

وضعیت حقوقی نکاح دختر باکره رشیده بدون اذن ولی در حقوق ایران و فقه امامیه

جواد نیک‌نژاد^۱، ناصر فراقی^۲

چکیده

فقه امامیه در خصوص ضرورت وجود اذن یا عدم اذن پدر و جد پدری در نکاح باکره رشیده، هفت نظر را در بر دارد که ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی با پذیرش یکی از این نظریه‌ها، نکاح دختر باکره را موقوف به اجازه پدر یا جد پدری نموده است. پرسش مطرح در این خصوص، ضمانت اجرای نکاح دختر باکره بدون اذن ولی است که در این راستا، نظریه‌های بطلان، صحت و عدم نفوذ نکاح ارائه شده است و قائلان به صحت نکاح معتقدند که نکاح بدون اذن ولی واجد ضمانت اجرای تکلیفی است. در رویه قضایی نظر غالب عدم نفوذ نکاح باکره رشیده بدون اذن ولی است که ولی دختر می‌تواند تقاضای ابطال نکاح را از دادگاه درخواست نماید.

این پژوهش که به روش توصیفی تحلیلی و با استفاده از شیوه کتابخانه‌ای است، با جمع حقوق طرفین (الجمع مهما ممکن اولی من الطرح) و آثار ناگواری که بطلان عقد به دنبال دارد، نتیجه می‌گیرد که نکاح دختر باکره بدون اذن ولی که با مانع بقای عقد مواجه است، صحیح و مراعی به اجازه پدر و جد پدری می‌باشد. در صورت عدم اجازه نکاح، از تاریخ عدم اجازه منفسخ می‌شود و در صورت زوال مانع از قبیل فوت پدر یا جد پدری قبل از اجازه یا رد، عقد نکاح به حیات حقوقی خود ادامه می‌دهد.

واژگان کلیدی: انفساخ عقد نکاح، باکره، صحت عقد نکاح، عدم نفوذ عقد

نکاح، مراعی بودن عقد نکاح.

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران غرب (نویسنده مسؤل)
j.n406@yahoo.com

۲. دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد آیت اله آملی
j.niknejad@yahoo.com

درآمد

یکی از مسائل مبتلابه در جامعه امروز ایران مسأله ازدواج دختر باکره رشیده است. با توجه به گذار جامعه ایرانی از سنت به مدرنیته همواره یکی از چالش‌های مطروحه در مورد نابرابری حقوق زنان و مردان که بیشتر از سوی زنان طرح می‌گردد، اذن پدر یا جد پدری نسبت به ازدواج دختر باکره رشیده است. به موجب ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی نکاح دختر باکره اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او است. در فقه امامیه در مورد لزوم یا عدم لزوم یا حتی محدوده اذن مذکور که بعضاً تا هفت نظر نیز رسیده است اختلاف نظر جدی میان فقها وجود دارد. این پژوهش در صدد پاسخ به این پرسش است که در صورت ازدواج دختر باکره رشیده بدون اذن ولی وضعیت فقهی حقوقی نکاح مذکور چیست؟ در این مورد اختلاف نظر جدی میان حقوق‌دانان و فقهای امامیه وجود دارد، برخی معتقدند که نکاح باکره رشیده بدون اذن ولی فاقد ضمانت اجرای وضعی بوده، بلکه از نظر وضعی عقد نکاح صحیح است، اما عدم اذن ولی دارای ضمانت اجرای تکلیفی بوده و دختر با انعقاد نکاح بدون اذن ولی مرتکب گناه شده است (صفار، ۱۳۹۰: ۱۹) عده‌ای دیگر معتقدند که نکاح باکره رشیده بدون اذن ولی غیرنافذ است؛ لذا سرنوشت نکاح مذکور منوط به اجازه یا رد ولی است. اگر پدر یا جد پدری نکاح را اجازه دهد این نکاح که به نحو فضولی واقع شده است تنفیذ می‌شود و در صورت رد نکاح از سوی ولی نکاح باطل می‌گردد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۶). در این مقاله پس از ذکر نظریه‌های مختلف فقهی و حقوقی از جمله نظریه عدم نفوذ موقوف، نظریه صحت، نظریه عدم نفوذ مراعی و نظریه وضعیت مراعی به عنوان وضعیت حقوقی مستقل در عرض صحت و بطلان و عدم نفوذ و نقد آن‌ها، نظریه منتخب نویسندگان مبنی بر صحت نکاح مذکور و مراعی بودن بقای آن به اذن یا عدم اذن پدر و جد پدری تبیین گردید. در تأیید نظریه منتخب باید گفت از آنجایی که عدم اذن پدر و جد پدری از مقوله مانع بوده و وضعیت حقوقی عقدی که از حیث مقتضی کامل بوده و با مانع مواجه است مراعی می‌باشد، عقد مذکور مراعی به اجازه یا رد پدر یا جد پدری بوده، در صورت اجازه مانع مرتفع می‌شود و عقدی که صحیح تشکیل شده بود به حیات خود ادامه می‌دهد. زوال مانع ممکن است به دلایل دیگر از جمله فوت پدر یا جد

پدري باشد بدین نحو که هیچ‌یک از آن دو بعد از عقد نکاح مذکور و قبل از اجازه یا رد، در قید حیات نباشند، مانع مذکور در عقد مراعی از موانع بقای عقد می‌باشد، یعنی اگر پدر یا جد پدري حق خود را اعمال کنند، عقد از همان تاریخ منفسخ می‌شود، اعتقاد به این دیدگاه نه تنها مستلزم جمع حقوق طرفین بوده بلکه از آثار ناگوار ناشی از بطلان نکاح پیشگیری می‌نماید؛ زیرا اگر عقد نکاح با رد پدر یا جد پدري باطل شود، اولاً زوجه مستحق مثلاً مهرالمسمی نیست، ثانیاً نفقه‌ای به زوجه تعلق نمی‌گیرد، ثالثاً اگر از رابطه میان زوجین تا قبل از رد نکاح فرزندی به دنیا بیاید، قاعدتاً باید نامشروع تلقی شود که طبق قاعده لاضرر چنین حکمی ضرری است، در حالی که در اسلام احکام ضرری نفی شده است.

در خصوص پیشینه مقاله، هاشمی در مقاله‌ای تحت عنوان نقش اذن در صحت یا بطلان نکاح در فقه و حقوق (هاشمی، ۱۳۹۵: ۹۷-۱۱۶) به بررسی اذن ولی در نکاح دختر باکره رشیده و اذن زوجه در ازدواج زوج با برادرزاده و یا خواهرزاده زوجه و همچنین اذن ولی در نکاح مولی علیه قبل از بلوغ پرداخته و ضمن تبیین مفهوم اذن و نقش آن در نکاح در فقه امامیه و حقوق ایران، ضمانت اجرای نکاح باکره رشیده را بدون اذن ولی عدم نفوذ (موقوف) عقد نکاح دانسته‌اند، سجادی امین در مقاله‌ای تحت عنوان اذن ولی در عقد موقت باکره رشیده (سجادی امین، ۱۳۹۷: ۱۲۸-۱۴۵) فقط به بررسی موضوع در خصوص نکاح موقت پرداخته و اساساً به ضمانت اجرای وضعی فقدان اذن ولی در نکاح باکره رشیده نپرداخته است. صدری و ذاکری در مقاله‌ای تحت عنوان نگرشی نو بر اذن ولی قهری در نکاح باکره رشیده از منظر فقه و حقوق موضوعه (صدری و ذاکری، ۱۳۹۳: ۶۹-۹۱) به بررسی موضوع پرداخته‌اند و مدعی شده‌اند نکاح باکره رشیده بدون اذن ولی هیچ ضمانت اجرای وضعی ندارد، بلکه صحیح است فقط ضمانت اجرای تکلیفی به دنبال دارد. عابدی اندریان و پاشازاده و مسعودی در مقاله‌ای تحت عنوان تأثیر باکرگی بر وضعیت حقوقی زن (عابدیان و پاشازاده و مسعودی، ۱۴۰۲: ۸۹-۱۰۸) به بررسی موضوع نکاح باکره رشیده پرداخته‌اند، همچنین عابدی و مرتضوی در مقاله‌ای تحت عنوان قابلیت توکیل اذن ولی قهری در عقد نکاح (عابدی و مرتضوی، ۱۳۹۷: ۲۴۱-۲۶۲) به بررسی موضوع مذکور پرداخته‌اند.

تفاوت مقاله حاضر با سایر آثار در این است که نگارندگان در این تحقیق صرفاً به بررسی حکم وضعی نکاح باکره رشیده بدون اذن ولی در فقه امامیه و حقوق ایران و همین‌طور رویه قضایی پرداخته‌اند، ولی وارد بحث ضرورت یا عدم ضرورت وجود اذن ولی در نکاح باکره رشیده در فقه و حقوق ایران نشده‌اند؛ زیرا در منابع متعدد فقهی و حقوقی به بررسی موضوع مذکور پرداخته شده است. همچنین در خصوص ضمانت اجرای وضعی نکاح باکره رشیده بدون اذن ولی اصولاً نظریه عدم نفوذ در منابعی که به این امر پرداخته‌اند پذیرفته شده است؛ در حالی که نگارندگان ضمن نقل و نقد نظریه‌های صحت، عدم نفوذ موقوف، عدم نفوذ مراعی، وضعیت مراعی به عنوان وضعیت مستقل در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ، عقد نکاح موصوف، نظریه منتخب خویش را تبیین نموده‌اند؛ لذا از این منظر مقاله حاضر کاملاً نو بوده و به موضوع جدیدی می‌پردازد.

۱. نظریه عدم نفوذ موقوف

برخی از نویسندگان حقوقی معتقدند اگر دختری که به سن بلوغ رسیده بدون اجازه پدر یا جد پدری و بدون این‌که ناموجه بودن علت مخالفت او محرز شده باشد ازدواج کند این ازدواج غیرنافذ است؛ زیرا ظاهر ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی که نکاح دختر باکره را موقوف به اجازه پدر یا جد پدری دانسته مفید همین معنی است، ضمن این‌که قواعد عمومی اعمال حقوقی هم این نظر را تأیید می‌کند (صفایی، ۱۳۷۸: ۸۵). برخی از استادان حقوق گفته‌اند: «تخلف دختر از دستور ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی موجب عدم نفوذ نکاح است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۶). برخی نیز ضمن غیرنافذ دانستن ازدواج دختر باکره رشیده بدون اذن ولی اجازه ولی را سبب نفوذ عقد از ابتدای تشکیل عقد نکاح می‌دانند (محقق داماد، ۱۳۸۶: ۵۴). پاره‌ای از استادان نیز اجازه ولی قهری را در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی شرط نفوذ عقد دانسته (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۸۳) و اگر دختری بدون اذن پدر یا جد پدری شوهر کند در اثر مخالفت پدر و درخواست او نکاح نامتناسب ابطال می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۸۴). در فقه نیز برخی از فقها معتقدند جایز نیست دختر باکره بدون اذن پدر و جد پدری عقد نکاح منعقد نماید و اگر چنین کرد خلاف سنت عمل کرده و عقد به امضای ولی موقوف است^۱

۱. ولا يجوز لها العقد على نفسها بغير إذنهما، فان عقدت خالفت السنه، وكان العقد موقوفا على

(حلبی، ۱۴۰۳: ۲۹۲). شیخ مفید نیز در مقنعه گفته اگر دختر بعد از بلوغ بدون اذن پدر ازدواج کند بر خلاف سنت عمل کرده و عقد باطل است، مگر این که پدرش آن عقد را اجازه دهد^۱ (مفید، ۱۴۱۳: ۵۱۱). از این عبارت متوجه می‌شویم که عقد نکاح از نظر فقیه مذکور غیرنافذ موقوف است.

پاره‌ای از دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر هم همین دیدگاه را دارند. به عنوان نمونه شعبه ۱۰۰۱ دادگاه عمومی (خانواده) حقوقی ملارد طی دادنامه شماره ۱۷۱۲/۱۳۹۴/۹/۲۹ مورخ ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۲۴۰۲۲۲۴۰۱۷۱۲ مورخ ۱۳۹۴/۹/۲۹ عدم اذن و رضایت پدر نسبت به ازدواج دختر باکره را کاشف از بطلان عقد نکاح دانسته است که دادنامه مذکور عیناً در شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید شده است. به موجب دادنامه شماره ۱۶۶۴/۱۳۰۵۰۹۹۷۲۱۳۰۵۰۹۹۷۲۱۳۰۵۰۹۹۷ مورخ ۱۳۹۳/۱۰/۸ اصداری از شعبه ۲۶۳ دادگاه عمومی خانواده تهران که عیناً در شعبه ۶۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید شده نیز آمده است که: «دعوی اعلام بطلان نکاح منقطع به علت عدم وجود اذن و اجازه پدر، در فرضی متصور است که زوجه در زمان عقد باکره بوده باشد».

به موجب دادنامه شماره ۱۴۰۱۴۷۳۹۰۰۰۸۱۸۲۹۰ مورخ ۱۴۰۱/۱۰/۲۰ شعبه ۱۳ دیوان عالی کشور نیز آمده است اگر دختر باکره‌ای بدون اذن و اجازه پدر با دیگری ازدواج نماید و پدر تقاضای بطلان نکاح را مطرح نماید دادگاه حکم به بطلان نکاح صادر خواهد کرد.

اداره کل حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی شماره ۲۵۴۴/۹۷/۷ به تاریخ ۱۳۹۸/۲/۲ مقرر داشته: نکاح دختر باکره اعم از دائم و موقت، بدون اذن پدر یا جد پدری، غیرنافذ است (نه باطل). مقررات ماده ۱۰۴۳ اصلاحی قانون مدنی که نکاح دختر باکره را موقوف به اجازه پدر نموده شرط صحت عقد نمی‌باشد، بلکه شرط کمال عقد است و چنانچه ولی قهری به لحاظ عدم تنفیذ مدعی بطلان عقد مورد نظر شود خود (رأساً یا با تفویض وکالت) باید خواهان چنین دعوایی گردد. با توجه به مراتب فوق، در فرض سؤال که نکاح دختر باکره بدون اذن ولی قهری بوده است، با توجه به این که شرط کمال عقد (اذن پدر یا تنفیذ وی) محقق نیست، امکان صدور

امضائهما.

۱. و إن عقدت علی نفسها بعد البلوغ بغیر اذن أبیها خالفت السنه و بطل العقد إلا أن یجیزه الأب.

حکم مبنی بر ثبت نکاح (در صورت باکره بودن) وجود ندارد؛ مگر آن که شرایط مذکور در ماده ۱۰۴۴ اضافه شود. بدیهی است در صورتی که صفت باکره بودن به هر علتی موجود نباشد، نیازی به اذن ولی قهری نیست و در آن صورت دعوی اثبات زوجیت و الزام به ثبت نکاح با عنایت به رأی وحدت رویه شماره ۱ به تاریخ ۱۳۶۳/۲/۳۱^۱ قابل استماع و پذیرش است. اداره مذکور در نظریه شماره ۷/۹۲/۱۲۶۱ به تاریخ ۱۳۹۲/۶/۳۰ مقرر داشته: نکاح دختر باکره بدون اذن پدر یا جد پدری غیرنافذ است (نه باطل) و تا زمانی که حکم به بطلان نکاح مزبور صادر نگردد آثار عقد صحیح را دارا است.

ایراد وارد به نظریه عدم نفوذ موقوف این است که زمانی عقد موقوف به اجازه است که مقتضی عقد یا جزیی از آن در عقد موجود نباشد یا معیوب باشد، مثلاً در عقد فضولی به علت فقدان رضای مالک عقد غیرنافذ است یا در عقد اکراهی به علت فقدان رضای مکره عقد غیرنافذ است که در هر دو مثال مذکور عقد به علت فقدان جزیی از مقتضی غیرنافذ می‌باشد، سؤالی که در این خصوص مطرح می‌شود این است که آیا اذن پدر یا جد پدری در نکاح دختر باکره رشیده از مقوله مقتضی است؟ یا فقدان اذن در مانحن فیه از مقوله مانع است؟ به نظر می‌رسد همان‌گونه که برخی از استادان در تعریف اذن گفته‌اند: «اذن عبارت است از ازاله منع قانونی به سود یک یا چند شخص از جانب مقنن یا شخص معین، پس اذن همان رفع مانع است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵: ۱۰۶). فقدان اذن از موانع عقد نکاح دختر باکره رشیده است. از ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی که مقرر می‌دارد هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند اجازه او ساقط می‌شود نیز صحت این مطلب استنباط می‌شود؛ زیرا واضح است که اگر اذن یا اجازه ولی در مانحن فیه جزء مقتضی عقد بوده، وجود آن در عقد ضروری بوده و حتی در صورت سقوط آن باید اجازه حاکم به عنوان نماینده ممتنع در نکاح دختر باکره رشیده جانشین اجازه ولی می‌شد،

۱. با توجه به نظر اکثر فقها و به ویژه نظر حضرت امام خمینی (ره) در حاشیه عروه الوثقی و نظر آیت‌الله 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 با شرط سقوط ولایت پدر نیست و دخول مطلقاً (مشروع باشد یا غیر مشروع) سبب سقوط ولایت پدر می‌باشد

در حالی که از مفاد ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی و پیشینه موضوع در فقه جانشینی اجازه دادگاه در این خصوص استنباط نمی‌شود، از طرفی همان‌گونه که برخی از استادان گفته‌اند در صورتی که نکاح دختر باکره رشیده بدون اذن ولی منعقد شود و دعوی در دادگاه مطرح شود، مثلاً دختر به طرفیت ولی خواسته اثبات نکاح و الزام به ثبت نکاح را طرح کند، ولی به عنوان مدعی باید موجه بودن مخالفت خویش را با ازدواج دختر اثبات نماید^۱ (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۸۵)، که خود این امر دلالت بر مانع بودن عدم اذن است؛ زیرا واضح است که اصل بر عدم وجود مانع است و مدعی باید وجود آن را ثابت کند، ولی در مورد مقتضی با توجه به ماهیت ایجابی و مثبت آن اصل بر عدم آن است و کسی که مدعی وجود آن است باید ادعای خود را ثابت کند؛ لذا با توجه به مانع بودن اذن ولی ازدواج دختر بدون اذن ولی نمی‌تواند غیرنافذ موقوف باشد، بلکه به تعبیر برخی از نویسندگان در عقدی که مانع موجود است آن عقد غیرنافذ مراعی است (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۱) و به تعبیر برخی دیگر عقد مذکور در وضعیت مراعی قرار دارد که خود وضعیت حقوقی مستقلی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ می‌باشد (کریمی و شعبانی، ۱۳۹۶: ۶۸۳). در ضمن اعتقاد به این که عقد نکاح مذکور غیر نافذ موقوف است با این اشکال مواجه است که عقد غیرنافذ موقوف عقدی است که یا اجازه باید به آن ملحق شود یا رد شود و تا زمانی که اجازه یا رد به آن ملحق نشود عقد در وضعیت عدم نفوذ باقی می‌ماند، ضمن این که مجیز اجباری ندارد که اجازه یا رد خود را فوراً اعلام کند، مگر این که تأخیر موجب تضرر طرف قرارداد باشد که در این صورت ملزم می‌شود که اجازه یا رد خود را اعلام کند، سؤالی که در این خصوص مطرح می‌شود این است که اگر عقد نکاح دختر بدون اذن ولی غیرنافذ موقوف باشد، ولی نیز اذن یا عدم اذن خود را اعلام نکند، تکلیف این عقد چیست؟ با توجه به این که طرف عقد یعنی زوجه پایبند به آثار این عقد است، بدین معنی که در صورت پذیرش نظریه عدم نفوذ موقوف زوجه همچون اصیل در عقد فضولی

۱. بدیهی است چنانچه پدر یا جد پدری در مانحن فیه فقط صرفاً درصدد رد ادعای خواهان (زوجه) باشند این ادعا باید به شکل دفاع ماهوی مطرح گردد، اما اگر خواننده (پدر یا جد پدری) خواستار نفعی بیش از رد خواسته خواهان باشد، لازم است در قالب دعوی متقابل ادعای خود را مطرح نماید. (شکوهی زاده، ۱۴۰۲: ۱۹۵) به عنوان مثال اگر خواستار صدور حکم بر مثلاً اعلام بطلان نکاح مذکور باشد نیاز به تقدیم دادخواست تقابل است.

است، بدین نحو که در معامله فضولی پیش از آن که مالک، عقد را اجازه دهد و یا آن را رد کند، طرف اصیل نمی‌تواند در مورد معامله تصرف کند و اصیل تنها در صورت رد معامله، مجاز به تصرف در مورد معامله است (تولیت، ۱۴۰۱: ۹۱). در مانحن فیه مورد معامله معنی ندارد بلکه زوجة حق ندارد ازدواج را به هم بزند و همین‌طور مثلاً در مهر تصرف کند و ... از طرفی وفق ماده ۲۵۲ قانون مدنی لازم نیست اجازه یا رد فوری باشد. اگر تأخیر موجب ضرر طرف اصیل باشد مشارالیه می‌تواند معامله را به هم بزند؛ لذا اگر شوهر هم اقدامی جهت الزام ولی به اعلام اجازه یا رد نکند، تکلیف این عقد چیست؟ آیا باید تا ابد در وضعیت پا در هوا و معلق باشد؟ تالی فاسد نظریه مذکور چگونه باید حل شود؟ از سوی دیگر اگر ولی در صدور اجازه یا رد مداخله کند و فوت کند، در این صورت با توجه به این که این اجازه یا رد به علت شخصی بودن ماهیت آن به وراثت ولی به ارث نمی‌رسد تکلیف این عقد موقوف چیست؟ یا ممکن است ولی فوت نکند، اما به علت ابتلا به جنون محجور شود که در این صورت نیز با توجه به این که قیّم وی حق ندارد به جای نامبرده نسبت به نکاح دختر اعلام اجازه یا رد کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۸) تکلیف این عقد موقوف چیست؟ ایراد دیگری که از نظر تحلیلی بر این دیدگاه وارد است این است که اگر اذن و اجازه ماهیتاً به عنوان رضا به مضمون عقد باشد با این مشکل مواجه می‌شویم که نمی‌توان در تشکیل یک عقد به وجود یک قصد به انضمام دو رضا قائل شد؛ زیرا در مواردی که قانون‌گذار اذن و اجازه فرد دیگری غیر از اصیل را لازم دانسته است این اذن و اجازه در واقع رضای مثلاً نماینده به عقدی است که منوب عنه سابقاً منعقد نموده یا قرار است در آینده منعقد کند، نه این که عقد با دو رضای نماینده و منوب عنه به همراه قصد منوب عنه تشکیل شود، البته این امر به خاطر حمایت از منوب عنه است، مثلاً معاملات سفیه غیرنافذ موقوف است و منوط به اجازه قیّم، در این صورت علت عدم نفوذ معاملات مذکور فقدان رضای معتبر سفیه است و در واقع قیّم با اجازه خویش به نمایندگی از سفیه مشکل فقدان رضا را حل می‌کند نه این که وجود یک قصد با دو رضا در تشکیل عقد لازم باشد.

۲. نظریه صحت

برخی از نویسندگان حقوقی معتقدند که هیچ دادگاهی نمی‌تواند نکاح واقع شده را به این دلیل (عدم کسب اجازه از ولی) ابطال نماید؛ زیرا این امر خلاف احتیاط است و به همین جهت در این موارد گفته‌اند احتیاط آن است که دختر و پسر با طلاق از یکدیگر جدا شوند (صفار، ۱۳۹۰: ۱۹). به نظر می‌رسد طرفداران این دیدگاه برای عدم اذن ولی در نکاح باکره رشیده ضمانت اجرای وضعی قائل نبوده و فقط قائل به ضمانت اجرای تکلیفی برای این موضوع هستند، مثلاً دختر با این کار مرتکب فعل حرام شده است (صدری و ذاکری، ۱۳۹۳: ۱۶) و از طرفی ضمانت اجرای نکاح بدون اذن ولی را عدم ثبت آن نکاح اعلام نموده‌اند (همان: ۱۸). برخی نیز ضمن بررسی فقهی موضوع با فرق گذاشتن میان نکاح موقت و دائم در نکاح موقتی که قصد طرفین ازاله بکارت نیست (عدم نزدیکی) اذن ولی را لازم ندانسته، اما در نکاح موقتی که قصد ازاله بکارت در آن باشد و نکاح دائم اذن ولی را لازم دانسته و ضمانت اجرای فقدان اذن ولی را حرمت تکلیفی اعلام نموده‌اند (سجادی امین، ۱۳۹۷: ۱۱۷). برخی از استادان نیز معتقدند اگر دختر به حد بلوغ و رشد رسیده باشد به گونه‌ای که بتواند در امور مالی خود تصرف کند در امر نکاح نیز مستقل است و پدر یا جد پدری بر او ولایت ندارند و اجازه آن‌ها نیز شرط صحت عقد نیست هرچند جلب نظر و موافقت آن‌ها بسیار ممدوح و پسندیده و مخالفت با آنان مکروه و ناپسند است (مهرپور، ۱۳۷۱: ۱۳۳-۱۳۴). شهید ثانی نیز در مسالک در این خصوص گفته بر فرض حرام بودن نکاح مذکور این حرمت دلالت بر فساد عقد نکاح ندارد؛ زیرا نهی در غیر عبادات دلالت بر فساد ندارد (جبعی عاملی، بی‌تا: ۱۳۵) در فقه امامیه نیز برخی از فقها قائل به صحت چنین عقدی هستند. آیت‌الله گلپایگانی ضمن این‌که اقوی اقوال در پاسخ به این سؤال که دختر باکره رشیده بدون اذن ولی می‌تواند شوهر کند را استقلال در ولایت امر خود می‌داند، به دلیل اصالت عدم لزوم اذن (گلپایگانی، ۱۴۰۹: ۴۲۱) نکاح دختر مذکور را بدون اذن ولی صحیح می‌داند (همان: ۱۵۱). میرزای قمی نیز در جامع الشتات اظهار داشتند: «در خصوص لزوم رضای پدر در دختر بالغه باکره خلاف است و اقوی و اشهر و اظهر عدم اشتراط است و عقد بدون اذن پدر صحیح است (قمی، ۱۳۷۱: ۴۰۷). شهید ثانی در شرح لمعه گفته‌اند بنابر اصح در نکاح باکره رشیده پدر

و جد پدری به استناد آیه ۲۳۴ سوره مبارکه بقره و روایات وارده و اصل عدم ثبوت ولایت بر باکره رشیده ولایتی ندارند (جبعی عاملی، ۱۳۹۸: ۱۱۶). شیخ طوسی در مبسوط معتقد است که اگر بالغه رشیده خودش را تزویج نماید نزد امامیه این نکاح صحیح است (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۶۳) و در این صورت اگر نزدیکی بین زن و شوهر صورت بگیرد بر زوج حد و تادیبی (تعزیر) جاری نمی‌شود و اختلاف نظری میان فقهای امامیه در خصوص سقوط حد وجود ندارد، الا نظر شاذی که در این خصوص وجود دارد مبنی بر این که گفته‌اند اگر معتقد به تحریم این نکاح باشیم حد واجب می‌شود. در مورد مهریه بدون اختلاف نظر میان فقها با دخول زوج ملزم به پرداخت آن به زوجه می‌شود و هرگاه دعوا نزد حاکم دادگاه مطرح شود بر قاضی جایز نیست که حکم به جدایی بین زن و مرد صادر کند (همان: ۱۶۲) صاحب جواهر نیز در پاسخ به این سؤال که آیا پدر و جد پدری بر ازدواج باکره رشیده ولایت دارد؟ اظهار داشته‌اند: «در این خصوص چندین روایت وجود دارد که اظهار آن سقوط ولایت پدر و جد پدری و ثبوت ولایت خود دختر بر ازدواج خویش در نکاح دائم و موقت است» (نجفی، ۱۳۶۲/۲۹: ۱۷۴). علامه حلی در تحریر اظهار داشته پدر و جد پدری بر باکره رشیده بنا بر اصح چه در نکاح دائم و چه منقطع ولایتی ندارد (علامه حلی، ۱۴۲۱: ۱۴) و در تذکره اگر چه به اختلاف نظر علمای امامیه اشاره نمود خود قائل به صحت نکاح باکره رشیده بدون اذن ولی است (علامه حلی، بی تا: ۵۸۵ - ۵۸۶). محقق ثانی نیز ضمن شرح عبارات علامه مبنی بر عدم ولایت پدر و جد پدری بر نکاح باکره رشیده اظهار داشته پنج نظر در این خصوص وجود دارد، نظر اول عدم ولایت پدر و جد پدری است که شیخ مفید، ابن جنید، سید مرتضی، سلار دیلمی، مصنف (علامه حلی) و اکثر متأخرین قائل به آن هستند و این قول اصح است (کرکی، ۱۴۱۱: ۱۲۳). محقق حلی نیز با طرح این سؤال که آیا ولایت پدر و جد پدری بر نکاح باکره رشیده ثابت است، پاسخ دادند در این موضوع روایاتی وجود دارد که اظهار آن دلالت بر سقوط ولایت پدر و جد پدری دارد، بلکه دلالت بر ثبوت این دارد که باکره رشیده چه در نکاح دائم و چه در نکاح منقطع می‌تواند به تنهایی و بدون اذن ولی به انعقاد عقد نکاح مبادرت نماید (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۵۰۲). مغنیه نیز در این خصوص گفته است: «اکثر فقهای امامیه عقیده دارند که بالغه رشیده چه باکره باشد چه ثبیه در تمامی

تصرفات اعم از عقود و غیر آن حتی نکاح صالح است. پس عقدی که برای خود یا دیگری به مباشرت یا به وکالت می‌بندد خواه طرف ایجاب باشد یا قبول صحیح است، خواه پدر و جد پدری داشته باشد خواه نداشته باشد، خواه پدر راضی باشد یا نباشد و نیز فرقی نمی‌کند که از بزرگان باشد یا از فرومایگان، با شخص بزرگی ازدواج کند یا با شخص پست، کسی حق اعتراض ندارد، او بی هیچ فرقی مانند مرد است. فقیه مذکور برای صحت استدلال خویش به کتاب، سنت و عقل استناد کرده است^۱ (مغنیه، بی تا: ۳۲۲).

ایرادی که به نظر مذکور وارد است این است که اگر منظور قانون‌گذار این بوده که ضمانت اجرای فقدان اذن ولی حرمت بوده، از آنجایی که اصولاً قانون‌گذار به احکام وضعی می‌پردازد و با حوزه احکام تکلیفی کاری ندارد پس چه لزومی داشته در صورتی که ولی بدون عذر موجه از دادن اذن ممانعت می‌نماید به دختر این امکان را از نظر قانونی داده‌اند که با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با وی ازدواج نماید و مهریه توافق شده و ... جهت ازدواج از دادگاه اجازه بگیرد. به نظر می‌رسد با عنایت به این که اگر در مواردی که مخالفت ولی با ازدواج دختر بدون عذر موجه بوده و دختر اصرار به ازدواج دارد همین که قانون اجازه داده دختر به دادگاه مراجعه نماید، نشانگر این است که ازدواج دختر بدون اذن ولی دارای ضمانت اجرای وضعی می‌باشد. البته ایراداتی که به نظریه صحت وارد است فقط از جنبه حقوقی مطرح است؛ زیرا نظریه مذکور با ظاهر مواد ۱۰۴۳ و ۱۰۴۴ قانون مدنی سازگاری ندارد، ولی دیدگاه صحت نکاح باکره رشیده در فقه نه تنها ایرادی از نظر تحلیلی ندارد، بلکه به صواب نزدیک‌تر است.

در رویه قضایی برخی از دادگاه‌ها نظر به صحت نکاح مذکور دارند، به عنوان

۱. و قال اکثر الإمامیه: إن البالغه الرشیده تملك ببلوغها ورشدها جميع التصرفات من العقود وغيرها حتى الزواج بکرا کانت أو ثیبا، فیصح أن تعقد لنفسها ولغيرها مباشره و توكیلا ایجابا وقبولا، سواء أكان لها أب أو جد أو غيرها من العصبیات أو لم یکن، وسواء رضی الأب أو کره وسواء کانت رفیعه أو وضعیعه، تزوجت بشریف أو وضعی و لیس لأحد کائنا من کان إن یعترض، فهی تماما کالرجل دون أی فرق واستدلوا علی ذلك بالقرآن: (ولا تغضوهم أن ینکحن أزواجهم) وبالحدیث عن ابن عباس عن النبی: (الأیم أحق بنفسها من ولیها). والأیم: من لا زوج له، رجلا کان أو امرأه، بکرا کانت أو ثیبا. واستدلوا أيضا بالعقل حیث یحکم بأن لكل إنسان الحریه التامه بتصرفاته، و لیس لغيره أی سلطان علیه قریبا کان أو بعیدا.

مثال در نشست قضایی مورخ ۱۳۸۹/۹/۱۰ قضات دادگستری استان آذربایجان شرقی نظریه اقلیت قضات نشست مذکور در پاسخ به سؤال مطروحه در نشست مبنی بر: عقد نکاح باکره رشیده بدون اذن ولی چه حکمی دارد؟ آیا محکوم کردن زوج به پرداخت نفقه در صورت درخواست در چنین نکاحی وجود دارد؟ اظهار داشته‌اند: «اذن ولی جزء تشریفات عقد است و در صورت عدم اذن نیز عقد نکاح صحیح است و آثار عقد صحیح از جمله تمکین و نفقه بر آن مترتب است.

شعبه اول دادگاه مدنی خاص تهران در تاریخ ۱۳۵۹/۳/۱۲ در پرونده کلاسه ۵۸/۲۰ درخواست پدر مبنی بر اعلام بطلان عقد دخترش را که بدون اذن او انجام گرفته مردود شناخته و به صحت عقد مذکور حکم داده است. در قسمتی از رأی دادگاه آمده است: ... باید توجه داشت که موجبات فسخ نکاح چند چیز است که مورد ادعا از مصادیق هیچ‌یک از آنها نیست و این که مراجع عالی قدر 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 به پدر محفوظ بماند. ثانیاً هیچ‌یک از کسانی که حتی اجازه پدر را شرط صحت عقد دانسته‌اند، ازدواج مجدد دختر رشیده ای را که بدون اجازه پدرش به عقد مرد دل‌خواهش درآمده، پس از مراسم عروسی و زندگی با یکدیگر برای شخص ثالثی جایز نمی‌دانند، یعنی ازدواج اول را باطل اعلام نمی‌کنند؛ بنابراین ازدواج دو نفر جوان بالغ و رشید را نمی‌توان باطل دانست، بلکه ازدواج آنها صحیح است (هاشمی، ۱۳۹۵: ۱۰۸).

۳. نظریه عدم نفوذ مراعی

برخی از نویسندگان حقوقی با تقسیم عدم نفوذ به موقوف و مراعی در فرق میان این دو اظهار نموده‌اند در عدم نفوذ موقوف عقد به علت فقدان مقتضی یا جزیی از آن در حالت عدم نفوذ قرار دارد مانند معامله فضولی ولی عدم نفوذ مراعی وضعیت حقوقی عقدی است که مقتضی آن کامل می‌باشد، ولی به علت وجود مانع که حقوق شخص ثالث بوده و این حق یا طلب ثالث است یا مالکیت بالقوه ثالث، عقد در وضعیت عدم نفوذ مراعی قرار دارد (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۱). به نظر می‌رسد حصر موانع در مانحن فیه به طلب ثالث یا مالکیت بالقوه منطقی نباشد، بلکه ممکن است مانع موجود در عقد هیچ‌یک از این مصادیق نباشد، کما این که در مانحن فیه عدم اذن پدر

یا جد پدری در نکاح باکره رشیده خود از مصادیق مانع است، اما نه مربوط به طلب ثالث است و نه مربوط به مالکیت بالقوه ثالث و حتی تلقی حق برای ولی محل اشکال است؛ زیرا با تعریف حق سازگاری ندارد، در ضمن نویسنده مذکور در فرق بین عقد مراعی و موقوف اظهار داشته‌اند در عقد موقوف تا زمانی که اجازه یا رد به آن ملحق نشود، عقد در وضعیت عدم نفوذ باقی است، اما در عقد غیرنافذ مراعی چنانچه مانع موجود در عقد به هر علتی منتفی شود، عقد خود به خود دارای اثر قانونی خواهد شد، بدون این‌که نیاز به اجازه کسی داشته باشد (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۲-۱۶۳)، در ضمن در خصوص وضعیت عقد غیرنافذ مراعی تا قبل از تعیین تکلیف مانع، ضمن تقسیم مصادیق عقد غیرنافذ مراعی اظهار داشته‌اند در معاملاتی که مشتری قبل از اخذ به شفعه نسبت به مبیع انجام می‌دهد و معاملات معارض با قولنامه عقد غیرنافذ مراعی صحیحاً تشکیل می‌شود و اعمال حق توسط ثالث (شفیع و متعهد له قولنامه) باعث انفساخ عقد می‌شود و در سایر مصادیق عقد غیرنافذ مراعی صحت تأهلی دارد و در دوره به اصطلاح انتظار برای رفع مانع فاقد اثر قانونی بوده، بلکه اعمال حق توسط ثالث کاشف از بطلان عقد از ابتدا بوده و زوال مانع کاشف از صحت عقد از ابتدا می‌باشد، در ادامه به این نکته اشاره کرده که شاید بتوان بین موردی که ثالث نسبت به منافع و نمائات مورد معامله نیز استحقاق دارد و سایر موارد فرق گذاشت و در مواردی که ثالث از ابتدا نسبت به منافع و نمائات مورد معامله استحقاق دارد، با اعمال حق توسط ثالث کشف می‌شود عقد از ابتدا باطل بوده است و در سایر موارد این‌گونه نیست (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۸-۱۶۹). اگرچه نویسنده مذکور به هیچ وجه نکاح دختر باکره رشیده بدون اذن ولی را از مصادیق عدم نفوذ مراعی ذکر نکرده است، ولی با توجه به تعریف عقد غیرنافذ مراعی و شرایط و آثار آن به نظر می‌رسد نکاح بدون اذن ولی می‌بایست از نظر نویسنده مذکور از مصادیق غیرنافذ مراعی باشد، اگرچه حصر اسباب عدم نفوذ مراعی به مواردی که حمایت از طلب ثالث و مالکیت بالقوه وی مانعی در عقد ایجاد می‌کند، منطقی و معقول نمی‌باشد، از طرفی در مورد تقسیم وضعیت عقد غیرنافذ مراعی به دو دسته و ادعای این‌که در برخی از مصادیق به شرح پیش‌گفته عقد صحیحاً تشکیل می‌شود و دارای آثار قانونی است و در برخی دیگر از مصادیق فاقد آثار بوده یا این‌که آثار آن معلق به تعیین تکلیف مانع است، با اشکال

جدی مواجه است؛ زیرا از نظر منطقی تعریفی که از یک ماهیت به عمل می‌آید بایستی بر همه مصادیق آن ماهیت قابل تطبیق باشد، در حالی که خود نویسنده مصادیق عدم نفوذ مراعی را به دو دسته تقسیم نموده و اساساً اگر برخی از مصادیق آن صحیحاً تشکیل می‌شود، آیا صدق عنوان عدم نفوذ مراعی بر آن منطقی است؟ آیا به صرف این‌که بر فرض در یک معامله‌ای مانعی وجود دارد، کارکرد آن مانع همیشه این است که عقد در وضعیت عدم نفوذ قرار گیرد؟ یا به صرف این‌که اعمال حق توسط ثالث سبب انحلال عقد (انفساخ) شود، آن عقد از مصادیق عدم نفوذ مراعی است؟ به نظر می‌رسد اگر بر فرض تعریف عدم نفوذ مراعی به گونه‌ای که نویسنده مذکور مدعی شده صحیح باشد، دسته اول که عبارت از معاملات مشتری نسبت به مبیع قبل از اخذ شفعه و معاملات معارض با قولنامه نمی‌تواند جزء دسته عدم نفوذ مراعی باشد، زیرا موانع موجود در عقد به سه دسته تقسیم می‌شود که عبارت‌اند از اول موانع صحت، مانند اشتباه مؤثر در عقد که سبب بطلان عقد می‌شود، کفر در ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی از موانع نکاح است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۹۴) و سبب بطلان نکاح خواهد شد. دوم موانع نفوذ عقد مانند اکراه و سوم موانع بقای عقد، در عقدی که با مانع بقا مواجه است، آن عقد اصولاً صحیح بوده و دارای آثار قانونی است ولی هر لحظه ممکن است با اثرگذاری مانع عقد از همان زمان منفسخ شود؛ لذا تلقی عدم نفوذ مراعی به آن صحیح نیست، بلکه عقد مذکور عقدی صحیح بوده که بقا یا زوال آن مراعی است، یعنی انتظار انحلال یا عدم انحلال را می‌کشد، در مورد دسته دوم نیز تلقی عدم نفوذ مراعی صحیح نیست، زیرا در این دسته نیز اصولاً مانع موجود در عقد از موانع بقای عقد است و در صورت اثرگذاری مانع نیز عقد از همان تاریخ منفسخ می‌شود و اگر بر فرض ثالث صاحب حق نسبت به منافع و نمائات مورد معامله حقی داشته باشد، نمی‌توان گفت اعمال حق، کاشف از بطلان عقد از ابتدا است، بلکه اعمال حق سبب انفساخ قهقرائی معامله مذکور خواهد شد؛ لذا نظریه عدم نفوذ مراعی به عنوان قسمی از عدم نفوذ نظریه صحیحی نیست و حتی در فقه نیز هیچ فقیهی به این تقسیم اشاره ننموده بلکه برخی از فقها از عقد موقوف و مراعی تعبیر نموده‌اند (نجفی، ۱۳۶۲/۲۵: ۱۹۹) که نمی‌توان مدعی شد که مقصود از مراعی عدم نفوذ مراعی است، ضمن این‌که برخی از فقها مراعی را عقدی صحیح دانسته‌اند (تستری، بی‌تا: ۱۸۴) از

طرفی صرف نظر از ایرادات وارده و اگرچه نویسنده همان‌گونه که عرض شد نکاح باکره رشیده را از مصادیق عقد غیرنافذ مراعی نیاورده است، به نظر عقد مذکور هم با توجه به مطالبی که نویسنده آورده از نظر نویسنده باید از مصادیق غیرنافذ مراعی باشد و از نظر سرنوشت عقد قبل از اعمال حق توسط ثالث (اذن یا عدم اذن ولی در مانحن فیه) از مصادیق عقود است که صحیحاً تشکیل شده و از تاریخ اعمال حق توسط ثالث منفسخ می‌شود؛ زیرا با تفکیکی که نویسنده به شرح فوق از عدم نفوذ مراعی به عمل آورده نکاح باکره رشیده شبیه معاملات مشتری قبل از اخذ به شفعه و معاملات معارض با قولنامه می‌باشد و با دسته دوم سازگاری ندارد؛ زیرا در نکاح اصولاً بحث منافع و نمائات موضوعیت ندارد و پدر و جد پدری استحقاقی نسبت به منافع و نمائات ندارند.

وضعیت حقوقی عدم نفوذ مراعی در رویه قضایی نیز پذیرفته شده است. به عنوان مثال در دادنامه شماره ۱۳۰۶۵۵۱/۱۳۰۲۳۹۳۹۰۰ مورخ ۱۴۰۲/۰۶/۰۶ شعبه ۴ دادگاه عمومی حقوقی بوشهر در خصوص وضعیت حقوقی معاملات با قصد واقعی معوض محض که با انگیزه فرار از دین انجام می‌شود آمده است: «با توجه به مراتب پیش گفته و نیز با عنایت به اصل امنیت و لزوم اجرای تعهد، مسدود نمودن طرق قانونی فرار از ایفاء تعهد، اصل تأمین عدالت در روابط حقوقی و اصل عدم حمایت از اهداف نامشروع می‌توان گفت معاملات مذکور از مصادیق وضعیت حقوقی مستقل «عدم نفوذ مراعی» است، خواه انتقال گیرنده عالم باشد، خواه جاهل به قصد انتقال دهنده».

۴. وضعیت مراعی

برخی از نویسندگان حقوقی پس از این که متوجه برخی از اشکالات تقسیم عدم نفوذ به موقوف و مراعی شده‌اند، مدعی گردیدند که مراعی خود وضعیت حقوقی مستقلی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ است نه این که قسمی از عدم نفوذ باشد (کریمی و شعبانی، ۱۳۹۶: ۶۸۳). البته نویسندگان مذکور همه آنچه که در مورد عدم نفوذ مراعی گفته‌اند و حتی مصادیق عدم نفوذ مراعی را از مصادیق وضعیت مراعی دانسته‌اند. در خصوص آثار عقد مراعی مدعی شدند که در وضعیت مراعی آثار عقد تا قبل از تعیین تکلیف مانع در حالت معلق است و بر عقد اثری بار نیست، در صورت

زوال مانع کشف می‌شود که عقد از ابتدا صحیح بوده و در صورت اثرگذاری مانع کشف می‌شود که عقد از ابتدا باطل بوده است (رباطی و محسنی و قبولی درافشان، ۱۳۹۹: ۷۱). در خصوص مبانی وضعیت مراعی کماکان مبانی آن را منحصر به همان دو موردی دانسته‌اند که طرفداران نظریه عدم نفوذ مراعی مدعی بودند یعنی موانع موجود در عقد مراعی را یا حمایت از طلب ثالث دانسته‌اند یا حمایت از مالکیت بالقوه ثالث و اگرچه به سایر مبانی نپرداخته‌اند ولی از نظر تحلیلی نکاح باکره رشیده بدون اذن ولی می‌بایست از نظر نویسندگان مذکور جزء وضعیت مراعی تلقی شود اگرچه به آن اشاره نکرده‌اند، صرف نظر از ایراد مذکور که مبانی مراعی را به دو دسته منحصر نموده‌اند، اعتقاد به این که عقد در وضعیت مراعی فاقد آثار است و به اصطلاح آثار آن معلق به زوال مانع است، نمی‌تواند فی نفسه باعث جدایی وضعیت مراعی از عقد غیرنافذ موقوف شود؛ زیرا در عقد موقوف نیز آثار عقد تا زمان اجازة یا رد معلق است، از طرفی اگر نهایتاً کشف می‌شود که وضعیت حقوقی عقد مراعی یا صحیح است یا باطل پس چه فرقی با این وضعیت‌های حقوقی دارد، مگر نه این که مدعی هستند وضعیت حقوقی عقد مجهول است، لابد فی الواقع وضعیت عقد معلوم است، پس اگر فی الواقع معلوم است، یعنی در واقع قضیه معلوم است که یا عقد از ابتدا صحیح بوده یا از ابتدا باطل بوده، در این صورت چرا مدعی استقلال وضعیت مراعی هستند؟ عقدی که نهایتاً کشف می‌شود که یا باطل است یا صحیح ولی فعلاً این صحت و بطلان برای اطراف عقد مجهول است، پس چگونه از این وضعیت‌ها مستقل است؟ برخی نیز معتقدند که در صورتی میان عقد موقوف و مراعی فرق است که قائل به صحت عقد مراعی از ابتدای تشکیل عقد مذکور باشیم، در غیر این صورت میان مراعی و موقوف تفاوتی وجود ندارد (محمدی میر عزیز و صالحی مازندرانی، ۱۳۹۹: ۲۱۵).

از عبارت برخی فقها اگرچه استقلال مراعی با موقوف به‌طور ضمنی استنباط می‌شود، ولی فقهای مذکور فقط

به بخشی از آثار متفاوت میان مراعی و موقوف توجه داشته‌اند. به عنوان مثال صاحب جواهر در این خصوص اظهار داشته است: «شهادت در حواشی خود بر کتاب قواعد در شرح متنی که علامه گفته است آن معامله باطل نیست، بلکه موقوف است

گفته است فرق بین مراعی و موقوف این است که اگر عقد مراعی را اجازه بدهند معلوم می‌شود که حقیقتاً و واقعاً از لحظه انجام آن عقد صحیح بوده ولی در موقوف صحیح بودن آن موقوف به اجازه است یعنی اجازه جزء سبب آن عقد است^۱ (نجفی، ۱۳۶۲/۲۵: ۱۹۹).

در رویه قضایی وضعیت حقوقی مراعی پذیرفته شده است. به عنوان مثال در دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۷۵۷۸۵۰۰۷۶۰ شعبه ۳۵ دادگاه عمومی مشهد مورخ ۱۳۹۵/۶/۳۱ مراعی وضع معامله‌ای است که معامله دارای تمامی شرایط صحت است و صرفاً شخص ثالث در مال دارای حقی است ... رد معامله توسط دارنده حق موجب بطلان قرارداد نمی‌شود، چراکه حق وی بر مال فقط مانع از آن خواهد شد که عقد دارای آثار کامل نگردد و این امر باعث نخواهد شد که وی بتواند معامله را رد کند؛ زیرا در اینجا طلب بالقوه دارنده حق نادیده گرفته شده است. اگر حق وی به هر دلیلی تأمین شود، عقد دارای منشأ اثر کامل خواهد بود.

۵. نظریه منتخب

آنچه با تحلیل دقیق موضوع به دست می‌آید این است که نکاح باکره رشیده بدون اذن پدر یا جد پدری در وضعیت مراعی قرار دارد؛ زیرا مراعی وضعیت حقوقی عقدی است که در آن عقد مقتضی موجود است، اما آن عقد با مانعی مواجه است. به نظر می‌رسد در نکاح مذکور عقد از نظر مقتضی مشکلی ندارد؛ زیرا طرف عقد نکاح زوجه بوده و قصد و رضای نامبرده در تشکیل عقد کافی است و این‌گونه نیست که عقد نیاز به رضای هم‌زمان زوجه و پدر یا جد پدری داشته باشد؛ لذا اجازه ولی من باب رضا نیست، بلکه فقدان اذن به منزله وجود مانع در نکاح باکره رشیده است، اساساً از نظر تحلیلی ممکن نیست در عقد دو رضا به عنوان جزیی از مقتضی لازم باشد، در سایر مواردی که عقد منوط به اجازه دیگری است، مثل معاملات سفیه که بدون اذن ولی یا قیم غیرنافذ است و منوط به اذن ولی یا قیم است، این بدین معنا نیست که عقد متشکل از قصد سفیه و رضای نامبرده به همراه رضای ولی یا قیم باشد، بلکه به علت ضعف قوای دماغی سفیه در امور مالی رضای وی معتبر نیست و چون فاقد رضای

۱. الفرق بین المراعه و الموقوف، ان الاول یكون كاشفا عما صحیح فی نفس الامر و الثاني ما يتوقف علیه الحكم بالصحة، فيكون جزء سبب.

معتبر است معاملاتش اصولاً غیرنافذ است که مانند معاملات فضولی است و با اجازه بعدی ولی یا قیم عقد تنفیذ خواهد شد، در حالی که عقد نکاح باکره رشیده از نظر قصد و رضا مشکلی ندارد و هیچ‌یک از طرفداران نظریه عدم نفوذ نیز چنین ادعایی مطرح ننموده‌اند؛ بنابراین عقد نکاح باکره رشیده بدون اذن ولی با مانع مواجه است و در نتیجه عقد مراعی به اجازه پدر یا جد پدری است. در خصوص وضعیت مراعی تاکنون دو دیدگاه در حقوق ایران مطرح شده است، برخی معتقدند که مراعی قسمی از عدم نفوذ بوده و در تقسیم عدم نفوذ قائل به عدم نفوذ موقوف در برابر عدم نفوذ مراعی هستند (کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۱: ۱۵۷-۱۸۸) این گروه در تفاوت میان غیرنافذ موقوف و مراعی گفته‌اند در عقد موقوف عقد به علت نقص مقتضی یا جزیی از آن در وضعیت عدم نفوذ قرار دارد، مانند معاملات فضولی و اکراهی و ... ولی در عدم نفوذ مراعی عقد از حیث مقتضی کامل است، اما وجود مانعی در عقد باعث می‌شود عقد در حالت عدم نفوذ قرار گیرد، مانند معامله راهن نسبت به عین مرهونه بدون اذن مرتهن و ... برخی دیگر معتقدند که وضعیت حقوقی مراعی خود وضعیتی مستقل در عرض سایر وضعیت‌ها از جمله عدم نفوذ، صحت و بطلان است (کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۶: ۶۸۳-۷۰۲). از نظر این دسته فرق عقد غیرنافذ با مراعی در این است که عقد غیرنافذ از حیث مقتضی مشکل دارد ولی عقد مراعی از حیث مقتضی کامل بوده، اما با مانعی مواجه است. در واقع از حیث تحقق عقد موقوف و مراعی دو گروه فوق اختلافی با هم ندارند، حتی از حیث آثار نیز دیدگاه دو گروه فوق تقریباً یکی است ولی تفاوت میان آن‌ها فقط در خصوص استقلال یا عدم استقلال مراعی از عدم نفوذ موقوف است. به نظر می‌رسد مراعی نه قسمی از عدم نفوذ است و نه وضعیتی مستقل در برابر صحت، بطلان و عدم نفوذ می‌باشد، بلکه مراعی وضعیت حقوقی عقدی است که صحیحاً تشکیل شده ولی به علت وجود مانع در آن عقد بقای آن عقد در معرض زوال قرار دارد، به‌طور کلی موانع در حقوق ایران و فقه امامیه به سه دسته تقسیم می‌شوند. نخست، موانعی که سبب بطلان عقد می‌شوند مانند شوهر داشتن زن (شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۷۲)؛ دوم، موانعی که باعث عدم نفوذ عقد می‌شوند مانند اکراه (نیک نژاد، ۱۴۰۳: ۴؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۱۹۹)؛ و سوم، موانعی که باعث تزلزل عقد شده و به اصطلاح بقای عقد صحیح را در معرض زوال

قرار می‌دهند (محقق کرکی، ۱۴۱۴: ۱۴۵). به نظر می‌رسد موانع موجود در عقد مراعی از قسم سوم بوده و بقای عقد به علت موانع مذکور در معرض زوال و نابودی قرار دارد، این تزلزل به علت حق شخص ثالث است که در هر مورد ممکن است ماهیت متفاوتی داشته باشد، مثلاً بعضاً ممکن است حمایت از طلب ثالث عقد را مراعی کند. در برخی دیگر از مواقع حمایت از مالکیت بالقوه ثالث عقد را مراعی می‌کند، اما در مانحن فیه حمایت از خامی و بی‌تجربگی طرف عقد (زوجه) عقد را مراعی اجازه و رد پدر یا جد پدری می‌نماید. به هر حال از آنجایی که در نظام حقوقی ایران عقدی که صحیحاً تشکیل شده است، در اثنای مدت فقط با انفساخ منحل می‌شود، اعمال حق پدر یا جد پدری که در قالب رد عقد نکاح باکره متبلور می‌شود، نکاح اخیر را از همان تاریخ منفسخ می‌نماید، مبنای انفساخ عقد مذکور می‌تواند قاعده لاضرر باشد؛ زیرا در اسلام حکم ضرری نفی شده است، در مانحن فیه بقای عقد نکاح مذکور ضرری است؛ بنابراین با اعتقاد به انفساخ نکاح از تاریخ رد ولی ضرر مذکور منتفی می‌شود. از طرفی اعتقاد به بطلان نکاح از تاریخ تشکیل عقد با رد ولی خود حکمی ضرری خواهد بود؛ زیرا هم به ضرر زوجه است چون بر عقد باطل اثری مترتب نمی‌شود؛ از این رو زن نمی‌تواند مهرالمسمی را از زوج مطالبه کند یا در صورت دریافت باید آن را به زوج مسترد کند؛ استحقاقی به دریافت نفقه و دیگر حقوق مالی مترتب بر نکاح را ندارد و در صورت باردار شدن زن، طبق قاعده در صورت علم طرفین، طفل متولد از زنا محسوب شده؛ زیرا اولاً جهل به قانون (ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی) از سوی طرفین مسموع نیست؛ ثانیاً بر عقد باطل اثری بار نمی‌شود (ملاک ماده ۳۶۵ قانون مدنی) و این حکم^۱ به ضرر طفلی است که نقشی در قضیه نداشته است؛ بنابراین جمع بین حقوق طرفین اقتضای این را دارد که مراعی را در مانحن فیه عقد صحیحی بدانیم که فقط در صورت رد ولی از همان تاریخ منفسخ می‌شود.

۱. برخی از مراجع عظام تقلید در پاسخ به سؤال مطروحه مبنی بر این که اگر دختر باکره‌ای با مردی بدون اذن پدر ازدواج موقت کند و فرزندى از این رابطه به دنیا بیاید آیا فرزند متولد شده مشروع است یا غیرمشروع؟ اظهار داشته‌اند: «اذن پدر شرط واقعی است و لذا عقد باطل است و اگر علم داشتند نامشروع است و تنها در صورت عدم علم و تصور به حلال بودن حلال زاده است (مکارم شیرازی، پایگاه اطلاع رسانی). بدیهی است که در صورت جهل طرفین موضوع از مصادیق وطی به شبهه بوده و بحث زنا و نامشروع بودن طفل منتفی می‌شود، ولی کماکان آثار اجتماعی چنین حکمی به‌خصوص نسبت به فرزندان کماکان به قوت خود باقی است.

در فقه امامیه ابن زهره معتقد است اگر باکره رشیده بدون اذن ولی راساً نکاح را منعقد کند و پدر و جد پدری قبول نکردند، این نکاح منفسخ می‌شود^۱ (ابن زهره، بی تا: ۳۴۳). البته ابن زهره در ادامه می‌فرماید غیر از پدر و جد پدری کس دیگری بر دختر باکره ولایت ندارد و پدر و جد پدری و غیر این دو بر دختر باکره بالغه رشیده ولایتی ندارد، مگر این که دختر با غیر هم‌کفو خود ازدواج نماید که در این صورت پدر یا جد پدری می‌تواند نکاح دختر را فسخ نمایند^۲ (همان جا). از این جمله ابن زهره استنباط می‌شود که: نخست، نکاح باکره رشیده بدون اذن ولی صحیح است؛ دوم، به علت وجود مانع بقای آن مراعی است؛ سوم، اگر ثابت شود دختر با غیر هم‌کفو خویش ازدواج نموده است، ولی حق فسخ نکاح را دارد که به معنی انحلال نکاح از همان زمان اعمال فسخ است. اگرچه از عبارت شیخ مفید در مقنعه که شرح آن سابقاً گذشت استنباط می‌شود که نکاح باکره بدون اذن ولی غیر نافذ است، ولی شاید از توجه به جمله بعدی آن استنباط شود که منظور شیخ مفید عدم نفوذ موقوف نبوده است؛ زیرا نامبرده بلافاصله اظهار داشته اگر پدر دختر را عضل کند و دختر بدون اذن وی خودش را به عقد نکاح مردی در آورد برای پدر راهی برای فسخ عقد نکاح وجود ندارد^۳ (مفید، ۱۴۱۳: ۵۱۱). شاید بتوان از این عبارت استنباط نمود که اگر دختر بدون اذن پدر نکاح منعقد نماید، پدر می‌تواند آن را فسخ کند و در این صورت نکاح از همان تاریخ منحل می‌شود نه این که از ابتدا باطل شود. از رأی وحدت رویه شماره ۸۳۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور که به یکی از مصادیق عقد مراعی یعنی معاملات رهن نسبت به عین مرهونه می‌پردازد نیز استنباط می‌شود که مراعی

۱. ولا تعقد البکر علی نفسها بغیر إذنهما، فإن عقدت وأبیا العقد انفسخ، إلا أن یكونا قد عضلاها بمنعها من التزویج بالأکفاء، فإنه لا ینفسخ بدلیل إجماع الطائفه.
 ۲. ولا ولایه لغیر الأب والجد علی البکر، ولا ولایه لهما ولا لغیرهما علی البنت البالغه الرشیده إلا أن تضع نفسها مع غیر کفء، فیکون لأبئها أو جدھا فسخ العقد.
 ۳. وإن عضلها الأب فعقدت علی نفسها بغیر إذنه كذلك لم یکن للأب سبیل علی فسخ ما عقدته.

۴. نظر به این که با تحقق عقد رهن، مالکیت عین کماکان متعلق به رهن است و مرتهن به تبع طلب خود نسبت به عین مرهونه، حق عینی دارد و به استناد این حق می‌تواند از محل فروش آن با رعایت تشریفات قانونی طلب خود را استیفاء نماید، چنانچه حقوق مرتهن به نحوی از انحاء، تأمین یا طلب وی تأدیه شود، انجام بیع نسبت به عین مرهونه توسط رهن، منافاتی با حقوق مرتهن و ماده ۷۹۳ قانون مدنی و رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ تاریخ ۱۳۷۶/۸/۲۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور ندارد و دعوی الزام به فک رهن به طرفیت فروشنده مال مرهونه قابلیت پذیرش را دارد.

عقدی است صحیح که بقای آن در معرض زوال قرار دارد؛ زیرا در رأی مذکور دعوی خریدار به طرفیت راهن مبنی بر الزام به فک رهن قابل استماع می‌باشد. روشن است قابلیت استماع دعوی الزام به فک رهن قبل از زوال مانع (حق عینی تبعی مرتهن) فرع بر این است که عقد مراعی در وضعیت مراعی دارای اثر قانونی بوده است چون اگر همان‌گونه که برخی مدعی شده‌اند آثار عقد مراعی تا قبل از تعیین تکلیف مراعی معلق است، منطقاً به استناد عقدی که آثارش معلق است، نمی‌توان مدعی حقی بود و بر طبق آن طرح دعوی نمود؛ زیرا یکی از شرایط اقامه دعوی ذی‌نفعی خواهان است و خود ذی‌نفعی شرایط دارد که یکی از شرایط آن این است که نفع مورد ادعا به وجود آمده و باقی باشد، اگر آثار عقد مراعی حسب ادعا قبل از اثرگذاری یا زوال مانع معلق است، دعوی مربوط به آثار عقد در این دوران به علت فقدان ذی‌نفعی قابلیت استماع را نداشته و رد می‌شود. ملاک رأی وحدت رویه مذکور در همه مصادیق مراعی از جمله نکاح باکره رشیده موجود بوده، در نتیجه قابل تسری به همه مصادیق مراعی خواهد بود؛ ضمن این که طبق قاعده «الجمع مهما امکن اولی من الطرح» اگر جمع کردن دیدگاه‌ها میسر باشد، بهتر از کنار گذاشتن برخی از آن‌ها است (طالب احمدی، ۱۴۰۳: ۲۲۵).

نظریه مذکور ایرادات دیدگاه‌های قبلی را ندارد؛ از جمله یکی از ایرادات نظریه عدم نفوذ این است که اگر بر فرض عقد نکاح باکره رشیده غیر نافذ باشد، چنانچه پدر یا جد پدری که نکاح بدون اجازه وی منعقد شده قبل از اجازه یا رد عقد از دنیا برود، عقد غیر نافذ تا چه زمانی باید در حالت عدم نفوذ باقی بماند. واضح است که عقد غیر نافذ یا باید ملحق به اجازه شود یا ملحق به رد و خود به خود تنفیذ نمی‌شود، اما عقد مراعی چون از حیث مقتضی کامل است با زوال مانع خود به خود مشکلس مرتفع شده و به حیات خود ادامه می‌دهد. از طرفی اعتقاد به عدم نفوذ فرع بر این است که علت مخالفت پدر موجه باشد. به عبارت دیگر اگر دختر ثابت کند که ولی بدون عذر موجه از دادن اجازه امتناع نموده اذن پدر ساقط شده و عقد مشکلی نخواهد داشت، در این صورت سؤالی که مطرح می‌شود این است که تکلیف عقد در دوره مذکور چیست. آیا باید عقد را در این دوران صحیح تلقی کنیم یا غیر نافذ؟ اگر پاسخ این است که باید صحیح تلقی کنیم، در این صورت اگر دختر نتواند موجه

نبودن مخالفت ولی را ثابت کند چگونه عقد از صحت تبدیل به عدم نفوذ می‌شود؟ اگر عقد را در این دوران غیرنافذ تلقی کنیم در این صورت چگونه می‌توانیم با اثبات موجه نبودن مخالفت ولی حکم به صحت عقد از ابتدا بدهیم؟ لذا به نظر می‌رسد اعتقاد به عدم نفوذ با مشکلات عدیده‌ای از نظر تحلیلی مواجه بوده و ضمن این که با مبانی نیز تطبیق ندارد.

برآمد

۱- عقد نکاح دختر باکره رشیده بدون اذن پدر یا جد پدری با مانع مواجه است، عقد مذکور صحیحاً تشکیل می‌شود ولی مراعی است، بدین معنا که در صورت اثرگذاری مانع (عدم اذن پدر یا جد پدری در صورت اثبات موجه بودن علت مخالفت) عقد نکاح از همان تاریخ منفسخ می‌شود؛ بنابراین مانع مذکور در نکاح موصوف از موانع بقای عقد است و با اثرگذاری مانع عقد از همان لحظه منحل می‌شود، ولی با زوال مانع عقدی که صحیحاً تشکیل شده بود به حیات قانونی خود ادامه می‌دهد.

۲- اعتقاد به این دیدگاه مذکور در بند پیشین تالی فاسدی که سایر نظریه‌ها دارند را از بین می‌برد، ضمن این که مستلزم جمع بین حقیین بوده و حقوق زوج، زوجه و ولی را با همدیگر در نظر دارد، مبنای انفساخ در مانحن فیه در اثر اثرگذاری مانع، قاعده لاضرر است؛ زیرا حکم به بقای عقد در صورت عدم اذن ولی حکمی است ضرری که در اسلام نفی شده است، حکم به عدم نفوذ موقوف نیز به ضرر دختر است، ضمناً اگر چنانچه ولی قبل از اجازه یا رد فوت کند یا محجور شود، عقد بلا تکلیف و در حالت خنثی باقی می‌ماند، از طرفی اعتقاد به این که عقد غیر نافذ مراعی است یا در وضعیت مراعی است و در صورت زوال مانع کشف می‌شود از ابتدا صحیح بوده و در صورت اثرگذاری مانع کشف می‌شود عقد از ابتدا باطل بوده به ضرر زوجه و زوج است؛ زیرا در صورت بطلان دارای تالی فاسد زیادی است از جمله تلقی رابطه طرفین به زنا، عدم استحقاق زن نسبت به نفقه و مهرالمسمی و ... همین‌طور طفلی که از رابطه احتمالی در این دوران متولد می‌شود ولد الزنا تلقی شده و از ابویین خود ارث نمی‌برد و ابویین نیز از وی ارث نمی‌برند که از این منظر نیز حکمی ضرری بوده که توسط لاضرر نفی می‌شود. تحلیل پیش‌گفته از نکاح باکره رشیده بدون اذن ولی که با مانع مواجه است به عقدی صحیح که مراعی بوده و بقای آن در معرض زوال قرار دارد از ملاک رأی وحدت رویه شماره ۸۳۲ دیوان عالی کشور که به یکی از مصادیق عقد مراعی یعنی معاملات راهن نسبت به عین مرهونه می‌پردازد نیز قابل استنباط است.

فهرست منابع

الف. فارسی

- * تولیت، عباس (۱۴۰۱)، «حدود تصرفات ورثه در موصی به از دیدگاه فقه امامیه»، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۲۷، شماره ۱۰۰.
- * جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، حقوق خانواده، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش.
- * جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۵)، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران: مشعل آزادی.
- * رباطی، مهسا و محسنی، سعید و قبولی درافشان، سید محمدمهدی (۱۳۹۹)، «واکاوی مفهوم استناد ناپذیری و تمایز آن از مفاهیم مشابه»، مجله مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۵۰، شماره ۱.
- * سجادی امین، مهدی (۱۳۹۷)، «اذن ولی در عقد موقت باکره رشیده»، مجله مطالعات فقهی حقوقی زن و خانواده، دوره ۱، شماره ۱.
- * شکوهی زاده، رضا (۱۴۰۲)، «بحثی در تمیز دعوای متقابل از دفاع ماهوی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، شماره ۱۲۲.
- * شهیدی، مهدی (۱۳۷۷)، حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ نخست، تهران: حقوق دان.
- * صدری، سید محمد و ذاکری، حمید (۱۳۹۳)، «نگرشی نو بر اذن ولی قهری در نکاح باکره رشیده از منظر فقه و حقوق موضوعه»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، دوره ۵، شماره ۸.
- * صفار، محمدجواد (۱۳۹۰)، درس‌هایی از حقوق خانواده، چاپ دوم، تهران: جنگل.
- * صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله (۱۳۷۸)، حقوق خانواده، جلد نخست، چاپ هفتم، تهران: دانشگاه تهران.
- * طالب احمدی، حبیب (۱۴۰۳)، «انعطاف‌پذیری در قراردادها»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۸، شماره ۱۲۵.
- * قمی، ابوالقاسم (۱۳۷۱)، جامع الشتات، جلد چهارم، تهران: کیهان.
- * کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۹)، حقوق خانواده، جلد نخست، چاپ سوم، تهران: گنج

دانش.

* کریمی، عباس (۱۳۹۱)، «تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی»، مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی، دوره ۱۷، شماره ۵۸.

* کریمی، عباس و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۶)، «وضعیت حقوقی مراعی به عنوان وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ»، مجله مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۷، شماره ۴.

* گلپایگانی، محمدرضا (۱۴۰۹ ق)، *مجمع المسائل*، جلد دوم، چاپ دوم، قم: دارالقرآن الکریم.

* محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۶)، *بررسی فقهی حقوق خانواده*، چاپ شانزدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

* محمدی میرعزیزی، پیام و صالحی مازندرانی، محمد (۱۳۹۹)، «نسبت میان عقد استناد ناپذیر و عقد غیرنافذ مراعی»، مجله مطالعات حقوقی، دوره ۱۲، شماره ۴.

* مهرپور، حسین (۱۳۷۱)، «اجازه ولی در عقد نکاح»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۱، شماره ۱۱.

* نیک‌نژاد، جواد (۱۴۰۳)، «صورت‌بندی آثار عقد مراعی در فقه امامیه و حقوق ایران»، مجله پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، انتشار آنلاین از تاریخ ۲۴ اسفند ۱۴۰۳.

* هاشمی، سید احمدعلی (۱۳۹۵)، «نقش اذن در صحت یا بطلان نکاح در فقه و حقوق»، جستارهای فقهی اصولی، دوره ۲، شماره ۲.

ب. عربی

* تستری، اسدالله (بی‌تا)، *مقابس لانوار و نفائس الاسرار*، قم: موسسه آل‌البیت علیه السلام.

* جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی بن احمد (شهید ثانی) (بی‌تا)، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، جلد هفتم، قم: موسسه المعارف الاسلامیه.

* جبعی عاملی، زین‌الدین بن علی بن احمد (شهید ثانی) (۱۳۹۸)، *روضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه*، جلد پنجم، چاپ دوم، قم: موسسه المعارف

- الاسلامیه.
- * حلبی، ابوالصلاح (۱۴۰۳ ق)، **الكافی فی الفقه**، اصفهان: مکتبه الامام امیر المومنین علیه السلام.
- * حلبی، سید حمزه بن علی بن زهره (بی تا)، **غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع**، قم: موسسه امام صادق (ع).
- * حلی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی) (۱۴۲۱ ق)، **تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه**، جلد سوم، قم: موسسه الامام الصادق.
- * حلی، ابومنصور جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی) (بی تا)، **تذکره الفقهاء**، جلد دوم، تهران: منشورات المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه.
- * حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن بن یحیی بن سعید هزلی (محقق حلی) (۱۴۰۹ ق)، **شرایع الاسلام**، جلد دوم، چاپ دوم، تهران: استقلال.
- * طوسی، ابوحمزه محمد بن حسن بن علی بن حسن (۱۳۸۷ ق)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، جلد چهارم، چاپ سوم، تهران: مکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه.
- * کرکی، نورالدین علی بن حسین بن عبدالعالی (۱۴۱۱)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، جلد دوازدهم، قم: موسسه آل البيت علیه السلام.
- * کرکی، نورالدین علی بن حسین بن عبدالعالی (۱۴۱۴)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، جلد چهارم، قم: موسسه آل البيت علیه السلام.
- * مغنیه، محمدجواد (بی تا)، **الفقه علی المذاهب الخمسه**، جلد نخست، بی تا، در: سایت مدرسه فقاہت، تاریخ مراجعه: ۱۴۰۳/۱۲/۵.
- * مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۳ ق)، **المقنعه**، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- * نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، جلد بیست و نهم، بیروت: دار الاحیاء تراث العربی.
- * نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، جلد بیست و پنجم، بیروت: دار الاحیاء تراث العربی.