



**The Scientific Journal in Jurisprudence and Bases of Islamic law The 14 rd.
Year/NO: 3 Autumn 2021**

بررسی تاثیر اذن ولی در ازدواج دختر باکره از منظر اهل سنت با تاکید بر حقوق ایران

سعید افراشته^۱ فرج اله براتی^۲ سیدجاسم پژوهنده^۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۱۰

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۰۸

چکیده

از جمله موارد بحث انگیز و اختلافی موضوع نکاح در فقه اسلامی، نقش اذن ولی شرعی در ازدواج دوشیزگان می باشد که با توجه به حساسیت و اهمیت این مساله در نکاح و آثار ناشی از آن، هدف مقاله حاضر پرداختن به همین مساله از منظر مذاهب فقهی اربعه از یک سو و از منظر حقوق ایران از سوی دیگر می باشد. در همین راستا قابل ذکر است که در فقه اهل سنت با استناد به برخی آیات و روایات دو دیدگاه مخالف در مورد تاثیر اذن ولی وجود دارد به نحوی که فقهای مذاهب مالکی، شافعی و حنبلی اذن ولی شرعی را در ازدواج دوشیزگان شرط صحت نکاح می دانند و معتقدند که دختر باکره رشیده در عقد نکاح محجور است و مستقلا ولی دختر باکره رشیده می تواند او را به نکاح دیگری درآورد. اما در فقه حنفی رای بر این است که دختر باکره رشیده در عقد نکاح دارای استقلال است و اذن ولی شرعی در این مورد هیچ تاثیری ندارد. در حقوق ایران هم طبق ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی که نکاح دختر بالغه باکره را موقوف به اجازه پدر و جد پدر نموده است، قانون گزار با موثر دانستن اذن ولی شرعی، آن را شرط تنفیذ عقد نکاح قرار داده است و لزوم وجود اذن ولی را مورد تاکید قرار داده است.

کلمات کلیدی: اذن ولی، ازدواج دختر باکره، اهل سنت، قانون مدنی، سن بلوغ.

saeidafraشته57@gmail.com

farajolah.barati@yahoo.com

pazhuandeh@yahoo.com

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.

۲. استادیار فلسفه تطبیقی، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران (نویسنده مسؤول).

۳. استادیار زبان و ادبیات عربی، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.

مقدمه:

امروزه به دلیل تعامل اجتماعی فراوان میان دختران و پسران این بحث که آیا دختر باکره رشیده بدون اذن پدر می تواند ازدواج نماید یا خیر؟ اهمیت بیشتری به خود گرفته است و نیازمند تحقیق و بررسی دقیق تری هست. ازدواج از مهم ترین ارکان زندگی بشر است و سبب تکامل و تولید نسل است و از دیدگاه اسلام دارای شرایط و احکام ویژه ای است و از دیرباز در مورد استقلال ولی و یا تشریک میان آن دو در میان فقها اختلاف رأی و نظر وجود داشته است. این اختلاف در بین فقهای اهل سنت نیز همچون فقهای شیعه به چشم می خورد و علت اختلاف در بین فقهای اهل سنت و وجود روایت های متعدد و مختلف هست و لذا به خاطر دقیق بودن مسأله و نقش اساسی آن در جوامع بشری باید تمامی روایات مورد بررسی و تحلیل دقیق قرار گیرد و نظرات اهل سنت و وجوه افتراق و اشتراک آن ها بیان شود. چنانچه محقق سبزواری می فرماید: با طرح این سؤال که آیا اذن به نحو تعبد محض است یا به عنوان یک حکم اخلاقی گفته است: جهت اظهار نظر باید تمام ادله و اخبار وارده بررسی گردد و کسی حق ندارد به قسمی از اخبار نظر کرده و طبق همان فتوی بدهد بدون اینکه به اخبار و ادله دیگر توجه نماید و درباره این اذن که برخی از فقها نکاح را متوقف به آن کرده اند با طرح این سؤال که آیا این اذن پدر شرط صحت نکاح می باشد یا کمال عقد؟ که باید گفت اذن ولی را تنها به عنوان شرط کمال عقد می توان به آن نگاه کرد و ماهیت اذن در قول قائلین به احتیاط در لزوم نیز شرط صحت عقد نمی باشد بلکه نهایتاً اگر در صدد تعیین اثر شرعی برای آن باشیم باید نفوذ نکاح را بر آن بدانیم و اذن ولی را اگر شرط صحت بدانیم به این اعتبار است که ولی تنها در صورتی که کفویت چه اذن ولی وجود داشته باشد چه نداشته باشد نکاح صحیح نخواهد بود و از طرفی چون در شرع مقدس معیار و محدود عدم کفوئیت بسیار تنگ هست و تنها در صورتی که مرد غیرمسلمان قصد ازدواج با دختر مسلمان را داشته باشد عدم کفوئیت به اثبات می رسد به این مطلب اعتراف کنیم که فلسفه همه احکام و جزئیات آن ها به طور تفصیلی روشن نیست و آگاهی از آن ها نیز دانشی فراتر از تنگناهای معارف بشری را می طلبد لکن به طور اجمال روشن است که همه احکام الهی حتماً دارای مصالحی برای بندگان است هر چند که اندیشه های بشری از درک حکمت آن ناتوان و قاصر هست و از سوی دیگر با اندیشه در احکام الهی و مراجعه به منابع صدور آن ها می توان به برخی از حکمت های آن دست یافت مشروط بودن ازدواج دختر به اذن ولی نیز از این قاعده مستثنی نخواهد بود و با مراجعه به متون فقه و تجزیه و تحلیل آن ها می توانیم تا حدودی به حکمت این موضوع پی ببریم که این شرط نه تنها به زیان دختران نیست به نفع آن ها هم هست چون دختران معمولاً تحت تأثیر فضای عاطفی شدید قرار می گیرد و بیشتر احساساتشان برای آن ها تصمیم می گیرد نه عقل و منطق آنان.

در چنین شرایطی خداوند یک بار دیگر یک حامی برای وی قرار داده است تا دختر را در مهم ترین مسئله زندگی اش راهنمایی و حمایت کند اگر پدر هم مکن است اشتباه کند ولی شاید بتوان گفت که پدر با توجه به تجربه ای که دارد ضریب اشتباهش نسبت به خود دختر پایین تر است زیرا علاوه بر تجربه با مشورت دیگر بزرگان امکان استفاده از خرد جمعی برای وی میسرتر است.

مفاهیم و مبانی نظری

نکاح در اصلاح فقه و حقوق

در اصطلاح شرعی نکاح به معنای عقد است. (حلی، ۱۳۸۹: ۲/۳) و در این مسأله نفی خلاف و اجماع شده است. (عاملی، ۱۴۱۳: ۸/۱). وعده‌ای بنابراین مطلب معتقدند که لفظ نکاح به معنی و طی در قرآن وارد نشده مگر در آیه «نکح زوجاً» (بقره، ۳۰) بلکه به قول بعضی در این آیه به معنی عقد شرعی است. (ابن فهدحلی، بی تا: ۲/۱۲۸).

در اصلاح حقوقی تعاریف متفاوتی از طرف حقوقدانان در این زمینه ارائه گردیده است. برخی از حقوقدانان در تعریف نکاح گفته‌اند: «نکاح قراردادی است که به موجب آن زن و مرد زندگی با یکدیگر شریک و متحد شده، خانواده‌ای تشکیل می‌دهند» (صفایی، ۱۳۷۸: ۲۱). و عده‌ای دیگر در تعریف آن گفته‌اند «نکاح عبارت از رابطه حقوقی است که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می‌گردد و به آن‌ها حق می‌دهد که تمتع جنسی از یکدیگر ببرند» (امامی، بی تا، ج ۴: ۲۶۸). ایرادی که بر این تعریف می‌توان گرفت آن است که تمتع جنسی جزء ماهیت نکاح نیست و بدون آن نکاح می‌تواند تحقق پیدا کند، لذا نباید آن را در تعریف نکاح آورد، (صفایی، ۱۳۶۹: ۱/۱۶). شاید این هدفی است که اشخاص را به عقد نکاح وامی‌دارد. ولی اغراض دیگری مانند توالد و تناسل و همکاری در زندگی نیز در نکاح وجود دارد و درعین حال هیچ‌یک از این اغراض جزو ماهیت نکاح نیست و بدون هر یک از آن‌ها تحقق نکاح ممکن است. (قرشی، بی تا: ۱/۲۲۸).

معنای بلوغ

بلوغ در لغت: بلوغ در کتاب‌های لغت دارای معنای واحدی است که مقصود از آن وصول الی الشیء هست. (راغب اصفهانی، بی تا: ۶۰). در مجمع البحرین چنین آمده است: «وَادْبَلَغَ الطِّفْلُ مِنْكُمْ الْحُلْمَ (نور/۹۵) هومن قوله بلغ الصبی بلوغاً من باب عقد یعقد: احتلم و لزمه التکلیف، فهو بالغ و الجاریه بالغ بغیرهاء و ربما ابت مع ذکر الموصوف» (طریحی، ۱۴۰۸: ۱/۴۹). و چون کودکانان به عقل رسند. (طباطبایی، ۱۳۶۳: ۱۵/۲۲۵). بلغ الاطفال از بلغ الصبی بلوغاً گرفته شده است و زنش عقد یعقد است. معنایش محتلم شده و مکلف گردیده است. برای مردم و زنان واژه بالغ استفاده می‌شود و در زن به صیغه تأنیت آورده نمی‌شود. البته در جایی که همراه با موصوف باید مؤنث می‌آید.

الف: سن بلوغ در فقه حقوق

الف: سن بلوغ در فقه: مشهور فقها، بلکه نزدیک به اتفاق آنان، سن بلوغ را در دختران نه سالگی می‌دانند و بر آن ادعای اجماعی کرده‌اند. (طوسی، بی تا: ۲/۲۸۳). آنقدر این موضوع بر آنان روشن بود. که بدون نقد و بررسی نصوص و ادله، فتوی داده و از آن گذشته اند. شیخ یوسف بحرانی (ره) می‌نویسد «روایات در زمینه بلوغ دختران در نه سالگی فراوان است و نیاز به نقل آن‌ها نیست» (بحرانی، بی تا: ۱۳/۱۸۲). از این رو از نقد و بررسی آن‌ها می‌گذرد و فقط روایات مربوط به سن پسران را بررسی می‌کند. سید احمد خوانساری می‌نویسد: (روایات بلوغ دختران در نه سالگی زیاد است و ایراد و اشکالی در مسأله نیست» (خوانساری، ۱۴۰۵: ۳/۳۶۰). در برابر رأی مشهور، آرای دیگری در میان فقها دیده می‌شود. شیخ طوس در بحث صوم از کتاب مبسوط، ده سالگی (طوسی، ۱۳۸۷: ۱/۲۸۳) را سن بلوغ دانسته‌اند اما در کتاب حجر

مبسوط نه سالگی (طوسی، ۱۳۸۷: ۱/ ۲۸۳) را ملاک گرفته است و برخی از فقها این دو قول را بیان کرده‌اند و مراجع تقلید زمان، نه سال را زمان واجب شدن همه تکالیف می‌دانند.

از بررسی روایات و کتب فقهی این نکته که ۹ سالگی سن بلوغ است و نشانه‌های چون حیض و احتلام یا رویش موی خشن بر مشگاه، در صورت تقدم سن، زمان وجوب تکالیف هست. اگر در آیات سنی برای بلوغ مطرح نشده است، بدین خاطر است که این مساله همچون مسائلی که تمامی مسلمانان بر وجوب آنان اتفاق دارند و از مسائل روشن و بی‌خدشه فقهی است، ولی در آیات قرآن اینکه زمان حاجت آنان بود، ذکری به میان نیامده و بیان مطلب به عهده پیامبر (ص) و ائمه (ع) واگذار شده است؛ از این روی، پیامبر (ص) و ائمه (ع) اطهار با گفتار یا عمل خویش، آن موضوع را برای مسلمانان روشن می‌فرمودند.

ب: سن بلوغ در حقوق

در حقوق ایران بلوغ به یکی از سه امر دانسته می‌شود:

۱- روییدن موهای خشن بر پشت آلت تناسلی (ذکور باشد یا اناث)

۲- سن وان ۱۵ سال تمام قمری در پسران و ۹ سالگی تمام قمری در دختر هست. (امامی، بی‌تا: ۲۳) در تبصره (۱) ماده ۱۲۱۰ ق.م. به این امر «سن بلوغ» تصریح شده است.

ج: سن بلوغ در آراء اهل سنت:

شیخ طوسی نظر عامه را در مورد بلوغ چنین بیان کرده است: شفاعی دختران را مانند پسران در پانزده سالگی و ابو حنیفه دختران را در هفده سالگی بالغ می‌داند. نظر مالک این است که بلوغ امر طبیعی است و سن در آن دخالت ندارد و اهم سن را در بلوغ معتبر نمی‌دانند. (طوسی، بی‌تا: ۲/ ۲۸۳).

اهمیت نکاح

نکاح برای همه جوامع انسانی از جایگاه و اهمیت خاصی برخوردار است. در دین اسلام هم ازدواج امری مقدس است. آیات و روایات فراوانی در مورد ازدواج موجود است.

خداوند در آیه ۳۲ سوره نور می‌فرماید: «وَانكحِكُوا الْاِيَامِيَّ مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِمَّنْ عِبَادِكُمْ وَ اِمَائِكُمْ اَنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِيَهُمُ اللّٰهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللّٰهُ وَاسِعٌ عَلِيْمٌ» (نور/۳۲) (مردان و زنان بی همسر را همسر دهید و همچنین غلامان و کنیزان صالح و درستکاران را، اگر فقیر و تنگدست باشند. خداوند آنان را از فضل خود بی نیاز می‌سازد. خداوند واسع و آگاه است). در تفسیر نمونه در مورد این آیه چنین آمده است:

تعبیر انکحوا(آن‌ها را همسر دهید)، با اینکه ازدواج یک امر اختیاری و بسته به میل طرفین است، مفهومش این است که مقدمات ازدواج آن‌ها را فراهم سازید. از طریق کمک‌های مالی در صورت نیاز پیدا کرد به همسر مناسب، تشویق به مسأله

ازدواج و بلاخره پادرمیانی کردن برای حل مشکلاتی که معمولاً در این وارد بدون وساطت دیگران انجام پذیر نیست. (مکارم شیرازی، بی تا: ۴۵۶/۱). خلاصه مفهوم آیه به قدری وسیع است که هر گونه قدمی و سخنی و دری در این راه شام می شود. اهمیت مسأله ازدواج به قدری زیاد است که امیرالمومنین علیه السلام می فرماید: «أَفْضَلُ الشَّفَاعَاتِ أَنْ تَشْفَعَ اثْنَيْنِ فِي نِكَاحٍ حَتَّى يَجْمَعَ اللَّهُ بَيْنَهُمَا» (کلینی، ۱۳۸۸: ۵/۳۳۱). بهترین شفاعت ها آن است که میان دو نفر می فرمایند: هر گامی انسان در این راه بردارد و هر کلمه ای که بگوید، ثواب یکسال عبادت در نامه عمل او می نویسد. همچنین پیامبر (ص) در حدیثی دیگر چنین می فرماید: «مَنْ تَرَكَ التَّزْوِيجَ مَخَافَةَ الْعَلِيلَةِ، فَقَدْ آسَأَ ظَنَّهُ بِاللَّهِ عَزَّوَجَلَّ، إِنَّ اللَّهَ عَزَّوَجَلَّ يَقُولُ أَنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يَغْنَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ». (الحر العامل، ۱۴۰۹: ۴۲/۲۰).

اولیای عقد نکاح

تعریف اولیای عقد

«اولیای عقد نکاح اصطلاحاً کسانی گفته می شود که صلاحیت عقد یا اذن (اجازه) برای اجرای عقد را نسبت به مرد زنی که به هر دلیل فاقد صلاحیت کامل برای اجرای عقد هستند، دارند». در واقع اولیای عقد همان «اولیای خاص» می باشند که عبارتند از: پدر، جد پدری و وصی منصوب از جانب آن ها «ولی» در نکاح کسی است که صحت عقد نکاح متوقف بر اذن اوست و بدون او صحیح نیست. «ولی» همان پدر یا وصی و یا قریب از عصبه است (طبق نظر حنفیه) و متعق و سلطان و مالک است؛ (طبق نظر مالکیه). (الجزیری، بی تا: ۳۰/۳). «ولی» همان پدر زوجه است یا وصی و با اقرب از عصبه یا صاحب رأی از اهل او یا سلطان، چنانکه احمد از پیامبر گرامی «ص» نقل می کند: «لَانْكَاحِ الْبَابُولِيِّ» و همچنین قول عمر «لَانْكَاحِ الْمَرْءِ وَلِيهَا أَوْ ذَوِ الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهُ أَوْ سُلْطَانٍ» (یوسف حا احمد، بی تا، ص ۴۵۸). صاحب شرایع آورده است: در فقه شیعه ولایت بر صغیره مشترک بین پدر و جد پدری است و مادر به نسبت به اداره اموال فرزند خویش هیچ حقی ندارد. در صورت نبود پدر و جد پدری وصی منصوب از طرف آن ها، «ولی» طفل خواهد شد. هرگاه ولی خاص موجود نباشد ولایت با حاکم خواه بود. (الحلی، ۱۴۰۹: ۲۱۹).

نظر علمای اهل سنت

اهل سنت در مورد ولایت اجبار اختلاف نظر دارند: شافعیه و روایت دومی در مذهب حنبله چنین می گویند: ولایت اجبار برای پدر ثابت است سپس برای جد پدری امام کنیز پس ولی او مولایش است پس اگر از این اولیاء موجود نبود بر دختر واجب است ازدواج نکند تا به بلوغ برسد. (ابراهیم علی بن یوسف، ۱۴۱۱: ۵۶/۱۵). شافعی برای پدر و جد پدری ولایت اجبار را پذیرفته است. ثوری نیز همین دیدگاه را دارد. احمد بن حنبل و ابن ابی لیلی فقط برای پدر و نه جد اجبار قائل است. مالک نیز نسبت به صغیره همین نظر را دارد. اما ابو حنیفه «اولیای اجباری» را فراتر برده و برادران و فرزندان همچنین عموها و فرزندانشان را نیز دارای چنین حقی دانسته اند. با این تفاوت که تزویج پدر و جد پدری حق فسخ باقی نمی گذارد؛ ولی تزویج دیگران اختیار فسخ را از بین نمی برد. (النجفی، بی تا: ۴۱۶). حنیفه قائلند ولایت اجبار برای پدر و جد پدری ثابت است. در صورتی که پدر موجود نباشد همانطور برای هر ولی از خویشاوندان ثابت است (کمال الدین، ۱۴۱۱: ۲۸۵/۳).

دلیل حنیفه بر ثبوت ولایت اجباری برای همه خویشاوندان

قول رسول اکرم (ص) «النکاح إلى العصبات» (کمال الدین، ۱۴۱۱ ه.ق، ج ۳، ص ۲۷۶) پس به تحقیق این حدیث ولایت را برای عصبات ثابت کرده است و منظور عموم خویشاوندان است و فرقی بین پدر و جد و غیر این دو قائل نشده است و واجب است که عام بر عمومیتش باقی بماند. ایشان همچنین به ادله دیگری مثل آیه ۱۲۷ سوره نساء و قیاس تمسک کرده‌اند. اراده در لغت یعنی قصد، نیت خواست (عمید، ۱۳۸۱ ه.ش). شعرانی می گوید: اراده یعنی خواستن، کسی را بر کاری داشتن، و «مرید» یکی از نام های الهی است یعنی آنکه خداوند آفرینش را اراده و اختیار کرده است. (شعرانی، بی تا، ج ۱، ص ۳۲۵) در فرهنگ الرائد نیز چنین آمده است: «اراده» مصدر است. یعنی نیرویی نفسانی برای تصمیم در انجام، (جعفر لنگرودی، بی تا، ۶۰۹۴/۲۴). اصل «آزادی اراده» در هر سیستم حقوقی که بر معنای اصول انسانی باشد، پذیرفته شده است. ریشه آزادی در وجدان عقل و فطرت انسان است. در احادیث نیز به این اصل اشاره شد است: «کل شیء مطلق حتی یرد فیہ نهی» این خود دلیلی بارز بر اصل آزادی اراده است.

از آثار مهم این اصل می توان به اصل عدم ولایت افراد بر یکدیگر اشاره کرد. زیرا اگر شخصی بر دیگری ولایت داشته باشد، باعث محدودیت و ممنوعیت او در بعضی از کارها و اعمال خواهد شد و دیگر استقلال تام نخواهد داشت. شهید اول می گوید: اصل اینست که کسی نمی تواند دیگری را مجبور کند. (مکی العاملی، بی تا: ۱۶۳) «هُنَالِكَ الْوَلَايَةُ لِلَّهِ الْحَقِّ». (کهف/۴۴) (ولایت و قدرت و سرپرستی از آن خداوند است).

شرایط ولی از نظر اهل سنت

۱- بلوغ: ولی باید بالغ باشد و منظور از بلوغ کمال قوه عقلیه است. پس برای صبی ولایتی بر خودش نیست و همینطور نمی تواند ولی دیگران شود و ولایتی بر غیر ندارد چون به خاطر نقصان عقل مصالح را نمی شناسد. (ابن قدامه: ۴۶۵/۶)

۲- اسلام تمامی فقهای اهل سنت نیز همچون امامیه قائل به این شرط برای ولی هستند.

۳- حسن تصرف: ولی باید در همه امورش حسن تصرف باشد. تا بتواند آنچه را که به مصلحت «مولى علیه» است، اختیار کند. چون سوء اختیار و تصرف، به خیر منجر نخواهد شد. این مختار حنیفه است و مقابل آن قول حنا بله و شافعیه است. اما در ولایت ندب و شرکت، آنها نیز نکاح را جایز نمی دانند. (بن علی، ۱۴۲: ۱۰۱/۲).

۴- حریت: عبد نسبت به دختر آزاد ولایت ندارد. چون عبد بر نفس خودش نیز ولایت ندارد چه برسد به اینکه بخواهد بر دیگران ولایت داشته باشد. اما فقهای حنیفه ولایت علی عبد بر دختر آزاد جایز می دانند (دختر آزاد بالغه باکره) اگر به ولی اجازه بدهد و یا او وکیل در امر ازدواج کند. (علاءالدین، بی تا: ۲۳۹/۲).

۵- ذکوریت: ولی باید مذکر باشد. مالکیه، شافعیه، حنبلیه و ظاهر به قائل به این شرط هستند و جمهور حنیفه آن در ولایت ندب و استحباب شرط نمی دانند.

۶- عقل: فقها بر اشتراط عقل در « ولی » اتفاق نظر دارند. چون ولایت به خاطر مصلحت مولی علیه در هنگام عجز و ناتوانی از تشخیص مصالح خویش ثابت شده است پس مجنون وقتی قادر به تبیین مصالح خویش نمی‌باشد چگونه می‌تواند ولایت بر دیگران کند. اما زول عقل برای زمان کوتاه مثلاً به سبب خمر یابی هوشی و... مزیل ولایت نخواهد بود. (بن علی بن یوسف، ۱۴۳۲: ۵۱).

۷- رشد: فقهای اهل سنت در اعتبار شرط رشد برای ولی اختلاف کرده‌اند.

جمهور فقها جز شافعیه و قولی نزد حنا بله رشد را شرط نمی‌دانند و منظور از رشد رجحان و تشخیص عقل برای اختیار کفو است و از مصلحت مولی علیه بحث می‌کند. (الشیبانی، ۱۴۲۱: ۲۴۱)

در بدایه المجتهد آمده است: «فانهم اتفقوا علی أن الشرط الولایة الاسلام و البلوغ و الذکوره وان سواها اضرار هذه اعنی الکفر و الصغیر و الانوثة». (بن علی، ۲: ۱۱۷). مذاهب اربعه اتفاق دارند که شرایط ولی عبارت است از اسلام و بلوغ مرد بودن و اضرار آنان یعنی کافر و صغیر و زن نمی‌توانند ولی باشند. شافعیه علاوه بر شرایط فوق گفته‌اند مری بودن ولی به نحوی که عاجز از بحث در احوال مردم و شناخت اوصاف آنان باشد به موجب سقوط ولایت خواهد شد.

آثار حقوقی اذن در نکاح باکره

نظام خانواده امروزه به‌عنوان پایه و اساس بلاشک جوامع شناخته‌شده و توجه بسیاری به آن به‌ویژه در جوامع شرقی می‌شود از این رو هم دین مبین اسلام تأکید بسیاری بر حفظ ارکان و ارزش‌های خانواده داشته است. و لذا هر چه ارکان خانواده استوارتر و منسجم‌تر باشد به همان نسبت به جامعه‌ای مستحکم و استوار خواهیم داشت و هر چه خانواده در حفظ ارکان و ارزش‌های خانواده ضعیف باشد می‌توان تأثیر سوء آن را در جامعه با توجه به آمار طلاق، بی‌بندوباری مثل آمار تولد فرزندهای طبیعی (زنازاده) ملاحظه کرد.

که در جوامع غربی بسیار آن هستیم و متأسفانه امواج منفی و ترکش‌های این بی‌بندوباری و ازهم‌گسیختگی جامعه ما را نیز از گزند خود مصون نداشتند است. و شاهد تأثیر سوء این سیل با توجه به آمار رو به رشد طلاق و تولد فرزندهای طبیعی و همچنین ازهم‌گسیختگی خانواده‌های ایرانی به‌خصوص در شهرها و زندگی مکانیزه و صنعتی کلان‌شهرها هستیم و این آثار سوء سوغات تهاجم فرهنگی است و نشانگر حرکت روبه‌جلوی فرهنگ غرب برای استیلا بر فرهنگ غنی ایران‌زمین و اسلامی ما است. اما با تمام این اوصاف فرهنگ، جامعه و قانون کشور ما با توجه به رهنمون‌های دین مبین اسلام در حفاظت از اصول و ارکان خانواده بسیار پایبندتر از جوامع غربی به حفظ ارکان و ارزش‌های خانواده است که می‌توان تجلی این امور را در قانون مدنی کشور ما در باب نکاح و در مفهوم ماده ۱۰۴۲ ق.م.یافت که از یک طرف احترام به ولی و پدر در امر نکاح را مقرر داشته و از طرف دیگر به دلیل تجربه بالای پدر یا جد پدری و به‌منظور عدم فریب دختر باکره عقد نکاح وی را منوط به اذن ولی او (پدر یا جد پدری) می‌نماید.

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۱ مقرر می‌داشت « نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده اگرچه بیش از ۱۸ سال تمام داشته باشد متوقف به اجازه پدر یا جد پدری وی است. این عبارت این توهم را ایجاد می‌کرد که اگر دختری

ازدواج کرده باشد قبل از اینکه دخول انجام شود به نحوی از انحاء عقد نکاح وی فسخ و یا باطل شود در ازدواج بعدیش دیگر نیاز به اذن پدر ندارد در صورتی که حتی در این حالت هم اذن پدر برای ازدواج دوم دخترش لازم است که به همین خاطر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی در سال ۱۳۶۱ این طور اصلاح شد که: عبارت دختری که هنوز شوهر نکرده عبارت به دختر باکره تبدیل شد.

چون سن ۱۸ سالگی دیگر موضوعیتی برای ازدواج نداشت ملاک ازدواج سن بلوغ تعیین شد و عبارت « اگرچه بیش از ۱۸ سال تمام داشته باشد به عبارت اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد تغییر یافت که در ادامه به بررسی و تحلیل این ماده (بعد از اصلاحیه سال ۱۳۶۱) می پردازیم.

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی این طور مقرر می دارد که « نکاح دختر باکره 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 یا او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید .

تزویج ثبیه صغیره از دیدگاه اهل سنت

برای علما در این مسأله چند قول است. قول اول: تزویج ثبیه صغیره بدون رضایت او صحیح نیست. و تا زمانی که بالغ شود و خودش رضایت دهد تزویج نمی شود. امام شافعی (الشریعی، ۱۴۲۱ ه. ق، ج ۳، ص ۱۴۹) قائل به این قول است و همچنین وجهی در مذهب حنا بله نیز این قول را تأیید کرده اند. (ابن قدامه، بی تا: ۶/ ۴۹۲).

ادله قائلین به این قول:

۱ - «مارواه ابن عباس رسول الله (ص) انه قال : الثیب احق بنفسها من ولیها و البکر تستأذن فی نفسها و اذنها صماتها». (رواه مسلم فی کتاب النکاح: ۹/ ۲۰۴). (دختر بیوه نسبت به تزویج خودش از ولی اش سزاوارتر است و ولی دختر باکره باید از دخترش اذن بگیرد تا بتواند او را تزویج نماید و سکوت دختر در اذن او کافی است).

۲ - در تأخیر تزویج فایده های نهفته است. از جمله اینکه دختر برای نکاح تجربه کسب می کند. و وقتی که به سن بلوغ برسد رأی خودش آن چیزی را که مصلحت در آن است اختیار می کند. پس تأخیر واجب است. به خلاف باکره چون به امر نکاح جاهل است. (المغنی، بی تا: ۶/ ۴۹۲).

قول دوم: پدر ثبیه صغیره می تواند وی را تزویج نماید. حتی اگر او رضایت به عقد نداشته باشد. امام مالک (ابن رشد، ۱۴۲، ۳۶۶/ ۶) و همچنین حنفیه (علاءالدین ابی بکر، بی تا: ۲/ ۲۴۱) قائلین به این قول می باشند همچنین عده ای از حنا بله نیز قول دوم را اختیار کرده اند.

ادله قائلین به این قول

۱- مارواه ابوموسی عن النبی (ص) انه قالت: تستأمر الیتیمه فی نفسها، فأن سکتت فقد اذنت، وان أبت لم تکره» (الترمذی، ۱۴۰۳: ۳ / ۴۰۸). (از دختر ثبیه باید اذن گرفته شود، اگر سکوت کرد به معنای اذن است و اگر ابا کرد اکراه نمی‌شود) این حدیث به دلالت منطوقی دلالت می‌کند بر اینکه از دختر ثبیه باید اذن گرفته شود و به مفهوم مخالفت دلالت می‌کند بر اینکه از غیر ثبیه باکره یا ثبیه اجازه گرفته نمی‌شود و به اذن آن‌ها لازم نیست. مگر اینکه ثبیه بالغه باشد. همانطور که اهل علم عامه قائل به آن هستند. (ابن رشد، ۱۴۲: ۳۶۶/۱).

۲- علت در اجبار صغر است. چون عقل صغیر قاصر است و مخاطب تکالیف شرعی نمی‌باشد و تصرف او در اموالش صحیح نیست و همه این اموال در ثبیه صغیره نیز موجود است، پس اجبار او بر نکاح هم صحیح خواهد بود. و بنا بر قول به اینکه صغر و بکارت علت ولایت اجباری است و وقتی که حکم به سبب دو علت متقل ایجاد شود، اگر یکی از دو علت هم زائل شود با علت دیگر ثابت خواهد شد. (ابن عربی، بی تا: ۲۷/۵). و اخباری که می‌گویند ثب نسبت به پدرش احمق است به تزویج حمل بر ثبیه کبیره می‌شود. چون برای ثبیه صغیره به خاطر قصور عقلش، حقی نمی‌باشد. (علاءالدین، بی تا: ۴۵/۲).

قول سوم: جایز است تزویج دختر نه‌ساله با اذن خودش و تزویج او قبل از نه سال صحیح نیست.

چون دختری که نه سالش تمام شده است، برای وی اذن صحیح است. و تزویج او به غیر اذن خودش صحیح نیست. وجهی از مذهب حنا بله نیز قائل به این قول است. (الانصاف، بی تا: ۵۶/۸).

قول چهارم: وجهی دیگر از مذهب حنا بله قائلند که پدر می‌تواند دخترش را که کمتر از نه سال سن دارد، تزویج نماید. اذن هم برای دختر نیست. چون صغیرهاست. اما اگر نه سال یا بیشتر داشته باشد، اذن او لازم است. (عبدالرحمان بن قاسم، بی تا: ۲۵۷/۶).

اجازه و اذن در نکاح

بدواً و قبل از تحلیل و تفسیر اجازه بیان شده در ماده ۱۰۴۳ ق. م به شرح مختصری در مورد مفهوم اجازه و اذن می‌پردازیم. در نظام حقوقی ما اذن به معنای جلب رضایت و نظر فرد قبل از عمل و اجازه به معنای جلب رضایت فرد به بعد از انجام عمل است که در مثالی واضح‌تر به بیان آن می‌پردازیم.

حجر یا فوت ولی (پدر یا جد پدری)

قانون مدنی به سقوط اعتبار اذن ولی در صورت یا حجر یا فوت او اشاره نکرده است اما تا پیش از اصلاح ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی به صراحت سقوط اعتبار اذن ولی در مورد حجر بیان می‌کرد این ماده با اشاره به ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی این‌طور تنظیم شده بود که: « در مورد ماده قبل از باید شخص پدر یا جد پدری بدهد و اگر پدر یا جد پدری به علتی تحت قیمومیت باشد اجازه قیم او لازم نخواهد بود. در اصلاحیه ماده ۱۰۴۴ و با توجه به مبانی مسلم فقهی این ماده باید به گونه‌ای تغییر می‌یافت که محجور بودن ولی و عدم دسترسی به وی هر دو از موارد سقوط اعتبار اذن ولی در مورد نکاح دختر باکره تعیین می‌گردد اما متأسفانه قانون‌گذار مورد محجور بودن ولی را حذف کرده و مسئله عدم دسترسی به ولی را

جایگزین آن کرده 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 با توجه به سابقه فقهی حکم این موضوع استنباط می‌کردند اصول و قواعد حاکم بر قانون مدنی آراء فقیها امامیه و وحدت ملاک با موضوع ماده ۱۰۴۴ این نظر را تأیید می‌کند. اگر پدر یا جد پدری به علتی و تحت قیمومیت باشد اذن شخص دیگری مانند قیم او لازم نمی‌باشد اما طبق قانون محجورین بر چهار قسم اند که عبارتند از: سفیه، صغیر، جنون تاجر ورشکسته که به تفکیک به شرح و تفسیر هر یک خواهیم پرداخت.

طبق ماده ۱۲۱۴ قانون مدنی معاملات و تصرفات غیر رشید در اموال خود نافذ نیست مگر با اجازه ولی یا قیم او اعم از اینکه این اجازه قبلاً داده شده باشد یا بعد از انجام عمل. نکاح (ازدواج) برای همه جوامع انسانی از جایگاه و اهمیت خاصی برخوردار است. در دین اسلام ازدواج امری مقدس است که آیات و روایات فراوانی پیرامون آن وجود دارد از جمله پیامبر گرامی اسلام می‌فرماید «النکاح سنتی فمن رغب عن سنتی فلیس منی».

مذهب حنفیه: «قال ابوحنفیه: لہان تزویج نفسہا و غیرہا و توکل فی النکاح لان اللہ قال لاتعضلوهن ان ینکحن ازواجہن اضاف النکاح الیہن ونہی عن منعہن منہ لانه خالص حقہا و ہی من اهل البماشرہ تصح منہا کبیعہا».(ابن قدامہ، بی تا: ۲۳۸/۷). ابوحنفیه می‌گوید: زن می‌تواند هم خودش را تزویج نماید و هم غیر خود را و حق وکالت در نکاح را دارد. زیر خداوند فرموده است: منع نکنید زنان را از نکاح در این آیه نکاح به زنان نسبت داده شده است و از منع ازدواج آنها نهی شده زیرا ازدواج حق خاص آنهاست و آنها اهل مباشرت در عقد نکاح می‌باشند همچنان که در بیع نیز حق مباشرت دارند.

مذهب مالکی: مالکیه نیز همچون شافعیه وجود ولی را برای عقد نکاح رکن می‌دانند و یکی از ارکان نکاح را انشاء عقد بواسطه ولی می‌دانند.(ابن قدامہ، ج ۷، ص ۳۲۸)

مذهب شافعی: علامه در تذکره می‌فرماید: «قال الشافعی» اذا بلغت الحرۃ الرشیدۃ ملک کل عقد الالنکاح فانہا متی ارادت ان تتزوج افتقر نکاحها الی الولی و لایجوزلہا ان تتزوج بنفسہا و لا اعتباربعبارہ المرأہ ایجاباً و قبولاً»(الحلی، بی تا: ۵۸۵/۲) (زن وقتی بالغ و رشید شد هر عقدی را بجز عقد نکاح می‌تواند انشاء نماید اما برای عقد نکاح نیاز به ولی دارد و وجود ولی شرط است و بدون آن عقد نکاح منعقد نمی‌شود زیرا زن مسلوب العبارة می‌باشد و اعتباری به عبارت وی از حیث ایجاب و قبول در عقد نکاح نمی‌باشد).

مذهب حنبلی: حنابلہ نیز باکره رشیده را در نکاح مانند صغیره مولی علیه دانسته و با استناد به آیه: «لاتعضلوهن ان ینکحن» (یعنی زنان را از ازدواج منع نکنید)، استدلال می‌نماید بر اینکه نکاح زنان باید به واسطه ولی صورت گیرد. حنبلی‌ها در عدم صحت ازدواج دختر باکره دو دلیل ذکر کرده اند:

۱- دختره باکره همانند صغیره مولی علیه است و توانایی انشاء عقد را ندارد.

۲- دختر به دلیل قصور عقل عدم تجربه ایمن از وقوع در مفسده نیست و ولایت پدر وی را از موارد فوق مصون می‌دارد.(ابن قدامہ، بی تا: ۳۳۸/۷)

شرطیت اذن در صحت یا کمال عقد نکاح

دیدگاه فقهای اهل سنت

ادله شافعیه:

۱- قوله تعالی: «وَانكِحُوا الْيَامِي مَنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَامَائِكُمْ.....» (نور/۳۲).

۲- قول تعالی: «وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا» (بقره/۲۲۱).

وجه دلالت: خداوند متعال در این دو آیه نکاح را به اولیاء اضافه کرده است و اولیاء کسانی هستند که متولی تزویج زنان هستند. این امر دلالت می کند بر اینکه انشاء عقد مخصوص مردان است و زنان در هیچ صورتی متولی انجام آن نخواهند شد. چون ازدواج امری خطیر است و شأن آن بسیار بزرگ است، از یک ناحیه و از طرف دیگر زن غالباً شناخت چندانی نسبت به مصالح خویش ندارد و از حیله و نیرنگ مردان اطلاعی ندارند و اگر ولایت عقد نکاح برای زنان نیز جایز بود، خداوند در قرآن نکاح را به آنان نیز اضافه می نمود و

۳- قوله تعالی: «وَإِذَا طَلَّقَ الْمَرْءُ نِسَاءً فَلْيَبْلُغْ أَجَلَهنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ.....» (بقره/۲۳۱).

وجه دلالت: خداوند در این آیه اولیاء را از عضل نساء منع نموده است و عضل همان منع آنان از ازدواج است. این امر دلالت می کند بر اینکه امر تزویج نساء بر عهده مردان است. چون اگر برای آنها ولایت تزویج نبود آنها را از عضل نهی نمی کرد. و اگر برای آنها تزویج خودشان جایز بود، برای عضل تاثیری وجود نداشت. شافعی می گوید: این آیه مهمترین دلیل در قرآن کریم بر اشتراط ولی است. (شمس الدین، ۱۴۰۴: ۶ / ۲۲۴).

۴- قول پیامبر اکرم (ص): «لَانْكَاحِ الْاَبُولِي». (القرزویی، بی تا: ۶۰۵/۱). پیامبر اکرم (ص) نفی کرده است نکاحی را که ولی در آن مباشرت نکرده باشد این حدیث صریح است در اشتراط ولی در عقد نکاح

۵- قول رسول اکرم (ص): «إِذَا أَمْرًا نَكَحَتْ بِغَيْرِ اذْنِ وَلِيهَا فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ» (همان). هر زنی که به غیر اذن ولی اش نکاح نماید، نکاحش باطل است. نکاحش باطل است و ...

وجه دلالت: این حدیث نص صریح است در اینکه اگر زن عقد نکاح ببندد و اذن ولی را نداشته باشد، نکاحش باطل است و حضرت محمد (ص) بر بطلان آن تأکید نموده است و سه بار فرموده است که نکاحش باطل است تا مبالغه در نهی نموده باشد.

۶- دلیل عقلی: ازدواج از عقود است که وارد شده است در شرع بخاطر اغراض و مصالح اخروی که این اغراض با هر زوجی حاصل نمی شود بلکه ناگزیر است در آن از دقت و عنایت و بررسی دقیق از احوال مردان.

به حیثی که دانسته شود کدام زوج به صلاح وی است و کدام به صلاح نمی باشد. شناخت این دسته از مردان فقط از عهده مردان بر می آید. و از عهده زنان بر نمی آید. چون زنان اطلاعاتشان از مردان کم است، سرعت تأثیر پذیری آنها زیاد است و... به همین خاطر مقاصد و اهداف ازدواج با مباشرت زن بنفسه حاصل نمی شود. (بدران ابوالعینین، بی تا: ۱۳۷). سایر فقهای اهل سنت نیز برای اثبات نظریه خویش ادله ای را عنوان نموده اند که در اینجا به همین مقدار اکتفا نموده و از ذکر ادله آنها به علت طولانی شدن بحث خودداری می کنیم. اما جمهور فقهای اهل سنت و اهل علم قائلند که هیچ یک از اولیای عقد نکاح (چه پدر و چه غیر پدر) حق تزویج دختر باکره بالغه را بدون اذن و رضای خود دختر ندارند و فقط پدر قبل از بلوغ می تواند دختر را تزویج نماید. (الترمذی، ۱۴۰۳: ۴۰۱/۳).

مذهب مالکی و حنبلی:

مذاهب مالکی و حنبلی وجود ولی را از شرایط صحت عقد عنوان کرده اند و نکاح بدون اذن ولی را صحیح نمی دانند. چنانکه در تعریف ولایت می گویند: «الولی فی النکاح هو الذی یتوقف علیه الصحة العقد فلا یصح بدونه» (ولی کسی است که صحت عقد نکاح مترتب اوست و بدون حضور او نکاح صحیح نیست). آنها در ارکان عقد وجود ولی را نیز ذکر کرده اند.

مذهب حنفی: اما حنفیه ولایت را منحصر در ولایت قهری دانسته و چنین ولایتی را مختص به صغیر و مجنون می دانند و می گویند:

لاولایة الاعلی الصغیر والصغیره و المجنون و لو کباراً. یعنی ولایت مختص صبی و مجنون است. اما نکاح دختر بالغه باکره رشیده را متوقف بر وجود ولی نمی دانند و فقط در صورتی که دختر با غیر کفو ازدواج کند، قائلند که برای پدر حق فسخ و اعتراض ثابت است. خلاصه اینکه مذاهب مالکی و شافعی و حنبلی وجود ولی را از ارکان عقد نکاح می دانند. اما حنفیه حضور ولی را لازم نمی دانند. شافعیه و ابو عبید و ابو ثور و ابن المتدر و احمد در قول مشهوری گفته اند: بر چنین عقدی احکام نکاح صحیح (طلاق، خلع، لعان، توارث...) مترتب نمی شود. پس چنین عقدی از اصل باطل است. مانند نکاح مرتده. (ابن قدامه، بی تا: ۴۷۴/۶). اما در مقابل کوفیون (علاءالدین، بی تا، ج ۲، ص ۲۴۲) و احمد در روایتی (ابن قدامه، بی تا: ۴۷۳) گفته اند که چنین عقدی موقوف به اجازه دختر است. اگر آن را اجازه نمود صحیح است و اگر آن را رد نمود باطل است.

پس فقهای اهل سنت نیز در این مورد اختلاف نظر بسیاری دارند و کلام ابن رشد نیز بیانگر همین مطلب است و ایشان پس از آنکه اقسام ولایت را ذکر می کنند و می گویند: علما راجع به اینکه آیا ولایت شرط صحت ازدواج است یا خیر؟ اختلاف کرده اند. مالک اعتقاد دارد که ولایت شرط صحت نکاح است و شافعی نیز همین عقیده را دارد. اما ابوحنفیه، زفر، شعبی و زهری (که همگی از علمای برجسته اهل سنت هستند) اعتقاد دارند در صورتی که زن با کفو خودش ازدواج کند، نیازی به اذن ولی نمی باشد. اما داوود اذن ولی را تنها در مورد دختر باکره شرط دانسته و در ثبیه اذن ولی را شرط نمی دانند. این اختلاف ناشی از اینست که هیچ آیه و یا حدیثی که شهور در شرط بودن ولایت داشته باشد، به ما نرسیده است. چه رسد به اینکه نص باشد و کسانی هم که قایل به ولایت شده اند، تنها به یک سری از آیات و احادیث استدلال

کرده اند که فقط احتمال ولایت را ثابت می کند نه بیشتر. (ابن رشد، ۱۴۱۲: ۱۱). بنابراین می توان گفت که حنبلی و مالکی عموماً ولایت پدر را بر دختر بالغ و رشید ثابت می دانند. اما ابو حنفیه و پیروانش قایل به ولایت پدر بر دختر بالغ اعم از باکره و ثیبه نیستند. مگر اینکه با غیر کفو ازدواج کرده باشد (الجزیری، ۱۴۱۹: ۳۶/۴). حنفیه و زفر بن هذیل و ابو یوسف در روایتی گفته اند که هیچ ولایتی بر دختر بالغه بالکره رشیده نیست. پس او حق دارد منفرداً و با اختیار خودش مبادرت به نکاح نماید. بدون اینکه ولی را در آن شریک نماید. البته به شرطی که زوج کفو باشد و مهرالمثل لحاظ شود و عقد هم صحیح صورت گیرد.

بررسی تطبیقی اهل سنت و حقوقی اذن پدر

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی مقرر می دارد: (نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده، اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر او است). پدر وجد پدری در مورد دختر باکره می باشد نه ثیبه، حال به طریق اولی می توان از مفهوم مخالف ماده استفاده نمود و ازدواج دختر ثیبه را خارج از ماده فوق دانست و به طور یقین ادعا نمود که در مورد ثیبه اذن پدر وجد پدری لازم نمی باشد و ثیبه در ازدواج خود مستقلاً عمل می کند اذن پدر وجد پدری در صورتی است که دختر هنوز شوهر نکرده است. آیا در این مورد نیز دختری که بدون نزدیکی ازدواج او بهم خورده است در ازدواج بعدی خود ولو با همان شخص نیاز به اذن پدر ندارد و خود مستقلاً می تواند ازدواج کند در وهله اول به نظر می رسد نیازی به اذن ندارد و خود می تواند مستقلاً ازدواج کند ولی باید این نکته را در نظر داشت که ازدواج فقط خواندن خطبه عقد نبوده و قاعده و قواعدی بر آن حاکم می باشد در مقابل می توان گفت که قانون به صراحت بیان نموده است که در نکاح دختری که شوهر نکرده (باشد) ولی در فرض ما دختری که نکاح وی به سببی از بین برود اینکه نزدیکی انجام شود از دید جامعه شوهر کرده محسوب می شود و با شخصی که ازدواج کرده یا به عبارت صحیح قانونی شوهر کرده باشد و نزدیکی هم انجام شده باشد به یک چشم دیده می شود که این موجب ایجاد نظریه های متفاوت می شود چه بسا که می توان در عقد نکاح شرط عدم نزدیکی را به عنوان شرطی نافذ به عده بعضی از حقوقدانان آورد که مورد انتقاد شدید حقوقدانان مقابل می باشد در کل به عقیده حقوقدانان صاحب نظر مقصود ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی که مقرر می دارد.

بنابراین اگر دختر باکره یکبار شوهر کرده و قبل از نزدیکی از او جدا شده باشد برای ازدواج دوم نیاز به اذن پدر وجد پدری دارد حال سوالی دیگر به ذهن می رسد و آن این است که آیا دختری که به علتی غیر از نزدیکی بر اثر عقد نکاح مانند بازی کردن یا پرش یا در اثر ورزش کردن و فعالیت هایی که انجام میدهد و یا حتی در عمل جراحی و نظایر آن پرده بکارت دختر زایل شود حکم چیست؟ آیا می توان نام باکره بر او عنوان کرد یا از حالت باکره بودن خارج می شود که اثر آن در اذن پدر وجد پدر نمایان و آشکار می شود.

در فقه این برداشت انجام می گیرد که بکارت دختر از راه مواقعه زایل نگردیده باشد و اگر بکارت دختر از طریق غیر مواقعه از بین برود، چنین دختری باکره یا در حکم او محسوب می شود. اما اگر بکارت با مواقعه زایل گردد اذن پدر وجد پدری ساقط می شود (شهید ثانی، ج ۱، ص ۴۴۸). بنابراین اگر بکارت دختری در اثر سقوط یا پریدن یا از این قبیل از بین برود چون دختر شوهر نکرده است و در عرف نیز او را دوشیزه میدانند باید اذن پدر وجد پدری را بر دختر استوار و ثابت دانست. (کاتوزیان، ج ۱، ص ۸۱). در مقابل عده ای از فقیهان حتی ازاله بکارت غیر شرعی (مثلاً زنا) را نیز باعث از بین

رفتن اذن پدر یا جد پدری نمی دانند و این راه با ظاهر ماده ۱۰۳۴ قانون مدنی موافق و سازگار می دانند (نراقی، ج ۲، ص ۴۸۱).

نتیجه گیری

فرهنگ، جامعه و قانون کشور ما با توجه به رهنمون‌های دین مبین اسلام در حفاظت از اصول و ارکان خانواده، حساسیت بالایی نسبت به موضوع نکاح خصوصا در مورد دوشیزگان دارد که می‌توان تجلی این امور را در قانون مدنی ایران در باب نکاح و در مفهوم ماده ۱۰۴۲ ق.م.یافت که از یک طرف احترام به ولی و پدر در امر نکاح را مقرر داشته و از طرف دیگر به دلیل تجربه بالای پدر یا جد پدری و به منظور عدم فریب دختر باکره عقد نکاح وی را منوط به اذن ولی او (پدر یا جد پدری) می‌نماید. قانونگذار برای حمایت از نهاد مهم خانواده و پیشگیری از انحرافات اجتماعی چنین حکمی را مقرر نموده است. زیرا، دختران به دلیل کم تجربگی و یا غلبه عواطف و احساسات، ممکن است بدون بررسی کافی و بدون در نظر گرفتن مصلحت خود، به ازدواجی نامناسب اقدام کنند. قانون مدنی در این رابطه با بیان عبارت "موقوف است" نشان داده است که اجازه ولی شرعی تنفیذ کننده عقد است، و اگرچه عقد صحیح است ولی نافذ نیست و مفاد ماده حکایت از آن دارد که دختر باید با مشورت خانواده یعنی ولی قهری خود اقدام به ازدواج کند که این نظریه منطبق است با آن دسته از نظرات فقهای که امر نکاح را به صورت مشترک (توافق میان پدر و دختر) می‌پذیرند و این ماده، فتوای تشریک در ولایت را برگزیده است؛ که البته با دادن اختیار اذن به ولی دو قید محدودکننده را هم در نظر گرفته است یکی این که این امر موجب حجر دختر نگردد و او هم در این تصمیم‌گیری دخیل باشد. و دیگری این است که دخالت ولی با موازین دقیق همراه باشد. و همچنین بر اساس ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت و با تشخیص دادگاه صالح.

در میان اهل سنت هم بعد از مطالعاتی که در مورد صحت یا عدم صحت نکاح باکره بدون اذن ولی انجام گرفته است، به طور کلی می‌توان گفت که دو رأی وجود دارد. یک رأی که دیدگاه جمهور فقهایان است که قائل به بطلان نکاح می‌باشد. بزرگترین دلیل و برهان این گروه این آیه است که خداوند می‌فرماید: «وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَهُنَّ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» به نحوی که فقهای مذاهب مالکی، شافعی و حنبلی اذن ولی شرعی را در ازدواج دوشیزگان شرط صحت نکاح می‌دانند و معتقدند که دختر باکره رشیده در عقد نکاح محجور است و مستقلا ولی دختر باکره رشیده می‌تواند او را به نکاح دیگری درآورد. اما در فقه حنفی رای بر این است که که دختر باکره رشیده در عقد نکاح دارای استقلال است و اذن ولی شرعی در این مورد هیچ تاثیری ندارد. و احناف، عقد ازدواج را محکم‌تر از آن می‌دانند که به خاطر اذن ولی باطل گردد. و همچنین چون دختر باکره رشیده در امور مالی دارای استقلال است پس در امور غیر مالی از جمله نکاح هم دارای استقلال است. البته به شرطی که زوج کفو باشد و مهرالمثل لحاظ شود و عقد هم صحیح صورت گرفته باشد.

فهرست منابع

الف : منابع فارسی

امامی، حسن، حقوق مدنی، بی جا، بی تا.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دایرة المعارف علوم اسلامی (فلسفی) منطق حقوقی، چاپ نخست، گنج دانش، ۱۳۶۱.

خوانساری، سید احمد، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، چاپ دوم، موسسه اسماعیلیان، قم، ۱۳۶۴.

عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۵.

صفایی، سید حسین، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۷۵.

مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه به اهتمام جمعی از نویسندگان و مؤلفین، انتشارات دارالکتب الاسلامیه، نوبت چاپ ۳۹، سال ۱۳۷۹.

کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، بی تا.

ب: منابع عربی

قرآن کریم

ابن رشد القرطبی الناندلسی، محمد بن احمد بن محمد بن احمد، «بداية المجتهد و نهاية المقتصد»، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۵هـ. ق.

ابن قدامه عبدالله، المغنی، دارالکتب العربی، بیروت.

البحرانی، الشیخ یوسف، الحدائق الناضره فی الاحکام العتره الطاهره، دارالاضواء بیروت.

ابی عبدالله محمد بن یزید القزوینی ابن ماجه، سنن ابن ماجه، دارالفکر لطباعه و النشر و التواریخ.

الترمذی، محمد بن علی، «سنن الترمذی»، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۳هـ. ق چاپ دوم.

الجزیری، عبدالرحمن، الفقه المذاهب الاربعه، داراحیاء التراث العربی، بیروت، چاپ اول، ج ۴.

حلبی، ابراهیم بن محمد، «ملتی الیبحر»، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۲۲هـ. ق ۲۶.

الحلی، جمال الدین الحسن بن یوسف بن علی بن مطهر، «تحریر الاحکام»، مشهد، موسسه آل البيت (ع).

الحر العاملی، محمد بن الحسن، ومسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الرشیعه، منشورات جماعه المدرسین فی الحوزه اللمیه فی قم المقدسه.

شهید ثانی، زین الدین الجبعی العاملی، الروضه البهیه فی شرح لمعه الدمشقیه، مؤسسه الاعلمی المطبوعات، بیروت، لبنان، بی تا .

طباطبایی، یزدی، سید محمد کاظم، العروه الوثقی، مکتبه العلمیه، الاسلامیه، ج ۲.

الطوسی، ابوعلی جعفر محمد بن الحسن، المبسوط فی فقه الامامیه، مثنوات مکتبه المرتضویه، چاپ دوم، ۱۳۸۸.

العاملی، زین الدین بن علی، معروف به شهید ثانی، مسالک الافهام ابی تنقیح شرایع الاسلام معروف به مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۶.

علاء الدین ابی بکر بن مسعود، بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع، چاپ بیروت.

القزوینی، محمد بن یزید، «سنن ابن جامه» بیروت، دارالفکر.

قرشی، سید علی اکبر، قاموس قرآن، دارالکتب الاسلامیه، ج ۴.

الکلینی، ابی جعفر محمد بن یعقوب، فروع الکافی، دارالاضواء بیروت چاپ اول، ۱۴۰۳، ج ۵.

النراقی، احمد بن محمد مهدی «مستند الشیعه فی احکام الشریعه»، مشهد، مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث، ۱۴۱۵ هـ. ق.

النجفی، الشیخ محمد حسن جواهر الکلام فی شرح الاسلام، المکتبه الاسلامیه، چاپ ۲ مج ۲۹-۱، ۱۳۶۶ هـ. ق.

مکی العاملی، محمد بن جمال الدین، شهید اول، اللمعه الدمشقیه، قم، دارالفکر ۱۳۱۱ هـ. ق.

المغنیه، محمد جواد، الفقه علی المذاهب الخمسه، مؤسسه الصادق، تهران.

Investigating the effect of the guardian's permission on the marriage of a virgin girl from a Sunni perspective with emphasis on Iranian law

Abstract

One of the controversial issues in Islamic jurisprudence is the role of the guardian's permission in the marriage of maidens. Given the sensitivity and importance of this issue in marriage and its effects, the purpose of this article is to address this issue from the perspective of jurisprudential religions. Arba'a is on the one hand and from the perspective of Iranian law on the other. In this regard, it is noteworthy that in Sunni jurisprudence, citing some verses and hadiths, there are two opposing views on the effect of permission, but the jurists of Maliki, Shafi'i and Hanbali religions The permission of the religious guardian in the marriage of maidens is considered a condition for the validity of the marriage and they believe that the virgin girl is incapable of marriage and independently the virgin girl can marry him to another. But in Hanafi jurisprudence it is said that the virgin girl in The marriage contract has independence and the permission of the religious guardian has no effect in this case. In Iranian law, according to Article 1043 of the Civil Code, which suspends the marriage of a virgin adult daughter with the permission of the father and grandfather, the legislature, considering the permission of the religious guardian effective, has made it a condition for the marriage to be valid and emphasizes the need for the guardian's permission. have given.

Keywords: Parental permission, marriage of a virgin girl, Sunni perspective, puberty.