

The Scope of the Guardian's Authority (*Wilāyah*) over the Marriage of a Mature Virgin Girl (*Bākirah Rashīdah*) in the Scales of Critique¹

Javad Habibi-Tabar², Naser Askari-Nejad³
Farajullah Hedayat-Nia⁴, Abdullah Tavakkoli⁵

(Received on: 2022-04-28; Accepted on: 2022-08-19)

Abstract

From the perspective of Islamic jurisprudence (*Fiqh*), the principle governing human relations is the absence of inherent guardianship (*wilāyah*), and the establishment of guardianship for any person is contingent upon evidence. Regarding the father's guardianship over minors (*mawlā 'alayh*), there is definitive evidence, and the principle of this guardianship is not disputed. Minors exit from under their father's guardianship upon reaching puberty and maturity (*bulūgh wa rushd*), and there is no difference between boys and girls in this matter. However, the point of contention lies in whether, after a girl exits the domain of her compulsory guardian's (*walī qahrī*) authority, she remains under a guardian's authority in the matter of marriage or not? If she does, what is the scope of this authority? This research, conducted using an analytical-descriptive method, examines the jurisprudential opinions and evidence, as well as

-
1. This article is derived from: Naser Askari-Nejad, "The Management System in the Family from the Perspective of Imamiyyah Jurisprudence and Iranian Positive Law" (*Nizām-i Mudīriyyat dar Khānivādah az Manẓar-i Fiqh-i Imāmīyah va Huqūq-i Mawḍū'ah-i Īrān*), PhD Dissertation. Supervisor: Jawad Habibitabar, Faculty of Women and Family, University of Religions and Denominations, Qom, Iran, 2021 (1401 Sh).
 2. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Judicial Law, Al-Mustafa International University, Qom, Iran (Corresponding Author). Email: prof.javadhabibitabar@yahoo.com
 3. PhD Student in Women's Studies, specializing in Women's Rights in Islam, University of Religions and Denominations, Qom, Iran. Email: naseraskarynejad@gmail.com
 4. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Law, Islamic Research Institute for Culture and Thought, Qom, Iran. Email: hedayat47@gmail.com
 5. Associate Professor, Department of Management, Research Institute of Hawza and University, Qom, Iran.

the legislator's position. The results of the investigation indicate that, from a jurisprudential perspective, the opinion advocating for the independence of a mature virgin (*bākirah rashīdah*) in her own marriage is defensible. Although, in the matter of marriage, due to evidence suggesting the necessity of precaution (*iḥtiyāt*), it is more prudent (*aḥwāt*) for a mature virgin to seek permission from her guardian. The Civil Law, which adopts the opinion of shared guardianship (*tashrīk fī al-wilāyah*), is consistent with this precaution. However, imposing limitations on this decision-making based on contemporary social conditions is subject to critique.

Keywords: guardianship (*wilāyah*), marriage (*nikāḥ*), virgin (*bākirah*), mature (*rashīdah*).

قلمرو ولایت ولی بر نکاح دختر باکره رشیده در ترازوی نقد^۱

جواد حبیبی تبار^۲، ناصر عسکری نژاد^۳

فرج‌الله هدایت‌نیا^۴، عبدالله توکلی^۵

[تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۲/۰۸؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۲۸]

چکیده

از دیدگاه فقه اسلامی، در روابط بین انسان‌ها اصل عدم ولایت حاکم است و برقراری ولایت برای هر شخصی، تابع دلیل خواهد بود. درباره ولایت پدر بر صغار مولی علیه ادله قطعی وجود دارد و اصل این ولایت مورد مناقشه نیست و صغار پس از بلوغ و رشد از تحت ولایت پدر خارج می‌شوند و در این مطلب تعارضی بین پسران و دختران نیست. اما محل مناقشه در موردی است که آیا پس از خروج دختر از قلمرو ولایت ولی قهری، در امر ازدواج هم تحت ولایت ولی باقی می‌ماند یا خیر؟ اگر باقی می‌ماند، قلمرو آن تا کجاست؟ در این پژوهش که به روش تحلیلی - توصیفی انجام گرفته است، اقوال و ادله فقهی و نیز موضع قانون‌گذار بررسی می‌شود. نتیجه بررسی‌ها نشان می‌دهد از منظر فقهی، قول استقلال باکره رشیده در ازدواج خود دفاع‌شدنی است. اگرچه در امر نکاح به سبب وجود ادله لزوم رعایت احتیاط، احوط استیذان باکره رشیده از ولی است و قانون مدنی که قول تشریک در ولایت را می‌پذیرد، با این احتیاط سازگار است؛ اما محدودیت در این تصمیم‌گیری بنا به شرایط اجتماعی عصر حاضر انتقادشدنی است.

کلیدواژه‌ها: ولایت، نکاح، باکره، رشیده.

۱. این مقاله برگرفته از: ناصر عسکری نژاد، «نظام مدیریت در خانواده از منظر فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران»، رساله دکتری، استاد

راهنما: جواد حبیبی تبار، دانشکده زن و خانواده، دانشگاه ادیان و مذاهب قم، ایران، ۱۴۰۱، است.

۲. دانشیار گروه فقه و حقوق قضایی، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران (نویسنده مسئول) prof.javadhabibitabar@yahoo.com

۳. دانشجوی دکتری مطالعات زنان، گرایش حقوق زن در اسلام، دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران naseraskarynejad@gmail.com

۴. دانشیار گروه فقه و حقوق، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم، ایران hedayat47@gmail.com

۵. دانشیار پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم، ایران atavakkoli@rihu.ac.ir

مقدمه و بیان مسئله

ازدواج یکی از رویدادهای مهم زندگی هر فردی است که با شکل دهنده خانواده است و مجموع خانواده‌ها اجتماع را تشکیل می‌دهند. زن در جایگاه یکی از ارکان تشکیل دهنده خانواده، جایگاه مهم و شاخصی دارد که در سطح ملی مورد توجه خاص قرار گرفته است. موضوع استقلال زنان در امر ازدواج خود امروزه به بحثی چالشی در سطح بین‌الملل و داخلی تبدیل شده است. در سالیان گذشته با نوگرایی و تجدد در زندگی و تغییر سبک آن از حالت سنتی به شکل جدید، در کشور ما نیز نظام خانواده با تغییراتی روبرو شده است؛ برای مثال این پرسش را جوانان عنوان می‌کنند که چرا در موضوع ازدواج، دختر باکره رشیده نیاز به اجازه ولی دارد، در حالی که پسر بالغ و رشید نیازمند چنین اجازه‌ای نیست؟ در این رهگذر پرسش می‌شود که آیا از دیدگاه فقه و حقوق اسلامی دختران و زنان می‌توانند به استقلال برای تشکیل خانواده و ازدواج خود تصمیم‌گیری کنند؟ به موجب ماده ۱۰۴۳ در قانون مدنی، قول به تشریک دختر و ولی قهری او در امر ازدواج پذیرفته شده است؛ اما در فقه امامیه در این باره اقوال متعددی وجود دارد؛ از جمله استقلال پدر در ولایت بر نکاح، استقلال دختر در امر نکاح، قول به اشتراک و نیز اقوال دیگر. به نظر می‌رسد با وجود تحقیقاتی که درباره ازدواج باکره رشیده انجام پذیرفته است، بیشتر آنها در قالب لزوم اذن ولی هستند و درباره قلمرو و انتقادات مطرح کمتر بحث شده است؛ از این رو روشن کردن حیطه و قلمرو مدیریت ولی و تبیین صحیح از آنچه لازم است انجام پذیرد، بسیار مؤثر خواهد بود. برای محقق شدن این موضوع، پاسخ دادن به این پرسش نیاز به طرح و بررسی دقیق دارد که قلمرو و حیطه تصرف ولی در امر نکاح باکره رشیده چه حدی دارد؟

۱. مفهوم شناسی

۱-۱. ولایت

ولایت در معنای عام به مفهوم سلطه‌ای است که فرد به جان و مال دیگری پیدا می‌کند و شامل ولایت جد پدری و پدر و حاکم و پیامبر نیز می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۲ ه. ش، ص ۲۰۳)؛ اما ولایت در حوزه خانوادگی و روابط حاکم در این بخش، اقتداری است که در قانون به واسطه اداره کردن امور مربوط به مسائل مالی خانواده و گاهی تربیت کودکان یا سفیه و مجنونی که حجر آنها متصل به زمان کودکی یا صغر است، به ولی (پدر یا جد پدری) واگذار شده است (ماده ۱۱۸۳ ق.م). بعضی در تعریف لغوی ولایت، میان ولایت به فتح و ولایت به کسر تفاوت قائل می‌شوند و معتقدند ولایت هر زمان به کسر تلفظ شود، امارت و در اصطلاح سلطنت است و هر زمان به فتح تلفظ شده باشد، مصدر و به معنای ربوبیت و نصرت است (آل بحر العلوم، ۱۳۶۲ ه. ش، ص ۲۱۰). همچنین ولایت به معنای تصدی نیز بیان شده است که ولایت بر صغار به تصدی پدر بر امور آنها بیان می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸ ه. ش، ص ۳۸۴۹؛ امامی، ۱۳۷۸ ه. ش، ص ۲۱۳ - ۲۱۴).

«ولایت» از منظر فقهی، حکم وضعی در مقابل حکم تکلیفی است؛ از این رو ولایت، موضوعی برای احکام تکلیفی نظیر جواز تصرف ولی یا عدم جواز تصرف دیگران قرار می‌گیرد. با اینکه در ابواب مختلف فقهی با واژه «ولایت» و احکام مربوط به آن سروکار داریم، در بیشتر موارد، تعریفی علمی، جامع و مانع از این واژه برای مشخص شدن ماهیت شرعی آن بیان نشده و بیشتر به وضوح لغوی و عرفی آن واگذار گردیده است (حبیبی تبار، [بی تا]، ص ۱۵).

ولی قهری که گاه به اختصار «ولی» نیز بیان می‌شود، فردی است که به موجب حکم صریح قانون اختیار اداره امور مربوط به محجور و همچنین انجام دادن اعمال حقوقی از جانب وی را داراست (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۸۱ ه. ش، ج ۷، ص ۲۵۹).

۲-۱. نکاح

نکاح در لغت به معنای «ضمّ» یعنی پیوستن است (ابن فارس، ۱۴۰۴هـ، ص ۲۱۸) و همچنین به معنای وطی آمده است (جوهری، ۱۴۲۶هـ، ص ۴۱۳؛ ابن منظور، ۱۴۰۷هـ، ص ۶۲۶). در تعریف دیگری بیان شده است: نکاح به معنای وطی است، در حالی که عقد شده باشد و در زبان عربی نکاح به معنای ازدواج کردن به کار برده شده است (جوهری، ۱۴۲۶هـ، ص ۴۱۳). عده‌ای نکاح را به معنای تمتع جستن و بهره‌گرفتن بیان کرده‌اند (طریحی، ۱۴۱۵هـ، ص ۱۶۷). در معنای دیگری نکاح به مفهوم مسح کشیدن خشن بر روی دست آمده است (زبیدی، ۱۳۰۷هـ، ص ۴۱۱).

بعضی از فقیهان برای نکاح معنای ضابطه‌مندی قائل نشده‌اند. مرحوم نراقی بیان می‌کند: «معنای ازدواج در لغت امری است که ما برای آن در عرف و شرع، معنای مضبوطی نیافتیم؛ اما بنا بر قول صحیح‌تر، نکاح در لغت به معنای عقد ازدواج است، بلکه این سخن، مشهور و اجماع نیز می‌باشد» (نراقی، ۱۴۱۵هـ، ص ۳۶۲). عده دیگری معنای حقیقی لفظ نکاح را وطی دانسته و این معنا را معنای حقیقی نکاح دانسته‌اند (طباطبایی، ۱۳۸۲هـ.ش، ص ۱۰۲). فخرالمحققین نوشته است: «عقد لفظی است که فرد را مالک وطی و بهره‌جستن جنسی می‌کند» (حلی، ۱۳۸۷هـ، ص ۱۲۴). محقق نجفی بیان می‌کند: «نکاح عقدی است که زوج بر اساس آن سلطه بهره‌گیری جنسی از همسر خود پیدا می‌کند» (نجفی، ۱۳۹۸هـ.ش، ص ۵).

۳-۱. باکره

احکام باکره رشیده تحت دو عنوان ثیبه و باکره بحث می‌شود. درباره مفهوم «ثیبه» دیدگاه‌های مختلفی مطرح شده است؛ عرف ملاک در «ثیبه» را از بین رفتن بکارت می‌داند، حتی اگر ناشی از پریدن یا بیماری و امثال آن باشد (حکیم، ۱۳۹۱هـ.ش، ص

(۴۵۱). از نظر صاحب جواهر «ثیبه» کسی است که زوال بکارتش ناشی از نزدیکی باشد، حتی اگر ناشی از زنا یا شبهه باشد (نجفی، ۱۳۹۸ هـ.ش، ج ۲۹، ص ۱۸۵). عده‌ای معتقدند «ثیبه» کسی است که زوال بکارتش ناشی از نزدیکی باشد، اما به شرطی که این نزدیکی به واسطه نکاح انجام گرفته باشد (نراقی، ۱۴۱۵ هـ.ش، ج ۱۶، ص ۱۲۳). عده‌ای دیگر ملاک را صرفاً ازدواج می‌دانند؛ یعنی اگر دختر ازدواج کند، «ثیبه» می‌شود، حتی اگر همسر او قبل از نزدیکی با او فوت کند یا وی را طلاق دهد (طباطبایی یزدی، ۱۳۹۹ هـ.ش، ج ۲، ص ۸۶۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ هـ.ش، ج ۱، ص ۲۸۶). بعضی از حقوق‌دانان هم معیار «ثیبه» را زوال بکارت ناشی از نزدیکی دانسته‌اند و ظاهراً نزدیکی اعم از مشروع یا نامشروع را مدنظر خود قرار داده‌اند (صفایی و امامی، ۱۳۹۳ هـ.ش، ص ۷۸). همچنین درباره ملاک در باکره یا ثیبه بودن، رأی وحدت رویه شماره یک در تاریخ ۱۳۶۳/۷/۲۹ معیار را دخول عنوان می‌کند؛ چه مشروع باشد یا غیر مشروع و این دخول مطلقاً باعث سقوط ولایت پدر است (مجموعه آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور، ۱۳۸۰ هـ.ش، ص ۶۱۱). البته از نظر برخی از نویسندگان و عالمان فقه و حقوق نیز معنای لغوی باکره بر مبنای همان وجود یا عدم وجود عذره بیان شده است. از نظر ایشان باکره کسی است که عذره و پرده بکارتش باقی است و سایر معانی در واقع برخی از مصادیق متعارف مفهوم را بیان کرده‌اند. بنابراین کسانی که باکره را به کسی که ازدواج نکرده است، معنا کرده‌اند، به این دلیل است که عادتاً عذره و پرده بکارت چنین کسی باقی است. کسانی نیز که ملاک بکارت را عدم دخول و نزدیکی دانسته‌اند، غالباً در فرض عدم دخول، عذره و پرده بکارت باقی است. بر این اساس هر کسی که پرده بکارت را نداشته باشد، از نظر لغت باکره به شمار نمی‌آید، چه بکارت او با ازدواج و از راه مشروع از بین رفته باشد و چه از راه نامشروع و چه بکارتش به اسبابی مثل عمل جراحی و غیره زایل شده است. منافات ندارد که در عرف، برخی دختران با اینکه عذره و پرده بکارت ندارند، احکام باکره را داشته باشند؛ مثل کسی

که پرده بکارتش با عمل جراحی و از بین رفته باشد که چنین کسی هرچند از نظر معنای لغوی باکره نیست، در عرف، احکام باکره بودن بر او مترتب می شود (حبیبی تبار، [بی تا]، ص ۴۱). بنابراین با توجه به معانی مختلفی که برای «ثیبه» بیان شد، مفهوم باکره نقطه مقابل آن است (حکیم، ۱۳۹۱ ه.ش، ج ۱۴، ص ۴۵۱).

۴-۱. رشیده

واژه رشید برگرفته از «رشد» است. رشد در لغت، ضد گمراهی (ضلال) است (ابن منظور، ۱۴۰۷ ه.ج ۳، ص ۱۷۵؛ ابن فارس، ۱۴۰۴ ه.ج ۲، ص ۳۹۸). همچنین عده ای رشد را عقل و اصلاح مال می دانند (علامه حلی، ۱۴۱۳ ه.ج ۴۳۱). عده ای دیگر معتقدند رشد عبارت از ملکه ای نفسانی است که اقتضای آن اصلاح مال و مانع شدن در برابر فساد آن و همچنین جلوگیری از صرف در اموری غیر از آنچه که شایسته افعال عقلاست، می گردد (شهید ثانی، ۱۴۱۹ ه.ج ۴، ص ۱۴۸). هرچند بعضی از فقیهان، احتمال عدم همراهی یا تلازم رشد در مسائل مالی را با رشد در بحث نکاح مطرح کرده اند (نجفی، ۱۳۹۸ ه.ش، ج ۲۹، ص ۱۷۷ - ۱۸۱)، اما بر اساس نظرات برخی از حقوقدانان (صفایی و امامی، ۱۳۹۳ ه.ش، ص ۸۴) و همچنین برخی روایات (حر عاملی، ۱۴۱۵ ه.ج ۱۴، ص ۲۱۵) چنین برداشت می شود که دختر رشیده در امر نکاح، فردی است که در امور مالی به حد رشد رسیده باشد.

۲. دیدگاه های فقیهان امامیه در رابطه با لزوم اذن ولی در نکاح دختر باکره رشیده

برای به دست آمدن و بررسی رأی و دیدگاه صواب از بین آرای مختلف در یک موضوع، باید ادله فقهی بررسی شود. قبل از اینکه به عمومات و ادله خاص در باب اذن ولی قهری

در ازدواج پیردازیم، لازم است ملاحظه شود که آیا درباره ازدواج باکره، اصلی وجود دارد که بتوان در زمان شک به آن تمسک کرد یا نه؟ درباره اصل اولی، در محل خود ثابت شده است که قاعده و اصل عام عقلی و شرعی، ولایت نداشتن شخصی بر شخص دیگر است و تصرفات اشخاص بر دیگران هیچ نفوذی ندارد. برای اثبات اصل عدم ولایت، به دلیل عقل و برخی روایات باب و همچنین اصل استصحاب استناد شده است. آنچه بیان شد، درباره اصل و قاعده اولی در مسئله است که از عمومات یا اطلاعات بالادستی برشمرده می شود و با قطع نظر از ادله خاص است؛ اما از نظر اصل عملی که وظیفه مکلف را در مقام تحیر و شک روشن می کند که پس از مراجعه به ادله خاص نتوانسته است حکم شرعی را بیابد، آیا در خصوص امر نکاح، اصلی وجود دارد که به آن تمسک شود؟ شیخ انصاری معتقد است با توجه به ادله فوقانی عمومات و اطلاعات باب که اصل عدم ولایت بر اساس آن ثابت است، اگر پس از فحص از دلایل خاص، حجت شرعی بر باقی ماندن دختر باکره رشیده تحت ولایت ولی قهری موجود نباشد، نوبت به اجرای اصول عملیه نمی رسد و باید به همان اصل و قاعده ناشی از اطلاعات و عمومات ادله بالادستی که از آن عدم ولایت استنتاج می شود، تمسک کرد (حبیبی تبار، ۱۳۹۸ هـ. ش، ص ۳۵۵).

بر این اساس، با توجه به دیدگاه های مختلف عالمان، بر اساس اصل عدم ولایت، پس از رسیدن دختر به سن بلوغ و رشد، وی مانند پسر بالغ و رشید در تمام امور خود مستقل است و پدر یا جد پدری بر وی سلطه ای ندارد. در این موضوع شاید برخی محققان قائل باشند که آیا در مقام تحیر و شک نمی توان به اصل استصحاب یعنی استصحاب بقای ولایت تمسک کرد؟ در پاسخ به این پرسش باید بیان کرد که اولاً اصل استصحاب از اصول عملیه است و اصول عملیه در مواردی کاربرد دارند که دلیلی در دست نباشد

و ما برای رفع تحیّر و سرگردانی با اجرای اصول عملی نتیجه مورد نظر خود را به دست آورده‌ایم؛ از این رو اگر بخواهیم در این موضوع استصحاب بقای ولایت را جاری کنیم، صحیح نیست؛ زیرا می‌دانیم که دلیل جعل ولایت پدر دایم‌دار صغر است یا در موارد خاصی نظیر سفاهت یا جنون است؛ بنابراین وقتی دختر از حالت صغر خارج شود، بی‌تردید ولایت پدر ساقط شده است، مگر اینکه دلیلی بر اثبات ولایت یا بقای ولایت در دست داشته باشیم. بر این اساس، با توجه به بررسی ادله و ناکافی بودن دلالت ادله مورد نظر باید گفت: به نظر می‌رسد سقوط ولایت پدر بر باکره رشیده محرز است و جایی برای اجرای اصل استصحاب باقی نمی‌ماند؛ چون بیان شد اصل استصحاب در موارد شک جاری می‌شود و در این مورد خاص چنین شکی وجود ندارد؛ از این رو بین پسر و دختر اشتراک در حکم و فلسفه آن برقرار است. بی‌شک دختر خردسال نیز مانند پسر نابالغ تحت ولایت پدر یا جد پدری است؛ اما پس از سنّ بلوغ و رشد - همان‌طور که بیان شد - مسئله ولایت منتفی می‌شود.

درباره ازدواج دختر بالغه رشیده اختلاف وجود دارد و دیدگاه‌های متنوعی مطرح شده است؛ بعضی از فقیهان این موضوع را از مهمات و فتوا درباره آن را از مشکلات نامیده‌اند؛ به این دلیل که روایات مربوط به ازدواج دختران و اذن پدر، متفاوت و گوناگون است و آرای متنوعی که درباره این مسئله مشاهده می‌شود، ناشی از اختلاف روایات است (هدایت‌نیا، ۱۳۹۶ هـ.ش، ص ۲۱۳ - ۲۱۶؛ هدایت‌نیا، ۱۳۹۲ هـ.ش، ص ۳۳۸ - ۳۳۹).

۱-۲. استقلال پدر و جد پدری در نکاح باکره رشیده

عده‌ای از فقیهان معتقدند دختر باکره پس از رسیدن به سن بلوغ و رشد، همچنان تحت ولایت پدر و جد پدری قرار دارد و ولی می‌تواند او را به عقد ازدواج دیگری درآورد.

شیخ الطائفه در کتاب تهذیب (طوسی، ۱۳۶۵ ه. ش، ج ۷، ص ۳۷۹)، تزویج پدر بدون اذن دختر را خلاف سنت می‌داند و با وجود این فرموده است دختر حق مخالفت با تزویج پدر را ندارد. این نظریه بین معاصران نیز طرفدار دارد (شبیری زنجانی، [بی تا]، ۵۱۳ م، ص ۲۳۸۵). به نظر بسیاری از فقیهان، بلوغ و رشد مسقط ولایت و حضانت است و ادامه این دو بر فرزند بالغ رشید وجهی ندارد (محقق حلی، ۱۴۰۹ ه. ج ۲، ص ۲۹۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۹ ه. ج ۸، ص ۴۳۶؛ خمینی، ۱۴۰۴ ه. ج ۲، ص ۴۵۴). از سوی دیگر، سپردن امور انسان بالغ عاقل رشید به دیگری نیازمند دلیل خاص است و ادله ولایت یا لزوم اذن پدر و جد پدری بر دختر رشیده قاصر از اثبات این معناست.

۲-۲. استقلال باکره رشیده

بر اساس این نظریه، پدر و جد پدری ولایتی بر باکره رشیده ندارند و چنین دختری خودش مستقل می‌تواند به ازدواج اقدام کند. علم الهدی این نظریه را در کتاب انتصار (موسوی، ۱۴۱۵ ه. ص ۲۸۴-۲۸۳ و ناصریات (موسوی، ۱۴۱۷ ه. ص ۳۲۰) مطابق با اجماع معرفی می‌کند؛ صاحب ریاض شهرت عظیمه را مطابق با این قول بیان کرده (طباطبایی، ۱۳۸۲ ه. ش، ج ۱۱، ص ۸۴) و صاحب جواهر این قول را مشهور بین قدماء و متأخران دانسته است (نجفی، ۱۳۹۸ ه. ش، ج ۲۹، ص ۱۷۵). برخی دیگر از فقیهان مثل شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۵ ه. ص ۱۱۲) نیز بر این قول ادعای اجماع کرده‌اند. محمد جواد مغنیه (مغنیه، ۱۴۲۱ ه. ج ۵، ص ۲۲۹) و اشتهاودی (اشتهاودی، ۱۴۱۷ ه. ج ۳، ص ۱۴۱۷) نیز بر این نظرند.

هرچند در این نظریه، استقلال باکره در ازدواج مطرح می‌شود، بسیاری از قائلان به این نظریه، بر استحباب انتخاب ولی و رعایت احترام پدر تصریح کرده‌اند و بی‌توجهی به

نظرولی را مکروه دانسته‌اند؛ همچنین بر مراعات نظر مادر و در صورت فقدان والدین، بر واگذاری امر ازدواج به برادر بزرگ‌تر تأکید شده است (حبیبی تبار، [بی‌تا]، ص ۱۲۳). به جز متأخران، عده‌ای از قدما نظیر شیخ مفید در کتاب احکام النساء (مفید، [بی‌تا]، ج ۳۶، ص ۹) و علامه حلی (حلی، ۱۴۰۸هـ، ج ۲، ص ۵۳۴) هم این نظر را در نوشته‌های خود بیان کرده‌اند و در کتاب الفقه علی مذهب الخمسه، دیدگاه استقلال بالغه رشیده - باکره و ثبیه - نظر بیشتر امامیه مطرح شده است (مغنیه، ۱۹۹۸م، ص ۳۲۴). همچنین به این موضوع تصریح می‌شود که ازدواج وی به صورت مستقلّ صحیح و نافذ است (طباطبایی، ۱۳۸۲هـ.ش، ج ۴، ص ۹۵).

بررسی ادله طرفداران نظریه استقلال تام باکره

الف) کتاب

در بین آیات قرآن فقط به یک آیه استناد شده است: «وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (بقره ۲: ۲۳۲). نکته قابل توجه اینکه مخالفان نظریه استقلال تام دختر بالغه رشیده هم به این آیه استناد کرده‌اند.

علامه طباطبایی در پاسخ به طرفداران قول به اشتراط در صحت عقد نکاح بیان می‌دارد: «آیه بر صحیح نبودن عقد بدون اذن ولی دلالت ندارد؛ زیرا اگر واژه "لَا تَعْضُلُوهُنَّ" دلالت بر عدم تأثیر ولایت نداشته باشد، دلالتی بر اعم از اولیاء بوده و هدف نهی، ارشاد به منفعی می‌باشد که در رجوع پس از طلاق وجود دارد» (طباطبایی، ۱۴۱۷هـ، ج ۲، ص ۳۳۵ - ۳۳۷). نویسنده مجمع البیان نیز مردانی را مخاطب این آیه بیان می‌کند که همسران خویش را طلاق داده‌اند و در ادامه به دلیل جلوگیری از ازدواج مجدد آنها، وقتی که عده آنها به پایان

خود نزدیک است، رجوع می‌کنند و با این روش با سرنوشت زنان بازی می‌کنند (طبرسی، ۱۴۱۵هـ، ص ۵۷۱). از این مطلب هم که بگذریم، آیه پیش‌گفته درباره زنان ثیبه است و در رابطه بالزوم اذن ولی در امر نکاح دختر باکره بالغه اظهار نظری نکرده است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵هـ.ش، ج ۲، ص ۱۲۸). بنابراین به نظر می‌رسد برای هیچ‌کدام از موارد یعنی اشتراط و عدم اشتراط اذن ولی، نمی‌توان به این آیه شریفه استناد کرد.

(ب) سنت (روایات)

با بررسی روایات مختلف، مشاهده می‌شود قائلان به قول استقلال تامّ دختر بالغه رشیده، در دلالت روایاتی که مخالفان آنها به آن استناد کرده‌اند، اظهار شک کرده و لزوم اجازه در این روایات را بر واجب تکلیفی حمل می‌کنند. در ادامه نمونه‌هایی از روایات استناد شده را بیان می‌کنیم:

- روایتی است منسوب به ابن عباس که ایشان از پیامبر (ص) نقل می‌کند: «لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ وَإِنْ سُكُوتَهَا إِذْنُهَا». این حدیث در کتب مختلف از جمله در الاقناع و الفقه علی مذاهب الخمسه در بیان ادله قائلان به مشروعیت نکاح باکره ذکر شده است (معنیه، ۱۹۹۸م، ص ۳۲۲). «ایم» فردی است که همسری ندارد، چه زن و چه مرد و چه باکره و چه ثیبه؛ ولی این کلمه در مقابل «بکر» به کار رفته است و باکره - چنانچه بیان شد - به معنای دوشیزه است؛ بنابراین ظاهراً ایم به معنای بیوه است. به هر حال از جمله دوم روایت یعنی «وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ» معلوم می‌شود که بدون اذن باکره نمی‌توان وی را تزویج کرد.

- در روایتی که به «حسنه فضلا» معروف است، سه نفر از راویان حدیث از قول امام باقر (ع) بیان داشته‌اند و همچنین در وسائل الشیعه آمده است: «الْمَرْأَةُ الَّتِي قَدْ مَلَكَتْ نَفْسَهَا

غَيْرِ السَّفِيهِةِ - وَلَا الْمُؤَلَّى عَلَيْهَا أَنْ تَزْوِجَهَا بِغَيْرِ وَلِيٍّ جَائِزٍ» که دلیلی بر این مطلب است که زن بدون اذن ولی می تواند به نکاح خود اقدام کند؛ زیرا اختیار او با خودش است (حر عاملی، ۱۴۰۹ هـ، باب ۹).

عبد الرحمن بن ابی عبدالله از امام صادق روایت می کند: «تَسْتَأْمِرُ الْبَكَرَ وَغَيْرَهَا وَلَا تُنْكَحُ إِلَّا بِأَمْرِهَا» (حر عاملی، ۱۴۰۹ هـ، ج ۱۴، باب ۳). از این روایت نیز معلوم می شود که نباید دوشیزه بدون نظر خود او تزویج شود. صاحب کتاب شرایع الاسلام برخلاف بیان ابن عقیل که قائلان به نظریه تشریک در ولایت به آن تمسک می کنند، بیان می دارد که مستند آن روایت ضعیفی است که فقیهان حمل بر صحت کرده اند و از مجموع مستندات موجود چنین نتیجه می گیرد که اذن ولی (پدر یا جد پدری) برای زن چه بکر باشد یا نباشد، مستحب است (محقق حلی، ۱۴۰۹ هـ، ج ۲، ص ۲۲۱). عده دیگری از فقیهان نظیر صاحب جواهر (نجفی، ۱۳۹۸ هـ، ش، ج ۲۹، ص ۱۷۵)، نراقی (نراقی، ۱۴۱۵ هـ، ص ۴۷۹) و میرزای قمی در کتاب جامع الشتات (قمی، ۱۳۷۱ هـ، ش، ص ۴۴۰ و ۴۷۰ - ۴۷۴) نیز روایات مطرح شده در خصوص لزوم کسب نظر پدر در امر نکاح را حمل بر استحباب کرده اند و اخذ نظر ولی را در اولویت می دانند. به نظر می رسد در رابطه با بحث استحباب اجازه دختر از پدر، باید عنوان کرد با توجه به روایاتی که دلالت بر بقای ولایت پدر دارد و اینکه این روایات معارض دارند، ما بر مبنای قاعده «الجمع مهما مکن اولی من الطرح» و بر اساس جمع بین روایاتی که به دختر امر می کند از پدر در امر ازدواجش اجازه بگیرد و روایاتی که دختر را در امر ازدواجش مستقل می داند، روایات دال بر لزوم اذن پدر یا بقای ولایت پدر بر نکاح باکره رشیده را حمل بر استحباب می کنیم و در نهایت به این نتیجه می رسیم که باکره رشیده برای ازدواج مستحب است اذن پدر را به دست آورد؛ اما مخالفت با اجازه پدر یا بی توجهی به اذن او مبطل عقد نکاح نیست و حتی از لحاظ تکلیفی هم اطاعت از او در این امر محل بحث است.

ج) اجماع

صاحب کتاب‌های ناصریات و الانتصار (موسوی، ۱۴۱۵ هـ، ص ۶۷ - ۲۴۶؛ موسوی، ۱۴۱۷ هـ، ص ۳۲۰) بر قول به صحت نکاح بالغه رشیده بدون اذن ولی ادعای اجماع کرده است؛ این اجماع را صاحب جواهر هم نقل می‌کند (نجفی، ۱۳۹۸ هـ، ج ۲۹، ص ۱۷۵).

د) عقل

کسی که در همه تصرفاتش مختار است و هیچ‌گونه سلطه‌ای از جانب افراد دیگر چه از اقوام نزدیک او یا دور نسبت به او وجود ندارد، چگونه در امر نکاح تحت ولایت یا سلطه ولی قهری زمان گذشته خود قرار می‌گیرد؛ آن هم ولایتی که با رسیدن به سن بلوغ و رشد کاملاً ساقط شده است. افزون بر اینکه به طور قطعی نمی‌توان میان نکاح و سایر امور تفاوت قائل شد و ویژگی خاصی را لحاظ کرد؛ همچنین اصل استقلال افراد ایجاب می‌کند که هر کسی قادر باشد حقوق خود را استیفا کند و به نظر می‌رسد علت خاصی وجود ندارد که دلالت بر لزوم کسب اجازه کند.

از مجموع دلایل بیان شده در این قسمت مشخص می‌شود که تزویج دوشیزگان بدون استیذان از خود آنان جایز نیست.

۲-۳. استقلال هر یک از ولی و باکره رشیده

بر اساس این نظریه، هر یک از ولی (پدر یا جد پدری) و دختر باکره در رابطه با امر ازدواج مستقل هستند و هر کدام می‌توانند بدون جلب رضایت دیگری به ازدواج اقدام کنند. این نظریه مانند مواردی است که پدر و جد پدری در بعضی امور ولایت دارند و هر کدام مستقل هستند. محقق نراقی در کتاب مستند الشیعه، با ارجاع و استناد به روایاتی در التهذیب

و وسائل، قائل به این نظریه است و بیان می‌دارد: «القول بالتخیر، بمعنی صحة عقد کلّ منهما و کفایتہ وإن لم يأذن الآخر» (نراقی، ۱۴۱۵ هـ، ج ۱۶، ص ۱۱۹). روشن است که مقصود از تخیر در اینجا آزادی هر یک از ولی و دختر در امر ازدواج است و با تخیر در باب تعارض متفاوت است. به تعبیر دیگر در اینجا قول به تخیر دختر و پدر است، نه اینکه وظیفه، تخیر بین اخذ به یکی از دو طرف باشد که در باب تعارض مطرح است (حبیبی تبار، [بی تا]، ص ۱۲۴). آیت الله مرعشی نجفی نیز به این قول فوق تصریح کرده‌اند (مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ هـ، ج ۲، ص ۲۲۴).

دلیل این قول می‌تواند عمل به هر دو دسته دلیل باشد؛ یعنی هم به روایاتی عمل شده است که دختر را در ازدواج خود مستقل می‌داند و هم روایاتی که پدر را در تزویج دختر باکره رشیده خود مستقل می‌داند.

۲-۴. تشریک ولی با بکره رشیده

منظور از تشریک در اذن یا اشتراک در ولایت، یعنی اجازه دختر و ولی هر دو در عقد نکاح ضروری و لازم است؛ به بیان دیگر، باکره رشیده اگر خواستار ازدواج باشد، باید از ولی اجازه بگیرد؛ همچنین پدر باید با رضایت دختر او را به عقد دیگری درآورد؛ پس برای صحت ازدواج دختر، رضایت هر دو شرط است.

بسیاری از فقیهان قائل به این نظریه، به لزوم اذن و رضایت هر دو تصریح کرده‌اند؛ اما برخی از فقیهان وظیفه دختری که می‌خواهد اقدام به ازدواج کند، احراز اذن و رضایت پدر و جد پدری مطرح کرده‌اند یا به طور کلی احراز اذن و رضایت آنها را لازم دانسته‌اند. از چنین عباراتی نیز همین نظریه تشریک استفاده می‌شود؛ به تعبیر دیگر هر چند این فقیهان به لزوم احراز اذن از هر دو تصریح نکرده‌اند، اما از اینکه به لزوم اذن و رضایت

ولی اشاره کرده‌اند، فهمیده می‌شود که آنها قائل به استقلال ولی نیستند، بلکه افزون بر اذن و رضایت دختر، رضایت ولی را نیز لازم می‌دانند (حبیبی تبار، [بی‌تا]، ص ۱۲۵). حر عاملی در وسائل الشیعه (حر عاملی، ۱۴۰۹ هـ، ج ۲، ص ۲۸۴) و نیز برخی از معاصران قائل به این نظریه هستند (سبحانی، ۱۴۱۷ هـ، ج ۱، ص ۱۷۴؛ نوری همدانی، ۱۳۹۵ هـ، ش، م ۲۳۷۲؛ انصاری، ۱۴۱۵ هـ، ص ۱۲۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۹۹ هـ، ش، ج ۵، ص ۶۲۴؛ خمینی، ۱۴۰۴ هـ، ج ۲، ص ۲۵۴؛ تبریزی، ۱۳۷۳ هـ، ش، ج ۱، ص ۳۳۳؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲ هـ، ص ۳۷۲) و برخی دیگر از معاصران نیز این نظریه را به نحو احتیاط و جوبی مطرح کرده‌اند (سیستانی، ۱۳۹۵ هـ، ش، م ۲۳۴۳؛ خمینی، ۱۴۲۶ هـ، ج ۲، ص ۴۸۵). بنابراین بر اساس دیدگاه تشریک، هیچ‌یک از ولی یا بالغه رشیده به تنهایی اختیاری در امر نکاح ندارند و باید با رضایت یکدیگر در نکاح اراده خود را اعمال کنند. این دیدگاه نزد عالمان امامیه دیدگاه غیر مشهور است.

۲-۵. لزوم اذن ولی در ازدواج دائم برخلاف نکاح متعه

بر اساس این قول، دختر در ازدواج موقت مستقل است و احتیاجی به اذن ولی ندارد؛ اما در نکاح دائم اذن ولی لازم است. در برخی آثار، این نظریه به طور مطلق به شیخ طوسی در کتاب تهذیب الاحکام نسبت داده شده است (طوسی، ۱۳۶۵ هـ، ش، ج ۷، ص ۲۵۴). اما با دقت در کلام شیخ مشخص می‌شود ایشان لازم نبودن اذن ولی در ازدواج موقت را تنها در فرض نزدیکی نکردن و از بین رفتن بکارت جایز می‌داند (حبیبی تبار، [بی‌تا]، ص ۱۲۶). در این باره صاحب جواهر نیز معتقد است کتاب‌های یادشده کتاب فتوا نیستند و شیخ در مقام فتوا قول دیگری اختیار کرده است (نجفی، ۱۳۹۸ هـ، ش، ج ۲۹، ص ۱۷۹).

۲-۶. استقلال باکره رشیده در نکاح دائم و ولایت ولی در نکاح منقطع

این نظریه با اینکه در کتاب شرایع محقق حلی ذکر شده است (محقق حلی، ۱۴۰۹ هـ، ج ۲، ص ۵۰۲)، قائل آن مشخص نیست. بر اساس این قول، باکره رشیده در نکاح منقطع تحت ولایت ولی خود است، اما در ازدواج دائم مستقل است. صاحب جواهر درباره این نظریه بیان می‌کند که قائلی برای آن نیافته است (نجفی، ۱۳۹۸ هـ.ش، ج ۲۹، ص ۱۷۹).

۲-۷. قول به استقلال ولی و دختر و جواز فسخ عقد دختر توسط ولی (و نه جد پدری)

بر اساس این نظریه، صحت عقد پدر و عقد دختر به اذن دیگری منوط نیست و هر دو صحیح واقع می‌شوند؛ اما پدر می‌تواند عقدی که از سوی زوجین به صورت صحیح واقع شده است را نقض و فسخ کند. آیت الله حکیم در بررسی روایات این باب به سه نکته اشاره می‌کند؛ اول اینکه پدر در ازدواج دخترش مستقل است، یعنی می‌تواند بدون اذن دختر او را به ازدواج دیگری درآورد؛ دیگر اینکه دختر نیز در ازدواجش مستقل است و بدون اذن پدر می‌تواند ازدواج کند؛ و در نهایت پدر می‌تواند عقد صحیح دختر را نقض و فسخ کند (حکیم، ۱۳۹۱ هـ.ش، ج ۱۴، ص ۴۷۷ - ۴۷۸).

۲-۸. استقلال دختر در نکاح به طور مطلق در فرض استقلال در معیشت

بر اساس این نظریه، اگر دختر باکره در مدیریت شئون زندگی خود مستقل باشد و بتواند با تشخیص مصالح و مفاسد به درستی برای زندگی خود تصمیم‌گیری کند، در مسئله ازدواج نیز مستقل است و نیازی به اذن ولی ندارد. یکی از فقیهان معاصر بیان می‌کند: «اگر دختر باکره‌ای که به حد بلوغ رسیده و رشیده است - یعنی مصلحت خود را تشخیص می‌دهد - بتواند زندگانی خود را به نحو مستقل اداره کند و قدرت تصمیم‌گیری صحیح

در امور زندگی خود را داشته باشد و بیم آنکه فریب بخورد در میان نباشد، چنانچه بخواهد ازدواج کند، احتیاج به اجازه پدر یا جد پدری خود ندارد و در غیر این صورت، بنا بر احتیاط واجب باید از پدر یا جد پدری خود اجازه بگیرد و اجازه مادر و یا برادر لازم نیست. همچنین بنا بر احتیاط واجب دختری که باکره نیست نیز همین حکم را دارد» (موسوی اردبیلی، ۱۳۸۸ ه.ش، م ۲۸۳۰).

۳. موضع قانون مدنی و نظریه حقوقدانان

درباره نکاح بالغه رشیده در حقوق موضوعه، دیدگاه تشریک در ولایت پذیرفته شده است؛ بنابراین ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی از دیدگاه رایج فقیهان عصر حاضر که بیشتر آنان اجازه ولی را احوط می دانند، پیروی کرده است و با لحاظ مصلحت های موجود در عرف و سطح اجتماع، اذن ولی را در امر نکاح دختر بالغه باکره رشیده لازم دانسته است. بنابراین دختری که به موجب قانون، اذن ولی را برای امر نکاح خود لازم دارد، دختری است که: در مرحله اول باکره است و تاکنون ازدواج منجر به نزدیکی نکرده باشد؛ در مرحله دوم امکان دسترسی به ولی (پدر یا جد پدری) برای وی وجود داشته باشد (ماده قانونی ۱۰۴۴).

اما حقوقدانان نیز دیدگاه های متفاوتی را درباره این مسئله بیان می کنند؛ گروهی معتقدند کسی که از لحاظ شرعی و قانونی دارای اهلیت تمتع و همچنین اهلیت استیفاست، می تواند هم طرف حق و هم طرف تکلیف واقع شود و در نتیجه عقدی مانند بیع، اجاره و سایر عقود را خود منعقد کند. بنابراین توجیه شدنی نیست که چنین فردی نتواند در امر ازدواج خود به طور مستقل تصمیم گیری کند. این مطلب بر اساس ماده ۲۱۱ قانون مدنی نیز قابل دفاع است که محرز شدن اهلیت افراد را منوط به سه شرط بالغ و عاقل و رشید بودن می داند. از طرفی بر اساس ماده بعد (ماده ۲۱۲ ق.م) اشخاص فاقد این

سه ویژگی، محجور محسوب می‌شوند؛ در نتیجه نکاح افرادی که واجد اهلیت قانونی هستند، بدون اذن ولی صحیح است و اذن ولی در واقع شرط کمال است و وجود نداشتن این اذن، در صحت شرعی عقد نکاح او خللی ایجاد نمی‌کند (شهناهی، ۱۳۸۵ ه.ش، ص ۲۳ - ۲۴). گروهی دیگر از حقوق‌دانان معتقدند اذن ولی، شرط صحت نکاح است (صفایی و امامی، ۱۳۹۳ ه.ش، ص ۵۶). بر خلاف نظر گروه اول باید گفت قانون در ماده ۱۰۴۳ از قول اشتراک در ولایت و در واقع قول به احتیاط پیروی کرده است که در این قول، صحت نکاح بدون اذن هریک از ولی و مولی علیه مورد تأیید است، اما نفوذ آن منوط به اجازه دیگری است؛ در حالی که حیطة و قلمرو ولایت ولی به رعایت مصلحت دختر محدود است؛ از این رو او حق ندارد که بدون دلیل اذن ندهد، بلکه تنها در صورت عدم وجود کفویت، ولی این حق را دارد که از دادن اذن خودداری کند. همچنین می‌دانیم که در صورت عدم وجود کفویت، او اذن بدهد یا ندهد، نکاح منعقد نمی‌شود؛ بنابراین به نظر می‌رسد که اذن او عملاً هیچ اثر شرعی ندارد و کاملاً به صورت تشریفاتی و به دلیل رعایت احترام و استحباب امر است. از نظر بعضی از حقوق‌دانان نیز، مبنای لزوم اذن پدر یا جد پدری در نکاح دختر باکره رشیده، حمایت از خود اوست و هدف آن پیشگیری از آسیب‌های احتمالی تصمیم نادرست و انتخاب نامناسب دختر است؛ به عبارت دیگر، مبنای آن حمایت از دختر است و نه «محدودیت» و باید توجه داشت این مبنا امروزه اهمیت خود را در مورد بعضی از دختران از دست داده است. با حضور دختران در مجامع آموزشی و فعالیت‌های اجتماعی و شناخت قبلی آنان از خواستگار، منوط کردن تصمیم آنان به اجازه پدر عملاً به محدودیت می‌انجامد و جنبه حمایتی ندارد؛ به ویژه در شهرهای بزرگ که سن ازدواج بالا رفته و بسیاری از دختران در حالی به ازدواج تصمیم می‌گیرند که دارای تحصیلات عالی هستند. بسیاری از دختران امروزی

در شرایطی تصمیم به ازدواج می‌گیرند که تحصیل کرده و پا به سن گذاشته هستند و از شرایط جامعه و حساسیت امر ازدواج آگاهی دارند؛ بنابراین منوط کردن تصمیم آنان درباره ازدواج به اذن پدر به محدودیت وی می‌انجامد و بعید به نظر می‌رسد آنچه در بعضی روایات ذکر شده است، به چنین مواردی ناظر باشد.

در نتیجه می‌توان نتیجه گرفت که منوط دانستن ازدواج دوشیزه رشیده به اذن پدر یا جد پدری، به طور کلی و بدون محدودیت سنی صحیح به نظر نمی‌رسد. این قانون باید تحت شرایطی اعمال شود که دوشیزه به دلیل سن یا تحصیلات کم یا مسائلی از این قبیل، به تشخیص مسئله آینده خود قادر نباشد. در نتیجه وضع فعلی ماده ۱۰۴۳ ق.م. و اطلاق آن مورد انتقاد است (هدایت‌نیا، ۱۳۹۲ ه.ش، ص ۳۴۲ - ۳۴۳).

نتیجه

از بررسی‌های به عمل آمده، نتایج زیر به دست آمده است:

۱. قاعده و اصل عام عقلی و شرعی، ولایت نداشتن شخصی بر شخص دیگر است. نتیجه اصل عدم ولایت این است که اگر دلیلی بر بقای ولایت وجود نداشته باشد، به همان اصل عدم ولایت استناد کرده و می‌توانیم بیان کنیم که باکره رشیده در امر نکاح از استقلال تام برخوردار است.

۲. با خروج دختر از صغر و رسیدن به سن بلوغ و رشد، وی از ولایت پدر و جد پدری خارج می‌گردد؛ در نتیجه، استصحاب بقای ولایت در این مورد وجهی ندارد؛ زیرا اصل استصحاب در موارد شک جاری می‌شود و در این مورد شک وجود ندارد.

۳. دلایلی درباره ولایت پدر و جد پدری یا لزوم اذن آنان در نکاح دوشیزه وجود دارد؛ ولی با توجه به دیدگاه‌های مطرح شده در موضوع و ملاحظه سایر دلایل، به نظر می‌رسد دیدگاه

دوم که دختر باکره رشیده را در امر ازدواج مستقل می‌داند، قابل اعتمادتر است. برای جمع میان ادله و عدم طرح دلایل ولایت پدر و جد پدری یا اعتبار اذن آنان، ادله دسته‌ای اخیر حمل بر استحباب می‌شود. در نتیجه مستحب است باکره رشیده برای ازدواج، اذن پدر یا جد پدری را به دست آورد؛ اما مخالفت با اجازه پدر یا بی‌توجهی به اذن او مبطّل عقد نکاح نیست و حتی از لحاظ تکلیفی هم اطاعت از او محل بحث است و محدودیت در این تصمیم‌گیری بنا به شرایط اجتماعی عصر حاضر، قابل انتقاد است.

۴. بر مبنای نتایج این پژوهش، موضع قانون‌گذار در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی قابل انتقاد است و در شرایط کنونی، با توجه به بالا رفتن سن ازدواج و جمعیت کثیر بی‌همسران کشور، بر خلاف مصلحت به نظر می‌رسد.

پی‌نوشت

۱. «واختلفو فی ثبوتها علی البکر الرشیده، علی أقوال: و هی استقلال الولی، و استقلالهما، و التفصیل بین الدوام والانقطاع باستقلالهما فی أوّل دون الثانی، و العکس، و...».

کتاب‌نامه

قرآن مجید

ابن فارس، احمد. (۱۴۰۴ هـ). معجم مقاییس اللغة. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.

ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۰۷ هـ). لسان العرب. بیروت: دارصادر.

اشتهاردی، علی. (۱۴۱۷ هـ). مدارک العروه. تهران: دارالاسوه.

آل بحر العلوم، سید محمد. (۱۳۶۲ هـ.ش). بالغه الفقیه. چ ۴. تهران: مکتبه الصادق.

امامی، سید حسن. (۱۳۷۸ هـ.ش). حقوق مدنی. چ ۱۳. تهران: اسلامیه.

- انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ هـ). کتاب النکاح. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- تبریزی، جواد. (۱۳۷۳ هـ.ش). استفتائات جدید. ج ۳. قم: نشر تفکر.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸ هـ.ش). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
- جوهری، اسماعیل. (۱۴۲۶ هـ). الصحاح. ج ۵. بیروت: دارالعلم للملایین.
- حبیبی تبار، جواد. (۱۳۹۸ هـ.ش). تشکیل خانواده از منظر فقه و حقوق موضوعه. قم: جامعه المصطفی.
- حبیبی تبار، جواد. [بی تا]. تقریرات درس خارج فقه (نکاح). قم: [بی نا].
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ هـ). وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل البیت.
- حکیم، سیدمحسن. (۱۳۹۱ هـ.ش). مستمسک العروه الوثقی. ج ۱۲. بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ هـ). ایضاح الفوائد. تصحیح: سیدحسن موسوی کرمانی، علی پناه اشتهاوردی و عبدالرحیم بروجردی. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- حلی، احمد بن ادریس. (۱۴۰۸ هـ). السرائر. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- خمینی، سیدروح الله. (۱۴۰۴ هـ). تحریر الوسیله. ج ۳. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- خمینی، سیدروح الله. (۱۴۲۶ هـ) توضیح المسائل (محشی). ج ۲. تحقیق: سیدمحمد حسین بنی هاشمی خمینی. چ ۸. قم: حوزه علمیه قم.
- زبیدی، محمد بن محمد. (۱۳۰۷ هـ). تاج العروس. ج ۱۷. بیروت: دارالفکر.
- سبحانی، جعفر. (۱۴۱۷ هـ). نظام النکاح. ج ۱ - ۲. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- سیستانی، سیدعلی. (۱۳۹۵ هـ.ش). رساله توضیح المسائل. مشهد: انتشارات قلم آذین رضا.
- شبیری زنجانی، سیدموسی. [بی تا]. رساله توضیح المسائل. قم: دفتر آیت الله شبیری زنجانی.
- شهناهی، خلیل. (۱۳۸۵ هـ.ش). حمایت قانون از نهاد خانواده. تهران: دانشگاه الزهرا.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۹ هـ). مسالک الافهام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- صفایی، حسین؛ و مصطفی امامی. (۱۳۹۳ هـ.ش). مختصر حقوق خانواده. چ ۳۷. تهران: نشر میزان.

صفایی، سید حسین؛ و سید مرتضی قاسم زاده. (۱۳۸۱ ه.ش). حقوق مدنی اشخاص و محجورین.

ج ۷. تهران: سند.

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۳۹۹ ه.ش). العروة الوثقی. تهران: المكتبة العلمية الاسلاميه.

طباطبایی، سید علی. (۱۳۸۲ ه.ش). ریاض المسائل. ج ۴. قم: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.

طباطبایی، سید محمد حسین. (۱۴۱۷ ه.ش). المیزان فی تفسیر القرآن. قم: جامعه مدرسین.

طبرسی، فضل بن حسن. (۱۴۱۵ ه.ش). مجمع البیان. بیروت: مؤسسة الاعلمی للمطبوعات.

طریحی، فخرالدین. (۱۴۱۵ ه.ش). مجمع البحرین. ج ۱۰. قم: مؤسسه بعثت.

طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۶۵ ه.ش). تهذیب الاحکام. ج ۴. تهران: دارالمکتب الاسلامیه.

علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ ه.ش). مختلف الشیعه. قم: انتشارات اسلامی حوزه علمیه.

فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۲ ه.ش). الاحکام الواضحه. ج ۴. قم: مرکز فقهی الاثمه الاطهار.

قمی، ابوالقاسم. (۱۳۷۱ ه.ش). جامع الشتات. تهران: انتشارات کیهان.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۲ ه.ش). حقوق مدنی خانواده. ج ۳. تهران: شرکت سهامی انتشار.

مجموعه آرای وحدت رویه. (۱۳۸۰ ه.ش).

محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۹ ه.ش). شرایع الاسلام. ج ۲. تهران: انتشارات استقلال.

مرعشی نجفی، سید شهاب الدین. (۱۴۰۶ ه.ش). منهاج المؤمنین. ج ۲. تحقیق: سید عادل علوی. قم:

کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

مغنیه، محمد جواد. (۱۴۲۱ ه.ش). فقه الامام الصادق. قم: انصاریان.

مغنیه، محمد جواد. (۱۹۹۸ م). الفقه علی المذاهب الخمسه. ج ۴. تهران: نشر صادق.

مفید، محمد. [بی تا]. احکام النساء. ج ۳۶. در مجموعه مصنفات مفید.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۵ ه.ش). انوار الفقاهه (کتاب نکاح). قم: مدرسه الامام امیرالمؤمنین (ع).

مکارم شیرازی، ناصر؛ و دیگران. (۱۳۸۵ ه.ش). تفسیر نمونه. تهران: دارالکتب الاسلامیه.

موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۳۸۸ ه.ش). رساله توضیح المسائل. قم: نشر نجات.

موسوی، سید مرتضی. (۱۴۱۵ ه.ش). الانتصار فی انفرادات الامامیه. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

موسوی، سیدمرتضی. (۱۴۱۷ هـ). المسائل الناصریات. تهران: رابط الثقافه والعلاقات الاسلامیه.
نجفی، محمدحسن. (۱۳۹۸ هـ.ش). جواهر الکلام. بیروت: داراحیاء تراث العربی.
نراقی، ملااحمد. (۱۴۱۵ هـ). مستند الشیعه. قم: مؤسسه آل البیت.
نوری همدانی، مهدی. (۱۳۹۵ هـ.ش). رساله توضیح المسائل. تهران: آدینه سبز.
هدایت نیا، فرج الله. (۱۳۹۲ هـ.ش). عناوین ثانوی و حقوق خانواده. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
هدایت نیا، فرج الله. (۱۳۹۶ هـ.ش). الگوی سوم الگوی رفتاری زن در خانواده و جامعه. چ ۷. تهران: لشکر فرشتگان.

References

The Holy Quran

- Āl-Baḥr al-‘Ulūm, Sayyid Muḥammad. 1362 Sh. *Bulghat al-Faqīh*. 4th ed. Tehran: Maktabat al-Sādiq.
- ‘Allāmah al-Ḥillī, Ḥasan ibn Yūsuf. 1413 AH. *Mukhtalaḥ al-Shī‘ah*. Qom: Intishārāt-i Islāmī Hawzah ‘Ilmiyah.
- Anṣārī, Murtaḍā. 1415 AH. *Kitāb al-Nikāḥ* [The Book of Marriage]. Qom: Kongreh-ye Jahānī-ye Bozorgdāsht-e Shaykh-e A‘ẓam Anṣārī.
- Fāḍil Lankarānī, Muḥammad. 1422 AH. *Al-Aḥkām al-Wāḍiḥah*. Vol. 4. Qom: Markaz-e Fiqhī A‘immah Aṭḥār.
- Habibi-Tabar, Javad. 1398 Sh. *Tashkīl-e Khānevādeh az Manẓar-e Fiqh va Ḥuqūq-e Mawḍū‘eh* [Family Formation from the Perspective of Jurisprudence and Statutory Law]. Qom: Jāmi‘at al-Muṣṭafā.
- Habibi-Tabar, Javad. [n.d.]. *Taqrīrāt-e Dars-e Khārij-e Fiqh (Nikāḥ)* [Lecture Notes on the Seminary Advanced Fiqh Course (Marriage)]. Qom: [n.p.].
- Al-Ḥakīm, Sayyid Muḥsin. 1391 Sh. *Mustamsak al-‘Urwah al-Wuthqā*. Vol. 12. Beirut: Dār Iḥyā’ al-Turāth al-‘Arabī.
- Hedayat-Nia, Farajullah. 1392 Sh. *Unwān-e Thānawī va Ḥuqūq-e Khānevādeh* [Secondary Titles and Family Law]. Tehran: Pajūhishgāh-e Farhang va Andīshah-ye Islāmī.
- Hedayat-Nia, Farajullah. 1396 Sh. *Olgu-ye Sevvom: Olgu-ye Raftārī-e Zan dar Khānevādeh va*

- Jāmi'eh* [*The Thiurd Model: The Behavioral Model of Women in Family and Society*]. 7th ed. Tehran: Lashkar-e Fereshtegān.
- Al-Hillī (Fakhr al-Muḥaqqiqīn), Muḥammad ibn al-Ḥasan. 1387 AH. *Idāḥ al-Fawā'id*. Ed. Sayyid Ḥasan Mūsavī Kirmānī, 'Alī-Panāh Ishtihārdī, and 'Abd al-Raḥīm Burūjirdī. Qom: Mu'assasat Ismā'īlīyān.
- Al-Hillī, Aḥmad ibn Idrīs. 1988. *Al-Sarā'ir*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī.
- Al-Ḥurr al-'Āmilī, Muḥammad ibn al-Ḥasan. 1409 AH. *Wasā'il al-Shī'ah*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt.
- Ibn Fāris, Aḥmad. 1404 AH. *Mu'jam Maqāyīs al-Lughah*. Qom: Maktab al-'Ilām al-Islāmī.
- Ibn Manẓūr, Muḥammad ibn Mukarram. 1407 AH. *Lisān al-'Arab*. Beirut: Dār Ṣādir.
- Imāmī, Sayyid Ḥasan. 1378 Sh. *Huqūq-i Madanī* [*Civil Law*]. 13th ed. Tehran: Islāmīyah.
- Ishtihārdī, 'Alī. 1417 AH. *Madārik al-'Urwah*. Tehran: Dār al-Uswah.
- Ja'farī Langarūdī, Muḥammad Ja'far. 1378 Sh. *Mabsūṭ dar Termīnolozhī-ye Huqūq* [*Comprehensive Guide to Legal Terminology*]. Tehran: Ganj-e Dānish.
- Al-Jawharī, Ismā'īl. 1426 AH. *Al-Ṣiḥāḥ*. Vol. 5. Beirut: Dār al-'Ilm lil-Malāyīn.
- Kātūzīyān, Nāṣir. 1993. *Huqūq-i Madanī-ye Khānevādeh* [*Civil Law: Family*]. Vol. 3. Tehran: Sharikat-i Sahāmī-yi Intishār.
- Khomeinī, Sayyid Rūḥ-Allāh. 1404 AH. *Tahrīr al-Wasīlah*. Vol. 3. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islāmī.
- Khomeinī, Sayyid Rūḥ-Allāh. 1426 AH. *Tawdīḥ al-Masā'il (Muḥashshā)* [*Clarification of Rulings (Annotated)*]. Vol. 2. Ed. Sayyid Muḥammad Ḥusayn Banī-Hāshimī Khomeinī. 8th ed. Qom: Ḥawzah 'Ilmīyah of Qom.
- Majmū'ah-ye Ārā-ye Vaḥdat-e Raviyyeh* [Collection of Unification of Judicial Precedents Opinions]. [n.p.], (1380 Sh. [n.p.]).
- Makkārim Shīrāzī, Nāṣir. 1425 AH. *Anwār al-Faqāḥah (Kitāb al-Nikāḥ)* [*Lights of Legal Knowledge (The Book of Marriage)*]. Qom: Madrasat al-Imām Amīr al-Mu'minīn (AS).
- Makkārim Shīrāzī, Nāṣir; et al. 1385 Sh. *Tafsīr-i Nimūneh* [*Exemplary Exegesis*]. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
- Mar'ashī Najafī, Sayyid Shihāb al-Dīn. 1406 AH. *Minhāj al-Mu'minīn*. Vol. 2. Ed. Sayyid 'Ādil 'Alavī. Qom: Kitābkhāneh-ye Āyat-Allāh Mar'ashī Najafī.
- Al-Mufīd, Muḥammad. [n.d.]. *Aḥkām al-Nisā'* [*Rulings Pertaining to Women*]. Vol. 36. In *Majmū'at Muṣannafāt al-Shaykh al-Mufīd*.

- Mughnīyah, Muḥammad Jawād. 1421. *Fiqh al-Imām al-Ṣādiq (AS)*. Qom: Anṣārīyān.
- Mughnīyah, Muḥammad Jawād. 1998. *Al-Fiqh 'alā al-Madhāhib al-Khamsah*. 4th ed. Tehran: Nashr-e Ṣādiq.
- Al-Muḥaqqiq al-Ḥillī, Ja'far ibn al-Ḥasan. 1409 AH. *Sharā'ī 'al-Islām*. 2nd ed. Tehran: Intishārāt-i Istiqlāl.
- Mūsawī Ardabīlī, Sayyid 'Abd al-Karīm. 1388 Sh. *Risālah-ye Tawḍīḥ al-Masā'il* [Treatise of Clarification of Rulings]. Qom: Nashr-e Najāt.
- Al-Mūsawī, Sayyid Murtaḍā. 1417 AH. *Al-Intiṣār fī Infirādāt al-Imāmīyah*. Qom: Mu'assasat al-Nashr al-Islami al-Tabi'a li-Jāmi'at al-Mudarrisīn fī al-Ḥawzah al-Ilmīyah bi-Qom.
- Al-Mūsawī, Sayyid Murtaḍā. 1417 AH. *Al-Masā'il al-Nāṣirīyāt*. Tehran: Rābiṭ al-Thaqāfah wa al-'Āqilāt al-Islāmīyah.
- Al-Najafī, Muḥammad Ḥasan. 1398 Sh. *Jawāhir al-Kalām*. Beirut: Dār Ihya' al-Turāth al-'Arabī.
- Narāqī, Mullā Aḥmad. 1415 AH. *Mustanad al-Shī'ah*. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt.
- Nūrī Hamadānī, Mahdī. 1395 Sh. *Risālah Tawḍīḥ al-Masā'il* [Treatise of Clarification of Rulings]. Tehran: Ādīneh-ye Sabz.
- Qummī, Abū al-Qāsim. 1371 Sh. *Jāmi' al-Shitāt*. Tehran: Intishārāt-e Kayhān.
- Ṣafā'ī, Ḥusayn; and Muṣṭafā Imāmī. 1393 Sh. *Mukhtaṣar-i Ḥuquq-i Khānevādeh [A Summary of Family Law]*. 37th ed. Tehran: Nashr-e Mīzān.
- Ṣafā'ī, Sayyid Ḥusayn; and Sayyid Murtaḍā Qāsim-Zādeh. 1393 Sh. *Ḥuquq-i Madanī: Ashkhāṣ va Mahjūrīn [Civil Law: Persons and the Legally Incompetent]*. Vol. 7. Tehran: Sanad.
- Al-Shahīd al-Thānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī. 1419 AH. *Masālik al-Afhām*. Qom: Mu'assasat al-Ma'arif al-Islāmīyah.
- Shahnā'ī, Khalīl. 1385 Sh. *Ḥimāyat-e Qānūn az Nahād-e Khānevādeh [Legal Protection of the Family Institution]*. Tehran: University of al-Zahrā.
- Shubayrī Zanjānī, Sayyid Mūsā. [n.d.]. *Risālah Tawḍīḥ al-Masā'il* [Treatise of Clarification of Rulings]. Qom: Daftar-e Āyat-Allāh Shubayrī Zanjānī.
- Sīstānī, Sayyid 'Alī. 2016. *Risālah-ye Tawḍīḥ al-Masā'il* [Treatise of Clarification of Rulings]. Mashhad: Intishārāt-e Qalam-Āzīn-e Riḍā.
- Ṣubḥānī, Ja'far. 1417 AH. *Nizām al-Nikāḥ [The System of Marriage]*. Vol. 1 – 2. Qom: Mu'assasat al-Imām al-Ṣādiq (AS).
- Ṭabāṭabā'ī Yazdī, Sayyid Muḥammad Kāzīm. 1399 AH. *Al-'Urwah al-Wuthqā*. Tehran: Al-Maktabah al-Ilmīyah al-Islāmīyah.

- Ṭabāṭabā'ī, Sayyid 'Alī. 1382 Sh. *Riyāḍ al-Masā'il*. Vol. 4. Qom: Mu'assasat Āl al-Bayt li-Iḥyā' al-Turāth.
- Ṭabāṭabā'ī, Sayyid Muḥammad Ḥusayn. 1417 AH. *Al-Mīzān fī Tafsīr al-Qur'ān*. Qom: Jāmi'at al-Mudarrisīn.
- Ṭabrisī, Faḍl ibn al-Ḥasan. 1415 AH. *Majma' al-Bayān*. Beirut: Mu'assasat al-A'lamī lil-Maṭbū'āt.
- Tabrīzī, Jawād. 1373 Sh. *Istiftā'āt-e Jadīd [New (jurisprudential) Inquiries]*. Vol. 3. Qom: Nashr-e Tafakkur.
- Al-Ṭurayḥī, Fakhr al-Dīn. 1415 AH. *Majma' al-Baḥrayn*. Vol. 10. Qom: Mu'assasa Bi'that.
- Al-Ṭūsī, Muḥammad ibn al-Ḥasan. 1365 Sh. *Tahdhīb al-Aḥkām*. 4th ed. Tehran: Dār al-Kutub al-Islāmīyah.
- Al-Zubayḍī, Muḥammad ibn Muḥammad. 1407 AH. *Tāj al-'Arūs*. Vol. 17. Beirut: Dār al-Fikr.