

اعمال ولایت در نکاح دختر باکره رشیده؛ تحلیل فقهی حقوقی تحولات قانونی ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی در بستر تحولات و نیازهای اجتماعی

خورشید مهدی زاده جیرگلی<sup>۱</sup>

مصطفی رجائی پور<sup>۲</sup>

منصور امیرزاده جیرگلی<sup>۳</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۲/۱۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۵/۳۰

#### چکیده:

یکی از مسایل مبتلابه اجتماعی و اختلافی بین فقها، مسأله اذن ولی قهری در نکاح دختر باکره رشیده، می باشد. از نظر فقهی، اصل، عدم ولایت بر بالغ رشید در امور مالی و غیرمالی، است. در خصوص «نکاح» دختر باکره رشیده، به موجب برخی از اقوال فقها، ولایت پدر و جدپدری بر شخص رشیده، استثنائاً ثابت است. ظاهر متن اصلی ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی و اصلاحات بعدی، بیانگر آن است که: قانونگذار، از قول مشهور فقهای امامیه، عدول کرده و قول به «اشتراک اراده» دختر و ولی را برگزیده است. مقاله حاضر، با هدف بررسی تحولات قانونی ماده مذکور در بستر تحولات و نیازهای اجتماعی، با استفاده از منابع فقهی و حقوقی و با روش مطالعات کتابخانه‌ای، در پنج قسمت، سامان یافته است. سؤال اصلی مقاله، این است که: تحولات صورت گرفته در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، مستند به قول مشهور فقهای امامیه است یا اینکه بر اساس نیازهای اجتماعی، اصلاح شده است؟ پس از انجام پژوهش، فرضیه تحقیق، مبنی بر اینکه، عدول مقنن از قول مشهور فقها، متأثر از شرایط و نیازها و تحولات اجتماعی زمانه، بوده است، اثبات شد. بدین توضیح که، ماده قانونی مذکور، با لحاظ تحولات اجتماعی و بر مبنای اشتراک اراده دختر و ولی، اصلاح گردید. مهمترین نتایج تحقیق، بدین شرح است: از بین اقوال پنجگانه، قول به عدم ثبوت ولایت پدر و جدپدری، قول مختار پژوهشگران است و نکاح دختر باکره رشیده، بدون اذن ولی، صحیح اما غیرنافذ می باشد؛ در صورت زوال وصف بکارت در اثر وطی مشروع، ولایت پدر، ساقط است.

کلیدواژه‌ها: تحولات اجتماعی، دختر باکره رشیده، ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، نکاح، ولایت پدر.

<sup>۱</sup> دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق و اندیشه امام خمینی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران

khmahdizadehj@gmail.com

<sup>۲</sup> استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران (نویسنده مسؤول)

Rajaeepoor0250@mshdiau.ac.ir

<sup>۳</sup> استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تربت حیدریه، دانشگاه آزاد اسلامی، تربت حیدریه، ایران

Amirzadehj@yahoo.com

مبنای اصلی حقوق خانواده در کشور ایران، قانون مدنی می‌باشد و «قانون مزبور متخذ از فقه است، اما نقش نیازهای متحول اجتماعی و تحولات اجتهادی متأثر از آن را نمی‌توان انکار کرد.» (محقق داماد، ۱۳۹۷، ص ۲۳). در این مقاله، با توجه به تحولات قانونی صورت گرفته و داده‌های فقهی در حوزه حقوق خانواده، مسأله «اذن ولی قهری در نکاح دختر بالغه رشیده» و ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، مورد تحلیل فقهی، قرار می‌گیرد.

در خصوص مسأله مذکور، تاکنون تحقیقاتی، انجام شده است اما پژوهشگران، توجهاً به ادله فقهی و مبانی فقهی، به دنبال پاسخ به این سؤالات هستند که: با توجه به اصل عدم ولایت، مستند فقهی ولایت پدر در نکاح دختر باکره رشیده، چیست؟ تحولات صورت گرفته در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، مستند به منابع فقهی است یا اینکه بر اساس مصلحت و ضرورت، ماده قانونی، اصلاح شده است؟

به منظور تبیین موضوع، بدو متن مواد ۱۰۴۱ تا ۱۰۴۴ قانون مدنی را با لحاظ آخرین اصلاحات به ترتیب می‌آوریم. مواد مذکور، تحت عنوان «قابلیت صحیحی برای ازدواج»، در قانون مدنی، ذکر شده است.

ماده ۱۰۴۱ (مصوبه مورخه ۱۳۸۱/۰۴/۰۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام) — عقد نکاح دختر، قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر، قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی، منوط است به اذن ولی، به شرط رعایت مصلحت، با تشخیص دادگاه صالح.

ماده ۱۰۴۲ که به موجب قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰/۰۸/۱۴ حذف شده است، عیناً نقل می‌گردد: «بعد از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام نیز اناث نمی‌توانند مادام که به ۱۸ سال تمام نرسیده‌اند، بدون اجازه ولی خود، شوهر کنند.»

ماده ۱۰۴۳ (اصلاحی ۱۳۷۰/۰۸/۱۴) — نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او است و هر گاه 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.

ماده ۱۰۴۴ (اصلاحی ۱۳۷۰/۰۸/۱۴) — در صورتی که پدر یا جد پدری در محل حاضر نباشند و استیذان از آنها نیز عادتاً غیرممکن بوده و دختر نیز احتیاج به ازدواج داشته باشد، وی می‌تواند اقدام به ازدواج نماید.

تبصره — ثبت این ازدواج در دفترخانه، منوط به احراز موارد فوق در دادگاه مدنی خاص می‌باشد.

این مقاله، در پنج قسمت، تنظیم شده است. در قسمت اول، موضوع ولایت در نکاح، ذکر می‌شود و در قسمت دوم و سوم، اذن ولی در نکاح دختر باکره و تحولات قانونی ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، تحلیل می‌گردد. قسمت چهارم، به موضوع ضمانت اجرای ناشی از وقوع نکاح دختر باکره بدون رعایت مقرر قانونی، و قسمت پایانی مقاله، به موضوع تعدد استیذان از ولی قهری، اختصاص دارد.

## ۱- ولایت در نکاح

با توجه به موضوع بحث، ابتدا در باره ولایت پدر و جدپدری و ولایت در نکاح، گفتگو می‌کنیم سپس ضمن بیان تحولات قانونی ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، این ماده را از نظر فقهی، تحلیل خواهیم نمود.

### ۱-۱- «ولایت» چیست؟ «ولی» کیست؟

«ولایت» در اصطلاح حقوق مدنی، «قدرت و اختیاری است که برابر قانون، به یک شخص ذیصلاح، برای اداره امور محجور، واگذار شده است.» (صفایی و امامی، ۱۳۹۳، ۱۷۸/۲) از نظر حقوقی، «ولایت» شامل تصمیم‌گیری در امور مالی، تحصیلی، ازدواج، اشتغال و غیره می‌شود.

یکی از آثار نسب مشروع، «ولایت قهری» است. ولایت قهری، دارای اقسامی است. یکی از اقسام این ولایت، ولایتی است که به حکم مستقیم قانون و شرع، به شخص، واگذار شده باشد. پدر و جد پدری به حکم قانون و شرع، ولی قهری، محسوب می‌شوند.

### ۲-۱- ولایت پدر و جدپدری

پدر و جدپدری از نظر قانونی، بر طفل ولایت دارند. ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی، مقرر می‌دارد: «طفل صغیر، تحت ولایت قهری پدر و جدپدری، می‌باشند.»

مشهور فقهای امامیه، معتقد هستند که فقط پدر و جدپدری، بر اطفال، ولایت دارند. صاحب‌جوهر در کتاب حجر، در شرح عبارت کتاب شرایع «الولاية في مال الطفل والمجنون للأب والجد للأب»، از کتاب تذکره علامه و مجمع‌الفائده مقدس اردبیلی، نقل اجماع بر این مسأله دارد. (صاحب‌جوهر، ۱۳۶۲، ۱۰۱/۲۶).

صاحب‌عروه در مسأله اول از فصل «أولياء العقد»، گوید: «فی أولياء العقد و هم الأب و الجد من طرف الأب بمعنى أب الأب فصاعداً... تثبت ولاية الأب على الصغیرين و المجنون المتصل جنونه بالبلوغ.» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ۶۲۳/۵): پدر و جدپدری و بالاتر، اولیای عقد نکاح محسوب می‌شوند... و بر صغیر و صغیره و مجنون که جنونش به بلوغ اتصال دارد، ولایت دارند. در تحریرالوسیله نیز عبارتی مشابه عبارت عروه، آمده است: «للأب و الجد من طرف الأب بمعنى أب الأب فصاعداً ولاية علی الصغیر و الصغیره و المجنون المتصل جنونه بالبلوغ.» (امام‌خمینی، ۱۳۶۳، ۲۲۷/۲).

سؤال اصلی اینجاست که: در فرض حیات پدر و جدپدری، ترتیب ولایت، چگونه است؟ آیا هر دو در «عرض» همدیگر هستند یا در «طول» یکدیگر؟

قانون مدنی در این باره، ساکت است. در ماده ۱۱۸۱ قانون مدنی آمده است: «هر یک از پدر و جدپدری، نسبت به اولاد خود، ولایت دارند.» از باب اهمیت موضوع، متن اظهارات نماینده مجلس و پاسخ وزیر عدلیه (محسن صدر)، هنگام تصویب ماده ۱۰۴۳ در سال ۱۳۱۳ در مجلس، عیناً نقل می‌گردد:

طباطبائی دیا: «ظاهر عبارت ماده، این است که پدر و جد، ولایتشان در «عرض» هم است که یا پدر اجازه بدهد یا جد، و هر کدام اجازه بدهند، صحیح است. در صورتی که ظاهراً این‌طور نیست. پدر و جد، ولایتشان در «طول» هم است. در صورتی که پدر است، جد، ولایتش موضوع ندارد، در صورتی که پدر نباشد جد، ولایت دارد. این است که این عبارت باید

اصلاح شود که بعد در عمل، اسباب زحمت نشود. ممکن است یک وقت پدر اجازه ندهد و جد، اجازه بدهد و بر حسب این مادّه، صحیح هم باشد و حال آنکه این طور نیست.

وزیر عدلیّه: گویا آقای دیبا، قدری اشتباه فرموده‌اند، این طور نیست و در «طول» هم نیست و اینجا در این مسأله، محلّ اختلاف است که مابین پدر و جد، ترتّب است یا تساوی است مخصوصاً در صورت اختلاف هم باز این مسأله، مورد نظر است که نظر کدام مقدّم است. اگر بین پدر یا جد، اختلاف شد در شرع این طور نیست که آیا نظر پدر مقدّم است یا نظر جد، اینجا چون صورت اختلاف، کم روی می‌دهد ما محتاج نبود بنویسیم. در هر حال، هر دو مستقلاً اختیار دارند و ترتّب هم نیست (صحیح است).» (نائینی، ۱۳۹۵، ص ۴۹۴).

حکم مسأله را باید در فقه جستجو کرد. صاحب‌عروه گوید: هر کدام از پدر و جد، در ولایت مستقل هستند. (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ۶۲۸/۵)، از متون فقهی استنباط می‌شود که «موافقت یکی از آن دو، بدون لزوم رعایت ترتیب، برای صحّت عقد، کافی است.» (محقق داماد، ۱۳۹۷، ص ۶۱).

سؤالات دیگری نیز قابل طرح می‌باشد که پرداختن به آنها، موجب دور شدن از اصل بحث می‌شود. سؤالاتی مانند: اگر ولایت پدر و جد پدری در طول یکدیگر هستند، ولایت کدامیک، مقدّم است؟ در صورت اختلاف نظر میان پدر و جد پدری، نظر کدامیک معتبر است؟

### ۱-۳- ولایت مادر

از نظر مشهور فقهای امامیه، مادر و جد مادری و اشخاص دیگر مانند برادر و عمو، ولایتی در عقد نکاح ندارند، حتی اگر جد پدری نیز زنده نباشد. (صاحب‌جواهر، ۱۳۶۲، ۱۷۱/۲۹-۱۷۰).

امام خمینی می‌فرماید: «لا ولاية للأُمّ عليهم وللجد من طرف الأمّ و لو من أم الأب...» (امام خمینی، ۱۳۷۹، ۲/۲۲۷).

یکی از حقوقدانان از قول ابن جنید اسکافی (متوفی ۳۸۱ ق)، نقل کرده که وی بر این عقیده است که مادر و جد مادری، می‌توانند جایگزین پدر شوند (محقق داماد، ۱۳۹۷، ص ۵۹).

آیت‌الله صانعی، بر خلاف قول مشهور فقهای امامیه، با استناد به «عموم ادله» از جمله آیه شریفه «و أولوالأرحام بعضهم أولى ببعض فی کتاب الله<sup>۱</sup>»، قیومت مادر را به معنای «ولایت بر کودکان» می‌داند (صانعی، ۱۳۸۷، ۴/۱۳ و ۳۶ و ۶۲). ایشان برای مادر، در «نکاح»، قائل به ولایت نیست.

در فقه امامیه، برای مادر، ولایت قهری، شناخته نشده است (صاحب‌جواهر، ۱۳۶۲، ۱۷۰/۲۹-۱۷۱؛ امام خمینی، ۱۳۶۳، ۲/۲۲۷) و قانون مدنی به متابعت از قول فقهای امامیه، ولایت قهری را منحصر به پدر و جد پدری دانسته است (امامی، ۱۳۶۸، ۲۰۳/۵).

یکی از تحولات صورت گرفته در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳، گنجاندن «ولایت مادر» در ماده ۱۵ این قانون است. مطابق مادّه مذکور: «... در صورت ثبوت حجر یا خیانت یا عدم لیاقت او [پدرِ طفلِ صغیر] در اداره امور صغیر یا فوت پدر، ... حقّ ولایت، به هر یک از جد پدری یا مادر، تعلق می‌گیرد...»

<sup>۱</sup> احزاب (۳۳)/۶ و انفال (۸)/۷۵. فقها و مفسرین، غالباً آیه «أولوا الأرحام» را در باب ارث آورده‌اند و معتقد هستند که این آیه، ارث بردن مهاجرین و انصار از یکدیگر را نسخ کرده است. فاضل مقداد، جمال‌الدین، کنز‌العرفان فی فقه القرآن، ۲/۳۲۵.

تحوّلاتی که در این ماده، در موضوع ولایت، صورت گرفته، عبارتند از: ۱- تقدّم ولایت پدر بر جدّپدری؛ ۲- دادن حقّ ولایت قهری به مادر؛ ۳- هم‌ردیفی ولایت جدّ پدری با ولایت مادر. یکی از مهمترین نوآوری‌های قانون مذکور، همین موضوع «ولایت مادر» هست.

#### ۴-۱- ولایت «وصی» در نکاح

در خصوص وصیّ منصوب از سوی پدر و جدّپدری، مشهور فقهای امامیه قائل به عدم ولایت وصیّ در نکاح، هستند، اگرچه موصی، به این موضوع، در وصیتش تصریح کرده باشد (صاحب‌جواهر، ۱۳۶۲، ۱۸۹/۲۹؛ امام‌خمینی، ۱۳۶۳، ۲۲۹/۲)، اما برخی از فقها از قبیل صاحب عروه، معتقد به ولایت وصیّ هستند. (طباطبایی‌یزدی، ۱۴۱۴ق، ۶۳۱/۵-۶۳۲).

مشهور فقها با استدلال به «اصل عدم ولایت» و همچنین «اصل عدم قابلیت انتقال ولایت» از ولیّ قهری به وصیّ، دلیلی بر مشروعیت چنین ولایتی نمی‌بینند. (صاحب‌جواهر، ۱۳۶۲، ۱۸۹/۲۹؛ امام‌خمینی، ۱۳۶۳، ۲۲۹/۲) قانون مدنی، از قول مشهور، تبعیت کرده است.

امام خمینی (ره) در باره ولایت وصیّ، مسأله را به صورت سؤال، مطرح می‌کند: هل للوصیّ ای القیم من قبل الأب أو الجدّ ولایة علی الصّغیر و الصّغیره فی النّکاح؟  
 امام در پاسخ فرمودند: «فیه إشکالٌ لایترک الإحتیاط»: دارای اشکال است و احتیاط ترک نشود. (امام‌خمینی، ۱۳۶۳، ۲۲۹/۲).

#### ۵-۱- ولایت در نکاح صغیر

با توجّه به ماده ۱۰۴۱ مصوبه مجمع تشخیص، ولیّ صغیر، می‌تواند بدون اراده صغیر، با رعایت شرایط (مصلحت مؤلّی علیه و تشخیص دادگاه صالح)، عقد نکاح را برای دختر و پسر صغیر، منعقد نماید. به نظر می‌رسد مراد مقنّن، این نیست که دختر و پسر صغیر، می‌توانند با اجازه ولیّ، مستقیماً، خودشان ازدواج کنند، «بلکه منظور این است که ولیّ می‌تواند به طور مستقیم مؤلّی علیه را تزویج نماید» (محقق داماد، ۱۳۹۷، ص ۴۶).

صاحب عروه گوید: «یشترط فی صحّة تزویج الأب و الجدّ و نفوذ، عدم المفسده...»: در صحّت و نفوذ عقد پدر و جدّ، شرط است که تزویج برای صغیر، فسادی نداشته باشد و الاّ لازم نیست بلکه عقد آنها فضولی است، نظیر آن که اجنبی، عقد کرده باشد (طباطبایی‌یزدی، ۱۴۱۹ق، ۶۲۶/۵).

در خصوص نکاح دختر یا پسر صغیر توسط ولیّ، فتوای فقها بر این است که ولیّ قهری می‌تواند برای دختر صغیره یا پسر صغیره خود، عقد نکاح را انجام بدهد. از جمله مستندات شرعی این فتوا، صحیحه «عبدالله بن صلت» است. در این صحیحه آمده است: «و عن عدّه من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن الحسين بن سعيد عن عبد الله بن الصلت قال: سألت أبا عبد الله (ع) عن الجارية الصغیره یزوجها أبوها - لها أمرٌ إذا بلغت قال: لا، لیس لها مع أبيها أمرٌ». (حرّ عاملی، ۱۴۱۴ق، ۲۷۶/۲۰): از حضرت امام صادق (ع) در باره دختر صغیره‌ای که پدرش برای او نکاح می‌کند، سؤال کردم که آیا او بعد از بلوغ، حقّ اظهارنظر و اختیار دارد یا نه؟ امام فرمودند: خیر، دختر، بعد از بلوغ، چنین اختیاری ندارد.

مشهور فقهای امامیه با استناد به روایت فوق معتقدند: دختر صغیر، بعد از بلوغ، نسبت به عقد انجام شده توسط ولیّ، حقّ خیار فسخ نکاح را ندارد. (شهیدثانی، ۱۳۸۷، ۱۱۸/۷؛ صاحب‌جواهر، ۱۳۶۲، ۱۷۲/۲۹-۱۷۳).

در روایت دیگری، که مشتمل بر وجود حقّ خیار برای دختر صغیره و پسر صغیره می‌باشد، آمده است: «... عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر (ع) عن الصبی یزوج الصبیة - قال: إن کان أبواهما اللذان زوجاهما فنعّم جائزٌ - و لکن لهما الخیار

إِذَا أَدْرَكَ...» (حرّ عاملی، ۱۴۱۴ق، ۲۷۷/۲۰-۲۷۸): محمّدين مسلم گوید: از امام باقر(ع)، در باره دختر و پسر صغیری که با یکدیگر ازدواج می‌کنند، سؤال کردم، امام فرمود: اگر والدین دختر و پسر نابالغ، آنان را به عقد همدیگر در آورده باشند، بلکه چنین نکاحی جایز است لیکن بعد از رسیدن به درک (رشد)، حقّ خیار فسخ عقد نکاح را دارند.

دکتر محقق داماد پس از نقل این روایات متعارض، در پایان بحث می‌نویسد: «به هر حال، مسأله خالی از اشکال نیست.» (محقق داماد، ۱۳۹۷، ص ۴۹).

به نظر می‌رسد که در چنین مواردی، بعد از رسیدن به حدّ رشد، می‌توان حقّ خیار فسخ نکاح را برای دختر یا پسر صغیره، در نظر گرفت زیرا ادامه زوجیت، بدون میل و رغبت قلبی، موجب ضرر و حرج، خواهد بود و مشکلات عدیده را به دنبال خواهد داشت.

## ۲- اذن پدر و جدّپدری در نکاح دختر باکره رشیده

طبق موازین شرع و مادّه ۱۱۹۳ قانون مدنی «همین که طفل، کبیر و رشید شد، از تحت ولایت، خارج می‌شود.» اما در خصوص نکاح دختر باکره، با دلایل خاصّ بویژه روایات، اذن ولیّ، شرط است. البته، این ولایت، استثنا بر اصل می‌باشد و اصل، عدم ثبوت ولایت بر شخص رشید است.

در خصوص مسأله ولایت جدّ و جدّپدری در نکاح دختر باکره رشیده، بین فقهای امامیه، اختلاف نظر شدید، وجود داشته و دارد تا جایی که صاحب عروه، پس از ذکر اقوال، می‌فرماید: «و المسأله مشکله». (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ۶۲۴/۵). فقهای امامیه در باره ثبوت یا عدم ثبوت ولایت در نکاح دختر باکره رشیده، اقوال متعدّدی، ذکر کرده‌اند (شهیدثانی، ۱۳۸۷، ۱۱۶/۵ و ۱۱۷). در اینجا ۵ قول از اقوال فقهای امامیه را ذکر و قول اوّل تا چهارم را که از اهمّ اقوال است، بررسی می‌کنیم: ۱- عدم ثبوت ولایت جدّ و جدّپدری؛ ۲- ثبوت ولایت پدر و جدّپدری بر دختر باکره رشیده؛ ۳- اشتراک اراده دختر و ولیّ در نکاح؛ ۴- احتیاط واجب در اذن «ولیّ»؛ ۵- تفصیل بین عقد نکاح دائم و عقد نکاح موقت.

### ۱-۲- عدم ثبوت ولایت جدّ و جدّپدری

از مشهورترین اقوال فقهای بین متقدمین و متأخرین، استقلال تامّ و انحصاری دختر باکره رشیده می‌باشد. مطابق این قول، انجام عقد نکاح، نیازی به اذن پدر یا جدّپدری ندارد، و دختر می‌تواند همسر آینده‌اش را خودش انتخاب کند و ولایت پدر و جدّپدری، از حین بلوغ دختر، ساقط است.

جمع زیادی از فقهای متقدم از قبیل شیخ مفید، سیدمرتضی، و برخی از فقهای متأخر و معاصر مانند آیت‌الله نایینی و آیت‌الله گلپایگانی، بر این عقیده هستند (محقق داماد، ۱۳۹۷، ص ۵۲).

شیخ مفید (متوفی ۴۱۳ق) در کتاب «أحكام النساء» می‌نویسد: «و لو عقدت علی نفسها بغير إذن أبيها، كان العقد ماضياً»: اگر دختر باکره، بدون اذن پدر، عقد نکاح را منعقد کرد، عقد، صحیح می‌باشد. (شیخ مفید، بی‌تا، ص ۳۶؛ همان، ۱۴۱۰ق، ص ۵۱۰).

سیدمرتضی (متوفی ۴۳۶ق)، گوید: «فأما الولاية فعندنا أن المرأة العاقله البالغة تزول عنها الولاية في بضعها، و لها أن تزوج نفسها، و أن تُوكَل من يزوجها»: ولایت در بضع عاقله بالغه، زایل است و چنین زنی حق دارد خودش ازدواج کند یا وکالت در نکاح را به دیگری اعطا نماید. (سیدمرتضی، ۱۴۱۵ق، ص ۲۸۳ - ۲۸۶). کلام فوق، عام است و بر عدم ولایت پدر یا جدّ در ازدواج زن عاقل بالغ اعم از دختر باکره و غیرباکره دلالت دارد. از جمله دلایل و مستندات شرعی سیدمرتضی، ظاهر آیه

«فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ» (بقره ۲/۲۳۲) و روایت نبوی «الْأَيُّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا» (سجستانی، ۱۴۰۵ق، ۲/۲۳۲؛ نراقی، ۱۴۰۸ق، ۱۶/۱۰۹). طبق روایت فوق، زن بی‌شوهر (ایم<sup>۲</sup>)، بر خودش، نسبت به ولی خود، حق بیشتری دارد.

استاد مغنیه می‌نویسد: «... و قد أحسن ابن القیم فی قوله: (کیف يجوز للأب أن يزف ابنته بغير رضاها إلى من یریده هو...)»: ابن قیم چه نیکو گفته است: چگونه برای پدر دختر جایز است که بدون رضایت دخترش، او را به هر کس که بخواهد شوهر بدهد... (مغنیه، ۱۴۰۲ق، ص ۳۲۱-۳۲۲).

## ۲-۲- ثبوت ولایت پدر و جدپدری بر دختر باکره رشیده

قول به ثبوت ولایت پدر و جدپدری، بین متقدمین، مشهور است.

طبق این قول، تا زمانی که دختر، باکره هست، ولایت پدر و جدپدری، کماکان استمرار دارد و حتی ولی دختر، می‌تواند بدون کسب موافقت دختر، او را به نکاح در آورد.

شیخ صدوق (متوفی ۳۸۱ ق) گوید: «هیچکس بر دختر، ولایت ندارد مگر پدرش، تا زمانی که باکره است...» (شیخ صدوق، ۱۴۱۸ق، ص ۲۶۰). در نهاییه شیخ طوسی آمده است: «إذا بلغت الحرّة الرّشیده ملكت العقد علی نفسها و زالت ولایة الأب عنها و الجدّ إلّا إذا كانت بکراً.» (شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۴۶۴-۴۶۵). صاحب حدائق، پس از ذکر اقوال فقها و ادله آنان، در نهایت، قائل به استقلال پدر و جدپدری در نکاح دختر، می‌باشد. (بحرانی، ۱۳۷۶ق، ۲۳/۲۲۲-۲۲۳).

## ۲-۳- اشتراک اراده دختر و ولی در نکاح

طبق قول اشتراک، هر کدام از دختر و ولی، در امر ازدواج دختر، مجاز به اقدام در این مسأله هستند لیکن مشروط به اجازه دیگری.

قول به تشریک در ولایت، یکی از اقوال مشهور در مسأله می‌باشد. شیخ أبوالصّلاح حلبی و ابن زهره حلبی، و برخی از فقهای معاصر، نیز قائل به اشتراک دختر و ولی در امر ازدواج هستند (حلبی، ۱۴۰۳ق، ص ۲۹۲؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷ق، ص ۳۴۲؛ شهیدثانی، ۱۳۸۷، ۷/۱۲۰؛ نراقی، ۱۴۰۸ق، ۱۶/۱۰۴-۱۰۶).

## ۲-۴- احتیاط واجب در اذن «ولی»

قول به احتیاط واجب، در مقام عمل، مانند قول به اشتراک اراده دختر و ولی است. در چنین مواردی، کار بر مکلف سخت می‌شود زیرا فقیه صریحاً اظهارنظر نمی‌کند. جمعی از فقهای معاصر مانند آیت‌الله خوئی، قائل به احتیاط واجب در اذن ولی هستند (خوئی، ۱۴۰۷ق، ۲/۲۶۴-۲۶۷).

## ۲-۵- دیدگاه قانون مدنی

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، پس از وضع اولیه در سال ۱۳۱۳، دو بار بعد از انقلاب اسلامی (سالهای ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰)، توسط مجلس شورای اسلامی، مورد «اصلاح» قرار گرفت که ذیلاً بدانها اشاره خواهد شد.

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی نخستین (مصوب ۱۳۱۳)، مقرر می‌داشت: «نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده اگرچه بیش از ۱۸ سال تمام داشته باشد، متوقّف به اجازه پدر یا جد پدری او است. هرگاه پدر یا جدپدری بدون علّت 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

۱- بقره ۲/۲۳۲: زنان مطلقه را از شوهر کردن، منع نکنید.

۲- الایم: الذی لا زوج له من الرجال و النساء. الجمع: الایمی. نک: طریحی، فخرالدین، مجمع البحرين، ۱۵/۶.



به مفهومی که از آن به دست می‌آید، مغایر موازین شرع است. باید قید شود «نکاح دختر باکره...»، ب: و نیز الزام دختر به مراجعه به دادگاه و گرفتن اذن در صورت مضایقه ولی از دادن اجازه بدون علتّ موجبّه، با موازین شرع مغایر است.» (همان، ص ۸۳۸).

با توجه به اعلام مغایرت مصوبه مجلس شورای اسلامی با «موازین شرع» از سوی شورای نگهبان، مجلس، برای تأمین نظر شورای نگهبان و رفع ایرادات، ماده ۱۰۴۳ را در تاریخ ۱۳۷۰/۰۸/۱۴، اصلاح کرد و شورای نگهبان، طی نامه رسمی، نظر نهایی را اعلام و مقرر داشت: «... مغایر موازین شرع و قانون اساسی، شناخته نشد.» (همان، ص ۸۷۲)

در ادامه، دو ایراد شورای نگهبان همراه با رفع ایرادات، بیان می‌گردد:

الف - نکاح دختر باکره: در راستای رفع ایراد اول شورای نگهبان، مجلس شورای اسلامی، عبارت صدر ماده ۱۰۴۳ را تغییر داد، با این استدلال که وصف خاصّ باکره بودن حتماً باید ذکر شود چون ممکن است دختر، شوهر هم نکرده باشد، باکره هم نباشد. بدین صورت که دختر مجرد در اثر عمل جراحی یا ورزش، بکارتش زایل شده باشد یا دختر، شوهر کرده باشد و پس از جدایی، باکره هم باشد. با تغییر عبارت، ایراد اول برطرف شد و عبارت «دختری که هنوز شوهر نکرده» به عبارت «دختر باکره»، تغییر پیدا کرد و نظر شورای نگهبان، تأمین گردید.

ب - عدم مشروعیت الزام دختر برای مراجعه به دادگاه: ایراد دوم شورای نگهبان، این بود که برای ازدواج دختر، الزاماً مراجعه دختر به دادگاه، «شرعی» نیست. می‌توان گفت که از نظر شورای نگهبان، دادگاه، حقّ مداخله در ازدواج ندارد و الزام دختر مبنی بر مراجعه به دادگاه جهت ازدواج، شرعی نیست. لذا برای برطرف کردن ایراد دوم، در ذیل ماده، ذکر شد که: دختر «... پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاصّ، به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج، اقدام نماید.»

### ۲-۳- مبنای فقهی ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی (اصلاحیه ۱۳۷۰)

مبنای فقهی ماده ۱۰۴۳، بحث عدم ثبوت ولایت پدر یا استقلال انحصاری ولی در عقد نکاح دائم که مورد قبول اکثر فقهاست، نمی‌باشد بلکه این ماده بر مبنای قول «اشتراک اراده دختر و ولی»، قانونگذاری شده است که در ازدواج دختر باکره، حتی اگر رشیده باشد، موافقت دختر و اذن ولی قهری (پدر و جد) را لازم دانسته‌اند. به بیان دیگر، قانون مدنی در ماده ۱۰۴۳ (قبل و بعد از اصلاح)، قول به اشتراک را پذیرفته است (محقق داماد، ۱۳۹۷، ص ۵۳؛ حبیبی تبار، ۱۳۹۵، ص ۱۳۴) زیرا طبق این ماده: اولاً دختر نمی‌تواند بدون اذن ولی، ازدواج کند؛ ثانیاً پدر نیز نمی‌تواند بدون اجازه دختر بالغه رشیده، او را شوهر دهد.

### ۳-۳- علتّ عدم ذکر وصف «رشیده»

یکی از ایرادات وارده بر ماده ۱۰۴۳ اصلاحی ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰، آن است که در این ماده از نکاح «دختره باکره» سخن گفته شده، در حالی که در کتب فقهی (صاحب‌جوهر، ۱۳۶۲، ۱۷۳-۱۷۲/۲۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ۶۲۳/۵)، مسأله ولایت جدّ و جدّپدری بر بکر بالغه رشیده، طرح می‌شود. علتّ عدم ذکر وصف رشیده از سوی قانونگذار در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، دقیقاً مشخص نیست، شاید به دلیل گستردگی و انعطاف مفهوم فقهی «رشد»، وصف «رشیده» در قانون مدنی ذکر نشده است.

ولایت بر نکاح صغیر و نکاح بالغه غیر رشیده، مطابق اصول و قواعد عمومی است، اما ولایت بر نکاح بالغه رشیده، امری استثنایی و خلاف اصل می‌باشد که «نظر به پاره‌ای مصالح فردی و اجتماعی، در فقه و قانون مدنی، پذیرفته شده است.» (صفایی و امامی، ۱۳۹۳، ۸۷/۱).

برخی از حقوقدانان، عدم ذکر وصف «رشیده» در ماده مذکور را مورد انتقاد قرار داده و نوشته‌اند: «معلوم نیست چرا قانونگذار جدید، صفت رشیده را که در فقه وجود داشته و در متن نخستین ماده ۱۰۴۳ هم به نحوی منعکس بوده، در ماده ۱۰۴۳ اصلاحی، نیاورده است.» در متن نخستین، سن ۱۸ سال تمام شمسی، ذکر شده بود که می‌توان آن را به معنای «رشد» گرفت.

به نظر می‌رسد در ماده ۱۰۴۳ مصوب ۱۳۱۳ و اصلاحی ۱۳۶۱، موضوعیت بخشیدن به معنای متعارف از الفاظ (عبارت «نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده»)، با مراد واقعی قانونگذار، سازگاری نداشته باشد و با توجه به داده‌های فقهی، می‌توان از معنای ظاهری الفاظ، عدول کرد و گفت: مراد واقعی قانونگذار از عبارت مذکور در ماده فوق (مصوب ۱۳۱۳ و اصلاحی ۱۳۶۱)، همان «دختر باکره» است، لذا اگر دختری قبلاً شوهر کرده ولی هنوز باکره است، ازدواج دوباره، به اذن پدر یا جد پدری، نیاز دارد.

### ۳-۴- تأثیر زوال وصف بکارت در سقوط ولایت

قانون مدنی در باره سبب زوال وصف بکارت، ساکت است. دکتر امامی در زمان حاکمیت قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳، با توجه به عبارت «دختری که هنوز شوهر نکرده»، می‌نویسد: «ظاهر ماده [۱۰۴۳]... مناط اجازه ولی را در نکاح، شوهر نکردن دختر، قرار داده است. به نظر می‌رسد که قانون مدنی برای رعایت عفت عمومی با توجه به محیط اجتماعی، ملاک اجازه ازدواج را در نکاح دختر پس از هجده سال، بکارت قرار نداده است. بنابر این [بنابر نظر قانون مدنی]، دختری که هجده تمام دارد و قبلاً شوهر کرده است، خواه آنکه شوهرش قبلاً مرده باشد یا او را طلاق داده یا نکاح، فسخ شده باشد، چنانچه بخواهد مجدداً شوهر کند، اجازه ولی را لازم ندارد اگرچه شوهر اول، با او نزدیکی هم نکرده باشد. (امامی، ۱۳۶۸، ۲۸۵/۴).

از جمله ابهاماتی که در ماده ۱۰۴۳ وجود داشته و دارد، این موضوع است که آیا زوال وصف بکارت «ثبوت» باید از طریق «دخول» و ناشی از رابطه زناشویی صحیح باشد یا از هر طریقی که حاصل شود، ولایت پدر، ساقط است؟ در این باره، دو قول وجود دارد که در ادامه، هر دو قول را بیان می‌کنیم.

الف) ازاله بکارت با وطی مشروع

در خصوص سبب زوال وصف بکارت، برخی از فقها، معتقد هستند که زایل شدن پرده بکارت دختر باید ناشی از «دخول» و رابطه شرعی باشد. اگر پس از نزدیکی، از شوهرش طلاق بگیرد یا نکاح، فسخ شود یا شوهر فوت نماید، با توجه به مشروعیت سبب زوال وصف بکارت، ولایت پدر در ازدواج دختر، ساقط خواهد شد. ملّا احمد نراقی از جمله فقهای است که ازاله بکارت از راه واقعه به شبهه یا زنا را مُسقط ولایت پدر نمی‌داند (نراقی، ۱۴۰۸، ۱۶/۱۲۳).

بنابر این قول، «اولاً: ثبوت ناشی از یک رابطه نامشروع، تأثیری در سقوط ولایت پدر نخواهد داشت؛ ثانیاً: اگر در نتیجه یک عقد ازدواج باطل، بکارت دختر، زایل شود، این ثبوت هم تأثیری در سقوط ولایت پدر ندارد.» (هدایت‌نیا، ۱۳۸۶،

۲۷۲/۳). همچنین اگر در اثر عوامل دیگری مانند عملیات جراحی یا پرش، پرده بکارت از بین برود، این زوال بکارت، مُسقط ولایت پدر نخواهد بود.

ب) ازاله بکارت با وطی مشروع و وطی غیرمشروع (زنا، وطی به شبهه) یا عوامل دیگر (پرش و...) اگر مسأله مذکور را بطور مطلق در نظر بگیریم، به این صورت خواهد بود که: چنانچه در اثر رابطه جنسی (شرعی یا غیرشرعی) و حتی غیر از وطی مانند بیماری یا پرش و غیره، بکارت دختر، زایل شود، زوال بکارت، مطلقاً موجب سقوط ولایت پدر است. با توجه به اقوال فقها، این قول، قابل تقسیم به دو نظر می‌باشد:

نظر اول: زوال وصف بکارت در اثر وطی (اعم از مشروع و غیرمشروع): اگر بکارت در اثر وطی، زایل شود، برای ازدواج، ولایت پدر ساقط است. فرقی نمی‌کند که این وطی ناشی از ازدواج شرعی باشد یا از راه غیرشرعی مانند زنا یا وطی به شبهه. بنا بر این نظر، اگر بکارت دختر به موجب عملی غیر از آمیزش جنسی از قبیل پرش یا عملیات جراحی، از بین برود، ولایت پدر کماکان، ثابت است.

نظر دوم: زوال بکارت مطلقاً اعم از وطی و غیر وطی: طبق این نظر، از بین رفتن بکارت دختر، در اثر نزدیکی یا غیر جماع مانند پریدن، مُسقط ولایت پدر می‌باشد. اینان، با توجه به اینکه، اجازه ولی برای ازدواج دختر باکره، شرط صحّت عقد ازدواج نیست بلکه شرط کمال است، معتقدند که: زایل شدن بکارت، به هر دلیلی، مسقط ولایت می‌باشد.

\* به نظر می‌رسد از دیدگاه شرع، وصف بکارت، زمانی زایل می‌شود که پرده بکارت، با «دخول» و وطی مستند به عقد نکاح صحیح، زایل شده باشد و فقط در همین صورت، اذن پدر، ساقط می‌شود و در سایر موارد مانند زنا یا پرش که منجر به زوال بکارت شده، شرعاً زوال وصف بکارت (ثبوت)، صدق نمی‌کند و دختر برای ازدواج، باید از پدر اذن بگیرد.

### رأی وحدت رویه و مستندات فقهی آن

سالهای آغازین انقلاب، در خصوص شرط اجازه دختر باکره، آرای مختلف و متهافت از سوی برخی از محاکم صادر شد که در نهایت، منجر به صدور رأی وحدت رویه سال ۱۳۶۳ گردید. دخترانی بدون اذن پدر، ازدواج کرده بودند و برخی از دادگاهها به صحّت نکاح و برخی به بطلان نکاح، رأی دادند. متعاقب صدور رأی به بطلان نکاح، دختران مزبور مجدداً ازدواج کردند. در خصوص ازدواج دوم، نیز برخی از دادگاهها به صحّت نکاح و برخی به بطلان نکاح دوم، حکم صادر کردند.

با توجه به استنباطات متعدد از شرع و قوانین، موضوع در هیأت عمومی دیوان عالی کشور، مطرح گردید. در این جلسه، پس از بیان گردش کار پرونده، عین نظریه دادستان کل کشور آیت‌الله یوسف صانعی، قرائت و ضمیمه پرونده گردید. خلاصه نظر دادستان کل کشور، با استناد به حاشیه فقها از جمله امام خمینی بر کتاب عروه، مبنی بر صحّت عقد ازدواج دوم و سقوط ولایت پدر می‌باشد ولو اینکه ازاله بکارت دختر در اثر عمل زنا یا وطی به شبهه، باشد.

هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه، در خصوص مسأله فوق، مطلق «دخول» را ملاک قرار داده و آورده است: «با توجه به نظر اکثر فقها و به ویژه نظر مبارک حضرت امام مدظله‌العالی در حاشیه عروه‌الوثقی و نظر حضرت آیت‌الله العظمی منتظری، - که در پرونده منعکس است - و همچنین با عنایت به ملاک<sup>۱</sup> صدر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، عقد دوم

<sup>۱</sup> — ظاهراً منظور از «ملاک صدر ماده» در متن رأی وحدت رویه، این است که در صورت شوهرکردن یا دخول (مشروع یا غیرمشروع)، اذن پدر، ساقط است.

از نظر این هیأت، صحیح و ولایت پدر نسبت به چنین عقدی ساقط است، و مشروعیت دخول قبل از عقد، شرط صحّت عقد یا شرط سقوط ولایت پدر، نیست و دخول مطلقاً (مشروع باشد یا غیرمشروع)، سبب سقوط ولایت پدر می‌باشد.<sup>۱</sup>

از جمله آسیب‌های قوانین موضوعه، امکان گریز از قانون و حيله و تقلّب می‌باشد. تقلّب و حيله‌گری در رأی وحدت‌رویه، بدین صورت امکان دارد که دختری علیرغم مخالفت پدر با ازدواجش با پسر مورد علاقه‌اش، ازدواج کند یا حتی به نزدیکی نامشروع تن بدهد تا از این طریق، اجازه قانونی برای ازدواج، تحصیل شود. رأی وحدت‌رویه، ناظر به «دخول» و وطی اعم از وطی مشروع یا غیرمشروع، می‌باشد زیرا این رأی، برای حلّ اختلاف در مراجع قضایی، در خصوص بقا یا عدم بقای اذن پدر در اجازه دختری، صادر شده است که بکارت خود را در اثر رابطه نامشروع، از دست داده است. طبق این رأی، در صورت نزدیکی بدون سبب شرعی (زنا) نیز ولایت پدر، ساقط می‌شود. لیکن، در صورت زایل شدن بکارت دختر به موجب عملی غیر از نزدیکی (مانند پرش یا عملیات جراحی)، ولایت پدر، به قوت و اعتبار خود، باقی است و دختر برای ازدواج باید از پدر اذن بگیرد.

دکتر کاتوزیان، فقط رابطه شرعی را مسقط ولایت می‌داند و با انتقاد از رأی وحدت‌رویه، می‌نویسد: «چگونه می‌توان پذیرفت که رابطه نامشروع یا عقد باطل، ولایت پدر را ساقط نماید؟ به علاوه، این رأی [رأی وحدت‌رویه]، راه را برای تقلّب و حيله‌گری نسبت به قانون، هموار می‌سازد.» (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ۸۲/۱).

به نظر می‌رسد اگر دختر بدون اجازه پدر، ازدواج کند و پدر دادخواست ابطال عقد نکاح را بدهد و دادگاه، حکم ابطال عقد را صادر کند، دختر می‌تواند بدون نیاز به اجازه، با مرد مورد علاقه‌اش، ازدواج کند.

با توجه به اینکه در متن رأی وحدت‌رویه، به نظر اکثر فقها و حواشی فقها مانند امام خمینی (ره) بر عروه، تصریح شده است، در این باره، توضیح می‌دهیم.

صاحب‌عروه، در این مسأله، احتیاط می‌کند و گوید: «إذا ذهبت بکارتها بغير الوطاء من وثبة و نحوها فحکما حکم البکر، و أمّا إذا ذهب بالزنا أو الشبهة ففيه إشکال، و لا یبعد الإلحاق بدعوى أن المتبادر من البکر من لم تتزوج، ... و مراعاة الاحتیاط أولى»: دختری که بکارتش به غیروطی مانند پریدن و مانند آن، زایل شده باشد در حکم بکر است، اما اگر به زنا یا وطی به شبهه بکارتش زایل شده، در آن اشکال هست و بعید نیست که ملحق به بکر باشد با این ادعا که متبادر از لفظ بکر، دختری است که ازدواج نکرده باشد... و رعایت احتیاط در مسأله، أولى می‌باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ۶۲۵/۵).

امام خمینی (ره) در حاشیه عروه، می‌فرماید: «بل لا یبعد عدمه لکن لا یترک الاحتیاط فیه.» (همان). طبق فتوای امام خمینی (ره) در حاشیه مذکور، عدم الحاق وطی غیرمشروع به مورد بکارت، بعید نیست. یعنی، اگر در اثر وطی غیرمشروع مانند زنا، بکارت زایل شد، بر چنین شخصی، لفظ «باکره» صدق نمی‌کند و ولایت پدر ساقط است. در تأیید این نظر و فتوا، پاسخ امام خمینی به یک استفتا را می‌آوریم:

<sup>۱</sup> - رأی وحدت‌رویه شماره ۱ (ردیف ۶۲/۶۲) مورّخه ۱۳۶۳/۰۱/۲۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور. شایان ذکر است: مراد از عبارت «صدر ماده ۱۰۴۳ قانونی مدنی» در رأی وحدت‌رویه، عبارت «دختری که هنوز شوهر نکرده»، می‌باشد.

سؤال — دختر باکره‌ای بدون اطلاع پدرش ازدواج نموده (پدر در بلد نبوده، لیکن امکان اجازه گرفتن از وی بوده است) و پدر بعد از اطلاع اجازه نداده است، حالا هم مرد حاضر به طلاق نیست. آیا دادگاه می‌تواند با استناد به فتوای حضرت امام که اجازه پدر را شرط می‌دانند حکم به عدم صحت عقد کند؟ وظیفه چیست؟

جواب — عقد مزبور باطل است و دادگاه، حق طلاق ندارد، ولی خود طرفین، اگر بکارت دختر زایل شده، می‌توانند ثانیاً بدون اجازه پدر با هم ازدواج کنند. (امام خمینی، ۱۳۸۱، ۱۶۱/۳).

### ۳-۵- مضایقه ولی از دادن اجازه

موضوع مضایقه ولی از دادن اجازه در نکاح دختر باکره و به تعبیر دیگر «عَضَل»، را در دو قسمت بیان می‌کنیم.

الف) مفهوم «عَلَّت مَوْجَه»

در برخی از مواد قانون مدنی، نواقص و ابهاماتی وجود دارد، به عنوان نمونه در ماده ۱۰۴۳، عبارت «عَلَّت مَوْجَه» آمده است که مبهم می‌باشد و معلوم نیست که مراد قانونگذار از مخالفت با عَلَّت مَوْجَه، مخالفت عدم کفویت است یا عَلَّت دیگری دارد؟ موضوع «کفو» در ماده فوق، تصریح نشده و مشخص نیست که مراد قانونگذار، کفو شرعی است یا کفو عرفی را هم شامل می‌شود؟

محقق حلّی، کفو را به تساوی در «اسلام»، معنا کرده است. (محقق حلّی، ۱۴۰۹ق، ۲۲۱/۲) از نظر ایشان، عَضَل، به معنای مخالفت ولی با ازدواج دختر با کفو شرعی می‌باشد.

امام خمینی (ره) می‌فرماید: «لا إشکال فی سقوط إعتبار إذنهما... بمن هو کفو لها شرعاً و عرفاً مع میلها». (امام خمینی، ۱۳۶۳، ۲۲۷/۲)، از نظر امام خمینی (ره)، کفو شرعی و کفو عرفی، لازم هست.

با توجه به اختلاف فقها و حقوقدانان و همچنین رویه‌های متفاوت قضایی در خصوص معنا و مفهوم «کفو»، شایسته است به منظور ایجاد وحدت رویه، مقنن نسبت به تبیین موضوع از طریق اصلاح ماده قانونی یا اضافه نمودن تبصره به آن یا از طریق صدور رأی وحدت رویه توسط هیأت عمومی دیوان عالی کشور، مبادرت نماید.

ب) سقوط شرط اجازه ولی در صورت مخالفت غیرموجه

چنانچه «ولی» از اختیار ولایت، سوءاستفاده کند و بدون عَلَّت مَوْجَه، از دادن اجازه به دختر باکره رسیده در امر ازدواج، خودداری کند، دختر می‌تواند با استناد به ذیل ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، بدون تحصیل اجازه ولی، متّهی با تشریفات مقرر در ماده مذکور، ازدواج کند.

فقهای امامیه، گویند: اگر دختر بخواهد با «کفو» خویش ازدواج کند، مخالفت ولی، از مصادیق مخالفت غیرموجه و موجب سقوط ولایت ولی می‌باشد. شهیدثانی، در خصوص حکم «عَضَل» ولی، می‌فرماید: «فلا بحث فی سقوط ولایت». (شهیدثانی، بی تا، ۱۱۵/۵).

برخی از استادان حقوق خانواده، می‌نویسند: اگر پدر، به دلیل اینکه، مرد، خانه یا ماشین یا مدرک تحصیلی دانشگاهی، ندارد با ازدواج دختر، مخالفت کند، عَلَّت مخالفت او، غیرموجه است (صفایی و امامی، ۱۳۹۳، ۸۹/۱).

شایان ذکر است که: یکی از ایرادات ماده ۱۰۴۳ اصلاحی ۱۳۷۰، آن است که برای پاسخگویی «ولی»، مهلتی تعیین نشده و محدودیت زمانی، حذف شده است. طبق ماده ۱۰۴۳ سابق، مراتب «عَضَل» به ولی، اطلاع داده می‌شد و دادگاه پس از گذشت ۱۵ روز و عدم پاسخ موجه از طرف ولی، اجازه نکاح را صادر می‌کرد. به منظور آگاهی دادگاه از دلایل ولی بویژه دلایل موجه بر مخالفت، شایسته است مانند قانون سابق، مهلتی برای پاسخگویی ولی، در نظر گرفته شود.

### ۳-۶- مقام صالح برای تشخیص عذر موجه

در خصوص مقام تشخیص‌دهنده موجه بودن یا ناموجه بودن علت عذر، مقرر شده سال ۱۳۱۳ ساکت بود. از ظاهر ماده قانونی، برداشت می‌شد که صلاحیت این امر در صلاحیت دادگاه می‌باشد و «برخی در صلاحیت سردفتر [ازدواج] می‌دانستند (همان، ۹۰/۱).

با توجه به اینکه مرجع تشخیص حق و اساس مرجع حل اختلاف و مرجع تظلم خواهی، دادگستری، بوده و هست، سردفتر نمی‌تواند مرجع حل اختلاف باشد، فلذا ماده ۱۰۴۳ اصلاحی سال ۱۳۶۱ به این بحث، خاتمه داده و تشخیص این امر را بر عهده دادگاه مدنی خاص قرار داده است.

امروزه، دادگاه خانواده، صلاحیت تشخیص این دعوی را دارد. بنابر این، از جمله اشکالاتی که بر اصلاحات سال ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ بر ماده فوق، وارد و نیازمند اصلاح مجدد می‌باشد، این است که می‌بایست عنوان عام دادگاه یا دادگاه صالح، در متن قانون، درج شود.

### ۴- ضمانت اجرای ناشی از وقوع نکاح دختر باکره بدون رعایت مقرر قانونی

یکی از مسایل اختلافی در بحث اذن ولی، موضوع ضمانت ناشی از وقوع نکاح دختر باکره، بدون رعایت مقررات ماده ۱۰۴۳ قانونی مدنی است.

مسأله، این است که اگر دختر بدون اذن ولی، ازدواج کند یا ولی، بدون رضایت دختر، دخترش را شوهر بدهد، ضمانت اجرایی چنین ازدواجی چیست؟ از نظر فقهی و حقوقی، چه وضعیتی دارد؟ آیا چنین ازدواجی، صحیح است یا باطل یا غیرنافذ؟

در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، عبارت «موقوف به اجازه پدر و جد پدری»، آمده است. از ظاهر ماده، چنین استنباط می‌شود که ازدواج باکره، مانند عقد فضولی، «غیرنافذ» است (همان، ۹۱/۱) و در فرض اعلام رضایت ولی یا دختر، عقد مزبور، صحیح و در فرض عدم رضایت، محکوم به بطلان است.

یکی از حقوقدانان، می‌نویسد: «هیچیک از قائلین به نظریه اشتراکی...، بطلان عقد نکاح را در فرض رد ولی یا رد دختر، به صراحت، اعلام نداشته‌اند. (محقق داماد، ۱۳۹۷، ص ۵۴).

صاحب‌عروه گوید: «ولو تزوجت من دون إذن الأب أو زوجها الأب من دون إذنهما، وجب إما إجازة الآخر أو الفراق بالطلاق». (طباطبایی‌یزدی، ۱۴۱۴ق، ۵/۶۲۴): اگر دختر، بدون اذن پدر، ازدواج کند یا پدر بدون اذن دختر، وی را شوهر دهد، اخذ اجازه دیگری یا جدایی به وسیله طلاق، واجب می‌باشد.

با توجّه به اصول حقوقی، می‌توان قائل به عدم نفوذ عقد نکاح دختر باکره، شد که در این صورت، نکاح، قابل تنفیذ یا ردّ به وسیله ولیّ یا خود دختر می‌باشد. رأی وحدت رویه سابق الذّکر مورّخه ۱۳۶۳/۰۱/۲۹، نیز همین نظر را پذیرفته است و ازدواج دختر بدون اذن ولیّ را «غیرنافذ» می‌داند و در صورت عدم تنفیذ «ولیّ»، می‌توان عقد ازدواج را ابطال کرد.

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، از احکام تکلیفی است نه از احکام وضعی. بنابر این، اخذ مفهوم صحّت و بطلان از ماده، درست نیست زیرا صحّت و بطلان از احکام وضعی، محسوب می‌شوند. «به نظر می‌رسد عبارت قانون مدنی... را نباید صریح در بطلان عقد، در فرض فقدان اجازه همچون مورد فضولی دانست چون با توجّه به منابع قانونی یعنی فتاوی فقہی، جای حمل بر حکم تکلیفی وجود دارد.» (محقّق داماد، ۱۳۹۷، ص ۵۶).

برخی از پژوهشگران که قائل به صحّت چنین نکاحی، می‌باشند، «موقوف» بودن ازدواج دختر باکره به اذن ولیّ قهری را به معنای «غیرنافذ» نمی‌دانند (صدری، ۱۳۹۳، ص ۱۷-۱۸).

آیت‌الله بهجت (ره)، معتقد است: «بنابر احتیاط، تکلیفاً اجازه، شرط است.» (بهجت، ۱۴۲۸ق، ۱۴۲/۴)، طبق این نظر، عقد، باطل نیست ولی حکم تکلیفی آن، حرمت می‌باشد.

در باره مسأله فوق، امام خمینی در رساله عملیه، احتیاط واجب فرموده‌اند (امام خمینی، ۱۳۸۱، ص ۳۲۲)، فتاوی امام خمینی (ره) در پاسخ به استفتائات صورت گرفته، یکسان نیست. در برخی از پاسخها، عقد را «باطل» می‌دانند و در برخی، صحّت عقد را «موقوف» به اجازه پدر. از باب نمونه، یک مورد را ذکر می‌کنیم:

سؤال - در مورد دختر باکره‌ای که «ولیّ» او به عللی، مُصرّاً برای ازدواج دائم با جوانی اجازه ندهد و طرفین نیز به هر وسیله که شده ازدواج نمایند، در صورت وقوع و اجرای صیغه عقد دائم بدون حضور و اجازه ولیّ، این ازدواج شرعاً چه صورتی خواهد داشت؟

جواب - موقوف است به اجازه پدر یا جدّ پدری دختر. (همان، ۱۶۷/۳).

به نظر می‌رسد ازدواج دختر باکره بدون اذن ولیّ، موجب «عدم نفوذ» عقد نکاح است نه موجب بطلان، به بیان دیگر، ازدواج دختر باکره، بدون اذن پدر، نافذ نیست مگر بعد از اجازه ولیّ.

##### ۵- تعدّر استیذان از ولیّ قهری

مطابق ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی اصلاحی ۱۳۷۰، در صورتی که استیذان از ولیّ قهری، متعذّر و غیرممکن و موجب ضرر و حرج بر دختر باشد، و دختر نیز احتیاج به ازدواج، داشته باشد، اجازه ولیّ، ساقط است و دختر می‌تواند اقدام به ازدواج کند. مستند فقہی ماده ۱۰۴۴، قاعده لاضرر یا قاعده نفی عُسر و حرج می‌باشد که مفاد آن «حکم ظاهری» است (محقّق داماد، ۱۳۹۷، ص ۶۳).

شایان ذکر است در متن اصلی قانون مدنی، محجوریت ولیّ و تحت قیمومت بودن وی، آمده بود که در اصلاحات سال ۱۳۷۰، متن اصلاحی، تصویب شد. متن اصلاحی، نمی‌تواند نقش جایگزین را برای متن اصلی، ایفا نماید زیرا دو موضوع، جداگانه هستند. بدین توضیح که: در صورت حَجْر ولیّ قهری، به موجب «حکم اوّلی»، موضوع اذن ولیّ، منتفی است در حالی که در صورت تعدّر استیذان، به موجب ادلّه لاضرر و لاحرج و حکم ظاهری، اذن ولیّ، ساقط می‌شود.

## نتایج:

- ۱- طبق نظر مشهور فقهای امامیه، مادر و جدّمادری و اشخاص دیگر مانند برادر و عمو، ولایتی در نکاح صغیر یا کبیر ندارند حتی اگر پدر و جدّپدری نیز زنده نباشند.
- ۲- قانونگذار در ماده ۱۰۴۳، از قول مشهور فقهای امامیه، عدول کرده و قول «اشتراک اراده»، را برگزیده است.
- ۳- نگارنده، از بین اقوال فقها در خصوص مسأله ولایت در نکاح دختر باکره رشیده، قول به عدم ثبوت ولایت، را اختیار کرده است.
- ۴- در خصوص حکم سبب زوال وصف بکارت و تأثیر آن در سقوط ولایت، قانون مدنی سکوت کرده است. به نظر پژوهشگر، قول اول از بین اقوال فقها، موجه به نظر می‌رسد و رأی وحدت‌رویه، قابل انتقاد می‌باشد.
- ۵- با توجه به عبارت «موقوف به اجازه پدر و جدّپدری» در ماده ۱۰۴۳، استنباط می‌شود که ازدواج باکره، بدون اذن، غیرنافذ است.

۱. امام خمینی، سیدروح‌الله، (۱۳۸۱)، استفتانات، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، سه جلدی.
۲. ....، (۱۳۹۲)، ألبیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ چهارم، پنج جلدی، جلد پنجم.
۳. ....، (۱۳۶۳)، تحرير الوسیله، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، دو جلدی، جلد دوم.
۴. ....، (۱۳۶۰)، رساله توضیح المسائل، تهران جهاد سازندگی.
۵. امامی، سیدحسن. (۱۳۶۸)، حقوق مدنی، تهران: کتابفروشی اسلامیّه، چاپ پنجم، شش جلدی، جلد اول، چهارم و پنجم.
۶. بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۳۷۶ق)، ألدقائق الناضرة فی احکام العتره الطاهرة، قم: دارالکتب الاسلامیه، چاپ اول، بیست و پنج جلدی، جلد بیست و پنجم.
۷. بهجت، محمدتقی، (۱۴۲۸ق)، إستفتانات، قم: دفتر آیت الله بهجت، چاپ اول.
۸. حبیبی تبار، جواد، (۱۳۹۵)، گام به گام با حقوق خانواده، تهران، نشر میزان، چاپ دوم.
۹. حرّعاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۴ق)، وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع) لإحياء التراث، چاپ دوم، سی جلدی، جلد بیست و یکم و بیست و دوم.
۱۰. حلبی، ابوالصلاح، (۱۴۰۳ق)، ألكافی فی الفقه، چاپ اول، اصفهان: مکتبه امیرالمؤمنین.
۱۱. حلبی، ابن زهره، (۱۴۱۷ق)، غنیة النزوج، چاپ اول، قم، مؤسسه الإمام الصادق.
۱۲. خوئی، سید ابوالقاسم، (۱۴۰۷ق)، کتاب النکاح - العروه، قم، چاپ الهادی.
۱۳. سجستانی، سلیمان بن أشعث، (۱۴۰۵ هـ. ق)، سنن أبی داود، بیروت: دارالفکر.
۱۴. سیدمرتضی، علم الهدی، علی بن حسین، (۱۴۱۵ق)، أإلتصار، قم: مؤسسه النشر الإسلامیه، چاپ اول.
۱۵. شهیدثانی، زین الدین بن علی. (بی تا)، أروضه البهیة فی شرح ألمعه الدمشقیة، تصحیح و تعلیق سید محمد کلانتر، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، ده جلدی، جلد چهارم و ششم.
۱۶. ....، (۱۳۸۷)، مسالک أإلفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: بنیاد معارف اسلامی، چاپ چهارم، شانزده جلدی، جلد نهم.
۱۷. شیخ صدوق، ابوجعفر محمد بن علی ابن بابویه، (۱۴۱۸)، ألهدایة، قم: مؤسسه امام هادی، چاپ اول.
۱۸. شیخ مفید، علم الهدی، (بی تا)، احکام النساء، محقق: مهدی نجف، قم، المؤتمر العلمی لألفیه الشیخ المفید.
۱۹. ....، (۱۴۱۰)، المقنعة، قم: مؤسسه النشر الإسلامیه، چاپ اول.

۲۰. صاحب جواهر، محمدحسن بن محمدباقر، (۱۳۶۲)، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام*، تصحیح: محمود قوچانی، تهران: دارالکتب الإسلامیة، چاپ دوم، چهل و سه جلدی، جلد بیست و ششم و بیست و نهم.
۲۱. صانعی، یوسف، (۱۳۸۷)، *فقه و زندگی ۴*، قم، مؤسسه فرهنگی فقه الثقلین.
۲۲. .... (۱۳۹۰)، *إستفتائات قضایی*، قم: مؤسسه فرهنگی فقه الثقلین، چاپ چهارم، جلد دوم.
۲۳. صفایی، سیدحسین و امامی، سیداسدالله. (۱۳۹۳)، *حقوق خانواده*، تهران: انتشارات مؤسسه دانشگاه تهران، چاپ سیزدهم، دو جلدی.
۲۴. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم. (۱۴۱۹ق)، *العروة الوثقی (المحشی)*، تصحیح: احمد محسنی سبزواری، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، پنج جلدی، جلد پنجم.
۲۵. طریحی، فخرالدین، (۱۴۱۶ق)، *مجمع البحرین*، تهران کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم، جلد ششم.
۲۶. طوسی، محمدبن حسن. (۱۴۰۰ق)، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی*، بیروت: دارالکتاب العربی، یک جلدی.
۲۷. فاضل مقداد، مقدادبن عبدالله سیوری حلی. (۱۳۴۳)، *کنز العرفان فی فقه القرآن*، تصحیح: محمدباقر بهبودی، تهران: انتشارات مرتضوی.
۲۸. فیض، علیرضا، (۱۳۹۱)، *مبای فقه و اصول*، تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، چاپ بیست و دوم.
۲۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۵)، *حقوق خانواده*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، دو جلدی. جلد اول.
۳۰. محقق داماد، سیدمصطفی، (۱۳۹۷)، *بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ نوزدهم.
۳۱. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، (۱۴۰۹ق)، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چهارجلدی، جلد دوم و سوم.
۳۲. مظفر، محمدرضا، (۱۳۹۵)، *أصول الفقه*، قم: مؤسسه بوستان کتاب، چاپ شانزدهم.
۳۳. مغنیه، محمدجواد، (۱۴۰۲ق)، *الفقه علی المذاهب الخمسه*، بی جا، چاپ هفتم.
۳۴. منتظری، حسینعلی، (۱۳۶۲)، *رساله توضیح المسائل*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۵. نایینی، احمدرضا، (۱۳۹۵)، *مشروح مذاکرات قانون مدنی*، تهران، روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، چاپ دوم.
۳۶. نراقی، ملّا احمد، (۱۴۰۸ق)، *مستند الشیعة فی احکام الشریعة*، مشهد: مؤسسه آل البیت لإحياء التراث، چاپ اول، جلد هفده.
۳۷. هدایت‌نیا، فرج‌الله، (۱۳۸۶)، *فلسفه حقوق خانواده (نقد و بررسی قوانین خانواده در ایران)*، تهران: شورای فرهنگی اجتماعی زنان، چاپ اول، جلد سوم.

#### ب: مقالات فقهی و حقوقی

- ۱- ایزدی فرد، علی اکبر، و دیگران، (بهار و تابستان ۱۳۹۰)، «ولایت در نکاح باکره رشیده»، *مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی*، شماره ۱، سال چهل و چهارم.

۲- الشَّریف، محمَّد مَهْدی، (بهار ۱۳۹۵)، «تأملی بر شیوه تفسیر در آثار مرحوم استاد دکتر مهدی شهیدی»، فصلنامه نقد کتاب فقه و حقوق، سال دوم، شماره پنجم.

۳- صدری، سید محمد، و ذاکری، حمید، (بهار و تابستان ۱۳۹۳)، نگرشی نو بر اذن ولی قهری در نکاح باکره رشیده از منظر فقه و حقوق موضوعه، «مجله فقه و حقوق اسلامی»، دوره پنجم - شماره هشتم.

۴- ویشته، عباس، (پاییز ۱۳۸۸)، بازنگری حقوقی ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، فصلنامه مطالعات راهبردی زنان، سال دوازدهم، شماره چهل و پنجم.