مجله علمی پژوهش در حقوق، فقه، فلسفه و الهیات ، شماره ۲۳ ، بهار ۱۴۰۰جلد۲، ص ۲۴-۹
http://www.jrse.ir

بررسی اهمیت و ضرورت فقهی اذن ولی در نکاح دختر باکره غیررشیده

مجله علمی پژوهش در حقوق، فقه، فلسفه و الهیات (سال هفتم)
شماره ۲۳ / بهار ۱۴۰۰ / ص ۲۴-۹

یوسف مقدسی [۱]، کامران عیسی زاده [۲]
[۱] استادیار دانشگاه فرهنگیان آذربایجانغربی ، پردیس شهید رجایی ارومیه
[۲] کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی ، دانشگاه فرهنگیان ارومیه

نویسنده مسئول:
یوسف مقدسی

چکیده

توجه به این امر که نکاح دختر اعم از رشیده و غیرشیده موقوف به اذن پدر یا جد پدری است از مسائل مهم و مبتلا به است . و براساس آیات و روایات و نیز نظرات فقهای امامیه و اهل سنت و نیز فقهای شیعه با اندکی مسامحه ، تایید همین منظور است . فلذا اذن ولی در نکاح دختر باکره غیررشیده لازم و واجب است ولی نه مطلق و از شرایط صحت عقد نکاح شمرده می‌شود ودخالت پدر نه یک دخالت متحکمانه بلکه یک ولایت عادلانه و عقلانی است که معیارهای خدایی را منظور کند و اذن پدر در نکاح دختر نه تنها به معنای حقارت و صغیر دانستن او نیست بلکه به معنای حمایت عاطفی و دلسوزانه بوده و نوعی تحکیم روابط دختر و پدر نیز هست. بنابراین نوشتار حاضر برای بررسی مسائل ابتدا مفاهیم کلیدی را عنوان می‌کنیم تا موضوع اذن پدر بر نکاح دختر به گونه ای پسندیده و نیک تفهیم شود و منظور از اذن پدر دال بر نادیده گرفتن خواست‌های دختر و صرفا اجبار بر امر نکاح دختر یا استفاده ابزاری از وی نباشد و بلکه در شأن و منزلت دختر باکره با او رفتار شود و رضایت قلبی او نیز مورد توجه قرار بگیرد تا امر پسنیده نکاح به پیوندی شیرین و ناگسستنی بدل شود و بعنوان الگو برای اطرافیان مطرح گردد. امید است این مقاله با روش توصیفی-تحلیلی و بصورت کتابخانه‌ای (إسنادی) گامی درخور در راستای واکاوی و پژوهش های نو در مسائل فقهی محسوب گردد.

کلید واژه ها : اذن، ولایت، نکاح، باکره غیررشیده، صغیره، بلوغ.

۱- طرح مساله

یکی از رویدادهای مهم و سرنوشت ساز که در زندگی هر انسانی رخ می‌دهد مساله(ازدواج) است. ازدواج، در حقیقت می‌تواند زندگی گذشته انسان را متحول کند و آینده جدیدی را برای انسان رقم بزند. اهمیت ازدواج باعث شده است که خانواده‌ها حساسیت و دقت مضاعفی در این امر مبذول دارند و خانواده‌ای که قصد وصلت با او را دارند بیشتر مورد ارزیابی قرار دهند. بنابراین پدر همواره به عنوان یک سنت دیرینه نقش کلیدی در ازدواج دختر داشته و رضایت او ملاک و معیار اصلی بوده است.

اما این سوال مطرح می‌شود که آیا این سنت از دیدگاه اسلام مورد پذیرش است یا به عبارت دیگر آیا اذن ولی در نکاح دختر باکره شرط است یا نه؟ متون دینی و دیدگاه فقها - اعم از شیعه و سنی – در این مساله مختلف است . با مراجعه به منابع و کتب فقهی در می‌یابیم همه فقها البته بیشتر، از قرن چهارم به بعد این مساله را مورد بررسی و ارزیابی قرار داده‌اند و دیدگاهی را برگزیده‌اند . اهمیت این بحث هنگامی رخ می‌نماید که اگر اذن ولی را در نکاح باکره بصورت استقلالی شرط بدانیم، دیگر مدیریت ازدواج انحصارا در دست ولی است و دختر سهمی ندارد. در حقیقت با این کار منکر وجود یک حق برای دختر شده‌ایم. و اگر اذن ولی را بصورت مشترک شرط بدانیم، در واقع یک حق را برای دختر ایجاد کرده‌ایم که او خود حق دخالت در تعیین سرنوشت خود دارد. بنابراین اثبات هریک از اقوال باعث می‌شود حقی از دختر سلب شود و یا حقی به او اعطا شود. همچنین صحت فقهی و آثار و تبعات نکاح بر این امر متوقف است.

برای تحقق این منظور سوالات پژوهش حاضر عبارتند از:

- دیدگاه فقهای شیعه در تزویج باکره چیست؟
- دیدگاه فقهای اهل سنت در تزویج باکره چیست؟
- در آیات قرآن تایید این امر چگونه تحقق یافته است؟
- مشکلات استقلال انحصاری دختر باکره در تزویج چیست؟

۲- مفهوم شناسی

نکاح: واژه نکاح مصدر برای (نَکَحَ ینکحُ) است. دهخدا در ترجمه واژه نکاح معانی زیادی را بیان کرده است: (عقد زناشویی بستن، زن گرفتن، شوی کردن، عقدی که به موجب آن علاقه زناشوئی بین زن و مرد ایجاد شود و...) . نکاح در لغت بنابر مشهور به معنی وطی است. پس استعمال آن در عقد و تزویج مجاز خواهد بود.(محمدزاده، ۸) نسبت به معنای حقیقی واژه نکاح میان علمای مذاهب اسلامی اختلاف وجود دارد. نظر راجح و مشهور در بین فقهای مذاهب اسلامی، این است که واژه نکاح حقیقتا به معنای عقد است. به عقیده این گروه از فقها، واژه نکاح در قرآن در تمامی آیات به معنای عقد می‌باشد. در مقابل گروه دیگری از فقها نکاح را حقیقت در معنای وطی و گروهی آن را مشترک بین دو معنای وطی و عقد دانسته‌اند.(نجفی جوهری، ج۲۹ ، ۵)

إذن: رخصت در تصرف از سوی مالک یا شخص به منزله مالک خواهد بود.(الحسینی،ج۲، ۵۰۶). در اصطلاح فقهی، اذن به معنای رهایی از محجوریت و رخصت در تصرف برای کسی که شرعاً حق تصرف نداشته باشد، است (ابوجیب،۱۹). این واژه گاهی به اشتباه در معنای رضایت و وکالت نیز بکار می‌رود، لکن با آنها متفاوت است. تفاوت اذن با اجازه این است که إذن پیش از تصرف و انجام کار، و اجازه بعد از آن است. از عنوان اذن بیشتر در باب‌های فقهی اعم از عبادات، عقود، ایقاعات و احکام به عنوان شرط صحت یا جواز چیزی، سخن رفته است. همچنین تفاوت آن با رضا این است که رضا امری باطنی است که بصورت إذن یا اجازه ابراز می‌شود.

ولی: (الولاء و التوالی) یعنی: فراهم آمدن دو چیز یا بیشتر بگونه‌ای که بین آن دو، چیزی که از جنس آنها نباشد یافت نشود(اصفهانی، ج۱، ۸۸۵)، این لفظ با تسامح در معنای (قریب و نزدیک بودن) استفاده می‌گردد. (الوِلایۀ) به کسر واو به معنای یاری و (الوَلایۀ) به فتح آن، به معنای سرپرستی است. البته گفته شده که حقیقت هر دو واژه به فتح و کسر واو به معنای سرپرستی است. (ولی) و (مولی) هر دو در این معنا استفاده می‌گردند. به طور کلی، هرکسی که سرپرست کارها و امور شخص دیگری شود، ولی اوست. با بررسی و تحقیقی که برخی عالمان دینی درباره معنای ولی کرده‌اند به این نتیجه رسیده‌اند که واژه (ولی) یک معنا بیشتر ندارد و آن (سرپرست و متصدی و مالک امر چیزی یا کسی بودن) است و تمامی معانی دیگری که برای این واژه ذکر کرده‌اند یا از مصادیق کلی این معنا هستند و یا جزو لوازم و مستلزمات آنند.(علی اکبر محمدزاده، ۱۰) در بحث ما نیز منظور از ولی، پدر و جدپدری(هرقدر بالا رود) است که بر فرزند صغیر، بالغ، دیوانه یا سفیه(کم عقل) خود ولایت در ازدواج دارند و می‌توانند او را به ازدواج دیگری درآورند.(شهیدثانی،۳۲۳)

باکره: در اینکه باکره شامل چه کسی می‌گردد، اختلاف نظر است. بدین صورت که برخی از فقهاء، فقط به دختری که ازدواج ننموده و سالم از جهت بکارت می‌باشد،باکره می‌گویند و گروهی دیگر به دختری که ازدواج کرده ولی مدخول بها واقع نشده باشد را نیز باکره گویند و دسته ای دیگر دایره شمول باکره را شامل دخترانی که بکارت خویش را به سبب حادثه(بدون آمیزش) از دست داده‌اند نیز می‌دانند . همچنان که دسته‌ای از علما دختری که از راه غیرمتعارف مدخول بها واقع شده است را نیز باکره می‌انگارند و در نهایت دخترانی که از راه غیرمشروع ازاله بکارت شده‌اند را جزو دختران باکره حساب می‌آورند.(محمدزاده، ۱۱)

غیررشیده: (رشد) مرتبه‌ای از شعور اجتماعی است که شخص را از تباه کردن اموالش باز میدارد و (رشید) کسی است که می‌تواند شخصا مال خود را حفاظت و نگهداری کند.(نجفی، بی تا: ۴۸/۲۶- ۴۹)با این توضیح روشن میشود که مرحله رشد، غیر از بلوغ است.(کاتوزیان،۱۳۷۶: ۱۵/۲).(بلوغ) در اصطلاح شرع به معنای پایان یافتن دوران کودکی و راه یافتن به دایره تکلیف است.(علوی، بی تا:۳۵/۱)، اما رشد مرحله‌ای دیگر است که گاه ممکن است مقارن بلوغ جسمانی رخ دهد و گاه پس از بلوغ جسمانی؛ضمن آنکه برخی افراد نیز هیچ‌گاه به این مرحله از شعور اجتماعی نمی‌رسند.(خمینی، ۱۴۲۱: ۹/۲-۱۰ ؛امامی،بی تا: ۲۰۴/۱-۲۰۵)،رشد در باب نکاح به این معناست که فرد می‌تواند در امور مالی و غیرمالی، همچون ازدواج، مصالح و مفاسد خویش را تشخیص دهد و برای انتخاب همسر از صلاحیت کافی برخوردار باشد(شبیری زنجانی،۱۲:۱۴۱۹/۴۲۰۰؛ سند،۲:۱۴۲۹/۶۳)، بنابراین، رشید،مقابل سفیه بوده و آن فردی است که نمی‌تواند مصلحت خویش را در امور مالی تشخیص دهد(نک : شهید اول، ۱۲۱) بنابراین با این توضیحات معنای غیررشیده بهتر تبیین می‌شود، دختر غیررشیده یعنی دختری که به حد رشد نرسیده باشد.

دیدگاه اول فقهای شیعه

یکی از دیدگاه‌هایی که در رابطه با ازدواج باکره وجود دارد، استقلال انحصاری باکره در در ازدواج خویش می‌باشد که معنای آن صحت اقدام دختر در مورد ازدواج خودش بدون اذن و استجازه از ولی می‌باشد. این دیدگاه را می‌توان به برخی از فقهاء قرن چهارم تا قرن حاضر نسبت داد.

دیدگاه دوم فقهای شیعه

برخی از فقها مانند شیخ طوسی در اکثر کتاب‌هایش، شیخ صدوق، ابن ابی عقیل، محدث کاشانی و صاحب حدائق، معتقد به نظریه دوم یعنی عدم استقلال دختر باکره در تزویج خویش می‌باشند. بدین توضیح که در قرن چهارم ابن ابی عقیل که از رجال اوائل این قرن است به نقل کتاب المختلف(حلی، ج۷ ، ۹۷) قائل به ولایت پدر بر باکره می‌باشد. همچنین شیخ صدوق در الهدایه (صدوق، ۲۶۰) ولایت پدر و جد را عنوان نموده است و اذن و استجازه آنها را لازم دانسته ولی در کتاب الفقیه(صدوق، ج۳ ، ۳۹۵)به ذکر ولایت پدر اکتفا کرده است.

دلیل اول

اولین دلیلی که می‌تواند قائلین به این دیدگاه ارائه نموده و به آن استدلال نمایند استصحاب می‌باشد بدین توضیح که قبل از بلوغ دختر پدر بر وی ولایت داشته است و دختر استقلال نداشته است بعد از بلوغ شک می‌کنیم در بقاء ولایت پدر و بقاء عدم استقلال دختر لذا به وسیله استصحاب حکم می‌شود که هنوز پدر ولایت داشته و دختر مستقل نیست.

اشکالی که به این استدلال گرفته شده است این است که ولایتی که قبل از بلوغ برای پدر ثابت بوده است به مناط صغر دختر بوده است و این ولایت قطعاً از بین رفته است و احتمال داده می‌شود که ولایتی که قبلاً بوده آیا الان نیز موجود است یا خیر؟ و یا احتمال می‌دهیم ولایتی مانند ولایت قبل (نه عین آن) پس از بلوغ برای پدر ثابت باشد، لذا نمی‌توان استصحاب شخص در همان ولایت جاری دانست زیرا در اینجا موضوع، همان موضوع سابق نیست یا لا اقل مجهول است. به هر حال اتحاد قضیه متیقّنه و قضیه مشکوکه وجود ندارد چون اگر موضوع را عنوان باکره بدانیم صغیره غیر از بالغه و رشیده است. ولی اگر حکم را بر روی معنون خارجی باکره پیاده کنیم هر چند این فرد خارجی قبل از بلوغ و بعد از آن متحد است ولی ولایت پدر با عنایت به مناط ولایت در قبل و بعد بلوغ دو شخص از افراد کلی ولایت است نه یک شخص.

در هر صورت استصحاب در بحث ما نحن فیه از نوع استصحاب قسم ثالث است که اکثر علماء آن را صحیح نمی‌دانند.(محمدزاده، ۴۷)

از فقهاء معاصر آیت الله مکارم شیرازی نیز اعتقاد به عدم استصحاب در مسئله را دارند به این توضیح که می‌فرمایند اصل در اینجا جاری نیست به این معنا که نمی‌تواند دراینجا ولایت پدر و جد را از صغر تا به امروز استصحاب کرد. چون موضوع و عنوان کلاً عوض شده است بدین معنا که صغیر، کبیر شده است.(مکارم شیرازی ، ج۲ ،۱۴)

دلیل دوم

دومین دلیلی که معتقدین به عدم استقلال باکره به آن تمسک نموده‌اند آیات قرآن می‌باشد. آیه «وَ أَنْكِحُوا الْأَيامى مِنْكُمْ...» (نور: ۳۲) با عنایت به اینکه در آن دستور نکاح به اولیاء داده شده است، دلیل ولایت پدر می‌باشد. این استدلال بسیار ضعیف است، زیرا اشکال نقضی و اشکال حلّی دارد.اما اشکال نقضی: کلمه «الایامی» اختصاص به دختران بکر ندارد. بلکه پسران بکر را هم شامل می‌شود. با اینکه از نظر نص و فتوی مسلّم است که بالغِ رشید در نکاح مستقل است و پدر ولایتی بر آن ندارد.(محمدزاده، ۴۸)

استدلال به این آیه بر ولایت اولیاء بر امر تزویج بسیار قدیمی است. شافعی می‌گوید: این آیه دلالت می‌کند که تزویج بکر بالغه بدون رضایت وی جایز است. زیرا آیه و حدیث بر امر ولی به تجویز وی دلالت می‌کند و اگر دلیلی نداشتیم که در ثیبهٔ کبیره ازدواج بدون رضایت وی صحیح نیست در مورد وی نیز با توجه به عموم آیه می‌گفتیم، که تزویج وی توسط ولی بدون رضایتش صحیح است(فخررازی، ج۳ ،۱۸۴).

ابوبکر جصّاص در پاسخ این استدلال می‌گوید که آیه فوق چنین دلالتی ندارد. چون آیه به اولیاء اختصاص ندارد. بلکه عموم آیه اقتضا می‌کند که تمام مردم به عقد بر «ایامی» ترغیب شده‌اند. واژه ایامی هم مردان و هم زنان را شامل می‌گردد، همچنان که در مردان مخاطب امر فوق در آیه اولیاء نیست. در زنها نیز اینگونه است(جصاص ،ج۳ ،۴۱۳).

فخر رازی در پاسخ این استدلال آورده که اگر عموم آیه را نسبت به مردان و زنان بپذیریم، حداکثر ما در مورد مردان دلیل بر عدم ولایت داریم، این مقدار را از تحت عموم خارج کرده و در بقیه به عام تمسک می‌کنیم. چون عامِ تخصیص خورده هم حجت است و سپس مدعی می‌شود که ایامی به زنان اختصاص دارد و شمول آن نسبت به مردان نیاز به قید دارد(فخررازی، ج،۲۳،۴۰۴).

پاسخ نخست فخر رازی از جهاتی محل اشکال است، صرف نظر از این که تخصیص خوردن آیه فوق در مورد پسران عرفاً بسیار مستبعد است، اساساً تخصیص عام و اخراج لااقل نصف افراد از تحت آن مستهجن است، در اینجا فرض این است که آیه هم پسران و هم دختران را شامل می‌گردد. ما می‌خواهیم پسران را از تحت عام خارج کنیم که نیمی از مدلول آیه می‌باشد، اگر این نکته را هم ضمیمه کنیم که این آیه ثیبه بالغه رشیده را هم شامل می‌گردد و باید آن را نیز تحت عموم با تخصیص خارج سازیم، تخصیص اکثر پیش می‌آید که استهجان آن روشن‌تر است.(محمدزاده، ۴۸) به هر حال مراد از «ایامی» به هیچ وجه خصوص دختران باکره نیست.

خلاصه با عنایت به این که در تمامِ آیاتی که در این بحث به آنها استدلال شده خواه بر استقلال پدر یا بر استقلال دختر تمسک شده، موضوع آیه نکاح شرعی است لذا استقلال یا عدم استقلال پدر را باید از خارج (نه از این آیه) بدست آورد. چون هیچ حکمی قادر به اثبات موضوع و جزئیات موضوع نیست، بلکه موضوع باید از دلیل خارجی اثبات گردد. ولذا شارع اصلا در مقام بیان جزئیات نکاح شرعی نیست تا بخواهیم استقلال یا عدم استقلال باکره را استفاده کنیم.(محمدزاده، ۵۰)

دیدگاه دوم فقهای شیعه

عبارت از تشریک می‌باشد. بدین معنا که ازدواج دختر باکره باید با اذن او و استجازه از ولی او صورت گیرد. این نظر، دیدگاه فقهائی چون ابو الصلاح حلبی، شیخ مفید در مقنعه، می‌باشد. شیخ مفید در مقنعه(مفید، ۵۱۰) قائل به تشریک ولایت در نکاح شده و برای صحت ازدواج، هم اذن پدر و هم استجازه از سوی دختر را لازم دانسته است و شیخ ابوالصلاح حلبی نیز در کتاب کافی (حلبی، ۲۹۲) قائل به تشریک می‌باشد.

قائلین به این دیدگاه تنها توانسته‌اند به دو دلیل نسبت به مدعایشان تمسک نمایند که به شرح ذیل ذکر می‌گردد.

۱ - اصالهٔ الاحتیاط: فقه در بعضی از مباحث و مسائل سفارش به احتیاط و مراقبت نموده است که می‌توان از دماء و فروج نام برد. در ما نحن فیه نیز که مبحث نکاح می‌باشد، شارع مقدس همانطور که ذکر شد، نسبت به آن سفارش خاصی نموده است. لذا معتقدین به دیدگاه تشریک بیان می‌فرمایند که قول به تشریک اصل و موافق احتیاط می‌باشد. چرا که احتیاط در این است که هم استجازه از پدر صورت گیرد و هم دختر نسبت به ازدواج خود رضایت داشته باشد.

جواب: در پاسخ به این دلیل می‌توان گفت که شما نسبت به مدعایتان به اصاله الاحتیاط تمسک کرده و گفتید اصل، احتیاط است و این اصل تا جائی نفوذ دارد که با اصل دیگری تضاد و تعارضی نداشته باشد. ولی آیا اصل عدم ولایه احدٍ علی احدٍ با این اصل ادعائی شما در تعارض نیست؟

چرا که این اصل می‌گوید اصل بر این است که هیچ کس بر دیگری ولایت نداشته باشد. یعنی عدم ولایت پدر موافق با این اصل می‌باشد و در ازدواج باکره تنها باید به اجازه دختر تکیه کرد.

۲ - دومین دلیلی که برای تشریک به آن تمسک شده است، ۸ روایت می‌باشد که مرحوم شیخ حر عاملی آنها را تحت عنوان «بَابُ أَنَّ الْوِلَايَةَ فِي عَقْدِ الْبِكْرِ الْبَالِغِ الرَّشِيدَةِ الْمُشْتَرَكَةِ بَيْنَهَا وَ بَيْنَ أَبِيهَا فَلَا بُدَّ مِنْ رِضَاهُمَا إِذَا لَمْ يَعْضُلْهَا» ذکر کرده است. در ادامه به بیان این روایات می‌پردازیم.

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيِّ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ الْعَبَّاسِ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: «تُسْتَأْمَرُ الْبِكْرُ وَ غَيْرُهَا وَ لَا تُنْكَحُ إِلَّا بِأَمْرِهَا».(حرعاملی، ج۲۸۴،۲۰) قبلا نیز این روایت را در ادله قائلین به استقلال باکره آوردیم. این روایت از حیث سند مشکلی ندارد و دلالت آن با قول به تشریک اذن ولی و اذن خود دختر هم خوانی دارد.

وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنِ ابْنِ فَضَّالٍ عَنْ صَفْوَانَ قَالَ: «اسْتَشَارَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ مُوسَى بْنَ جَعْفَرٍ (ع) فِي تَزْوِيجِ ابْنَتِهِ لِابْنِ أَخِيهِ فَقَالَ افْعَلْ وَ يَكُونُ ذَلِكَ بِرِضَاهَا فَإِنَّ لَهَا فِي نَفْسِهَا نَصِيباً قَالَ وَ اسْتَشَارَ خَالِدُ بْنُ دَاوُدَ مُوسَى بْنَ جَعْفَرٍ ع فِي تَزْوِيجِ ابْنَتِهِ عَلِيَّ بْنَ جَعْفَرٍ فَقَالَ افْعَلْ وَ يَكُونُ ذَلِكَ بِرِضَاهَا فَإِنَّ لَهَا فِي نَفْسِهَا حَظّاً».(همان، ۱۵۹)

در این روایت امام فرموده است (فان لها فی نفسها نصیباً) و (... حَظّاً) که نصیب و حظ و سهمی برای دختر در ازدواج خویش وجود دارد. که ظهور این روایت موید اندیشه تشریک است. هر چند ممکن است گفته شود چون در مقام پاسخ به مشورت سوال کننده بوده است، لذا سخن امام دلالت بر لزوم نمی‌کند، ولی به هر صورت مُثبت وجود حق نظر دهی توسط دختر می‌باشد. و می‌توان جز مویدات - نه دلیل تام - اندیشه تشریک به حساب آورد.(محمدزاده، ۵۹)

وَ عَنْهُ عَنِ ابْنِ فَضَّالٍ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ أَبِي الْمَغْرَاءِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مَيْمُونٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: «إِذَا كَانَتِ الْجَارِيَةُ بَيْنَ أَبَوَيْهَا فَلَيْسَ لَهَا مَعَ أَبَوَيْهَا أَمْرٌ وَ إِذَا كَانَتْ قَدْ تَزَوَّجَتْ لَمْ يُزَوِّجْهَا إِلَّا بِرِضًا مِنْهَا».(همان،۱۶۰)

همانطور که شیخ حر عاملی گفته است ممکن است منظور از «لیس لها مع ابویها امر» این باشد که یعنی به طور استقلالی دختر حقی ندارد و باید اذن پدر نیز وجود داشته باشد.(همان،۱۶۱) البته این احتمال با ظهور اولیه روایات و لسان نفی مطلق ولایت از خود دختر سازگاری ندارد. بنابر این استناد به این روایت برای اثبات تشریک ولایت پدر و خود دختر مشکل است. با این حال یکی از فقهاء برای اثبات اندیشه «تشریک» به این روایت استناد کرده و می‌نویسد: «به نظر می‌رسد تاکید امام (ع) بر بودن جاریه در بین پدر و مادر (با اینکه مادر ولایتی ندارد) برای این است که به طور طبیعی در این صورت، دوشیزه با ازدواج صورت گرفته توسط پدر مخالفت نمی‌کند و بالطبع، مصداق مصلحت برای دختر خواهد بود؛ ولی هرگاه جاریه در میان پدر و مادر نباشد و با فرهنگ دیگری بزرگ شده باشد، چه بسا ازدواج صورت گرفته مورد اکراه دختر واقع شود و از مصداق مصلحت و «هو انظر لها» خارج شود؛ هر چند بدون لحاظ خواست دختر و میل او این ازدواج بجا و مطابق منافع دختر باشد.».(علیدوست،۲۵۸) البته این استدلال فقط اندیشه تشریک را برای دختری که در میان پدر و مادر بزرگ نشده است به اثبات می‌رساند در حالی که مدعای ما عام است و در مطلق دختران چه در میان پدر و مادر باشند و چه نباشند جاری است بنابراین و با فرض پذیرش این روایت فقط اندیشه تشریک در نکاح دخترانی که در بین پدر و مادر بزرگ نشده اند ثابت می‌شود.

وَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيِّ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ الْعَبَّاسِ عَنْ سَعْدَانَ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع «لَا بَأْسَ بِتَزْوِيجِ الْبِكْرِ إِذَا رَضِيَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ أَبِيهَا»(همان، ۱۶۳)

شیخ طوسی این روایت را حمل بر نکاح موقت کرده است و یا موردی که پدر بی جهت ممانعت از ازدواج دختر می‌کند. و شیخ حر عاملی ضمن بیان دو احتمال شیخ طوسی خود احتمال می‌دهد که این روایت از روی تقیه صادر شده است.(همان ،۱۶۴) بنابر این روایت نیز نمی‌تواند دیدگاه تشریک را ثابت کند.

عَنْ زُرَارَةَ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ ع يَقُولُ «لَا يَنْقُضُ النِّكَاحَ إِلَّا الْأَبُ».(همان ،۱۶۵)

نحوه استدلال به این روایت آنگونه که شیخ حر عاملی بیان کرده است عبارت است از اینکه امام نقض عقد نکاح را به دست پدر دانسته است فهمیده می‌شود که نکاح قبلی صحیح بوده است و اذن پدر و دختر هر دو وجود داشته است. زیرا اگر تنها اذن پدر شرط بوده باشد و دختر بدون اذن پدر عقد کرده باشد آن عقد صحیح نبوده است تا بخواهد پدر آن را نقض کند. پس از اینکه واژه «نقض» آمده است فهمیده می‌شود که عقد قبلی «صحیح» بوده است و حال چه زمانی عقد قبلی صحیح است؟ زمانی که اذن پدر هم وجود داشته باشد. پس دیدگاه تشریک ثابت می‌شود.(همان ر.ک:۱۶۶)

اما این استدلال صحیح نیست. زیرا بین صحت عقد قبلی و وجود اذن دختر، تلازمی وجود ندارد. چون این خود اول نزاع است که آیا رضایت دختر در صحت عقد شرط است یا خیر؟ همچنین آیا رضایت پدر در صحت عقد شرط است یا خیر؟ و لذا نمی‌توان شرط رضایت پدر را مسلم

گرفت و عقد را صحیح مفروض داشت. مضافا بر اینکه اگر عقد قبلی صحیح بوده باشد که دیگر پدر اختیاری در بر هم زدن آن ندارد. زیرا به اجماع فقها پس از عقد، علقه نکاح به دست زوج است. و زوجه در صورت بروز مجوزات فسخ نکاح می‌تواند تقاضای طلاق کند، بنابراین پس از عقد پدر دیگر هیچ اختیاری در بر هم زدن عقد سابق ندارد.

به نظر می‌رسد تفسیر صحیح روایت آن است که مرحوم کلینی(ر.ک:کلینی ،ج۵،۳۹۲) وشیخ طوسی(ر.ک:طوسی،ج۷، ۳۷۹) از این روایت استفاده کرده اند که عقد قبلی بدون اجازه پدر بوده است و لذا امام می‌فرمایند پدر اکنون حق بر هم زدن آن عقد را دارد. که این برداشت با ظهور روایت سازگاری بیشتری دارد و این استدلال می‌تواند دیدگاه تشریک را ثابت کند.

وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ الْمِيثَمِيِّ عَنْ فَضَالَةَ بْنِ أَيُّوبَ عَنْ مُوسَى بْنِ بَكْرٍ عَنْ زُرَارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ: «إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ مَالِكَةً أَمْرَهَا تَبِيعُ وَ تَشْتَرِي وَ تُعْتِقُ وَ تَشْهَدُ وَ تُعْطِي مِنْ مَالِهَا مَا شَاءَتْ فَإِنَّ أَمْرَهَا جَائِزٌ تَزَوَّجُ إِنْ شَاءَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا وَ إِنْ لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ فَلَا يَجُوزُ تَزْوِيجُهَا إِلَّا بِأَمْرِ وَلِيِّهَا».(حرعاملی،ج۲۰ ،۲۸۵)

این روایت در واقع از ادله قائلین به دیدگاه استقلال باکره در نکاح است. همانطور که قبلا بیان شد اولا سند این حدیث تمام نیست. ثانیا دو احتمال در حدیث وجود دارد: یکی اینکه این حدیث در مورد زنانی است که به حد رشد رسیده که می‌توانند کارهای بیع و شراء و غیره را انجام دهند که طبیعتا شامل باکره هم می‌شود. دیگری اینکه با توجه به شرایط و اوضاع آن زمان که معمولا دختران باکره متصدی چنین اموری نمی‌شدند لذا این روایت فقط شامل زنانی که شوهر کرده اند و اکنون مطلقه شده یا شوهر آن‌ها فوت کرده می‌شود. قبلا هم بیان شد که احتمال دوم از قوت بیشتری برخوردار است. بنابراین روایت چون هم از نظر سند مشکل دارد و هم در خصوص زنان بیوه است لذا نمی‌توان برای دیدگاه تشریک در دختران باکره از آن استفاده کرد.

وَ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي الْجَارِيَةِ يُزَوِّجُهَا أَبُوهَا بِغَيْرِ رِضَاءٍ مِنْهَا قَالَ «لَيْسَ لَهَا مَعَ أَبِيهَا أَمْرٌ إِذَا أَنْكَحَهَا جَازَ نِكَاحُهُ وَ إِنْ كَانَتْ كَارِهَةً».(همان،۲۸۶)

این روایت نیز نمی‌تواند دیدگاه تشریک را ثابت کند بلکه به خلاف این دیدگاه است و استقلال پدر را ثابت می‌کند. البته شیخ حر عاملی معتقد است در این روایت تصریحی به بلوغ و رشد دختر نشده است(همان ،۱۷۱) و لذا این روایت نمی‌تواند دیدگاه تشریک را نفی کند، هر چند نمی‌تواند آن را اثبات کند.

عَلِيُّ بْنُ جَعْفَرٍ فِي كِتَابِهِ عَنْ أَخِيهِ مُوسَى بْنِ جَعْفَرٍ ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ هَلْ يَصْلُحُ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ ابْنَتَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهَا قَالَ «نَعَمْ لَيْسَ يَكُونُ لِلْوَلَدِ أَمْرٌ إِلَّا أَنْ تَكُونَ امْرَأَةً قَدْ دُخِلَ بِهَا قَبْلَ ذَلِكَ فَتِلْكَ لَا يَجُوزُ نِكَاحُهَا إِلَّا أَنْ تُسْتَأْمَرَ».(همان، ۱۷۲)

مرحوم شیخ حر عاملی معتقد است، انحصار اجازه نکاح به پدر، موافق دیدگاه عامه است و لذا این گونه روایات حمل بر تقیه می‌شوند. اما راه بهتر از دیدگاه ایشان این است که بین روایاتی که اذن را منحصر در پدر کرده و روایاتی که اجازه نکاح را به خود دختر داده است جمع نماییم و قائل به تشریک شویم.

توجه به دو عنصر مهم در تقویت دیدگاه تشریک(مشترک)

آیت الله علیدوست نیز معتقدند علاوه بر اینکه حاصل جمع روایات موید دیدگاه تشریک است، توجه به دو عنصر مهم نیز ما را به انتخاب دیدگاه تشریک رهنمون می‌کند . این دو عنصر عبارتند از:

الف) پدیده شناسی ازدواج در فرهنگ‌های مختلف

در عصر ظهور اسلام ازدواج امری ساده بوده و حساسیت‌های امروزی در مورد همسر، به ویژه حساسیت زن نسبت به ویژگی‌های شوهر وجود نداشت و عموم دوشیزگان خواستی جز خواست اولیای خود نداشتند. معمولا زندگی با زوجی که ولی انتخاب می‌کرد، برای آنها بسیار طبیعی بود. لکن همه این عرف‌ها در عصر ما، به خصوص کشوری چون ایران، بر عکس شده است. ازدواج مهمترین یا یکی از مهمترین کارها در زندگی به شمار می‌رود. خواسته‌ها و سنجه‌های مورد نظر دختران در بسیاری از موارد با خواسته‌ها و سنجه‌های اولیا متفاوت است. تحمیل شوهری خاص از سوی پدر یا هر کس دیگر به آنها نامطبوع و گاه موجب مفسده می‌شود و... بی تردید، تحمیل یک ازدواج خاص بر دوشیزه در این فرهنگ مصداق سخن فقیه نامی شیعه شیخ محمد حسن نجفی است که معتقد است این گونه ازدواج مصداق «ظلم» است.توجه به پدیده شناسی نکاح و اختلاف فرهنگ‌ها نسبت به این پدیده، باعث می‌شود تا در بسیاری از فرهنگ‌ها، ازدواج دوشیزه توسط ولی بدون رضایت و اذن او، به مصلحت وی نباشد و این را می‌دانیم که محدوده‌ی ولایت ولی در محدوده مصلحت مولی علیه است ونه بیش از آن. بنابر این هرگاه ازدواجی صورت پذیرد که به مصلحت دوشیزه نباشد (هر چند به این خاطر که دوشیزه نمی‌تواند با این ازدواج کنار بیاید) این ازدواج نافذ نیست. پس اختلاف فرهنگ‌ها

و عرف‌ها نسبت به ازدواج، تاثیر موضوعی در تحقق مصلحت و عدم مصلحت نسبت به ازدواجی که ولی صورت می‌دهد، دارد و ازدواجی که در یک جامعه یا در یک زمان مصلحت است و (بر فرض پذیرش ولایت کامل پدر) نیازمند تحصیل اذن و اجازه دختر نیست، در جامعه‌ای دیگر مصداق مصلحت نیست و راسا باطل خواهد بود مگر اینکه رضایت دوشیزه را با خود داشته باشد. این تفاوت، تفاوت در حکم شرعی یا موضوع حکم شرعی نیست، بلکه تفاوت در مصداق موضوع حکم شرعی است که کاملا طبیعی است. با این توضیح که فرض می‌کنیم که حکم خداوند این است که ولی به شرط رعایت مصلحت دختر می‌تواند دختر خویش را به ازدواج دیگران درآورد. لکن تحقق مصلحت در ازدواجی که دوشیزه به آن راضی نیست و تحمیل آن بر وی تحمیل یک امر سرنوشت ساز بر وی به حساب می‌آید، نامیسر است. در حالی که ممکن است چنین ازدواجی با ساده انگاری ازدواج - چنانکه عرف مردم در آغاز اسلام بوده است - تحمیل به حساب نیاید و مصداق مصلحت باشد.

ب) تحلیل ماهیت ولایت از حکومت به به نظارت و حمایت

اگر ماهیت ولایت، حاکمیت ولی بر ازدواج باشد به گونه‌ای که ولی بتواند به دلخواه و بدون توجه به مصلحت دوشیزه یا در محدوده‌ی مصلحت او لکن به مرجعیت مشخص شده توسط ولی، حتی بدون لحاظ رضایت دختر، وی را شوهر دهد، در این صورت حق را باید به دیدگاه اول (استقلال دختر) داد و به تعبیر صاحب جواهر چنین ظلمی را بر دختر روا نداشت. لکن چنانچه ماهیت کار ولی حمایت و نظارت بر کار دوشیزه تلقی شود و تنها در چارچوب مصلحت وی تفسیر گردد، مرجع تشخیص مصلحت هم ولی فرض نشود بلکه مصلحت واقعی داشته باشد که در اختلاف و تردید باید «نهاد شرعی تشخیص مصلحت» چون کارشناس و حاکم شرع و مقام صالح قضایی به وجود مصلحت یا نبود آن داوری کند و اگر یکی از مولفه‌های مصلحت خواست دختر در نظر گرفته شود، نه اینکه فارغ از رضایت و کراهت وی به وجود مصلحت یا نبود آن داوری شود، در این صورت به نظر نمی‌رسد پذیرش اندیشه مساهمه و تشریک - که تا حدود زیادی برایند جمع نصوص نیز می‌تواند باشد - محذوری داشته باشد. بی تردید از مشکلات مذکور در کلام صاحب جواهر، در این صورت خبری نخواهد بود. مخالف عمومات کتاب و سنت نیز نخواهد بود، حتی مخالف اصل «عدم ولایت احد علی احد» نیز نیست؛ زیرا آنچه مطابق اصل است اصل عدم حاکمیت شخص بر شخص است نه اصل عدم نظارت و حمایت احد علی احد.(علیدوست،۲۸۷-۲۸۲)

نتیجه فصل بنابراین با توجه به این دو عنصر مهم و روایاتی که گذشت می‌توان اندیشه تشریک را اندیشه‌ای موجه، جامع نصوص و در نظر گیرنده عنصر مهم مصلحت، همچنین تفسیر نصوص با توجه به مقاصد شریعت دانست. زیرا همانطور که صاحب جواهر اشاره کردند اگر استقلال ولی را بدون در نظر گرفتن نظر دختر بپذیریم، این مساله از مصادیق «ظلم» است؛ و می‌دانیم یکی از مقاصد کلان شریعت مبارزه با ظلم است و حرمت ظلم از بدیهیات است از همین روی با توجه به این مقصد مهم باید روایات استقلال ولی را تفسیر کرد و در کنار روایات دیگر گذاشت و اندیشه تشریک را برگزید.

دیدگاه سوم فقهای شیعه

معتقدین به این دیدگاه می‌گویند در باب تزویج باکره باید قائل به تفصیل شد. بدین صورت که تزویج باکره به دو صورت انجام می‌گیرد. یکی بطور ازدواج دائم که در این مورد باید گفت دختر استقلال دارد و به تنهائی می‌تواند نسبت به ازدواج خویش اقدام کند ولی در تزویج منقطع (موقّت) عنان تزویج باکره به دست ولی است و با اجازه او دختر حق ازدواج خواهد داشت.(محمدزاده، ۶۴)

دیدگاه چهارم فقهای شیعه

کسانی که اعتقاد به قول چهارم دارند می‌گویند باکره در تزویج خویش به صورت موقت مستقل می‌باشد و نیازی به استجازه از پدر و ولی ندارد و به تنهائی می‌تواند اقدام به عقد موقت نماید و به صورت منقطع با شخصی ازدواج کند. ولی در عقد و نکاح دائم که زندگی دختر را تشکیل می‌دهد بدون استجازه از ولی نمی‌تواند اقدام به ازدواج کند بلکه باید از پدر یا ولی خود اجازه گیرد و در صورت موافقت اقدام نماید. این دیدگاه دقیقا عکس دیدگاه چهارم است. این نظریه را به شیخ طوسی در کتاب شریف تهذیب و استبصار نسبت داده‌اند ولی در کتاب‌های دیگرش این فتوی را نداده است.(محمدزاده،۶۴)

دیدگاه فقهاء

دیدگاه صاحب جواهر (ره)

مرحوم صاحب جواهر قائل به استقلال انحصاری دختر باکره شده‌اند و برای اثبات آن به ادله اربعه (کتاب سنت، اجماع و عقل) و همچنین به قاعده اولیه تمسک جسته‌اند.

اما اجماع: شهرت محصل و منقول بین قدما و متأخرین بر استقلال باکره است. بلکه از دو کتاب انتصار و ناصریات سید مرتضی (ره) نقل اجماع شده است(نجفی، ج۲۹،۱۷۵).

اما عقل: صاحب جواهر در بیان دلیل عقد می‌فرمایند: اگر رأی و نظرِ دختر بالغه رشیده، متبع نباشد و هر چه پدرش تصمیم گرفت، نافذ بوده هر چند دختر راضی نباشد و هر چه او استغاثه کند، کسی به دادش نرسد. این ظلمی در حق اوست و از خداوند حکیم صادر نمی‌شود، بلکه چه بسا چنین تحمیلی مستلزم فاسد بزرگی - مانند خودکشی و زنا و فرار از خانه - باشد. خلاصه اینکه قانون و شرع چنین اختیاری به پدر بدهد و نظر دختر را به طور کلی نادیده بگیرد، خلاف حکم عقل است(همان ،۱۷۹).

اما کتاب: ایشان مجموعاً به پنج قسمت از آیات شریفه قرآن استدلال کرده‌اند و در ادامه می‌فرمایند و غیر ذلک مما ظاهره استقلالها بالولایه.(همان،۱۷۵)

اما سنّت: ایشان مجموعاً هشت روایت صحیح و موثقه و غیرهما که استقلال باکره در عقد دائم را شامل می‌شود و چهار روایت را که دلالت بر استقلال باکره در عقد موقت می‌کند، نقل می‌کنند و در ادامه نصوص متعه، پس از پاسخ معارضات آن می‌فرمایند: «فحینئذ یتم للاستقلال بهذه النصوص علی جمع المطلوب» (استقلال انحصاری دختر در عقد دائم) بعد اتمامها بعدم القول بالفصل الا من المحکی عن جمع الشیخ فی کتابی الاخبار الذین لم یعدا للفتوی، بسقوط الولایه عنها فی المنقطع دون الدائم علی انه جمع بأباه ظاهر جمیع الاخبار بل والاعتبار وضروره اولویه الدائم فی ذلک منه...».(همان،۱۷۹)

صاحب جواهر پس از بیان دلیل، نظریه استقلال پدر و ادله آن را مطرح کرده و می‌فرماید جاعتی قائل به استقلال پدر شده‌اند و یکی از دلائلشان استصحاب ولایت حال صغر و دیگری اخبار کثیره است. پس از آن هر دو دلیل را نقد می‌کنند و در نقد تمسک به روایات می‌فرمایند:

اولاً: تمام یا اکثر روایات استقلال پدر اشکال سندی دارند و مشهور نیز به آن عمل نکرده‌اند تا ضعف سندی آنها جبران شود.

ثانیاً: بین این روایات و روایات استقلال باکره به دو نحو جع عرفی است:

جمع اول: بگوییم روایات استقلال پدر در مورد باکره‌ای است که برای ازدواج، رشد کافی ندارد.

جمع دوم: روایات نهی کننده در مورد باکره اذن پدر را لازم می‌داند و می‌فرمایند :

(لا تتزوج الا باذن ابائهن) به قرینه روایات که صریحاً اجازه می‌دهد و می‌فرماید «لا بأس بتزویج البکر بغیر اذن ابیها» حمل بر کراهت کنیم و روایاتی را که پدر را مستقل دانسته واستجازه از دختر را بر پدر لازم نمی‌داند و می‌فرماید:

«یستأمرها کلّ احد ما عداً الاب» حمل بر متعارف کنیم و بگوییم این روایات ناظر به موارد متعارفی است که دختران با تصمیم پدرانشان موافق هستند و اختیار ازدواج خویش را به آنها داده‌اند و لذا لازم نیست که پدرانشان نظر آنها را جویا شوند. خلاصه، روایاتی را که از ازدواج دختران بدون اذن پدرانشان نهی کرده‌اند. حمل بر کراهت می‌کنیم و در مورد روایاتی که می‌گوید پدر احتیاج به استجازه ندارد می‌گوییم، بخاطر آن است که اجازه حاصل است - کما هو المتعارف - ثالثاً: اگر بین روایات استقلال پدر و استقلال دختر جمع عرفی هم نباشد، ترجیح با روایات استقلال باکره است. چون این روایات موافق شهرت و ظاهر کتاب و مخالف با رأی مالک و شافعی و ابن ابی لیلی و بسیاری از بزرگان عامه است. لذا بر اساس این روایات قائل به استقلال انحصاری باکره می‌شویم.(همان،ج،۲۱،۱۸۱-۱۸۰)

دیدگاه مرحوم آیت الله خوئی (ره)

دیدگاه ایشان تشریک بین پدر و باکره می‌باشد. مرحوم محقق خوئی (ره) می‌فرمایند: مشهور و معروف بین قدما و متأخرین استقلال انحصاری باکره است. بلکه در کلمات سید مرتضی ادعای اجماع بر آن شده است. مقتضای قاعده اولیه نیز استقلال انحصاری باکره است. زیرا از طرفی قاعده اولیه واصل اقتضا می‌کند که رضایت زوجه در ازدواج خود معتبر بوده و عقد پدر بدون او نافذ نباشد.(خوئی، ج۲۵۸،۲) و از طرف دیگر اطلاقات آیات شریفه قرآن و نصوصی که (در عموم عقود) در خصوص نکاح وارد شده، اقتضا می‌کند که عقد صادره از دختر نافذ بوده، نیازی به اذن پدر نباشد. مانند عموم اوفوا بالعقود که در مطلق عقود است. اطلاق آیه شریفه «... وَ أُحِلَ لَکمْ ما وَراءَ ذلِکم...» (نساء: ۲۴) که در خصوص نکاح وارد شده است و همچنین اطلاق روایاتی که می‌فرماید: «زن پس از انقضاء عده می‌تواند ازدواج کند - خواه پدرش اجازه بدهد یا خیر -» و اطلاق

روایاتی که می‌گوید: «ازدواج با زنی که ادعای خلیه می‌کند، صحیح است»؛ اقتضا می‌کند که ازدواج باکره صحیح باشد، هر چند رضایت پدر را جلب نکرده باشد. پس اگر دلیل خاصی بر خلاف قاعده اولیه نداشتیم بر اساس این بیان، قائل به استقلال انحصاری باکره می‌شدیم. یعنی می‌گفتیم:

اولاً: پدر مستقل نیست، ثانیاً: دختر مستقل بوده و نیاز به استجازه از پدر ندارد.برای استقلال باکره به نصوص خاصی استدلال شده است که تمامی آنها محل مناقشه است، ایشان پس از نقل مناقشه در آنها به این نتیجه می‌رسند که «هذا هی الاخبار التی یمکن الاستدلال بها علی المدعی (استقلال انحصاری باکره) وقد عرفت عنها جمیعاً لا تخلو من الضعف فی الدلالِه او السند او هما معاً»(همان،۲۶۲).

خلاصه هر چند دلیل خاصی بر استقلال انحصاری باکره نداریم، ولی این امر مطابق عمومات و قواعد اولیه و اصل علمی است. پس باید ببینیم دلیلی بر خلاف این عمومات و قواعد اولیه داریم یا خیر؟

در مقابل مشهور، جماعتی چون صاحب حدائق قائل به استقلال ولی و بعضی قائل به تشریک شده‌اند.

دیدگاه مرحوم آیت الله حکیم (ره)

مرحوم آیت الله حکیم می‌فرمایند: سه طایفه روایت داریم:

الف) روایاتی که می‌گوید دختر مستقل است.

ب) روایاتی که می‌گوید پدر مستقل است.

ج) روایاتی که می‌گوید پدر حق فسخ دارد که نتیجه این دسته از روایات این است که نکاح باکره صحیح می‌باشد. منتهی پدر می‌تواند فسخ نماید. مانند حق شفعه و بیعی که در آن خیار باشد که مجموعاً دو روایت این طایفه را تشکیل می‌دهند.

۱ - عن زراره بن اعین قال: سمعت ابا جعفر (ع) یقول :(لا ینقض النکاح الا الاب) ظاهرش این است که نکاح به صورت صحیح واقع شده منتهی حق پدر فسخ دارد.

۲ - عن محمد بن مسلم عن ابی جعفر (ع) قال : (لا ینقض النکاح الا الاب)

نهایتاً مرحوم آقای حکیم پس از بیان و ذکر سه طایفه از روایات می‌فرمایند که ما به هر سه طایفه روایت عمل می‌کنیم به این صورت که هر یک از پدر و دختر در انجام عقد سبقت بگیرد کار او صحیح است. منتهی اگر دختر پیشی گرفت، پدر حق فسخ خواهد داشت و این یک نوع جمع دلالی میان سه طایفه روایت می‌باشد.(حکیم،ج۱۴، ۴۴۵)

دیدگاه آیت الله مکارم شیرازی

آیت الله مکارم شیرازی در بحث خارج فقه خود، پس از اینکه اقوال و دیدگاه‌های مختلف این موضوع را مطرح و پیرامون آن بحث می‌نمایند، در نهایت بیان می‌کنند که ادله این اقوال با هم معارض هستند. آیا بین این اقوال جمع دلالی هست (چون مقدم بر همه جمع دلالی است) که بتوانیم تعارض را از بین ببریم؟روایت اولی صریح بود که بدون اطلاع ولی، نکاح صحیح است و تمام اختیار به دست بالغه است و روایات دسته دوم که می‌گفت : (لیس لها شیء)دختر هیچ حقی ندارد، این دو دسته روایات در مقابل هم ایستاده‌اند و دسته سوم نمی‌تواند این دو را جمع کند. بنابراین جمع دلالی بین این روایات مشکل است. اکنون که جمع دلالی ممکن نشد، باید سراغ مرجحات برویم.

مرجح اول: مرجح اول که شهرت که مؤید قول اول (استقلال باکره) می‌باشد.

مرجح دوم: مرجح دوم کتاب می‌باشد. نیز مؤید و مطابق قول اول است.

مرجح سوم: که مخالفت عامه باشد. هیچکدام از اقوال از این مرجح برخوردار نیستند. زیرا عامه نیز مختلف النظر هستند و نظراتشان متفاوت و مختلف است.

نتیجه: چاره‌ای نداریم که قول اول را بپذیریم.

منتهی ایشان پس از این نتیجه‌گیری اضافه می‌کنند که در اینجا باید پیرامون مطلبی بحث شود که می‌فرمایند: آنچه تا به حال گفتیم از نظر عنوان اولی بود که به حسب عنوان اولی باکره رشیده مستقل است و اذن پدر شرط نیست. اما از نظر عنوان ثانوی اگر در زمان ما اجازه استقلال دهیم، آیا می‌توانیم لوازم آن را پاسخگو باشیم؟

مرحوم صاحب جواهر (ره) متوجه این مسئله بوده است و لذا گفته مستحب است، دختر استقلال به رأی نکند و ممکن است در بعضی از شرائط حتی استقلال به رأی دختر حرام باشد. در اینجا می‌گوییم شرائط زمان ما و عناوین ثانویه می‌گوید استقلال باکره رشیده مشکلات عمده‌ای ایجاد می‌کند و لذا لازم است که تشریک قائل شویم.

توضیح ذلک: در زمان ما سن ازدواج بالا رفته است که علت اول آن تحصیلات عالیه است. علت دوم سخت‌گیری‌ها و توقعات زیادی که در بین مردم پیدا شده است و تشریفات و زرق و برق‌ها زیاد شده است. علت سوم عوامل تحریک جنسی زیاد شده و تقاضای ازدواج موقت افزایش یافته است در حالی که این افراد با اذن پدر مواجه می‌شوند و هیچ پدری اجازه نمی‌دهد، حال اگر اذن ولی را شرط ندانیم، موقتاً این مشکل حل می‌شود ولی این حلال مشکلات نیست. چرا که خودش مشکلات دیگری را به دنبال خواهد داشت.(محمدزاده،۷۷-۷۶)

اشکالات استقلال باکره در متعه

اگر فرض کنیم بر اساس قواعد فقهیه به قول اول (استقلال باکره) فتوی دهیم، چه مشکلاتی پیدا خواهد شد؟

پنج مشکل قابل تصور است:

مشکل اول: اگر ازدواج موقت مربوط به غیر باکره باشد، بحث دیگری است. اما در مورد باکره رشیده باشد اولین مشکل این است که قوای شهویه قابل کنترل نیست. (در شهوت دو، سوم عقل از کار می‌افتد) مخصوصاً جوان با آن شرایط خاصی که دارد، نتیجه‌اش ذهاب البکاره و فرزندان ناخواسته و... است که مشکلات عدیده‌ای را به بار خواهد آورد.

مشکل دوم: اگر فتح این باب شود، ممکن است این دختر هر چند وقتی، به نکاح افراد مختلف در آید و چنین نیست که در تمام مدت با یک نفر باشد و مسلماً نکاح موقت متعدد خواهد بود و این تعدد، آینده نکاح دائم دختر را به خطر می‌اندازد.چون وقتی شخصی می‌داند که این دختر با افراد مختلف بوده، دیگر رغبتی به او پیدا نمی‌کند و از زنان بیوه هم بدتر است. چون همسران متعدد داشته است. پس خیلی از دختران آینده‌شان به خطر می‌افتد. اگر چه مشکل امروزشان حل می‌شود.

مشکل سوم: اگر دختر در چند مورد به عقد متعه در آمد و سپس همسر دائمی اختیار کرد، اگر این همسر دائم از بقیه همسران قبلی بهتر باشد، بحثی نیست، ولی اگر بدتر باشد، دیگر علاقه‌ای به این همسر دائم ندارد. چون قبل از این همسر، دیگران را دیده است. این امر موجب می‌شود که در آینده چه بسا این ازدواج نیز به طلاق کشیده شود.

مشکل چهارم: چه بسا بعد از این که همسر دائم پیدا کرد، نتواند قطع علاقه مطلق از گذشته پیدا کند و ممکن است مخفیانه روابطی برقرار شود که کانون خانواده به خطر بیافتد.

مشکل پنجم: اگر فتح این باب شود، که دختران بدون اذن پدر نکاح موقت داشته باشند، چگونه می‌توان جلوی سوء استفاده افراد بی‌بند و بار و اراذل را گرفت؟ در حالی که دختران و پسران می‌توانند روابط متعددی داشته باشند و تحت این عنوان حلال، حرام‌های متعددی انجام دهند. چون در جائی ثبت نمی‌شود.

ممکن است کسی از دور بگوید: «بگذارید اذن پدر نباشد و جوانان از راه حلال با هم باشند تا به حرام گرفتار نشوند» ولی وقتی از نزدیک نگاه می‌کنیم، می‌بینیم که چه مشکلات عدیده‌ای پیش می‌آید و شاید به همین دلیل است که روایات متعددی از متعه باکره، بدون اذن پدر، منع کرده است و این روایات متضافر هستند.(محمدزاده،۷۸)

دیدگاه‌های فقهای اهل سنت

بعد از ذکر دیدگاه علماء و فقهاء شیعه دانستن اقوال عامه و اهل سنت ما را در فهمیدن احادیث و منابع یاری می‌دهد.

دیدگاه شافعی

وی معتقد است که در ازدواج دختر باکره رشیده اذن و استجازه از سوی پدر شرط می‌باشد و عقد نکاح بدون اذن پدر منعقد نمی‌گردد. وی همچنین معتقد است حتی در صورت اذن ولی خود دختر نمی‌تواند متصدی اجرای صیغه نکاح شود.(محمدزاده،۸۳)

دیدگاه ابوحنیفه

ابوحنیفه از بزرگان اهل سنت قائل به استقلال دختر باکره در تزویج خویش می‌باشد و گوید چنانچه دختری به حد رشیده رسید دیگر ولایت ولی از وی زائل می‌گردد و هم چنان که دختر استقلال مالی دارد و به تنهای می‌تواند داد و ستد نماید و نیازی به استیجازه از سوی پدر و ولی خود ندارد. در امر ازدواج نیز نامبرده می‌تواند به صورت مستقل و بدون اذن از پدر نسبت به ازدواج خویش تصمیم بگیرد و اقدام کند و ازدواجش به صورت صحیح واقع می‌گردد. منتهی دختر نیز باید در این استقلال رأی که به او تفویض گردید سعی داشته باشد هم گروه و هم شان (کفو) خویش را انتخاب نماید. پس ابو حنیفه در ذیل کلامش یک استثنا را به کار برده است و آن این است که چنانچه دختر دون شأن خانوادگی و غیر کفو خویش را برای ازدواج انتخاب نماید و ازدواج کند، پدر حق فسخ دارد. به این معنا که ازدواج دختر هر چند به طور صحیح واقع گشته است، ولی پدر می‌تواند آن را فسخ کند. (محمدزاده،۸۳)

دیدگاه ابو یوسف

ابو یوسف از علمای معروف اهل سنت معتقد است که نکاح نیازمند به اذن ولی است البته نه آن گونه که این اذن، شرط صحت نکاح باشد. بنابر این اگر دختر بدون اذن پدر خود را به ازدواج دیگری در آورد صحیح است. لکن اگر به غیر هم کفو ازدواج کرده باشد، پدر حق اعتراض و فسخ آن نکاح را دارد. و اگر دختر با هم کفو ازدواج کرده باشد بر ولی واجب است که آن نکاح را تایید کند و الا حاکم آن نکاح را تایید می‌کند. این دیدگاه از این جهت که اختیار فسخ در صورت ازدواج با غیر هم کفو را به پدر داده است همان دیدگاه ابوحنیفه است لکن ابویوسف اذن پدر را لازم می‌داند هر چند شرط نمی‌داند به خلاف ابوحنیفه که معتقد است با رشیده شدن دختر اصلا اذن پدر ساقط می‌شود و هیچ نیازی حتی به صورت غیر شرط به اذن وی نیست. (محمدزاده،۸۳)

دیدگاه مالک

مالک بن انس، رئیس فرقه مالکیه معتقد به تفصیل می‌باشد. با این توضیح که میان دختر باکره نسیبه و دنیه تفاوت قائل است و می‌گوید دختری که نسیبه است (دختری که دارای اصل و نسب باشد) نکاح وی نیاز به اذن و استجازه از سوی پدر دارد و نکاحش بدون اذن منعقد نمی‌گردد و چنانچه دختر بدون اجازه از سوی ولی ازدواج نماید صحیح نیست. اما اگر دختر باکره دنیه باشد (دنیه به دختری‌اطلاق می‌گردد که دارای اصل و نسب نباشد) در ازدواجش نیازی به اذن ولی ندارد و به صورت مستقل و بدون اذن از ولی می‌تواند اقدام به تزویج خویش نماید و آن هم به صورت صحیح واقع می‌گردد. (محمدزاده،۸۳)

دیدگاه داود

ابن ابی داود از علمای معروف اهل سنت است. دیدگاه وی همان دیدگاه شافعی و نظریه دوم فقهاء شیعه است. بدین صورت که وی نیز همانند شافعی و گروه دوم از فقهای شیعی معتقد به این است که در ازدواج دختر باکره ولی مستقل است و فقط با اذن و استجازه از سوی ایشان ازدواج دختر باکره صورت خواهد گرفت. ولی چنانچه دختر باکره نباشد نیازی به اذن و اجازه از سوی ولی نداد و می‌تواند ازدواج کند که این همان نظریه دوم فقهاء شیعه می‌باشد. تنها تفاوتی که نظر ابی داود با شافعی دارد این است که وی در غیر باکره اذن پدر را ساقط می‌داند ولی شافعی در غیر باکره هم اذن ولی را لازم می‌داند. (محمدزاده،۸۴)

دیدگاه ابی ثور

وی نیز همان دیدگاه ابی داود و دیدگاه دوم فقهای شیعه را دارد. تنها یک مطلب را اضافه می‌کند و آن اینکه اگر دختر اذن پدر را کسب کرد خود می‌تواند متصدی امر نکاح گردد. این دیدگاه همان دیدگاه شافعی است و فقط وی معتقد است در صورت اذن ولی دختر می‌تواند متصدی امر نکاح گردد ولی شافعی این امر را صحیح نمی‌دانست. (محمدزاده،۸۴)

نتیجه گیری و بیان دیدگاه مختار

تاکنون دیدگاه‌های متفاوت از فقها را نسبت به موضوع ازدواج دختر باکره ذکر نموده و پیرامون هر یک از آنها و دلائل و مستنداتشان بحث و بررسی نموده که به طور تفصیل گذشت. حال با توجه به مجموع دیدگاه‌ها و ارزیابی دلائل و مستندات آنها می‌بایست دیدگاه مورد نظر و صواب را بیان کرده و دلائل آن را ذکر کنیم.

وقتی به نظرات فقهاء پیرامون موضوع نکاح باکره مراجعه نمودیم مشخص گردید مشهور آنان اعم از قدماء و متأخرین قائل به استقلال انحصاری باکره می‌باشند و حتی سید مرتضی همانگونه که قبلاً گذشت ادعای اجماع می‌نماید. و از سوی دیگر مقتضای قاعده اولیه نیز استقلال انحصاری باکره است. زیرا از طرفی قاعده اولیه (عدم ولایه احدٍ علی احدٍ) اقتضا دارد دختر باکره در ازدواج خویش مستقل بوده و احدی در این امر بر وی ولایت نداشته باشد. و حتی عقد ولی بدون اذن و اجازه دختر نافذ نباشد و همچنین اطلاق آیات و برخی روایات که بیان می‌دارند: «زن پس از انقضای عده می‌تواند ازدواج کند» و «ازدواج باکره صحیح است. خواه پدرش اجازه دهد یا ندهد»، دلالت بر استقلال دختر دارد. لذا اگر دلیل خاص بر خلاف قاعده اولیه نداشته و اطلاق آیات و روایات را قبول می‌کردیم می‌بایست استقلال انحصاری دختر باکره را به رسمیت می‌شناختیم و ما به دلایلی که ذکر خواهیم کرد از قاعده اولیه دست برداشته و اطلاق روایات را بعضاً قبول ننموده و در نهایت قول به تشریک (اذن دختر واستجازه از پدر) را خواهیم پذیرفت. چنان که فقهائی چون ابوالصلاح حلبی در کتاب شریف کافی(حلبی،۲۹۱) ، شیخ مفید در کتاب مقنعه(مفید،۵۱۰) ، شیخ حرّ عاملی در کتاب وسائل الشیعه(حرعاملی،ج۲۰ ،۲۸۵)، مرحوم آیت الله العظمی خوئی در کتاب مبانی العروه(خوئی،ج۲، ۲۵۸) ، و آیت الله مکارم شیرازی در کتاب النکاح(مکارم شیرازی،ج۲، ۱۸۷)، دیدگاه تشریک را انتخاب نموده و می‌فرمایند: ازدواج باکره باید با اذن او و استجازه از سوی ولی صورت گیرد. بدین معنا که باکره در ازدواج خویش باید رضایت پدر را جلب نموده و از ایشان استیجازه نماید ولی خود او هم باید نسبت به آن ازدواج، رضایت داشته باشد. آن دسته از دلائل و مستنداتی که قائلین به دیدگاه اول، (استقلال انحصاری ولی) بدان تمسک جسته بودند را به تفصیل مورد بررسی قرار داده و یکایک آنها را از جهت دلالت بر مدعا عقیم دانستیم. چرا که در پاسخ به آیات بیان نمودیم اطلاق آیات شریفه تمام نیست و در مقام اصل تزویج بوده و ناظر به شرایط معتبر در صحت نکاح نمی‌باشند. به بیانی دیگر مثلاً وقتی آیه شریفه می‌فرماید: «وانکحوا الایامی» یعنی همراه با در نظر گرفتن جمیع شرائط عامه معتبر در صحت نکاح. و لذا نمی‌توان به اطلاق این آیات برای نفی اعتبار عربیت و صیغه عقد یا نفی اعتبار شرط اسلام و مانند آن تمسک کرد. بنابراین ممکن است یکی از شرایط عامه در باب صحت ازدواج باکره، استجازه از ولی باشد که نمی‌توان با اطلاق، این جهت را نفی نمود.

همچنین همانگونه که ملاحظه گردید دلالت هیچکدام از روایات نوزده‌گانه نسبت به استقلال انحصاری باکره را تمام ندانستیم.

همچنین وقتی دیدگاه دوم (استقلال انحصاری ولی) و مستندات آن را که رأی فقهاء بزرگ نام بود، مورد مداقّه ونظر قرار می‌دهیم. می‌بینیم که وقتی آنها به روایات می‌خواهند، تمسک کنند دو گروه از روایات را مورد استناد قرار می‌دهند.

الف: روایاتی که دلالت بر عدم استقلال دختر باکره می‌نمایند.

ب: روایاتی که دلالت بر استقلال ولی می‌کنند.

حال در پاسخ نسبت به روایات گروه اول می‌گوئیم. همانطور که قبلاً به طور تفصیل بیان شد. دلالت این روایات، بر عدم استقلال باکره تمام نیست و نمی‌توان به این دسته از روایات برای اثبات عدم استقلال باکره استناد کرد. زیرا این روایات مطلق هستند و هم نقش مستقل دختر و هم نقش اشتراکی او را نفی می‌نمایند. که این روایات به وسیله روایات تشریک که صراحت در اعتبار اذن دختر دارد از این اطلاق رفع ید کرده و می‌گوئیم: اعتبار «لیس لها مع ابیها امر» یعنی «لیس لها امر مستقل» لیکن نفی اذن تشریکی نمی‌کند.

اما نسبت به گروه دوم از روایات باید گفت: روایاتی که بیان می‌کنند رضایت پدر معتبر و لازم است. این روایات بعضاً در مورد شرط اذن دختر سکوت کرده و نفیاً یا اثباتاً متعرض آن نشده‌اند. لذا می‌توان نتیجه گرفت که استقلال دختر را نفی می‌کنند. ولی استقلال انحصاری پدر را ثابت نمی‌نمایند. و این همان تشریکی است که ما قائل به آن هستیم.

اما برخی از روایات این گروه بیان می‌دارند که پدر در نکاح و تزویج دختر باکره مستقل است و عقد او به تنهایی نافذ می‌باشد. هر چند دختر راضی نباشد، که این روایات صریح در استقلال پدر می‌باشند. حال می‌گوئیم اگر این روایات، معارضی نداشتند، یقیناً قائل به استقلال انحصاری پدر می‌شویم. لیکن برخی از روایات که اذن دختر را لازم می‌دانند در تعارض با این دسته از روایات هستند که به برخی از این روایات اشاره می‌کنیم.

الف: معتبره منصور بن حازم عن ابی عبد الله (ع) قال : (تُسْتَأْمَرُ الْبِكْرُ وَ غَيْرُهَا وَ لَا تُنْكَحُ إِلَّا بِأَمْرِهَا) .(حرعاملی، ج۲۰ ، ۲۸۴) این روایت دلالت بر شرط اذن دختر باکره نموده و استقلال پدر را نفی می‌کند.

ب: معتبره صفوان عن موسی بن جعفر (ع) : (... یَکونُ ذَلِک بِرِضَاهَا فَإِنَّ لَهَا فِی نَفْسِهَا نَصِیباً)و در قسمت دوم می‌فرمایند: «وَ یَکونُ ذَلِک بِرِضَاهَا فَإِنَّ لَهَا فِی نَفْسِهَا حَظّاً».(همان، ۲۱۸) این روایت نیز دلالت بر این دارد که دختر باکره حظّ و بهره‌ای در تصمیم‌گیری ازدواج خویش دارد که دلالت بر تشریک می‌کند.حال که نظریه و دیدگاه اشتراک در نکاح دختر باکره به عنوان نتیجه بحث و نظر نهایی مطرح گردید. سؤالی به میان می‌آید که آیا با فرض اینکه اذن ولی نیز در نکاح باکره شرط می‌باشد مسئله دارای استثنائی هست یا خیر؟ در پاسخ باید بیان داشت موضوع اذن ولی دارای چهار استثناء می‌باشد که ذیلاً به آنها اشاره می‌گردد.

استثناءات اذن ولی (موارد سقوط اذن ولی)

۱ - استثناء اول: موردی که بالغه باکره رشیده کفوی برای خودش انتخاب کند که هم شرعاً کفو او باشد. (مسلمان باشد) و هم عرفاً (تناسب عرفی داشته باشد) اگر ولی مخالفت کند اذن او ساقط و دختر می‌تواند مستقیماً تصمیم بگیرد. دلائلی که می‌تواند مستند این استثناء باشد عبارتند از:

الف) اجماع: مرحوم صاحب جواهر در کتاب شریف جواهر الکلام ادعای اجماع بر این استثناء کرده‌اند(نجفی، ج۲۹ ، ۱۸۴) و آیت الله حکیم نیز در کتاب مستمسک از عده‌ای از فحول فقهاء مثل علامه در تذکره و قواعد، محقق کرکی در جامع المقاصد، شهید اول در مسالک و فاضل هندی در کشف اللثام نقل اجماع می‌کند(حکیم، ج۱۴، ۴۴۸).

ب) آیه «... فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ یَنْکِحْنَ أَزْواجَهُنَّ إِذا تَراضَوْا بَیْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ...» (بقره: ۲۳۲)

آیه شریفه می‌فرماید: بعد از اتمام عده، مانع از آن نشوید که این زنان ازدواج کنند. اطلاق این آیه شامل جائی که زن ازدواج کرد و عده هم بر او واجب شده، ولی باکره است. (چون دخول غیر متعارف صورت گرفته) می‌شود. بنابراین اطلاق آیه شامل ما نحن فیه نیز می‌گردد.

ج) قاعده عسر و حرج: چون اگر بنا باشد ولی باکره مخالفت کند، بالغه باکره به حرج می‌افتد.

د) مصلحت مولّی علیها: فلسفه قرار دادن اذن ولی چیست؟ آیا جز برای رعایت حال و مصلحت مولی علیها می‌باشد. بدون شک معنای ولایت ولی، دفاع از حق مولّی علیها است. پس آنچه که معتبر می‌باشد، مصلحت مولی علیها می‌باشد نه مصلحت ولی. و تعبیری که در بعضی روایات است (فرزند و آنچه در دست اوست برای ولی است) به معنای عدم لزوم رعایت مصلحت توسط ولی نیست بلکه یکی از شرایط اساسی در ولایت رعایت مصلحت مولی علیها است.

در ما نحن فیه اگر کفی برای دختر باکره پیدا شد و ولی مخالفت نمود، خلاف مصلحت مولی علیها و خلاف ماهیت ولایت است. پس اطلاقات ولایت شامل موردی که پدر مصلحت دختر را در نظر نمی‌گیرد نیست. به عبارت دیگر یا ماده ولایت اینجا را نمی‌گیرد و یا اطلاقات ولایت از این مورد انصراف دارد.ه -) خیانت در حق مولّی علیها: اگر کفوی پیدا شد و ولی مخالفت کرد. این کار ولی خیانت است و هر ولی که خیانت کند، ولایتش ساقط می‌گردد. مثل وکیل یا وصی خائن.

بنابراین در صورتی که زوج کفو زوجه باشد و ولی ممانعت کند اذن او ساقط می‌شود. به مناسبت بیان مساله هم کفو بودن لازم است معیار هم کفو بودن نیز تبیین گردد.

کفو شرعی و عرفی چیست؟

کفو شرعی، یعنی مسلمان بودن و کفو عرفی عبارت از این است که دختر و پسر از نظر عرف متناسب یکدیگر باشند که این تناسب از جهات مختلف است:

۱ - از نظر سن و سال

۲ - از نظر دیانت

۳ - از نظر تحصیلات و معلومات

۴ - از نظر سلامت جسم

۵ - از نظر وضعیت مالی. البته تناسب منحصر در این موارد نمی‌باشد.

مرحوم صاحب جواهر در کتاب شریف جواهر الکلام، فرعی را مطرح نموده‌اند که به آن اشاره می‌نمائیم. ایشان این مساله را اینگونه مطرح کرده اند: «و لو اختارت شخصا و الولی آخر و کل منهما کفو...»(نجفی، ج۲۹، ۱۸۵) چنانچه تعارض میان اختیار دختر و اختیار پدر پیش آید و منتخب هر دو کفو باشد، اختیار کدام مقدم است؟ به تعبیر دیگر آیا اذن ولی در اینجا (مانند استثناء سابق) ساقط می‌گردد. زیرا مانع کفو دختر شده

است؟ در پاسخ باید گفت: میان فقهاء اختلاف نظر است. مرحوم شهید ثانی در مسالک می‌گوید: مختار دختر مقدم است(مکی العاملی،ج۷، ۱۴۲) ولی مرحوم صاحب جواهر می‌گوید مختار پدر مقدم است.

چنانچه خواسته باشیم پاسخ صحیحی ارائه نمائیم باید بگوییم در این مورد دلیلی اعم از آیه و روایت نداریم. لذا باید سراغ ریشه مسئله برویم و با توجه به آن، مشکل را حل کرده و پاسخ صحیحی بدهیم. دلیلی که در استثناء از اذن ولی آوردیم، حقیقت ولایت بود که رعایت مصلحت مولی علیها است. پس اگر به غیر مصلحت عمل کند، خیانت کرده است. حال اگر طبق این مبنا عمل کنیم حق با شهید ثانی است. زیرا هر دو کفو هستند. منتهی یکی مورد علاقه دختر و دیگری مورد علاقه وی نیست و با او نمی‌تواند زندگی کند. آیا مصلحت دختر این است که کسی را به او تحمیل کنند که مورد علاقه وی نیست و با او نمی‌تواند زندگی کند؟ یا با کسی ازدواج نماید که مورد علاقه وی می‌باشد؟ لذا باید گفت انتخاب کسی که مورد علاقه دختر نمی‌باشد، خلاف مصلحت او و خیانت به اوست. لذا نظر مرحوم شهید ثانی قریب به صواب می‌باشد.۲ - استثناء دوم: جائی است که ولی غائب است و نمی‌توان با او تماس گرفت. (غاب غیبه طویلاً لا یمکن الوصول الیه او مات مع حاجهِ البنت الی النکاح) و در اینجا نیز غالب فقهاء فرموده‌اند: «یسقط اذن الولی»(ر.ک:حکیم، ج۱۴ ،۴۴۹)

سؤال: آیا در این موارد استثناء احتیاج به اذن حاکم می‌باشد؟

جواب: چنانچه دختر باکره نتواند کفو خویش را تشخیص دهد، ممکن است بگوئیم اذن حاکم لازم است. «لانه ولی من لا ولی له» ولی اگر خودش کفو را تشخیص می‌دهد و احتیاج به نکاح دارد، حاکم هم نمی‌تواند مخالفت کند. چرا که ولایت حاکم هم، حفظ مصلحت است. پس در این صورت هم اذن حاکم شرع لازم نیست(مکارم شیرازی، ج۲، ۲۱).

۳ - استثناء سوم: جائی است که ولی مرتد یا کافر باشد. فقهای برای اثبات این استثناء به آیه شریفه:«... وَ لَنْ یَجْعَلَ اللّهُ لِلْکافِرِینَ عَلَی الْمُؤْمِنِینَ سَبِیلاً؛ (نساء: ۱۴۱) و خدا هرگز هیچ راه سلطه‌ای به سود کافران بر ضد مؤمنان قرار نداده است» و روایت (الاسلام یعلو و لا یُعلی علیه؛(حرعاملی،ج۲۶ ، ۱۴)اسلام برتری دارد و برتری و تفوق بر او نمی‌شود) تمسک کرده اند. محقق بحرانی نیز ادعای عدم الخلاف در سقوط اذن ولی در صورت ارتداد کرده است.(ر.ک:بحرانی، ج۲۳، ۲۶۷)

۴ - استثناء چهارم: برخی فقهاء؛ جنون، مستی، بیهوشی و مُحرم بودن را از استثنائات اذن ولی دانسته اند. در چهار صورت اول چون ولی نمی‌تواند وظیفه خود را به طور صحیح انجام دهد، اذن او ساقط است. و در صورت مُحرم بودن بر اساس برخی مبانی که هر گونه تصدی امر نکاح - حتی صدور اذن - را نیز بر مُحرم حرام می‌داند، اذن ولی ساقط است.

نتیجه گیری

فقه شیعه دارای پویایی و حیاتی خاص می‌باشد که فقط جمود نسبت به چند دلیل پیدا نکرده و مقتضیات زمان و مکان را در نظر دارد. و این ادعا با مباحث و متون داخل تحقیق به اثبات رسید و بایک جمع بندی اجمالی می توانیم به یک گروه از دلایل روائی اشاره کنیم که دلالت بر استقلال دختر باکره در ازدواج خویش داشت و برخی از زعیمان فقها نیز قائل به استقلال انحصاری دختر باکره بودند و همینطور گروهی دلیل به عدم استقلال دختر باکره می‌آوردند . و بالاخره بیان دیدگاه‌های فقهای متاخر و معاصر نشان از تاثیر زمان و مکان در فتوای فقها داشته و به پویایی و حیات فقه تشیع بیشتر واقف می‌شویم .

و از طرفی اگر به تنهائی می‌خواستیم به روایات استناد جسته و جمود داشته باشیم و قائل به استقلال دختر باکره در ازدواج خویش باشیم. در نتیجه به چالش افتادن دختر باکره را در زندگی آینده خود تجویز نموده واز سوی دیگر چنانچه قائل به استقلال ولی در ازدواج دختر باکره می‌شدیم. اشکالاتی را برای دختر باکره می‌آفرید که زندگی و آینده دختر را به خطر می‌انداخت. لذا در ازدواج دختر باکره دو نظر را محترم دانسته وخواستار جلب و رضایت دو نفر بوده‌ایم. اول رضایت دختر باکره که بایست نسبت به شریک زندگی خود تصمیم بگیرد و دیگری نظر و رأی ولی دختر باکره که به چیزی جز سلامت زندگی آینده دختر خویش نمی‌نگرد. لذا با در نظر داشتن و اعتبار قرار داده این دو نظر، خطرات احتمالی به درصد پایینی نزول پیدا خواهد کرد. چرا که دختر باکره‌ای که در این دوران زندگی می‌کند، در ازدواج به مسائلی می‌اندیشد که ولی او شاید به این موضوعات نپرداخته و فکر نکرده است و بالعکس ولی دختر باکره که صاحب تجربه می‌باشد در تزویج دختر خویش آینده دختر خود را می‌اندیشد و در آینده به مسائلی می‌نگرد که شاید دختر باکره به آنها فکر نکرده است. لذا با در نظر داشتن این دو دیدگاه و جلب رضایت این دو، زندگی آینده دختر تأمین و جامعه نیز از خطرات احتمالی آینده مصون خواهد بود. لذا در نظر داشتن مقتضیات زمان و مکان مانع بروز مشکلات شخصی برای شخص دختر باکره، ولی دختر باکره و جامعه و اجتماع خواهد بود. به عنوان مثال: چنانچه در تزویج دختر باکره، فقط پدر او صاحب اختیار بود و رأی دختر اعتبار نداشت، ازدواج به صورت جبری انجام خواهد گرفت و چنانچه دختر در این ازدواج علاقه‌ای به زوج نداشته باشد، این زندگی یا به صورت تلخ ادامه خواهد یافت و یا منجر به جدایی آنان خواهد گشت که در این صورت دختر باکره دچار بحران‌ها و مشکلات فراوانی می‌شود و در آینده یا تن به ازدواج‌هایی خواهد داد که از شر طعن‌های مردم خلاصی و رهایی یابد یا به صورت مجرد خواهد ماند که این بالقوه ممکن است، خطراتی برای وی و جامعه پدید آورد.

و اگر ازدواج دختر باکره فقط با رأی و نظر او صورت بپذیرد، و اذن پدر شرط نباشد با عنایت به جامعه کنونی و عشق‌های کاذبی که سر راه دختران جوان و بی‌تجربه قرار دارد، ممکن است اغفال گردیده و بدون توجه به نظر پدر، اقدام به ازدواج نماید که با توجه به آمار و ارقام مسائلی که امروزه در جامعه مورد مشاهده و مداقه همگان است این چنین ازدواج‌ها سرانجامی پیدا نخواهد کرد که در این صورت دختر که به اذن پدر خویش اعتباری قائل نبوده است با چه وضعیتی به منزل پدر مراجعه خواهد نمود که در نتیجه خود حدیث مفصل خوان از این مجمل.

قانونگذار جمهوری اسلامی ایران نیز اندیشه تشریک را پذیرفته است و لذا در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی می‌گوید: «نکاح دختر باکره اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه‌ی پدر یا جد پدری او است و هر گاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند اجازه‌ی 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.» با دقت در این ماده و تطبیق آن با نظرات فقهی مطرح شده، واضح می‌شود، در واقع این ماده بر مبنای اشتراک اراده ولی و دختر است؛ زیرا براساس این ماده، دختر بدون اذن ولی نمی‌تواند ازدواج کند؛ از طرفی پدر هم نمی‌تواند بدون اجازه دختر بالغ، او را شوهر دهد. همچنین نتیجه ماده این است که اگر دختر بدون اذن پدر شوهر کند، پدر می‌تواند تقاضای فسخ نکاح را بکند و بر عکس این حق برای دختری که بدون اجازه، پدر او را عقد نموده نیز متصور است.

منابع و مآخذ

۱. قرآن کریم؛
۲. نجفی،محمدحسن(۱۴۰۴)،جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران،المکتبۀ الاسلامیۀ .
۳. ابوجیب،سعدی(۱۴۰۸)، القاموس الفقهی لغۀ و اصطلاحا، دمشق ، دارالفکر .
۴. موسوی خوئی،ابوالقاسم(۱۴۰۷)،کتاب النکاح، قم، لطفی.
۵. بحرانی،یوسف بن احمد (بی تا)،حدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره ، قم ، موسسه النشر الاسلامی.
۶. حرّعاملی، محمدبن حسن(۱۴۰۶)، وسائل الشیعه، بیروت ، دارالاحیاء التراث العربی .
۷. حلبی، ابوصلاح تقی الدین (۱۴۰۳)، الکافی فی الفقه، اصفهان ، مکتبه الامیر المومنین(ع) .
۸. شهیدثانی،زین الدین بن علی الجبعی العاملی (۱۴۰۴)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام،چاپ اول ، قم، موسسه المعارف الاسلامیه .
۹. همو(۱۴۰۳)،روضه البهیه فی شرح لمعه الدمشقیه، بیروت ، دار الاحیاء التراث العربی .
۱۰. همو(۱۳۸۴)، شرح لمعه دمشقیه، ترجمه و تبیین علی شیروانی، چاپ ششم، قم ،دارالعلم .
۱۱. انصاری، شیخ مرتضی(۱۴۱۵)، کتاب النکاح، قم ، چاپ باقری .
۱۲. حلّی، حسن بن یوسف(۱۴۱۷)، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، قم، مرکز نشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی .
۱۳. محقق حلّی،جعفربن حسن(۱۴۰۹)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام ، چاپ دوم، تهران ، انتشارات استقلال .
۱۴. شهید اول، محمد بن جمال الدین(۱۳۷۴)، اللمعه الدمشقیه، قم ، مؤسسه دارالفکر .
۱۵. موسوی‌خمینی، روح الله(۱۳۹۰)، تحریر الوسیله، قم، دارالکتب العلمیه .
۱۶.کاتوزیان، امیرناصر(۱۳۸۲) ، حقوق مدنی : خانواده، تهران ، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا .
۱۷. شبیری زنجانی، موسی(۱۴۱۹)،کتاب نکاح، قم ، موسسه پژوهشی رای پرداز .
۱۸. حکیم ، السیدمحسن(۱۳۷۴)، مستمسک العروه الوثقی، چاپ اول ، قم ، موسسه دارالتفسیر .
۱۹. الراغب الاصفهانی، ابوالقاسم الحسین بن محمد(۱۴۱۶)، المفردات الفاظ القرآن، بیروت ، الدار الشامیه.
۲۰. محمدزاده، علی اکبر(۱۳۹۴)، جایگاه اذن ولی در نکاح دختران از دیدگاه فریقین، قم ، چاپ قسیم.
۲۱. مکارم شیرازی، ناصر(۱۴۲۴)،کتاب النکاح ، قم ، مدرسه الامام علی بن ابی طالب(ع) .
۲۲. الحسینی المراغی ، السید میرعبدالفتاح (۱۴۱۷)،العناوین الفقهیه ، قم ، موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین .
۲۳. صدوق، محمدبن علی بن الحسین بن بابویه القمی(۱۴۱۸)، الهدایه ،قم ، موسسه الامام الهادی(ع).
۲۴. جصاص ، ابی بکر احمدبن علی(۱۴۰۵)، احکام القرآن، بیروت ، دارالاحیاء التراث العربی.

مقاله

۲۵. ایزدیفرد، علی اکبر ، کلیجی، سمیه ، کاویار ،حسین (۱۳۹۰)، ولایت در نکاح باکره‌ی‌رشیده، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی