مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه

دوره ۹، شماره ۱، بهار ۱۴۰۲

صفحات ۷۸۵ -۷۷۲

Online ISSN: ۲٤۷٦-٤٤٦٩

Print ISSN: ۲٥۳۸-۲۰۳۹

www.irijournals.com

بررسی وضعیت نکاح سفیه از دیدگاه فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران

مهدی کرمی

کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.

چکیده

عقد نکاح به دلیل ارتباط تنگاتنگی که با شخصیت انسان ها دارد در بین عقود از جایگاهی ممتاز برخوردار است. قانون مدنی به نحو سوال برانگیزی از حکم صریحی در باب اهلیت سفیه در امر نکاح و لزوم یا عدم لزوم رشد در نفوذ نکاح خالی است. به همین دلیل موضوع مربوطه مورد اختلاف آرای فقها و حقوقدانان واقع شده است. آنچه در این نوشتار مورد مداقه است، بررسی نظرات فقهای امامیه و رویکرد حقوق موضوعه ایران در این خصوص است. نتیجه این است که قریب به اتفاق فقیهان امامی به دلیل وجود تبعات مالی نکاح و براساس قواعد عمومی حجر سفیه و یا با استناد به روایات و بر مبنای مشتمل بودن نکاح بر امور مالی و محجوریت سفیه در این زمینه، نکاح سفیه بدون اذن ولی را غیرنافذ شمرده اند. گروهی در مقابل با توجه به نیاز هر شخص از جمله سفیه به ازدواج، با تفکیک قرارداد راجع به مهر از نکاح، حجر سفیه را محدود به توافق راجع به مهر دانسته و اصل نکاح وی را نافذ قلمداد کرده اند.

واژه‌های کلیدی: سفیه، حجر، نکاح، مهر، حقوق ایران

مقدمه

عقد نکاح به دلیل ارتباط تنگاتنگی که با شخصیت و روح و روان انسان ها دارد در بین عقود از جایگاهی ممتاز برخوردار است. زیرا تشکیل دهنده کانون خانواده می باشد و این کانون به عنوان هسته تشکیل دهنده جامعه قلمداد می شود. علی رغم اهتمام قانونگذار در تبیین تفصیلی شرایط صحت و نفوذ نکاح، قانون مدنی به نحو سوال برانگیزی از حکم صریحی در باب اهلیت سفیه در امر نکاح و لزوم یا عدم لزوم رشد در نفوذ نکاح خالی است و این سکوت در حالی است که نظر اکثر فقها بر عدم استقلال سفیه در امر نکاح است.

استفاده از عمومات و قواعد کلی باب حجر و اهلیت یکی از راهکارها برای استخراج حکم نکاح سفیه از قانون است.قانون مدنی معاملات و تصرفات غیر رشید را به سه دسته تقسیم نموده که در دو دسته از آنها سفیه دارای اهلیت و استقلال است و تنها در یک دسته از این تصرفات، سفیه فاقد استقلال و اهلیت لازم است. بر این اساس، تصرفات حقوقی سفیه از سه قسم خارج نیست که عبارت است از :تصرفات غیر مالی، تصرفات مالی (به جز تملکات بلاعوض)، تملاک بلاعوض. حکم هر کدام از این اقسام از منظر قانون مدنی روشن است. به تصریح ماده ۱۲۱۴ قانون مدنی، کلیه تصرفات مالی سفیه، جز تملکات بلاعوض محکوم به عدم نفوذاند و برعکس هرگونه تملک مجانی از سوی سفیه، بدون نیاز به اذت یا اجازه ولی یا قیم سفیه، اعتبار و نفوذ کامل برخوردار است. مفهوم ماده ۱۲۱۴ قانون مدنی نی نیز دلالت بر استقلال سفیه در انجام تصرفات غیر مالی خود دارد.مسئله اصلی که موجب اختلاف نظر در خصوص نکاح سفیه در بین صاحب نظران گردیده، مسئله تعیین جایگاه نکاح در این تقسیم بندی است. البته حکم کلی هریک از اقسام سه گانه از حیث صحت و نفوذ، روشن است و صرفاً اختلاف به این موضوع باز می گردد که نکاح مصداق تصرف غیرمای است یا تصرف مالی؟ وجود پاره ای آثار و تبعات مالی در نکاح باعث می شود که گنجانیدن نکح در یکی از اقسام سه گانه کار دشواری گردد. زیرا خواه ناخواه، نکاح با پاره ای مسائل مالی همچون مهریه و نفقه گره خورده است و بدون تردید ، قرارداد مربوط به مهر نوعی تصرف مالی است و نمی توان سفیه را در انجام آن واجد اهلیت شمرد. بنابراین مسئله اصلی در واقع در این نکته خلاصه می شود که آیا می توان نکاح را از این حواشی و آثار مالی مجرد و مجزا ساخت و برای آن حکم جداگانه ای در نظر گرفت یا خیر؟ کسانی که این تفکیک را امکان پذیر شمرده اند، حکم به استقلال سفیه در اصل نکاح داده و تنها از عدم استقلال و حجر وی در مورد مهر سخن گفته اند (کاتوزیان) زیرا اصل رابطه زوجیت، حیثیت مالی نداشته و رابطه ای کاملا غیر مالی محسوب می شود. در مقابل کسانی که از حجر سفیه در نکاح را مستلزم تصرف در مال دانسته اند، گفته یا ناگفته، تفکیک نکاح از جنبه های مالی آن را منتفی دانسته اند (امامی،ص۲۸۲؛ صفایی،ص۱۰۵).

بر همین اساس، ما در این پژوهش به بررسی وضعیت نکاح سفیه در فقه امامیه و حقوق ایران پرداخته ایم و برای روشن شدن اینکه آیا می توان نکاح سفیه را از حواشی و آثار مالی مجرد و مجزا ساخت و برای آن حکم جداگانه ای در نظر گرفت یا خیر به آراء و نظرات موافقان و مخالفان را در این خصوص بررسی کرده ایم.

مفهوم شناسی

سفیه از ریشه سفه به معنای بی عقلی و سبکی و سفیه بر وزن فصیح است به معنای نادان و سبک عقل یا آن کس که قدر مال را نداند(قدیانی،۱۳۸۱، ص۵۰۵). در فقه، سفیه به معنای کسی دانسته شده است که اموال خود را در غیر اغراض صحیح(عقلایی) صرف می کند و ملکه یا صفت و حالتی در او وجود ندارد که موجب حفظ و نگهداری اموالش شود و مانع صرف آن ها در راه های غیر عقلایی گردد.(عاملی، ۱۳۶۷، ج۱، ص۴۱۶)

سفیه در فقه و حقوق مدنی، به کسی گفته می شود که عادت او اسراف و تبذیر در خرج است و تصرفات مالی او عاقلانه نیست. در قانون، واژه غیر رشید با سفیه مترادف است. به عبارت دیگر، طبق ماده ۱۲۰۸ سفیه کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی خود عقلایی نباشد؛ یعنی عقل معاش نداشته باشد و هرگاه اداره دارائیش به او واگذار شود، در اموال خود تعدی و تفریط و اسراف نماید.(صفایی، ۱۳۸۲، ص۲۳۹؛ امامی، ج۱، ص۲۰۵؛ منصور، ۱۳۹۱، ص ۳۲۴)

نکاح: نکاح در لغت از مصدر نکح ینکح بر وزن ضرب و یضرب می باشد. نکاح در لغتن بنا بر مشهور به معنای وطی است؛ پس استعمال آن در عقد و تزویج مجاز است.(ابن منظور، ۱۴۱۴، ج۲، ص ۶۲۵)

سفیه در اصطلاح فقها به شخصی که شرایط حفظ کردن مال را نداشته باشد گفته می شود. به طوری که اموال خود را بی دلیل خرج و معاملاتش مبتنی بر مصلحت نبوده و توجهی به فریب و خدعه در معاملات ندارد و در رابطه با تحصیل و صرف مال خارج از نظر عقلا عمل می کند.(مسجد سرایی، حمید، ص ۳۴۹)

۱- بررسی و نقد دلایل معتقدان به صحت نکاح سفیه

در میان اساتید حقوق ایران نخستین فردی که نظریه اهلیت سفیه در نکاح را مطرح کرده است ظاهرا دکتر کاتوزیان می باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۷۶). این عقیده از طرف برخی دیگر از اساتید مورد پیروی قرار گرفته است(دیانی، ۱۳۷۹، ص ۵۹) ایشان در اثبات ادعای خود به ادله ای استناد نموده اند که در ذیل ضمن اشاره به این ادله به نقد و ارزیابی آن ها می پردازیم.

۱-۱- دلیل اول: استناد به ماده ۱۰۶۴ قانون مدنی برای اثبات اهلیت سفیه

ماده ۱۰۶۴ شرایط عاقد را این گونه بیان می دارد:"عاقد باید بالغ و عاقل و قاصد باشد" همان طور که از این ماده مشخص است رشد از شرایط عاقد نکاح نبوده و از همین سکوت به طور ضمنی می توان عدم اشتراط رشد را در عقد نکاح استنباط کرد(همان، ص ۸۵).

نقد و ارزیابی:

به نظر می رسد که استفاده عدم ضرورت رشد و اهلیت سفیه در امر نکاح از ماده ۱۰۶۴، با عقیده نویسندگان قانون مدنی و اصول تفسیر سازگار نیست؛ چرا که این ماده در مقام بیان شرایط عاقد یا مجری صیغه عقد نکاح می باشد نه نه شرایط زوجین(محقق داماد ۱۳۷۶، ص ۱۷۵)؛ و این شرایط لزوما با شرایط زوجین یکی نمی باشد. همین طور چگونگی انشا ماده قبل یعنی ماده ۱۰۶۳ نیز این استنباط را تأیید می نماید. به موجب ماده ۱۰۶۳ قانون مدنی"ایجاب و قبول ممکن است از طرف خود مرد و زن صادر شود یا از طرف اشخاصی که قانونا حق عقد دارند" به عنوان مثال در عقدی که صغیر ممیز برای شخص بالغ و عاقل و رشید منعقد می نماید، شکی در اهلیت طرف عقد نکاح وجود ندارد ولی از لحاظ عدم رعایت شرایط عاقد که از جمله آنها بلوغ است، عقد نکاح منعقد نمی شود. بالعکس عقد نکاحی که سفیه به وکالت از شخص رشید و برای او منعقد می نماید، از نظر شرایط لازم برای عاقد مشکلی ندارد. از همین روی تقریبا در فقه شکی در اعتبار و صحت صیغه ای که صغیر به وکالت از شخص رشید، مجری آن بوده است وجود ندارد.(کاشف الغطا، ۱۴۲۳، ج۴، ص ۱۲۹)

به بیان دقیق تر، ماده ۱۰۶۴ قانون مدنی در مقام بیان شرایطی می باشد که برای تحقق عنوان عقد ضرورت دارد، نه شرایط لازم برای نفوذ و اعتبار کامل عقد و دقیقا به همین دلیل است که با وجود عدم تردید در لزوم "رضا" برای درستی و نفوذ عقد نکاح، نه ماده ۱۰۶۴ قانون مدنی و نه فقها در بحث از شرایط عاقد، از "رضا" سخنی نگفته اند. امتنان نظر در ماده ۱۰۷۰ قانون مدنی که به شرطیت "رضا" اشاره نموده به خوبی تفاوت آن را با شرایط مندرج در ماده ۱۰۶۴ با شرط رضا را نشان می دهد. چرا که ماده ۱۰۷۰ رضای زوجین را شرط نفوذ عقد نکاح می داند.

۱-۲- دلیل دوم: استقلال نکاح از توافق راجع به مهر

استقلال نکاح از جنبه های مالی آن و اینکه آنچه سفیه در آن محجور می باشد تصرفات مالی است. این دلیل دیگری است که استاد کاتوزیان برای اثبات اهلیت سفیه در نکاح به آن استاد نموده است. جمله ایشان این چنین است که:"عقد نکاح دارای دو جنبه ممتاز است: ۱- اتحاد زن و شوهر به منظور ایجاد خانواده که غیر مالی است. ۲- توافق نسبت به میزان مهر که عقدی است مالی و تابع قواعد عمومی معاملات"(کاتوزیان، همان، ص ۷۶).

نقد و ارزیابی:

مهم ترین دلیلی که بر اساس آن حکم به استقلال سفیه در نکاح داده شده است، تفکیک قائل شدن میان اصل نکاح از قرار داد مربوط به مهر می باشد. بدون تردید قرار داد مربوط به مهر تصرف مالی بوده و سفیه در آن فاقد اهلیت می باشد. لذا برای حکم به اهلیت سفیه در نکاح، راهی جز این وجود ندارد که حساب مهر و توافق مربوط به تعیین آن را از حساب اصل نکاح و توافق بر زوجیت جدا کنیم. اما آیا این امکان وجود دارد که نکاح را از توافق مربوط به مهر جدا نموده و برای هر یک نسخه ای جداگانه بپیچید؟! اگر بتوان رابطه مهر و نکاح را همانند رابطه دو قرار داد دانست که یکی در کنار دیگری قرار گرفته، بدیهی است که تفکیک حکم اصل نکاح از حکم قرار داد مربوط به مهر هموار می گردد. و می توان با غیر نافذ اعلام کردن قرارداد مربوط به مهر، از تصرفات مالی غیر عقلایی سفیه جلوگیری کرد. برخی از عبارات فقها نیز این استنباط را تقویت می نماید. برای مثال شهید ثانی در مسالک در توجیه چرایی امکان درج شرط خیار در مهر در عین عدم امکان درج آن در نکاح، بیان می دارد که صداق رکن عقد نکاح نبوده و خود عقد مستقلی به شمار می آید و لذا شرط خیار در صداق به صحت نکاح لطمه وارد نمی سازد.(شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج۸، ص ۲۵۷)

به نظر می رسد که چنین برداشت و تحلیلی از رابطه نکاح و مهر مورد قبول نیست. و نمی توان نکاح و مهر را همانند دو عقد مستقل دانست که کنار یکدیگر قرار گرفته اند و رابطه ای میان آن ها وجود ندارد. بطلان مهر به تبع بطلان نکاح به عنوان یک حکم مسلم و قطعی، برای کنار گذاشتن دیدگاه استقلال نکاح و مهر کافی می باشد. بدون تردید اگر نکاح و مهر مانند دو عقد مستقل از یکدیگر بودند، بطلان یکی از آن ها به تبع دیگری هیچ توجیهی نداشت. اگر پیرو توافق بر مهر عقد نکاحی منعقد نگردد، مهر نیز بی اعتبار خواهد بود. مهر بدون نکاح اعتباری نداشته و این بیانگر ارتباط وثیق این دو توافق با یکدیگر دارد.

برخی از فقها مانند صاحب عروه صداق را به منزله عقد مستقل قلمداد کرده و بر این اساس قرار دادن شرط در آن را توجیه می کند.(خویی، ۱۴۱۴، ج۲، ص ۶۰) به طور خلاصه می توان چنین گفت که توجیه امکان اشتراط خیار شرط در مهر باعث شده تا فقها بر استقلال مهر از نکاح تأکید نمایند.

به هر حال به نظر می رسد که صداق نه یک عقد مستقل در کنار نکاح، بلکه یک التزام ضمنی در عقد نکاح است(روحانی، ۱۴۱۲، ج۱۷،ص۱۷۱) و از لحاظ موقعیتی مشابه به شرط ضمن عقد دارد.

در بحث از مهر و نکاح نمی توان عقد و مهر را که از پیکر واحدی تشکیل شده اند از لحاظ اهلیت لازم برای هر یک تفکیک نموده و محکوم به دو حکم مختلف کرد. قبول امکان تفکیک میان مهر و عقد یا شر و عقد نتایجی را در پی دارد که هیچ حقوقدانی به آن ها ملتزم نمی شود.

یکی دیگر از قراینی که در زمینه پیوند میان مهر و نکاح و عدم امکان تفکیک میان آن ها از لحاظ اموری مانند اهلیت وجود دارد ماده ۱۰۷۳ قانون مدنی می باشد."اگر وکیل از آنچه موکل راجع به شخص یا مهر یا خصوصیات دیگری که معین کرده تخلف کند، صحت عقد منوط به تنفیذ موکل خواهد بود" از این ماده چنین استنباط می شود که همان طور که ضمانت اجرای

تخلف وکیل از لحاظ شخص، نافذ نبودن عقد است، ضمانت اجرای تخلف از مهر در عین عدم تخلف از شخص هم نافذ نبودن عقد است.

۱-۳- دلیل سوم: استقلال نفقه از اراده سفیه

سفیه با ازداج خود را در معرض انفاق قرار می دهد و پرداخت نفقه بدون شک مستلزم دخل و تصرف در اموال می باشد. قائلین به استقلال سفیه در نکاح معتقدند که لزوم ترتب نفقه در نکاح دائم به معنی تصرف سفیه در امور مالی خود نمی باشد؛ چرا که در نکاح، سفیه همانند شخص رشید باید نفقه را بپردازد و اساسا نفقه از الزامات قانونی بوده و اراده سفیه دخالتی در آن ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص۷۶)

درست است که نفقه حکم قانون گذار بوده و اراده ی سفیه دخالتی در آن ندارد؛ اما نکته ای که نباید مغفول بماند این است که اولا سفیه با ازدواج خود باعث الزام نفقه و پرداخت آن می گردد و همین قدر برای تأیید دخالت در امور مالی کافی می باشد. ثانیا درست می باشد که اصل وجوب انفاق بر سفیه و رشید یکسان است؛ لکن میزان نفقه بر اساس شئون زوجه معین می شود. و به تعبیر دیگر این سفیه می باشد که با انتخاب آزادانه و مستقل همسر خویش، میزان التزام خود را به نفقه تعیین می کند. بنابراین ممکن است سفیه به لحاظ عدم درک مناسب از شرایط اقتصادی و مالی همسری را برای خود انتخاب نماید که نتواند نفقه ی او را تأمین نماید. وانگهی در صورت استقلال سفیه در اصل نکاح، هیچ راهی جهت تقلیل نفقه تا میزان مناسب برای سفیه وجود ندارد و حتی ولی یا قیم سفیه هم نمی توانند به اعای نامتناسب بودن نفقه زن با دارایی مالی سفیه میزان آن را تغییر و یا تقلیل دهند.

۲- دلایل معتقدان به حجر سفیه در نکاح و ارزیابی آنها

۲-۱- دلیل اول: استناد به ماده ۱۰۶۴ قانون مدنی

اشاره کردیم که معتقدان به اهلیت سفیه به ماده ۱۰۶۴ قانون مدنی استناد و از عدم ذکر رشد در آن به اهلیت سفیه رسیده اند. جالب است که برخی از عده ای از مخالفین اهلیت سفیه هم به همین ماده استناد کرده اند. استاد جعفری لنگرودی اعتقاد دارد که کلمه عاقل که در ماده ۱۰۶۴ آمده به معنای رشید است و بر این اساس سفیه نمی تواند اصالتا یا وکالتا اقدام به انعقاد عقد نکاح نماید(جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۱۰۵) و همچنین ایشان از ماده ۱۱۳۶ قانون مدنی که عاقل بودن را شرط طلاق دهنده دانسته چنین استفاده کرده اند که طلاق دهنده نباید سفیه باشد(همان، ص۲۳۵)

این استنباط و برداشت قابل قبول به نظر نمی رسد؛ چرا که اولا اصطلاح عاقل در ادبیات حقوقی ما مشخص و شناخته شده بوده و بدون وجود دلیل یا قرینه مشخص نمی توان معنای دیگری برای آن لحاظ کرد. دوما این تفسیر و برداشت با دیدگاه فقها مبنی بر اینکه سفیه برای طلاق دارای اهلیت بوده و رشد در طلاق شرط نمی باشد، سازگار نیست.(محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج۱۲، ص۱۱۸) سوما مطابق این تفسیر سفیه حتی برای دیگران هم نمی تواند اجرای صیغه را انجام دهد، زیرا شرایط لازم برای عاقد را دارا نمی باشد. در حالی که تقریبا هیچ فقیهی را نمی توان یافت که در درستی اجرای صیغه عقد نکاح سفیه برای غیر شک کرده باشد و این سخن لازمه عدم ذکر رشد از طرف فقیهان در زمره شرایط عاقد می باشد.

۲-۲- دلیل دوم: عمومیت حجر سفیه نسبت به تصرفات غیر مالی

استدلال دیگری که بر عدم اهلیت سفیه در امر ازدواج شده است استناد به عمومات حجر سفیه در قانون مدنی است.(جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶،ص۲۹) این استدلال برخلاف ماده ۱۲۰۸ قانون مدنی که حجر سفیه را محدود به امور مالی می داند، حجر سفیه را محدود به امور مالی ندانسته و این ماده را وارد مورد اغلب می داند. استاد جعفری لنگرودی در یکی دیگر از تألیفات

خود چنین بیان می کند"تعریف ماده ۱۲۰۸ قانون مدنی در واقع درصدد محدود نمودن حجر سفیه به امور مالی نمی باشد، بلکه این ماده در واقع بارزترین وصف سفیه را بیان کرده است"(جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص۳۰۷)

جالب است که ایشان در تأیید ادعای خویش به عدم نفوذ نکاح سفیه از دیدگاه فقها استناد کرده و گفته اینکه فقها در باب نکاح سفیه دخالت ولی قهری و حاکم و وصی را لازم دانسته اند دال بر این می باشد که به نظر آنها حجر سفیه به امور مالی اختصاص ندارد.

این استدلال هم به دلایل بسیاری قابل قبول نمی باشد؛ چرا که اولا با عطف توجه به استفاده بسیار و مکرر قانون مدنی از تعبیر معامله و متعاملین در مواد ۲۱۰ تا ۲۱۲ قانون مدنی که در تصرفات حقوقی مالی ظهور دارد، ادعای استفاده حجر عام سفیه حتی در تصرفات غیر مالی، برخلاف ظاهر این مواد می باشد. دوما تصریحات مکرر و متعدد قانون مدنی در مواضع متعدد، در رابطه با اختصاص حجر سفیه به امور مالی، جایی برای ادعای ورود مواد ۲۱۰ تا ۲۱۲ قانون مدنی بر مورد اغلب را باقی نگذاشته است. سوما قانون مدنی در باب حجر و اهلیت از فقه امامیه اقتباس گردیده و نگاهی به دیدگاه های فقها نیز این را نشان می دهد که تقریبا تمامی فقه حجر سفیه را اختصاص به امور مالی می دهند و به همین دلیل است که طلاق یا اقرار وی در غیر امور مالی را نافذ می دانند. مرحوم محقق نراقی در این باره چنین بیان می کند"و اماالسفاهۀ باقسامها فلا یمنع شیئا من الاحکام الشرعیۀ و لم یترتب علیها فی الشریعۀ المقدسۀ حکم سوی امر واحد وهو الحجر و المنع عن التصرفات المالیۀ"(نراقی، ۱۴۱۵، ص۵۱۹)

۲-۳- *دلیل سوم: حمل قانون مدنی بر قول مشهور*

بعضی از اساتید حقوق مدنی با اذعان به اینکه قانون مدنی در موضوع نکاح سفیه سکوت کرده، از باب حمل قانون مدنی بر قول مشهور، حجر سفیه در امر نکاح را بر اهلیت او ترجیح داده اند.(صفایی، ۱۳۷۸، ج۱، ص ۸۷) درست است که قول مشهور و اجماعی فقه، عدم استقلال سفیه در نکاح می باشد، و نویسندگان قانون مدنی غالبا از قول مشهور فقهای امامیه پیروی کرده اند ولی حمل قانون مدنی بر قول مشهور در جایی معنا دارد که سخن بر سر تفسیر موادی از قانون باشد نه در جایی که بر حسب فرض قانون مدنی در آن ساکت است.

۲-۴- پیوند نکاح با جنبه های مالی

چنین به نظر می رسد که مهم ترین دلیلی که می توان برای عدم اهلیت سفیه در امر نکاح بیان کرد پیوند جدا نشدنی نکاح از جنبه های مالی است. به تعبیر دیگر هر چند نکاح فی نفسه یک تصرف مالی نمی باشد ولی مستلزم تصرف در مال است و همین مقدار جهت حکم به عدم اهلیت سفیه برای نکاح کافی به نظر می رسد. در مباحث گذشته بیان گردید که مهر یک توافق مستقل از نکاح نبوده و یک التزام تبعی در ضمن عقد نکاح می باشد و وضعیتی مشابه با شرط ضمن عقد را دارا می باشد. لذا اقدام به انعقاد عقد نکاح به دلیل شامل شدن توافق در رابطه با مهر، مستلزم تصرف در مال بوده و بنابراین غیر رشید ممنوع از انجام مستقل آن می باشد.

قبل تر بیان شد که نفقه با اینکه حکم قانون بوده و نه خواسته زوجین، ولی مقدار نفقه ارتباط مستقیم با شئون زوجه داشته و انتخاب همسر توسط غیر رشید به طور غیر مستقیم در میزان الزام به انفاق تأثیرگذار است. و سفیه توانایی تشخیص ابعاد مالی نفقه زوجه و میزان دارایی خود را ندارد.

سر عدم تصریح قانون مدنی به لزوم رشد در نفوذ نکاح

با توجه به مطالب ارائه شده طبیعتا این پرسش به ذهن خطور می کند که اگر همه فقها نکاح سفیه را منوط به اذن ولی دانسته اند و قانون مدنی هم قصدی برای مخالفت با ضوابط شرعی و فقهی نداشته پس چرا قانون مدنی از تعیین تکلیف صریح و مشخص در این موضوع خالی می باشد؟ علاوه بر این پرسش، سوال دیگری در مورد قول دیگر یعنی استقلال سفیه در نکاح و عدم استقلال در مهر مطرح می گردد.

به تعبیر دیگر اگر قانونگذار قصد ترجیح دادن نظریه ای که برخلاف دیدگاه مسلم در فقه است را می داشت، باید آن را به وضوح بیان می کرد و یا لااقل قرائنی را برای مقصود خود ارائه می کرد که اینگونه نکرده است. هم چنین برای چنین دیدگاه سنت شکنانه و عدول از دیدگاه حاکم در فقه هیچ مصلحتی را نمی توان متصور بود.

نکته بسیار کلیدی که می تواند راهنما و پاسخگوی این پرسش دشوار باشد، توجه به وضع قانون مدنی در هنگام تصویب جلد دوم و سوم خود است. قانون مدنی در جلد اول خود که در سال ۱۳۰۷ تصویب شد، بلوغ را در کنار عقل و رشد طرح کرد و منظور از بلوغ هم چیزی جز بلوغ شرعی نبود. چند سال پس از تصویب این قانون، قانونی تحت عنوان ماده واحده قانون رشد متعاملین تصویب شد که در آن برای نخستین بار سن هجده سالگی به عنوان اماره رشد طرح شد. پیرو این قانون، جلد سوم قانون مدنی تحت عنوان اشخاص که شاملی عناوینی مانند نکاح، طلاق، ولایت و قیمومت بود تصویب شد. یکی از مهمترین تصرفاتی که در جلد سوم قانون مدنی اتفاق افتاد و با بحث اماره رشد نیز مرتبط بود، تصرف در سن بلوغ بود. این جلد قانون مدنی برخلاف ضوابط فقهی سن هجده سالگی را به عنوان سن بلوغ و خروج از صغر تعیین و و میان دختر و پسر فرقی قائل نشد. استاد امامی نیز در این رابطه چنین می نویسد که"قانون مدنی صغیر و غیر بالغ را تعریف ننموده است، ولی چنانکه از ماده ۱۲۰۹ و ۱۲۱۰ آن فهمیده می شود، صغیر به کسی گفته می شود که به سن هجده سال تمام شمسی نرسیده باشد. سن بلوغ مدنی در زن و مرد یکسان است"(امامی، ۱۳۷۵، ج۱، ص ۲۰۴) و در موضع دیگری این چنین می نویسد" قانون اگر چه صریحا سن بلوغ را بیان ننموده است، ولی چنان که از ماده ۱۲۰۹ قانون مدنی استنباط می شود سن مزبور ۱۸ سال تمام فرض می شود. تفسیر ماده به بلوغ شرعی چنان که بعغضی تصور نموده اند برخلاف روش حقوق مدنی است"(همان، ج۵، ص ۷)

بنابراین در نظام جدید سن هجده سالگی هم سن بلوغ و هم از طرفی اماره رشد به شما آمد. علاوه بر این تصرف مهم در سن بلوغ که جنبه عام داشته و بر همه ی معاملات و عقود ناظر بود، قانونگذار تصرف دیگری را در حوزه نکاح تحت عنوان قابلیت صحی برای ازدواج وارد کرد. بدین ترتیب که سن نکاح برای پسران هجده و برای دختران پانزده سال را برای صحت نکاح الزامی کرد. همان طور که مشخص است با اضافه شدن شرط جدید قابلیت صحی و و سلامت جسمی برای ازدواج که مستلزم رسیدن پسر به سن هجده سالگی بود، بحث پیرامون رشد در امر ازدواج به نوعی اهمیت خود را از دست داد؛ به این دلیل که تا قبل از سن هجده سالگی که نکاح ممنوع بوده و بعد از آن نیز فرض بر رشد فرد می باشد.

این امکان وجود دارد که که گفته شود این سخن فقط در رابطه با ذکور قابل پذیرش است؛ چون سن هجده سال که به عنوان قابلیت صحی ازدواج ذکور در نظر گرفته شده و در عین حال منطبق بر سن بلوغ و اماره رشد هم بود مربوط به ذکور بود؛ ولی در رابطه با اناث که سن پانزده سالگی به عنوان سن قابلیت صحی برای ازدواج در نظر گرفته شد این استدلال و توجیه کارایی ندارد. جهت پاسخ گویی به این شبهه مطرح شده مراجعه به تحولات قانون مدنی و ملاحظه اولین متن مصوب ماده ۱۰۴۳ لازم به نظر می رسد. نخستین نسخه از ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی که تا اینک اصلاحات بسیاری را به خود دیده است بدین شرح

بود"نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده اگر چه بیش از هجده سال تمام داشته باشد متوقف به اجازه پدر یا جد پدری او است..."این ماده در مقام بیان حکم نکاح باکره رشیده و به تبعیت از فقه می باشد با این تفاوت که به جای استفاده از واژه رشیده از تعبیر "اگر چه بیش از هجده سال تمام داشته باشد" استفاده شده است و با توجه به توضیحاتی که در بالا در بحث اماره رشد بودن هجده سالگی در نظام جدید عنوان گردید، وجه عدول از تعبیر رایج فقه به تعبیر جدید آشکار می گردد. بدین ترتیب طبق این ماده علاوه بر اینکه دختر غیر رشید در امر نکاح مستقل نیست، بلکه حتی بعد از رشد که سن هجده سالگی اماره حصول آن می باشد نیز دختری که هنوز ازدواج نکرده در امر نکاح استقلال ندارد.

عدم اعتبار رشد در ازدواج

مطابق این نظریه، با توجه به اینکه نکاح و ازدواج در دسته عقود غیر مالی هستند و با این دیدگاه که عقد نکاح از جنبه اتحاد زن و شوهر به منظور ایجاد خانواده امر غیر مالی می باشد رشد در امر نکاح معتبر نمی باشد و اعتقاد دارند که قانون مدنی هم به طور ضمنی به نحو مستقل مجاز می داند. برای اینکه ماده ۱۰۶۴ قانون مدنی در مقام بیان شرایط اهلیت عاقد در عقد نکاح اشاره ای به لزوم اعتبار رشد نکرده و تنها عقل و بلوغ و قصد را برای عاقد معتبر دانسته.(حیاتی، علی عباس، ۱۳۹۱)

مرحوم آیت الله حکیم با اشاره به ظاهر کلمه که فقط سفه در امور مالی را از اسباب حجر دانسته اند و نیز مقتضای عموم قاعده سلطنت، بر این باور است که رشد در امر ازدواج از لوازم استقلال زن و مرد و آزادی آنان در انتخاب همسر نیست و چنین اضافه می کند که ازدواج، همانند دیگر امور غیر مالی انسان مانند خوراک، مسکن، پوشاک، مرکب، معاشرت با دیگران و... است که نه مستلزم اتلاف مال است و نه تبذیر آن و همانگونه که سفیه در امور یاد شده محجور نیست، سفیه در امر ازدواج نیز چنین است.

از حاشیه نویسان بر کتاب عروه الوثقی، آیت الله بروجردی و گلپایگانی نیز بدون اینکه استدلالی در این باره ارائه کنند، پذیرش قول به اعتبار رشد از نظر ازدواج در زوجین را مشکل یا ممنوع دانسته اند(همان، ص ۹۱ -۹۲)

ازدواج سفیه در حقوق موضوعه

در رابطه با ازدواج سفیه و شرایط آن در قانون مدنی نص صریحی وجود ندارد. بعضی از حقوقدانان با استناد به ماده ۱۲۰۸ قانون مدنی که حجر غیر رشید را در امور مالی می داند و ماده ۱۰۶۴ که در مقام بیان شرایط اهلیت زوجین بوده و به لزوم رشد اشاره ای نشده، نکاح سفیه را مجاز دانسته اند.

دکتر کاتوزیان در این باره این چنین می نویسد: "عقد نکاح دارای دو چهره ممتاز است:۱- اتحاد زن و شوهر به منظور ایجاد خانواده که غیر مالی است. ۲- توافق نسبت به میزان که عقدی است مالی و تابع قواعد عمومی معاملات است.

درست است که عقد نکاح نیز آثار مالی فراوان به همراه دارد و تعهداتی برای زوج ایجاد می کند ولی این الزام ها به حکم قانون بر او بار می شود و اراده سفیه بر آن ها دخالت ندارند. یعنی در نکاح، سفیه به همان اندازه باید نفقه بپردازد که شخص رشید و به همان ترتیب قاعده توارث درباره او اجرا می شود که در مورد رشید است."(کاتوزیان، ناصر، ص ۸۶)

مطابق این نظر سفیه می تواند مستقلا عقد نکاح ببند و ولی یا قیم که فقط اداره امور مالی سفیه را بر عهده دارد نمی تواند در نکاح او که یک امر شخصی است دخالت کند. لیکن حق دخالت در تعیین مهر با توافق طرفین و بدون اذن ولی یا قیم صورت گرفته باشد غیر نافذ است و ولی یا قیم می تواند با رعایت مصلحت سفیه آن را تنفیذ یا رد کند و اگر مهر را رد کند، مانند موردی عمل می شود که مهری تعیین نشده باشد. یعنی در صورت وقوع نزدیکی زن مستحق مهرالمثل خواهد بود.(صفایی سید حسین و امامی، اسدالله، ص ۸۶)

عده ای نیز با این تعبیر که اگر چه قانون مدنی در مورد نکاح سفیه سکوت کرده ولی از آن جایی که تفسیر آن محمول بر نظر مشهور فقها است چنین گفته اند: نکاح سفیه غیر نافذ است مگر در صورت تنفیذ ولی. برخی از نویسندگان با استفاده از تحلیل نکاح به دو جنبه مالی و غیر مالی و فتاوی فقها در مورد نکاح سفیه در حال اضطرار و ضرورت و با اذن قبلی حاکم یا بدون آن تنها اذن ولی را در تعیین میزان مهر معتبر دانسته و در اصل نکاح غیر معتبر تلقی نموده اند.

ولی ظاهرا با استناد به جرح و تعدیل های قبل از اختیار و ارائه موارد اضطراری نمی توان به صحت نکاح سفیه حکم نمود. وانگهی با این که میزان نفقه و ارث را قانون معین نموده و اراده شخص در آن تأثیر ندارد ولی در تحصیل و حفظ مال که منشأ میزان نفقه و ارث است بستگی تام به اراده شخص و عقل معیشتی او دارد، بنابراین قانون مدنی محمول بر قبول نظر فقهای امامیه است و در فقه عقد سفیه غیر نافذ تلقی می شود.(یثربی قمی، سید علی محمد، ۱۳۷۸، ص۳۲)

نظریه قابل قبول در حقوق ایران

همان طور که عنوان گردید قانون مدنی ایران در مورد نکاح سفیه سکوت کرده و میان حقوقدانان در این باره نظر واحدی مشاهده نمی گردد. برخی از حقوقدانان مطابق نظر مشهور فقهای امامیه به دلیل اینکه نکاح دارای آثار مالی بوده آن را مشمول قاعده کلی ممنوعیت سفیه از تصرف در امور مالی می دانند و معتقدند که سفیه بدون اذن و دخالت ولی یا قیم نمی تواند به این امر اقدام کند، به ولایت ولی در تنفیذ نکاح سفیه اعتقاد دارند. هر چند برخی از قائلین بر این نظریه نیز استقلال سفیه در امر نکاح را خالی از قوت نمی دانند.

در مقابل برخی دیگر از حقوقدانان قائل بر عدم ولایت ولی در تنفیذ نکاح هستند و در نتیجه اذن و اجازه ولی یا قیم را شرط صحت نکاح نمی دانند و دخالت ولی را فقط در مورد مهر که یک توافق مالی است می پذیرند زیرا سفیه مصلحت خود را نمی تواند تشخیص دهد و ودخالت ولی لازم می باشد.

با بررسی نظریات و دلایل فقها و حقوقدانان به نظر می رسد که، نظریه عدم ولایت ولی در تنفیذ نکاح سفیه و به تعبیر دیگر استقلال سفیه در امر نکاح در حقوق ایران قابل قبول باشد چرا که:

اولا: با توجه به ماده ۱۰۶۴ قانون مدنی که در مقام بیان شرایط اهلیت زوجین می باشدو اشاره ای به لزوم رشد نشده تلویحا جواز نکاح سفیه را می توان استنباط کرد، همین طور از ماده ۸۰ قانون امور حسبی که صرفا از مجنون سخن گفته و اشاره ای به سفیه ننموده است

ثانیا: مشهور فقها که نفوذ نکاح سفیه را منوط به اذن ولی می دانند، درصورت اضطرار و نیاز سفیه به نکاح، معتقدند می تواند مستقلا مبادرت به انعقاد عقد نماید. چه اینکه تشخیص ضرورت و نیاز با خود سفیه بوده و او بهتر از هر فرد دیگری به وضعیت خویش آگاه است و احراز اینکه هنگامی که سفیه مستقلا مبادرت به انجام نکاح کرده ضرورت داشته یا نه بسیار مشکل می باشد. از گفته ها و دلایل فقها نیز چنین برداشت می شود که ممنوعیت سفیه در امر نکاح یک حجر واقعی نیست زیرا سازشی ندارد که از سویی وی را محجور دانسته و تصرفاتش را با اذن ولی صحیح بدانیم و از سوی دیگر نکاح او را در صورت نیاز و اضطرار به نحو مستقل صحیح بدانیم.

ثالثا: چنان چه در ماهیت نکاح گفته شد، طبعا نکاح یک عقد غیر مالی و در واقع اتحاد زن و شوهر برای تشکیل خانواده و زندگی مشترک است.

هر چند نکاح دارای آثار مالی فراوانی مانند نفقه، مهریه و ارث و... است ولی این دلیل نمی شود که نکاح که طبیعتا یک عقد غیر مالی است تبدیل به عقد مالی گردد. چرا که بعضی از آثار مالی که بر نکاح مترتب می گردد اراده طرفین در آن تأثیر گذار

نبوده و به حکم قانون ایجاد شده است مانند نفقه و ارث. در مورد مهر هم باید گفت هم چنان که عده ای از اساتید حقوق اعتقاد دارند"توافق نسبت به میزان مهریه عقدی مالی و تابع قواعد عمومی معاملات"(کاتوزیان) و از آن جایی که سفیه توانایی دخالت در امور مالی را ندارد بنابراین میزان مهر باید با توافق ولی یا قیم انجام گیرد واگر میان سفیه و طرف مقابل توافقی در این زمینه صورت گرفته باشد و ولی یا قیم این توافق را به مصلحت سفیه تشخیص ندهد می تواند مهر را رد کند و در این صورت هم چنان که عقد نکاح بدون تعیین میزان مهر درست است نکاح انجام شده نیز بدون مهر می باشد. در اینجا همانند موردی که تعیین نشده رفتار می شود و اگر در این صورت نزدیکی صورت گرفته باشد زن مستحق مهرالمثل خواهد بود. البته اگر در صورتی که فردی با حیله و فریب قصد ازدواج با سفیه را داشته باشد و بخواهد که از اموال سفیه سو استفاده نماید شکی در بر هم زدن عقد نکاح توسط ولی وجود ندارد زیرا اساسا غیر رشید را فقط در ازدواج با اشخاصی که هدفی غیر از نکاح و تشکیل زندگی مشترک ندارند می توان آزاد گذاشت.

بررسی نکاح سفیه بدون اذن ولی در صورت اعتبار رشد در ازدواج

در صورتی که به اعتبار رشد در عقد نکاح اعتقاد قائل باشیم؛ اگر سفیه بدون اذن ولی عقد نکاح را منعقد کند در مورد ضمانت اجرای این نکاح دو دیدگاه قابل طرح می باشد که در ذیل این دو دیدگاه مورد بررسی قرار می گیرد:

بند اول: غیر نافذ بودن نکاح سفیه بدون اذن

مطابق ماده ۱۲۱۴ قانون مدنی در امور مالی اعمال سفیه نافذ نبوده و ولی یا قیم باید آن ها را تنفیذ نماید.

بر همین اساس ازدواج از آن جا که دارای آثار مالی از قبیل مهریه و نفقه است، سفیه در این مورد نمی تواند مستقلا اقدام نماید، بلکه نکاح او باید با اذن ولی یا قیم باشد و هر گاه سفیه بدون اذن ولی یا قیم خود اقدام به ازدواج نماید، عمل وی غیر نافذ خواهد بود. در فقه امامیه این نظر پذیرفته شده است و قانون مدنی محمول بر نظر فقهای امامیه است.

بند دوم: بطلان نکاح سفیه بدون اذن

این دیدگاه که در نوع خود بی سابقه و بدیع به نظر می رسد بر اساس یک تعریف جدید از معنای رشد ارائه شده است. مطابق این دیدگاه رشد شرط صحت اعمال قانونی است."رشد یعنی لیاقت و شایستگی اداره آن کاری که شخص می خواهد بر عهده بگیرد."" به این جهت در حقوق اسلام عاقل بودن و بالغ بودن و مختار بودن کافی نیست که شخص بتواند درباره ازدواج تصمیم بگیرد. پسر یا دختری که می خواهند ازدواج کنند آن گاه ازدواجشان صحیح است که رشد عقلانی کافی داشته باشند، یعنی مفهوم ازدواج را که چیست و برای چیست و چه مسئولیت هایی دارد و چه تأثیری در سرنوشت فرد دارد، باید درک کنند که کورکورانه در موضوعی به این اهمیت وارد نشوند."(گرجی، ابوالقاسم و همکاران، ۱۳۷۰، ص ۱۱۲ و ۱۱۳)

نظریه عدم نفوذ نکاح سفیه بدون اذن ولی:

اکثر فقها ازدواج سفیه بدون اذن ولی را نافذ نمی دانند(موسوی خمینی، حلی و سید یزدی فایل شماره یک)

عده ای نه تنها حجر سفیه در مسئله نکاح و نیاز به اذن ولی را مسلم می دانند. بلکه ضرورت نکاح برای سفیه را هم شرط اعمال ولایت ولی می پندارند. به عقیده این قبیل از فقها در فرض عدم نیاز سفیه به ازدواج، ولی نمی تواند برای او عقد نکاح منعقد کند. استدلال این عده این است که نکاح به علت اشتمال بر مهر و نفقه، مستلزم ضرر سفیه بوده، و ولی حق انجام کاری که به ضرر مولی علیه باشد را ندارد(طوسی).

عده ای دیگر مطابق قاعده کلی ترتب نکاح سفیه بر تصرفات مالی، نکاح سفیه بدون وجود ضرورت و اضطرار را حتی با اذن ولی ممنوع می پندارند.(عاملی) عده ای دیگر از فقها این قید را اضافه می کنند که عدم اعتبار نکاح سفیه ناظر بر فرضی است که ازدواج سبب تلف شدن مال از سوی سفیه شود(نجفی)

این قبیل از فقها که نکاح سفیه بدون اذن ولی را صحیح نمی دانند به دلایل ذیل استناد نموده اند:

الف) زواج احتیاج به مال دارد و نکاح مشتمل بر امور مالی همچون مهریه و نفقه می باشد و از آنجا که سفیه در امور مالی محجور است، ازدواج او بدون اذن ولی صحیح نیست.

ب) اعتقاد به نفوذ ازدواج سفیه بدون اذن ولی و صرف مال در مقدار مهری که پرداخت می کند، به معنی موافقت در اتلاف مال می باشد.(قاسم زاده، ۱۳۸۰، ص ۱۳۹)

ج) عده ای از فقها به روایاتی مانند روایت فضلا که این چنین است"زنی که مالک خویش است و سفیه و مولی علیها نمی باشد، می تواند بدون اذن ولی ازدواج کند(کلینی، حر عاملی) استناد نموده اند. عده ای از فقها اعتقاد دارند که عبارت غیرالسفیه که در روایت آمده از مصادیق مولی علیه بوده و عام بر خاص عطف گردیده شده و به این ترتیب توجیه می نمایند که ولایت بر سفیه عمومیت نداشته و مخصوص امور مالی می باشد. لذا امکان دارد این گونه برداشت گردد که چنین شخصی می تواند مستقلا در انتخاب همسر که امر غیر مالی است عمل نماید؛ به همین دلیل عبارت غیر السفیه و مولی علیها جداگانه عنوان گردیده است.(عاملی،۱۴۱۳، ج۷، ص۱۲۶ و ۱۲۷) عده ای دیگر این روایت را به تعبیر دیگری تفسیر نموده اند. این عده از فقها معتقدند که گرچه سفاهت به معنای فقدان عقل معاش است، اما در این روایت از آن جایی که نکاح ارتباطی با امور مالی ندارد و توجه به انتخاب همسر از مسائل بسیار مهم است، منظور از سفاهت را عدم برخورداری از رشد کافی و مورد نظر برای انتخاب همسر عنوان کرده اند. در رابطه با این روایت این نکته باید مورد توجه قرار گیرد که هر چند روایت فضلا مربوط به زن سفیه می باشد، اما با توجه به عدم فرق میان زن و مرد سفیه، باید حکم به عدم نفوذ نکاح مرد سفیه در ازدواج نیز کرد (نجفی، ۱۴۰۴، ج۲۹، ص ۱۷۷).

به نظر می رسد که در این باره نظر گروه دوم از فقها ارجح باشد. به تعبیر دیگر چنین می توان گفت، زنی که از رشد در تشخیص مصالح خود در انتخاب همسر برخوردار نیست، توانایی آزادانه تصمیم گرفتن درباره ازدواج را ندارد.

د) از دیگر روایاتی که فقها بر تأیید عدم صحت نکاح سفیه به آن استناد می کنند، روایت عبدالله بن سنان است:"اگر کسی بالغ شود و کارهای او به ثبت برسد، جایز است که در امور خویش تصرزف کند، مگر اینکه سفیه و یا ضعیف باشد (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج۱۸، ص ۴۱۲).

اطلاق سفیه در این روایت بیانگر این است که سفیه اعم از امور مالی و غیر مالی است. لذا لازمه تصرف در هر موردی وجود رشد در همان مورد می باشد.

نظریه نفوذ نکاح سفیه بدون اذن ولی

دسته ای از فقها به شرط ضرورت نکاح معترض بوده و منحصر کردن جواز نکاح سفیه به ضرورت را مخالف شریعت اسلام مبنی بر تشویق به ازدواج و تکثر نسل دانسته و گفته اند سفیه نیز عاقل و بالغ بوده و مکلف به انجام تکالیف شرعی است که یکی از تکالیف شرعی نکاح می باشد.(بحرانی، ۱۴۰۵، ج۲۳، ص۲۴۶-۲۴۷) همچنین بعضی از فقهای معاصر اسلام نکاح سفیه بدون اذن ولی را نافذ و معتبر می دانند.(مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص۳۱۱)

این گروه از فقها که ازدواج سفیه را صحیح می دانند به دلایل ذیل استناد نموده اند:

الف) احتیاج، سفیه را به ازدواج فرا می خواند و این امر برای او ضروری است؛ زیرا با ازدواج نیمی از دین محفوظ می ماند و هرگاه سفیه نتواند برای دیگری نکاح ببند، حداقل نکاح برای خودش جایز است. مانند کسی که حقی نزد دیگری داشته باشد و او را از آن باز بدارند و بدین سان رسیدن طلبکار به وی ممکن نباشد. می تواند حقش را بدون رضایت مدیون بگیرد (حلی، ۱۳۸۸، ص ۶۱۱).

ب) مشهور فقها تنها سفه در امور مالی را از اسباب حجر می دانند و معتقدند که سفاهت در امور غیر مالی تأثیری بر امور غیر مالی نمی گذارد (طباطبایی، ۱۴۱۶،ج۱۴، ص ۴۶۰).

ج) عده ای از فقها در مقام اثبات عدم اعتبار رشد برای نکاح، به قاعده"الناس مسلطون علی انفسهم" هر کس بر خویشتن ولایت دارد، استناد کرده اند. این قاعده مانند قاعده سلطنت بر اموال مورد تأیید شرع می باشد. طبق این تحلیل هر فرد، چه مرد و چه زن در امر ازدواج خویش مخیر است و دلیل و قاعده ای که این اختیار را از فرد سلب کرده باشد وجود ندارد (مومن قمی، ۱۴۱۵، ۱۶۳-۱۶۶؛ طباطبایی)

د) عده ای از فقها به روایت زراره که از امام محمد باقر (ع) نقل می کند استناد نموده اند که ایشان این چنین فروده اند:"هر گاه زنی اختیار دار خویش باشد و بتواند خرید و فروش کند، برده آزاد کند، شهادت بدهد و هرچه از اموال خود را که می خواهد بخشد، اقدام و تصرف او جایز است و می تواند بدون اذن ولی خود با هر کسی که مایل است، ازدواج کند.(طوسی، ۱۴۰۷، ج۷، ص۳۷۸)

با توجه به روایت مذکور اگر زنی مالک امر خود بود به گونه ای که بیع و شرا و عتق می کرد و شهادت می داد و هبه می نمود، یعنب زنی که رشیده است، چنین زنی که شامل باکره هم می شود، ازدواجش نیز صحیح است و نیاز به اذن ولی ندارد(زنجانی، ۱۴۱۹، ج۱۱، ص۳۸۸۸)

منابع و مآخذ

۱. امامی، سید حسین، حقوق مدنی، ج ۱ و ۴، تهران، کتابفروشی اسلامیه، چاپ شانزدهم، ۱۳۷۵
۲. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت، دار الفکر للطباعه و النشر، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق
۳. بحرانی، یوسف بن احمد (آل عصفور)، الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۵ق
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق خانواده، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۷۶
۵. حیاتی، علی عباس، حقوق مدنی (۱) اشخاص و محجورین، تهران، میزان، ۱۳۹۱
۶. حلی، نجم الدین جعفر بن حسن (محقق)، شرائع الاسلام فی مسائل حلال و حرام، قم، موسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸
۷. حلی حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکره الفقها، قم موسسه آل البیت، چاپ اول، ۱۳۸۸
۸. خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، ج۲، قم، دارالعلم، چاپ ششم، ۱۳۸۱
۹. خویی، سید محمد تقی، الشروط أوالاتزامات التبعیه فی العقود، ج ۲، بیروت، دارالمؤرخ العربی، ۱۴۱۴ق
۱۰. دیانی، عبدالرسول، حقوق مدنی خانواده؛ ازدواج و انحلال آن، تهران، امید دانش، چاپ اول، ۱۳۷۹
۱۱. روحانی، سید صادق، فقه الصادق، ج۱۷و۲۱، قم، دارالکتاب، ۱۴۱۲ق
۱۲. زنجانی، سید موسی شبیری، کتاب نکاح، قم، موسسه پژوهشی رای پرداز، چاپ اول، ۱۴۱۹

۱۳. صفایی، سید حسین و اسدالله امامی، حقوق خانواده، ج۱، تهران، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ هفتم، ۱۳۷۸

۱۴. صفایی، حسین و امامی اسدالله، مختصر حقوق خانواده، تهران، میزان، چاپ دوازدهم، ۱۳۸۶

۱۵. صفایی، سید حسین و سید مرتضی قاسم زاده، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، تهران، انتشارات سمت، چاپ هشتم، ۱۳۸۲

۱۶. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، تهذیب الاحکام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق

۱۷. طباطبایی حکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوثقی، قم، موسسه دارالتفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ق

۱۸. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی الفقه الامیه، تهران، المکتبه الرضویه لاحیا الآثار الجعفریه، چاپ سوم، ۱۳۷۸

۱۹. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق

۲۰. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصه فی شرح القواعد، ج۱۲، قم، موسسه آل البیت، چاپ دوم، ۱۴۱۴ق

۲۱. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۳ق

۲۲. عاملی، حر محمد بن حسن، تفصیل الوسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشیعه، قم، موسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ق

۲۳. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، قم، مرکز نشر دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۶۷

۲۴. قاسم زاده، سید مرتضی، ازدواج غیر رشید؛ مجنون و بیمار جسمی یا روحی خطرناک، فصلنامه دیدگاه های حقوقی، دانشکده علوم قضائی و خدمات اداری، شماره بیست و سوم، ۱۳۸۰

۲۵. قدیانی، عباس، فرهنگ فارسی معلم، تهران، انتشارات جاجری، چاپ چهارم، ۱۳۸۱

۲۶. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، تهران، نشر بهمن برنا، چاپ ششم، ۱۳۸۲

۲۷. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، الکافی، تهران، دارالمکتبه اسلامیه، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق

۲۸. گرجی، ابوالقاسم و همکاران، بررسی و تطبیق حقوق خانواده، تهران، میزان، ۱۳۷۰

۲۹. مکارم شیرازی، ناصر، انوارالفقاهه، کتاب نکاح، قم، انتشارات مدرسه الامام، ۱۴۲۵ق

۳۰. مسجد سرایی، حمید، ترمینولوژی فقه اصطلاح شناسی فقه امامیه، تهران، انتشارات پیک کوثر، چاپ اول، ۱۳۹۱

۳۱. محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده؛ نکاح و انحلال آن، تهران، نشر علوم اسلامی، چاپ چهارم، ۱۳۷۹

۳۲. منصور، جهانگیر، مجموعه قوانین اساسی و مدنی، تهران، نشر دوران، چاپ چهل و ششم، ۱۳۹۱

۳۳. مومن قمی، محمد، کلمات سدیده فی مسائل جدیده، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۵ق

۳۴. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار احیا التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق

۳۵. نجفی (کاشف الغطا)، حسن بن جعفر، سفینه النجاه و مشکاه الهدی و مصباح السعادات، ج۴، نجف، موسسه کاشف الغطا، ۱۴۲۳ق

۳۶. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، ج۱۶، قم، موسسه آل البیت، ۱۴۱۵ق

۳۷. یثربی قمی، علی محمد، حقوق خانواده در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، تهران، سمت، چاپ چهاردهم، ۱۳۷۸

۳۸. یزدی، سید محمد کاظم، العروه الوثقی فیما تعم به البلوی، بیروت، موسسه الاعلمی للمطبوعات، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق