

# ولایت قهری پدر در رصد عالمانه فقها و اندیشمندان

موضوع این گفتمان، ولایت قهری پدر و جد پدری، به ویژه حیطه‌ی این ولایت در ازدواج صغیر و صغیره در فقه و قانون مدنی است. سؤالات و ابهاماتی که در این زمینه از دیدگاه‌های مختلف مطرح می‌شود، ما را بر آن داشت تا با دریافت نظرات و ارزیابی ادله‌ی صاحب نظران و اندیشمندان جایگاه مذکور را تحلیل و تبیین نماییم. در این شماره با طرح سؤالاتی پیرامون موضوع، از محضر استاد حجة الاسلام والمسلمین مهریزی بهره جستیم.

□ ولایت پدر و جد پدری نسبت به صغیر و صغیره، از جمله مسائلی است که پیرامون آن بحثها و نظرات فراوانی ارائه شده است، لطفاً نظر خود را نسبت به ازدواج صغیر و صغیره از نظر متون روایی و فقهی بیان فرمائید؟

□ چنانچه مستحضرید در ماده ۱۰۴۱ از قانون مدنی، نکاح قبل از بلوغ را ممنوع و در تبصره الحاقی آن اینگونه آمده: عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی صحیح است به شرط رعایت مصلحت مولی علیه. اکنون با توجه به این تبصره، بفرمایید دلیل اعتبار این مصلحت چیست و لحاظ آن از سوی ولی به چه صورت است؟

■ بدون تردید همه فرق فقهی اسلامی نکاح صغیره را از سوی ولی «جایز» می‌دانند و در میان فقیهان شیعی از مخالفی نام برده نشده جز ابن ابی عقیل که ایشان هم فقط با ولایت جد مخالف است ولی منکر اصل «ولایت قهری» پدر نیست. البته در میان اهل سنت سه تن را یاد کرده‌اند که با اصل تجویز مخالفند.

■ شکی نیست که اگر نکاح صغیر و صغیره با در نظر گرفتن شرایطی مجاز باشد، کودکان نمی‌توانند مجری آن باشند زیرا اهلیت برای اجرای عقد را

طرفداران جواز از شیعه و اهل سنت ادله مختلفی از آیات و روایات و سیره اقامه کرده‌اند که



ندارند و از این رو امر در اختیار اولیاء یعنی پدر و جد پدری است.

حال سخن این است که دایره اختیار آنان تا چه اندازه است آیا اولیاء مجازند هرگاه که اراده کردند دست به چنین عملی بزنند؟ یا اقدام آنها منوط به عدم مفسده و یا مشروط به وجود مصلحت است؟ صورت اول را هیچ کس نپذیرفته که ولی اختیار مطلق در این امر داشته باشد، اما اختلاف در دو صورت دیگر است، بعضی صحت تزویج را منوط به عدم مفسده و بعضی دیگر مشروط به وجود مصلحت مولی علیه، نموده‌اند.

● ادله تزویج اطلاق ندارد زیرا اجازه به ازدواج در آوردن کودک توسط ولی او، عام نیست؛ و در صورتی که مفسده داشته باشد قطعاً مجاز نیست. وقتی چنین عمومیتی در ادله نبود باید به قدر متیقن اکتفا کرد، و قدر متیقن جایی است که در کار ولی مصلحت باشد،

دلیل دوم: غرض از جعل ولایت، حمایت از مولی علیه است. چنانچه در معنای ولایت همین مفهوم لحاظ گردیده است که به سبب ولایت ولی، ضعفی که در ناحیه مولی علیه است، جبران می‌گردد و ولایت، جابر این ضعف و نقصان است. که این ضعف، گاه از جهت صغر سن است و یا جنون و یا امور دیگر، و بر این اساس بدون ملاحظه‌ی مصلحت عقلانی از سوی ولی، این امر محقق نمی‌گردد.

دلیل سوم، ولایت ولی، امری است عقلایی و عقلا مصلحت را عنصر اساسی می‌دانند، و به تعبیر دیگر اختیار ولی، امری تعبدی نیست، بلکه

مشهور فقهای امامیه رعایت مصلحت را مصحح نکاح می‌دانند و برای نظر خود ادله‌ای می‌آورند که از آن جمله اینکه: ادله تزویج، اطلاق ندارد، زیرا اجازه به ازدواج در آوردن کودک توسط ولی او، عام نیست؛ و در صورتی که مفسده داشته باشد قطعاً مجاز نیست. وقتی چنین عمومیتی در ادله نبود باید به قدر متیقن اکتفا کرد، و قدر متیقن جایی است که در کار ولی مصلحت باشد، و به واسطه این قدر متیقن ما از اطلاق دست برمی‌داریم.



● برای اجرای این نکته، حکومت‌های دینی می‌توانند با جعل قوانین خاص، سیستم قضایی را ناظر بر اجرای صحیح این حکم گردانند، یعنی احراز مصلحت، باید توسط قاضی تأیید شود و بعد از آن، ولی اقدام به این امر نماید. لذا اختیارات ولی در اینجا تام نیست و نمی‌تواند سرنوشت فرزند خویش را دستاویز مطامع و مقاصد شخصی قرار دهد.

قاعده‌ای است عقلایی که ادله شرعی آن را تأیید و امضا می‌کند.

دلیل چهارم: بنا بر آیه «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» تصرف در اموال طفل باید با رعایت مصلحت باشد و به دلیل اولویت و به طریق اولی تصرف در زندگی آینده او هم منوط به رعایت مصلحت است.

بنابراین با توجه به این ادله، مشهور فقهای امامیه، اختیارات ولی را مطلق نمی‌دانند و رعایت مصلحت را شرط صحت انعقاد عقد از سوی ولی می‌شمارند و بر همین اساس، دیگر استناد به قاعده لاضرر یا برخی ادله‌ی لفظی دیگر را برای اعتبار عدم مفسده، لازم نمی‌دانند، زیرا می‌گویند تمسک به آن ادله، زمانی است که دلیلی بر اعتبار مصلحت نباشد.

□ سؤال دیگری که در اینجا مطرح است این است که ملاک تشخیص مصلحت چیست؟ و آیا نظر ولی در اینجا کفایت می‌کند؟ و اگر ولی در تشخیص، دچار خطا شود و به بیراهه رود و یا اینکه از این حکم یا ماده قانونی سوء استفاده کند اینجا تکلیف چیست؟ و چه بایستی کرد؟

■ مرجع تشخیص مصلحت، عرف و عقلا هستند و ولی، خارج از این بناء عقلانی نمی‌تواند اقدامی نماید و به دلخواه خویش عمل نماید و حکم را مورد سوء استفاده قرار دهد، البته برای اجرای این نکته،

حکومت‌های دینی می‌توانند با جعل قوانین خاص، سیستم قضایی را ناظر بر اجرای صحیح این حکم گردانند، یعنی احراز مصلحت، باید توسط قاضی تأیید شود و بعد از آن، ولی اقدام به این امر نماید. لذا اختیارات ولی در اینجا تام نیست و نمی‌تواند سرنوشت فرزند خویش را دستاویز مطامع و مقاصد شخصی قرار دهد.

□ مسأله دیگری که در این موضوع در خور توجه است، حق خیار برای طرفین عقد نکاح بعد از زمان رسیدن آنان به حد بلوغ است. و این بحث هم نسبت به صغیر مطرح است و هم نسبت به صغیره، با توجه به نظرات و دیدگاهها در این زمینه و نیز دیدگاه مشهور فقها نسبت به صغیره که حکم به عدم خیار نسبت به زمان بعد از بلوغ می‌نمایند. در تحلیل و ارزیابی این نظرات اگر مطلبی لازم است، بفرمائید.

■ آنگونه که از ادله فقهی بر می‌آید در این زمینه، علاوه بر استناد به دسته‌ای از روایات، توافق فتاوی‌ای فقها به گونه‌ای است که به نظر می‌رسد در مسأله، خلاfi نیست، چنانچه مرحوم شهید ثانی

اینکه عده‌ای از فقهای عظام چون شیخ الطائفه در نهاییه و ابن حمزه و ابن ادریس و ابن براج نسبت به پسر، بعد از رسیدن به سن بلوغ، حق خیار قایلند، و استناد ایشان این است که اثبات مهریه و نفقه بر پسر موجب ضرر مالی است، لذا حق خیار ثابت است برای پسر، اما در مسأله صغیره همانگونه که قبلاً هم بیان شد عمدتاً حق خیار قایل نمی‌شوند، اکنون سؤال این است که با توجه به اینکه ازدواج، زیربنای تشکیل خانواده است و اساس آن را تفاهم طرفین و مودت و انس و الفت تشکیل می‌دهد، آیا این نوع از عقد، برای زن، ایجاد مشکل یا حرج یا ضرر نمی‌نماید، و این خود موجب اثبات حق خیار برای زن نیست.

■ در اینجا حتی اگر ادله‌ای که ما در جواب سؤال قبلی از روایت و دلایل دیگر آوردیم مورد قبول واقع نشود، برای جعل خیار نسبت به زن هم می‌توان به قاعده لاضرر استناد جست، زیرا این قاعده فقط در موارد ضرر مالی قابل استناد نیست بلکه عمومیت قاعده ضررهای غیر مالی را هم می‌گیرد و در اینجا اگر ازدواج مورد خوشایند دختر نباشد، لازمه‌اش تحمل عمری ضرر روحی و عاطفی است، لذا باید گفت که این قاعده، حکومت دارد نسبت به آن ادله‌ی اولیه‌ای که در زمینه ولایت است. بلکه همانگونه که آیه‌الله خویی (ره) فرموده‌اند: اگر به کمک قاعده لاضرر، خیار ثابت شود، تفاوتی میان دختر و پسر نیست. که حق هم همین است.

□ با توجه به شرایط فعلی، تا چه مقدار لزوم چنین تبصره‌ای را در قانون مدنی لازم می‌دانید. موارد کاربرد احتمالی آن را تبیین نمایید.

■ تا زمانی که قانونگذار تدبیری برای نظارت قانونی بر اجرای این تبصره پیش بینی نکرده، این الحاق، نه تنها ضروری نیست بلکه مضر است. چرا که قانون، برای رفع مشکل و جلوگیری از سوء استفاده وضع می‌شود، نه آنکه خود، زمینه سوء استفاده را فراهم سازد.

بعد از نفی خلاف بین اصحاب، ادعای اجماع نموده است. و استشهاد مشهور به دسته‌ای از روایات است که در مقابل آن، روایات معتبره‌ی دیگری نیز هست که دلالت دارد بر اینکه دختر پس از بلوغ حق فسخ دارد، و ما در اینجا به ذکر عمده‌ترین آنها می‌پردازیم که روایت محمد بن مسلم است.

در این روایت، راوی می‌گوید: از امام باقر علیه السلام درباره پسر نابالغی که با دختر نابالغی ازدواج می‌کند سؤال کردم، حضرت فرمودند: اگر پدرانشان آنان را به ازدواج درآورند اشکالی نیست. ولیکن آن دو پس از بلوغ، اختیار فسخ دارند، و اگر طرفین، رضایت به ازدواج دارند مهریه‌ی دختر بر عهده پسر است.

این روایت که از نظر سند صحیح و نیز از جهت دلالت روشن است؛ حق خیار را برای طرفین ثابت نموده، و مسأله‌ی رضایت طرفین را مطرح ساخته است.

اما نکته‌ای که در این روایت مورد توجه بعضی از فقها قرار گرفته، این است که: این ثبوت خیار، در جایی است که هر دو طرف نابالغ باشند، و به عدم بلوغ پسر در اثبات حق خیار برای دختر موضوعیت داده‌اند، و حکم به اخص بودن مدلول روایات موافق خیار، نسبت به روایات رد خیار کرده‌اند، ولیکن آنچه که به نظر می‌رسد این است که صغیر بودن طرفین یا صغیر بودن پسر، دخلی در ملاک حکم ندارد، و روایت در مقام بیان حق خیار برای نابالغ، پس از بلوغ است. زیرا باید این روایت و نیز بعضی روایات دیگر، اطلاق روایات دسته دیگر را که بدان در عدم خیار استناد بسته‌اند، مقید سازد.

از سوی دیگر در مقام تعارض ادله، رجحان با روایت محمد بن مسلم است. با اصول عقلانی موافق می‌باشد.

مضافاً اینکه چون ولایت بر خلاف اصل است لذا در حکم آن، به حداقل اکتفا می‌شود و حداقل آن در جایی است که دختر پس از بلوغ بتواند عقد را فسخ کند.

□ سؤال دیگری که پیرامون موضوع خیار است،