



## نگرشی نو بر اذن ولی قهری در نکاح باکره رشیده از منظر فقه و حقوق موضوعه

پدیدآورده (ها) : صدری، سیدمحمد؛ ذاکری، حمید  
حقوق :: فقه و حقوق اسلامی :: بهار و تابستان 1393 - شماره 8 (علمی-پژوهشی/ISC)  
از 69 تا 91  
آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1133933>

دانلود شده توسط : مرکز مشاوره  
تاریخ دانلود : 09/06/1398

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است. بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابراین، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [فوائین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



نشریه علمی - پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال چهارم، شماره هشتم، بهار - تابستان ۹۳.

تاریخ دریافت: ۳۹۲/۱۲/۱۸

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۳/۴/۱۱

## نگرشی نو بر اذن ولی قهری در نکاح باکره رشیده از منظر فقه و حقوق موضوعه

<sup>۱</sup> سید محمد صدری

<sup>۲</sup> حمید ذاکری



### چکیده

در فقه، در خصوص وجود ولایت در نکاح باکره رشیده اختلاف نظر وجود دارد. نظر مشهور در این باب عدم وجود ولایت در نکاح باکره رشیده است. گرچه به نظر می‌رسد قانون‌گذار ما در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی برخلاف نظر مشهور و به تبعیت از نظر غیر مشهور مبتنی بر «وجود ولایت در نکاح باکره رشیده» وضع قانون نموده لیکن بررسی‌ها حاکی از این است که ماده مزبور مطابق با نظر مشهور، یعنی «عدم وجود ولایت ولی در نکاح باکره رشیده» وضع گردیده است. مطابق این ماده، ضمن اینکه ولی قهری، ولایتی در نکاح باکره رشیده ندارد، نکاح باکره رشیده فاقد اذن نیز صحیح است.

**کلیدواژه‌ها:** ولایت، باکره رشیده، نکاح، اذن، حقوق موضوعه، حکم.

۱- استاد یار دانشگاه پیام نور

۲- کارشناس ارشد حقوق خصوصی

Email: hamidzakeri56@yahoo.com

**۱- مقدمه**

مفهوم آزادی اراده و استقلال در تصمیم‌گیری، از مفاهیم عمیق و در خور توجه در جوامع انسانی است که ذهن هر محقق آزاداندیش را به خود جلب می‌کند. در جوامع مترقی حقوقی، نه تنها برخورداری از این موهبت، از حقوق اولیه افراد تلقی می‌شود، بلکه بر هر نهاد قانون‌گذاری نیز تکلیف می‌گردد تا در هنگام وضع قوانین با توجه ویژه به نحوه قانون‌گذاری، موجب زوال این موهبت از انسان‌ها نگردد. مجموعه تقنینی ما نیز از این قاعده مستثنی نبوده و قانون مدنی به پیروی از دین مبین اسلام و فقه غنی آن، در راستای دستیابی افراد جامعه به این حق اولیه گام برداشته و در پی تأمین استقلال و آزادی اراده آنها بوده است. به طوری که در ماده ۱۰ قانون مدنی اعلام می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.» و با وضع این ماده تبلور واقعی مفاهیم آزادی اراده و استقلال انسان‌ها در تصمیم‌گیری و انعقاد عقد را جلوه‌گر می‌نماید. یکی از مواردی که به نوعی موجب ورود شبهه در خصوص تأمین این موهبت الهی (آزادی اراده و استقلال در تصمیم‌گیری) در جامعه گردیده، وضع ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی می‌باشد. این ماده مقرر می‌دارد: «نکاح دختر باکره اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری اوست و هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند اجازه او ساقط و در این صورت دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید.» ظاهر ماده مبین اعمال اراده شخص ثالث (ولی قهری) در اراده احد از طرفین عقد (باکره رشیده) می‌باشد به طوری که در ظاهر، به نظر می‌رسد دوشیزگان نمی‌توانند رأساً و به استقلال و بدون اذن ولی قهری خود عقد نکاح منعقد نمایند و در صورت انعقاد، عقد واقع شده غیر نافذ بوده و از طرف ولی قهری قابلیت درخواست انحلال را دارد. و لیکن به نظر می‌رسد این استدلال صحیح نبوده و ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی نه تنها مبین چنین امری نمی‌باشد بلکه حسب این ماده باکره رشیده دارای استقلال کامل در انعقاد عقد حتی بدون اذن ولی قهری خود بوده و این عقد قابلیت درخواست ابطال از ناحیه ولی

قهری را ندارد. این نظریه دارای پشتوانه و دلایل مختلفی است که در این پژوهش از یک بعد (حکم وضعی و تکلیفی) به این موضوع پرداخته شده است. روشی که سابقه‌ای از آن در تحقیقات مشاهده نشده است. لذا در ادامه ضمن بیان کلیاتی در خصوص مفاهیم ولایت، مولی علیه و بیان اقوال مختلف مطروحه در فقه در زمینه نکاح باکره رشیده، به بیان مبنای نظریه ارائه شده در فوق پرداخته و جایگاه اذن ولی در نکاح باکره رشیده در حقوق موضوعه را مشخص خواهیم نمود.

## ۲- ولایت

در خصوص مفهوم و مبنای ولایت نظراتی ارائه شده است که شرح آنها در ذیل می‌گذرد.

### ۱-۲- مفهوم ولایت

ولایت به فتح و کسر «واو» به کار رفته است و در لغت به معنی کسی که کار دیگری را به عهده گیرد، برای آن اقدام نماید، تسلط پیدا کردن و تصرف کردن استعمال شده است (ابن منظور، ۱۴۱۲، ج ۱۵، ص ۴۰۱؛ تهبانوی، ۱۱۵۸ق، ج ۲، ۱۸۰۷) عده‌ای در تعریف لغوی ولایت، بین ولایت به کسر و ولایت به فتح تمییز قائل شده‌اند و عقیده دارند که ولایت هرگاه به فتح تلفظ شده باشد مصدر است و به معنای ربوبیت و نصرت و هرگاه به کسر تلفظ شود به معنای امارت و در اصطلاح سلطنت است (آل بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۳، ص ۲۱۰) ولایت به معنای تصدی نیز تعریف شده است و ولایت پدر بر صغار را تصدی پدر بر امور آنها دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۵، ص ۳۸۵۰) همچنین ولایت در معانی دیگری نیز به کار رفته است (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ص ۴۰۲؛ آل بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۳، ص ۲۱۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۵، ص ۳۸۴۹؛ امامی، ۱۳۷۸، ج ۵، ص ۲۱۳ و ۲۱۴) مسئله ولایت در حقوق و فقه مورد بحث مستقل قرار نگرفته است. محمد ابوزهره و استاد وهبه زحیلی از کسانی می‌باشند که بحث ولایت را جدای از حضانت مورد بررسی قرار داده‌اند.

استاد وهبه زحیلی در تعریف ولایت گفته است: ولایت در لغت یعنی عهده‌داری کاری و در اصطلاح قانونی یعنی اختیاری قانونی، که دارنده آن می‌تواند عقود را انشاء کرده و تنفیذ کند (زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۱۳۹). وی ولایت بر نفس و ولایت بر مال را چنین تعریف می‌کند: ولایت بر نفس یعنی اشراف بر امور شخصی چون ازدواج، تعلیم، تأدیب، مداوا، آشنا ساختن با حرف می‌باشد و ولایت بر مال یعنی اشراف بر امور مالی و حقوقی مالی قاصر (همان، ص ۱۳۹).

### ۲-۲- مبنای ولایت

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

الف - روایات. (حرعاملی، ۱۴۱۴.ق، ج ۲۰، ص ۲۹۱؛ همان، ص ۲۹۱ ح ۵) ب - اجماع. ج - سیره عقلا. د - سیره متشرعه.

البته به تمامی این مبانی ایراد وارد شده است (مکارم شیرازی، بی‌تا، ص ۴۰۱؛ حسینی عاملی، بی‌تا، ص ۲۵۶؛ مهریزی، شماره ۷۴، ص ۴۴ به نقل از علایی رحمانی، بهار ۱۳۷۹، شماره ۳۳، ص ۶۱) لازم به ذکر است، عده‌ای اعتقاد دارند که مسئله ولایت قهری از احکام تبعیدی نیست بلکه از احکام عقلایی است (موسوی بجنوردی، ترکمان، زمستان ۱۳۸۵، شماره ۳۳، ص ۱۳۹؛ خویی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۱۳).

### ۳- مولی علیه

در کتب فقهی چهار گروه به عنوان مولی علیه معرفی شده‌اند: ۱- صغیر ۲- مجنون ۳- سفیه ۴- بالغه رشیده. همچنین حسب ماده ۱۱۸۰ ق.م افراد تحت ولایت عبارت‌اند از: صغیر - غیر رشید - و مجنون در صورتی که عدم رشد یا جنون او متصل به صغر باشد. در ادامه به شرح و توصیف در خصوص بالغه می‌پردازیم.

### ۴- ولایت بر بالغه

ولایت در خصوص دختر بالغه در دو موضع مختلف با عناوین بالغه غیر رشیده و بالغه رشیده مورد بررسی قرار گرفته است. لذا در ادامه به بررسی این دو عنوان می‌پردازیم.

**۱-۴- مفهوم بالغ و رشید**

بلوغ در لغت، به معنای رسیدن است. در فقه امامیه، نظریه مشهور در خصوص سن بلوغ در دختران پایان نه سال قمری است (نجفی، بی‌تا، ج ۲۶، ص ۳۸). قانون مدنی نیز در تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ خود این نظر را پذیرفته است.

واژه رشید نیز برگرفته از واژه رشد است. رشد در لغت، ضد گمراهی (غی و ضلال) است. (ابن منظور، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۱۷۵؛ ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۳۹۸؛ فیومی، ۱۴۰۵، ص ۲۲۷). علما در خصوص واژه رشد تعاریف و معانی مختلفی ارائه نموده‌اند که به چند نمونه اشاره می‌گردد:

رشد عبارت از عقل و اصلاح مال است (علامه حلی، ۱۳۷۵، ج ۵، ص ۴۳۱). رشد ملکه‌ای نفسانی است که اصلاح مال را اقتضاء نموده و از افساد آن و صرف در غیر اموری که شایسته افعال عقلا است، مانع می‌گردد (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۱۴۸) اگرچه برخی از فقیهان عدم تلازم رشد در امور مالی را با رشد در امر نکاح احتمال داده‌اند (نجفی، بی‌تا، ج ۲۹، ص ۱۷۷ و ۱۸۱) و لیکن از برخی روایات (حرعاملی، بی‌تا، ج ۱۴، ص ۲۱۵) و همچنین نظریات حقوق دانان (صفایی، امامی، ۱۳۷۹، ص ۸۴) چنین استنباط می‌گردد که دختر رشیده در امر نکاح کسی است که در امور مالی، به حد رشد رسیده باشد.

**۲-۴- ولایت بر بالغه غیر رشیده**

در خصوص ولایت پدر و جدپدری بر دختر بالغه غیر رشیده اختلافی وجود ندارد (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ج ۷، ص ۱۲۰).

**۳-۴- ولایت بر بالغه رشیده**

احکام بالغه رشیده در دو عنوان ثبیه و باکره بیان می‌گردد.

**۱-۳-۴- ثبیه**

در تعریف مفهوم ثبیه نظریات مختلفی ارائه شده است. به عقیده طباطبایی حکیم از دیدگاه عرف معیار در ثبیه زوال بکارت است اگرچه در اثر پریدن یا بیماری و مانند آن باشد.

(طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴ق، ج ۱۴، ص ۴۵۱) صاحب جواهر عقیده دارند که ثبیه کسی است که بکارتش در اثر نزدیکی زایل گردد، اگرچه به زنا باشد یا شبهه (نجفی، بی تا، ج ۲۹، ص ۱۸۵). برخی دیگر ثبیه را کسی می‌دانند که بکارتش در اثر نزدیکی زایل گردد به شرط آنکه نزدیکی از راه نکاح باشد (نراقی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۱۲۳). عده‌ای دیگر معیار را فقط ازدواج دانسته‌اند بدین معنا که اگر دختر ازدواج نماید ثبیه می‌گردد، اگرچه شوهرش قبل از نزدیکی با او فوت نموده یا او را طلاق دهد (طباطبایی یزدی، بی تا، ج ۲، ص ۸۶۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۲۸۶). برخی از حقوق دانان نیز ملاک در ثبیه را زوال بکارت در اثر موافقه می‌دانند و ظاهراً موافقه اعم از مشروع و نامشروع را مدنظر قرار داده‌اند (صفایی، امامی، ۱۳۷۹، ص ۷۸) در خصوص ملاک در ثبیه و یا باکره بودن رأی وحدت رویه به شماره یک به تاریخ ۱۳۶۳/۰۱/۲۹ ملاک را دخول می‌داند اعم از اینکه مشروع باشد یا غیرمشروع و این دخول مطلقاً سبب سقوط ولایت پدر می‌باشد (مجموعه آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور، ۱۳۸۰، ص ۶۱). در خصوص ثبیه فقهای شیعه به اجماع زنی را که در اثر نزدیکی با او بکارتش از بین رفته برای ازدواج بعدی مستقل می‌دانند و اجازه ولی در ازدواج او را لازم ندانسته و معتقدند که پدر و یا جدپدری در ازدواج او نقشی ندارد (شعرانی، بی تا، ص ۱۷۳).

#### ۲-۳-۴- باکره

با توجه به معانی مختلفی که از ثبیه ارائه گردیده مفهوم باکره مشخص می‌گردد. زیرا باکره نقطه مقابل ثبیه است (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴ق، ج ۱۴، ص ۴۵۱).

#### ۴-۴- نظر اهل سنت

فقهای حنفی معتقد به استقلال ثبیه در ازدواج هستند و به احادیث صریحی استناد می‌کنند که از جمله آنها است: ۱- الثیب احق به نفسها من ولیها. ۲- هی املک بنفسها تولى امرها من شئت فلا باس به بعد ان تکون قد نکحت زوجا قبل ذالک (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۷، ص ۳۷۸) و لیکن شافعی‌ها ولی را نسبت به زن در امر نکاح کاملاً مستقل می‌دانند و فرقی بین صغیره، کبیره، باکره و یا ثبیه نمی‌گذارند (علامه حلی، بی تا، طبع قدیم، ج ۲، ص ۵۸۵-).

۵۸۷) حنابله و مالکیه ثبیه را کاملاً مستقل نمی‌دانند و معتقد به اختیار مشترک او با ولی هستند (مغنیه، ۱۹۹۸م، ص ۳۲۰).

### ۵- بیان اقوال فقهای امامیه

فقهای امامیه در خصوص لزوم اذن ولی در نکاح باکره رشیده نظریات مختلفی ارائه نموده‌اند به طوری که این اقوال به ۷ دسته می‌رسد. در ادامه به بیان این اقوال می‌پردازیم.

#### ۱-۵- استقلال باکره رشیده

طبق این نظر باکره رشیده در امر نکاح دارای استقلال تام می‌باشد و ولایت پدر و جدپدری به طور کامل ساقط می‌گردد. در این زمینه شهید ثانی می‌گوید همه متأخران و جماعتی از قداما، از جمله شیخ طوسی در تبیان، سید مرتضی، ابن جنید، شیخ مفید در احکام النساء، سلار و ابن ادریس قائل به سقوط ولایت از باکره رشیده به طور مطلق بوده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۶ه.ق، ج ۷، ص ۱۲۱). همچنین صاحب جواهر می‌گوید مشهور میان قداما و متأخران، سقوط ولایت از باکره رشیده است و این شهرت، نقلاً و تحصیلاً محقق است (نجفی، بی‌تا، ج ۲۹، ص ۱۷۴ و ۱۷۵). همچنین سید مرتضی نیز بر این قول ادعای اجماع نموده است (سید مرتضی، بی‌تا، ص ۱۲۰ و ۱۲۲ و ۳۲۰ و ۳۲۱). در این زمینه فقهای دیگری نیز قائل بر این نظر هستند (ابن علامه، ۱۳۸۹ق، ج ۳، ص ۲۱؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸ق، ص ۲۹۹).

#### ۲-۵- استقلال پدر و جد پدری، در نکاح باکره رشیده

در این خصوص گفته شده که در ولایت بر دختر، پیش از بلوغ و رشد یقین بوده است. پس از بلوغ و رشد در این امر شک وجود دارد لذا هنگام شک، همان ولایت دوران صغر، استصحاب می‌شود (نراقی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۶، ص ۱۱۳). البته بر این نظر ایراد شده است و آخوند خراسانی آن را صحیح نمی‌دانند زیرا شرط استصحاب بقای عرفی موضوع است درحالی که پس از زوال صغر و حصول بلوغ و رشد به طور حتم از دیدگاه عرف، موضوع متبدل شده است (آخوند خراسانی، بی‌تا، ص ۴۲۷).



معتقدان به ولایت پدر و جد پدری بر باکره رشیده، به روایات مختلفی نیز استناد کرده‌اند (حرعاملی، بی‌تا، ج ۱۴، ص ۲۱۵ و ۲۰۲؛ کلینی، ۱۳۶۷، ج ۵، ص ۳۹۳؛ طوسی، ۱۳۶۵، ج ۷، ص ۳۸۱).

### ۳-۵- تشریح ولی با بکره رشیده

مطابق نظریه تشریح، هیچ‌یک از دختر و ولی به تنهایی اختیار و آزادی در نکاح ندارد و تنها با موافقت یکدیگر می‌توانند در نکاح اعمال اراده نمایند. این قول در نزد فقهای امامیه قول غیرمشهور است. از جمله افرادی که به این نظر اعتقاد دارند می‌توان از ابوالصلاح حلبی، (حلبی، ۱۴۰۳، ص ۲۹۲) شیخ صدوق، (صدوق، ۱۴۰۴، ج ۳، ص ۳۹۵) و امام خمینی (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۵۴) نام برد.

### ۴-۵- ولایت در نکاح دائم

در مورد استقلال دختر رشیده در نکاح متعه اخبار فراوانی هست (حرعاملی، بی‌تا، ج ۱۴، ص ۴۵۷ - ۴۶۱). طبق این قول در نکاح دائم ولی بر دختر ولایت دارد و طبق نظر ولی نکاح دائم منعقد می‌گردد ولی دختر در نکاح منقطع مستقل بوده و نیازی به اذن ولی خود ندارد شیخ طوسی این نظر را در کتاب‌های تهذیب‌الاحکام و المبسوط فی فقه الامامیه خود بیان کرده است (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۷، ص ۲۵۴؛ همو، ۱۳۵۱، ج ۴، ص ۱۶۲). البته صاحب جواهر اعتقاد دارند که کتاب‌های یادشده کتاب فتوا نیستند و شیخ در مقام فتوا قول دیگری اختیار نموده است (نجفی، بی‌تا، ج ۲۹، ص ۱۷۹). ضمن اینکه نکاح دائم از نظر سقوط ولایت بر متعه اولویت دارد زیرا آن گونه که در متعه ضرر و فضاحت وجود دارد در نکاح دائم وجود ندارد (همان).

### ۵-۵- ولایت در نکاح منقطع

طبق این قول باکره رشیده در نکاح منقطع تحت ولایت ولی خود است و لیکن در ازدواج دائم مستقل می‌باشد. برای این قول به دلیلی استناد نشده است و این نظر را محقق حلی بدون ذکر نام قائل، بیان نموده (محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۵۰۲) و وقتی از قائل آن سؤال شده پاسخی نداده است (فاضل آبی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۱۱۲). صاحب جواهر نیز در

خصوص این نظر بیان کرده است که «قائلی برای این نظر نیافتیم» (نجفی، بی تا، ج ۲۹، ص ۱۷۹).

### ۶-۵- تشریک میان باکره رشیده و صرفاً پدر (و نه جد پدری)

بنابر نقلی از این قول هریک از پدر و دختر در تصمیم‌گیری راجع به ازدواج دکتر باکره رشیده استقلال دارد. محقق سید محسن حکیم از جمله معتقدین این نظر است با این توضیح که پدر می‌تواند ازدواج صورت‌گرفته توسط دختر را فسخ کند و ایشان این حق را تنها برای پدر دختر ثابت می‌داند و آن را در مورد جد پدری نفی می‌کند (طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴ق، ج ۱۴، ص ۴۴۸).

بنابر نقلی دیگر از این قول تشریک میان دختر و پدر است نه سایر اولیا. این قول را فخرالمحققین یکی از دو قول شیخ مفید عنوان کرده است (ابن علامه، ۱۳۸۹ق، ج ۳، ص ۲۰).

### ۷-۵- استقلال هریک از باکره رشیده و ولی

بر اساس این قول هریک از دختر و پدر وجد پدری در تصمیم‌گیری راجع به امر ازدواج دختر باکره رشیده مستقل است و نیازی به اذن دیگری نیست (نراقی، ۱۴۱۹، ج ۱۶، ص ۱۲۱).

### ۶- اذن ولی در نکاح از منظر فقه اهل سنت

در خصوص نکاح باکره رشیده، فقهای اهل سنت قائل به دو نظر هستند.

۶-۱- **قبول ولایت پدر و جد پدری:** این دیدگاه اعتقاد به ولایت پدر وجد پدری در امر نکاح دختر باکره داشته و معتقد است که ولی می‌تواند مستقلاً دختر باکره رشیده را به عقد ازدواج دیگری درآورد. فقهای مالکی، شافعی و حنبلی از این دسته هستند. آنها مطلقاً زن را در امر نکاح مجبور می‌دانند هرچند عاقل و رشید باشد و چند بار هم شوهر کرده باشد

(مغنیه، ۱۹۹۸م، ص ۳۲۰ - ۳۲۴؛ جناتی، بی‌تا، ص ۲۶۶). شیخ طوسی در اشاره به عقیده شافعیه بیان می‌کند: زمانی که دختر آزاد بالغه، رشیده شد هر عقدی را می‌تواند انجام دهد غیر از نکاح که در این مورد ولی او باید اقدام کند (طوسی، ۱۴۱۸ ه.ق، ج ۴، ص ۲۵) حنابله در استدلال بر این نظر خود ضمن استناد به احادیثی که در خصوص استقلال تام ولی به آنها اشاره گردیده به حدیث «لا تنکح الیتیمه الا باذنها» و همچنین حدیث «تستامر الیتیمه فی نفسها» استناد می‌کنند (قرطبی اندلسی، ۱۴۲۵ ه.ق، ج ۲، ص ۴۵) فقها در این نظر به آیه ۳۲ سوره نور و ۲۲۱ سوره بقره نیز استناد می‌کنند و معتقدند که در این آیات انکاح (انشای عقد نکاح) به مرد نسبت داده شده است (زحیلی، ۱۴۰۹ ه.ق، ج ۷، ص ۱۸۷؛ جزیری، ۱۴۱۱ ق، ج ۴، ص ۲۹ به بعد).

**۶-۲- عدم قبول ولایت پدر و جد پدری:** این دیدگاه معتقد است که پدر و جد پدری، ولایتی بر باکره رشیده ندارند و دختر خود مستقلاً می‌تواند عقد نکاح را منعقد کند. این نظر به فقهای حنفی نسبت داده شده است. ایشان معتقدند که زن مطلقاً می‌تواند بدون اذن ولی ازدواج کند حتی دختران دوشیزه که پدر دارند. فقهای حنفی در استدلال بر این نظر به آیه ۲۳۲ سوره بقره و همچنین روایاتی از جمله روایت «الایم احق بنفسها من ولیها» اشاره می‌کنند ایشان احادیثی را که در لزوم اذن ولی بیان شده حمل بر اولویت و رجحان می‌کنند و بیان می‌دارند که فرقی بین امور مالی و غیر مالی نیست چون دختر در امور مالی مستقل است، در امور غیر مالی نیز مستقل است. البته مشروط بر اینکه با هم کفو خود ازدواج کند و حداقل به مهر المثل باشد که اگر چنین نباشد، ولی حق اعتراض دارد (مغنیه، ۱۹۹۸م، ص ۳۲۴؛ جناتی، بی‌تا، ص ۲۶۸).

## ۷- جایگاه اذن ولی در حقوق موضوعه

جهت تعیین جایگاه اذن ولی در حقوق موضوعه ابتدا باید مطالبی در خصوص مفاهیم حکم تکلیفی و وضعی، انتزاع احکام وضعی از احکام تکلیفی و ورود نهی بر سبب و یا مسبب بیان گردد تا مبنای استدلال و نتیجه این قسمت که بر گرفته از این مطالب است، روشن شود. لذا در ادامه به بیان این مطالب می‌پردازیم.

**۷-۱- حکم تکلیفی**

احکام چنان که اولاً و بالذات و بدون واسطه به افعال مکلفان تعلق بگیرند، احکام تکلیفی نامیده می‌شوند که چهار قسم وجوب، حرمت، استحباب و کراهت مقتضی بعث، زجر و اباحه مقتضی تخییر است.

**۷-۲- حکم وضعی**

احکام وضعی مجعولات شرعی‌ای هستند که متضمن بعث و زجر نبوده و ابتدائاً و اولاً و بالذات به افعال تعلق نمی‌گیرند، اگرچه به واسطه تبعیت از احکام تکلیفیه نحوه‌ای تعلق به افعال نیز دارند (نائینی، بی‌تا، ج ۴، ص ۱۳۱ - ۱۴۰). محقق خویی معتقد است «حکم تکلیفی اعتبار صادره از مولی از حیث اقتضا و تخییر است و احکامی که عاری از حیثیت اقتضا و تخییر می‌باشند، تماماً از احکام وضعی هستند» (خویی، ۱۴۲۲ه، ج ۲، ص ۹۲). عده‌ای دیگر در تعریف حکم تکلیفی و وضعی چنین می‌گویند:

احکام تکلیفی: دستورات و فرمان‌های صادر شده از سوی شارع در خصوص افعال و کردار مردم اعم از امر، نهی، اجازه و رخصت را، احکام تکلیفی می‌نامند و پنج نوع است وجوب، حرمت، استحباب، کراهت و اباحه.

احکام وضعی: آن دسته از احکام شرعی هستند که هر چند ممکن است با احکام مکلفان مرتبط باشند ولی ارتباط مزبور به‌طور مستقیم نیست یعنی از سوی شارع مستقیماً نسبت به افعال مکلف اشاره نمی‌گردد و مقتضای آنها، الزام، منع یا رخصت نیست. مانند: مالکیت، زوجیت، اهلیت، سببیت، مانعیت، شرطیت، صحت و بطلان.

لذا با توجه به مطالب فوق، تفاوت احکام تکلیفی و وضعی به شرح ذیل خواهد بود:

۱- احکام وضعی مورد طلب و خواست و یا ترخیص و تخییر شارع قرار نمی‌گیرند درحالی که احکام تکلیفی مستقیماً مورد خواست شارع و یا تجویز و تخییر او قرار می‌گیرند.

۲- احکام وضعی مستقیماً به افعال و اعمال انسان‌ها تعلق نمی‌گیرند، درحالی که احکام تکلیفی این چنین هستند.

۳- احکام تکلیفی بی‌تردید از سوی شارع و با امر و نهی او مستقیماً وضع و جعل می‌شوند ولی اینکه آیا احکام وضعی نیز چنین هستند یا خیر جای گفتگو است (محقق داماد، پاییز و زمستان ۱۳۸۸، شماره ۵۰، ص ۲۷ - ۲۹).

در اینکه احکام وضعیه چه تعدادی هستند در میان علمای اصول بحث و گفتگوی زیادی شده است. برخی این دسته از احکام را محصور دانسته‌اند. ولی به عقیده عده‌ای دیگر کلیه احکامی که از دایره تکلیف و متعلقات آن بیرون هستند می‌توانند حکم وضعی محسوب شوند (همان، ص ۲۸).

### ۳-۷- انتزاع حکم وضعی از حکم تکلیفی

در خصوص انتزاع حکم وضعی از حکم تکلیفی و یا به عبارت دیگر نحوه ایجاد و جعل حکم وضعی از حکم تکلیفی می‌توان گفت که در حقوق اسلامی، موضوع احکام وضعی مورد توجه عمیق متفکرین اسلامی واقع شده و نظریات مختلفی ارائه گردیده است که می‌توان آنها را به‌طور کلی در سه نظریه دسته‌بندی کرد:

۱-۳-۷- احکام وضعی مطلقاً مستقیماً مجعول‌اند و در مواردی که حکم وضعی جعل می‌شود، برخی احکام تکلیفی از آنها انتزاع می‌شوند. مثلاً شارع مالکیت را مستقیماً جعل می‌کند به این معنی که شخصی را در بعضی شرائط مالک می‌شناسد، در این مورد حکم حرمت تصرف در ملک دیگری از آن انتزاع می‌شود و یا شرع زوجیت را میان زوجین جعل می‌کند، و سپس احکامی الزامی بر عهده طرفین از آن منتزع می‌شوند. این نظریه به فاضل تونی منتسب است.

۲-۳-۷- احکام وضعیه مستقیماً جعل نمی‌شوند بلکه آنها منتزع و برگرفته از احکام تکلیفی هستند. یعنی مثلاً شرع می‌گوید جائز نیست کسی در مالی که دیگری خریداری کرده تصرف کند. این یک حکم تکلیفی است ولی از آن احکام وضعی مالکیت، سببیت بیع برای مالکیت و نیز حکم لزوم عقد بیع انتزاع می‌شود. این احکام مستقیماً در قلمرو جعل حکم شرع نمی‌باشند. این نظر به مشهور فقهای امامیه منتسب است و شیخ انصاری پیرو مشهور و مدافع آن است. به نظر شیخ انصاری شرع نمی‌گوید: فلان چیز نجس

است، شرع به حلیت روابط میان زن و مردی که عقد نکاح برقرار می‌کنند و وجوب برخی واجبات میان آن دو حکم می‌کند و سپس حکم وضعی زوجیت از آن انتزاع می‌گردد.

**۳-۳-۷- قول به تفصیل:** این نظر منتسب به آخوند خراسانی است. به نظر خراسانی احکام وضعیه بر سه دسته‌اند:

۱- آن چه اصلاً جعل تشریحی به آن تعلق نمی‌گیرد، نه به‌طور استقلالی (یعنی شارع ابتدائاً آن حکم را جعل نمی‌نماید) - و نه به‌طور تبعی - یعنی شارع حکم دیگری را جعل نمی‌کند تا این حکم به تبع آن، جعل شود، مانند تحقق زوجیت به تبع وجود عدد چهار - هر دو گونه غیر معقول است. از شمار این دسته، شرطیت و مانعیت هستند که قابل جعل مستقیم نمی‌باشند.

۲- آن دسته از احکام وضعی که جعل استقلالی آنها با اشکال عقلی روبه‌روست، اما جعل تشریحی در آنها به تبع حکم تکلیفی معقول است.

توضیح آنکه در این موارد ابتدا منشأ انتزاع آن حکم وضعی، تشریحاً وضع می‌گردد، سپس حکم وضعی به‌طور تبعی از آن، انتزاع می‌گردد، مانند آنکه نخست حکم تکلیفی وجوب نماز وضع و جعل می‌شود و چون موضوع حکم مزبور یعنی نماز مرکب از اموری است، از این جعل، حکم جزئیت - که یک حکم وضعی است - برای سوره، انتزاع می‌شود پس جعل حکم جزئیت برای سوره، تبعی است.

۳- آن دسته از احکام وضعی که هم جعل استقلالی برای آنها متصور است و هم جعل تبعی و انتزاع آنها نسبت به حکم تکلیفی و یا حکمی دیگر معقول است، که در فرض اخیر حکم نخستین، منشأ انتزاع حکم وضعی می‌شود.

توضیح آنکه: مثلاً شارع می‌تواند زوجیت را ابتدا جعل نماید به این نحو که بگوید: هر مرد و زنی قرارداد نکاح منعقد نمایند رابطه زوجیت میانشان برقرار می‌گردد. در اینجا حکم وضعی زوجیت توسط شارع به نحو استقلالی وضع و جعل گردیده است. همچنین می‌تواند زوجیت را نه به نحو استقلالی، بلکه به نحو تبعی وضع و جعل کند، به این نحو که بگوید: نظر کردن و نزدیکی کردن میان مرد و زنی که قرارداد ازدواج میانشان منعقد گردیده مباح و

حلال است و یا نفقه و ارث و اطاعت واجب است، که به تبع این احکام تکلیفی، زوجیت انتزاع می‌شود. به نظر خراسانی احکامی نظیر ملکیت، زوجیت، قضاوت، ولایت، لزوم و امثال آنها مسقیماً قابل جعل‌اند، و نیازی ندارد که به انتزاع متوسل شویم، هرچند که امکان جعل تبعی هم وجود دارد (همان، ص ۳۳ - ۳۱).

#### ۴-۷- ورود نهی بر سبب و یا مسبب

در خصوص ورود نهی بر سبب و یا مسبب نکته قابل ذکر این است که هر معامله دو بخش دارد، سبب و مسبب. سبب عبارت است از انجام قرارداد با شکل خاص خود و مسبب عبارت است از، اثر حقوقی که بر سبب مترتب می‌گردد. مثلاً در عقد بیع سبب عبارت است از صیغه بیع که میان فروشنده و خریدار با شرایط مخصوصی منعقد می‌گردد؛ و مسبب عبارت است از انتقال عوضین به بایع و مشتری که در فرض وجود شرایط صحت مترتب می‌گردد. در معاملات گاه سبب مورد امر و نهی قرار می‌گیرد و گاه مسبب. مثلاً موردنظر قانون‌گذار از نهی در معامله در معابر عمومی، نهی از نشستن و گفتگوی معاملی کردن است و نظری به نقل و انتقال ندارد.

همچنین است در معامله در زمان نماز جمعه. بنابراین اگر خداوند فرموده است:

«اذا نودی للصلوة من یوم الجمعة فاسعوا الی ذکر الله و ذرو البیع» وقتی شما را برای نماز ندا می‌کنند به سوی ذکر خدا بشتابید و خرید و فروش را رها سازید، امر به رها ساختن خرید و فروش، تعبیر دیگری است از نهی و منع آن و نهی صرفاً برای عدم ترک نماز است و نه اصل انتقال که مسبب است (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۲۷). بنابراین می‌توان چنین گفت که: نهی وارده یا بر سبب است و یا بر مسبب. چنانچه نهی بر سبب وارد شود، این نهی موجب فساد معامله یا رفع اثر حقوقی نخواهد بود. زیرا در معاملات اثبات امر به ترک عمل (و یا به عبارت دیگر نهی از انجام عمل)، اثبات بطلان آثار عمل نمی‌کند و اثبات ورود نهی شارع، بر ایجاد عمل، اثبات اراده شارع، بر رفع اثر عمل حقوقی نمی‌کند.

چنانچه نهی بر مسبب وارد شده باشد این نهی می‌تواند موجب رفع اثر حقوقی از عمل شود زیرا هدف شارع از نهی مسبب جلوگیری از ظهور آثار عمل حقوقی است و بر منع

ظهور آثار حقوقی نظر دارد. البته وقتی نهی از ظهور آثار عمل می‌شود در واقع نهی از ظهور عمل نیز می‌شود زیرا مسبب بدون سبب ایجاد نمی‌شود و نهی از مسبب نهی از سبب را نیز به دنبال دارد.

#### ۵-۷- هنگام شک در ورود نهی بر سبب و یا مسبب چه باید کرد؟

لازم به ذکر است که در فقه در خصوص صحت عقود دو نظر ارائه شده است عده‌ای با استناد به اصل عدم، معتقدند که در صورت شک در صحت عقود و شک در حصول و ایجاد یک ماهیت حقوقی (عقد) طبق اصل عدم باید معتقد به عدم ایجاد ماهیت حقوقی بود. بنابراین چنانچه قائل به این نظر باشیم در ما نحن فیه یعنی در زمان شک در اینکه نهی بر سبب وارد شده است و یا بر مسبب باید قائل به ورود نهی بر مسبب باشیم و رفع اثر حقوقی از نهی وارد شده نماییم. بنابراین طبق این نظر اثر حقوقی ایجاد نشده است و عقد باطل می‌باشد. لیکن عده‌ای قائل به اصل صحت عقود می‌باشند و معتقدند با توجه به اینکه می‌بخت عقود از احکام امضایی شارع مقدس می‌باشد و این احکام در عرف جامعه کاربرد داشته و به آنها عمل می‌شود که این شیوه عقلایی است، بنابراین تا زمانی که نسبت به آنها نهی وارد نشده است، باید معتقد به صحت این عقود و آثار بود زیرا شارع مقدس عقل عقلا می‌باشد. لذا چنانچه ما چنین پیشینه ذهنی داشته باشیم مطمئناً باید نهی وارده را بر سبب بدانیم و نه بر مسبب. بنابراین در زمان شک در اینکه آیا نهی بر سبب وارد شده است یا بر مسبب، طبق این نظر نهی وارده را بر سبب دانسته و حکم بر ایجاد اثر حقوقی می‌نماییم یعنی بر عملی که پس از نهی انجام شده آثار حقوقی صحت مترتب می‌شود و آن عمل صحیح است.

#### ۸- تحلیل موضوع

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی مبین وجود حکم تکلیفی بر باکره رشیده دائر بر اخذ اذن از ولی قهری خود در امر نکاح است و مقتضی حکم تکلیفی صحت و بطلان نیست و این آثار از آثار احکام وضعی است.



لذا چنانچه اعتقاد به ایجاد اثر حکم وضعی بر این حکم تکلیفی نداشته باشیم، نکاح باکره رشیده فاقد اذن صحیح است و صرفاً مرتکب فعل حرام و یا مکروه شده. و لیکن چنانچه اعتقاد به انتزاع اثر حکم وضعی از این حکم تکلیفی داشته باشیم باید ببینیم که آیا نهی وارد شده بر سبب است و یا مسبب. چنانچه در این ماده اعتقاد بر ورود نهی بر سبب باشد، نکاح باکره فاقد اذن صحیح خواهد بود ولیکن چنانچه در این ماده اعتقاد بر ورود نهی بر مسبب باشد عقد باطل است.

بنابراین در ما نحن فیه، اینکه آیا نکاح باکره فاقد اذن صحیح تلقی می‌گردد و یا خیر؟ یعنی آیا نهی بر سبب وارد شده است که مفهوم آن حرمت و یا کراهت انعقاد نکاح بدون اذن ولی توسط باکره رشیده و ایجاد آثار حقوقی و وضعی عقد نکاح است و یا اینکه نهی بر مسبب وارد شده است که نتیجه آن عدم ایجاد آثار عقد نکاح و ایجاد روابط زوجیت و به عبارتی بطلان نکاح است، چنانچه از منظر فقهی پیشینه ذهنی ما اصل عدم باشد نظر بر ورود نهی بر مسبب و عدم صحت نکاح خواهیم داشت و چنانچه پیشینه ذهنی ما اصل صحت باشد مطمئناً نظر بر ورود نهی بر سبب و صحت نکاح خواهیم داشت. لیکن آنچه مهم است این مطلب است که در حقوق موضوعه باید نظری ارائه گردد که مبتنی بر حقوق موضوعه باشد. به عبارت دیگر هنگام شک در ورود نهی بر سبب و یا مسبب، باید با توجه به پیشینه ذهنی موجود در قانون مدنی مبنی بر اعتقاد به اصل صحت و یا بطلان عقود، نظر داد.

ذکر این نکته لازم است، اگرچه قانون مدنی ما بر گرفته از فقه است و لیکن در خصوص اصل صحت و یا بطلان عقود، نظریه اصل صحت عقود را برگزیده و در ماده ۱۰ قانون مدنی که اعلام می‌دارد «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». همچنین در ماده ۲۲۳ همان قانون که اعلام داشته «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود»، این موضوع نمود دارد. بنابراین در موضوع سؤال، باید با پیشینه ذهنی که مبتنی بر قانون مدنی می‌باشد به موضوع پرداخته شود.

اگرچه در این ماده ما دلیلی بر ورود نهی بر مسبب نداریم و می‌توان نهی وارده را با توجه به قواعد عمومی قراردادها بر سبب وارد دانست، لیکن با صرف‌نظر کردن از دلایل موجود و نادیده انگاشتن آنها می‌توان گفت که در این ماده در ورود نهی بر سبب و یا مسبب شک حاصل شده است و هنگام شک در ورود نهی بر سبب و یا مسبب، تکلیف، مراجعه به پیشینه ذهنی قبلی، مبنی بر قبول و یا عدم قبول اصل صحت در عقود است. لذا از آنجا که در قانون مدنی، اصل صحت عقود پذیرفته شده است باید هنگام شک در ورود نهی بر سبب و یا مسبب، نهی وارده را بر سبب دانسته و حکم بر صحت عقد داد. بنابراین در ما نحن فیه با اعتقاد به ورود نهی بر سبب حکم به صحت نکاح باکره رشیده فاقد اذن خواهد شد و این نکاح صحیح است.

لذا با توجه به اینکه ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی از احکام تکلیفی است اخذ مفهوم صحت و بطلان از آن صحیح نیست و اینکه گفته شده است ازدواج باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه ولی قهری است به معنی این نمی‌باشد که عقد بدون اجازه ولی غیر نافذ است و اگر باکره رشیده از ولی قهری خود اجازه در امر نکاح نگرفت و ولی آن نکاح را تنفیذ نکرد نکاح باطل می‌باشد. لذا برداشت این مفهوم با توجه به اینکه ماده ۱۰۴۳ از احکام تکلیفی است و نه وضعی و اینکه صحت و بطلان مقتضای احکام وضعی است و نه تکلیفی، و همچنین اینکه در اینجا حکم وضعی بطلان از حکم تکلیفی الزام باکره رشیده به اخذ اذن انتزاع نمی‌گردد، اعتقاد به عدم نفوذ نکاح باکره رشیده فاقد اذن، صحیح نیست و نکاح باکره فاقد اذن صحیح است و ولی نمی‌تواند در خواست بطلان چنین نکاحی را مطرح کند. بنابراین اخذ مفهوم بطلان و عدم نفوذ از واژه موقوف (همان‌گونه که در فقه این واژه در این معانی به کار گرفته می‌شود) در اینجا صحیح نبوده و موقوف بودن نکاح باکره رشیده به اذن ولی، به دلیل الزامی است که قانون‌گذار بر عهده باکره رشیده نهاده تا اذن ولی را در ازدواج اخذ کند و از راهنمایی و تجربه و بنیه عقلی ولی قهری استفاده کند. به عبارت دیگر با توجه به نوع خلقت بانوان که قوه عاطفی در آنها غالباً بر قوه عقلی غلبه داشته و تصمیمات آنها را به خصوص در امر ازدواج متأثر از خود می‌سازد و در اغلب موارد وعده‌های فریبنده مردان نیز آنها را به چالش کشیده و در نوع تصمیم ایشان تأثیر می‌گذارد، قانون‌گذار از این طریق

از آسیب‌های احتمالی و بالقوه آینده ناشی از انتخاب نادرست باکره رشیده در انتخاب همسر، که نه تنها به خود او خواهد رسید بلکه آثار آن دامن کل جامعه را خواهد گرفت، جلوگیری کرده است. لیکن با توجه به ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی نهایت ضمانت اجرایی که می‌توان از این ماده و همچنین ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی اخذ کرد، عدم ثبت نکاح واقع شده است. زیرا با توجه به منطوق ماده، مستنبط از انتهای ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی ضمانت اجرا صرفاً عدم ثبت نکاح است و نه بطلان عقد. همچنین در تبصره ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی نیز مستنبط از منطوق ماده، ضمانت اجرا صرفاً عدم ثبت نکاح است و نه بطلان عقد.

#### ۹- نتیجه

در خصوص مفهوم ولایت، عمدتاً نظرات واحدند. دلایل و مبانی نظریه ولایت پدر و جد پدری را می‌توان در چهار عنوان الف- روایات ب- اجماع ج- سیره عقلا و د- سیره متشرعه، دسته‌بندی کرد. در کتب فقهی چهار گروه به‌عنوان مولی علیه معرفی شده‌اند: ۱- صغیر ۲- مجنون ۳- سفیه ۴- بالغه رشیده. همچنین حسب ماده ۱۱۸۰ ق.م.ا.ف.ت. تحت ولایت عبارت‌اند از: صغیر، غیر رشید و مجنون در صورتی که عدم رشد یا جنون او متصل به صغر باشد.

احکام بالغه رشیده در دو عنوان یتیمه و باکره قابل بیان است. در تعریف مفهوم یتیمه نظریات مختلفی ارائه شده است. با توجه به معانی مختلفی که از یتیمه ارائه گردیده مفهوم باکره مشخص می‌گردد، زیرا باکره نقطه مقابل یتیمه است. فقهای امامیه در خصوص لزوم اذن ولی در نکاح باکره رشیده نظریات مختلفی ارائه نموده‌اند به طوری که این اقوال به ۷ دسته می‌رسد. لیکن نظر مشهور عدم وجود ولایت در نکاح باکره رشیده است.

جهت تعیین جایگاه اذن ولی در حقوق موضوعه در ابتدا مطالبی در خصوص مفاهیم حکم تکلیفی و وضعی، انتزاع احکام وضعی از احکام تکلیفی و ورود نهی بر سبب و یا مسبب بیان گردید تا مبنای استدلال و نتیجه بحث که برگرفته از این مطالب است، روشن شود. مشخص شد که ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی مبین وجود حکم تکلیفی بر باکره رشیده دائر

بر اخذ اذن از ولی قهری خود در امر نکاح است و مقتضای حکم تکلیفی صحت و بطلان نیست و این آثار از آثار احکام وضعی است.

لذا با توجه به اینکه ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی از احکام تکلیفی است و نه وضعی و اینکه صحت و بطلان مقتضای احکام وضعی است و نه تکلیفی، و همچنین اینکه در اینجا حکم وضعی بطلان از حکم تکلیفی الزام باکره رشیده به اخذ اذن انتزاع نمی‌گردد، اعتقاد به بطلان و یا عدم نفوذ نکاح باکره رشیده فاقد اذن، صحیح نیست و نکاح باکره رشیده فاقد اذن صحیح می‌باشد و ولی قهری نمی‌تواند درخواست بطلان چنین نکاحی را مطرح کند.



## فهرست منابع

### کتاب عربی

- ۱- قرآن کریم
- ۲- آخوند خراسانی، محمدکاظم، (بی تا)، *کفایه الاصول*، بی جا، آل البيت لاحیاء التراث.
- ۳- آل بحر العلوم، سیدمحمد، (۱۳۶۲)، *بلغه الفقیه*، چاپ چهارم، تهران، ناصر خسرو، پاساژ حمیدی، منشورات مکتبه الصادق.
- ۴- ابن حمزه، محمدبن علی، (۱۴۰۸ق)، *الوسیله الی نیل الفضیله*، قم، مکتبه المرعشی النجفی.
- ۵- ابن علامه، فخر المحققین محمد بن حسن، (۱۳۸۹ق)، *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، چاپ اول، قم، المطبعه العلمیه.
- ۶- ابن فارس، احمد، (۱۴۰۴ق)، *معجم مقاییس اللغة*، قم، مکتب الاعلام الاسلامی.
- ۷- ابن منظور، محمدبن مکرم، (۱۴۱۲)، *لسان العرب*، بیروت، دارالتراث العربی، مؤسسه تاریخ العربی.
- ۸- تهانوی، محمدعلی بن علی، (۱۱۵۸ق)، *موسوعه کشاف اصطلاحات الفنون و العلوم*.
- ۹- جزیری، عبدالرحمن، (۱۴۱۱ه ق)، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، بیروت، دارالفکر.
- ۱۰- جناتی، محمدابراهیم، (بی تا)، *دروس فی فقه المقارن*، بی جا، منظمه الاعداد الاسلامی.
- ۱۱- حر عاملی، محمد بن حسن، (بی تا)، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ۱۲- حسینی عاملی، سید محمد جواد، (بی تا)، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم، مؤسسه آل البيت.
- ۱۳- حلبی، ابوصلاح تقی الدین، (۵۱۴۰۳ق)، *الکافی فی الفقه*، تحقیق رضا استادی، اصفهان، مکتبه الامام امیرالمومنین (ع).
- ۱۴- حلی، حسن بن یوسف، (۱۳۷۵)، *مختلف الشیعه*، قم، مکتب الاعلام الاسلامی.
- ۱۵- حلی، حسن بن یوسف، (بی تا)، *تذکره الفقها*، (طبع قدیم)، قم، مکتبه مرتضویه لاحیاء آثار جعفریه.

- ۱۶- خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۲۰ق)، *مصباح الفقاهه*، بیروت، دارالهادی.
- ۱۷- خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۲۲ه)، *مصباح الاصول*، چاپ اول، نجف، مؤسسه احیاء آثار الامام خویی.
- ۱۸- زحیلی، وهبه، (۱۴۰۹ ق)، *الفقه الاسلامی وادلتہ*، چاپ سوم، دمشق، دارالفکر.
- ۱۹- سیدمرتضی، علی بن حسین، (بی تا)، *الانتصار*، قم، منشورات الشریف الرضی.
- ۲۰- شعرانی، ابوالحسن، (بی تا)، ترجمه و شرح *تبصرة المتعلمین*، بی جا، جامع فقه اهل بیت.
- ۲۱- شهید ثانی، زین الدین بن علی الجبعی العاملی، (۱۴۱۶ه.ق)، *مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام*، چاپ اول، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- ۲۲- صدوق، محمدبن علی بن حسین بن بابویه، (۱۴۰۴ه.ق)، *من لا يحضره الفقيه*، چاپ دوم، قم، انتشارات جامعه مدرسین.
- ۲۳- طباطبایی حکیم، محسن، (۱۴۰۴ق)، *مستمسک العروه الوثقی*، قم، مکتب المرعشی النجفی.
- ۲۴- طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم، (بی تا)، *العروه الوثقی*، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- ۲۵- طوسی، محمدبن حسن، (۱۳۵۱ه.ش)، *المبسوط فی فقه الامامیه*، قم، مکتبه المرتضویه.
- ۲۶- طوسی، محمدبن حسن، (۱۳۶۵)، *تهذیب الاحکام فی شرح المقنعه لشیخ المفید*، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- ۲۷- طوسی، محمدبن حسن، (۱۴۱۸ه ق)، *الخلاف*، قم، مؤسسه نشر الاسلامی.
- ۲۸- فاضل آبی، حسن بن ابی طالب، (۱۴۰۸ق)، *کشف الرموز*، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
- ۲۹- فیومی، احمد بن محمد، (۱۴۰۵ق)، *المصباح المنیر*، چاپ اول، قم، دارالهجره.
- ۳۰- قرطبی اندلسی، محمد بن احمد بن رشد، (۱۴۲۵ه.ق)، *بدایه المجتهد و نهایه المقتصد*، قاهره، دارالعقید.
- ۳۱- کلینی، محمدبن یعقوب، (۱۳۶۷)، *الفروع من الکافی*، چاپ سوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- ۳۲- محقق حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۰۹)، *شرايع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، چاپ دوم، تهران، انتشارات استقلال.

- ۳۳- مغنیه، محمد جواد، (۱۹۹۸م)، *الفقه علی المذاهب الخمسه*، چاپ چهارم، تهران، الصادق.
- ۳۴- مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۵ق)، *انوار الفقاهه فی احکام العتره الطهاره (النکاح)*، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب(ع).
- ۳۵- مکارم شیرازی، ناصر، (بی تا)، *انوار الفقاهه فی احکام العتره الطهاره (کتاب البیع)*، قم، مدرسه الامام امیرالمؤمنین(ع).
- ۳۶- موسوی خمینی، روح الله، (بی تا)، *تحریر الوسیله*، قم، دارالکتب العلمیه.
- ۳۷- نائینی، محمد حسین، (بی تا)، *فوائد الاصول*، تهران، مؤسسه النصر.
- ۳۸- نجفی، محمدحسن، (بی تا)، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تهران، المکتبه الاسلامیه.
- ۳۹- نراقی، احمد بن محمد مهدی، (۱۴۱۹ق)، *مستند الشیعه فی احکام الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت.

### فارسی

- ۴۰- امامی، سید حسن، (۱۳۷۸)، *حقوق مدنی*، چاپ سیزدهم، تهران، انتشارات اسلامی.
- ۴۱- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۸)، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، انتشارات گنج دانش.
- ۴۲- صفایی، سیدحسن و امامی، اسدالله، (۱۳۷۹)، *مختصر حقوق خانواده*، چاپ سوم، تهران، نشر دادگستر.
- ۴۳- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۵)، *دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده*، تهران، مؤسسه نشر یلدا.
- ۴۴- معاونت پژوهش ریاست جمهوری، (۱۳۸۰)، *مجموعه آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور*، چاپ اول، تهران.

### مقالات

- ۴۵- علایی رحمانی، فاطمه، بهار (۱۳۷۹)، «*میزان گستره ولایت پدراز نگاه دینی*»، فصلنامه علوم انسانی دانشگاه الزهرا (س)، شماره ۳۳.

- ۴۶- محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۸)، «تحوّلات اجتهاد شیعی: مکتب‌ها- حوزه‌ها و روش‌ها (احکام تکلیفی و احکام وضعی از نظر محقق خراسانی) (۳) و (۴)»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۹ و شماره ۵۰.
- ۴۷- موسوی بجنوردی، سیدمحمد، ترکمان، عفت، (زمستان ۱۳۸۵)، «ولایت مادر در فقه و حقوق با نگرش به اندیشه امام خمینی (س)»، پژوهشنامه متین، شماره ۳۳.

### قانون

۴۸- رأی وحدت رویه به شماره یک به تاریخ ۱۳۶۳/۰۱/۲۹

۴۹- رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور

۵۰- قانون مدنی

