

مبانی فقهی - حقوقی اذن ولی در نکاح دوشیزه رشیده

www.ketab.ir

نویسنده:

مرضیه سادات هاشمی علیا

سرشناسه	:	هاشمی علیا، مرضیه سادات، ۱۳۴۶ -
عنوان و نام پدیدآور	:	مبانی فقهی - حقوقی اذن ولی در نکاح دوشیزه رشیده / نویسنده مرضیه سادات هاشمی علیا.
مشخصات نشر	:	تهران: ندای کارآفرین، ۱۳۹۶.
مشخصات ظاهری	:	۲۰۸ ص.
شابک	:	978-600-482-052-3
وضعیت فهرست نویسی	:	فیبا
یادداشت	:	کتابنامه.
موضوع	:	اذن (حقوق)
موضوع	:	موضوع (Law*) (Permission)
موضوع	:	دختران -- وضع حقوقی و قوانین (فقه)
موضوع	:	موضوع (Girls--* Legal statues, laws, etc. (Islamic law)
موضوع	:	زناشویی (فقه)
موضوع	:	موضوع (Marriage (Islamic law)
رده بندی کنگره	:	BP۱۸۹/۱/۵۲م۲ ۱۳۹۶
رده بندی دیویی	:	۲۰۱۱۷
شماره کتابشناسی ملی	:	۴۸۵۱

نام کتاب	:	بانه فقهی - حقوقی اذن ولی در نکاح دوشیزه رشیده
نویسنده	:	مرضیه سادات هاشمی علیا
طراح جلد	:	رضا کاوه
صفحه آرا	:	اکرم ملک نژاد
تیراژ	:	۱۰۰۰
نوبت چاپ	:	اول ۱۳۹۶
قیمت	:	۱۸۵۰۰ تومان
شابک	:	۹۷۸ - ۶۰۰ - ۴۸۲ - ۰۵۲ - ۳

تهران، خیابان انقلاب، خیابان فخررازی، نبش کوچه انوری، پلاک ۲۹

تلفن تماس: ۶۶۴۰۲۷۲۲

WWW.NedayeKarafarin.ir



فهرست مطالب

۹	مقدمه
۱۵	فصل اول: بررسی ماهیت ولایت
۱۷	معناشناسی ولایت
۲۳	معناشناسی اذن
۲۵	تفاوت اذن با اجازه
۲۵	ولایت تشریعی
۲۶	ولایت قهری
۲۹	تحلیل ماهیت ولایت
۳۰	کنترل (مهار) عواطف و احساسات
۳۱	حفظ ارزش‌های انسانی
۳۳	تساوی حقوق
۳۴	محجور بودن زن و انقیاد جنسیتی
۳۵	بی‌تجربگی زن و نظارت بر حرکات او
۳۷	ظلم و جور و سلطه
۳۸	سوء ظن به مردان
۳۹	پدیده‌شناسی ازدواج در فرهنگ‌های مختلف
۴۱	تحلیل ماهیت ولایت از حکومت به نظارت احزاب
۴۳	قواعد و اصول تأثیرگذار فقهی
۴۳	قاعده - المؤمنون عند شروطهم
۴۳	قاعده لا ضرر
۴۴	مفاد هیئت ترکیبیه لا ضرر و لا ضرار
۴۶	قاعده مصلحت
۴۷	اصل اولیه: عدم ولایت
۴۹	اصل استصحاب
۵۰	اولیاء عقد
۵۱	ولایت پدر
۵۲	ولایت جد و هر چه بالا رود
۵۴	شرط حیات پدر در ولایت جد

۵۸	تعارض ولایت پدر و جد پدری
۶۰	ولایت در امور مالی
۶۱	سخنی در ولایت مادر و جد مادری
۶۴	کلامی در ولایت سایر بستگان
۶۹	ولایت وصی
۷۱	ولایت حاکم
۷۲	خیار فسخ عقد بعد از بلوغ
۷۶	مولی علیه در امر نکاح
۷۶	مولی علیه چه کسانی هستند؟
۸۲	موارد سقوط ولایت
۸۶	شرایط ائمه آل ولایت
۸۹	فصل دوم: نکاح باره رشیده شبهه
۹۴	معناشناسی رشد
۹۸	ملاک در ثبوت بودن
۱۰۳	دیدگاه فقهای اهل سنت
۱۰۶	اقوال و ادله در مسأله‌ی نکاح دوشیزه رشیده
۱۰۸	قول اول: استقلال دوشیزه رشیده و عدم ثبوت ولایت ولی
۱۱۴	نقد و بررسی ادله قول اول: استقلال دوشیزه رشیده و عدم ثبوت ولایت ولی
۱۳۹	قول دوم: استمرار ولایت پدر و جد پدری
۱۴۲	نقد و بررسی ادله قول دوم: استمرار ولایت پدر و جد پدری
۱۵۲	قول سوم: نظریه تشریک
۱۵۶	نقد و بررسی ادله قول سوم: نظریه تشریک
۱۶۱	قول چهارم: تفصیل و سقوط ولایت ولی در نکاح دائم و عدم سقوط آن در شبهه
۱۶۲	نقد و بررسی ادله قول چهارم: تفصیل و سقوط ولایت ولی در نکاح دائم و عدم سقوط آن در متعه
۱۶۴	قول پنجم: تفصیل و ثبوت ولایت در نکاح دائم و استقلال دختر در متعه
۱۶۴	نقد و بررسی ادله قول پنجم: تفصیل و ثبوت ولایت در نکاح دائم و استقلال دختر در متعه
۱۶۷	قول ششم: نظریه‌ی استقلال هر دو (دختر و فقط پدر)

نقد و بررسی ادله قول ششم: نظریه‌ی استقلال هر دو (دختر و فقط پدر).....	۱۶۸
قول هفتم: نظریه مرحوم نراقی.....	۱۷۰
نقد و بررسی ادله قول هفتم: نظریه مرحوم نراقی.....	۱۷۱
قول هشتم: استقلال دوشیزه، و وجوب اذن ولیّ به عنوان یک وجوب تکلیفی فقط ...	۱۷۲
نقد و بررسی ادله قول هشتم: استقلال دوشیزه، و وجوب اذن ولیّ به عنوان یک وجوب تکلیفی فقط.....	۱۷۳
دیدگاه فقهای اهل سنت.....	۱۷۳
وضع قانون مدنی.....	۱۷۶
نظریه صاحب، جواهر؛ (=استقلال انحصاری دوشیزه) و محصل دلیل آن.....	۱۷۸
فصل دوم: حاصل کلام.....	۱۸۵
بازنگری روایات و جمع آن‌ها.....	۱۸۷
نتیجه.....	۱۹۳
فهرست منابع.....	۱۹۵

مقدمه

یکی از مسائل مهم و مبتلا به فقهی در جامعه اسلامی، لزوم یا عدم لزوم اذن ولی در نکاح دو بیزه بالغ و رشید می‌باشد، که از دیر زمان مورد بحث و گفتگو بوده است. فقهای اسلام در خصوص استقلال او در امر نکاح اتفاق نظر ندارند. برخی کاملاً مخالف لزوم اذن ولی هستند. عده‌ای نیز موافق تزویج ولایی او و استمرار ولایت قهری پدر و جد پدری پس از بلوغ او را می‌باشند و برخی نیز طریق میانه‌رویی رفته‌اند و قائل به نظریه‌ی تشریک شده^۱ یعنی در نکاح دختر رشید، اذن هر دوی آن‌ها (پدر و دختر) را شرط می‌دانند.

در میان فقیهان شیعه مشهور قدما و متأخرین قائل به سقوط ولایت پدر و جد پدری، نسبت به باکره رشیده، و استقلال او در امر ازدواج بوده‌اند.^۱ بلکه سید مرتضی (ره) بر این نظریه در انتصار و ناصریات اذعان^۲ نموده است و این حکم را از ویژگی‌های فتاوی‌ای امامیه شمرده.^۳

صاحب جواهر، این ولایت را ظلم به دختران می‌داند و می‌گوید: «است؛ این ظلم، بسا به فساد عظیم و کشتار و زنا و گریختن به جانب غیر، منجر شود».^۴

۱. محمدحسن، نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، مصحح: شیخ عباس قوچانی، ج ۲۹، چاپ هفتم، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۹۹۲ م، ص ۱۷۵ - علی بن حسین موسوی، شریف مرتضی، الانتصار فی انفرادات الإمامیه، محقق/ مصحح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۵ هـ.ق، ص ۲۸۶

۲. همان

۳. همان، ص ۱۷۹

و در مقابل عده‌ای از فقها مانند مرحوم صدوق (ره) و شیخ طوسی (ره) و جماعتی،^۱ قائلند دختر رشیده در امر ازدواج خود نقشی نداشته و فقط ولی او می‌تواند اقدام کند و برخی نیز نظریه تشریک را که یک حکم بینابینی است و در آن حق هر دو طرف هم پدر و هم دختر رعایت شده است؛ پذیرفته‌اند.^۲ البته اقوال دیگری نیز مطرح است؛ که میرزای قمی (ره) در جامع الشتات به شش قول رسانده است؛^۳ که در فصل‌های آینده به تفصیل به نقل اقوال خواهیم پرداخت.

بی‌تردید اختلاف موجود در اقوال و احتمالات مسأله ناشی از اختلاف مبانی اصولی و اختلاف در مفاصل و کیفیت جمع بین روایاتی است که از حضرات معصومین علیهم السلام در مورد مسأله‌ی حاضر صادر شده است.

روشن است که بنابر اصل اولیه هیچ کسی بر دیگری ولایت ندارد و انسان در همه مراحل زندگی آزاد خلق شده است.^۴ اذن ولی با اصل اولیه عدم ولایت کسی بر دیگری مغایرت دارد. که بی‌تردید طرفداران ولایتی لزوم باید پاسخگوی این مسأله باشند.

با توجه به این که هم فتاوی فقها و هم در آن قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نظریه لزوم اذن ولی را پذیرفته است؛^۵ این حکم به نوعی از طرف دیدگاه‌های حقوقی و حامیان حقوق بشری که امروزه به داعی از حقوق خانواده قصد تضعیف احکام الهی را دارند، مورد تهاجم جدی قرار گرفته که البته در همه این اعتراضات

۱. همان، ص ۱۸۰

۲. سید محمد کاظم بن عبد العظیم طباطبائی، یزدی، العروة الوثقی، ج ۲، چاپ پنجم، قم، دارالتفسیر، ۱۴۱۹ هـ.ق، ص ۷۰۰

۳. ابو القاسم بن محمد حسن، گیلانی، جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، مصحح: مرتضی رضوی، ج ۲، چاپ اول، تهران، ۱۴۱۳ هـ.ق، ص ۴۶۴

۴. جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود شاهرودی، فرهنگ فقه، فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، نام مصحح: محققان مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی، ج ۳، چاپ اول، قم، مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۶ هـ.ق، ص ۱۹۹

۴. محمد تقی بهجت، رساله توضیح المسائل، چاپ ۸۳، قم، شفق، پاییز ۱۳۸۶ هـ.ش، ص ۳۷۹

۶. منصور، جهانگیر، قوانین مربوط به ازدواج و طلاق، دیدار، چاپ ۲۱، تهران، ۱۳۸۸ هـ.ش، ص ۱۶

فهم نادرست و درک غلط از فلسفه احکام الهی می‌باشد. در این تحقیق پس از بیان مفاهیم و شناخت واژگان محل بحث، مبانی فقهی نظرات مختلف بررسی می‌شود و ادله و اسناد هر قولی اعم از آیات و روایات و اصول، مورد نظر قرار می‌گیرد و سپس مقتضای عناوین ثانویه نیز بررسی می‌شود و نظر نهایی با استفاده از ادله، لزوم مشارکت ولی و دختر در نکاح و لزوم جلب نظر هر دو به صورت مشترک تأیید خواهد شد. هر چند اقوال در لزوم یا عدم لزوم اذن ولی در نکاح دوشیزه رشیده متعدد است به گونه‌ای است که اظهار نظر قطعی، امری بسیار دشوار است؛ لکن از میان همه اقوال سه قول مشهور می‌باشد که هر قولی نیز قائلین متعددی دارد. یکی از کسانی که در مسأله لزوم اذن ولی بسیار مبالغه نموده صاحب حدائق است؛ وی با استناد به برخی از روایات می‌گوید: امر نکاح باکره رشیده به دست ولی اوست و خود هیچ نقشی ندارد.^۱ و در مقابل عده‌ای نیز مانند صاحب جواهر^۲ نمی‌دانند تا قول به استقلال انحصاری دختر باکره را ثابت کنند.^۳ این نظریه از قرن چهارم^۴ در بین فقها مطرح بوده است.^۵ و فقهای بزرگی مانند شیخ طوسی در کتاب «المبسوط» و کتاب «التبیین»^۶ که آخرین تألیف ایشان است.^۷ موافق با این نظریه‌اند.

-
۱. یوسف بن احمد بن ابراهیم، بحرانی، الحقائق الناضرة فی احکام العتق الطاهرة، محقق / مصحح: شیخ محمد تقی ایروانی- سید عبد الرزاق مفرم، ج ۲۳، چاپ اول، قم، ۴۰۵ هـ. ق، ص ۲۱۲-۲۱۱
 ۲. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، مصحح: شیخ عباس قوچانی، ج ۲۹، چاپ هفتم، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۹۹۲ م، ص ۱۷۵
 ۳. موسی، شبیری زنجانی، کتاب نکاح، ج ۱۱، چاپ یازدهم، قم، موسسه پژوهشی رأی پرداز، ۸۱-۱۳۸۰، ص ۳۸۵۹
 ۴. محمد بن حسن، طوسی، المبسوط فی الفقه الامامیه، مصحح/محقق: سید محمد کشفی، ج ۴، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ هـ. ق، ص ۱۶۳
 ۵. محمد بن حسن، طوسی، التبیین فی تفسیر القرآن، ج ۳، با مقدمه شیخ آغا بزرگ تهرانی و تحقیق احمد قصیر عاملی، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ص ۵۰
 ۶. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، مصحح: شیخ عباس قوچانی، ج ۲۹، چاپ هفتم، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۹۹۲ م، ص ۱۸۰

ابن ادریس حلی برای لزوم اذن ولی نسبت به ازدواج موقت ادعای اجماع نموده است و در خصوص ازدواج دائم اکثر محصلین از اصحاب را قائل به استقلال باکره دانسته است.^۱

شیخ انصاری (ره) نیز در کتاب نکاح ادعای شهرت نموده بر این قول.^۲ صاحب ریاض بر این نظریه ادعای شهرت عظیمه نموده است.^۳ صاحب جواهر شهرت منقول و محصل را بین قدما و حتی متأخرین ادعا فرموده است.^۴

البته به دلیل وجود ادله روایی قوی در هر دو نظریه (لزوم و عدم لزوم) بسیاری از فقها نیز بدل از لزوم مشارکت ولی و دختر شده‌اند و اذن هر دو را در صحت نکاح شرط کرده‌اند.^۵ و چندین ذکر شده احوال دیگری نیز مطرح است که ما در فصل‌های آینده به تفصیل ذکر خواهیم کرد.

دین مبین اسلام به دل‌افزا توجه خاصی که به حقوق خانواده نموده است با رعایت جایگاه و مقام خلیفه‌اللهی انسان، بنابر رایت مصالح و نفی مفاسد و در نظر داشتن مقاصد و غایات حکیمانه قانون‌گذاری می‌کند.

۱. محمد بن منصور بن احمد، ابن ادریس، حلی، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۵۶۱.

۲. مرتضی بن محمد امین، انصاری، کتاب النکاح، محقق / مصحح: گروه پژوهش در کلام، چاپ اول، قم، کنگره جهانی یزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۱۲۳.

۳. سید علی بن محمد، طباطبائی، ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل، مصحح محمد بهره‌مند - محسن قدیری - کریم انصاری - علی مروارید، ج ۱۱، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۸ ه.ق، ص ۸۴.

۴. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، محقق / مصحح: شیخ عباس قوچانی، ج ۲۹، چاپ هفتم، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۹۹۲ م، ص ۱۷۵.

۵. سید ابوالقاسم موسوی، خویی، موسوعة الإمام الخوئی، محقق / مصحح: پژوهشگران مؤسسه إحياء آثار آية الله العظمی خویی، ج ۲۳، چاپ اول، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی ره، ۱۴۱۸ ه.ق، ص ۲۱۱-۲۱۳.

یکی از مباحثی که از نظر فقهی و حقوقی مورد بحث و بررسی قرار گرفته است مسأله اذن ولی در ازدواج دختران می‌باشد؛ بدون شک اسلام با یک نگاه حمایتی در ازدواج صغیر و صغیره، اذن پدر را شرط نموده است. و این مسأله هر چند ممکن است در اذهان برخی به ظاهر شرع به شمار آید، لکن خیر بی‌شمار را که همان تحکیم خانواده و حراست از کیان آن است در درون خود خواهد داشت؛^۱ البته در بیان ذکر علت لزوم اذن ولی مسأله عدم آشنایی آنان به مسائل ازدواج و ناتوانی و بی‌تجربگی در انتخاب همسر، مشکلاتی که نظریه استقلال انحصاری دختر در پی دارد، ذکر شده است که در فصل دوم به تفصیل بیان خواهد شد.

زیرا دوران نبل و بلوغ به لحاظ عدم آگاهی و عدم توانایی تشخیص مصلحت، کودک نمی‌تواند در امر ازدواج خود، براساس درایت و مصلحت اظهار نظر کند و اگر نکاح صغیر و صغیره را در شرایط خاستگی، باز بدانیم، کودک اهلیت آن را ندارد. لذا ولی و سرپرست او که با روایات فرزند خود آشناست براساس مصالح او می‌تواند برای او همسر انتخاب کند.

این مسأله در خصوص دختر پس از بلوغ و سند او و آگاهی نسبی‌اش در امر ازدواج مورد تعارض آراء فقها، اعم از متقدمین و متأخرین، شیعه و سنی قرار گرفته است. بدین صورت که پس از بلوغ و رشد دختر، شرطیت اذن ولی با اصل اولیه «عدم ولایت کسی بر دیگری» مغایرت دارد و موجب می‌شود حقوق دختران «سلب شود»^۲.

زیرا ممکن است دختران با تحصیلات عالیه و بینش‌های دین‌پسندانه بهتر از پدران بتوانند برای زندگی خود آزادانه اظهار نظر کنند و همسر مناسبی اختیار نمایند و به تعبیر دیگر انتخاب پدر برای او ظلم و با حقوق اولیه‌اش مغایر باشد.

۱. برگرفته از کتاب زن در آیینه جلال و جمال، عبدالله، جوادی آملی، زن در آیینه جلال و جمال، چاپ اول، قم، اسراء، ۱۳۷۵ ه.ش، ص ۲۲

۲. محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، محقق / مصحح: شیخ عباس قوچانی، ج ۲۹، چاپ هفتم، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۹۹۲ م، ص ۱۷۹