

دکتر حسین مہرپور



پروفیسر گاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی

اجازہ ولی در عقد نکاح



پښتونستان کالج علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی



ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی اصلاحی سال ۱۳۷۰ مقرر می‌دارد:
«نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری اوست...»

بر اساس این ماده، دختری که به سن بلوغ رسیده و قاعدتاً از تحت ولایت خارج است، از نظر نکاح نمی‌تواند مستقلاً اقدام کند، در عین حالی که دیگر تحت ولایت نیست و نظرش معتبر است و عقد نکاح بدون رضایت و اراده او واقع نمی‌شود، باید اجازه و موافقت پدر یا جد پدری را نیز جهت انعقاد عقد نکاح تحصیل کند.
لزوم اجازه پدر یا جد پدری برای ازدواج دختر باکره در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی قبل از اصلاحیه نیز مورد تأکید قرار گرفته بود.
ماده ۱۰۴۳ سابق مقرر می‌داشت:

«نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده، اگرچه بیش از ۱۸ سال تمام

داشته باشد، متوقف به اجازه پدر یا جد پدری اوست...»

یعنی حتی اگر دختر، به سنّی رسیده باشد که قانون آن را اماره رشد قرار داده و طفل با رسیدن به آن سن از تحت ولایت خارج می شود، در عین حال در مورد نکاح مستقل نیست و باید اجازه ولی را بگیرد. در اصلاحیه سال ۱۳۶۱ چون قانونگذار مبنا و ملاک را سنّ بلوغ قرار داده و سنّ ۱۸ سال دیگر به عنوان اماره رشد شناخته نمی شد و ماده ۱۲۰۹ نیز حذف شد، عبارت سنّ ۱۸ سال در ماده ۱۰۴۳ به سنّ بلوغ تبدیل شد و صدر ماده مزبور به این شکل درآمد:

«نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده، اگرچه به سنّ بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر یا جد پدری اوست...»

در اصلاحیه سال ۱۳۷۰ نیز همین حکم باقی ماند، فقط عبارت: «دختری که هنوز شوهر نکرده» به: «دختر باکره» تبدیل شد که وجه آن را بعداً خواهیم گفت.

الف - مبنای فقهی حکم ماده ۱۰۴۳

در فقه دختری که به حدّ بلوغ و رشد رسیده و ثبیه است یعنی در اثر نزدیکی از جلو با او بکارتش از بین رفته^۱ برای ازدواج بعدی مستقل است و نظر و اجازه پدر در ازدواج او نقشی ندارد. ولی دختری که هنوز باکره است، هر چند به سنّ بلوغ و رشد رسیده، اگر بخواهد ازدواج کند پنج نظر^۲ در مورد چگونگی نقش ولی در ازدواج او وجود

۱. جواهر، جلد ۲۹، ص ۱۸۵: حدائق، جلد ۲۳، ص ۲۱۰ و مسالک الافهام، جلد ۱، ص ۴۵۳.

«واعلم ان الثبویه تتحقق بزوال البکاره بوطی او غیره و انتفاء الولاية عنها مشروط

بكونه بالوطی... و الوطی دبرا لا یخرج عن البکاره للاصل.»

۲. عروة الوثقی، سید محمد کاظمی بزدی، ص ۷۱۸: تحریر الوسیله امام خمینی، جلد ۲، ص ۳۵۴.

دارد که ذیلاً به آنها اشاره می‌کنیم :

۱- دختر هم‌چنان تحت ولایت پدر و جدّ پدری است و ولی می‌تواند مستقلاً دختر باکره رشیده خود را به عقد ازدواج دیگری در آورد.

۲- پدر و جدّ پدری، ولایتی بر باکره رشیده، ندارند و او خود می‌تواند مستقلاً اقدام به نکاح نماید.

۳- تشریک در ولایت یعنی لزوم اذن ولی و دختر در عقد نکاح، به تعبیر دیگر، دختر اگر بخواهد ازدواج کند، باید اجازه ولی را بگیرد.

۴- در عقد منقطع دختر مستقل است و نیازی به اجازه ولی دارد ولی در عقد نکاح دائم اجازه ولی لازم است.

۵- عکس نظر فوق، یعنی در عقد دائم، دختر مستقل است ولی

در نکاح منقطع، اجازه ولی لازم است.

در بین فقهای اهل سنت، فقهای شافعی، مالکی و حنبلی معتقدند که ولی بر دختر باکره ولو بالغ و رشیده باشد ولایت دارد و می‌تواند بدون اذن و رضایت خود دختر، او را به عقد دیگری در آورد و اصطلاحاً به این ولی، ولیّ مجبر گفته می‌شود یعنی کسی که می‌تواند مولی علیه را به اجبار به عقد دیگری درآورد. ولی مجبر می‌تواند صغیر و صغیره و کبیر و کبیره را در صورت جنون و کبیر بالغه عاقله را در صورتی که باکره باشد بدون اذن و رضایت آنها تزویج کند.^۲

ابوحنیفه، ولایت ولی را بر دختر باکره رشیده ساقط می‌داند و

تذکره الفقهاء، جلد ۲، ص ۵۸۷؛ جامع المقاصد، جلد ۱۲، ص ۱۲۳؛ ایضاح الفوائد، جلد ۳،

ص ۲۰

۳- الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد ۴، ص ۳۰-۲۹:

«یختص الولی المجبر بتزویج الصغیر و الصغیره و الکبیر و الکبیره اذا جنّ و

الکبیره العاقله البالغة اذا كانت بکراً حقیقتاً او حکماً فللولی المجبر تزویج هؤلاء

بدون استئذان و رضا بشرط...»

و نیز بنگرید: تذکره الفقهاء، جلد ۲، ص ۵۸۵ و الفتاوی الهندیه، جلد ۱، ص ۳۲۲.

می گوید دختر خود مستقلاً می تواند مبادرت به عقد ازدواج کند و هیچ کس حق اعتراض بر او ندارد مگر اینکه به غیر کفو یا کمتر از مهرالمثل ازدواج کند که در این صورت، ولی حق اعتراض دارد و می تواند از دادگاه فسخ ازدواج او را بخواهد.^۴

معدودی از فقها در بین فقهای امامیه، استمرار ولایت پدر و جدّ پدری را در نکاح دختر باکره رشید، قائلند که از جمله می توان از نظر شیخ طوسی در کتاب نهایی^۵ و شیخ یوسف بحرانی صاحب حدایق^۶ نام برد. صاحب حدایق، این قول را به عدّه دیگری از فقها نیز نسبت می دهد.

از قول دوّم، به عنوان قول مشهور بین متأخرین یاد شده است.^۷ فقهای بزرگی چون شیخ طوسی در کتاب تبیان، سید مرتضی، ابن جنید، سلار، ابن ادریس، علامه حلی در کتاب تذکرة و قواعد، شهید اول، شهید ثانی، محقق کرکی و صاحب جواهر بر این نظرند^۸ و روایات وارده در زمینه لزوم کسب نظر پدر در امر ازدواج را حمل بر استحباب و

۴. الفقه علی المذهب الاربعة، جلد ۴، ص ۳۶.

«أما البالغة سواء كانت بكرًا أو ثيبًا فلا جبر عليها لاحد ولا يتوقف نكاحها على ولی بل لها ان تزوج نفسها لمن يشاء بشرط ان يكون كفوًا و الالولی الاعتراض و فسخ العقد...»

و دیگر منابع یاد شده پیشین. پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۵. نهایی، ص ۲۶۵-۲۶۴.

«فان عقد الاب علی بكر قد بلغت مبلغ النساء من غير استیذان لها مضی العقد، ولم یکن لها خلافه و ان اب التزویج و اظهرت كراهية، لم یلتفت الی كراهيتها...»

۶. الحدائق الناضرة، جلد ۲۳، ص ۲۱۱، در مقام شمردن اقوال پنج گانه می گوید:

«احدها و هو المختار استمرار الولاية علیها مطلقاً...»

۷. منبع پیشین همان صفحه.

۸. حدائق، منبع پیشین؛ تذکرة الفقهاء، جلد ۲، ص ۷-۵۸۶؛ شرح المعنى، جلد ۵، ص ۱۱۶؛

جامع المقاصد، جلد ۱۲، ص ۱۲۳؛ جواهر الکلام، جلد ۲۹، ص ۱۸۳-۱۷۵.

رجحان گرفتن نظر او می‌نمایند.^۱

قول چهارم را شیخ طوسی در کتاب تهذیب احتمال داده است^۲ و قول پنجم که محقق آن را در شرایع نقل کرده، گوینده آن معلوم نیست.^۳

قول سوم را برخی از فقها چون شیخ مفید، در مقنعه^۴ و ابوالصلاح حلبی در کتاب کافی اختیار کرده‌اند و بسیاری از فقها و مراجع معاصر نیز غالباً به صورت احتیاط و برخی به عنوان فتوا بیان کرده‌اند.^۵

به نظر می‌رسد قول دوم که دختر بالغه رشیده را در امر ازدواج مستقل و ولایت ولی را ساقط می‌داند و اجازه او را شرط صحت نکاح نمی‌داند، با اصول، سازگارتر و به صواب نزدیکتر است، زیرا کسی که به سن بلوغ و رشد رسیده از تحت ولایت خارج می‌گردد و اختیار اعمال

۹. صاحب جواهر می‌گوید:

«این روایات تمام، با اکثرشان قاصرالسند هستند و با ظاهر قرآن مخالفند، صراحتی هم در مخالفت با استقلال دختر باکره بالغه ندارند، زیرا ممکن است مراد از نهی ازدواج باکره بدون اذن پدر، باکره‌ای باشد که هنوز صغیر است و به بلوغ نکاح نرسیده و با منظور کراهت داشتن خودرأیی دختر و استحباب واگذاری امر به پدر است که اغلب آگاهتر و آشنا تر به امور و مصلحت دختر است.»

جلد ۲۹، ص ۱۸۰. پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۱۰. تهذیب الاحکام، جلد ۷، ص ۳۸۱.

۱۱. جواهر، جلد ۲۹، ص ۱۷۹.

۱۲. نقل شده که شیخ مفید در قول دیگرش در رساله احکام النساء معتقد به استقلال دختر و نفی ولایت پدر می‌باشد. جامع المقاصد، جلد ۲، ص ۱۲۳؛ مسالک، جلد ۱، ص ۴۴۸.

۱۳. سید کاظم یزدی عروة الوثقی، کتاب النکاح، ص ۷۲۸.

«... و المسألة مشكلة فلا یرک مراعاة الاحتیاط بالاستیذان منهما...»

امام خمینی، تحریر الوسیله، جلد ۲، ص ۲۵۴؛ سید ابوالحسن اصفهانی، وسیله النجات، جلد ۲، ص ۳۵۶؛ آیه الله گلپایگانی حاشیه وسیله همان صفحه؛ آیه الله خویی، منهاج الصالحین، جلد ۲، ص ۲۵۵-۲۵۲.

«و بشرط فی تزویج البکر اذن الولی و هو الاب او الجد علی الاحوط وجوباً.»

و اقوال خود را دارد و می تواند هر گونه معامله ای را انجام دهد و هر قراردادی را منعقد سازد و دلیلی ندارد کسی که در همه امور و معاملات می تواند دخالت و تصرف نماید، صرفاً بدین جهت که هنوز باکره است و شوهر نکرده، او را مختار در عقد ازدواج ندانیم و اجازه ولی را در صحت عقد نکاح شرط قرار دهیم.

چنانکه دیدیم تقریباً بیشتر فقهای معتبر نیز بر همین عقیده اند فقهای هم که اذن پدر را شرط می دانند، عمدتاً مطلب را به صورت احتیاط واجب بیان کرده اند، با این که از لحاظ فتوایی نظر قویتر برای آنها، همان استقلال دختر بوده است.

علت این احتیاط و لازم دانستن اجازه پدر هم روایاتی است که از ائمه علیهم السلام، وارد شده و مشعر بر این است که دختر باکره نباید بدون اذن پدرش ازدواج کند و یا امر ازدواج دختر به دست پدر است و یا با وجود پدر، دختر را اختیاری نیست و در مورد این روایات، باید گفت:

اولاً روایات معارض هم داریم که به صراحت می گویند:
«دختر بالغه باکره مستقل است و می تواند بدون اجازه پدر ازدواج کند.»

از جمله روایت سعدان بن مسلم از امام صادق علیه السلام که فرمود:

«لابأس بتزویج البکر اذا رضیت بغير اذن ابیها.»^{۱۴}

یعنی:

«ازدواج دختر باکره بدون اذن پدر، ایرادی ندارد.»

ثانیاً همانطور که قبلاً گفتیم، منظور از این روایات، این است که بسیار پسندیده و مطلوب است که دختر از نظر پدر خود متابعت

۱۴. وسائل الشیعه، جلد ۱۴، ص ۱۴.

کند و خود رأیی و توجه نکردن به نظر پدر مکروه و ناپسند است و حتی ممکن است حرام باشد، چنان که از کلام شیخ مفید در مقنعه^{۱۵} و ابوالصلاح حلبی در کتاب کافی^{۱۶} چنین استفاد می شود که بر دختر و جوب تکلیفی است که از نظر پدر متابعت کند، ولی اینکه نظر پدر شرط صحّت عقد نکاح باشد، دلیل محکمی ندارد. شهید ثانی نیز در مسالک در این خصوص می گوید:

«ممکن است از روایات استفاده حرمت ازدواج دختر بدون اجازه پدر شود، و این امر موجب بطلان عقد نکاح نمی شود، زیرا نهی در غیر عبادت دلالت بر فساد نمی کند.»^{۱۷}

به علاوه چنانکه بعداً خواهیم دید، با توجه به اینکه در صورت ممانعت ولی از ازدواج دختر با کفو خود ولایت او ساقط و اجازه اش لازم نیست، عملاً خاصیتی برای وجوب اخذ اجازه ولی نمی ماند.

تبعیت قانون مدنی از نظریه تشریک در ولایت

به هر حال ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی از نظر رایج بین فقهای معاصر پیروی نموده و اجازه پدر یا جد پدری را در نکاح دختر باکره لازم دانسته است.

دختری که اجازه پدر یا جد پدری را برای نکاح لازم دارد، دختری است که باکره است یعنی هنوز ازدواج نکرده و با او آمیزش

۱۵. مقنعه، ص ۷۸.

۱۶. الکافی فی الفقه، ص ۲۹۲.

۱۷. مسالک، جلد ۱، ص ۴۵۱.

«... ثمّ علی تقدیر التحريم لا یدلّ علی فساد المنهی عنه و هو العقد لو فعلته بدون

اذنه لان النهی فی غیر العبادة لا یدلّ علی الفساد و لا یقدح فی ذالک ان القول

بالتحريم من دون الفساد احداث قول لم یقل به احد لان مثل هذا فی المسألة

المنتشرة الاقوال غیر مسموع عند التحقيق.»

نشده است. وفق نظر فقها، اگر دختری ازدواج کرده ولی از جلو با او نزدیکی صورت نگرفته و به علتی از شوهر خود جدا شده و باز می‌خواهد ازدواج کند، چون باکره است، برای ازدواج دوم نیز احتیاج به اجازه پدر دارد.

همچنین دختری که در اثر پریدن یا عملیات جراحی و امثال آن بکارتش زایل شده در حکم باکره است و برای ازدواج اجازه پدر را لازم دارد.

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 اوست.»

و در اصلاحیه سال ۱۳۶۱ چون دیگر سن ۱۸ سال، موضوعیت برای رشد نداشت و ملاک سن ازدواج، سن بلوغ تعیین شد، عبارت اگرچه به سن ۱۸ سال تمام رسیده باشد به: «اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد»، اصلاح شد.

در اصلاحیه سال ۱۳۷۰ عبارت دختری که هنوز شوهر نکرده به «دختر باکره» تبدیل شد، چون عبارت قبلی این توهم را ایجاد می‌کرد که اگر دختری شوهر کرده باشد و قبل از دخول جدا شده باشد، چون عنوان شوهر کردن بر او صدق می‌کند برای ازدواج بعدی نیازی به اجازه پدر ندارد. در حالی که در این صورت هم اجازه پدر لازم است، برای رفع این شبهه در اصلاحیه عنوان دختر باکره ذکر شد.

اگر بکارت دختر در اثر زنا یا شبهه زایل شده باشد، دیگر برای ازدواج اجازه ولی را لازم ندارد.^{۱۸} زیرا عنوان باکره که مبنای لزوم کسب اجازه پدر بود، وجود ندارد. در عین حال برخی از فقها معتقدند وقوع نزدیکی ناشی از نکاح صحیح، موجب سلب عنوان باکره از دختر، و

۱۸. جواهر الکلام، جلد ۲۹، ص ۱۸۵: خوبی، منهاج الصالحین، جلد ۲، ص ۲۵۵.

سقوط اجازة ولی می گردد و در غیر این صورت باز هم دختر در حکم باکره^{۱۹} است و باید برای نکاح از ولی خود اجازة بگیرد. در این خصوص بین قضات محاکم نیز اختلاف نظر بود.

شعب دادگاه مدنی خاص و دیوانعالی کشور آرای مختلفی صادر کردند. در دو مورد مشابه، دختر و پسری که بدون اجازة پدر عقد نکاح واقع ساخته و عمل زناشویی هم انجام دادند، در اثر شکایت پدر، دادگاه حکم به بطلان نکاح داده بود. دختر و پسر، مجدداً بدون اجازة پدر به عقد یکدیگر درآمدند و باز پدر به دادگاه شکایت نمود و ابطال عقد را خواستار شد. در این مورد یک شعبه دادگاه عقد دوم را به لحاظ این که دختر هنگام عقد باکره نبوده است و دیگر اجازة پدر را لازم نداشته است صحیح اعلام کرده، در حالی که شعبه دیگر عقد دوم را نیز به لحاظ این که زوال بکارت دختر از طریق نامشروع و بدون وجود عقد صحیح انجام شده است، باطل دانست. این موضوع در هیأت عمومی دیوانعالی کشور مطرح شد و هیأت عمومی در تاریخ ۱۳۶۳/۱/۲۹ رأی ذیل را به عنوان رأی وحدت رویه صادر کرد:

«با توجه به نظر اکثر فقها و به ویژه نظر مبارک حضرت امام (مدظله العالی) در حاشیه عروة الوثقی و نظر حضرت آية الله العظمی منتظری که در پرونده منعکس است، و همچنین با عنایت به ملاک صدر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، عقد دوم از نظر این هیأت، صحیح و ولایت پدر نسبت به چنین عقدی ساقط است و مشروعیت دخول قبل از عقد شرط صحت عقد و یا شرط سقوط ولایت پدر نیست و دخول مطلقاً (مشروع باشد یا غیر مشروع) سبب سقوط ولایت پدر می شود، بنابراین رأی شعبه نهم مدنی خاص، موضوع دادنامه شماره ۲۷۹/۹ مورخ ۱۳۵۹/۱۱/۲۸ دایر بر صحت عقد دوم، طبق موازین شرعی و قانونی صادر شده و صحیح است و این رأی برای محاکم در موارد مشابه به لازم الاتباع است.»^{۲۰}

۱۹. عروة الوثقی، ص ۷۲۸.

۲۰. مجموعه قوانین سال ۱۳۶۳ روزنامه رسمی، ص ۴۴.

با توجه به حکمتی که در مورد لزوم اجازه پدر نسبت به دختر باکره وجود دارد که یک مسأله عرفی و اجتماعی است، بعید نیست بتوان گفت نفس وجود بکارت موضوعیت ندارد، و دختری که ازدواج کرده و رفت و آمد و روابطی نیز با شوهر داشته است ولی هنوز دخول کامل انجام نشده و اصطلاحاً باکره است، اگر از شوهر جدا شد، برای ازدواج دوّم نیاز به اجازه ولی ندارد و می تواند مستقلاً مبادرت به عقد نکاح نماید.

ب - سقوط اجازه ولی در صورت ممانعت غیرموجه

ذیل ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی مقرر می دارد:

«... 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 است، پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید.»

در فقه می گویند اگر ولی دختر را از ازدواج با کسی که کفو او است منع کند ولایت او ساقط می شود و دختر می تواند مستقلاً با مرد دلخواه خود ازدواج نماید. ممانعت ولی از ازدواج دختر با کفو خود را اصطلاحاً عضل می نامند و اتفاق دارند که در صورت عضل اجازه ولی ساقط می شود.^{۲۱}

در مورد کفو نیز در این بحث تعریف و معیار خاصی بدست نداده اند و فقط گفته اند اگر دختر مایل باشد با کسی که شرعاً و عرفاً کفو اوست ازدواج کند و پدر یا جد پدری مخالفت کند، اجازه او ساقط می شود ولی اگر دختر بخواهد با کسی که کفو او نیست ازدواج کند و

۲۱. رجوع شود به: تحریر الوسیله، جلد ۲، ص ۲۵۴؛ شرح المعه، جلد ۵، ص ۱۱۷؛ جواهر الکلام جلد

۲۹، ص ۱۸۴؛ مسالک الافهام، جلد ۱، ص ۴۵۲.

پدر او را منع کند، این عمل او عضل محسوب نشده و موجب سقوط ولایت او نمی شود.^{۲۲}

در مبحث مربوط به شرط کفائت (هم کفو بودن) در نکاح هم کفو بودن را به مسلمان بودن معنی کرده اند و در این که آیا شیعه بودن شوهر و توانایی او در انفاق نیز مشمول هم کفو بودن و شرط در صحت نکاح است یا خیر، بین فقها اختلاف نظر است. بسیاری از آنها مخصوصاً تمکّن از انفاق را شرط در صحت نکاح و مندرج در مفهوم کفائت (هم کفو بودن) نمی دانند.^{۲۳}

ازدواج با افراد فاسق و مخصوصاً شارب الخمر نیز مکروه شمرده شده است.^{۲۴}

روایت معروفی از پیامبر اکرم (ص) وارد شده است که فرمود:
«مؤمن کفو مؤمن است».^{۲۵}

فقها معمولاً اشاره می کنند که سیره و رویه اسلام و در واقع عرف اسلامی بر این است که در ازدواج باید دین و خلق طرف را مورد لحاظ قرار داد و نَسَب و حَسَب و شغل و موقعیت و ثروت و امثال آنها نباید معیار انتخاب قرار گیرد.

محقق صاحب شرایع می گوید:
«ازدواج آزاد با برده و عرب با عجم و هاشمی با غیرهاشمی و صاحبان مشاغل پایین و پست با افراد خانواده دار و بزرگ اشکالی ندارد.»^{۲۶}

و تصریح می کند:

۲۲. منابع پیشین .

۲۳. شرح المعنى، جلد ۵، ص ۲۳۹-۲۳۸؛ جواهر الکلام، جلد ۳۰، ص ۹۲.

۲۴. همان منابع .

۲۵. مسائل الشیعه جلد ۴، ص ۳۹، باب ۲۳ از مقدمات نکاح؛ حدیث ۲ پیامبر(ص) در پاسخ این سؤال که کفو برای دخترانمان کیست (من الاکفاء) فرمود: «المؤمنون بعضهم کفاء بعض» و نیز همان

منبع، ص ۲۴ (باب ۲۵) .

۲۶. جواهر الکلام، جلد ۳۰، ص ۱۰۶.

«اگر مرد مؤمنی که قادر به انفاق باشد از دختر کسی خواستگاری کرد هر چند نسبش پست و پایین باشد، اگر ولیّ دختر بدین جهت جواب رد به او بدهد گناه کرده است.»^{۲۷}

سیره عملی هم که از پیامبر اکرم (ص) نقل شده در مورد ازدواج جویر با دختر زیاد بن لبید از اشراف و تزویج مقداد با دختر زبیر^{۲۸} و امثال آنها مؤید این معنی است که کفو عرفی نیز در نظام اسلامی، دین داشتن و حسن اخلاق و امکان انفاق است نه بیش از آن.

بنابراین بسیار نادر است که دختری بخواهد با پسری ازدواج کند و پدر به لحاظ کفو نبودن از این ازدواج ممانعت نماید، زیرا اگر پسر مسلمان نباشد که حتی با اجازه پدر نیز، ازدواج باطل است. در صورت مسلمان بودن، چون اصل، سلامت و صحّت فعل مسلمان است، پدر باید بتواند فسق و شرارت او را ثابت نماید تا به عنوان کفو عرفی نبودن او، ممانعت خود را توجیه نماید.

در صورتی که دختر کسی را که کفو است برای ازدواج اختیار کند و ولی با او مخالفت کند و فرد دیگری را که کفو است برگزیند، بعضی از فقها معتقدند، نظر دختر مقدم است و عمل پدر عضل محسوب و موجب سقوط ولایت او می شود.^{۲۹}

با این ترتیب می بینیم عملاً شرط دانستن اجازه ولی در عقد نکاح خاصیت و اثری ندارد و نهایت امر این است که باید کسب اجازه پدر را ممدوح و مستحسن و یا احیاناً واجب دانست ولی شرط صحّت نکاح دختر نیست.

۲۷. همان مأخذ، ص ۱۰۹.

۲۸. رجوع شود به وسائل الشیعه، جلد ۱۴، ص ۴۴ و جواهر الکلام، جلد ۳۰، ص ۱۰۷.

۲۹. شهید ثانی، مسالک الافهام، جلد یک، ص ۴۵۲؛ جواهر الکلام، جلد ۲۹، ص ۱۸۴.

البته صاحب حدائق نظر فوق را نمی پذیرد و اصل را بر ادامه ولایت پدر قرار می دهد، حدائق جلد

۲۳، ص ۲۳۳.

ج - ترتیب ازدواج دختر در صورت ممانعت ولی

فقها به بیان حکم سقوط اجازه ولی در صورت عضا اکتفا کرده و تصریح کرده اند که در این صورت دختر می تواند مستقلاً اقدام به ازدواج نماید، ولی در این خصوص که این موضوع باید نزد حاکم مطرح و اثبات گردد و او اجازه نکاح را بدهد یا خیر، معمولاً سخنی نگفته اند. بلکه ظاهر، این است که به نظر آنان، نیازی به مراجعه به حاکم و اثبات موضوع نزد او ندارد و دختر خود می تواند عقد نکاح را واقع سازد. طبعاً اگر ولی، مدعی بطلان نکاح باشد، می تواند به دادگاه مراجعه کند و درخواست خود را مطرح نماید.^{۳۰}

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۱ مقرر

می داشت:

«هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند. دختر می تواند با معرفی کامل مردی که می خواهد به او شوهر کند و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده است به دفتر ازدواج مراجعه کند و توسط دفتر مزبور مراتب را به پدر یا جد پدری اطلاع می دهد و بمد از پانزده روز از تاریخ اطلاع دفتر مزبور، می تواند نکاح را واقع سازد، ممکن است اطلاع مزبور به وسایل دیگری غیر از دفتر ازدواج به پدر و یا جد داده شود ولی باید اطلاع مزبور مسلم

باشد.»
پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

قانون مدنی لزوم مراجعه به دادگاه و دخالت و رسیدگی دادگاه را

۳۰. صاحب جواهر می گوید:

«وکیف کان فلا تجتاج الی مراجعة الحاكم خلافا للمحکی عن اکثر العامة من سلب عبارتها فی النکاح، فیزوجها حیثئذ الحاكم، ولم نعرف ذالک من اصحابنا، نعم عن التذکره تارة جواز الاستقلال، ناقلا عن جمیع علمائنا، مصرّحا بمدم اشتراط مراجعة الحاكم و الاخری اشتراط اذنه و اثبات المضل عنده و الا لم یکن له، کما عن بعضی العامة، لکنه واضح الضعف، مخالف الاصل و الاجماع بقسمیه.»

جلد ۲۹، ص ۱۸۴.

در مورد موجه بودن یا نبودن اجازه پدر یا جد پدری پیش بینی نکرده بود و ظاهراً با تأسی از اجماع فقهای امامیه، نفس امتناع پدر و مضایقه او از ازدواج دختر با کفو را موجب سقوط اجازه او و استقلال دختر در امر ازدواج می دانست. فقط برای این که ازدواج در دفتر ازدواج ثبت شود، می بایست سردفتر مطمئن شود که پدر در جریان امر قرار گرفته و مطلع شده است و لذا مقرر شده بود که از طریق دفتر ازدواج و یا از طریق مطمئن دیگر باید مراتب به اطلاع پدر یا جد پدری برسد و پس از انقضای مدت پانزده روز سردفتر با تشخیص خود می توانست عقد ازدواج را ثبت کند. قانون مرجع خاصی را برای ارزیابی و تشخیص موجه بودن یا نبودن ممانعت پدر پیش بینی نکرده بود و ظاهراً تشخیص این امر نیز مانند سایر شرایط صحّت نکاح با سردفتر که مسوول انجام ازدواج و ثبت آن است بود.

طبعاً عقدی که واقع می شد اگر به لحاظ کفو نبودن شوهر مورد اعتراض پدر قرار می گرفت می توانست در دادگاه مورد رسیدگی قرار گرفته و عندالاقضاء بطلان آن اعلام شود.

با همه انتقادی که از این ماده می شد که سردفتر مقام قضایی نیست تا بتواند مشخص موجه یا ناموجه بودن ممانعت پدر باشد، و چرا تشخیص به عهده دادگاه گذاشته نشد، به نظر می رسد، این ترتیب، با موازین فقهی اوفق و برای طرفین ازدواج نیز، انطباق بود و مشکلی را هم ایجاد نمی کرد.

به نظر فقهای عامّه مراجعه به دادگاه و اثبات عضل در نزد حاکم و نتیجتاً اقدام و یا اجازه او برای ازدواج دختر لازم است. قوانین برخی کشورهای اسلامی نیز بدین معنی تصریح دارند، مثلاً قانون احوال شخصیه سوریه و قانون خانواده الجزایر، مداخله قاضی و اذن قاضی برای ازدواج، در صورت امتناع پدر را لازم می دانند.^{۳۱}

۳۱. ماده ۲ قانون احوال شخصیه سوریه :

«الكبرى التي آتمت السابعة عشرة اذا ارادت الزواج يطلب القاضي من و ليها بيان

به هر حال در اصلاحیه سال ۱۳۶۱، مرجع تشخیص و صدور اجازه ازدواج برای دختر، در صورت ممانعت غیرموجه پدر، دادگاه مدنی خاص تعیین شد و ذیل ماده ۱۰۴۳ به این صورت درآمد.

«... و هر گاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، دختر می تواند با معرفی کامل مردی که می خواهد به او شوهر کند و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده به دادگاه مدنی خاص مراجعه و به توسط دادگاه مزبور، مراتب به پدر یا جد پدری اطلاع داده شود و بعد از پانزده روز از تاریخ اطلاع و عدم پاسخ موجه از طرف ولی، دادگاه مزبور می تواند اجازه نکاح را صادر نماید...»

طبق این اصلاحیه دختر می بایست در صورت ممانعت پدر به دادگاه مدنی خاص مراجعه نماید و توسط دادگاه مزبور، مشخصات شوهر و مهر و شرایط نکاح به ولی اعلام شود. پس از گذشت پانزده روز از تاریخ اطلاع اگر پدر یا جد پدری پاسخ نمی دادند یا پاسخشان به تشخیص و نظر دادگاه موجه نبود، دادگاه اجازه عقد نکاح را به دختر می داد و دختر می توانست بر اساس آن اجازه عقد نکاح را واقع و آن را به ثبت برساند. ولی اگر به نظر دادگاه ممانعت پدر، موجه تشخیص داده می شد، اجازه نکاح صادر نمی کرد و طبعاً دختر نمی توانست ازدواج نماید.

از بیان این ماده اصلاحی بیشتر و روشنتر از بیان ماده قبل از اصلاحیه استنباط می شد که اگر دختری در صورت ممانعت پدر، این ترتیب را رعایت نکند و اجازه دادگاه را نگیرد، نمی تواند مبادرت به

را به خلال مدة یحددها له فاذا لم يعترض او كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار با ذن

القاضی بزواجها به شرط الکفائة.»

و ماده ۱۲ قانون خانواده الجزایر می گوید:

«لا يجوز للولی ان يمنع من فی ولايته من الزواج اذا رغبت فيه و كان اصلح لها و اذا

وقع المنع فللقاضی ان یاذن به ...»

عقد نکاح کند، و چنانچه تخلف نماید، نه تنها ثبت نکاح او در دفتر ازدواج، مجاز نیست و اگر ثبت شود، تعقیب انتظامی سردفتر را در پی دارد بلکه عقد نکاح ماهیتاً نیز اشکال دارد مگر این که پدر آن را تنفیذ نماید زیرا صدر ماده می گوید: نکاح دختر متوقف به اجازه پدر یا جد پدری است و ذیل ماده وقوع نکاح بدون اذن پدر را با رسیدگی دادگاه و اجازه او امکان پذیر ساخته است.

هنگامی که اصلاحیه قانون مدنی در سال ۱۳۷۰ در مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید و ماده ۱۰۴۳ به همان شکل اصلاحی سال ۱۳۶۱ تصویب شد، شورای نگهبان لزوم مراجعه دختر به دادگاه و اخذ اجازه برای نکاح در صورت ممانعت پدر را خلاف شرع دانست و طی نامه مورخ ۱۳۷۰/۶/۶ به مجلس شورای اسلامی در این خصوص اعلام کرد:

«الزام دختر به مراجعه به دادگاه و گرفتن اذن در صورت مضایقه ولی از دادن اجازه بدون علت موجه، با موازین شرع مغایر است...»

بدین جهت قسمت ذیل ماده ۱۰۴۳ به شرحی که قبلاً نقل کردیم بدین صورت درآمد:

«... 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.»

در اصلاحیه سال ۱۳۷۰ بین وقوع ازدواج و ثبت آن تفاوت گذاشته شده است. صرف امتناع پدر بدون علت موجه، موجب سقوط اجازه اوست و اگر دختر بدون مراجعه به دادگاه ازدواج کند، نمی توان بدین جهت نکاح او را باطل دانست، مگر این که عدم کفو بودن شوهر ثابت شود ولی ثبت ازدواج در دفتر ازدواج موقوف به طی این تشریفات و گرفتن اجازه از دادگاه مدنی خاص است که اگر ازدواجی بدون اجازه

ثبت شود، تخلف انتظامی محسوب می‌شود. در این اصلاحیه، دیگر اطلاع دادن به پدر یا جد پدری و انقضای مدت پانزده روز از تاریخ اطلاع آنان قید نشده و صرفاً مقرر شده است که دختر باید به دادگاه مدنی خاص مراجعه و با معرفی کامل مرد مورد نظر و شرایط نکاح و مهر از دادگاه کسب اجازه کند تا بتواند ازدواج را به ثبت برساند. طبیعاً دادگاه به هر گونه که صلاح و مقتضی بداند رسیدگی نموده و اتخاذ تصمیم می‌کند.

د. سقوط اجازه ولی در صورت محجوریت یا عدم دسترسی به او

طبق ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی اصلاحی سال ۱۳۷۰:

«در صورتی که پدر یا جد پدری در محل حاضر نباشند و استیذان از آنها نیز عادتاً غیرممکن بوده و دختر نیز احتیاج به ازدواج داشته باشد، وی می‌تواند اقدام به ازدواج نماید.»

«تبصره - ثبت این ازدواج در دفترخانه منوط به احراز موارد فوق در دادگاه مدنی خاص می‌باشد.»

حکم موضوع این ماده در قانون مدنی قبل از اصلاحیه سال ۱۳۷۰ وجود نداشت ولی با توجه به قطعی بودن این حکم در فقه استظهار می‌شد که از نظر قانون مدنی نیز در صورت عدم دسترسی به پدر و جد پدری، اجازه آنها ساقط است و دختر می‌تواند مستقلاً ازدواج نماید.^۳

ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی قبل از اصلاحیه شق دیگری از موارد سقوط اجازه ولی را بیان کرده بود و آن محجور بودن پدر و جد پدری است، ماده مزبور مقرر می‌داشت:

۳۲. محقق داماد، حقوق خانواده، ص ۵۶؛ دکتر امامی، حقوق مدنی، جلد ۴، ص ۲۸۷.

«در مورد ماده قبل اجازه را باید شخص پدر یا جد پدری بدهد و اگر پدر یا جد پدری دختر به علتی تحت قیمومت باشد، اجازه قیم او لازم نخواهد بود.»

هدف اصلی قانونگذار از اصلاح ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی این بود که سقوط اجازه ولی شامل مورد غایب بودن و عدم دسترسی به او نیز بشود تا هرگونه شبهه‌ای از این حیث مرتفع گردد. متأسفانه به جای این که این مورد نیز ضمیمه ماده ۱۰۴۴ گردد، جانشین آن گردید و در واقع مورد محجوریت ولی حذف شده به جای آن حکم مورد غایب بودن او مطرح گردید و هم اکنون با این اصلاحیه این شبهه پیش می‌آید که در صورت محجور بودن ولی، ممکن است اجازه قیم او برای ازدواج دخترش لازم باشد در حالی که از لحاظ فقهی، اجماعی است که در صورت محجور بودن پدر یا جد پدری اجازه قیم آنها لازم نیست^۳ و حال باید حکم این مورد را با توجه به مبانی فقهی استنباط نمود.

به هر حال قدر مسلم، این است که فقط اجازه شخص پدر یا جد پدری لازم است و چنانچه آنها در قید حیات نباشند یا محجور بوده و تحت قیمومت باشند و یا غایب بوده و عادتاً دسترسی به آنها میسر نباشد، دختر در ازدواج مستقل است و اجازه شخص دیگری را لازم ندارد.

تبصره الحاقی به ماده ۱۰۴۴ اصلاحی، ثبت ازدواج در دفتر ازدواج را منوط به احراز موضوع در دادگاه مدنی خاصی نموده است یعنی دختر باید به دادگاه مزبور مراجعه و غیبت پدر یا جد پدری و عدم دسترسی به او را بر دادگاه ثابت نماید.

۳۳. جواهر الکلام، جلد ۲۹، ص ۱۷۵. صاحب جواهر سقوط اذن در مورد غیبت و حجر و کفر را با هم ذکر نموده است و آن را اجماعی دانسته است:

«أما إذا لم يكونا أو كانا غائبين غيبة منقطعة أو ناقصين بجنون أو قوفاً مع

إسلامهما فلا ولاية لأحد عليهما إجماعاً محكياً إن لم يكن محصلاً.»

الحدائق الناضرة، جلد ۲۳، ص ۲۱۰.

تکلیف مراجعه به دادگاه، زحمتی است که بر دوش دختر گذاشته شده است اگر مسؤولیت احراز آن به عهده سردفتر گذاشته می‌شد، هم منظور عملی می‌گردید و هم مشکل خانواده‌ها کمتر بود.

هـ ضمانت اجرای نکاح دختر بدون اذن ولی

چنانچه دختر رشیده باکره‌ای بدون اذن پدر یا جد پدری و طی تشریفات قانونی یعنی مراجعه به دادگاه مدنی خاص و کسب اجازه از دادگاه در صورت ممانعت ولی، اقدام به ازدواج نماید، آیا این ازدواج باطل است یا خیر؟

در صورتی که بعد از ازدواج، پدر دختر به نکاح مزبور رضایت دهد این ازدواج تنفیذ شده و صحیح است.^{۳۲}

ولی اگر پدر، اجازه ندهد، قاعدتاً کسانی که اجازه پدر را در نکاح لازم می‌دانند، باید معتقد به بطلان ازدواج باشند ولی در بین فقها کمتر کسی صراحتاً به بطلان ازدواج نظر داده است.

در بین فقهای متقدم ابوالصلاح حلبی، صاحب کتاب الکافی فی الفقه، می‌گوید:

«اگر دختر بدون اذن پدر و جد پدری عقد کرد با سنت مخالفت کرده و عقد متوقف است بر اذن آنها.»^{۳۵}

ابن زهره نیز در غنیه^{۳۳} می‌گوید:

«اگر پدر یا جد پدری اجازه ندادند و عقد را قبول نکردند، عقد منفسخ است.»

۳۲. دکتر امامی، حقوق مدنی، جلد ۴، ص ۲۸۵.

۳۵. الکافی فی الفقه، ص ۲۹۳.

«لايجوز لها العقد على نفسها بغير اذنها فان عقدت خالفت السنة و كان العقد

موقوفا على امضائهما.»

۳۶. الجوامع الفقهية، كتاب الغنية، ص ۶۰۹.

شیخ مفید نیز در کتاب مقننه تصریح به بطلان چنین عقدی می نماید.^{۳۷}

ولی بسیاری از فقها عقد نکاح را صحیح اعلام کرده اند، مثلاً علامه حلی در کتاب تذکرة به صراحت می گوید: چنین نکاحی صحیح است و به گونه ای سخن می گوید که گویی نظر امامیه در برابر فقهای عامه بر صحّت نکاح است.

عبارت علامه چنین است:

«إذا نکحت المرأة الكاملة نفسها أو زوجها غير ولي باذنها صحّ عندنا و قالت العامة النكاح فاسد...»^{۳۸}

یعنی:

«اگر زن کامل بدون اذن ولی، خود را به عقد دیگری در آورد و یا به شخصی غیر از ولی وکالت در امر نکاح داد، این عقد نزد ما صحیح است و عامه گفته اند فاسد است.»

شیخ طوسی نیز در کتاب مبسوط این عقد را صحیح می داند و می گوید اگر موضوع در دادگاه مطرح شد، حاکم دادگاه نمی تواند به لحاظ این که عقد بدون اذن ولی انجام شده حکم به جدایی زن و مرد بدهد.^{۳۹}

محقق صاحب شرایع، صاحب جواهر، شهید اول و شهید ثانی از فقهای بزرگ و معتبر نیز به لحاظ این که اذن پدر یا جد پدری را لازم

۳۷. مقننه، شیخ مفید، ص ۷۸:

«و ان عقدت علی نفسها بعد البلوغ بغیر اذن ایها خالقت السنة و بطل العقد، الا بجیزه الاب.»

۳۸. تذکرة الفقهاء، جلد ۲، ص ۵۸۵.

۳۹. المبسوط فی فقه الامامیه، جلد ۴، ص ۱۶۳:

«و اذا تزوج من ذکرنا بغیر ولی کان العقد صحیحا و اذا وطئ الزوج لم یکن علیه

نمی‌دانند قائل به صحّت عقد هستند.^{۲۰}

در بین فقهای معاصر آیه‌الله گلپایگانی با این که احتیاط را در گرفتن اذن پدر برای ازدواج دختر باکره رشیده می‌دانند، ولی می‌گویند اگر دختر، بدون اذن پدر، ازدواج کرده نکاح او صحیح است.^{۲۱}

و به هر حال، جمعی از فقها نیز، در صورت ازدواج دختر بدون اذن پدر، حکم به احتیاط کرده و گفته‌اند احتیاط در این است که اگر ولی اجازه نداد دختر و پسر با طلاق از یکدیگر جدا شوند.^{۲۲}

استنباط حقوق‌دانان و رویه دادگاهها نیز از ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی در این مورد متفاوت است. به نظر می‌رسد بیشتر متمایل به این هستند که نکاح دختر بدون اذن ولی و با عدم حصول اجازه او را باطل بدانند.^{۲۳}

در عین حال برخی می‌گویند حکم ماده ۱۰۴۳ و الزام دختر به گرفتن اجازه پدر، در واقع جنبه تکلیفی دارد تخلف از آن، موجب بطلان عقد نمی‌گردد بلکه تخلف انضباطی محسوب می‌شود و مثلاً برای

—

شبی، من ادب و حد ولا خلاف فی سقوط الحد الاثاذا منهم قال: ان كان يعتقد تحریمه وجب علیه الحد و المهر یلزمه بالدخول بلاخلاف و متى ترفعوا الی حاکم لم یجز ان یفرق بینهما.»

۲۰. بنگرید جواهر الکلام، جلد ۲۹، ص ۱۸۳ و ۱۷۵؛ شرح المجمع، جلد ۵، ص ۱۱۶.

۲۱. مجمع المسائل، جلد دوم، ص ۱۵۱ و ۱۵۹، ایشان در پاسخ سوالی می‌فرمایند:

«...در فرض مسأله اگر دختر رشیده و بالغه به عقد درآمده و صیغه عقد خوانده شده باشد، صحّت عقد بعید نیست، هر چند دختر، باکره باشد و پدر و مادر راضی نباشند و احتیاط آن است که پدر عقد را امضا کند و جایز نیست زوج را مجبور به طلاق نمایند و اگر مجبور کنند طلاق باطل است.»

۲۲. سید محمد کایظم یزدی، عروة الوثقی، ص ۷۲۸؛ امام خمینی بنا به نقل دادنامه مورخ

۱۲/۶/۵۹ شعبه اول تجدیدنظر مدنی خاص.

۲۳. دکتر امامی، حقوق مدنی، جلد ۴، ص ۵-۲۸۴؛ دکتر لنگرودی، حقوق خانواده، ص ۲۶؛ دکتر

صفایی حقوق مدنی، جلد اول، ص ۱۱۹ و نیز حقوق خانواده جلد ۱.

سردفتری که چنین ازدواجی را ثبت کند مجازات انتظامی در نظر گرفته خواهد شد.^{۳۳}

برخی از دادگاهها نیز همین نظریه را اعلام داشته اند، چنانکه شعبه اول دادگاه مدنی خاص تهران در تاریخ ۱۳۵۹/۳/۱۲ در پرونده کلاسه ۲۰/۵۸ درخواست پدری را به فسخ عقد نکاح دخترش به لحاظ عدم کسب اجازه او، مردود اعلام نموده و حکم به صحت عقد داده است که قسمتی از رأی مزبور، ذیلاً نقل می شود:

«بالاخره پس از بررسی محتویات پرونده و اظهارات خواهان که دخترش، بدون رضایت وی ازدواج کرده و اغفال شده است، باید توجه داشت اولاً که موجبات فسخ عقدنامه چند چیز است که مورد ادعا از مصادیق هیچ یک از آنها نیست و این که مراجع عالیقدر، رضایت پدر را در ازدواج دختر دوشیزه شرط دانسته اند، اولاً شرط صحت عقد نمی باشد بلکه شرط کمال عقد است که جنبه اخلاقی دارد که احترام به پدر محفوظ بماند. ثانیاً هیچ یک از کسانی که حتی اجازه پدر را شرط صحت عقد دانسته اند، ازدواج مجدد دختر رشیده ای را که بدون اجازه پدرش به عقد مرد مورد دلخواهش درآمده، پس از مراسم عروسی و زندگی با یکدیگر برای شخص ثالثی جایز نمی دانند، یعنی ازدواج اول را باطل اعلام نمی کنند^{۳۴}... بنابراین ازدواج دو نفر جوان بالغ و رشید... را نمی توان باطل دانست بلکه ازدواج آنان صحیح است و این که اداره ثبت، سردفتر را متخلف دانسته و دفترش را معلق نموده است، جرمش خلاف دستور اداری است، به عنوان این که به بخشنامه توجه نشده است...»^{۳۵}

تا آنجا که به یاد دارم و در جریان بودم نظر مشورتی کمیسیون

۳۴. دکتر سید علی شایگان، حقوق مدنی ایران، کتاب اول، ص ۲۶۶-۲۶۵.

۳۵. البته استدلال دادگاه، که هیچ کس ازدواج اول را باطل اعلام نمی کند دقیق نیست، زیرا در صفحات پیش از قول ابن زهره در غنیه و مفید در مقننه نقل کردیم که آنها ازدواج دختر بدون اجازه پدر را باطل می دانستند.

۳۶. مجموعه قوانین سال ۱۳۶۳، چاپ روزنامه رسمی، ص ۳۶-۳۵.

قوانین مدنی اداره حقوقی دادگستری نیز در رابطه با سؤال یکی از دادگاهها، عدم بطلان ازدواج دختر، بدون اذن پدر بود ولی تاکنون این نظر اعلام نشده است.^{۴۷}

نتیجه

از مجموعه بحثهایی که به عمل آمد و از مراجعه به اقوال مختلف فقها و روایات وارده می توان نتیجه گرفت که اگر دختر به حد بلوغ و

۴۷. دادرس دادگاههای حقوقی یک سمنان استفساری به شرح زیر از اداره حقوقی به عمل آورد:

«... ۲- طبق ماده ۱۰۴۳ اصلاحی قانون مدنی «نکاح دختر باکره اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر و یا جد پدری است و...» حال اگر دختری بدون اذن پدر و یا جد پدری با مردی ازدواج نموده و صاحب فرزندی گردد و در این صورت اگر پدر یا جد پدری این ازدواج را تنفیذ نماید، این عقد از نظر حقوقی چه وضعی خواهد داشت؟»

کمیسیون قوانین مدنی، پس از بحث فراوان، به حکایت پرونده کلاسه $\frac{۱۲۷}{۳۵۷}$ ۷۱ اظهار نظر کرد که:

«اگر چه ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی نکاح دختر باکره را موقوف به اجازه پدر یا جد پدری نموده است و لکن ماده مزبور و مواد دیگر این قانون دلالت بر بطلان عقدی که بدون اجازه واقع شود یا نامشروع بودن طفل حاصل از این ازدواج ندارد.»

کمیسیون آیین دادرسی مدنی نیز موافق همین نظر کمیسیون قوانین مدنی بود. ولی باسخی که سرانجام به عنوان نظر مشورتی اداره حقوقی طی شماره ۷/۲۷۹۸ مورخ ۱۳۷۱/۹/۸ به مرجع استعلام، اعلام شد، چنین بود:

«... ۲- صحت و بطلان عقد و همچنین مشروع و نامشروع بودن طفل حاصل از ازدواج به نحو مذکور در استعلام، از جمله مواردی است که احتیاج به صدور فتوی از طرف مجتهد جامع شرایط صاحب فتوی دارد، قاضی محکمه در چنین مواردی طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاههای کیفری یک و دو و شعب دیوانعالی کشور باید با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر، حکم قضه را صادر نماید.»

←

رشد، رسیده باشد به گونه‌ای که بتواند در امور مالی خود تصرف کند، در امر نکاح نیز مستقل است و پدر یا جد پدری بر او ولایت ندارند و اجازه آنها نیز شرط صحت عقد نیست هر چند جلب نظر و موافقت آنها بسیار ممدوح و پسندیده و مخالفت با آنان، مکروه و ناپسند است.

با این که بعضی از روایات به ظاهر دلالت بر این دارند که پدر یا جد پدری بر دختر باکره ولایت دارند و یا بدون اذن آنها نمی‌تواند ازدواج نماید، بسیاری از روایات، به وضوح دلالت بر استقلال دختر در امر نکاح می‌نمایند. از جمله می‌توان به دو خبر عمل منقول از پیامبر اکرم (ص) اشاره کرد، که پیامبر اراده دختر را در امر نکاح معتبر شمرده است. خبر اولی حاکی است:

«دختری خدمت پیامبر اکرم (ص) رسید و گفت پدرم مرا به عقد ازدواج پسر برادرش درآورده، تا حقارت و پستی خود را بدینوسیله از بین ببرد (لیرفع بی خسیسه) پیامبر به او فرمود اختیار با خودت هست (فجعل الامر الیها)، دختر گفت: آنچه را پدرم انجام داده اجازه و تفیذ کردم و خواستم بدینوسیله زنها بدانند که اختیارشان در دست پدرانشان نیست.»^{۴۸}

روایت دیگر از ابن عباس نقل شده که:

«دختر باکره‌ای خدمت پیامبر آمد و گفت پدرش او را به عقد ازدواج کسی درآورده در حالی که به این ازدواج مایل نبوده است، پیامبر به دختر فرمود مختیری عمل پدرت را قبول کنی یا قبول نکنی.»^{۴۹}

به نظر می‌رسد، اداره حقوقی در اعلام پاسخ صریح و روشن، محافظه کاری به خرج داده است و گرنه می‌توانست، استنباط خود را از منابع و فتاوی معتبر که قاضی سؤال کننده را به آن ارجاع داده است، به عنوان نظر مشورتی جهت راهنمایی دادرس مزبور اعلام نماید.

۴۸. سنن ابن ماجه، کتاب النکاح، جلد ۱، ص ۶۰۲؛ صاحب جواهر نیز این روایت را در جلد ۲۹ جواهر ص ۱۷۷ نقل کرده است با مختصر تغییری در عبارت که اختیار و استقلال دختر را به نحو روشنتری می‌رساند.

۴۹. سنن ابن ماجه، همان مأخذ، ص ۶۰۳؛ شهید ثانی نیز این روایت را در شرح المعنه، جلد ۵،

ص ۱۴۱ نقل کرده است.

در روایات وارده از ائمه اطهار علیهم السلام نیز مواردی دیده می شود که دلالت بر استقلال دختر و عدم ولایت پدر در ازدواج دارد، از جمله روایت صحیحی است که فضیل بن یسار و محمد بن مسلم و زراره و برید بن معاویّه از امام باقر علیه السلام نقل کردند که به روایت صحیح فضلا معروف است، طبق این روایت امام فرمود:

«زنی که صاحب اختیار خودش هست و سفیه و تحت ولایت نیست، می تواند بدون ولی ازدواج کند.»^{۵۰}

و نیز امام صادق (ع) فرمود:

«هرگاه زن اختیارش بدست خودش باشد می تواند با هر کسی که خواست ازدواج کند و اگر خواست، این امر را به ولی خود واگذار می کند.»^{۵۱}

و نیز از امام باقر (ع) روایت شده که فرمود:

«هرگاه زن، صاحب اختیار خود باشد به گونه ای که بتواند خرید و فروش کند و بنده آزاد کند و شهادت دهد و از مال خود به هر کس می خواهد ببخشد، نظرش در مورد نکاح نیز نافذ است و اگر خواست بدون اذن ولی می تواند ازدواج کند.»^{۵۲}

قبلاً دیدیم که بسیاری از فقهای بزرگ و صاحب نام نیز ولایت پدر را در امر نکاح بر دختر بالغه رشیده هر چند باکره باشد، ساقط و دختر را در این امر مستقل می دانند و روایات وارده در این باب که

۵۰. وسائل الشّعة، جلد ۱۴، ص ۲۰۱، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

«المرأة التي قد ملكت نفسها غير السفیهة ولا المولی علیها تزویجها بغیر ولی

جایز.»

۵۱. همان مأخذ، ص ۲۰۳.

۵۲. همان مأخذ، ص ۱۵، باب ۱۹ از ابواب عقود نکاح.

ظهور در ولایت پدر یا لزوم اذن او دارد، را حمل بر شدت استحباب رعایت نظر پدر و در واقع، بیان یک امر تکلیفی شخصی به حساب می‌آورند که شاید با نوع تربیت و فرهنگ حاکم بر دختران و دور بودن آنها از اجتماع و مسایل اجتماعی کاملاً قابل توجیه باشد و با تغییر وضع فرهنگی و اجتماعی آنان، بتوان دیدگاه متفاوتی در این زمینه ارائه کرد.

و اما نظر رایج بین فقهای معاصر که نظر دختر و اجازه پدر را شرط در نکاح می‌دانند و قانون مدنی نیز همین نظر را اتخاذ کرده، ملاک و مبنای معتبری ندارد، جز رعایت احتیاط، که بیشتر فقهاء نیز، احتیاطاً نظر به لزوم اجازه پدر داده‌اند حال یا احتیاط واجب یا احتیاط مستحب.^{۵۳}

البته، عمل به این احتیاط امر خوبی است که اتفاقاً هر دو دسته به آن توصیه کردند یعنی هم فقیهی چون صاحب حدائق که با استناد به دسته‌ای از روایات معتقد است دختر باکره رشیده در امر نکاح، تحت ولایت پدر است و پدر می‌تواند بدون رضایت دختر او را به عقد ازدواج هر کس می‌خواهد درآورد. در پایان بحث خود در این زمینه می‌گوید:

«به هر حال در این مسأله رعایت احتیاط یعنی اخذ رضایت و نظر هر دو طرف (دختر و پدر) را نباید از نظر دور داشت.»^{۵۴}

و هم فقیه متبحر و روشن بینی چون شهید ثانی که شدیداً از استقلال دختر و عدم نیاز به اجازه پدر دفاع می‌کند سرانجام می‌گوید:

۵۳. آقای شاهرودی احتیاط مستحب در اخذ اجازه پدر می‌دانند. توضیح المسائل آقای خوئی با حاشیه ۹ نفر از مراجع، چاپ ۱۳۵۰، ص ۶۳۶، ذیل مسأله ۲۳۸۵.

۵۴. الحدائق الناضرة، شیخ یوسف بحرانی، جلد ۲۳، ص ۲۳۰.

«و کف کان فالاحتیاط فی اصل المسألة المذكورة بالرضا من الطرفين و الاجازة من الجانبین ممّا لا ینبغی اهماله...»

«پس از همه این بحثها، در یک چنین امر مهمی، احتیاط اقتضا می‌کند که در عقد نکاح رضایت پدر و دختر هر دو را گرفت تا بدون هیچ شک و شبهه و بالاتفاق عقد، صحیح باشد.»^{۵۵}

طبعاً ما هم بر رعایت این احتیاط توصیه و تأکید می‌کنیم ولی معتقدیم، اگر دختر بالغی که قانون او را رشید و صاحب صلاحیت در تصرف در امور مالی و غیرمالی خود می‌داند، بدون کسب اجازه پدر با پسری ازدواج کرد و پدر هم عقد را تنفیذ نکرد، نمی‌توان عقد مزبور را بدین جهت باطل دانست و هیچ دادگاهی نمی‌تواند، عقد نکاح را از این جهت ابطال نماید، زیرا علاوه بر آنکه شرط داشتن اجازه پدر یا جد پدری در صحت چنین عقدی به شرحی که بیان کردیم، مبنا و ملاک صحیحی ندارد، باطل نمودن آن خلاف احتیاط است.

اگر پدر، به عنوان این که ازدواج بدون اذن او صورت گرفته است، دادخواست ابطال ازدواج به دادگاه بدهد، باید موجه بودن علت مخالفت و عدم اجازه خود را اثبات کند و به تعبیر فقهی باید ثابت کند که ازدواج دختر با غیرکفو صورت گرفته است و نمی‌توان گفت چون پدر یا جد پدری نسبت به نکاح دختر ولایت دارد، اصل بقای ولایت است و نیازی به آوردن دلیل بر موجه بودن مخالفت ندارد،^{۵۶} زیرا ولایت پدر یا جد پدری بر دختر، با بلوغ و رشد او که مفروض مورد بحث است ساقط شده و نمی‌توان با استصحاب آن ادعای پدر را مطابق با اصل دانست.

۵۵. مسالک الافهام، جلد ۱، ص ۴۵۲:

«... و بعد هذا كله فالذي يقتضيه الاحتياط في هذا الحكم المترتب عليه امور مهمه من الفروج و الانساب و الاموال ان يجمع في العقد على البكر بين اذنها و اذن الاب...»

۵۶. رجوع شود به دکتر صفایی، دکتر امامی، حقوق خانواده، جلد اول، ص ۹۸ که چنین استدلالی

شده است و نیز محقق داماد، حقوق خانواده، ص ۵۶.



پښتونستان کالج اعلیٰ تعلیم اور محکمہ تعلیم
پرتال جامع علوم انسانی