



اذن پدر در نکاح دختر باکره

امیرحسین صفدری

دانشجوی کارشناسی، حقوق، موسسه آموزش عالی غیر دولتی غیرانتفاعی شاندریز، مشهد

Email: Amirhosseinsafdari76@yahoo.com

محسن مقدم

عضو هیئت علمی، حقوق، موسسه آموزش عالی غیر دولتی غیرانتفاعی شاندریز، مشهد

Email: Mohsen.moghaddam65@gmail.com

چکیده

نقش خانواده در تأمین امنیت و سلامت جامعه از اهمیت زیادی برخوردار است. از این رو، اسلام با هدف تأمین سلامت و سعادت جامعه، شرایطی را برای تشکیل خانواده و انعقاد عقد ازدواج تعیین کرده تا از این طریق ضامن سلامت جامعه باشد. در میان شرایط حاکم بر ازدواج، آنچه امروزه به شدت مورد تردید قرار دارد، ولایت پدر و جد پدری بر رشیده باکره است. مقاله حاضر به بررسی قلمرو ولایت پدر و جد پدری در نکاح فرزندان، پرداخته است. قانون مدنی در ماده ۱۰۴۳، اذن پدر یا جد پدری را در نکاح دختر باکره لازم شمرده و می گوید: نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری اوست. 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 حکم از نظر رایج میان فقیهان معاصر پیروی کرده است. البته توجه بر این نکته لازم است که قانونگذار در وصف باکرگی دختر و لزوم گرفتن اذن از پدر در هنگام عقد صرفاً بر عدم ایجاد رابطه زناشویی قبلی میان او و مردی (چه به صورت مشروع و چه نامشروع) نظر داشته است. اذن در روابط حقوقی و اجتماعی افراد نقش به سزایی دارد.

واژگان کلیدی: اذن، دختر باکره، نکاح



مقدمه

خانواده به لحاظ قدمت، ابتدایی ترین و از لحاظ گستردگی، جهان شمولترین نهاد اجتماعی است (اعزازی، ۱۳۸۷). صاحب نظران معتقدند خانواده از نخستین نظام های نهادی عمومی و جهانی است که برای رفع نیازی های حیاتی و عاطفی انسان و بقای جامعه ضرورت تام دارد. روابط مناسب در جامعه بر اساس روابط مناسب در خانواده شکل می گیرد و هر اندازه روابط درون خانواده مناسب تر باشد خانواده و به تبع آن جامعه از ثبات و استحکام بیشتری برخوردار است (عظیمی رستا، ۱۳۹۲). هیچ جامعه ای بدون داشتن خانواده سالم نمی تواند ادعای سلامت کند و هیچ یک از آسیب های اجتماعی بی تاثیر از خانواده پدید نیامده اند (افکاری، ۱۳۹۲). نظام خانواده بلاشک رکن اصلی و اساسی هر جامعه است و توجه بسیاری به آن در جوامع شرقی شده است. از این رو دین مبین اسلام تاکید زیادی بر حفظ خانواده 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 آن بر جامعه است که به صورت های مختلف از جمله طلاق، بی بند و باری، تولدهایی از راه نامشروع (زنازاده) و... خود را نشان میدهد که در جوامع غربی بسیار شاهد این امور هستیم اما خوشبختانه کشور و قانون ما با توجه به رهنمون های دین مبین اسلام بسیار پاینده تر از غرب نسبت به حفظ کیان خانواده است که می توان تجلی این امور را در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی کشور در باب نکاح یافت که از یک طرف احترام به پدر و جد پدری را مقرر داشته و از طرف دیگر به دلیل تجربه ی پدر و جد پدری و عدم فریب دختر باکره عقد نکاح را منوط به اذن ولی می نماید. مفهوم آزادی اراده و استقلال در تصمیم گیری، از مفاهیم عمیق و در خور توجه در جوامع انسانی است که ذهن هر محقق آزاداندیش را به خود جلب می کند. در جوامع حقوقی، نه تنها برخورداری از این موهبت، از حقوق اولیه افراد تلقی می شود، بلکه بر هر نهاد قانون گذاری نیز تکلیف می گردد تا در هنگام وضع قوانین با توجه ویژه به نحوه قانون گذاری، موجب زوال این موهبت از انسان ها نگردد.^۱

۲- مبانی و چارچوب نظری

۲-۱- مفهوم ولایت

ولایت به فتح و کسر «واو» به کار رفته است و در لغت به معنی کسی که کار دیگری را به عهده گیرد، برای آن اقدام نماید، تسلط پیدا کردن و تصرف کردن استعمال شده است (ابن منظور، ۱۴۱۲)؛ (تهانوی، ۱۱۵۸) عده ای در تعریف لغوی ولایت، بین ولایت به کسر و ولایت به فتح تمییز قائل شده اند و عقیده دارند که ولایت هرگاه به فتح تلفظ شده باشد مصدر است و به معنای ربوبیت و نصرت و هرگاه به کسر تلفظ شود به معنای امارت و در اصطلاح سلطنت است. (آل بحر العلوم، ۱۳۶۲) ولایت به معنای تصدی نیز تعریف شده است و ولایت پدر بر صغار را تصدی پدر بر امور آنها دانسته اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸) همچنین ولایت در معانی دیگری نیز به کار رفته است. مسئله ولایت در حقوق و فقه مورد بحث مستقل قرار نگرفته است. محمد ابوزهره و استاد وهبه زحیلی از کسانی می باشند که بحث ولایت را جدای از حضانت مورد بررسی قرار داده اند. استاد وهبه زحیلی در تعریف ولایت گفته است: ولایت در لغت یعنی عهده داری کاری و در اصطلاح قانونی یعنی اختیاری قانونی، که دارنده آن می تواند عقود را انشاء کرده و تنفیذ کند (زحیلی، ۱۴۰۹). وی ولایت بر نفس و ولایت بر مال را چنین تعریف می کند: ولایت بر نفس یعنی اشراف بر امور شخصی چون ازدواج، تعلیم، تأدیب، مداوا، آشنا ساختن با حرف می باشد و ولایت بر مال یعنی اشراف بر امور مالی و حقوقی مالی قاصر (همان، ص ۱۳۹).

۲-۲- جایگاه اذن

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 واضح تر به بیان آن می پردازیم. فرض بگیرید شخص الف برای استفاده از اتومبیل دوستش یعنی شخص ب رضایت وی را جلب می کند و پس از مثبت بودن نظر شخص ب از اتومبیل وی استفاده می کند و انتفاع می برد که این عمل

¹ <http://www.tebyan.net>



شخص الف یکی از مصادیق گرفتن و اذن، است. زیرا قبل از انتفاع از اتومبیل ب نظر مثبت وی را جلب کرده است حال در همین مثال فرض کنید که الف ابتدا از اتومبیل انتفاع ببرد و استفاده کند و بعد از انتفاع خویش از اتومبیل نظر مثبت ب را جلب کند که این شق هم معرف مفهوم اجازه است. البته مفاهیم فوق الذکر (تفاوت اجازه و اذن) خوشبختانه جایگاهی در حقوق ما ندارد و شاهد این هستیم که مقنن بعضاً اجازه و اذن را به جای یکدیگر هم به کار می برد.

۳-۲- باکره کیست

مورد استفاده پزشکان: تعریف علمی دختر باکره: دختری است که پرده بکارت آن سالم باشد. و در صورتی که پرده بکارت دختر (به هر علتی) پاره شود، دختر دیگر باکره نیست.

مورد استفاده مراجع محترم تقلید: تعریف فقهی دختر باکره: دختری است که پرده بکارت آن سالم باشد. وقتی اولین نزدیکی صورت گرفت دختر دیگر باکره محسوب نمی شود حتی اگر از دید علمی باکره باقی مانده باشد.

مورد استفاده حقوقدانان: تعریف حقوقی دختر باکره: دختری است که سابقه ازدواج ثبت شده نداشته باشد. به محض اینکه اولین ازدواج دختر از لحاظ قانونی ثبت شود، دختر دیگر باکره نیست، حتی اگر از دید علم باکره باشد. و قبل از ثبت ازدواج قانونی، دختر باکره محسوب می شود، حتی اگر باکره نباشد پرده بکارت یک چین غشایی نامنظم است که از اپیتلیوم شاخی تشکیل شده است درست در مدخل ورودی واژن قرار دارد و در واقع به منزله درب ورودی واژن است و اولین بار با مقاربت، معاینه خشن، ضربه، جراحی دچار پارگی می شود. معمولاً پرده بکارت دارای یک یا چند سوراخ کوچک است که برای خروج خونریزی قاعدگی تعبیه شده است و در صورتیکه پرده بکارت اصلاً سوراخ نداشته باشد و بطور کامل واژن را بسته باشد، خون قاعدگی در پشت پرده تجمع می یابد و آشکار نمی شود و در رحم انباشته می شود و در اثر پس زده شدن به داخل حفره صفاقی می تواند سبب بیماری اندومتريوز و نازایی شود که این مورد بسیار نادر است.^۲

۴-۲- مفهوم بالغ و رشید

بلوغ در لغت، به معنای رسیدن است. در فقه امامیه، نظریه مشهور در خصوص سن بلوغ در دختران پایان نه سال قمری است (نجفی، بی تا). قانون مدنی نیز در تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ خود این نظر را پذیرفته است. واژه رشید نیز برگرفته از واژه رشد است. رشد در لغت، ضد گمراهی (غی و ضلال) است. (ابن منظور، ۱۴۰۵) (ابن فارس، ۱۴۰۴) (فیومی، ۱۴۰۵). علما در خصوص واژه رشد تعاریف و معانی مختلفی ارائه نموده اند که به چند نمونه اشاره می گردد:

رشد عبارت از عقل و اصلاح مال است (علامه حلی، ۱۳۷۵). رشد ملکه ای نفسانی است که اصلاح مال را اقتضاء نموده و از افساد آن و صرف در غیر اموری که شایسته افعال عقلا است، مانع می گردد (شهید ثانی، ۱۴۱۴) اگرچه برخی از فقیهان عدم تلازم رشد در امور مالی را با رشد در امر نکاح احتمال داده اند (نجفی، بی تا) و لیکن از برخی روایات (حرعاملی، بی تا) و همچنین نظریات حقوق دانان (صفایی، امامی، ۱۳۷۹) چنین استنباط می گردد که دختر رشیده در امر نکاح کسی است که در امور مالی، به حد رشد رسیده باشد.

² <http://zanashuee.persianblog.ir>



۵-۲- ولایت بر بالغه رشیده

ثبیه

در تعریف مفهوم ثبیه نظریات مختلفی ارائه شده است. به عقیده طباطبایی حکیم از دیدگاه عرف معیار در ثبیه زوال بکارت است اگرچه در اثر پدید آمدن یا بیماری و مانند آن باشد. (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴) صاحب جواهر عقیده دارند که ثبیه کسی است که بکارتش در اثر نزدیکی زایل گردد، اگرچه به زنا باشد یا شبهه (نجفی، بی تا). برخی دیگر ثبیه را کسی می‌دانند که بکارتش در اثر نزدیکی زایل گردد به شرط آنکه نزدیکی از راه نکاح باشد (نراقی، ۱۴۱۹). عده‌ای دیگر معیار را فقط ازدواج دانسته‌اند بدین معنا که اگر دختر ازدواج نماید ثبیه می‌گردد، اگرچه شوهرش قبل از نزدیکی با او فوت نموده یا او را طلاق دهد (طباطبایی یزدی، بی تا)؛ (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵). برخی از حقوق‌دانان نیز ملاک در ثبیه را زوال بکارت در اثر وقوعه می‌دانند و ظاهراً مواقع اعم از مشروع و نامشروع را مدنظر قرار داده‌اند (صفایی، امامی، ۱۳۷۹) در خصوص ملاک در ثبیه و یا باکره بودن رأی وحدت رویه به شماره یک به تاریخ ۱۳۶۳/۰۱/۲۹ ملاک را دخول می‌داند اعم از اینکه مشروع باشد یا غیرمشروع و این دخول مطلقاً سبب سقوط ولایت پدر می‌باشد (مجموعه آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور، ۱۳۸۰، ص ۶۱۱). در خصوص ثبیه فقهای شیعه به اجماع زنی را که در اثر نزدیکی با او بکارتش از بین رفته برای ازدواج بعدی مستقل می‌دانند و اجازه ولی در ازدواج او را لازم ندانسته و معتقدند که پدر و یا جدپدری در ازدواج او نقشی ندارد (شعرانی، بی تا).

۶-۲- ولایت در نکاح منقطع

طبق این قول باکره رشیده در نکاح منقطع تحت ولایت ولی خود است و لیکن در ازدواج دائم مستقل می‌باشد. برای این قول به دلیلی استناد نشده است و این نظر را محقق حلی بدون ذکر نام قائل، بیان نموده (محقق حلی، ۱۴۰۹) و وقتی از قائل آن سؤال شده پاسخی نداده است (فاضل آبی، ۱۴۰۸). صاحب جواهر نیز در خصوص این نظر بیان کرده است که «قائلی برای این نظر نیافتیم» (نجفی، بی تا).

۷-۲- ولایت در نکاح دائم

در مورد استقلال دختر رشیده در نکاح متعه اخبار فراوانی هست (حرعاملی، بی تا). طبق این قول در نکاح دائم ولی بر دختر ولایت دارد و طبق نظر ولی نکاح دائم منعقد می‌گردد ولی دختر در نکاح منقطع مستقل بوده و نیازی به اذن ولی خود ندارد (همو، ۱۳۵۱). البته صاحب جواهر اعتقاد دارند که کتاب‌های یادشده کتاب فتوا نیستند و شیخ در مقام فتوا قول دیگری اختیار نموده است (نجفی، بی تا). ضمن اینکه نکاح دائم از نظر سقوط ولایت بر متعه اولویت دارد زیرا آن گونه که در متعه ضرر و فضاحت وجود دارد در نکاح دائم وجود ندارد.

۸-۲- جایگاه اذن ولی در حقوق موضوعه

جهت تعیین جایگاه اذن ولی در حقوق موضوعه ابتدا باید مطالبی در خصوص مفاهیم حکم تکلیفی و وضعی، انتزاع احکام وضعی از احکام تکلیفی و ورود نهی بر سبب و یا مسبب بیان گردد تا مبنای استدلال و نتیجه این قسمت که بر گرفته از این مطالب است، روشن شود. لذا در ادامه به بیان این مطالب می‌پردازیم.

۱. حکم تکلیفی

احکام چنان که اولاً و بالذات و بدون واسطه به افعال مکلفان تعلق بگیرند، احکام تکلیفی نامیده می‌شوند که چهار قسم وجوب، حرمت، استحباب و کراهت مقتضی بعث، زجر و اباحه مقتضی تخیر است.

۲. حکم وضعی



احکام وضعی مجعولات شرعیه‌ای هستند که متضمن بعث و زجر نبوده و ابتدائاً و اولاً و بالذات به افعال تعلق نمی‌گیرند، اگرچه به واسطه تبعیت از احکام تکلیفیه نحوه‌ای تعلق به افعال نیز دارند (نائینی، بی تا). محقق خویی معتقد است «حکم تکلیفی اعتبار صادره از مولی از حیث اقتضا و تخییر است و احکامی که عاری از حیثیت اقتضا و تخییر می‌باشند، تماماً از احکام وضعی هستند» (خویی، ۱۴۲۲). عده‌ای دیگر در تعریف حکم تکلیفی و وضعی چنین می‌گویند:

احکام تکلیفی: دستورات و فرمان‌های صادر شده از سوی شارع در خصوص افعال و کردار مردم اعم از امر، نهی، اجازه و رخصت را، احکام تکلیفی می‌نامند و پنج نوع است و خوب، حرمت، استحباب، کراهت و اباحه.

احکام وضعی: آن دسته از احکام شرعی هستند که هر چند ممکن است با احکام مکلفان مرتبط باشند ولی ارتباط مزبور به‌طور مستقیم نیست یعنی از سوی شارع مستقیماً نسبت به افعال مکلف اشاره نمی‌گردد و مقتضای آنها، الزام، منع یا رخصت نیست. مانند: مالکیت، زوجیت، اهلیت، سببیت، مانعیت، شرطیت، صحت و بطلان.

لذا با توجه به مطالب فوق، تفاوت احکام تکلیفی و وضعی به شرح ذیل خواهد بود:

- ۱- احکام وضعی مورد طلب و خواست و یا ترخیص و تخییر شارع قرار نمی‌گیرند در حالی که احکام تکلیفی مستقیماً مورد خواست شارع و یا تجویز و تخییر او قرار می‌گیرند.
- ۲- احکام وضعی مستقیماً به افعال و اعمال انسان‌ها تعلق نمی‌گیرند، در حالی که احکام تکلیفی این چنین هستند.
- ۳- احکام تکلیفی بی‌تردید از سوی شارع و با امر و نهی او مستقیماً وضع و جعل می‌شوند ولی اینکه آیا احکام وضعی نیز چنین هستند یا خیر جای گفتگو است (محقق داماد، ۱۳۸۸).

در اینکه احکام وضعیه چه تعدادی هستند در میان علمای اصول بحث و گفتگوی زیادی شده است. برخی این دسته از احکام را محصور دانسته‌اند. ولی به عقیده عده‌ای دیگر کلیه احکامی که از دایره تکلیف و متعلقات آن بیرون هستند می‌توانند حکم وضعی محسوب شوند (همان، ص ۲۸).

۱۰-۲- نظر فقها و مراجع تقلید در خصوص نکاح دختره باکره

بر طبق نظر اسلام و مذهب تشیع دختری که به حد بلوغ رسیده و رشیده است، یعنی مصلحت خود را تشخیص می‌دهد، در صورتی که بخواهد شوهر کند، چنانچه باکره باشد باید از پدر یا جد پدری خود اجازه بگیرد. و اگر پدر و جد پدری غایب باشند، به طوری که نشود از آنان اذن گرفت و دختر هم احتیاج به شوهر کردن داشته باشد لازم نیست از پدر و جد پدری اجازه بگیرد و نیز اگر دختر باکره نباشد در صورتی که بکارتش بوسیله شوهر کردن از بین رفته باشد، اجازه پدر و جد لازم نیست. ولی اگر بواسطه وطی به شبهه یا زنا از بین رفته باشد، احتیاطاً مستحب آن است که اجازه بگیرند.

مقام معظم رهبری:

ازدواج دختر باکره بنا بر احتیاط واجب باید با اجازه پدر یا جد پدری او باشد و اگر بدون اذن پدر ازدواج صورت گیرد، احتیاطاً واجب آن است که یا از پدر اجازه گرفته شود و یا اینکه پسر بقیه مدت را ببخشد (در عقد موقت) و از یکدیگر جدا شوند. طلاق در عقد دائم.

نظر محقق حلی

محقق در «شرایع» می‌فرماید: «آیا ولایت پدر و جد پدری بر دختر باکره رشیده، ثابت است یا نه؟ در این رابطه روایاتی وجود دارد که روشن‌ترین یا قوی‌ترین آنها آن است که ولایت پدر و جد پدری از دختر باکره رشیده ساقط است و در عقد دائم و موقت ولایت و اختیار از آن خود دختر خواهد بود.



نظر صاحب جواهر

صاحب جواهر در نقد و بررسی عبارات شرایع فرموده است:

همانا شهرت نقلی و تحصیلی در میان قدما و متاخرین از فقهاء آن است که ولایت پدر و جد پدری از دختر باکره رشیده ساقط است. بلکه از سید مرتضی در دو کتاب انتصار و ناصریات نقل شده است که او ادعای اجماع علماء امامیه را نموده است.

نظر شیخ مفید

شیخ مفید می‌فرماید:... و اگر زن عقلش کامل و رأیش محکم باشد در مورد مسائل خودش مثل ازدواج، خرید و فروش، تملک کردن و بخشش، وقف کردن و صدقه دادن و غیر از اینها از تصرفات مالی اولی از دیگران است. بلکه اگر پدر یا جد پدری داشته باشد پس از سنت است که پدرش اختیار عقد او را در دست داشته باشد. و اگر این کار را نکرد عقدش صحیح است اما خلاف سنت عمل کرده است.

از عبارت فوق اینگونه استنباط می‌شود که شیخ مفید اذن ولی را یک امر تکلیفی میدانند و در امر ازدواج آن را شرط صحت عقد نمیدانند.

نظر شیخ طوسی

«اگر زن حره بالغه و رشیده باشد اختیار تمام عقود، مثل نکاح، بیع و غیر آن را در اختیار دارد...»

نظر علامه حلی

علامه حلی (رحمه الله) در باب اولیاء عقد فرموده است: «... اما باکره بالغه رشیده اختیارش با خود اوست. و اگر پدر او زنده باشد گفته شده که او به تنهایی اختیار عقد خود را دارد (و اقوال دیگری نیز هست) و قول اول بهتر است.»

آیت الله مکارم شیرازی :

در صورت امکان به شکلی رضایت پدر را جلب کند، در غیر این صورت عقد آنها اشکال دارد، و احتیاط واجب آن است که پسر باقیمانده مدت را ببخشد، و از همدیگر جدا شوند و اگر عقد دائم بوده، او را طلاق دهد.

آیت الله صافی گلپایگانی:

به نظر اینجانب بنا بر احتیاط واجب، نکاح دختر باکره بالغه باید با اذن پدر یا جد پدری باشد و اگر بدون اذن واقع شده باشد احتیاط این است که زوج طلاق بدهد و بعد اگر با او ازدواج کند با اذن پدر یا جد باشد. بلکه اگر بدون اذن انجام شود و پدر آن را رد نکرده باشد و رضایت بدهد همان عقد اول کافی است.

۱۱-۲- موارد سقوط اذن اعتبار ولی

در بعضی از موارد اعتبار اذن ولی ساقط می‌گردد و دختر باکره می‌تواند بدون اذن پدر یا جد پدری خویش اقدام به ازدواج کند و چنین ازدواجی هم صحیح و نافذی می‌باشد که این موارد را به تفکیک توضیح می‌دهیم اما پیش از آن به مطلبی بسیار مهم می‌پردازیم. ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی این طور مقرر می‌دارد که: «... هرگاه پدر و 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 ...) همانطور که در ماده فوق مشاهده می شود در جایی که پدر یا جد پدری بدون علت موجه اجازه ندهد بنا بر نص صریح قانون اجازه او ساقط می شود اما متاسفانه مشاهده می شود که در بعضی از منابع و کتب حقوقی و فقهی مثل مناجح المتقین و شرح لمعه و همچنین مختصر حقوق خانواده دکتر امامی و صفایی صفحه ۸۲ از عبارت « ولایت او ساقط خواهد شد و دختر در نکاح استقلال خواهد داشت » بهره برده اند که این ابهام را ایجاد می کند که مگر ولایت هم قبل از رسیدن فرزند به بلوغ قابل اسقاط است؟ یعنی اینکه به علت کوتاهی پدر نه در امر اجازه در نکاح دختر باکره خویش بلکه در هر موضوع دیگری (مثل ندادن نفقه به دخترش و ...) نسبت به مولی علیه آیا می توان ولایت پدر را اسقاط کرد؟ مگر نه اینکه ولایت پدر (و جد پدری) بر فرزند خود اکتسابی است نه انتخابی. یعنی پدر صرف پدر بودنش ولی فرزند نابالغ خویش است. و الا اگر غیر از این بود و ولایت فقط و فقط مخصوص پدر (جد پدری) نبود مادر هم می توانست ولی اولاد خویش باشد در صورتیکه این امر شذنی نیست یعنی مادر نمی تواند ولی فرزند خویش باشد. حال با توصیف و تفاسیر فوق چطور می توان نظریه بعضی از علماء حقوق مثل: دکتر صفایی و دکتر امامی و همینطور فقهای بنام مثل: شهید ثانی را توجیه کرد. شاید ایشان در عبارت « ولایت او ساقط خواهد شد » ولایت را به عنوان مجاز از اذن استفاده کرده باشند که هم این موضوع دور از ذهن به نظر می رسد و هم قرینه ی مناسبی برای این مجاز یافت نمی شود. که بنده حقیر استدلال حقوقی برای توجیح آن یافت نکردم و این مطلب جای تأمل بسیار دارد. حال به اولین شق سقوط اعتبار اذن ولی می پردازیم.^۳

۱۲-۲- نظریه استقلال باکره رشیده

مشهور فقهای متأخرین امامیه و برخی از قدما به این دیدگاه معتقدند.

شهید اول (ره) می فرماید: «لا (ای لا ولایة) علی البکر البالغة الرشیده فی الاصح للایة». (بقره، ۲۳۲) و الاخبار و الاصل (شهید اول)، وی ولایت ولی قهری را از باکره رشیده منتفی می داند. علامه حلی (ره) نیز می فرماید: «ولا ولایة علی البالغ الرشید الحر إجماعاً ولا علی البالغة الرشیده الحرّة و ان کانت بکراً علی الاصح فی المنقطع والدائم». (علامه، ۱۴۱۹)، بسیاری از بزرگان دیگر نیز بر این عقیده اند.

مستندات نظریه

الف) آیات

آیه ۲۳۲ سوره بقره که در مورد طلاق و عده وفات است، می گوید: وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَرْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ^۴؛ هنگامی که زنان را طلاق دادید وعدهی خود را به پایان رساندند، مانع آنها از ازدواج نشوید ...

عموم و اطلاق آیه باکره ای که ازدواج کرده است و بعد طلاق داده شده است را شامل می شود. اما، (شهید ثانی)، استدلال به آیه شریفه کامل نیست؛ زیرا بر فرض که آیه، مطلقه غیر مدخول بها را شامل شود اما رشیده ای را که تا کنون شوهر نکرده را شامل نمی شود، در حالی که اغلب قریب به اتفاق مصادیق بحث، رشیده ای است که تا هنوز شوهر نکرده است.

ب) روایات

۱. ... عن سعدان بن مسلم قال: قال ابو عبدالله (ع): لا بأس بتزويج البکر اذا رضیت من غیر اذن ابیها. (محمد بن الحسن الطوسی)

سعدان بن مسلم می گوید: امام صادق (ع) فرمود: ازدواج با باکره بدون اذن پدرش اشکالی ندارد.

۲. ... احمد بن محمد بن عیسی عن رجالة منهم محمد بن مسلم قال ابو عبدالله (ع): لا بأس بتزويج البکر اذا رضیت من غیر اذن ابیها. (میرزا حسین النوری، ۱۴۰۷) محمد بن مسلم از امام صادق (ع) نقل می کند که حضرت فرمود: ازدواج دختر باکره بدون اذن پدر اشکال ندارد.

³ <http://www.norouzilawyer.ir>



۳. ... عن ابی عبدالله (ع) قال: الجاریة البکر الی لها اب لا تتزوج الا باذن ابیها. وقال اذا كانت مالکة لامرأ تزوجت متی شئت. (محمد بن یعقوب الکلینی)

امام صادق (ع) فرمود: دختر باکره ای که پدر دارد، نباید بدون اذن پدرش ازدواج کند. در ادامه فرمود: دختری که مالک امر خویش باشد، هر وقت خواست، می تواند ازدواج کند.

بخش اول این حدیث بر صغیره به قرینه بخش دوم که تعبیر اختیار امرش به دست خودش دارد، حمل می شود.

ج) اجماع

این اجماع را سید مرتضی ادعا کرده است. (شهید ثانی)، (اجماع منقول)

د) اصل «أصله عدم اشتراط إذن الولی فی صحة العقد».

اصل، عدم شرطیت اذن ولی در صحت عقد رشیده باکره است و این اصل ناشی از اصالت عدم شرطیت ولایت کسی بر کسی دیگر است.

۳. نظریه عدم استقلال باکره و ولی

مستندات نظریه

الف) جمع میان ادله

بعضی از ادله بر استقلال باکره و بعضی دیگر بر استقلال پدر دلالت داشت. پس هر دو گروه از ادله، اثبات اختیار برای پدر و دختر را می رساند و اخذ به مفهوم هر دو گروه از ادله اشتراک را می رساند.

ب) روایات

۱. عن ابی عبدالله (ع) قال: لا تزوج ذوات الآباء من الابکار الا بائنه. (محمد بن یعقوب الکلینی)

امام صادق (ع) فرمود: باکره هایی که پدر دارند، بدون اذن پدرانشان ازدواج نکنند.

گرچه فقها به این حدیث برای شراکت پدر و دختر در اذن استدلال نکرده اند، ولی به نظر می رسد از حدیث می توان معنی شراکت را فهمید؛ زیرا مفهوم حدیث این است که دختر علاوه بر رضایت خودش، اذن پدر را نیز بگیرد، نه اینکه خودش هیچ کاره باشد.

نتیجه

از مجموع بحثهای گذشته و مراجعه به اقوال مختلف فقها و روایات وارده می توان به این نتیجه رسید که اگر دختر به حد بلوغ و رشد رسیده باشد، به گونه ای که بتواند در امور مالی خود به طور مستقل تصرف کند، در انتخاب همسر و نکاح نیز مستقل است و پدر یا جد پدری بر او ولایت ندارند و اجازه آنها شرط صحت عقد نیست، هر چند جلب نظر و موافقت آنها پسندیده و مخالفت آنان، مکروه و ناپسند است. نظر صریح فقها و سیره عقلا آنچه در تعیین اذن ولی اولویت دارد، وجود رشد است نه بکارتی که در قانون به آن تصریح شده که تنها به عنوان اماره ای برای عدم رشد می تواند مورد استناد قرار بگیرد. البته توجه به این نکته مهم است که طبق نظرسنجی به عمل آمده توسط نگارنده اکثریت دختران معتقدند که پدران مشاوران امین و خوبی برای آنها خواهند بود و اجازه پدر در مورد ازدواج شان بسیار در انتخاب همسر به دختران کمک کرده. همان طور که گفته شد، بسیاری از فقها به عدم ولایت پدر و جد پدری بر دختر باکره رشیده معتقدند و کسب اذن پدر یا جد پدری را فقط یک امر پسندیده و به عنوان احترام آنان می دانند، نه یک تکلیف الزامی. عده ای دیگری از فقها نیز به عنوان احتیاط، کسب رضایت پدر را مطرح می کنند.



منابع

- ۱- افکاری، پریسا، مقایسه شیوه های فرزندپروری، عزت نفس و سلامت روان مادران کودکان دارای ناتوانی های یادگیری و مادران کودکان عادی، دولتی - وزارت علوم، تحقیقات، و فناوری - دانشگاه محقق اردبیلی - دانشکده تربیت بدنی و علوم ورزشی، اردبیل، ص ۲، ۱۳۹۲.
- ۲- اعزازی، شهلا، خشونت خانوادگی، خشونت اجتماعی، تهران، روشنگران و مطالعات زنان، ۱۳۸۷
- ۳- عظیمی رستا، محمود، عابدزاد نوبریان، مهرناز، " بررسی عوامل موثر بر بروز طلاق عاطفی میان زوجین در خانواده"، فصلنامه مطالعات جامعه شناختی ایران، صص ۳۱-۴۶، سال سوم، شماره دهم، ۱۳۹۲
- ۴- آخوند خراسانی، محمدکاظم، (بی تا)، کفایه الاصول، بی جا، آل البيت لاحیاء التراث.
- ۵- آل بحر العلوم، سیدمحمد، (۱۳۶۲)، بلغة الفقیه، چاپ چهارم، تهران، ناصر خسرو، پاساژ حمیدی، منشورات مکتبه الصادق.
- ۴ ابن حمزه، محمد بن علی، (۱۴۰۸ق)، الوسيله الی نیل الفضیله، قم، مکتبه المرعشی النجفی.
- ۶- ابن علامه، فخر المحققین محمد بن حسن، (۱۳۸۹ق)، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، چاپ اول، قم، المطبعه العلمیه.
- ۷- ابن فارس، احمد، (۱۴۰۴ق)، معجم مقابیس اللغه، قم، مکتب الاعلام الاسلامی.
- ۸- ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۲)، لسان العرب، بیروت، دارالتراث العربی، مؤسسه التاریخ العربی.
- ۹- تهنوی، محمدعلی بن علی، (۱۵۸ق)، موسوعه کشف اصطلاحات الفنون و العلوم.
- ۱۰- جزیری، عبدالرحمن، (۱۴۱۱ق)، الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت، دارالفکر.
- ۱۱- جناتی، محمدابراهیم، (بی تا)، دروس فی فقه المقارن، بی جا، منظمه الاعداد الاسلامی.
- ۱۲- حر عاملی، محمد بن حسن، (بی تا)، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ۱۳- حسینی عاملی، سید محمد جواد، (بی تا)، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قم، مؤسسه آل البيت.
- ۱۴- حلبی، ابوصلاح تقی الدین، (۱۴۰۳ق)، الکافی فی الفقه، تحقیق رضا استادی، اصفهان، مکتبه الامام امیرالمومنین(ع).
- ۱۵- قران کریم، سوره بقره، ۲۳۲
- ۱۶- محمد مکی عاملی، (شهید اول)، اللمعة الدمشقیة، نجف، جامعه النجف الدینیة، بی تا، ج ۱، ص ۵، ج ۵، ص ۱۱۶
- ۱۷- حسن بن یوسف حلی (علامه)، قواعد الاحکام، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۹ هـ. ق، ج ۳، ص ۱۴
- ۱۸- زین الدین بن علی عاملی، (شهید ثانی) پیشین، ص ۱۲۲ الی ۱۲۸
- ۱۹- محمد بن الحسن الطوسی، تهذیب الاحکام، پیشین، ج ۱۴، ص ۳۴۰
- ۲۰- میرزا حسین النوری، مستدرک الوسائل، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۷ هـ. ق، ج ۱، ص ۱۴، باب نکاح، ص ۳۱۹
- ۲۱- محمد بن یعقوب کلینی، پیشین، ج ۲، ص ۳۹۵
- ۲۲- همان، ج ۳، ص ۳۹۵
- ۲۳- همان، ج ۱، ص ۳۹۵؛ محمد بن الحسن الطوسی، پیشین، ج ۱، ص ۳۳۷
- ۲۴- محمد بن الحسن الطوسی، الاستبصار، پیشین، ج ۶، ص ۲۳۹
- ۲۵- محمد بن الحسن الطوسی، تهذیب الاحکام، پیشین، ج ۲۰، ص ۲۲۸
- ۲۶- ابن ماجه قزوینی، سنن ابن ماجه، ریاض، عربستان، دار السلام للنشر و التوزیع، ۱۴۲۰ هـ. ق، ج ۱، ابواب نکاح، باب ۱، ص ۲۶۹
- ۲۷- زین الدین بن علی عاملی، (شهید ثانی)، پیشین، ص ۱۳۲-۱۳۸
- ۲۸- به نقل از: زین الدین بن علی عاملی، (شهید ثانی)، پیشین، ص ۱۲۴؛ مرتضی علم الهدی، مسائل ناصریات، تهران، الثقافه و العلاقات الاسلامیه، ۱۴۱۷ هـ. ق، ص ۲۴۷
- ۲۹- شهید ثانی، پیشین، ص ۱۲۴
- ۳۰- محمد بن یعقوب کلینی، پیشین، ص ۳۹۷؛ محمد بن الحسن الطوسی، تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۷، ج ۷، ص ۳۳۹
- ۳۱- محمد ظاهر رضایی، پیشین، ص ۱۸۷
- ۳۲- محمد بن الحسن الطوسی، تهذیب الاحکام، پیشین، ج ۱۰، ص ۳۳۹
- ۳۳- صفایی، سیدحسین، امامی، اسدا...، تابستان ۱۳۹۵، مختصر حقوق خانواده، چاپ ۴۴، نشر میزان.