

## گستره و ضمانت اجرای «ولایت قهری» در عقد نکاح از منظر فقه امامیه و قوانین افغانستان\*

محمد مهدی یوسفی\*\*

### چکیده

خانواده به عنوان هسته مرکزی در تأمین امنیت و سلامت جامعه نقش اساسی و پررنگی را ایفا می‌کند، از این رو، اسلام به عنوان یک مکتب جامع و تکامل یافته، شرایطی را برای شکل‌گیری این نهاد مقدس و انعقاد عقد ازدواج تعیین کرده تا سلامت و امنیت جامعه و نیز کرامت انسانی تأمین شده باشد. از جمله شرایطی که برای ازدواج در نظر گرفته شده، ولایت پدر و جد پدری بر فرزند است که امروزه از سوی برخی مجامع و افرادی که شناخت کافی از آموزه‌هایی متعالی مکتب اسلام ندارند، مورد پرسش و شبهه قرار گرفته است. مقاله حاضر به بررسی ولایت پدر و جد پدری (ولی) در نکاح فرزندان، از منظر فقه امامیه و قوانین جمهوری اسلامی افغانستان پرداخته است. بررسی روایات و اقوال فقها، نشان می‌دهد که ولایت پدر و جد پدری بر اولاد صغیر به دلیل جنبه حمایتی داشتن، امر مسلم و پذیرفته شده است که قانون مدنی افغانستان نیز به صورت محدود آن را پذیرفته است، اما اعمال این ولایت شرایطی دارد که مهم‌ترین آنها، رعایت مصلحت مولی علیه است. در مورد فرزندان بالغ ذکور نیز تمام فقها به عدم ولایت ولی قهری معتقدند. در مورد ثبوت ولایت ولی، بر باکرة رشیده در میان فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد، اما قانون مدنی افغانستان و قانون منع خشونت علیه زنان به پیروی از فقه حنفی در خصوص این دسته از فرزندان (اعم از باکره و ثبیه) اذن ولی را لازم نمی‌داند.

**کلید واژه‌ها:** نکاح، ولایت، اذن ولی قهری، فقه امامیه، قانون مدنی، قانون منع خشونت.

\* تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۵/۱۱/۱۸ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۶/۰۱/۲۸

\*\* کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی / mahdiyusofi@gmail.com

## مقدمه

تردیدی نیست که خانواده به عنوان کانون مرکزی و اولیه جامعه در تأمین سلامت و امنیت اجتماع نقش اساسی دارد، به نحوی که امنیت اجتماعی در گرو سلامت خانواده است. از این رو، تشکیل خانواده و انتخاب همسر در تربیت فرزندان سالم از اهمیت زیادی برخوردار است. به همین دلیل اسلام برای تشکیل خانواده و عقد ازدواج، شرایط و قیودی را در نظر گرفته است تا هم سلامت روحی افراد تأمین شده باشد و هم جامعه بشری به سوی ترقی و سعادت رهنمون گردد. در این میان، بازشناسی دستورات دین اسلام از سلیقه‌ها و افکار متدینین که در طول زمان به عنوان دستورهای دین به جامعه عرضه شده است، اهمیت بسیاری دارد. یکی از موضوعاتی که اخیراً از سوی برخی مجامع و افراد به شدت مورد تردید و پرسش قرار گرفته، اذن ولی و قلمرو آن در ازدواج است. در این مقاله به منظور پاسخ به این پرسش به بررسی فقهی و حقوقی این مسئله پرداخته شده و به این منظور، موضوع در دو مبحث گستره اذن ولی در نکاح فرزندان غیر رشید(اعم از صغیر، مجنون و بالغه غیر رشیده) و نیز قلمرو اذن ولی در نکاح فرزندان رشید از دیدگاه فقه امامیه و قوانین جمهوری اسلامی افغانستان مورد بررسی قرار گرفته است. قبل از ورود به اصل موضوع، شایسته است اشاره‌ای به مفاهیم مرتبط با موضوع، مانند مفهوم ولایت، مفهوم رشد و بلوغ و مبنای ولایت شود.

## مفهوم شناسی

### الف) ولایت

«ولایت» به فتح و کسر «و» در لغت به معنی کسی که کار دیگری را به عهده می‌گیرد تا برای آن اقدام نماید و تسلط پیدا کردن و تصرف کردن به کار برده شده است. (ابن منظور، ۱۴۱۲ق، ج ۱۵: ۴۰۱؛ تهانوی، ۱۵۸ق، ج ۲: ۱۸۰۷) عده‌ای در تعریف لغوی «ولایت»، بین «ولایت» به کسر و «ولایت» به فتح تمییز قائل شده‌اند و عقیده دارند که «ولایت» هرگاه به فتح تلفظ شود، مصدر و به معنای ربوبیت و نصرت است و هرگاه به کسر تلفظ شود به معنای امارت و در اصطلاح سلطنت است (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۳: ۲۱۰)

«ولایت» به معنای «تصدی» نیز تعریف شده است و ولایت پدر بر صغار را تصدی پدر بر امور آنها دانسته‌اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۵: ۳۸۵۰) همچنین ولایت در معانی دیگری نیز به کار رفته است. (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸؛ امامی، ۱۳۷۸) نکته قابل توجه اینکه مسئله ولایت در حقوق و فقه

به صورت یک موضوع مستقل مورد بحث قرار نگرفته است، بلکه عموماً ضمن بحث حضانت مطرح شده است، لیکن در این میان کسانی چون محمد ابوزهره و وهبه زحیلی، بحث ولایت را جدای از حضانت مورد بررسی قرار داده‌اند. وهبه زحیلی در تعریف «ولایت» گفته است ولایت در لغت یعنی عهده‌داری کاری و در اصطلاح قانونی یعنی اختیاری قانونی که دارنده آن می‌تواند عقود را انشاء و تنفیذ کند. زحیلی ولایت بر نفس و ولایت بر مال را چنین تعریف می‌کند: ولایت بر نفس یعنی اشراف بر امور شخصی چون ازدواج، تعلیم، تأدیب، مداوا و آشنایی با حِرَف می‌باشد و ولایت بر مال یعنی اشراف بر امور مالی و حقوق مالی. (زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج ۴: ۱۳۹)

### ب) مبانی ولایت

دلایل و مبانی نظریه ولایت پدر و جد پدری را می‌توان به صورت زیر دسته‌بندی کرد:

#### یکم) روایات

روی عن أحدهما عليه السلام قال: إذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز علی ابنه و لابنه أيضا أن يزوجهما. فقلت: فان هوی أبوها رجلاً وجدها رجلاً فقال: الجد أولى بنكاحها.

عن ابی عبدالله عليه السلام قال: إذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز علی ابنه. قال: و لابنه أيضا أن يزوجهما. فان هوی أبوها رجلاً وجدها رجلاً فالجد أولى بنكاحها، الحدیث. (حرعاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۰: ۲۹۱)

#### دوم) اجماع

برخی از فقها در اینکه پدر و جد پدری ولایت قهری در خصوص ازدواج فرزندان دارد، ادعای اجماع کرده‌اند. (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۴۸)

#### سوم) سیره عقلا و متشرعه

هم سیره عقلا و هم سیره متشرعه حکم می‌کند که ولی در امر ازدواج باید بر فرزندان ولایت داشته باشد.

لازم به ذکر است که به اکثر این مبانی اشکالاتی وارد شده است. (ر.ک: عاملی، بی‌تا: ۲۵۶) ضمن اینکه برخی معتقدند مسئله ولایت قهری از احکام تبعیدی نیست، بلکه از احکام عقلایی است. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵: ۱۳۹؛ خویی، ۱۴۲۰ق، ج ۵: ۱۳)



### ج) رشد

واژه «رشد» برگرفته از واژه «رشد» است. «رشد» در لغت، ضد گمراهی (غی و ضلال) است. (ابن منظور، ۱۴۰۵ق، ج ۳: ۱۷۵؛ ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۲: ۳۹۸؛ فیومی، ۱۴۰۵ق: ۲۲۷) فقها درباره واژه رشد تعاریف و معانی مختلفی ارائه نموده‌اند که به چند نمونه اشاره می‌شود.

برخی از فقها معتقدند «رشد» عبارت از عقل و اصلاح مال است. (حلی، ۱۳۷۵، ج ۵: ۴۳۱) همچنین گفته‌اند: «رشد» ملکه‌ای نفسانی است که اصلاح مال را اقتضاء نموده و از افساد آن و صرف در امور که شایسته افعال عقلا نیست، مانع می‌شود. (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۴: ۱۴۸) اگرچه برخی از فقها عدم تلازم رشد در امور مالی را با رشد در امر نکاح احتمال داده‌اند (نجفی، بی‌تا، ج ۲۹: ۱۷۷ و ۱۸۱) لیکن از برخی روایات (حرعاملی، بی‌تا، ج ۱۴: ۲۱۵) و همچنین نظریات حقوقدانان (صفایی و امامی، ۱۳۷۹: ۸۴) چنین استنباط می‌شود که دختر رشیده در امر نکاح، کسی است که در امور مالی به حد رشد رسیده باشد. در واقع یک تلازمی بین آن دو وجود دارد.

### د) بلوغ

«بلوغ» در لغت به معنای رسیدن است و در اصطلاح حقوقی عبارت است از سنی که غریزه جنسی در آن به حد کافی رشد کرده و شخص آماده تولید مثل باشد. (صفایی و امامی، ۱۳۸۲: ۸۴) در فقه امامیه، طبق نظر مشهور سن بلوغ برای دختر نه سال تمام و برای پسر، پانزده سال تمام است، ولی در فقه عامه تاحدودی وضعیت متفاوت است. مشهور فقهای عامه سن بلوغ در دختر و پسر را پانزده سال می‌دانند. در این میان ابوحنیفه، سن بلوغ را برای پسر هیجده و برای دختر، شانزده سال ذکر کرده است. (طوسی، ۱۴۱۷ق، ج ۴)

نکته قابل توجه درباره بلوغ، این است که بلوغ از نظر دانشمندان حقوق، مسئله‌ای طبیعی و فیزیولوژیکی است که زمان آن در افراد و مناطق مختلف، متفاوت است و سن یکی از اماره‌های این تغییر فیزیولوژیکی محسوب می‌شود. علاوه بر این اماره، امارات دیگری نیز برای بلوغ ذکر شده که مجال پرداختن به آن نیست، لذا اگر این مبنا پذیرفته شود، تعیین سن بلوغ باید براساس غلبه و یا توجه به عواملی چون وضع جسمی، آب و هوا و سایر شرایطی اقلیمی حاکم بر افراد مختلف صورت گیرد و جنبه کلی و قاعده الزامی برای همه افراد حاکم نیست. (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۶۸) شاید این اختلاف بین فقها (در تعیین سن بلوغ) ناشی از اختلاف احادیث منقول از معصومین علیهم‌السلام باشد که در این میان به دو دسته از روایات اشاره می‌شود.

### یکم) روایات ناظر به پانزده سال

۱. روی انس بن مالک عن النبی ﷺ قال: إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله و ما علیه و اخذت منه الحدود؛ فرزند وقتی پانزده سال را تمام کرد بر او اعمالش ثبت می‌شود و حدود بر او جاری می‌شود. (قمی، بی‌تا: ۳۰۷) این روایت نبوی، منقول در کتب روایی عامه، سن تکلیف را به صراحت پانزده سال ذکر کرده است.
۲. روی عبدالله بن عمر قال: عرضت علی رسول الله ﷺ عام بدر و أنا ابن ثلاث عشرة سنة، فردنی و عرضت علیه عام الخندق و أنا ابن خمس عشرة سنة، فأجازنی فی المقاتلة؛ عبدالله بن عمر می‌گوید: سال جنگ بدر، من سیزده سال داشتم. برای رفتن به جنگ، خدمت پیامبر ﷺ رسیدم، به من اجازه نداد، ولی در سال جنگ خندق من پانزده سال داشتم، حضرت به من اجازه حضور در جنگ را داد. (طوسی، ۱۴۱۷ق: ۲۸۳ به نقل از بیهقی، بی‌تا، ج ۶: ۵۵)
۳. حمزة بن حمران، عن أبي جعفر ﷺ قال: و الغلام لا يجوز أمره في الشراء و البيع و لا يخرج من الیتم حتی يبلغ خمس عشرة سنة (أو يحتلم) أو يشعر أو ینبت قبل ذلك؛ حمزه بن حمران از امام صادق ﷺ نقل می‌کند که حضرت فرمود: پسر قبل از اینکه به سن پانزده سال برسد یا محتلم شود یا مو بر مواضع خاص او برآید، نمی‌تواند خرید و فروش انجام دهد. (انصاری، کتاب الصوم: ۲۰۷) این دسته از روایات چنان که ذکر شد تکیه بر پانزده سال برای پسر دارد.

### دوم) روایات ناظر به سیزده سال

۱. عن ابن سنان عن أبي عبدالله ﷺ قال: إذا بلغ الغلام أشده ثلاث عشرة سنة و دخل فی الاربع عشرة، و جب علیه ما و جب علی المحتلمین. احتلم أو لم يحتلم و كتبت علیه السیئات و كتبت له الحسنات و جاز أمره فی كل شیء؛ ابن سنان از امام صادق ﷺ نقل می‌کند که حضرت فرمود: فرزند وقتی سیزده سال را تمام کرد و وارد چهارده سال شد، بالغ می‌شود و بر او تکالیف واجب و در مقابل سیئاتش پاسخگو است و حسناتش نیز ثبت می‌شود؛ چه محتلم شود یا نشود. (انصاری، کتاب الصوم: ۲۰۷)



۲. قال ابو حمزه الثمالی قلت لابی جعفر علیه السلام: جعلت فداک فی کم یجری الاحکام علی الصبیان؟ قال: فی ثلاث عشرة سنة و أربع عشرة سنة. قلت: فإنه لم یحتلم؟ قال: و إن لم یحتلم فإن الاحکام تجری علیه؛ ابو حمزه ثمالی می گوید: به امام باقر علیه السلام عرض کردم، فدایت شوم، تکالیف از کی به عهده صبیان گذاشته می شود؟ حضرت فرمود: از سیزده سالگی. عرض کردم اگر چه محتلم نشود؟ حضرت فرمود: اگر چه محتلم نشود، احکام الهی بر او جاری می شود. (همان)

۳. موثقة عمار قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الغلام متى تجب علیه الصلاة؟ قال: إذا أتى علیه ثلاث عشرة سنة، فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت علیه (الصلاة و جرى علیه القلم) و الجارية مثل ذلك إذا أتى لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت علیها الصلاة و جرى علیها القلم؛ عمار می گوید از امام صادق علیه السلام پرسیدم، نماز برای پسران از چه زمانی واجب می شود؟ حضرت فرمود: از سیزده سالگی، ولی اگر قبل از آن محتلم شود، نماز از زمان احتلام واجب می شود. برای دختران نیز از سیزده سالگی نماز واجب می شود و اگر قبل از آن حیض شود، از زمان حیض تکالیف بر او واجب می شود. (همان) این روایت سن تکلیف در دختر و پسر را سیزده سال قرار داده است.

در اینکه سن بلوغ برای پسران، پانزده سال تمام قمری و برای دختران، نه سال تمام قمری است، نظر مشهور میان فقهای امامیه است؛ حتی بزرگانی همچون شیخ طوسی در کتاب *خلاف و سید مرتضی* در غنیه ادعای اجماع کرده اند. (قمی، بی تا: ۳۰۷) ولی آنچه در خارج و به صورت عینی رخ می دهد، بلوغ کاملاً مرتبط با شرایط محیطی، آب و هوایی و تغذیه است. در بسیاری از مناطق، دختر نه ساله کودکی بیش نیست و هرگز به رشد عقلی و فکری لازم برای انجام تکالیف شرعی و مسئولیت نمی رسد. از این رو، قرار دادن بار تکلیف و مسئولیت بر دوش کودک نه ساله که به هیچ وجه از تکلیف و مسئولیت چیزی نمی فهمد با فلسفه احکام و مسئولیت ها در تضاد است. به نظر می رسد روایات دال بر نه سال برای دختران و پانزده سال برای پسران را باید بر قضیه خارجی حمل کرد و به منطقه خاص و شرایط آب هوایی خاص مربوط دانست، نه یک قضیه واقعیه برای تمام اعصار و مناطق.

## ۲. اذن ولی در نکاح فرزندان غیر رشید

### الف) بررسی فقهی

بحث مورد نظر از دیر باز مورد توجه فقها بوده و با نگرستن به آثار هر یک، می‌توان پی برد که موضوع مورد نظر همانند بسیاری از موضوعات دیگر از دید آنان پنهان نمانده است. در فقه امامیه قول مشهور این است که ولی می‌تواند مولی‌علیه صغیر را که به دلیل عدم رشد، اراده‌اش غیر نافذ است به عقد ازدواج درآورد. (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۴۹)

پیش از پرداختن به بررسی فقهی و حقوقی موضوع مورد نظر، بایستی به این سؤال‌ها پاسخ داده شود که اولاً آیا ولایت پدر و جد پدری مشروط به رعایت مصالح است یا صرف عدم مفسده کفایت می‌کند؟ ثانیاً آیا در صورت عدم رعایت مصلحت، ضمانت اجرایی از سوی فقها و قانونگذار افغانستان برای این امر در نظر گرفته شده است یا خیر؟ به عبارت روشن‌تر اگر ولی در نکاح صغیر یا غیر رشید رعایت مصلحت را نکند یا اینکه چنین عقدی مفسده‌ای را برای صغیر به دنبال داشته باشد، چه ضمانت اجرایی فقهی و حقوقی وجود خواهد داشت؟ در خصوص ضمانت اجرایی فقهی مسئله فوق، گروهی از فقها معتقدند که اگر چنانچه ولی، بدون رعایت مصلحت صغیر او را به عقد دیگری درآورد، عقد مزبور، غیر نافذ و منوط به اجازه صغیر بعد از بلوغ است. (امام خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۲۵۵) گروهی دیگر معتقدند که اصلاً عقد بدون رعایت مصلحت صغیر باطل است و حتی با اذن بعد از بلوغ نیز نمی‌توان آن را درست کرد. (یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲: ۸۵۶) چنان که مشاهده شد از نگاه فقها حداکثر ضمانت اجرایی فقهی عقد مزبور که بدون رعایت مصلحت (حتی بالاتر از آن با وجود مفسده) منعقد شده، این است که عقد مزبور غیر نافذ و منوط به اجازه صغیر است.

در این خصوص قوانین افغانستان از جمله قانون مدنی و قانون منع خشونت علیه زنان با موضوع، سخت‌تر برخورد نموده است تا جایی که در قانون مدنی ازدواج افراد زیر شانزده سال ممنوع و در صورت ارتکاب مجازات، برای مرتکب حبس در نظر گرفته شده است.

سؤالی که اینجا می‌شود مطرح کرد، این است: صغیری که با در نظر داشت مصلحت او توسط ولی، به عقد ازدواج فردی در آمده است، بعد از بلوغ آیا حق خیار فسخ دارد یا خیر؟ به عبارتی آیا او می‌تواند عقد را بر هم بزند؟

در پاسخ به این سؤال، مشهور فقهای امامیه با استناد به صحیحه عبدالله بن صلت (عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۷: ۱۱۸ و ۱۱۹) معتقدند که صغیر بعد از بلوغ حق



فسخ ندارد. عبدالله بن صلت می‌گوید: از امام صادق علیه السلام درباره دختر صغیره که پدرش او را به عقد ازدواج در آورده است، سؤال کردم، آیا او بعد از بلوغ حق اظهار نظر و اختیار دارد یا خیر؟ حضرت فرمود: خیر. (حرعاملی، بی‌تا، ج ۱۴: ۲۰۸)

در مورد اولاد ذکور، دیدگاه غیر مشهور در فقه، وجود خیار بعد از بلوغ است؛ با این توجیه که او به دلیل اثبات نفقه و مهریه دچار زیان و ضرر شده و بر مبنای قاعده لاضرر، آنان مخیرند که این عقد را تنفیذ یا رد کنند. بعضی از فقها با مقایسه اولاد اناث با اولاد ذکور، در عدم خیار فسخ اولاد اناث بعد از بلوغ نیز تردید کرده‌اند، زیرا آنان معتقدند در مورد اناث، ادامه زندگی مشترک خلاف میل و رغبت، نوعی ضرر است. بنابراین با استناد به قاعده لاضرر می‌توان برای آنان (اولاد اناث) خیار فسخ را اثبات کرد. (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۴۹) این سخن نیکو به نظر می‌رسد، زیرا امروزه نمی‌شود ضرر و خسارت را منحصر به ضرر و زیان مادی دانست، زیرا در مواردی، آسیب‌هایی که از ضرر معنوی متوجه افراد می‌شود در مقایسه با خسارت مادی به مراتب سنگین‌تر است. با وجود این به نظر می‌رسد که وجود خیار برای مرد با توجیه فوق و عدم خیار برای دختران، توجیه مناسبی نباشد، زیرا چگونه می‌توان خسارت ناشی از نفقه و مهر را در مورد مرد مورد توجه قرار داد، اما انزجار و ناراحتی‌های روحی را که برای زن بر اثر ادامه زندگی با مردی که علاقه‌ای به زندگی کردن با او ندارد، نادیده گرفت؟!

### ب) بررسی قانونی

ضروری است در این قسمت به بررسی موضوع مورد نظر در قوانین افغانستان پرداخته شود. از میان قوانین مزبور مهم‌ترین قانون در این خصوص، قانون مدنی و قانون منع خشونت علیه زنان است که به ترتیب به آن پرداخته می‌شود.

#### یکم) قانون مدنی افغانستان

قانون مدنی جمهوری اسلامی افغانستان در امر ازدواج، اهلیت خاص و متفاوتی را در مقایسه با اهلیتی که در باب معاملات برای افراد مطرح کرده، در نظر گرفته است. قانونگذار در ماده ۳۹ قانون مدنی افغانستان می‌گوید:

سن هیجده، هیجده سال مکمل شمسی می‌باشد. شخص رشید در حالت صحت عقل در اجرای معاملات، دارای اهلیت حقوقی کامل شناخته می‌شود.

ماده فوق بیانگر سن رشد در باب معاملات است. چنانچه مشاهده می‌شود قانونگذار سن رشد در باب معاملات را ۱۸ سال قرار داده و تفاوتی بین زن مرد هم قائل نشده است، اما از سوی دیگر ماده ۷۰ قانون مدنی افغانستان که بیانگر اهلیت



افراد برای ازدواج است، چنین مقرر کرده است: «اهلیت ازدواج وقتی کامل می‌گردد که ذکور سن ۱۸ و اناث ۱۶ سالگی را تکمیل کرده باشند».

قانونگذار در این ماده در خصوص اهلیت ازدواج بین دختر و پسر تفاوت قائل شده است، به همین دلیل در ماده ۷۰ مقرر کرده که اهلیت ازدواج در پسران، هیجده سال تمام شمسی و برای دختران، شانزده سال تمام شمسی است. در حالی که سن رشد (اهلیت تصرف) را در ماده ۳۹ برای همه افراد اعم از زن و مرد هیجده سال ذکر کرده بود.

از این دو ماده به خوبی روشن می‌شود که قانونگذار افغانستان سن رسیدن به اهلیت تصرف (رشد مالی) در دختران را متفاوت از سن رسیدن به اهلیت ازدواج قرار داده است که جای هیچ تردیدی نیست، اما سؤال این است که قانونگذار بر چه اساسی سن رشد در بهره‌مندی و تصرفات مالی دختران را بالاتر از سن ازدواج و به نوعی مهم‌تر دانسته است؟ در حالی که اگر این امر بر عکس بود توجیه پذیرتر بود. ضمن اینکه قانونگذار بلافاصله در ماده ۷۱ قانون مدنی بیان می‌کند:

۱. هرگاه دختر، سن مندرج ماده ۷۰ این قانون را تکمیل نکرده باشد، عقد ازدواج وی تنها توسط پدر صحیح‌التصرف یا محکمه با صلاحیت، صورت گرفته می‌تواند. ۲. عقد نکاح صغیره کمتر از ۱۵ سال به هیچ وجه جواز ندارد.

اولین نکته‌ای که در این ماده به چشم می‌خورد این است که مقصود از هردو بند ماده فوق، دختران است. به این معنا که اولاً دختری که به سن شانزده سال نرسیده باشد، می‌تواند با اذن پدر یا محکمه ذی‌صلاح ازدواج نماید. ثانیاً نکاح دختری که کمتر از ۱۶ سال دارد به هیچ عنوان جایز نیست؛ پس هر دو حکم ماده شامل مردان نمی‌شود. بنابراین، اولاً ازدواج پسران کمتر از هجده سال مانعی ندارد. ثانیاً پسران اگر سن مندرج در ماده هفتاد را هم تکمیل نکرده باشند، بازهم نیازی به اذن ولی و یا دادگاه را ندارند.

دیگر اینکه به نظر می‌رسد بین بند اول و دوم ماده ۷۰ تعارض وجود دارد، زیرا قانونگذار از یکسو در بند اول می‌گوید دختری که کمتر از شانزده سال دارد صرفاً با اذن پدر یا محکمه ذی‌صلاح، می‌تواند ازدواج کند، اما از سوی دیگر در بند دوم می‌گوید ازدواج صغیره کمتر از پانزده سال به هیچ وجه جواز ندارد. این یک تعارض آشکار بین بند اول و دوم ماده ۷۰ قانون مدنی است. با وجود این، قانون مدنی افغانستان عملاً اذن ولی را نسبت به ازدواج دختران صرفاً در فاصله زمانی پانزده تا شانزده سال مؤثر می‌داند. علاوه بر مواردی که ذکر شد قانون مدنی در این خصوص، هیچ گونه ضمانت اجرایی را در نظر نگرفته است که اگر به عنوان مثال، در مواردی که ولی (یا با توجه به عرف غلطی که متأسفانه در بسیاری از مناطق افغانستان حاکم



است، نه تنها پدر و جد پدری بلکه در مواردی کسانی چون برادر، مادر و... صغیر، خلاف دستورات فقهی و قانونی، خود را ولی قلمداد می‌کنند) به اجبار، دختر را وادار به ازدواجی کند که نه تنها به مصلحت او نبوده، بلکه چه بسا ممکن است مفسده نیز داشته باشد، چه باید کرد؟!

### دوم) قانون منع خشونت علیه زنان

قانون منع خشونت علیه زنان (مصوب ۱۳۸۸) قانونی است که به منظور حفظ و حمایت از زنان در جامعه افغانستان به تصویب رسیده است، لذا مرجعی مناسب در خصوص موضوع حاضر به نظر می‌رسد. بنابراین شایسته است به بررسی موادی از قانون مزبور پرداخته شود تا روشن شود که آیا این قانون به شایستگی توانسته است کاستی‌های موجود در این زمینه را جبران کند یا خیر.

ماده ۲۴ تا ۲۸ قانون منع خشونت علیه زنان به موضوع بحث پرداخته است که از این میان، مواد ۲۶، ۲۷ و ۲۸ آن ارتباط مستقیم با موضوع مورد نظر دارد و مبین مسائلی از قبیل نکاح اجباری، مخالفت با حق ازدواج و نکاح قبل از سن قانونی است.

#### ۱. نکاح اجباری

متأسفانه این موضوع در جامعه افغانستان به دلایلی از جمله عدم تثبیت جایگاه زن به عنوان یک انسان که خداوند به او همانند مردان کرامت بخشیده و دارای جایگاه والایی در رشد و بالندگی حیات فردی و اجتماعی دارد، به وفور دیده می‌شود. علاوه بر این، عرف غلط حاکم بر بسیاری از مناطق افغانستان که هنوز رگه‌هایی از آن به روشنی یافت می‌شود، گویای این واقعیت است که زن در امر ازدواج از حق انتخاب به معنای واقعی برخوردار نیست. عوامل دیگری چون فقر، عدم توجه به معیارهای ازدواج از قبیل کفویت و... همگی دست به دست هم داده، تا شاهد ازدواج‌های اجباری متعددی در جامعه افغانستان باشیم، لذا برای جلوگیری از این پدیده، ماده ۲۶ قانون منع خشونت علیه زنان به این صورت تدوین شده است:

هرگاه شخصی، زنی را که سن قانونی ازدواج را تکمیل نموده، بدون رضایت وی نامزد یا به عقد نکاح در آورد، حسب احوال به حبسی متوسط که از دوسال کمتر نباشد محکوم و نامزدی و نکاح مطابق احکام قانون فسخ می‌گردد.

ماده فوق حاکی از این است که هر کسی (اعم از ولی زن یا اشخاص دیگر) بدون رضایت زن، او را به نامزدی یا عقد دیگری درآورد مجرم شناخته می‌شود. بنابراین، اطلاق ماده فوق، شامل اولیای قهری زن (پدر و جد پدری) نیز می‌شود که اگر آنان نیز بدون رضایت زن، او را به عقد کسی درآورند، مجرم خواهند بود، مگر اینکه در صورت اخیر زن بالای پانزده سال باشد که در چنین حالتی با توجه به ماده ۷۰ و ۷۱



قانون مدنی ازدواج زن با اذن و صلاحید پدر و یا جد پدری یا دادگاه ذی صلاح، بلاشکال است، ضمن اینکه ناگفته نماند که قید رضایت در اینجا نیز ضروری است. نکته قابل توجهی که در این ماده وجود دارد این است که قانونگذار مواردی را برای ضمانت عدم اجرای این عمل مجرمانه در نظر گرفته که عبارت است از حبس که از دو سال کمتر نباشد و نیز فسخ عقد مزبور مطابق احکام قانون. لازم به ذکر است اینکه قانونگذار فسخ عقد را منوط و مشروط به تطبیق با احکام قانون نموده است شاید به این دلیل باشد که چنین عقدی، فضولی محسوب می‌شود، لذا لزوم آن منوط و متوقف به اجازه و رضایت زن است که اگر این رضایت محقق شد عقد صحیح و در غیر این صورت عقد باطل خواهد بود.

## ۲. مخالفت با حق ازدواج

دومین موردی که قانون منع خشونت علیه زنان به آن توجه نموده و آن را از مصادیق بارز خشونت محسوب کرده، مخالفت با ازدواج زنان است. در پاسخ به این پرسش که چه کسانی حق مخالفت با ازدواج زن را دارد، قبلاً ذکر شد که از نگاه برخی فقهای اسلامی (دسته‌ای از فقهای امامیه) و به تبع آن، قوانین برخی از کشورها ازدواج دسته‌ای از زنان با در نظرداشت مصلحت او، متوقف بر اذن ولی است. بنابراین در پاسخ به سؤال فوق بایستی گفته شود که تنها ولی زن آن هم در مواردی با رعایت مصلحت حق ممانعت از ازدواج او را دارد. با وجود این، ماده ۲۷ قانون منع خشونت علیه زنان، این گونه تدوین شده است: هرگاه شخص مانع ازدواج زن گردد یا حق انتخاب زوج را از وی سلب نماید، حسب احوال به حبس قصیر محکوم می‌گردد. ملاحظه می‌شود که قانون فوق، ممانعت از ازدواج و نیز سلب حق انتخاب همسر را جرم قلمداد نموده است. از دید قانون تفاوتی در این نیست که به چه نحو و از سوی چه کسانی این جرم ارتکاب یافته باشد. در هر صورت، مرتکب آن به حبس کوتاه مدت محکوم شود، اما لازم به یادآوری است که متأسفانه در عمل همواره شاهدیم که به دلایلی واهی، حقی را که قانون برای زنان در نظر گرفته است، نقض می‌شود.

## ۳. نکاح قبل از سن قانونی

با اینکه این موضوع منع قانونی دارد، از مواردی است که در افغانستان بسیار اتفاق می‌افتد. در بند دوم ماده ۷۰ قانون مدنی، عقد نکاح صغیره کمتر از ۱۵ سال به هیچ وجه جواز ندارد. ماده ۲۸ قانون منع خشونت علیه زنان نیز نکاح قبل از سن قانونی را منع نموده است:



هرگاه شخص زنی را که سن قانونی ازدواج را تکمیل ننموده و بدون رعایت حکم مندرج ماده ۷۱ قانون مدنی به عقد نکاح درآورد، حسب احوال به حبس متوسط که از دو سال کمتر نباشد، محکوم و نکاح در صورت مطالبه زن مطابق احکام قانون فسخ می‌گردد.

در ماده فوق نکاتی قابل بررسی است که شایسته است به آن پرداخته شود. اولاً از اطلاق صدر ماده فوق استفاده می‌شود که مرتکب جرم هر شخصی که باشد، اعم از ولی یا اقارب او (مادر، برادر و...) شامل این ماده می‌شود. ثانیاً چنانچه قبلاً نیز اشاره شد، طبق ماده ۷۱ قانون مدنی، سن قانونی ازدواج برای زنان شانزده سال و برای مردان هجده سال است. بنابراین اگر شخصی دختر زیر شانزده سال و پسر زیر هجده سال را بدون رعایت حکم مندرج ماده ۷۱ قانون منع خشونت علیه زنان به عقد کسی درآورد مجرم شناخته شده و طبق قانون باید مجازات شود. در اینجا خوب است به این سؤال پاسخ داده شود که مقصود از حکم مندرج در ماده ۷۱ قانون مدنی افغانستان چیست؟ در پاسخ سؤال مزبور، چنانچه قبلاً نیز به آن اشاره شد در حکم ماده ۷۱ آمده است دختری که سن مندرج ماده ۷۰ را تکمیل نکرده باشد فقط با اذن ولی یا محکمه ذیصلاح قادر به ازدواج است. دیگر اینکه ازدواج صغیره که کمتر از پانزده سال داشته باشد به هیچ وجه جایز نیست.

### ۳. اذن ولی در نکاح فرزندان رشیده (ولایت بر بالغه)

در این خصوص، بایستی از چند موضع بحث را دنبال نمود؛ یکی در مورد نکاح پسران بالغ و رشید که تردیدی نیست در خصوص ازدواج مستقل بوده و نه پدر و نه جد پدری هیچ یک بر او ولایت ندارد. دیگر در مورد دختران بالغ است که آیا ولی همچنان که بر دختران صغیر خودش ولایت دارد بر دختران بالغ و رشید خود هم ولایت دارد یا خیر؟ لذا ضروری به نظر می‌رسد که ولایت در خصوص دختر بالغ در دو موضع مختلف با عناوین بالغه<sup>۱</sup> و بالغه<sup>۲</sup> باکره<sup>۱</sup> مورد بررسی قرار گیرد.

۱. در تعریف مفهوم ثبیه نظریات مختلفی ارائه شده است. به عقیده طباطبایی (۱۴۰۴ق، ج ۱۴: ۴۵۱) از دیدگاه عرف معیار در ثبیه زوال بکارت است، اگرچه در اثر پدیدن یا بیماری و مانند آن باشد. صاحب جواهر معتقد است که ثبیه کسی است که بکارتش در اثر نزدیکی زایل شده باشد، اگرچه به زنا باشد یا شبه آن. (نجفی، بی تا، ج ۲۹: ۱۸۵) برخی ثبیه را کسی می‌دانند که بکارتش در اثر نزدیکی زایل گردد به شرط آنکه نزدیکی از راه نکاح باشد. (نراقی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶: ۱۲۳) عده‌ای دیگر معیار را فقط ازدواج دانسته‌اند، بدین معنا که اگر دختر ازدواج نماید ثبیه می‌گردد، اگرچه شوهرش قبل از نزدیکی با او فوت نموده یا او را طلاق دهد. (یزدی، بی تا، ج ۲: ۸۶۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ج ۱: ۲۸۶) برخی از



## الف) بالغه باکره

قبل از اینکه به بررسی دیدگاه فقها در خصوص بالغه باکره بپردازیم بایستی این نکته را متذکر شد که مشهور فقهای امامیه در مورد پسران بالغ و رشید و نیز دختران رشیده که یک بار ازدواج نموده‌اند (ثبیه) تاحدودی تردیدی نداشته و معتقدند که ولی در خصوص عقد ازدواج، ولایتی بر این دو گروه از فرزندان ندارد. لیکن سخن اصلی در مورد بالغه باکره است که آیا پدر و جد پدری بر آنان ولایت دارند یا خیر؟ در خصوص پاسخ به این سؤال بایستی اذعان داشت که فقهای امامیه در خصوص ولایت ولی بر این دسته از فرزندان، اختلاف نظر دارند. شاید مهم‌ترین دلیل این اختلاف روایاتی است که در این مسئله از معصومین علیهم‌السلام رسیده است، تا جایی که پنج دیدگاه متفاوت از سوی فقهای امامیه در این زمینه ارائه شده است که در ادامه به بررسی مهم‌ترین دلایلی که از سوی فقها ارائه شده خواهیم پرداخت.

### دیدگاه اول: (استقلال فرزندان رشیده)

استقلال فرزندان رشیده اعم از دختر یا پسر، ثبیه و باکره به این معنی است که دختر و پسر رشید و رشیده بتواند بدون اجازه ولی، برای خود همسر انتخاب کند، لذا باید استقلال فرزند نسبت به عقد ازدواج را از دو حیث یعنی ثبیه و باکره بودن مورد گفتگو قرار داد.

از میان فقهای امامیه، بسیاری از متأخرین و برخی از قدما بر این باورند که ولی ولایتی بر بالغه رشیده ندارد. شهید اول می‌فرماید: بنابر قول اصح، ولی ولایتی بر باکره بالغه رشیده ندارد. (عاملی، بی تا، ج ۵: ۱۱۶) علاوه بر شهید، علامه حلی نیز می‌فرماید: و لا ولایة علی البالغ الرشید الحر إجماعاً و لا علی البالغه الرشیده الحره و ان کانت بکراً علی الاصح، فی المنقطع و الدائم؛ بنابر قول اصح، ولایتی بر بالغ و بالغه رشیده حر به اجماع فقها وجود ندارد. هرچند که بالغه حره، باکره هم باشد چه در عقد منقطع و چه در عقد دائم. (حلی، ۱۴۱۹ق، ج ۳: ۱۴) بسیاری از بزرگان دیگر نیز بر این

---

حقوقدانان نیز ملاک در ثبیه را زوال بکارت در اثر وقوعه می‌دانند و ظاهراً موافقه را اعم از مشروع و نامشروع مدنظر قرار داده‌اند. (صفایی، امامی، ۱۳۷۹: ۷۸) در خصوص ملاک در ثبیه و یا باکره بودن رأی وحدت رویه به شماره یک به تاریخ ۱۳۶۳/۰۱/۲۹ ملاک را دخول می‌داند، اعم از اینکه مشروع باشد یا غیر مشروع و این دخول مطلقاً سبب سقوط ولایت پدر می‌باشد. (مجموعه آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور، ۱۳۸۰: ۶۱۱)

۱. با روشن شدن معنی ثبیه، مفهوم باکره هم تا حدودی مشخص می‌شود، زیرا باکره نقطه مقابل ثبیه است. (طباطبایی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۴: ۴۵۱)

عقیده‌اند. این گروه برای نظرشان به آیه شریفه<sup>۱</sup>، روایت<sup>۲</sup> و اصل عدم ولایت<sup>۳</sup> و اجماع<sup>۴</sup> استناد می‌کنند. در مقابل، بسیاری از قدامی فقهای امامیه، اذن ولی را نسبت به ازدواج این دسته از فرزندان ضروری می‌دانند و به نوعی اعتقاد به استقلال ولی در خصوص ازدواج فرزند بالغه باکره دارند.

### دیدگاه دوم: (استقلال ولی)

برخی دیگر از فقها معتقدند که پدر و جد پدری بدون نظرخواهی و اذن دختر می‌تواند او را به عقد دیگری درآورد. بزرگانی همچون مرحوم بحرانی، شیخ طوسی (در اکثر کتاب‌هایش) و شیخ صدوق از پیروان این دیدگاه‌اند. شیخ طوسی می‌فرماید: «لایجوز للبکر أن تعقد علی نفسها نکاح الدوام الا باذن أبیها. فان عقدت علی نفسها بغیر اذن ابیها کان العقد موقوفاً علی رضا الاب.» (طوسی، ۱۴۰۰ق: ۴۶۵) ایشان صحت عقد باکره رشیده را منوط به اذن ولی می‌دانند.

در موادی که اگر عقد بدون اذن ولی صورت گرفته باشد، صحت عقد متوقف به اذن ولی است. شیخ مفید می‌فرماید: «و ان عقدت علی نفسها بعد البلوغ بغیر اذن أبیها خالفت السنه و بطل العقد الا ان یحیزه الأب.» (مفید، ۱۴۱۰ق: ۵۱۱) در این عبارت ایشان به صراحت می‌فرماید که عقد بدون اذن ولی، مخالفت با سنت و باطل

۱. آیه ۲۳۲ سوره بقره: «وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يَوْمَئِذٍ وَاللَّهُ وَالْيَوْمُ الْآخِرُ ذَلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ». هرچند که استدلال به آیه شریفه تمام نیست، زیرا آیه شامل آن دسته از زنانی می‌شود که یک‌بار ازدواج نموده و غالباً تبیه‌اند، هرچند ممکن است در مواردی باکره را هم شامل شود.

۲. روایات:

الف) عن سعدان بن مسلم، قال: قال ابو عبدالله علیه السلام: لا بأس بتزویج البکر اذا رضیت من غیر اذن ابیها؛ سعدان بن مسلم می‌گوید: امام صادق علیه السلام فرمود: ازدواج باکره بدون اذن پدرش اشکالی ندارد؛

ب) احمد بن محمد بن عیسی عن رجاله منهم محمد بن مسلم قال ابو عبدالله علیه السلام: لا بأس بتزویج البکر اذا رضیت من غیر اذن ابیها. محمد بن مسلم از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که حضرت فرمود: ازدواج دختر باکره بدون اذن پدر اشکال ندارد.

۳. اصل: أصالة عدم اشتراط إذن الولی فی صحه العقد. به این معنا که هرگاه شک کنیم در اینکه آیا در ازدواج دختر بالغه رشیده اذن پدر شرط است یاخیر؟ اصل عدم شرطیت اذن پدر است که در واقع این اصل، ناشی از اصالت عدم شرطیت ولایت کسی بر کس دیگر است.

۴. اجماع مزبور از مرحوم سید مرتضی نقل شده است. ایشان فرموده در اینکه پدر و جد پدری ولایتی بر فرزند بالغه رشیده ندارد، فقها اجماع دارند. (عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۷: ۱۲۴)



است. طرفداران این نظریه در تأیید نظریه خود به استصحاب<sup>۱</sup> عاطفی بودن زنان<sup>۲</sup> و روایات<sup>۳</sup> استناد می‌کنند.

### دیدگاه سوم: (عدم استقلال باکره و ولی)

این دیدگاه، راه وسط را انتخاب نموده است، به این معنا که نه پدر و جد پدری و نه فرزند، در امر ازدواج نمی‌توانند به صورت مستقل عمل کنند، زیرا درست است که برای اثبات ولایت ولی دلایلی ارائه شده است، لیکن باید توجه داشت که برای استقلال فرزند هم در امر ازدواج دلایلی از سوی اندیشمندان ذکر شده است. با وجود این، نه فرزندان و نه اولیا هیچ یک از استقلال کامل برخوردار نخواهند بود. بنابراین چاره‌ای جز این نیست که قائل به عدم استقلال این دو باشیم. این دسته از فقها نیز برای تأیید نظریه خود به مقتضای جمع بین ادله مذکور<sup>۴</sup> و روایات<sup>۵</sup> استناد کرده‌اند.

۱. استصحاب به این صورت جاری می‌شود که در دوران صغر، ولایت ولی ثابت بود، شک می‌کنیم که آیا پس از آن، یعنی در دوران کبر نیز ولایت ولی باقی است یا خیر؟ بقای ولایت را استصحاب می‌کنیم. درباره جاری شدن استصحاب می‌توان چنین پاسخ داد که استصحاب در صورتی جاری می‌شود که شرایط آن وجود داشته باشد. یکی از شرایط استصحاب، وجود حالت سابقه است که در خصوص موضوع مورد نظر حالت سابقه وجود ندارد، زیرا حالت سابقه برای اثبات ولایت، صغر است که فعلاً صغری وجود ندارد و صغر سابق تبدیل به کبر و رشد شده است. گذشته از این، ولایت خلاف اصل است پس باید به قدر متقین آن که همان صغر باشد، اکتفا شود.

۲. به عبارت دقیق‌تر برخورداری زنان از عواطف خاص که ممکن است در شرایطی از جمله ازدواج به صورت مستقل نتواند تصمیم مناسبی را اتخاذ نماید.

۳. الف) محمد بن مسلم عن احدىهما رضی الله عنهما (ای الصادقین) قال: لاتستأمر الجارية اذا كانت بين ابويها ليس لها مع الاب امر و قال: يستأمرها كل احد ما عدا الاب؛

ب) عبدالله بن الصلت قال: سألت ابا الحسن رضی الله عنه عن الجارية الصغيرة يتزوجها ابوها، ألها امر اذا بلغت؟ قال: لا، ليس لها مع ابوها امر. قال: و سألته عن البكر اذا بلغت مبلغ النساء ألها مع ابوها امر؟ قال: لا،

ليس مع ابوها امر مالم تكبر. (ر.ک: محمد بن يعقوب كليني، فروع كافي، ج ۶: ۳۷۹)

۴. مقتضای جمع بین دو دسته از ادله‌ای که فقها در خصوص استقلال باکره و نیز استقلال ولی، بیان کرده‌اند، این است که به مفهوم هریک از ادله فوق تمسک نمود و آن چیزی نیست جز اشتراک ولی و مولی‌علیه. یعنی اینکه هر دو با مشورت هم به این امر اقدام نمایند.

۵. الف) عن ابی عبدالله رضی الله عنه قال: لاتزوج ذوات الآباء من الابكار الا باذن آباءهن؛ باکره‌هایی که پدر دارند، بدون اذن پدرانشان ازدواج نکنند. (کلینی، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ۳۹۷؛ طوسی، ۱۴۱۲ق، ج ۷: ۷. ح ۳۳۹) گرچه فقها به این حدیث برای شراکت پدر و دختر در ازدواج استدلال نکرده‌اند، ولی به نظر می‌رسد از حدیث



## ب) بالغه ثبیه

در خصوص لزوم یا عدم لزوم اذن ولی نسبت به ازدواج بالغه ثبیه میان فقهای مختلف اسلامی اعم از فقهای امامیه و فقهای اهل سنت، دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد که شایسته است هرچند به صورت مختصر به آنها اشاره‌ای شود.

در خصوص ثبیه، فقهای شیعه به اجماع زنی را که در اثر نزدیکی بکارتش از بین رفته است برای ازدواج بعدی مستقل می‌دانند و اجازه ولی در ازدواج را لازم ندانسته و معتقدند که پدر و یا جد پدری در ازدواج او نقشی ندارند. (شعرانی، بی‌تا: ۱۷۳) اما از میان فرقه‌های اهل سنت، فقهای حنفی مانند فقهای امامیه معتقد به استقلال در ازدواج هستند و به احادیث صریحی استناد می‌کنند،<sup>۱</sup> لیکن شافعیه ولی را نسبت به زن در امر نکاح کاملاً مستقل می‌دانند و فرقی بین صغیره، کبیره، باکره و یا ثبیه نمی‌گذارند. (حلی، بی‌تا، ج ۲: ۵۸۷-۵۸۵) حنابله و مالکیه، ثبیه را کاملاً مستقل نمی‌دانند و معتقد به اختیار مشترک او با ولی هستند. (مغویه، ۱۹۹۸م: ۳۲۰)

## ۴. بررسی حقوقی

امروزه برخی از سیستم‌های حقوقی که با تأثیر پذیری از قوانین مذهبی تدوین و وضع شده‌اند، در خصوص موضوع مورد نظر و موضوعات مشابه جهت‌گیری‌های متفاوتی را اتخاذ نموده‌اند که در این میان به قوانین مدنی افغانستان که با تکیه بر فقه حنفی پایه‌گذاری شده به اختصار پرداخته می‌شود.

قانون مدنی افغانستان در ماده ۸۰ صریحاً اعلام می‌کند که رشیده عاقله می‌تواند بدون اذن ولی ازدواج نماید: «هرگاه عاقله رشیده بدون موافقه ولی ازدواج نماید، عقد

می‌توان معنی شراکت را فهمید، زیرا مفهوم حدیث این است که دختر علاوه بر رضایت خودش، اذن پدر را نیز بگیرد، نه اینکه خودش هیچ‌کاره باشد؛

ب) احمد بن محمد بن عیسی عن بن فضال عن صفوان، قال: استشار عبدالرحمن، موسی بن جعفر رضی الله عنه فی تزویج ابنته لابن اخیه. فقال رضی الله عنه: اقل و یكون ذلک برضاها فان لها فی نفسها حظاً. مشاوره عبدالرحمن در مورد ازدواج دختر خود با فرزند برادرش با حضرت موسی بن جعفر رضی الله عنه که حضرت فرمود: این کار را با اجازه دخترت انجام بده به درستی که برای او بر نفسش بهره‌ای است. (طوسی، ۱۴۱۲ق، ج ۷، ح ۱۰: ۳۳۹)

چنانچه مشاهده می‌شود در این حدیث، حضرت به صراحت به عبدالرحمن فرموده در مورد ازدواج دخترت، این کار را با اجازه او انجام بده؛ یعنی تو مجاز به این کار هستی، لیکن نه به استقلال، بلکه اجازه او نیز شرط است.

۱. از جمله این احادیث، عبارت‌اند از: ۱. الثیب احق به نفسها من اولیائیه؛ ۲. هی املک بنفسها تولی امرها من سائت فلا بأس به بعد ان تکون قد نکحت زوجاً قبل ذلک. (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۷: ۳۷۸)



نکاح، نافذ و لازم می‌باشد.» نکته اولی که از این ماده به دست می‌آید این است که ماده مزبور عام بوده و عمومیتش، شامل باکره و ثبیه می‌شود. نکته دوم اینکه، چون قانون مذکور با تأثیرپذیری از فقه حنفی تدوین یافته است، به پیروی از فقه حنفی به ولایت ولی قهری بر باکره رشیده اعتقادی ندارد، لذا به عدم نیاز اذن ولی در خصوص این دسته از فرزندان حکم داده است. در نتیجه با توجه به ماده ۸۰ این قانون، عاقله رشیده اعم از ثبیه و باکره در خصوص ازدواج، نه تنها نیازی به اذن ولی قهری یا مراجع قانونی ندارد بلکه بالاتر از این، اگر شخصی (حتی ولی) چنین فردی را ملزم به ازدواج یا از ازدواج منع کند، مطابق مواد ۲۶ و ۲۷ قانون منع خشونت علیه زنان، مجرم شناخته می‌شود و باید مجازات شود.

قانونگذار افغانستان مواد ۲۶ و ۲۷ قانون منع خشونت علیه زنان افغانستان را به این صورت تصویب نموده است:

ماده ۲۶: هرگاه شخصی زنی را که سن قانونی ازدواج را تکمیل نموده بدون رضایت وی نامزد و یا به عقد نکاح در آورد، حسب احوال به حبس متوسط که از دو سال کمتر نباشد محکوم، نامزدی و نکاح مطابق احکام قانون فسخ می‌گردد.

طبق حکم ماده فوق، الزام به ازدواج بالغه رشیده از سوی هر شخصی حتی ولی قهری جرم شناخته شده و مرتکب بایستی مجازات شود، پس الزام به ازدواج از سوی قانون افغانستان مجاز نیست.

ماده ۲۷: هرگاه شخصی مانع ازدواج زن گردد یا حق انتخاب زوج را از وی سلب نماید، حسب احوال به حبس قصیر محکوم می‌گردد.

نکته قابل توجه اینکه، ممکن است متبادر عرفی از واژه زن، زنان ثبیه باشد و این طور تصور شود که بسیاری از موادی که در قانون مزبور آمده، انصراف به زنانی دارد که یک مرتبه ازدواج کرده باشند، لیکن واقعیت این است که قانون منع خشونت این ابهام را در بند یک ماده سوم به این صورت برطرف نموده است: «زن عبارت از اناث بالغ و نابالغ می‌باشد.» پس با وجود این جای چنین پنداری از کلمه «زن» باقی نمی‌ماند. در نتیجه قوانین افغانستان نه تنها اذن ولی را نسبت به ازدواج بالغه رشیده شرط نمی‌داند، بلکه اگر اشخاصی اعم از ولی یا غیر ولی، در الزام یا منع از ازدواج دخالت نمایند، عمل‌شان جرم تلقی شده است.

### نتیجه

از مجموع مباحثی که در این مقاله مطرح شد اعم از اقوال فقها و روایات وارده و نیز قوانین موضوعه افغانستان می‌توان به این نتیجه کلی دست یافت که اگر فرزند



باکره بوده و به حد بلوغ و رشد در امر ازدواج رسیده باشد، از دیدگاه قوانین افغانستان این افراد در انتخاب همسر و نکاح مستقل است و پدر یا جد پدری بر او ولایت ندارند و اجازه آنها شرط صحت عقد نیست، اما دیدگاه فقهای امامیه در این خصوص اختلافی است که به مهم‌ترین اقوال پرداخته شد. هرچند به نظر می‌رسد که این اختلاف اقوال ناشی از وجود روایات مختلف از معصومین علیهم‌السلام در خصوص موضوع مورد نظر است. به گونه‌ای که بسیاری از روایات به ظاهر بر این امر دلالت دارند که پدر یا جد پدری بر دختر باکره ولایت دارند و این دسته از دختران، بدون اذن اولیا نمی‌توانند ازدواج کنند. دسته‌ای دیگری از روایات نیز به وضوح بر استقلال دختر باکره رشیده در امر نکاح دلالت می‌کنند. از جمله می‌توان به خبر ناظر به عمل پیامبر اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم اشاره کرد که ایشان اراده دختر را در امر نکاح معتبر شمرده است. ناگزیر این اختلاف روایات موجب اختلاف در اقوال فقها شده است تا جایی که برخی به استقلال فرزندان و برخی هم به استقلال ولی و برخی دیگر هم به عدم استقلال هر دو، روی آورده‌اند.

جمع بین این دو دسته از روایات این است که بگوییم روایات نافی ولایت پدر و جد پدری، حمل بر نفی وجوب می‌شود و روایات نافی استقلال باکره رشیده، حمل بر رجحان اذن پدر و جد پدری می‌شود. در نتیجه، اذن گرفتن از ولی در ازدواج واجب نیست، بلکه به دلایلی رجحان دارد. گذشته از این، همان‌طور که بیان شد بسیاری از فقها به عدم ولایت پدر و جد پدری بر دختر باکره رشیده معتقدند و کسب اذن پدر یا جد پدری را فقط یک امر پسندیده و به عنوان احترام آنان می‌دانند، نه یک تکلیف. عده‌ای دیگری از فقها نیز به عنوان احتیاط، کسب رضایت پدر را مطرح می‌کنند. اما در خصوص ولایت بر فرزندان صغیره (ولی با رعایت مصلحت صغیره می‌تواند او را به عقد ازدواج دیگری در آورد) نه از سوی فقهای امامیه و نه قوانین موضوعه افغانستان تردیدی وجود ندارد. هرچند که دایره آن در قانون مدنی افغانستان نسبت به فقه امامیه به مراتب محدودتر است، تا جایی که قانون مدنی افغانستان ازدواج فرزندان زیر شانزده سال را به هیچ وجه جایز نمی‌داند.

مهم‌ترین نکته در این خصوص این است که ضمانت اجرایی مطرح شده از سوی برخی از فقها فقط شامل فرزندان ذکور پس از رسیدن به سن رشد و بلوغ را به صورت حق فسخ شامل می‌شود، اما قوانین افغانستان اعم از قانون مدنی و قانون منع خشونت علیه زنان، ضمانت اجراهای مختلف از قبیل فسخ عقد و در موارد متعددی مجازات زندان برای متخلف در نظر گرفته است که مناسب و به‌جا به نظر می‌رسد.

## منابع و مأخذ:

- قرآن کریم
- آخوند خراسانی، محمدکاظم (بی تا)، *کفایه الاصول*، قم: مؤسسه آل‌البتیت علیه السلام، لا حیات التراث.
- آل بحر العلوم، محمد (۱۳۶۲)، *بلغة التقیه*، ج ۴، تهران: ناصر خسرو.
- ابن حمزه، محمد بن علی (۱۴۰۸ق)، *الوسیله الی نیل الفضیله*، قم: مکتبه المرعشی النجفی.
- فخر المحققین، محمد (۱۳۸۹)، *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، ج ۱، قم: المطبعه العلمیه.
- ابن فارس، احمد (۱۴۰۴ق)، *معجم مقاییس اللغة*، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۲ق)، *لسان العرب*، بیروت: دارالتراث العربی، مؤسسه التاریخ العربی.
- تهانوی، محمد علی (۱۱۵۸ق)، *موسوعه کشاف اصطلاحات الفنون و العلوم*.
- جزیری، عبدالرحمن (۱۴۱۱ق)، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، بیروت: دارالفکر.
- جناتی، محمد ابراهیم (بی تا)، *دروس فی فقه المقارن*، منظمه الاعداد الاسلامی.
- حر عاملی، محمد بن حسن (بی تا)، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- حسینی عاملی، سید محمد جواد (بی تا)، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم: مؤسسه آل‌البتیت علیه السلام.
- حلبی، ابوصلاح تقی‌الدین (۱۴۰۳ق)، *الکافی فی الفقه*، تحقیق رضا استادی، اصفهان: مکتبه الامام امیرالمؤمنین علیه السلام.
- حلّی، حسن بن یوسف (۱۳۷۵)، *مختلف الشیعه*، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۳ق)، *کتاب الصوم*، ج ۱، قم: باقری.
- حلّی، حسن (۱۴۱۹ق)، *قواعد الاحکام*، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- خمینی، سید روح‌الله (بی تا)، *تحریر الوسیله*، قم: دارالکتب علمیه.
- زین‌الدین العاملی (۱۴۱۶ق)، *مسالك الافهام*، ج ۱، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- سرخسی، شمس‌الدین (۱۴۰۶ق)، *المبسوط*، بیروت: دارالمعرفه.
- صفایی، حسین و اسدالله امامی (۱۳۸۲)، *مختصر حقوق خانواده*، ج ۶، تهران: نشر میزان.

- مفيد، محمد بن نعمان (١٤١٠ق)، *المقنعة*، قم: مؤسسة النشر الاسلامي.
- طوسي، محمد بن حسن (١٤٠٠ق)، *النهاية*، الطبعة ٢، بيروت: دار الكتب العربي.
- طوسي، محمد بن حسن (١٤١٧ق)، *الخلافة*، ج ١، قم: دار الفكر.
- بيهقي، احمد (بي تا)، *السنن الكبرى*، بيروت: دار الفكر.
- طوسي، محمد بن حسن (١٤١٢ق)، *تهذيب الاحكام*، بيروت: دار التعارف للمطبوعات.
- حر عاملي (بي تا)، *وسائل الشيعه*، بيروت: دار الاحياء التراث العربي.
- *قانون مدني افغانستان*، مصوب ١٣٥٥.
- قزويني، ابن ماجة (١٤٢٠ق)، *سنن ابن ماجة*، رياض: دار السلام للنشر و التوزيع.
- قمي، علي (بي تا)، *جامع الخلاف و الوفاق*، ج ١، قم: پاسدار اسلام.
- كاتوزيان، ناصر (١٣٨٢)، *دوره مقدماتي حقوق مدني - خانواده*، تهران: نشر ميزان.
- كليني، محمد (١٤١٣ق)، *فروع الكافي*، بيروت: دارالتعارف للمطبوعات.
- مجلسي، محمد باقر (١٤٠٣ق)، *بحار الانوار*، الطبعة ٢، بيروت: مؤسسة الوفاء.
- مصطفي، محقق داماد (١٣٨٥)، *حقوق خانواده*، ج ١٣، تهران: مركز نشر علوم اسلامي.
- مكي عاملي، محمد (بي تا)، *اللمعة الدمشقية*، الطبعة الاولى، نجف: جامعة النجف الدينية.
- نوري، ميرزا حسين (١٤٠٧ق)، *مستدرک الوسائل*، قم: مؤسسة آل البيت عليه السلام.
- يزدي، محمد كاظم (١٤٠٩ق)، *عروة الوثقى*، الطبعة ٢، بيروت: مؤسسه اعلمي.

