

پژوهشی در وضعیت نکاح و مهر سفیه در فقه و حقوق ایران

محمد مهدی الشریف *

تاریخ تأیید: ۹۴/۴/۲۶

تاریخ دریافت: ۹۳/۹/۲۵

مریم جلالی **

زهرا اکرمی ابرقوئی ***

۶۹

حقوق اسلامی / سال یازدهم / شماره ۴۳ / زمستان ۹۳

چکیده

قانون مدنی در باب لزوم رشد در نفوذ نکاح، حکم صریحی ندارد. قریب به اتفاق فقیهان امامی به دلیل وجود تبعات مالی نکاح و بر اساس قواعد عمومی حجر سفیه و یا بر اساس نصوص خاص، نکاح سفیه بدون اذن ولی را غیر نافذ شمرده‌اند. برخی اساتید حقوق با تفکیک قرارداد راجع به مهر از نکاح، حجر سفیه را محدود به توافق راجع به مهر دانسته و اصل نکاح وی را نافذ قلمداد کرده‌اند. با توجه به پیوستگی مهر با عقد نکاح، این تفکیک قابل قبول به نظر نمی‌رسد. مهر از توابع نکاح و نوعی التزام ضمنی محسوب می‌شود و بر این اساس چاره‌ای جز حکم به حجر سفیه در امر نکاح به نظر نمی‌رسد. ریشه عدم تصریح قانونگذار به موضوع لزوم رشد در نکاح را باید در وضعیت ویژه سن بلوغ و اماره رشد در زمان تصویب قانون مدنی و افزوده شدن شرط «قابلیت صحیحی ازدواج» که بر اساس آن نکاح قبل از رسیدن به سن خاصی ممنوع بود، جستجو نمود.

واژگان کلیدی: نکاح، رشد، سفیه، مهر، حجر.

* استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان / نویسنده مسئول (alsharif46@yahoo.com).

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان (jalali.d.maryam@gmail.com).

*** کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان (Akrami.zahra87@yahoo.com).

مقدمه

عقد نکاح به دلیل ارتباط تنگاتنگی که با شخصیت انسان‌ها دارد در بین عقود از مکانتی ممتاز برخوردار است. از همین رو قانون مدنی صلاح کار را در آن دیده که یک بار دیگر قواعد عمومی صحت و نفوذ معاملات را در خصوص عقد نکاح بازگو کند و در این زمینه چندان اهتمام ورزیده که برخی احکام و فروعی که در مبحث مربوط به قواعد عمومی از قلم افتاده بود در مواد مربوط به نکاح تدارک شده و مورد تصریح قرار گرفتند. برای نمونه مسئله موالات یا توالی عرفی بین ایجاب و قبول تنها در ماده ۱۰۶۵ قانون مدنی به صراحت بیان شده است و یا مسئله تفکیک اکراه زائل کننده رضا از اکراه زائل کننده قصد که به ترتیب موجب عدم نفوذ و بطلان عقد می‌گردند، نه در مواد مربوط به اکراه در جلد اول قانون مدنی که در جلد دوم و در ماده ۱۰۷۰ مورد تصریح قرار گرفته است. مسئله عدم نفوذ عقدی که موکل در آن رعایت مصلحت موکل را نکرده، تنها در ماده ۱۰۷۴ ق.م.مورد تصریح قرار گرفته است. علی‌رغم اهتمام قانونگذار در تبیین تفصیلی شرایط صحت و نفوذ نکاح، قانون مدنی به نحو سؤال برانگیزی از حکم صریحی در باب اهلیت سفیه در امر نکاح و لزوم یا عدم لزوم رشد در نفوذ نکاح خالی است و این سکوت در حالی است که چنانچه خواهد آمد، قول نزدیک به اجماع و بلکه اجماعی فقهاء بر عدم استقلال سفیه در امر نکاح است. هر چند بموجب اصل ۱۶۷ ق.اساسی رجوع به منابع اسلامی و فتاوی معتبر، چاره‌ی کار در موارد سکوت قانون مدنی است؛ اما همان‌گونه که در صدر این اصل نیز تصریح شده، قاضی نخست باید بکوشد حکم مسئله را در قوانین مدونه بیابد و در مرحله بعد نوبت به منابع اسلامی و فتاوی معتبر می‌رسد. نگاهی به آثار شارحان قانون مدنی نشان می‌دهد که اغلب آنان معتقدند هر چند حکم نکاح سفیه به صراحت در قانون مدنی نیامده؛ اما قانون مدنی در این خصوص خالی از اشارت نیست و می‌توان با توسل به قرائن و اشاراتی که در قانون مدنی آمده دیدگاه مقنن را استخراج نمود. البته در این زمینه بین شارحان قانون مدنی اختلاف جدی وجود دارد و هر کدام از موافقان و مخالفان اهلیت سفیه در نکاح، اشارات و قرائن قانون مدنی را مؤید دیدگاه خود می‌دانند. برای نمونه برخی از اساتید از ماده

۱۰۶۴ ق.م به طور ضمنی استقلال سفیه در نکاح را استنباط کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۷۶) و برعکس برخی دیگر، این ماده را از شواهد لزوم رشد در نفوذ نکاح دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۱۰۵). راهکار دیگری که برای استخراج حکم نکاح سفیه از قانون وجود دارد، استفاده از عموماً و قواعد کلی باب حجر و اهلیت است. همان‌گونه که می‌دانیم قانون مدنی معاملات و تصرفات غیر رشید را به سه دسته تقسیم نموده که در دو دسته از آنها سفیه دارای اهلیت و استقلال است و تنها در یک دسته از این تصرفات، سفیه فاقد استقلال و اهلیت لازم می‌باشد. براین اساس، تصرفات حقوقی سفیه از سه قسم خارج نیست: ۱. تصرفات غیر مالی ۲. تصرفات مالی (بجز تملکات بلا عوض) ۳. تملکات بلاعوض. حکم هر کدام از این اقسام از منظر قانون مدنی روشن است؛ به تصریح ماده ۱۲۱۴ قانون مدنی، کلیه تصرفات مالی سفیه، جز تملکات بلاعوض محکوم به عدم نفوذاند و بر عکس هرگونه تملک مجانی از سوی سفیه، بدون نیاز به اذن یا اجازه ولی یا قیم سفیه، از اعتبار و نفوذ کامل برخوردار است. مفهوم ماده ۱۲۱۴ قانون مدنی نیز دلالت بر استقلال سفیه در انجام تصرفات غیر مالی خود دارد.

برای روشن شدن حکم نکاح سفیه کافی است، جایگاه نکاح در این طبقه‌بندی سه‌گانه روشن گردد. صرف نظر از دیدگاه نادر برخی اساتید که برای ماده ۱۲۱۴ قائل به مفهوم نبوده و استفاده اهلیت سفیه در امور غیر مالی از این ماده را نادرست می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۳۰۶). مسئله اصلی یا دست کم یکی از مسائل اصلی که موجب اختلاف نظر در خصوص نکاح سفیه در بین صاحب‌نظران گردیده، مسئله تعیین جایگاه نکاح در این تقسیم‌بندی است. در این صورت به اصطلاح حوزویان نزاع درباره درستی یا نادرستی نکاح سفیه، نزاعی صغروی است نه کبروی؛ زیرا همان‌گونه که دیدیم حکم کلی هر یک از اقسام سه‌گانه از حیث صحت و نفوذ، روشن است و صرفاً اختلاف به این موضوع باز می‌گردد که نکاح مصداق تصرف غیر مالی است یا تصرف مالی؟

گنج‌نیدن نکاح در یکی از اقسام سه‌گانه چندان آسان نیست. ماهیت پیچیده و دوجوه نکاح و وجود پاره‌ای آثار و تبعات مالی در نکاح منشأ این دشواری شده است؛

زیرا خواه‌ناخواه، نکاح با پاره‌ای مسائل مالی همچون مهریه و نفقه گره‌خورده است و بدون تردید، قرارداد مربوط به مهر نوعی تصرف مالی است و نمی‌توان سفیه را در انجام آن واجد اهلیت شمرد. بنابراین مسئله اصلی در واقع در این نکته خلاصه می‌شود که آیا می‌توان نکاح را از این حواشی و آثار مالی مجرد و مجزاً ساخت و برای آن حکم جداگانه‌ای در نظر گرفت یا خیر؟ کسانی که این تفکیک را امکان‌پذیر شمرده‌اند، حکم به استقلال سفیه در اصل نکاح داده و تنها از عدم استقلال و حجر وی در مورد مهر سخن گفته‌اند (کاتوزیان، همان) زیرا اصل رابطه زوجیت، حیثیت مالی نداشته و رابطه‌ای کاملاً غیرمالی محسوب می‌شود. در مقابل کسانی که از حجر سفیه در نکاح سخن گفته‌اند و نکاح را مستلزم تصرف در مال دانسته‌اند، گفته یا ناگفته، تفکیک نکاح از جنبه‌های مالی آن را منتفی دانسته‌اند (امامی، ج ۴، ص ۲۸۲ / صفایی، صص ۲۹ و ۱۰۵). البته نباید از یاد برد که در تمامی این اختلاف‌ها، موضوع بحث اهلیت سفیه در امر نکاح است نه اهلیت سفیه یا غیر رشیده و از همین رو هم در کلمات فقها و هم در استدلال حقوقدانان، پیرامون موضوع ارتباط یا عدم ارتباط نکاح با تصرفات مالی همچون مهر و نفقه گفتگو شده است. هرچند موضوع اصلی این نوشتار نیز اهلیت یا عدم اهلیت زوج سفیه است؛ اما به مناسبت و استطراداً به موضوع اهلیت سفیه نیز اشاراتی خواهیم داشت.

به هر روی، داوری در این مسئله محتاج نگاهی دوباره و همراه با تأمل به قانون مدنی و فقه امامیه و دلایل موافقان و مخالفان است و البته در مرحله نخست باید دید آیا از مجموع مواد قانون مدنی یا قوانین مربوط می‌توان دیدگاه قانونگذار را استخراج نمود؟ که در این صورت جایی برای رجوع به فقه و فتاوی معتبر فقهی باقی نمی‌ماند و در غیر این صورت چنانچه قانون مدنی در این مسأله ساکت یا فاقد صراحت و وضوح کافی باشد باید بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی، حکم مسئله را از طریق رجوع به فقه به عنوان منبع تکمیل و تفسیر قوانین روشن نمود. ما در این پژوهش افزون بر بررسی وضعیت نکاح سفیه که موضوع اصلی این نوشتار است، خواهیم کوشید به این پرسش نیز پاسخ دهیم که چرا قانونگذار که در موضوع شرایط و موانع نکاح بنای بر تفصیل داشته و در این تفصیل نیز همواره مطابقت و تبعیت از فقه را مد نظر داشته، در موضوع

اشتراط یا عدم اشتراط رشد در نفوذ نکاح از این رویه تخلف نموده و مسأله را در بوته اجمال و ابهام نهاده است؟

۱. نگاهی اجمالی به وضعیت نکاح سفیه در فقه امامیه

قول به عدم اهلیت بالغ سفیه در ادوار مختلف فقه به اشکال مختلف قابل بازیابی است. شیخ طوسی در مبسوط نه تنها حجر سفیه در امر نکاح و نیازمندی به مداخله و اذن ولی را مسلم می‌شمارد، بلکه ضرورت نکاح برای سفیه را نیز شرط اعمال ولایت ولی می‌داند. به گفته ایشان در فرض عدم حاجت سفیه به نکاح، ولی نمی‌تواند برای وی عقد نکاح منعقد نماید. استدلال شیخ بر این امر این است که نکاح به دلیل اشتغال بر مهر و نفقه، مستلزم ضرر سفیه است و ولی، حق انجام عملی که مستلزم ضرر مولی‌علیه باشد را ندارد (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۱۶۵). صاحب شرایع نیز نکاح سفیه را منوط به اذن ولی و مشروط به صورت ضرورت نکاح برای سفیه می‌داند (حلی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۲۲۱). هرچند محقق حلی دلیلی بر سخن خود ذکر نمی‌کند؛ اما فقهای پس از ایشان که به شرح کتاب وی پرداخته‌اند، در توجیه سخن وی گفته‌اند: طبق قاعده کلی سفیه از تصرفات مالی ممنوع است و نکاح نیز به دلیل اینکه مهر و نفقه بر آن مترتب است از جمله تصرفات مالی محسوب می‌گردد و لذا نکاح سفیه بدون وجود ضرورت حتی با اذن ولی ممنوع است (شهیدثانی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۱۵۰). صاحب جواهر نیز در شرح عبارت صاحب شرایع ادعای نفی خلاف نموده و البته این قید را به کلام محقق می‌افزاید که عدم اعتبار نکاح سفیه ناظر به فرضی است که ازدواج موجب اتلاف مالی از سفیه گردد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۹، ص ۱۹۱). هرچند این قید در کلمات سایر فقها نیامده ولی با توجه به استدلال آنها مبنی بر ممنوعیت سفیه از تصرفات مالی و منع ولی از اضرار به مولی‌علیه، کاملاً روشن است که نظر آنان نیز ناظر به همین فرض که فرض غالب است بوده و مواردی که در آن شخصی غیر از سفیه تعهد مهر و نفقه را نموده باشد – که البته فرض نادری است – مورد نظر آنان نبوده و از محل نزاع خارج است. مرحوم صاحب عروه نیز که از بزرگترین فقیهان متأخر به حساب می‌آید در کتاب ارزشمند خود صراحتاً از عدم نفوذ نکاح سفیه به غیر اذن ولی سخن گفته و تقریباً تمامی شارحان و

تعلیقه نویسان بر عروه، بر این حکم صححه گذارده‌اند. عبارت عروه چنین است: «لا یصح نکاح السفیه المُبَدَّرُ إلا بإذن الولی. و علیه ان یُعین المهر و المرأة» (یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۸۶۶). صاحب *حلائق* نخستین فقیهی است که به شرط ضرورت نکاح اعتراض نموده و منحصر نمودن جواز نکاح سفیه به ضرورت را مخالف مذاق شریعت مبنی بر تحریرص به ازدواج و تکثیر نسل شمرده و گفته است سفیه نیز بالغ و عاقل بوده و مکلف به تکالیف شرعی اعم از واجبات و مستحبات است که از جمله آنها نکاح است (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲، ص ۲۴۷). این اشکال صاحب *حلائق* باعث گردیده برخی از فقهای متأخر بر وی و به خصوص فقهای معاصر در بحث نکاح سفیه، صرفاً اذن ولی را لازم بشمارند؛ اما یا از شرط ضرورت سخنی نگویند (یزدی، همان) یا اینکه صراحتاً با آن به مخالفت برخیزند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص ۳۱۱ / سبحانی، [بی تا]، ج ۱، ص ۲۰۹).

چنان‌که اشاره شد تنها دلیلی که از ادوار اولیه فقه تا دوران معاصر بر عدم استقلال سفیه در نکاح ذکر گردیده، اشمال نکاح بر جنبه‌های مالی همچون مهر و نفقه است. به بیان روشن‌تر حکم به عدم اهلیت سفیه در نکاح حاصل یک صغری و کبری است که کبرای آن عدم اهلیت سفیه از تصرف در امور مالی و صغرای آن تصرف مالی قلمداد شدن نکاح به دلیل اشمال آن بر جنبه‌های مالی است. عبارت مرحوم علامه *حلی* که بیانی از دیدگاه رایج بین فقها امامیه است و با تعبیر مشابه در سایر کتب فقهی آمده چنین است: «لیس للسفیه ان یستقل بالتزویج لان النکاح یشتمل علی مؤن مالیه و لو استقل به لم یؤمن ان یفنی ماله فی المهر و النفقة فلا بد له من مراجعته الولی» (علامه *حلی*، ۱۳۸۸، ص ۶۱۰). این نحوه استدلال یعنی استدلال بر مبنای قواعد عمومی باب حجر تا دوران معاصر نیز ادامه داشته و اغلب فقیهانی که در مقام استدلال بر حجر سفیه در نکاح برآمده‌اند، به همین موضوع اشاره نموده‌اند. برای نمونه عبارت مرحوم حکیم در توجیه فتوای صاحب *عروه* مبنی بر حجر سفیه در نکاح که در سطور پیشین عیناً نقل شد چنین است: «وجه عدم نفوذ نکاحه (ای السفیه) آن النکاح تصرف فی المال، لما یترتب علیه من المهر و النفقة، و السفیه محجور عن ذلك إجماعاً. و هذا مما لا إشکال فیه» (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۴، ص ۴۵۹).

ظاهراً نخستین فقیهی که به این نحوه از استدلال خرده گرفته و برای حجر سفیه در

نکاح به نصوص و روایات استناد نموده است، مرحوم محقق خوئی است (خوئی، ۱۴۱۸، ج ۳۳، ص ۲۳۳). استدلال به نصوص برای اثبات حجر سفیه در کلمات برخی فقهای متأخر برایشان نیز به چشم می‌خورد، با این تفاوت که اینان بر خلاف مرحوم خوئی، برای اثبات مدعای خود هم به استدلال رایج در فقه یعنی حجر سفیه در امور مالی استناد نموده‌اند و هم به نصوص مورد استناد مرحوم خوئی (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص ۳۱۱). به هر تقدیر نخستین اشکالی که مرحوم خوئی بر استدلال مشهور می‌کند، اینکه از این استدلال صرفاً برای حجر «سفیه» در نکاح می‌توان استفاده نمود و این استدلال برای عدم اهلیت «سفیه» یا زن غیر رشید کارایی ندارد (همان). این اشکال قابل مناقشه است؛ اولاً به این دلیل که در کلمات فقها آنچه موضوع بحث بوده، حجر سفیه در نکاح بوده است، نه حجر سفیه و استدلال به اشمال نکاح بر مهر و نفقه و ممنوعیت تصرف سفیه در این امور نیز همین امر را نشان می‌دهد. لذا این استدلال اخص از مدعا نیست. ثانیاً توافق زوج با زوج در باب مهر هرچند معاوضه به معنای حقیقی کلمه نیست؛ اما به هر حال تردیدی نیست که قبول مهر از سوی زوج نیز عرفاً جنبه مالی داشته و تصرف مالی در معنای عام آن به حساب می‌آید (خلخالی، ۱۴۲۷، ص ۱۰۴) و ملاک حجر شامل چنین مواردی نیز می‌گردد. البته ناگفته نماند برخی فقهای بزرگ پا را از این نیز فراتر نهاده و با اعتقاد به تقابل بضع با مال، نکاح را نوعی تصرف مالی به معنای واقعی کلمه دانسته * (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۵۶) و از همین رو قواعد عمومی باب حجر را برای حکم به حجر «سفیه» نیز کافی دانسته‌اند.

اشکال دیگری که مرحوم خوئی بر استدلال مشهور گرفته‌اند، این است که این استدلال تنها در موردی تمام است که مهر عین معین باشد والا اگر مهر کلی فی‌الذمه باشد و یا مهر بر عهده غیر سفیه و از اموال دیگری باشد این استدلال کافی نیست. این اشکال نیز به نظر وارد نمی‌رسد؛ در باب بخش دوم اشکال یعنی فرضی که شخصی غیر از سفیه متعهد مهر و نفقه است، پیش‌تر توضیح داده شد و گفتیم که با توجه به استدلال فقها مبنی بر حجر سفیه در امور مالی، روشن است که فرض نادر تقبل مهر و نفقه از

* و الظاهر دخول ترویجها نفسها فی التصرفات المالیة من جهة مقابلة البضع بالمال، فلا يجوز بدون إذن الولی، أما الذکر [یعنی حجر سفیه مذکر] فظاهر، لان الصداق منه [ای من التصرفات المالیة].

سوی ثالث، مورد نظر فقهای قائل به حجر سفیه در نکاح نبوده است و اما در خصوص بخش نخست این اشکال که گفته‌اند استدلال به حجر سفیه در امور مالی در مورد مهرهای کلی و بر ذمه کاربرد ندارد، باید گفت این ایراد مبتنی بر دیدگاه کسانی همچون خود مرحوم خوئی است که حجر سفیه را محدود به اموال بالفعل وی می‌دانند (خوئی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۷۹) و او را در تصرف در ذمه محجور نمی‌شمارند؛ اما بنابر نظر بسیاری از فقها که حجر سفیه را بر خلاف مفلس محدود به تصرف در اموال بالفعل خود ندانسته و شامل تصرف در ذمه نیز می‌دانند (اصفهانی، ۱۴۲۲، ص ۴۸۶)، این اشکال وارد نیست. به بیان روشن‌تر اگر مبنای فقیهی در باب حجر سفیه، این باشد که حجر وی مخصوص تصرف در اموال موجود او است، این اشکال موجه خواهد بود و سفیه در تعیین مهر کلی محجور نبوده و مستقل است؛ زیرا این کار موجب تصرف در اموال بالفعل وی نمی‌شود و تنها ذمه او را مشغول می‌سازد؛ اما بر مبنای کسانی که معتقد به عموم حجر سفیه بوده و وی را در تصرف در ذمه نیز محجور می‌دانند، اشکال مرحوم خوئی بلاوجه خواهد بود. مثال زیر برای درک روشن‌تر تفاوت این دو دیدگاه می‌تواند مفید باشد. بر بنیاد دیدگاه اول هر چند سفیه در فروش یک تن برنج موجود و متعلق به خودش فاقد اهلیت لازم است؛ اما در فروش یک تن برنج به صورت کلی و بر ذمه با مشکلی روبرو نیست؛ زیرا در اموال بالفعل خود تصرف نکرده است؛ اما بر بنیاد دیدگاه دوم تفاوتی بین بیع عین معین یا عین کلی از ناحیه سفیه نبوده و هر دو مصداق تصرف مالی محسوب شده و سفیه در انجام آن محتاج اذن ولی است. همین تفاوت در مورد سایر تصرفات بر ذمه مانند قرض گرفتن سفیه یا خرید با ثمن بر ذمه یا اجاره عین کلی یا اجاره با اجرت کلی بین این دو دیدگاه وجود دارد و دیدگاه نخست، سفیه را در انجام تمامی این موارد دارای اهلیت کامل می‌داند. نتیجه‌ای که با حکمت حجر سازگار نیست و اغلب فقهای معاصر و حتی شاگردان مرحوم خوئی نیز در این مسئله با استاد خود مخالفت نموده و تصریح نموده‌اند که حجر سفیه عام بوده و هم شامل تصرف در اموال بالفعل وی می‌شود و هم شامل تصرف در ذمه (خمینی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۱۵ / صافی، ۱۴۱۶، ص ۱۱۵ / سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۳۵ / وحید خراسانی، ۱۴۲۸، ج ۳، ص ۲۰۶). وانگهی با توجه به اطلاق کلام فقها در باب حجر سفیه در نکاح

و نیز با توجه به اینکه اغلب مهرها، مهر کلی و بر ذمه است، می‌توان گفت فقهایایی که به نحو مطلق از حجر سفیه و لزوم مداخله ولی در نکاح سفیه سخن گفته‌اند، به طور ضمنی این نکته را نیز تأیید نموده‌اند که از نظر آنان تعیین مهر کلی و بر ذمه نیز مصداق تصرف مالی بوده و سفیه در آن محجور به حساب می‌آید.

اشکال دیگری که مرحوم خوئی بر استدلال رایج گرفته‌اند به مسئله نفقه باز می‌گردد. به گفته ایشان وجوب انفاق حکمی شرعی است که مترتب بر نکاح است و مصداق تصرف مالی از سوی سفیه به حساب نمی‌آید تا سخن از حجر سفیه نسبت به آن قابل طرح باشد (خوئی، ۱۴۱۸، ج ۳۳، ص ۲۳۳). این اشکال که از سوی یکی از اساتید حقوق نیز مطرح گردیده (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۷۶)، همانند اشکالات پیشین قابل تأمل به نظر می‌رسد؛ زیرا درست است که وجوب انفاق حکم شرعی مترتب بر نکاح است و اراده سفیه در ایجاد آن نقش ندارد؛ اما از یاد نباید برد که میزان نفقه تابع شئون زن است و سفیه با انتخاب همسر، در واقع میزان تعهد خود به نفقه را نیز مشخص می‌سازد. به بیان روشن‌تر سفیه که قدرت تشخیص صلاح و فساد در امور مالی را ندارد، در انتخاب همسر نمی‌تواند تشخیص دهد که توان تأمین نفقه همسر مورد نظر خود را دارد یا حتی از پرداخت نفقه یک ماه وی نیز عاجز است و همین امر مداخله ولی که به حسب فرض فردی رشید در امور مالی است را ایجاب می‌کند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱، ص ۱۰۸).*

به هر روی مرحوم محقق خوئی برای اثبات عدم اهلیت سفیه در امر نکاح به جای استدلال به حجر سفیه در امور مالی به روایت صحیحه *عبدالله بن سنان* استناد نموده‌اند. عبارت کلیدی این روایت بخش پایانی آن است که امام علیه السلام می‌فرماید: «إذا بلغ و کتب علیه الشیء جاز أمره، إلا ان یکون سفیهاً أو ضعيفاً». به موجب این روایت، شخص پس از بلوغ در امور خود مستقل است، مگر اینکه سفیه یا ضعیف‌العقل باشد. این روایت به وضوح بر عدم جواز امر سفیه و بقا ولایت بر وی دلالت دارد.

* حیثان تعیین المرأة لا یرتبط بالمهر فقط، بل له أثر فی المستقبل بلحاظ اختلافهن فی الشآن، و اللزوم فی النفقة الواجبة علی الزوج رعاية شأن المرأة من هذه الجهة، فاللازم ان یکون اختیار المرأة و تعیینها بيد الولی.

آنچه تاکنون گفته شد مربوط به پیشینه مسأله حجر سفیه در نکاح بود؛ اما پیشینه تاریخی مسئله نکاح زن سفیه یا سفیهه وضعیتی متفاوت دارد. هرچند بر حجر زن سفیهه در امر نکاح نیز ادعای اجماع و نفی خلاف شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۱۲۰)؛ اما تتبع در کتب فقها نشان می‌دهد که برخلاف مسئله نکاح سفیه که تقریباً تمامی فقهای که به بحث از ولایت در نکاح پرداخته‌اند به موضوع حجر سفیه نیز پرداخته و بر حجر وی صحه گذارده‌اند، در اغلب این کتب، سخن از حجر سفیهه نیست. ظاهراً علت عدم تعرض بسیاری از فقها به موضوع ازدواج سفیهه این بوده که با وجود صحیحیه فضلاً* از امام صادق^ع که صراحتاً دلالت بر عدم استقلال سفیهه در تزویج دارد (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۱۵۱/خویی، همان)، این موضوع جای اختلاف نداشته و به اصطلاح متسالم‌فیه بوده است. در تأیید این ادعا می‌توان به بحث جنجالی استقلال یا عدم استقلال باکره رشیده در فقه اشاره نمود. با اندک تأملی معلوم می‌شود که در نزد طرفین این بحث، مسئله حجر بالغه سفیهه مفروغ‌عنه بوده است و آنچه محل تردید و نزاع بوده است، مسئله استقلال یا عدم استقلال بالغه باکره رشیده بوده است.

به طور خلاصه می‌توان گفت، در بین فقها در عدم اهلیت سفیهه و نیز سفیهه اختلافی به چشم نمی‌خورد و تنها اختلاف در نحوه استدلال و مستند این حکم و یا در لزوم شرط ضرورت نکاح برای سفیهه است و چنانچه دیدیم تا زمان معاصر، اغلب فقها بر مبنای جنبه‌های مالی نکاح و ممنوعیت سفیهه در امر نکاح، حجر سفیهه را توجیه می‌نمودند ولی برخی فقهای معاصر این حکم را با استناد به نصوص دال بر حجر سفیهه اثبات می‌نمایند. در پایان این بحث تذکر این نکته لازم است که مراد فقها از وجود ولایت در نکاح سفیهه، استقلال ولی در نکاح نیست آن گونه که در مورد مجنون یا صغیر مطرح است، بلکه مراد ازان لزوم اذن ولی است (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۱۷). بنابراین اگر پدر بدون رضا و بر خلاف میل سفیهه برای وی عقد نکاح منعقد نماید، اعتباری ندارد (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳، ج ۴، ص ۱۳۴).

* متن روایت بدین شرح است: «المرأة التي قد ملكت نفسها، غير السفیة ولا المولی علیها تزویجها بغیر ولی جائز».

۲. بررسی و نقد دلایل معتقدان به صحت نکاح سفیه

در بین اساتید حقوق مدنی ایران، ظاهراً مرحوم استاد دکتر کاتوزیان نخستین اندیشمندی است که نظریه اهلیت سفیه در نکاح را مطرح و بران استدلال کرده‌اند (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۷۶). این نظر از سوی برخی دیگر از نویسندگان حقوقی مورد تبعیت قرار گرفته است (دیانی، ۱۳۷۹، ص ۵۹). ایشان در اثبات مدعای خود به دلایلی همچون نحوه انشا ماده ۱۰۶۴ قانون مدنی و عدم ذکر رشد در عداد شرایط عاقد در این ماده، تمایز قرارداد مربوط به مهر از اصل قرارداد ازدواج و غیر مالی بودن اصل نکاح و عدم ارتباط الزام به انفاق با اراده سفیه و بالاخره اختلافی بودن موضوع در فقه و عدم اجماع در خصوص حجر سفیه در نکاح اشاره نموده‌اند؛ اما در ادامه به تک تک این دلایل اشاره و به ارزیابی آنها می‌پردازیم.

۲-۱. دلیل اول - استناد به مفهوم ماده ۱۰۶۴ ق.م برای اثبات اهلیت سفیه

ماده ۱۰۶۴ در مقام بیان شرایط عاقد در عقد نکاح چنین مقرر داشته: «عاقد باید بالغ و عاقل و قاصد باشد». همان‌گونه که پیداست قانونگذار «رشد» را در عداد شرایط عاقد نکاح ذکر نکرده و از همین سکوت می‌توان به طور ضمنی عدم اشتراط «رشد» در امر نکاح را استنباط نمود (همان، ص ۱۵).

۲-۲. نقد و ارزیابی

به نظر می‌رسد استفاده عدم ضرورت رشد و اهلیت سفیه در امر نکاح از ماده ۱۰۶۴، با دیدگاه نویسندگان قانون مدنی و اصول تفسیر منطبق نیست؛ زیرا اولاً این ماده در مقام بیان شرایط عاقد یا مجری صیغه عقد نکاح است نه شرایط زوجین (محقق داماد، ۱۳۷۶، ص ۱۷۵)؛ و این شرایط الزاماً با شرایط زوجین یکی نیست. نحوه انشا ماده قبل از ماده ۱۰۶۴ یعنی ماده ۱۰۶۳ ق.م نیز این برداشت را تأیید می‌کند. به موجب ماده ۱۰۶۳ ق.م: «ایجاب و قبول ممکن است از طرف خود مرد و زن صادر شود یا از طرف اشخاصی که قانوناً حق عقد دارند». برای مثال در عقدی که صغیر ممیز برای فرد بالغ و عاقل و رشید منعقد می‌کند، در اهلیت طرف عقد نکاح تردیدی نیست ولی به

لحاظ عدم رعایت شرایط عاقد که از جمله آنها بلوغ است، عقد نکاح منعقد نمی‌شود. بر عکس عقد نکاحی که سفیه به وکالت از شخص رشید و برای وی منعقد می‌کند، از حیث شرایط لازم برای عاقد با مشکلی روبرو نیست. از همین رو تقریباً در فقه تردیدی در صحت و اعتبار صیغه‌ای که سفیه به وکالت از شخص رشید، مُجریان بوده است، وجود ندارد (کاشف الغطاء، ۱۴۲۳، ج ۴، ص ۱۲۹).^{*} در توجیه اعتبار صیغه‌ای که سفیه برای دیگری اجرا می‌نماید گفته‌اند، آنچه سفیه در آن محجور است، تصرف در امور مالی خود است و در این مورد سفیه در مال خود تصرف نمی‌نماید. البته از ظاهر ماده ۶۶۲ ق.م. بر می‌آید که قانونگذار ما از این حیث سخت‌گیری بیشتری را روا داشته و وکالت و کیلی را معتبر می‌شمارد که در انجام همان عمل برای خود اهلیت داشته باشد و لذا بر اساس ماده ۶۲۲ ق.م. سفیه نه تنها در تصرف مالی برای خود محجور است، بلکه در دخالت در امور مالی دیگران از طریق وکالت نیز محجور و ممنوع‌التصرف است. به بیان دیگر سفیه در امری می‌تواند به وکالت از دیگری اقدام نماید که برای انجام همان تصرف برای خود اهلیت داشته باشد. بنابراین لازمه‌ی اعتقاد به عدم اهلیت سفیه در انشا نکاح برای خود این است که او نتواند به عنوان عاقد، صیغه نکاح را برای دیگری نیز اجرا نماید. البته با توجه به خاص بودن ماده ۱۰۶۴ ق.م. نسبت به ماده ۶۶۲ و صراحت ماده ۱۰۶۴ در عدم اشتراط رشد در مورد عاقد نکاح، این احتمال نیز قوی است که بگوییم هرچند با توجه به ماده ۶۶۲ ق.م. اصل بر این است که بین اهلیت برای انجام عمل برای خود و اهلیت انجام عمل برای دیگری، ملازمه وجود دارد؛ اما این اصل با ماده ۱۰۶۴ ق.م. تخصیص خورده است و اگرچه اصل این است که سفیه نمی‌تواند در تصرفات مالی به وکالت از دیگران انشا عقد نماید؛ اما نکاح از این قاعده مستثنی است و عقد نکاحی که سفیه برای دیگران و به وکالت از آنان انشا می‌کند به دلیل فراهم بودن تمامی شرایط لازم برای عاقد که در ماده ۱۰۶۴ احصا شده، فاقد اشکال بوده و محتاج تجدید نیست.

پیشینه تاریخی این ماده در فقه نیز قرینه روشنی است که حکایت از نادرستی

^{*} و لا يعتبر فی العاقد من حیث اجرائه لصیغه العقد - رشداً ... فیصح عقد السفیه لنفسه باذن الولی او اجازته و لغیره وکالة او فضولا مطلقاً.

برداشت استقلال سفیه در نکاح از ماده ۱۰۶۴ دارد؛ زیرا در فقه نیز هر چند فقها تنها از بلوغ و عقل و قصد به عنوان شرایط عاقد سخن گفته‌اند، اما مراد آنان از انحصار شرایط عاقد به شرایط سه گانه عقل و بلوغ و قصد، ابداً به معنای اهلیت سفیه یا عدم لزوم رشد نیست. چه تقریباً تمامی آنها در بحث از ولایت در نکاح، بر عدم استقلال سفیه در نکاح تصریح کرده‌اند. توضیح اینکه برخی از فقها در مقام بیان شرایط عاقد در نکاح، از «کمال» به عنوان شرط عاقد سخن گفته‌اند و در تفسیر «کمال» آن را به «عقل» و «بلوغ» تفسیر کرده‌اند و سپس «قصد» عاقد به مدلول عقد نکاح را نیز بر شرایط عاقد افزوده‌اند که در مجموع با مفاد ماده ۱۰۶۴ ق.م.یکسان است. برای نمونه عبارت مرحوم سیدمحمد کاظم یزدی در کتاب العروة الوثقی که از کتاب‌های فقهی بسیار معتبر و مورد توجه نویسندگان قانون مدنی است عیناً چنین است: «یشترط فی العاقد المجری للصیغه الکمال بالبلوغ و العقل، سواء كان عاقداً لنفسه او لغيره وكالة او ولاية او فضولاً» (یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۸۵۴). برخی دیگر از متون فقهی با عباراتی بسیار نزدیک با ماده ۱۰۶۴ ق.م. شرایط سه گانه عاقد را یکجا و در کنار یکدیگر ذکر کرده‌اند. برای نمونه عبارت کتاب *تحریر الوسیله* چنین است: «یشترط فی العاقد المجری للصیغه البلوغ و العقل..... و کذا یعتبر فیہ القصد» (خمینی، [بی تا]، ج ۲، ص ۲۴۹)؛ اما از این عبارات که نمونه‌ای از بسیار است و در همه آنها از رشد به عنوان شرایط عاقد سخنی در بین نیست به هیچ روی نباید استقلال سفیه در نکاح را استفاده نمود؛ چراکه تمام آنان که فقط از بلوغ و عقل و قصد در عاقد سخن گفته‌اند، در مبحث ولایت در نکاح تصریح نموده‌اند که سفیه در نکاح خود استقلال نداشته و محتاج اذن ولی است مثلاً صاحب *عروه* پس از ذکر شرایط عاقد در چند مسئله بعد می‌نویسد: «لا یصح نکاح السفیه المُبَدَّر الا باذن الولی» (یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۸۶۶) و در کتاب *تحریر الوسیله* نیز پس از بیان شرایط سه گانه بلوغ و عقل و قصد به عنوان شرایط عاقد، پس از چند سطر بر عدم اهلیت سفیه در نکاح تصریح شده و چنین آمده است: «السفیه المُبَدَّر المتصل سفیه بزمان صغره أو حُجْر علیه للتبذیر لا یصح نکاحه إلا بإذن أبیه» (خمینی، [بی تا]، ج ۲، ص ۲۵۵).

اما چگونه ممکن است از یکسو رشد را برای عاقد نکاح لازم ندانست و از دیگر سوی فتوا به عدم نفوذ نکاح سفیه بدون اذن ولی داد؟ با اندک تأملی در کلام فقها

می‌توان دریافت که در بحث از شرایط عاقد، سخن بر سر شرایط مُجری صیغه عقد نکاح است نه شرایط زوجین. عاقد کسی است که متصدی انشا صیغه نکاح می‌گردد اعم از آنکه عقد را برای خود اجرا کند یا برای دیگری و در فرض اخیر ممکن است از باب ولایت به اجرای صیغه پردازد یا از باب وکالت و یا حتی بصورت فضولی. بنابراین در بحث از شرایط عاقد سخن در این نیست که مثلاً سفیه یا صغیر اهلیت برای نکاح دارند یا خیر؟ بلکه سخن بر سر این است که آیا سفیه و صغیر اهلیت برای اجرای صیغه نکاح ولو برای دیگری را دارند یا خیر؟ از همین رو از اشتراط بلوغ و عقل و قصد در عاقد و عدم ذکر رشد در شرایط عاقد نمی‌توان اهلیت سفیه در نکاح برای خود را استفاده نمود.

به بیان دقیق‌تر ماده ۱۰۶۴ در مقام بیان شرایطی است که برای تحقق عنوان عقد ضرورت دارد، نه شرایط لازم برای نفوذ و اعتبار کامل عقد و دقیقاً به همین علت است که با وجود عدم تردید در لزوم «رضا» برای درستی و نفوذ عقد نکاح، نه ماده ۱۰۶۴ ق.م و نه فقها در بحث از شرایط عاقد، از «رضا» سخن نگفته‌اند. دقت در عبارت ماده ۱۰۷۰ ق.م که در آن به شرطیت رضا اشاره شده نیز به خوبی حکایت از تفاوت شرایط مندرج در ماده ۱۰۶۴ با شرط رضا دارد؛ زیرا ماده ۱۰۷۰ ق.م رضای زوجین را «شرط نفوذ» عقد نکاح می‌شمارد. به بیان دیگر شرایط عاقد شرایطی است که عدم هر یک از آنها موجب انتفای عنوان عقد می‌شود و به اصطلاح از شرایط وجود عمل حقوقی اند نه از شرایط کمال و نفوذ عقد و لذا اگر عاقد فضولی، عاقل و بالغ و قاصد باشد، عقد وی از حیث ماده ۱۰۶۴ ایرادی ندارد و عقد صادره از سوی وی مُحقق عنوان عقد می‌باشد، هر چند بدون شک عقد وی غیر نافذ بوده و نفوذ آن منوط به تنفیذ زوجین یا اولیای آنها است. همچنین عقدی که از سوی شخص مُکره واقع می‌شود از حیث اجتماع شرایط ماده ۱۰۶۴ با اشکال روبرو نیست، هر چند بدون شک به دلیل فقدان رضا، عقد ایجاد شده نفوذ حقوقی ندارد و برای نفوذ خود محتاج ضمیمه شدن رضا است. به بیان دیگر عقدی که از سوی فضول یا مکره واقع می‌شود، هر چند غیر نافذ است؛ اما به هر حال عقد ولو به صورت غیر نافذ در عالم اعتبار پدید آمده است و از همین رو، برای صحت و نفوذ کامل عقد، به غیر از لزوم اجازه اصیل یا رضایت

مکره، به تجدید صیغه عقد نیاز نیست و همان صیغه‌ای که از سوی فضولی و مکره اجرا گردیده، با ملحق شدن اجازه یا رضا، به یک عقد کامل تبدیل می‌شود. بر همین اساس می‌توان نتیجه گرفت که اساساً بحث از «رشد» که فقدان آن حداکثر موجب عدم نفوذ عقد می‌شود نه عدم تحقق عقد، از موضوع ماده ۱۰۶۴ که در مقام بیان شرایط لازم برای تحقق عقد است، خارج است و از همین رو از عدم ذکر رشد در این ماده نمی‌توان استفاده نمود که قانون مدنی غیر رشید را مستقل در نکاح می‌داند. به بیان فنی چون قانون مدنی در ماده ۱۰۶۴ در مقام بیان شرایط نفوذ عقد نکاح نبوده، زمینه استناد به قاعده سکوت در مقام بیان فراهم نبوده و نمی‌توان از سکوت ماده ۱۰۶۴ ق.م. عدم اشتراط رشد را استفاده نمود. فشرده آنچه تاکنون گفته شد را می‌توان در تعبیر زیبای مرحوم محقق خوئی در شرح عبارت صاحب عروه ملاحظه نمود. مرحوم خوئی در شرح عبارت صاحب عروه مبنی بر اینکه صیغه سفیه نیاز به تجدید ندارد؛ زیرا سفیه بر خلاف مجنون و صغیر مسلوب‌العبار نیست، می‌نویسد: «فإنه لا قصور فی انشاءه، وانما القصور فی النفوذ خاصة» (خوئی، همان، ص ۲۳۴).

از آنچه گفته شد معلوم می‌شود که چرا قانون گذار در ماده ۱۱۳۶ که به شرایط مجری صیغه طلاق اختصاص یافته، رضا را نیز به بلوغ و عقل و قصد افزوده و مقرر داشته: «طلاق دهنده باید بالغ و عاقل و قاصد و مختار باشد»؛ زیرا بر خلاف نکاح و سایر عقود، که اکراه موجب عدم نفوذ عقد می‌گردد، رضای طلاق دهنده شرط صحت طلاق است (محقق داماد، ۱۳۷۹، ص ۴۰۰/ خوئی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۹۲) و به اصطلاح اکراه در طلاق به بطلان آن می‌انجامد و تنفیذ و تصحیح آن منتفی است.

۲-۳. استقلال نکاح از توافق راجع به مهر

دلیل دیگری که استاد کاتوزیان برای اثبات اهلیت سفیه در نکاح بدان استناد کرده‌اند استقلال نکاح از جنبه‌های مالی آن است و آنچه سفیه در آن محجور است، تصرفات مالی است. عبارت ایشان در این زمینه چنین است: «عقد نکاح دارای دو جنبه ممتاز است: ۱. اتحاد زن و شوهر به منظور ایجاد خانواده که غیر مالی است. ۲. توافق نسبت به میزان مهر که عقدی است مالی و تابع قواعد عمومی معاملات» (کاتوزیان، همان، ص ۷۶).

۴-۲. نقد و ارزیابی

مهم‌ترین دلیلی که براساس آن حکم به استقلال سفیه در نکاح داده شده، تفکیک اصل نکاح از قرارداد مربوط به مهر است. قرارداد مربوط به مهر بی گمان تصرفی مالی است و سفیه در آن فاقد اهلیت است. بنابراین برای حکم به اهلیت سفیه در نکاح، چاره‌ای جز این وجود ندارد که حساب مهر و توافق مربوط به تعیین آن را از حساب اصل نکاح و توافق بر زوجیت، جدا سازیم؛ اما آیا می‌توان نکاح را از توافق راجع به مهر مجزاً نمود و برای هر یک، از حیث اهلیت نسخه جداگانه‌ای پیچید؟ پاسخ به این سؤال در گرو تأمل در ماهیت مهر و نسبت آن با عقد نهفته است و البته اگر بتوان رابطه مهر و نکاح را مانند رابطه دو قرارداد دانست که یکی در کنار دیگری قرار گرفته، طبیعی است که راه برای تفکیک حکم اصل نکاح از حکم قرارداد مربوط به مهر هموار می‌شود و می‌توان با غیر نافذ اعلام کردن قرارداد مربوط به مهر، از تصرفات مالی غیر عقلایی سفیه جلوگیری نمود. برخی از عبارات فقها نیز این برداشت را تقویت می‌کند. برای نمونه شهید ثانی در مسالک در توجیه چرایی امکان درج شرط خیار در مهر در عین عدم امکان درج آن در نکاح، می‌نویسد صدق رکن عقد نکاح نبوده و خود عقد مستقلی به حساب می‌آید و بنابراین شرط خیار در صدق به صحت نکاح لطمه نمی‌زند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۲۵۷).*

به نظر می‌رسد چنین تحلیلی از رابطه نکاح و مهر قابل قبول نیست و نمی‌توان نکاح و صدق را همچون دو عقد مستقلی دانست که صرفاً کنار یکدیگر قرار گرفته‌اند و رابطه‌ای بین آن دو نیست. بطلان مهر به تبع بطلان نکاح به عنوان یک حکم مسلم، برای کنار نهادن اندیشه استقلال نکاح و مهر کافی است. بی‌گمان اگر نکاح و مهر همچون دو عقد مستقل از یکدیگر بودند، بطلان یکی به تبع بطلان دیگری هیچ توجیهی نداشت. اگر به دنبال توافق راجع به مهر، عقد نکاح واقع نشود، مهر نیز بی‌اعتبار خواهد شد. به بیان دیگر اعتبار مهر در گرو وجود نکاحی در کنار آن است

* أما اشتراطه فی الصداق فلا مانع من صحته، لأن الصداق ليس ركنا في النكاح، بل هو عقد مستقل بنفسه، و من ثمَّ صحَّ إخلاؤه عنه، فإدخاله فيه بشرط أولى. و حينئذ فيصح الصداق و الشرط معا.

والا مهر بدون نکاح مفهوم و اعتباری ندارد و همه اینها حکایت از ربط وثیق این دو توافق با یکدیگر دارد. چنان‌که برخی دیگر از فقها تصریح نموده‌اند تعبیر «عقد مستقل» برای صداق، تعبیری مسامحی است (خویی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۶۰) و معنایی جز این ندارد که صداق جز ارکان عقد نکاح نیست تا با منتفی شدن آن در اثر اعمال خیار شرط به اصل نکاح لطمه‌ای بخورد و صحیح بودن نکاح خالی از مهر نیز دلیلی بر این استقلال است. فقهای دیگر برای جلوگیری از سو تعبیر و بدفهمی، عبارت «عقد مستقل» را کنار نهاده و از تعبیر «کالعقد المستقل» استفاده نموده‌اند. عبارت زیر از صاحب‌جوهر نمونه‌ای از این دست است: «و اما لو اشترطه {ای الخیار} فی المهر صحّ العقد و المهر و الشرط، لكون المهر كالعقد المستقل بنفسه و من ثمّ صحّ إخلائه عنه» (به نقل از: خویی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۶۰). صاحب‌عروه نیز در تعبیری مشابه صداق را «بمنزلة عقد مستقل» قلمداد کرده و بر این اساس درج شرط در آن را توجیه می‌کند (همان). به طور خلاصه می‌توان گفت آنچه باعث گردیده فقها بر استقلال مهر از نکاح تأکید کرده و آن را به منزله عقد مستقل قلمداد کنند، توجیه امکان اشتراط خیار شرط در مهر بوده است. به دیگر سخن فقها برای توجیه درج شرط خیار در مهر در عین اینکه درج شرط خیار علی‌الاصول در عقود ممکن است، مهر را شبیه عقد یا به منزله عقد مستقل تلقی کرده‌اند تا اولاً گنجاندن شرط در آن قابل تصور باشد و ثانیاً انقغای آن با اعمال خیار شرط به صحت نکاح لطمه‌ای نزند.

به هر روی به نظر می‌رسد صدق نه یک «عقد مستقل» در کنار نکاح، بلکه یک «التزام ضمنی» در عقد نکاح است (روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۷، ص ۱۷۱) و از این حیث موقعیتی شبیه به شرط ضمن عقد دارد. به گفته یکی از نویسندگان، جمهور فقهای متأخر چنین تحلیلی از جایگاه مهر و نسبت آن با عقد نکاح دارند (خوئی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۶۰). ملاحظه مجموع مواد راجع به نکاح و مهر در قانون مدنی نیز نشان می‌دهد که صرف نظر از برخی احکام تعبدی و خاص، نسبت مهر مندرج در ضمن عقد نکاح، بسیار شبیه با نسبت شرط ضمن عقد با عقد است و مثلاً همان‌گونه که شرط ضمن عقد بدون عقد معنا ندارد، مهر بدون نکاح نیز معنا ندارد و یا همان‌گونه که بطلان عقد با بطلان شرط ملازمه دارد و نمی‌توان حالتی را تصور نمود که عقد باطل باشد؛ ولی شرط

ضمن آن صحیح باشد، نمی توان حالتی را فرض نمود که نکاح باطل باشد ولی توافق مربوط به مهرالمسمی معتبر باشد. حال همان گونه که در بحث شروط ضمن عقد هیچ حقوقدانی نمی پذیرد که بین عقد و شرط از حیث اهلیت و عدم اهلیت تفکیک صورت پذیرد، همین طور در باب نکاح و مهر نیز نمی توان از حیث اهلیت قائل به تفکیک شد و مثلاً چون اصل عقد از امور غیر مالی است، اصل عقد را صحیح فرض نمود و شرط ضمن آن را به دلیل این که متضمن دخالت در امور مالی است، باطل یا غیر نافذ قلمداد کرد. در بحث از مهر و نکاح نیز نمی توان عقد و مهر را که پیکره واحدی را تشکیل می دهند، از حیث اهلیت لازم برای هریک تفکیک کرد و محکوم به دو حکم مختلف نمود. پذیرش امکان تفکیک بین مهر و عقد یا شرط و عقد نتایجی را به دنبال دارد که هیچ حقوقدانی به آنها ملتزم نمی شود؛ مثلاً یک عقد مجانی با شرط عوض که صغیر ممیز یا سفیه، ذینفع آن عقد مجانی است را در نظر بگیرد. اگر بتوان مبنای تفکیک بین شرط و عقد را پذیرفت نتیجه چنین خواهد بود که به لحاظ اهلیت سفیه و صغیر ممیز در تملکات بلاعوض، اصل عقد معتبر و صحیح باشد؛ ولی شرط ضمن آن به لحاظ داشتن جنبه مالی، غیر نافذ و منوط به تنفیذ ولی و قیم باشد!

یکی از قراین مهمی که در زمینه اتحاد مهر و نکاح و عدم امکان تفکیک بین آنها از حیث اموری چون اهلیت وجود دارد ماده ۱۰۷۳ ق.م.ا است. این ماده مقرر می دارد: «اگر وکیل از آنچه موکل راجع به شخص یا مهر یا خصوصیات دیگری که معین کرده تخلف کند، صحت عقد منوط به تنفیذ موکل خواهد بود». از این ماده به روشنی برداشت می شود که همان گونه که ضمانت اجرای تخلف وکیل از حیث شخص، عدم نفوذ عقد است، ضمانت اجرای تخلف از مهر درعین عدم تخلف از حیث شخص نیز عدم نفوذ «عقد» است. یعنی اگر شخصی به دیگری وکالت دهد که دختر معینی را با مهر مشخصی به عقد او درآورد، و وکیل عقد نکاح را با همان دختر ولی با مهری بیش از مهری که موکل به وی اختیار داده بود، منعقد نماید، «عقد نکاح» غیر نافذ خواهد بود نه صرفاً تراضی مربوط به مهر. چنان که پیداست قانونگذار نکاح و مهر را پیکره واحدی در نظر گرفته که تخلف وکیل در جزئی از این مجموعه موجب عدم نفوذ کل آن می گردد و جالب است که در این ماده، قانونگذار نه تنها از عدم نفوذ مهر سخن نگفته، بلکه به جای اعلام عدم نفوذ عقد و مهر،

فقط از عدم نفوذ عقد سخن گفته با این که بی‌گمان مهر نیز غیر نافذ است و این نحوه بیان کاملاً نشان می‌دهد که قانونگذار با بیان حکم عقد، خود را از بیان حکم مهر که یکی از اجزاء و توابع آن است بی‌نیاز می‌دیده است.

حکم به صحت نکاح و عدم نفوذ مهر نتایجی را به دنبال دارد که نگارنده گمان نمی‌کند حتی طرفداران این نظریه به آن ملتزم شوند: با تفکیک عقد از مهر، زنی که بر اساس مهرالمسمای مقرر بین خود و طرف، به ازدواج رضایت داده، با وضعیتی ناخواسته و نامطلوب روبرو می‌شود؛ زیرا از یک سو با صحیح شمردن عقد نکاح، او در علقه زوجیت سفیه قرار گرفته و از سوی دیگر با غیرنافذ قلمداد شدن مهر که احياناً یکی از دلایل و وانگیزه‌های زوجه برای پذیرش نکاح بوده، مهر مورد نظر از دست وی رفته و منوط به تنفیذ ولی یا قیم سفیه شده است (مکارم، ۱۴۲۴، ج ۲، ص ۴۳) و صدالبته احتمال اینکه ولی یا قیم سفیه مهر مورد توافق را تأیید نکند به هیچ روی احتمال بعید و دور از ذهنی نیست. در حالی که بنا بر قول عدم تجزیه مهر و نکاح، ولی یا باید نکاح را با همین مهر تنفیذ کند و یا اساساً از خیر نکاح بگذرد و در این صورت زوجه با وضعیت نامطلوب و ناخواسته‌ای مواجه نمی‌شود.

اشکال دیگری که بر راه حل تجزیه نکاح و مهر می‌توان تصور کرد این است که بر طبق این نظر اگر سفیه عقد نکاح خود را بدون مهر یا با اشتراط عدم مهر منعقد کند، نکاح او هیچ اشکالی ندارد و با عدم توافق راجع به مهر، دلیلی برای مداخله ولی سفیه وجود ندارد و این در حالی است که اگر سفیه با زوجه خود نزدیکی نماید، به طور قهری مهرالمثل بر ذمه او مستقر می‌گردد و چه بسا این مهرالمثل معادل تمامی دارایی سفیه یا بیش از آن باشد. در این فروض طبق نظریه تفکیک، هیچ راه حلی برای جلوگیری از تصرفات مالی سفیه وجود ندارد در حالی که بنا بر قول عدم استقلال سفیه در نکاح، ولی یا قیم می‌تواند قبل از نزدیکی یا طلاق، چنانچه مصلحت مالی سفیه اقتضا نماید، با رد نکاح آن را باطل نماید.

اشکال دیگری که بر این تحلیل وارد است این است که بر فرض که بتوان توافق راجع به مهر را در نکاح دائم از اصل توافق راجع به تعیین زوجین جدا نمود؛ اما بی‌گمان این استدلال در مورد نکاح موقت که وجود مهر شرط صحت آن است، کارآیی

ندارد. تفکیک بین اهلیت سفیه در نکاح موقت و نکاح دائم نیز مستلزم ابداع قول جدیدی است که هیچ سابقه و قائلی برای آن نمی‌توان یافت.

۲-۵. استقلال نفقه از اراده سفیه

چنان‌که دیدیم باورمندان به اهلیت غیر رشید در امر نکاح، با تفکیک تراضی مربوط به مهر از اصل نکاح کوشیدند این حیثیت مالی مهم نکاح را از اصل نکاح جدا سازند و همان‌گونه که به تفصیل گذشت، این طریق راه به جایی نبرده و تفکیک نکاح از مهر از حیث اهلیت قابل پذیرش نیست؛ اما راهکار و توجیه این دیدگاه در باب نفقه چیست؟ سفیه با اقدام به ازدواج، خود را در معرض تکلیف به انفاق قرار می‌دهد و پرداخت نفقه بی‌گمان مستلزم دخالت در اموال است. معتقدان به استقلال سفیه در نکاح در توجیه و پاسخ به این شبهه گفته‌اند لزوم ترتب نفقه در نکاح دائم به معنای تصرف سفیه در امور مالی خود نیست؛ زیرا در نکاح، سفیه به همان اندازه باید نفقه پردازد که شخص رشید و اساساً نفقه از الزامات قانونی است و اراده سفیه در آن مداخلتی ندارد (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۷۶).

پذیرش این استدلال نیز خالی از دشواری نیست؛ زیرا درست است که نفقه حکم قانونگذار است و اراده سفیه در آن دخالتی ندارد؛ اما نکته‌ای که نباید مورد غفلت قرار گیرد اینکه اولاً سفیه با اقدام به ازدواج سبب الزام به انفاق را ایجاد می‌کند و خود را ملزم به پرداخت نفقه می‌سازد و همین مقدار برای صدق مداخله در امور مالی کافی است و ثانیاً درست است که اصل وجوب انفاق در خصوص سفیه و رشید یکسان است؛ اما میزان نفقه بر اساس شئون زوجه تعیین می‌گردد و به عبارت دیگر این سفیه است که با انتخاب آزاد و مستقل همسر خود، میزان التزام خود به نفقه را معین می‌سازد و لذا ممکن است سفیه به لحاظ فقدان تشخیص درست در امور مالی و اقتصادی همسری را برای خود برگزیند که تمام دارایی او کفاف نفقه یک ماه یا یک سال همسر او را نیز ننماید. وانگهی در صورت استقلال سفیه در اصل نکاح، هیچ راهی برای کاهش میزان نفقه تا میزان مناسب و مقتضی برای سفیه وجود ندارد و حتی ولی یا قیم سفیه نیز نمی‌تواند به ادعای نامتناسب بودن نفقه زن با امکانات مالی سفیه میزان آن را تغییر یا تقلیل دهد.

۳. دلایل معتقدان به حجر سفیه در نکاح و ارزیابی آنها

چنان‌که پیش‌تر اشاره شد اغلب نویسندگان حقوق مدنی ایران در مقام تفسیر قانون مدنی به سمت نادرستی و عدم نفوذ نکاح سفیه و عدم استقلال وی متمایل شده‌اند (امامی، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۳۵۹ / جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، صص ۲۹ و ۱۰۵ / صفایی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۸۶). با وجود اتفاق نظر این اساتید در حجر سفیه در نکاح، استدلال‌ها و مستندات که هر یک برای اثبات دیدگاه خود ذکر کرده‌اند متفاوت است. ما در ادامه دلایل موافقان را مطرح و مورد ارزیابی قرار خواهیم داد.

۳-۱. استناد به ماده ۱۰۶۴ ق.م.

پیش‌تر گفتیم که موافقان اهلیت سفیه به ماده ۱۰۶۴ استناد و از عدم ذکر رشد در آن، بر عدم لزوم رشد و اهلیت سفیه استدلال نموده‌اند. جالب است که برخی مخالفان اهلیت سفیه نیز به همین ماده به عنوان مستند خود اشاره نموده‌اند. استاد جعفری لنگرودی معتقدند قانونگذار در این ماده به طور ضمنی بر لزوم رشد در طرفین عقد نکاح صحه گذارده است و بر این اساس نکاح سفیه را محتاج به تنفیذ ولی می‌دانند. ایشان معتقدند کلمه عاقل که در ماده ۱۰۶۴ آمده به معنای رشید است و بر این اساس سفیه نمی‌تواند اصالتاً یا وکالتاً اقدام به انعقاد عقد نکاح نماید (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۱۰۵) و جالب است که این مؤلف از ماده ۱۱۳۶ ق.م که عاقل بودن را شرط طلاق دهنده اعلام نموده نیز استفاده کرده‌اند که طلاق دهنده نباید سفیه باشد (همان، ص ۲۳۵).

این استدلال قابل پذیرش به نظر نمی‌رسد؛ زیرا اولاً اصطلاح عاقل در ادبیات حقوقی ما کاملاً جا افتاده و شناخته شده است و بدون وجود دلیل یا قرینه کافی نمی‌توان از این ظهور دست شست و معنای دیگری را برای آن در نظر گرفت. ثانیاً با این تفسیر هرچند قانون مدنی تکلیف نکاح سفیه را روشن می‌کند؛ اما در باب نکاح مجنون فاقد حکم خواهد شد، مگر آنکه با توسل به قیاس اولویت و امثال آن این نقص برطرف گردد. ثالثاً مراجعه به مبانی فقهی این ماده نیز این تفسیر را تأیید نمی‌کند؛ زیرا چنان‌که خواهیم گفت فقها در بحث شرایط عاقد، با شرط نمودن عقل دیوانه را خارج

می‌کنند و سپس در موضع دیگر و به نحو مستقل به مسئله نکاح سفیه می‌پردازند (برای نمونه ر.ک: یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۸۵۴). چهارم آنکه این تفسیر با دیدگاه فقها مبنی بر اینکه سفیه برای طلاق واجد اهلیت است و رشد در طلاق شرط نیست، ناسازگار است (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۱۱۸). پنجم این که ماده ۱۰۶۴ ق.م.چنان‌که تفصیل آن گذشت در مقام بیان شرایط عاقد است یعنی شرایطی که برای تحقق عنوان عقد لازم است، نه شرایط نفوذ عقد و به همین دلیل قانونگذار بحث از رضا که شرط نفوذ عقد است را در ماده ۱۰۷۰ و به طور جداگانه مورد اشاره قرار داده است. ششم آنکه طبق این تفسیر از ماده ۱۰۶۴، سفیه حتی برای دیگران نیز نمی‌تواند اجرای صیغه نماید؛ زیرا فاقد شرایط لازم برای عاقد است. در حالی که تقریباً هیچ فقیهی را نمی‌توان یافت که در صحت اجرای صیغه عقد نکاح سفیه برای غیر تردید کرده باشد و این سخن لازمه عدم ذکر رشد از سوی فقیهان در زمره شرایط عاقد است.

۲-۳. عمومیت حجر سفیه نسبت به تصرفات غیر مالی

استدلال دیگری که بر عدم اهلیت سفیه در امر ازدواج شده است استناد به عمومات حجر سفیه در ق.م. است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۲۹). در این استدلال بر خلاف ظاهر ماده ۱۲۰۸ ق.م. که حجر سفیه را محدود به تصرف در اموال و حقوق مالی نموده است، حجر سفیه را منحصر به امور مالی نمی‌داند و این ماده را وارد مورد اغلب می‌داند. بر اساس این دیدگاه، هرچند معیار تشخیص غیر رشید، عقلایی نبودن تصرفات در اموال و حقوق مالی است؛ اما این بدین معنا نیست که حجر وی نیز فقط در زمینه امور مالی است و گویا مراد از عمومات در این استدلال مواد ۲۱۰ تا ۲۱۲ ق.م. است که به طور مطلق معاملات اشخاص غیر رشید را به واسطه عدم اهلیت فاقد اعتبار دانسته، بدون آنکه بین امور مالی و غیر مالی تفکیکی قائل شود. این مؤلف در یکی دیگر از تألیفات خود نیز به این مسئله اشاره کرده و در آن جا نیز اصرار دارد که برخلاف ظاهر قانون مدنی، حجر سفیه مختص به امور مالی نیست. به گفته ایشان «تعریف ماده ۱۲۰۸ ق.م. در واقع درصدد محدود نمودن حجر سفیه به امور مالی نمی‌باشد، بلکه این ماده در واقع بارزترین وصف سفیه را بیان کرده است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۳۰۷).

جالب است که این مؤلف در تأیید ادعای خود به عدم نفوذ نکاح سفیه از دید فقها استناد نموده و گفته اینکه فقها در باب نکاح سفیه دخالت ولی قهری و وصی و حاکم را لازم دانسته‌اند دلیل براین است که از نظر آنها حجر سفیه اختصاص به امور مالی ندارد. این استدلال نیز به دلایل متعدد قابل پذیرش نیست: زیرا اولاً با توجه به استفاده مکرر قانون مدنی از تعبیر «معامله» و «متعاملین» در مواد ۲۱۰ تا ۲۱۲ قانون مدنی که ظهور در تصرفات حقوقی مالی دارد، ادعای استفاده حجر عام سفیه حتی در تصرفات غیر مالی، خلاف ظاهراین مواد است. ثانیاً به فرض اطلاق و عموم این مواد و حمل تعبیر «معامله» در این مواد، بر مطلق تصرفات اعم از مالی و غیر مالی، قانون مدنی در جلد دوم خود، اجمال مواد ۲۱۰ تا ۲۱۲ را از بین برده و به تبیین و تفسیر مسئله حجر و محدوده آن پرداخته است و لذا با وجود مواد ۱۲۰۷ به بعد ق.م. دیگر استناد به اطلاق و عموم مواد ۲۱۰ تا ۲۱۲ توجیهی ندارد. ثالثاً تصریحات مکرر قانون مدنی در مواضع متعدد، در خصوص اختصاص حجر سفیه به امور مالی، جایی برای ادعای ورود مواد ۲۱۰ تا ۲۱۲ بر مورد اغلب باقی نگذاشته است. علاوه بر مواد ۱۲۰۷ و ۱۲۰۸ و به ویژه ماده ۱۲۱۴ ق.م. که تصریح می‌کند معاملات و تصرفات غیر رشید در «اموال» خود نافذ نیست، قانون مدنی در ماده ۱۲۶۳ در باب اقرار نیز تصریح می‌کند: «اقرار سفیه در امور مالی موثر نیست». رابعاً قانون مدنی در مسائل مربوط به حجر و اهلیت از فقه امامیه اقتباس شده و نگاهی به آراء فقها نیز نشان می‌دهد که در فقه نیز تقریباً تمامی فقها حجر سفیه را مختص امور مالی می‌دانند و به همین دلیل فقها طلاق سفیه یا اقرار وی در غیر امور مالی را نافذ می‌دانند. عبارت مرحوم محقق نراقی در این زمینه شایسته تأمل است: «و اما السفاهة باقسامها فلا یمنع شیئاً من الاحکام الشرعیة و لم یترتب علیها فی الشریعة المقدسة حکم سوی امر واحد و هو الحجر و المنع عن التصرفات المالیة» (نراقی، ۱۴۱۵، ص ۵۱۹). خامساً نه تنها از حکم فقها به لزوم دخالت ولی یا قیم در نکاح سفیه نمی‌توان استفاده عموم حجر سفیه نسبت به امور غیرمالی نمود، بلکه بر عکس تأمل در استدلال‌های آنها خود دلیل روشنی بر اختصاص حجر سفیه به امور مالی از منظر آنان دارد؛ زیرا چنان‌که دیدیم اغلب فقها برای حکم به حجر سفیه در امر نکاح، به پیوند نکاح با تصرف در مال استناد نموده‌اند.

۳-۳. حمل قانون مدنی بر قول مشهور

برخی از اساتید حقوق مدنی ایران با اذعان به اینکه قانون مدنی در موضوع نکاح سفیه ساکت است، از باب حمل قانون مدنی بر قول مشهور، حجر سفیه در امر نکاح را بر اهلیت وی ترجیح داده‌اند (ر.ک: صفائی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۸۷). هرچند قول مشهور و بلکه اجماعی فقه، عدم استقلال سفیه در نکاح است و نویسندگان قانون مدنی، عمدتاً از قول مشهور فقهای امامیه تبعیت کرده‌اند اما حمل قانون مدنی بر قول مشهور در جایی معنا دارد که سخن بر سر تفسیر ماده یا عبارتی از قانون مدنی باشد نه در جایی که به حسب فرض، قانون مدنی در آن ساکت است. آری بر اساس مبانی فعلی و اصول قانون اساسی، در فرض سکوت و نقص قانون می‌بایست به «منابع و فتاوی معتبر» مراجعه نمود؛ اما این غیر از حمل قانون مدنی بر «قول مشهور» است. به بیان روشن‌تر اگر در تفسیر متنی از قانون مدنی تردید باشد و چند احتمال در تفسیر متن وجود داشته باشد که یکی از آنها با قول مشهور فقها هم‌خوانی دارد، موافقت این احتمال با قول مشهور از وجوه ترجیح آن بر سایر اقوال خواهد بود؛ اما جایی که اساساً حکمی وجود ندارد، حمل بر قول مشهور سالبه به انتفای موضوع خواهد بود، مگر مراد از آن رجوع به منابع اسلامی و فتاوی معتبر در فرض سکوت و نقص قانون باشد.

۳-۴. پیوند نکاح با جنبه‌های مالی

به نظر می‌رسد مهم‌ترین دلیلی که می‌توان بر عدم اهلیت سفیه در نکاح اقامه نمود پیوند ناگسستنی نکاح از جنبه‌های مالی است. به بیان دیگر هرچند نکاح فی نفسه یک تصرف مالی نیست؛ اما مستلزم تصرف در مال است و همین قدر برای حکم به عدم اهلیت سفیه برای انعقاد نکاح کافی است. پیش‌تر در بحث رابطه عقد و مهر به تفصیل بیان شد که مهر یک توافق مستقل از نکاح نیست و یک التزام تبعی در ضمن عقد نکاح است و وضعیتی شبیه شرط ضمن عقد دارد. بنابراین اقدام به انعقاد عقد نکاح، به دلیل اشمال بر توافق راجع به مهر، مستلزم تصرف در مال است و در نتیجه غیر رشید از انجام مستقل آن ممنوع است. این استدلال با شدت بیشتر و به طریق اولویت در نکاح موقت که مهر یکی از ارکان صحت آن است جریان دارد.

چنان‌که در عبارات فقها نیز دیده شد لزوم نفقه در نکاح نیز افزون بر مهر، به نکاح و جبهه‌ای مالی بخشیده است و تصرف سفیه را محتاج مداخله ولیّ نموده است (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۱۰۱). پیش‌تر یادآور شدیم که نفقه هرچند حکم قانون است نه نتیجه خواست زوجین؛ اما میزان نفقه ارتباط مستقیم با شوون زوجه دارد و انتخاب همسر به طور غیر مستقیم در میزان الزام به انفاق تأثیر می‌گذارد و سفیه به حسب فرض نمی‌تواند ابعاد مالی نفقه زوجه مورد نظر خود را تشخیص داده و تناسب آن با مقدرات مالی خود را بسنجد.

۳-۵. رجوع به منابع و فتاوی معتبر

هرچند گفته شد که حکم نکاح سفیه از مجموع مقررات قانون مدنی قابل استفاده است و شرایط اعمال اصل ۱۶۷ قانون اساسی برای مراجعه به منابع و فتاوی معتبر فراهم نیست؛ اما با توجه به اختلافی که بین اساتید حقوق در تفسیر قانون مدنی وجود دارد می‌توان گفت هرچند قانون ساکت نیست؛ اما دست کم می‌توان از ابهام قانون سخن گفت و به بهانه رفع ابهام به فقه و منابع معتبر اسلامی مراجعه نمود. چنان‌که گفته شد تقریباً در باب عدم اهلیت سفیه و نیز سفیهه در امر نکاح مخالفی وجود ندارد و تنها به صاحب حدائق چنین نسبتی داده شده که آن نیز با واقعیت همخوانی ندارد و مراد ایشان نادرستی شرط ضرورت و اضطرار برای صحت نکاح سفیه است.

۴- سرّ عدم تصریح قانون مدنی به لزوم رشد در نفوذ نکاح

از آنچه تاکنون گفته شد این پرسش طبیعی در ذهن زاده می‌شود که اگر تمامی فقها نکاح سفیه را محتاج اذن ولی دانسته‌اند و قانون مدنی نیز به ویژه در باب نکاح قصد مخالفت با ضوابط شرعی و فقه را نداشته و کوشیده است مقررات شرعی مربوط به نکاح را در قالب مواد قانون درآورد و بالاخره هیچ انگیزه‌ای برای مخالفت با این حکم شرعی از سوی نویسندگان قانون مدنی وجود نداشته است، پس چرا قانون مدنی از تعیین تکلیف صریح در این زمینه خالی است؟ در پاسخ به این پرسش کاملاً معقول نخست باید گفت، این پرسش با شدتی چند برابر در مورد قول دیگر یعنی استقلال

سفیه در نکاح و عدم استقلال در مهر مطرح است. به بیان دیگر اگر قانونگذار قصد ترجیح دیدگاهی غیر از دیدگاه مسلم در فقه را که با قواعد عمومی حجر نیز همخوانی دارد می‌داشت، می‌بایست این دیدگاه ویژه را به روشنی بیان می‌کرد و یا دست کم قرائن روشنی بر مقصود خود به دست می‌داد که چنین نکرده است. وانگهی نه تنها چنین قولی در فقه سابقه ندارد، بلکه اساساً هیچ دلیل یا مصلحتی برای چنین سنت شکنی و عدول از دیدگاه حاکم در فقه نمی‌توان تصور نمود.

اما نکته بسیار مهمی که می‌تواند گره این پرسش دشوار را بگشاید توجه به وضع قانون مدنی در زمان تصویب جلد دوم و سوم خود است. قانون مدنی در جلد اول خود که در سال ۱۳۰۷ تصویب گردید بلوغ را در کنار عقل و رشد مطرح نمود و مراد از بلوغ نیز چیزی جز بلوغ شرعی نبود. چندین سال پس از تصویب جلد اول قانون مدنی، قانونی تحت عنوان ماده واحده قانون رشد متعاملین به تصویب رسید که در آن برای اولین بار سن هجده سالگی به عنوان اماره رشد مطرح گردید. متعاقب تصویب این قانون، جلد سوم قانون مدنی در باب اشخاص که مشتمل بر ابوابی همچون نکاح و طلاق و ولایت و قیمومت بود به تصویب رسید. یکی از تصرفات مهمی که در این جلد قانون مدنی اتفاق افتاد و با بحث اماره رشد نیز ارتباط مستقیم داشت، تصرف در سن بلوغ بود. قانون مدنی در این جلد، بر خلاف ضوابط فقهی، هجده سالگی را به عنوان سن بلوغ و خروج از صغر تعیین نمود و در این خصوص بین دختر و پسر نیز تفاوتی قائل نشد. عبارت زیر از مرحوم امامی در این زمینه کاملاً گویاست: «قانون مدنی صغیر و غیر بالغ را تعریف ننموده است، ولی چنان‌که از ماده «۱۲۰۹ و ۱۲۱۰» آن فهمیده می‌شود، صغیر به کسی گفته می‌شود که به سن هجده سال تمام شمسی نرسیده باشد. سن بلوغ مدنی در زن و مرد یکسان است» (امامی، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۲۰۴) و در موضعی دیگر می‌نویسد: «قانون اگر چه صریحاً سن بلوغ را بیان ننموده است، ولی چنان‌که از ماده «۱۲۰۹» ق.م استنباط می‌شود سن مزبور ۱۸ سال تمام فرض می‌شود. تفسیر ماده به بلوغ شرعی چنان‌که بعضی تصور نموده‌اند بر خلاف روش حقوق مدنی است» (همان، ج ۵، ص ۷).

بدین ترتیب در نظام جدید هجده سالگی از یک سو سن بلوغ و از سوی دیگر

اماره رشد به حساب آمد. افزون بر این تصرف مهم در سن بلوغ که جنبه عام داشته و ناظر به تمامی عقود و معاملات بود، قانونگذار دست به تصرف دیگری در حوزه خاص نکاح زد و با وارد کردن نهاد جدیدی تحت عنوان «قابلیت صحی برای ازدواج» رسیدن به سن خاصی را که در پسران هجده سال و در دختران پانزده سال بود، برای صحت نکاح الزامی نمود. بدین ترتیب اساساً نکاح قبل از رسیدن به سن هجده سالگی که در عین حال سن بلوغ و نیز اماره رشد به حساب می‌آمد، برای پسران ممنوع گردید. همان‌گونه که پیداست با وجود شرط جدید قابلیت صحی و صلاحیت جسمی برای ازدواج که مستلزم رسیدن ذکور به سن هجده سالگی بود، بحث لزوم رشد در امر ازدواج به عنوان شرطی افزون بر بلوغ، اهمیت و موضوعیت خود را تا حد زیادی از دست داد؛ زیرا تا قبل از هجده سالگی که نکاح ممنوع بود و پس از آن نیز، فرض بر رشد شخص بود.

۹۵

ممکن است گفته شود این سخن تنها در خصوص ذکور قابل قبول است؛ زیرا سن هجده سال که به عنوان قابلیت صحی ازدواج ذکور در نظر گرفته شده و در عین حال منطبق بر سن بلوغ و اماره رشد نیز بود مربوط به ذکور بود؛ اما در مورد اناث که سن ۱۵ سالگی به عنوان سن قابلیت صحی برای ازدواج در نظر گرفته شد این توجیه کارایی ندارد. مراجعه‌ای به تاریخ تحولات قانون مدنی و ملاحظه اولین متن مصوب ماده ۱۰۴۳ ق.م. برای پاسخ به این شبهه لازم است. نسخه نخست ماده ۱۰۴۳ ق.م. که تا زمان ما اصلاحات متعددی را به خود دیده است، بدین قرار بود: «نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده اگر چه پیش از هجده سال تمام داشته باشد متوقف به اجازه پدر یا جد پدری او است...». این ماده در مقام بیان حکم نکاح باکره رشیده به تبعیت از فقه بود با این تفاوت که به جای استفاده از تعبیر «رشیده» از تعبیر «اگر چه پیش از هجده سال تمام داشته باشد» استفاده شده است و با توجه به آنچه پیش‌تر در باب اماره رشد بودن هجده سالگی در نظام جدید گفته شد، وجه عدول از تعبیر رایج فقه به تعبیر جدید روشن می‌شود. بنابراین بر اساس این ماده نه تنها دختر غیر رشید مستقل در نکاح نیست، بلکه حتی پس از رشد که هجده سالگی اماره حصول آن است نیز دختری که هنوز شوهر نکرده استقلال در امر نکاح ندارد.

نتیجه

با توجه به سکوت یا اجمال قانون مدنی در باب لزوم شرط رشد برای نفوذ نکاح، حقوقدانان در تعیین حکم مسأله با یکدیگر اختلاف کرده‌اند. برخی همچون قول رایج و مسلم فقه، جانب حجر را ترجیح داده و پاره‌ای نیز با تفکیک بین اصل نکاح و قرارداد راجع به مهر، از اهلیت سفیه در اصل نکاح و حجر وی در صداق سخن گفته‌اند. چنان‌که توضیح داده شد مهر از شئون و توابع عقد نکاح بوده و به منزله شرط ضمنی و التزام تبعی است و تفکیک آن از عقد و محکوم‌نمودن آن به حکم مجزا امکان‌پذیر نمی‌باشد. پیوستگی نکاح با مهر و استلزام نفقه که میزان آن تابع شئون زوجه است، نکاح را از یک تصرف غیر مالی محض خارج نموده و به نوعی عقد مستلزم تصرف در مال بدل ساخته است و همین امر سفیه را از مداخله مستقل در نکاح باز می‌دارد. در باب دختر سفیه نیز، عدم اهلیت به طریق اولویت ثابت است. چه اینکه قانونگذار حتی ازدواج دختر رشیده باکره را نیز موقوف به اذن پدر و جد پدری ساخته است چه رسد به دختر سفیه.

در نهایت بر فرض آنکه قانون مدنی را در موضوع نکاح سفیه و سفیهه ساکت بدانیم و راه برای مراجعه به منابع و فتاوی معتبر گشوده باشد باز هم به همین نتیجه خواهیم رسید؛ زیرا چنان‌که یاد شد در فقه تردیدی در عدم استقلال سفیه و سفیهه در امر نکاح وجود ندارد؛ هرچند در نحوه استدلال براین حکم در بین فقیهان امامی اختلاف نظر وجود دارد.

منابع

۱. امامی، سیدحسین؛ حقوق مدنی؛ ج ۱ و ۲، چ ۱۶، تهران: کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۵.
۲. انصاری، مرتضی بن محمد امین؛ کتاب النکاح؛ قم: انتشارات کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
۳. بحرانی، یوسف بن احمد؛ الحدائق الناضرة؛ قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ حقوق خانواده؛ چ ۲، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۶.
۵. —؛ حقوق مدنی؛ وصیت؛ چ ۲، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۰.
۶. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف؛ تذکرة الفقهاء، قم: موسسه آل البيت، ۱۳۸۸.
۷. حلی (محقق حلی)، نجم الدین جعفر بن حسن؛ شرایع الاسلام؛ قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
۸. خلخالی، سید محمد مهدی؛ فقه الشیعه؛ کتاب الاجاره؛ تهران: انتشارات منیر، ۱۴۲۷ق.
۹. خمینی، سید روح الله؛ تحریر الوسیله؛ ج ۲، قم: موسسه مطبوعات دارالعلم، [بی تا].
۱۰. خوئی، سید ابوالقاسم؛ منهاج الصالحین؛ ج ۲، قم: نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ق.
۱۱. —؛ موسوعة الامام الخوئی؛ ج ۳۳ و ۱۷، قم: موسسه إحياء آثار الإمام الخوئی، ۱۴۱۸ق.
۱۲. خوئی، سید محمد تقی؛ الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود؛ ج ۲، بیروت: دار المؤرخ العربی، ۱۴۱۴ق.

۱۳. دیانی، عبدالرسول؛ حقوق مدنی خانواده؛ ازدواج و انحلال آن؛ چ ۱، انتشارات امید دانش، ۱۳۷۹.
۱۴. روحانی، سیدصادق؛ فقه الصادق؛ ج ۱۷ و ۲۱، قم: دارالکتاب (مدرسه امام صادق علیه السلام)، ۱۴۱۲ق.
۱۵. صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی؛ حقوق خانواده؛ ج ۱، چ ۷، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
۱۶. طباطبایی حکیم، سیدمحسن؛ مستمسک العروة الوثقی؛ ج ۱۴، قم: مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶ق.
۱۷. طوسی، محمدبن حسن؛ المبسوط فی فقه الامامیه؛ تهران: المكتبة المرتضویه، ۱۳۸۷ق.
۱۸. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی؛ مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام؛ قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق.
۱۹. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد؛ ج ۱۲، چ ۲، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ق.
۲۰. فاضل هندی، محمدبن حسن؛ کاشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام؛ ج ۲، قم: دفترانتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
۲۱. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق خانواده؛ تهران: نشر برنا، ۱۳۷۱.
۲۲. محقق داماد، سیدمصطفی؛ بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)؛ چ ۴، تهران: نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۹.
۲۳. مکارم شیرازی، ناصر؛ انوار الفقه؛ کتاب النکاح؛ قم: انتشارات مدرسه الامام علی بن ابیطالب علیه السلام، ۱۴۲۵ق.
۲۴. —؛ کتاب النکاح؛ قم: انتشارات مدرسه الامام علی بن ابیطالب علیه السلام، ۱۴۲۴ق.
۲۵. نجفی (کاشف الغطاء)، حسن بن جعفر؛ سفینه النجاة و مشکاة الهدی و مصباح السعادات؛ ج ۴، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ق.
۲۶. نجفی، محمدحسن؛ جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام؛ ج ۲۶ و ۲۹، چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.

۲۷. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی؛ مستند الشیعه فی احکام الشریعه؛ ج ۱۶، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۵ق.
۲۸. یزدی، سید محمد کاظم؛ عروة الوثقی فیما تعم به البوی؛ ج ۲، چ ۲، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ق.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی