

# رویکردی فقهی به اصل آزادی در ازدواج

## از منظر اسناد حقوق بشری

محمد رضا کیخا\* داوود سعیدی\*\*

### چکیده

بند الف ماده‌ی پنجم اعلامیه‌ی اسلامی حقوق بشر (قاهره) خانواده را پایه‌ی جامعه معرفی و مقرر کرده که زناشویی اساس ایجاد آن است؛ مردان و زنان حق ازدواج دارند و هیچ قیدوبندی که بر پایه‌ی نژاد یا رنگ یا قومیت باشد، نمی‌تواند مانع این حق آنها شود. حق آزادی در ازدواج، با اندک تفاوت ظاهری، در ماده‌ی شانزدهم اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸) مطرح شده است. پژوهش انجام‌شده با روش توصیفی - تحلیلی، مستند به بند الف ماده‌ی پنجم سند اسلامی و تفسیر آن به وسیله‌ی ماده‌ی بیست و پنجم همان سند، تأمین حداکثری اصل آزادی در ازدواج را مبتنی بر سند و مفاهیم اسلامی به اثبات رسانده است. از نتایج مهم مطالعه‌ی حاضر، نگرشی نو به مفهوم کفویت موافق با اصل آزادی و همچنین یکسان‌دیدن این اصل از منظر اسناد حقوق بشری مطابق برخی تفسیرهاست.

### واژگان کلیدی

سند اسلامی حقوق بشر، آزادی در ازدواج، ولایت در نکاح، رضایت یا اذن ولی، کفویت.

\* عضو هیئت علمی دانشگاه سیستان و بلوچستان (kaykha@hamoon.usb.ac.ir).  
\*\* کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، مدرس دانشگاه و نویسنده‌ی مسئول (d.saeedi@yahoo.com).  
تاریخ دریافت: ۹۶/۱۱/۸ تاریخ پذیرش: ۹۷/۱/۲۸

## ۱- مقدمه و بیان مسئله

بند ۱ ماده‌ی ۱۶ اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ مقرر داشته است: «هر زن و مرد بالغی حق دارد بدون هیچ‌گونه محدودیتی از نظر نژاد، ملیت، تابعیت یا مذهب با همدیگر زناشویی کنند و تشکیل خانواده دهند». ماده‌ی ۱۲ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ۱۹۵۳ حق آزادی در ازدواج را پیش‌بینی کرده است. ماده‌ی ۱۰ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ۱۹۶۶ گویای این مسئله است: «... ازدواج باید با رضایت آزادانه‌ی طرفین که قصد آن را دارند، واقع شود». به غیر از اسناد حقوق بشری غربی، در سند اسلامی حقوق بشر قاهره ۱۹۹۰ همین اصل با اندک تفاوت ظاهری پیش‌بینی شده است (بند الف ماده‌ی پنجم). در این بند آمده است: «خانواده، پایه‌ی ساختار جامعه است و زناشویی اساس ایجاد آن می‌باشد. بنابراین مردان و زنان حق ازدواج دارند و هیچ‌قیدوبندی که بر پایه‌ی نژاد یا رنگ یا قومیت باشد، نمی‌تواند از این حق آنها جلوگیری کند».

سؤال مطرح این است که مشابهت و تطابق بین اصل آزادی ازدواج در اسناد حقوق بشری غربی و اصل آزادی در نکاح مطرح‌شده در سند اسلامی چه میزان است؟ آیا اصل آزادی مذکور در سند اسلامی وجوه افتراق اساسی و مهمی با معادل خویش در اسناد غربی دارد؟ به‌طوری‌که نمی‌توان وفاق چشمگیری حتی به وسیله‌ی تفاسیر معتبر بین آنها به دست آورد؟ آیا مفاهیم ولایت در نکاح، کفویت و اذن یا رضایت ولی در فقه و حقوق اسلامی با توجه به تفسیر بند الف ماده‌ی پنجم سند قاهره - به استناد ماده‌ی بیست و پنجم همان سند - با اصل آزادی در ازدواج مغایر است؟ قیدهای مذکور در اسناد حقوق بشری - اعم از غربی و اسلامی - راجع به اصل آزادی چگونه باید تفسیر شوند؟ آیا حصری بوده یا تمثیلی؟ و چه تفاوتی از این منظر در نتیجه به وجود خواهد آمد؟ هدف از طرح این مسائل نه تنها اثبات ترتب طولی و ضمانت قوانین حقوق بشر اسلامی برای اصل آزادی در ازدواج بلکه اثبات قابلیت مضاعف و تقدم این قوانین بر قوانین حقوق بشری، برای استحکام و جلوگیری از افزایش معضل طلاق و ازهم‌پاشیدگی بنیان خانواده‌هاست.

با توجه به بررسی‌های انجام‌شده، اصل آزادی در ازدواج از منظر اسناد حقوق بشری و به‌خصوص سند اسلامی حقوق بشر، مستقل بحث و بررسی نشده است. هر چند بسیاری از محققین به خصوص فقها در فقه و حقوق اسلامی به بحث‌های مرتبط با این اصل مانند کفویت بسیار توجه کرده‌اند، لکن به علت فقدان یا اندک‌بودن برآیند حقوقی قضیه، حقوق‌دانان ایران روی بحث مهمی مثل کفویت کمتر تکیه کرده‌اند.

## ۲- مفهوم آزادی در ازدواج

اولین اصطلاحی که می‌بایست تعریف و معنای آن روشن شود، مفهوم تعبیر «آزادی در ازدواج» است. منظور از آزادی چیست؟ آزادی نامحدود و ازدواج هر فرد با فرد دیگر ولو همجنس؟! آیا به قول غربی‌ها آزادی هر فردی مطلقاً محترم است و باید محفوظ بماند، مگر آنجا که مزاحم آزادی دیگران باشد؟ به عبارت دیگر آزادی را جز آزادی نمی‌تواند محدود کند.

آزادی در اسلام به معنای اجرای احکام عقلانی است نه اعمال خواسته‌های نفسانی. انسان آزاد است که مطیع غرایز حیوانی خود نباشد، چون آزادی در مقابل بردگی است و آزاد کسی است که پیرو حکم فطرت و عقل باشد نه تسلیم نفس و شهوت. در حقیقت می‌توان گفت که فلسفه‌ی اصلی جعل تکالیف الهی رهایی از قیدهای بشری است نه محدودیتی برای آزادی (جدا و اخوان نیلچی، ۱۳۹۴: ۶۶ به نقل از جوادی آملی، ۱۳۹۱: ۴۷۳).

نکاح قراردادی مهم است و نمی‌توان آن را از لحاظ فردی و اجتماعی با قراردادهای دیگر مقایسه کرد؛ لذا شارع شرایط و آثار خاصی برای آن قائل شده و آزادی اراده‌ی افراد را در این قرارداد محدود کرده است. به سخن دیگر، اصل حاکمیت اراده - که در قراردادهای نقش اساسی ایفا می‌کند - در نکاح اهمیت چندانی ندارد. البته به لحاظ قانونی، زن و مرد در انتخاب همسر و بستن یا نبستن نکاح آزادند (صفایی و امامی، ۱۳۹۳: ج ۱، ص ۲۳). آثار به جا مانده از اصل حاکمیت اراده در مرحله‌ی انعقاد عقد به لحاظ شکلی و ماهوی قابل بررسی است؛ از لحاظ ماهوی، اصل حاکمیت اراده، آزادی در منعقد شدن یا منعقد نشدن عقد، آزادی در انتخاب طرف عقد و آزادی در تعیین محتوای قرارداد را تضمین می‌کند. از لحاظ شکلی نیز اصل حاکمیت اراده ضامن اصل رضایی بودن قراردادهاست (شهبازی، ۱۳۹۲: ۴۸۳).

بنابراین، منظور از اصل آزادی در عقد ازدواج، اراده و اختیار طرفین عقد یا یکی از آنها در انتخاب طرف دیگر عقد - یعنی همسر - و شرایط حاکم بر آن است. واکاوی دلایل عقلانی، تجربی، قانونی و عرفی هر رفتار، هر شرایط و ویژگی خاصی که به وسیله‌ی متون شرعی یا قوانین داخلی از جانب غیردختر و پسر یا زن و مرد یا از جانب یکی از طرفین عقد نسبت به دیگری (شرایط) تجویز شده و با اصل آزادی مغایر به نظر می‌رسد، می‌تواند به تبیین وجود تقابل یا نبود تقابل این متون با اصل آزادی ازدواج کمک شایانی کند.

با توجه به اینکه اصل آزادی در ازدواج بیشتر با مفاهیم ولایت در نکاح، رضایت پدر در نکاح دختر باکره (رفتار اعم از فعل و ترک فعل) و کفویت (شرایط) در تقابل است، پژوهش حاضر به این موارد، یعنی متون شرعی یا قانونی مرتبط با این قضایا و ظاهراً مغایر با اصل آزادی پرداخته است.

### ۳- تقریر محل نزاع

اصل آزادی مطرح در اسناد حقوق بشر غربی و به ویژه اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر، در اوصافی همچون نژاد، ملیت، تابعیت و حتی مذهب می‌تواند با اصل آزادی ازدواج در سند اسلامی حقوق بشر قاهره موافق باشد. با این تعبیر که اصل مزبور در اسناد غربی با معادل خود در سند اسلامی شباهت‌ها و تفاوت‌هایی دارد. به استناد ماده‌ی بیست و پنجم سند قاهره، تنها مرجع تفسیر یا توضیح مواد اعلامیه شریعت اسلامی است. روشن کردن شباهت‌ها و تفاوت‌های مذاهب اربعه با حقوق موضوعه‌ی ایران - که در این مورد مبتنی بر دیدگاه فقهاست - به عنوان تفسیر بند الف ماده‌ی پنجم حقوق بشر اسلامی در نظر گرفته می‌شود. در گام بعدی به تفاوت آنها با قیده‌های مطرح شده در اسناد غربی، برای برخورداری از آزادی ازدواج توجه شده است. در بند دوم ماده‌ی شانزدهم اعلامیه‌ی جهانی آمده است: «ازدواج باید با رضایت کامل و آزادانه‌ی زن و مرد واقع شود». همین تعبیر در بند آخر ماده‌ی دهم میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بدین صورت بیان شده است: «خانواده عنصر طبیعی و اساسی جامعه است ..... ازدواج باید با رضایت آزادانه‌ی طرفین که قصد آن را دارند، واقع شود». این دو ماده نیز با بحث «ولایت در نکاح» و «رضایت پدر یا جد پدری در نکاح دختر باکره» تقابل خواهند داشت. همچنین به نظر می‌رسد، مصادیق اصل آزادی در ازدواج مذکور در سند اسلامی (نژاد یا رنگ یا قومیت) و معادل آن در اسناد غربی اعلامیه جهانی حقوق بشر (نژاد، ملیت، تابعیت یا مذهب) با بحث کفویت در فقه و حقوق اسلامی مشابه است.

۵۴

### ۳-۱- ولایت در نکاح

یکی از مواردی که تعارض احتمالی بین قانون شرعی ولایت در نکاح و اصل آزادی در ازدواج اسناد حقوق بشری را حل می‌کند، بررسی نظرات و دلایل مذاهب پنج‌گانه‌ی اسلامی است. به نظر می‌رسد، فقهای عامه در ترتیب اولیاء عقد نکاح برای صغیر با هم اختلاف نظر دارند (الجزیری، ۱۴۲۴: ج ۴، صص ۳۹-۲۹؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ج ۲، ص ۳۲۴)؛ به طوری که حنفی‌ها ولایت در ازدواج را به ترتیب برای پسر زن در صورت وجود آن - گرچه از زنا باشد - سپس برای پسر پسر زن، پدر، جد پدری، برادر شقیق<sup>۱</sup>، سپس برادر پدری، پسر برادر شقیق، سپس پسر برادر پدری، عمو، پسر عمو و تا آخر قائل شده‌اند. مالکی‌ها معتقدند که ولی پدر است و سپس وصی پدر، پسر گرچه از زنا باشد، ولی برای زن محسوب می‌شود، سپس برادر، پسر برادر، جد، عمو و تا آخر و در نهایت

۱. شقیق به معنای آنچه از میان دو نیم شده و برادر ابی و امی آمده است (عمید، ۱۳۸۹: ۷۰۳).

ولایت به حاکم منتقل می‌شود. به نظر شافعی‌ها ولی پدر است، سپس جد پدری، برادر شقیق، برادر پدری، پسر برادر، عمو، پسر عمو و تا آخر و سپس ولایت به حاکم منتقل می‌شود. حنا بله قائل به ولایت پدر، وصی پدر، سپس به قاعده‌ی الأقرب فالأقرب از عصبیات<sup>۱</sup> مانند ارث و در نهایت قائل به ولایت حاکم شده‌اند. باید اضافه کرد که ولایت از نظر فقهای اهل سنت تقسیم‌بندی‌هایی دارد؛ برای مثال ولایت تقسیم می‌شود به ولایت قاصر<sup>۲</sup> و متعدی<sup>۳</sup> و ولایت متعدی تقسیم می‌شود به ولایت جبر<sup>۴</sup> و غیر جبر<sup>۵</sup> (همان).

مطابق نظر برخی از فقیهان شیعه، ولایت در امر نکاح تنها متعلق به پدر، جد پدری، حاکم و وصی معین شده از جانب پدر و یا جد پدری است (العالمی، ۱۴۱۱: ج ۲، ص ۵۶؛ العالمی، ۱۳۸۹: ۹)، لکن مشهور فقها به ولایت وصی قائل نیستند. قوانین مدنی بیش از انقلاب، نکاح را امری کاملاً شخصی می‌دانستند و اراده‌ی طرف نکاح - به جز در مورد مجنون - از شرایط اساسی نکاح به‌شمار می‌آمد؛ هر چند که قانون مدنی در این خصوص تصریحی نداشت (افروز، ۱۳۹۶: ۶۸). در حال حاضر، به‌موجب ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی، عقد نکاح قبل از بلوغ، به عقد نکاح قبل از رسیدن به ۱۵ سال تمام شمسی برای پسران و ۱۳ سال تمام شمسی برای دختران تبدیل و به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت و با تشخیص دادگاه صالح منوط شده است. به این ماده که اصلاحی ۱۳۸۱ بوده است و همچنین پیشینه‌ی این ماده؛ یعنی ازدواج قبل از بلوغ (به استناد تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱۲۱۰، ۱۵ سال تمام قمری برای پسر و ۹ سال تمام قمری برای دختران) مطابق ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰ (که به پیروی از دیدگاه مشهور فقیهان امامیه پیش‌بینی شده بود)، انتقاد و گفته شده است، انتخاب همسر برای کودک او را از طبیعی‌ترین حق خویش (انتخاب همسر مطابق با اصل آزادی) محروم می‌کند و به طفل صدمه می‌زند. بنابراین، فرض ضرر در نکاحی که ولی قهری درباره‌ی آن تصمیم گیرد، برای کودک وجود دارد و با اصل آزادی در انتخاب همسر مغایر است. ماده‌ی ۲۳ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳ نیز درباره‌ی سن ازدواج چنین تمهیداتی را با تفاوت‌هایی مانند تغییر سن ازدواج از ۱۵ سال به ۱۸ برای دختر و از ۱۸ به ۲۰ سال برای پسر

۱. جمع عصبه به معنای پدر و نزدیکان پدری. خویشاوندان ذکور از طرف پدر و مادر یا پدر تنها، مانند خود پدر، پسر، برادر، عمو، عموزاده، و غیره را عصبه گویند (فیض، ۱۳۸۲: ۳۵۱).

۲. ولایت قاصر ولایتی است که شخص می‌تواند تصدی عقد ازدواج خویش را به‌عهده بگیرد و این امر به اتفاق فقهای اسلامی در مورد مرد بالغ و عاقل ثابت شده است و در مورد زن اختلافی است.

۳. ولایت متعدی، ولایتی است که حق تزویج غیر را به شخص تفویض می‌کند. فقهای اهل سنت ولایت متعدی را دو نوع می‌دانند: یکی ولایت جبر و دیگری ولایت غیر جبر.

۴. ولایت جبر ولایتی است که به صاحب آن استقلال در انشاء عقد اعطاء می‌شود و مولی‌علیه هیچ‌گونه دخالتی در آن ندارد.

۵. ولایت غیر جبر ولایتی است که به صاحبان آن حق تزویج مولی‌علیه را بر مبنای اختیار و رغبت وی می‌دهد، اما در عقد نکاح استقلال رأی ندارد.

و همراه با استثنائی برای دختران یعنی ۱۵ سال پیش‌بینی کرده بود (تاجانی، ۱۳۸۴: ۴۱۷). اشکال این مصوبه این بود که با منع ازدواج دختران و پسران جوان، چگونه باید نیازهای جسمی و مادی آنها مهار شود؟ آیا غرایز سرکش این جوانان، در فاصله‌ی بین سن بلوغ و سن قانونی ازدواج، نیازی به اداره‌کردن ندارد و اگر قالب ازدواج برای آن مناسب نبود، چه نهادی برای جانشینی آن باید پیشنهاد شود؟ وجود چنین مسائلی باعث شد که کارشناسان بیشتر کشورها سن ازدواج را پایین‌تر از سن رشد قرار دهند (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ج ۱، ص ۶۸). دیدگاه مشهور فقیهان درباره‌ی سن بلوغ پسران و دختران پاسخ معقولی به مهار تمایلات جنسی و طبیعی زن و مرد است. از زمانی که دختر و پسر نیاز جنسی را احساس می‌کنند و آماده‌ی آمیزش با جنس مخالف می‌شوند، نکاح امکان برآورده‌کردن معقول این تمایلات را فراهم می‌کند. با وجود این، هدف قوانین از نظارت بر ازدواج، تشکیل خانواده و حفظ سلامت و تربیت فرزندان حاصل از آن است. رسیدن به چنین هدفی ممکن است، مستلزم اختصاص ندادن سن خاص برای بلوغ باشد. برای پاسخ به سؤال‌ها و اشکال‌های وارد بر این موضوع می‌توان گفت مقیدکردن ولایت ولی قهری به رعایت مصلحت مولی علیه، چنین مشکلی را حل می‌کند؛ یعنی اگر ولی مصلحت صغیر را رعایت نکند، برای مثال صغیر را به کمتر از مهرالمثل ازدواج دهد یا از میان دو خواستگار شخص شایسته‌تر را انتخاب نکند یا به نحوی از انحاء به شخصیت و حقوق او صدمه زند، ازدواج باطل است (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۹، ص ۲۱۳). مضاف بر اینکه، دیدگاه شرع و قانون مدنی نیز بیشتر بر جنبه‌های حمایتی از صغیر استوار است. در مواردی که این جنبه‌ی حمایتی از صغیر رعایت نشود، ولی در اعمال این حقی با مشکل مواجه می‌شود (افروز، ۱۳۹۶: ۶۸ و ۶۷). بنابراین، مطابق فقه اسلامی و قانون مدنی ایران، ازدواج قبل از سن بلوغ به استناد اصل بیست و پنجم سند اسلامی قاهره، با اصل آزادی در ازدواج مغایر نبوده و با آن هماهنگ است.

#### - تطبیق با موضوع

برای تطبیق اصل آزادی در ازدواج، بند الف ماده‌ی پنجم اعلامیه‌ی اسلامی حقوق بشر قاهره با بند یکم ماده‌ی شانزدهم اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر مقایسه می‌شود. در بند الف اعلامیه‌ی اسلامی آمده است: «خانواده پایه‌ی ساختار جامعه و زناشویی (ازدواج) اساس ایجاد آن است، بنابراین، مردان و زنان حق ازدواج دارند و هیچ قیدوبندی که بر پایه‌ی نژاد یا رنگ یا قومیت باشد (اصل آزادی) نمی‌تواند از این حق آنها جلوگیری کند». بند یکم ماده‌ی شانزدهم اعلامیه‌ی جهانی مقرر کرده است: «هر زن و مرد بالغی حق دارد، بدون هیچ‌گونه محدودیت (اصل آزادی)

از نظر نژاد، ملیت، تابعیت یا مذهب با همدیگر زناشویی کنند (ازدواج) و تشکیل خانواده دهند». اولین تفاوت سند اسلامی با غربی وجود وصف یا قید «بالغی» راجع به زن و مرد در سند غربی است. با توجه به قید آمده در اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر، اصل آزادی در ازدواج ویژه‌ی زنان و مردان بالغ است و ارتباطی به دختران و پسران غیربالغ ندارد. درحالی‌که سند اسلامی چنین قیدی ندارد. آیا می‌توان گفت که با توجه عموم یا اطلاق سند اسلامی، دختران و پسران غیربالغ در ازدواج آزادند و بحث ولایت در نکاح با این موضوع در تضاد است؟ به نظر می‌رسد، با توجه به تفاسیر مطرح شده به عنوان مخصص یا قرینه - در مبحث قبلی - کاملاً روشن شد که نمی‌توان به اطلاق یا عموم ظاهری آن سند اعتماد و اکتفاء کرد. به دلیل وجود ماده‌ی بیست و پنجم سند اسلامی قاهره، اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر حتی با وجود تقدم زمانی باز هم نمی‌تواند مفسر و قرینه‌ی سند اسلامی در نظر گرفته شود. همچنین به دلیل وجود قرینه‌ی تقیید نمی‌توان به اطلاق سند اسلامی تمسک جست (مظفر، ۱۳۸۶: ج ۱، صص ۲۶۸-۲۶۳). براساس اصول فقه و معناشناسی، در اعلامیه‌ی جهانی هر گاه وصف، قید احترازی<sup>۱</sup> باشد و نه توضیحی<sup>۲</sup> یا غالبی<sup>۳</sup> مفهوم دارد. با توجه به دلایل مذکور، به غیر از قید بالغ، تفاوتی از منظر دیگر اوصاف، یعنی نژاد، رنگ، قومیت، ملیت و تابعیت، در هر دو سند دیده نمی‌شود.

### ۳-۲-۳- اذن یا رضایت ولی، در نکاح دختر باکره‌ی بالغه (رشدیده)

به نظر می‌رسد درباره‌ی اذن یا رضایت ولی، سه مذهب شافعی، مالکی و حنبلی به نوعی راه حل حداکثری پیموده و حتی به لحاظ باکره یا ثیبه بودن فرق چندانی قائل نشده‌اند و در مورد ثیبه به تشریک معتقدند. مذهب حنفی، راه حداقلی (اصل عدم ولایت و همان اصل آزادی) را در پیش گرفته و به انفراد دختر باکره در امر ازدواج قائل است. هر چند اگر دختر، خود را به غیر هم کفو تزویج کند، ولی می‌تواند اعتراض کند، لکن ازدواج منعقد شده و جبران آن کمی دشوار است. از دیرباز به مسئله‌ی اذن یا رضایت ولی در ازدواج دختر باکره‌ی بالغه، فقهای اسلام اعم از اهل سنت و تشیع توجه داشته‌اند. در فقه مذاهب این موضوع در بحث ولایت در ازدواج آمده

۱. وصف احترازی یا تقییدی وصفی است که به خاطر آن قید حکم وجود داشته باشد و هرگاه آن وصف نباشد، حکم - یعنی قانون (اصل آزادی در ازدواج) - هم راجع به آن موضوع (زن و مرد بالغ) وجود نخواهد داشت و به تعبیر دیگر، حکم با انتفاء وصف منتفی است (محمدی، ۱۳۸۷: صص ۸۱ و ۸۲؛ قهرمانی نژاد شائق: ۱۰۷)؛ برای مثال، از مفهوم ماده‌ی ۹۴۰ ق.م و قید دائمی چنین فهمیده می‌شود که در نکاح منقطع (متعه) ارث راه ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵۶۰).

۲. القید التوضیحی: هو القید الذی یدل علیه الکلام و إن لم یذکر کقوله سبحانه: (لا تکرهوا فتياتکم عای البغاء إن اردن تحصنا/ نور، ۳۳) (سبحانی، ۱۳۸۱: ۲۱۸)

۳. القید الغالبی: هو القید الوارد مورد الغالب، و مع ذلک لا مدخلیه له فی الحکم، کقوله سبحانه: (و ربائکم اللاتی فی حجورکم من نسائکم اللاتی دخلتم بهن/ نساء، ۲۲) فکونهن فی حجور الأزواج قید غالبی (همان).

است. شافعیه، مالکیه و حنابله به انفراد ولی، در تزویج بالغه‌ی راشده‌ی باکره قائل‌اند، اما اگر دختر ثیبه باشد، ولی و دختر در ازدواج شریک‌اند و هیچ‌کدام به تنهایی و بدون نظر دیگری به تزویج اقدام نخواهند کرد. حنفیه‌ها معتقدند: دختر بالغه‌ی عاقله می‌تواند به تنهایی و با اختیار به ازدواج اقدام کند. همچنین دختر چه باکره و چه ثیبه می‌تواند انشاء عقد کند و هیچ‌کس بر وی ولایت نخواهد داشت؛ البته اگر زوج کفو وی باشد. پس اگر خودش را به غیر کفو تزویج کند، ولی او حق اعتراض دارد و می‌تواند از قاضی فسخ ازدواج را طلب کند (الجزیری، ۱۴۲۴: ج ۲، ص ۳۲۲؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ج ۴، ص ۹۴). موضوع لزوم یا عدم لزوم اذن یا اجازه‌ی ولی در ازدواج دوشیزه‌ی بالغ و رشید در فقه امامیه هم از گذشته‌های دور تا امروز بحث شده است. شهید ثانی (رحمته‌الله) در بحث اولیاء عقد آورده که «فولایه القراه علی الصغیره و المجنونه و البالغه سفیه. کذا.. لا علی البکر البالغه الرشیده فی الأصح» (امینی و آیتی، ۱۳۸۴: ۳۲۳). امام خمینی (رحمته‌الله) نیز معتقد است: «لیس للآب و الجد للآب ولایه علی البالغ الرشیده و لا علی البالغه الرشیده إذا كانت ثیبیه، و أمّا إذا كانت بکراً ففیه أقوال» (موسوی خمینی، ج ۳، ص ۵۰۱). به طور کلی در فقه امامیه، در این باره هفت قول وجود دارد؛ قول اول، استقلال باکره‌ی رشیده در ازدواج است که مشهور قائل بدانند (اصل عدم ولایت یا همان اصل آزادی) (العالمی، ۱۳۸۹: ج ۹؛ نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۹، ص ۱۷۵). البته باید گفت نه تنها دیدگاه نخست، بلکه دیدگاه هفتم (استقلال هر دو) و سوم (تشریک)، هر سه مشهورند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۱: ج ۲، ص ۱۱). قول دوم، استقلال پدر و جد پدری در نکاح باکره‌ی رشیده است (کلینی، ۱۳۶۵: ج ۵، ص ۳۹۳؛ نراقی، ۱۴۱۹: ج ۱۶، ص ۱۱۳؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۲۴). قول سوم، تشریک ولی با باکره‌ی رشیده در امر نکاح است (صدوق، ۱۴۰۴: ج ۳، ص ۳۹۵؛ موسوی خمینی: ج ۲، ص ۲۵۴؛ خویی: ج ۴، ص ۲۶۴). قول چهارم، ولایت باکره‌ی رشیده تنها در ازدواج دائم و نه متعه است (طوسی، ۱۳۶۵: ج ۷، ص ۲۵۴). قول پنجم، عکس قول چهارم است (حرعاملی، ۱۴۰۹: ج ۱۴، ص ۴۵۸؛ حلی، ۱۴۰۹: ج ۲، ص ۵۰۲). قول ششم، تشریک میان باکره‌ی رشیده و تنها پدر (و نه جد پدری) است (طباطبائی حکیم، ۱۴۰۴: ج ۱۴، ص ۴۴۸). قول هفتم و آخرین قول، استقلال هر یک از باکره‌ی رشیده و ولیش در امر نکاح است (نراقی، ۱۴۱۹: ج ۱۶، ص ۱۲۱). در فقه درباره‌ی باب سقوط ولایت ولی (عضل) در ازدواج دو نوع کفویت وجود دارد. یعنی اگر دختر قصد ازدواج با کسی را دارد که هم کفو شرعی (اسلام) و هم کفو عرفی (شرایط اخلاقی، شرافت خانوادگی و ...) اوست و ولی مخالفت کند، ولایت وی حتماً ساقط خواهد شد. (موسوی بجنوردی و حسینی نیک، ۱۳۹۲: ۳۰۸). همچنین به عقیده‌ی برخی از محققان، قانون‌گذار جمهوری اسلامی ایران اندیشه‌ی لزوم (قول سوم) را پذیرفته است. برخی پیشنهاد‌های اصلاحی نیز همراه با قبول اندیشه‌ی لزوم اذن یا رضایت ولی بوده است، لکن برخی



دیگر از پیشنهادها بر بنیان اندیشه‌ی عدم لزوم (قول اول و مطابق با اصل آزادی) است (علیدوست، ۱۳۸۹: ۲۵). ماده‌ی ۱۰۴۳ ق.م.اصلاحی ۱۳۷۰/۸/۱۴ مقرر می‌دارد: «ازدواج دختر باکره، اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد، منوط به اجازه‌ی پدر یا جد پدری او است و هرگاه، پدر یا جد پدری بدون دلیل موجه از دادن اجازه امتناع نماید، اجازه‌ی 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 گرفتن اجازه از دادگاه مدنی خاص، به دفتر ازدواج مراجعه و به ثبت ازدواج خود اقدام می‌کند».

#### - تطبیق با موضوع

علاوه بر بند یکم ماده‌ی شانزدهم اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر و بند الف ماده‌ی پنجم اعلامیه‌ی اسلامی حقوق بشر قاهره، بند دوم همان ماده‌ی شانزدهم اعلامیه‌ی جهانی و عبارت پایانی بند یکم ماده‌ی دهم میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز باید با موضوع تطبیق داده شود. در بند دوم ماده‌ی شانزدهم اعلامیه‌ی جهانی آمده است: «ازدواج باید با رضایت کامل و آزادانه‌ی زن و مرد واقع شود». در عبارت پایانی بند یکم ماده‌ی دهم میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بیان شده: «خانواده عنصر طبیعی و اساسی جامعه است .... ازدواج باید با رضایت آزادانه‌ی طرفین که قصد آن را دارند، واقع شود». چنانچه ملاحظه می‌شود تلاقی و تقابل ظهور این دو بند با موضوع توقف ازدواج دختر دوشیزه‌ی بالغ و رشید بر اذن یا اجازه‌ی ولی، بسیار بیشتر از بند یکم اعلامیه‌ی جهانی و بند الف ماده‌ی پنجم اعلامیه‌ی اسلامی قاهره است. به بیان دیگر، توقف ازدواج دختر دوشیزه‌ی بالغ و رشید بر اذن یا اجازه‌ی ولی، مخدوش‌کننده‌ی رضایت کامل و آزادانه‌ی زن و مرد، در دو بند بالا یا همان اصل آزادی است. با توجه به دیدگاه فقهای عامه و امامیه در پاسخ به این شبه بدوی، باید اذعان کرد که نظر مشهور فقهای امامیه، با اندک تفاوت، همان دیدگاه حداقلی مذهب حنفیه و اصل آزادی است. حتی برخی از محققین ماده‌ی ۱۰۴۳ را با دلایل خود حمل بر این اصل کرده‌اند. چنان‌که یکی از آنها رضایت ولی را جز در ثبت رسمی نکاح برای رعایت مقررات ثبتی لازم نمی‌داند و حق طلاق یا فسخ نکاح را در صورت رضایت دختر برای ولی از لحاظ ولایت حمایتی (از طریق تقنین) قائل شده است (حق‌پرست و یوسف‌زاده، ۱۳۹۴: ۲۴ و ۲۵). همچنین بعضی دیگر گفته‌اند که ماده‌ی ۱۰۴۳ قانون مدنی به این اشاره دارد که باکره‌ی رشیده برای گرفتن اذن ولی قهری خود در امر نکاح، حکم تکلیفی دارد. این حکم تکلیفی برای صحت و بطلان نکاح نیست و این اثر از آثار احکام وضعی است (ذاکری و صدیقی، ۱۳۹۳: ۱۸). همه‌ی این دلایل حاکی از آن است که اصل آزادی در اسناد غربی و نظر مشهور فقهای امامیه

و دیدگاه مذهب حنفیه یکسان است و تضادی بین آنها نیست، بلکه اصل آزادی دختر باکره‌ی رشیده در نکاح است. در صورت قائل نبودن به دیدگاه اول مشهور امامیه و اصل آزادی، آیا سایر دیدگاه‌ها (غیر از قول دوم) با اصل آزادی مخالف است؟ در پاسخ باید گفت، گرچه دخالت ولی قهری در ازدواج دختر بالغ خلاف اصل آزادی یا عدم ولایت است، اما در فقه امامیه و قانون مدنی ایران محدودیت‌هایی دارد، از جمله اینکه ولایت مختص پدر و جد پدری است و قیم آنها چنین حقی ندارد (ماده‌ی ۱۰۴۴ قانون مدنی). همچنین اجازه‌ی ولی قهری در مورد دختر باکره یا در حکم باکره است. به همین دلیل در رأی وحدت رویه‌ی هیئت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۶۳/۳/۲۹، دخول و ازاله‌ی بکارت، چه مشروع و چه نامشروع، موجب سقوط ولایت پدر است و مشروعیت دخول قبل از عقد شرط سقوط ولایت پدر نخواهد بود. به‌علاوه، اگر پدر یا جد پدری از ولایت خود سوءاستفاده کند، دختر می‌تواند با استناد به ماده‌ی ۱۰۴۳ قانون مدنی ازدواج کند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۶۳۶ و ۶۳۷). طبق نظر فقیهان امامیه اگر ولی، دختر را از ازدواج با هم‌کفو منع کند، عضل رخ می‌دهد و ولایت او ساقط می‌شود. برای توجیه وضع چنین ماده‌ای می‌توان گفت که در اجتماع ما تجربه و اطلاعات دختران اغلب کمتر از پسران است و طبیعت نیز احساسات رقیق‌تری و عواطف بیشتری به آنها داده است. از این رو دختران ممکن است فریب خورند و دستخوش هوسبازی مردان هرزه و ناپاک شوند، یا بدون اندیشه و بررسی کافی برخلاف مصلحت خود، اقدام به ازدواجی نامناسب کنند؛ لذا قانون‌گذار به حمایت از ایشان شتافته و اجازه‌ی پدر یا جد پدری را در مورد نکاح دختری که برای بار اول ازدواج می‌کند، لازم دانسته است (افروز، ۱۳۹۶: ۷۲). با این توضیحات حتی اگر توقف ازدواج باکره‌ی بالغه یا رشیده بر اذن یا رضایت ولی دختر مطابق دیدگاه غیر مشهور یا مشهور از نظر برخی فقهای معاصر پذیرفته شود، بعید است، کسی اشکال بگیرد که فقه و حقوق اسلامی اصل آزادی ازدواج را مخدوش کرده است.

### ۳-۳- کفویت در نکاح و دیدگاه مختار

واژه‌ی «کفو» به معنای «مثل و نظیر» است (جوهری، ۱۴۱۰: ج ۱، ص ۶۷). مصدر آن «کفأئت» یا «کفویت» که در لغت به معنای یکسانی، هم‌شأنی، هم‌مرتبه بودن و مماثلت است (ابن‌منظور، ۱۴۲۶: ج ۲، ص ۳۴۴۶). گفته می‌شود: «فَلَانٌ كَفَاءٌ لِفَلَانٍ فِي الْمُنَاكِحَةِ أَوْ فِي الْمُحَارَبَةِ»؛ «فلانی همتای او در ازدواج یا در میدان جنگ است» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۶: ۷۱۸). معنای اصطلاحی کفویت جدا از

معنای لغوی آن نیست. آیات ۲۶ سوره نور، ۲۲۱ سوره بقره<sup>۲</sup>، ۱۰ سوره ممتحنه<sup>۳</sup> و ۱۴۱ سوره نساء<sup>۴</sup> مستند قرآنی صریح موضوع کفویت هستند. همین ابتدای بحث می‌توان پرسید که کفویت کدام‌یک از دختر یا پسر با طرف مقابلش سنجیده می‌شود؟ و کفویت کدام‌یک مقدم بر دیگری است؟ زیرا اگر هردو در ارزیابی، مساوی در نظر گرفته شوند، در عمل و واقعیت، کفویت را نمی‌توان سنجید. بنابراین باید یکی محور و دیگری تابع آن باشد، تا کفویت آن سنجیده شود. گرچه این مبحث بیشتر بنیادی است، ولی به نظر می‌رسد، طرح آن به عنوان شرایطی (و نه فعلی مانند ولایت در نکاح یا اذن ولی) که می‌تواند به مقابله با اصل آزادی برخیزد، خالی از فایده‌ی فقهی و حتی فایده‌ی عملی نخواهد بود. به‌طور کلی فقهای شیعه و سنی در این باره قائل به شرطیت کفایت در مردانند و دلیل آن را عار نبودن ازدواج مرد با زن پایین‌تر از خود نقل کرده‌اند. این قاعده در همه‌ی زمان‌ها و مکان‌ها جاری است و تنها موردی که ولی، پسر بچه‌ی خود را به تزویج دخترى پایین‌تر در بیاورد، مرد محور و مقدم بر زن دانسته شده است. (الجزیری، ۱۴۲۴: ج ۴، ص ۵۶؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ج ۲، ص ۳۲۸). از دلایل دیگر این نظر شأن و احترام زن برای به خواستگاری رفتن او و نه بالعکس است. این دیدگاه و هر دیدگاهی که یکی از طرفین را محور قرار دهد، به نوعی اصل آزادی اراده یکی از طرفین را محدود می‌کند، زیرا اصل آزادی طرفین با محوریت یک طرف منتفی می‌شود. بنابراین برای پاسخ به این سؤال باید دو مبحث را از هم تفکیک کرد؛ در کفویت شرعی یا همان کفویت به عنوان شرط صحت، صفت ذات یعنی کفر و اسلام ملاک است، اما در کفویت عرفی یا کفویت از نظر اصولیین، به عنوان شروط زوج مناسب، تقوا و آن که باتقواتر واجد خصوصیت وصف تقواست، مقدم خواهد بود. یکی از شروط زوج مناسب فرد به حکم آیات قرآن کریم اعم از زن یا مرد، در کفویت عرفی وجود خصوصیت و صفت تقوا و ویژگی‌های مرتبط آن در فرد است.<sup>۵</sup>

۱. والخبیثات للخبیثین، و الخبیثون للخبیثات و الطیبات للطیبین، و الطیبون للطیبات ...

۲. و لا تتکحوا المشرکات حتی یؤمنن و لأمه مؤمنه خیر من مشرکه و لو أعجبتکم و لا تتکحوا.....

۳. یا ایها الذین آمنوا... فلا ترجعوهن إلى الکفار لا هن حل لهم و لا یحلون لهم...

۴. و لن یجعل الله للکافرین علی المؤمنین سبیلاً.

۵. به حکم آیات: «ان آکرکم عند الله اتقاکم» (حجرات، ۱۳)؛ «من عمل صالحاً من ذکر او انثی و هو مؤمن فلنجیناه حیاة طیبة و لنجزینهم اجرهم باحسن ما کانوا یعملون» (نور، ۹۷)؛ «الخبیثات للخبیثین و الخبیثون للخبیثات و الطیبات للطیبین و الطیبون للطیبات اولئک مبرؤن مما یقولون مما مغفرة و رزق کریم» (نور، ۲۶)

مضاف بر اینکه کفایت و کفویت، مصدر و مصدر صناعی<sup>۱</sup> بوده و به معنای مماثلت، هم‌ردیفی و هم‌شأن بودن در یک یا چند صفت اطلاق می‌شود و یک‌طرفه و مقید به رجال نیست. در اصطلاح فقهای عامه، پیروان مذهب حنفی، ملاک‌های معتبر در کفایت را مساوات مرد در مقابل زن در اموری شامل نسب، اسلام، صنعت، آزادی، دیانت و مال می‌دانند. از نظر مذهب مالکی، کفایت در نکاح عبارت است از برابری در تدین و سلامت. از نظر مذهب شافعی کفایت چیزی است که فقدان آن موجب ننگ است و در پنج چیز معتبر دانسته شده است: خالی بودن از عیوب اثبات‌کننده‌ی خیار، نسب، دین، آزادی و صنعت. حنابله گفته‌اند: کفایت عبارت است از برابری در دیانت، صنعت، تمکن، آزادی و نسب (الجزیری، ۱۴۲۴: ج ۴، ص ۵۳۵۹؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ج ۲، ص ۳۲۸؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۷۴-۲۷۱). فقهای امامیه درباره‌ی کفویت در نکاح سه دیدگاه دارند؛ به اجماع تمامی فقهای امامیه، اسلام (مسلمان بودن زوجین) در کفایت شرط مطلق و شرط صحت عقد از دواج است (العالمی، ۱۴۱۱: ج ۲، ص ۷۰؛ العالمی، ۱۳۸۹: ۹). برخی فقها علاوه بر مسلمان بودن، شیعه بودن را هم برای مرد از شرایط کفویت دانسته‌اند. برخی دیگر تمکن مالی به‌اضافه‌ی اسلام و برخی دیگر تمکن مالی به‌اضافه‌ی اسلام و شیعه بودن را در کفویت ملاک قرار داده‌اند (همان). امروزه، ارتباط ملل غربی با ملت‌های اسلامی موجب شده است تا مسلمانان برای سازگاری با مسائل روز جهان در امور شرعی تجدید نظرهایی به‌عمل آورند و به ناچار در هر موضوعی رأی مذهبی را برگزینند که با این نوع مسائل سازگاری بیشتری داشته باشد (احمدی، ۱۳۸۲: ۲۹۲)، حتی برخی از علمای بزرگ اهل سنت، مانند شیخ شلتوت، أخذ حکم از مذهب جعفری را هم احیاناً تجویز کردند، با اینکه چنین امری در گذشته، حتی تصورش هم آسان نبود (گرچی، ۱۳۸۴: ۱۱۲). قانون مدنی تنها در ماده‌ی ۱۰۵۹ ق.م. بیان می‌کند: «نکاح مسلمه با غیر مسلم جایز نیست» و همه‌ی مذاهب اسلامی اعم از شیعه و سنی در مورد این قاعده انفاق نظر دارند.

#### - تطبیق با موضوع

در سند اسلامی، سه قید نژاد یا رنگ یا قومیت مخالف اصل آزادی در ازدواج بیان شده‌اند. اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر چهار محدودیت ناشی از نژاد، ملیت، تابعیت و مذهب را مخالف آن اصل معرفی کرده است. اتفاق نظر این دو سند تنها در قید نژاد نیست، بلکه به‌رغم تصریح نکردن در باقی قیود نیز اختلافی ندارند. به نظر نگارندگان، بعد از مرحله‌ی کفر و اسلام به‌عنوان شرط

۱. المصدرُ هو ما يُدُلُّ حاله أو حدَّثاً دونَ زمان نحو «حُسن» و «تسليم»، يُوجد نوعٌ من المصدر يُقال المصدر الصناعي و هو عبارة عن اسم منسوبٍ ملحقٍ ببناء التأنيت و له معنى المصدر، و يشترطُ فيه أن لا يذكر معه الموصوف لفظاً و لا تقديراً (الشَّرتوني، ۱۳۸۹: ۴، ۶۱-۵۵).

صحت، با توجه به تفسیر بند الف ماده‌ی پنجم سند اسلامی قاهره - به استناد ماده‌ی بیست و پنجم همان سند- نه تنها قیود مذکور در سند اسلامی (نژاد، رنگ و قومیت) بلکه به قطعیت قیود مذکور در اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر (نژاد، ملیت و تابعیت) و هر قید دیگری - به جز قید دین و مذهب با تفصیلی که شرح آن خواهد آمد - به حکم آیه‌ی ۱۳ سوره‌ی حجرات هیچ کدام قادر به مخالفت با اصل آزادی در ازدواج نبوده و نیستند. باید گفت که این تفسیر، دیدگاه تمثیلی بودن و حصری نبودن قیود و محدودیت‌های مطرح شده در اسناد حقوق بشر را تقویت خواهد کرد. در اعلامیه‌ی جهانی، قید مذهب به کار گرفته شده که ممکن است در ترجمه به این صورت برگردانده شده باشد، لکن در این مقاله هر دو قید دین و مذهب بررسی خواهد شد، تا اشکالی از این جهت به وجود نیاید. در سند اسلامی، از دین و مذهب سخنی به میان نیامده، اما با توجه به تفسیر این سند با شریعت اسلامی به استناد ماده‌ی بیست و پنجم و مفهوم همین ماده، این دو قید می‌توانند برای اصل آزادی در ازدواج محدودیت‌هایی ایجاد کنند. به نظر می‌رسد، مصادیق مطرح در سند حقوق بشر اسلامی قاهره حصری نبوده، بلکه می‌بایست تمثیلی در نظر گرفته شوند. بنابراین عناوینی همچون وضعیت فرهنگی، اقتصادی، اجتماعی، خانوادگی و ... در کفویت قابل بررسی و غیر معارض‌اند. با ملاحظه‌ی اسناد غربی خاصه اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر و تعبیر «هیچ‌گونه محدودیت از نظر» علی‌الظاهر باید به انحصاری بودن مصادیق مطرح‌شده، قائل بود. گرچه خود اصل آزادی با این تعبیر ناسازگار بوده و دیدگاه تمثیلی را قوت می‌بخشد، اما اگر به دیدگاه و تفسیر تمثیلی بودن محدودیت‌های مطرح‌شده در سند جهانی هم قائل باشیم (قول صحیح) - که با اصل آزادی خوانش و سازگاری بیشتری هم دارد - باید گفت که تفاوت‌ها و تقابل‌های عنوان شده فقط از منظر قید دین، ظاهری نبوده و افتراق اساسی ایجاد خواهد کرد. قید دین در مقابل کفر است. کفر عبارت است از ناباوری به اسلام و کافر کسی است که به یکی از اصول اسلام یا یکی از ضروریات آن اعتقاد نداشته باشد. در مورد نکاح، قانون مدنی در ماده‌ی ۱۰۵۹ به تبعیت از فقه اسلامی، نکاح زن مسلمان را با مرد غیرمسلمان ممنوع کرده است. کلیه‌ی فرق اسلامی بر این قاعده اتفاق نظر دارند و مبنای آن علاوه بر اجماع، بعضی آیات قرآنی و نیز دلیل عقلی است (صفایی و امامی، ۱۳۹۳: ج ۱، ص ۱۲۸). نکاح مرد مسلمان با زن غیرمسلم و کتابی (یهودی، مسیحی و زردشتی) مشمول ماده‌ی ۱۰۵۹ ق.م.نیست و نافذ است، ولی نکاح مرد مسلمان با مشرک و غیرکتابی باطل است (امامی، ۱۳۷۴: ج ۴، ص ۳۴۳). قانون مدنی به صراحت ازدواج با زن غیرکتابیه را منع نکرده، ولی از آنجا که طبق فقه اسلامی و عرف و عادت مسلم چین ازدواجی ممنوع است، نمی‌توان در حقوق مدنی آن را مجاز شمرد (ماده ۳ قانون آیین دادرسی

مدنی). علاوه بر اینکه نکاح با زن غیرکتابیه باطل است، در فقه امامیه، قول اشتهر این است که فقط نکاح منقطع با زن کتابیه جایز و نکاح دائم باطل است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۱: ج ۴، ص ۱۱۳). در حقوق فعلی ایران هم چون این قول بین فقهای امامیه مشهورتر است و به علاوه این قاعده عرف و عادت مسلم را تشکیل می‌دهد، قانون‌گذار آن را پذیرفته است. در فقه اهل سنت، این ازدواج به اجماع معتبر شناخته شده است (صفایی و امامی، ۱۳۹۳: ج ۱، ص ۱۲۹). طبق نظر مذاهب اهل سنت، در صورت اختلاف در مذاهب زن و مرد، فقط با کسانی نمی‌توان ازدواج کرد که ملحق به ارتداد می‌شوند؛ مانند کسانی که منکر ضروریات اسلامی مشخص و معلوم باشند، مثل خوردن مسکرات یا رافضی‌ها یعنی کسانی که معتقد به اشتباه جبرئیل در ابلاغ وحی‌اند، یا کسانی که قائل به خدایی حضرت علی (ع) هستند، یا بعضی آیات قرآن را منکرند یا معتقد به قذف عایشه باشند (الجزیری، ۱۴۲۴: ج ۴، صص ۷۴-۷۲؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ج ۲، صص ۴۱۷ و ۴۱۸). بنابراین از نظر آنها ازدواج با مذاهب مختلف تشیع اشکال ندارد. اما در مورد ازدواج مرد شیعه با زن غیرشیعه و ازدواج زن شیعه با مرد غیرشیعه، قضیه کمی متفاوت است.<sup>۱</sup> بدین صورت که ازدواج مرد شیعه با زن غیرشیعه یا مخالف قطعاً جایز است، زیرا زن، دین خود را از شوهرش می‌گیرد، اما در مورد اینکه آیا زن شیعه می‌تواند با غیرشیعه از فرق اسلامی ازدواج کند یا خیر دو نظر وجود دارد: بیشتر فقها این ازدواج را جایز نمی‌دانند ولی برخی از فقها آن را با کراهت جایز می‌دانند (العالمی، ۱۴۱۱: ج ۲، ص ۷۰؛ العالمی، ۱۳۸۹: ۹). نظر قانون مدنی راجع به اختلاف در دین، پیش‌تر ذکر شد، اما در خصوص اختلاف در مذهب، قانون ساکت است و به نظر می‌رسد اشکالی از این منظر وجود نخواهد داشت. مطالعات تجربی انجام شده درباره‌ی کفویت یا همسان همسری نشان‌دهنده‌ی دوام و استحکام خانواده‌هایی است که زوجین از نظر دینی یکسان بوده‌اند؛ برای نمونه مطالعه‌ای در سال ۲۰۱۲ م، در کشور چین (هنگ کنگ) رابطه‌ی همسانی دینی در میان زوج‌های مسیحی چینی و وجود رابطه‌ی صمیمی بین آنها را بررسی کرد. مطالعه روی ۳۵۲ زوج همسان دینی نشان داد که رضایتمندی بالا در همسران با همسانی دینی وجود دارد و روابط مثبت به طور خاص ناشی از همسانی دینی است. عکس قضیه نیز ثابت شده است که شانس طلاق در زوج‌های ناهمسان دینی بیشتر است، حتی در مورد قید مذهب این مسئله اثبات شده است؛ چیزی که در فقه امامیه نسبت به ازدواج زن شیعه با مرد مخالف (مکارم شیرازی، ۱۳۸۱: ج ۴، ص ۱۶۳) بر آن تأکید شده، لکن در سند جهانی

۱. مراد از غیرشیعه در اینجا مذاهب دیگر تشیع مثل زیدیه، اسماعیلیه و... که مانند غلات محکوم به کفر نیستند، به اضافه مذاهب چهارگانه‌ی اهل سنت است.

از مخالفت صریح آن با اصل آزادی در ازدواج، سخن به میان آمده است. سالیوان<sup>۱</sup> در مطالعه‌ای درباره‌ی نقش مذهب و ازدواج در دانشگاه‌های کالیفرنیا، نتیجه گرفت که باورهای مذهبی برخلاف سایر ملاک‌های زودگذر امروزی، در تحکیم روابط زناشویی اثر طولانی‌تری دارد. نتایج تحقیقات مختلف نشان می‌دهد که تشابه نظام ارزشی زن و شوهر اثر معناداری در سال‌های بعدی زندگی زناشویی آنها دارد. محققان مختلفی بر اساس یافته‌های پژوهشی خود به این نتیجه نیز رسیدند که شباهت زوجین از نظر باورها، اعتقادات و به‌ویژه اعتقادات مذهبی در رضایتمندی و سازگاری زناشویی آنها تأثیر مثبت دارد (هاشمی‌نژاد و همکاران، ۱۳۹۳: ۵۲ و ۵۳). بنابراین کفویت با همه شقوقش به خصوص حداقل آن یعنی همسان‌مسمری دینی، حتی به‌وسیله‌ی مطالعات تجربی تأیید می‌شود و ضامن بقای نهاد ارزشمندی همچون خانواده است و نباید در تقابل با اصل آزادی تصور شود.

#### جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

از آنچه در این نوشتار گذشت، می‌توان نتیجه گرفت:

الف- اصل آزادی در ازدواج مندرج در اسناد حقوق بشر غربی، عیناً تکرار همان اصل در سند اسلامی نبوده، اما شباهت‌های زیادی با آن دارد. نگارندگان با تمسک به کلید واژه‌های «بالغی»، «ازدواج با رضایت آزادانه‌ی طرفین» و قیود «نژاد، ملیت، تابعیت، مذهب، قومیت و رنگ» در اسناد حقوق بشری، عناوین مرتبط در فقه و حقوق اسلامی یعنی «ولایت در نکاح»، «رضایت یا اذن ولی» و «کفویت» را در ظاهر در تقابل با اصل آزادی تبیین کردند.

ب- تنها قیود مشترک بین سند غربی و سند اسلامی قید صریح «نژاد» در هر دو سند نبوده، بلکه می‌توان قیود صریح یا مستتر بیشتری برای هر دو سند -البته با تفصیلی که ذکر آن گذشت- در نظر گرفت.

ج- به‌نظر می‌رسد مصادیق مطرح در سند حقوق بشر اسلامی قاهره حصری نبوده، بلکه می‌بایست تمثیلی در نظر گرفته شوند. بنابراین می‌توان عناوینی همچون وضعیت اقتصادی، اجتماعی و... در کفویت را بررسی کرد، اما با ملاحظه‌ی اسناد غربی خاصه اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر و تعبیر «هیچ‌گونه محدودیت از نظر» باید به انحصاری بودن مصادیق مطرح‌شده، قائل بود. گرچه خود اصل آزادی با این تعبیر ناسازگار بوده و دیدگاه تمثیلی را قوت می‌بخشد.

د- عناوین غیر مذکور در اسناد حقوق بشری مانند دین -که در هیچ‌کدام از اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر و اعلامیه‌ی اسلامی حقوق بشر قاهره به صراحت نیامده- فصل اساسی با اصل

آزادی در اسناد غربی ایجاد خواهند کرد؛ مگر اینکه گفته شود در سند اسلامی قاهره با توجه به تفسیر سند به وسیله‌ی شریعت اسلامی به این مفهوم ظاهراً متقابلاً خواهیم رسید و در طرف مقابل (اعلامیه‌ی جهانی) محدودیت‌ها حصری لحاظ می‌شوند، چرا که سند جهانی فقط از عنوان مذهب استفاده کرده و در آن اشاره‌ای به قید و محدودیت دین نشده است. بنابراین طبق این تفسیر بعید و دور از ظاهر، نه تنها می‌توان به قطعیت ادعا کرد که وجوه اشتراک بسیار بیشتر از وجوه افتراق بوده، بلکه می‌توان مدعی بود که اعلامیه‌ی جهانی خواسته با ذکر نکردن قید دین و بسنده کردن به ذکر عنوان مذهب، محدودیت اصل آزادی را از این منظر (دین) به رسمیت بشناسد.

ه- اگر به دیدگاه و تفسیر تمثیلی بودن محدودیت‌های عنوان شده در سند جهانی قائل شویم (قول صحیح) - که با اصل آزادی خوانش و سازگاری بیشتری هم دارد - می‌توان ادعا کرد که تفاوت‌ها و تقابل‌های مطرح شده، ظاهری نبوده، مسئله‌ی کفر و اسلام در کفویت و همچنین ولایت در نکاح و اذن یا رضایت ولی در نکاح دختر باکره‌ی بالغه، همگی ضامن اصل آزادی و در طول این اصل و نه مقابل آن قرار گرفته‌اند؛ کمالینکه ناهمسازی دینی به عنوان فصل (تفاوت) اساسی بین اسناد غربی و سند اسلامی، در مسئله‌ی کفویت یا به تعبیر روان‌شناختی ناهمسازی همسری، به عنوان یکی از عوامل اساسی اضمحلال بنیان خانواده‌ها - از منظر مطالعات تجربی و غربی - در پژوهش‌های گوناگونی به اثبات رسیده است.

و- در موضوع اذن یا رضایت ولی در نکاح دختر بالغه‌ی باکره به نظر، دیدگاه امامیه و حنفیه قوت بیشتری داشته، موافق با اصل عدم ولایت و در واقع همان اصل آزادی با اختلاف در تعبیر است. با وجود این قائل شدن به دیدگاه‌هایی همچون تشریک در اذن یا رضایت ولی نیز می‌تواند ضامن اصل آزادی و حمایت بیشتر از آینده‌ی زندگی دختر باشد.

ز- قید مذهب با اینکه به صراحت در اعلامیه‌ی جهانی آمده و تفسیر آن در سند اسلامی (از دیدگاه امامیه) مستتر است؛ اگرچه نمی‌تواند به مقابله با اصل آزادی برخیزد و اهمیتش به شدت پایین‌تر از ملاک دین در نظر گرفته شده، لکن با توجه به فقه امامیه به دلیل کفون بودن مرد سنی برای زن شیعه و مطالعات تجربی از آن نمی‌توان به سادگی گذشت.



منابع

- ◀ قرآن کریم
- ◀ ابن منظور، محمّدين مكرم، ۱۴۲۶. لسان العرب، بيروت: النشر الأعلمی للمطبوعات.
- ◀ احمدی، محمد کاظم، ۱۳۸۲. «معرفی کتاب زنان در اسلام، تجربه‌ای غربی، تهران»، فرهنگ (ویژه مطالعات زنان).
- ◀ افروز، ریحانه. «ارزیابی و تحلیل حقوقی جایگاه زنان در قانون جدید حمایت از خانواده با رویکرد حقوق بشری»، صیانت از حقوق زنان، ش ۷، (۱۳۹۶).
- ◀ امامی، سید حسن، ۱۳۷۴. حقوق مدنی، تهران: اسلامیه.
- ◀ امینی، علیرضا و محمدرضا آیتی، ۱۳۸۴. تحریر الروضه فی الشرح للمعه، تهران: سمت.
- ◀ الأنصاری، مرتضی، ۱۴۱۵. کتاب النکاح، المؤتمر العالمیه بمناسب الذکری المئویّه الثانيه لمیلاد الشیخ الأنصاری.
- ◀ تاجانی، بهرام، ۱۳۸۴. مجموعه قوانین و مقررات مربوط به آیین دادرسی مدنی، قم: لاهیجی.
- ◀ جدا، نرگس و نفیسه اخوان نیلچی. «تحلیل سیستمی تأثیر مفهوم آزادی در نگاه کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان در مؤلفه‌های حیات خانوادگی»، مطالعات راهبردی زنان، سال ۱۸، ش ۷۰، (زمستان ۱۳۹۴).
- ◀ الجزیری، عبدالرحمن، ۱۴۲۴. الفقه علی المذاهب الأربعة، بيروت: دارالکتب العلمیه.
- ◀ جوهری، اسماعیل بن حمّاد، ۱۴۱۰. الصحاح تاج اللغه و صحاح العربیه، بيروت: دارالعلم الملايين.
- ◀ حر عاملی، محمدين حسن، ۱۴۰۹. وسائل الشیعه، لبنان: دار احیاء التراث العربی.
- ◀ حق‌پرست، شعبان و صمد یوسف‌زاده. «تحول مفهوم رضایت ولی نسبت به دختر باکره بالغ در ازدواج و آثار آن»، پژوهش حقوق خصوصی، سال چهارم، ش ۱۲، (۱۳۹۴).
- ◀ حلّی (محقق)، جعفر بن حسن، ۱۴۰۹. شرایع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تهران: استقلال.
- ◀ خوبی، محمّد تقی. مبانی العروة الوثقی، تقریرات درس سید ابوالقاسم خوبی، دارالعلم.
- ◀ ذاکری، حمید و محمد صدیقی. «نگرشی نو بر اذن ولی قهری در نکاح باکره رشیده از منظر فقه و حقوق موضوعه»، فقه و حقوق اسلامی، سال چهارم، ش ۸، (۱۳۹۳).
- ◀ راغب اصفهانی، حسین بن محمّد، ۱۴۱۶. مفردات الفاظ القرآن، بيروت: دارالقلم و الشامیه.
- ◀ شهبازی، محمّد حسین، ۱۳۹۲. آزمون‌های حقوق مدنی، تهران: میزان.
- ◀ العاملی (شهید اول)، محمّد بن جمال‌الدین مکی، ۱۴۱۱. اللعه الدمشقیه، قم: دارالفکر.
- ◀ العاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی الجبعی العاملی، ۱۳۸۹. الروضه البهیّه فی الشرح اللّمعه الدمشقیه، قم: دارالعلم.
- ◀ صدوق (شیخ)، محمدين علی بن حسین بن بابویه، ۱۴۰۴. من لایحضر الفقیه، قم: جامعه مدرسین.
- ◀ صفایی، حسین و اسدالله امامی، ۱۳۹۳. حقوق خانواده، تهران: دانشگاه تهران.

- ◀ طباطبائی حکیم، محسن، ۱۴۰۴. مستمسک العروه الوثقی، قم: مکتب مرعشی نجفی.
- ◀ طوسی، محمدبن حسن، ۱۴۰۷. الخلاف، قم: نشر اسلامی.
- ◀ \_\_\_\_\_، ۱۳۶۵. تهذیب الأحکام فی الشرح المقنعه، تهران: دارالکتب الإسلامیه.
- ◀ علیدوست، ابوالقاسم. «نقش پدیده شناسی ازدواج در اذن ولی به نکاح دوشیزه‌ی رشیده»، مطالعات راهبردی زنان، سال دوازدهم، ش ۴۸، (۱۳۸۹).
- ◀ عمید، حسن، ۱۳۸۹. فرهنگ فارسی عمید، تهران: راه رشد.
- ◀ فیض، علیرضا، ۱۳۸۲. مبادی فقه و اصول، تهران، دانشگاه تهران.
- ◀ قبله‌ای خوبی، خلیل، ۱۳۸۹. آیات الأحکام (حقوق مدنی و جزائی)، تهران: سمت.
- ◀ کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۵. قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: میزان.
- ◀ \_\_\_\_\_، (۱۳۷۸). حقوق خانواده، تهران: برنا.
- ◀ کلینی، محمدبن یعقوب، ۱۳۶۵. الکافی، تهران: دارالکتب السلامیه.
- ◀ گرجی، ابوالقاسم، ۱۳۸۴. تاریخ فقه و فقهاء، تهران، سمت.
- ◀ محمدی، ابوالحسن، ۱۳۸۷. مبانی استنباط حقوق اسلامی (اصول فقه)، تهران: دانشگاه تهران.
- ◀ مظفر، محمدرضا، ۱۳۸۶. اصول فقه، قم: دارالعلم.
- ◀ مغنیه، محمد جواد، ۱۴۲۱. الفقه علی المذاهب الخمسه، بیروت: دارالتبار الجدید.
- ◀ مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۸۱. کتاب النکاح، قم: مدرسه امام علی (ع).
- ◀ موسوی بجنوردی، سید محمد و عباس حسینی نیک، ۱۳۹۲. مباحث حقوقی تحریر الوسیله، تهران: مجد.
- ◀ موسوی خمینی، روح الله. تحریر الوسیله، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ◀ نجفی، محمدحسن، ۱۴۰۴. جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام، تهران: المکتبه الإسلامیه.
- ◀ نراقی، احمدبن محمد مهدی، ۱۴۱۹. مستند الشیعه فی احکام الشریعه، قم: موسسه آل البيت.
- ◀ هاشمی نژاد، سمیه و همکاران. «همسان همسری از دیدگاه روانشناسی و مقایسه آن با مفهوم کفویت در فقه»، اسلام و سلامت، دانشگاه علوم پزشکی بابل، دوره اول، ش ۳، (۱۳۹۳).