

## بررسی کفویت در نکاح از دیدگاه حقوق موضوعه ایران

محمد زارعی<sup>۱</sup>، قاسم شفیعی<sup>۲</sup>

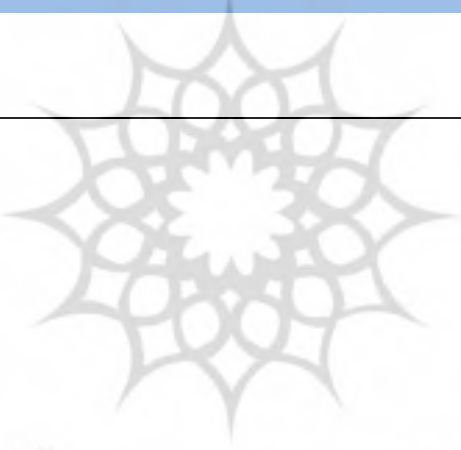
<sup>۱</sup> استادیار گروه معارف اسلامی دانشگاه علوم پزشکی زاهدان

<sup>۲</sup> استادیار گروه معارف اسلامی دانشگاه علوم پزشکی زاهدان (نویسنده مسئول)

### چکیده

از جمله کاربرد های کفایت در حقوق موضوعه ایران حقوق جزا در بحث قصاص و حقوق مدنی در مبحث نکاح است. در این مقاله کفایت در نکاح مورد بررسی قرار گرفته و علاوه بر کفایت در دین که مورد اتفاق است، مصادیق دیگری آن از قبیل کفایت اقتصادی، شغلی و ظاهری و جنسی که در میان مواد مختلف پراکنده است جمع آوری شده و مورد نقد و بررسی قرار گرفته است.

واژه های کلیدی: کفایت، نکاح، حقوق



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## مقدمه

الفاظ کفالت و کفو علاوه بر معنای لغوی، معنایی اصطلاحی دارند که در علم فقه مطرح می‌شود. اما از آنجا که کاربرد این الفاظ در فقه محدود به یک باب فقهی نمی‌شود و از طرفی در یک باب هم ممکن است چند معنای مختلف داشته باشند، نمی‌توان معنای اصطلاحی واحدی برای آنها بیان نمود. در نتیجه برای بیان معنای اصطلاحی این الفاظ، قبل از هر چیز باید مشخص نمود که در چه ابوابی از بابهای فقهی به کار رفته‌اند و معنای آنها در هر باب چیست. اگر این الفاظ در هر باب نیز در موارد مختلفی به کار رفته‌اند - به صورتی که معنای آنها به تناسب محل کاربردشان تفاوت کرده است - باید با توجه به محل کاربرد آنها معنای گوناگونشان را روشن نمود تا در نهایت معنای اصطلاحی الفاظ مذکور آشکار و مشخص گردد. به طور کلی می‌توان گفت مبحث کفالت (فی نفسه) در دو باب از ابواب فقهی مطرح شده است. الف - در باب قصاص ب - در باب نکاح در این مقاله برآنیم مصادیق مختلف کفالت از قبیل اقتصادی شغلی، ظاهری و جنسی را مورد مذاکره قرار داده و کاربرد های مفات در قانون مدنی را مورد دقت نظر قرار دهیم.

## ۱- مصادیق کفالت در قانون مدنی

قانون مدنی هر چند کفر را در بین موانع درستی عقد نکاح آورده است ولی از عنوان کلی کفالت به عنوان یکی از شرایط صحت عقد سخنی به میان نیاورده است [۱]. یعنی در آنچه به شرایط صحت عقد نکاح برمی‌گردد، کفالت فقط به معنای کفالت ایمانی مدنظر قانون مدنی قرار گرفته است و این درحالی است که می‌توان معتقد شد در همین قانون، کفالت در سایر جنبه‌ها از جمله کفالت اقتصادی، شغلی و کفالت ظاهری در مقاطع مختلف دیگر مدنظر قرار گرفته است.

## ۲- کفالت اقتصادی

یکی از آثار عقد نکاح لزوم پرداخت نفقه توسط زوج می‌باشد. این اثر نکاح به نوعی بر لزوم کفالت اقتصادی در مال و یسار دلالت دارد این تکلیف قانونی که بر عهده مرد نهاده شده، مصادیق متعددی دارد و برای تعیین این مصادیق شان زن ملاک قرار گرفته است. بدیهی است تامین نفقه متناسب با شان زن، فرع بر امکان و توان مرد در تهیه آن است. بنابراین، می‌توان قایل شد که کفالت اقتصادی نیز مورد توجه قانون مدنی قرار گرفته است لذا اگر شخص نتواند نفقه زن را آن طور که شان وی اقتضاء می‌نماید، تامین نماید بهتر است مبادرت به چنین ازدواجی ننماید یعنی باید در مرحله ایجاد و انعقاد عقد ازدواج، عدم کفالت را به صورت مانع ازدواج و یا کفالت را به عنوان شرط ازدواج در نظر گرفت که مشکلات بعدی که در اثر مسائل اقتصادی پیش می‌آید مطرح نشود. البته به نظر ما در این تواناییهای بالقوه زوج برای تهیه نفقه متناسب با شان زوج کفالت می‌کند هر چند اگر بدانیم نفقه شامل چه چیزهایی می‌گردد، حتی شاید بتوان قایل شد کفالت اقتصادی بالفعل مدنظر قانون مدنی بوده است. بنابراین، اگر زوج بداند که چنین تکالیفی بر عهده وی گذاشته شده تا حدی به مساله لزوم کفالت اقتصادی آگاه خواهد شد. قانون مدنی در ماده ۱۱۰۷ نفقه را بدین شرح تعریف نموده است:

نفقه عبارت است از مسکن و البسه و غذا و اثاث البیت که به طور متعارف با وضعیت زن متناسب باشد و خادم در صورتی که عادت زن به داشتن خادم یا احتیاج او به واسطه مرض یا نقصان اعضاء.

مصادیق مصرح از نفقه در این ماده قانونی عبارتند از:

مسکن یا کاشانه، محلی است که زن در آنجا زندگی خود را سپری می‌کند و آن باید متناسب با وضعیت و شان زن باشد؛ که اگر متناسب با شان و منزلت زن نباشد و یا بودن زن و مرد در یک منزل، متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای

زن باشد، زن می تواند مسکن جداگانه اختیار کند. بدیهی است در صورتی که زن به حکم دادگاه منزل جداگانه اختیار نمود پرداخت هزینه چنین مسکنی بر عهده شوهر است و در صورت عدم پرداخت و یا عدم توانایی پرداخت توسط شوهر وی مشمول موارد ضمانت‌های اجرایی مدنی و کیفری پرداخت نفقه خواهد بود.<sup>[۲]</sup>

همچنین اگر مرد زن را برای زندگی به بلاد کفر ببرد زن می تواند از سکونت در بلاد کفر صرفاً به این دلیل که سکونت در آن محل متناسب با شان او نیست امتناع نماید.<sup>[۳]</sup>

البسه جمع مکسر لباس و به معنای آنچه که شخص می پوشد، می باشد. پوشیدنی اعم از لباس و کفش و جوراب و امثال آن است که برای زندگی لازم می گردد. البته لباسها باید متناسب با فصول مختلف سال و موقعیت اجتماعی زن باشند در صورتی که متعارف شان زن، مقتضی داشتن لباسهای متعددی برای مجالس مختلف باشد، شوهر باید همه انواع آن را برای زن فراهم آورد.

در راس مواردی که مشمول نفقه می شود، غذا و خوردنی است. از نظر فقهی حتی مستحب است غذا و خوردنی، بهتر از غذای معمول منزل پدر نیز باشد. به هر حال، شان و منزلت زن و نیازهای فصل درامر تعیین نفقه ای که بابت غذا تعلق می گیرد، موثر خواهد بود. اثاث البیت، منظوراتاث اشیایی هستند که در خانه برای زندگی به کار می روند از قبیل میبل، فرش، ظروف، رختخواب و امثال آنها از وسایل خانگی که متناسب با شان زن باشد. مثلاً اگر ماشین ظرفشویی و ماکروفر متناسب با شان زن باشد، باید توسط مرد تهیه شود.

خادم نیز در زمره مصادیق نفقه می باشد که وفق ماده ۱۱۰۷ (ق.م) در دو مورد باید برای زن خود خادم (نوکر) بیاورد، اول این که عادت زن در خانه پدری به داشتن خادم باشد. در این صورت، خادم نیز مانند مسکن و البسه باید متناسب با وضعیت اجتماعی زن در خانه پدری او باشد. دوم این که زن احتیاج به داشتن خادم پیدا کند که در این موارد حتی لازم نیست موقعیت اجتماعی زن رعایت شود بلکه رفع احتیاجات او در نظر گرفته می شود. مثلاً اگر زنی چند قلو بزاید، مرد باید برای زن فرد دیگری را بگمارد که نیازهای زن را پاسخگو باشد. طبیعی است به وحدت ملاک باید هزینه های درمانی و کلیه مخارجی را که امروزه برای گذران زندگی لازم است به موارد فوق اضافه نمود و خلاصه تمام وسایلی که زن با توجه به درجه تمدن و محیط زندگی و وضع جسمی و روحی خود بدان نیازمند است این است که شوهر باید به عنوان ریاست خانواده معاش زن و فرزند خود را عهده دار شود.<sup>[۴]</sup>

محقق داماد پس از ذکر موارد فوق می نویسد: ذکر این نکته ضروری است که بنظر می رسد نفقه اختصاص به امور هشتگانه فوق ندارد، و اگر نیازهای دیگری هم احیاناً وجود دارد مثل سوخت فصل سرما که در دسته های فوق داخل نمی شود، یقیناً جز نفقه محسوب است. اما در مورد مخارج معالجه، فقها هزینه مداوای امراض عادی را جزء نفقه دانسته اند. ولی نسبت به مخارج درمان امرا حین صعب العلاج که مستلزم هزینه های سنگین است تردید نموده اند.<sup>[۵]</sup>

## ۲-۲ کفالت شغلی

کفالت شغلی نیز مورد نظر قانون مدنی واقع شده است و از بعضی مواد دیگر این قانون می توان لزوم کفالت شغلی را نیز استنباط نمود. وقف ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی یکی از حقوق غیرمالی زوج بر زوجه این است که مرد می تواند زوجه خود را از اشتغال به کاری که آن را منافی با حیثیات خود می داند، منع نماید. البته قانون مدنی در این که آیا زن نیز می تواند مرد را از اشتغال به شغلی که گمان می کند خلاف مصالح اوست منع کند، ساکت است. در این خصوص، ماده ۱۸ قانون جدید حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳ مقرر می دارد شوهر می تواند با تایید دادگاه زن خود را از اشتغال به هر شغلی که منافی مصالح

خانوادگی یا حیثیت خود یا زن باشد منع کند. زن نیز می تواند از دادگاه چنین تقاضایی را بنماید دادگاه در صورتی که اختلالی در امر معشیت خانواده ایجاد نشود، مرد را از اشتغال به شغل مذکور منع می کند.

بند اول این ماده عیناً همان ماده ۱۵ قانون پیشین حمایت از خانواده است، با این تفاوت جزئی که کلمه حیثیات، در قانون جدید، به حیثیت تبدیل شده است... اما بندهای دوم و سوم این ماده متضمن قواعد تازه است و گرایش حقوق جدید را در حمایت بیشتر از حقوق زن و ایجاد شادی در حقوق زن و مرد نشان می دهد. تشخیص اینکه شغل زن یا شوهر منافی مصالح خانوادگی یا حیثیت همسر دیگر هست یا نه، بادادرس است که باید در این زمینه به عرف رجوع کند.<sup>[۶]</sup>

## ۲-۳ کفالت ظاهری و جنسی

در آنچه که به کفالت ظاهری بر می گردد در قانون مدنی در مواردی امکان فسخ عقد به واسطه عیب و یا تخلف از شرط صفت بنایی که فقهای اسلام از آن تحت عنوان تدلیس یاد کرده اند، وجود دارد.

مثلاً همین ولود بودن که قاعده صفت کمالی برای زوجه محسوب می شود می تواند در مواردی خلاف آن در ضمن عقد بیاید و یا بنای طرفین بر عدم آن باشد؛ مثلاً اگر مرد همسر از دست داده ای که فرزندان کوچک بسیار دارد، به دنبال زن عقیمی باشد که بسان مادری مهربان از فرزندانش نگهداری کند و حس مادری خود را نیز ارضاء نماید و عقد نکاح را بر عقیم بودن زوجه جاری سازد، بعد از عقد در صورتی که کشف خلاف شود و معلوم شود زن ولود است، یکی از مصادیق تخلف از شرط صفت مصرح و یا ضمنی محقق است.. موارد تدلیس در نکاح در بعضی موارد و امکان فسخ آن، دلیلی هر چند اجمالی بر شرطیت کفالت است.

همچنین اگر عدم کفالت ظاهری به گونه ای باشد که زن از مرد به شدت متنفر باشد، می تواند با بذل مهریه ای که دریافت نموده از شوهر طلاق خلع بگیرد. عدم کفالت جنسی اگر در قالب عیوبی باشد که برای زن و مرد وجود دارد، به هر کدام از طرفین حق فسخ می دهد. ولی اگر در اموری باشد که در این قالبها نمی آید مثل عنن عارض بعد از عقد در صورت وقوع نزدیکی حداقل یک بار، برای زن امکان تمسک به عسر و حرج برای طلاق قضایی فراهم می آورد.

با این حساب، می توان ادعا نمود که قانون مدنی به نوعی از لزوم کفالت اقتصادی و شغلی و جنسی در بحث آثار نکاح سخن به میان آورده است.<sup>[۷]</sup>

## ۳- کاربرد کفالت در قانون مدنی

### ۱-۳ ازدواج بدون رعایت مصلحت صغیره

طبق ماده ۱۰۴۱ ق.م.د در نکاح صغیره، ولی موظف، به رعایت مصلحت مولی علیه است، اما اگر ولی مصلحت را رعایت نکند و طفل را به غیر هم کفو یا به کسی که یکی از عیوب موجب فسخ نکاح را دارد، به ازدواج درآورد، قانون مدنی مسکوت بوده و فقها هم در مورد ضمانت مدنی این گونه موارد نظرات مختلف ارائه نموده اند. برخی معتقدند هرگاه ولی مصلحت صغیره را در این خصوص رعایت نکند، چنانکه دختر را به کمتر از مهرالمثل 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.<sup>[۸]</sup>

### ۲-۳ سقوط اجازه ولی در صورت ممانعت از ازدواج دختر با کفوش

ذیل ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی مقرر می دارد:

«... هرگاه 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 است، پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص، به دفتر مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید.»

چنانچه ملاحظه می شود، در ماده فوق به جای اینکه گفته شود: اگر پدر و یا جد پدری از نکاح دختر با کفو منع کند اجازه وی ساقط می شود، از این عبارت استفاده شده است که: اگر پدر یا جد پدری بدون علت موجه، از دادن اجازه مضایقه کند، اجازه او ساقط می شود. اما از آنجا که این ماده ریشه ای کاملاً فقهی دارد روشن می شود که: «علت غیر موجه، یعنی همان ممانعت از نکاح با کفو شرعی و عرفی» و لذا استفاده از تغییرات مذکور در ماده به موجب ایجاد تغییری در موضوع بحث، ما به صورتی که فقه بررسی شده نمی گردد. همچنین باید دانست که «مرجع تشخیص موجه بودن عذر، مرجع قضایی است.»<sup>[۱۹]</sup> با این وصف، مرجع قضایی باید با توجه به ملاکهای معتبر شرع در کفایت و ملاکهای معتبر عرف عام متعهد، با در نظر گرفتن دو عنصر زمان و مکان، بررسی کند که آیا فردی که دختر قصد ازدواج با وی را دارد، کفو محسوب می شود یا خیر. و اگر فرد مذکور، کفو تشخیص داده شد، مخالفت ولی به هر دلیلی که باشد غیر موجه است و مانع از ازدواج دختر با این فرد نخواهد شد. اما اگر فرد شرعاً یا عرفاً کفو محسوب نشود، مخالفت ولی موجه است و دختر حق ازدواج نخواهد داشت. بعنوان مثال، برخی حقوقدانان در این زمینه می گویند:

«... هرگاه پدر و یا جد پدری، بی جهت با ازدواج دختر مخالفت کند، یا به علت تنفر شخصی از مرد دلخواه دختر یا به علت این مرد خانه یا اتومبیل یا دانشنامه لیسانس یا دکترا ندارد، اجازه ازدواج به دختر ندهد، علت مخالفت او غیر موجه است و شرط اجازه او ساقط می شود. لیکن اگر مخالفت پدر یا جد پدری به علت فساد و بی بندوباری یا بیکاری یا اعتیاد مرد به قمار و مشروبات الکلی و امثال آن باشد این گونه علتها را باید موجه تلقی کرد.»<sup>[۱۰]</sup> همچنین چنان که دختر از خانواده محترمی باشد و برعکس نامزد از خانواده پست و بدنام ... ولی حق امتناع خواهد داشت.<sup>[۱۱]</sup> البته از یک نکته نیز نباید غفلت نمود: این که فقها قائل به اعتبار ملاکهای عرفی، در این معنا از کفایت می باشند و ازدواج با غیر کفو عرفی را مانع از سقوط اجازه ولی می دانند، به این معناییست که اسلام نظام طبقاتی و آداب و رسوم معمول بین عرف را تایید می کند، بلکه هدف مشخص کردن این موضوع است که اذن ولی در کجا ساقط می گردد. به عبارت دیگر، سخن در این است که اطلاعات ادله اثبات ولایت پدری و جد پدری در کجا مقید می شوند و چنان که اشاره شد چون در سقوط اذن در جایی که ولی از نکاح با غیر کفو عرفی منع کند مشکوک است، لذا با وجود اطلاعات ادله اثبات ولایت، چاره ای جز حکم به عدم سقوط اذن ولی نخواهیم داشت. به علاوه تنها در صورتی که دختر ملاکهایی را که از دید عرف عام و متعهد در کفایت معتبر می باشند رعایت نکند، کسب اجازه ولی لازم است و با این وصف، عدم رعایت هر ملاکی نمی تواند موجب ساقط نشدن اذن ولی گردد.<sup>[۱۲]</sup>

در اینجا چون بیشتر حقوق کشور ما از فقه اسلامی گرفته شده است، لازم است در بعضی موارد اشاره ای مختصر به فقه در این زمینه شود:

در فقه می گویند اگر ولی دختر را از ازدواج با کسی که کفو او است منع کند ولایت او ساقط می شود و دختر می تواند مستقلاً با مرد دلخواه خود ازدواج نماید. ممانعت ولی از ازدواج دختر با کفو خود را اصطلاحاً عضل می نامند و اتفاق دارند که در صورت عضل اجازه ولی ساقط می شود.

دکتر محمد جعفری لنگرودی در این زمینه می نویسد: عضل در لغت به معنی منع است. در اینجا به معنی منع دختر از تزویج با کفوی (همتائی) است که دختر می خواهد با او ازدواج کند.<sup>[۱۳]</sup>

در مبحث مربوط به شرط کفایت (هم کفو بودن) در نکاح، هم کفو بودن را به مسلمان بودن معنی کرده اند و در این که آیا شیعه بودن شوهر و توانایی او در انفاق نیز مشمول هم کفو بودن و شرط در صحت نکاح است یا خیر، بیش فقها اختلاف نظر است. بسیاری از آنها مخصوصاً تمکن از انفاق را شرط در صحت نکاح و مندرج در مفهوم کفایت نمی دانند. ازدواج با فراد فاسق و مخصوصاً شارب الخمر نیز مکروه شمرده شده است.

فقها معمولاً اشاره می کنند که سیره و رویه اسلام و در واقع عرف اسلامی بر این است که در ازدواج باید دین و خلق طرف را در مورد لحاظ قرار داد و نسب و حسب و شغل و موقعیت و ثروت و امثال آنها نباید معیار انتخاب قرار گیرد.<sup>[۱۴]</sup>

### محقق صاحب شرایع می گوید:

ازدواج آزاد با برده و عرب با عجم و هاشمی با غیر هاشمی و صاحبان مشاغل پایین و پست با افراد خانواده دار و بزرگ، اشکالی ندارد. و تصریح می کند:

اگر مرد مومنی که قادر به انفاق باشد از دختر کسی خواستگاری کرد هر چند نسبتش پست و پایین باشد اگر ولی دختر، بدون جهت، جواب رد به او بدهد، گناه کرده است. سیره عملی هم که از پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) نقل شده در مورد ازدواج جویبر با دختر زیادبن لبید از اشراف و تزویج مقداد با دختر زبیر و امثال آنها موید این معنی است که کفو عرفی نیز در نظام اسلامی، دین داشتن و حسن اخلاق و امکان انفاق است نه بیش از آن.

بنابراین بسیار نادرست که دختری بخواهد با پسری ازدواج کند و پدر به لحاظ کفو نبودن از این ازدواج ممانعت نماید، زیرا اگر پسر مسلمان نباشد که حتی با اجازه پدر نیز، ازدواج باطل است. در صورت مسلمان بودن، چون اصل، سلامت و صحت فعل مسلم است پدر باید بتواند فسق و شرارت او را ثابت نماید تا به عنوان کفو عرفی نبودن او، ممانعت خود را توجیه نماید.

در صورتی که دختر کسی را که کفو است برای ازدواج اختیار کند و ولی با او مخالفت کند و فرد دیگری را که کفو است برگزیند، بعضی از فقها معتقدند نظر دختر مقدم است و عمل پدر عضل محسوب و موجب سقوط ولایت او می شود.

با این ترتیب می بینیم عملاً شرط دانستن اجازه ولی در عقد نکاح، خاصیت و اثری ندارد و نهایت امر این است که باید کسب اجازه پدر را ممدوح و مستحسن و یا احیاناً واجب دانست، ولی شرط صحت نکاح دختر نیست.

### ۳-۳- ترتیب ازدواج دختر در صورت ممانعت ولی

فقها به بیان حکم سقوط اجازه ولی در صورت عضل اکتفا کرده و تصریح کرده اند که در این صورت دختر می تواند مستقلاً اقدام به ازدواج نماید ولی در این خصوص که این موضوع باید نزد حاکم مطرح و اثبات گردد و او اجازه نکاح را بدهد یا خیر، معمولاً سخنی نگفته اند. بلکه ظاهر این است که به نظر آنان نیازی به مراجعه به حاکم و اثبات موضوع نزد او ندارد و دختر، خود می تواند عقد نکاح را واقع سازد. طبیعتاً اگر ولی مدعی بطلان نکاح باشد، می تواند به دادگاه مراجعه کند و درخواست خود را مطرح نماید.

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۱ مقرر می داشت

«هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، دختر می تواند با معرفی کامل مردی که می خواهد با او شوهر کند و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده است، به دفتر ازدواج مراجعه کند و توسط دفتر مزبور مراتب را به پدر یا جد پدری اطلاع می دهد و بعد از پانزده روز از تاریخ اطلاع، دفتر مزبور، می تواند نکاح را واقع سازد. ممکن است اطلاع مزبور به وسایل دیگری غیر از دفتر ازدواج به پدر یا جد داده شود ولی باید اطلاع مزبور مسلم باشد.»

قانون مدنی لزوم مراجعه به دادگاه و دخالت و رسیدگی دادگاه را در مورد موجه بودن یا نبودن اجازه پدر یا جدپدری پیش بینی نکرده بود و ظاهراً با تاسی از اجماع فقهای امامیه، نفس امتناع پدر و مضایقه او از ازدواج دختر باکفو را موجب سقوط اجازه او و استقلال دختر در امر ازدواج می دانست. فقط برای این که ازدواج در دفتر ازدواج ثبت شود می بایست سردفتر مطمئن شود که پدر در جریان امر قرار گرفته و مطلع شده است، دیگر باید مراتب به اطلاع پدر یا جدپدری برسد و پس از انقضای مدت پانزده روز سردفتر با تشخیص خود می توانست عقد ازدواج را ثبت کند. قانون مرجع خاصی را برای ارزیابی و تشخیص موجه بودن یا نبودن ممانعت پدرپیش بینی نکرده بود و ظاهراً تشخیص این امر نیز مانند سایر شرایط صحت نکاح با سردفتر که مسئول انجام ازدواج و ثبت آن است بود.

طبعاً عقدی که واقع می شد اگر به لحاظ کفو نبودن شوهرمورد اعتراض پدر قرار می گرفت، می توانست در دادگاه مورد رسیدگی قرار گرفته و عندالاقضاء بطلان آن اعلام شود.

با همه انتقادی که از این ماده می شد که سردفتر مقام قضایی نیست تا بتواند مشخص موجه یا ناموجه بودن ممانعت پدر باشد، و چرا تشخیص به عهده دادگاه گذاشته نشد، به نظر می رسد، این ترتیب با موازین فقهی اوفق و برای طرفین ازدواج نیز انطباق بود و مشکلی را هم ایجاد نمی کرد.

به نظر فقهای عامه مراجعه به دادگاه و اثبات عضل در نزد حاکم و نتیجتاً اقدام و یا اجازه او برای ازدواج دختر، لازم است. قوانین برخی کشورهای اسلامی نیز بدین معنی تصریح دارند: مثلاً قانون احوال شخصیه سوریه و قانون خانواده الجزایر، مداخله قاضی و اذن قاضی برای ازدواج در صورت امتناع پدر را لازم می دانند.

به هرحال در اصلاحیه سال ۱۳۶۱، مرجع تشخیص و صدور اجازه ازدواج برای دختر، در صورت ممانعت غیرموجه پدر، دادگاه مدنی خاص تعیین شد و ذیل ماده ۱۰۴۳ به این صورت در آمد:

« وهرگاه پدر و یا جدپدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، دختر می تواند با معرفی کامل مردی که می خواهد با او شوهر کند و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده، به دادگاه مدنی خاص مراجعه و به توسط دادگاه مزبور، مراتب به پدر یا جد پدری اطلاع داده شود و بعد از پانزده روز از تاریخ اطلاع و عدم پاسخ موجه از طرف ولی، دادگاه مزبور می تواند اجازه نکاح را صادر نماید... »

طبق این اصلاحیه، دختر می بایست در صورت ممانعت پدر، به دادگاه مدنی خاص مراجعه نماید و توسط دادگاه مزبور مشخصات شوهر و مهر و شرایط نکاح به ولی اعلام شود پس از گذشت پانزده روز از تاریخ اطلاع، اگر پدر و یا جد پدری پاسخ نمی دادند یا پاسخشان به تشخیص و نظر دادگاه موجه نبود، دادگاه اجازه عقد نکاح را به دختر می داد و دختر می توانست بر اساس آن اجازه، عقد نکاح را واقع و آن را به ثبت برساند، ولی اگر به نظر دادگاه ممانعت پدر موجه تشخیص داده می شد، اجازه نکاح صادر نمی کرد و طبعاً دختر نمی توانست ازدواج نماید.

از بیان این ماده اصلاحی بیشتر و روشنتر از بیان ماده قبل از اصلاحیه استنباط می شد که اگر دختری در صورت ممانعت پدر، این ترتیب را رعایت نکند و اجازه دادگاه را نگیرد، نمی تواند مبادرت به عقد نکاح کند و چنانچه تخلف نماید، نه تنها ثبت نکاح او در دفتر ازدواج مجاز نیست و اگر ثبت شود تعقیب انتظامی سردفتر رادری دارد، بلکه عقد نکاح ماهیتاً نیز اشکال دارد، مگر این که پدر، آن را تنفیذ نماید، زیرا صدر ماده می گوید نکاح دختر متوقف به اجازه پدر و یا جدپدری است و ذیل ماده وقوع نکاح بدون اذن پدر را با رسیدگی دادگاه و اجازه او امکان پذیر ساخته است.

هنگامی که اصلاحیه قانون مدنی در سال ۱۳۷۰ در مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید و ماده ۱۰۴۳ به همان شکل اصلاحی سال ۱۳۶۱ تصویب شد، شورای نگهبان لزوم مراجعه دختر به دادگاه و اخذ اجازه برای نکاح در صورت ممانعت پدر را، خلاف شرع دانست و طی نامه مورخ ۱۳۷۰/۶/۶ به مجلس شورای اسلامی در این خصوص اعلام کرد:

«الزام دختر به مراجعه به دادگاه و گرفتن اذن در صورت مضایقه ولی از دادن اجازه بدون علت موجه با موازین شرع مغایر است.»

بدین جهت قسمت ذیل ماده ۱۰۴۳ به شرحی که قبلاً نقل کردیم بدین صورت درآمد: و هر گاه پدر و یا جدپدری 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 اصلاحیه سال ۱۳۷۰ بین وقوع ازدواج و ثبت آن تفاوت گذاشته شده است. صرف امتناع پدر بدون علت موجه، موجب سقوط اجازه اوست و اگر دختر بدون مراجعه به دادگاه ازدواج کند، نمی توان بدین جهت نکاح او را بطلال دانست مگر این که عدم کفو بودن شوهر ثابت شود، ولی ثبت ازدواج در دفتر ازدواج موقوف به طمی این تشریفات و گرفتن اجازه از دادگاه مدنی خاص است که اگر ازدواجی بدون اجازه ثبت شود تخلف انتظامی محسوب می شود. در این اصلاحیه دیگر اطلاع دادن به پدر یا جدپدری و انقضای مدت پانزده روز از تاریخ اطلاع آنان، قید نشده و صرفاً مقرر شده است که دختر باید به دادگاه مدنی خاص مراجعه و با معرفی کامل مرد مورد نظر و شرایط نکاح و مهر از دادگاه کسب اجازه کند تا بتواند ازدواج را به ثبت برساند. طبعاً دادگاه به هر گونه که صلاح و مقتضی بداند رسیدگی نموده و اتخاذ تصمیم می کند. <sup>[۱۵]</sup>

#### ۴- نتیجه گیری

- ۱- در قانون مدنی علاوه بر لزوم رعایت کفویت در اسلام که بطور صریح بیان شده، به مصادیق دیگر کفویت مثل کفویت اقتصادی، شغلی، ظاهری و جسمی نیز اشاره شده است.
- ۲- طبق ماده ۱۰۳۱ ولی موظف به رعایت مصلحت دختر صغیره است و نباید وی را به غیر هم کفو ترویج نماید.
- ۳- در صورت ممانعت بدون علت موجه ولی از ازدواج دختر با هم کفوش، ولایت وی ساقط می شود و دختر می تواند با معرفی کامل مردی که می خواهد با او ازدواج نماید بعد از طی مراحل قانونی، اقدام به ثبت ازدواج نماید.
- ۴- مرجع تشخیص موجه بودن عذر، و همچنین کفو بودن یا نبودن طبق ملاکهای شرع و عرف، مرجع قضایی است.



## مراجع

- [۱] - ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی اعلام می دارد: «نکاح مسلمه (زن مسلمان) با غیر مسلم (مرد غیر مسلمان) جایز نیست».
- [۲] - رانی، عبدالرسول، حقوق خانواده، انتشارات امید دانش، تهران، ص ۱۳۹.
- [۳] - جواهر الکلام، کتاب النکاح.
- [۴] - کاتوزیان، دکتر ناصر، دوره مختصر حقوق خانواده، به نقل از مجله حقوق دادگستری، ش ۴۰ ص ۸۵-۱۰۲.
- [۵] - محقق داماد، سید مصطفی ۱۳۶۸ش، بررسی فقهی حقوق خانواده، نشر علوم اسلامی، چاپ سوم، ص ۲۹۱-۲۹۲.
- [۶] - صفایی، سید حسین، امامی، اسدالله، ۱۳۷۸، حقوق خانواده، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ هفتم، ج ۱، ص ۱۴۳.
- [۷] - دیانی، دکتر عبدالرسول، ۱۳۸۱ش، کفایت در ازدواج، مجله حقوق دادگستری، شماره ۴۰؛ مجله دادرسی، شماره ۲۸، ص ۱۸-۲۴.
- [۸] - صفایی دامامی، حقوق خانواده، ج ۱، ص ۷۴.
- [۹] - محقق داماد، حقوق خانواده، صفحه ۵۵، کاتوزیان، حقوق خانواده، ج ۱، ص ۸۳.
- [۱۰] - صفایی و امامی، حقوق خانواده، جلد ۱، صفحه ۸۳.
- [۱۱] - شرح قانون مدنی، جلد ۲، صفحه ۸۹۸.
- [۱۲] - کفایت در باب نکاح (سقوط ولایت ولی)، [www.hawzah.net](http://www.hawzah.net).
- [۱۳] - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۶۸ش، حقوق خانواده، تهران: کتابخانه گنج دانش، ص ۲۷.
- [۱۴] - مهرپور، دکتر حسین، اجازه ولی در عقد نکاح، سایت قوانین، (معاونت آموزش دادگستری استان تهران)، [www.Ghavanin.com](http://www.Ghavanin.com)
- [۱۵] - دکتر حسین مهرپور، اجازه ولی در عقد نکاح، سایت قوانین (معاونت آموزش دادگستری استان تهران)، [www.Ghavanin.com](http://www.Ghavanin.com)