

احوال شخصیه در مکاتب فقه اسلامی*

ادامه مبحث ازدواج (بخش چهارم)

عباس منتهایی**

۱ - ولایت

۲ - صغر و جنون و سفه گاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۳ - ترتیب اولیاء

۴ - هم کفو بودن



ثروءشكاه علوم انسانی ومطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی

احوال شخصیه در مکاتب فقه اسلامی

(ادامه مبحث ازدواج)

«ولایت»^۱

ولایت در ازدواج، سلطنت شرعی است که قرار داده شده برای شخصی که کامل است بر مولی علیه؛ به علت نقصی که در اوست. درباره ولایت از چند جهت لازم است بحث شود:

بالغه رشیده

شافعیان، مالکیان و حنبلیان معتقدند که ولی بر ازدواج دختر بالغه باکره رشیده ولایت دارد، اما اگر باکره نباشد - که در اصطلاح آن را «تیب» می‌گویند - هم پدر ولایت دارد و هم دختر و هیچ کدام به تنهایی ولایت در ازدواج ندارند. بنابراین، «ولی» باید انشاء عقد کند و انشاء عقد از طرف زن پذیرفته نیست. هر چند رضایت او لازم است.

حنفیان می‌گویند: هر زن بالغه عاقله‌ای می‌تواند به اختیار خود، به تنهایی و بدون

۱. ولایت عبارت است از نمایندگی قهری یا قانونی پاره‌ای از اشخاص نسبت به کسانی که به علت ضعف دماغ یا اعسار، امور مدنی آنها کلاً یا بعضاً به دست آن نماینده اداره می‌شود مانند پدر و جد و وصی منصوب از طرف آنان و قیم و مدیر تصفیه یا اداره تصفیه و بستانکاران معسر (ماده ۱۱۹۴ - ۱۲۱۸ قانون مدنی و ماده ۴۱۸ قانون تجارت) ولایت به معنی اخیر را ولایت به معنی عام نامند که از فحوای ماده ۱۱۹۴ قانون مدنی دانسته می‌شود. در مقابل ولایت پدر و جد و وصی منصوب از طرف آنان (که ولی خاص هستند و ولایت آنان، ولایت به معنی خاص است) می‌باشد.

مراجعه به ولی ازدواج کند و عقد را خودش انشاء نماید، خواه «بکر» باشد و یا «ثیب»؛ و احدی بر او ولایت و حق اعتراض ندارد به شرط آنکه شوهری را که با او هم کفو است اختیار نماید و نباید مهریه‌اش هم از «مهرالمثل» کمتر باشد. و اگر با غیر «هم کفو» ازدواج بکند «ولی» حق دارد که اعتراض بکند و از قاضی فسخ نکاح را بخواهد و اگر هم کفو باشد اما مهریه‌اش کمتر از مهرالمثل باشد، در صورتی که زوج مهرالمثل را کامل نگرداند، ولی می‌تواند از قاضی تقاضای فسخ نکاح نماید. و بیشتر فقهای امامیه معتقدند که بالغة رشیده، خواه باکره باشد یا نه، مالک نفس خود می‌باشد و تمام تصرفات وی از عقود و غیر عقود، حتی ازدواج نافذ است و می‌تواند خود را به دیگری عقد نماید و برای دیگری عقد کند مباشرتاً و وکالتاً و ایجاباً و قبولاً، خواه پدر یا جد پدری و یا غیر از آنان از عقبه داشته باشد یا نه، و خواه پدر راضی باشد یا نه، و خواه از خانواده‌های بالا باشد یا پائین، و خواه ازدواج به شریفی نماید و یا «وضیعی»، و هیچ کس - هر کس که می‌خواهد باشد - حق اعتراض بر او را ندارد، و او به طور کلی مانند مرد است و هیچ فرقی با مرد ندارد. و فقهای امامیه استناد به قرآن و حدیث کرده‌اند^۱ و قرآن مجید می‌فرماید: «... فلا تعضلوهُنَّ ان ینکحن ازواجهن...»^۲ یعنی: آنان را از نکاح با شوهرانشان منع نکنید. و حدیثی را ابن عباس از رسول اکرم (ص) نقل کرده که فرموده است: «الایمَّ اَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا»، یعنی دختر و زن جوان ولایتش بر خودش اَحَقُّ از ولایت ولیش بر او است و «ایم» کسی را می‌گویند که همسر نداشته باشد، خواه مرد باشد یا زن، بکر باشد و یا ثیب، مضافاً به حکم عقل - که حکم می‌کند - عقل هر عاقلی به اینکه هر انسانی، آزادی کامل در تصمیم‌گیریهایش دارد و هیچ کس غیر از خودش سلطنتی بر او ندارد قریب باشد یا بعید

۱. ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی در این خصوص مقرر داشته:

«نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر یا جد پدری اوست و هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد به او شوهر کند و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده، به دادگاه مدنی خاص مراجعه و به توسط دادگاه مزبور مراتب به پدر یا جد پدری اطلاع داده شود، و بعد از ۱۵ روز از تاریخ اطلاع و عدم پاسخ موجه از طرف ولی، دادگاه مزبور می‌تواند اجازه نکاح را صادر نماید.» (اصلاحی ۶۱/۱۰/۸)

۲. قرآن کریم، سوره مبارکه بقره، آیه شریفه ۲۳۲.

و چقدر «ابن القیم» خوب گفته است که: «چگونه جایز است پدر دخترش را بدون رضایتش به هرکس که دلش می‌خواهد ازدواج کند، با اینکه خود دختر از او کراهت دارد و مع ذلک پدر او را قهراً به ازدواج با آن مرد درآورد و دخترش را اسیر او سازد»^۱.

صیغر و جنون و سفه

همه فقهاء معتقدند که «ولی» می‌تواند فرزند صغیر و صغیره و مجنون و مجنونه خود را ازدواج نماید ولیکن شافعیان و حنبلیان فقط آن را اختصاص به پدر داده‌اند و حنفیان ولایت را برای کلیه بستگان پدری مانند عمو و برادر قائل هستند و حنفیان و امامیه و

۱. آنچه لازم است در تکمیل این بحث اضافه شود این است که در فقه شیعه، در اینکه پدر و جد پدری بر بالغه غیر باکره هیچ‌گونه ولایتی ندارد و نکاح چنین دختری بسته به اراده خود اوست اختلافی بین فقهاء نیست اما در خصوص دختر بالغه باکره اختلاف نظر وجود دارد. عمده نظرات فقهاء در این باب به شرح زیر است:

الف) ولایت از حین بلوغ ساقط می‌گردد و اختیار نکاح مطلقاً در دست خود دختر است، و انجام عقد هیچ‌گونه نیازی به اجازه پدر و جد پدری ندارد. گروهی از قدما و متأخرین از جمله شیخ طوسی در تبیان، سید مرتضی، ابن جنید و ابن ادریس بر این نظرند.

ب) مادامی که دختر باکره است ولایت پدر و یا جد پدری همچنان استمرار دارد، و حتی آنها می‌توانند بدون کسب موافقت دختر او را به نکاح درآورند. جمعی از فقهاء و از جمله شیخ طوسی در «النهایه» و شیخ صدوق بر این قولند.

ج) ولایت میان دختر و ولی او مشترک است، یعنی هر یک می‌توانند با موافقت دیگری اقدام به نکاح بنمایند، و چنانچه هر یک به تنهایی اقدام نمودند، نکاح صحیح و نفوذ آن موقوف به اجازه دیگری است که پس از اجازه، از زمان عقد تنفیذ می‌گردد. شیخ مفید در کتاب «المقنعه» و نیز «ابی الصلاح» و بسیاری از فقهاء بر این عقیده‌اند.

بدیهی است اختلاف نظر فقهاء ناشی از اختلاف روایات واصله در این زمینه است. روی این اصل بسیاری از فقهاء از متقدمین و متأخرین با توجه به اینکه موضوع از مسائل مهم بوده و استنباط قاطع از روایات وارده مشکل است، برای رعایت جانب احتیاط نظریه سوم را اختیار نموده‌اند. از فقهای معاصر کسانی نیز قائل به احتیاط شده‌اند، امام خمینی (ره) در این مقام می‌گویند: «احتیاط، استیذان از ولی است». (محقق داماد سید مصطفی، حقوق خانواده، ص ۵۳ به نقل از تحریر الوسیلة، ج ۲ ص ۲۵۴).

قانون مدنی نیز در ماده ۱۰۴۳ چنین نظریه‌ای را اتخاذ نموده و نکاح دختری را که هنوز شوهر نکرده، منوط به اذن پدر یا جد پدری دانسته است. بنابراین، چنانکه گفته شد، اگر ازدواج بدون اجازه ولی انجام گیرد، نکاح غیر نافذ بوده و پس از صدور اجازه از زمان عقد تنفیذ می‌گردد.

شافعیه عقد ازدواج را از سفیه صحیح نمی‌دانند مگر با اذن ولّیتش؛ ولی مالکیان و حنبلیان ازدواج سفیه را صحیح می‌دانند و اذن ولی را شرط نمی‌دانند. چنانکه علامه در تذکره، جلد ۲ و صاحب کتاب مغنی در جلد ۴ در باب «حجر» ذکر کرده‌اند. و به هر حال از نظر فقهای امامیه چنین ازدواجی که برای صغیر و صغیره از طرف ولی صورت می‌گیرد، پس از بلوغ آنان قابلیت فسخ را دارد.^۱

ترتیب اولیاء

حنفیان معتقدند که اگر زنی فرزندی داشته باشد، فرزند او ولی اوست، در صورتی که آن پسر بالغ باشد؛ و اگر پسر نداشته باشد، پسر پسرش، و اگر پسر پسر نداشته باشد پدرش، و اگر پدر نداشته باشد جد پدری وی، و اگر جد پدری نداشته باشد برادر پدر و مادری وی (برادر ابوینی)، و اگر برادر پدر و مادری نداشته باشد برادر پدری (آبی) وی، و اگر برادر پدری ندارد پسر برادر ابوینی وی، و اگر پسر برادر ابوینی نداشته باشد پسر برادر پدری وی، و اگر آن را هم نداشته باشد عموی وی، و اگر عمو نداشته باشد پسر عموی وی، و از آنچه گفته شد ظاهر می‌شود که وصی پدر، ولی او نیست و ولی او بر امر ازدواج نخواهد بود حتی اگر پدر تصریح به آن کرده باشد و مالکیان می‌گویند: ولی زن، پدر اوست و وصی پدر؛

۱. اقدام ولی نسبت به نکاح صغیر یا صغیره باید در جهت رعایت غبطه و مصلحت آنان باشد، در غیر این صورت بعضی از فقهاء عقیده دارند که عقد به صورت فضولی واقع شده و موقوف بر آن است که صغیر یا صغیره پس از بلوغ اجازه دهد یا ردّ نماید که در صورت اول عقد صحیح و در صورت ردّ، عقد باطل است. (ر.ک تحریر الوسیلة امام خمینی، شرح لمعه، ج ۲، ص ۶۲).

گروهی دیگر از فقهاء معتقدند که در صورت وقوع عقد بر خلاف مصلحت صغار، عقد به کلی باطل است و اجازه بعدی صغیر یا صغیره موجب صحت آن نمی‌شود. مثلاً چنانچه دختری دو خواستگار داشته باشد، و ولی طفل از نکاح دختر صغیره‌اش با مرد صالح‌تر خودداری کند، و او را به عقد دیگری درآورد این عقد اصولاً باطل خواهد بود. (حاج سید محمد کاظم یزدی، عروة الوثقی).

چنانکه از ظاهر ماده ۱۰۴۲ ق. مدنی که می‌گوید: (نکاح قبل از بلوغ ممنوع است. تبصره: «عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی صحیح است به شرط رعایت مصلحت مولی علیه)، استفاده می‌شود، قانونگذار در بیان حکم این ماده از نظریه اخیر پیروی نموده است زیرا صحت عقد را مشروط به رعایت مصلحت مولی علیه دانسته است.

و اگر آنان نباشند پسرش، هر چند آن پسر از زنا بوده باشد - در صورتی که زن پسری داشته باشد - و اگر پسری نداشته باشد برادر او ولی او خواهد بود و اگر برادر ندارد پسر برادر، و اگر پسر برادر ندارد جد او ولی او خواهد بود، و اگر جد نداشته باشد عموی او ولی او خواهد بود، سپس ولایت منتقل می شود به حاکم.

شافعیان می گویند: ولی زن، پدر اوست، سپس جد پدری، پس از آن برادر ابوی، پس از آن برادر آبی، پس از آن پسر برادر، پس از آن عمو، پس از آن پسر عمو، و اگر هیچ کدام نباشد، ولایت به حاکم منتقل می شود.

حنبلیان می گویند: ولی زن، پدر اوست و پس از آن وصی پدر، و پس از آن - الاقرب فالاقرب - از خویشاوندان پدری مانند وارث و سپس حاکم. و امامیه معتقدند که ولی زن فقط پدر و جد پدری و پس از آن در بعضی از موارد حاکم ولی می باشد؛ پس هر یک از پدر و جد، ولایت مستقل بر پسر صغیر و دختر صغیره دارند^۱ و همچنین ولایت دارند که پسر یا دختری که در حال جنون و یا سفه بالغ شده باشد یعنی جنون یا سفه آنان متصل به صغر باشد و یا اگر بالغ شود در حالی که رشید و عاقل باشد و پس از آن جنون یا سفه بر آنان عارض گردد، پدر و جد پدری «ولایت عقدی»^۲ بر هیچ کدام از آنان نخواهند داشت بلکه حاکم بر او ولایت پیدا می کند هر چند پدر و جد پدری اگر پدر در صورتی که ولایت داشته باشد شخصی را تعیین کند و جد، شخص دیگری را تعیین نماید؛ کسی را که جد تعیین کرده است مقدم می باشد، و فقهای امامیه معتقدند که نفوذ عقد ولی، خواه پدر باشد یا جد یا حاکم، مشروط است به اینکه ضرری بر مولی علیه نبوده باشد. پس اگر صغیر در

۱. ولایت پدر و جد پدری در امر تزویج پسر صغیر و دختر صغیره که موضوع تبصره ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی هم می باشد، در فرض حیات هر دو ترتیبی نیست بلکه در عرض یکدیگر و همان طور که فرموده اند: به نحو استقلالی است؛ یعنی هر یک از پدر و جد می توانند بدون کسب موافقت دیگری مبادرت به ازدواج مولی علیه بنمایند، البته در صورت انجام امر ازدواج توسط هر دو، ازدواجی که مقدم بوده و زودتر انجام گرفته صحیح خواهد بود و دیگری بلااثر است. اما در صورت وقوع هر دو به طور همزمان، به نظر فقهاء امامیه اقدام جد پدری مؤثر و عمل پدر بدون اثر خواهد بود.

۲. منظور از ولایت عقدی آن است که ولی برای پسر یا دختر صغیر، زن یا شوهر اختیار نماید و ازدواج یا تزویج نماید.

اثر ازدواج متضرر گردد، بعد از بلوغ و رشد مخیر است بین فسخ و امضاء عقد. و حنفیان می‌گویند: «اگر پدر یا جد دختر صغیره‌ای را به غیر از هم کفو ازدواج کند یا به کمتر از مهرالمثل؛ در صورتی که آنان به سوء اختیار شناخته شده نباشند ازدواج آنها صحیح است اما اگر غیر از پدر یا جد به غیر از هم کفو یا به کمتر از مهرالمثل صغیره را تزویج نمایند، ازدواج به هیچ وجه صحیح نخواهد بود». و حنبلیان و مالکیان می‌گویند: «پدر می‌تواند دختر خود را به کمتر از مهرالمثل تزویج کند» و شافعیان می‌گویند: «چنین اجازه‌ای ندارد، و اگر پدر چنین کاری را انجام داد برای دختر صغیره، مهرالمثل ثابت می‌شود». و اما امامیه می‌گویند: «اگر ولی صغیره، صغیره را به کمتر از مهرالمثل به عقد کسی درآورد یا پسر صغیر را به بیشتر از مهرالمثل تزویج نمود با وجود مصلحت در آن عقد صحیح و مهر نیز صحیح می‌باشد اما بدون مصلحت، عقد صحیح است ولی صحت مهر متوقف بر اجازه خود پسر یا دختر می‌باشد، پس اگر بعد از بلوغ اجازه دادند مهر مستقر می‌گردد و الا رجوع می‌شود به مهرالمثل و همچنین فقهای امامیه معتقدند که حاکم عادل می‌تواند در صورت نبود یکی از اولیاء نزدیک به وی، مجنون و مجنونه را تزویج نماید، زیرا در حدیث آمده است:

«**الْحَاكِمُ وَلِيٌّ مِّنْ لَا وِلَى لَهُ**» یعنی حاکم ولی کسی است که ولیی برای او نیست، و حنفیان می‌گویند: حاکم چنین ولایتی را دارد جز اینکه عقد قابل فسخ می‌باشد و اگر بالغ شد می‌تواند عقد حاکم را فسخ کند. و مالکیان می‌گویند: «اگر صغیره ولیی از خویشاوندان خود نداشته باشد حاکم در امر ازدواج صغیر و صغیره و مجنون و مجنونه با هم کفوان آنان می‌تواند اقدام کند و اگر می‌خواهد دختر کبیره‌ای را ازدواج نماید باید که از آن دختر اجازه دریافت نماید.

و همه فقهای مذاهب معتقدند: «ولی باید در تمام مواردی که اعمال ولایت می‌کند، بالغ باشد، مسلمان باشد و مرد باشد اما عدالت فقط در ولایت حاکم شرط است ولی در ولایت خویشاوندی معتبر نیست مگر از نظر حنبلیان که عدالت را در هر ولیی چه حاکم باشد، چه از خویشاوندان، معتبر دانسته‌اند.

هم کفو بودن

معنای هم کفو بودن نزد کسانی که آن را در امر ازدواج معتبر می‌دانند این است که مرد با زن در اموری که خواهیم گفت مساوی باشند و هم کفو بودن را فقط در مردان اعتبار کرده‌اند نه در زنان زیرا مرد اگر با زنی که با او هم کفو نیست ازدواج بکند مورد سرزنش واقع نمی‌شود برخلاف زن که اگر با مردی که هم کفو وی نباشد ازدواج کند مورد سرزنش وی واقع می‌شود. حنفیان و شافعیان و حنبلیان متفقاً می‌گویند: «برای هم کفو بودن در اسلام؛ حریت، حرفه و نَسَب معتبر است و در داشتن مال و دارایی اختلاف کرده‌اند.» حنفیان و حنبلیان داشتن مال و ثروتمند بودن را در هم کفو بودن معتبر دانسته‌اند اما شافعیان معتبر نمی‌دانند. ولی امامیه و مالکیه فقط هم کفو بودن را در دین معتبر شمرده‌اند؛ زیرا در حدیثی آمده است: «اگر مردی نزد شما برای خواستگاری آمد که از دینش و خُلقش راضی هستید او را تزویج نمایید - یعنی دختر خود را به او بدهید - و اگر این کار را نکردید در زمین فتنه و فساد بزرگی بوجود خواهد آمد.» و به هر حال اشتراط هم کفو بودن در امر ازدواج در مال و ثروت و حریت و حرفه و نسب با نصّ قرآن و همچنین با مبادی و اصول اسلام سازگار نیست زیرا قرآن مجید می‌فرماید: «انَّ اَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللّٰهِ اَتْقٰیكُمْ» رسول اکرم (ص) نیز می‌فرماید: «لَا فَضْلَ لِعَرَبٍ عَلٰی عَجْمٍ اِلَّا بِالتَّقْوٰی» یعنی عرب را بر عجم فضیلتی نیست مگر به تقوی. و همچنین با سنّت حضرت رسول (ص) متناسب نیست، زیرا رسول خدا (ص) به فاطمه دختر قیس دستور داد که با زیدبن اَسامه ازدواج نماید و «بنی بیاضه» را امر کرد که به «ابا هند» ازدواج کند و او مردی بود حَجّام^۱ و به همین جهت است که از بزرگان علماء هم کفو بودن را در امور مذکور در ازدواج شرط نمی‌دانند، مانند: «سفیان ثوری» و «حسن بصری» و «کرخی» از مشایخ حنفیان و «ابی بکر حَصَّاص» و پیروان ایشان از مشایخ عراق.



شپښه گاه علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی