




HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/	Vol. 54, No. 4: Issue 131, Winter 2023, p.9-27	
Online ISSN: 2538-3892	 Print ISSN: 2008-9139	
Receive Date: 26-08-2020	Revise Date: 21-12-2020	Accept Date: 23-12-2020
DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2020.62639.0	Article type: Original	

The fall of guardianship over the marriage of the mature virgin just due to *azl*-unreasonable prevention of marriage - and its consequences

Dr. Seifollah Ahadi



Assistant Professor of Jurisprudence and Islamic Law at Azarbaijan shahid madani University

Email: ahadi@azaruniv.ac.ir

Abstract

Guardianship over the marriage of the virgin *Rashidah* is a controversial issue among Imami jurists. In this matter, following the unpopular opinion in Article 1043, Iran's civil law has accepted such a guardianship and following the jurists' view of the validity of the guardian's permission, it has been decided that if the guardian refuses to give permission without a valid reason, the validity of his permission will be revoked. The challenging issue is that in the case of unjustified obstruction, the guardian's guardianship is lost only in relation to the *azl* or in general and in all matters ?

After following the arguments and opinions of the jurists and analyzing the mentioned issue through the analytical method of documents, the author has come to the belief that the proof of such guardianship is only for the purpose of respecting the interests of the pupil and in case of the guardian's *azl*, his incompetence and betrayal are confirmed. By referring to the traditions passed down from the infallible imams (a.s.), the appropriateness of the ruling and the subject matter, the argument on the analogy of priority and the rules of *la haraj* and *la zarar* (no-harm and no-damage), the certainty of the proof of the right of guardianship, the rule of action for damage and the principle of *isteshab*, it can be acknowledged that such a prevention causes the complete downfall of the guardianship and the independence of the mature virgin.

Keywords: Azal of guardian, mature virgin's marriage, guardianship in marriage, fall of guardianship.



HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/	سال ۵۴ - شماره ۴ - شماره پیاپی ۱۳۱ - زمستان ۱۴۰۱، ص ۲۷ - ۹
شاپا الکترونیکی ۳۸۹۲-۲۵۳۸	شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸
تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۰۳	تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۱۰/۰۱
DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2020.62639.0	تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۶/۰۵
	نوع مقاله: پژوهشی

سقوط ولایت ولی بر نکاح باکره رشیده به صرف عضل و اثر مترتب بر آن

دکتر سیف اله احدی

استادیار فقه و حقوق اسلامی دانشگاه شهید مدنی آذربایجان

Email: ahadi@azaruniv.ac.ir

چکیده

ولایت بر نکاح باکره رشیده مسئله‌ای اختلافی بین فقهای امامیه است. قانون مدنی ایران در این مسئله به پیروی از قول غیر مشهور در ماده ۱۰۴۳ چنین ولایتی را پذیرفته و به پیروی از نظر اتفافی فقهای قائل به اعتبار اذن ولی، بر آن شده است که هرگاه ولی بدون علت موجه، از دادن اذن مضایقه کند، اعتبار اذن او ساقط می‌گردد. مسئله چالشی این است که ولایت ولی در صورت ممانعت توجیه‌ناپذیر، صرفاً در خصوص عضل ساقط می‌شود یا به‌طور کلی و در همه امور؟ نویسنده پس از تتبع در ادله و آرای فقها و تحلیل مسئله مذکور به روش تحلیلی استنادی به این باور رسیده است که ثبوت چنین ولایتی صرفاً به منظور رعایت مصلحت مولی علیه است و در صورت عضل ولی، عدم صلاحیت و خیانت او احراز می‌شود. با استناد به روایات رسیده از امامان معصوم (ع)، مناسبت حکم و موضوع، استدلال به قیاس اولویت و قاعده‌های لاجرح و لاضرر، قدر متیقن از ثبوت حق ولایت، قاعده اقدام به زیان و اصل استصحاب، می‌توان اذعان یافت که چنین ممانعتی سبب سقوط ولایت به‌طور کلی و استقلال باکره رشیده می‌شود.

واژگان کلیدی: عضل ولی، نکاح باکره رشیده، ولایت در نکاح، سقوط ولایت.

مقدمه

باتوجه به احکام و قواعد خاص باب نکاح، برای برخی از افراد راجع به اشخاص خاصی ولایت در عقد نکاح قرار داده شده است. این افراد که از آن‌ها به اولیای عقد یاد می‌شود منحصر است به پدر، جد پدری (هرچه بالاتر رود)، وصی آن‌ها و حاکم. ولایت پدر و جد پدری که به سبب رابطه خویشاوندی است، بنا بر نظر فقها در خصوص دختر و پسر صغیر، دختر و پسر مجنون (صاحب‌جواهر، ۱۷۲/۲۹؛ خمینی، ۲۵۴/۲) و بنا بر نظر برخی، در خصوص دختر و پسر بالغ سفیه نیز ثابت است (شهید ثانی، ۱۱۶/۵).

در باره ولایت پدر و جد پدری بر دختر بالغه باکره رشیده بین فقها اختلاف نظر است، به طوری که از سوی فقهای امامیه هشت قول ذکر شده است که عبارت‌اند از: ۱. استمرار ولایت ولی (ابن بابویه ۲۵۰/۳؛ طوسی، النهایة، ۶۴۵؛ همو، الخلاف، ۲۵۰/۴؛ ابن‌براج، ۱۹۴/۲؛ بحرانی، ۲۱۱/۲۳)؛ ۲. استقلال باکره رشیده به طور مطلق (چه نکاح دائم باشد و چه نکاح منقطع)، برای این قول قائلانی در میان فقهای متقدم و متأخر است و در بین فقهای متأخر مشهور است (طوسی، التبیان، ۲۷۳/۲؛ ابن‌ادریس، ۵۶۱/۲؛ محقق حلی، ۲۲۰/۲؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۱۴/۳؛ حلی، ۲۱/۳؛ محقق کرکی، ۱۲۳/۱۲؛ شهید ثانی، ۱۱۶/۵؛ طباطبایی، ۸۴/۱۱؛ صاحب‌جواهر، ۱۷۴/۲۹) و بلکه ادعای اجماع نیز شده است (علم‌الهدی، ۲۸۴)؛ ۳. استمرار ولایت ولی فقط در نکاح دائم (طوسی، تهذیب الاحکام، ۳۸۰/۷)؛ ۴. ثبوت ولایت فقط در نکاح منقطع، چنان‌که گفته شده است قائل قول مذکور نامعلوم است، بلکه صرفاً از سوی فقها حکایت شده است (محقق حلی، ۲۲۰/۲؛ صاحب‌جواهر، ۱۷۹/۲۹؛ فاضل لنکرانی، ۱۰۰)؛ ۵. تشریح ولایت بین ولی و باکره رشیده (ابوالصلاح حلبی، ۲۹۹؛ مفید، ۵۱۰؛ طباطبائی یزدی، ۸۶۴/۲) و گفته شده که روایات دال بر قول مذکور (حر عاملی، ۲۸۴/۲۰) از نظر سندی و دلالتی اظهر است و این قول موافق احتیاط نیز است (خمینی، ۲۵۴/۲؛ تجلیل تبریزی، ۶۱۱؛ سبحانی، نظام‌النکاح، ۱۷۴/۲).

افزون بر پنج قول ذکر شده، سه قول دیگر نیز در مسئله وجود دارد که برخی از فقها صرفاً آن را نقل کرده‌اند: ۶. تشریح بین باکره رشیده و پدر او، نه سایر اولیا؛ ۷. هر یک از پدر و دختر باکره رشیده مستقل هستند، هر چند استنذان از دیگری افضل و مستحب است؛ ۸. استقلال داشتن دختر باکره رشیده، استیذان از ولی موافق احتیاط است؛ اما اگر مختار باکره رشیده سبب هتک شرف ولی شود او می‌تواند ممانعت کند (بحرانی، ۲۱۲/۲۳؛ سبحانی، نظام‌النکاح، ۱۷۴/۲).

گفتنی است افزون بر اقوال مذکور، احتمالاتی نیز در مسئله مطرح شده که در کتب فقهی بدان پرداخته شده است (کاشف‌الغطاء، ۱۸).

پس از تبیین اقوال فقها در خصوص اعتبار اذن ولی در نکاح باکره رشیده، در صورت قول به چنین

ولایتی که بر اساس آن ماده ۱۰۴۳ ق.م نیز مقرر داشته است: «نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او است»، اگر اولیای مذکور از ازدواج دختر باکره رشیده با کفو او با وجود میل و رغبت دختر به ازدواج با او بدون علت موجه ممانعت کنند، ولایت آن‌ها ساقط می‌شود و او می‌تواند به طور مستقل و بدون اذن آن‌ها عقد نکاح خود را منعقد سازد. آنچه از این حکم به طور قطع مستفاد می‌شود این است که چنین دختری برای انعقاد عقد نکاح با همان مردی که کفو اوست و ولی او از ازدواج آن‌ها ممانعت می‌کند، نیازی به اذن ولی ندارد و مستقلاً می‌تواند عمل کند.

آنچه درخور بحث و بررسی است اینکه اگر آن‌ها موفق به انعقاد عقد نکاح نشوند، مثل اینکه آن‌ها پس از تحقیق و بررسی بیشتر از خصوصیات یکدیگر بنا بر دلایلی حاضر به انعقاد عقد نکاح نشوند یا به سبب آزمایش‌های خونی انجام گرفته، ازدواج آن‌ها مناسب تشخیص داده نشود یا حتی اگر منجر به عقد شود، پس از انعقاد عقد و قبل از برقراری رابطه زناشویی (دخول) طلاق اتفاق افتد یا زوج فوت کند (بر اساس این مبنا که برای سقوط ولایت، صرف وقوع عقد را کافی ندانیم، بلکه افزون بر آن ازاله بکارت به سبب وطی شوهر را نیز لازم بدانیم)، آیا برای انعقاد عقد نکاح چنین دختری با خواستگار بعدی، اذن ولی لازم خواهد بود؛ چراکه همچنان عنوان باکره رشیده بر چنین دختری صادق است و ولایت ولی تنها در خصوص یک مورد ساقط شده و در سایر موارد همچنان اذن او معتبر و شرط است یا اینکه به سبب سقوط ولایت او در خصوص خواستگار سابق، دیگر هیچ ولایتی برای او وجود نخواهد داشت، مگر اینکه دلیل خاصی بر بازگشت آن دلالت کند؟

در کتب فقهی به بحث عضل ولی پرداخته شده و پژوهش‌های متعددی نیز در این خصوص به رشته تحریر در آمده است (عظیم‌زاده اردبیلی، ۶۸؛ ایزدی‌فرد و کاویار، ۳۵)؛ اما در خصوص مسئله بیان‌شده هیچ تحقیق مستقلی انجام نگرفته است و از آنجاکه مسئله مذکور به‌وفور مبتلا به بوده و در قانون مدنی نیز مطلبی در این خصوص بیان نشده و در تحلیل حقوقی ماده ۱۰۴۳ ق.م نیز از این نظر بدان پرداخته نشده است و این امر سبب برداشت‌های مختلف از آن می‌شود، تحقیق در مسئله مذکور اهمیت زیادی دارد، از این رو نویسنده در پژوهش حاضر به شیوه تحلیلی اسنادی و با تتبع در متون فقهی و حقوقی می‌کوشد با واکاوی و بررسی زوایای مختلف مسئله به تبیین آنچه موافق تحقیق است بپردازد.

۱. مفهوم‌شناسی واژه عضل و شرایط آن

فقه‌های قائل به اعتبار اذن ولی در نکاح باکره رشیده معتقدند در صورت عضل ولی، ولایت او ساقط می‌شود و قانون مدنی نیز از همین دیدگاه تبعیت کرده است؛ لذا ضروری است قبل از ورود به اصل بحث،

مفهوم واژه عضل از نظر لغت‌شناسان و فقها و حقوق‌دانان تبیین و سپس وجوه و شرایط آن بحث و بررسی شود.

عضل در لغت به معنای در تنگنا قراردادن کسی در کاری و فاصله‌انداختن بین او و خواسته‌اش از روی ظلم و ستم است (فراهیدی، ۲۷۸/۱) و عبارت «عَصَلَ الرَّجُلُ حُرْمَتَهُ»؛ یعنی منع کردن او از تزویج (فیومی، ۴۱۵/۲) یا اینکه گفته‌اند عضل؛ یعنی منع همراه با در تنگنا قراردادن و از مصادیق آن می‌توان به منع از تزویج زن و در تنگنا قراردادن او اشاره کرد (مصطفوی، ۱۶۵/۸). از نظر اصطلاحی نیز عضل عبارت است از اینکه ولی از تزویج مولی علیه با مردی که کفو اوست و دختر نیز به ازدواج با او میل و رغبت دارد، ممانعت کند (محقق حلی، ۲۲۱/۲؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ۱۴/۳؛ فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ۳۲/۳؛ محقق کرکی، ۱۲۷/۱۲؛ خمینی، ۲۵۴/۲؛ جعفری لنگرودی، ۲۵۵۰/۴).

چنان‌که ملاحظه می‌شود برای تحقق عضل بایستی کفویت مولی علیه با خواستگار وجود داشته باشد و همچنین دختر به ازدواج با او میل و رغبت داشته باشد. ظاهر عبارات فقها که کفو را به صورت مطلق به کار برده‌اند شامل کفویت شرعی و عرفی می‌شود؛ یعنی آن‌ها شرعاً و عرفاً کفو هم باشند و بلکه برخی از فقها بدان تصریح کرده‌اند (خمینی، ۲۵۴/۲؛ خوئی، مصباح الاصول، ۲۱۹/۳۳؛ مکارم شیرازی، ۲۷۹). بنابراین اگر ولی از تزویج مولی علیه به غیر کفو شرعی^۱ ممانعت کند، عضل به شمار نمی‌رود و نیز اگر دختر بخواهد با شخصی ازدواج کند که از نظر شرعی کفو وی است، اما از نظر عرفی کفو هم نیستند؛ مثلاً دختر شریف بخواهد با پسر وضع ازدواج کند، در اینجا نیز ولایت ولی ساقط نمی‌شود. همچنین اگر دو مرد، کفو مولی علیه باشند و ولی ازدواج با یکی را اجازه ندهد و ازدواج با دیگری را بلامانع اعلام کند، در اینجا نیز ولایتش ساقط نمی‌شود (طباطبائی یزدی، ۸۶۵/۲؛ شبیری زنجانی، ۴۰۴/۱۱).

گفتنی است فقها غیبت منقطع ولی که سبب غیر ممکن شدن تحصیل اذن یا مشقت شدید در گرفتن اذن از او می‌شود و مولی علیه نیز احتیاج به ازدواج داشته باشد را در معنای عضل می‌دانند و معتقدند که در این صورت اعتبار اذن ولی ساقط می‌شود (طوسی، الخلاف، ۲۷۸/۴؛ محقق سبزواری، ۹۶/۲؛ بحرانی، ۲۳۲/۲۳؛ صاحب‌جواهر، ۱۷۹/۲۹؛ خمینی، ۲۵۴/۲).

قانون مدنی موردی را که پدر و جد پدری در زندان یا غائب باشند و در اثر ندانستن محل اقامت آنان

۱. گفتنی است مراد از غیر کفو شرعی، دیندار بودن یکی و بی‌دین بودن دیگری یا اختلاف در دین‌ها نیست؛ چراکه بنا بر اجماع فقها، نکاح زن مسلمان با مرد کافر به‌طور مطلق و نکاح مرد مسلمان با زن کافر غیرکتابی نیز مطلقاً حرام است و بر اساس قول مشهورتر نکاح مرد مسلمان با زن کافر کتابی به‌صورت نکاح دانم و ابتدائاً (نه استدامتاً) حرام است (شهید ثانی، ۲۲۸/۵ و ۲۳۴؛ خمینی، ۲۸۵/۲). بنابراین، منع پدر در این‌گونه موارد منشأ اثر نیست و بی‌فایده و لغو است، بلکه مراد مواردی است که شارع از آن نهی کرده است، ولو نهی تزویجی باشد؛ مانند نهی از تزویج به شراب‌خوار و فاسق (خوئی، مصباح الاصول، ۲۱۹/۳۳).

دختر نتواند اجازه ازدواج را به دست آورد، پیش‌بینی نکرده است؛ از این رو برخی از حقوق‌دانان معتقدند که بنا بر مستنبط از ماده ۱۰۴۴ ق.م.م.ا، حق ولایت ولی در این امر ساقط می‌شود و نمی‌توان از وحدت ملاک ماده ۱۱۸۷ ق.م.م.ا که مقرر می‌دارد: «هرگاه ولی قهری منحصر، به واسطه غیبت یا حبس یا به هر علتی که نتواند به امور مولی‌علیه رسیدگی کند و کسی را هم از طرف خود معین نکرده باشد، حاکم یک نفر امین به پیشنهاد مدعی‌العموم برای تصدی و اداره اموال مولی‌علیه و سایر امور راجع به او موقتاً معین خواهد کرد»، لزوم تعیین امین و اجازه او را استنباط کرد؛ بنابراین دختر در نکاح خود در مورد مذکور استقلال تام دارد و مانند موردی است که ولی ندارد (امامی، ۲۸۷/۴).

۲. سقوط ولایت ولی به صرف ممانعت و مشروط‌نبودن آن به تحقق عقد نکاح و

دخول

به سبب ممانعت غیرموجه ولی از تزویج مولی‌علیه با مرد کفو او، ولایت ولی ساقط می‌شود که این امری مسلم است، بلکه در این امر بین فقها اتفاق نظر وجود دارد (محقق حلی، ۲۲۱/۲؛ آبی، ۱۱۳/۲؛ محقق کرکی، ۱۲۷/۱۲؛ بحرانی، ۲۳۲/۲۳؛ صاحب‌جواهر، ۱۸۴/۲۹؛ حسینی روحانی، ۱۶۲/۲۱؛ فاضل لنکرانی، ۱۰۲). اما آنچه درخور بحث و بررسی است اینکه آیا صرف ممانعت و مخالفت غیرموجه ولی، سبب سقوط ولایت او می‌شود یا اینکه افزون بر آن، تحقق عقد و وطی شوهر نیز در سقوط ولایت ولی لازم و ضروری است؟ به عبارتی دقیق‌تر، آیا سقوط ولایت ولی، افزون بر ممانعت غیرموجه او - به نحو شرط متأخر - مشروط به تحقق عقد نکاح و برقراری رابطه زناشویی نیز است یا خیر؟ برای یافتن پاسخ مستدل به مسئله مطرح‌شده لازم است در این بخش مسئله مذکور به طور دقیق واکاوی شود، بنابراین بایستی ادله سقوط ولایت ولی در صورت عضل و نیز اقوال فقها از این منظر (از نظر اطلاق و اشتراط) بررسی شود.

۳. بررسی ادله سقوط ولایت ولی در صورت عضل

افزون بر اجماعی بودن مسئله سقوط ولایت ولی و اعتبار اذن او در صورت مضایقه از تزویج دختر باکره رشیده با کفو او، فقها به ادله دیگری نیز استناد کرده‌اند که عبارت‌اند از:

أ. آیه قرآنی: آیه شریفه «وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاصُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (بقره: ۲۳۲)؛ و هنگامی که زنان را طلاق دادید و عده خود را به پایان رساندند، مانع آن‌ها نشوید که با همسران (سابق) خویش ازدواج کنند! اگر در میان آنان به طرز پسندیده‌ای تراضی برقرار گردد.

برخی از فقها براساس آیه شریفه به سقوط ولایت ولی در صورت ممانعت از تزویج مولی علیه قائل شده‌اند. کیفیت استدلال به آیه مذکور بدین صورت است که تمام مردم از جمله اولیا نهی شده‌اند از اینکه پس از سپری شدن عده، مانع نکاح زنان مطلقه شوند و مراد از أزواجهن کسانی است که زنان مطلقه به ازدواج با آنها رضایت دارند، نه اینکه صرفاً شوهران سابق منظور باشد، هرچند احتمال این نیز می‌رود، اما به هر حال آیه شریفه دال بر مطلوب است. آری، اگر گفته شود که منظور، نهی شوهران سابق از ممانعت نکاح مطلقه‌ها پس از سپری شدن عده است، در این صورت دلالتی بر مطلوب نخواهد داشت (صاحب‌جواهر، ۱۸۴/۲۹).

گفتنی است که موضوع در آیه شریفه، زنان مطلقه‌ای است که عده آنها به پایان رسیده است و نیز باتوجه به اینکه زن غیر مدخوله عده ندارد؛ بنابراین استدلال مذکور مبتنی بر این است که بگوییم زنان باکره‌ای که به طریق غیر متعارف مدخوله شده‌اند نیز بایستی عده نگه دارند؛ چراکه مسئله عضل ولی پس از ثبوت ولایت برای اوست و ولایت تنها در خصوص زن بالغه باکره مطرح است.

اشکال: استدلال مذکور اشکال دارد؛ زیرا موضوع بحث در این آیه شریفه مطلقه‌های مدخول‌بها است و مخاطب، شوهران سابق آنهاست، چنان‌که عبارت «وَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ» شاهد بر آن و بیانگر آن است که منع تزویج مطلقه مدخوله به غیر همسر اول او جایز نیست؛ چراکه افراد طلاق‌دهنده می‌خواهند با این عمل خود به آنان ضرری وارد کنند که این عمل شرعاً حرام است. بنابراین، به بحث ما که سقوط ولایت ولی بر تزویج باکره رشیده در فرض عضل است، ارتباطی ندارد (قطب راوندی، ۱۸۱/۲؛ فاضل مقداد، کنز العرفان، ۲۸۳/۲؛ حکیم، ۴۴۹/۱۴؛ خونی، موسوعة، ۲۱۸/۳۳). افزون بر آن، اگر گفته شود آیه شریفه مربوط به عضل ولی است، در این صورت صرفاً بر حرمت تکلیفی عضل دلالت خواهد داشت و این امر مستلزم حکم وضعی سقوط ولایت نیست (مکارم شیرازی، ۲۸۰)، مگر اینکه گفته شود ظهور در ارشاد به آن دارد (حسینی روحانی، ۱۶۳/۲۱).

ب. روایات: در روایات باب «أَنَّ الْمُخَالَفَ إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا وَإِنْ لَمْ يَسْتَوْفِ شَرَائِطَ الطَّلَاقِ كَانَ ذَلِكَ وَإِقَاعًا» یا «أَنَّ الْمُخَالَفَ إِذَا كَانَ يَعْتَمِدُ وَقُوَعِ الثَّلَاثِ فِي مَجْلِسِ أَوْ الطَّلَاقِ فِي الْحَيْضِ أَوْ الْحَلْفِ بِالطَّلَاقِ وَ نَحْوِهِ جَازَ الزَّامُهُ بِمُعْتَقِدِهِ» آمده است؛ از امام صادق (ع) درباره زنی که بدون رعایت شرایط، طلاق داده شده است (طلاق بدعی و غیرواجد شرایط) سؤال شد، حضرت (ع) فرمودند: آن زن می‌تواند ازدواج کند، زیرا او (گناهی نکرده و) نبایستی بدون شوهر رها شود (طوسی، الاستبصار، ۲۹۲/۳؛ حر عاملی، ۷۳/۲۲).

روایت مذکور که با سند «الْحَسَنُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ سَمَاعَةَ وَ الْحَسَنِ بْنِ سَمَاعَةَ وَ

الْحَسَنُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْبَصْرِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) «بيان شده است، از احادیث موثق به شمار می‌رود (مجلسی، محمدتقی، ۵۱/۹؛ مجلسی، محمدباقر، ۱۱۹/۱۳).

در روایت دیگری نیز عبدالله بن سنان می‌گوید: درباره مردی که زنش را طلاق به غیر عده^۱ داده است، سپس از او دوری می‌کند تا عده‌اش سپری شود، سؤال کردم: آیا من می‌توانم بعد از گذشت عده با او ازدواج کنم؟ حضرت (ع) در جواب فرمودند: بله، اشکالی ندارد (طوسی، الاستبصار، ۲۹۲/۳؛ حر عاملی، ۷۳/۲۲).

روایت مذکور با سند: «عنه^۲ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ» مطرح شده و محدثان آن را موثق و بلکه همانند صحیح می‌دانند (مجلسی، محمدتقی، ۵۱/۹؛ مجلسی، محمدباقر، ۱۱۹/۱۳).

در روایات باب مذکور، معصوم (ع) فرموده است: زنی که مطابق مذهب شوهرش طلاق داده شده، هر چند این طلاق از نظر مذهب آن زن باطل است او می‌تواند اقدام به ازدواج کند؛ زیرا او نمی‌تواند معطل و بدون شوهر رها شود. برخی از فقها معتقدند از عموم تعلیل مذکور معلوم می‌شود که برای ولی ولایتی به این عنوان که به طور کلی از تزویج مولی علیه (حتی از تزویج او به مرد کفو او) ممانعت کند، ثابت نیست؛ چرا که مولی علیه نباید بدون شوهر و معطل باقی بماند (خوئی، موسوعه، ۲۱۸/۳۳)؛ بنابراین، چنان‌که از تعلیل مذکور برمی‌آید ثبوت ولایت برای ولی در نکاح، ولایتی مطلق و بی‌قید و شرط نیست و این‌گونه نیست که ولی اختیار تام داشته باشد، بلکه ولایت داشتن او محدود به رعایت قیود و شرایطی است که از نظر فقهی و حقوقی تبیین شده است و از جمله این شروط آن است که نباید مولی علیه با وجود خواستگاری که عرفاً و شرعاً کفو اوست و هر دو تمایل به ازدواج دارند، مورد ممانعت ولی در امر تزویج قرار بگیرد.

ج. ثبوت خیانت ولی به سبب عضل و ممانعت: برخی از فقها معتقدند در صورتی که ولی از تزویج مولی علیه با مرد کفو او ممانعت و مخالفت کند، با وجود اینکه هر دوی آن‌ها رغبت به انعقاد عقد نکاح دارند، این امر مثبت خیانت ولی است و سبب سقوط ولایت او خواهد بود (صاحب‌جوهر، ۱۸۳/۲۹ تا ۱۸۴).

استدلال مذکور مبتنی بر این است که ولایت داشتن بر کسی مشتمل و متضمن امانت است؛ از این‌رو شخص ولی در صورت عمل به خلاف مصلحت مولی علیه، اهلیت لازم برای آن را نخواهد داشت.

۱. بر اساس آیه شریفه «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ» (طلاق: ۱) که خداوند متعال دستور داده، حساب عده را داشته باشید و به‌گونه‌ای طلاق بدهید که زنان به دنبال آن عده نگه دارند، یعنی زمانیکه مطلقه در حیض و یا در طهر مطلقه نباشد، مراد از طلاق به عده، طلاق در حال حیض یا در طهر مطلقه است که زن نمی‌تواند عده نگه دارد (سبحانی، درس خارج فقه، ۱).

۲. مراد، حسن بن محمد بن سماعه است.

در اشکال بر استدلال مذکور گفته شده است: اگر خیانت ولی در سقوط ولایت او مؤثر باشد، صرفاً سبب سقوط ولایت در همان فعلی خواهد شد که در آن خیانت تحقق یافته است، نه اینکه سبب سقوط کلی ولایت و ثبوت استقلال مولی علیه شود (حسینی روحانی، ۱۶۳/۲۱).

د. مناسبت حکم و موضوع: برخی از فقها معتقدند که مستفاد از برخی نصوص این است که ولایت داشتن پدر از باب نفع رساندن به دختر باکره رشیده است، نه برای ضرر رساندن به او؛ چنان که در تمام موارد ولایت، اعم از ولایت عامه و خاصه، حفظ مصالح مولی علیه مدنظر است و ولی در واقع در خدمت اوست؛ از این رو چنین ولایتی اقتضا می کند در تمام اموری که ولی انجام می دهد، مصلحت دختر باکره رشیده رعایت شود (خوئی، موسوعه، ۲۱۹/۳۳؛ مکارم شیرازی، ۲۸۰). به عبارتی دیگر، ولایت داشتن ولی نوعی امتنان است؛ از این رو اگر ممانعت او بدون هیچ گونه مصلحتی و صرفاً از روی عناد و لجاجت با دختر یا خواستگار او باشد، ولایت او ساقط می شود (سبحانی، نظام النکاح، ۱۹۴/۱).

ه. استدلال به قیاس اولویت: در صحیحہ ابو حمزہ ثمالی از امام محمد باقر (ع) نیز آمده است: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ (ص) قَالَ لِرَجُلٍ: أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ، قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ (ع): مَا أَحَبُّ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ ابْنِهِ إِلَّا مَا اخْتَجَّ إِلَيْهِ مِمَّا لَا يَدُّ مِنْهُ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ» (حر عاملی، ۲۶۳/۱۷)؛ رسول گرامی اسلام (ص) به شخصی فرمود: تو و مال تو برای پدرت است، امام محمد باقر (ع) فرمود: من دوست ندارم که پدری از مال فرزند خود بردارد، مگر به مقداری که احتیاج دارد و بدان ناچار شده است؛ زیرا خداوند متعال فرموده است: فساد را دوست ندارد. چنان که ملاحظه می شود بر اساس روایت مذکور، ولایت پدر در خصوص مال فرزند محدود به فسادناشتن شده است، پس در بحث ولایت بر نکاح باکره رشیده نیز که با مسئله آبرو مرتبط است، به طریق اولی بایستی چنین محدودیتی وجود داشته باشد؛ از این رو برخی از فقها بر ادله بیان شده افزوده اند که اگر ولی از تزویج مولی علیه خود با کفو او ممانعت کند، این امر، مخالف فطرت انسانی است و سبب شیوع فساد می شود که در اسلام از آن نهی شده است؛ لذا ولی حق ممانعت از تزویج مولی علیه با کفو او را ندارد؛ چراکه سبب فساد می شود (خوئی، موسوعه، ۲۱۹/۳۳؛ سبحانی، نظام النکاح، ۱۹۴/۱).

و. استناد به قاعده های لاجرح و لاضرر: مستفاد از اطلاعات آیات و روایات این است که ایجاد عقد نکاح در اختیار خود دختر باکره رشیده است بدون اینکه برای پدر یا جد پدری ولایتی باشد، اما بر اساس برخی نصوص از اطلاعات ادله مذکور رفع ید می کنیم و رضایت و ولایت آن ها را معتبر و شرط می دانیم و این نصوص هر چند مقید اطلاعات ادله مذکور بوده اند، اما نصوص مذکور خود نیز مقید به ادله نفی حرج هستند؛ یعنی اعتبار رضایت آن ها تا زمانی است که منجر به عسر و حرج مولی علیه نشود (همو، همان،

۱۹۴/۱). بنابراین، اشتراط اذن ولی حتی در صورت عضل و ممانعت او منشأ و سبب حرج برای مولی علیه است و با ادله لاجرح نفی می شود.

پس اقتضای قاعده نفی عسرو حرج این است که در فرض مذکور ولایت ولی ساقط می شود (سبزواری، ۲۴/۲۶۶)؛ زیرا ولایت او بر نکاح دختر امتثالی است، بنابراین اگر ممانعت وی بدون مصلحت و صرفاً از روی عناد و لجاجت با دختر یا خواستگار او باشد، ولایتش ساقط می شود. افزون بر آن، مطابق قاعده لاضرر و لاضرار، حکم ضرری مورد نفی شارع مقدس است، بنابراین ضرر رساندن برخی از افراد در خصوص برخی دیگر جایز و نافذ نیست (بحرانی، ۲۳/۲۳۲)؛ کاشف الغطاء نجفی، ۲۳؛ سبحانی، نظام النکاح، ۱/۱۹۴).

اشکال: برخی از فقها در اشکال بر استدلال به قاعده لاضرر و لاجرح گفته اند که افزون بر اخص بودن دلیل در خصوص مدعا، دو قاعده مذکور صرفاً نفی حکم می کنند، نه اثبات حکم؛ بنابراین، بر اساس استدلال به قاعده های مذکور نمی توان استقلال دختر باکره را اثبات کرد (حسینی روحانی، ۲۱/۱۶۳).

به نظر می رسد اشکال مطرح شده وارد نیست و استدلال به قاعده های مذکور در مسئله محل تحقیق، تام و صحیح است؛ چراکه ممانعت بی دلیل ولی از تزویج مولی علیه به کفو او، با وجود میل و رغبت طرفین و سوء استفاده از حق ولایت، در حقیقت به نوعی در تنگنا قراردادن مولی علیه و ورود ضرر (به معنای عدم نفع و سوء حال) به او تلقی می شود.

بنابراین اخص بودن دلیل در خصوص مدعا پذیرفته نیست. از نظر اینکه قاعده های مذکور صرفاً جنبه نفی حکمی دارند نه اثبات حکم، بایستی گفت که اولاً، این مطلب امری اختلافی بین فقهاست؛ زیرا برخی از فقها معتقدند که قاعده های مذکور با توجه به حکومت ادله آنها راجع به ادله اولیه، تنها نافعی احکام ضرری و حرجی هستند و هیچ گونه نقش اثبات حکم ندارند و تمسک به آنها برای اثبات و ایجاد حکم، مستلزم تأسیس فقه جدید است (خوانساری، ۱۹۱/۵). در مقابل، برخی دیگر از فقها معتقدند که قواعد مذکور افزون بر نفی حکم ضرری و حرجی در صورتی که از نبود حکمی ضرر یا حرجی برای افراد پدید آید، اثبات حکم نیز خواهند کرد و در موارد متعددی برای اثبات حکم به آنها استناد کرده اند (طباطبایی، ۱۶/۱۴)؛ ثانیاً، بر فرض پذیرش اینکه قاعده های مذکور صرفاً نفی حکم می کنند نه اثبات حکم، باید بگوییم که در این صورت استدلال به قاعده های مذکور تنها برای اثبات استقلال مولی علیه کارساز نخواهد بود، اما برای سقوط و نفی ولایت ولی همچنان درخور استناد است.

تحلیل و بررسی: مستفاد از مجموع ادله، ثبوت حق ولایت برای ولی در نکاح صرفاً برای رعایت مصلحت مولی علیه در امر خطیر نکاح و استفاده از تفکرات و تجربیات ولی در مسئله مهم زندگی

مولی علیه؛ یعنی انتخاب همسر است که این امر با تام الاختیار بودن ولی و اینکه تعیین تکلیف نکاح مولی علیه به طور مطلق در دست او باشد، منافات دارد. بنابراین، ثبوت ولایت مذکور در عین اطلاق، مقید به وجود خصوصیتی در ولی است که هدف از جعل چنین ولایتی برآورده شود. بر این اساس می توان گفت که صرف ممانعت بی دلیل ولی از تزویج مولی علیه خود با مردی که از نظر شرعی و عرفی کفو اوست و هر دو تمایل به عقد نکاح دارند، سبب عدم صلاحیت ولی و سقوط ولایت او می شود. از این رو، فقها نیز در باب نکاح و در بحث اولیای عقد و عضل ولی به طور مطلق بیان کرده اند که ممانعت بی دلیل ولی سبب سقوط ولایت او می شود و قید یا شرطی (به نحو شرط متأخر) نیاورده اند که اگر منجر به تحقق عقد نکاح یا وقوع عقد و برقراری رابطه زناشویی شود ولایت او ساقط می شود و همچنین در ادله سقوط ولایت ولی در صورت عضل نیز - چنان که ملاحظه شد - چنین قید و شرطی معتبر دانسته نشده است. بنابراین، با توجه به نبود دلیل بر اشتراط، در صورت تردید در اشتراط نیز با استناد به اصل عدم، عدم اشتراط^۱ آن ثابت می شود. حاصل سخن اینکه مطابق ادله و دیدگاه فقها، صرف ممانعت بی دلیل ولی از تزویج مولی علیه با کفو شرعی و عرفی او سبب سقوط ولایت او می شود و این امر مشروط به وقوع عقد یا وقوع عقد و برقراری رابطه زناشویی (دخول) نیست.

۴. اثر مترتب بر ولایت ساقط شده ولی به دلیل عضل

پس از تبیین این نکته که به مجرد ممانعت ولی از تزویج مولی علیه با مرد کفو او، ولایت او ساقط می شود و این امر مشروط به تحقق عقد نکاح یا وقوع عقد و برقراری رابطه زناشویی نیست، بحث در اثر مترتب بر سقوط ولایت است. به عبارتی روشن تر، پس از تحقق سقوط ولایت ولی، این مسئله در خور طرح و بررسی است که آیا ولایت ولی فقط در خصوص همان فعل و موردی که ممانعت غیر موجه و خیانت او ثابت شده ساقط می شود و دختر باکره رشیده در خصوص همان مورد استقلال رأی پیدا می کند یا اینکه افزون بر سقوط ولایت ولی در خصوص همان مورد، در سایر موارد نیز ولایت او به طور کلی ساقط می شود و دختر باکره رشیده به طور کلی می تواند در تصمیم گیری خود مستقلاً عمل کند؟

مستفاد از مجموع ادله سقوط ولایت ولی در صورت عضل این است که صرف ممانعت غیر موجه ولی سبب سقوط ولایت او به طور کلی می شود و بلکه از ظاهر عبارات برخی از فقها نیز که فرموده اند: «ولو

۱. از نظر علمای اصولی، استصحاب عدمی یا به تعبیری، اصل عدمی در صورت تردید در اشتراط یک شیء در امری نیز جاری می شود (نانینی، اجود التفویرات، ۱۰۳/۱؛ سبحانی، المحصول، ۳۵۹/۴) و فقها در موارد متعددی به اصالة عدم الاشتراط استناد کرده و به عدم شرطیت شیء مشکوک در مسئله ای حکم داده اند (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۴۰۰/۵؛ حلی، ۶۱۴/۴؛ فاضل مقداد، التفتیح الرائع، ۱۶۵/۲ و ۱۲۴/۴؛ صاحب جواهر، ۱۹۹/۲۷؛ بجنوردی، ۲۴۵/۴).

عضلها الولی - و هو أن لا یزوجها بالاکفاء مع رغبتها - استقلت إجماعاً» (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۱۴/۳) یا اینکه فرموده‌اند: «لو عضلها الولی سقط اعتبار رضا و جاز لها الاستقلال بالعقد علی نفسها» (بحرانی، ۲۳/۲۳) و «إذا عضلها الولی أی منعها من التزویج بالکفو مع میلها سقط اعتبار إذنه» (طباطبائی یزدی، ۸۶۴/۲)، چنین استفاده می‌شود که مراد از سقوط ولایت ولی در صورت عضل، سقوط کلی ولایت ولی و ثبوت استقلال باکره رشیده است، نه سقوط ولایت در خصوص یک مورد. آنچه از اشکال برخی از فقها (حسینی روحانی، ۱۶۳/۲۱) در استدلال به ثبوت خیانت ولی به سبب عضل و ممانعت و استدلال به قاعده‌های لاضرر و لاجرح برای سقوط ولایت ولی برمی‌آید این است که مدنظر فقها در سقوط ولایت ولی در بحث عضل، سقوط کلی ولایت ولی است، نه سقوط در خصوص یک مورد. افزون بر آن، این امر؛ یعنی سقوط کلی ولایت ولی و ثبوت استقلال مولی علیه چنان‌که برخی از فقها تصریح کرده‌اند (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۱۴/۳؛ محقق کرکی، ۱۲۷/۱۲؛ بحرانی، ۲۳/۲۳)، نظری اجماعی میان فقهای قائل به ثبوت ولایت مذکور است.

افزون بر ادله مذکور برای سقوط کلی ولایت ولی می‌توان به چند دلیل دیگر نیز استناد کرد که عبارت‌اند از:

أ. استناد به قدر متیقن از ثبوت حق ولایت: علت اختلاف آرای فقها در خصوص ثبوت ولایت در عقد نکاح باکره رشیده ناشی از اختلاف روایات^۱ است و آن دسته از فقهایی که قائل به ثبوت چنین ولایتی هستند صرفاً از باب تعبد به روایات دال بر آن، قول به لزوم اذن و رضایت ولی را اختیار کرده‌اند، چراکه مولی علیه در بحث ما شخص عاقل و بالغ و رشید است که در سایر امور خود، غیر از انعقاد عقد نکاح اهلیت دارد و تحت ولایت کسی نیست و نیز اصل بر عدم ولایت شخصی در خصوص فرد دیگر است و ثبوت ولایت برای ولی در نکاح بالغه رشیده به دلیل ادله مذکور از این اصل خارج شده است؛ از این رو به نظر می‌رسد که بایستی به قدر متیقن از ثبوت چنین ولایتی اکتفا کرد؛ یعنی تا زمانی این ولایت ثابت است که مصلحت مولی علیه مراعات شود و ولی دارای اوصاف و خصوصیتی باشد که بتواند به مولی علیه نفع رساند و در تصمیم‌گیری او را یاری کند. بنابراین، به صرف ظهور عدم رعایت مصلحت مولی علیه از سوی ولی، دیگر ولایتی برای او ثابت نمی‌شود.

ب. قاعده اقدام به زیان: مستفاد از قاعده مذکور این است که هرگاه شخصی عملی را از روی علم و آگاهی انجام دهد که سبب سلب امتیاز از او شود کسی مسئول جبران آن نخواهد بود. بر اساس قاعده

۱. نک: کلینی، الکافی، ۳۹۴ تا ۳۹۱/۵؛ حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة، ۲۰/۲۶۷ تا ۲۷۳.

مذکور، در بحث ما نیز ثبوت حق ولایت برای ولی در نکاح باکره رشیده امتیازی برای ولی است و دخالت دادن و محترم شمردن نظر او در انعقاد نکاح مولی علیه محسوب می شود و به منظور رعایت مصلحت مولی علیه و استفاده از تجربیات ولی است، بنابراین استیفای چنین ولایتی و استفاده از اختیارات ناشی از آن بایستی محدود به رعایت حال مولی علیه باشد؛ از این رو، در صورت احراز و اثبات زیان زندگی تصمیم ولی بر مولی علیه، ولایت او در خصوص همان مورد به طور قطع ساقط می شود و برای اثبات ولایت در سایر موارد، به عبارتی، برای بازگشت ولایت ساقط شده نیاز به دلیل است که در این بحث هیچ دلیلی برای ثبوت مجدد ولایت وجود ندارد؛ لذا به طور کلی می گوییم که به صرف سقوط ولایت ولی در موردی، دیگر هیچ ولایتی برای او باقی نمی ماند.

ج. استصحاب سقوط ولایت: در صورتی که بر اساس ادله ذکر شده نتوان سقوط کلی ولایت ولی را اثبات کرد، حداقل پس از سقوط اعتبار اذن او در خصوص همان موردی که عدم رعایت حال مولی علیه از سوی ولی محرز شده، راجع به بقای ولایت او در سایر موارد تردیدی حاصل می شود که آیا ولایت ساقط شده ولی باز می گردد یا خیر؟ در این صورت بر اساس اصل استصحاب، حکم به بقای سقوط ولایت ولی می شود؛ چراکه مطابق ادله مستند برای ثبوت ولایت در تزویج باکره رشیده؛ مانند روایت حلبی از امام صادق (ع) که در آن آمده است: «سألت عن البکر اذا بلغت مبلغ النساء ألهما مع أبيها امر؟ فقال: ليس لها مع أبيها امر ما لم تُتَّيَّب»^۱ (حر عاملی، ۲۰/۲۷۱)، به طور عام در تمام زمان هایی که مولی علیه دارای وصف باکره و رشیده باشد و ولی اوصاف لازم را دارد، برای ولی ولایتی در تزویج او ثابت است، اما به سبب ادله سقوط ولایت ولی در صورت عضل و ممانعت بی وجه او از تزویج مولی علیه با مرد کفو او، عام مذکور تخصیص می خورد و چنین ولایتی در همان زمان و در همان مورد خاص از بین می رود، حال تردید داریم که راجع به زمان های بعدی و سایر موارد نیز این ولایت از بین رفته است یا خیر؟ آیا در سایر زمان ها بایستی به عموم عام عمل کنیم و چنین ولایتی را ثابت بدانیم یا حکم مخصص را استصحاب کنیم و قائل به سقوط ولایت مذکور شویم؟

مطابق مبنای علمای اصولی، هرگاه حکم عامی وارد شده باشد، سپس حکم خاصی آن را در خصوص برخی افراد در زمانی تخصیص زند، آنگاه این تردید به وجود آید که آیا پس از گذشت زمان اول (و مورد اول) که با تخصیص از عموم عام خارج شده، می توان راجع به زمان های دیگر نیز حکم خاص را باقی

۱. از امام صادق (ع) درباره دختر باکره ای که زمان ازدواج او فرا رسیده سؤال کردم که آیا او در صورت وجود پدر اختیاری (در نکاح خود) دارد؟ حضرت (ع) فرمود: با وجود پدر، دختر هیچ اختیار (و استقلالی) ندارد، تا زمانی که نوبه نگشته است. گفته شده عبارت: «لیس لها مع أبيها امر» ظهور قوی در نفی استقلال باکره و اشتراط اذن ولی دارد (شبیبری زنجانی، کتاب النکاح، ۳۹۹/۱۱).

دانست یا استصحاب حکم خاص جاری نمی‌شود و باید به‌عموم عام تمسک کرد؟ در این صورت بایستی بحث و بررسی کرد که عموم عام از کدام قسم است؛ اگر عموم عام، استغراقی زمانی باشد، یعنی همه افراد عام به‌صورت مستقل تحت حکم عام باشند و هر فرد زمانی به‌تهایی موضوع حکم باشد، در این صورت نمی‌توان حکم خاص را استصحاب کرد؛ زیرا با حکم خاص فقط یک فرد که در زمان اول واقع شده از عموم عام خارج شده است، اما اگر بخواهیم با استصحاب حکم خاص، این حکم را به‌زمان‌های بعدی تسری دهیم، لازمه‌اش آن است که با وجود حکم عام آن را بی‌دلیل تخصیص زاید بزنیم و این صحیح نیست. اگر عموم عام از نوع عام مجموعی باشد (مثل وجوب امساک از طلوع فجر تا غروب آفتاب یا وجوب وفای به عقد)؛ یعنی عام بیانگر حکمی مستمر در طول زمان باشد و به تعداد زمان‌های مختلف حکم وجود نداشته باشد، می‌توان استصحاب حکم خاص کرد؛ زیرا با ورود خاص و تخصیص عام، حکم عام منقطع می‌شود و زمان‌های پس از زمان ورود خاص را شامل نخواهد شد، در نتیجه استصحاب حکم خاص سبب تخصیص زاید نمی‌شود (انصاری، ۲۷۳/۳ تا ۲۷۵؛ آخوند خراسانی، ۴۲۴؛ خوئی، مصباح الاصول، ۲۵۸ تا ۲۵۷/۲؛ محقق داماد، مباحثی از اصول فقه، ۵۶/۳ تا ۵۷). باتوجه‌به مبنای اصولی مطرح‌شده به نظر می‌رسد که در مسئله محل تحقیق، ثبوت ولایت برای ولی راجع به تزویج باکره رشیده در تمام زمان‌هایی که مولی‌علیه وصف باکره دارد، حکمی مستمر در طول زمان‌های مذکور است؛ یعنی مستفاد از ادله ثبوت ولایت در نکاح باکره رشیده، حکم واحدی است متعلق به وجود چنین ولایتی برای ولی و معتبر بودن رضایت او در نفوذ عقد، نه اینکه به تعداد زمان‌ها موضوع وجود داشته و برحسب تعدد آن احکام متعددی نیز مطرح باشد. بنابراین، عموم عام ادله ثبوت ولایت برای ولی در تزویج باکره رشیده از نوع عام مجموعی است، حال پس از سقوط ولایت ولی به‌سبب ممانعت غیرموجه او در خصوص یک مورد و منقطع شدن حکم عام ثبوت ولایت برای ولی، در صورت تردید در خصوص بقای آن در سایر موارد، حکم مخصص؛ یعنی سقوط ولایت ولی را استصحاب می‌کنیم و به سقوط ولایت به‌طور کلی در تمام زمان‌های بعدی حکم می‌شود.

گفتنی است با استصحاب بیان‌شده، سقوط کلی ولایت ولی ثابت می‌شود و ثبوت استقلال باکره رشیده با آن اثبات‌شدنی نیست؛ چراکه ثبوت استقلال برای باکره رشیده لازمه عقلی سقوط کلی ولایت ولی است، چنان‌که در علم اصول ثابت شده است که آثار عقلی یا عادی مستصحب را نمی‌توان بر اجرای استصحاب مترتب دانست. به‌عبارت دیگر، اصل مثبت، حجت نیست، اما از آنجا که پس از سقوط کلی ولایت ولی، برای فرد دیگری چنین ولایتی ثابت نیست، دختر باکره رشیده مستقلاً در امر نکاح خود تصمیم‌گیری خواهد کرد.

۵. سقوط ولایت ولی به صرف عضل در قانون مدنی

پس از تحلیل و بررسی ادله و آرای فقها و حصول این نکته که -در صورت قبول به لزوم اذن ولی در نکاح باکره رشیده- ولایت ولی به مجرد ممانعت غیر موجه او به طور کلی ساقط می‌شود، گفتنی است که قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نیز از دیدگاه آن دسته از فقهای که قائل به اعتبار اذن ولی در نکاح باکره رشیده هستند، تبعیت کرده و نکاح دختر بالغ باکره رشیده را منوط به اذن ولی دانسته است؛ یعنی چنانکه عقد نکاح چنین دختری بدون اذن ولی انجام گیرد، نافذ نیست و پس از حصول اجازه او نافذ می‌شود. از این رو، در ماده ۱۰۴۳ ق.م.مقرر داشته است: «نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او است و هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند اجازه او ساقط و در این صورت دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده است، پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید.»

ملاحظه می‌شود که قانون مدنی نیز به پیروی از نظر اجماعی فقهای قائل به لزوم اذن ولی در نکاح باکره رشیده، ممانعت و مضایقه بدون علت موجه ولی از دادن اذن را سبب سقوط ولایت او دانسته است و به نظر می‌رسد از ماده مذکور نیز می‌توان سقوط کلی ولایت ولی به مجرد ممانعت غیر موجه او را استفاده کرد؛ چراکه اطلاق عبارت «هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند اجازه او ساقط و...» و نیز «در همان مورد» پس از عبارت اجازه او، بیانگر سقوط کلی ولایت ولی است، نه سقوط ولایت در خصوص یک مورد. بنابراین، پس از ممانعت بی دلیل ولی از دادن اذن، اعتبار اذن او ساقط می‌شود و مولی علیه در ایجاد عقد نکاح خود مستقل خواهد شد. این احتمال نیز وجود دارد که گفته شود قانون‌گذار صرفاً ممانعت غیر موجه ولی را سبب سقوط ولایت او دانسته است؛ اما نسبت به سقوط کلی ولایت ساکت است.

به هر صورت قانون‌گذار برای پیشگیری از مفاسد و حل مسائل و رفع منازعات و به بن بست نرسیدن روابط اجتماعی، با استفاده از اصول و قواعد حاکم بر فقه اسلامی، در این گونه موارد مقرر کرده است که دختر پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص می‌تواند به دفتر ازدواج مراجعه و در خصوص ثبت ازدواج اقدام کند. چنان که برخی از حقوق دانان و محققان در شرح ماده مذکور مطرح کرده‌اند: مضایقه از دادن اجازه ممکن است به چهار صورت اتفاق افتد: ۱. بدون بیان علت ازدواج را رد کند؛ ۲. به استناد علت غیر موجه آن را رد کند؛ ۳. هیچ گونه نظر موافق یا مخالفی را اعلام نکند؛ ۴. با ذکر علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند.

در سه صورت اول دختر حق دارد به شرح ذیل ماده ۱۰۴۳ به دادگاه مراجعه و اجازه ازدواج تحصیل کند (محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده، ۵۵)، اما در صورتی که مضایقه از اجازه دادن با ذکر علت موجه باشد، دختر نمی تواند با مرد پیشنهاد شده ازدواج کند؛ مانند آنکه ولی، دختر تحصیل کرده خود را که از خانواده محترمی است از نکاح با مردی که سابقه شرارت و چاقوکشی دارد یا چندین بار در نتیجه جرایم عمومی محکوم و در زندان به سر برده منع کند (امامی، ۲۸۶/۴).

گفتنی است که اثبات موجه بودن دلایل رد نیز برعهده ولی نیست، بلکه چنانچه پس از انجام امر ازدواج، ولی معترض باشد، کافی است که در دادگاه مخالفت خود را به اثبات رساند و اثبات موجه نبودن دلایل رد یا ناموجه بودن مخالفت ولی برعهده زوجین است (محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده، ۵۶ تا ۵۵).

نتیجه گیری

پس از تحلیل و بررسی ادله و عبارات فقها و حقوق دانان نتایج زیر به دست می آید:

اعتبار اذن ولی در نکاح باکره رشیده از مسائل مهم باب نکاح است که به دلیل اختلاف روایات در این خصوص و به کار بستن اصل احتیاط، بین فقهای امامیه اختلاف زیادی پدیدار شده است؛ به طوری که افزون بر دو قول متقابل استمرار ولایت ولی و استقلال باکره رشیده، تفصیلات متعددی نیز از سوی ایشان مطرح شده است.

همه قائلان به لزوم اذن ولی در نکاح باکره رشیده برآنند که ممانعت بی دلیل ولی از تزویج مولی علیه با مردی که از نظر شرعی و عرفی کفو اوست و هر دو رغبت به ازدواج دارند، سبب سقوط ولایت او می شود. این امر در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نیز منعکس شده و قانونگذار در ماده ۱۰۴۳ ق.م.پس از تصریح به لزوم اذن ولی در نکاح باکره رشیده، عضل او را سبب سقوط ولایتش دانسته است.

ثبوت ولایت برای ولی در امر نکاح، همانند سایر موارد ثبوت ولایت صرفاً برای رعایت مصلحت مولی علیه و تصمیم گیری به نفع اوست؛ از این رو، داشتن چنین ولایتی هیچ گونه اقتدار و سلطه ای برای ولی در نکاح مولی علیه ایجاد نمی کند و بلکه بقای آن پس از ثبوت نیز منوط به وجود شایستگی های اخلاقی و قدرت تدبیر در ولی است. بنابراین، در صورت عضل و ممانعت بی دلیل او از تزویج مولی علیه با مرد کفو او، با وجود میل و رغبت هر دو به ایجاد عقد نکاح، صلاحیت نداشتن ولی و خیانت او احراز می شود و دیگر هیچ گونه ولایتی برای او باقی نخواهد ماند.

افزون بر آن، بر اساس روایات رسیده از ائمه (ع)، مناسبت حکم و موضوع، استدلال به قیاس اولویت و

قاعده‌های لاجرح و لاضرر، استناد به قدر متیقن از ثبوت حق ولایت، قاعده اقدام به زیان و اصل استصحاب نیز می‌توان اذعان داشت که ممانعت بی‌وجه ولی در فرض مذکور سبب سقوط ولایت او به‌طور کلی می‌شود و مولی‌علیه در انعقاد عقد نکاح خود استقلال خواهد داشت.

منابع

قرآن کریم

- آبی، حسن بن ابیطالب، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کفایة الاصول، چاپ اول، قم: آل‌البيت (ع)، ۱۴۰۹ق.
- ابن ادریس، محمد بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، کتاب من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- ابن براج، عبدالعزیز بن نحریر، المذهب، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- ابوالصلاح حلبی، تقی بن نجم، الکافی فی الفقه، چاپ اول، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۰۳ق.
- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران: اسلامی، بی‌تا.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، فرائد الاصول، چاپ نهم، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۸ق.
- ایزدی فرد، علی اکبر و حسین کاویار، «جستاری فقهی حقوقی پیرامون عضل در نکاح باکره رشیده»، مطالعات اسلامی فقه و اصول، س ۴۳، ش ۸۷/۱، ۱۳۹۰، ص ۶۸-۳۵.
- بجنوردی، حسن، القواعد الفقهیة، به تحقیق مهدی مهریزی و محمدحسین درایتی، چاپ اول، قم: الهادی، ۱۴۱۹ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
- تجلیل تبریزی، ابوطالب، التعلیقة الاستدلالية علی تحریر الوسيلة، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ اول، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸.
- حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، چاپ اول، قم: آل‌البيت (ع)، ۱۴۰۹ق.
- حسینی روحانی، سیدصادق، فقه الصادق (ع)، چاپ اول، قم: دار الکتاب-مدرسه امام صادق (ع)، ۱۴۱۲ق.
- حکیم، محسن، مستمسک العروة الوثقی، چاپ اول، قم: دار التفسیر، ۱۴۱۶ق.
- حلی، محمد بن حسن، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، چاپ اول، قم: اسماعیلیان، ۱۳۸۷ق.
- خمینی، روح‌الله، تحریر الوسيلة، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۱۲ق.

- خوانساری، احمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان، ١٤٠٥ق.
- خوئی، ابوالقاسم، مصباح الاصول، چاپ اول، قم: مؤسسه احیاء آثار السید الخوئی، ١٤٢٢ق.
- _____، موسوعه الامام الخوئی، چاپ اول، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ١٤١٨ق.
- سبحانی، جعفر، نظام النکاح فی الشریعة الاسلامیة الغراء، چاپ اول، قم: بی نا، بی تا.
- _____، المحصول فی علم الاصول، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق(ع)، ١٤١٤ق.
- _____، درس خارج فقه، ١٣٩٢/٠٨/٠٤،
- <http://www.eshia.ir/feqh/archive/text/sobhani/feqh>
- سبزواری، عبدالاعلی، مهذب الاحکام، چاپ چهارم، قم: المنار، ١٤١٣ق.
- شیرازی زنجانی، موسی، کتاب النکاح، چاپ اول، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، ١٤١٩ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة، چاپ اول، قم: کتاب فروشی داوری، ١٤١٠ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ١٤٠٤ق.
- طباطبایی، علی بن محمد، ریاض المسائل، چاپ اول، قم: آل البيت(ع)، ١٤١٨ق.
- طباطبائی یزدی، محمد کاظم، العروة الوثقی، چاپ دوم، بیروت: اعلمی، ١٤٠٩ق.
- طوسی، محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، چاپ اول، تهران: دار الکتب الاسلامیة، ١٣٩٠ق.
- _____، التبیان فی تفسیر القرآن، بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- _____، الخلاف، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ١٤٠٧ق.
- _____، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، بیروت: دار الکتب العربی، ١٤٠٠ق.
- _____، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الاسلامیة، ١٤٠٧ق.
- عظیم زاده اردبیلی، فاتره، «آثار و گستره اذن ولی در نکاح دوشیزه»، فقه و حقوق خانواده، س ١٤، ش ٥٠، ١٣٨٨، ص ٦٨-٨٨.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٣ق.
- _____، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٣ق.
- علم الهدی، علی بن حسین، الانتصار فی انفرادات الامامیة، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٥ق.
- فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة؛ النکاح، چاپ اول، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار(ع)، ١٤٢١ق.

فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، چاپ اول، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۴ق.

_____، کنز العرفان فی فقه القرآن، چاپ اول، قم: مرتضوی، ۱۴۲۵ق.

فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، چاپ دوم، قم: هجرت، ۱۴۱۰ق.

فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، چاپ اول، قم: دار الرضی، بی تا.

قطب راوندی، سعید بن هبة الله، فقه القرآن، چاپ دوم: قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ق.

کاشف الغطاء نجفی، حسن بن جعفر، انوار الفقاهة؛ کتاب النکاح، چاپ اول، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق.

کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الاسلامیة، ۱۴۰۷.

مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، ملاذ الاحیاء فی فهم تهذیب الاخبار، چاپ اول، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره)، ۱۴۰۶ق.

مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی، روضة المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه، چاپ دوم، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور، ۱۴۰۶ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.

محقق داماد، مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده- نکاح و انحلال آن، چاپ اول، قم: بی نا، بی تا.

_____، مباحثی از اصول فقه، چاپ اول، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۲.

محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، کفایة الاحکام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ق.

محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم: آل البيت (ع)، ۱۴۱۴ق.

مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، چاپ اول، تهران: مرکز کتاب لترجمة والنشر، ۱۴۰۲ق.

مفید، محمد بن محمد، المقنعة، چاپ اول، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید (ره)، ۱۴۱۳ق.

مکارم شیرازی، ناصر، انوار الفقاهة؛ کتاب النکاح، چاپ اول، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۵ق.

نائینی، محمد حسین، اجود التقریرات، به تقریر سید ابوالقاسم خوئی، چاپ اول، قم: عرفان، ۱۳۵۲.