

## ضرورت حمایت حقوقی از زنان در عقد نکاح

دکتر علیرضا باریکلو\*

استادیار گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۸۵/۸/۲۰؛ تاریخ تصویب: ۸۶/۱/۲۹)

### چکیده

نکاح، مهم‌ترین قراردادی است که یک شخص در دوران عمر خود آن را منعقد می‌کند. انعقاد این قرارداد به دلیل ویژگی شخصی زن و همچنین نقشی که او در عقد نکاح و زندگی مشترک و خانواده ایفا می‌کند؛ مهم‌تر است. به همین جهت، به نظر می‌رسد، شایسته است قانونگذار ایرانی در سه مرحله قبل از بلوغ با ممنوع اعلام کردن تزویج و بعد از بلوغ با نظارت دادگاه صالح در احراز مصلحت و غبطه زن در نکاح و در دوران رشد با صحیح دانستن عقدی که بدون اذن پدر و یا پدربزرگ پدری منعقد کرده است؛ حمایت‌های خاصی از زنان کند که اقدامات حمایتی هر دوره با دوره دیگر متفاوت است. در این مقاله جنبه‌های متفاوت لزوم حمایت‌های حقوقی لازم از زنان در انعقاد نکاح در سه مرحله مورد بحث قرار گرفته است.

### واژگان کلیدی:

ازدواج، زنان، انعقاد، بلوغ، رشد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## مقدمه

نکاح، یکی از عقود است که در زندگی شخصی و اجتماعی هر شخصی، خصوصاً زنان، دارای نقش فوق‌العاده است؛ زیرا از لحاظ منافع شخصی، نکاح موفق تأمین‌کننده سلامتی و نشاط روحی زن است و این منفعت از هر منفعت مالی، مانند لزوم پرداخت مهر به نرخ روز که مورد حمایت و توجه قانونگذار قرار گرفته؛ بالاتر و مهم‌تر است. از لحاظ اجتماعی نیز سلامت جامعه و عفت عمومی، مستلزم موفق بودن نکاح است؛ زیرا نکاح ناموفق یا به جدایی منجر، مشکلاتی را برای زنان فراهم می‌آورد، که آثار بد آن نسبت به سایر قراردادهای ناموفق قابل مقایسه نیست؛ چون عواقب نکاح به جدایی منجر نسبت به زنان اغلب وخیم‌تر است؛ زیرا از حیث روحی زنان از مردان آسیب‌پذیرتر می‌باشند و فشار نکاح ناموفق و به جدایی منجر بر زنان بیش‌تر از مردان است. ازدیدگاه اجتماعی نیز به دلایل متفاوتی، عرف جامعه به گونه‌ای است که مردی که از همسر خود جدا شده است، راحت‌تر از زن مشابه می‌تواند ازدواج مجدد کند. از این حیث نیز نکاح ناموفق زنان را در فشار دو چندان قرار می‌دهد.

بنابراین، با توجه به این که در منابع حقوق اسلام، به رعایت حقوق زنان سفارش فراوان شده و همچنین با عنایت به این که در عصر حاضر، موضوع حقوق زن و لزوم حمایت از آن، علاوه بر مسأله‌ای داخلی و ملی، به یک موضوع بین‌المللی تبدیل شده است، قانونگذار ایرانی در موضوع انعقاد نکاح شایسته است که حمایت‌های خاصی از زنان به عمل آورد.

به نظر می‌رسد حمایت‌های قانونی که از زن در انعقاد نکاح لازم است، نه تنها با مقررات اسلامی مغایرت ندارد، بلکه مطابق آن است؛ چون موجب جلوگیری از سوءاستفاده افراد از وضع موجود و همچنین کوتاهی دست و قلم کسانی می‌شود که به نوعی در این موارد به حقوق اسلام اشکال وارد می‌کنند. بنابراین، بهتر است این حمایت‌ها در سه مرحله انجام شود: مرحله نخست، مرحله قبل از بلوغ جنسی است که لازم است قانونگذار با ممنوع اعلام نمودن تزویج دختر غیربالغ در این مرحله از او حمایت کند؛ چون در جامعه معاصر تزویج زن در چنین سنی، غیر از تحمیل نکاح بر او، که دارای ضرر جسمی و روحی زیاد است، هیچ فایده و منفعتی برای زن قابل تصور نیست.

مرحله دوم که مرحله بعد از بلوغ و قبل از رشد می‌باشد، لازم است دادگاه صالح بر انعقاد

نکاح زن و رعایت غبطه او و ممانعت از انعقاد نکاح تحمیلی نظارت کند تا از وضعیت خامی و بی‌تجربگی او سوءاستفاده نشود.

مرحله سوم که مرحله رشد است، هر چند نظارت پدر بر نکاح او در رعایت غبطه زن اقدامی مثبت می‌باشد، اما در صورتی که زن، به رغم مخالفت پدر، اقدام به انعقاد نکاح کند، اعلام بطلان چنین نکاحی، که رویه قضایی ایران در پیش گرفته است، از یک جهت خلاف مقررات شرع مقدس اسلام و از طرف دیگر خلاف مصلحت زن می‌باشد که با صحیح اعلام کردن نکاح، در صورت وجود سایر شرایط و فقدان صرف اذن پدر، شایسته است از زن حمایت شود.

در این مقاله ضرورت حمایت حقوقی از زن در انعقاد نکاح در مراحل مذکور مورد بررسی قرار گرفته است.

### دوران قبل از بلوغ

مراد از دوره قبل از بلوغ عبارت از مرحله‌ای است که هنوز غریزه و قوه جنسی شخص فعال نشده و او فاقد آمادگی جسمی و روحی لازم برای اعمال زناشویی است. در این دوره حمایت خاصی که برای زنان لازم است صورت بگیرد، این است که انعقاد نکاح مطلقاً ممنوع اعلام شود و کسی حق نداشته باشد به استناد ولایت قهری، زنی را به دیگری تزویج کند؛ زیرا نکاح مهم‌ترین و سرنوشت‌سازترین عقد در زندگی شخص به حساب می‌آید، و کسی که به سن بلوغ نرسیده است، نکاحی برای او قابل درک نیست تا درباره انعقاد و آثار آن فکر کند و دیگران هم که زن را به تزویج دیگری در می‌آورند، به او از دیدگاه خود نظر می‌کنند، در حالی که نکاح یک موضوع کاملاً شخصی و سلیقه‌ای است. بنابراین، لزوم حمایت از زن و رعایت حقوق او که پیامبر خدا (ص) بارها حتی در حجة‌الوداع به آن سفارش کرده‌اند (حرانی، ۱۴۰۰، ص ۳۳) در این است که در دوران قبل از بلوغ با توجه به شرایط اجتماعی معاصر نکاحی منعقد نگردد.

در صورتی که زن در دوران قبل از بلوغ فاقد ولی قهری باشد، از این حمایت حقوقی برخوردار است؛ چون اگر دختر غیربالغ، فاقد ولی قهری باشد، نکاح او ممنوع است و هیچ کس نمی‌تواند او را به دیگری تزویج کند؛ زیرا در این وضع دختر هم از لحاظ جسمانی فاقد توانایی نکاحی و جنسی است و هم از لحاظ روحی و از لحاظ عقلی و درکی نیز فاقد درک صحیح از

نکاح و تعهدات ناشی از آن است. در نتیجه، موضوع از جانب او منتفی است و سرپرست او نیز، اعم از وصی یا قیم، حق دخالت در امور نکاحی محجور را ندارد؛ زیرا وصی، ولو این که موصی بر تزویج تصریح نموده باشد، حق دخالت در امور نکاحی مولی علیه را ندارد (الفقیه، ۱۴۰۹، ص ۲۵۰).

در حقوق موضوعه ایران نیز قیم به استناد ماده ۸۸ قانون امور حسبی فقط حق دخالت در امور نکاحی مجنون بالغ در صورت تأیید پزشک را دارد و اختیارات او شامل تزویج مولی علیه به طور مطلق نمی‌شود.

اما در صورتی که زن در دوره قبل از بلوغ دارای ولی قهری باشد، از حمایت حقوقی ضروری بهره‌مند نیست؛ چون به استناد نظریات فقهی اگر دختر باکره صغیره دارای ولی قهری باشد، او می‌تواند دختر را تزویج نماید و درباره این حکم بین فقها اختلافی نیست؛ زیرا هر چند امروزه بر ازدواج چنین شخصی در سن قبل از بلوغ ظاهراً فایده‌ای مترتب نیست، ولی در زمان گذشته که مرکز نگهداری کودکان بدون سرپرست، خصوصاً فاقد مادر، وجود نداشت؛ اگر مادر کودکی فوت می‌نمود، ولی قهری به ناچار جهت نگهداری و حضانت، او را به بچه دیگری که همسن او و دارای جنسیت مخالف او بود، تزویج می‌نمود تا مادر کودک هر دو فرزند را نگهداری نماید و اسلام نیز این سیره را امضا نمود، زیرا مفسده ازدواج تحمیلی کم‌تر از فوت کودک در نتیجه عدم نگهدارنده است؛ ولی تا زمانی که چنین شخصی بالغ نمی‌شود، در قبال شوهر وظیفه‌ای نداشت و شوهر نیز نمی‌توانست از او درخواست تمکین نماید؛ زیرا به اتفاق و اجماع تمام فقهای فرق اسلامی تمکین خاص قبل از بلوغ حرام است و در صورتی که موجب ورود زیان بر زوجه شود، زوج ضامن است که خسارت وارده بر او را جبران نماید. روایاتی زیادی در ممنوعیت آمیزش قبل از بلوغ زن از معصومین وارد شده است که به عنوان نمونه یکی از آن مورد استناد قرار می‌گیرد:

از امام صادق (ع) نقل شده است: «کسی که با همسر خود قبل از نُه سالگی او همبستر شود و در نتیجه زن معیوب شود، مرد ضامن جبران خسارت وارده است»<sup>۱</sup> (حرعاملی، ۱۴۰۳، ص ۷).

به همین جهت در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی به تبعیت از فقه اسلامی مقرر شده است:

۱. «ان من دخل بامرأته قبل تسعه سنین فأصابها عیب فهو ضامن».

«نکاح قبل از بلوغ ممنوع است.

تبصره - عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی صحیح است به شرط رعایت مصلحت مولی علیه».

بعضی حکم این ماده و تبصره آن را معارض و غیرمنطقی و خلاف شرع تلقی کرده‌اند؛ (علی‌آبادی، ۱۳۸۰، ص ۸۷) زیرا عبارت نکاح در متن ماده را نیز به معنای عقد تفسیر کرده‌اند؛ ولی با توجه به منابع فقهی که ماده از آن اقتباس شده است؛ مراد از نکاحی که در متن ماده ممنوع اعلام شده، دخول و آمیزش می‌باشد و مقصود از نکاح تبصره، عقد یا ماهیت حقوقی مباح‌کننده استمتاع زوجین از یکدیگر می‌باشد.

بنابراین، بین ماده و تبصره آن تعارضی وجود ندارد، زیرا طبق متن ماده تمکین خاص قبل از بلوغ ممنوع است؛ ولی به استناد تبصره آن، ولی قهری می‌تواند، با رعایت مصلحت مولی علیه، او را تزویج نماید؛ ولی شوهر حق ندارد تا زمانی که زوجه بالغ نشده، از او درخواست تمکین نماید. پس، بین ماده و تبصره اختلاف و تعارضی نیست.

با توجه به این که در عصر حاضر تزویج دختر غیربالغ به دلیل فقدان مصلحت مسلم، در اغلب موارد متعارف نمی‌باشد و موارد نادر نیز اگر یافت شود، مانند معدوم است و قابل توجه نیست؛ اختیار ولی در تزویج مولی‌علیها نیز مورد انتقاد بسیاری از کسانی که به نوعی از حقوق بشر حمایت می‌نمایند، قرار گرفته است و از جهت دیگر با توجه به این که چنین حکمی به علت انتفای موضوع در جامعه معاصر منتفی شده است، بعضی از نمایندگان مجلس شورای اسلامی با تقدیم طرحی به مجلس تصویب ممنوعیت عقد غیربالغ از سوی ولی قهری و اصلاح تبصره ماده مذکور را خواستار شدند. این طرح در مجلس به تصویب رسید، ولی شورای نگهبان آن را به دلیل سلب یا تحدید اختیارات ولی قهری با شرع مغایر تلقی کرد و از تأیید آن امتناع نمود و آن را به مجلس برگرداند.

به نظر می‌رسد محدود کردن اختیارات ولی قهری در تزویج غیربالغ با قواعد و اصول حقوقی حقوق اسلام مغایر نباشد؛ زیرا مبنای اختیار ولی قهری در تزویج مولی‌علیها، امر تعبیدی و مولوی خداوند نیست که مصوبه‌ای خلاف آن، با شرع مغایر تلقی شود، بلکه مبنای این حکم، رویه و سیره اجتماعی آن زمان است که اسلام آن را امضا نموده است؛ ولی در زمان معاصر، به دلیل وجود امکانات نگهداری کودک بی‌مادر و نیز مراکز اجتماعی محافظت از آنان به حد نیاز و کفاف، از چنین حکمی سلب موضوع شده و حکم منتفی به انتفای موضوع است؛

زیرا در جامعه امروزی بندرت می‌توان کودکی را پیدا کرد که در وضعیتی قرار گرفته باشد که مهم‌ترین مصلحت او ازدواج باشد، در حالی که قانون لازم است ناظر بر اغلب موارد باشد. در نتیجه، با وجود انتفای حکم به علت انتفای موضوع در این زمان، ممنوعیت نکاح قبل از بلوغ با شرع مقدس اسلام مغایرتی ندارد؛ چون تزویج زن در دوران قبل از بلوغ نه تنها امری واجب و یا حتی مستحبی نیست که مصوبه‌ای جهت ممنوعیت آن خلاف شرع محسوب شود؛ بلکه در روایات وارده از معصومین (ع) تزویج غیربالغ مکروه اعلام شده است (حر عاملی، ۱۴۰۳، ص ۷۲) علاوه بر این، وضع چنین قوانینی که در زمان گذشته مفید بوده، ولی امروزه زیانبار بودن آن از بدیهات است، چون تعهدات ناشی از نکاح و روابط و توقعات زوجین از یکدیگر به مراتب سنگین‌تر و پیچیده‌تر از زمان گذشته شده است که (دختر صغیره درک آن را ندارد و موردی از موضوع آن نیز در عرف جامعه بندرت یافت می‌شود و به تعبیر دیگر مبتلا به جامعه نیست)؛ لذا از یک طرف موجب جسارت دیگران در اشکال بر مقررات شرع مقدس اسلام و از طرف دیگر، ممکن است موجب سوءاستفاده افراد فرصت‌طلب از آن شود.

بنابراین، محدود کردن اختیار ولی قهری در تزویج زن قبل از دوران بلوغ نه تنها با شرع مغایرتی ندارد بلکه مطابق با آن است؛ چون در حقوق اسلام، به رغم، تنفیذ سیره اجتماعی آن زمان، انعقاد نکاح برای غیربالغ مکروه و آمیزش قبل از بلوغ نیز شدیداً حرام و ممنوع اعلام شده است. (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۴۲۶).

همان گونه که شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۷۹/۳/۱ طرح اصلاحی ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی را مورد تأیید قرار داد و آن را مغایر با شرع تلقی نکرد، در حالی که در ماده اصلاحی، عزل ولی قهری پیش‌بینی شده است. بنابراین، اقتضای مشروعیت عزل ولی قهری در مواردی که غبطه کودک را رعایت ننماید، در این است که تحدید اختیار او در امر نکاح در صورت فقدان مصلحت کودک، با مقررات شرعی مغایرتی نداشته باشد.

در این ماده، که شورای نگهبان آن را خلاف شرع ندانسته، مقرر شده است: «هرگاه ولی قهری کودک رعایت غبطه صغیر را ننماید و مرتکب اقداماتی شود که موجب ضرر مولی علیه گردد، به تقاضای یکی از اقارب وی و یا به درخواست رئیس حوزه قضایی پس از اثبات، دادگاه ولی مذکور را عزل و از تصرف در اموال صغیر منع و برای اداره امور مالی کودک فرد صالحی را به عنوان قیم تعیین می‌نماید....». هر چند عزل پدر از سمت ولایت موجب تزلزل ثبات و امنیت خانواده می‌گردد و سبب ورود زیان‌هایی به اعضای آن می‌شود (که در این مقاله

جای بحث آن نیست)؛ ولی نکته قابل توجه این است که اگر عزل ولی قهری به دلیل عدم رعایت مصلحت کودک با مقررات شرعی مغایرتی ندارد؛ به طریق اولی باید تحدید اختیارات او در موردی، که شرعاً مکروه اعلام شده و عرفاً نیز اصلاً به مصلحت کودک نیست، با شرع مغایرتی نداشته باشد، همان گونه که در فقه اعتبار تمام تصرفات ولی قهری در امور کودک منوط به رعایت غبطه او شده است (امام خمینی، بی تا، ص ۱۳ و علامه حلی، ۱۴۱۹، ص ۱۳۴).

به هر حال با اشکال شورای نگهبان مبنی بر غیرشرعی بودن تحدید یا سلب اختیار ولی قهری در تزویج صغیره و اصرار نمایندگان بر مصوبه خود، موضوع به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال گردید و طرح مجلس، در تاریخ ۱۳۸۱/۴/۱، در مجمع تشخیص مصلحت نظام به این شرح مورد تصویب قرار گرفت:

«عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح». این مصوبه نیز از این حیث که تشخیص و احراز غبطه کودک به ازدواج را به دادگاه صالح واگذار کرده است، قابل توجه و در حمایت از زن غیربالغ مؤثر می باشد؛ ولی از جهت دیگر، قابل انتقاد می باشد، چون صلاحیت مجمع تشخیص مصلحت نظام در امر قانونگذاری، همان گونه که در اصل ۱۱۲ قانون اساسی مقرر شده، منحصر در موضوع مورد اختلاف مجلس و شورای نگهبان است و این نهاد حق و صلاحیت قانونگذاری به طور ابتدایی را ندارد. با وجودی که اختلاف بین مجلس و شورای نگهبان در مورد تبصره ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی، یعنی تزویج غیربالغ از سوی ولی قهری بود و در مورد اصل ماده، یعنی ممنوعیت دخول قبل از بلوغ، هیچ اختلافی بین آنان نبود؛ مجمع بدون توجه به صلاحیت خود، تمام ماده ۱۰۴۱ را به جای تبصره آن مورد اصلاح قرار داده است که علاوه بر اشکال فقدان صلاحیت مجمع در قانونگذاری ابتدایی که اشکال شکلی و صلاحیتی است، به نظر می رسد که ماده اصلاح شده لازم است با توجه به اصل ماده و متون فقهی تفسیر گردد تا از سوءاستفاده احتمالی آن جلوگیری شود؛ زیرا در ماده اصلاحی مجمع، غبطه یا مصلحت مطلق بیان شده است، در حالی که در فقه اسلامی و ماده اصلی، مصلحت به شخص غیربالغ اضافه شده است. در نتیجه، اگر مصلحت زن در عدم تزویج باشد، اما مصلحت ولی در تزویج او باشد، دادگاه نباید اجازه تزویج صادر نماید؛ زیرا ملاک تجویز دادگاه و اختیار ولی، مصلحت شخص غیربالغ است. هر چند ممکن است اظهار شود که اطلاق مصلحت به کودک منتسب است و از غبطه پدر منصرف می-

باشد، ولی شایسته بود برای ممانعت از هرگونه سوءاستفاده احتمالی، غبطه صریحاً به کودک نسبت داده می‌شد. همچنین در ماده اصلی مقرر شده بود که در صورت انعقاد نکاح قبل از بلوغ توسط ولی، تمکین خاص ممنوع است و طرف بالغ نمی‌تواند از زن تا زمانی که به سن بلوغ نرسیده است، خواهان تمکین شود، در حالی که در ماده اصلاحی به این مورد اشاره‌ای نشده است و این موضوع، مورد اختلاف مجلس و شورای نگهبان نبوده است، بلکه آنچه مورد اختلاف بوده، سن بلوغ دختران بود که شورای نگهبان بر نه سال و مجلس بر سیزده سال تأکید می‌نمود. در نتیجه، اصلاح ماده در مجمع تشخیص مصلحت، حکم ماده اصلی را نسخ ضمنی نکرده و فقط حکم تبصره آن را محدود کرده است.

پس، طبق ماده اصلی ۱۰۴۱ قانون مدنی نکاح قبل از بلوغ، یعنی آمیزش، ممنوع می‌باشد و این ممنوعیت به قوت خود باقی است؛ زیرا مبنای آن عدم قابلیت و توانایی جسمی شخص در ایفای تعهدات ناشی از عقد نکاح است. این مورد در فقه نیز اجماعی است و آمیزش با زوجه قبل از بلوغ او، حرام و ضمان‌آور است. (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۷۴).

بنابراین، اگر با اجازه دادگاه، ولی قهری، دختر غیربالغی را تزویج نماید، طرف دیگر عقد در صورت بالغ بودن، حق درخواست تمکین از زوجه غیربالغه را ندارد و نمی‌تواند از پرداخت نفقه زن به استناد نشوز او خودداری نماید، زیرا در این گونه موارد شخص توانایی جسمی و روحی ایفای تعهد را ندارد و الزام به غیرمقدور، امری غیرمعقول و ناپسند است.

در نتیجه، سزاوار نیست، با تصویب این ماده، ماده ۱۰۴۱ اصلی نسخ ضمنی محسوب کرد، بلکه با اصلاحیه مجمع تشخیص مصلحت نظام تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی که در آن مقرر شده است: «سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است»؛ نسخ ضمنی شده است؛ زیرا اولاً، ملاک سیزده سال تمام شمسی که برای ازدواج دختر در این ماده تعیین شده است، مبتنی بر تحقیقات میدانی<sup>۱</sup> است که نشان می‌دهد، اکثر دختران ایرانی در این سن عادات ماهانه می‌شوند و توان انجام دادن تعهدات زناشویی یا تمکین را پیدا می‌نمایند؛ زیرا اگر حیض نشانه طبیعی بلوغ محسوب شود، میانگین سن حیض دختران ایرانی ۱۳ سال و میانگین دختران جهان ۱۳/۲۵ می‌باشد (مهریزی، بی‌تا، ص ۲۷۷).

۱. برای دیدن نتیجه تحقیقات میدانی سن حیض و بلوغ جنسی دختران ایرانی به کتاب «دیدگاه نو در حقوق

کیفری ایران» تألیف سید محمد حسین مرعشی و مبع مذکور در متن مراجعه شود.



ثانیاً، در این مصوبه، علاوه بر تغییر ملاک سال بلوغ جنسی و نکاحی از قمری به شمسی، سن بلوغ جنسی پسران نیز که مورد اختلاف طرفین نبوده است، پانزده سال تمام شمسی قرار گرفته است. پس، اعتقاد به این که این مصوبه تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی، یعنی اماره سنی بلوغ جنسی و نکاحی، را نسخ ضمنی نموده است، بسیار موجه است و با تصویب این ماده، وجهی برای تبصره مذکور باقی نمی‌ماند.

به هر حال، هر چند الزام ولی قهری به کسب اجازه از دادگاه در تزویج دختر زیر ۱۳ سال امری مثبت و مهم است و تا حدودی از دختران زیر ۱۳ سال حمایت می‌کند؛ ولی کافی نیست و سزاوار بود که قانونگذار نه تنها مطلق نکاح قبل از بلوغ را ممنوع اعلام می‌کرد یا حداقل سن لزوم کسب اجازه از دادگاه را چند سال بعد از بلوغ قرار می‌داد تا از ازدواج‌های تحمیلی و ناموفق جلوگیری شود و حمایت بهتر و مؤثرتری از زنان شود؛ همان گونه که اکثر قانونگذاران کشورهای اسلامی نیز، با وجودی که در فقه آنان هم ولی قهری اختیار تزویج دختر را دارا می‌باشد، ازدواج دختر تا چند سال بعد از بلوغ را ممنوع اعلام نموده‌اند. به عنوان مثال در ماده ۱۶ قانون احوال شخصیه سوریه، ازدواج دختر قبل از ۱۷ سالگی ممنوع اعلام شده است. (استانبولی، ۱۹۹۰، ص ۳۵). قانون شماره ۷۸ تشکیلات محاکم شرعی مصر، مصوب ۱۹۳۱، نیز ثبت نکاح دختر قبل از ۱۶ سال را ممنوع اعلام نموده و محاکم را از رسیدگی به اختلافات زناشویی دختری که زیر سن مزبور ازدواج نموده باشد، منع کرده است. این مصوبه بر این توجیه مبتنی است که چون نکاح دارای اهمیت زیادی است و اهمیت آن کم‌تر از معاملات مالی نیست، لازم است در سنی منعقد شود که طرفین آن بتوانند تعهدات خود را تا حدودی برآورد و پیش‌بینی نمایند. (عبدالحمید، ۱۴۰۴، ص ۸۵). همچنین در ماده ۴ قانون خانواده لبنان مقرر شده است: تزویج دختر قبل از ۱۷ سالگی اصلاً جایز نیست. با وجود این، در ماده ۶ همان قانون مقرر است: اگر دختر قبل از ۱۷ سالگی مدعی بلوغ است، می‌تواند با مراجعه به دادگاه و اثبات آن از دادگاه اجازه ازدواج کسب نماید (بدارن، بی‌تا، ص ۷۵).

بنابراین، قانونگذار ایرانی نیز شایسته است که جهت حمایت از زنان نکاح قبل از بلوغ را به طور مطلق ممنوع اعلام کند و سن لزوم کسب ازدواج از دادگاه را سن بالاتری قرار دهد تا از زنان حمایت بهتر و بیش‌تری شود؛ زیرا هدف اصلی از ازدواج صرف ارضای غرائز جنسی نیست که به محض بلوغ جنسی تجویز گردد، بلکه کسب آرامش روانی است که موجب حرکت شخص به سوی کمال می‌باشد. این مهم زمانی میسر است که زن از حیث فکری درک

بیش تری نسبت به نکاح، حقوق و تعهدات ناشی از آن داشته باشد که اغلب در چند سال بعد از بلوغ و در نتیجه رشد فکری فراهم می‌شود.

موضوع قابل توجه قلمرو موضوعی ماده ۱۰۴۱ اصلاحی است که آیا تمام ایرانیان را شامل و یا فقط ایرانیان شیعه را شامل می‌شود؛ زیرا نکاح از موضوعات احوال شخصیه است که بر اساس اصل دوازده قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ایرانیان مسلمان غیر شیعه از حیث احوال شخصیه تابع احکام و مقررات مذهب خود محسوب شده‌اند و طبق اصل سیزده نیز احوال شخصیه ایرانیان متدین به یکی از ادیان آسمانی شناخته شده (اقلیت های دینی) تابع آداب و رسوم دین خود می‌باشد. علاوه بر این، طبق ماده واحده قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم، مصوب ۱۰/۵/۱۳۱۲، که در تاریخ ۱۳۷۲/۴/۳ مورد تأیید مجمع تشخیص مصلحت نظام قرار گرفته است. (مجموعه قوانین ۱۳۸۲، ص ۴۶۴) دادگاه‌های ایرانی دعای مربوط به احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه را باید طبق قواعد و سنن مسلم مذهبی شخص طرف دعوا رسیدگی نمایند و حق رسیدگی طبق قانون ماهوی رسمی (قانون شیعه) را ندارند. در این ماده مقرر شده است:

«نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیر شیعه که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده، محاکم باید قواعد و عادات مسلمة متداوله در مذهب آنان را جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد، به طریق ذیل رعایت نماید :

- ۱- در مسائل مربوط به نکاح و طلاق عادات و قواعد مسلمة متداوله در مذهبی که شوهر پیرو آن است؛
  - ۲- در مسایل مربوط به ارث و وصیت عادات و قواعد مسلمة متداوله در مذهب متوفا؛
  - ۳- در مسایل مربوط به فرزند خواندگی عادات و قواعد مسلمة متداوله در مذهبی که ولی قهری خوانده یا مادر خوانده پیرو آن است».
- به استناد این قوانین، نکاح ایرانیان غیر شیعه تابع قانون رسمی کشور نیست، بلکه تابع مقررات مذهبی یا دینی آنان می‌باشد. از طرف دیگر، در فقه عامه نیز مشهور فقها بلوغ را شرط صحت عقد نکاح نمی‌دانند و فقط تعداد کمی از آنان معتقدند که نکاح قبل از بلوغ ممنوع است؛ زیرا علاوه بر آن که دارای هیچ منفعتی نیست، چه بسا ممکن است ضرر فراوانی نسبت به غیربالغ داشته باشد (شیخ الاسلامی، ۱۳۷۰، ص ۴۱-۴۰).

بنابراین، این سؤال مطرح است که آیا ماده ۱۰۴۱ اصلاحی شامل نکاح ایرانیان غیرشیعه نیز می‌شود و یا فقط مخصوص ایرانیان شیعه است؟

به نظر می‌رسد که چون این ماده به منظور حمایت از شخص غیربالغ و کودک وضع شده و حمایت از آنان از وظایف دولت است و جنبه نظم اجتماعی دارد، همان گونه که در ماده واحده نیز مقرر شده است؛ موضوعات مرتبط با انتظامات، تابع قانون رسمی است. در نتیجه، نکاح تمام زنان اتباع ایران، اعم از شیعه و غیرشیعه و مسلم و غیرمسلم، قبل از بلوغ و ۱۳ سال تمام، باید تابع این ماده باشد و فقط شرایط ماهوی نکاح تابع مقررات مذهبی آنان می‌باشد.

پس، نکاح تمام زنان ایرانی قبل از سیزده سال تمام شمسی از سوی ولی قهری در صورتی مجاز است که او قبل از انعقاد عقد، با اثبات مصلحت زن به انعقاد نکاح، از دادگاه صالح اجازه تزویج دریافت نماید.

با توجه به آنچه گذشت، هر چند مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام در مورد لزوم کسب اجازه از دادگاه در تزویج قبل از بلوغ و ۱۳ سال از دیدگاه حمایت از زنان، امری مثبت است؛ ولی جهت حمایت کامل و جلوگیری از سوءاستفاده احتمالی، بهتر بود قانونگذار نکاح قبل از ۱۳ سالگی را به طور مطلق ممنوع اعلام می‌کرد؛ زیرا همان گونه که اشاره شد، تحقیقات میدانی نشان می‌دهد که اغلب زنان ایرانی در سن ۱۳ سالگی بالغ می‌شوند و تا قبل از آن، موضوع نکاح برای آنان منفی است و لزوم کسب اجازه را برای دوران بعد از بلوغ تا رشد برای زنان قرار می‌داد تا با نظارت دادگاه غبطه آنان رعایت و از سوءاستفاده احتمالی جلوگیری شود.

### دوران بعد از بلوغ

دوران بلوغ عبارت از مرحله‌ای است که در آن غریزه جنسی زن از خواب بیدار شده که اصطلاحاً او در این مرحله بالغ نامیده می‌شود. در نتیجه، بالغ به کسی اطلاق می‌شود که غریزه و قوه جنسی او فعال گشته و آمادگی جسمی و روحی ازدواج در او فراهم شده است. حالت بلوغ برای استیفای حقوق مربوط به نکاح یا ناشی از آن ضروری است.

اکنون باید بررسی نمود زنی که بالغ شده، ولی به سن رشد نرسیده، چه نوع حمایت حقوقی از او در انعقاد نکاح لازم است؟ آیا شایسته است او مستقلاً اقدام به ازدواج نماید و یا لازم است قانونگذار از او در انعقاد نکاح حمایت کند؟

در صورتی که دختر بالغ شده، ولی به سن رشد نرسیده باشد و ولی قهری او نیز زنده نباشد

یا محجور باشد، چون در فقه امامیه فقها رشد را شرط صحت نکاح تلقی کرده (علامه حلی، ۱۴۱۹، ص ۱۳) و معتقدند که اگر دختر به سن رشد نرسیده باشد، امر نکاح او با حاکم است (شهید ثانی، ۱۳۶۸، ص ۷۱)، پس، در فقه از طریق نظارت دادگاه صالح یا حاکم شرع از چنین شخصی حمایت شده است، ولی قانون مدنی در مورد نحوه ازدواج او ساکت است.

بعضی در مورد نکاح سفیه معتقدند که چون نکاح از امور غیرمالی است، رشد برای آن لازم نیست و شخص غیررشید می‌تواند اقدام به نکاح کند؛ زیرا در قانون مدنی سفیه فقط از انجام تصرفات مالی ممنوع شده است (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۷۵، ص ۲۱۳).

هر چند نکاح از عقود غیرمالی است؛ ولی اهمیت آن نزد تمام ملت‌ها نه تنها از معاملات مالی کم‌تر نیست، بلکه بیش‌تر است. به همین جهت اکثر نظام‌های حقوقی برای انعقاد آن سنی خاصی معین و نکاح قبل از سن قانونی را ممنوع اعلام کرده‌اند.

بنابراین، لازم است جهت حمایت از دختران بالغه غیررشید فاقد ولی، نکاح آنان قبل از رشد منوط به کسب اجازه از دادگاه صالح شود و برای اثبات این امر می‌توان به اصل ۱۶۷ قانون مدنی و ماده ۳ آیین دادرسی مدنی، مبنی بر لزوم مراجعه به منابع و فتاوی معتبر فقهی در موضوعاتی که قانون ساکت است؛ استناد نمود که نکاح دختر بالغه غیررشید فاقد ولی قهری، باید با اجازه دادگاه یا حاکم منعقد شود.

با وجود این، بهتر است لزوم کسب اجازه در قانون صراحتاً پیش‌بینی شود؛ چون در امر ازدواج، ابتدا جشن و صلح است و بعد به دعوا ختم می‌شود. به عبارت دیگر، نکاح دختر بالغه غیررشید زمانی به دادگاه می‌رسد که نکاح منعقد شده و در نتیجه عدم سازش، زوجین جهت رفع اختلاف به دادگاه رجوع کرده‌اند. علاوه بر این، از ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی می‌توان عدم لزوم کسب اذن از دادگاه را استنباط نمود. در این ماده مقرر شده است: «در صورتی که پدر یا جد پدری در محل حاضر نباشند و استیذان از آن‌ها نیز عادتاً غیرممکن بوده و دختر نیز احتیاج به نکاح داشته باشد، وی می‌تواند اقدام به ازدواج نماید.» در این ماده بصراحت به دختری که ولی قهری او در دسترس نیست، اجازه داده شده، که خود مستقلاً ازدواج نماید؛ ولی در ماده ۱۰۴۳ در موردی که ولی قهری بدون علت موجه از اجازه دادن خودداری نماید، حکم به سقوط لزوم اجازه او شده است و به دختر نیز اختیار اقدام به استقلال داده نشده است، بلکه به او تکلیف شده است که شخص طرف ازدواج و شرایط آن را به دادگاه معرفی و از دادگاه اجازه ثبت ازدواج تقاضا کند.

بنابراین، جهت حمایت از زن شایسته است در موارد نکاح بالغه غیررشدیده، اعم از دارای ولی و فاقد آن، از دادگاه و حاکم کسب اجازه شود تا غبطه و مصلحت زن بیش تر تأمین شود و در نتیجه با فریب و امور خیالی اقدام به ازدواج ننماید.

پس، حمایت از این گونه افراد نیز ضروری است، زیرا در بسیاری از روایات آمده است که دختر در صورتی که گول و فریب ازدواج با دیگران را نخورد، ازدواج او صحیح است و شوهر می‌تواند از او کامیاب شود. به عنوان نمونه در روایتی از امام معصوم (ع) سؤال شده است: آیا مرد می‌تواند، به وسیله عقد موقت و منقطع، از زن متمتع و کامیاب شود؟ حضرت فرمودند: بله، مگر این که همسر، بچه‌ای باشد که فریب می‌خورد. سؤال شد: در چه سنی دختر فریب نمی‌خورد؟ فرمودند: در ده سالگی فریب نمی‌خورد<sup>۱</sup> (حر عاملی، ۱۴۰۳، ص ۴۶۱).

هر چند در این روایت ده سالگی سن عدم فریب بیان شده است و اصولاً در جامعه ایرانی بلوغ زن بعد از ده سالگی است، ولی سن موضوعیت ندارد و تمام موضوع عدم فریب است و امروزه با توجه به پیچیدگی روابط در زندگی شهرنشینی و عدم شناخت افراد از همدیگر، ممکن است حتی دختر بالغ گول بخورد. علاوه بر این، همان گونه که بعضی معتقدند: نکاح در سنین پایین ممکن است سلامتی زن و یا فرزند او را در معرض خطر قرار دهد. (صفایی و امامی، ۱۳۶۹، ص ۸۱).

بنابراین، به نظر می‌رسد که لازم است در حقوق ایران نیز مقرراتی وضع شود تا از این گونه زنان حمایت شود و سن رشد یعنی هفده یا هیجده سالگی، سنی است که می‌توان معتقد شد در این سن، اشخاص قابل فریب نیستند و قبل این سن اذن سرپرست قانونی در صورت احراز مصلحت زن در انعقاد نکاح با نظارت دادگاه صالح، برای ازدواج آنان لازم گردد.

در صورتی که دختر بالغ غیررشدیده دارای ولی قهری باشد، جهت حمایت از زن، او موظف است که از آنان اذن دریافت نماید و نمی‌تواند بدون اذن ازدواج نماید. به همین جهت در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی مقرر شده است: «نکاح دختر باکره اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر یا جد پدری است و هر گاه پدر یا جد پدری، بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، اجازه او ساقط است و دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او

۱. سئلته عن الجارية يتمتع منها الرجل؟ قال: نعم الا ان تكون صبیه تخدع. قال: قلت: اصلحك .. و کم الحد

الذی اذا بلغته لم تخدع؟ قال: بنت عشر سنین.

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».

هر چند در این ماده دختر برای ازدواج باید از ولی قهری کسب اجازه کند؛ ولی اختیاری که به آنان داده شده، در جهت تأمین غبطه بیش‌تر دختر و حمایت از او است. لذا در صورتی که آنان خودسرانه و یا بدون علت موجه از اجازه دادن خودداری نمایند، لزوم کسب اجازه آنان منتفی می‌شود. در این صورت هر چند قانون با عبارت «می‌تواند» که ظهیر در اختیار دارد، به دختر اختیار مراجعه به دادگاه داده است، ولی به نظر می‌رسد، دختر باید قبل از انعقاد عقد به دادگاه مراجعه و با معرفی خواستگار خود به دادگاه اجازه ازدواج دریافت نماید؛ چون دختری که هنوز به سن رشد نرسیده است، نمی‌تواند بشایستگی در موضوع مهمی مانند نکاح، مستقلاً حق خود را استیفا و منافع و مصالح خود را تأمین کند. به همین جهت دختر باید صلاحیت و شایستگی طرف مقابل را از طریق دادگاه احراز کند تا گرفتار افراد فاقد حسن نیت نشود.

همچنین جهت حمایت از زن، شایسته است، نکاح او بعد از بلوغ و قبل از رشد منوط به احراز دو امر از طرف دادگاه صالح شود و دادگاه بر اختیار ولی قهری نظارت کند: نخست این که زن با وجودی که به سن رشد نرسیده است، نیازمند تزویج باشد؛ چون در صورتی که او به ازدواج در آن سن محتاج نباشد، اقتضای حمایت حقوقی از او در این است که نکاحی برای او منعقد نشود؛ زیرا ازدواج در سنین پایین برای زن خطرناک است. به همین جهت در علم روان‌شناسی سن ۱۸ تا ۲۵، سن مناسب ازدواج تشخیص داده شده است (علی‌آبادی، ۱۳۸۰، ص ۸۶)؛ دوم این که شرایط مرد متقاضی ازدواج با زنی که هنوز به سن رشد نرسیده است، توسط دادگاه صالح احراز شود. به تعبیر دیگر، اقدام کفو بودن و شایستگی او به تأیید دادگاه برسد.

بنابراین، شایسته بود مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام در مورد حمایت از زنان حداقل به دوره بعد از بلوغ و قبل از رشد تعلق می‌گرفت و ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی این گونه تصویب می‌شد: «عقد نکاح دختر بالغه قبل از رسیدن به هیجده سال تمام شمسی منوط است به احراز رعایت مصلحت او با تشخیص دادگاه صالح».

در این پیشنهاد سعی شده است که به نحوی دادگاه صالح بر نکاح دختری که هنوز رشید نشده است، نظارت کند تا از یک طرف مصلحت او در انعقاد نکاح مورد توجه قرار گیرد و مورد سوءاستفاده افراد فاقد حسن نیت قرار نگیرند. از طرف دیگر از انعقاد نکاح تحمیلی به

زن ممانعت شود؛ چون نظارت دادگاه صالح عامل مؤثری است که می‌تواند مانع انعقاد نکاح تحمیلی شود.

### دوره رشد

دوره رشد عبارت از مرحله‌ای است که زن توانایی عقلی و فکری اداره امور خود را کسب کرده و از دیدگاه عقلا می‌تواند مستقلاً حقوق خود را استیفا و مصالح خود را تأمین کند و تصرفات او در امور و حقوقش متعارف و مناسب است. به همین جهت دختر با رسیدن به سن بلوغ و رشد به اتفاق تمام صاحب نظران از حجر خارج می‌شود. در ماده ۱۱۹۳ قانون مدنی نیز مقرر شده است: «همین که کودک کبیر و رشید شد، از تحت ولایت خارج می‌شود...».

با وجود این، در موضوع نکاح جهت حمایت از زن بعضی معتقدند: اگر دختر رشیده دارای پدر یا پدر بزرگ پدری او باشد، باید در امر ازدواج از او اذن دریافت نماید که در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی از این نظر پیروی شده است.

در نتیجه، در صورتی که دختری به مرحله رشد رسیده باشد و پدر یا پدر بزرگ پدری او زنده نباشند و یا به عللی محجور باشند، می‌تواند مستقلاً ازدواج نماید و به کسب اجازه ازدواج از دادگاه یا دیگران ندارد زیرا اصل استقلال اشخاص اقتضا می‌نماید که هر کس بتواند حقوق خود را استیفا کند و دلیل مخصصی وجود ندارد که بر لزوم کسب اجازه دلالت کند. همان گونه که بعضی (امامی، ۱۳۷۷ص ۳۴۸) معتقدند: اگر دختری به سن رشد رسیده باشد و پدر یا پدر بزرگ پدری او فوت نموده یا محجور باشند، او می‌تواند مستقلاً ازدواج نماید و کسی نمی‌تواند در امور او دخالت نماید و در این فرض تعارض و اختلافی ایجاد نمی‌شود تا به حمایت از زن نیاز باشد.

اما اگر دختر رشیده دارای پدر یا پدر بزرگ پدری باشد، با توجه به این که نکاح از موضوعات مربوط به احوال شخصیه است، باید دید که چنین دختری به چه دینی متدین است. در صورتی که پیرو مذهب تشیع باشد، مشهور فقهای امامیه، همان گونه که بسیاری بر این موضوع تصریح نموده‌اند، هر چند کسب اجازه از او مطلوب و مستحب می‌باشد، ولی اگر کسب اجازه ننمود، ازدواج او به طور مستقل نافذ است. به عنوان مثال بعضی (طباطبایی، ۱۴۲۰، ص ۹۵ و شهید ثانی، ۱۳۶۸، ص ۷۱) معتقدند: مشهور ازدواج دختر باکره رشیده را بدون اذن پدر یا پدر بزرگ پدری او نافذ می‌دانند و در انتصار و ناصریات ادعای اجماع بر آن شده است،

بلکه حتی بعضی ادعای اجماع بر صحت نکاح دختر باکره رشیده بدون اذن پدر کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۹۲ و علامه حلی، ۱۴۱۹، ص ۱۴).

ولی نظریه غیرمشهور بر این مبتنی است که دختر باید اذن یا رضایت پدر یا پدر بزرگ پدری را برای ازدواج جلب نماید. در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی از این نظر پیروی شده است و نکاح دختر باکره از دیدگاه حقوقی موقوف به اذن پدر یا پدر بزرگ پدری اعلام شده است. در فقه عامه نیز طبق بعضی از مکاتب، دختر رشیده می‌تواند مستقلاً ازدواج نماید؛ ولی طبق بعضی دیگر باید از ولی یا وصی اجازه دریافت نماید و طبق بعضی دیگر، حتی باید از عصبه اذن دریافت نماید (قلعه‌جی، ۲۰۰۳، ص ۴۴).

بنابراین، دختر باکره رشیده ایرانی در صورتی که پیرو مذهب تشیع باشد، به استناد ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، باید برای ازدواج از پدر یا پدر بزرگ پدری او کسب اجازه نماید؛ و در صورتی که پیرو یکی از مذاهب اهل تسنن، غیر از مکتب حنفی، باشد باید از عصبه یا ولی و وصی کسب اجازه نماید.

فلسفه لزوم کسب اجازه از پدر یا پدر بزرگ پدری جهت حمایت از زن می‌باشد. به همین جهت در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی مقرر شده است: «اگر پدر یا پدر بزرگ پدری از دادن اجازه به دلایل غیرموجه امتناع کند، دختر می‌تواند مردی را که قصد ازدواج با او را دارد، به دادگاه معرفی و از دادگاه اجازه ازدواج دریافت کند».

علاوه بر این، دختر در صورتی که کسب اجازه از پدر یا پدر بزرگ پدری موظف است که آنان مسلمان باشند. در صورتی که آنان متدین به یکی از ادیان آسمانی غیراسلام باشند، باید دید نکاح تابع کدامین دین است. به عبارت دیگر، چه قانونی بر این ازدواج حاکم است؟ روشن است که طبق ماده واحده مذکور برای تشخیص قانون حاکم بر ازدواج باید مقررات مذهبی ازدواج کننده در نظر گرفته شود و چون ازدواج عرفاً به دختر منسوب است و احوال شخصیه او محسوب می‌شود، قانون حاکم بر این ازدواج مقررات مذهبی دختر است و در نتیجه در این مورد نیز دختر به کسب اجازه نیازی ندارد؛ زیرا اولاً، مشهور امامیه نکاح دختر باکره رشیده بدون اذن پدر یا پدر بزرگ پدری را نافذ می‌دانند.

ثانیاً، کسانی که نکاح باکره رشیده را منوط به اذن پدر یا پدر بزرگ پدری دانسته‌اند، چون نظر حمایتی به زن داشته‌اند، پدر یا پدر بزرگ پدری او را، در صورتی که دختر مسلمان باشد، شرط ثبوت ولایت تلقی نموده‌اند؛ زیرا از جهت دیدگاه حمایتی، در صورتی ولی قهری از دختر



حمایت اساسی و مؤثر می‌کند که با او هم‌کیش باشد و در صورتی که پدر یا پدر بزرگ پدری غیرمسلم باشد، چنین کسی ممکن است غبطه دختر مسلمان را در امر ازدواج رعایت نکند و از جهت ادله شرعی نیز، ولایت نوعی سبیل و سلطه است که به نص آیه ۱۴۱ سوره مبارکه نساء، خداوند هرگز راه و سبیلی بر مؤمن برای کافر قرار نمی‌دهد و به استناد این آیه شریفه ولی قهری غیرمسلم بر فرزند مسلمان خود ولایت نخواهد داشت.

به همین جهت تمام فقها، اعم از شیعه و سنی، ولی قهری را شرط لزوم کسب اجازه دانسته و معتقدند: در صورت ارتداد ولی قهری، ولایت او از دختر مسلمان ساقط می‌شود؛ زیرا خداوند متعال می‌فرماید: «خداوند هرگز کافر را بر مؤمن مسلط نمی‌نماید.» ولایت یک نوع سبیل و - سلطه است که در آیه نفی شده است و همچنین به استناد حدیث شریف «اسلام برتر است و چیزی برتر از آن نیست»؛ در حدائق ظاهر این است که در بین اصحاب در این باره خلافتی نیست<sup>۱</sup> (انصاری، ۱۴۱۵، صص ۱۲۷-۲۲۸).

بعضی دیگر (علامه حلی، ۱۴۱۹، ص ۱۳)، بعد از قبول ثبوت ولایت ولی قهری بر دختر، مواردی را به عنوان عامل سقوط ولایت عنوان می‌نمایند که کفر یکی از آن است: کفر، موجب سلب ولایت ولی قهری از فرزند مسلم خود می‌شود؛ اعم از این که فرزند پسر یا دختر و نیز مجنون یا صغیر باشد.<sup>۲</sup>

رهبر کبیر انقلاب نیز، بلوغ و عقل و حریت و آزادی و اسلام ولی قهری را، در صورت مسلمان بودن فرزند یا مولی علیه، شرط ثبوت ولایت دانسته‌اند<sup>۳</sup> (امام خمینی، بی‌تا، ص ۲۵۶). در نتیجه، بر مبنای نظر غیرمشهور که اذن پدر یا پدر بزرگ پدری او برای ازدواج باکره رشیده لازم است (قانون مدنی نیز در ماده ۱۰۴۳ از این نظر پیروی نموده است)؛ اذن هر شخصی، برای نکاح دختر ضروری نیست بلکه اذن پدر یا پدر بزرگ پدری مسلم برای ازدواج دختر مسلمان جهت حمایت از او ضروری است و در صورتی که آنان غیرمسلم باشد، بر فرزند مسلم خویش ولایتی نخواهد داشت.

۱. «و تزول ولاية الابوة على الجارية المسلمة و في معناها الجدوة بلارتداد لقوله تعالى: و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً و الولاية سبيل و قوله، الاسلام يعلو و لا يعلو عليه و في الحدائق الظاهر انه لا خلاف فيه»  
 ۲. ج) الكفر، و هو يسلب الولاية عن ولده المسلم صغيراً و مجنوناً، ذكراً و اناثاً  
 ۳. «يشترط في ولاية الاولياء البلوغ و العقل و الحرية و الاسلام اذا كان المولى عليه مسلماً»

در فقه اهل سنت نیز وحدت دین را شرط ولایت عصبه بر دختر دانسته اند و در صورتی که دختر با عصبه هم دین نباشد، عصبه بر او ولایت نخواهند داشت. (شیخ الاسلامی، ۱۳۷۰، ص ۸۹).

بنابراین، اگر پدر یا پدر بزرگ پدری دختر رشیده مسلمان، مسلم نباشند؛ دختر می‌تواند مستقلاً ازدواج نماید و به کسب اجازه از آنان نیازی نیست؛ ولی اگر او دارای پدر یا پدر بزرگ پدری مسلم باشد، باید برای ازدواج اذن دریافت کند و این اذن چون مشورتی است و او در صورت امتناع باید آن را به دلایل موجه مستند کند و در صورت اختلاف، دادگاه صالح به آن رسیدگی می‌کند. جهت حمایت از زنان به شیوه‌ای که در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی مقرر است، بسیار مفید است و تا حدودی در تأمین غبطه و مصلحت زن مؤثر است.

اما اگر دختر رشیدی بدون اذن پدر یا پدر بزرگ پدری او یا به رغم مخالفت او، اقدام به ازدواج کند، باید دید، در این صورت چگونه می‌توان از او حمایت کرد؟ آیا اقتضای قواعد حقوقی و لزوم حمایت از زن ظاهر در این است که نکاح باطل اعلام شود و یا نکاح صحیح اعلام گردد؟

هر چند ظاهر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی ایران در این است که اگر دختر بدون اجازه پدر یا پدر بزرگ پدری ازدواج نماید، نکاح او فضولی و غیرنافذ است و در صورت اجازه او نافذ می‌شود زیرا در این ماده از عبارت «موقوف» استفاده شده است که ظاهر در عدم نفوذ است و بر همین مبنا نیز دادگاه تجدید نظر استان تهران در تاریخ ۵۹/۲/۲۲ رأی شعبه بدوی دادگاه مدنی خاص تهران را که ازدواج دختر بدون اذن پدر را، با وجود سایر شرایط صحت آن، صحیح محسوب کرده بود؛ نقض، و نکاح را به دلیل فقدان اذن پدر باطل اعلام نمود (باختر و...، ۱۳۸۳، ص ۲۸۴). در فقه عامه نیز بعضی نکاح دختر بدون اذن پدر یا پدر بزرگ پدری را صحیح ندانسته‌اند (ابن قدامه، ۱۴۰۹، ص ۳۴۵).

ولی تطبیق این نظریه با قواعد حقوقی و مواد قانونی از چند جهت مشکل است: اولاً، قسمت دوم ماده ۱۰۴۳ ظاهر در این است که اگر مرد طرف عقد نکاح، برای ازدواج با توجه به وضعیت زن شرایط لازم را دارا باشد و پدر از دادن اذن بدون دلیل موجه خودداری کند، اذن او ساقط می‌شود. بنابراین، رویه قضایی و دادگاه‌ها لازم است این موضوع را بررسی کنند که آیا نکاح، با وجود عدم اذن پدر یا پدر بزرگ پدری، دارای سایر شرایط اساسی می‌باشد؟ اگر شرایط صحت نکاح از سایر جهات فراهم باشد، دلیلی وجود ندارد که نکاح را صرفاً به استناد

فقدان اذن پدر یا پدر بزرگ پدری باطل اعلام نمود؛ چون با احراز سایر شرایط صحت نکاح، ثابت می‌شود که اجتناب و اصرار پدر غیرموجه است که در این صورت لزوم کسب اجازه از او ساقط می‌شود.

ثانیاً، با توجه به این که نکاح از موضوعات احوال شخصیه است، تطبیق اعلام بطلان نکاح با فقه امامیه نیز مشکل است؛ زیرا اگر ازدواج تمام شرایط صحت، غیر از اذن پدر یا پدر بزرگ پدری را داشته باشد، عدم استیذان از او بر وضعیت نکاح تأثیری ندارد؛ چون لزوم کسب اذن پدر یا پدر بزرگ پدری برای رعایت غبطه دختر است و در صورتی که این مصلحت رعایت شود، برای اعلام بطلان نکاح به دلیل فقدان اذن وجهی وجود ندارد.

علاوه بر این، در صورتی که دختر تسلیم شوهر شده و تمکین خاص نموده باشد، حکم به جدایی او از شوهری که بدون اذن پدر یا پدر بزرگ پدری با او ازدواج نموده است، به هیچ وجه به مصلحت دختر نیست و نباید با ابطال نکاح او را در مفسده بیش‌تری قرار داد.

بنابراین، حکم به ابطال نکاح دختر به استناد صرف فقدان اذن پدر یا پدر بزرگ پدری، علاوه بر این که با مصلحت دختر مخالف است، با نظریات فقهای امامیه نیز مغایر می‌باشد؛ زیرا نظریه آن گروه از فقهای که اذن پدر یا پدر بزرگ پدری مسلم را برای ازدواج دختر باکره رشیده لازم دانسته‌اند، مطلق نیست، بلکه اذن و ولایت او را منوط به رعایت غبطه و مصلحت دختر نموده است. در نتیجه، اگر پدر یا پدر بزرگ پدری، بدون رعایت مصلحت دختر و به دلایل مربوط به منافع شخصی خود از اذن دادن خودداری نماید، اذن او ساقط می‌شود و دختر می‌تواند، مستقلاً، به رغم مخالفت او، به انعقاد نکاح اقدام نماید که جهت توضیح بیش‌تر موضوع بعضی از آن مورد استناد قرار می‌گیرد:

بعضی (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۱۲۷) معتقدند: بله، اگر ولی، دختر را از ازدواج باز دارد، با وجودی که طرف دیگر هم‌تا و هم‌شان اوست و دختر خواهان ازدواج باشد، خلافی وجود ندارد که اذن او برای نکاح معتبر نیست.<sup>۱</sup>

بعضی دیگر نیز (طباطبایی، ۱۴۲۰، ص ۱۰۵) در موارد خودداری غیر موجه پدر یا پدر بزرگ پدری، بر سقوط اعتبار اذن او ادعای اجماع نموده و معتقدند: اگر ولی، دختر را از ازدواج با شخصی یا از مطلق ازدواج کردن منع کند، با وجودی که دختر میل به ازدواج دارد، اجماعاً اعتبار رضا و اذن او ساقط می‌شود.<sup>۲</sup>

۱. «نعم لا خلاف ظاهراً فی أنه اذا عضلها، ای منعها عن التزوُّج بالكف مع طلبها للزواج فلا يعتبر اذنه»

۲. «و اما لو عضلها الولی و منعها عن ذالک او مطلقاً مع رغبتها فیه، سقط اعتبار رضا اجماعاً منّا»

همچنین (امام خمینی، بی‌تا، ص ۲۵۴) و بسیاری از فقهای معاصر<sup>۱</sup> نیز، که اذن پدر یا پدر بزرگ پدری را لازم دانسته اند، به سقوط اعتبار اذن او در موارد خودداری غیر موجهه حکم نموده‌اند (مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور حقوقی، ۱۳۸۲، صص ۱۷-۱۸).

از دیدگاه عرفی و اجتماعی نیز با توجه به مصالح شخصی و اجتماعی زن اعلام بطلان نکاح بسیار مشکل است؛ چون همان گونه که بعضی (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۷۵) معتقدند: از نظر اخلاقی برای پدری که دخترش بر خلاف میل او ازدواج نموده است، درخواست ابطال آن بسیار مشکل است؛ زیرا به طور معمول زبانی که در نتیجه اعلام بطلان نکاح به دختر وارد می‌شود بیش‌تر از زیان ناشی از ادامه آن است.

بنابراین، هر چند لزوم کسب نظر مشورتی پدر یا پدر بزرگ پدری مسلم برای ازدواج دختر رشیده امری مطلوب و در جهت تأمین مصلحت بلند مدت او است؛ ولی اگر دختر از آن تخلف کند و مستقلاً به ازدواج اقدام نماید، اعلام بطلان چنین نکاحی، در صورت وجود سایر شرایط صحت نکاح، از چند جهت مصالح او را در معرض خطر قرار می‌دهد؛ زیرا از یک جهت بر مبنای نظر مشهور در فقه امامیه اجازه پدر یا پدر بزرگ پدری برای ازدواج دختر رشیده لازم نیست و از جهت دیگر، نظریه غیر مشهور لزوم کسب اجازه از او را به رعایت مصلحت زن و موجه بودن امتناع منوط کرده‌اند و با توجه به این که نکاح از موضوعات احوال شخصیه است، اعلام بطلان چنین نکاحی بر خلاف مذهب زن است و این موجب آن می‌شود که زن خود را شوهردار تلقی کند و برای همیشه گرفتار آزار وجدانی و زیان معنوی شود؛ زیرا از دواج مجدد چنین زنی منوط به طلاق و یا فوت شوهر است که هیچ کدام از آن واقع نشده است و صرف حکم به جدایی، نکاح را از بین نمی‌برد. در نتیجه، با وجود اعلام بطلان قضایی نکاح، زن از لحاظ مقررات مذهبی شوهردار می‌باشد و ازدواج زن شوهردار باطل است.

به همین جهت در بیش‌تر کشورهای اسلامی، در صورتی که نکاح واجد سایر شرایط صحت باشد، از اعلام بطلان آن خودداری می‌شود. مثلاً در ماده ۴۷ قانون خانواده لبنان مقرر است: اگر دختر، وجود ولی قهری را کتمان کند و با دیگری ازدواج نماید، اگر شوهر کفو و همتای او باشد، عقد نکاح لازم است (ابوعینین، بی‌تا، ص ۱۴۰) در ماده ۲۷ قانون احوال شخصیه سوریه نیز همین حکم مقرر است (استانبولی، ۱۹۹۰، ص ۳۶).

۱. آیات عظام مقام معظم رهبری، صافی گلپایگانی، فاضل لنکرانی، مکارم شیرازی.

در حقوق موضوعه ایران نیز که در بعضی از موارد حکم به بطلان نکاح فاقد اذن پدر شده است، دختر مجدداً به ازدواج با آن مرد اقدام کرده؛ چون طبق رأی وحدت رویه شماره ۱ مورخ ۶۳/۳/۲۹ دیوان عالی کشور، در صورتی که در ازدواج قبلی از دختر ازاله بکارت شود، اذن پدر یا پدر بزرگ پدری برای ازدواج مجدد لازم نیست.

در نتیجه، اگر در نکاح قبلی ازاله بکارت از دختر شود و او مجدداً با همان شخص ازدواج نماید، در این فرض اقدام به اعلام بطلان نکاح، علاوه بر خلاف شرع بودن آن، امری لغو و زاید است و فقط مزاحمت‌هایی برای زوجین جوان ایجاد می‌نماید؛ ولی اگر بعد از اعلام بطلان، طرف دیگر نخواهد با این زن ازدواج نماید، در این فرض ضرر سنگینی بر او وارد می‌شود که قابل جبران نیست. از طرف دیگر، اعلام بطلان نکاح بر خلاف فلسفه اجتماعی اعتبار حق اذن پدر یا پدر بزرگ پدری است؛ زیرا علت و حکمت این حق برای مصلحت دختر بیان شده است، در حالی که در این فرض اعمال حق یا آثار وجودی آن به ضرر دختر است.

اگر در نکاح قبلی از دختر ازاله بکارت نشود، در این فرض نیز جدا کردن دو زوج به حکم قضایی از همدیگر صرفاً به دلیل فقدان اذن پدر یا پدر بزرگ پدری، علاوه بر این که حکم به عدم صحت نکاح صرفاً به دلیل عدم اذن، با وجود سایر شرایط، امری نامشروع و خلاف فقه امامیه است؛ امری غیرمعقول و خلاف اخلاق حسنه می‌باشد. و موجب ورود ضربه سنگینی بر دختر می‌شود، چون با ازدواج، مرد طرف نکاح به حریم خصوصی زن وارد و از اسرار او مطلع شده که اعلام بطلان نکاح در این وضع، بر زن ضرر معنوی فاحش وارد می‌کند. بنابراین، در بررسی ازدواج دختر رشیده بدون اذن پدر یا پدر بزرگ پدری، با توجه به این که لزوم کسب اجازه حق محض یا مطلق آنان نیست، بلکه جهت حمایت و تأمین مصلحت بیش‌تر دختر اعطا شده است؛ باید در همه موارد مصلحت دختر را در نظر گرفت و اگر دختر بدون اذن ازدواج نماید، در صورتی که نکاح دارای سایر شرایط ماهوی صحت باشد و دختر نیز تمکین نموده باشد؛ نباید در این مورد حکم به بطلان نکاح شود؛ زیرا در این موارد حکم به بطلان نکاح، علاوه بر خلاف شرع بودن آن، عرفاً نه تنها به مصلحت او نیست، بلکه برای او زیان‌های غیرقابل جبران را به دنبال خواهد داشت و در صورت عدم تمکین نیز شایسته است تلاش شود تا به نحوی بین پدر و دختر سازش شود و نباید او را به حکم دادگاه از شوهرش جدا نمود.

## نتیجه

حمایت از زن در انعقاد عقد نکاح در حقوق ایران در سه مرحله ضروری است که شایسته است مورد توجه قانونگذار و رویه قضایی قرار گیرد: نخست مرحله قبل از بلوغ که در این مرحله، لزوم حمایت از زن و مصالح اجتماعی در جامعه معاصر اقتضا می‌کند که انعقاد نکاح ممنوع اعلام شود و کسی دختر غیربالغه را تزویج نکند؛ چون در این دوران هیچ گونه مصلحت جدی و مهمی برای ازدواج او قابل تصور نیست و جواز تزویج دختر غیربالغه از دو جهت با چالش مواجه است؛ چون اولاً، موجب گستاخی مخالفان به حقوق اسلام می‌شود. ثانیاً، موجب سوء استفاده بعضی از افراد از آن می‌شود.

بنابراین، هر چند در سال ۱۳۸۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام تزویج دختر قبل از ۱۳ سالگی را منوط به اثبات مصلحت او و احراز آن توسط دادگاه صالح اعلام نمود و این اقدامی مثبت و مفید است، ولی بهتر است در حقوق ایران ازدواج قبل از بلوغ به طور مطلق ممنوع اعلام شود و رویه قضایی می‌تواند به استناد عدم احراز مصلحت غیربالغه، از تزویج او جلوگیری کند. علاوه بر این، اصلاح ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام نباید به عنوان نسخ ضمنی آن ماده در قانون مدنی محسوب شود؛ زیرا در فرضی هم که دادگاه اجازه ازدواج به دختر زیر ۱۳ سال صادر کند، در صورت عدم بلوغ دختر، آمیزش با او ممنوع است و ممنوعیت متن ماده به اعتبار خود باقی است.

دوم در دوران بعد از بلوغ و قبل از رشد است که در این دوران زنان به دو گروه دارای ولی قهری و فاقد آن تقسیم می‌شوند:

در صورتی که دختر فاقد ولی قهری باشد، در فقه اجازه حاکم برای صحت ازدواج او ضروری است؛ ولی قانون مدنی در این باره ساکت است که بهتر است ازدواج این گونه اشخاص نیز با اجازه دادگاه انجام شود.

اگر دختر بالغه دارای ولی باشد، باید از او اجازه دریافت نماید. به نظر می‌رسد مجمع تشخیص مصلحت نظام بهتر بود احراز مصلحت زن برای نکاح را در این دوره به دادگاه واگذار می‌کرد و دادگاه‌ها در این دوران بر انعقاد نکاح زنان بالغ غیررشید نظارت می‌کردند.

اگر دختر بالغه و رشیده باشد، مشهور در فقه امامیه معتقد است که لازم نیست از پدر یا پدر بزرگ پدری اذن دریافت نماید؛ ولی نظریه غیرمشهور کسب اذن از پدر یا پدر بزرگ پدری را لازم می‌داند که قانون مدنی در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی از این نظریه پیروی نموده است.

هرچند اصل لزوم کسب نظر مشورتی پدر یا پدر بزرگ پدری تا حدودی در تأمین منفعت بلند مدت زنان مفید است ولی اگر دختر بالغه رشیده بدون اذن آنان، با کسی که دارای شرایط صحت نکاح است، ازدواج کند؛ در فقه چنین نکاحی نافذ است؛ ولی رویه قضایی بر اعلام بطلان آن قرار گرفته است. به نظر می‌رسد در صورت مخالفت پدر یا پدر بزرگ پدری با ازدواج دختر رشیده و اقدام او به ازدواج، وجهی برای اعلام بطلان وجود ندارد و چنین حکمی خلاف شرع است؛ زیرا از یک طرف، با خودداری پدر یا پدر بزرگ پدری از دادن اذن و فراهم بودن سایر شرایط صحت نکاح در طرف دیگر، به اتفاق تمام فقهای امامیه اعتبار اذن او ساقط می‌شود. از طرف دیگر اعلام بطلان نکاح زن در جامعه معاصر، اعم از این که زن تمکین کرده یا نکرده باشد، خلاف مصالح زن و جامعه است و بهتر است در این موارد از اعلام بطلان نکاح صرفاً به استناد فقدان اذن پدر یا پدر بزرگ پدری اجتناب شود.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## منابع و مأخذ

- ۱- ابن قدامه (۱۴۰۹)، "المغنی"، قاهره، هجر.
- ۲- استانبولی، ادیب (۱۹۹۰) "المرشد فی قانون الاحوال شخصیه"، الطبعة الثانية.
- ۳- الفقیه، شیخ یوسف (۱۴۰۹)، "الاحوال الشخصیه فی فقه اهل بیت"، الطبعة الاولى، بیروت، دارالاضواء.
- ۴- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۵)، "کتاب نکاح"، چ اول، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ.
- ۵- امامی، سید حسن (۱۳۷۷)، "حقوق مدنی"، ج ۴، چ شانزدهم، تهران، انتشارات اسلامی.
- ۶- باخترا، سید احمد؛ رئیسی، مسعود (۱۳۸۳)، "مجموعه آراء وحدت رویه"، چ اول، تهران.
- ۷- بدران، ابو عینین بدران (بی تا)، "الزواج و الطلاق فی الاسلام"، الطبعة الاولى، اسکندریه، مؤسسه الشباب.
- ۸- خرنای، شیخ حسن (۱۴۰۰)، "تحف العقول"، تهران، کتابفروشی اسلامی.
- ۹- حر عاملی، شیخ محمد بن الحسن (۱۴۰۳)، "وسائل الشیعه"، الطبعة السادسة، طهران، مکتبه الاسلامیه.
- ۱۰- رواس قلعه جی، محمد (۲۰۰۳)، "موسوعة الفقه عبدالرحمن الاوزعی"، کویت، جامعه الکویت.
- ۱۱- شهید ثانی، (زین العابدین الجعفی العاملی) (۱۳۶۸)، "روضه البهیة"، ج ۲، چ اول، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
- ۱۲- شیخ الاسلامی. سید اسعد (۱۳۷۰)، "احوال شخصیه"، چ اول، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
- ۱۳- صفایی، سید حسین و قاسم زاده، سید مرتضی (۱۳۷۵)، "حقوق مدنی: اشخاص و محجورین"، تهران، سمت.
- ۱۴- صفایی، سید حسین و امامی اسدا.. (۱۳۶۹)، "حقوق خانواده"، ج اول، چ اول، تهران، دانشگاه تهران.



- ۱۵- طباطبایی، سید علی، (۱۴۲۰)، "ریاض المسایل"، ج ۱۰، الطبعة الأولى، قم، مؤسسة النشر الاسلامی.
- ۱۶- عبد الحمید، محمد محی الدین (۱۴۰۴)، "الاحوال الشخصیه فی الشریعة الاسلامیه"، الطبعة الأولى، بیروت، دارالکتاب.
- ۱۷- علامه حلی (ابو منصور الحسن بن یوسف بن مطهر الاسدی) (۱۴۱۹)، "قواعد الاحکام"، ج ۳، الطبعة الأولى، قم، مؤسسة النشر الاسلامی.
- ۱۸- علی آبادی، علی، (۱۳۸۰)، "ضرورت تغییر موادی از قانون مدنی"، مقالات و بررسی‌ها، شماره ۶۹، تهران، صص ۹۴-۶۵.
- ۱۹- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، "حقوق مدنی خانواده"، چ سوم، تهران، میزان.
- ۲۰- مهریزی، مهدی (بی تا)، "بلوغ دختران فقه (کاوشی نو در فقه اسلامی)"، قم.
- ۲۱- موسوی خمینی، سیدروح... (بی تا)، "تحریر الوسیله"، ج ۲، نجف اشرف، آداب.
- ۲۲- قوه قضاییه (۱۳۸۳)، "مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور حقوقی"، ج ۲، چ اول، قم، نشر قضا.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی