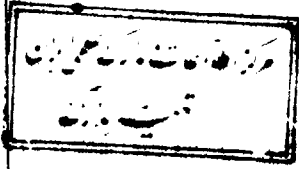


۱۳۷۸ ۴/ ۲۰



## دانشگاه شهید بهشتی دانشکده حقوق

پایان نامه:

جهت دریافت درجه کارشناسی ارشد

موضوع:

ولایت درنکاح

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر حسین مهرپور

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر سیدمصطفی محقق داماد

نگارش:

بابک عسکریان

سال تحصیلی ۷۸-۱۳۷۷

مرکز خدمات تایپ شورای دانشجویی دانشگاه علوم پزشکی شهید بهشتی تلفن: ۲۴۱۴۱۳۱ داخلی ۲۶۱

۲۴۳۸۷

1172/2

تقدیم به :

**پدر و مادر و برادر بزرگوارم**

**که همیشه راهنمای بنده بوده‌اند و موفقیت اندک  
خود را مدیون زحمات و راهنمایی‌های اینان می‌دانم و به  
همسرم که در طول دوران تحصیل با صبر و بردباری  
مشکلات و مصائب را برای اینجانب تسهیل نمود.**

## فهرست مطالب

صفحه

عنوان

پیشگفتار

مقدمه

### فصل اول: کلیات (ولایت در حقوق اسلام)

۲	مبحث اول: مفهوم ولایت و اقسام آن
۲	گفتار اول: مفهوم ولایت
۲	الف - مفهوم لغوی ولایت
۲	ب - مفهوم اصطلاحی ولایت
۳	گفتار دوم: اقسام ولایت
۳	الف - ولایت عام
۴	ب - ولایت خاص
۵	۱ - ولایت قهری
۵	۲ - ولایت وصی
۷	ج - رابطه ولایت با قیمومت
۱۱	د - رابطه وصایت با قیمومت
	ه - بحث انتقادی: (ضرورت احیاء ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده
۱۱	
۱۵	مبحث دوم: بررسی نسب قانونی و طبیعی و تاثیر آن در ولایت
۱۵	گفتار اول: ولی قهری و اولاد نامشروع
۱۵	الف - بررسی فقهی

- ب - بررسی حقوقی ..... ۱۶
- گفتار دوم: ولی قهری و اولاد ناشی از تلقیح مصنوعی ..... ۱۹
- گفتار سوم: سرپرست و فرزند خوانده ..... ۲۱
- مبحث سوم: شرایط ولی ..... ۲۴
- گفتار اول: اسلام (مسلمان) ..... ۲۴
- گفتار دوم: عدم حجر ..... ۲۴
- گفتار سوم: عدالت ..... ۲۵

### فصل دوم: اولیاء در عقد نکاح

- مبحث اول: ولایت پدر و جدپدری ..... ۲۸
- گفتار اول: دلایل ولایت پدر و جدپدری ..... ۲۸
- الف - دلایل ولایت پدر ..... ۲۸
- ب - ولایت جدپدری و دلایل آن ..... ۳۰
- گفتار دوم: رابطه ولایت پدر و جدپدری ..... ۳۲
- الف - قبول نظریه اشتراک ولایت پدر و جدپدری در فقه و قانون مدنی ..... ۳۳
- ب - تأثیر حیات پدر در ولایت جدپدری ..... ۳۶
- ۱ - نظریه اشتراط حیات پدر ..... ۳۷
- ۲ - نظریه عدم اشتراط حیات پدر ..... ۳۸
- گفتار سوم: تعارض ولایت پدر و جدپدری ..... ۳۹
- الف - نظریه بطلان ودلائل آن ..... ۳۹
- ب - نظریه تقدم ولایت جدپدری و دلایل آن ..... ۴۰

ج - نظریه تقدم ولایت پدر و دلایل آن	۴۱
د - دیدگاه قانون مدنی	۴۱
مبحث دوم: ولایت اشخاص غیر از پدر و جدپدری	۴۴
گفتار اول: ولایت مادر و جد مادری	۴۴
الف - نظریه عدم ولایت	۴۴
ب - نظریه ولایت	۴۵
گفتار دوم: ولایت وصی	۴۶
الف - نظریه ولایت وصی بطور مطلق	۴۷
ب - نظریه عدم ولایت وصی بطور مطلق	۴۸
ج - نظریه ولایت وصی در صورت تنصیب	۴۹
گفتار سوم: ولایت حاکم	۵۲
<b>فصل سوم: وضعیت نکاح محجورین (چگونگی اعمال ولایت ولی در نکاح محجورین)</b>	
مبحث اول: نکاح صغیر و صغیره	۵۷
گفتار اول: انعقاد نکاح توسط ولی	۵۷
الف - دیدگاه فقهی	۵۷
ب - نظر قانون مدنی	۵۹
۱ - تا قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۱	۵۹
۲ - بعد از اصلاحیه سال ۱۳۶۱	۶۰
گفتار دوم: لزوم رعایت مصلحت از جانب ولی و ضمانت اجرای آن	۶۲

- الف - رعایت مصلحت از جانب ولی ..... ۶۲
- ب - ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت ..... ۶۴
- ۱ - بطلان عقد نکاح واقع شده از جانب ولی ..... ۶۵
- ۲ - غیر نافذ بودن عقد نکاح واقع شده از جانب ولی ..... ۶۵
- گفتار سوم: وضعیت نکاحی که خود صغیر و صغیره مستقلاً در آن اعلام اراده نموده باشند ..... ۶۷
- الف - نظریه بطلان نکاح بطور مطلق ..... ۶۸
- ب - نظریه بطلان نکاح صغیر غیر ممیز و غیرنافذ بودن نکاح صغیر ممیز ..... ۶۹
- ج - دیدگاه قانون مدنی ..... ۷۱
- گفتار چهارم: اختیار و یا عدم اختیار فسخ عقد نکاح واقع شده توسط ولی برای صغار بعد از بلوغ ..... ۷۳
- الف - نظریه عدم اختیار فسخ از جانب صغار بعد از بلوغ (صغیر و صغیره) ..... ۷۴
- ب - نظریه اختیار فسخ برای صغیر بعد از بلوغ و عدم اختیار فسخ برای صغیره ..... ۷۵
- گفتار پنجم: بحث انتقادی ..... ۷۸
- مبحث دوم: وضعیت نکاح سفیه و مجنون ..... ۸۷
- گفتار اول: نکاح سفیه ..... ۸۷
- الف - نظریه ولایت بر تنفیذ نکاح ..... ۸۹
- ب - نظریه عدم ولایت بر تنفیذ نکاح ..... ۹۲

ج - نظریه قابل قبول در حقوق ایران..... ۹۴

گفتار دوم: نکاح مجنون ..... ۹۸

### فصل سوم: وضعیت نکاح بعد از بلوغ و رشد

مبحث اول: نظرات فقهی در زمینه نکاح دختر بالغه باکره..... ۱۰۶

گفتار اول: سقوط ولایت اولیاء و ثبوت آن برای خود دختر..... ۱۰۶

گفتار دوم: استمرار ولایت اولیاء..... ۱۱۲

گفتار سوم: اشتراک در ولایت بین دختر و یکی از اولیاء (پدر و یا

جدپدری)..... ۱۱۷

گفتار چهارم: لزوم اذن ولی در نکاح دائم و استقلال دختر بالغه

باکره در نکاح منقطع..... ۱۲۱

گفتار پنجم: سایر نظرات..... ۱۲۳

الف - ولایت عرضی هر یک از دختر و اولیاء..... ۱۲۳

ب - ولایت طولی هر یک از پدر و دختر..... ۱۲۳

مبحث دوم: پذیرش نظریه اشتراک ولایت بین دختر و ولی (پدر و

جدپدری) در حقوق ایران..... ۱۲۴

گفتار اول: شرایط اعتبار اذن ولی..... ۱۲۶

الف - باکره بودن دختر..... ۱۲۶

ب - عدم مخالفت غیر موجه ولی..... ۱۳۲

۱ - معیار در کفو چیست..... ۱۳۳

۲ - وضعیت نکاح دختر در صورت ممانعت ولی..... ۱۳۶

۲ - ۱ - مرجع تشخیص موجه بودن یا نبودن مخالفت

ولی	۱۳۶
۳- ۲- چگونگی اجرای قضایی اذن در صورت ممانعت	
ولی	۱۳۸
ج- امکان استیذان از پدر و جدپدری	۱۴۳
د- ضمانت اجرای نکاح دختر بدون اذن ولی	۱۴۷
۱- نظریه صحت عقد واقع شده	۱۴۸
۲- نظریه بطلان عقد نکاح	۱۵۱
گفتار دوم: بحث انتقادی	۱۵۳
الف- پایین بودن سن ازدواج	۱۵۳
۱- بررسی فقهی	۱۵۶
۲- ضرورت احیاء ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی قبل از اصلاح ۱۶۰	
ب- ضرورت تغییر ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی	۱۶۳
نتیجه‌گیری	۱۷۰
کتابنامه	۱۷۳
ضمائم	۱۸۸



### بیش گفتار

«الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على خاتم النبيين المبعوث  
رحمة للعالمين و على آله. و صحبه الابرار الى يوم الدين.

خانواده، نخستین نظام نهادی است که برای رفع نیازمندیهای  
حیاتی انسانی و بقای جامعه ضرورت تام دارد. خانواده در عین حال که  
کوچکترین واحد اجتماعی است، هسته اصلی هر جامعه و مبناء و پایه هر  
اجتماع بزرگ است و آنچه که پایه‌های تشکیل خانواده را پی‌ریزی  
می‌نماید میل طبیعی و فطری علاقه انسان به حفظ موجودیت و ادامه  
نسل خود است که ندانسته به حکم جاذبه درونی به سوی آن کشیده  
می‌شود. این تمایل باطنی به انسان اختصاص ندارد و در سایر  
موجودات هر یک به نحوی ظاهر می‌گردد. بنابراین همزمان با پیمان زن  
و مرد ازدواج نیز بعنوان یک تأسیس اجتماعی در تاریخ بشر خودنمایی  
کرده است و اصیل‌ترین رابطه اجتماعی انسانی است.

حق ازدواج همچون حق حیات از جمله حقوق طبیعی است که منشاء  
تدوین قواعد و مقررات بسیار در حقوق موضوعه ممالک جهان گردیده  
است. مسئله ازدواج در طول تاریخ و در میان هر دسته و جمعیتی طبق  
اوضاع و احوال و خصوصیات نژادی و قبیله‌ای و قومی و عادات و آداب  
و رسوم بتدریج ریشه گرفته و به شکلی اجراء شده است. آنچه که  
مشخص است از قدیمیترین ایام دوران زندگانی بشر تا به امروز مسئله  
صیانت حقوق و استحکام مبانی خانواده همیشه مورد علاقه و توجه  
وافر پیشوایان ملل و راهنمایان اقوام مختلف جهان بوده و سعی و تلاش

بر این بوده تا در تقویت اساسی و بنیان خانواده بکوشند.

در گذشته هدف از ازدواج مسائل مختلفی از قبیل پیوند دو قبیله و استفاده‌های اقتصادی و غیره بوده در حالیکه امروزه افراد با تحقق ازدواج در پی نیل به اهداف همچون تکامل شخص و بدنبال آن رشد و تکامل جامعه، ایجاد روحیه تعاون و مشارکت و همکاری در مسائل مختلف و بهره‌مند شدن از کلیه مواهب و کامیابیهای جنسی و معنوی و غیره می‌باشند.

و اساساً امروزه پی‌آمدهای منفی و زیانبار ازدواجهای ناآگاهانه نه تنها دامن خود طرفین را می‌گیرد بلکه تسری به جامعه نیز پیدا می‌کند. و لذا اهمیت اولین گام برای تشکیل خانواده با توجه به مسائل فوق کاملاً مشخص می‌گردد.

**مقدمه:**

در دین مبین اسلام، احدی بر کسی سلطه و ولایت ندارد و کراراً این مطلب از جانب ائمه معصوم و فقیهان تأیید و بر آن تأکید شده است. از نظر فقهای اسلامی، ولایت ریاستی است که مخصوص شارع می باشد و بنابراین اصل عدم ولایت است و این اصلی است کلی ولی مطلق نیست و استثنائاتی بر آن وارد گشته است.

از جمله مواردی که قانونگذار اسلامی استثنائاً سلطنت و اختیار امور مربوط به شخص دیگر را برای فرد دیگری قائل شده اختیار زناشوئی است که می تواند در مواردی به دست غیر از زن و شوهر صورت گیرد. اساساً نکاح چون عقد است باید شرایط اساسی سایر عقود را داشته باشد و در نتیجه طرفین باید دارای شرایط عمومی معاملات باشند و در صورت فقدان این شرایط انجام عقد منوط به ایجاد آن از جانب افراد دیگر که از طرف شارع اسلام بنام اولیاء برگزیده شده اند. می باشد.

ممکن است ادعا شود که مسئله «ولایت در نکاح» قبلاً مطرح بوده و نظریات فقهاء نیز در این زمینه بطور کامل و مبسوط ابراز گشته است و در نتیجه نیازی به طرح و بررسی مجدد این موضوع احساس نمی شود. نادرستی این ادعا کاملاً مسلم است و به قول استاد شهید مرتضی مطهری «مقتضیات عصر ما ایجاب می کند که بسیاری از مسائل مجدداً مورد ارزیابی قرار گیرد و به ارزیابیهای گذشته بسنده نشود»<sup>(۱)</sup> و

مسلم است که بررسی مجدد آراء نظرات قبلی فقهاء که طبع بیان حکم بگونه‌ای است که با توجه به اوضاع و احوال مصالح آن روز ابراز گشته امری کاملاً معقول خواهد بود.

از طرف دیگر احکام اسلامی با توجه به جهان شمول بودن آن باید در تمام دنیا قابلیت اجراء داشته باشد و طبایع همه افراد آن را بپذیرد. و لذا اگر حکمی به اسلام نسبت داده شود که برخلاف سنت الهی و قانون طبیعی باشد از اسلام نخواهد بود.

آنچه که نگارنده را تشویق به انتخاب موضوع «ولایت در نکاح» نموده است علاوه بر اهمیت این مسأله در فقه و حقوق (که با نظری اجمالی در قانون مدنی و ابواب مختلف فقه کاملاً مشخص می‌شود.) مسائلی است که امروزه در جامعه ما مطرح است و دیدگاهها و نظرات موافق و مخالفی است که در زمینه «ولایت در نکاح» ابراز گشته است، و ضرورت طرح و بررسی این مسئله را دوچندان می‌نماید.

با توجه به اینکه قانون مدنی به پیروی از شیوه غالب در وضع مواد قانون مدنی از فقه امامیه پیروی نموده است و در ما نحن فیه نیز از این سنت تبعیت نموده است لذا روش تحقیق بگونه‌ای است که مباحث مطرح شده ابتدا در فقه امامیه مورد بررسی قرار گیرد، و در مواقعی نیز با فقه اهل سنت مطابقت شود و رویه قضایی و نظریه‌های مشورتی نیز در این نوشته مدنظر بوده است و آراء دادگاهها و شعب و هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز تا حد امکان مورد بحث و بررسی قرار گرفته و برای روشنتر شدن بحث استفتائیه‌هایی نیز از مراجع عظام به عمل آمده که در

بخش ضمیمه موجود است.

✧ موضوع رساله حاضر طی چهار فصل بدین شرح ارائه می‌گردد:

در فصل اول به ترسیم دورنمایی از ماهیت و تعریف ولایت و اقسام ولایت و شرایط ولایت پرداخته شده.

در فصل دوم بحث در مورد اولیاء در عقد نکاح می‌باشد و اینکه اساساً چه کسانی غیر از زن و شوهر صلاحیت انعقاد عقد نکاح برای اینان را دارند.

در فصل سوم به وضعیت نکاح محجورین پرداخته شده، و سخن از نکاح صغار و سفهاء و مجانین می‌باشد.

در فصل چهارم به بررسی نکاح بعد از بلوغ در رشد پرداختیم، و محور بحث در اینجا بررسی نکاح دختر بالغه باکره می‌باشد و نظریات مختلف فقهی و حقوقی در این زمینه ارائه و بررسی شده است.

در خاتمه برخورد واجب می‌دانم از زحمات بی‌شائبه کلیه اساتید گرانقدر دانشگاه شهید بهشتی که در طول دوران تحصیل زحمات بسیاری را متحمل گردیده‌اند علی‌الخصوص از جناب آقای دکتر مهرپور استاد راهنمای اینجانب و جناب آقای دکتر محقق داماد استاد مشاور که با راهنماییها و نظرات خود بنده را در راه اتمام این رساله یاری نموده‌اند، و همچنین جناب آقای دکتر افتخار جهرمی ریاست محترم دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی که در این راه بنده را یاری نمودند، کمال تشکر را نمایم.

# فصل اول

## کلیات (ولایت در حقوق اسلام)

## مبحث اول: مفهوم ولایت و اقسام آن

### گفتار اول: مفهوم ولایت

#### الف - مفهوم لغوی ولایت

ولایت چنانچه به فتح و او تلفظ شود به معنای نصرت، نسب و وُربوبیت می باشد که در این صورت مصدر است<sup>(۱)</sup>. و چنانچه به کسر «واو» و فتح «یاء» تلفظ شود به معنای فرمانروایی و پادشاهی است که در این صورت اسم است<sup>(۲)</sup>. و در کتب لغت فارسی به معنای دوست داشتن و یاری دادن، دست یافتن و تصرف کردن و تسلط پیدا کردن آمده است<sup>(۳)</sup>. «ابن اثیر در نهایه می گوید در ولایت اشعاری است به تدبیر، قدرت و فعل و اگر اینها نباشد اسم والی به آن اطلاق نمی شود و هر کس که سرپرست امری بشود یا قیام به آن بکند پس او مولی و ولی او است»<sup>(۴)</sup>.

#### ب - مفهوم اصطلاحی ولایت

از نظر اصطلاح فقهای اسلامی ولایت ریاستی است که باید مخصوص شارع باشد چون اصل در این است که هیچ کس بر دیگری تفوق و برتری نداشته باشد. بنابراین اصل عدم ولایت است مگر برای کسانی که از طرف شارع دارای حق ولایت می شوند و خلاصه آنکه

۱- مجمع البحرین. ج ۱ ص ۴۵۵ ۲- همان منبع و همان صفحه

۳- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، جلد مربوط به واو

۴- مولود بهرامی- پایان نامه ولایت قهری ولایت قانونی مدرسه عالی شهید مطهری ص ۱

فقهای اسلامی ولایت مطلقه را برای خداوند قائلند آن هم از نظر اینکه می‌گویند خداوند مالک الملوک است.

مفهوم اصطلاحی ولایت از مفهوم لغوی آن دور نیست و بر حسب اصطلاح فقهاء عبارت است «از سلطنت و تسلط عقلی یا شرعی بر چیز خواه مسلط علیه نفس باشد یا مال یا هردو، خواه سلطه و استیلاء اصلی باشد یا تبعی<sup>(۱)</sup>». و در اصطلاح حقوقی ولایت عبارت است از سلطه و اقتداری که قانون به جهتی از جهات به کسی می‌دهد که امور مربوط به غیر را انجام دهد و کسی که این سمت را دارد ولی نامیده می‌شود<sup>(۲)</sup>.

### گفتار دوم: اقسام ولایت

#### الف - ولایت عام

ولایت در معنای عام همچنانکه از تعریف فقهاء مشخص است عبارت است از مطلق قدرت و تصرف و لذا شامل ولایت پیامبر اکرم(ص) و ائمه معصومین، پدر و جدیدری، وصی، حاکم و عدول مؤمنین (در صورت نبود حاکم) می‌باشد.

با توجه به همین معنایی که از تعریف فقهاء استنباط می‌شود می‌توان گفت در حقوق ایران ولایت به معنای عام عبارت است از مواردی که شخص از نظر قانون در اداره امور مربوط به شخص دیگر دارای

۱- آل بحر العلوم. سید محمد بلغة الفقیه ج ۳. ص ۲۱۰ «هی سلطنة علی الغیر عقلیة او شرعیة. نفساً کان او مالاً او کلیهما بالاصل او بالعارض».  
۲- امامی. سیدحسن. حقوق مدنی. ج ۵ ص ۲۰۲



اختیارات کلی محدود و یا جزئی باشد و شامل ولایت مادر در حضانت طفل (ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی) پدر و جد پدری (ماده ۱۱۸۱ قانون مدنی) و وصی منصوب از طرف یکی از آنان در حضانت و اداره امور مالی محجورین (م ۱۱۸۸ قانون مدنی) و مدیر تصفیه در کلیه اختیارات و حقوق مالی ورشکسته (م ۴۱۸ قانون تجارت) و بستانکاران معسر در کلیه اختیارات و حقوق مدعی اعسار (م ۱۲۲۲ قانون مدنی) و حاکم می باشد<sup>(۱)</sup>. در مورد حاکم لازم به تذکر است که سمت حاکم را تا قبل از تصویب قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب دادرسی و دادستان که مدعی العموم نامیده می شود عهده دار بودند اما بعد از تصویب این قانون و از بین رفتن تشکیلات دادرسی و دادستان تمامی مسؤولیتها و وظایف دادستان به رؤسای محاکم و رئیس دادگستری شهرستان و استان محول شده است و به موجب تبصره ۱۲۴ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب: «امور حسبیه و کلیه اختیاراتی که در سایر قوانین بر عهده دادستان عمومی بوده به جزء اختیاراتی که به موجب این قانون به رؤسای محاکم تفویض شده است به رئیس دادگستری شهرستان و استان محول می شود».

### ب - ولایت خاص

ولایت در معنی خاص عبارت است از ولایت پدر جد پدری و وصی منصوب از ناحیه ایشان برای اداره امور صغیر، مجنون و غیر رشیدی که جنون یا عدم رشد آنها متصل به صغر باشد. لذا این قسم از ولایت را

۱- اکبر ایمانیپور کرتق. پایان نامه وظایف و اختیارات ولی قهری در حقوق ایران. دانشگاه تربیت مدرس ص ۱۵

تحت عنوان ولایت قهری (ولایت پدر جد پدری) و وصی بحث می‌کنیم.

### ۱- ولایت قهری

ولایت قهری که ولایت اجباری و ذاتی هم نامیده می‌شود<sup>(۱)</sup> ولایتی است که از شئون علاقه بین پدر و فرزند است. زیرا همین که طفل بدنیا آمد به جعل الهی تحت ولایت پدر و جد پدری که دارای شرایط ولایت باشند قرار می‌گیرد و نیاز به انتصاب یا تنفیذ ندارد و اینکه ولی نمی‌تواند از دخالت در امور مربوط به اموال و حقوق مالی و نگهداری و مواظبت طفل خودداری کند بدین جهت به پدر و جد پدری ولی قهری یا اجباری گفته می‌شود<sup>(۲)</sup>.

قانون مدنی ما نیز به تبعیت از فقه امامیه ولایت قهری را در انحصار پدر و جد پدری می‌داند، در ماده ۱۱۸۰ نظر می‌دارد: «طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر و جد پدری خود می‌باشد و همچنین است طفل غیر رشید یا مجنون در صورتی که عدم رشد یا جنون او متصل به صفر باشد».

البته باید خاطر نشان ساخت که ولایت قهری پدر به فرزندان خود مخصوص شریعت اسلام نیست و در تمامی مذاهب و جوامع مختلف این امر وجود دارد.

### ۲- ولایت وصی

وصی شخصی است که از طرف پدر و جد پدری برای زمان پس از

۱- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. ترمینولوژی حقوقی. ج ۱ ص ۷۵۷ ولایت اجباری ولایت ذاتی و ولایت قهری هم نامیده می‌شود و مرادف ولایت به معنی خاص است.

۲- کاشف الغطاء تحریر الجمله ج ۵ ص ۱۰

فوت معین می‌شود تا اموری را که ولی می‌توانسته انجام دهد او به انجام آن اقدام کند. و در حقیقت پدر و جد پدری نه تنها در زمان حیات خود فرزندان محجور خود را تحت حمایت خود قرار می‌دهند بلکه بعد از مرگ نیز این حمایت را با انتخاب وصی اعمال می‌کنند. البته اختیار هر یک از پدر و جد پدری برای چنین امری در صورتی است که یکی از پدر یا جد پدری بعلت فوت یا حجر قادر به اداره امور محجور نباشد و الا با وجود یکی از آنان با داشتن صلاحیت برای اداره امور محجور دیگری چنین حقی ندارد و ضمانت اجراء چنین وصیتی بطلان آن می‌باشد و در توجیه بطلان این گونه وصیت گفته شده است که: هر یک از پدر و جد پدری مستقلاً دارای سمت ولایت می‌باشند و با فوت یکی از آن دو دیگری به سمت ولایت استقلالی به اداره امور مولی علیه می‌پردازد و وصی قائم مقام ولی می‌باشد که فوت نموده است و با بودن اصیل در امر ولایت قائم مقام موردی ندارد<sup>(۱)</sup>. این امر را ماده ۱۱۸۹ قانون مدنی بیان می‌کند.»

هیچ یک از پدر و جد پدری نمی‌تواند با حیات دیگری برای مولی علیه خود وصی معین کند.»

اختیار پدر و جد پدری برای تعیین وصی را ماده ۱۱۸۸ قانون مدنی بیان می‌دارد: «هر یک از پدر و جد پدری بعد از وفات دیگری می‌تواند برای اولاد خود که تحت ولایت او می‌باشند وصی معین کند تا بعد از فوت خود در نگهداری و تربیت آنها مواظبت کرده و اموال آنها را اداره نماید.» هم چنانکه گفته شد اختیارات وصی را پدر و جد پدری تعیین

۱- امامی، سید حسن، حقوق مدنی ج ۵ ص ۲۰۴

می‌کند و در حقیقت وصی نماینده عهدی قهری است و همه اختیارات خود را از او می‌گیرد و لذا به ولایت وصی ولایت عهدی نیز گفته می‌شود چرا که اختیار وصی شاخه‌ای از ولایت قهری است که در نتیجه وصیت عهدی به وصی تفویض می‌شود<sup>(۱)</sup>. با توجه به این امر در صورتی که وصی از اختیارات خود تجاوز نماید ضمانت اجرای آن بطلان اعمال حقوقی خارج از حدود اختیارات وی می‌باشد.

همچنانکه پدر و جد پدری در صورتی که با وجود شرایط ذکر شده برای زمان بعد از وفات خود می‌توانند وصی تعیین کنند این اختیار را می‌توانند برای وصی انتخاب شده نیز در نظر گیرند که برای زمان بعد از خود تعیین وصی نماید. چنانکه ماده ۱۱۹۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «ممکن است پدر و جد پدری به کسی که بسمت و صایت معین کرده اختیار تعیین وصی بعد از فوت خود را برای مولی علیه بدهد».

در حقیقت قانونگذار انتصاب وصی را از مواردی ندانسته که قائم به شخص موصی باشد و در نتیجه پدر و جد پدری می‌تواند حق تعیین وصی دوم را به وصی بعد از خود واگذار نماید.

### ج - رابطه ولایت یا قیمومت

پیش از بیان رابطه ولایت با قیمومت لازم است توضیحاتی درباره نهاد قیمومت و شخص قیم داده شود. قیم در اصطلاح حقوقی به شخصی اطلاق می‌شود که در صورت نبودن ولی خاص توسط دادگاه برای سرپرستی محجور نصب می‌شود.

۱- کاتوزیان، ناصر - حقوق مدنی خانواده ج ۲ ص ۲۴۰

آنچنانکه بعضی از اساتید حقوق بیان می‌دارند: «قیمومت نوعی از ولایت است که به منظور حمایت از کودکان و محجوران آغاز می‌شود این ولایت نه قهری و به حکم قانون ایجاد می‌شود و نه قرارداد در استقرار آن نقش دارد. سمتی است عمومی و قضایی که در آن شایستگی قیم بیش از هر شرط دیگری اهمیت دارد<sup>(۱)</sup> (برخلاف ولایت پدر و جد پدری که صرف رابطه خونی و خویشاوندی داشتن برای اعطاء این سمت کفایت می‌کند).

همچنانکه مشخص می‌شود عنوان‌های ولایت و وصایت و قیمومت در طول یکدیگر قرار دارند محجور تا زمانی که دارای پدر و جد پدری است تحت ولایت قهری او است و سپس اینان شخصی را بعنوان وصی تعیین می‌کنند تا بعد از مرگ خود محجور تحت حمایت وصی قرار گیرد، و در صورتی که اولیاء خاص وجود نداشته باشند نوبت به قیم می‌رسد و بنابراین قیمومت نهاد حقوقی است که قانونگذار بعد از ولایت و وصایت برای سرپرستی و حمایت محجور پیش‌بینی کرده است<sup>(۲)</sup>.

با توجه به مباحثی که مطرح شد درمی‌یابیم که هر دوی ولایت

۱- کاتوزیان، ناصر. حقوق مدنی خانواده ج ۲ ص ۲۴۴  
 ۲- با امعان نظر به این نکته که در حقوق اسلامی سمت قیم بر مبنای ولایت حاکم است «الحاکم ولی من لا ولی له» و او می‌تواند به قیم نمایندگی دهد و اختیارات و وظایف او را تعیین کند. ولی تفاوتی با قیمومت در حقوق ما دارد چرا که برخلاف حقوق اسلام که وظایف و اختیارات قیم را حاکم تعیین می‌کرد. وظایف و اختیارات قیم را قانون تعیین کرده است در حقیقت برخلاف قیمومت در حقوق اسلامی که قیم نماینده و وکیل حاکم بوده و تابع وظایف و اختیاراتی که او تعیین می‌نمود در حقوق امروز قیمومت یک نهاد حقوقی مستقلی است که بر طبق ضوابطی توسط دادگاه تعیین می‌شود و دادگاه بر کار او نظارت دارد.

قهری و قیمومیت برای حمایت و حفظ حقوق محجورین می‌باشد. اما در مورد تفاوت‌هایی که این دو نهاد دارند باید گفت: اولاً همچنانکه گفته شد ولایت پدر و جد پدری ولایتی است قهری که از شئون علاقه بین پدر و فرزند است و صلاحیت و شایستگی آنان مدنظر نیست چرا که به محض بدنیا آمدن طفل به جعل الهی تحت ولایت پدر و جد پدری قرار می‌گیرد، در حالیکه قیمومت نهادی است که بطور قهری ایجاد نمی‌شود و احتیاج به قبول این سمت از جانب قیم دارد و همچنین شایستگی و صلاحیت آنان برای او از این سمت مدنظر است و تشریفات نیز برای نصب قیم باید مراعات شود (مواد ۱۲۲۲ و ۱۲۲۳ قانون مدنی).

ثانیاً دامنه اختیارات ولی قهری گسترده‌تر از حدود اختیارات قیم می‌باشد چرا که ولی قهری در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی مولی علیه خود نمایندگی قانونی دارد (ماده ۱۱۸۳ قانون مدنی) و تصرفاتش نافذ می‌باشد در حالیکه اختیارات قیم در موارد زیادی محدود شده است. بعنوان مثال قیم نمی‌تواند به سمت قیمومت از طرف مولی علیه با خود معامله کند (ماده ۱۲۴۰ قانون مدنی) و یا اینکه دعاوی مربوط به مولی علیه را به صلح خاتمه دهد مگر با تصویب مدعی العموم (ماده ۱۲۴۲ قانون مدنی) و یا سایر محدودیت‌هایی که قانونگذار برای او در نظر گرفته (ماده ۱۲۴۱ قانون مدنی).

ثالثاً: سومین تفاوت اینان افرادی هستند که در تحت حمایت اینان می‌باشند چرا که افرادی که به موجب ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی تحت ولایت و سرپرستی ولی قهری قرار دارند عبارتند از: «طفل صغیر و شخص

غیر رشید و مجنون در صورتی که عدم رشد یا جنون آنها متصل به صفر باشد. اما افرادی که تحت حمایت و سرپرستی قیم می باشند بر طبق ماده ۱۲۱۸ قانون مدنی عبارتند از: صغار و مجانین و اشخاص غیر رشید که جنون یا عدم رشد آنها متصل به زمان صغر نباشد و همچنین صغار مجانین و اشخاص غیر رشید که جنون یا عدم رشد آنها متصل به زمان صغر باشد و ولی خاص (پدر و جد پدری و وصی منصوب از ناحیه ایشان) نداشته باشند.

رابعاً: به واسطه اینکه ولایت ولی قهری ولایت ذاتی می باشد که به جعل الهی می باشد لذا هیچگاه عزل ولی قهری از سمت خود قابل تصور نیست و همچنانکه ملاحظه می شود حتی در مواردی که خیانت و عدم شایستگی او احراز شده باشد و یا به واسطه غیبت یا حبس و یا به هر علتی که نتواند به امور مولی علیه رسیدگی کند تنها کاری که دادگاه می تواند انجام دهد ضم امین می باشد (مواد ۱۱۸۴ و ۱۱۸۷ قانون مدنی) در حالی که قیم را می توان از سمت خود عزل نمود بعنوان مثال چنانچه محرز شود قیم فاقد و صف امانت بوده یا اگر قیم و مرتکب یکسری جرائم از قبیل:

سرقه، خیانت در امانت، کلاهبرداری و اختلاس، هتک ناموس و یا ورشکسته به تقصیر یا تقلب شود و یا به عللی دیگر غیر از علل مذکور به حبس محکوم شود طبق مقررات عزل و شخص دیگری به جای او منصوب می شود (مواد ۱۲۴۸ و ۱۲۵۰ قانون مدنی).

#### د - رابطه وصایت با قیمومیت

هر دو نهاد وصایت و قیمومت برای حمایت و حفظ حقوق صغار و محجورین می باشد اما در مورد تفاوت‌های این دو نهاد باید گفت:

اولاً: همچنانکه ملاحظه شد وصایت و قیمومت در طول یکدیگر قرار دارند یعنی محجور تا زمانی وصی وجود دارد تحت حمایت و سرپرستی او می باشد و بعد از وصی است که نوبت به قیم می رسد.

ثانیاً: در حدود اختیارات وصی و قیم نیز اختلافاتی به چشم می خورد چراکه دامنه اختیارات وصی را ولی قهری تعیین می کند و قانونگذار حد و مرزی برای این اختیارات قائل شده است. در حالی که حدود اختیارات قیم در قانون تعیین شده و از آن نمی تواند تجاوز نماید.

ثالثاً: هیچ مقام قضایی حق دخالت در کار وصی را ندارد. چنانچه ماده ۷۳ قانون امور حبسی مقرر می دارد: «در صورتی که محجور ولی یا وصی داشته باشد دادستان و دادگاه حق دخالت در امور او را ندارد و فقط دادستان بعد از رسیدگی لازم می تواند وصایت وصی را تصدیق نماید».<sup>(۱)</sup> در صورتی که همچنانکه ملاحظه شد بعضی از اعمال قیم باید زیر نظر مقام قضایی و با کسب اجازه از ناحیه ایشان باشد.

#### ه - بحث انتقادی

(ضرورت احیاء ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳)  
قانونگذار ما به تبعیت از فقه امامیه در ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی ولایت قهری را مختص به پدر و جدپدری دانسته که ایندو در عرض یکدیگر

۱- مجموعه کامل قوانین و مقررات حقوقی قانون امور حبسی ص ۷۳۳



بطور استقلالی ولایت بر مولی علیه دارند و همچنانکه ملاحظه می‌شود قانون برای مادر که نزدیکترین فرد و دلسوزترین فرد به اولادش محسوب می‌شود هیچگونه ولایتی در نظر نگرفته و حتی جدپدیری را صالحتر از مادر برای اداره امور مولی علیه دانسته است. اولین تحول در این زمینه در سال ۱۳۵۳ در قانون حمایت خانواده صورت گرفت که در حقیقت مادر را نیز در ولایت بر فرزند دخالت داد که این امر نتیجه انتقاداتی بود که در مورد بی توجهی به مادر نسبت به اداره امور مالی و سایر امور مولی علیه شده بود ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده در این زمینه مقرر می‌داشت: «در صورت ثبوت حجر یا خیانت و عدم قدرت و لیاقت پدر در اداره امور صغیر و یا فوت پدر حق ولایت به تقاضای دادستان به هر یک از جدپدیری و یا مادر واگذار می‌گردد.»

و در واقع نوعی حق ولایت برای مادر قائل شده بود که در صورت صلاحدید توسط دادگاه به این سمت منصوب می‌شد که به نظر می‌رسید این اقدام قانونگذار به تبعیت از حقوق اروپائیان بود. این وضع تا سال ۱۳۵۸ ادامه داشت تا اینکه با تصویب ماده واحده مورخه ۵۸/۷/۱۵ توسط شورای انقلاب که مقرر می‌دارد: «قواعد و مقررات قانون مدنی راجع به ولایت و قیمومت در مورد اطفال صغار به قوت خود باقی است و مقررات مغایر با آن ملغی می‌گردند» ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده نسخ ضمنی گردید و ملاحظه می‌گردد که ولایت به همان شکل سنتی و تاریخی مختص پدر و جدپدیری می‌باشد و مادران از نظر قانون مدنی ولایتی بر مولی علیه برای آنان قابل تصور نیست.

در هر حال عقیده ما این است که احیاء ماده قانون حمایت خانواده در برهه کنونی امری ضروری و غیرقابل اجتناب است چراکه با نگاهی به جامعه کنونی در می‌یابیم که نقش مادران در پیشبرد اهداف خانواده نقشی بس عظیم و غیرقابل انکار می‌باشد در اکثریت قریب به موارد اتفاق مادر حداقل از جدپدیری صالحتر در اداره امور فرزند خویش می‌باشد. زمانی اگر ادعا می‌کردیم جد نیز صالح در اداره امور نحوه خویش است و حتی بهتر از پدر و یا مادر ایفای نقش می‌نماید سخنی گزاف نبود چراکه خانواده‌ها بصورت گسترده در کنار هم زندگی می‌کرده و ریاست این خانواده گسترده که گاهی تا چهار نسل در کنار هم زندگی می‌کردند با جد خانواده بود. و نقش مادر در اداره امور خانواده بسیار ضعیفتر از نقش کنونی بود.

ولی با نگرشی به خانواده‌های امروزه خصوصاً در شهرهای بزرگ و جامع که فرهنگ مخصوص به خود را یافته است در می‌یابیم دیگر خبری از خانواده‌های گسترده سنتی و قدیمی نمی‌باشد و چه بسا پدر بزرگها از نوه‌ها و فرزندان خویش مدتهای مدیدی بی‌اطلاع بوده و در عوض نقش مادر در تحقق بخشیدن به اهداف خانواده فزونتر از گذشته گردیده است با وجود این آیا می‌توان باز مدعی شد که پدر بزرگ مصلحت را بهتر از مادر تشخیص می‌دهد.

و به قول استاد شهید مرتضی مطهری: «مقتضات عصر ما ایجاب می‌کند که بسیاری از مسائل مجدداً ارزیابی قرار گیرد و به ارزیابیهای

گذشته بسنده نشود. (۱)

از جهتی قبول ماده مذکور به معنی اعطاء اجباری حق ولایت به مادر نمی باشد چراکه در صورت فقدان پدر و یا احراز عدم صلاحیت او در ادارد امور مولی علیه این اختیار به دادگاه اعطاء شده است که با سنجش اوضاع و احوالی و وضعیت جد و مادر هر کدام را صالحتر دانست به او اعطاء حق ولایت کند.

از جهت دیگر با احیاء مذکور دیگر پدران بی لیاقت و بی کفایت در حاشیه امنیت قرار ندارند چراکه در صورت احراز عدم صلاحیت اینان حق ولایت به مادر یا جدپدری اعطاء می گردد.

در حالی که در حال حاضر به موجب ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی تنها اختیاری که مقامات قضایی در صورت احراز عدم صلاحیت ولی قهری دارند ضم امین می باشد و ولایت ولی کماکان به قوت خود باقی خواهد ماند.

۱- استاد شهید مرتضی مطهری - منبع پیشین

## مبحث دوم: بررسی نسب قانونی و طبیعی و تأثیر آن در ولایت

### گفتار اول: ولی قهری و اولاد نامشروع

قدر مسلم ولایت قهری در نسب قانونی و شرعی موجود ثابت است ولی آنچه که جای تردید دارد این مسئله است که آیا رابطه ولایت در ولادت ناشی از زنا یا ولادت ناشی از شبهه موجود می‌باشد؟ در مورد ولایت در ولادت ناشی از شبهه جای هیچگونه شک و شبهه‌ای در ایجاد رابطه ولایت نیست و در بین فقهاء نیز اختلاف نظری مشاهده نمی‌شود و همگی بر این امر اتفاق دارند و قانون مدنی نیز به تبعیت از فقه امامیه در ماده ۱۱۶۵ مقرر می‌دارد: «طفل متولد از نزدیکی به شبهه فقط ملحق به طرفی می‌شود که در اشتباه بوده و در صورتی که هر دو در اشتباه بوده‌اند ملحق به هر دو خواهد بود».

و همچنانکه ملاحظه می‌شود ولایت پدر و جدپدری در مورد طفل متولد از شبهه ثابت است اما در مورد فرزند طبیعی یا ولدالفرنا جای بحث دارد و لذا ما این مسئله را از نظر فقهی و حقوقی مورد بررسی قرار داده‌ایم.

#### الف: بررسی فقهی

در مورد فرزند طبیعی یا ولدالزنا اکثر فقهای امامیه معتقدند که چنین طفلی به زانی ملحق نمی‌شود و هیچ رابطه‌ای از نظر ایجاد حق و تکلیف بین ایندو بوجود نمی‌آید و اینان صرفاً نسب شرعی را موجب

ولایت دانسته‌اند. (۱)

در مقابل عده محدودی حکم ولایت را با تردید در مورد ولدالزنا نیز ثابت دانسته‌اند به نظر اینان فرزند طبیعی عرفاً و لغه و عقلاً فرزند پدر و مادر است و شارع مقدس فرزند بودن او را نفی نکرده و تنها او را از ارث محروم ساخته است و نیز در احکام حرمت ازدواج بین فرزند طبیعی و قانونی تفاوتی نیست و به همین دلیل ولایت قهری در مورد فرزند طبیعی نیز ثابت است و بعبارت دیگر فرزند طبیعی در کلیه حقوق تکالیف با فرزند قانونی مشترک است و تنها توارث از این حکم کلی استثناء شده است. (۲)

#### ب - بررسی حقوقی

با توجه به ظاهر عبارت ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود.» و همچنین با توجه به ماده ۱۱۶۵ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «طفل متولد از نزدیکی به شبهه فقط ملحق به طرفی می‌شود که در اشتباه بوده و در صورتی که هر دو طرف در اشتباه بوده‌اند ملحق به هر دو خواهد بود.»

به نظر می‌رسد که قانونگذار ما نیز به تبعیت از قول مشهور فقهای امامیه تنها نسب شرعی و قانونی را موجب ولایت می‌داند. در نتیجه فرزند طبیعی (ولدالزنا) ملحق به ولی نمی‌گردد.

- ۱- آل بحر العلوم - سید محمد - همان - ص ۲۶۵ - نجفی - شیخ محمدحسن جواهرالکلام ج ۲۹ ص ۲۵۶.
- ۲- آیت اللهی، محمد صادق. مقاله ولی قهری و قلمرو اختیاراتش - ماهنامه کانون سردبختان سال چهارم و یکم. دوره دوم - شماره ۲ آبان ۱۳۷۶ ص ۷۷ - نقل از شیرازی - سلطان الواعظین کتاب الفقه ج - ۵۰ ص ۲۲۵

و حقوقدانان نیز این نظریه را پذیرفته‌اند.<sup>(۱)</sup>

ولی با وجود این دیوانعالی کشور در رأی شماره  $\frac{۶۱۷}{۷۶/۴/۳}$  دیدگاه جدیدی را ارائه کرده است و به نظر می‌رسد قول آن دسته از فقهای اندکی را پذیرفته که حکم ولایت را در مورد ولدالزنا نیز پذیرفته‌اند. متن رأی چنین است:

«به موجب بند الف ماده یک قانون ثبت احوالی مصوب سال ۱۳۵۵ یکی از وظائف سازمان ثبت احوال ثبت ولادت و صدور شناسنامه است و مقنن در این مورد بین اطفال متولد از رابطه مشروع و نامشروع تفاوتی قائل نشده است. تبصره ماده ۱۶ و ۱۷ قانون مذکور نسبت به مواردی که طفل ناشی از زنا یا باشد و زانی اقدام به اخذ شناسنامه نماید؛ با استفاده از عمومات و اطلاق مواد یاد شده و مسأله ۴۷ از موازین قضایی از دیدگاه حضرت امام خمینی (رضوان الله تعالی علیه) زانی پدر عرفی طفل تلقی و نتیجه کلیه تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه بر عهده وی می‌باشد و حسب ماده ۸۸۴ قانون مدنی صرفاً توارث بین آنها منتفی است و لذا رأی شعبه سی‌ام دیوانعالی کشور<sup>(۲)</sup>

۱- امامی - سیدحسن - حقوق مدنی - ج ۵ - ص ۲۰۳  
 ۲- طبق دادنامه شماره ۲۸۱ - ۷۳ صادره از شعبه چهارم دادگاه عمومی سیرجان خانم «مرقع» الف - دادخواست به طرفیت آقای «محسن» «نون» به خواسته اثبات نسب و اخذ شناسنامه برای فرزند مشترکشان تقدیم داشته که شعبه یاد شده پس از رسیدگی به استناد قرار طرفین به داشتن رابطه نامشروع و صدور حکم کیفری که طرفین به تحمل یکصد ضربه شلاق محکوم شده‌اند و با توجه به گواهی پزشکی قانونی ادعای خواهان (مادر طفل) را به حلال زاده بودن مولود مورد بحث مردود و رأی به رد دعوی خواهان صادر و اعلام نموده است. پرونده در اثر تجدیدنظر خواهی به دیوانعالی کشور ارسال و شعبه سی‌ام دیوانعالی کشور چنین رأی داده است:  
 حکم تجدید نظر خواسته از جهات ذیل مخدوش است: اولاً هرچند تجدیدنظر ادامه

موجه و منطبق با موازین شرعی و قانونی تشخیص می‌گردد. این رای به استناد ماده واحده قانون مربوط به وحدت رویه قضایی مصوب تیرماه سال ۱۳۲۸ برای شعب دیوانعالی کشور و دادگاهها در موارد مشابه لازم الاتباع است».<sup>(۱)</sup>

ممکن است ایراد گردد که این رأی در مورد صدور شناسنامه برای فرزند طبیعی است که به موجب آن پدر طبیعی (زانی) ملزم به اخذ شناسنامه برای فرزند طبیعی (ولدالزنا) گردیده است.

اما با توجه به عبارت «.... زانی پدر عرفی طفلی تلقی و در نتیجه کلیه تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه بر عهده ولی می‌باشد و حسب ماده ۸۴۴ قانون مدنی صرفاً موضوع توارث بین آنها منتفی است....» یک اصل کلی ایجاد کرده است و آن اصل اشتراک احکام بین فرزند طبیعی و قانونی است مگر مواردی که قانون استثناء کرده باشد. بنابراین با توجه به رأی فوق به صراحت می‌توان اظهار نظر کرد که

ادامه پاورقی خواه در پرونده مطروحه مدعی است که طفل حلال زاده است (رابطه مشروع) که این ادعا با توجه به پرونده کیفری پیوست و حکم صادره در این خصوص به شرح استدلال دادگاه مؤیداً به اقرار اولیه طرفین ضمن رسیدگی در پرونده کیفری از حیث وجود علقه زوجیت به هنگام انعقاد نطفه فرزند مورد ادعا بالنتیجه مشروع بودن رابطه وارد به نظر نمی‌رسد و اعتراض تجدید نظر خواه از این جهت مردود اعلام می‌گردد. ثانیا: اما از حیث اخذ شناسنامه و سایر وظایف مربوطه با توجه به فتوای حضرت امام (قدس...) به شرح مسأله سه و مسأله ۴۷ از موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی (ره) اینگونه فرزند زانی عرفاً فرزندان بوده و مشارالیه پدر عرفی محسوب است و باید تکالیف مربوط به پدر را از جمله پرداخت نفقه - حضانت اخذ شناسنامه انجام دهد و تنها حسب موازین شرعی و مواد قانونی موضوع توارث بین آنها منتفی است بنا به مراتب حکم تجدید نظر خواسته از این جهت مخدوش و نقض می‌گردد و به رسیدگی به شعبه هم عرض ارجاع می‌گردد. نقل از شماره ۱۵۲۹۳ - ۱۳۷۶/۶/۱۰ روزنامه رسمی.

۱- روزنامه رسمی شماره ۱۵۲۹۳ مورخ ۱۳۷۶/۶/۱۰

رابطه ولایت در نسب طبیعی نیز برقرار است. (۱)

### گفتار دوم: ولی قهری و اولاد ناشی از تلقیح مصنوعی

«لقاح مصنوعی عبارتست از داخل کردن منی مرد بوسیله آلات پزشکی در رحم زن و به طفلی که از عمل مزبور بوجود می آید طفل متولد از لقاح مصنوعی گفته می شود». (۲)

محور بحث حکم وضعی این عملی است که آیا طفلی که بوجود می آید ملحق به پدر و مادر طبیعی خود است یا آنکه ملحق به هیچیک از آنان نمی شود.

چنانچه فرزندی از تلقیح مصنوعی بین نطفه پدر و تخمک مادری که رابطه زوجیت قانونی بین آنها برقرار است بوجود آید تردیدی در قانونی بودن این فرزند نمی باشد و آثار ولایت در روابط وی و اولیانش موجود است. محل بحث درجائی است که فرزند از تلقیح مصنوعی بین زن و مرد اجنبی بوجود آید. در اینجا نیز چنانچه صاحب نطفه جاهل به عمل تلقیح باشد و ندانسته و به اشتباه این کار انجام گیرد همگی معتقدند طفل در حکم ولدالشبهه محسوب شده و در نتیجه بر طبق ماده ۱۱۶۵ قانون مدنی ملحق به صاحب نطفه است و پدر صاحب نطفه و ایندو ولایت قهری بر او خواهند داشت. (۳)

- ۱- آیت اللهی - محمد صادق - همان منبع ص ۷۸
  - ۲- امامی - سید حسن - حقوقی مدنی - جلد ۵ - ص ۲۹۹
  - ۳- امام خمینی (ره) تحریرالوسیله ج ۲ - ص ۶۲۱ و ۶۲۲ مسأله ۳. امامی.
- ادامه



ولی آنچه که مورد اختلاف بین فقهاء و حقوقدانان قرار گرفته درجائی است که عمل تلقیح عالمانه و بطور عمدی انجام گیرد. بین زن و مرد اجنبی در چنین حالتی بعضی معتقدند نسب چنین طفلی نه به پدر منسوب است و نه به مادر چراکه در نظر اینان آنچه سبب انتساب طفل به پدر و مادر می‌شود رابطه زوجیت بین آنان است یا اعتقاد به وجود چنین رابطه‌ای و بنابراین در هر موردی که این عامل اصلی وجود نداشته باشد خواه دلیل آبستنی نزدیکی نامشروع (زنا) باشد یا تلقیح مصنوعی باید نسب را نامشروع دانست و برعکس در هر جا که رابطه زناشویی یا شبهه محقق باشد به هر وسیله‌ای که زن آبستن شود نسب نامشروع است. (۱)

در مقابل بعضی دیگر حتی در صورتی که عمل تلقیح عالمانه بطور عمدی بین زن و مرد اجنبی انجام گیرد معتقد به مشروع بودن نسب چنین کودکی می‌باشند و در تأیید نظر خود استناد می‌کنند به ظاهر ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی که فقط طفل متولد از زنا را ملحق به پدر و مادر طبیعی نمی‌داند. و همچنین گفته فقیهانی که نسب کودک ناشی از مساحقه را شناخته‌اند. (۲) و استدلال دیگر اینان مبنی بر این است که بچه از نطفه

ادامه پاورقی سیدحسن حقوق مدنی - ج ۵ ص ۱۸۵. کاتوزیان - ناصر - حقوق خانواده ج ۲ ص ۲۲ صفایی - سیدحسین - امامی اسدالله - حقوق خانواده ج ۲ ص ۱۰۴

۱- کاتوزیان - ناصر - حقوق خانواده ج ۲ ص ۲۶ - امامی - سیدحسن - حقوق مدنی ج ۵ - ص ۱۸۶

۲- فقهای بزرگ امامیه مانند شیخ طوسی و محقق و صاحب مسالک و صاحب جواهر گفته‌اند: هرگاه از طریق مساحقه نطفه مرد اجنبی وارد رحم زن شود و طفلی از آن پدید آید این طفلی ملحق به صاحب نطفه است (به نقل از حقوق خانواده دکتر صفایی دکتر امامی ج ۲ ص ۱۰۴)

بوجود می‌آمده و عرفاً و لغتاً فرزند صاحب نطفه به حساب می‌آید<sup>(۱)</sup> به نظر می‌رسد که پیروی از نظریه کسانی که نسب چنین طفلی را مشروع نمی‌دانند با اصول اخلاقی جامعه ما و حفظ خانواده که پایه و مبنای هر جامعه‌ای است بهتر باشد.

### گفتار سوم: سرپرست و فرزند خوانده

فرزند خواندگی عبارت از قبول شخصی به فرزندى بدون آنکه در واقع شخص مزبور فرزند قبول کننده باشد<sup>(۲)</sup> و فرزند خوانده در واقع فرزند حکمی و انتساب او به خانواده مجاز است.<sup>(۳)</sup>

در مورد اینکه آیا سرپرست بر فرزند خوانده ولایت دارد یا خیر باید گفت که اساساً رابطه ولایت در مورد سرپرست فرزند خوانده وجود ندارد و در حقوق کنونی ما نیز مقرراتی در زمینه فرزندخواندگی بطور مستقل پیش‌بینی نگردیده و به تبعیت از شرع مقدس اسلام هیچگونه آثار حقوقی به آن مترتب نیست و در شرع مقدس اسلام به استناد آیه شریفه «ما جعل ادعیائکم ابنائکم»<sup>(۴)</sup> یعنی «خداوند فرزند خوانده‌های شما را

۱- صفایی - سیدحسین - امامی اسدالله - همان منبع ص ۱۰۴.

۲- امامی - اسدالله - مقاله تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه ص ۳۹۶

۳- کانتوزیان - ناصر - همان منبع ص ۳۸۱

۴- آیه ۴ سوره مبارکه احزاب. شان نزول این آیه شریفه در مورد ازدواج پیامبر اکرم(ص) با مطلقه زیدبن حارثه که فرزند خوانده پیامبر اکرم(ص) به شمار می‌آمد. می‌باشد و همچنین آیه ۳۷ از سوره احزاب که خداوند متعال می‌فرماید: «لایکون علی المومنین حرج فی ازواج ادعیائهم اذا قضاوا منهن و طرا...» یعنی بر مؤمنین برای زناشویی با همسران پسرخواندگان هنگامی که دوران زناشویی آنان سپری شده باشد حرجی نیست.»

فرزندان حقیقی شما قرار نداده است» صراحتاً فرزند خواندگی نسخ گردیده است.

هر چند در قانون مدنی ما فرزند خواندگی وجود ندارد ولی قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست منصوب ۱۳۵۴/۱/۱۲ نخستین گامی است که در حقوق ما برای شناسایی و منظم ساختن روابط اخلاقی اینگونه کودکان با خانواده‌ها برداشته شده. «در این قانون جانب احتیاط رعایت شده و به احترام سنت‌های مذهبی و ملی یکبارده و بطور صریح فرزندخواندگی عنوان نشده است.»<sup>(۱)</sup>

در ماده ۱۱ قانون مذکور مقرر گردیده است: «وظائف و تکالیف سرپرستان طفل تحت سرپرستی از لحاظ نگهداری و تربیت و احترام نظیر حقوق و تکالیف اولاد پدر و مادر است.» و همچنانکه ملاحظه می‌گردد سرپرستان هیچ ولایتی به فرزند خوانده ندارند و به همین علت است که این ارتباط ایجاد شده می‌تواند به هم خورد و کودک تحت سرپرستی در حکم فرزند خانواده دیگر در آید و طبق ماده ۱۶ قانون مذکور دادگاه آزاد است که این سمت را به هر کسی که صلاح بداند بسپارد. در حالی که فرزند مشروع را هیچ حادثه‌ای بیگانه نمی‌سازد و پیوند طبیعی او و پدر و مادر گسستنی نیست.

بعبارت دیگر در این مورد نه ولایت به معنی خاص موجود است و نه قیمومیت بلکه مورد از مواردی است که «سرپرست» عهده‌دار مسئولیت ولایت است نه خود ولایت.<sup>(۲)</sup> مع ذلک طبق تبصره ۱۱ قانون

۱- کاتوزیان - ناصر - همان منبع - ص ۳۸۲

۲- ایمانیور کرنق - اکبر - همان منبع - ص ۲۷.

مذکور (قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست) اداره اموال و نمایندگی قانونی طفل به عهده سرپرست خواهد بود مگر اینکه دادگاه ترتیب دیگری اتخاذ نماید.

## مبحث سوم: شرایط ولی

### گفتار اول: اسلام (مسلمان بودن)

مسلمان بودن ولی شرط ایجاد رابطه ولایت می باشد البته این شرط در صورتی لحاظ می شود که مولی علیه هم مسلمان باشد. بعبارت دیگر در صورت کفر پدر یا جدپدری حق ولایت آنان بر مولی علیه مسلمان قابل تصور نیست و چنانچه بعداً نیز کافر گردند ولایت آنان ساقط می گردد<sup>(۱)</sup> و این امر را می توان از این آیه شریفه استنباط نمود که خداوند متعال می فرماید: «ولن يجعل الله الكافرين على المؤمنين سبيلاً» یعنی «هرگز خداوند راهی برای کافرین علیه مؤمنین قرار نداده است»<sup>(۲)</sup> البته لازم به ذکر است که اگر یکی از پدر یا جدپدری کافر بوده یا کافر شوند ولایت دیگری و باقی است چه اینکه اینان در عرض یکدیگر ولایت دارند و بطور مستقل عمل می نمایند.

### گفتار دوم: عدم حجر

از دیگر شرایط ولی عدم محجوریت وی می باشد و این امر را ماده ۱۱۸۲ قانون مدنی به این نحو بیان می کند: «هرگاه طفل هم پدر و هم جدپدری داشته باشد و یکی از آنها محجور و یا بعلتی ممنوع از تصرف

۱- نجفی - شیخ محمد حسن - همان منبع - ج ۲۹ - ص ۲۰۶  
 ۲- سوره نساء آیه ۱۴۱.

در اموال مولی علیه گردد ولایت قانونی او ساقط می‌شود» چرا که ولی در این حالت خود تحت حمایت و سرپرستی دیگری می‌باشد و لذا نمی‌تواند حافظ حقوق و منافع مولی علیه باشد. مجدداً باید این را عنوان کنیم که چنانچه یکی از پدر یا جدپدری محجور باشند ولایت اختصاص به دیگری پیدا می‌کند چراکه پدر و جدپدری در عرض یکدیگر و بطور مستقل ولایت بر مولی علیه دارند و روی این اصل است که در صورتی که هر دوی پدر و جدپدری محجور شوند مطابق ماده ۱۱۸۵ قانون مدنی برای طفل قیمی تعیین می‌گردد<sup>(۱)</sup> مسئله دیگر اینکه هر چند در مواد ۱۱۸۲ و ۱۱۸۵ قانون مدنی فقط از طفل نامبرده شده لیکن شامل مجانین و اشخاص غیررشید نیز می‌شود زیرا ملاک حکم در هر سه مورد یک چیز است و آن محجور بودن شخص تحت ولایت می‌باشد.

### گفتار سوم: عدالت<sup>(۲)</sup>

در مورد این شرط بین فقهاء اختلاف نظر مشاهده می‌شود. پاره‌ای از فقهاء معتقدند که دارابودن وصف عدالت برای ایجاد سمت ولایت شرط می‌باشد و استناد این دسته از فقهاء مبنی بر این است که

۱- ماده ۱۱۸۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هرگاه ولی قهری طفل محجور شود مدعی العموم مکلف است مطابق مقررات راجعه به تعیین قیم قیمی برای طفل معین کند».

۲- عدالت، یعنی - ترک گناهان کبیره و اصرار ورزیدن بر گناهان صغیره رعایت مروت و مروت عبارت است از اتصاف به اموری که پسندیده است بر حسب زمان و مکان و شأن شخص در همه مراتب مذکور باید به حد ملکه برسد حالت عکس عدالت را فسق گویند (جعفری لنگرودی - محمد جعفر - ترمینولوژی حقوقی - ص ۴۴۴)

محال است خداوند متعال شخص فاسقی را بر شخص دیگری امین قرار دهد. (۱)

در مقابل پارهای دیگر از فقهاء با توجه به اصل عدم و مطلق بودن خصوص دال بر ولایت پدر و جدپدری عدالت را شرط نمی‌دانند. (۲)

قانون مدنی شرط دارابودن وصف عدالت برای ولی را متذکر نگردیده است و لذا به نظر می‌رسد که عدالت و یا عدم عدالت ولی هیچ تأثیری در مورد زوال ولایت ندارد. کما اینکه آنچه از مواد ۱۱۸۴ و ۱۱۸۶ قانون مدنی در این زمینه استنباط می‌شود این است که تنها در صورت ارتکاب اموری همچون خیانت و احراز عدم لیاقت ولی دادگاه می‌تواند صرفاً ضم امین نماید. اما این امور به ولایت ولی قهری خدشه‌ای وارد نمی‌سازد و ولایت او کماکان باقی است. (۳)(۴)

ممکن است گفته شود عدم لعان نیز به عنوان شرط ولایت ولی می‌تواند باشد اما با توجه به اینکه اساساً در صورت وقوع لعان نسبی قانوناً وجود ندارد تا ولایت ثابت شود لذا این شرط را نمی‌توان بعنوان شرط ولایت ولی ذکر نمود.

۱- نجفی - شیخ محمد حسن - همان - ج ۲۶ - ص ۱۰۲

۲- نجفی - شیخ محمد حسن - همان.

۳- م ۱۱۸۴ ق. م مقرر می‌دارد: «هرگاه ولی قهری طفل لیاقت اداره کردن اموالی مولی علیه را نداشته باشد و یا در مورد اموال او مرتکب حیف و میلی گردد به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای مدعی العموم بعد از ثبوت عدم لیاقت یا خیانت او در اموال مولی علیه به طرفیت مدعی العموم) در محکمه حاکم یک نفر امین به ولی منضم می‌کند».

۴- م ۱۱۸۶ ق. م مقرر می‌دارد: «در مواردی که برای عدم امانت ولی قهری نسبت به دارایی طفل امارات قویه موجود باشد مدعی العموم مکلف است از محکمه ابتدایی رسیدگی به عملیات او را بخواهد محکمه در این مورد رسیدگی کرده و در صورتی که عدم امانت او معلوم شد مطابق ماده ۱۱۸۴ رفتار می‌نماید».

## فصل دوم

### اولیا، در عقد نکاح



## مبحث اول: ولایت پدر و جد پدری

### گفتار اول: دلایل ولایت پدر و جد پدری

#### الف - دلایل ولایت پدر

همچنانکه گفته شد طبق نظریه شیعه مقصود از پدر آن شخصی است که نسب طفلی از نظر شرعی بدون واسطه به او می‌رسد.<sup>(۱)</sup> دلایلی که در زمینه ولایت پدر در عقد نکاح ارائه شده است: نخست روایات متعددی است که در باب اولیاء عقد نکاح وارده شده که به صراحت برای پدر چنین حقی را قائل شده‌اند از جمله این روایات روایتی است از ابن بصیر که از حضرت صادق(ع) در مورد اینکه چه کسانی در عقد نکاح اختیار دار می‌باشند سؤال می‌کند و حضرت در پاسخ می‌فرمایند: «پدر و وصی و آن کسی که دستوراتش در مال زن جایز است پس برای او خرید و فروش می‌کند پس هر کدام از اینها ببخشید جایز است».<sup>(۲)</sup>

روایت دیگر روایتی است که در آن ابی‌صلت از حضرت صادق(ع) در مورد وضعیت نکاح دختر صغیره‌ای که پدرش برای او اقدام تزویج می‌نماید و اینکه آیا دختر بعد از رسیدن به سن بلوغ می‌تواند اقدام به فسخ نکاح نماید؛ و حضرت در پاسخ می‌فرمایند: خیر و با وجود پدر

۱- بحرانی - یوسف - حدائق الناظره - ج ۲۳ ص ۲۷۴  
 ۲- الحرالعاملی - شیخ محمدالحسن، الوسائل الشیعه، ج ۱۴، باب ۸ - ح ۴ ص ۲۱۳ «عن ابن بصیر، عن ابی‌عبدالله(ع) قال: سالت عن الذی بیده عقدالنکاح قال: هو الاب و الرجل یوصی الیه و الذی یجوز امره فی مال المرء فیتاع لها و یشتری فای هو لاء عفا فقد جان».

برای این دختر اختیاری وجود ندارد.<sup>(۱)</sup>

هرچند سؤال در مورد وضعیت نکاح دختر صغیره بعد از بلوغ می باشد ولی چون امام (ع) در آن به ولایت پدر تصریح نموده لذا مورد استناد قرار می گیرد.

کثرت تعدد اخبار وارده در مورد ولایت پدر در باب نکاح موجب گشته که بعضی از فقها با استناد به آن ولایت پدر در مورد حق تصرف و نظارت بر اموال مولی علیه را نیز ثابت بدانند چراکه از نظر اینان به همان دلیلی که ولایت بر تزویج صغیر و صغیره که از مسائل بسیار مهم است برعهده پدر گذاشته شده به طریق اولی حق تصرف و نظارت بر اموال آنها نیز به او واگذار شده است.<sup>(۲)</sup>

«ولایت قهری پدر به فرزندان خود از دیرباز در همه سنتهای اخلاقی و مذهبی و نیز در قوانین پذیرفته شده است».<sup>(۳)</sup>

شارع مقدس نیز که خود خالق عقلاء است و نظرات آنها را حاکم در درک عقلایی آنها قرار داده است از یک حکم عقلایی مسلم تخطی نمی کند بلکه در مسیر فطرت آنها گام برمی دارد و روایات مهم نشان می دهد که شارع مقدس با این عقلاء متحدالمسلک است.<sup>(۴)</sup>

علمای عامه نیز بر این مطلب اتفاق نظر دارند که پدر در باب نکاح

۱- همان، باب ۶- ح ۳- ص ۲۰۸: «عن ابی صلت، قال: سألت عن ابا عبدالله (ع) عن الجارية الصغیره یزوجها ابوها لها امرا اذا بلغت؟ قال: لا لیس لها مع ابیها امر»  
 ۲- نجفی - شیخ محمد حسن - همان منبع ج ۲۶ - ص ۱۰۱ - انصاری - شیخ مرتضی مکاسب ج ۹ ص ۲۸۸ - به نقل از بهرامی - مولود - همان منبع ص ۱۲  
 ۳- کاتوزیان - ناصر - همان منبع - ص ۲۱۰  
 ۴- بهرامی - مولود - همان منبع ص ۱۲

## ولایت دارد. (۱)

از دیگر دلایل ارائه شده در مورد ولایت پدر در نکاح اجماع می باشد که بطور مسلم اجماع فقهای شیعه و بطور کلی مسلمین بر ولایت پدر وجود دارد.

## ب - ولایت جدپدری و دلایل آن

بر طبق نظر فقهای شیعه جدپدری نیز همانند پدر ولایت در عقد نکاح دارد در این مسأله مخالفی بین فقهای شیعه نیست مگر ابن ابی عقیل که در باب اولیاء عقد نکاح می فرماید ولایت بر عقد نکاح با پدر است و غیر از او دیگری از اولیاء ولایت ندارد. (۲) به نظر می رسد که چون کلام ابن ابی عقیل با ظاهر روایاتی که در باب اولیاء عقد نکاح وارد شده و برای جدپدری نیز همانند پدر ولایت قائل شده است مخالف است و لذا این نظریه قابل قبول نیست.

دلایل ولایت جدپدری در باب نکاح یکی روایاتی است که در این زمینه وارد گردیده است.

از جمله روایتی است که در آن از حضرت موسی بن جعفر (ع) در مورد شخصی که برای دخترش دو خواستگار آمده است و سپس جد یکی از آنها را انتخاب می کند و پدر دیگری را سؤال می شود اینکه کدامیک نسبت به نکاح دختر تقدم دارند؟ و حضرت در پاسخ می فرمایند: فردی را که جد انتخاب نموده برای دختر سزاوارتر است چراکه دختر و

۱- الجزیری - عبدالرحمن - الفقه علی المذاهب الاربعه ج ۲ - ص ۳۵۴ - مغنیه -

محمد جواد - الفقه علی المذاهب الخمسه - ص ۶۳۹

۲- نجفی - شیخ محمد حسن - همان منبع - ج ۲۹ - ص ۱۷۱

پدرش به جد تعلق دارند.<sup>(۱)</sup> هرچند فرض سؤال در مورد تعارض ولایت پدر و جدپدری است لیکن چون در آن به ولایت جدپدری در باب نکاح تصریح شده لذا مورد استناد قرار گرفته.

دلیل دیگر برای ولایت جد پدری در باب نکاح اجماع فقهای شیعه در این مسئله می باشد که همچنانکه گفته شد مخالفی بین فقهای شیعه وجود ندارد.

در مورد اینکه مراد از جدپدری آیا صرفاً پدر پدر می باشد و یا اینکه هرچه بالاتر نیز برود نیز شامل جد می شود و در نتیجه ولایت بر نکاح دارند؟ اکثر فقهای امامیه بیان می دارند که جدپدری هرچه بالا برود هم ردیف پدر دارای ولایت هستند زیرا روایاتی که در باب اولیاء عقد نکاح وارد شده است اطلاق دارد و هم شامل جد نزدیک و هم شامل جد دور می باشند.<sup>(۲)</sup> و این نظر را حقوقدانان ما نیز پذیرفته اند و در شرح ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی می فرمایند. «کلمه جد مذکور در این ماده شامل اجداد و هرچه بالاتر رود نیز می گردد.»<sup>(۳)</sup>

علمای عامه همچنانکه گفته شد در مورد ولایت پدر در نکاح اتفاق نظر دارند اما در مورد ولایت جدپدری اختلاف نظر دارند و بنابراین

۱- الحواله عاملی - شیخ محمد الحسن - همان منبع - ج ۱۴ باب ۱۱ - ح ۸ - ص ۲۱۹: «عن علی بن ابی جعفر عن اخیه موسی بن جعفر علیه السلام قال: سألته عن رجل اتاه الرجال ان یخطبان ابنته فهوی ان یتزوج احدھما و هوی ابوه الاخر ایھما احق ان ینکح قال: الذی هوی الجد احق بالجاریه لانھا اباھا للجد».

۲ و ۳- موسوی خویی - سید ابوالقاسم - مصباح الفقاهه ج ۵ ص ۲۸ - خونساری - مغنیہ الطالب ص ۳۲۴ سید محمد - آل بحر العلوم - همان منبع - ج ۳ - ص ۲۶۵ - امامی - سیدحسن - همان منبع - ص ۲۰۳ - جبعی عاملی - زین الدین - الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه - ج ۵ - ص ۱۱۶ - ۱۵۱ - ۳- امامی - سید حسن - همان منبع ص ۲۰۳

بطور مطلق قائل به ولایت جدپدری نیستند. (۱)

قانون مدنی ما نیز به پیروی از فقه امامیه ولایت پدر و جدپدری را در نکاح را در مواد ۱۰۴۱ و ۱۰۴۳ و ۱۰۶۴ پذیرفته است. تبصره ماده ۱۰۴۱ اصلاحی مقرر می‌دارد: «عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی به شرط رعایت مصلحت مولی علیه صحیح می‌باشد». (۲)

و ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جدپدری او است.....».

### گفتار دوم: رابطه ولایت پدر و جدپدری

با قبول این عقیده که پدر و جدپدری هر دو ولی قهری طفل می‌باشند و ولایت در باب نکاح دارند این سؤال مطرح می‌شود که رابطه ولایت ایندو چگونه است؛ آیا ایندو یک مرتبه و ردیف بر مولی علیه ولایت دارند یعنی هریک از آنها مستقلاً و منفرداً بدون انضمام و احتیاج به مداخله دیگری نسبت به اولاد خود ولایت قهری دارند. بعبارت دیگر پدر و جدپدری در عرض یکدیگر قرار دارند یا اینکه معتقد به این باشیم پدر و جدپدری راجع به حق ولایت در طول یکدیگر قرار دارند یعنی تا مادامی که پدر می‌تواند اعمال ولایت نماید جدپدری حق مداخله در امور مولی

۱- الجزیری، عبدالرحمن - همان منبع ج ۲ ص ۳۵۶ - مغنیه - محمدجواد - همان منبع ص ۶۷۹

۲- همچنانکه خواهد آمد مراد از ولی در این ماده ولی قهری یعنی پدر و جدپدری است و این مطلب مورد اتفاق تمامی حقوقدانان می‌باشد (جعفری لنگرودی - محمد جعفر - حقوق خانواده ص ۲۱ صفایی - امامی - سید حسین - اسدالله حقوق خانواده جلد ۱ ص ۸۸).

علیه را ندارد. ولایت جدپدری زمانی مطرح می‌شود که پدر به نحوی از انحاء نتواند اعمال حق ولایت نماید و با به عکس؟

**الف: قبول نظریه اشتراک ولایت پدر و جدپدری در فقه و قانون**

### مدنی

از تتبع در کتب فقهی در می‌یابیم که بنا به نظر مشهور در فقه امامیه ولایت قهری پدر و جدپدری در یک مرتبه و ردیف قرار دارد.<sup>(۱)</sup> و بنابراین هر یک از پدر و جدپدری می‌تواند بدون جلب موافقت دیگری اقدام به نکاح مولی علیه نماید و یا اینکه به دختر باکره اذن در نکاح دهد و در صورتی که هر دو عقد نکاح را منعقد نمایند آن عقد نکاحی که زودتر صورت گرفته معتبر می‌باشد. و نکاح بعدی نافذ نمی‌باشد. چنانکه امام خمینی (قدس) می‌فرماید: الاب و الجد مستقلاً فی الولاية تنفیذ تصرف السابق منهما و لغاللاحق»<sup>(۲)</sup>

صاحب جواهر در این مورد استدلالی را بیان کرده‌اند باین صورت که چنانچه ما قائل به ترتیب در ولایت شویم. ناچار باید بگوئیم که در زمان حیات پدر برای ولایت جد دلیلی وجود ندارد در اینصورت برای حدوث ولایت جد هنگام ممات پدر محتاج دلیل خواهیم بود. حال آنکه دلیلی جز عمومات ادله ولایت وجود ندارد.

۱- علامه حلی - قواعد الاحکام - ص ۱۶۸ - شهید ثانی - مسالک الانهام ص ۱۹۹  
حسینی عاملی - سید محمد جواد - مفتاح الکرامه - ج ۵ - ص ۲۵۶ - شهیدین -  
الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه ج ۵ ص ۱۱۶ - ۱۵۱ امام خمینی (ره)  
تحریر الوسیله ج ۲ مسأله ۷ ص ۱۲ علامه حلی - تبصره المتعلمین - ص ۴۰۶  
۲- امام خمینی (قده) - همان منبع.

در صورتی که ما این دلیل را در ابتدای استدلال حذف کرده‌ایم. عبارت ساده‌تر یا برای جد اصلاً ولایتی وجود ندارد و یا اگر وجود دارد این ولایت با پدر بصورت اشتراکی می‌باشد.<sup>(۱)</sup>

قانون مدنی ما نیز به تبعیت از فقه امامیه در ماده ۱۱۸۱ مقرر می‌دارد:

«هر یک از پدر و جدپدری نسبت به اولاد خود ولایت دارند» و مستنبط از این ماده اولاً ثبوت ولایت برای پدر و جدپدری است. ثانیاً مقتضی اطلاق ماده دلالت آن بر اشتراک پدر و جدپدری در امر ولایت است. و در شرح قانون مدنی نیز در شرح ماده ۱۱۸۱ قانون مدنی آمده است که پدر و جد شرکت در ولایت بر اشخاص مزبور دارند و تصرف هر یک از آنها مقدم بر دیگری شد سابق نافذ است و لاحق بی اثر»<sup>(۲)</sup>

اکثر حقوقدانان نیز بر این امر متفق‌اند که ولایت پدر و جدپدری در عرض هم و بصورت اشتراکی است و بنابراین هر کدام از پدر و جدپدری می‌تواند مستقلاً مبادرت به انعقاد عقد نکاح برای مولی علیه نماید و یا اینکه اذن برای انعقاد نکاح به دختر باکره دهد.<sup>(۳)</sup>

در کتاب اندیشه‌های قضایی اشتراک ولایت پدر و جدپدری به اتفاق آراء پذیرفته شده که به لحاظ اهمیت مسأله عیناً متن پرسش به عمل آمده

۱- نجفی - شیخ محمد حسن - همان - جلد ۳ ص ۱۰۲ - البته استدلال صاحب جواهر در مورد قبل ولایت اجداد (پدر جدپدری، بالاتر) می‌باشد ولی در اینجا نیز می‌توان به آن استناد نمود.

۲- حاشری (شاهباغ) - سیدعلی - شرح قانون مدنی جلد ۵ - ص ۷۲.

۳- امامی - سیدحسن - همان - ج ۵ - ص ۲۰۳ - صفایی و امامی - سیدحسین و اسدالله - حقوق خانواده - ج ۱ ص ۶۸ - جعفری لنگرودی - محمدجعفر - همان ص ۲۳ - کاتوزیان - ناصر - همان ج ۲ - ص ۲۰۷ و ۲۱۲

و پاسخ داده شده ارائه می‌گردد:

سؤال: ولایت پدر و جدپدری نسبت به صغیر در عرض هم است یا در طول هم و آیا با حیات پدر و جدپدری نیز می‌تواند راجع به مولی‌علیه اعمال ولایت کند یا خیر؟

نظریه‌ای که در تاریخ ۱۰/۱۰/۶۶ به اتفاق آراء اعلام شد:

در این مورد فقهاء دو نظر ابراز کرده‌اند. بعضی ولایت پدر و جدپدری را در عرض هم و برخی در طول هم دانسته‌اند. قانون مدنی حسب مستفاد از مواد ۱۱۸۰ و بعد آن نظر اول را اختیار نموده و ولایت پدر و جدپدری را در عرض هم قرار داده است به نحوی که هر یک از پدر و جدپدری نسبت به اولاد خود ولایت دارند و اقدام هر کدام نسبت به مولی‌علیه به تنهایی کفایت می‌کند. مثلاً با بودن پدر جدپدری نیز می‌تواند از جانب مولی‌علیه اقامه دعوی نماید و یا از حساب بانکی او برداشت نماید.<sup>(۱)</sup>

با وجود این بعضی از حقوقدانان در مورد اذن پدر و جدپدری نسبت به نکاح دختر کبیره قائل به ترتیبی بودن این امر می‌باشند بدین معنی که در صورت حیات پدر با وجود جدپدری برای جلب موافقت با ازدواج فقط باید به پدر مراجعه کرد و در صورت فوت پدر جدپدری اختیار اذن نکاح را دارد<sup>(۲)</sup>، ولی با توجه به نظر مشهور فقهی و مراجعه به کتب فقهی در این زمینه در می‌یابیم که مراجعه به هر کدام از پدر و جدپدری برای جلب موافقت در نکاح کفایت می‌کند و همچنین ماده ۱۰۴۳

۱- نوبخت - یوسف - اندیشه‌های قضایی - ص ۳۲۵ - ۳۲۴  
 ۲- محقق داماد - سید مصطفی - حقوق خانواده - ص ۵۸



قانون مدنی نیز چنین ترتیبی را لحاظ نکرده و بطور مطلق این اختیار را برای هر کدام از پدر و جدپدری قائل شده است و ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر و جدپدری اوست ...» البته لازم به ذکر است که عملاً جدپدری در امور نواده‌های خویش دخالت نمی‌نماید و این امر را منحصراً پدر بر عهده دارد و نگاهی به عملکرد خانواده‌ها نیز مؤید این مطلب است که پدر بزرگ و اجداد پدری دیگر عملاً از دخالت در امور نوه و احفاد خودداری می‌نمایند اما از نظر حقوقی پدر و جدپدری در اعمال ولایت مستقل و مشترک هستند و معنای آن این است که هر کدام می‌توانند منفرداً در امور مولی‌علیه خود دخالت و تصرف نمایند و در این مورد نیازی به تصویب یا اطلاع و نظر ولی دیگر نمی‌باشد.<sup>(۱)</sup> قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ در ماده ۱۵ خود به این رویه عملی رسمیت بخشیده بوده و پدر را در زمان حیات ولی مستقل کودک شناخت و همانگونه در تفصیل این ماده گفته شد هم اکنون این ماده نسخ ضمنی گردیده و اعمال نمی‌شود.<sup>(۲)</sup>

### ب - تأثیر حیات پدر در ولایت جدپدری

علمای شیعه در این مسأله اختلاف نظر دارند که آیا ولایت جد در عقد نکاح اختصاص به زمان حیات پدر دارد یا مقید به حیات پدر نبوده و در زمان ممات پدر هم جدپدری ولایت دارد؛ برای روشن شدن مطلب ناگزیر به ذکر افعال مستندات ایشان می‌باشد.

۱- ایمانیپور کرنق - اکبر - همان. ۲- کاتوزیان - ناصر - همان ص ۲۱۲

۱ - نظریه اشتراط حیات پدر<sup>(۱)</sup>

با مراجعه به کتب مختلف فقهی درمی‌یابیم که قدمای ما مانند شیخ صدوق- ابن جنید - سلبی - ابن زهره - شیخ طوسی - سلارده- ابن براج - راوندی و ابن حمزه قائل به شرطیت حیات پدر در ولایت جد هستند یعنی تا زمانی که پدر زنده است جد پدری حق تزویج نوه خود را دارد و بعد از فوت پدر این حق از او سلب می‌شود.<sup>(۲)</sup>

این نظریه همچنان که گفته شد بین قدمای ما مشهور است و بعضی از متأخرین نیز همچون نراقی و فاضل هندی با ایشان هم عقیده هستند.<sup>(۳)</sup>

دلایل پیروان نظریه اشتراطی یکی اجماعی است که شیخ طوسی در خلاف آن را بیان می‌کند<sup>(۴)</sup> و دیگر روایتی است از فضل بن عبدالملک از امام صادق(ع) که امام(ع) می‌فرماید: «جایز است جد دختر پسرش را تزویج کند در صورتی که پدر زنده و جد نیز عادل باشد» و مستند فقهاء مفهوم شرط در روایت فضل بن عبدالملک می‌باشد که دلالت بر عدم جواز ازدواج جدپدری در فقدان پدر می‌کند<sup>(۵)</sup>. و دلیل دیگر اصل عدم ولایت است یعنی هیچ کسی بر فرد دیگر ولایت ندارد مگر با دلیل ثابت شود و در مورد حیات پدر اجماع در ولایت جد داریم.<sup>(۶)</sup>

۱- به نقل از پایان‌نامه مولود بهرامی ۳۷- ۲۹

۲- شیخ صدوق از مجموعه ینابیع الفقهیه ص ۶۰- شیخ طوسی - مبسوط ج

۴- ص ۱۶۴ راوندی - فقه القرآن ص ۲۶۱

۳- نراقی - مستندالشیعه - چاپ سنگی - کتاب النکاح - فاضل هندی - کشف

اللثام - چاپ سنگی - کتاب النکاح

۴- شیخ طوسی - خلاف - چاپ سنگی - ص ۲۰۸

۵- شیخ طوسی - تهذیب الاحکام - ج ۷ - ص ۳۹۱.

۶- نراقی - فاضل هندی همان، به دلایل فوق اشکالاتی وارد شده است که به

## ۲ - نظریه عدم اشتراط حیات پدر

مشهور بین متأخرین مطلق بودن ولایت جدپدیری است بدین معنی که ولایت جد پدیری در نکاح مشروط به حیات پدر نیست و بعد از فوت او نیز بر نکاح مولی علیه ولایت دارد. (۱) دلایل اطلاق ولایت جدپدیری:

## ۱ - روایات: صحیحہ عبدالله بن سنان از امام صادق (ع) (۲) «خلافی

در این نیست که جدپدیری ولی امر صغیر است پس امر تزویج نیز بدست او است» و روایاتی که دلالت بر اقوی بودن ولایت جدپدیری در صورت تعارض ولایت می نماید و در نتیجه به نظر بعید می رسد فوت شخصی که ولایتش از جد ضعیفتر است تأثیری در ولایت او داشته باشد. (۳)

## ۲ - اصل عملی: استصحاب:

قدر متیقن این است که جد در زمان حیات پدر ولایت دارد و بعد از فوت پدر اگر شک کنیم در ولایت جد استصحاب ولایت جد را در زمان حیات پدر می کنیم. (۴)

## ۳ - اجماع: دلایل این قول اجماعی است که صاحب ریاض و کشف

اللاثام از قول شیخ طوسی در خلاف بیان می کنند. (۵)

ادامه پاورقی علت طولانی شدن از پرداختن به آن خودداری می شود برای مطالعه بیشتر رجوع شود به منبع اصلی این قسمت پایان نامه مولود بهرامی ص ۳۷ - ۲۹

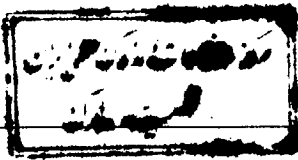
۱- بحرانی - شیخ یوسف - حدائق الناظره - ج ۲۳ ص ۲۰۲ - ۲۰۳ و غروی - (کمپانی) حاشیه بر مکاسب ج ۱ ص ۳۱۲ ابن ادریس، سرائر - ص ۵۶۱ - محقق حلی - شرایع اسلام - ج ۲ ص ۵۰۱

۲- وسایل الشیعه ج ۱۴ - باب ۸ در ابواب عقد نکاح ج ۲ ص ۲۱۲

۳- بحرانی - شیخ یوسف - همان ص ۲۰۳ - غروی (کمپانی) - همان ص ۲۱۱

۴- جیلانی - اشکوری - سیدابوالقاسم و بیغیه الطالب - ص ۸۰۹ - آیت الله خویی - مصباح الفقاهه - ج ۵ ص ۳۰

۵- طباطبایی - سیدعلی - ریاض المسائل: و لا یشرأ فی ولایه الجد بقاء الاب  
ادامه



قانون مدنی نیز از نظریه اخیر پیروی نموده است و ولایت جدپدری را مقید به حیات پدر نمی‌داند.

### گفتار سوم: تعارض ولایت پدر و جدپدری

بعد از اینکه دانستیم ولایت پدر و جدپدری در عرض یکدیگر قرار دارند و هر دو در یک مرتبه و ردیف بر مولی‌علیه ولایت دارند یعنی هر یک از آنها مستقلاً و منفرداً بدون انضمام و احتیاج به مداخله دیگری نسبت به اولاد خود ولایت قهری دارند. لذا هرکدام زودتر در عقد نکاح ولایت خود را اعمال کند ولایت بعدی در این امر ساقط می‌شود اما بحث درجایی است که دو عقد نکاح همزمان و متعارض با هم صورت گیرد که در اینجا بین فقهاء و حقوقدانان در مورد وضعیت این دو عقد اختلاف نظر وجود دارد که در اینجا به بیان نظرات ارائه شده در این زمینه می‌پردازیم:

#### الف - نظریه بطلان و دلایل آن

طرفداران این نظریه معتقدند که چون ولایت پدر و جدپدری در عرض یکدیگر قرار دارد و ایندو هیچ برتری بر یکدیگر ندارند. به علاوه بین دو عقد پدر و جدپدری امکان جمع وجود ندارد بنابراین در صورت تعارض هر دو عقد را باید باطل بدانیم چراکه ترجیحی بر مقدم دانستن

---

ادامه پاورقی علی‌الاشهر بل علیه الاجماع من خلاف غیره - فاضل هندی - همان: و هل یشرط فی ولایه الجد بقاء الاب الاقرب لا... حکى علیه الاجماع فی الخلافه و غیره)

یکی از آن دو بر دیگری وجود ندارد در غیر اینصورت ترجیح بلامرجه خواهد بود که باطل است.<sup>(۱)</sup>

در اینجا بعضی از علماء قائل به تفصیل بین نکاح و سایر عقود شده‌اند. اینان معتقدند در صورتی که تعارض ولایت پدر و جدپدری در عقود غیر از نکاح باشد بر طبق قاعده باید معتقد به بطلان هر دو عقد باشیم لیکن در صورت تعارض این دو در عقد نکاح باید عقد جد را معتقد بدانیم و علت امر را اینان نص و اجماع در این زمینه می‌دانند<sup>(۲)</sup> (در قسمت بعد نظر اینان توضیح داده خواهد شد).

#### ب - تقدم ولایت جدپدری و دلایل آن:

مشهور فقهای شیعه در صورت تعارض قائل به تقدم عقد نکاح واقع شده توسط جد می‌باشند و حتی در این مورد ادعای اجماع نیز نموده‌اند.<sup>(۳)</sup>

امام خمینی (قده) در کتاب گرانقدر تحریرالوسیله می‌فرماید: هر کدام از پدر و جدپدری در وقتی که هر دو باشند در تزویج مولی‌علیه سبقت بگیرد برای دیگری محلی باقی نمی‌ماند و اگر هر کدام از آنها او را به شخصیتی تزویج نماید پس اگر یکی از آنها سبقت گرفته باشد او مقدم است و اگر معلوم شود که مقارن باهم واقع شده عقد جد مقدم می‌شود و عقد پدر لغو می‌گردد.<sup>(۴)</sup>

- ۱- نجفی - شیخ محمدحسن - همان - ج ۲۶ ص ۱۰۲ - کاشف الغطاء -  
تحریرالمجله ج ۳ ص ۱۶۵
- ۲- شهید ثانی - روضه البهیه ج ۵ - ص ۱۴۹.
- ۳- سید مرتضی - همان - ص ۱۲۱: «... فاذا حضر اب و جد فاختر و کل واحد منهما رجلا لنکاحها کان اختیار الجد مقدما علی الاختیار الاب»
- ۴- امام خمینی(ره) - تحریرالوسیله - ج ۲ - ص ۲۵۷ مسأله ۳ فصل

قائلین این قول به روایاتی که در این زمینه وارد شده نیز استناد می‌نمایند از جمله روایت محمد بن مسلم از معصوم (ع): «نکاح جد بر دختر پسرش صحیح است و همچنین نکاح پدر دخترش را پس به ایشان عرض کردم که اگر پدر مردی را انتخاب کرد و جد دیگری را حضرت فرمودند جد در نکاح سزاوارتر است.»<sup>(۱)</sup>

در عبارات فقهاء توجیحات دیگری در این زمینه دیده می‌شود از جمله اینکه پدر زمانی خود مولی‌علیه جد بوده است و همچنین معتقدند که علت تقدم ولایت جد بر پدر اقوی بودن ولایت جد بر پدر است زیرا جد بر پدر ولایت دارد و اطاعت از او امر جد واجب است.<sup>(۲)</sup> البته پذیرش چنین توجیحاتی مشکل به نظر می‌رسد چراکه ملازمه‌ای بین ولایت جد بر پدر در دوران صغر پدر و تقدم ولایت او بر پدر در نکاح فرزند پدر وجود ندارد:

### ج - تقدم ولایت پدر

در مقابل عده اندکی از فقهاء ولایت پدر را مقدم بر جد پدری می‌دانند زیرا وابستگی او با مولی‌علیه زیادتر است.<sup>(۳)</sup>

### د - دیدگاه قانون مدنی

با ملاحظه مواد قانونی مربوط به ولایت اولیاء در می‌یابیم که موضوع ارجحیت پدر یا جدپدری در هیچ کجا لحاظ نشده است و از نظر قانون مدنی چون ولایت پدر و جدپدری در عرض یکدیگر قرار دارد لذا در

### ادامه پاورقی فی اولیاءالعقد

- ۱- وسائل الشیعه - ج ۱۴ باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح - ج ۱ - ص ۲۱۷
- ۲- نجفی - شیخ محمد حسن - همان ج ۲۹ ص ۱۲۱ و ۱۷۲
- ۳- همان - به نقل از آیت اللهی - محمدصادق - همان منبع ص ۷۵

صورت تعارض ولایت ایندو ناگزیر از باطل شناختن هر دو عقد واقع شده می‌باشیم چراکه ترجیحی بر مقدم دانستن یکی از آن دو بر دیگری وجود ندارد. و این امر مورد پذیرش حقوقدانان نیز قرار گرفته است.<sup>(۱)</sup>

هرچند بعضی از حقوقدانان در صورت تعارض عقد نکاحی که جد واقع ساخته و عقد نکاحی که پدر واقع ساخته معتقد به تقدم ولایت جد می‌باشند<sup>(۲)</sup> چنانکه مرحوم حائری در شرح قانون مدنی (در شرح ماده ۱۰۴۴) معتقدند: «اگر پدر و جد متقارناً مولی علیه خود را تزویج کنند عقد جد مقدم بر عقدی است که پدر واقع ساخته و همچنین اگر وقوع دو عقد محقق شد ولی تقدم تاریخ مجهول باشد باز هم عقد جد مقدم است زیرا از روایت عبید بن زراره اولویت جد استفاده می‌شود مگر آنکه محقق شود که پدر قبل از عقد جد اقدام کرده است و در صورتی که معلوم نشد عقد جداولی است».<sup>(۳)</sup>

البته حق این بود که در چنین مواردی ما ولایت پدر را مقدم بر ولایت جد بدانیم چه اینکه پدران از بسیاری جهات چه از نظر تربیت و چه از نظر عاطفه و مسئولیت وجدانی و اخلاقی و علل دیگر بر جدپدری ارجحیت دارند بنابراین اولی و اصلح این است که ولایت پدر را مقدم بر جد پدری بدانیم و ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی نیز بر این ارجحیت پدر صحه می‌گذارد. ماده ۱۱۹۹ مقرر می‌دارد: «نفقه اولاد بر عهده پدر است پس از فوت پدر یا عدم قدرت او به اتفاق بعهدہ اجداد پدری است.....».

- ۱- صفایی - سیدحسین - امامی - اسدالله - حقوق خانواده ج ۱ ص ۶۸ امامی  
- سیدحسین - همان ص ۲۰۳  
۲- جعفری لنگرودی - محمدجعفر - همان ص ۲۴ - حائری (شاهباغ) - همان  
ص ۶۹ - ۳- همان

در هر حال به نظر ما مطلوب است که قانون مدنی ما نیز همین رویه را اتخاذ می‌نمود و یا لااقل با قبول رویه تساوی پدر جدیدری مقرراتی را نیز برای جلوگیری از بروز اختلافات بین پدر و جدیدری و نحوه اقدامات آنها وضع می‌نمود.



## مبحث دوم: ولایت اشخاص غیر از پدر و جد پدری در نکاح

### گفتار اول: ولایت مادر و جد مادری

قبل از اینکه به بحث در مورد ولایت مادر و جد مادری بپردازیم لازم به ذکر است که در مورد عدم ولایت سایر بستگان به جز مادر و جد مادری بین فقهای امامیه اختلاف نظر مشاهده نمی‌شود و در این زمینه روایات متعددی وجود دارد که چنانچه سایر بستگان اقدام به این امر نمایند نکاح واقع شده فضولی می‌باشد.

#### الف - نظریه عدم ولایت

قول مشهور بین فقهای امامیه عدم ولایت مادر و جد مادری می‌باشد چه در زمان حیات پدر و جد پدری و چه در زمان فوت ایشان.<sup>(۱)</sup> و حتی بر آن ادعای اجماع نیز شده است<sup>(۲)</sup> اصل عدم ولایت نیز مؤید این نظریه است چراکه همچنانکه گفته شود هیچ کسی بر دیگری ولایت ندارد مگر اینکه خلاف آن با دلایلی ثابت گردد. و در مورد ولایت مادر و جد مادری چنین دلیلی وجود ندارد.<sup>(۳)</sup> پیروان این نظریه به روایات فراوانی که در این زمینه وارد شده نیز در نفی ولایت مادر و جد مادری در امر نکاح استناد می‌نمایند.

- ۱- ابن ادریس، همان - ص ۵۷۰ - شیخ طوسی - خلاف ج ۲ - ص ۲۰۹ - علامه حلی - مختلف الشیعه - ج ۲ ص ۸۸ - نجفی - شیخ محمدحسن - همان - ص ۱۷۰
- ۲- همان
- ۳- علامه حلی - تذکره الفقهاء - چاپ سنگی - کتاب نکاح - طباطبایی - سیدعلی - ریاض السائل چاپ سنگی

امام خمینی (قده) نیز در کتاب گرانقدر تحریرالوسیله معتقد به عدم ولایت مادر و جدمادری در امر نکاح می‌باشند ولو از طرف مادر پدر. (۱)  
 آقای حائری نیز در شرح قانون مدنی معتقد به عدم ولایت مادر و جدمادری می‌باشند. (۲)

در قانون مدنی نیز همچنانکه ملاحظه شد در باب نکاح و نه در سایر امور برای مادر و جدمادری ولایتی قائل نشده است.

### ب - نظریه ولایت

برخلاف قول مشهور تعداد قلیل و نادری از فقهاء از جمله ابن جنید معتقد به ولایت مادر و جدمادری در امر نکاح مولی‌علیه می‌باشند البته در صورت فوت پدر و جدپدری که در اینصورت بعنوان جانشین پدر جدپدری محسوب می‌شوند. (۳)

همچنانکه ملاحظه می‌شود قانون مدنی برای مادر که نزدیکترین فرد و دلسوزترین فرد به اولادش محسوب می‌شود هیچگونه ولایتی در نظر گرفته است و جدپدری را صالحتر از مادر قلمداد می‌کند و در مقام بی‌اعتنایی به مادر تا بدانجا پیشرفته است که حتی در مواردی که ولی قهری غائب است و یا بدون دلیل موجه از اعلام رضایت خودداری می‌کند در مورد نکاح دختر باکره مادر شایسته نیست تا جای آنها تصمیم‌گیری کند و قانونگذار در چنین مواردی دادگاه را برای صدور

- ۱- امام خمینی (قده) همان منبع ج ۲ - ص ۲۵۴ مسأله ۱: «... ولایت للام علیهم وللجد من طرف الام و لومن قبل ام الاب بان کان ابا لام الاب مثلاً.....»
- ۲- حائری - شاهباغ - همان
- ۳- به نقل از علامه حلی - مختلف الشیعه - چاپ سنگی

اجازه صالح شناخته است.<sup>(۱)</sup>

و لذا در این مورد ضرورت بازنگری قوانین در برهه کنونی لازم است که مادر مباحث قبلی این امر را بیان کردیم و به جهت اجتناب از اطاله مطلب انتقاداتی را که در این زمینه صورت گرفته پیشنهادات ارائه شده در این زمینه را ارجاع می‌دهیم به بحث انتقادی فصل اول این رساله.

### گفتار دوم: ولایت وصی

وصی کسی است که از طرف پدر یا جدپدری برای زمان پس از فوت معین می‌شود تا اموری را که ولی می‌توانسته انجام دهد او به انجام آن اقدام کند.

پدر و جدپدری و وصی منصوب از طرف یکی از آنان ولی خاص نامیده می‌شوند<sup>(۲)</sup>

۱- م ۱۰۴۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «... و هرگاه پدر یا جدپدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد به 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 جدپدری اطلاع داده شود و بعد از ۱۵ روز از تاریخ اطلاع و عدم پاسخ موجه از طرف ولی دادگاه مزبور می‌تواند اجازه نکاح را صادر نماید».

م ۱۰۴۴ نیز در این زمینه مقرر می‌دارد: «در مورد ماده قبل اجازه را باید شخص پدر یا جدپدری بدهد. اگر پدر یا جدپدری دختر بعلتی تحت قیمومت باشد اجازه قیم او لازم نخواهد بود».

ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی قبل از اصلاح بدین صورت مقرر شده بود: «در صورتی که پدر یا جدپدری در محل حاضر نباشد و استیذان از آنها نیز عادتاً غیر ممکن بوده و دختر نیز احتیاج به ازدواج داشته باشد وی می‌تواند تقاضای خود را همراه با اطلاعات مذکور در ماده ۱۰۴۳ به دادگاه مدنی خاص بدهد و دادگاه پس از احراز امر اجازه نکاح صادر می‌نماید».

۲- امامی - سیدحسن - همان - ص ۲۸۳

در مورد اینکه آیا وصی در نکاح مولی علیه ولایت دارد یا خیر بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد<sup>(۱)</sup> چنانچه بعضی معتقد به ولایت وصی می باشند بطور مطلق (یعنی چه پدر و یا جدپدری تصریح باین اختیار نموده باشند و چه خیر) در مقابل بعضی دیگر مطلقاً قائل به ولایت وصی نمی باشند در امر نکاح مولی علیه و بعضی دیگر نظریه بینابین این دو نظر را اتخاذ نموده اند یعنی چنانچه پدر و جدپدری تصریح به ولایت وصی در این خصوص نموده باشند او ولایت دارد در غیر اینصورت وصی ولایت در نکاح مولی علیه ندارد که در اینجا به بیان نظرات سه گانه در این زمینه و دلایل ارائه شده از طرف طرفداران هر کدام از نظریه ها می پردازیم.

#### الف - نظریه ولایت وصی بطور مطلق

پیروان این نظریه معتقدند مطلقاً وصی ولایت بر نکاح مولی علیه دارد. یعنی چه پدر و جدپدری تصریح به این امر نموده باشد و چه تصریح ننموده باشند.<sup>(۲)</sup>

پیروان این نظریه به روایتی استناد می کنند از ابی بصیر که از امام صادق (ع) نقل گردیده است: «از امام صادق (ع) در باره کسانی که اختیار نکاح به دستشان هست سؤال کردم؟ ایشان فرمودند: آنها عبارتند از پدر و جدپدری و مردی که او را وصی قرار داده اند.<sup>(۳)</sup> و روایت دلالت بر

۱- در مورد اینکه وصی در مورد نکاح دختر باکره بالغه هیچگونه اختیاری ندارد اختلاف نظری در بین فقهای که قایل به مستقل نبودن دختر باکره بالغه در امر نکاح می باشند دیده نمی شود.

۲- محقق کرکی و جامع المقاصد - ج ۱ کتاب وصایا - چاپ سنگی - نجفی - شیخ محمدحسن - همان ج ۲۹ ص ۱۹۱

۳- وسائل الشیعه - ج ۱۴ - باب ۸ از ابواب عقد نکاح - ح ۴ و ص ۲۱۳

ولایت وصی در امر نکاح دارد. (۱)

همچنین بعضی از طرفداران این نظریه در توجیه نظریه خویش معتقدند که اساساً تصرفات وصی منوط به جود مصلحت است و چه بسا در نکاح مولی علیه این مصلحت و غبطه وجود داشته باشد و لذا اشکالی ندارد که وصی دارای چنین حقی باشد. (۲)

### ب - نظریه عدم ولایت وصی بطور مطلق

این نظر، نظر مشهور فقهای امامیه می باشد. یعنی وصی مطلقاً ولایتی بر نکاح مولی علیه ندارد حتی اگر پدر یا جد پدری تصریح به این امر نیز نموده باشند هیچ تأثیری ندارد. (۳) دلایلی که پیروان این نظریه ذکر می کنند: یکی روایاتی است که در این زمینه وارد شده و دلالت بر عدم ولایت وصی در امر نکاح مولی علیه دارد از جمله صحیحه محمد بن مسلم از امام باقر (ع) که در مورد ازدواج دختر و پسر صغیری سؤال می کند که آیا آنها از یکدیگر ارث می برند. حضرت در پاسخ می فرماید چنانچه پدرشان آنها را به ازدواج یکدیگر در آورده باشد بله (۴) و پیروان این نظریه از مفهوم این روایت اختصاص ولایت بر نکاح را به پدر و جد پدری استنباط می نمایند. و همچنین روایت ابن بزیع که دلالت بر فضولی بودن عقد نکاح واقع شده توسط ولی می نمایند (۵) صاحب بلغه الفقیه (۶) در

۱- شهید ثانی - روضه البهیة ج ۵ - ص ۱۱۹

۲- محقق کرکی - همان - نجفی - شیخ محمد حسن - همان

۳- شیخ طوسی - مبسوط - ج ۴ - ص ۵۹، شهید ثانی - اللمعة الدمشقیة ج ۵ ص ۱۱۹ - ۱۱۸ نجفی - شیخ محمد حسن - همان ج ۲۹ ص ۱۸۹ - علامه حلی تحریر الاحکام - همان

۴- وسایل الشیعة - همان - ج ۱ - ص ۲۲ و ح ۳ ص ۲۷۴

۵- وسایل الشیعة - همان باب ۸ از ابواب نکاح ح ۱ ص ۲۱۲

۶- آل بحر العلوم - سید محمد - همان

مورد این روایت می‌فرمایند: هرچند که این روایت مضمرد است ولی چون فقهاء به آن عمل کرده‌اند و به اصطلاح شهرت فتوایی دارد ضعف سند بدین وسیله جبران شده است<sup>(۱)</sup> و دیگر دلیل اینان اصل عدم ولایت است چراکه اصل اولی این است که هیچ کس بر دیگری ولایت ندارد مگر اینکه دلیلی خلاف آن را ثابت کند که در ما نحن فیه چنین دلیلی موجود نیست.<sup>(۲)</sup>

### ج - نظریه ولایت وصی در صورت تنصیص

گروهی دیگر از فقهای شیعه نظری بینابین این دو نظریه ارائه داده‌اند یعنی: در صورتی که پدر و جدپدری چنین حقی را برای وصی صراحتاً لحاظ کرده باشند اقدام وصی بلاشکال است در غیر اینصورت وصی چنین ولایتی در امر نکاح ندارد.<sup>(۳)</sup> طرفداران این نظریه برای توجیه نظر خویش به دلایلی استناد می‌کنند: از جمله استناد به آیه ۱۸۱ سوره مبارکه بقره است:<sup>(۴)</sup>

«اگر کسی وصیت شخصی را بعد از آنکه شنید و بدان آگاهی یافت تغییر دهد گنااهش به گردن همان تغییر دهنده است و خداوند شنوا و دانا است».

استناد اینان به این آیه شریفه باین صورت است که: برطبق مفاد این آیه اگر پدر و جدپدری تصریح به چنین اختیاری برای وصی نمایند

۱- بهرامی - مولود - همان منبع - ص ۲۰۸

۲- فاضل هندی - همان

۳- بحرانی - شیخ یوسف - همان ص ۲۴۴ - طباطبایی یزدی - سیدکاظم -

عروه‌الوفاقی ص ۶۵۶

۴- «فمن بدله بعد ماسمعه فانما اثمه علی‌الدین یبدلونه ان الله سمیع علیم»

وصی صاحب اختیار در این زمینه می‌گردد و کسی نمی‌تواند خلاف آن را ادعا کند.<sup>(۱)</sup>

بعضی دیگر از پیروان این نظریه در توجیه نظر خود معتقدند روایاتی است که دلالت بر اطلاق ولایت وصی در امر نکاح دارد و در مقابل روایاتی وجود دارد که دلالت بر عدم ولایت وصی در نکاح بطور مطلق دارد و مقتضای جمع بین این دو دسته از روایات این است که: چنانچه پدر یا جدپدری این اختیار را صراحتاً برای وصی در نظر گرفته باشد ولایت در نکاح برای او ثابت است در غیر اینصورت خیر.<sup>(۲)</sup> دیگر دلیلی که پیروان این نظریه در توجیه نظر خود ذکر می‌کنند اطلاق ولایت پدر و جدپدری می‌باشد یعنی همچنانکه اینان برای نظارت در اموال فرزندان خود می‌توانند کسی را به عنوان وصی تعیین نماید در مورد نکاح نیز می‌توانند چنین اختیاری را به وصی تفویض نمایند.<sup>(۳)</sup>

بعضی از پیروان این نظریه شرط دیگری را نیز برای ولایت وصی ذکر می‌کنند و آن اجازه حاکم شرع در این مورد است.<sup>(۴)</sup>

امام خمینی (قده) در کتاب گرانقدر تحریرالوسیله قائل به احتیاط شده‌اند در مورد روایات وصی در امر نکاح: «آیا وصی یعنی کسی که از طرف پدر یا جد قیم است در ازدواج بر صغیر و صغیره ولایت دارد؛ دارای اشکال است و احتیاط ترک نشود».<sup>(۵)</sup>

با ملاحظه موارد قانون مدنی در می‌یابیم که قانون مدنی به پیروی

۱- شیخ طوسی - خلاف ج ۲ کتاب نکاح - ص ۲۰۵

۲- همان

۳- همان

۴- آیه الله مرعشی نجفی (قده) منهاج المؤمنین ج ۲ ص ۲۵۵

۵- امام خمینی (قده) همان ص ۲۵۶ مسأله ۱۰

از نظر مشهور فقهای امامیه هیچ نوع ولایتی برای وصی در امر نکاح در نظر نگرفته است و تبصره ماده ۱۰۴۱<sup>(۱)</sup> و مواد ۱۰۴۳ و ۱۰۴۴ قانون مدنی ولایت را صرفاً مخصوص پدر و جدپدری دانسته اکثر حقوقدانان ما نیز قائل به عدم ولایت وصی در امر نکاح بطور مطلق می‌باشند.<sup>(۲)</sup>

و به نظر می‌رسد که این نظر قوی‌تر است چراکه ولایت پدر و جدپدری بر نکاح اولاد خود از جهت قرابت و خویشی بین آنهاست پس در نتیجه قابل نقل و انتقال نمی‌باشد و این امر ناشی از اقتدار پدری است و لذا با فوت پدر و جدپدری این ولایت بر نکاح منقطع می‌شود.

در مقابل بعضی دیگر از حقوقدانان قبول نظریه ولایت وصی در صورت تنصیص را مطابق اعتدال می‌دانند. چنانکه آقای دکتر محقق داماد در کتاب حقوق خانواده خویش می‌فرمایند: «چنانچه موصی حق اجازه ازدواج صغیر یا صغیره را برای وصی تنصیص کرده باشد. اقدام وصی بلاشکال است و در غیراینصورت در این مورد اختیاری نخواهد داشت».<sup>(۳)</sup>

دکتر لنگرودی نیز بعد از ذکر قول مشهور (نظریه عدم ولایت وصی بطور مطلق) و پذیرش آن. در مقام دفاع از قول مخالف (نظریه ولایت وصی بطور مطلق) دلیلی را ذکر می‌نماید و سپس خود دلیل مذکور را رد می‌کنند باین نحو که: «.....لکن نقل مخالف آن هم مشهور و

- 
- ۱- همچنانکه قبلاً توضیح داده شده منظور از ولی در تبصره ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی پدر و جدپدری می‌باشد.
  - ۲- کاتوزیان - ناصر - همان - ج ۱ ص ۸۰ جعفری لنگرودی - محمدجعفر - همان ص ۲۸ صفایی و امامی - سیدحسین اسدالله همان ص ۸۸
  - ۳- سید مصطفی - محقق داماد - همان ص ۵۷



قابل دفاع است (قول ولایت وصی) زیرا اثبات انقطاع ولایت ولی قهری به فوت او دلیل ندارد و صراحت ماده ۸۸ قانون امور حبسی در مورد قیم و عدم تصریح به نظیر آن در مورد وصی حکایت از تأیید این نظر می‌کند که با فوت ولی قهری ولایت او قطع نمی‌شود و وصی به قائم مقامی موصی حق دارد و در هر مورد وصیت موصی را اعمال کند اما این استدلال را نمی‌توان پسندید زیرا در صورتی بولی زنده و محجور باشد ولایتش ساقط می‌شود پس اگر بمیرد بطریق اولی ولایت او ساقط است»<sup>(۱)</sup>

### گفتار سوم: ولایت حاکم

قول مشهور بین فقهاء عدم ولایت حاکم در امر نکاح صغیر و صغیره می‌باشد<sup>(۲)</sup> و در مورد نکاح دختر رشیده باکره آن دسته از فقهایی که قائل به موافقت ولی در امر نکاح ایشان می‌باشند به جز پدر و جدپدری برای دیگری ولایتی قائل نیستند.<sup>(۳)</sup>

دلایلی که این فقهاء در توجیه نظر خویش اقامه می‌کنند یکی اصل عملی است که اساساً انسان آزاد آفریده شده و هیچ کس بر دیگری تسلط ندارد مگر اینکه دلیلی خلاف آن اقامه گردد و مادر مورد ولایت حاکم در نکاح صغیر و صغیره چنین دلیل متقاضی در اختیار نداریم و لذا بر طبق

۱- جعفری لنگرودی - محمدجعفر - همان ص ۲۸

۲- بحرانی - شیخ یوسف همان - ص ۲۳۷ - آل بحرالعلوم - سیدمحمد - همان

ج ۳ ص ۲۳۵ نراقی - عوائدالایام ص ۲۰۰

۳- موسوی خویی-منهاج الصالحین- ج ۲ ص ۲۵۵ - ۲۵۲

اصل عمل می‌کنیم یعنی عدم ولایت حاکم.

دیگر دلیل اینان روایات فراوانی است که در مورد انحصار ولایت پدر و جدپدری در نکاح صغیر و صغیره ذکر گردیده است که در بحثهای قبلی آنها را مطرح کردیم<sup>(۱)</sup> و از مفهوم اینگونه روایات عدم ولایت حاکم در امر تزویج صغیر و صغیره استنباط می‌گردد. از دیگر دلایل استنادی اینان اینکه اساساً ولایت حاکم از باب ضرورت می‌باشد و در ما نحن اصولاً دختر و پسر نابالغی ضرورتی در تزویج آنان وجود ندارد. لذا به لحاظ عدم وجود ضرورت حاکم ولایتی در امر تزویج اینان ندارد.<sup>(۲)</sup>

در مقابل نظر مشهور بعضی دیگر از فقهای شیعه معتقد به ولایت حاکم در امر تزویج صغیر و صغیره هستند البته در صورتی که صغیر یا صغیره پدر یا جدپدری نداشته باشد و همچنین تزویج اینان ضرورت داشته باشد در غیر این صورت حاکم چنین اختیاری ندارد.<sup>(۳)</sup>

امام خمینی (قده) در کتاب گرانقدر تحریرالوسیله می‌فرماید: حاکم در نکاح بر صغیر و صغیره با نبود پدر و جد ولایت ندارد و اگر حاجت و ضرورت و مصلحت که رعایتش در ازدواج لازم است ازدواج را اقتضای کند بطوری که بر ترک آن مفسده‌ای مترتب شود که باید از آن اجتناب نمود حاکم اقدام به تزویج او می‌کند.<sup>(۴)</sup>

- ۱- همچون صحیحه محمد بن مسلم از امام جعفر صادق (وسائل الشیعه - ج ۱۴ باب ۱۲ ح ۱ ص ۲۲)
- ۲- بحرانی - یوسف همان ص ۲۳۷ نراقی - همان - ص ۲۰۰ - آل بحرالعلوم - سیدمحمد - همان ص ۲۳۵
- ۳- سیدمحسن - طباطبایی حکیم - مستمسک العروه الوثقی - ج ۱۴ ص ۴۷۷ و ۴۷۸ - نجفی - شیخ محمد حسن همان ج ۵ ص ۳۷
- ۴- امام خمینی (قده) تحریرالوسیله همان ج ۲ - ص ۲۵۶ - مسأله ۱۱ فصل اولیاء عقد

مستند اینان در این زمینه روایاتی است که در مورد ولایت حاکم آمده است: از جمله روایت نبوی: «السلطان ولی من لا ولی له» یعنی حاکم ولی کسی است که ولی ندارد. (۱)

و همچنین روایتی که عبدالله بن سنان از امام جعفر صادق (ع) نقل می‌کند با این مضمون که آن کسی که گره عقد نکاح در دست او است ولی امر او می‌باشد. (۲)

و با التفات به این روایات می‌باشد که این گروه از فقهای شیعه معتقد به ولایت حاکم بر نکاح دختر و پسر صغیره می‌باشند. (۳)

قانون مدنی نیز به تبعیت از نظریه مشهور فقهاء برای حاکم ولایتی در امر تزویج صغیر و صغیره قائل نشده است و در تبصره ماده ۱۰۴۱ این ولایت را در انحصار پدر و جدپدری می‌داند.

حقوقدانان نیز متفقاً با نظر مشهور فقهای امامیه موافقت (۴) و «لذا فتوای قضایی مطابق نظر مشهور است». (۵)

اما فقهای ما براین مسئله اتفاق نظر دارند که حاکم در امر تزویج مجنون ولایت دارد تا جایی که شیخ محمد حسن نجفی در کتاب گرانقدر جواهرالکلام می‌فرمایند من با نظر مخالفی در این زمینه برخورد نکرده‌ام. (۶)

- ۱- سنن بیهقی ج ۷ - ص ۱۰۵ - کنز العمال - ج ۱۶ - ص ۳۰۹
- ۲- وسائل الشیعه - ج ۱۴ - باب ۸ - ج ۲ - ص ۲۱۲: بعضی از فقهاء استناد به این روایت را در این باب ایراد وارد کرده‌اند چراکه روایت مذکور به دلیل ابهام آن باید حمل بر قدر متیقن گردد که همان اثبات ولایت برای پدر و جدپدری است و نباید آنرا به اشخاص دیگر تعمیم داد (بحرالعلوم - سید محمد - همان ۲۶۵)
- ۳- فیض کاشانی - مفاتیح الشرایع ج ۲ - ص ۲۸۶، امام خمینی (قده) همان
- ۴- محقق داماد - سید مصطفی - همان ص ۵۷، جعفرلنگرودی - محمدجعفر - همان ص ۲۸ صفایی و امامی - سیدحسین و اسدالله همان - ص ۸۸ - کاتوزیان - ناصر همان ص ۸۰
- ۵- محقق داماد - سیدمصطفی - همان
- ۶- نجفی - شیخ محمد حسن - همان ص ۸۶

و امام خمینی(قده) نیز در کتاب گرانقدر تحریرالوسیله معتقد به ولایت حاکم در نکاح کسی که بلوغ او در حال فساد عقل می باشد در صورت فقدان پدر و جدپدری و کسی که فسادی عقل او بعد از بلوغ و در زمان حیات پدر یا جدپدری عارض گردد»<sup>(۱)</sup>.

البته فقهاء شرط دیگری را نیز در مورد ازدواج مجنون بوسیله حاکم لازم می دانند و آن ضرورت این امر است.<sup>(۲)</sup>

ماده ۸۸ قانون امور حبسی نیز به تبعیت از فقه امامیه مقرر می دارد: «در صورتی که پزشکی ازدواج مجنون را لازم بداند قیم با اجازه دادستان می تواند برای مجنون ازدواج نماید.....».

البته ذکر این نکته نیز لازم است که ولایت حاکم صرفاً در مورد مجنون دائمی می باشد. چراکه مجنون ادواری در دوره افاقه خود می تواند نسبت به این امر اقدام نماید. هرچند اطلاق ماده ۸۸ قانون امور حبسی تاب چنین تفسیری را ندارد ولی با توجه به ماده ۱۱۳۷ قانون مدنی که مقرر می دارد: «ولی مجنون دائمی می تواند در صورت مصلحت مولی علیه زن او را طلاق دهد» می توان گفت ماده ۸۸ قانون امور حبسی اختیار حاکم در مورد مجنون دائمی را بیان نموده است.

در مورد قیم نیز با امعان نظر به این نکته که در حقوق اسلامی سمت قیم بر مبنای ولایت حاکم می باشد لذا همان مطالبی که در مورد ولایت حاکم در امر نکاح گفته شد در مورد قیم نیز مصداق دارد.<sup>(۳)</sup>

۱- امام خمینی(قده) تحریرالوسیله - همان

۲- فاضل هندی و همان - عاملی - محمد جواد - مفتاح الکرامه ج ۵ ص ۲۷۳

۳- برای دیدن بحث تفصیلی در مورد قیم رجوع کنید به گفتار دوم همین رساله ص ۸

# فصل سوم

## وضعیت نگاه مجبور

## مبحث اول: نکاح صغیر و صغیره

### گفتار اول: انعقاد نکاح توسط ولی

#### الف - دیدگاه فقهی

نکاح چون عقد است باید شرایط اساسی سایر عقود را داشته باشد در نتیجه طرفین باید دارای شرایط عمومی معاملات از جمله بلوغ باشند و در صورت فقدان این شرط انجام عقد منوط به ایجاد آن بوسیله ولی می‌باشد. (۱)

تزویح صغار توسط ولی حکمی است که در بین فقهای شیعه تردیدی در آن وجود ندارد و این حکم در بین فقهای شیعه اجماعی است و در این مورد هیچ مخالفی در این زمینه دیده نمی‌شود. (۲) و روایات بسیار زیادی در کتب مختلف فقهی مستند این حکم قرار گرفته از جمله روایتی است که محمد بن بزیع از حضرت رضا(ع) در مورد دختر صغیری سوال می‌کند که پدرش او را برای شخصی تزویج کرده و سپس پدر فوت می‌کند و حال اگر دختر بالغ شود و قبل از اینکه نزدیکی واقع شود آیا دختر حق فسخ نکاهی را که پدرش برای او منعقد کرده دارد که حضرت

- ۱- در مورد اینکه معیار بلوغ چیست و اساساً به چه کسانی صغیر و صغیره اطلاق می‌شود و در فصل چهارم بحث می‌شود.
- ۲- محقق حلی - شرایع الاسلام - ج ۲ - ص ۵۰۲: شهید ثانی - مسالک - ج ۱ ص ۳۵۷ محقق ثانی - جامع المقاصد - ج ۲ - ص ۱۴۷ - نجفی - شیخ محمد حسن ج ۲۹ - ص ۱۷۲ حکیم - سید محسن طباطبایی - مستمسک العروه الوثقی ج ۱۴ - ص ۴۵۵.

در پاسخ می‌فرمایند خیر نکاح پدر جایز است. (۱)

یا روایت دیگری که اباصلت از حضرت سجاد(ع) نقل می‌کند در مورد سؤالی که از حضرت در مورد نکاح دختر صغیری که از جانب پدر او صورت گرفته و اینکه آیا بعد از بلوغ حق خیار دارد یا خیر؟ که حضرت در پاسخ فرمودند: خیر نکاح پدر جایز است. (۲)

به چنین ولایتی فقهاء ولایت جبر و یا استبدادیه می‌گویند یعنی ولایتی که به صاحب آن استقلال در انشاء عقد اعطاء می‌کند و مولی علیه هیچ گونه دخالتی در آن ندارد. (۳)

مشهور نظر فقهای عامه نیز دلالت بر جواز تزویج صغار غیر بالغ توسط ولی ایشان می‌کند و در مقابل عده بسیار محدودی از ایشان همچون ابن‌شبرمه و ابوبکر معتقدند که تزویج صغار توسط ولی آنها صحیح نیست و استناد ایشان به آیه شریفه: «و ابتلو الیتامی حتی اذا بلغوا النکاح فان انستم -منهم و شدأ فادفعوا الیهم اموالهم .....» (۴)

و یتیمان را بیازمائید تا هنگامی که به سن زناشویی می‌رسند. پس اگر در ایشان رشدی یافتید دارایی آنها را به ایشان باز دهید .....».

و در تفسیر این آیه شریفه معتقدند که خداوند بلوغ به سن نکاح را نشانه انتهای صغر قرار داده و چنانچه ازدواج صغار صحیح بود این غایت بی‌معنی بود و نیز ازدواج به منظور معاشرت و تناسل و تشکیل خانواده تشریح شده و حال آنکه در ازدواج صغار هیچ کدام از این اهداف

- 
- ۱- الحرالعالمی - شیخ محمد حسن - وسائل الشیعه - ج ۱۴ - باب ۶ از ابواب نکاح - ج ۱ ص ۲۰۷  
 ۲- همان  
 ۳- شیخ الاسلامی - سید اسعد - ازدواج و پایان آن در مذاهب چهارگانه سنت  
 ص ۱۰۰ و ۱۰۱  
 ۴- سوره مبارکه نساء آیه شریفه ۶

جامه عمل نمی‌پوشد و صرفاً کار لهور و عبثی خواهد بود.  
 چه بساب مضراتی هم بوجود خواهد آورد و بنابراین اقدامات  
 اولیای صغار متضمن هیچ فایده‌ای نیست. (۱)  
 در مورد ولایت ولی در تزویج صغیره تفاوتی ندارد که صغیره  
 باکره باشد یا نباشد (در اینجا فرق ندارد که ازاله بکارت از راه مشروع  
 باشد یا نامشروع) چراکه علت ولایت صغیره بودن مولی علیه می‌باشد  
 بکارت او و در بین فقها ما در این مورد نظر مخالفی دیده نمی‌شود (۲) اما  
 در بین مذاهب عامه شافعیه و جنابله این ولایت را به صغیره باکره  
 اختصاص داده‌اند ولی برای صغیره بیوه ولایتی تعیین نکرده‌اند. (۳)

#### ب - نظر قانون مدنی

##### ۱ - تا قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۱

تا قبل از پیروزی انقلاب مسئله ولایت ولی در باب تزویج صغار  
 امری بود که در قانون تصریح نشده بود و از نظر قانونگذار نکاح امری  
 کاملاً شخصی بود و لذا اراده طرف نکاح به جز در مورد مجنون از  
 شرایط اساسی نکاح می‌باشد و بدین سبب ولی نمی‌تواند بدون اراده  
 صغار به ولایت از آنها عقد نکاح منعقد کند. و علت امر این بود که قانون

۱- برای مطالعه بیشتر در این زمینه رجوع شود به المغنی ج ۶ باب الزواج و  
 ازدواج و پایان آن در مذاهب چهارگانه اهل سنت بحث تزویج صغار ص ۴۱  
 شیخ الاسلامی - سید اسعد

۲- «لان المناط فی ولایتها الصغر لا البکاره و مقتضی اطلاق الادله ثبوتها  
 لهما و ان ذهبت البکاره بزنا او غیر.» محقق حلی شرایع الاسلام - ج ۲ ص ۲۶۷.  
 علامه حلی تحریر الاحکام ج ۲ - ص ۵ کتاب نکاح - نجفی - شیخ محمد حسن  
 همان ج ۲۹ - ص ۱۷۲ آیت الله العظمی وحید خراسانی - الفلاح فی مسائل النکاح  
 - ص ۵۹

۳- مغنیه - محمد جواد - فقه تطبیقی - مذاهب پنجگانه - ترجمه کاظم پور  
 جوادی ص ۲۸۷. المغنی ج ۶۹ با الزواج



مدنی ایران در نوشتن قابلیت صحتی برای ازدواج قانون مدنی فرانسه و سوئیس را سرمشق خود قرار داده و از نظریات حقوق جدید پیروی نموده است.<sup>(۱)</sup> و لذا آنچه که در قانون سابق محرز بود. این بود که شرط و ضابطه سنی برای انعقاد عقد نکاح وجود داشت و برای ولی هیچگونه ولایتی در مورد نکاح صغار قائل نشده بودند و در حقیقت معیار شرعی در فقه که مبتنی بر بلوغ و عدم بلوغ بیود نیز یادیده گرفته شده بود چرا که ماده ۱۰۴۱ ق.م (قبل از اصلاحی مورخ ۱۳۶۱/۱۰/۸) مقرر می‌داشت: «نکاح اناث قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام نکاح ذکور قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام ممنوع است. مذکور در مواردی که مصالحی اقتضاء کند و با پیشنهاد مدعی العموم و تصویب محکمه ممکن است استثنائاً معافیت از شرط سن اعطاء گردد ولی در هر حال این معافیت نمی‌تواند به اناثی داده شود که کمتر از ۱۳ سالی تمام و به ذکوری شامل گردد که کمتر از ۱۵ سال تمام دارند».

البته همان زمان نیز بسیاری از حقوقدانان معتقد بودند که پدر و جدپدری می‌تواند برای فرزند صغیر خود (پسر یا دختر) در هر سنی که باشد ازدواج نماید. چراکه این امر در تاریخ حقوق ما (فقه شیعه) امری مسلم بوده و هیچ نظر مخالفی در این زمینه در بین فقهاء دیده نمی‌شود.<sup>(۲)</sup>

## ۲- بعد از اصلاحیه سال ۱۳۶۱

همچنانکه گفته شد تا قبل از سال ۱۳۶۱ مساله ولایت ولی در نکاح

۱- امامی - سیدحسن - حقوق مدنی - ج ۴ ص ۲۸۷ - ۲۸۸  
 ۲- امامی - سیدحسن - حقوق مدنی - ج ۴ ص ۲۸۷ - ۲۸۸

صغار در قانون مدنی پیش‌بینی نشده بود ولی در سال ۱۳۶۱ (۱۳۶۱/۱۰/۸) قانونگذار به تبعیت از فقه شیعه صراحتاً این امر را در تبصره ماده ۱۰۴۱ اصلاحی پیش‌بینی نمود تبصره ماده ۱۰۴۱ ق.م.مقرر می‌دارد: «عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی صحیح است به شرط رعایت مصلحت مولی علیه ...»

البته هر چند در خود ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی نکاح قبل از بلوغ ممنوع دانسته شده ولی منظور عقد نکاحی است که صغار بخواهند مستقلاً انشاء عقد نمایند و چون اینان اهلیت ندارند لذا قانونگذار نکاح اینان را ممنوع دانسته است همچنانکه از نظر فقهاء نیز نکاح مستقل ایشان ممنوع می‌باشد. هر چند تبصره ماده ۱۰۴۱ طوری انشاء شده که این امر را به ذهن متبادر می‌کند که صغیر و صغیره عقد نکاحی را مستقلاً واقع می‌کنند سپس ولی اجازه می‌دهد. چراکه اصطلاح اجازه درجائی به کار می‌رود که عقد واقع شده اعتبار یابد. (یعنی برای اعتبار ما وقع است.) (۱)(۲)

ولی به نظر می‌رسد که تبصره ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی بدتنظیم شده است و منظور قانونگذار این است که پدر یا جدپدری می‌توانند مستقیماً برای صغار به شرط رعایت مصلحت مولی علیه عقد نکاح را منعقد نمایند و به نظر برخی از حقوقدانان بعبارت دیگر طرف عقد در

- ۱- کاتوزیان - ناصر - حقوق مدنی خانواده - ج ۱ ص ۷۴
- ۲- در تعریف اجازه گفته شده: اظهار رضایت شخصی که قانون رضای او را شرط عقد یا ایقاعی دانسته است که از دیگر صادر شده است. مشروط بر اینکه رضایت مزبور بعد از صدور عقد یا ایقاع مذکور صادر شود (جعفری لنگرودی - محمد جعفر - ترمینولوژی حقوقی ش ۵۲)

حقیقت ولی است و برای اجرای صیغه باید بگوید: دخترم را به نکاح درآوردم و یا برای پسرم نکاح را قبول کردم و در واقع نسبت ایجاب و قبول را به خویش بدهد»<sup>(۱)</sup>.

نکته دیگری که باید به آن توجه داشت و در فصل اولیاء در عقد نکاح نیز مفصلاً بحث شده این است که ولایت در نکاح صغار صرفاً اختصاص به پدر و جدپدری دارد و هیچ شخص دیگر چنین حقی را ندارد.

### گفتار دوم: لزوم رعایت مصلحت از جانب ولی و ضمانت اجرای آن

#### الف - رعایت مصلحت از جانب ولی

مشهور بین متقدمین اشتراط رعایت مصلحت مولی علیه در نفوذ عقد نکاحی می باشد که از جانب پدر یا جدپدری برای صغار واقع می شود.<sup>(۲)</sup> و بسیاری از متأخرین نیز این مطلب را تصریح کرده اند.<sup>(۳)</sup> البته در مقابل بعضی دیگر از فقهاء عدم مفسده را بطور کلی در تصرفات ولی کافی می دانند هرچند به مصلحت صغیر هم نباشد<sup>(۴)</sup>.

۱- محقق داماد سیدمصطفی - حقوق خانواده ص ۴۸ البته بحث تفصیلی این مسأله در مبحث مربوط به ضمانت اجرای نکاحی که مستقلاً انشاء آن از طرف صغار صورت گیرد می باشد.

۲- شیخ طوسی - مبسوط - ج ۲ ص ۱۶۱ ابن ادریس سرائر ج ۲ ص ۲۱۲

۳- امام خمینی - همان منبع ج ۲ فصل اولیاء عقد مسأله ۴ ص ۳۹۳ - آیت الله مکارم شیرازی- تعلیقات عروه الوثقی ج ۲ - ص ۳۳۸ خویی- سیدابولقاسم مصباح الفقاهه ج ۵ ص ۲۱ طباطبایی حکیم - سید محسن- مستمسک العروه الوثقی ج ۱۴ ص ۴۵۵ - یزدی سید محمد کاظم- عروه الوثقی کتاب نکاح فصل اولیاء عقد مسأله ۵ ص ۱۴۵

۴- امام خمینی - تحریرالوسیله ج ۲ فصل اولیاء عقد مسأله ۴ ص ۳۹۳ - آیت الله مکارم شیرازی- تعلیقات عروه الوثقی ج ۲ - ص ۳۳۸ خویی سیدابولقاسم و ادامه

هرچند بعضی از اینان احتیاط را مراعات مصلحت دانسته‌اند علی‌الخصوص در مورد عقد نکاحی که ولی برای صغیر مبادرت به انشاء آن می‌کند.<sup>(۱)</sup>

بعضی دیگر از فقهاء که تعدادشان اندک می‌باشد معتقدند که پدر و جدپدری بطور مطلق بر مولی‌علیه ولایت دارند و تصرفات آنها بطور کلی هرچند به ضرر مولی‌علیه نیز باشد جایز است<sup>(۲)</sup> و پرواضح است که این نظر با حقیقت جعل ولایت مخالفت است چراکه ولایت پدر و جدپدری برای صغار از باب حمایت از حقوق اینان و دفاع از اینان می‌باشد.

به نظر ما نیز ولی باید مراعات مصلحت صغار را در تصرفات خود علی‌الخصوص در باب نکاح صغار در نظر گیرد چراکه علت وضع ولایت حفظ و حمایت از حقوق اینان می‌باشد<sup>(۳)</sup>. حضرت آیه‌الله مکارم شیرازی در توجیه این امر می‌فرماید: ... ولیکن دلیل عمده در مسأله چیز دیگری است که عبارت است از حقیقت ولایت و اعتبار ولایت در نزد عقلا، که شرع هم آن را امضاء نموده است و حقیقت ولایت پدر و جد برای صغار از باب حسبه و دفاع از حقوق صغار است و اینکه آن دو از دیگران به صغار نزدیکتر هستند چنانکه در روایات باب وارد شده است که ولی انظر برای صغیره است (مصلحت او را بیشتر از دیگران مورد توجه

ادامه پاورقی مصباح الفقاهه ج ۵ ص ۲۱ طباطبایی حکیم - سید محسن و مستمسک العروه الوثقی ج ۱۴ ص ۴۵۵ - یزدی سید محمد کاظم عروه الوثقی کتاب نکاح فصل اولیاء عقد مسأله ۵ ص ۱۴۵

۱- آیه الله مکارم شیرازی همان و طباطبایی حکیم - سید محسن - همان.

۲- جیلانی قمی - میرزا ابوالقاسم (میرزای قمی) جامع المشتات ج ۱ ص ۱۹۲ مامقانی - مناہج المنقین ص ۳۵۳

۳- آیه‌الله مکارم شیرازی. همان. موسوی خوئی - سید ابوالقاسم. همان

دارد) نه به این خاطر که صغار از قبیل ملک بوده هر طور که ولی بخواهد می‌تواند در آنها تصرف کند. پس بنابراین باید از مفسده در چنین عقدی اجتناب نمود بلکه باید مصلحت را رعایت نمود<sup>(۱)</sup>.

قانون مدنی نیز به حق در تبصره ماده ۱۰۴۱ اصلاحی رعایت مصلحت را در نکاحی که از جانب ولی برای صغار واقع می‌شود را لازم می‌داند یعنی نه فقط نکاح واقع شده برای صغار مفسدتی نباید داشته باشد بلکه جلب منفعت و رعایت غبطه صغیر نیز باید در نظر گرفته شود. مصلحت اعم از مصلحت جسمی و یا مالی و یا معنوی می‌باشد و بصور مختلف تجلی پیدا می‌کند چنانکه پدر و یا جد پدری نباید دختر را به کمتر از مهرالمثل شوهر دهد و یا رعایت کفورا نماید بعنوان مثال در جایی که دختر دو خواستگار دارد باید او را به نکاح آن کسی که صالح‌تر است درآورد. البته گاهی مصلحت ممکن است اینگونه باشد که ولی باید دختر را به کمتر از مهرالمثل شوهر دهد<sup>(۲)</sup>.

**ب - ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت از جانب ولی در نکاح**

### صغار

با توجه به تبصره ماده ۱۰۴۱ اصلاحی قانون مدنی و با توجه به نظر کلیه فقهاء چنانچه ولی با رعایت مصلحت صغار مبادرت به انشاء عقد نکاح نماید در صحت و نفوذ عقد واقع شده شکی نیست اما در جایی

۱- آیه‌الله مکارم شیرازی همان. به نقل از الهیان. مجتبی. ترجمه. تحقیق کتاب النکاح شهید اول.

۲- البته همچنانکه در گفتار بحث انتقادی در مورد تبصره ماده ۱۰۴۱ اصلاحی خواهد آمد وجود مصلحت در مانند این نکاح بخصوص در زمان ما جداً مشکل است اگر چه در زمانهای گذشته ممکن است مصلحتی می‌داشتند (به نقل از آیه‌الله مکارم شیرازی همان منبع)

که ولی مراعات مصلحت را ننماید در مورد ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت بین فقهاء و حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد و قانون مدنی نیز این امر را مسکوت گذارده و در اینجا برآنیم که نظرات مختلف را در این زمینه بیان نمائیم:

### ۱- بطلان عقد نکاح واقع شده از جانب ولی

پاره‌ای از فقهاء<sup>(۱)</sup> و به تبعیت آنها بعضی از حقوقدانان<sup>(۲)</sup> معتقدند که چنانچه مراعات مصلحت از جانب ولی در عقد نکاحی برای صغر واقع می‌کنند صورت نگیرد بطور کلی عقد باطل است و لذا حتی اجازه مؤخر صغیر و صغیره تأثیری در عقد باطل شده ندارد و در حقیقت اینان رعایت مصلحت را شرط صحت چنین عقدی می‌دانند.

و آن دسته از حقوقدانانی که با این نظر فقهاء موافقت ظاهر تبصره ماده ۱۰۴۱ اصلاحی قانون مدنی را که مقرر می‌دارد: «عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی به شرط رعایت مصلحت مولی علیه صحیح می‌باشد» را مؤید این مطلب می‌دانند چراکه تبصره مذکور صحت عقد را مشروط به رعایت مصلحت مولی علیه نموده است.<sup>(۳)</sup>

### ۲- غیرنافذ بودن عقد نکاح واقع شده از جانب ولی:

در مقابل پاره‌ای دیگر از فقهاء<sup>(۴)</sup> به تبعیت آنها برخی از حقوقدانان<sup>(۵)</sup> مراعات مصلحت را از جانب ولی در مورد نکاح صغار را

۱ و ۲- یزدی - سیدمحمدکاظم و عروه‌الوثقی - کتاب نکاح - فصل عقد و احکام آن مسأله ۱۳ ص ۱۳۹ - مامقانی مناہج المتقین ص ۳۵۳: محقق داماد - سیدمصطفی - همان - ص ۵۰ - ۳- محقق داماد در سید مصطفی - همان ۴ و ۵- اصفهانی - ابوالحسن - وسیله النجاة ج ۲ مسأله ۶ ص ۳۵۷ و ۳۵۸ امام خمینی همان - صفایی و امامی - سیدحسین و اسدالله - همان

شرط صحت نمی‌دانند و از نظر اینان در صورت عدم مراعات مصلحت از جانب ولی در مانحن فیه عقد بصورت فضولی واقع می‌شود و متوقف بر اجازه یا رد صغیر یا صغیره پس از بلوغ می‌باشد. چنانکه امام خمینی (ره) در کتاب گهربار تحریرالوسیله معتقدند: «... و گرنه عقد فضولی می‌باشد مانند اینکه بیگانه‌ای عقد کرده است و صحت آن بر اجازه صغیر و صغیره بعد از بلوغ توقف دارد...»<sup>(۱)</sup>

آن دسته از حقوق‌دانانی که موافق با این نظر فقهاء می‌باشند در تفسیر تبصره ماده ۱۰۴۱ معتقدند که از استعمال کلمه «صحیح» در تبصره مذکور چنین بر نمی‌آید که عدم رعایت شرط یادشده موجب بطلان است. البته از مفهوم مخالف عبارت تبصره استفاده می‌شود که نکاح به ولایت پدر و جدپدری بدون رعایت شرط مصلحت مولی‌علیه صحیح نیست لیکن عدم صحت اعم از بطلان به معنی اخص کلمه و عدم نفوذ است و این احتمال وجود دارد که «صحت» در ماده یاد شده همانند بعضی موارد بکار رفته در قانون مدنی به معنای عدم نفوذ باشد نه بطلان چنانکه در ماده ۱۹۰ قانون مدنی شرایطی که برای «صحت معامله» ذکر شده که ضمانت اجرای آن گاهی بطلان و گاهی عدم نفوذ است در نتیجه تبصره ماده ۱۰۴۱ اصلاحی قانون مدنی در مورد ضمانت اجرای نکاحی که بدون رعایت مصلحت مولی‌علیه صورت گرفته باشد صریح نیست و معهذا با توجه به قواعد عمومی قراردادهای فضولی قول

۱- امام خمینی (ره) - همان ج ۲ - ص ۲۵۵ مسأله ۴: «بیشترط فی صحه تزویج الاب و الجد نفوذه عدم المفسده والایکون العقد فضولیا کالاجنبی یتوقف صحته علی اجازه الصغیر بعد البلوغ بل الاحوط مراعاة المصلحه».

به عدم نفوذ بیشتر قابل قبول است و حتی بعضی از این حقوقدانان این قول را موافق با قول مشهور فقهای امامیه می‌دانند.<sup>(۱)</sup> ولی به نظر می‌رسد باید تفکیک کنیم بین مواردی که عدم مراعات مصلحت موجب صدمه به وضعیت جسمی و روحی صغیر یا صغیره می‌شود و مواردی که عدم مراعات مصلحت تا این حد موجب مشقت و رنج صغار نمی‌شود. در اولی باید معتقد به بطلان عقد نکاح واقع شده باشیم و در دومی طبق اصول کلی باید معتقد باشیم که غیر نافذ است آنرا باطل ندانیم. و در حقیقت این نظر اخیر جمع بین در نظریه یادشده از جانب فقهاء حقوقدانان می‌باشد.

### گفتار سوم: وضعیت نکاحی که خود صغیر و صغیره مستقلاً در آن اعلام اراده

#### نموده باشند:

همچنانکه ملاحظه شد تزویج صغیر و صغیره بوسیله پدر و جدپدری هم در فقه امامیه و هم در قانون مدنی ما پیش‌بینی شده یعنی در حقیقت در اینجا ولی مستقلاً طرف عقد نکاح قرار می‌گیرد اما چنانچه صغیر و صغیره مستقلاً یکی از طرفین عقد نکاح قرار گیرند بدون اینکه ولی دخالتی در تزویج آنان داشته باشد در مورد وضعیت عقد نکاح واقع شده بین فقهاء حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد البته مورد اختلاف صغار ممیز می‌باشند و در مورد بطلان عقد نکاحی که خود صغار

۱- صفایی - امامی - سیدحسین و اسدالله همان. شایگان - علی - حقوق مدنی ایران ص ۱۰۴ و ۱۰۵ عدل - مصطفی حقوق مدنی ج ۲ ص ۱۳۵ به بعد



غیرممیز اقدام به انعقاد آن بنماید شکی نیست و هیچگونه اختلاف نظر بین فقهاء و حقوقدانان مشاهده نمی‌شود.

### الف - نظریه بطلان نکاح بطور مطلق

بطوری کلی نظر مشهور در فقه امامیه بطلان معاملاتی است که مستقلاً از جانب صغار چه ممیز و غیرممیز صورت می‌گیرد و نکاح نیز مشمول همین حکم می‌باشد. و لذا نکاح واقع شده از طرف اینان را چه برای خود و چه برای غیرباطل می‌دانند بلحاظ فقدان اراده حقوقی<sup>(۱)</sup> و بعضی از اینان اراده اظهار شده از طرف اینان را با اراده هازل و کسی که اشتباه می‌کند در مورد معامله مقایسه می‌کنند و در نتیجه به لحاظ فقدان قصد آن را باطل می‌دانند.

چنانکه شیخ انصاری نقل از ابن ادریس در خصوص بی‌اعتباری اعمال حقوقی صغیر می‌نویسد:

«فما یصدر منها عن الصبی قصدا بمنزله الصادر عن غیره بلاقصده

فقد الصبی و ایقاعه مع القصد کعقد الهازل و الغالط و الخاطی....»<sup>(۲)</sup>

و صاحب جواهر نیز در مورد بی‌اعتباری عقد واقع شده از ناحیه اینان می‌فرماید: «لا عبره فی النکاح کغیره من العقود بعبارة الصبی ایجاباً تبديلاً لنفسه ولغیره»<sup>(۳)</sup>.

از نظر این دسته از فقهاء همچنانکه صغار مستقلاً نمی‌توانند طرف عقد نکاح واقع شوند به دیگران نیز نمی‌توانند در این امر وکالت دهند

۱- انصاری - شیخ مرتضی - همان منبع ص ۱۱۵، محقق حلی - همان منبع ج ۲ ص ۴۹۹ البحرانی - یوسف بن احمد همان منبع ج ۲۳ ص ۱۷۲ - ۱۷۵ - نجفی شیخ محمد حسن همان ج ۲۹ ص ۱۴۳  
۲- انصاری - شیخ مرتضی - همان ۳- نجفی - شیخ محمد حسن - همان

چراکه خود نیز نمی‌توانند این عمل را انجام دهند<sup>(۱)</sup> و همچنین پدر و جدپدری نمی‌تواند به آنها اذن در انعقاد عقد نکاح دهد چراکه اینان بطور کلی فاقد اراده حقوقی می‌باشند لذا **مهم** اعمال آنان باطل است.

**ب - بطلان نکاح صغیر غیر ممیز و غیر نافذ بودن نکاح صغیر**

### ممیز

در اینکه نکاح صغیر غیر ممیز مستقلاً باطل است شکی نیست ولی بعضی از فقهاء<sup>(۲)</sup> و به تبع آنان بعضی از حقوقدانان اعمال صغیر ممیز را بطور کلی غیر نافذ می‌دانند و نکاح را نیز مشمول همین حکم می‌دانند و صحت عقد واقع شده از جانب اینان را متوقف به تنفیذ ولی یا خود صغار بعد از بلوغ می‌دانند.<sup>(۳)</sup>

در اینجا لازم است که در مورد صغیر ممیز و اینکه به چه کسی صغیر ممیز اطلاق می‌شود توضیح مختصری داده شود: اساساً صغیر ممیز فردی است که دارای قوه تشخیص و تمیز است و نیروی دماغی او تا حدی پرورش یافته که می‌تواند بین خوب و بد و نفع و ضرر فرق بگذارد. در فقه اسلامی سن ۷ سالگی ملاک برای تمیز قرار

۱- ماده ۶۲۲ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد: «وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آنرا بجا آورد و ...».

۲- طباطبایی حکیم - سیدمحسن نهج‌الفقاهه ص ۱۸۰ - ۱۸۴ فخرالمحققین - محمد حسن - ایضاح الفوائد ج ۴ ص ۵۵ طباطبایی یزدی سیدمحمد کاظم عروه‌الوثقی کتاب نکاح فصل عقد و احکام آن مسأله ۱۳ ص ۱۳۹. امام خمینی (ره) همان منبع مسأله ۱۱ ص ۳۹۳ طباطبایی یزدی - محمدکاظم - حاشیه بر مکاسب ص ۱۱۳ - ۱۱۵

۳- امامی سید حسن - همان - ج ۵ - ص - ۲۵۰ - صفایی و امامی - سیدحسین و اسدالله. همان ص ۸۶ امیرقائم مقامی - عبدالمجید - حقوق تعهدات - ج ۲ - ص ۱۴۴ و ۱۴۵.

داده‌اند.<sup>(۱)</sup> و بعضی فقهای امامیه تصریح نموده‌اند که صغیر ممکن است نسبت به امری ممیز باشد و نسبت به امر دیگری غیرممیز و اینکه ممکن است صغیری امری را تمیز دهد و دیگری در همان سن در تمیز آن محروم باشد. بنابراین از نظر مدنی نمی‌توان سن معینی را سن تمیز دانست.<sup>(۲)</sup>

امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله بعد از بیان بلوغ و عقل برای عاقد در عقد نکاح معتقدند «...لیکن اگر ممیز معنی را قصد کند برای دیگری بعنوان وکالت یا فضولی عقد نماید و اجازه بدهد یا برای خود عقد نماید با اذن ولی یا با اجازه او یا خودش بعد از بلوغ اجازه دهد با احتیاط تخلص پیدا شود».<sup>(۳)</sup>

و لذا همچنانکه از نظر امام خمینی (ره) و سایر فقها و حقوقدانانی که معتقد به غیر نافذ بودن نکاح واقع شده از جانب صغار غیرممیز می‌باشند. مشخص می‌شود صغیر غیرممیز همچنین می‌تواند به وکالت از دیگری عقد نکاح را واقع سازد. و پاسخ سؤالی که در مبحث قبلی مطرح شده بود. نیز در اینجا مشخص است یعنی صغیر ممیز می‌تواند با اذن ولی مستقلاً مبادرت به انعقاد عقد نکاح نماید. به نظر ایقان همچنانکه ولی می‌تواند عقد غیرنافذ صغیر ممیز تنفیذ کند می‌توان به او در انجام این عمل اذن دهد و در حقیقت رضایت خود را قبل از انجام عقد اعلام نماید.<sup>(۴)</sup> از نظر برخی از طرفداران این نظریه دلیلی بر سلب عبارت

۴- صفایی - سیدحسین - حقوق مدنی - ج ۲ - تعهدات و قراردادهای ص ۱۳۶  
 ۲- امامی - سیدحسین - همان ج ۵ ص ۲۵۰  
 ۳- امام خمینی (ره) همان منبع ج ۲، فصل عقد و احکام آن مسأله ۱۱ ص ۳۸۸  
 ۴- اصفهانی - ابوالحسن - وسیله النجاه ج ۲ - ص ۳۵۱ و ۳۵۲

(فقدان اراده حقوقی) صغیر ممیز وجود ندارد و در نتیجه اگر عقد با اذن ولی واقع شود نافذ خواهد بود.<sup>(۱)</sup>

### ج - دیدگاه قانون مدنی:

به نظر می‌رسد با توجه به صدر ماده ۱۰۴۱ ق.م که مقرر می‌دارد: «نکاح قبل از بلوغ ممنوع است» و با توجه به نظر مشهور فقهی که قایل به بطلان معاملات است که از جانب صغار بطور مستقل واقع می‌شود<sup>(۲)</sup> نظریه بطلان نکاحی که از جانب صغار چه ممیز چه غیرممیز بطور مستقل واقع شود. قابل قبولتر می‌باشد و اساساً اینکه نکاح صغار بوسیله ولی آنها صحیح دانسته شد. حکمی است استثنایی و نباید چنین حکم استثنایی را تعمیم دهیم. و همچنین مقایسه نکاح با سایر عقود و در نتیجه غیرنافذ دانستن عقد معتقد شده توسط صغیر ممیز مقایسه درستی نیست چه اهمیت این عقد و تأثیر بسیار زیاد آن در مورد فرد و جامعه نسبت به سایر عقود بر هیچ کسی پوشیده نیست و با اندکی نیک اندیشی می‌توان دریافت که ممکن است صغیر ممیز در یک سن خاصی اموری را تمیز دهد و خوب و به آن دریابد اما اهمیت نکاح در توان تشخیص و تمیز صغیر ممیز مسلماً نمی‌باشد. و بطور کلی ما نیز با نظر آن دسته از فقها و حقوقدانان موافقیم که اعمال حقوقی صغیرممیز را جز در مواردی که استثناء شده است باطل شمرده‌اند.<sup>(۳)</sup> و در مورد نکاح

- ۱- صفایی - امامی - سیدحسین اسدالله حقوق خانواده ج ۱ ص ۸۶ و صفایی و قاسم زاده - سیدحسین - سیدمرتضی حمایت از اشخاص و محجورین ص ۲۰۲
- ۲- انصاری - شیخ مرتضی - مکاسب ص ۱۱۵ و محقق حلی - شرایع الاسلامی ج ۲ ص ۲۱۸ البحرانی - یوسف بن احمد همان منبع ج ۲۳ ص ۱۷۲ و ۱۷۵ نجفی - شیخ محمد حسن همان منبع ۱۴۳
- ۳- عدل - مصطفی - حقوق مدنی ش ۳۴۳ - امیدی - قائم مقامی - عبدالمجید -

دللی بر استثناء بودن این عقد موجود نیست در نتیجه عقد نکاحی که مستقلاً از جانب صغیر ممیز صورت می‌گیرد نیز باطل است.

با توجه به این حکم در می‌یابیم که صغیر ممیز نمی‌تواند به وکالت از دیگری یا فضولتاً عقد نکاحی را برای دیگر منعقد کند و همچنین ولی نیز نمی‌تواند انجام اذن این عمل را به صغیر ممیز دهد.

در مقابل بعضی از حقوقدانان معتقدند که چون اساساً در حقوق ایران اعمال حقوقی صغیر ممیز اساساً غیر نافذ به شمار آمده است و نه باطل لذا عقد نکاحی که مستقلاً از جانب صغیر ممیز واقع می‌شود از شمول این حکم خارج نمی‌باشد و این قول را اقوی دانسته‌اند<sup>(۱)</sup> و به نظر بعضی دیگر از حقوقدانان با توجه به اینکه در تبصره ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی اصلاحی عقد نکاح قبل از بلوغ را با اجازه ولی صحیح دانسته و اساساً اصطلاح «اجازه» در جایی بکار می‌رود که عقد واقع شده اعتبار یابد (برای اعتبار موقوف است) در نتیجه مفاد تبصره را باید ناظر به موردی دانست که صغیر ممیز مستقلاً (عقد نکاحی منعقد می‌کند و ولی قهری آن را اجازه می‌دهد).<sup>(۲)</sup>

نتیجه اینکه هرچند در حقوق مدنی ایران بنا بر قول مشهور اعمال حقوقی صغیر ممیز علی‌الاصول غیر نافذ به شمار می‌آید ولی با توجه به دلایل گفته شده - عقد نکاح از شمول این حکم خارج است بنابراین عقد

- ادامه پاورقی همان منبع - ج ۲ - ص ۱۴۴، ۱۴۵ شایگان - علی - همان منبع - ج ۱ - ش ۴۵۶ و ۴۶۶
- ۱- عدل - مصطفی همان - امیری قائم مقامی - عبدالمجید - همان - شایگان - علی - همان
- ۲- صفایی و امامی - سیدحسین و اسداله و همان ص ۸۵ و ۸۶ کانونزبان - ناصر - حقوق خانواده ج ۱ - ص ۷۴

نکاحی که مستقلاً از جانب صغیر ممیز صورت گیرد باطل است.

### گفتار چهارم: اختیار یا عدم اختیار فسخ عقد نکاح واقع شده توسط ولی برای

#### صغار بعد از بلوغ: (۱)

بعد از اینکه دانستیم ولی می‌تواند برای دختر صغیره یا پسر صغیر خود مبادرت به انعقاد عقد نکاح این مسأله مطرح می‌شود که آیا صغیر و صغیره نسبت به نکاح واقع شده از جانب ولی بعد از بلوغ حق فسخ دارند یا خیر؟ در مورد اینکه دختر صغیره بعد از بلوغ اختیار فسخ عقد نکاحی را که از جانب ولی صورت گرفته ندارد بین فقهاء اختلاف نظر به چشم نمی‌خورد. (هرچند در بحث تفصیلی این مسأله ایراداتی نسبت به این امر وارد می‌شود).

اما اختلاف نظر بین فقهاء در مورد صغیر می‌باشد و همچنانکه خواهیم گرفت مشهور فقهاء معتقدند که صغیر نیز همانند صغیره حق فسخ نکاح واقع شده از جانب ولی را بعد از بلوغ ندارد و در مقابل بعضی دیگر معتقد به داشتن چنین حقی برای صغیر بعد از بلوغ می‌باشند. که در اینجا به بیان نظرات دو گروه و دلایل ارائه شده از جانب اینان می‌پردازیم:

۱- البته این بحث درجایی مطرح می‌شود که ولی مراعات مصلحت را نیز در نکاح اینان در نظر گرفته باشد.

الف - نظریه عدم اختیار فسخ از جانب صغیر و صغیره بعد از

### بلوغ

طبق نظر مشهور فقهاء صغیر و صغیره بعد از رسیدن به بلوغ حق فسخ نکاحی که از جانب ولی برایشان منعقد شده را ندارند. (۱) چنانکه امام خمینی (ره) در کتاب گرانقدر تحریرالوسیله می‌فرماید: «اذا وقع العقد من الاب او الجدة عن الصغیر او الصغیره مع مراعاة ما يجب مراعاته لاختیار الیها بعد بلوغهما بل هو لازم علیهما» (۲)

دلایلی که ایندسته از فقهاء برای تأیید نظریه خویش به آن استناد می‌کنند بیشتر روایاتی است که در این زمینه وارد شده و دلالت بر عدم اختیار فسخ نگاهی که از جانب ولی برای صغار منعقد شده بعد از بلوغ می‌نماید. از جمله روایتی است که محمد بن بزیع از حضرت رضا (ع) نقل می‌کند که در آن در مورد دختر صغیری سؤال شد که پدرش او را برای شخصی تزویج کرده و سپس پدرش فوت می‌کند و حال آیا دختر بعد از بلوغ و قبل از اینکه نزدیکی واقع شود حق فسخ نگاهی را که پدرش برای او منعقد کرده دارد؟ و حضرت در پاسخ می‌فرماید. خیر نکاح پدر جایز است. (۳)

و یا روایت دیگری که اباصلت از امام سجاده (ع) نقل می‌کند که در آن

- ۱- محقق حلی - همان منبع - ج ۲ ص ۲ - نجفی شیخ محمد حسن همان ج ۲۹ ص ۱۷۲ و ۱۷۳ آیه الله وحیدی خراسانی الفلاح فی مسائل النکاح ص ۵۹ امام خمینی (ره) همان ص ۳۹۳. ۲- همان
- ۳- صحیح محمد بن اسماعیل بن بزیع قال: سئلت الرضا (ع) عن الصبیه یزوجها ابوها ثم یموت و هی صغیره ثم تکبر قبل ان یدخلی بها زوجها ایجوز علیها التزویج ام الام الیها؟ قال: یجوز علیها تزویج ابیها «در وسائل الشیعه ج ۱۴ باب از ابواب نکاح - ح ۱ ص ۲۰۷

در مورد دختر صغیری سؤال می‌کند که پدرش از جانب او عقد نکاهی منعقد می‌کند و اینکه آیا بعد از بلوغ حق خیار دارد؟ که حضرت در پاسخ می‌فرماید: خیر - نکاح پدر جایز است. (۱)

و همچنین اینان برای تأیید نظریه خویش به اصل لزوم و صحت و استصحاب استناد می‌کنند. چنانکه صاحب جامع المقاصد در این باره می‌فرماید: «دلیلی بر عدم نفوذ نکاح ولی قهری وجود ندارد زیرا عقدی است که از اهلیت و در محلتش صادر شده است. (۲)

توضیح اینکه تصرفات پدر و جدپدری در امور مولی‌علیه به شرط رعایت مصلحت نافذ می‌باشد و در این حکم فرقی بین دختر و پسر نیست بنابراین پدر و جدپدری اهلیت انعقاد عقد نکاح برای اینان را دارند و در ضمن مصلحت صغار نیز رعایت شده پس وجهی برای خیار فسخ باقی نمی‌ماند. و همچنین در جایی که شک می‌کنیم آیا صغیر و صغیره نسبت به عقد واقع شده حق فسخ دارند. عقدی که بطور صحیح از جانب ولی برای صغیر و صغیره واقع شده استصحاب می‌شود چنانکه حضرت آیه‌الله وحیدی خراسانی در کتاب گرانقدر خود می‌فرماید: «لان العقد صدر من اهله و وقع فی محله صحیحاً فیستصحب» (۳)

### ب - نظریه اختیار فسخ برای صغیر بعد از بلوغ

همچنانکه ملاحظه شد در مورد عدم اختیار فسخ برای دختر صغیره بعد از بلوغ در مورد عقد نکاحی که از جانب ولی صورت گرفته

- ۱- همان ح ۳ ص ۲۰۸: صحیحه عبدالله بن الصلت قال: سئلت ابا الحسن (ع) عن الجارية الصغیره یزوجها ابوها لها امر اذا بلغت؟ قال: لا
- ۲- محقق کرکی، جامع المقاصد - ج ۲ - ص ۳۱۸
- ۳- آیه الله العظمی وحیدی خراسانی - همان



بین فقهاء اختلاف نظری به چشم نمی‌خورد و نظر مشهور نیز عدم حق فسخ نکاح واقع شده برای صغیر بعد از بلوغ بود. اما در مقابل قول مشهور پاردای از فقهاء عقیده دارند که صغیر بعد از بلوغ حق فسخ نکاحی را که ولی منعقد کرده را دارد.<sup>(۱)</sup>

از جمله دلایل پیروان این نظریه روایتی است که کناسی از امام محمد باقر(ع) نقل می‌کند. هرگاه پدر برای پسر خود در حالی که رشد نداشته باشد زن بگیرد. پسر بعد از اینکه از رشد کافی برخوردار رشد و یا در سن پانزده سالگی بالغ شد می‌تواند عقدی را که پدر برای او منعقد ساخته را برهم زند.<sup>(۲)</sup>

از دیگر دلایل استنادی پیروان این نظریه قاعده لاضرر است به این صورت که چنانچه معتقد به عدم اختیار فسخ از جانب صغیر بعد از بلوغ باشیم در حقیقت این باعث ورود ضرر به صغیر می‌شود چراکه به موجب نکاح واقع شده از جانب ولی، صغیر نسبت به مورد نفقه متعهد می‌شود که این برای او ضرر به حساب می‌آید و در نتیجه برای جلوگیری از ورود ضرر به وی باید برای او حق فسخ قائل شویم.<sup>(۳)</sup>

۱- شیخ طوسی - محمدبن حسن - النهایه (مروارید علی اصغر - سلسله الینابیع الفقهیه) ج ۱۸ - ص ۱۰۵ و ۱۰۶ ابن ادریس، محمدبن احمد و السرائر (ج ۱۹ ص ۳۹۳ ابن ادریس در این زمینه می‌فرماید: «و متی عقد الرجل لابنه علی جاریه و هو غیر بالغ کان له الخيار اذا بلغ و لیس كذلك اذا عقد علی بنته غیرالبالغ لانها اذا بلغت لاخيارها» ابن براج و ابن حمزه نیز از قائلین این قول می‌باشند (به نقل از الفلاح فی مسائل النکاح - آیه الله العظمی وحیدی خراسانی ص ۶)

۲- الکناسی عن الباقر(ع): ان الفلام اذا زوجه ابوه و لم یدرک کان له الخيار اذا ادرك او بلغ خمسة عشر سنه (وسائل الشیعه ج ۱۴ با ۱۶ از ابواب عقد نکاح - ج ۸ ص ۲۱۳)

۳- شیخ طوسی - محمدبن حسن - همان - بحرانی - شیخ یوسف - همان منبع ج ۲۳ ص ۲۰۴

ایرادی که به این دلیل استنادی وارد شده است این است که چنانچه که ادله ثانویه مانند قاعده لاضرر در این مورد بتواند کارگر باشد از باب ورود ضرر تفاوتی بین پسر و دختر دیده نمی‌شود. زیرا هرچند در مورد دختر صغیره از جهت مورد نفقه زبانی وجود ندارد ولی به هر حال ادامه همسری بدون میل و رغبت فعلی بی‌تردید خود ضرر است. (۱)

آقای دکتر محقق داماد در کتاب حقوق خانواده خود بعد از بیان اینکه ادله قاعده لاضرر هم شامل دختر و هم پسر می‌باشد به روایتی که توسط محمدبن مسلم از امام محمد باقر(ع) نقل شده. و مشتمل بر وجود حق خیار برای دختر صغیره و پسر صغیر است استناد می‌کنند و در عین حالی که اعتراف می‌کنند که قول مخالفی در مورد عدم حق خیار برای دختر صغیره وجود ندارد ولی مسأله را خالی از اشکال نمی‌دانند. (۲)

مرحوم استاد سنگلجی نیز معتقد بودند که صغیر و صغیره پس از بلوغ اختیار فسخ خواهند داشت زیرا سقوط ولایت پس از رشد و کبر مستلزم اختیار زن یا مرد بر خود است و نفوذ عقد از آن به بعد که در حقیقت می‌توان گفت نوعی از عقد فضولی است و بسته به تصمیم خود آنهاست. (۳)

۱- محقق داماد - مصطفی حقوق خانواده - ص ۴۹

۲- محقق داماد - سیدمصطفی - همان ص ۵۰ محمدبن مسلم می‌گوید: «از آن حضرت در باره دختر و پسر نابالغی که با یکدیگر ازدواج می‌کنند سؤال کردم فرمود: اگر والدین آنها را به ازدواج در آورده باشند مانعی ندارد. ولی بعد از رسیدن به حد رشد دارای حق خیار می‌باشند».

۳- اوصیاء - پرویز - ترجمه کتاب شرایع الاسلام - برنامه سال دوم دانشکده حقوق اسفند ۱۳۳۲

در هر حال به نظر می‌رسد که نظر مشهور فقهاء قابل قبولتر است یعنی باید معتقد به این بود که صغیر و صغیره پس از بلوغ اختیار فسخ نکاح ولی را ندارند. چراکه همچنانکه محقق کرکی در جامع المقاصد می‌فرمایند: دلیلی بر عدم نفوذ نکاح ولی قهری وجود ندارد زیرا عقدی است که از اهلش و در محلش صادر شده است. همچنین تصرفات پدر و جدپدری در امور مولی‌علیه به شرط اینکه مصلحت او را رعایت کنند نافذ شمرده می‌شود و در این حکم فرقی بین دختر و پسر نیست و بنابراین پدر و جدپدری اهلیت برای انعقاد عقد نکاح را داشته‌اند و در ضمن مصلحت طفل نیز رعایت شده پس وجهی برای خیار صغیر و صغیره باقی نمی‌ماند.<sup>(۱)</sup>

و همچنین در توجیه ضرری که به صغیر از بابت تعهدش بر مورد نفقه بوجود می‌آید باید گفت که مورد نفقه از عوارض نکاح است و طرفین نمی‌توانند از زیر بار آن شانه خالی کنند. نتیجه اینکه صغیر و صغیره پس از بلوغ حق فسخ نکاح واقع شده توسط ولی را ندارند.

### گفتار پنجم: بحث انتقادی

به برکت انقلاب اسلامی که حکومت دینی برقرار و قوانین اسلامی در شرف اجراست نیاز به نقد و بررسی مسائل فقهی بیش از هر زمان

۱- محقق کرکی - همان منبع ج ۲ ص ۳۱۸ کتاب نکاح

دیگر احساس می‌شود. بنابراین تجدید نظر در آراء و نظرات قبلی فقهاء که براساس مصالحی و با توجه به اوضاع و احوال زمان و مکان ابراز گشته امر عقلایی خواهد بود. یکی از موضوعاتی که به تحقیق و بررسی نیازمند است مسأله ازدواج صغار می‌باشد که در تبصره ماده ۱۰۴۱ اصلاحی به صراحت چنین نکاحی به ولایت ولی تجویز شده است<sup>(۱)</sup> و همچنانکه گفته شد این تبصره مبتنی بر فقه اسلامی و بر طبق آن ولی می‌تواند برای پسری که هنوز به سن بلوغ نرسیده زن بگیرد و یا دختری را که هنوز بالغ نشده شوهر دهد.

البته ذکر این نکته لازم است که نکاح صغار بوسیله ولی آنها امروزه در جامعه ما امری مطرود است و با عادات در رسوم و اخلاق اجتماعی در زمان ما مخالف است و به قول یکی از حقوقدانان ولایت بر صغیر و صغیره در امر تزویج آنها در تاریخ حقوقی ما وجود داشته و در حقوق عرفی ایران علی‌الاصول وجود ندارد»<sup>(۲)</sup>

و شاید اگر برای خیلی از افراد جامعه عنوان کنیم که پدر می‌تواند دختر بچه ۵ یا ۶ ساله خود را به نکاح شخص دیگری درآورد آنرا یک شوخی قلمداد کنند و به هیچ وجه صحت این مطلب در ذهن آنها خطور نمی‌کند. ولی با اینحال وجود اختیار پدر و جدپدری برای تزویج صغار در قانون ایجاب می‌کند این مسئله مورد بررسی قرار گیرد تا از بروز خطرهای احتمالی ناشی از چنین ازدوایجایی جلوگیری بعمل آید.

۱- این تبصره در جلسه روز یکشنبه ۶۱/۶/۲۰ کمیسیون امور قضایی مجلس شورای اسلامی بصورت آزمایشی و برای مدت پنج سال به تصویب رسیده بود.

۲- جعفری لنگرودی - محمد جعفر - حقوق خانواده - ص ۲۳

در هر حال ما بحث انتقادی خود را با طرح این سؤال پی می‌گیریم که آیا نکاح صغیر و صغیره در عصر حاضر ضرورت دارد؟ همچنانکه گفته شد صحت نکاح ولی مشروط بوجود مصلحت است و قدر مسلم امروزه با توجه به معایبی که برای چنین نکاحی عنوان خواهیم کرد دیگر نمی‌توان مدعی وجود مصلحت علی‌الخصوص در مورد صغیره که از اثرات نامطلوب چنین نکاحی بیشتر در تنگنا قرار می‌گیرد، باشیم. و عدم وجود مصلحت و عدم ضرورت چنین نکاحی برای صفار چنان مشهود است که فقیه دانشمندی همچون حضرت آیه‌الله العظمی مکارم شیرازی در کتاب گرانقدر تعلیقات عروه‌الوثقی با شجاعت کامل می‌فرمایند: «...بعلاوه صحت نکاح ولی مشروط به وجود مصلحت است. وجود مصلحت در مانند این نکاح بخصوص در زمان ما جداً مشکلی است اگرچه در زمانهای گذشته ممکن است مصلحتی می‌داشته». (۱)

در هر حال همچنانکه گفته شد امروزه دیگر نمی‌توان مدعی وجود مصلحت در چنین نکاحی گردید و اگرهم درجایی مصلحتی برای صغیر هم داشته باشد در مقابل معایب و مضراتی که برای چنین نکاحی از طرف دانشمندان علوم مختلفه بیان شده این مصلحت بسیار ناچیز جلوه می‌نماید. علی‌الخصوص در مورد نکاح صغیره.

و در مخالفت با چنین نکاحی می‌توان گفت. چگونه یک دختر بچه

۱- آیه‌الله مکارم شیرازی - تعلیقات عروه‌الوثقی - ج ۲ ص ۳۳۸: «اضف الی ذلک ان صحه نکاح الولی مشروط بوجود المصلحه..... ووجود المصلحه فی مثل هذا النکاح لاسیما فی اعصارنا - مشکل جداً و ان کانت معمول فی الازمنه السابقه و کانت فیها المصلحه».

نابالغ که هنوز به رشد عقلی کافی نرسیده تا صلاحیت و اجازه برای انجام معاملات و عقد را پیدا کند می‌تواند جسم و جان خویش را برای رضای تمنیات طرف مقابل (هر چند ناچیز و اندک) در اختیار او بگذارد.<sup>(۱)</sup> و همچنین در علم روانشناسی امروز ثابت شد که تجاوزات جنسی که از طرف بزرگسالان نسبت به خردسالان انجام می‌گیرد (هر چیز ناچیز) دارای اثرات بسیار سوء روانی در دوران بلوغ به آنها خواهد بود.

اساساً یکی از اهداف هر حکومت آموزش و پرورش و رشد و ارتقاء فرهنگی افراد آن ملت آن هم در یک سطح بالا می‌باشد. چگونه می‌توان ادعا کرد دختر بچه‌ای که به قول معروف به خانه بخت می‌رود از این تسهیلات بهره‌مند خواهد شد و این امر چه آثار زیانباری برای خود صغیر در مرحله اول و در مرحله بعدی برای جامعه که در آن زندگی می‌کند بوجود خواهد آورد چرا که دیگر امروزه این باور غلط که در گذشته‌ای نه چندان دور وجود داشته و منظور از ازدواج صرفاً تمتع

۱- بعضی از حقوقدانان برای رفع این دشواریها معتقدند که در فقه «نکاح» به معنی زناشویی و نزدیکی به کار می‌رود و حتی به عقیده بعضی بطور مجازی بمعنی «عقد نکاح» است (یعنی معنای حقیقی آن همان زناشویی و نزدیکی است) و لذا صدر ماده ۱۰۴۱ اسلامی ق. م نکاح (به معنای مصطلح در فقه) را ممنوع دانسته و تبصره ماده مذکور عقد نکاح را قبل از بلوغ از جانب ولی صحیح دانسته. (کاتوزیان - ناصر - حقوق خانواده ج ۱ - ص ۷۴) در هر حال حتی اگر چنین راه حلی را بپذیریم به اتفاق همه فقهاء معتقدند که سایر تمتعات جنسی از قبیل به شهوت لمس کردن و بوسیدن و تفضیح اشکالی ندارد و هر چند دختر بچه شیرخوار باشد و صرفاً عمل زناشویی (نزدیکی طبیعی) با وی نمی‌توان نمود. و همین مقدار نیز برای بجای گذاشتن آثار مخرب از نظر دانشمندان علوم پزشکی و روانشناسان کفایت می‌کند به نقل از محمودی - عباسعلی - پژوهش حقوقی و فقهی و اجتماعی در باره نکاح و زنا با صغیره - ص ۶۱

جنسی بوده نه چیز دیگر کاملاً از بین رفته و امروزه اهدافی بس عظیم در پس این عمل مقدس نهفته است از جمله تربیت فرزندان که در راه رشد تعالی جامعه خدمت کنند و این امر میسر نمی‌شود مگر اینکه پدران و مادران خود دارای رشد متعالی باشند. حال از چنین عقد نکاحی آیا می‌توان انتظار داشت که چنین خواسته‌هایی را بر آورده سازد مسلماً خیر.

و حتی بعضی از مخالفین با نکاح صغار از جانب ولی چنان پا را فراتر گذاشته‌اند که مدعی اشاعه فحشاء در نتیجه نکاح با صغیره شده‌اند. توجیه این امر معتقدند: فرض کنید دختر بچه شش ساله‌ای را ولی او به نکاح مردی در می‌آورد و آن مرد شبانه کارهای شگفتی را با وی انجام می‌دهد. صبحگاه که آن کودک به دبستان یا کودکستان پای می‌گذارد یا در میان کوچه با همسالان خود به بازی مشغول می‌شود. بلاهایی که شبانگاه بر سرش آورده‌اند برای کودکان دیگر تعریف خواهد کرد و در نتیجه کودکان بر شرم و حیاء خواهند شد و فحشاء اشاعه پیدا خواهد کرد<sup>(۱)</sup> (البته هرچند این عقیده بسیار افراطی می‌باشد) لیکن برای بیان گوشه‌ای از معایب و خطرات چنین نکاحی مفید می‌باشد از طرف دیگر بر طبق تبصره ماه ۱۰۴۱ قانون مدنی تشخیص مصلحت مولی‌علیه فقط بر عهده پدر و جدپدری است و مقامهای قضایی حق اظهارنظری در این مورد ندارند. و لذا چنانچه اگر پدر و جدپدری در تشخیص این مصلحت دچار خطا و لغزش شوند کیفری نداشته تا

۱- به نقل از محمودی - عباسعلی - پژوهش حقوقی و فقهی و اجتماعی در باره نکاح و زنا با صغیره - ص ۶۱

رسیدن به سن بلوغ کودک بایستی همسر ناخواسته را با تمام ضررهای مادی و معنوی پذیرا باشد. پس از بلوغ نیز به فرض که بتواند تجاوز ولی قهری را از حدود نمایندگی اثبات کند و نکاح را برهم زند هیچ چیز نمی‌تواند گذشته دردناک را به او بازگرداند.<sup>(۱)</sup>

و از همه مهمتر به اتفاق همه فقهاء رضایت دختر بعد از رسیدن به سن بلوغ شرط صحت چنین ازدواجی که از جانب ولی صورت گرفته نمی‌باشد. در نتیجه چنین ازدواج ناخواسته‌ای به وی تحمیل می‌شود و اثرات نامطلوب چنین ازدواج ناخواسته‌ای نیز به هیچ کس پوشیده نیست.

یکی از مخالفین نکاح صغار معتقد است دین اسلام به عقیده همه مسلمان به صراحت قرآن آئین همیشگی دین جاویدان است بنابراین احکام اسلام باید در تمام دنیا قابلیت اجراء داشته باشد و طبایع هم افراد آن را بپذیرد. زیرا اسلام دین فطری است و فطرت هم تغییر پذیر نیست. (سوره مبارکه روم آیه ۳۰) پس اگر حکمی به اسلامی نسبت داده شود که برخلاف سنت الهی و قانون طبیعی باشد از اسلام نخواهد بود و این امر را مقایسه کرده‌اند با علائم راهنمایی و رانندگی به اینصورت که علائم راهنمایی و مقررات رانندگی به نحوی تعیین و تنظیم شده که هر راننده‌ای به هر کشوری مسافرت کند هرچند به زبان و مذهب و آداب و رسوم آن کشور آشنا نباشد به آسانی می‌تواند رانندگی نماید و از عواقب تخلف از این مقررات مهم آگاه باشد قانون اسلام نیز چنین است.



حال اگر مثلاً قانونی در کشور اسلامی بنا هم اسلام به تصویب برسد که حتی در خود آن کشور قابلیت اجراء نداشته باشد. یا طبایع و فطرات مردم آنرا نپذیرد قانون اسلامی نخواهد بود و همچنانکه گفته شد در حقوق عرفی ما مسئله نکاح صغار بوسیله ولی آنها امری مطرود است و علی الاصول وجود ندارد.<sup>(۱)</sup>

از طرف دیگر پذیرش نکاح صغار از جانب ولی راه را برای پدران بی بندوباری که برای رسیدن به امیال و اهداف نامشروع خود از هیچ امری دریغ نمی‌ورزند باز می‌گذارد و مضافاً اینکه تشخیص مصلحت صغیر و صغیره نیز بر عهده ولی می‌باشد که آثار نامطلوب آن قبلاً بیان شد.

امروزه دیگر همه پذیرفته‌اند که نکاح امری کاملاً شخصی است و به هیچ وجه نمی‌تواند آنرا به شخصی تحمیل نمود و این طرفین عقد نکاح هستند که با درایت کامل باید شریک زندگی خود را انتخاب نمایند و لذا چنانچه رضای طرفین وجود نداشته باشد و رضای ولی قهری که غالباً معلول است جانشین رضای کودک شود ممکن نیست محصول چنین ازدواج ناخواسته‌ای دوستی و محبت باشد روی همین اصل بند ۲ ماه ۱۶ کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان مقرر می‌دارد: «نامزد کردن و تزویج کودک قانوناً بلااثر خواهد بود و هرگونه اقدام لازم از جمله وضع قانون جهت تعیین حداقل سن برای ازدواج و ثبت اجباری ازدواج در یک دختر

۱- محمودی - عباسعلی - پژوهش فقهی و حقوقی و اجتماعی پیرامون نکاح زنا با صغیره ص ۲.

رسمی باید اتخاذ شود» (۱)(۲)

چنانکه ملاحظه می‌شود صد. ر بند ۲ ماده ۱۶ کنوانسیون مذکور صراحتاً نامزد کردن و تزویج کودک را قانوناً بلااثر می‌داند. و این بعلت آثار و عواقب نامطلوب چنین ازدواجهایی باشد که امروزه همه به آن معترف می‌باشند.

در هر حال با توجه به دلایل عنوان شده مانیز معتقد به حذف تبصره اصلاحی ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی می‌باشیم چراکه به هیچ وجه با آداب و رسوم جامعه ما سازگار نیست. هرچند تبصره ماده ۱۰۴۱ اصلاحی بر مبنای احکام فقهی و نظرات مشهور فقهاء تنظیم شده است ولی تجدید نظر و تغییر آن در صورت ضرورت اشکالی ندارد. این مهم همچنانکه گفته شد وظیفه فقهاء و مجتهدین و حقوقدانان محققین می‌باشد تا راه اجتهاد و منطبق با شرایط اجتماعی را به درستی بیابند. و لاقلاً اگر قانونگذار پذیرش چنین نکاحی را در برهه کنونی ضروری می‌بیند باید با آن برخورد کند و تشخیص مصلحت به چنین نکاحی را بر

۱- این کنوانسیون در ۱۸ دسامبر ۱۹۷۹ طی قطعنامه ۳۴/۱۸ مجمع عمومی سازمان ملل متحد به تصویب رسید و در سوم سپتامبر ۱۹۸۱ با گذشتن سی‌روز از ترویج بیستمین سند الحاقی یا تصویب لازم‌الاجرا شد براساس آخرین آمار منتشره از سوی سازمان ملل تا اوایل فوریه سال ۱۹۹۵ مجموعاً حدود ۱۳۹ دولت به این کنوانسیون پیوستند و تعداد ۷ دولت فقط آن را امضاء کرده ولی هنوز به تصویب مراجع قانونی نرسانده‌اند. جمهوری اسلامی ایران تاکنون به این کنوانسیون نپیوسته (به نقل از مهرپور - حسین - حقوق بشر در اسناد بین‌المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران ص ۲۵۴)

۲- بیان این امر در کنوانسیون به معنی پذیرش سایر مقررات کنوانسیون فوق‌الذکر و عادلانه بودن آنها نمی‌باشد و صرفاً درصدد بیان این امر در کنوانسیون مذکور بوده‌ایم. و اینکه الحاق جمهوری اسلامی ایران به این کنوانسیون دارای چه آثار مثبت و منفی می‌باشد از حوصله این بحث خارج است و وظیفه اهل فن می‌باشد که دراین مورد سخن بگویند و آن را بررسی نمایند.

عهدہ مرجع قانونی نگذاردند بر عہدہ ولی و احتیاط چنانچہ در مواقعی دادگاہ واقعاً تشخیص دهد کہ مصلحت صغیر و صغیرہ اقتضاء چنین نکاحی را دارد اجازہ اینکار را بدهد.

در خاتمہ بافرازی از فرمایشات حضرت امام خمینی (ره) این بحث انتقادی را بہ پایان می‌بریم:

«یکی از مسائل بسیار مهم در دنیای پرآشوب کنونی نقش زمان و مکان در اجتهاد و نوع تصمیم‌گیری‌هاست. حکومت فلسفہ عملی برخورد با شرک و کفر و معضلات داخلی و خارجی را تعیین می‌کنند و این بحث‌های طلبگی مدارس کہ در چهارچوب تئوریا است. نہ تنها قابل بحث نیست کہ ما را بہ بن‌بست‌هایی می‌کشاند کہ منجر بہ نقض ظاہری قانون اساسی می‌گردد. (۱)»

۱- از فرمایشات حضرت امام خمینی (ره) در تاریخ ۶۷/۱۰/۸ بہ نقل از صحیفہ نور

## مبحث دوم: وضعیت نکاح سفیه و مجنون

### گفتار اول: نکاح سفیه

سفیه و به تعبیر قانون مدنی «غیررشید» کسی است که تصرف او در اموال و حقوق مالی خود عقلایی نباشد (ماده ۱۲۰۸ قانون مدنی،<sup>(۱)</sup>)  
المجله در ماده ۹۲۶ سفیه را اینگونه تعریف می‌کند: «سفیه کسی است که مالش را در غیر محل صرف کند و در مصارف تبذیر نماید و مالش را تضییع و تلف نماید. کسانی که همواره غافل از دخل و خرج خود در اثر بلاهت می‌باشند از سفها محسوب هستند».<sup>(۲)</sup>

و همچنانکه مشخص می‌شود حجر سفیه محدود به امور مالی است و اعمال حقوق سفیه در آنچه مربوط به امور مالی می‌باشد اصولاً غیر نافذ است مگر اینکه با اذن یا اجازه ولی یا قیم او باشد و علی‌الاصول تفاوت سفیه و مجنون نیز در قوه درک سفیه است چرا که سفیه برخلاف مجنون دارای قوه درک و تشخیص است و چه بسا یک فرد تحصیلکرده‌ای که فاقد عقل مماش است و اساساً به علت همین وصف نمی‌تواند اموالی خود را عاقلانه اداره کند.<sup>(۳)</sup> البته ذکر این نکته لازم

۱- ماده ۱۲۰۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «غیر رشید کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی خود عقلایی نباشد».

۲- در تحریرالوسیله در مورد ویژگیهای سفیه این چنین آمده است: «السفیه هو الذی لیس له حاله باعثه علی حفظ حاله باعثه علی حفظ مال و الاعتناء بحاله یصرفه فی غیر موقعه و یتلفه بغير محله و لیست معامله مبنیه علی المکایسه و التحفظ عن المغانبه لایبالی بالانخضاع فیها» (ج ۲ ص ۱۵)

۳- علت اینکه تصرفات غیرمالی سفیه بطور کلی صحیح می‌باشد. این است که  
ادامه

است که در عرف مردم و جامعه ما کمتر اتفاق می‌افتد که کسی را رسماً بعنوان سفیه بشناسند و او را از دخالت در امور مالی خود منع کنند.

و اما در مورد نکاح شخص سفیه باید گفت. نیاز سفیه به ازدواج مسئله‌ای غیرقابل انکار می‌باشد و او نیز همانند سایر افراد جامعه با توجه به فطرت و غریزه جنسی نیاز به ازدواج دارد و در حقیقت ممنوعیت وی در تصرفات مالی و عدم توانایی وی در حفظ و صیانت از اموال منافاتی با نیاز طبیعی و غریزی او در امر ازدواج نخواهد داشت. اما عمده بحث و اختلاف در این است که عقد نکاح هرچند علی‌الاصول یک عقد غیر مالی است اما آثار مالی زیادی دارد از جمله نفقه و مهریه و غیره و لذا به نحو مستقیم یا غیرمستقیم به امور مالی مرتبط است و در نتیجه همین ماهیت پیچیده و دوگانه نکاح باعث گشته که بین فقهاء و حقوقدانان نظر واحدی در مورد چگونگی نکاح سفیه وجود نداشته باشد چنانچه بعضی عقد نکاح را از عقود مالی می‌دانند و در نتیجه نکاح سفیه را همانند سایر اعمال حقوقی سفیه که مربوط به امور مالی است را بدون اذن یا اجازه ولی صحیح نمی‌دانند. و در مقابل گروهی دیگر عقد نکاح را علی‌الاصول یک عقد غیرمالی می‌دانند و در نتیجه معتقدند که سفیه می‌تواند مستقلاً و بدون اینکه احتیاج به اذن یا اجازه ولی باشد مبادرت به انعقاد عقد نکاح نماید همچنانکه سایر تصرفات غیرمالی او بدون اذن و یا اجازه ولی یا قیم صحیح می‌باشد. و از نظر طرفداران این نظریه آثار مالی که بر نکاح مترتب می‌شود حکمی است که قانون بر ازدواج بار

ادامه پاورقی او دارای اراده و اختیاری می‌باشد و قصد انشاء نیز دارد و با بالطبع می‌تواند آثار مترتب بر هر عقد و ایقاعی را بفهمد و یا خود ایجادش کند.

می‌کند و طرفین نمی‌توانند از چنین آثار سرباز زنند.

در هر حال با توجه به سکوت قانون مدنی در این مورد نیاز به راه‌حلی برای پاسخ به این مسأله داریم. و لذا ما بعد از بیان نظرات دو گروه و دلایل ارائه شده از طرف طرفداران آن سعی در ارائه رادخل مناسبی در این زمینه داریم تا بتواند با توجه به سکوت قانون مدنی در این مورد راه گشا باشد.

#### الف - نظریه ولایت بر تنفیذ نکاح:

مشهور فقهای امامیه<sup>(۱)</sup> صحت نکاح سفیه را منوط به تنفیذ چنین نکاحی از جانب ولی می‌دانند و از نظر اینان عقد نکاح به واسطه داشتن آثار و بار مالی همچون نفقه و غیره در حکم یک عقد مالی محسوب می‌شود و رودی این اصل چون سفیه از دخالت در امور مالی چه بصورت مستقیم و چه بصورت غیرمستقیم ممنوع است لذا در امر نکاح نیز نمی‌تواند مستقلاً و بدون دخالت ولی (همچنانکه گفته شد دخالت ولی به این صورت است که گاهی قبل از انجام عمل مزبور اذن می‌دهد و گاهی این دخالت بعد از انجام عمل از جانب سفیه جلوه پیدا می‌کند بصورت اجازه و تنفیذ عمل انجام شده) عمل نماید.

و حتی بعضی از فقهاء پا را فراتر نهاده‌اند و سفیه را از مصادیق فاسدالعقل و در ردیف مجنون آورده‌اند.<sup>(۲)</sup> و در این زمینه صاحب عروه

۱- نراقی - ملاحمد - مستندالشیعه ج ۲ - ص ۴۶۳ - علامه حلی - تذکره الفقهاء ج ۲ کتاب النکاح محقق ثانی - همان منبع ج ۲ - ص ۳۰۴ و ۳۰۶، فخرالمحققین - همان منبع - ج ۲ ص ۱۸ محقق حلی شرایع الاسلام ج ۲ ص ۵۰۲ یزدی سیدمحمد کاظم - عروه الوثقی - ج ۲ - ص ۳۹۲ اما خمینی (ره) همان منبع ج ۲ - فصل اولیاء عقد - مسأله ۷ ص ۳۹۴  
۲- نراقی - ملاحمد - همان

عقیده جالبی دارد و از نظری حتی شخص بالغی که در امور مالی رشید باشد اما در مورد ازدواج و آثار آن رشد کافی نداشته باشد ظاهراً ملحق به سفیه می‌شود و در نتیجه در امر ازدواج احتیاج به اذن یا اجازه ولی دارد<sup>(۱)</sup> بعضی از فقهاء شرط دیگری را نیز برای نکاح سفیه مقرر می‌کند و آن اضطرار سفیه در امر نکاح است یعنی سفیه در چنان حالت وضعیتی باشد که ناگزیر از ازدواج باشد و چنانچه سفیه در اضطرار نباشد و اقدام به ازدواج کند آن ازدواج باطل خواهد بود.<sup>(۲)</sup>

و بر طبق نظر این دسته از فقهاء ولی صرفاً در جایی می‌تواند اذن در انعقاد نکاح به سفیه دهد و یا نکاح واقع شده از جانب وی را تنفیذ کند که سفیه مضطر باشد و در غیر اینصورت نکاح واقع شده را صحیح نمی‌دانند و صاحب جواهر صراحتاً این مطلب را بیان می‌کند.<sup>(۳)</sup>

فقهای معاصر سعی در تعدیل شرط وجود اضطرار در نکاح سفیه نموده‌اند و از نظر اینان علی‌الاصول صحت نکاح سفیه منوط به اذن و یا اجازه ولی می‌باشد و چنانچه ولی مصلحت را در نکاح سفیه ببیند در صحت نکاح واقع شده تردیدی نمی‌باشد.<sup>(۴)</sup> و اینان در توجیه نظر خویش معتقدند که دلیلی در تمیز عقد نکاح از سایر تصرفات مالی سفیه

۱- یزدی - سیدمحمد کاظم - همان مسأله ۸ ص ۶۵۵ فصل اولیاء عقد: «اذا كان اشخص بالغاً رشیداً فی المالیات لکن لارشد له بالنسبه الی اوالتزویج و خصوصیات من تعیین الزوجه و کیفیه الامهار و نحو ذالک فالظاهر».

۲- از نظر اینان در صورت بطلان نکاح در چنین حالتی در صورت وقوع نزدیکی زن مستحق چیزی نخواهد بود لیکن اگر زن جاهل باشد مستحق مهرالمثل خواهد بود (محقق حلی شرایع الاسلام) ج ۲ - ص ۲۷۷ - فخرالمحققین همان .

۳- نجفی - شیخ محمد حسن - همان - ج ۲۹ ص ۱۹۱ و ۱۹۲

۴- یزدی - سیدمحمدکاظم - همان - موسوی خونی - سیدابوالقاسم - منهاج الصالحین - ج ۲ ص ۳۶۱ امام خمینی (ره) - همان - ج ۲ - ص ۲۵۵

وجود ندارد و لذا همچنانکه بر طبق اصول کلی ولی حق دارد تصرفات عقلایی سفیه را ولو در صورت عدم وجود ضرورت تنفیذ نماید و یا به وی اذن در تصرفات مذکور دهد. نکاح نیز خارج از این حکم کلی نمی باشد و در نتیجه چنانچه در امر نکاح نیز ضرورتی وجود نداشته باشد لیکن مصلحت مراعات شده باشد می توان به سفیه اذن در انجام نکاح دهد و یا نکاح واقع شده از جانب وی تنفیذ کند.<sup>(۱)</sup>

گروهی از طرفداران این نظریه در عین حالی که نفوذ نکاح سفیه را منوط به اذن یا اجازه از جانب ولی می دانند اعتقاد دارند در مواقعی که ضرورت اقتضای کند و سفیه نیاز به نکاح داشته باشد و خود مستقلاً مبادرت به این کار نماید دیگر نیازی به اذن یا اجازه ولی نمی باشد. چنانچه صاحب شرایع در این مورد می فرماید چنانچه سفیه بدون اذن و اجازه ولی خود در مواقع اضطرار ازدواج نماید عقد صحیح و نافذ است هرچند او گناهکار محسوب می شود.<sup>(۲)</sup> و بعضی دیگر حتی در صورت منع ولی در این فرض (فرض وجود اضطرار در نکاح سفیه) معتقد به صحت عقد نکاح واقع شده از جانب سفیه می باشند چراکه در مانحن فیه ولایت ولی را ساقط شده می دانند.<sup>(۳)</sup>

همچنین بعضی دیگر از طرفداران این گروه معتقدند که چنانچه ازدواج سفیه بگونه ای باشد که منجر به تصرفات مالی نگردد به عنوان مثال باز نی ازدواج نماید که مهر و نفقه مطالبه ننماید در این صورت

۱- طباطبایی حکیم - سید محسن - همان ج ۱۴ ص ۴۵۹

۲- محقق حلی - همان

۳- بحرالعلوم همان منبع - ج ۳ - ص ۲۴۳ - مغنیه - محمد جواد - فقه امام جعفر صادق ج ۵ ص ۲۴۴.



دیگر نیازی به اذن و یا اجازه ولی نمی‌باشد. (۱)

در میان مذاهب عامه شافعیان و حنبلیان همانند مشهور فقهای امامیه معتقد به ولایت ولی در تنفیذ نکاح سفیه می‌باشند چه اینکه عقد نکاح به واسطه داشتن مسئولیت و بار مالی در زمره تصرفات مالی محسوب می‌شود و چون بر طبق اصول و قواعد کلی غیر رشید از دخالت در امور مالی خود به مستقیم و چه غیرمستقیم ممنوع می‌باشد لذا عقد نکاح نیز مشمول حکم مذکور قرار گرفته و شرط صحت و نفوذ آن اجازه و یا اذن ولی می‌باشد. (۲)(۳)

#### ب - نظریه عدم ولایت بر تنفیذ نکاح:

در مقابل قول مشهور پاره‌ای دیگر از فقهاء اعتقاد به استقلال سفیه در امر نکاح و عدم ولایت ولی در تنفیذ نکاح واقع شده از طرف وی دارند. و بعبارت دیگر از نظر اینان اذن و یا اجازه ولی شرط صحت و نفوذ نکاح سفیه نمی‌باشد. (۴) و این نظر مورد تأیید برخی از حقوقدانان نیز قرار گرفته است. (۵)

طرفداران این نظریه در مقام ایراد به نظر مشهور فقهای امامیه معتقدند که نظر مشهور مستند به دلیل قابل قبولی نمی‌باشد چراکه ما در

۱- بحر العلوم - همان - مغنیه - محمدجواد - همان

۲- مغنیه - محمد جواد - الفقه علی المذاهب الخمسه ص ۲۹۹ و ۳۲۳

۳- در مورد اینکه اساساً از نظر پیروان این گروه چه کسانی در باب نکاح سفیه ولایت دارند در بحث اولیاء عقد نکاح توضیح داده شده و نیازی به توضیح مجدد آن نمی‌باشد.

۴- بحرانی - شیخ یوسف همان منبع - ج ۲۳ ص ۲۴۶ و ۲۴۷ و ۲۴۸. صبحی - محمصانی - مبادی شرعی و قانونی ص ۱۱۷، ابن قدامه مغنی - ج ۴ ص ۵۸۲ - نراقی احمد عوائد الایام - ص ۲۰۲ و ۲۰۳ و نجفی - شیخ محمد حسن - همان - ج ۲۹ - ص ۱۹۳

۵- کاتوزیان - ناصر - حقوق خانواده - ج ۱۱ ص ۸۵

مورد سفیه جز نصی که در مورد ممنوعیت تصرف وی در امور مالی وجود دارد نص دیگری نداریم و لذا سفیه اگر بخواهد ازدواج کند ولی باید اموالی که لازم است را برای این امر اختصاص دهد چه این ازدواج برای سفیه ضروری باشد و چه نباشد.<sup>(۱)</sup>

از نظر طرفداران این نظریه عقد نکاح علی الاصول یک عقد غیرمالی است و در واقع هدف اصلی در این عقد همبستگی و پیوند میان زن و شوهر جهت تشکیل خانواده و تداوم نسل می باشد. و آثار مالی که بر نکاح مترتب می باشد به حکم قانون است. این خارج از اراده شخص سفیه می باشد و در حقیقت در این خصوص سفیه و رشید در مقابل قانون برابر و مساوی می باشند به عنوان مثال نفقه‌ای که شخص رشید می پردازد برابر است با نفقه‌ای که سفیه می پردازد. به همان ترتیب قاعده توارث در مورد او اجراء می شود که در مورد شخص رشید اجراء می شود.<sup>(۲)</sup> اما در مورد مهر معتقدند که چون مهر یک قرارداد مالی محسوب می شود و چون طبق قاعده کلی سفیه از تصرفات در امور مالی ممنوع است لذا میزان مهر باید با توافق ولی یا قیم صورت گیرد و در نتیجه چنانچه ولی میزان مهر را که بین سفیه و طرف دیگر عقد نکاح توافق شده را به غبط و مصلحت سفیه نداند می تواند مهر را رد کند. و در این صورت همچنان که عقد نکاح بدون تعیین مورد صحیح است نکاح واقع شده نیز بدون مهر می باشد.<sup>(۳)</sup>

- ۱- بحرانی - شیخ یوسف - همان - عیوب الاراده فی الشریعه الاسلامیه ص ۴۱۸ - ۴۱۹ - ۴۲۰  
 ۲- کاتوزیان - ناصر - همان  
 ۳- صفایی - امامی - سیدحسین، اسدالله - همان ص ۱۲۰ مغنیه - محمدجواد  
 ادامه

در میان مذاهب عامه حنفیان بر خلاف شافعیان و حنبلیان موافق با این نظریه می‌باشند.<sup>(۱)</sup>

### ج - نظریه قابل قبول در حقوق ایران:

همچنانکه بیان کردیم قانون مدنی ایران و در مورد چگونگی نکاح سفیه ساکت است و در این زمینه بین حقوقدانان نیز نظر واحدی وجود ندارد. چنانچه بعضی از حقوقدانان بر طبق نظر مشهور فقهای امامیه قائل به ولایت ولی در تنفیذ نکاح سفیه می‌باشند چراکه بعلت واجد آثار مالی بودن نکاح آن را مضمول قاعده کلی ممنوعیت سفیه از تصرف در امور مالی می‌دانند و لذا معتقدند که سفیه نمی‌تواند بدون اذن و یا اجازه ولی اقدام به این امر نماید<sup>(۲)</sup> هرچند بعضی از طرفداران این نظریه استقلال سفیه در امر نکاح را نیز خالی از قوت نمی‌بینند.<sup>(۳)</sup>

در مقابل بعضی دیگر از حقوقدانان با نظریه عدم ولایت ولی در تنفیذ نکاح سفید موافقت و در نتیجه اذن و یا اجاره ولی را شرط نفوذ و صحت نکاح سفیه نمی‌بینند. و دخالت ولی را صرفاً در مورد مهر می‌پذیرند چراکه مهر یک قرارداد مالی است و با توافق طرفین تعیین

ادامه پاورقی الفقه علی المذاهب الخمسه - ص ۲۹۹ و ۳۲۳ و لذا در صورت بطلان نکاح چنانچه نزدیکی صورت نگرفته باشد مجدداً با توافق ولی قهری تعیین می‌شود ولی اگر نزدیکی صورت گرفته باشد طبق اصول و قواعد کلی که در مورد مود موجود است زن مستحق مهرالمثل می‌باشد. (همان منابع)

۱- مغنیه - محمد جواد - همان

۲- جعفری لنگرودی - محمدجعفر - حقوق خانواده ص ۱۲۹: «... علیهذا طبق عموماً قانون مدنی در نکاح سفیه اذن یا اجازه ولی او لازم است...» صفایی - امامی - سیدحسین، اسدالله همان ص ۱۰۰، صفایی - قاسم زاده - سیدحسین -

سیدمرتضی حقوق مدنی اشخاص و محجورین ص ۲۱۳

۳- همان: «به هر حال باتوجه به فقه امامیه و نظریه عدم نفوذ ازدواج سفیه بدون اذن ولی در حقوق امروز ایران بیشتر قابل قبول است هرچند که دلایل طرفداران نظریه مخالف خالی از قوت نیست.»

می‌شود و چه بسا سفیه در این مرحله مصلحت و غبطه خود را تشخیص ندهد و لذا دخالت ولی لازم است.<sup>(۱)</sup>

با بررسی نظرات و آراء فقهاء عظام و حقوقدانان محترم و دلایل ارائه شده توسط پیروان هر گروه به نظر می‌رسد نظریه قابل قبول در حقوق ایران با توجه به دلائل و توجیهاتی که در ذیل آورده می‌شود نظریه عدم ولایت ولی در تنفیذ نکاح سفیه بعبارت دیگر استقلال سفیه در امر نکاح می‌باشد و چراکه:

اولاً: از خود قانون مدنی می‌توان بطور تلویحی جواز نکاح سفیه را استنباط نمود چراکه ماده ۱۰۶۴ قانون مدنی با اینکه در مقام بیان شرایط اهلیت زوجین است اشاره‌ای به لزوم رشد ننموده است و در این باره مقرر می‌دارد: «عاقد باید عاقل و بالغ و قاصد باشد».

همچنین از ماده ۸۸ قانون امور حبسی نیز می‌توان چنین استنباطی را نموده چراکه این ماده صرفاً از مجنون سخن گفته است و اشاره‌ای به سفیه ننموده است.<sup>(۲)</sup>

ثانیاً: مشهور فقهاء که نفوذ نکاح سفیه را منوط به اذن و یا اجازه ولی دانسته‌اند اکثرشان در صورت وجود اضطرار و نیاز سفید به نکاح معتقدند سفید می‌تواند مستقلاً مبادرت به انعقاد عقد نکاح نماید.<sup>(۳)</sup> و در حقیقت این گروه نیز نکاح سفیه را جایز دانسته‌اند چه اینکه تشخیص ضرورت و نیاز با خود سفیه می‌باشد چراکه او بهتر از هر شخص

۱- کاتوزیان - ناصر - همان

۲- ماده ۸۸ قانون امور حبسی مقرر می‌دارد: «در صورتی که پزشکی ازدواج مجنون را لازم بداند قیم به اجازه دادستان می‌تواند برای مجنون ازدواج نماید...».

۳- محقق حلی - همان

دیگری به وضعیت خود واقف است و لذا احراز اینکه سفیه در جایی که مستقلاً عمل کرده ضرورتی در کار نبوده است بسیار مشکل است. و چنانچه از بیانات این دسته فقهای عظام معلوم می‌شود ممنوعیت سفیه در نکاح یک حجر واقعی نیست چون سازشی ندارد که از یکطرف او را محجور بدانیم و تصرفاتش را با اذن یا اجازه ولی صحیح بدانیم و از طرف دیگر نکاح وی را در صورت نیاز و اضطرار بطور مستقل صحیح بدانیم.

ثالثاً: نظر مشهور مبنی بر ولایت ولی در تنفیذ نکاح سفیه همچنانکه ملاحظه شد مستند به دلیل قابل قبولی نیست<sup>(۱)</sup> جز اینکه در خصوص موجود صرفاً گفته شده است که سفیه از دخالت در امور مالی ممنوع است.

رابعاً: همچنانکه قبلاً در مورد ماهیت عقد نکاح بررسی شد. طبیعتاً نکاح یک عقد غیرمالی است و در واقع اتحاد زن و شوهر برای تشکیل خانواده و زندگی مشترک می‌باشد.<sup>(۲)</sup> و هر چند نکاح دارای آثار مالی فراوانی همچون نفقه و مهریه وارث ... می‌باشد اما این باعث نمی‌شود عقد نکاح را که طبیعتاً یک عقد غیرمالی است را تبدیل به عقد مالی کند.<sup>(۳)</sup>

۱- بحرانی - شیخ یوسف - همان  
 ۲- کاتوزیان - ناصر - همان  
 ۳- در حقیقت هرچند پاره‌ای از آثار مالی بر نکاح مترتب است اما این آثار مالی جنبه تبعی و فرعی دارد و از اینرو نکاح را از صورت یک قرارداد غیرمالی خارج نمی‌کند (صفایی - امامی - سیدحسین و اسدالله همان - ص ۲۴) و بعبارت دیگر از لحاظ اهمیت خانواده و تشکیل آن و نظر به علوم اجتماعی و دیگر مراودات بشری هم نمی‌توان عقد نکاح را هم ردیف بیع و یا دیگر تصرفات و قراردادهای مالی قرارداد.

چراکه بعضی از آثار مالی که بر نکاح مترتب است به حکم قانون است همانند نفقه و قواعد مربوط به ارث اراده طرفین در آن دخیل نیست و طرفین نمی‌توانند از آثار آن سرباز زنند به عبارت دیگر شخص سفیه و رشید در این خصوص در مقابل قانون برابر می‌باشند.

و اما در مورد مهر نیز باید گفت همچنانکه بعضی از علمای حقوق معتقدند. «توافق نسبت به میزان مهریه عقدی مالی و تابع قواعد عمومی معاملات»<sup>(۱)</sup> و چون علی‌القاعده سفیه از تصرفات در امور مالی ممنوع است لذا میزان مهر باید با توافق ولی و یا قیم صورت گیرد و چنانچه قبلاً بین سفیه و طرف دیگر راجع به میزان آن توافق شده باشد. ولی یا قیم آن را به مصلحت و غبط سفیه نبیند می‌تواند مهر مراد کند و در اینصورت همچنانکه عقد نکاح بدون تعیین مهر صحیح است نکاح واقع شده نیز بدون مهر می‌باشد<sup>(۲)</sup>

البته در موردی که فردشیادی با فریب و نیرنگ قصد ازدواج با سفیه و سوء استفاده از اموال وی را دارد تردیدی در برهم زدن عقد مذکور توسط ولی وجود ندارد چراکه اساساً غیر رشید را تنها در ازدواج با افرادی که هدفی جز نکاح و داشتن زندگی مشترک ندارند می‌توان آزاد

#### ۱- کاتوزیان - ناصر - همان

۲- قانون مدنی نیز در ماده ۱۰۹۳ انعقاد عقد نکاح را بدون تعیین مهریه صحیح می‌داند و در توجیه آن می‌توان گفت مهریه اساساً در عقد نکاح لازم نبوده و شرط صحت آن نیست و لذا عقد نکاح حتی بدون تعیین مهر صحیح می‌باشد. و ابوزه‌ره در خصوص مهریه که مهمترین مصداق جنبه مالی نکاح می‌باشد معتقد است «مهریه حقی از حقوق زوجه بر زوج است و حکمی از احکام عقد ازدواج است یعنی اثری از آثار نکاح نه شرط صحت آن و لذا عقد نکاح بدون ذکر مهر نیز منعقد می‌شود. (ابوزه‌ره - محمد مخاطرات فی عقد الزواج و آثاره ص ۲۸۸).

گذاشت.

### گفتار دوم: نکاح مجنون

مجنون کسی است که دارای اختلال اعصاب دماغی می‌باشد و نمی‌تواند در اجتماع وضعیت خود را حفظ و از حقوق خود دفاع نماید.<sup>(۱)</sup> مجانین بعلت فقدان اراده و عدم قصد انشاء به تعبیر فقهاء مسلوب‌العباده بودن، اعمال حقوقی صورت گرفته از جانب ایشان علی‌القاعده محکوم به بطلان است و در نتیجه مجانین نمی‌توانند مستقلاً مبادرت به انعقاد عقد نکاح نمایند.<sup>(۲)</sup>

اما بر طبق نظر فقهای امامیه ولی به ولایت از مجنون می‌تواند برای او اقدام به نکاح نماید. البته مشروط به اینکه نکاح برای وی ضروری باشد.<sup>(۳)</sup>

قانون مدنی در باب ولایت ولی در امر نکاح مجانین سخنی به میان نیاورده است و قانون امور حبسی نیز در ماده ۸۸ صرفاً از دخالت

۱- امامی - سیدحسن، حقوق مدنی - ۹۰، ۵ ص ۲۶۰

۲- تنفیذ بعدی ولی نیز نکاح واقع شده از جانب اینان را نافذ نمی‌گرداند و حتی با اذن ولی نیز نمی‌توانند طرف عقد نکاح قرار گیرند و به وکالت از طرف دیگران نیز نمی‌توانند اقدام نمایند چراکه اساساً مجانین همانند صغار فاقد قصد انشاء می‌باشند.

۳ و ۴- مرعشی سید شهاب‌الدین - منهاج المومنین - ج ۲ ص ۲۴۴. یزدی، سیدمحمد کاظم - عروه‌الوثقی - ص ۶۵۴ - صهرشتی - نظام‌الدین - کتاب حجر و تفلیس (از مجموعه ینابیع‌الفقهیه علی اصغر مروارید ص ۱۹۷ فیض کاشانی - مفاتیح‌الشرایع - ج ۲ ص ۲۶۵ - بحرانی شیخ یوسف همان منبع ج ۲۳ ص ۲۳۵ - نائینی - میرزا محمدحسین وسیله النجاه، ص ۳۰.

- در مورد اینکه اساساً چه کسانی در باب نکاح مجنون ولایت دارند در بحث اولیاء عقد نکاح توضیح داده شده و نیازی به توضیح مجدد آن نمی‌باشد.

دادستان و قیم در این باب سخن می‌گوید و در مورد ولایت ولی قهری (پدر و جد پدری) و وصی منصوب از ناحیه ایشان مسکوت می‌باشد و لذا ممکن است این شبهه مطرح شود که قانونگذار ما بر خلاف نظر مشهور فقهای امامیه<sup>(۱)</sup> قائل به ولایت ایشان در باب تزویج مجانین نمی‌باشد. در این مورد ماده ۸۸ قانون امور حسبی مقرر می‌دارد: «در صورتیکه پزشک ازدواج مجنون را لازم بداند قیم با اجازه دادستان می‌تواند بر او مجنون ازدواج کند....»

با اندک تأملی می‌توان دریافت که قانونگذار ما نیز از نظر مشهور فقهای امامیه پیروی نموده چه اینکه: اولاً: همچنانکه بعضی از حقوقدانان عقیده دارند. در جائیکه قیم به نمایندگی از مجنون بتواند برای او مبادرت به انعقاد عقد نکاح نماید به قیاس اولی ولی قهری و وصی نیز که علی‌الاصول اختیارات بیشتری نسبت به قیم دارند از چنین توانایی برخوردارند.<sup>(۲)</sup>

ثانیاً: با توجه به وحدت ملاک ماده ۱۳۳۷ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «ولی مجنون دائمی می‌تواند در صورت مصلحت مولی علیه زن او را طلاق دهد» می‌توان صحت نکاح واقع شده از طرف او را به ولایت از مجنون را استنباط نمود. ثالثاً: بر طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی در موارد سکوت قانون باید به فتاوی مشهور فقهی مراجعه کرد و همچنانکه گفته شد بر طبق فتاوی مشهور فقهی و نظرات فقهای عظام ولی قهری و

۱- همان منابع پاورقی ۳ ص قبل

۲- امای - صفایی - سیدحسین - اسدالله - حقوق خانواده ج ۱ ص ۱۰۱



وصی منصوب از ناحیه اینان در امر نکاح مجنون ولایت دارند.<sup>(۱)</sup>

حال که پذیرفتیم قانونگذار نیز در این مورد از نظر مشهور فقهای امامیه پیروی نمود. این مسئله مطرح می‌شود که آیا ولی قهری و وصی نیز بر طبق ماده ۸۸ قانون امور حبسی نیاز به کسب اجازه دادستان در (رئیس دادگاه شهرستان) برای انجام این امر دارند؟

در این مورد بعضی از حقوقدانان معتقدند که چون ولایت پدر و جدپدری ولایت قهری می‌باشد و وصی نیز در حقیقت ادامه دهنده چنین ولایتی می‌باشد و همچنین بر طبق ماده ۷۳ قانون امور حبسی که مقرر می‌دارد: «در صورتی که محجور ولی قهری یا وصی داشته باشد دادستان حق دخالت در امور را ندارد.» لذا باید گفت که ولی قهری و وصی می‌توانند بدون کسب اجازه دادستان مبادرت به انعقاد عقد نکاح برای مجنون نمایند.<sup>(۲)</sup>

اما در مورد این مسئله که آیا کسب نظریه پزشک که در ماده ۸۸ قانون امور حبسی در مورد ازدواج مجنون بیان شده برای ولی قهری و وصی نیز لازم است یا خیر؟ باید پاسخ داد با توجه به اینکه مشهور فقهای امامیه همچنانکه قبلاً بیان شد وجود ضرورت در نکاح مجانین را لازم می‌دانند لذا کسب نظر پزشک در مورد اینکه ازدواج برای مجنون

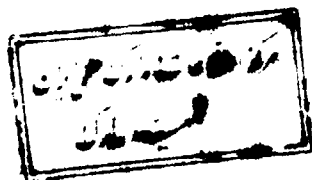
۱- امامی - صفایی - اسدالله - سیدحسین - همان - ص ۱۰۱

۲- اصل ۱۶۷ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونند بیابد و اگر نباید با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.»

ضروری می باشد حتی در مورد ولی قهری و وصی نیز لازم است: (۱)  
 البته ذکر این نکته نیز لازم است که مراد از مجنون که مورد بحث ما  
 است مجنون دائمی می باشند نه ادواری. چرا که مجنون ادواری اعمال  
 حقوقی که در حال افاقه انجام می دهد علی الاصول نافذ و صحیح است. و  
 ماده ۱۲۱۳ قانون مدنی در این باره مقرر می دارد:  
 «... لکن اعمال حقوقی که مجنون ادواری در حال افاقه می نماید نافذ  
 است مشروط به اینکه افاقه او مسلم باشد».

و همچنین از وحدت ملاک ماده ۱۲۳۷ ق. نیز می توان در این مورد  
 استفاده نمود. چرا که این ماده مقرر می دارد: «ولی مجنون دائمی  
 می تواند در صورت مصلحت موهلی علیه زن او را طلاق دهد». نتیجتاً هر  
 چند ماده ۸۸ قانون امور حبسی در مورد مجنون اطلاق دارد ولی با توجه  
 به دلایل ارائه شده در می یابیم که مراد از مجنون در قانون مذکور  
 مجنون ادواری می باشد.

۱- برای مطالعه بیشتر در این زمینه رجوع شود به کتاب حقوق خانواده -  
 صفایی و امامی - ص ۱۰۱



## فصل چهارم

### وضعیت نکاح بعد از بلوغ و رشد

علی‌الاصول بعد از رسیدن به سن بلوغ و رشد رابطه ولایت قطع می‌شود و مولی‌علیه از تحت ولایت خارج می‌گردد و به دستور ماده ۱۱۹۳ قانون مدنی: «همینکه طفل کبیر و رشید شد از تحت ولایت خارج می‌شود...».

و در نتیجه اعمال حقوقی اینان مستقلاً و بدون اذن اجازه ولی صحیح می‌باشد اما در مورد استقلال دختر بالغه باکره در امر نکاح در فقه تردید و اختلاف نظر وجود دارد و نظرات مختلفی در این زمینه ابراز گشته است که در جای خود بحث می‌شود.

اما در مورد اینکه پسر بعد از رسیدن به بلوغ و رشد مستقلاً می‌تواند تصدیق عقد ازدواج خویش را برعهده گیرد ولو رعایت مصلحت را نیز ننماید در بین فقهاء اختلاف نظری مشاهده نمی‌شود<sup>(۱)</sup> و امری اجماعی است.<sup>(۳)</sup>

البته مقتضای اصل و قاعده نیز مؤید این امر است چراکه بعد از بلوغ و رشد دیگر رابطه ولایت قطع می‌شود.<sup>(۴)</sup>

در مورد نکاح دختر ثیبه<sup>(۵)</sup> (بالغه غیر باکره) فقهای امامیه اتفاق

- ۱- البته در این زمینه نیز روایات و احادیث فراوانی وجود دارد که پسران را به کسب تکلیف از والدین و جلب نظر موافق آنان در امر نکاح تشویق و ترغیب می‌کند کما اینکه در فرهنگ جامعه‌ها نیز چنین است.
- ۲- فقهای عامه نیز در این مورد با فقهای شیعه هم عقیده می‌باشند.
- ۳- آیه... و وحیدی خراسانی - الفلاح - ص ۶۴
- ۴- از این نوع ولایت که شخص می‌تواند تصدیق عقد ازدواج خویش را برعهده گیرد و این امر به اتفاق فقهای اسلامی در مورد مرد بالغ و عاقل ثابت شده است به ولایت قاصر تعبیر می‌شود. (به نقل از شیخ الاسلامی، سیداسعد - ازدواج و پایان آن در مذاهب چهارگانه اهل سنت ص ۹۱)
- ۵- والثیبه تتحق بزوال البکاره بوط او غیره و لکن انتفاء الوالیه عنهما مشروط بكونه بالوط کمانبه علیه فی الروایه. فلو نهبت بغیره فهی بمنزله ادامه

نظر دارند که اینان نیز مستقلاً می‌توانند تصدی عقد نکاح خویش را بدون دخالت ولی بر عهده گیرند و اخبار صحیحه نیز مؤید این امر است از جمله صحیحه ابن سنان «قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن المرأه الثیب یخطب الی نفسها قال علیه السلام: نعم هی املک بنفسها تولی نفسها من شات اذا کان کفاً بعد ان یکون قد نکحت زوجاً قبل ذلک» (۱)

از حضرت صادق (ع) در مورد زن ثیبه‌ای که خود مستقلاً مبادرت به انعقاد عقد نکاح نموده بود سؤال شد و حضرت در پاسخ فرمودند: او مالک نفس خویش است و با هر کس که کفو باشد در صورت تمایل می‌تواند ازدواج کند.

مقتضای اصل و قاعده نیز مؤید این امر است. چراکه ولایت ولی بعد از بلوغ و رشد بر موهبی علیه امری خلاف اصل است. (۲)

اما در بین مذاهب عامه در مورد نکاح دختر ثیبه اختلاف نظر وجود دارد. حنفیه معتقدند که ثیبه مستقلاً و بدون اذن و اجازه ولی می‌تواند مبادرت به انعقاد عقد نکاح نماید منتها در صورتی که رعایت مصلحت خویش را ننماید و هم شأن خود را انتخاب نکند و با به کمتر از مهرالمثل ازدواج کند ولی حق اعتراض دارد و می‌تواند از قاضی فسخ ازدواج را بخواهد. (۳)

ادامه پاورقی البکر. ولا فرق بین الوط قبل البلوغ ام بعد، و فی المسالک: والوط دبراً لا یخرج عن البکاره (به نقل از آیه‌الله وحیدی خراسانی همان)  
 ۱- شیخ صدوق - من لا یحضره الفقیه - ج ۳ حدیث ۶ ص ۲۵۱ - کلینی الرازی - ابی‌جعفر محمد بن یعقوب - فروع من الکافی - ج ۵ ص ۳۹۲  
 ۲- در فقه امامیه اذن گرفتن از ولی در شوهر کردن حتی برای بیوگان مستحب است (سبزواری کفایه - ص ۱۵۷ - طباطبایی - سید محمد کاظم - عروه الوثقی - ج ۲ - ص ۳۹۴ - (به نقل از کاتوزیان - ناصر حقوق خانواده - ج ۱، ص ۸۲)  
 ۳- سرخسی - محی‌الدین - المبسوط - باب سوم - ج ۵ ص ۲ - شیخ الاسلامی

اما شافعیه، مالکیه و حنابله معتقدند که ثیب نمی‌تواند مستقلاً مبادرت به انشاء عقد نکاح نماید بلکه در این امر با ولی شریک است و هیچ کدام بدون رأی یکدیگر نمی‌تواند رای به ازدواج بدهند. این نوع ولایت را اینان تعبیر به ولایت ندب و استحباب و یا ولایت اختیاری می‌نمایند و مراد این مولی‌علیه مجبور نیست و هر یک از ولی و مولی‌علیه در انتخاب زوج شریک هستند.<sup>(۱)</sup>

همچنانکه ملاحظه می‌شود فقهای شیعه در مورد استقلال پسر بالغ رشید و دختر ثیب (بالغه غیر باکره) در امر نکاح اتفاق نظر دارند و محل تردید و اختلاف در مورد نکاح دختر بالغه باکره می‌باشد و قانون مدنی نیز در ماده ۱۰۴۳ صرفاً نکاح باکره را متوقف به اذن پدر و جدپدری داشته است چرا که مقرر می‌دارد:

«نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جدپدری او است.....»

در هر حال ما نیز طبق رویه‌ای که از ابتدا در پیش گرفته‌ایم. نخست به بیان نظرات مختلف فقهی در زمینه نکاح دختر بالغه باکره پرداخته‌ایم و سپس ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی را مورد بررسی قرار داده‌ایم و سپس در خاتمه به بحث انتقادی در این زمینه پرداخته‌ایم.

ادامه پاورقی - سید اسعد در همان - ص ۹۱

۱- شیخ الاسلامی - سید اسعد - همان، ص ۱۰۱ و ۱۰۲

### مبحث اول: نظرات فقهی در زمینه نکاح دختر بالغه باکره

همچنانکه ملاحظه شد بین فقهای شیعه در مورد نکاح دختر بالغه باکره اختلاف نظر وجود دارد و این مسئله بعلت تعارض اخبار و روایات از مسائل مشکله ایست که حتی فتاوی یک فقیه در کتب مختلفه اش متفاوت است مثل احوال شیخ طوسی، در مورد ولایت و یا عدم ولایت ولی در نکاح دختر بالغه باکره پنج نظر عمده در فقه وجود دارد که هر کدام در بین فقهاء طرفدارانی دارد. سه نظر دیگر نیز وجود دارد که از اهمیت کمتری برخوردار است و طرفداران کمتری نیز دارد.

### گفتار اول: سقوط ولایت اولیاء و ثبوت آن برای خود دختر

پارهای از فقهاء معتقدند پدر و جدپدری ولایتی بر بالغه باکره ندارد و او می تواند مستقلاً تصدی عقد نکاح خویش را بر عهده گیرد<sup>(۱)</sup> چراکه بعد از رسیدن به بلوغ و رشد مولی علیه از تحت ولایت خارج می شود و حق جمیع تصرفات را دارد و نکاح نیز از این امر مستثنی نمی باشد و در این حکم تفاوتی بین پسر دختر نمی باشد. و سیدمرتضی در این مورد

۱- سید مرتضی - الانتصار - ص ۱۱۹ - ابن ادریس سرائر - ج ۲ ص ۴۶۴ - محقق حلی همان منبع ج ۲ ص ۲۷۶ - هذلی - سعید - الجامع الشرائع ص ۵۸۸، فخرالمحققین جامع الفوائد ج ۳ ص ۲۲ فاضل مقداد - تنقیح الرائع ج ۳ ص ۳۱ - محقق کرکی - جامع المقاصد - ج ۲ ص ۳۱۶ - کرمانشاهی آقا محمدمقام الفضل - چاپ سنگی - غروی نائینی - میرزا محمد - حاشیه بر عروه الوثقی - چاپ مرتضویه نجف ص ۱۱۱ - علامه حلی - تذکره الفقهاء - ج ۲ ص ۵۸۶ و نجفی - شیخ محمد حسن، همان منبع ج ۲۹ ص ۱۸۳ و آیتا... وحیدی خراسانی همان - ص ۶۰ ایشان در کتاب گرانقدر خویش مقرر می دارند: «و هل یثبت ولایتها علی البکر الرشیده فیه روایات اظهرها سقوط الولایه عنها و ثبوت الولایه لنفسها فی الدائم و المنقطع»

ادعای اجماع نموده است.<sup>(۱)</sup> از نظر این دسته از فقهاء روایات وارده در زمینه لزوم کسب نظر پدر یا جد پدری را باید حمل بر استحباب و نه رجحان نظر اینان نمود<sup>(۲)</sup> و نهی وارده در این زمینه را حمل بر کراهت می نمایند.<sup>(۳)</sup>

در اینجا تفاوتی بین عقد دائم و منقطع نمی باشد.

این گروه از فقهاء برای توجیه نظریه خویش به دلایل زیر استفاد می نمایند.

#### الف - آیات قرآنی:

از نظر این دسته فقهاء در قرآن آیات متعددی وارد شده که اجرای عقد نکاح را به زن نسبت داده از جمله آیه شریفه: «فان طلقها فلا تحل له من بعد حتی تنکح زوجاً غیره....»<sup>(۴)</sup> یعنی «هرگاه مرد زن را طلاق دهد (طلاق سوم) زن دیگر برای او حلال نیست مگر اینکه زن شوهر دیگری را انتخاب کند.»

و در توجیه این آیه فقهاء معتقدند که خداوند متعال در این آیه شریفه عقد نکاح را متوجه زن نموده و این نشاندهنده این است که زن می تواند خود مستقلاً مبادرت به انعقاد عقد نکاح نماید و ذکری از ولی در اینجا نشده است. و همچنین در آیه شریفه فرقی بین بکر و ثیب و مدخوله و غیرمدخوله گذاشته نشده و مقتضی عمومیت آنها شمولشان به همه

۱- سید مرتضی - الانتصار - ص ۱۱۹

۲- مهر پور - حسین - مقاله اذن ولی در عقد نکاح - مجله شماره ۱۳ - ۱۲

دانشگاه شهید بهشتی - ص ۱۱۴

۳- حضرت آیت... وحیدی خراسانی بعد از بیان این امر می فرمایند: «... فیحمل

النهی علی الکراهیه....» همان

۴- آیه شریفه ۲۳۰ از سوره مبارکه بقره



زنان من جمله باکره‌هاست. (۱)

و همچنین در جای دیگری خداوند متعال می‌فرماید: «و اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فلا تصطلوهن ان ینکحن ازواجهن...» (۲) یعنی «هرگاه زنهایتان را طلاق دادید و عده آنها سپری شده مانع از نکاح آنها با شرایط نشان نشوید.»

فقهاء در توجیه این آیه شریفه معتقدند که در اینجا نیز عقد نکاح به زنان نسبت داده شده و این دلیلی است که اینان مستقلاً می‌توانند مبادرت به انعقاد عقد نکاح نمایند. (۳) انتقادی که در مورد استناد به آیات فوق عنوان گردیده است از اینکه «آیات فوق دلالت بر این موردی که موضوع بحث است نمی‌نماید چون این آیات مربوط به زنانی است که مطلقات عدی و یا مطلقات ثلاثه‌اند که لازمه طلاق، نکاح و نتیجتاً دخول است لذا این آیات مربوط به مدخوله است و ربطی به باکره که مورد بحث ما است ندارد. (۴)

پرواضح است که نکاح ممکن است بدون آنکه دخولی بعمل بیاید منجر به طلاق گردد.

### ب - روایات

طرفداران این نظر در توجیه نظر خویش به اخبار و روایات

- ۱- ابن ادریس - همان منبع ج ۲ ص ۵۶۱ - ۵۶۲ - مقدار - فاضل، تنقیح الرایح عج ۳ ص ۳۱ شیخ طوسی - خلاف ج ۲ ص ۳۵۹ - ۳۶۰ نجفی - شیخ محمدحسن همان ج ۲۹ ص ۱۷۵
- ۲- آیه شریفه ۲۳۲ سوره مبارکه بقره
- ۳- همان - علم الهدی - سیدمرتضی - الانتصار - ص ۱۲۰ الجزیری - عبدالرحمن الفقه علی المذاهب الاربعه ج ۴ ص ۳۶ و ۳۷
- ۴- اوصیاء - پرویز ترجمه کتاب شرایع الاسلام برنامه سال در م دانشکده حقوقی اسفند ۱۳۳۲ - ص ۳۹

کثیره‌ای که دلالت بر استقلال دختر بالغه باکره در امر نکاح می‌نماید استناد می‌کنند از جمله روایتی که ابن‌بریره از پدرش نقل می‌کند به این مضمون که «دختری به نزد پیغمبر اکرم (ص) می‌رود و شکایت می‌کند که پدرش او را به اجبار به عقد پسر عمویش در آورده است تا بدین وسیله از فقر نجات یابد پیغمبر (ص) به دختر فرمود: اختیار با خود تو است و هر اقدامی در این مورد می‌توانی انجام دهی. دختر در جواب پیغمبر می‌فرماید: که به عمل پدرم احترام می‌گذارم. صرفاً به خاطر این به نزد شما آمده‌ام تا دختران بدانند که پدران آنان نسبت به آنها حقی ندارند»<sup>(۱)</sup> روایت دیگری که زراره از امام محمد باقر (ع) نقل می‌کند که دلالت به این دارد که زن بالغه باکره می‌تواند بدون اذن ولی خویش ازدواج کند.<sup>(۲)</sup>

روایت دیگری که سعدان بن مسلم از امام جعفر صادق (ع) نقل می‌کند باین مضمون که «دختر باکره اگر بدون اذن ولیش ازدواج کند و خودش راضی باشد اشکال ندارد».<sup>(۳)</sup>

روایت دیگری که از امام جعفر صادق (ع) نقل می‌شود که حضرت می‌فرمایند: «زنی که مالک نفس خویش باشد یعنی سفیه و صغیر و مجنون نباشد شوهر کردن او بدون اذن ولی جایز است».<sup>(۴)</sup>

ایراداتی که از جانب بعضی از فقهاء در مورد استناد به این روایات عنوان شده عبارت است از اینکه اولاً روایات مذکور را باید حمل نمود بر جائیکه دختر باکره نیست و ثبیه است و یا اینکه اصلاً دختر ولی ندارد

۱- سنن ابن ماجه - ج ۱ ص ۶۰۲

۲- وسائل الشیعه ج ۱۴ باب ۱۹ - ج ۴ ص ۲۱۳ - همان ص ۲۱۴

۳- برای اطلاع رجوع شود به اوصیاء پرویز - همان

۴- همان

پس استدلال باین روایات مصادره به مطلوب است<sup>(۱)</sup> ثانیاً در سندیت روایات نیز اکثراً ضعف است<sup>(۲)</sup>

### ج - اجماع

از دیگر دلایلی استنادی طرفداران این گروه اجماعی است که سیدمرتضی ادعای حصول آن را نموده است و معتقد است که فقهاء امامیه اتفاق نظر دارند در مورد استقلال دختر بالغ باکره در امر نکاح و فقط در صورتی که رعایت مصلحت خویش را ننماید و با هم شأن خود ازدواج ننماید. ولی حق اعتراض دارد.<sup>(۳)(۴)</sup>

البته در فساد این اجماع کافیهست که مخالفت شیخ صدوق و ابن ابی عقیل که قبل از سید مرتضی بوده‌اند ذکر شود.<sup>(۵)</sup>

د - اصالت عدم اشراط اذن ولی در صمت عقد.

دیگر دلیل استنادی طرفداران این گروه اصالت عدم اشراط اذن

۱- بحرانی - شیخ یوسف - همان منبع - ج ۲۳ ص ۲۲۰ و ۲۲۱ صاحب جامع الشتات در پاسخ به این اشکال می‌فرمایند: حق این است که در اینجا مصادره نیست و ظاهر حدیث این است که زنی که مالک نفس خود باشد یعنی مملوک نباشد و این صفت را داشته باشد که سفیهه و مولی‌علیه نباشد یعنی مجنونه و صغیره نباشد پس به تحقیق که شوهرکردن او بدون اذن ولی جایز است و در واقع غیر سفیهه و غیرمولی‌علیهها و صف توضیحی برای مالک نفس می‌باشد چنانکه از اخبار بسیار دیگر همین معنی استفاده می‌شود و اینکه از مالکیت نفس ثبیه مراد باشد این چون از امور معهوده نیست و هرگاه مراد امر مجهولی است و احتیاج به تغییر است سزاوار این بود که روایت تصریح به آن می‌کرد. بنابراین دلالت حدیث در کمال وضوح است (به نقل از پایان نامه مولود بهمراهی مدرسه عالی شهید مطهری - ص ۱۱۱).

۲- برای مزید اطلاع رجوع شود به اوصیاء پرویز - همان

۳- علم الهدی - سیدمرتضی - همان: «مما یقدر من الاختیار له انفراد و الامامیه بدوما انفراداً جواز عقد المراه التي تملك امرها علی نفسها بغير ولی و هذه المساله (یوافق فیها ...)

۴- شیخ صدوق - هدایه - ص ۶۰

۵- سید مرتضی در الانتصار معتقد است: «ان المراه اذا عقلت وکلت زالت من الاب الولایه علیها فی بضعها ولها ان تزوج نفسها و لیس لولیها الاعتراض علیها الا اذا وضعت نفسها فی غیر کفو» سیدمرتضی - همان

ولی در صحت عقد است چراکه مناط هر نوع تصرفی بلوغ و رشد است و اختصاص تصرف ببعض موارد درست نیست و لذا دختر بالغ در تمام تصرفات خود مستقل است و استثناء نکاح از سایر تصرفات صحیح نمی‌باشد و منع دختر از تصرف در امر ازدواج به نظر این دسته از فقهاء غیر منطقی است.

ایرادی که به این استدلال وارد گشته است تعارض بین اصالت عدم اشتراط اذن ولی با استصحاب و تساقط ایندو و بدلیل تعارض (اذا تعارضاً تساقطاً) «توضیح اینکه استصحاب دلیل بر ثبوت ولایت اولیاء است (چرا که حالت سابقه ثبوت ولایت آنها بوده) و لذا تعارض ایندو و اصل سبب تساقط آنها می‌شود و اصاله الاشتراط که دلیلی برای سقوط آورده شده مرتفع می‌باشد و بنابراین فقط بلوغ و رشد می‌ماند که مورد استناد است و این استناد نیز صحیح نیست زیرا در این موضوع که آیا بلوغ و رشد سبب هر نوع تصرفی می‌گردد یا نه بحث است و باید اثبات شود و نمی‌توان قبل از اثبات از آن بعنوان دلیل استفاده نمود و از طرف دیگر ضرر حاصل از نکاح قابل مقایسه با ضرر مالی نیست از این نظر که ضرر مالی جبران پذیر است ولی این ضرر خصوصاً نسبت به زنان غیر قابل جبران است»<sup>(۱)</sup>

در بین مذاهب عامه حنفیان تقریباً هم عقیده با نظر این دسته از فقهاء می‌باشند چراکه از نظر اینان دختر باکره بالغه مستقلاً می‌تواند تصدی عقد نکاح خویش را بر عهده گیرد اما در صورتی که رعایت

۱- به نقل از مرحوم استاد سنگلجی اوصیاء - پرویز - همان

مصلحت را ننماید و با هم شأن خود ازدواج نکند و یا به کمتر از مهرالمثل ازدواج کند ولی می‌تواند فسخ ازدواج را بخواهد. (۱)(۲)

### گفتار دوم: استمرار ولایت اولیاء

از نظر این دسته از فقهاء همچنانکه ولی در مورد نکاح صغیر و صغیره مستقلاً می‌توانست مبادرت به انشاء عقد نماید در اینجا نیز چنین است و می‌تواند مستقلاً دختر بالغ باکره را به عقد نکاح دیگر در آورد. (۳)

از جمله دلایل استنادی طرفداران این نظر روایات فراوانی است که در این زمینه وارد شده است. از جمله روایت ابی‌مریم از حضرت امام صادق (ع) در مورد دختر باکره‌ای که بدون اجازه ولی مبادرت به انعقاد عقد نکاح می‌نماید و حضرت می‌فرمایند نکاح او صحیح نیست. (۴)

و روایت حلبی از امام جعفر صادق (ع) در مورد ازدواج دختر باکره‌ای که پدرش در قید حیات است که حضرت می‌فرمایند او (دختر) هیچ اقدامی نمی‌تواند بکند چون پدرش حضور دارد مگر موقعی که ثیب

۱- «اما البالغة سواء كانت بکرا او ثيبا فلا جبر علیهما لاحد ولا یتوقف نکاحها علی ولی بل لها ان تزوج نفسها لمن یشاء بشرط ان یکون کفواً والالولی الاعتراض و فسخ العقد...»

۲- از این قول به عنوان قول مشهور بین متأخرین یاد می‌شود.

۳- شیخ صدوق - هدایه - ص ۶۰ و شیخ طوسی نهاییه ص ۴۶۴ - ۴۶۵ ابن براج - مهذب ص ۱۶۳ - بحرانی - شیخ یوسف - همان منبع - ج ۲۲ ص ۲۱۱. میرزای قمی - جامع‌الشنات چاپ سنگی - ص ۴۶۴.

۴- وسائل الشیعه - ج ۱۴ باب ۳ از ابواب نکاح - ج ۷ ص ۱۰۳ و ۲۰۲

باشد. (۱)

و همچنین روایتی از حلبی که از امام جعفر صادق (ع) در مورد نکاح دختری که پدرش مستقلاً و بدون رضای او مبادرت به تزویج وی می‌کند سؤال می‌کند. و حضرت در پاسخ می‌فرماید:

با وجود پدر احتیاجی به رضایت دختر نیست. نکاح پدر صحیح است هر چند دختر کراهت نیز داشته باشد. (۲)

به تمامی روایات ذکر شده از حیث سند ایراد وارد شده است. (۳) و همچنین آنچه از بررسی روایات استناد شده طرفداران این نظریه بدست می‌آید به جز آن روایتی که از امام صادق (ع) نقل شده و ایشان نکاح مستقل ولی را برای دختر بالغه باکره هر چند کراهت داشته باشد را جایز می‌شمارند که به سند این روایت خدشه وارد شده است سایر روایات از لحاظ افاده معنی مطلوب ضعیف است و صراحتاً دلالت بر این امر ندارد (استمرار ولایت اولیاء) بلکه بیشتر به نظریه تشریک ولایت بین ولی و دختر (بعداً در این مورد بحث خواهد شد) دلالت دارد.

#### ب - اصل استصحاب

دلیل دیگری که طرفداران این نظریه به آن استناد می‌نمایند اصل استصحاب است.

استصحاب که مقنضی ثبوت و استمرار ولایت اولیاء است زیرا در

۱- وسائل الشیعه - همان.

۲- وسائل الشیعه ج ۱۴ باب ۹ از ابواب نکاح - ج ۷ ص ۱۷

۳- شهید ثانی در مسالک. شیخ محمدحسن نجفی در جواهر الکلام به سند این روایات ایراد وارد کرده‌اند شهید ثانی مسالک همان - نجفی شیخ محمد حسن - جواهر الکلام ج ۲۹ ص ۸۳

هر مورد مشکوک فیه باید حالت سابقه را استصحاب نمود.<sup>(۱)</sup>

ایرادی که به این دلیل استنادی طرفداران این نظر وارد شده تعارض اصل استصحاب با جریان اصالة الصحة می باشد که در نتیجه دیگر نمی توان به اصل استصحاب استناد نمود توضیح اینکه: چنانچه دختر بدون اذن ولی ازدواج نماید بنا بر اصالة الصحة باید آنرا صحیح دانست زیرا مقتضی جریان این اصل یعنی رشد و کبر موجود است و جریان اصالة الصحة با استصحاب معارضه می نماید و استصحاب نمی تواند دلیل باشد.<sup>(۲)</sup>

### ج - مصلحت و حکمت در نکاح دختر

دیگر دلیل استنادی طرفداران این نظر مصلحتی است که در این امر نهفته است چراکه از نظر اینان - ضعف زنان در تصمیم گیری و عدم شناخت آنان در مورد صلاحیت مردان ایجاب می کند که اینان در امر نکاح مستقل نباشند و باقی ماندن تحت ولایت ولی در این امر مهم برای اینان ضروری است.

پرواضح است که از نظر ایندسته از طرفداران این نظر در صورت فقدان پدر و جدپدری باید قائل به عدم استقلال دختر در امر نکاح و ولایت سایر اقرباء گردید چرا که مصلحت مذکور کماکان باقی است در حالی که هیچ یک از این افراد قائل به چنین قولی نمی باشد.

۱- شهید ثانی - مسالک - همان - فاضل هندی کشف اللثام - ج ۲  
 ۲- کتاب نکاح حضرت آیه الله وحیدی خراسانی در کتاب گرانقدر خویش می فرماید: «استدلو علیه بالاصل بمعنی الاستصحاب فان الولاية كانت ثابتة علیها فتستصحاب الی ان یثبت المزیل...» الفلاح فی مسائل النکاح - ص ۶۲

این ایراد عمده‌ای است که به این دلیل استنادی وارد شده است. (۱)  
 از طرف دیگر اعتبار به مصلحت و حکمت برای تأسیس احکام  
 مردود است چرا که به صرف اعتبار به حکمت نمی‌توان ایجاد حکم کرد و  
 به فرض هم که بتوان تأسیس حکم به طرف اعتبار نمود ایرادی که در بالا  
 ذکر گردید در مسئله مذکور وارد است. (۲)

در بین فقهای عامل شافعی و مالکیه و ابن حنبل (در قول  
 مشهورش) معتقدند زن بطور کلی نمی‌تواند تصدی عقد ازدواج خود و  
 یادگیری را برعهده گیرد. (۳)

دلایلی که اینان برای اثبات نظریه خویش بدان استناد می‌نمایند

عبارت است از:

#### الف - آیات قرآنی

از نظر اینان در قرآن مجید آیاتی وجود دارد که در آن عقد نکاح را  
 به اولیاء نسبت داده از جمله آیه شریفه: «و لاتنکحوا المشرکین حتی  
 یؤمنوا» آیه شریفه و انکحو الایامی منکم (۴) و در توجیه این امر معتقدند  
 که نکاح کردن عبارت است از تصدی انشاء عقد که خداوند اولیاء را در  
 این خصوص مخاطب قرار داده و این دلیل بر آن است که تصدی عقد نکاح

۱- این انتقاد شهید ثانی در کتاب مسالک بیان نموده شهید ثانی - مسالک  
 ص ۳۸

۲- مرحوم استاد سنگلی به نقل از اوصیاء پرویز - همان

۳- شافعی - الام - ج ۴ - ص ۱۳ - احمد بن الصاوی المالکی - بلغه المالک (لاقرب  
 المالک ج ۱ ص ۳۸۱ الدردیر - احمد بن احمد و الشرح الصغیر علی اقرب المالک  
 الی مذهب الامام مالک - ج ۲ ص ۳۵۳.

۴- و تزویج نکنید کافران را تا زمانی که ایمان بیاورند» آیه ۲۲۱ از سوره  
 مبارکه بقره «البته باید مردان بی زن، زنان بی شوهر را به نکاح یکدیگر  
 درآورد آیه ۳۲ از سوره مبارکه نور



حق آنها است و شخص دیگر نمی‌تواند عهده دار اجرای این امر شود.<sup>(۱)</sup> ضعف این استناد کاملاً مشهود است چرا که آیات فوق به هیچ وجه دلالت به این امر ندارد که اولیاء در امر نکاح دختر باکره بتوانند مستقلاً و بدون رضایت دختر اتخاذ تصمیم نمایند. بلکه آیه دلالت بر حرمت نکاح با مشرکین تا زمانی که ایمان نیاورده‌اند. و تشویق و ترغیب مؤمنان به امر نکاح می‌باشد.

### ب - احادیث نبوی

از دیگر دلایل اینان احادیثی است نبوی که زن را از اینکه تصدی عقد نکاح خویش را بر عهده گیرد حذر می‌دارد و احادیثی است که نکاح را بدون اذن ولی باطل می‌شمارد.

از جمله این احادیث نبوی: روایتی است از ابن ماجه که از ابی هریره نقل می‌کند که پیغمبر اکرم (ص) فرمود: «هیچ زنی نباید تصدی عقد نکاح زن دیگری را بر عهده بگیرد و همچنین نباید متولی عقد خود گردد. و زانیه کسی است که عهده‌دار عقد نکاح خویش گردد.»<sup>(۲)</sup>

و حدیث دیگری را مسلم و بخاری از زهری و عروه از عایشه نقل می‌کنند که پیغمبر اکرم (ص) فرموده‌اند: «هر زنی بدون اذن ولیش به تزویج دیگری درآید نکاحش باطل است (سه بار) ...»<sup>(۳)(۴)</sup>

۱- سید اسعد - شیخ الاسلامی - همان ص ۹۱

۲- لا تزوج المراه المراه و لا تزوج المراه نفسها فان الزانیه هی الّتی تزوج نفسها» به نقل از شیخ الاسلامی - سید اسعد - همان ص ۹۱ و ۹۲

۳- «ایما امراه نکحت بغير اذن ولیها فنکاحها باطل (سه بار این جمله تکرار می‌شود) ...» شیخ الاسلامی سید اسعد - همان

۴- این حدیث ظاهراً به موردی ارتباط پیدا می‌کند که زن مستقلاً و بدون نظر ولی عهده‌دار عقد نکاح خویش گردد.

**ج - دلیل عقلی:**

دلیل عقلی همان اعتبار مصلحت است که قبلاً عنوان شد به این معنی که ازدواج عقد بزرگ و خطیری است و به منزله عقد عمر است که آثار مهمی بر آن مترتب می‌گردد و مصلحت ایجاب می‌کند که مورد دقت زیادی قرار گیرد. بنابراین آگاهی کامل به احوال رجال و اینکه اساساً چه مردی صلاحیت شوهر بودن را دارد مورد نیاز است و این موضوع را ولی بهتر می‌تواند تحقیق کند زیرا زن با توجه به اینکه نسبت به مردان معرفت کامل ندارد زود متأثر می‌شود و گول می‌خورد. به شدت تحت تأثیر عواطف و احساسات قرار می‌گیرد و آینده‌نگری کمتری دارد.<sup>(۱)</sup>

پرواضح است که در جامعه معاصر این دلیل عقلی خیلی مصداق ندارد چرا که سطح آگاهی زنان به مثابه مردان بالا رفته است (چون این امر بعداً بحث خواهد شد لذا از ارائه توضیحات بیشتر در این زمینه منصرف خواهیم شد).

**گفتار سوم: اشتراک در ولایت بین دختریکی از اولیاء (بدر یا جد پدری)**

این نظر در واقع جمع بین در نظریه پیشین باشد چرا که نفوذ عقد نکاح را مشروط به اذن یا اجازه دختر و یکی از اولیاء بصورت اشتراکی می‌داند.<sup>(۲)</sup>

۱- به نقل از شیخ الاسلامی - سید اسعد و همان  
 ۲- شیخ مفید، مقنعه - ص ۵۱۰ - ۵۱۱ شهید ثانی - مسالک الافهام - ج ۱ ص ۳۵۸ نراقی - مستندالشیعه - ج ۲ ص ۴۵۹ به بعد - نجفی شیخ محمدحسن - ادامه

پیروان این نظریه به دلایل ذیل برای توجیه نظر خویش استناد می‌نمایند:

### الف - روایات

از جمله روایاتی که در این زمینه موجود می‌باشد و دال بر اشتراک ولایت بین ولی و دختر می‌نماید و روایتی از ابی‌مریم که از امام جعفر صادق (ع) نقل می‌نماید که ایشان در پاسخ به سؤالی فرمودند: «دختر باکره‌ای که پدرش در قید حیات است نمی‌تواند ازدواج نماید مگر به اذن و اجازه پدرش. (۱)»

روایت دیگر از ابراهیم بن میمون است که از امام جعفر صادق (ع)

ادامه پاورقی همان منبع ج ۲۹ ص ۱۸۴ موسوی خوی - سیدابوالقاسم - همان منبع ج ۲ - ص ۲۵۵ - ۲۵۲ اصفهانی - سیدابوالحسن، همان منبع ج ۲، ص ۳۵۶. آشتیانی - میرزا محمد تقریرات جاح شیخ عبدالکریم حائری - کتاب النکاح - ص ۲۰ - امام خمینی (ره) همان منبع - ج ۲ ص ۲۵۴ مساله ۳ - مراجع معاصر نیز بیشتر بصورت احتیاط و یا بعنوان فتوی این امر را بیان کرده‌اند (آیه‌الله العظمی منتظری در رساله توضیح المسائل مساله ۲۵۵۶ ص ۴۵۹ - آیه‌الله العظمی وحیدی خراسانی رساله توضیح المسائل مساله ۲۳۸۵ ص ۴۵۱ آیه‌الله العظمی لنکرانی - مساله ۲۱۸۰ ص ۳۷۷ آیه‌الله مکارم شیرازی مساله ۲۰۳۶ ص ۴۴۰ آیه‌الله سیدکاظم شریعتمداری. مساله ۲۳۸۵ ص ۴۱۶ و حضرت آیه‌الله اداکی (ره) در کتاب گرانقدر المسائل الواضحه می‌فرمایند: «يعتبر علی الاحوط و جویا اذن الاب اواب الاب فی الزواج البنت البالغة الرشیده اذا كانت بکرا».

هر چند حضرت آیه‌الله وحیدی خراسانی در رساله خویش بنا بر احتیاط واجب اذن پدر یا جدپدری را در انعقاد نکاح شرط می‌دانند ولی در کتاب گرانقدر الفلاح قائل به استقلال دختر باکره بالغه در امر نکاح می‌باشند. همچنین در استفتائیه‌ای که از معظم له به عمل آمد ایشان قایل به استقلال دختر بالغه باکره در امر نکاح می‌باشند، و کسب اجازه از پدر یا جدپدری را عملی مستحب می‌دانند حضرت آیه‌الله صانعی نیز هر چند در رساله خویش بنا بر احتیاط کسب اجازه از پدر یا جدپدری را شرط می‌دانند ولی عدم لزوم اجازه را خالی از قوت نمی‌دانند و همچنین در استفتائیه‌ای که از ایشان بعمل آمده (که در پایان این فصل بصورت ضمیمه می‌باشد) قائل به عدم اذن ولی در نکاح دختر بالغه باکره می‌باشند.

۱- وسائل الشیعه ج ۱۴ - ح ۷ - ص ۲۰۳ و ۲۰۳: «عن ابی‌مریم، ان ابی‌عبدالله قال: الجاریه البکر التي لها الاب لا تتزوج الا باذن ابیها»

نقل می‌کند که حضرت می‌فرمایند: «هرگاه دختر باکره ولی داشته باشد با وجود پدرش اختیار ندارد و هرگاه پدر بخواهد برای او مبادرت به عقد نکاح نماید بدون جلب رضایت او نمی‌تواند اقدام نماید» (۱).

روایت دیگر از ابی‌عباس است که از پیغمبر اکرم (ص) نقل می‌کند که حضرت می‌فرمایند:

«ثیب نسبت به خویش از ولی شایسته‌تر است و از باکره در مورد نکاح وی باید کسب اذن نمود و سکوت وی به منزله اذن او می‌باشد» (۲).  
و همچنین روایتی از منصور بن مازم است که از امام جعفر صادق (ع) نقل می‌کند که همان مضمون حدیث نبوی را دارد (۳).

#### ب - رعایت احتیاط

دلیل دیگری که پیروان این نظریه به آن استناد می‌نمایند جمع بین روایاتی است که دال بر ثبوت ولایت اولیاء است و روایاتی که دال بر ثبوت ولایت دختر است چرا که رعایت احتیاط نیز این امر را ایجاب می‌کند (۴) (۵) و در این زمینه دکتر محقق داماد در کتاب خویش

- ۱- وسائل الشیعه - ج ۱۴ - ح ۳ - ص ۲۱۴
- ۲- عن ابی‌مریم عن ابی‌عبدالله (ع) قال: البکاریه البکار التی لها الاب لا تتزوج الابان ابیها» وسائل الشیعه ج ۱۴ - ح ۷ ص ۲۰۲ و ۲۰۳
- ۱- (از پاورقی ص ۱۴۳ وسائل الشیعه ج - ح ۳ - ص ۲۱۴
- ۲- «اثیب احق بنفسها عن ولیها و البکر تستانذ فی نفسها و اذنها صماتها» شیخ طوسی - خلاف - ج ۲ - ص ۳۶۱
- ۳- وسائل الشیعه ج ۱۴ ح ۱ ص ۲۱۴ (برای مطالعه بیشتر در زمینه روایات وارده به وسائل الشیعه ج ۱۴ ص ۲۱۴ تا ۲۱۶ بحث اولیاء عقد مراجعه شود)
- ۴- (پاورقی همین صفحه) شهید ثانی - مسالک الانهام - ج ۱ ص ۳۶۰ نراقی - مستندالشیعه ج ۲ - ص ۴۹۵ - آشتیانی - میرزامحمد، تقریرات حاج شیخ عبدالکریم حائری - کتاب النکاح ص ۲۰ - اوصیاء پرویز - همان
- ۵- «والتول بالتشریک الولایه هو وجه الجمع لوجود التصریح به لموافقه الاحتیاط و البعد عن التقییه و غیر ذلک» وسائل الشیعه ج ۱۴ در ذیل حدیث ۸ ص ۲۱۵.

می‌فرمایند: «اختلاف نظر فقهاء ناشی از اختلاف روایات واصله در این زمینه است و روی این اصل بسیاری از فقهاء از متقدمین و متأخرین با توجه به اینکه موضوع از مسائل مهم بوده و استنباط قاطع از روایات وارده مشکل است. برای حفظ و رعایت جانب احتیاط نظر سوم (اشتراک ولایت بین دختر و ولی) را اختیار نموده‌اند».<sup>(۱)</sup>

تمامی فقهایی که قائل به تشریک ولایت بین دختر باکره و ولی می‌باشند بدون استثناء در صورت عدم اذن ولی بدون عذر موجه قائل به اسقاط اذن ولی می‌باشند و در این صورت دختر می‌تواند مستقلاً مبادرت به انشاء عقد نکاح نماید.<sup>(۲)(۳)</sup>

نظر دیگری در فقه در این زمینه وجود دارد که بسیار نزدیک به قول سوم می‌باشد و لذا به لحاظ معدود بودن طرفداران آن و اهمیت کم آن ما نیز آن را در ذیل به قول سوم ذکر می‌نمائیم و آن اشتراک ولایت بین دختر و پدر است و اینان ولایت جد را در حقیقت در امر نکاح دختر باکره ساقط شده می‌دانند که این قول را منسوب به شیخ مفید می‌دانند.<sup>(۴)</sup>

- ۱- محقق داماد - سید مصطفی - حقوق خانواده - ص ۵۴
- ۲- مامقانی - عبدالله مناهج المتقین فی فقه الاثمه الحق و الیقین - ص ۳۵۷ - شهید ثانی - شرح المعه (الروضه البهیه) - ج ۵ ص ۱۱۷ - نجفی - شیخ محمدحسن - همان منبع ج ۲۹ - ص ۱۸۴ شهید ثانی - مسالک الافهام - ج ۱ - ص ۳۶۱
- ۳- این عمل را در اصطلاح فقهی عضل گویند که به معنای منع است یعنی منع دختر از تزویج با همتایی که می‌خواهد با او ازدواج کند.
- ۴- اوصیاء - پرویز - همان ص ۳۹

### گفتار چهارم: لزوم اذن ولی در نکاح دائم و استقلال دختر بالغه باکره در

#### نکاح منقطع

این قول را شیخ طوسی در کتاب تهذیب بطور احتمالی بیان می‌کند.<sup>(۱)</sup> و در توجیه ثبوت ولایت ولی در نکاح دائم معتقدند چون حقوقی که بر ازدواج دائم مترتب می‌شود از قبیل میراث و نفقه بیش از حقوق مترتبه بر نکاح منقطع است.<sup>(۲)</sup> و از طرفی زن بواسطه نقصان آگاهی نمی‌تواند صلاحیت و یا عدم صلاحیت شوهر را احراز کند و لذا ولی باید در این امر دخالت داشته باشد.<sup>(۳)(۴)</sup>

مستند دیگر روایتی است در این زمینه که ابی‌السعید القمط از حضرت صادق (ع) نقل می‌کند.<sup>(۵)</sup>

قول دیگری وجود دارد که بعلت نزدیکی به قول بالا در همین جا بیان می‌شود و آن استمرار ولایت اولیاء در نکاح منقطع و سقوط ولایت آنها در دائم (عکس قول فوق‌الذکر).<sup>(۶)</sup>

۱- شیخ طوسی. تهذیب الاحکام، ج ۷ ص ۳۸۱ این قول را شیخ طوسی در کتاب خلاف نیز بیان می‌کند. بحرانی - شیخ یوسف - همان منبع - ج ۲۳ ص ۲۱۰ به بعد - صاحب جواهر می‌فرماید: «...الا من المحکی عن جمع الشیخ فی کتابی الاخبار اللذین لم یعد للفتوی بسقوط الولاية عنها فی المنقطع دون الدائم» جواهر الکلام ج ۲۹ ص ۱۷۹

۲- نجفی - شیخ محمدحسن جواهر الکلام - همان - پرواضح است که مترتب شدن حقوق بیشتر به نکاح دائم دلیل بر این نیست که احکام دیگری به آن حمل شود. ۳- نجفی - شیخ محمدحسن - همان

۴- مسلماً چنین دلیلی نیز قابل قبول نمی‌باشد چراکه در مورد نکاح منقطع نیز مصداق دارد. ۵- اوصیاء و پرویز - همان ص ۴۱

۶- محقق حلی شرایع الاسلام - ج ۲ - همان و مسالک الافهام، شهید ثانی ج ۱ - ص ۳۵۹ - ۳۶۰ این قول را محقق نقل کرده ولی گویند آن معلوم نیست آن معلوم نیست. در کتاب گرانقدر جواهر الکلام در این زمینه آمده است:  
ادامه

در توجیه این نظر دلایل ذیل اقامه گشته است:

الف - لفظ نکاح حقیقت در دائم است و مجاز در منقطع و لفظ درجایی که قرینه‌ای وجود نداشته باشد باید به معنای حقیقی خود حمل شود و مؤید حقیقی بودن دائم در نکاح تبادر دائم است به ذهن درجایی که لفظ نکاح به تنهایی آورده می‌شود و بنابراین روایاتی که در مورد ثبوت ولایت دختر در ازدواج وارد شده است باید حمل بر دائم شود و نه منقطع و در نکاح منقطع ولایت اولیاء ثابت است<sup>(۱)</sup>.

ب - دلیل دیگر اینکه استقلال دختران در متعه از نظر امتناعی که طبیعتاً اولیاء در متعه دادن دختران خود دارند و یا از نظر اینکه عده‌ای در مشروعیت آن تردید می‌نمایند و حاضر به انجام آن نیستند سبب می‌شود که اگر دختران خود را متعه نمایند ضرر حیثیتی به خانواده آنها وارد بیاید. و لذا مطابق قاعده لاضرر نباید این اجازه به آنها داده شود.<sup>(۲)</sup>

انتقادی که به این دلایل توجیهی وارد گشته است عبارت است از:

الف - حقیقت بودن دائم در نکاح صحیح نیست بلکه لفظ نکاح مشترک بین دائم و منقطع است و اختلاف آنها صرفاً برحسب مشخصات آن است (از قبیل قید مدت و مهر مشخص در منقطع که عدم

ادامه پاورقی «و من هنا یحکی عن بعضهم انه عکس فاثبت الولاية فی المنقطع دون ا دائم و ان کنالم نصراف قائله کما لم یعتدیه و حقا یعبدیده» همان.  
 ۱- نجفی - شیخ محمد حسن - همان، آقای حائری شاهباغ در شرح ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی می‌فرماید: «کلمه شوهر مذکور در این ماده ظاهر در همسر دائمی است و به نظر مصنف انقطاع مشمول مدلول این ماده نخواهد بود و باید عقد انقطاع را مخصوصاً برای مدت کوتاه مشمول عنوان معامله قرار داد که از آن جهت نیز مجبور می‌باشد (حائری - شاهباغ - شرح قانون مدنی - ج ۷ - ص ۶۶)  
 ۲- به نقل از اوصیاء - پرویز - همان

ذکر آن سبب تبدیل عقد منقطع به دائم خواهد شد و همین تبدیل منقطع به دائم مؤید حقیقت بودن اشتراک دائم و منقطع در نکاح است.<sup>(۱)</sup>

ب - در امور شرعیه اضرائی نیست و ضرری دانستن موردی که شرعاً ثابت شده است صحیح نمی‌باشد و از طرف دیگر اگر متعه ضرری باشد نباید فرقی بین بکر و بیوه باشد و حال آنکه به بیوه اجازه متعه کردن خود داده شده.<sup>(۲)</sup>

### گفتار پنجم: سایر نظرات

الف - ولایت عرضی هر یک از دختر و اولیاء به این معنی که هر کدام زودتر اقدام به نکاح نمایند نکاح او نافذ است و موجب اسقاط ولایت دیگری می‌شود.<sup>(۳)</sup>

ب - ولایت طولی هر یک از پدر و دختر به این صورت که پدر و دختر هر دو مستقلاً می‌توانند مبادرت به انعقاد عقد نکاح نمایند لیکن چنانچه دختر باکره مبادرت به این امر نمود پدر اجازه فسخ این نکاح را در صورت عدم رعایت مصلحت از جانب دختر دارد اما دختر از چنین حقی برخوردار نیست و همچنین بر طبق این نظریه جدپدری نه مستقیماً و نه مستقلاً به دختر باکره ولایتی ندارد.<sup>(۴)</sup>

۲- همان

۱- همان

۳- بجنوردی - سیدمیرزا حسن، تعلیقه بر عروه‌الوثقی ص ۲۴۹

۴- طباطبایی حکیم - سیدمحسن - مستمک العروه‌الوثقی ج ۱۴ ص ۴۴۸



**مبحث دوم:**

پذیرش نظریه اشتراک ولایت بین دختر و ولی (پدر و جدپدری)

**در حقوق ایران**

با توجه به ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف با اجازه پدر یا جد پدری او است...» (۱)

مشخص می‌شود که قانون مدنی از نظر مشهور فقهای معاصر پیروی نموده است و نکاح دختر باکره بالغ را موقوف به اذن و یا اجازه پدر یا جد پدری می‌داند (هر چند اینان در کلیه معاملات مستقل می‌باشند). (۲)

قبل از داخل شدن در موضوع بحث لازم است ایراد شکلی که به ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی وارد است بیان شود و آن استعمال کلمه اجازه (به جای اذن) در این ماده می‌باشد. در قانون مدنی ایران این دو اصطلاح مکرر به جای یکدیگر استعمال گردیده و گویی که فرقی بین آن دو وجود ندارد. (۲)

و برخی از حقوقدانان و فقیهان نیز این دو واژه را در محل مناسب خود بکار نبرده و خلط مبحث می‌کنند. (۳)

- ۱- ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی از جمله مواد اصلاحی بعد از انقلاب می‌باشد (اصلاحی سال ۱۳۶۱) هر چند تغییر عمده‌ای در آن صورت نگرفته و مسأله تشریک ولایت بین دختر و ولی کماکان مورد امعان نظر قرار گرفت (موارد اصلاحی ماده فوق‌الذکر به تفصیل مورد بررسی قرار خواهد گرفت).
- ۲- در موارد ۱۱۵ - ۱۲۴ - ۵۰۳ - ۷۹۴ و ۱۰۴۳ قانون مدنی و نیز ماده ۸۵ قانون امور حسبی واژه «اجازه» به جای «اذن» استعمال گردید.
- ۳- از جمله موارد مزبور عبارت است از: عدل - مصطفی - حقوق مدنی ص ۷۸ و ۲۷۹ کاتوزیان - ناصر - قواعد عمومی قراردادها ج ۲ ش ۳۰۱ ص ۲۳.

در تعریف اجازه گفته شده: «اظهار رضایت شخصی که قانون رضای او را شرط تأثیر - عقد یا ایقاعی دانسته است که از دیگری صادر شده است مشروط بر اینکه رضایت مزبور بعد از صدور عقد یا ایقاع مذکور صادر شود.»<sup>(۱)</sup>

در تعریف اذن گفته شده: «اعلام رضای مالک (یا نماینده قانونی) یا رضای - کسی که قانون برای رضای او اثری قائل شده است برای انجام دادن یک عمل حقوقی»<sup>(۲)</sup> همچنانکه ملاحظه می شود اذن همیشه به فعلی تعلق می گیرد که هنوز واقع نشده است و الا بعد از صدور یک فصل اگر رضایت به آن فصل داده شود این اعلام رضا را اجازه گویند نه اذن. تنظیم ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی به گونه ای است که صورت قضیه اینگونه مطرح می شود که دختر باکره بالغ ابتدا مبادرت به انعقاد عقد نکاح می نماید و سپس از پدر یا جدپدری کسب اجازه می نماید. در حالی که آنچه مد نظر و قانونگذار می باشد اذن ولی است که شرط نفوذ عقد است و لذا باید قبل از انعقاد عقد این اذن اخذ شود. چرا که پدر یا جد پدری با دادن اذن در حقیقت مانعی را که قانونگذار در راه نکاح دختر بالغ باکره قرار داده را از میان برمی دارند و معنی برداشتن این مانع به سود غیر همانا دادن اذن است و اذن چیزی جز رفع مانع به سود شخص یا اشخاص (معین یا غیر معین) نمی باشد.<sup>(۳)</sup>

۱- جعفری لنگرودی - محمد جعفر - ترمینولوژی حقوقی ش ۵۲.

۲- همان - ش ۱۶۶

۳- از جمله تفاوتهایی که بین اذن و اجازه وجود دارد این است که اذن دهنده می تواند پیش از انجام تصرف توسط مأذون از اذن خویش رجوع کند و از تحقیق آثار اذن جلوگیری نماید. از اینرو اگر پس از رجوع اذن دهنده، مأذون ادامه

### گفتار اول: شرایط اعتبار اذن ولی

لزوم کسب اذن ولی در نکاح دختر باکره بالغ تحت شرایطی تحقق می‌پذیرد و اعتبار آن منوط به عواملی چند است که در صورت عدم وجود این عوامل اذن ولی ساقط و دختر مستقلاً می‌تواند مبادرت باین او نماید و در اینجا بر آنیم که این عوامل را بررسی کرده تا مواردی که دختر می‌تواند مستقلال اقدام به امر نکاح نماید مشخص شود.

#### الف - بکارت دختر:

لزوم باکره بودن دختر از جمله شرایط اعتبار اذن ولی می‌باشد و این امر را کلیه فقهای که قائلی به تشریک ولایت بین دختر و ولی هستند باتفاق بیان کرده‌اند و ملاک در اعتبار اذن ولی را بکارت دختر قرار داده‌اند و ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی نیز این امر را در صدر ماده صراحتاً بیان کرده چرا که مقرر می‌دارد: «نکاح دختر باکره...»<sup>(۱)</sup> اما تا قبل از سال ۱۳۷۰ قانون مدنی ملاک را در اعتبار اذن ولی شوهر نکردن دختر قرار

به عمل حقوقی اقدام نماید. عمل او نافذ نمی‌باشد و چنانچه تصرفی خارجی نماید تصرف او بر خلاف قانون می‌باشد. اما از آنجائی که اجازه به محض وقوع آثاری را بدنبال خواهد داشت رجوع از آن ممکن نیست. مثلاً پس از اجازه در مورد عقد نکاهی که بدون اذن ولی منعقد شده عقد نکاح بصورت کامل متحقق یافته و اجازه دهند (پدر یا جدپدری) نسبت به آن ملزم می‌باشد زیرا عقد نافذ را نمی‌توان بار دیگر بصورت غیر نافذ و موقوف درآورد.

برای مزید اطلاع در زمینه تفاوت بین اذن و اجازه رجوع شود به: هاشملو - محسن پایان نامه کارشناسی ارشد اجازه در عقود و غیر نافذ ص ۲۶ - ۲۵ - ۲۴ - ۲۳ دانشگاه شهید بهشتی

فصیحی زاده، علیرضا، پایان نامه کارشناسی ارشد اذن و آثار حقوقی آن ص ۳۱ - ۳۰ - ۲۹ - ۲۸. دانشگاه شهید بهشتی

۱- اصلاحی ۷۰/۸/۱۴ مجلس شورای اسلامی

داده بود و عبارت «نکاح دختر شوهر نکرده...» در ماده ۱۰۴۳ بکار رفته بود.

و در توجیه این امر بعضی از نویسندگان معتقد بودند که: «به نظر می‌رسد قانون مدنی برای رعایت عفت عمومی و با توجه به محیط اجتماعی ملاک اجازه ولی را در نکاح دختر پس از هیجده سالی تمام بکارت قرار نداده است. بنابراین دختر یک‌هیجده سال تمام دارد و قبلاً شوهر کرده. خواه آنکه شوهرش مرده باشد یا او را طلاق داده و یا نکاح فسخ شده باشد چنانچه بخواد مجدداً شوهر نماید اجازه ولی را لازم ندارد اگرچه شوهر اول با او نزدیکی هم نکرده باشد.»<sup>(۱)</sup>

و در مقابل بعضی دیگر مقصود از عبارت شوهر نکرده را موردی می‌دانستند که «دختر یکبار شوهر می‌کند و این نکاح پس از زناشوئی بسببی منحل می‌شود و لذا در موردی که دختری شوهر می‌کند ولی پیش از نزدیکی نکاح منحل می‌شود. این ازدواج ناتمام دختر را در نکاح بعدی آزاد نمی‌کند زیرا مقصود ماده ۱۰۴۳ از شوهر کردن تنها خواندن خطبه عقد نیست.»<sup>(۲)</sup>

در هر حال در سال ۱۳۷۰ به این اختلاف نظر پایان داده شد و بر طبق نظر مشهور فقهاء ملاک و مناط اعتبار اذن ولی را باکره بودن دختر

۱- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۲۸۵، مهرپور، حسین، مجله تحقیقات حقوقی - شماره ۱۱ و ۱۲ دانشگاه شهید بهشتی ص ۱۲۰: «... چرا که با توجه به حکمتی که در مورد لزوم اجازه پدر نسبت به دختر وجود دارد که یک مسأله عرفی و اجتماعی است. بعید نیست که بتوان گفت نفس وجود بکارت موضوعیت ندارد.»

۲- کاتوزیان - ناصر - حقوق خانواده، ج ۲، ص ۸۱ - محقق داماد - سید مصطفی. حقوق خانواده ص ۵۴

قرار داده و عبارت نکاح «دختری که شوهر نکرده...» تبدیل شده به «نکاح دختر باکره...»<sup>(۱)</sup>

مسئله‌ای که در اینجا مطرح می‌شود و محل اختلاف فقهاء می‌باشد در این است که آیا از اله بکارت به هر نحوی موجب سقوط ولایت ولی می‌شود به عبارت دیگر چنانچه در اثر عواملی غیر از مقاربت جنسی مشروع از اله بکارت صورت گیرد تأثیر آن در ولایت ولی چگونه است؟ بعضی از فقهاء و حقوقدانان و مراد از ازاله بکارت مسقط اذن ولی را، ازاله بکارتی می‌دانند که به وسیله مقاربت جنسی ناشی از عقد نکاح صحیحاً واقع شده می‌دانند و در نتیجه چنانچه به وسیله شبهه و زنا و یا در اثر سقوط یا پریدن بکارت دختر از بین برود تأثیری در سقوط ولایت ولی ندارد.<sup>(۲)</sup>

در مقابل پاره‌ای دیگر از فقیهان حتی از اله بکارت بوسیله شبهه و زنا را موجب سقوط ولایت ولی می‌دانند که این قول مشهور فقهای امامیه می‌باشد.<sup>(۳)</sup> مراجع معاصر نیز اکثراً بر این قول اتفاق نظر دارند.<sup>(۴)</sup> فقهای عامه در اینکه مراد از معنای بکر و ثیب چه می‌باشد معتقدند در موردی که بکارت بوسیله عواملی از قبیل حمله یا ضربه یا عمل جراحی یا حیض شدید یا در اثر سقوط یا پریدن از بین برود با او مثل بکر

۱- اصلاحی ۷۰/۸/۱۴

۲- علامه حلی - تذکره - ج ۲ - کتاب نکاح - طباطبایی - سید محمد کاظم - عروة الوثقی - ج ۲، ص ۸۶۵ - منا - مسأله ۲. امامی - سید حسن - حقوق مدنی - ج ۴ ص ۲۸۵ - ۲۸۷.

۳- نراقی - ملاحمد و مستندالشیعه ج ۲ - ص ۴۶۲ - نجفی - شیخ محمد حسن - همان منبع - ج ۲۹ - ص ۱۸۵. خوئی - ابوالقاسم - منهاج الصالحین ج ۲ - ص ۲۵۵.

۴- در این امر از حضرات استفتائیه به عمل آمده که در بخش ضمائم موجود است.

معامله خواهد شد با اینکه بیوه بالغ باشد زیرا حیای او باقی است و هیچ مردی با او تماسی نداشته است و او در حقیقت به منزله بکر است.<sup>(۱)</sup>

در موردی که از اله بکارت بوسیله شبیه یا زنا باشد شافعی در قول اصح و ابویوسف و محمد از حنفیه و احمد بن حنبل در قول مشهورش معتقدند که با این شخص معامله ثیب خاها شد خواه این عمل با رضایت انجام شده باشد یا با اکراه<sup>(۲)</sup> چنین اختلاف نظری در این زمینه بین محاکم نیز وجود داشت. چنانکه بین شعب دادگاه مدنی خاص آراء متناقضی صادر گردید که ناشی از استنباطهای مختلف از ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی بوده<sup>(۳)</sup> و جهت اتخاذ رویه واحد از طرف دادستان کشور در

۱- کاشانی - البدایع - ج ۲ - ص ۲۴۹ - الرملى - احمد - شرح المنهاج - ج ۲، ص ۲۲۴ - ابن الهمام - فتح القدیر - ج ۳ - الدرریر - شرح الکبیری ج ۲ - ص ۲۲۲ - ابن قدامة - المغنی - ج ۶، ص ۴۹۴. البته در این زمینه تنها شافعی قول دیگری دارد و معتقد است که در ازدواج با این زن مثل بیوه معامله می‌شود چون بکارتش زائل شده است.

۲- فقهای مذکور اضافه می‌کنند که این زن از جهت لغو و شرعی حقیقتاً بیوه است. بنابراین در حدیث نبوی بعنوان ثیب محسوب می‌شود که در این صورت بین بکر و ثیب فرق گذاشته شده است و دلیل دیگر این گروه این است که سکوت بکر در موقع ازدواج به علت حیای او مورد قبول است. ولی حیای وی بوسیله اختلاط با رجال از طریق نامشروع از بین رفته است و چون حیاء اهری است پوشیده و وقوف به آن حاصل نمی‌شود مگر با مظنت آن که همان بکارت که بواسطه زنا زائل شده است (به نقل از شیخ الاسلامی - سید اسعد. همان ص ۱۰۵).

۳- جریان امر بطور خلاصه به شرح زیر بوده است:

۱- آقای... بشرح پرونده... شعبه اول دادگاه مدنی خاص به خواسته فسخ عقد نامه دادخواستی بطرفیت آقای... تقدیم و توضیح داده خواننده دختر ۱۷ ساله‌اش را اغفال بدون کسب اجازه از ولی با او ازدواج کرده است. دادگاه پس از رسیدگی دعوی را مردود و عقد را صحیح اعلام داشته است. از رأی پژوهشخواهی بعمل آمده و شعبه اول دادگاه تجدید نظر اعلام داشته اجازه ولی شرط صحت عقد بوده و بدین ترتیب حکم بدوی را مخدوش تشخیص و فسخ کرده است.

۱- ۲) مجدداً خواهان نامبرده بطرفیت خواننده فوق دادخواستی به خواسته ابطال - سند ازدواج دوم به شعبه سوم دادگاه مدنی خاص تقدیم و توضیح داده آقای... خواننده فوتی بعد از صدور رأی شعبه اول دادگاه تجدید نظر بدون اخذ

ادامه

هیأت عمومی دیوانعالی کشور مطرح که منجر به صدور رأی وحدت رویه باین شرح گردید: (۱)

«با توجه به نظر اکثر فقهاء بویژه نظر مبارک حضرت امام خمینی مدظله العالی در حاشیه عروة الوثقی و نظر حضرت آیه الله العظمی منتظری که در پرونده منعکس است و همچنین با عنایت به ملاک صدر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، عقد دوم از نظر این هیأت صحیح و ولایت پدر نسبت به چنین عقدی ساقط است و مشروعیت دخول قبل از عقد شرط صحت عقد و یا شرط سقوط ولایت پدر نیست و دخول مطلقاً (مشروع باشد یا غیر مشروع) سبب سقوط ولایت پدر می باشد. بنابراین رأی شعبه نهم دادگاه مدنی خاص موضوع دادنامه شماره ۵۹/۱۱/۲۸/۲۷۹/۹ دائر بر صحت عقد دوم طبق موازین شرعی و قانونی صادر شده و

رضایت ولی با دخترش بنام... مبادرت بازدواج و تنظیم سند ازدواج نموده است. دادگاه مذکور بعد از رسیدگی اعلام داشت چون این ازدواج بعد از بطلان ازدواج اول صورت گرفته و هنگام ازدواج مجدد آقای... با خانم... مشارالیها بیوه بوده ازدواج را خالی از اشکال تشخیص و حکم به رد دعوی صادر کرده است. خواهان از رأی صادره پژوهشخواهی به عمل آورده و شعبه اول دادگاه تجدید نظر اینبار حکم را صحیح تشخیص و تأیید کرده است.

۱-۲) در پرونده مشابه آقای... بطرفیت آقای... دادخواستی به خواسته ابطال نکاح به شعبه اول دادگاه مدنی خاص تقدیم و توضیح داده و دخترش که کمتر از ۱۸ سال داشته با اغفال خوانده به نکاح او درآمده است. دادگاه پس از رسیدگی حکم به بطلان نکاح مزبور صادر کرده است.

۲-۲) مجدداً خواهان نامبرده دادخواست دیگر بطرفیت خوانده مزبور به شعبه اول دادگاه مدنی خاص تقدیم و توضیح داده بعد از صدور حکم به بطلان ازدواج اول خوانده مجدداً با مراجعه به دفتر خانه بار دیگر با دخترش ازدواج کرده است. دادگاه بعد از رسیدگی حکم به بطلان ازدواج دوم نیز صادر کرده است. به شرح فوق الذکر بین آراء صادره از شعبه سوم دادگاه مدنی خاص و شعبه اول دادگاه تجدید نظر مدنی خاص از یک طرف و رأی شعبه اول دادگاه مدنی خاص که در پرونده صادر گردیده از طرف دیگر اختلاف و تهاافت بوجود آمده و موضوع در هیأت عمومی دیوانعالی کشور مطرح گردید. (به نقل از محقق داماد- سید مصطفی - حقوق خانواده - ضمیمه شماره ۲ - ص ۵۰۸ - ۵۰۹.

۱- رأی وحدت رویه شماره ۶۲/۶۲ - ۶۳/۱/۲۹ - مجموعه قوانین سال ۶۳ ص ۴۴

صحیح است و این رأی برای محاکم در موارد مشابه لازم الاتباع است.» (۱) و (۱)

بعضی حقوقدانان انگیزه صدور چنین حکمی از جانب هیأت عمومی دیوانعالی کشور را بیشتر انصاف و تأثر از پاره‌ای فقهاء می‌دانند تا اجرای قانون - زیرا در موردی که نکاح نخست بدلیل مخالفت پدر ابطال شده چگونه می‌توان ادعا کرد که دختر شوهر کرده است؟ آیا عقد باطل می‌تواند در اسقاط حق ولی مؤثر باشد؟ وانگهی این رأی راه را برای حيله گری و تقلب نسبت به قانون می‌گشاید و با حکمت ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی که تا اندازه‌ای می‌تواند خطرهای ناشی از ازدواج دختران خردسال را تعدیل کند تعارض دارد. (۲)

به نظر می‌رسد که انتقاد مذکور کاملاً بجا و منطقی باشد. چرا که قانون مدنی ما نظریه تشریک ولایت را پذیرفته و لزوم اذن ولی را در نکاح دختر باکره لازم دانسته و لذا یک عقد باطل (و یا از اله بکارت از طریق شبهه و زنا) قادر به اسقاط ولایت ولی نیست و قبول این امر به

۱- دادستان محترم کل کشور در تأیید این نظریه در هیئت عمومی اظهار نظر کرده بودند که: «بنظر می‌رسد که رأی شعبه نهم دادگاه مدنی خاص موضوع دادنامه شماره ۲۷۹/۹ مورخ ۱۳۵۹/۱۱/۲۸ مبنی بر صحت عقد ازدواج دوم درست و خای از اشکال باشد و چون مضافاً بر اینکه مسئله ولایت پدر در ازدواج با کره مورد اختلاف بین فقهاست تا جایی که مرحوم سید در عروةالوثقی مسئله ۱ از فصل اولیاء عقد ۵ قول نقل می‌نماید و آنقدر مسئله پیچیده می‌باشد که مرحوم سید با آن فقاقت و صراحت فتوی با احتیاط از مسأله می‌گذرد و امام امت هم در تحریرالوسیله مسأله ۲ همان فصل ۴ قول نقل می‌نماید باز با احتیاط از مسأله می‌گذرد و با این وضع چگونه می‌توان حکم به بطلان نکاح دوم داد تا جایی که دختر بتواند بغیر ازدواج نماید با بودن (زوجه قبلی) و مراجعه به مسئله ۲ از فصل اولیاء عقد عروةقضیه روشن و آشکار می‌گردد...» (به نقل از مجموعه قوانین - سال ۶۳ ص ۴۳).

۲- کاتوزیان - ناصر - حقوق خانواده - ج ۲ - ص ۸۲



منزله گشایش راه حيله گری و تقلب نسبت به قانون می باشد و عملاً اذن ولی را به یک امر بیهوده تبدیل می کند. (۱)

همچنین در مواردی که به واسطه حوادثی (از قبیل جراحت و حیض شدید و غیره) از دختر از اله بکارت شده باشد به نظر می رسد با توجه به اینکه در عرف چنین دختری در حکم باکره است و چنین ختری را دوشیزه می دانند باید حکم به ابقاء ولایت ولی داد و مشهور فقهای امامیه نیز معتقدند در چنین صورتی اذن ولی ساقط نمی گردد. (۲) و (۳) هر چند چنین حکمی با ظاهر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی که مقرر می دارد: «نکاح دختری که باکره است...» و ملاک را بکارت دختر قرارداد سازگار نمی باشد. (۴)

#### ب- عدم مخالفت غیر موجه ولی (۵)

از دیگر شرایط اعتبار اذن ولی عدم منع دختر از ازدواج با همتای (کفو) - وی می باشد و این امر مورد اتفاق کلیه فقهای که قائل به لزوم اذن ولی در نکاح دختر باکره هستند می باشد. (۶) در فقه ممانعت ولی از

۱- البته بیان انتقاد مذکور بمنزله پذیرش نظریه تشریک ولایت نمی باشد و درصد طرفداری از آن نمی باشیم و در بخش های بعدی از این نظریه نیز انتقاد خواهیم نمود.

۲- کاتوزیان - ناصر - همان ص ۸۱ - محقق داماد - سید مصطفی - همان - ص ۵۴ - امامی - سید حسن - همان.

۳- علامه حلی - تذکره. همان - طباطبایی - سید محمد کاظم - همان - ج ۲ - ص ۸۶۵ - مسأله ۲ - نجفی - شیخ محمد حسن - همان

۴- رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور نیز مشعر به دخول بصورت مشروع و نامشروع می باشد و در این مورد صراحتی ندارد.

۵- مخالفت ولی اساساً به سه شکل بروز پیدا می کند که حکم قضیه در هر سه مورد یکی است و مسقط اذن ولی می شود: ۱- بدون بیان علت ازدواج را رد کند ۲- به استناد علت غیر موجه آن را رد کند ۳- هیچگونه نظر موافق یا مخالفی را اعلام نکند (محقق داماد - سید مصطفی. همان - ص ۲۵۵).

۶- شهید ثانی - مسأله الاثم - ج ۱ - ص ۳۵۸ - نراقی - همان منبع - ج ۲ ص ۴۵۹

ازدواج دختر با همتای خود را عضل می‌نامند. (۱) و ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی نیز به تبعیت از این نظر مقرر می‌دارد: «... هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند اجازه او ساقط...» علت اینکه اختیار ولی قهری در این زمینه مطلق نیست (۲) و دلایل مخالفت وی باید موجه باشد مصلحت دختر می‌باشد زیرا اساساً ولایت ولی محدود به غبط و مصلحت مولی علیه است و در اینجا ولی نباید برای ارضای تمایل و نفع خود با نکاح دختر مخالفت کند بلکه به خاطر مصلحت و غبطه او باید اینکار را انجام دهد. (۳)

#### ۱ - معیار در کفو چیست؟

مسئله‌ای که در اینجا وجود دارد این است که معیار کفو (همتا بودن) چیست چرا که گفتیم ولی در صورتی که دختر خود را از نکاح با کفو وی منع کند ولایت او ساقط می‌شود.

آنچه که مورد اتفاق کلیه فقهای امامیه در این مورد می‌باشد ایمان و تقوی است. (۴) اما آنچه که مورد اختلاف فقهای امامیه می‌باشد تمکن از اتفاق است. در این مورد اکثر فقهای امامیه این امر (تمکن از اتفاق) را

- 
- به بعد - نجفی - شیخ محمدحسن - همان منبع - ج ۲۹ ص ۱۸۴ - خوئی - سیدابوالقاسم - همان منبع - ج ۲ - ص ۲۵۵ - امام خمینی (ره) همان منبع - ج ۲ ص ۲۵۴ و آشتیانی - میرزا محمد همان منبع - ص ۲۰
- ۱- عضل بر وزن بذل به معنی تنگ کردن امر بر کسی و بازداشتن او است و همچنین عضل در لغت به معنی منع است و در اینجا به معنی منع دختر از تزویج با کفوی (همتایی) است که دختر می‌خواهد با او ازدواج نماید (به نقل از جعفری لنگرودی - محمد جعفر - حقوق خانواده ص ۲۷).
- ۲- حق ولی در باب مخالفت با شوهر کردن دختر در حالت کودکی مطلق و در این فرض نسبی است (کاتوزیان - ناصر - همان).
- ۳- کاتوزیان - ناصر - همان.
- ۴- شیخ طوسی - خلاف - ج ۲ - ص ۳۶۶ - فخرالمحققین - همان منبع - ج ۳ - ص ۲۳ - سید مرتضی - ناصریات - ص ۲۱۱.

ملاک در کفو بودن نمی‌دانند. (۳) مستند اینان روایات کثیردای است که در این زمینه نقل شده از جمله روایتی از پیامبر اکرم (ص): «مؤمن کفو مؤمن است»<sup>(۱)</sup> و همچنین از امام باقر (ع) نقل شده است که حضرت فرمودند: «مصیبتی از این سخت‌تر نیست که جوان مسلمانی دختر برادر مسلمانش را خواستگاری کند و پدر جواب دهد: معذرت می‌خواهم تو از جنبه مالی در مرتبه من نیستی.»<sup>(۲)</sup>

و همچنین روایتی از حضرت صادق (ع) که حضرت می‌فرمایند: «پیغمبر» (ص) ضباعه دختر زبیر بن عبدالمطلب را که از شریفترین خاندان قریش بود به عقد مقداد بن اسود که مردی تهیدست و کم‌قبیله بود در آورد تا سطح ازدواجها پایین بیاید و مردم به آنجناب تاسی کنند و بدانند بزرگوارترین آنان نزد خدا پرهیزگارترین ایشان است.<sup>(۳)</sup>

و همچنین از امیرالمؤمنین (ع) نقل شده است که ایشان فرمودند:<sup>(۴)</sup>

«روزی خدمت پیامبر (ص) بودم. حضرت فرمود: اگر کسی به خواستگاری دختری آمد که از دین و اخلاقش راضی بودی قبول کن و دختری را به وی تزویج نما. عرض کردم حتی اگر از نظر مقام و منصب و نسب خانوادگی در سطح پایین باشد، حضرت فرمود: آری - در غیر این صورت زمین از فتنه پر خواهد شد.

در زمینه معیار و ملاک کفو بین فقهای عامه نیز اخلاف نظر وجود

۱- پیامبر اکرم (ص) در پاسخ این سؤال که کفو برای دخترانمان کیست فرمودند:

«المؤمن بعضهم كفاية بعض» او مسائل الشیعه - ج ۴ - باب ۲۳ - ج ۲ ص ۳۹.

۲- به نقل از مشکینی - علی - ازدواج در اسلام ص ۳۲.

۳- همان. ص ۳۶.

۴- به نقل از روزنامه جمهوری اسلامی یکشنبه مورخ ۶۲/۹/۲۷ ص ۵

دارد. (۱)

بنابراین روایات و احادیثی که در این مورد از ائمه معصومین نقل شده حکایت از این امر دارد که مال و مقام جنبه کفو و شأن ندارد چرا که در اسلام همه مؤمنین با هم برابرند (ان اکرمکم عندالله اتقیکم) در نتیجه چنانچه پدر یا جد پدری به علی همچون تنفر شخصی از مرد دلخواه و یا نداشتن خانه و اتمییل شخصی یا نداشتن تحصیلات عالیّه اذن به ازدواج دختر ندهد علت مخالفت او غیر موجه و مسقط اذن ولی می باشد ولی چنانچه به علی همچون فساد و بی بندر و باری بیکاری یا اعتیاد مرد به قمار یا مشروبات الکلی و امثال آن مخالفت خود را ابراز نماید این مخالفت موجه تلقی می شود و از ازدواج دختر جلوگیری خواهد نمود.

گاهی ممکن است دختر شخصی را که کفو او است برای ازدواج برگزیند و پدر نیز شخص دیگری را که او نیز کفو است برگزیند در این مورد بعضی از فقهاء و حقوقدانان معتقدند که در اینجا آن شخصی را که پدر انتخاب نموده مقدم است. (۲) لحن ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی حکایت از

۱- ظاهر مذهب امام مالک تدین را در کفایت معتبر می داند باین معنی که زوج باید متدین باشد و دارای عیوبی که از لحاظ جسم ادامه زندگی زناشویی را غیر ممکن می سازد نباشد. شافعی کفایت را در پنج امر خلاصه می کند: دین - نسب - حرفه - آزادی و نداشتن عیوبی که مثبت خیار است. مانند جذام و جنون و برص. برخی از اصحاب شافعی مال را نیز به آن اضافه می نماید ولی قول اصح آن را معتبر نمی شناسد. از امام احمدبن حنبل روایات مختلفی نقل شده در روایتی فقط «دین» را معتبر می داند و در روایت دیگری تدین و نسب و بالاخره روایت سوم و دین و نسب و حرفه را. حنفیه کفایت را در امور ششگانه نسب اسلام و آزادی حرفه - مال - تدین معتبر می داند. البته در بین برخی از فقهای آنان اختلافی در این امور مشاهده می شود (شیخ الاسلامی - سید اسعد - همان ص ۱۰۹).

۲- بحرانی - شیخ یوسف - همان منبع: ج ۲۳ - ص ۲۳۳ - حائری (شهباغ) - سید ادامه

تبعیت از نظریه اخیر را دارد، چراکه اختیار پدر و یا جدپدری منحصر به این است که یا اذن به انجام ازدواج بدهند و یا اینکه با دلایل موجهی دختر را منع بنمایند که در مانحن فیه چنین نیست.

در مقابل بعضی دیگر از فقهاء و حقوقدانان معتقدند که این عمل پدر عضل محسوب می‌شود و موجب استقاط اذن ولی می‌گردد و در نتیجه نظر دختر مقدم است.<sup>(۱)</sup>

## ۲- وضعیت نکاح دختر در صورت ممانعت ولی

همچنانکه گفته شد چنانچه علت مخالفت ولی موجه باشد مانع ازدواج دختر می‌گردد اما چنانچه علت مخالفت موجه نباشد اذن ولی ساقط شده و دختر مستقلال می‌تواند مبادرت بانعقاد عقد نکاح نماید اما در این که مرجع تشخیص موجه یا ناموجه بودن مخالفت ولی کجا است و چگونگی اجرای قضایی اذن در صورت مخالفت ولی در این قسمت بحث می‌شود.

### ۲-۱- مرجع تشخیص موجه بودن یا نبودن مخالفت ولی

تا قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۱ ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی در مورد این امر ساکت بود و در آن زمان حقوقدانان در مورد اینکه تشخیص موجه

علی همان منبع ج ۷- ص ۶۸-۶۹ به نظر ایشان «اگر دو نفر نامزد که هر دو کفو دختر باشند ولی حق دارد نسبت به یک نفر امتناع و نسبت به دیگری تسلیم شود و امتناع از آن یک نفر مجوز مراجعه دختر به مرجع مربوطه نخواهد بود. هر چند دختر بیشتر مایل به او باشد.»

۱- شهید ثانی - مسالک الفهام ج ۱ ص ۴۵۲ - نجفی - شیخ محمد حسن . همان منبع - ج ۲۹ - ص ۱۸۴ - جعفری لنگرودی - محمد جعفر - حقوق خانواده - ص ۲۷ به نظر ایشان : «هر گاه دختر همسری کفو معرفی کند و ولی او همسر کفو دیگری معین کند (تعارض) جانب دختر مقدم است و ولی باید با ذکر علت موجه نظر دختر خود را رد کند. راجح بودن انتخاب ولی به صرف اینکه او ولی است به انتخاب دختر کفایت نمی‌کند.»

بودن علل مخالفت با چه مرجعی است اختلاف نظر داشتند.

بعضی حقوقدانان - قائل به صلاحیت سردفتر در چنین امری بودند چرا که تشخیص وجود شرایط صحت نکاح نیز با سردفتر ازدواج می‌باشد و همچنین ثبت ازدواج به عهده او است و قانون هم مرجعی برای این امر معین ننموده است. از دیگر دلایل استنادی طرفداران این نظر مجری قانون بودن سردفتر بود و در نتیجه تشخیص موجه یا موجه نبودن علت مخالفت با سردتر ازدواج باید باشد و در صورت تردید در تشخیص نیز باید طبق ماده ۱۸ آئین‌نامه قانون ثبت اسناد و املاک ۵۷/۱۰/۱۸ مراتب را باید از اداره امور اسناد بپرسد. و از دیدگاه اینان چنین ترتیبی با موازین فقهی سازگارتر و همچنین برای طرفین ازدواج نیز مناسبتر می‌باشد.<sup>(۱)</sup>

در مقابل پاره‌ای دیگر از حقوقدانان قائل به صلاحیت محکمه در رسیدگی به چنین امری بودند چرا که در این مورد ولی مدعی و مولی علیه مدعی علیه خواهد بود و ناچار احتیاج به قضاوت دارد و از طرفی سردفتر حق قضاوت در این خصوص ندارد و لذا تا زمانی که محکمه در این خصوص فصل خصومت ننموده سردفتر نمی‌تواند از پیش خود تصمیم بگیرد. مستند اینان ماده ۱ قانون آئین دادرسی مدنی می‌باشد که

۱- امامی - سید حسن - همان منبع ج ۴، ص ۲۸۶ - جعفری لنگرودی - محمد جعفر - همان ص ۲۷ مهرپور حسین: همان - ص ۱۲۴: ایشان در این زمینه مقرر می‌دارند: «... با همه انتقادی که از این ماده می‌شد که سردفتر مقام قضایی نیست تا بتواند مشخص موجه یا ناموجه بودن ممانعت پدر باشد و چرا تشخیص به عهده دادگاه گذاشته شد به نظر می‌رسد این ترتیب با موازین فقهی او حق و برای طرفین ازدواج نیز انطباق بود و مشکلی را هم ایجاد نمی‌کرد.

دادگاه باید نسبت به موجه بودن یا نبودن علت اختلاف رأی بدهد<sup>(۱)</sup> و چنین دعوایی را نیز مانند سایر دعاوی غیر مالی می‌دانستند و قابل شکایت به مراجع بالاتر می‌دانستند و سردفتر را صرفاً واسطه ابلاغ و در نهایت مأمور ثبت واقعه ازدواج می‌دانستند.<sup>(۲)</sup>

در هر حال به این اختلاف در سال ۱۳۶۱ با اصلاح ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی پایان داده شد و ماده مارالذکر تشخیص چنین امری را در صلاحیت دادگاه مدنی خاص گذارد که این امر با توجه به ماهیت قضیه با اصول حقوق سازگارتر می‌باشد.

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی اصلاحی در این خصوص مقرر می‌دارد: «... در این صورت دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید.

## ۲-۲ - چگونگی اجرای قضایی اذن در صورت ممانعت ولی:

ذیل ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «... و هر گاه پدر و 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 دعوی که بین آنها قرار داده شده است پس

۱- ماده ۱ ق. آ. د.م. در این خصوص مقرر می‌دارد: «رسیدگی به کلیه دعاوی مدنی راجع به دادگاههای دادگستری است مگر در مواردی که قانون مرجع دیگری معین کرده است.»

۲- مرحوم حائری (شاهباغ) سید علی شرح قانون مدنی ج ۷ ص ۶۸ - کانتوزیان - ناصر - همان ص ۸۴ محقق داماد - سید مصطفی - همان - ص ۵۵ - صفایی-امامی - سید حسین - اسدالله و حقوق خانواده ۱۹ - ص ۹۶ و ۹۷.

از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید.» همچنانکه از مادهٔ بالا برمی آید، صرف اجتناب پدر از دادن اذن بدون علت موجه اعتبار اذن او را ساقط می‌کند و لازم نیست برای بی اعتبار ساختن اذن ولی دختر به مرجع قضایی مراجعه و اثبات منع ولی را با وجود کفو نماید. در حالی که تا قبل از اصلاحیه سال ۱۳۷۰ وضعیت بدینگونه نبود و بلکه این امر موکول می‌شد به رسیدگی و بررسی دادگاه مدنی خص که پس از ناموجه تشخیص دادن علت منع اذن به نکاح را صادر نماید و ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌داشت: «... هر گاه پدر و یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او شوهر کند و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده است به دادگاه مدنی خاص مراجع و به توسط دادگاه مزبور مراتب به پدر یا جد پدر اطلاع داده می‌شود و بعد پانزده روز از تاریخ اطلاع و عدم پاسخ موجه از طرف ولی، دادگاه مزبور می‌تواند اجازهٔ نکاح را صادر نماید...» رجوع به دادگاه و اثبات ناموجه بودن دلیل منع برخلاف نظر فقیهان امامیه بوده چرا که همچنانکه گفته شد از نظر فقهای شیعه صرف اجتناب ولی از دادن اذن بدون علت موجه اعتبار اذن او را ساقط می‌کند و نظر مذکور بیشتر با نظر علمای عهامه موافق می‌باشد که رجوع به حاکم شرع و اثبات منع ولی قهری را با وجود کفو از طرف، دختر را لازم دانسته‌اند.<sup>(۱)</sup> و روی این اصل شورای نگهبان لزوم مراجعه دختر به

۱- ماده ۱۲ قانون خانواده الجزایر که متخذ از نظر علما عامه می‌باشد در این ادامه



دادگاه را اجازه برای نکاح در صورت ممانعت ولی را خلاف شرع دانست و در 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 شرعی مغایر است...»<sup>(۱)</sup> و لذا ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی به شرحی که گفته شد اصلاح شد.

بنابراین با توجه به موارد فوق‌الذکر دختر باکره می‌تواند در صورت عضل ولی بدون مراجعه به حاکم شرع ازدواج کند و صحت این نکاح منوط باخذ از حاکم نمی‌باشد بلکه برای نکاح گرفتن اجازه از دادگاه الزامی است و ذیل ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی صراحتاً این امر را بیان می‌کنند: «... پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید.»

ایراد به حقی که از جانب برخی از حقوقدانان به ماده اصلاحی ۱۰۴۳ وارده شده است عبارت است از اینکه ماده مارالذکر مدتی برای پاسخگویی ولی تعیین نکرده و حتی به لزوم اطلاع دادن به ولی و وصول یا عدم وصول پاسخ او اشارتی ننموده است و چه بسا ممکن است ولی قهری دلایل موجهی برای مخالفت خود داشته باشد بنابراین شایسته

زمینه مقرر می‌دارد: «لایجوز للولی ان یمنع من فی ولایته من الزواج اذا رغبت فیه و کان اصلح لها و اذا وقع المنع فللقاضی ان یأذن به...»  
 و همچنین ماده ۲ قانون احوال شخصیه سوریه مقرر می‌دارد: «الكبيرة التي انتمت السابعة عشرة اذا ارادت الزواج يطلب القاضي من وليها بيان و رايه خلال مدة يحددها له فاذا لم يعترض او كان اعتراضه غير جديد بالاعتبار يأذن القاضي بزواجها به شرط الكفاية» (به نقل - مهرپور - حسین - همان ص ۱۲۴ و ۱۲۵).  
 ۱- به نقل از مهرپور - حسین - دیدگاههای جدید در مسائل حقوقی - ص ۲۲۰.

است که ضمن اطلاع دادن به ولی مهلتی برای پاسخگویی او مقرر شود تا از تأخیر در رسیدگی و تضييع حقوق دختر جلوگیری به عمل آید. (۱)

ولی رویه عملی در دادگاهها در حال حاضر به این صورت است که دختر باکره بالغه‌ای که می‌خواهد با کفو خود ازدواج نماید و قادر به ارائه رضایت پدر یا جد پدری خود به عاقد یا سردفتر نمی‌باشد می‌تواند با مراجعه به مجتمع قضایی مربوطه ضمن استفاده از نظرات مشورتی واحد ارشاد مستقر در آنجا اوراق اظهارنامه و دادخواست را خریداری نماید. در نخستین مرحله دختر باید رسماً پدر را مخاطب قرار دهد و در اظهارنامه و در ستون مربوطه مرد مورد نظر خود را معرفی کند. در صورتی که جد پدری او نیز در قید حیات باشد باید به همان ترتیب اظهارنامه‌ای تنظیم و به نشانی جد پدری ارسال دارد. در اظهارنامه باید مشخصات مرد مورد نظر خود را از نظر سن - سواد - شغل و شئون خانوادگی و سابقه و درآمد ماهیانه و شرایطی که راجع به آن توافق شده درج شود و چنانچه پدر و جد پدری بعد از ابلاغ اظهارنامه همچنان از اعلام رضایت خودداری کنند دختر می‌تواند با ذکر این مطالب روی اوراق چاپی دادخواست در مجتمع قضایی مربوط به ثبت برساند. اگر دادگاه پس از رسیدگی به خواسته دختر تقاضای او را موجه تشخیص دهد به قائم مقامی از طرف پدر و یا جد پدری اجازه لازم را صادر می‌کند و در اختیار او قرار می‌دهد تا بدون رضایت و اذن ولی قهری به نکاح مرد مورد نظر خود درآید. (۲)

- ۱- صفایی - امامی - سید حسین - اسدا... - همان ص ۳۴۲.
- ۲- دادخواست اجازه ازدواج دختر به لحاظ مضایقه اجازه پدر یا جد پدری:

مسئله دیگری که در اینجا قابل بررسی است، اثبات علت مخالفت و موجه بودن آن است به عبارت دیگر چنانچه دختر بدون موافقت پدر یا جد پدری و بدون رعایت تشریفات مقرر در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی ازدواج نماید و پدر دادخواست ابطال ازدواج تقدیم نماید آیا بار اثبات علت مخالفت و موجه بودن آن بر عهده ولی است یا زوجین باید ثابت کنند که همسر آینده ایشان هم شأن و کفو بوده و ممانعت ولی بدون عذر موجه است؟

دو نظر در این زمینه ارائه گردیده است. بعضی اثبات این امر را بر عهده زوجین می‌گذارند چرا که ولایت ولی را بر نکاح دختر ثابت می‌دانند و اصل را بقاء ولایت ولی نسبت به نکاح دختر می‌دانند و لذا ولی نیازی به اقامه دلیل ندارد و صرفاً کافی است که ثابت کند نکاح بدون اطلاع و موافقت او انجام شده.<sup>(۱)</sup>

در مقابل بعضی ولایت ولی را بعد از بلوغ و رشد دختر ساقط شده می‌دانند و در این مورد دیگر نمی‌توان بقاء آن را استصحاب نمود. و لذا

خواهان: (دوشیزه... با ذکر مشخصات)

خوانده: (پدر یا جد پدری... با ذکر مشخصات)

بهای خواسته: صدور اجازه ثبت ازدواج به لحاظ مضایقه پدر یا جد پدری از اجازه دلائل: ۱ - فتوکپی شناسنامه دختر ۲ - اظهار نامه ابلاغ شده ۳ - فتوکپی شناسنامه همسر آینده شرح دادخواست.

ریاست محترم دادگاه:

نظر به اینکه آقای خوانده با وجود ابلاغ اظهار نامه ارسالی اینجانب مبنی بر معرفی، کامل مردی که می‌خواهم با او ازدواج دائم با صداق و شرایط معرفی در آن اظهار نامه نمایم.

بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه می‌کنند لذا اجازه او ساقط شده است و تقاضای صدور حکم نسبت به خواسته خود را دارم. (از کتاب حجتی اشرفی - غلامرضا - مجموعه قوانین و مقررات راجع به خانواده - ص ۳۶۳).

۱- صفایی امامی - سید حسین - اسداله، همان ص ۹۸ - محقق داماد - سیدمصطفی - همان ص ۵۶.

ولی ملزم است موجه بودن علت مخالفت خود را ثابت کند.<sup>(۱)</sup>  
 به نظر می‌رسد با توجه به لحن ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی که دختر  
 بالغ باکره را تحت ولایت ولی قرار می‌دهد و اذن ولی را در مشروعیت  
 نکاح لازم می‌داند و اجازه ولی را در صورت غیر موجه بودن ممانعت  
 ساقط می‌داند و دختر را ملزم به کسب اجازه از دادگاه نموده است لذا  
 نظر اول مقبولتر می‌باشد و ولی صرفاً کافی است که ثابت کند که ازدواج  
 بدون موافقت او صورت گرفته است.

### ج - امکان استیذان از پدر و یا جد پدری:

کلیه فقهای که قائل به لزوم ولایت ولی در نکاح دختر بالغ باکره  
 می‌باشند اضافه می‌کنند که در مواقعی که به ولی دسترسی نباشد و  
 امکان استیذان از وی نباشد و دختر نیز احتیاج بازدواج داشته باشد اذن  
 او ساقط و دختر مستقلاً می‌تواند مبادرت بانعقاد عقد نکاح نماید.<sup>(۲)(۳)</sup>  
 (تنها مخالف ابن جنید است که در صورت فقدان پدر و جد پدری مادر را  
 ولی دختر می‌داند).

۱- مهرپور حسین - همان - ص ۱۳۷  
 ۲- شیخ طوسی. خلاف، ج ۲، کتاب نکاح - ص ۲۱۱ - بحرانی - شیخ یوسف -  
 همان ص ۲۳۲ - نجفی - شیخ محمد حسن همان ص ۱۷۵ - صاحب جواهر در این  
 زمینه می‌فرمایند: «اما اذالم یكونا اوکانا غائبین غیبیة منقطعۃ اوناقصین بجنون  
 اوراق اوکفر مع اسلامها فلا ولایتہ لاحد علیهما اجماعاً محکیاً ان لم یکن محصلاً»  
 طباطبایی - سید محسن - همان منبع ج ۱۲ - ص ۳۷۷، امام خمینی (ره) همان  
 ص ۳۹۳.

۳- آیه الة استاد محمدنقی جعفری در این زمینه نظری دارند که به نظر می‌رسد بر  
 خلاف نظر مشهور فقهای امامیه می‌باشد. ایشان در کتاب گرانقدر «تحقیق در  
 نظام حقوق جهانی بشر از دیدگاه اسلام و غرب و تطبیق آن با یکدیگر»  
 می‌فرمایند: «... البته در همه مواردی که اجازه ازدواج شرعاً است اجازه دهنده  
 باید دارای صلاحیت باشد و در صورت نبودن کسانی که شرعاً می‌توانند اجازه  
 ازدواج را به دختر بدهند - دولت یا جامعه مکلف به این اجازه است (ص ۳۱۳).

و این امر را ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی باینصورت بیان می‌کند: «در صورتی که پدر یا جد پدری در محل حاضر نباشند و استیذان از آنها نیز عادتاً غیر ممکن بوده و دختر نیز احتیاج به ازدواج داشته باشد وی می‌تواند اقدام به ازدواج نماید...»<sup>(۱)</sup>

ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی تا قبل از اصلاحیه سال ۱۳۷۰ باینصورت تقریر شده بود که: «در مورد ماده قبل (ماده ۱۰۴۳) اجازه را باید شخص پدر یا جد پدری بدهد و اگر پدر یا جد پدری دختر بعلتی تحت قیمومت باشد اجازه قیم او لازم نخواهد بود.»

لذا در آن زمان این شبهه پیش می‌آمد که در صورت عدم امکان استیذان از ولی وضعیت نکاح دختر چگونه می‌باشد. هر چند در همان زمان نیز حقوق‌دانان معتقد بودند با توجه به نظر مشهور فقهاء در این گونه موارد نیز اعتبار اذن ولی ساقط است و استفاده از وحدت ملاک ماده ۱۱۸۷ قانون مدنی<sup>(۲)</sup> و لزوم تعیین امین و اجازه او را صحیح نمی‌دانستند و بنابراین دختر را در نکاح خود در موارد فوق الذکر دارای استقلال تام می‌دانستند همانند موردی که ولی ندارد<sup>(۳)</sup>

در حال با اصلاحیه ماده ۱۰۴۴ در سال ۱۳۷۰ این شبهه برطرف شد اما اشکالی که به این اصلاحیه وارد است این است که قانونگذار موارد فوق‌الذکر را که موجب اسقاط اذن ولی می‌گردد را جانشین مورد

۱- اصلاحی مصوب ۷۰/۸/۱۴ مجلس شورای اسلامی.

۲- ماده ۱۱۸۷ قانون مدنی 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 اداره اموال مولی‌علیه و سایر امور راجعه به او موقتاً تعیین خواهد کرد.»

۳- امامی - سیدحسن - همان - ص ۲۸

جدولی نموده و ممکن است این شبهه پیش بیاید که در موارد حجر ولی دختر نمی‌تواند استقلال اقدام به از رواج نماید و بهتر بود قانونگذار موارد فوق لاذکر را ضمیمه ماده ۱۰۴۴ سابق می‌نمود تا از بروز چنین شبهاتی جلوگیری شود. ولی همچنانکه بعضی از حقوقدانان معتقدند به نظر می‌رسد که بداهت امر با توجه به مبنای فقهی قاعده مذکور سبب گردیده که متن قاعده مندرج در ماده ۱۰۴۴ سابق را قانونگذار لازم ندانسته و اقدام به حذف آن نموده (۱)(۲)

بعضی حقوقدانان ماده ۱۰۴۴ اصلاحی را با استقلال حقوقی دختر بالغ باکره و قائل شدن شخصیت بیشتری برای او سازگارتر می‌دانند و مبنای ماده مازالذکر را قاعده لاضرر قاعده عسرو حرج می‌دانند چرا که زمانی که دختر احتیاج بازدواج داشته باشد و پدر یا جد پدری در محل حضور نداشته باشند امکان دسترسی دختر به آنان برای اخذ اذن ممکن نیست این باعث مشقت شدید برای او می‌گردد. (۳)

ماده ۱۰۴۴ نیز همانند ماده ۱۰۴۳ (قبل از اصلاحیه سال ۱۳۷۰) در ابتدا احراز عدم دسترسی به ولی و عدم امکان استیذان از او را توسط دختر برای بی‌اعتبار ساختن اذن ولی و صدور اجازه توسط دادگاه برای اقدام به نکاح توسط دختر را لازم می‌دانست در حالی که همچنانکه گفته

۱- صفایی و امامی - سید حسین - اسداله - همان ص ۳۴۴

۲- «... در حقوق کنونی می‌توان گفت چون مطابق اصل چهارم قانون اساسی فرض بر این است که قانونگذار از موازین اسلامی پیروی می‌کند، در این مورد نیز باید سکوت او را نشانه امضای حکم فقهی شمرد بویژه که از لحاظ تاریخی نیز می‌دانیم که کتابهای مشهور فقه امامیه بزرگترین منبع الهام بخش نویسندگان بوده است» کاتوزیان - ناصر - عقود معین ج ۱ ص ۱۷۴ - ۱۷۵

۳- صفایی و امامی - سید حسین - اسداله - همان - ص ۳۴۳

شد رجوع به دادگاه و احراز موارد فوق الذکر بر خلاف نظر فقهای امامیه بود چرا که از نظر فقهای امامیه در صورت عدم امکان استیذان از ولی و احتیاج دختر به نکاح اذن او ساقط خواهد شد و نیازی به احراز موارد مذکور در دادگاه نمی‌باشد.<sup>(۱)</sup>

ماده ۱۰۴۴ بدین صورت مقرر شده بود: «در صورتی که پدر یا جد پدری در محل حاضر نباشند و استیذان از آنها نیز عادتاً غیر ممکن بوده و دختر نیز احتیاج به ازدواج داشته باشد وی می‌تواند تقاضای خود را همراه با اطلاعات مذکور در ماده ۱۰۴۳ به دادگاه مدنی خاص بدهد و دادگاه پس از احراز امر اجازه نکاح صادر می‌نماید.»

شورای نگهبان با توجه به دلایل فوق الذکر به حق این امر را مغایر با موازین شرعی دانست و در نامه خود خطاب به مجلس مقرر داشت: «... و در ماده (۱۰۴۴) نیز الزام مراجعه دختر به دادگاه و استیذان از آن در صورت حاضر نبودن ولی در محل و عدم امکان استیذان مغایر با موازین شرعی است البته می‌توان برای ثبت نکاح، گرفتن اجازه از دادگاه را الزامی کرد...»<sup>(۲)</sup> و لذا ماده ۱۰۴۴ به شکل کنونی اصلاح گردید و در تبصره آن مقرر شد:

«ثبت این ازدواج در دفترخانه منوط به احراز موارد فوق در دادگاه مدنی خاص می‌باشد.» و لذا احراز امور مذکور در دادگاه مدنی خاص و اخذ اجازه از دادگاه برای ثبت نکاح در دفترخانه الزامی می‌باشد و در غیر

۱- شیخ طوسی - همان . بحرانی - شیخ یوسف - همان - نجفی - شیخ محمدحسن - همان.

۲- به نقل از مهرپور- حسین - دیدگاههای جدید در مسائل حقوقی - ص ۲۲۱.

این صورت یک تخلف انتظامی برای سردفتر محسوب می‌شود و به صحت نکاح خللی وارد نمی‌گردد (چرا که صرف عدم امکان استیذان از ولی موجب اسقاط اذن وی می‌گردد) هر چند به نظر بعضی از حقوق‌دانان «حق این بود که با توجه به تراکم پرونده‌ها در دادگستری در برهه کنونی و کاستن از بار پرونده‌های مطرود قانونگذار او از امور فوق‌الذکر را بر عهده سردفتر می‌گذاشت و در چنین صورتی هم مصلحت منظور عملی می‌شد و هم مشکل خانواده‌ها کمتر بود.»<sup>(۱)</sup>

در هر حال دختر بالغ باکره‌ای که می‌خواهد با مرد مورد نظر خود ازدواج کند اما امکان استیذان از پدر و یا جد پدری برای او وجود ندارد می‌تواند با تکمیل فرم دادخواست<sup>(۲)</sup> علیه پدر و جدپدری طرح دعوا کند و اجازه لازم را از دادگاه برای ثبت نکاح در دفترخانه ازدواج کسب کند.

#### د - ضمانت اجرای نکاح دختر بدون اذن ولی:

بعد از دانستن شرایط اعتبار اذن ولی و اینکه اذن ولی تحت چه شرایطی نافذ و مؤثر می‌باشد نوبت به طرح این مسأله می‌رسد چنانچه

۱- مهرپور - حسین - همان.

۲- نمونه فرم دادخواست: چنین است:

دادخواست: اجازه ازدواج دختر به لحاظ غیر ممکن بودن امکان استیذان از پدر یا جد پدری خواهان: (دوشیزه ... با ذکر مشخصات)

خوانده: «پدر یا جد پدری ... با ذکر مشخصات»

بهای خواسته: صدور اجازه ثبت ازدواج به لحاظ غیر ممکن بودن استیذان از خوانده دلایل فتوکپی شناسنامه خواهان.

شرح دادخواست:

ریاست محترم دادگاه

چون پدر اینجانب متأسفانه چندین سال است به خارج از کشور مهاجرت نموده و ظاهراً پناهنده شده و به لحاظ عدم امکان مسافرت او به ایران و همچنین عدم امکان صدور اجازه کتبی که بتوان موافق با مقررات به تصدیق امضای کنسولگری سفارت جمهوری اسلامی ایران در محل اقامت وی رسانید. استیذان از پدر غیر ممکن است و از طرفی به لحاظ جلوگیری از احتمال هر گونه فساد اخلاقی احتیاج بازدواج دارم. علی‌هذا تقاضای صدور حکم نسبت به خواسته بالا را می‌کنم. (حجتی اشرفی - غلامرضا - همان - ص ۳۶۳).



دختر بالغه باکره مستقلاً و بدون کسب اذن از پدر و یا جد پدری و بدون اینکه علت ناموجه بودن مخالفت آنها در محکمه اواز شده باشد اقدام به نکاح نماید وضعیت نکاح مزبور چگونه است.<sup>(۱)</sup> در این مورد دو نظریه در فقه ابراز گشته است که در اینجا به بیان نظرات ارائه شده در این زمینه می‌پردازیم (البته چنانچه پدر و یا جد پدری نکاح یاد شده را تنفیذ نمایند در صحت این نکاح تردیدی نیست):

#### ۱- نظریه صحت عقد واقع شده:

اکثر علمایی که قائل به لزوم ولایت در نکاح دختر بالغ باکره می‌باشند در چنین فرضی (نکاح مستقل دختر بالغ‌کره) نکاح مزبور را صحیح می‌دانند<sup>(۲)</sup> و در استفتائیه‌هایی که از مراجع معاصر نیز به عمل آمده است اکثریت قائل به صحت عقد مزبور می‌باشند.<sup>(۳)</sup> و این نظر

۱- البته این بحث در غیر فرضی است که دختر در صورت عضل ولی یا در جایی که امکان استیذان از ولی نمی‌باشد بدون واجد به حاکم شرع ازدواج می‌کند و صحت این نکاح منوط به اخذ اجازه حاکم از ولی نمی‌باشد. بلکه برای ثبت نکاح گرفتن اجازه از دادگاه الزامی است (ذیل ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی) چرا که بر طبق نظر فقهای امامیه که قبلاً بیان شد اذن ولی صرف مخالفت غیر موجه وی و یا عدم امکان استیذان از وی ساقط می‌شود و دختر مستقلاً بدون مراجعه به محکمه می‌تواند اقدام به نکاح نماید (ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی).

مورد بحث همچنینکه توضیح داده شد در جایی است که دختر بدون اطلاع به پدر و یا جد پدری و در جریان گذاشتن اینان اقدام به نکاح نماید مثلاً چنانچه دختر خود را بدون ولی معرفی کند و دفتر ازدواج به نکاح او مبادرت نماید و سپس معلوم گردد که دختر دارای ولی قهری بوده است.

۲- شهید ثانی - همان منبع ج ۱ - ص ۳۵۸. علامه حلی - همان منبع - ج ۲ ص ۵۸۵ - نجفی - شیخ محمد حسن همان - ج ۲۹ - ص ۱۸۳ شیخ طوسی المسبوط فی فقه الامامیه ج ۴ ص ۱۶۳: «اذا تزوج من ذکر نابغیر ولی کان العقد صحیها و اذا اوطی: الزوج لم یکن علیه شیئی ادب و حد و لا خلاف فی سقوط الحد الاثناذا منهم قال ان کان یعتقد تحریمه و جب علیه الحد والمهر یلزمه بالدخول بلاخلاف و متی ترافعا لی حاکم لم یجزان یفرق منها». اصفهانی - سیدابوالحسن - همان منبع ج ۲، ص ۳۵۶.

۳- حضرت آیه اله وحیدی خراسانی در سؤالی که در این مورد از معظمه بعمل آمده

مورد پذیرش بعضی از حقوقدانان نیز قرار گرفته است.<sup>(۱)</sup> چرا که از نظر ایندسته از فقهاء و حقوقدانان اذن ولی شرط صحت نکاح نمی باشد بلکه شرط کمال عقد است که جنبه اخلاقی دارد تا احترام به پدر محفوظ بماند. استنباط بعضی از شعب دادگاهها نیز از ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی صحت عقد واقع شده از طرف دختر می باشد.<sup>(۲)</sup>

آمد معتقدند: «در فرض سؤال دختر بالغ بوده است و عقد صحیح واقع شده بلی مستحب است از ولی نیز اجازه بگیرند.» و همچنین حضرت آیه الوفاصل لنگرانی: «عقد مزبور صحیح است و اینها حکم زن و شوهر شرعی را دارند هر چند نتوانند اجازه پدر یا جد پدری را کسب کنند گرچه تحصیل آن اولی است» حضرت آیه اله بهجت در این مورد معتقدند: «احتیاط تکلیفی در استیذان از ولی است. و وصفاً عقد صحیح است هر چند تنفیذ قبلاً یا بعداً از طرف ولی نباشد.» حضرت آیه اله صانعی در این مورد معتقدند: «در ازدواج دائم دختر بالغه رشیده اگرچه اذن ولی شرط سعی باشد ولی باید مقررات قانونی ازدواج مانند ثبت در دفاتر ازدواج انجام گیرد...». حضرت آیه اله مکارم شیرازی احتیاط را در این مورد در صورت عروسی زوجین تنفیذ بعدی ولی می دانند.

۱- مهرپور - حسین - همان - ص ۱۳۴.

۲- شعبه اول دادگاه مدنی خاص تهران در تاریخ ۱۳۵۹/۳/۱۲ در پرونده کلاسه ۲۰/۵۸ درخواست، پدر مبنی بر اعلام بطلان عقد دخترش را که بدون اذن ولی انجام گرفته مردود شناخته و به صحت عقد مذکور در حکم داده است. در رأی دادگاه چنین آمده است: «بالاخره پس از بررسی محتویات پرونده و اظهارات خواهان که دخترش بدون رضایت وی ازدواج کرده و اغفال شده است باید توجه داشت که اولاً موجبات فسخ عقد نامه چند چیز است که مورد ادعا از مصادیق هیچ یک از آنها نیست و اینکه مراجع عالیقدر رضایت پدر را در ازدواج دختر دوشیزه شرط دانسته اند اولاً شرط صحت عقد نمی باشد بلکه شرط کمال عقد است که جنبه اخلاقی دارد که احترام پدر محفوظ بماند. ثانیاً هیچ یک از کسانی که حتی اجازه پدر را شرط صحت عقد دانسته اند ازدواج مجدد دختر دوشیزه ای را که بدون اجازه پدرش به عقد مرد مورد دلخواهش درآمده. پس از مراسم عروسی و زندگی با یکدیگر برای شخص ثالث جایز نمی دانند یعنی ازدواج اول را باطل اعلام نمی کنند (در این مورد نظر مخالف نیز در بین فقهاء همچنانکه بعداً خواهد آمد ابراز گشته است لذا این استدلال. دادگاه کمی مخدوش است) بنابراین ازدواج دو نفر جوان بالغ و رشید را نمی توان باطل دانست بلکه ازدواج آنان صحیح است. (به نقل از مجموعه قوانین سال ۱۳۶۳ - چاپ روزنامه رسمی ص ۳۵) نظر مشورتی کمیسیون قوانین مدنی اداره حقوق دادگستری نیز در رابطه با سؤال یکی از دادگاهها عدم - بطلان ازدواج دختر بدون اذن پدر بود هر چند تاکنون این نظر اعلام نشده است (به نقل از مهرپور - حسین - همان - ص ۱۳۴: دادرس دادگاههای حقوقی یک سمنان استفتائیه ای به شرح زیر از اداره حقوقی ادامه

بعضی از حقوقدانان در مقام انتقاد به این نظر فقها و حقوقدانان معتقدند که: «از نظر اخلاقی برای پدری که دخترش برخلاف میل او شوهر کرده است، درخواست ابطال آن دشوار است زیرا بطور معمول زبانی که از اعلام بطلان نکاح عاید دختر می‌شود بیش از زیان ناشی از ادامه آن است. پس ناچار است که کار دختر را تنفیذ کند و همین ضرورت اخلاقی و روانی سبب شده است که جمعی چنین پندارند که پدر از نظر حقوقی نیز نمی‌تواند درخواست ابطال نکاح را بکند.»<sup>(۱)</sup>

گروهی از فقهاء نیز در صورت ازدواج دختر بدون اذن پدر حکم به احتیاط کرده و قائل به جدایی دختر و پسر بوسیله طلاق می‌باشند.<sup>(۲)</sup>

به عمل آورد «... ۲۰ - طبق ماده ۱۰۴۳ اصلاحی قانون مدنی «نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف با اجازه پدر و یا جد پدری است...» حال اگر دختری بدون اذن پدر یا جد پدری با مردی ازدواج نموده و صاحب فرزندی گردد در این صورت اگر پدر و یا جد پدری این ازدواج را تنفیذ نماید این عقد از نظر حقوقی چه وضعی خواهد داشت؟»

کمیسیون قوانین مدنی پس از بحث فراوان و به حکایت پرونده کلاسه ۱۲۷/۷۱ اظهار نظر کرد: «اگر چه ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی نکاح دختر باکره را موقوف با اجازه پدر یا جد پدری نموده است لکن ماده مزبور مواد دیگر این قانون دلالت بر بطلان عقدی که بدون اجازه واقع شود و یا نامشروع بودن طفل حاصل از این ازدواج ندارد.»

کمیسیون آئین دادرسی مدنی نیز موافق همین نظر کمیسیون قوانین مدنی بود ولی پاسخی که سرانجام به عنوان نظر مشورتی اداره حقوقی طی شماره ۷/۲۷۹۸ مورخ ۱۳۷۱/۹/۸ به مرجع استعلام اعلام شد چنین بود: «... ۲ - صحت و بطلان عقد و همچنین مشروع و نامشروع بودن طفل حاصل از ازدواج به نحو مذکور در استعلام از جمله مواردی است که احتیاج به صدور فتوی از طرف مجتهد جامع‌الشرایط صاحب فتوی دارد و قاضی محکمه چنین مواردی طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو شعب دیوانعالی کشور باید با استناد به منابع فقهی و یا فتاوی معتبره حکم قضیه را صادر نماید.

۱- کاتوزیان - ناصر - همان - ص ۸۴ - صفاتی - امامی - سید حسین - اسداله - همان ص ۹۷.

۲- یزدی - سید محمد کاظم - همان منبع - ص ۷۲۸ - امام خمینی بنا به نقل از دادنامه مورخ ۵۹/۶/۱۲ شعبه اول دادگاه تجدید نظر مدنی خاص (به نقل از مهرپور - حسین - همان - ص ۱۳۱)

چنانکه در استفتائیه‌ای که از حضرت آیة‌اله مکارم شیرازی بعمل آمد معظم‌له مقرر داشتند: «چنانچه عروسی نکرده‌اند احتیاط آن است که با طلاق از هم جدا شوند ولی اگر عروسی کرده‌اند احتیاط آن است که ولی رضایت دهد». و همچنانکه از نظر معظم‌له برمی‌آید ایشان در صورت عدم عروسی احتیاط را جدائی از طریق طلاق می‌دانند ولی در صورت عروسی احتیاط را در تنفیذ عقد واقع شده از جنب ولی می‌دانند.<sup>(۱)</sup>

## ۲- نظریه بطلان عقد نکاح:

تعداد اندکی از فقهاء لزوم اجازه ولی را شرط صحت عقد نکاح می‌دانند و لذا در صورتی که پدر و یا جد پدری عقد نکاح واقع شده از جانب دختر را تنفیذ نکنند قائل به بطلان نکاح مزبور می‌باشند.<sup>(۲)</sup> و این نظر مورد قبول بسیاری از حقوق‌دانان نیز قرار گرفته است.<sup>(۳)</sup> چرا که از نظر اینان ظاهر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی که نکاح دختر بالغ باکره را متوقف به اجازه پدر یا جد پدری می‌داند مؤید این معنی است.<sup>(۴)</sup>

- ۱- حضرت آیة‌اله مکارم شیرازی - در استفتائیه ضمیمه رساله مذکور.
- ۲- ابوالصلاح حلبی معتقد است چنانکه دختر بالغ باکره بدون اذن ولی مبادرت به انعقاد عقد نکاح نماید عمل او برخلاف سنت بوده و صحت عقت مزبور متوقف و تنفیذ بعدی از جانب ولی می‌باشد: «لایجوز لها العقد علی نفسها بغیر اذنها فان عقدت خالفت السنة و كان العقد موقوفا علی امضائها» (الکافی فی الفقه ص ۲۹۳ به نقل از مهرپور - حسین - همان ص ۱۲۹، شیخ مفید، مقنعه ص ۷۸: «وان عقدت علی نفسها بعد البلوغ بغیر اذن ابیها خالفت السنة و بطل العقد الا یجیزه الاب»). (به نقل از مهرپور حسین - همان در استفتائیه‌هایی که از مراجع معاصر به عمل آمد و ضمیمه رساله می‌باشد تنها حضرت آیة‌اله تبریزی قائل به بطلان نکاح واقع شده از جانب دختر در چنین فرضی می‌باشند چنانکه معظم‌اله مقرر می‌فرمایند: «نکاح دختر باکره باید به اذن ولی او باشد و چنانچه نکاح او بدون اذن ولی انجام شود بنا به احتیاط عقد مزبور باطل است و آثار زوجیت مترتب نمی‌شود...».
- ۳- امامی - سید حسین - همان ص ۲۸۵ کاتوزیان - ناصر - همان ص ۸۴ - لنگرودی - محمد جعفر همان ص ۲۶ - صفایی، امامی - سید حسین - اسداله همان ص ۹۷.
- ۴- همان منابع

استنباط بعضی از شعب دادگاههای از ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی بطلان عقد نکاح واقع شده از جانب دفتر بدون اذن ولی می باشد. (۱)

در هر حال به نظر می رسد پذیرش نظریه مذکور (بطلان عقد نکاح) موافق با ظاهر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی است که نکاح دختر را متوقف با اجازه پدر و یا جد پدری می داند در غیر این صورت چنانکه اجازه پدر و یا جد پدری را در ازدواج دختر مؤثر ندانیم عملاً اذن ولی به یک ابزار بیهوده در دست او تبدیل می شود و این وضعیت راه گریزی می باشد برای فرار از قانون توسط دختر تا با مرد دلخواه خود ازدواج نماید. (۲)

۱- نمونه یکی از آراء دادگاههای در این زمینه به نقل از مجله حقوقی و اجتماع شماره ۲ مقاله ازدواج بدون اجازه ممنوع:

رای دادگاه: در خصوص دادخواست آقای محمدعلی ... بطرفیت آقای جاوید... دانه به ابطال عقد فی مابین دختر او مریم و جاوید و اینکه مدعی است آقای جاوید با کمک پدرش دختر وی را اغفال و به کرج برده و برخلاف فتوای آیت عظام خصوصاً حضرت امام خمینی و صراحت ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی که عقد دختر بستگی باذن پدر دارد و بدون اطلاع دادن به وی، دختر را به عقد خود درآورده است.

اولاً...

ثانیاً: بفرض که پدر بواسطه عذری اذن برای ازدواج ندهد پسر و دختر بایستی به دادگاه مراجعه و عمل دختر و پسر قبل از اخذ نظر دادگاه بوده که رعایت اصول شرعی و قانون در صحت ازدواج به عمل نیامده است و فتوای حضرت امام خمینی (ره) در مسأله ۲۳۷۷ در توضیح المسائل و ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی مؤید این امر می باشد... و از طرفی پدری که با هزاران خون دل دختری را بزرگ کرده مسلماً بایستی این حق را داشته باشد که در انتخاب داماد و سرنوشت دخترش دخالت نماید و بهتر از هر کسی در صلاح اندیشی صاحب نظر است... و به همین علت است که آیات عظام و حقوقدانان اذن پدر دختر را لازم دانسته اند. بنابراین جاوید و مریم به یکدیگر محرم نبوده و زن و شوهر نمی باشند و عقدشان خلاف موازین شرع و عرف وقوع یافته و بنابراین حکم به بطلان آن صادر می گردد و رای صادره قطعی و لازم الاجرا است.»

۲- در اینجا درصدد طرفداری از نظریه لزوم اذن ولی در نکاح دختر بالغ باکره و تأیید ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی نمی باشیم. همچنانکه در گفتار بعدی از نظریه مذکور (لزم اذن ولی در نکاح دختر بالغ باکره) انتقاد خواهیم نمود اما در هر حال تا مادامی که ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی تغییر نکند و نکاح دختر باکره را متوقف با اجازه پدر و یا جد پدری بداند پیروی از نظریه بطلان عقد نکاح واقع شده از جانب دختر بصورت مستقل امری اجتناب ناپذیر می باشد.

در این زمینه فقهای عامه قائل به بطلان چنین نکاحی می‌باشند که از جانب دختر بالغ باکره بدون اذن ولی صورت گرفته است.<sup>(۱)</sup>

### گفتار دوم: بحث انتقادی

#### الف - پایین بودن سن ازدواج:

ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی درباره سن ازدواج صحبت می‌کند.<sup>(۲)</sup> و مقرر می‌دارد: «نکاح قبل از بلوغ ممنوع است» و در حقیقت قانون مدنی ما سن بلوغ شرعی را به عنوان سن ازدواج تعیین کرده است. (چرا که نحوه بیان ماده مذکور دال بر صحت نکاح بعد از بلوغ می‌باشد) و سن بلوغ نیز بر طبق تبصره ۲ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی برای دختر ۹ سال تمام قمری و برای پسر ۱۵ سال تمام قمری است.<sup>(۳)</sup> در حقیقت بر طبق قانون مدنی ما دختری که ۹ سال تمام قمری (هشت سال و هشت ماه شمسی) و پسری که ۱۵ سال تمام قمری (۱۴ سال و هشت ماه شمسی) دارد قابلیت صحتی برای امر نکاح را دارد.

پرواضح است با توجه به شرایط زمانی و فرهنگ (محیط طبیعی) جامعه ما طبیعی است که پسرها و علی‌الخصوص دختران در این سنین مفهوم زندگی مشترک را درک نمی‌کنند و قدرت اداره خانواده را ندارند. شاید امروزه با توجه به اینکه اساساً یکی از مشکلات بسیاری از جوانان

۱- شافعی - الام - ج ۴ ص ۱۳ - احمد بن الصاوی المالکی - همان منبع - ج ۱ - ص ۳۸۱ - الدرریر احمد بن محمد بن احمد - همان منبع - ج ۲ ص ۳۵۲ - شیخ الاسلامی - سید اسعد - همان. ۲- اصلاحی ۱۳۷۰/۸/۱۴  
۳- اصلاحی ۱۳۶۱/۱۰/۸

بالا رفتن سن ازدواج می باشد مسأله پایین بودن سن ازدواج چندان جدی به نظر نرسد. اما چه بسیارند علی الخصوص دخترانی که فدای رسوم و عادات قدیمی شده و بدون توجه به عامل تربیت به محیط و معاشرت که مؤثر در رشد او هستند در سنینی که باید به مدرسه بروند و درس بخوانند و به قول معروف با اسباب، بازیهایشان بازی کنند به سبب جهالت و نادانی خانواده شان بر سر سفره عقد نشسته اند. «متأسفانه هر چند گاه یکبار در رسانه های جمعی خبر حادثه ای که بیانگر بی توجهی در قابلیت صحتی برای ازدواج است انتشار می یابد. البته همیشه این خبرها به رسانه های گروهی نمی رسد و متعارفات برای حفظ حرمت و حیثیت خانواده ها و جلوگیری از هر سوء استفاده ای در همان چهار دیواری خانه ها و یا نقاط دورافتاده محروم باقی می ماند.»<sup>(۱)</sup>

مسئله اثر روانی و جسمی زیانبار حاصل از این ازدواجهای ناآگاهانه متوجه زن و فرزندان خانواده خواهد شد و در سالهای بعد این زن بر اثر آگاهیها و تجارب بدست آمده در می یابد که چه بر سرش آمده است. در هر حال در مورد عواقب ازدواجهای زودرس حدیث بسیار است و چه بسا در پی این ازدواجها در چنین سنین پایینی مرگ و میر نوزادان که ناشی از ناپختگی مادران بسیار جوان در امر مراقبت از خود و فرزند خویش است، افزایش می یابد و همچنین احتمال محروم شدن زنان از تحصیل و کسب موقعیتهای اجتماعی و تهدید سلامت و بهداشت جامعه نیز از عواقب آن می باشد و اهمیت این امر تا بدانجا می باشد که رهبر

۱- به نقل از مجله زن روز - ۸ مهر ۱۳۶۰ - شماره ۱۳۳۵ ص ۱۴ و ۱۱۵. مقاله سن بلوغ سن ازدواج

معظم انقلاب حضرت آیه‌اله‌خامنه‌ای نیز در اجتماع عظیم زنان در سفرشان به استان هرمزگان به این مهم (پایین بودن سن ازدواج برای دختران) اشاره فرموده‌اند و معظم‌له فرمودند: «... قوانین مربوط به زنان باید اصلاح شود و از ازدواج زنان در سنین پایین جلوگیری شود...» (۱)(۲)

در هر حال ما نیز در این قسمت ابتدا به بیان آراء و اقوال فقها در این مسئله می‌پردازیم چرا که مبنا تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ اصلاحی و ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی فقه شیعه بوده و سپس با بررسی قوانین موضوعه در مورد این مسئله ضرورت احیاء ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی قبل از اصلاح را مطرح می‌سازیم تا راه حلی باشد برای بالا بردن سن ازدواج (علی‌الخصوص برای دختران): (۳)

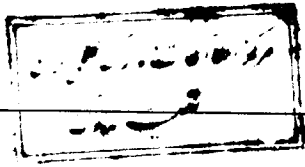
۱- به نقل از روزنامه رسالت ۱۳۷۶/۸/۱

۲- بیانات دلسوزانه مقام معظم رهبری پیرامون جلوگیری از تحمیل ازدواج زودهنگام به دختران در استان هرمزگان و از آنجا که این معضل در برخی دیگر از مناطق جنوبی و جنوب شرقی کشور نظیر خوزستان - سیستان و بلوچستان و بوشهر و تعدادی از روستاهای سایر نقاط کشور به چشم می‌خورد بازتاب گسترده‌ای در بین طبقات مختلف جامعه داشت و باعث ابراز نظریات متعددی در پی بیانات مقام معظم رهبری و ضرورت بازنگری قوانین و اعمال تغییر در آنها در جهت رفع این مشکل اجتماعی گردید و در همین راستا کمیسیون زنان و خانواده و جوانان مجلس نیز در صدد تهیه طرحی می‌باشند تا از اینگونه ازدواجها جلوگیری به عمل بیاید و به گفته یکی از اعضاء این کمیسیون این طرح به رأی گذاشته می‌شود و پس از تصویب در این کمیسیون در جلسه علنی مجلس مطرح خواهد شد و پیش‌بینی کرد که این طرح صدرصد در کمیسیون مورد تصویب قرار گیرد (هر چند تاکنون چنین قانونی به تصویب نرسیده است) (به نقل از روزنامه صبح خانواده شماره چهارم سال اول صفحه اول سه‌شنبه ۱۲ اسفند ۷۶ در مصاحبه با خانم مرضیه صدیقی نماینده مردم مشهد در مجلس شورای اسلامی).

۳- ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی قبل از اصلاح: «نکاح اناث قبل از رسیدن به سن پانزده سال تمام و نکاح ذکور قبل از رسیدن به سن هیجده سال تمام ممنوع است. مع‌ذلک در مواردی که مصالحی اقتضا کند با پیشنهاد مدعی‌العموم و تصویب

ادامه





### ۱- بررسی فقهی: (۱)

فقهای امامیه آن گاه که به مناسبت نظر خویش را درباره بلوغ بیان داشته‌اند بیشتر به ذکر نشانه‌های آن و بعضی اموری که ظهور آنها تحقق بلوغ را آشکار می‌کند پرداخته‌اند و در مورد نشانه‌های بلوغ بین فقهای ما وحدت نظر وجود ندارد چه نشانه‌های طبیعی<sup>(۲)</sup> و چه نشانه شرعی و قانونی<sup>(۳)</sup> نشانه شرعی و قانونی بلوغ رسیدن به سن معینی است که می‌توان آن را اماره بلوغ دانست و در واقع شارع اسلام با رسیدن صغیر به سن معین و براساس غلبه فرض می‌کند که در آن سن قوای جسمی و طبیعی صغیر باندازه کافی تکامل یافته است و از این رو او را بالغ به شمار می‌آورد و احکام بالغ را به چنین شخصی بار می‌نماید. این نشانه از لحاظ سهولت اثبات به نشانه‌های طبیعی برتری دارد.<sup>(۴)</sup>

محکمه ممکن است استثنائاً معافیت از شرط سن اعطا شود. ولی در هر حال این معافیت نمی‌تواند به انائی داده شود که کمتر از سیزده سال تمام و به ذکوری شامل گردد که کمتر از پانزده سال تمام دارند.

۱- با آنکه مسأله بلوغ از مسائلی مقدماتی فقه و از شرایط عامه تکلیف محسوب می‌شود و از این نظر تمامی ابواب فقه به نوعی با آن درگیر می‌باشند ولی تاکنون بطور مستقل مورد بحث قرار نگرفته بابتی در مجموعه فقه بدان اختصاص نیافته بلکه معمولاً در ذیل مباحث «کتاب الصوم» و به مناسبت بحث از شرایط روزه‌داران یا در ذیل مباحث «کتاب الحجر» و به مناسبت بحث از عوامل برطرف کننده حجر اطفال از تصرفات مالی مورد بررسی قرار گرفته است.

۲- نشانه‌های طبیعی بلوغ در فقه امامیه عبارتند از روئیدن موهای خشن به پشت آلت تناسلی - احتلام - حیض - بارداری - کلفت شدن صدا و ...

۳- برای مزید اطلاع در این زمینه رجوع شود به محقق حلی، همان - کتاب الحجر ج ۲ ص ۸۴-۸۵. فخرالمحققین - همان منبع - ۳۹ - ص ۵۰ و ۵۱ نجفی - شیخ محمد حسن - همان - ج ۲۶ - ص ۳۸ - شهید ثانی - مسالک الافهام - ج ۱ - ص ۲۴۸. مجله حوزه بلوغ دختران و کاوشی در فقه علوم وابسته آن. کتاب اول ص ۲۸۸. مهریزی - مهدی - رساله‌های فقی بلوغ دختران (مجموعه مقالات).

۴- صفایی. قاسم زاده سید حسین. سید مرتضی. حفظ اشخاص و محجورین. ص ۱۷۹.

در سن بلوغ بین فقها اختلاف نظر شدیدی به چشم می‌خورد و بطور کلی مستند تمام این نظرات مجموعه روایاتی می‌باشند که در مقام بیان بلوغ و نشانه‌های آن می‌باشند و آنچه از بررسی و تتبع در این روایات مشخص می‌گردد در مورد سن بلوغ پسران روایات گوناگون متفاوتی وجود دارد که بین سالهای ۱۰-۱۳-۱۴-۱۵ سالگی معین شده و بر همین اساس آراء مختلفی نیز پیرامون تعیین حد بلوغ پسران عرضه شده است و در میان روایات مربوط به دختران نیز این اختلاف بین ۷-۹-۱۳ سالگی به چشم می‌خورد.<sup>(۱)</sup>

ولی آنچه از نظر اکثر فقیهان شیعه بدست می‌آید<sup>(۲)</sup> و قانون مدنی نیز از آن تبعیت نمود؟

قراردادن سن بلوغ ۹ سال برای دختران، ۱۵ سال در پسران می‌باشد.

آنچه که از بررسی و تتبع در کتب مختلف فقهی در این زمینه حاصل می‌شود<sup>(۳)</sup> این است که تعیین سن ۹ و ۱۵ سالگی برای بلوغ اماره

۱- برای مزید اطلاع در زمینه روایات مذکور مراجعه کنید به: وسائل‌الشیعه - ج ۱۳ - ج ۱۲ باب ۲۴ ص ۴۳۲ - شیخ صدوق. من لایحضره الفقیه ج ۲ - ص ۲۸۳ - شیخ طوسی - الاستبصار. ج ۱ - ص ۴۰ شیخ طوسی - تهذیب الاحکام - ج ۲ - ص ۳۸۱.

۲- محقق حلی - شرایع الاسلام. ج ۲ - ص ۱۰۰ - فخرالمحققین - همان. ص ۵۱ - شیخ طوسی - خلاف - ج ۳ - ص ۷۲ کتاب الحجر - مسأله ۲ - نجفی - شیخ محمد حسن - همان ج ۳۶ - ص ۱۶ و ۳۸ - امام خمینی (ره) تحریرالوسیله ج ۲ - ص ۱۳.

۳- در احادیث و روایات نیز ضابطه تشخیص بلوغ کودکان اعم از ذکور و اناث رسیدن به سن محتلم شدن ذکر گردیده است چنانکه حدیث «رفع القلم عن الصبی حتی یحتلم...» همچنین روایت منقول از «عمار ساباطی» که از امام جعفر صادق (ع) نقل می‌کند که در مورد این سؤال که چه وقت به پسر نماز واجب شود؟ حضرت فرمودند: وقتی که به سن ۱۳ سالگی برسد و اگر قبل از این تاریخ ادامه

تعبدی نمی‌باشد چرا که روایاتی که سن خاصی را برای بلوغ معین کرده‌اند متعدد و یکسان نیستند بلکه با سندهای قابل اطمینان و هر کدام سن خاصی را معین کرده‌اند و چنانچه سن بصورت شاخص تعبدی بوده می‌بایست روایات بطور یکسان یک سن واحد را معرفی می‌کردند و لذا این سن یک حکم تعبدی شرعی محسوب نمی‌شود تا قبول آن اجتناب ناپذیر باشد. (۱)

همچنین از بررسی آیات قرآنی مشخص می‌شود که در هیچ‌کدام از آیات مبارکه سن بعنوان ملاک بلوغ ذکر نگردیده و مواردی که قرآن کریم از بلوغ سخن گفته است مقصودش دقیقاً همان پدیده بلوغ جنسی است که در مسیر عمومی رشد همه انسانهای عادی اتفاق می‌افتد و آن را با اصطلاحات خاص خود معرفی کرده است (بلوغ حلم - بلوغ نکاح. بلوغ

محتلم شود نماز به وی واجب می‌شود و حکم خدا و قوانین الهی بر وی جاری می‌گردد و دختر نیز به سن ۱۳ سالگی برسد یا پیش از این تاریخ حیض می‌شود (به نقل از وسائل الشیعه ج ۱ - ۱۱۸ - ص ۱۳۲).

۱- حضرت آیه‌الله سیدحسن مرعشی در مقاله تحقیقی خود در مورد سن بلوغ می‌فرماید: «با بررسیهایی که در کلمات فقها به عمل آمده که چرا آنان با وجود روایات ۱۳ سال به روایات ۹ سال عمل کرده‌اند. با آنکه آنان توجه داشته‌اند، دختران در سن ۹ سالگی معمولاً حیض نمی‌شوند چیزی در کلمات قدمای اصحاب بدست نیامده و در کلمات متأخرین از آنان هم نتوانستیم چیزی بدست بیاوریم. تنها مطلبی را که توانستیم بدست بیاوریم مطلبی است که فقیه بزرگوار مرحوم حاج شیخ محمدحسین کاشف الغطاء در کتاب تحریرالمجله بیان نموده و ایشان بعد از بیان نظر مرحوم کاشف الغطاء که در مورد علامات بلوغ است می‌فرماید: از این کلام استفاده می‌شود که ایشان سن ۹ سالگی را در دختران آماده بلوغ و تعبداً قرار داده‌اند، در این کلام یک تناقض آشکار وجود دارد و آن این است که سن را ابتدا علامت قرار دادی دانسته است و بدنبال آن گفته است همه (سن و غیر سن، کاشف از رسیدن به در نضج (پختگی) و کمال است. مضافاً اینکه از بعضی روایات سابق بدست آمد که سن ۹ سالگی از این جهت اماره بلوغ است که دختران در این سن حیض می‌شوند. بنابراین تمام ملاک در بلوغ سن ۹ سال نیست وگرنه تعلیل مذکور زائد و لغو خواهد بود.» و به نقل از حضرت آیه‌الله مرعشی. مقاله تحقیقی درباره سن بلوغ - ص ۲۷ و ۲۸ - در کتاب دیدگاههای نو در حقوق کیفری اسلام.

اشد. (۱) و بر همین اساس از تعیین سن خاصی برای آن خودداری نموده‌است زیرا در تحقیق این پدیده شرایط فراوانی دخالت دارند که با توجه به آنها زمان بلوغ امری متغیر و بی‌ثبات است. (۲) براساس این ضابطه همواره این امکان وجود خواهد داشت که در تشخیص سن بلوغ و تأثیر بخشی خصوصیات فردی، شرایط جغرافیایی و سایر عوامل گوناگون محیط زندگی که می‌توانند در تسریع یا تأخیر سن بلوغ طبیعی مؤثر واقع شوند به دقت مورد توجه و آزمایش قرار گیرند تا بتوان بدین وسیله سن بلوغ را باز شناخت و اجرای احکام و قوانین و مقررات را نسبت به افراد مکلف و بالغ فراهم کرد.

همچنین تعیین سن ۹ سالگی برای دختران با آنچه که در خارج می‌بینیم مطابقت ندارد چرا که نتایجی که محققین علوم پزشکی با بررسی‌های مختلف بدست آورده‌اند حکایت از بلوغ دختران از سن

۱- و اذا بلغ الطفال منکم اللحم فلیستأ ذنوا... (سوره نور آیه ۵۹) «وقتی کودکان به حد حلم رسیدند باید از شما اذن بگیرند...» و ابتلو الیتای حتی اذا بلغوا النکاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا الیهم اموالهم» (سوره نساء آیه ۶) «بینمان را تا سر حد بلوغ نکاح آزمایش نمائید. پس اگر آنان را رشید یافتید اموال آنان را در اختیارشان قرار دهید.»

«و لا تقربوا مال الیتیم الالبالی هی احسن حتی یبلغ اشد» (سوره انعام، آیه ۱۵۲) «به مال یتیم نزدیک نشوید و مگر به طریقه‌ای بهتر تا آنکه به حد اشد برسند.»

۲- به نظر اکثر دانشمندان فلسفه - علت عدم تشریح سن بلوغ در احکام قرآن مجید و اینکه تشخیص آن به ظهور دگرگونی جسمی و روانی یعنی عمل زناشویی و تولد و تناسل موکول شده به این جهت است که اسلام آئینی است جهانی و احکام جاودانه قرآن برای ملت و یا منطقه خاصی وضع نشده بلکه این احکام بایستی در هر زمان و مکانی پاسخگوی نیازها و آرمانهای همه امت اسلامی باشد. لذا برای تحقق این منظور سیمای تعیین سن معینی برای بلوغ در آیات قرآنی تشخیص آن موکول به وجود نشانه‌ها و ابراز توانایی خاص از ناحیه او شده تا در هر زمان و نسبت به هر قوم و ملت و یا هر نوع خصوصیات فردی و محیطی و منطقه‌ای سازگار و برای نیل به مقصود قابل انطباق باشد.

دوازده سال به بعد دارد. (۱)(۲)

۲- ضرورت احیاء ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی قبل از اصلاح:

ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی قبل از اصلاح:

«نکاح اناث قبل از رسیدن به سن پانزده سال تمام. و نکاح ذکور قبل از رسیدن به سن هجده سال تمام ممنوع است. مع ذلک در مواردی که مصالحی اقتضاء کند با پیشنهاد مدعی العموم و تصویب محکمه ممکن است استثنائاً معافیت از شرط سن اعطا شود. ولی در هر حال این معافیت نمی‌تواند به انائی داده شود که کمتر از سیزده سال تمام و به نکوری شامل گردد که کمتر از پانزده سال تمام دارند.»

در واقع ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی قبل از اصلاح سن معینی را به عنوان سن ازدواج پیش‌بینی می‌کرد و سن ازدواج را تحت عنوان، قابلیت صحی برای ازدواج» مطرح می‌کرد و در حقیقت هدف قانونگذار در تنظیم جلد دوم قانون مدنی در سال ۱۳۱۳ این بود که سنی را که برای ازدواج در نظر می‌گیرند عنوانی غیر از سن بلوغ داشته باشد تا برخلاف نظر مشهور فقهاء نباشد و هم اینکه مصلحت فرد و جامعه حفظ شود چرا که سن مذکور از ازدواج در سنین پایین جلوگیری می‌کرد و طبق این قانون ازدواج دختران قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال، پسران قبل از رسیدن به

۱- مسلم است که مسئله بلوغ و تفصیل این مسئله خود احتیاج به یک تحقیق مستقلی دارد و در این گفتار کوتاه نمی‌توان آن را به طور کامل مورد بررسی قرار داد.

۲- برای مطالعه بیشتر در این زمینه رجوع شود به بلوغ دختران، کاوشی در فقه و علوم وابسته به آن مجله حوزه ص ۲۶۷ - حضرت آیه‌اله مرعشی - دیدگاههای نو در حقوق کیفری اسلام. مقاله تحقیقی درباره سن بلوغ ص ۲۷ و ۲۸.

سن ۱۸ سال ممنوع اعلام شده بود. البته این قانون این اجازه را نیز می‌داد در صورتی که واقعاً مصلحت اقتضاء می‌کرد و دختران در سن ۱۲ سال تمام و پسران در سن ۱۵ سال تمام با اجازه دادگاه بتوانند ازدواج نمایند و معمولاً دادگاه‌های در آن زمان سختگیری چندانی در دادن این اجازه نمی‌کردند.

ضمانت اجرای عدم رعایت سن مقرر شده نیز بطلان ازدواج نبود بلکه مجازات‌هایی برای افراد خاطی تعیین شده بود.<sup>(۱)</sup>

هر چند سن ازدواج تعیین شده در این قانون با واقعیت سن بلوغ و تکامل جنسی دختر و پسر مطابقت نداشت ولی بلحاظ اهمیتی که امر نکاح دارد و جدا از قابلیت جسمانی شخص از نظر رشد روحی و فکری نیز باید به مرحله‌ای برسد که تکالیف و وظایفی را که در اثر این نکاح بوجود می‌آید کاملاً درک کرده و همچنین بتوانند در امر انتخاب همسر آینده خود منطقی‌تر فکر کنند (در این زمینه در بحث نکاح صغیر و صغیره به تفصیل توضیح داده شده) به نظر می‌رسد تغییر ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی و تعیین سن بلوغ به عنوان سن ازدواج بجای سن تعیین شده

#### ۱- ماده ۳ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰/۵/۲۰ مقرر می‌داشت:

«هر کس برخلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی با کسی که هنوز به سن قانونی برای ازدواج نرسیده مزاجت کند به ۶ ماه الی ۲ سال حبس تأدیبی محکوم خواهد شد. در صورتی که دختر به سن ۱۳ سال تمام نرسیده باشد. لااقل به ۲ الی ۳ سال حبس تأدیبی محکوم می‌شود و در هر دو مورد ممکن است علاوه بر مجازات حبس به جزای نقدی از ۲۰۰۰ الی ۲۰۰۰۰ ریال محکوم گردد و اگر در اثر ازدواج برخلاف مقررات فوق واقعه منتهی به نقص یکی از اعضاء یا مرض دائم زن گردد مجازات زوج از ۵ الی ۱۰ سال حبس با اعمال شاقه است و اگر منتهی به فوت زن شود مجازات زوج حبس دائم با اعمال شاقه است. عاقد و خواستگار و سایر اشخاصی که شرکت در جرم داشته‌اند نیز بهمان مجازات یا مجازاتی که برای معاون جرم مقرر است محکوم می‌شوند...»

در قانون سابق اقدامی بود عجولانه که بدون دوراندیشی صورت گرفت. هر چند بنظر بعضی از حقوقدانان نحوه بیان قانون جدید این نیست که الزاماً هر گونه نظر و ایرادی درباره عدم صلاحیت افراد واجد سن بلوغ شرعی برای ازدواج را ممنوع تلقی کند. به عبارت دیگر ممنوعیت مندرج در ماده ۱۰۴۱ اصلاحی فقها ناظر است بازدواج قبل از بلوغ و این متن هرگز صحت ازدواج دختران و پسران را بعد از بلوغ شرعی را مورد نظر قرار نداده است.<sup>(۱)</sup>

در هر حال با توجه به اهمیت زیاد امر نکاح و اهداف بسیار بزرگی که به دنبال آن باید تحقق پیدا کند به هیچ کس پوشیده نیست که تعیین سن بلوغ بعنوان سن ازدواج (با توجه به اینکه قانون ما سن بلوغ را برای دختر ۹ سال تمام قمری و برای پسر ۱۵ سال تمام - قمری قرار داده است) به هیچ وجه با شرایط فرهنگی و طبیعی جامعه ما تطبیق ندارد<sup>(۲)</sup> و دربرهه کنونی ضرورت احیاء ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی سابق کاملاً حس می شود.<sup>(۳)</sup> و همچنانکه رهبر معظم انقلاب فرمودند «باید از ازدواج در

- ۱- عنایت - سید حسین - بررسی قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۶۱/۱۲/۲ فصلنامه حق - دفتر یکم - فروردین و خرداد ۶۴ - ص ۷۳.
- ۲- باید از قانونگذار این سؤال را نمود که چگونه حق شرکت در انتخابات را تا زمانی که دختر به عنوان مثال به سن ۱۵ سال نرسد نمی دهد و یا جهت افتتاح حساب در بانکها ۱۸ سال و ... تعیین شده اما در امر نکاح این نهاد مهم سن ۹ سال تمام قمری تعیین شده برای دختر.
- ۳- البته قابل ذکر است که این ماده در سال ۱۳۵۳ بموجب ماده ۲۳ قانون حمایت از خانواده فسخ شده بود چرا که در این قانون سن ازدواج برای زن ۱۸ سال و برای مرد ۲۰ سال ذکر شده بود و در موارد استثنایی به دختری که به سن ۱۵ سال رسیده بود به دادگاه این حق را می داد که اجازه نکاح را صادر نماید. البته پر واضح است تعیین این سن با توجه به واقعیات موجود در جامعه ایران منطقی نبوده و این قانون سن بالایی را برای امر ازدواج در نظر گرفته است.

سنین پائین جلوگیری شود و قانون در صدد جلوگیری از برآید. سنی که در آنجا (در ماده ۱۰۴۱ قبل از اصلاح) بعنوان قابلیت صحتی برای ازدواج در نظر گرفته شده بود با واقعیات اجتماعی جامعه و فرهنگها و سنتهای جامعه ما نیز تطابق دارد هر چند ممکن است سن در نظر گرفته شده از سن بلوغ واقعی بیشتر باشد اما همچنانکه گفته شد ه صرف تکامل جسمانی و آمادگی برای تناسل و توالد برای ازدواج با توجه به اهمیت و اهدافی که این نهاد حقوقی دارد کفایت نمی‌کند و نیاز به پختگی و رشد فکری و روحانی بیشتر طرفین را دارد. در عین حال همچنانکه در ماده ۱۰۴۱ سابق پیش‌بینی شده بود در مواقعی که ضرورت اقتضاء بنماید برای دختران ۱۳ ساله و پسران ۱۵ سال نیز می‌توان با اجازه دادگاه ازدواج نمود.

بامید آنکه قانونگذار ماهر چه زودتر در صدد رفع این معضل برآید هر چند همچنانکه گفته شد در پی بیانات مقام معظم رهبری کمیسیون زنان و خانواده و جوانان مجلس براساس طرحی که در دست تهیه دارد در صدد جلوگیری از ازدواج دختران در سنین پایین و تعیین یک سن متناسب و معتدل برای ازدواج می‌باشد.

#### ب - ضرورت تغییر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی:

همچنانکه گفته شد قانون مدنی در ماده ۱۰۴۳ از نظریه تشریک ولایت تبعیت کرده در واقع قانونگذار برای پسران در سن ۱۵ سالگی آن قدر عقل و سنجیدگی و پختگی قائل شده که به آنها آزادی و اختیار مطلق برای انتخاب همسر داده است. حال آنکه برای دختران در هر سنی باشند



در صورت باکره بودن عقل و تجربه و سنجیدگی و قدرت تمیز خوب و بد را به رسمیت نشناخته. قبل از اینکه به تجزیه و تحلیل این مسئله بپردازیم این نکته را باید متذکر گردیم که ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی با بند ۱ ماده ۱۶ کنوانسیون رفع تبعیض علیه زن و مرد تعارض دارد.<sup>(۱)</sup> چرا که ماده ۱۶ این کنوانسیون که در مورد تساوی در حقوق خانواده است مقرر می‌دارد:

«... دولتهای عضو باید اقدامات لازم را برای رفع تبعیض علیه زنان در همه امور مربوط بازدواج و روابط خانوادگی به عمل آورند و مخصوصاً برپایه تساوی حقوق مرد و زن امور زیر را تضمین کنند:

#### الف - حق یکسان برای انعقاد ازدواج:

ب - حق یکسان برای انتخاب آزادانه همسر و انعقاد ازدواج براساس رضایت آزاد و کامل طرفین.

همچنانکه ملاحظه می‌شود ماده ۱۶ کنوانسیون مذکور حق یکسان برای انتخاب - آزادانه همسر قائل شده در حالی که بر طبق ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی صحت عقد نکاح دختر باکره شروط به اذن و یا اجازه ولی می‌باشد.<sup>(۲)</sup>

۱- این کنوانسیون در ۱۸ دسامبر ۱۹۷۹ طی قطعنامه ۳۴/۱۸۱ مجمع عمومی سازمان ملل به تصویب رسید و در سوم سپتامبر ۱۹۸۱ با گذاشتن سی روز از تودیع بیستمین سند الحاق تصویب لازم الاجرا شد. براساس آخرین آمار منتشره از سوی سازمان ملل تا اوایل فوریه سال ۱۹۹۵ مجموعاً حدود ۱۳۹ دولت باین کنوانسیون پیوسته و تعداد ۷ دولت فقط آن را امضاء کرده ولی هنوز به تصویب مراجع قانونی و ذیصلاح نرسانده و جمهوری اسلامی ایران تاکنون باین کنوانسیون نپیوسته (مهرپور - حسین... حقوق بشر در اسناد بین‌المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران ص ۲۵۴).

۲- همچنانکه قبلاً بیان شد به هیچ وجه با طرح این مسأله (بیان تعارض ماده ادامه

همچنانکه ملاحظه شد قانونگذار ما، برای دختران در هر سنی که باشند آزادی و اختیار مطلق همچون پسران قائل نشده است. تا جایی که از نظر بعضی منتقدین: «نگرش قانونگذار ایرانی نسبت به زنان اعم از آنکه در کسوت مادر باشند و یا دختر رشید مبتنی بر تبعیض جنسیتی است و به طور کلی افراد مؤنث را حتی در سنین رشد و در مقام مادر - صالح و شایسته نمی‌شناسد و بر پایه قانون و به بهانه حفظ مصالح نسبت به آنها اجحاف روا می‌دارد و از نظر این دسته از منتقدین برخلاف نظر قانونگذار همگان یقین دارند که دخترها در شرایط مساوی از نظر سنی و خانوادگی مال‌اندیش‌تر از پسران همسال خود هستند و بیش از آنها جانب عقل و احتیاط را نگاه می‌دارند.»<sup>(۱)</sup> در مقابل بعضی از طرفداران نظریه مذکور معتقدند: <sup>(۲)</sup> تکالیف اسلامی درباره لزوم حفظ عفت و پاکدامنی برای دختران ایجاب می‌کند که آنان با اندازه پسران از امور زندگی آگاهی نداشته باشند. بلکه اگر هم وضع زندگی طوری بوده باشد که دختران نیز باندازه پسران از امور زندگی اطلاع داشته باشند بدان جهت که دختر در جاذبه پسر در آغاز اقدام بازدواج در حالت تأثیر

۱۰۴۳ قانون مدنی با ماده ۱۶ کنوانسیون رفع تبعیض علیه زن و مرد) درصد طرفداری از کنوانسیون مذکور نمی‌باشیم و اساساً این امر و ضرورت و یا عدم ضرورت پیوستن جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون مذکور نیاز به بررسی گسترده و همه جانبه کنوانسیون مذکور دارد که پرواضح است این امر به عهده خبرگان و متخصصین می‌باشد و در توان این حقیر نمی‌باشد.  
(برای مزید اطلاع در این زمینه رجوع شود به مهرپور - حسین - حقوق بشر در اسناد بین‌المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران ص ۲۵۴).  
۱- کار - مهرانگیز - مقاله جدید وی ولایت دارد - مادر ولایت ندارد. مجله زنان - سال ششم تیرماه ۷۶ ص ۱۲ و ۱۳.  
۲- آیه‌الله استاد محمد تقی جعفری - تحقیق در نظام حقوق جهانی بشر از دیدگاه اسلام و غرب و تطبیق آن با یکدیگر ص ۳۱۳.

شدیدی قرار می‌گیرد لذا دخالت اولیای دختر (پدر و جد پدری) ضرورت پیدا می‌کند.

و یا ممکن است گفته شود پیمان زناشویی هر چند قراردادی بین زن و شوهر است اما با قراردادهای دیگر تفاوت بسار دارد چرا که ممکن است دختر خانواده معامله‌ای انجام دهد مثلاً چیزی بخرد یا بفروشد که در آن ضرر کند اما این ضرر اثر آن کوتاه مدت بوده در حالی که ضرر ناشی از ازدواج و تحمل شکست ضربه شدید به زندگی دختر وارد سازد به طوری که شاید دیگر جبران آن ممکن نبوده<sup>(۱)</sup> و یا اینکه اساساً دختران در تصمیم‌گیری ضعیف هستند و آگاه به حال مردان نیز نمی‌باشند و یا به قول استاد شهید مرتضی مطهری «هنوز پیه مردان به نشان مالیده نشده»<sup>(۲)</sup> و در نتیجه در صورت اقدام به نکاح موجب ضرر به خود و خانواده می‌شوند.

در هر حال امروزه این نظر که علی‌الاصول دختران از رشد اجتماعی کمتری نسبت به پسران برخوردارند طرفداران زیادی ندارد و بر همگان روشن است که در اکثریت موارد این نظر قابل پذیرش نمی‌باشد. علی‌الخصوص در شهرها چرا که امروزه دختران نیز همچون پسران در عرصه فعالیت اجتماعی مشغولند و لذا از رشد اجتماعی کافی در این زمینه برخوردارند و اساساً بر فرض پذیرش چنین دلیلی و یا

۱- آقای دکتر کاتوزیان در این زمینه معتقدند: «در اخلاق عمومی اهمیت نکاح دختر و پسر برابر نیست و تحمل شکست دختر در این مرحله از ندگی دشوارتر بنظر می‌رسد و به همین دلیل قانونگذار نیز آن دو را یکساله ندیده و اذن ولی را پس از بلوغ به نکاح دختر اختصاص داده است (حقوق خانواده، ص ۷۸ و ۷۹)  
۲- استاد شهید مرتضی مطهری - همان منبع - ص ۶۲

دلایل مشابه نمی‌توان آن را مستندیک حکم قرار داد و اساساً ولایت برخلاف اصل است (جمع مسلمین و عقلاء به صحت این اصل متفق هستند) چرا که هر انسان بالغ و عاقل و رشید در جمع تصرفاتش مستقل است و لذا مفروض این است که دختر دوشیزه از هر جهت اهلیت دارد پس اگر بخواهیم با این اصل مخالفت نمائیم و از آن عدول نمائیم نیاز به یک دلیل قاطع داریم و فرض بر این است که چنین دلیلی وجود ندارد.

و اساساً وجود روایاتی که دال بر ولایت اولیاء بر دختر باکره می‌باشد نمی‌تواند دلیل مقتضی برای طرفداران این نظریه باشد چرا که در مقابل این روایات همچنانکه ملاحظه شد روایات کثیره‌ای وجود دارد که به وضوح دلالت بر استقلال دختر باکره در امر نکاح می‌نماید<sup>(۱)</sup> و همچنانکه قبلاً ملاحظه شد بسیاری از فقهای بزرگ و بعضی مراجع معاصر<sup>(۲)</sup> دختر را در امر نکاح مستقل می‌دانند و برای پدر و یا جد پدری هیچ نوع ولایتی در این زمینه قائل نیستند و اساساً روایاتی را که در زمینه ولایت وجود دارد را «حمل بر شدت استحباب رعایت نظر پدر و در واقع بیان یک امر تکلیفی شخصی به حساب می‌آورند که شاید با نوع تربیت و فرهنگ حاکم بر دختران در آن زمان و دور بودن آنها از اجتماع و مسایل اجتماعی کاملاً قابل توجیه بوده و اما با تغییر وضع فرهنگی و

- ۱- مهرپور، حسین. مقاله انن ولی در عقد نکاح - مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی - ص ۱۳۴.
- ۲- آیات عظام - وحیدی خراسانی - صناعی و بهجت صراحتاً قائل به استقلال نکاح دختر بالغ باکره در امر نکاح شده‌اند.

اجتماعی آنان بتوان دیدگاه متفاوتی در این زمینه ارائه کرد.»<sup>(۱)</sup> و همچنین اکثر فقهای که قائل به لزوم اذن ولی در نکاح دختر باکره می‌باشند بصورت احتیاط به بیان این امر پرداخته‌اند و حتی اکثر این فقهاء همچنانکه بیان شد در صورت ازدواج دختر بطور مستقل و بدون اذن ولی نکاح مزبور را باطل نمی‌دانند بلکه قائل به صحت آن می‌باشند. در مورد این امر که اساساً دختران در تصمیم‌گیری ضعیف هستند و آگاه به حال و مردان نمی‌باشند باید گفت چه بسا ازدواجهایی که با تحقیق همه جانبه و تصمیم پدر برای دختر صورت می‌گیرد ولی منجر به شکست می‌شود چرا که امروزه همگی بر این مطلب اذعان دارند که ایجاد تفاهم در بین زن و شوهر منوط به وجود شرایط فراوان و بسیاری می‌باشد و حتی بسیاری مسئله شانس و «قسمت» را در امر ازدواج دخیل می‌دانند.

آنچه که در این امر قابل بررسی و تأمل است تفاوت آشکار بین آداب و رسوم جامعه و قانون است. بسیاری از خانواده‌های با فرهنگ‌ها در این مورد نقش مشاور و راهنما را برعهده می‌گیرند و با ارشاد فرزندان خود تصمیم‌گیری نهایی را برعهده خود آنها قرار می‌دهند و دختران چنین خانواده‌هایی برای انتخاب همسر آینده نه تنها به رضایت پدر اکتفا نمی‌کنند بلکه در پی کسب موافقت سایر اعضای خانواده نیز برمی‌آیند. در مقابل برخی خانواده‌های دیگر نیز وجود دارند که متأسفانه مطالب را به طرز ناخوشایند و در جوی متشنج ابراز می‌دارند که گاه موجب ایجاد عکس‌العمل و تصمیم‌گیریهای نادرست می‌شوند.

در هر حال از نظر ما هر چند کسب اذن از ولی از جانب دختر باکره در امر نکاح عملی بسیار مستحسن و نیکو می‌باشد بطوری که در فقه امامیه اذن گرفتن از پدر در شوهر کردن حتی برای بیوگان مستحب است.<sup>(۱)</sup> اما دادن عنوان قانونی به این مسئله خالی از اشکال نمی‌باشد. و اساساً بافت فرهنگی جامعه ما طوری است که بیشتر دختران سعی دارند همسرشان مورد پسند و احترام خانواده نیز باشد و لذا حتی اصلاح و نظیر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی و اعتقاد به استقلال دختر باکره در امر نکاح نهایتاً خالی به این مسئله وارد نمی‌کند.

در هر حال این وظیفه فقها و مجتهدین و حقوقدانان و محققین می‌باشد تا با در نظر گرفتن راه اجتهاد منطبق با شرایط اجتماعی ایران و رشد روحی و فرهنگی زن در قرن بیستم هر چه سریعتر در پی تصحیح و تغییر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی برآیند چرا که ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی قابل بازنگری می‌باشد و تاب اجتهاد جدید شرعی و امکان اصلاح را دارد هر چند در برهه کنونی وقتی فقیه معتبر و شجاعی همچون حضرت امام خمینی (ره) در مورد برخی از حقوق مربوط به زنان فرمودند: اگر جرأت بود مطلب از این آسانتر بود. و جرأت نکرد مطلب خویش را ابراز دارد.<sup>(۲)</sup><sup>(۳)</sup> اصلاح و تفسیر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی بعید و مشکل جلوه می‌نماید.

۱- کاتوزیان - ناصر - همان - ص ۸۲

۲- مهرپور - حسین - حقوق بشر در اسناد بین‌المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران ص ۲۸۰.

۳- اشاره است به فرموده امام راحل در پاسخ سؤال فقهای شورای نگهبان در رابطه با مشروعیت بحث حکم ماده ۱۱۳۰ اصلاحی قانون مدنی که اجازه می‌دهد دادگاه درخواست طلاق زن به لحاظ عمر و حرج ادامه زناشویی رسیدگی و در صورت اثبات مرد را ملزم به طلاق نماید. عبارت امام (ره) چنین است: «طریق احتیاط آن است که زوج را با نصیحت والا بالزام وادار به طلاق نمایند و در صورت میسر نشدن باذن حاکم شرعی طلاق داده شود. اگر جرأت بود مطلبی بود که آسانتر است (به نقل از مهرپور حسین - همان).

**نتیجه‌گیری:**

نتایج بدست آمده در زمینه ولایت در نکاح و مسائل مربوط به آن که طی چهار فصل تحت عنوان ولایت در حقوق اسلام و اولیاء در عقد نکاح و وضعیت نکاح محجورین و وضعیت نکاح بعد از بلوغ و رشد مطرح شده به قرار ذیل است:

۱ - همچنانکه ملاحظه گردید قانونگذار به تبعیت از فقه امامیه هیچگونه ولایتی را برای مادران در اداره امور مولی علیه در نظر نگرفته و ولایت قهری را صرفاً مختص به پدر و جد پدری می‌داند که ایندو در عرض یکدیگر و بطور استقلالی ولایت بر مولی علیه دارند ولی به نظر می‌رسد که قانونگذار حداقل در موارد ثبوت حجر و یا خیانت و عدم قدرت و لیاقت پدر در اداره امور مولی علیه و یا فوت ولی به صلاحدید مرجع قضایی باید قائل به نوعی حق ولایت برای مادر گردد (که این در حقیقت احیاء ماده ۱۵ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳ می‌باشد) چرا که امروزه نقش مادران در تحقق بخشیدن به اهداف خانواده نقشی بس عظیم و غیر قابل انکار می‌باشد. از طرف دیگر قبول این امر به منزله اعطاء اجباری حق ولایت به مادر نمی‌باشد چرا که تشخیص این امر برعهده مرجع قضایی می‌باشد که در صورت احراز لیاقت مادر در این امر تصمیم مقتضی را خواهد گرفت.

۲ - با توجه به اینکه قانونگذار قائل به ولایت پدر و جد پدری در عرض یکدیگر و بطور استقلالی گردیده است لذا وضع مقرراتی برای جلوگیری از بروز اختلافات بین پدر و جد پدری و نحوه اقدامات آنان

امری ضروری و غیر قابل اجتناب می باشد.

۳- قانونگذار در تبصره ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی صراحتاً اختیار ولی را در تزویج صغار و با رعایت مصلحت تجویز نموده است. ولی با توجه به اینکه صحت چنین نکاحی مشروط به رعایت مصلحت است، قدر مسلم امروزه با توجه به معایبی که برای چنین نکاحی عنوان گردید دیگر نمی توان مدعی وجود مصلحت در این نکاح گردید اگر چه در زمانهای گذشته ممکن است مصلحتی می داشته.

در هر حال با توجه به دلائل عنوان شده ما معتقد به حذف تبصره اصلاحی ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی می باشیم و لاقلاً چنانچه قانونگذار درصدد انجام این امر بدنی آید لاقلاً تشخیص مصلحت و ضرورت چنین نکاحی را برعهده مرجع قضایی گذارد تا از اثرات نامطلوب چنین نکاحی جلوگیری نماید.

۴- هر چند قانون مدنی ایران در مورد وضعیت نکاح سفیه ساکت است ولی با توجه به غیر مالی بودن عقد نکاح (هر چند دارای آثار مالی فراوان می باشد) باید قائل به استقلال سفیه در امر نکاح گردید. البته مسلم است که دخالت ولی یا قیم در مورد توافق در مهریه با توجه به داشتن بار مالی و ممنوع بودن سفیه از تصرف در امور مالی ضرورت دارد.

۵- در مورد نکاح بالغه باکره هر چند آراء و نظرات متفاوتی در این زمینه از جانب فقهاء ارائه گردیده است. به نظر می رسد که بالغه باکره مستقلاً و بدون اذن ولی می تواند مبادرت بانعقاد عقد نکاح نماید البته



کسب اذن ولی از جانب بالغ باکره در امر نکاح عملی ممدوح و مستحسن می‌باشد اما دادن عنوان قانونی به این مسئله خالی از اشکال نمی‌باشد و اساساً آنچه از تتبع کتابهای فقهی و فتاوای مراجع عظام برمی‌آید لزوم اذن ولی بیشتر به مصلحت اندیشی فقهاء تکیه دارد تا به منع صریح اخبار و اکثریت فقهاء بیشتر به صورت احتیاط این امر را بیان نموده‌اند و قانونگذار نیز در جهت حفظ مصالح اجتماعی و فرهنگی قائل به این امر گردیده و لحن ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی نیز این مسئله را تأیید می‌کند چرا که در صورت عدم امکان استیذان از ولی این اذن را ساقط شده می‌داند و دختر می‌تواند مستقلاً اقدام نماید.

از طرف دیگر بافت فرهنگی و سنتی جامعه ما طوری است که در اکثریت قریب به موارد اتفاق دختران در انتخاب همسر آینده خود نه تنها سعی در جلب رضایت ولی می‌نمایند بلکه در جلب رضایت سایر اعضاء خانواده نیز می‌کوشند. لذا حتی اصلاح و تغییر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی و اعتقاد به استقلال دختر بالغ باکره در امر نکاح خللی به این امر وارد نمی‌سازد.

در هر حال این وظیفه فقهاء در مجتهدین و حقوقدانان و محققین می‌باشد که تا راه اجتهاد منطبق با شرایط اجتماعی را هموار نمایند.

من الله توفیق

**کتابنامه**

فهرست منابعی که به اختصار از آنها یاد شده یا مورد استفاده قرار گرفته:

الف - به زبان عربی

۱ - قرآن مجید

۲ - الاستبصار. ابی جعفر محمد بن الحسین بن علی بن الحسن طوسی (شیخ الطائفة شیخ طوسی) (۳۸۵ - ۴۶۰ ق.) دارالمکتب الاسلامیه. تهران - چاپ سوم ۱۳۹۰ ق.

۳ - الانقصار - سید المرتضی علم الهدی ابی القاسم علی بن الحسین الموسوی (۳۵۵ - ۴۳۶ هـ ق) منشورات الشریف الرضی قم.

۴ - الام - ابی عبدالله محمد بن ادريس شافعی (۲۵۰ - ۲۰۴ هـ ق) دارالنمونه - بیروت . لبنان) .

۵ - ایضاح الفوائد - فخرالمحققین - شیخ ابی طالب محمد بن الحسن یوسف المطهر الحلی (۶۸۲ - ۷۷۱ ق) مؤسسه اسماعیلیان.

۶ - البدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع - ابوبکر بن مسعود الکاشانی النجفی - المطبعة الجمالیه - مصر - چاپ اول - ۱۳۵۸ - ۱۳۲۷ - هـ. ق.

۷ - بغیة الطالب - سید ابوالقاسم الجیدانی الاشکوری، چاپ سنگی و کتابت ۱۳۲۲ هـ ق.

۸ - بلغة الفقیه ، سید محمد آل بحر العلوم - مکتبة المتعلمین - چاپ سوم - ۱۳۹۶ ق. نجف.

- ۹ - تبصرة المتعلمين فى احكام الدين، علامه حلى (حسن بن يوسف). (۶۴۸ - ۷۲۶ ق) مجمع الذخائر الاسلامية الطبقة الثانية (۱۳۸۹ ق).
- ۱۰ - تحرير الاحكام - علامه حلى . ۲ جلد در يك مجلد ، مشهد - طوس - بی تا
- ۱۱ - تحرير المجله - محمد الحسين آل كاشف الغطاء - مكتبة الفيروز آبادی - طهران.
- ۱۲ - تحرير الوسيه - السيد روح اله الموسوى الخمينى (ره) . دارالتعارف بيروت - لبنان در ۲ مجلد - چاپ سوم - ۱۴۰۱ هـ
- ۱۳ - تعليقات عروة الوثقى - آيت اله مكارم شيرازى - قم - مدرسه الامام امير المؤمنين.
- ۱۴ - التعليقة بر عروة الوثقى - سيد ميرزا حسن يحنوردى - مطبعة داراللقمان - نجف.
- ۱۵ - تذكرة الفقهاء - علامه حلى (جمال الدين) الحسن بن يوسف بن على بن مطهر الحلى المكتبة المرتضوية الاحياء الاثار الجعفرية . قم.
- ۱۶ - تقريرات حاج شيخ عبدالكريم حائرى - ميرزا محمد آشتيانى.
- ۱۷ - تنقيح الرائع لمختصر الشرائع. جمال الدين مقداد بن عبدالله اليسورى الحلى كتابخانه آية اله مرعشى . قم. چاپ اول. ۱۴۰۴ هـ. ق.
- ۱۸ - تهذيب الاحكام فى شرح المقنعه. شيخ الطائفة ابى جعفر محمد بن الحسن الطوسى (شيخ طوسى) (م ۴۶۰ ق) دارالمكتب الاسلاميه. چاپ سوم. تهران ۱۳۶۴.
- ۱۹ - حاشيه بر عروة الوثقى ، آقاضياء الدين الغروى العراقى، (آقا

- ضیاءاراکى) شركة السعادة کرمانشاه - سال ۱۳۴۶ ق.
- ۲۰ - حاشیه بر عروة الوثقى. میرزا محمد حسین غروی نائینی،  
مطبعة المرتضویه فی نجف الاشرف سال ۱۳۴۰ ق.
- ۲۱ - حدائق الناظرة فی الاحکام العترة الطاهره. ۲۵ مجلدات.  
دارالاضواء - بیروت - ۱۴۰۵ هـ.ق.
- ۲۲ - جامع الشتات - میرزا ابوالقاسم الجیلانی قمی (۱۱۵۱ - ۱۲۳۲  
هـ.ق) چاپ سنگی.
- ۲۳ - جامع المقاصد فی شرح القواعد - شیخ علی بن الحسین  
الکرکی (محقق ثانی) چاپ اول مؤسسه آل البيت عليهم السلام - شوال  
۱۴۰۸. قم.
- ۲۴ - جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام - شیخ محمد حسن  
النجفی (م ۱۲۶۶ هـ. ق) ۴۳ مجلدات دارالکتب الاسلامیه. تهران ۱۳۹۳  
هـ.ق
- ۲۵ - الخلاف - شیخ طوسی - مکتب الکتب المتنوعه من خادم  
المعصومین. کاظمین البروجردی.
- ۲۶ - الروضة البهیه فی شرح اللمعه دمشقیه - زین الدین بن علی  
(شهید ثانی) (۹۱۱ - ۹۶۵ ق) دار احیاء التراث الوبی بیروت. چاپ دوم  
۱۴۰۳ ق ۱۹۸۳ م. دوره دو جلدی.
- ۲۷ - ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل (شرح کبیر) سید علی  
طباطبایی. چاپ سنگی - کتابت ۱۲۸۸ ق.
- ۲۸ - سلسله الینابیع الفقهیه - علی اصغر مروارید، ۲۵ مجلدات ،

الطبعة الاولى مؤسسه فقه الشيعه والدار الاسلاميه - بيروت ۱۴۰۱ هـ. ق

۲۹ - سنن ابن ماجد الحافظ ابى عبدالله محمد بن يزيد القزوينى (۲۰۷

- ۲۷۹ هـ. ق) دار احياء التراث العربى ۱۳۹۵ هـ. ق

۳۰ - عروة الوثقى - سيد محمد كاظم طباطبائى يزى - دار الكتب

الاسلاميه.

۳۱ - شرح منهاج الصالحين (نهاية المحتاج الى شرح المنهاج)

مطبعة بلاق - مصر

۳۲ - عيوب الاراده فى الشريعة الاسلاميه. محمد بحر العلوم . چاپ

اول. بيروت ۱۴۰۰ ق.

۳۳ - عوائد الايام - احمد محمد مهدى. مكتة بصيرتى قم ۱۴۰۸ هـ. ق

۳۳ - الفتاوى الهندية فى مذهب الامام الاعظم ابن حنيفة التعمان و

بهامشه فتاوى قاضيات و البزازية. دارالاحياء التراث العربى - سال

۱۹۸۶ م. بيروت - لبنان الفقه على المذاهب الاربعه.

۳۴ - القه على المذاهب الاربعه عبدالرحمن الجزيرى - داراحياء

التراث العربى - بيروت لبنان - المطبع الاول.

۳۵ - الفقه على المذاهب الخمسه محمد جواد مغنيه و چاپ بيروت -

چاپ هفتم.

۳۶ - الفلاح فى مسائل النكاح - آية الدوحيدى خراسانى - چاپ اول

۱۳۷۶ ق (۱۴۱۸ ق)

۳۷ - كشف اللثام - محمد بن حسن بهاء الدين فاضل هندی - چاپ

سنگى - كتابت ۱۲۷۱ ق.

- ۳۸ - المبادئ الشرعية و القانونيه - صبحی محمصانی - دارالعلم الملايين سال ۱۹۱۸ بیروت.
- ۳۹ - المبسوط فی فقه الامامیه - شیخ الطائفة - ابی جعفر محمد بن احلسن بن علی الطوسی (شیخ طوسی (م ۴۶۰ ق) المكتبة المرتضوية احياء الاثار الجعفر به چاپ دوم.
- ۴۰ - المبسوط - شمس الدين سرخسی - چاپ هشتم - دارالمعرفة بیروت - لبنان.
- ۴۱ - محاضرات فی عقد الزواج و آثاره امام محمد ابوزهره - دارالفکر العربی - لبنان - بیروت.
- ۴۲ - مختلف الشیعه علامه حلی - چاپ سنگی.
- ۴۳ - مجمع البحرين - الشیخ فخرالدين الطریحی (م ۱۰۸۵ ق) - المكتبة المتضويه - الاخبار الآثار الجعفریه - چاپ دوم - ۱۳۶۵ انتشارات مرتضوی.
- ۴۴ - مسالك الافهام فی شرح شرايع الاسلام - شهيد ثانی - دار المهدي گذرخان (قم).
- ۴۵ - مسالك الافهام - حاج ميرزا حسين ندری طبری - بیروت و مؤسسه آل البيت الاحياء التراث - چاپ دوم ۱۴۰۸ ق.
- ۴۶ - مستند الشیعه - احمدین محمدین مهدی النراقی الکاشانی (۱۸۰ - ۱۲۲۰ ق) چاپ سنگی.
- ۴۷ - المسائل الواضحة - حضرت آيةاله العظمی اراکی، مطبعه مرکز نشر النشر - چاپ اول - ۱۳۷۲.

- ۴۸ - مستمسک العروة الوثقی - سید محسن الطباطبایی الحکیم ،  
دارالاحیاء التراث العربی بیروت - لبنان.
- ۴۹ - مصباح الفقاهه - تقریرات سید ابوالقاسم مهدی خوئی -  
مطبعة الاداب - النجف الاشرف ۱۳۸۲ هـ
- ۵۰ - المغنی - موفق الدین ابی محمد عبدالله بن احمد بن قدامه (م ۶۲  
ق) اصحاب ورثه سید محمد رشید رضا - چاپ سوم - ۱۳۶۷ هـ. ق
- ۵۱ - مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه - سید محمد جواد  
الحسینی العاملی مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
- ۵۲ - مفاتیح الشرایع - محمد محسن الفیض الکاشانی (م ۱۰۹۱ ق)  
مجمع الذخائر الاسلامیه قم.
- ۵۳ - مقنعه - شیخ مفید (ابی عبدالله محمد بن النعمان العکبری  
البغدادی ، چاپ دوم. مؤسسه النشر الاسلامی . ۱۴۱۰ هـ. ق
- ۵۴ - مکاسب .٪ شیخ مرتضی انصاری - مؤسسه مطبوعاتی  
دارالکتاب قم.
- ۵۵ - مناهج المتقین فی فقه ائمه الحق و الیقین - شیخ عبدالله مامقانی  
- مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
- ۵۶ - مناهج المؤمنین - سید شهاب الدین الحسینی المرعشی النجفی  
- مکتبه آیه اله المرعشی - قم.
- ۵۷ - مناهج المصالحین - سید محسن طباطبایی حکیم - دارالزهراء  
- بیروت - چاپ بیستم.
- ۵۸ - منیه الطالب - شیخ موسی خونساری - چاپ سنگی - کتابت

۱۳۵۷ هـ. ق

۵۸ - من لایحضره الفقیه ابی جعفر الصدوق - محمد بن علی بن  
الحسین بن بابویه القمی دارالکتاب الاسلامیه تهران چاپ پنجم.

۵۹ - المذهب - عبدالعزیز بن البراج الطرابلسی - جامعه مدرسین  
حوزه علمیه قم - چاپ اول ۱۴۰۶ ق.

۵۹ - الوسائل الشیعه - شیخ محمد الحسن الحرالعاملی (م ۱۱۰۴ ق)  
دارالاحیاء التراث العربی بیروت - لبنان - چاپ چهارم - ۱۳۹۱ هـ. ق

۶۰ - وسیلة النجاة - سید ابوالحسن الموسوی الاصفهانی -  
دارالتعارف للمطبوعات بیروت لبنان - چاپ دوم.

۶۱ - وسیلة النجاة - میرزا محمد حسین نائینی - چاپ سنگی -  
کتابت ۱۳۴۰ ق.

۶۲ - اللمعة دمشقیه - للشیخ ابی عبدالله شمس الدین محمد بن  
حامد بن احمد المطلبی - العالمی النباطی الجزینی المشتهر بالشهید الاول  
(۷۳۴ - ۷۸۶ ق) مطبعة علامه طباطبایی - انتشارات یلدا ۱۴۱۱ هـ. ق  
۱۱۹۱ م.

### ب - به زبان فارسی

۱ - الهیان - مجتبی - ترجمه و تحقیق کتاب نکاح شهید اول (ره)  
چاپ مجتمع آموزش عالی قم.

۲ - امامی - سید حسن - حقوق مدنی - دوره شش جلدی - چاپ  
سوم ۱۳۶۶ - کتابفروشی اسلامیه . تهران ۱۳۶۶.

۳ - امامی - اسدالتمطالعہ تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه -



چاپ اول - ۱۳۴۹ - چاپخانه موسوی.

۴ - امامی - اسداله - حقوق خانواده (جلد اول) با همکاری صفایی - سید حسین - دی ماه ۱۳۶۹ - چاپ مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

۵ - امیری - قائم مقامی - عبدالمجید حقوق تعهدات - جلد اول - چاپ ۱۳۴۷ - انتشارات دانشگاه تهران - سازمان چاپ کیهان.

۶ - اوصیاء - پرویز - ترجمه کتاب شرائع الاسلام - بحث نکاح - برنامه سال دوم دانشکده حقوق اسفند ۱۳۳۲.

۷ - پورجوادی کاظم - فقه تطبیقی مذاهب پنجگانه (جعفری - حنفی - مالکی - شافعی - حنبلی) مؤسسه انتشارات جهاد دانشگاهی (ماجد) چاپ چهارم با تجدید نظر و بعضاً ۱۳۷۲.

۸ - جعفری - علامه محمد تقی تحقیق در نظام حقوق جهانی بشر از دیدگاه اسلام و غرب و تطبیق آن با یکدیگر - چاپ اول پاییز ۷۰ - انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران.

۹ - جعفری لنگرودی - محمد جعفر ترمینولوژی حقوق بنیاد راستا - تهران - ۱۳۶۳.

۱۰ - جعفری لنگرودی - محمد جعفر - دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، بنیاد راستا تهران ۱۳۵۷.

۱۱ - جعفری - لنگرودی - محمد جعفر - حقوق خانواده - کتابخانه گنج دانش - چاپ اول - ۱۳۶۸.

۱۲ - حجتی - اشرفی - غلامرضا - مجموعه قوانین و مقررات

راجع به خانواده - انتشارات گنج دانش.

۱۳ - دهخدا - علی اکبر - لغت نامه دهخدا - پلی کپی.

۱۴ - شاهباغ - سید علی (حائری) شرح قانون مدنی چاپ اول

وزارت دادگستری - ۱۳۲۸.

۱۵ - شایگان - علی - حقوق مدنی ایران ه چاپ دوم - شرکت

سهامی چاپ تهران - ۱۳۱۹.

۱۶ - شیخ الاسلامی - سیداسعد - ازدواج و پایان آن در مذاهب

چهارگانه اهل سنت - جلد اول مرکز نشر دانشگاهی - تهران - چاپ اول

- ۱۳۷۰.

۱۷ - صفایی - سیدحسین - حقوق خانواده (جلد اول) با همکاری

امامی - اسداله - دی ماه ۱۳۶۹ - چاپ مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه

تهران.

۱۸ - صفایی - سیدحسین - دوره مقدماتی حقوق مدنی - چاپ

سوم - ۱۳۵۰ - مؤسسه عالی حسابداری.

۱۹ - صفایی - سید حسین - حمایت از اشخاص و محجورین - به

همراهی قاسم زاده سید مرتضی.

۲۰ - عدل - مصطفی - حقوق مدنی - چاپ هفتم مؤسسه چاپ و

انتشارات امیرکبیر - تهران ۱۳۴۲.

۲۱ - عبده - بروجردی - حقوق مدنی ۱۳۲۹ و کتابفروشی محمد

علی علمی.

۲۲ - قربانی - فرج اله - مجموعه آراء وحدت رویه دیوانعالی کشور

- سال (۱۳۷۱ - ۱۳۲۸۰) انتشارات فردوسی.

- ۲۲- کاتوزیان - ناصر - قواعد عمومی قراردادها - جلد اول - چاپ دوم - ۱۳۷۲ - انتشارات مدرس با همکاری شرکت بهمن برنا.
- ۲۳- کاتوزیان ناصر - حقوق خانواده - جلد اول (نکاح و طلاق) چاپ سوم - تابستان ۱۳۷۱، شرکت انتشار با همکاری بهمن و برنا.
- ۲۴- کاتوزیان - ناصر - حقوق خانواده جلد دوم (اولاد - روابط پدر و مادر با فرزندان ، چاپ دوم، مرداد ماه ۱۳۶۷.
- ۲۵- محقق داماد - سید مصطفی - حقوق خانواده - چاپ اول - پاییز ۱۳۵ - چاپخانه وزارت ارشاد اسلامی.
- ۲۶- مشکینی - علی - ازدواج در اسلام - چاپخانه مصر.
- ۲۷- مطهری - مرتضی - نظام حقوق زن در اسلام - انتشارات صدرا چاپ هشتم - تیرماه ۱۳۵۷.
- ۲۸- مرعشی - سیدحسن - دیدگاههای نو در حقوق کیفری اسلام - نشر میزان - چاپ دوم - ۱۳۷۶.
- ۲۹- مهرپور - حسین - دیدگاههای جدید در مسائل حقوق - چاپ اول - ۱۳۷۲، انتشارات اطلاعات.
- ۳۰- مهرپور - حسین - حقوق بشر در اسناد بین‌المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران. چاپ اول - ۱۳۷۴ - انتشارات اطلاعات.
- ۳۱- مهریزی - مهدی - رساله‌های فقهی بلوغ دختران (مجموعه مقالات) واحد فقه و حقوق مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی (دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم) چاپ اول بهار ۷۶.

- ۳۲ - محمودی - عباسعلی - پژوهش حقوقی و فقهی و اجتماعی دوباره نکاح و زنا با صغیره - چاپ اول - بهار ۱۳۶۸ - انتشارات عطایی.
- ۳۳ - موسوی خمینی (ره) سید روح الله صحیفه نور. (مجموعه رهنمودهای امام خمینی (ره) (تهیه و جمع آوری) مرکز مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی تهران وزارت ارشاد اسلامی.
- ۳۴ - نوبخت - یوسف - اندیشه‌های فضایی (مسائل مطروحه در دادگاههای صلح و حقوقی دو تهران از سال ۱۳۶۲ تا سال ۱۳۶۸). چاپ دوم - زمستان ۶۸ - چاپ و صحافی مؤسسه کیهان.
- ج - فهرست پایان‌نامه‌ها و مقالات و نشریات و...
- ۱ - پایان‌نامه کارشناسی ارشد، اذن و آثار حقوقی آن - علیرضا فصیحی زاده دانشگاه شهید بهشتی.
- ۲ - پایان‌نامه کارشناسی ارشد - اجازه در عقود غیر نافذ - محسن هاشملو - دانشگاه شهید بهشتی.
- ۳ - پایان‌نامه کارشناسی ارشد ولایت قهری - - ولایت قانونی - مولود بهرامی - مدرسه عالی شهید مطهری.
- ۴ - پایان‌نامه کارشناسی ارشد، وظائف و اختیارات ولی قهری در حقوق ایران. اکبر ایمانیور کرنق - دانشگاه تربیت مدرس.
- ۵ - پایان‌نامه کارشناسی ارشد پژوهشی پیرامون بلوغ - جعفر قدرت نما بستری - دانشگاه تهران.
- ۶ - پایان‌نامه کارشناسی ارشد حجر سفیه در حقوق اسلام و ایران. علی حکیم پور - دانشگاه تهران.

- ۷ - پایان‌نامه کارشناسی ارشد - حدود حجر صغیر در حقوق ایران در مقایسه با مذاهب اسلامی - محمد علی مرادی نبی دانشگاه تهران.
- ۸ - مقاله اذن ولی در عقد نکاح - مجله شماره ۱۳ - ۱۲ دانشگاه شهید بهشتی. حسین مهرپور.
- ۹ - بررسی قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۶۱/۱۲/۲ سید حسین عنایت. فصلنامه حق - دفتر یکم - فروردین و خرداد ۶۴.
- ۱۰ - مقاله جدپدیری ولایت دارد - مادر ولایت ندارد. مهرانگیز کاره مجله زنان سال ششم تیرماه ۱۳۷۶.
- ۱۱ - مقاله ازدواج بدون اجازه ممنوع - مجله حقوق و اجتماع شماره ۲.
- ۱۲ - مقاله سن بلوغ - سن ازدواج - مجله زن روز - ۸ مهر ۱۳۶۰ - شماره ۱۲۳۵.
- ۱۳ - مقاله بلوغ دختران و کاوش در فقه و علوم وابسته به آن - مجله حوزه - کتاب اول.
- ۱۴ - مقاله تحقیقی درباره سن بلوغ - حضرت آیت‌الله سید حسن مرعشی - در کتاب دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام. نشر میزان - چاپ دوم - سال ۱۳۷۶.
- ۱۵ - روزنامه صبح خانواده - شماره چهارم - سال اول. صفحه اول سه شنبه ۱۲ اسفند ۷۶. مصاحبه با خانم مرضیه صدیقی - نماینده مردم مشهد در مجلس شورای اسلامی.

۱۶ - روزنامه رسالت ۷۶/۸/۱

۱۷ - روزنامه جمهوری اسلامی یکشنبه مورخ ۶۲/۹/۲۷ ص ۵.

۱۸ - رساله حضرت آیت‌اله العظمی سید محمد کاظم شریعتمداری.

۱۹ - رساله حضرت آیت‌اله العظمی فاضل لنکرانی.

۲۰ - رساله حضرت آیت‌اله العظمی صانعی.

د - فهرست قوانین - آئین نامه‌ها و ...

۱ - قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷/۲/۱۸ و ... و قانون اصلاحی موادی

از قانون مدنی مصوب ۱۳۶۱/۱۰/۸.

۲ - قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰/۵/۲۳ هجری شمسی

۳ - قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸/۶/۲۵

۴ - قانون امور حبسی مصوب ۱۳۱۹/۴/۲

۵ - قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶/۳/۲۵

۶ - قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵

۷ - آئین‌نامه قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۵۷/۱۰/۱۸

۸ - قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب همه پرسی

مورخ ۱۱ و ۱۲/۹/۱۳۵۸

۹ - لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸/۷/۸

۱۰ - نظریه کمیسیون قوانین مدنی به حکایت پرونده کلاسه

۷۱ مبنی بر عدم بطلان عقد نکاحی که بدون اجازه پدر یا جدپدری

۱۲۷

۳۵۷

باشد.

۱۱ - نظر مشورتی مورخ ۱۳۷۱/۹/۸ اداره حقوقی (طی شماره

۷/۲۷۹۸) مبنی بر منوط دانستن صحت بطلان عقد نکاحی که بدون اجازه ولی واقع شده به صدور فتوی از طرف مجتهد جامع الشرایط صاحب فتوی.

۱۲ - نظریه مورخ ۱۳۷۰/۶/۶ شورای نگهبان در مورد مغایر دانستن الزام دختر به مراجعه به دادگاه گرفتن اذن در صورت مضایقه ولی از دادن اجازه بدون علت موجه با موازین شرعی.

۱۳ - نظریه مورخ ۱۳۷۰/۶/۶ شورای نگهبان در مورد مغایر با موازین شرع بودن الزام مراجعه به دختر به دادگاه و استیذان از آن در صورت حاضر نبودن ولی در محل و عدم امکان استیذان.

۱۴ - رای وحدت رویه مورخ ۶۳/۱/۲۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور (شماره ۶۲/۶۲) در مورد اسقاط ولایت ولی به سبب دخول بطور مطلق (چه مشروع و چه نامشروع).

۱۵ - رأی وحدت رویه مورخ ۷۶/۴/۱۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور (شماره ۶۱۷) مبنی بر تکلیف به اخذ شناسنامه برای طفل متولد شده از طریق زنا از جانب زانی.

۱۶ - نظریه مشورتی رؤسای دادگاههای حقوقی ۲ مورخ ۶۶/۱۰/۱۰ در مورد ولایت عرضی پدر و جدپدری.

۱۷ - کنوانسیون رفع تبعیض علیه زن و مرد مصوبه ۱۸ دسامبر ۱۹۷۹ (طی قطعنامه ۱۸۰ و ۳۴ مجمع عمومی سازمان ملل).

۱۸ - قانون خانواده الجزایر.

۱۹ - قانون احوال شخصیه سوریه.

- ۲۰ - فتوای حضرت آیت الله العظمی منتظری در تاریخ ۷۷/۴/۱ در مورد وضعیت نکاح دختر باکره‌ای که مستقلاً وبدون اذن ولی صورت گرفته.
- ۲۱ - فتوای حضرت آیت الله العظمی صانعی در تاریخ ۷۷/۴/۱۵ در مورد فرض سؤال بالا.
- ۲۲ - فتوای حضرت آیت الله العظمی وحیدی خراسانی در تاریخ ۷۷/۳/۱۸ در مورد فرض سؤال بالا.
- ۲۳ - فتوای حضرت آیت الله العظمی فاضل لنکرانی در تاریخ ۷۷/۳/۲۸ در مورد فرض سؤال بالا.
- ۲۴ - فتوای حضرت آیت الله العظمی بهجت در تاریخ ۷۷/۴/۱۶ در مورد فرض سؤال بالا.
- ۲۵ - فتوای حضرت آیت الله العظمی مکارم شیرازی در تاریخ ۷۷/۳/۳۱ در مورد فرض سؤال بالا.
- ۲۶ - فتوای حضرت آیت الله العظمی تبریزی در تاریخ ۷۷/۳/۱۸ در مورد فرض سؤال بالا.



بسمه تعالی

محضر مبارک حضرت آیت الله العظمی وحیدی خراسانی

(مدظله العالی)

خواهشمند است فتوای مبارک خویش را در مورد مسائل ذیل اعلام

فرمائید:

۱- ضمانت اجرای نکاح دختر باکره بالغه‌ای که مستقلاً و بدون اذن

ولی صورت گرفته در صورت عدم تنفیذ بعدی از جانب ولی چیست؟

۲- در فرض بطلان عقد نکاح واقع شده در مسئله بالا چنانچه دختر

مجدداً بخواهد با همان مرد ازدواج کند آیا ازاله بکارتی که به موجب

چنین عقد باطلی صورت گرفته موجب اسقاط اذن ولی می‌گردد؟

بسمه تعالی

در فرض سؤال به دختر بالغه بوده است عقد صحیح واقع شده

بلی مستحب بات از ولی نیز اجازه بگیرند جواب سؤال ۲ معلوم است

محمدالحسین الوحیدی

نشانی: مازندران - کلاردشت - حسن کیف - روبروی کارخانه

ماکارونی - منزل بابک عسگریان

بسمه تعالی

محضر مبارک حضرت آیت الله العظمی بهجت (مدظله العالی)

با احترام،

خواهشمند است فتوای مبارک خویش را در مورد مسائل زیر اعلام

فرمائید:

۱- ضمانت اجرای نکاح دختر باکره بالغه‌ای که مستقلاً و بدون اذن

ولی صورت گرفته در صورت عدم تنفیذ بعدی از جانب ولی چیست؟

بسمه تعالی: احتیاط تکلیفی در استیذان از ولی است، وضعاً عقد صحیح

است هرچند تنفیذ قبلاً یا بعداً از طرف ولی نشود.

۲- در فرض بطلان عقد نکاح واقع شده در مسئله بالا چنانچه دختر

مجدداً بخواهد با همان مرد ازدواج کند آیا ازاله بکارتی که به موجب

چنین عقد باطلی صورت گرفته موجب اسقاط اذن ولی می‌گردد؟

بسمه تعالی

از مسأله قبلی معلوم می‌شود

والله العالم

نشانی: مازندران - کلاردشت - حسن کیف - روبروی کارخانه

ماکارونی - منزل بابک عسگریان

بسمه تعالی

محضر مبارک حضرت آیت الله العظمی منتظری (مدظله

العالی)

با احترام،

خواهشمند است فتوای مبارکخویش را در مورد مسائل زیر اعلام

فرمائید:

۱- ضمانت اجرای نکاح دختر باکره بالغه‌ای که مستقلاً و بدون اذن

ولی صورت گرفته در صورت عدم تنفیذ بعدی از جانب ولی چیست؟

۲- در فرض بطلان عقد نکاح واقع شده در مسئله بالا

چنانچه دختر مجدداً بخواهد با همان مرد ازدواج کند ازاله بکارتی

که به موجب چنین عقد باطلی صورت گرفته موجب سقوط اذن ولی

می‌گردد در فرضی که دختر مجدداً بخواهد با همان مرد ازدواج کند؟

بسمه تعالی

ج ۱- دختر بالغه و رشیده اگر بخواهد ازدواج کند

بنا بر احتیاط واجب باید با اذن ولی باشد ولی اگر دختر

بالغه و رشیده که مصالح خود را تشخیص می‌دهد با

فردی که به او مایل است و کفو او هم هست بخواهد

ازدواج کند و ولی بدون عذر موجه بهانه جویی می‌کند

در اینصورت اذن یا تنفیذ او لازم نیست.

ج ۲- با فرض بطلان عقد اذن ولی بنا بر احتیاط

ساقط نمی‌شود.

نشانی: مازندران - کلاردشت - حسن کیف - روبروی کارخانه

ماکارونی - منزل بابک عسگریان

بسمه تعالی

محضر مبارک حضرت آیت الله العظمی فاضل لنکرانی (مدظله

العالی)

با احترام،

خواهشمند است فتوای مبارکخویش را در مورد مسائل زیر اعلام

فرمائید:

- ۱- ضمانت اجرای نکاح دختر باکره بالغه‌ای که مستقلاً و بدون اذن ولی صورت گرفته در صورت عدم تنفیذ بعدی از جانب ولی چیست؟
- ۲- در فرض بطلان عقد نکاح واقع شده در مسئله بالا چنانچه دختر مجدداً بخواهد با همان مرد ازدواج کند آیا ازاله بکارتی که به موجب چنین عقد باطلی صورت گرفته موجب اسقاط اذن ولی می‌گردد؟

بسمه تعالی

۱- سؤال مجمل است ولی این عقد صحیح

است و اینها حکم زن و شوهر شرعی را دارند

هرچند نتوانند اجازه پدر یا جدپدری را کسب کنند

گرچه تحصیل آن اولی است

۲- نیاز به عقد مجدد ندارند

۷۷/۳/۲۸

نشانی: مازندران - کلاردشت - حسن کیف - روبروی کارخانه

ماکارونی - منزل بابک عسگریان

بسمه تعالی

محضر مبارک حضرت آیت الله العظمی مکارم شیرازی (مدظله

العالی)

با احترام،

خواهشمند است فتوای مبارکخویش را در مورد مسائل زیر اعلام

فرمائید:

۱- ضمانت اجرای نکاح دختر باکره بالغه‌ای که مستقلاً و بدون اذن

ولی صورت گرفته در صورت عدم تنفیذ بعدی از جانب ولی چیست؟

۲- در فرض بطلان عقد نکاح واقع شده در مسئله بالا چنانچه دختر

مجدداً بخواهد با همان مرد ازدواج کند آیا ازاله بکارتی که به موجب

چنین عقد باطلی صورت گرفته موجب اسقاط اذن ولی می‌گردد؟

بسمه تعالی

ج ۱- چنانچه عروسی نکرده‌اند احتیاط آن

است که با طلاق از هم جدا شوند ولی اگر عروسی

کرده‌اند احتیاط آن است که ولی رضایت دهد.

ج ۲- اذن ولی در این صورت شرط نیست

هرچند موافق با احتیاط است

همیشه موفق باشید

۷۷/۳/۳۱

نشانی: مازندران - کلاردشت - حسن کیف - روبروی کارخانه

ماکارونی - منزل بابک عسگریان

بسمه تعالی

محضر مبارک حضرت آیت الله العظمی تبریزی (مدظله

العالی)

با احترام،

خواهشمند است فتوای مبارکخویش را در مورد مسائل زیر اعلام

فرمائید:

۱- ضمانت اجرای نکاح دختر باکره بالغه‌ای که مستقلاً و بدون اذن

ولی صورت گرفته در صورت عدم تنفیذ بعدی از جانب ولی چیست؟

۲- در فرض بطلان عقد نکاح واقع شده در مسئله بالا چنانچه دختر

مجدداً بخواهد با همان مرد ازدواج کند آیا ازاله بکارتی که به موجب

چنین عقد باطلی صورت گرفته موجب اسقاط اذن ولی می‌گردد؟

بسمه تعالی

ج ۱- نکاح دختر باکره باید به اذن ولی او

باشد، و چنانچه نکاح او بدون اذن ولی انجام شد

بنابراحتیاط عقد مزبور باطل است و آثار زوجیت

مترتب نمی‌شود و برای جداشدن و ازدواج با

شخص دیگر نیز احتیاط آن است که مرد او را

طلاق بدهد و الله العالم.

ج ۲- در فرضی که بعد از عقد مزبور دخول

شده و بکارت دختر با دخول از بین رفته برای

ادامه زندگی باید عقد را تجدید کنند و در عقد

جدید اذن ولی معتبر نیست والله العالم

جواد تبریزی

نشانی: مازندران - کلاردشت - حسن کیف - روبروی کارخانه

ماکارونی - منزل بابک عسگریان

بسمه تعالی

محضر مبارک حضرت آیت الله العظمی صانعی (مدظله

العالی)

با احترام،

خواهشمند است فتوای مبارک خویش را در مورد مسائل زیر اعلام

فرمائید:

۱- ضمانت اجرای نکاح دختر باکره بالغه‌ای که مستقلاً و بدون اذن

ولی صورت گرفته در صورت عدم تنفیذ بعدی از جانب ولی چیست؟

۲- در فرض بطلان عقد نکاح واقع شده در مسئله بالا چنانچه دختر

مجدداً بخواهد با همان مرد ازدواج کند آیا ازاله بکارتی که به موجب

چنین عقد باطلی صورت گرفته موجب اسقاط اذن ولی می‌گردد؟

نشانی: مازندران - کلاردشت - حسن کیف - روبروی کارخانه

ماکارونی - منزل بابک عسگریان - تلفن ۲۰۳۷ - ۱۹۵۸-۰

## بسمه تعالی

ج ۱ - در ازدواج دائم دختر بالغه رشیده اگرچه اذن ولی شرط نمی باشد ولی باید مقررات قانونی ازدواج مانند ثبت در دفاتر ازدواج انجام گیرد تا مشکلات بعدی پدید نیاید و ازدواج هم به علاوه از شرعی بودن قانونی هم باشد و تخلف از اینگونه مقررات حرام است ۷۷/۴/۱۵

ج ۲ - بنابر شرطیت اذن این ازدواج در حکم عدم است و اذن لازم می باشد. ۷۷/۴/۱۵