

روایی/ناروایی فقهاتی کودک همسری

محمد موسوی عقیقی

(پژوهشگر حقوق، فقه، فلسفه)

این نوشته در شماره ۹۰/۸۹ ماهنامه «نسیم بیداری» منتشر شده است

الف) روایی فقهی کودک همسری

ب) دلایل فقهاتی توجیه کودک همسری

ج) ناروایی فقهاتی کودک همسری

بخش اول؛ الف): روایی فقهی کودک همسری

در متون فقهی متقدم، میانه و بسیاری از متون معاصر به اینکه مردان می توانند دختران خردسال را به ازدواج خود در بیاورند تصریح شده است. فقیهان عمده دلایل خود را «اباحه تزویج بعد از سن بلوغ» ذکر کرده اند.

رأی مشهور فقها در خصوص سن بلوغ دختران، نه سالگی است. (۱) محمد باقر صدر و محسن حکیم هر دو نشانه بلوغ دختران را حیض و نه سالگی دانسته اند. فقیهان عقیده دارند اگر دختری به سن بلوغ رسید می تواند با همسر خود مجامعت داشته باشد. اما سن بلوغ را شرط صحت عقد نمی دانند، یعنی معتقدند بلوغ دختر شرطی نیست که در صحت یا ناصحتی عقد ازدواج تأثیری داشته باشد بلکه تنها در گستره رابطه جنسی تفاوت هایی را شامل می شود. به همین دلیل بسیاری از فقیهان ازدواج دختران خردسال زیر نه سال را جایز دانسته ولی مجامعت دخولی را حکم به حرمت دادند. (۲) کاظم طباطبایی یزدی در این مورد می گوید:

متن فتوا:

لا يجوز وطء الزوجه قبل إكمال تسع سنين حره كانت أو أمه دواما كان النكاح أو متعه بل لا يجوز وطء المملوكه و المحلله كذلك و أما الاستمتاع بما عدا الوطى من النظر و اللمس بشهوه و الضم و التفخيز فجائز فى الجميع و لو فى الرضيعه.

ترجمه آزاد:

رابطه دخولی مرد با همسر زیر نه سال جایز نیست، و تفاوتی بین همسر آزاد یا کنیز، ازدواج موقت یا دائم نیست حتی اگر آن زن مملوکه یا محلله یا امثال آن باشد. اما کامجویی جنسی غیردخولی از قبیل نگاه، لمس شهوانی، بوسیدن و تفخیز(آلت را بین دو ران گذاشتن) مطلقاً جایز است حتی اگر [دختر] شیرخوار باشد.

این فتوا را یزدی در کتاب فقهی خود(۳) و آقای خمینی در «تحریرالوسیله» تأیید کرده اند(۴) و قریب به اتفاق فقیهان معاصر و درحال زیست فتوای بالا را پذیرفته اند. و عجیب است که این فتوا به نظریات فقهی مراجع روشنفکری همچون علی سیستانی و عبدالکریم موسوی اردبیلی نیز سرایت کرده است.(۵) محمدتقی بهجت، دختر زیر نه سال را صغیره و بالای نه سال را کبیره می داند از همین رو رابطه جنسی اش را هم جایز دانسته است و حتی اگر دختر بالای نه سال در حین رابطه جنسی آسیب ببیند چون کبیره است، هیچ دیه و ضمانتی بر عهده شوهر نیست.(۶) علی پناه اشتهاردی عقیده دارد ادله‌ی حرام بودن رابطه جنسی با دختر/همسر زیر نه سال منحصر در مجامعت دخولی بوده و باقی کامجویی‌های شوهر را شامل نمی شود.(۷) مصطفی خمینی نیز این فتوا را از مقتضیات عقد ازدواج دانسته و هر عمل خارج از مقتضای عقد را محتاج دلیل می بیند(۸) و فاضل لنکرانی توضیح می دهد که جواز کامجویی غیردخولی از دخترانی که نه سالشان تمام نشده با در نظر گرفتن ادله مطابق با اصل جواز استمتاع زوج از زوجه است و از متون استنباطی چیزی جز نهی از دخول که باعث صدمه می شود، برداشت نشده است.(۹)

در این صورت سیر فتوای فقها در خصوص جواز کودک همسری اینگونه است:

۱. بر اساس نظریه «اباحه تزویج بعد از سن بلوغ» مرد می تواند دختران خردسال را به همسری با خود در آورد.
۲. سن رسمی بلوغ دختران در فقه مشهور، نه سالگی است. دختران در سن نه سالگی به بالا کبیره(دختران بالغ بزرگ: زن) و در سن زیر نه سال صغیره(خردسال و کودک) تعبیر می شوند.

۳. مجامعت با دختران نه سال به بالا بر اساس اصل جواز استمتاع از زوجه، جایز است.

۴. کامجویی از دختران نه سال به پایین، اگر دخولی نباشد، بر اساس اینکه از مقتضیات عقد ازدواج است جایز است.

بخش دوم؛ ب): دلایل فقهاتی توجیه کودک همسری

در خصوص کودک همسری، فقیهان بیش از ادله قرآنی به ادله روایی روی آوردند. روایات بسیاری در متون حدیثی شیعه وجود دارد که نشان می دهد «ازدواج با دختران خردسال» جایز است. فقیهان بسیاری در این مباحث سخن گفته اند. محمد حسن نجفی در کتاب «جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام» به روایت «لا یدخل بالجاریه حتی یأتی لها تسع سنین أو عشر سنین : رابطه جنسی با دختران جایز نیست مگر اینکه نه ساله یا ده ساله باشد» (۱۰) و سایر روایات مشابه استناد کرده و می گوید: «نعم لا بأس بالاستمتاع بغير الوطاء للأصل السالم عن المعارض : هرچند کامجویی های غیردخولی بر اساس اصالت سالم از معارضش، جایز است» (۱۱).

محسن حکیم در کتاب «مستمسک العروة الوثقی» به روایاتی همچون «إذا تزوج الرجل الجاریه و هی صغیره، فلا یدخل بها حتی یأتی لها تسع سنین : زمانی که مرد، دختری را به ازدواج خود در آورد و دختر صغیره بود، نباید با او دخول کند تا زمانی که به نه سالگی برسد» (۱۲) استناد کرده است. (۱۳) مصطفی خمینی در خصوص «رابطه دخولی به دختران خردسال نه ساله» و «رابطه غیردخولی به دختران زیر نه سال» به اجماع فقهی و نصوص روایی اشاره می کند. از نظر او، روایت معتبره حلبی از امام جعفر صادق آن قدر حجیت دارد که بتواند ازدواج با دختران خردسال و کامجویی غیردخولی با دختران زیر نه سال را توجیه کند. (۱۴)

ابوالقاسم خوئی در مستندسازی فتوای خود به سه روایت استناد می کند: (۱۵)

(۱) روایت صحیح حلبی از امام جعفر صادق: إذا تزوج الرجل الجاریه و هی صغیره، فلا یدخل بها حتی یأتی لها تسع سنین : زمانی که مرد، دختری را به ازدواج خود در آورد و دختر صغیره بود، نباید با او دخول کند تا زمانی که به نه سالگی برسد. (۱۶)

۲) روایت موثق زراره از امام محمد باقر: لا یدخل بالجاریه حتی یأتی لها تسع سنین أو عشر سنین : رابطه جنسی با دختران جایز نیست مگر اینکه نه ساله یا ده ساله باشد. (۱۷)

۳) روایت معتبر از غیاث بن ابراهیم از امام محمد باقر: لا توطأ جاریه لأقلّ من عشر سنین، فإن فعل فعیبت فقد ضمن : با دختران آمیزش صورت نگیرد مگر آنکه ده ساله باشند، پس اگر آمیزشی صورت گرفت و عیبی در دختر بروز کرد، مرد ضامن است. (۱۸)

محمد فاضل لنکرانی به روایات بسیار زیاد این موضوع استناد کرده و این مسأله را پذیرفته است. (۱۹) محمد سند بحرانی نیز همانند فاضل لنکرانی در توجیه روایی چنین فتوایی کوشیده است. (۲۰)

جمع بندی این بخش به این صورت است:

۱) فقها خصوص ازدواج با دختران نه (به بالا) و زیر نه سال به اجماع فقهی و روایات مربوط به این مسأله استناد کرده اند.

۲) در خصوص استمتاع غیردخولی از دختران زیر نه سال، فقیهان به روایتی اشاره نکرده اند و تنها به استدلال «اصالةالاباحه» و اصل «السالم عن المعارض» اکتفا کردند و چنین نظری را مطابق مقتضیات عقد نکاح دانسته اند.

بخش سوم؛ ج: ناروایی فقهاتی کودک همسری

اما به نظرم، دلایل فقها در خصوص جواز کودک همسری ناکافی و توجیه پذیر به لحاظ معرفت دینی نیست. تغییر موضوعات پیرامون یا اساسی این بحث، عدم اشاره و توجه به سایر مباحث، عدم التفات به حقوق اساسی زنان، عدم توجه به قوانین عرفی و قواعد عقلی دلایل بسیار زیادی را پیش روی ما می گذارد تا بتوانیم با این مسأله مخالفت کنیم. در این بخش، به چندین نقد به صورت خلاصه می پردازم.

۱/ج) تفاوت ماهیتی ازدواج از صدر اسلام تا اسلام معاصر

ازدواج در صدراسلام و فقه متقدم، فقه میانه و بالطبع این ها فقه معاصر البته بدون در نظر گرفتن نگرش های روانشناختی و جامعه شناختی صرف یک همزیستی جنسی یا بهانه ای برای اتحاد قومیتی شناخته می شده است. بر همین اساس در فقهاتی که از فقه متقدم تا بسیاری از گستره های فقه معاصر را درنوردیده «ازدواج» یک امر معاملاتی/اقتصادی بوده است همچنانکه مباحث نکاح در بسیاری از کتاب های فقهی، همواره در کنار مباحث تجارتی فقه مورد بررسی است.

این موضوع به صراحت در کتاب های فقهی آمده است که زن در مسأله نکاح تنها یک سوژه جنسی و به عنوان کسی است که مرد او را می خرد. ابوجعفر طوسی در این که زن توسط مرد خریداری می شود می گوید:

إذا تزوج الرجل امرأة بمهر معلوم ملكت المهر عليه بالعقد، و ملك هو البضع في الوقت الذي ملكت عليه المهر، لأنه عقد معاوضة، فملك كل واحد منهما على صاحبه في الوقت الذي ملك صاحبه عليه : زمانی که مرد زنی را به مهریه ای معلوم به ازدواج خود در می آورد، زن به محض عقد مالک مهر شده و ملک مرد حق کامیابی از کابین جنسی زن خواهد بود زیرا [عقد نکاح] یک نوع معاوضه است.(۲۱)

فقها تصریح کرده اند که مهریه/ صداق مالی است که مرد توسط آن «بضع» (آلت زنانگی) زنان و حق استفاده از آن را خریداری می کند. محمد حسن نجفی می گوید زوج، مبیع (زن) را به وسیله عقد و قیمت پرداخت شده مالک می شود و او مالک آلت زنانگی زن می گردد:

«فكما أن المشتري يملك المبيع بالعقد و البائع الثمن به فكذلك النكاح الذي لاريب في ملك الزوج البضع...».(۲۲)

زمانی که مرد زن را می خرد، کابین جنسی زن مطلقاً متعلق به مرد است. در این مورد به یک سند از نجم الدین حلی اشاره می کنم:

القول في نفقة الزوجة و الكلام في الشرط و قدر النفقة و اللواحق، و الشرط اثنان . الأول أن يكون العقد دائماً. الثاني التمكين الكامل و هو التخليه بينها و بينه بحيث لا تخص موضعا و لا وقتا فلو بذلت نفسها في زمان دون زمان أو مكان دون مكان آخر مما يسوغ فيه الاستمتاع لم يحصل التمكين و في وجوب النفقة بالعقد أو بالتمكين تردد أظهره بين الأصحاب و قوف الوجوب على التمكين.(۲۳)

در فتوای حلی چند نکته مهم و اساسی وجود دارد: ۱) واجب بودن نفقه تنها در عقد دائم است ۲) تمکین زن باید تام و کامل باشد، مراد از تمکین ۳) بذل نفس برای شوهر، به عبارت دیگر خود را در اختیار مرد گذاشتن ۴) بدون اینکه زن بخواهد زمان و مکان را بهانه کند، است ۵) در واجب بودن نفقه فقهاء اختلاف دارند که نفقه به علت عقدنکاح واجب می شود و یا به علت تمکین جنسی، با این حال حلی می گوید: «أظهره بین الأصحاب وقوف الوجوب علی التمکین: روشن است که در بین فقهاء نفقه برای تمکین زن واجب می شود». البته شهیدثانی تمکین تام را تنها در صورت رضایت زن کافی نمی داند، بلکه عقیده دارد زن باید بگوید «نفس خود را به تو در هر مکانی تسلیم می کنم» و اگر زن در این خصوص ساکت باشد نفقه ای بر او واجب نمی شود: «لا نفقه للساکتة بعد العقد ما لم تعرض التمکین علیه، و هو یثبت بأن تقول: سلّمت نفسی إلیک فی آی مکان کان». ۲۴) در خصوص رأی فقه معاصر که شبیه به همان گفته های نجم الدین حلی است به «جامع الاحکام الشرعیة» عبدالعلی سبزواری رجوع کنید. ۲۵)

اما در دوران کنونی، زن هویت مستقلی یافته است. اگر این را نپذیریم، فرهنگ ازدواج از یک همزیستی جنسی یا یک امر فائده گرا به یک امر احساسی و جدای از خواسته های جنسی بدل شده است. به عبارتی در ماهیت ازدواج یک تفاوت فرهنگی رخ داده است. ازدواج دیگر در «فقه معاملات» قابل ردگیری نیست و می توان از یک «فقه خانواده» نام برد. به نظرم تفاوت فرهنگی ازدواج، مهم ترین نقدی است که می توان به کودک همسری وارد کرد.

۲/ج) تفاوت آرای فقهی پیرامون بلوغ دختران

کودک همسری، دارای چه شرایط به خصوصی است. اصولاً به لحاظ فقهی، چه فردی بالغ و به تعبیر فقیهان «کبیره» است؟. برخلاف دیدگاه عموم، که فکر می کنند پسران یا (مخصوصاً) دختران در سن خاصی جدای از هرگونه تغییر و تحوّل به بلوغ می رسند، مسأله بالغ شدن یکی از مسائل سخت اختلاف برانگیز فقهی است که آرای متعددی را در پی داشته است. فقها درباره موضوع بلوغ دختران به ابراز چند نظریه پرداخته اند:

۱. بلوغ دختران در ۹ سالگی: نظریه مشهور فقها (۲۶)

۲. بلوغ دختران در ۱۰ سالگی: نظریه ابوجعفر طوسی (۲۷)

۳. بلوغ دختران در ۱۲ سالگی: نظریه محمد تقی مدرسی (۲۸)

۴. بلوغِ دختران در ۱۳ سالگی: ۱. بدون اماره طبیعی: محمدحسین فضل الله (۲۹) ۲. با اماره طبیعی: یوسف صانعی (۳۰)

۵. بلوغِ دختران در ۱۴ سالگی: نظریه محمد محسن طهرانی (۳۱)

۶. بلوغِ دختران در ۱۶ سالگی: نظریه احمد قابل (۳۲)

۷. بلوغِ دختران در ۱۷-۱۸ سالگی: نظریه مالک ابن انس (۳۳)

۸. بلوغِ دختران در رأی فیض کاشانی: (۳۴)

۹. بلوغِ دختران با نشانه های زیستی: نظریه ابراهیم جناتی (۳۵)، جواد غروی (۳۶) و ...

۱۰. بلوغِ دختران به حَسَبِ عقل: نظریه محمد صادقی تهرانی (۳۷)

البته، باید اذعان داشت که روایاتی که بلوغِ دختران را در نه سالگی می دانند همگی تقیّد به نه سالگی ندارند. در بعضی از این روایات به شرط ازدواج کردن و آمیزش کردن اشاره شده و در بعضی دیگر حیض را هم جزء شروط شمرده اند. به نظر علائم طبیعی موضوعیت دارد و نه سالگی طریقت. به عبارتی اصل، علائم طبیعی همانند حیض است و بیان نه سالگی در روایات از این جهت بوده که دختران معمولاً در نه سالگی به بلوغ می رسند. اما اکنون که ازدواج یک زیست اجتماعی محسوب می شود، سخت است که قبول کنیم دختران نه ساله یا پسران خردسالی که به درکی از محیط پیرامون خود نرسیده اند، جواز ازدواج را داشته باشند.

۳/ج) کشتزاری زنان در قرآن

قرآن در آیه ۲۲۳ سوره بقره در خصوص نوع رابطه زن و مرد می گوید: «نِسْ اَوْكُم حَرْثٌ لَّكُمْ فَاتُوا حَرْثَكُمْ اَنْ يَّ سْتُمْ». اگر ما تفسیرهای سنتی را از این آیه بپذیریم، زنان کشتزار مردان اند. یعنی بضع و رحم آنها محلی است که مردان می توانند کاشته های خود را برداشت کنند. یکی از اشکالاتی که به جواز ازدواج با دختران خردسال وارد است، این است که زنان تنها در صورتی کشتزار محسوب می شوند که قابلیت آمیزش جنسی را داشته باشند تا اساساً مصداق «حَرْث» قرار بگیرند.

۴/ج) ضمان ازدواج با کودک

فقیهان معتقدند اگر دختر نُه سالگی را رد کند و همسرش با او آمیزش دخولی انجام دهد و آن دختر صدمه ای ببیند چون دختر بالغ محسوب می شود، شوهر ضامن نبوده و ملزم به پرداخت دیه نیست. محسن حکیم در کتاب «منهاج الصالحین» که با حاشیه محمد باقر صدر طبع شده آورده است که دخول با دختر بالغ شرعی جایز بوده و اگر در حین دخول آن دختر افضاء شود، به عبارت دیگر مخرج غائط و بول او یکی شود نه به شوهرش حرام شده و نه اینکه دیه ای بر شوهر ملزم خواهد شد. (۳۸) محمد تقی بهجت همسر زیر نُه سال را «صغیره» و بالای نُه سال را «کبیره» خوانده و تصریح می کند که زوجه ی کبیره اگر در اثر آمیزش جنسی با شوهر افضاء شود دیه ای برایش نیست. (۳۹) از بین فقهای معاصر محمد فاضل لنکرانی (۴۰)، لطف الله صافی (۴۱)، حسین وحید خراسانی (۴۲)، محمد اسحاق فیاض (۴۳) و... به این موضوع تصریح کرده و یوسف صانعی عدم محکومیت مرد را در زمانی می داند که دختر بعد از بلوغ قابلیت آمیزش را داشته باشد. (۴۴) همه اینها نشان می دهد که فقها نه تنها دختران نُه ساله خردسال و کودک نمی دانند بلکه اگر در حین رابطه جنسی دختری آسیب دید، شوهر ضامن نخواهد بود. دلیل این نابهنگامی از ضمانت شوهر، به نظرم مالکیت مطلق شوهر بر «بضع : آلت زنانگی» همسر است. فقها صریحاً بیان کرده اند که مرد مالک بضع زنان است. (۴۵) اگر شوهر مالک بضع باشد، مگر می توان برای کسی که به ملک خود آسیب می بیند، پرداخت خسارتی را تحمیل کرد؟.

اگر ما ازدواج را از آن حالت معاملاتی بودن خارج بدانیم، و برای آن یک روش زیست اجتماعی در نظر بگیریم، و آسیب های روحی و روانی ازدواج با دختران خردسال را توجهی داشته باشیم، آنگاه مگر می شود در دوران کنونی این فتاوا را پذیرفت؟. بالفرض که از فقیهان این استدلال که صدمه به بضع، ضمانتی به بار نمی آورد را بپذیریم؛ آسیب های روانی و روحی این دختران موجب ضمان نیست؟. درحالی که به لحاظ فقهی روان زنان، جزئی نیست که مردان به تملک در آورند و اصولاً قابل تملک نیست. یوسف صانعی در این خصوص و ایضاً آسیب های روانی که دختران می توانند ببینند نظریه ای دارد که می توان آن را حرکتی نو در میان فقهای سنتی دانست. او عقیده دارد دختری که هنوز به سن تکلیف و بلوغ نرسیده به حسب غالب تحمل آمیزش دخولی را ندارد و این را عرف به راحتی می تواند بفهمد و سایر کام گیری ها از همسران زیر نُه سال اشکال داشته و حرام است زیرا منکر بوده و بنابر آیه (نحل : ۹۰) می باید از اعمال زشت و فحشاء نهی کرد. صانعی این عمل را از آن جهت منکر می شمارد که دارای قباحت عقلانی و موجب مذمت است که باعث ضررهای جسمی و مشکلات روحی و معنوی برای دختران خردسال می شود. (التعلیقه علی التحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۴۰) بر این اساس، یکی

از مشکلاتی که فتوای جواز ازدواج با دختران خردسال دارد این است که، دختران به لحاظ روحی و جسمی آسیب می بینند و همین موضوع موجب ضمان است.

۵/ج) قوانین عرفی پیرامون کودک همسری در صدر اسلام

یکی ضعف های مهم جواز کودک همسری این است که عرفاً یا شرعاً توانایی یا ناتوانی دختران از رابطه جنسی، بستگی به عرف داشته است. یعنی اگر عرف و شرع بیان می کردند که دختران در نه سالگی توانایی رابطه جنسی را دارند دیگر به خود دختر رجوع نمی شد تا این ابهام از سوی او تفهیم شود. لذا حیطة دخالت شرع، در این موضوع گسترده نیست. شاید شرع بتواند سن مشخصی را برای بلوغ مشخص کند، مثلاً نه سالگی ولی توانایی یا عدم توانایی دختران از آمیزش با مردان مسأله ای نیست که عرف یا شرع بخواهد در آن دخالت کند بلکه صرفاً یک موضوع شخصی است. وقتی ملاک تشخیص چنین توانایی ای، شخص است پس اگر دختر توانایی رابطه جنسی نداشته باشد، مرد قطعاً ضامن است.

۶/ج) بی اختیاری خردسالان

فقیهان تصریح کرده اند که پدر یا جدپدری می توانند دختر یا پسر نابالغ خود را با صلاحدید خود به عقد دیگری در آورند. اگر فرزند پسر بود بعد از بلوغ مختار است با همسری که برایش انتخاب شده زندگی کند یا خیر؛ به عبارتی می تواند عقد را فسخ کند، ولی اگر دختر بود نمی تواند عقد را فسخ کند. حسین وحید خراسانی در این مورد می گوید:

إذا زوج الأبوان الصغیرین ولایةً فالعقد و إن كان صحیحا إلا أن فی لزومه علیهما بعد بلوغهما إشکالا فالاحتیاط لا یترک : هر زمانی ولی شرعی فرزند خردسال خود را به ازدواج کسی در آورد، او بعد از بلوغ نمی تواند عقد را برهم زند بلکه می باید به این عقد مستلزم باشد. (۴۶)

به نظرم در این موضوع ضعف های جدی ای وجود دارد. اگر صحت عقد، حول صلاحدید و نظر ولی باشد؛ بعدها که ولی از نظر خود عدول کرد و آن صلاحدید پیشین را اشتباه یافت، منطقاً عقد باید خود به خود منحل شود زیرا شرط صحت عقد، اذن و صلاحدید ولی بوده و زمانی که ولی بداند که اشتباه کرده است عقد یکطرفه منحل خواهد شد. حسن بن یوسف حلی با اینکه ولایت پدر و جدپدری بر دختر رشیده را نمی پذیرد و آن را در حد حکم استحبابی قبول کرده

است اما به نحو مطلق به ولایت شرعی بر دخترِ صغیره (غیربالغ) عقیده دارد به گونه ای که اگر دو فردِ غیربالغ (دختر زیر ۹ سال و پسر زیر ۱۵ سال) با یکدیگر ازدواج کنند اگر بعدها ولی شرعی دختر به این ازدواج راضی شده عقد صحیح است ولی اگر راضی نباشد عقد باطل خواهد بود.

۷/ج) کودک همسری و مسأله اضرار به نفس

اگر زنان، به عنوان یک انسان، دارای نفس باشند پس مسأله اضرار به نفس برای آنها نیز محتمل است. قطعاً رابطه جنسی، اگر باعث آسیب بدنی گردد، مصداق بارز اضرار به نفس است که موجب ضمان خواهد بود. فقها به این مسأله دقتی نکرده اند که مرد اگر هم مالک بضع باشد و آسیب به بضع برایش ضمانتی به وجود نیاورد، مسأله اضرار به نفس موجب ضمان است. یعنی اگر ما نظر فقها را بپذیریم، آسیب به بضع شاید موجب ضمان نباشد ولی ضرری که از این راه به نفس زن می رسد موجب ضمان است. همین دردی که زن بعد از آسیب دیدن احساس می کند، یعنی ضرر نفسانی، و چنین ضرری موجب ضمان خواهد بود.

۸/ج) تصویب قاعده انصاف در کودک همسری

ناصر مکارم شیرازی در این بحث، به یک رویکرد انصاف گرایانه فتوای مشهور را نقد می کند. فتوای او واضح است و نیازی به توضیح نیست. بر این اساس، باید در خصوص ازدواج با کودکان «انصاف» را در نظر گرفت که آیا چنین مسأله ای خصوصاً در دوران کنونی که می تواند ضربه های روحی و روانی عمیقی در کودک ایجاد کند صحیح است؟. مسأله «انصاف» آن قدر اهمیت دارد که می گویند شیخ مرتضی انصاری انصاف را یکی از قاعده های اساسی استنباط می شمرد. (۴۷)

ناصر مکارم شیرازی می گوید در استمتاع غیر دخولی شوهر از همسر زیر نه سال خود باید نوع کامجویی متعارف باشد ولی در مورد رضیعه (شیرخوار) دلیلی برای جواز وجود ندارد و تمسک به اصالت اباحه یا اطلاق ادله ممنوع است زیرا ادله تنها انصراف در عمل متعارف دارند. (۴۸) او به فقهائی چون محمد حسن نجفی و سائر متقدمین و معاصرین که این فتوا را تأیید کرده اند (۴۹) تأکید می کند که باید انصاف داشت زیرا لذت بردن از دختر زیر نه سال به لحاظ عرف عقلائی جداً قبیح است و هر آنچه که عقل به زشت بودن آن حکم کند در عمل مجاز به انجام آن نیستیم:

هذا، و لكن الانصاف أنّ بعض الاستمتاعات بالنسبة إلى الصغيرة كالرضيعة و مثلها، قبيح
جداً في عرف العقلاء، و كان قبحه من المستقلّات العقلية أو العقلائية، فلذا يخرج عن
تحت عمومات الحلية، كما لا يخفى.(٥٠)

پانوشت:

١. جواهرالكلام، ج٢٦، ص٣٨
٢. تذكرة الفقهاء (ط القديمة)، ص٤٣٣
٣. العروة الوثقى (للسيد اليزدي)، ج٢، ص٨١١
٤. تحرير الوسيلة، ج٢، ص٢٤١
٥. منهاج الصالحين، ج٣، ص١٠؛ التعليقه على العروه الوثقى، ج٢، ص٥٦٣
٦. جامع المسائل، ج٣، ص٥٦٦
٧. مدارك العروة، ج٢٩، ص١٦٥
٨. مستند تحرير الوسيلة، ج٢، ص٣٣٩
٩. تفصيل الشريعة؛ النكاح، ص٢٦
١٠. من لا يحضره الفقيه، ج٤، ص٢٢١
١١. جواهر الكلام، ج٢٩، ص٤١٦
١٢. الكافي؛ ط الإسلاميه؛ ج٥، ص٣٩٨
١٣. مستمسك العروة الوثقى، ج١٤، ص٧٨
١٤. مستند تحرير الوسيلة، ج٢، ص٣٣٩
١٥. موسوعة الإمام الخوئي، ج٣٢، ص١٢٤
١٦. وسائل الشيعة، ج٢٠، ص١٠١

١٧. تهذيب الاحكام، ج٧، ص٤١٠
١٨. جامع احاديث الشيعة، ج٣١، ص٥٠٠
١٩. تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة؛ النكاح، ص٢٣
٢٠. سند العروة الوثقى؛ كتاب النكاح، ج١، ص١٢٥
٢١. المبسوط في فقه الإمامية، ج٤، ص٣١٠
٢٢. جواهر الكلام، ج٣١، ص١٠٨
٢٣. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج٢، ص٢٩٢
٢٤. حاشية الإرشاد، ج٣، ص٢١٠
٢٥. جامع الأحكام الشرعية، ص٥٧٣
٢٦. ر.ك: جواهر الكلام، ج٢٦، ص٣٨
٢٧. المبسوط، ج٢، ص٢٨٢
٢٨. جامع الاحكام، مباحث نكاح
٢٩. رساله توضيح السمائل، مسأله ٣١
٣٠. مجمع المسائل، ج١، ص٣٦، س٧٧
٣١. استفتائات، دفتر ٢، ص٦٣، س٣١٥
٣٢. يادنامه احمد قابل، ص٤٥٤
٣٣. الفقه على المذاهب الأربعة، ج٢، ص٣١٤
٣٤. مفاتيح الشرائع، ج١، ص١٣
٣٥. پایگاه اطلاع رسانی دفتر آیت الله جناتی

٣٦. مباني حقوق در اسلام، ص ٥٧٣
٣٧. رساله توضيح المسائل نوين، ص ٣٥ و ٣١٩
٣٨. منهاج الصالحين (المحشى للحكيم)، ج ٢، ص ٢٨١
٣٩. جامع المسائل (بهبجت)، ج ٣، ص ٥٦٦
٤٠. تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة؛ النكاح، ص ٢٢
٤١. هداية العباد (للصافي)، ج ٢، ص ٣٩٦
٤٢. منهاج الصالحين (للوحيدي)، ج ٣، ص ٣٠٢
٤٣. منهاج الصالحين (للفياض)، ج ٣، ص ٢٣
٤٤. التعليقه على تحرير الوسيلة، ج ٢، ص ٢٤١
٤٥. منهاج الصالحين (المحشى للحكيم)، ج ٢، ص ٢٩٤
٤٦. منهاج الصالحين (للوحيدي)، ج ٣، ص ٢٩٧
٤٧. كتاب المكاسب، ج ٣، ص ٤٥٥، ٤٥٣، ٣٩٧، ٣٥٧، ٣٥٤، ٣١٤ و...
٤٨. العروة الوثقى مع التعليقات، ج ٢، ص ٧٧٢
٤٩. جواهر الكلام، ج ٢٩، ص ٤١٦
٥٠. أنوار الفقاهة؛ كتاب النكاح (لمكارم)، ص ٣٧