

ایستادگی



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد بندرانزلی

پایان نامه جهت دریافت درجه کارشناسی ارشد  
رشته حقوق گرایش: خصوصی

عنوان:

بررسی ولایت و نقش آن در تجویز ازدواج صغار از منظر فقه و حقوق موضوعه

استاد راهنما

دکتر امیررضایی فومنی

نگارش

حسین روحی

پاییز ۱۳۹۸

## تقدیم به

به پاس تعبیر عظیم و انسانی شان از کلمه ایثار و از خودگذشتگان  
به پاس عاطفه سرشار و گرمای امیدبخش وجودشان که در این سردترین روزگاران بهترین پشتیبان است  
به پاس قلب های بزرگشان که فریاد رس است و سرگردانی و ترس در پناهشان به شجاعت می گراید  
و به پاس محبت های بی دریغشان که هرگز فروکش نمی کند

این مجموعه را به پدر و مادر عزیزم تقدیم می کنم.

## سپاسگزاری

و با تقدیر و تشکر شایسته از استاد فرهیخته و فرزانه جناب آقای دکتر امیر رضایی فومنی که با نکته‌های دلاویز و گفته‌های بلند، صحیفه‌های سخن را علم پرور نمود و همواره راهنما و راه گشای نگارنده در اتمام واکمال پایان نامه بوده است.



به نام خدا

دانشگاه آزاد اسلامی - واحد بندرانزلی

بایاری از خداوند سبحان و اعتقاد به این که عالم محضر خداست و همواره ناظر بر اعمال انسان و به منظور پاس داشت مقام بلند دانش و پژوهش و نظریه ایست جایگاه دانشگاه در اعتدای فرهنگ و تمدن بشری، ماد انشجویان و احشاء حیات علمی و اصدادی دانشگاه آزاد اسلامی مستعد می گردیم اصول زیر را در انجام فعالیت های پژوهشی مد نظر قرار داده و از آن تحفی کلیم:

- اصل حقیقت جویی: تلاش در راستای پی جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از حرکت پنهان سازی حقیقت.
- اصل رعایت حقوق: الزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهیدگان (انسان، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق.
- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه بکاران پژوهش.
- اصل منفعتی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن پیشبرد و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش.
- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از حرکت جانب داری غیر علمی و حفاظت از اموال، تجهیزات و منافع در اختیار.
- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد، سازمان ها و کشور و کلیه افراد و نهاد های مرتبط با تحقیق.
- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم ها و حرمت ها در انجام تحقیقات و رعایت جانب تقد و خودداری از حرکت حرمت شکنی.
- اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و اشاعه نتایج تحقیقات و انتقال آن به بکاران علمی و دانشجویان به غیر از مواردی که منع قانونی دارد.
- اصل برانت: الزام به برانت جویی از حرکت رفتار غیر حرفه ای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به شائبه های غیر علمی می آلاینند.

۱۳۹۹/۰۶/۱۶

نام و نام خانوادگی، تاریخ و امضاء: حسین روجی

فرم شماره 9  
دانشجویان نیمسال  
اول 95 و بعد از آن

شماره فرم 95 و بعد از آن

باسمه تعالی

دانشگاه آزاد اسلامی واحد بندرانزلی



« صور تجلسه دفاع »

فرم ارزشیابی نهایی فعالیت پژوهشی (پایان نامه) دانشجویان

ارزشیابی توسط استاد راهنما/مشاور/داور(ان)<sup>1</sup>

با استعانت از الطاف خداوند متعال جلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد آقای/خانم حسین روحی دانشجوی رشته حقوق گرایش خصوصی به شماره دانشجویی 950230466 و کد پایان نامه..... تحت عنوان نقش ولایت در تجویز ازدواج از منظر فقه و حقوق ایران در تاریخ..... با حضور استادان محترم راهنما، مشاور، و هیات داوران در دانشگاه آزاد اسلامی واحد بندرانزلی برگزار و با درجه..... به تصویب رسید.

امضا  
امضا  
امضا  
امضا

نام و نام خانوادگی استاد راهنما: دکتر رضایی قومی

نام و نام خانوادگی استاد مشاور:

نام و نام خانوادگی استاد داور: دکتر نعیمی

نام و نام خانوادگی استاد داور: دکتر شرافت پیمان

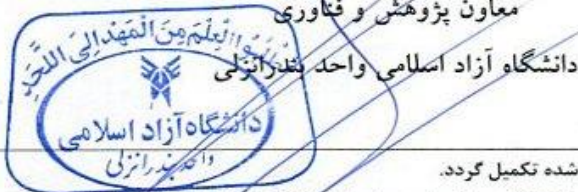
ارزشیابی توسط حوزه معاونت پژوهش و فناوری

پس از بررسی نتایج حاصل از الف) پذیرش یا چاپ مقاله در مجلات معتبر ب) فرستادن (submission) مقاله به مجلات معتبر ج) انصراف دانشجو از ارائه مقاله و ارائه فرم 14، پایان نامه با درجه 2..... به تصویب رسید.

مدیر پژوهش و فناوری

کارشناس پژوهش و فناوری

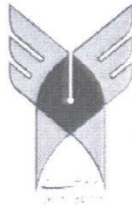
معاون پژوهش و فناوری



توجه: لطفاً فرم توسط دانشجو به صورت تاپ شده تکمیل گردد.

1- براساس نمره اخذ شده از فرم شماره 10 (حداکثر 18 نمره) یکی از درجات خوب، قابل قبول و غیر قابل قبول تعلق می گیرد.

2- براساس احراز موارد الف و ب به ترتیب درجات عالی و بسیار خوب تعلق می گیرد و در صورت انصراف دانشجو از ارائه مقاله درجه تعیین شده در بخش اول به عنوان درجه نهایی تصویب می گردد.



## تعهد اصالت پایان نامه

اینجناب حسین روحی دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد در رشته حقوق خصوصی که در تاریخ ۹۸/۰۸/۲۳ از پایان نامه خود تحت عنوان بررسی ولایت و نقش آن در تجویز ازدواج صغار از منظر فقه و حقوق موضوعه با کسب نمره ۱۷/ و درجه خوب دفاع نموده ام بدین وسیله متعهد می شوم:

۱- این پایان نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجناب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و...) استفاده نموده ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده ام.

۲- این پایان نامه قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه ها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است.

۳- چنانچه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هرگونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و... از این پایان نامه داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم.

۴- چنانچه در هر مقطعی زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می پذیرم و واحد دانشگاهی مجاز است با اینجناب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی حسین روحی

تاریخ و امضاء ۱۳۹۹/۰۶/۱۶

## فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	چکیده.....
۲	مقدمه.....
۲	الف- بیان مسئله.....
۵	ب- اهمیت و ضرورت پژوهش.....
۵	ج- اهداف پژوهش.....
۵	د- سابقه پژوهش.....
۷	ه- سوالات پژوهش.....
۷	و- فرضیه های پژوهش.....
۷	ز- نوآوری پژوهش.....
۷	ح- روش تحقیق.....
۷	ط- ساختار تحقیق.....
۸	فصل اول- کلیات.....
۹	۱-۱- مفهوم نکاح.....
۹	۱-۱-۱- مفهوم لغوی نکاح.....
۹	۱-۱-۲- مفهوم اصطلاحی نکاح.....
۱۱	۲-۱- مفهوم ولایت.....
۱۲	۳-۱- مفهوم اهلیت.....
۱۳	۱-۳-۱- تعریف لغوی اهلیت.....
۱۳	۲-۳-۱- تعریف حقوقی اهلیت.....
۱۴	۳-۳-۱- انواع اهلیت در قانون مدنی.....
۱۴	۱-۳-۳-۱- اهلیت تمتع.....
۱۵	۲-۳-۳-۱- اهلیت استیفا.....
۱۵	۴-۱- مفهوم اذن.....
۱۵	۱-۴-۱- مفهوم لغوی اذن.....
۱۵	۲-۴-۱- معنای اصطلاحی اذن.....
۱۵	۳-۴-۱- اذن و مفاهیم مشابه.....
۱۶	۱-۳-۴-۱- اذن و رضایت.....



۱۶	..... ۴-۳-۲-اذن و اجازه
۱۷	..... ۵-۱-ریاست
۱۷	..... ۵-۱-۱-مفهوم لغوی ریاست
۱۷	..... ۵-۲-مفهوم اصطلاحی ریاست
۱۸	..... ۶-۱-مفهوم سیادت
۱۹	..... ۶-۱-۱-مفهوم لغوی
۱۹	..... ۶-۲-مفهوم اصطلاحی
۲۰	..... ۷-۱-سیر تحول اذن در نکاح در قوانین ایران
۲۰	..... ۷-۱-۱-اذن در نکاح در قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳
۲۱	..... ۷-۲-۱-اذن در نکاح در قانون حمایت از خانواده مصوب سال ۱۳۵۳
۲۱	..... ۷-۳-۱-اذن در نکاح در اصلاحات قانون حمایت از خانواده ۱۳۶۱
۲۶	..... ۸-۱-اوصاف اذن ولی
۲۶	..... ۸-۱-۱-خاص بودن اذن ولی
۲۶	..... ۸-۲-قابل رجوع بودن اذن ولی
۲۷	..... ۸-۳-انحصاری بودن اذن ولی در نکاح
۲۸	..... فصل دوم-ادله و شرایط حاکم بر ولایت در تجویز نکاح
۲۹	..... ۲-۱-ادله اذن ولی در نکاح
۲۹	..... ۲-۱-۱-۱-ادله اذن ولی در نکاح دائم
۲۹	..... ۲-۱-۱-۲-ادله عمومی ناظر بر ولایت بر ازدواج
۲۹	..... ۲-۱-۱-۱-۱-دلائل قرآنی
۳۰	..... ۲-۱-۱-۲-روایات معصومین (علیهم السلام)
۳۰	..... ۲-۱-۱-۱-۱-روایت اول
۳۲	..... ۲-۱-۱-۲-۲-روایت دوم
۳۲	..... ۲-۱-۱-۲-ادله اختصاصی تجویز ولی در نکاح
۳۲	..... ۲-۱-۱-۲-۱-قرآن
۳۳	..... ۲-۱-۱-۲-۲-سنت
۳۳	..... ۲-۱-۱-۲-۳-اجماع
۳۴	..... ۲-۱-۱-۲-۴-عقل
۳۴	..... ۲-۱-۲-اذن پدر در نکاح موقت
۳۴	..... ۲-۱-۲-۱-لزوم اذن ولی در عقد موقت باکره

- ۲-۲-۱-۲- لازم نبودن اذن ولی در عقد موقت باکره ..... ۳۵
- ۲-۲-۱-۳- لازم نبودن اذن ولی در عقد موقت باکره و جایز نبودن ازاله بکارت ..... ۳۵
- ۲-۲-۱-۴- ادله مخالفین به اذن در نکاح در عقد موقت ..... ۳۵
- ۲-۲-۱-۲- روایت فضل بن کثیر ..... ۳۵
- ۲-۲-۱-۲- روایت احمد بن یحیی ..... ۳۶
- ۲-۲-۱-۳- روایت عَبْدُ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرٍ ..... ۳۷
- ۲-۲-۱-۵- ادله موافقین به اذن در نکاح در عقد موقت ..... ۳۷
- ۲-۲-۱-۵- روایت حلبی ..... ۳۷
- ۲-۲-۱-۵- روایت سعید القمط ..... ۳۸
- ۲-۲- شرایط اذن ولی در نکاح ..... ۳۹
- ۲-۲- سلامت عقلی ولی در زمان اذن ..... ۳۹
- ۲-۲- حریت و اتحاد دین ولی در زمان اذن ..... ۳۹
- ۲-۲- عدالت ..... ۴۰
- ۲-۲- رشد ..... ۴۰
- ۲-۳- شرایط دختر برای اذن ولی در نکاح ..... ۴۰
- ۲-۳-۱- شرایط سنی دختر در اذن ولی برای ازدواج ..... ۴۱
- ۲-۳-۲- باکره بودن دختر ..... ۴۱
- ۲-۴- قلمرو اذن ولی در نکاح ..... ۴۲
- ۲-۴-۱- قلمرو اذن ولی از نظر فقهی ..... ۴۲
- ۲-۴-۲- قلمرو اذن ولی از منظر حقوق ..... ۴۳
- ۲-۴-۳- حد ولایت در تجویز نکاح در حقوق ..... ۴۴
- ۲-۴-۴- استثنا بر حد اختیارات ولی در اذن نکاح ..... ۴۴
- ۲-۴-۴-۱- عدم دسترسی به ولی ..... ۴۵
- ۲-۴-۴-۲- عدم رعایت مصلحت دختر در زمینه اذن در نکاح ..... ۴۵
- فصل سوم- آثار ناشی از ولایت در تجویز ..... ۴۷
- ۳-۱- آثار ناشی از ولایت بر نکاح افراد بزرگسال ..... ۴۸
- ۳-۱-۱- آثار ناشی از ولایت بر نکاح افراد بزرگسال از منظر فقه ..... ۴۸
- ۳-۱-۲- مقررات قانونی مدنی ..... ۵۰
- ۳-۲- آثار ناشی از جواز تزویج صغار ..... ۵۴
- ۳-۳- آثار ناشی از عدم اذن ولی در نکاح ..... ۵۶

۵۶	..... آثار ناشی از ازدواج بدون اذن ولی از منظر فقه
۵۷	..... بطلان عقد بدون اذن پدر و جد پدری
۵۷	..... صحت نکاح
۵۸	..... قول تشریک
۵۸	..... استمرار ولایت پدر در نکاح دائم و استقلال دختر در نکاح منقطع
۵۹	..... استمرار ولایت در ازدواج منقطع و سقوط آن در ازدواج دائم
۵۹	..... آثار ناشی از ازدواج بدون اذن ولی از منظر حقوق ایران
۶۲	..... نتیجه گیری
۶۵	..... فهرست منابع

# بررسی ولایت و نقش آن در تجویز ازدواج صغار از منظر فقه و حقوق موضوعه

حسین روحی

## چکیده

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 جد پدری اوست. در فقه، در خصوص وجود ولایت در نکاح باکره رشیده اختلاف نظر وجود دارد این اختلاف نظر از آن رو است که عده ای در این مورد قائل به عدم صحت نکاح بدون اذن ولی شده اند و عده ای بین باکره و غیر آن و نیز صغیر و رشید تفکیک قائل شده اند. در همین اولین گام است که بحث ولی و نقش او در ازدواج مطرح می‌گردد. بحث ولایت و تجویز در نکاح از مباحث اختلاف بر انگیز در حقوق خانواده است که حد و قلمرو آن همواره با مباحث زیادی همراه بوده است. در همین راستا پژوهش پیش رو در صدد آن است که با روش نظری- توصیفی به بررسی جایگاه ولایت در تجویز نکاح بپردازد. نتایج پژوهش بیانگر این موضوع است که مبنای فقهی این موضوع را می‌توان روایات، اجماع، سیره عقلا و سیره مشرعه دانست البته به تمامی این مبانی ایراد وارد شده است و مبنای حقوقی آن نیز ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی می‌باشد. همچنین نتایج بیانگر این موضوع است که در صورت نکاح بدون اذن مشهور فقها قائل به بطلان این عقد می‌باشند هر چند عده ای دیگر عقد را صحیح می‌دانند و عده ای نیز حد میانه را مدنظر قرار داده اند موضعی که قانون نیز از آن پیروی کرده است.

واژگان کلیدی: نکاح، ولایت، تجویز، صغیر

## مقدمه

در میان پیوندهای اعتباری، تنها نهادی که جلوه ای ویژه در میان سایر نهادها دارد عقد نکاح است. علقه ای که شالوده آن را عشق و عاطفه بنا می کند، بقاء آن را پیوستگی دلها و پیوند قلبها تضمین می کند. پیوندی که رنگ بوی معنوی آن چنان عرصه خانواده را فرا میگیرد که شائبه سوداگری در آن نمی رود. شاهکارهای آفرینش را می تواند در گرایش دو جنس مخالف بسوی یکدیگر و در کنار آن توالد و تناسل، مشاهده کرد، مهر و عطوفتی که چنان درون را آشفته و دلها را دگرگون می کند که جز وصلتی ابدی التیام بخش این دردها نخواهد بود و آن همه سختی برای دست یافتن به معشوق را تحمل کردن جز با پیوندی اخلاقی و مذهبی به نتیجه نمی رسد و این سرنوشتی است که دچار همگان خواهد شد. در همین راستا مفهوم آزادی اراده و استقلال در تصمیم گیری، از مفاهیم عمیق و در خور توجه در جوامع انسانی است که ذهن هر محقق آزاداندیش را به خود جلب می کند. در جوامع مترقی حقوقی، نه تنها برخورداری از این موهبت، از حقوق اولیه افراد تلقی می شود، بلکه بر هر نهاد قانون گذاری نیز تکلیف می گردد تا در هنگام وضع قوانین با توجه ویژه به نحوه قانون گذاری، موجب زوال این موهبت از انسانها نگردد. مجموعه تقنینی ما نیز از این قاعده مستثنی نبوده و قانون مدنی به پیروی از دین مبین اسلام و فقه غنی آن، در راستای دستیابی افراد جامعه به این حق اولیه گام برداشته و در پی تأمین استقلال و آزادی اراده آنها بوده است. این از آن رو است که در ظاهر، به نظر می رسد دوشیزگان نمی توانند رأساً و به استقلال و بدون اذن ولی خود عقد نکاح منعقد نمایند و در صورت انعقاد، عقد واقع شده غیر نافذ بوده و از طرف ولی قهری قابلیت درخواست انحلال را دارد. این نظریه دارای پشتوانه و دلایل مختلفی است که در این پژوهش از یک بعد (حکم وضعی و تکلیفی) به این موضوع پرداخته شده است. روشی که سابقه ای از آن در تحقیقات مشاهده نشده است. لذا در ادامه ضمن بیان کلیاتی در خصوص مفاهیم ولایت، و بیان اقوال مختلف مطروحه در فقه، به بیان مبنای نظریه ارائه شده در فوق پرداخته و جایگاه اذن ولی در نکاح را مشخص خواهیم نمود.

## الف- بیان مسئله

خانواده ابتدایی ترین و کوچکترین نهاد اجتماعی است که تحت تاثیر تمایلات طبیعی و غریزه ی غیر خواهی و فرزند دوستی و همراه با انگیزه ی بقای نسل بشر، تشکیل می شود. این نهاد کوچک از سوی دانش های گوناگون مورد ملاحظه و مطالعه واقع شده و فواید فردی و عواید عمومی آن از زوایای مختلف تحقیق و بررسی شده است.

از دیدگاه شرعی اهمیت خانواده و ضرورت سازماندهی اخلاقی و حقوقی آن به اندازه ای است که به اعتقاد بعضی محققان، غالب احکام تفصیلی و عملی قرآن و سنت ناظر به این گروه کوچک اجتماعی است و اسباب تشکیل و طرق تشدید و تنظیم حقوق و تکالیف و روابط اعضای آن بیش از هر تاسیس اجتماعی دیگر مورد عنایت شریعت واقع شده است.

از منظر جامعه شناسی خانواده یکی از عوامل اساسی اجتماعی کردن فرد و کانون حفظ و انتقال و استمرار سنن ملی و قواعد اخلاقی و محیط رشد و توسعه ی عواطف انسانی و تعمیق روح تعاون و همبستگی و مهیا شدن برای مشارکت در محیط ها و گروه های بزرگتر محسوب می شود. نقش خانواده در اقتدار ملی و اقتصادی هم از نظر دور نمانده است. تا آنجا که بعضی از صاحب نظران آسیب های وارد بر دولت را ناشی از آسیب دیدگی خانواده است.

بنیادی با این همه اهمیت و کارکرد های مثبت، خود معلول نهادی اساسی به نام ازدواج است. از دیدگاه حقوقی ازدواج، قراردادی است میان مرد و زن که با رعایت شرایط و موانع مخصوص تشکیل می شود و منشا آثار و الزامات مشخصی می گردد. ازدواج از این دیدگاه یک عمل حقوقی صرف است ولی اگر این عمل حقوقی از زیر سلطه ی سنگین حقوق و قانون خارج شود و از زوایای روشن تر و واقع بینانه تر ملاحظه گردد، سهم عشق و عاطفه و قواعد اخلاقی و عقاید مذهبی و سنت ها و ضرورت های اجتماعی در تکوین آن بیش از پیش آشکار خواهد شد. سهم عوامل و انگیزه های غیر حقوقی در تشکیل خانواده و تشدید مبانی و تحصیل اهداف آن به اندازه ای است که قانون گذاران و حقوقدانان خود به فراست، ضرورت کاستن از مداخله ای دولت و قانون و حقوق در مسائل آن را دریافته اند و به آن اعتراف کرده اند.

دخالت دولت و قوانین موضوعه ی آن در خانواده تنها زمانی قابل توجیه است که به منظور تضمین قواعد اخلاقی و ضوابط مذهبی و برای حل و فصل اختلافات اعضاء و حمایت از افراد ضعیف آن، به عمل آید. یکی از مظاهر مداخله ی قانون و قانون گذار در خانواده حمایت از آزادی اراده طرفین و به تبع آن تعیین سن ازدواج خانواده است. در کشور ما بر اساس آموزه های مذهبی ترویج کودکان به دست اولیای شرعی آنان تجویز می شود ولی به واسطه ی دگرگونی عادات اجتماعی و تلطیف عواطف و اخلاق عمومی، قانونگذار تمایلی به تبعیت از این آموزه ها ندارد و به اقتضای وظیفه ی خود در حمایت از خانواده، می خواهد آغاز تشکیل این نهاد اجتماعی مبتنی بر اراده ی آزاد و استعداد جسمی و روحی و اجتماعی زن و مرد بوده و سرانجام آن، تربیت فرزندان شایسته و به طور کلی برآوردن اهداف و کارکردها و مسوولیت های اجتماعی خانواده باشد.

نویسندگان قانون مدنی ایران کوشیده بودند مصالح اجتماعی را با ملاحظات فردی درهم آمیزند و راهی معقول و میانه در پیش گیرند. در همین راستا در موضوع ولایت بر نکاح و خصوصاً مسأله ی تزویج صغار، سوابق تاریخی و زمینه های اجتماعی و فرهنگی را در کنار هنجارهای دنیای هم عصر خود، با هم در نظر گرفته بودند و در مجموع مقرراتی نسبتاً قابل قبول پدید آورده بودند. در مقابل قانون گذار جمهوری اسلامی برای مدتی این واقعیت ها و احتیاط ها را به فراموشی سپرد و تحت تاثیر آموزه ها و انگیزه های فقهی، تزویج صغار را به دور از هر گونه نظارت و بازرسی اجتماعی تنها با قید مبهم « رعایت مصلحت » جایز تلقی کرد ولی بعدها توجه به واقعیات و بازخوانی موازین فقهی سبب شد تا مسأله مورد بازرسی مجدد واقع شود و مجالی برای نظارت و ارزیابی جامعه ایجاد گردد.

اگر بخواهیم در همین مقدمه اندکی بازتر و روشن تر در باره ازدواج صغار بحث کنیم باید بگوییم که ولایت بر نکاح و سن ازدواج در قوانین ایران دگرگونی های بسیار به خود دیده است. ولایت بر نکاح دختران بالغه سه بار در ماده ی ۱۰۴۳ قانون مدنی مورد حکم واقع شده است. یک بار در ۱۳۱۳ ماده ی مرقوم، ازدواج دختری را که شوهر نکرده بدین شرح منوط به اذن ولی قهری کرده بود و بیان می داشت که نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده اگر چه به سن ۱۸ سال رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او است. این ماده در سال ۱۳۶۱ باقید سن بلوغ به جای ۱۸ سال مورد تغییر قرار گرفت. در سال ۱۳۷۰ ماده ی مورد بحث مجدداً بازرسی و به شرح زیر اصلاح شد: « نکاح دختر باکره اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدر او است و هر گاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند اجازه او ساقط و در این صورت دختر می تواند با معرفی کامل مردی که می خواهد 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.

سن ازدواج هم بر همین قیاس در معرض اصلاح و بازرسی بوده است. ماده ی ۱۰۴۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳ چنین سنی را برای دختران ۱۵ و برای پسران ۱۸ سال تمام پیش بینی کرده و در موارد مستثنی به اقتضای مصلحت اعطای معافیت از شرط سن را به دختران ۱۳ و پسران ۱۵ ساله تجویز نموده بود. در سال ۱۳۵۳ قانون حمایت از خانواده ازدواج زنان پیش از رسیدن به ۱۸ سال و ازدواج مردان پیش از رسیدن به سن ۲۰ سال را ممنوع اعلام کرد. این قانون هم استثناً در صورت اقتضای مصلحت و استعداد جسمی و روانی به تشخیص دادگاه، به زنان دارای ۱۵ سال معافیت از شرط سن اعطا می کرد. اصلاحات سال ۱۳۶۱ این وضعیت را دوباره دگرگون کرد. ماده ی ۱۰۴۱ قانون مدنی به استناد مغایرت با فتوای فقهی اصلاح و نکاح پیش از بلوغ ممنوع اما عقد نکاح پیش از بلوغ با اجازه ی اولیا و رعایت مصلحت، صحیح تلقی شد.

با این تفاسیر مشاهده می شود که با وجود این تغییرات هنوز این بحث جای بررسی واکاوی گسترده در تمام ابعاد را دارا می باشد. بر این اساس این پژوهش در پی آن است که به بررسی ولایت و نقش آن در تجویز ازدواج صغار از منظر فقه و حقوق موضوعه پردازد و خلاها و زوایای مسکوت این موضوع را مورد بررسی قرار دهد.

## ب- اهمیت و ضرورت پژوهش

با توجه به جایگاه ولایت در نکاح که از جمله مباحث های مهم در حقوق خانواده به شمار می رود بررسی این امر و نگاهی فقهی و حقوقی به این موضوع دارای اهمیت فراوانی است که در این پژوهش به آن پرداخته خواهد شد.

## ج- اهداف پژوهش

هدف از نوشتن این پژوهش، بررسی کامل موضوع در زمینه های گوناگون حقوقی و رفع خلأ های موجود در این باب و کمک به دانشجویان و علاقه مندان این موضوع است. لذا تمام سعی اینجانب در این پژوهش حقوقی این است که، این موضوع کاملاً باز شده و تمام ابهامات آن آشکار گردد و پیشنهادات لازم نیز ارائه گردد.

## د- سابقه پژوهش

بررسی های انجام گرفته پیرامون موضوع مورد بحث ما را به این نتیجه رسانده است که این موضوع، بدیع و تازه بوده و پژوهشگران حقوق به عنوان مقاله و پایان نامه به آن نپرداخته اند لیکن در این بین برخی از کتب و پژوهش ها وجود دارد که تا حدی با موضوع مورد بحث مرتبط می باشد. به عنوان نمونه زینلی (۱۳۸۹) در پایان نامه خود با عنوان بررسی فقهی و حقوقی اذن ولی در نکاح مدعی شده است که ازدواج یک پیوند الهی است، که در شکل صحیحش موجب حفظ و کمال دین است، و دست یابی به موفقیت و کامیابی را در پی دارد، چنان که عدم توجه به آن، رکود اجتماعی، اقتصادی، فکری و فرهنگی را سبب می شود. یکی از مسائل قابل ملاحظه در این امر سرنوشت ساز، بحث ولایت در ازدواج است که عبارت است از: حمایت و پشتیبانی ولی از مولی علیه، یعنی کسی که در مسیر این امر خطیر نیازمند نظارت و مصلحت اندیشی است و برای هر چه بهتر و کامل تر بودن این حمایت، ولی باید دارای شروط و صفاتی باشد که فقدان هر یک از شروط موجب اسقاط ولایت می گردد. از جمله این شروط می توان به



کامل العقل بودن، داشتن تعادل روحی و روانی، داشتن ایمان و حس شفقت اشاره نمود. در طرف مقابل در ارتباط با موضوع مورد بحث، موئی علیه یعنی کسی که در ازدواج، نیاز به اذن ولی دارد، عبارت است از: دختر باکره بالغه رشیده، یعنی دختری که برای اولین بار می خواهد ازدواج کند و تجربه ای در این زمینه ندارد، گرچه به سن بلوغ و رشد اجتماعی، عرفی، قانونی و دینی رسیده باشد. ثبوت چنین ولایتی، آشکال و ابعاد آن در میان فقهای شیعه از دیرباز تا امروز بسیار مورد توجه بوده و آراء و نظرات متفاوت و گاه متعارض و استدلال های عقلی و نقلی بسیار در مورد آن اظهار شده که رأی برگزیده ی اکثر فقهای معاصر و نیز قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، نظریه تشریک در ولایت، یعنی لزوم رضایت دختر همراه با اذن ولی واجد شرایط است، و این به معنای اهمیت دادن به شخصیت انسانی و آزادی و حق انتخاب همسر و تصمیم گیری او برای آینده اش در سایه حمایت و نظارت و هدایت ولی مشفق و با تجربه می باشد، که به نظر می رسد در جامعه کنونی و شرایط اجتماعی فعلی بهترین نظریه است.

موسی پور (۱۳۸۸) در پژوهش خود با عنوان ولایت در ازدواج و مسئله اذن ولی در نکاح به بررسی موضوع اذن ولی در نکاح پرداخته است. ای پایان نامه شامل چهار فصل است. فصل اول در مفهوم ولایت، معانی لغوی، اصطلاحی، استعمالات قرآنی، مراتب ولایت و مواردی قانونی مربوطه و رابطه عقد فضولی با ولایت است و فصل دوم که خود بر دو بخش است اول اینکه ولایت از آن پدر، جد پدری، وصی و حاکم و مولی است. دوم اینکه متعلق ولایت، صغار، مجنون، سفیه و دختر بالغه رشیده باکره اقوال مختلفی وجود دارد که قول به اشتراک قول برگزیده است و نیز در مورد ولایت وصی نیز با ذکر اقوال و ادله مختلف بحث شده است و ولایت برادر که اهل سنت به آن معتقدند با اقوال و ادله ذکر شده است و عدم ولایت بر دختر بالغه رشیده که مورد اتفاق فقها است. فصل سوم در مورد حدود و شروط ولایت است که شروط هفت گانه، ذکوریت، بلوغ، کمال رشد و عقل، اسلام، حریت، عدم حجر و عدالت را برای ولی لازم می دانند و حجر و رشد را شرط مولی علیه دانسته و همچنین از شرط مصلحت و عدم مفسده در تصرفات اولیاء نکاح بحث شده است و شرط حیات و موت پدر در ولایت جد یا اقوال و ادله هر کدام مورد بررسی قرار گرفته است و ارجحیت قول جد در تقارن اختیار پدر و جد از باب تزاحم گفت و گو شده است. و فصل چهارم درباره اجرای نکاح بدون اذن ولی از نظر صحت عقد در قانون مدنی، فقه و اهل سنت با ذکر اقوال و ادله آنها مورد بررسی قرار گرفته است که چنین عقدی باطل است و باید طلاق گرفته و از یکدیگر جدا شوند و در صورت طلاق، جایز است ولی مهر را ببخشد؛ همانطور که در اجرای نکاح ولایت دارد ولی عافی، پدر است که می تواند مهر مطلقه را عفو کند.

همچنین در برخی کتب اساتید حقوق تا حدی به این موضوع اشاره شده است که از آن جمله می توان به کتاب حقوق خانواده دکتر کاتوزیان، حقوق خانواده دکتر لنگرودی، حقوق خانواده یزدی و کتاب بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن نوشته محقق داماد اشاره کرد.

## ه-سوالات پژوهش

۱. مبانی فقهی و حقوقی در باب اذن ولی در نکاح چیست؟
۲. نکاح بدون اذن ولی دارای چه آثاری می باشد؟

## و- فرضیه های پژوهش

۱. مبنای فقهی این موضوع را می توان روایات، اجماع، سیره عقلا و سیره متشرعه دانست البته به تمامی این مبانی ایراد وارد شده است و مبنای حقوقی آن نیز ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی می باشد.
۲. در زمینه نکاح بدون اذن ولی بین فقها و حقوقدانان اختلاف وجود دارد.

## ز-نوآوری پژوهش

پیرامون بحث ولایت تاکنون پژوهش های زیادی انجام گرفته است ولی بحث صغار با توجه به جایگاه و روند آن و نیز مباحثی که امروزه در جامعه مورد بحث است کمتر مورد توجه می باشد و همین امر دلیلی بر نوآوری این پژوهش می باشد.

## ح-روش تحقیق

روش تحقیق ما در این پژوهش توصیفی-تحلیلی است یعنی استفاده از منابع مختلف و پس از بررسی و توصیف منبع مذکور با ابزار فیش برداری به تحلیل مباحث پرداخته ایم.

## ط-ساختار تحقیق

پژوهش پیش رو مشتمل بر سه فصل می باشد. در فصل اول که با عنوان مفاهیم و اصطلاحات به بررسی مفهوم نکاح، مفهوم ولایت، مفهوم سیادت و اهلیت و ... می پردازیم. در فصل دوم به بررسی ادله و شرایط اذن ولی خواهیم پرداخت. در فصل سوم نیز به بررسی آثار ناشی از اذن ولی می پردازیم.

# فصل اول

## کلیات

قبل از شروع مباحث اصلی ابتدا باید به بررسی مبانی و اصطلاحات اصلی این پژوهش پردازیم. بر این اساس در این فصل قصد داریم که به بررسی مفهوم نکاح، مفهوم ولایت، مفهوم اهلیت و سایر مفاهیم مشابه پردازیم.

## ۱-۱- مفهوم نکاح

در این مبحث به بررسی مفهوم نکاح خواهیم پرداخت. این مفهوم از دو نظر لغوی و اصطلاحی به شرح زیر است:

### ۱-۱-۱- مفهوم لغوی نکاح

نکاح در لغت بنابر مشهور به معنی وطی است. پس استعمال آن در عقد و تزویج مجاز خواهد بود. و به قول بعضی حقیقت در عقد است از جهت کثرت استعمال آن در عقد. نکاح در لغت معین به معنی (پیوستن) است (معین، ۱۳۷۳: ۸۷۴)

### ۱-۱-۲- مفهوم اصطلاحی نکاح

در اصطلاح حقوقی می توان آن را چنین تعریف کرد: «نکاح قرار دادی است که به موجب آن زن و مرد در زندگی با یکدیگر شریک و متحد شده، خانواده ای تشکیل می دهند...» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۰۲)

بعضی از استادان حقوق در تعریف نکاح گفته اند: «نکاح عبارت از، رابطه حقوقی است که به وسیله عقد بین مرد و زن حاصل می گردد و به آنها حق می دهد که تمتع جنسی از یکدیگر ببرند» (صفایی، ۱۳۸۹: ۲۳، ۲۴)

البته تمتع جسمی از مهمترین اغراض نکاح است و شاید مهم ترین هدفی است که اشخاص را به عقد نکاح وا می دارد ولی اغراض دیگری مانند توالد و تناسل و همکاری در زندگی نیز در نکاح وجود دارد.

بعضی از نکاح را چنین تعریف کرده اند: «نکاح، عقدی است که به هر یک از زوجین حق استمتاع از دیگری را به وجه مشروع می دهد» (شریف، ۱۳۷۷: ۶)

اگر استمتاع را در این تعریف به معنی عام و شامل هرگونه بهره گیری بدانیم تعریف مذکور به جا و قابل قبول خواهد بود.»