

منیره سادات

معصومیان حسینی

فصلنامه علمی تخصصی

اسلام‌شناسی

زمستان ۱۴۰۰ - شماره ۷۳

تاریخ دریافت: ۱۳/۰۸/۱۴۰۰

تاریخ پذیرش: ۲۳/۱۰/۱۴۰۰

اثبات استقلال باکره رشیده و اذن ولی در نکاح او تکلیفاً

چکیده:

در این تحقیق، به بررسی حکم وضعی ولایت مطلق دختر رشید باکره پرداخته شده است. پس از مفهوم‌شناسی و تحریر محل نزاع، اقوال مساله و قائلین آن و ادله قول انتخابی بیان شده و سپس به روایات متعارض مبنی بر ولایت مطلق ولی و دختر باکره اشاره و در ادامه روایات شاهد، جمع آوری شد.

بهترین جمع بین روایات، قول به استقلال دختر باکره است با توجه به حکم وضعی و از نظر حکم تکلیفی قول به احتیاط تقویت و اقوال دیگر رد شد و در آخر در صورت فقدان دلیل، به عموم و اطلاق آیه و جواب وفا به عقد تمسک میشود.

واژگان کلیدی: ازدواج، بکر، رشید، اذن، ولایت.

طرح بحث

بر اساس توحید ربوبی، ولایت تکوینی و تشریحی از آن خداست و اوست که بر تمام مخلوقات ولایت و استیلا دارد؛ یعنی همان طور که خداوند، خالق و مؤجد موجودات است، مدبّر و سرپرست آنها هم هست؛ نهایت، این تدبیر و تربیت و اداره‌ی امور در سایر موجودات - غیر از انسان - تکوینی است، اما امور تدبیر و هدایت انسان، بر اساس آزادی و اختیار انسان از جانب خداوند است.

در متون اسلامی بر این دو نکته تأکید شده است که:

اولاً: هیچ انسانی طبق اصل اولیه بر انسان دیگر ولایتی ندارد؛

ثانیاً: ولایت خداوند بر همه موجودات از جمله انسان، مسلّم است.

به حکم آیات و روایات، خداوند این ولایت تکوینی و تشریحی را به پیامبر خود (صلی الله علیه و

آله و سلم) اعطا کرده است:

«الَّتِیْ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِیْنَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ» (احزاب/۶)

پیامبر به مؤمنان از خودشان سزاوارتر [و نزدیکتر] است.

این ولایت به ائمه معصومین (علیهم السلام) هم اعطا شده است. ولیّ شما، تنها خدا و پیامبر اوست و کسانی که ایمان آورده‌اند؛ همان کسانی که نماز برپا می‌دارند و در حال رکوع زکات می‌دهند (مائده/۵۵)

اما نسبت به سایر افراد اگر ادعا شود که این ولایت و سرپرستی به طور مطلق یا در محدوده‌ی خاص، اعطا شده است، چون مخالف با اصل اولیه است، نیازمند دلیل خاص می‌باشد.

با مراجعه به آیات و روایات و فتاوی فقها می‌توان نوعی محدودیت اراده و منع از آزادی در عمل را نسبت به زنان مشاهده کرد. به این معنی که زن باید برخی اعمال و رفتارهای خود را با اذن و اجازه‌ی شخص دیگری انجام دهد. آن شخص در قبل از ازدواج پدر و جدّ پدری اوست و بعد از ازدواج، شوهر او می‌باشد. در فتاوی برخی از فقها یکی از مواردی که دختر باکره رشیده، باید اجازه پدر یا جدّ پدری را احراز کند، امر ازدواج است. به این معنی، دختر باکره رشیده، در



ازدواج خود آزاد نیست و باید این امر با اجازه و رضایت پدر یا جد پدری صورت پذیرد.

هشت قول در این مساله وجود دارد. از بین این هشت قول، با توجه به روایات، قول به استقلال دختر بکر رشید بهترین قول است. معتقدین به قول استقلال، با ردّ قول تشریک ولایت، احتیاط را در نظر گرفتن اذن هر یک از پدر و دختر در امر نکاح دانسته و آن را شایسته تلقی نموده اند. قانونگذار نیز این طریق را اعمال کرده است. (ماده‌ی ۱۰۴۳ قانون مدنی)

الف. مفهوم شناسی

بکر: بکر در فقه در غیر معنای لغوی آن استعمال شده است شهید ثانی در کتاب حدود شرح لمعه معتقد است: بکر فردی است که ازدواج نموده ولی دخولی انجام نداده است و نیز فردی که ازدواج نکرده نیز بکر می‌باشد؛ اما اطلاق بکر بر قسم اخیر را اظهر دانسته است. (شهید ثانی، بی تا: ج ۹، ص ۱۰۸)

امام خمینی نیز در تحریر الوسیله همین نظر را دارد (امام خمینی، ۱۳۹۰: ج ۲، ص ۴۱۹) بنابراین فقها اتفاق دارند که بکر کسی است که دخولی بر او صورت نگرفته باشد؛ نه اینکه حتماً بکارت داشته باشد. لذا اگر زائل شدن دوشیزگی به غیر وطی صورت پذیرد به منزله‌ی بکر می‌باشد (حلی، بی تا: ج ۲، ص ۵۸۷ / محقق سبزواری، بی تا: ص ۱۵۶ / خوبی، ۱۴۰۸: ج ۲، ص ۲۶۱ / طباطبایی یزدی، بی تا: ج ۲، ص ۷۰۴)

رشید: در اصطلاح فقهای امامیه فردی است که مصالح مالش را دریابد (ابو جیب، ۱۴۰۸: ۱۴۸) بنابراین رشید مقابل سفیه بوده و آن فردی است که نمی‌تواند مصلحت خویش را در امور مالی تشخیص دهد (شهید اول، ۱۳۷۴: ص ۱۲۱)

اذن: اذن در اصطلاح فقهی به معنای رهایی از محجوریت و رخصت در تصرف برای کسی که شرعاً حق تصرف نداشته باشد، است (ابوجیب، ۱۴۰۸: ص ۱۹)

در اصطلاح حقوقی، اذن عبارت است از رضای به فعل یا ترک فعلی که از دیگری ابراز شده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ج ۱، ص ۲۳۶) تفاوت ظریفی بین اذن و اجازه وجود دارد؛ بدین



صورت که اذن قبل از وقوع عمل ماذون است و اجازه بعد از آن. اذن قائم به ماذون نیست پس اگر بمیرد اذن ساقط است و به ارث نمی رسد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶ش: ج ۱، ص ۲۳۷)

ولایت: ولایت در اصطلاح فقهی عبارت است از تسلط شرعی که به خاطر نقصی که در مولی علیه موجود است با رعایت مصلحتی که در امور ایشان وجود دارد به انسان کامل واگذار شده است. (ر.ک: مغنیه، ۱۴۰۲ق: ص ۳۲۱)

ولایت در عقد نکاح عبارت است از سلطه ای که به وسیله ی آن شخص می تواند انشاء عقد ازدواج را برای وی یا فرد دیگری نافذ باشد، تصدی کند. (ر.ک: شیخ الاسلامی، ۱۳۷۰ش: ۱/۸۹)

محل بحث صحت و عدم صحت نکاح دوشیزه بدون اذن یا اجازه ی ولی، یعنی مراد از حکم، حکم وضعی و ترتب اثر یا عدم ترتب اثر بر این نکاح است؛ و همچنین حکم تکلیفی نکاح در صورت عدم اذن ولی می باشد.

تفاوت اذن و اجازه در این است که اذن بر ابراز رضایت قبل از عمل اطلاق می شود و اجازه ابراز رضایت به عمل انجام شده، است فرض دیگری هم مبنی بر رضایت باطنی ولی به عمل بدون ابراز آن قبل یا بعد از عمل متصور است معمولاً از این حالت به رضایت در مقابل کراهت تعبیر می شود که در این تحقیق فقط به فرض اذن پرداخته می شود.

موضوع ما ازدواج پسر و دختر غیربکر و دوشیزه ی غیررشیده نیست بلکه صرفاً ازدواج دوشیزه بالغ و رشیده است.

محل گفتگو جایی است که امتناع ولی از اذن یا اجازه علت موجه داشته باشد در فرض هایی که برای این امتناع توجیه عقلی یا شرعی وجود ندارد از محل گفتگو خارج است.

۱. تحریر صورت مساله

در مسئله ولایت بر صبی و صبیّه و همچنین ولایت بر بالغ و بالغه، فرقی بین دختر و پسر نابالغ نیست. هر دو در تحت ولایت پدر و جدّ پدری اند. مادر، عمو، دایی و مانند آن ولایت ندارند (روایات باب هفتم از ابواب باب نکاح، وسائل الشیعه).



اگر دختر و پسر بالغ بودند ولی رشد نداشتند هم چنان تحت ولایت هستند. در اوائل سوره مبارکه نساء در مسائل مالی فرمود:

«وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» (نساء/۶)

شما باید اینها را بیازمایید، اگر رشد اقتصادی دارند مال اینها را در اختیارشان قرار بدهید، اگر رشد اقتصادی ندارند نه!

بالتبع وقتی مسئله مال این طور شد که با آزمون باید حل بشود، مسئله نکاح و خانه داری و مدیریت خانه به طریق اولی است.

فرق است بین پسر و دختر بالغ و رشید، پسر با بلوغ و رشدش از تحت ولایت پدر و جدّ خارج می‌شود و مستقل می‌شود. مساله مورد بحث این است که دختری که بالغ و رشید شده، آیا از تحت ولایت خارج می‌شود یا خیر؟ حدوداً هشت قول در مساله وجود دارد.

بحث درباره ولایت بر نکاح یک مسئله فقهی است، ولی از آن یک قاعده فقهی هم استنباط می‌شود، چون اهمیت نکاح از مال بیشتر است اگر قائل به ولایت یا عدم ولایت پدر یا جد پدری در نکاح دختر باکره بالغه رشیده شویم باعث توسعه ولایت یا عدم ولایت پدر یا جد پدری در مسائل مالی بکر رشید بشویم.

۲. اقوال در مساله اذن ولی

اقوال بالاجمال پنج قول و تفصیلاً هشت قول می‌باشد. منشأ اقوال پنجگانه روایات متعدّد و کیفیت استنباط از روایات است.

۱. استمرار ولایت پدر و جدّ پدری نسبت به دختر بالغ رشید، گویا او همچنان غیر بالغ است. فرقی نیست بین اینکه دختر رشیده باشد یا غیر رشیده، باکره باشد یا غیر باکره، در هر صورت ازدواج دختر به دست پدر است و دختر حق ازدواج بدون اذن پدر را ندارد. (طوسی، ۱۴۱۵ق: ج ۴، ص ۲۵۰/ صدوق، ۱۴۰۱ق: ج ۳، ص ۲۵۰/ ابن ابی عقیل نقل شده از علامه حلی، بی تا: ج ۷، ص ۱۱۴/ ابن حمزه، ۱۴۰۸ق: ص ۲۹۹/ عاملی، ۱۴۱۳ق: ج ۱، ص ۷۷/ سبزواری، بی تا: ص ۱۵۵/ بحرانی، بی تا: ج ۲۳،



ص ۲۱۱ / جزیری، ۱۴۰۶ق: ج ۴، ص ۵۱ / شافعی، ۱۴۱۰ق: ج ۵، ص ۱۱۳ / ابن رشد، ۱۴۱۵ق: ج ۲، ص ۸ / مغنیه، ۱۴۰۲ق: ص ۳۲۱)

۲. سقوط ولایت است مطلقاً چه عقد منقطع باشد چه دائم؛ دختر مستقل است و اگر پدر بخواهد او را به ازدواج دیگری درآورد باید از او اجازه بگیرد. این قول قائلین زیادی دارد از جمله شیخ مفید (مفید، بی تا: احکام النساء، ص ۳۶) و حلی (حلی، بی تا: ج ۲، ص ۲۲۰)

۳. سقوط مطلق یا ثبوت مطلق نیست، بلکه تشریک ولایی بین خود دختر و بین پدر یا جد پدری است مطلقاً چه نکاح دائم باشد یا منقطع. اگر دختر خواست ازدواج کند باید به اذن آب یا جد باشد و اگر آب یا جد خواستند او را به عقد کسی در بیاورند باید با او مشورت کنند و به اذن او باشد. فخرالمحققین در ایضاح الفوائد به شیخ مفید نسبت داده که ایشان قائل به تشریک ولایت پدر و دختر هستند. (مقنعه، ۱۴۰۲ق: ص ۵۱۰ / ابوصلاح، ۱۴۰۳ق: ص ۲۹۹ / ابن زهره، ۱۴۱۷ق: ص ۳۴۳ / شهیدثانی در مسالک الافهام (۱۴۱۶ق: ۷/۱۲۲) و محقق کرکی در جامع المقاصد (۱۴۱۵ق: ج ۱۲، ص ۱۲۶) شاهرودی (۱۳۹۰ق: ج ۲، ص ۵۳) و همچنین از محقق بحرانی نقل شده که صاحب وسائل الشیعه نیز، قائل به تشریک میباشد. (بحرانی، بی تا: ۲۳/۲۱۱)

۴. قول چهارم ثبوت ولایت است در نکاح دائم و سقوط ولایت است در نکاح منقطع. در دائم پدر یا جد ولایت دارند و در منقطع ولایت ندارند (خویی، ۱۴۰۸ق: ج ۳۳، ص ۲۱۳)

۵. قول پنجم عکس قول چهارم است؛ ثبوت ولایت در نکاح منقطع و سقوط ولایت در نکاح دائم. (سبزواری، بی تا: ج ۲۴، ص ۲۶۱، محقق حلی، کتاب نکاح، فصل سوم)

۶. قول ششم این است که پدر و دختر در ولایت شریک‌اند، جدّ در صورتی که دختر بالغه رشیده باشد ولایت ندارد بین پدر و جدّ فرق است؛ یعنی قبل از بلوغ هم پدر ولایت دارد هم جدّ، بعد از بلوغ فقط پدر ولایت دارد، جدّ ولایت ندارد.

۷. قول هفتم این است که کلّ واحد از دختر و آب یا جدّ مستقل‌اند؛ یعنی خود دختر می‌تواند بدون اذن پدر یا جدّ ازدواج کند، چه اینکه پدر یا جدّ هم می‌تواند بدون مشورت با دختر، او را به همسری کسی در بیاورند؛ و در موارد تراحم عقد پدر مقدم است. (شاهرودی، ۱۳۹۰ق: ج ۲، ص ۵۳)



۸. هشتمین قول در مسئله، توقف است که حل این مسائل پیچیده و روایات زیاد، دشوار بود. مرحوم آقا سید محمد کاظم در عروه فرمودند در اثر تشطط روایات و اقوال، مسئله مشکل است. ایشان به استقلال یا تشریک یا مشورت کردن، به هیچ کدام از اینها فتوا ندادند، فرمودند: «فلا یترک مراعاة الاحتیاط» به اینکه اذن هر دو باشد. (طباطبایی یزدی، بی تا: ج ۳، ص ۴۶۴) یعنی کیفیت جمع این همه روایات آسان نیست. به مراجع دیگر رجوع کنید.

۳. قائلین به قول استقلال دختر باکره رشید

قائلان به استقلال دختر معتقدند باکره رشیده می‌تواند مستقلاً اقدام به ازدواج کند و پدر و جد پدری، ولایتی بر او ندارند این قول از قرن چهارم تاکنون در بین فقها مطرح بوده است (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق: درس ۴۱۸، ص ۲) و فقهای بزرگی مثل شیخ مفید در احکام النساء (مفید، بی تا: ۳۶)، سید مرتضی در انتصار (۱۳۹۱ق: ص ۲۸۳) و (مروارید، بی تا، ج ۱۸، ص ۷۲، مساله ۱۵۰)، ابن حمزه (فاضل ابی، حسن بن ابیطالب، ۱۴۰۸ق: ج ۲، ص ۱۱۲)، سار (سار، ۱۴۱۴ق: ص ۱۴۸)، ابن ادریس (حلی، بی تا: ج ۲، ص ۵۶۱)، علامه حلی در چند کتاب؛ تذکره (۱۴۱۴ق: ص ۵۸۶)، قواعد (۱۴۱۳: ج ۳، ص ۱۴)، تحریر (۱۴۲۰: ج ۲، ص ۶)، تبصره (۱۴۱۱: ص ۱۳۴)، ارشاد (۱۴۱۰: ج ۲، ص ۷)، فخرالمحققین (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۹ق: ج ۳، ص ۱۲۹ و ۱۳۰)، فاضل (فاضل مقداد، بی تا: ج ۳، ص ۳۰)، شهید اول (شهید اول، ۱۳۷۴: ص ۱۸۴)، شهید ثانی (شهیدثانی، بی تا: ج ۵، ص ۱۱۶)، محقق کرکی (کرکی، ۱۴۱۵ق: ج ۱۲، ص ۱۲۳)، محقق حلی (محقق حلی، ۱۴۱۶ق: ج ۱، ص ۱۷۳)، فاضل مقداد (فاضل مقداد، بی تا: ج ۲، ص ۱۱۳)، مجلسی (محمدباقر، ۱۴۰۶ق: ج ۸، ص ۱۳۴)، فیض کاشانی (فیض کاشانی، بی تا: ج ۲، ص ۲۶۵)، صاحب جواهر (نجفی، ۱۳۷۴: ج ۲۹، ص ۱۷۴)، شیخ انصاری (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق: ص ۱۱۲)، صاحب ریاض (طباطبایی، ۱۴۰۴ق: ج ۱۱، ص ۸۳)، میرزای قمی (میرزای قمی، ۱۳۷۵: ج ۴، ص ۳۴۰، مساله ۱۶۶)، آیت الله سید عبدالهادی شیرازی (طباطبایی، بی تا: ج ۵، ص ۶۲۴)، آیت الله سید ابوالحسن اصفهانی (همان)، آقا ضیاء عراقی (همان)، میرزای نایینی (همان) قائل به این نظریه‌اند.



برخی فقهای عامه چون ابوحنیفه قائل به سقوط ولایت ولی و استقلال دختر در امر نکاح می باشند به شرطی که کفو خویش را پیدا کند. (ابن رشد، ۱۴۱۵ق: ج ۲، ص ۸/ ابن قدامه، بی تا: ج ۷، ص ۳۳۷/ جزیری، ۱۴۰۶: ج ۴، ص ۵۱)

قائلین به این قول دختر باکره رشیده را در امر ازدواج مستقل و ولایت ولی را ساقط می کنند و اجازه را شرط صحت نمی دانند و زعماء.

ب. ادله و مستندات

۱. آیات

آیه اول: «وَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (بقره/ ۲۳۲)

وجه استدلال به آیه می مذکور عمومیت «فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ» می باشد که سید مرتضی، (سیدمرتضی، ۱۴۱۷: ص ۳۲۲؛ همو، انتصار، ۱۳۹۱: ص ۱۲۰)، و صاحب جواهر (نجفی، ۱۳۷۴: ج ۲۹، ص ۱۷۵) برای استدلال بر قول استقلال دختر به آن استناد نموده اند.

آیه دوم: «وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (بقره/ ۲۳۴)

وجه استدلال، آیه «فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ» است که سید مرتضی (۱۴۱۷: ص ۳۲۱) ابن ادریس (بی تا: ج ۲، ص ۵۶۲) و صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۹، ص ۱۷۵) به آن استناد نموده و متذکر شده اند که خداوند فعل زن را بر او مباح نموده، بدون اینکه پدر و جد پدری را لحاظ کرده باشد و عقد را به خود زنان نسبت داده و از منع اولیاء نهی نکرده است (سید مرتضی، ۱۴۱۷: ص ۳۲۱)

همچنین از جمله افعالی که زنان نسبت به خودشان انجام می دهند عقد نکاح است زیرا خداوند



به تصریح این آیه آن را برای زن مباح کرده است و باحه در همه‌ی افعال عام است و شامل نکاح نیز می‌شود.

۲. روایات

روایات در این مورد زیاد است به یکی از آنها اشاره می‌کنیم و مابقی را ارجاع می‌دهیم. ابن عباس از پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) روایت کرده که حضرت فرمود:

«ولایت زن بی شوهر نسبت به خودش در امر نکاح از ولیش سزاوارتر است.» (سجستانی،

۱۴۱۵: ج ۲، ص ۲۳۲)

وجه استدلال به روایت مذکور «الایم» است که سید مرتضی (سید مرتضی، ۱۳۹۱: ص ۱۲۱) و صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۹/۱۷۷) به آن استناد نموده‌اند.

شهید ثانی می‌گوید: وجه دلالت روایت مزبور ابتدای آن است زیرا «ایم» در این خبر اشاره به زن بی همسر اعم از بکر و ثیب می‌کند. بکر با اینکه داخل در «ایم» بوده، لذا به خاطر یادآوری این نکته که سکوتش از جواب لفظی کفایت خواهد کرد دوباره ذکر شده است. (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۷، ص ۱۲۲)

ابوحنیفه نیز در روایاتی که برای استقلال زن در امر نکاح بیان نموده، روایت فوق را ذکر کرده است. البته حدیث تنها شامل جمله‌ی اول می‌باشد (سید سابق، بی تا: ج ۲، ص ۱۲۹) و روایت دیگری که به استقلال دختر اشاره می‌کند. (بیهقی، ۱۴۲۴ق: ج ۷، صص ۱۱۷-۱۱۸ / شهیدثانی، ۱۴۱۶ق: ج ۷، ص ۱۲۵ / طوسی، تهذیب، ۱۳۶۵: ج ۷، ص ۳۸ / علامه حلی، بی تا: ج ۷، ص ۱۱۶ / محقق کرکی، ۱۴۱۵: ج ۱۲، ص ۱۲۴ / نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۹، ص ۱۷۶)

۳. اجماع

اینکه یک عده قائل به اجماع شدند در حالیکه اجماعی در کار نیست، برای اینکه هم اقوال در مسئله متعدّد است و هم اگر اجماعی در مسئله فرض بشود، اجماع مدرکی است، زیرا نصوص فراوانی در مسئله هست.



بررسی روایات

در ادامه به بررسی روایات و کیفیت جمع‌بندی این روایات از نظر نص و ظاهر، اظهر و ظاهر، مطلق و مقید، عام و خاص و ترجیح‌های سندی یا ترجیح‌های جهت صدور و جمع‌بندی نهایی که کدام یک از این اقوال ختمه حق است، پرداخته می‌شود.

روایات مسئله دو طایفه‌اند، طایفه‌ای که دلالت بر استقلال آب و جدّ در ولایت می‌کنند که نزدیک به ۲۳ روایت است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق: کتاب نکاح، ۱۱۶) در مقابل این دسته روایت، روایت‌های دیگری هست که به اندازه‌ی طائفه‌ی اول نیست و در بین آنها دو روایت از نظر سند صحیح هستند و دلالت می‌کنند یا منطوقاً یا مفهوماً بر اینکه وقتی دختر بالغه شد و رشد کرد از تحت ولایت آب و جدّ خارج می‌شود، در جمع بین این دو طایفه از روایات، این هشت قول پیدا شده است.

طایفه اول: روایات دال بر ولایت مطلق پدر و جد

روایات دال بر استقلال آب و جد در ولایت از باب سوم وسائل جلد بیستم صفحه ۲۶۷ آغاز می‌شود.

«عَنْ حُمَيْدِ بْنِ زِيَادٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ فَضْلِ بْنِ عَبْدِ الْمَلِكِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ لَا تُسْتَأْمَرُ الْجَارِيَةُ الَّتِي بَيْنَ أَبْوَيْهَا إِذَا أَرَادَ أَبُوهَا أَنْ يُزَوِّجَهَا هُوَ أَنْظَرُ لَهَا وَ أَمَّا الثَّيِّبُ فَإِنَّهَا تُسْتَأْذَنُ وَ إِنْ كَانَتْ بَيْنَ أَبْوَيْهَا إِذَا أَرَادَا أَنْ يُزَوِّجَاهَا» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ۲۰/۲۷۰، ابواب عقد النکاح و اولیاء العقد، باب ۳، ح ۶)

این روایت بین ثیب و غیر ثیب فرق می‌گذارد، ولی میان بالغ و غیر بالغ فرقی نمی‌گذارد. اگر غیر ثیب (باکره) بالغ هم باشد تحت ولایت آب است، اگر ثیب بالغ باشد از ولایت خارج می‌شود.

«عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُعَلَّى بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ أَبَانَ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ أَبِي مَرْيَمَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَامُ): الْجَارِيَةُ الْبِكْرُ الَّتِي لَهَا أَبٌ لَا تَزَوَّجُ إِلَّا بِإِذْنِ أَبِيهَا وَ قَالَ إِذَا



كَانَتْ مَالِكَةً لِّأُمِّهَا تَزَوَّجَتْ مَتَى شَاءَتْ»؛

در فراز اول می‌فرماید دختر چه بالغ باشد چه غیر بالغ، ازدواجش باید با اذن پدرش باشد. (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ۲۰/۲۷۰، ح ۷) ولی در فراز دوم به قرینه روایت پیشین که ثبوت را معیار قرار داد؛ معلوم می‌شود که اگر دختر شوهر کرده بود و فعلاً ثیب هست و باکره نیست، او می‌تواند بدون اذن پدر همسر بگیرد.

عن أبي عبدالله (عليه السلام): «تَزَوَّجُ الْمَرْأَةُ مَنْ شَاءَتْ إِذَا كَانَتْ مَالِكَةً لِأُمِّهَا فَإِنْ شَاءَتْ جَعَلَتْ وَلِيًّا»؛ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۰، ص ۲۷۰، ح ۸)

این روایت حد را مشخص نکرده و می‌گوید: اگر زن مالک امر خودش باشد مستقل است، می‌تواند برای خودش هم ولی، وکیل و مانند آن قرار بدهد؛ اما این مشخص نیست که معیار مالکیت چه وقت است؟ و تا چه زمانی است؟ تا چه حدی است؟

«عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ، سَأَلَتْهُ عَنِ الْبِكْرِ إِذَا بَلَغَتْ مَبْلَغَ النِّسَاءِ»؛

یعنی حالا دیگر می‌تواند همسر بگیرد. «أَلْهَا مَعَ أَبِيهَا أَمْرٌ» با اینکه پدر دارد خودش می‌تواند اظهار نظر کند؟ «فَقَالَ لَيْسَ لَهَا مَعَ أَبِيهَا أَمْرٌ مَا لَمْ تُثَيِّبْ»؛ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ۲۰/۲۷۰، ح ۱۱) دختر باکره رشیده مادامی که ثیب و ثبوت پیدا نکند از باکره بودن نیافتد، مادامی که باکره است هیچ حقی ندارد. این همان است که استقلال أب را می‌رساند، برخلاف فتوای محقق که «سقوط الولایت» و استقلال خودش را می‌رساند. این «مَا لَمْ تُثَيِّبْ» که در روایت بود، درست نیست، بلکه «مَا لَمْ تُثَيِّبْ» هست؛ مادامی که ثیب نشود.

باب سوم، حدیث سوم و دوازدهم و چهاردهم و باب چهارم حدیث سوم و پنجم و باب ششم حدیث اول و دوم و سوم و پانزدهم و باب ششم حدیث پنجم و هفتم در همین معانی آمده‌اند که ولایت با بلوغ از بین نمی‌رود.



طائفه دوم: روایات دال بر عدم ولایت پدر و جد

برخی از روایاتی که به عنوان معارض روایات مثبتة ولایت پدر بر بالغه رشیده شناخته می‌شوند از نظر مرحوم خوئی اشکال سندی دارند. (خوئی، ۱۴۱۸ق: ۳۳/۲۱۲-۲۱۳) ولی روایات معتبر هم در این دسته زیاد است.

«بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْفُضَيْلِ بْنِ يَسَارٍ وَ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ وَ زُرَّارَةَ وَ بُرَيْدِ بْنِ مُعَاوِيَةَ كُلِّهِمْ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ الْمَرْأَةُ الَّتِي قَدْ مَلَكَتْ نَفْسَهَا غَيْرَ السَّغِيهِةِ وَ لَا الْمُؤَمَّلَى عَلَيْهَا تَزْوِجُهَا بِغَيْرِ وِلْيٍّ جَائِزٍ»؛ (حرعاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۰، ص ۲۶۷، ابواب نکاح و اولیاء عقد، باب ۳، ح ۱)

روایت می‌گوید: دختری که بالغ شده و خودش مسافرت می‌کند، خرید و فروش می‌کند، بدون اذن پدر! مسافرت می‌کند، رفت و آمد می‌کند، خرید و فروش می‌کند، برای خودش خانه می‌خرد، برای خودش لباس می‌خرد، «مَلَكَتْ نَفْسَهَا» بر او اطلاق می‌شود، او تحت ولایت کسی نیست، برای اینکه همه این امور را مستقلاً انجام می‌دهد، خودش می‌رود دانشگاه، خودش ثبت‌نام می‌کند، خودش زمین می‌خرد، خودش لباس می‌خرد، خودش مسافرت می‌کند، چنین زنی اگر بخواهد بدون اذن پدر ازدواج کند جایز است.

روایت نمی‌خواهد بگوید که: «مَلَكَتْ نَفْسَهَا فِي النِّكَاحِ»، بلکه می‌خواهد بگوید که «مَلَكَتْ نَفْسَهَا» در تحصیل، در سفر، در حضر، در خرید، در فروش، در تحصیل و اینها. چنین دختری اگر بخواهد ازدواج کند بدون اذن پدر جائز است، یعنی نافذ است.

«مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ مَخْبُوبٍ عَنِ الْعَبَّاسِ عَنِ صَفْوَانَ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ» که این روایت معتبر است؛ منتها در موثقه بودن و صحیح بودن بین اصحاب رجال اختلاف است.

«عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ تَسْتَأْمَرُ الْبِكْرَ وَ غَيْرَهَا وَ لَا تُنْكَحُ إِلَّا بِأَمْرِهَا»؛ (حرعاملی،



طبق این نقل اگر کسی خواست دختر باکره‌ای را به همسری بگیرد حتماً باید نظر او را جلب بکنند و او هرگز نکاح نمی‌شود مگر به امر خودش؛ این روایت بر استقلال باکره در امر ازدواج دلالت می‌کند.

«عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ الْعَبَّاسِ عَنِ سَعْدَانَ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ لَا بَأْسَ بِتَزْوِيجِ الْبِكْرِ إِذَا رَضِيََتْ بِغَيْرِ إِذْنِ أَبِيهَا»؛ (حرعاملی، ۱۴۰۹ق: ص ۲۸۴، باب ۹، ح ۴) معلوم می‌شود که او در ازدواج مستقل است. این هم شامل منقطع و دائم می‌شود و دلالت دارد بر اینکه این با بالغ شدن از تحت ولایت بیرون می‌آید

چگونگی جمع میان روایات

طائفه سوم از روایات درباره ی ثیب بوده و شاهد جمع میان دو طائفه متعارض سابق است. به عنوان مثال به دو نمونه از این روایات اشاره میشود

«عَنْ عَبْدِ الْخَالِقِ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الْمَرْأَةِ الثَّيِّبِ تَخَطَّبُ إِلَيَّ نَفْسَهَا، يَكُ زَنِيًّا أَمْ شَوْهَرًا كَرِهًا، حَالًا خَطْوَهُ كَرَدْنَهُ، أَوْ رَأَى بَرَاءً دِيكَرَ يَشْتَهِيهِ دَادَنَهُ، حَضْرَتُ فَرَمُودَ: هِيَ أَمْلَكُ بِنَفْسِهَا تُؤَلَّى مَنْ شَاءَتْ إِذَا كَانَ كُفُوًّا بَعْدَ أَنْ تَكُونَ قَدْ نَكَحَتْ زَوْجًا قَبْلَ ذَلِكَ»؛ (حرعاملی، ۱۴۰۹ق: باب سوم، ح ۲)

«عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ وَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ جَمِيعاً عَنْ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عُثْمَانَ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ فِي الْمَرْأَةِ الثَّيِّبِ تَخَطَّبُ إِلَيَّ نَفْسَهَا» حکمش چیست؟ یک زنی است شوهر کرده پدر دارد، جد دارد، الآن آمدند خطوه کردند و خواستگاری او آمده، او حتماً باید از پدر و جد پدری اذن بگیرد یا نه؟ «قَالَ هِيَ أَمْلَكُ بِنَفْسِهَا تُؤَلَّى أَمْرَهَا مَنْ شَاءَتْ إِذَا كَانَ كُفُوًّا بَعْدَ أَنْ تَكُونَ قَدْ نَكَحَتْ رَجُلًا قَبْلَهُ» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق: ص ۲۶۹، باب سوم، ح ۴) شما که می‌گویید ثیب است؛ یعنی قبلاً ازدواج کرده است، الآن دیگر تحت ولایت پدر و جد پدری نیست.



از این دو روایت استفاده می‌شود زنی که قبلاً ازدواج کرده دیگر تحت سرپرستی و ولایت کسی نیست.

اگر این دو روایت را شاهد جمع آن دو طائفه قرار دهیم در حقیقت در ماده تصرف شده و اطلاعات تعبیر در روایات بر دختر باکره حمل می‌شود اطلاقاتی که دلالت داشت که دختر تحت ولایت ولی است همچنان به اطلاقتشان باقی می‌مانند و روایات معارض آنها که تعبیر ملکیت نفسها داشتند بر ثیب حمل می‌شوند در نتیجه دختر بالغ رشیده تحت ولایت ولی باقی می‌ماند.

اما اگر در هیئت تصرف کنیم به ناچار خواهیم گفت لزومی ندارد دختر باکره بالغ و رشید برای ازدواج از پدر و جد اذن بگیرد بلکه اخذ اجازه از پدر و جد صرفاً مستحب است. (طباطبایی یزدی، بی تا: ۵/۶۲۴)

گرچه در مقام جمع بین «مطلق و مقید» یا میان «دو عنوان»، «تصرف در ماده» از «تصرف در هیئت» و حمل بر استحباب، اولی است؛ ولی در این مقام خصیصه‌ای است که به ناچار باید در هیئت، تصرف کنیم (انصاری، ۱۴۱۵: صص ۱۲۰-۱۲۳)

آن خصیصه این است که روایاتی را که به طور مطلق برای پدر و جد ولایت قائلند، خصوص ازدواج دختر بالغ رشید باکره بر «استحباب استیذان از ولی» حمل می‌کنیم، به دلیل وجود روایاتی که وی را در امر ازدواج مستقل شمرده و در خصوص دیگران بر «وجوب استیذان» تأکید شده است؛ زیرا تقیید روایات مطلق و اختصاص آنها به دختر بالغ رشید باکره و اخراج ثیب از تحت آنها در حقیقت طرح کردن و کنار نهادن روایات فراوان است نه جمع روایات متعارض چرا که روایات متعدد قابل تقیید نیستند این محذور سبب میشود که به جای تصرف در ماده در هیئت تصرف کنیم و استیذان را حمل بر استحباب کنیم. (محقق حلی، ۱۴۰۸: ج ۲، ص ۲۲۰)

بررسی نظرات دیگر

از میان نظرات موجود در مساله نظریه استمرار ولایت تا بعد از بلوغ و رشد تام نیست همچنین نظریه تفصیل میان عقد موقت و عقد منقطع نیز تام نیست. این نظریه می‌گوید عقد موقت بدون اذن پدر جایز است، ولی عقد دائم ممنوع است. شیخ انصاری می‌گوید اگر در عقد موقت اذن پدر



لازم نباشد در عقد دائم هم یقیناً اذن لازم نیست. کدام غیرت اجازه می‌دهد که دختر بالغ باکره برای عقد موقت آزاد باشد، اما برای عقد دائم آزاد نبوده و نیازمند اذن پدر باشد؟! (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۱۲۲) این نوع جمع نه با غیرت سازگار است نه با عرف و نه با بنای عقلا، در حالیکه جمع باید عرفی باشد.

نظریه تفصیل بین پدر و جد هم تام نیست زیرا روایاتی که درباره‌ی جد بود، ولایت جد را اولی از ولایت پدر می‌دانستند. چگونه می‌شود این روایت مثبت را بر ولایت پدر و روایت نافی را بر ولایت جد حمل کرد؟!

اما در میان نظریات، نظریه‌ی تشکیم فی الجملة تام است به این معنا که دختر بالغ رشید باکره برای ازدواج خود مستقل است ولی احتیاط آن است که از پدر اذن بگیرد و چون احتیاط است و نه فتوا، موارد آن فرق دارد.

در جوامع عشائری نوعاً پدرسالارانه است و ازدواج بدون اذن پدر لکه ننگ به شمار می‌رود؛ قائل به تشریک شده یا احتیاط واجب تشریک می‌باشد؛ اما جامعه‌ای که جوانان دانشگاهی دارد دختر رشید بالغ باکره، باهوش و درایت تحصیل می‌کند تنها احترام خانوادگی ایجاب می‌کند که از پدر اذن بگیرد. این حکم ظاهراً حکم تکلیفی است نه وضعی.

نظر دیگر این است که روایات را بر شرکت حمل کنیم این شرکت گاه به فتوا است که یکی از اقوال هفتگانه بود که این افراد اطلاق روایات بیست و سه گانه را مقدم داشتند پس روایاتی که می‌گوید دختر وقتی بالغ شد صاحب امر خودش است تشریک در فتوا می‌شود. یا حمل بر شرکت به احتیاط لزومی که در این صورت فتوا نمی‌دهند بلکه احتیاط وجوبی می‌کنند.

نحوه جمعشان این گونه است که روایات معارض را مقدم داشتند و اطلاقات روایات بیست و سه گانه را مرجوح دانستند یا حمل بر شرکت به احتیاط استجابی است مثل مرحوم آقای نائینی و مثل مرحوم آقا ضیاء (رضوان الله علیه) و این گونه از افراد تشریک استجابی دارند؛ یعنی مستحب است که پدر شرکت کند و دختر از پدر اذن بگیرد، احتیاط استجابی می‌کنند.

به روایات معارض عمل کردند و آن اطلاقات را حمل بر استحاب کردند. طبق این حمل، سه



قول گفته شده است: استقلال، احتیاط وجوبی و احتیاط استحبابی. در جریان احتیاط، منظور حکم تکلیفی است نه حکم وضعی ممکن است در نحوه احتیاطها هم گذشته از حکم تکلیفی، حکم وضعی را هم لازم بدانند؛ یعنی لازم است وضعاً که اگر این کار را نکردند دوباره باید عقد بخوانند؛ ولی ظاهراً احتیاط همان حکم تکلیفی است نه حکم وضعی.

بسیاری از این بزرگان با اینکه نظر علمی‌شان مثل مرحوم محقق است که بنابر فتوا در جاریه رشیده، نه پدر ولایت دارد و نه جدّ (محقق حلّی، ۱۴۰۸ق: ج ۲، ص ۲۲) ولی فرمودند که «أحوط الاقوال» این است که اذن بگیرد.

مرحوم شهید بعد از هفده صفحه و نصف سرانجام نتوانستند فتوا بدهند و گفتند احتیاط باید کرد. (شهیدثانی، ۱۴۱۶: ج ۷، ص ۱۴۱)

چه اینکه مرحوم سیدمحمد کاظم احتیاط کرده است که حتماً اذن پدر، اذن جدّ، لازم است. (طباطبایی یزدی، بی تا: ج ۵، صص ۶۲۳ و ۶۲۴)

مرحوم شیخ هم در شرح ارشاد علامه به عنوان کتاب نکاح هم همین حرف را دارد که درست است که ما از نظر روایات بررسی کردیم، دیدیم که اگر دختر بالغه رشیده باشد، تحت ولایت پدر نیست؛ اما أحوط این است که از پدر اذن بگیرند. (انصاری، ۱۴۱۵: صص ۱۱۶ و ۱۱۷)

چرا که ناموس از آن خداست برای کسی نیست، انسان در مسئله ناموس «امین الله» است؛ لذا اگر مال کسی را بردند و او رضایت داد حلّ است؛ اگر کسی را کشتند و ولیّ دم رضایت داد حلّ است؛ اما اگر تجاوز به عنف شد، هیچ کسی نمی‌تواند رضایت بدهد؛ شوهر رضایت بدهد، پدر رضایت بدهد، پسر رضایت بدهد، برادر رضایت بدهد، ناموس از آن آنها نیست تا رضایت بدهند، این پرونده همچنان باز است و آن شخص متجاوز محکوم به اعدام است، چون ناموس از آن کسی نیست، ناموس زن حق الله است و به عنوان امانت داده شده است؛ مثل خون نیست که اگر ولیّ دم رضایت داد مسئله حلّ است، خواست چیزی بگیرد خواست چیزی نگیرد حلّ است، چون حق اوست؛ ناموس جزء حدود است.

در علم اصول بجز بحث قطع و برائت عقلی که فتوای عقل است در بقیه ی مباحث، ابزار کار



بنای عقلا است که عقل مدیریت بنای عقلا را به دست میگیرد و اصول را بیرون میدهد. فرق بین عقل و بنای عقلا را بیان می‌کنیم. سپس پاسخ آن را می‌دهیم.

عقل از سنخ علم و استدلال است و حجت را با خود دارد، مثل حجیت قطع، عدم امکان اجتماع امر و نهی؛ اما بنای عقلا از سنخ فعل و کار است. ولی بنای «عقلا» فعل و کار است و حجت نیست، مگر اینکه به امضای شارع برسد،

چون در محیط علوم عقلیه عام و خاص، مطلق و مقید و ظاهر و اظهر و اینها را نداریم؛ اگر گفتیم عام و خاص یکی نقیض دیگری است، یک باطل است یقیناً؛ یعنی موجه کلیه نقیض سالبه جزئی است، سالبه جزئی نقیض موجه کلیه است؛ مثلاً هرگز نمیگوییم دو دوتا چهارتا است الا در فلان جا، چون همه مسائل ریاضی از سنخ دو دوتا چهارتا است؛ یعنی محمول، محمول؛ یعنی محمول ضروری ذاتی موضوع است؛ ذاتی بودن غیر از بدیهی بودن و ضروری بودن است؛ ممکن است یک محمولی ذاتی موضع باشد و نظری و پیچیده باشد. ذاتی؛ یعنی محمول از موضوع جدا نمی‌شود، این معنای ذاتی بودن است،

و در محیط فقه و اصول و علوم نقلی، محیط قانون گذاری، عقل فتوا می‌دهد که به هیچ وجه بنای عقلا حجت نیست ان را در مرآی شارع قرار می‌دهد، اگر شارع ساکت بود یا روش و منش شارع این گونه بوده است اینها را جمع بندی می‌کند و می‌گوید «ظاهر» حجت است، «اظهر بر ظاهر» مقدم است، «نص بر ظاهر» مقدم است، مفهوم داریم، منطوق داریم، در محیط قانون گذاری عام و خاص داریم، در محیط قانون گذاری مطلق و مقید داریم.

در مساله ولایت پدر یا جد بر نکاح باکره رشیده نیز در واقع بر مبنای بنای عقلا حکم تکلیفی را صادر می‌کنیم، اینکه حکم کردند عده‌ای به احتیاط مبنی بر اینکه اذن پدر را نیز بگیرد از جهت بنای عقلاست چون احتیاط در علوم عقلی راه ندارد. علوم عقلی صفر و صدی هستند یا هست نیست.

ولی اینکه عقد صحیح است یا صحیح نیست اگر اذن پدر را نگیرد این حکم وضعی است؛ زیرا قضیه‌ای که مربوط به جهان خارج است امر آن دائر بین نفی و اثبات است مثل علم فلسفه، کلام،



فیزیک، ریاضی، اصول و فقه در احکام وضعی مثل حلال و حرام، صحت و بطلان و جایز و ... از بود و نبود خبر می‌دهند، جهتش همین سه جهت معروف است: ضرورت و امکان و امتناع. بعد اینها ترکیب می‌شود، ضرورت چند قسم دارد، امکان چند قسم دارد، امتناع چند قسم دارد؛ در هیچ قضیه علمی مستحب و مکروه نداریم، یا هست یا نیست. لذا جا برای احتیاط نیست، عقد یا لازم است یا جایز، دیگر احتیاط ندارد. این شیء یا نجس است یا نیست.

اما قضیه‌ای که مربوط به افعال مکلف است باید و نباید است نه بود و نبود، مثل اخلاق و احکام تکلیفی در علم فقه که در فلسفه و کلام و فیزیک و ریاضی و اصول نیست، جهت قضیه پنج‌تاست: یکی ضرورت است که همان وجوب است، یکی امتناع است که همان حرمت است، یکی اباحه است که همان امکان است، یکی اینکه خوب است باشد می‌شود استحباب؛ یکی اینکه خوب است نباشد یا بد است که باشد می‌شود کراهت.

پس احوط الاقوال که می‌گویند این احتیاط در حکم وضعی راه ندارد، فقط در حکم تکلیفی است. حکم وضعی اصلاً احتیاط بردار نیست، وقتی گفتند اشتغال یا احتیاط؛ یعنی ذمه او مشغول است. وقتی گفتند احتیاط؛ یعنی این کار را باید انجام بدهد، حالا این کار یا فقط شبهه تکلیفی است یا شبهه ی موضوعی. یعنی اگر دختر اجازه نگرفت این طور نیست که این عقد باطل باشد، یک خلافی کرده است، حداکثر معصیت کرده است، این طور نیست عقد باطل باشد.

در عقد، جا برای احتیاط نیست، این عقد، یا صحیح است یا فاسد؛ چون عقد به بود و نبود برمی‌گردد، نه باید و نباید، اما احوط این است؛ یعنی احتیاط این است که آدم این کار را نکند؛ اما اگر این کار را کرد، این کار صحیح است. جا برای احتیاط در احکام وضعی نداریم. چیزی که به باید و نباید برمی‌گردد؛ یعنی به فعل مکلف، آنجا جا برای احتیاط هست، برای استحباب هست، برای کراهت هست و مانند آن.

د. اصل عملی در باب ولایت ولی بر ازدواج بکر رشید

اگر فحص کردیم ولی یا دلیل نبود یا در اثر اینکه معارض بوده از کار افتادند، اصلاً روایت معتبری وجود نداشت یا اگر وجود داشت در اثر معارضه از کار افتاد، ما چه بکنیم؟ اصل اولی نفی



ولایت است، کسی ولیّ کسی نیست انسان آزاد خلق شد، بر اساس توحید هیچ کسی بر او حق ندارد، مگر آفریدگار او و جانشینان و خلفای آفریدگار؛ مَنْ كُنْتُ مَوْلَاهُ فَهَذَا عَلَيَّ مَوْلَاهُ (کلینی، ۱۳۵۰: ۱/۴۲۰) مولا شده و ولایت پیدا کرده است.

در جریان ولایت نسبی که پدر و جدّ پدری ولایت دارند، به وسیله‌ی دلیل خارج شده از اصل اولی؛ مربوط به زمانی است که فرد نابالغ است اما بعد از بلوغ، اصل اولی حاکم است که اصل عدم ولایت است. آیا بعد از بلوغ، ولایت استمرار دارد یا خیر؟ چند اصل و چند قاعده مطرح است.

۱. اصل استصحاب

اولین اصل قابل فرض، استصحاب ولایت است. فرد قبل از اینکه بالغ بشود تحت ولایت پدر و جدّ پدری بود، الآن که بالغ شد نمی‌دانیم از تحت ولایت خارج شد یا نه؟ ولایت را استصحاب می‌کنیم.

۲. اصل عدم شرطیت

دومین اصل قابل فرض اصل عدم شرطیت اذن پدر بعد از بلوغ است. اگر شک کنیم که در عقد ازدواج دختر بالغ رشید و باکره افزون بر شرایطی مثل ایجاب، قبول، ترتّب و موالات و مانند آن، آیا اذن پدر یا جدّ پدری هم شرط است یا نه؟ قبل از بلوغ اذن پدر شرط بود، بعد از بلوغ نمی‌دانیم شرط است یا نه؟ شک در شرطیت شیء زائد است که با اصل عدم شرطیت برطرف می‌شود؛

شک در شرط زائد به منزله شک در اصل شرط است؛ چه اینکه شک در زیاده هم به منزله شک در اصل شرط است. تا زمان بلوغ یقیناً مشروط بود به اذن پدر یا جدّ پدری، بعد از آن مشکوک است! شک در اقل و اکثر است که اکثر را نفی می‌کند

بنابراین مقتضای استصحاب و اصل عدم شرطیت، نفی شرطیت اذن پدر و جدّ پدری برای صحت عقد دختر بالغ رشید باکره است.



دیدگاه صاحب جواهر

مرحوم صاحب جواهر قائل به عدم جریان استصحاب هستند، زیرا موضوع فرق کرده است، شخص قبلاً بالغ نبوده و الآن بالغ هست، بالغ و نابالغ در فضای عرف دو عنوان است، دو موضوع است پس دو حکم دارند. لذا استصحاب جاری نیست و اصل عدم شرطیت جاری می‌شود. (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۹/۱۷۵)

دیدگاه شیخ انصاری

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید: استصحاب جاری نیست، نه برای اینکه چون موضوع فرق کرده استصحاب جاری نیست، اگر موضوع هم فرق نکرده باشد، باز استصحاب جاری نبود، برای اینکه در نفی بقیه‌ی شرایط به اصل عدم شرط تمسک نمی‌کنیم، بلکه به اطلاق و عموم اصالة اللزوم آیه «وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده/۱) که یک اصل لفظی است، تمسک می‌کنیم. در شرط بودن اذن و اجازه‌ی پدر و جد پدری برای ازدواج دختر نابالغ نص خاص داریم که نمی‌شود به عموم آیه تمسک کرد.

نتیجه بحث

نکاح از یک جهت نظیر بیع و اجاره است اینکه هر دو جزء امضائات شارع است نه جزء تأسیسات شارع؛ لذا از این جهت با صوم و صلوات فرق دارد. چون جزء امضائات شارع است. عقل می‌تواند مصالحی را که خود شارع به آن مصالح اهمیت می‌دهد کشف کند؛ اما در حریم نماز و روزه و امثال آن و مثل حج که طواف باید هفت شوط باشد نه کمتر و نه بیشتر، اینها امور تعبیدی است که عقل راه ندارد جز اطاعت. به همین دلیل است که عقل با توجه به روایات حکم می‌کند به سقوط ولایت پدر بر نکاح رشیده باکره و مرحوم محقق فرمود مطلقاً ولایت پدر و جد ساقط است.

عده‌ی زیادی با توجه به اهمیت مساله قائل به این شدند که احتیاط آن است که دختر باکره اذن ولی خود را هم بگیرد که این بر طبق بنای عقلاً کاملاً قابل توجیه است.



منابع و مأخذ

قرآن کریم

قانون مدنی

۱. انصاری، مرتضی، محمدبن امین، کتاب النکاح، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
۲. ابن ادریس، حلی محمد، السرائر، قم، موسسه النشر الاسلامی، بی تا
۳. ابن حمزه، طوسی ابو جعفر، الوسیله الی نیل الفضیله، قم، مکتبه السید المرعشی النجفی، ۱۴۰۸ق.
۴. ابن رشد، الحفید احمد بن محمد، بدایه المجتهد و نهایه المقصد، بی جا، دارالفکر، ۱۴۱۵
۵. ابن زهره، حلبی، حمزه بن علی، غنیه النزوع فی الفروع، قم، موسسه الامام الصادق، ۱۴۱۷
۶. ابن قدامه، عبدالله، المغنی، بیروت، دارالکتاب العربی، بی تا
۷. ابوصلاح، حلبی، الکافی فی الفقه، مکتبه الامیرالمومنین، اصفهان، ۱۴۰۳ق
۸. ابوجیب سعدی القاموس الفقھی لغه و اصطلاحاً، دمشق، دارالفکر دمشق ۱۴۰۸
۹. بحرانی، یوسف، حدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، قم، موسسه النشر الاسلامی، بی تا
۱۰. بیهقی، احمد بن حسین، السنن الکبری، لبنان - بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۴ق.
۱۱. جزری، ابن اثیر مبارک بن محمد، جامع الاصول فی احادیث الرسول، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۷ق.
۱۲. جزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۶
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق خانواده، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶
۱۴. حرعاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعہ، قم، موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۹ق.
۱۵. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکره الفقهاء، قم، موسسه آل البيت ۱۴۱۴ق
۱۶. -----، نهایه الاحکام فی معرفه الاحکام، قم،

موسسه آل البيت، ۱۴۱۹



۱۷.، مختلف الشیعه فی الاحکام الشریعه، قم، چاپ دوم، مرکز نشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی ۱۴۱۳ق.
۱۸.، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
۱۹.، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم، جامعه المدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳
۲۰.، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه قم، موسسه امام صادق، ۱۴۲۰ق.
۲۱.، ارشاد الازهان الی احکام الایمان، فارس حسون، قم، جامعه مدرسین ۱۴۱۰ق
۲۲.، تبصره المتعلمین فی احکام الدین، تهران، موسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ فقیه ۱۴۱۱
۲۳. خوئی، سید ابوالقاسم موسوی، کتاب النکاح، قم، لطفی، ۱۴۰۷.
۲۴. سیزواری، ملاهادی، کفایه الاحکام، اصفهان، مدرسه صدر مهدوی، بی تا
۲۵. سجستانی، سلیمان بن اشعث، سنن ابی داوود، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۵ق
۲۶. سلار، ابویعلی حمزه بن عبدالعزیز دیلمی، المراسم العلویه فی احکام النبویه، قم، المعاونیه الثقافیه للجمع العالمی لاهل البیت، ۱۴۱۴ق.
۲۷. سید سابق، فقه السنه، بیروت، دارالکتاب العربی، بی تا
۲۸. سید مرتضی، علی بن الحسین موسوی بغدادی، الانتصار، قم، نشورات الشریف الرضی، ۱۳۹۱ق
۲۹.، مسائل الناصریات، رابطه الثقافه و العلاقات، تهران، الاسلامیه، ۱۴۱۷ق.
۳۰. شافعی محمد بن ادريس، الام، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۰
۳۱. شبیری زنجانی، سید موسی، کتاب نکاح، قم، موسسه پژوهشی رای پرداز، ۱۴۱۹ق.
۳۲. شاهرودی، محمود، توضیح المسائل، تهران، اسلامیه، ۱۳۹۰ ق
۳۳. شهید اول، محمد بن جمال الدین، اللمعه دمشقیه، قم، موسسه دارالفکر، ۱۳۷۴
۳۴. شهید ثانی زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، بی جا، موسسه معارف الاسلامیه، ۱۴۱۶ق
۳۵. شیخ الاسلامی، اسعد، احوال شخصییه، نشر دانشگاه تهران، ۱۳۷۰



۳۶. شهیدثانی، زین الدین بن علی، الروضه اللبیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، قم، منشورات جامعه النجف، بی تا
۳۷. صدوق، محمدبن علی ابن بابویه قمی، من لایحضره الفقیه، بیروت، ۱۴۰۱ق.
۳۸. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، العروه الوثقی، بیروت، موسسه الاعلمی للمطبوعات بی تا
۳۹. طباطبایی، علی، ریاض، المسائل فی بیان الاحکام بالدلیل، قم، موسسه آل البيت، ۱۴۰۴ق
۴۰. طوسی ابوجعفر محمدبن الحسن، تهذیب الاحکام، تحقیق: سید حسن موسوی خراسان، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵
۴۱.، خلاف، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
۴۲.، تبیان فی تفسیر القرآن، احمد حبیب قصر العاملی، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، بی تا.
۴۳.، المبسوط فی الفقه الامامیه، مکتبه المرتضویه بی جا، بی تا
۴۴.، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، قم، قدس محمدی، بی تا
۴۵. عاملی، محمد، نهایه المرام، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳ق.
۴۶. عراقی، / آقاضیاء الدین، حاشیه العروه الوثقی، بی جا، بی تا.
۴۷. فاضل مقداد، جمال الدین مقداد، کنزالعرفان، المکتب المرتضویه، تهران، لاحیاء الآثار الجعفریه، بی تا
۴۸. فاضل آبی، حسن بن ابیطالب یوسفی، کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، بی تا.
۴۹. حلّی، فخرالمحققین حلّی محمدبن حسن، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القوائد، قم، لمطبعه العلمیه، ۱۳۸۹ق.
۵۰. فیض کاشانی، محمدبن شاه مرتضی، مفاتیح الشرائع، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، بی تا.
۵۱. کرکی، علی بن الحسین، جامع المقاصد، موسسه آل البيت لاحیاء التراث، قم، ۱۴۱۵ق.
۵۲. کلینی، محمدبن یعقوب، الکافی، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۵۰ق.



۵۳. مجلسی، محمدباقر، ملاذالاکخیار فی فهم تهذیب الاخبار، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی ۱۴۰۶ق.
۵۴. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الاسلام، ایران-قم، چاپ دوم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
۵۵. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، المختصر النافع، مرکز الطباعة و النشر فی موسسه البعته، قم، ۱۴۱۶ق.
۵۶. مروارید، علی اصغر، سلسله ینابیع الفقہیہ، بیروت، موسسه فقه الشیعہ، بی تا.
۵۷. مغنیه، محمدجواد، الفقه علی المذاهب الخمسه، بیروت، کانون الثانی، ۱۴۰۲ق.
۵۸. مفید، ابو عبدالله محمد بن نعمان، مقنعه، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۰۲ق.
۵۹. موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، قم، دارالکتب العلمیه، بی تا.
۶۰. میرزای قمی، ابوالقاسم، جامع الشتات، تصحیح مرتضی رضوی، تهران، انتشارات کیهان، ۱۳۷۵ق.
۶۱. نایینی، محمدحسین، فوائداصول، تهران، موسسه نصر، بی تا.
۶۲. نجفی، محمد بن حسن، جواهرالکلام فی شرایع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
۶۳. نراقی، احمد، مستند الشیعہ، مشهد، موسسه آل البيت، ۱۴۱۹ق.

