع مقدس اسلام موجب وضع مقررات خاصی شده است. یکی از شؤون فقهی ازدواج، ولایت در نکاح است که در حقیقت همان اذنی است که صحت ازدواج موکلی علیه بستگی به آن دارد و دایره شمول آن ختم به مواردی می شود که موکلی علیه از لحاظ شرع و قانون موظف به تایید نظر ولی در امر نکاح می باشد. از این منظر مساله دارای دو بعد متفاوت است. از یک طرف نیاز شدید مولی علیه با توجه به موقعیت او به حمایت ولی برای مصون ماندن او از آفات پیش رو و احترام به حرمت ولی در نظام خانواده و از طرف دیگر توجه به شرایط اجتماعی جدید که استقلال دختر و پسر را در تصمیم گیری برای زندگی آینده به رسمیت شناخته است. هر چند در موضوعاتی مانند اولیای عقد نکاح، موارد سقوط ولایت و حدود اختیار ولی قبل از بلوغ، اختلافی بین فقه و قانون مدنی نیست؛ لکن حدود اختیار ولی در نکاح غیر صغیر و باکره رشیده بین فقها مورد اختلاف است. با این وجود به نظر می رسد با عنایت به جامعیت و خاتمیت دین اسلام و فقه امامیه، می توان برای خلاءهای قانونی راه کارهای علمی پیدا کرد. این تحقیق با بررسی تطبیقی فقه امامیه و حقوق مدنی ایران به کشف خلاءهای قانونی موجود پرداخته است.

مستندات قرآنی ولایت در نکاح

۱- آیه شریفه ۲۳۷ سوره بقره که می فرماید: "اگر پیش از آنکه به زنان دست بزنید؛ طلاقشان دادید در صورتی که مهری برای آنان مقرر داشته‌اید بایستی نصف مهری را که تعیین کرده بودید به آنان بدهید مگر آنکه آنها خود گذشت کنند یا کسی که امر نکاح به دست اوست (ولی) گذشت کند." در صحیححه عبدالله بن سنان از امام صادق (علیه السلام)، امام (ع) در تفسیر فراز "الذی بیده عقده النکاح" فرموده است: الذی بیده عقده النکاح هو ولی امرها (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۴، ص ۲۱۳). در حدیث ابوبصیر از امام صادق (ع) هم آمده است: شخصی که امر نکاح به دست اوست؛ پدر و برادر و مردی است که به عنوان وصی انتخاب شده و آن شخص می تواند در امور خرید و فروش مال زن دخالت کند و جایز است هر جا که مصلحت باشد ببخشد (حلی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۱۰۸). این حدیث نیز می تواند ناظر به آیه ۲۳۷ سوره بقره باشد که امام (ع) فراز "الذی بیده عقد النکاح" را ولی زن معرفی نموده است.

۲- آیه شریفه ۲۸۲ سوره مبارکه بقره که می فرماید: "ای کسانی که ایمان آورده‌اید، هر گاه به وامی تا سررسیدی معین، با یکدیگر معامله کردید، آن را بنویسید. و باید نویسنده‌ای [صورت معامله را] بر اساس عدالت، میان شما بنویسد... پس اگر کسی که حق بر ذمه اوست، سفیه یا ناتوان است، یا خود نمی تواند املا کند، پس ولی او باید با [رعایت] عدالت، املا نماید." این آیه شریفه نشان از ولایت تام و مطلق ولی بر صغیر و سفیه و مجنون را دارد.

ولایت پدر، جد پدری و وصی آنها

ولایت پدر بر فرزند خود در همه سنت‌های اخلاقی و مذهبی و قوانین موضوعه پذیرفته شده است. همین که کودکی به دنیا می آید خود به خود تحت ولایت پدر خود قرار می گیرد و این حق (ولایت) را به بهانه های جعلی و بدون دلیل نمی توان از او گرفت مگر در صورت ثبوت معاذیر شرعی و قانونی. اینکه پدر یا جد پدری بر فرزند ولایت دارند مورد اجماع فقهاست (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۴، ص ۴۳۵). صاحب جواهر می گوید: «فی تعین الاولیاء، لا ولایه عندنا فی عقد النکاح لغیر الاب و الجد الاب و ان علا» (نجفی، ۱۳۶۶، ج ۲۹، ص ۱۷۰). ادله ای هم که ولایت جد را اثبات می کنند؛ مطلق است و هیچ کدام مقید به فوت یا حیات دیگری نیست؛ یعنی در هر دو صورت فوت و حیات، جد ولایت دارد (موسوی خمینی، تحریر الوسیله، بی تا، ج ۲، ص ۲۴۲). با

این حال در مورد ولایت وصی بین فقها اختلاف نظر جدی وجود دارد. در بین فقهای امامیه چهار نظر در مورد ولایت وصی وجود دارد. برخی به آیات ۱۸۰-۱۸۲ سوره بقره استناد نموده اند و معتقدند که این آیات بیانگر آن است که عمل به وصیت میت واجب است چراکه وصیت میت جز آنچه که علم به فساد آن داریم صحیح است (شهید ثانی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص ۱۷۸). بر این اساس در صورت تصریح موصی اگر ولی وصیت کرده باشد که دختر صغیره اش را تزویج نمایند؛ وصیت صحیح و وصی می تواند وی را تزویج کند و تزویج صحیح است؛ خواه زوج را مشخص نموده یا مشخص ننموده باشد ولی اگر وصیت به تزویج کبیره نماید وصیت صحیح نیست (طوسی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۲۵۴) بر خلاف صاحب شرایع که می فرماید: اظهر این است که وصی حتی اگر موصی تصریح به وصایت در ازدواج کرده باشد بر این امر ولایت پیدا نمی کند؛ زیرا با موت ولی ولایت او در نکاح قطع می شود و شهید ثانی نیز در مسالک این نظر را به مشهور نسبت داده است (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۷، ص ۱۴۸).

علامه در تذکره می فرماید: ولایت وصی به سبب وصیت فقط در یک صورت است؛ آن هم اینکه صغیر، فاسد العقل باشد و احتیاج به نکاح داشته باشد و ضرورت اقتضا نماید؛ در حالی که پدر هم وجود نداشته باشد؛ در غیر اینصورت وصی ولایت ندارد، چون مسبب ولایت قربات است که مستلزم شفقت در امر مولی علیه است که هیچ کدام در وصی وجود ندارد (حلی، بی تا، ج ۲، صص ۵۹۳-۵۹۲). حقوق دانان وصی را نماینده ولی قهری و اختیارات او را شاخه ای از ولایت قهری دانسته اند که در نتیجه وصیت عهدی به وصی تفویض می شود. از این رو دادستان بر کار وصی نظارت نداشته زیرا فرض بر آن است که وی نیز همانند ولی قهری مصلحت مولی علیه را رعایت می کند و نیازی به تضمین های قانونی یا نظارت دادستان را ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۲۳۹). اختیارات وصی هم تابع اراده موصی و مندرجات وصیت نامه است که امتناع از اجرای وصیت یا تجاوز از مفاد آن سبب انعزال وصی می گردد. (همان، ج ۲، ص ۴۶۲).

ماده ۸۵۹ قانون مدنی در این مورد تصریح می دارد که "وصی باید طبق وصایای موصی رفتار کند و الا ضامن و معزل است" همچنین ماده ۱۱۸۸ قانون مدنی بیان می دارد که هر یک از پدر و جدپدری بعد از وفات دیگری می تواند برای اولاد خود که تحت ولایت او می باشد وصی معین کند تا بعد از فوت خود در نگهداری و تربیت آنها مواظبت کرده و اموال آنها را اداره نماید. ماده ۱۱۹۰ قانون مدنی اختیار تعیین وصی بعد از فوت وصی را به او داده است و گفته شده که ممکن است پدر یا جدپدری به کسی که سمت وصایت معین کرده اختیار تعیین وصی بعد از فوت خود را برای مولی علیه بدهد.

ولایت حاکم

منظور از حاکم، امام عادل یا کسی است که ماذون از امام عادل باشد و نیز فقیهی که شرایط اصدار حکم را داشته باشد (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۵۹۳ و عاملی، ۱۴۱۹، ج ۷، ص ۱۴۶). برخی حاکم را صاحب ولایت بر صغیر و صغیره نمی دانند؛ چرا که اصل، عدم ولایت آن را منتفی می نماید (نجفی، ۱۳۶۶، ج ۲۹، ص ۱۸۸). در مورد ولایت حاکم برای مجنون غیر متصل از صغر به روایت "السلطان ولی من لا ولی له" (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ص ۱۴۹) استناد شده که این مصلحت زمین مانده را باید حاکم شرع انجام دهد. مواد ۱۲۲۴، ۱۱۸۵، ۱۲۱۸ قانون مدنی و ماده ۸۸ قانون امور حسبی به طور کلی یا جزئی دلالت بر ولایت حاکم دارند.

شروط اعمال ولایت در نکاح

فقهای امامیه نافذ بودن ولایت در نکاح را مشروط به شرایطی از جمله کمال، اسلام، حریت و خروج از احرام (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۳، ص ۲۷۱) و بالاخره فقدان مفسده دانسته اند و از این رو صغیر، مجنون و مغمی علیه به علت فقدان کمال ولایت ندارند و مستی هم در صورت زوال عقل موجب سقوط ولایت است (نجفی، ۱۳۶۶، ج ۲۹، ص ۲۰۷ و بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۳، ص ۲۶۹). نیز کافر نمی تواند بر مسلمان به نص صریح قرآن کریم و روایات معصومین (علیهم السلام) ولایت داشته باشد (موسوی خویی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۳۰۸). بر این دیدگاه به آیات ۷۱ سوره توبه و ۱۴۱ سوره نساء و روایت مشهور "الاسلام یعلو ولایعلی علیه" (حرعاملی،

۱۴۰۹، ج ۱۷، ص ۳۷۶) استدلال شده است. حریت ولی نیز یکی از شرایط مسلم و قطعی است چراکه برده و بنده، مالک چیزی نیست (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۳، ص ۲۷۰). روایت عبید ابن زراره از امام صادق (ع) هم اولویت جد پدری بر پدر در اعمال ولایت را مشروط به فقدان ضرر دانسته است (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۴، ص ۲۱۸) و البته در این خصوص به قاعده لاضرر نیز استناد شده است (موسوی خویی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۸۱) علاوه بر اینکه مطابق مذاق شرع، مقصود از اعطای ولایت، حفظ مصالح و رفع ضرر بر مولی علیه بوده است؛ لذا بی تردید تزویج ولایی نیز مشروط به عدم مفسده است. مصلحت هم عام است هم مربوط امور مالی و هم امور غیر مالی است. قانون نیز شرط عقد نکاح قبل از بلوغ را توسط ولی رعایت مصلحت مولی علیه می‌داند. (قانون مدنی، ماده ۱۰۴۱)

ترتیب اولیا در نکاح و تعارض در ولایت

ولایت پدر یا جد پدری در امر تزویج پسر صغیر و دختر صغیره در فرض حیات هر دو ترتیبی نیست؛ بلکه در عرض یکدیگر است بنابراین هر یک از آنان می‌توانند بدون کسب موافقت دیگری مبادرت به ازدواج مولی علیه نمایند. در مورد إذن پدر یا جد پدری به نظر بعضی از حقوق دانان، این حق به نحو ترتیبی است؛ یعنی در صورت حیات پدر باید برای موافقت با ازدواج به او رجوع کرد و فقط در صورت فوت پدر، جد پدری اختیار إذن نکاح را دارد (محقق داماد، ۱۳۸۶، ص ۵۸-۵۶). با این وجود در منابع فقه موافقت یکی از آن دو بدون لزوم رعایت ترتیب برای صحت عقد کافی است (نک: موسوی خمینی، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۲۴۲) هر چند دختر کبیره باکره در صورت عدم اعلام موافقت آنها حق دارد به شرح مذکور در قانون مدنی به دادگاه مراجعه و مراتب قصد خود را در امر نکاح به اطلاع هر یک از آنها برساند و با کسب اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید (محقق داماد، ۱۳۷۹، ص ۵۸-۵۷). در فقه شیعه در مورد اولویت ولایت جد پدری بر پدر به دو روایت معتبر استناد شده است. یکی روایت عبید بن زراره از امام صادق علیه السلام که فرمود: اگر مردی دختر پسرش را تزویج کند؛ این عقد بر پسر نیز نافذ است و پسر نیز می‌تواند دخترش را تزویج نماید. اگر پدر دختر شخص خاصی را در نظر بگیرد و جدش شخص دیگری را، جد برای تزویج سزاوارتر است (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۴، ص ۲۱۹). دوم روایت علی بن جعفر از موسی بن جعفر علیه السلام که از حضرت در خصوص مردی سوال کرده که دو نفر به خواستگاری دخترش آمدند؛ وی یکی را و پدرش دیگری را می‌خواهد؛ کدام یک به نکاح دختر سزاوارتر است؟ امام (علیه السلام) فرمودند: آن شخص را که جد بپذیرد برای دختر شایسته‌تر است؛ چرا که وی و پدرش متعلق به جد هستند (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۴، ص ۲۱۹). در قانون مدنی ایران جد با پدر در ولایت شریک هستند (قانون مدنی، مواد ۱۱۸۰ تا ۱۱۹۴) و هریک از این دو به طور مستقل می‌توانند به نمایندگی مولی علیه درباره او تصمیم بگیرند. در فرضی که تصرف جد پدری تعارض یابد می‌بایست تصرف مقدم را نافذ دانست؛ لذا با تحقق اولین تصرف، موضوعی برای تصرف معارض دوم باقی نمی‌ماند (نجفی، ۱۳۶۶، ج ۲۶، ص ۱۰۲). مستند این دیدگاه آیه ۶ سوره احزاب است که می‌فرماید: "و اولوا الارحام بعضهم اولی ببعض فی کتاب الله" خویشاوندان بعضی بر بعض دیگر مقدمند. اما در جایی است که تصرف متعارض همزمان صورت بگیرد در این صورت زمان در رفع تعارض موثر نیست و صلاحیت پدر و جد پدری در مقابل یکدیگر قرار می‌گیرد که دو روایتی که ذکر آن گذشت عمل به خواسته جد پدری را سزاوارتر می‌دانند اما در حقوق مدنی توضیحی در این مورد داده نشده است.

موارد سقوط ولایت

۱. عضل

ممانعت ولی از ازدواج دختر با کفو خود را در اصطلاح، عضل می‌نامند. فقها همگی اتفاق دارند که یکی از موارد سقوط اعتبار إذن ولی هنگامی است که دختر را از ازدواج با کفو خویش منع کند؛ در حالی که دختر راغب به ازدواج با او باشد. اما در صورتی که

مرد کفو شرعی دختر بوده ولی کفو عرفی او نباشد و تزویج با او رکاکت و عار باشد إذن پدر معتبر است (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ج ۵ ص ۶۱۵). به عبارت دیگر باکره رشیده می‌تواند بدون کسب رضایت ولی، خویش را به ازدواج هم کفو خود در آورد و مطابق نظر فقهای امامیه رجوع به حاکم و اثبات عقل نزد او ضرورتی نداشته و خود می‌تواند نکاح را واقع سازد (طوسی، ۱۴۱۶، ج ۴، ص ۱۸۴). سکوت فقها در لزوم طرح موضوع نزد حاکم اینکه و اثبات آن ظهور در عدم نیاز به مراجعه حاکم و اثبات موضوع نزد حاکم داشته و از این رو دختر می‌تواند خود عقد نکاح را واقع سازد (نجفی، ۱۳۶۶، ج ۲۹، ص ۱۸۴). قانون مدنی نیز مضایقه غیر موجه پدر یا جد پدری از دادن اجازه برای ازدواج باکره را موجبات سقوط اجازه او دانسته و باکره رشیده را در اقدام به نکاح خود مجاز می‌داند. (قانون مدنی، ماده ۱۰۴۳، مطابق قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰).

۲. غیبت ولی

مساله سقوط إذن ولی برای نکاح باکره رشیده در صورت غیبت پدر و جد پدری نیز مورد اتفاق فقهای امامیه است؛ چه آن دسته از فقهای که قائل به مشروطه بودن نکاح باکره رشیده به إذن ولی می‌باشد و چه آنهایی که استقلال باکره رشیده را پذیرفته ولی امر به احتیاط نموده اند (موسوی خمینی، بی تا: ج ۲، ص ۵۳ و طوسی، ۱۴۰۸، ص ۲۹۹ و طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۷۰۴)؛ هر چند در صورتیکه إذن ولی منوط به عدم امکان استیذان باشد یا استیذان مستلزم عسر و حرج و مشقت باشد، مساله میان فقها اختلافی است. همچنین حد احتیاج و معیار آن نیز مشخص نشده است. ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی نیز در این باره تصریح می‌دارد: "در صورتی که پدر یا جد پدری در محل حاضر نباشند و استیذان از آنها عادتاً غیر ممکن بوده و دختر نیز احتیاج به ازدواج داشته باشد، وی می‌تواند اقدام به ازدواج نماید" (قانون مدنی، ماده ۱۰۴۴، مطابق قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰).

۳. ثبوت

ثبیب زنی است که بکارت او به هر سببی زایل شده باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۴۴). همه فقهای امامیه بالا جماع معتقد به عدم ولایت ولی در نکاح ثبیب هستند و برای اثبات مدعی خویش به آیه ۲۳۲ سوره بقره و روایت امام صادق (ع) استناد کرده اند که در آن از امام (ع) در مورد ثبیبی که از وی خواستگاری شده سوال شده؛ امام (ع) فرمودند: وی مالک نفس خویش است و به هر کسی که اراده کند می‌تواند ازدواج کند (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۷، ص ۳۸۴-۳۸۵). آنچه از قرائن بر می‌آید آن است که طریق زوال بکارت نیز برای صدق عنوان غیر باکره مورد توجه است و موضوعیت دارد. در فقه دختری که در اثر پریدن یا عمل جراحی و امثال آن بکارتش زائل شده در حکم باکره است و برای ازدواج إذن پدر لازم دارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰، ج ۵، ص ۶۱۶)؛ هر چند در مساله زوال بکارت طی مواقعه مشروع یا نامشروع برای سقوط إذن ولی، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد؛ به عبارت دیگر گروهی از فقها معتقدند که باید بکارت به نکاح شرعی از بین رفته باشد تا ولایت در نکاح ساقط شود (نراقی، ۱۴۱۵، ۱۲۳)؛ اما برخی معتقدند که دخول و زوال بکارت مطلقاً (مشروع باشد یا نامشروع) سبب سقوط ولایت می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۴۴). از لفظ "باکره" در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی در مورد تصریح ولایت پدر معلوم می‌شود که قانون هم به پیروی از فقه امامیه ثبیب را در امر ازدواج آزاد دانسته است (قانون مدنی، ماده ۱۰۴۳).

حدود اختیارات ولی در نکاح قبل از بلوغ مولی علیه

ولایت ولی در تزویج صغیر و صغیره از قطعیات است (طباطبایی حکیم، ج ۱۴، ص ۴۳۵) شیخ طوسی در النهایه می‌فرماید: "برای مرد جایز است که دختر صغیره‌اش را به عقد ازدواج دیگری در آورد و إذن گرفتن او لازم نیست" (شیخ طوسی، ۱۴۰۰، ص ۴۶۴) و نیز سیدمرتضی در کتاب الناصریات می‌فرماید: "تزویج بچه‌های صغیر جایز نیست مگر توسط پدرانشان و نظر ما (فقهای امامیه) این است که پدران و اجداد پدری میتوانند بچه‌های صغیر را تزویج کنند و دیگران اگر آنها را تزویج نمودند صحت عقد منوط بر

رضایت آنان قبل از بلوغ است" (سید مرتضی، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۳۳۲). همچنین علامه حلی در تذکره چنین می‌فرماید: "ولایت پدر نسبت به تزویج صغیر و صغیره بالاجماع ثابت است و این ولایت از قوی‌ترین اسباب است؛ زیرا پدر نسبت به فرزند نهایت شفقت را دارد و ولایت او ولایت اجبار است بنابراین حاکم و غیرحاکم از خویشاوندان حق ندارد با او معارضه کند و یا آنچه را او انجام داده است باطل نماید؛ لذا اگر پدر صغیره‌اش را به کفو خودش تزویج نماید عقد لازم خواهد بود" (علامه حلی، بی تا، ج ۲، ص ۵۸۶). مطابق نظر مشهور فقها پسر یا دختر صغیر پس از بلوغ (بر اساس اصل لزوم عقد ازدواج) نسبت به عقد انجام شده توسط ولی، حق خیار ندارد (نجفی، ۱۳۶۶، ج ۲۹، ص ۱۷۳-۱۷۲)؛ هر چند برخی فقها بر این باورند که آن دو پس از بلوغ دارای حق خیارند (موسوی خویی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۳۰۰). برخی در خیار پس از بلوغ قائل به تفصیل بین دختر و پسرند به این ترتیب که پسر صغیر به دلیل آنکه با نکاح، به مهر و نفقه متعهد می‌گردد، پس از بلوغ، در قبول یا رد نکاح حق خیار دارد، در حالی که دختر صغیره چنین تعهدی بر دوش نمی‌گیرد و در نتیجه نکاح برای او لازم می‌باشد (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۵۶۸). در مقابل، پاره‌ای از فقها نیز عقد صغیر را خواه ممیز و خواه غیر ممیز و چه برای خود و چه به وکالت از دیگری باطل می‌دانند و برای عبارت صغیر چه در نکاح و چه در عقود دیگر اعتباری نمی‌شناسند (نک: محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۲۱۸).

ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی تصریح می‌دارد: "طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر و جد پدری خود می‌باشد" و در تبصره ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی آمده است: "عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی به شرط رعایت مصلحت مولی علیه صحیح می‌باشد". این در حالی است که به موجب ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی نکاح قبل از بلوغ ممنوع می‌باشد. باتوجه به تبصره این ماده که عقد نکاح قبل از بلوغ را با اجازه ولی صحیح می‌داند؛ نتیجه‌گیری می‌شود که منظور از ممنوعیت نکاح قبل از بلوغ اقدام صغیر یا صغیره به نکاح خود بدون اجازه ولی می‌باشد.

نکاح باکره رشیده

برخی از فقهای شیعه معتقدند نکاح دختر باکره حتی اگر به سن بلوغ رسیده باشد؛ موقوف به اجازه پدر یا جد پدری است اما گروه دیگر معتقدند نکاح دختران رشیده مانند پسران نیازمند اجازه ولی نمی‌باشد. گروهی هم میان نکاح دائم و متعه تفصیل قائل شده و گروهی اجازه پدر را بنابر احتیاط واجب لازم دانسته‌اند. در ادامه هر یک از دیدگاهها به طور جداگانه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

الف. لزوم ولایت پدر و جد پدری در نکاح باکره رشیده

لزوم ولایت پدر و جد پدری در نکاح باکره رشیده متکی بر مستندات روایی است از جمله:

۱. روایت عبد الله بن صلت از امام رضا (علیه‌السلام) که از امام در مورد دختر بکر صغیره ای که پدرش او را به عقد نکاح دیگری در آورده سوال کرده که آیا بعد از بلوغ اختیار در این خصوص دارد؟ امام (علیه‌السلام) فرمود: خیر، با وجود پدر، دختر اختیاری ندارد. همچنین از آن حضرت در مورد دختر باکره ای که در حد زنان بزرگ شده، سوال نموده که آیا با وجود پدر، اختیار در ازدواج دارد؟ امام (علیه‌السلام) فرمود: تا زمانی که ثیب (مدخوله) نشده، در این مورد فاقد اختیار است (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۳۶).

۲. روایت حلبی از امام صادق (ع) که در مورد دختر بکری که در حد زنان بزرگ شده، سوال نموده که آیا اختیار در ازدواج دارد؟ امام فرمود: تا زمانی که ثیب نشده، با وجود پدرش اختیاری ندارد (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۳۶).

۳. محمد مسلم از یکی از امامان باقر یا صادق (علیهما السلام) روایت کرد که امام (ع) فرمود (تا زمانی که) دختر با پدر و مادرش زندگی می‌کند؛ برای ازدواج مورد مشورت واقع نمی‌شود و تا پدرش وجود دارد برایش اختیاری نیست و نیز فرمود: به استثنای پدر، همه باید با او مشورت کنند (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۳۵).

۴. علی بن جعفر از برادرش امام موسی بن جعفر (علیه السلام) روایت کرد که: آیا بدون إذن دختر، پدرش میتواند او را به عقد نکاح دیگری درآورد؟ امام (علیه السلام) فرمود: بلی، با بودن پدر، برای فرزند اختیاری نیست؛ مگر زن مدخوله که جز با مشورتش نمی توان او را به عقد نکاح دیگری درآورد (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۰، ص ۲۸۶).

۵. روایت حلبی از امام صادق (ع) درباره دختری که پدرش بدون جلب رضایتش او را به عقد نکاح کسی درآورده، فرمودند: عقد مزبور با وجود عدم رضایتش صحیح و نافذ است (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۴، ص ۲۱۵).

شیخ صدوق می فرماید: "هیچ کس بر دختر ولایت ندارد مگر پدرش تا زمانی که باکره است؛ اما هنگامی که ثیب شد، دیگر کسی بر وی ولایت نخواهد داشت و او بر خودش صاحب اختیارتر است (صدوق، ۱۴۱۸، ص ۶۸). از قائلین به نظر بقاء و استمرار ولایت ولی بر دختر باکره بالغ، شیخ طوسی است که می فرماید: زن آزاد در ازدواج صاحب اختیار خودش است و پدر و جد پدری ولایتی بر او ندارد مگر اینکه بکر باشد و روایات امامیه ظهور براین امر دارند که ازدواج دختر بکر جایز و نافذ نیست: "اذا بلغت الحره الرشیده ملکت العقد علی نفسها و زالت عنها ولایه الاب و الجد الا اذا كانت باکره، فان الظاهر من روایات أصحابنا أنه لا يجوز لها ذلك" (طوسی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۲۵۰) و در جای دیگر می گوید: اجماع شیعه و روایات و ظاهر آیه "فان طلقها فلا تحل له من بعد حتی تنکح زوجا غیره" (بقره/۲۳۰) و آیه "فلا تعضلوهن ان ینکحن ازواجهن" (بقره، ۲۳۲) که در آن نکاح را به زن‌ها نسبت داده و همچنین روایت ابن عباس از پیامبر (صلی الله علیه وآله وسلم) که فرموده: "الایم احق بنفسها من ولیها"؛ دلالت دارند بر اینکه دختر بالغ رشیده [غیر باکره] نیاز به ولایت پدر ندارد؛ اما باکره برای ازدواجش باید اجازه بگیرد و در صورتیکه فاقد جد و پدر است؛ نیاز به إذن ندارد (طوسی، الخلاف، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۲۵۲-۲۵۳). از طرفداران دیگر این نظر صاحب حدائق شیخ یوسف بحرانی است (بحرانی، ۱۴۰۶، ج ۲۳، ص ۲۱۴-۲۱۲). برخی فقهای معاصر نیز روایاتی را که إذن ولی را لازم نمی داند؛ به دلیل ضعف سند و یا مناقشه در دلالت معتبر ندانسته اند (نک: شبیری زنجانی، ۱۳۸۱-۱۳۸۰؛ جلسات ۸۱/۲/۱ به بعد).

قانون مدنی به پیروی از این نظر، ذیل ماده ۱۰۴۳ لزوم ولایت پدر و جد پدری را برای باکره پذیرفته است و می گوید: "نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد؛ موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او است 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 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 نماید" (قانون مدنی، ماده ۱۴۰۳). بنابر این پیرو ماده مذکور تنها در صورت موجه نبودن علت پدر یا جد پدری عضل آنها صورت می گیرد و در نتیجه باکره رشیده می تواند خود اقدام به ازدواج نماید. نکته قابل ذکر این است که مطابق ماده فوق که برگرفته از نظریات فقهای امامیه می باشد؛ هیچکس غیر از پدر و جد پدری بر باکره رشیده ولایت ندارد؛ هرچند در ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی تصریح شده است که: "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 می تواند اقدام به ازدواج نماید" (قانون مدنی، ماده ۱۴۰۴).

ب. احتیاط واجب در إذن ولی بر نکاح باکره رشیده

سید کاظم یزدی می فرماید: "ولایتی بر پسر بالغ رشید و دختر بالغ رشید و دختر بالغ رشید، زمانی که ثبیه باشد وجود ندارد اما درباره ثبوت ولایت بر باکره رشیده نظرات مختلفی وجود دارد که مراعات احتیاط در آن و گرفتن اجازه از هر دو نباید ترک شود" (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۸۶۵-۸۶۴). آیات عظام امام خمینی (ره)، خویی (ره)، سیستانی، فاضل لنکرانی (ره)، صافی گلپایگانی (ره) و نوری همدانی، همگی معتقد به احتیاط واجب در إذن پدر می باشند (موسوی خمینی، ۱۳۶۳، ج ۲، ص ۲۵۴؛ موسوی خویی، ۱۴۰۷:

ج ۲، ص ۲۵۷؛ سیستانی، ۱۴۱۵: ص ۴۹۶؛ فاضل لنکرانی، بی تا، ص ۴۶۱؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۴۷۳؛ نوری همدانی، ۱۳۷۳، ص ۴۷۳).

ج. ولایت نداشتن پدر و جد پدری در نکاح باکره رشیده

شیخ مفید می‌فرماید: "اگر دختر باکره باشد و پدر و یا جد پدری داشته، سنت است (مستحب) پدر یا اگر پدر نباشد؛ جد پدری، عقد ازدواج او را بعد از اینکه از دختر اجازه گرفت و دختر راضی بود، بر عهده بگیرد؛ اما اگر دختر بدون اجازه پدر عقد را منعقد نمود، عقد صحیح است؛ هر چند که برخلاف سنت رفتار شده است. اگر غیر باکره باشد، حق دارد بدون اجازه پدر، عقد منعقد کند و انجام این کار خلاف سنت نیست" (شیخ مفید، ۱۴۱۳، ص ۵۱۰). سیدمرتضی می‌فرماید: "زن زمانی که عاقل و رشید شد، ولایت پدر در خصوص وی از بین می‌رود و وی حق دارد که خودش را به ازدواج دیگری در آورد" (سید مرتضی، ۱۴۱۵، ص ۲۸۳) شیخ انصاری هم می‌گوید: "بنا بر رای مشهور ولایت پدر و جد بر بالغه رشیده ثابت نیست" (انصاری، ۱۴۱۵، صص ۱۱۶-۱۱۲) برخی دیگر از فقها نیز بر همین دیدگاهند (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۹، ص ۱۷۴؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۲۴۸). صاحب جواهر قایل به استقلال انحصاری دختر باکره است و برای اثبات آن به ادله اربعه (کتاب، سنت، اجماع، عقل) و در این خصوص به قاعده اولیه تمسک نموده است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۹، ص ۱۷۵). وی تحمیل نظر پدر را مستلزم مفاسد بزرگی مانند خودکشی و زنا و فرار از خانه می‌داند (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۹، ص ۱۷۵) و ضمن تاکید بر ضعف نصوص وارده بر لزوم اذن ولی در باکره رشیده و نیز مخالفت آنها با ظاهر کتاب خدا و موافقت مذهب عامه معتقد است که آن نصوص در مقام مخالفت با نظر عدم ولایت پدر و جد پدری بر دختر در امر ازدواج صراحت ندارد؛ به این دلیل که شاید آن روایات ناظر بر دختر بکر غیر رشید بوده و نهی وارده در آنها از باب کراهت خودسری در تصمیم به ازدواج و عدم اطاعت و فرمانبرداری در برابر پدر و جد پدری باشد (نجفی، ۱۳۹۵، ج ۲۹، ص ۱۸۱-۱۸۰).

د. تفصیل بین عقد دایم و موقت در نکاح باکره رشیده

برخی بین ازدواج موقت و دایم تفاوت قایل شده‌اند. ابن حمزه طوسی می‌نویسد: "برای باکره با وجود پدر و جد، امکان انعقاد نکاح دایم وجود ندارد؛ مگر با دو شرط غیبت ولی یا مانع شدن ولی از ازدواج با کفو؛ اما مستحب است ولی بدون کسب رضایت از دختر نکاح را منعقد نکند. اما در نکاح موقت، باکره می‌تواند بدون اجازه ولی، نکاح متعه به شرط عدم دخول منعقد نماید" (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸، ص ۲۹۹). هر چند روایاتی نیز بر خلاف نظر فوق دال بر استقلال پدر در عقد انقطاعی باکره و نفی استقلال دختر آمده است؛ مانند معتبره ابن ابی یعفر از امام صادق (ع) که می‌گوید: به امام (ع) عرض کردم: یتزوج الرجل بالجاریه متعه؟ امام (ع) در پاسخ فرمود: نعم الا ان یكون لها اب و الجاریه یستامرهما کل احد الا ابوها" (نوری طبرسی، ۱۴۰۸، ج ۱۴، ص ۴۵۹) گفتنی است از شیخ طوسی توجیهاتی در مورد این روایت نقل شده از جمله حمل روایت بر تقیه که از نظر برخی دیگر از فقهاء این حمل، حمل نادرستی است چرا که عامه اصل متعه را جایز نمی‌دانند در حالی که حمل تقیه مربوط به زمانی است که حکم روایت موافق با عامه بوده باشد (شبیری زنجانی، ۱۳۸۱-۱۳۸۰؛ جلسه ۱۳۸۱/۲/۳۱، ص ۱۰). روایت دیگر معتبره ابی مریم از امام صادق (ع) است که در آن امام (ع) فرمودند: "العذراء التی لها اب لا تتزوج متعه الا یاذن ایبها" (حر عاملی، ج ۲۱، ص ۳۵).

ه. اختیار ولی در انحلال نکاح دختر باکره بالغ

اختیار ولی در فسخ نکاح و یا طلاق دختر باکره بالغ خود دارای سابقه فقهی می‌باشد. صاحب کتاب مستمسک عروه الوثقی به استناد صحیح زراره که بیان می‌دارد: "سمعت ابا جعفر (علیه السلام) یقول: لا ینقض النکاح الا الاب" می‌گوید: "انما یكون للاب فسخ عقد البنت و ان كان صحیحاً بغير اذنه، فان فسخه انفسخ و ان لم یفسخه بقی علی صحته و لعل قوله (علیه السلام) فی صحیح الحلبي: لیس لها مع ایبها امر یراد به هذا المعنی، یعنی: له فسخ عقدها و حله (حکیم، ۱۳۹۱، ج ۱۴، ص ۴۴۷). علی‌رغم اینکه صاحب

مستمسک اذعان می‌دارد موردی که این حدیث بدان ناظر است شناخته نیست ولی به آن فتوا داده است. بنابراین دیدگاه، پدر حق فسخ عقد نکاح دختر باکره بالغ خود را هر چند که بدون اذن او صحیح هم تلقی شود دارد و لذا اگر فسخ نمود آن عقد منفسخ می‌شود و اگر فسخ نمود به طور صحیح باقی می‌ماند. ایشان توضیح می‌دهد که شاید قول معصوم (علیه‌السلام) در صحیح حلبی که می‌فرماید: "لیس لها مع ابیها امر" به همین معنی باشد، یعنی برای پدر اختیار فسخ عقد دخترش وجود دارد.

صاحب عروه الوثقی، ولایت پدر و جد بر دختر بالغه باکره را محل اشکال دانسته و معتقد است؛ اگر چنین دختری بدون اذن پدر شوهر کند و یا اینکه پدر بدون اذن دختر او را به نکاح دیگری در آورد؛ آن دیگری باید عقد را اجازه کند یا طلاقش دهد (محدث قمی، ج ۲، ص ۱۲۴) با ذکر دو سابقه فقهی مذکور در اینجا باید به این سوال پاسخ داد که در نهایت کدامیک از اقوال فوق قابل قبول است؛ فسخ نکاح یا طلاق دختر باکره بالغ از سوی ولی؟

پیامدهای ازدواج دختر باکره بدون اذن ولی

در خصوص اینکه اگر ازدواج دختر بالغه بدون اذن ولی انجام و ثبت شود چه ضمانت اجرایی متصور است؛ مباحث مختلفی بین فقها و حقوقدانان صورت گرفته و نظریات مختلفی مطرح است. عده‌ای اعتقاد به صحت عقد دارند و عده‌ای اعتقاد به بطلان ولی اکثر فقها و حقوقدانان غیر نافذ بودن عقد را ترجیح داده‌اند که رأی هیأت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۶۳/۳/۲۹ نیز مؤید غیر نافذ بودن آن است. از نظر مقررات ثبتی هم این ازدواج بدون شک مستوجب مجازات انتظامی خواهد شد (مظفری، ۱۳۹۵، ص ۶۶).

صورت اول: تنفیذ ولی بعد از عقد

این صورت در موردی است که دختر باکره بدون اذن ولی، اقدام به ازدواج نماید و بعد از جاری شدن عقد نکاح، ولی او این اقدام را اجازه دهد که به نظر می‌رسد از موارد شمول نکاح فضولی است. نظر مشهور فقهای امامیه بر این است که عقد نکاح فضولی با اجازه لاحق اصیل، صحیح و لازم است. (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲ ص ۲۲۲؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۹، ص ۲۰۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲ ص ۸۷۰) و لذا برخی بر آنند که عقد باکره رشیده توسط خودش -البته اگر اذن ولی را شرط بدانیم- با تنفیذ اصیل صحیح است (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸، ص ۳۰۰). در قانون مدنی ایران، هر چند نکاح فضولی به صراحت مطرح نشده است؛ اما مطابق ماده (۱۰۷۳) تلویحاً صحت آن را پذیرفته و نفوذ آن را موقوف بر اجازه بعدی دانسته است (روشن، ۱۳۹۵، ص ۵۲۵ و محقق داماد، بی تا، ص ۲۰۲؛ نیز نک: کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۶۴۳).

صورت دوم: عدم تنفیذ ولی پس از عقد

از منظر مشهور فقها که اذن را شرط صحت عقد دختر باکره می‌دانند و نیز مطابق ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی که اذن ولی را برای باکره لازم می‌داند؛ چنانچه ولی، عقد را تنفیذ نماید و دارای تمام شرایط لازم برای ولایت در نکاح باشد؛ عقد صورت گرفته باطل و کأن لم یکن می‌باشد؛ اما از منظر فقیهانی که اذن را شرط صحت عقد نمی‌دانند؛ بلکه شرط کمال آن می‌دانند، عدم تنفیذ ولی موجب بطلان عقد نمی‌شود (نک: بهجت، ۱۴۲۸، ج ۴، ص ۱۴۲).

صورت سوم: عدم انجام مراحل قانونی

چنانچه بدون رضایت ولی، دختر باکره بالغ ازدواج نماید و به همین دلیل، واقعه ازدواج در دفتر ثبت رسمی ازدواج، ثبت نگردد چه فروضی و با چه آثاری قابل تصور می‌باشد؟ فرض اول اینکه نکاح واقع گردیده است و زوجین تمایلی به ثبت آن ندارند و در این خصوص اقدامی نمی‌کنند. به استناد ماده ۶۴۵ مصوب ۱۳۷۵ قانون مجازات اسلامی آن هم در صورتی که عقد نکاح واقع شده دائم باشد؛ به منظور حفظ کیان خانواده ثبت ازدواج دائم الزامی بوده و عدم ثبت آن زوج را مستحق حبس تعزیری تا یک سال می‌نماید.

فرض دیگر آنکه چنانچه در چنین وضعیتی زوج بخواهد همسر خود را طلاق دهد؛ این سوال پیش می‌آید که آیا وی نیازمند اخذ گواهی عدم امکان سازش از دادگاه صالح جهت اجرای صیغه طلاق می‌باشد یا خیر؟ یا اصولاً قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱ را می‌توان ناظر بر عقد نکاح ثبت نشده دانست یا خیر؟

ماده واحده قانون مزبور در خصوص عقد نکاح ثبت نشده به صراحت مطلبی را عنوان نمی‌نماید و مشکلات دادرسی ناشی از عدم ثبت چنین نکاحی در مرحله اثبات عقد به منظور بار نمودن آثار قانونی زوجیت، در ظاهر تکلیفی برای دادگاه در راستای استماع دعوی مربوط به طلاق و اجابت خواسته مبنی بر صدور گواهی عدم امکان سازش و یا صدور حکم طلاق ندارد. در همین رابطه اگر فرض نماییم که زوجه بخواهد به استناد عسر و حرج از همسر خویش، با تحصیل گواهی عدم امکان سازش از دادگاه طلاق بگیرد و زوج در پناه عدم کفایت ادله ابرازی زوجه در خصوص علقه زوجیت به واسطه نکاح دائم فی مابین، منکر داشتن رابطه زوجیت گردد؛ از آنجایی که رسیدگی به دعوا و خواسته زوجه منوط به احراز وقوع نکاح دائم می‌باشد؛ لذا دادگاه به استناد ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی رسیدگی به موضوع را تا ثبوت ادعای زوجیت زوجه متوقف می‌نماید و زوجه می‌بایست ظرف یک ماه از تاریخ تصمیم دادگاه در دادگاه صالح نسبت به اقامه دعوی زوجیت اقدام و رسیدن آن را به دادگاه رسیدگی کننده به طلاق تسلیم نماید، در غیر این صورت دادگاه مذکور نسبت به صدور قرار رد دعوی طلاق وی اقدام می‌نماید. اما اگر دلایل وجود رابطه زوجیت کافی و یا زوج نیز ادعای زوجه را تأیید نماید با این سوال مواجه می‌شویم که آیا دادگاه مجاز به شناسایی رابطه زوجیت آنها و مجاب به رسیدگی می‌شود یا اینکه در اینجا نیز می‌بایست نسبت به توقف جریان رسیدگی به دعوی زوجه بر اساس ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی مبادرت نماید؟ در پاسخ به این سوال باید گفت، با توجه به صحت عقد نکاح دائم واقع شده و همچنین اطلاق ماده واحده قانون اصلاح مقررات طلاق مصوب ۱۳۷۱ به نظر می‌رسد که دادگاه، مکلف به رسیدگی و صدور حکم در نفی یا اثبات دعواست.

مسئله دیگر اینکه چنانچه در نکاح ثبت نشده، زوج به صورت غیررسمی (بدون ثبت در دفتر ثبت طلاق) همسر خویش را طلاق دهد، آیا طلاق واقع شده در این حالت را می‌توان صحیح و واجد اثر حقوقی دانست یا خیر؟ پاسخ مثبت است چرا که قانونگذار در ماده ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی عدم ثبت واقعه طلاق را نیز موجب مجازات زوج اعلام نموده و بدین وسیله بر صحت طلاق و واجد اثر بودن آن مهر تأیید زده است والا طلاق صحیح نبوده و واجد اثر حقوقی نباشد قابل ثبت نمی‌باشد.

بدیهی است که بر اساس همین ماده رجوع از طلاق نیز همین حکم را دارد. اضافه می‌گردد که استناد به آثار نکاح دائم و انحلال آن بواسطه طلاق و رجوع، مثل مطالبه نفقه، مطالبه مهر و نحله و اجرت المثل ایام زوجیت نیازمند ثبوت سه موضوع فوق الذکر می‌باشد تا از سوی نهادهای قانونی حقوق ناشی از آن قابل حمایت باشد. برای مثال چنانچه در طلاق ثبت نشده، زوج از پرداخت مهریه و نفقه ایام گذشته و ایام عده و اجرت المثل و نحله استنکاف نماید؛ زوجه می‌بایست وقوع عقد نکاح و طلاق را در دادگاه ثابت نماید تا به خواسته خود مبنی بر مطالبه مهریه، نحله و تحول مفهوم رضایت ولی نسبت به دختر باکره بالغ در ازدواج و آثار آن نایل شود.

فرض دیگر، زمانی است که ولی زوجه از حضور در دفترخانه ثبت ازدواج دایم و امضای سند ازدواج دختر خود با مرد مورد علاقه‌اش خودداری می‌نماید. این فرض از مسئله بر این موضوع بنا شده که زوج خواهان ثبت نکاح مزبور بوده و از ولی زوجه خویش برای انجام ثبت، درخواست همکاری نموده اما تقاضایش مورد اجابت او واقع نشده است. در این فرض اثر تمایل و اقدام زوج برای ثبت واقعه ازدواج هر چند که به دلیل امتناع ولی همسرش منجر به نتیجه نشود این است که قابل تعقیب کیفری به موجب ماده ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی نمی‌باشد؛ زیرا که عدم ثبت واقعه ازدواج مستند به امتناع ولی زوجه است نه امتناع او.

در فرض فوق به نظر می‌رسد با توجه به ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی پس از امتناع ولی از اجازه نکاح، هم دختر و هم مرد مورد علاقه او یا هر دوی آنها می‌توانند با مراجعه به دادگاه، درخواست ثبت ازدواج واقع شده را بنمایند و از این جهت تفاوتی بین زوجین مزبور نمی‌باشد. در این رابطه باید اضافه نمود علت دادن اختیار مراجعه به دادگاه به دختر جهت تحصیل اجازه ثبت نکاح از این جهت است که دختر قبل از ازدواج هم می‌تواند در صورت امتناع ولی از دادن رضایت به ازدواج او با مرد مورد علاقه‌اش برابر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی اقدام نماید.

وضع‌ی یا تکلیفی بودن إذن ولی

مساله دیگری که بخصوص در شرایط اجتماعی جدید حایز اهمیت است این است که بر فرض اینکه إذن ولی در نکاح باکره چه رشیده و چه غیر رشیده لازم دانسته شود؛ آیا إذن ولی به هر شکل که باشد وضعی است یا تکلیفی؟ حکم وضعی از این جهت وضعی نامیده شده که غالباً موضوع و زمینه برای حکم تکلیفی می‌باشد. به عنوان مثال مردی که قصد ازدواج با زنی را دارد آن زن نباید با مرد دیگری پیوند زوجیت داشته باشد در غیر این صورت ازدواج جدید صحیح نخواهد بود و هرگونه زندگی و ارتباط زناشویی برای آن دو حرام است. در این مثال زوجیت، حکم وضعی است که زمینه تحقق یافتن حکم تکلیفی حرمت می‌باشد (مشکینی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۱۲۰).

گفتنی است حکم تکلیفی ارتباط مستقیم با فعل مکلف دارد، مانند وجوب نماز و حرمت دروغ، برخلاف حکم وضعی که ارتباط آن با فعل مکلف غیرمستقیم است؛ مانند احکامی که علقه زوجیت را تنظیم می‌سازد. این گونه احکام به طور مستقیم، رابطه خاصی را بین زوجین برقرار می‌کنند و به طور غیرمستقیم بر رفتار آن دو در قبال هم اثر گذارند؛ زیرا زن و شوهر پس از قبول زوجیت، ملزم به رفتاری خاص در برابر یکدیگرند؛ اما حکم وضعی برخلاف حکم تکلیفی مشروط به شرایط تکلیف نیست، از این رو حکم وضعی نسبت به انسان فاقد شرایط تکلیف نیز جاری است، مانند زوجیت که بر ازدواج دختر و پسر نابالغ توسط ولی آنان بار می‌شود (هاشمی شاهرودی، ج ۳، ص ۳۶۱-۳۶۲).

برخی از فقها در جمع میان روایات، جواز و عدم جواز بحث تکلیفی بودن إذن ولی را در ازدواج دختر باکره مطرح نموده‌اند؛ به این ترتیب در صورتی که دختر باکره بدون إذن ولی اقدام به ازدواج نماید ازدواج منعقد شده اما دختر به دلیل ارتکاب حرام دچار معصیت شده است (بهجت، ۱۴۲۸، ج ۴، ص ۱۴۲). پیامد این دیدگاه این است که در این مورد اولاً ولی نمی‌تواند ازدواج را فسخ نماید؛ ثانیاً ثبت قانونی چنین ازدواجی از سوی دفاتر ازدواج امکان‌پذیر است. این در حالی است که در حقوق مدنی ساز و کاری در این خصوص وجود ندارد. به این ترتیب در صورتی که إذن ولی شرط صحت عقد باشد؛ حکم وضعی بر آن بار می‌شود و اگر إذن ولی شرط کمال باشد؛ حکم تکلیفی بر آن بار می‌شود که در صورت دوم تکلیفاً خلاف شرع است ولی عقد صحیح است.

نتیجه گیری

اولیای عقد نکاح یا صاحبان ولایت به کسانی گفته می‌شود که صلاحیت اجرای عقد یا إذن برای اجرای عقد مولی علیه را دارند که شامل پدر و جدپدری و وصی منصوب از طرف آنها می‌باشد. شرایط ولی در نکاح، اسلام و عقل و حریت و نبودن در احرام است. پدر و جد پدری هر کدام جداگانه شرایط ولی بودن را دارا بوده و در صورت تعارض همزمان بین آنها جد پدری مقدم است. شرط اعمال ولایت توسط ولی احراز عدم مفسده و رعایت مصلحت مولی علیه می‌باشد. ثبوتیت (باکره نبودن) مولی علیه، غیبت و عضل ولی از موارد سقوط ولایت در نکاح است. به اجماع فقها اقدام مولی علیه به نکاح خود قبل از رسیدن به بلوغ باطل است و در این زمان ولی اختیار تام را با رعایت مصلحت مولی علیه برای نکاح او دارد. در نکاح باکره رشیده اقوال مختلفی میان فقهای امامیه است که بعضی قایل به ولایت مطلق پدر و جد پدری و بعضی عدم ولایت آنان را قائلند. برخی دیگر نیز میان عقد دائم و موقت تفصیل قایل شده‌اند. گروهی از فقها رای به احتیاط واجب در گرفتن إذن از ولی را برای مولی علیه داده‌اند اما قانون مدنی مطابق نظر مشهور فقهای امامیه إذن ولی را برای باکره رشیده لازم دانسته است. لزوم إذن ولی در نکاح باکره رشیده آثاری فقهی متعددی به دنبال دارد که لازم است در حقوق مدنی نیز سازوکار آن تعیین شود. مواردی از قبیل اینکه لزوم إذن ولی در صحت نکاح باکره رشیده وضعی است یا تکلیفی و با جدایی دختر و پسر آیا جاری نمودن صیغه طلاق لازم است یا خیر؟ در صورتی که پس از عقد بدون إذن ولی، ولی راضی شود آیا مجدد نیاز به خواندن صیغه عقد هست یا خیر؟ آیا می‌توان از باب فضولی نیاز به خواندن عقد مجدد را منتفی دانست؟ و اینکه آیا ثبت قانونی چنین ازدواجی بر فرض تکلیفی بودن إذن ولی (مطابق نظر برخی از فقها) ممکن است یا خیر؟ با وجود اینکه برخی فقها إذن ولی را تکلیفی می‌دانند آیا می‌توان ثبت قانونی ازدواج قبلی را منوط به إذن حاضر ولی دانست؟ یا اینکه إذن ولی در هر صورت جهت ثبت ازدواج لازم است و چنین ازدواجی به هیچ وجه قابل ثبت نخواهد بود؟ یا اینکه می‌توان به شرط اقدام خودسرانه و بدون إذن ولی، پس از اخذ جریمه اقدام به ثبت ازدواج نمود؟ با توجه به اختلافات فقهی در خصوص لزوم و عدم لزوم إذن ولی، پیشنهاد می‌شود؛ با طرح مسأله تکلیفی یا وضعی بودن إذن که خود پژوهشی جداگانه را می‌طلبد؛ تبصره‌ای به ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی در خصوص تعیین ساز و کار قانونی ازدواج بدون إذن ولی برای غیر باکره رشیده افزوده شود.

فهرست منابع

قرآن کریم.

- ابن ادريس، محمد بن منصور (۱۴۱۰). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى. قم: مؤسسه نشر اسلامى.
- انصارى، (۱۳۹۵). مکاسب. مترجم: محمد مسعود، عباسى، چاپ پنجم، قم: انتشارات دارالعلم.
- بحرانى، يوسف بن احمد (۱۴۰۵). الحدائق الناضره فى الاحكام العتره الطاهره. قم: دفتر نشر اسلامى.
- بهجت، محمد تقى (۱۴۲۸). استفتائات. قم: دفتر حضرت آية الله بهجت.
- حکيم، محمد تقى (۱۴۱۸). الاصول العامه للفقہ المقارن. قم: مؤسسه آل البيت.
- حلى، حسن بن يوسف (۱۳۷۸). ايضاح الفوائد فى شرح مشکلات القواعد. چاپ اول، قم: مؤسسه اسماعيليان.
- حلى، حسن بن يوسف (۱۴۱۳). قواعد الاحكام فى معرفه الحلال و الحرام. چاپ اول، قم: دفتر نشر اسلامى.
- حلى، حسن بن يوسف (۱۴۱۴). تذكره الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت لاحياء التراث.
- حلى، حسن بن يوسف (بى تا). تذكره الفقهاء. نجف: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
- حلى، حسن بن يوسف (۱۴۱۳). مختلف الشيعه فى احكام الشريعه، چاپ دوم، قم: دفتر نشر اسلامى.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹). تفصيل وسائل الشيعه الى تحصيل مسائل الشريعه. قم: مؤسسه آل بيت (ع).
- روشن، محمد و ديگران (۱۳۹۵). دانشنامه حقوقى خانواده. تهران: انتشارات جنگل.
- سيد مرتضى (۱۴۱۵). الانتصار فى افرادات الاماميه. قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- سيد مرتضى (۱۴۱۷). الناصريات. تهران: رابطه الثقافه و العلاقات الاسلاميه.
- شبيرى زنجانى، سيد موسى (۱۳۸۱-۱۳۸۰). كتاب النكاح. تقريرات درس، قم: مؤسسه پژوهشى رأى پرداز.
- شيخ انصارى، مرتضى (۱۴۱۵). كتاب النكاح. چاپ اول، قم: ناشر كنگره جهانى بزرگداشت شيخ انصارى.
- شهيد ثانى، زين الدين بن على (۱۴۱۳ و ۱۴۱۹). مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام. قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه.
- شهيد ثانى، زين الدين بن على (۱۳۷۷). اللمعة الدمشقيه. چاپ دوم، قم: انتشارات دار العلم.
- صدوق، محمد بن على بن بابويه (۱۴۱۸). الهدايه فى الاصول و الفروع. قم: مؤسسه الامام الهادى (ع).
- صدوق، محمد بن على بن بابويه (۱۴۱۳). من لا يحضره الفقيه. محقق / مصحح: على اكبر غفارى، قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- طباطبايى حكيم، سيد محسن (۱۳۹۱). مستسمك العروة الوثقى. چاپ اول، بيروت: دار احياء التراث العربى.
- طباطبايى يزدى، سيد محمد كاظم (۱۴۱۰). حاشيه بر مكاسب. چاپ اول، قم: مؤسسه اسماعيليان.
- طباطبايى يزدى، سيد محمد كاظم (۱۴۱۹ و ۱۴۲۰). العروة الوثقى. چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الإسلامى.
- طوسى، محمد بن حسن (۱۴۰۰)، النهايه فى مجرد الفقہ و الفتاوى. چاپ دوم، بيروت: دار الكتب العربى.
- طوسى، محمد بن حسن (۱۴۰۹). التبيان فى تفسير القرآن. بيروت: دار الاحياء التراث العربى.
- طوسى، محمد بن حسن (۱۴۰۸). الخلاف. چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامى.
- طوسى، محمد بن حسن (۱۳۹۰). الاستبصار فى ما اختلف من الاخبار. چاپ اول، تهران: دار الكتب الاسلاميه.
- طوسى، محمد بن حسن (۱۳۶۵). تهذيب الاحكام. چاپ چهارم. ناشر دارالكتب الاسلاميه، تهران.
- طوسى، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، المبسوط فى فقہ الاماميه. چاپ سوم، انتشارات المكتبة المرتضوية، تهران.
- كاتوزيان، ناصر (۱۳۸۷). قانون مدنى در نظم حقوق كنونى. تهران: كتابخانه الكترونيكى امين.
- كاتوزيان، ناصر (۱۳۷۶). قواعد عمومى قراردادها. چاپ چهارم، تهران: سهامى انتشار.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). حقوق مدنی خانواده. چاپ هفتم، ج ۲، تهران: سهامی انتشار.
- مجلسی، محمدباقر (۱۳۸۷). بحار الانوار. چاپ پنجم، تهران: موسسه دارالکتاب الاسلامیه.
- محدث قمی، شیخ عباس (۱۴۲۳). الغایه القصوی فی ترجمه العروه الوثقی. نجف: المکتب المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: موسسه اسماعیلیان.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۷۹)، بررسی فقهی حقوقی خانواده-نکاح و انحلال آن، قم: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مظفری، علی (۱۳۹۵)، تشریفات ثبت رسمی و الکترونیکی ازدواج و طلاق، تهران: انتشارات جنگل.
- مشکینی، علی (۱۳۷۱)، اصلاحات الاصول و معظم ابحاثها، قم: الهادی.
- مفید، محمد بن محمد نعمان (۱۴۱۳)، المقنعه، چاپ اول، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴)، کتاب النکاح، قم: مدرسه الامام علی بن ابیطالب (علیه السلام).
- معلوف لويس (۲۰۱۰)، المنجد، بیروت: المطبعة الكاثولیکیه.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱)، انوار الفقاهه، کتاب البیع، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- موسوی خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۰)، منهاج الصالحین، چاپ بیست و هشتم، قم: مدینه العلم.
- موسوی خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۰۹) توضیح المسائل، قم: دفتر آیه الله خویی.
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۶۶)، رساله توضیح المسائل، چاپ دوم، قم: مرکز نشر فرهنگی رجاء.
- موسوی خمینی، سید روح الله (بی تا)، کتاب البیع، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- موسوی خمینی، سید روح الله (بی تا)، تحریر الوسیله، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- موسوی خویی (۱۴۱۳)، مستند عروه الوثقی، کتاب النکاح، قم: منشورات مدرسه دار العلم.
- نراقی، احمد (۱۴۱۵)، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، قم: موسسه آل البيت علیهم السلام.
- نجفی، محمد حسن (۱۳۶۲)، جواهر الکلام فی شرایع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نجفی، محمد بن حسن (۱۴۱۵)، مجمع الرسائل، چاپ اول، مشهد: مؤسسه صاحب الزمان (عج).
- نوری طبرسی، حسین (۱۴۰۸)، مستدرک الوسائل، بیروت: موسسه آل البيت لإحياء التراث.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۸۷)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

A comparative study of guardianship in marriage in Imamiyyah jurisprudence and Iran's law

Mohammad Mahdi Masoudi¹Hamid Jaliliyan²Zahra Masoudi³

Abstract

The subject of guardianship in marriage is one of the most widely used jurisprudential and legal issues, which despite its importance, its exact boundaries have not been defined in Iranian law, and perhaps part of it was due to serious jurisprudential differences in this field. The origin of these differences is sometimes due to differences in interpretations of narrative texts and sometimes to the basic differences of jurists. This research examines the guardianship in marriage from the point of view of verses and traditions, introduction of the parents of marriage in non-safia and insane and their conditions, the cases of loss of guardianship in marriage and the different time stages of the permission of the guardian in marriage in Imamiyyah jurisprudence and Iranian law, and examining the existing legal gaps. ; He has proposed the issue of mandatory or conditional permission of the guardian in the civil law as a mechanism to overcome the legal disputes and problems ahead.

Key words: Guardianship in marriage, Conditions of guardianship in marriage, Parents' permission, assignmentative Parents' permission

¹ . Department of Islamic Studies, Eghlid Branch, Islamic Azad University, Eghlid, Iran (corresponding author).masoudi57@gmail.com

² . Department of Islamic Studies, , Bonab Branch, Islamic Azad University, Bonab, Iran. jalilian1358@yahoo.com

³ . Master's degree in private law, Islamic Azad University, Abarkoh branch, Abarkoh,Iran. zmasoudi63@gmail.com

