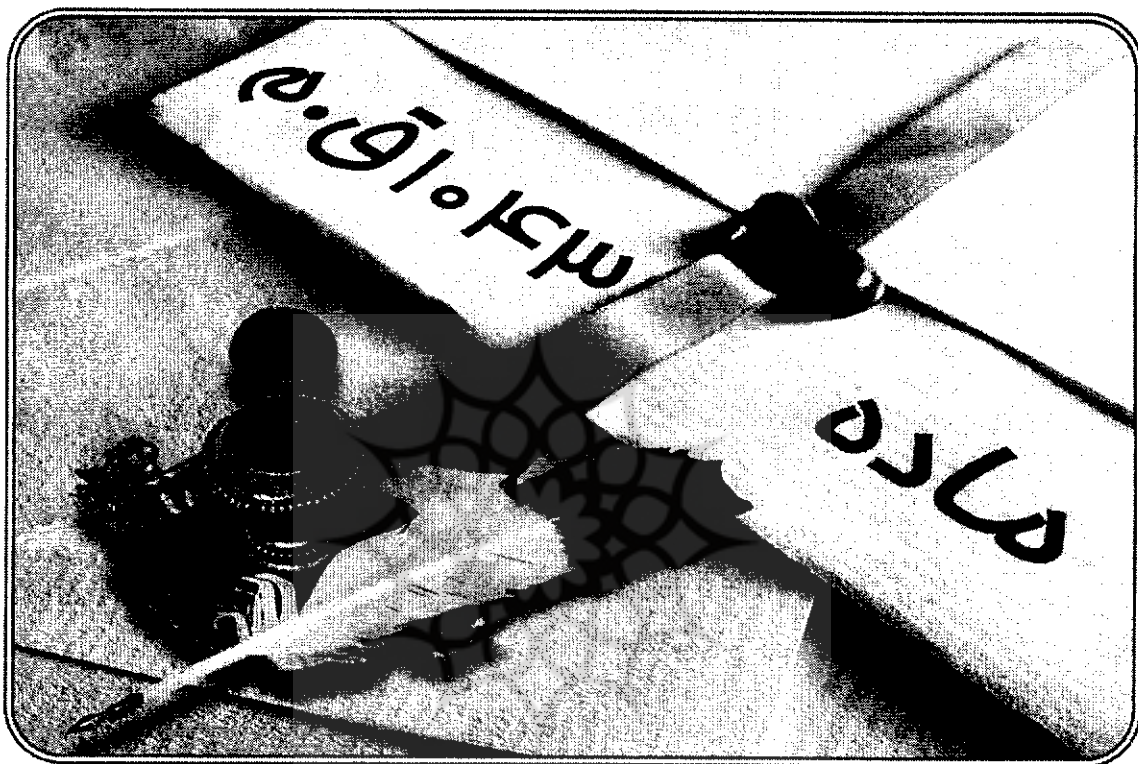


# تحقیقی درباره ماده (۱۰۴۳) قانون مدنی

آیتا... سید محمد حسن مرعشی (معاون قضائی قوه قضائیه)



ژوئیه گاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

در ماده (۱۰۴۳) ق.م آمده است:

«نکاح دختر باکره اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری اوست و هر گاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند اجازه او ساقط و در این صورت دختر می تواند با معرفی کامل مردی که می خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص، به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید.»

در ابتدا لازم است دو نکته را در رابطه با این ماده متذکر شویم:

۱- لازم است در جمله «اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد» کلمه «اگر چه» حذف شود؛ زیرا

موضوع بحث فقط دختر بالغه می باشد و کلمه «اگر چه» ظهور در عموم دارد. بنابراین عبارت مذکور در این ماده شامل صغیره نیز می گردد و این صحیح نیست، زیرا هر چند اجازه پدر و یا جد پدری نسبت به صغیره و بالغه هر دو اعتبار گردیده است اما موضوع سقوط ولایت آنان در صورت مضایقه از اجازه، اختصاص به کبیره دارد و شامل صغیره نمی شود. مضافاً به اینکه، حکم صغیره در تبصره ماده (۱۰۴۱) آمده است؛ زیرا در این تبصره می گوید: «عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی و به شرط رعایت مصلحت مولی علیه صحیح می باشد.»

۲- سن بلوغ تنها کافی نیست بلکه باید کلمه رشد نیز بر آن اضافه گردد، زیرا همان طور که رشد در تصرفات مالی لازم است

در نکاح و ازدواج نیز رشد لازم می باشد و اگر کودکی پسر باشد و یا دختر بالغ شود ولیکن رشد او محرز نباشد و یا عدم رشد او محرز باشد، بدون تردید ولایت ولی به حال خود باقی است.

«شهید اول» در کتاب «لمعه» می فرماید: «فولایة القرابة علی الصغیرة والمجنونة و البالغة سفیهة»، یعنی ولایت قرابتی بر دختر صغیره و یا دیوانه و یا دختری که بالغ باشد اما سفیه بوده باشد (یعنی نتوانسته باشد مصالح خود را در امر ازدواج در نظر بگیرد) ثابت می باشد.

همچنین «شهید ثانی» در «مسالک» می فرماید: «ان الاتی ان کانت صغیره او غیررشیده فلاخلاف فی ثبوت الولاية علیها»،

یعنی دختر اگر صغیره و یا غیر رشیده باشد بدون خلاف، ولایت ولی نسبت به او ثابت می‌باشد

و در صحیحہ فضلاء و یا حسنه ایشان از امام باقر (علیه السلام) نقل شده است که فرمود: «المرأة التي قد ملكت نفسها غير السفیة و لا المولی علیها ان تزویجها بغير ولی جایز»، (۱) یعنی زنی که مالک نفس خود گردیده (به حد بلوغ رسیده) و سفیهه نباشد و ولی نداشته باشد، ازدواج او بدون ولی جایز است. و این روایت، صریح است که برای ازدواج، رشد و بلوغ لازم می‌باشد.

و در روایت زراره از امام باقر (ع) آمده است: «اذا كانت المرأة مالكة امرها تبيع و تشتري و تعتق و تشهد و تعطى من مالها ماشاءت فان امرها جائز تزوج ان شاءت بغير اذن ولیها و ان لم تكن كذلك فلا يجوز تزویجها الا بامر ولیها» (۲) هر گاه زنی مالک نفس خود گردیده (به حد بلوغ و رشد رسیده است) و می‌تواند خرید و فروش کند و عید خود را آزاد کند و شهادت دهد و مالش را بتواند به دیگران بدهد، امر او جایز است به هر کس بخواهد می‌تواند بدون اجازه ولی ازدواج کند و اگر شرایط مذکور را نداشته باشد تزویج او جایز نیست.

از روایت دوم معلوم می‌گردد از وصف وی به عدم سفاقت که در روایت اول آمده است به خاطر آن است که جمله (ملکت نفسها) را توضیح دهد که مقصود از آن، همان رشد است و محتمل است مراد از (ملکت نفسها) خصوص بلوغ باشد و مقصود از غیر سفیهه رشد بوده باشد و مقصود از جمله (ولامولی علیها) آن است که در اثر جنون دارایی ولی نباشد و حاصل سخن این است که زن هر گاه به حد بلوغ و رشد رسید تزویج او بدون اذن ولی جایز است. (۳)

اینک با توضیحاتی که داده شد معلوم می‌گردد، بلوغ بدون رشد برای تزویج دختر بکر بدون اذن ولی کافی نخواهد بود و رشد او باید احراز گردد. و قانونگذار چون خیال کرده

## بلوغ بدون رشد

### برای تزویج دختر بکر

### بدون اذن ولی کافی

### نخواهد بود و رشد او

### باید احراز گردد

است بلوغ می‌تواند اماره رشد باشد، متعرض رشد نگردیده است. و ما همان‌طور که در مقالات پیش توضیح دادیم، بلوغ فی نفسه ملازمه‌ای با رشد ندارد و این امر گذشته از اینکه امر وجدانی است، قرآن و روایات و کلمات اصحاب نیز بر آن دلالت دارند. و با روشن شدن دو نکته مذکور، لازم است اقوال فقها در ارتباط با اصل اعتبار ولایت پدر و جد بر بالغه رشیده را مورد بررسی قرار دهیم و سپس ولایت حاکم را که در ماده (۱۰۴۳) ق.م. نیز آمده است، مورد بحث قرار خواهیم داد.

#### اقوال فقها :

از کلمات فقها استفاده می‌شود که در مسئله مورد بحث پنج قول وجود دارد:

۱- قول کسانی است که می‌گویند پدر و جد پدری ولایتی بر دختر بکر ندارند و این قول را همه متأخرین و جماعتی از قدامت شیخ در تبیان (ج ۲، ص ۲۷۳) و سید مرتضی (در ناصریات ضمن جوامع فقهی، ص ۲۴۶) و

ابن جنید که علامه در کتاب «مختلف» (ص ۵۳۴) از او نقل کرده است و شیخ مفید در کتاب «احکام النساء» (مصنفات مفید ج ۳۶، ص ۹) و سلار به نقل از کتاب «مختلف» (ص ۵۳۴) و ابن ادریس در «سرائر» (ج ۲ ص ۵۳۴) اختیار کرده‌اند و فرموده‌اند: ولایت پدر و جد پدری پس از بلوغ و رشد دختر بکر ساقط می‌گردد و دختر در ولایت بر خود مستقل است و پدر و جد پدری بر او ولایتی ندارند.

۲- بعضی از فقها مانند شیخ در «نهایه» (ص ۴۶۵) و صدوق در «هدایه» (ص ۶۸) و «افقیه» (ج ۳، ص ۲۵۰، ذیل حدیث ۱۱۹۳) و جماعتی دیگر می‌فرمایند: ولایت ولی پس از بلوغ و رشد همچنان باقی می‌ماند.

۳- تشریک در ولایت، به این معنا که نکاح با وی لازم است با اجازه خودش یا پدر و یا جد پدری انجام گیرد و این قول را ابوالصلاح در «کافی» (ص ۲۹۲) و «مقنعه» (ص ۵۱۰) اختیار کرده‌اند.

۴- استمرار ولایت پدر و جد پدری تا پس از بلوغ و رشد در ازدواج دائم و نه موقت، و این قول را شیخ در دو کتاب حدیث خود (تهذیب و استبصار) اختیار کرده است.

۵- استمرار ولایت ولی در ازدواج موقت و نه دائم، شهید ثانی در «مسالك» می‌فرماید: قابل به این قول، مجهول است.

#### قول اول (استقلال دختر بکر رشیده در امر ازدواج)

از بعضی از روایات که در این مقاله نقل گردیدند، یعنی صحیحہ فضلاء و روایت زراره استفاده می‌شود که دختر بالغه بکر و رشید، مستقل در ولایت است و پدر و یا جد پدری ولایتی بر وی ندارند. و روایات دیگری نیز بر همین معنا دلالت دارند مانند:

۱- روایت ابی مریم از ابی عبدالله (ع) که فرمود: «الجارية البکر التي لها الاب لا تتزوج الا باذن ابیها و قال اذا كانت مالكة لامرأتها تزوجت من شاءت» (۴) و صدر این روایت به قرینه ذیل آن اختصاص به صغیره

دارد و ذیل آن مختص به دختر کبیره می باشد، یعنی بکری که پدر داشته باشد. بنابراین صغیره نمی تواند بدون اذن پدرش ازدواج کند و اگر مالک امر خود (بالغه و رشیده) گردید، می تواند با هر کس بخواهد ازدواج کند.

۲ - روایت عبدالرحمن بن ابی عبدالله (ع) که در آن آمده است: «تزوج المرأة من شانت اذا كانت مالكة لامرها فان شانت جعلت وليا» (۵)، یعنی زنی که بالغه و رشیده است با هر کس می تواند ازدواج نماید و در صورتی که بخواهد با نظر ولی ازدواج کند مانعی ندارد، و ذیل آن دلالت دارد بر این که می تواند با اذن ولی و بدون اذن ولی، ازدواج کند.

۳ - روایت سعدان بن مسلم از امام صادق (ع) است که در آن آمده است: «لابأس بتزویج البکر اذا رضیت من غیر اذن و لیها» (۶)، یعنی بکر هر گاه رضایت به ازدواج دهد می توان بدون اذن ولی با او ازدواج کرد.

۴ - روایت منصور بن حازم از امام صادق (ع) است که در آن آمده است: «تستأمر البکر و غیرها و لاتکح الابامرها»، یعنی باید از خود دختر بکر و غیر بکر اجازه گرفت و نباید او را شوهر داد مگر با امر و موافقت وی.

محقق خوئی (قدس سره) پس از ذکر این اخبار می فرماید: این روایات از نظر دلالت و سند و یا هر دو ضعیف می باشند (۷) و این قول بین فقها از متقدمین و متأخرین مشهور است و سید مرتضی ادعای اجماع بر آن کرده و گذشته از روایتی که نقل شد، اطلاقات آیات و روایات که در باب نکاح وارد شده بر آن دلالت دارند.

**قول دوم (ادله کسانی که ولی دختر را مستقل می دانند)**  
روایاتی که دلالت بر استقلال ولی دارند، عبارتند از:

۱ - صحیحه فضل بن عبدالملک از ابی عبدالله (ع) که در آن آمده است، آن حضرت فرمود: «لا تستأمر الجارية التي بين ابويها اذا اراد ابوها ان يزوجه هو انظر لها و اما التيب فانها تستأذن و ان كانت بين ابويها اذا اراد

یزوجها» (۸).

۲ - صحیحه حلبی از امام ابی عبدالله (ع) که در آن آمده است: «از آن حضرت پرسیدم آیا بکر هر گاه به سن زنان رسیده، با وجود پدر می تواند مستقلاً ازدواج کند، در پاسخ فرمود: نه نمی تواند با وجود پدر ازدواج نماید، تا زمانی که تیب نشده باشد» (۹).

۳ - صحیحه محمد بن مسلم از امام باقر و یا امام صادق (ع) (۱۰) است.

۴ - صحیحه دیگری از حلبی است که از امام صادق (ع) نقل شده است (۱۱).

۵ - صحیحه علی بن جعفر از موسی بن جعفر (ع) می باشد (۱۲).

**قول سوم (ادله قول به تفصیل بین نکاح دایم و موقت)**

دسته ای از روایات دلالت دارند که دختر بالغه بکر باید از ولی خود در ازدواج موقت اجازه بگیرد، مانند صحیحه بزنتی از امام رضا (ع) که فرمود:

**بلوغ فی نفسه  
ملازمه ای با رشد ندارد  
و این امر گذشته از  
اینکه امر وجدانی  
است، قرآن و روایات و  
کلمات اصحاب نیز بر  
آن دلالت دارند**

۱ - «البکر لاتزوج متعة الا باذن ابیها» (۱۳) یعنی دختر بکر نباید با کسی ازدواج موقت نماید مگر با اجازه پدرش.

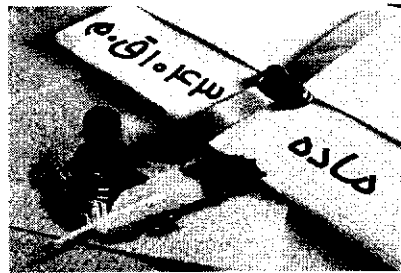
۲ - صحیحه ابی مریم از امام صادق (ع) است (۱۴) و در مقابل این روایت، دو روایت دیگر وجود دارد که اذن پدر را لازم نمی دانند:

۱ - روایت حلبی است که در آن آمده است: از امام (ع) پرسیدم، دختر بکری را که پدر و مادر داشته باشد می توان بدون اجازه پدر متعه کرد، در پاسخ فرمود: «لابأس مالم یقتض ماهنالك لتعف بذلك» (۱۵) یعنی اشکالی ندارد تا مادامی که امری اقتضاء ننماید که عفت خود را با آن حفظ کند (ظاهراً منظور حفظ بکارت است).

۳ - روایت ابی سعید خنا است از کسی که آن را از وی روایت کرده است و در آن آمده است: دختر بکری است که پدر و مادر دارد و می خواهد من او را پنهانی ازدواج کنم، آیا این کار را انجام بدهم؟ در پاسخ فرمود: «نعم، اتق موضع الفرج. قال، قلت و ان رضیت بذلك، قال و ان رضیت فانه عار علی الابکار» (۱۶) یعنی آری می توانی با او ازدواج نمایی، اما از موضع فرج خودداری کن. پرسیدم آیا لازم است از موضع فرج خودداری نمایم یا اینکه خودش راضی است؟ فرمود: هر چند راضی باشد، زیرا این کار برای دختران بکر ننگ است.

ولیکن این دو روایت از نظر سند ضعیف هستند و نمی توانند با دو روایتی که اجازه ولی را شرط در متعه می دانند، معارضه نمایند. و دلیل بر ضعف آنها این است که در سند روایت اول، ابی سعید آمده است و ابی سعید مجهول است و در سند روایت دوم، محمد بن سنان آمده و وی ضعیف است؛ مضافاً به این که این روایت مرسله هم می باشد.

**قول چهارم (ادله کسانی که قایل به تشریک می باشند)**  
بعضی از فقها نظریه تشریک را پذیرفته اند و می فرمایند: در امر ازدواج، اذن دختر و ولی باهم لازم است و برای اثبات این قول گفته اند،



دلالت دارند اما با توجه به روایاتی که دختر را پس از رسیدن به حد بلوغ و رشد مستقل می‌دانند، می‌توان اطلاق روایات دسته اول را به موردی که دختر به حد بلوغ رسیده باشد، اما به حد رشد نرسیده است تقیید کرد؛ زیرا در بعضی از روایات دسته دوم که دختر را مستقل می‌دانند که رشیده باشد، مانند روایت زراره از ابی جعفر (ع) که در آن آمده است: «إذا كانت المرأة مالکة امرها تبع و تشتري و تعتق و تشهد و تعطی من مالها ما ساءت فان امرها جائز تزوج ان ساءت بغیر اذن ولیها، وان لم تکن کذلک فلا یجوز تزویجها الا بامر ولیها»، و از جمله (وان لم تکن کذلک) استفاده می‌شود، اگر بالغ نباشد و یا بالغ باشد و نتوانسته باشد در اموالش تصرف کند، امر او جایز نخواهد بود و نکته‌ای که از این روایت نیز به دست می‌آید، این است که رشد در امر ازدواج همان رشدی است که در تصرفات مالی باید وجود داشته باشد و همچنین است صحیحه فضلاء از ابی جعفر (ع) که در آن کلمه غیر سفیهه آمده است.

و نیز می‌توان اطلاقات استقلال دختر را که در روایت سعدان آمده است بر دختری حمل کرد که رشیده نیز بوده باشد، و معتبره عبدالرحمن بن ابی‌عبدا... نیز دلالت بر استقلال دختر در حال بلوغ و رشد دارد و جعل ولایت را برای ولی، امری اختیاری قرار داده است؛ مضافاً به اینکه از اطلاق ادله استقلال هر شخص بالغ عاقل و رشیدی در امورات شخصی خود استفاده می‌شود که هیچ کس ولایتی بر دختر بالغه عاقله رشیده نخواهد داشت.

و روایاتی که بین بکر و ثیب تفصیل داده‌اند نیز به خاطر همین است که دختر ثیب، یعنی دختری که قبلاً شوهر کرده است غالباً رشید است؛ زیرا یا زمان ازدواج اول رشید بوده است و یا اگر اول رشید نبوده است و با اجازه ولی ازدواج کرده است، در زمان ازدواج دوم غالباً رشیده می‌گردد و الا اگر رشید نباشد تفاوتی بین بکر و ثیب نیست و ثیب بودن نمی‌تواند

دلالت دارند که دختر مستقل است، لازم است بر موردی حمل کرد که پدر چنین کاری را انجام نداده باشد. ولیکن به نظر می‌رسد چنین جمعی بین روایات صحیح نباشد؛ زیرا جمع مذکور نیز یک جمع تبرعی است نه یک جمع عرفی و ملاک در جمع آن است که عرف چنین جمعی بین روایات را بپذیرد.

۳- به نظر می‌رسد مقتضای جمع بین ادله این است که بگوییم، روایاتی که دلالت دارند بر اعتبار رضایت پدر و یا نفی اعتبار اذن دختر و یا استقلال پدر هر چند اطلاق دارند یا بر ولایت ولی بر دختر مطلقاً اعم از اینکه بالغ باشد یا نباشد و یا رشید باشد و یا نباشد،

**بعضی از فقها نظریه تشریک را پذیرفته‌اند و می‌فرمایند: در امر ازدواج، اذن دختر و ولی باهم لازم است و برای اثبات این قول گفته‌اند، مقتضای جمع بین اخبار این است که بگوییم اذن هر دو لازم است**

مقتضای جمع بین اخبار این است که بگوییم اذن هر دو لازم است. و از معتبره صفوان که در آن آمده است: (فان لها فی نفسها نصیباً) یا (فان لها نفسها حظاً)، استفاده می‌شود که دختر بکر، استقلال در امر ازدواج ندارد و به نظر می‌رسد چنین جمعی بین روایات با برخی از روایات مذکور سازگار نیست؛ زیرا در بعضی از آنها اجازه پدر را در بکر لازم نمی‌دانند، مانند: روایت سعدان بن مسلم. به هر حال، وجوه مختلفی به منظور جمع بین روایات ذکر شده است که از جمله آنها دو جمع ذیل است:

۱- حضرت استاد علامه شوشتری در کتاب "نجمه در شرح لمعه" می‌فرماید: می‌توان بین روایات چنین جمع کرد که مراد از روایاتی که در آنها آمده است، دختران بکر را بدون اذن پدرانشان نباید ازدواج کنند آن است که ازدواج آنان بدون اذن از پدران موجب نزاع و فساد است و برای جلوگیری از فساد و نزاع لازم است از پدران اجازه گرفت. و مراد از روایاتی که در آنها آمده است، دختران بکر با وجود پدر اختیار ازدواج خود را ندارند، آن است که چون پدران بهتر می‌توانند در مصلحت دختران نظارت داشته باشند، دختران نباید بدون نظرخواهی از پدران خود ازدواج کنند. و اما بکری که مردم را می‌شناسد و با آنان محشور می‌باشد، نیازی ندارد که به نظر پدر عمل کند بلکه می‌تواند خودش تصمیم بگیرد، چنانکه از صدر و ذیل روایت ابی‌مریم استفاده می‌شود (النجمه، کتاب نکاح، ص ۳۵۳). و این جمع، استنباطی و تبرعی است و نمی‌توان آن را پذیرفت.

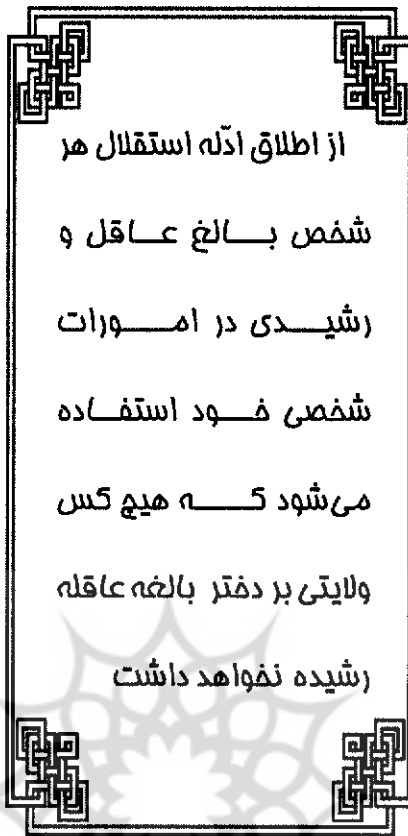
۲- علامه محقق حاج سید احمد خوانساری در کتاب "جامع المدارک" (ج ۴، ص ۱۵۸) می‌فرماید: ممکن است در جمع بین روایات چنین گفت، روایاتی که دلالت دارند با وجود پدر، دختر اختیاری ندارد، بر موردی حمل می‌شوند که پدر اقدام به ازدواج او کرده باشد؛ زیرا دختر نمی‌تواند ازدواج پدر را رد کرده و یا اجازه دهد. و روایاتی را که

بدون رشد، موضوع مستقلی در امر ازدواج بوده باشد.

صاحب جواهر در این زمینه می‌فرماید: «ولعل الاعتبار یشهد بسقوط الولاية رأساً ضرورة تحقق الظلم فی جبر العاقل الكامل علی ما یکرهه و هو یستغیث و لایغاث بل ربما یؤدی ذلک الی فساد عظیم و قتل و زنا و هرب الی الغیر و بذلک مع الاصل تتم دلالة الكتاب و السنة و الاجماع و العقل». خلاصه این سخن این است که اعتبار عقلی حکم می‌کند که ولایت از دختر بکر بالغه عاقله رشیده ساقط است؛ زیرا اگر ما بخواهیم او را مجبور به ازدواجی نمائیم که از آن کراهت دارد و به فریاد او نرسیم، منجر به فساد عظیم و قتل و زنا و فرار دختر از خانه می‌گردد. پس می‌توان چنین گفت که کتاب و سنت و اجماع و عقل مضافاً به اصل عدم ولایت بر او، دلالت دارند بر عدم ولایت احدی بر دختر بالغه رشیده و بکر.

**قول پنجم (منع ولی از ازدواج بالغه بکر و رشیده)**

کسانی که اجازه ولی را شرط می‌دانند، می‌فرمایند: اگر ولی، دختر را از ازدواج با هم کفو (یعنی با مردی که ازدواج با وی در شرع مقدس نهی شده است، مانند شارب خمر، فاسق، معتاد به مواد مخدر و مانند اینها) هر چند هم کیش باشد منع نماید، ولایت او ساقط می‌گردد و دلیل بر سقوط ولایت او را اجماع قرار داده‌اند و اگر این اجماع تمام باشد، می‌توان به آن استناد کرد و در این صورت، ولایت ولی در امر ازدواج مانند ولی میت است در غسل و کفن و نماز بر میت و دفن وی؛ زیرا لازم است در این امور از ولی اجازه گرفت و اگر اجازه نداد، ولایت او ساقط می‌گردد و نمی‌توان میت را به حال خود رها کرد. همچنین اگر دختری بخواهد با هم کفو خود ازدواج کند و ولی از دادن اجازه ممانعت نماید، نمی‌توان از ازدواج او ممانعت کرد، مخصوصاً اگر دختر نیاز میرم به ازدواج داشته باشد.



**آیا اجازه حاکم لازم است یا نه؟**

در متن ماده (۱۰۴۳) ق.م. آمده است: «... و هرگاه پدر و یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اذن مضایقه کند اجازه او ساقط و در این صورت دختر 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».

**مقصود از بکر کیست؟**

در کلمه "بکر" سه احتمال وجود دارد:

۱ - مراد از آن کسی باشد که از او ازاله بکارت نشده باشد، و اگر از او ازاله بکارت شده باشد او را تیب می‌گویند و این معنا از کلمه بکر، غالباً متبادر به ذهن است.

۲ - مراد از بکر کسی باشد که ازدواج نکرده باشد.

۳ - مراد از بکر کسی باشد که با او دخول نشده باشد.

روایات متعرض معنای بکر نشده‌اند.

علامه محقق سید ابوالقاسم خوئی می‌فرماید (۱۶): «آنچه از لغت ظاهر می‌گردد و عرف با آن مساعد است، این است که گفته شود بکر کسی را می‌گویند که با او دخول نشده باشد و از آیه شریفه «إِنَّا أَنْشَأْنَا هُنَّ إِنْسَاءً فَجَعَلْنَا هُنَّ أَبْكَاراً» (۱۷) به ضمیمه آیه شریفه دیگری که می‌فرماید: «فیهن قاصرات الطرف لم یطمثهن انس قبلهم و لا جان» (۱۸) به دست می‌آید که مراد از زنان و حوریان بکر، حوریانی هستند که با آنها دخول صورت نگرفته است؛ زیرا آیه دوم در مقام تفسیر از آیه اول است». به نظر می‌رسد این استدلال صحیح نباشد، زیرا اولاً: در لغت و عرف وقتی کلمه بکر گفته می‌شود، زنی را می‌گویند که دارای پرده بکارت باشد و از کلمات فقها که می‌فرمایند اگر پرده بکارت با غیر وطیء مانند پرش ازاله شود آیا حکم بکر را دارد یا نه، استفاده می‌شود که بکارت چیزی است که هیچگونه ارتباطی با عدم ازدواج و یا عدم دخول که دو امر خارج هستند، ندارد بلکه یک امر خلقی است که در زنان معمولاً از اول خلقت آنان وجود دارد. ثانیاً: اینکه خداوند می‌فرماید «... فجعلناهن ابکارا»، دلالت دارد که حوریان بهشتی را خداوند بکر آفریده است و اگر مقصود از آنان زنانی باشند که با آنها دخول نشده و یا ازدواج نکرده‌اند، ارتباطی با جعل الهی پیدا نخواهد کرد. بنابر این می‌توان گفت که آیه اول، آیه دوم را تفسیر می‌کند، نه به عکس. پس مراد از عدم نزدیکی با آنان، (۱۹) این است که آنان همچنان بر خلقت اصلی خود باقی هستند و دارای بکارت خلقی می‌باشند. و اما استدلال آیت... خوئی (۲۰) به روایت علی بن جعفر (ع) که در آن آمده است، از موسی بن جعفر (ع) پرسیدیم: آیا می‌توان دختری را بدون اذنش ازدواج کرد؟ در پاسخ فرمودند: «نعم، لیس للولد امر الا تکون امرأة قد دخل بها قبل ذلک، فتلک لایجوز نکاحها الا ان تستأمر»، یعنی در امر ازدواج، فرزند اجازه‌ای از خود ندارد مگر آن که زنی باشد که قبلاً با او دخول شده باشد، پس نمی‌توان او

این مقاله توضیح دادیم که ملاک در استقلال و عدم استقلال هر دختری که می‌خواهد ازدواج کند، بلوغ و رشد اوست و بکارت و یا عدم بکارت، موضوع حکم نیست؛ زیرا دختری که ازدواج کرده و پس از ازدواج با او دخول شده معمولاً رشیده است و تجربه کافی در امر ازدواج دارد؛ اما دخترانی که بالغ شده‌اند، مخصوصاً با توجه به این که سابقاً دختران در سن نه سالگی و ده سالگی و سنین پایین ازدواج می‌کردند، رشید نبودند و تجربه‌ای در امر ازدواج نداشته و احتیاج به اجازه ولی داشتند؛ اما اگر دختری بالغ و رشید باشد، اصلاً نیازی به اجازه ندارد. بنابراین بکارت و ثبوت، موضوعیت ندارد بلکه عناوینی هستند که به بلوغ و رشد اشاره دارند. اجازه حاکم در ازدواج دختر بکر و رشیده

در ماده (۱۰۴۳) ق.م. که قبلاً ذکر شد، آمده است: «... هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند اجازه او ساقط می‌گردد و در این صورت 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». اینک لازم است این مسئله را از نظر فقهی مورد بررسی قرار دهیم. فقها این مسئله را مورد بحث قرار داده‌اند و فرموده‌اند، حاکم هیچ گونه ولایتی بر بالغه رشیده بکر ندارد. محقق مدقق، صاحب جواهر در کتاب ارزشمند "جواهر الکلام" پس از بحث از سقوط ولایت پدر و جد پدری با منع دختر بکر و رشید در ازدواج، کلامی از محقق را ذکر می‌کند که فرموده است: «یجوز لها ان تزوج نفسها و لو کرها اجماعاً» و در ذیل آن می‌گوید: «وکیف کان فلاتحتاج الی مراجعه الحاکم خلافاً للمحکی عن اکثر العامة من سلب عبارتها فی النکاح فیزوجها حیثنذا الحاکم و لم نعرف ذلك لاحد من اصحابنا» (۲۳) یعنی دختر بکر و رشیدی که

و از جمله ادله‌ای را که می‌توان بر عدم نیاز مراجعه به حاکم به آن استدلال کرد، سیره مسلمین است؛ زیرا از زمان پیامبر تا حال دیده نشده که دختران بکر و رشید در سن بالا که به مد رشد رسیده‌اند، به حاکم مراجعه کنند. اما فعلاً به دادگاه مدنی خاص برای اخذ اجازه مراجعه می‌نمایند

است، و همچنین در موردی که پس از ازدواج با او دخول نشده باشد و شوهر وفات کرده و یا او را قبل از دخول طلاق داده باشد، بکر محسوب می‌شود؛ زیرا مستفاد از روایات این است که ملاک در حکم، وجود بکارت و عدم وجود بکارت است. بنابراین، کسی که با پرش، قبلاً بکارت او زایل می‌شود و حکم بکر را ندارد، و به عکس، کسی که ازدواج کرده و بکارت او زایل نگردیده است، بکر محسوب می‌شود. به‌رحال این کلمات مبتنی است بر مبنای مشهور که برای عنوان بکارت و ثبوت، موضوعیت قایل هستند. ولیکن مادر



را بدون اجازه‌اش تزویج کرد. (۲۱)، معظم‌له می‌فرمایند، این روایت صراحت دارد در اینکه مراد از بکر زنی است که با او دخول نشده باشد، هر چند بکارت او زایل شده باشد، و این استدلال صحیح نیست؛ زیرا به قرینه باقی روایات، مراد از زنی که با او دخول شده است همان ثیب است و ثیب کسی را می‌گویند که بکارت خلقی نداشته باشد. و سایر روایات که در آنها کلمه ثیب آمده است، شارح این روایت می‌باشند که ملاک را ثیب قرار داده‌اند، نه مدخوله و غیر مدخوله. با توضیحاتی که داده شد معلوم می‌شود مراد از بکر همان احتمال اول است و حمل آن بر دو معنای اخیر برخلاف متفاهم عرف و اصطلاح فقهی و روایات وارده می‌باشد.

حکم از ازاله بکارت با عدم وطی و یا با زنا فقیه محقق آیت ... سید کاظم یزدی در کتاب "عروة الوثقی" در فصل اولیای عقد، مسئله دوم، می‌فرمایند:

«اذا ذهب بکارتها بغير الوطیء - من وثبة و نحوه - فحکمها البکر و اما اذا ذهب بالزنا او الشبهة فقیه اشکال و لا یبعد اللاحق بدعوی ان المتبادر من البکر من لم تزوج و علیه فاذا تزوجت و مات عنها او طلقها قبل ان یدخل بها لا یلحقها حکم البکر و مراعاة الاحتیاط اولی» (۲۲) یعنی اگر بکارت دختری از راه غیر دخول - مانند پرش و مثل آن - زایل گردید، حکم آن حکم بکر است و اما اگر بکارت او از راه زنا و یا وطی به شبهه از بین رفت، در حکم آن اشکال است و بعید نیست که حکم بکر را داشته باشد؛ زیرا متبادر از بکر، دختری است که ازدواج نکرده باشد. بنابراین اگر دختری ازدواج کرد و شوهر او قبل از دخول با او وفات کرد و یا او را طلاق داد، حکم بکر بر او جاری نیست (هر چند از او ازاله بکارت نشده باشد) و بهتر است در این مورد احتیاط را رعایت کرد.

به نظر می‌رسد دختر مذکور در هر دو مورد - پرش و زنا یا وطی - به شبهه - حکم بکر را نداشته باشد؛ زیرا بکارت از او زایل گردیده

پدر و جد پدری از ازدواج وی با هم کفو ممانعت می کنند، می تواند خودش مستقلاً ازدواج کند و نیازی به مراجعه به حاکم ندارد و مخالفی را در این مسئله از اصحاب ندیده ام. ولیکن اکثر فقهای اهل سنت با آن مخالف هستند و اجازه حاکم را لازم می دانند و سپس به کلامی از علامه حلی که در کتاب "تذکره" آمده، اشاره کرده است و می گوید: علامه در تذکره یک بار می گوید دختر بکر و رشید و بالغ مستقل است و آن را از همه علمای ما نقل می کند و می گوید مراجعه به حاکم لازم نیست و یک بار دیگر می گوید: اذن حاکم شرط است هم چنان که از بعضی علمای اهل سنت نقل شده است. سپس در پاسخ علامه می فرماید: لکن قول او ضعیف است و مخالف با اصل و اجماع به هر دو قسمش (محصّل و منقول) می باشد و آنچه در ماده (۱۰۴۳) ق. م. آمده است، مطابق با نظر اکثر فقهای اهل سنت است و همه فقهای شیعه مراجعه به حاکم را لازم نمی دانند.

و از جمله ادله ای را که می توان بر عدم نیاز مراجعه به حاکم به آن استدلال کرد، سیره مسلمین است؛ زیرا از زمان پیامبر تا حال دیده نشده که دختران بکر و رشید در سن بالا که به حد رشد رسیده اند، به حاکم مراجعه کنند. اما فعلاً به دادگاه مدنی خاص برای اخذ اجازه مراجعه می نمایند، با این که در بسیاری از موارد مراجعه به دادگاه امری زاید است. مثلاً: یکی از قضات دادگاه مدنی خاص می گفت: روزی پیر زن بکر پنجاه ساله ای نزد من آمد و گفت می خواهم با مردی ایده آل ازدواج کنم و به من گفته اند باید از دادگاه اجازه ازدواج بگیری و آمده ام از دادگاه اجازه بگیرم، من هم به او اجازه دادم با این که این زن پنجاه ساله می تواند معامله های کلان انجام دهد، اما نمی تواند به خاطر بکارتش ازدواج کند و اگر بکارت از او زایل شد، نیازی به اجازه ندارد. مضافاً به این که در روایات گذشته آمده بود که مردی می خواست با دختری ازدواج موقت نماید که خود آن دختر از او تقاضای چنین

ازدواجی را می نماید، امام (ع) می فرماید: مانعی ندارد، اما لازم است ازدخول با او خودداری کند تا عفت وی حفظ شود و یا کاری انجام نگیرد که برای آنان ننگ بوده باشد. و همچنین از روایاتی که در آنها آمده است: «هسی مالکة لنفسها» و یا «ملکت نفسها» نیز استفاده می شود که نیازی به مراجعه به حاکم ندارد هر چند بگوییم به اجازه پدر نیازمند است.

به هر حال، قانونگذار به ملاحظه مصالح دختران، اجازه حاکم را لازم دانسته ولیکن با توجه به اینکه دادگاه مرجع رسیدگی در امورات افراد بالغ و رشید نیست، بلکه هر فرد بالغ و رشیدی در امورات خود می تواند تصمیم بگیرد مگر آن که رشید نباشد و تازه اگر رشید هم نباشد، ولی قهری او باید تصمیم بگیرد، نه دادگاه. آری، اگر رشید نباشد و ولی قهری نداشته باشد، از باب «الحاکم ولی من لا ولی له» حاکم، ولی او خواهد بود و محتمل است منظور قانونگذار آن نبوده که حاکم از باب

قانونگذار به ملاحظه مصالح دختران، اجازه حاکم را لازم دانسته ولیکن با توجه به اینکه دادگاه مرجع رسیدگی در امورات افراد بالغ و رشید نیست، بلکه هر فرد بالغ و رشیدی در امورات خود می تواند تصمیم بگیرد مگر آن که رشید نباشد و تازه اگر رشید هم نباشد، ولی قهری او باید تصمیم بگیرد، نه دادگاه

ولایت به او اجازه می دهد، تا گفته شود حاکم چنین ولایتی ندارد بلکه به خاطر آن است که از هرج و مرجهای اجتماعی که ممکن است با چنین ازدواجهایی به وجود آید، جلوگیری نماید.

و... العالم بحقایق احکامه.

پی نوشتها:

- ۱- وسائل الشیعه، باب ۴ از ابواب عقد نکاح، حدیث ۱.
- ۲- وسائل الشیعه، باب ۹ از ابواب عقد نکاح، حدیث ۶.
- ۳- جواهر الکلام، جلد ۲۹، ص ۱۷۶.
- ۴- وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۲۰۲، باب ۳ از ابواب عقد نکاح، حدیث ۷.
- ۵- وسائل الشیعه، ج ۱۴، باب ۳.
- ۶- وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۲۱۴، باب ۹ از ابواب عقد نکاح، حدیث ۴.
- ۷- مستند العروة الوثقی، ج ۲، ص ۲۶۰.
- ۸- وسائل الشیعه، ج ۱۴، باب ۳ از ابواب عقد نکاح و اولیای عقد، ج ۶.
- ۹- وسائل الشیعه، ج ۱۴، باب ۳، همان باب حدیث ۱۱.
- ۱۰- همان، حدیث ۳.
- ۱۱- همان، حدیث ۷.
- ۱۲- همان، حدیث ۸.
- ۱۳- همان، باب ۱۱ از ابواب متعه، حدیث ۱۲.
- ۱۴- همان، باب ۱۳ از ابواب متعه، حدیث ۱۲.
- ۱۵- وسائل الشیعه، ج ۱۴، باب ۱۱ از ابواب متعه، حدیث ۹.
- ۱۶- وسائل الشیعه، ج ۱۴، باب ۱۱ از ابواب متعه، حدیث ۸.
- ۱۷- مستند العروة الوثقی، کتاب النکاح، محاضرات زعیم الحوزة العلمية، آية الله العظمی السيد ابوالقاسم الخونی، ج ۲، ص ۲۷۱، مطبعة الآداب فی النجف، ۱۴۰۴ ه. ق. ۱۹۸۴ م.
- ۱۸- سوره واقعه، آیات ۳۵-۳۶.
- ۱۹- سوره الرحمن، آیه ۵۶.
- ۲۰- مستند العروة الوثقی، کتاب نکاح، ج ۲، ص ۱۷۱.
- ۲۱- وسائل الشیعه، ج ۱۴، باب ۹ از ابواب عقد نکاح و اولیای عقد، حدیث ۸.
- ۲۲- العروة الوثقی، ناشر دارالکتب الاسلامیه، شیخ محمد آخوندی، تهران بازار سلطانی، محرم ۱۳۹۷ صص ۶۵۵-۶۵۴.
- ۲۳- جواهر الکلام، جلد ۲۹، ص ۱۸۴، منشورات مکتبة الاسلامیه، طهران شارع بوذرجمهوری.