



ولایت ابویین

میترا ضرابی - ورودی ۷۵

حقوق

سرپرستی از عهده پدر و جد پدری ساقط و انسان مختار به تصمیم‌گیری در زندگی خویش می‌شود.

مفهوم لغوی ولایت^۱

ولایت با [و] یا [و] یعنی متکفل کار کسی شدن، دست یافتن بر چیزی و تصرف کردن در آن، مالک امر شدن و تصرف کردن.^۲

معنای اصلاحی ولایت:^۳

..... (فقه - مدنی) نمایندگی قهری یا قانونی پاره‌ای از اشخاص نسبت به کسانی که به علت ضعف دماغ یا اعسار، امور مدنی آنها کلاً یا بعضاً به دست آن نماینده اداره می‌شود؛ مانند پدر و جد و وصی منصوب از طرف آنان و قیم و مدیر تصفیه یا اداره تصفیه و بستانکاران معسر...

ولایت به معنی اخیر را ولایت به معنی عام می‌گیرند.

خداوند در هر بعدی از زندگی برای انسان ولی و سرپرستی معین کرده است؛ چرا که انسان هرگز نمی‌تواند راه پر مشقت زندگی را به تنهایی و بدون بهره‌گیری از افکار و تجارب دیگران طی کند.

ابتدایی‌ترین جامعه‌ای که انسان در آن متولد می‌شود و اولین گامهای ورود به صحنه این زندگی پرماجرا را بر آن می‌گذارد، خانواده است. انسان در خانواده‌ای متولد می‌شود و طبق تربیت و تحت ولای خانواده‌اش قادر به اداره امور خود می‌شود. این ولایت و سرپرستی انسان در خانواده برعهده مادر یا پدر است. در ایران باستان زن سالاری حاکم بود و ولایت و سرپرستی فرزند برعهده مادر بود. در دوره‌ای نیز که عرصه برای مردسالاری فراخ شده بود، ولایت بر عهده پدر و جد پدری بود. اسلام که دینی است منطبق با زندگی انسان و نیازهای فردی و اجتماعی او، با در نظر گرفتن تفاوت توانایی‌های مادر و پدر، این امر خطیر را بر عهده پدر و جد پدری نهاده است و در این راه صغیر و صغیره از نظر اقتصادی و مسایل فردی مثل نکاح و سایر موارد تحت ولایت پدر و جد پدری می‌باشند. پس از رسیدن به سن بلوغ این ولایت و

1) Guardianship

(۲) لغت‌نامه دهخدا

(۳) جمعری لنگرودی - محمد جعفر: ترمینولوژی

حقوق، گنج دانش، تهران ۱۳۷۶، ص ۷۵۶

ماده ۱۱۸۰ ق.م آمده است که: "طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر و جد پدری خود می باشد و همچنین است طفل غیر رشید یا مجنون در صورتی که عدم رشد یا جنون او متصل به صغر باشد. بنابراین این ولایت ولی در مورد مولی علیه شامل کسی است که صغیر یا مجنون یا غیر رشیدی باشد که عدم رشد یا جنون او متصل به صغر باشد پس صغیر مطلقاً و مجنون و سفیه در صورتی که جنون و سفیه آنها قبل از تمام شدن صغر وجود داشت و بعد از کبر هم ادامه پیدا کرده باشد تحت ولایت پدر و جد پدری هستند؛ پس صغیر چون کبیر شود موضوع ولایت از میان می رود و اگر بعد از آن سفیه یا مجنون گردد برای او قیم معین می شود.^۱

مرحوم شهید اول می گوید: اما ولایت بر دختر باکره ای که بالغه و رشیده باشد بنا بر اصح اقوال ثابت نیست.^۲ قول دومی است که ولایت را بنحو اشتراک برای هر دو (پدر و دختر) ثابت می داند و رضایت هر دو را در صحت عقد دخیل می داند و قول سوم هم معتقد به دوام و استمرار ولایت فقط پدر و یا جد پدری می باشد و سهمی برای اجازه و رضایت دختر قائل نیست.^۳ اکثر فقها از جمله خود شهید اول معتقد به قول نخست هستند.

از مسائل مهم دیگری که می توان در این مبحث عنوان کرد، تعارض ولایتین است. همانطور که می دانیم

پدر و جد پدری هر دو بر صغیر یا صغیره ولایت دارند و هر کدام از آنها می توانند بنا به مصلحت صغیر یا صغیره او را به عقد دیگری دریاورند. حال اگر هر دوی آنها (ابوبین) همزمان صغیر یا صغیره را به عقد دیگری دریاورند عقد کدام یک را باید پذیرفت؟ عقدی که توسط پدر انجام شده و یا عقد جد را؟

اگر پدر و جد پدری هر کدام جداگانه دختر را به عقد دو مرد درآورند و عقد آنها همزمان باشد به این نحو که زمان قبول در آن دو عقد یکی باشد، عقد جد مقدم می شود.^۴ در میان اخبار و روایات نیز آمده که زراره می گوید به امام صادق (علیه السلام) عرض کردم: دختری است که پدرش می خواهد او را به عقد مردی درآورد و جدش هم می خواهد او را به عقد دیگری درآورد. امام (علیه السلام) فرمود: "جد سزاوارتر است در این امر مادام که ضرری متوجه دختر نشود؛ مشروط بر آن که پدر دختر پیش از جد، دختر را تزویج نکرده باشد."^۵

علاوه بر این روایت، حکم مذکور این گونه تحلیل شده که ولایت جد قویتر از ولایت پدر است؛ چون ولایت جد شامل پدر نیز می شود، در صورتی که در پدر نقصانی مثل جنون باشد اما پدر هیچ گاه بر جد ولایت نمی یابد.^۶

البته اگر عقد یکی از آن دو پیش از عقد دیگری واقع شود، عقد سابق صحیح خواهد بود به خاطر روایت مذکور و به خاطر این که هم پدر و هم

جد در ولایت مشترکند. پس هرگاه یکی از آن دو زودتر صغیر یا صغیره را به عقد دیگری درآورد، عقد او صحیح خواهد بود.^۷

اگر تاریخ عقد آنها مجهول باشد مقدم و موخر و تقارن هم معلوم نباشد

(۱) شایگان - سیدعلی: همان منبع، ص ۲۸۴

(۲) المباحث الفقهیه: ج ۱۷، ص ۱۳۸؛ تحریر الوسیله کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد، مسأله ۲؛ عروة الوثقی کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد مسأله ۱؛ سلسله بنایع الفقهیه کتاب جامع الشرایع

(۳) از کتاب المباحث الفقهیه: ج ۱۷، ص ۱۳۸ نقل شده است و در تحریر الوسیله، کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد مسأله ۲ هم آمده است.

(۴) شهید ثانی: شرح لمعه، مترجم علی شیروانی، کتاب نکاح، ص ۸۵؛ تحریر الوسیله: کتاب نکاح فصل اولیاء عقد، ص ۴۵۵؛ مسأله ۳؛ سلسله بنایع الفقهیه کتاب قواعد الاحکام، کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد، ص ۵۸۸؛ محقق ثانی: جامع المقاصد، کتاب نکاح، بخش اولیاء عقد، ص ۱۰۳؛ عروة الوثقی، کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد، مسأله ۹

(۵) تهذیب: ج ۷، ص ۳۹۰، ح ۶ (به نقل از کتاب شرح لمعه شهید ثانی، ترجمه علی شیروانی ص ۸۵)

(۶) شهید ثانی: همان منبع، کتاب نکاح، ص ۸۵ (۷) همان منبع، ص ۸۷؛ تحریر الوسیله: کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد، مسأله ۳؛ سلسله بنایع الفقهیه: کتاب قواعد الاحکام، کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد، ص ۵۸۸؛ محقق ثانی: جامع المقاصد، کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد، ص ۱۰۳؛ عروة الوثقی: کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد، مسأله ۹

لازم است حکم اجمالی^۱ اجرا شود به این که اوزن یکی از آن دو نفر است و اگر تاریخ یکی از آنها - نه دیگری - معلوم شود و آن تاریخ عقد جد باشد، عقد جد بر عقد پدر مقدم می شود و اگر آن تاریخ که معلوم می شود تاریخ عقد پدر باشد عقد پدر بر جد مقدم می شود.^۲

ولایت بر صغیر و صغیره

طبق تبصره ماده ۱۰۴۱ ق.م.ا.ض.افه شده در سال ۶۱ "عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی و به شرط رعایت مصلحت مولی علیه صحیح می باشد"^۳ از این ماده دو نتیجه^۳ گرفته می شود:

۱- نفوذ نکاح ولی قهری مشروط بر این است که مصلحت مولی علیه نیز در آن رعایت شده باشد؛ یعنی صرف این که زناشویی اجباری، کودک را به مفسدتی نیندازد، کفایت نمی کند؛ بلکه این نکاح باید به مصلحت کودک هم باشد.

۲- این حق صرفاً به ولی قهری کودک اختصاص دارد و حتی وصی هم نمی تواند برای صغیر همسر انتخاب کند ولو این که منتخب از سوی ولی قهری باشد.

از ماده ۱۰۴۱ ق.م.ا.ض.افه چنین برمی آید که قانونگذار نخواسته است نکاح خردسالان را نافذ بداند...

دکتر سیدعلی شایگان می نویسد:^۴ موارد بطلان نکاح: تخلف از شرایط ذیل موجب بطلان نکاح است:

۱- اختلاف جنس

۲- بلوغ

بلوغ: تخلف از شرط سن را باید به دو قسمت کرد: اولاً نکاح دختران قبل از سیزده سالگی و پسران قبل از پانزده سالگی باطل است. ولی چون کلمه بطلان صراحتاً در قانون مدنی ذکر نشده، عقیده مخالف آن نیز طرفدار دارد که این نکاح باطل نیست و به مجازات متخلف اکتفا می کند. ولی به نظر ایشان ماده ۱۰۴۱ ق.م.ا.ض.افه قوانین مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه بوده و ضمانت اجرای آن بطلان است. ثانیاً: بطلان در ماده ۱۰۴۱ در تمام موارد جاری نیست؛ یعنی برای دختری که بین سیزده و پانزده و برای پسری که بین پانزده و هجده سالگی ازدواج می کند، امکان فسخ و مجازات قابل تصور است.

دکتر صفایی^۵ معتقد است که بلوغ در ماده ۱۰۴۱ ق.م.ا.ض.افه به همان معنای فقهی به کار رفته است که طبق تبصره ماده ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی سن پانزده سال تمام قمری برای پسر و نه سال تمام قمری برای دختر معرفی شده است. البته نشانه هایی دیگر برای بلوغ در فقه بکار رفته شده که در حقوق امروزی هم می تواند معتبر باشد. یکی از این نشانه ها همین سن پانزده و نه سال تمام قمری است که علایم بلوغ طبیعی، جنسی و فیزیولوژیکی محقق می شوند. حال اگر این نکاح قبل از وقوع بلوغ در شخص صورت بگیرد چه حالتی دارد؟

قبل از پیروزی انقلاب اتفاق نظر بر این امر بود که نکاح یک امر کاملاً شخصی است و اراده طرف نکاح از شرایط اساسی صحت نکاح بشمار می رفت؛ به جز در مورد مجنون که ولایت ولی همچنان پابرجا بود. بدین سبب ولی نمی تواند بدون اراده صغیر به ولایت از او عقد نکاح ببندد. طبق تبصره ماده ۱۰۴۱ که مبتنی بر فقه اسلامی است، ولی می تواند مولی علیه را که هنوز به سن بلوغ نرسیده و به او صغیر یا صغیره اطلاق می شود، به عقد شخص دیگری در بیاورد؛ مشروط بر این که این عقد به مصلحت او باشد.^۶

طبق این نظر، چنین عقدی کاملاً

(۱) علم اجمالی در مقابل علم تفصیلی فرار دارد به این ترتیب که علم اجمالی اطلاعاتی کلی درباره یک واقعت در اختیار ما می گذارد ولی علم تفصیلی به جزئیات مطلب می پردازد.

(۲) تحریر الوسیله: کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد، مسأله ۳

(۳) کاتوزیان - ناصر: حقوق مدنی خانواده (دوره مقدماتی)، انتشارات بلد، ص ۶۸

(۴) شایگان - سید علی: همان منبع، ص ۲۴۶

(۵) صفایی: حقوق مدنی (خانواده) انتشارات دانشگاه تهران، ص ۸۶

(۶) تحریر الوسیله: کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد، مسأله ۴؛ سلسله بنایع الفقهیه: کتاب

مختصر النافع، نکاح، فصل دوم در اولیاء عقد، ص ۵۲۹-۵۳۰؛ سلسله بنایع الفقهیه: کتاب شرایع

الاسلام کتاب نکاح، ص ۴۷۳؛ سلسله بنایع

الفقهیه کتاب جامع الشرایع، ص ۵۵۸

و بد او نه تنها به همسرش بلکه به خانواده او نیز مربوط می‌شود. قانون مدنی ایران مبنای نخست را قبول کرده است؛ زیرا رضایت خانواده تنها در نکاح صغیر مؤثر است و شخص کبیر در انتخاب همسر خود آزاد است به جز موردی که دختر می‌خواهد برای بار اول شوهر کند که در این مورد اجازه ولی مؤثر است.

ولایت در مورد دختر کبیره بالغه

در مورد دختر کبیره بالغه بحث‌های زیادی شده که آیا ولایت ولی بر دختر بالغه کبیره باقی می‌ماند یا نه؟ آیا دختر بالغه کبیره می‌تواند به غیر اذن ولی ازدواج کند؟ نکاح دختر بالغه کبیره بدون اذن ولی چه وضعیتی دارد؟

نظر صغیر یا صغیره پس از رفع صغر و اصطلاحاً پس از رفع حجرش می‌تواند نکاح را تنفیذ یا رد کند.

دکتر کاتوزیان^۱ معتقد است که دخالت ولی قهری در ازدواج فرزندان صغیر خود کمتر چهره حمایتی دارد و شاخه‌ای از اقتدار پدری است که محدود به مصلحت مولی علیه شده است تا از بروز بعضی خطرات جانبی جلوگیری شود. اختیار پدر، نسبی و محدود به مصلحت و منفعت مولی علیه است و از این حیث پسر و دختر هیچ تفاوتی با هم ندارند. دختر و پسر صغیر پس از بلوغ و رشد نیز حق فسخ نکاحی را که پدر یا جد پدری برای ایشان منعقد کرده است، ندارند.^۲

البته در این جا واژه "حق ندارند" بطور عام و کلی ایفای معنی نمی‌کند؛ زیرا همان طور که گفتیم عقد نکاح صغیر و صغیره به ولایت ولی آنها در صورتی نافذ است که به مصلحت مولی علیه منعقد شده باشد و در این صورت است که پسر و دختر پس از رسیدن به سن بلوغ حق فسخ و رد آن را ندارند.^۳ در غیر این صورت اگر انعقاد این عقد به مصلحت و به نفع مولی علیه نباشد، پسر یا دختر بعد از رسیدن به سن بلوغ می‌توانند آن را فسخ کنند و یا آن را تنفیذ کنند؛ چرا که در اصل، دخالت خانواده صغیر در نکاح دو دلیل دارد:^۴

الف: حمایت از صغیر

ب: اظهار نظر درباره کسی که از این پس عضو خانواده می‌شود و نیک

صحیح و نافذ است. در ضمن صغیر هم بعد از رفع صغر نمی‌تواند آن را فسخ یا رد کند؛ چون یک عقد لازم واقع شده است ولیکن اگر ولی مصلحت مولی علیه را در نظر نگیرد و او را به عقد شخص دیگری در بیاورد، چنان که دختر را به کمتر از مهر المثل شوهر دهد یا با وجود دو خواستگار متفاوت، دختر را به کسی شوهر دهد که عرفاً ناشایسته است، این ازدواج به قولی باطل و به قولی غیر نافذ است.^۱ دکتر صفایی نیز معتقد است که عدم رعایت شرط مصلحت مولی علیه چنین نیست که موجب بطلان عقد بشود؛ چون تبصره مذکور مبین چنین معنایی نمی‌باشد. البته از مفهوم مخالف عبارت تبصره این گونه تلقی می‌شود که نکاح صغیر به ولایت ولی در صورتی که به مصلحت مولی علیه نباشد، صحیح نیست. ایشان بر این عقیده‌اند که عدم صحت اعم از بطلان و به معنی اخص کلمه و عدم نفوذ است. در ماده ۱۹۰ ق.م. شرایطی برای صحت هر معامله ذکر شده که ضمانت اجرای آن بطلان و یا عدم نفوذ معامله است.^۲

ظاهراً این گونه است که قانون مدنی در مورد ضمانت اجرای نکاحی که ولی بدون رعایت مصلحت مولی علیه منعقد کرده است، صریح نیست؛ ولی طبق قواعد عمرمی معاملات و قراردادهای فضولی و طبق نظر مشهور فقهای امامیه قول عدم نفوذ این گونه نکاح بیشتر مورد قبول است. بنابراین

(۱) تحریر الوسیله: کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد، مسأله ۶؛ عروة الوثقی کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد، ج ۲، مسأله ۴؛ شرایع الاسلام در کتاب سلسله بنایع الفقهیه، ص ۴۷۳؛ مختصر النافع در کتاب سلسله بنایع الفقهیه، ص ۵۲۹

(۲) صفایی: همان منبع، ص ۸۸

(۳) کاتوزیان - ناصر: حقوق خانواده، ج ۱، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ص ۷۸-۷۷
(۴) علامه حلی: تذکره، ج ۲، نکاح (به نقل از دکتر کاتوزیان در همان منبع)

(۵) تحریر الوسیله: کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد، مسأله ۵؛ جواهر الکلام: شیخ محمد حسن نجفی کتاب نکاح، ج ۲۹، ص ۱۷۳
(۶) حقوق فرانسه (ق.م)

تمام این بحثها از زیر مجموعه های مهم این بخش هستند که به تمام آنها خواهیم پرداخت. بطور کلی اگر به گروه مولی علیه نظری بیندازیم بالغه کبیره را در گروه آنها نمی بینیم ولی بحثهایی که پیش آمد و تعدد نظرات مختلف و همچنین موضع حقوق مدنی ایران، همگی باعث شده که درک صریح این مسأله کمی با مشکل روبرو شود. به همین دلیل در قسمت دوم از این مقاله به مهم ترین مباحث مطروحه در زمینه ولایت بر دختر کبیره بالغه، سفیه و مجنون می پردازیم.

اذن ولی دختر بالغ که برای نخستین بار شوهر می کند دارای چهار وصف اساسی است.^۱

۱- خاص است؛ یعنی رضای ولی در نکاح دختر با شخص معینی حاصل می شود، نه این که بطور کلی اذن در انتخاب همسر و زناشویی را به دختر واگذار کند؛ چرا که این اذن با منظور و مبنای حکم قانونگذار یعنی حمایت از او (دختر) منافات دارد و به همین دلیل هم در تنفیذ نکاح، مؤثر نیست.

۲- قابل رجوع است؛ یعنی ولی می تواند تصمیم خودش را پیش از نکاح تغییر دهد و اذن خود را مردود سازد. این رد اذن، در صورتی است که مثلاً "ولی اطلاعات نادرستی را درباره طرف ازدواج با دخترش به دست آورد و بعد از روشن شدن حقایق نظرش

تغییر می کند. در این حالت، از اذن خود برمی گردد و آن را مردود می سازد.

۳- اختیار ولی قهری مطلق نیست؛ یعنی دادگاه می تواند دلایل مخالفت ولی را در امر نکاح بررسی کند و موجه بودن یا نبودن آن را مشخص سازد. به همین دلیل ولی باید بتواند علت مخالفت خود را در دادگاه توجیه کند.

۴- اجازه نکاح، شخصی و منحصر به ولی قهری است؛ و تنها پدر و جد پدری است که می تواند با نکاح دختر بالغ خود، در صورتی که هنوز شوهر نکرده باشد، مخالفت کند.

مادر و سایر خویشاوندان دختر حق دخالت در نکاح را ندارند^۲ همچنان وصی منصوب از سوی ولی قهری، که او هم از این حق بی بهره است.^۳ طبق ماده ۱۰۴۳ اصلاحی ق.م.

"نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر یا جد پدری اوست و 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 با اعلام شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده، به دادگاه مدنی خاص مراجعه و مراتب توسط دختر مزبور، به پدر یا جد پدری اطلاع داده شود؛

بعد از ۱۵ روز از تاریخ اطلاع اگر پاسخ موجهی از طرف ولی به دادگاه مزبور داده نشد، دادگاه می تواند اجازه نکاح را صادر نماید".

در خصوص این حکم، بین فقها چندین نظر وجود دارد. عده ای معتقدند که دختر بالغ در این زمینه آزاد است و با استقلال می تواند همسر خود را انتخاب کند، هر چند که هنوز شوهر نکرده باشد.^۴

مشهور فقها نیز قائل به بقای ولایت پدر و جد پدری پس از بلوغ بر دختر باکره هستند و نظر دارند که پدر و جد پدری باید برای نکاح آنها تصمیم بگیرند. گروه بعدی راه میانه ای برگزیده اند و انتخاب دختر و اجازه پدر و دختر را با هم شرط دانسته اند.^۵

بنابر این ماده ۱۰۴۳ ق.م از این نظر پیروی کرده است تا هم رعایت شخصیت نوجوان در انتخاب همسر

(۱) کاتوزیان، ناصر: حقوق مدنی خانواده، ج ۱، ص ۷۹

(۲) سبزواری: کفایه، ص ۱۵۷، مخالف ابن جنید است که در صورت فقدان پدر، مادر را ولی دختر می داند (به نقل از آقای دکتر کاتوزیان در همان منبع)

(۳) نجفی- شیخ محمد حسن: جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۹۸

(۴) محقق ثانی: جامع المقاصد، ج ۲، ص ۳۹۸

(۵) صاحب حدائق: این قول ضعیف ترین اقوال است. (به نقل از دکتر کاتوزیان در همان منبع)

تفسیر ماده مزبور، این جمله را به معنی دختر باکره گرفته و در رای وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور شماره ۶۲ مورخ ۶۳/۱/۲۹ اعلام کرده است.

”مشروعیت دخول قبل از عقد، شرط صحت عقد یا شرط سقوط ولایت پدر نیست و دخول (مشروع باشد یا نامشروع) مطلقاً سبب سقوط ولایت ولی خواهد شد.^۹“

مثلاً” اگر دختری با مردی ازدواج کند که مورد نظر پدر دختر نبوده است و در اثر مخالفت پدر و درخواست او، این نکاح باطل شود، دختر دوباره

(۱) عروة الوثقی: کتاب نکاح، فصل اولیاء، عقد، مسأله ۱، تحریر الوسیله: کتاب نکاح، فصل اولیاء، عتده، مسأله ۲

(۲) کاتوزیان، ناصر: همان منبع، ص ۸۱

3) defloration

(۴) عروة الوثقی: ج ۲، کتاب نکاح، فصل اولیاء، عقد ص ۳۹۲؛ سلسله بنایع الفقهیه: کتاب شرایع الاسلام، کتاب نکاح، فصل اولیاء، عتده، ص ۴۷۳؛ سلسله بنایع الفقهیه: کتاب مختصر النافع، کتاب نکاح، ص ۵۳۰

5) Fornication

(۶) نراقی- ملا احمد: مستند الشیعه، ج ۲، ص ۴۸۱؛ سلسله بنایع الفقهیه: کتاب مختصر النافع، کتاب نکاح، ص ۵۳۰

(۷) محقق حلی: ترجمه شرایع الاسلام، ترجمه ابوالقاسم احمد بزدی، دانشگاه تهران، ص ۴۴۶

(۸) عروة الوثقی: کتاب نکاح فصل اولیاء، عقد مسأله ۲ ج ۱، ص ۹۵، شماره ۴۷

(۹) مجموعه قوانین سال ۶۳، ص ۴۴

چون هنوز در عرف دوشیزه تلقی می شوند و در حکم باکره هستند بنابراین احکام بکر روی آنها اجرا می شود. محقق حلی در کتاب شرایع الاسلام فرموده است: و ثابت است ولایت پدر و جد پدری بر زن نابالغ؛ و هر چند بکارتش رفته باشد به غیر از وطی و یا به خود وطی، و بعد از بلوغ، او را اختیار فسخ نیست؛ بنا به اشهر روایتین.^۷

از این دو جمله کوتاه می توان این موارد را استنباط کرد:

۱- ولایت پدر و جد پدری بر زن نابالغ ثابت است ۲- اعم از این که ثبیه باشد یا باکره ۳- اعم از این که زن به وطی ثبیه شده باشد یا به غیر آن از قبیل حادثه یا زنا. بنابراین پدر و جد پدری بر زن نابالغ (صغیر) ولایت تام دارند.

در مورد ولایت پدر و جد پدر بر دختر باکره بالغه رشیده، محقق حلی نظر مصنف شرح لمعه را پذیرفته است و آن، استقلال زن باکره بالغه رشیده در عقد است و عدم ثبوت ولایت پدر و جد پدری بر او.

طبق این نظرات، زنی که ازدواج کرده و شوهرش قبل از نزدیکی با او مرده یا طلاقش داده است، حکم باکره را نخواهد داشت.^۸

قانونگذار اصطلاح بکر یا باکره را به کار نبرده و فقط گفته است: ”نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده ... موقوف به اجازه پدر یا جد پدری اوست” ولی دیوان عالی کشور در

آینده خود شود و هم پدر و یا جد پدری بتواند از ازدواج نامناسب او جلوگیری کند. البته در صورت غیبت پدر و جد پدری به نحوی که تحصیل اجازه امکان نداشته باشد و موجب مشقت شود، با توجه به عقیده فقهای امامیه و خود روح قانون مدنی می توان گفت: دختر حق دارد آزادانه ازدواج کند.^۱

بنابر این شرط نفوذ عقد دختری که هنوز شوهر نکرده (باکره است) اجازه ولی قهری اوست؛ ولی اگر دختری یکبار شوهر کرده و این نکاح به نحوی از انحاء منحل شود، بار دوم آزاد است که فقط با نظر خود با هرکس که می خواهد ازدواج کند و نیازی به اجازه ولی قهری ندارد. البته انحلال این نکاح پیش از نزدیکی، دختر را در نکاح بعدی آزاد نمی کند؛ زیرا مقصود ماده ۱۰۴۳ ق.م. از شوهر کردن فقط خواندن خطبه عقد نیست.^۲

همچنین اگر ازاله بکارت^۳ دختران در اثر سقوط یا پریدن (به غیر از وطی) باشد چون دختر هنوز شوهر نکرده و در عرف هم او را دوشیزه می دانند باید ولایت ولی قهری را بر دختر باقی دانست و او را در حکم دوشیزه باکره آورد.^۴

همچنین ازاله بکارت بوسیله زنا^۵ را نیز باعث سقوط ولایت ولی قهری ندانسته اند.^۶

بنابر این در هر حالتی ازاله بکارت صغیر چه غیر وطی و چه زنا باعث سقوط ولایت ولی قهری نخواهد شد.

نامه واصله از طرف همان دفتر خانه به ولی دختر ارسال می شود و پس از پانزده روز از تاریخ ابلاغ نامه، دختر می تواند با همان مرد توصیف شده و با همان شرایط عقد، ازدواج کند.

اگر کوچکترین تغییری در شرایط نکاح حاصل شد که به ضرر دختر باشد، باید دوباره به ولی اطلاع داده شود و پس از پانزده روز دیگر دختر می تواند با همان مرد ازدواج کند ولی اگر این تغییر شرایط به نفع دختر باشد مثلاً افزایش مقدار مهر او باشد اطلاع

ولی خود ازدواج نمی کند و خود رایبی و استقلال دختر در این امر کراهت دارد.^۵ در مقابل این قول، نظر اکثریت فقها بر این است که پدر و جد پدری بر دختر بالغه رشیده - اگر ثبیه^۶ هم باشد - در این امر هیچ ولایتی ندارند و اگر در این حالت، ولی دختر را به عقد دیگری در آورد، آن عقد امضا نمی شود مگر با رضای دختر.^۷

در کتاب دکتر امامی^۸ راجع به اجازه ولی در نکاح تقسیم بندی خاصی آمده، که بد نیست نکات مهم بخش نکاح اناث پس از هیجده سال تمام را ذکر کنیم.

خلاصه ماده ۱۰۴۳ ق.م.م.تضمن این مطالب است که: ۱- نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده، اگر چه بیشتر از ۱۸ سال تمام داشته باشد، متوقف به اجازه پدر و جد پدری است و هر گاه دختری که هنوز شوهر نکرده و ۱۸ سال تمام دارد بدون اجازه ولی ازدواج کند، به نظر می رسد که نکاح او غیر نافذ است و از زمان اجازه ولی، آن عقد تنفیذ می شود.

۲- در صورتی که ولی به دختری که هجده سال تمام دارد و می خواهد شوهر کند اجازه ندهد، دو صورت فرض می شود. صورت اول: اگر ولی بدون علت موجه از ازدواج دختر مضایقه کند، دختر می تواند تمام خصوصیات مردی را که می خواهد با او ازدواج کند و همچنین شرایط نکاح را برای ولیش بنویسد و نامه را به یکی از دفتر خانه های ازدواج بفرستد، این

می تواند با همان مرد ازدواج کند؛ چون دیگر باکره نیست و نامشروع بودن آمیزش نخستین نیز از سقوط ولایت پدر جلوگیری نمی کند. این بار پدر حق اعتراض ندارد و دختر می تواند با شوهر دلخواهش بسربرد.

در مواردی هم که اجازه ولی لازم است او در تنفیذ و رد نکاح آزاد نیست و حق ندارد خودسرانه مانع ازدواج دختر شود؛ بلکه مانعیت او در این امر، باید با علت موجه و طبق مصلحت و منفعت دختر باشد نه برای ارضای تمایل و نفع خود. بنابراین حق ولی در باب مخالفت با شوهر کردن دختر در حالت کودکی او مطلق و درباره کبیره باکره نسبی است. فقهای امامیه به اجماع گفته اند که اگر ولی، دختر را از ازدواج با کفو^۱، با وجود تمایل دختر به ازدواج، عضل کند، ولایت او ساقط می شود و دختر در نکاح استقلال خواهد داشت.^۲ به طور کلی فقها به این سمت متمایلند که ولایت پدر بر دختر بالغ باکره و رشیده دیگر ثابت نیست.^۳ و اما در این باره برخی می گویند یا دختر مستقل است و پدر و جد پدری بر او ولایتی ندارند، یا اذن ولی و اذن خود باکره بطور مشترک و با هم معتبر است. قول دیگر می گوید که تفصیل بین ازدواج دایم و منقطع یا به استقلال باکره در اولی - نه در دومی - یا عکس آن است و احوط آن است که از آنها اجازه گرفته شود.^۴ روایاتی هستند که دلالت می کنند بر این که دختر باکره رشیده جز با اذن

(۱) کفو یعنی همتا و همساز، در فقه امامیه، کفو زن کسی است که ایمان و توانایی به نفعه دادن داشته باشد. (به نقل از دکتر صفایی: کتاب حقوق خانواده، ج ۱، ص ۹۶، شماره ۴۸)

(۲) شهید ثانی: شرح لمعه، ترجمه علی شیروانی، کتاب نکاح، ص ۴۸

(۳) همان منبع، ص ۴۷: تحریر الوسیله: کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد، مسأله ۲: سلسله بیانیع الفقهیه: کتاب شرایع الاسلام، فصل اولیاء عقد، ص ۴۷۳

(۴) تحریر الوسیله: کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد، مسأله ۲: عروة الوثقی: کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد، مسأله ۱

(۵) وسائل الشیعه: کتاب نکاح، باب چهارم از ابواب عقد نکاح

(۶) ثبیه یعنی ازاله بکارت بواسطه نزدیکی

(۷) سلسله بیانیع الفقهیه: شرایع الاسلام، کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد، ص ۵۳۰: کتاب جامع الشرایع: کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد، ص ۵۵۸

(۸) امامی - حسن: حقوق مدنی، کتاب هفتم، فصل دوم، ص ۲۸۴

دادن مجدد به ولی دختر لازم نیست. صورت دوم: اگر ولی با ذکر علت موجه از دادن اجازه به دختر مضایقه کند، به نظر می‌رسد که در این صورت دختر نمی‌تواند با مرد پیشنهادی ازدواج کند. البته به نظر می‌رسد که تشخیص موجه بودن علت ازدواج یا موجه نبودن آن با سر دفتر ازدواج خواهد بود. همچنان که تشخیص وجود شرایط صحت نکاح، با سر دفتر ازدواج است؛ زیرا ثبت ازدواج به عهده اوست و قانون هم مرجعی برای آن امور معین نکرده است.

ولایت بسرفیه و مجنون

این بحث را اختصاص می‌دهیم به اشخاص سفیه و مجنونی که می‌خواهند ازدواج کنند. مباحث مطرح در این بحث از این قرار است که اصلاً سفیه و مجنون کیست؟ ولایت سفیه و مجنون بر عهده کیست؟ آیا ازدواج سفیه و مجنون صحیح است یا خیر؟...

در مورد مبحث اخیر، نظریات متفاوتی ارائه شده که به آنها خواهیم پرداخت. به هر حال، هر انسانی حق دارد از موهبت و شیرینی زندگانی مشترک برخوردار باشد و هیچ کس را نمی‌توان از برخورداری این موهبت ممنوع کرد مگر به علت‌های بسیار مهم و جدی که مخل زندگی هر دو طرف خواهد بود و قانون‌گذار برای جلوگیری از بروز چنین مشکلاتی ظهور هر یک از این علل را یا حتی

یکی از آنها را - مبطل عقد و گاهی سبب غیر نافذ شدن عقد اعلام کرده است. بطور کلی سفیه یا غیر رشید کسی است که تصرف او در اموال و حقوق مالی خود عقلایی نمی‌باشد (۱۲۰۸ ق.م).

ولی مجنون بطور دقیق در قانون ایران تعریف نشده است؛ بطور کلی مجنون به کسی اطلاق می‌شود که فاقد اراده است و به همین دلیل هیچ یک از اعمال ارادی را نیز نمی‌تواند انجام دهد و معاملاتش باطل است.

بنابراین، باید دید که نکاح چنین اشخاصی که بطور غیرمستقیم با اموال آنها سروکار دارد چگونه وضعیتی می‌یابد؛ آیا صحیح است یا غیر نافذ، و یا اصلاً باطل... ابتدا به بحث نکاح شخص سفیه می‌پردازیم.

نکاح سفیه

طبق ماده ۱۲۰۸ ق.م. سفیه و یا غیر رشید کسی است که تصرف او در اموال و حقوق مالی خود عقلایی نباشد. بنابراین، شاید در مورد نکاح سفیه گفته شود که چون سفیه در اثر نکاح به نوعی غیر مستقیم در اموال و در حقوق مالی خود تصرف می‌کند و با انعقاد عقد خود را ملتزم به پرداخت نفقه و مهریه زن می‌کند، نکاح او نیز بستگی به تنفیذ ولی یا قیم دارد و به تنهایی نمی‌تواند در این باره تصمیم بگیرد.^۱

دکتر کاتوزیان^۲ معتقد است که

سخن فوق را جز در مورد توافق درباره مهریه، نباید پذیرفت، زیرا عقد نکاح دارای دو جنبه ممتاز است. ۱- اتحاد زن و شوهر به منظور ایجاد خانواده است که غیر مالی است. ۲- توافق در میزان مهر، عقدی است مالی و تابع قواعد عمومی معاملات. تمام آثار مالی ناشی از نکاح، به حکم قانون بر افراد حمل می‌شود؛ و از این جهت هیچ فرقی بین یک فرد رشید و سفیه وجود ندارد؛ سفیه نیز به همان اندازه باید نفقه پردازد که یک شخص رشید می‌پردازد و سایر آثار...

قانون مدنی نیز بطور ضمنی نکاح سفیه را مجاز می‌شمرد زیرا در ماده ۱۰۶۴ ق.م. شرایط اهلیت زوجین بیان شده است ولی اشاره‌ای به لزوم رشد نکرده و گفته است: "عاقده باید عاقل و بالغ و قاصد باشد" ولی نسبت به دومین جنبه ممتاز نکاح، که توافق در مورد میزان مهر است، سفیه آزاد

۱) عروة الوثقی: کتاب نکاح، مبحث اولیاء عقد، مسأله ۷؛ تحریر الوسیله: کتاب نکاح، بخش اولیاء عقد، مسأله ۷؛ شهید ثانی: شرح لسنه، ترجمه علی شیروانی، کتاب نکاح، بحث اولیاء عقد، ص ۴۷؛ نراقی - ملا احمد: مستند الشیعه، ج ۲، ص ۴۶۳ (ایشان سفیه را از مصادیق فاسد العقل و در ردیف مجنون آورده اند)؛ محقق ثانی: جامع المناصد، ج ۲، ص ۳۰۶ و ۳۰۴؛ دو مورد اخیر منقول از کتاب دکتر کاتوزیان: حقوق مدنی خانواده، ج ۱، ص ۸۵ می‌باشد.

۲) کاتوزیان - ناصر: حقوق مدنی خانواده، ج ۱،

نیست و نفوذ اراده او به اجازه ولی و قیم بستگی دارد؛ زیرا این توافق بطور مستقیم با اموال او ارتباط داشته و میزان مهر نیز با رضای زوجین معین می شود، نه صرفاً به حکم قانون.^۱

نکاح شخص مجنون

همانطور که گفتیم مجنون بطور دقیق در قانون ایران تعریف نشده است؛ بطور کلی مجنون به کسی اطلاق می شود که فاقد اراده است و به همین دلیل از انجام اعمال آزادی قاصر است.^۲ و میاملاتش نیز باطل است. چرا که عقد چیزی نیست جز اراده و تراضی دو طرف؛ بنابراین، وقتی یکی از این اراده ها وجود نداشته باشد، معامله آنها باطل می شود. نکاح هم عقدی است که در اثر تراضی و اراده دو طرف به وجود می آید؛ پس هرگاه یکی از آن دو دیوانه باشد، نکاح باطل است و تنفیذ ولی یا قیم او نیز هیچ سببی برای نفوذ عقد به شمار نمی آید. اگر جنون موجب، قبل از تحقق قبول واقع شود، اثر ایجاب را از بین می برد و صرف قبول مقبل، باعث وقوع نکاح نمی شود.^۳

اگر جنون شخصی متصل به صغر او باشد، بعد از رفع صغرش، ولایت ولی او باقی خواهد ماند؛ چون علت دیگری برای بقای ولایت وجود دارد که عبارت است از جنون آن شخص.^۴ در ایسن مورد، ولی می تواند در صورتی که به مصلحت مجنون و برای او ضروری باشد به ولایت برای

او ازدواج کند.^۵ به همین قیاس می توان گفت ولی قهری و وصی منصوب از طرف ولی قهری نیز می تواند در صورت لزوم و ضرورت برای دیوانه نکاح کند و برای این امر هم نیازی به اجازه دادستان ندارد.^۶

چرا که وقتی قیم بتواند به نمایندگی از مجنون برای او عقد نکاح ببندد ولی قهری و وصی منصوب از طرف او (ولی خاص)، که اصولاً اختیارات بیشتری در امور محجور دارند، به طریق اولی باید بتوانند این عمل را انجام دهند و در این امر نیازی به موافقت دادستان ندارند، چرا که اگر محجور، ولی قهری یا وصی داشته باشد، دیگر دادستان حق دخالت در امور او را ندارد (ق امور حسبی م ۷۳) لذا آنها می توانند بدون اجازه دادستان برای مجنون، عقد ازدواج منعقد کنند.^۷

سؤال دیگری که ممکن است به ذهن ما متبادر شود، این است که آیا ولی یا قیم می تواند برای مجنون ادواری عقد نکاح ببندد؟

چون نکاح امری شخصی است و اصولاً خود شخص باید درباره این امر تصمیم بگیرد و اراده طرفین نکاح اساساً رکن اساسی عقد به شمار می رود، می توان گفت ولی یا قیم نمی تواند در مورد ازدواج مجنون ادواری، اقدام کند.^۸ و ماده ۸۸ ق امور حسبی منصرف از این مورد است ولیکن خود مجنون در حال افاقه

می تواند مستقلاً ازدواج کند، البته در صورتی حکم به صحت این ازدواج می شود که افاقه او در زمان عقد نکاح مسلم باشد (بند آخر ماده ۲۱۳ ق.م.م).

سقوط ولایت ولی قهری (پدر و جد پدری)

پس از بحث پیرامون ولایت ولی بر صغیر و صغیره، بالغه کبیره، سفیه و مجنون و شرایط مربوط به آنها، به بحث سقوط ولایت ولی می رسیم که البته در ذیل بحثهای پیشین قسمتهایی از آن بیان شده است ولی به هر حال ضروری است که این بحث؛ ذیل یک عنوان جداگانه توضیح داده شود.

(۱) برای مطالعه بیشتر به کتاب حقوق مدنی جلد ۱، دکتر کاتوزیان مراجعه کنید، ص ۸۷-۸۵.
(۲) عروة الوثقی: ج ۲، نکاح، فصل اولیاء عقد مسأله ۷ (عبارت مطلوب العبارة)

(۳) ابن قدامه: المغنی، ج ۷، ص ۸۱ نظر مخالف که با مشهور فقهای امامیه مخالف است؛ از شیخ یوسف بحرانی در حدائق الناضرة ج ۲۳ ص ۱۷۷، او عارضه جنون را بعد از ایجاب مانع انعقاد می داند (به نقل از دکتر کاتوزیان در کتاب حقوق خانواده ج ۱)

(۴) سلسله بنایب الفقهیه، کتاب مختصر النافع، کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد، ص ۵۳۰

(۵) سلسله بنایب الفقهیه: کتاب شرایع الاسلام، کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد، ص ۴۷۳

(۶) همان منبع: جواهر الکلام ج ۲۹ ص ۱۹۱

(۷) صفایی: حقوق خانواده، ج ۱، ص ۱۰۱

(۸) کتاب سلسله بنایب الفقهیه: کتاب شرایع الاسلام، کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد، ص ۴۷۳

موردی که حصول آنها باعث سقوط ولایت ولی می شود، عبارتند از:

- ۱- فوت هر یک از دو ولی
- ۲- جنون یا کافر شدن ولی
- ۳- رفع صغر صغیر و صغیره (رسیدن به سن بلوغ)
- ۴- ازدواج قبلی دختر
- ۵- جلوگیری ولی دختر، بدون علت موجه، از ازدواج دخترش با کفو وی.

۱- فوت هر یک از دو ولی:

تا زمانی که پدر و جد پدری زنده است، ولایت بر عهده آنهاست و در صورت فوت هر یک از آنها، ولایت به عهده دیگری منتقل می شود. طبق مسأله ۳ تحریرالوسیله، کتاب نکاح فصل اولیاء عقد، ولایت جد منوط به زنده بودن پدر یا مرده بودن او نیست؛ پس در وقت وجود آنها هر کدامشان در ولایت مستقل هستند و اگر یکی از آنها بمیرد ولایت به دیگری اختصاص پیدا می کند.

طبق ماده ۱۱۸۸ ق.م ایران هر یک از پدر یا جد پدری بعد از وفات دیگری می تواند برای اولاد خود که تحت ولایت او هستند، وصی معین کند تا بعد از فوت خود در نگاهداری و تربیت آنها مواظبت کرده و اموال آنها را اداره نماید.

۲- جنون یا کافر شدن ولی:

در صورت مجنون شدن یکی از ابوبین، ولایت از شخص مجنون ساقط شده به دیگری منتقل می شود.

ماده ۱۱۸۲ ق.م ایران می گوید: هرگاه طفل هم پدر و هم جد پدری داشته باشد و یکی از آنها محجور شود، یا به علتی ممنوع از تصرف در اموال مولی علیه گردد، ولایت قانونی او ساقط می شود.^۱

در مورد کافر شدن ولی باید گفت که اگر ولی کافر شد، ولایتی بر فرزندش ندارد و در صورتی که جدش کافر نباشد، ولایت به او منتقل می گردد.

در مسأله ۱۲ تحریرالوسیله، فصل نکاح در اولیاء عقد آمده که ... و همچنین پدری که کافر است، بر پسر مسلمانش ولایت ندارد؛ پس ولایت مال جدش است^۲ اگر مسلمان است؛ و ظاهر آن است که بر فرزند کافرش ولایت دارد و در صورتی که جد مسلمان نداشته باشد و گرنه بعید نیست که برای او ثابت باشد نه برای کافر.

۳- رفع صغیر از صغیر و صغیره:
پس از رسیدن پسر به سن بلوغ، ولایت پدر ساقط می شود، ولی در مورد دختر، اقوال گوناگونی است که برای جلوگیری از تکرار مطالب به بحث ولایت صغیر و صغیره مراجعه کنید.

۴- ازدواج قبلی دختر:^۳

در این مورد نیز فقها متفقاً نظر دارند که دختر بعد از این که بار اول شوهر کرد و نکاح او به نحوی از انحاء

منحل شد، برای بار دوم آزاد است که با نظر خود، با هر کس که می خواهد ازدواج کند و نیازی به اجازه ولی ندارد بنابراین در این مورد نیز سقوط ولایت ابوبین بوضوح مشاهده می شود. برای توضیح بیشتر به بحث ولایت دختر بالغه کبیره رجوع کنید.

۵- جلوگیری ولی دختر، بدون علت موجه، از ازدواج دخترش با کفو وی:

اگر ولی دختر را عضل کند، یعنی با وجود مردی که کفو دختر و هم شأن با اوست و دختر هم به او علاقمند است، او را به ازدواج آن مرد در نیاورد، میان فقها بحثی در این نیست که ولایت ولی ساقط خواهد شد و دختر خودش مستقلاً می تواند با آن مرد ازدواج کند.^۴

(۱) تحریرالوسیله: کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد،

مسأله ۱۲: کتاب سلسله بنایع الفقهیه: کتاب

قواعد الاحکام، کتاب نکاح، فصل مسقطات

الولاية، مورد ب؛ عروة الوثقی: ج ۲، کتاب نکاح،

اولیاء عقد، مسأله ۱۶

(۲) سلسله بنایع الفقهیه: کتاب شرایع الاسلام

نکاح، فصل اولیاء عقد، قسمت ثانی (اللواحق)

مورد ۵: همان منبع: کتاب قواعد الاحکام فصل

مسقطات الولاية؛ عروة الوثقی: ج ۲، کتاب نکاح،

فصل اولیاء عقد، مسأله ۱۶

(۳) عروة الوثقی: ج ۲، کتاب نکاح، فصل اولیاء

عقد، مسأله ۱

(۴) تحریرالوسیله: کتاب نکاح، فصل اولیاء عقد،

مسأله ۲؛ شهید ثانی: شرح لمعه، ترجمه علی

شیروانی، کتاب نکاح، ص ۴۸