



نکاح دختر باکره بدون اذن ولی

از منظر فقهای اهل سنت، امامیه و حقوق ایران

سعیده خالدیان - کارشناس ارشد رشته فقه و حقوق دانشگاه تهران و مدرس دانشگاه - از اهل سنت
سجاد سلطانی رجبی دلشاد - دانشجوی رشته حقوق دانشگاه علمی-کاربردی قروه



چکیده

در برخی مواقع، دختر باکره بدون اذن پدر اقدام به ازدواج می‌کند که در مورد صحت و یا عدم صحت چنین نکاحی بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. به طور کلی می‌توان گفت که در مذاهب اهل سنت، دو رأی وجود دارد؛ یک دیدگاه که نظر بیشتر فقهاست، مبتنی بر بطلان نکاح است و دیدگاه دیگر که نظر احناف است، قائل به صحت این عقد می‌باشد. فقهای امامیه در این زمینه پنج رأی دارند که عبارت است از: استمرار ولایت برای پدر و جد پدری، استقلال باکره رشیده در نکاح، تشریک ولایت میان دختر و ولی، ثبوت ولایت دائم در عقد نکاح دائم و سقوط آن در نکاح منقطع و سقوط ولایت در نکاح دائم و ثبوت آن در نکاح منقطع. اما در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران اذن پدر، شرط تنفیذ عقد نکاح می‌باشد و بنابراین تنها اگر پس از ازدواج یاد شده، پدر یا جد پدری نکاح یاد شده را تنفیذ کنند، ازدواج صحیح است.

کلیدواژه‌ها: اذن، باکره، غیر باکره، صحت، عقد نکاح

مقدمه

همچنان که آشکار و مبین است، خداوند متعال این جهان را با هدف آفریده است و برای نیل به این هدف، انسان را خلق نمود و او را به عنوان اشرف مخلوقات خویش برگزیده و بار امانت الهی را بر دوش او نهاده است. خداوند، انسان را دارای اختیار و اراده قرار داده و راه رشد و تکامل را پیش روی او گشوده است تا با حرکت در مسیر استکمالی خویش که همان قرب الهی است، به هدف آفرینش نزدیک‌تر شود. از منظر اسلام، که دینی کامل و جامع است،



ازدواج صحیح، ابزاری است که تا حد زیادی به این رشد و تکامل کمک می‌کند و به همین دلیل، به آن توجهی خاص شده و نسبت به آن ترغیب شده است. خانواده در اسلام، از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است و این دین، یکی از اهداف ازدواج را تشکیل خانواده و تربیت نسل صالح برمی‌شمارد؛ بر اساس آیات قرآن، ازدواج وسیله‌ای برای تولید و بقای نسل در انسان و دیگر موجودات به شمار می‌آید. به عنوان نمونه:

«فَاطِرُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَمِنَ الْأَنْعَامِ أَزْوَاجًا يَذُرُّكُمْ فِيهِ لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ وَهُوَ السَّمِيعُ الْبَصِيرُ» (شوری، ۱۱)

«خداوند آفریننده‌ی آسمان‌ها و زمین است و از جنس خودتان برای شما همسرانی قرار داد و نیز از چهارپایان، جفت‌هایی آفرید و به این وسیله، شما را بی‌شمار می‌گرداند، هیچ چیز همانند او نیست و او شنوا و بینا است.»

علی‌رغم تأکیدات فوق، گاهی مسائلی پیش می‌آید که دستیابی به اهداف را مشکل می‌کند؛ از جمله این مسائل، نبود اذن پدر است که ممکن است موجب ایجاد مشکلاتی در امر ازدواج شود. از این رو، در این مقاله سعی شده است که به اهمیت و لزوم اذن پدر توجه شود. همچنین این مقاله به دنبال شرح آثار ازدواجی است که اذن ولی در آن موجود نمی‌باشد. بنابراین این مقاله، سعی در پاسخ‌گویی به دو پرسش زیر را دارد:

۱. ازدواج دختر باکره بدون اذن ولی چه حکمی دارد؟

۲. در صورت ابطال چنین ازدواجی، چه آثاری به همراه دارد؟

پژوهش حاضر به روش تحلیلی - توصیفی انجام شده است و براساس آن، نخست مطالب مورد نیاز از قرآن کریم و تفاسیر آن، کتب حدیث و شروح آنها، کتب لغت، اصول، فقه، فتاوی مذاهب اسلامی و برخی از کتب حقوقی استخراج گردیده و سپس با استفاده از روش تحلیلی و منابع کتابخانه‌ای به طرح عناوین و مطالب پرداخته شده است و در هر مورد، فروع مسائل ذکر شده، با ارجاعات صحیح مورد تجزیه و تحلیل و بررسی قرار گرفته‌اند. در این راستا، در ابتدا نظریات و آرای مختلف فقهای اسلامی و سپس آرای حقوق‌دانان بیان گردیده و در نهایت، به نقد و بررسی این اقوال پرداخته شده و رأی راجح بیان گردیده است. هدف از انجام این مقاله، روشن شدن حکم مسائلی است که در عصر امروز، به وضوح در میان تمام جوامع بشری دیده می‌شود؛ مسائلی که به افراد زیان دیده کمک می‌کند تا با استفاده از راه‌هایی که شرع برای آن‌ها مقرر نموده است، بتوانند حق خود را از کسی که به آنها ضرر زده است، بگیرند و افراد سودجو نتوانند موجب ایراد ضرر به دیگران شوند.



تبیین مفاهیم

در این مقاله، واژه‌هایی وجود دارند که ممکن است برای خواننده مبهم باشد، بنابراین لازم است که معنای این واژگان در لغت و اصطلاح بیان شود.

الف) صحت و یا عدم صحت: صحت در لغت جمع الصُّحُّ و صَّحاح و به معنای سلامتی، تندرستی، درستی، اصالت، حقیقت و واقعیت است و متضاد واژه سقم به معنای بیماری و ناخوشی است. صحت در بدن، حالتی است که کارهای بدن با وجود آن، طبیعی می‌باشد. صحت در صلاه، زمانی است که قضاء ساقط باشد و صحت در عقد نیز زمانی وجود دارد که بتوان آثار آن عقد جاری شود (الفیومی، بی‌تا، ص ۳۷۴؛ ابن منظور، ۱۱۱۹ق، ص ۱۲۵).

در معنای اصطلاحی نیز صحت در نزد اصولیون، از اقسام حکم وضعی می‌باشد. البته آنها در تعریف آن با هم اختلاف دارند. بیشتر اصولیون معتقدند که افعال مکلفین، اگر با وجود همه ارکان و شرایط آن واقع شود، شارع حکم به صحت آن می‌دهد و اگر به این صورت واقع نشود، شارع حکم به بطلان آن می‌دهد. به عبارت دیگر، معنی صحت این است که آثار شرعی بر آن فعل مترتب می‌شود. پس اگر این فعل، از جمله عبادات بود، ذمه مکلف از آن‌ها بری می‌شود؛ مانند نمازی که با رعایت ارکان و شرایط آن ادا می‌شود و اگر از جمله عادات و یا معاملات باشد، آثار شرعی هر عقد بر آن مترتب می‌شود (زیدان، ۱۳۸۵ش، ص ۶۵). ولی در نزد احناف، صحت در عبادات موجب رفع انجام قضاء می‌باشد و در معاملات، موجب ترتب آثار شرعی بر آن می‌شود. غیر صحیح نیز آن است که تمامی ارکان و شرایط فعل موجود نمی‌باشد و اثر شرعی بر آن مترتب نمی‌شود. در این حالت، این فعل در نزد جمهور اصولیون، باطل و فاسد نامیده می‌شود که هر دو به یک معنا می‌باشند؛ چه این فعل، از زمره عبادات باشد و یا از زمره معاملات. پس نمازی که باطل است، فاسد نامیده می‌شود و ذمه‌ی فرد مبری نشده است و بیعی که باطل است، اثر شرعی بر آن مترتب نمی‌باشد. ولی در نزد احناف، در عبادات باطل و فاسد به یک معنا به کار برده می‌شود. پس نمازی که ارکان و شرایط آن تماماً موجود نمی‌باشد، باطل و فاسد نامیده می‌شود، اما در عقود و تصرفات، عقد یا صحیح و یا باطل و یا فاسد می‌باشد. باطل نیز آن است که در اصل و اساس عقد، خلل باشد؛ به عنوان مثال در صیغه، یا عاقدین و یا در معقودعلیه خللی وجود دارد. ولی فاسد آن است که خللی در وصفی از اوصاف عقد وجود دارد و فقط برخی از آثار عقد بر آن مترتب می‌شود؛ مثلاً در نکاح، بدون شهود، مهر و عده واجب می‌شود و در صورت دخول نسب نیز ثابت می‌شود (زحیلی، ۱۴۱۹ق، صص ۱۴۰-۱۴۱).

ب) نکاح: نکاح در لغت، مصدر ثلاثی مجرد است و ریشه‌ی آن «نَكَحَ يَنْكِحُ» است که به معنای ضم (چسبیدن)، جمع شدن (به هم پیوستن) و همچنین به معنای وارد شدن می‌باشد. به عنوان مثال، وقتی که بذر را در زمین می‌پاشند، می‌گویند: نَكَحْتُ الْبُرِّ فِي الْأَرْضِ (الجرجانی، ۱۴۰۵ق، ص ۳۱۵)

فقها در تعریف اصطلاحی نکاح، تعاریف مختلفی آورده‌اند، از جمله این که نکاح، عقدی است که برای مالکیت در تمتع، وضع شده است؛ به این معنا که هدف از انعقاد این عقد، حلال بودن تمتع زوجین از یکدیگر می‌باشد (الغزالی، بی تا، ص ۳) و یا عقدی است که وجود لفظ إنکاح یا تزویج در آن ضروری است و معقود علیه، منفعت استمتاع می‌باشد (البهوتی، بی تا، ص ۵۰۸) و یا عقدی است که متضمن مباح شدن وطاً می‌گردد و با لفظ إنکاح یا تزویج و یا ترجمه آن صورت می‌گیرد (البعوی، ۱۴۱۸ق، ص ۲۱۳).

ج) ولی: ولایت در لغت به معنای محبت، سرپرستی و یاری دادن است. خداوند متعال در قرآن کریم می‌فرماید:

«وَمَنْ يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْغَالِبُونَ» (مائده، ۶)

«هرکس که خدا و پیامبر او و مومنان را به دوستی و یاری بپذیرد (بی تردید از زمره حزب الله است) و حزب الله پیروز است»

هنگامی که از «ولایت» در فقه بحث می‌شود، باید توجه داشت که این کلمه مثل طهارت، صلاه، حج، غسل، وضو و سایر لغاتی نیست که معنای لغوی و عرفی اش فراموش شده و معنای جدیدی به خود گرفته باشد، بلکه با توجه به همان معنایی که در لغت و عرف عرب‌زبانان رایج است و در کتاب و سنت نیز بدون تغییر استفاده شده است، در فقه هم شیوع پیدا کرده است و فقیهان با توجه به موضوع بحث‌های فقهی، از این زاویه به ولایت نگریسته و آن را در چارچوب موضوعات فقهی، که مربوط به رفتار و عملکرد مکلفان است، قرار داده‌اند. ولایت در اصطلاح شرعی عبارت است از اجرای حرف خود بر دیگران و داشتن حق سرپرستی در کارهای شان. منظور از دیگران، افراد ناتوان، ناقص، مجنون و دختران بالغ در صورت ولایت اختیاری می‌باشد. برخی دیگر از فقها نیز گفته‌اند اجرای قول کسی بر دیگری، خواه آن دیگری بخواهد یا نخواهد که این تعریف، شامل ولایت اجبار می‌شود. کسی که شرع، حق ولایت را به او داده است نیز ولی نامیده می‌شود.

د) شرط و رکن: شرط در لغت به معنای علامت و نشانه لازم می‌باشد و جمع آن، اشراط می‌باشد. به عنوان مثل خداوند می‌فرماید: «فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا» (محمد، ۱۸) یعنی نشانه‌های آن (قیامت) آمده است. در اصطلاح نیز شرط آن است که وجود شیء بر آن متوقف می‌باشد و در خارج از ماهیت آن امر وجود دارد و از وجود این شرط، وجود شیء، لازم نمی‌باشد، ولی عدم وجود شرط، مستلزم عدم وجود شیء می‌باشد. منظور از وجود شیء، وجود شرعی شیء و سپس ترتب آثار شرعی بر آن می‌باشد؛ مثلاً وضو، شرط نماز خواندن است و اگر وضو نباشد، نماز صحیح نیست؛ ولی داشتن وضو حتماً نشانه انجام و اقامه نماز نمی‌باشد و ممکن است برای خواندن قرآن و یا امر دیگری باشد. (زیدان، همان، ص ۵۹)



رکن در لغت به معنای پایه و اساس می‌باشد و جانب قوی امری است که به آن تکیه می‌شود. در اصطلاح نیز رکن در نزد جمهور اصولیون با شرط اختلافی ندارد و وجود شیء بر آن متوقف می‌باشد، ولی در نزد احناف رکن آن است که وجود شیء بر آن متوقف است و جزئی از حقیقت و ماهیت شیء می‌باشد و داخل در فعل و عمل می‌باشد؛ مثلاً رکوع در نماز از ارکان نماز می‌باشد. احناف معتقدند که خلل در رکن، موجب بطلان عمل می‌شود، ولی خلل در شرط، موجب فساد عمل می‌شود و برخی از آثار بر آن مترتب می‌شود. (زیدان، همان، ص ۵۹؛ زحیلی، همان، ص ۱۳۸)

➤ مشروعیت نکاح

اسلام، عقد نکاح را تشریح کرده و آن را به عنوان نظامی محکم و قوی در نظر گرفته است که سعادت فرد، خانواده و اجتماع در آن می‌باشد. اصل در مشروعیت نکاح، قرآن کریم، سنت نبوی و اجماع فقها است که در این زمینه می‌توان به مباحث زیر اشاره نمود:

۱. قرآن کریم: قرآن در این زمینه می‌فرماید: «فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتْنِي وَ ثَلَاثَ وَرُبَاعَ» (نساء، ۳) یعنی «با زنان دیگری که برای شما حلالند و دوست دارید، با دو یا سه یا چهار تا ازدواج کنید» و همچنین در آیه دیگری می‌فرماید: «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ» (نور، ۳۲) یعنی «البته باید مردان بی‌زن و زنان بی شوهر و کنیزان و بندگان خود را به نکاح هم درآورید.»

در این آیات به صراحت، امر به ازدواج شده است. ولی لازم به ذکر است که منظور از صیغه‌ی امر که در این آیات آمده است، آن امر واجبی نیست که اگر شخصی آن را انجام ندهد، موجب عذاب وی در آخرت شود؛ بلکه این امر، طبق رأی جمهور فقها، امری استحبابی می‌باشد (ابن عبدالسلام، بی‌تا، ص ۱۶۲). البته برخی دیگر از فقها، باب توجه به ظاهر آیات، قائل به واجب بودن ازدواج برای کسی که قادر به انجام آن می‌باشد و از جهت مالی و یا دیگر جهات، مشکلی ندارند، می‌باشند. این فقیهان برای اثبات ادعای خود به حدیث «یا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنْ اسْتِطَاعَ مِنْكُمْ آبَاءَهُ فَلْيَتَزَوَّجْ فَإِنَّهُ اغْضُ لِلْبَصَرِ وَ أَحْصَنْ لِلْفَرْجِ وَ مَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ» (العسقلانی، ۱۳۷۹ق، ص ۱۰۶؛ ابوداود، بی‌تا، ص ۵) که به این معنی است: «ای جوانان هر کدام از شما که توانایی تأمین هزینه نکاح را دارد، ازدواج کنید؛ چرا که ازدواج سبب می‌شود که چشم از نگاه کردن به نامحرم فرو بسته شود و انسان از ارتکاب بی‌عفتی دوری کند و پاکدامن ماند و هر کس هزینه‌ی ازدواج کردن را ندارد، باید روزه بگیرد تا شهوتش فروکش کند و روزه او را حفظ می‌کند» استناد می‌کنند (ابن کثیر، بی‌تا، ص ۵۱).

۲. سنت نبوی: همان‌طور که در مطالب فوق ذکر شد؛ پیامبر اکرم (ص) فرموده‌اند: «یا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنْ اسْتِطَاعَ مِنْكُمْ آبَاءَهُ فَلْيَتَزَوَّجْ فَإِنَّهُ اغْضُ لِلْبَصَرِ وَ أَحْصَنْ لِلْفَرْجِ وَ مَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ

بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ» (العسقلانی، ۱۳۷۹ق، ص ۱۰۶؛ ابوداؤد، بی تا، ص ۵) یعنی «ای جوانان هر کدام از شما که توانایی تأمین هزینه‌ی نکاح را دارد، ازدواج کنید؛ چرا که ازدواج سبب می‌شود که چشم از نگاه کردن به نامحرم فرو بسته شود و انسان از ارتکاب بی‌عفتی دوری کند و پاکدامن ماند و هر کس هزینه‌ی ازدواج کردن ندارد، باید روزه بگیرد تا شهوتش فروکش کند و روزه او را (از ارتکاب به گناه) حفظ می‌کند». علاوه بر این حدیث، پیامبر (ص) در جایی دیگر می‌فرماید: «الْإِنكاحُ سُنَّتِي فَمَنْ لَمْ يَعْمَلْ بِسُنَّتِي فُلَيْسَ مِنِّي» (ابن ماجه، ۱۳۲۶ق، ص ۵۹۲) یعنی، «ازدواج سنت من است و هر کس از سنت من رویگردانی کند، از امت من نیست.» در این احادیث، پیامبر اکرم (ص)، به وضوح به مستحب و مندوب بودن ازدواج اشاره فرموده است.

۳. اجماع: امت اسلامی بر مشروعیت نکاح اتفاق نظر دارند (ابن قدامه، بی تا، ص ۳۴۰). برخی از فقها در این زمینه می‌گویند که نکاح از زمان حضرت آدم تشریح شده است و در بهشت هم ادامه دارد (جمعی از نویسندگان، ج ۴۱، ص ۲۰۹).

❖ ارکان عقد نکاح

عقد ازدواج مانند هر عقد دیگری دارای شرایط و ارکانی است که تشکیل دهنده آن می‌باشد و موجب ترتب آثار شرعی بر آن می‌شود و این ارکان عبارتند از: صیغه، زن، شوهر، ولی و دو نفر شاهد.

از آن جا که موضوع این مقاله، صحت و یا عدم صحت نکاح باکره بدون حضور ولی می‌باشد، فقط به طور خلاصه و مفید توضیحی در مورد هر یک از ارکان داده می‌شود:

الف) صیغه: صیغه عبارت است از صدور ایجاب از جانب ولی زن. البته تقدم لفظ شوهر بر ولی زن نیز صحیح می‌باشد. این صیغه با الفاظ تزویج و انکاح جاری می‌شود.

ب) زن: برای صحت نکاح، زن باید دارای این شرایط باشد:

۱. زن از محرمات نباشد.

۲. زن، معین باشد. بنابراین اگر ولی زن به مردی گفت که یکی از دخترانم را به عقد تو درآوردم، عقد به علت عدم تعیین زوجه، صحیح نیست.

۳. زن در احرام حج یا عمره نباشد. چرا که رسول خدا فرموده‌اند: «لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ، وَلَا يُنْكَحُ وَلَا يُخْطَبُ» (بیهقی، بی تا، ج ۵، ص ۶۶) یعنی فرد مُحْرِم (به حج یا عمره) نمی‌تواند ازدواج کند و دیگری نیز - خواه وی هم در احرام باشد یا نباشد - نمی‌تواند برایش وکالت کند و عقد را انجام دهد و فرد مُحْرِم حق خواستگاری کردن را هم تا پس از پایان مراسم حج و عمره ندارد.

ج) شوهر: لازم است زوج نیز شرایط زیر را داشته باشد:





۱. نباید از محرمات باشد.

۲. زوج معین باشد.

۳. زوج در احرام حج و یا عمره نباشد.

د) دو نفر شاهد: بر خلاف عقود دیگر اسلامی که ارکان آنها فقط صیغه و رضایت عاقدین می‌باشد، در عقد نکاح حضور دو نفر شاهد ضروری می‌باشد و در صورت نبود آنها، عقد نکاح صحیح نیست و باطل می‌باشد و این ضرورت، علاوه بر احترامی که خداوند برای عقد نکاح قائل است، به دلیل این حدیث پیغمبر است که می‌فرماید: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ» (ترمذی، بی‌تا، ج ۳، ص ۴۰۷). لازم به ذکر است که شریعت اسلامی در مورد شهود نیز وسواسی خاصی قائل شده است و برای این شهود، شرایطی تعیین کرده است که عبارت است از:

۱) اسلام: شهود باید مسلمان باشند. بنابراین انجام عقد ازدواج با وجود شهود غیرمسلمان صحیح نیست، زیرا عقد ازدواج، امری دینی است و باید کسی که مسلمان است بر آن شهادت دهد. علاوه بر این، شهادت نوعی ولایت می‌باشد و خداوند برای کفار هیچ ولایتی بر مسلمانان قرار نداده است و می‌فرماید: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» (نساء، ۱۴۱).

۲) مذکر بودن: شهادت زنان به تنهایی و یا به همراه مردان قبول نمی‌باشد. زهری فرموده است که روش پیغمبر این‌گونه بوده است که در طلاق و ازدواج و حدود، شهادت زنان را قبول نکرده است.

۳) عقل و بلوغ: از آن‌جا که عقد ازدواج دارای ارزش و جایگاه ویژه‌ای می‌باشد، شهادت افراد مجنون و صغیر در عقد ازدواج قبول نمی‌باشد. زیرا شهادت این افراد، موجب کاهش و از بین بردن این ارزش و اعتبار می‌شوند.

۴) عدالت، گرچه ظاهری باشد: در عقد ازدواج، به منظور جلوگیری از سخت‌گیری در این امر مهم، فقط به ظاهر افراد شاهد توجه می‌کنند و مادام که گناه آشکاری از آن‌ها سر نزده است، شهادت آن‌ها مقبول است.

۵) شنوایی: شاهدان باید در عقد ازدواج، آنچه که از طرف عاقدین قرائت می‌شود را ببینند. بنابراین در صورت ناشنوا بودن، هدفی که از وجود شهود است وصول نمی‌شود.

۶) بینایی: عقد ازدواج با شهادت دو نفر نابینا منعقد نمی‌شود، زیرا شهود باید طرفین عقد را ببینند.

۷) ولی: در مطالب قبلی به معنای اصطلاحی و لغوی ولی پرداخته شده و نیازی به ذکر دوباره آن نیست. اما دلیلی که فقها برای وجود ولی در نکاح استناد کرده‌اند، این فرموده پیغمبر است که می‌فرماید: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ» (ترمذی، بی‌تا، ج ۳، ص ۴۰۷).

◀ شرایط ولی

فقهای اسلامی برای این که ولی بتواند در زمان انعقاد نکاح شایستگی ولایت را داشته باشد، برای وی شرایط خاصی را تعیین کرده‌اند که این شرایط عبارتند از:

(۱) **کمال اهلیت:** منظور از کمال اهلیت، بالغ، عاقل و آزاد بودن وی می‌باشد. پس بچه، مجنون و معتوه و شخص مست یا برده شایستگی ولایت را ندارند؛ چون هیچ کدام به جز برده قدرت درک ندارند و شخص برده نیز خود لازم است که کسی، ولایت او را به عهده گیرد، بنابراین نمی‌تواند ولی کسی شود.

(۲) **اتحاد در دین:** یعنی پدر و جد، کافر و مرتد نباشند. اگر پدر یا جد کافر باشند و دختر باکره، مسلمان باشد، آنها به اجماع فقها ولایتی بر او ندارند. چون همان طور که در مبحث شهادت گفته شد، ولایت دادن نوعی برتری است و کسی که کافر است، شایستگی ولایت ندارد. اگر زوجه کافر باشد، وی دیگر در دایره اسلام نیست و تکلیفش مشخص است.

(۳) **مرد بودن:** در نزد همه فقها به جز احناف، مرد بودن شرط صحت ولایت است. زیرا برای اناث، ولایت ثابت نمی‌شود؛ ولی احناف خلاف این امر را معتقدند.

(۴) **عدالت:** عدالت سبب استقامت در دین می‌شود و با ادای واجبات و دوری از گناهان کبیره مثل زنا، خمر و عدم اصرار بر انجام گناهان صغیره حاصل می‌شود. البته این که این شرط را شافعیه و حنابله قبول دارند و برای شخص فاسق، حق ولایت قائل نیستند؛ به خاطر این حدیث است که پیامبر^(ص) فرموده‌اند: «لانکاح الا بشاهدی العدل و ولی المرشد» چون ولایت محتاج به نظر و تقدیر و در نظر گرفتن مصلحت دارد، ولی شخص فاسد نمی‌تواند این خصوصیات و توانایی‌ها را داشته باشد. ولی احناف و مالکیه این شرط را قبول ندارند و معتقدند که ولی، چه عادل باشد و چه فاسد حق ولایت را دارد.

(۵) **رشید بودن:** این شرط نیز مانند شرط عدالت فقط در میان حنابله و شافعیه مورد قبول است و به معنای جلوگیری از بخشش مال به طور بیهوده است (زحیلی، همان).

◀ اقسام ولایت

فقهای مذاهب اهل سنت، هر کدام به صورتی برای ولایت انواعی را تعیین نموده‌اند: احناف، ولایت را به سه نوع تقسیم کرده‌اند که شامل ولایت بر نفس، ولایت بر مال و ولایت بر نفس و مال با هم می‌شود. ولایت بر نفس به معنای اشراف بر انجام احوال شخصیه مثل تزویج و تعلیم می‌باشد که این نوع ولایت برای پدر و جد و سایر اولیاء ثابت می‌شود. ولایت بر مال، توانایی تدبیر در انجام معاملات، تصرف و حفظ آنها می‌باشد و برای پدر، جد و وصی آن دو و وصی قاضی ثابت می‌شود. ولایت بر نفس و مال هم شامل احوال شخصی و



مالی می‌شود و فقط برای پدر و جد پدری ثابت می‌شود. البته ولایت بر نفس، خود به دو نوع ولایت اجبار و اختیار تقسیم می‌شود. ولایت اجبار به معنای تنفیذ قول خود بر دیگری است و با این معنی عام، شامل چهار اسباب یعنی قرابت، مالک، ولی و سلطان می‌شود. ولایت اختیار نیز فقط حق ولی در تزویج مولی علیه می‌باشد. بر این اساس، به صاحب این حق ولی مخیر گفته می‌شود که این حق در نزد ابوحنیفه و زفر در تزویج دختر بالغه آزاده عاقله مستحب می‌باشد، چه باکره باشد چه ثیبه؛ و به خاطر رعایت عرف ایجاد شده است. پس می‌توان گفت در نزد ابوحنیفه، ولایت مخیر وجود ندارد؛ بلکه فقط یک نوع ولایت و آن هم ولایت مجبر معنی دارد (ابن عابدین، بی تا، ج ۲، ص ۴۰۶).

در نزد مالکیه، فقط دو نوع ولایت خاص و عام وجود دارد. ولایت خاص برای اشخاص معینی شامل پدر، وصی پدر، قریب العصبه، مولی، کافل و سلطان وجود دارد که این افراد به شش دلیل ابوت، ایصاء، عصیت، ملک، کفالت و سلطان دارای این حق می‌شوند. ولایت عام نیز به سبب اسلام برای هر شخص مسلمان ثابت می‌شود. به این صورت، مردی ولایت انعقاد نکاح را برای زنی که مسلمان است و ولی و وصی ندارد و جمال، نسب و حسب یعنی اخلاق کریمه ندارد، به عهده می‌گیرد (دردیر، بی تا، ج ۲، ص ۲۲۱).

ولایت در نزد شافعیه به دو نوع اجبار و اختیار تقسیم می‌شود. ولایت اجبار برای پدر و جد پدری در صورت نبود پدر ثابت می‌شود. در این نوع از ولایت، پدر می‌تواند دختر باکره صغیره و یا کبیره خود را بدون اذن وی به تزویج کسی درآورد. ولایت اختیار نیز برای همه اولیاء عصبی در تزویج دختر ثابت می‌شود، البته ولی نمی‌تواند در این نوع ولایت بدون اذن دختر، وی را به نکاح کسی در آورد (ابواسحاق، بی تا، ج ۲، ص ۳۵).

در نزد حنبله هم ولایت به دو نوع اجبار و اختیار ثابت می‌شود. ولایت اجبار برای پدر و وصی او و سپس برای حاکم اثبات می‌شود که این نوع ولایت فقط در تزویج دختر صغیره وجود دارد و برای جد و سایر اولیا ثابت نمی‌شود. ولایت اختیار نیز در هنگام تزویج دختر آزاد و مکلف چه ثیب، چه باکره به همراه اذن وی برای سایر اولیاء ثابت می‌شود (بهوتی، بی تا، ج ۵، ص ۴۵).

ترتیب ولایت

همان‌طور که گفته شد در عقد ازدواج، طبق رأی جمهور فقها باید ولی حاضر باشد، اما ممکن است که برای خواننده این سوال ایجاد شود که ولی چه کسی است و چه کسانی می‌توانند به عنوان ولی، ولایت را بعهده گیرند. فقهای اهل سنت در مورد ترتیب ولایت با هم اختلاف دارند که در مطالب زیر به بررسی این مسأله پرداخته می‌شود:

در نزد احناف، فقط ولایت اجبار و ترتیب ولایت با رعایت اقرب فالاقرب وجود دارد؛ چرا که

از خلیفه چهارم روایت شده که ولایت در نکاح به اقرب فالاقرب می‌باشد بنابراین ولایت بدین ترتیب است: نبوت، ابوت، اخوت، عموها، معتق، امام و سپس حاکم (الکاسانی، بی تا، ج ۲، ص ۲۴۰). در نزد مالکیه و در ولایت اجبار ابتدا سید مالک، حتی اگر زن باشد و سپس ولی و پس از آن، وصی ولی به ترتیب حق ولایت دارند. اما در ولایت اختیار، ابتدا نبوت، سپس پدر و پس از آن اخوت و بعد جدات حق ولایت دارند (دردیر، بی تا، ج ۲، ص ۲۲۱). در نزد شافعیه در ولایت مجبر؛ پدر، جد و بالاتر و سپس سید حق ولایت دارند و در غیر مجبر؛ پدر، جد و سپس باقی عصبات حق ولایت دارند (الشربینی، بی تا، ج ۲، ص ۳۵). در نزد حنبله در ولایت مجبر؛ پدر، وصی بعد از فوت پدر، سپس حاکم در زمان نیاز و در ولایت غیرمجبور، باقی عصبات با رعایت نزدیک‌ترین و سپس نزدیک‌تر حق ولایت را به ترتیب دارند (بهوتی، بی تا، ج ۵، ص ۵۲؛ ابن قدامه، بی تا، ج ۶، صص ۴۵۵-۴۶۰). لازم به ذکر است که فقهای اسلامی در مورد این که ولی، یکی از ارکان عقد ازدواج است و یا از شروط است، اختلاف دارند؛ برخی مانند شافعیه و مالکیه معتقدند که ولی، از ارکان عقد نکاح است و بدون وجود وی، عقد نکاح محقق نمی‌شود. اما احناف معتقدند که ولایت، شرطی در رکن عقد نکاح می‌باشد و ولایت از شروط جواز و تنفیذ عقد نکاح می‌باشد. از آنجایی که هدف این مقاله، بیان اقوال فقها در مورد صحت یا عدم صحت نکاح باکره بدون ولی می‌باشد، بنابراین بدون توضیح بیشتر به رأی فقهای اسلامی در این باب پرداخته می‌شود. اما قبل از هر چیز باید گفت که فقهای اهل تسنن در این باره قائل به دو دیدگاه هستند، ولی فقهای مذهب امامیه پنج دیدگاه دارند که در ادامه به تفکیک هر کدام از آنها بیان خواهد شد.

فقه‌های اهل تسنن

الف) قائلین به ابطال نکاح

جمهور فقهای مسلمان قائل به این هستند که در عقد نکاح، ولی یکی از ارکان این عقد می‌باشد و اگر ازدواج بدون وی صورت گیرد، این عقد باطل می‌باشد. این گروه معتقدند در صورتی که ولی وجود نداشته باشد، زوجه حتی نمی‌تواند که خود صیغه عقد را بخواند. این رأی، رأی فقهای شافعیه، مالکیه، حنبله می‌باشد و این گروه برای استحکام رأی خود به به دلایل زیر استناد نموده‌اند: (البهوتی، همان، ج ۲، ص ۳۵؛ شربین، همان، ج ۳، ص ۱۴۷؛ ابن قدامه، همان، ج ۶، ص ۴۴۹؛ دردیر، همان).

۱) قرآن: یکی از دلایل این گروه از فقها این آیه قرآنی است که خداوند می‌فرماید:

«وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ

بِالْمَعْرُوفِ» (بقره، ۲۳۲)



«هنگامی که شما (ازواج) آنها را طلاق دادید و مدت عده آنها تمام شد، نباید آنها را از شوهر کردن منع کنید، هرگاه به طریق مشروع به ازدواج با مردی تراضی نمایند»

امام شافعی در این زمینه می‌فرماید: در این آیه، معنای ولایت بر زوجه در زمان عقد به قدری واضح و روشن می‌باشد که ممکن نیست این آیه محتمل معنای دیگری غیر از این باشد. همچنین خداوند در آیه دیگری نیز می‌فرماید: «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» (نساء، ۳۴) فقها با توجه به این آیه، این مورد را از امور قیمومت بر زنان بر شمرده‌اند (شافعی، بی تا، ج ۶، ص ۳۲).
(۲) سنت: در مورد صحیح نبودن ازدواج بدون اذن ولی، احادیثی از پیغمبر اسلام (ص) روایت شده است که در این جا به ذکر چند مورد از آنها بسنده می‌شود:

«أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ - ثَلَاثًا - فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ وَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالْسُّلْطَانُ وَوَلِيٌّ مَنْ لَأَ وَوَلِيٌّ لَهُ» (بيهقي، همان، ج ۷، ص ۲۳)
 «هر زنی بدون اجازه ولی خود ازدواج کند، ازدواج وی باطل است - این جمله را سه بار تکرار فرموده‌اند- پس اگر با وی مقاربت شده بود، پرداخت مهریه در قبال مقاربت واجب است، پس اگر منازعه نمودند، سلطان ولی کسی است که ولی ندارد.»

در این حدیث نیز جای هیچ ابهامی نیست و به طور واضح مبین شده که ازدواج بدون ولی باطل است. البته در ازدواج بدون ولی، حد زنا بر شوهر واجب نمی‌شود؛ زیرا به دلیل اختلاف فقها در مورد صحت یا عدم صحت ازدواج بدون حضور ولی، شبهه ایجاد شده و همانطور که می‌دانید شبهه حد را ساقط می‌کند. حدیث دیگری نیز از رسول خدا (ص) روایت شده است که می‌فرماید: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَ شَاهِدَيْنِ» (ترمذی، بی تا، ج ۳، ص ۴۰۷) یعنی؛ نکاح بدون حضور ولی و دو شاهد عادل صحیح نمی‌باشد. ابی هریره نیز از پیامبر نقل می‌کند که: «لا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها» (قرطبی، ۴۰۵، ج ۱، ص ۷۳)

(۳) دلیل سوم این گروه بیشتر مربوط به خود زن و مشکلاتی است که ممکن است برای وی پیش بیاید. این گروه معتقدند که زن دارای حجب و حیاست و نمی‌خواهد بدون اذن ولی، در امور زندگی خود شخصاً اقدام کند. همچنین زندگی مشکلات زیادی دارد و عقد ازدواج، امر مهمی است و زن نمی‌تواند در این کار به طور شخصی تصمیم‌گیری کند. با توجه به ادله‌ای که آورده شد، این گروه از فقها بین این که زن باکره یا ثبیه یا صغیره و یا غیر صغیره باشد، فرقی قائل نشده‌اند و حکم به ابطال را در صورت نبود ولی به همه حالات تعمیم داده‌اند.

ب) قائلین به صحت عقد نکاح

این دیدگاه، قول فقهای حنفیه می‌باشد که معتقدند در صورتی که ولی نباشد و عقد نکاح صورت گیرد، این عقد صحیح می‌باشد. این فقها، برای رأی خود به دلایل زیر استناد نموده‌اند:

(سیواسی، همان، ج ۲، ص ۳۹۱؛ ابن عابدین، همان، ج ۲، ص ۴۰۷)

۱) قرآن: همان گونه که پیشتر بیان شد؛ یکی از دلایل قائلین به ابطال نکاح، استناد به آیه ۲۳۲ سوره بقره می باشد و فقها معتقدند منعی که در این آیه وجود دارد و اولیا را از نکاح دختران منع می کند، به این دلیل است که آنان خود حق انتخاب دارند و می توانند راه خود را انتخاب کنند. علاوه بر این آیه، به آیه دیگری نیز استناد نموده اند:

«وَأَمْرًا مُمِئَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا» (احزاب، ۵۰)

«اگر زنی خود خواست که نفس خویش را به نبی هبه کند اگر رسول خواست می تواند وی را عقد کند»

در این آیه شریفه نیز اشاره شده است که زوج قادر به انعقاد نکاح می باشد که این حجتی دیگر در برابر مخالفین می باشد.

۲) سنت: حدیثی که این گروه برای بیان دیدگاه خود بدان استناد نموده اند، این حدیث پیامبر (ص) می باشد که می فرمایند: «الْأَيُّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا» (مسلم، همان، ج ۲، ص ۱۰۳۷) ایمن یعنی زنی که شوهر ندارد، نسبت به حق ازدواج از ولی خود شایسته تر است.

۳) وقتی که دختر بالغ، عاقل و آزاد باشد، خودش بر نفس خویش ولایت دارد؛ در نتیجه، جایی برای مولاعلیه همانند پسر بالغ و عاقل باقی نمی ماند. بنابراین ولایت فقط بر دختر در زمان صغر ثابت است. زیرا نکاح، نوعی تصرف در منافع دختر می باشد که مصلحت دین و دنیای دختر را تعیین می کند که دختر چه در زمان صغر و چه بعد از صغر بدان نیازمند است و چون خود نمی تواند در زمان صغر، مصلحت را احراز نماید و پدر هم قدرت بر آن دارد، بنابراین برای پدر تنها در این دوره، ولایت ثابت است (کاسانی، بی تا، ج ۲، ص ۲۴۸). لازم به ذکر است در پی مطالعاتی که اینجانب در بین فقهای مذهب حنفی انجام دادم، به طور وضوح متوجه نشدم که آیا این صحت نکاح فقط برای ثبیه و بالغ است یا برای همه (الله اعلم).

❖ فقهای امامیه

فقهای امامیه نیز مانند فقهای اهل سنت در این زمینه اختلاف دارند و مجموع اقوال آنها را می توان در پنج گروه به شرح زیر آورد:

۱) استمرار ولایت برای پدر و جد پدری

بر اساس این دیدگاه، پدر و جد پدری بر دختر باکره رشیده ولایت دارند؛ به گونه ای که امر نکاح او به دست آنها بود و خود دختر نقشی ندارد. این قول، رأی برخی از فقها مثل شیخ صدوق و قاضی ابن براج می باشد (شهید ثانی، بی تا، ج ۷، ص ۱۳۷؛ فیض کاشانی، ۱۳۸۷ ش، ص ۳۳۳) برخی از ادله این گروه عبارتند از:

الف) امام صادق در مورد دختری که پدرش وی را بدون اجازه وی شوهر می دهد فرمودند: برای



دختر با وجود پدر، اختیاری نیست؛ زیرا پدر به حال او داناتر است (وسایل الشیعه، ج ۱۴، ص ۲۰۲).
 (ب) استصحاب: ولایت بر دختر، پیش از دوران بلوغ ثابت بوده است؛ بنابراین هنگام شک، همان ولایت در دوران صغر ثابت می‌شود.

(ج) عدم آگاهی دختران: زنان غالباً از ویژگی‌ها مردان و خصلت‌های مردانه آگاهی کمتری دارند و نظر آنها به طور معمول، در امر ازدواج پایه و اساس محکمی ندارد؛ بنابراین اگر این امر، منوط به رضایت ولی وی نباشد، ممکن است بعد از ازدواج برای وی مشکل پیش بیاید.

۲) استقلال بالغه باکره رشیده در نکاح

این دیدگاه، نظر گروهی از فقهای امامیه است که در واقع، بسیار نزدیک به مذهب حنفی می‌باشد؛ ولی همان‌طور که گفته شد، در مذهب حنفی به طور واضح روشن شده بود که آیا این صحت شامل همه می‌شود یا خیر. در این خصوص، ادله و مستندات زیر مطرح شده است:
 الف) آیه مبارکه «فلا تعضلوهن أن ینکحن ازواجهن» یعنی مانع ازدواج مجدد زنان با شوهران سابق‌شان نشوید. این آیه، نکاح را با زنان اضافه کرده است و اشاره به استقلال زنان ثیب در امر ازدواج دارد.

ب) آیه مبارکه «فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتی تنکح زوجاً غیره» یعنی اگر زن خود را طلاق داد (مرتبه سوم با شرایط خاص)، دیگر بر او حلال نیست تا این که با مرد دیگری ازدواج کند. این آیه مبارکه نیز امر ازدواج زن ثیب را به خود او واگذاشته است و نفرموده است که ولی زن، او را به ازدواج دیگری درآورد.

ج) عقد ازدواج دختر بالغه رشیده به صورت استقلالی صحیح و تحت عموم «اوفوا بالعقود» واقع است.

د) عموم آیه مبارکه «فانکحوا ما طاب لکم من النساء» (نکاح کنید آنچه را که پاک است برای شما از زنان) بعد از استثنا شدن ازدواج صغیره، زن دیوانه و سفیهه به عموم خود باقی است و شامل این موارد نیز می‌شود.

ه) در مورد استقلال بالغه رشیده در امر ازدواج احادیثی فراوانی آمده است؛ از جمله از امام صادق (ع) نقل شده است: «لا بأس بتزویج البکر إذا رضیت من غیر إذن أبیها» (باکی نیست از ازدواج دختر باکره هرگاه خود او راضی باشد بدون اجازه پدرش که در برخی نسخ به جای پدر، ولی آمده است) شیخ اعظم در این زمینه می‌فرماید: این روایت تقییدپذیر نیست.

و) اصل در عقد نکاح باکره بالغه رشیده، عدم اشتراط اذن ولی است؛ زیرا فرض بر این است که دختر به حد بلوغ رسیده است و بلوغ و رشد، ملاک جواز تصرف در امر نکاح است و اختصاص ملاک تصرف در امور مالی دلیل قاطع می‌طلبد که در دست نیست (شهید ثانی، همان، ج ۷، ص ۱۲۴).



۳) قول تشریک

براساس این دیدگاه، ولایت برای پدر است، اما باید با رضای دختر، او را به ازدواج درآورد؛ یعنی هیچ یک در انعقاد عقد، استقلال ندارند، بلکه عقد متوقف بر اذن هر دو است. این قول را ابوصالح حلبی و شیخ مفید بیان کرده است. مهمترین دلیل این است که صفوان می‌نویسد: شخصی با امام کاظم^(ع) درباره تزویج دخترش با برادرزاده‌اش مشورت نمود، حضرت فرمود: انجام ده، ولی این امر باید با رضایت خود دختر باشد، زیرا او در نفس خویش سهمی دارد (الحر العاملی، همان، ج ۱۴، ص ۲۱۴).

۴) استمرار ولایت پدر در نکاح دائم و استقلال دختر در نکاح منقطع

بر مبنای این رأی، اگر دختر باکره رشیده بخواهد ازدواج دائم کند، باید از پدر و جد پدری خویش پیروی کند و پدر و جد بر او ولایت دارند، به خلاف ازدواج موقتی که منجر به وطی نشود. این قول را شیخ طوسی در نوشته‌های خود در جمع بین روایت‌ها اختیار کرده است. دلیل این گروه، این روایت ابي سعید حنات از امام صادق^(ع) است که می‌گوید به امام عرض کردم که دختر باکره‌ای که پدر و مادر دارد، آیا می‌تواند پنهانی با کسی ازدواج کند؟ امام فرمود: آری می‌تواند ازدواج کند، ولی باید زوج از دخول خودداری کند. پرسیدم حتی اگر خودش راضی باشد؟ گفت: آری، چون این کار برای دختران باکره ننگ است (همان).

۵) استمرار ولایت در ازدواج منقطع و سقوط آن در ازدواج دائم:

ظاهر این دیدگاه معلوم نیست و قول ضعیفی است و دلیل آن هم این است که روایت‌ها، نظریه استقلال دختر را حمل بر نکاح دائم نماییم و دو روایت ابي مریم و یزنعلی را که در آن متعه باکره به اذن پدر شرط شده است را حمل بر نکاح منقطع نماییم. ولی همان‌طور که گفته این قول، قول ضعیفی است؛ چرا که روایات دال بر انصراف از عقد دائم ندارند. (والله اعلم).

❖ حقوق ایران

در مورد سابقه تاریخی این ماده باید گفت که در نظام حقوق مدنی قبل از انقلاب، پسر و دختر با رسیدن به سن ۱۸ سال تمام شمسی از حجر خارج می‌شدند و در امور خود استقلال پیدا می‌کردند و خانواده حق دخالت در امور آنها را نداشت، ولی در قاعده استثنایی در ماده ۱۰۴۳ پیشین، اگر دختر تصمیم به ازدواج داشت، باید اجازه پدر یا جد پدری را اخذ می‌نمود. البته در صورتی که دلایل غیرقابل توجیه بود، دختر با معرفی کامل فرد موردنظر و تأیید دادگاه، به پدر یا جدپدری اطلاع می‌داند و اگر پدر یا جدپدری دلایل موجهی را ارائه نمی‌داند، ظرف ۱۵ روز نکاح صورت می‌گرفت. اما در قانون جدید سال ۱۳۷۰ اطلاع به پدر و فرصت ۱۵ روزه نیز حذف شده و قید سن ۱۸ هم در نظر گرفته نشده است (امامی، ۱۳۷۶ ش،

ج ۴، ص ۲۸۷؛ محقق داماد ۱۳۸۷، ص ۵۶).



در قانون مدنی ایران در این خصوص دو ماده قانونی وجود دارد:
الف) ماده ۱۰۴۳ که بر اساس آن، دختر باکره بدون اذن ولی نمی‌تواند ازدواج کند. البته در صورت بهانه‌جویی ولی، دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که علاقه‌مند با زندگی با اوست به دادگاه خاص اقدام به عقد نکاح کند.

ب) ماده ۱۰۴۴ نیز به مورد عدم دسترسی ولی می‌پردازد که اجازه دختر را جهت عقد نکاح را به او داده که بدون اذن ولی ازدواج می‌کند.

در ماده ۱۰۴۳، نکاح دختر باکره اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه‌ی پدر یا جدپدری او است و هرگاه پدر یا جدپدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، اجازه‌ی او ساقط و در این صورت، دختر می‌تواند با مردی که می‌خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و عهده‌ی که بین آنها قرار داده شده، پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج نماید.

الف) فرق بین ماده پیشین و متن اصلاحی آن در قانون سال ۱۳۷۰

۱. ذکر دختر باکره به جای دختری که هنوز شوهر نکرده است: در ماده ۱۰۴۳ قانون

سابق، نکاح دختر بالغی که هنوز شوهر نکرده بود موقوف به اجازه‌ی پدر یا جدپدری شده بود؛ ولی در ماده ۱۰۴۳ قانون جدید، نکاح دختر بالغه باکره موقوف به اجازه‌ی پدر یا جدپدری شده است، بنابراین شبهه‌ای نیست که اگر دختر باکره یک بار شوهر کرده و قبل از نزدیکی از او جدا شده باشد، برای ازدواج دوم نیز نیاز به اذن ولی دارد.

۲. سقوط ولایت پدر و جدپدری، در صورت مخالفت با نکاح دختر، بدون علت موجه: در

ماده ۱۰۴۳ اصلاحی قانون مدنی مقرر شده است که هرگاه پدر یا جدپدری، بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، اجازه او ساقط می‌شود و دختر می‌تواند از دادگاه مجوز نکاح اخذ کند؛ ولی بر طبق ماده ۱۰۴۳ سابق، هرگاه پدر یا جدپدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه می‌کرد، دختر می‌توانست برای گرفتن اجازه نکاح به دادگاه مراجعه کند و دادگاه موضوع را به اطلاع پدر یا جدپدری می‌رساند و چنانچه بعد از پانزده روز از تاریخ اطلاع هیچ‌گونه پاسخ یا پاسخ موجهی از طرف ولی قهری دریافت نمی‌کرد، اجازه نکاح برای دختر صادر، و دختر با مجوز صادر شده شوهر می‌کرد.

ماده جدید که به سقوط ولایت در صورت مخالفت بدون علت موجه تصریح کرده، بهتر از ماده پیشین عمل کرده است، ولی از آنجا که مهلتی برای نظر ولی در نظر گرفته است، می‌تواند جای ایراد را به این ماده گرفت.

نکته: ماده قدیم به دفتر ازدواج اشاره کرده بود که در سال ۱۳۶۱ آن به دادگاه خاص تغییر کرد و در سال ۱۳۷۰ دادگاه خاص تغییر نکرده است ولی دو مورد فوق نسبت به ماده سال



۱۳۶۱ تغییر یافته است. به طور کلی، حقوق دانان دیدگاه‌های متفاوتی را درباره صحت یا عدم صحت نکاح باکره بدون اذن پدر را ارائه داده‌اند:

الف) گروهی از حقوقدانان چنین نکاحی را صحیح می‌دانند. چرا که وقتی کسی از نظر شرعی و قانونی اهلیت تمتع و اهلیت استیفاء داشته باشد، می‌تواند طرف حق و تکلیف واقع شود و عقود همچون اجاره و سایر عقود را منعقد سازد، پس عقد نکاح را نیز می‌تواند منعقد سازد (شهناپی، بی‌تا، صص ۲۳-۲۴؛ مجموعه قوانین سال ۱۳۶۳، ص ۳۵).

ب) برخی دیگر از حقوقدانان معتقدند که اذن ولی، شرط صحت است. بنابراین وقتی اذن ولی موجود نباشد، چنین نکاحی صحیح نیست. البته نمی‌توان گفت قول این گروه درست است، چرا که قانون اساسی از نظریه تشریک در ولایت و قول به احتیاط پیروی کرده که در آن نکاح بدون اذن ولی و مولی علیه صحیح است، اما نافذ نیست و نفوذ آن منوط به اجازه دیگری خواهد بود. (محقق داماد، همان، ص ۵۶؛ امامی، همان، ج ۴، ص ۲۸۵؛ جعفری لنگرودی، بی‌تا، ص ۲۶؛ صفایی، ۱۳۸۲ش، ج ۱، ص ۱۱۹).

به طور کلی، می‌توان گفت که در حقوق موضوعه، نظریه تشریک ولایی پذیرفته شده است. ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی از نظریه فقهای معاصر که غالباً اذن ولی را احوط می‌دانند، پیروی کرده و با نظر مصالح عرفی و اجتماعی، اجازه پدر یا جد پدری را در نکاح دختر بالغه باکره لازم دانسته است. دختری که به موجب قانون، اجازه پدر یا جد پدری را برای نکاح لازم دارد، دختری است که:

الف) باکره بوده و تا به حال ازدواج منجر به آمیزش نکرده باشد.

ب) امکان دسترسی به پدر یا جد پدری موجود باشد.

❖ ضمانت اجرای نکاح دختر باکره بدون اذن ولی

اکنون این پرسش مطرح می‌شود که در صورتی که دختر رشیده باکره‌ای بدون اذن پدر یا جد پدری یا با وجود مخالفت او ازدواج کند، آیا ازدواج او صحیح است یا خیر؟ در این زمینه، از آنجا که در قانون آمده است که عقد ازدواج دختر باکره موقوف است به اجازه (اذن) ولی او، می‌توان نتیجه گرفت که اذن ولی تنها شرط نفوذ چنین عقدی است و نه شرط صحت آن؛ بنا براین اگر پس از ازدواج، پدر یا جد پدری نکاح یاد شده را تنفیذ کند، ازدواج صحیح است. زیرا از تعبیر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی که نکاح دختر بالغ باکره را «موقوف» به اجازه‌ی ولی می‌داند، به خوبی می‌توان دریافت که اذن یا اجازه هر کدام تحقق یابد، در صحت و نفوذ نکاح کافی می‌باشد. با این حال، اگر پدر از تنفیذ این عقد ازدواج امتناع کند، در خصوص بطلان آن در فقه اختلاف نظر وجود دارد و برخی از فقیهان عقد مزبور را صحیح می‌دانند (مهرپور، بی‌تا، ص ۱۲۹).



قول راجح از نظر نگارندگان مقاله: پس از ارزیابی ادله و استنادات فقها و حقوق دانان به نظر می‌رسد که قول کسانی که قائل به صحت نکاح دختر باکره بدون اذن ولی می‌باشند، دارای ارجحیت می‌باشد. چرا که شرایط زندگی به خصوص در شرایط امروزی، این گونه اقتضاء می‌کند که امر ازدواج را تسهیل نمود نه اینکه دنبال کوچکترین دلیل برای برهم زدن چنین عقد مهمی بود. بنابراین بهتر است چنین ازدواجی را صحیح دانست. هرچند که اگر اذن پدر باشد، این ازدواج بیشتر به نفع دختر است. اما در صورتی هم که اذن ولی نباشد، نباید این ازدواج را برهم زد.

نتیجه‌گیری

بعد از مطالعاتی که در مورد صحت یا عدم صحت نکاح باکره بدون اذن ولی انجام گرفته است، به طور کلی می‌توان گفت که در مذاهب اهل سنت دو رأی وجود دارد. یک رأی که دیدگاه جمهور فقهیان است قائل به بطلان نکاح می‌باشد. بزرگترین دلیل و برهان این گروه این آیه است که خداوند می‌فرماید: «وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» اما دیدگاه دیگر که نظر احناف است، قائل به صحت این عقد می‌باشند. احناف، عقد ازدواج را محکم‌تر از آن می‌دانند که به خاطر اذن ولی باطل گردد. فقهای امامیه در این زمینه پنج نظر دارند: استمرار ولایت برای پدر و جد پدری، استقلال باکره رشیده در نکاح، تشریک ولایت میان دختر و ولی، ثبوت ولایت دائم در عقد نکاح دائم و سقوط آن در نکاح منقطع و سقوط ولایت در نکاح دائم و وثبوت آن در نکاح منقطع. در قانون مدنی هم آمده که عقد ازدواج دختر باکره موقوف به اجازه (اذن) ولی او است. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که اذن ولی، تنها شرط نفوذ چنین عقدی است و نه شرط صحت آن؛ بنابراین اگر پس از ازدواج، پدر یا جد پدری نکاح یاد شده را تنفیذ کند، ازدواج صحیح است. زیرا از تعبیر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی که نکاح دختر بالغ باکره را «موقوف» به اجازه ولی می‌داند، به خوبی می‌توان دریافت که اذن یا اجازه هر کدام تحقق یابد، در صحت و نفوذ نکاح کافی می‌باشد. با این حال، اگر پدر از تنفیذ این عقد ازدواج امتناع کند، در خصوص بطلان آن در فقه اختلاف نظر وجود دارد و برخی از فقیهان عقد مزبور را صحیح می‌دانند.

فهرست منابع:

۱. قرآن کریم
۲. ابن عابدین، محمد امین بن عمر، حاشیه رد المحتار علی الدر المختار، بی‌جا، دارعالم الکتب، بی‌تا.
۳. ابن قدامه المقدسی، موفق‌الدین ابومحمد عبدالله بن احمد بن محمود، المغنی، ریاض، دارعالم الکتب، بی‌تا.
۴. ابن کثیر، أبوالفداء اسماعیل بن عمر الدمشقی، تفسیر القرآن العظیم، الدار المصریه اللبنانیه، بی‌تا.
۵. ابن ماجه قزوینی، الحافظ محمد بن یزید، سنن ابن ماجه، قاهره، دار إحياء التراث الکتب، العربیه، ۱۳۲۶ ق.

۶. ابن منظور، محمد بن مکرم الانصار المصری ابوالفضل، لسان العرب، قاهره، دارالمعارف، ۱۱۱۹ق.
۷. ابواسحاق الشیرازی، ابراهیم بن علی بن یوف الفیروزآبادی، المہذب فی الفقہ الشافعی، بیروت، دارالکتب العلمیہ، بی تا.
۸. ابوداود، سلیمان بن الأشعث السجستانی، سنن أبو داود، بیروت، مؤسسہ الریان، بی تا.
۹. امامی، حسن، حقوق مدنی، تہران، کتاب فروشی اسلامی، ۱۳۷۶ ش.
۱۰. البغوی، ابو محمد بن الحسین بن مسعود بن محمد بن الفراء، التہذیب فی الفقہ الامام الشافعی، بیروت، دارالکتب العلمیہ، ۱۴۱۸ق.
۱۱. البہوتی، منصور بن یونس بن ادريس، الروض المربع شرح زادالمستقنع، بی جا، دارالمؤید، بی تا.
۱۲. _____، کشف القناع عن متن الاقناع، ریاض، دار عالم الکتب، بی تا.
۱۳. البیہقی، ابوبکر احمد بن علی، السنن الکبری، بیروت، دارالکتب العلمیہ، بی تا.
۱۴. الترمذی، محمد بن عیسی بن سورہ، سنن الترمذی، بی جا، بی تا.
۱۵. الجرجانی، علی بن محمد بن علی، التعریفات، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۴۰۵ق.
۱۶. الخطیب الشربینی، شمس الدین محمد بن احمد، مغنی المحتاج الی معرفہ معانی الفاظ المنہاج، بیروت، دارالمعرفہ، بی تا.
۱۷. جمعی از نویسندگان، الموسوعه الفقہیہ الكويتیہ، دارالسلاسل، ۱۴۰۴-۱۴۲۷ھ ق.
۱۸. زحیلی، وہبہ، الوجیز فی اصول الفقہ، بیروت، دارالفکر المعاصر، دمشق، دارالفکر، ۱۴۱۹ق.
۱۹. زیدان، عبدالکریم، الوجیز فی اصول الفقہ، تہران، نشر احسان، ۱۳۸۵.
۲۰. الدردیر، ابوالبرکات احمد بن محمد احمد، اقرب المسالک لمذہب الامام مالک، مکتبہ ایوب کانو نیجریا، بی تا.
۲۱. الشافعی القریشی، ابو عبدالله محمد بن ادريس، الأم، بی جا، دارالوفاء، بی تا.
۲۲. شہنایی، خلیل، حمایت قانون از نہاد خانوادہ، تہران، دانشگاہ الزہرا، بی تا.
۲۳. صفایی، حسین؛ امامی، اسدالله، حقوق خانوادہ، تہران، دانشگاہ تہران، ۱۳۸۲ش.
۲۴. العاملی (شہید ثانی)، زین الدین الجعی مسالک الافہام، بیروت، دار العالم الاسلامی، بی تا.
۲۵. عبدالسلام، عزالدین عزین، تفسیر عبدالسلام، بی جا، المکتبہ الشاملہ، بی تا.
۲۶. عسقلانی، احمد بن علی بن حجر ابوالفضل العسقلانی الشافعی، فتح الباری شرح صحیح بخاری، بیروت، دارالمعرفہ، ۱۳۷۹.
۲۷. الغزالی، ابو حامد محمد بن محمد، الوسیط فی المذہب، بی جا، دارالسلام، بی تا.
۲۸. الکاسانی، علاء الدین ابوبکر بن مسعود، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، بیروت، بی تا.
۲۹. فیض کاشانی، محمد بن شاہ مرتضی، الرسائل الفقہیہ، بہ تصحیح و تحقیق سید ابوالقاسم نقیبی، تہران، مدرسہ عالی شہید مطہری، ۱۳۸۷ش.
۳۰. الفیومی المقری، احمد بن محمد بن علی، مصباح المنیر، بیروت، المکتبہ العلمیہ، بی تا.
۳۱. القرطبی، أبو عبدالله محمد بن احمد الأنصاری، الجامع لاحکام القرآن، بیروت، دارأحیاء، التراث العربی، ۱۴۰۵ق.
۳۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق خانوادہ؛ تہران، بی جا، بی تا.
۳۳. محقق داماد، مصطفی، بررسی فقہی حقوق خانوادہ، تہران، مرکز نشر اسلامی، ۱۳۸۷ش.
۳۴. محقق حلّی، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام، قم، مؤسسہ اسماعیلیان، ۱۳۷۳ش.
۳۵. مجموعہ قوانین سال ۱۳۶۳، چاپ روزنامہ رسمی.
۳۶. مسلم النیشابوری، ابو حسین بن حجاج، صحیح مسلم، ریاض، دارطیبہ، ۱۴۲۷ق.
۳۷. مہرپور، حسین، اجازہ ولی در عقد نکاح، مجلہ تحقیقات حقوقی، انتشارات دانشکدہ حقوق دانشگاہ شہید بہشتی.

