

ازدواج باکره رشیده و ولایت پدر از منظر فقه امامیه

زین العابدین نجفی

استادیار مجتمع آموزش عالی شهید محلاتی

تاریخ دریافت: ۸۴/۴/۱

تاریخ تأیید: ۸۴/۶/۱۰

چکیده

فقیهان امامیه درباره ولایت پدر بر دختر باکره رشیده در امر نکاح، آرای مختلف دارند. مشهور قدما و متأخران، قائل به سقوط ولایت، و استقلال باکره رشیده در ازدواج بوده‌اند. در مقابل پاره‌ای از فقیهان گفته‌اند: امر نکاح او به دست ولی است و نظر خود او نقشی ندارد. برخی دیگر، تشریک میان دختر و پدر را برگزیده و پاره‌ای نیز اقوال دیگری را اختیار کرده‌اند. قانون مدنی ایران، استقلال دختر بالغه رشیده را در امر ازدواج نپذیرفته است. در این نوشتار، اقوال و دلایل مسئله از آیات و روایات و اصول، بررسی و استقلال باکره رشیده در امر نکاح، اثبات گردیده است. در پایان مقتضای عناوین ثانویه نیز در مسئله مورد توجه قرار گرفته است. واژگان کلیدی: باکره رشیده، ثبته رشیده، ولایت در نکاح، نکاح دائم، نکاح موقت.

مقدمه

یکی از مسائل بحث‌انگیز میان فقیهان امامیه و مورد ابتلای جامعه، ولایت پدر و جد پدری، در ازدواج دختر باکره رشیده است. بدین معنا که آیا دختر باکره رشیده، بدون اذن پدر یا جد پدری که در فقه از آنها به ولی تعبیر می‌شود، می‌تواند با مرد مورد نظرش ازدواج نماید، یا آن که امر ازدواجش به دست ولی او بوده و نظر خود او، نقشی ندارد و یا منوط به رضایت هر دو خواهد بود؟ قبل از انقلاب قانون مدنی ایران، قبل از انقلاب استقلال دختر بالغه رشیده را در امر ازدواج نپذیرفته و در ماده ۱۰۴۳ مقرر کرد: «نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده اگر چه بیش از هجده سال تمام داشته باشد متوقف بر اذن پدر یا جد پدری است». پس از انقلاب نیز به موجب قانون (مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴) با مقداری تغییر این ماده مقرر می‌دارد: «نکاح دختر باکره، اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او است».

فقیهان شیعه در این مسئله، آرای گوناگونی ارائه داده‌اند. مشهور قدما و متأخران، قائل به سقوط ولایت پدر و جد پدری، نسبت به باکره رشیده، و استقلال او در ازدواج بوده‌اند (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۷۵/۲۹ و طباطبائی، ۱۴۲۰: ۹۵/۱۰ و ۹۹) بلکه سید مرتضی بر آن ادعای اجماع نموده و آن را از

ویژگی‌های امامیه، شمرده است (سید مرتضی، بی تا: ۱۱۹، ۱۲۰ و ۱۲۲ و همو، ۱۴۱۷ ناصریات: ۳۲۰ و ۳۲۱). صاحب جواهر ولایت بر باکره رشیده را ظلم شمرده، می‌گوید: «مجبور ساختن بالغ کامل را بر چیزی که مکروه می‌دارد، ظلم است. او استغاثه می‌کند در حالی که فریادری نیست. بلکه بسا به فساد عظیم و کشتار و زنا و گریختن به سوی غیر، منجر می‌گردد» (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۷۹/۲۹).

در مقابل برخی فقیهان، از جمله مرحوم صدوق و شیخ طوسی گفته‌اند: امر نکاح باکره رشیده به دست ولی است و خود او نقشی ندارد (طباطبائی، ۱۴۲۰: ۱۰/۱۰۱) و مرحوم بحرانی در این زمینه فراوان مبالغه کرده است (بحرانی، بی تا: ۲۱۱/۲۳ و ۲۱۲) برخی هم قول به تشریک را برگزیده‌اند (حلبی، ۱۳۶۲: ۲۹۲؛ مفید، ۱۴۱۰: ۵۱۰ و خوئی، ۱۴۰۴: ۲/۲۶۴) بدین معنا که نکاح باکره رشیده، منوط به رضایت او و ولی بوده و هیچ یک به طور مستقل نمی‌توانند اقدام به عقد نمایند و پاره‌ای نیز، اقوال دیگری را اختیار کرده‌اند.

این مسئله اکنون نیز مورد ابتلای جامعه بوده و در سرنوشت ازدواج جوانان نقش مهمی دارد. از این رو در این نوشتار، به ترتیب عناوین زیر به بحث از آن از دیدگاه فقه شیعه پرداخته، کلمات فقیهان را بازخوانی نموده و با دقت و تأمل در دلایل مقتضای آنها را می‌سنجیم:

- شقوق مسئله و تشریح موضوع

- آرای فقیهان امامیه

- دلایل آرای فقیهان و نقد و بررسی آنها

- مقتضای عناوین ثانویه

۱ - شقوق مسئله و تشریح موضوع

برای روشن شدن موضوع بحث لازم است شقوق گوناگون مورد توجه قرار گرفته و برخی از عناوین مربوط به موضوع تشریح شود و نیز دیدگاه قانون مدنی نسبت به مسئله مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد. از این روی نکات ذیل شایسته طرح می‌باشد:

الف - ولایت پدر و جد بر صغیره (دختر نابالغ) ثابت است، اگر چه باکره نباشد و در این زمینه، اشکالی وجود ندارد (محقق کرکی، ۱۴۱۵: ۹۴/۱۲؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۱۷۲/۲۹ و خوئی، ۱۴۰۴: ۲/۲۴۸) زیرا مناطق ولایت در این فرض، بکارت نیست بلکه صغر است که وجود دارد.

ب - بر دختری که به سن بلوغ رسیده ولی رشیده نباشد، ولایت پدر و جد پدری ثابت است و در این مورد نیز اختلافی وجود ندارد (شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۷/۱۲۰) و ما نیز در این باره به بحث نمی‌پردازیم، ولی آن چه لازم است مورد توجه قرار گیرد، معنای رشیده است:

رشد در لغت، ضد گمراهی (غی و ضلال) است (ابن منظور، بی تا: ۱۷۵/۷؛ ابن فارس، ۱۴۰۴: ق ۳۹۸/۲ و فیومی، ۱۴۰۵: ۲۲۷) و در اصطلاح فقه، به طور عمده در امور مالی متمرکز شده است. ابن جنید می‌گوید: «رشد عبارت از عقل و اصلاح مال است» (علامه حلی، ۱۳۷۵: ۴۳۱/۵). محقق حلی گفته است: «رشد آن است که شخص اصلاح‌گر مال خویش باشد» (محقق حلی، ۱۳۷۳: ۸۵/۲) بدین معنا که مال را حفظ و به وضع آن اهمیت داده و از تبذیر و بی‌مبالاتی و هر آن چه از دیدگاه عرف با رفتار شایسته در امور مالی منافات دارد، پرهیز نماید (نجفی، ۱۳۶۲: ۴۹/۲۶).

شهید ثانی می‌گوید: رشد ملکه‌ای نفسانی است که اصلاح مال را اقتضا نموده و از افساد آن و صرف در غیر اموری که شایسته افعال عقلا است، مانع گردد (شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۱۴۸/۴).

این تعریف، بر سایر تعاریف برتری دارد، زیرا در آن به ملکه بودن حالت رشد، توجه شده است. نکته در خور توجه آن است که امکان دارد رشد مالی با رشد در نکاح ملازم نباشد شخص ضمن رشد در امور مالی، معنای زناشویی و آثار و عواقب آن را درک ننماید. همچنین ممکن است در امر نکاح رشید باشد ولی رشد مالی نداشته باشد، چنان که برخی از فقیهان، عدم تلازم آن دو را احتمال داده‌اند (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۷۷/۲۹ و ۱۸۱). ولی از برخی روایات به دست می‌آید که معیار رشد در نکاح، همان رشد در امور مالی است و گویا میان آن دو، تلازم عادی وجود دارد:

«عن زرارة، عن ابی جعفر (ع) قال: اذا كانت المرأة مالکة امرها، تبيع و تشتري و تُعتق و تُشهد و تُعطى مالها ما شاءت، فإن امرها جائز تزوج إن شاءت بغير إذن وليها...» (حرعاملی، بی تا: ۲۱۵/۱۴، ح ۶).

چنان که برخی، سفیه در باب نکاح را، غیرمستقل در تصرفات مالی دانسته (فاضل هندی، ۱۴۲۰: ۷۱/۷) و برخی دیگر مبذّر، تفسیر نموده‌اند (طباطبائی یزدی، بی تا: ۸۶۶/۲ و امام خمینی، ۱۳۷۹: ۲۴۳/۲). نیز برخی از حقوق‌دانان گفته‌اند: «غیر رشیده یا سفیه کسی است که تصرف او در اموال و حقوق مالی خود عقلایی نباشد» (صفائی و امامی، ۱۳۷۹: ۸۴) و برخی دیگر صراحت، رشد در امر نکاح را به رشد در امور مالی تفسیر نموده‌اند (مهرپور، ۱۳۷۹: ۸۴). بنابراین دختر رشیده کسی است که در امور مالی به حد رشد رسیده باشد، او در این هنگام، در امر نکاح نیز رشیده محسوب می‌شود.

ج- هرگاه دختر، رشیده ثبیه باشد، در نکاح مستقل بوده و ولایت پدر و جد، از او ساقط می‌گردد. در این زمینه به جز آن چه از ابن ابی عقیل نقل شده، اختلافی میان فقیهان امامیه وجود ندارد (ر.ک: شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۱۲۰/۷). علاوه بر این، برخی بر آن ادعای اجماع کرده‌اند (محقق کرکی، ۱۴۱۵: ۱۲۳/۱۲ و طباطبائی، ۱۰: ۹۴/۱۴۲۰) و قول ابن ابی عقیل، شاذ بوده و هیچ شاهی از نصوص، بر آن وجود ندارد، بلکه اخبار مستفیض برخلاف قول او دلالت دارند (خوئی، ۱۴۰۴: ۲۵۴/۲). اما آن چه در این زمینه مورد اختلاف واقع شده، تعریف ثبیه است.

از دیدگاه عرف، معیار در ثبته، زوال بکارت است (طباطبائی حکیم، ۱۴۰۴: ۴۵۱/۱۴ و مکارم، ۱۴۲۵: ۲۸۳) اگرچه در اثر پریدن یا بیماری و مانند آن باشد. برای این معنا قائلی شناخته نشده است (طباطبائی حکیم، ۱۴۰۴: ۴۵۱/۱۴) و به گفته صاحب جواهر ثبته کسی است که بکارتش در اثر نزدیکی زایل گردد، اگر چه به زنا یا شبهه باشد (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۸۵/۲۹). برخی گفته‌اند: او کسی است که بکارتش در اثر نزدیکی زایل گردد، به شرط آن که نزدیکی از راه نکاح باشد (نراقی، ۱۴۱۹: ۱۲۳/۱۶ و طباطبائی، ۱۴۲۰: ۹۴/۱۰) و برخی دیگر معیار را فقط ازدواج دانسته‌اند. بدین معنا که اگر دختر ازدواج نماید، ثبته می‌گردد، گرچه شوهرش، پیش از نزدیکی با او، فوت نموده یا او را طلاق دهد (طباطبائی یزدی، بی تا: ۸۶۵/۲ و مکارم، ۱۴۲۵: ۲۸۶). برخی از حقوق دانان گفته‌اند: «ثبته به زنی اطلاق می‌گردد که بکارت وی در اثر واقعه زایل شده باشد» (صفائی و امامی: ۷۸). در این تعریف واقعه به صورت مطلق به کار رفته و ظاهر آن اعم از واقعه مشروع و نامشروع است. این تعریف با نظریه صاحب جواهر انطباق دارد.

بررسی همه جانبه موضوع از دیدگاه لغت، عرف و روایات، در این مجال نمی‌گنجد ولی آن چه در این جا می‌توان بدان پرداخت آن است که در این زمینه دو روایت صحیح وجود دارد (خوئی، ۱۴۰۴: ۲۷۱/۲ و ۲۷۲):

۱- صحیح‌ه علی بن جعفر از برادرش امام کاظم (ع): «قال: سألته عن الرجل هل يصلح له أن يزوجه ابنته بغير إذنها؟ قال: نعم، ليس يكون للولد امرأاً إلا أن تكون امرأة قد دخل بها قبل ذلك ...» (حرعاملی، بی تا: ۲۱۵/۱۴، ح ۸).

۲- صحیح‌ه حلبی از امام صادق (ع): «أنه قال في المرأة التي تب تخطف الي نفسها قال: هي أملك بنفسها، تولي أمرها من شاءت اذا كان كفوا بعد أن تكون قد نکحت رجلاً قبله» (همان: ۲۰۲/۱۴، ح ۴). روایت علی بن جعفر بر معیار دخول در ثبته، به طور صریح دلالت دارد و از روایت حلبی، معیار ازدواج به دست می‌آید. ولی گفته‌های اهل لغت درباره ثبته با معیار دخول مساعدتر است (ابن منظور، بی تا: ۲۴۸/۱؛ فیومی، ۱۴۰۵: ۸۷ و طریحی، ۱۳۶۵: ۲۱/۲). چنان‌که از ابن سکیت نقل که: «ثبته زنی است که با او نزدیکی شده یا مردی است که با همسرش نزدیکی نموده است» (جوهری، ۱۴۱۸: ۱۲۸/۱). دیدگاه عرف نیز با معیار دخول مساعدتر است. پس شایسته است با حمل نکاح در صحیح‌ه حلبی بر مورد غالب که دخول باشد، بین دو صحیح‌ه یاد شده جمع نمایم، زیرا نکاح غالباً همراه با دخول است. بنابراین، تعریف صاحب جواهر، مناسب‌تر است که: ثبته کسی است که بکارتش در اثر نزدیکی زایل گردد اگر چه به زنا یا شبهه باشد (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۸۵/۲۹). رأی وحدت رویه شماره یک به تاریخ ۱۳۶۳/۱/۲۹ نیز مؤید همین تعریف است. در این رأی

مقرر شده: « دخول مطلقاً (مشروع باشد یا غیرمشروع) سبب سقوط ولایت پدر می‌باشد» (مجموعه آرای وحدت رویه، ۱۳۸۰: ۶۱۱) شایان ذکر است ثبته به هر معنایی که باشد نقطه مقابل آن باکره خواهد بود (طباطبائی حکیم، ۱۴۰۴: ۱۴/ ۴۵۱).

از آن چه گفته شد به دست می‌آید که درباره صور سه‌گانه یاد شده، اختلافی میان فقیهان وجود ندارد بلکه بدون اشکال ولایت پدر و جد، بر صغیره و بالغه غیر رشیده، ثابت بوده و از رشیده ثبته، ساقط است. اما آن چه سخت مورد اختلاف فقیهان واقع شده، مسئله ولایت در نکاح باکره رشیده است که محل بحث ما نیز در این نوشتار، تنها همین قسم می‌باشد.

د- مشهور میان فقیهان شیعه آن است که جد پدری نیز بر نکاح دختر ولایت داشته و با پدر در یک رتبه قرار دارد (شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۱۱۶/۷ و ۱۱۷)، ولی ابن ابی عقیل برای جد ولایتی ذکر نکرده است (علامه حلی، ۱۳۷۵: ۱۱۷/۷ و شیخ طوسی (طوسی، ۱۳۵۱: ۳۱۲/۲) و شیخ صدوق (صدوق، ۱۴۱۸: ۲۶۰) و جماعتی از فقها گفته‌اند: ولایت جد مشروط به حیات پدر است و در صورت فوت او، ولایت جد نیز ساقط می‌گردد (شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۱۱۷/۷).

بررسی این مسئله، خود مقاله‌ای مستقل می‌طلبد از این رو، از آن صرف نظر نموده و در این خصوص، بنا را بر نظر مشهور می‌گذاریم. بنابراین مقصود از ولی در این مقاله، پدر و جد پدری هر دو است و در مواردی که تنها از پدر نام برده شده از جمله در عنوان مقاله، از باب اختصار می‌باشد.

ه- برای روشن شدن موضوع بحث، شایسته است ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی (اصلاحی ۱۴/۸/۷۰) که مربوط به ازدواج دختر بالغه باکره است، با رعایت حجم مقاله، تشریح گردد: در ماده یاد شده دو موضوع اساسی مطرح گردیده است:

یک- لزوم اذن ولی در ازدواج بالغه باکره: ماده مزبور در این باره مقرر می‌دارد: « نکاح دختر باکره اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او است».

براساس ماده فوق چنان چه دختر بالغه باکره بدون اذن پدر یا جد پدری و بدون تشریفات قانونی (مراجعه به دادگاه و کسب اجازه در صورت ممانعت ولی) اقدام به ازدواج نماید، نکاح او غیرنافذ خواهد بود (امامی، ۱۳۶۶: ۲۸۵/۴ و محقق داماد، ۱۳۶۷: ۵۳) ولی برخی می‌گویند: حکم ماده ۱۰۴۳ و الزام دختر به گرفتن اجازه از پدر، جنبه تکلیفی دارد و تخلف از آن، موجب بطلان عقد نمی‌گردد بلکه تخلف انضباطی محسوب می‌شود (مهرپور، ۱۳۷۹: ۸۲). اما این سخن درست به نظر نمی‌رسد، زیرا از عبارت ماده مزبور استنباط می‌شود که اجازه ولی شرط صحت نکاح است (امامی، ۱۳۶۶: ۲۸۵/۴). بنابراین هرگاه شرط منتفی شود مشروط نیز که صحت عقد باشد منتفی خواهد شد. یادآوری می‌شود: اگر ولی پس از عقد اجازه دهد، عقد نکاح از زمان انعقاد تنفیذ می‌گردد

(همان و محقق داماد، ۱۳۶۷: ۵۳). ماده یاد شده از دو نظر دارای ابهام است:

در این ماده برای باکره تعریفی ارائه نشده بلکه قانون مدنی و سایر قوانین در این زمینه ساکت‌اند (صفائی و امامی، ۱۳۷۹: ۷۷) و فقها نیز در تعریف باکره و ثبته اختلاف دارند (مکارم، ۱۴۲۵: ۲۸۳). در نتیجه در مواردی همانند زوال بکارت دختر در اثر زنا یا شبهه یا در اثر ورزش، عمل جراحی و مانند آن، ابهام پیش می‌آید که آیا باکره یا در حکم او محسوب می‌شود یا خیر؟

در این ماده دختر بالغه باکره بدون صفت رشیده موضوع حکم قرار گرفته است در حالی که در فقه، باکره بالغه رشیده موضوع بحث می‌باشد (محقق حلی، ۱۳۷۳: ۲/۲۲۰؛ شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۷/۱۲۰ و نجفی، ۱۳۶۲: ۱۷۴/۲۹)، زیرا ولایت بر نکاح بالغه غیر رشیده مطابق اصل و قواعد عمومی است (صفائی و امامی: ۷۹) و در این باره میان فقیهان اختلافی وجود ندارد (شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۷/۱۲۰). وانگهی، در متن نخستین قانون مدنی، صفت رشیده با عبارت «اگر چه بیش از هجده سال تمام داشته باشد» به نحوی لحاظ شده بود (امامی: ۴/۲۸۴) بنابراین معلوم نیست که چرا قانون‌گذار، صفت رشیده را در ماده ۱۰۴۳ اصلاحی نیآورده است.

دو - سقوط اجازه ولی در صورت ممانعت غیرموجه: ماده مزبور در این باره مقرر می‌دارد: «هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه، از دادن اجازه مضایقه کند، اجازه او ساقط و در این صورت دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص، به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید».

بنابراین هرگاه ولی بخواهد از اختیار خود سوء استفاده نماید و بدون علت موجه از دادن اجازه ازدواج به دختر، خودداری نماید، خواه بدون بیان علت یا به استناد علت غیرموجه باشد، ولایت او ساقط می‌گردد لیکن اگر مخالفت او به استناد علت موجه باشد مانند این که مرد مورد نظر، سابقه شرارت یا اعتیاد داشته باشد، طبق ماده فوق، دختر نمی‌تواند با مرد دلخواه خود ازدواج نماید. مسئله سقوط اجازه ولی هنگام ممانعت غیرموجه، موافقت کامل با فقه امامیه دارد. فقهای امامیه به اجماع (شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۷/۱۴۲ و نجفی، ۱۳۶۲: ۱۸۴/۲۹) گفته‌اند: اگر ولی، دختر را از ازدواج با کفو (هم شأن و همتا) با وجود تمایل دختر به ازدواج، منع کند، ولایت او ساقط می‌گردد. این عمل در اصطلاح فقه، عَضْل نامیده می‌شود که به معنای منع است (ابن منظور، بی تا: ۱۱/۴۵۱). در صورت عضل، دختر می‌تواند به ترتیبی که در این ماده مقرر شده با انجام تشریفات قانونی طی مراجعه به دادگاه و دفتر ازدواج با مرد دلخواه خود ازدواج نماید. البته این امر برای دختران باکره باتوجه به حجب و حیای آنها و عدم آگاهی از راهکارهای قانونی چندان آسان نمی‌باشد.

۲- آرای فقیهان امامیه

فقیهان امامیه، در این مسئله، آرای گوناگونی دارند، به گونه‌ای که تعداد آنها، به هفت قول می‌رسد. مهم‌ترین آنها، از نظر طرفداران و ادله، سه قول است که در این نوشتار به عنوان سه قول اول از اقوال هفتگانه مطرح می‌شود:

قول اول: استقلال باکره رشیده در نکاح است به نحوی که ولایت پدر و جد، به طور مطلق از او ساقط می‌گردد. شهید ثانی می‌گوید: همه متأخران و جماعتی از قدما، از جمله شیخ طوسی در تبیان، سیدمرتضی، ابن جنید، شیخ مفید در احکام النساء، سلار و ابن ادریس قائل به سقوط ولایت از باکره رشیده به طور مطلق بوده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۱۲۰/۷). همچنین تعداد قابل توجهی از فقهای دیگر همین قول را اختیار کرده‌اند (ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۲۹۹؛ حلی، ۱۴۰۵: ۴۷۳؛ محقق حلی، ۱۳۷۳: ۲۲۰/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۹: ۱۴/۳؛ فاضل آبی، ۱۴۰۸: ۱۱۳/۲؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۹: ۲۱/۳؛ شهید اول، ۱۴۱۰: ۱۷۵؛ شهید ثانی، بی‌تا: ۱۱۶/۵؛ محقق کرکی، ۱۴۱۵: ۱۲۳/۱۲؛ طباطبائی، ۱۴۲۰: ۹۵/۱۰ و نجفی، ۱۳۶۲: ۱۷۵/۲۹). صاحب جواهر می‌گوید: «مشهور میان قدما و متأخران، سقوط ولایت از باکره رشیده است و این شهرت، نقلاً و تحصیلاً، محقق است» (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۷۵/۲۹). سید مرتضی بر این قول، ادعای اجماع نموده است (سید مرتضی، بی‌تا: ۱۲۰ و ۱۲۲ و همو: ۳۲۰ و ۳۲۱).

قول دوم: آن است که پدر و جد پدری بر باکره رشیده ولایت دارند، به گونه‌ای که امر نکاح او به دست آنها بوده و نظر خود او نقشی ندارد. شیخ طوسی، شیخ صدوق، ابن ابی عقیل، قاضی ابن براج بر این قول بوده‌اند (طوسی، بی‌تا: ۳۱۰/۲؛ صدوق، ۱۴۱۸: ۲۶۰؛ علامه حلی، ۱۳۷۵: ۱۱۴/۷). به نقل از: ابن ابی عقیل و ابن براج، ۱۴۰۶: ۱۹۵/۲). مرحوم نراقی نیز از جماعتی از فقها از جمله فیض کاشانی این قول را نقل کرده است (نراقی، ۱۴۱۹: ۱۰۶/۱۶).

قول سوم: تشریک میان دختر و ولی است، بدین معنا که هیچ یک از آن دو، به طور مستقل، نمی‌توانند اقدام به عقد نمایند، بلکه عقد متوقف بر اذن هر دو است. شیخ مفید در کتاب مقنعه، و برخی دیگر این قول را اختیار نموده‌اند (مفید، ۱۴۱۰: ۵۱۰؛ کلینی، ۱۳۷۵: ۲۹۲؛ حرعاملی، بی‌تا: ۲۱۵/۱۴ و خوئی، ۱۴۰۴: ۲۶۴/۲). امام خمینی گرچه در کتاب تحریرالوسیله (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۲۴۲/۲) مقتضای احتیاط را تشریک می‌داند، ولی در اواخر، در جواب استفتایی، اذن پدر را از باب فتوا معتبر دانسته است (همو، ۱۳۸۳: ۴۳۳) و از مجموع کلمات وی در موارد یاد شده، قول به تشریک به دست می‌آید.

قول چهارم: ثبوت ولایت در عقد دائم و سقوط آن در منقطع است. این قول را شیخ طوسی در کتاب‌های حدیثی خود اختیار نموده است (طوسی، ۱۳۶۵: ۲۵۴/۷ و همو، ۱۳۹۰: ۱۴۵/۳).

قول پنجم: عکس قول چهارم است یعنی سقوط ولایت در نکاح دائم و ثبوت آن در منقطع. محقق این نظر را بدون نام قائل، ذکر نموده (محقق حلی، ۱۳۷۳: ۲/۲۲۱) و شاگردش فاضل آبی، از او درباره قائل آن سؤال نموده ولی محقق پاسخی نداده است (فاضل آبی، ۱۴۰۸: ۲/۱۱۲ و شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۷/۱۲۱).

قول ششم: تشریک میان دختر و پدر است نه سایر اولیا. این قول را فخرالمحققین، یکی از دو قول شیخ مفید شمرده است (فخرالمحققین، ۱۳۸۹: ۳/۲۰).

قول هفتم: باکره رشیده و پدر هر دو به طور مستقل، بر نکاح ولایت دارند و هر یک می‌توانند بدون اذن دیگری، اقدام به عقد نمایند و عقد صحیح است، ولی برای پدر، نقض آن جایز است. این تشریک فقط میان دختر و پدر بوده و برای جد، در نکاح باکره ولایتی نیست. این قول را مرحوم حکیم اختیار نموده و گفته پیشینه‌ای ندارد و به احدی نسبت داده نشده است (طباطبائی حکیم، ۱۴۰۴: ۱۴/۴۴۷ و ۴۴۸).

۳- دلایل آرای فقیهان و نقد و بررسی آنها

دلایل قول اول (استقلال باکره رشیده در نکاح)

الف- اصل عدم اشتراط اذن ولی در صحت عقد

این اصل در واقع، همان استصحاب عدم ازلی است. هنگام شک، اصل بر این است که در شریعت برای صحت عقد باکره رشیده، شرط اذن ولی، جعل نگردیده است (رک: شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۷/۱۲۴). برخی درباره اصل یاد شده، اشکال معارضه را مطرح نموده‌اند (فاضل هندی، ۱۴۲۰: ۷/۷۹ و شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۷/۱۲۹) بدین معنا که در دوران صغر، ولایت ولی بر دختر، ثابت بوده است. پس از بلوغ و رشد، هنگام شک، همان ولایت دوران صغر را استصحاب می‌کنیم و در نتیجه با استصحاب عدم اشتراط اذن ولی، تعارض پیدا می‌کند.

ولی این اشکال، به جا نمی‌باشد، زیرا شرط استصحاب بقای عرفی موضوع است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۴۲۷) در حالی که پس از زوال صغر و حصول بلوغ و رشد، به طور حتم از دیدگاه عرف، موضوع متبدل شده است بنابراین استصحاب بقای ولایت دوران صغر، در این جا پیاده نمی‌شود.

وانگهی، قاعده وجوب وفای به عقد، که از عموماتی همانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱) استفاده می‌شود، در این جا جاری می‌گردد (مکارم، ۱۴۲۵: ۲۶۴)، زیرا هرگاه باکره رشیده به طور مستقل، اقدام به عقد نکاح نماید، طبق قاعده یاد شده، وفای به آن عقد، بر او لازم بوده و به احتمال اشتراط اذن ولی، در صحت عقدش، ترتیب اثری داده نمی‌شود. اما اگر ولی، بدون اذن او اقدام به عقد نماید،

دختر مخاطب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱) نبوده و وفای به آن عقد بر او لازم نیست، زیرا خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ظهور در عقدی دارد که فعل خود مکلف باشد نه فعل دیگری.

ب- آیات

« وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ » (بقره: ۲۳۴): و کسانی که از شما می‌میرند و همسرانی باقی می‌گذارد باید (همسران) چهار ماه و ده روز، انتظار بکشند (عده نگه دارند) پس هرگاه عده خود را به پایان رسانند، گناهی بر شما نیست که هر چه می‌خواهند درباره خودشان به نحو شایسته انجام دهند».

در این آیه و مانند آن (بقره: ۲۴۰) که درباره زنان شوهر مرده وارد شده‌اند، امر نکاح، پس از پایان عده، بر عهده خود زنان گذاشته شده است. صدر آیه که مربوط به عده وفات است، عام بوده و فرقی میان زنی که با او نزدیکی شده و زنی که پیش از نزدیکی، شوهرش فوت نموده نگذاشته است، بلکه هر دو باید عده نگه دارند. وحدت سیاق، اقتضا می‌کند که ذیل آیه نیز عام باشد، بر این اساس، پس از فوت شوهر خواه زن باکره باشد یا نباشد، طبق ذیل آیه امر نکاح به دست خود او خواهد بود. برای اثبات استقلال باکره رشیده به آیات دیگری نیز استناد شده که دلالت آنها تمام به نظر نمی‌رسد.

ج- روایات

برای اثبات استقلال باکره رشیده در نکاح، به روایات فراوانی استناد شده است که در این جا مهم‌ترین آنها از نظر سند و دلالت، مورد بحث قرار می‌گیرند:

۱- امام باقر (ع) فرمود:

« المرأة التي قد ملكت نفسها غير السفیهة ولا المولی علیها، تزویجها بغير ولی جائز (حرعاملی، بی‌تا: ۲۰۱/۱۴، ح: ۱؛ کلینی، ۱۳۷۵: ۳۹۱/۵، ح: ۱ و صدوق، ۱۳۶۳: ۳/۳۹۷، ح: ۴۳۹۷): زنی که مالک نفس خویش بوده، سفیه و تحت ولایت نباشد، ازدواجش بدون ولی جایز است».

این حدیث از نظر سند، معتبر است، زیرا آن را مرحوم کلینی و شیخ صدوق از فضیل بن یسار و محمد بن مسلم و زرارة بن اعین و برید بن معاویه روایت نموده‌اند. پس این حدیث، در حکم چهار روایت است. در سند مرحوم کلینی، ابراهیم بن هاشم واقع شده که توثیق خاص ندارد، ولی ممدوح بوده (تجلیل، ۱۳۶۳: ۲۴۲) و از ثقات تفسیر فرزندش علی بن ابراهیم است به گونه‌ای که در طریق بسیاری از احادیث آن واقع گردیده است (قمی، ۱۴۰۴: ۲۰/۱ و ... تجلیل، ۱۳۶۳: ۲۲۶) و علی بن ابراهیم در مقدمه تفسیرش به وثاقت راویانی که در طریق احادیث تفسیرش واقع شده‌اند، تصریح

نموده است (قمی، ۱۴۰۴: ۴/۱). از این رو، بسیاری از بزرگان فن، به وثاقت و صحت روایت ابراهیم تصریح نموده‌اند (مامقانی، ۱۴۲۴: ۸۳/۵ و تجلیل، ۱۳۶۳: ۵ و ۶ و ۲۲۶ و ۳۹۰). اما سند شیخ صدوق، گرچه برخی از طرق چهارگانه او در سند، خالی از اشکال نیست، ولی طریق او به زراره، نزد همه صحیح است (صدوق، ۱۳۶۳: ۴۲۵/۴، تجلیل، ۱۳۶۳: ۳۹۳ و اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۹۳/۲). بنابراین روایت از نظر سند صحیح و بدون اشکال است. از این رو به صحیحه فضلا معروف گردیده است (نراقی، ۱۴۱۹: ۱۰۷/۱۶؛ فاضل آبی، ۱۴۰۸: ۷۸/۷؛ نجفی، ۱۳۶۳: ۱۷۶/۲۹؛ خوئی، ۱۴۰۴: ۲۵۹/۲ و مکارم، ۱۴۲۵: ۲۶۶).

از نظر دلالت، لفظ «المرأة» مفرد معرف به ال بوده و دلالت وضعی آن بر عموم گرچه پذیرفتنی نیست، از مصادیق مطلق بوده (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۲۴۴) و دلالت آن بر اطلاق، به کمک مقدمات حکمت، قابل قبول است (مظفر، بی تا: ۱/۱۴۱ و آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۲۱۷). وانگهی، مفرد معرف به ال، در این‌گونه موارد، ظهور در عموم دارد (شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۱۲۷/۷ و نجفی، ۱۳۶۲: ۱۷۷/۲۹)، زیرا کلام شارع بدون آن، عاری از فایده گردیده و معنای حدیث، چنین خواهد شد: «امرأة فی الجملة يجوز لها التزویج بغير ولی». روشن است که این مطلب، توضیح واضحی بوده و نزد همه حتی کسانی که ولایت بر ثبیه را ثابت می‌دانند محقق است، چرا که آنها نیز در مواردی، ولایت را نسبت به زن ساقط می‌دانند (شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۱۲۷/۷).

در نتیجه با توجه به فراهم بودن مقدمات حکمت در حدیث، چه «المرأة» را عام بدانیم و چه مطلق، دلالتش بر مطلوب تمام بوده و شامل ثبیه رشیده و باکره رشیده هر دو می‌گردد.

ولی دلالت حدیث از ناحیه دیگر مورد اشکال واقع شده است. طبق این حدیث: زنی مستقل در نکاح است که مالک نفس خویش بوده و تحت ولایت نباشد. این که باکره رشیده در نکاح، مالک امر خویش است و تحت ولایت نیست، قابل منع است، زیرا این خود اول نزاع و محل بحث است (فاضل هندی، ۱۴۲۰: ۷۹/۷) که آیا باکره رشیده این‌گونه است یا خیر؟ پس استدلال به حدیث یاد شده، مصادره به مطلوب خواهد بود.

اشکال یاد شده به جا نمی‌باشد، زیرا مقصود از مالک نفس خود بودن در این جا، مالک بودن در امر نکاح نیست، بلکه مراد امور مالی و مانند آن است (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۷۶/۲۹ و مکارم، ۱۴۲۵: ۱/۲۶۶)، زیرا اگر مقصود حدیث این باشد که زنی که مالک نفس خویش در نکاح است، در نکاح نیازی به ولی ندارد، توضیح واضحی و از قبیل «الانسان انسان» خواهد بود. وانگهی، در حدیث زاره که پس از این خواهد آمد، مسئله مالک نفس خویش بودن زن، به اموری غیر از نکاح، از قبیل فروختن و خریدن، تفسیر شده است. بنابراین وصف «غیر السفیهة» به منزله تفسیر «ملکت نفسها»

می‌باشد (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۷۶/۲۹). احتمال هم دارد که «ملکت نفسها» کنایه از بلوغ باشد در این صورت قیدهای عدم سفاهت و تحت ولایت نبودن به سبب جنون، تفسیری نبوده بلکه احترازی می‌باشد و حاصل معنای حدیث چنین خواهد بود: «هرگاه زن، به حد بلوغ برسد و رشیده باشد، ازدواجش بدون اذن ولی، جایز است» (همان).

۲- از امام باقر (ع) نقل شده است: «اذا كانت المرأة مالكة أمرها، تبيع و تشتري و تُعتق و تُشهد و تُعطي مالها ما شاءت، فإن أمرها جائز تزوج إن شاءت بغير إذن وليها... (حرعاملی، بی تا: ۲۱۵/۱۴، ح ۶): هرگاه زن، مالک امر خویش بوده به گونه‌ای که می‌فروشد، می‌خرد، آزاد می‌کند، شهادت می‌دهد و آن چه بخواهد از مالش می‌بخشد، پس امر او نافذ بوده و بدون اذن ولی می‌تواند ازدواج نماید».

از عبارت «تبع و تشتري» چنین تبادر می‌شود که این جمله‌ها تفسیر «مالکة امرها» می‌باشند (محقق کرکی، ۱۴۱۵: ۱۲/۱۲ و طباطبائی، ۱۴۲۰: ۱۰/۹۷) و گرنه ذکر آنها لغو و خالی از فایده خواهد بود (طباطبائی: ۹۷/۱۰). اگر جملات یاد شده، تفسیری نباشند، لازم‌آش آن است که مقصود از «مالکة امرها» مالک در امر نکاح باشد که در این فرض، حدیث توضیح و اضحات بوده و جملات یاد شده نیز لغو و بی‌فایده خواهد بود. پس جملات یاد شده تفسیری و کنایه از رشد می‌باشند. بنابراین با توجه به آن چه که در صحیحہ فضلا در زمینه عام یا مطلق بودن لفظ «المرأه» در این گونه عبارات گذشت، دلالت حدیث زرارہ نیز بر استقلال باکره رشیده در نکاح تمام خواهد بود.

ولی حدیث، از نظر سند، مورد اشکال واقع شده است (شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۱۲۸/۷ و خوئی، ۱۴۰۴: ۲/۲۶۰). در سند آن «علی بن اسماعیل میثمی» و «موسی بن بکر» قرار دارند که از سوی علمای رجال، توثیق نشده‌اند (نجاشی، ۱۴۰۷: ۲۵۱ و ۴۰۷ و اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱/۵۵۹ و ۲/۲۷۲) و موسی بن بکر، واقفی مذهب می‌باشد (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲/۲۷۲). با وجود این، در دفاع از سند حدیث می‌توان گفت: علی بن اسماعیل میثمی، توسط شیخ طوسی و نجاشی مدح شده (همان: ۳۱۹). علاوه بر این، علی بن اسماعیل از ثقات صفوان بن یحیی است (تجلیل: ۱۸۲) و هر کس که چنین باشد، نزد طایفه امامیه، ثقه خواهد بود (طوسی، ۱۳۷۶: ۱/۱۵۴؛ حرعاملی، بی تا: ۲۰/۸۰ و تجلیل، ۱۳۶۳: ۱۵۱). گویا به همین دلیل، صاحب «الحبل المتین» روایت علی بن اسماعیل میثمی را صحیح دانسته است (تجلیل، ۱۳۶۳: ۳۱۹). موسی بن بکر نیز از ثقات صفوان بن یحیی می‌باشد (همان: ۱۹۷) و در نتیجه، نزد طایفه امامیه، ثقه محسوب می‌گردد. علاوه بر این او از ثقات تفسیر علی بن ابراهیم نیز می‌باشد (قمی، ۱۴۰۴: ۱/۸۵ و ۲۵۳ و تجلیل، ۱۳۶۳: ۲۳۵) بنابراین، اعتبار حدیث از نظر سند قابل قبول می‌باشد.

وانگهی، شهرت میان قدما و متأخران، با مفاد روایت یعنی سقوط ولایت نسبت به باکره رشیده، موافق است (طباطبائی، ۱۴۲۰: ۱۰/۹۵ و ۹۹: نجفی، ۱۳۶۲: ۲۹/۱۷۵؛ طباطبائی حکیم، ۱۴۰۴: ۱۴/۴۴۰ و

خوئی، ۱۴۰۴: ۲/۲۵۸). پس اگر در سند حدیث، ضعفی وجود داشته باشد، شهرت عملی قدما، آن را جبران می‌نماید (مظفر، بی تا: ۲/۲۵۲).

۳- طبق نقلی دیگر امام باقر (ع) فرمود:

«تُسْتَأْمَرُ الْبَكْرُ وَ غَيْرَهَا وَ لَا تُنْكَحُ إِلَّا بِأَمْرِهَا (حعاملی، بی تا: ۲۱۴/۱۴، ح ۱): باکره و غیر باکره (در امر نکاح) مورد مشورت قرار می‌گیرند و جز به امر آنها، نکاح محقق نمی‌شود.»

در سند حدیث «عباس» (بدون نام پدر)، مشترک میان چند نفر است که برخی موثق و برخی ضعیفاند (نجاشی، ۱۴۰۷: ۲۸۰-۲۸۲ و اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۳۱-۴۳۵)، ولی از آن جا که راوی از عباس، محمد بن علی بن محبوب است، و فراوان از عباس بن معروف، روایت می‌کند، می‌توان گفت مقصود، عباس بن معروف است (تجلیل، ۱۳۶۳: ۶۷) چنان که مرحوم خوئی نیز در چنین موردی او را، عباس بن معروف می‌داند (۲/۲۶۰) و عباس بن معروف ثقه است (نجاشی، ۱۴۰۷: ۲۸۱؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۳۳/۱ و تجلیل، ۱۳۶۳: ۶۷). در نتیجه سند حدیث، از این نظر، اشکالی ندارد و با توجه به صحت سند به لحاظ سایر روایان، حدیث از نظر سند، صحیح است. چنان‌که بسیاری از بزرگان فن آن را صحیح شمرده‌اند (علامه حلی، ۱۳۷۵: ۷/۱۱۶؛ محقق کرکی، ۱۴۱۵: ۱۲/۲۴؛ نراقی، ۱۴۱۹: ۱۶/۸؛ فاضل هندی، ۱۴۲۰: ۷/۷۸؛ خوانساری، ۱۳۶۴: ۴/۱۵۸ و خوئی، ۱۴۰۴: ۲/۲۵۶).

دلالت حدیث نیز بر استقلال باکره در امر نکاح، تمام است (طباطبائی، ۱۴۲۰: ۱۰/۹۶) و اشکالی که در زمینه دلالت آن مطرح شده (شهادت ثانی، ۱۴۲۵: ۷/۱۲۸) قابل اعتنا نیست؛ به ویژه با توجه به عبارت «لَا تُنْكَحُ إِلَّا بِأَمْرِهَا» که به صورت حصری بوده و ظهور در استقلال او در امر نکاح دارد.

۴- از امام صادق (ع) نقل شده است: «قال ابو عبدالله (ع): لَا بَأْسَ بِتَزْوِيجِ الْبَكْرِ إِذَا رَضِيَ بِغَيْرِ إِذْنِ أَيْبِهَا (حعاملی، بی تا: ۲۱۴/۱۴ و ح ۴)؛ و ازدواج با دختر باکره، هرگاه خود راضی باشد، بدون إذن ولی، اشکال ندارد.»

حدیث از نظر دلالت تمام و صریح در مطلوب است، ولی برخی از فقها، سند آن را ضعیف دانسته (شهادت ثانی، ۱۴۲۵: ۷/۲۸ و مکارم، ۱۴۲۵: ۲۶۵) و گفته‌اند سعدان بن مسلم، مجهول الحال است (مکارم، ۱۴۰۴: ۲۶۵). ولی اشکال یاد شده به جا به نظر نمی‌رسد، زیرا سعدان بن مسلم، از ثقات تفسیر علی بن ابراهیم (قمی، ۱۴۰۴: ۱/۳۰؛ تجلیل، ۱۳۶۳: ۲۲۹) و از رجال کامل‌الزیارات و در نتیجه از ثقات این قولویه نیز به شمار می‌رود (ابن قولویه، ۱۴۲۴: ۲۳۳ و تجلیل، ۱۳۶۳: ۲۱۴). زیرا این قولویه در مقدمه کامل‌الزیارات، به وثاقت روایانی تصریح نموده که در اسناد آن واقع شده‌اند (ابن قولویه، ۱۴۲۴: ۳۷). از این رو مرحوم خوئی، سعدان بن مسلم و همه کسانی را که در اسناد کتاب کامل‌الزیارات و تفسیر علی بن ابراهیم واقع شده‌اند، موثق می‌داند (خوئی، ۱۴۰۴: ۲/۲۶۰). البته او روایت یاد شده را به خاطر

داشتن طریق دیگری که ضعیف است، مورد اشکال قرار داده (همان) ولی اشکال او به جا نمی‌باشد، زیرا روایتی که با طریق دیگر نقل شده (حراملی، بی تا: ۴۵۹/۱۴، ح ۸) علاوه بر اختلاف سند، از نظر متن نیز با حدیث مورد بحث تفاوت دارد. بنابراین ضعف سند آن، به روایت مورد بحث، ضرری نمی‌رساند. علاوه بر این که فتوای مشهور فقیهان شیعه، طبق مفاد روایت، ضعف سند را جبران می‌نماید.

۵- در منابع عامه با مقداری اختلاف در عبارت از ابن عباس نقل شده است: «أَنَّ جَارِيَةَ بَكَرًا جَاءتْ إِلَى النَّبِيِّ (ص) فَقَالَتْ: إِنَّ أَبِي زَوَّجَنِي مِنْ ابْنِ أَخِي لَهُ، لِيَرْفَعَ خَسِيستَه. وَأَنَا لَهُ كَارِهَةٌ، فَقَالَ (ص): أَجِيزِي (اختری) مَا صَنَعَ ابُوكَ. فَقَالَتْ: لَارِغَبَةَ لِي فِيمَا صَنَعَ. قَالَ: فَذَهَبِي فَاذْهَبِي فَاذْهَبِي مَنْ شِئْتَ. فَقَالَتْ: لَارِغَبَةَ لِي عَمَّا صَنَعَ أَبِي، وَلَكِنْ أَرَدْتُ أَنْ أُعَلِّمَ النِّسَاءَ أَنْ لَيْسَ لِلْأَبَاءِ فِي أُمُورِ بَنَاتِهِمْ شَيْءٌ (ر.ک: ابن ماجه، ۱۴۱۵: ۵۸۸/۱؛ بیقهی، بی تا: ۱۱۷/۷ و نسائی، ۱۴۱۵: ۸۶/۶)؛ دختر باکره‌ای نزد پیامبر (ص) آمد و گفت: پدرم مرا به برادرزاده‌اش تزویج نموده تا فرومایگی او را بزاید، ولی من او را ناپسند می‌دارم. پیامبر (ص) فرمود: عمل پدرت را امضا کن. دختر گفت: به آن چه پدرم انجام داده تمایلی ندارم. پیامبر (ص) فرمود: پس برو و با هر کس که می‌خواهی ازدواج کن. دختر گفت: دوست ندارم از کرده پدرم سرباز زخم ولی می‌خواستم به زنان اعلام نمایم که پدران حق دخالت در امور دخترانشان را ندارند».

این روایت به روشنی دلالت بر مطلوب دارد و از نظر سند گرچه ضعیف است، شهرت عظیمه آن را جبران می‌نماید (طباطبائی، ۱۴۲۰: ۹۸/۱۰).

۶- در مورد استقلال دختر رشیده در خصوص نکاح متعه اخبار فراوانی هست (حراملی، بی تا: ۴۵۷/۱۴ - ۴۶۱) که بسیاری از آنها به صراحت بر استقلال باکره رشیده در نکاح متعه دلالت دارند. این روایات در حد استفاضه بوده و سند برخی از آنها معتبر است که دو روایت به عنوان نمونه ذکر می‌شود:

جمیل بن درّاج می‌گوید: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع): يَتَمَتَّعُ مِنَ الْجَارِيَةِ الْبَكَرَةِ؟ قَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ مَا لَمْ يَسْتَصْغِرْهَا (همان: ۴۶۰/۱۴، ح ۱): از امام صادق (ع) سؤال نمودم: آیا متعه دختر باکره جایز است؟ امام (ع) فرمود: در صورتی که صغیره نباشد اشکالی ندارد».

گرچه در سند آن ابراهیم بن هاشم واقع شده، روایت معتبر است و بر استقلال باکره رشیده در نکاح متعه دلالت تام دارد، چرا که در صورت اذن ولی، بدون شک، متعه باکره جایز است و نیاز به سؤال نداشته است. وانگهی، امام (ع) متعه او را مشروط به عدم صغر نموده است و این امر در صورت عدم اذن ولی معنی خواهد داشت، زیرا با اذن ولی، متعه صغیره نیز جایز بوده و شرط مذکور معنایی ندارد.

حلبی می‌گوید: «سَأَلْتُهُ عَنِ التَّمَتُّعِ مِنَ الْبَكَرَةِ إِذَا كَانَتْ بَيْنَ أَبَوَيْهَا بِلَا إِذْنِ أَبَوَيْهَا قَالَ: لَا بَأْسَ ... (همان: ۴۵۹/۱۴ ح ۶): از امام صادق (ع) درباره دختر باکره‌ای سؤال کردم که نزد والدینش به سر

می‌برد و بدون اذن آنها تن به متعه می‌دهد. امام فرمود: اشکالی ندارد».

البته در میان روایات باب متعه، در دو روایت، متعه باکره، به اذن پدر مشروط شده است:

یک: بزنتی از امام رضا (ع) روایت می‌کند: «البکرُ لا تتزوَّج متعاً الاّ باذن آبئها (همان: ۴۵۸/۱۴ ح ۵): باکره بدون اذن پدرش، نکاح متعه انجام نمی‌دهد».

دو: طبق نقل ابی مریم از امام صادق (ع): «العذراءُ الّتی لها أب لا تزوَّج متعاً الاّ باذن آبئها (حرعاملی: ۴۵۹/۱۴ ح ۱۲): ازدواج متعه، با باکره‌ای که پدر دارد، بدون اذن پدرش، انجام نمی‌گیرد».

این دو روایت از نظر سند صحیح‌اند و از نظر دلالت به حسب ظاهر، ازدواج باکره را به طور مطلق، مشروط به اذن پدر نموده‌اند، ولی با توجه به سایر روایات باب متعه، باید این دو روایت را بر کراهت متعه باکره، بدون اذن پدر، یا بر فرض صغیره بودن دختر حمل نماییم، چنان که شیخ طوسی آنها را بر صغیره بودن دختر، تقیه و یا حمل کراهت نموده (طوسی، ۱۳۶۵: ۲۵۵/۷) و برای هر یک از حمل‌های یاد شده شاهدهی از روایات اقامه نموده است. با آن که مرحوم بحرانی حمل بر تقیه را اقرب شمرده است (بحرانی، بی تا: ۲۲۹/۲۳) چنین حملی مشکل به نظر می‌رسد، زیرا اهل سنت متعه را به شدت انکار نموده و فرقی میان اذن و عدم اذن پدر قائل نمی‌باشند، در حالی که در این دو حدیث، مشروعیت متعه، انکار نشده بلکه صرفاً به اذن پدر مشروط گردیده است.

نتیجه آن که: دلالت روایات متعه بر استقلال باکره رشیده در نکاح متعه تمام است، پس به دلیل عدم قول به فصل، استقلال او در نکاح دائم نیز اثبات می‌گردد (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۷۹/۲۹)، زیرا گرچه شیخ طوسی در برخی کتاب‌های خود (طوسی، ۱۳۶۵: ۲۵۴/۷ و همو، ۱۳۹۰: ۱۴۵/۳) قائل به تفصیل شده و ولایت بر باکره را در دائم ثابت و در متعه ساقط دانسته است ولی همان گونه که صاحب جواهر گفته (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۷۹/۲۹) کتاب‌های یاد شده، کتاب فتوا نمی‌باشند و شیخ در مقام فتوا قول دیگری، اختیار نموده است (طوسی، بی تا: ۳۱۰/۲ و همو، ۱۳۵۱: ۱۶۲/۴). پس در مقام فتوا تفصیلی به نحو مذکور وجود ندارد. وانگهی، نکاح دائم از نظر سقوط ولایت، بر متعه اولویت دارد، زیرا آن گونه که در متعه، ضرر و فضاحت وجود دارد در نکاح دائم وجود ندارد (محقق کرکی، ۱۴۱۵: ۱۲۷/۱۲؛ فاضل هندی، ۱۴۲۰: ۶۲/۷ و نجفی، ۱۳۶۲: ۱۷۹/۲۹).

دلایل قول دوم (استقلال پدر و جد در نکاح باکره رشیده)

الف - اصل عملی

ولایت بر دختر، پیش از بلوغ و رشد ثابت بوده و پس از بلوغ و رشد، هنگام شک، همان

ازداواج باکره رشیده و ولایت پدر از منظر فقه امامیه ۱۰۳

ولایت دوران صغر، استصحاب می‌شود (نراقی، ۱۴۱۹: ۱۶/۱۱۳ و فاضل هندی، ۱۴۲۰: ۷/۷۹). ولی استصحاب مذکور در این جا به جا نیست، زیرا شرط استصحاب بقای عرفی موضوع است (آخوند خراسانی: ۴۲۷) در حالی که پس از زوال صغر و حصول بلوغ و رشد به طور حتم از دیدگاه عرف، موضوع متبدل شده است.

ب- روایات

قائلان به ولایت استقلالی پدر و جد بر باکره رشیده، به اخبار متعددی استناد نموده‌اند که مهم‌ترین آنها از نظر سند و دلالت عبارت‌اند از:

۱- فضل بن عبدالملک از امام صادق (ع) نقل می‌کند: «لَا تُسْتَأْمَرُ الْجَارِيَةُ الَّتِي بَيْنَ ابْوَيْهَا إِذَا ارَادَ ابْوَاهَا أَنْ يُزَوِّجَهَا هُوَ أَنْظَرُ لَهَا وَ أَمَّا الثَّيْبُ فَإِنَّهَا تَسْتَأْذِنُ وَ إِنْ كَانَتْ بَيْنَ ابْوَيْهَا إِذَا ارَادَ أَنْ يُزَوِّجَهَا (حرعاملی بی تا: ۲۰۲/۱۴، ح ۶): هر گاه پدر بخواهد دختری را که نزد آنها است، شوهر دهد، لازم نیست با او مشورت نماید، زیرا پدر به حال او داناتر است. اما هر گاه بخواهد ثیب را شوهر دهد، باید از او اذن بگیرد، گرچه نزد آنها باشد».

حدیث با وجود ابراهیم بن هاشم در سند آن، معتبر است.

۲- حلبی می‌گوید امام صادق (ع) در مورد دختری که پدرش او را بدون رضایتش شوهر می‌دهد فرمود: «لَيْسَ لَهَا مَعَ ابْوَيْهَا أَمْرٌ إِذَا أَنْكَحَهَا جَازَ نِكَاحَهُ وَ إِنْ كَانَتْ كَارِهَةً (همان: ۲۱۵/۱۴ ح ۷): برای دختر با وجود پدر، اختیاری نیست. هر گاه پدرش او را به نکاح کسی درآورد، نکاحش، نافذ است، گرچه او ناپسند بدارد».

این روایت را کلینی و شیخ طوسی هر دو روایت نموده‌اند (طوسی، ۱۳۶۵: ۷/۳۸۱، ح ۱۵ و کلینی، ۱۳۷۵: ۵/۳۹۳ ح ۴). برخی به طریق شیخ طوسی اشکال کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۱۳۶/۷) ولی طریق کلینی صحیح است.

۳- حلبی می‌گوید: «سَأَلْتُهُ عَنِ الْبِكْرِ إِذَا بَلَغَتْ مَبْلَغَ النِّسَاءِ أَلْهَى مَعَ ابْوَيْهَا أَمْ؟ فَقَالَ: لَيْسَ لَهَا مَعَ ابْوَيْهَا أَمْرٌ مَالِمَ تَثْبِيبِ (حرعاملی بی تا: ۲۰۳/۱۴، ح ۱۱): از امام صادق (ع) سوال نمودم که هر گاه دختر باکره به حد زنان برسد آیا برای او با وجود پدرش، اختیاری هست؟ امام فرمود: تا زمانی که ثیب نشود برای او با وجود پدرش اختیاری نیست».

در سند روایت «حماد» بدون نام پدر واقع شده که مشترک میان ثقه و غیرثقه است (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱/۲۶۸-۲۷۷) از این رو حدیث، معتبر به شمار نمی‌رود.

۴- امام صادق (ع) در ضمن حدیثی فرموده است: «لَا تُسْتَأْمَرُ الْجَارِيَةُ فِي ذَلِكَ إِذَا كَانَتْ بَيْنَ ابْوَيْهَا، فَإِذَا كَانَتْ ثَيْبًا فَهِيَ أَوْلَى بِنَفْسِهَا (حرعاملی بی تا: ۲۰۴/۱۴، ح ۱۳): دختر هرگاه نزد والدینش

باشد در امر نکاح با او مشورت نمی‌شود و هرگاه ثیبیه باشد، پس نسبت به نقس خویش اولی است». در سند حدیث، قاسم بن سلیمان واقع شده که اهل رجال او را توثیق ننموده‌اند، ولی از رجال کامل‌الزیارات و از ثقات تفسیر علی بن ابراهیم است (قمی، ۱۴۰۴: ۳۴/۱ و تجلیل، ۱۳۶۳: ۲۱۹ و ۲۳۳). بنابراین سند حدیث معتبر است.

۵- علی بن جعفر می‌گوید: «سألته عن الرجل هل یصلح له أن یزوج ابنته بغير اذنها؟ قال: نعم، لیس یكون للولد أمر الا أن تكون امرأة قد دخل بها قبل ذلك ... (حر عاملی، بی‌تا: ۲۱۵/۱۴، ح ۸): از امام کاظم (ع) سؤال نمودم: آیا برای مرد شایسته است که دخترش را بدون اذن او شوهر دهد؟ فرمود: آری، برای فرزند اختیاری نیست مگر این که زنی باشد که پیش از آن با او نزدیکی شده باشد».

۶- محمد بن مسلم از امام باقر یا امام صادق (ع) روایت می‌کند: «لا تُستأمر الجارية إذا كانت بین ابویها، لیس لها مع الأب أمر، و قال: یستأمرها کل أحد ما عدا الأب (همان: ۱۴/۲۰۵، ح ۳): با دختری که نزد والدینش است (در امر نکاح) مشورت نمی‌شود، برای او با وجود پدر، اختیاری نیست و فرمود: به جز پدر هر کس دیگر باید با او مشورت نماید».

در سند روایت، علی بن حکم، مشترک بین ثقه و غیر ثقه است (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱/۵۷۵) به همین دلیل، شهید ثانی سند آن را تضعیف نموده است (شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۱۳۵/۷). البته اگر راوی از علی بن حکم، احمد بن محمد بن عیسی باشد به دست می‌آید که او علی بن حکم کوفی و ثقه است (تجلیل، ۱۳۶۳: ۸۲) ولی در روایت مورد بحث، راوی از علی بن حکم یعنی احمد بن محمد نیز به طور مطلق آمده است.

بررسی: دلالت روایات یاد شده بر استقلال پدر در ازدواج باکره رشیده، روشن نیست، زیرا در آنها به بالغه رشیده تصریح نشده است وانگهی سند برخی از آنها نیز ضعیف می‌باشد. از طرفی چنان که در ادله قول اول گذشت، روایات معتبر فراوانی بر استقلال باکره رشیده در نکاح دلالت دارند. بنابراین مناسب است روایت‌های مورد بحث را بر دختر صغیره (مکارم، ۱۴۲۵: ۲۷۰) یا دختری حمل‌نماییم که در امر نکاح به حد رشد نرسیده است (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۸۱/۲۹). در این صورت طبق احادیث یاد شده با دختر صغیره و دختری که در مسئله نکاح به حد رشد نرسیده در امر نکاح مشورت نمی‌شود بلکه پدر بر او ولایت دارد، ولی دختر بالغه رشیده، مشمول این احادیث نمی‌باشد. نیز احتمال دارد مقصود روایات یاد شده، نهی کراهتی نسبت به خود رأیی دختر و عدم اطاعت او به ویژه در برابر پدر باشد (همان). برخی روایات نیز شاهد درستی حمل یاد شده می‌باشند، همانند روایت:

«ابراهیم بن میمون، عن ابی عبدالله (ع) قال: اذا كانت الجارية بین ابویها فلیس لها مع ابویها أمر...» (حر عاملی، بی‌تا: ۲۱۴/۱۴، ح ۳).

طبق این روایت برای دختر در امر نکاح در برابر مادر هم اختیاری نیست، در حالی که نزد شیعیان مادر ولایتی ندارد (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۸۱/۲۹). پس این روایت بر کراهت خود رأیی دختر در امر نکاح دلالت دارد. از این رو حمل روایات گذشته بر کراهت خود رأیی دختر به جا بوده و در نتیجه این روایات استقلال او را در امر نکاح نفی نمی‌کنند. البته ولایت بر صغیره و غیر رشیده مسلّم بوده و در این فرض، آنها مشمول این روایت نمی‌باشند.

۷- ابن ابی یعفور می‌گوید که امام صادق (ع) فرمود: «لَا تَنْكِحُ دَوَاتِ الْآبَاءِ مِنَ الْأَبْكَارِ إِلَّا بَاذَنَ آبَائِهِمْ» (کلینی، ۱۳۷۵: ۳۹۳/۵ و صدوق، ۱۳۶۳: ۳/۳۹۵)؛^۲ با دختران باکره‌ای که پدر دارند، بدون إذن پدرانشان ازدواج نکن.»

این روایت به دو طریق از سوی کلینی و شیخ صدوق نقل شده است. در طریق کلینی، علی بن حکم مشترک بین ثقه و غیر ثقه است (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۵۷۵/۱) اما شیخ صدوق حدیث را از علاء بن رزین، از ابن ابی یعفور روایت نموده و چنان که روش است، راویان پیش از علاء را حذف نموده و در مشیخه، طرق خود به علاء را ذکر کرده است (صدوق، ۱۳۶۳: ۴/۴۶۱) که برخی از این طرق غیر صحیح هستند، لذا سند حدیث، دستخوش احتمالات می‌گردد. ولی علامه و بعض دیگر، طریق شیخ صدوق به علاء را صحیح دانسته‌اند (همان و تجلیل، ۱۳۶۳: ۳۹۴). برخی از فقیهان نیز سند حدیث را به دلیل اشکالات یاد شده، تضعیف نموده‌اند (شاهد ثانی، ۱۴۲۵: ۷/۱۳۴ و ۱۳۵).

همچنین دلالت حدیث یاد شده بر استقلال پدر در نکاح باکره رشیده، محل اشکال است (همان)، زیرا اگر «مَنْ» در این حدیث بیانیه باشد، دلالت حدیث بر مطلوب تمام بوده و شامل صغیره و کبیره هر دو خواهد شد، ولی احتمال می‌رود که «مَنْ» تبعیضیه باشد که در این صورت، حدیث بر لزوم إذن پدر در ازدواج دختر صغیره دلالت خواهد داشت و در نتیجه شامل باکره رشیده نخواهد شد. حال که در حدیث دو احتمال می‌رود، استدلال به آن به جا نمی‌باشد.

جمع بندی دلایل قول اول و دوم

بررسی دلایل ارائه شده نشان می‌دهد که دلالت روایات متعدد و برخی آیات بر استقلال باکره رشیده در نکاح تمام بوده و مقتضای اصل و عموماتی همانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱) نیز همین است، ولی دلایل استقلال ولی در نکاح او، تمام به نظر نمی‌رسند، زیرا استصحاب بقای ولایت دوران صغر به دلیل تبدیل موضوع، جاری نمی‌شود و روایات مورد استناد نیز، از نظر سند یا دلالت یا هر دو، دارای اشکال می‌باشند و بر فرض تعارض، مرجّحات نیز موافق با قول به استقلال باکره رشیده است، زیرا این قول علاوه بر موافقت با ظاهر کتاب و عموماتی همانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

(خوانساری، ۱۳۶۴: ۱۵۹/۴ و مکارم، ۱۴۲۵: ۲۷۲) موافق با شهرت نیز می‌باشد (طباطبائی، ۱۴۲۰: ۹۵/۱۰ و ۹۹؛ بحرانی، بی‌تا: ۲۱۱/۲۳؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۱۷۵/۲۹؛ حکیم، ۱۴۰۴: ۱۴/۴۴۰ و خوئی، ۱۴۰۴: ۲/۲۵۸).

دلایل قول سوم (تشریک میان دختر و ولی)

الف- روایات

۱- صفوان می‌گوید: « اَسْتَشَارَ عَبْدَ الرَّحْمَنِ مُوسَى بْنَ جَعْفَرٍ (ع) فِي تَزْوِيجِ ابْنَتِهِ لِابْنِ أَخِيهِ، فَقَالَ: اِفْعَلْ وَ يَكُونُ ذَلِكُ بَرِضَاهَا، فَإِنَّ لَهَا فِي نَفْسِهَا نَصِيْبًا. قَالَ: وَ اسْتَشَارَ خَالِدُ بْنُ دَاوُدَ مُوسَى بْنَ جَعْفَرٍ (ع) فِي تَزْوِيجِ ابْنَتِهِ عَلِيَّ بْنَ جَعْفَرٍ فَقَالَ: اِفْعَلْ وَ يَكُونُ ذَلِكُ بَرِضَاهَا فَإِنَّ لَهَا فِي نَفْسِهَا حِطًّا (حرعاملی، بی‌تا: ۱۴/۲۱۴، ح ۲)؛ عبدالرحمن با امام کاظم (ع) درباره تزویج دخترش به برادرزاده‌اش مشورت نمود. امام فرمود: انجام ده ولی این امر باید با رضایت خود دختر باشد، زیرا او در نفس خویش سهمی دارد. نیز صفوان می‌گوید: خالد بن داود با امام کاظم (ع) درباره تزویج دخترش به علی بن جعفر مشورت نمود، امام فرمود: انجام ده ولی این امر باید با رضایت خود دختر باشد، زیرا او در نفس خویش بهره‌ای دارد».

در سند حدیث « ابن فضال » به طور مطلق واقع شده، که میان ثقه و غیر ثقه مشترک است (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱/۲۱۴ و ۲/۹۵). البته درباره «ابن فضال» به صورت مطلق، اشهر آن است که مراد، حسن بن علی بن فضال است (همان: ۲/۴۳۵) و او گرچه فطحی مذهب است، از اصحاب اجماع و موثق می‌باشد (تجلیل، ۱۳۶۳: ۳۵) ولی به دلیل تردید یاد شده، برخی از فقیهان سند حدیث را ضعیف دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۷/۱۳۹).

کیفیت دلالت: در این حدیث، از طرفی امام (ع) به پدر امر به اقدام در نکاح دختر نموده و از سوی دیگر فرموده است: دختر هم در نفس خویش بهره و نصیبی دارد پس در نکاح دختر، رضایت او و پدر، هر دو شرط است.

وانگهی، منطوق عبارت «لها فی نفسها نصیباً و حِطًّا» بر ثبوت ولایت برای دختر دلالت دارد و مفهومی بر ثبوت ولایت برای پدر دلالت می‌کند، زیرا نصیب و حظ همه حق را فرا نمی‌گیرد بلکه مقتضای آن تجزیه است پس رضایت هر دو در تحقق نکاح لازم است.

بررسی: دلالت حدیث بر تشریک، تمام نیست، زیرا از عبارت « و یكون ذلك برضاها » که پس از امر آمده به دست می‌آید که امر امام (ع) به پدر، در مورد اقدام به نکاح دختر منافاتی با استقلال دختر در نکاح ندارد، زیرا چنین تعبیری در مورد دختر ثبیه که بر او ولایتی نیست و حتی برای اجنبی نیز نیکو به شمار می‌رود، چرا که هرگاه زن راضی باشد، برای اجنبی نیز مباشرت به عقد

ازدواج باکره رشیده و ولایت پدر از منظر فقه امامیه ۱۰۷

او جایز است (همان). اما دلالت عبارت « لها فی نفسها نصیباً و حظاً » بر ولایت پدر به نحو مفهومی ضعیف بوده (محقق کرکی، ۱۴۱۵: ۱۲/۱۲؛ طباطبائی، ۱۴۲۰: ۱۰/۱۰ و شهیدثانی، ۱۴۲۵: ۱۳۹/۷) و نمی‌تواند در برابر دلالت‌های منطوقی مقاومت نماید.

۲- زرارة بن اعین می‌گوید: « سمعت ابا جعفر یقول: لا ینقض النکاح الا الأب (جرعاملی، بی‌تا: ۲۰۵/۱۴، ج ۱ و کلینی، ۱۳۷۵: ۵/۳۹۲)؛ از امام باقر (ع) شنیدم که می‌فرمود: نکاح را جز پدر، کسی نمی‌تواند نقض نماید».

برخی از فقیهان سند این حدیث را صحیح دانسته‌اند (طباطبائی، ۱۴۲۰: ۱۰/۱۰۳ و خوئی، ۱۴۰۴: ۲/۲۶۴) با این حال سند خالی از اشکال نیست، زیرا آن را کلینی از احمد بن محمد بن عیسی، روایت نموده که از طبقه هفتم است (تجلیل، ۱۳۶۳: ۱۳) در حالی که کلینی از طبقه نهم بوده (همان: ۱۱۹) و احمد را درک نکرده است، بلکه روایتش از او به واسطه جماعتی است که برخی عادل و برخی غیر عادل‌اند (شهیدثانی، ۱۴۲۵: ۱۳۷/۷) پس واسطه میان کلینی و احمد، حذف شده و مجهول است. البته احتمال می‌رود که به قرینه حدیث پیشین، واسطه میان کلینی و احمد، محمد بن یحیی باشد که در بعض روایات، واسطه میان او و احمد است. گویا به همین دلیل، صاحب وسائل، در سند حدیث پیش از احمد، محمد بن یحیی را ذکر نموده و واسطه را آشکار ساخته است. ولی این امر صرف احتمال بوده و نمی‌توان به آن اعتماد نمود. البته شیخ طوسی این حدیث را به سند خود از علی بن حسن بن فضال روایت نموده است (طوسی، ۱۳۶۵: ۷/۳۷۹) ولی طریق شیخ طوسی به علی بن حسن بن فضال صحیح نمی‌باشد (همان: ۱۰/۵۵).

کیفیت دلالت: در این حدیث به صورت حصری، نقض نکاح دختر، حق پدر شمرده شده است. روشن است که در مورد ثبیه، پدر حق نقض عقد او را ندارد و عقد صبیّه اگر چه با اذن پدر باشد، باطل است، پس به طور منحصر مورد روایت، ازدواج بالغه باکره‌ای است که بدون اذن پدر واقع شده باشد و چنین عقدی صحیح است، زیرا از اهلش صادر و در محلش واقع گردیده است، ولی صحت آن شأنی و متوقف بر رضایت پدر است. در نتیجه حدیث بر اشتراک دختر و پدر در امر ازدواج دلالت دارد (خوئی، ۱۴۰۴: ۲/۲۶۵).

به نظر می‌رسد دلالت حدیث بر اشتراک تمام نیست، بلکه برخلاف مطلوب دلالت دارد، زیرا مقتضای حدیث آن است که نکاح دختر بالغه باکره، در صورتی که پدر آن را نقض نکند، صحیح است، اگر چه بدون اذن او واقع شده باشد (نجفی، ۱۳۶۲: ۲۹/۱۸۲) در حالی که بر مبنای اشتراک، عقد دختر، بدون اذن پدر نافذ نیست. پس مقتضای حدیث، جواز استقلال باکره بوده ولی برای پدر نیز حق نقض نکاح او ثابت است و این قولی است که کسی آن را نپذیرفته است (مکارم، ۱۴۲۵: ۲۷۱).

ب - جمع میان ادله

یکی از دلایلی که برای اثبات تشریک اقامه شده، جمع میان ادله است (خوئی، ۱۴۰۴: ۲/۲۶۴ و مکارم، ۱۴۲۵: ۲۷۱) بلکه برخی آن را تنها دلیل این قول دانسته‌اند (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۸۳/۲۹) با این توضیح که برخی دلایل بر استقلال باکره رشیده و برخی دیگر بر استقلال پدر دلالت دارند. پس از این دو دسته دلیل استفاده می‌شود که ولایت برای هر دو ثابت است و معنای اشتراک نیز همین است. وانگهی، وقتی عقد با رضایت هر دو واقع شود به جمع ادله عمل خواهد شد.

بررسی: از تأمل در ادله مورد بحث به دست می‌آید که تشریک در ولایت، راه جمع میان ادله نمی‌باشد، بلکه آنها تشریک را نفی می‌کنند، زیرا ادله استقلال باکره، ولایت پدر را نفی نموده و اذن او را معتبر نمی‌داند و ادله استقلال پدر نیز رضایت دختر را معتبر نمی‌داند. بنابراین قول به تشریک راه جمع مقبولی میان ادله نیست (شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۱۳۹/۷؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۱۸۳/۲۹ و طباطبائی حکیم، ۱۴۰۴: ۱۴/۴۴۵) و شاهدهی برای جمع یاد شده وجود ندارد. بنابراین قول به تشریک، گرچه موافق احتیاط است ولی از نظر ادله قابل قبول نمی‌باشد.

بررسی سایر اقوال

تا کنون دلایل سه قول مورد بررسی قرار گرفت. این سه قول، مهم‌ترین اقوال بوده و از تأمل در دلایل آنها، سرنوشت سایر اقوال نیز روشن می‌گردد. در نتیجه برای بررسی سایر اقوال، نیازی به ارائه بحث طولانی نبوده بلکه برای رعایت حجم مقاله، با عنایت به مباحث گذشته به آنها اشاره می‌نماییم:

بر اساس قول چهارم، ولایت در نکاح دائم ثابت و در منقطع ساقط می‌باشد. ضعف این قول، ضمن بررسی دلایل قول اول، هنگام بحث از روایات متعه، آشکار گردیده است. وانگهی، دلایل استقلال باکره رشیده، شامل نکاح دائم و منقطع هر دو است. پس پاسخ قول چهارم نیز روشن می‌باشد. علاوه بر این کسی به این قول فتوا نداده است (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۷۹/۲۹) بلکه شیخ طوسی آن را در کتاب‌های حدیثی خود، مقتضای جمع میان اخبار دانسته (طوسی، ۱۳۵۱: ۲۵۴/۷ و ۳۸۱ و همو، ۱۳۹۰: ۳/۱۴۵ و ۲۳۵) و در کتاب‌های فتوا، قول دیگری را اختیار نموده است (همو، بی‌تا: ۳۱۰/۲ و همو، ۱۳۵۱: ۱۶۲/۴).

قول پنجم عکس قول چهارم است، یعنی ولایت در نکاح دائم ساقط و در منقطع ثابت می‌باشد. برای این قول، جز توجیحات عقلی ظنی (شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۱۴۰/۷ و ۱۴۱ و فاضل هندی، ۱۴۲۰: ۸۱/۷) دلیلی اقامه نشده است. این گونه امور نمی‌تواند علت احکام بوده و در برابر دلایل استقلال باکره رشیده به ویژه اخبار متعه، مقاوت نماید. وانگهی، قائل این قول نامعلوم است.

تنها محقق حلی آن را بدون نام قائل ذکر نموده (محقق حلی، ۱۳۷۳: ۳۲۰/۲) و وقتی از او درباره قائل آن سؤال شده پاسخی نداده است (فاضل آبی، ۱۴۰۸: ۱۱۲/۲ و شهید ثانی، ۱۴۲۵: ۱۲۱/۷). ضعف قول ششم، ضمن بررسی قول سوم آشکار گردید، زیرا براساس آن تشریک فقط میان پدر و دختر است و برای جد، در نکاح او ولایتی نمی‌باشد. در بحث از قول سوم، تشریک میان دختر و مطلق ولی، رد شد پس در ضمن آن تشریک میان او و پدر نیز رد می‌گردد.

براساس قول هفتم، باکره رشیده و پدر هر دو به طور مستقل بر امر نکاح ولایت دارند. این قول را مرحوم حکیم از باب جمع میان اخبار باب، اختیار نموده است (طباطبائی حکیم، ۱۴۰۴: ۴۴۸/۱۴). این جمع نیز به جا نمی‌باشد، زیرا ادله استقلال دختر ولایت پدر را نفی می‌کند و ادله استقلال پدر، حقی برای دختر قائل نمی‌باشد و در آن تعبیری همانند «لیس لها مع ایها أمر» به کار رفته است. این قول را تنها مرحوم حکیم اختیار نموده و اعتراف کرده که پیشینه‌ای ندارد و به احدی نسبت داده نشده است (همان).

۴- مقتضای عناوین ثانویه

تاکنون مسئله ازدواج باکره رشیده با توجه به عنوان اولی آن مورد بحث قرار گرفته که نتیجه آن، استقلال او در امر نکاح است، ولی ممکن است، مقتضای عناوین ثانویه چیز دیگری باشد، زیرا اگر استقلال او در نکاح، در زمان و جامعه خاصی، مفاسدی را به دنبال داشته باشد، مقتضای ادله عناوین ثانویه، عدم استقلال او در نکاح و لزوم اذن ولی خواهد بود. چنان که صاحب جواهر پس از آن که بدون تردید به استقلال باکره رشیده حکم نموده و توقف در این مسئله را شایسته ندانسته (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۸۳/۲۹) گفته است: «نکاح با دختر باکره بدون اذن ولی مکروه است، بلکه بسا به خاطر عوارض حرام می‌گردد» (همان). این کلام اشاره‌ای به عناوین ثانویه دارد، از این رو در صورت ترتیب مفاسد بر استقلال باکره، نکاح با او بدون اذن ولی، حرام خواهد بود.

برخی از معاصران نیز پس از حکم به استقلال باکره رشیده در نکاح براساس ادله، مقتضای عناوین ثانویه را در عصر و جامعه ما، عدم استقلال به ویژه در نکاح موقت دانسته و تشریک میان او و اولیا را لازم شمرده‌اند (مکارم، ۱۴۲۵: ۲۷۳).

بررسی: استقلال باکره رشیده در نکاح، ممکن است در اجتماع ما مفاسدی را به دنبال داشته باشد، زیرا اگر دختر بخواهد بدون اذن ولی ازدواج نماید، ممکن است تحت تأثیر هوس‌بازی مردان ناپاک قرار گیرد و اغفال شود یا آن که بدون اندیشه و نسجیده برخلاف مصلحت خود، اقدام به ازدواجی نامناسب نماید. در جامعه ما، اطلاعات و تجربه دختران اغلب کمتر از پسران است و نیز

آنها از احساساتی رقیق‌تر و عواطف بیشتری برخوردار می‌باشند. در این فرض شرط بودن اذن ولی در ازدواج دختر، به مصلحت خود وی خواهد بود؛ به ویژه این که جبران زیان‌های ناشی از نکاح زیان بار برای زن، دشوار بلکه غیرممکن است. البته پیشرفت اجتماعی زنان و ورود گسترده دختران در جامعه و آشنایی آنها با احکام دینی و مسایل و مصالح اجتماعی به همراه اصلاح فرهنگ جامعه، مصلحت یاد شده را کم رنگ می‌نماید ولی در این موارد جامعه ما تاکنون به سطح مطلوب نرسیده است لذا به نظر می‌رسد در شرایط کنونی، بر استقلال باکره رشیده در نکاح به ویژه نکاح موقت، مفاسدی مترتب باشد در نتیجه اقتضای عناوین ثانویه، عدم استقلال وی در نکاح و لزوم تشریک میان او و ولی خواهد بود.

نتیجه

بر استقلال دختر باکره رشیده در نکاح، روایات فراوان و برخی آیات دلالت دارند و مقتضای اصل و عموماتی همانند «أوفوا بالعقود» نیز همین است. ولی دلایل استقلال ولی در نکاح باکره رشیده، تمام نبوده و روایات مورد استناد از نظر سند یا دلالت یا هر دو، مبتلا به اشکال می‌باشند و در صورت تعارض، مرجحات نیز موافق با قول به استقلال باکره رشیده در نکاح است. قول به اشتراک دختر و ولی در ولایت، گرچه موافق احتیاط است قابل قبولی ندارد. سایر اقوال نیز از نظر ادله تمام نبوده، برخی از آنها بدون پیشینه، برخی مجهول‌القائل و برخی مورد فتوا نمی‌باشند. استقلال باکره رشیده در نکاح هنگامی است که مفاسدی بر آن مترتب نباشد و چنان چه در عصر و جامعه خاصی مفاسدی را به دنبال داشته باشد، مقتضای عناوین ثانویه، عدم استقلال وی در نکاح و لزوم تشریک میان او و ولی خواهد بود.

۱_ در نقل کلینی «إن تزویجها» آمده است.

۲_ در کافی به جای «لاتنکح» «لاتزوّج» آمده است.

منابع

- ۱- آخوند خراسانی، محمدکاظم، کفایة الأصول، قم، مؤسسه آل‌البیت، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- ۲- ابن برآج، قاضی عبدالعزیز، المهدّب، ج ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- ۳- ابن حمزه، محمد بن علی، الوسیله الی نیل الفضیله، قم، مکتبه المرعشی النجفی، ۱۴۰۸ ق.
- ۴- ابن فارس، احمد، معجم مقاییس اللغه، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ ق.
- ۵- ابن قولویه، جعفر بن محمد، کامل الزیارات، قم، نشر الفقه، چاپ سوم، ۱۴۲۴ ق.

- ۶- ابن ماجه، محمد بن یزید قزوینی، سنن ابن ماجه، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۵ ق.
- ۷- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت، دارالکتب العلمیه، [بی تا].
- ۸- امامی سید حسن، حقوق مدنی، ج ۴، تهران، کتابفروشی اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۶۶.
- ۹- موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹.
- ۱۰- _____، توضیح المسائل، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۳.
- ۱۱- اردبیلی، محمد بن علی، جامع الرواؤه، قم، مکتبه المرعشی النجفی، ۱۴۰۳ ق.
- ۱۲- بحرانی، یوسف، الحدائق الناضره، ج ۲۳، قم، مؤسسه نشر اسلامی، [بی تا].
- ۱۳- بیهقی، احمد بن حسین، السنن الکبری، بیروت، دارالمعرفه، [بی تا].
- ۱۴- تجلیل تبریزی، ابوطالب، معجم الثقات، قم، مؤسسه النشر اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۶۳.
- ۱۵- جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، بیروت، دارالفکر، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- ۱۶- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعہ، بیروت، داراحیاء التراث العربی، [بی تا].
- ۱۷- حلبی، ابوالصلاح، الکافی فی الفقه، اصفهان، مکتبه الإمام امیرالمؤمنین، ۱۳۶۲.
- ۱۸- حلی، یحیی بن سعید، الجامع للشرائع، قم، مؤسسه سیدالشهداء، ۱۴۰۵ ق.
- ۱۹- خوانساری، سید احمد، جامع المدارک، ج ۴، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۳۶۴.
- ۲۰- خوئی، سید ابوالقاسم، مستند العروه (کتاب النکاح)، ج ۲، نجف، مطبعه الآداب، ۱۴۰۴ ق.
- ۲۱- سید مرتضی، علی بن حسین، الانتصار، قم، منشورات الشریف الرضی، [بی تا].
- ۲۲- _____، مسائل الناصریات، تهران، مرکز البحوث و الدراسات العلمیه، ۱۴۱۷ ق.
- ۲۳- شهید اول، محمد بن جمال الدین مکی، اللمعه الدمشقیه، بیروت، مؤسسه فقه الشیعہ، ۱۴۱۰ ق.
- ۲۴- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۴۲۵ ق.
- ۲۵- _____، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۵، بیروت، مؤسسه الأعلمی، [بی تا].
- ۲۶- صدوق، محمد بن علی بن حسین، من لا یحضره الفقیه، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۶۳.
- ۲۷- _____، الهدایه فی الاصول و الفروع، قم، مؤسسه امام هادی (ع) چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
- ۲۸- صفائی، سید حسین و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، تهران، نشر دادگستر، چاپ سوم، ۱۳۷۹.
- ۲۹- طباطبائی حکیم، محسن، مستمسک العروه الوثقی، ج ۱۴، قم، مکتبه المرعشی النجفی، ۱۴۰۴ ق.
- ۳۰- طباطبائی، سید علی، ریاض المسائل، ج ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.
- ۳۱- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم، العروه الوثقی، ج ۲، تهران، انتشارات علمیه اسلامی، [بی تا].
- ۳۲- طریحی، فخرالدین، مجمع البحرین، تهران، انتشارات کتابفروشی مرتضوی، چاپ دوم، ۱۳۶۵.
- ۳۳- طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۴، [بی جا]، المکتبه المرتضویه، ۱۳۵۱.
- ۳۴- _____، النهایه و نکتها، قم، مؤسسه نشر اسلامی، [بی تا].
- ۳۵- _____، تهذیب الاحکام، ج ۷، تهران، دارالکتب الإسلامیه، چاپ چهارم، ۱۳۶۵.
- ۳۶- _____، الاستبصار، ج ۳، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ ق.

- ۳۷- _____، العدة فی اصول الفقه، قم، ستاره، ۱۳۷۶.
- ۳۸- علامه حلی، حسن بن یوسف، مختلف الشیعة، قم، مکتب الإعلام الإسلامی، ۱۳۷۵.
- ۳۹- _____، قواعد الاحکام، ج ۳، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- ۴۰- فاضل هندی، محمد بن حسن اصفهانی، کشف اللثام، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۰ ق.
- ۴۱- فاضل آبی، حسن بن ابی طالب، کشف الرموز، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۸ ق.
- ۴۲- فخر المحققین، محمد بن حسن، ایضاح الفوائد، قم، المطبعة العلمية، چاپ اول، ۱۳۸۹ ق.
- ۴۳- فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر، قم، دارالهجرة، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.
- ۴۴- قمی، علی بن ابراهیم، تفسیر القمی، قم، دارالکتب، چاپ سوم، ۱۴۰۴ ق.
- ۴۵- کلینی، محمد بن یعقوب، الفروع من الکافی، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۳۷۵.
- ۴۶- مامقانی، عبدالله، تنقیح المقال فی علم الرجال، قم، مؤسسه آل البيت، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.
- ۴۷- مجموعه آرای و حدت رویه دیوان عالی کشور، معاونت پژوهش ریاست جمهوری، چاپ اول، ۱۳۸۰.
- ۴۸- محقق حلی، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۳۷۳.
- ۴۹- محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، [بی تا]، نشر علوم اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۶۷.
- ۵۰- محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد، قم، مؤسسه آل البيت، چاپ دوم، ۱۴۱۵ ق.
- ۵۱- مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، [بی جا]، انتشارات جهان، [بی تا].
- ۵۲- مفید، محمد بن محمد بن نعمان، المقنعه، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
- ۵۳- مکارم شیرازی، ناصر، انوار الفقاهة (النکاح)، ج ۱، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۵ ق.
- ۵۴- منصور، جهانگیر، قانون مدنی، تهران، نشر دیدار، چاپ ششم، ۱۳۷۹.
- ۵۵- مهر پور، حسین، مباحثی از حقوق زن، تهران، انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۹.
- ۵۶- نجاشی، احمد بن علی، رجال النجاشی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۷ ق.
- ۵۷- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۲.
- ۵۸- نراقی، احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعه، ج ۱۶، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۹ ق.
- ۵۹- نسائی، احمد بن شعیب، سنن النسائی، ج ۶، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۵.