

توجیه و نقد رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور پیرامون زوال ولایت بر دختر

محمد نصیری^۱

چکیده

در نظام حقوقی ایران به تبعیت از فتوای برخی فقها، نکاح دختر باکره منوط به اجازه پدر یا جد پدری او است (ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی). با وجود این، چنانچه عدم بکارت دختر به سبب نزدیکی باشد، و با این وصف ازدواج نماید، از جهت بقا یا زوال ولایت در این باره از برخی محاکم آراء متعارضی صادر شده است. به همین دلیل هیأت عمومی دیوان عالی کشور رأی وحدت رویه شماره ۱ مورخ ۱۳۶۳/۱۱/۲۹ را صادر نمود. دیوان عالی کشور در این رأی به استناد ملاک صدر ماده مزبور و فتوای برخی فقها، نزدیکی اعم از مشروع و نامشروع را سبب زوال ولایت دانسته و بر این مبنا، چنین نکاحی را صحیح تلقی نموده است. در این پژوهش، رأی وحدت رویه مزبور که در ادبیات حقوقی ایران به صورت جامع بررسی نشده است، با روش توصیفی و تحلیلی بررسی گردید و این نتیجه حاصل شد که در توجیه این رأی می‌توان به تأثیر فتاوی برخی فقها، مفهوم مخالف ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی از نوع وصف بدین بیان که «نکاح دختر غیرباکره موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او نیست»، انصاف، احتیاط در مسایل مربوط به خانواده و لزوم دفع مفاسد، اکتفا به قدر متیقن و لزوم بازگشت به اصل عدم ولایت و اصل صحت اشاره نمود. با وجود این، این رأی از جهت گشودن راه تقلب نسبت به قانون و عدم مقید شدن به زوال بکارت در اثر نزدیکی و عدم وجود ولایت به دلیل اسباب دیگر مانند صغیر یا مجنون بودن دختر قابل نقد است.

کلیدواژه‌ها: ازدواج، ولایت، نزدیکی، پرده بکارت، رأی وحدت رویه.

۱. دکترای تخصصی

مقدمه

مقتضای اصل عدم ولایت و اصل صحت این است که زن عاقل و بالغ می‌تواند مستقلاً در انعقاد نکاح با مرد دلخواه خود اقدام نماید. با وجود این، در فقه اسلامی (طبق برخی دیدگاه‌ها) و به تبع آن در قانون مدنی، تحت شرایطی در انعقاد نکاح، اجازه پدر یا جد پدری هم لازم دانسته شده و از این جهت نوعی اعمال ولایت به رسمیت شناخته شده است.

توضیح این که در رابطه با ولایت پدر یا جد پدری بر دختری که به سن بلوغ رسیده، رشیده و باکره است، نظرات متفاوتی مطرح شده (در این باره، ر. ک: میرزای قمی، ۱۴۱۳: ج ۴، ص ۴۲۱ به بعد- جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: صص ۲۶-۲۵- ایزدی فرد و همکاران، ۱۳۹۰: صص ۳۳-۱۱) که به اعتقاد برخی، شامل ۱۴ نظریه می‌گردد. مهمترین اقوال فقها در این باره عبارت است: نخست، عدم ولایت و استقلال دختر؛ دوم، پدر یا جد پدری مستقلاً ولایت دارد؛ سوم، پدر یا جد پدری با دختر مشترکاً ولایت دارند؛ چهارم، پدر یا جد پدری فقط در نکاح موقت ولایت دارند. در ازدواج دائم دختر استقلال دارد؛ پنجم، پدر یا جد پدری فقط در نکاح دائم ولایت دارند. در ازدواج موقت دختر استقلال دارد؛ ششم، در ولایت نکاح بین پدر و دختر تخییر وجود دارد یعنی اراده یکی در صورت عدم تراحم با اراده دیگری نافذ است و در مورد تراحم هرکس که تقدم در اعمال اراده داشته است مقدم می‌شود؛ هفتم، پدر یا جد پدری و دختر هر کدام استقلال دارند ولی در صورت تراحم، عقد پدر یا جد پدری مقدم می‌گردد؛ هشتم، دختر استقلال دارد، ولی احتیاط آن است که اذن پدر یا جد پدری تحصیل گردد به این شرط که انتخاب دختر سبب هتک حرمت پدر نباشد؛ در غیر این صورت پدر می‌تواند دختر را منع کند، ولی حق ندارد او را مجبور به نکاح با شخصی خاص کند (برای دیدن صاحبان این دیدگاه‌ها، ر. ک: مرتضوی مهر، ۱۴۰۰: صص ۴۶-۴۵).

در این باره، ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴/۰۸/۰۸ مقرر می‌داشت: «نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده اگر چه بیش از ۱۸ سال تمام داشته باشد متوقف به اجازه پدر یا جد پدری او است...»

در رابطه با این حکم «به نظر می‌رسد که قانون مدنی برای رعایت عفت عمومی با توجه به محیط اجتماعی ملاک اجازه ولی را در نکاح دختر پس از هیجده سال، بکارت قرار نداده است. بنابراین دختری که هیجده تمام دارد و قبلاً شوهر کرده است خواه آنکه شوهرش مرده

توجیه و نقد رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور پیرامون زوال ولایت بر دختر / ۲۲۹

محمد نصیری

باشد و یا او را طلاق داده و یا نکاح فسخ شده باشد چنانچه بخواهد مجدداً شوهر نماید اجازه ولی را لازم ندارد اگرچه شوهر اول با او نزدیکی هم نکرده باشد.» (امامی، ۱۳۸۶: ج ۴، ص ۳۴۶)

با وجود این، قطع نظر از اصلاح انجام شده در سال ۱۳۶۱^۱، قانونگذار در تاریخ ۱۳۷۰/۰۸/۱۴ به عنوان آخرین اراده ماده ۱۰۴۳ را چنین اصلاح نمود: «نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری 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 می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید.»

بدین ترتیب، قانون مدنی از دیدگاه فقهایی پیروی نموده که در نکاح، انتخاب دختر و اجازه پدر یا جد پدری را با هم شرط می‌دانند تا «هم رعایت شخصیت نوجوان در انتخاب همسر آینده بشود و هم پدر یا جد پدری بتواند از ازدواج نامناسب او جلوگیری کند. آمیزه‌ای از عشق و تجربه استواری نکاح و سعادت دختر را تضمین کند.» (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ج ۱، ص ۸۳). بنابراین، در حال حاضر ملاک ولایت پدر یا جد پدری موضوع ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی «بکارت دختر است، نه شوهر نکردن».

چنانچه بکارت دختری که به نحو صحت ازدواج نموده، از طریق نزدیکی از بین برود، تردیدی وجود ندارد که ازدواج مجدد او نیازی به اذن پدر یا جد پدری ندارد. با وجود این، چنانچه از بین رفتن بکارت به سبب نزدیکی از روی شبهه یا زنا باشد، این پرسش مطرح می‌گردد که آیا این امر سبب سقوط ولایت پدر یا جد پدری می‌گردد؟ در این باره، از برخی محاکم دو رأی قطعی مغایر صادر شده است؛ به همین دلیل، هیأت عمومی دیوان عالی

۱. ماده ۱۰۴۳ اصلاح شده در تاریخ ۱۳۶۱/۱۰/۰۸ مقرر می‌داشت: «نکاح دختریکه هنوز شوهر نکرده اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او است 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.»

کشور رأی وحدت رویه شماره ۱-۱۳۶۳ را صادر نمود. به موجب این رأی، «مشروعیت دخول قبل از عقد شرط صحت عقد و یا شرط سقوط ولایت پدر نیست و دخول مطلقاً (مشروع باشد یا غیر مشروع) سبب سقوط ولایت پدر می‌باشد.»^۱

موضوع این پژوهش، توجیه و نقد این رأی هیأت عمومی دیوان عالی کشور می‌باشد که در این نوشتار به صورت مختصر از آن به رأی وحدت رویه تعبیر خواهد شد.

با توجه به این که رأی وحدت رویه مزبور به صورت جامع مورد توجیه و نقد واقع نشده است و با عنایت به این که قلمرو این رأی بدرستی تبیین نشده و این امر ممکن است زمینه تفاسیر متفاوت و هم‌چنین تقلب نسبت به قانون را فراهم کند، انجام این تحقیق جهت تبیین چهارچوب آن و ارایه پیشنهادهای لازم برای پیش‌گیری از تقلب نسبت به قانون ضرورت دارد. روش جمع‌آوری داده‌های این پژوهش از نوع کتابخانه‌ای - اینترنتی می‌باشد که در نهایت با روش تحقیق توصیفی - تحلیلی انجام خواهد شد.

بر این بنیاد، در این نوشتار به ترتیب از مفاد آراء مغایر و رأی وحدت رویه، توجیه و نقد رأی وحدت رویه مزبور سخن به میان خواهد آمد.

۱. مفاد آراء مغایر و رأی وحدت رویه

پرونده نخست: آقای (م) علیه آقای (ع) طرح دعوا نمودند و مقرر داشتند: خوانده دختر ۱۷ ساله او را اغفال نموده و در یکی از دفترخانه‌های اسناد رسمی به ازدواج خود درآورده و چون دختر به سن قانونی نرسیده و ازدواج آنها صحیح نبوده، از دادگاه تقاضای فسخ و ابطال عقد را نموده است.

این دعوا به شعبه اول دادگاه مدنی خاص تهران ارجاع شد و این مرجع به دعوا رسیدگی نموده و چنین رأی داد: «... اولاً- که موجبات فسخ عقدنامه چند چیز است که مورد ادعا از مصادیق هیچ یک از آنها نمی‌باشد و اینکه مراجع عالیقدر رضایت پدر را در ازدواج دختر دوشیزه شرط دانسته‌اند، اولاً شرط صحت عقد نمی‌باشد بلکه شرط کمال عقد است که جنبه اخلاقی دارد که احترام دختر به پدر محفوظ بماند. ثانیاً - هیچ یک از کسانی که حتی اجازه

۱. روزنامه رسمی شماره ۱۱۴۴۵ - ۱۳۶۳/۰۳/۲۴ - شماره ۱۲۶ - ه ۱۳۶۳/۰۲/۳۱ - ردیف ۶۲/۶۲.

توجیه و نقد رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور پیرامون زوال ولایت بر دختر / ۲۳۱

محمد نصیری

پدر را شرط صحت عقد دانسته‌اند، ازدواج مجدد دختری را که بدون اجازه پدرش با مردی که دل‌خواهش بوده عقد شده رشیده هم باشد پس از مراسم عروسی و زندگی با یکدیگر برای شخص ثالثی جایز نمی‌دانند؛ یعنی ازدواج اول را باطل شده اعلام نمی‌کنند... اگر ادعای خواهان که پس از اغفال و آمیزش با دختر در مدت ۲۳ روز سپس اقدام به ثبت ازدواج و صیغه عقد کرده باشند دیگر به طور کلی این ازدواج رضایت پدر را لازم ندارد چرا که با تجاوز به دختر قبل از ازدواج، دیگر دوشیزه بودن معنی ندارد و چون هنگام ازدواج دوشیزه نمی‌باشد لذا اجازه پدر لازم ندارد... بنابراین صحت اجرای صیغه ازدواج و صحت ثبت آن مورد تأیید دادگاه می‌باشد...» (دادنامه شماره ۴۳۲-۵۹/۰۳/۱۲)

آقای (م) از این حکم تجدیدنظرخواهی می‌نماید و به دنبال این امر، شعبه اول دادگاه تجدیدنظر مدنی خاص چنین رأی داده است:

«چون ازدواج دختر باکره و اذن و اجازه پدر طبق نظر فقهای عظام شرط می‌باشد و بعضی از آنها هم عقد را بدون اجازه باطل می‌دانند و صحیح نمی‌دانند همان‌طور که فتوای صریح حضرت آیت الله العظمی نایب الامام خمینی نیز چنین است چنان‌چه در نامه استفتاییه پاسخ مرحمت فرموده‌اند و در پرونده هم موجود است که آثار صحت عقد بدون اجازه پدر مترتب نیست منتهی احوط برای پدر آن است که اجازه دهد و اگر اجازه نداد پسر و دختر بایستی از یکدیگر جدا شوند و احوط آن است که بدون طلاق از طرف پسر با مرد دیگری ازدواج ننماید بنابراین حکم دادگاه از شعبه اول دادگاه مدنی خاص مردود و عقد ازدواج باطل اعلام شده لیکن بر پدر زوجه و هم‌چنین شخص زوجه رعایت احتیاطهای فوق لازم است.» (دادنامه شماره ۲۲-۵۹/۰۶/۰۳)

پس از ابطال عقد نکاح به شرح مذکور و برگشت دختر به خانه پدرش و تقدیم دادخواست دیگر از ناحیه دختر به دادگاه مبنی بر درخواست استرداد طفل شیرخوارش مجدداً دختر و پسر می‌روند و ازدواجشان را به ثبت می‌رسانند و در اصفهان به زندگی خود ادامه می‌دهند و پدر دختر مجدداً به شرح پرونده ۵۹/۹/۶۲۴ دادخواستی به خواسته ابطال سند ازدواج دوم دخترش با خوانده تقدیم دادگاه مدنی خاص نموده که به شعبه نهم ارجاع گردیده و شعبه مذکور پس از رسیدگی و تشکیل جلسه و استماع اظهارات طرفین و دختر خواهان به شرح ذیل مبادرت به صدور رأی نموده است:

«نظر به اینکه دعاوی آقای (م) در این پرونده و لایحه‌های تقدیمی از سوی ایشان عاری از دلیل است و ازدواج... که پس از ابطال عقد مجدداً صورت گرفته از نظر این دادگاه بلااشکال است اگرچه شرط بوده ولی در مورد عقد دختر باکره است و مورد پرونده در این ازدواج بیوه بوده و بلااشکال است اگرچه پدر ناراضی است.» (دادنامه شماره ۹/۲۷۹-۱۳۵۹/۱۱/۲۸). پدر آن دختر، از این رأی تجدیدنظرخواهی می‌نماید. به دنبال این امر، شعبه اول تجدیدنظر مدنی رأی مورد تجدیدنظرخواهی را تأیید می‌کند با این استدلال که:

«... نمی‌توان ازدواج دوم را باطل دانست؛ زیرا به نظر اکثر فقها اجازه ولی دختر در ازدواج مشروط به باکره بوده دختر است و اگر ازاله بکارت به زنا یا شبهه شود چنان‌که مورد از مصادیق شبهه است زیرا هر دو زوجین مقرر و معترف می‌باشند که احتمال بطلان ازدواج خود را نمی‌دادیم که در این مورد بحثی است بین فقها که آیا این مورد هم ملحق به باکره است یا خیر که اکثر فقها آن را ملحق به باکره نمی‌دانند و امام خمینی فرموده‌اند بعید نیست که ملحق به باکره نبوده و اجازه ولی شرط نباشد و بعضی دیگر فرموده‌اند وجهی برای الحاق به باکره نیست و تبادر ادعا شده وجهی ندارد (کتاب عروه الوثقی فصل اولیاء عقد - مساله شماره ۲) بنابراین وجهی وجیه برای ابطال ازدواج ثانوی نبوده و حکم دادگاه مورد تأیید است...» (دادنامه شماره ۳۳-۶۰/۲/۲ پرونده ت - ۵۹-۲۵۴)

پرونده دوم: آقای (ب) به طرفیت آقای (ج) و دخترش خانم (م) به خواسته ابطال نکاح مبادرت به تقدیم دادخواست نموده که به شعبه اول دادگاه مدنی خاص ارجاع و چنین توضیح داده است که دختر صغیر او به نام خانم (م) توسط آقای (ج) و پدرش ربوده می‌شود و به کرج برده شده و در دفترخانه رسمی ۵۵ گوهردشت برخلاف شرع، قانون، عرف و بدون اجازه او دخترش را به عقد آقای (ج) درآورده‌اند در حالی که طبق فتوای آیات عظام خصوصاً حضرت امام خمینی و صراحت ماده ۱۰۴۲ قانون مدنی که عقد دختر کمتر از ۱۸ سال فقط بستگی به اذن پدر و حتی احتیاجی به اخطار نیز در این مورد ندارد و بدون اطلاع دادن به عقد خود درآورده است و بر این مبنا تقاضای ابطال عقد مزبور را دارد که دادگاه پس از رسیدگی چنین رأی داده است: «... به نظر می‌رسد همان‌طور که پدر دختر مدعی است مشارالیه را اغفال نموده باشند بنابراین آقای (ج) و خانم (م) به یکدیگر محرم نبوده و زن

توجیه و نقد رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور پیرامون زوال ولایت بر دختر / ۲۳۳

محمد نصیری

وشوهر نمی‌باشند و عقدشان خلاف موازین شرع و عرف وقوع یافته و بنابراین حکم بطلان آن صادر می‌گردد و رأی دادگاه قطعی و لازم‌الاجرا است.»

سپس آقای (ب) به طرفیت آقای آقای (ج) و خانم (م) به خواسته فسخ و ابطال عقد دوم به شماره ۴۳۰۳ مورخ ۱۳۶۱/۰۵/۱۱ دادخواستی به دادگاه مدنی خاص تقدیم و به شعبه اول ارجاع و چنین توضیح داده است که قبلاً به موجب پرونده کلاسه ۱۶۵/۶۰/۱ به طرفیت خواندگان به خواسته ابطال سند ازدواج عرض حال تقدیم که منتهی به صدور حکم بر ابطال عقد گردیده ولی مع الوصف آقای (ج) به دفترخانه اطراف ورامین مراجعه و بدون اذن او دخترش را عقد و به زندگی ادامه می‌دهند که دادگاه بعد از بررسی ادله، بعد از ذکر مقدمه و جهات موضوعی به شرح ذیل اتخاذ تصمیم نموده است:

خواهان مدعی است قبلاً به شرح پرونده کلاسه ۱۶۵/۶۱/۱ به طرفیت خواندگان و پدر آقای (ج) تظلم شده و به عرض رسانده بود که دخترش خانم (م) را فریب داده و به ازدواج آقای (ج) درآورده‌اند که این عقد به موجب دادنامه شماره ۶۶۵-۶۱/۴/۲۴ باطل و دادنامه مزبور قطعی و اجراء گردیده است ولی متأسفانه آقای (ج) با کمک پدرش و با گرفتن وکیل و به طور صوری طلاق جاری و سپس خانم (م) و آقای (ج) به عقد یکدیگر بدون اجازه درآمده‌اند که با توجه به گواهی قاطع و صریح آقای (د) صاحب دفتر ازدواج ۹ ورامین در مورخه ۱۳۶۱/۵/۲۵ مبنی بر اینکه خانم (م) و آقای (ج) به اتفاق چند نفر به محضر او مراجعه و هیچ اشاره به اینکه عقد قبلی آنها به وسیله دادگاه باطل شده ننموده‌اند و فقط اظهار داشته‌اند از هم جدا شده‌اند و می‌خواهند رجوع کنند و حال که از وضع پرونده مطلع شده می‌بیند حق با پدر دختر است و اینکه در شرح طلاق خانم (م) و آقای (ج) در مورخه ۱۳۶۱/۰۵/۰۶ قید شده به واسطه کراهت شدید زوجه ازدواج و با وجود نصایح فراوان که مؤثر واقع نشده طلاق با بذل مهر واقع و به فاصله کمی رجوع واقع و این خود نشانه صوری بودن طلاق است یعنی در واقع ثبت طلاق بوده و چون خانم (م) و آقای (ج) قصد طلاق و اجرای صیغه مسلماً نداشتند بنابراین شرعاً طلاق نیز واقع نشده است تا ازدواج بعدی آقای (ج) و خانم (م) مورد بررسی قرار گیرد و در حقیقت ازدواج دومی وجود نداشته بلکه در معنا همان ازدواج اولیه مقصود بوده که حکم ابطال آن داده شده است و از طرفی نظر حضرت آیت الله منتظری در قضیه مانحن فیه همین است چون همان‌طور که اشاره فرموده‌اند فتوکپی نظریه

ایشان توسط آقای (ج) و پدرش ارایه شده زوال بکارت بعد از عقد کذایی یعنی عقد اول که باطل شده به موجب صحت عقد دومی (که این عقد دوم با تشکیل خواندگان و پدر آقای (ج) و احیاناً وکیل آنها ایجاد شده) نمی‌شود و از اینها گذشته حضرت امام در آنجا که می‌فرمایند عدم بکارتی که موجب رفع اذن ولی در عقد گردد؛ منظورشان این است که آن بکارتی که به وسیله عقد صحیح از بین رفته باشد شامل می‌شود نه هر دخول و ازاله بکارتی و از هر طرفی همان‌طور که خواهان در دادخواست متذکر گردیده اگر اذن پدر در ازدواج دختر مؤثر نبود پس منظور از فتاوی آیات عظام و قانون شرع و عرف بر چه اساس بوده و اگر روی اساس شرع و عرف عقدی باطل شود و به صرف یک طلاق صوری و عقد بعدی بر همان مبنای طلاق صوری و بدون اذن پدر واقع گردد پس حکم اولیه ابطال عقد چه ضمانت اجرایی دارد و فلسفه فتاوی امام و سایر آیات عظام و قوانین شرع و عرف برای چه بوده است و حکمی هم که بر همین زمینه صادر می‌گردد چه معنی داشته است. بنابراین درخواست و دادخواست خواهان با توجه به ابطال عقد اولیه مجدداً صحیح به نظر می‌رسد و حکم به ابطال عقد دوم نیز داده می‌شود و رأی دادگاه قطعی است (رأی شعبه اول دادگاه مدنی خاص تهران به شماره دادنامه ۹۴۶-۶۱/۶/۲۷).

همان‌گونه که روشن است بین آراء دادگاه از ناحیه شعبه نهم دادگاه مدنی خاص در پرونده ۵۹/۵-۶۲۴ مورخ ۱۳۵۹/۱۱/۲۸ موضوع دادنامه ۹/۲۷۹ و دادنامه شماره ۳۳-۶۰/۲/۲ پرونده ت-۲۵۴-۵۹ از شعبه اول تجدیدنظر مدنی از یک سو و رأی دادگاه از ناحیه شعبه اول دادگاه مدنی خاص تهران به شماره دادنامه ۹۴۶-۶۱/۶/۲۷ که قطعی اعلام گردیده از سوی دیگر از نظر استنباط از قوانین در موارد مشابه تهاافت و اختلاف موجود است.

در نهایت، در تاریخ روز چهارشنبه ۱۳۶۳/۱/۲۹ جلسه هیات عمومی دیوان عالی کشور تشکیل گردید. پس از طرح موضوع و قرائت گزارش و بررسی اوراق پرونده و استماع عقیده نماینده دادستان کل کشور مبنی بر «حسب نظر جناب دادستان کل کشور که قرائت و ضمیمه پرونده گردیده» رأی شعبه نهم، موضوع دادنامه ۲۷۹/۹ مورخ ۱۳۵۹/۱۱/۲۸ مبنی بر صحت عقد ازدواج دوم درست و خالی از اشکال است» که عین نظریه حضرت آیت الله صانعی دادستان کل کشور نیز بدین شرح می‌باشد «به نظر می‌رسد که رأی شعبه نهم مدنی خاص موضوع دادنامه شماره ۲۷۹/۹ مورخ ۱۳۵۹/۱۱/۲۸ مبنی بر صحت عقد ازدواج دوم

توجیه و نقد رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور پیرامون زوال ولایت بر دختر / ۲۳۵

محمد نصیری

درست و خالی از اشکال باشد، چون مضافاً بر اینکه مساله ولایت پدر در ازدواج باکره مورد اختلاف بین فقها است تاجایی که مرحوم سید در عروه الوثقی مساله ۱ از فصل اولیاء عقد ۵ قول نقل می‌نماید و آن قدر مساله پیچیده می‌باشد که مرحوم سید با آن فقاقت و صراحت در فتوا با احتیاط می‌گذرد و امام امت هم در تحریر الوسیله مساله ۲ همان فصل ۴ نقل قول می‌کند و باز با احتیاط در مساله می‌گذرد و با این وضع چگونه می‌توان حکم به بطلان نکاح دوم داد تا جایی که دختر بتواند با غیر ازدواج نماید با بودن و مراجعه به مساله ۲ از فصل اولیاء عقد عروه، قضیه روشن و آشکار می‌گردد چون امام و غیر واحدی از محشین عروه الحاق را بعید دانسته و امام در ذیل جمله سید (ولا یبعد اللاحق) می‌فرماید (بل لایبعد عدمه لکن لایترک الاحتیاط فیه و فیه تالیه) و جمله لایبعد، فتوای است و احتیاط مستحب از همه گذشته دلیل مرحوم سید تبادل غیرمزموجه است از باکره که ضعف آن آشکار است و مورد حکم وحدت رویه از زنا یا شبهه خارج نمی‌باشد چون اگر واقعاً زوج و زوجه با علم به بطلان نکاح آمیزش نموده که زنا است و اگر خیال صحت بوده شبهه و مورد فتوای امام هر دو است و اما آن چه مستند حکم شعبه اول آمده که می‌گوید زوال بکارت بعد از عقد کذایی یعنی عقد اول که باطل شده موجب صحت است مثل زوال با عقد صحیح، منتها در عقد صحیح قضیه روشن است و در زنا و شبهه به طور عدم بعد ولی هر دو فتوای است و اما نقلی که از امام نموده تا آخر مطلب معلوم نمی‌باشد و اما آن چه بعد در مستند آمده (لیس علی تمامیته بازید من الاعتبار والاعتبار بالاعتبار) مشاوره نموده و اکثریت قریب به اتفاق چنین رأی داده‌اند.»

هیأت عمومی دیوان عالی کشور در نهایت در مقام صدور رأی وحدت رویه چنین انشاء نمود: «با توجه به نظر اکثر فقها و بویژه نظر مبارک حضرت امام مدظله العالی در حاشیه عروه الوثقی و نظر حضرت آیت الله العظمی منتظری که در پرونده منعکس است و هم‌چنین با عنایت به ملاک صدر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی عقد دوم از نظر این هیأت صحیح و ولایت پدر نسبت به چنین عقدی ساقط است و مشروعیت دخول قبل از عقد شرط صحت عقد و یا شرط سقوط ولایت پدر نیست و دخول مطلقاً (مشروع باشد یا غیرمشروع) سبب سقوط ولایت پدر می‌باشد. بنابراین، رأی شعبه نهم مدنی خاص موضوع دادنامه شماره ۹/۲۷۹-۱۳۵۹/۱۱/۲۸ دایر بر صحت عقد دوم طبق موازین شرعی و قانونی صادر شده و صحیح است و این رأی برای محاکم در موارد مشابه لازم الاتباع است.»

۲. توجیه رأی وحدت رویه

در مقام توجیه رأی وحدت رویه می‌توان به تأثیر فتاوی برخی فقها، مفهوم مخالف ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی از نوع وصف، انصاف، احتیاط و لزوم دفع مفسده و رجعت به اصل عدم ولایت اشاره نمود. هر یک از این موارد به ترتیب توضیح داده می‌شود.

دلیل نخست: تأثیر فتاوی برخی فقها؛ در رأی وحدت رویه به فتاوی برخی فقها استناد شده است. برخی از این فتاوا چنین است: سید محمد کاظم یزدی معروف به صاحب عروه با وجود آن‌که اذن پدر یا جد پدری در ازدواج دختر بالغی که رشید و باکره است را از باب احتیاط لازم می‌دانند، معتقدند: دختری که بکارتش به واسطه غیر از نزدیکی زایل شده در حکم باکره است ولی اگر به سبب زنا یا وطی به شبهه زایل شده، در الحاق آن به باکره مشکل است. بعید نیست که بتوان الحاق نمود و در نتیجه، چنین زنی را در حکم باکره دانست (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ج ۲، ص ۸۶۵). برخی از فقها در مقام شرح و تعلیق این عبارت سید یزدی، معتقدند: بلکه چنین زنی بعید نیست به باکره بودن محلق نگردد. با وجود این، احتیاط در این مسأله و موارد بعدی ترک نگردد (امام خمینی، ۱۴۲۲: ص ۱۰۱۰)

دلیل دوم: مفهوم مخالف؛ طبق ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی «نکاح دختر باکره... موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او است.» این ماده دارای مفهوم مخالف از نوع وصف است. مفهوم آن چنین است: «نکاح دختر غیرباکره... موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او نیست.» در نتیجه، چنانچه دختری بکارت خود را از دست دهد، جز در مواردی که عرفاً در حکم باکره است، نکاح او موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او نمی‌باشد. در رابطه با زوال بکارت از طریق نزدیکی مشروع تردیدی وجود ندارد که ازدواج مجدد این زن نیاز به اذن ولی او ندارد. با فرض زوال بکارت از طریق اسباب دیگر (غیر از نزدیکی نامشروع) مانند ورزش سنگین به نظر می‌رسد عرفاً چنین دختری در حکم باکره است. با وجود این، تردید در جایی است که دختری با رضایت یا بدون رضایت یا از روی شبهه تن به رابطه جنسی نامشروع می‌دهد و به سبب آن بکارتش زایل می‌گردد. در این فرض، با وجود آن‌که از نظر پزشکی مانند فرض پیشین بکارت از بین رفته است، ولی به نظر می‌رسد که در صدق عنوان در حکم باکره از نظر حقوقی تردید وجود دارد. در این موارد، بویژه اگر رابطه جنسی با رضایت زن باشد، عرفاً می‌توان او را غیرباکره دانست و از این جهت ازدواج او بعد از زوال بکارت را خارج از موضوع حکم ماده

توجیه و نقد رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور پیرامون زوال ولایت بر دختر / ۲۳۷

محمد نصیری

۱۰۴۳ قانون مدنی است. بنابراین، رأی وحدت رویه حکم جدیدی نخواهد بود بلکه تأیید و تأکید مفهوم مخالف حکم آن ماده می‌باشد.

به بیان دیگر، دختری که بدون اذن ولی خود ازدواج کرده، باکره بوده یا خیر، یک امر موضوعی است (برای مطالعه امور موضوعی و حکمی، ر. ک: شمس و تقی‌زاده و میرحاجی، ۱۳۹۷: صص ۱۵۰-۱۲۳- غمامی و اشراقی آرانی، ۱۳۸۹: صص ۲۹۴-۲۷۵) نه حکمی. مادامی که امر موضوعی احراز نشده است، حکم آن را نمی‌توان جاری نمود.

توضیح این‌که، اصولاً هر دعوا از سه رکن تشکیل می‌شود: «۱- قاعده حقوقی یا حکمی (Law) که دعوا بر آن مبتنی است؛ ۲- واقعیت یا موضوع (Fact) که سبب اجرای آن است؛ ۳- نتیجه یا همان چیزی که مدعی به دنبال آن است، هرچند احتمال دارد محکوم به بی-حقی گردد.» بر این بنیاد می‌توان یک قیاس قضایی ترتیب داد؛ که کبرای آن، قاعده حقوقی یا حکمی است و صغرای آن واقعیت اثبات شده در دعوا و نتیجه آن حکم دادگاه می‌باشد (غممامی و اشراقی آرانی، ۱۳۸۹: ص ۲۷۸).

بر این مبنا می‌توان ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی را در یک قیاس قضایی پیاده نمود و گفت: کبرای قضیه این است که ازدواج هر دختر باکره موقوف به اذن ولی او است. صغرای این قیاس، ازدواج دختر باکره بدون اذن ولی اوست. مادامی که صغرای قضیه به طور کامل احراز نشده است، کبرای قضیه را نمی‌توان بر آن منطبق نمود. بدینسان، اگر وصف باکره بودن اصولاً به هر دلیلی از بین رفته باشد، موقوف بودن نکاح توجیه قانونی نخواهد داشت؛ زیرا قوانین را باید به نحوی تفسیر نمود که مستلزم انتساب یک امر لغو به قانون‌گذار نگردد و از سوی دیگر، از تعمیم شمول احکام آن در مواردی که حکم استثنایی است، به سایر موضوعات غیرمنصوص جلوگیری گردد. قانون‌گذار با قید وصف «باکره» برای دختر، در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی خواسته است که دایره شمول حکم محدود گردد و ازدواج دختر غیرباکره را شامل نگردد.

برخی از نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه نیز موید این نظر است. برای مثال، در یکی از این نظریه‌ها می‌خوانیم:

«بدیهی است در صورتی که صفت باکره بودن به هر علتی موجود نباشد، نیازی به اذن ولی قهری نیست و در آن صورت دعوای اثبات زوجیت و الزام به ثبت نکاح با عنایت به رأی

وحدت رویه شماره ۱ مورخ ۱۳۶۳/۲/۳۱ قابل استماع و پذیرش است.» (نظریه شماره ۲۵۴۴/۷/۹۷-۹۷-۷۶-۲۵۴۴ مورخ ۱۳۹۸/۰۲/۰۲)

بنابراین، نمی‌توان با استحسان و بدون دلیل منطقی، دختری را که در اثر نزدیکی بکارت خود را از دست داده و بعد از آن بدون اذن ولی خود مبادرت به انعقاد عقد نکاح نموده را مشمول ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی دانست.

این نظر با منطوق حقوق که کار اصلی‌اش توجیه و استدلال به معنای تلاش برای درست جلوه دادن حکم هنگام تصمیم‌گیری در رابطه با پرونده‌ای قضایی است (جعفری‌تبار، ۱۳۸۸: ص ۱۱۸)، سازگار می‌باشد.

دلیل سوم: انصاف؛ به نظر می‌رسد انگیزه صدور چنین حکمی در رأی وحدت رویه، علاوه بر تأثیر فتاوی برخی از فقها که ذکر آن گذشت، بیشتر انصاف باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ج ۱، ص ۸۴)

انصاف «احساس مبهمی است از عدالت که در مقام اجرای قواعد حقوق در اشخاص به وجود می‌آید و وسیله تعدیل و متناسب کردن آنها با موارد خاص می‌شود. انسان چوبدستی عدالت است تا از لغزش آن بکاهد و بر سرعت و استواری گام‌هایش بیفزاید.» (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ج ۲، ص ۶۷۹)

در رابطه با انصاف «ارسطو به نکته مهمی اشاره می‌کند و آن را توضیح می‌دهد: او توجه ما را به این واقعیت جلب می‌کند که قواعد حقوقی لزوماً عمومی و کلی هستند، در حالی که شرایط هر پرونده، خاص است و فراتر از قدرت بینش و دانش انسان است که بخواهد پیشاپیش قواعدی را وضع کند که مناسب همه تغییرات و پیچیدگی‌های آینده باشد. بنابراین، باید قانون را با انصاف تکمیل نمود؛ قدرت سازگاری و برخورد انعطاف‌پذیر مورد نیاز است و گاهی لازم است تصمیماتی گرفته شود که ممکن است با قانونی که رسماً تأیید شده اختلاف داشته باشد و با این حال ذاتاً عادلانه نیز هست. این اصل با واژه‌های صریح در «مقدمه‌ای در باب قانون مدنی فرانسه مصوب ۱۸۰۴» مطرح شده است.» (وینوگرادف، ۱۳۹۹: ص ۱۴۰)

بدینسان، «دادرسی در مقام حمل قانون بر مصداق‌های جزئی باید عادلانه و منصفانه رفتار کند؛ آن‌چنان که بتواند بخواهد عمل او قاعده‌ای جهانی و عام شود» (جعفری‌تبار، ۱۳۸۸: ص ۲۰۶-۲۰۵)

توجیه و نقد رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور پیرامون زوال ولایت بر دختر / ۲۳۹

محمد نصیری

بر این بنیاد، به سختی می‌توان دادرسی را منصف دانست که به رغم غیرباکره بودن دختر و ازدواج او با شخصی که عاشقانه او را دوست دارد و روابط عاطفی پایداری بین آنها شکل گرفته، چنین ازدواجی را موقوف به اجازه پدر یا جد پدری دختر بداند و در صورت درخواست ایشان مبنی بر اعلام بطلان نکاح، حکم به بطلان آن را صادر نماید. اعلام بطلان نکاح در این موارد علاوه بر غیرمنصفانه بودن، برخلاف اخلاق نیز می‌باشد. در حالی که می‌توان ادعا نمود که به بدهت امر و یقین، از خداوند متعال حکمی غیراخلاقی صادر نخواهد شد و بر مبنای این یقین، می‌توان تمام عموم و اطلاعات ادله شرعی از جمله ادله وارد شده در باب ولایت بر دختران باکره را تخصیص زد (تخصیص غیرلفظی).

دلیل چهارم: احتیاط و لزوم دفع مفسد؛ مساله نسب در دین مبین اسلام از مسایل بسیار مهم خانواده و زندگی اجتماعی می‌باشد و به همین دلیل، رعایت احتیاط در آن اهمیت فراوانی دارد. از این امر باید در تامین و صیانت حیثیت خانواده، دوام و بقای آن بهره برد (محمدی، ۱۳۹۶: صص ۳۲۲-۳۲۱). برخی از محققان نیز از آن به عنوان یک قاعده نام برده‌اند و دلیل اصلی اعتبار این قاعده را عقل و بنای عقلا دانسته و ادله شرعی را ارشادی تلقی نموده‌اند (ر. ک: محمودی، ۱۳۹۹: صص ۶۳-۳۵) بر این بنیاد، احکام شرع در رابطه با احتیاط در انساب تأسیسی نیست بلکه تأییدی (امضایی) یا ارشادی است.

احتیاط بویژه در نسب ایجاب می‌کند که نکاح چنین زنانی صحیح باشد؛ زیرا چه بسا در اثر ازدواج دوم، این زنان باردار گردند و از این جهت صاحب فرزند شوند. اعلام بطلان نکاح سبب می‌گردد در مواردی که شبهه‌ای وجود نداشته، وصف ولدالزنا به فرزندان بی‌گناه زده شود و این امر همیشه سبب هتک حرمت آنها گردد.

افزون بر این، صدور حکم مبنی بر اعلام بطلان نکاح دختری که فاقد وصف باکره بودن بوده سبب نادیده گرفتن حق انتخاب دختر، ایجاد کینه و گاهی ممکن است سبب گردد که آن دختر دست به خودکشی بزند یا مردی که با او ازدواج کرده درصدد انتقام برآید. صحت نکاح می‌تواند این مفسد را نیز از بین ببرد و به پدر یا جد پدری فرصت دهد تا چنانچه مردی که با دختر ازدواج کرده را از جهاتی موجه ندانستند، زمینه اصلاح او را فراهم کنند و تکیه‌گاه دختر و به فکر خوشبختی او در وضع موجود باشند. در حالی که این پیامدها خود نوعی مفسده و ضرر نیز به شمار می‌رود و باید با اصل حقوقی لاضرر و لاضرر دفع گردند مگر نه این

است که دفع مفسده نسبت به جلب مصلحت در اولویت قرار دارد؟ (در رابطه با این قاعده، ر. ک: واعظی، ۱۳۹۵: صص ۱۵۶-۱۳۷)

باری، در این مواقع، پدر و جد پدری به جای پاشیدن بذر کینه، باید توکل بر خدا کنند و مساعدت‌های لازم و ممکن را در جهت خوشبختی دختر به عمل آورند. در این باره، خالی از فایده نخواهد بود که به قضیه‌ای اشاره نمایم که با موضوع این پژوهش از جهت ازدواج بدون اجازه ارتباط دارد:

مادری از دوستش پرسید که چگونه از ازدواج دخترم بدون رضایت خودم جلوگیری نمایم؟ دوست عاقل آن خانم جواب داد:

«همیشه خواسته‌هایت را با خواسته الهی همسان گردان. فراموش نکن که خواسته دخترت نیز مهم و قابل احترام است که باید به آن توجه کنی. دخترت بر اساس ذهن والایی که در درون خود دارد اقدام به انتخاب صحیح یک مسیر در زندگی کرده است تا روح خود را در بهترین مدرسه زندگی آموزش دهد. او در طرح بی‌نهایت موضوعات زندگی؛ قادر است هر نوع نابرابری ظاهری را از طریق رویدادها و افرادی که به سمت خود جذب می‌کند، برطرف نماید. تو نیز باید آرام باشی و به آنها فرصت دهی در جریان رویدادهای زندگی قرار گرفته و با قدرت کافی ذهن رویدادها را به نفع خود تغییر دهند.

همه چالش‌هایی که در زندگی شاهد بودی به دلیل دستورالعمل‌های زندگی و همچنین دخترت روی داده‌اند. فرزندت بر اساس قوانین قطعی و علنی و همچنین تاریخچه ذهن ناخودآگاه خود اقدام به انتخاب کرده است. بنابراین تو نیز هیچ راه دیگری نداری جز این که به خواسته خداوند احترام بگذاری و آن را بپذیری... هر آن چه که باشد!

شاید تو نیز مایل باشی که وی را از برخی تجربیاتی که خود داشته‌ای، حفظ کنی اما بخاطر داشته باش که اگر این تجربیات برای رشد روح او ضروری باشند، هرگز نباید از وقوع آنها پیش‌گیری کنی... در واقع تو نمی‌توانی از بروز آنها پیش‌گیری کنی و فقط شاید بتوانی آنها را به تعویق بیندازی. زندگی یعنی یادگیری! اگر تنها دلیل تو برای پیش‌گیری از ازدواج دخترت این است که او خلاف خواسته تو رفتار کرده است پس بهتر است فقط خواسته خود را تغییر دهی. آن چه باید انجام دهی این است که خواسته خداوند را تایید کنی، دخترت را به دست

توجیه و نقد رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور پیرامون زوال ولایت بر دختر / ۲۴۱

محمد نصیری

خداوند بسیاری تا فقط خواسته و اراده خداوند (نه خودت) بر زندگی دختری سایه افکند.» (پاندر، ۱۴۰۰: صص ۱۷۵-۱۷۴).

دلیل پنجم: اکتفا به قدر متیقن و لزوم بازگشت به اصل عدم ولایت؛ نظر به این که یکی از نمونه‌های اصول حقوقی مهم و کاربردی، اصل عدم ولایت است، بنابراین، استثنائات این اصل را باید تفسیر مضیق نمود تا از وارد شدن تخصیص بیشتر به اصل جلوگیری گردد. در برخی از نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه نیز همین دیدگاه پذیرفته شده است. برای مثال، در یکی از این نظریه‌ها می‌خوانیم: «لزوم استیذان از ولی برای نکاح دختر رشیده باکره موضوع ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی خلاف اصل است و در اعمال این حکم باید به قدر متیقن اکتفاء شود...» (نظریه شماره ۷/۹۹/۲۲۵ مورخ ۱۳۹۹/۰۲/۳۱ شماره پرونده ۹۹-۸/۹-۲۲۵ ح)

بر این بنیاد، ولایت ولی در ازدواج دختر باکره بالغ شده خلاف اصل عدم ولایت است و در مواردی باید اعمال کرد تا تردیدی وجود نداشته باشد. حکم رأی وحدت از این جهت که به اصل رجعت نموده صحیح به نظر می‌رسد و با اصل صحت اعمال حقوقی و اخلاق نیز سازگار است.

۳. نقد رأی وحدت رویه

نقد نخست: استصحاب بقای ولایت؛ در این باره، مرحوم نراقی در کتاب ارزشمند مستند الشیعه می‌نویسد: اگر بکارت دختری به طریقی غیر از آمیزش جنسی از بین برود، هم‌چنان او در حکم باکره است؛ دلایل این نظر را چنین فرموده‌اند: نخست، وضعیت سابق ایشان استصحاب می‌گردد؛ دوم، بر این خانم عنوان باکره صدق می‌کند؛ زیرا دست نخورده است (با او نزدیکی نشده) و حمل عنوان **ثیب^۱** بر او صدق نمی‌کند؛ چون این وصف اختصاص به

۱. **ثیب** بر وزن **میّت**، در لغت به معنای «زن مرد دیده» (طهرانی (کاتوزیان)، ۱۳۹۰: ص ۲۲۸) آمده است. این واژه از اصطلاحات فقهی می‌باشد که در معانی زیر به کار رفته است: نخست؛ به معنای محسن در باب حقوق جزای اسلام، دوم؛ زنی که بکارتش از طریق نزدیکی اعم از مشروع یا نامشروع از بین رفته باشد. نزدیکی به شبهه نیز چنین است. باید توجه داشت که صرف ازدواج کردن برای تحقق این عنوان کافی نیست بلکه باید با نزدیکی و از بین رفتن بکارت همراه باشد. در مقابل این عنوان، بکر استعمال می‌گردد. (جعفری لنگرودی، ۱۴۰۰: ص ۱۹۴)

موردی دارد که شخص ازدواج نموده است. بر این بنیاد، حکم شخصی که بکارتش به واسطه زنا از بین رفته نیز معلوم می‌گردد؛ به بیان دیگر، در این فرض هم ولایت پدر باقی است. دلیل این نظر آن است که در این فرض معلوم نیست که صدق تَبَّ بِها یا نه پس وضعیت سابق استصحاب می‌گردد.^۱

به نظر می‌رسد این دیدگاه قابل پذیرش نیست؛ زیرا یکی از ارکان استصحاب وحدت موضوع یا متعلق یقین و شک با تمام خصوصیات آن است^۲ (طباطبایی حکیم، ۱۴۲۸: ج ۲، صص ۴۱۵-۴۱۴-مظفر، ۱۴۳۰: ج ۴: ص ۲۸۱) در حالی که در فرض زوال بکارت از طریق نزدیکی، موضوع متیقن (ولایت پدر یا جد پدری که مقید به باکره بودن دختر بود)، با موضوع شک وحدت ندارد و از این جهت استصحاب یکی از ارکان خود را دارا نمی‌باشد و جای اجرای آن نیست.

نقد دوم: حکم رأی وحدت رویه راه را برای حيله‌گری و تقلب نسبت به قانون می‌گشاید و با حکمت ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی که تا اندازه‌ای می‌تواند خطرهای ناشی از ازدواج دختران خردسال را تعدیل نماید، تعارض دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ص ۸۴)

در حالی که در فقه اسلامی نیز به تقلب نسبت به شرع توجه خاصی شده است؛ قطع نظر از بحث‌های پراکنده در باب ربا، برخی فقها مانند شهید اول «ره» در کتاب القواعد و الفوائد، قاعده نود و پنجم را به «المعارضة بنقيض المقصود واقعة في مواضع» اختصاص داده است (شهید اول، بی‌تا: ج ۱، صص ۲۸۱-۲۸۰) برخی دیگر، از آن به قاعده «يعامل المكلف بنقيض مقصوده» یا «يعامل المخلف بنقيض مقصوده» یاد کرده‌اند (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ج ۱، ص ۳۶۳) بسیاری از فقها از جمله محقق کرکی به این قاعده استناد کرده‌اند (محقق ثانی، ۱۴۱۴: ج ۱۲، ص ۳۵۴)

۱. «لو ذهبت بكارتها بغير الوطاء فحكمها حكم البكر للاستصحاب وإمكان صدق الباكرة عليها، لأنّها من لم تمسّ و لعدم صدق الثيب، لأنّها من تزوّجت و منه يظهر الحكم فيمن ذهب بكارتها بالزنا أيضا، فتكون ولاية الأب باقية عليها لعدم معلومية صدق الثيب فيستصحب الحكم، مع أنّ في بعض الأخبار المتقدمة تعليق الحكم بانتفاء الولاية على النكاح و التزويج و لو تزوّجت و مات زوجها أو طلقها قبل الوطاء لم تسقط الولاية للإجماع و صدق الباكرة و الجارية.» (نراقی، ۱۴۱۵: ج ۱۶، ص ۱۲۳)

۲. «وحدة متعلّق اليقين و الشك: أي أنّ الشك يتعلّق بنفس ما تعلّق به اليقين مع قطع النظر عن اعتبار الزمان. و هذا هو المقوم لمعنى الاستصحاب الذي حقيقته «إبقاء ما كان».

توجیه و نقد رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور پیرامون زوال ولایت بر دختر / ۲۴۳

محمد نصیری

در فقه اهل سنت نیز بحث‌هایی از آن دیده می‌شود: در کتاب القواعد فی الفقه الاسلامی، ابن رجب حنبلی تحت عنوان قاعده صد و دوم به بررسی قاعده «مَنْ تَعَجَّلَ حَقَّهُ أَوْ مَا أُبِيحَ لَهُ قَبْلَ وَقْتِهِ عَلَى وَجْهِ مُحَرِّمٍ عُوقِبَ بِحِزْمَانِهِ» پرداخته و مصادیقی که برای آن ذکر کرده، با مصادیقی که شهید اول اشاره کرده‌اند تا حدودی مشابه است (حنبللی، ۱۳۹۱: ص ۲۴۷) مشابه عنوان قاعده در فقه اهل سنت، در ماده ۹۹ قانون مجله الاحکام العدلیه آمده است: «استعجال الشی قبل اوانه...» ذیل این قاعده از قتل مورث و طلاق مریض به عنوان تمثیل یاد شده است.

به نظر می‌رسد معنا و مفهوم این قاعده در فقه اهل سنت و مجله الاحکام «این است که در هر موردی که شخصی به قصد سوءاستفاده از مقررات شرع و قانون، عملی انجام دهد تا به نتیجه‌ای که قانون پیش‌بینی کرده زودتر برسد و از راه ناصواب به آن دست یابد، شارع و قانون‌گذار او را از نتیجه‌ای که در نظر داشته محروم می‌کند.» (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ج ۱، ص ۳۶۳)

در حقوق کنونی ایران، قانون‌گذار نیز گاهی به تبعیت از فقه و گاهی هم مستقلاً، با نیت متقلبانه برخورد و مقابله کرده و آن را خنثی نموده تا مرتکب به هدف خود نایل نگردد و از اعمال نامشروع پیش‌گیری گردد. از جمله مصادیق این امر می‌توان به مواد ۸۵۲، ۸۸۰، ۹۴۴، ۹۴۵ قانون مدنی و ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ استناد کرد. به هر حال، هم‌چنان که در جای دیگر، استدلال شد، کلیت قاعده مورد تأیید می‌باشد (برای مطالعه بیشتر، ر. ک: نصیری، ۱۴۰۱: صص ۲۳۵-۲۲۴).

بنابراین قاعده، چنانچه احراز شود هدف از ازاله بکارت از طریق دخول نامشروع، ساقط شدن ولایت ولی و رفع مانع ازدواج با زانی است، جهت نقض چنین تقلب و سوء نیتی باید حکم به ابقای ولایت داد؛ زیرا اصولاً نباید بر اعمال نامشروع، آثار عمل مشروع بار گردد. این امر اثر بازدارندگی هم دارد و سبب خواهد شد که از ارتکاب چنین اعمالی جلوگیری شود. در قانون مدنی نیز در بحث نکاح به بازدارندگی توجه شده است، برای نمونه، به نظر می‌رسد یکی از دلایل پاره‌ای از موانع نکاح، بازدارندگی از ارتکاب برخی اعمال نامشروع باشد (مواد ۱۰۵۰، ۱۰۵۴ و ۱۰۵۶) بدینسان، می‌توان گفت: رأی وحدت رویه ناظر به مواردی دانست که زوال بکارت بدون تقلب و در اثر نزدیکی نامشروع صورت گرفته باشد.

با وجود این، به دلیل احتیاط در نسب، در فرض زوال بکارت از طریق نزدیکی نامشروع، پذیرش غیرنافذ بودن نکاح دشوار است؛ زیرا چنانچه ازدواج چنین زنی غیرنافذ باشد و ولی دختر آن را باطل نماید و در اثر نزدیکی به سبب این نکاح فرزندی متولد گردد، اطلاق نسبت ولدالزنا به چنین فرزندی برخلاف حیثیات و اخلاق حسنه است که شرح آن گذشت. شایان ذکر است فرض بر این است که شبهه‌ای وجود نداشته است. در غیر این صورت تابع احکام آن می‌باشد.

برای جمع بین دغدغه تقلب نسبت به قانون و احتیاط در نسب، پیشنهاد می‌گردد، ولایت ساقط گردد و به دلیل فقدان مانع، نکاح صحیح تلقی گردد. برای شخص متقلب نیز مسوولیت کیفری علاوه بر مجازات نزدیکی نامشروع در نظر گرفته شود تا جنبه بازدارندگی بیشتری داشته باشد.

نقد سوم: به نظر می‌رسد اطلاق رأی وحدت رویه از دو جهت قابل ایراد است:

نخست: نسبت به دختران صغیر یا مجنون که بکارت خود را در اثر نزدیکی نامشروع از دست داده‌اند، قابل پذیرش نیست؛ زیرا در فقه، ولایت پدر و جد پدری نسبت به نابالغان، مجانین و طبق دیدگاهی بر سفیهان اعم از مرد و زن سبب مستقلی در برابر ولایت بر زنان رشید و باکره است (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۹، ص ۱۷۰ به بعد-انصاری، ۱۴۱۵: ص ۷- شهید ثانی، ۱۳۹۱: ج ۶، ص ۱۲۵- طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ج ۲، ص ۸۶۳).

بنابراین، چنانچه زوال بکارت دختر مجنون یا نابالغ یا سفیه (طبق دیدگاهی که قایل بر ولایت است) در اثر دخول اعم از مشروع و نامشروع انجام شده باشد، ازدواج مجدد این زن در فرض استمرار صغر یا جنون یا سفاهت نیاز به اذن ولی دارد. در نتیجه، نباید به اطلاق رأی وحدت رویه مزبور در این باره استناد نمود. موید این دیدگاه، فتوای صریح برخی فقها نیز می‌باشد؛ برای مثال، شیخ اعظم انصاری بعد از ذکر ثبوت ولایت پدر و جد پدری بر صغار و مجانین اضافه می‌نماید که این حکم نسبت به زنان صغیر یا مجنون نیز جاری است؛ حتی اگر آنها باکره یا غیرباکره به سبب آمیزش یا بدون آن باشند.^۱

۱. «تقید ولایة الإجماع علی الولدین و هما الذکر و الأنتی الصغیرین أو المجنونین، سواء فی الأنتی البکر و الثیب بوطء أو غیره.» (انصاری، ۱۴۱۵: ۷)

توجیه و نقد رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور پیرامون زوال ولایت بر دختر / ۲۴۵

محمد نصیری

دوم: دخول ملازمه با زوال بکارت ندارد؛ نکته‌ای که نباید از نظر دور داشت، آن است که گاهی به واسطه مدل پرده بکارت (برای نمونه پرده‌های حلقوی)، نزدیکی به آن آسیبی نمی‌رساند و در نتیجه، سبب از بین رفتن آن نمی‌گردد (گودرزی و کیانی، ۱۳۹۲: ص ۲۴۶). در این فرض از ظاهر رأی وحدت رویه مزبور که ملاک سقوط ولایت را دخول دانسته، استنباط می‌گردد که ازدواج مجدد این زنان نیازمند اذن ولی آنها نمی‌باشد. با وجود این، به نظر می‌رسد ولایت آنها باقی است؛ زیرا ملاک بقای ولایت طبق ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، وجود پرده بکارت است نه صرف نزدیکی. بر این بنیاد، نباید به ظاهر رأی وحدت رویه مزبور استناد کرد. بلکه در جهت جمع این رأی با ملاک مذکور در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی می‌توان گفت: مدلول رأی وحدت رویه در رابطه با سقوط ولایت به سبب نزدیکی از باب غلبه است. بدین معنا که غالباً در اثر نزدیکی بکارت از بین می‌رود و فقط در موارد معدودی بکارت زایل نمی‌گردد که در این صورت باید به ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی استناد کرد. موضوع آراء مغایری که ذکر شده و فتوای فقهایی که در رأی وحدت رویه به آنها استناد شده، نیز موید این نظر است. به بیان دیگر، در بقای ولایت آنچه موضوعیت دارد، باکره بودن است و نزدیکی طریقی جهت از بین بردن این وصف می‌باشد.

بر این بنیاد، باید اطلاق حکم رأی وحدت رویه را مقید به مواردی نمود که نزدیکی سبب زوال بکارت شده و هم‌چنین، از جهات دیگر مانند صغیر یا مجنون یا طبق دیدگاهی سفیه بودن ولایت ثابت نباشد.

نتیجه

رأی وحدت رویه شماره ۱ مورخ ۱۳۶۳/۱۱/۲۹ مبنی بر این که «مشروعیت دخول قبل از عقد شرط صحت عقد و یا شرط سقوط ولایت پدر نیست و دخول مطلقاً (مشروع باشد یا غیرمشروع) سبب سقوط ولایت پدر می‌باشد...» در عین حال که بر اساس ملاک صدر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی و فتاوی‌ای برخی فقهای مشهور صادر شده، نشان می‌دهد که در حوزه حقوق خانواده، باید به برخی مبانی مانند عدالت و انصاف، احتیاط و لزوم دفع مفسد، اخلاق و اصول کلی حقوقی مانند اصل صحت و عدم ولایت توجه ویژه نمود و قواعد آن را تفسیر و در صورت لزوم، تعدیل نمود و نباید صرفاً به قواعد خشک اکتفا نمود. این رأی در اعلام صحت نکاح دختری که باکره نبوده، به تمام این مبانی پایبند بوده و این امر را باید ستود و بر آن ارج نهاد. این امر با طبیعت ارزش‌ها و قواعد حاکم بر حقوق خانواده نیز سازگار می‌باشد. در واقع، صحت نکاح مزبور با لزوم احترام به انتخاب دختر، عشق و محبت زوجین و اخلاق نیز سازگار است و سبب خواهد شد که پدر یا جد پدری در وضع موجود به تعامل و مساعدت در راستای خوشبختی زوجین بپردازند. در حالی که اعلام بطلان نکاح توالی فاسد زیادی از جمله ایجاد کینه خواهد داشت. به بیان دیگر، صدور حکم مبنی بر بطلان نکاح دختری که در اثر نزدیکی فاقد بکارت بوده برخلاف عدالت، انصاف و اخلاق می‌باشد. در حالی که اصل بر عدم ولایت است و ولایت نوعی استثنا بوده و در محدوده نص باید بدان عمل نمود؛ قدر متیقن این است که ولایت مزبور با وصف وجود بکارت پابرجاست. با وجود این، رأی مذکور خالی از نقد نمی‌باشد؛ یکی از نقدهای وارد بر این رأی وحدت رویه، باز شدن باب سوءاستفاده از آن و قانون است. در این موارد، صحت نکاح نیز موجه‌تر است ولی به قانون‌گذار پیشنهاد می‌گردد که عمل متقلب جرم‌انگاری گردد تا اثر بازدارندگی داشته باشد. افزون بر این، از آنجا که رأی وحدت رویه در حکم قانون است و با عنایت به این که قانون باید صریح باشد، به رویه قضایی پیشنهاد می‌گردد که جهت جلوگیری از سوء برداشت و صیانت از قواعد و ادله دیگر، سقوط ولایت را ناظر به مواردی بدانند که از جهات دیگر مانند عدم بلوغ دختر، ولایت پابرجا نباشد. در غیر این صورت، ولایت هم‌چنان باقی است. هم‌چنین، این ولایت در فرض نزدیکی و عدم زوال بکارت ثابت است و رأی وحدت رویه از این جهت ناظر بر غلبه است که با نزدیکی پرده بکارت زایل می‌گردد. بنابراین، رویه قضایی نباید فریفته اطلاق رأی وحدت رویه مزبور گردد بلکه باید به دنبال جمع ادله باشد.

منابع

الف) منابع فارسی

۱. امامی، سید حسن (۱۳۸۶). **حقوق مدنی**، جلد ۴، چاپ نوزدهم، تهران: اسلامیه.
۲. ایزدی فرد، علی اکبر و کلیجی، سمیه و کاویار، حسین (۱۳۹۰)، «ولایت در نکاح باکره‌ی رشیده»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۱، سال چهل و چهارم.
۳. بهرامی احمد، حمید (۱۳۹۰)، **قواعد فقه**، جلد ۱، چاپ دوم، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
۴. پاندر، کاترین (۱۴۰۰)، **چشم دل بگشا**، مترجم: احمد طه ممدوح، چاپ دوم، تهران: آوس.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۶)، **حقوق خانواده**، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۴۰۰)، **ترمینولوژی حقوق**، چاپ سی و سوم، تهران: گنج دانش.
۷. جعفری تبار، حسن (۱۳۸۸)، **فلسفه تفسیری حقوق**، چاپ یکم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۸. شمس، عبدالله و تقی‌زاده، ابراهیم و میرحاجی، کامران (۱۳۹۷)، «طرح امور موضوعی و آثار آن در دعوی مدنی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۲، شماره صد و سوم.
۹. طهرانی (کاتوزیان)، محمد علی (۱۳۹۰)، **فرهنگ کاتوزیان**، چاپ چهارم، تهران: دادگستر.
۱۰. غمامی، مجید و اشراقی آرانی، مجتبی (۱۳۸۹)، «تفکیک امر حکمی از امر موضوعی در دادرسی مدنی تبیین نظریه عمومی»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۰، شماره دوم.
۱۱. قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمدحسن (میرزای قمی) (۱۴۱۳ق)، **جامع الشتات فی أجوبة السؤالات**، جلد ۴، چاپ یکم، تهران: مؤسسه کیهان، تهران.
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، **دوره حقوق مدنی: خانواده**، جلد ۱، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، **فلسفه حقوق: منابع حقوق**، جلد ۲، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۴. گودرزی، فرامرز و کیانی، مهرزاد (۱۳۹۲)، **پزشکی قانونی**، چاپ دوازدهم، تهران: سمت.
۱۵. محمدی، ابوالحسن (۱۳۹۶)، **مبانی استنباط حقوق اسلامی؛ اصول فقه**، چاپ پنجاه و نهم، تهران: دانشگاه تهران.
۱۶. محمودی، اکبر (۱۳۹۸)، «احتیاط در انساب به مثابه قاعده‌ای فقهی»، دو فصلنامه مطالعات فقهی حقوقی زن و خانواده، دوره ۲، شماره ۴.
۱۷. مرتضوی مهر، علی (۱۴۰۰)، «بررسی فقهی شرط استقلال باکره برای اسقاط ولایت از دیدگاه فقه‌های مذاهب»، مطالعات تطبیقی مذاهب فقهی، دوره ۱، شماره ۲.
۱۸. نصیری، محمد (۱۴۰۱)، **سوء نیت و عدوان و آثار آن در مسوولیت مدنی**، رساله جهت دریافت درجه دکتری حقوق خصوصی با راهنمایی دکتر محسن اسماعیلی، تهران: دانشگاه تهران.

۱۹. وینوگرافد، پل (۱۳۹۹)، **عقل سلیم در حقوق**، مترجم: ناصرعلی منصوریان، چاپ یکم، تهران: نگاه معاصر.
۲۰. واعظی، میرزا محمد (۱۳۹۵)، «تأملی در قاعده انگاری اولویت دفع مفسده از جلب منفعت»، فقه و اصول، سال چهل و هشتم، شماره صد و ششم.

ب) منابع عربی

۲۱. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۵ق)، **کتاب النکاح**، یک مجلد، چاپ یکم، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۲۲. امام خمینی، سید روح الله (۱۴۲۲ق)، **العروة الوثقی مع تعالیک الإمام الخمینی**، یک مجلد، چاپ یکم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
۲۳. حنبلی، ابن رجب (۱۳۹۱ق)، **القواعد فی الفقه الإسلامی**، چاپ یکم، بی‌جا: مکتبه الکلیات الأزهریة.
۲۴. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۰۹ق)، **العروة الوثقی فیما تعم به البلوی**، جلد ۲، چاپ دوم، بیروت: لبنان، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.
۲۵. طباطبایی حکیم، محمد سعید (۱۴۲۸ق)، **الکافی فی أصول الفقه**، جلد ۲، چاپ چهارم، بیروت: دارالهیلال.
۲۶. عاملی، محمد بن مکی (شهید اول) (بی‌تا)، **القواعد و الفوائد**، جلد ۱، قم: کتابفروشی مفید.
۲۷. عاملی، شیخ زین الدین (شهید ثانی) (۱۳۹۱)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة**، مترجم: حمید مسجد سرائی، جلد ۶، چاپ چهارم، قم: انتشارات پیام نوآور (حقوق اسلامی سابق).
۲۸. عاملی کرکی، علی (محقق ثانی) (۱۴۱۴ق)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، جلد ۱۲، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۹. مظفر، محمد رضا (۱۴۳۰ق)، **اصول الفقه**، جلد ۴، چاپ پنجم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم.
۳۰. نراقی، مولی احمد (۱۴۱۵ق)، **مستند الشیعه فی احکام الشریعه**، جلد ۱۶، چاپ یکم، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

Justification and criticism of the unanimous decision of the Supreme Court regarding the deterioration of the guardianship of girls
Mohammad Nasiri¹

Abstract

In the Iranian legal system, according to the *fatwa* of some Islamic jurists, marriage of a virgin daughter is subject to the permission of her father or paternal grandfather (Article 1043 of the Civil Code). However, considering a case where girl's lack of virginity is due to sexual intercourse, and she is to marry under these circumstances, some courts have issued conflicting judgments regarding whether guardianship still remains or is extinguished. For this reason, the General Board of the Supreme Court issued binding precedent No. 1, dated February 18, 1985. Relying upon criteria extrapolated from the first part of the above-mentioned article and the *fatwa* of some Islamic jurists, the Supreme Court has evaluated sexual intercourse, be it legitimate or illegitimate, to cause extinguishment of guardianship, and on this basis, has judged such a marriage to be valid. In this research, the abovementioned binding precedent, which has not been comprehensively reviewed in Iranian legal literature, is examined with a descriptive and analytical method. And it was concluded that the influence of some jurists' *fatwas*, *contrario argument* 'argument from the contrary', derived from Article 1043 of the Civil Code of the type that provides an explanation about the subject, i.e. "the marriage of a non-virgin girl is not subject to the permission of her father or her paternal grandfather", fairness, the need to exercise precaution issues related to family affairs and the desirability of removing an element that provides a fertile ground for sin, to be satisfied with what is certain, the need to return to the principles of lack of guardianship and that all things are presumed to be lawfully done, can be mentioned as justification for this decision. However, this decision may be open to criticism for opening the way to *fraus legis* (fraud upon law) and not being bound by loss of virginity due to sexual intercourse and lack of guardianship due to other reasons, such as the girl being a minor or insane.

Keywords: *marriage, guardianship, sexual intercourse, hymen, binding precedent decision*

1. Holder of PhD, Email: mohammad.nasiri@ut.ac.ir