





دانشگاه تهران
دانشکده الهیات و معارف اسلامی

تحلیل فقهی و حقوقی کودک همسری

نگارش:

سید حسن داودالموسوی

استاد راهنما

دکتر سعید نظری توکلی

استاد مشاور

دکتر سید محمد حسینی

رساله برای دریافت درجه دکتری

در

فقه و مبانی حقوق اسلامی

اسفند ۱۴۰۱

تقدیم به

ساحت آنکه خلق شده از نور خداوند و محل مفاخره رب العالمین بر
فرشتگان است، آن کس که پدرش را مادر و پاره تن است، کسی که سوگ
فراقش، سینه علی (علیه السلام)؛ امیرالمؤمنین، وصی رسول الله، فاتح بدر، خیر و
حنین را تنگ کرده است، بانویی که در جزای صبرش، وعده ظهور و
برپایی عدل جهانی را از خداوند می گیرد. مادری که اسوه منجی بشریت
است. او را مادر همه مؤمنین می خوانند؛ زیرا در روز وانفسای حشر، با
دست مادری اش همه مؤمنین و دوستانش را در آغوش می گیرد و با
خود به بهشت می برد. نامش فاطمه زهرا (سلام الله علیها) است. هم طاهره است، هم
صدیقه و هم شهیده.

باشد که این فرزند کوچک و خطاکارش را در آغوش مهربانش بپذیرد.

حمد خداوند منان را که هر نعمتی از اوست.

و درود بر نبی اکرم صلی الله علیه و آله و اهل بیت عصمت و طهارت
علیهم السلام

و تشکر از پدر مهربانم که همیشه دلگرم به حمایت‌هایشان بوده‌ام، خانواده
دلسوزم و همسر صبورم.

و سپاس از زحمات و راهنمایی‌های استاد محترم راهنما، جناب دکتر سعید
نظری توکلی و استاد مشاور، جناب دکتر سید محمد حسینی.

چکیده

بر اساس نظریه مشهور فقهای مسلمان، عقد ازدواج محدودیت سنی ندارد و کودکان دختر و پسر نیز می‌توانند توسط ولی خود به تزویج دیگران (بزرگسالان و خردسالان) درآیند. توسعه این نگرش فقهی سبب به وجود آمدن آسیب‌های فردی (جسمی و روانی) و اجتماعی زیادی برای کودکان و خانواده آن‌ها شده است. در پژوهش حاضر که بر اساس روش توصیفی تحلیلی و مستند به منابع کتابخانه‌ای انجام شده است در پی یافتن پاسخ برای دو پرسش اصلی هستیم: ۱) بر اساس مبانی فقهی مذاهب اسلامی، مشروعیت کودک همسری با چه چالش‌هایی روبرو است؟ ۲) در نظام حقوق اسلامی چه سازوکارهایی برای جلوگیری از ازدواج کودکان پیش‌بینی شده است؟

یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که هرچند مشهور فقها سن خاصی را به عنوان ملاک بلوغ و اتمام دوران کودکی تعیین کرده‌اند، اما گروهی از فقها نیز ملاک بلوغ را نسبت به هر موضوعی متغیر دانسته، معیار بلوغ در امر نکاح را آمادگی جسمی و روانی فرد برای ورود به حوزه زناشویی دانسته‌اند. بدین ترتیب، در تحقق عنوان کودک همسری، جنسیت کودک (پسر یا دختر)، نوع ازدواج (دائم یا موقت)، سن طرف دیگر عقد (بزرگسال یا کودک) بودن تأثیری ندارد.

هرچند قائلان به مشروعیت کودک همسری در میان اهل سنت به آیه ۳۲ سوره نور، عمل پیامبر گرامی اسلام در ازدواج با عایشه و عمل اصحاب پیامبر در ازدواج با کودکان؛ همچنین فقهای امامیه به برخی از روایات خاص و اجماع استناد کرده‌اند؛ اما همه آن‌ها با تردیدهای تاریخی، سندی و محتوایی روبرو هستند. با ملاحظه همین جهت است که طرح اصلاحی ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی به این شرح مطرح شده است: «عقد نکاح دختر قبل از سیزده سال تمام شمسی و پسر قبل از شانزده سال تمام شمسی، ممنوع است».

استناد به وجود مصلحت (غبطه) برای اعتباربخشی به اذن ولی در ازدواج کودکان، موجه نیست، زیرا چنین ازدواجی با توجه به پیامدهای منفی و آسیب‌های گوناگون جسمی، روانی، اجتماعی و خانوادگی برای کودک همسر، فاقد مصلحت است. در نتیجه اصلاحیه ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح»، در عمل فاقد زمینه اجرا است.

واژگان کلیدی: کودک، کودک همسری، ازدواج، غبطه

فهرست مطالب

پیشگفتار.....ح

۱- بیان مسئلهح

۲. پرسش‌های پژوهشل

۳. فرضیه‌های پژوهشل

۴. اهداف و ضرورت پژوهشم

۵. پیشینه پژوهشم

۶. جنبه‌های نوآورین

۶. روش تحقیق و گردآوری اطلاعاتس

۷. طرح پژوهشس

۸. مفهوم شناسی واژگان پر بسامدس

فصل اول: مفهوم شناسی.....۱

۱- کودک۲

۱-۱- کودک در متون لغوی۲

۱-۲- کودک در فقه اسلامی۳

۱-۳- کودک در حقوق ایران۱۰

۱-۴- کودک در اسناد بین المللی۱۲

۱-۵- کودک در قوانین کشورهای دیگر۱۳

۲- کودک همسری۱۶

۲-۱- پیشینه کودک همسری۱۷

۲-۲- کودک همسری و خوانش‌های آن۱۹

۳- ازدواج۲۰

۳-۱- ازدواج در فقه اسلامی۲۲

۳-۱-۱- ارکان عقد ازدواج۲۴

۳-۱-۲- چستی عقد ازدواج۲۶

۳-۱-۳- گونه شناسی ازدواج۲۹

۳-۲- ازدواج در حقوق ایران۳۰

۳-۳- ازدواج در قوانین و اسناد بین المللی۳۱

۴- ولایت۳۲

۳۲	۴-۱- مفهوم شناسی لغوی
۳۴	۴-۲- مفهوم شناسی اصطلاحی
۳۶	۳- غبطه
۳۶	۳-۱- غبطه در متون لغوی
۳۶	۳-۲- غبطه در فقه و حقوق ایران
۴۰	۳-۳- غبطه و مصلحت

فصل دوم: کودک همسری در قوانین موضوعه و حقوق بین الملل..... ۴۱

۴۲	۱- کودک همسری در قوانین ایران
۴۵	۲- کودک همسری در نظام‌های حقوقی دیگر
۴۶	۲-۱- سیر تاریخی قانون‌گذاری در کودک همسری
۵۲	۲-۲- کودک همسری در قوانین کشورهای اسلامی
۵۴	۲-۳- کودک همسری در قوانین کشورهای آسیایی
۵۵	۲-۴- کودک همسری در نظام‌های حقوقی رومی ژرمنی
۵۷	۲-۵- کودک همسری در نظام‌های حقوقی کامن لا
۶۰	۲-۶- کودک همسری در قوانین و اسناد بین الملل
۶۲	۲-۷- کودک همسری در اسناد منطقه ای
۶۲	۳- مطالعه تطبیقی قوانین کشورها و اسناد بین‌المللی
۶۲	۳-۱- تعریف کودک همسری
۶۳	۳-۲- شرایط و وضعیت حقوقی کودک همسری
۶۴	۳-۴- مزیت‌ها و کاستی‌ها

فصل سوم: جایگاه ولایت ولیّ در تشکیل خانواده..... ۶۵

۶۶	۱- مبنای فقهی ولایت
۶۶	۱-۱- ولایت رشدی
۶۷	۱-۲- ولایت حجری
۶۸	۱-۳- تحلیل و بررسی
۷۱	۱-۴- ولی در نکاح کودک
۷۸	۲- گستره ولایت ولی
۷۸	۲-۱- سیر تحولات ولایت بر کودک
۸۳	۲-۲- گستره ولایت در فقه اسلامی

۳- جایگاه غبطه در اقدامات ولی ۹۴

۳-۱- چیستی غبطه ۹۴

۳-۲- مرتبه پذیری غبطه ۹۵

۳-۳- مسئولیت تشخیص غبطه ۹۶

۳-۴- گستره زمانی غبطه ۹۶

۳-۵- اشتراط غبطه در امور مولی علیه ۹۷

۳-۶- راهکارهای تشخیص غبطه ۹۹

فصل چهارم: مشروعیت کودک همسری..... ۱۰۲

۱- مبانی فقهی ۱۰۳

۱-۱- فقه امامیه ۱۰۳

۱-۲- فقه مذاهب اسلامی ۱۱۹

۲- قوانین موضوعه ایران ۱۳۰

فصل پنجم: چالش‌های کودک همسری..... ۱۳۳

۱- کارکردهای عقد نکاح ۱۳۴

۱-۱- مودت، تسکین و رحمت ۱۳۴

۱-۲- تنظیم رفتار جنسی ۱۳۴

۱-۳- تولید مثل ۱۳۵

۱-۴- حمایت و تربیت ۱۳۵

۱-۵- کنترل اجتماعی ۱۳۶

۲- پیامدهای جسمی کودک همسری ۱۳۶

۲-۱- افزایش احتمال ابتلا به بیماری‌های آمیزشی ۱۳۷

۲-۲- افزایش احتمال ابتلا به سرطان دهانه رحم ۱۳۷

۲-۳- افزایش احتمال ابتلا به بارداری زود هنگام ۱۳۸

۲-۴- افزایش احتمال آسیب پذیری فرزندان ۱۳۸

۳- پیامدهای روانی کودک همسری ۱۳۹

۳-۱- ناکامی ۱۴۰

۳-۲- خود کم بینی، عدم اعتماد به نفس ۱۴۱

۳-۴- افسردگی و اختلالات شخصیتی ۱۴۲

۳-۴- افکار خود کشی و اقدام به ان ۱۴۳

۴- پیامدهای اجتماعی کودک همسری ۱۴۳

۴-۱- عدم تحقق کارکردهای خانواده ۱۴۶

۴-۲- محرومیت از تحصیل ۱۴۷

نتایج ۱۵۰

پیشنهادهای ۱۵۱

منابع ۱۵۲

پیشگفتار

۱- بیان مسئله

کودک‌همسری به ازدواج زودهنگام و حتی قبل از سن قانونی دختران و پسران گفته می‌شود که در بسیاری از جوامع خصوصاً جوامع در حال توسعه بسیار دیده می‌شود. در این کشورها ازدواج کودکان یکی از انواع ازدواج اجباری شناخته می‌شود و نمونه نقض حقوق بشر و نیز نمونه‌ای از خشونت جنسی است.

کودک‌همسری در اذهان عمومی به نوعی خاص انصراف پیدا کرده است در صورتی که به هر نوع ازدواج کودکان «کودک‌همسری» اطلاق می‌شود که مصادیق آن عبارت‌اند از: ازدواج کودک با کودک، ازدواج کودکان با افراد بزرگسال و ازدواج افراد کوچک‌تر از ۱۸ سال با افراد بزرگسال. جوامع حقوقی برای حفظ جامعه و ایجاد حلقه‌های مستحکم در این اجتماع به وسیله ایجاد محدودیت برای ازدواج سعی بر این دارند تا از ایجاد ازدواج‌های نامناسب و به تبع آن خانواده‌ای نامناسب جلوگیری کنند، یکی از این محدودیت‌ها، ایجاد سن قانونی برای ازدواج است. وضعیت افراد نسبت به بلوغ جسمی، فرهنگی، عاطفی، اجتماعی و اقتصادی می‌تواند ملاکی برای تعیین حداقل سن ازدواج در کشورهای مختلف باشد.

در جامعه حقوقی ایران تا قبل از انقلاب ماده (۱۰۴۱ قانون مدنی) ابتدا در زمان تصویب قانون مدنی در سال ۱۳۱۳ بدین شکل تصویب شده بود: «نکاح اناث قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام و نکاح ذکور قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام ممنوع است. مع ذلک در مواردی که مصالحی اقتضا کند با پیشنهاد مدعی‌العموم و تصویب محکمه ممکن است استثنای معافیت از شرط سن اعطا شود؛ ولی در هر حال این معافیت نمی‌تواند به انائی داده شود که کمتر از ۱۳ سال تمام و به ذکوری شامل گردد که کمتر از ۱۵ سال تمام دارند. نکاح قبل از بلوغ ممنوع است.»

پس از آن در سال ۱۳۶۱ این ماده به این شکل تغییر یافت: «نکاح قبل از بلوغ ممنوع است تبصره - عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی صحیح است به شرط رعایت مصلحت مولی‌علیه.»

پس از آن در سال ۱۳۷۰ ماده (۱۰۴۱) به شکل زیر تغییر یافت: «نکاح قبل از بلوغ ممنوع است. تبصره - عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی و به شرط رعایت مصلحت مولی‌علیه صحیح می‌باشد.» که در نهایت توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام به صورت کنونی به تصویب رسیده است و تا به امروز قانون اصلاح ماده (۱۰۴۱) قانون مدنی موضوع ماده (۲۴) قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰ به این شرح تصویب شد: عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح. البته واضح است که این تغییر بر اساس مبانی فقهی مشهور فقه امامیه تغییر یافته است. این ماده به زعم بعضی از جامعه‌شناسان و جمعیت‌شناسان و همین‌طور محققان روان‌شناس و... باعث ایجاد مفاسدی در جامعه شده است و موجب تحقق هدف ایجاد محدودیت سن ازدواج در جامعه نمی‌شود.

این مشکل قانونی حتی در بیان رهبری نظام نیز نمود پیدا می‌کند و ایشان نسبت به معضل کودک‌همسری موضع‌گیری کرده و می‌فرمایند: «واداشتن دختران کم‌سن‌وسال به ازدواج، حرکتی در جهت تضعیف زن و نادیده‌گرفتن حقوق اوست و قانون باید با آن مقابله کند و زنان نیز با آگاهی، هوشیاری و رشد و معرفت خود در مقابل این‌گونه تعدیات بایستند.»^۱

از همین رو در تاریخ ۱۳۹۷/۰۷/۰۴ طرح یک‌فوریتی برای اصلاح قانون مذکور به مجلس ارائه شد. این طرح بدین شرح است:

«ریاست محترم مجلس شورای اسلامی احتراماً طرح ذیل که به امضای ۶۷ نفر از نمایندگان رسیده است، جهت طی مراحل قانونی تقدیم می‌گردد.

مقدمه: ازدواج، یکی از مهم‌ترین وقایع حیاتی هر انسانی است و تصمیم‌گیری صحیح و مناسب در این زمینه، سعادت فرد و شکوفایی جامعه را در پی دارد. در این زمینه علاوه بر بلوغ جسمی، برخورداری از استعداد روحی و روانی لازم برای پیشبرد زندگی زناشویی شرط اساسی است.

کم‌اهمیت پنداشتن بلوغ فکری و روانی (رشد) زوجین در ازدواج می‌تواند صدمات جبران‌ناپذیری بر خانواده و در ادامه بر پیکره اجتماع وارد سازد و عموماً افرادی که به سن رشد نرسیده‌اند در ادای تکالیف شرعی خود در مقابل همسر با مشکلاتی مواجه‌اند.

پاره‌ای از مهم‌ترین پیامدهای منفی ازدواج قبل از سن رشد از قرار ذیل است:

۱. آسیب جسمانی: برقراری رابطه زناشویی با دختر نوبالغ، سلامتی جسمی وی را با خطر جدی مواجه می‌سازد و آثار آن می‌تواند تا پایان عمر گریبان‌گیر وی باشد.

۲. تلفات جانی: بر اساس تحقیقات، بین سن مادر و میزان مرگ‌ومیر ناشی از وضع حمل رابطه معناداری وجود دارد و دخترانی که در سنین ده تا چهارده سال باردار می‌شوند پنج برابر بیش از زنان بارداری که در سن بیست تا بیست و چهارساله قرار دارند پس از زایمان دچار ضایعه مرگ می‌شوند. همچنین تلف‌شدن جنین در این سنین بیشتر اتفاق می‌افتد و اثرات زایمان زودهنگام تا پایان عمر بر جسم مادر باقی می‌ماند.

۳. اختلالات روحی و روانی: ازدواج در سن پایین که در اکثر موارد با اجبار از سوی والدین همراه است از آنجاکه باعث می‌شود فرد بدون گذراندن دوران کودکی و نوجوانی، به یکباره پا به عرصه مسئولیت‌های اجتماعی از جمله خانه‌داری، همسررداری و... بگذارد در بلندمدت باعث نارضایتی و مشکلات مزمن روحی و روانی از جم اضطراب، افسردگی و پرخاشگری می‌شود. همچنین کودکان و نوجوانان متأهل بیشتر در معرض سوءاستفاده و خشونت‌های خانگی هستند.

^۱ خامنه‌ای، سید علی، دیدار جمعی از زنان هرمزگان با رهبر انقلاب، ۱۳۹۶/۱۱/۲۹، <https://farsi.khamenei.ir/news-content?id=11400>

۴. محرومیت از تحصیل: طبق مقررات، کودکان و نوجوانان پس از ازدواج از حضور در مدارس روزانه منع می‌شوند و بسیاری از آنان باتوجه به مشکلات شرکت در مدارس شبانه‌روزی و دیگر تبعات ازدواج زودهنگام، به طور کل قید تحصیل را می‌زنند که این باعث نقصان فرد در رشد اجتماعی شده و جامعه را نیز از داشتن افرادی باسواد، آگاه و برخوردار از مهارت‌های زیستن محروم می‌کند.

۵. مشکلات تربیت فرزند: مطابق آمار، والدین نوجوان از مهارت‌های پایینی برای پرورش فرزند خود برخوردارند و غفلت و سهل‌انگاری و کودک‌آزاری در ایشان بالاتر است.

۶. افزایش طلاق: بسیاری از کودکان و نوجوانانی که زودهنگام ازدواج کرده‌اند پس از رسیدن به سن رشد و شکل‌گیری شخصیت، بدین بهانه که در زمان نکاح، از قدرت تصمیم‌گیری لازم یا تمیز کافی برخوردار نبوده‌اند اقدام به طلاق می‌کنند که تبعات ناشی از این امر برای همگان روشن است.

عنوان طرح:

اصلاح ماده (۱۰۴۱) قانون مدنی اصلاحی مصوب ۱۳۸۱/۰۴/۰۱: ماده واحده - ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی اصلاحی مصوب (۱۳۸۱/۰۴/۰۱) مجمع تشخیص مصلحت نظام به شرح ذیل اصلاح و یک تبصره به آن الحاق می‌شود: ماده - ۱۰۴۱ عقد نکاح دختر قبل از سیزده سال تمام شمسی و پسر قبل از شانزده سال تمام شمسی، ممنوع است.

تبصره - حداقل سن ازدواج در دختر شانزده سال تمام شمسی و در پسر هجده سال تمام شمسی است. عقد ازدواج بین سنین سیزده تا شانزده در دختران و شانزده تا هجده در پسران منوط به اذن ولی و رعایت مصلحت و تشخیص دادگاه به شرط داشتن قابلیت صحت جسمی برای تزویج با نظر پزشکی قانونی است.»

البته این طرح در کمیسیون مربوطه به عمده دلیل عدم مطابقت با فتاوی مراجع عظام تقلید و همین‌طور عدم ضرورت در وضعیت کنونی جامعه به اتفاق آرا رد شد.

اما این پرسش مطرح است که نگاه فقه امامیه به عنوان منبع قانون در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نسبت به سن ازدواج تنها وابسته به شرایط جسمی است یا به شرائط روانی، اجتماعی، اقتصادی و... هم توجه دارد؟ و راهکار آن برای رفع این معضلات چه می‌باشد.

به نظر می‌رسد تبیین چند محور اساسی برای یافتن دیدگاه فقه امامیه در رابطه با سن ازدواج و کشف راهکارهای نظام حقوقی اسلام برای جلوگیری از تبعات گسترده کودک‌همسری راهگشا باشد، محورهای موردنظر عبارت‌اند از:

الف) تبیین میزان تأثیر ولایت در تشکیل خانواده

د) تبیین مفهوم و سازوکار تشخیص غبطه در ازدواج کودکان

ب) تبیین مبانی فقهی و حقوقی ازدواج کودک

۱. تبیین مبانی فقهی و حقوقی ازدواج کودک: اصل تزویج کودکان مورد پذیرش فقه‌های اسلام قرار گرفته و در این زمینه افرون بر اجماع، ادله اهل سنت و روایات خاصه وجود دارد. بنا بر نظریه مشهور در میان فقه‌های امامیه و نیز اهل سنت، ولی شرعی طفل (پدر یا جد پدری) می‌تواند فرزند دختر یا پسر نابالغ خود را به ازدواج دیگری دریاورد. فقها در گستره این حکم متفق نیستند. درحالی‌که برخی این ولایت را به پدر و جد پدری اختصاص می‌دهند، بعضی آن را به وصی و قیم شرعی طفل نیز تعمیم می‌دهند. برخی فقه‌های معاصر با عنایت به اینکه جایگاه مادر نیز همچون پدر است مادر را هم دارای همین ولایت دانسته‌اند.

فقه‌های امامیه بعد از ازدواج حق فسخ را به کودک بعد از رسیدن به بلوغ نمی‌دهند، البته لازم به ذکر است که این عدم حق فسخ مربوط به زمانی است که ولی غبطه یا مصلحت کودک را رعایت نکرده است و اگر بعد از ازدواج این مفسده یا عدم وجود مصلحت آشکار شد، کودک بالغ شده حق فسخ عقد نکاح را دارد.

تبیین صحیح و جامع مبانی فقهی ازدواج کودکان به همراه تحلیل شرایط عصر کنونی می‌تواند در پاسخ به سؤالات این پژوهش راهگشا باشد.

۳. تبیین میزان تأثیر ولایت در تشکیل خانواده:

ولایت در نکاح یعنی تزویج کودکان ممیز و غیر ممیز به اراده ولی اعم از دختر و پسر با اراده ولی قهری آنان، اعم از پدر و جد پدری و هر چه بالاتر رود که از مسلم‌ات فقه امامیه و اهل سنت است که بر آن ادعای اجماع نیز شده است

فقه‌های امامیه از جمله محقق حلی، علامه حلی، شهید اول و ثانی، سید یزدی، میرزای قمی، مرحوم خویی، مرحوم امام (ره) بر ولایت پدر و جد پدری در نکاح دختر و پسر صغیر تصریح داشته‌اند. با وجود اصل اولیه عدم ولایت بر دیگران، و خلاف اصل بودن این ولایت لیکن فقها در تجویز آن به اجماع، روایات متعدد و صحیحه استناد کرده‌اند.

علامه حلی این نوع ولایت را بر مبنای حمایت از صغیر می‌داند، و می‌فرماید: «این ولایت از قوی‌ترین اسباب است؛ زیرا پدر به فرزندش نهایت شفقت را دارد و ولایت او ولایت اجبار است ...»

البته بعضی حقوق‌دانان به این مبنا اشکال وارد کرده‌اند و مبنای ولایت در نکاح حمایت از کودک نمی‌دانند. همچنین اکثر فقها برای حاکم شرع، در صورت نبود پدر و جد پدری، ولایت در نکاح قائل نیستند، مانند: علامه حلی، اراکی، مرحوم امام (ره)، علامه حلی و... البته بعضی ولایت حاکم را در صورت نیاز به تزویج و رعایت مصلحت کودک تأیید کرده‌اند.

لازم به ذکر است که قانون‌گذار هم با به کار بردن اصطلاح اذن ولی از ولایت در تزویج کودکان شانه خالی کرده است و نهاد اذن را معتبر دانسته است که محدودیتی برای حق نکاح کودک باشد و دادگاه نتواند بدون اذن ولی اقدام به نکاح ولایی کند.

به نظر می‌رسد تبیین حدود و ثغور حق ولایت و شرایط آن نیز مثمر‌تر بوده و در جریان پاسخ به سؤالات پژوهش تأثیرگذار باشد.

۴. تبیین مفهوم و سازوکار تشخیص غبطه در ازدواج کودکان:

باتوجه به ناتوانی کودکان و مجبورین و نیاز آنها به حمایت، مراقبت، ولایت قهری با اختیارات زیاد و گستردگی قلمرو، برای این مسئولیت منظور شده است، به صورتی که کلیه امور متعلق به کودکان و مجبورین، از جمله نگهداری و مراقبت، تربیت و آموزش، اداره امور و دارایی را تحت نظارت و حمایت قرار می‌دهد. از این رو مفهوم ولایت قهری را شامل امور مالی و غیر مالی می‌دانند، با این شرایط، باید توجه داشت که این قدرت قانونی پدر، مطلق نمی‌باشد و در حقیقت فلسفه و حکمت این اصل و اختیار خدمت‌رسان را نیز مقرر می‌کند (مصلحت).

بر این اساس، اگر رعایت غبطه کودکان را شرط اقدام و تصرف ولی در امور صغار بدانیم، گستره اختیارات پدر و جد پدری را بر مصلحت

مولی علیه محدود گردانیم. البته پیرامون این مطلب نظریه‌ی یگانه‌ای در فقه امامیه حاکم نیست و در مورد اینکه ولی در اعمال ولایتش باید مصلحت مولی علیه را در نظر بگیرد یا اینکه نبودن مفسده در انجام امور ولایی وی کافی است، میان فقهای امامیه بحث و اختلاف نظر وجود دارد. بسیاری از فقهای عظام، از جمله ابن ادریس، شیخ طوسی، علامه حلی و ... رعایت صلاح و مصلحت را در تصرفات ولی در رابطه با کودکان شرط کرده‌اند، حتی برخی بر معتبر بودن مصلحت کودک در مشروعیت تصرفات ولی ادعای اجماع کرده‌اند.

البته، فقهایمانند شیخ انصاری، صاحب جواهر، نایینی، خویی و امام (ره) برخی فقهای متأخر مانند روحانی بر این اعتقادند که نبودن مفسده شرط نفوذ و صحت تصرفات ولی کودک است و نیازی نیست که غبطه و صلاح کودک را نیز شامل شده باشد. سؤال دیگری که در این محور مطرح می‌شود زمان ملاحظه این مصلحت یا عدم وجود مفسده است، بعضی از فقها این عدم وجود مفسده را در زمان نکاح قائل‌اند ولی بعضی دیگر بر این باورند که این ملاک در زمان بلوغ و بعد از بلوغ مورد ملاحظه است و اگر در این زمان مفسده ایجاد شود فرد صغیر که به بلوغ رسیده است می‌تواند عقد را فسخ کند. به عبارت دیگر اگر ولی احتمال دهد در آینده به علت ایجاد این نکاح برای مولی علیه مفسده‌ای ایجاد می‌شود، نمی‌تواند به این امر اقدام کند.

مفهوم غبطه و مصلحت و همین‌طور سازوکار آن در فقه امامیه دارای ابهام‌هایی است که با تبیین آن می‌توان ملاک موثر و عقلانی برای سن ازدواج در نظر گرفت.

۲. پرسش‌های پژوهش

سؤال اصلی

۱. مبانی نکاح کودکان در فقه و حقوق اسلامی چیست؟

سؤالات فرعی پژوهش و رساله:

۱. مبانی فقهی و حقوقی ولایت ولی در نکاح چیست و دارای چه گستره‌ای است؟

۲. چه سازوکار فقهی برای تشخیص غبطه کودکان در عقد نکاح وجود دارد؟

۳. فرضیه‌های پژوهش

اصلی:

۱. کودک در فقه و حقوقی اسلامی، مشروعیت کودک همسری دارای اقتضائات خاصی است که در شرایط امروز محقق نیست.

فرعی:

۱. ولایت در نکاح محدود و دارای شرایط خاص می‌باشد.

۴. می‌توان براساس مبانی فقهی و حقوقی تعریف و سازوکار مشخصی را برای غبطه در تزویج کودکان مشخص کرد.

۴. اهداف و ضرورت پژوهش

یکی از مسائلی که در جامعه جهانی و سازمان‌های بین‌المللی مانند: سازمان ملل و یونسف، مسئله ازدواج کودکان است. این مورد در کشورهای اسلامی آمار بالایی دارد و این سازمان‌ها در ریشه‌یابی‌هایی که نسبت به آن انجام داده‌اند، اصلی‌ترین دلیل آن را سنت‌های مذهبی می‌دانند. به نظر می‌رسد مجوز ازدواج کودکان غیربالغ در شریعت اسلامی باعث ایجاد این توهم شده است. یکی از دلایل اهمیت این موضوع فشارهای بین‌المللی است که نسبت به حقوق بشر در نظام جمهوری اسلامی ایران وارد می‌شود، این موضوع نیز یکی از این موضوعات است، در صورتی که به نظر می‌رسد این موضوع در شریعت اسلام تأیید شده نیست و محدودیت‌هایی که اسلامی برای جلوگیری از ازدواج کودکان بیان کرده است حتی از محدودیت‌های بین‌المللی کارساز و رهگشا تر است.

جلوگیری از این نوع ازدواج در کشور نیز امری پراهمیت است؛ زیرا در مرحله اول برای کودک همسران آثار منفی در ابعاد گوناگون مانند جسمی و روانی دارد و در مرحله بعد این آثار با سرایت به نهاد خانواده، جامعه را به خطر می‌اندازد.

۵. پیشینه پژوهش

سخن از ازدواج کودکان در بین فقهای امامیه بسیار انجام شده است؛ ولی این مباحث به صورت پراکنده انجام شده و دارای نظم و ساختار مشخصی نمی‌باشد و در اکثر کتب فقها در باب نکاح به این موضوع به طور اجمالی پرداخته شده است و با بیان جواز به ازدواج درآوردن کودک توسط ولی با شرایط خاص از آن عبور کرده‌اند و این پژوهش در نظر دارد با کنار هم آوردن مبانی و نظرات فقهای بزرگوار و ایجاد ساختاری منظم به سؤالات مطرح شده پاسخی راهگشا دهد.

در رساله و پایان‌نامه‌ها و مقالات منتشر شده پژوهشگران به جزئیاتی از این موضوع پرداخته‌اند لکن به صورت کامل این مباحث در کتاب و مقاله و.. بیان نشده است از جمله مکتوبات بیان شده می‌توان به موارد ذیل اشاره داشت:

ازدواج کودکان در فقه و حقوق ایران، فاطمه یعقوبی جویباری، تهران؛ نوروزی، (۱۳۹۸). در این کتاب مؤلف در بحث فقهی بیشتر به سن بلوغ و تحلیل فقهی آن پرداخته است، و در بحث‌های حقوقی هم فقط توجه به حقوق ایران شده است و بررسی مبنایی انجام نشده است.

ازدواج کودکان مطالعه تطبیقی، هدی مددی، تهران؛ نشر جامعه‌شناسان، (۱۳۹۸). در این کتاب بیشتر توجه به آثار منفی کودک‌همسری شده است و مبانی فقهی کلی در آن بیان شده است.

بررسی تفاسیر قضایی از مصلحت در رویه های قضایی ایران در ازدواج کودکان، منیره سادات، میر احمدی، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس، دانشکده علوم انسانی. این پژوهش به صورت مشخص فقط به تحلیل رویه های قضایی نسبت به مفهوم مصلحت پرداخته است و نگاه حقوقی نسبت به آن داشته و مبنای فقهی عمیقی نسبت به آن بیان نکرده است و علاوه بر آن در رساله اینجانب سعی شده است به همه جوانب کودک همسری به صورت کامل توجه شود و نه فقط مصلحت

بررسی آثار و وضعیت ازدواج کودکان در فقه امامیه؛ و حقوق ایران، فاطمه، یعقوبی جویباری؛ (اردیبهشت ۹۸) محمدحسین، شعبانی؛ سید ابراهیم میراحمدی، پژوهش در هنر و علوم انسانی، سال چهارم/ شماره ۱، صفحه ۶۱-۶۷ این نوشته بررسی بسیار اجمالی در رابطه با آثار ازدواج کودکان داشته است و به بررسی مبنای فقهی و محدودیت های آن پرداخته نشده است.

ماهیت ضمانت اجرای اذن ولی در نکاح کودکان، محمد عابدی (بهار و تابستان ۹۳)، فقه و حقوق خانواده، سال نوزدهم/ شماره ۱، بهار و تابستان ۹۳، ص ۵-۲۶. در این مقاله به ماهیت اذن ولی در ازدواج کودکان پرداخته شده است و نگاهی هم به مفهوم ولایت داشته است؛ اما تکیه اصلی بر اذن ولی بوده است.

جایگاه و تأثیر مصلحت در سرپرستی کودک از دیدگاه فقه و حقوق، محمد مهدی، مقداری (زمستان ۹۱) فصلنامه شوری فرهنگی اجتماعی زنان و خانواده، سال چهارم/ شماره ۵۲. در این پژوهش به بررسی جایگاه مصلحت در عنوان کلی سرپرستی نسبت به کودک پرداخته شده است و به عنوان مصداق از ازدواج کودکان هم سخن به میان آورده است که نگاهی کاملاً اجمالی به این عنوان بوده است و موضوع مورد نظر نیاز بیشتری به مذاقه و تحقیق دارد.

رویکرد قضائی به تشخیص مصلحت در ازدواج کودکان، هاجر، آذری؛ منیره، میراحمدی، (زمستان ۹۸) زن و جامعه، سال دهم/ شماره ۴۰، زمستان ۹۸. پژوهش مورد نظر با نگاهی حقوقی به تبیین سازوکار تشخیص مصلحت در سیستم قضایی ایران پرداخته است و توجه شایسته ای به مبنای فقهی این عنوان نداشته است.

کودک همسری در حقوق ایران و نظام های بین المللی حقوق بشر، عباسی، کیانا، (بهار ۱۳۹۹)، پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق بین الملل، دانشگاه قم: دانشکده حقوق. پژوهشگر سعی کرده است که تحلیل حقوقی صحیحی از کودک همسری ارائه نماید و ناگزیر وارد مباحث فقهی شده است؛ اما به صورت جامع مبنای فقهی را بررسی نکرده و دارای تسلط فقهی نبوده است.

جعفری، مهدی، (دی ماه ۱۳۹۸) بررسی ضرورت بازنگری قوانین راجع به سن ازدواج در حقوق ایران، پایان نامه ارشد، حقوق خصوصی، دانشگاه شاهد. این پژوهش بر اساس تحلیل طرح یک فوریتی اصلاحیه ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی نگارش شده است و در بررسی های حقوقی دارای نگاهی جدید است؛ ولی در رابطه با مباحث فقهی دارای عمق و دقت کافی نمی باشد.

۶. جنبه های نوآوری

بررسی و تحلیل جامع شرایط و مبنای و چالش های کودک همسری در فقه اسلامی و حقوق در پژوهش های دیگر بیان نشده است و جنبه های نوآوری این پژوهش را می توان این گونه بیان کرد:

الف) بررسی و نقد مبانی فقهی موافقان جواز ازدواج کودکان و بیان ادله مخالفین این حکم

ب) بررسی کودک‌همسری در سنت نبوی (صلی‌الله علیه و آله) و ائمه معصومین (علیه‌السلام)

ج) تحلیل و تعیین مفهوم ولایت و گستره نفوذ آن در تشکیل خانواده

د) بررسی مفهوم غبطه و بیان سازوکار و شرایط تشخیص آن

۶. روش تحقیق و گردآوری اطلاعات

این پژوهش به روش توصیفی تحلیلی و مستند به منابع کتابخانه‌ای انجام می‌شود و جمع‌آوری اطلاعات با ابزار فیش‌برداری صورت می‌پذیرد.

۷. طرح پژوهش

این پژوهش در ۵ فصل تدوین گردیده است. در فصل اول مفاهیم پر بسامد و موثر در مسیر دستیابی به پاسخ پرسش‌های پژوهش مورد بررسی قرار می‌گیرد و انواع و آثار آنها نیز تحلیل می‌گردد.

در فصل دوم به موضوع کودک همسری در قوانین موضوعه و حقوق بین‌الملل توجه شده است و مقایسه تطبیقی بین قوانین موجود در کشور با قوانین کشورهای دیگر و اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای شده است.

فصل سوم شامل بررسی مبانی ولایت ولی بر کودک و گستره شمول آن است و در آن مبانی ولایت در نکاح و همینطور غبطه و سازوکار تشخیص آن شده است.

در فصل چهارم مبانی فقهی ازدواج با کودکان بیان شده و نظرات موافقان و مخالفان مورد نقد و بررسی قرار گرفته است

در فصل پنجم به آثار و پیامدهای کودک همسری چه از جهت فردی و چه اجتماعی مورد توجه قرار گرفته است و براساس نتایج پژوهش‌های صورت گرفته این پیامدها دسته‌بندی و بررسی شده است.

۸. مفهوم‌شناسی واژگان پر بسامد

کودک: به فرزند انسان از زمان تولد تا رسیدن به سن بلوغ، کودک گفته می‌شود که در زبان عربی صغیر یا طفل تعبیر شده است.^۲ دهخدا هر فردی را که به سن بلوغ نرسیده باشد کودک می‌داند و معادل صغیر بیان می‌کند.^۳ در لغت عربی و صغیر دارای مراحل مختلف است که هر کدام اصطلاح خاص خود را دارد مانند: رضیع، طفل، صبی و... .

ازدواج: در لغت فارسی ازدواج به معنای جفت شدن، زن گرفتن یا شوهر کردن است.^۴ زواج در لغت به معنای مقارنت شیء با شیء دیگر است از همین رو زوج قرین زوجه است و بالعکس. و به معنای زناشویی نیز ذکر شده است.^۵ این لغت

۲ ابن منظور، محمد بن مکرم (بی‌تا). لسان العرب، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۸۲/۴؛ نجار، محمد علی (۱۴۲۹ق). المعجم الوسیط، بی‌جا: مؤسسه الصادق (ع)، ۵۶/۲-۱

۳ دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۲). لغت نامه دهخدا، تهران: روزنه. ۱۶۴۸۱/۱۱

۴ دهخدا، لغت نامه دهخدا، ۱۶۷۰/۲

۵ دهخدا، لغت نامه دهخدا، ۱۶۷۰/۲

اختصاص به انسان ندارد و برای اشیاء دیگر مانند پرنده و... استفاده می‌شود.^۶ در آیات قرآن مانند آیه ۳۵ سوره بقره «وَقُلْنَا يَادُمْ أَاسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ» و آیه ۲۱ سوره روم «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا» همین معنا استعمال شده است و این قرین قراردادن در آیات دیگر هم مورد استفاده قرار گرفته است.^۷ البته این لغت در معنای اقتران مرد با زن به مدت طولانی و به دلیل ایجاد فرزند و حفظ شدن از منکرات رایج شده است.

کودک همسری: کودک همسری به هر ازدواج رسمی یا پیوند غیررسمی بین یک کودک زیر سن معین و یک بزرگسال یا کودک دیگر اطلاق می‌شود.^۸ با این وجود اکثر مصادیق کودک همسری را ازدواج دختران کودک با همسران بزرگسال شامل می‌شود که در منابع حقوقی غرب آن را نشأت گرفته از نابرابری جنسیتی می‌دانند.^۹ این تعریف تمام مصادیق ازدواج کودک با کودک، دختر کودک با مرد بزرگسال و پسر کودک با دختر بزرگسال را شامل شود.

^۶ ابن فارس، معجم مقابیس اللغة، ۳/۳۵

^۷ ابن منظور، لسان العرب، ۳/۳۹۵

^۸ Gastón, Colleen Murray (2019). ["Child marriage among boys: a global overview of available data"](#). *Vulnerable Children and Youth Studies*. 198-218

^۹ Parsons, Jennifer (2015). "Economic Impacts of Child Marriage: A Review of the Literature". *The Review of Faith & International Affairs*. 13 (3): 13

فصل اول: مفهوم شناسی

پیش از آنکه به پژوهش در رابطه با مبانی فقهی و حقوقی کودک همسری بپردازیم لازم است با اصطلاحاتی که در سیر این پژوهش با آنها روبرو می‌شویم آشنا شده و مفاهیم و مبانی و آثار آنها را مورد بررسی قرار دهیم. به نظر می‌رسد واژه‌هایی که در این پژوهش بر اهمیت و در مسیر پاسخ به سوالات پژوهش کارگشا هستند واژگانی مانند: کودک، کودک همسری، ولایت، ازدواج و غبطه است.

۱- کودک

مفهوم کودک از واژه‌های اساسی و کلیدی این پژوهش است و نیاز به تحقیق و تبیین دارد. بررسی مفهوم کودک در فقه امامیه، فقه اهل سنت، حقوق کشورهای مختلف و همینطور حقوق بین الملل در استنباط احکام مربوط به آن دارای اهمیت می‌باشد.

۱-۱- کودک در متون لغوی

به فرزند انسان از زمان تولد تا رسیدن به سن بلوغ، کودک گفته می‌شود که در زبان عربی صغیر یا طفل تعبیر شده است.^{۱۰} دهخدا هر فردی را که به سن بلوغ نرسیده باشد کودک می‌داند و معادل صغیر بیان می‌کند.^{۱۱}

به نظر می‌رسد مفهوم صغیر در نظر لغتشناسان دارای مراحل است زیرا که به جنین نیز کودک یا طفل اطلاق می‌شود. فیومی می‌گوید: جنین صفتی است برای کودک تا زمانی که در رحم مادر قرار دارد البته این اطلاق در اصطلاح عرفی رایج نمی‌باشد.^{۱۲} در ادبیات عرب کودکی که در زمان شیرخوارگی است «رضیع» نامیده شده است.^{۱۳}

یکی دیگر از مراحل که به آن کودک گفته می‌شود، مرحله «تمیز» است. به معنی جدایی اشیاء از یکدیگر، کودک ممیز نیز کودکی است که می‌تواند سود و زیان خود را تشخیص دهد.^{۱۴} صاحب مصباح المنیر تمیز را قوه ای می‌داند که معانی و مفاهیم را از یکدیگر جدا ساخته و مشخص نماید.^{۱۵}

اصطلاح دیگری که در ادبیات عرب به آن طفل یا صغیر اطلاق می‌شود، «مراهق» است. کودک مراهق کسی است که درحالت نزدیک به احتلام و بلوغ است.^{۱۶} لسان العرب کودک ۱۱ یا ۱۲ ساله را مراهق می‌داند.^{۱۷}

^{۱۰} ابن منظور، لسان العرب، ۱۸۲/۴؛ نجار، المعجم الوسیط، ۵۶/۲-۱

^{۱۱} دهخدا، لغت نامه دهخدا، ۱۱/۱۶۴۸۱

^{۱۲} فیومی، احمد بن محمد، (۱۴۱۴ق)، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، قم: مؤسسه دار الهجره، ص ۱۱۱

^{۱۳} نجار، معجم الوسیط، ۱-۲/۳۵۰؛ فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ص ۲۲۹

^{۱۴} ابن منظور، لسان العرب، ۱۱۵/۶؛ خلیل بن احمد، آل عصفور، (۱۴۱۰ق)، العین، قم: مؤسسه دار الهجره، ۱۷۳۸/۳.

^{۱۵} فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ص ۵۸۷

^{۱۶} نجار، معجم الوسیط، ۱-۲/۱۳۵

^{۱۷} ابن منظور، لسان العرب، ۳/۱۳۵

۲-۱- کودک در فقه اسلامی

در متون فقهی توجه ویژه ای به اطفال شده است. برای بررسی معنای اصطلاحی «کودک» باید به لفظ «صغیر» توجه داشت، البته از الفاظ دیگری مانند: «رضیع» یا «مراهق» نیز استفاده شده است. بررسی مفهوم اصطلاحی صغیر یا کودک در هر مکتب فقهی یا حقوقی نیاز به تبیین نقطه آغاز و پایان این دوران از زندگی انسان دارد.

آغاز کودکی در فقه امامیه: از روایات متعدد می‌توان در یافت که شروع صغر در فقه امامیه از ابتدای حمل آغاز می‌شود.

در روایتی از امام کاظم ع: «قُلْتُ لِأَبِي الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ الْمَرْأَةُ تَخَافُ الْحَبْلَ فَتَشْرَبُ الدَّوَاءَ فَتَلْقَى مَا فِي بَطْنِهَا فَقَالَ «لَا» فَقُلْتُ إِنَّمَا هُوَ نُطْفَةٌ قَالَ «إِنَّ أَوَّلَ مَا يُخْلَقُ نُطْفَةٌ»^{۱۸}» اسحاق بن عمار گوید: به امام هفتم علیه السلام عرض کردم: زنی شوهردار بیم آن دارد که آبستن باشد و شربتی یا دارویی می‌خورد و آنچه در رحمش هست می‌اندازد، امام علیه السلام فرمود: نه این کار را نکنند، عرض کردم: این هنوز نطفه است؟ فرمود: آری سرآغاز و ابتدائی که خلق می‌شود نطفه است. در این روایت حق حیات برای جنین قائل شده است و این حق از زمان انعقاد نطفه آغاز شده است.

امیر المومنین علیه السلام: «... فَإِذَا كُسِيَ اللَّحْمَ كَانَتْ لَهُ مِائَةٌ كَامِلَةٌ فَإِذَا نَشَأَ فِيهِ خَلْقٌ آخَرٌ وَهُوَ الرُّوحُ فَهُوَ حِينَئِذٍ نَفْسٌ...»^{۱۹} «پس اگر گوشت، بر آن استخوان پوشیده شده باشد، صد دینار کامل دارد. پس اگر خلقتی دیگر در آن ایجاد شده باشد که همان روح است، در این هنگام یک «جان» محسوب می‌شود.» در این روایت به صراحت حضرت علی عیه السلام به جنین اطلاق عنوان نفس می‌نمایند. و سقط این نفس را مستحق دیه کامل می‌داند.

از ابو عبیده از امام باقر نقل شده است: «عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ امْرَأَةٍ شَرِبَتْ دَوَاءً عَمْدًا وَهِيَ حَامِلٌ وَلَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ زَوْجُهَا فَالْقَتَ وَلَدَهَا قَالَ فَقَالَ إِنْ كَانَ لَهُ عَظْمٌ وَقَدْ نَبَتْ عَلَيْهِ اللَّحْمُ عَلَيْهَا دِيَةٌ تُسَلِّمُهَا إِلَى أَبِيهِ وَإِنْ كَانَ حِينَ طَرَحَتْهُ عِلْقَةً أَوْ مُضْغَةً فَإِنَّ عَلَيْهَا أَرْبَعِينَ دِينَارًا أَوْ غُرَّةً تُؤَدِّيْهَا إِلَى أَبِيهِ قُلْتُ لَهُ فَهِيَ لَا تَرِثُ وَلَدَهَا مِنْ دِيَّتِهِ مَعَ أَبِيهِ قَالَ لَا لِأَنَّهَا قَتَلَتْهُ فَلَا تَرِثُهُ»^{۲۰} «ابو عبیده گوید: از امام باقر علیه السلام پرسیدم: زن بارداری بدون اطلاع همسرش دارو می‌نوشد و جنین خود را سقط می‌کند، (وظیفه او چیست؟) فرمود: اگر جنین دارای استخوان باشد و بر استخوانش گوشت روییده شده باشد، زن باید یک خون‌بهای کامل به شوهرش بپردازد و اگر جنین به صورت خون بسته و یا گوشت جویده سقط شود، باید چهل دینار و یا یک برده به شوهرش تقدیم کند. عرض کردم: مگر این زن از خون‌بهای کودکش با شوهرش ارث نمی‌برد؟ فرمود: نه، زیرا قاتل فرزند خویش است و از مقتول خود ارث نمی‌برد.» در این روایت، امام علیه السلام به صراحت به مادری که جنین روحدار خود را سقط کرده است لفظ قتل اطلاق می‌کند.

^{۱۸} ابن بابویه، محمد بن علی (۱۳۶۳)، من لا یحضره الفقیه، قم: جماعه المدرسین فی الحوزة العلمیة قم، مؤسسه النشر الإسلامی.

^{۱۹} حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق)، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لإحياء التراث، ۲۵/۲۹.

^{۱۹} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۳۱۲/۲۹؛ کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۵). الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیة، ۳۴۲/۷.

^{۲۰} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۳۱/۲۶؛ کلینی، الکافی، ۱۴۱/۷.

زمانی که در روایات دیه برای مراحل مختلف حمل مشخص شده است^{۲۱} از ابواب دیات به این معنا است که شارع برای آن حق حیات قائل شده است و فرد جاوز کننده به ایت حق را هم مجازات کرده و محکوم به دیه و محرومیت از ارث می‌کند.

و همینطور در زمانی که زن باردار محکوم به قصاص یا حد شرعی می‌شود شارع به دلیل حفظ حق حیات حمل، اجرای حدود یا قصاص را به تعویق می‌اندازد. حتی اگر حمل در اثر زنا به وجود آمده باشد.^{۲۲}

پایان کودکی در فقه امامیه: در اصطلاح فقه‌های اسلامی پایان کودکی با مفاهیمی همچون بلوغ و رشد تعبیر شده است و شناخت این مفاهیم می‌تواند تعریف صحیحی از دوران کودکی در فقه اسلامی ارائه کند.

البته لازم به ذکر است که فقه‌های امامیه قائل اند که اصطلاح بلوغ حقیقت شرعیه نمی‌باشد و با درک مفهوم عرفی آن نیز می‌توان به معنای آن دست یافت. برای مثال در تفصیل الشریعه بیان شده است که: «به احتمال قوی بلوغ معنایی عرفی دارد و نشانه‌های سه گانه بیان شده از طرف شارع، نشانه‌ها و علائم شرعی برای همین امر عرفی است که براساس مناطق مختلف متغیر می‌باشد. البته وضع نشانه برای یک امر عرفی از طرف شارع به دلیل مخفی ماندن مفهوم بلوغ برای عرف است. مانند قرار دادن اماره برای عدالت در امور شرعی، زیرا عدالت از امور مخفی و جزو امور باطنی و نفسانی است.»^{۲۳} صاحب جواهر نیز مفهوم بلوغ را از امور عرفی می‌داند و می‌فرماید: «بلوغ از امور طبیعی و عرفی که در بین لغت دانان و عرف وجود دارد و از جمله موضوعات شرعیه نیست که مفهومش قط از جهت شرع شناخته شود مانند الفاظ عبادات.»^{۲۴}

البته صاحب عناوین با اینکه اعتقاد دارد بلوغ مفهوم عرفی است اما مدعی است که این عنوان با بیان حدودی که شارع برای آن مشخص کرده است به یک اصطلاح شرعی تبدیل شده است.^{۲۵}

به نظر می‌رسد «بلوغ» که یک تغییر جسمی و روانی در فرد است تاسیسی از شارع نمی‌باشد که نسبت به آن اصطلاحی وضع کرده باشد و اگر در مقام بیان نشانه و یا حد و مرز برای آن در می‌آید به دلیل مشخص شدن مصادیق آن برای عرف است. البته این مدعا می‌تواند تعدی بودن نشانه‌های بلوغ را زیر سوال برده و آنها را اماره ای برای کشف بلوغ قلمداد کند. زیرا این تغییرات فیزیولوژیکی براساس متغیرهای جغرافیایی، ژنتیکی و روانی تغییر یابد. و حتی به مخفی بودن این امر بر عرف نیز قابل اشکال می‌شود که در زمانه حاضر با وجود پیشرفت علمی فراوان یافتن زمان دقیق تغییرات فیزیولوژیکی کار دشواری نیست و حتی درک این تغییرات بدون مباحث علمی نیز از امور مخفی و پیچیده برای عرف نمی‌باشد.^{۲۶} با این وجود بررسی ادله و مبانی فقهی بلوغ می‌تواند در یافتن نقطه پایان کودکی کمک شایانی کند.

^{۲۱} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۲۹/۲۲۹؛ کلینی، الکافی، ۷/۳۴۳.

^{۲۲} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۲۸/۱۰۸، ح ۷.

^{۲۳} فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۵ق). تفصیل الشریعة (المضاربة، الشرکة، المزارعة، المساقاة، الدین، الرهن، الحجر، الضمان، الحواله، الکفالة، الوکالة، الإقرار، الهبة). قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار (علیهم السلام). ۲۸۸

^{۲۴} نجفی، محمدحسن بن باقر (۱۴۲۱ق). جواهر الکلام (ط. الحیدثة). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام)، ۱۳/۳۰۰

^{۲۵} حسینی، السید میر عبدالفتاح، (۱۴۱۷ق) العناوین الفقهیة، قم: مؤسسه النشر الإسلامی لجماعة المدرسین، ۲/۷۳۲

^{۲۶} پیوندی، غلامرضا (۱۳۹۰)، حقوق کودک، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۷۰

تعبیر بلوغ در فقه امامیه در مباحث گوناگونی مانند: تکلیف، نماز^{۲۷}، حجر، نکاح، تبعیت^{۲۸} و ... مورد بررسی قرار می‌گیرد. بلوغ به معنای رسیدن بیان شده است و فردی که به مرحله ای از رشد رسیده است که می‌تواند تولید مثل کند را بالغ می‌گویند.^{۲۹} لسان العرب نیز بیان می‌کند که «کوک وقتی محتلم شود بالغ می‌شود».^{۳۰}

فقه‌ها در تعریف بلوغ فقط به بیان نشانه‌های آن اکتفا کرده‌اند. در میان آیات و روایات برای بلوغ سه علامت بیان شده است: رویش موی خشن زیر شکم، احتلام و رسیدن دختران به ۹ سالگی و پسران به ۱۵ سالگی

فقه‌ها نسبت به این سه نشانه اتفاق نظر دارند^{۳۱} و در متون بعضی از آنها می‌توان به علامت‌های دیگری مانند: رویت حیض برای زنان و حامله شدن اشاره کرد.^{۳۲}

الف) رویدن موی خشن

اتفاق نظر بین فقه‌ها وجود دارد که رویدن موی خشن در زیر شکم برای زن و مرد نشانه بلوغ است.^{۳۳} حتی ادعای اجماع نیز وجود دارد.^{۳۴}

از امام باقر علیه السلام نقل شده است که: «قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قُلْتُ لَهُ مَتَى يَجِبُ عَلَى الْغُلَامِ أَنْ يُؤْخَذَ بِالْحُدُودِ التَّامَّةِ وَ تَقَامَ عَلَيْهِ وَ يُؤْخَذَ بِهَا قَالَ إِذَا خَرَجَ عَنْهُ الْيَتَمُ وَ أَدْرَكَ قُلْتُ فَلِذَلِكَ حَدٌّ يَعْرِفُ بِهِ فَقَالَ إِذَا احْتَلَمَ أَوْ بَلَغَ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً أَوْ أَشْعَرَ أَوْ أَتَبَّ قَبْلَ ذَلِكَ أَقِيمَتْ عَلَيْهِ الْحُدُودُ التَّامَّةُ وَ أَخَذَ بِهَا وَ أَخَذَتْ...»^{۳۵} «از امام صادق علیه السلام پرسیدم: چه هنگامی پسر را برای اجرای حد کامل دستگیر نموده، بر او حد جاری می‌کنند؟ فرمود: هرگاه که دوران کودکی را پشت سر بگذارد و درک کند. عرض کردم: آیا محدوده و مرزی دارد که به وسیله آن شناسایی گردد؟ فرمود: هرگاه

۲۷ طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی (۱۳۶۸). الشرح الصغير في شرح المختصر النافع، قم: مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي (ره)، ۱۵۶/۱

۲۸ طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی (۱۴۱۸ق). رياض المسائل (ط. الحديث). قم: مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث، ۱۰۹/۸

۲۹ انوری، حسن، بی تا، فرهنگ بزرگ سخن، چ ۸، تهران: سخن، ۱۰۲۱/۲

۳۰ ابن منظور، لسان العرب، ۲۴۷/۱

۳۱ خمینی، روح الله. (۱۳۹۲) تحرير الوسیله، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الإمام الخميني (قدس سره)، ۱۲/۲؛ محقق کرکی، علی بن حسین.

(۱۴۱۴ق) جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث، ۱۸۲-۱۸۰/۵

۳۲ طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق) المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران: مكتبة المرتضوية، ۲۴۹/۲؛ علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق) تذکرة الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث، ۱۸۶/۱۴

۳۳ علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ق) قواعد الأحكام، قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية بقم. مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۳۳/۲؛ محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۱۱ق). مدارک الأحكام فی شرح شرائع الإسلام. مشهد مقدس: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث، ۱۸۵/۶

۳۴ میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۳۷۵). غنائم الأيام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: مكتب الإعلام الإسلامی. مركز النشر، ۶۴/۱؛ شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱/۴

۳۵ حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۴۳/۱؛ کلینی، الکافی، ۱۹۷/۷.

محتلم شود، یا به پانزده سالگی برسد و یا پیش از پانزده سالگی موی در آورد، در صورت ارتکاب زنا بر او حدود کامل جاری می‌گردد و به خاطر آن و برای آن دستگیر می‌شود.»

در روایت دیگری از امام باقر علیه السلام بیان شده است: در صورتی که صغیر ۱۵ ساله شود یا که در صورت یا عورت خود قبل از رسیدن به ۱۵ سال موی زبر برآید، بالغ می‌شود.^{۳۶}

این علامت مشترک بین زنان و مردان است.^{۳۷} بعضی فقها اعتقاد دارند که رویش موی زبر خود مصداق بلوغ است^{۳۸} اما اکثر فقها معتقدند علامت بلوغ است زیرا امری تدریجی است و روز ابتدای آن مشخص نیست.^{۳۹} و برای پسرها رویدن موی خشن در هر صورت نشانه بلوغ می‌باشد^{۴۰}

ب) احتلام

خروج منی از مرد و زن را احتلام می‌گویند که نشانه بلوغ آنها است. این نشانه نیز در بین فقها مخالفی ندارد.^{۴۱} این علامت در آیات قرآن مستنداتی دارد. در آیه ۵۹ سوره نور خداوند می‌فرماید: «وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ...»؛ «و هنگامی که کودکان شما به مرز بلوغ رسیدند، باید [برای ورود به خلوت خانه شخصی شما] اجازه بگیرند، همان گونه که کسانی که پیش از آنان [به مرز بلوغ رسیده بودند] اجازه می‌گرفتند. خدا این گونه آیاتش را برای شما بیان می‌کند؛ و خدا دانا و حکیم است.» در تفسیر این آیه بیان می‌شود که «کودکان نابالغ طبق آیه قبل تنها در سه وقت موظف به اجازه گرفتن هستند، چون زندگی آنها با زندگی پدران و مادران آنقدر آمیخته است که اگر بخواهند در همه حال اجازه بگیرند مشکل خواهد بود، و از این گذشته احساسات جنسی آنها هنوز بطور کامل بیدار نشده، ولی نوجوانان بالغ طبق این آیه که اذن گرفتن را بطور مطلق برای آنها واجب دانسته موظفند در همه حال به هنگام ورود بر پدر و مادر اذن بطلبند.»^{۴۲}

این حکم مخصوص به مکانی است که پدر و مادر در آنجا استراحت می‌کنند، و گر نه وارد شدن در اتاق عمومی آنها اجازه گرفتن لازم ندارد. و همینطور در آیه ۶ سوره نساء «وَابْتَغُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...» و «و یتیمان را [نسبت به امور زندگی] بیازمایید تا زمانی که به حد ازدواج برسند، پس اگر در آنان رشد لازم را یافتید اموالشان را به خودشان بدهید.» و آیه ۱۵۲ سوره انعام «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ» «و به مال یتیم جز به روشی که نیکوتر است، نزدیک نشوید تا به حد بلوغ [بدنی و عقلی] خود برسد،» به صراحت یا به

^{۳۶} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۲۰/۲۷۸ باب ۶ در ابواب عقد نکاح و اولیاء عقد.

^{۳۷} ابن ادریس، منصور بن احمد (۱۴۱۰ق) السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: مؤسسه نشر الاسلامی، ۱/۳۶۷

^{۳۸} سبحانی تبریزی، جعفر، (۱۴۰۵ق). الجامع للشرائع، قم: مؤسسه سید الشهداء (ع)، ۱۵۳ و ۳۶۰: آبی، حسن بن ابیطالب (۱۴۰۸ق). کشف الرموز فی شرح المختصر النافع. قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمیة بقم. مؤسسه النشر الاسلامی، ۱/۵۵۲

^{۳۹} فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة (مضاربه و...)، ۲۸۰

^{۴۰} طباطبائی کربلایی، ریاض المسائل (ط. الحدیث)، ۹/۳۳۸: طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیة، ۱/۳۵۶

^{۴۱} شهید ثانی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۲/۱۴۲: ابن زهره، حمزه بن علی (۱۴۱۷ق)، غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، بی‌جا: بی‌نا. ۲۵۱/۱

^{۴۲} مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۲). برگزیده تفسیر نمونه. تهران: دار الکتب الاسلامیة، ۳/۳۱۲

اشاره به این علامت اشاره شده است به طور مثال در آیه ۶ سوره نساء از تعبیر «بلغوا النکاح» استفاده شده است که به معنای رسیدن به حدی است که فرد توانایی مجامعت و انزال داشته باشد. و البته این توانایی نیاز نیست که بالفعل باشد. ۴۳ به این ترتیب خداوند حکم جواز دخالت ایتم در اموال خود را با بروز این علامت داده است و یا تعبیر «یبلغ اشدّه» در آیه ۱۵۲ سوره انعام که کنایه از رسیدن به حدی است که فرد توانای انزال و احتلام داشته باشد. ۴۴

برای این برداشت می‌توان به روایت عبدالله بن سنان اشاره کرد که از حضرت صادق علیه السلام نقل می‌کند، ایشان فرمودند: در جلسه ای حاضر بودم شخصی از پدرم پرسید چه زمانی امور ایتم به خودشان واگذار می‌شود؟ فرمودند: «حتی یبلغ اشدّه» سپس پرسید چه زمان بالغ می‌گردد؟ فرمودند: «احتلامه» هر زمان محتلم شود. ۴۵ البته فقهای هستند که این تعبیر را به صرف احتلام تفسیر نمی‌کنند و بلوغ اشد را به کمال رسیدن از نظر عقلی و حسی می‌دانند. ۴۶ این تفسیر علاوه بر امور جسمی به امور روانی و عقلی نیز برای ورود کودک به امور شخصی و اجتماعی خود توجه داشته است.

در روایات این علامت به صورت متعدد ذکر شده است تا حدی که شبه تواتر در آن می‌شود. روایات زیر به عنوان نمونه بیان می‌شود:

در صحیح هاشم از امام صادق علیه السلام نقل شده است که: «قَالَ: انْقِطَاعُ يَتِمُّ الْيَتِيمِ بِالْإِحْتِلَامِ وَ هُوَ أَشَدُّ وَ إِنْ احْتَلَمَ وَ لَمْ يُؤْنَسْ مِنْهُ رُشْدُهُ وَ كَانَ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا فَلْيُمْسِكْ عَنْهُ وَلِيُّهُ مَالَهُ.» ۴۷ «پایان یافتن یتیمی یتیم، احتلام اوست که همان رشد اوست و اگر محتلم شود، اما رشدی از او مشاهده نشد بلکه سفیه و ناتوان بود، پس سرپرستش باید اموال او را برایش نگه دارد.» ۴۸

روایت موثق ۴۹ از عمار سابطی نقل شده است که از امام صادق علیه السلام سوال کرد: چه زمانی نماز بر کودک واجب است؟ امام فرمودند: «قَالَ: سَأَلْتَهُ عَنِ الْغُلَامِ مَتَى تَجِبُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ فَقَالَ إِذَا أَتَى عَلَيْهِ ثَلَاثَ عَشْرَةِ سَنَةٍ فَإِنْ احْتَلَمَ قَبْلَ ذَلِكَ فَقَدْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَ جَرَى عَلَيْهِ الْقَلَمُ...» ۵۰ «فرمودند زمانی که ۱۳ سالش تمام شود یا قبل از این محتلم شود نماز بر او واجب است و اعمالش ثبت و ضبط می‌گردد.»

۴۳ مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، زبدة البیان فی أحكام القرآن (بی تا). تهران: مکتبه المرتضویه ۱-۲/۶۰۷ و ۶۰۸

۴۴ خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق)، موسوعة الإمام الخوئی، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۳۵۴/۱۰

۴۵ حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۱۸/۴۱۲؛ مجلسی، محمد باقر (۱۴۰۳ق) بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمه، ج ۲، بیروت: الوفاء، ۱۶۲/۱۰۰

۴۶ فاضل جواد، جواد بن سعید (۱۳۶۵). مسالک الأفهام إلى آیات الأحكام. تهران: مکتبه المرتضویه، ۱۴۱/۳

۴۷ حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۱۷/۴۶۰؛ کلینی، الکافی، ۶۸/۷

۴۸ غفاری، ترجمه فروع کافی: ۱۷۳/۹

۴۹ مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی (۱۴۰۶-۱۴۰۷ق). ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار. قم: کتابخانه عمومی حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی (ره)، ۶۲۹/۴

۵۰ حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۱/۴۵؛ طوسی، محمد بن حسن (۱۳۶۵). تهذیب الأحكام. تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۳۸۰/۲

در روایت صحیح از احمد بن محمد بن ابی نصر از امام رضا علیه السلام نقل شده است که فرمودند: «قَالَ: يُؤْخَذُ الْعَلَامُ بِالصَّلَاةِ وَهُوَ ابْنُ سَبْعِ سِنِينَ وَلَا تَغْطِي الْمَرْأَةُ شَعْرَهَا مِنْهُ حَتَّى يَحْتَلِمَ.»^{۵۱} «فرمود: پسر را در سن هفت سالگی به نماز و وامی دارند و او را بخواندن نماز تکلیف میکنند، و لازم نیست زن موی خود را از او بپوشاند تا زمانی که باحتلام بالغ گردد.» صحیح حمران که بیان می کند از امام باقر علیه السلام سوال کردم چه زمان صغیر مستحق اجرای حد می شود؟ فرمودند: زمانی که که از یتیمی خارج شده و دارای تشخیص گردد. پرسیدم آیا این امر علامتی دارد که باعث شناخت آن شود؟ فرمودند: «إذا احتلم» علامت آن احتلام است.^{۵۲}

ج) سن بلوغ

یکی از پر طرفدارترین نظریات در بین فقهای امامیه در رابطه با بلوغ دختران و پسران نظریه سن بلوغ ۱۵ سال برای پسران و نه سال برای دختران است.^{۵۳} البته نظریات دیگری مانند ۱۴ سال برای دختران^{۵۴} و ۱۳ سال برای دختران وجود دارد.^{۵۵} و البته بعضی فقها بین سن بلوغ در ابواب مختلف فقهی تفصیل قائل شده اند و برای مثال برای معاملات و حدود بلوغ پسران ۱۵ سال و در عبادات کمتر از ۱۵ سال است.^{۵۶}

در بیان ادله فقهی نظریه مشهور فقها به چند دلیل در رابطه با سن بلوغ پسران اشاره داشته اند:

۱. اجماع^{۵۷}
۲. استصحاب عدم بلوغ: بیان می شود که در رابطه با اطفال چون دلیل یقین اوری برای بلوغ نیست جز ۱۵ سال استصحاب عدم بلوغ تا ۱۵ سال جاری می شود.
۳. اجرای اصل برائت از تکلیف برای پسران زیر ۱۵ سال^{۵۸}
۴. روایات متعدد تا حد استفاضه مانند:

^{۵۱} ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه، ۴/۳۶؛ حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۲۰/۲۲۹.

^{۵۲} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۴/۳۱، باب ۴ از ابواب مقدمه عبادات، ح ۲؛ کلینی، الکافی، ۷/۱۹۷، باب حد الغلام و الجارية ح ۱.

^{۵۳} خمینی، تحریر الوسیله، ۲/۱۳؛ محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: اسماعیلیان، ۲/۱۰۰؛ علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۰ق). إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان. قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمیة بقم. مؤسسه النشر الإسلامی، ۳۹۵/۱

^{۵۴} علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۲۳ق) مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه، ج ۲، قم: بوستان کتاب، ۵/۴۳۱؛ ابن فهد حلی، احمد بن محمد (۱۴۰۷ق). المذهب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمیة بقم. مؤسسه النشر الإسلامی، ۲/۵۱۳.

^{۵۵} محقق حلی، مدارک الأحکام فی شرح شرائع الإسلام، ۶/۱۵۹؛ سبزواری، محمدباقر بن محمدومن، (بی تا). کفایة الأحکام، اصفهان: مهدوی، ۵۸۱/۱

^{۵۶} بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۷ق). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، بیروت: دار الأضواء، ۲۰/۳۴۶

^{۵۷} طوسی، محمد بن الحسن (۱۳۳۰ق)، الخلاف فی الفقه، ج ۲، تهران: انتشارات رنگین، ۳/۲۸۲-۲۸۳؛ فاضل مقداد، مقداد بن عبد الله (۱۴۳۱ق). کنز العرفان فی فقه القرآن، تهران: المجمع العالمی للتقريب بین المذاهب الاسلامیة، ۲/۱۳۸

^{۵۸} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیث)، ۲۶/۱۷-۱۸؛ طباطبائی، المناهل، ۸۰

روایت صحیح معاویه بن وهب می گوید از امام صادق علیه السلام پرسیدم، در چه سنی کودک را به انجام روزه تشویق کنیم و از ترک آن تادیب؟ فرمودند: «فیما بین خمس عشرة او اربع عشرة» بین سالهای ۱۴ تا ۱۵ سالگی.

۵۹

در استدلال به این روایت بیان شده است که از سیاق روایت می توان دریافت که این سن یعنی بین ۱۴ سالگی تا پانزده سالگی سن تمرین برای نماز است و بلوغ در میان همین بازه اتفاق می افتد و قطعاً خود ۱۴ سالگی سن بلوغ نیست چون از سیاق روایت تمرین برای نماز دریافت می شود.^{۶۰}

و در رابطه با سن بلوغ دختران نظریه مشهور به ادله‌ی زیر استناد می کنند:

۱. اجماع فقها^{۶۱}

۲. روایات متعدد و مستفیضه مانند: روایت معتبر از امام باقر علیه السلام: «الْجَارِيَةُ إِذَا بَلَغَتْ تِسْعَ سِنِينَ ذَهَبَ عَنْهَا الْيَتَمُ وَ زَوَّجَتْ وَ أُقِيمَ عَلَيْهَا الْحُدُودُ التَّامَّةُ عَلَيْهَا وَ لَهَا»^{۶۲} امام باقر علیه السلام فرمود: هنگامی که دختر بچه به نه سالگی برسد، دوران کودکی او به پایان می رسد، می تواند ازدواج کند و در صورت ارتکاب زنا حدود کامل بر او جاری می گردد.^{۶۳}

روایت ابن ابی عمیر از امام صادق علیه السلام: «حد بلوغ المرأة تسع سنين»^{۶۴} «امام ششم (علیه السلام) فرمود: اندازه بلوغ زن نه سالگی است»^{۶۵}

صحيحه^{۶۶} حلبی از امام صادق علیه السلام روایت می کند که فرمودند: «إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ الْجَارِيَةَ وَ هِيَ صَغِيرَةٌ فَلَا يَدْخُلُ بِهَا حَتَّى يَأْتِيَ لَهَا تِسْعَ سِنِينَ»^{۶۷} «حلبی گوید: امام صادق علیه السلام فرمود: اگر مردی با دختری کوچک ازدواج کرد جایز نیست با او همبستر شود تا سن او به ۹ سالگی برسد.»

البته این دیدگاه مخالفینی دارد که سنین دیگری را برای بلوغ دختر پذیرفته اند. مرحوم فیض کاشانی بیان می کند که: «روایات در رابطه با سن بلوغ دختران متفاوت است و وجه جمع این روایات به این صورت است که بین سن بلوغ در تکالیف مختلف تفاوت قائل شد، چنانچه از احادیث نقل شده در رابطه با روزه استنباط می شود بر دختر قبل از ۱۳ سالگی روزه واجب نیست، مگر قبل از این سن خون حیض ببیند. و همینطور از روایات وارد شده در باب حدود به دست می آید که

^{۵۹} طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۶۳). الاستبصار فیما اختلف من الأخبار. تهران: دار الکتب الإسلامية، ۴۰۹/۱

^{۶۰} طباطبائی، المناهل، ۸۰

^{۶۱} علامه حلبی، تذکره الفقهاء، ۱۹۷/۱۴؛ ابن ادریس، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، ۳۶۷/۶

^{۶۲} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۲۰/۲۸؛ کلینی، الکافی، ۱۹۸/۷.

^{۶۳} غفاری، ترجمه فروع کافی، ۴۸۸/۹

^{۶۴} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۱۰۴/۲۰؛ ابن بابویه، محمد بن علی، (۱۳۸۲). الخصال. قم: نسیم کوثر،

۴۲۱/۲.

^{۶۵} صدوق، محمد بن علی (۱۳۷۷). الخصال شیخ صدوق، تهران: کتابچی، ۱۸۷/۲

^{۶۶} مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی (۱۳۶۳). مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول، تهران: دار الکتب الإسلامية، ۱۳۷/۲۰

^{۶۷} کلینی، الکافی، ۳۹۸/۵.

در نه سالگی این حدود می‌توانند جاری شود. و روایاتی در باب وصیت، عتق و... استفاده می‌شود که از فرد ده ساله این امور صحیح است.^{۶۸}

برخی فقها اعتقاد دارند روایات وارد شده در رابطه با سن بلوغ دختران مربوط به دختران همان عصر است، نه دختران زمان‌های دیگر، از همین رو روایات وارد شده در این موضوع طریقت دارد نه موضوعیت و در مقام بیان مصداق است و با تفاوت زمان و شرایط این امر تغییر می‌کند و ملاک بلوغ در دختران دیدن خون حیض است.^{۶۹}

در رابطه با دختران دو علامت حیض و بارداری بیان می‌شود که اکثر فقها قائل هستند اینها اماره بر سبب بلوغ است.^{۷۰} به نظر می‌رسد تاثیر نژاد، آب و هوای جغرافیایی و شرایط روانی در موضوع تغییرات فیزیولوژیک بسیار موثر است برای مثال دختران حبشی در سن ۹ سالگی بالغ می‌شوند ولی دختران منطقه لایونی اسکاندیناوی در شمال اروپا که یک منطقه سرد سیر است در ۱۸ سالگی نشانه‌های تغییرات جسمی را در خود می‌یابند و یا در کشورهایی که بی بندو باری اخلاقی وجود دارد سن بلوغ پایین می‌آید.^{۷۱}

به نظر می‌رسد نظریه مشهور فقها و تعبیدی بودن علامت سن دارای اسناد فقهی قوی‌تری نسبت به دیگر نظریات است. لکن دو اشکال اساسی به نظریه مشهور فقها می‌شود، اول، اکثر دختران امروزی در این سن به بلوغ طبیعی نرسیده اند. دوم، دختران در سن ۹ سالگی قادر به انجام وظایف دینی نیستند. در پاسخ بیان می‌شود که باید توجه شود که در احکام متعلق به فرد بالغ حکم در رابطه با فرد بالغ شرعی است یا فرد بالغ طبیعی. برای مثال نکاح یک عمل طبیعی است و نیاز به بلوغ طبیعی دارد ولی نماز به بلوغ شرعی ارتباط دارد و رسیدن به سن بلوغ شرعی وجوب عمل را به ذمه او می‌آورد.^{۷۲}

این برداشت را می‌توان از روایات هم استفاده کرد برای مثال در اموری مانند آمیزش جنسی یا تمکین برای دختران سن ده سالگی یا بالاتر ذکر شده است.^{۷۳}

۳-۱- کودک در حقوق ایران

واژه کودک و معادل‌های آن در زبان و نوشته‌های حقوقی به صورت فراوان اسفاده شده است و نسبت به آن حقوق و تکالیف متعدد بیان شده است. مفهوم کودک در قوانین و اسناد مختلف با سنجه‌های متفاوتی معرفی شده است. در حقوق نیز برای تعریف کودک و تطبیق مصادیق آن به دو عنوان آغاز و پایان کودکی توجه می‌شود.

^{۶۸} فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی (۱۴۰۱ق). مفاتیح الشرائع، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۴/۱

^{۶۹} محمد ابراهیم جنتی به نقل از، انصاری، قدرت الله، ۱۳۹۲، احکام و حقوق کودکان در اسلام، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۸۶/۱

^{۷۰} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیث)، ۴۲/۲۶-۴۴؛ محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ۱۰۰/۲

^{۷۱} احمد صبور اردوبادی، روانشناسی نوجوانان و جوانان، ۱۴۹-۱۵۰، به نقل از انصاری، حقوق کودکان در اسلام، ۸۹/۱

^{۷۲} انصاری، حقوق کودکان در اسلام، ۹۵/۱

^{۷۳} کلینی، الکافی، ۳۹۸/۵، باب حد الذی یدخل بالمرأه فیه، ح ۱-۲-۳.

۱-۳-۱- آغاز کودکی در حقوق ایران:

در حقوق ایران با مطالعه قانون مدنی می‌توان به دو دیدگاه دست یافت. الف) تولد طفل شروع کودکی است. ب) انعقاد نطفه شروع کودکی است.

دکتر امامی به عنوان طرفدار نظریه اول بیان می‌کند: «صغار جمع صغیر است و در اصطلاح حقوقی، صغیر به کسی گفته می‌شود که از نظر سن، به نمو جسمانی و روحی لازم برای زدگانی اجتماعی رسیده باشد. قانون مدنی صغیر را تعریف ننموده است و دوران آن را بیان نکرده است ولی چنان که از قسمت اول ماده ۱۲۰۹ قانون مدنی فهمیده می‌شود دوران صغر از تولد شروع می‌گردد.»^{۷۴} قائلین به نظریه غیر مستقل بودن جنین را دلیل عدم شخصیت یابی جنین می‌دانند و آن را وابسته به مادر بیان می‌کنند. و همین دلیل در ماده ۹۵۷ قانون مدنی به زنده متولد شدن مشروط شده است.^{۷۵} ماده ۹۵۷ بیان می‌کند: «حمل از حقوق مدنی متمتع می‌گردد مشروط بر اینکه زنده متولد شود.»

در ماده‌های ۸۵۱ و ۸۷۵ نیز همینگونه وضع قانون شده است. در ماده ۸۵۱ قانون مدنی قانونگذار بیان می‌کند: «وصیت برای حمل صحیح است لیکن تملک اومنوط است بر اینکه زنده متولد شود.» و در ماده ۸۷۵ می‌گوید: «شرط وراثت زنده بودن در حین فوت مورث است و اگر حمله باشد در صورتی ارث می‌برد که نطفه او حین الموت منعقد بوده و زنده هم متولد شود اگرچه فوراً پس از تولد بمیرد.»

دیدگاه دوم آغاز کودکی را در قانون ایران از زمان انعقاد نطفه و ابتدای حمل می‌داند، بعضی بیان می‌کنند که دوران کودکی دارای مراحل است که مرحله جنینی یکی از آن مراحل است که البته هر کدام از این مراحل می‌تواند دارای حقوق و تکالیفی باشد.

برای مثال جنین حق حیات دارد و کسی که سقط جنین کند باید دیه جنین را پرداخت کند و مجازات‌های مواد ۴۸۸ و ۴۸۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ متحمل شود که می‌گوید: «هر گاه در اثر کشتن مادر، جنین بمیرد و یا سقط شود دیه جنین در هر مرحله‌ای که باشد باید بر دیه مادر افزوده شود. ماده ۴۸۹ - هر گاه زنی جنین خود را سقط کند دیه آن را در هر مرحله‌ای که باشد باید بپردازد و خود از آن دیه سهمی نمی‌برد.»

همین رویکرد در قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ پی گرفته شده است و در ماده ۷۱۶ بیان می‌کند: «دیه سقط جنین به ترتیب ذیل است: الف- نطفه ای که در رحم مستقر شده است، دو صدم دیه کامل ب- علقه که در آن جنین به صورت خون بسته درمی‌آید، چهار صدم دیه کامل پ- مضغه که در آن جنین به صورت توده گوشتی در می‌آید، شش صدم دیه کامل ت- عظام که در آن جنین به صورت استخوان درآمده لکن هنوز گوشت روییده نشده است، هشت صدم دیه کامل ث- جنینی که گوشت و استخوان بندی آن تمام شده ولی روح در آن دمیده نشده است یک دهم دیه کامل ج- دیه جنینی که روح در آن دمیده شده است اگر پسر باشد، دیه کامل و اگر دختر باشد نصف آن و اگر مشتبه باشد، سه چهارم دیه کامل» برای جنینی که روح در آن دمیده دیه کامل و برابر با انسان کامل وضع شده است.

^{۷۴} امامی، سید حسن، (۱۳۷۷)، حقوق مدنی، تهران: کتابفروشی اسلامی، ۳۴۳/۵

^{۷۵} امامی، حقوق مدنی، ۱۵۱/۵ و ۱۵۲

طرفداران این نظریه در توجیه ماده ۹۵۷ و ۸۵۱ قانون مدنی که در شرح دیدگاه قبل بیان شد، زنده متولد شدن حمل را کاشف بر شخصیت جنین از ابتدا می‌دانند. و حقوق را از همان ابتدا برای جنین می‌پذیرند. و باید پذیرفت که حداقل جنین دارای روح در قوانین جمهوری اسلامی ایران و شرع دارای شخصیت است حتی قانونگذار در ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ از لفظ قتل در رابطه با سقط جنین ذی روح استفاده کرده است و در روایات نیز سقط اینچنین جنینی قتل اطلاق شده است.^{۷۶} حتی بعضی نسبت به قتل جنین دارای روح مجازات قصاص قائل شده اند.^{۷۷}

۲-۳-۱- پایان کودکی در حقوق ایران:

قوانین ایران مطابق با نظر مشهور فقها سن بلوغ شرعی را معیار ورود به حقوق کیفری و خروج از حجر می‌داند.^{۷۸} در تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی که در سال ۱۳۶۱ به این ماده اضافه شده است، سن بلوغ پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری معین شده است. این ماده رسیدن به سن بلوغ را دلیل برای رشد دانسته است و خلاف آن را محتاج اثبات دانسته است ناظر به دخالت در امور مربوط به خود است به جز امور مالی که به حکم تبصره ۲ همین ماده مستلزم اثبات رشد است.^{۷۹}

البته قوانینی در کشور سن پایان کودکی را متفاوت بیان می‌کند؛ در مواد ۳۴ تا ۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۰۴ پایان سن کودک را ۱۸ سال می‌داند. و همینطور در ماده واحده اصلاحی ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام (مصوب ۱ تیر ۱۳۸۱) سن نکاح دختر را زیر ۱۳ سال می‌داند و در صورت ازدواج کمتر از این سن باید اذن ولی تشخیص دادگاه صالح وجود داشته باشد، بند الف ماده ۴ قانون استخدام کشوری حداقل سن مجاز برای استخدام را ۱۸ سال تعیین کرده است. بعضی حقوقدانان می‌گویند «بلوغ زمانی می‌باشد که قوای جسمی کودک رشد و نمو یابد و آماده برای تناسل و توالد می‌گردد و آن یک امر طبیعی است».^{۸۰}

۲-۱- کودک در اسناد بین المللی

یکی از مهم‌ترین اسنادی که نسبت به کودک تعریفی را بیان کرده است «کنوانسیون حقوق کودک»^{۸۱} است، می‌توان دلیل اهمیت کنوانسیون حقوق کودک را ویژگی‌های خاص آن دانست که عبارتست از: پذیرش عمومی کشورهای جهان به استثنای دو کشور^{۸۲}، منافع کودک در این کنوانسیون اولویت قرار گرفته است ماده خاص نسبت به این موضوع در متن کنوانسیون تخصیص داده شده است.^{۸۳} این کنوانسیون در ماده ۱ خود بیان می‌کند که: «کودک یعنی هر انسانی که زیر ۱۸ سال سن داشته باشد مگر این که بر طبق قانون مربوطه آن کشور سن بلوغ کمتر باشد.» در این ماده فقط به پایان دوران کودکی توجه شده است البته طرح پیشنهادی لهستان شروع کودکی را از لحظه تولد پیش بینی کرده است، برخی

^{۷۶} حر عاملی حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۳۱/۲۶، ح ۳۲۴۲۴.

^{۷۷} امامی، مسعود (۱۳۸۶) «قصاص در سقط جنین عمدی»، کاوشی نو در فقه، پاییز، سال چهاردهم - شماره ۲، ۶۰.

^{۷۸} قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، ماده ۴۹ تبصره ۱.

^{۷۹} کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۳، قانون مدنی در نظام حقوقی کنونی، چ ۴۱. تهران: میزان، ۷۳۳.

^{۸۰} امامی، حقوق مدنی، ۵/ ۲۴۴.

⁸¹ Convention on the rights of child

^{۸۲} ایزدی، مهدی (۱۳۷۸)، «یونیسف و حمایت از حقوق کودک»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران مرکزی، ۶۷.

^{۸۳} ایزدی، «یونیسف و حمایت از حقوق کودک»، ۶۷-۶۸.

دلیل این بیان را جواز سقط جنین در اروپای شرقی بیان کرده اند با این وجود کشورهایی هستند که شروع دوره کودکی را قبل از تولد می‌دانند مانند: ایرلند و کشورهای آمریکای لاتین و...^{۸۴}

کنوانسیون حقوق کودک با اینکه سن ۱۸ سال را برای پایان کودکی مشخص کرده است اما سن کمتر از ۱۸ سال را نوعی به رسمیت شناخته است به این دلیل که در انتها ماده ۱ قانون کشورها را مجاز به این امر دانسته است. کنوانسیون سن بلوغ و رشد را یکسان فرض کرده است البته شاید به این دلیل باشد که مبنای نویسندگان این کنوانسیون نظریه «رشد» است که در این صورت مفهومی به عنوان بلوغ اصلا مورد توجه نیست.^{۸۵}

بند ۵ ماده ۶ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۹۹۴ مجمع عمومی سازمان ملل در رابطه با مجازات افراد بیان می‌کند: «حکم اعدام نسبت به جرائم اشخاص کمتر از ۱۸ سال صار نمی‌شود و در رابطه با بانوان باردار نیز مجاز به اجرا نیست»^{۸۶}

همینطور بند دال ماده ۱ قرارداد تکمیلی منع بردگی و برده فروشی مصوب ۱۹۶۲ ژنو و ماده ۲ کنوانسیون بدترین شکل کار کودک و براساس نظر سازمان بهداشت جهانی لفظ کودک به افرادی گفته می‌شود که زیر ۱۸ سال سن داشته باشند.^{۸۷}

۵-۱- کودک در قوانین کشورهای دیگر

۵-۱-۱- کودک در قوانین کشورهای اسلامی

اردن از اولین کشورهایی است که برای کودکان قانون خاص وضع کرده است. در ماده ۱۸ قانون مصوب ۱۹۶۸ م حداقل سن تمیز برای کودک سن هفت سالگی است.

قانون جدید اردن برای کودکان سه دوره را بیان می‌کند: مرحله عدم وجود قصد، مرحله ادراک ناقص و مرحله ادراک تام.^{۸۸} مرحله اول براساس قانونی که مصوب ۲۰۱۴ م است تا سن ۱۲ سالگی ادامه دارد. مرحله دوم از ۱۲ سالگی تا ۱۵ سالگی و مرحله سوم از ۱۵ سالگی تا ۱۸ سالگی وضع شده است.

در کشور عراق اولین قانون کودکان در سال ۱۹۵۵ م بوده است؛ براساس ماده اول این قانون کودکان به سه دسته تقسیم می‌شوند: صبی: هر پسر و دختری که کمتر از هشت سال دارد، مراهق: از ۱۲ سال تا ۱۵ سال است و فتی: از ۱۵ سال تا ۱۸ سال است که کاملاً شبیه قانون کودکان اردن وضع شده است اما در قانون دیگری مصوب ۱۹۶۹، ماده ۶۹ آن شروع کودکی را از بدو تولد و پایان کودکی را ۱۸ سالگی تمام بیان می‌کند.^{۸۹}

^{۸۴} پیوندی، حقوق کودک، ۴۲

^{۸۵} پیوندی، حقوق کودک، ۴۳-۴۴

^{۸۶} کنوانسیون بین المللی حقوق سیاسی دوره ای، ماده ۶، شماره ۵

^{۸۷} ایردانیان، امیر، (۱۳۸۱). «بررسی تطبیقی کودک در اسناد و مقوله نامه های بین المللی و مقررات داخلی»، دادرسی، بهمن و اسفند، شماره

۵۷، ۳۶

^{۸۸} غسان، الزینبان (بی تا). المسئولیه الجزائیه للاحداث الجانحین فی القانون الاردنی. الاردن: جامعه البلقان التطبيقیه، ۶۶۹

^{۸۹} جعفر، زهریر، (مرداد ۱۳۹۶)، «مطالعه تطبیقی مسئولیت کیفری اطفال و نوجوانان در نظام حقوقی ایران و عراق»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه فردوسی مشهد، ۴۰-۴۳

براساس نظام نامه جزای عمومی مصوب ۱۳۰۲ افغانستان اطفال به دو دسته تقسیم می‌شوند: از بدو تولد تا ۱۳ سالگی و از ۱۳ سالگی تا ۱۵ سالگی. براین اساس شروع کودکی از تولد و پایان کودکی، اتمام ۱۵ سالگی بیان شده است.^{۹۰}

ماده ۷۰ و ۷۷ قانون جزای مصو ۱۳۵۵ کشور افغانستان پایان کودکی را ۱۸ سالگی بیان کرده است ماده ۴ قانون رسیدگی به تخلفات کودکان مصوب ۱۳۸۳ نیز سن ۱۸ سال را سن مسئولیت کامل کیفری می‌داند.^{۹۱}

در قانون کشور بحرین کودک در سن ۱۵ سالگی به اتمام می‌رسد و کودک بعد از این سن دارای مسئولیت کامل کیفری است.^{۹۲}

در کشور الجزایر در سال ۲۰۱۴م با اصلاح قانون مجازات و تصویب قانون حمایت از کودکان در سال ۲۰۱۵ م رویکرد جدیدی نسبت به کودکان ایجاد شد. این قوانین پایان کودکی را به ۱۸ سال افزایش دادند.^{۹۳}

در سال ۱۹۹۰ م در یمن اولین قانون حمایت از اطفال تصویب شد و در ماده دوم این قانون کودک را فردی می‌داند که کمتر از ۱۵ سال سن دارد البته در ماده ۳۱ قانون مجازات یمن مصوب ۱۹۹۴م، سن مسئولیت کیفری ناقص از هفت سالگی آغاز و و از ۱۵ سالگی این مسئولیت کامل می‌گردد باید به این امر توجه داشت که به افراد زیر ۱۸ سال نیز تخفیف‌هایی تعلق می‌گیرد.

در قانون اطفال مصوب ۲۰۰۳م کشور سودان، هر دختر و پسری که کمتر از ۱۸ سال سن داشته باشند، کودک تلقی شده است و قانون اطفال مصوب ۲۰۱۰ نیز این امر را تایید کرده است.^{۹۴}

کشور امارات و عربستان نیز سن اتمام کودکی را ۱۸ سالگی تعیین کرده اند، اما کشور قطر سن ۱۶ سالگی را برای مسئولیت کیفری کامل پذیرفته است و به نوعی این سن را پایان کودکی بیان کرده است.^{۹۵}

گروهی از کشورها شروع کودکی را از زمان تشکیل نطفه بیان کرده اند، برای مثال آرژانتین در قانون مدنی خود می‌گوید: هستی و موجودیت انسان از لحظه انعقاد نطفه در رحم مادر آغاز شده و هرکس تواند از حقوق معین قبل از تولد مانند کسی

^{۹۰} دانشور وزیری، (پاییز ۱۳۹۹)، «بازپژوهی آغاز سن تعقیب کیفری در حقوق کیفری کشورهای اسلامی»، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد

حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، ۱۰۸

^{۹۱} سلطانی، عتیق الله، (شهریور ۱۳۹۳)، «مسئولیت کیفری اطفال و نوجوانان در حقوق ایران و افغانستان»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه بین المللی امام خمینی، ۷۰ و ۸۰

^{۹۲} ماده ۳۲ قانون عقوبات بحرین، به نقل از الیاس یوسف، (۲۰۱۴م)، قوانین الاحداث الجانحين فی دول مجلس التعاون، بیجا، المكتب التنفیذی لمجلس وزراء العمل و مجلس وزراء، ۷۱

^{۹۳} فاطمه زهرا، (بی تا)، «المسئولیه الجزائیه للطفل بین الانعدام و التخفیف فی التشريع الجزائى»، مجله الدراسات والبحوث القانونیه، شماره دوم. ۱۹۶

^{۹۴} ابوبکر، بدر الدین عبدالله، (۲۰۱۰م). معیار تحدید سن المسئولیه الجنائیه للطفل بین الشریعه الاسلامیه و قانون الطفل السودانی، جامعه غرب کردفان، ۷

^{۹۵} عبدالعزیز الحکمی، المسئولیه الجزائیه للاحداث الجانحين و المشردين، ۳۸ و ۴۱ و ۵۵

که متولد شده است بهره مند شود، اگر جنین در رحم به صورت زنده متولد شد حقوق او برگشت ناپذیر است اگرچه زمان تولد از مادرش جدا شود.^{۹۶}

۲-۵-۱- کودک در قوانین کشورهای غیر اسلامی

بعضی از کشورها شروع کودکی را تولد طفل و یا حتی بقای بعد از تولد می‌دانند. ایالات متحده آمریکا آغاز کودکی را با توجه به نظر دیوان عالی، لحظه مشخص شدن قابلیت زنده ماندن و دوام طفل قرار داده است.^{۹۷} این قابلیت را دانشمندان و کارشناسان پزشکی آمریکا در ۷ ماه بعد از تولد قابل اثبات می‌دانند.^{۹۸} در فرانسه دو شرط برای دارای حقوق شدن جنین بیان شده است: زنده متولد شدن و قابلیت بقا. اما در ماده ۱ قانون مدنی آلمان و ماده ۳۱ قانون مدنی سوئیس به شرط دوم اشاره نشده است. بعضی حقوق دانان می‌گویند در حقوق روم و فرانسه، زنده به دنیا آمدن جنین برای بدست آوردن شخصیت و حقوق کافی نیست، بلکه باید قابل زنده ماندن نیز باشد. پس اگر جنین زنده به دنیا آید ولی به علتی قابلیت زنده ماندن نداشته باشد و با فاصله کمی بمیرد حقوقی برای او ثابت نمی‌شود.^{۹۹}

در قانون اسپانیا برای برخورداری جنین از حقوق به شرط دیگری اشاره شده است که طفل باید به صورت انسان باشد و ۲۴ ساعت خارج از رحم زنده بماند.^{۱۰۰} این نوع وضع قوانین در رابطه با شروع کودکی نشان می‌دهد که در رابطه با جنین حقوقدانان قائل به نوعی شخصیت حقیقی هستند ولی این تعلق حقوق به این شخصیت به صورت متزلزل و موقت است، برای مثال سقط جنین در ماده ۴۰ قانون ۱۹۷۴ فرانسه تا هفته دهم بارداری و در آلمان غربی تا پایان هفته دوازدهم و در آمریکا تا شش ماهگی مجز شمرده شده است.^{۱۰۱}

بیشتر کشورهای جهان پایان کودکی را ۱۸ سال تمام قراردادده اند، در بیشتر ایالات کشور آمریکا همین سن وضع شده است البته تعداد کمی از آنها سن ۱۹ یا ۲۱ را هم انتخاب کرده اند.^{۱۰۲}

در فرانسه افراد زیر ۱۳ سال دارای مسئولیت کیفری نیستند و تا ۱۸ سالگی نیز کودک محسوب می‌شوند ولی مسئولیت کیفری دارند ولی مجازات‌های متفاوتی دارند. قوانین الجزایر شبیه قواعد فرانسه است. در قانون آلمان ۲۱ سال تمام پایان کودکی است ولی از ۱۴ سال مسئولیت کیفری متفاوتی با بزرگسالان شامل حال آنها می‌شود. در ماده ۹۵ قانون اطفال

^{۹۶} یونیسف، کنوانسیون حقوق کودک، ۳

^{۹۷} عبادی، شیرین، ۱۳۷۵، حقوق کودک، تهران: کانون، ۵۷/۱

^{۹۸} فرودینانداستون، نهادهای اساسی حقوق ایالات متحده، ۳۰، به نقل از پیوندی، حقوق کودک، ۴۶

^{۹۹} صفایی، سید حسین؛ قاسم زاده، سید مرتضی، ۱۳۷۸، حقوق مدنی (اشخاص و محجورین)، چ ۴، تهران: سمت، ۳۳؛ امامی، حقوق مدنی، ۱۵۳/۴

^{۱۰۰} امامی، حقوق مدنی، ۱۵۳/۴

^{۱۰۱} پیوندی، حقوق کودک، ۴۷؛ سید حسن صفایی، حقوق مدنی (اشخاص و محجورین)، ۳۸-۳۹

102 Robin leonard and Stephan, children right, responsibilities and troubles, p1.

www.lectlaw.com

مصر و ماده ۱ قانون اطفال کویت می‌گوید: «طفل کسی است که کمتر از ۱۸ سال سن داشته باشد و طفلی که کمتر از ۷ سال دارد به طور کامل از مسئولیت مبرا است.^{۱۰۳} کشورهای سوریه، عربستان و لبنان نیز به همین صورت هستند.^{۱۰۴}

در کانادا، پایان کودکی ۱۹ سالگی وضع شده است.^{۱۰۵} در سیستم حقوقی آمریکای جنوبی افراد زیر هفت سال دارای هیچ مسئولیتی نمی‌باشند و از هفت سال تا ۱۴ سال مسئولیت کیفری متصور نیست، مگر اینکه دادگاه بتواند اثبات کند که کودک در این سن قدرت تشخیص دارد، با این شرایط می‌توان فرد را تحت تعقیب قرارداد. (اسکلتن، ایجاد یک نظام نوین دادرسی نوجوان، ۴۵) ماده ۶۴ قانون اساسی سوئیس دادرسی اطفال بین هفت تا ۱۸ سال را به قانون صلاحیت دار هر کانتن محول کرده است. (زمان دانش، الزام اطفال و نوجوانان بزهکار به کارهای عام المنفعه و حقوق طبیعی، ۵) در حقوق انگلستان نیز کودکی به سه دسته کمتر از ده سال، کودکان ده تا ۱۴ سال و افراد ۱۴ تا ۱۸ سال تقسیم شده است. که دسته اول براساس بخش ۱۶ قانون ۱۹۳۶ هیچ مسئولیت کیفری ندارند. گروه دوم بعد از تصویب قانون ۱۹۸۸ مسئولیت کیفری یافتند و دسته سوم همانند بزرگسالان یا آنها برخورد می‌شود با این تفاوت که نوع مجازات آنها با مجازات‌ها بزرگسالان تفاوت دارد.^{۱۰۶}

۲- کودک همسری

کودک همسری به هر ازدواج رسمی یا پیوند غیررسمی بین یک کودک زیر سن معین و یک بزرگسال یا کودک دیگر اطلاق می‌شود.^{۱۰۷} با این وجود اکثر مصادیق کودک همسری را ازدواج دختران کودک با همسران بزرگسال شامل می‌شود که در منابع حقوقی غرب آن را نشأت گرفته از نابرابری جنسیتی می‌دانند.^{۱۰۸} این تعریف تمام مصادیق ازدواج کودک با کودک، دختر کودک با مرد بزرگسال و پسر کودک با دختر بزرگسال را شامل شود.

اگرچه معمولاً در حقوق غربی سن بلوغ و سن ازدواج در ۱۸ سالگی تعیین می‌شود، اما هر دوی این عناوین در کشورهای مختلف متفاوت هستند و بنابراین سن ازدواج ممکن است در یک کشور خاص بیشتر یا کمتر باشد. حتی در مواردی که سن ۱۸ سال تعیین شده است، سنت‌های فرهنگی ممکن است قوانین را زیر پا بگذارد و بسیاری از حوزه‌های قضایی اجازه ازدواج زودهنگام با رضایت والدین یا در شرایط خاص، مانند بارداری در نوجوانی را می‌دهند.^{۱۰۹}

این تفاوت در سن بلوغ و ازدواج مصادیق کودک همسری را در کشورهای مختلف متعدد می‌سازد. به نظر می‌رسد این تفاوت برای تحقق حقوق کودکان ایجاد مشکل نمی‌کند بلکه مفید نیز به نظر می‌رسد زیرا رسیدن به سن رضایت جنسی

^{۱۰۳} عوین، زینب احمد، ۲۰۰۳م، قضاء الاحداث؛ دراسة المقارنة، عمان، دارالعلمیه الولیة و دارالثقافة، ۱۰

^{۱۰۴} پیوندی، حقوق کودک، ۴۸

^{۱۰۵} ایردانیان، «بررسی تطبیقی کودک در اسناد و مقاله نامه های بین المللی و مقررات داخلی»، ۵۶

^{۱۰۶} میر محمد صادقی، حسین، بهار و تابسان ۱۳۸۷، «طبقه بندی کودکان بزهکار در نظام کیفری انگلستان»، تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق شهید بهشتی، ش ۲۵ و ۲۶، ۵۶

¹⁰⁷ Gastón, Colleen Murray (2019). "Child marriage among boys: a global overview of available data". *Vulnerable Children and Youth Studies*. 198-218

¹⁰⁸ Parsons, Jennifer (2015). "Economic Impacts of Child Marriage: A Review of the Literature". *The Review of Faith & International Affairs*. 13 (3): 13

¹⁰⁹ Nour, NM (2009). "Child Marriage: a silent health and human rights issue". *Reviews in Obstetrics and Gynecology*. 2 (1): 2

و توانایی و میل جنسی و همینطور آمادگی برای زندگی مشترک در کشورها و جوامع مختلف تفاوت می‌کند زیرا این امور با تفاوت شرایط محیطی، فرهنگی و مذهبی دستخوش تغییر می‌شود.

۲-۱- پیشینه کودک همسری

ازدواج کودکان در طول تاریخ رایج بوده است و همچنان نیز در مناطق مختلف جهان رواج دارد، به ویژه در کشورهای در حال توسعه مانند بخش‌هایی از آفریقا، جنوب، شرق و غرب آسیا، آمریکای لاتین و اقیانوسیه. با این وجود حتی در کشورهای به ظاهر پیشرفته مانند ایالات متحده آمریکا، هنوز قوانینی وجود دارد که در ۴۶ ایالت از ایالات آن ازدواج کودکان را مجاز می‌شمارد، آمار ازدواج کودکان در اکثر نقاط جهان کاهش یافته است. داده‌های سال ۲۰۱۸ یونیسف نشان داد که حدود ۲۱ درصد از زنان جوان در سراسر جهان (۲۰ تا ۲۴ ساله) در کودکی ازدواج کرده‌اند. این آمار نسبت به ۱۰ سال قبل کاهش ۲۵ درصدی را شاهد بوده است.^{۱۱۰} کشورهایی که بالاترین نرخ ازدواج کودکان زیر ۱۸ سال را داشتند نیجر، چاد، مالی، بنگلادش، گینه، جمهوری آفریقای مرکزی، موزامبیک و نیال با نرخ بالای ۵۰ درصد بودند. نیجر، چاد، بنگلادش، مالی و اتیوپی کشورهایی بودند که طبق نظرسنجی‌های ۲۰۰۳-۲۰۰۹، نرخ ازدواج کودکان زیر ۱۵ سال بیش از ۲۰ درصد بود.^{۱۱۱} در سراسر جهان، سالانه ۱۲ میلیون دختر زیر ۱۸ سال ازدواج می‌کنند.

در ایران آمار محاسبه شده سال ۱۳۸۵ بیان می‌کند که ۱/۶۸ درصد از کودکان ۱۰-۱۴ سال و قریب به ۱۷ درصد از افراد ۱۵-۱۹ سال در کشور، ازدواج کرده‌اند. براساس ارقام اعلام شده به وسیله معاونت امور زنان و خانواده ریاست جمهوری، گرایش به ازدواج در سن پایین‌تر از ۱۵ سال برای دختران ۵/۴ درصد است. این اعداد در سال ۱۳۹۳ به ۶ درصد رسیده و در سالهای ۹۴ و ۹۵ نیز ۵/۴ را نشان می‌دهد. ارقام آماری نشان می‌دهد ازدواج ۱۰ تا ۱۴ سال در چند سال اخیر سعودی بوده است. بنا بر آمار ثبت احوال کشور، ۴۰۲۲۸ نفر در سال ۱۳۹۳؛ ۳۶۹۳۸ کودک ۱۰-۱۴ ساله در سال ۱۳۹۴ ازدواج کرده‌اند^{۱۱۲} مرکز آمار ایران در پاییز ۱۳۹۹، ۷۳۱۷ ازدواج در سن ۱۰-۱۴ در ایران ثبت شده است.^{۱۱۳} به نظر می‌رسد آمار از سال ۱۳۸۴-۱۳۸۹ ازدواج کودکان زیر ۱۰ سال که ۷۱۶ مورد بوده است و نسبت به سه سال قبل دو برابر شده است. ارقام سال ۸۹ بیان می‌کند که ۳۷۰۰۰ کودک ۱۰ تا ۱۸ ساله مطلقه و بیوه در کشور سرشماری شده‌اند همچنین بنابر آمار ارائه شده نسبت به سال ۱۳۸۶ تا ۱۳۸۹، در هر سال ۸۰۰ ازدواج دختران ۱۰ تا ۱۴ سال و ۱۵ هزار دختر ۱۵ تا ۱۹ ساله در ایران به طلاق انجامیده است. بر اساس آمار ثبت احوال استان تهران در سال ۱۳۹۰، ۷۵ زن یا مرد با سن پایین‌تر از ۱۰ سال به ازدواج درآمده‌اند.

نگاه نظام‌های حقوقی نسبت به کودک همسری در فصل آینده به تفصیل بحث می‌شود.

110 UNICEF DATA, Child Marriage: Latest trends and future prospects" 5 July 2018. Retrieved 19 June 2019.

111 The Economist, Child brides – For poorer, most of the time (February 28, 2011)

112 فرهمند، مهناز (۱۴۰۰). «واکاوی تجارب زناشویی کودک همسری: درهم آمیختگی عاطفی - فکری و بی قدرتی»، نشریه پژوهش‌های جامعه‌شناسی معاصر، ۱۷(۹)، ۱۱۹

113 زارعی محمود آبادی، حسن (۱۴۰۰). «علل و پیامدهای ازدواج زودهنگام و وقوع کودک همسری در دانش‌آموزان دختر استان یزد (طلاق دانش‌آموزی): مطالعه داده بنیاد»، نشریه طلوع بهداشت، ۲۰(۳)، ۱۴

۱-۲-۱- کودک همسری به عنوان مسئله اخلاقی

خداوند متعال در آیات قرآن ازدواج را مایه آرامش و تسکین زوجین و اعضای خانواده می‌داند و مکمل بودن زوجین برای یکدیگر دلیل به وجود آمدن این چنین آرامشی است، و اگر این مرحله از زندگی انسان به صورت صحیح تحقق نیابد رشد و کمال اخلاقی افراد به مخاطره افتاده و در نتیجه جامعه از نظر اخلاقی و دچار ضعف و حتی انحطاط می‌شود.

علامه جوادی بیان می‌کند که هر ناقصی مشتاق به کمال خویش است و هر نیازمندی به چیزی گرایش دارد که نیاز او را برطرف کند. به همین دلیل مودت و رحمت دو سویه در بین آن دو به وجود می‌آید. «پر واضح است که این نیازها مختص به نیاز جنسی نیست.^{۱۱۴}

و به دلیل دشوار بودن مسئولیت اداره خانواده و تربیت فرزندان و ... طبیعی است که افراد به صورت عادی این مسئولیت را نپذیرند از این رو خداوند برای تشکیل این نهاد پر اهمیت اموری مانند: رنج بردن از تنهایی، لزوم پاسخ به غرایز جنسی و لذت بردن از رابطه جنسی را ایجاد کرده است. و در اخلاق اسلامی نیز حب در ازدواج داخل در حب شهوات مذموم نیست و در روایات متعدد بدان ترغیب نیز شده است.^{۱۱۵}

رهاوردهای ازدواج، تنها در برخورداری شدن از لذات جنسی، تولید مثل، رهایی از تنهایی و امثال آنها خلاصه نمی‌شود، بلکه ازدواج به دلیل آنکه غوای شهوانی را فرومی‌نشاند و گزینه جنسی را تعدیل می‌کند و در پی آن، ذهن و دل انسان را از فشارهای گزینه جنسی رها می‌سازد، تأثیر بسزایی در تولید و رویش معنویت خواهد داشت. در حقیقت، بدون ازدواج و بدون رسیدگی بهنگام و درست به گزینه جنسی، انسان نمی‌تواند سیر و سلوک موفق داشته باشد.

شاید از این رو است که در روایات حتی عبادات فرد متاهل با ارزش تر از فرد مجرد است؛ «رَكَعَتَانِ يُصَلِّيهِمَا الْمُتَزَوِّجُ أَفْضَلُ مِنْ سَبْعِينَ رَكَعَةً يُصَلِّيْهَا أَعَزَبُ»^{۱۱۶}

حال اگر ازدواج در سنین کودکی باعث ایجاد خطر در کارکردهای خانواده گردد به نظر می‌رسد با مقتضای عقد نکاح متعارض است.

علاوه بر این امور، در نگاه اخلاقی ازدواج با کودکان در نظر عرف کنونی منافی با اصول آن است، زیرا ازدواج کودکی که آشنایی با امور زناشویی ندارد و از زندگی در کنار جنس مخالف درکی ندارد، می‌تواند ضررهای جبران نشدنی برای اخلاق فردی و اجتماعی ایجاد کند. مانند رواج امور جنسی در سنین نا متعارف، خشونت‌های روانی و جنسی و

۲-۱-۲- کودک همسری به عنوان مسئله حقوقی

همانطور که ازدواج کودکان از نظر اخلاق دارای پالش های فراوانی است از نظر حقوقی نیز در آن چالش‌هایی وجود دارد، از این رو در چند دهه گذشته جوامع حقوقی مختلف رو به محدود ساختن و ممنوع کردن این نوع ازدواج هستند. و یونیسف در حال برنامه ریزی‌های گسترده برای ریشه کن کردن این نوع ازدواج در جامعه جهانی است.

^{۱۱۴} جوادی آملی، خانواده متادل و حقوق آن، ۴۵

^{۱۱۵} جوادی آملی، تسنیم، ۳۱۹/۱۳

^{۱۱۶} کلینی، الکافی، ۳۲۸/۵.

یکی از مهم‌ترین چالش‌هایی که در ازدواج زود هنگام وجود دارد، محدود ساختن اراده کودک برای انتخاب همسر خود است و هم‌نظر ضررهای روانی و جسمی فراوانی که به کودک همسران وارد می‌شود، مانند: افسردگی، ناکامی، پشیمانی از ازدواج، عدم رضایت جنسی و....

کودک به عنوان یک فرد ناتوان در تشخیص مصالح خود وابسته به ولی خود است و ولی، موظف است که تمام تصمیمات در رابطه با کودک را براساس مصلحت کودک اتخاذ کند و از بروز ضرر برای کودک جلوگیری کند مسئله اصلی در جوامع حقوقی این است که آیا ازدواج کودکان متناسب با غبطه یا منافع عالیه کودک است یا خیر؟

این چالش در حقوقدانان مسلمان دو چندان است زیرا در ظاهر فقه اسلامی منعی برای کودک همسری ندارد و حقوق دانان با در نظر گرفتن فقه اسلامی به عنوان بستر قوانین وضع شده کشورهایشان دچار سردرگمی می‌شوند. به نظر می‌رسد تحلیل دقیق نظر فقه اسلامی در رابطه با ازدواج کودکان یا کودک همسری این سردرگمی را از بین خواهد برد.

۲-۲- کودک همسری و خوانش‌های آن

همان‌طور که در تعریف کودک همسری بیان شد، کودک همسری به ازدواج رسمی یا غیر رسمی افراد در سن کودکی گفته می‌شود و تفاوتی نمی‌کند که کودک همسر، پسر باشد یا دختر، البته مصداق معروف در بین جامعه ازدواج دخترهای کم سن با مردهای بزرگسال است.

اما تعریف کودک همسری خوانش‌های متفاوتی از این مفهوم ایجاد می‌کند. شاید مشهورترین تعریف کودک همسری زندگی مشترک افراد کمتر از ۱۸ سال است و این تعریف در اسناد مختلف بین المللی نیز بیان شده است.

اما کشورهای مختلف براساس تعریفی که از کودک دارند، کودک همسری را تحلیل می‌کنند و شاید اگر بخواهیم کودک همسری را در فقه اسلامی نیز تحلیل کنیم باید به ازدواج‌های قبل از بلوغ اشاره کنیم و بنا برنظر مشهور فقها سن بلوغ دختران ۹ سال و پسران ۱۵ سال است. از این رو خوانش کودک همسری در اسلام و کشورهای اسلامی می‌تواند کاملاً متفاوت باشد.

کودک همسری شامل انواع ازدواج‌هایی است که صورت می‌گیرد و به دلیل تفاوت در اشکال و انواع ازدواج‌هایی که در کشورهای مختلف اتفاق می‌افتد مانند: ازدواج عاشقانه، خود خواسته، ازدواج اجباری، موقت، دائم و...، کودک همسری نیز متفاوت می‌شود.

نوع ازدواج‌های کودکان را به چند دسته تقسیم می‌توان کرد:

الف) ازدواج موقت، ب) ازدواج دائم غیر رسمی، ج) ازدواج دائم رسمی که بر اساس قانون است،

«طبیعتاً عقد موقت حمایت کمتری را برای زوجه در بر دارد و در این خصوص تفاوتی میان کودک یا بزرگسال نیست چراکه در بیشتر موارد ثبت نمی‌شود و زوجه از همین حداقل حقوقی که می‌تواند در زندگی مشترک برخوردار شود محروم می‌شود در خصوص کودکان این موضوع پررنگ‌تر است. از آنجایی که مطابق با قوانین موضوعه ایران ازدواج دختر زیر ۱۳ سال تمام شمسی و پسر زیر ۱۵ سال تمام مبنای قانونی ندارد و تحت شرایطی مثل مصلحت طفل و اجازه‌ی دادگاه

انجام می‌شود، لذا در برخی مناطق در مورد افراد زیر این سنین مذکور عقد دائم غیر رسمی منعقد می‌شود و منتظر می‌مانند تا هر یک از طرفین که شرط سن قانون را نداشت به سن مورد نظر برسد.

در بسیاری از نقاط جهان ازدواج مدنی چندان رایج نیست و ازدواج عرفی رواج بیشتری دارد که توسط جامعه و مردم به طور غیر رسمی منعقد می‌شود.^{۱۱۷}

۳- ازدواج

در لغت فارسی ازدواج به معنای جفت شدن، زن گرفتن یا شوهر کردن است.^{۱۱۸} ازدواج در لغت یعنی با هم جفت شدن، جفت گرفتن، زن گرفتن، شوهر کردن و به معنی زناشویی هم می‌آید.^{۱۱۹} زواج در لغت به معنای مقارنت شیء با شیء دیگر است از همین رو زوج قرین زوجه است و بالعکس. و به معنای زناشویی نیز ذکر شده است.^{۱۲۰} این لغت اختصاص به انسان ندارد و برای اشیاء دیگر مانند پرند و... استفاده می‌شود.^{۱۲۱} در آیات قرآن مانند آیه ۳۵ سوره بقره «وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ» و آیه ۲۱ سوره روم «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا» همین معنا استعمال شده است و این قرین قراردادن در آیات دیگر هم مورد استفاده قرار گرفته است.^{۱۲۲} البته این لغت در معنای اقتران مرد با زن به مدت طولانی و به دلیل ایجاد فرزند و حفظ شدن از منکرات رایج شده است.

این لفظ فقط در یک آیه قرآن کریم به معنای زواج معروف استفاده شده است (احزاب، ۳۷) و آن هم ازدواج نبی اکرم صلی الله علیه و آله با زینب بنت جهش و به معنای عقد نکاح به وسیله خود خداوند بوده است.^{۱۲۳}

بعضی لغت دانان زوج را در مقابل فرد قرار می‌دهند و آن را به معنای دو فرد می‌دانند.^{۱۲۴} اما ازهری انکار می‌کند و می‌گوید: زوج در بین نحویون به معنای یکی است و این نظر بهتری است.^{۱۲۵}

اصطلاح اصلی که در لغت عرب به معنای ازدواج استعمال شده لفظ نکاح است در معنای نکاح بین اهل لغت اختلاف نظر وجود دارد. با بررسی نظرات اهل لغت می‌توان نسبت به معنای آن سه دیدگاه اصلی یافت.

^{۱۱۷} عباسی، کیانا(بهم ۱۳۹۹). «کود همسری در حقوق ایران و نظام های بین المللی حقوق بشر»، پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق

بین الملل، دانشگاه قم: دانشکده حقوق، ۴۰

^{۱۱۸} دهخدا، لغت نامه دهخدا، ۱۶۷۰/۲

^{۱۱۹} عمید، حسن، ۱۳۶۳، فرهنگ فارسی عمید، تهران: انتشارات امیرکبیر، 110

^{۱۲۰} دهخدا، لغت نامه دهخدا، ۱۶۷۰/۲

^{۱۲۱} ابن فارس، معجم مقاییس اللغة، ۳۵/۳

^{۱۲۲} ابن منظور، لسان العرب، ۳۹۵/۳

^{۱۲۳} طباطبایی، محمد حسین(۱۳۵۲). المیزان فی تفسیر القرآن، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۲/۱۹

^{۱۲۴} المَطْرُزِي، ناصر بن عبد السید الخوارزمی (بی تا). المغرب فی ترتیب المغرب، بیروت: دارالکتاب العربی، ۲۳۴

^{۱۲۵} فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ماده نکح

الف) حقیقت لفظ نکاح در وطنی: چندی از لغویون شناخته شده ادبیات عرب مانند ازهری^{۱۲۶} و فیروزآبادی^{۱۲۷} و زبیدی^{۱۲۸} معنای اصلی و حقیقی لفظ نکاح را وطنی می‌دانند. و اگر هم به نکاح اطلاق می‌شود به دلیل سببیت آن برای وطنی مباح است. در مختلف نیز بر این معنا ادعای اجماع شده است.^{۱۲۹} و استعمال مجازی نکاح بر عقد تزویج به علاقه اسم مسبب بر سبب صورت می‌پذیرد.^{۱۳۰}

ب) حقیقت لفظ نکاح در عقد تزویج: این دیدگاه نیز طرفداران مشهوری در لغت عرب دارد مانند: ابن فارس و راغب^{۱۳۱} که لفظ نکاح را وضع شده در معنای عقد تزویج می‌دانند و استعمال در معنای وطنی را استعمال مجازی تلقی می‌کنند. صاحب مفردات حقیقت بودن این لفظ در معنای وطنی را محال می‌داند زیرا اسمائی که برای جماع استعمال می‌شود همه از کنایات هستند به دلیل قبحی که این معنا دارد.^{۱۳۲}

این گروه از لغتشناسان معنای مشهور در قرآن را عقد می‌دانند و فقط یک آیه را در معنای وطنی می‌گویند آن هم آیه ۲۳۰ سوره بقره «فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا» است. که براساس روایات نقل شده از عائشه در صحیح بخاری و مسلم به وطنی تفسیر شده است و ادله دیگر مانند:

انصراف لفظ نکاح به عقد در زمان اطلاق، این انصراف متبادر عرفی است و اصل هم در عدم نقل است، این لفظ در معنای شرعی دارای وضوح بیشتری است.^{۱۳۳}

ج) اشتراک اللفظی در عقد تزویج و وطنی: دیدگاه دیگری که در رابطه با معنای لفظ نکاح بیان شده است اشتراک لفظ بین عقد و وطنی است. قائلین به این نظر به تحقق و صحت استعمال نسبت به هردوی این معانی استدلال کرده اند و چون اصل بر حقیقت است قائل به اشتراک لفظی شده اند.^{۱۳۴} زرکشی نیز می‌گوید: «ظاهر در این لفظ اشتراک است و قرینه

^{۱۲۶} ازهری، محمد بن احمد (۱۴۲۲ق). معجم تهذیب اللغة، بیروت: دار المعرفة، ۶۴/۴

^{۱۲۷} فیروزآبادی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۳ق). القاموس المحیط. بیروت: دار الفکر، ۲۵۴/۱

^{۱۲۸} زبیدی، محمد بن محمد. (بی تا). تاج العروس من جواهر القاموس. [بی جا]: دار الهدایه، ۲۴۰/۴

^{۱۲۹} علامه حلی، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، ۳۵/۷

^{۱۳۰} منوفی، علی بن محمد بن محمد بن خلف المصری الشاذلی (بی تا). کفایه الطالب الربانی علی رساله ابن ابی زید القیروانی، قاهره: دار إحياء الكتب العربیة.

^{۱۳۱} راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (بی تا). المفردات فی غریب القرآن. [بی جا]: دفتر نشر کتاب، ۸۲۳

^{۱۳۲} راغب اصفهانی، المفردات فی غریب القرآن، ۸۲۳

^{۱۳۳} شوکانی، محمد. (۱۹۹۴م) فتح القدیر، دمشق: دار ابن کثیر، ۱۸۵/۳؛ نسفی، عبدالله بن احمد، (۱۴۱۸ق). البحر الرائق شرح کنز الدقائق (فی فروع الحنفیة). بیروت: دار الكتب العلمیة، ۸۲/۳

^{۱۳۴} شوکانی، فتح القدیر، ۱۸۵/۳؛ ۱۵۱. بهوتی، منصور بن یونس الحنبلی، (بی تا). کشف القناع عن متن الإقناع، بیروت: عالم الكتب، ۵/۵

اش هم تعیین است»^{۱۳۵} بعضی فقهای اهل سنت نیز به نظر ابوالقاسم زجاجی^{۱۳۶} استدلال کرده و نکاح را در وطی و عقد مشترک می‌دانند.^{۱۳۷}

البته نظرات دیگری در این رابطه وجود دارد که مشهور نیست. در یکی از این نظرات لفظ نکاح هم در معنای وطی و هم عقد تزویج مجازی استعمال شده است و معنای حقیقی آن در جمع، ضم و تداخل است.^{۱۳۸} فیومی دلیل این دیدگاه را نیاز به قرینه داشتن هر دو معنای وطی و عقد می‌داند و این را علامت مجاز بیان می‌کند.^{۱۳۹}

ابو عمرو غلام ثعلب می‌گوید: «نکاح لغتاً در معنای جمع بین دو شیء وضع شده است»^{۱۴۰}

(د) برخی نیز نکاح را در لغت به معنای «اختلاط»، «ضم» و «جمع» بیان داشته اند^{۱۴۱}

۱-۳- ازدواج در فقه اسلامی

این توجه را باید داشت که ازدواج امری حقیقی نیست از همین رو فصل و جنس ذاتی ندارد و لذا قابل تعریف حقیقی نیست بلکه این تعابیر شرحی اسمی از این اصطلاح است. در اصطلاح نیز معنای زواج همان معنای اصطلاحی نکاح پذیرفته شده است و اکثر فقها زواج شرعی را با موضوع استمتاع جنسی تعریف کرده اند و از اهداف و مقاصد و غایت آن سخنی به میان نیاورده اند. البته این اغفال، کم کاری را از فقها اثبات نمی‌کند زیرا آنها آن چیزی که معتبر در زمان خود بوده را اخذ می‌کردند و علم تجربی و علوم دیگر در آن زمان مباحث محدودی در این رابطه را مورد بررسی قرار داده بودند. البته به نظر می‌رسد بحث در این رابطه فقط به عقد ازدواج اختصاص نمی‌یابد زیرا برای هر عقدی محل عقدی وجود دارد و محل عقد زواج علاقه زوجیت است که وجود دارد و باید مورد بحث قرار گیرد.^{۱۴۲}

^{۱۳۵} زرکشی، شمس الدین محمد بن عبد الله المصری الحنبلی، (۱۴۱۳ ق)، شرح الزرکشی علی مختصر الخرقی، ریاض: دار البیکان، ۳/۵؛ ۱۵۳. بعلی، محمد بن أبی الفتح الحنبلی، (۱۴۲۳ ق)، المطلاع علی ألفاظ المقنع، جدة: مکتبة السوادی للتوزیع، ۳۱۸

^{۱۳۶} فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ۶۲۴/۲؛ زبیدی، تاج العروس، ۲/۲۴۳

^{۱۳۷} النووی، یحیی بن شرف الشیرازی (۱۳۴۲ ق)، المنهاج شرح صحیح مسلم بن - الحجاج المعروف بشرح النووی، ۲، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۷۱/۹؛ ابن حجر، شهاب الدین أحمد بن علی العسقلانی، (۱۳۳۴ ق)، فتح الباری شرح صحیح البخاری. بیروت: دار المعرفة، ۱۰۳/۹؛ مرداوی، علی بن سلیمان الدمشقی الصالحی الحنبلی، (بی‌تا)، الإنصاف فی معرفة الرائج من الخلاف، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۳/۸؛ شوکانی، نیل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ۱۱۵/۶

^{۱۳۸} فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ۲/۲۴۴

^{۱۳۹} ابن منظور، لسان العرب، ۳۹۵/۲؛ فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ۶۲۴/۲؛ زبیدی، تاج العروس، ۴/۲۴۰؛ ازهری، تهذیب اللغة، ۴/۶۴

^{۱۴۰} ابن مفلح، إبراهیم بن محمد بن عبد الله الحنبلی، (۱۴۱۳ ق)، المبدع شرح المقنع، بیروت: دار الکتب العلمیة، ۳/۷؛ البهوتی، کشف القناع عن متن الإقناع، ۵/۵

^{۱۴۱} فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ۲/۶۲۴

^{۱۴۲} جبر، حمید، (۱۳۹۹)، الولاية علی الصغیر فی تصرفات المالیة و النکاح فی ضوء فقه اهل البيت. رساله دکتری تخصصی، قم: جامعه المصطفی،

در معنای اصطلاحی نکاح فقهای اسلامی اعم از اهل سنت و امامیه از نظر لغت شناسان تبعیت کرده و نظراتشان براساس همان اختلاف لغوی متفاوت شده است. دیدگاه اول در بین لغت شناسان که حقیقت در وطی بود مورد پذیرش حنفیه قرار گرفته است^{۱۴۳} و البته بعضی حنابله نیز آن را پذیرفته اند.^{۱۴۴}

دلیل این دسه فقها، صحت حمل به معنای وطی و عدم وجود دلیل برای نقل در معنا است. البته به روایتی در مورد حلال بودن همه چیز زن حائض برای همسرش به جز نکاح نیز مورد استدلال قرار می گیرد.^{۱۴۵} و معتقدند استفاده از نکاح در آیات قرآن به معنای عقد همراه با قرینه است. مانند: «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ»^{۱۴۶} «فَأَنْكِحُوهُمْ بِأُذُنِ أَهْلِهِنَّ وَأَتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ»^{۱۴۷}

دیدگاه دوم در نظر لغویون که حقیقت در عقد تزویج بود بین فقهای امامیه مورد توافق است. صاحب جواهر این نظریه را مشهور می داند.^{۱۴۸} ابن ادریس نیز اختلاف در این موضوع را در بین فقهای امامیه نفی می کند. صاحب جواهر در تعریف نکاح بیان می کند: «به انتقال و تسلیط بر بضع و اثبات بر سلطه بر آن را نکاح می گویند، نکاح آن اسمی است که وقتی زن می گوید «انکحتک» ایجاد می شود.^{۱۴۹}

البته دیدگاه سوم نیز در بین فقهای اهل سنت قائلینی دارد.^{۱۵۰} دیدگاه دیگری که فقها آن را مورد تایید قرار داده اند، حقیقت در الفاظ متواطئه است. این دیدگاه توسط بعضی حنابله،^{۱۵۱} همینطور امام احمد ذکر گردیده است.

بعضی فقها تفکیک میان معنای لغوی و شرعی قائل شده اند و معنای لغوی را وطی می دانند و لی معنای شرعی را عقد بیان کرده اند. به این معنا که به هر اصطلاحی دو عرف تعلق دارد عرف لغه و عرف الشرع که در حکم شرعی باشد به عرف لشرع توجه داشت.^{۱۵۲}

^{۱۴۳} ابن حجر، فتح الباری شرح صحیح البخاری، ۳/ ۱۸۵-۱۸۷؛ سرخسی، محمد بن أحمد، (۱۴۰۴ق)، المبسوط، بیروت: دار المعرفة، ۴/ ۱۹۲؛ نسفی، البحر الرائق شرح کنز الدقائق (فی فروع الحنفیه)، ۳/ ۸۲؛ زبلی، عثمان بن علی بن محجن البارع الحنفی، (۱۳۱۳ق)، تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق و بهامشه حاشیه الشلبی، قاهره: المطبعة الکبری الأمیریة - بولاق، ۲/ ۹۵
^{۱۴۴} نووی، المنهاج شرح صحیح مسلم بن الحاج المعروف به شرح النووی، ۹/ ۱۷۲؛ ابن حجر، فتح الباری شرح صحیح البخاری، ۹/ ۱۰۳؛ ابن قدامه، عبدالله بن احمد (۱۳۴۷ق)، المغنی، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۷/ ۳۳۳؛ ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ۷/ ۳۰۴؛ شربینی، محمد الخطیب الشافعی (۲۰۰۴ م)، مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، بیروت: دار الفکر، ۳/ ۱۲۳
^{۱۴۵} مسلم بن حجاج. (۱۴۳۵ق). صحیح مسلم. قاهره: دارالتأسیل، ۳/ ۲۱۱
^{۱۴۶} نور، ۳۲
^{۱۴۷} نساء، ۲۵

^{۱۴۸} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیث)، ۶/ ۲۹

^{۱۴۹} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیث)، ۶/ ۲۹

^{۱۵۰} زرقانی، محمد بن عبد الباقي، (بی تا)، شرح الزرقانی علی الموطأ، بیروت: دارالفکر، ۳/ ۱۲۴

^{۱۵۱} مرداوی، الإنصاف فی معرفة الرائج من الخلاف، ۸/ ۵؛ ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ۴/ ۷؛ بهوتی، شرح منتهی الإرادات، ۳/ ۲؛ ابن هبیره، یحیی بن هبیره الذهلی الشیبانی الحنبلی (۱۴۱۳ق). الإفصاح عن معانی الصحاح، ریاض: دار الوطن للطباعة والنشر والتوزیع، ۲/ ۱۱۴

^{۱۵۲} ابن ادریس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ۲/ ۵۲۴؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۷/ ۷؛ یزدی، العروة الوثقی:

این اختلاف نظر در تحلیل بعضی متون شرعی موثر است برای مثال در تحلیل آیه ۲۲ سوره نساء، «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ» براساس دیدگاه دوم که حقیقت در عقد است، زنا با یک زن باعث حرمت ازدواج با مادر و دختر آن زن نیست،^{۱۵۳} ولی براساس دیدگاه اول که به حقیقت ولی اعتقاد داشت زنا باعث حرمت نکاح با دختر و مادر آن زن می‌شود.

به نظر می‌رسد قبل از بررسی مبانی مشروعیت کودم همسری در عقد نکاح شناخت ارکان عقد نکاح در منظر فقههای اسلامی، میتواند مسیر پژوهش را روشن تر سازد.

۱-۱-۳- ارکان عقد ازدواج

فقههای اسلامی در نوشته‌های علمی خود ارکان عقد نکاح را بیان نموده اند اما در بعضی از آنها با یکدیگر اختلاف دارند. برای مثال غزالی در نکاح و بیع فاعل را رکن می‌داند ولی در عبادات آن را جزو ارکان به حساب نمی‌آورد.^{۱۵۴}

در نگاه فقههای امامیه نکاح موقت و دائم از نظر اغراض و ماهیت با یکدیگر متفاوت هستند از این رو ارکان آنها نیز متفاوت است.

مشهور فقههای امامیه نکاح دائم متشکل از دو رکن «ایجاب و قبول» و «متعاقدين» می‌دانند.^{۱۵۵} بعضی نیز تنها به دو رکن زوج و زوجه اشاره دارند.^{۱۵۶} گروهی نیز سه رکن صیغه، عاقد و زوجین را ارکان عقد نکاح دائم تلفی کرده اند.^{۱۵۷}

در فقه اهل سنت نیز اختلاف وجود دارد: مالکیه ارکان نکاح را پنج امر می‌دانند: ۱. ولی زن (نزد مالکیه نکاح بدون ولی باطل است) ۲. مهریه ۳. زوج ۴. زوجه ۵. صیغه.^{۱۵۸}

شافعیه نیز ارکان عقد را پنج امر برشمرده اند با این تفاوت که جایگزین مهریه شاهدان را قرار داده اند.

به نظر می‌رسد براساس تعریفی که از رکن در فقه مطرح است به این معنا شیء بدون آن موجود نیست و قوام شیء به آن بستگی دارد که هم می‌تواند جزئی از آن شیء، ماهیت یا جمیع آن ماهیت باشد. بر خلاف شرط که خارج از شیء است،^{۱۵۹} می‌توان اموری مانند صیغه، زوجین، مهریه، استمتاع، نفقه، و مدت را مورد بررسی قرارگیرد و به عنوان رکن تلفی شود.

زوجین: نکاح عقدی است که رابطه خاص بین زوجین ایجاد می‌کند از همین رو جهل نسبت به زوجین باعث بطلان عقد نکاح است بر خلاف بیع که متعاقدين علت عمده عقد نیستند از همین رو حضور وکیل به جای متعاقدين و عدم احراز وکالت صدمه ای به عقد بیع نمی‌زند.^{۱۶۰}

^{۱۵۳} ابن رشد، محمد بن احمد، (۱۴۱۶ق). بدایة المجتهد و نهایة المقتصد. بیروت: دار الکتب العلمیة، ۳۷/۲

^{۱۵۴} محمد زاده، «چیستی نکاح و تأثیر آن بر احکام حقوق خانواده با تکیه بر دیدگاه امام خمینی»، ۲۸

^{۱۵۵} علامه حلی، إرشاد الأذهان، ۵/۲

^{۱۵۶} قزوینی، ملاعلی (۱۴۱۴ق)، صیغ العقود و الإیقات، قم، شکوری. ۱۵۶

^{۱۵۷} هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، ۳۶۶/۱

^{۱۵۸} جزیری، عبدالرحمن. (۱۴۲۴ق)، الفقه علی مذاهب الاربعه، ج ۲، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۲۳/۴

^{۱۵۹} عبدالمنعم، محمود عبدالرحمن. (بی تا). معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیة. قاهره: دار الفیلة. ۱۷۸/۲

^{۱۶۰} یزدی، العروة الوثقی، ۸۵۴/۲ و ۸۵۵؛ نراقی، مستند الشیعه، ۱۰۲/۱۶

در میان فقهای امامیه نسبت به رکن بودن زوجین در نکاح اختلافی وجود ندارد. و زوجین را می‌توان به عنوان رکن اساسی در عقد نکاح برشمرد.

مهریه: در فقه اهل سنت مهر چنین تعریف شده است: «ما يجعل للزوجه فی نظیر الاستمتاع بها أو ما وجب بنکاح او وطاء او تفویت بضع قهرا کرضاع و رجوع الشهود»^{۱۶۱}

در تعریف مذکور مهر عوض بضع قرار گرفته است و در برخی آیات مانند آیه ۲۵ سوره نساء و آیه پنجم سوره مائده نیز مهریه تعبیر به «اجور» شده است.

در برابر دیدگاه فوق بعضی فقها تعریف متفاوتی نسبت به مهریه بیان کرده اند، به این صورت که در در عقد نکاح مهریه هدیه نسبت به طیب خاطر زوجه است و عوضین عقد خود زوجین هستند به همین دلیل در شرع اسلامی سهل گیری در مهریه مطلوب دانسته شده است.^{۱۶۲}

به نظر می‌رسد مهریه در نکاح دائم امر تبعی است و جایگاه رکنی ندارد زیرا عدم تعیین آن باعث بطلان عقد نکاح نمی‌شود و بعضی شروط که در نکاح باطل کننده است در مهر صحیح می‌باشد مانند شرط خیار. در تشخیص جایگاه مهریه اگر آن را به عنوان عوض در مقابل استمتاع دید و نکاح را عقد معاوضی خواند مهریه به عنوان رکن و یکی از عوضین مطرح می‌شود، امام اگر مهریه به عنوان عوض تمکین نباشد نکاح از قرارداد معاوضی خارج شده و رکن تلقی نمی‌شود.^{۱۶۳}

البته در نظر حقوقدانان مهریه عوض استمتاع تلقی نمی‌شود و آرا اثر شرعی عقد نکاح می‌داند و منشا التزام زوج به پرداخت مهریه ذات عقد است.^{۱۶۴}

اما در نکاح موقت قطعا مهریه به عنوان رکن دانسته می‌شود، البته این رکن بودن به دلیل وجود روایات است و جایگاه عوض در مقابل بضع قابل اثبات نیست.

استمتاع: فقها بر اساس دو دیدگاه متفاوت نسبت به چیستی عقد نکاح که به معاوضی و غیر معاوضی بودن آن می‌انجامد رکن بودن استمتاع را نیز می‌پذیرند و گروه دیگر نمی‌پذیرند. برخی استمتاع را عوض مهر می‌دانند از این رو استمتاع را به عنوان عوض عقد رکن تلقی می‌کنند.

گروه دیگر استمتاع را به عنوان عوض استمتاع فرد دیگر بیان می‌کنند و با اینکه نسبت به معاوضی بودن عقد نکاح نظر مخالف دارند اما استمتاع را رکن تلقی می‌کنند زیر عنوان عوض بر آن اطلاق می‌شود.

اما گروهی در مقابل نکاح را عقد غیر معاوضی دانسته و استمتاع را از اثار و توابع عقد تلقی می‌کنند. این دو رویکرد را می‌توان در موضوع صحت و بطلان شرط استمتاع در عقد نکاح دائم و موقت مشاهده کرد که در مباحث آینده مورد بررسی قرار می‌گیرد.

^{۱۶۱} عبدالمعزم، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية. ۳۶۰/۲

^{۱۶۲} آل کاشف‌الغطاء، محمدحسین. (۱۳۵۹). تحریر المجله. ۵. ج. تهران: مکتبه النجاش. ۲۷/۲

^{۱۶۳} محمد زاده، «چیستی نکاح و تأثیر آن بر احکام حقوق خانواده با تکیه بر دیدگاه امام خمینی»، ۴۸

^{۱۶۴} کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، تهران، نشر یلدا، ۱۱۵ و ۱۱۶؛ علیمردی، امان الله، (۱۳۹۱). بررسی ماهیت حقوقی مهریه، نوع رابطه آن با نکاح دائم در نظام حقوق خانوادگی، فصلنامه پژوهشهای فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲۸: ۱۴۰

بعضی فقها عقد نکاح را از جمله عقود معاوضی^{۱۶۵} می‌دانند. و معوضتین را بهره‌وری جنسی در مقابل مهریه قلمداد می‌کنند و یا نفقه را در مقابل تمکین قرار می‌دهند. در این صورت به مجرد عقد تکاح زوج مالک استمتاع و زوج مالک مهر می‌شود.^{۱۶۶}

باید توجه داشت که اگر معوضتین در عقد معاوضی، امور مالی باشند به این عقد «معاوضی محض» اطلاق می‌شود. و به عقود که معوضتین مال نیستند عقد «شبه معاوضی» نیز گفته می‌شود. البته قول فقهای فوق‌الذکر عقد معاوضی محض می‌باشد.^{۱۶۷}

فقهای اهل سنت نیز نکاح را شبیه عقد بیع می‌دانند و مهریه را ماند ثمن در آن تلقی می‌کنند و مهریه به عنوان رکن عقد در مقابل استمتاع قرار می‌دهند.^{۱۶۸} حتی مالکی بطلان شرط مهریه را باعث بطلان عقد دائم کی داد.^{۱۶۹}

۲-۱-۳- چستی عقد ازدواج

(۱) معاوضی بودن: قائلین به نظریه معاوضی بودن عقد نکاح برای نظر نکاح دائم و موقت ادله‌ای را بیان می‌کنند که اهم آن به شرح ذیل است.

در ازدواج دائم: الف) اطلاق واژه اجرت بر مهریه در آیات قرآن: در آیات مختلف قرآن واژه اجر به معنای نکاح استفاده شده است.^{۱۷۰} که این آیات به شرح ذیل است:

«وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ»^{۱۷۱} «امروز چیزهای پاکیزه برای شما حلال شده؛ و (همچنین) طعام اهل کتاب، برای شما حلال است؛ و طعام شما برای آنها حلال؛ و (نیز) زنان پاکدامن از مسلمانان، و زنان پاکدامن از اهل کتاب، حلالند؛ هنگامی که مهر آنها را بپردازید و پاکدامن باشید؛ نه زناکار، و نه دوست پنهانی و نامشروع گیرید. و کسی که انکار کند آنچه را باید به آن ایمان بیاورد، اعمال او تباه می‌گردد؛ و در سرای دیگر، از زیانکاران خواهد بود.»

«يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَ اللَّاتِي آتَيْتَ أَجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ»^{۱۷۲} «ای پیغمبر (گرامی) ما زنانی را که مهرشان ادا کردی بر تو حلال کردیم و نیز کنیزانی را که به غنیمت خدا تو را نصیب کرد و ملک تو شد»
«وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ وَاسْأَلُوا مَا أَنْفَقْتُمْ وَلَيْسَ أَلَا مَا أَنْفَقُوا ذَلِكَمُ حُكْمُ اللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ»^{۱۷۳} «و گناهی بر شما نیست که با آنها ازدواج کنید هرگاه مهرشان را به آنان

^{۱۶۵} ر.ک: هاشمی شاهرودی، موسوعه الفقه، ۲/۲۵۸

^{۱۶۶} یزدی، محمد (۱۳۷۴). فقه القرآن. قم: اسماعیلیان. ۲۷/۳؛ حجت کوه‌کمره‌یی، محمد، (۱۴۰۹ق). کتاب البیع. قم: جماعه المدرسین فی

الحوزة العلمیة بقم. مؤسسه النشر الإسلامی. ۹۱

^{۱۶۷} آملی، محمد تقی، یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم. (۱۳۸۴). مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی. ۱۲ ج. بی‌جا: بی‌نا. ۱۱۰/۱۰

^{۱۶۸} علیش، محمد، و جندی، خلیل بن اسحاق. (۱۴۰۴ق). شرح منح الجلیل علی مختصر العلامة خلیل. بیروت: دار الفکر. ۳۰۵/۵

^{۱۶۹} زبلی، حنفی، تبیین الحقائق، ۲/۱۲۶

^{۱۷۰} محقق کرکی، رسائل، ۳۱۲/۲؛ کاشف‌الغطاء، حسن (۱۴۲۲ق). انوار الفقاهه - کتاب النکاح. نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء العامة. ۳۱۲

^{۱۷۱} مائده، ۵

^{۱۷۲} احزاب، ۵۰

^{۱۷۳} ممتحنه، ۱۰

بدهید و هرگز زنان کافر را در همسری خود نگه ندارید (و اگر کسی از زنان شما کافر شد و به بلاد کفر فرار کرد،) حق دارید مهری را که پرداخته‌اید مطالبه کنید همان‌گونه که آنها حق دارند مهر زانشان را که از آنان جدا شده‌اند) از شما مطالبه کنند؛ این حکم خداوند است که در میان شما حکم می‌کند، و خداوند دانا و حکیم است!»

ب) تقابل و همسانی مهریه و استمتاع: بسیاری از فقهای امامیه در فتاوی خود مهریه را عوض استمتاع می‌دانند و بین دو امر رابطه تقابل برقرار می‌دانند. علامه حلی در تبصرة المتعلمین می‌گوید: «مهریه عوض استمتاع است و به وسیله عقد به ملکیت زوجه در می‌آید.^{۱۷۴}

ج) حق حبس برای عوضین در نکاح: بعضی فقها نیز به سبب قائل شدن حق حبس برای عوضین نکاح، عقد نکاح را عقد معاوضی قلمداد می‌کنند.^{۱۷۵}

د) تقابل نفقه و تمکین: در نظریات فقهای امامیه میست به زمان وجوب نفقه در عقد نکاح اختلافاتی وجود دارد بعضی آن را در زمان عقد می‌دانند و بعضی در زمان مهیا شدن شرایط تمکین.^{۱۷۶} نظریه مشهور زمانی است که زن امکان استمتاع را فراهم می‌سازد در زمان وجوب نفقه می‌دانند.^{۱۷۷} بسیاری از فقها به همین دلیل به این دو تعبیر عوض و معوض کرده اند.^{۱۷۸} در جواهر الکلام نیز صاحب جواهر نفقه را عوض استمتاع بیان می‌کند.^{۱۷۹}

در ازدواج موقت: الف) رکن بودن مهریه: برخی فقها با اینکه نکاح دائم را معاوضی نمی‌دانند ولی نسبت به نکاح موقت نظری متفاوت را اتخاذ کرده و آن را عقد معاوضی قلمداد می‌کنند. زیرا در نکاح موقت مهریه رکن عقد بوده و در صورت عدم مشخص شدن مهریه عقد باطل است. البته ادله دیگری نیز برای آن بیان می‌کنند که مهم‌ترین آنها عبارتند از:

ب) اجاره انگاری نکاح موقت: برهی فقها این آیه را مختص عقد موقت می‌دانند برخی فقها نکاح موقت را اجاره بضع دانسته اند و احکام اجاره را به آن سرایت می‌دهند.^{۱۸۰} دلیل این دیدگاه، هدف عقد موقت است که در آن همسر شدن هدف نیست بلکه انتخاب همسر مقدمه استمتاع است.^{۱۸۱}

۲) غیر معاوضی بودن

^{۱۷۴} علامه، تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین، ۱۴۱

^{۱۷۵} نجفی، جواهر الکلام، ۴۱/۳۷

^{۱۷۶} محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ۲۹۱/۲

^{۱۷۷} شهید ثانی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۴۴۰/۸

^{۱۷۸} شهید ثانی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۱۹۴/۴؛ طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیه، ۳۲۵/۲؛ محقق حلی، شرائع الإسلام فی

مسائل الحلال و الحرام، ۱۰۹/۲؛ علامه حلی، تحریر المجله، ۵۵۳/۲

^{۱۷۹} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیث)، ۳۷۱/۳۰

^{۱۸۰} فیض کاشانی، محجة البیضاء، ۷۶/۳

^{۱۸۱} انصاری، کتاب النکاح، ۲۱۳

مشهور فقهای متأخر این نوع نگاه به عقد ازدواج را نمی‌پذیرند و نکاح را فقط شبیه عقود معاوضی می‌دانند ولی احکام عقود معاوضی را در آن جاری نمی‌دانند. شهید ثانی معتقد است در نکاح قیمت استمتاع ملاک نیست زیرا نکاح معاوضه نیست^{۱۸۲} فقها برای این دیدگاه نیز استدلالاتی را بیان می‌کنند:

الف) اطلاق واژه نحلۃ: در آیه شریفه «وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا»^{۱۸۳} از مهریه به نحلۃ تعبیر شده است. که به معنای هدیه است و هدیه اهلیت عوض قرار گرفتن را ندارد. و نکاح نیز می‌تواند خالی از مهریه باشد. پس نکاح معاوضی نیست.^{۱۸۴}

ب) عدم تقابل مهریه و نفقه با تمکین: از دلایلی که برای این عدم تقابل می‌توان به آن اشاره داشت اختصاص یافتن نصف مهریه به موجب آیه ۲۳۷ سوره بقره به زنی است که رابطه زناشویی با همسر خود نداشته است و از وی طلاق گرفته است. و همینطور می‌توان برای این عدم تقابل به روایت امام صادق ع استناد کرد که می‌فرماید: «لَيْسَ لِلْمَرْأَةِ خَطَرٌ لَا لِصَالِحَتَيْنِ وَلَا لِطَالِحَتَيْنِ أَمَّا صَالِحَتُهُنَّ فَلَيْسَ خَطَرُهَا الذَّهَبُ وَالْفِضَّةُ وَهِيَ خَيْرٌ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَأَمَّا طَالِحَتُهُنَّ فَلَيْسَ الْتُرَابُ خَطَرُهَا وَالتُّرَابُ خَيْرٌ مِنْهَا.» «برای زن نیکوکار و پسندیده نمی‌توان قدر و منزلتی تعیین کرد که چون سیم و زر نیست، بلکه از آن بهتر است و زن بد را ارزشی به اندازه خاک نیست که خاک از آن گران قدرتر است.»

اگر نفقه در نکاح به عنوان عوض باشد لازم است در نکاح موقت نیز به عنوان رکن عقد به حساب آید اما در فقه امامیه در این نوع نکاح طرفین می‌توانند بر عدم پرداخت نفقه از طرف زوج توافق کنند.^{۱۸۵}

و دلیل دیگر عدم اجازه به زوجه برای منوط کردن تمکین به پرداخت نفقه از طرف زوج است. (امیر محمدی، حقوق مدنی، نظام مالی خانواده، ص ۱۰۶) این حکم نشانگر عدم تقابل این دو عنوان است زیرا اگر این دو ثمن و مثن بودند به ازای عدم پرداخت یکی دیگری اجازه عدم پرداخت را دارد.

شاهدی دیگر بر این ادعا عدم سقوط نفقه در صورت اعسار زوج از پرداخت مهریه و حق حبس زوجه و عدم تمکین وی است. در این حکم عدم تمکین به مجوز قانونی صورت گرفته است و زوج نمی‌تواند از پرداخت نفقه سرباز زند.^{۱۸۶}

ج) رکن بودن زوجین در عقد نکاح: در عقود معاوضی رکن عقد خود عوضین است در صورتی که در عقد نکاح زوجین رکن عقد می‌باشند. این رکنیت را اکثر فقهای امامیه پذیرفته اند: مر حوم نائینی می‌گوید: «در بیع نیازی به تعیین طرفین عقد نیست؛ زیرا متعاقدين، رکن عقد نیستند، از آن رو که که اهداف عقد بیع با تفاوت عوضین متفاوت می‌شود؛ اما در عقد نکاح، تفاوت اغراض نشئت گرفته از طرفین عقد است. به همین دلیل متعاقدين، رکن عقد به حساب می‌آیند»

^{۱۸۲} شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (بی تا) روض الجنان فی شرح ارشاد الأذهان. قم: مؤسسه آل البیت (علیهم السلام) لإحياء التراث، ۲/۲۱۳؛
^{۱۸۳} شبیری زنجانی، موسی. موسسه پژوهشی رای پرداز. نویسنده محمد کاظم بن عبد العظیم یزدی. کتاب نکاح، قم: مؤسسه پژوهشی رای

پرداز. ۶۰۲۷/۱۹

^{۱۸۴} نساء، ۴

^{۱۸۴} محقق کرکی، رسائل، المحقق کرکی، ۳/۱۲۲

^{۱۸۵} کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی (خانواده)، ۱۴۰

^{۱۸۶} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیث)، ۴۴-۴۱/۳۱

البته فقها اشکالاتی به این نظر وارد دانسته اند؛ مرحوم امام خمینی در رابطه با این استدلال بیان می‌کند که اگر زوجه به فرض این که شخص خاصی زید است با او ازدواج کند و متوجه بشود که آن فرد عمرو بوده است عقد نکاح صحیح است. در صورتی که با این استدلال این عقد باید باطل می‌بود.^{۱۸۷}

ادله دیگری نیز برای غیر معاوضی بودن عقد نکاح شمرده شده است که این پژوهش در مقام بیان آن‌ها نمی‌باشد.^{۱۸۸}

با این تفاسیر به نظر می‌رسد اختلاف در ماهیت هقد نکاح بیت فقها در تفاوت معنای عقد معاوضی و جایگاه مهریه، نفقه و تمکین است. در نگاهی عمیق به رابطه زوجیت می‌توان تفاوتی بین زوجیت و تسلط بر استمتاع از یکدیگر قائل شد. البته شواهدی برای وجود این تفاوت نیز وجود دارد برای مثال: ازدواج با زنی که سن بسیار زیادی دارد و لذت جنسی نسبت به آن منتفی است با غرض جدی ایجاد رابطه خانوادگی و... از نظر عرف صحیح می‌باشد یا ازدواج با زن عنین که شاید بهروری جنسی از آن منتفی است نیز صحیح است اگر غرض جدی وجود داشته باشد یا حتی در اثنای زندگی ایجاد شود.

این اشتباه که نکاح مثل بیع نوعی معاوضه است، از عدم تلقی حقیقت نکاح نشأت گرفته است. حقیقت نکاح انضمام مرد و زن به یکدیگر است از همین رو تعبیر به زوجین می‌شود. مهر عوضی در برابر زن نیست بلکه مانند شرط است. به همین دلیل بیان می‌شود: «زوجتک نفسی علی المهر المعلوم» نه «بالمهر المعلوم». لذا رکن نکاح، خود زوجین هستند.

همینطور رویکرد معاوضی به نکاح و تفسیر حقیقت این عقد به مبادله مهر در برابر استمتاع از زن که در واقع به نوعی مالیکت بر زن و سلطه مرد بر او در عوض مهر است، با کرامت انسانی و شأن زنان آنگونه که در قرآن و روایات مد نظر بوده منافات دارد. در نکاح فضیلت‌های بسیاری وجود دارد؛ چرا که نکاح راه تناسل، باب تواصل، سبب الفت و معونت بر عفت است.^{۱۸۹}

بنابراین حقیقت نکاح در شرع نیز چیزی جز انضمام زوجین به یکدیگر نیست.^{۱۹۰}

«ازدواج، عقدی غیرمعاوضی اما دو تعهدی است. نکاح، رابطه قراردادی و حقوقی میان زوجین مبنی بر تعهد بر زندگی مشترک است که در شرع امامیه با تعهدات دیگری چون الزام زوج به انفاق زوجه و پرداخت مهر و الزام زوجه به تمکین زوجه همراه گشته است. تعهدات متقابل زوجین نتیجه دو تعهدی بودن نکاح است نه معاوضه نفقه و مهر در برابر بهروری جنسی.»^{۱۹۱}

۳-۱-۳- گونه شناسی ازدواج

ازدواج براساس جهات تقسیم به اقسام مختلف تقسیم می‌شود اما یکی از مهم‌ترین تقسیم‌بندی‌های عقد ازدواج، تقسیم به عقد دائم، موقت و ملک یمین است.

^{۱۸۷} خمینی، کتاب البیع، ۳۴۷/۲-۳۴۸

^{۱۸۸} ر.ک: محمد زاده، چیستی نکاح و تأثیر آن بر احکام حقوق خانواده با تکیه بر دیدگاه امام خمینی: ۲۱۰-۱۴۲

^{۱۸۹} محمد زاده، «چیستی نکاح و تأثیر آن بر احکام حقوق خانواده با تکیه بر دیدگاه امام خمینی»، ۲۱۳

^{۱۹۰} علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۶۳۱: یزدی، محمد کاظم بن عبد العظیم، (۱۳۸۶). العروة الوثقی مع تعلیقات (خمینی، خوبی، گلپایگانی، مکارم). قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (علیه السلام). ۷۴۷/۲: بهبهانی، علی (۱۴۰۵ق). القواعد الکیة مما یتتبی علیه کثیر من معضلات مسائل الفقه و الأصول، اهواز: مکتبه دارالعلم. ۴۶۹/۲

^{۱۹۱} محمد زاده، «چیستی نکاح و تأثیر آن بر احکام حقوق خانواده با تکیه بر دیدگاه امام خمینی»، ۲۱۶

نکاح دائم: در بعضی از متون فقهی نکاح دائم به نکاح غبطه نیز تعبیر شده است.^{۱۹۲}

نکاح موقت: نکاحی که مختص به مکتب امامیه است و به مدت معین و مهر معین تحقق میابد.

ملک یمین: نکاحی که به آمیزش با کنیزان مملوک اختصاص دارد.^{۱۹۳}

شیخ انصاری نیز این تقسیم بندی را به تعبیر دیگر انجام می دهد و به آن نکاح با میراث و نکاح بی میراث می گوید.^{۱۹۴}

بعضی فقها نیز نکاح را منحصر در دائم و موقت می دانند و ملک یمین را ملحق به نکاح می دانند.^{۱۹۵}

ساروخانی در نوشته خود به عنوان «مطالعات خانواده» گونه های ازدواج ها را بیان می کند که شامل: ازدواج ربایشی، ازدواج از طریق خرید همسر، ازدواج موقت، ازدواج مبادله ای، ازدواج تنظیم شده، ازدواج خصوصی، ازدواج آزمایشی، ازدواج دوستانه، ازدواج با ارواحمی شود، هریک از این گونه ها تعاریف و مشخصات خاص خود را دارند و بیان آن در پژوهش حاضر لازم به نظر نمی رسد.^{۱۹۶}

۲-۳- ازدواج در حقوق ایران

مفهوم ازدواج در متون حقوقی ایران به صراحت بیان نشده است، البته تنوع در تعریف باعث شده است که قانونگذار ورودی به تعریف این مفهوم نداشته باشد، وضوح آن در عرف نیز می تواند انگیزه ای برای این عدم ورود باشد.

با این وجود حقوقدانان به تعریف این مفهوم در کتب حقوقی خود پرداخته اند:

دو دیدگاه در بین حقوق دانان مشهود است گروهی ازدواج را صرف عقد حقوقی می دانند، و بعضی دیگر ازدواج را رابطه عمیق عاطفی اخلاقی می دانند.

«نکاح، عبارت است از رابطه حقوقی که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می گردد و به آنها حق می دهد که از یکدیگر تمتع جنسی ببرند.»^{۱۹۷}

این تعریف با رکن انگاری تمتع جنسی ازدواج هایی را که ختم به این امر نمی شود را شامل تعریف نکاح نمی داند. البته طرف مقابل انگیزه هایی مانند تناسل، تشدید و معاضدت را در تعریف خود وارد می کند.

^{۱۹۲} علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۵۸۴

^{۱۹۳} ابن براج، عبدالعزیز بن نحیر، (۱۴۰۶ق)، المذهب، قم: جماعه المدرسین فی الحوزة العلمیة بقم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۷۹/۲
^{۱۹۴} انصاری، مرتضی بن محمدامین. (۱۴۱۵ق)، کتاب النکاح، قم: المؤتمر العالمی بمناسبه الذکری المئویة الثانیة لمیلاد الشیخ الأعظم الأنصاری.

الأمانة العامة، ۲۸

^{۱۹۵} تبریزی، جواد. (۱۴۲۶ق). منهاج الصالحین. قم: مدین، ۲۸

^{۱۹۶} ر.ک: ساروخانی، باقر (۱۳۹۴) مقدمه ای بر جامعه شناسی خانواده، چ بیستم، تهران: سروش، ۹۰

^{۱۹۷} امامی، حقوق مدنی، ۴/۲۶۸ و ۲۶۹

«نکاح، در لغت به معنی "ضم" است و در اصطلاح حقوقی قراردادی است که به موجب آن زن و مرد در زندگی با یکدیگر شریک و متحد شده تشکیل خانواده می‌دهند.»^{۱۹۸}

«نکاح، عقدی است که به موجب آن زن و مردی به منظور تشکیل خانواده و شرکت در زندگی با هم متحد می‌شوند.»^{۱۹۹} در این تعاریف تشکیل خانواده و اتحاد زن و مرد در تعریف ازدواج مورد توجه قرار گرفته است.^{۲۰۰}

۳-۳- ازدواج در قوانین و اسناد بین‌المللی

واژه «مریج»^{۲۰۱} در زبان انگلیسی به معنای نهاد شرعی و قانونی است که از پیوند دو شخص با جنس مخالف و بسترهای سنت، مذهب و قانون هر کشور به وجود می‌آید.

مالینوفسکی مردم شناس مشهور انگلیسی ازدواج را عقدی برای به وجود آمدن فرزندان و حفظ آنان می‌داند.^{۲۰۲}

«مک کارتی ازدواج را رابطه نزدیکی که زوجین با یکدیگر دارند و به زندگی مشترک و رابطه جنسی و احتمالاً داشتن فرزند میرسد و به شکلی قانونی رسمیت می‌یابد، می‌داند.»^{۲۰۳}

در کشور فرانسه قانونی که مبنای اولیه قوانین مرتبط با ازدواج را تشکیل داده نشئت گرفته از حقوق مسیحیت است که اعتقاد به جنبه مقدس ازدواج دارد. در این مکتب «نکاح یکی دائمی است». بنابراین تعدد همسر باطل است و از سوی دیگر ازدواج رابطه ای همیشگی است و قابل فسخ نیز نمی‌باشد.^{۲۰۴}

در فرانسه تا قبل از قانون ۴۰۴-۲۰۱۳ مصوب ۱۷/ می/ ۲۰۱۳، ازدواج نهادی بود که زن و مرد را برای زندگی مشترک در یک خانواده متحد می‌ساخت. ولی قانون جدید حق ازدواج برای همجنس‌ها را نیز به رسمیت شناخت. در فرانسه فقط مراسم مدنی از نظر قانونی الزام آور است و مراسم مذهبی فقط بعد از مراسم مدنی انجام می‌شود. مراسم مدنی در تاون هال^{۲۰۵} توسط یک مقام مدنی فرانسوی انجام می‌شود: شهردار^{۲۰۶} یا جانشین قانونی او - معاون شهردار یا یک شورای شهر صورت می‌گیرد.

در کتاب پنجم قانون مدنی جمهوری خلق چین (مصوب در سومین اجلاس سیزدهمین کنگره ملی خلق در ۲۸ می ۲۰۲۰) ماده ۱۰۴۱ نظام ازدواج را مبتنی بر آزادی ازدواج، تک همسری و برابری زن و مرد بیان می‌کند. و دو همسری را ممنوع می‌کند.^{۲۰۷} اما تعریفی خاص از ازدواج بیان نمی‌کند.

^{۱۹۸} صفایی و امامی، حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)، ۱۳/۱ و ۱۴

^{۱۹۹} کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، خانواده، ۳۵

^{۲۰۰} شایگان، علی، ۱۳۸۷، حقوق مدنی، چ ۳، قزوین: انتشارات طه، ۲۱۳

^{۲۰۱} marriage

^{۲۰۲} کلانتری، صمد، (۱۳۷۸) مبانی جمعیت‌شناسی، اصفهان، نشر مانی، ۸۷

^{۲۰۳} همتی، رزا، (۱۳۹۸) تجربه زیسته زنان در ازدواج زودهنگام در سیستان و بلوچستان و تهران، دانشکده علوم اجتماعی و اقتصادی، دانشگاه

الزهرا (س)، پایان نامه کارشناسی ارشد، رشته پژوهش علوم اجتماعی. ۲۶

^{۲۰۴} امیریان، ام، ۱۳۱۷، حقوق، نشریه مجموعه حقوقی، ش ۶۲، ۱۹

²⁰⁵ Town Hall

²⁰⁶ mayor

²⁰⁷ Civil Code of China: Book V Marriage and Family, (۲۰۲۰)

در آلمان، تعریف ازدواج به قرارداد قانونی اطلاق می‌شود که بین یک زن و یک مرد امضا می‌شود که توسط مفاد قانون اساسی آلمان محافظت می‌شود.^{۲۰۸} مقررات قانون مدنی آلمان در مورد حقوق زنان در ازدواج محدودتر از مقررات قانون مدنی فرانسه بود. پس از جنگ جهانی دوم تقریباً تمام قوانین مغایر با اصل برابری زن و مرد لغو شد. در قرن بیست و یکم ماهیت ازدواج در کشورهای غربی شروع به تغییر کرده بود. در سال ۲۰۰۰، هلند اولین کشوری بود که ازدواج همجنس گرایان را قانونی کرد. این قانون در ۱ آوریل ۲۰۰۱ لازم‌الاجرا شد. در سال‌های بعد، بسیاری از کشورهای دیگر - از جمله کانادا (۲۰۰۵)، فرانسه (۲۰۱۳)، ایالات متحده (۲۰۱۵) و آلمان (۲۰۱۷) - از این روند پیروی کردند. علاوه بر این، برخی از کشورها مزایا و تعهدات را به زوج‌های همجنس از طریق روش‌های دیگر اعطا کردند.^{۲۰۹} شکلی از ازدواج در همه جوامع بشری اعم از گذشته و حال وجود دارد ولی اهمیت آن را می‌توان در قوانین و آیین‌های پیچیده پیرامون آن مشاهده کرد. اگرچه این قوانین و آیین‌ها به اندازه سازمان‌های اجتماعی و فرهنگی انسانی متنوع و متعدد هستند، اما برخی از قوانین جهانی اعمال می‌شوند.

۴- ولایت

ابتدا قبل از اینکه به موضوع اصلی جایگاه ولایت ولی، پرداخته شود، ضرورت دارد که مبادی تصویری و تصدیقی آن مشخص گردد؛ به دلیل عدم وضوح مفاهیم ذهنی عناوین بیان شده در موضوع و درهم تنیدگی آنها با یکدیگر، و یا بروز تصورات و تصدیقات غلط، میزان خطا و لغزش بسیار افزایش می‌یابد.

۴-۱- مفهوم شناسی لغوی

«ولایت» لفظی عربی است و از لفظ «ولی» گرفته شده است. فراهیدی می‌گوید ولایت مصدر موالاة است و مصدر الوالی^{۲۱۰} در صحاح نیز بیان شده است که ولی به معنای قرب و نزدیکی و ضد آن «عدو» و معنای ولایت را سلطان بیان نموده است. به معنای فردی که دارای سلطنت و نفوذ حکم است. و در معنایی دیگر ولایت را به معنای نصرت و یاری کردن نیز ذکر کرده است.^{۲۱۱} ابن فارس در مقابیس اللغة می‌گوید: «و-ل-ی» دلالت بر دوستی و قربت می‌کند؛ اگر به بنده، مالک، همسایه، ناصر، پسرعمو و همنشین مولی می‌گویند به همین جهت قربت و دوستی است.^{۲۱۲}

ابن اثیر می‌گوید: ولی به معنای «یاری رسان» است و اگر فردی تدبیر و قدرت فعل نداشته باشد نمی‌توان به آن ولی گفت.^{۲۱۳}

صاحب مجمع البحرین بیان می‌کند که در آیه «إِنَّ أَوْلَى النَّاسِ لِإِبْرَاهِيمَ لَلَّذِينَ اتَّبَعُوهُ وَهَذَا النَّبِيُّ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاللَّهُ وَلِيُّ الْمُؤْمِنِينَ» (آل عمران، ۶۸) معنای ولی قرب است یعنی مستحق‌ترین و مقرب‌ترین فرد نسبت به ابراهیم. و ولایت به کسر

²⁰⁸ Marriage in Germany: Rights and Obligations. www.lawyersgermany.com

²⁰⁹ Marriage, (2023), [The Editors of Encyclopaedia Britannica](https://www.britannica.com), www.britannica.com

^{۲۱۰} خلیل بن احمد، کتاب العین، ۳۶۵/۸.

^{۲۱۱} الجوهری، إسماعیل بن حماد الجوهری، (۱۴۳۳ م)، الصحاح، بیروت: دار العلم للملایین، ۲۵۲۸/۶.

^{۲۱۲} ابن فارس، معجم مقابیس اللغة، ۱۴۱/۶.

^{۲۱۳} ابن اثیر، مبارک بن محمد (۱۳۶۷ ق). النهاية فی غریب الحديث و الاثر، قم: اسماعیلیان، ۲۲۷/۵.

واو به معنای امارت و سلطنت است و لی به معنای کسی که مسئولیت یک فرد را می‌پذیرد. از همین رو سلطان به این دلیل که مسئول انجام و تدبیر امور مردم است ولی خطاب شده است.^{۲۱۴}

از نصوص لغتشناسان استنباط می‌شود که لفظ «ولی» در دو معنا استعمال شده است. ۱. به معنای دوست و فرد دارای قرابت که قول مشهور لغویین است. ۲. تبعیت بدون واسطه^{۲۱۵}

البته شاید بتوان این دو معنا را در جمله ای جمع کرد که تبعیت نیز ثمره ای از همان قرب است از همین رو عسکری می‌گوید: «به دلیل قرب است که فردی ولی فرد دیگر می‌شود و از او تبعیت می‌کند.»

مصطفوی بیان می‌کند که ولایت به معنای قرار گرفتن یک شیء بالا شیء دیگر است با وجود رابطه بینشان.^{۲۱۶}

برای ولایت دو اشتقاق صرفی وجود دارد:

الف) «ولایت» به فتح واو: مصدر مشتق از «ولی- یلی- ولایه» ماضی آن فعل معتل ثلاثی مجرد است به بر وزن «فَعِلَ، یَفْعِلُ» از افعال سیزده گانه است که در ماضی و مضارع کسر عین الفعل وجوبی دارد.^{۲۱۷}

ب) ولایت به کسر واو: اسم مصدر است و سیبویه می‌گوید: ولایت به کسر واو اسم است مانند «امارة».^{۲۱۸}

ولایت که یک امر اضافی می‌باشد، اگر به صورت واو مفتوح باشد، دارای ارتباط با تاثیر یک جانبه است و از فرد تاثیر گذار به عنوان «ولی» یا «والی» تعبیر می‌شود و اگر این تاثیر دو جانبه بود و هردو طرف از یکدیگر تاثیر و تأثر داشتند، همان ولایت به کسر واو است. ولایت خداوند بر موجودات از نوع ولایت شکل اول است. موجودات ذیل سرپرستی او قرار می‌گیرند. به همین دلیل در قرآن بیان شده است: «هناك الْوَلَايَةُ لِلَّهِ الْحَقُّ» به معنای اگر روزی، اهل ثروتی اموالش را از دست رفته ببیند، در هنگام برایش مشخص می‌شود که ولایت از آن خداست.^{۲۱۹}

در نتیجه «ولی» در زبان عربی، به معنای امدن شیئی به دنبال شی دیگر را بدون وجود فاصله در میان آنها که لازمه چنین توانی و ترتبی، قرب و نزدیکی آن دو به یکدیگر است و وجود رابطه بین امور متوالی الزامی است، به گونه ای که اگر بین دو شیء رابطه‌ای نباشد و همچون برگی در کنار انسان باشد، ارتباط ولایی بین آنها معنایی ندارد. این ارتباط نیز دو طرفه است و یک فرد ولی و دیگری مولی علیه است و تاثیر از ولی بر مولی علیه صورت می‌گیرد.^{۲۲۰} به همین دلیل

^{۲۱۴} الطریحی، الشیخ فخر الدین (بی تا). مجمع البحرین، قم: دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۵۵۴/۴

^{۲۱۵} عسکری، معجم الفروق اللغویة، ۵۷۸/۱

^{۲۱۶} المصطفوی، حسن، (۱۳۱۳). التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی. ۲۲۵/۱۳

^{۲۱۷} حملاوی، أحمد بن محمد، (بی تا). شذا العرف فی فن الصرف، المحقق: نصرالله عبد الرحمن نصر الله، الرياض: مکتبة الرشد، ۲۵ و ۲۶: عقیلی، عبد الله بن عبد الرحمن العقیلی الهمدانی المصری، (۱۴۰۰ق) شرح ابن عقیل علی الفیه ابن مالک، القاهرة: دار التراث، الطبعة العشرین، ۳۰۵/۴ و ۳۰۶

^{۲۱۸} ابن منظور، لسان العرب، ۴۰۷/۱۵

^{۲۱۹} جوادی آملی، عبدالله؛ مصطفی پور، محمد رضا (۱۳۷۹). ولایت در قرآن. قم: اسراء، ۱۸

^{۲۲۰} جوادی آملی، عبدالله، ولایت در قرآن، ۱۷

این واژه با صرف‌های گوناگون (به فتح و کسر) در معنای «نصرت و یاری»، «متابعت و پیروی»، «حبّ و دوستی» و «سرپرستی» استفاده شده است که وجه مشترک همه این معانی همان قرب معنوی است.

۲-۴- مفهوم شناسی اصطلاحی

و لایت در مصطلح فقهای امامیه به معنای تسلط شرعی بر امور و اداره شؤون شخصی و مالی مولی علیه در زمانی که خود قادر به انجام و تدبیر امور خود نمی‌باشد مانند میت، سفیه، کودک و مجنون ذکر شده است.

قونوی می‌گوید: «ولایت تنفیذ حکم بر دیگری است»^{۲۲۱}

از همین رو می‌توان ولایت صغار را به معنای اشراف بر اطفال غیر بالغ و رعایت تدبیر امور کودک دانست. حتی مسئولیت امور تربیتی، حفظ، تدبیر امور شخصی مانند ازدواج و آموزش و بهداشت نیز از شؤون تصرف ولی در امور کودک بیان شده است و مناسبت با معنای لغوی هم همان نصرتی است که ولی نسبت به کودک صورت می‌دهد.^{۲۲۲}

۱-۲-۴- انواع ولایت

ولایت یا سرپرستی، چند نوع است که به نسبت آنچه سرپرستی می‌شود (مُولی علیه) تفاوت پیدا می‌کند. ولایت سرپرستی، می‌تواند ولایت تکوینی باشد، ولایت بر تشریع باشد یا ولایت در تشریع.

در ولایت تکوینی به خاطر ارتباط تکوین با موجودات خارجی، در میان هردو طرف ولایت رابطه حقیقی به وجود می‌آید، اما ولایت بر تشریع و ولایت در تشریع هردو ولایت‌های اعتباری و وضعی هستند؛ یعنی رابطه ولی و مولی علیه رابطه علّی و معلولی نیست و قابل جدایی است.

«ولایت تکوینی» به معنای سرپرستی موجودات عالم در خارج تصرف خارجی در آنها است؛ همچون ولایت نفس انسان بر قوای درونی خودش. هر فردی نسبت به قوای ادراکی خویش مانند توان وهم و خیال و همینطور بر توان تحریکی خود همچون شهوت و غضب، ولایت دارد؛ بر اعضاء سالم خویش ولایت دارد؛ اگر فرمان دهد که ببیند، چشم او تبعیت می‌کند و اگر امر به شنیدن دهد، گوش این فعل را انجام می‌دهد و اگر فرمان برداشتن چیزی را صادر کند، دستش اطاعت می‌کند؛ البته این تبعیت، در صورتی است که این اعضاء بدون نقص و در سلامت کامل باشند.^{۲۲۳}

«ولایت بر تشریع» همان قدرت بر وضع قانون و تشریع احکام است؛ به این معنا که ولی قانونگذار اصول و مواد قانونی است. این ولایت که در گستره قوانین می‌باشد، با اینکه نسبت به جعل، قانون نمی‌تواند تخلف کند به تعبیر دیگر با اراده ولی برای جعل قانون، بدون فاصله، اصل قانون وضع می‌شود، ولی در مقام امتثال، می‌توان از آن سرباززد؛ هر فردی می‌تواند این قانون را بپذیرد یا به آن عمل نکند. با توجه به این که تنها قانون کامل و شایسته برای سعادت بشر، قانونی است که

^{۲۲۱} قونوی، قاسم بن عبد الله الرومی الحنفی (۱۴۲۴ق). أنیس الفقهاء فی تعریقات الألفاظ المتداولة بین الفقهاء، بیروت: دار الکتب العلمیة، ۱۴۸/۱

^{۲۲۲} فتح الله، أحمد (۱۴۱۵ق). معجم ألفاظ الفقه الجعفری، ج ۱، دمام: طبع بمطابع المدوخل، ۴۵۳.

^{۲۲۳} جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۹۰)، ولایت فقیه، فقاها و عدالت؛ ج ۱۳، قم: مرکز نشر اسراء، ۱۲۳.

از سوی خالق انسان و جهان که عالم و حکیم مطلق است، باشد به همین دلیل این نوع ولایت در خداوند منحصر است از این رو خداوند می‌فرماید: «إِنَّ الْحَكَمَ إِلَّا لِلَّهِ»^{۲۲۴}

«ولایت تشریعی» به شکلی از ولایت گفته می‌شود که با دو نوع فوق متفاوت است به این صورت که ولایتی در گستره احکام الهی و تابع قوانین شرع است. که به دو قسمت تقسیم می‌شود. الف) ولایت بر محجوران ب) ولایت بر جامعه عقلای بالغ.

این نوع ولایت نیز از امور اعتباری و قراردادی است؛ البته ولایت بر تشریع، با یک تحلیل عقلی که ضمناً اشاره شد، به سنخ ولایت تکوینی بر می‌گردد؛ زیرا قلمرو ولایت بر تشریع، همانا فعل خود شارع است.^{۲۲۵}

ولایت در تشریع، در قرآن مجید و در منابع اسلامی، گاهی به معنای اداره امور افراد مرده یا کسانی است که بر اثر نقص علمی یا ناتوانی عملی یا غیبت، توانایی ندارند حقوق خویش را استیفا کنند^{۲۲۶} و در بعضی موضوعات به معنای اداره امور جامعه انسانی^{۲۲۷} بیان شده است.

در استعمالات فقهی به دو نوع ولایت می‌توان دستیافت؛

ولایت خاص: در این نوع ولایت تصرفات ولی محدود به امور و اموال شخصی خاص یا اشخاص مشخص است که از تدبیر امور خود ناتوانند و هدف این ولایت حفظ مصالح افراد ناتوان و حقوق آنها است و این محل اجماع بین فقها است بلکه می‌توان یک امر متسالم بین جوامع حقوقی دانست. در همه جوامع برای فردی که ناتوان از امور خود است نائبی مشخص می‌شود که این امور را برای آن فرد انجام دهد. از اینرو مرحوم یزدی در تعریف ولایت می‌گوید: «استیلا و تسلط بر غیر در نفس، مال و امور شخصی و اجتماعی او»^{۲۲۸}

ولایت عام: در این نوع ولایت محدوده اعمال ولایت تمام مردم جامعه هستند؛ ولایت در تصرف برای تنظیم جامعه اسلامی مانند دیگر حکومت‌های موجود در جهان که به این نوع تصرف را مجاز می‌دانند. هدف از این نوع ولایت اجرای احکام اسلام، تأمین مصالح مادی و معنوی برای جامعه اسلامی، حفظ امنیت در برابر دشمنان و حفظ وحدت مومنین و... است. البته در صلاحیت‌های این نوع ولایت تصرف در امور شخصی و اموال شخصی افراد جامعه نیست مگر این که مصالح عامه این تصرفات را اقتضا کند. در تعریف این نوع از ولایت می‌گویند: «ولایت ریاست بر مردم در امور دینی و دنیایی و امور اقتصادی و اخرتی آنها است»^{۲۲۹}

^{۲۲۴} یوسف ۶۷؛ جواد آملی، ولایت فقیه، ۱۲۴

^{۲۲۵} جواد آملی، ولایت فقیه، ۱۲۵

^{۲۲۶} إسرائ، ۳۳؛ نمل، ۴۹؛ بقره، ۲۸۲

^{۲۲۷} مجلسی، بحار الأنوار، ۲۴۳/۲۷، ح ۱؛ کافی، ص ۲۹۵، ح ۳؛ أحزاب، ۶؛ مائده، ۵۵.

^{۲۲۸} اصفهانی، حاشیة المکاسب، ۲۴۳/۱

^{۲۲۹} نایینی، محمدحسین (۱۴۱۳ق). المکاسب و البیع. قم: جماعه مدرسین در حوزه علمیه. مؤسسه النشر الإسلامی، ۳۳۳/۲

در ناصریات نیز بیان شده است که: «ولی به کسی گفته می‌شود که مالک ولایت در عقد است»^{۳۳۰} شیخ طوسی نیز می‌گوید «اصل ولی به معنای اولی و احق می‌دهد و هر سه عبارت ولایت به همین معنا می‌باشد.»^{۳۳۱} و بحر علوم نیز سلطنت بر غیر عقلیه و شرعیه را ولایت می‌نامد.^{۳۳۲} هر دو این ولایت‌ها نوعی تصرف و سلطنت بر غیر است که به دستور شارع مشخص شده است و تفاوت در موضوع تصرف و مولی علیه است.

۳- غبطه

۳-۱- غبطه در متون لغوی

«غبطه» در لغت به معنای «حسن حال، سرور و نعمت»،^{۳۳۳} «آرزومند نعمتی برای خود، شبیه آنچه دیگران دارند؛ بدون اینکه قصد سلب آن از دیگری را داشته باشد».^{۳۳۴} این واژه معمولاً همسنگ با «مصلحت» و در برابر مفسده قرار داده شده است. مصلحت در لغت به معنای آنچه سبب «صلاح»، «خیر»، «نفع» و «آسایش» می‌شود^{۳۳۵} و نقیض «فساد» معنا شده است.^{۳۳۶} لغت‌دانان با بیان این مطلب که صلاح می‌تواند در ضرر یا سود باشد، میان منفعت و مصلحت تفاوت گذاشته‌اند.^{۳۳۷}

۳-۲- غبطه در فقه و حقوق ایران

بررسی متون فقهی مذاهب اسلامی نشان می‌دهد که فقها واژه غبطه را به این معانی بکار برده‌اند: (۱) مصلحت^{۳۳۸} (۲) منفعت،^{۳۳۹} (۳) حظ،^{۳۴۰} (۴) اصلح و انفع،^{۳۴۱} (۵) چیزی که مولی علیه از دیگران می‌خواهد تا به او بدهند.^{۳۴۲} در این که مصلحت و منفعت به یک معنا به کار می‌روند نیز فقها اختلاف نظر دارند. علامه حلی، آنچه که با مقاصد دنیوی و اخروی انسان همسو و موجب کسب منفعت و دفع ضرر باشد، مصلحت دانسته است.^{۳۴۳} شیخ طوسی در ابواب بیع، رهن، حجر، نکاح و وقف، واژه مصلحت را به معنای منفعت به کار برده است^{۳۴۴} محقق نجفی نیز مصادیقی از مصلحت را برمی‌شمرد که معنای منفعت از آن به دست می‌آید.^{۳۴۵} در برابر هستند فقهای که با دوگانه‌انگاری مصلحت و منفعت، برای هریک

^{۳۳۰} علم‌الهدی، علی بن حسین. (۱۴۱۷ق) مسائل الناصریات. تهران: رابطه الثقافة و العلاقات الاسلامیة، مدیریت ترجمه و نشر، ۳۲۳

^{۳۳۱} طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۱۴ق). رسائل الشیخ الطوسی. واعظ زاده خراسانی، محمد. قم: جماعه مدرسین در حوزه علمیه قم. مؤسسه

النشر الإسلامی، ۱۳۰

^{۳۳۲} بحر العلوم، بلغة الفقیه، ۳، ۲۱۰

^{۳۳۳} ابن منظور، لسان العرب: ۷/۳۵۸

^{۳۳۴} فیومی، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی: ۴۴۲/۱

^{۳۳۵} ابن فارس، احمد بن فارس (۱۴۰۴ق). معجم مقاییس اللغة، قم: مکتب الإعلام الإسلامی. مرکز النشر، ۳۰۳/۳

^{۳۳۶} نجار: المعجم الوسیط: ۵۲۰/۱

^{۳۳۷} عسکری، ابوهلال. (بی تا)، الفروق اللغویة، قم: مکتبه البصیرتی، ۱۷۲

^{۳۳۸} نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۳۸۳)، الحاشیة علی الروضة البهیة، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، ۷۶۳

^{۳۳۹} کودانی، مفوظ بن احمد. (۱۴۳۲ق)، الهدایة علی المذهب الامام احمد، بی جا: مؤسسه غراس للنشر و التوزیع.

^{۳۴۰} ابن قدامة، المغنی: ۱۰/۶۶

^{۳۴۱} حماد، نزیه. (۱۴۲۹ق)، معجم المصطلحات المالیة و الاقتصادیة فی لغة الفقهاء. دمشق: دار القلم، ۳۴۱

^{۳۴۲} ابوالمعالی، عبدالملک بن عبدالله. (۱۴۲۸ق)، نہایة المطلب فی درایة المذهب، بیجا: دارالمنهاج، ۴۳۶/۵

^{۳۴۳} علامه حلی، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، ۲۲۱

^{۳۴۴} طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیة: ۱۹۰/۳۵؛ ۳۲۵/۳۵؛ ۹۳/۳۷؛ ۱۹۰/۳۷؛ ۱۴۳/۳۸؛ ۶۲/۱۲

^{۳۴۵} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیث)، ۳۸۰/۱۵؛ ۱۳۶/۱۹؛ ۳۵۲/۲۵؛ ۴۳۳/۳۰؛ حسینی، سیدعلی. (۱۳۸۱)، حکومت و مصلحت از دیدگاه صاحب

جواهر، پژوهشنامه حکمت و فلسفه اسلامی شماره ۲، ۵۶.

مفهومی خاص در نظر گرفته^{۲۴۶} مصلحت را اعم از دفع ضرر دینی و دنیوی و کسب منفعت دینی و دنیوی به حساب آورده‌اند.
۲۴۷

به نظر می‌رسد دیدگاه اخیر موجه بوده، هم معنا قراردادن مصلحت و منفعت درست نباشد؛ مصلحت در برابر مفسده و منفعت در برابر ضرر قرار دارد.^{۲۴۸} بدین ترتیب، برابر قراردادن مصلحت و غبطه درست نبوده، نسبت آن‌ها عام و خاص است (هر غبطه‌ای مصلحت، ولی هر مصلحتی غبطه نیست)؛ زیرا غبطه تنها در امور ناظر به ولایت به کار می‌رود؛ اما مصلحت اختصاص به این مورد نداشته، در غیر از مسئله ولایت هم استفاده می‌شود.

۱-۲-۳- غبطه در متون فقهی مذاهب اسلامی

در متون فقهی اهل سنت شرط رعایت غبطه گاه به صراحت و گاه با بیان مصادیق مورد بحث قرار گرفته است. فقهای اهل سنت اصطلاح «غبطه» را به صورت گسترده در مسئله ولایت مالی به کار برده‌اند. از نظر آن‌ها ولی موظف به رعایت غبطه در امور مالی مولی علیه خود است؛^{۲۴۹} اما نسبت به امور غیر مالی اختلاف نظر داشته، برخی عدم وجود مفسده را هم کافی می‌دانند.^{۲۵۰} شافعی تنها راه جواز فروش اموال صغار را رعایت غبطه یا ضرورت نسبت به احوال مولی علیه می‌داند.^{۲۵۱} در اموال کوچک وجود غبطه اندک کافی است، ولی در فروش اموال با ارزش، غبطه باید مشهود و منفعت مولی علیه، فراوان باشد^{۲۵۲} در فقه مالکی، جواز فروش اموال صغیر به وجود غبطه برای صبی مشروط شده است.^{۲۵۳} بیع اموال صغار در دو صورت صحیح است، وجود غبطه یا نیاز صغیر به فروش مال.^{۲۵۴}

مذاهب اسلامی اعمال حق شفعه توسط ولی یا وصی را مشروط به غبطه مولی علیه کرده، اعمال حق شفعه در صورت وجود غبطه را بر ولی واجب دانسته‌اند.^{۲۵۵}

احناف بدون اشاره به غبطه در تصرفات ولی نسبت به اموال صغیر، به بیان نشانه‌های آن پرداخته‌اند. برای نمونه، مال صغیر باید بالاتر از ثمن‌المثل فروخته‌شود یا دست‌کم پایین‌تر از ثمن‌المثل فروخته نشود.^{۲۵۶} شرط خرید مال برای صغیر، خیر داشتن یا منفعت داشتن برای صغیر و فروش اموال صغیر منوط به نیاز کودک به آن است.^{۲۵۷} در متون فقهی اهل سنت گاه از اصطلاح مصلحت هم استفاده شده که منظور از آن، منفعت است. از نظر مالکی پدر به عنوان ولی می‌تواند مال مولی علیه را برای خود بخرد به شرطی که این معامله به مصلحت مولی علیه باشد. بیع اموال صغیر به دیگران نیز مشروط به داشتن منفعت برای صغیر است.^{۲۵۸} در فقه حنابله واژه مصلحت به معنای منفعت نیامده و مصادیق مصلحت، منفعت نیستند. برخی از مصادیق مصلحت در اموال صغیر عبارتند از: نیاز صغیر به معامله، مانند پرداخت دین، ترس از

^{۲۴۶} خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۹ق)، محاضرات فی الفقه الجعفری، قم: مؤسسه دائرة معارف الفقه الاسلامی، ۴۰۹-۴۱۰

^{۲۴۷} قمی، میرزا ابوالقاسم. (۱۳۷۸ق)، قوانین الاصول، تهران: مکتبه الاسلامیه، ۸۵/۲؛ قمی، میرزا ابوالقاسم. (۱۳۷۸ق)، قوانین الاصول، تهران: مکتبه الاسلامیه، ۸۵/۲

^{۲۴۸} علی دوست ابوالقاسم، ۱۳۹۸، فقه و عرف، چ ۷، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ اسلامی، ۹۷-۹۸

^{۲۴۹} ابوالمعالی، نهاییه المطلب فی درایه المذهب: ۹۵/۱۳؛ مالک بن انس، ابن مالک. (۱۴۱۵ق)، المدونه، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۳۴۷/۴؛ ماوردی، الحاوی الکبیر: ۳۶۶/۵؛ شافعی، ابو عبدالله محمد بن ادریس، (۱۴۱۰ق). الأم الشافعی، چ دوم، بیروت: دارالفکر. ۱۱۶/۷

^{۲۵۰} ابن قدامه، المغنی: ۳۸۱/۷

^{۲۵۱} بغوی، ابومحمد (۱۴۱۸ق)، التهذیب فی الفقه، محقق عادل احمد عبدالموجود، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۳۶۹/۴؛ شافعی، الأم للشافعی، ۱۴۱/۷

^{۲۵۲} رویانی، عبدالواحد (۲۰۰۹م)، بحر المذهب، محقق طارق فتحی السید، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۷۶/۵

^{۲۵۳} مالک بن انس، المدونه: ۳۳۵/۴

^{۲۵۴} ماوردی، الحاوی الکبیر: ۳۶۶/۵

^{۲۵۵} ماوردی، الحاوی الکبیر: ۲۷۶/۷؛ شافعی، الأم للشافعی: ۱۱۶/۷

^{۲۵۶} جزیری، الفقه علی مذاهب الاربعه: ۱۲۰/۲

^{۲۵۷} جزیری، الفقه علی مذاهب الاربعه، ۳۳۱/۲

^{۲۵۸} جزیری، الفقه علی مذاهب الاربعه: ۳۲۲/۲

خرابی مال مولی علیه، زیادی قابل توجه ثمن، قابل استفاده نبودن مبیع برای مولی علیه، کالایی مورد نیاز با قیمت ارزان وجود داشته باشد که جز با فروش مال مولی علیه قابل خرید نیست، فروش خانه‌ای که دارای همسایه‌های آزاررسان هستند.^{۲۵۹} حنبله همچنین برای ولایت در نکاح نیز از واژه مصلحت استفاده می‌کند.^{۲۶۰} اداره مال یتیم وابسته به وجود مصلحت است؛^{۲۶۱} این مصلحت باید راجع باشد و رعایت مصلحت ارجح اولی نسبت به مصلحت غیر ارجح است. شافعی و حنفی در ولایت ولی بر نکاح از لفظ نفع یا غبطه استفاده می‌کنند؛ در نتیجه این دو واژه از نظر آن‌ها مفهوم یکسانی دارد.^{۲۶۲} بدین ترتیب، واژه «غبطه» در فقه اهل سنت، در بیشتر موارد به معنای «منفعت» به کار رفته است. منفعتی که تنها در امور مالی نبوده، اقدامات غیر مالی ولی را هم دربرمی‌گیرد.

هرچند فقهای امامیه در مسئله تصرفات مالی ولی، وجود غبطه را شرط دانسته‌اند؛^{۲۶۳} اما در مواردی بجای آن از واژه مصلحت استفاده کرده‌اند. کاربردهای غبطه و واژه‌های همسوی آن به شکل زیر قابل طبقه‌بندی است:

یک، قرن چهارم و اوایل قرن پنجم: ابن جنید اسکافی (متوفای ۳۷۷ق) در باب ضمان و اجاره از واژه مصلحت استفاده کرده است.^{۲۶۴} اما در مسئله ولایت و امور مولی علیه از دو واژه غبطه و مصلحت استفاده نکرده است. ابن براج (متوفای ۴۸۱ق) در اعمال حق شفعه صغیر از واژه غبطه استفاده کرده،^{۲۶۵} اما در باب ولایت وصی و مواردی از این دست، واژه مصلحت را به کار برده است.^{۲۶۶}

دو، دوره شیخ طوسی: شیخ طوسی بارها از واژه مصلحت در ابواب مختلف فقهی، به‌ویژه ابواب مرتبط با ولایت، استفاده کرده است.^{۲۶۷} گرچه در مسئله ولایت، واژه غبطه را نیز بکار برده است.^{۲۶۸} در خلال دوره سیطره مکتب شیخ طوسی، فقهای همچون ابن حمزه (متوفای ۵۵۰ق) از واژه غبطه در موضوعات مختلفی مانند رهن، اجاره، بیع و ولایت استفاده کرده است؛^{۲۶۹} در برابر، ابن زهره (متوفای ۵۸۵ق) از این واژه استفاده نکرده، به‌جای آن در برخی از ابواب فقهی، همچون احياء موات و جهاد واژه مصلحت را به کار برده است.^{۲۷۰}

سه، قرن ششم تا یازدهم: ابن ادریس حلی (متوفی ۵۹۸ق) در ابواب و مسائل مختلفی مانند: اداره اموال یتیم، طلاق صغیر، نکاح، ارث و ولایت حاکم، واژه مصلحت را به کار برد است.^{۲۷۱} هرچند محقق حلی (متوفای ق)، در ابواب مختلف رهن، مضاربه و... از واژه «غبطه» استفاده کرده؛^{۲۷۲} اما فراوانی آن در مسئله ولایت بسیار بیشتر است.^{۲۷۳} این فقیه در مواردی

^{۲۵۹} جزیری، الفقه علی مذاهب الاربعه: ۳۲۳/۲

^{۲۶۰} ابن قدامه، المغنی: ۳۸۱/۷

^{۲۶۱} مجموعه مولفین. (۱۴۳۳ق)، موسوعة الاجماع فی الفقه الاسلامی، ریاض: دارالفضیلة للنشر و التوزیع، ۲۶/۲۱۷

^{۲۶۲} شافعی، الأم للشافعی: ۱۹/۵

^{۲۶۳} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیث)، ۲۳۹/۱۳؛ نراقی، الحاشیة علی الروضة البهیة، ۷۶۳؛ حسینی عاملی، محمدجواد بن محمد. (بی تا)، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۲۱۵/۱۰

^{۲۶۴} ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد، (۱۴۱۶ق)، مجموعه فتاوی ابن الجنید، قم: جماعه المدرسين فی الحوزة العلمیه، ۲۱۸

^{۲۶۵} شیرازی، ابواسحاق. (بی تا)، المذهب فی الفقه الامام شافعی، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۴۵۴

^{۲۶۶} شیرازی، المذهب فی الفقه الامام شافعی: ۱۱۶/۲ و ۱۱۸؛ همچنین رک: همان، ۹۲/۲ و ۲۶۶ و ۵۲۸

^{۲۶۷} طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیه: ۱۶۶/۴ و ۳۲۹ و ۴۰۰؛ همان، ۹۶/۸ و ۱۶۷؛ همان، ۲۷۱/۷ و...

^{۲۶۸} طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیه: ۱۶۲/۲ و ۲۷۱

^{۲۶۹} ابن حمزه، محمد بن علی. (۱۴۰۸ق)، الوسیلة إلى نیل الفضیلة، بی‌جا: بی‌نا، ۲۵۹؛ ۲۸۰؛ ۳۳۶؛ ۳۷۴

^{۲۷۰} ابن زهره، غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع: ۱۲۴/۱ و ۲۹۳

^{۲۷۱} ابن ادریس، محمد بن احمد، (۱۳۸۷)، موسوعة ابن ادریس الحلی، قم: دلیل ما، ۳۰۱/۱۰ و ۳۳۷؛ ۲۸۹/۱۱ و ۲۹۰؛ ۲۵۳/۱۲ و ۲۸۸ و ۲۹۱

و ۳۱۴

^{۲۷۲} محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام: ۷۰/۲ و ۱۱۱؛ همان، ۱۰۳/۳

^{۲۷۳} محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام: ۳/۳ و ۸۷ و ۹۷ و ۲۰۱ و ۲۲۷ و...

غبطه و مصلحت را در کنار هم^{۲۷۴} و گاه تنها از واژه مصلحت استفاده کرده است.^{۲۷۵} علامه حلی (متوفای ۷۲۶ق) و فخر المحققین^{۲۷۶} هرچند در موضوعات زکات، ضمان، جهاد، متاجر و...^{۲۷۷} از واژه مصلحت استفاده کرده‌اند؛ اما در مسئله ولایت واژه غبطه را به کار برده‌اند.^{۲۷۸} از دیگر فقهای بزرگ این دوره، از شهید اول می‌توان یاد کرد که در آثار فقهی خویش هم واژه غبطه^{۲۷۹} و هم واژه مصلحت را به کار برده است.^{۲۸۰} شهید ثانی هم در بعضی از فروع فقهی این دو واژه را در کنار هم استفاده کرده است؛^{۲۸۱} باید توجه داشت که غبطه تنها در مسائل مرتبط با ولی و مولی علیه^{۲۸۲} و مصلحت در ابواب و مسائل مختلف از جمله ولایت، جهاد، وقف، بیع و... مورد استفاده قرار گرفته است.^{۲۸۳} محقق کرکی و شهید ثانی نیز واژه‌های مصلحت و غبطه را بارها در مسئله در کنار هم یا بجای هم استفاده کرده‌اند.^{۲۸۴}

چهار، قرن یازدهم تا چهاردهم: در این بازه زمانی که شامل دوره پیدایش اخباری‌گری (قرن ۱۱-۱۲)، افول اخباری‌گری (قرن ۱۲) و عصر جدید استنباط (قرن ۱۳ و ۱۴) می‌شود نیز فقها از دو واژه غبطه و مصلحت استفاده کرده‌اند. بحرالعلوم غبطه و مصلحت را با هم به کار برده است.^{۲۸۵} و شیخ انصاری مصلحت را هم در مسئله ولایت^{۲۸۶} (انصاری، المکاسب) و هم در سایر ابواب و مسائل فقهی استفاده کرده است.^{۲۸۷} فقهای متأخر نیز در مسئله ولایت در امور غیر مالی، رعایت غبطه و مصلحت را لازم دانسته‌اند؛^{۲۸۸} هرچند بنا بر نظر مشهور در اعمال ولایت پدر و جد پدری نسبت به نکاح، غبطه شرط نشده است و تنها نبود مفسده را کافی می‌دانند.^{۲۸۹} شایان یادآوری است، برخی از فقهای امامیه رعایت مصلحت را در دوران بین چند مصلحت نیز لازم دانسته‌اند.^{۲۹۰}

^{۲۷۴} محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ۶۹/۲، ۷۱-۳۰۴/۲

^{۲۷۵} علامه حلی، تذکره الفقهاء: ۳۲/۷ و ۳۶ و ۱۴۱؛ محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام: ۱۳۵/۲ و ۱۵۲ و ۱۶۹ و ۱۷۱ و ۱۸۵؛ علامه حلی، تبصرة المتعلمین: ۱۵۷

^{۲۷۶} فخر المحققین، محمد بن حسن (۳۸۷ق)، إیضاح الفوائد فی شرح إشکالات القواعد، قم: بی‌نا، ۲۴۲/۱ و ۴۸۷

^{۲۷۷} فخر المحققین، إیضاح الفوائد فی شرح إشکالات القواعد: ۱۹۷/۱ و ۲۰۷ و ۳۴۱ و ۳۷۶ و ۳۸۸ و ۴۱۷

^{۲۷۸} فخر المحققین، إیضاح الفوائد فی شرح إشکالات القواعد، ۵۵/۲ و ۵۵۸ و ۵۰ و ۲۰۲ و ۱۷/۳ و ۲۱۲ و ۵۹۲ و ۳۷۰/۴ و ۵۵۳ و ۳۷۹

^{۲۷۹} شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۳۰ق). موسوعة الشهید الأول، قم: مرکز العلوم والثقافة الاسلامیة، ۱۳۱/۲ و ۱۴۴ و ۱۶۹/۳ و ۳۷۳ و ۴۰۸؛ ۳۱۹/۱ و ۳۲۰ و ۱۶۶/۱۳ و ۲۰۳ و ۲۲۲/۱۵

^{۲۸۰} شهید اول، موسوعة الشهید الأول، ۲۴۸/۱۰ و ۲۶۶ و ۳۴۴ و ۲۸۶/۱۱

^{۲۸۱} شهید اول، موسوعة الشهید الأول، ۱۴۴/۲

^{۲۸۲} شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۳۸۰)، حاشیة شرائع الإسلام، قم: بوستان کتاب قم (مرکز النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامی)، ۱۴۷ و ۴۰۷

^{۲۸۳} شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم: مکتبه الداوری، ۴۰۰/۲ و ۱۷۹/۳ و ۱۸۰ و ۵۳۴

^{۲۸۴} محقق کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد: ۲۴۰/۵ و ۱۹۰ و ۲۶۷؛ شهید ثانی، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام: ۳۵/۲ و ۱۳/۹ و ۴۴۳؛ ۲۸۶/۱۲؛ شهید ثانی، حاشیة شرائع الإسلام: ۱۴۷، ۴۰۸، ۴۱۰

^{۲۸۵} بحرالعلوم، محمد بن محمدتقی (۱۳۶۲)، بلغة الفقیه، تهران: مکتبه الصادق (علیه السلام)، ۲۹۲/۳ و ۲۹۶ و ۲۹۶

^{۲۸۶} انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۵ق)، المکاسب، قم: المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئوية الثانية لمیلاد الشیخ الأعظم الأنصاری. الأمانة العامة، ۳۵۸/۱ و ۳۴۸ و ۳۳۷ و ۱۱/۲ و ۵۹/۴ و ۵۹۶ و ۴۹۷ و ۴۷۳؛

^{۲۸۷} انصاری، کتاب النکاح: ۱۴۹ و ۱۶۸-۱۷۱ و ۲۳۵؛

^{۲۸۸} مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق)، کتاب النکاح، قم: مدرسه الإمام علی بن أبی طالب (علیه السلام)، ۳۵/۲؛ مشکینی اردبیلی، علی. (۱۳۹۰)، التعلیقة الاستدلالية علی تحریر الوسيلة، قم: مؤسسه علمی فرهنگی دار الحدیث. سازمان چاپ و نشر، ۳۹۷/۳-۴۰۲؛ فاضل موحدی لنکرانی، محمد. (۱۴۲۱ق)، تفصیل الشریعة (النکاح)، قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار (علیهم السلام)، ۱۰۵

^{۲۸۹} یزدی، العروة الوثقی: ۸۶۶/۲؛ خویی، موسوعة الإمام الخوئی، ۳۳۰/۳۳

^{۲۹۰} اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۲۷ق)، حاشیة المکاسب، قم: ذوی القربی، ۴۳۳/۲؛ اراکی، محمدعلی. (۱۴۱۵ق)، کتاب البیع، قم: اسماعیلیان، ۴۰/۲

آن گونه که ملاحظه می‌شود، واژه غبطه در متون فقهی امامیه و اهل سنت به یک معنا به کار نرفته است. اهل سنت، غبطه را به معنای منفعت به کار برده و در برخی از فروع فقهی نیز مصلحت را جایگزین آن کرده‌اند، ولی آن را همسنگ «سود» (نفع) دانسته‌اند. در برابر، فقهای امامیه واژه غبطه را به معنای «منفعت» به کار نبرده‌اند. واژه غبطه در امور مالی مرتبط با ولی و مولی علیه همسنگ با «مصلحت» به کار رفته است، هرچند از نظر مفهومی، مصلحت مفهومی گسترده‌تر از غبطه دارد.

۲-۲-۳- غبطه در حقوق موضوعه ایران

در قوانین ایران نیز به پیروی از فقه اسلامی مفهوم «غبطه» به کار رفته است. در اصل ۲۱ قانون اساسی و در مسئله حق مادران نسبت به قیمومیت صغار به رعایت غبطه کودکان اشاره شده است. در اصلاحیه ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۹/۰۳/۰۱ آمده است: «هرگاه ولی قهری طفل رعایت غبطه صغیر را ننماید و مرتکب اقداماتی شود که موجب ضرر مولی علیه گردد به تقاضای یکی از اقارب وی و یا به درخواست رئیس حوزه قضائی پس از اثبات، دادگاه ولی مذکور را عزل و از تصرف در اموال صغیر منع و برای اداره امور مالی طفل فرد صالحی را به عنوان قیم تعیین می‌نماید». بنا به تبصره اصلاحیه ماده ۱۰۴۱ مصوب ۱۳۷۰/۰۸/۱۴ قانون مدنی، صحت عقد نکاح قبل از بلوغ منوط به اجازه ولی و رعایت مصلحت مولی علیه شده است. در قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۰۱ نیز قانونگذار به شرط غبطه در ولایت توجه داشته و در ماده ۴ این قانون رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان را در تمامی تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرائی الزامی می‌داند. همچنین در ماده ۴۵ همین قانون و ماده ۸۸ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست و بد سرپرست نیز دبه این مسئله اشاره شده است. در ماده ۸۳ قانون امور حسبی مصوب: ۱۳۱۹/۰۴/۰۲، خرید و فروش اموال غیر منقول محجورین فقط با رعایت غبطه فرد محجور ممکن است. ماده ۴۴ قانون اداره تصفیه امور ورشکسته مصوب ۱۳۱۸/۰۴/۲۴ مقرر کرده است: «اداره تصفیه مکلف است شرایط فروش را با رعایت عرف و عادت و غبطه بستانکاران و ورشکسته تعیین نماید». ماده ۷۱ آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۰۴ آمده است: «در مواردی که تعقیب کیفری منوط به شکایت شاکی است، اگر بزه دیده طفل یا مجنون باشد و ولی قهری یا سرپرست قانونی او با وجود مصلحت مولی علیه اقدام به شکایت نکند، دادستان موضوع را تعقیب می‌کند».

۳-۳- غبطه و مصلحت

«مصلحت» از ریشه «صلح» آنچه باعث خیر و صلاح، نفع و آسایش انسان باشد. و به ضد و نقیض مفسده معنا شده است.^{۲۹۱} باید گفت تتبع در معنای لغوی این اصطلاحات حاصلی جز تثبیت همان معنای عرفی و اصطلاحی آنها راندارد.^{۲۹۲} بعضی لغتدانان تلاش کرده اند بین واژه صلاح و نفع تفاوتی ایجاد کنند.^{۲۹۳} به نظر می‌رسد حاصل بررسی ارتکاز و تبادر ذهن این است که اصلاح و افساد ضد یکدیگر هستند و قابل ارتفاع هستند و نقیض یک دیگر نمی‌باشند.

^{۲۹۱} خلیل بن احمد، کتاب العین، ص ۴۵۳؛

^{۲۹۲} علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۳). «مرجعیت عرف در تطبیق مفاهیم بر مصادیق»، فصلنامه حقوق اسلامی، (۲)، ۸۳.

^{۲۹۳} ابوهلال عسکری، الفروق اللغویه، ۱۷۲

فصل دوم: کودک همسری در قوانین موضوعه و حقوق بین الملل

۱- کودک همسری در قوانین ایران

نظام حقوقی ایران نسبت به شرط حداقل سن ازدواج تحولات گسترده ای را درک کرده است.

قانون مدنی ۱۳۱۳ تزویج کودکان را ممنوع می کند که به نظر می رسد تحت تأثیر مکاتب حقوقی غرب بوده است. پس از آن ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی: «نکاح انث قبل از ۱۶ سال تمام و ذکور قبل از ۱۸ سال تمام ممنوع است. معذک در مواردی که مصالحی اقتضا کند با پیشنهاد مدعی العموم و تصویب محکمه ممکن است استثنائاً معافیت از شرط اعطا شود. ولی در هر حال این معافیت نمی تواند به انائی داده شود که کمتر از ۱۱۳ سال تمام و به ذکوری که کمتر از ۱۵ سال تمام دارند داده شود» تصویب شد.

ماده ۳ قانون ازدواج مصوب سال ۱۳۱۰ کیفرهایی را نسبت به ماده ۱۰۴۱ قانون مدنیو ۱۳۱۳ قانون مجازات اسلامی بیان کرده بود. «هر کس برخلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی با کسی که هنوز به سن قانونی نرسیده ازدواج کند به شش ماه الی دو سال حبس تأدیبی محکوم خواهد شد و اگر دختر به سن ۱۳ سال نرسیده باشد لا اقل به ۲ الی ۳ سال حبس تأدیبی محکوم می شود و در هر مورد ممکن است علاوه بر مجازات حبس به جزای نقدی از ۲ هزار ریال الی ۲۰ هزار ریال محکوم گردد و اگر در اثر ازدواج به خلاف مقررات فوق واقعه منتهی به نقص یکی از اعضا یا مرض دائم زن گردد، مجازاتزوج از ۵ سال الی ۱۰ سال با اعمال شاقه است و اگر منتهی به فوت زن شود مجازات زوج حبس دائم با اعمال شاقه است. عاقد و خواستگار و سایر اشخاصی که شرکت در جرم داشته اند نیز به همان مجازات یا مجازاتی که برای معاون جرم مقرر است محکوم می شوند»

ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی را نسخ می کند. این ماده بیان می کند: «ازدواج زن قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام و مرد قبل از رسیدن به ۲۰ سال تمام ممنوع است مع ذلک در مواردی که مصالحی اقتضا کند استثناء در مورد زنی که سن او از ۱۵ سال کمتر نباشد و برای زندگی زناشویی استعداد جسمی و روانی داشته باشد و به پیشنهاد دادستان و تصویب دادگاه شهرستان، ممکن است معافیت از شرط سن اعطا شود.»

زن یا مردی که برخلاف مقررات این ماده با فرد کمتر از سن قانونی برای ازدواج نرسیده مزاجت کند. حسب مورد به مجازات های مقرر در ماده ۳ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۶ محکوم خواهد شد.

در سال ۱۳۶۱ اصلاحیه ای به بعضی مواد قانون مدنی توسط کمیسیون امور قضایی مجلس شورای اسلامی در صحن علنی به تصویب رسد و به مدت ۵ سال به صورت آزمایشی اجرا شد و در نهایت در سال ۱۳۷۰ به تصویب نهایی رسید و به صورت قانون درآمد.

«نکاح قبل از بلوغ ممنوع است. تبصره: عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی صحیح است به شرط رعایت مصلحت مولی علیه» این ماده نیز باردیگر در سال ۱۳۸۱ اصلاح شد. در ابتدای طرح اصلاح این ماده بیان شده است که: «این ماده باعث بروز ناهنجاری هایی در امر ازدواج دختران و پسران شده است چه از جنبه سلامت جسمی و چه از جنبه متلاشی شدن قانون خانواده بعد از رسیدن به سن بلوغ» در ادامه بیان می کند که علاوه بر مشکلات بین المللی برای کشور باعث سوء استفاده افراد سودجو شده است و اصل اختیار را زیر سوال برده است در طرح مزبور سن پیشنهاد شده برای نکاح ۱۴ سال تمام شمسی برای دختران و ۱۷ سال تمام شمسی برای پسران تعیین شده است. و ازدواج کمتر از این سن را منوط به اجازه دادگاه دانسته است. این طرح پس از بررسی در کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس به ۱۵ سال و ۱۸ سال تغییر و

مورد تصویب صحن علنی قرار گرفت ولی شورای نگهبان آن را خلاف شرع دانست و طرح آن در تشخیص مصلحت نظام این مجمع ماده را به این صورت به تصویب رساند: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح.» قانون فوق مشتمل بر ماده واحده در جلسه علنی روز یکشنبه مورخ بیست و هفتم آذر ماه یک هزار و سیصد و هفتاد و نه مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۸۱.۴.۱ با اصلاحاتی در عنوان و متن به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است. ماده ۳ قانون ۱۳۱۶ نیز که در مجازات کودک همسری وضع شده بود ب تصویب ماده ۶۴۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ نسخ گردید.

البته عدم توجه به مجازات اعمال موجب نقص عضو باعث شد در ماده ۵۰ لایحه حمایت از خانواده از سوی قوه قضائیه که در مجلس در سال ۱۳۹۱ به تصویب رسید به این امر نیز توجه شود. «هرگاه مردی برخلاف مقررات ماده (۱۰۴۱) قانون مدنی ازدواج کند، به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. هرگاه ازدواج مذکور به موقعه منتهی به نقص عضو یا مرض دائم زن منجر گردد، زوج علاوه بر پرداخت دیه به حبس تعزیری درجه پنج و اگر به موقعه منتهی به فوت زن منجر شود، زوج علاوه بر پرداخت دیه به حبس تعزیری درجه چهار محکوم می‌شود. تبصره - هرگاه ولی قهری، مادر، سرپرست قانونی یا مسوول نگهداری و مراقبت و تربیت زوجه در ارتکاب جرم موضوع این ماده تاثیر مستقیم داشته باشند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شوند. این حکم در مورد عاقد نیز مقرر است.

این شرایط نشان می‌دهد که ماده ۱۰۴۱ ق.م. با تمام تغییرات، براساس نظر مشهور فقهای امامیه وضع شده است، و بیشتر وضعیت جسمی مورد نظر قانونگذار قرار گرفته است. در صورتی که سن بلوغ با تغییرات جغرافیایی و یا حتی فرهنگی متفاوت می‌شود. این موضوع باعث شده است که ماده ۱۰۴۱ مورد انتقادات فراوانی قرار گیرد.^{۲۹۴}

تبصره این ماده نیز به صورتی ماده را تخصیص زده است که به نسخ یا تخصیص به اکثر شبیه است،^{۲۹۵} و می‌تواند تبصره و ماده را متعارض یکدیگر دانست. البته بعضی حقوقدانان با معنا کردن نکاح در متن ماده به وطی و در تبصره به عقد تلاش کرده اند که این تعارض را رفع کنند.^{۲۹۶}

قانون گذار با توجه به این انتقادات اصلاحیه سال ۱۳۸۱ را انجام داد اما اجازه ازدواج در کمتر از سن قانونی باقی ماند. با توجه به بالا رفتن میانگین سن ازدواج که در جدول ذیل مشاهده می‌نمایید، شاید به نظر برسد که موضوع کودک همسری دیگر در کشور محقق نمی‌شود یا به صورت استثنایی وجود دارد، اما با بررسی آمارهای صادر شده از سازمان ملی جوانان در سال ۱۳۸۳، در کشور ۳۰ هزار کودک متاهل ۱۴-۱۰ ساله وجود دارد.^{۲۹۷} در ایران آمار محاسبه شده سال ۱۳۸۵ بیان می‌کند که ۱/۶۸ درصد از کودکان ۱۰-۱۴ سال و قریب به ۱۷ درصد از افراد ۱۵-۱۹ سال در کشور، ازدواج کرده‌اند. براساس ارقام اعلام شده به وسیله معاونت امور زنان و خانواده ریاست جمهوری، گرایش به ازدواج در سن پایین‌تر از ۱۵ سال برای دختران ۵/۴ درصد است. این اعداد در سال ۱۳۹۳ به ۶ درصد رسیده و در سالهای ۹۴ و ۹۵ نیز ۵/۴ را نشان

^{۲۹۴} کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، حقوق مدنی، خانواده، چ ۶، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا. ۷۰/۱

^{۲۹۵} کاتوزیان، حقوق مدنی، خانواده، ۷۴/۱

^{۲۹۶} کاتوزیان، حقوق مدنی، خانواده، ۷۵/۱

^{۲۹۷} شکری، فریده، (۱۳۸۷)، بررسی حقوقی سن ازدواج و رشد دختران، علوم اجتماعی :: نشریه مطالعات راهبردی زنان: تابستان ۱۳۸۷ -

شماره ۴۰، از ۱۴۶.

می‌دهد. ارقام آماری نشان می‌دهد ازدواج ۱۰ تا ۱۴ سال در چند سال اخیر سعودی بوده است. بنا بر آمار ثبت احوال کشور، ۴۰۲۲۸ نفر در سال ۱۳۹۳ و ۳۶۹۳۸ کودک ۱۰-۱۴ ساله در سال ۱۳۹۴ ازدواج کرده اند.²⁹⁸

میانگین سن اولین ازدواج برحسب جنس در کشور از سال ۱۳۳۵ تا ۱۳۹۵

شرح	۱۳۳۵	۱۳۴۵	۱۳۵۵	۱۳۶۵	۱۳۷۰	۱۳۷۵	۱۳۸۵	۱۳۹۰	۱۳۹۵
مرد	۲۴.۹	۲۵	۲۴.۱	۲۳.۸	۲۴.۴	۲۵.۶	۲۶.۲	۲۶.۷	۲۷.۴
زن	۱۹	۱۸.۴	۱۹.۷	۱۹.۹	۲۰.۹	۲۲.۴	۲۳.۳	۲۳.۴	۲۳

مأخذ: سرشماری‌های عمومی نفوس و مسکن ۱۳۳۵ تا ۱۳۹۵ و آمارگیری جاری جمعیت ۱۳۷۰

مرکز آمار ایران در پاییز ۱۳۹۹، ۷۳۱۷ ازدواج در سن ۱۰-۱۴ در ایران ثبت شده است.^{۲۹۹} به نظر می‌رسد آمار ازدواج کودکان زیر ۱۰ سال از سال ۱۳۸۴-۱۳۸۹ که ۷۱۶۰۰ مورد بوده است و نسبت به سه سال قبل دو برابر شده است. ارقام سال ۸۹ بیان می‌کند که ۳۷۰۰۰ کودک ۱۰ تا ۱۸ ساله مطلقه و بیوه در کشور سرشماری شده‌اند همچنین بنابر امار ارائه شده نسبت به سال ۱۳۸۶ تا ۱۳۸۹، در هر سال ۸۰۰ ازدواج دختران ۱۰ تا ۱۴ سال و ۱۵ هزار دختر ۱۵ تا ۱۹ ساله در ایران به طلاق انجامیده است. بر اساس آمار ثبت احوال استان تهران در سال ۱۳۹۰، ۷۵ زن یا مرد با سن پایین‌تر از ۱۰ سال به ازدواج درآمده‌اند.

بعضی محاکم در ایران با صدور اجازه ازدواج به کودک همسران حکم رشد را هم صادر می‌کنند زیرا ازدواج را اماره رشد نیز می‌دانند، اما بعضی محاکم این اجازه نامه را اماره رشد ندانسته و فقط به صدور اجازه نامه بسنده می‌کنند. نظر کمیسیون قضات: «عقد ازدواج با بلوغ زوجین بنا به تبصره یک ماده ۱۲۱۰ ق.م، ناظر به ماده ۱۰۴۱ همان قانون می‌تواند محقق شود. لذا در مورد بذل مهریه زوجه کمتر از ۱۸ سال بدون اجازه دادگاه راجع به رشدش یا موافقت ولی موجه نمی‌باشد.»^{۳۰۰} حکم این محاکم را تایید می‌کند.

با بررسی سیر تاریخی و تحولی قانون سن ازدواج در قوانین موضوعه می‌توان به اشکالاتی به قانون موجود مصوب تشخیص مصلحت اشاره کرد:

الف) عدم وجود ضمانت اجرای کیفری برای تزویج دختر ۹ تا ۱۳ ساله زیرا ماده ۶۴۶ فقط برای ازدواج با دختران زیر سن بلوغ جرم انگاری کرده و مجازات بیان نموده است.

ب) عدم مسئولیت ولی در تزویج دختر زیر سن نکاح بدون وجود مصلحت. اصلاحیه ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۹ فقط برای ولایت مالی ضمانت اجرا بیان نموده است. «هرگاه ولی قهری طفل رعایت غبطه صغیر را ننماید و مرتکب اقداماتی شود که موجب ضرر مولی علیه گردد به تقاضای یکی از اقارب وی و یا به درخواست رئیس حوزه قضایی پس از اثبات، دادگاه ولی مذکور را عزل و از تصرف در اموال صغیر منع و برای اداره امور مالی طفل فرد صالحی را

²⁹⁸ فرهمند، «واکاوی تجارب زناشویی کودک همسری: درهم آمیختگی عاطفی - فکری و بی قدرتی»، ۱۱۹
^{۲۹۹} زارعی محمود آبادی، حسن (۱۴۰۰)، «علل و پیامدهای ازدواج زودهنگام و وقوع کودک همسری در دانش آموزان دختر استان یزد (طلاق دانش آموزی): مطالعه داده بنیاد»، نشریه طلوع بهداشت، ۲۰(۳)، ۱۴
^{۳۰۰} ولایی، عیسی، (۱۳۸۳)، مجموعه نشست های قضایی- مسایل قانون مدنی (۳)، قم: معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، نشر قضا، ۲۱۵-۲۱۶/۱۳

به عنوان قیم تعیین می‌نماید. همچنین اگر ولی قهری به واسطه کبر سن و یا بیماری و امثال آن قادر به اداره اموال مولی علیه نباشد و شخصی را هم برای این امر تعیین ننماید طبق مقررات این ماده فردی به عنوان امین به ولی قهری منضم می‌گردد.»

(ج) عدم مسئولیت کیفری معاونین در عقد نکاح

(د) عدم نظارت دادگاه به شخص مورد نظر برای ازدواج و صرف تشخیص امادگی جسمانی برای نکاح.

(ه) عدم تطابق سن نکاح با اماره رشد، و عدم توانایی استیفای حقوق مالی توسط خود فرد غیر رشید.^{۳۰۱}

از همین رو در تاریخ ۱۳۹۷/۰۷/۰۴ طرح یک فوریتی برای اصلاح قانون مذکور به مجلس ارائه شد. این طرح بدین شرح است:

عنوان طرح:

اصلاح ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی اصلاحی مصوب ۱۳۸۱/۰۴/۰۱:

ماده واحده ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی اصلاحی مصوب ۱۳۸۱/۰۴/۰۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام به شرح ذیل اصلاح و یک تبصره به آن الحاق می‌شود: ماده - ۱۰۴۱ عقد نکاح دختر قبل از سیزده سال تمام شمسی و پسر قبل از شانزده سال تمام شمسی، ممنوع است.

تبصره حداقل سن ازدواج در دختر شانزده سال تمام شمسی و در پسر هجده سال تمام شمسی است. عقد ازدواج بین سنین سیزده تا شانزده - در دختران و شانزده تا هجده در پسران منوط به إذن ولی و رعایتمصلحت و تشخیص دادگاه به شرط داشتن قابلیت صحت جسمی برای تزویج با نظر پزشکی قانونی می‌باشد.

البته این طرح در کمیسیون مربوطه به عمده دلیل عدم مطابقت با فتاوی مراجع عظام تقلید و همینطور عدم ضرورت در وضعیت کنونی جامعه به اتفاق آراء رد شد.

اما این پرسش مطرح است که نگاه فقه امامیه به عنوان منبع قانون جامعه حقوقی ایران نسبت به سن ازدواج تنها وابسته به شرایط جسمی است یا به شرائط روانی، اجتماعی، اقتصادی و... هم توجه دارد؟ و راه کار آن برای رفع این معضلات چه می‌باشد.»

۲- کودک همسری در نظام‌های حقوقی دیگر

بررسی کودک همسری در میان قوانین کشورهای دیگر و همینطور وضعیت این کشورها در رابطه با مسئله ازدواج کودکان علاوه بر مشخص کردن اهمیت موضوع، میتواند راهکارهایی بین المللی برای مقابله با این امر را نیز نمایش دهد.

^{۳۰۱} عباسی، «کودک همسری در حقوق ایران و نظام بین المللی حقوق بشر»، ۸۵

۱-۲- سیر تاریخی قانون‌گذاری در کودک همسری

در جوامع باستانی و قرون وسطی، ارتباط دختران در سن بلوغ یا حتی قبل از آن رایج بود.^{۳۰۲} در بین یهودی‌ها ازدواج دختر جوان از مسلمات حقوق پدر به شمار می‌رفت و بیشتر دختران قبل از ۱۵ سالگی ازدواج می‌کردند، اغلب در آغاز بلوغ در قرون وسطی به نظر می‌رسد سن ازدواج در سراسر جهان یهودی حدود سن بلوغ بوده است.^{۳۰۳}

روث لمدان می‌نویسد: "اشاره‌های متعدد به ازدواج کودکان در ادبیات «رسپانسا»^{۳۰۴} قرن شانزدهم و منابع دیگر، نشان می‌دهد که ازدواج کودکان آنقدر رایج بوده که عملاً یک هنجار بوده است. در این مکاتب کودک به دختر زیر دوازده سال و یک روزه گفته می‌شد و دختر دوازده و نیم ساله از همه جهات بالغ محسوب می‌شد.»^{۳۰۵}

در امپراطوری روم، امپراطوری اگوستون برای ازدواج و فرزندآوری جایزه قرار داده بود و این امر را محدود به سن ۲۵ تا ۶۰ سالگی در مردان و ۲۰ تا ۵۰ سالگی در زنان کرده بود. تاریخدانان بیان می‌کنند که در این دوره زنان نجیب زاده تا ۱۲ سالگی ازدواج نمی‌کردند ولی در عموم مردم ازدواج قبل از ۱۲ سالگی رایج بوده است. در حقوق روم باستان ازدواج برای زنان در سن ۱۲ سالگی و برای مردان در سن ۱۴ سالگی قانونی بود البته ازدواج با دختران ۱۲ تا ۲۰ ساله نیاز به رضایت هم خود دختر و هم پدر دختر داشت.^{۳۰۶}

در قرن ۱۲ کلیسای کاتولیک روم، سن ازدواج را تغییر داد و دختران بالای ۱۲ سال و پسران بزرگ‌تر از ۱۴ سال می‌توانستند بدون رضایت پدر نیز ازدواج کنند.^{۳۰۷}

در یونان باستان نیز ازدواج زودهنگام توسط مادر رایج بوده است. حتی از پسرها هم انتظار می‌رفت در سنین نوجوانی ازدواج کنند. ازدواج‌های زودهنگام و مادر شدن نوجوانان معمول بود. در روم باستان، زنان بالای ۱۲ سال و مردان بالای ۱۴ سال می‌توانستند ازدواج کنند.^{۳۰۸} در قرون وسطی، طبق قوانین مدنی انگلیس که برگرفته از قوانین رومی بود، ازدواج قبل از ۱۶ سالگی وجود داشت. در چین امپراتوری، ازدواج کودکان عادی بود.

برخلاف دیگر جوامع در قرون وسطی، در شمال غربی اروپا ازدواج‌های نسبتاً دیررس برای مردان و زنان رایج بود، و سن ازدواج تا اوسط ده سوم و حتی چهارم زندگی مردان و زنان به تأخیر می‌افتاد.^{۳۰۹} از اطلاعات بیان شده توسط مورخین نسبت به انگلستان استفاده می‌شود که حتی در قرن چهاردهم نیز این امر رواج داشته است. از همین رو این فرهنگ در

302 Angeliki Laiou (1993), Coercion to sex and marriage in ancient and medieval societies, Washington, DC, p. 95

303 Steven M. Lowenstein (2002): The Jewish Cultural Tapestry: International Jewish Folk Traditions, p. 108. Oxford

304 Responsa

305 Ruth Lamdan (2000): A Separate People: Jewish Women in Palestine, Syria, and Egypt in the sixteenth Century, p. 47. Leiden

306 Arjava A (1996). Women and law in late antiquity. Oxford: Clarendon Press. P. 28

307 Sheehan J (1971). "The formation and stability of marriage in fourteenth-century England". Medieval Studies. 33: 228-63.

308 Dahl, GB (2010). "Early Teen Marriage and Future Poverty". Demography. 47 (3): 708

309 Patricia Crone (2015). Pre-Industrial Societies: Anatomy of the Pre-Modern World. Oneworld (Kindle Edition). p. 2747 (Kindle loc).

حقوق عمومی انگلستان منعکس شد و برای اولین بار سن رضایت جنسی در قوانین به ثبت رسید و در سال ۱۲۷۵، روابط جنسی با دختران زیر ۱۲ یا ۱۴ سال جرم شناخته شد. در سال ۱۵۷۶ قانون دومی با مجازات‌های شدیدتر برای افراد زیر ۱۰ سال وضع شد. در سال ۱۸۷۵ در قانون جرم علیه اسخاص سن رضایت را در انگلستان به ۱۳ سال افزایش داد. و حتی در اواخر قرن ۱۸ و اوایل قرن ۱۹، دولت استعماری بریتانیا محدودیت‌های سنی ازدواج را برای دختران هندو و مسلمان در شبه قاره هند وضع کرد.^{۳۱۰}

این سیر ادامه داشت تا در سال ۱۷۵۳م در انگلستان و ولز حداقل سن ازدواج بدون نیاز به رضایت پدر ۲۱ سال تعیین شد و حداقل سن ازدواج با رضایت ۱۴ و ۱۲ برای مردان و زنان مشخص شد. و در امریکای مستعمره نیز این قانون اعلام و اجرایی شد.^{۳۱۱}

یک پزشک اسکاتلندی که در قرن هجدهم در سوریه زندگی می‌کرد، گزارش داده است که مردم محلی سعی کردند در سنین پایین برای فرزندان خود ازدواج کنند، اما این ازدواج تا زمانی که دختر "به سن بلوغ" نرسیده بود، انجام نمی‌شد. شواهد به دست آمده از فلسطین قرن نوزدهم حاکی از آن است که شوهران گاهی قبل از بلوغ همسرشان روابط جنسی را آغاز می‌کردند، اما این اتفاق نادری بود که از نظر اجتماعی محکوم می‌شد و توسط دادگاه‌های شرعی مورد انتقاد قرار می‌گرفت. ادوارد ویلیام لین در نوشته ای در دهه ۱۸۳۰ مشاهده می‌کند که تعداد کمی از دختران مصری تا سن ۱۶ سالگی مجرد می‌مانند، اما دگرگونی اجتماعی-اقتصادی، اصلاحات آموزشی و نفوذ هنجارهای غربی تغییرات قابل توجهی ایجاد کرد و تا سال ۱۹۲۰ کمتر از ۱۰ درصد از زنان مصری قبل از سن ۲۰ سال ازدواج کردند. در سال ۱۹۲۳، مجلس مصر حداقل سن ازدواج را ۱۶ سال برای زنان و ۱۸ سال برای مردان تعیین کرد.^{۳۱۲}

سیر این تحول قانونی در اکثر کشورهای جهان وجود دارد و تا اواخر قرن ۲۰ اکثر کشورها، حداقل سن برای ازدواج را مشخص کرده و در اکثر موارد این سن بیشتر از ۱۸ سال مشخص شده است، ولی در بعضی کشورها ازدواج قبل از سن قانونی را با رضایت پدر مجاز می‌دانند. تا جایی که سازمان آمار بین الملل اعلام کرد: تا سال ۲۰۱۰، ۱۵۸ کشور اعلام کرده اند که حداقل سن ازدواج بدون رضایت پدر و خانواده زن ۱۸ سال تعیین شده است. با این وجود در ۱۹۶ کشور قوانین ایالتی یا عرفی به دختران کمتر از ۱۸ سال اجازه می‌دهد که با رضایت والدین ازدواج کنند و در ۵۲ کشور دختران

³¹⁰ Brown, Jonathan A.C. (2015). *Misquoting Muhammad: The Challenge and Choices of Interpreting the Prophet's Legacy*. Oneworld Publications (Kindle edition). P. 3143

³¹¹ ماده ۱۴۴؛ قانون مدنی کشور فرانسه

³¹² Levine, David (1977). *Family Formation in an Age of Nascent Capitalism*. Academic Press. p. 152.

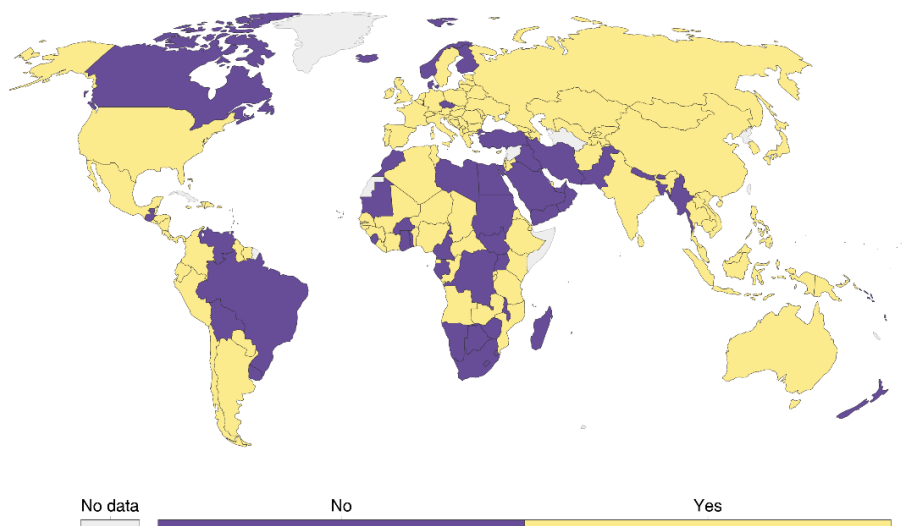
کمتر از ۱۵ سال می‌توانند به صورت قانونی ازدواج کنند و همینطور در ۲۳ کشور پسران زیر ۱۵ سال می‌توانند با رضایت والدین یا حکم دادگاه صالح ازدواج کنند.^{۳۱۳}

در تصویر زیر به تفکیک کشورهایایی که کودک همسری را ممنوع می‌دانند مشخص شده است.

Does law prohibit or invalidate child or early marriage?, 2015

Map shows whether there are provisions that prevent the marriage of girls, boys, or both, before they reach the legal age of marriage.

Our World
in Data



Source: World Bank

OurWorldInData.org/violence-against-rights-for-children/ • CC BY

Note: Prohibition or invalidation includes, for example, restrictions to register the marriage, or provisions stating that such a marriage is null and void.

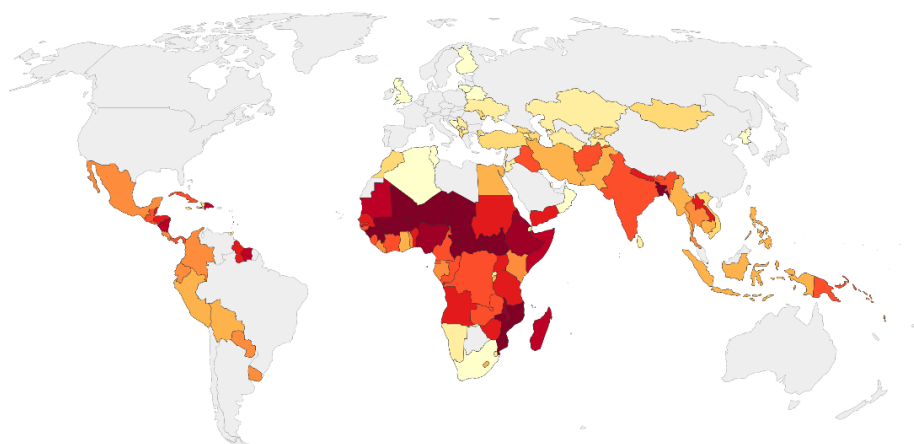
³¹³ Child marriage ban takes effect in Finland". Yle Uutiset. June 2019.

در تصویر زیر نیز به تفکیک نسبت ازدواج افراد زیر ۱۸ سال به تعداد کل ازدواج‌های ثبت شده در سال ۲۰۲۰ به نمایش درآمده است.

Share of women who were married by age 18, 2020

Percentage of women aged 20 to 24 years old, who were married or in a union before they reached the age of 18.

Our World
in Data

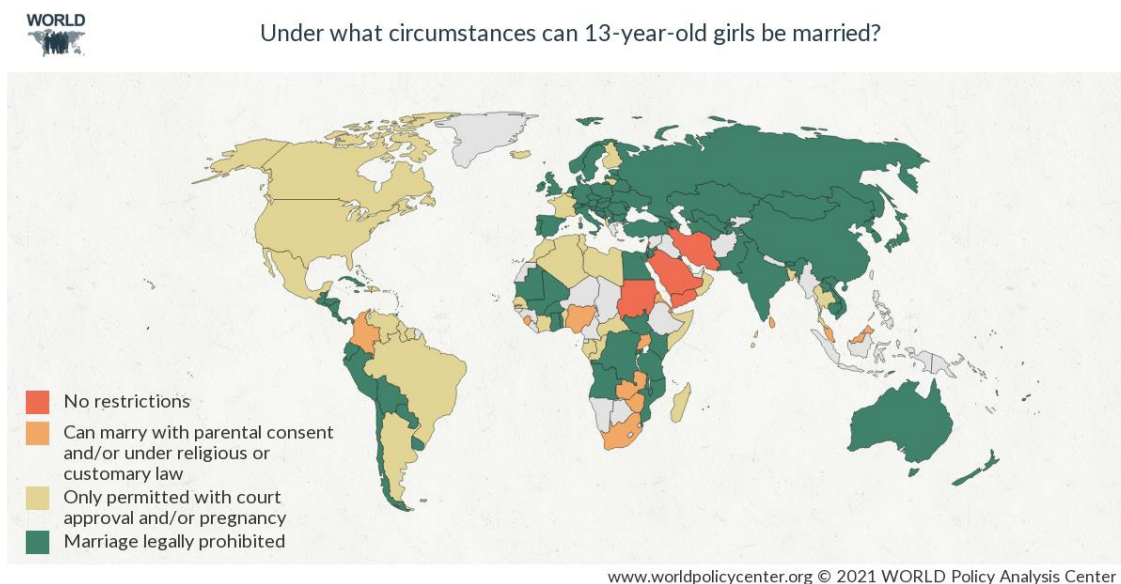


Source: Data compiled from multiple sources by World Bank

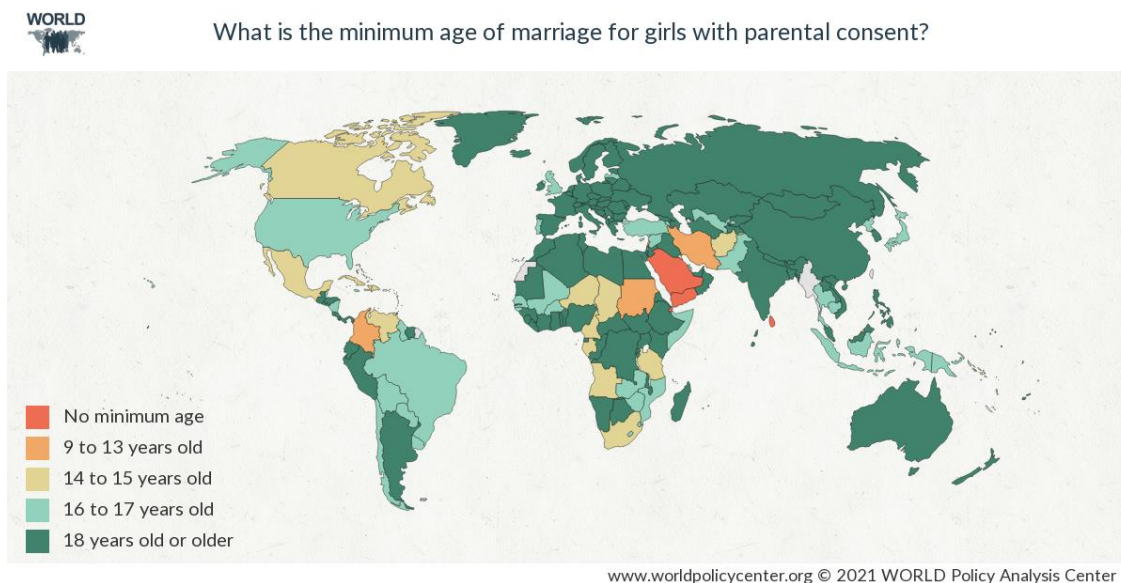
CC BY

در سالهای اخیر بسیاری از کشورهای اتحادیه اروپا قوانین ازدواج خود را تشدید کرده اند و یا ازدواج زیر ۱۸ سال را به طور کامل ممنوع کرده اند یا نیازمند به تایید قضایی قرار داده اند. برای مثال می توان به کشورهایی همچون: سوئد در سال ۲۰۱۴، دانمارک در سال ۲۰۱۷، آلمان در سال ۲۰۱۷، لوکزامبو. گ در سال ۲۰۱۷، اسپانیا در سال ۲۰۱۵، هلند در سال ۲۰۱۵، فنلاند و ایرلند در سال ۲۰۱۹ و... اشاره کرد.

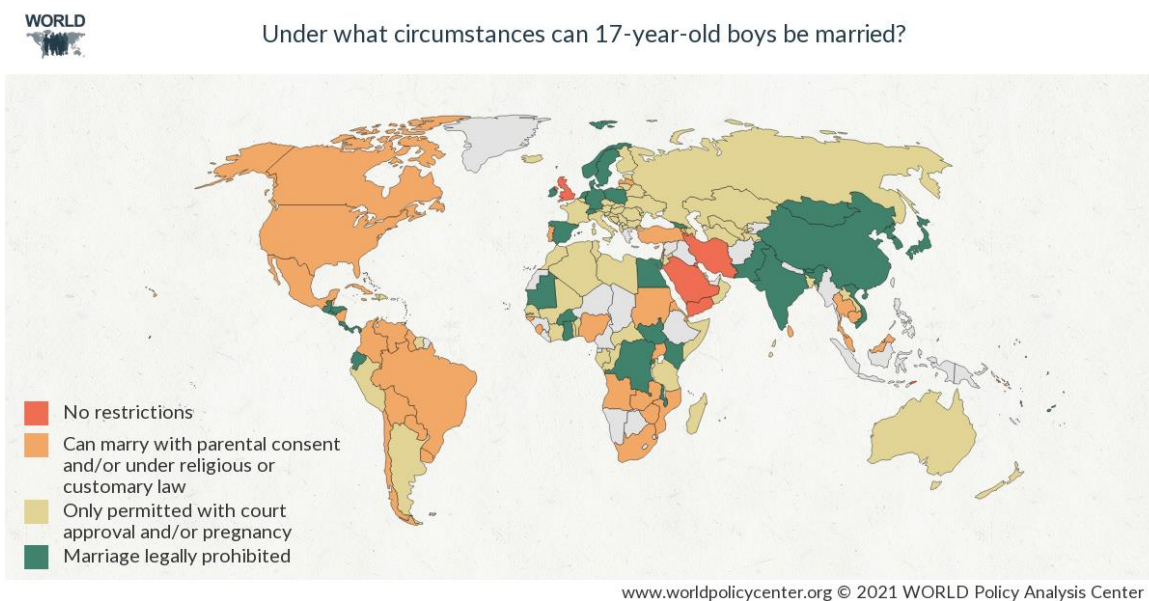
تصاویر زیر نشان می‌دهد که چه کشورهایی ازدواج زیر ۱۸ سال را ممنوع و یا با شرایط پذیرفته‌اند. در تصویر زیر شرایط کشورها برای ازدواج دختران زیر ۱۳ سال در سال ۲۰۲۰ میلادی نمایش داده شده است.



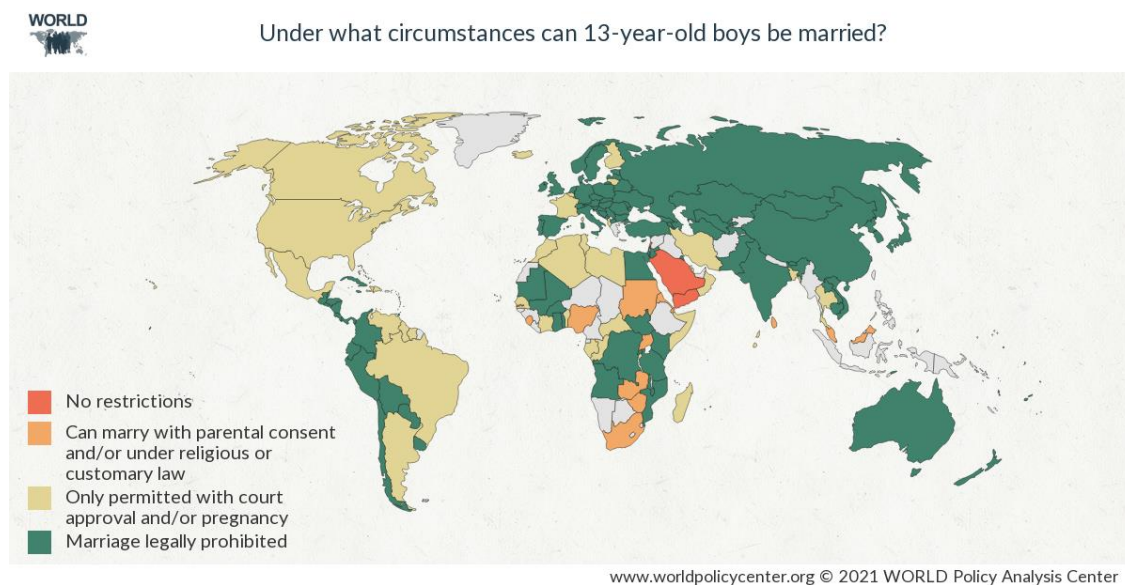
در تصویر زیر می‌توان حداقل سن ازدواج دختران همراه با رضایت خانواده را مشاهده کرد.



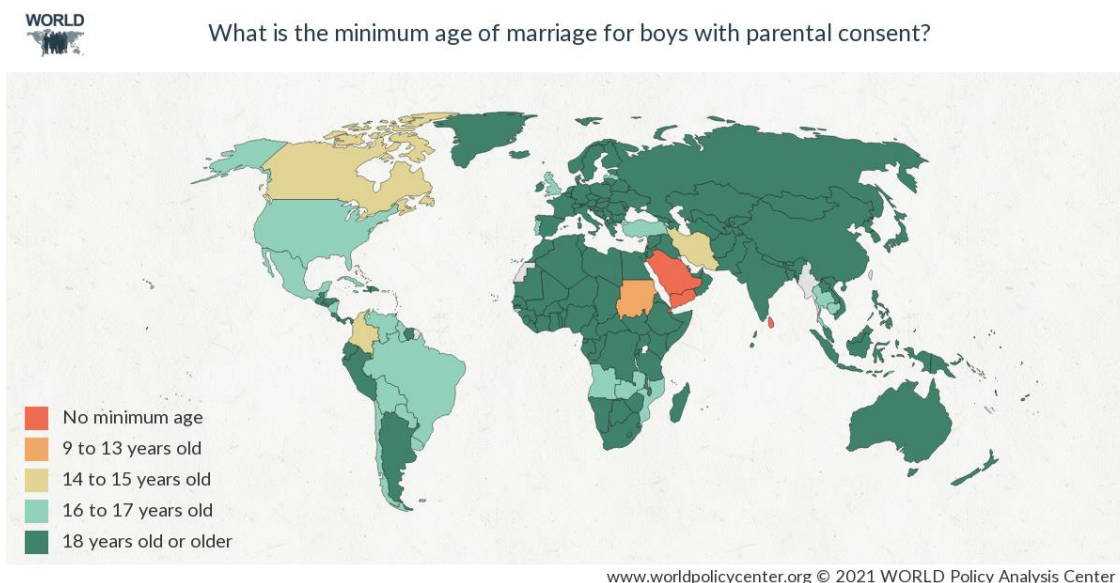
در تصویر زیر نیز شرایط ازدواج پسران زیر ۱۷ سال در کشورهای مختلف جهان در سال ۲۰۲۰ به تصویر کشیده شده است.



در تصویر زیر نیز شرایط ازدواج پسرهای زیر ۱۳ سال در کشورهای مختلف به تصویر کشیده شده است.



در تصویر زیر سن ازدواج پسران با رضایت پدر در کشورهای مختلف نمایش داده شده است.



اکثر مذاهب شناخته شده در تاریخ به هر نحوی حداقل سن ازدواج را تعیین کرده اند. قانون شرعی مسیحی ازدواج دختر را قبل از شروع بلوغ منع می‌کرد^{۳۱۴} و کتاب مقدس هندو، وداها، ازدواج را پس از سن بلوغ اعلام می‌کرد.^{۳۱۵}

علمای یهود به شدت از ازدواج قبل از بلوغ منع می‌کردند، اما در موارد استثنایی، دختران ۳ تا ۱۲ ساله ممکن بود توسط پدر ازدواج کنند. طبق یهودیت، براساس کتب باستانی تلمود می‌شناسد حداقل سن دختر برای ازدواج، ۱۲ سال و یک روز تعیین شده بود.^{۳۱۶}

۲-۲- کودک همسری در قوانین کشورهای اسلامی

تحقیقات اماری در سال ۲۰۱۳ بیان می‌کند که ۵۳ درصد از زنان متاهل در افغانستان قبل از ۱۸ سالگی ازدواج کرده اند و ۲۱ درصد از همه آنها قبل از ۱۵ سالگی به تزویج درآمده اند حداقل سن رسمی ازدواج دختران در افغانستان ۱۵ سال همراه رضایت پدر است.^{۳۱۷}

در ۳۴ ایالت افغانستان رسومی وجود دارد که ازدواج بدل نامیده می‌شود؛ ، عرف بدل دختران به عنوان یکی از رایج‌ترین رسوم ازدواج در اجتماعات محلی به شمار می‌آید. این رسم شامل ازدواج با بزرگان قریه و یا ازدواج به دلیل حل و فصل اختلافات بین خانواده‌ها، بدهی‌های پرداخت نشده، مجازات برای یک جنایت با اجبار خانواده مجرم به زن دادن دختران ۵

³¹⁴ Hajnal, John (1965). "European marriage pattern in historical perspective". In Glass, D. V.; Eversley, D.E.C. (eds.). *Population in History*. London: Arnold. P. 102

³¹⁵ Coontz, Stephanie (2005). *Marriage, a History: From Obedience to Intimacy, or How Love Conquered Marriage*. New York, New York: Viking Press, Penguin Group. p. 125

³¹⁶ Allan Dahlaquist (31 December 1996). *Megasthenes and Indian Religion: A Study in Motives and Types*. Motilal Banarsidass. pp. 113–114.

³¹⁷ *United Nations High Commissioner for Refugees*. "Refworld – Afghan Girls Suffer for Sins of Male Relatives". *Refworld*.

تا ۱۲ ساله خود می‌شود. گاهی اوقات دختری به دلیل جرمی که عمو یا خویشاوند دور او مرتکب شده است مجبور به ازدواج کودک می‌شود.^{۳۱۸} البته این امار در کمپ‌های پناهندگی افغانستانی‌ها در مرزهای کشورهای دیگر بسیار بالاتر است.

در گزارشات اماري نسبت به کشور یمن بیان می‌شود که بیش از نیمی از دختران این کشور قبل از ۱۸ سالگی ازدواج می‌کنند، حتی برخی در سن هشت سالگی.^{۳۱۹} کمیته مقننه شرعیه دولت یمن با وضع حداقل سنی برای ازدواج به ۱۵ یا ۱۸ سال مخالفت کرده است، به دلیل غیر شرعی بودن مشخص کردن حداقل سن در شریعت اسلام. البته بعضی فعالان مسلمان یمنی استدلال می‌کنند که برخی از دختران در سن ۹ سالگی آماده ازدواج هستند. در عمل قانون یمن به دختران در هر سنی اجازه ازدواج می‌دهد، اما رابطه جنسی با آنها را تا زمان نامحدودی که مناسب آمیزش جنسی هستند ممنوع می‌کند. در سال ۲۰۰۸ با فعالیت رسانه ای بر مودی که نسبت به ازدواج یک دختر ۱۰ ساله و خشونت علیه او صورت گرفت پیشنهاد تصویب حداقل سن ازدواج که ۱۸ سال بود به قوه مقننه رفت اما در سال ۲۰۰۹ با اینکه به تصویب رسید با فعالیت نمایندگان مخالف لغو گردید.^{۳۲۰} البته افراد فعال اجتماعی در سال ۲۰۱۳ با رسانه ای کردن مورد دیگر از ازدواج کودکان که در آن دختر ۸ ساله در شب زفاف به دلیل خونریزی داخلی و پارگی رحم پس از رابطه جنسی با مردی ۴۰ ساله جان خود را از دست داد، به دنبال فشار بر قوه مقننه برای اعمال محدودیت در سن ازدواج هستند.^{۳۲۱}

در کشور پادشاهی عربستان سعودی شیوع گسترده ازدواج کودکان توسط گروه‌های حقوق بشر ثبت و انتشار یافته است.^{۳۲۲} البته علمای دینی در این کشور با وضع محدودیت سنی برای ازدواج مخالفت می‌کنند. هیچ قانونی حداقل سن رضایت را در عربستان سعودی تعیین نمی‌کند، با این که پیش نویس‌هایی برای این نوع محدودیت در قوانین عربستان از سال ۲۰۱۱ ایجاد شده است. اعضای مجلس شورای سعودی در سال ۲۰۱۹ مقررات جدیدی را برای ازدواج‌های کودکان تصویب کردند که ازدواج افراد زیر ۱۵ سال را ممنوع می‌سازد و نیاز به تایید دادگاه برای افراد زیر ۱۸ سال را نیز الزامی می‌کند.^{۳۲۳}

تحقیقات صندوق جمعیت سازمان ملل متحد نشان می‌دهد که ۲۸.۲ درصد از ازدواج‌ها در ترکیه - تقریباً از هر سه یک نفر - شامل دختران زیر ۱۸ سال است.^{۳۲۴} ازدواج به عنوان یک راه بالقوه برای محافظت از شرافت خانواده و محافظت از دختر در برابر تجاوز جنسی، با توجه به اینکه تجاوز جنسی در طول جنگ رایج بود، در کشورهای جنگ زده مانند سوریه و فلسطین دیده می‌شود. حوادث ازدواج کودکان در سوریه و در میان پناهندگان سوری در طول درگیری‌ها با داعش افزایش

³¹⁸ "Child Marriage in Afghanistan and Pakistan". America Magazine. 11 March 2002.

³¹⁹ "Yemen's Child Bride Backlash Foreign Policy, April 30, 2010". Archived from the original on 2 October 2014.

³²⁰ Yemeni child bride, eight, 'dies on wedding night'. The Guardian. 11 September 2013.

³²¹ "Top Saudi cleric: OK for young girls to wed". CNN. 17 January 2009.

³²² "Saudi Arabia to set minimum marriage age following surge in such weddings". Al Arabiya. 25 July 2011.

³²³ "[Saudi Arabia moves to ban child marriage with a new ruling](#)". The National. 24 December 2019.

³²⁴ Charles, Lorraine (2013). "Syrian and Palestinian Syrian Refugees in Lebanon: The Plight of Women and Children". *Journal of International Women's Studies*. 14 (5): 96–111.

یافته است به صورتی که نسبت دختران پناهنده سوری ساکن اردن که ازدواج کرده اند از ۱۳ درصد در سال ۲۰۱۱ به ۳۲ درصد در سال ۲۰۱۴ افزایش یافته است.^{۳۲۵}

در کشور قطر حداقل سن ازدواج برای مردان ۱۸ و زنان ۱۶ سال بیان شده است و حداقل سن ازدواج با رضایت والدین وجود ندارد و تنها در صورت رعایت موازین مذهبی و فرهنگی و با اجازه دادگاه صالح ازدواج زیر سن قانونی مجاز است.^{۳۲۶} در امارات متحده نیز حداقل سن ازدواج ۱۸ سال بیان شده است ولی افراد بالغ می‌توانند با رضایت دادگاه ازدواج کنند.^{۳۲۷}

۳-۲- کودک همسری در قوانین کشورهای آسیایی

بیش از نیمی از ازدواج‌های کودکان در کشورهای آسیای جنوبی هند، پاکستان، بنگلادش و نپال رخ می‌دهد.^{۳۲۸} در اقدامی برای جلوگیری از ازدواج کودکان در اندونزی، حداقل سن ازدواج برای دختران در اندونزی در سال ۲۰۲۲ به ۱۹ سال افزایش خواهد یافت. پیش از این، طبق قانون ازدواج در سال ۱۹۷۴، سن ازدواج برای دختران ۱۶ سال بود و حداقل با رضایت قضایی وجود نداشت.^{۳۲۹} طبق قوانین اندونزی، ازدواج زیر سن قانونی به عنوان سوء استفاده جنسی مورد پیگرد قانونی قرار می‌گیرد، اگرچه ازدواج‌های ثبت نشده بین دختران جوان و مردان مسن در مناطق روستایی رایج است. در یکی از مواردی که باعث اعتراض سراسری شد، یک فرد ثروتمند با دختری ۱۲ ساله ازدواج کرد. او به دلیل آزار جنسی این دختر، تحت تعقیب قرار گرفت و به ۴ سال زندان محکوم شد.^{۳۳۰}

گزارشات یونیسف بیان می‌کند که تا سال ۲۰۱۱، ۲۸.۸ درصد از ازدواج‌ها در نپال، ازدواج کودکان بوده است.^{۳۳۱} در یک مقاله، اماراتی منتشر شده است که مشخص می‌کند ۷۹.۶ درصد از دختران مسلمان در نپال، ۶۹.۷ درصد از دخترانی که در مناطق حاشیه ای بدون مذهب و ۵۵.۷ درصد از دخترانی که در سایر مناطق روستایی زندگی می‌کنند، همگی قبل از ۱۵ سالگی ازدواج کرده اند. بالاترین دهک‌های ثروت حدود دو سال دیرتر از دهک‌های دیگر ازدواج می‌کند.^{۳۳۲}

³²⁵ Marshall, H. I., (1922) The Karen of Burma. Bangkok: White Lotus

³²⁶ "Qatar – Factsheets". *Youthpolicy.org*. Retrieved 28 July 2015.

³²⁷ "Federal Law No. (28) of 2005 On Personal Status".

³²⁸ Raj, A.; Saggurti, N. (2009). "Prevalence of child marriage and its effect on fertility and fertility-control outcomes of young women in India: a cross-sectional, observational study". *The Lancet*. 373 (9678): 1883–1889.

³²⁹ Reuters Staff, Indonesia raises minimum age for brides to end child marriage,

³³⁰ "Indonesia Cleric Jailed for Marrying 12-Year-Old". *The Associated Press/CBS News*.

³³¹ Rabi, Amjad (2014). "Cost of Inaction: Child and Adolescent Marriage in Nepal". UNICEF Nepal Working Paper Series.

³³² UNFPAT, Child Marriage in Southern Asia: Context, Evidence and Policy Options for Action.

قانون کشور بنگلادش مجازات‌های کیفری را برای انعقاد ازدواج‌های زیر سن ۲۱ سال برای مردان و ۱۸ سال برای زنان در نظر می‌گیرد، اگرچه چنین ازدواج‌هایی باطل تلقی نمی‌شوند.^{۳۳۳} علیرغم این قانون، نرخ ازدواج کودکان در بنگلادش از بالاترین نرخ‌های ازدواج در جهان است. از هر ۳ ازدواج، ۲ ازدواج شامل ازدواج کودکان است.^{۳۳۴}

چین کشوری است که بالاترین سن ازدواج را برای مردان وضع کرده است این کشور در قانون خود حداقل سن برای ازدواج را نسبت به مردان ۲۲ سال و نسبت به دختران ۲۰ سال تعیین نموده است.^{۳۳۵}

در کشور ژاپن حداقل سن ازدواج ۲۰ سال تعیین شده است ولی پسران بالای ۱۸ سال و دختران بالای ۱۶ سال با رضایت والدین می‌توانند ازدواج کنند. و پسران ۱۶ سال تا ۱۸ سال برای ازدواج نیاز به رضایت دادگاه صالح دارند.

در کشور قرقیزستان سن ازدواج برای همه ۱۸ سال بیان شده است. اما بخش‌های خودگردان محلی می‌توانند بنا به درخواست طرفین ازدواج، مشروط بر وجود دلایل موجه، سن ازدواج را کاهش دهند. البته سن ازدواج را نمی‌توان بیش از یک سال کاهش داد.^{۳۳۶}

در کشور مالزی سن ازدواج بدون رضایت ۲۱ سال تعیین شده و افراد بالای ۱۸ سال نیاز به رضایت والدین دارند. البته اجازه خاصی نیز می‌تواند توسط وزیر عالی اتفاق بیافتد که در آن افراد ۱۶ ساله نیز مجاز به ازدواج باشند.^{۳۳۷}

۴-۲- کودک همسری در نظام‌های حقوقی رومی ژرمنی

نظام حقوقی رومی-ژرمنی یا به تعبیر دیگر سیویل لائو شکلی از نظام‌های حقوقی است که بر پایه حقوق روم شکل گرفته است و اساسی‌ترین ویژگی آن نقش عمده قوانین مدون در این نظام حقوقی است که منبع اصلی آن به‌شمار می‌رود، به همین جهت به حقوق مدون و حقوق نوشته نیز شهرت یافته است.

اصول حقوقی در این روش حقوقی به عنوان قواعد عمومی کنش‌های اجتماعی و انسانی تلقی شده است. در این نوع حقوق به خطر شکل‌گیری برای روابط مدنی، حقوق مدنی رشد بیشتری داشته است. به همین دلیل در زبان فرانسه آن را «حقوق سنتی مدنی»^{۳۳۸} نیز می‌نامند. به دلیل این که شکل‌گیری اصول این نظام حقوقی اکثراً در موسسات علمی کشورهای لاتینی و ژرمنی اروپا صورت گرفته آن را «رومی-ژرمنی» می‌نامند، البته نظام‌های حقوقی نوین این خانواده تفاوت بسیار زیادی با قوانین روم دارند.

³³³ UNICEF, UNFPA–UNICEF Global Programme to End Child Marriage, Bangladesh. P. 2

³³⁴ UNICEF, UNFPA–UNICEF Global Programme to End Child Marriage, Bangladesh p. 3

³³⁵ Marriage Law of the People's Republic of China (in Chinese) China Law Press, China Legal Publications, 2006, p. 2

³³⁶ Kyrgyzstan – Factsheets". Youthpolicy.org

³³⁷ "what are the marriage requirements in Malaysia" Lawyerment. Retrieved 2015-11-20.

³³⁸ droit de tradition civiliste.

تعداد زیادی از کشورهایی که دارای نظام حقوقی رومی ژرمنی هستند توسط استعمار کشورهای مستعمر به این نظام حقوقی روی آورده اند ولی کشورهای زیادی هم خودخواسته این نظام حقوقی را پذیرفته اند. با بررسی قوانین این کشورها می توان به نوع نگاه نظام حقوقی رومی ژرمنی به پدیده کودک همسری دست یافت.

در اتحادیه اروپا هر کشور اروپایی قوانین خاص خود را دارد. هم در اتحادیه اروپا و هم در شورای اروپا سن ازدواج در صلاحیت تک تک کشورهای عضو است. کنوانسیون استانبول، اولین سند الزام آور قانونی در اروپا در زمینه خشونت علیه زنان و خشونت خانگی است که^{۳۳۹} تنها کشورهای عضو را ملزم می کند که ازدواج اجباری را ممنوع کنند (ماده ۳۷) اما هیچ اشاره ای به حداقل سن ازدواج نکرده است.

در اتحادیه اروپا، سن عمومی ازدواج به عنوان یک حق در همه کشورهای عضو ۱۸ سال است، به جز در اسکاتلند، و در ازدواج با شرط کسب رضایت والدین و دادگاه صالح حداقل سن ازدواج ۱۶ سال است. در ۶ کشور ازدواج زیر ۱۸ سال کاملاً ممنوع است. در مقابل، در ۶ کشور حداقل سن مشخصی وجود ندارد، اگرچه همه این کشورها برای انجام ازدواج به مجوز یک مقام عمومی (مانند قاضی یا مددکار اجتماعی) نیاز دارند.

در آلمان در سال ۲۰۱۷ حداقل سن ازدواج ۱۷ سال مشخص شده است.^{۳۴۰} و در فرانسه ازدواج زیر ۱۸ سال نیاز به رضایت دادگاه دارد.^{۳۴۱} در کشور یونان افراد زیر ۱۸ سال نیاز به اجازه دادگاه دارند که در صورت وجود دلایل جدی برای چنین ازدواجی ممکن است حکم به جواز ازدواج صادر شود.^{۳۴۲} در ایتالیا و اسپانیا نیز ازدواج ۱۶ سال تا ۱۸ سال نیاز به حکم دادگاه دارد.

در روسیه نیز سن متداول ازدواج که توسط قانون خانواده روسیه تعیین شده ۱۸ سال است. ازدواج افراد ۱۶ تا ۱۸ سال فقط با دلایل موجه و با مجوز دادگاه محلی مجاز است. ازدواج قبل از ۱۶ سال ممکن است توسط دادگاه فدرال قانون روسیه به عنوان یک استثنا فقط در شرایط خاص مجاز باشد که تا سال ۲۰۱۶، حداقل سن برای ازدواج در شرایط خاص ۱۴ سال تعیین شده بود.^{۳۴۳} ازدواج زیر ۱۸ سال در سوئد در سال ۲۰۱۴، در دانمارک در سال ۲۰۱۷، و در فنلاند در سال ۲۰۱۹ به طور کامل ممنوع شد.

کشورهای آمریکای لاتین نیز از جمله کشورهایی هستند که حقوق رومی ژرمنی را پذیرفته اند. ازدواج کودکان در آمریکای لاتین و کشورهای جزیره کارائیب امری رایج است. حدود ۲۹ درصد از دختران قبل از ۱۸ سالگی ازدواج می کنند. جمهوری دومینیکن، هندوراس، برزیل، گواتمالا، نیکاراگوئه، هائیتی و اکوادور برخی از بالاترین نرخها را در قاره آمریکا گزارش می کنند،^{۳۴۴} در حالی که بولیوی و گویان تا سال ۲۰۱۲ شدیدترین کاهش را در نرخ ازدواج کودکان نشان داده اند. برزیل

³³⁹ Adolescents and Youth in Pakistan. Population Council, with support from UNICEF; pp. 97-98

³⁴⁰ Bundesgesetzblatt". www.bgb.de. Retrieved 10 August 2017

^{۳۴۱} ماده ۱۴۵، قانون مدنی فرانسه

³⁴² "Getting Married in Greece". Archived from the original on 17 July 2015.

^{۳۴۳} ماده ۱۳، قانون خانواده روسیه

³⁴⁴ "Marrying Too Young: End Child Marriage". UNFPA. p. 23.

از نظر تعداد مطلق دخترانی که تا پانزده سالگی ازدواج کرده یا زندگی مشترک دارند، در رتبه چهارم جهان قرار دارد.^{۳۴۵} فقر و فقدان قوانینی که حداقل سن ازدواج را الزامی می‌کند به عنوان دلایل ازدواج کودکان در آمریکای لاتین ذکر شده است.^{۳۴۶} در گواتمالا، ازدواج زودهنگام در میان جوامع بومی مایا بسیار رواج دارد. در جنوب شرقی کلمبیا، افراد بومی گاهی اوقات در سنین پایین ازدواج می‌کردند تا استعمارگران را از گرفتن اجباری دختران منصرف کنند.

در کشور مکزیک حداقل سن ازدواج بر اساس ایالت متفاوت است. قانون عمومی حقوق کودکان و نوجوانان ۲۰۱۴، ۱۸ سال را به عنوان سن عمومی ازدواج تعیین کرده است، اما به دختران اجازه می‌دهد در ۱۴ سالگی و پسران در ۱۶ سالگی با رضایت والدین ازدواج کنند. در سطح ایالتی، از ۱ ژوئن ۲۰۲۰ سن ازدواج در همه ایالت‌ها ۱۸ سال بدون استثنا است.

۵-۲- کودک همسری در نظام‌های حقوقی کامن لا

در نظام‌های حقوقی کامن لا که به حقوق عرفی تعبیر می‌شوند یا حقوق رویه قضایی و سابقه قضایی نامیده می‌شوند این روش قضایی در سال ۱۰۶۶م توسط دادگاه انگلستان در این کشور ایجاد شد. این نظام حقوقی با ایجاد بریتانیا به تعداد زیادی از کشورهای جهان راه یافت و هم اکنون قریب به ۳۰ درصد از کشورهای دنیا مانند کشورهای آنگلو ساکسون (کانادا، نیوزیلند، ایالات متحده آمریکا و استرالیا) و بعضی از کشورهای مورد استعمار قرار گرفته انگلستان بریتانیا مانند پاکستان، نیجریه، هندوستان، بنگلادش، ایرلند را تشکیل می‌دهد.

به همین دلیل با بررسی قوانین این کشورهای می‌توان به نوع نگاه نظام حقوقی کامن لا به کودک همسری دست یافت. سن ازدواج در انگلستان ۱۶ یا ۱۸ سال با رضایت خانواده (و در برخی شرایط دیگران) است،^{۳۴۷} البته در اسکاتلند رضایت والدین افراد بالای ۱۶ سال نیاز نمی‌باشد. اسکاتلند و آندورا تنها حوزه‌های قضایی اروپایی هستند که در آن افراد ۱۶ ساله می‌توانند به صورت قانونی و بدون رضایت خانواده ازدواج کنند.

بر اساس گزارشی که در نشریه گاردین که در سال ۲۰۰۴ نشر یافت، در انگلستان، دختران ۱۲ ساله به صورت غیر قانونی به جامعه مسلمان وارد می‌شوند تا بتوانند ازدواج کنند. دخترانی که برای فرار از این تصمیم تلاش کنند حتی به مرگ تهدید می‌شوند. این نشریه دلیل این چنین تهدیدی را خدشه دار شدن آبرو و شرافت آن خانواده بیان می‌کند.^{۳۴۸}

البته زندگی مشترک زیر سن قانونی در بریتانیا نیز مشاهده می‌شود. بر اساس یک پژوهش در سال ۲۰۰۵م، ۴.۱٪ از کل دختران در گروه سنی ۱۵ تا ۱۹ سال در بریتانیا زندگی مشترک داشتند البته این ازدواج رسمی نبوده است، همینطور ۸.۹٪

³⁴⁵ Marrying Too Young: End Child Marriage". UNFPA. p. 24

³⁴⁶ "Women Around the World » Child Marriage in Latin America". Council on Foreign Relations – Women Around the World.

³⁴⁷ "Marriage Act 1949". legislation.gov.uk. sections 2, 3 and 78 as amended by the Family Law Reform Act 1987.

³⁴⁸ Hill, Amelia (22 February 2004). "Revealed: the child brides who are forced to marry in Britain". The Guardian. Retrieved 15 February 2015.

از همه دختران در آن گروه سنی بیان می‌کنند که در یک رابطه زناشویی مشترک قرار دارند و بیش از ۴ درصد از تمام دختران زیر سن قانونی در بریتانیا مادران نوجوان هستند.^{۳۴۹}

در کشور کانادا از سال ۲۰۱۵م، پایین‌ترین سن ازدواج در سراسر کانادا ۱۶ سال مشخص شده است. سن بلوغ بر اساس هر ایالت ۱۸ یا ۱۹ سال بیان شده، بنابراین افراد زیر سن بلوغ دارای شرایط خاصی هستند (رضایت والدین یا دادگاه و...) ماده ۲۹۳ طبق قانون کیفری، ازدواج زیر ۱۶ سال می‌گوید: «هرکس با علم به اینکه یکی از افراد متاهل زیر ۱۶ سال سن دارد جشن بگیرد، کمک کند یا در مراسم ازدواج شرکت کند، مرتکب جرمی قابل کیفرخواست شده است و محکوم به حد اکثر ۵ سال حبس می‌شود. قانون ازدواج مدنی نیز می‌گوید: «هیچ فردی که کمتر از ۱۶ سال سن داشته باشد نمی‌تواند ازدواج کند»^{۳۵۰}. بر اساس مطالعه ای از دانشگاه مک گیل، از سال ۲۰۰۰ تا ۲۰۱۸م، ۳۶۰۰ گواهی ازدواج برای کودکان (عمدتا دختران) زیر ۱۸ سال در کانادا صادر شده است.^{۳۵۱}

در استرالیا نیز حداقل سن ازدواج با رضایت والدین یا دادگاه ۱۶ سال و ۱۸ سال سن قانونی ازدواج بدون رضایت والدین یا دادگاه است.

کودک همسری در آمریکا نیز رواج دارد و به صورت رسمی نیز ثبت می‌شود. بر اساس اطلاعات سال ۲۰۱۰م توسط مرکز ملی آمار سلامت، یک آژانس دولتی ایالات متحده، ۲/۱٪ از کل دختران در گروه سنی ۱۵ تا ۱۷ سال در سنین کودکی ازدواج می‌کنند و در گروه سنی ۱۵ تا ۱۹ سال، ۷/۶ درصد از کل دختران در آمریکا ازدواج کرده اند. درصد کودک همسری در اجتماعات قومی و ایالت‌ها نسبت به شهرهای بزرگ بالاتر است. برای مثال، در گروه‌های اسپانیایی، ۶۶ درصد از تمام دختران در گروه سنی ۱۵ تا ۱۷ سال به طور رسمی ازدواج کرده اند و ۱۳ درصد از گروه سنی ۱۵ تا ۱۹ سال بودند. [۷] سالانه بیش از ۳۵۰۰۰۰ نوزاد از مادران نوجوان در ایالات متحده به دنیا می‌آیند و بیش از ۵۰۰۰۰ نفر از آنها دومین نوزاد پس از مادران نوجوان هستند.^{۳۵۲}

در ایالات آمریکا قوانین مربوط به کودک همسری تفاوت می‌کند. در کل در این ایالات دختران ۱۶ ساله و بالاتر می‌توانند ازدواج کنند. و در اکثر ایالات، ۱۸ سال، حداقل سن ازدواج بدون نیاز به رضایت خانواده یا دادگاه است. با این وجود، همه ایالت‌ها به جز دلاور، نیوجرسی و پنسیلوانیا براساس قوانین داخلی راه‌هایی برای ازدواج کودکان قرار داده اند، البته افراد زیر ۱۶ سال غالباً نه تنها به رضایت والدین بلکه به حکم دادگاه نیز نیاز دارند،^{۳۵۳} در سال ۲۰۱۸، دلاور اولین ایالتی بود که

³⁴⁹ Sharon K. Houseknecht and Susan K. Lewis, (Dec., 2005) "Explaining Teen Childbearing and Cohabitation: Community Embeddedness and Primary Ties", Family Relations, Vol. 54, No. 5, Families and Communities, p. 612

³⁵⁰ Doyle, Alister (21 April 2016). "Child brides sometimes tolerated in Nordic asylum centers despite bans".

³⁵¹ Consolidated federal laws of canada, Criminal Code". laws-lois.justice.gc.ca. Legislative Services Branch.

³⁵² Marriage and Cohabitation in the United States: A Statistical Portrait Based on Cycle 6 (2002) of the National Survey of Family Growth". US Department of Health and Human Services.

³⁵³ Understanding State Statutes on Minimum Marriage Age and Exceptions « Tahirih Justice Center". www.tahirih.org.

ازدواج کودکان را بدون استثنا ممنوع کرد،^{۳۵۴} و به دنبال آن نیوجرسی در همان سال، و در سال ۲۰۲۰، پنسیلوانیا سومین ایالتی شد که آن را ممنوع کرد. (مک نامارا، پنسیوانیا) بین سال‌های ۲۰۰۰ تا ۲۰۱۵ حداقل ۲۰۷۴۶۸ مورد کودک همسری در ایالات متحده وجود داشته است که بیش از ۱۰۰۰ مجوز آن برای افراد زیر ۱۵ سال، حتی بعضی از آنها تا ده سال، بوده است. البته در بعضی پرونده‌ها، در مجازات بعضی از کسانی که با کودکان ازدواج کرده اند مجازات زندان نیز مشاهده می‌شود.^{۳۵۵}

البته در کشورهایی که در بازه زمانی مورد استعمار انگلستان بوده اند شرایط به صورت دیگری رقم خورده است. نرخ کودک همسری در بنگلادش یکی از بالاترین‌ها در جهان است. از هر ۳ ازدواج دو ازدواج شامل تعریف کودک همسری می‌شود. طبق آمار سال ۲۰۰۵، ۴۹ درصد از زنان بین ۲۵ تا ۲۹ سال در بنگلادش تا سن ۱۵ سالگی ازدواج کردند.

در بعضی از نقاط از اتیوپی و نیجریه، بخش زیادی از دختران قبل از ۱۵ سالگی ازدواج می‌کنند، در برخی از آنها سن ازدواج ۷ سالگی می‌رسد. در بخش‌هایی از مالی، ۳۹ درصد دختران قبل از ۱۵ سالگی ازدواج می‌کنند. در نیجر و چاد، بیش از ۷۰ درصد دختران قبل از سن ۱۸ سالگی ازدواج می‌کنند.^{۳۵۶}

در سال ۲۰۰۶، ۱۵ تا ۲۰ درصد از جاماندگی از آموزش در نیجریه بر اثر کودک همسری بوده است. در سال ۲۰۱۳، نیجریه تلاش کرد قوانین ازدواج خود را تغییر دهد و کودک همسری را ممنوع کند. ازدواج کودکان موضوعی تفرقه‌انگیز در نیجریه است و به طور گسترده انجام می‌شود. در ایالت‌های شمالی که عمدتاً مسلمان هستند، بیش از ۵۰ درصد دختران قبل از ۱۵ سالگی ازدواج می‌کنند.^{۳۵۷}

بر اساس گزارش یونیسف در سال ۲۰۰۹، ۴۷ درصد از زنان ۲۰ تا ۲۴ ساله هندی قبل از سن قانونی ۱۸ سالگی ازدواج کرده اند، که بیش از ۵۰ درصد آنها روستایی بوده اند همینطور گزارش می‌دهد که ۴۰ درصد کودک همسری جهان در هندوستان رخ می‌دهد.^{۳۵۸} البته این امار ها براساس نمونه گیری‌های کوچک است و بعضی محققان امار نرخ ازدواج کودکان را در هند کمتر از این اعداد می‌دانند. با توجه به نمونه آماری در سال ۲۰۰۵، ۲۲ درصد از دخترانی که تا به حال در سنین ۱۶ تا ۱۸ سال ازدواج کرده‌اند، ۲۰ درصد از دختران هندی بین ۱۳ تا ۱۶ سال و ۲۶ درصد قبل از سن ۱۳ سالگی ازدواج کرده‌اند. نرخ ازدواج کودکان در هند، بر اساس یک نظرسنجی در سال ۲۰۰۹، به ۷ درصد کاهش یافته است. (سرشماری دولت هند، ۲۰۱۲م) سرشماری هند در گزارش جمعیتی خود در سال ۲۰۰۱ اعلام کرد که هیچ دختر متاهل زیر ۱۰ سال، ۱.۴ میلیون دختر از ۵۹.۲ میلیون دختر در سنین ۱۰ تا ۱۴ سال و ۱۱.۳ میلیون دختر از ۴۶.۳ میلیون دختر

³⁵⁴ Thomsen, Jacqueline (10 May 2018). "Delaware becomes first state to ban child marriage" thehill.com.

³⁵⁵ Baynes, Chris (8 July 2017). "More than 200,000 children married in US over the last 15 years". The Independent.

³⁵⁶ Nour, Nawal M. (2006), "Health Consequences of Child Marriage in Africa", Emerging Infectious Diseases, 12 (11): 1645

³⁵⁷ "Nigeria – Child Not Bride". AllAfrica. 4 September 2013.

³⁵⁸ UNICEF. "40 p.c. child marriages in India: UNICEF". The Hindu. Chennai, India. 18 January 2009.

در سنین ۱۵ تا ۱۹ سال ازدواج کرده اند.^{۳۵۹} برای سال ۲۰۱۱، سرشماری هند گزارش می‌دهد که نرخ ازدواج کودکان به ۳.۷٪ از زنان زیر ۱۸ سال متاهل کاهش یافته است.

قانون محدودیت سن ازدواج در سال ۱۹۲۹ در زمان سلطه استعماری انگلستان بر هند، ازدواج مرد کمتر از ۲۱ سال یا زن کمتر از ۱۸ سال را برای هندوها، بودایی‌ها، مسیحیان و اکثر مردم هند ممنوع کرد. با این وجود، جمعیت ۱۶۵ میلیون مسلمان هند شامل این قانون نمی‌شدند در طول ۲۵ سال گذشته، هیئت حقوق شخصی مسلمانان هند و سایر سازمان‌های مدنی مسلمان، فعالانه با قوانین و اقدامات اجرایی در سراسر هند علیه ازدواج کودکان تبلیغ کرده اند. هند با بیش از ۱.۲ میلیارد جمعیت، بالاترین تعداد ازدواج کودکان در جهان را دارد. اما از سال ۲۰۱۶، این وضعیت به طور قانونی توسط قانون منع ازدواج کودکان پایان یافت. و حداقل سن ازدواج در مردان ۲۱ سال و در دختران به ۱۸ سال تعیین شد.^{۳۶۰}

۲-۶-۲- کودک همسری در قوانین و اسناد بین الملل

قوانین سن ازدواج و یا کودک همسری در اسناد مختلف بین المللی یا به صراحت یا به صورت التزامی بیان شده است. مهم‌ترین اسنادی که در آن در رابطه با کودک همسری و سن ازدواج بیان قانون شده است عبارتند از:

۱-۲-۶-۲- اعلامیه جهانی حقوق بشر (مصوب ۱۹۴۸)

این اعلامیه در سال ۱۹۴۸ تشکیل شده و در سال ۱۹۷۶ به رسمیت رسیده است و به عنوان اعلامیه تقنینی سازمان ملل مشخص شده است و بسیاری از کشورها در نظرات حقوقی به عنوان عناصر حقوقی کشور خود آن را تلقی می‌کنند.^{۳۶۱}

در ماده ۲ این اعلامیه بیان شده است که ازدواج باید براساس رضایت کامل و آزادانه طرفین ازدواج باشد» ماده ۱۶ اعلام می‌دارد که «الف) زن و مردی بالغ بدون محدودیت از نظر نژاد، ملیت، تابعی و مذهب می‌توانند با یکدیگر ازدواج کنند. ب) ازدواج باید با رضایت کامل و آزادانه زن و مرد باشد» این اعلامیه نیز به دو اصل توجه دارد و آن سن بلوغ و رضایت طرفین است.^{۳۶۲}

۲-۲-۶-۲- اعلامیه حقوق کودک (مصوب ۱۹۵۹)

این اعلامیه نیز در اصل ۹ خود بیان می‌کند که: «کودک در مقابل هر گونه ظلم، غفلت، بی رحمی و استثمار مورد حمایت است» روح حقوقی این ماده تمام فعالیت‌هایی که مضر برای سلامت روحی و جسمی کودک است را منع می‌کند. با این که اشاره مستقیم به منع کودک همسری نشده است به نظر می‌رسد تجویز این نوع ازدواج با روح کلی این ماده مغایرت داشته باشد.^{۳۶۳}

³⁵⁹ Women and men in India 2012" (PDF). CSO/Census India 2011, Government of India. p. xxi, Highlights item 5.

³⁶⁰ Htun, M., & Weldon, L., "Sex equality in family law: historical legacies, feminist activism, and religious power in 70 countries". World Development Report, (Purdue University, 2012).

³⁶¹ Schutter O. International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary. Cambridge: Cambridge University Press; 2014. p.33-39.

³⁶² Nikhilesh N. Right to Marriage of Sexual Minorities: A Human Right Perspective. London: Swamy Law House; 2020. p.33-40.

^{۳۶۳} قاری، سید فاطمی. (بی‌تا)، حقوق بشر در جهان معاصر، دفتر دوم، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۵۲

۳-۶-۲- کنوانسیون رضایت بر ازدواج (مصوب ۱۹۶۲)

این کنوانسیون که در سال ۱۹۶۲ تشکیل شد به واسطه قطعنامه ۱۷۶۳ مجمع عمومی بوده است و ۵۵ کشور به آن متعهد شده اند. کشورهایی مانند یمن، زیمبابوه، بنگلادش و لیبی با امار بالا در ازدواج کودکان عضو این کنوانسیون هستند.^{۳۶۴} این قطعنامه توسعه اقتصادی را راهی موثر برای کاهش آمار کودک همسری می‌داند.

۴-۶-۲- میثاق بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (مصوب ۱۹۶۶)

میثاق نامه بین المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی که در سال ۱۹۸۶م تشکیل شده است، با اینکه به صورت صریح در رابطه با کودک همسری سخن نمی‌گوید ولی در ماده ۲ این میثاق نامه نیز ذکر شده است که: «برای تشکیل و استقرار خانواده ... ازدواج باید با رضایت آزادانه طرفین که قصد آن را دارند صورت گیرد ...». بند سوم این ماده بیان می‌کند: «اجبار اطفال به کارهایی که برای جهات اخلاقی یا سلامت آنها زیان آور است، یا زندگی آنها را به مخاطره می‌اندازد یا مانع رشد طبیعی آن گردد باید به موجب قانون، قابل مجازات باشد.»^{۳۶۵} که به صورت التزامی ازدواج کودکان را با شرایطی جرم دانسته و از قوانین می‌خواهد که نسبت به آن جرم انگاری شود و مجازات معین گردد.

در نظریه تفسیری ۱۹ کمیته حقوق بشر سازمان ملل در رابطه با ماده ۲۳ این سند، کمترین سن ازدواج در قوانین کشورها باید به صورتی معین شود که زوجین در آن سن توانایی کامل برای بیان رضایت خود داشته باشند.

در نظریه تفسیری ماده ۱۰ کنوانسیون حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۹۶۶ وظیفه کشورها در تأمین بالاترین حد حمایت از خانواده با حقوق افراد در ازدواج و روابط زناشویی مرتبط دانسته شده است و باید حداقل سن ازدواج آنها یکسان باشد. این توصیه به دلیل محقق شدن هرچه بیشتر حقوق افراد در ازدواج بیان شده است.^{۳۶۶}

۵-۶-۲- کنوانسیون رفع کلیه تبعیضات بر علیه زنان (مصوب ۱۹۷۹)

معاهده ۲ این کنوانسیون بیان می‌کند که «ازدواج فرزند از نظر قانون دارای قدرت اجرا نمی‌باشد و کلیه اقدامات ضروری من جمله وضع قانون برای تعیین حداقل سن مناسب برای ازدواج باید تحقق یابد و الزاماً ازدواج در دفاتر رسمی ثبت گردد»

دو موضوعی که در این ماده مورد توجه قرار گرفته منع ازدواج فرزندان، بهدلیل دخیل نبودن اراده آنها در آن ازدواج و وضع حداقل سن مناسب برای ازدواج در قوانین داخلی است.

۶-۶-۲- کنوانسیون حقوق کودک (مصوب ۱۹۸۹)

در ماده ۲۴ این سند وظیفه مقابله با رسوم آسیب زننده به کودکان را به دولت‌های متعهد محول کرده است. در این رابطه نظریه تفسیری شماره ۴ کمیسیون حقوق کودک با ارائه تفسیر از مواد ۱۳ ال ۱۷ کنوانسیون حقوق کودک، بیان می‌کند که با توجه به حقوق ذکر شده در این مواد ازدواج کودکان از مصادیق رسوم آسیب زننده تلقی شده است و اهمال در مقابله

³⁶⁴ Malone D, Villalpando S, Chesterman S. The Oxford Handbook of United Nations Treaties. Oxford: Oxford University Press; 2019

³⁶⁵ Conte J. Child Abuse and Neglect Worldwide. London: ABC-CLIO; 2014. p.1-8.

۳۶۶ زمانی، رسول؛ علیرضا صابریان، محمد روحانی مقدم (۱۳۹۹)، سن ازدواج در اسناد بین المللی، فصلنامه حقوق پزشکی، ویژه نامه حقوق بشر و شهروندی، ۲۶۱

با آن از طرف دولت‌های متعهد نقض حقوق باروری و سلامت جنسی کودکان به حساب می‌آید. این نظریه تفسیری به کشورهای متعهدی که حداقل سن ازدواج را کمتر از ۱۸ سال قرار داده اند توصیه کرده است که این سن به ۱۸ سال افزایش یابد تا مصداق نقض حقوق جنسی نباشد.^{۳۶۷}

۲-۲- کودک همسری در اسناد منطقه ای

اسناد منطقه ای بعد از اسناد بین المللی که گستره جهان شمولی دارند در مناطق مختلف دارای اهمیت فراوانی است و چون براساس مشخصه‌های فرهنگی، و جغرافیایی آن منطقه تشکیل شده است بیشتر مطابق وضعیت کشورها است و با قوانین داخلی آنها انطباق دارد.

کنوانسیون حقوق بشر در امریکا مصوب ۱۹۶۹ تاکید دارد که هر ازدواجی باید با رضایت کامل طرفین تحقق پیدا کند. پروتکل الحاقی منشور حقوق بشر زنان افریقایی که در سال ۲۰۰۳ تصویب ده است نیز تاکید دارد که حقوق زنان و مردان در امر ازدواج مساوی است و باید با رضایت کامل طرفین ازدواج صورت گیرد. و ۱۸ سال نیز به عنوان سن ازدواج در این مصوبه تعیین شده است.^{۳۶۸} اتحادیه توسعه کشورهای افریقا نیز در پروتکل الحاقی در مورد جنسیت مصوب می‌کند که حداقل سن ازدواج ۱۸ سال است.^{۳۶۹}

اتحادیه همکاری منطقه ای جنوب اسیا نیز با تصویب کنوانسیون بهبود و توسعه رفاه کودکان در سال ۲۰۰۲ تاکید می‌کند که باید تولد ثبت رسمی شود. بعضی کارشناسان معتقدند این کنوانسیون در کاهش آمار کودک همسری در جنوب اسیا بسیار موثر بوده است. کشور ایران نیز به عنوان عضو ناظر در این کنوانسیون عضو است.

در پایان باید گفت که جامعه بین الملل در سالهای اخیر اسناد و پیمان‌های متعددی را در این رابطه ایجاد کرده است و در اکثر آنها فقر و محرومیت گسترده‌ترین دلیل ایجاد کودک همسری است و بزرگ‌ترین پیامد آن هم محرومیت از تحصیل در کودک همسران بیان شده است.

۳- مطالعه تطبیقی قوانین کشورها و اسناد بین‌المللی

۳-۱- تعریف کودک همسری

کودک همسری به عنوان یک مفهوم حقوقی در قوانین کشورهای مختلف متفاوت تعریف شده است زیرا مفهوم کودک در آن کشورها متفاوت بوده است و همینطور حداقل سن ازدواج نیز متفاوت بیان شده است. حتی در اسناد بین‌المللی نیز به صراحت سنی برای حداقل سن ازدواج بیان نشده است ولی در توصیه‌های خود سن ۱۸ سال رابه عنوان حداقل سن ازدواج بیان کرده است و کشورهای عضو را تشویق به تطبیق قوانین داخلی با این معیار کرده است.^{۳۷۰} البته باید توجه داشت که در تعریف حقوقی کودک همسری نوع ازدواج تفاوتی ایجاد نمی‌کند و حتی رسمی بودن یا ثبت شدن و... تغییری در این موضوع ایجاد نمی‌کند. پایان سن کودکی در بیشتر نظام‌های حقوقی دنیا ۱۸ سالگی است و براین اساس افرادی

³⁶⁷ UN Committee on the Rights of the Child (CRC). General Comment No. 4: Adolescent Health and Development in the Context of the Convention on the Rights of the Child. 2003.

³⁶⁸ The Protocol to the African Charter on Human and People`s Rights on the Rights of Women in Africa

³⁶⁹ زمانی، سن ازدواج در اسناد بین الملل ۳۶۲

³⁷⁰ UN Committee on the Rights of the Child (CRC). No, 4

که با سنی پایین‌تر از سن ۱۸ سال ازدواج کنند شامل کودک همسری می‌شوند. به تعبیری دیگر تعریف بین‌المللی کودک همسری: «یک یا هر دو طرف ازدواج زیر سن ۱۸ سال باشند».

اما در قوانین کشورهایی که پایان کودکی را متفاوت بیان شده است گستره کودک همسری نیز می‌تواند متفاوت باشد برای مثال در کشورهای اسلامی که کودکی براساس سن بلوغ اسلامی در ۹ سال و ۱۵ سال به پایان می‌رسد، طبیعتاً ازدواج کودکان در سنین پایین‌تر از نه سال و پانزده سال معیار کودک همسری تلقی می‌شود.

در اکثر تعابیر کودک همسران دخترانی هستند که با سن پایین با مردان بزرگسال ازدواج کرده‌اند. در صورتی که در تعریف حقوقی هیچ تفاوتی بین جنسیت کودک همسر وجود ندارد. و این تعبیر به دلیل غلبه این امر در دختران بوده است و همینطور آسیب‌پذیری بیشتر دختران در برابر خطرات ناشی از ازدواج زودهنگام این انصراف به مصداق مشخص را بیشتر می‌کند.

۳-۲- شرایط و وضعیت حقوقی کودک همسری

با بررسی اجمالی قوانین کشورهای مختلف می‌توان یافت که همه کشورها شرایطی را برای انعقاد یا نفوذ عقد ازدواج مشخص می‌کنند و حتی بعضی ازدواج‌ها را ممنوع می‌کنند.

می‌توان در تحلیل شرایط ازدواج و کودک همسری در کشورهای مختلف به چند رویکرد دستیافت:

الف) ممنوعیت کامل: در این رویکرد قوانین کشورها هیچ گونه راهی برای ازدواج نوجوانان قرار نمی‌دهند و محدودیت سنی بیان شده در قانون را بدون استثنا می‌دانند. البته این حداقل سن در این کشورها نیز متفاوت است، از کشوری ماند چین که ۲۲ و ۲۰ سال را به عنوان حداقل سن مشخص می‌کند تا کشورهایی که ۱۸ یا ۱۶ سال را بیان می‌کنند. این روش در چند ایالت کشور آمریکا و چند کشور اروپایی به قانون تبدیل شده است.

ب) ممنوعیت نسبی: این رویکرد نسبت به ممنوعیت ازدواج کودکان و نوجوانان روشی منعطف‌تر را ارائه می‌دهد، در این رویکرد سنی به عنوان حداقل سن ازدواج مشخص می‌شود که تخلف از آن ممکن نیست اما سن دیگری نیز به عنوان حداقل سن ازدواج مشخص می‌شود که همراه با شرایطی می‌توان آن را نقض کرد. این شرایط در قوانین کشورهای مختلف شامل: رضایت والدین، حکم دادگاه، یا هردو به همراه هم می‌باشد. برای مثال در یک کشور ۱۸ سالگی سن ازدواج مشخص شده است ولی دختران بالای ۱۴ سال می‌توانند با رضایت والدین ازدواج کنند. این رویکرد از طرف اکثر کشورهای اروپایی پذیرفته شده و به صورت قانون درآمده است.

ج) عدم ممنوعیت: در بعضی کشورهای نیز این امر به رسمیت شناخته نشده است و یا سنی به عنوان حداقل سن ازدواج به صورت تخلف ناپذیر بیان نشده است. قانون کشور ایران این رویکرد را پذیرفته است و ازدواج زیر سن قانونی را با رضایت ولی و حکم دادگاه می‌پذیرد. البته به صورت عملی شرایطی به عنوان حداقل شرایط بیان شده ولی سن مشخصی وضع نشده است.

در برخورد با کودک همسری نیز تفاوت‌هایی در قوانین کشورها وجود دارد. بعضی کشورها این نوع ازدواج‌ها را باطل می‌دانند و بلکه نسبت به آن جرم‌انگاری نیز شده است. در مقابل در قوانین بعضی کشورها این نوع ازدواج باطل تلقی

نشده است بلکه فقط نسبت به آن جرم انگاری و تعیین مجازات صورت گرفته است. قوانین کشورهایی نیز کودک همسری را ممنوع ساخته اما ضمانت اجرای کیفری نسبت به آن وضع نشده است.

۳-۴- مزیت‌ها و کاستی‌ها

۱. انعطاف پذیری: یکی از مزیت‌های رویکرد ممنوعیت نسبی در کودک همسری انعطاف پذیری قانون است، همانطور که مشخص نمودن حداقل سن ازدواج امری مهم و ضروری است تا از ازدواج اجباری و کودک همسری جلوگیری کند، تعیین حداقل سن ازدواج در سنین بالا نیز می‌تواند آثار مخرب شخصی و اجتماعی داشته باشد، با توجه به سیر نزولی سن بلوغ جنسی در دهه‌های اخیر، هم در دختران و هم در پسران، تامین نیاز جنسی و عاطفی آنها محتاج تدبیری خاص است و اگر سن ازدواج متناسب با شرایط فرهنگی، اجتماعی و جغرافیایی هر کشور نباشد، باعث ایجاد روابط نامشروع، افزایش ازدواج‌های غیررسمی، گریز از خانواده و... می‌شود. از این رو وجود تبصره ای به عنوان رهاکننده و تنظیم کننده موارد استثناء بسیار مفید است.
۲. یکسان نمودن همه قوانین: شاید وضع یک تعریف مشخص و یک رویکرد معین در برخورد با این آسیب امری راهگشا باشد. این کار در دستورکار سازمان‌های بین المللی هست و سعی دارند با تصویب اسناد و قطعنامه‌های متفاوت همه کشورهای جهان را به یک ملاک واحد برسانند.
۳. ضمانت اجرا: ضمانت اجرای کیفری و یا مدنی می‌تواند روشی موثر در کاهش ازدواج‌های غیر قانونی و غیر رسمی مانند ازدواج کودکان باشد. به نظر می‌رسد این جرم انگاری باید شامل تمام افرادی که در این ازدواج موثر بوده اند شود و برای این افراد نیز مجازات معین شود تا مسیر این نوع ازدواج ناهموارتر گردد.
۴. یکسان نبودن شرایط: به نظر می‌رسد با وجود تفاوت‌های بسیار زیاد در شرایط جسمی و فردی همینطور اجتماعی و فرهنگی در میان کشورها و جوامع مختلف، مشخص کردن حداقل سن، راه حل مناسبی برای جلوگیری از کودک همسری نیست. رویکرد اسلام برای جلوگیری از آسیب‌های ازدواج کودکان امری مترقی و کامل‌تر از تعیین سن است. در دین اسلام اگر نیاز به ازدواج کودک باشد، ضروری است که شرایطی مورد نظر گرفته شود که به آن تعبیر غبطه می‌شود، در قوانین بین المللی نیز تعبیر مصالح عالیه شده است، به این معنا که هر گونه تصرفی نسبت به کودک باید منجر به رشد و منفعت کودک شود و یا دفع ضرر بزرگتری از او شود. با این شرایط ازدواج هر فردی باید در شرایطی رخ دهد که دچار آسیب‌های مورد نظر نشود. با این رویکرد همه فرهنگ‌ها و جوامع براساس شرایط جسمی افراد و وضعیت اجتماعی به وضع شرایط و اجرای آن می‌پردازند.

فصل سوم: جایگاه ولایت ولیّ در تشکیل خانواده

در فصل مفهوم شناسی مفهوم ولایت مورد بررسی و تحلیل قرار گرفت و انواع آن بیان شد. با توجه به مطالب مذکور در این فصل به تحلیل مبانی ولایت در تشریع می پردازیم و سپس مبانی ولایت در نکاح را بیان نموده و تحلیل می گردد.

۱- مبانی فقهی ولایت

در فقه و حقوق نهادی به نام ولایت قهری برای حمایت از کودک مورد توجه قرار گرفته است، با توجه به این که نهاد ولایت قهری در قانون جمهوری اسلامی ایران براساس فقه امامیه وضع شده است، بررسی و تحلیل مبانی این نهاد در فقه امامیه راهکارهای حقوقی و فقهی مناسبی را به دنبال دارد.

ولایت در تشریع را می توان به دو ریشه و مبنا نسبت داد:

۱-۱- ولایت رشدی

در این مبنا پس از اینکه ولایت را در تکوین و تشریع برای تنها خداوند اثبات کردند ولایت در تشریع را نیز فقط برای خداوند متعال می بینند. به دلیل اینکه ولایت بر دیگری فرع مالکیت «والی» بر «مولی علیه» است که مدیر امور زندگی او باشد. مالکیت حقیقی همه هستی فقط از آن خداست، پس کسی جز او ولایت بالذات ندارد. البته شأن الهی نیست که چهره به چهره این مسئولیت را به عهده بگیرد بلکه باید فردی از جنس «محکوم علیه» و یا «مولی علیه» اینجا عهده دار شود.^{۳۷۱} بر اساس این دو موضوع مسلم (انحصار ولایت در خدای سبحان و لزوم ولی از جنس محکوم علیه) باید گفت که ولایت از آن خداست و انسانی شایسته به نمایندگی از او، اداره امور مولی علیه را عهده دار می شود. پس بر افراد بشری واجب است، مشروعیت ولایت خود را از خداوند اخذ کنند، در این صورت ولایت انسان بر انسان در طول ولایت الهی دانسته شده است مانند مسئولیتی که ائمه معصومین نسبت به مولی علیه خود دارند. یعنی ولایت آنها ولایت خداوند است و به نمایندگی از او این ولایت را پذیرفته اند. «إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَ رَسُولُهُ وَ الَّذِينَ ءَامَنُوا الَّذِينَ يُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَ يُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَ هُمْ رَكِيعُونَ»^{۳۷۲} اولیاء دیگر نیز همین گونه ولایت را دارند. البته ولایت اولیاء دیگر از حصه وجودی نازلتری نسبت به ولایت ائمه معصومین بهره مند است. یکی از اصلی ترین اهداف جهل این ولایت تربیت و تکمیل انسان ها براساس استعدادهای آنهاست.

افراد بشر از جهت استعداد رشد و تربیت گوناگون هستند. اولیاء انسان ها را براساس استعدادهای متفاوتشان تربیت و تکمیل می کنند. به تعبیر دیگر، چون عقول انسان ها متفاوت است اولیاء مشخص می شوند که هر مستعدی را به نهایت کمال ممکن او نایل کنند. متکلمین امامیه ولایت نبوی و ولوی را ملازم هدایت می دانند و اشاره به ادله ای مانند آیه «أَرْسَلَ رَسُولُهُ بِالْهُدَى»^{۳۷۳}، فرموده امام باقر علیه السلام «وهم والله! ينورون قلوب المؤمنين ويحجب الله - عز وجل - نورهم عن يشاء فتظلم قلوبهم والله لا يحبنا عبد ويتولانا حتى يطهر الله قلبه ولا يطهر الله قلب عبد حتى يسلم لنا ويكون سلماً لنا»^{۳۷۴} استدلال نموده اند و این شأن امام است که راه را بنمایاند و همینطور ایصال به مطلوب نماید.

^{۳۷۱} جوادى آملی، ادب فنای مقربان، ۳۲/۷

^{۳۷۲} مائده: ۵۵

^{۳۷۳} صف: ۹

^{۳۷۴} کلینی، الکافی، ۱۹۴/۱.

در این صورت اولیاء محجورین نیز از این عنوان خارج نیستند بلکه در راستای ولایت الهی مولی علیه خود را در رشد و تکامل همراهی می‌کنند. از ظاهر روایات متعددی این رسالت اولیاء استفاده می‌شود مانند:

- «مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عَمْرٍو وَ أَنَسِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ فِي وَصِيَّةِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ لِعَلِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: يَا عَلِيُّ حَقُّ الْوَلَدِ عَلَى وَالِدِهِ أَنْ يُحَسِّنَ إِسْمَهُ وَ آدِبَهُ وَ يَضَعَهُ مَوْضِعاً صَالِحاً ... يَا عَلِيُّ رَحِمَ اللَّهُ وَالِدَيْنِ حَمَلاً وَلَدَهُمَا عَلَى بَرِّهِمَا ...»³⁷⁵
- أَبُو الْقَاسِمِ الْكُوفِيُّ فِي كِتَابِ الْأَخْلَاقِ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ أَنَّهُ قَالَ: «مِنْ حَقِّ الْوَلَدِ عَلَى وَالِدِهِ أَنْ يُحَسِّنَ إِسْمَهُ إِذَا وَلَدَ وَ أَنْ يُعَلِّمَهُ الْكِتَابَةَ إِذَا كَبُرَ وَ أَنْ يُعِفَّ فَرْجَهُ إِذَا أَدْرَكَ»³⁷⁶
- عَنْ هَارُونَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ مَسْعُودَةَ بْنِ زِيَادٍ عَنِ الصَّادِقِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِيهِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ قَالَ: «قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ: رَحِمَ اللَّهُ إِمْرَأً أَعَانَ وَلَدَهُ عَلَى بَرِّهِ رَحِمَ اللَّهُ وَالِدًا أَعَانَ وَلَدَهُ عَلَى بَرِّهِ»³⁷⁷

از ادله فوق استفاده می‌شود که این اصناف از اولیاء دارای هدف مشترکی هستند و آن به کمال رساندن مولی علیه خود است و در این سیر اکمال و هدایت هر کدام به حسب شرایط مولی علیه خود ابزار و روشی را انتخاب می‌کند.

از این نوع نگاه به ولایت اولیاء کودک، مجنون و مفلس استفاده می‌شود که ولایت امری تأسیسی از طرف شارع است و مشخص شدن فرد ولی و مولی علیه به ید شارع است و همینطور تمام شرایط اعمال ولایت نیز باید از قبل شارع صادر شود. و جایگاه عقلا در این نظر شناخته نمی‌شود بلکه همه شئون ولایت را امری توقیفی بیان می‌کند.

۲-۱- ولایت حجری

مبنای دیگری که می‌توان در رابطه با ولایت بر محجورین تصور کرد تفاوت داشتن ولایت این اولیاء با ولایت اهل بیت و نبی اکرم است. به این معنا که ولایت بر محجورین به تعبیر دیگر حمایت از محجورین در افعال و تصرفاتی که توانایی آن را ندارند یک امر عقلانی بوده و در زمان و عصرهای مختلف مورد توجه عقلا بوده است و بدان عمل می‌کرده‌اند و در جوامع مختلف براساس شرایط اجتماعی، فرهنگی و جغرافیایی نوع و شکل این حمایت متفاوت بوده است برای مثال در شبه جزیره عرب قبل از اسلام نیز برای ازدواج کودکان نیاز به رضایت خانواده کودک بوده است و یا در تصرف در اموال کودک پدر و پدربزرگ او حق تصرف داشته‌اند. این امر تا به امروز نیز در جوامع مختلف بشری وجود داشته و نهادهای مختلف حقوقی این نوع حمایت را وضع کرده‌اند. لذا اگر شارع این نهاد را در بیان خود استعمال می‌کند به عنوان امضای امر عقلایی است. و در موضوع پژوهش حاضر نیز ازدواج کودکان نیز یک امر رایج بین عقلا در زمان شارع بوده است و مورد امضای شارع قرار گرفته است. حال با از بین رفتن این عرف عقلانی، حکم نیز ساقط می‌شود.

³⁷⁵ حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۳۸۹/۲۱.

³⁷⁶ نوری، حسین بن محمدتقی، (۱۴۰۸ق)، مستدرک الوسائل. . بیروت: مؤسسه آل البیت (علیهم السلام) لإحياء التراث، ۱۶۹/۱۵.

³⁷⁷ ابن بابویه. (۱۳۷۶). أمالی شیخ صدوق. تهران: کتابچی، ۲۸۸/۱

۳-۱- تحلیل و بررسی

یک ریشه دانستن ولایت اهل بیت و نبی اکرم و ولایت بر محجورین به نظر می‌رسد مقدمه‌ای صحیح است اما نتیجه حاصل از آن که افراد اولیاء و شرایط ولایت بر محجورین امری توقیفی است دارای اشکال است زیرا ولایت بر جامعه، تفاوت‌های بنیادین با «ولایت بر محجوران» دارد؛ چراکه یکی در ارتباط با افراد ناتوان است و دیگری نسبت به تدبیر جامعه اسلامی؛ یکی برای حفظ حقوق اموات و سفهاء و محجورین و صغار است و دیگری برای اجرای حدود اسلامی و تأمین مصالح مادی و معنوی جامعه اسلامی و نگهداری کشور در برابر خصم و حفظ یکپارچگی و تقویت خردمندی و تدبیر و رشد. تفاوت دیگر این است که؛ اولیاء محجورین، در بعضی مواقع غیر مستقیم و به صورت تسبیب، و گاهی به صورت مستقیم و مباشرة در امور آنان تصرف می‌کنند و به جای آنها، امورشان را اداره می‌کنند به همین دلیل این افراد، «مورد کار» می‌باشند نه «مصدر کار» (به استثناء حجر تفلیس و مانند آن) اما ولی جامعه خردمندان و جامعه اسلامی، با افزایش اندیشه و انگیزه، افراد، جامعه را به حرکت برای پروردگار و به ثمر رساندن ارزش‌های اسلامی می‌خواند به همین دلیل مردم، «مصدر کار» می‌باشند نه «مورد کار». ۳۷۸

قطعا ولایت امری امضایی از طرف شارع است و به نظر می‌رسد اختلاف نظر ایجاد شده به دلیل تفاوت در مبنای مشروعیت احکام امضایی است که در تحلیل موضوع پژوهش حاضر راهگشا است.

در مقام تعریف حکم امضایی نظرات متعددی بیان شده است که می‌توان اهم آنها را تعاریف زیر دانست:

- حکم امضایی امری اعتباری است که عقلا و عرف آن را معتبر دانسته‌اند. مانند: زوجیت، ملکیت و ... این امور قبل از تشریع شارع وجود داشته است و بنیان‌های نظام اقتصادی و اجتماعی جوامع بوده است و شارع آنها را تایید کرده است. ۳۷۹
 - قواعد و مقررات پیش از ظهور اسلام که تنظیم امور اقتصادی، حقوقی و فرهنگی میان مردم را نظام مند می‌کرده که برخی از شرع پیشین و برخی از بینای عقلا نشأت می‌گرفت و شارع با تایید کردن یا حتی با سکوت و عدم نهی از آن (به صورت کامل یا با وجود تغییرات جزئی یا کلی) امضا کرده است احکام امضایی نام دارد. ۳۸۰
- در تعریف اول که مدنظر امام خمینی (ره) محقق نائینی است فقط معتبر عرفی عقلایی از احکام امضایی هستند. ایشان عبادات را تماما تاسیسی می‌دانند چه در ادیان سابق بوده باشد چه نباشد. ۳۸۱ اما در تعریف دوم طبق تعریف بیان شده احکام عبادی تشریع شده توسط ادیان سابق امضایی تلقی می‌شود ولی خود شخص تعریف کننده آن

۳۷۸ جواد آملی، ولایت فقیه، ۱۲۸

۳۷۹ محقق داماد، قواعد فقه، ۶/۱؛ خمینی، سید مصطفی، (۱۴۱۸ ق)، الخیارات، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۶۶/۲ غروی نایینی، محمدحسین (۱۴۱۷ ق)، فوائد الاصول، تقریرات درس محقق نائینی، چ ۶، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۳۸۶/۴.

۳۸۰ جمعی از پژوهشگران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، ۳۵۳/۳

۳۸۱ محقق داماد، قواعد الفقه، ۶/۱؛ خمینی، الخیارات، ۶۶/۲؛ غروی نائینی، فوائد الاصول: ۳۸۶/۴

را نپذیرفته و در ادامه متون خود عبادات را تأسیسی بیان می‌کند^{۳۸۲} و نشان دهنده تهافتی است که در تعریف دوم و مقصود تعریف کننده وجود دارد. البته افرادی گفته‌اند اگر عبادات را اعتبارات عرفی سابق دین بدانیم که شارع فقط صورت خاص به آن بخشیده امضایی تلقی می‌شود.^{۳۸۳}

باید به این نکته توجه داشت که حکم امضایی متفاوت از احکام ارشادی است؛ زیرا الف) صفت ارشادی متعلق به اوامر و نواهی است و نه حکم و اگر نسبت به حکم بیان می‌شود تسامح در تعبیر است در صورتی که امضایی یا تأسیسی بودن به حکم تعلق می‌گیرد و همه امور امضایی حکم تلقی می‌شوند.^{۳۸۴} ب) تقسیم حکم به امضایی و تأسیسی در مقام اثبات مورد بررسی قرار می‌گیرد، ولی امر مولوی و ارشادی در مقام ثبوت بحث می‌شود.^{۳۸۵} به تعبیر دیگر در امضایی و تأسیسی هر دو حکم شرعی هستند که راه اثباتشان متفاوت است.

البته بعضی فقها حکم امضایی را تقسیم به حکم امضایی نشأت گرفته از عقل و حکم نشأت گرفته از عرف عقلایی کرده‌اند.^{۳۸۶} اما باید توجه داشت که حکم عقل که نیاز به امضا ندارد بلکه شارع ممکن نیست از حکم عقل تخطی کند.^{۳۸۷}

اما مقوله مشروعیت احکام امضایی در بین اصولیون مورد اختلاف واقع شده است. در این رابطه سه دیدگاه بیان شده است؛ ۱. به اعتقاد مشهور فقها و اصولیون احکام شرعی به دو دسته تأسیسی و امضایی تقسیم می‌شوند. به این معنا که مقسم حکم شرعی است. و وجه تمیز آن با حکم تأسیسی در روش شناسایی است.^{۳۸۸} ۲. دسته دوم از اصولیون معتقدند که هیچ حکم شرعی در باب احکام امضایی و امارات و طرق عقلایی وجود ندارد و شارع هم این حکم را انشاء نکرده است. در این مواضع شارع با عدم تصرف در عمل عقلا، تأیید می‌کند که هم مشی با عقلا است.^{۳۸۹} به این دیدگاه اشکال شده است که امضا به معنای انشاء حکم است زیرا اگر ارشاد بود که نیاز به احراز امضا نبود مانند احکام عقلی اما عموم اصولیون در این مواقع حکم را متوقف بر امضای شارع می‌دانند. در پاسخ می‌توان گفت تخطی در امور عقلی از شارع سر نمی‌زند اما مخالفت با عرف عقلا از شارع رخ می‌دهد و بلکه رخ داده است و در موارد مختلف شارع عرف عقلا را غیر شرعی دانسته و رد کرده است. ۳. مرحوم روحانی بیان می‌کند که گاهی دلیل حقیقتا اخبار است حتی اگر به لسان انشاء بیان شده باشد این خبر از وجود متعلق است در خارج که حقیقت اوامر ارشادی این طور است. اما گاهی دلیل حقیقتا انشاء است که در این صورت در مواردی قصد از انشاء تحقق امر غیر است مانند اوامر تبلیغی در این موارد جعل مماثل می‌شود و مصادیقش در عرف بسیار است و گاهی قصد انشاء حکم است ولی این حکم مانند و مثل حکمی است که فرد دیگری اعتبار کرده است.

^{۳۸۲} جمعی از پژوهشگران، (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر طبق مذهب اهل بیت، ۳۵۳/۳.

^{۳۸۳} موسوی بجنوردی، محمد، (۱۳۷۴)، نقش قبض در رهن، فقه اهل بیت، ش ۳، ۱۹۱.

^{۳۸۴} عرب صالحی، محمد (۱۳۹۸)، «ماهیت احکام امضایی با تأکید بر نقد نظر برخی از معاصران»، نشریه جستارهای فقهی و اصولی: تابستان، سال پنجم - شماره ۱۵، ۱۱.

^{۳۸۵} جمعی از پژوهشگران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، ۱۴۰/۲.

^{۳۸۶} مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۷ق). دائرة المعارف فقه مقارن، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابیطالب.

^{۳۸۷} عرب صالحی، محمد، «ماهیت احکام امضایی با تأکید بر نقد نظر برخی از معاصران»، ۱۲.

^{۳۸۸} موسوی نجفی اردبیلی، احمد، (۱۴۰۷ق). الذخر فی علم الأصول، چ اول، قم: مؤلف، ۶۱/۲-۶۲.

^{۳۸۹} خمینی، کتاب البیع، ۲۰۴/۱؛ خمینی، سید روح الله (۱۴۱۸ق). تحریرات فی الأصول، چ ۱، قم: بی نام، ۹۱/۷.

هر سه این موارد می‌تواند منشاء حکم امضایی باشد. و تفاوت در تمسک به اطلاق است که در ثو مورد اول مجاز نیست و در مورد آخر مجاز می‌باشد.^{۳۹۰}

در ابتدای امر به نظر می‌رسد که امضای شارع به معنای تشریع حکم است و انشاء صورت گرفته است اما این قاعده که شارع در موضوعی که نظر دارد تشریع حکم می‌کند و نسب به بقیه امور عرفی دست عقلا را باز می‌گذارد و به تعبیری این امور منطقه الفراغ است و اگر شارع امضایی کرده است خبر از وجود آن امر عقلایی دارد. بدین جهت این نوع قانونگذاری ها دائمی نبوده و وابسته به آن عرف عقلایی یا شرایطی است که این اخبار نسبت به آن صادر شده است؛^{۳۹۱} به تعبیر دیگر اگر عرفی در زمان نزول وجود دارد و نسبت به آن عرف در بیان شارع اظهار نظر شده است و امضایی صورت گرفته ممکن است که این امر ارشادی به امر عقلایی بوده و در صورت از بین رفتن آن عرف حکم نیز از بین می‌رود. البته امکان تبدیل حکم مطابق با عرف عقلایی سابق با عرف عقلایی لاحق امری دشوار است که تحلیل آن خارج از موضوع پژوهش حاضر است. این نوع نگاه به فقه اسلامی مکتب اسلامی را نسبت به تحولات افراد و جوامع از لحاظ اجتماعی، اقتصادی، جغرافیایی، فیزیکی و.... پویاتر و انعطاف پذیرتر می‌کند و بلکه بعضی فقها آن را از ضروریات مکتب اسلامی می‌دانند و غفلت از آن را نادیده گرفتن عناصر مهمی از مکتب اسلامی می‌دانند.^{۳۹۲} و تحولات اقتصادی در عصرهای و شرایط مختلف و همینطور جهان‌شمولی قواعد اسلام دلیل برای دفاع از این نظریه بیان داشته اند. در گذر زمان، به علت پیشرفت تکنولوژی، رابطه‌ی انسان با طبیعت تغییر می‌کند. از آنجا که اسلام باید راه‌حل‌های متناسب با آن‌ها را ارائه دهد، لازم است منطقه‌الفراغی وجود داشته باشد تا حاکم اسلامی به‌اختیار خود و براساس اهداف مکتب اسلامی، قانون وضع کند.^{۳۹۳}

اما با پذیرش نظر مشهور اصولیون نسبت به حکم امضایی که در آن جعل و انشاء صورت گرفته است اگر عرف عقلایی موجود در زمان شارع، در تطور تاریخ زائل شد، حکم قابل تغییر نیست و باید روش و راهکار تغییر آن را در خود فقه و بیان شارع جستجو کرد و یا اینکه ثابت شود عرف زمان شارع مقوم حکم بوده است و امضای صورت گرفته از طرف شارع مقید به این عرف و شرایط خاص بوده حکم دارای ظرف زمانی خاص خواهد شد و امکان تغییر حکم وجود دارد.^{۳۹۴}

در نتیجه قطعا سنخ ولایت حجری با انواع دیگر ولایت متفاوت است و حتی با ولایت بر جامعه مانند ولایت فقیه نیز تفاوت می‌کند. و ولایت حجری امری عقلایی است که قبل از اسلام نیز رواج داشته است و اسلام این امر را امضا کرده است. با توجه به هر کدام از مبانی اصولی و فقهی نسبت به احکام امضایی تصور تغییر حکم به واسطه تغییر امر عرفی عقلایی دور از ذهن نیست.

^{۳۹۰} روحانی، سید محمد، (۱۴۱۳ق). منتفی الأصول، ج ۱، قم: دفتر آیت الله سید محمد حسینی روحانی، ۲۵-۲۶.

^{۳۹۱} صدر، محمد باقر (۱۴۱۷ق). إقتصادنا، قم: مکتب الإعلام الإسلامی. مرکز النشر.

^{۳۹۲} صدر، اقتصادنا، ۴۴۴.

^{۳۹۳} حائری، سید کاظم؛ یوسفی، احمدعلی (۱۳۸۰). اقتصاد اسلامی و روش کشف آن از دیدگاه شهید صدر رحمه الله، اقتصاد اسلامی بهار -

شماره ۱، ۲۹

^{۳۹۴} عرب صالحی، «ماهیت احکام امضایی با تاکید بر نقد نظر برخی از معاصران»، ۱۷

۴-۱- ولی در نکاح کودک

در فقه امامیه برای اداره امور صغیر افرادی بیان شده اند که ولایت دارند و حق تصرف در امور شخصی و اقتصادی کودک را دارند. که به دو دسته اولیاء عام و اولیاء خاص تقسیم می‌شوند. اولیاء خاص عبارتند از: پدر و جد پدری، مادر و جد مادری، برادر، عمو و دایی در صورت فقدان پدر و جد پدری و وصی. اولیاء عام نیز به حاکم اطلاق شده است.

البته در مشروعیت ولایت بعضی از مصادیق در بین فقهای اسلامی اعم از امامی و اهل سنت اختلاف وجود دارد. که به نظر می‌رسد به صورت خلاصه پرداختن به مبانی ولایت این مصادیق می‌تواند در نتیجه این پژوهش راهگشا باشد.

۴-۱-۱- ولایت پدر و جد پدری

شیخ احمد نراقی در رابطه با ولایت پدر و جد پدری می‌گوید: «در نکاح برای هیچ کس ولایت متصور نیست مگر پدر و جد پدری، مولی در مقابل عبد، وصی و حاکم اجمالاً که این اجماع هم منقول است و هم محصل.»^{۳۹۵} در این رابطه بیان فقها بسیار است که به دلیل اختصار از بیان آن پرهیز می‌کنیم. این فرع در فقه امامیه قطعی تلقی شده است به صورتی که اجماع نیز محقق می‌شود البته این اجماع مدرکی می‌باشد. محل نزاع در گستره نفوذ ولایت پدر و جد پدری است که در قسمت بعدی مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۴-۱-۲- ولایت مادر و جد مادری

در این رابطه سید علی طباطبائی بیان می‌کند که عدم ولایت مادر و جد مادری نظر مشهور فقهای امامیه است و حتی اجماع هم بر آن نقل شده است.^{۳۹۶} البته در مخالفت با این اجماع نظر اسکافی بیان شده است که می‌گوید: «دختر کودک وقتی توسط پدرش به عقد کسی در می‌آید اگر بالغ شود حق خیار ندارد و مادر و جد مادری در جایگاه پدر و جد پدری هستند زیرا رسول خدا به نعیم بن جناح امر کرد که سخن همسرش را در حال دخترش بپرسد و می‌فرماید: «و آمروهن فی بناتهن»^{۳۹۷}

۱. ادله دیدگاه عدم ولایت

الف) انصراف لفظاً: انصراف لفظ جد فقط به جد پدری برمی‌گردد.

ب) روایات متعدد:

از محمد بن مسلم روایت شده است از یکی از صادقین علیهما السلام: «لا تستأمر الجارية اذا كانت بین ابوها ...»^{۳۹۸}

^{۳۹۵} نراقی، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، ۱۶: ۱۲۴

^{۳۹۶} طباطبائی کربلایی، ریاض المسائل (ط. الحدیث)، ۷۷/۲

^{۳۹۷} علامه حلی، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، ۱۰۷/۷

^{۳۹۸} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۲۰: ۲۷۳/۲

این روایت از نظر سندی صحیح است و نجاشی در رابطه با محمد بن عیسی ابو جعفر عطار قمی می‌گوید: «از علما زمانش بوده و ثقه است.»^{۳۹۹}

صحیح^{۴۰۰} زرارة بن اعین از امام باقر علیه السلام: «لایتنقض النکاح الا الاب»^{۴۰۱} «امام باقر علیه السلام شنیدم که می‌فرمود: جز پدر دختر، کسی نمی‌تواند ازدواج را باطل کند.»

در استدلال به این روایت بیان می‌کنند که هر کسی حق ولایت دارد حق نقض نکاح را نیز دارد البته منظور از نقض نکاح طلاق نیست بلکه منع از تحقق نکاح است به این معنا که هر کسی به جز پدر نمی‌تواند مانع ازدواجی شود که همه مقدماتش از قبیل رضایت، عقد و... انجام شده است، شود و به همین دلیل ولایت مادر نفی می‌شود.

حسن بن فضال از امام باقر علیه السلام نقل می‌کند که: «لایتنقض النکاح الا الاب» روایت ضعیف است زیرا که وثوق محمد بن زبیر اثبات نشده است^{۴۰۲}

۲. ادله قائلین به ولایت مادر

الف) روایتی که علامه بحرانی در حدائق^{۴۰۳} و محقق کرکی در جامع المقاصد نقل کرده است^{۴۰۴}: «لأن رسول الله صلى الله عليه و آله أمر نعيم بن النجاشي أن يستأمر أم ابنته في أمرها، و قال: «فأمرهون في بناتهن»

منظور از «ابنته» در روایت ربیبه بودن دختر است زیرا با وجود پدر نوبت به ولایت مادر نمی‌رشد. البته این روایت از نظر سندی ضعیف است و همینطور اصحاب هم به آن عمل نکرده اند و متروک است.

ب) روایت دیگر از محمد بن یعقوب از امام باقر (ع) که می‌گوید از امام پرسیدم مردی که مادرش او را به ازدواج در آورده و او غایب بوده است وظیفه اش چیست؟ امام فرمودند «قَالَ النَّكَاحُ جَائِزٌ إِنْ شَاءَ الْمُتَزَوِّجُ قَبْلَ وَ إِنْ شَاءَ تَرَكَ فَإِنْ تَرَكَ الْمُتَزَوِّجُ تَزْوِجَهُ فَالْمَهْرُ لَأُمِّهِ.»^{۴۰۵} «فرمود: عقد صحیح است، اگر فرزند رضایت دهد می‌تواند و اگر هم رضایت ندهد می‌تواند آن ازدواج را رها کند. و اگر این فرزند این ازدواج را رها کند مهر برعهده مادر است.»^{۴۰۶}

این روایت نیز ضعیف است به دلیل وجود اسماعیل بن سهل در سلسله رواات.^{۴۰۷} در استدلال به این روایت بیان می‌شود که لزوم پرداخت مهر دلیل بر صحت تزویج است و این ولایت مادر را تثبیت می‌کند. البته اشکال‌هایی می‌توان به این

^{۳۹۹} نجاشی، أبو العباس احمد بن علی الاسدی الکوفی(۱۴۰۳ق)، رجال النجاشی، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين. ۴۶۳.

^{۴۰۰} الطوسی، الشیخ محمد بن الحسن.(بیتا)، الفهرست، ج اول، مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جماعة مدرسين قم، ۱۵۱/۴۶ و ۳۵۶.

^{۴۰۱} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۲۷۲/۲۰؛ کلینی، الکافی، ۵/۳۹۲.

^{۴۰۲} خوئی، السید ابو القاسم (۱۴۱۳ق)، معجم رجال الحديث وتفصیل طبقات الرواة، ج پنجم، قم: بینام، ۵۰/۱۳.

^{۴۰۳} بحرانی، حدائق الناضرة، ۲۰۲/۲۳.

^{۴۰۴} محقق کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ۹۲/۱۲.

^{۴۰۵} کلینی، الکافی، ۴۰۱/۵.

^{۴۰۶} غفاری، ترجمه فروع کافی، ۲۷۴/۶.

^{۴۰۷} نجاشی، رجال نجاشی، رقم ۵۶.

استدلال وارد دانست از جمله این که اختیار به نکاح دلیل بر فضولی بودن عقد است و این به معنای عدم وجود ولایت است، و ایراد دیگر این که در روایت حرف از رجل است و این لفظ برای صغیر استعمال نمی‌شود.

زن در نظر بسیاری از فقها اسلامی توانایی اجرای نکاح خود را ندارد چطور ولایت بر نکاح دیگری داشته باشد.^{۴۰۸} البته بعضی از فقهای متأخر در نبود پدر و جد پدری حکم به ولایت مادر داده اند زیرا که ولایت مادر شامل قاعده احسان می‌شود.^{۴۰۹}

۳-۴-۱- ولایت برادر، عمو و دایی در نبود پدر و جد پدری

فقهای امامیه بر عدم ثبوت ولایت برای این افراد اجماع دارند. شیخ نراقی در مستندش ولایت در نکاح را منحصر در پدر، جد پدری، وصی و حاکم می‌داند و ولایتی برای افرادی دیگر مانند برادر، عمو ... قائل نبود.^{۴۱۰} صاحب جامع المقاصد نیز بیان می‌کند که ولایتی که با خیشاوندی ثابت می‌شود نزد شیعه منحصر در پدر و جد پدری است و ولایتی برای برادر وجود ندارد تفاوتی نمی‌کند که این برادر ابوینی باشد یا ابی و یا امی.^{۴۱۱}

البته بین فقهای اهل تسنن ولایت برای برادر ثابت است. با وجود تربیتی که به تفصیل در کتب فقهی خود بیان کرده اند.^{۴۱۲}

فقهای امامیه برای نفی ولایت از این افراد به ادله زیر استناد می‌کنند:

۱. اجماع

۲. روایات نافیه ولایت غیر پدر که در گذشته بیان شد

۳. روایت محمد بن حسن اشعری از امام جواد علیه السلام: «پسر عموی من طی نامه‌ای به امام جواد علیه السلام نوشت: نظر شما درباره دختر نابالگی که به وسیله عمویش شوهر داده شد و اینک که بالغ شده از ازدواج با این شوهر خودداری می‌کند. چیست؟ امام جواد علیه السلام به خط خود نوشت: حق ندارند که دختر را به این ازدواج مجبور کنند؛ اختیار با خود اوست.^{۴۱۳}

در زنجیره ناقلان این روایت به محمد بن حسن اشعری می‌رسیم که مورد مناقش قرار گرفته است که البته دارای اختلاف است و شاید وثاقت آن ثابت نشود.^{۴۱۴}

^{۴۰۸} جناتی، الشیخ محمد إبراهیم، (۱۴۱۵ق) دروس فی الفقه المقارن، ج اول، قم: مقر المنطقة الثانية لمنظمة الإعلام الإسلامي، ۲/۲۶۴

^{۴۰۹} صانعی، یوسف، تعلیقه علی العروة الوثقی، تحقیق: مؤسسه فقه الثقلین، قم: انتشارات میثم تمار، ۴/۳۹۴

^{۴۱۰} نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵ق). مستند الشیعه فی أحكام الشریعه. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لإحياء التراث، ۱۶/۱۲۴

^{۴۱۱} محقق کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ۱۲/۹۲

^{۴۱۲} رک: الجزیری، الفقه علی مذاهب الاربعه، ۴/۲۸

^{۴۱۳} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۲۰/۲۷۶؛ کلینی، الکافی، ۵/۳۹۴.

^{۴۱۴} البروجردی، السید علی أصغر، ۱۴۱۰ق. طرائف المقال فی معرفه طبقات الرجال، تحقیق: السید مهدی الرجائی، قم: مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی العامه، ۱/۳۴۵؛ خوبی، معجم رجال الحديث، ۱۶/۲۱۷

طرفداران ولایت برادر به روایتی اشاره می‌کنند^{۴۱۵} که اشکالات متعددی در سند و دلالت آنها وارد است. البته فقهای امامیه برای این روایات چند توجیه آورده‌اند.

الف) در این روایات خواهر وکالت خود را به برادرش داده است مخصوصاً برادر بزرگ‌تر که در آن عصر جایگزینی برادر بزرگ‌تر به جای پدر امر متعارفی بوده است اما این مقام وکیل است نه ولی.

ب) این روایت حمل به استحباب می‌شود، مستحب است که خواهر احترام برادرش را حفظ کند.^{۴۱۶}

ج) حمل این روایات بر تقیه زیرا که اکثر عامه ولایت برادر را پذیرفته‌اند.^{۴۱۷}

۴-۴-۱- ولایت وصی بر کودک

بین فقهای امامیه در رابطه با ولایت وصی سه دیدگاه وجود دارد.

دیدگاه اول: نفی مطلق ولایت وصی؛

صاحب شرایع می‌گوید «اگر توسط جد وصیت شود به تصرف اجنبی در مال کودکی که پدر دارد این تصرف صحیح نیست زیرا ولایت برای جد است نه وصی.»^{۴۱۸} و همینطور صاحب جواهر در کتاب خود در ای رابطه ادعای اجماع می‌کند و مخالفی در این موضوع نیافته است.^{۴۱۹} این نظریه مشهور فقهای امامیه است.^{۴۲۰}

فقهای صاحب این دیدگاه به ادله ذیل استناد می‌کنند:

۱. اصالة عدم ولایت در نکاح و عدم انتقال آن از موصی بعد از مرگش.

۲. اصالة عدم صحت عقد همراه رد کودک بعد از بلوغش

۳. ولایت از حیث قرابت است و قابل انتقال نیست همانند حضانت.^{۴۲۱}

۴. روایات متعدد مانند:

^{۴۱۵} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۲۷۳/۲۰؛ همان، ۲۸۰/۲۰.

^{۴۱۶} جبر، حمید، (۱۳۹۹)، الولاية على الصغير في تصرفات المالية و النکاح فی ضوء فقه اهل البيت. رساله دکتری تخصصی، قم: جامعه المصطفی، ۹۳

^{۴۱۷} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیث)، ۱۷۱/۲۹

^{۴۱۸} محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ۲۰۳/۲

^{۴۱۹} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیث)، ۴۳۲/۲۸

^{۴۲۰} طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیة، ۵۹/۴؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۴۵۳/۱؛ النافع، ۱۷۳؛ علامه حلی، قواعد

الاحکام، ۵/۲؛ علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۵۹۲/۲

^{۴۲۱} فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة (النکاح)، ۱۱۱

الف) عموم صحیح^{۴۲۲} محمد بن مسلم که پرسید: در ازدواج کودک با کودک آیا از هم ارث می‌برند؟ امام باقر علیه السلام فرمود: «اگر به وسیله پدرانشان تزویج شده باشند، بلی ارث می‌برند. من گفتم: طلاق پدر قاطع و لازم الاجرا است؟ ابو جعفر گفت: نه.»^{۴۲۳}

ب) روایت ابو عبیده الخداء از امام باقر (ع) در رابطه با صغیری که توسط غیر پدر به ازدواج درآمده است که توارث با مرگ یک نفر آنها متوقف می‌شود تا دیگری بالغ شود و نکاح را امضا کند.^{۴۲۴}

البته بعید است که این روایت دلالت بر نفی ولایت وصی داشته باشد زیرا که ولایت وصی تابع ولایت پدر است.

دیدگاه دوم: ثبوت ولایت وصی مطلقاً

شهید ثانی در این رابطه با بیان نظر صاحب ارشاد ثبوت ولایت برای وصی را مطلقاً با وجود رعایت شرط غبطه تقویت می‌نماید و به عموم آیه ۱۸۱ سوره بقره و روایت ابی بصیر^{۴۲۵} استناد می‌نماید.

دیگر فقهای طرفدار این دیدگاه به ادله ذیل اشاره دارند:

الف) موصی ولایت خود را به وصی تفویض کرده است.^{۴۲۶}

ب) وصیت در نکاح با تلازم در وصیت در مال اثبات می‌شود، از این جهت که کودک در هردوی این امور احتیاج به یاری دارد و از عمل مستقل عاجز است.^{۴۲۷}

ج) تمسک به حکم حرمت تبدل وصیت دلیل دیگری است که طرفداران این دیدگاه به ان اشتناد کرده‌اند؛ از آیه «فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ»^{۴۲۸} استفاده می‌شود که که تحقق وصیت موصی به ولایت وصی صورت می‌پذیرد و عزل وصی از این جایگاه تغییر وصیت است. و اصل انفاذ تمام وصایای موصی است مگر علم به فسادش وجود داشته باشد.

البته مرحوم نراقی به این استدلال اشکال می‌کند و ایه را مخصوص وصیت والدین و اقربین است و ملازمه بین این امر و وصیت به نکاح ثابت نیست و این یک قیاس باطل است و انتقال ولایت با وصیت ممنوع است زیرا که خلاف اصل است.

۴۲۹

^{۴۲۲} مجلسی، ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، ۱۲/۲۹۶

^{۴۲۳} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۲۰/۲۹۲؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ۷/۳۸۸

^{۴۲۴} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۲۶/۲۱۹؛ کلینی، الکافی، ۵/۴۰۱

^{۴۲۵} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۲۱/۳۱۵

^{۴۲۶} شهید ثانی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۷/۱۴۸

^{۴۲۷} طوسی، الخلاف، ۴/۲۵۵

^{۴۲۸} بقره، ۱۸۱

^{۴۲۹} نراقی، مستند الشیعة، ۱۶/۱۴۰

این نوع برداشت از ایه و اختصاص به وصیت به خیر والدین و اقربین خلاف استدلال مشهور است که به آیه در نصوص شرعی انجام گرفته است.^{۴۳۰}

(د) روایات مفسر یا مستند به آیه ایصاء

* روایت سماعه از امام صادق ع در تفسیر قول خداوند متعال «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً...» (بقره، ۲۳۷) «قَالَ هُوَ الْأَبُ أَوْ الْأَخُ أَوْ الرَّجُلُ يُوصَى إِلَيْهِ وَالَّذِي يَجُوزُ أَمْرُهُ فِي مَالِ الْمَرْأَةِ فَيَبْتَاعُ لَهَا فَتُجِيزُ فَإِذَا عَقًا فَقَدْ جَازَ»؛^{۴۳۱} «فرمود: صاحب عقد و گره ازدواج: پدر، یا برادر، یا وصی و یا کسی که حق تصرف در اموال زن دارد - به صورتی که برای زن خرید کند و زن اجازه آن را به او بدهد - خواهد بود. پس اگر صاحب عقد مهریه را ببخشد، جایز است.»

مضمون این روایت به تعبیر دیگری از ابن ابی عمیر و محمد بن مسلم و ابابصیر نقل شده است،^{۴۳۲}

ذکر برادر در این روایات منافاتی با اینکه برادر وصی است ندارد و می‌توان عام را به خاص عطف کرد و یا وکیل هردوی آنها باشد.^{۴۳۳}

* روایت عبدالله بن سنان که از امام صادق نقل می‌کند: «ابو عبد الله صادق (ع) گفت: خداوند عز و جل که می‌گوید: «آن کسی که گره ازدواج در دست او است». منظور آیه ولی و سرپرست دخترانم است.»^{۴۳۴}

واضح است که منظور از ولی امر، در غیر نکاح است زیرا اگر این طور نباشد جمله تفسیر و مفسر به یک معنا می‌شود.^{۴۳۵} و با وجود ولایت وصی در امور مالی صغیر، وصی در نکاح صغیر نیز دارای ولایت خواهد بود.^{۴۳۶}

۵. روایت وارد شده در رابطه با ولایت وصی.

الف) روایت محمد بن مسلم از امام صادق علیه السلام: «از امام صادق علیه السلام پرسیدند: شخصی دیگری را وصی فرزندان خود و اموالش قرار داده و هنگام وصیت کردن به وصی اجازه داده است که با اموالش به معامله بپردازد و سود آن بین او و فرزندان تقسیم شود. فرمود: ایرادی ندارد؛ زیرا پدر (وصیت کننده) در حالی که زنده بود اجازه معامله را برای وصی صادر کرده بود.»^{۴۳۷}

^{۴۳۰} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحديثه)، ۱۹۰/۲۹

^{۴۳۱} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۳۱۵/۲۱؛ کلینی، الکافی، ۱۰۶/۶.

^{۴۳۲} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۳۱۵/۲۱؛ ۲۸۳/۲۰، ح ۵ و ح ۴.

^{۴۳۳} شهید ثانی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۱۴۸/۷

^{۴۳۴} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۲۸۲/۲۰، ح ۲.

^{۴۳۵} انصاری، کتاب النکاح، ۱۴۶

^{۴۳۶} بحرانی، حقائق الناضره، ۲۴۲/۲۳

^{۴۳۷} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۴۲۷/۱۹

عموم علت والغاء خصوصیت از ولایت مالی به همه اموری که پدر کودک در حال حیاتش نفوذ حکم دارد می‌تواند جواز وصیت به در ازدواج صغیر و جواز تصرف او باشد.

ب) محمد بن یعقوب از امام صادق نقل می‌نماید: «امام صادق علیه السلام درباره میتی که شخصی را وصی خود نموده بود و پسری داشت، پسر به بلوغ رسید و پیش وصی رفت و گفت: اموال را به من باز گردان تا ازدواج کنم. اما وصی امتناع نمود تا این که پسر مرتکب زنا گردید، فرمود: دو سوم گناه این پسر برگردن وصی است؛ زیرا او را از اموالش منع نموده و به او نداده بود که ازدواج کند.»^{۴۳۸}

و روایات متعدد دیگر که ولایت مالی را ثابت می‌کند و با قیاس با و امور غیر مالی ولایت در نکاح را نیز اثبات می‌کنند.

دیدگاه سوم: ثبوت ولایت وصی در صورت بیان صریح موصی به نکاح کودک:

شیخ طوسی در خلاف بیان می‌کند که اگر موصی وصیت به تزویج دخترش کند وصیت صحیح است و بر وصی واجب است که این کار را انجام دهد و تفاوتی نمی‌کند زوج معین باشد یا خیر.^{۴۳۹}

ادله این دیدگاه همان ادله قول دوم است اما این دیدگاه را موافق با احتیاط می‌دانند.

۵-۴-۱- ولایت حاکم

در فقه امامیه ولایت مالی حاکم بر کودکانی که ولی شرعی ندارند ثابت و مورد توافق است.^{۴۴۰} شیخ طوسی می‌گوید: «کسی که امور مال یتیم را برعهده دارد مجاز است با رعایت مصلحت با اموال او تجارت کند، تفاوتی نمی‌کند ولی جد پدری یا وصی یا حاکم و یا مأمور حاکم»^{۴۴۱}

محقق حلی نیز می‌گوید: «به ولایت طفل در نبود پدر و جد پدری و وصی برای حاکم شرع است.»^{۴۴۲} مرحوم امام خمینی (ره) نیز این امر را نیازمند برهان و دلیل نمی‌داند و امری واضح تلقی می‌کند.^{۴۴۳}

اما در رابطه با ولایت در نکاح حاکم برای ایتمام بین فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد. مشهور به عدم ولایت حاکم اعتقاد دارند.^{۴۴۴}

^{۴۳۸} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۳۷۰/۱۹؛ کلینی، الکافی، ۶۹/۷.

^{۴۳۹} طوسی، الخلاف، ۲۵۴/۴.

^{۴۴۰} ابن ادریس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ۲/۲۱۱؛ الایام، ۵۵۵؛ طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق). النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی.

بیروت: دار الکتب العربی، ۳۶۱.

^{۴۴۱} طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیه، ۱۶۲/۲.

^{۴۴۲} محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ۱۰۳/۲ و ۱۰۲/۲.

^{۴۴۳} خمینی، کتاب البیع، ۴۶۷/۲.

^{۴۴۴} محقق کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ۹۶/۱۲؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۱۴۶/۷؛ نراقی، مستند الشیعه،

این گروه برای عدم ولایت حاکم در تزویج ایتام به ادله ذیل استناد می‌کنند.

الف) اصل عدم ولایت

ب) روایاتی که ولایت تزویج صغیر را منحصر در پدر و جد پدری دانسته است. (در مباحث گذشته بیان شد.)

ج) ولایت حاکم از باب امور حسبه است و در موردی که دختر و پسر بالغ نیستند ازدواج امر ضروری نیست که امور حسبه متصور باشد. ^{۴۴۵}

البته فقهایی هستند که در صورت ضرورت حاکم را مجاز به تزویج کودکان بی سرپرست می‌دانند. ^{۴۴۶} صاحب عروة نیز این حکم را به صراحت بیان کرده است. ^{۴۴۷}

مستند این دیدگاه عموم روایات ولایت حاکم است. ^{۴۴۸} مرحوم خویی نیز این امر را از امور ضروری می‌داند و قدر متیقن ولایت در افراد بی سرپرست را حاکم می‌داند. ^{۴۴۹}

۲- گستره ولایت ولی

۲-۱- سیر تحولات ولایت بر کودک

در رابطه با ولایت کودک و رویکرد برخورد با او در جوامع مختلف سیر تحولی وجود داشته است که بررسی این تحولات می‌تواند نگرشی مناسب نسبت به ولایت را ایجاد کند.

جواد علی در کتاب خود که «فرهنگ عصر جاهلی» نام دارد، در رابطه با فقه جاهلی مطالبی را بیان می‌کند و می‌گوید: مفهوم حق در زمان جاهلیت متأثر از جغرافیا و فرهنگ بوده است و به تعبیر او حق به معنای قدرت و قدرت تعیین کننده آن در زمان جاهلیت بوده است. بیشتر احکام دوران جاهلیت برای تعیین مصادیق حق مانند دیات، ارث و ... با همین مبنا شکل گرفته بوده است. عامل دیگر تعیین کننده در ایجاد حق «عصبیت» بوده و حتی جایگزین حکومت بوده است. و عامل غیر حق را مجازات می‌کرده است. ^{۴۵۰}

عدالت نیز در آن زمان به همین شرح است و مصادیق آن با فرهنگ و شرایط طمان تغییر می‌کند. ^{۴۵۱}

^{۴۴۵} بحرانی، حقائق الناضره، ۲۳/۲۳۷ و ۲۳۸

^{۴۴۶} خمینی، تحریر الوسیله، ۲/۲۲۹؛ خویی، موسوعة الإمام الخوئی، ۳۳/۲۴۷؛ فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ق)، تفصیل الشریعة (النکاح)، قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار (علیهم السلام)، ۱۱۳

^{۴۴۷} یزدی، العروة الوثقی، ۲/۶۴۹

^{۴۴۸} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۲۷/۱۴۰؛ کلینی، کافی، ۱/۶۷ و ۴۶؛ طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۶۵)، تهذیب الأحکام، تهران: دار الکتب الإسلامية، ۳۰۳/۶ ح ۴، ۶ و ۸، ۱۴۵. ابن ماجه، محمد بن یزید الربعی القزوینی، (بی تا). سنن ابن ماجه، تحقیق: محمد، فؤاد عبد الباقي، قاهره: دار إحياء الكتب العربية. سنن ابن ماجه، ۲/۱۴۳۳.

^{۴۴۹} خویی، موسوعة الإمام الخوئی، ۳۳/۲۴۷

^{۴۵۰} جباری، مصطفی (۱۳۹۰). «اندیشه‌ی حقوقی عرب پیش از اسلام». سمنان. دانشگاه سمنان. ۳

^{۴۵۱} اسدپور، پرویز (۱۳۹۶)، «تحولات نهاد ولایت قهری نسبت به کودک با تأملی بر اسناد حقوق بشر»، پایان نامه کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شاهد. ۶۰

و از این رو در آن زمان فردی بدون قدرت به حق و عدالت دست نمی‌یافته است. حق و عدالت نیز با این معنا تعبیر شده است برای مثال بزرگی خاندان یا عشیره یا بزرگ زادگی در قبیله راه وصول به این امور بوده است. یا به دلیل قوی‌تر بودن مردان از زنان در عصر جاهلیت حقوق برای مردان بیشتر ایجاد می‌شده مانند محروم شدن زنان از ارث به دلیل جلوگیری از رسیدن ارث به غریبه.

حتی اطفال را تا زمانی که به سن جنگ نرسند محکوم به عدم ارث بردن می‌کردند زیرا زمانی که کودک به توانایی جنگ یا کار برسد، سودمند است و قبل از آن رسیدن ارث به او هدر دادن اموال تلقی می‌شده است.

حتی افراد بزرگسال که توان دفاع از خود را نداشتند از ارث محروم می‌شدند مانند افراد «معتوه» (دیوانه و کم خرد) ^{۴۵۲} در فرهنگ جاهلی افراد آزاد اگر مفلس می‌شدند و از پرداخت دیون خود ناتوان بودند، اسیر می‌شدند، تا زمانی که آن مالک بدهی را ببخشد. ^{۴۵۳}

ولایت پدر نیز با همین اصول قانونگذاری شده بود. به همین دلیل یک ولایت حداکثری در آن زمان برای پدر و افرادی مانند جد پدری، برادر و ... اعمال شده بود.

برای مثال اگر پدر بدهی داشت می‌توانست پسرش را به عنوان رهن بگذارد حتی فرزند خود را قربانی کند. ^{۴۵۴} البته این فرهنگ فط خلاصه در اعراب نمی‌شده است، ارسطو نیز فرزند را از اموال پدر می‌دانست. ^{۴۵۵} یا بعضی یونانی‌ها مانند افلاطون زنان بالای ۴۰ سال و مردان بالای ۵۵ سال را از فرزند دار شدن محروم می‌کردند و اگر این اتفاق می‌افتاد یا باید سقط و یا باید بعد از تولد سربریده یا کشته می‌شد. ^{۴۵۶}

در استرالیا کشتن فرزندان یک فرهنگ بوده است و کسی نمی‌توانست بیشتر از یک فرزند به دنیا آورد، فرزندان دو قلو گاهی یکی و گاهی هردو کشته می‌شدند. بچه‌های بیمار یا ناقص الخلقه به دلیل نیاز به مراقبت کشته می‌شدند.

این فقر فرهنگی نسبت به کودک را می‌توان در رفتاری مانند کودک کشی که منهی قرآن کریم در آیات ۳۱ سوره اسراء، ۱۵۱ سوره انعام، ۹۰ سوره تکویر و ۵۸ تکویر نسبت به اعراب جاهلی نیز یافت.

پژوهشگران برای این عمل چند دلیل بیان داشته اند: الف) غیرت اعراب جاهلی نسبت به دختر و ترس از مورد تجاوز قرارگرفتن، بیان شده است که قیس بن عاصم نخستین فردی بوده است که در عصر جاهلیت دخترانش را زنده به گور کرده و دلیل آن به واقعه ای که برای دختر ارشد اتفاق افتاده بیان می‌کنند؛ بر اثر سرپیچی از دادن خراج توسط قوم او به قوم قوی‌تر، آن قوم مورد حمله قرار می‌گیرد و زنان آنها به کنیزی می‌روند، رییس قوم پیروز زنان را مخیر می‌کند که بین صاحبان جدید و خانواده شان یکی را انتخاب کنند، همه زن‌ها به خانواده خود بازمیگردند و فقط دختر قیس است که از

^{۴۵۲} جباری، «اندیشه‌ی حقوقی عرب پیش از اسلام»، ۱۵

^{۴۵۳} اسدپور، «تحولات نهاد ولایت قهری نسبت به کودک با تأملی بر اسناد حقوق بشر»، ۶۱

^{۴۵۴} جباری، «اندیشه‌ی حقوقی عرب پیش از اسلام»، ۲۱

^{۴۵۵} پیوندی، حقوق کودک، ۱۳۰

^{۴۵۶} حسینی، سیدعلی اکبر. (۱۳۸۲). «مقایسه اجمالی حقوق کودک در اسلام و جهان غرب. فقه و حقوق خانواده»، ۳۱، ۲۵

این کار سرباززده و ترجیح می‌دهد نزد صاحب جدید خود بماند، پس آن قیس عهد بست که اگر دختری از او به دنیا آمد او را بکشد.^{۴۵۷} (ب) فقر؛ دلیل دیگری بود که عموماً باعث می‌شد کودکان کشته توسط پدران خود کشته شوند، حتی در آیه ۳۱ سوره اسراء این دلیل به عنوان یکی از عوامل کودک کشی در عصر قبل از اسلام بیان می‌شود. (ج) شوم تلیقی شدن کودک؛ در شرایطی اگر کودک دارای صفات خاصی بود در جوامع قبل از اسلام شوم تلقی می‌شد مانند کوری و یا معلولیت‌های ذهنی و جسمی^{۴۵۸} (د) عوامل خرافی؛ بعضی اعتقادات خرافی برای مثال قربانی کردن فرزندان برای تقرب به خداوند یکی دیگر از عوامل ایجاد این سنت در جامعه قبل از اسلام بود.^{۴۵۹} (ه) عوامل اجتماعی؛ عوامل اجتماعی نیز در این امر موثر بود مانند کثرت دختران و یا نبود شرایط مراقبت از کودک مریض و معلول باعث می‌شد کودکان را زنده به گور کنند.^{۴۶۰} این امور در جوامع دیگر نیز به وفور دیده می‌شد برای مثال فراعنه هر سال دختری که دارای جمال بود به رود نیل انداخته می‌شد و این تفکر تا عصر جاهلیت باقیمانده‌هایی داشته است و یا در روم باستان قدرت مطلق پدر بر فرزند امری طبیعی بوده^{۴۶۱} و به این فرهنگ «پاتریا بوتستاس»^{۴۶۲} گفته می‌شده که به معنای قدرت پدری است و می‌توانسته برای مال یا جان او تصمیم بگیرد زیرا که او حیات به فرزند بخشیده است و صاحب این حیات است.^{۴۶۳}

در کتاب تاریخ کودکی، عامل این نوع برخورد با کودک را ملاک بودن سودمندی اجتماعی می‌داند که در بزرگسالان وجود داشت ولی در کودکان اسن سودمندی دیده نمی‌شد، و سقط جنین و سربریدن کودکان روشی برای بقای جامعه تلقی می‌شده است. البته استثنائاتی وجود داشت برای مثال از بین رفتن کودکان با مریضی‌های واگیر یا جنگ که باعث پر اهمیت شدن کودکان به جامانده می‌شد.^{۴۶۴}

این رویکرد به کودکان تا قرن چهارم و پنجم میلادی نیز به عنوان ناپاک بودن کودک و خبیث بودن ادامه دارد و تنها راه مقابله را به کاریدن تنبیه بدنی شدید می‌داند. و همینطور انتظار داشتن امور خارج از توان کودک از او باعث تشدید این آزار اذیت و شکنجه می‌شد از همین رو این دوره را دوره تنبیه و تحقیر نامیده شده است.^{۴۶۵}

در جوامعی که دین مبین اسلام در آنها ظهور کرد این رویکرد دچار تغییرات گسترده ای شد. که این تغییرات را می‌توان در قرآن و همینطور در سنت نبوی و ائمه معصومین به صورت گسترده یافت.

ظهور اسلام در جزیره العرب و در شرایط کودک و نوع تفکر به او تحول گسترده‌ای ایجاد نمود. و بسیاری از سنت‌ها و رفتارهایی که پدرها و خانواده‌ها نسبت به کودک انجام می‌دادند را اصلاح و مدیریت نمود برای مثال قرن‌ها قبل از اعلامه حقوق بشر در آیه ۹ سوره نساء اسلام نسبت به کودکان با شرایط خاص توجه دارد و می‌فرماید: «وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكَوا

^{۴۵۷} سالم، عبدالعزیز (۱۳۸۳). تاریخ عرب قبل از اسلام. مترجم: صدری نیا، باقر، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، ۳۴۵

^{۴۵۸} آلوسی، محمودشکری. (۱۹۲۴م). بلوغ الأرب فی معرفه أحوال العرب. قاهره: مطبعه ی الرحمانیه. ۴۳/۳

^{۴۵۹} جواد علی (۱۹۵۰م). تاریخ عرب قبل الاسلام. بغداد. مطبوعات مجمع العلمی العراقی. ۳۰۲/۵

^{۴۶۰} هاشمی، علی (۱۹۶۰م). المرأة فی الشعر الجاهلی. بغداد. بینا. ۲۲۸

^{۴۶۱} پیوندی، حقوق کودک، ۱۳۰

^{۴۶۲} patria potestas

^{۴۶۳} میشل فوکو، اراده به دانستن، ۱۵۵، نقل از پیوندی، ۱۳۰

^{۴۶۴} حسینی، سیدعلی اکبر. مقایسه اجمالی حقوق کودک در اسلام و جهان غرب

^{۴۶۵} پیوندی، حقوق کودک، ۱۳۱-۱۳۲

مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيداً»^{۴۶۶} «و کسانی که اگر فرزندی ناتوان پس از خود به جای می گذارند، بر آنان [از ضایع شدن حقوقشان] بیم دارند، باید [از اینکه حقوق یتیمان دیگران را ضایع کنند] بترسند. پس لازم است [نسبت به شأن یتیمان] از خدا پروا کنند، و [درباره آنان] سخنی درست و استوار گویند.» این دین حتی نسبت به کودکان قبل از تولد توجه دارد و نسبت به آنها توصیه‌هایی می‌کند.^{۴۶۷} و حتی نسبت به سلوک پدر و مادر در تربیت کودک دستوراتی را صادر می کند و آن را موثر در تربیت اخلاقی و انسانی کودکان می داند.^{۴۶۸}

توجه به تعلیم و تربیت^{۴۶۹}، بهداشت و سلامتی کودک و همینطور شناسایی جایگاه برای آن در خانواده رشد چشم گیری در رعایت حقوق کودک ایجاد شد.

و نمونه متعالی این فرهنگ را می توان در فرمایش حضرت امیرالمومنین علیه السلام یافت که به فرزند خودشان می فرماید: «وَجَدْتُكَ بَعْضِي، بَلْ وَجَدْتُكَ كُلِّي حَتَّى كَأَنَّ شَيْئًا لَوْ أَصَابَكَ أَصَابَنِي، وَ كَأَنَّ الْمَوْتَ لَوْ أَتَاكَ أَتَانِي، فَعَنَانِي مِنْ أَمْرِكَ مَا يَعْنِينِي مِنْ أَمْرِ نَفْسِي، فَكَتَبْتُ إِلَيْكَ كِتَابِي مُسْتَظْهِرًا بِهِنَّ أَنَا بَقِيْتُ لَكَ أَوْ فَنَيْتُ.»^{۴۷۰} «من تو را پاره ای از خود، بلکه تمام وجود خود یافتم، چنانکه اگر رنجی به تو رسد به من رسیده، و اگر مرگت رسد مرگ من رسیده، روی این حساب کار تو مرا مانند کار خودم به فکر و چاره اندیشی واداشته، به همین خاطر این نامه را برای تو نوشتم تا برای تو پشتوانه ای باشد خواه من زنده باشم یا مرده.»

البته در بعضی روایات تعبیری نسبت به کودکان بیان شده است که از آن ملک انگاری کودکان برداشت می شود.^{۴۷۱} در میان فقها نسبت به سند این روایت اختلاف است^{۴۷۲} اما بسیاری از فقها این روایت را صحیح یا حسن می دانند.^{۴۷۳} روایات به همین مضمون متعدد است^{۴۷۴} در کتب حدیثی اهل سنت نیز مضمون این روایات از نبی خدا صلی الله علیه و آله نقل شده است.^{۴۷۵} فقهای امامیه معنای ملکیت فرزند برای پدرش را به صراحت رد می کنند و بیان می کنند که معقول نیست شخص فرزند یا اموال او ملک پدر یا جد باشد به تعبیر دیگر اضافه ملکیت نه در عرض و نه در طول وجود ندارد.^{۴۷۶} بعضی از این روایات به وجود ولایت بر فرزند استفاده کرده اند و برخی به جواز استفاده از اموال فرزند در صورت نیاز پدر

^{۴۶۶} نساء، ۹

^{۴۶۷} انصاری، موسوعه، احکام الاطفال و ادلتها، ۴۹/۱ و ۱۰۳-۱۰۸

^{۴۶۸} پیوندی، حقوق کودک، ۱۸۱

^{۴۶۹} کراچی، محمد بن علی (بی تا). کنز الفوائد. قم: مکتبه المصطفوی. ۱۴۷

^{۴۷۰} نهج البلاغه، نامه ۳۱

^{۴۷۱} کلینی، الکافی، ۱۳۵/۵؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۴۳/۶

^{۴۷۲} خویی، معجم رجال الحديث، ۳۶۷/۳

^{۴۷۳} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحديثه)، ۲۷۶/۱۷؛ تبریزی، جواد. (بی تا). أسس القضاء و الشهادة. ۱ ج. قم: دفتر مولف. ۱۴۲

^{۴۷۴} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۲۹۱/۲۰؛ همان، ۲۶۲-۲۶۷؛ کلینی، الکافی، ۱۳۶/۵

^{۴۷۵} ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ۷۶۹/۲؛ ابن حنبل، احمد بن محمد (۱۹۹۶م)، مسند الامام احمد بن حنبل، چ اول، بیروت، موسسه الرساله. ۱۷۹/۲

^{۴۷۶} اصفهانی، حاشیه المکاسب، ۳۷۴/۲

به این اموال تعبیر کرده‌اند^{۴۷۷} اما اکثر فقها این روایات را حمل بر آموزه‌های اخلاقی کرده‌اند.^{۴۷۸} به نظر می‌رسد این برداشت مناسب‌تر با سیاق و احوال و شرایط صدور روایت است. بعضی از فقها این گونه روایات را هرچند متعدد باشند حمل بر تقیه می‌کنند و خود را ملزم به تاویل معنای آن با اصول مکتب امامیه می‌دانند.^{۴۷۹}

دین اسلام از آن رو که کودکان نمی‌توانند امور خود را به طور صحیح مدیریت کنند و مصالح خود را تحقق بخشند اولیائی را برای آنها مشخص می‌کند و گستره نفوذ رفتار آنها را نیز به رعایت مصلحت کودک محدود می‌کند. که نمونه این نوع مدیریت حقوق کودک، در قرن ۲۰ میلادی در ماده ۲ کنوانسیون حقوق کودک شناخته شده است. البته این ولایت با تسلطی که پیش از اسلام پدران نسبت به کودکان داشته‌اند یک ولایت معقول است و ولایت حداکثری ماقبل را نقض کرده‌است.

اما در جوامع غیر اسلامی این سیر تحول را می‌توان به چند دوره تقسیم کرد؛ از قرن چهاردهم میلادی به بعد حرکتی برای نقض این رویکرد ایجاد می‌شود و نظریه‌هایی به وجود می‌آید که باعث می‌شود تضادی بین تفکرات قبل و بعد ایجاد شود. البته در قرن‌های اولیه تأثیر زیادی نداشت و مصادیق متعددی از فرهنگ قبل در جوامع مختلف دیده می‌شد. برای مثال در قانون حمورابی؛ ششمین پادشاه بابل، هر گاه معماری خانه ای بسازد که و آن سازه به علت عدم استحکام خراب شود و پسر صاحب خانه کشته شود، برای انتقام پسر معمار کشته می‌شود.

در این دوران مکتوباتی نشر پیدا کرد که اعتقاد به ناپاکی و خباثت کودکان را رد می‌کرد و و اصالت تربیت در مورد کودک جایگزین آن می‌شود.^{۴۸۰}

در قرن ۱۷ و ۱۸ تفکرات تنبیهی و تحقیرکننده کودکان به تدریج باطل شده بلکه تأثیر کودکان در آینده جامعه شناخته شده بود. این امر باعث شد رفتار همراه مهربانی و تشویق جایگزین تنبیه و تحقیر شود. لوید دیماس می‌گوید: کاهش مرگ و میر کودکان در این دوران حاصل رواج یافتن این تفکر در جوامع بوده است. البته این نوع تفکر به معنای ازبینرفتن همه رفتارهای خشونت آمیز نسبت به کودکان نبود و حتی هم اکنون نیز در عصر مدرنیزه نیز با شکل‌های جدید خوشونت و تفکر غلط نسبت به کودک رایج است.

در قرن نوزدهم و بیستم این تفکر رشد گسترده ای یافت و تفکرات روانشناسی بر برخوردها نسبت به کودک رواج یافت، اندیشه توانایی ساختن یک فرد با خلق پسندیده و رفتار اجتماعی و به تعبیر دیگر فردی مطلوب را به وسیله تعلیم و تربیت کودکان در این دوران بر رفتار و اعمال ولایت نسبت به کودکان بسیار موثر بود.^{۴۸۱} در همین عصر است که توجه حقوق بشر به کودک افزایش می‌یابد مانند ایجاد اعلامیه حقوق بشر و... .

^{۴۷۷} اصفهانی، حاشیة المکاسب، ۳/۳۷۵

^{۴۷۸} عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۸، ۲۲۳؛ مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۰). بحوث فقهیه هامه. قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (علیه السلام).

^{۵۸۲}؛ صدر، محمد باقر. (۱۴۱۷ق). بحوث فی علم الأصول، قم: مؤسسه دائرة معارف الفقه الاسلامی. ۳۱/۷

^{۴۷۹} بحرانی، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، ۱۸/۲۸۰

^{۴۸۰} حسینی، «مقایسه اجمالی نظام حقوقی کودک در اسلام و جهان غرب»، ۲۱، ۲۵ و ۲۶

^{۴۸۱} حسینی، «مقایسه اجمالی نظام حقوقی کودک در اسلام و جهان غرب»، ۲۶-۲۷

در نیمه قرن بیستم تحولی در رابطه با رفتار نسبت به کودکان ایجاد شد؛ شناسایی حقوق کودک است، البته این حقوق به تدریج در حال شناسایی و تکمیل است و این سیر تا به حال ادامه دارد، باید به این نکته توجه داشت که این حقوق در فرهنگ‌ها و شرایط مختلف مصادیق متفاوتی پیدا می‌کند و حتی بعضی حقوق در فرهنگ و سنن دیگر پذیرفته نمی‌شود.

۲-۲- گستره ولایت در فقه اسلامی

بعد از اثبات ولایت پدر و جد پدری نسبت به صغیر مهم‌ترین موضوعی که مطرح می‌شود گستره اعمال این ولایت است. پر و اح است که مصادیق و عناوینی که ولایت در آنها اعمال می‌شود متعدد و غیر قابل احصاء است اما می‌توان این تصرفات را در چند عنوان دسته بندی کرد و در رابطه با مبانی فقهی آنها مطالعه نمود.

۲-۲-۱- امور مالی

این دسته از تصرفات ولی منحصر به اداره امور مالی مولی علیه است که البته مصادیق گوناگونی دارد اما چهار دسته اساسی از این امور قابل فرض است که عبارتند از: عقود تملیکی معاوضی، عقود تملیکی غیر معاوضی، عقود اذنی، تصرفات مالی مرتبط با شخص مولی علیه.

۱-۲-۲- عقود تملیکی معاوضی: عقود معاوضی در مقابل عقود مجانی قرار دارند یکی از انواع عقود تملیکی هستند؛

البته تملیک در این گونه عقود در ازای عوض می‌باشد، مانند: اجاره، صلح و بیع.^{۴۸۲}

این موارد از تصرف ولی، مورد توافق بین فقهای اسلامی می‌باشد اگرچه در آن باید مصلحت صغیر رعایت شود. شیخ طوسی در مبسوط بیان می‌کند: «من ولی مال الیتیم جاز له أن يتجر فيه للصبي نظرا له سواء كان أبا أو جدا أو وصيا أو حاكما أو أمينا لحاكم»^{۴۸۳} و همینطور فقهای دیگر در کتب مختلف خود به آن تصریح کرده‌اند.^{۴۸۴} شیخ انصاری نیز در مکاسب می‌گوید: «و من شروط المتعاقدين أن يكونا مالکین، أو مأذونین من المالك، أو الشارع...»^{۴۸۵} از این جملات استفاده می‌شود که این حکم از واضحات بین مسلمین است و نیاز به استدلال ندارد.^{۴۸۶}

ادله این حکم را می‌توان روایات عام ولایت ولی برشمرد و علاوه بر این روایات به ادله زیر نیز اشاره می‌شود.

الف) اجماع: اجماع نسبت به این حکم در کتب فقهای متعددی بیان شده است.^{۴۸۷}

ب) اخبار مستفیضه:^{۴۸۸} از جمله روایات متعددی که به این حکم دلالت می‌کند می‌توان به صحیح علی بن رثاب اشاره کرد: «سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلٍ بَيْنَى وَ بَيْنَهُ قَرَابَةٌ مَاتَ وَ تَرَكَ أَوْلَادًا صِغَارًا وَ تَرَكَ مَمَالِيكَ غُلَمَانًا وَ جَوَارِي وَ لَمْ يُوصِ فَمَا تَرَى فِيمَنْ يَشْتَرِي مِنْهُمْ الْجَارِيَةَ فَيَتَّخِذُهَا أُمًّا وَلَدًا وَ مَا تَرَى فِي يَبِيعِهِمْ قَالَ فَقَالَ إِنَّ كَانَ لَهُمْ وَلِيٌّ

^{۴۸۲} نائینی، المكاسب و البيع، ۸۲/۱

^{۴۸۳} طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیه، ۱۶۲/۲

^{۴۸۴} شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ۱۴/۲؛ ابن زهره، غنیة النزوع، ۲۰۷؛ محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۳۷۶). المختصر النافع فی فقه الإمامیه. قم: مطبوعات دینی. ۱۴۶؛ علامه حلی، مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، ۸۹/۵؛ علام حلی، تذکره الفقهاء، ۱۴/۱۰؛ طوسی،

النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى، ۴۷/۲

^{۴۸۵} انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۰ ق). المكاسب، قم، دار الکتاب، ۱۵۰/۸

^{۴۸۶} خوئی، ابوالقاسم، ۱۴۲۶-۲۰۰۵. مبانی منهاج الصالحین. قم: قلم الشرق. ۴۹/۷

^{۴۸۷} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیث)، ۲۷۳/۲۲؛ طباطبائی کربلایی، ریاض المسائل (ط. الحدیث)، ۶۳/۵

^{۴۸۸} ر.ک: انصاری: المكاسب، ۵۳۵/۱۶

يَقُومُ بِأَمْرِهِمْ بَاعَ عَلَيْهِمْ وَنَظَرَ لَهُمْ وَكَانَ مَاجُوراً فِيهِمْ قُلْتُ فَمَا تَرَى فِيْمَنْ يَشْتَرِي مِنْهُمْ الْجَارِيَةَ فَيَتَّخِذُهَا أُمَّ وَلَدٍ فَقَالَ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا بَاعَ عَلَيْهِمُ الْقِيمَ لَهُمُ النَّاطِرُ فِيمَا يُصْلِحُهُمْ فَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَرْجِعُوا فِيمَا صَنَعَ الْقِيمَ لَهُمُ النَّاطِرُ فِيمَا يُصْلِحُهُمْ»^{۴۸۹} «ابن رثاب گوید: از امام کاظم علیه السلام سؤال کردم: یکی از خویشان من از دنیا رفت و فرزندان کوچکی به جای گذاشت. او غلامان و کنیزانی نیز به جای نهاد اما وصیت نکرد. بنابراین نظر شما درباره کسی که کنیزی از آنان می‌خرد و او را جهت فرزنددار شدن قرار می‌دهد چیست؟ هم‌چنین نظر شما درباره فروشی که آن کودکان انجام می‌دهند چیست؟»

و همین‌طور صحیح‌ه ربیع بن عبدالله از امام صادق علیه السلام: «قَالَ: فِي رَجُلٍ عِنْدَهُ مَالٌ الْيَتِيمِ فَقَالَ إِنْ كَانَ مُحْتَاجاً وَ لَيْسَ لَهُ مَالٌ فَلَا يَمَسُّ مَالَهُ وَ إِنْ هُوَ أَتَجَرَ بِهِ فَالرَّيْبُ لِلْيَتِيمِ وَ هُوَ ضَامِنٌ»^{۴۹۰} «ربیع بن عبد الله گوید: امام صادق علیه السلام در مورد مردی که مال و ثروت یتیمی نزد اوست فرمود: اگر محتاج است و هیچ مالی ندارد نباید به مال یتیم دست بزند و اگر با مال یتیم تجارت کند باید سود آن را به یتیم بپردازد، و اگر مال از بین رفت نیز این شخص ضامن است.»

از این روایات هم مجاز بودن خرید و فروش اموال یتیم توسط ولی برداشت می‌شود و هم لزوم رعایت مصلحت مولی علیه توسط ولی.

صحیح‌ه محمد بن مسلم از امام صادق علیه السلام که توسط مشایخ ثلاثه نقل شده است دلالت بر جواز خرید و فروش اموال یتیم دارد: «أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ بَوَلَدِهِ وَ بِمَالٍ لَهُمْ فَأَذِنَ لَهُ عِنْدَ الْوَصِيَّةِ أَنْ يَعْمَلَ بِالْمَالِ وَ يَكُونَ الرَّيْبُ بَيْنَهُ وَ بَيْنَهُمْ فَقَالَ لَا بَأْسَ مِنْ أَجْلِ أَنْ أَبَاهُ قَدْ أَذِنَ لَهُ وَ هُوَ حَىٌّ»^{۴۹۱}

امام خمینی (ره) با نقل این روایت بیان می‌کند که این روایت به وسیله تعلیل خود اذن پدر را موجب صحت معاملات بر اموال صغیر می‌داند و تفاوتی نمی‌کند این مال در زمان حیات او باشد یا بعد از حیاتش.^{۴۹۲}

فقه‌های اهل سنت نیز در همه مکاتب نیز بیع و تجارت با اموال صغیر به وسیله ولی را جایز شمرده اند برای مثال کتاب بدائع الصنائع بیان می‌کند: «وله أن يبيع ماله بأكثر من قيمته»^{۴۹۳} و همین‌طور در فقه شافعی شیرازی و شارحین المذهب با استناد به روایتی از رسول اکرم به نقل از عبدالله بن عمر حکم به جواز این عقود می‌دهند و بیان می‌کنند: «يجوز للنظر في مال الصبي أن يتجر في ماله، سواء كان الناظر أباً أو جدّاً أو وصياً أو أميناً من قبل الحاكم لما روى عبد الله ابن عمرو إن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من ولي يتيماً له مال فليتجر له، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة»^{۴۹۴} و البته در بیان ماوردی و شریبی و دیگران نیز می‌توان این نظرات را یافت.^{۴۹۵} مالکيه و حنابله نیز مانند مکاتب دیگر رأی به جواز تصرف ولی به صورت بیع و شراء در اموال صغیر می‌دهند.^{۴۹۶}

^{۴۸۹} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۳۶۱/۱۷؛ کلینی، الکافی، ۶۷/۷

^{۴۹۰} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۲۵۷/۱۷؛ کلینی، الکافی، ۱۳۱/۵

^{۴۹۱} ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه ۲۲۷/۴؛ کلینی، الکافی ۶۲/۷؛ طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۳۶/۹

^{۴۹۲} خمینی، کتاب البیع، ۶۲۰/۲

^{۴۹۳} علاء‌الدین کاشانی، ابوبکر بن مسعود، (بی تا). بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع. ۷ ج. بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۵۳/۵

^{۴۹۴} نووی، المنهاج شرح صحیح مسلم بن الحجاج المعروف به شرح النووی، ۳۴۷/۱۳

^{۴۹۵} ماوردی، الحاوی الکبیر، ۴۵۰/۶؛ شریبی، مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، ۱۷۴/۲؛ رافعی قزوینی، عبد الکریم بن محمد، (۱۴۱۷ق). العزیز شرح الوجیز المعروف بالشرح الکبیر العلمیه. بیروت: دار الکتب العلمیه، ۸۰/۵؛ نووی، یحیی بن شرف، (۱۴۲۳ق). روضه

الطالبین. ۱ ج. بیروت: دار ابن حزم، ۴۷۶-۴۷۷

^{۴۹۶} ابن قدامه، المغنی، ۲۹۳/۴؛ ابن قدامه، عبد الله بن احمد، (۱۴۱۴ق). الکافی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل. بیروت: دار الکتب العلمیه.

۲-۲-۱-۲- عقود تملیکی غیر معوض

در این موضوع فقها نسبت به جواز قبول هبه توسط ولی بیان نظر داشته اند که البته مبنای فقها نسبت به نیاز به قبول در هبه نیز باید مورد توجه باشد.

البته مشهور فقها معتقدند که برای تحقق هبه نیاز به قبول مباشر^{۴۹۷} شیخ طوسی نسبت به وظیفه ولی در مقابل قبول هبه او را قادر به قبول هبه می‌داند.^{۴۹۸} در رابطه با قبول وقف نیز خلافتی بین فقها وجود ندارد.^{۴۹۹}

در میان فقهای اهل سنت با وجود اختلاف در قبول و قبض در وقف اما نسبت به وظیفه ولی در این باره اختلافی وجود ندارد.^{۵۰۰}

۲-۲-۱-۳- عقود اذنی

فقهای امامیه معتقدند که ولی اگر غبطه مولی علیه را رعایت کند می‌تواند در تصرفاتی به عنوان عقود اذنی را در اموال مولی علیه صورت دهد. بلکه زمانی که فرد به سفر می‌رود باید مال یتیم را به امانت بگذارد و نمی‌تواند همراه خود به سفر ببرد.^{۵۰۱} شهید ثانی عاریه صغیر را با اذن ولی می‌پذیرد و ذکر می‌کند که این امر در عقد عاریه به صورت استثناء مجاز شمرده شده است و دیگر عقود این حکم را جاری نمی‌داند و به عنوان دلیل مکفی بودن اذن ولی برای تحقق رضایت لازم برای عقد عاریه بیان می‌کنند.^{۵۰۲}

در این موضوع می‌توان به ادله زیر استدلال کرد:

الف) اطلاق ایه شریفه: «وَلَاتَقْبُوا مَالَ الْيَتِيمِ...» شامل عقد عاریه‌ای که به مصلحت صغیر است نیز می‌شود.

ب) صحیح محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام: «فِي الرَّجُلِ يَتَصَدَّقُ عَلَى وَلَدِهِ وَقَدْ أَدْرَكُوا إِذَا لَمْ يَقْبِضُوا حَتَّى يَمُوتَ فَهُوَ مِيرَاثُ فَإِنْ تَصَدَّقَ عَلَى مَنْ لَمْ يَذْكُرْ مِنْ وَلَدِهِ فَهُوَ جَائِزٌ لِأَنَّ وَلَدَهُ هُوَ الَّذِي يَلِي أَمْرَهُ الْحَدِيثُ»^{۵۰۳}

در فقه اهل سنت نیز این امر جایز شمرده شده است و بلکه در بعضی مواقع امانت قرار دادن مال صغیر واجب دانسته شده است.^{۵۰۴}

۲-۲-۱-۴- استیفای حقوق مولی علیه

در موضوع جواز استیفای حقوق مولی علیه توسط ولی می‌توان به اطلاق دلیل مانند صحیح محمد بن مسلم استناد کرد: «لِأَنَّ وَلَدَهُ هُوَ الَّذِي يَلِي أَمْرَهُ»^{۵۰۵}

^{۴۹۷} علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۴۱۵/۲؛ سبحانی، جامع الشرائع، ۳۶۵

^{۴۹۸} طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیه، ۳۵/۳

^{۴۹۹} محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ۲/۲۱۷؛ طوسی، النهایه، ۵۹۵؛ محقق حلی، مختصر النافع، ۱۸۳.

^{۵۰۰} ابن جزی، محمد بن احمد، (۱۴۲۷ق). القوانين الفقهیه. بیروت: دار الکتب العلمیه. ۴۳۳

^{۵۰۱} محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ۲/۱۷۱؛ ۱۵۷. علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۲۰ق). تحریر احکام الشرعیه

علی مذهب الإمامیه. قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام. ۱۵۴۵/۲

^{۵۰۲} شهید ثانی، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۱۳۶/۵

^{۵۰۳} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعۀ إلى تحصیل مسائل الشرعیه، ۱۷۸/۱۹

^{۵۰۴} ابن قدامه، المغنی، ۴/۲۹۶؛ ان قدامه، الکافی فی فقه الاحمد، ۱۰۸/۲

^{۵۰۵} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعۀ إلى تحصیل مسائل الشرعیه، ۱۷۸/۱۹؛ کلینی، الکافی، ۳۱/۷

در این روایت امر صبی مطلق از مال یا نفس دانسته شده است و همینطور حکمت جعل ولایت برای اطفال استیفای حقوق آنها بوده است زیرا که شخص مولی علیه توانایی استیفای این حقوق را ندارد.

برای مثال در حق الشفعه فقها صراحت به ثبوت این حق برای صغیر و اعمال این حق توسط ولی حکم داده اند.^{۵۰۶}

فقها برای این حکم به ادله زیر اشاره داشته اند:

۱. اجماع نقل شده از شیخ طوسی و علامه حلی و صاحب جواهر^{۵۰۷}

۲. سنت: اطلاق نصوص دال بر ثبوت شفعه برای شریک مانند «الشَّفْعَةُ لِكُلِّ شَرِيكٍ لَمْ يَقَاسِمِ»^{۵۰۸} و همینطور اخبار خاص که به حق شفعه کودک اشاره دارد مانند: «وَصِيَ الْيَتِيمَ بِمَنْزِلَةِ أَبِيهِ يَأْخُذُ لَهُ الشَّفْعَةُ إِذَا كَانَتْ لَهُ رَغْبَةٌ»^{۵۰۹}

با وجود این ادله فقها فتوا داده اند که اگر مصلحت کودک بر اعمال حق شفعه وجود داشته باشد و ولی این اعمال حق را ترک کرده باشد صغیر بعد از بلوغ حق اعمال شفعه را خواهد داشت.^{۵۱۰} در بین فقهای اهل سنت نیز اختلافی در این مسئله وجود ندارد.^{۵۱۱}

در موضوع استیفای حقوق می توان به اعمال حقوقی مانند خیار توسط ولی نیز اشاره کرد.^{۵۱۲} و حتی اجماع نقل شده است.^{۵۱۳} و همینطور روایاتی از مصادر اهل سنت و امامیه مورد استدلال قرار گرفته است^{۵۱۴}

نتیجه: ولایت در اموال برای پدر و جد پدری مورد قبول همه فقهای اسلامی است و اختلافی در آن وجود ندارد تا زمانی که صغیر به سن رشد برسد.

۲-۲-۲- امور نفسی

ولایت در نکاح در بعضی مواقع به ولایت بر نفس نیز تعبیر شده است با اینکه ولایت در نفس تصرفاتی که متعلق به نفس است مانند: تعلیم و تربیت، محافظت و حمایت را نیز شامل می شود. البته فقها در بعضی کتب فقهی خود در این موضوع طلاق و عتق را هم مطرح کرده اند.

^{۵۰۶} محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ۳/۲۵۵؛ المختصر النافع، ۲۵۸؛ طوسی، الخلاف، ۳/۴۳۳؛ طوسی، النهایة، ۳/۱۲۲؛ مفید، محمد بن محمد. (بی تا). المقنعة. ۱ ج. قم: مکتبة الداوری. ۶۱۸

^{۵۰۷} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیثة)، ۳۷/۲۹۰

^{۵۰۸} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۲۵/۳۹۶؛ کلینی، الکافی، ۵/۲۸۰ و ۲۸۲

^{۵۰۹} ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه، ۳/۷۸.

^{۵۱۰} محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ۳/۲۵۵؛ طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیة، ۳/۱۲۲؛ ابن ادریس، السرائر، ۲/۳۳۹؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۴/۴۰؛ شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۴ق)، الدروس الشرعیة، قم: موسسه نشر الاسلامی، ۳/۳۶

^{۵۱۱} ر. ک: انصاری، موسوعة احکام الاطفال، ۲/۴۴۵

^{۵۱۲} طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیة، ۲/۷۸

^{۵۱۳} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیثة)، ۲۳/۲۰؛ عاملی، مفتاح الکرامه، ۴/۵۴۵

^{۵۱۴} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۲/۳۴۵ ح ۱-۳؛ طوسی، الخلاف، ۳/۴۴۳؛ علامه حلی، تذکرة الفقهاء، ۱/۵۹۳؛ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ۲/۲۹

این نوع ولایت بر صغیر از مسلمات مسلمین تلقی شده است و همه مکاتب اسلامی آن را پذیرفته اند اما جمله شافعیه، مالکیه، حنبله و همینطور حنفیه با این وجود که در تفاسیل آن دارای اختلافاتی نیز می‌باشند.^{۵۱۵}

امامیه نیز این نوع ولایت را از قطعیات تلقی کرده اند و بر آن ادعای اجماع دارند و به نصوص متعدد در این رابطه استدلال نموده اند.^{۵۱۶}

۱-۲-۲- مبانی فقهی ولایت بر ازدواج کودکان در فقه اهل سنت

فقه‌های اهل سنت ولایت در نکاح را به نسبت مولی علیه به دو قسم تقسیم می‌کنند: الف) ولایتی که به سبب مونث بودن مولی علیه ایجاد می‌شود. ب) ولایتی که به اسباب عدم اهلیت ایجاد می‌شود و اختصاص به باب نکاح ندارد مانند عدم اهلیت در تصرف به دلیل کودکی یا جنون یا رقیبت و در این قسم از ولایت جنسیت دخالتی ندارد و بین مذکر و مونث یکسان است، البته واضح است که محل بحث در این پژوهش بخش دوم می‌باشد.

فقه‌های اهل سنت چند دلیل برای اثبات اصل ولایت در نکاح بیان می‌کنند از جمله:

۱. قرآن کریم: ایه ۶ سوره نساء: «وَابْتَئُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ»

منظور یتامی در این ایه شریفه صغار تلقی شده است و تفاوتی درجنسیت وجود ندارد و منظور از بلوغ نکاح نیز حلم تعبیر شده است. این ایه شریفه نص در حفظ اموال صغار است و ولایت بر نکاح قیاساً نسبت به ولایت بر اموال اثبات می‌شود به این صورت که عقد نکاح دارای شأن و خطری والاتر از معاملات است و صغیر عاجز از تشخیص مصالح است و حتی ضرر را نیز نمی‌تواند از خود دفع کند و علاوه بر این عقد نکاح حقوق مالیه ای ایجاد می‌کند مانند مهریه و نفقه که صغیر نسبت به آنها محجور است.

۲. حدیث رفع: حدیث نقل شده از رسول اکرم: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبی حتى یبلغ، وعن النائم حتى یتیقظ، وعن المجنون حتى یفیک»^{۵۱۷}

این حدیث نص در تفاوت تکلیف بین کودکان و بزرگسالان است و چون در صغیر قصد منعدم است تکلیف نسبت به آنها تعلق نمی‌گیرد.

۳. اجماع: ابن تیمیه در موضوع علت اجبار در نکاح بیان می‌کند: «إِنَّ الصَّغَرَ سَبَبٌ لِلْحَجْرِ بِالنَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ»، ابن رشد در بدایة المجتهد نیز می‌گوید: «اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الْأَبَّ يَجْبِرُ ابْنَهُ الصَّغِيرَ عَلَى النِّكَاحِ، وَكَذَلِكَ ابْنَتُهُ الصَّغِيرَةُ الْبَكْرُ وَلَا يَسْتَأْمِرُهَا»^{۵۱۸} در موضوع ولایت بر تزویج صغار فقه اهل سنت نسبت به ولایت بر صغیره و صغیر نظرات مختلفی را بیان می‌کند

^{۵۱۵} طباطبائی کربلایی، الشرح الصغیر فی شرح المختصر النافع، ۳۶۹/۲؛ شربینی، مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، ۱۶۹/۳؛

الدردیر، البهوتی، کشف القناع، ۴۳/۳-۴۴

^{۵۱۶} رک: جناتی، دروس الفقه المقارن، ۲۶۰/۲

^{۵۱۷} ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ۶۵۸/۱

^{۵۱۸} ابن رشد، محمد بن احمد، و سعد، طه عبد الرؤف. (۱۴۰۹ق). بدایة المجتهد و نهایة المقتصد. بیروت: دار الجیل. ۵/۲

(۱) ولایت در نکاح صغیره

در این موضوع بین فقهای اهل سنت اختلافاتی وجود دارد که می‌توان نظرات آنها را به چهار دسته تقسیم نمود:

۱. منع تزویج صغیره مطلقاً: برخی فقهای اهل سنت مانند: ابن شبرمه و ابی بکر الاصم معتقدند تزویج صغیره به هیچ وجه ممکن نمی‌باشد حتی توسط شخص پدر.^{۵۱۹}
 ۲. جواز تزویج صغیره فقط برای پدر: گروه دیگر از فقها و مذاهب اهل سنت معتقدند که ولایت بر تزویج صغیره فقط برای شخص پدر ثابت است و دیگر اشخاص حق تزویج صغیره را ندارند. این نظر به مالکیه، حنابل و ظاهریه تعلق دارد.^{۵۲۰}
 ۳. ولایت برای پدر و جد پدری: فقهای شافعیه اعتقاد دارند که ولایت برای پدر و جد پدری ثابت است با این شرط که ولایت جد پدری در صورت عدم وجود پدر نافذ است.^{۵۲۱}
 ۴. برای همه اولیاء ولایت ثابت است با تفاوت در حق خیار برای صغیره: ابوحنیفه بیان می‌کند که همه اولیاء حق تزویج صغیره را دارند با این تفاوت که صغیره اگر توسط پدر یا جد پدری به تزویج درآید بعد از بلوغ حق خیار ندارد ولی اگر توسط دیگر اولیا تزویج شود بعد از بلوغ حق خیار دارد.^{۵۲۲}
 ۵. برای همه اولیاء ولایت ثابت است و حق خیار مطلقاً برای مولی علیه وجود ندارد: ابویوسف معتقد است که ولایت بر تزویج صغیره برای همه اولیاء ثابت است و حق خیار برای صغیره نیز وجود ندارد؛ تفاوتی نمی‌کند تزویج توسط پدر صورت پذیرفته باشد یا غیر پدر.
- از جمع این نظریات می‌توان دریافت که در فقه اهل سنت، اکثر قریب به اتفاق مذاهب ولایت بر تزویج صغیره را برای پدر ثابت می‌دانند به جز گروه اول.

در این مجال به بیان ادله مانعین و جوازیون پرداخته و استدلالات آنها را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

ادله مانعین: سرخی در المبسوط برای این نظر ادله ای را بیان کرده است که عبارتند از:

الف: آیه شریفه ۶ سوره نساء: «وَابْتَالُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ»

اگر ازدواج غیر بالغین جایز باشد، صدور این آیه لغو است. ایه بی ثمر خواهد ماند.

ب: ثبوت ولایت بر صغیره به علت نیاز مولی علیه است لذا زمانی که نیاز وجود نداشته باشد ولایت نیز ساقط می‌شود. در موضوع ازدواج صغیره، صغیره نیازی به ازدواج ندارد زیرا مقصود از نکاح قضاء شهوت و ازدیاد نسل است که این دو در رابطه با صغیره منتفی است.

^{۵۱۹} ابن رشد، بدایة المجتهد و نهایة المقتصد، ۵/۲؛ طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیة، ۲/۱۲۴؛

^{۵۲۰} ابن قدامه، المغنی، ۷/۳۷۹؛ ابن رشد، بدایة المجتهد و نهایة المقتصد، ۵/۲-۶؛ ابن حزم، المحلی، ۹/۴۵۸-۴۶۰

^{۵۲۱} شوکانی، فتح القدیر، ۳/۲۷۸

^{۵۲۲} کاشانی، بدایع الصنایع، ۱۱/۵۱؛ نسفی، بحر الرائق، ۳/۱۲۶

ج: عقد نکاح برای مدت طولانی و صورت می‌پذیرد و احکامی را به صغیره برای بعد از بلوغ اجبار می‌کند که این الزام خلاف اصل است زیرا بعد از بلوغ ولایتی وجود ندارد.^{۵۲۳}

ادله مجوزین:

(الف) حدیث عایشه: «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تَزَوَّجَهَا وَهِيَ بِنْتُ سِتِّ سِنِينَ، وَأَدْخَلَتْ عَلَيْهِ وَهِيَ بِنْتُ تِسْعٍ» این حدیث در مسانید مختلف اهل سنت نقل شده است.^{۵۲۴} و از نظر شهره و مقام نزد ائمه مذاهب جایگاه والایی دارد به صورتی که نووی می‌گوید: «أَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى جَوَازِ تَزْوِيجِهِ بِنْتَهُ الْبَكْرَ الصَّغِيرَةَ؛ لِهَذَا الْحَدِيثِ»^{۵۲۵} البته بن شبرمه این امر را از خصوصیات نبی برمی‌شمرد اما باید توجه داشت که تلقی به خصوصیت برای نبی نیاز به دلیل دارد و خلاف اصل است.^{۵۲۶}

(ب) حدیث ابن عباس: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «الْأَيُّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبَكْرُ تَسْتَأْذِنُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صَمَاتُهَا»

این حدیث دلالت بر جواز اجبار دختر باکره مکلف به ازدواج دارد و به طریق اولویت شامل صغیره نیز می‌شود. البته باید توجه داشت که مذهب فقہی اهل سنت این روایت را نپذیرفته و حکم به جواز تزویج باکره مکلف نداده اند.

ج: روایت از عمر بن خطاب: «قَدْ خُطِبَ مِنْ عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ابْنَتَهُ أُمَّ كَلْثُومٍ، فَزَوَّجَهَا بِهَا وَهِيَ صَغِيرَةٌ»^{۵۲۷}

د: اجماع: شافعی معتقد است که در موضوع ولایت بر نکاح پدر اجماع اصحاب و جود دارد و اگر اجماع محقق نشود خلافتی از اصحاب دیده نشده است.^{۵۲۸}

۲) ولایت در نکاح صغیر

اقوال در ولایت بر صغیر مانند صغیره است و مانعین به ادله زیر نیز استدلال می‌کنند:

ایه کریمه: «وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا»^{۵۲۹}

این آیه مانع جواز عقد فردی توسط فرد دیگر می‌شود مگر خود قرآن و یا سنت استثناء کرده باشد و نسبت به تزویج صغیر دلیلی وجود ندارد. و همینطور قیاس تزویج صغیر با صغیره امری باطل است.^{۵۳۰}

^{۵۲۳} سرخسی، المبسوط، ۲/۴۱۲

^{۵۲۴} ابن حنبل، مسند الامام احمد بن حنبل، ۱۶/۱۵۹؛ مسلم بن حجاج، صحیح مسلم، ۹/۲۰۶

^{۵۲۵} نووی، المنهاج شرح صحیح مسلم بن الحاج المعروف به شرح النووی، ۹/۲۰۶

^{۵۲۶} ابن حجر، فتح الباری، ۹/۱۹۰

^{۵۲۷} ابن عبد البر، یوسف بن عبد الله، معوض. (۱۴۲۲ق). الاستیعاب فی معرفة الأصحاب. بیروت: دار الکتب العلمیة. ۴/۵۰۹

^{۵۲۸} نووی، المنهاج شرح صحیح مسلم بن الحاج المعروف به شرح النووی، ۹/۲۰۶

^{۵۲۹} انعام، ۱۶۴

^{۵۳۰} ابن حزم، علی بن احمد، و شاکر، احمد محمد. بدون تاریخ. المحلی. ۱۳ ج. بیروت: دار الجیل. ۹/۴۶۲-۴۶۳

۲-۲-۲-۲- مبانی فقهی ولایت بر ازدواج کودکان در فقه امامیه

ولایت در نکاح برای پدر و جد پدری از قطعیات تلقی شده است و مرحوم حکیم، خویی و صاحب جواهر نسبت به آن ادعای اجماع داشته اند.^{۵۳۱}

مخالفت ابن جنید نیز به این اجماع خدشه ای وارد نمی‌کند زیرا او مخالف ولایت مادر بوده است و به ولایت پدر حکم داده است. البته شیخ انصاری این نظر را نظریه مشهور اطلاق کرده و عمانی را مخالف آن معرفی کرده است.^{۵۳۲} اما به نظر می‌رسد این مخالفت نیز کامل نیست و سخن عمانی اطلاق ندارد بلکه نسبت به ولایت جد پدری خدشه وارد کرده است.^{۵۳۳}

اکثر فقهای امامیه به دلیل قطعی بودن این حکم به بیان تفصیلی ادله آن نپرداخته اند اما از میان بعضی کتب فقهی می‌توان به ادله فقهای شیعه دست یافت. اما قبل از بررسی ادله خاص لازم است که توجهی به مقتضی قاعده داشت.

الف) اصل عدم ولایت

عقل اقتضا دارد که انسانی بر انسان دیگر ولایت نداشته باشد حتی می‌توان به بیان نقل شده از امیرمومنان اشاره کرد که «وَلَا تَكُنْ عَبْدَ غَيْرِكَ وَ قَدْ جَعَلَكَ اللَّهُ حُرًّا» که نشان دهنده اصل حریت و آزادی است و عقل ملاکی برای استحقاق طاعت و ولایت پذیری جز ملاک‌های سه گانه ذیل نمی‌پذیرد.^{۵۳۴} وجوب شکر منعم اصلی: عقل ذاتی شکر منعم اصلی را حسن می‌داند و تر این عمل را قبیح می‌شمارد. در صورتی که ترک شکر منعم غیر اصلی را قبیح نمی‌داند با اینکه شکر آن را حسن تلقی می‌کند.

۱. ترک عقاب اخروی ابدی: عقل رهایی از عقاب اخروی ابدی را واجب و تحصیل نقطه امنی از این عذاب را لازم می‌داند.

۲. مالکیت حقیقیه: عقل مالک حقیقی همه موجودات عالم را خداوند می‌داند از همین رو منعم اصلی و معذب را فقط خداوند می‌داند. لذا شکر منعم و رهایی از عذاب را فقط در طاعت خداوند متعال می‌بیند. به همین دلیل طاعت و ولایت هیچ کسی غیر از خداوند را نمی‌پذیرد.^{۵۳۵} البته عقل تبعیت از شرع را می‌پذیرد زیرا مصداقی از طاعت خداوند تلقی می‌کند. و شارع ولایت انبیاء و ائمه معصومین را تشریع کرده است. لذا ولایت آنها به واسطه تشریع الهی بر لوق خداوند ثابت است. و همینطور فقهایی که به عنوان نائب معصوم در زمان غیبت حضور دارند به عنوان ولی شمرده می‌شوند.

^{۵۳۱} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیث)، ۱۷۰/۲۹؛ حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۴۳۵/۱۴؛

^{۵۳۲} الأنصاری، الشیخ مرتضی، (بی تا). کتاب النکاح، قم: تراث الشیخ الأعظم، ۱۰۷

^{۵۳۳} سیفی، علی اکبر، و خمینی، روح الله، رهبر انقلاب و بنیان گذار جمهوری اسلامی ایران. (بی تا). دلیل تحریر الوسیله (النکاح). ۳ ج. قم:

مؤسسه تنظیم و نشر آثار الإمام الخمینی (قدس سره). ۴/۲

^{۵۳۴} اشتهاوردی، مدارک العروة، ۱۲۱/۳۰؛ أنوار الفقاهة - کتاب النکاح، ۱۵

^{۵۳۵} سیفی، دلیل تحریر الوسیله، ۶۴/۲

اما نباید از این امر غافل شد که این اصل برای افراد دارای قوه عاقله و رشید صادق است که مصالح خود را تشخیص می‌دهند و خوب و بد را از یکدیگر تمییز می‌دهند. نه افرادی ممانند سفها، مجانین و صغار زیرا این افراد دارای این قوه نیستند و تشخیص مصلحت و دفع مفسده توسط آنها منتفی است.

اما قاعده دیگری در رابطه با این افراد کارساز است که ولایت امری توقیفی است و اثبات ولایت نیاز به دلیل دارد و اگر دلیلی وجود نداشته باشد ولایت نیز ثابت نمی‌شود.^{۵۳۶} البته در مقابل این قاعده نظریه امضایی بودن ولایت محجورین است که آن را از امری توقیفی خارج می‌کند که به تفصیل در معنای اصطلاحی ولایت مورد بررسی قرار گرفت.

ب) نصوص ولایت پدر و جد پدری بر تزویج کودکان

۱. قرآن کریم:

الف) آیه ۶ سوره انعام: «وَابْتَالُوا أَلْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ»؛ «و یتیمان را چون به حد بلوغ برسند، ببازمایید! اگر در آنها رشد (کافی) یافتید، اموالشان را به آنها بدهید» این آیه صراحت به عدم ولایت صغار بر اموال خویش و ولایت بر اموال کودکان دارد و به طریق اولویت کودک ولایتی بر نفس که امری دارای خطر و شان بیشتری است ندارد.

به نظر می‌رسد استدلال به این آیه دچار اشکال است زیرا: ۱. مجرد عدم ولایت بر نفس مستلزم ولایت آباء نیست. و واثبات ولایت آباء نیاز به دلیل شرعی دارد. و قطعا این آیه توان اثبات این مدعا را ندارد. ۲. قیاس اولویت در این آیه نیز برخلاف قواعد اصولی و منطقی است. بلکه صورت عکس آن محقق است به این معنا که اگر ولایت بر نفس اثبات می‌شد به دلیل اهمیت بالاتر ولایت بر اموال که امری کم اهمیت تر است نیز ولایت ثابت بود.^{۵۳۷}

ب) آیه ۲۳۷ سوره بقره: «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ»؛ «و اگر آنان را، پیش از آن که با آنها تماس بگیرید و (آمیزش جنسی کنید) طلاق دهید، در حالی که مهری برای آنها تعیین کرده‌اید، (لازم است) نصف آنچه را تعیین کرده‌اید (به آنها بدهید) مگر اینکه آنها (حق خود را) ببخشند؛ یا (در صورتی که صغیر و سفیه باشند، ولی آنها، یعنی) آن کس که گره ازدواج به دست اوست، آن را ببخشد.»

از این آیه استفاده می‌شود که در نکاح قدر متیقن پدر اختیار داراست زیرا قطعا اختیار دار صغیره نیست. استناد به این آیه نیز به نظر کامل نمی‌رسد زیرا اگر فرض طاهر در اختیار داری پدر باشد فقط این مدعا نسبت به صغیره صادق است و پسر صغیر را شامل نمی‌شود.

و اشکال دیگر استدلال به این ایها این است که آیه و روایات وارد شده در تفسیر آن در بیان پرداخت مهریه فرد غیر مدخوله است از اینرو دلالت آن بر حکم ولایت در نکاح بسیار ضعیف است.^{۵۳۸}

^{۵۳۶} سیفی، دلیل تحریر الوسیله، ۶۴۴/۲

^{۵۳۷} جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۹۴). درس خارج فقه، ۸۳، ۱۳۹۴/۱۲/۱۹

^{۵۳۸} میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۳۷۱). جامع الشتات، تهران: کیهان. ۵۲۵/۴

۲. سنت:

در رابطه با ولایت بر نکاح پدر و جد پدری احادیث متعددی در کتب روایی امامیه نقل شده است که به مهم‌ترین آنها پرداخته می‌شود.

الف) صحیح محمد بن مسلم: «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ: فِي الصَّبِيِّ يَتَزَوَّجُ الصَّبِيَّةَ يَتَوَارَثَانِ فَقَالَ إِذَا كَانَ أَبُوَاهُمَا اللَّذَانِ زَوْجَاهُمَا فَنَعَمْ قُلْتُ فَهَلْ يَجُوزُ طَلَاقُ الْأَبِ قَالَ لَا»^{۵۳۹} به همین مضمون صحیح ای از زراره نیز نقل شده است.^{۵۴۰}

ظاهر این روایت دلالت بر مباشرت پدر در عقد دارد چه به صورت ولایت و چه به صورت توکیل و صورت اذن را شامل نمی‌شود زیرا نمی‌توان عقد ماذون را به پدر نسبت داد. و سوال راوی از توارث نیز کنایه از صحت عقد است زیرا از مهم‌ترین آثار عقد نکاح توارث طرفین است، و تأیید امام تأیید صحت عقد است.

ب) صحیح محمد بن اسماعیل بن بزیع: «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ بَزِيعٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الصَّبِيِّ يُزَوِّجُهَا أَبُوهَا ثُمَّ يَمُوتُ وَ هِيَ صَغِيرَةٌ فَتَكْبُرُ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا زَوْجُهَا يَجُوزُ عَلَيْهَا التَّزْوِيجُ أَوْ الْأَمْرُ إِلَيْهَا قَالَ يَجُوزُ عَلَيْهَا تَزْوِيجُ أَبِيهَا»^{۵۴۱}

چند نکته از این روایت استفاده می‌شود: اول، عقد پدر از سنخ عقد فضولی نیست؛ دوم، این عقد از سنخ عقد خیاری نیست و وفا نیاز دارد به اطلاق «اوفو بالعقود»؛ سوم، منظور از جایز در این روایت جواز وضعی نیست بلکه به معنای نافذ است.

ج) صحیح فض بن عبدالمک: «عَنِ الْفَضْلِ بْنِ عَبْدِ الْمَلِكِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الرَّجُلِ يُزَوِّجُ ابْنَتَهُ وَ هُوَ صَغِيرٌ قَالَ لَا بَأْسَ»^{۵۴۲}

د) صحیح محمد بن مسلم: «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا عَلَيْهِمَا السَّلَامُ قَالَ: إِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ ابْنَتَهُ فَهُوَ جَائِزٌ عَلَى ابْنَتِهِ وَ لَا ابْنَتَهُ أَيْضًا أَنْ يُزَوِّجَهَا فَقُلْتُ فَإِنْ هُوَ أَبُوهَا رَجُلًا وَ جَدُّهَا رَجُلًا فَقَالَ الْجَدُّ أَوْلَى بِنِكَاحِهَا»^{۵۴۳}

این روایت مثبت ولایت پدر و جد پدری بر صغیره است ولی ولایت بر صغیر را اثبات نمی‌کند و بلکه نفی نیز می‌کند. البته فقها در جمع بین روایات دال بر ولایت بر صغیر و این روایت منظور از ابن را حمل بر پسر بالغ می‌کنند.

ه) صحیح ابن صلت: «عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الصَّلْتِ قَالَ: سَأَلْتُ (أَبَا عَبْدِ اللَّهِ) عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الْجَارِيَةِ الصَّغِيرَةِ يُزَوِّجُهَا أَبُوهَا لَهَا أَمْرٌ إِذَا بَلَغَتْ قَالَ لَا لَيْسَ لَهَا مَعَ أَبِيهَا أَمْرٌ»^{۵۴۴}

^{۵۳۹} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۸۰/۲۲.

^{۵۴۰} کلینی، الکافی، ۱۳۲/۷.

^{۵۴۱} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۲۷۵/۲۰.

^{۵۴۲} کلینی، الکافی، ۴۰۰/۵.

^{۵۴۳} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۲۸۹/۲۰.

^{۵۴۴} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۲۷۶/۲۰.

در این روایت نیز عقد پدر از سنخ عقود فضولی و خیاری تلقی نمی‌شود و لازم شمرده می‌شود که به معنای ولایت پدر است.

(و) صحیح هشام: «عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ وَ مُحَمَّدٍ بْنِ حَكِيمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: إِذَا زَوَّجَ الْآبُ وَ الْجَدُّ كَانَ التَّزْوِيجُ لِلْأُولَى فَإِنْ كَانَا جَمِيعاً فِي حَالٍ وَاحِدَةٍ فَالْجَدُّ أَوَّلَى»^{۵۴۵} اجماع:

در این موضوع نقل اجماع بین فقهای امامیه آنقدر صورت پذیرفته است که شبیه به نقل متواتر شده است.^{۵۴۶} مانند بیان شیخ در تفسیر آیه کریمه «إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ أَوْ يَعْفوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ» لا ولاية لاحد عندنا الا الاب و الجد على البكر غير البالغ، فاما من عداهما فلا ولاية له»^{۵۴۷}

البته پر واضح است که این اجماع حجیت شرعی ندارد زیرا مدارک اجماع وجود دارد و می‌تواند به عنوان موید مورد توجه قرار گیرد.

۳. بناء عقلا و سیره متشرعه

بعضی فقها قائل اند که ولایت در نکاح مقبول همه عقلا است و شارع نیز این امر عقلائی را امضا نموده است و همینطور این امر سیره قطعی متشرعین متصل به زمان شارع بوده است و شارع نیز آن را تایید نموده است.

۵۴۸

تحلیل و بررسی

با توجه به تمام مباحث بیان شده و دقت در نصوص ادله مثبتیه ولایت در نکاح به نظر می‌رسد این حکم شارع یک حکم امضایی است و شارع عرف زمان صدور حکم را بنا بر مصالحی پذیرفته است و البته این عرف را محدود ساخته و مدیریت کرده است. بنابراین اگر مبنای پذیرفته شده در احکام امضایی عدم تصرف شارع در عرف باشد، با از بین رفتن این عرف عقلائی، موضوع صدور حکم نیز از بین رفته است و پر واضح است که در زمان کنونی عرف عقلایی برای ولایت در نکاح به صورت اجبار وجود ندارد و اگر مبنا در احکام امضایی مبنایی تشریع حکم باشد و با توجه به سیر تاریخی این موضوع و عرف حاکم در زمان صدور حکم می‌توان بیان کرد که عرف آن زمان مقوم صدور حکم شرعی بوده است و در این صورت نیز با از بین رفتن عرف حکم ولایت در نکاح نیز منتفی می‌شود.

در فصل‌های آینده نیز ادله ای بیان می‌گردد که با استناد آن می‌توان گفت ازدواج کودکان در شرایط عادی و به صورت عمومی مصلحتی ندارد و بلکه شارع از آن نهی هم کرده است و ادله جواز این حکم نیز به دلیل شرایط و اقتضائات زمان بوده است.

با وجود همه این مباحث اجماع و یا اتفاق فقها بر وجود ولایت در نکاح برای پدر حکم جواز ولایت پدر در نکاح را تقویت می‌کند و با وجود مدرکی بودن آن یارای مقابله با اجماع بلکه اتفاق فقها وجود ندارد.

^{۵۴۵} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۲۸۹/۲۰

^{۵۴۶} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیث)، ۱۷۰/۲۹، حکیم، مستمسک عروة الوثقی، ۴۳۵/۱۴

^{۵۴۷} طوسی، محمد بن حسن (بی تا). التبیان فی تفسیر القرآن، بیروت: دار إحياء التراث العربی. ۲۷۳/۲

^{۵۴۸} مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۸/۲

۳- جایگاه غبطه در اقدامات ولی

۳-۱- چستی غبطه

در تحلیل ماهیت غبطه لازم است عناوینی مانند واقعی یا علمی بودن و نوعی یا شخصی بودن بررسی شود تا بتوان غبطه را به صورت صحیح تری شناخت.

۳-۱-۱- واقعی یا علمی بودن غبطه

فقه‌های امامیه مسئله واقعی یا علمی (تشخیصی) بودن شرط غبطه در اداره امور مولی علیه را به شکل مستقل بحث نکرده‌اند. محقق خویی در این باره نوشته است: «فقیهی را ندیدم که نسبت به این موضوع به تفصیل سخن گفته باشد».^{۵۴۹} با این وجود، دو دیدگاه در متون فقهی معاصر مطرح شده است.

واقعی بودن غبطه: طرفداران این نظریه بر این باورند که چون مصلحت امری واقعی است، فقدان مصلحت در اقدامات ولی کاشف از بطلان تصرف ولایی اوست^{۵۵۰}؛ هرچند آگاهی از عدم وجود غبطه نداشته باشد^{۵۵۱} در میان اهل سنت، فقه‌های شافعی نیز این نظریه را پذیرفته‌اند. قبول دارند و این شرط را، شرط صحت می‌دانند.^{۵۵۲}

علمی بودن غبطه: برخی از فقها، وجود مصلحت در تصرفات ولی را شرطی تشخیصی و علمی می‌دانند؛ یعنی علم به وجود غبطه در تصرف شرط است و اگر کشف خلاف شود، تصرف او همچنان نافذ است. امام خمینی درباره پدری که دخترش را به ازدواج کسی درمی‌آورد که دارای عیب جسمانی است، می‌نویسند: «اگر ولی در احراز وجود مصلحت تلاش کرده باشد و اعتقاد به وجود این شرط داشته باشد؛ اما مشخص شود که تشخیص او درست نبوده است؛ این ازدواج صحیح و نافذ است؛ مگر این که زوج دارای یکی از عیوب موجب فسخ باشد که در این صورت، مولی علیه خیار فسخ دارد».^{۵۵۳} به بیان دیگر، احراز مصلحت رافع مسئولیت ولی است، هرچند مسقط حق مولی علیه نیست.^{۵۵۴}

روایی این نظریه مبتنی بر تحقق دو عنصر است: ۱. سقوط تنجز نهی «ولاتقربوا...» در صورت عدم علم ولی که نتیجه آن، صحت عقد است^{۵۵۵}؛ ۲. عدم صدق فساد بر تصرف ناآگاهانه و بدون مصلحت ولی، زیرا از تصرف بدون مصلحت، در برخی از روایات، تعبیر به فاسد شده است (و ما أحبّ له أن يأخذ من مال ابنه، إلّا ما احتاج إليه ممّا لا بدّله منه. إنّ الله لا يحبّ الفساد؛^{۵۵۶} مانند زنی که با علم به عدم رضایت همسر، به سفر می‌رود، در حالی که زوج راضی است یا ولی قصد تصرف بدون مصلحت داشته باشد، اما مشخص شود که عمل او دارای مصلحت است.^{۵۵۷}

۳-۱-۲- نوعی یا شخصی بودن غبطه

بدون تردید، غبطه نسبت به امور مختلف مالی و غیرمالی متفاوت است؛ اما اینکه در مقام سنجش غبطه باید وضعیت خود مولی علیه را لحاظ کرد (غبطه شخصی) یا وضعیت گروه همسانان او را ملاک قرار داد (غبطه نوعی) یا به مصالح

^{۵۴۹} خویی، محاضرات فی الفقه الجعفری: ۲۰/۳-۲۱

^{۵۵۰} حکیم، مستمسک العروة الوثقی: ۴۷۰/۱۴؛ مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۹۰)، أنوار الفقاهة فی أحكام العترة الطاهرة، قم: دار النشر الإمام علی

بن ابی طالب (علیه السلام)، ۳۴۰/۱

^{۵۵۱} مکارم شیرازی، کتاب النکاح: ۴۸/۲؛ حکیم، مستمسک العروة الوثقی: ۴۷۰/۱۴

^{۵۵۲} شافعی، الأم للشافعی: ۲۰/۵

^{۵۵۳} خمینی، تحریر الوسیله، ۲۷۵/۲

^{۵۵۴} فاضل موحّدی لنگرانی تفصیل الشریعة (النکاح): ۱۱۰

^{۵۵۵} بحر العلوم، بلغة الفقیه، ۲۷۱/۳

^{۵۵۶} حر عاملی، وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة: ۲۶۳/۱۷

^{۵۵۷} خویی، محاضرات فی الفقه الجعفری: ۲۱/۳

عمومی جامعه توجه کرد، سه احتمال قابل تصور است؛ هرچند فقها به آن اشاره نکرده‌اند. باید توجه داشت که بنا بر اصل تطابق که اصلی عقلانی^{۵۵۸} و با منشاء غلبه است^{۵۵۹}، مصلحت شخصی منطبق بر مصلحت نوعی است؛ مگر قرینه‌ای بر تأثیر ویژگی‌های فردی وجود داشته باشد.^{۵۶۰} با این وجود، نادیده‌انگاری تفاوت‌های اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی افراد، درست به نظر نمی‌رسد، در نتیجه در تشخیص غبطه باید وضعیت فردی خود مولی‌علیه در نظر گرفته شود^{۵۶۱} هرچند در تعارض مصلحت فردی با مصالح اجتماعی و نظم عمومی، توجه به مصالح اجتماعی اولویت دارند.^{۵۶۲}

۲-۳- مرتبه پذیری غبطه

از ویژگی‌های مصلحت، مرتبه‌پذیر بودن آن است^{۵۶۳} اصولیان از این مطلب با عنوان «تزامم» بحث کرده‌اند که اگر رعایت و حفظ یک مصلحت مانع حفظ مصلحت دیگری شود وظیفه چیست؛ فقهای امامیه نیز در برخی موارد، بر اساس قانون «تقدم اهم بر مهم» فتوا داده‌اند؛ مانند جواز دروغ گفتن در جنگ برای فریب دشمن^{۵۶۴} یا تقدم حفظ جان بر حفظ مال^{۵۶۵} یا تقدم حفظ جان بر لمس اجنبیه^{۵۶۶}

برخی از فقها بر این باورند که در دوران بین سودمند (مصلحت) و سودمندتر (اصلح)، انجام عملی که سود بیش‌تری برای یتیم دارد لازم است؛^{۵۶۷} در نتیجه بسندگی به غبطه جایز نیست، چون موجب نادیده‌گرفتن بخشی از منافع مولی‌علیه می‌شود^{۵۶۸} در برابر برخی نیز با این دیدگاه موافق نبوده، رعایت مصلحت را کافی می‌دانند، زیرا از طاهر روایات استفاده می‌شود که رعایت مصلحت مورد توجه شارع است، حتی اگر مخالف با اصلح باشد.^{۵۶۹}

فقهای امامیه شناخت ترتیب مصالح پسینی (مصالح در امثال حکم) و تشخیص آن را از وظایف خود مکلف می‌دانند.^{۵۷۰} برخی نیز شناخت ترتیب و مراتب مصالح شرعی در مقام امثال و اجرای حکم را موکول به عقل و نصوص شرعی می‌دانند.^{۵۷۱} به نظر محقق نائینی، اهمیت را می‌توان از مفاد دلایل و مناسبت حکم و موضوع به‌دست آورد. برای نمونه، حفظ اصل اسلام بر سایر امور اولویت دارد یا حقوق مردم مقدم بر دیگر مصالح است یا مصالح مربوط به جان و نوامیس مقدم بر مصالح مالی است.^{۵۷۲}

^{۵۵۸} صدر، محمد باقر. (۱۴۱۷ق). بحوث فی علم الأصول (صدر، محمد باقر). قم: مؤسسه دائرة معارف الفقه الاسلامی: ۱۶۶/۱ و ۱۶۷

^{۵۵۹} فاضل لنکرانی، (۱۴۰۰): درس خارج اصول دوره دوم، جلسه ۱۲۵

^{۵۶۰} اعرافی، علیرضا (۱۴۰۰)، درس خارج اصول، ۱۴۰۰/۱۹/۱۰.

^{۵۶۱} شهید ثانی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام: ۲۶۹/۸؛ محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام: ۲۷۴/۲

^{۵۶۲} ر.ک: حیدری، موسی الرضا. ۱۳۹۶، مبانی و ادله تقدم مصالح اجتماعی بر مصلحت فردی از دیدگاه مذاهب اسلامی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه حکیم سبزواری، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، ۵۶

^{۵۶۳} شهید ثانی مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام: ۱۲۷/۱۲؛ علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۹)، فقه و مصلحت، چ ۷، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ اسلامی، ۹۰

^{۵۶۴} فیض کاشانی، ۱۴۱۷ق: ۲۴۵/۵

^{۵۶۵} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیث)، ۱۶/۲۱

^{۵۶۶} خویی، موسوعه الإمام الخوئی: ۶۳/۳۲

^{۵۶۷} اصفهانی، حاشیة مکاسب: ۴۳۳/۲-۴۳۴

^{۵۶۸} شهید اول، محمد بن مکی، (بی تا)، القواعد و الفوائد فی الفقه و الأصول و العربیة. قم: مکتبه المفید، شهید اول، القواعد و الفوائد فی الفقه و الأصول و العربیة: ۳۲۶/۱؛ فاضل لنکرانی، محمدجواد (۱۳۹۶)، قاعده میسور، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، فاضل لنکرانی: ۴۰۲

^{۵۶۹} اشتهااردی، علی‌پناه. (۱۴۱۷ق)، مدارک العروة، تهران: دار الأسوة للطباعة و النشر: ۱۵۴/۳۰

^{۵۷۰} صدر، بحوث فی علم الأصول، ۳/ ۶۵ و ۶۶؛ خویی، محاضرات فی أصول الفقه: ۲۰۶/۳

^{۵۷۱} علی دوست، فقه و مصلحت: ۵۳۲

^{۵۷۲} غروی نائینی، فوائد الأصول: ۳۳۵/۱

به هر روی، برخی از ملاک‌های مورد پذیرش برای شناسایی اهمیت، از این قرار است: (۱) اخروی، دینی و دنیوی بودن غبطه؛ هرگاه مصلحتی هم‌زمان تأمین‌کننده مصالح دینی و نیازهای دنیوی انسان باشد بر مصالح اخروی محض یا دنیوی محض اولویت دارد.^{۵۷۳} برای مثال، بر اساس آموزه‌های دینی، جهاد بر روزه اولویت دارد^{۵۷۴}؛ (۲) تداوم مصلحت؛ مصلحت دائمی بر مصلحت موقت، اولویت دارد.^{۵۷۵} (۳) یقینی بودن غبطه؛ غبطه یقینی بر غبطه مشکوک اولویت دارد^{۵۷۶} بر این اساس، در تشخیص غبطه مولی‌علیه، تصرفی که دربرگیرنده همزمان مصالح دینی و دنیوی باشد و تصرفی که تضمین‌کننده غبطه دائمی یا بلند مدت‌تر باشد بر دیگر تصرفات اولویت پیدا می‌کند. پر واضح است در صورت وجود تصرفی با غبطه قطعی، ولی نمی‌تواند کاری انجام دهد که دارای مصلحت مشکوک است.

۳-۳- مسئولیت تشخیص غبطه

تردیدی نیست که تبیین مفاهیم به‌کاررفته در متون دینی، همچون دیگر مفاهیم بر عهده عرف است؛ اما در این که تشخیص مصادیق این مفهوم بر عهده چه کسی است، احتمال‌های مختلفی قابل طرح است: (۱) فقیه، مانند تعیین مصادیق چیزی که سجده بر آن صحیح است.^{۵۷۷} (۲) عرف خاص^{۵۷۸}؛ (۳) کارشناس (خبره)^{۵۷۹}؛ (۴) عقل^{۵۸۰}؛ (۵) مکلف^{۵۸۱}. بر این اساس، می‌باید به این پرسش پاسخ داد که مرجع تشخیص غبطه مولی‌علیه منحصر در ولی است یا افراد دیگری در طول یا عرض وی می‌توانند در تشخیص غبطه مداخله کنند؟ از آن‌جا که جعل ولایت برای ولی، طریقت دارد و نه موضوعیت^{۵۸۲} تشخیص ولی در غبطه مولی‌علیه زمانی اعتبار دارد که صلاحیت فهم موضوع را داشته باشد؛ وگرنه تشخیص اشخاص حقیقی یا حقوقی که بتوانند در کنار ولی یا جدای از او برای مولی‌علیه تصمیم‌گیری کنند، معتبر خواهد بود.

۳-۴- گستره زمانی غبطه

هرچند عمل ولی وابسته به وجود غبطه برای مولی‌علیه است؛ اما در این که چه زمانی باید این غبطه وجود داشته باشد، سه احتمال تصور دارد: (۱) زمان تصرف (انجام عمل)، (۲) تا زمان بلوغ مولی‌علیه، (۳) تا پس از بلوغ مولی‌علیه. برای مثال اگر ازدواج کودکان را به فرض وجود مصلحت، جایز بدانیم، آیا وجود مصلحت در زمان انعقاد عقد نکاح لازم است یا وجود مصلحت از زمان انعقاد عقد نکاح تا زمان بلوغ کودک یا با ملاحظه وجود مصلحت برای کودک حتی پس از بلوغ باید چنین عملی را انجام داد؟ به نظر می‌رسد به قرینه مناسبت حکم و موضوع باید مصلحت مولی‌علیه تا پس از بلوغ مورد توجه قرار گیرد. این تناسب، امری عقلایی است که با حکمت جعل ولایت از سوی شارع سازگار است. اما باید توجه داشت که پیدا کردن سازوکاری برای چنین جامع‌نگری در تشخیص مصلحت مولی‌علیه در درازمدت امری بسیار دشوار، بلکه نشدنی است.

^{۵۷۳} جواد آملی، عبدالله؛ مصطفی پور، محمد رضا. ۱۳۷۹. ولایت در قرآن. قم: اسراء. ۴۶۶

^{۵۷۴} کلینی، الکافی: ۱۱۲/۵.

^{۵۷۵} علیدوست، فقه و مصلحت: ۵۴۲

^{۵۷۶} علیدوست، فقه و مصلحت: ۵۵۰

^{۵۷۷} یزدی، العروة الوثقی، ۵۸۸/۱ و ۵۹۱

^{۵۷۸} تبریزی، جواد. (۱۳۷۸)، استفتائات جدید، قم: انتشارات سرور. ۳۱۹

^{۵۷۹} معرفت، محمد هادی (۱۳۷۳)، فصلنامه نقد و نظر، ش ۱، زمستان. ۱۰۶

^{۵۸۰} خوئی، محاضرات فی اصول فقه، ۳، ۱۸۳

^{۵۸۱} معرفت، اقتراح. ۱۰۶

^{۵۸۲} علیدوست، فقه و عرف: ۳۹۰

۵-۳- اشتراط غبطه در امور مولى عليه

۵-۳-۱- اشتراط غبطه در امور مالى مولى عليه

بررسی متون فقهی نشان می‌دهد که سه دیدگاه میان فقها در اداره امور مالی مولى عليه وجود دارد: اول، جواز هرگونه تصرف: برخی از فقها با استناد به مفاد آیه «لِلّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنْثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ»^{۵۸۳} «مالکیت و فرمانروایی آسمان ها و زمین فقط در سیطره خداست، هر چه را بخواهد می‌آفریند، به هر کس بخواهد دختر عطا می‌کند و به هر کس بخواهد پسر می‌بخشد» که فرزند را هدیه خداوند به والدینش معرفی کرده و روایات ناظر به آن،^{۵۸۴} همچنین اطلاق روایات ولایت پدر و جد پدری،^{۵۸۵} مانند: روایتی که از محمد بن مسلم نقل شده است^{۵۸۶}

این احتمال را مطرح کرده‌اند که ولی در تصرف در اموال مولى عليه خود، هیچ محدودیتی نداشته، عدم وجود مفسده یا وجود غبطه، شرط آن نیست. در نتیجه، تصرف در اموال مولى عليه در صورت وجود مفسده برای او نیز نافذ و صحیح است.^{۵۸۷}

این احتمال درست به نظر نمی‌رسد، زیرا اصل بر استقلال افراد در امور مالی خود و عدم ولایت دیگران بر آنهاست و نسبت به موارد خلاف این اصل باید به قدر متیقن بسنده کرد و وجود قدر متیقن مانع از حصول اطلاق است؛ (مظفر، ۱۳۷۳: ۱۷۰/۱) همچنین شارح در این روایات ناظر به اصل وجود ولایت است و نه چگونگی آن،^{۵۸۸} در نتیجه، استناد به اطلاق این روایات درست نبوده، باید به اصل عملی احتیاط رجوع کرد. (مظفر، ۱۳۷۳: ۱۹۸/۱) افزون بر این، این اطلاق با دلایل ناظر به حکمت جعل ولایت و آیه «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ» (قرآن کریم، انعام: ۱۵۲) و برخی روایات مانند صحیحہ ابی صباح کنانی «عن أبی عبد الله عليه السلام فی الرجل یكون لبعض ولده جاریة و ولده صغار هل یصلح أن یطأها؟ فقال: «یقومها قیمة عدل ثم یأخذها و یكون لولده علیه ثمنها»^{۵۸۹} به رعایت غبطه یادست کم مراعات عدم وجود مفسده برای مولى عليه، تقیید شده است. (انصاری، موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها: ۲۰۵/۲)

دوم، تصرف مشروط به عدم وجود مفسده: مشهور فقهای امامیه بر این باورند که تصرفات ولی در امور مالی مولى عليه مشروط به نبود مفسده است؛^{۵۹۰} خویی، ۱۳۸۷: ۲۰/۵؛ خمینی، ۱۴۱۵ق: ۴۵۶/۲

زیرا به صراحت فهم عقلی، تصرفات همراه با مفسده ولی در امور مولى عليه، مقصود شارع در اعطای ولایت به او نبوده است. (خمینی، ۱۴۱۵ق: ۴۵۴/۲) افزون بر این، در چند روایات، همچون صحیحہ ابو حمزه ثمالی (مَا أَحَبُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ ابْنِهِ إِلَّا مَا احتَاجَ إِلَيْهِ مِمَّا لَا يَدُّ مِنْهُ إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ)^{۵۹۱} تصرفات ولی مشروط به به عدم وجود مفسده شده است. (انصاری، موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها: ۵۶۴/۱) با این وجود، چنین دیدگاهی پذیرفتنی نیست، زیرا عدم وجود مفسده تنها نسبت به امور ناظر به شئون ولی همچون پرداخت هزینه معیشت، تحصیل و ... مولى عليه

^{۵۸۳} شوری، ۴۹

^{۵۸۴} ابن بابویه، عیون اخبار الرضا: ۹۶/۲

^{۵۸۵} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة: ۱۹۴/۱۲

^{۵۸۶} کلینی، الکافی: ۱۳۵/۵

^{۵۸۷} شهیدی تبریزی. بی‌تا، هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب، قم: دار الکتب: ۳۲۵/۲

^{۵۸۸} اراکی، کتاب البیع: ۱۱/۲

^{۵۸۹} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، ۲۰۹/۲

^{۵۹۰} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیثة)، ۳۳۲/۲۲: ۲۹۷/۲۸

^{۵۹۱} کلینی، الکافی: ۱۳۵/۵

کافی است؛ اما در تصرفات ولی نسبت به اموال مولی علیه در غیر از شئون ولایتش، رعایت مصلحت الزامی است. (خویی، ۱۳۸۷: ۱۸/۵-۱۹)

سوم، تصرف مشروط به رعایت غبطه: برخی از بزرگان فقهای امامیه همچون شیخ طوسی، ابن ادریس حلی، محقق حلی، شهید اول و شهید دوم، علامه حلی، محقق نجفی و شیخ انصاری بر این باورند که تصرفات ولی در اداره امور مالی مولی علیه مشروط به وجود غبطه است؛^{۵۹۲} شهید اول، الدروس الشرعیه: ۳۱۸/۳؛ انصاری، کتاب البیع: ۵۳۹/۳ زیرا افزون بر ادعای اتفاق نظر فقهای امامیه (اجماع)،^{۵۹۳} دلیل تشریع ولایت برای ولی نسبت به مولی علیه، اداره، حفظ، رشد و نمو اموال مولی علیه است که خود ناتوان از انجام آن است و تصرفات خالی از مصلحت این حکمت را محقق نمی‌کند. قدر متیقن از جواز مخالفت با اصل عدم ولایت هم موردی است که تصرفات ولی دارای غبطه باشد.^{۵۹۴} آیه «وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ»^{۵۹۵} «و به مال یتیم، جز به بهترین صورت (و برای اصلاح)، نزدیک نشوید، تا به حد رشد خود برسد!» با استفاده از واژه «احسن» که دلالت بر «تفضیل» و «حسن ظاهری» دارد، اثبات کننده لزوم رعایت اصلح و بسنده نبودن به عدم مفسده است.^{۵۹۶} ادعای اختصاص این آیه به جد پدری^{۵۹۷}، درست نیست؛ زیرا عنوان یتیم بر کسی که مادر خود را از دست داده، صادق است.^{۵۹۸} در نتیجه، رعایت غبطه نسبت به اموال همه افرادی که در ولایت دیگران قرار دارند، واجب است.^{۵۹۹}

۲-۵-۳- اشتراط غبطه در امور غیرمالی مولی علیه

از مهم‌ترین امور غیرمالی که به اتفاق فقها، پدر و جد پدری نسبت به مولی علیه خود ولایت دارند، نکاح است؛^{۶۰۰} با این تفاوت که برخی عدم وجود مفسده را شرط اعمال این ولایت می‌دانند^{۶۰۱} و برخی نیز وجود غبطه را در تزویج مولی علیه لازم می‌دانند.^{۶۰۲}

اعتبار عدم وجود مفسده در نکاح مولی علیه، مستند به این دلایل است: (۱) اولویت امور مهمی همچون نکاح نسبت به امور مالی در لزوم نداشتن مفسده^{۶۰۳} که برخی از روایات.^{۶۰۴} از جمله روایت صحیحہ ابوحمزہ ثمالی (مَا أَحَبُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ ابْنِهِ إِلَّا مَا احتَاجَ إِلَيْهِ مِمَّا لَا يَدَّ مِنْهُ إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ)^{۶۰۵} و صحیحہ فضل بن عبدالملک (و کان الجَد مرضياً) بر آن دلالت دارد.^{۶۰۶}

^{۵۹۲} طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیه: ۲۰۰/۲؛ ابن ادریس، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی: ۴۴۱/۱؛ علامه حلی، قواعد الاحکام: ۱۳۵/۲؛ محقق

حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام: ۷۸/۲ و ۷۹/۱

^{۵۹۳} علامه حلی، تذکره الفقهاء: ۸۰/۲؛ عاملی، مفتاح الکرامه: ۷۱۷/۴

^{۵۹۴} شهیدی تبریزی، هدایه الطالب إلى أسرار المكاسب: ۳۲۵

^{۵۹۵} انعام، ۱۵۲

^{۵۹۶} طبرسی، ابو علی الفضل بن الحسن، (۱۴۱۴ق) تفسیر مجمع البیان، بیروت، دارالفکر. ۱۸۳/۴

^{۵۹۷} شبیری زنجانی، کتاب النکاح، ۴۱۸۲/۱۲

^{۵۹۸} ابن عربی، محمد بن عبدالله، و بجاوی، علی محمد (۱۴۰۸ق). احکام القرآن، بیروت: دار الجیل. ۲۱۵/۱

^{۵۹۹} طبرسی، تفسیر مجمع البیان: ۱۸۳/۴

^{۶۰۰} محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام: ۲۷۲/۲

^{۶۰۱} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیثه)، ۳۳۲/۲۲؛ ۲۹۷/۲۸؛ انصاری، کتاب النکاح: ۱۶۸؛ حکیم، مستمسک العروة الوثقی: ۴۵۳/۱۴ و ۴۵۵

^{۶۰۲} مکارم شیرازی، کتاب النکاح: ۳۵/۲

^{۶۰۳} انصاری، موسوعه أحكام الأطفال و أدلتها: ۵۶۳/۱

^{۶۰۴} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه: ۲۶۳/۱۷-۲۶۴؛ همان، ۲۸۹/۲۰؛ همان، ۱۹۵/۱۲؛ همان، ۲۱۸/۱۴؛ کلینی،

الکافی: ۳۹۶/۵.

^{۶۰۵} کلینی، الکافی: ۱۳۵/۵.

^{۶۰۶} ر.ک: بلال شاکری، بازخوانی اصل احتیاط در فروع، جستارهای فقهی و اصولی: ۳۱-۴۸

همچنان که مرضی بودن عمل جد در روایت فضل به معنای نداشتن مفسده است.^{۶۰۷} (۲) اتفاق نظر فقها در لزوم عدم وجود مفسده در نکاح صغار؛^{۶۰۸} هرچند برخی از فقههای معاصر منکر تحقق آن هستند.^{۳۶۰۹} قاعده لاضرر، زیرا ایجاد عقد مفسده آمیز و لزوم تحمل وضیت نکاح توسط کودک تا رسیدن به بلوغ، باعث ضرر او می شود.^{۶۱۰} (۴) مناسبت حکم و موضوع، چرا که جعل ولایت برای ولی به منظور حفظ مصالح مولی علیه است و نه ایجاد مفسده در زندگی او.^{۶۱۱} (۵) اجرای اصل عدم ولایت در صورت وجود مفسده یا ضرر در اقدام ولی.^{۶۱۲}

اعتبار وجود مصلحت در نکاح مولی علیه نیز مستند به این دلایل است: (۱) اولویت نکاح نسبت به امور مالی^{۶۱۳}. (۲) مفاد آیه «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ»^{۶۱۴} در ضرورت مراعات اصلح و نه استحباب آن، زیرا سیاق آیات پیش از آن، شمارش محرماتی از جمله قتل و رابطه نامشروع بوده، بعید است در خلال آن ها از یک امر مستحبی سخن گفته شده باشد.^{۶۱۵} (۳) استظهار مصلحت از واژه «مرضی» در روایت فضل بن عبدالملک (و کان الجد مرضياً).^{۶۱۶} (۴) استظهار تعلیل یا حکمت از جمله «و کان الجد مرضياً» در روایت فضل بن عبدالملک.^{۶۱۷} (۵) استصحاب عدم تحقق نکاح در صورت عدم رعایت مصلحت مولی علیه.^{۶۱۸} (۶) انصراف عمومات ولایت اب و جد از موردی که مصلحت مولی علیه در نظر گرفته نشده باشد.^{۶۱۹}

۶-۳- راهکارهای تشخیص غبطه

از مهم ترین چالش ها در مسئله ولایت، روش تشخیص غبطه مولی علیه است. هرچند در متون فقهی و حقوقی برای این امر سازوکار مشخصی بیان نشده است؛ اما به نظر می رسد یکی از راهکارهای تشخیص غبطه مولی علیه، حفظ حقوق اوست که بر اساس شرایط محیطی، فرهنگی، سیاسی و اجتماعی تعیین می شوند.

الف) حق نسب و هویت: نسب به معنای منتهی شدن ولادت کودک به پدر از جمله حقوق اساسی کودک است که حقوق دیگری از جمله حق حضانت را به دنبال دارد.^{۶۲۰} در نتیجه، هر اقدامی از سوی ولی که باعث ضعیف شدن پیوند خویشاوندی کودک با اعضای خانواده خود شود، خلاف غبطه کودک به حساب می آید؛ مگر مصلحت جبران کننده یا مهم تری نسبت به آن وجود داشته باشد.

ب) حق تعلیم و تربیت: از اساسی ترین حقوق کودک، بهره مندی از آموزش است^{۶۲۱} که در اصل ۴ قانون اساسی و ماده ۴ قانون تأمین وسایل و امکانات تحصیل اطفال و جوانان ایرانی، مصوب بر آن تأکید شده است. سلب چنین حقی از

^{۶۰۷} ۳۹۵۰/۱۱

^{۶۰۸} حکیم، مستمسک العروة الوثقی: ۴۵۳/۱۴ و ۴۵۵

^{۶۰۹} شبیری زنجانی، کتاب النکاح: ۴۱۷۸/۱۲

^{۶۱۰} شبیری زنجانی، کتاب النکاح: ۴۱۷۹/۱۲

^{۶۱۱} موسوی سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، مذهب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام، قم: سید عبد الاعلی السبزواری. ۲۶۸/۲۴

^{۶۱۲} انصاری، موسوعه الأحکام الأطفال و أدلتها: ۵۶۵/۱

^{۶۱۳} بحر العلوم، بلغة الفقیه: ۲۷۱/۳؛ حکیم، مستمسک العروة الوثقی: ۴۵۶/۱۴

^{۶۱۴} انعام: ۱۵۲

^{۶۱۵} مکارم شیرازی، کتاب النکاح: ۳۵/۲

^{۶۱۶} مکارم شیرازی، کتاب النکاح: ۳۵/۲

^{۶۱۷} مکارم شیرازی، کتاب النکاح: ۳۴/۲

^{۶۱۸} فاضل موحدی لنکرانی، تفصیل الشریعة (النکاح): ۱۰۶

^{۶۱۹} مکارم شیرازی، کتاب النکاح: ۳۴-۳۳/۲

^{۶۲۰} رک: پیوندی، حقوق کودک: ۳۳۴-۳۲۸

^{۶۲۱} آل عمران، ۶۲

کودک، امری بر خلاف غبطه او به حساب می آید. برای مثال، ازدواج کودک توسط ولی، باعث از بین رفتن فرصت تحصیلی او می شود.^{۶۲۲}

تربیت نیز به معنای فراهم کردن امکانات رشد و تعالی کودک توسط مربی^{۶۲۳} از جمله حقوق مصرح کودک در قرآن کریم^{۶۲۴} آموزه های دینی^{۶۲۵} قوانین موضوعه^{۶۲۶} و حقوق بین الملل^{۶۲۷} است که بر عهده سرپرست کودک گذاشته شده است. فقهای مسلمان نیز بر وظیف ولی در تربیت دینی کودک تأکید داشته اند^{۶۲۸} از این رو، هر اقدامی از سوی ولی که ناسازگار با تربیت کودک باشد، خلاف غبطه و مصلحت کودک است^{۶۲۹}

ج) حق برخورداری از بهداشت و رفاه: ایجاد شرایط مناسب برای حفظ سلامت و بهداشت جسمی و روانی کودک، یکی از مصالح عالی اوست که در اسناد بین الملل مطرح و برخی از مصادیق آن هم تعیین شده است.^{۶۳۰} اقدامات مغایر با این حق، خلاف غبطه کودک است. برای نمونه، اقدام ولی به تزویج کودک، او را در معرض خطراتی همچون: سقط جنین و آسیب های بارداری^{۶۳۱} خشونت جنسی و بدنی (افتخارزاده، ۱۳۹۴: ۱۳۳ و ۱۳۸ و ۱۴۰ و ۱۴۸)، افزایش احتمال نارضایتی زناشویی و طلاق^{۶۳۲} و آسیب های روحی و روانی قرار داده، خلاف غبطه و مصلحت اوست.

د) حق برخورداری از تکریم شخصیت: از جمله نیازهای روانی کودک، توجه به شخصیت و حیثیت معنوی اوست که بر رشدش تأثیر می گذارد.^{۶۳۴} این حق در آموزه های دینی نیز مورد توجه قرار گرفته و بر لزوم احترام به شخصیت کودک تأکید شده است.^{۶۳۵} برخی از مصادیق آن عبارتند از: خطاب نیکو کردن به کودک^{۶۳۶}، سلام کردن به کودک^{۶۳۷}، داشتن

^{۶۲۲} سیده زهرا افتخارزاده. ۱۳۹۴، تجربه زیسته زنان در ازدواج زود هنگام، پژوهشنامه مددکاری اجتماعی، ۱(۳)، ۱۱۳.

^{۶۲۳} دفتر همکاری حوزه و دانشگاه. (۱۳۷۲)، فلسفه تعلیم و تربیت درآمدی بر تعلیم و تربیت اسلامی، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت). ۳۶۶

^{۶۲۴} لقمان، ۱۳

^{۶۲۵} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۴۸۰/۲۱

^{۶۲۶} مواد ۱۱۰۴ و ۱۱۷۸ حقوق مدنی جمهور اسلامی ایران

^{۶۲۷} ماده ۱۸ کنوانسیون حقوق بین الملل

^{۶۲۸} طباطبائی کربلایی، ریاض المسائل (ط. الحدیث)، ۱۴۴/۱۲

^{۶۲۹} خمینی، تحریر الوسیله، ۱۳/۲

^{۶۳۰} کنوانسیون حقوق کودک، ۱۹۸۹، ماده ۲۴؛ اعلامیه جهانی حقوق بشر، ۱۹۴۸م: ماده ۲۵؛ منشور سازمان بهداشت جهانی، ۲۰۰۲م، ۳۴۷

^{۶۳۱} K. G. Santhya., 2011. Early marriage and sexual and reproductive health vulnerabilities of young women: a synthesis of recent evidence from developing countries. Current opinion in obstetrics and gynecology, 23: 335 ; UNICEF, 2007. Woman and children, the double dividend of gender equality, the state of the world's children, 4/74

^{۶۳۲} ملکپور، مختار (۱۳۷۴)، «بررسی رابطه سن کم مادر و میزان هوش در فرزندان»، تهران: اندیشه و رفتار. ش ۱ و ۷۷. ۲ و ۸۰

^{۶۳۳} صفوی، حنا سادات و ماه گل مینایی، (۱۳۹۴). «تجربه زیسته دختران نوجوان در نقش همسر (مطالعه ازدواج زود هنگام دختران آران بیدگل)»، فصلنامه پژوهش نامه زنان، ۶(۲)، ۹۹

^{۶۳۴} پیوندی، حقوق کودک: ۳۶۵

^{۶۳۵} ابن بابویه، امالی صدوق: ۳۷۴

^{۶۳۶} مجلسی، بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة: ۱۶۸/۷۳

^{۶۳۷} ابن بابویه، امالی صدوق: ۷۲

انتظارات بجا از کودک^{۶۳۸} وفای به عهد نسبت به کودک،^{۶۳۹} عیب جویی نکردن از کودک^{۶۴۰} اقدامات نافعی این حق از سوی ولی، خلاف غبطه و مصلحت کودک است. بدین ترتیب، بهترین راه برای تشخیص غبطه و مصلحت کودک، شناخت حقوق مولی علیه است. حقوقی که برای آگاهی از آنها می‌توان به آموزه‌های دینی، قوانین موضوعه و اسناد بین‌المللی رجوع کرد.

^{۶۳۸} کلینی، الکافی، ۵۰/۶.

^{۶۳۹} کلینی، الکافی: ۵۰/۶.

^{۶۴۰} متقی، علی بن حسام‌الدین (۱۴۰۹ق)، کنز العمال فی سنن الأقوال و الأفعال، بیروت: مؤسسه الرسالة. ۵۸۴ / ۱۶.

فصل چهارم: مشروعیت کودک

همسری

۱- مبانی فقهی

پس از تحلیل ارکان عقد نکاح و تحلیل مبانی آن مبانی مشروعیت کودک همسری مورد بررسی قرار میگیرد.

۱-۱- فقه امامیه

جواز نکاح کودکان توسط پدر و جد پدری از احکام قطعی تلقی شده است و مرحوم حکیم، خویی و صاحب جواهر نسبت به آن ادعای اجماع داشته اند.^{۶۴۱}

و به دلیل قطعی بودن آن به شرح تفصیلی ادله آن پرداخته نشده است.

قطعا نکاح کودکان خلاف اصل است زیرا اصل در نکاح این است که متعاقدين بالغ و عاقل باشند.^{۶۴۲} و نکاح یک حکم شرعی است و نیاز به دلیل شرعی دارد و برای جواز نکاح صغار باید دلیل شرعی اقامه شود.

۱-۱-۲- جواز نکاح صغار

الف) سنت:

روایات متعدد در این باب نقل شده است که می توان چندی از اهم آن ها را مورد تحلیل قرار داد.

- صحیح محمد بن اسماعیل: مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ زَيْعٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الصَّبِيِّ يُزَوِّجُهَا أَبُوْهَا ثُمَّ يَمُوتُ وَ هِيَ صَغِيرَةٌ فَتَكْبُرُ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا زَوْجُهَا أَوْ يَجُوزَ عَلَيْهَا التَّزْوِيجُ أَوْ الْأَمْرُ إِلَيْهَا قَالَ: يَجُوزُ عَلَيْهَا تَزْوِيجُ أَبِيْهَا»^{۶۴۳}

«محمد بن اسماعیل بن بزيع گوید: به امام کاظم علیه السلام گفتم: دختر نابالغی به وسیله پدرش شوهر داده می شود، و بعد، پدر می میرد در حالی که دختر هنوز بالغ نشده است. موقعی که این دختر بالغ می شود و هنوز به خانه زفاف نرفته باشد، آیا تزویج پدر قاطعیت دارد، یا این که اختیار رد و قبول ازدواج، با خود دختر است؟ فرمود: تزویج پدر قاطعیت دارد و باید تسلیم شود.»^{۶۴۴}

از این روایت که از نظر سندی صحیح است و هم صدوق و هم در عیون از محمد بن اسماعیل نقل شده است امام نکاح صبیّه را پذیرفته است و صبیّه حق سرپیچی از این نکاح را ندارد حتی اگر بالغ شود.

- صحیح علی بن یقطین: «عَنْهُ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ يَقُطِينٍ عَنْ أَخِيهِ الْحُسَيْنِ عَنْ عَلِيٍّ بْنِ يَقُطِينٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَوْ تَزَوَّجَ الْجَارِيَةَ وَ هِيَ بِنْتُ ثَلَاثِ سِنِينَ أَوْ يُزَوِّجُ الْغُلَامَ وَ هُوَ ابْنُ ثَلَاثِ سِنِينَ وَ مَا أَدْنَىٰ حَدِّ ذَلِكِ الَّذِي يُزَوِّجَانِ فِيهِ فَإِذَا بَلَغَتِ الْجَارِيَةُ فَلَمْ تَرْضَ فَمَا حَالُهَا قَالَ: «لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا رَضِيَ أَبُوْهَا أَوْ وَلِيُّهَا»»^{۶۴۵}

^{۶۴۱} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحديثه)، ۱۷۰/۲۹؛ حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ۴۳۵/۱۴

^{۶۴۲} انصاری، کتاب النکاح، ۸۸

^{۶۴۳} کلینی، الکافی، ۳۹۴/۵

^{۶۴۴} غفاری، ترجمه فروع کافی، ۲۵۹/۶

^{۶۴۵} طوسی، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، ۲۳۶/۳

روای از امام می‌پرسد که اگر او با دختر سه ساله ای ازدواج کند و یا به پسر سه ساله ای زن بدهد؟ چه سنی لازم است برای صحت ازدواج آنها؟ امام علیه السلام در پاسخ می‌فرماید اگر ولی او رضایت داشته باشد کافی است.

این روایت نیز به صراحت، صحت نکاح صبی و صبیبه را می‌پذیرد. و در این روایت تفاوتی بین پسر و دختر بیان نمی‌شود.

• صحیح ابن صلت: وَ عَنْهُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الصَّلْتِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الْجَارِيَةِ الصَّغِيرَةِ يَزُوجُهَا أَبُوهَا أَمْ لَهَا أَمْرٌ إِذَا بَلَغَتْ قَالَ «لَا» وَ سَأَلْتُهُ عَنِ الْبِكْرِ إِذَا بَلَغَتْ مَبْلَغَ النِّسَاءِ أَمْ لَهَا مَعَ أَبِيهَا أَمْرٌ فَقَالَ «لَيْسَ لَهَا مَعَ أَبِيهَا أَمْرٌ مَا لَمْ تُتَيَّبْ»^{۶۴۶} «از ابو الحسن الرضا (ع) پرسیدم: اگر دختر نابالغ به وسیله پدر تزویج شود، بعد از بلوغ شرعی حق دارد ازدواج را لغو کند؟ ابو الحسن گفت: نه. پرسیدم: اگر دختر باکره به حد بلوغ برسد، در برابر تصمیمات پدر حق امر و نهی دارد؟ ابو الحسن گفت: دختر باکره در مقابل پدر اختیاری ندارد، مگر آنکه شوهر کند و بعد از طلاق، که بیوه شد، هیچ کس در برابر تصمیمات او ولایت ندارد.»

• صحیح ابن عبیده: «عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رِثَابٍ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ غُلَامٍ وَ جَارِيَةٍ زَوَّجَهُمَا وَلَيَّانِ لَهُمَا وَ هُمَا غَيْرُ مُدْرِكَيْنِ قَالَ فَقَالَ النِّكَاحُ جَائِزٌ وَ أَيُّهُمَا أَدْرَكَ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُدْرِكَ فَلَا مِيرَاثَ بَيْنَهُمَا وَ لَا مَهْرٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَا قَدْ أَدْرَكَا وَ رَضِيََا قُلْتُ فَإِنْ أَدْرَكَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ قَالَ يَجُوزُ ذَلِكَ عَلَيْهِ إِنْ هُوَ رَضِيَ قُلْتُ فَإِنْ كَانَ الرَّجُلُ الَّذِي أَدْرَكَ قَبْلَ الْجَارِيَةِ وَ رَضِيََا بِالنِّكَاحِ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ أَنْ تُدْرِكَ الْجَارِيَةُ أَوْ تَرْتَهُ قَالَ نَعَمْ يُعْزَلُ مِيرَاثُهَا مِنْهُ حَتَّى تُدْرِكَ وَ تَحْلِفَ بِاللَّهِ مَا ادَّعَاها إِلَى اخْذِ الْمِيرَاثِ إِلَّا رِضَاهَا بِالتَّزْوِيجِ ثُمَّ يَدْفَعُ إِلَيْهَا الْمِيرَاثَ وَ نِصْفُ الْمَهْرِ قُلْتُ فَإِنْ مَاتَتِ الْجَارِيَةُ وَ لَمْ تَكُنْ أَدْرَكَتْ أَمْ يَرْتَهُمَا الزَّوْجُ الْمُدْرِكُ قَالَ لَا لِأَنَّ لَهَا الْخِيَارَ إِذَا أَدْرَكَتْ قُلْتُ فَإِنْ كَانَ أَبُوهَا هُوَ الَّذِي زَوَّجَهَا قَبْلَ أَنْ تُدْرِكَ قَالَ يَجُوزُ عَلَيْهَا تَزْوِيجُ الْأَبِ وَ يَجُوزُ عَلَى الْغُلَامِ وَ الْمَهْرُ عَلَى الْأَبِ لِلْجَارِيَةِ.»^{۶۴۷}

«ابو عبیده گوید: از امام باقر علیه السلام پرسیدم: اگر پسری و دختری نابالغ به وسیله بزرگان خانواده با هم ازدواج کنند، (ازدواج آنان چه صورت دارد؟)

فرمود: ازدواج آنان جایز است؛ ولی هنگامی که بالغ شوند، در رد و قبول ازدواج صاحب اختیارند. اگر پسر و دختر پیش از بلوغ بمیرند، ازدواج آنان لغو می‌شود؛ نه میراثی در میان است و نه مهریه، مگر این که هر دو بالغ شوند و رضایت بدهند، مهریه لازم می‌شود.

عرض کردم: اگر یکی پیش از دیگری بالغ شود، چه صورت دارد؟
فرمود: اگر پسر رضایت بدهد مهریه از نظر او قطعی می‌شود.

عرض کردم: اگر پسر بالغ شود و ازدواج با دختر را بپذیرد؛ ولی پیش از بلوغ دختر بمیرد، آیا باید به دختر ارث بدهند؟

فرمود: آری، حق مهریه و حق میراث او را جدا می‌کنند و به امانت نگه می‌دارند تا بعد از بلوغ سوگند بخورد که از جان و دل به ازدواج با آن پسر رضایت داشت، بعد از این میراث و نصف مهریه او را می‌پردازند.
عرض کردم: اگر دختر پیش از بلوغ بمیرد، آیا پسر بالغ که ازدواج را امضا کرده ارث می‌برد؟

^{۶۴۶} طوسی، تهذیب الأحکام، ۳۸۱/۷

^{۶۴۷} کلینی، الکافی، ۱۳۱/۷

فرمود: نه، برای این که ازدواج آن دو وابسته به رضایت دختر است.

عرض کردم: اگر ازدواج این پسر و دختر به وسیله پدرانشان انجام گرفته باشد، (چه حکمی دارد؟) فرمود: تزویج پدر نسبت به فرزند نابالغ خود جایز است و مهریه ازدواج بر عهده پدر داماد است که باید به پدر دختر بپردازد.»

از ظاهر این روایت نیز برداشت می شود که این نکاح صحیح است البته شاید نافذ یا فعلی نباشد ولی لفظ یجوز ظهور در صحت این چنین عثدی دارد.^{۶۴۸}

- معتبره عبید بن زراره: «عَنْ عُبَيْدِ بْنِ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الصَّبِيِّ يَزُوجُ الصَّبِيَّةَ هَلْ يَتَوَارَثَانِ قَالَ إِذَا كَانَ أَبُوَاهُمَا [هُمَا] اللَّذَانِ زَوْجَاهُمَا فَنَعَمْ قُلْتُ أَوْ يَجُوزُ طَلَاقُ الْآبِ قَالَ لَا.»^{۶۴۹} «عبید بن زراره گوید: از امام صادق علیه السلام پرسیدم: اگر پسری نابالغ را با دختری نابالغ تزویج کنند، از یک دیگر ارث می برند؟ فرمود: اگر به وسیله پدرانشان تزویج شده باشند، بلی ارث می برند. عرض کردم: آیا طلاق پدر لازم الاجراست؟ فرمود: نه.»^{۶۵۰}

این صحیحه هم به صراحت نکاح صغیر و صغیره را می پذیرد زیرا توارث که اثر نکاح است را در بین آن دو جاری می داند.

- صحیحه فضل بن عبدالمک: «عَنْ الْفَضْلِ بْنِ عَبْدِ الْمَلِكِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الرَّجُلِ يَزُوجُ ابْنَهُ وَهُوَ صَغِيرٌ قَالَ لَا بَأْسَ قُلْتُ يَجُوزُ طَلَاقُ الْآبِ قَالَ لَا ...»^{۶۵۱}

«فضل بن عبد الملک گوید: از امام صادق علیه السلام پرسیدم: مردی پسرش را در حالی که بچه صغیر است عقد می کند. فرمود: مانعی نیست. گفتیم: آیا جایز است پدر به جای فرزند طلاق بدهد؟ فرمود: نه»

- معتبره یزید کناسی: «عَنْ أَبِي أَيُّوبَ الْخَزَّازِ عَنْ يَزِيدَ الْكِنَاسِيِّ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ مَتَى يَجُوزُ لِلْآبِ أَنْ يَزُوجَ ابْنَتَهُ وَ لَا يَسْتَأْمِرَهَا قَالَ إِذَا جَارَتْ تِسْعَ سِنِينَ قُلْتُ فَإِنْ زَوَّجَهَا أَبُوَهَا وَ لَمْ تَبْلُغْ تِسْعَ سِنِينَ فَبَلَّغَهَا ذَلِكَ فَسَكَنَتْ وَ لَمْ تَأْبَ ذَلِكَ أَوْ يَجُوزُ عَلَيْهَا قَالَ لَا لَيْسَ يَجُوزُ عَلَيْهَا رِضًا فِي نَفْسِهَا وَ لَا يَجُوزُ لَهَا تَأَبُّ وَ لَا سَخَطٌ فِي نَفْسِهَا حَتَّى تَسْتَكْمَلَ تِسْعَ سِنِينَ فَإِذَا بَلَغَتْ تِسْعَ سِنِينَ جَازَ لَهَا الْقَوْلُ فِي نَفْسِهَا بِالرِّضَا وَ التَّأَبُّ وَ جَازَ عَلَيْهَا بَعْدَ ذَلِكَ وَ إِنْ لَمْ تَكُنْ أَدْرَكَتْ مُدْرَكَ النِّسَاءِ قُلْتُ أَوْ يَفْقَاهُ عَلَيْهَا الْحَدُّ وَ تَوْخِذُ بِهَا وَ هِيَ فِي تِلْكَ الْحَالِ وَ إِنَّمَا لَهَا تِسْعُ سِنِينَ وَ لَمْ تُدْرِكْ مُدْرَكَ النِّسَاءِ فِي الْحَيْضِ قَالَ نَعَمْ إِذَا دَخَلَتْ عَلَى زَوْجِهَا وَ لَهَا تِسْعُ سِنِينَ ذَهَبَ عَنْهَا الْيَتَمُ وَ دُفِعَ إِلَيْهَا مَالُهَا وَ أُقِيمَتِ الْحُدُودُ التَّامَّةُ عَلَيْهَا وَ لَهَا قُلْتُ فَالْغُلَامُ يَجْرِي مَجْرَى الْجَارِيَةِ فِي ذَلِكَ.»^{۶۵۲}

در کتاب ملاذ الاختیار بیان شده است که ظاهرا این روایت صحیح است و یزید در سلسله روایات همان ابوالخالد القمط است که امامی ثقة است.^{۶۵۳}

- صحیحه حلبی: «و رَوَى الْحَسَنُ بْنُ مَحْبُوبٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ رِبَاطٍ عَنْ ابْنِ مُسْكَانَ عَنِ الْحَلْبِيِّ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ الْغُلَامُ لَهُ عَشْرُ سِنِينَ فَيَزُوجُهُ أَبُوهُ فِي صِغَرِهِ أَوْ يَجُوزُ طَلَاقُهُ وَ هُوَ ابْنُ عَشْرِ سِنِينَ قَالَ

^{۶۴۸} غفاری، ترجمه فروع کافی، ۳۲۱/۹

^{۶۴۹} کلینی، الکافی، ۱۳۲/۷

^{۶۵۰} غفاری، ترجمه فروع کافی، ۳۳۲/۹

^{۶۵۱} کلینی، الکافی، ۴۰۰/۵

^{۶۵۲} طوسی، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، ۳۳۷/۳

^{۶۵۳} مجلسی، ملاذ الاختیار فی فهم تهذیب الأخبار، ۲۸۶/۱۲

فَقَالَ «أَمَّا التَّزْوِيجُ فَصَحِيحٌ وَأَمَّا طَلَاؤُهُ فَيَنْبَغِي أَنْ تُجَسَّسَ عَلَيْهِ إِمْرَأَتُهُ حَتَّى يُدْرِكَ فَيَعْلَمَ أَنَّهُ كَانَ قَدْ طَلَّقَ فَإِنْ أَقَرَّ بِذَلِكَ وَامْضَاهُ فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَاطِنَةً وَهُوَ خَاطِبٌ مِنَ الْخُطَّابِ وَإِنْ أَنْكَرَ ذَلِكَ وَابَى أَنْ يَمْضِيَهُ فَهِيَ إِمْرَأَتُهُ» قُلْتُ فَإِنْ مَاتَتْ أَوْ مَاتَ فَقَالَ «يُوقَفُ الْمِيرَاثُ حَتَّى يُدْرِكَ أَيُّهُمَا بَقِيَ ثُمَّ يَحْلَفُ بِاللَّهِ مَا دَعَاهُ إِلَى اخْتِزِ الْمِيرَاثِ إِلَّا الرِّضَا بِالنِّكَاحِ وَيُدْفَعُ إِلَيْهِ الْمِيرَاثُ».^{۶۵۴} «و حسن بن محبوب، از علی بن حسن بن رباط از ابن مسکان، از حلبی روایت کرده است که گفت: به امام صادق علیه السلام معروض داشتیم: پسری ده سال از عمر او میگذرد، و پدرش او را در کودکی به ازدواج وامیدارد، آیا آن پسر در ده سالگی میتواند همسر برگزیده پدرش را طلاق گوید؟ امام علیه السلام فرمود: اما تزویج پس امری صحیح است، و اما در خصوص طلاق پس زنش را برای او نگاه دارند، تا زمانی که بالغ شود، و معلومش دارند او را طلاق گفته است، پس در آن وقت اگر به این امر اقرار نمود، و آن را امضاء کرد طلاق بائن است، و آن پسر اگر وی را بخواهد باید دوباره خواستگاری و عقد کند، و اگر منکر شد و از امضاء آن امتناع کرد آن زن همسر او است. گفتیم: پس اگر یکی از آن دو بمیرد؟ فرمود: میراث او توقیف می شود، تا زمانی که فرد باقیمانده بالغ گردد، پس او را بخدا قسم میدهند که جز رضایتش به این نکاح چیزی او را بگرفتن میراث و انداخته است. و آنگاه میراث به او تحویل میگردد.» این روایت نیز دو دلالت بر صحت دارد: اول نص کلام امام که به صحیح بودن تصریح می کند، دوم پذیرفتن توارث بین آن دو است که دال بر صحت عقد و حتی نفوذ عقد است.

و روایات متعدد دیگری که در فصل قبل در بخش ولایت بیان شد و مورد بررسی قرار گرفت.

(ب) سیره متشرعه: دلیل دیگری که قائلین بر صحت عقد نکاح کودکان به آن اشاره می کنند سیره متشرعه ای است که در بین مسلمانان در زمان های مختلف بوده است و در زمان شارع نیز این سیره محقق بوده است و براساس روایات متعدد که بیان شد نه تنها ردعی در مورد آن صورت نگرفته است بلکه مورد تایید شارع نیز بوده است.

(ج) اجماع:

در رابطه با ولایت پدر نسبت به تزویج مولی علیه صغیر بین فقها اجماع و جود دارد و مرحوم حکیم، خویی و صاحب جواهر نسبت به آن ادعای اجماع داشته اند.^{۶۵۵} البته واضح است که این اجماع حجیت شرعی به عنوان دلیل را ندارد زیرا روایات در این رابطه موجود است و این اجماع مدرکی است البته به عنوان موید می تواند مورد استناد قرارگیرد که البته سیره فقها نیز در برخورد با اجماع همینطور بوده است.

۳-۱-۱- عدم جواز نکاح صغار

نظریه عدم جواز نکاح صغار نیز ادله ای را مورد استناد قرار می دهد که تحلیل و بررسی آن در یافتن پاسخ پرسش های اصلی این پژوهش بسیار راهگشا است.

۳-۱-۱-۱- عدم قابلیت کودک برای استمتاع

یکی از اصلی ترین ادله ای که برای عدم جواز نکاح کودکان بیان شده است هدم قابلیت استمتاع است. فقهای متعددی معتقدند که عقد نکاح و به ویژه نکاح دائم نیاز به قابلیت استمتاع دارد و اگر این قابلیت وجود نداشته باشد عقد باطل است.

^{۶۵۴} ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه، ۳۱۰/۴

^{۶۵۵} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیث)، ۱۷۰/۲۹؛ حکیم، مستمسک، ۴۳۵/۱۴

برای بررسی این شرط در صحت نکاح که آیا این قابلیت فعلی است یا بالقوه نیز کافی است و... جزئیات دیگر باید به کتب فقهی فقها در موضوعات مختلف رجوع کرد جامع‌ترین این مباحث را، در شرط عدم تمکین در نکاح و ازدواج صغیر به غرض محرمیت می‌توان یافت.

۱. شرط عدم تمکین در نکاح

معنای اصطلاحی تمکین: فقهای اسلامی در اصطلاح فقهی، ایجاد امکان استمتاع جنسی زوجه برای زوج برای زوج را تمکین می‌نامند. که در احکام آن بیان می‌کنند که این واگذاری و تن در دادن به استمتاع جنسی نباید مقید به زمان و مکان باشد که اگر این طور باشد تمکین حاصل نشده است.^{۶۵۶} بعضی فقها حتی حکم به لزوم بذل تمتع به صورت لفظی داده اند.^{۶۵۷}

در فرهنگ حقوقی برای تمکین معنای عام و خاصی در نظر گرفته شده است، تمکین خاص به معنای پذیرش استمتاع توسط زوجه است مگر در مواردی که عذر مشروع وجود داشته باشد و تمکین به معنای عام انجام وظایف کلی زوجه در مقابل زوج است.^{۶۵۸}

مقتضی ذات و اطلاق عقد نکاح: مقتضی به هر امری می‌گویند که در صورت فقدان مانع می‌تواند منشأ اثر باشد، به این ترتیب مقتضی ذات عقد اثری است که متعاقبین به قصد غرض عقد را رقم می‌زنند، برای مثال مقتضای عقد بیع را ملکیت می‌دانند. مراغی می‌گوید: «ما تتحقق ماهیة العقود و صحته بها و بانتفائها تفوت الماهیة»^{۶۵۹} لذا سلب آن نیز مساوی با نفی و ابطال عقد است.^{۶۶۰}

اما مقتضای اطلاق عقد آثاری است که اگر عقد بدون شرط صورت پذیرد آنها نیز تحقق می‌یابند.^{۶۶۱} و هیچ مانعی ندارد که در عقد برخلاف آنها شرط شود.^{۶۶۲}

در میان فقهای امامیه اختلاف است که تمکین مقتضی ذات عقد نکاح است یا مقتضی اطلاق عقد.

ملاک‌های شناخت مقتضای ذات عقد از مقتضای اطلاق

۱. عرف: بعضی دانشمندان فقه ملاک تشخیص مقتضای عقد را عرف می‌دانند به این معنا که غرض‌های اصلی که در عرف برای عقد می‌شناسند مقتضای ذات آن عقد است. این ملاک انعطاف پذیری زیادی به مقتضای

^{۶۵۶} محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ۲/۲۹۲؛ طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیة، ۶/۱۱؛ شهید ثانی، الروضة البهیة،

۱۴۲/۲

^{۶۵۷} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیثة)، ۳۰۸/۳۱

^{۶۵۸} صفایی و امامی، مختصر حقوق خانواده، ۱۳۱

^{۶۵۹} حسینی، العناوین الفقهیة، ۲/۲۵۰

^{۶۶۰} نائینی، منیة الطالب، ۲، ۱۱۲

^{۶۶۱} قنبر پور، بهنام؛ نقیبی، سید ابوالقاسم، (۱۳۹۱). «شرط عدم تمکین در عقد نکاح در فقه امامیه و اهل سنت». فقه و اصول، نشریه فقه و

مبانی حقوق اسلامی، پاییز، ش ۳: ۲۰۶

^{۶۶۲} بجنوردی، حسن (۱۳۷۷). القواعد الفقهیة. قم: نشر الهادی. ۴۱۸/۲

عقود می‌دهد زیرا عرف زمان‌های مختلف دچار تغییر و تبدل می‌شود و می‌تواند این اقتضائات نیز در نظر آنها تغییر کند.^{۶۶۳}

۲. شرع: گروه دیگری از فقها اعتقاد دارند که تنها راه شناخت مقتضای ذات عقود تفحص در متون شرعی است و شارع می‌تواند این امر را مشخص کند.^{۶۶۴}

۳. موضوع اصلی عقد: بعضی دانشمندان فقه مانند مرحوم نائینی موضوع اصلی عقد را ملاک شناخت مقتضای ذات بیان کرده اند، ایشان قصد صریح مشترک بین طرفین را مقتضای ذات تلقی می‌کند.^{۶۶۵}

۴. عرف و شرع: شیخ انصاری عرف و شرع را به همراه یکدیگر ملاک تشخیص می‌داند.^{۶۶۶} به نظر می‌رسد در کنارهم گذاشتن همه این ملاک‌ها برای تشخیص مقتضای ذات عقود نتیجه‌ای کامل‌تری را حاصل می‌کند، زیرا نگاه به نوع عقود که آیا امضایی هستند یا تشریعی و مبنای فقیه در رابطه با عقود امضایی در اتخاذ این ملاک‌ها تاثیر گذار است. زیرا عرف تنها به جنبه مشترک بین طرفین و ارتكازی جامعه توجه می‌کند و در عقود شرعی جنبه شرعی مغفول می‌ماند و همینطور نظر به شرع نیز در عقود امضایی که شارع حدودش را در اختیار عرف گذاشته است، جنبه طرفینی و عرفی را نادیده قرار می‌دهد.

مقتضای عقد نکاح: فقها در این رابطه دو دسته اند: عده‌ای هدف اصلی نکاح را توالد و تناسل دانسته اند و رابطه جنسی را مقتضای منحصر آن می‌دانند لذا عزل را نیز حرام می‌دانند.^{۶۶۷}

زیرا این امر را مخالف حکمت نکاح تلقی می‌کنند^{۶۶۸} لذا غرض را نکاح می‌دانند و شرط خلاف این غرض را شرط خلاف مقتضای تلقی می‌کنند.

گروه دیگر رابطه جنسی را یکی از غایبات نکاح می‌دانند از اولین کسانی که این نظر را مطرح کرده اند می‌توان به محقق حلی^{۶۶۹} و شهید ثانی^{۶۷۰} در مسالک اشاره داشت و همینطور صاحب جواهر^{۶۷۱} مرحوم امام خمینی نیز این نظر را می‌پذیرد و عرض‌هایی چون محرمیت و وصلت با خانواده شریف را جزء عرض‌هایی عقلایی می‌دانند.^{۶۷۲}

به نظر می‌رسد با اینکه این غرض‌ها قابل فرض است اما غرض اصلی در بین عرف برای نکاح توالد و تناسل و به تبع رابطه جنسی است. و محرمیت و ارث و نسبت اموری تبعی است و اگر خلاف آن اتفاق می‌افتد استثناء است لذا شرط خلاف مقتضای عقد و مفسد و فاسد عقد است.

^{۶۶۳} کاتوزیان، حقوق مدنی، ۱/ ۲۵۳

^{۶۶۴} محقق کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ۱/ ۴-۶

^{۶۶۵} نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳)، منیة الطالب، تهران: المکتبه المحمدیه، ۱۱۲/۲

^{۶۶۶} انصاری، المکاسب، ۳/ ۲۶

^{۶۶۷} طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیه، ۴/ ۳۰۳

^{۶۶۸} شهید ثانی، روضه البهیة، ۲/ ۶۸

^{۶۶۹} محقق حلی، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ۲/ ۲۰۳

^{۶۷۰} شهید ثانی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۴/ ۲۴۷

^{۶۷۱} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیث)، ۳۱/ ۹۸

^{۶۷۲} خمینی، البیع، ۵/ ۱۸۷

با همین مبنا فقها امامیه برای پذیرش شرط عدم تمکین به دو دسته تقسیم می‌شوند، فقهایی که معتقد به جواز هستند ادله ای را بیان می‌کنند، اهم این ادله را می‌توان اینگونه بیان کرد:

الف) اطلاق ادله بلزوم وفای به شرط

بر اساس عموم ادله «اوفو بالعقود» و روایت مشهور امیر المومنین علیه السلام: «مَنْ شَرَطَ لِمَرْأَتِهِ شَرْطًا فَلَيْفَ لَهَا بِهِ فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا»^{۶۷۳} عموم وفای به عهد شامل این شرط نیز می‌شود.

البته شرطی که فاسد است عموم وفای به شرط شاملش نمی‌شود، به نظر می‌رسد شرط عدم تمکین شرط حرام کننده ای است که مباح را حرام می‌کند مانند عدم صحت سوگند بر نخوردن اب انگور تا آخر عمر «لیس لک تحریم ما احل الله»^{۶۷۴} بنا براین این شرط صحیح نمی‌باشد که شامل عموم این ادله شود.

ب) روایت صحیح از عمار بن مروان از امام صادق:

عن عمار بن مروان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت: جاء رجل إلى امرأة فسألها أن تزوجها نفسه فقالت: أزوجك نفسي على أن تلتمس مني ما شئت من نظر أو التماس و تنال مني ما ينال الرجل من أهله إلا أنك لا تدخل فرجك في فرجي و تتلذذ بما شئت فإني أخاف الفضيحة قال 'لا بأس، ليس له إلا ما اشترط'»^{۶۷۵}
«عمار بن مروان گوید: به امام صادق علیه السلام عرض کردم:

مردی نزد زنی رفت و از او خواست با او ازدواج موقت کند. زن گفت: با تو ازدواج می‌کنم با این شرط که به هر مقداری که بخواهی از من استفاده لمسی و نگاه نمایی و هر بهره‌ای که شوهر از همسرش برد، بهره ببری جز این که آمیزش نکنی اما به هر اندازه‌ای که بخواهی لذت بجویی، زیرا من از رسوایی بیم دارم. فرمود: شوهر حق استفاده‌ای ندارد جز آن چه که شرط شده است.»^{۶۷۶}

این دلیل نیز مثبت جامع ادعای قائلین نیست بلکه اختصاص به عقد موقت دارد.

ج) غرض‌های متفاوت در نکاح

فقها برای ازدواج در بین عرف غرض‌ها می‌فایده می‌تواند بر رابطه خاص زوجیت اولویت یافته و به عنوان غرض نکاح قرار گیرد.

د) جواز نکاح معذور الوطی

^{۶۷۳} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۳۰۰/۲۱: همان، ۶۸/۲۱؛

^{۶۷۴} نائینی، منیة الطالب، ۱۰۵/۲

^{۶۷۵} کلینی، الکافی، ۴۶۷/۵: حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۷۲/۲۱

^{۶۷۶} غفاری، ترجمه فروع کافی، ۴۲۸/۶

مرحوم نجفی می‌گوید لازمه مقتضی بودن وطی در نکاح جایز نبودن عقد معذور از نکاح است ولی این حکم از فقیه‌ی صادر نشده است به همین دلیل وطی غایتی از غایات عقد نکاح است^{۶۷۷} مغنیه نیز این سخن را پذیرفته است^{۶۷۸}

ه) قابل اسقاط بودن حق تمکین

بعضی از فقها رابطه زناشویی را از حقوق زوجین تلقی کرده و نه تکلیف شرعی از همین رو آن را قابل اسقاط می‌دانند. به نظر می‌رسد حق بودن این امر معلوم نیست است^{۶۷۹} لازم به ذکر است این امور را خیلی از فقها حق نمی‌دانند و مسامحتا به آن حق می‌گویند مانند ابوت، ولایت و...^{۶۸۰}

با بررسی این ادله به نظر می‌رسد در عقد نکاح دائم این شرط قابل پذیرش نیست زیرا غرض اصلی از نکاح دائم رابطه زناشویی و به تبع آن توالد و تناسل است و اگر در ادله چند روایت خلاف آن وجود دارد به عنوان استثناء قاعده باید تلقی شود و عموم مردم در نکاح دائم غرضی غیر از این را نمی‌پذیرند.

۲. نکاح طفل به غرض محرمیت

در باب حکم جواز نکاح دختر صغیر به غرض محرمیت بین فقها نظرات مختلفی بیان شده است و برای نظرات خود ادله ای را نیز بیان داشته اند.

مرحوم امام خمینی جواز به صدور این عقد را چه به صورت دائم و چه به صورت موقت می‌دهند و بیان می‌کنند که احتیاط این است که در عقد موقت دختر بچه به حد قبول استمتاع و التذاذ از او رسیده باشد زیرا استمتاع فقط وطی نیست. و همینطور عقد طفل شیر خوار را که برای محرمیت مادر طفل است نیز صحیح می‌دانند ولی در ایجاد آثار مضاہره احتیاط می‌کنند^{۶۸۱}

برای بررسی این حکم و احتیاطی که بعضی فقها می‌دهند باید به چند نکته توجه کرد که آیا نکاح بدون قابلیت استمتاع تحقق می‌یابد؟ و دیگر آثار استمتاع می‌تواند به عنوان غرض نکاح فرض شود مانند محرمیت یا ارث و...

برای پاسخ به این سوالات نیاز است که چند مسأله مورد بررسی قرار گیرد: ۱. فحوص از نصوص که آیا تفصیل در آنها وجود دارد؟ ۲. سیره متشرعه در این امر وجود دارد که این عقد ترک شده باشد؟ ۳. در فتاوی فقها نیز ایند تفصیل بررسی شده است یا خیر؟

آنچه در آن نصوص وجود دارد که بیان شد و سیره متشرعه نیز در آن دیده می‌شود ازدواج دائم صغیر صغیره است و عقد دائم از این امر خارج می‌شود^{۶۸۲} البته ادعای انصراف روایات و آیات نکاح به دختران بالغ و یا قابل استمتاع مشکل است اما ادله ای نیز دارد ونصوصی به آن دلالت می‌کند مانند:

^{۶۷۷} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیثه)، ۱۰/۳

^{۶۷۸} مغنیه، محمدجواد (۱۳۷۹). فقه الإمام جعفر الصادق، قم: انصاریان. ۱۸۸/۵

^{۶۷۹} خمینی، کتاب البیع، ۴۸/۱

^{۶۸۰} یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم. (۱۳۷۰). حاشیه المکاسب، ج ۴، قم: اسماعیلیان. ۵۶/۱

^{۶۸۱} خمینی، تحریر الوسیله، ۲۹۷/۲

^{۶۸۲} سیفی، دلیل تحریر الوسیله (نکاح)، ۳۸۱/۲

صحيحه جميل بن دراج: «عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ جَمِيلِ بْنِ دَرَّاجٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَتَمَتَّعُ مِنَ الْجَارِيَةِ الْبِكْرِ قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ مَا لَمْ يَسْتَصْغِرْهَا.»

«جميل بن دراج گوید: از امام صادق علیه السلام پرسیدم: انسان می‌تواند به طور موقت با دختر باکره ازدواج کند؟ فرمود: مانعی ندارد، در صورتی که باعث خواری و ذلت دختر نشود.»^{۶۸۳}

این روایت به صراحت تمتیع از صغیر را منع می‌کند زیرا قطعاً تمتیع از صغیر باعث ضرر جسمی و روحی او می‌شود و برای او ضرر دارد. و این سن می‌تواند در هر جامعه‌ای متفاوت باشد.

روایت محمد بن هشام: «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ هَاشِمٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الْأَوَّلِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «إِذَا تَزَوَّجْتَ الْبِكْرَ بِنْتُ تِسْعَ سِنِينَ فَلَيْسَتْ مَخْدُوعَةً»^{۶۸۴}

روایت محمد بن مسلم: «رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى الْخَثْعَمِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ الْجَارِيَةِ يَتَمَتَّعُ مِنْهَا الرَّجُلُ قَالَ «نَعَمْ إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَبِيَّةً تُخْدَعُ» قُلْتُ أَصْلَحَكَ اللَّهُ وَكَمْ أَحَدٌ أَلَذِي إِذَا بَلَغَتْهُ لَمْ تُخْدَعْ قَالَ «بِنْتُ عَشْرِ سِنِينَ»^{۶۸۵}

«محمد بن مسلم گوید: از آن حضرت سؤال کردم: آیا کسی دختر را می‌تواند متعه کند؟ فرمود: آری مگر اینکه کوچک باشد و فریب خورد، عرض کردم: خداوند شما را بسلامت دارد حد بلوغی که فریب نمی‌خورد چقدر است؟ فرمود: ده سالش تمام شده باشد»

ملاک سنی است که دیگر دختر در آن سن بعید است فریب خورد و در مناطق گرمسیر مانند حجاز دختر رشدش زیاد است و در سن ده سالگی رحمش قابلیت بر داشتن حمل را دارد و خود حیض می‌بیند، ولی در مناطق سردسیر دختر ده ساله حیض نمی‌بیند و رحمش قابلیت حمل ندارد و چون رشد عقلی بستگی مسلم با رشد جسمی دارد لذا نمی‌توان ده سال را مناسط حکم گرفت، بلکه حکم همان رشدی است که فریب خور نباشد».

صاحب وسائل این روایات را به دختر بالغ بدون اذن ولی حمل کرده است شاید قرینه اش برای این حمل مخدوعه نبودن صغیره مأذونه است. اما به نظر می‌رسد این نصوص به صراحت حرمت استمتاع از صغیره را می‌رساند و مأذون بودن صغیره مانع از مخدوعه بودنش نمی‌شود زیرا ممکن است به افضاء یا مضرت دیگری و یا حيله زوج شود دچار شود.^{۶۸۶}

و قطعاً منظور روایات وطی نیست زیرا که وطی به نص و اجماع حرام است همانطور که فقها نسبت به آن فتوا داده اند.^{۶۸۷}

البته اگر فردی از فقها براساس این روایات فتوا نداده باشد ناگزیر باید این روایات را کنار گذاشت، اما به نظر می‌رسد فقهایی هستند که موافق این روایات فتوا داده اند. باید توجه داشت که این فتوا در عقد دائم به کار نمی‌آید زیرا این قابلیت در آینده تحقق پیدا می‌کند و می‌توان به همین دلیل نکاح صحیح باشد.

^{۶۸۳} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۳۶/۲۱؛ کلینی، الکافی، ۴۶۳/۵؛ غفاری، ترجمه فروع کافی، ۴۱۸/۶.

^{۶۸۴} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۲۷۴/۲۰.

^{۶۸۵} ابن بابویه، من لا یحضره الفقیه، ۴۶۱/۳.

^{۶۸۶} سیفی، دلیل تحریر الوسیله (نکاح)، ۳۸۲/۲.

^{۶۸۷} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیث)، ۴۱۴/۲۹؛ روحانی، فقه الصادق، ۱۱۹/۳۱.

محقق قمی در این رابطه بیان می‌کند زمانی که ولی دخترش را ساعتی برای محرمیت مادر دختر به عقد پسری در می‌آورد اثر شرعی برای این عقد وجود ندارد^{۶۸۸} سید اصفهانی نیز این قول را می‌پذیرد و می‌گوید: «بعید نیست که در عقد موقت صغیره به حد قابلیت استمتاع رسیده باشد، اگر این طور نشود این عقد در غایت اشکال است» محقق قمی برای عقیده خود ادله ای را نیز اقامه می‌کند که اهم آن به شرح زیر است:

الف) غرض شارع: به نظر مرحوم قمی غرض شارع برای تشریع متعه امکان استمتاع بوده است و این در عقد صغیره ممکن نیست. این بخش از آیه «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً»^{۶۸۹} که به نظر اکثر مفسرین به عقد متعه اشاره دارد، راوندی در کتاب خود می‌گوید: «ابن عباس و السدی گفته اند که این آیه در مورد متعه در زمان مشخص است و این امر را مکتب جعفری پذیرفته است»^{۶۹۰}

و همینطور از روایات استفاده می‌شود که عقد متعه برای استمتاع و التذاذ ایجاد شده است، «مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع فِي حَدِيثٍ قَالَ: إِنَّ اللَّهَ رَأَفَ بِكُمْ فَجَعَلَ الْمُتْعَةَ عِوَضًا لَكُمْ مِنَ الْأَشْرِبَةِ.»^{۶۹۱}

وهمینطور صحیحه عبدالله بن سنان: «رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَ تَعَالَى حَرَّمَ عَلَى شِيعَتِنَا الْمُسْكِرَ مِنْ كُلِّ شَرَابٍ وَ عَوَّضَهُمْ مِنْ ذَلِكَ الْمُتْعَةَ.»

ب) علت تشریع: از اخبار وارد شده در رابطه با علت تشریع نکاح موقت می‌توان دریافت که این امر برای استحلال فروج افرادی وضع شده است که توانایی نکاح دائم یا ملک یمین ندارند، مانند روایت عبدالله بن مسعود: «عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ قَالَ: كُنَّا نَغْزُو مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ص لَيْسَ مَعَنَا نِسَاءٌ فَقُلْنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ أَلَا نَسْتَخْصِنُ هُنَا بِأَجْرٍ فَأَمَرَنَا أَنْ نَنْكِحَ الْمَرْأَةَ بِالثُّوبِ.»^{۶۹۲} منظور از استحصان بالاخر در این روایت عقد متعه است که در صحیحه زراره، مرسله ابن ابی عمیر و روایت علی بن ابراهیم^{۶۹۳} شبیه آن بیان شده است.

و علاوه بر آن می‌توان روایات وارد شده بر جواز متعه با اهل کتاب و عدم تعیین حد برای مهریه^{۶۹۴} را مویدی برای علت عقد متعه بیان نمود.

ج) روایات دال بر مستاجر بودن زنان در عقد متعه: بنا بر این روایات مستاجر بودن زن اقتضا دارد که اجیر نیز عملی انجام داده باشد و عمل از طفل رضیعه سر نمی‌زند و منتفی است و توانایی آن را ندارد. و اجرة در برابر عمل است و در صورتی که عملی سرنمیزند، نمی‌تواند منفعتی هم وجود داشته باشد بنابر این عوض و معوض در عقد تحقق نمی‌یابد.

مهم‌ترین این روایات را می‌توان به شرح ذیل بیان کرد:

^{۶۸۸} میرزای قمی، جامع الشتات، ۴/۴۶۲

^{۶۸۹} نساء، ۲۴

^{۶۹۰} قطب راوندی، (۱۴۰۵ق). فقه القرآن. ج. ۲. قم: کتابخانه عمومی حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی (ره). ۱۰۴/۲

^{۶۹۱} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۷/۲۱.

^{۶۹۲} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۱۱/۲۱.

^{۶۹۳} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۴۶۵/۱۴؛ همان، ۴۳۶/۱۴، ح ۳ و ۱۹

^{۶۹۴} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۴۶۱/۱۴، ح ۱-۴؛ ۴۷۰/۱۴، ح ۱ و ۲ و ۵ و ۶

روایت زراره: «عَنْ عُبَيْدِ بْنِ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: ذَكَرْتُ لَهُ الْمُتْعَةَ أَ هِيَ مِنَ الْأَرْبَعِ فَقَالَ تَزَوَّجَ مِنْهُنَّ أَلْفًا فَإِنَّهُنَّ مُسْتَأْجَرَاتٌ.»^{۶۹۵}

معتبره محمد بن مسلم: «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع فِي الْمُتْعَةِ قَالَ لَيْسَتْ مِنَ الْأَرْبَعِ لِأَنَّهَا لَا تُطَلَّقُ وَلَا تَرْتُّ وَ إِنَّمَا هِيَ مُسْتَأْجَرَةٌ.»^{۶۹۶}

معتبره زراره: «عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ: قُلْتُ لَهُ جُعِلْتُ فِدَاكَ الرَّجُلُ يَتَزَوَّجُ الْمُتْعَةَ وَ يَنْقَضِي شَرْطُهَا ثُمَّ يَتَزَوَّجُهَا رَجُلٌ آخَرٌ حَتَّى بَانَ مِنْهُ ثُمَّ يَتَزَوَّجُهَا الْأَوَّلُ حَتَّى بَانَ مِنْهُ ثَلَاثًا وَ تَزَوَّجَتْ ثَلَاثَةً أَزْوَاجٍ يَحِلُّ لِلأَوَّلِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا قَالَ نَعَمْ كَمْ شَاءَ لَيْسَ هَذِهِ مِثْلَ الْحُرَّةِ هَذِهِ مُسْتَأْجَرَةٌ وَ هِيَ بِمَنْزِلَةِ الْإِمَاءِ.»^{۶۹۷}

صاحب جواهر نیز در تفاوت عقد متعه و دائم بیان می‌کند که فصل و تفاوت متعه و دائم در انتفاع و استمتاع است و به همین دلیل شبیه اجاره است و مهر مانند عوض، شرط صحت عقد است.^{۶۹۸}

در احکام القرآن نیز جصاص گفته است: «مهر در قرآن اجر است زیرا که بدل منافع است نه بدل از اعیان و همانطور که بدل منافع دیگر مانند خانه و مرکب اجر نامیده می‌شود.»^{۶۹۹}

د) عقود تابع قصود هستند و عقد متعه برای استمتاع وضع شده است و محرمیۀ غرض عقد متعه نیست بلکه اثر عقد است و نمی‌تواند به عنوان غرض قصد شود. افعال خداوند با اغراض صورت پذیرفته و حکیمانه اند و بدین ترتیب بر آنها اثری مترتب است که از اغراض جداسازی برای مثال حرمت زنا به دلیل اختلاط میاه است و حفظ نسب و خانواده و امثال آن و براساس آن اجراء حد نیز مترتب می‌شود و تحقیقاً غرض شارع از وضع مجازات برای حرمت زنا اجرای حد نیست. به همین دلیل محرمیت مادر زوجه و یا دیگر امور اثر مترتب بر عقد صحیح است نه غرض وضع نکاح و نمی‌توان به عنوان غرض باشد.^{۷۰۰}

ه) اصل عدم صحت: این اصل نیز حکم می‌کند که این عقد صحیح نباشد زیرا صحت عقد نیاز به دلیل دارد زیرا حکم شرعی است و دلیل شرعی می‌خواهد.

و) استصحاب حکم سابق^{۷۰۱}

در ضمن ایشان بیان می‌کند که استدلال به اوفو بالعقود کافی نیست زیرا که معنای آن هر عقد متصور را شامل نمی‌شود به دلیل تخصیص عقد غیر مرضی پس باید آن را حمل کرد به عقد معهود در زمان شارع و این عقد در زمان شارع معهود نبوده است و اصل عدم صحت است. و همین‌طور عمومات و اطلاقات نیز انصراف به این عقد ندارد زیرا که صریح در غیر

^{۶۹۵} کلینی، الکافی، ۴۵۲/۵

^{۶۹۶} کلینی، الکافی، ۴۵۱/۵

^{۶۹۷} کلینی، الکافی، ۴۶۰/۵

^{۶۹۸} نجفی، جواهر الکلام (ط. الحدیث)، ۱۶۸/۳

^{۶۹۹} جصاص، احکام القرآن، ۹۵/۳

^{۷۰۰} میرزای قمی، جامع الشتات، ۴۶۳/۴-۴۶۵

^{۷۰۱} میرزای قمی، جامع الشتات، ۴۶۲/۴

این عقد هستند و نمی‌وشد روایتی را پیدا کرد که منصرف به این عقد باشد و احتیاط در امر فرج شدید است و افتضای احتیاط ع دم صحت است.^{۷۰۲}

نقد ادله مرحوم قمی: در رابطه با روایاتی که ایشان بیان کرده اند می‌توان گفت که این روایات حکمی است و علت تامة در آن بیان نشده است و علت‌های دیگری می‌تواند غرض عقد نکاح موقت باشد شاهد آن نیز جواز متعه زن عاجز تمتیع است که در آن بین فقها اختلافی نیست حتی خود مرحوم قمی و اصفهانی نیز این حکم را پذیرفته اند. و این دلیلی قوی برای حلیت عقد متعه به غرض محرمیت است.^{۷۰۳}

روایاتی که برای علت وضع متعه نیز وارد شده نیز به دلیل غلبه بوده است و اثبات کننده علت منحصره نیست مانند رعایت عده که حکمت غالبی آن جلوگیری از اختلاط میاه و تشویش انساب است ولی بعضی که عقیم هستند و قابلیت تناسل ندارند نیز باید عده را مراعات کنند.

بعضی روایات نیز که حد مهر در متعه رانیز بیان نمی‌کند یا می‌گوید که می‌تواند به اندازه یک کف دست نان باشد نشان می‌دهد که این مهر به عنوان بدل از منفعت نیست زیرا که این مقدار بدل در آن عملی نیست.

محقق آشتیانی منشأ عقد متعه را علقه زوجیت می‌داند نه استمتاع زیرا نکاح عقد تملیکی نیست و از روایات مستاجره می‌توان تنزیل نسبت به بعضی آثار را دریافت مانند خروج از زوجیت با انقضاء مدت.^{۷۰۴}

نتیجه دلیل اول: در نتیجه همه این مباحث به نظر می‌رسد غرض اصلی از نکاح رابطه زوجیت است و مقوم این رابطه استمتاع است و در صورتی که قابلیت استمتاع به کلی وجود ندارد این نکاح باطل است البته این حکم استثنائاتی دارد که بیان شد. باید روایات خلاف آن را، امری استثنائی تلقی نمود.

اگر غرض‌های دیگری مانند محرمیت نیز در نکاح مورد قبول قرار می‌گیرد، برفرض صحیح بودن نیز قطعاً مخصوص نکاح موقت است و در عرف این غرض‌ها برای نکاح دائم پذیرفته نیست و رابطه زوجیت خاص در نکاح دائم غرض اصلی است و اگر نباشد عقد محقق نمی‌شود.

قابلیت استمتاع در نکاح نیز امری است که مورد اختلاف فقها قرار گرفته است که آیا استمتاع محدود به وطی است یا کمتر از وطی نیز استمتاع محسوب می‌شود. به نظر می‌رسد کمتر از وطی نیز استمتاع به حساب می‌آید و اگر در طرفین به همین اندازه قابلیت وجود داشته باشد نکاح صحیح است.

دومین امری که در این رابطه مورد اختلاف است که این قابلیت باید فعلی باشد یا در طول زمان زوجیت اگر به فعلیت بیانجامد کفایت می‌کند که به نظر می‌رسد اکثر فقها قائلند که فعلیت پیدا کردن این امر در آینده نیز کافی است.

^{۷۰۲} میرزای قمی، جامع الشتات، ۵۱۸/۴

^{۷۰۳} فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه کتاب النکاح، ۲۲۳

^{۷۰۴} آشتیانی، محمود، (۱۳۹۰). شرح کتاب الإجارة من الشرائع، قم: کنگره علامه آشتیانی (ره)، ۲۶۸-۲۶۹

در فرض پذیرفتن نظریه فعلی بودن قابلیت استمتاع به نظر می‌رسد نکاح دائم کودکان در حال حاضر امری غیر شرعی است زیرا در زمان عقد، استمتاع به وطی که اجماعاً حرام و غیر مجاز است و استمتاع به کمتر از وطی نیز به نظر می‌رسد در نظر فقها در زمان فعلی حرام است البته به عنوان حکم ثانوی.

با اینکه در برخی فتاوی فقهای امامیه فروعی یافت می‌شود که آنها استمتاع به کمتر از وطی را در کودک پذیرفته اند مانند تحریر الوسیله که «لا يجوز وطء الزوجة قبل إكمال تسع سنين، دوماً كان النكاح أو منقطعاً، و أما سائر الاستمتاعات - كاللمس بشهوة و الضمّ و التفخيذ - فلا بأس بها حتى في الرضیعة»^{۷۰۵} و یا مرحوم سید یزدی که می‌گوید: «لا يجوز وطء الزوجة قبل إكمال تسع سنين، دوماً كان النكاح أو منقطعاً، و أما سائر الاستمتاعات - كاللمس بشهوة و الضمّ و التفخيذ - فلا بأس بها حتى في الرضیعة» و فقهای دیگر، که با دقت به فتوا و ادله آن می‌توان یافت که منظور از جواز در این حکم، حکم اولی است که به قول مرحوم خویی به دلیل عدم وجود دلیل برای حرمت و عمومات جواز استمتاع از زوجه و مملوکه حکم استمتاع دون وطی از صغیر حتی رضیعه جایز است.^{۷۰۶}

البته در رابطه با این حکم اولی نیز اشکالاتی وجود دارد زیرا این حلیت خلاف اصل است و اگر جوازی باشد به دلیل موافقت با مقتضی عقد است که در آن نیز مناقشه است و می‌توان استصحاب حرمت این امور قبل از عقد را جاری دانست.^{۷۰۷}

و همینطور جواز بعضی استمتاعات که غیر متعارف است نیز از اقتضاء عقد نمی‌باشد و نیاز به دلیل جداگانه دارد که آن نیز موجود نمی‌باشد.^{۷۰۸}

البته دیگر فقها حلیت را براساس اصل اباحه می‌دانند.^{۷۰۹} و مرحوم فاضل لنکرانی جایز بودن نکاح صغیره را دلیل بر این حلیت می‌داند زیرا که اگر این امور حرام بود. نکاح نمی‌توانست تحقق یابد.^{۷۱۰}

اما اگر حکم ثانویه ای بر این نوع استمتاع عارض شود قطعاً حکم فقها این گونه نیست همانطور که فقهای این گونه نظر داده اند «جمعی از متأخرین و معاصرین به جواز سایر استمتاعات تصریح کرده‌اند، صاحب جواهر می‌فرماید للاصل السالم من المعارض، که منظور از اصل، اصالة الاباحه یا عموماتی است که مطلقاً اجازه استمتاع را می‌دهد و وطی با دلیل خارج شده است. و لکن الانصاف: این حکم را با این عمومیتی که گفته‌اند نمی‌پذیریم، چون بعضی از استمتاعات نسبت به صغیر السن قبح عقلانی دارد، مانند استمتاع از رضیعه. پس حسن و قبح در اینجا حاکم است و لذا عمومات استمتاع زوج از زوجه منصرف است بما یتعارف عند العقلاء و شامل این گونه موارد نمی‌شود.» فقیه دیگری نیز این استمتاع را با عنوان حکم ثانوی جایز نمی‌داند و می‌گوید «سایر استمتاعاتی که منشأ ضرر به صغیره نیست، مانند نظر و لمس با شهوت و ضم و تفخیذ، جایز است و حتی در رضیعه، البته اگر اینها هم موجب ضرر شود، نباید آنها را هم جایز دانست.»^{۷۱۱}

^{۷۰۵} خمینی، تحریر الوسیله، ۲/۲۵۹

^{۷۰۶} خویی، موسوعة الإمام الخوئی، ۳۲/۱۲۵

^{۷۰۷} خمینی، مصطفی (۱۳۷۶). مستند تحریر الوسیله، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی. ۲/۳۴۳

^{۷۰۸} خمینی، مستند تحریر الوسیله، ۲/۳۴۴

^{۷۰۹} روحانی، فقه الصادق، ۲۱/۸۸؛ سبزواری، مهذب الاحکام، ۲۴/۷۳

^{۷۱۰} فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه (نکاح)، ۲۴

^{۷۱۱} شبیری، کتاب نکاح، ۵/۱۴۹۹

٢-٣-١-١-عدم وجود مقتضى

و همینطور روایاتی که از ازدواج کودکان تا زمانی که مخدوعه هستند منع کرده است. مانند: روایت محمد بن مسلم: «رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى الْخَثْعَمِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الْجَارِيَةِ يَتَمَتَّعُ مِنْهَا الرَّجُلُ قَالَ «نَعَمْ إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَبِيَّةً تَخْدَعُ» قُلْتُ أَصْلَحَكَ اللَّهُ وَ كَمْ الْحَدُّ الَّذِي إِذَا بَلَغَتْهُ لَمْ تَخْدَعْ قَالَ «إِبْنَةُ عَشْرِ سَنِينَ»^{۷۱۳}

از این روایات و بعضی دیگر از آنها می‌توان استفاده کرد که شارع نکاح در این سن را موافق مصلحت نمی‌داند مخصوصاً مصلحت بزرگی مانند: تالیف که در ایه های قرآن به عنوان فلسفه و جودی جنس‌های مخالف و هم‌بنطور نکاح بیان شده است. «وَمِنْ آيَاتِهِ اَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ اَنْفُسِكُمْ اَزْوَاجًا لَتَسْكُنُوا اِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً اِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ» (روم، ۳۰)، «هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ اِلَيْهَا»^{۷۱۵}

^{٧١٢} كلينے، الکاف، ٣١٨/٥

^{۷۱۳} این بابویه، من لا یحضره الفقیه، ۳/۴۶۱

^{٧١٤} حر عاملي، تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، ٢٠/٢٧٤.

٧١٥ اعراف، ١٨٩

خوردگی زوجه که به نظر می‌رسد این امر خصوصیتی نسبت به زوجه ندارد و به دلیل غلبه این امر در زوجه نسبت به آن بیان شده است که قطعاً به صلاح کودک نیست که با این شرایط وارد زندگی جدیدی شود.

در رابطه با روایات متعددی هم که نسبت به نکاح صغیر شده است این نکته قابل توجه است که همه این روایات در مقابل سوال از امام معصوم است و امام در مقابل سوال آنها این حکم را براساس شرایط موجود می‌دهد و ازدواج صغیر را می‌پذیرد که ه نظر می‌رسد این حکم از شارع در آن زمان مصلحت اهمی داشته است که در بخش ولایت در نکاح به صورت مفصل بررسی گردید.

در نتیجه ازدواج کودکان براساس روایات و آیات متعدد فاقد مقتضی است و در شرایط عادی ولی اجازه ندارد کودک را به عقد فرد دیگری در بیاورد اعم از کودک یا بزرگسال، مگر در صورتی که شرایط و مصلحت اهمی وجود داشته باشد که باعث شود تا این عقد جایز شود که طبیعتاً در عصر کنونی امری نادر است و محقق نمی‌شود.

۳-۱-۱- ناسازگاری با کرامت کودک

خداوند متعال انسان را موجودی کریم خلق کرده و دارای عزت نفس قرار داده است و انسان موظف است نفس خود را حفظ کند تا این کرامت را از دست ندهد. امام صادق نیز در این رابطه می‌فرماید: «عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سِنَانٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الْأَحْمَسِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «إِنَّ اللَّهَ قَوَّضَ إِلَى الْمُؤْمِنِ أَمْرَهُ كُلَّهُ وَ لَمْ يَقُوضْ إِلَيْهِ أَنْ يَكُونَ ذَلِيلًا أَوْ مَا تَسْمَعُ اللَّهُ تَعَالَى يَقُولُ «وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ» فَالْمُؤْمِنُ يَكُونُ عَزِيزًا وَ لَا يَكُونُ ذَلِيلًا قَالَ إِنَّ الْمُؤْمِنَ أَعَزُّ مِنَ الْجَبَلِ لِأَنَّ الْجَبَلَ يَسْتَقِلُّ مِنْهُ بِالْمَعَاوِلِ وَ الْمُؤْمِنُ لَا يَسْتَقِلُّ مِنْ دِينِهِ بِشَيْءٍ»^{۷۱۶}؛ «ابو الحسن احمسی گوید: امام صادق علیه السلام فرمود: به راستی که خداوند عزّ و جلّ تمام کارهای مؤمن را به خودش واگذار کرده است، ولی این اختیار را به او نداده است که خود را ذلیل و خوار شود. مگر نشنیده‌ای که خداوند عزّ و جلّ می‌فرماید: «عزّت، تنها برای خدا و رسولش و مؤمنان است. بنابراین، مؤمن عزیز است و ذلیل نمی‌شود. آن‌گاه فرمود: در واقع مؤمن از کوه هم محکم‌تر است، چرا که از کوه با بیل و کلنگ کم می‌شود، ولی مؤمن چیزی از دینش کاسته نمی‌گردد.» خداوند می‌فرماید: «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ» (اسراء، ۷۰) و تفاوت انسان با حیوانات را در این کرامت می‌دانند و این کرامت به دلیل مختار بودن انسان است و از این رو که ایشان دین را برای کامل کردن کرامت در انسان‌ها ایجاد کرده است «إِنَّمَا بُعِثْتُ لِأَتَمِّمَ مَكَارِمَ الْأَخْلَاقِ»^{۷۱۷} به این ترتیب همه احکام شرعی و شریعت برای این هدف وضع شده است^{۷۱۸} و هیچ حکمی از شارع که این هدف را نقض کند صادر نمی‌شود.

این امر یکی از مهم‌ترین و موثرترین عوامل در تربیت اسلامی است و پر واضح است که تمام شریعت برای ایجاد این اخلاق اسلامی در بندگان وضع شده است.^{۷۱۹} شهید مطهری در این رابطه بیان کرده است که موضوع و محور همه تعلیمات اسلامی کرامت نفس است.

^{۷۱۶} طوسی، تهذیب الأحکام، ۱۷۹/۶

^{۷۱۷} طبرسی، حسن بن فضل. (۱۳۷۰). مکارم الأخلاق. ۱ ج. قم: الشریف الرضی. ۸/۱

^{۷۱۸} جوادی آملی، (۱۳۷۶). کرامت در قرآن، ۵، چ، تهران: مرکز نشر فرهنگی رجاء. ۲۱

^{۷۱۹} محمد شهبازی، محمدرضا شرفی، (۱۳۹۳). الگوی تربیت اخلاقی اسلامی با محوریت کرامت نفس، فصلنامه پژوهش در مسائل تعلیم و تربیت اسلامی، ۲۲ (۲۳): ۲۸

یکی از اساسی‌ترین اصول کرامت نفس اختیار است که خداوند می‌فرماید: «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ» (اسراء، ۷۰) و تفاوت انسان با حیوانات را در این کرامت می‌دانند و این کرامت به دلیل مختار بودن انسان است و اصل آزادی در انتخاب است و انسان به دلیل همین اختیار است که کرامت یافته است، این امر را می‌توان از حدیثی که از امام صادق علیه السلام نقل شد استفاده کرد. و همین طور نقلی که از امیرالمومنین شده است که می‌فرمایند: «وَلَا تَكُنْ عَبْدَ غَيْرِكَ وَ قَدْ جَعَلَ اللَّهُ حُرًّا»^{۷۲۰}

بنابراین تعیین سرنوشت و تصمیم‌گیری دیگری برای فرد خلاف این اصل اساسی است و قطعاً تصمیم‌بزرگی مانند ازدواج مخصوصاً در نکاح دائم که زندگی چندین ساله فرد را رقم می‌زند نمی‌تواند به اختیار فرد دیگری تحقق یابد و اختیار خود فرد در آن نقشی نداشته باشد. و گرفتن این اصل از کودک مصداق ظلم است و ظلم عقلاً قبیح است و ضرر را برای کودک به همراه دارد و خلاف اصل است و تا زمانی که مصلحتی اهم از این از دست دادن کرامت وجود نداشته باشد. این حکم ضرری و ظلم به کودک است.

در رابطه با روایات متعدد نسبت به جواز نکاح صغیر می‌توان بیان کرد که این اجبار در زمان شارع مصداق از بین بردن کرامت نفس و ظلم نبوده است و مصالح اهمی نسبت به آن وجود داشته است. در صورتی که همه عقلاً این مصالح را در زمان کنونی موجود نمی‌بینند و بلکه این اجبار را خلاف کرامت کودک می‌بینند.

اشکال می‌شود که کودک در زمان کودکی مسلوب العبارة است و قصد ندارد و رضایت در مورد او تحقق نمی‌یابد به همین دلیل ولی جایگزین او شده و تصمیم‌گیری می‌کند. در پاسخ به این اشکال باید توجه داشت که اگر کودک اختیار ندارد نمی‌تواند ازدواج کند و این امر جوازی بر نفوذ تصمیم ولی باشد و علاوه بر این امر در روایاتی که ولایت در غیر پدر را رد می‌کند این رضایت را به رسمیت می‌شناسد. بلکه در بعضی روایات می‌فرماید اگر او خواست و درخواست کرد که او را به ازدواج فرد خاصی دریاورد باید این کار را انجام دهد. اگر رضایت کودک اهمیتی نداشت و قابلیت تشخیص مصالح نداشت این اولویت بی معنی بود. «عَنْ دَاوُدَ بْنِ سِرْحَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: فِي رَجُلٍ يُرِيدُ أَنْ يَزُوْجَ أُخْتَهُ قَالَ يُؤَامِرُهَا فَإِنْ سَكَتَتْ فَهِيَ إِقْرَارُهَا وَإِنْ أَبَتْ لَمْ يَزُوْجْهَا وَإِنْ قَالَتْ زَوِّجْنِي فَلَانًا فَلْيَزُوْجْهَا مِمَّنْ تَرْضَى وَ الْيَتِيمَةُ فِي حَجْرِ الرَّجُلِ لَا يَزُوْجُهَا إِلَّا بِرِضَا مِنْهُ»^{۷۲۱} «داوود ابن سرحان گوید: امام صادق علیه السلام درباره مردی که قصد داشت خواهرش را به عقد دیگری درآورد، فرمود: با او مشورت کند، اگر ساکت شد؛ نشان رضایت اوست و اگر دختر رد کرد او را به عقد در نمی‌آورد. و اگر خواهرش گفت: مرا به عقد فلانی دریاورد، او باید به عقد فلانی دریاورد. و دختر یتیمی که بر عهده مردی است جایز نیست او را به عقد دریاورد مگر با رضایت دختر.»

در اشکالی دیگر بیان می‌شود که کودک بعد از بلوغ اختیار دارد که طلاق بگیرد و رابطه زوجیت را پایان دهد و این امر نشان می‌دهد که اختیار به کلی از کودک گرفته نشده است. این نکته لازم به ذکر است که صرف اختیار برای طلاق، امری جبرانی برای این سلب اختیار نمی‌باشد و همه افرادی که به اختیار و رضایت با افراد مورد نظر خود نیز ازدواج می‌کنند دارای این امتیاز هستند و البته برای دختران که این امتیاز هم وجود ندارد و طلاق گرفتن دارای هزینه‌های فراوان است و اصل نکاح کودک دارای مفسده است و حتماً باید مصلحت اهمی وجود داشته باشد که بتوان این نکاح را صحیح دانست.

^{۷۲۰} مجلسی، بحارالانوار، ۱۹۶/۷۴

^{۷۲۱} کلینی، الکافی، ۳۹۳/۵

۴-۳-۱-۱- وجود مفسد شخصی و اجتماعی

جامعه اگر بخواهد به خوبی شکل بگیرد و استوار و مستحکم گردد باید خانواده‌های مستحکم و تربیت یافته داشته باشند به همین دلیل ساختار جامعه از خانواده تشکیل می‌شود.^{۷۲۲} و هرگز افراد و خانواده‌های تربیت نیافته و دارای مشکلات عاطفی و روانی نمی‌توانند یک جامعه مستحکم را پرورش دهند. به همین دلیل کارکرد خانواده در جامعه فقط به فراهم ساختن نیازهای اقتصادی و جنسی محدود نمی‌شود بلکه مورد خطاب خداوند قرار میگیرد مانند: «أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا»،^{۷۲۳} «وَأْمُرْ أَهْلَكَ بِالصَّلَاةِ وَاصْطَبِرْ عَلَيْهَا»^{۷۲۴} و موظف است به وسیله تربیت اهل خانواده جامعه را متعالی گرداند.

از این رو دانشمندان اسلامی قائلند که «در اسلام کارکرد خانواده در فراهم ساختن نیازهای اقتصادی خلاصه نمی‌شود؛ بلکه وظیفه اساسی اش مراقبت از فرزندان و نظام بخشی و به رفتارهای غریزی نوجوانان و تأمین نیازهای فرهنگی و اجتماعی آنان است»^{۷۲۵}

زن در شکل‌گیری یک خانواده از جهت مهربانی و گرایش و جذبه نقشی اساسی دارد و استحکام خانواده وابسته به مدیریت و تأمین هزینه و تعهد کارهای اجرایی و دفاع از خانواده توسط مرد است. «پس اساس خانواده براساس دوستی انسانی تأمین می‌گردد و دو رکن اصلی مودت و رحمت تشکیل دهنده آن است و نه رکن دیگری»^{۷۲۶}

براین اساس اگر ازدواج کودکان باعث ایجاد خانواده‌هایی سست و غیر متعالی شود که در فصل آینده براساس آمار این امر اثبات می‌شود و همین‌طور تاثیر آن در مباحث روانی، عاطفی و اجتماعی نشان می‌دهد که مفسده این نوع ازدواج بسیار زیاد است و مصلحتی اهم بر این مفسد به صورت معمول موجود نمی‌باشد از این رو این ازدواج شرعا نمی‌تواند توسط ولی صورت گیرد.

۲-۱- فقه مذاهب اسلامی

فقه‌های اهل سنت نکاح صغیر را اجماعاً با ولایت پذیرفته‌اند. البته ابن شبرمه، و عثمان البتی و ابوبکر الاصم ازدواج صغیر را جایز نمی‌دانند تا زمانی که به بلوغ برسد زیرا که برای این تزویج فایده‌ای وجود ندارد. ابن حزم نیز تزویج صغیر را جایز نمی‌داند و اگر اتفاق بیافتد عقد مفسوخ است.^{۷۲۷}

۱-۲-۱- جواز نکاح صغار

اکثر فقه‌های اهل سنت که معتقد به جواز ازدواج صغار هستند در کتب فقهی خود به صورت استطرادی به بیان ادله‌ای پرداخته‌اند که این ادله را می‌توان به شرح ذیل بیان کرد.

^{۷۲۲} جوادی آملی، (۱۳۸۸). تفسیر موضوعی (جامعه در قرآن)، ج ۲، قم: مرکز نشر اسراء، ۷۳/۱۷

^{۷۲۳} تحریم، ۶

^{۷۲۴} طه، ۱۳۲

^{۷۲۵} جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۹۳). خانواده متعادل و حقوق آن، قم: مرکز نشر اسراء، ۸۲

^{۷۲۶} جوادی آملی، تفسیر موضوعی، ۶۸/۱۷

^{۷۲۷} زحیلی، وهبه. (۱۴۰۹ق). الفقه الإسلامی و أدلته. ۸ ج. دمشق: دار الفکر. ۶۶۸۲/۹

۱-۲-۱-۱- استناد به قرآن

۱. امر به نکاح دختران در آیه شریفه «وَأَنْكِحُوا أَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ»^{۷۲۸}؛ «و آن زنان را که بی شوهرند و بردگان و کنیزکان خود را که سزاوار ازدواجند [به همسری] دیگران» دهید اگر فقیر باشند، خداوند از فضل خویش آنان را توانگر می سازد و خداوند فراخ بخشایش داناست» انبی در آیه کسی است که همسر ندارد، اعم از صغیره و بالغ را شامل می شود.^{۷۲۹}

در تفسیر جامع الاحکام بیان شده است که «و اتفق أهل اللغة على أن الأيم في الأصل هي المرأة التي لا زوج لها، بكرة كانت أو ثيباً» «اهل لغت متفقند که ايم در اصل به زنان بی شوهر اطلاق دارد چه بکر باشند و چه غير بکر»^{۷۳۰}

نقد و بررسی: اطلاق در این آیه تحقق پیدا نمی کند زیرا شارع در مقام بیان ازدواج کودکان نیست بلکه امر به نکاح درآوردن افرادی را دارد که توانایی ازدواج دارند، و اگر امر به انکاح شده است به معنای اجبار نیست بلکه به معنای آماده کردن شرایط ازدواج است.^{۷۳۱} زیرا اگر سخن از اجبار باشد در زنان ثیب یا مردان بالغ بکر و ثیب براساس نظر مشهور فقهای اسلامی صدق نمی کند.

۲. بیان عده صغیر که در ادله آمده است «وَأَلَّائِي يَتَسَنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ»^{۷۳۲}؛ «آن زنان که نومید شدند از حیض از آنان شما اگر شک دارید پس عده ایشان سه ماه است و آن زنان که حائض نشوند» خداوند متعال عده دختر صغیره ای که حیض نمی شود را سه ماه مانند یائسه دانسته است. عده همیشه بعد از ازدواج است و دلالت می کند بر جواز نکاح صغیره که حکم عده اش بیان شده است.

نقد و بررسی: بعضی فقهای اهل سنت بیان می کنند که منظور از زنانی که حیض نمی شوند در آیه کودکانی که قابلیت تمتع از آنها وجود ندارد، نیستند بلکه زنانی هستند که رشید و بالغه هستند و حیض نمی شوند.^{۷۳۳}

مفسران شیعه نیز این معنا را تایید می کنند که این حکم برای افرادی است که در سن حیض هستند ولی حائض نمی شوند.^{۷۳۴} و در نقدی دیگر بیان عده به معنای جواز نکاح نیست زیرا از نظر بعضی اهل سنت فردی که مرنکب زنا شده باشد نیز محکوم به حفظ عده است.^{۷۳۵}

^{۷۲۸} نور، ۳۲

^{۷۲۹} جصاص، احمد بن علی. (۱۴۰۵ق). احکام القرآن (جصاص). بیروت: دار إحياء التراث العربی. ۷۷/۵

^{۷۳۰} قرطبی، محمد بن احمد. ۱۳۶۴. الجامع لأحكام القرآن. تهران: ناصر خسرو. ۲۳۹/۱۲

^{۷۳۱} مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۷۴-۱۳۷۳). تفسیر نمونه. تهران: دار الکتب الإسلامية. ۴۵۶/۱۴

^{۷۳۲} طلاق: ۴/۶۵

^{۷۳۳} عوایشه، حسین بن عوده. (۱۴۲۳ق). الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب و السنة المطهرة. جیل: دار الصدیق. ۲۴/۵

^{۷۳۴} طباطبائی، المیزان فی تفسیر القرآن، ۳۱۶/۱۹

^{۷۳۵} زرقانی، شرح الزرقانی علی الموطأ، ۴/۳۵۹؛ البهوتی، کشف القناع عن متن الإقناع، ۲/۶۶۱؛ ر.ک: افسری، سالم (۱۴۴۲ق)، کلیة العلوم

الانسانیه و الاجتماعیه، سندج: دانشگاه کردستان. ۶۸۰-۶۶۳

کند که رسول خدا با او در هفت سالگی ازدواج کرد.^{۷۴۶} ابن ابی الحدید معتزلی نیز سن عایشه در حال ازدواج با حضرت رسول صلی الله علیه و آله را هفت سال بیان می کند.^{۷۴۷}

از دیدگاه بعضی تاریخدانان و علماء شیعه مانند طبرسی نیز پذیرفته است که عایشه در ۷ سالگی در مکه به عقد نبی اکرم صلی الله علیه و آله درآمده است و در ۹ سالگی به خانه ایشان رفته است.^{۷۴۸} ابن شهر آشوب در مناقب^{۷۴۹} و علامه مجلسی در بحارالانوار نیز این قول را نقل کرده اند.^{۷۵۰}

اما بعضی تاریخ دانان با بررسی تاریخ معتقدند که این سن ازدواج برای عایشه با شواهد دیگر تاریخی در تعارض است. و عایشه در زمان ازدواج با رسول اکرم زن بالغه بوده است و حتی قبل از نبی اکرم با فرد دیگری ازدواج کرده است. این شواهد عبارتند از:

۱. اکثر روایات نقل شده در رابطه با سن عایشه نقل شده از شخص عایشه است، و در هیچ کتابی از تراث شیعه و اهل سنت، روایتی از نمی اکرم نقل نشده است که در آن خود ایشان به این امر اشاره کرده باشند.^{۷۵۱}
۲. بیشتر احادیث نقل شده از عایشه، به وسیله هشام بن عروه نقل شده است که رجالیون در احادیثی که از او در اواخر عمر با سلسله سند عراقی نقل شده است خدشه کرده اند. ابن حجر نقل میکند که مالک بن انس در رابطه با این احادیث از هشام بن عروه ملاحظه داشته است.^{۷۵۲}
۳. ابن اسحاق عایشه را به عنوان کسی که در اول بعثت اسلام آورده است می شمارد و بیان می کند که ۱۸ همین نفری بود که اسلام آورد درحالی که صغیره بود.^{۷۵۳} و باید توجه داشت که در همین کتاب نسبت به امیر المومنین علیه السلام که اسلام آورده است هم لفظ صغیر بکار برده است. و عایشه رضیع نمی توانسته باشد زیرا اسلام آوردن او بی معنا است، پس ناگزیر باید سن او را در حد دختری دانست که ممیز است. اگر سن او را بین هفت تا ده سال بدانیم در نتیجه در زمان ازدواج با رسول اکرم او ۱۷ تا ۲۰ سال سن داشته است.^{۷۵۴} این تناقض در بیان ابن اسحاق و این هشام دیده می شود که از یک طرف عایشه را جز ۲۰ نفر اول مسلمان می دانند و در جای دیگر او را در شش و هفت سالگی همسر پیامبر می خوانند.^{۷۵۵}

^{۷۴۶} ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ۷۶/۳

^{۷۴۷} شریف الرضی، محمد بن حسین، و ابن ابی الحدید، عبد الحمید بن هبه الله، (۱۴۰۴ق). شرح نهج البلاغه. قم: مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی (ره). ۱۹۰/۹

^{۷۴۸} طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۱۷ق). اعلام الوری بأعلام الهدی. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لإحياء التراث. ۲۷۶/۱

^{۷۴۹} ابن شهر آشوب، محمد بن علی، و آشتیانی، محمدحسین. (بی تا). المناقب. قم: علامه. ۱۵۹/۱

^{۷۵۰} مجلسی، بحار الانوار، ۲۰۲/۲۲

^{۷۵۱} جلالی لیقوان، رضا؛ میرسپاه، اکبر، ۱۳۹۷، بازپژوهشی در سن عایشه هنگام ازدواج با پیامبر (ص)، تاریخ اسلام در آینه پژوهش، پاییز و زمستان، ش ۴۵، ۳۳

^{۷۵۲} ابن حجر عسقلانی، احمد بن علی. (۱۳۲۵ق). تهذیب التهذیب. ۱۲ ج. حیدرآباد هند: مطبعه مجلس. دائرة المعارف النظامیه. ۴۸/۱۱ و ۵۱

^{۷۵۳} ابن اسحاق، محمد. (۱۴۱۰ق). السیر و المغازی. قم: دفتر مطالعات تاریخ و معارف اسلامی. ۱۴۳

^{۷۵۴} عاملی، جعفر مرتضی (۱۳۸۵). الصحیح من سیرة النبی الأعظم (ط - جدید). ۳۵ ج. قم: مؤسسه علمی فرهنگی دار الحدیث. سازمان چاپ و نشر. ۹۶/۴

^{۷۵۵} ابن اسحاق، السیر و المغازی، ۱۴۳

۴. در نقل دیگری اسماء دختر ابوبکر می گوید: وقتی پدرم ایمان آورد، به خانه آمد و از جایش بلند نشد مگر اینکه من و عایشه ایمان آوردیم و عایشه در آن زمان صغیره بود. در کتب مختلف تاریخی بیان شده است^{۷۵۶} که اسما ۲۷ سال پیش از هجرت به دنیا آمده است و ده سال از عایشه بزرگتر بوده است.^{۷۵۷} با محاسبه این اعداد واضح است که عایشه در سال اول هجری ۱۸ سال داشته است و با نبی اکرم ازدواج کرده است. البته می توان ادعا کرد سن عایشه بیشتر از این بوده است زیرا عایشه و اسماء همزمان با پدر اسلام آورده اند و اهل سنت معتقد ابوبکر از اولین مسلمانان بوده است پس زمانی که عایشه اسلام آورده است روزهای اولین بعثت بوده است. پس عایشه انقدر سن داشته است که در زمان بعثت میمیز و عاقل بوده است. از این رو در سال اول هجرت قطعا سن او نزدیک ۲۰ سال بوده است.^{۷۵۸}
۵. اکثر تاریخ نویسان سن ابوبکر در زمان متولد شدن اسما ۲۱ سال بیان کرده اند،^{۷۵۹} و براساس بیان تاریخ نویسان وی در سال ۱۳ هجری در حالی که ۶۳ سال سن داشته است از دنیا رفته است، با توجه به این شواهد نیز عایشه در زمان بعثت هفت ساله بوده است و در زمان اول هجرت ۲۱ سال داشته است.
۶. بعضی علمای اهل سنت در مقام رفع تعارض روایتی که از نبی اکرم نقل می کنند که ایشان فرموده است: «كَمُلَ مِنَ الرِّجَالِ كَثِيرٌ، وَلَمْ يَكْمُلْ مِنَ النِّسَاءِ: إِلَّا أَسِيَّةُ امْرَأَةِ فِرْعَوْنَ، وَمَرْيَمُ بِنْتُ عِمْرَانَ، وَإِنَّ فَضْلَ عَائِشَةَ عَلَى النِّسَاءِ كَفَضْلِ الثَّرِيدِ عَلَى سَائِرِ الطَّعَامِ»^{۷۶۰} و روایت صحیحہ ایشان نسبت به فاطمه زهرا سلام الله علیها که میفرمایند: «يَا فَاطِمَةُ أَلَا تَرْضَيْنَ أَنْ تَكُونِي سَيِّدَةَ نِسَاءِ الْعَالَمِينَ، وَ سَيِّدَةَ نِسَاءِ هَذِهِ الْأُمَّةِ، وَ سَيِّدَةَ نِسَاءِ الْمُؤْمِنِينَ»^{۷۶۱} بیان می کنند که احتمال دارد این حدیث نبوی در رابطه با عایشه قبل از بلوغ فاطمه زهرا سلام الله علیها بوده است و و هنوز مستحق روایت سیده النساء نبود است زیرا که هر فضیلتی که غیر فاطمه دارد را باید فاطمه زهرا داشته باشد.^{۷۶۲} با این وجود که فاطمه زهرا در زمان شهادتشان ۲۵ ساله بوده است این بدین معناست که ایشان دو سال قبل از بعثت به دنیا آمده اند، پس باید در زمانی فاطمه زهرا سلام الله علیها بر فرض صغیره هستند، عایشه بالغه باشد تا مورد وصف رسول اکرم قرار گیرد.^{۷۶۳}
۷. ابن قتیبہ نوشته که عایشه در سال ۵۸ هجری قمری در ۷۰ سالگی فوت کرده است،^{۷۶۴} با این که سخن ابن قتیبہ با دیگر سخنانش در تضاد است و به دلیل اشتباه زیادی که در تسعین و سبعین می شده است احتمال دارد که سن عایشه ۹۰ سال بوده باشد. اما حتی با پذیرش سخن او نیز عایشه در سال اول هجرت بیشتر از ۹ سال داشته است.^{۷۶۵}

^{۷۵۶} ابن کثیر، البداية و النہایة، ۳۴۵-۳۴۶؛ ذہبی، محمد بن احمد، (۱۴۱۴ق)، سیر اعلام النبلاء، ۲۵ ج. بیروت: مؤسسۃ الرسالۃ، ۲/۲۸۸
^{۷۵۷} ابن عساکر، علی بن حسن، (۱۴۱۵ق)، تاریخ مدینۃ دمشق. بیروت: دار الفکر، ۹/۶۹
^{۷۵۸} عاملی، جعفر مرتضی، (۱۳۸۵)، الصحیح من سیرۃ النبی الأعظم (ط - جدید)، ۳۵ ج. قم: مؤسسۃ علمی فرهنگی دار الحدیث. سازمان چاپ و نشر، ۴/۱۰۰
^{۷۵۹} ابن عساکر، علی بن حسن، (۱۴۱۵ق)، تاریخ مدینۃ دمشق، ۹/۶۹-۱۰
^{۷۶۰} ابن کثیر، اسماعیل بن عمر، (۲۰۰۶م)، السیرۃ النبویۃ. بیروت: دار نوبلیس، ۲/۱۳۷
^{۷۶۱} حاکم نیشابوری، محمد بن عبدالله (بی تا)، المستدرک علی الصحیحین، بیروت: دار المعرفۃ، ۳/۱۵۶
^{۷۶۲} طحاوی، احمد بن محمد، (۱۳۳۳ق)، مشکل الآثار، بیروت: دار صادر، ۱/۵۲
^{۷۶۳} عاملی، الصحیح من سیرۃ النبی الأعظم (ط - جدید)، ۴/۱۰۱
^{۷۶۴} ابن قتیبہ، المعارف، ۵۹
^{۷۶۵} عاملی، الصحیح من سیرۃ النبی الأعظم (ط - جدید)، ۴/۱۰۱-۱۰۲

۸. در نقلی نیز بیان شده است که عایشه قبل از رسول اکرم در عقد فرد دیگری بوده است و با او زندگی میکرده و بعد آن به عقد حضرت درآمده است. و اگر این قول صحیح باشد قطعاً باید عایشه سنی بیشتر داشته باشد که بتواند طلاق گرفته و به عقد نبی اکرم صلی الله علیه و آله دربیاید. در طبقات الکبری بیان شده است که: «پیامبر عایشه را از ابوبکر خواستگاری کرد و ابوبکر او را به عقد جبرین مطعم درآورده بود، پس ابوبکر طلاق عایشه را گرفت و او با پیامبر ازدواج کرد.»^{۷۶۶} طبرانی در المعجم الکبیر^{۷۶۷} و ابن حجر در الاصابه این نقل را تأیید می کنند.^{۷۶۸}

در این نقل چند شبهه وجود دارد: مانند خواستگاری حضرت رسول اکرم صلی الله علیه و آله از ابوبکر نسبت به زن شوهر دارد که اگر نبی اکرم می دانسته است، چگونه رضایت به طلاق یک رابطه و ازدواج با خود میداده، بیشتر این خلق به سلاطین جور می آید تا نبی اکرمی که نشان «انک لعلی خلق عظیم» دارد. و اگر نمی دانسته که این نیز نقصی به ساحت نبی اکرم است.

صاحب الصحیح من سیرة نبی الاعظم در مقام استدلال اثبات می کند که رسول اکرم از ابوبکر خواستگاری نکرده است، بلکه شخص او به رای خود دخترش را طلاق داده و نزد رسول آورده تا با غرض های خاص به عقد نبی در آورد. و حتی عایشه از جبرین یک فرزند داشته است که نامش عبدالله بوده و تاریخ نویسان او را فرزند اسماء می شمارند در صورتی که وقتی عایشه از حضرت درخواست کنیه می کند ایشان می فرماید: «فاکنی بابنک عبدالله» کنیه ات را به اسم فرزندت عبدالله قرار میدهم.^{۷۶۹}

و به این نکته نیز باید توجه داشت که در هیچ یک از منابع تاریخی نقلی دیده نشده است که کودکی قبل از بلوغ، به خانه همسر رفته باشد. و این نشان می دهد که اگر کودک همسری در عصر نبی صلی الله علیه و آله یا اهل بیت عصمت و طهارت بوده، صرف عقد نکاح است و رفتن به خانه شوهر بعد از سن بلوغ بوده است.

۳-۱-۲-۱- استناد به سنت اصحاب

روایات از اصحاب: ازدواج دختر صغیره علی علیه السلام با عمر و همینطور فردی که دخترش را به ازدواج عبدالله پسر حسن بن علی درآورده است و اجازه علی علیه السلام به این ازدواج ها. و ازدواج پسر مسیب بن نخبه با دختر صغیری که عبدالله بن مسعود آن را تأیید کرده است و آن ها را به عقد هم درآورده است.^{۷۷۰}

نقد و بررسی: از نظر فقه امامیه استناد به افعال و سنت اصحاب حجیت ندارد مگر این که اصحاب رسول خداوند معصوم باشند که بتوان به فعل آنها استناد کرد. در صورتی که در تاریخ خطاهای متعدد برای اصحاب نبی اکرم نوشته شده است، تا جایی که مشمول اجرای حدود شده اند. با این تفصیل تنها می شود به نقل هایی از ازدواج کودکان اشاره کرد که در زندگی معصومین صورت گرفته و فعل آنها بوده است. حتی تقریر و قول آنها نسبت به تجویز این امر نیز نیاز به بررسی دارد که در بخش قبل به آن پرداخته شد.

^{۷۶۶} ابن سعد، طبقات الکبری، ۴۷/۸

^{۷۶۷} طبرانی، سلیمان بن احمد، (۱۴۰۵-۱۴۰۶ق)، المعجم الکبیر، ۲۶ ج. قاهره: مکتبة ابن تیمیة، ۲۶/۲۳

^{۷۶۸} ابن حجر، عسقلانی، الإصابة فی تمییز الصحابة، ۲۳۳/۸

^{۷۶۹} رک: عاملی، الصحیح من سیرة النبی الأعظم (ط - جدید)، ۱۱۰/۳-۱۲۳

^{۷۷۰} زحیلی الفقه الاسلامی وادلته، ۶۶۸۳/۹

و اما ازدواج عمر خطاب با جناب ام کلثوم که در اصل و جزئیات آن اختلافات فراوان وجود دارد. در رابطه با وجود و تحقق این ازدواج و عدمش بین علماء شیعه و اهل سنت اختلاف است، البته علماء قرون اخیر شیعه با استناداتی این ازدواج را غیر واقعی می دانند ولی مشهور و شاید هممه علمای اهل سنت و تعداد زیادی از علمای شیعه این ازدواج را حقیقت می دانند اما در جزئیاتش با اهل سنت اختلافات اساسی و فراوان دارند. البته روایات نقل شده از ائمه معصومین در این موضوع متعدد و صحیح است و نمی توان به سند و دلالت آن خدشه ای وارد کرد. تا حدی که تستری ادعای تواتر کرده است که البته اثبات این ادعا دشوار به نظر می رسد.^{۷۸} سخن در رابطه با جزئیات این ازدواج از مجال این پژوهش خارج است و در مسیر اهداف پژوهش به نظر نمی رسد اما نکات و اشکالاتی که این ازدواج را فاقد حجیت در رابطه با کودک همسری میکند عبارتند از:

۱. اولین اشکال، سن جناب ام کلثوم در حال ازدواج است، در تاریخ بیان شده است که این ازدواج در سال ۱۷ هجری قمری رخ داده است^{۷۹} و اگر ایشان در سال ششم هجری به دنیا آمده باشند در زمان ازدواج ۱۱ یا ۱۲ ساله بوده اند و اگر در سال هشتم یا نهم هجری متولد شده باشند، نیز در سن نه سالگی بوده اند. با این شرایط اصلاً ازدواج در سن کودکی رخ نداده است و ام کلثوم در زمان ازدواج بالغ بوده اند. موید این اشکال سخن طبری و ابن اثیر است که می گویند عمر در ذی القعدة با ام کلثوم زفاف کرده است. البته این نقل اشکالاتی دارد که به نظر قوی می آید اول روایات نقل شده از امیرالمومنین است که ام کلثوم را صغیره می داند، دوم؛ نقل های تاریخی است که بیان میکند عمر قبل بلوغ ام کلثوم مرده است و با او زفاف نکرده است.^{۷۹}
۲. اختلافات و تناقض ها در نقل های صورت گرفته از این واقعه آنقدر زیاد است که هر خواننده و پژوهشگری را به شک نسبت به صحت این نقل ها وامی دارد،^{۷۹} حتی پژوهشگران و تاریخ دانانی مانند صاحب الصحیح من سیره امام علی علیه السلام می گویند تشخیص نقل صحیح از دروغ و غیر صحیح در میان این نقل ها کار بسیار دشواری است.^{۷۵} و وجود این تناقضات تعدد به کذب در این نقل های اهل سنت را برای غرض هایی مانند رفع شبهه ... ثابت میگرداند.^{۷۶} اگر مصمم باشیم که این واقعه در اصل رخ داده است و بافته دوست داران خلیفه دوم برای برابری وی با امیرمومنان علی علیه السلام نیست.
۳. نکته اساسی و اصلی دیگر در این ازدواج اجبار ام کلثوم و اکراه امیرالمومنین علیه السلام به این ازدواج است که در نقل فریقین بی شک قابل اثبات است. این ازدواج در جالت عادی واقع نشده است که بتوان حکم آن را به عنوان حجت بر عموم مردم تسری داد. شواهد برای این امر را میتوان برشمرد: الف) روایات متعدد و نقل های گوناگون از شیعه و سنی دلالت دارد بر این که امیر المومنین علیه السلام چندین بار درخواست عمر را به دلیل های مختلف رد می کند مانند: سن کم ام کلثوم و صغیره بودن وی^{۷۷}، یا حبس کردن دخترانش برای فرزندان

^{۷۸} رک: عاملی، جعفر مرتضی. (۱۴۲۳ق). ظلامه ام کلثوم. ۱ ج. بیروت: المركز الإسلامی للدراسات.

^{۷۹} طبری، محمد بن جریر. (بی تا). تاریخ الرسل و الملوك. ۱۶ ج. تهران: جهان. ۱۶۸/۳

^{۷۹} زرقانی، محمد بن عبد الباقي. (۱۴۱۷ق). شرح العلامة الزرقانی علی المواهر اللدنیة بالمنح المحمدیة. بیروت: دار الکتب العلمیة. ۲۵۴/۹

^{۷۴} رک: حسینی میلانی، علی. (۱۳۸۶). ازدواج ام کلثوم با عمر (بررسی و نقد). ۱ ج. قم: مرکز حقایق اسلامی.

^{۷۵} عاملی، ظلامه ام کلثوم، ۲۷

^{۷۶} عاملی، ظلامه ام کلثوم، ۳۵

^{۷۷} ابن حجر الهیتمی المکی، (۱۴۰۳ق)، الصواعق المحرقة، قاهره: دارالکتب العلمیه و دار الکتب المحمدیه. ۲۳۹

برادرش جعفر^{۷۷۸} و وجود برادرانی برای ام کلثوم و لزوم مشورت با آنها.^{۷۷۹} به نظر میرسد بیان امیرمومنان علیه السلام در رابطه با صغر ام کلثوم از باب ندیدن خون حیض است به این معنا که بالغ شرعی بوده ولی حیض ندیده است و یا اینکه سینه نقل شده برای تولد ام کلثوم غلط است و حتما سخن امام معصوم اولی بر نقل های تاریخ است. (ب) تهدید های عمر نسبت به امیر المومنین علیه السلام که در کتب شیعه و سنی نقل شده است. در کتب اهل سنت نقل شده است که عمر صبح روزی در مدینه به منبر می رود و از مردم می پرسد که اگر امام و خلیفه شما مرد و زنی را در حال فحشا ببیند و حد بر آنها جاری کند شما چه میکنید؟ مردم میگویند: این فعل امام است و تو امامی. در این زمان علی علیه السلام میفرماید من حد بر تو جاری میکنم زیرا خداوند از این حد کسی را در امان نمی گذارد مگر با چهار شاهد.^{۷۸۰} و در مسانید امامیه روایتی نقل شده از ابن ابی عمیر است که عمر در جواب رد حضرت به او خطاب به عباس می گوید که: « قَالَ خَطَبْتُ إِلَى ابْنِ أَخِيكَ فَرَدَّنِي أَمَا وَاللَّهِ لَأَعُورَنَّ زَمْزَمَ وَلَا أَدْعُ لَكُمْ مَكْرَمَةً إِلَّا هَدَمْتُهَا وَلَأُقِيمَنَّ عَلَيْهِ شَاهِدِينَ بِأَنَّهُ سَرَقَ وَلَأَقْطَعَنَّ يَمِينَهُ؛ » عمر گفت: از پسر برادرت (ام کلثوم را) خواستگاری کردم، ولی او مرا نپذیرفت. به خدا سوگند! مطمئن باش که چاه زمزم را پر می کنم، هیچ کرامتی را برای شما باقی نمی گذارم و همه را از بین می برم و شاهدانی می آورم که (به دروغ) بگویند: او (علی علیه السلام) دزدی کرده است و دست راستش را قطع می کنم.^{۷۸۱} و همینطور روایت صحیح دیگر از امام صادق علیه السلام که می فرماید: « عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: فِي تَزْوِيجِ أُمِّ كَلْثُومٍ فَقَالَ إِنَّ ذَلِكَ فَرْجٌ غُصْبَنَاهُ. »؛ « زرارہ گوید: از امام صادق علیه السلام در مورد ازدواج ام کلثوم پرسیدم: فرمود: آن، ناموسی بود که از ما غصب شد. » این روایت به صراحت بیان می کند که این ازدواج در شرایط عادی محقق نشده است و در اوج مظلومیت امیر المومنین علیه السلام با کراه کامل اتفاق افتاده است بلکه غصب بوده و رضایتی وجود نداشته است و روایات متعدد دیگر که صراحت در این تهدید و اکراه دارند.

۴-۱-۲-۱- قاعده ولایت اجبار

زمانی که کفوی برای کودک وجود دارد که تا سن بلوغ فرصت ازدواج با آن را ازدست می دهد، تزویج کودک مصلحت دارد. و ولی باید این مصلحت را برای کودک جلب کند.

در فقه اهل سنت ولایت در نکاح اسباب مختلفی دارد:

الف) قرابت: اهل سنت یکی از عوامل ثبوت ولایت را قرابت می دانند زیرا که قرابت باعث وجود شفقت نسبت به کودک می شود، و این سنت را در حق او رعایت می کند و در این باب به آیه «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ»^{۷۸۲} اشاره می کنند و در ذیل آن به روایتی از نبی اکرم استدلال می کنند، که می فرماید: «تَخَيَّرُوا لِنُطْفِكُمْ وَأَنْكِحُوا الْأَكْفَاءَ وَأَنْكِحُوا إِلَيْهِمْ»^{۷۸۳}

^{۷۷۸} ابن حجر الهیثمی المکی، الصواعق المحرقة، ۲۳۹

^{۷۷۹} ابن اسحاق همدانی، سیرت رسول الله، ۲۴۸

^{۷۸۰} بیهقی، احمد بن حسین. (۱۳۴۴ق). السنن الکبری. ۹ ج. حیدرآباد: مطبعه مجلس. دائرة المعارف النظامیه.

^{۷۸۱} کلینی، الکافی، ۳۴۶/۵

^{۷۸۲} نور، ۳۲

^{۷۸۳} علاء الدین کاشانی، بدائع الصنائع، ۲/۲۳۷-۲۳۸؛ درذیر، أبو البرکات احمد بن محمد المالکی. (بی تا). الشرح الصغیر علی أقرب المسالک إلى مذهب الإمام مالک، القاهرة: دار المعارف. ۱۱۳/۳-۱۱۶

(ب) ملک

(ج) الولاء: در این باب اشاره به روایت نبوی دارند که می‌فرماید: «الولاء لمحّة كلمحة النسب لاتباع و لا توهب»^{۷۸۴}

(د) الامامة: ولایت در نکاح به امامت نیز اثبات می‌شود آن هم نیز با استدلال به روایت نبوی صلی الله علیه و اله: «السلطان ولی من لا ولی له» و دلیل دیگر که امام نائب مسلمین است.^{۷۸۵}

(ه) وصایا: بعضی فقه‌های اهل سنت ولایت در نکاح را برای وصی نیز پذیرفته‌اند.^{۷۸۶}

در این نوع از ولایت، ولی بر مولی علیه خود سلطه ای دارد که تصرف او نسبت مولی علیه مانند تصرف خود مولی علیه تلقی شده است.^{۷۸۷}

الف) حنفیه:

ولایت اجبار برای مطلق اولیاء اقربائی ثابت است و در این نوع ولایت، ولی می‌تواند مولی علیه صغیر یا صغیره و یا مجنون خود را به ازدواج در بیاورد. ایشان مبنای این ولایت را روایت نبوی می‌دانند که می‌فرماید: «النکاح الی العصبات»^{۷۸۸}

و همینطور روایت نقل شده از عایشه: «تزوجنی رسول الله صلی الله علیه و سلم وأنا بنت ستّ سنین و دخل علیّ و أنا بنت تسع سنین ...»^{۷۸۹} شرط ثبوت این ولایت صغیر و صغیره بودن است و بکر یا غیر بکر بودن آن تفاوتی ایجاد نمی‌کند.

دلیل دیگری که برای این ولایت بیان شده است مصالحی است که برای نکاح شمرده می‌شود و این مصالح زمانی حاصل می‌شود که نکاح بین متکافئین حاصل شود و کفو همیشه یافت نمی‌شود، پس اگر کفوی پیدا شد مصلحت اقتضا می‌کند که به ازدواج آن کفو درآید.

و به دلیل این که شفقت در پدر و جد پدری نسبت به فرزند در اوج است حق خیار برای فرزند ایجاد نمی‌شود و نیازی به وجود آن نیست و حتی اگر نکاح غیر کفو نیز باشد خیار لازم نمی‌آید زیرا که شفقت آنها اقتضا می‌کند این تصمیم به مصلحت کودک باشد. البته اگر این نکاح از طرف غیر پدر و جد پدری باشد، خیار برای کودک ثابت است. با این همه ابویوسف می‌گوید: «خیار برای نکاح توسط غیر جد و پدر نیز ثابت نیست.»^{۷۹۰}

ب) مالکیه:

در فقه مالکیه سه گروه ولی مجبر هستند:

^{۷۸۴} مرداوی، الإنصاف فی معرفه الرّاجح من الخلاف، ۷/۷۰-۷۱؛ دردری، شرح الصغیر، ۳۵۱/۲

^{۷۸۵} مرداوی، الإنصاف فی معرفه الرّاجح من الخلاف، ۷/۷۰-۷۱؛ نووی، روضه الطالبین، ۵۳/۷-۵۵

^{۷۸۶} ابن شاس، عبدالله بن محمد، (۱۴۲۳ق). عقد الجواهر الثمینه فی مذهب عالم المدینة، بیروت: دار الغرب الإسلامی، ۴۱۶/۲

^{۷۸۷} زحیلی، الفقه الإسلامی و ادلته، ۶۶۹۱/۹

^{۷۸۸} علاء الدین کاشانی، بدائع الصنائع، ۲/۲۴۱

^{۷۸۹} ابن سعد، طبقات الکبری، ۴۷/۸

^{۷۹۰} مجموعه مؤلفین، (۱۴۲۷ق). الموسوعة الفقهیة الكويتیة، ج ۲، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الإسلامیة، ۲۶۰/۴۱

الف) پدر: نکاح توسط پدر حتی اگر کمتر از مهرالمثل باشد صحیح است، حتی دختری که صغیره بوده و توسط همسرش ازاله بکارت شده را نیز به دلیل صغرش ذیل این قاعده می‌دانند.

البته در اجبار پدر بر کودک شرط شده است که ازدواج نباید باعث ضرری برای کودک شود مانند: ازدواج با خصی.^{۷۹۱}

ب) وصی پدر در زمان فقد پدر: در فقه مالکی با این که وصی را جایگزین پدر می‌دانند ولی به خلاف پدر تزویج به کمتر از مهر المثل برای وصی جایز نیست. شرط دیگر آن است که خود پدر باید زوج را مشخص کرده باشد و گرنه اجباری برای وصی نمی‌باشد. البته اگر در وصیت خود وصی را به تزویج فرزند با آنکه او می‌پسندد یا صلاح می‌داند مختار کرده باشد، ولایت اجبار برای او ثابت است و اگر این قید نشده باشد این طور نیست

ج) مالک برای عبد و امه.

در مکاتب فقهی مختلف اهل سنت نظرات مختلفی در مورد کسانی که ولایت اجبار در تزویج دارند مطرح شده است که می‌توان آنها را به شرح ذیل دانست:

ج) شافعی: در فقه شافعی نیز ولایت اجبار برای صغیر و صغیره پذیرفته شده است، مستند این حکم را حدیثی از عبدالله بن عمر بیان می‌کنند: «الزوج ابنا له صغیراً» و دلیل دیگر آن را عمل براساس مصلحت پدر می‌دانند، و در نکاح به طور عمومی مصلحت برای کودک وجود دارد زیرا او به نکاح نیاز دارد و در آینده وقتی به سن قابلیت استمتاع برسد این امر در اختیار او است.^{۷۹۲} البته مسعودی در کتاب خود می‌گوید: بعضی فقها مطلقاً تزویج صغیر را جایز نمی‌دانند زیرا صغیر حاجتی برای نکاح ندارد. برای آن شروطی نیز بیان کرده اند:

۱) بین زوج و زوجه عداوتی نباشد، این دشمنی باید ظاهر باشد و در غیر ظاهر بودن تزویج اشکالی ندارد.

۲) تزویج به کفو باشد.

۳) تزویج به مهر المثل و بیشتر از آن باشد.

۴) مهریه از پول جاری آن شهر باشد.

۵) زوج در پرداخت مهر معسر نباشد.

۶) طرفین ازدواج یا دیگری متضرر نشوند مانند ازدواج با اعمی^{۷۹۳}

شافعیه ترک تزویج صغیره را تا سن بلوغ مستحب می‌دانند.

د) حنبله: در فقه حنبلی فقط پدر می‌تواند فرزند صغیرش را به ازدواج در آورد، البته آنها نیز شروطی را بیان می‌کنند مانند این که تزویج نباید با معیب یا عبد باشد. بعضی فقهای دیگر شروطی دیگر نیز بیان کرده اند مانند: زوج یا زوجه کفو باشد،

^{۷۹۱} مجموعه مؤلفین، الموسوعة الفقهية الكويتية، ۲۶۱/۴۱

^{۷۹۲} عمرانی، یحیی بن سالم (۱۴۲۱ق). البیان فی مذهب الإمام الشافعی، بیروت: دار المنهاج. ۲۱۱-۲۱۰/۹

^{۷۹۳} شربینی، منی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، ۱۴۹/۳ و ۱۵۰ و ۱۵۹ و ۱۶۸ و ۱۷۲؛ نووی، روضة الطالبین، ۵۵-۵۳/۲ و ۹۴-۹۵

د: عدم وجود منفعت در این نوع ازدواج^{۷۹۹}

به نظر می‌رسد اصلی‌ترین دلیل فقهای اهل سنت، فعل رسول خدا صلی الله علیه و آله در ازدواج با عایشه در حالی که وی ۶ یا ۸ سال بوده است می‌باشد که به تفصیل عدم صحت آن بیان شد. حتی می‌توان شواهدی یافت که این مسئله از فقه اهل سنت به فقه امامیه ورود پیدا کرده و موضوع پرسش از ائمه علیهم السلام قرار گرفته است.

۲- قوانین موضوعه ایران

نظام حقوقی ایران نسبت به شرط حداقل سن ازدواج تحولات گسترده‌ای را درک کرده است.

قانون مدنی ۱۳۱۳ تزویج کودکان را ممنوع می‌کند که به نظر می‌رسد تحت تأثیر مکاتب حقوقی غرب بوده است. پس از آن ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی: «نکاح انث قبل از ۱۶ سال تمام و ذکور قبل از ۱۸ سال تمام ممنوع است. معذک در مواردی که مصالحی اقتضا کند با پیشنهاد مدعی العموم و تصویب محکمه ممکن است استثنائاً معافیت از شرط اعطا شود. ولی در هر حال این معافیت نمی‌تواند به انائی داده شود که کمتر از ۱۱۳ سال تمام و به ذکوری که کمتر از ۱۵ سال تمام دارند داده شود» تصویب شد.

ماده ۳ قانون ازدواج مصوب سال ۱۳۱۰ کیفرهایی را نسبت به ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی ۱۳۱۳ قانون مجازات اسلامی بیان کرده بود. «هر کس برخلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی با کسی که هنوز به سن قانونی نرسیده ازدواج کند به شش ماه الی دو سال حبس تأدیبی محکوم خواهد شد و اگر دختر به سن ۱۳ سال نرسیده باشد لا اقل به ۲ الی ۳ سال حبس تأدیبی محکوم می‌شود و در هر مورد ممکن است علاوه بر مجازات حبس به جزای نقدی از ۲ هزار ریال الی ۲۰ هزار ریال محکوم گردد و اگر در اثر ازدواج به خلاف مقررات فوق واقعه منتهی به نقص یکی از اعضا یا مرض دائم زن گردد، مجازاتزوج از ۵ سال الی ۱۰ سال با اعمال شاقه است و اگر منتهی به فوت زن شود مجازات زوج حبس دائم با اعمال شاقه است. عاقد و خواستگار و سایر اشخاصی که شرکت در جرم داشته اند نیز به همان مجازات یا مجازاتی که برای معاون جرم مقرر است محکوم می‌شوند»

ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی را نسخ می‌کند. این ماده بیان می‌کند: «ازدواج زن قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام و مرد قبل از رسیدن به ۲۰ سال تمام ممنوع است مع ذلک در مواردی که مصالحی اقتضا کند استثناء در مورد زنی که سن او از ۱۵ سال کمتر نباشد و برای زندگی زناشویی استعداد جسمی و روانی داشته باشد و به پیشنهاد دادستان و تصویب دادگاه شهرستان، ممکن است معافیت از شرط سن اعطا شود.»

زن یا مردی که برخلاف مقررات این ماده با فرد کمتر از سن قانونی برای ازدواج نرسیده مزاجت کند. حسب مورد به مجازات‌های مقرر در ماده ۳ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۶ محکوم خواهد شد.

در سال ۱۳۶۱ اصلاحیه‌ای به بعضی مواد قانون مدنی توسط کمیسیون امور قضایی مجلس شورای اسلامی در صحن علنی به تصویب رسد و به مدت ۵ سال به صورت آزمایشی اجرا شد و در نهایت در سال ۱۳۷۰ به تصویب نهایی رسید و به صورت قانون درآمد.

^{۷۹۹} زحیلی، الفقه الإسلامی و أدلته. ۶۶۸۲/۹

«نکاح قبل از بلوغ ممنوع است. تبصره: عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی صحیح است به شرط رعایت مصلحت مولی علیه» این ماده نیز باردیگر در سال ۱۳۸۱ اصلاح شد. در ابتدای طرح اصلاح این ماده بیان شده است که: «این ماده باعث بروز ناهنجاری‌هایی در امر ازدواج دختران و پسران شده است چه از جنبه سلامت جسمی و چه از جنبه متلاشی شدن کانون خانواده بعد از رسیدن به سن بلوغ.» در ادامه بیان می‌کند که علاوه بر مشکلات بین المللی برای کشور باعث سوء استفاده افراد سودجو شده است و اصل اختیار را زیر سوال برده است در طرح مزبور سن پیشنهاد شده برای نکاح ۱۴ سال تمام شمسی برای دختران و ۱۷ سال تمام شمسی برای پسران تعیین شده است. و ازدواج کمتر از این سن را منوط به اجازه دادگاه دانسته است. این طرح پس از بررسی در کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس به ۱۵ سال و ۱۸ سال تغییر و مورد تصویب صحن علنی قرار گرفت ولی شورای نگهبان آن را خلاف شرع دانست و طرح آن در تشخیص مصلحت نظام این مجمع ماده را به این صورت به تصویب رساند.

«عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح.» قانون فوق مشتمل بر ماده واحده در جلسه علنی روز یکشنبه مورخ بیست و هفتم آذر ماه یکهزار و سیصد و هفتاد و نه مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۸۱.۴.۱ با اصلاحاتی در عنوان و متن به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است.

ماده ۳ قانون ۱۳۱۶ نیز که در مجازات کودک همسری وضع شده بود ب تصویب ماده ۶۴۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ نسخ گردید.

البته عدم توجه به مجازات اعمال موجب نقص عضو باعث شد در ماده ۵۰ لایحه حمایت از خانواده از سوی قوه قضائیه که در مجلس در سال ۱۳۹۱ به تصویب رسید به این امر نیز توجه شود. «هرگاه مردی برخلاف مقررات ماده (۱۰۴۱) قانون مدنی ازدواج کند، به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. هرگاه ازدواج مذکور به واقعه منتهی به نقص عضو یا مرض دائم زن منجر گردد، زوج علاوه بر پرداخت دیه به حبس تعزیری درجه پنج و اگر به واقعه منتهی به فوت زن منجر شود، زوج علاوه بر پرداخت دیه به حبس تعزیری درجه چهار محکوم می‌شود. تبصره - هرگاه ولی قهری، مادر، سرپرست قانونی یا مسوول نگهداری و مراقبت و تربیت زوج در ارتکاب جرم موضوع این ماده تاثیر مستقیم داشته باشند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شوند. این حکم در مورد عاقد نیز مقرر است. با بررسی سیر تاریخی و تحولی قانون سن ازدواج در قوانین موضوعه می‌توان به اشکالاتی به قانون موجود مصوب تشخیص مصلحت اشاره کرد:

الف) عدم وجود ضمانت اجرای کیفری برای تزویج دختر ۹ تا ۱۳ ساله زیرا ماده ۶۴۶ فقط برای ازدواج با دختران زیر سن بلوغ جرم انگاری کرده و مجازات بیان نموده است.

ب) عدم مسئولیت ولی در تزویج دختر زیر سن نکاح بدون وجود مصلحت. اصلاحیه ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۹ فقط برای ولایت مالی ضمانت اجرا بیان نموده است. «هرگاه ولی قهری طفل رعایت غبطه صغیر را ننماید و مرتکب اقداماتی شود که موجب ضرر مولی علیه گردد به تقاضای یکی از اقارب وی و یا به درخواست رئیس حوزه قضایی پس از اثبات، دادگاه ولی مذکور را عزل و از تصرف در اموال صغیر منع و برای اداره امور مالی طفل فرد صالحی را به عنوان قیم تعیین می‌نماید. همچنین اگر ولی قهری به واسطه کبر سن و یا بیماری و امثال آن قادر به اداره اموال مولی

علیه نباشد و شخصی را هم برای این امر تعیین ننماید طبق مقررات این ماده فردی به عنوان امین به ولی قهری منضم می‌گردد.»

ج) عدم مسئولیت کیفری معاونین در عقد نکاح

د) عدم نظارت دادگاه به شخص مورد نظر برای ازدواج و صرف تشخیص آمادگی جسمانی برای نکاح.

ه) عدم تطابق سن نکاح با اماره رشد، و عدم توانایی استیفای حقوق مالی توسط خود فرد غیر رشید^{۸۰۰}

^{۸۰۰} عباسی، کودک همسری در حقوق ایران و نظام های بین المللی حقوق بشر، ۸۵

فصل پنجم: چالش‌های کودک

همسری

به نظر می رسد پیش از اینکه به پیامدهای ازدواج کودکان از جنبه های مختلف پرداخته شود بررسی اجمالی کارکرد های خانواده موثر باشد زیرا ازدواج عامل ایجاد یک خانواده است. و اگر ازدواجی صورت گیرد که کارکردهایش در خانواده ایجاد نشود موجب پیامدهای گسترده ای برای افراد و جامعه خواهد شد.

۱- کارکردهای عقد نکاح

در منابع اسلامی کارکردهایی برای عقد نکاح و تشکیل خانواده مطرح شده است که مهم ترین آنها به شرح ذیل است:

۱-۱- مودت، تسکین و رحمت

دین اسلامی خانواده را محلی برای آرامش اعضای خانواده برمی شمارد و این آرامش را از نشانه های خدا می داند. «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ»؛ «و از نشانه های او اینکه همسرانی از جنس خودتان برای شما آفرید تا در کنار آنان آرامش یابید، و در میانتان مودت و رحمت قرار داد؛ در این نشانه هایی است برای گروهی که تفکر می کنند!» مفسرین این سکون را شامل استقرار مادی و معنوی می دانند و باعث رفع اضطراب می شود.^{۸۰۱}

علامه طباطبائی زن و مرد را دارای مشخصات خاصی می داند که کارکرد هر کدام مکمل دیگری است و تولید نسل برآیندی از این تکامل است و به دلیل این نقص و نیاز به دیگری، کشش بین یکدیگر ایجاد می شود و در نتیجه رفع نقص آرامش یافته و نیازهای خود را پاسخ یافته می بینند.^{۸۰۲}

انسان فطرتاً نیاز به اسایش و آرامش جنسی و روحی و خو گرفتن با دیگری دارد و اصلی ترین راه دستیابی به این امور ازدواج است.^{۸۰۳}

پژوهش های روانشناسی نیز رابطه مستقیم بین عدم ازدواج و عدم سلامت روانی را اثبات کرده است.^{۸۰۴}

و همینطور ایجاد اموری همچون عشق و محبت و استقلال و خود کفایی باعث امنیت روانی و بهبود شرایط روانی فردی می شود.

۲-۱- تنظیم رفتار جنسی

در اثر ازدواج این گزینه نهادینه شده در انسان در مسیر طبیعی خود قرار می گیرد و باعث ترک گناهان جنسی می شود و به رشد معنوی انسان نیز کمک می کند. به بیان حضرت صادق علیه السلام این نیاز جنسی لازم بود تا بشر بقا پیدا کند و اگر به تنهایی میل به ازدیاد فرزند مسئولیت حفظ بقای انسان را برعهده داشت، به جهت سستی بشر نسل آن قطع می شد.

^{۸۰۱} مصطفوی، التحقيق فی کلمات القرآن، ۶۲۱/۵؛ رازی تفسیر کبیر، ۹۶/۲۰

^{۸۰۲} طباطبائی، المیزان فی تفسیر القرآن، ۱۶۶/۱۶

^{۸۰۳} احمدی فر، مصطفی. ازدواج و تأمین بهداشت روانی از نگاه قرآن و حدیث، فصلنامه قرآنی کوثر، ش ۳۳: ۹ و ۱۰ و ۱۲

^{۸۰۴} حمیدی، محمد رضا و همکاران، شیوع اختلالات روان پزشکی در استان اصفهان، دو فصلنامه تحقیقات علوم رفتاری، مرکز تحقیقات علوم رفتاری وابسته به دانشگاه علوم پزشکی و خدمات بهداشتی درمانی استان اصفهان، شماره ۲: ۷-۱.

اسلام میل جنسی را امری مقدس بیان می کند «قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ مَنْ أَحَبَّ أَنْ يَكُونَ عَلَى فِطْرَتِي فَلْيَسْتَنْ بِسُنَّتِي فَإِنْ مِنْ سُنَّتِي النَّكَاحُ».^{۸۰۵} و همینطور روایت «عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: قِيلَ لَهُ مَا بَالُ الْمُؤْمِنِ أَعَزُّ شَيْءٍ فَقَالَ لَأَنْ عَزَّ الْإِيمَانُ فِي قَلْبِهِ وَ مَحْضُ الْإِيمَانِ فِي صَدْرِهِ إِلَى أَنْ قَالَ: فَمَا بَالُ الْمُؤْمِنِ قَدْ يَكُونُ أَنْكَحَ شَيْءٍ قَالَ لَأَنَّهُ يَحْفَظُ فَرْجَهُ عَنْ فُرُوجٍ لَا تَحِلُّ لَهُ لِكَيْلَا تَمِيلَ بِهِ شَهْوَتُهُ هَكَذَا وَ هَكَذَا فَإِذَا ظَفَرَ بِالْحَلَالِ اكْتَفَى بِهِ وَ اسْتَغْنَى عَنْ غَيْرِهِ.»^{۸۰۶}

ازدواج با کنترل فحشای فردی از جمله کنترل نگاه و فحشای اجتماعی مانند خود فروشی و... رکن اساسی مدیریت اجتماعی یک جامعه است، حتی شواهدی وجود دارد که مجرمین پس از ازدواج از ارتکاب جرم دست کشیده اند.^{۸۰۷}

۳-۱- تولید مثل

دین اسلام همواره بر تولید مثل امر کرده است و غرائض جنسی را مقدمه ای برای این امر می داند. رسول خدا می فرماید: «قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «تَزَوَّجُوا بَكْرًا وَلَوْ دَأَّ وَ لَا تَزَوَّجُوا حَسَنَاءَ جَمِيلَةً عَاقِرًا فَإِنِّي أَبَاهِي بِكُمْ الْأُمَمُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^{۸۰۸}

در اصل حکمت نهایی تشکیل خانواده، تحکیم ارزش های توحیدی است که بقای نسل اسلام مقدمه ای برای آن است. (محمّدی ری شهری، تحکیم خانواده، ص ۲۲) قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: مَا يَمْنَعُ الْمُؤْمِنَ أَنْ يَتَّخِذَ أَهْلًا لَعَلَّ اللَّهَ يَرْزُقُهُ نَسَمَةً تُثْقِلُ الْأَرْضَ بِإِلَهِ إِلَّا اللَّهَ.^{۸۰۹}

علاقه و لذت بردن بشر از حفظ نسل خود و همینطور نیاز جامعه به ورود افراد جدید و جوان، خانواده را متحمل این مسئولیت می کند که به عنوان یک کارکرد زیست شناسی بشری را تضمین می کند.^{۸۱۰}

مک ایور به عنوان یک جامعه شناس، خانواده را روابط زناشویی معینی که به تولید مثل می انجامد، می شمارد. جامعه شناسان دیگر نیز این وظیفه را از وظایف خانواده می دانند.^{۸۱۱}

۴-۱- حمایت و تربیت

حمایت از اعضای خانواده از لحاظ معیشتی و تربیتی تحت عناوین ولایت و حضانت ثمره ایجاد خانواده و نکاح است.

در این نوع نگاه به کاربرد حمایتی خانواده از نکاح و ازدواج ساخته می شود، که خانواده به محلی برای حمایت از افراد خانواده تبدیل می شود که در مواقع ناتوانی توسط دیگر اعضا حمایت شوند.^{۸۱۲} البته این حمایت در بین زوج و روجه نیز وجود دارد

^{۸۰۵} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۱۰۷/۲۰

^{۸۰۶} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۲۴۲/۲۰

^{۸۰۷} اشتهاردی، محمد محمدی (۱۳۷۹)، ازدواج و شیوه همسررداری از دیدگاه اسلام، تهران: کتاب یوسف. ۳۰

^{۸۰۸} کلینی، الکافی، ۵، ۳۳۳

^{۸۰۹} حر عاملی، تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، ۱۴/۲۰

^{۸۱۰} بستان، حسین، بختیاری، محمد عزیز و شرف الدین، سید حسین. (۱۳۸۷). اسلام و جامعه شناسی خانواده، چ ۳، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه. ۷ و ۶۷

^{۸۱۱} کوئن، مبانی جامعه شناسی، ۱۸۰؛ به نقل از محمد زاده، «چیستی نکاح و تأثیر آن بر احکام حقوق خانواده با تکیه بر دیدگاه امام خمینی»، ۹۲

^{۸۱۲} بستان، اسلام و جامعه شناسی خانواده، ۷۵

و رابطه زوحیت علقه ای بین این دونفر ایجاد می‌کند که نسبت به یکدیگر نقش حامی را داشته باشند «هَنْ لِبَاسُ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسُ لِهِنَّ»^{۸۱۳} «که آنها جامه شما و شما نیز لباس آنها هستید»

۵-۱- کنترل اجتماعی

به اعتقاد جامعه شناسان اصلی‌ترین وظیفه خانواده و ازدواج ایجاد یک کنترل اجتماعی است که اعضای خانواده بر یکدیگر پیدل می‌کنند و رفتار یکدیگر را به ویژه رفتار جنسی غیر متعارف را کنترل می‌کنند.

امیل دورکیم در تحلیل خودکشی‌های چند کشور اروپایی به این باور رسید که ازدواج باعث کاهش نسبت خود کشی در افراد می‌شود، همینطور در افراد دارای فرزند این نسبت بسیار کاهش یافته است.^{۸۱۴}

حتی در اسلام خانواده به عنوان رکن قوام بخش جامعه اسلامی منسجم شناخته می‌شود و امام هادی علیه السلام می‌فرماید: «عَبْدُ الْعَظِيمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَخْطُبُ بِهَذِهِ الْخُطْبَةِ... أَمَّا بَعْدُ فَإِنَّ اللَّهَ جَلَّ وَ عَزَّ جَعَلَ الْأَصْهَرَ مَالَةً لِلْقُلُوبِ وَ نِسْبَةً الْمَنْسُوبِ أَوْشَجَ بِهِ الْأَرْحَامَ وَ جَعَلَ رَافَةً وَ رَحْمَةً «إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِلْعَالَمِينَ»^{۸۱۵} «اینک خدای متعال خویشاوندی سببی را موجب انس دل‌ها و پیوند به وابستگان قرار داد، ارحام را به وسیله آن به هم پیوند داد و آن را موجب رأفت و رحمت گردانید که به راستی در این نشانه‌های برای جهانیان است.» در روایت دیگری از علی بن موسی الرضا نقل شده است که: «اگر در امر ازدواج و پیوند سببی آیه محکم، سنت و روش قابل پیروی و روایات فراوانی نبود البته آثاری که خداوند در آن قرار داده از نیکی به نزدیکان، نزدیکی با دورافتادگان، الفت دل‌ها، اتصال حقوق، تکثیر جمعیت و فرونی نسل برای سختی‌های روزگار و پیشامدهای امور؛ بس بود که خردمند تیزبین به آن راغب شود و انسان موفق و درستکار به آن پیشی گیرد و فرد ادیب خردورز به آن حرص می‌ورزد. از این رو شایسته‌ترین مردم در پیشگاه خدا کسی است که از فرمان او پیروی کند و حکم او را گردن نهد و قضای او را امضا کند و به امید پاداش او باشد. «خَطَبَ الرِّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ هَذِهِ الْخُطْبَةَ... وَ قَالَ «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ» وَ لَوْ لَمْ يَكُنْ فِي الْمَنَاحَةِ وَالْمُصَاهَرَةِ آيَةُ مُحْكَمَةٌ وَ لَا سُنَّةٌ مُتَّبَعَةٌ وَ لَا أَثَرٌ مُسْتَفِيزٌ لَكَانَ فِيمَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَرِّ الْقَرِيبِ وَ تَقَرُّبِ الْبَعِيدِ وَ تَأْلِيفِ الْقُلُوبِ وَ تَشْبِيكِ الْحَقُوقِ وَ تَكْثِيرِ الْعَدَدِ وَ تَوْفِيرِ الْوَلَدِ لِنَوَائِبِ الدَّهْرِ وَ حَوَادِثِ الْأُمُورِ مَا يَرْغَبُ فِي دُونِهِ الْعَاقِلُ اللَّيِّبُ وَ يُسَارِعُ إِلَيْهِ الْمُؤَقِّ الْمَصِيبُ وَ يَحْرُسُ عَلَيْهِ الْأَدِيبُ الْأَرِيبُ فَأَوَّلَى النَّاسِ بِاللَّهِ مَنْ اتَّبَعَ أَمْرَهُ وَ أَنْفَذَ حُكْمَهُ وَ أَمْضَى قَضَاءَهُ وَ رَجَا جَزَاءَهُ...»^{۸۱۶}

۲- پیامدهای جسمی کودک همسری

در بررسی مطالعاتی که بر کودک همسران شده است ازدواج زودرس منجر به تولد بیشتر کودکان ناخواسته می‌شود و حاملگی و زایمان زودرس و مرگ و میر مادران باردار در کودک همسران نسبت بیشتری از عموم زنان دارد.^{۸۱۷}

^{۸۱۳} بقره، ۱۸۷

^{۸۱۴} بستان، جامعه شناسی خانواده، ۹۷ و ۹۸

^{۸۱۵} کلینی، الکافی، ۳۷۲/۵

^{۸۱۶} کلینی، الکافی، ۳۷۳/۵

^{۸۱۷} افتخارزاده، «تجربه زیسته زنان در ازدواج زودهنگام، ۱۱۰؛ صفوی، مینایی، تجربه زیسته دختران نوجوان در نقش همسر (مطالعه ازدواج زودهنگام دختران آران بیدگل)»، ۸۸؛ لطفی، (۱۳۸۹)، «پیامدهای سلامتی ازدواج زود رس در زنان. زن و بهداشت»، دوره ۱، شماره ۲، ۶۲-۷۹.

سلامت جسمی زنان مزدوج در نوجوانی نمره کمتری از زنان ازدواج کرده در سنین جوانی دارد.^{۸۱۸} ایوت اینفورا و همکاران با تأکید بر ازدواج کودکان دختر به عنوان عاملی مخاطره آمیز برای رشد و نمو و یا عدم رشد در دوران کودکی، بابررسی کمی کودکانی که از زنان زیر ۱۸ سال به دنیا می‌آیند مطالعاتی را انجام داده است که در این پژوهش از حدود ۳۸ هزار خانواده مادر و کودک که در مدت سال ۲۰۱۰م تا ۲۰۱۴م توسط برنامه مطالعاتی یونیسف برگزار شد استفاده می‌شود.

در این پژوهش بیان می‌شود که احتمال از رشد بازماندن کودکانی که از زنان زیر ۱۸ سال به دنیا می‌آیند در مقایسه با مادران بالای ۱۸ سال بین ۲۵ تا ۲۹ درصد بوده است. البته این پژوهشگران یافته اند که تنها بارداری زودهنگام علت این بازماندگی از رشد نیست بلکه نقص در آموزش پیشرفته مادرانه و ثروت نیز در این عدم رشد موثر بوده است. در نتیجه این مطالعه اثبات می‌کند که آثار بین نسلی بین ازدواج کودکان دختر و سلامت فرزندانشان وجود دارد. و در همراهی با عوامل دیگر مانند: امور بیولوژیکی، اقتصادی و اجتماعی ازدواج کودکان سلامت و رشد و نو کودکان ناشی از این ازدواج‌ها را به مخاطره می‌اندازد.^{۸۱۹}

با این توضیحات می‌توان اصلی‌ترین تبعات جسمی کودک همسری را این گونه شرح داد:

۲-۱- افزایش احتمال ابتلا به بیماری‌های آمیزشی

در تحقیقات پزشکی اثبات شده است که تفاوت سنی زیاد بین مردها و زنان در کودک همسران احتمال ابتلا به ایدز را افزایش می‌دهد.^{۸۲۰} در این تحقیقات بیان شده است که دختران در سن پایین آمادگی بیشتری برای ابتلا به این ویروس را دارند زیرا سلول‌های محافظ هنوز به صورت کامل رشد نکرده و واژن را نپوشانده اند و در معرض پارگی دهانه رحم هستند و این پارگی در این افراد راحت‌تر اتفاق می‌افتد و این امر باعث افزایش خطر ابتلا به ویروس ایدز می‌شود.^{۸۲۱}

۲-۲- افزایش احتمال ابتلا به سرطان دهانه رحم

سرطان دهانه رحم یکی از امراض کشنده ای است امار مرگو میر بالایی در کشورهای در حال توسعه در میان زنان جوان دارد< یکی از دلایل اصلی که در پژوهش‌های پزشکی عامل این سرطان شناخته شده است، تعداد باروری بالا است که در کودک همسران این امر متوقع است زیرا تحقیقات باروری‌های ناخواسته و زودهنگام را در کودک همسران بیشتر از

^{۸۱۸} قنبری، لیلی، (۱۳۹۷). «بررسی و مقایسه وضعیت زیستی، روانی و اجتماعی زنان با ازدواج‌های زودهنگام و بهنگام». پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد رشته مشاوره، دانشگاه پیام نور مرکز قزوین. ۷۴

^{۸۱۹} همتی، رزا، (۱۳۹۸) «تجربه زیسته زنان در ازدواج زودهنگام در سیستان و بلوچستان و تهران»، دانشکده علوم اجتماعی و اقتصادی، دانشگاه الزهرا (س)، پایان نامه کارشناسی ارشد، رشته پژوهش علوم اجتماعی. ۱۹

⁸²⁰ Kelly RJ, Gray RH, Sewankambo NK, Serwadda D, Wabwire-Mangen F, Wawer MJ.(2003). Age differences in sexual partners and risk of HIV-1 infection in rural Uganda. J Acquir Immune Defic Syndr.32: 446.

⁸²¹ Fleming DT, Wasserheit JN.(1999). From epidemiological synergy to public health policy and practice: the contribution of other sexually transmitted diseases to sexual transmission of HIV infection. Sex Transm Infect.;75: 3

عموم زنان می‌داند.^{۸۲۲} و همینطور استفاده طولانی از داروهای ضد بارداری نیز به ایجاد این سرطان کمک می‌کند، که این امر هم در کودک همسران آمار بالایی دارد زیرا می‌خواهند به دلیل سن پایین خود از بارداری جلوگیری کنند.^{۸۲۳}

۳-۲- افزایش احتمال ابتلا به بارداری زودهنگام

بارداری چالش‌های زیادی را برای دختران نوجوان و جوان ایجاد می‌کند زیرا قوای ایمنی بدن آنها را ضعیف می‌کند و احتمال ابتلا به مریضی‌های مختلف را بالا می‌برد و حتی می‌تواند به افزایش آمار مرگ و میر در کودک همسران باردار بی‌انجامد.

دختران ۱۰ تا ۱۴ ساله پنج تا هفت برابر بیشتر در معرض خطر مرگ ناشی از زایمان هستند و دختران ۱۵ تا ۱۹ ساله دو برابر بیشتر خطر مرگ دارند.^{۸۲۴}

برای مثال در مالی نرخ مرگ و میر مادران برای دختران ۱۵ تا ۱۹ ساله ۱۷۸ از هر ۱۰۰۰۰۰ نفر است و برای زنان ۲۰ سال تا ۳۴ سال ۳۲ در هر ۱۰۰۰۰۰ نفر است در توگو این آمار به ۲۸۶ در مقابل ۳۹ می‌رسد.^{۸۲۵}

دلایل این آمار از پزشکان خونریزی‌های پس از زایمان، زایمان انسدادی و... می‌دانند.

زایمان انسدادی در دختران باردار امار فراوانی دارد زیرا لگن آنها برای زایمان کوچک است و توانایی زایمان کودک و جود ندارد. در بسیاری از اوقات انسداد زایمان باعث بیماری فیستول نیز می‌شود.

دختران ۱۰ تا ۱۵ ساله به دلیل آماده نبودن لگنشان برای زایمان شانس ابتلا به این بیماری را بیشتر دارند.^{۸۲۶}

فیستول می‌تواند عوارضی مانند بی‌اختیاری مدفوع یا ادرار و فلج عصب ایجاد کند که موجب تحقیر و طرد شدن فرد می‌شود و در نتیجه به افسردگی در فرد می‌انجامد.

۴-۲- افزایش احتمال آسیب پذیری فرزندان

مادران نوجوان ۳۵ درصد تا ۵۵ درصد بیشتر از زنان مسن در معرض خطر زایمان نوزادان نارس و کم وزن هستند و نرخ مرگ و میر نوزادان متولد از مادران کمتر از ۲۰ سال ۷۳ درصد بیشتر از مادران بالای ۲۰ سال است.^{۸۲۷}

⁸²² Chaouki N, Boschi FX, Munoz N, Neijer C, Gueddari B, Walboomer J. The viral origin of cervical cancer in Rabat, Morocco. Int J Cancer. 1998;75:546-554.

⁸²³ Zhang ZF, Parkin DM, Yu SZ, Esteve J, Yang XZ.(1989). Risk factors for cancer of the cervix in a rural Chinese population. Int J Cancer.43:763

⁸²⁴ United Nations.(2001). We the children: end-decade review of the follow-up to the World Summit for Children. Report of the Secretary-General (A/S-27/3). New York: United Nations;

⁸²⁵ Mathur S, Greene M, Malhotra A.(2003). Too young to wed: the lives, rights and health of young married girls. Washington: International Center for Research on Women.

⁸²⁶ United Nations Children's Fund.(1998). Fistula in Niamey, Niger. New York: The Fund.

⁸²⁷ World Health Organization.(2003). Early marriage and childbearing: risks and consequences. Towards adulthood: exploring the sexual and reproductive health of adolescents in South Asia.

حتی میزان مرگ و میر در کودکان زیر ۵ سال برای کودکان متولد شده از مادران جوان ۲۸ درصد بیشتر از مادران بالای ۲۰ سال است.⁸²⁸

در مطالعاتی دیگر خطر مرگ و میر نوزادان از مادران زیر ۱۸ سال را ۶۰ درصد بیشتر از مادران با سن بالاتر می‌داند زیرا نوزادانی که از مادران نوجوان به دنیا می‌آیند دارای سیستم ایمنی ضعیف‌تری هستند و با خطر ابتلا به سوء تغذیه روبرو می‌شوند

۳- پیامدهای روانی کودک همسری

در رابطه با سلامت روحی یا روانی اندیشمندان با یکدیگر اختلاف نظر دارند و تعریف یکسانی از این امر ارائه نکرده اند. برخی با نگاه پزشکی سلامت روان را به نداشتن بیماری‌های روانی می‌سنجند لذا افرادی دچار اختلالات در کارکردهای روانی نباشند و در مقابل چالش‌های اجتماعی رفتار خود را متعادل گردانند سالم تلقی می‌شوند. البته بهداشت جهانی سلامت روان را این گونه تعریف می‌کند که: «برقراری رابطه هماهنگ و متوازن با هموعان، اصلاح محیط فردی و اجتماعی برطرف کردن چالش‌ها، تصادها و تمایلات شخصی به صورت منطقی و عاقلانه سلامت روان است»^{۸۲۹}

جاهردا (۱۹۵۸) اولین نویسنده آمریکایی در رابطه با سلامت فکر و روان، واکنش‌های مناسب و موزون در موقعیت‌های مختلف که فرد را در تحولات رفتاری نسبت به ناراحتی‌ها و چالش‌های درونی و اجتماعی راهنمایی می‌کند، می‌داند.^{۸۳۰}

باتن نیز می‌گوید: «سلامت روان توانایی به دست آوردن اهدافی است که انسان برای خود می‌اندیشد است و فرد سالم کسی است که از نظر کارکردهای روانی دچار اختلالات نباشد، و با خود و اجتماع رابطه هماهنگ و سالم داشته باشد»^{۸۳۱}

با توجه به همه تعاریف فوق الذکر می‌توان فرد سالم از نظر روان را دارای شاخصه‌های ذیل تعریف کرد:

الف) دارای عزت نفس و اعتماد به نفس: افرادی که این شاخصه را دارند انسان‌هایی هستند که نسبت به توانایی‌های خود آشنایی دارند و نواقص خود را در می‌یابند و در مقابل مشکلات و شکست‌ها به جای دلیل تراشیدن، شکست را پذیرفته و با امید مسیر را ادامه می‌دهند.^{۸۳۲}

ب) نگاه مثبت به جامعه و دیگران: یک فرد سالم از نظر روانی نسبت به افراد دیگر جامعه اعتماد لازم را دارد و دوست دارد با آنها ارتباط برقرار کند و نیازهای خود را برطرف سازد.

⁸²⁸ Bicego G. (1996) Infant and child mortality. Demographic and health surveys comparative studies, no. 20. Calverton (MD): Macro International.

^{۸۲۹} میلانی فر، بهروز. (۱۳۷۸). بهداشت روانی. تهران: نشر قومس. ۳۷۳

^{۸۳۰} عطار شوشتری و شفاعی، ۱۳۹۱؛ به نقل از قنبری، بررسی و مقایسه وضعیت زیستی، روانی و اجتماعی زنان با ازدواج‌های زود هنگام

و بهنگام»، ۱۹

^{۸۳۱} فدایی، ر. (۱۳۹۲). رابطه سلامت روان با بهزیستی و رضایت شغلی کارکنان ملی حفاری ایران در شهر اهواز. پایان نامه کارشناسی. دانشگاه شهید چمران اهواز.

^{۸۳۲} قنبری، «بررسی و مقایسه وضعیت زیستی، روانی و اجتماعی زنان با ازدواج‌های زود هنگام و بهنگام». ۱۹

ج) احساس مسئولیت و مسئولیت پذیری: این افراد نسبت به پذیرش مسئولیت‌های متناسب با خود احساس رضایت می‌کنند و همیشه به دنبال بهترین حاصل از فعالیت‌های خود هستند.^{۸۳۳}

افرادی که دارای سلامت روانی هستند می‌توانند با دیگران، همسالان، خانواده و جوامع گسترده بیرون از خانه ارتباط برقرار کنند و درمقابل شکست‌های اجتناب ناپذیر پایداری می‌کنند.^{۸۳۴}

کودکان و نوجوانان درصد قابل توجهی از جامعه را فراگرفته‌اند و خصوصیتی که درجسم و روان خود به دلیل سن دارند باعث می‌شود در اجتماع بسیار آسیب پذیر باشند و اگر در جامعه و جریان زندگی از بدو تولد تا پیری شرایط استرس زا و زیان بار مانند فقر، نا آگاهی‌های خانوادگی، اشکالات آموزشی و اجتماعی کنترل نشود این افراد دچار مشکلات گوناگونی می‌شوند و سلامت روان آنها به خطر می‌افتد. در آمارهای بین المللی اختلالات روانی در کشورهای توسعه یافته در نوجوانان شهری بیشتر از روستایی است کارشناسان دلیل اصلی آن را اشکالات موجود در بستر خانواده‌ها می‌دانند که از اختلافات پدر و مادر، افسردگی و انحرافات والدین و... نشأت می‌گیرد. این امور اهمیت بهداشت روان را نشان می‌دهد به همین دلیل کشورهای مختلف دنیا بسیج شده‌اند تا سیاست‌هایی را در کشور خود پیاده کنند که موجب افزایش سلامت روانی در میان مردم شود.^{۸۳۵}

با بیان این تفصیل مطالعات گوناگون نشان می‌دهد که ازدواج زود هنگام می‌تواند هم سلامت روان خود فرد کودک همسر و هم اعضای خانواده او را به خطر بیاندازد.

برای مثال غدیری در نتیجه مطالعات خود بیان می‌کند که: «ازدواج زود هنگام باعث می‌شود که فرد کودک همسر از تحصیل محروم شود، بار مسئولیت مشترک بدون آموزش‌های اولیه (به دلیل عدم وجود درک درست از این مفاهیم) را به دوش بکشد، و در معرض خشونت خانگی قرار گیرد، از دیگر آثار آن بارداری زود هنگام و خطرات ایجاد رشد برای مادر و کودک است، مسئولیت پدر و مادر بودن در سنی که خود فرد نیاز به حمایت دارد، بزرگسال تلقی شدن و عدم حمایت از طرف اطرافیان، طلاق عاطفی، افسردگی، خودکشی، فرار از خانه، روسپیگری، اعتیاد، طلاق و... محرومیت‌های اجتماعی و اقتصادی حاصل از بی همسری، زنانه شدن، فقر و شیوع انحرافات و کج روی‌های اجتماعی و وقوع تجربه‌های بسیار تلخ و احساس قربانی شدن، بی پناهی، بی کسی و سرخوردگی از پیامدهای مهم کودک همسری دانسته شده است.»^{۸۳۶}

با بررسی مطالعات روانشناسانه و آمارهای مورد مطالعه می‌توان مشکلات روانی که کودک همسری ایجاد می‌کند را به شرح ذیل شرح داد:

۱-۳- ناکامی

ناکامی شامل حسرت‌هایی می‌شود که کودک نسبت به همسالان خود دارد و همینطور حسرت نسبت به گذشته و کودکی از دست رفته خود. در پژوهش‌های روانشناسی در بعضی استان‌های ایران به دست آمده است که کودکانی که ازدواج کرده

^{۸۳۳} قنبری، «بررسی و مقایسه وضعیت زیستی، روانی و اجتماعی زنان با ازدواج‌های زود هنگام و بهنگام»، ۱۹.

^{۸۳۴} جفری اس نوید، راتوس، اسپنسرای. (۱۳۸۹). بهداشت روانی. ترجمه جیحی سید محمدی. ج ۲، تهران: انتشارات ارسباران.

^{۸۳۵} خزل پور، ب (۱۳۹۰). بررسی رابطه سازگاری فردی و اجتماعی با سلامت روانی مددکاران بهزیستی شهر اهواز». پایان نامه کارشناسی. دانشگاه آزاد اسلامی اهواز.

^{۸۳۶} غدیری، ماهرو (۱۳۹۵). «سن و رضایت به ازدواج از منظر نظام بین المللی حقوق بشر»، فصلنامه خانواده پژوهی، ۱۲ (۴۵)، ۱۱۶.

اند در گیر مسائلی مانند حسرت نسبت به همسالان و حسادت نسبت به آنها و احساس حقارت و خود کوچک بینی می‌شوند و چود موثر در اجتماع دیده نمی‌شوند تصور کم قدرتی پیدا کرده و در نتیجه احساس شرمساری نسبت به همسالان خود دارند.^{۸۳۷}

این حس ناکامی در مطالعات در اکثر مطالعات به دلیل دور ماندن از فرصت‌های آموزشی نشأت گرفته است. در متن سخنان کودکان به ازدواج درآمده حس شرمساری و تبعیض نسبت به دیگر همسالان مشهود است برای مثال: در یکی از این مطالعات دختری ۱۸ ساله که در سنین کمتر ازدواج کرده است بیان می‌کند که: «اون وقتا هیچ درکی از ازدواج نداشتم، الان فکر می‌کنم هم سن‌های من تازه ازدواج کرده اند و فکر کرده اند که با چه کسی ازدواج کنند تا خوشبخت شوند ... من همچنین دوستایی دارم و فکر می‌کنم از دوستان خیلی عقب ترم، من بچه بودم و چیزی نمی‌دانستم و کسی به من نگفت شوهر چجوریه و چه مشکلاتی برات پیش میاد، الان که این دخترها را می‌بینم که میگند ما آقا بالاسر نمی‌خوایم خیلی خوشحال می‌شوم و ای کاش منم این چنین فکری داشتم.»^{۸۳۸}

این جملات احساسات یک کودک همسر را نشان می‌دهد و سرانجام این ازدواج علاوه بر حالات و اختلالات روانی باعث ایجاد اندیشه ای می‌شود که شاید با اندیشه‌های ایده عال اسلام در رابطه با خانواده نیز فاصله بسیار دارد.

یکی دیگر از اختلالاتی که در کودک همسران مشاهده شده است حسرت نسبت به گذشته است زیرا دوران کودکی که به نظر لذت بخش ترین بخش زندگی برای افراد است، از این افراد سلب شده است و در دورانی که باید به کودکی می‌پرداختند وارد زندگی بزرگسالانه می‌شوند.

جملاتی مانند «ای کاش بچه می‌ماندم و شما من را شوهر دادید و من نمی‌خواشتم شوهر کنم» را از این کودکان بسیار می‌شنویم.^{۸۳۹}

۲-۳- خود کم بینی، عدم اعتماد به نفس

یکی از اثر مهمی که در کودک همسران نسبت به بزرگسالان دیده می‌شود، احساس خود کم بینی است. براساس نظریه از خود بیگانگی مارکس کودکانی که ازدواج می‌کنند با چالشی به عنوان بیگانگی دست و پنجه نرم می‌کنند. افرادی که خود را در جامعه و اجتماع پیشرفته بی ثمر می‌بینند و جایگاهی برای خود در آن نمی‌یابند، نسبت به جامعه احساس بیگانگی پیدا می‌کنند براین اساس ابعاد مختلف خود را نیز نمی‌توانند شکوفا کنند و ظرفیت‌های خود را آزاد کنند. در نتیجه احساس خود کم بینی، نا توانی، دیده نشدن و بی ثمری را مداوماً در خود می‌بینند و از خود بیگانه می‌شوند.^{۸۴۰}

^{۸۳۷} همتی، «تجربه زیسته زنان در ازدواج زودهنگام در سیستان و بلوچستان و تهران، دانشکده علوم اجتماعی و اقتصادی»، ۱۱۹

^{۸۳۸} همتی، «تجربه زیسته زنان در ازدواج زودهنگام در سیستان و بلوچستان و تهران، دانشکده علوم اجتماعی و اقتصادی»، ۱۲۱

^{۸۳۹} همتی، «تجربه زیسته زنان در ازدواج زودهنگام در سیستان و بلوچستان و تهران، دانشکده علوم اجتماعی و اقتصادی»، ۱۲۲

^{۸۴۰} همتی، «تجربه زیسته زنان در ازدواج زودهنگام در سیستان و بلوچستان و تهران، دانشکده علوم اجتماعی و اقتصادی»، ۱۲۶

البته این نتیجه گیری در کودک همسران بی دلیل نیست زیرا دانشمندان علوم اجتماعی معتقدند افرادی که در سنین خیلی پایین ازدواج می کنند از لحاظ مالی، روانشناختی و آموزشی از سطح پایین تری از عموم جامعه برخوردارند و آمادگی آنها برای پذیرش نقش مادری بسیار کم است.^{۸۴۱}

۴-۳- افسردگی و اختلالات شخصیتی

یکی از اموری که در ازدواج های زود هنگام بسیار مورد خدشه قرار می گیرد رضایت زناشویی است. این مفهوم از قدیم مورد مطالعه جوامع بشری بوده است تا بتوانند راهکاری برای افزایش آن بیابند و در نتیجه یافته اند که رابطه بین رضایت در امور زناشویی و سلامت روان وجود دارد و اختلالات افسردگی و اضطراب و بیماری های جسمی مرتبط با آن از این امور نشأت می گیرد.^{۸۴۲} مطالعات دیگری که روی ۱۳۹ زن یک سال قبل ازدواج و یک سال بعد از ازدواج انجام شده است نیز اثبات می کند که تعاملات منفی زناشویی به صورت غیر مستقیم به افسردگی و علادم آن تأثیر گذار است

رضایت زناشویی حالتی است که براساس آن زوجین از رابطه بین یکدیگر و با هم بودن احساس رضایت و خرسندی دارند.^{۸۴۳} و یا می توان این گونه بیان کرد که احساس لذت و خرسندی توسط زن یا شوهر در زمانی که همه جنبه های زندگی خود را در نظر می گیرند، رضایت زناشویی نامیده می شود.

رضایت زناشویی یعنی انطباق انتظارات زن و شوهر از زندگی مشترک با آنچه در زندگی تجربه می کنند.^{۸۴۴} عوامل موثر بر رضایت زناشویی را می توان این گونه برشمرد: الف) رشد روانی، عاطفی و فکری زوجین^{۸۴۵} ب) عقاید، علایق مشترک و همسو^{۸۴۶} ج) عدم وجود اختلافات طبقاتی^{۸۴۷} د) توافق و طرز فکر در امور جنسی^{۸۴۸} در تحقیقاتی که در سال ۱۳۹۵ در تهران انجام شده است افرادی که زیر ۲۰ سال ازدواج کرده اند به طور معنا داری از افراد بالای ۲۰ سال دارای کیفیت زناشویی کمتری برخوردارند.^{۸۴۹}

⁸⁴¹ Lamanna, m. A. & riedmann, a. (2005). Marriages & families: making choices in a diverse society: making choices and facing change. Cengage learning.

^{۸۴۲} آریندل هینسک، سرجی، (۱۹۹۹م). به نقل از همتی، تجربه زیسته زنان در ازدواج زود هنگام در سیستان و بلوچستان و تهران، دانشکده علوم اجتماعی و اقتصادی، ۲۶

^{۸۴۳} سرمدی، ا (۱۳۸۵). «رابطه ی بین پنج عامل شخصیت» پایان نامه ی چاپ نشده کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی واحد اراک. ۲۵

⁸⁴⁴ Henry, h. (2008) effective communication, educational qualification and age as determinants of marital satisfaction among newly wedded couples in a nigerian university, pakistan journal of social sciences 5(5):433- 437.

^{۸۴۵} کیامرثی، آذر؛ نجاریان، بهمن؛ مهرابی زاده هنرمند، مهناز. (۱۳۷۷)، «ساخت و اعتباریابی مقیاسی برای سنجش سرسختی روانشناختی»، مجله علوم تربیتی روانشناسی شهید چمران اهواز، سال دوم، شماره ۷، ۲۷۱-۲۸۴

^{۸۴۶} جزایری، رضوانالسادات؛ مریم فاتحی زاده، محمدرضا عابدی، ایران باغبان، زرگار قادرپور، (۱۳۸۸)، «مقایسه رابطه باورهای ارتباط زناشویی و سلامت عمومی بین دو استان اصفهان و آذربایجان غربی»، فصلنامه روان شناسی کاربردی، ۱(۴)، ۴۴۵

^{۸۴۷} بناییان، شایسته؛ ندا پروین؛ افسانه کاظمیان (۱۳۸۵). «بررسی ارتباط سلامت روان و رضایت زناشویی زنان متأهل»، مجله مراقبت پرستاری و مامایی ابن سینا، ۱۴(۲)، ۵۲.

^{۸۴۸} پویا منش، جعفر؛ حسن احدی؛ محمدعلی مظاهری؛ علی دلاور؛ (۱۳۸۷). «مقایسه اثر بخشی مداخلات مبتنی بر نظریه الیس به دو روش مشاوره گروهی رو در رو و اینترنتی در افزایش رضایت زناشویی»، مجله تحقیقات علوم رفتاری، ۶(۲)، ۸۹.

^{۸۴۹} ولد خانی، مریم؛ محمود پور، عبدالباسط؛ فرح بخش، کیومرث؛ سلیمی بجستانی، حسین؛ (۱۳۹۶)، «تأثیر سن ازدواج، الگوهای همسرگزینی و تفاوت سنی زوجین بر کیفیت زندگی زناشویی زنان شهر تهران»، فصلنامه مطالعات روانشناسی بالینی، ۷(۲۵)، ۱۷۴-۱۷۵

و همینطور صفدر و مینایی در مطالعاتی روی ۳۵ زن که در ۱۵ سالگی ازدواج کرده اند بیان می کنند که این زنان نسبت به ازدواج خود احساس پشیمانی دارند و دچار مشکلاتی مانند آزارهای کلایم خانواده همسر، کتک خوردن از همسر و... رنج می برند.

نتایج پژوهش ها نشان می دهد که درصد نمرات خرسندی در کودک همسران و افراد بالغ تفاوت زیادی دارد و کودک همسران از خرسندی کمتری برخوردارند.^{۸۵۰}

احساس پشیمانی از ازدواج نمادی رسا برای نارضایتی از زندگی مشترک است بلکه احساس ناامیدی، احساس پیری زودرس و وجود مشکلات خلقی و روانی نیز همین معنا را می دهد. در پژوهش های صورت گرفته این نشانه ها در کودک همسران به وضوح یافت می شود بلکه در بعضی مطالعات بالینی پژوهشگر ادع می کند که در هیچ یک از موارد مورد مطالعه احساس رضایت از زندگی وجود ندارد. بسیاری از این کودک همسران حداقل یک دوره از داروهای اعصاب استفاده کرده اند.^{۸۵۱}

مطالعات کیفی بیان می کند که ازدواج به عنوان یک مرحله به سمت استقلال در دختران زیر ۱۸ سال تهدید کننده سلامتی روانی آنها است زیرا شکنجه های احساسی و جسمی در این نقش باعث خدشه دار شدن سلامت عاطفی آنها می شود. این کودکان نه کودک اند و نه بزرگسال، شاید به مانند بزرگسالان رشد کرده باشند ولی از جهت استقلال درونی و بلوغ فکری کامل نیستند و این ازدواج آنها را به اشتباه بزرگسال نمایش می دهد و بارداری های ناخواسته آنها را به مراحل بالایی از استرس روحس سوق می دهد

۴-۳- افکار خود کشی و اقدام به ان

در پژوهش هایی د راتیوبی ارتباط بین کودک همسری و افکار خود کشی در میان بانوان ۱۰-۱۷ ساله رابطه معنا داری داشته است.^{۸۵۲}

۴-۲- پیامدهای اجتماعی کودک همسری

بی شک بشر نیاز به زندگی اجتماعی دارد زیرا که اجتماعی بودن لازمه حیات اوست و اگر کسی به صورت انفرادی زندگی کند. زندگی مسئولانه را نپذیرفته است و در اصل مخالف ذات خود عمل کرده است. زندگی حقیقی در اسلام در دو مرحله معنا شده است: اول، تربیت شدن خود فرد؛ دوم، دربیت و هدایت کردن دیگران.^{۸۵۳} در این نوع جامعه فرد گوشه نشین موثر نیست بلکه مطرود است. برخی مانند خواجه نصیر الدین طوسی بیان می کند که واژه ای انسان از ریشه انس است.^{۸۵۴}

^{۸۵۰} سلیمانی، ا؛ حبیبی، م؛ صاحب قران فرد، م (۱۳۹۵). «مقایسه شادکامی، سبک های عشق و نارسایی هیجانی در افراد زود ازدواج و دیر ازدواج»، فصلنامه خانواده پژوهی. سال دوازدهم، شماره ۴۶، ۲۷۰

^{۸۵۱} جوادیان، سید رضا؛ الهام شمالی احمدآبادی؛ محمد ترکاشوند مرادآبادی؛ محدثه عابدی (۱۳۹۹). «زمینه ها و پیامدهای ازدواج زودهنگام

دختران ۱۳ تا ۱۶ ساله (شهرستان اردکان، یزد)»، مجله مطالعات اجتماعی ایران، ۱۳(۴)، ۴۱

852 Alemu, b. (2008). Early marriage in ethiopia: causes and health consequences. Exchange on hiv/aids. Sexuality and gender, 1, 4-6.

^{۸۵۳} جواد آملی، تفسیر موضوعی، ۲۴/۱۷

^{۸۵۴} شریف، میر محمد. (۱۳۶۲)، تاریخ فلسفه در اسلام، ترجمه: نصرالله پور جوادی، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۸۴

اجتماع در لغت به معنای گرد هم آمدن، فراهم آمدن و سازگاری کردن است.^{۸۵۵} اجتماع از نظر متخصصین به هیئت ترکیبی گفته می‌شود از اشخاص موجود که براساس قانون مشترک زندگی می‌کنند. در تعریف جامعه نیز جامعه‌شناسان تعریف یکسانی ندارند، اما می‌توان با مقایسه جامعه و اجتماع به شناختی نسبت به آنها دست یافت.

الف) جامعه حالت گروهی است که براساس قانون مشترکی گردهم آمده اند و زندگی می‌کنند ولی اجتماع، صرف گرد هم آمدن است.

ب) جامعه می‌تواند براساس قصد انسان‌ها اقسام متعددی داشته باشد ولی اجتماع این طور نیست.

ج) جامعه دارای هدف مشخص است ولی اجتماع صرف این طور نیست.^{۸۵۶}

حکما براساس اندیشه فلسفی خود جامعه را به جامعه خیر و شر تقسیم می‌کنند زیرا اگر افعال و اراده انسان‌ها براساس خیر و حق باشد جامعه حتما فاصله می‌شود یعنی جامعه ای که در آن فضایل انسانی شیوع دارد.^{۸۵۷}

هر جامعه ای دارای نهادهایی است که برای شناخت جامعه باید با آنها نیز آشنا شد. «نهاد نظامی به نسبت پایدار و سازمان یافته از الگوهای اجتماعی است که برخی رفتارهای یکسان را با هدف برآوردن نیازهای اصلی جامعه در برمیگیرد.»^{۸۵۸}

ویژگی‌های یک نهاد اجتماعی را می‌توان به این شرح بیان نمود:

الف) نهاد، تضمین کنند هدف‌های غایی اعضا است.

ب) نخستین هدف هر نهادی تأمین و ارضای نیازهای اجتماعی معین است.

ج) بنیان‌های اجتماعی نهادها عام و گسترده است به صورتی که تغییر در آنها به تفاوت در نهادهای دیگر می‌انجامد.

با این توصیفات می‌توان مهم‌ترین نهاد اجتماعی در جامعه را نهاد خانواده نامید، بلکه این نهاد هسته اصلی تشکیل و ادامه حیات جامعه است.

خانواده به گروهی خویشاوند گفته می‌شود که در تحقق حاجات اعضای آن مسئولیت دارند. این نهاد، جمعی از افراد هستند که از طریق خون یا ازدواج و در بعضی جوامع فرزندخواندگی به یکدیگر ارتباط پیدا می‌کنند.^{۸۵۹}

قرآن کریم اهمیت بسیار زیادی نسبت به این نهاد کوچک اما اصلی قائل است، خداوند برای نجات از هلاکت و با رویکرد تربیتی به سرپرست خانواده امر می‌کند که «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا»^{۸۶۰}

^{۸۵۵} دهخدا، لغت نامه دهخدا، ۱۰۴۹/۱

^{۸۵۶} جواد آملی، تفسیر موضوعی، ۲۷/۱۷

^{۸۵۷} شریف، تاریخ فلسفه در اسلام، ۸۱۵/۱

^{۸۵۸} کوئن، بروس (۱۳۷۲). مبانی جامعه‌شناسی، ترجمه: غلامعباس توسلی، تهران: سمت. ۱۵۱

^{۸۵۹} کوئن، مبانی جامعه‌شناسی، ۱۷۳

^{۸۶۰} تحریم، ۶

و آیات دیگر که رویکرد دین نسبت به خانواده و اهمیت این نهاد را نشان می‌دهد.^{۸۶۱}

این دستورات خداوند به این دلیل است که نیکی‌ها و بدی‌های جامعه از خانواده ایجاد می‌شود.^{۸۶۲} با این توجه وظیفه خانواده فقط رفع نیازهای اقتصادی جنسی اعضا نیست بلکه وظیفه‌هایی مانند تعلیم و تربیت فرزندان، کنترل رفتار غریزی و تأمین نیازهای اجتماعی و فرهنگی اعضا خانواده است. البته در آغاز این نهاد غریزه همسر خواهی است که باعث تشکیل آن می‌شود.^{۸۶۳}

در قرآن بیان شده است که این نهاد فقط با دو عنصر قوام یافته است، «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً» تنها دوستی عاقلانه دو طرف نسبت به یکدیگر (مودت) و ایثار مهربانانه از لغزش‌های طرف مقابل (رحمت) ارکان مقوم این نهاد است.^{۸۶۴}

براین اساس خانواده ای که بخواهد براساس غریزه ادامه دهد پایدار نخواهد ماند زیرا با افزایش سن این غریزه فروکش خواهد کرد و یا با همین غریزه افرادی بهتر و متناسب‌تر را می‌باید اما اگر دوستی براساس عقل باشد این خانواده مستحکم می‌شود.

دین مبین اسلام این خانواده را محل شرد و گسترش جامعه می‌داند و وقتی از امر به مودت و رحمت در خانواده عبور می‌کند به ارحام می‌پردازد. «وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ»^{۸۶۵}

اسلام تربیت و صلاح و اصلاح در جامعه را این گونه بیان می‌کند که انسان ابتدا خود را تربیت کند و اصلاح نماید، سپس خانوادهمان را هدایت نموده و از هلاکت‌هایی بخشد، و بعد از آن به ارحام خود بپردازد و با این هدایت‌ها جامعه نیز تغییر می‌کند.^{۸۶۶} این آیات نشان می‌دهد که رشد جامعه متدثر از زن، مرد و اولاد آغاز می‌شود و سعادت جامعه در گرو تربیت افراد خانواده است.

قرآن برای این که جامعه را رشد دهد به تهذیب و تربیت نفوس جامعه توجه دارد و سپس به تربیت خانواده می‌پردازد که اگر زن و مرد تربیت نشده باشند یادارای مشکلاتی باشند، این مشکلات به خانواده سرایت کرده و به تبع در جامعه ساری و جاری می‌گردد.

روش شناخت جامعه سالم توسط دین نیز با همین سازوکار بوده است به این معنا که تربیت و هدایت افراد جامعه نشانگر وضعیت جامعه نیز هست و درگام بعد برای تحکیم جامعه به سراغ خانواده می‌رود، زیرا از نگاه قرآن تحکیم، جامعه به میزان استحکام خانواده‌ها مرتبط است و هرگونه تزلزل یا ضعف و سستی در جامعه به نا پایداری کانون خانواده وابسته است.^{۸۶۷}

^{۸۶۱} طه، ۱۳۲؛ شعراء، ۲۱۴؛ توبه، ۲۳

^{۸۶۲} جواد آملی، تفسیر موضوعی، ۵۰/۱۷

^{۸۶۳} جواد آملی، تفسیر موضوعی، ۶۸/۱۷

^{۸۶۴} جواد آملی، تفسیر موضوعی، ۶۸/۱۷

^{۸۶۵} نساء، ۱

^{۸۶۶} تحریم، ۶۰؛ حجر، ۹۴؛ جواد آملی، تفسیر موضوعی، ۷۲/۱۷

^{۸۶۷} جواد آملی، تفسیر موضوعی، ۷۲/۱۷

در بعضی مطالعات انجام شده با موضوع کودک همسری، این افراد در موارد متعددی دچار خشونت خانگی می‌شوند. البته این درصد در مناطق مختلف متفاوت است. امری که بسیار تعجب آور است بدیهی دانستن این خشونت در بعضی کوک همسران است. البته هر عکس العملی نیز نسبت به این خشونت اتفاق بیافتد، چه سکوت و چه خشونت نوعی نا هنجاری به حساب می‌آید.

این خشونت‌ها، اغلب با روابط زناشویی خارج از عرف و به اجبار و همینطور ضرب و شتم متعدد اتفاق می‌افتد. حتی این خشونت در خانواده نیز سرایت می‌کند. و کودکان کوک همسر نیز دچار خشونت می‌شوند برای مثال: در پرونده ای زن ۲۹ ساله از چادران بیان می‌کند:

«شوهرش در خانه دختر ۸ ساله خودشان ار در حالت اعدام قرار می‌دهد که از او بپرسد مادرش کجاست. این کوک دو سال بعد از این اقدام توانایی سخن گفتن پیدا نکرد.»^{۸۷۰}

۲-۱-۴- عدم تنظیم رفتار جنسی

یکی از آثار مهم ازدواج و تشکیل خانواده رفع نیازهای جنسی طرفین است ولی در این نوع از نکاح همانطور که بیان شد به دلیل عدم آگاهی کافی کوک همسران از روابط و همینطور عدم آموزش حرفه، دشوار مشکلات متعددی می‌شوند. این را می‌توان به وضوح در احساس‌هایی مانند حس پشیمانی و عدم رضایت زناشویی که در بخش قبل بیان شد مشاهده کرد.

۳-۱-۴- عدم وجود حمایت و تربیت

یکی دیگر از دست‌آورد های خانواده مناسب حمایتی است که زوجین نسبت به یکدیگر پیدا می‌کنند و همینطور رشدی است که به وسیله این زندگیدر خود می‌یابند. اما وجود شواهدی مانند افسردگی، و خود کم بینی، احساس حقارت نسبت به هم سالان و افکار منجر به خود کشی نشان می‌دهد که این کارکرد خانواده نیز در خانواده‌های ناشی از کوک همسری محقق نمی‌گردد.

در مورد کودکان ناشی از این ازدواج‌ها نیز به دلیل عدم آگاهی کوک مادران و خانواده‌هایی که هنوز خود نیاز به حمایت دارند، تصمیماتی برای کودکان اتخاذ می‌شود که در موارد متعددی این تصمیمات به ضرر کودکان هست و همینطور در تعداد زیادی از این خانواده‌ها خشونت خانگی اتفاق می‌افتد و حتی به کودکان نیز سرایت می‌کند.

۲-۴- محرومیت از تحصیل

یکی از بزرگ‌ترین و رایج‌ترین پیامدهای ازدواج کودکان محرومیت از تحصیل آنها است زیرا به واسطه تحمل مسئولیت‌های جدید از جمله همسری یا پدر و مادری فرصت یا توانی برای تحصیل ندارند و مشغول کار یا فعالیت‌های مادران و همسرانه می‌شوند.^{۸۷۱}

^{۸۷۰} همتی، «تجربه زیسته زنان در ازدواج زودهنگام در سیستان و بلوچستان و تهران».

^{۸۷۱} «همتی، تجربه زیسته زنان در ازدواج زودهنگام در سیستان و بلوچستان و تهران». ۱۲۸

پژوهشی در رومانی در سال ۲۰۱۴ اثبات کرده است در این کشور جدی‌ترین پیامد ازدواج کودکان ترک تحصیل بوده است، در این کشور سالانه ۸۵۰۰ نوجوان حامله وجود دارد.^{۸۷۲} در کشور بنگلادش نیز تحقیقات همین گونه است و در کشورهای در حال توسعه ازدواج کودکان آموزش را متوقف کرده است.^{۸۷۳}

نرخ بالای ازدواج کودکان به دلیل تأثیر ازدواج‌های زودهنگام بر تحصیل دختران و مشارکت در بازار کار، بر توسعه اقتصادی کشورها تأثیر منفی می‌گذارد. برخی از محققان و فعالان خاطرنشان می‌کنند که نرخ بالای ازدواج کودکان به دلیل تأثیرات آن بر پیشرفت تحصیلی، مشارکت اقتصادی و سیاسی و سلامت، مانع از پیشرفت چشمگیر فقر زدایی در کشورها می‌شود.
۸۷۴

در گزارشی که یونیسف در نپال منتشر کرد، اشاره کرد که ازدواج کودکان به دلیل از دست دادن بهره‌وری، فقر و اثرات سلامتی، بر توسعه نپال تأثیر می‌گذارد. با استفاده از داده‌های نظرسنجی چند شاخص نپال، محققان آن تخمین می‌زنند که تمام دخترانی که ازدواج را تا سن ۲۰ سالگی و بعد از آن به تأخیر می‌اندازند، جریان نقدینگی را در بین زنان نپالی به میزان ۳۸۷ درصد از تولید ناخالص داخلی این کشور افزایش می‌دهند.^{۸۷۵} از برآورد آنها می‌توان دریافت که کاهش تحصیلات و اشتغال در میان دختران در ازدواج کودکان و پایین بودن میزان تحصیلات و نرخ بالای فقر در میان کودکان حاصل از ازدواج کودکان دلیل این آمارها است.

دختران نوجوان متاهل با سطح تحصیلات پایین نسبت به زنان تحصیلکرده‌ای که در بزرگسالی ازدواج می‌کنند بیشتر از خطر انزوای اجتماعی و خشونت خانگی رنج می‌برند.^{۸۷۶} پس از ازدواج، دختران اغلب به خانه شوهرشان نقل مکان می‌کنند و نقش همسری را بر عهده می‌گیرند که اغلب شامل نقل مکان به روستا یا منطقه دیگری می‌شود. این انتقال ممکن است منجر به ترک تحصیل یک دختر جوان، دور شدن از خانواده و دوستانش و از دست دادن حمایت اجتماعی که قبلاً داشت، شود.^{۸۷۷} خانواده شوهر نیز ممکن است به دلیل جوانی، انتظارات بیشتری نسبت به تسلیم شدن دختر در برابر شوهر و خانواده او داشته باشند.^{۸۷۸} این احساس انزوا از یک سیستم حمایتی می‌تواند پیامدهای شدید سلامت روان از جمله افسردگی داشته باشد.

بدون تحصیل، دختران و زنان بزرگسال فرصت کمتری برای کسب درآمد و تأمین مالی خود و فرزندانشان دارند. این امر باعث می‌شود که اگر همسرانشان بمیرند، آنها را رها کنند یا طلاق دهند، بنابر این در برابر فقر مداوم آسیب پذیرتر می‌شوند. با توجه به اینکه دختران در ازدواج‌های کودکان اغلب به طور قابل توجهی جوان‌تر از شوهران خود هستند، آنها زودتر در

872 Diaconescu, s., ciuhodaru, t., cazacu, c., sztankovszky, l. Z., kantor, c., & iorga, m. (2015). Teenage mothers, an increasing social phenomenon in romania. Causes, consequences and solutions. Revista de cercetare si interventie sociala, 51, 162 .

873 Erica, f&ambros,a.(2015). Early marriage, age of menarche, and female schooling attainment in banglades.journal of political economy.5.881-930

874 Lee-Rife, Susan; Malhotra, Anju; Warner, Ann; McGonagle Glinski, Allison (2012). "What Works to Prevent Child Marriage: A Review of the Evidence". Studies in Family Planning. 43 (4): 287–303.

875 Rabi. Cost of Inaction: Child and Adolescent Marriage in Nepal.3

876 Nour. "Health Consequences of Child Marriage in Africa". 1645

877 Nour. "Child Marriage: a silent health and human rights issue". 52

878 Raj, Anita (2010). "When the Mother Is a Child: The Impact of Child Marriage on the Health and Human Rights of Girls". Archives of Disease in Childhood. 95 (11): 932

زندگی بیوه می‌شوند و ممکن است در بخش بیشتری از زندگی خود با چالش‌های اقتصادی و اجتماعی مرتبط با آن مواجه شوند.

نتایج

از بررسی منابع فقهی اهل سنت و امامیه و پژوهش‌های اجتماعی ناظر به موضوع کودک همسری، نتایج زیر به دست می‌آید:

۱. بلوغ ناظر به سن خاصی نبوده، نسبت به هر موضوع، متفاوت است. در نتیجه، معیار بلوغ در نکاح، آمادگی جسمی و روانی فرد برای ورود به حوزه زناشویی است.

۲. تعیین حداقل سن برای ازدواج در کشورهای مختلف که به توصیه سازمان‌ها و نهادهای بین‌المللی انجام شده است، به دلیل تفاوت شرایط جغرافیایی، اجتماعی، اقتصادی و حتی فردی در جوامع مختلف کارساز نیست.

۳. ولایت در نکاح از نوع ولایت حجری است و نه ولایت رشدی.

۴. بر اساس نظریه عدم تشریع حکم امضایی توسط شارع، تغییر عرف موجب تغییر موضوع حکم و نیز انتقای حکم ولایت در نکاح می‌شود؛ ولی بر اساس نظریه تشریع حکم امضایی توسط شارع، ویژگی‌های تاریخی می‌تواند از مقومات تشریع احکام امضایی قرار گیرد و تغییر شرایط تاریخی در برخی از احکام امضایی می‌تواند موجب تغییر حکم شود.

۵. برای حمایت از محجورین و عدم تضییع حقوق آن‌ها، تصرفات ولی مشروط به رعایت غبطه مولی علیه شده است. اما غبطه شرطی واقعی و مرتبه پذیر است که ملاک سنجش اولویت مصادیق غبطه، وضعیت فردی مولی علیه است. از این رو، تصرفات ولی زمانی نافذ است که با تشخیص درست حقوق کودک، توانایی تشخیص مصلحت را داشته باشد.

۶. کودک همسری از موضوعات مورد اختلاف در فقه است اهل سنت و امامیه است. هرچند قائلان به مشروعیت کودک همسری در میان اهل سنت به آیه ۳۲ سوره نور، عمل پیامبر گرامی اسلام در ازدواج با عایشه و عمل اصحاب پیامبر در ازدواج با کودکان؛ همچنین فقه‌های امامیه به برخی از روایات خاص و اجماع استناد کرده‌اند؛ اما همه آن‌ها با تردیدهای تاریخی، سندی و محتوایی روبرو هستند.

۷. ممنوعیت کودک همسری در فقه اهل سنت و امامیه، مبتنی بر استدلال به آیه ۶۶ سوره نساء، عدم نیاز کودک به ازدواج، عدم وجود مصلحت برای کودک، ظلم به کودک، عدم قابلیت کودک برای بهره‌وری جنسی (استمتاع)، ناسازگاری با کرامت کودک و وجود آسیب‌های فراوانی فردی و اجتماعی است.

۸. ازدواج کودکان (نکاح صغار) در شرایط عادی، دارای مصلحت نوعی نبوده، خلاف احتیاط است.

پیشنهادهات

به منظور کاهش مشکلات فرهنگی، اجتماعی و روانی کودک همسری، پیشنهاد می گردد:

۱. به جریان افتادن دوباره طرح اصلاحیه ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی مورخ ۱۳۹۷ در مجلس شورای اسلامی.
۲. تعیین ضمانت اجرای حقوقی و کیفری در قوانین موضوعه برای افراد خاطی از قانون حداقل سن ازدواج.
۳. تعقیب کیفری افراد مؤثر در کودک همسری به عنوان معاونت در جرم.
۴. تشکیل دادگاه های صالح تخصصی برای بررسی میزان صلاحیت جسمانی و روانی و اجتماعی افراد زیر ۱۸ سال برای تشکیل خانواده.

منابع

۱. ابوبکر، بدر الدین عبدالله (۲۰۱۰م). معیار تحدید سن المسئولیه الجنائیه للطفل بین الشریعه الاسلامیه و قانون الطفل السوداني، جامعه غرب کردفان.
۲. ابن اثیر، علی بن محمد (۱۳۸۵ق). الكامل فی التاریخ، بیروت: دار صادر.
۳. ابن اثیر، مبارک بن محمد، زاوی، طاهر احمد (۱۳۶۷ق). النهایه فی غریب الحدیث و الاثر، قم: اسماعیلیان.
۴. ابن ادريس، محمد بن احمد. (۱۳۸۷). موسوعة ابن إدريس الحلّی، محقق محمد مهدی خراسان. مقدمه نویس محمد مهدی خراسان قم: دلیل ما.
۵. ----- (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: مؤسسه نشر الاسلامی.
۶. ابن اسحاق همدانی، محمد بن اسحاق (۱۳۷۳)، سیرت رسول الله، تهران: نشر مرکز.
۷. ابن بابویه، محمد بن علی، (۱۴۰۰ق). أمالی الصدوق، تحقیق حسین اعلمی، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
۸. ----- (بی تا). عیون أخبار الرضا علیه السلام، تحقیق: مهدی لاجوردی، تهران: جهان.
۹. ابن براج، عبدالعزیز بن نحریر (۱۴۰۶ق). المذهب، تحقیق: جعفر سبحانی تبریزی، قم: جماعه المدرسين حوزه علمیه، مؤسسه النشر الإسلامی.
۱۰. ابن تیمیه، احمد بن عبدالحلیم (بی تا). الفتوی الحمویة الكبرى. تحقیق: حمد بن عبد المحسن تویجری، ریاض: دار الصمیعی للنشر و التوزیع.
۱۱. ابن حجر الهیتمی المکی (۱۴۰۳ق)، الصواعق المحرقة، قاهره: دارالکتب العلمیه و دار الکتب المحمدیه.
۱۲. ابن حجر عسقلانی، احمد بن علی (۱۳۲۵ق). تهذیب التهذیب. حیدرآباد: مطبعة مجلس. دائرة المعارف النظامیة.
۱۳. ----- (۱۴۱۵ق). الإصابة فی تمییز الصحابة. بیروت: دار الکتب العلمیة.
۱۴. ----- (۱۳۳۴ق)، فتح الباری شرح صحیح البخاری، تحقیق: محمد فؤاد عبد الباقي، بیروت: دار المعرفة.
۱۵. ابن حزم، علی بن احمد (بی تا). المحلی. بیروت: دار الجیل.
۱۶. ابن حمزه، محمد بن علی (۱۴۰۸ق)، الوسيلة إلى نیل الفضيلة، تحقیق: محمد حسون، بی جا: بی نا.
۱۷. ابن حنبل، احمد بن محمد (۱۹۹۶م)، مسند الامام احمد بن حنبل، چ ۱، بیروت، موسسه الرسالة.
۱۸. ابن رشد، محمد بن احمد (۱۴۱۶ق). بداية المجتهد و نهائة المقتصد. بیروت: دار الکتب العلمیة.

۱۹. ----- (۱۴۰۹ق). **بداية المجتهد و نهاية المقتصد**. بيروت: دار الجيل.
۲۰. ابن زهره، حمزه بن علی. (۱۴۱۷ق)، **غنية النزوع إلى علمی الأصول و الفروع**، تحقیق: ابراهیم بهادری، بی‌جا: بی‌نا.
۲۱. ابن سعد، محمد بن سعد. (بی تا). **الطبقات الكبرى**. بیروت: دار صادر.
۲۲. ابن شاس، عبدالله بن محمد (۱۴۲۳ق). **عقد الجواهر الثمينة فی مذهب عالم المدينة**. بیروت: دار الغرب الإسلامی.
۲۳. ابن عبد البر، یوسف بن عبد الله (۱۴۲۲ق). **الإستیعاب فی معرفة الأصحاب**. بیروت: دار الکتب العلمیة.
۲۴. ابن عربی، محمد بن عبدالله (۱۴۰۸ق)، **احکام القرآن**، بیروت: دار الجیل.
۲۵. ابن عساکر، علی بن حسن (۱۴۱۵ق). **تاریخ مدینة دمشق**. بیروت: دار الفکر.
۲۶. ابن فارس، احمد بن فارس (۱۴۰۴ق). **معجم مقاییس اللغة**، قم: مکتب الإعلام الإسلامی. مرکز النشر.
۲۷. ابن قدامه، عبد الله بن احمد (۱۴۱۴ق). **الکافی فی فقه الإمام أحمد بن حنبل**. بیروت: دار الکتب العلمیة.
۲۸. ----- (۱۳۴۷ق)، **المغنی**، بیروت: دارالکتب العلمیة.
۲۹. ابن ماجه، محمد بن یزید الربعی القزوینی (بی تا). **سنن ابن ماجه**، تحقیق: محمد، فؤاد عبد الباقي، قاهره: دار إحياء الکتب العربیة.
۳۰. ابن مفلح، ابراهیم بن محمد بن عبد الله الحنبلی (۱۴۱۳ق). **المبدع شرح المقنن**، چ ۱، بیروت: دار الکتب العلمیة.
۳۱. ابن منظور، محمد بن مکرم (بی تا)، **لسان العرب**، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۳۲. ----- (۱۴۰۸ق). **لسان العرب**. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۳. ابن هبيرة، یحیی بن هبيرة الذهلی الشیبانی الحنبلی، (۱۴۱۳ق)، **الإفصاح عن معانی الصحاح**، تحقیق: فؤاد عبد المنعم أحمد، ریاض: دار الوطن للطباعة و النشر و التوزیع.
۳۴. ابن اسحاق، محمد (۱۴۱۰ق). **السير و المغازی**. قم: دفتر مطالعات تاریخ و معارف اسلامی.
۳۵. ابن بابویه، محمد بن علی (۱۳۷۶). **أمالی شیخ صدوق**. محقق: محمد بن علی کمره‌ای، محمدباقر. تهران: کتابچی.
۳۶. ----- (۱۳۶۳). **من لا یحضره الفقیه**. تحقیق: علی اکبر غفاری. قم: جماعه المدرسین فی الحوزة العلمیة مؤسسه النشر الإسلامی.
۳۷. ----- (۱۳۷۷). **خصال شیخ صدوق**. تهران: کتابچی.
۳۸. ابن جزی، محمد بن احمد (۱۴۲۷ق). **القوانین الفقهیة**. بیروت: دار الکتب العلمیة.
۳۹. ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد (۱۴۱۶ق)، **مجموعه فتاوی ابن الجنید**، گردآورنده علی پناه اشتهاردی، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، مؤسسه النشر الإسلامی.

۴۰. ابن جوزی، عبدالرحمن بن علی، (۱۴۱۳ق). **المنتظم فی تاریخ الأمم و الملوك**. بیروت: دار الکتب العلمیة.
۴۱. ابن شهر آشوب، محمد بن علی، (بی تا). **المناقب**. قم: علامه.
۴۲. ابن فهد حلی، احمد بن محمد (۱۴۰۷). **المهذب البارع فی شرح المختصر النافع**. قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمیة بقم. مؤسسه النشر الإسلامی.
۴۳. ابن قتیبه، عبدالله بن مسلم، و عکاشه، ثروت (۱۹۹۲م). **المعارف**. قاهره: الهیئة المصریة العامة للكتاب.
۴۴. ابن کثیر، اسماعیل بن عمر (۲۰۰۶م). **السیرة النبویة**. بیروت: دار نوبلیس.
۴۵. ————— (۱۳۹۸). **البداية و النهایة**. بیروت: دار الفکر.
۴۶. ابوالمعالی، عبدالملک بن عبدالله. (۱۴۲۸ق)، **نهاية المطلب فی درایة المذهب**، بیجا: دارالمنهاج.
۴۷. احمدی فر، مصطفی (۱۳۸۸). «ازدواج و تأمین بهداشت روانی از نگاه قرآن و حدیث، فصلنامه قرآنی کوثر»، ش ۳۳: ۱۶ - ۹.
۴۸. احمدی، کامیل، (۱۳۹۶) **طنین سکوت**، تهران: انتشارات شیرازه.
۴۹. اراکی، محمدعلی (۱۴۱۵ق)، **کتاب البیع**، قم: اسماعیلیان.
۵۰. ازهری، محمد بن احمد (۱۴۲۲ق). **معجم تهذیب اللغة**. بیروت: دار المعرفة.
۵۱. اسدپور، پرویز (۱۳۹۶)، «تحوالات نهاد ولایت قهری نسبت به کودک با تأملی بر اسناد حقوق بشر»، پایان نامه کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شاهد.
۵۲. اشتیاردی، علی پناه (۱۴۱۷ق)، **مدارک العروة**، تهران: دار الأسوة للطباعة و النشر.
۵۳. محمدی اشتیاردی، محمد (۱۳۷۹)، **ازدواج و شیوه همسر داری از دیدگاه اسلام**، تهران: کتاب یوسف.
۵۴. اصفهانی، محمدحسین. (۱۴۲۷ق)، **حاشیة المکاسب**، محقق عباس آل سباع قطیفی، قم: ذوی القربی.
۵۵. اعرافی، علیرضا (۱۴۰۰): درس خارج اصول، ۱۴۰۰/۱۹/۱۰.
۵۶. افتخارزاده، سیده زهرا (۱۳۹۴)، «تجربه زیسته زنان در ازدواج زود هنگام، پژوهشنامه مددکاری اجتماعی»، ۱(۳)، ۱۵۶-۱۰۹.
۵۷. افسری، سالم (۱۴۴۲ق)، «**کلیة العلوم الانسانیة و الاجتماعیة**»، سندج: دانشگاه کردستان. ۶۸۰-۶۶۳
۵۸. امامی، سید حسن، (۱۳۷۷)، **حقوق مدنی**، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
۵۹. امامی، مسعود (۱۳۸۶). «**قصاص در سقط جنین عمدی، کاوشی نو در فقه**»، پاییز، سال چهاردهم، ۲، ۵۳-۸۵.
۶۰. امیریان، ا.م (۱۳۱۷)، «**ازدواج در ایران و فرانسه، حقوق**»، نشریه مجموعه حقوقی، ش ۶۲، ۱۸-۲۰.

۶۱. انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۵ق)، **کتاب النکاح**، قم: المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأعظم الأنصاری. الأمانة العامة.

۶۲. ----- (۱۴۲۹ق)، **موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها**، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.

۶۳. انصاری، مرتضی بن محمدامین. (۱۴۱۵ق)، **المکاسب**، قم: المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأعظم الأنصاری. الأمانة العامة.

۶۴. ----- (۱۴۱۰ق)، **المکاسب**، تحقیق: محمد کلانتر، قم: دار الکتاب

۶۵. انصاری، قدرت الله (۱۳۹۲)، **احکام و حقوق کودکان در اسلام**، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.

۶۶. انوری، حسن (بی تا)، **فرهنگ بزرگ سخن**، چ ۸، تهران: سخن.

۶۷. ایردانیان، امیر (۱۳۸۱)، «**بررسی تطبیقی کودک در اسناد و مقاوله نامه های بین المللی و مقررات**

داخلی»، دادرسی، بهمن و اسفند - ۳۶، ۵۲ - ۵۷

۶۸. ایزدی، مهدی (۱۳۷۸)، «**یونیسف و حمایت از حقوق کودک**»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران مرکزی،

۶۹. آبی، حسن بن ابیطالب (۱۴۰۸ق). **کشف الرموز فی شرح المختصر النافع**، تحقیق: علی پناه اشتیاردی، قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية، مؤسسة النشر الإسلامی.

۷۰. آشتیانی، محمود (۱۳۹۰). **شرح کتاب الإجارة من الشرائع**. قم: کنگره علامه آشتیانی (ره).

۷۱. آل کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹). **تحریر المجلة**. تهران: مکتبه النجاشی.

۷۲. آلوسی، محمودشکری (۱۹۲۴م). **بلوغ الأرب فی معرفة أحوال العرب**. قاهره: مطبعة ى الرحمانیه.

۷۳. آملی، محمد تقی، یزدی (۱۳۸۴). **مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی**. بی جا: بی نا

۷۴. بجنوردی، حسن (۱۳۷۷). **القواعد الفقهية**. قم: نشر الهادی.

۷۵. بحر العلوم، محمد بن محمدتقی. (۱۳۶۲)، **بلغة الفقيه**، محشی: محمدتقی آل بحر العلوم. مصحح: حسین بحر العلوم، تهران: مکتبه الصادق (علیه السلام).

۷۶. بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۷ق). **الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة**. بیروت: دار الأضواء.

۷۷. بروجردی، سید علی أصغر (۱۴۱۰ق). **طرائف المقال فی معرفة طبقات الرجال**، تحقیق: السید مهدی الرجائی، قم: مکتبه آية الله العظمی المرعشی النجفی العامة.

۷۸. بستان، حسین، بختیاری، محمد عزیز و شرف الدین، سید حسین. (۱۳۸۷). **اسلام و جامعه شناسی خانواده**، ج ۳،

قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

۷۹. بعلی، محمد بن ابی الفتح الحنبلی (۱۴۲۳ ق)، **المطلع علی ألفاظ المقنع**، تحقیق: محمود الأرناؤوط و یاسین

محمود الخطیب، جدّه: مکتبه السوادی للتوزیع.

۸۰. بغوی، ابومحمد. (۱۴۱۸ق)، **التهذیب فی الفقه، محقق عادل احمد عبدالموجود**، بیروت: دارالکتب العلمیه.

۸۱. بلال شاکری (۱۳۹۵)، «بازخوانی اصل احتیاط در فروج، جستارهای فقهی و اصولی»، دوره ۲، ۳ و ۳، تابستان، ۳۱-۴۸.

۸۲. بنایان، شایسته؛ ندا پروین؛ افسانه کاظمیان (۱۳۸۵). «بررسی ارتباط سلامت روان و رضایت زناشویی زنان

متاهل، مجله مراقبت پرستاری و مامایی ابن سینا»، ۱۴(۲)، ۵۲.

۸۳. فاضل جواد، جواد بن سعید، (۱۳۶۵). **مسالك الأفهام إلى آیات الأحكام**. تهران: مکتبه المرتضویه.

۸۴. بهبهانی، علی. (۱۴۰۵ق). **القواعد الكلية مما یبتنی علیه کثیر من معضلات مسائل الفقه و الأصول**. اهواز:

مکتبه دارالعلم.

۸۵. بهوتی، منصور بن یونس الحنبلی (بی تا)، **کشف القناع عن متن الإقناع**، بیروت: عالم الکتب.

۸۶. ----- (بی تا)، **شرح منتهی الإرادات المسمى دقائق أولى النهی لشرح المنتهی**، بیروت: عالم

الکتب.

۸۷. بیهقی، احمد بن حسین (۱۳۴۴ق). **السنن الكبرى**. حیدرآباد: مطبعه مجلس. دائرة المعارف النظامیه.

۸۸. ----- (۱۴۰۵ق). **دلایل النبوه و معرفه أحوال صاحب الشریعه**. بیروت: دار الکتب العلمیه.

۸۹. پویا منش، جعفر؛ حسن احدی؛ محمدعلی مظاهری؛ علی دلاور (۱۳۸۷). «مقایسه اثر بخشی مداخلات مبتنی بر

نظریه ایس به دو روش مشاوره گروهی رو در رو و اینترنتی در افزایش رضایت زناشویی»، مجله

تحقیقات علوم رفتاری، ۶(۲)، ۸۹.

۹۰. پیوندی، غلامرضا. (۱۳۹۰)، **حقوق کودک**، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

۹۱. تاج زمان دانش (۱۳۷۳)، «الزام اطفال و نوجوانان بزهکار به کارهای عام المنفعه و حقوق طبیعی»، مجله

دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۳۱.

۹۲. تبریزی، جواد (بی تا). **أسس القضاء و الشهادة**. قم: دفتر مولف.

۹۳. ----- (۱۳۷۸)، **استفتائات جدید**، قم: انتشارات سرور.

۹۴. ----- (۱۴۲۶ق). **منهاج الصالحین**. قم: مدین.

۹۵. جباری، مصطفی (۱۳۹۰). «اندیشه‌ی حقوقی عرب پیش از اسلام». سمنان: دانشگاه سمنان.
۹۶. جبر، حمید، (۱۳۹۹)، **الولاية على الصغير في تصرفات المالیة و النکاح فی ضوء فقه اهل البيت**. رساله دکتری تخصصی، قم: جامعه المصطفی.
۹۷. جزایری، رضوان السادات؛ مریم فاتحی زاده، محمدرضا عابدی، ایران باغبان، رزگار قادرپور (۱۳۸۸). «مقایسه رابطه باورهای ارتباط زناشویی و سلامت عمومی بین دو استان اصفهان و آذربایجان غربی»، فصلنامه روان شناسی کاربردی، ۱(۴)، ۴۴۵-۴۵۹.
۹۸. جزیری، عبدالرحمن (۱۴۲۴ق)، **الفقه على مذاهب الاربعه**، چ ۲، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۹۹. جصاص، احمد بن علی، (۱۴۰۵ق). **احکام القرآن**. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۱۰۰. جعفری، زهیرم، (۱۳۹۶)، **مطالعه تطبیقی مسئولیت کیفری اطفال و نوجوانان در نظام حقوقی ایران و عراق**، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه فردوسی مشهد.
۱۰۱. جفری، اس نوید؛ راتوس، اسپنسر ای (۱۳۸۹). **بهداشت روانی**. ترجمه یحیی سیدمحمدی. چ ۲، تهران: انتشارات ارسباران.
۱۰۲. جلالی لیکوان، رضا؛ میرسپاه، اکبر (۱۳۹۷)، «بازپژوهشی در سن عایشه هنگام ازدواج با پیامبر (ص)»، تاریخ اسلام در آینه پژوهش، پاییز و زمستان، ش ۴۵، ۳۸-۲۵.
۱۰۳. جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۶ق). **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت**، تحت نظر آیت الله هاشمی شاهرودی، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر طبق مذهب اهل بیت.
۱۰۴. جناتی، محمد ابراهیم (۱۴۱۵ق) **دروس فی الفقه المقارن**، چ ۱، قم: مقر المنطقه الثانية لمنظمة الإعلام الإسلامی.
۱۰۵. جواد علی (۱۹۵۰م). **تاریخ عرب قبل الاسلام**، بغداد: مطبوعات مجمع علمی العراقی.
۱۰۶. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۷۶). **کرامت در قرآن**، چ ۵، تهران: مرکز نشر فرهنگی رجاء.
۱۰۷. ----- (۱۳۸۸). **تفسیر موضوعی (جامعه در قرآن)**، چ ۲، قم: مرکز نشر اسراء.
۱۰۸. ----- (۱۳۹۳). **خانواده متعادل و حقوق آن**، تحقیق: ابراهیم جوانمردفرخانی، قم: مرکز نشر اسراء.
۱۰۹. ----- (۱۳۹۴). **درس خارج فقه**، ۸۳، ۱۳۹۴/۱۲/۱۹ <https://javadi.esra.ir>
۱۱۰. ----- (۱۳۹۰). **ولایت فقیه، فقه و عدالت**؛ چ ۱۳، قم: مرکز نشر اسراء.
۱۱۱. ----- (۱۳۷۹). **ولایت در قرآن**، تحقیق: محمد رضا مصطفی پور، قم: اسراء.

۱۱۲. جوادیان، سید رضا؛ الهام شمالی احمدآبادی؛ محمد ترکاشوند مرادآبادی؛ محدثه عابدی (۱۳۹۹). «زمینه ها و پیامدهای

ازدواج زودهنگام دختران ۱۳ تا ۱۶ ساله (شهرستان اردکان، یزد)»، مجله مطالعات اجتماعی ایران، ۱۳(۴)،

۳۱-۵۴.

۱۱۳. جوهری، إسماعیل بن حماد الجوهری، (۱۴۳۳ق)، **الصحاح**، تحقیق: أحمد عبد الغفور عطار، بیروت: دار العلم للملایین.

۱۱۴. حائری، سید کاظم؛ یوسفی، احمدعلی (۱۳۸۰). «اقتصاد اسلامی و روش کشف آن از دیدگاه شهید صدر رحمه

الله»، اقتصاد اسلامی بهار - شماره ۱. ۲۱-۴۲.

۱۱۵. حجت کوه‌کمره‌ای، محمد (۱۴۰۹ق). کتاب البیع، قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمیة بقم. مؤسسه النشر الإسلامی.

۱۱۶. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق)، **تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة**، تحقیق: محمدرضا

حسینی جلالی، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لإحياء التراث.

۱۱۷. حسن زارعی محمود آبادی، فاطمه زارعی، (۱۴۰۰). «علل و پیامدهای ازدواج زودهنگام و وقوع کودک همسری

در دانش آموزان دختر استان یزد (طلاق دانش آموزی): مطالعه داده بنیاد»، نشریه طلوع بهداشت، ۳۰(۳)،

۱۲-۲۷.

۱۱۸. حسینی عاملی، محمدجواد بن محمد (بی تا)، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، بیروت: دار إحياء التراث

العربی.

۱۱۹. حسینی میلانی، علی (۱۳۸۶). ازدواج ام کلثوم با عمر (بررسی و نقد)، قم: مرکز حقایق اسلامی.

۱۲۰. حسینی، السید میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، **العناوین الفقهیة**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

۱۲۱. حسینی، سیدعلی اکبر (۱۳۸۲). «مقایسه اجمالی حقوق کودک در اسلام و جهان غرب». فقه و حقوق خانواده،

۳۱، ۹ - ۳۰.

۱۲۲. حسینی، سیدعلی (۱۳۸۱)، «حکومت و مصلحت از دیدگاه صاحب جواهر»، پژوهشنامه حکمت و فلسفه اسلامی

شماره ۲، ۴۴ تا ۵۷.

۱۲۳. حکیم، محسن (۱۳۷۴)، **مستمسک العروة الوثقی**، قم: دار التفسیر.

۱۲۴. حماد، نزیه (۱۴۲۹ق)، **معجم المصطلحات المالیة و الاقتصادية فی لغة الفقهاء**. دمشق: دار القلم.

۱۲۵. حملاوی، أحمد بن محمد (بی تا). **شذذ العرف فی فن الصرف**، تحقیق نصرالله عبد الرحمن نصر الله، ریاض: مکتبه

الرشد.

۱۲۶. ، بلاذری، احمد بن یحیی (۱۳۹۷ق). **أنساب الأشراف**، بیروت: دار المعارف.

۱۲۷. حیدری، موسی الرضا (۱۳۹۶)، «مبانی و ادله تقدم مصالح اجتماعی بر مصلحت فردی از دیدگاه مذاهب

اسلامی»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه حکیم سبزواری، دانشکده الهیات و معارف اسلامی.

۱۲۸. خامنه‌ای، سید علی، دیدار جمعی از زنان هرمزگان با رهبر انقلاب، ۱۳۷۶/۱۱/۲۹.

۱۲۹. خزل پور، ب (۱۳۹۰). «بررسی رابطه سازگاری فردی و اجتماعی با سلامت روانی مددکاران بهزیستی

شهر اهواز». پایان‌نامه کارشناسی. دانشگاه آزاد اسلامی اهواز.

۱۳۰. خمینی، سید روح الله (۱۳۹۲)، **تحریر الوسیله**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الإمام الخمینی (قدس سره).

۱۳۱. ----- (۱۴۱۵ق)، **کتاب البیع**، قم: موسسه النشر الاسلامی.

۱۳۲. ----- (۱۴۱۸ق). **تحریرات فی الأصول**، چ ۱. قم: بی نام.

۱۳۳. ----- (۱۴۱۸ق). **الخيارات**، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

۱۳۴. ----- (۱۳۷۶). **مستند تحریر الوسیله**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

۱۳۵. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق)، **موسوعة الإمام الخوئی**، قم: مؤسسه إحياء آثار الامام الخوئی.

۱۳۶. ----- (بی تا). **البيان فی تفسیر القرآن**، قم: مؤسسه إحياء آثار الامام الخوئی.

۱۳۷. ----- (۱۴۲۹ق)، **محاضرات فی الفقه الجعفری**، قم: مؤسسه دائرة معارف الفقه الاسلامی.

۱۳۸. ----- (۱۳۸۷)، **مصباح الفقاهه**، قم: نشر داورى.

۱۳۹. ----- (۱۴۲۶ق). **مبانی منهج الصالحین**. تحقیق: طباطبایی قمی، تقی، و حاجیانی دشتی، عباس. ۱۰

ج. قم: قلم الشرق.

۱۴۰. ----- (۱۴۱۷ق)، **محاضرات فی أصول الفقه**، چ ۴، قم: طبع دار الهادی.

۱۴۱. ----- (۱۴۱۳ق)، **معجم رجال الحديث وتفصیل طبقات الرواة**، چ ۵، قم: بینام.

۱۴۲. دانشور وزیرى، (۱۳۹۹)، «بازپژوهی آغاز سن تعقیب کیفری در حقوق کیفری کشورهای اسلامی»، پایان

نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم.

۱۴۳. درذیر، أبو البرکات احمد بن محمد المالکی (بی تا). **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام**

مالک، قاهره: دار المعارف.

۱۴۴. دفتر همکاری حوزه و دانشگاه (۱۳۷۲)، **فلسفه تعلیم و تربیت درآمدی بر تعلیم و تربیت اسلامی**، تهران:

سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت).

۱۴۵. دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۲). **لغت نامه دهخدا**. تهران: روزنه.
۱۴۶. حاکم نیشابوری، محمد بن عبدالله (بی تا). **المستدرک علی الصحیحین**، بیروت: دار المعرفة.
۱۴۷. ذهبی، محمد بن احمد (۱۴۱۴ق). **سیر اعلام النبلاء**. بیروت: مؤسسه الرسالة.
۱۴۸. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (بی تا). **المفردات فی غریب القرآن**، تحقیق: محمد کیلانی، (بی جا): دفتر نشر کتاب.
۱۴۹. روحانی، سید محمد (۱۴۱۳ق). **منتفی الأصول**، ج ۱، قم: دفتر آیت الله سید محمد حسینی روحانی.
۱۵۰. ----- (۱۴۳۵ق). **فقه الصادق**، قم: آیین دانش.
۱۵۱. رویانی، عبدالواحد (۲۰۰۹م)، **بحر المذهب**، محقق طارق فتحی السید، ج ۱، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۱۵۲. زبلی، عثمان بن علی بن محجن الباری الحنفی (۱۳۱۳ق)، **تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق**، ج ۱، قاهره: المطبعة الكبرى الأميریة - بولاق.
۱۵۳. زحیلی، وهبه (۱۴۰۹ق). **الفقه الإسلامی و أدلته**، ج ۴، دمشق: دار الفكر.
۱۵۴. ----- (۱۴۱۸ق). **التفسیر المنیر فی العقیدة و الشریعة و المنهج**، بیروت: دار الفكر المعاصر.
۱۵۵. زرقانی، محمد بن عبد الباقي (۱۴۱۷ق). **شرح العلامة الزرقانی علی المواهب اللدنیة بالمنح المحمدیة**، بیروت: دار الکتب العلمیة.
۱۵۶. ----- (بی تا)، **شرح الزرقانی علی الموطأ**، بیروت: دارالفکر.
۱۵۷. زرکشی، شمس الدین محمد بن عبد الله المصری الحنبلی، (۱۴۱۳ ق)، **شرح الزرکشی علی مختصر الخرقی**، ریاض: دار العبیکان، چ اول.
۱۵۸. زمانی، رسول؛ علیرضا صابریان، محمد روحانی مقدم (۱۳۹۹)، «**سن ازدواج در اسناد بین المللی**»، فصلنامه حقوق پزشکی، ویژه نامه حقوق بشر و شهروندی، ۳۴۴-۳۶۴.
۱۵۹. زمخسری، محمود بن عمر (۱۴۱۸ق). **الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل و عیون الاقوال فی وجوه التأویل**. ریاض: مکتبة العبیکان.
۱۶۰. ساروخانی، باقر (۱۳۹۴) **مقدمه ای بر جامعه شناسی خانواده**، چ ۲۰، تهران: سروش
۱۶۱. سالم، عبدالعزیز (۱۳۸۳). **تاریخ عرب قبل از اسلام**. مترجم: صدری نیا، باقر، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
۱۶۲. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۰۵ق). **الجامع للشرائع**. قم: مؤسسه سید الشهداء (ع).
۱۶۳. سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، **مذهب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام**، قم: سید عبد الاعلی السبزواری.

۱۶۴. سرخسی، محمد بن أحمد (۱۴۰۴ق)، **المبسوط**، بیروت: دار المعرفة.
۱۶۵. سرمدی، ا (۱۳۸۵). «رابطه ی بین پنج عامل شخصیت» پایان نامه ی چاپ نشده ی کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی واحد اراک.
۱۶۶. سلطانی، عتیق‌الله (۱۳۹۳)، «مسئولیت کیفری اطفال و نوجوانان در حقوق ایران و افغانستان»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه بین المللی امام خمینی.
۱۶۷. سلیمانی، ا؛ حبیبی، م؛ صاحب قران فرد، م (۱۳۹۵). «مقایسه شادکامی، سبک های عشق و نارسایی هیجانی در افراد زودازدواج و دیرازدواج»، فصلنامه خانواده پژوهی. سال دوازدهم، شماره ۴۶، ۲۸۵-۲۶۹.
۱۶۸. سیفی، علی اکبر (بی تا). **دلیل تحریر الوسیله (النکاح)**، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الإمام الخمينی (قدس سره).
۱۶۹. شافعی، ابو عبدالله محمد بن ادریس (۱۴۰۰ق)، **مسند الشافعی**، بیروت: دار الکتب العلمیه.
۱۷۰. ----- (۱۴۱۰ق). **الأم الشافعی**، ج ۲، بیروت: دارالفکر.
۱۷۱. شایگان، علی (۱۳۸۷)، **حقوق مدنی**، ج ۳، قزوین: انتشارات طه.
۱۷۲. شبیری زنجانی، موسی (بی تا). **کتاب نکاح**، قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
۱۷۳. شربینی، محمد الخطیب الشافعی (۲۰۰۴ م)، **معنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج**، بیروت: دار الفکر.
۱۷۴. ابن ابی الحدید، عبد الحمید بن هبه الله (۱۴۰۴ق). **شرح نهج البلاغه**، قم: مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی (ره).
۱۷۵. شریف، میر محمد (۱۳۶۲)، **تاریخ فلسفه در اسلام**، ترجمه: نصرالله پور جوادی، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
۱۷۶. شکری، فریده (۱۳۸۷)، «بررسی حقوقی سن ازدواج و رشد دختران، علوم اجتماعی»، نشریه مطالعات راهبردی زنان: تابستان ۱۳۸۷ - شماره ۴۰، از ۱۳۱ تا ۱۵۶.
۱۷۷. شوکانی، محمد بن علی الیمنی (۱۴۱۴ق). **فتح القدير**، دمشق: دار ابن کثیر.
۱۷۸. محمد بن علی الیمنی (۱۴۱۳ ق)، **نیل الأوطار شرح منتقى الأخبار**، تحقیق: عصام الدین الصبابطی، مصر: دار الحدیث.
۱۷۹. شهید اول، محمد بن مکی. (۱۴۱۴ق)، **الدروس الشرعیه**، قم: موسسه نشرالاسلامی.
۱۸۰. ----- (۱۴۳۰ق)، **موسوعة الشهيد الأول**، تحقیق: مجموعه من المحققين، علی اوسط ناطقی، رضا مختاری، قم: مرکز العلوم و الثقافة الاسلامیه.

۱۸۱. ----- (بی تا)، **القواعد و الفوائد فی الفقه و الأصول و العربیة**، تحقیق: سید محسن حکیم قم: مکتبه المفید.
۱۸۲. شهید ثانی، زین الدین بن علی (بی تا). **روض الجنان فی شرح ارشاد الأذهان**، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لإحياء التراث.
۱۸۳. ----- (۱۳۸۰). **حاشیة شرائع الإسلام**، قم: بوستان کتاب قم: مرکز النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامی.
۱۸۴. ----- (۱۴۱۰ق). **الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة**، تحقیق: محمد کلانتر، قم: مکتبه الداوری.
۱۸۵. ----- (۱۴۱۳ق). **مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام**، محقق مؤسسه المعارف الإسلامیة. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
۱۸۶. شهیدی تبریزی. (بی تا)، **هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب**، قم: دار الكتاب.
۱۸۷. شیرازی، ابواسحاق (بی تا). **المهذب فی الفقه الامام شافعی**، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۱۸۸. نجفی، محمدحسن بن باقر (۱۴۲۱ق). **جواهر الکلام (ط. الحدیث)**، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).
۱۸۹. صانعی، یوسف، (بی تا). **تعلیقه علی العروة الوثقی**، تحقیق: مؤسسه فقه الثقلین، قم: انتشارات میثم تمار.
۱۹۰. صدر، محمد باقر (۱۴۱۷ق). **بحوث فی علم الأصول**، تحقیق: محمود هاشمی شاهرودی، قم: مؤسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی.
۱۹۱. ----- (۱۴۱۷ق). **اقتصادنا**، قم: مکتب الإعلام الإسلامی. مرکز النشر.
۱۹۲. ----- (۱۴۱۷ق)، **بحوث فی علم الأصول**، تحقیق: محمود هاشمی شاهرودی، قم: مؤسسه دائرة معارف الفقه الاسلامی.
۱۹۳. صفایی، حسین و امامی، اسدالله (۱۳۷۸)، **حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)**، چ ۷، تهران: دانشگاه تهران.
۱۹۴. صفایی، حسین (۱۳۷۲)، **حقوق خانواده**، چ ۳، تهران: دانشگاه تهران.
۱۹۵. صفایی، سید حسین؛ قاسم زاده، سید مرتضی، (۱۳۷۸)، **حقوق مدنی (اشخاص و محجورین)**، چ ۴، تهران: سمت.
۱۹۶. صفوی، حنانه سادات؛ مینایی، ماه گل، (۱۳۹۴). «تجربه زیسته دختران نوجوان در نقش همسر (مطالعه ازدواج زودهنگام دختران آران بیدگل)»، فصلنامه پژوهش نامه زنان، ۶(۲)، ۸۷-۱۰۶.

۱۹۷. طباطبائی، محمد بن علی (بی‌تا). **المناهل**، قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث،
۱۹۸. طباطبائی، محمد حسین. (۱۳۵۱). **الميزان فی تفسیر القرآن**، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
۱۹۹. طبرانی، سلیمان بن احمد، (۱۴۰۶ق). **المعجم الكبير**، قاهره: مکتبه ابن تیمیّه.
۲۰۰. طبرسی، ابو علی الفضل بن الحسن (۱۴۱۴ق) **تفسیر مجمع البیان**، بیروت، دارالفکر.
۲۰۱. ----- (۱۳۷۰). **مکارم الأخلاق**. قم: الشریف الرضی.
۲۰۲. ----- (۱۴۱۷ق). **إعلام الوری بأعلام الهدی**، قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث.
۲۰۳. طبری، محمد بن جریر (۴۱۳ق). **تاریخ الطبری**، بیروت: مؤسسه عزالدین.
۲۰۴. ----- (بی تا). **تاریخ الرسل و الملوك**، تهران: جهان.
۲۰۵. طحاوی، احمد بن محمد (۱۳۳۳ق). **مشکل الآثار**، بیروت: دار صادر.
۲۰۶. طریحی، الشیخ فخر الدین (بی تا). **مجمع البحرين، محمود عادل الربع الاخير**، قم: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
۲۰۷. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق). **النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى**. بیروت: دار الكتاب العربی.
۲۰۸. ----- (۱۳۸۷ق)، **المبسوط فی فقه الإمامیة**، تهران: مکتبه المرتضویّه.
۲۰۹. ----- (۱۴۱۴ق). **رسائل الشیخ الطوسی**. تحقیق: واعظ زاده خراسانی، محمد. قم: جماعه مدرسین در حوزه علمیه قم. مؤسسه النشر الإسلامی.
۲۱۰. ----- (بی تا). **التبیان فی تفسیر القرآن**، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۲۱۱. ----- (۱۳۶۳). **الاستبصار فیما اختلف من الأخبار**، تهران: دار الکتب الإسلامیّه.
۲۱۲. ----- (۱۳۶۵). **تهذیب الأحکام**، تهران: دار الکتب الإسلامیّه.
۲۱۳. ----- (بی تا)، **الفهرست**، محقق: جواد القیومی الاصفهانی، ج ۱، مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جماعه مدرسین قم.
۲۱۴. ----- (۱۳۳۰ق)، **الخلاف فی الفقه**، ج ۲، تهران: انتشارات رنگین.
۲۱۵. عاملی، جعفر مرتضی (۱۳۸۵). **الصحيح من سيرة النبي الأعظم (ط - جدید)**، قم: مؤسسه علمی فرهنگی دار الحديث. سازمان چاپ و نشر.
۲۱۶. عاملی، جعفر مرتضی (۱۴۲۳ق). **ظلامه أم کلثوم**، بیروت: المركز الإسلامی للدراسات.
۲۱۷. عبادی، شیرین (۱۳۷۵)، **حقوق کودک**، ج ۱، تهران: کانون.

۲۱۸. عباسی، کیانا (بهمن ۱۳۹۹). «کودک همسری در حقوق ایران و نظام های بین المللی حقوق بشر»، پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق بین الملل، دانشگاه قم: دانشکده حقوق.
۲۱۹. عبدالمنعم، محمود عبدالرحمن (بی تا). **معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهية**. قاهره: دار الفضيلة.
۲۲۰. عرب صالحی، محمد، (۱۳۹۸)، «ماهیت احکام امضایی با تاکید بر نقد نظر برخی از معاصران، نشریه جستارهای فقهی و اصولی»، تابستان، سال پنجم - شماره ۱۵، ۷-۲۵.
۲۲۱. عسکری، ابوهلال. (بی تا)، **الفروق اللغوية**، قم: مکتبه البصيرتی.
۲۲۲. مجلسی، محمد باقر (۱۳۷۰). **مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول**. تهران: دار الکتب الإسلامية.
۲۲۳. عقیلی، عبد الله بن عبد الرحمن (۱۴۰۰ق)، **شرح ابن عقيل على الفیة ابن مالک**، تحقیق: محمد محیی الدین عبد الحمید، القاهرة: دار التراث، الطبعة العشرون.
۲۲۴. علاءالدین کاشانی، ابوبکر بن مسعود. (بی تا). **بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع**. بیروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع.
۲۲۵. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۱ق). **تبصرة المتعلمين فی أحكام الدين**، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی. سازمان چاپ و انتشارات.
۲۲۶. ----- (۱۴۱۳ق). **قواعد الأحكام فی معرفة الاحلال و الحرام**، قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية بقم. مؤسسه النشر الإسلامی.
۲۲۷. ----- (۱۴۱۴ق). **تذكرة الفقهاء**، قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث.
۲۲۸. ----- (۱۴۲۰ق). **تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية**، قم: مؤسسه الإمام الصادق عليه السلام.
۲۲۹. ----- (۱۴۲۳ق)، **مختلف الشيعة فی أحكام الشريعة**، چ ۲، قم: بوستان کتاب.
۲۳۰. ----- (۱۴۱۰). **إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان**. تحقیق: فارس تبریزیان، قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية بقم. مؤسسه النشر الإسلامی.
۲۳۱. علم الهدی، علی بن حسین (۱۴۱۷ق). **مسائل الناصريات**، تهران: رابطه الثقافة و العلاقات الاسلامیة. مدیریت ترجمه و نشر.
۲۳۲. علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۸). **فقه و عرف**، چ ۷، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ اسلامی.
۲۳۳. ----- (۱۳۸۳). «مرجعیت عرف در تطبیق مفاهیم بر مصادیق»، فصلنامه حقوق اسلامی، ۱(۲)، ۱۱.

۲۳۴. ----- (۱۳۹۹)، **فقه و مصلحت**، ج ۷، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ اسلامی.
۲۳۵. علیش، محمد (۱۴۰۴ق). شرح منح الجلیل علی مختصر العلامة خلیل. بیروت: دار الفکر.
۲۳۶. علیمردی، امان الله (۱۳۹۱). «بررسی ماهیت حقوقی مهریه، نوع رابطه آن با نکاح دائم در نظام حقوق خانوادگی»، فصلنامه پژوهشهای فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲۸: ۱۴۴ - ۱۱۹
۲۳۷. عمرانی، یحیی بن سالم (۱۴۲۱ق). **البيان فی مذهب الإمام الشافعی**. بیروت: دار المنهاج.
۲۳۸. عمید، حسن (۱۳۶۳)، **فرهنگ فارسی عمید**، تهران: انتشارات امیرکبیر،
۲۳۹. عوایشه، حسین بن عوده (۱۴۲۳ق). **الموسوعة الفقهية الميسرة فی فقه الكتاب و السنة المطهرة**، جبیل: دار الصدیق.
۲۴۰. عوین، زینب احمد (۲۰۰۳م)، **قضاء الاحداث؛ دراسة المقارنة**، عمان، دارالعلمیه الولیة و دارالثقافة.
۲۴۱. غدیری، ماهرو (۱۳۹۵). «سن و رضایت به ازدواج از منظر نظام بین المللی حقوق بشر»، فصلنامه خانواده پژوهی، ۱۲(۴۵)، ۱۱۵-۱۳۹.
۲۴۲. رافعی قزوینی، عبد الکریم بن محمد (۱۴۱۷ق). **العزیز شرح الوجیز المعروف بالشرح الکبیر العلمیه**، بیروت: دار الکتب العلمیه.
۲۴۳. فیومی، احمد بن محمد (۱۴۱۴ق). **المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی**، قم: مؤسسه دار الهجرة.
۲۴۴. غسان، الزینبان (بی تا). **المسئولیه الجزائیه للاحداث الجانحین فی القانون الاردنی**. الاردن: جامعه البلقان التطبيقیه.
۲۴۵. فاضل لنکرانی، محمد جواد (۱۴۰۰): **درس خارج اصول دوره دوم**، جلسه ۱۲۵
۲۴۶. ----- (۱۳۹۶)، **قاعده میسور**، تحقیق: سیدمرتضی میرزاده اهری. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
۲۴۷. ----- (۱۳۹۲)، **درس خارج فقه، بیع فضولی**، جلسه ۳۸،
<https://fazellankarani.com/persian/lessons/7250>
۲۴۸. فاضل مقداد، مقداد بن عبد الله (۱۴۳۱ق). **کنز العرفان فی فقه القرآن**، تهران: المجمع العالمی للتقريب بین المذاهب الاسلامیه. المعاونه الثقافیه.
۲۴۹. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۵ق). **تفصیل الشریعه (المضاربة، الشریکه، المزارعه، المساقاة، الدین، الرهن، الحجر، الضمان، الحواله، الکفاله، الوکاله، الإقرار، الهبه)**. قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار (علیهم السلام).
۲۵۰. ----- (۱۴۲۱ق)، **تفصیل الشریعه (النکاح)**، قم: مرکز فقه الأئمة الأطهار (علیهم السلام).

۲۵۱. فاطمه زهرا (بی‌تا)، «المسئولیه الجزائیه للطفل بین الانعدام و التخفيف فی التشريع الجزائری»، مجله الدراسات والبحوث القانونیه، شماره دوم.
۲۵۲. فتح الله، أحمد (۱۴۱۵ق). **معجم ألفاظ الفقه الجعفری**، ج ۱، دمام: طبع بمطابع المدوخل.
۲۵۳. فخر المحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). **إيضاح الفوائد فی شرح إشکالات القواعد**، تصحیح: عبد الرحیم بروجردی؛ حسین موسوی کرمانی و علی پناه اشتهاردی، قم: بی‌نا
۲۵۴. فدایی، ر (۱۳۹۲). «**رابطه سلامت روان با بهزیستی و رضایت شغلی کارکنان ملی حفاری ایران در شهر اهواز**». پایان نامه کارشناسی. دانشگاه شهید چمران اهواز.
۲۵۵. فیروزآبادی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۳ق). **القاموس المحيط (دار الفكر)**، بیروت: دار الفكر.
۲۵۶. فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی (۱۴۰۶ق). **الوافی**، اصفهان: مکتبه الإمام امیرالمؤمنین علی (علیه السلام) العامه.
۲۵۷. ----- (۱۴۰۱ق). **مفاتیح الشرائع**. قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
۲۵۸. ----- (۱۴۱۷ق)، **المحجۀ البیضاء**، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۲۵۹. فیومی، احمد بن محمد (۱۴۲۸ق). **المصباح المنیر**، بیروت: المکتبه العصریه.
۲۶۰. قاری، سید فاطمی (بی‌تا)، **حقوق بشر در جهان معاصر، دفتر دوم**، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش.
۲۶۱. قرطبی، محمد بن احمد (۱۳۶۴). **الجامع لأحكام القرآن**. تهران: ناصر خسرو.
۲۶۲. قزوینی، ملاعلی (۱۴۱۴ق). **صیغ العقود و الإیقات**، قم، شکوری.
۲۶۳. قطب راوندی، سعید بن هبه الله (۱۴۰۵ق). **فقه القرآن**. قم: کتابخانه عمومی حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
۲۶۴. قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۳۷۸ق)، **قوانین الاصول**، تهران: مکتبه الاسلامیه.
۲۶۵. قنبر پور، بهنام؛ نقیبی، سید ابوالقاسم (۱۳۹۱). «**شرط عدم تمکین در عقد نکاح در فقه امامیه و اهل سنت**»، فقه و اصول، نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی، پاییز، ۳، ۲۰۳-۲۲۳.
۲۶۶. قنبری، لیلی (۱۳۹۷). «**بررسی و مقایسه وضعیت زیستی، روانی و اجتماعی زنان با ازدواج های زود هنگام و بهنگام**». پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد رشته مشاوره، دانشگاه پیام نور مرکز قزوین.
۲۶۷. قونوی، قاسم بن عبد الله الرومی الحنفی (۱۴۲۴ق). **أنیس الفقهاء فی تعریفات الألفاظ المتداوله بین الفقهاء**، محقق: یحیی حسن مراد، بیروت: دار الکتب العلمیه،
۲۶۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). **حقوق مدنی، خانواده، چ**، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.

۲۶۹. ----- (۱۳۷۵). دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، تهران، نشر یلدا.
۲۷۰. ----- (۱۳۹۳). قانون مدنی در نظام حقوقی کنونی، چ ۴۱، تهران، میزان.
۲۷۱. کاشف‌الغطاء، حسن (۱۴۲۲ق). انوار الفقاهه - کتاب النکاح. نجف اشرف: مؤسسه کاشف‌الغطاء العامة.
۲۷۲. غروی نائینی، محمد حسین (۱۴۱۷ق). فوائد‌الأصول، تقریرات درس محقق نائینی، چ ۶، تقریر: محمد علی کاظمی خراسانی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۷۳. کراچکی، محمد بن علی (بی تا). کنز الفوائد. قم: مکتبه المصطفوی.
۲۷۴. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۳-۱۳۶۵). الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامية.
۲۷۵. کودانی، مفوظ بن احمد (۱۴۳۲ق)، الهدایة علی المذهب الامام احمد، بی جا: مؤسسه غراس للنشر و التوزیع.
۲۷۶. کوئن، بروس (۱۳۷۲). مبانی جامعه شناسی، چ اول، ترجمه: غلامعباس توسلی، تهران: سمت.
۲۷۷. کیامرثی، آذر؛ نجاریان، بهمن؛ مهرابی زاده هنرمند، مهناز (۱۳۷۷)، «ساخت و اعتباریابی مقیاسی برای سنجش سرسختی روانشناختی» مجله علوم تربیتی روانشناسی شهید چمران اهواز، سال دوم، شماره ۷، ۲۷۱-۲۸۴.
۲۷۸. کیخسروی، مهدی، توحیدی، احمد رضا (۱۳۹۷). «دستیابی به حقوق بشر کودکان از رهگذر بررسی تفصیلی مفهوم بهترین مصلحت کودک در آموزه‌های حقوق‌دانان بین المللی»، تحقیقات حقوقی معاهده ۲(تابستان)، ۱۷۱-۱۹۱.
۲۷۹. کلانتری، صمد (۱۳۷۸) مبانی جمعیت شناسی، اصفهان، نشر مانی.
۲۸۰. لطفی (۱۳۸۹). «پیامدهای سلامتی ازدواج زودرس در زنان». زن وبهداشت، دوره ۱، شماره ۲، ص ۶۲-۷۹.
۲۸۱. مالک بن انس، ابن مالک (۱۴۱۵ق). المدونه، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲۸۲. ماوردی، ابوحسن علی بن محمد (۱۴۱۹ق)، الحاوی الکبیر، تحقیق: شیخ علی محمد معوض؛ شیخ عادل احمد الموجود، ، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲۸۳. متقی، علی بن حسام‌الدین (۱۴۰۹ق)، کنز العمال فی سنن الاقوال و الأفعال، بیروت: مؤسسه الرساله.
۲۸۴. مجلسی، محمد باقر (۱۴۰۳ق)، بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمه، چ ۲، بیروت: الوفاء.
۲۸۵. ----- (۱۴۰۶ق). ملاذ الأخبار فی فهم تهذیب الأخبار. قم: کتابخانه عمومی حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
۲۸۶. مجموعه مؤلفین (۱۴۲۷ق). الموسوعة الفقهية الكويتية، چ ۲، کویت: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیه.
۲۸۷. مجموعه مؤلفین (۱۴۳۳ق)، موسوعة الاجماع فی الفقه الاسلامی، ریاض: دارالفضيلة للنشر و التوزیع.

۲۸۸. طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی (۱۴۱۸ق). **ریاض المسائل (ط. الحديثه)**، قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث.

۲۸۹. ----- (۱۳۶۸). **الشرح الصغير في شرح المختصر النافع**. قم: مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي (ره).

۲۹۰. موسوی عاملی، محمد بن علی (۱۴۱۱ق). **مدارك الأحكام في شرح شرائع الإسلام**، مشهد: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث.

۲۹۱. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۳۷۶). **المختصر النافع في فقه الإمامية**. قم: مطبوعات دينی.

۲۹۲. ----- (۱۴۰۸ق). **شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام**، قم: اسماعیلیان.

۲۹۳. محقق داماد، مصطفی (۱۴۰۶ق)، **قواعد فقه**، چ ۱۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

۲۹۴. ----- (۱۳۷۶). **بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)**، تهران: نشر علوم اسلامی، چ ۶.

۲۹۵. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مومن (بی تا)، **کفایة الأحكام**. اصفهان: مهدوی.

۲۹۶. محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، **جامع المقاصد في شرح القواعد**، قم: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث.

۲۹۷. محمد الله اکبری (۱۳۸۶). «**ازدواج ام کلثوم با عمر از نگاه فریقین**»، پژوهشنامه حکمت و فلسفه اسلامی، ۶(۲۳)، ۳-۳۰.

۲۹۸. محمد زاده، زینب (۱۳۹۶)، «**چیستی نکاح و تأثیر آن بر احکام حقوق خانواده با تکیه بر دیدگاه امام خمینی**»، رساله دکتری، فقه و مبانی حقوق، پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی.

۲۹۹. محمد شهریار، محمدرضا شرفی (۱۳۹۳). «**الگوی تربیت اخلاقی اسلامی با محوریت کرامت نفس**»، فصلنامه پژوهش در مسائل تعلیم و تربیت اسلامی، ۲۲(۲۳)، ۲۷.

۳۰۰. محمدی، محمد رضا و همکاران، «**شیوع اختلالات روان پزشکی در استان اصفهان**»، دو فصلنامه تحقیقات علوم رفتاری، مرکز تحقیقات علوم رفتاری وابسته به دانشگاه علوم پزشکی و خدمات بهداشتی درمانی استان اصفهان، شماره ۲: ۷ - ۱.

۳۰۱. مرتضی زبیدی (بی تا). **تاج العروس من جواهر القاموس** بی جا: دار الهدایه.

۳۰۲. مرداوی، علی بن سلیمان الدمشقی الصالحی الحنبلی (بی تا)، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، چ ۱، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

۳۰۳. مسلم بن حجاج (۱۴۳۵ق). **صحیح مسلم**، قاهره: دارالتأسیل.
۳۰۴. مشکینی، زهره. (۱۳۸۴)، «گزارش ماه: بررسی علل و انگیزه‌های فرار دختران از منزل)... آنان از چه میگزینند!»، مجله اصلاح و تربیت، ۳۸، ۳-۵.
۳۰۵. مشکینی اردبیلی، علی (۱۳۹۰)، «التعلیقہ الاستدلالية علی تحریر الوسيلة»، قم: مؤسسه علمی فرهنگی دار الحدیث. سازمان چاپ و نشر.
۳۰۶. مصطفوی، حسن (۱۳۱۳). **التحقیق فی کلمات القرآن الکریم**، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۳۰۷. اطرزّی، ناصر بن عبد السید الخوارزمی (بی تا). **المغرب فی ترتیب المعرب**، بیروت: دارالکتاب العربی.
۳۰۸. مظفر، محمد رضا (۱۳۷۵)، **أصول الفقه**، ج ۵، قم: اسماعیلیان.
۳۰۹. معرفت، محمد هادی (۱۳۷۳)، «اقتراح»، فصلنامه نقد و نظر، ش ۱، زمستان.
۳۱۰. مغنیه، محمدجواد (۱۳۷۹). **فقه الإمام جعفر الصادق**، قم: انصاریان.
۳۱۱. مفید، محمد بن محمد (بی تا). **المقنعة**، قم: مکتبه الداوری.
۳۱۲. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (بی تا). **زبدۀ البیان فی أحكام القرآن**، تهران: مکتبه المرتضویه.
۳۱۳. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۰). **بحوث فقهیه هامه**، قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
۳۱۴. ----- (۱۳۹۰). **أنوار الفقاهة فی أحكام العترة الطاهرة**، قم: دار النشر الإمام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
۳۱۵. ----- (۱۴۲۴ق). **کتاب النکاح**، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابیطالب.
۳۱۶. ----- (۱۴۲۷ق). **دائرة المعارف فقه مقارن**، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابیطالب.
۳۱۷. ----- (۱۳۷۳). **تفسیر نمونه**، تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۳۱۸. ----- (۱۳۸۲). **برگزیده تفسیر نمونه**، تهران: دار الکتب الإسلامیة.
۳۱۹. ملکپور، مختار (۱۳۷۴)، «بررسی رابطه سن کم مادر و میزان هوش در فرزند»، تهران: اندیشه و رفتار. ش ۱ و ۲، ص ۸۱-۷۶
۳۲۰. منوفی، علی بن محمد بن محمد بن خلف المصری الشاذلی (بی تا). **کفایة الطالب الربانی علی رساله ابن أبی زید القیروانی**.
۳۲۱. موسوی بجنوردی، محمد (۱۳۷۴)، «نقش قبض در رهن»، فقه اهل بیت، شماره ۳، ۱۸۹-۲۰۶.

۳۲۲. موسوی نجفی اردبیلی، احمد (۱۴۰۷ق). **الذخر فی علم الأصول**، ج ۱، قم: مؤلف.
۳۲۳. مهناز فرهنگد، فاطمه دانافر، محبوبه پورابراهیم آبادی (۱۴۰۰). «واکاوی تجارب زناشویی کودک همسری: درهم آمیختگی عاطفی - فکری و بی قدرتی»، نشریه پژوهش های جامعه شناسی معاصر، ۹(۱۷)
۳۲۴. میر محمد صادقی، حسین، (۱۳۸۷)، «طبقه بندی کودکان بزهکار در نظام کیفری انگلستان»، بهار و تابستان، تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق شهید بهشتی، ش ۲۵ و ۲۶.
۳۲۵. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۳۷۵). **غنائم الأيام فی مسائل الحلال و الحرام**. قم: مکتب الإعلام الإسلامی. مرکز النشر.
۳۲۶. ----- (۱۳۷۱). **جامع الشتات**. تهران: کیهان.
۳۲۷. میلانی فر، بهروز (۱۳۷۸). **بهداشت روانی**، تهران: نشر قومس.
۳۲۸. نایینی، محمدحسین (۱۴۱۳ق). **المکاسب و البیع**، تقریر: محمد تقی آملی، قم: جماعه مدرسين در حوزه علمیه. مؤسسه النشر الإسلامی.
۳۲۹. ----- (۱۳۷۳). **منیة الطالب**، تهران: المکتبه المحمديه.
۳۳۰. نجار، محمد علی (۱۳۸۶). **المعجم الوسيط**. ج ۲. بی جا: مؤسسه الصادق (ع)
۳۳۱. نجاشی، أبو العباس احمد بن علی الاسدی الکوفی (۱۴۰۳ق)، **رجال النجاشی**، تحقیق: الحجة السيد موسى الشبیری الزنجانی، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعه المدرسين.
۳۳۲. نجفی، محمدحسن بن باقر (بی تا)، **جواهر الکلام**، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۳۳۳. نراقی، احمد بن محمد مهدی؛ (۱۴۱۵ق). **مستند الشیعه فی أحكام الشریعه**، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لإحياء التراث.
۳۳۴. ----- (۱۳۸۳)، **الحاشیة علی الروضة البهیة**، تحقیق: محسن احمدی، و رضا استادی، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۳۳۵. نسفی، عبدالله بن احمد (۱۴۱۸ق). **البحر الرائق شرح كنز الدقائق (فی فروع الحنفیة)**، بیروت: دار الكتب العلمیة.
۳۳۶. نوری، حسین بن محمدتقی، (۱۴۰۸ق). **مستدرک الوسائل**، بیروت: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لإحياء التراث.
۳۳۷. نووی، یحیی بن شرف شیرازی (۱۴۲۳ق). **روضة الطالبین**، بیروت: دار ابن حزم.
۳۳۸. ----- (۱۳۴۲ق)، **المنهاج شرح صحيح مسلم بن - الحجاج المعروف بشرح النووی**، ج ۲، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

۳۳۹. ولد خانی، مریم؛ محمود پور، عبدالباسط؛ فرح بخش، کیومرث؛ سلیمی بجستانی، حسین (۱۳۹۶). «تاثیر سن ازدواج،

الگوهای همسرگزینی و تفاوت سنی زوجین بر کیفیت زندگی زناشویی زنان شهر تهران»، فصلنامه مطالعات

روانشناسی بالینی، ۷(۲۵)، ۱۷۳-۱۹۰.

۳۴۰. همتی، رزا (۱۳۹۸) «تجربه زیسته زنان در ازدواج زود هنگام در سیستان و بلوچستان و تهران»، دانشکده علوم

اجتماعی و اقتصادی، دانشگاه الزهرا (س)، پایان نامه کارشناسی ارشد، رشته پژوهش علوم اجتماعی.

۳۴۱. الیاس یوسف (۲۰۱۴م)، «قوانین الاحداث الجانحين فی دول مجلس التعاون»، بیجا، المكتب التنفيذي لمجلس وزراء

العمل و مجلس وزرا.

۳۴۲. یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم (۱۳۷۰). حاشیه المکاسب، ج ۴، قم: اسماعیلیان.

۳۴۳. یزدی، سید محمد کاظم بن عبد العظیم. (۱۴۰۹ق). العروة الوثقی، محشی مراجع تقلید، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.

۳۴۴. ----- (۱۳۸۶). العروة الوثقی مع تعلیقات (خمینی، خویی، گلپایگانی، مکارم). قم: مدرسه الإمام

علی بن ابی طالب (علیه السلام).

۳۴۵. یزدی، محمد (۱۳۷۴). فقه القرآن، قم: اسماعیلیان.

منابع انگلیسی

1. Adolescents and Youth in Pakistan Archived 12 March 2014 at the Wayback Machine Zeba Sathar, Cynthia Lloyd, et al., Population Council, with support from UNICEF; pp. 96–101
2. Alemu, b. (2008). Early marriage in ethiopia: causes and health consequences. Exchange on hiv/aids. Sexuality and gender, 1, 4-6.
3. Allan Dahlaquist (31 December 1996). Megasthenes and Indian Religion: A Study in Motives and Types. Motilal Banarsidass. pp. 113–114.
4. Angeliki Laiou (1993), Coercion to sex and marriage in ancient and medieval societies, Washington, DC, pages 85–190
5. Arjava A (1996). Women and law in late antiquity. Oxford: Clarendon Press.
6. Baynes, Chris (8 July 2017). "More than 200,000 children married in US over the last 15 years". The Independent.
7. Bicego G. (1996) Infant and child mortality. Demographic and health surveys comparative studies, no. 20. Calverton (MD): Macro International.
8. Brown, Jonathan A.C. (2015). Misquoting Muhammad: The Challenge and Choices of Interpreting the Prophet's Legacy. Oneworld Publications (Kindle edition). pp. 3140–3150 (Kindle locations).
9. Bundesgesetzblatt". www.bgbl.de. Retrieved 10 August 2017.
10. Chaouki N, Boschi FX, Munoz N, Neijer C, Gueddari B, Walboomer J. The viral origin of cervical cancer in Rabat, Morocco. Int J Cancer. 1998;75:546–554.

11. Charles, Lorraine (2013). "Syrian and Palestinian Syrian Refugees in Lebanon: The Plight of Women and Children". *Journal of International Women's Studies*. 14 (5): 96–111.
12. Child marriage ban takes effect in Finland". *Yle Uutiset*. June 2019. yle.fi/a/3-10811843.
13. Child Marriage in Afghanistan and Pakistan. *America Magazine*. 11 March 2002.
14. Child marriage". www.unicef.org
15. Civil Code of China: Book V Marriage and Family (2020).
<https://www.chinajusticeobserver.com/law/x/civil-code-of-china-part-v-marriage-and-family-20200528>.
16. Civil code: www.legifrance.gouv.fr/codes
17. "Codigo de la Ninez y la Adolescencia" . Mifamilia.gob.ni. Archived from the original.
18. Consolidated federal laws of canada, Criminal Code". laws-lois.justice.gc.ca.
Legislative Services Branch.
19. Conte J. Child Abuse and Neglect Worldwide. London: ABC-CLIO; 2014. p.1-8.
20. Convention on the Rights of the Child,1989.<https://www.unicef.org/child-rights-convention/convention-text>
21. Coontz, Stephanie (2005). *Marriage, a History: From Obedience to Intimacy, or How Love Conquered Marriage*. New York, New York: Viking Press, Penguin Group. pp. 125–129.
22. Dahl, GB (2010). "Early Teen Marriage and Future Poverty". *Demography*. 47 (3): 689–718.
23. Diaconescu, s., ciuhodaru, t., cazacu, c., sztankovszky, l. Z., kantor, c., & iorga, m. (2015). Teenage mothers, an increasing social phenomenon in romania. Causes, consequences and solutions. *Revista de cercetare si interventie sociala*, 51, 162 .
doi:10.1016/S0140-6736(09)60246-4
24. Doyle, Alister (21 April 2016). "Child brides sometimes tolerated in Nordic asylum centers despite bans". Oslo. Reuters. Retrieved 22 April 2016.
25. Erica, f&ambrus,a.(2015). Early marriage, age of menarche, and female schooling attainment in banglades.*journal of political economy*.5.881-930
26. Federal Law No. (28) of 2005 On Personal St atus. <https://legaladviceme.com>
27. Fleming DT, Wasserheit JN.(1999). From epidemiological synergy to public health policy and practice: the contribution of other sexually transmitted diseases to sexual transmission of HIV infection. *Sex Transm Infect.*;75: 3-17.
28. Gastón, Colleen Murray; Misunas, Christina; Cappa (2019). "Child marriage among boys: a global overview of available data". *Vulnerable Children and Youth Studies*. 14 (3): 219–228.
29. Getting Married in Greece. Archived from the original on 17 July 2015. Retrieved 28 July 2015.
30. Haberland, Nicole, Eric L. Chong, and Hillary J. Bracken. (2006). *A world apart: the disadvantage and social isolation of married adolescent girls*. Brief based on background paper prepared for the WHO/UNFPA/Population Council Technical Consultation on Married Adolescents. New York: The Population Council.

31. Hajnal, John (1965). "European marriage pattern in historical perspective". In Glass, D. V.; Eversley, D.E.C. (eds.). *Population in History*. London: Arnold. pp. 101–143
32. Henry, h.(2008) effective communication, educational qualification and age as determinants of marital satisfaction among newly wedded couples in a nigerian university, *pakistan journal of social sciences* 5(5):433- 437.
33. Hill, Amelia (22 February 2004). "Revealed: the child brides who are forced to marry in Britain". *The Guardian*. Retrieved 15 February 2015.
34. Htun, M., & Weldon, L., "Sex equality in family law: historical legacies, feminist activism, and religious power in 70 countries". *World Development Report*, (Purdue University, 2012).
35. Indonesia Cleric Jailed for Marrying 12-Year-Old. *The Associated Press/CBS News*. www.cbsnews.com/news/indonesia-cleric-jailed-for-marrying-12-year-old
36. International coventnt on ciriland political rights, adopted by G.A. on 16 december 1996. www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx
37. K. G. Santhya., 2011. Early marriage and sexual and reproductive health vulnerabilities of young women: a synthesis of recent evidence from developing countries. *Current opinion in obstetrics and gynecology*, 23: 334-339.
38. Kelly RJ, Gray RH, Sewankambo NK, Serwadda D, Wabwire-Mangen F, Wawer MJ. (2003) Age differences in sexual partners and risk of HIV-1 infection in rural Uganda. *J Acquir Immune Defic Syndr*.32: 446-451.
39. Kyrgyzstan – Factsheets". Youthpolicy.org.
40. Lamanna, m. A. & riedmann, a. (2005). *Marriages & families: making choices in a diverse society: making choices and facing change*. Cengage learning.
41. Lee-Rife, Susan; Malhotra, Anju; Warner, Ann; McGonagle Glinski, Allison (2012). "What Works to Prevent Child Marriage: A Review of the Evidence". *Studies in Family Planning*. 43 (4): 287–303.
42. Levine, David (1977). *Family Formation in an Age of Nascent Capitalism*. Academic Press. p. 152.
43. Malone D, Villalpando S, Chesterman S. *The Oxford Handbook of United Nations Treaties*. Oxford: Oxford University Press; 2019. p.254-259.
44. Marriage Act 1949. legislation.gov.uk. sections 2, 3 and 78 as amended by the Family Law Reform Act 1987. Retrieved 6 March 2018.
45. Marriage and Cohabitation in the United States: A Statistical Portrait Based on Cycle 6 (2002) of the National Survey of Family Growth" . US Department of Health and Human Services.
46. Marriage in Germany: Rights and Obligations. www.lawyersgermany.com
47. Marriage Law of the People's Republic of China (in Chinese) China Law Press, China Legal Publications, 2006, p. 2. ISBN 978-7-80226-403-8.
48. Marriage, (2023), The Editors of Encyclopaedia Britannica, www.britannica.com
49. Marshall, H. I., (1922) *The Karen of Burma*. Bangkok: White Lotus
50. Mathur S, Greene M, Malhotra A.(2003). *Too young to wed: the lives, rights and health of young married girls*. Washington: International Center for Research on Women.

51. McNamara, Audrey (9 May 2020). "Pennsylvania just became the third state to ban child marriage". www.cbsnews.com
52. Nigeria – Child Not Bride. AllAfrica. 4 September 2013. allafrica.com/stories/201309040944.html
53. Nikhilesh N. Right to Marriage of Sexual Minorities: A Human Right Perspective. London: Swamy Law House; 2020. p.33-40.
54. Nour, Nawal M. (2006), "Health Consequences of Child Marriage in Africa", *Emerging Infectious Diseases*, 12 (11): 1644–1649,
55. Nour, NM (2009). "Child Marriage: a silent health and human rights issue". *Reviews in Obstetrics and Gynecology*. 2 (1): 51–56
56. Parsons, Jennifer; Edmeades, Jeffrey; Aslihan, Kes; Petroni, Suzanne; Sexton, Maggie; Wodon, Quentin (2015). "Economic Impacts of Child Marriage: A Review of the Literature". *The Review of Faith & International Affairs*. 13 (3): 12–22
57. Patricia Crone (2015). *Pre-Industrial Societies: Anatomy of the Pre-Modern World*. Oneworld (Kindle Edition). p. 2747 (Kindle loc).
58. Qatar – Factsheets. Youthpolicy.org. Retrieved 28 July 2015.
59. Rabi, Amjad (2014). "Cost of Inaction: Child and Adolescent Marriage in Nepal". UNICEF Nepal Working Paper Series.
60. Raj, A.; Saggurti, N.; Balaiah, D.; Silverman, J. G. (2009). "Prevalence of child marriage and its effect on fertility and fertility-control outcomes of young women in India: a cross-sectional, observational study". *The Lancet*. 373 (9678): 1883–1889.
61. Raj, Anita (2010). "When the Mother Is a Child: The Impact of Child Marriage on the Health and Human Rights of Girls". *Archives of Disease in Childhood*. 95 (11): 931–935.
62. Reuters Staff, Indonesia raises minimum age for brides to end child marriage, <https://www.reuters.com/article/us-indonesia-women-marriage-idUSKBN1W212M>
63. Robin leonard and Stephan, children right, responsibilities and troubles, p1. www.lectlaw.com
64. Ruth Lamdan (2000): *A Separate People: Jewish Women in Palestine, Syria, and Egypt in the sixteenth Century*, p. 47. Leiden.
65. Saudi Arabia moves to ban child marriage with a new ruling. *The National*. 24 December 2019.
66. Saudi Arabia to set minimum marriage age following surge in such weddings. *Al Arabiya*. 25 July 2011.
67. Schutter O. *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press; 2014. p.33-39.
68. Sharon K. Houseknecht and Susan K. Lewis, "Explaining Teen Childbearing and Cohabitation: Community Embeddedness and Primary Ties", *Family Relations*, Vol. 54, No. 5, *Families and Communities* (Dec., 2005), pp. 607–620
69. Sheehan J (1971). "The formation and stability of marriage in fourteenth-century England". *Medieval Studies*. 33: 228–63.
70. Steven M. Lowenstein (2002): *The Jewish Cultural Tapestry: International Jewish Folk Traditions*, p. 108. Oxford.

71. The Economist, Child brides – For poorer, most of the time (February 28, 2011) www.economist.com/graphic-detail/2011/02/28/for-poorer-most-of-the-time.
72. The Protocol to the African Charter on Human and People`s Rights on the Rights of Women in Africa (Maputo Protocol). 2003. Available at: <http://www.un.org>.
73. Thomsen, Jacqueline (10 May 2018). "Delaware becomes first state to ban child marriage" thehill.com
74. UN Committee on the Rights of the Child (CRC). General Comment No. 4: Adolescent Health and Development in the Context of the Convention on the Rights of the Child. 2003. Available at: <http://www.refworld.org/docid/4538834f0.html>.
75. Understanding State Statutes on Minimum Marriage Age and Exceptions « Tahirih Justice Center". www.tahirih.org.
76. UNFPA . "Marrying Too Young: End Child Marriage".
77. UNFPAT, Child Marriage in Southern Asia: Context, Evidence and Policy Options for Action
78. UNICEF DATA , Child Marriage: Latest trends and future prospects" 5 July 2018. Retrieved 19 June 2019.
79. UNICEF, 2007. Woman and children, the double dividend of gender equality, the state of the world`s children
80. unicef, implementation hand book for the convention on the rights of the child, 2002, <https://www.unicef.org/lac/media/22071/file/Implementation%20Handbook%20for%20the%20CRC.pdf>
81. Unicef, implemation Handbook for the convention on the right of the child, June 2002. <https://www.unicef.org/lac/media/22071/file/Implementation%20Handbook%20for%20the%20CRC.pdf>
82. UNICEF, UNFPA–UNICEF Global Programme to End Child Marriage, Bangladesh country profile. <https://www.unicef.org/media/88796/file/Child-marriage-Bangladesh-profile-2019.pdf>
83. UNICEF. "40 p.c. child marriages in India: UNICEF". The Hindu. Chennai, India. 18 January 2009.
84. United Nations Children's Fund.(1998). Fistula in Niamey, Niger. New York: The Fund.
85. United Nations High Commissioner for Refugees. "Refworld – Afghan Girls Suffer for Sins of Male Relatives". Refworld.
86. United Nations.(2001). We the children: end-decade review of the follow-up to the World Summit for Children. Report of the Secretary-General (A/S-27/3). New York: United Nations;
87. Universal Declaration of Human Rights, 1948. United Nations. <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
88. Women and men in India 2012" . CSO/Census India 2011, Government of India. p. xxi, Highlights item 5.
89. Women Around the World » Child Marriage in Latin America. Council on Foreign Relations – Women Around the World. Archived from the original.

90. World Health Organization.(2003). Early marriage and childbearing: risks and consequences. Towards adulthood: exploring the sexual and reproductive health of adolescents in South Asia [cited 2006 Sep 7]. Geneva: The Organization.
91. Yemeni child bride, eight, 'dies on wedding night'. The Guardian. 11 September 2013.
92. Youth Policy Fact Sheet : Cyprus. Youthpolicy.org. Archived from the original on 24 October 2017. Retrieved 20 November 2015.
93. Zhang ZF, Parkin DM, Yu SZ, Esteve J, Yang XZ. Risk factors for cancer of the cervix in a rural Chinese population. Int J Cancer. 1989;43:762–789.

Abstract

According to the famous theory, there is no age limit for marriage and a child can be married by accept his guardian. This basis has caused many objections to the issue of human rights and women's rights to the Islamic system, as well as causing personal and social damage in the society. The problem of the present research is to investigate the Islamic jurisprudence in relation to the child of the wife? And is there a mechanism to prevent early marriage in the Islamic legal system?

This research was done based on the analytical descriptive method and documented in library sources. In Islamic jurisprudence, there are two standards regarding the concept of a child, the first opinion is the opinion of the general jurists, which determines a certain age as the standard of maturity and the end of childhood, the second group considers the standard of maturity to be different for each issue. They considered the criterion of maturity in the matter of marriage to be the physical and mental readiness of a person for this matter, in the current research, the second opinion has been strengthened. The purpose of marriage is also a subject of serious discussion among jurists, but in this article enjoyment, birth and reproduction are explained as the main purpose of marriage.

The title of a child of a spouse is restricted and divided in several ways, firstly, the gender of the child, secondly, the type of marriage, either temporary or permanent or formal or informal, and thirdly, the surrounding of the marriage, whether it is a child and an adult or a child and a child. The upcoming research is free from all these limitations and has examined the mentioned title unconditionally.

The wife's child is one of the disputed issues in jurisprudence. Authors of the Sunnah have cited verse 32 of Surah Noor and the Prophet's marriage with Ayesha and the actions of the Companions, but their approximation to the verse is violated, and the Sunnah of the Prophet with Ayesha in this regard is also not based on reality. The jurists of Imamia have adopted the hadiths and consensus. However, the existence of correct opposing narrations as well as the lack of authoritative evidence of consensus make their opinion face serious problems. Evidence of the license can be transferred to specific conditions and requirements. By examining the basics of Islamic jurisprudence, it can be claimed that child marriage or minor marriage does not have any kind of expediency under normal conditions. For this reason, it is necessary to rule on its impermissibility by referring to various Shariah evidences - albeit cautiously. However, on the assumption of accepting the permission of minor marriage, even if it is conditional on the permission of the guardian, it seems that this marriage is practically devoid of legitimate jealousy due to various physical, psychological, social and family injuries for the wife's child. The concept of Ghebteh here is a real, gradable and personal condition that must be determined by an institution that has a more realistic view, and it is necessary to recognize the child's rights.

Key words: child, married child, marriage, ghebteh



University of Tehran

Faculty of Theology and Islamic Studies

Jurisprudential and legal analysis of child marriage

by: Seyyed Hasan Davood al Mousavi

Supervisor:

Dr. Saeid Nazari Tavakkoli

Advisor:

Dr. Seyed Mohammad Hosseini

A thesis submitted to the Graduate Studies Office
In partial fulfillment of the requirements for
The degree of phd in

Islamic jurisprudence and fundamentals

March 1401