



استاد عبدالحسین شیروی

بسمه تعالیٰ

### تأمیلی بر ماده ۱۰۴۳ اصلاحی قانون مدنی

الف) ماده ۱۰۴۳ قبل از اصلاحات سال ۱۲۶۱

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی قبل از اصلاحات کمیسیون امور قضایی مجلس شورای اسلامی در سال ۱۲۶۱ چنین بود :

میتواند نکاح را واقع سازد . ممکن است اطلاع به وسائل دیگری غیر از دفتر ازدواج به پدر یا جد داده شود ولی باید اطلاع مزبور مسلم شود .

نکاتی در این ماده منکور است که باید بدان توجه شود  
 ۱- ازدواج دختری باید به اذن پدر یا جد پدری باشد که شوهر نکرده باشد ، به عبارت دیگر با انعقاد عقد نکاح اذن ولی ساقط می شود ولو عمل زناشویی واقع نشود و این عقد نکاح نیز باید صحیح باشد بنابراین از له بکارت به زنا یا شببه یا مرغی یا پرش و امثال آن ، اذن ولی را ساقط نمی کند . (۱۰)

۲- چون در زمان اعتبار ماده مزبور طبق ماده ۱۲۱۰ ق . م . سن بلوغ هیجده سال بوده است بنابراین همین قید " هیجده سال " در ماده مزبور نیز آمده است .

ماده ۱۰۴۳ ق . م : " نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده اگرچه بیش از ۱۸ سال تمام داشته باشد متوقف به اجازه پدر یا جد پدری او است . هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجہ ازدادن اجازه مخایق کند ، دخترمی تواند با معرفی کامل مردی که می خواهد به او شوهر کند و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده به دفتر ازدواج مراجعه و توسط دفتر مزبور مراتب را به پدر یا جد پدری اطلاع دهد و بعد از ۱۵ روز از تاریخ اطلاع ، دفتر مزبور

خاص مراجعه و به توسط دادگاه مزبور مراتب به پدر بسا  
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.

در این ماده نکاتی به شرح ذیل قابل توجه است:

۱- آن قسمت از ماده که اذن پدر بسا جد پدری را منوط  
به "شوهر نکردن" کرده بود، عیناً "ابقاً شده است"  
یعنی ازدواج دختری را منوط به اذن پدر بسا جد پدری  
کرده که شوهر نکرده باشد. در فقه مسلم است که در  
صورت غیر باکرده بودن زن (ثبت) اذن ولی ساقط  
میشود ولی در معنای باکرده و غیر باکره اختلاف نظر  
وجود دارد که میتوان به چهار تفسیر از آن اشاره کرد:  
یک - غیر باکره دختری است که ازاله بکارت شده  
باشد حال به دخول مشروع یا غیر مشروع یا ازاله  
بکارت براثر پرش یا بیماری یا ۰۰۰ فرقی ندارد و با  
زواں بکارت، ولایت و اذن ولی ساقط میشود.

دو - غیر باکره دختری است که به سبب دخول ازاله  
بکارت شده باشد بدون فرق بین اینکه دخول مشروع  
یا غیر مشروع است ولی اگر به سبب غیر دخول ازاله  
بکارت شده است، در این صورت ولایت و اذن پدر  
ساقط نمیشود.

سه - غیر باکره دختری است که ازدواج صحیح کرده و  
دخول انجام شده باشد. پس اگر ازدواج کرده ولی  
دخول انجام نشده باشد. باکره محسوب است و اگر  
به زنا یا شبه یا پرش یا مرض و امثال آن، ازاله  
بکارت شده باشد. باز باکره محسوب نمیشود.

چهار - غیر باکره دختری است که شوهر کرده است  
بنابراین اگر دختری ازدواج کند و لو دخول انجام  
نشود باکره نیست و در صورتی که شوهر نکرده باشد  
(عقد را منعقد نساخته است) ولو ازاله بکارت به  
زنا یا شبه یا پرش یا مرض و امثال آن باشد، باز

۳- بنظر میرسد که قانون گذار به تبع فقهاء، مضایقه  
ولی از اذن بدون علت موجه را مسقط ولایت او دانسته  
است و تنها ثبت آن را منوط به اطلاع پدر کرده است.  
بنابراین وقتی ولی بدون علت موجه از اذن و اجازه  
خودداری میکند، ولایت او را، سا" ساقط میشود. حال  
اگر پدر پس از اطلاع به ازدواج دخترش ناراضی بود  
میتواند به دادگاه صالح مراجعه و جلوگیری از ثبت  
ازدواج را تفاضا کند.

پس سردفتر مرجع رسیدگی نیست زیرا اولاً "صلاحیت  
قضایی ندارد و ثانیاً" در ماده مزبور نیامده که سردفتر  
پس از گذشت ۱۵ روز و عدم پاسخ ذلی یا غیر موجه بودن  
پاسخ او به ثبت ازدواج اقدام کند بلکه بیان شده که  
"و بعد از ۱۵ روز از تاریخ اطلاع، دفتر مزبور  
میتواند نکاح را واقع سازد" چه ولی پاسخ دهد یا  
ندهد و چه موجه پاسخ دهد یا غیر موجه نتیجتاً "پس  
از سپری شدن ۱۵ روز از اطلاع، سردفتر مباردت به  
ثبت نکاح میکند مگر اینکه در ظرف آن مدت، ولی  
از دادگاه حکمی اخذ کند مبنی بر عدم ثبت نکاح که  
در این صورت، سردفتر مکلف به تبعیت از آن میباشد.

#### ب) ماده ۱۰۴۲ اصلاحی سال ۱۳۶۱

پس از پیروزی انقلاب اسلامی و با توجه به اصل چهارم  
قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که باید کلیه  
قوانين براساس موزایین اسلامی باشد، کمیسیون امور  
قضایی مجلس در تاریخ ۱۳۶۱/۱۰/۸ ماده فوق را بدین  
شرح اصلاح نمود.

ماده ۱۰۴۳: نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده اگر چه  
به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر بسا جد  
پدری او است و هرگاه پدر بسا 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

و دادگاه مدنی خاص را مرجع رسیدگی قلمداد کرده است . و از این جهت که دادگاه مجبور مرجع رسیدگی شده است ، قانونگذار اضافه کرده است که پس از گذشت پانزده روز از تاریخ اطلاع و عدم پاسخ موجه از طرف ولی ، دادگاه مجبور میتواند اجازه نکاح را صادر نماید .

دو : در صورتی که ولی بدون علت موجه از دادن اذن مضايقه کند ، اذن ساقط نمیشود بلکه چون ولی از دادن اذن مضايقه کرده است ، حاکم که ولی ممتنع است جای ولی را گرفته و بجای ولی اجازه میدهد .

#### ج - ماده ۱۰۴۲ اصلاحی سال ۱۳۷۰

از آنجاکه اصلاحات سال ۱۳۶۱ توسط کمیسیون امور قضایی مجلس بطور آزمایشی برای مدت پنج سال قابل اجرا بود در سال ۱۳۷۰ در جلسه علنی مجلس مورد بررسی و این اصلاحات به تصویب نمایندگان رسید . و ماده ۱۰۴۳ اصلاحی کمیسیون بوسیله نمایندگان مجلس دوباره اصلاح و به شرح ذیل تصویب شد :

ماده ۱۰۴۳ اصلاحی ۲۰/۸/۱۴ : " نکاح دختر باکره 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 مضايقه کند ، اجازه او ساقط و در این صورت دختر میتواند با معرفتی 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 . "

۱- در این ماده ازدواج دختری منوط به اذن ولی شده است که " باکره " باشد . همانطور که گفته شد ، در فقه مسلم است (۴) که در صورت باکره نبودن زن اذن ولی ساقط است ولی تفسیر " باکره " منزد

باکره محسوب است .

تفییر باکره به معنای چهارم مطلبی است که قانونگذار قبل از اصلاحات ۱۳۶۱ پذیرفته بود و در اصلاحات ۱۳۶۱ نیز ابقاء شد . این تفسیر که از متین عروة الوثقی (۲) مرحوم سید محمد کاظم یزدی اخذ شده ، گفته شده طرفداری بجز آن مرحوم ندارد .

بنظر میرسد که رویه قضایی چون چنین تفسیری را از باکره صحیح ندانسته است ، پا فراتر از تفسیر قانون برداشته و در مقام قانونگذاری با راءی وحدت رویه شماره ۱ ردیف ۲ عمورخ ۲۹/۳/۲۹ از تفسیر چهارم به تفسیر دوم منتقل شده است و ملاک در باکره و عدم باکره را ، دخول ( چه مشروع یا غیر مشروع ) دانسته است . این نحوه از رویه صحیح نیست زیرا اگر در ماده مذبور قید " باکره یا غیر باکره " آمده بود ، رویه قضایی حق داشت آن را به یکی از معانی چهارگانه بالا تفسیر کند در حالی که خود قانونگذار تفسیر چهارم را قبول کرده ( بدون نکر باکره و عدم باکره ) تفسیر و تأثیر دلیل آن به تفسیر دوم یک نوع قانونگذاری تلقی میشود تا تفسیر قوانین ، از ملاحتی دیوان عالی کشور خارج است .

۲- چون ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی که سن بلوغ را هیجده سال میدانسته اصلاح شده است ، قانونگذار کلمه هیجده سال را از ماده مذبور حذف و بجای آن " بلوغ " را قرار داده است که طبق تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی پانزده سال تمام قمری در پسران و نه سال تمام قمری در دختران میباشد .

۳- در مورد مضايقه ولی از دادن اذن ، دو تغییر عمده در این ماده بوجود آمده است .

یک : مرجع رسیدگی را که در ماده ۱۰۴۳ قبلی مسکوت گذارده شده بود و بعضی از حقوق دانان به نظر آن را سردفتر میدانستند (۳) ، دقیقاً روشن

اجازه پدر قرار می‌گیرد ، پس چون اذن و ولایت ولی ساقط می‌شود ، دختری میتواند حتی بدون اجازه دادگاه به ازدواج مبادرت کند .

مبنای این مطلب نظریه مشهور فقهاء است که به صرف عدم اجازه ولی بدون علت موجہ ، اجازه ولایت اورا ساقط دانسته و ازدواج دفتر را منوط به اذن حاکم ( دادگاه ) نکرده‌اند . که به عنوان نمونه به دو مورد آن اشاره می‌شود .

اول : عبارت صاحب جواهر : " وكيف كان فلا تحتاج الى مراجعة الحاكم خلافاً " للمحكى عن اکثر العامة من سلب عبارتها في النكاح ، فيزوجها حينئذ الحاکم ، ولم نعرف ذلك لاحد من اصحابنا ، نعم عن التذكرة تارة جواز الاستقلال ، ناقلاً " له عن جميع علمائنا مصرحاً " بعدم اشتراط مراجعة الحاکم واخرى اشتراط اذنه واثبات العضل عنده والا لم يكن له كما عن بعض العامة ، لكنه واضح الفسخ مخالف للامر والاجماع بقسميه " (۶)

یعنی ازدواج دختر که ولی بدون علت موجہ به او اذن نداده نیازی به مراجعته حاکم ندارد برخلاف نظری که از اکثریت علمائی اهل تسنین نقل شده که می‌گویند باید به حاکم مراجعه کند چون صلاحیت انشاء عقد را ندارد ( عبارت اوبی ارزش است کنایه از عدم اعتبار به ایجاب و قبول وی میباشد ) بنابراین باید حاکم اورا تزویج کند . ولی ما از علمائی شیعه کسی را نمی‌شناسیم که بدان فتوا داده باشد . بلکه مرحوم علامه در کتاب " تذكرة الفقها " دو احتمال داده است یکی اینکه دختر مستقل در ازدواج است و نیازی به مراجعته حاکم ندارد که این نظر از کلیه علمائی ما نقل شده است و دیگری اینکه اذن حاکم شرط منع است و باید بدون علت ولی نزد حاکم اثبات گردد و در غیر این صورت ، دختر حق ازدواج ندارد که از بعضی

اختلاف قرار گرفته است ( ۵ ) قانونگذار قبل از انقلاب بخاطر جلوگیری از تفسیرهای گوناگون باکره از نکر لفظ " باکره " خودداری کرده و یکی از معانی باکره که " شوهرتکردن " است را بیان کرده بود ، که پس از انقلاب در کمیسیون امور قضایی مجلس عیناً " ابقاء شد ولی راءی وحدت رویه ، تعریف دیگری از باکره را قبول و ملاک را دخول و عدم دخول ( چه مشروع و یا نامشروع ) قلمداد کرد .

در اصلاحات اخیر ، تعریف منکور از باکره ، حذف و خود لفظ باکره در ماده گنجانده شده است . آوردن لفظ " باکره " در ماده مذبور ، این سؤال را مطرح میکند که از چهار تعریف منکور برای باکره ، منظور قانونگذار کدام است ، بنابراین آیا اگر دختری به زنا یا شبھه بکارت او زایل شده باشد ، باکره است یا نه ؟ و آیا اگر دختری به پرش یا مرض یا امثال آن ، ازاله بکارت شود آیا باز صدق باکره می‌کند یا نه ؟ و آیا در صورت وقوع عقد ازدواج و عدم دخول آیا باز دختر باکره است ؟

این سؤالاتی است که دوباره باید رویه قضایی بدان پاسخ دهد و به تفسیرهای گوناگون آن پایان بخشد و بهنظر میرسد که بهتر بود قانونگذار یکی از تعاریف را اخذ می‌کرد یا مانند فقهاء معنا و مقصود از آنرا توضیح می‌داد .

۲- ماده مذبور که بوسیله کمیسیون امور قضایی مجلس در سال ۱۳۶۱ اصلاح شده بود ، مضايقه ولی از دادن اذن بدون علت موجہ را وسیله‌ای می‌دانست که دختر می‌توانست به دادگاه مدنی خاص مراجعته و تقاضای ازدواج کند و اذن دادگاه ( حاکم ) جای اذن ولی را می‌گرفت ، در حالی که در اصلاح اخیر ، مضايقه ولی از دادن اذن بدون علت موجہ از موارد سقوط اجازه تلقی شده است نه اینکه اجازه دادگاه جای

که نکاح مزبور صحیحاً منعقد نشده است .

اما هرگاه منع ولی بخاطر این است که شوهر کفuo عرفی دختر نیست در این صورت می‌شود حکم به بطلاً ازدواج داد ؟ چنانچه اذن پسرد یک حکم احتیاطی باشد و مبنی بر احتیاط گفته شده که اذن پدر در دختر بالغ رشید شرط است ، در این صورت حکم به ابطال چنین ازدواجی خلاف احتیاط می‌باشد (۸) مخصوصاً که "کفو" را خیلی از فقهاء کفو شرعی دانسته‌اند .

در ماده مزبور بجای استعمال "کفو" عبارت "بدون تلت موجه" را نکر کرده است که قناعت باید در تشخیص علت موجه از غیر موجه حتماً به سابقه فقیه آن توجه کرد و با توضیحات فقهاء در معنای کفو آن را معین سازند .

ظاهر ماده مزبور این است که در دختر باکره اذن پدر شرط است و فقط در صورتی اذن از بین میروند که بدون علت موجه از دادن اذن مخایقه کند بنابراین هرگاه ولی به دادگاه شکایت کند لازم نیست موجه بودن منع خویش را اثبات کند بلکه این دختر است که باید ثابت کند ولی بدون دلیل از اذن خود داری - کرده است . نتیجتاً چون در دختر باکره اذن ولی شرط است ، میتوان حکم ابطال نکاح را درخواست کرد که در این صورت دادگاه با بررسی موضوع اعلام میدارد که نکاح فاقد یکی از شروط بوده است با اعتراض ولی باطل می‌باشد .

با توجه به اینکه بسیاری از فقهاء در دختر بالغ رشید اذن پدر را شرط نمی‌دانند (۹) و آن دسته از فقهاء که اذن پدر را لازم می‌دانند ممکن است بخاطر احتیاط باشد لذا داگاهها باید در ابطال چنین ازدواج‌هایی دقت فراوانی بنمایند . وقتی دختری با رفایت خویش زوجی را برای خود بر می‌گزیند و اعتراف ولی بخاطر

از علمای اهل تسنن نقل شده است . لکن این نظر دوم ضعیش واقع و مخالف اصول و اجماع محدث و منقول است .

دوم : عبارت مرحوم مامقانی در کتاب "مناهج المتقین" ، " ولا يشترط في تزويجها نفسها بعد تحقق الفحول إلى مراجعته إلى كم وأثبات العshelf عنده " (۱۰) .

يعنى پس از تحقيق منع ولی از ازدواج بدون عذر موجه دختر می‌تواند راساً " ازدواج کند و لازم نیست به حاکم مراجعه کرده و منع غیر موجه ولی نزد دادگاه به اثبات رسد .

حال که در ماده مزبور اذن و ولایت ولی ساقط می‌شود و اذن حاکم و دادگاه جای آن را نمی‌گیرد ، پس دختر راساً می‌تواند به ازدواج مبادرت نماید ولی از جهت ثبت نکاح و آثاری که از حیث حکومتی بر آن بار است در صورتی دفاتر استاد رسمی مبادرت به ثبت ازدواج می‌کنند که دختر با مراجعه به دادگاه مدنی خاص و اخذ اجازه به آن دفاتر مراجعه نماید .

۳ - در اصلاح اخیر بیان نشده که آیا دادگاه مدنی خاص به ولی اطلاع می‌دهد و در صورت غیر موجه بودن پاپخ یا عدم آن ، مبادرت به اعطای اذن می‌نماید یا راساً " خود دادگاه مزبور رسیدگی و حکم لازم را قادر می‌نماید و در صورت لزوم اطلاع به ولی ، در این ماده مشخص نشده که دادگاه تا کی باید صبر کند ببیند جواب و پاسخی داده می‌شود یا نه .

۴ - آیا ولی می‌تواند با مراجعه به دادگاه مزبور و اثبات موجه بودن منع ، تقاضای ابطال نکاح را بنماید هرگاه منع ولی بخاطر این است که مرد ، کفو شرعی زن نیست مثل اینکه مرد غیر مسلمان است و دختر مسلمان است ( ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی ) در این صورت مسلمان نکاح باطل و دادگاه مزبور اعلام مبادرد

## منابع و مأخذ:

- ۱- دکتر حسن امامی، حقوق مدنی، جلد ۴ ص ۲۸۴
- ۲- سید محمد کاظم یزدی، عروة الوثقی کتاب النکاح ص ۷۰۴
- ۳- دکتر جعفری لنگرودی، حقوق خانواده ص ۲۷، انتشارات گنج دانش
- ۴- محمد حسن نجفی، جواهر الكلام، جلد ۲۹ ص ۱۸۵
- ۵- رجوع شود به عروة الوثقی و حاشیه‌های آن در مبحث اولیاء النکاح
- ۶- محمد حسن نجفی، جواهر الكلام جلد ۲۹ ص ۱۸۴
- ۷- عبدالله هامقانی، مناهج المتقین ص ۲۵۲
- ۸- در کتاب "مجمع المسائل ج ۲ ص ۱۵۱" که بیان استفتاهای است که از آیت ۱۰۰۰ کلیایکانی شده است آمده است: "به هر حال احتیاط این است که در ازدواج دختر باکره چه موقف چه دائم از پدر اذن حاصل شود لکن اگر دختر بالغه رشیده بدون اجازه پسر در ازدواج نموده صحیح است و در صورتی که زوج کفو باشد چه دائم چه در منقطع و پدر امتناع نماید اذن او ساقط است"
- ۹- بسیاری از فقهاء به این نظریه فتوا داده‌اند بلکه عده‌ای ادعای اجماع کرده‌اند و صاحب جواهر ادسانی شهرت منقول و محصل بر این نظریه داده است جواهر الكلام، محمد حسن نجفی، ج ۲۹، ص ۱۷۵

حفظ بعضی از افکار غلط گذشته یا حفظ جایگاه طبقاتی خانواده است در این صورت دادگاهها اگر حکم به ابطال چنین ازدواج‌هایی بدهند عملاً "ادکار عقاید فاسد و جایگاه طبقاتی آنان را حفظ کرده‌اند" بنابراین دادگاه باید مصالح اجتماعی و اندیشه‌های اسلامی را رعایت کرده تا حد ممکن به عقاید دختران و نظر آنان احترام بگذارد و اجازه ندهد نسل‌های گذشته سلیقه‌ها و افکار خویش را بر نسل‌های بعدی تحمیل کنند.

۵- در صورتی که دختر اقدام به ازدواج کند ولی دادگاه مدنی از دادن اجازه مبنی بر ثبت آن خودداری نماید، تکلیف چنین ازدواج‌هایی چه می‌شود؟ از یک طرف ازدواج صحیح و شرعی است و از طرف دیگر قابل ثبت در دفاتر رسمی نیست و مسلمان "این مشکلات فراوانی را بوجود می‌آورد".

عده‌های تفکیک بین مرحله انعقاد عقد نکاح و صحت آن و مرحله ثبت آن در ماده ۱۰۴۴ اصولی اخیر نیز با سراحت بیشتری بیان شده است ماده مجبور مقرر می‌دارد: "در صورتی که پدر یا جد پدری در محیل حاضر نباشند و استیزان از آنها عادتاً" غیر ممکن بوده و دختر نیز احتیاج به ازدواج داشته باشد، وی می‌تواند اقدام به ازدواج نماید.

تبصره: ثبت این ازدواج در دفترخانه منوط به احرار موارد فوق در دادگاه مدنی خاص می‌باشد."

در این ماده نیز نکاح صحیح و ثبت آن منوط به رسیدگی قضایی و اذن دادگاه شده است. تفکیک بین مرحله صحت عقد نکاح و مرحله ثبت آن از لحاظ نظم عمومی و روابط اجتماعی، نادرست است هر چند اصل حکم طبق اصول صحیح باشد.