

محمد نیرومند

دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد سبزوار

دکتر عباس علی سلطانی

عضو هیأت علمی الهیات دانشگاه فردوسی

آرای فقهای امامیه و اهل سنت در ولایت بر ازدواج باکره‌ی

رشیده و تطبیق آن با حقوق موضوعه ایران

چکیده

در فقه اسلامی، اصل ولایت در نکاح از مسلمات و مورد اتفاق فقیهان تمامی مذاهب اسلامی است. فقهای امامیه و اهل سنت در ولایت بر صغیره و بالغه‌ی غیررشیده اتفاق نظر دارند بحث مهم و مطرح در این جا در مورد ولایت بر باکره‌ی بالغه‌ی رشیده می‌باشد که بین فقها در این زمینه اختلاف نظر وجود دارد مجموع اقوال فقهای امامیه را می‌توان در پنج قول جمع‌بندی کرد که از میان این اقوال، قول استقلال باکره رشیده را در امر ازدواج بسیاری از فقهای امامیه از متقدمان و متأخران اختیار کرده‌اند.

در بین فقهای اهل سنت نیز، ابوحنیفه ولایت ولی را بر دختر باکره رشیده ساقط می‌داند و قائل به استقلال دختر در امر ازدواج می‌باشد اما فقهای مالکی، شافعی و حنبلی معتقد به ولایت بر باکره‌ی رشیده هستند قانون مدنی ایران، اجازه‌ی پدر یا جد پدری را در امر ازدواج باکره‌ی رشیده ضروری دانسته است.

واژگان کلیدی:

ولایت باکره در نکاح، نکاح باکره، فقه امامیه، فقه اهل سنت، حقوق ایران

مقدمه

یکی از موضوع های مهم حقوقی در روابط خانوادگی و اجتماعی انسان، پیوند ازدواج است. فقه اسلام با درک ضرورت و اهمیت آن برای ازدواج شرایط، ویژگی ها و ضرورت هایی در نظر گرفته است؛ تا این پیوند مقدس هر چه محکم تر پایه گذاری گردد، و یکی از این شرایط و ضرورت ها مسأله ی ولایت در ازدواج است. این موضوع، یکی از مسایل مهم است که از دیرباز در میان بسیاری از جوامع از جمله جامعه ی اسلامی مطرح بوده و هست و نظرها و آرای مختلفی در این زمینه از سوی فقها مطرح شده است. در این پژوهش، سعی بر آن است تا ولایت بر باکره ی بالغه رشیده در امر ازدواج از منظر فقهای امامیه و اهل سنت و تطبیق آن با حقوق موضوعه ی ایران بررسی گردد.

آرای فقهای امامیه و اهل سنت در ولایت بر ازدواج باکره رشیده

فقهای امامیه در زمینه ی ولایت بر باکره ی بالغه رشیده اختلاف نظر دارند، به گونه ای که آرای فقها را در این مورد تا ۸ قسم شمرده اند (مامقانی، تنقیح المقال: ۳۵۲) مجموع اقوال آنان را می توان در پنج گونه به شرح زیر آورد.

۱. استمرار ولایت برای پدر و جد پدری
۲. استقلال باکره رشیده در نکاح
۳. تشریک میان دختر و ولی
۴. ثبوت ولایت در عقد دائم و سقوط آن در منقطع
۵. سقوط ولایت در نکاح دائم و ثبوت آن در نکاح منقطع

۱. استمرار ولایت برای پدر و جد پدری

یعنی پدر و جد پدری بر دختر باکره رشیده ولایت دارند، به گونه ای که امر نکاح او، به دست آنها بوده و نظر خود او نقشی ندارد برخی از فقها از جمله شیخ صدوق، محقق بحرانی، قاضی ابن براج و فیض کاشانی بر این قول بوده اند:

مهم‌ترین ادله‌ی این قول، استصحاب، روایات، عدم آگاهی دختران، می‌باشد که به بررسی هر یک می‌پردازیم

الف - استصحاب

ولایت بر دختر پیش از بلوغ و رشد ثابت بوده و پس از بلوغ و رشد، هنگام شک، همان ولایت دوران صغر، استصحاب می‌شود
شیخ انصاری استدلال به استصحاب را نمی‌پذیرد؛ زیرا در استصحاب وحدت موضوع رعایت نشده است یعنی موضوع در حالت سابق صغیره است در حالی که موضوع که حکم بر آن تعمیم داده می‌شود، بالغه‌ی رشیده است

ب - روایات

قائلان به استمرار ولایت پدر و جد بر باکره‌ی رشیده، به اخبار متعددی استناد کرده‌اند که به ذکر تعدادی از آنها اکتفا می‌نماییم.

۱. فضل بن عبدالملک از امام صادق(ع) نقل می‌کند: «هر گاه پدر نخواهد دختری را که نزد آنها است، شوهر دهد لازم نیست با او مشورت نماید، زیرا پدر به حال او دانایتر است، اما هر گاه بخواهد ثبیه را شوهر دهد، باید از او اذن بگیرد، گرچه نزد آنها باشد
۲. صحیح حلبی، امام صادق(ع) در مورد دختری که پدرش او را بدون اجازه‌ی وی شوهر می‌دهد فرمود: «برای دختر با وجود پدر، اختیاری نیست بنابراین هر گاه پدرش او را به نکاح کسی در آورد. نکاحش نافذ است حتی اگر دختر کراهت داشته باشد.» (الحرالعاملی، وسایل الشیعه ۲۰۲/۱۴)

۳. حلبی می‌گوید: «از امام صادق(ع) سوال کردم که هر گاه دختر باکره به حد زنان برسد آیا برای او با وجود پدرش، اختیاری هست؟ امام(ع) فرمود: تا زمانی که ثبیه نشود برای او با وجود پدرش اختیاری نیست (همو، همان ۲۰۳/۱۴)

۴. علی بن جعفر نقل می‌کند از امام کاظم(ع) سوال کردم: «آیا برای مرد شایسته است که دخترش را بدون اذن او شوهر دهد؟ حضرت فرمود: آری، برای فرزند مگر این که زنی باشد که پیش از آن با او نزدیکی شده باشد»

۵. صحیح ابن ابی یعفر از ابی عبدالله (ع) حضرت فرمود: «دختران باکره‌ای که دارای پدر هستند ازدواج نکنند مگر به اجازه‌ی پدرانشان» (صدوق، من لایحضر الفقیه: ۳/۳۹۵؛ کلینی، الفروع من الکافی: ۳۹۳/۵؛ طوسی، تهذیب الاحکام: ۳۷۹/۷)

دلالت این روایت بر ولایت پدر در نکاح باکره‌ی رشیده، محل اشکال است. زیرا اگر «من» در این حدیث بیانیه باشد دلالت حدیث بر مطلوب تمام بوده و شامل صغیره و کبیره هر دو خواهد شد، ولی احتمال می‌رود که من تبعیضیه باشد که در این صورت حدیث بر لزوم اذن پدر در ازدواج صغیره دلالت خواهد داشت و در نتیجه شامل باکره‌ی رشیده نخواهد شد. (شهید ثانی، مسالک الافهام: ۱۳۴/۷ و ۱۳۵)

محمد بن مسلم از امام باقر یا امام صادق علیهما السلام روایت می‌کند: «با دختری که نزد والدینش است در امر نکاح مشورت نمی‌شود. برای او با وجود پدر، اختیاری نیست و فرمود: هر کسی غیر از پدر باید با او مشورت نماید» (الحرالعالمی، مسائل الشیعه: ۲۰۵/۱۴؛ طوسی، تهذیب الاحکام: ۳۸۰/۷)

در سند روایت، علی بن حکم، مشترک بین ثقه و غیرثقه است (اردبیلی، جامع الرواة: ۵۷۵/۱) به همین دلیل، شهید ثانی سند آن را تضعیف نموده است (مسالک الافهام: ۱۳۵/۷)

۷. صحیح الحلبی عن ابی عبدالله (ع): امام صادق (ع) در مورد زن ثبیه‌ای که بر خودش خطبه نکاح خواند فرمود: «او مالک نفس خویش است با هر کس که خواست و کفو اوست، ازدواج می‌کند بعد از این که با مردی ازدواج کرده بود قبل از این نکاح» (طوسی، تهذیب الاحکام: ۳۷۷/۷؛ صدوق، من لایحضر الفقیه: ۳/۳۹۶ - ۳۹۷)

این روایت، بیانگر عدم ولایت پدر بر دختر ثبیه است بدیهی است در صورتی که سبب ثبوت چیزی غیر از نکاح باشد، حکم ثبیه با حکم باکره در نکاح یکسان خواهد بود (بحرانی، حدائق الناضره: ۲۱۷/۲۳)

ج - عدم آگاهی دختران

دلیل دیگری که شهید ثانی در مورد استقلال ولی در امر ازدواج باکره رشیده نقل می‌کند این است که زنان غالباً بر ویژگی‌های مردان و خصلت‌های مردانه آگاهی کافی ندارند و نظرهای آنان در امر ازدواج غالباً پایه و اساس محکمی ندارد، بنابراین چنانچه امر ازدواج او منوط به نظر ولی نباشد، در بیشتر موارد موجب ایراد ضرر بر باکره‌ی

رشیده و خانواده‌ی او می‌شود که این ضرر برای دختر قابل جبران نمی‌باشد (شهید ثانی، مسالک الافهام: ۱۳۲/۷) که قاعده‌ی «لاضرر و لااضرار فی الاسلام» آن را بر نمی‌تابد (فیض کاشانی، الرسائل الفقهیه: ۲۲۳)

۲- استقلال بالغه باکره رشیده در نکاح

شهید ثانی می‌فرماید: تمامی متأخران و جماعتی از قدما، از جمله شیخ طوسی در تبیان سید مرتضی ابن جنید شیخ مفید در احکام النساء سلار و ابن ادریس، قائل به سقوط ولایت از باکره‌ی رشیده به طور مطلق بوده‌اند

هم چنین تعداد قابل توجهی از فقهای دیگر همین قول را اختیار کرده‌اند (ابن حمزه، الوسیله ۲۹۹؛ حلی، الجامع للشرایح: ۴۷۳؛ محقق حلی، شرایع الاسلام: ۲۲۰/۲؛ علامه حلی، قواعد الاحکام: ۱۴/۳؛ فخر المحققین، ایضاح الفوائد: ۲۱/۳؛ شهید اول، اللمعه دمشقیه ۱۷۵، شهید ثانی، الروضه البهیة ۱۱۶/۵؛ طباطبایی، ریاض المسائل: ۹۵/۱۰؛ محقق کرکی، جامع المقاصد: ۱۲۳/۱۲، نجفی، جواهر الکلام: ۱۷۵/۲۹)

صاحب جواهر می‌نویسد: «مشهور میان قدما و متأخرین، سقوط ولایت از باکره رشیده است و این شهرت، نقلا و تحصیلا، محقق است (نجفی ۱۷۵/۲۹) و سید مرتضی بر این قول ادعای اجماع کرده است (الانتصار: ۱۲۰ و ۱۲۲) فقهای معاصر نیز در این مساله فتوا داده‌اند که دختری که به حد بلوغ رسیده و رشیده است، یعنی مصلحت خود را تشخیص می‌دهد اگر بخواهد شوهر کند چنان که باکره باشد بنابر احتیاط واجب باید از پدر و جد پدری خود اجازه بگیرد (بهجت، توضیح المسائل، ۳۷۹؛ سیستانی، توضیح المسائل: ۴۰۵؛ فاضل لنکرانی، توضیح المسائل ۴۲۶) برای اثبات این گفتار، به آیه‌ها، روایت‌ها، اصل عدم اشتراط اذن ولی در صحت عقد و قاعده‌ی وجود وفای به عقد استناد شده است که در زیر به آنها می‌پردازیم

الف - آیه‌ها

«و کسانی که از شما می‌گیرند و همسرانی باقی می‌گذارند، باید (همسران) چهارماه و ده روز انتظار بکشند (عده نگه دارند) پس هر گاه عده خود را به پایان رساندند، گناهی بر شما نیست که هر چه می‌خواهید درباره‌ی خودشان به نحو شایسته انجام دهند»

«و اگر برای (بارسوم) همسرش را طلاق داد دیگر برای او حلال نیست تا این که زن با شوهر دیگر ازدواج کند و اگر شوهر دوم او را طلاق داد باکی نیست که به هم باز گردند در صورتی که بدانند حدود الهی را عمل خواهند کرد، این‌ها حدود الهی است که برای دانایان بیان می‌کند

برخی از فقیهان در جواب استدلال به آیهای بالا نوشته‌اند که سیاق تمام آیها ذات عده است و ذات عده تنها مدخول به است، در حالی که نزاع در زمینه‌ی بکر است (فیض کاشانی، الرسائل الفقهیه: ۲۲۷) در پاسخ به اشکال مزبور گفته شده است آیه‌ی اول همچنان که از صدور آن استظهار می‌شود در مقام بیان حکم زنانی است که عده وفات نگه می‌دارند روشن است که در حکم عده‌ی وفات، قید دخول وارد نمی‌شود. هم‌چنین این دو آیه به واسطه‌ی عمومشان شامل غیرمدخوله و موطوئه به دبر نیز می‌شوند. (انصاری، النکاح: ۱۱۳)

ب- روایت‌ها

۱- روایتی که فضل بن یسار و محمدبن مسلم و زراره از امام باقر (ع) نقل کرده‌اند که حضرت فرمود: «زنی که مالک نفس خویش بوده، سفیه و تحت ولایت نباشد، ازدواجش بدون ولی جایز است

دلالت این حدیث مورد اشکال واقع شده است، طبق این حدیث: زنی مستقل در نکاح است که مالک نفس خویش بوده و تحت ولایت نباشد. این که باکره رشیده در نکاح، مالک امر خویش است و تحت ولایت نیست تابع منع است، زیرا این خود اول نزاع و محل بحث است (فاضل هندی، کشف‌اللثام: ۷۹/۷) که آیا باکره‌ی رشیده این گونه است یا خیر؟ پس استدلال به حدیث یاد شده مصادره به مطلوب خواهد بود.

اشکال یاد شده به جا نمی‌باشد، زیرا مقصود از مالک نفس خودبودن در امر نکاح نیست، بلکه مراد امور مالی و مانند آن است (نجفی، جواهرالکلام: ۱۷۶/۲۹؛ مکارم، انوار الفقاهه: ۲۶۶/۱) زیرا اگر مقصود حدیث این باشد که زنی که مالک نفس خویش در نکاح است، در نکاح نیازی به ولی ندارد، توضیح و اوضاحت خواهد بود. وانگهی در حدیث زراره که پس از این خواهد آمد مسأله‌ی مالک نفس خویش بودن زن، به اموری غیر از نکاح، از قبیل فروختن و خریدن، تفسیر شده است، بنابراین وصف «غیرالسفیه» به منزله تفسیر «ملکت نفسها» می‌باشد. (نجفی، جواهرالکلام: ۱۷۶/۲۹)، احتمال هم دارد که «ملکت نفسها»

کنایه از بلوغ باشد در این صورت قیدهای عدم سفاهت و تحت ولایت نبودن به سبب جنون، تفسیری نبوده بلکه احترازی می‌باشد و حاصل معنای حدیث چنین خواهد بود: «هر گاه زن، به حد بلوغ برسد و رشیده باشد، ازدواجش بدون اذن ولی، جایز است (همو، همان‌جا)

۲- زراره از امام باقر(ع) نقل می‌کند که فرمود: «هرگاه زن؛ مالک نفس خویش باشد (بالغ و رشید باشد) به گونه‌ای که بتواند بفروشد و بخرد و عبد خود را آزاد کند و شهادت دهد و آن چه بخواهد از مالش می‌بخشد، پس امر او جایز است اگر بخواهد بودن اجازه ولی ازدواج نماید و اگر شرایط مذکور را نداشته باشد ازدواج او جز به امر ولی جایز نیست. (الحر العاملی، وسائل الشیعه: ۲۱۵/۱۴؛ طوسی، تهذیب الاحکام: ۳۴۰/۷) از این روایت استظهار می‌گردد که مراد از «عدم سفاهت» همان رشد است و محتمل است که منظور از مالک نفس خود بودن تنها بلوغ و مراد از «غیرسفیهه» رشیده بوده و مقصود از عبارت ولی نداشتن دختری است که در اثر جنون دارای ولی‌ای نباشد. نتیجه اینکه زن به حد بلوغ و رشد رسیده تزویج او بدون اذن ولی جایز است (نجفی، جواهرالکلام: ۱۷۶/۲۹) بنابراین بلوغ رشد برای تزویج دختر باکره بدون اذن ولی کافی نخواهد بود بلکه رشد او نیز باید احراز گردد (مرعشی، بررسی ماده‌ی ۱۰۴۳ ق.م/۱۱)

۳- امام محمد باقر(ع) در روایتی دیگر فرمود: «باکره و غیرباکره (در امر نکاح)، مورد مشورت قرار می‌گیرد و جز به امر آنها، نکاح محقق نمی‌شود»^۱ دلالت این حدیث نیز بر استقلال باکره در امر نکاح تمام است (طباطبایی، ریاض المسائل: ۹۶/۱۰) به ویژه با توجه به عبارت «لاتنکح الا بامرها» که به صورت حصری بود و ظهور در استقلال او در امر نکاح دارد

۴- روایت سعدان بن مسلم از امام صادق(ع) که فرمود: «تزویج باکره، هر گاه خود راضی باشد، بدون اذن پدرش، اشکال ندارد (الحر العاملی، وسائل الشیعه: ۲۱۴/۱۴) مرحوم صلب جواهر پس از آن که این روایت را با تمام روایات دیگر نقل می‌کند، می‌افزاید که: «استدلال به این روایت‌ها برای این که بر باکره رشیده کسی ولایت ندارد تمام است (نجفی، ۱۷۹/۲۹)

۱- «تستأ مرالبکر و غیرها و لاتنکح الا بامرها» (الحر العاملی، وسائل الشیعه: ۲۱۴/۱۴)

از مجموع روایت‌ها دریافت می‌شود که دختر باکره‌ی بالغه‌ی رشیده، در امر ازدواج، استقلال دارد و ولایت پدر و جد پدری درباره‌ی بالغه‌ی رشیده استمرار ندارد

ج- اصل عدم اشتراط اذن ولی در صحت عقد

اصل در صحت عقد نکاح باکره بالغه رشیده عدم اشتراط اذن ولی است؛ زیرا فرض بر این است که دختر به حد بلوغ ورشد رسیده است، بلوغ و رشد ملاک جواز در تصرف تمامی امور از ناحیه هر انسان است اشتراط اذن ولی با وجود بلوغ و رشد در امر نکاح و اختصاص ملاک تصرف در امور مالی دلیل قاطع می‌طلبد که در دست نیست (شهید ثانی، مسالک الافهام: ۱۲۴/۷)

د- عموم ادله و جوب وفاء به عقود

عقد نکاحی که به وسیله‌ی بالغه‌ی باکره‌ی رشیده، بدون اذن ولی صورت گرفته باشد شامل می‌شود بنابراین عقد نکاح مزبور نافذ معتبر و لازم الوفا خواهد بود (انصاری، النکاح: ۱۱۳؛ مکارم، انوار الفقاهه، ۲۶۴/۱)

۳- قول تشریک

بدین معنا که ولایت برای پدر است که باید با رضای دختر، او را به ازدواج در آورد، یعنی هیچ یک استقلال در ازدواج ندارند، بلکه عقد متوقف بر اذن هر دو است، این قول را شیخ مفید و ابوصلاح حلبی اختیار کرده‌اند (المقنعه ۵۱۰، الکافی الفقه ۲۹۲) مهم‌ترین دلیل‌های این قول، روایت‌های خاص و جمع بین روایت‌های دو قول است

الف- روایت‌ها

صفوان می‌نویسد «عبدالرحمان با امام کاظم(ع) درباره تزویج دخترش با برادر زاده‌اش مشورت نمود، حضرت فرمود: انجام ده ولی این امر باید با رضایت خود دختر باشد. زیرا او در نفس خویش سهمی دارد، نیز صفوان می‌نویسد خالد بن داود با امام کاظم(ع) درباره تزویج دخترش به علی بن جعفر مشورت نمود امام فرمود: انجام ده ولی

این امر باید با رضایت خود دختر باشد زیرا او در نفس خویش بهره‌ای دارد (الحر العاملی، وسائل الشیعه: ۲۱۴/۱۴)

در این حدیث از طرفی امام(ع) به پدر امر به اقدام در نکاح دختر کرده و از طرف دیگر فرموده است: دختر هم در نفس خویش بهره و نصیبی دارد پس نکاح دختر رضایت او و پدر، هر دو شرط است.

۲- زراره بن اعین می‌نویسد: «از امام باقر(ع) شنیدم که می‌فرمود: نکاح را جز پدر، کسی نمی‌تواند نقض نماید.» (کلینی، الفروع من الکافی: ۳۹۲/۵، الحر العاملی، وسائل الشیعه: ۲۰۵/۱۴)

در این حدیث به صورت حصری، نقض نکاح دختر، حق پدر شمرده شده است روشن است که در مورد ثبیه پدر حق نقض عقد او را ندارد و عقد ثبیه اگر چه با اذن پدر واقع شده باشد باطل است، پس به طور منحصر مورد روایت، ازدواج بالغه‌ی باکره‌ای است که بدون اذن پدر واقع شده باشد و چنین عقدی صحیح است زیرا از اهلیش صادر و در محلش واقع گردیده است ولی صحت آن شانی و متوقف بر رضایت پدر است در نتیجه حدیث بر اشتراک دختر و پدر در امر ازدواج دلالت دارد (خوئی، مستند العروه الوثقی: ۲۶۵/۲)

ب- جمع میان روایت‌ها

یکی از دلایلی که برای اثبات تشریک اقامه شده، جمع میان اخبار و روایات است (همو، همان: ۲۶۴) بلکه برخی آن را تنها دلیل این قول دانسته‌اند (نجفی؛ جواهرالکلام ۱۸۳: ۲۹) با این توضیح که بعضی از روایت‌ها بر استقلال باکره در امر ازدواج و برخی دیگر به استقلال پدر دلالت دارند از جمع بین این دو دسته از روایت استفاده می‌شود که برای هر یک از پدر و دختر در امر ازدواج حتمی است یعنی ازدواج با رضایت دختر و اراده ولی تحقق می‌یابد که از آن به تشریک تعبیر می‌شود

برخی از فقها در ادله‌ی مذکور بحث کرده‌اند، چنان که فیض کاشانی در این زمینه می‌نویسد: در جواب از احتیاط گفته شده است استقلال مستفاد از برخی روایات با اشتراک مغایرت دارد، چنان که در روایت صحیح‌ه‌ی محمدبن مسلم (طوسی، تهذیب‌الکلام: ۳۹۰/۷، الحر العاملی: وسائل الشیعه: ۳۸۱/۱۴) به عدم لزوم مشورت با دختر تصریح شده است و در روایت حلبی (طوسی، تهذیب‌الاحکام: ۳۸۱/۷) آمده است که تزویج پدر حتی با کراهت دختر

جایز و نافذ است مفاد این روایت‌ها جمع مذکور را بر نمی‌تابد (فیض کاشانی، الرسائل الفقهیه: ۲۳۵) و چون ادله استقلال باکره، ولایت پدر را نفی نموده و اذن او را معتبر نمی‌داند و ادله استقلال پدر نیز رضایت دختر را معتبر نمی‌داند، بنابراین قول به تشریک راه جمع مقبولی میان ادله نیست (شهید ثانی، مسالک الافهام: ۱۳۹/۷؛ نجفی، جواهرالکلام ک ۱۸۳/۲۹؛ طباطبایی حکیم، مستمسک العروه: ۴۴۵/۱۴)

۴- استمرار ولایت پدر در نکاح دائم و استقلال دختر در نکاح منقطع

یعنی اگر دختر باکره‌ی رشیده بخواهد ازدواج دائم کند باید از پدر و جد پدری خویش پیروی نماید و پدر و جد بر او ولایت دارند به خلاف ازدواج موقتی که منجر به وطی نشود. این قول را شیخ طوسی در نوشته‌های خود در جمع بین روایت‌ها اختیار کرده است

مرحوم بحرانی می‌فرماید: شاید وجه این نظر این باشد که بین روایات قول اول که دلالت بر استقلال ولی داشتند و روایت‌هایی که مثبت استقلال دختر در نکاح منقطع می‌باشد جمع و به مضمون هر دو عمل شود (الحدائق الناضره: ۲۲۸/۲۳) از جمله نمونه‌ها:

۱. روایت ابی سعید حنات: «به امام صادق (ع) عرض کردم دختر باکره‌ای که پدر و مادر دارد می‌خواهد من با او پنهانی ازدواج کنم، آیا چنین کنم؟ حضرت در پاسخ فرمود: آری می‌توانی با او ازدواج نمایی، اما از موضع فرج خودداری کن، پرسیدم حتی اگر خودش راضی باشد؟ فرمود: حتی اگر راضی باشد، چون این کار برای دختران باکره ننگ است» (الحر العاملی، وسائل الشیعه: ۴۵۸/۱۴)

۲. روایت حلبی: از امام پرسیدم دختر باکره را می‌توان بدون اجازه پدر، متعه کرد؟ در پاسخ فرمود: اشکالی ندارد، مادامی که امری اقتضا ننماید که عفت خود را با آن حفظ می‌کند (همو، همان‌جا)

با توجه به این موارد، روایت‌های عام قول استقلال ولی، تخصیص زده می‌شود و در نتیجه، ویژه موردی می‌شود که عقد دائم باشد، یعنی ولایت پدر فقط در عقد دائم است و در عقد منقطع طبق این روایت‌ها عمل می‌شود.

ولی صاحب حدائق می‌فرماید: این اخبار به دلیل ضعف قادر به معارضه با احادیث صحیح‌ه‌ای که قبلاً ذکر شد نمی‌باشد، چرا که روایت ابی سعید مرسله است. به ویژه این

که صحیحه ابی مریم می‌آورد: «امام صادق(ع) فرمود: دختر باکره‌ای که پدر دارد قابل تمتع نیست جز با اذن پدرش، (طوسی، تهذیب الاحکام: ۲۵۴/۷) معارض است و در نتیجه قابلیت معارضه با روایات صحیحه را ندارد (بحرانی، ۲۲۸/۲۳)

۵- استمرار ولایت در ازدواج منقطع و سقوط آن در ازدواج دائم

ظاهراً این قول معلوم نیست و دلیل این قول هم این است که روایت‌ها، نظریه‌ی استقلال دختر را حمل بر نکاح دائم نماییم و دو روایت ابی‌مریم و بزنعلی را که در آن متعه باکره به اذن پدر شرط شده است را حمل بر نکاح منقطع نماییم. ولی محدث بحرانی پس از آن می‌افزاید که این نظر ضعیف است چرا که روایات دال بر استقلال انصراف به عقد دائم ندارند

دیدگاه فقه اهل سنت در ازدواج باکره‌ی رشیده

فقهای اهل سنت در این مسأله دو نظر را مطرح کرده‌اند که بر اساس آن فقهای شافعیه، مالکیه و حنابله معتقدند که ولی می‌تواند منفرداً، بالغه‌ی رشیده را به ازدواج کسی در آورد، البته به شرط آن که باکره باشد و فقهای حنفیه معتقدند که باکره‌ی بالغه و رشیده در امر ازدواج مستقل است (مغنیه، الفقه علی مذاهب خمسہ؛ ۵۳)

برای توضیح بیشتر نظر هر یک را همراه با استدلال‌شان بیان می‌کنیم:

۱- فقه شافعی: معتقد به استقلال ولی می‌باشد که می‌تواند باکره را اجبار به تزویج نماید، خواه صغیره باشد، خواه کبیره (فیروز آبادی، المهدب: ۴۲۹/۲؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء: ۵۸۲/۲) و استدلال کرده‌اند به آیه‌ها و روایت‌ها از جمله:

الف: آیه‌ی ۳۲ از سوره‌ی بقره عام است و شامل صغیره و کبیره می‌شود، چرا که «ایم» به کسی گفته می‌شود که شوهر نداشته باشد و وقتی که ولایت بر باکره ثابت شد خودش نمی‌تواند ولی خودش باشد.

ب: روایت لانکاح الابولی (ابن ماجه، سنن: ۱/ح ۱۸۷۹؛ ابن داود، سنن: ۲/ح ۲۰۸۵) که عایشه از پیامبر نقل کرده است که حضرت فرمودند: هیچ نکاحی بدون ولی منعقد نمی‌شود و از

این رو استنباط شده است که اگر زنی عقد نکاح منعقد کند عقد صحیح نیست (ابن قدامه الکافی فی فقه: ۹/۳)

و همچنین روایت زهدی از عایشه نقل می‌کند که: رسول خدا(ص) فرمود: «هرگاه زنی بدون اذن ولیش ازدواج نماید نکاحش باطل است، نکاحش باطل است، نکاحش باطل است و اگر مرد با او آمیزش کند باید در مقابل استحلال فرج، مهر وی را بپردازد و در صورت اختلاف در مقدار مهریه، حاکم شرع ولی کسی است که ولی ندارد» (ابن داود، سنن، ۲/۲۰۸۳) در نتیجه نکاح بدون اذن ولی را با سه بار تأکید باطل دانسته‌اند

ج- انواع ضرر برای نکاح دختر

نکاح برای دختر از چند نظر ضرر دارد ضرر نفسی و ضرر حکمی. ضرر نفسی به این خاطر که زن با تزویج برده می‌شود و اسیر می‌گردد بردگی هم نوعی ضرر است یعنی اراده و اختیار خود را از دست می‌دهد.

اما ضرر حکمی بدین جهت که زن با تزویج به تملک در می‌آید چون زوج با تزویج مالک منافع بضع می‌شود و می‌تواند استیفای حق نماید با وطی و هم با طلاق اسقاط حق نماید و این ضررها جز با مصلحتی که توجیه‌کننده باشد نمی‌توان بدان اقدام کرد تا بتوان این ضررها را جبران ساخت و این مصلحت جز با یک نظر کامل مورد تشخیص قرار نمی‌گیرد و چون رأی زن ناقص است رأی وی نمی‌تواند معیار باشد (الکاسانی، بدائع الصنایع: ۲/۲۴۷)

۲- فقه حنبلی و مالکی: در فقه حنبلی و مالکی نیز مشهور فقها به استقلال پدر در تزویج باکره بالغه رشیده هستند با استدلالاتی که در فقه شافعی آمده است. تنها تفاوتی که بین مذهب شافعی و مذهب حنبلی و مالکی در این زمینه وجود دارد این است که شافعی حق اجبار دختر را بر نکاح هم برای پدر هم برای جد پدر قائل هستند اما دو مذهب حنبلی و مالکی فقط برای پدر حق را قائل شده‌اند چرا که شافعیه معتقدند که جد علاوه بر این که ولایت عصبه دارد، ولایت ناشی از ولادت نیز دارد (النووی، المجموع: ۲۶۲/۱۷)

۳- فقه حنفی: مشهور فقهای حنفیه معتقدند به استقلال دختر در امر ازدواج هستند و فقط مستحب می‌دانند که دختر در این امر از پدر خود متابعت نماید و برای اثبات این نظریه به آیه‌ها و روایت‌ها استدلال کرده‌اند:

الف- آیه‌ی شریفه‌ی ۲۳۲ از سوره بقره^۱: که منع اولیا از تزویج زنان نسبت به خویشان به معنای این است که آنان حق انتخاب داشته و می‌توانند در آن نظر دهند

ب- روایتی که از ابن عباس نقل شده که پیامبر(ص) فرمود: الایم احق بنفسها من ولیها «(ابن ماجه، سنن: ۶۰۱/۱ ابن داود، سنن: ۲۳۲/۲) که دختر در باره‌ی تصمیم‌گیری در حق خویشان سزاوارتر است و «ایم» به معنای کسی است که شوهر ندارد، خواه ثیب باشد یا باکره

ج- وقتی که دختر بالغ و عاقل و آزاده باشد، خودش بر نفس خویش ولایت دارد، بنابراین مولی علیه باقی نمی‌ماند همانند پسر بالغ و عاقل و در نتیجه ولایت فقط بر دختر در زمان صغر ثابت است چرا که نکاح نوعی تصرف در منافع دختر می‌باشد که مصلحت دین و دنیای دختر را تأمین می‌نماید و دختر هم چه در زمان صغر و چه پس از بلوغ بدان نیازمند است و چون خودش نمی‌تواند در زمان صغر مصلحت را احراز نماید و پدر هم قدرت بر آن دارد، بنابراین برای پدر ثابت است و اگر دختر بالغ شد حقیقتاً عجز از بین می‌رود و خودش ولی خودش می‌گردد چرا که ولایت به سبب وجود ضرورت ثابت بوده است و پس از دفع ضرورت دلالت نیز از بین می‌رود (الکاسانی، بدائع الصنایع: ۲۴۸/۲)

بنابراین در بین فقهای اهل سنت فقط فقهای حنفیه قائل به استقلال دختر باکره رشیده در امر ازدواج هستند ولی فقهای مالکی و شافعی و حنبلی معتقدند که ولی بر دختر باکره رشیده ولایت دارد و می‌تواند بودن اذن و رضایت دختر او را به عقد دیگری در آورد که اصطلاحاً به این ولی ولی مجبر گفته می‌شود. (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۵۸۵/۲)

ازدواج دختر باکره‌ی بالغه‌ی رشیده در قانون مدنی:

قانون مدنی از نظر رایج بین فقهای معاصر امامیه پیروی کرده و اجازه پدر و جد پدری را در نکاح دختر باکره و رشیده لازم دانسته است. در نظام حقوق مدنی قبل از انقلاب پسر و دختر با رسیدن به سن ۱۸ سال تمام شمسی از حجر خارج می‌شدند و اصولاً در امور خود استقلال پیدا می‌کردند و خانواده حق دخالت در اعمال آنان را نداشت، با این وجود در مورد دختر، این قاعده دارای استثنایی بود که در ماده‌ی ۱۰۴۳ قانون مدنی پیش‌بینی شده بود. این ماده مقرر می‌داشت که: «نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده اگر چه بیش از ۱۸ سال تمام داشته باشد متوقف به اجازه پدر یا جد پدری او است با اصلاح قانون مدنی به سال ۱۳۶۱ و لغو سن ۱۸ سال سن کبر و قبول معیار بلوغ به عنوان قابلیت صحی برای ازدواج ماده‌ی ۱۰۴۳ قانون مدنی هم اصلاح شد تا به فقه امامیه و موارد دیگر قانون مزبور هماهنگی کامل داشته باشند. ماده‌ی ۱۰۴۳ اصلاحی چنین مقرر می‌داشت: «نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده، اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه‌ی پدر یا جد پدری اوست...»

در سال ۱۳۷۰ ماده‌ی ۱۰۴۳ قانونی مدنی، بار دیگر به شرح زیر اصلاح گردید (صفایی، امامی، حقوق خانواده: ۷۸/۱): «نکاح دختر باکره‌ی رشیده را موضوع این حکم قرار می‌داد. ولی قانون‌گذار رشد را مورد عنایت قرار نداده و به سن بلوغ اکتفا کرده است، در حالی که علاوه بر سن بلوغ، احراز رشد در امر نکاح نیز لازم است؛ زیرا در صورت عدم احراز رشد، ولایت پدر به اتفاق فقیهان امامیه استمرار دارد و تنها استمرار ولایت بر دختر باکره‌ی رشیده محل اختلاف است که قانون‌گذار در این ماده بر خلاف قول مشهور، اخذ اجازه‌ی پدر یا جد پدری را ضروری دانسته است برخی از حقوق‌دانان ماده‌ی ۱۰۴۳ ق.م. را پیروی از قول تشریک یعنی انتخاب دختر و اجازه پدر دانسته‌اند تا هم رعایت شخصیت نوجوان در انتخاب همسر آینده‌ی خود بشود و هم پدر یا جد پدری بتواند از ازدواج نامناسب او جلوگیری کند، آمیزه‌ای از عشق و تجربه‌ی استواری نکاح و سعادت دختر را تضمین کند (کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده: ۸۱) البته قانون‌گذار در ذیل ماده‌ی ۱۰۴۳ مقرر می‌دارد: «هر گاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، دختر

می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص، به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید.

نتیجه

فقهای امامیه و هم‌چنین فقهای اهل سنت به ولایت پدر و جد پدری بر دختر صغیره و بالغه‌ی غیر رشیده اتفاق نظر دارند، اما در ولایت بر دختر باکره بالغه رشیده میان فقها اختلاف نظر وجود دارد نظرها و اقوال فقهای امامیه را در پنج قول می‌توان جمع‌بندی کرد: الف) استمرار ولایت پدر و جد پدری بر باکره رشیده ب) استقلال باکره‌ی رشیده در ازدواج ج) تشریک در ولایت د) استمرار ولایت برای پدر و جد در ازدواج دایم نه منقطع ه) استمرار ولایت در ازدواج منقطع و سقوط آن در ازدواج دایم.

مشهور این اقوال در بین فقهای متقدم و متاخر امامیه قول، استقلال باکره‌ی رشیده در ازدواج می‌باشد در فقه اهل سنت نیز دو قول مطرح است که فقهای شافعی، مالکی و حنابله قایل به استقلال ولی در تزویج باکره‌ی رشیده می‌باشد ولی فقهای حنفی معتقد به استقلال دختر باکره در امر ازدواج هستند

قانون مدنی ایران نیز به تبعیت از فقهای معاصر قول تشریک را پذیرفته و اخذ اجازه‌ی پدر یا جد پدری را برای ازدواج باکره‌ی بالغه‌ی رشیده ضروری دانسته است.

فهرست منابع و مآخذ:

* قرآن کریم

۱. ابن حمزه، محمد بن علی، الوسیله الی نیل الفضیله، قم، مکتبه المرعشی النجفی، ۱۴۰۸ ق
۲. ابن ماجه، محمد بن یزید القزوینی، سنن ابن ماجه، بیروت، دارالکتب العلمیه، بی تا
۳. ابن داود، سلیمان بن الأشعث الجستانی، سنن ابی داود، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۶ ق
۴. ابن قدامه، موفق الدین عبدالله، الکافی فی فقه الامام احمد حنبل، بیروت، دارالکتب العلمیه ۱۴۱۴ ق
۵. اردبیلی، محمد بن علی، جامع الرواه، قم، مکتبه المرعشی النجفی ۱۴۰۳ ق
۶. انصاری، مرتضی، کتاب النکاح، قم، المؤتمر العالمی بمناسبه الذکر الثانیه لمیلاد الانصاری، ۱۴۱۵ ق
۷. بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضره، قم، موسسه اسلامی، بی تا
۸. بهجت، محمد تقی، توضیح المسائل، قم، مکتب سماحه بهجت، ۱۳۷۷
۹. الحر العاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، بیروت، دراحیاء التراث العربی، بی تا
۱۰. حلبی، ابوالصلاح، الکافی فی الفقه، اصفهان، مکتبه الامام امیرالمومنین، ۱۳۶۲
۱۱. حلّی، یحیی بن سعید، الجامع للشرائع، قم، مؤسسه سید شهید، ۱۴۰۵ ق
۱۲. خوئی، سید ابوالقاسم، مستند العروه الوثقی، نجف مطبعه الأداب، ۱۴۰۴ ق
۱۳. سیستانی، سید علی، توضیح المسائل، قم، انتشارات عالم افروز، چاپ دوم، ۱۳۸۷
۱۴. سید مرتضی، علی بن حسین، الانتصار، قم، منشورات الشریف الرضی، بی تا
۱۵. شهید اول، محمد بن جمال الدین مکی، اللمعه دمشقیه، بیروت، مؤسسه فقه الشیعه، ۱۴۱۰ ق
۱۶. شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۳
۱۷. — روضة البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، بیروت، موسسه الاعلمی، بی تا
۱۸. صدوق، محمد بن علی بن حسین، من لایحضره الفقیه، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۳
۱۹. صفائی؛ حسین و اسدالله امامی، حقوق خانواده، انتشارات دانشگاه تهران ۱۳۸۰
۲۰. طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، قم، موسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق
۲۱. طباطبایی حکیم، محسن، مستمسک العروه الوثقی، قم، مکتبه المرعشی النجفی ۱۴۰۴ ق
۲۲. طوسی، محمد بن حسن، الاستبصار، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ق
۲۳. تهذیب الاحکام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵
۲۴. — تذکره الفقهاء، قم، منشورات مکتبه المرتضویه، بی تا
۲۵. علامه حلّی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام، قم، موسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق
۲۶. فاضل لنکرانی، محمد، توضیح المسائل، قم، انتشارات مهر ۱۳۸۵
۲۷. فاضل هندی، محمد بن حسن اصفهانی، کشف اللثام، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۰ ق
۲۸. الفیروز آبادی شیرازی، ابراهیم بن علی بن یوسف، المهذب فی فقه الامام الشافعی، دارالفکر، بی تا

۲۹. فخر المحققین، محمدبن حسن، ایضاح الفوائد، قم، المطبعه ۱۳۸۹ ق
۳۰. فیض کاشانی، محمدبن شاه مرتضی، الرسائل الفقہیہ، به تصحیح و تحقیق سید ابوالقاسم نقیبی، انتشارات مدرسه عالی شهید مطهری ۱۳۷۸
۳۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (خانواده) تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵
۳۲. الکاسانی، علاء الدین ابی بکر بن مسعود، بدائع الصنائع، بیروت، دارالکتب العلمیه ۱۴۰۵ ق
۳۳. کلینی، محمدبن یعقوب، الفروع من الکافی، تهران، دارالکتب الاسلامیه ۱۳۷۵
۳۴. مامقانی، عبدالله، تنقیح المقال فی علم الرجال، قم، موسسه آل البيت، ۱۴۲۴ ق
۳۵. محقق حلّی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام، قم، موسسه اسماعیلیان، چاپ سوم ۱۳۷۳
۳۶. محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد، قم، موسسه آل البيت، چاپ دوم ۱۴۱۵ ق
۳۷. مرعشی، سید محمد حسن، «بررسی و نقد مبانی ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی» فصلنامه رهنمون ۱۳۸۲
۳۸. مفید، محمد بن نعمان، المقنعه، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ ق
۳۹. مغنیه، محمد جواد، الفقه علی المذاهب الخمسه، مترجمان: مصطفی جباری و حمید مسجدسرایبی، انتشارات فقهونوس ۱۳۷۹
۴۰. مکارم شیرازی ناصر، انوار الفقاهه (النکاح) قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع) ۱۴۳۵ ق
۴۱. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شریع الاسلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ سوم ۱۳۶۲
۴۲. نراقی، احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعه، قم، موسسه آل البيت، ۱۴۱۹ ق
۴۳. النووی، محی الدین، المجموع، بیروت دارالفکر، ۱۴۲۱ ق