

بررسی فقهی نکاح موقت طفل ازسوی ولی قهری با قصد ایجاد محرمیت

زهراراستی^۱، محسن ملک افضلی^۲

چکیده

از جلوه‌های ولایت ولی بر طفل، اجرای صیغه نکاح بر اوست. این نکاح گاهی با اجل کوتاه و فقط برای محرمیت فرد ثالث با یکی از زوجین واقع می‌شود. باتوجه به فقدان قصد ولی به وقوع زوجیت بین متعاقدين و نیز عدم امکان تمتع از طفل و همچنین لحاظ نظریه اشتراط مصلحت، عقد موقت طفل با چالش‌هایی مواجه است که برخی از آن عبارتند از: آیا چنین نکاحی به لحاظ عدم قصد وقوع زوجیت بین طفل و طرف دیگر، صحیح به‌شمار می‌آید؟ آیا بالحاظ غرض استمتاع از عقد موقت و عدم قابلیت طفل نسبت به آن، وقوع عقد موقت بر طفل با اجل محدود صحیح است؟ در فرض مثبت بودن پاسخ‌ها، آیا بهانه محرمیت فرد ثالث و یکی از متعاقدين، می‌تواند مصلحت را تأمین نماید؟ دراین شرط، مصلحت نسبت به چه کسی اراده شده است، طفل یا خانواده او؟ باتوجه به طفل بودن یکی از زوجین یا هردو، مصلحت چه معیاری دارد و مرجع تشخیص مصلحت چه کسی است؟ براین اساس، پژوهش حاضر باهدف بررسی صحت یا فساد نکاح طفل با قصد محرمیت شخص ثالث و یکی از طرفین نکاح و پاسخ به چالش‌های آن به‌شیوه تحلیلی - اسنادی انجام شد. اطلاعات پژوهش با تتبع در منابع، ادله و آراء فقهای امامیه جمع‌آوری و تحلیل گردید. نتایج نشان داد که از نظر فقدان قصد زوجیت و نیز بنابر نظر آن دسته از فقها که ذات عقد موقت را فقط تمتع می‌دانند، صحت این عقد دچار مشکل است. در مورد مصلحت و توابع آن، حکمت ولایت، سیره عقلا و متشرعه و ادله نقلی موجود، دال بر محوریت مولی علیه و تمرکز بر حفظ غبطه اوست و ولی، با در نظر گرفتن شرایط کودک، متولی تشخیص آن است. رعایت مصلحت کودک در عقد نکاحی که با این هدف اجرا می‌شود همواره با چالش‌های مهمی روبروست، درحالی‌که صحت عقد منوط به مصلحت کودک است. **واژگان کلیدی:** نکاح موقت، نکاح طفل، محرمیت، نکاح به قصد محرمیت، مصلحت طفل.

Doi: 10.22034/ijwf.2023.14213.1997

نوع مقاله: پژوهشی تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۰۷ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۲/۱۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۲۷
۱. دانش‌پژوه دکتری فقه خانواده، مجتمع آموزش عالی بنت‌الهدی، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران. / عضو هیئت علمی گروه فقه، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران.

Email: Zahra.rasti@isu.ac.ir ORCID ID: 000900003419231

۲. استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی، جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران. (نویسنده مسئول)
Email: Mohsen_MalekafzaliArdakani@miu.ac.ir ORCID ID: 0000-0002-5870-0427

A Jurisprudential Investigation into the Temporary Marriage of a Child by a Natural Guardian with the Intention of Privacy

Zahra Rasti¹, Mohsen Malek Afzali²

One of the manifestations of guardianship over a child is the execution of the marriage contract. Sometimes this marriage takes place for a short period of time and only for the privacy of a third party with one of the spouses. Due to the lack of intention to marry between the parties, as well as the possibility of not enjoying the child, as well as considering the theory of requirement of expediency, the temporary marriage of the child is a challenge. Some of them are as follows: Is such a marriage valid in terms of not intending marriage between the child and the other party? In terms of the purpose of enjoying a temporary marriage and the child's lack of ability to do so, is it correct to have a temporary marriage on a child with a limited term? Assuming that the answers are positive, can the excuse of privacy of the third party and one of the convicted persons provide the expediency? In this condition, to whom is the expediency determined, the child or his family? According to the fact that one or both of the spouses have a child, what is the criterion of expediency and who is the authority for determining expediency? Accordingly, the current research was conducted with the aim of investigating the validity or invalidity of child marriage with the intention of privacy of the third party and one of the marriage parties and answering the challenge in an analytical-documentary way. The data were collected and analyzed by following the sources, evidences and opinions of Imami jurists. The results showed that the authenticity of this marriage is problematic due to the lack of intention to marry and also according to the opinion of those jurists who consider the nature of temporary marriage to be only for enjoyment. Regarding the expediency and its consequences, the wisdom of the guardianship, the rational and legitimate way and the available narrative evidences indicate the centrality of the interest of ward and the focus on the protection of his/her interest, and the guardian is in charge of diagnosing it, taking into account the child's condition. Respecting the interest of the child in the marriage contract that is executed with this purpose and always faces crucial challenges, while the validity of the contract depends on the interest of the child.

Keywords: temporary marriage, child's marriage, privacy, marriage for the purpose of privacy, interest of the child.

Paper Type: Research

Data Received: 2022/ 07 / 29 **Data Revised:** 2023/ 05 / 06 **Data Accepted:** 2023/ 05 / 17

1. Ph.D. Student in Jurisprudence of Family, Bent al-Hoda Higher Education Complex, Al-Mustafa International University, Qom, Iran. / Faculty Member of Jurisprudence Department, Imam Sadiq University, Tehran, Iran.
Email: Zahra.rasti@isu.ac.ir ORCID ID: 000900003419231

2. Professor of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Al-Mustafa International University, Qom, Iran. (Corresponding Author)

Email: Mohsen_MalekafzaliArdakani@miu.ac.ir ORCID ID: 0000-0002-5870-0427

یکی از جلوه‌های سرپرستی و ولایت ولی قهری بر کودک، اعمال ولایت وی در امر وقوع نکاح بر طفل است. نکاح بر طفل گاهی با هدف ایجاد محرمیت بین یکی از متعاقدين با فرد ثالث است که به صورت عقد موقت و با تعیین اجلی کوتاه واقع می‌شود. در فقه اسلامی، سه راه برای حصول محرمیت بیان شده که یکی از آنها مصاهره و علقه‌ای است که به سبب عقد نکاح بین متعاقدين و افراد دیگری از خانواده آن دو حاصل و موجب نشر حرمت می‌شود. (بحرانی، ۱۴۰۵ ه.ق، ۲۳/۴۱۰) این شیوه بین متدینین برای حل مشکل محرم و نامحرم در مواردی مانند فرزندخواندگی استفاده می‌شود. همچنین در جاهایی که نیاز به محرم بودن زن و مرد بیگانه است، ولی تمایلی به وقوع زوجیت بین آن دو وجود ندارد و یا برای زوجیت آن دو مانع وجود دارد از این روش بهره می‌برند. برای مثال، عقد موقتی بین دختر صغیره و مرد مورد نظر خوانده می‌شود و مادر این دختر با آن مرد محرم می‌شود (ام الزوجه) یا دختر صغیره به عقد مردی درمی‌آید و در نتیجه این صغیره با فرزند پسر آن مرد محرم می‌شود (معقوده الاب). مصداق دیگر آن است که زن یا دختر صغیره‌ای را به نکاح پسر صغیری درمی‌آورند تا زن یا دختر صغیره با پدر آن پسر محرم شود (معقوده الابن).

پژوهش حاضر به این سؤال پاسخ می‌دهد که با لحاظ عدم قابلیت صغیر و صغیره للاستمتاع و باتوجه به فقدان قصد زوجیت و تشکیل زندگی مشترک، آیا این عقد بر طفل واقع می‌شود؟ این مسئله اگرچه در پژوهش‌های دیگری نیز بررسی شده و از نظر پاسخ، نتیجه پژوهش حاضر با آنها مشابه است، ولی در شیوه ورود به بحث و استدلال و تحلیل ادله راه متفاوتی طی شده است. از سوی دیگر فقهای امامیه برای پیشگیری از سوءاستفاده اولیای کودکان و تضییع حقوق آنها ولایت بر نکاح طفل را مطلق نگذاشته‌اند، ولی در اینکه این تفویض چگونه محدود شود با یکدیگر اختلاف نظر دارند. گروهی از آنها ولایت را مشروط به عدم مفسده و گروهی دیگر علاوه بر این شرط، ولایت را مشروط به وجود مصلحت می‌دانند. با لحاظ این نکته آیا شرط صحت چنین نکاحی که توسط ولی واقع می‌شود، وجود مصلحت است یا عدم مفسده. در صورت اشتراط مصلحت، این مصلحت نسبت به چه کسی اراده شده است؛ طفل یا خانواده او؟ آیا بهانه ایجاد محرمیت برای مادر یا پدر



طفل می تواند مصلحت مورد نظر را تأمین کند. باتوجه به طفل بودن احداثزوجین یا هردو، مصلحت چیست و چه معیاری دارد؟ مرجع تشخیص مصلحت چه کسی است؟ بررسی موضوع اشتراط مصلحت در این نکاح و توابع آن از نوآوری های پژوهش حاضر است. پژوهش حاضر با تحقیق در منابع و ادله فقهی به روش توصیفی-تحلیلی درصدد یافتن پاسخ به سؤال های فوق است. تأکید می شود در پژوهش حاضر نکاحی که باهدف ایجاد علقه زوجیت با طفل و تشکیل زندگی مشترک واقع می شود و گاه از آن به کودک همسری یاد می شود، اراده نشده است.

۲. چارچوب نظری پژوهش

ولایت از ماده ولی یلی در لغت به معنای قرب و دنو آمده است. ولایت به کسر واو، اسم است به معنای سلطان و به فتح واو، مصدر است به معنای نصرت و یاری کردن (ابن منظور، ۱۴۱۴ هـ.ق، ۴۱۱/۱۵). با بررسی کلمات اهل لغت به دست می آید که ولایت، مشعر به قدرت، تدبیر و فعل (ابن منظور، ۱۴۱۴ هـ.ق، ۴۱۱/۱۵) و به معنای تصدی شئون و تدبیر امور دیگری و تصرف در نفس یا مال او و یا تصرف در هردو است (زبیدی واسطی، ۱۴۱۴ هـ.ق، ۳۱۱/۲۰؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ هـ.ق، ۳۷۹/۱۰؛ ابن فارس، ۱۴۰۴ هـ.ق، ۱۴۱/۶؛ راغب، ۱۴۱۲ هـ.ق؛ طریحی، ۱۴۱۶ هـ.ق، ۴۵۵/۱). در اصطلاح فقها، ولایت در اختیار داشتن زمام امور شیء یا فرد است (اصفهانی، ۱۴۱۸ هـ.ق، ۳۷۹/۲).

۲-۱. آرای فقها درباره صحت نکاح طفل باهدف ایجاد محرمیت

تردید نیست که اصل اولیه، عدم ولایت احدی بر دیگری است. انسان بنده خداست و آزاد آفریده شده و فقط زیر ولایت ذات اقدس الهی، انبیا و ائمه معصومین علیهم السلام قرار دارد مگر مواردی که با دلیل، ولایت در مورد فرد ثابت شود. فقها در کتب بیع، حجر، نکاح و... ولایت پدر و جد پدری بر تصرف در اموال طفل و نکاح صغیر و صغیره را در قالب ولایت قهری به اجماع و فی الجمله پذیرفته اند. (طوسی، ۱۴۰۰ هـ.ق؛ طوسی، ۱۴۰۸ هـ.ق؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ هـ.ق، ۲۷۶/۲؛ عاملی، ۱۴۱۳ هـ.ق، ۱۱۶/۷؛ عاملی، ۱۴۱۴ هـ.ق، ۹۲/۱۲؛ نجفی، بی تا، ۱۷۰/۲۹؛ انصاری، ۱۴۱۵ هـ.ق؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸ هـ.ق، ۸۵۰/۲) این اتفاق نظر فقها بیش از هر چیز مستند به سیره عقلاست که مورد تأیید شارع مقدس است. استناد به سیره در کلمات فقها کمتر بیان شده است، ولی مؤیدات متعددی

از آیات و روایات نسبت به این سیره وجود دارد. «اصولاً مسئله ولایت پدر، بلکه جد از تأسیسات شرع نیست، بلکه امری عقلایی و ارتکاز فطری است. ولایت داشتن پدر سابقه دار است و تمدن بشریت یک نحوه ولایت و سرپرستی برای پدر نسبت به فرزند قائل بوده است» (زنجانی، ۱۴۱۹ هـ.ق، ۱۲/۴۱۸۶).

سیره مطرح شده مخصوص گروه و ملیت خاصی نیست و عقلا ولایت ولی قهری را بر جمیع شئون طفل و حفظ جان و مال او ثابت می‌دانند. می‌توان سیره متشرعه در این باره را دلیل دیگری بر این حکم دانست. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ هـ.ق) براساس بررسی‌های انجام شده همان‌طور که در روایات معصومین علیهم‌السلام کلامی دال بر تأیید یا رد چنین عقدی وجود ندارد در لابه‌لای متون فقهی متقدمین هم به صورت مستقیم به آن اشاره نشده است، اگرچه در کتب برخی از فقها مانند محقق بحرانی، بهبهانی، نراقی و... در این باره سخن آمده است. در دو مقاله، این امر مورد تأملات فقهی قرار گرفته است؛ در مقاله بررسی صحت نکاح موقت به قصد ایجاد محرمیت با فرد ثالث (بنی‌هاشمی، ۱۳۹۹)، تمرکز بر وقوع نکاح بین دو فرد بزرگسال و محوریت بحث عقد صوری و حیل رباست. در مقاله ارزیابی انتقادی محرمیت مادرزن با نکاح صغیره (کیخا، مودنی، قاسمی، ۱۳۹۹)، تمرکز بر تحقیق در مورد این سؤال است که آیا نکاح دختر به طور مطلق، محرمیت مادر را به دنبال دارد یا این محرمیت مقید به رابطه زناشویی است؟ موضوع اصلی پژوهش حاضر صحت نکاح واقع شده بر طفل با انگیزه ایجاد محرمیت بین یکی از طرفین عقد و فرد ثالث است و بر غرض از نکاح موقت و نیز شرط مصلحت در تصرفات مربوط به طفل و مباحث پیرامون آن، بنابر فرض صحت این عقد تمرکز شده است.

بنابر تتبع نگارنده در این مسئله، مواضع فقها در سه رویکرد شناسایی شد: گروهی از فقها از متقدمین و متأخرین متعرض این بحث نشده و با سکوت از کنار آن گذشته‌اند؛ برخی از فقها به صحت چنین نکاحی نظر داده‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵ هـ.ق، ۲۵/۳۸۳؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳ هـ.ق، ۲/۳۳۹؛ لنکرانی، ۱۴۲۲ هـ.ق)؛ و برخی دیگر از فقها با صحت چنین نکاحی مخالفت کرده‌اند. در این گروه کسانی هستند که چنین نکاحی را با قیودی مثل بلوغ دختر یا قابلیت استمتاع پذیرفته‌اند و یا به حکم احتیاط دارای بعضی از آثار دانسته‌اند (بهبهانی، بی‌تا؛ نراقی، ۱۴۲۲ هـ.ق، ۱/۹۸؛

نجفی، بی‌تا، ۱۷۶/۳۰؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ هـ.ق؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰ هـ.ق، ۲/۲۷۴؛ زنجانی، ۱۴۱۹ هـ.ق، ۱۹/۶۱۷۴).



نتیجه بررسی نظر فقها: در اصل صحت و مشروعیت این نکاح سه مورد اساسی یعنی، وقوع نکاح موقت، قصد وقوع عقد و ولایت ولی بر صغیر و صغیره زیربنای این حکم است. فقها بر این امر متفق هستند که دلیل شرعی خاص درباره چنین نکاحی وجود ندارد و سیره متشرعه نیز در این باره گزارش نشده و ثابت شده نیست. این سخن به معنای ابطال و رد موضوع به طور کلی نیست، بلکه تأکید بر این است که شیوه اثبات صحت چنین نکاحی از همان مسیر یادشده خواهد بود. بنابراین، باید به مذاقه در معنا و شرایط زوجیت موقت و قصد عقد در حد ارتباط با این بحث همچنین شرایط و ضوابط ولایت ولی بر نفس، مال و شئون مولی علیه پرداخت. آنچه غالباً در مصادیق نکاح باهدف ایجاد محرمیت دیده می شود وقوع نکاح موقت بر اطفال صغیر در سنین اولیه عمر آنهاست.

۲-۲. مشروعیت نکاح طفل غیرقابل استمتاع

از بررسی روایات شریفه و سیره متشرعه در مورد نکاح طفل به دست می آید که هر جا سخن از ازدواج صغیر یا صغیره به میان آمده است نکاح دائم مراد است، ولی این ارتکاز که نکاح موقت طفل مشروع نیست و به تبع آن سیره متشرعه بر ترک آن قائم شده، قابل اثبات نیست. از این رو، نمی توان ادعای انصراف اطلاق ادله نکاح متعه به افراد بالغ یا قابل استمتاع را پذیرفت. در بحث از صحت نکاح موقت، نسبت به صغیره و طفل غیرقابل استمتاع باید مقتضای ذات عقد نکاح و غرض از عقد انقطاع مورد توجه قرار گیرد. آرای مختلفی در موضوع لَه و اِزَه نکاح وجود دارد. برخی از اهل لغت این کلمه را به عقد تفسیر کرده اند. (ابن فارس، ۱۴۰۴ هـ.ق، ۴۷۵/۵؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ هـ.ق، ۶۲۵/۲) برخی دیگر آن را به وطی معنا می کنند (جوهری، ۱۴۱۰ هـ.ق، ۴۱۳/۱) و برخی هم نکاح را مشترک لفظی در عقد و وطی می دانند (فیومی، بی تا، ۶۲۴/۲؛ واسطی زبیدی، ۱۴۱۴ هـ.ق، ۲۴۰/۴). صاحب جواهر در این باره می فرماید: «مشهور اهل لغت، کلمه نکاح را به معنای وطی می دانند همچنان که مشهور فقها عقد را معنای شرعی نکاح دانسته اند» (نجفی، بی تا، ۶/۲۹). در مورد استعمالات قرآنی این واژه نیز تتبع انجام شده نشان می دهد از ۲۳ مورد کاربرد این کلمه در قرآن به جز آیه ۲۳۰ سوره بقره دال بر حکم محلل، همه استعمالات در معنای عقد است (عاملی، ۱۴۱۳ هـ.ق، ۷/۷).

با بررسی عبارات فقها چنین به دست می آید که گروهی از آنها قوام حقیقت نکاح و

مقتضای آن را به‌ویژه در نکاح منقطع، تمتع می‌دانند. (طوسی، ۱۳۸۷، ۴/۳۰۳؛ حلی، ۱۴۱۰ هـ.ق، ۲/۵۸۹؛ غروی نایینی، ۱۳۷۳، ۲/۱۱۳) با این فرض، عقد انقطاع بر صغیره‌ای که قابل استمتاع نیست، معنی ندارد. برخی از صاحب نظران، راه حل این معضل را تعیین زمان عقد تا اندازه‌ای که صغیره قابلیت استمتاع یابد، دانسته‌اند (نجفی، بی‌تا، ۳۰/۱۷۶؛ موسوی خمینی، بی‌تا، الف، ۲/۲۷۸). در تعیین حد مزبور بعضی ۶ سال (رک.، موسوی خمینی، بی‌تا، الف، ۲/۲۷۸) و برخی ۹ سال را مطرح کرده‌اند (رک.، مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ هـ.ق، ۴/۸). در مقابل، برخی فقها حقیقت و مقتضای ذات عقد را منحصر در تمتع جنسی نمی‌دانند (رک.، حلی، ۱۴۰۸ هـ.ق، ۲/۲۷۳؛ عاملی، ۱۴۱۳ هـ.ق، ۸/۲۴۷؛ نجفی، بی‌تا، ۳۱/۱۰۰-۹۸؛ موسوی خمینی، بی‌تا، الف، ۲/۲۷۸) و سایر اغراض عقلایی از جمله محرمیت را نیز برای آن متصور دانسته و آن را اثر و مصحح چنین عقدی برمی‌شمرند (رک.، موسوی خمینی، بی‌تاب، ۵/۲۸۲).^۱

براساس نظریه مذکور این اشکال وارد نیست. بنابراین، از این نظر حکم به صحت عقد واقع بر صغیره می‌شود بدون اینکه نیاز به طولانی کردن زمان عقد تا حد قابلیت تمتع باشد. (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ هـ.ق) در پاسخ به این نظر می‌توان گفت که اگر مراد از محرمیت، محرمیت زوجین باشد در مسئله مورد بحث پژوهش حاضر، این امر مقصود متزوج با صغیر یا صغیره نیست. در حقیقت اگرچه طفل مکلف نیست، ولی از آنجا که از محارم شخص نمی‌باشد، می‌توان قصد محرمیت با او را نمود و این قصد موجب تحصیل حاصل نیست، ولی عرف، چنین محرمیتی را قصد نمی‌کند. اما اگر منظور محرمیت با مادرزن، پدر یا پسر زوج است این محرمیت از آثاری است که پس از حصول ماهیت نکاح بر آن مترتب می‌شود. این محرمیت که یکی از احکام است متأخر از موضوع یعنی، نکاح و فرع بر ثبوت آن است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ هـ.ق، ۳/۱۲۶)، البته حصول این نوع محرمیت می‌تواند انگیزه وقوع عقد نکاح باشد، ولی آنچه مقتضای ذات عقد است محرمیت زوجین با یکدیگر است.

دیدگاه دوم با این استدلال که شرط عدم ارتباط زناشویی در نکاح منقطع به استناد روایات، مورد قبول بسیاری از فقها قرار گرفته است، تأیید می‌شود. همچنین حکم به صحت

۱. حضرت امام خمینی در عین اینکه برای عقد نکاح، اغراض عقلایی دیگری غیر از استمتاع قائلند، قابلیت للاستمتاع و حداقل سن ۶ سال را مطرح نموده‌اند. به نظری می‌رسد این دو مطلب با یکدیگر سازگاری ندارد مگر اینکه گفته شود قابلیت للاستمتاع با خود استمتاع متفاوت است. از سوی دیگر، این نظر با مبنای جواز استمتاع ماعدا الوطی از زوجه صغیره سازگار نیست. (موسوی خمینی، بی‌تا، الف، ۲/۲۴۱) این اشکال در مورد کلام بعضی از بزرگان دیگر مثل مرحوم صاحب جواهر نیز قابل طرح است. البته ایشان شأبیت تمتع را مطرح نموده و فعلیت را لازم نمی‌دانند.



ازدواج مرد عنین (مغنیه، ۱۴۲۱ ه.ق، ۵/۱۸۲) یا زن قرناء و رتقاء که از مسلمانات فقهی است، می تواند نشان از این واقعیت باشد. فقها در چنین فرضی، برای زوجه یا زوج، حکم به وجود حق فسخ کرده اند (نجفی، بی تا، ۳۳۳/۳۰؛ نجفی، بی تا، ۳۵۸/۳۰) که حاکی از صحت عقد است. همچنین اگر مردی با زنی سالخورده به علتی غیر از تمتع، برای مثال استیلا بر ثروت او ازدواج کند یا زنی با مرد بیماری به قصد پرستاری از او ازدواج کند، شکی در صحت عقود واقع شده، نیست (بحرانی، ۱۴۲۳/۳، ۲۱۱). برای تأیید این کلام می توان گفت که برخی محققان اتفاق نظر فقها بر جواز متعه صغیره را بیان کرده اند (سیفی مازندرانی، ۱۴۳۸ ه.ق، ۲/۳۸۳). به تعبیر دقیق تر فقها با آن مخالفتی نکرده اند و از جمله شرایط عقد منقطع و محل آن، بلوغ متمتع بها و شرط قابلیت صغیره نسبت به استمتاع را ذکر نکرده اند (حلی، ۱۴۱۰ ه.ق، ۲/۶۲۱) در حالی که ذیل عنوان شرایط عقد منقطع، مواردی مانند دین و مذهب دختر یا نسبت وی با زوجه اول و سایر محرمات عینی و جمعی مصاهره بررسی شده است (نجفی، بی تا، ۳۰/۱۵۵-۱۶۲). همان طور که ملاحظه می شود مسئله حقیقت و مقتضای ذات عقد دارای پیچیدگی هایی است. روایاتی هم که در مورد اصل مسئله نکاح با صغیره وارد شده است، به حسب ظاهر تعارضاتی دارد و چند نوع وجه جمع در مورد آنان متصور است. بنابراین، امر درباره روایات نیز مشکل است. چه بسا به همین دلیل است که برخی فقها از جمله حضرت امام خمینی رحمته الله علیه در صورتی که چنین عقدی بر صغیره غیر قابل استمتاع واقع شود، باز هم مراعات احتیاط را مطرح نموده اند. (موسوی خمینی، بی تا، الف، ۲/۲۷۷)

۲-۳. قصد وقوع عقد نکاح

یکی دیگر از ادله مورد توجه در این مبحث وجود قصد به واقع کردن عقد نکاح یا فقدان قصد است. قائلان به صحت این عقد، وجود فی الجمله قصد نکاح را در حصول اثر آن کافی می دانند و از این رو، معتقدند محرمیت حاصل می شود. (بحرانی، ۱۴۰۵ ه.ق، ۲۵/۳۸۴) مخالفان صحت این عقد، قائل به فقدان قصد جدی نسبت به نکاح در اجرای این صیغه هستند. بنابراین، آن را از مصادیق عقد غافل می دانند (میرزای قمی گیلانی، ۱۴۱۳ ه.ق، ۴/۴۶۷؛ بهبهانی، بی تا). توجه به این نکته لازم است که لزوم قصد به معنای عقد از اموری است که اختلافی در آن وجود ندارد و فقها قصد مدلول را مقوم مفهوم عقد و شرط صحت عقد می دانند (انصاری دزفولی،

۱۴۱۵ ه.ق. الف، ۳/۲۹۵؛ سیره عقلا هم حاکی از این امر است. البته قصد مدلول عقد به معنای قصد رابطه استمتاع بین زوجین نیست تا نبود قصد به آن، به معنای عدم قصد مدلول عقد باشد، ولی نکته مهم این است که فهم عرف از وقوع چنین عقدی دقیق نیست. در بسیاری از موارد به خیال اینکه این عقد فقط نوعی صیغه محرمیت، جدای از عقد نکاح است به آن اقدام می‌کنند. قصد طرفین عقد که در اینجا ولی طفل یعنی، ولی یکی از زوجین در یک طرف و زوج دیگر در طرف مقابل است، نسبت به وقوع نکاح موقت ضروری است و اگر طرفین یا یکی از آنها قصد وقوع عقد نکاح را نداشته باشند محل به عقد خواهد بود. ماهیت این عقد به گونه‌ای است که با واقع کردن آن، امکان تمتع و محرمیت بین زوجین برقرار می‌شود، هرچند قصد استمتاع نداشته باشند و یا زمینه‌اش فراهم نشود. درحقیقت زوجین، زن و شوهر یکدیگر می‌شوند و این معنی باید فهم شود. حال، اگر تصور و فهم ذهنی واقع‌کنندگان چنین عقدی بررسی شود، نمی‌توان گفت که عقد نکاحی واقع شده است. به تعبیر دقیق‌تر، قصد استمتاع با قصد حصول حلیت تمتع متفاوت است. مفاد عقد موقت، حصول حلیت تمتع و محرمیت بین زوجین است که برای دستیابی به آثار عقد از جمله محرمیت مادر زن، چنین معنایی باید قصد شود. (نراقی، ۱۴۱۵ ه.ق، ۱۶/۳۰۸)

داشتن اطلاعات صحیح درباره این عقد و حکم محرمیت مترتب بر آن می‌تواند زمینه‌ساز قصد صحیح نسبت به وقوع چنین عقدی شود، ولی این نکته هم وجود دارد که عرف از وقوع عقد نکاح موقت به‌ویژه نسبت به دختران احتراز می‌کند. در مجموع، در این بخش می‌توان گفت که بنابر نظریه عدم انحصار حقیقت عقد نکاح حتی نکاح منقطع در استمتاع جنسی - کما هو حق - و در صورت قصد آگاهانه طرفین یا اولیای آنها به وقوع عقد نکاح، هرچند با انگیزه حصول محرمیت بین احدالزوجین و فرد ثالث، این عقد صحیح خواهد بود. درنهایت، مسئولیت عالمان دین در راهنمایی افراد خواهان این نوع محرمیت در مواردی مانند فرزندخواندگی و امثال آن بیان دقیق موضوع، حکم و شرایط مربوطه است.

۲-۴. قلمرو ولایت ولی در نکاح طفل

بحث دیگری که در صحت نکاح طفل توسط ولی قهری با انگیزه ایجاد محرمیت تأثیر دارد مسئله ولایت ولی، قلمرو و حدود اختیار ولی در واقع کردن چنین نکاحی است، البته توجه

به این نکته لازم است که بحث درباره حدود اختیار ولی در نکاح طفل به طور کلی مطرح شده است و فقها به طور خاص در مورد ولایت ولی در ازدواج طفل با هدف ایجاد حریمیت کمتر سخن گفته‌اند. سؤال این است که آیا ولایت ولی مشروط به وجود مصلحت است یا فقط نبود مفسده در آن کفایت می‌کند؟ البته ولایت ولی به صورت لایشرط یعنی، حتی باوجود ضرر و مفسده قائلی ندارد، اگرچه در بعضی کتب فقهی، این موضوع وجهی از وجوه محتمل در مسئله است. (انصاری، ۱۴۱۵ ه.ق، ۵۳۸/۳) دلیل این وجه، اخبار مشعر به جواز تصرف ولی در مال طفل باوجود ضرر برای اوست که برخی از این روایات، ظهور در موارد نیاز و حاجت ولی دارد و سبب استدراک از آن وجه می‌شود. این ظهور از قید بیان شده در فرمایش امام صادق علیه السلام: «قوته بغیر سرف اذا اضطر الیه» (عاملی، ۱۴۰۹ ه.ق، ۲۶۳/۱۷) و فرمایش امام باقر علیه السلام: «ما احب ان یاخذ من مال ابنه الا ما احتاج الیه مما لا بد منه» (عاملی، ۱۴۰۹ ه.ق، ۲۶۳/۱۷) مستفاد است. می‌توان گفت این مفاد مربوط به مبحث نفقه است که نفقه اب و جد در صورت نیاز برعهده فرزند دارای مکنت مالی است، خواه کبیر باشد یا صغیر. (نابینی، ۱۳۷۳/۱، ۳۲۴) همچنین اگرچه ممکن است از بعضی کلمات مثل بیان مرحوم محقق در شرایع، چنین به نظر آید که وجود مفسده مانعی از تصرف ولی نیست، ولی حاصل امعان نظر در عبارات این بزرگان آن است که عبارات مطلق در روایات برای بیان اطلاق نیست و فقط گزارشگر قضیه مهمله است (مامقانی، ۱۳۱۶، ۴۱۴/۳). برخی دیگر از این دسته اخبار که ممکن است جواز تصرف باوجود ضرر و مفسده برای کودک از آن استفاده شود مجموعه روایات «انت و مالک لاییک» (عاملی، ۱۴۰۹ ه.ق، ۱۹۵/۱۲) است که باتوجه به حمل این روایات بر حکم استحبابی اخلاقی و یا حمل بر حال ضرورت و حاجت، امکان مساعدت و مستند کردن این وجه منتفی است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ ه.ق). پاسخ دیگر به استدلال به این دسته از روایات این است که ورود این روایات در موقعیت کبر و رشد ولد و انتفاء ولایت پدر و جد در این فرض، استنتاج معنای ولایت از این روایات را مخدوش می‌کند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ ه.ق). بنابراین، اعمال ولایت در انعقاد نکاح بر طفل باوجود ضرر و مفسده برای او طرفداری ندارد. کلام فقها در بیان قلمرو ولایت ولی قهری در ازدواج طفل در دو بخش بعدی بررسی و تحلیل می‌شود.

۲-۴-۱. اشتراط عدم مفسده

همه فقهای امامیه معتقدند که در تزویج طفل توسط ولی، رعایت شرط عدم مفسده لازم است و عقد با مفسده را غیرنافذ یا ناصحیح می دانند. (نجفی، بی تا، ۱۹۸/۲۹؛ انصاری دزفولی، ۱۴۱۵ هـ.ق. ب؛ یزدی، ۱۴۲۸ هـ.ق، ۸۶۶/۲) محقق خویی با عبارت «اتفاق بل لم ينسب الخلاف فيه الى احد» اتفاق نظر بر این امر را بیان کرده است (موسوی خویی، ۱۴۱۸ هـ.ق، ۲۲۹/۳۳). یکی از عمده مستندات اشتراط عدم مفسده در جواز تزویج کودک روایات این باب است. در صحیحہ فضل بن عبدالمملک، امام صادق علیه السلام با عبارت «وکان الجدمرضیا» تزویجی که در صورت حیات پدر، توسط جد بر دختر واقع شده را مشروط بر مورد رضایت بودن جد، نافذ می شمرد^۱. از آنجاکه مورد رضایت بودن در مقابل مکروه بودن استعمال می شود و مفسده امر مکروهی است، معنای روایت این است که فعل جد در مورد تزویج صغیر یا صغیره، مکروه نباشد؛ یعنی مفسده نداشته باشد (انصاری شیرازی، ۱۴۲۹ هـ.ق، ۵۶۵/۱).

در روایت دیگر عبید بن زراره از امام صادق علیه السلام نقل می کند: «نفوذ تصرف جد در مورد تزویج صغیره مشروط به عدم ضرر به کودک است». (عاملی، ۱۴۰۹ هـ.ق، ۲۸۹/۲۰) از دیگر ادله، عموم مستفاد از صحیحہ ابو حمزه ثمالی است که امام باقر علیه السلام در این روایت به آیه «والله لا یحب الفساد» (بقره: ۲۰۵) استناد کرده و مقتضای آیه، عدم فرق بین تصرفات مالی و نکاح است (خویی، ۱۴۱۸ هـ.ق، ۲۲۹/۳۳). بنابراین، تصرفی که در آن مفسده باشد، جایز نیست (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵ هـ.ق، الف، ۲۸/۲). همچنین مستفاد از ادله این است که ولایت پدر و جد نسبت به صغار از باب امتنان و برای حفظ مصلحت آنهاست و با اعمال ولایتی که موجب ضرر و مفسده شود، تنافی دارد. فهم عرفی متشرعه از ادله آن است که در تزویج صغار توسط ولی نباید ضرر و مفسده ای متوجه او شود (سبزواری، ۱۴۱۳ هـ.ق، ۲۶۸/۲۴). در این باره می توان به قاعده لاضرر که بر ادله احکام اولیه حاکم است، استناد کرد.

۲-۴-۲. اشتراط مصلحت

گروهی از فقها در قلمرو ولایت ولی، اضافه بر عدم مفسده، لحاظ غبطه و مصلحت را لازم نمی دانند. (ر.ک.، انصاری دزفولی، ۱۴۱۵ هـ.ق. ب؛ کاشف الغطا، ۱۴۲۲ هـ.ق؛ خویی، ۱۴۱۸ هـ.ق، ۲۸۴/۳۲؛ خویی،

۱. «عن الفضل بن عبدالمملک عن أبي عبد الله عليه السلام قال إنَّ الجَدَّ إِذَا رَوَّجَ ابْنَةَ ابْنِهِ وَكَانَ أَبُوْهَا حَيًّا وَكَانَ الْجَدُّ مَرْضِيًّا جَازًا». (عاملی، ۱۴۰۹ هـ.ق، ۲۹۰/۲۰)

۱۴۱۸ هـ.ق، ۲۳۱/۳۳؛ موسوی خمینی، بی.تا، ۲/۶۰۶-۶۰۹) برخی از این عالمان، مراعات احتیاط را حسن دانسته‌اند (نجفی، بی.تا، ۲۲/۳۳۲). این درحالی است که گروهی دیگر از صاحب نظران علاوه بر عدم مفسده، رعایت مصلحت را در اعتبار عقد نکاح واقع شده نسبت به طفل لازم می‌دانند (ر.ک.، حلی، ۱۴۱۳ هـ.ق، ۲/۱۳۵؛ عاملی، ۱۴۱۴ هـ.ق، ۱۲/۱۴۴؛ عاملی، ۱۴۱۳ هـ.ق، ۷/۱۵۷-۱۵۴؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۱ هـ.ق، ۱/۸۹؛ عاملی، بی.تا، ۵/۱۱۱). روشن است که مراعات مصلحت، گستره ولایت ولی را محدودتر می‌کند.

دربیان استدلال بر اعتبار مصلحت می‌توان به ادله وجیه و معتبری اشاره کرد که عبارتند از:

- سیره و بنای عقلا: از آنجا که ولایت پدر و جد بر فرزند از احکام تأسیسی نیست، بلکه امری عقلایی و مرتکز فطری است و دخالت شارع مقدس در این امر در حد نفی ولایت بعضی از افراد مثل برادر و عمو بوده است (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ هـ.ق، ۱۲/۴۱۸۶) و از دیگر سو عقلا رعایت مصلحت را در ولایت بر امور صغار و محجورین لازم می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ هـ.ق)؛ اصل در تصرف ولی، مراعات مصلحت مولی علیه است (بحرانی، ۱۴۰۵ هـ.ق، ۲۳/۲۵۵؛ عاملی، ۱۴۱۳ هـ.ق، ۲۱۱/۸) و از جانب شارع مقدس ردعی در این مورد نرسیده است، می‌توان موافقت شارع را در لزوم رعایت مصلحت به دست آورد. این سیره در بین متشرعه نیز وجود دارد و بنفسه می‌تواند دلیل بر این حکم باشد.

- یکی از ادله مورد استناد در اعتبار مصلحت آیه «وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» (انعام: ۱۵۲؛ اسراء: ۳۴) است. مشهور فقهای متقدم براساس این آیه، صحت تصرفات ولی در اموال صغار را مشروط به رعایت مصلحت می‌دانند درحالی که ضرر ناشی از نکاح بدون مصلحت قابل جبران نیست و نمی‌توان آن را با ضرر ناشی از تصرف مالی بدون مصلحت مقایسه کرد (عاملی، ۱۴۱۳ هـ.ق، ۷/۱۲۹). به نظر یکی از فقهای معاصر با اینکه ظاهر آیه در مسئله بیع و امثال آن است، ولی عرف الغای خصوصیت کرده به نکاح هم سرایت می‌دهد (زنجانی، ۱۴۱۹ هـ.ق، ۱۲/۴۱۸۵). از سوی دیگر، اگرچه سخن در این آیه درباره ایتام است، ولی باتوجه به شمول آیه نسبت به صورت فقدان پدر و وجود جد و با عنایت به عدم قول به فصل بین جد و پدر، خللی به این استدلال وارد نمی‌شود (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵ هـ.ق، الف، ۳/۵۴۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ هـ.ق، ۲/۳۳). همچنین باتوجه به سیاق آیات قبل و بعد در سوره‌های انعام و اسراء که بیان احکام الزامی است، نمی‌توان این بخش از آیه را بر حکم استحبابی و غیرالزامی حمل کرد.

- در بررسی کتب فقها به‌ویژه متقدمین به‌دست می‌آید که عبارات آنها در بیان ولایت پدر بر فرزندان، مملو از لزوم رعایت مصلحت طفل در قالب سر و حکمت این حکم مجعول ازسوی شارع مقدس یا سیره غیر مردوع از جانب اوست. به بیان دیگر، مفهوم ولایت همان حق تصرف در مال و شئون مولی علیه به‌منظور رعایت مصلحت اوست. بنابراین، باتوجه به مفهوم ولایت، روایات ولایت پدر و جد پدری مطلق نیستند تا منکرین لزوم رعایت مصلحت بتوانند به اطلاق این روایات استناد کنند. تعبیراتی مانند «لأنه (الولی) منصوب لمصلحة (المولی علیه) من جهة الشارع، فکان له فعل ما تقتضیه المصلحة» (حسینی عمیدی، ۱۴۱۶ هـ.ق، ۴۶۰/۲) در کتب فقهی فراوان به چشم می‌خورد (ر.ک.، حلی، ۱۴۲۸ هـ.ق، ۱۷۴/۲؛ عاملی، ۱۴۱۴ هـ.ق، ۲۸۰/۱۳) و نشان‌دهنده فلسفه ولایت ولی قهری است.

یکی از صاحب‌نظران در این باره معتقد است که ادله دال بر جواز استفاده ولی از اموال یتیم و به اولویت از اموال کودک برای رعایت و حفظ مصلحت یتیم و طفل است. از این رو، استناد به اطلاق روایات ولایت برای اثبات عدم لزوم رعایت مصلحت استدلال ضعیفی به نظر می‌رسد. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ هـ.ق) اگر با این ادله و و دیگر دلایلی که برای جلوگیری از اطاله کلام از بیان آنها صرف‌نظر شده است، باز هم تردیدی در اشتراط مصلحت باقی بماند از آنجاکه اصل عدم ولایت احدی بر دیگری است در غیر از موارد مصلحت، اصل عدم محکم خواهد بود. ادله‌ای که اشتراط مصلحت به آنها مستند شده است آن قدر وجاهت دارد که درنهایت در بعضی از منکرین اعتبار مصلحت، ایجاد تردید کرده و موجب قول به احتیاط شده است (بیزدی، ۱۴۲۸ هـ.ق، ۸۶۶/۲). به نظر می‌رسد تردیدی نیست که هرگونه تصرفی در شئون مربوط به مولی علیه از جمله نکاح موقت با انگیزه ایجاد محرمیت باید با رعایت مصلحت صورت گیرد. ازسوی دیگر، برحسب تتبع انجام‌شده قول به فصل مبنی بر اینکه در نکاح دائم باوجود اهمیت فوق‌العاده در زندگی فرد رعایت مصلحت طفل ازسوی ولی لازم است، ولی در نکاح موقت باهدف ایجاد محرمیت، صرف عدم مفسده برای طفل کافی باشد، قائلی ندارد و با حکمت جعل ولایت بر مولی علیه سازگار نیست. در اینجا این سوال مطرح است که مصلحت مورد نظر در اینجا مصلحت چه کسی است؟ آیا مصلحت طفل، مصلحت ولی یا خانواده.



تفطن در معنا و حکمت ولایت و بررسی سیره عقلا و متشرعه در باب ولایت ولی قهری همان طور که دال بر لزوم رعایت مصلحت است دال بر محوریت مولی علیه و تمرکز تصرف بر مصلحت او نیز است. ملاک این حکم در نزد عقلا حفظ مصالح ولد است. می توان گفت اینکه در بعضی از ادله به ناظر بر اموال یتامی اجازه استفاده به معروف یا اجازه استقراض از مال یتیم داده شده برای حفظ مصلحت یتیم است تا رغبت به حفظ اموال یتیم برقرار بماند؛ یعنی مصلحت مولی علیه همچنان ملاک اصلی است. فقها در ابواب مختلف از فقه مثل کتاب البیع و الرهن و الحجر مولی علیه را محور رعایت مصلحت دانسته اند. مرحوم شیخ طوسی تصرف ولی را فقط با رعایت احتیاط و بهره و نصیب مولی علیه صحیح می داند (طوسی، ۱۳۸۷، ۲/۲۰۰). ابن ادریس (۱۴۱۰هـ، ۴۴۱/۱) رعایت مصلحت و نفع طفل را مقتضای اصل مذهب می داند. علامه حلی (۱۴۱۳هـ، ۲۱/۲) در قو/عد، بیع ولی را با رعایت مصلحت مولی علیه صحیح می داند. وی در تذکره الفقهاء استقراض از مال طفل را با توجه به ولایت و ملاءت ولی و با نظر به مصلحت طفل جایز می داند (حلی، بی تا، ۲۵۲/۱۴). شهید ثانی (۱۴۱۳هـ، ۵/۱۳۶) و مقدس اردبیلی (۱۴۰۳هـ، ۴/۱۴؛ ۱۴۰۳هـ، ۶/۷۶) فعل ولی را منوط به مصلحت مولی علیه می دانند.

واقع کردن عقد بر طفل برای ایجاد محرمیت باید با در نظر گرفتن مصلحت طفل باشد و سلیقه و میل ولی به ایجاد محرمیت یا آسان بودن ارتباط دو خانواده نمی تواند مجوزی برای هرگونه تصمیم ولی در شئون مولی علیه قرار گیرد. بنابر قول به اشتراط صرف عدم مفسده در تصرفات ولی، وقوع چنین نکاحی نباید برای طفل مفسده ای داشته باشد. ولی موظف است مصون ماندن طفل از هرگونه مفسده را مورد لحاظ قرار دهد. همچنین بنابر نظریه اشتراط مصلحت علاوه بر پایش نبود مفسده برخلاف غبطه او اقدامی نکرده و مصلحت او را در نظر گیرد و چه مصلحتی در اینجا برای طفل متصور است؟ پاسخ به این سؤال می تواند در سرنوشت نکاح و محرمیتی که از این راه حاصل می شود تأثیرگذار باشد.

اهل لغت مصلحت را به خیر تفسیر کرده (فیومی، بی تا، ۲/۳۴۵؛ طریحی، ۱۴۱۶هـ، ۲/۳۸۹) و صلاح راضد (جوهری، ۱۴۱۰هـ، ۱/۳۸۳)، مخالف (ابن فارس، ۱۴۰۴هـ، ۳/۳۰۳) یا نقیض (فراهیدی، ۱۴۱۰هـ، ۳/۱۱۷) فساد معنا کرده اند. آنان در حقیقت این واژه را با کلمات مشابه معنا کرده و به وسیله تقابل با واژگان متضاد، آن را ایضاح معنایی نموده اند. مصطفوی (۱۴۰۲هـ، ۶/۲۶۵) صلح را خلاف

فساد و صلاح را به خیر و صواب تفسیر می‌کند. درمورد رابطه مصلحت و مفسده و وجود یا عدم مفهوم واسطه بین این دو نمی‌توان از بررسی کتب لغت به پاسخ دقیقی دست یافت، ولی به نظر می‌رسد باتوجه به فهم عرف و تبادر مفهوم ذهنی از این دو واژه بتوان گفت که رابطه مصلحت و مفسده تضاد است و با صرف نبود مفسده، مصلحت اطلاق نمی‌شود. بنابراین، می‌توان موردی را فرض کرد که مفسده وجود نداشته باشد و مصداقی برای مصلحت هم یافت نشود، هرچند به دلیل رابطه تضاد، مصلحت و مفسده از حیث واحد، قابل جمع نیستند اگرچه از حیث‌های مختلف امکان اجتماع مصلحت و مفسده در یک مصداق وجود دارد.

مرتکز در اذهان این است که مصلحت در مقابل مفسده با لحاظ معنای ارزشی و منفعت در مقابل ضرر بدون این لحاظ کاربرد دارد، ولی از آنجاکه اهل لغت در تفسیر هردو واژه از معنای خیر یاد کرده‌اند به نظر می‌رسد که نمی‌توان به تفاوت فاحشی بین واژه مصلحت و منفعت اشاره کرد و به نوعی قرابت معنایی این دو واژه را می‌توان به دست آورد. (علیدوست، ۱۳۹۰) برخی لغت‌شناسان مصلحت را به نفعی که اثرش باقی است، معنا کرده‌اند (عسگری، ۱۴۱۲ ه.ق). تتبع در متون فقهی شیعه و سنی به طور قطع ثابت می‌کند که مصلحت در اصطلاح شرعی به معنای لغوی و عرفی آن به کار رفته است و مراد از آن منفعت، خیر و ضد فساد خواهد بود. این واژه در فقه و علوم پیرامون، معنا و اصطلاح ویژه‌ای ندارد (علیدوست، ۱۳۹۰). شاید بتوان گفت که مصلحت در استعمال عالمان دین، خیر و نفعی است که برای رسیدن به هدف نهایی خلقت و تحقق اهداف انبیا قرار گیرد و اجرای احکام شرعی در آن ملحوظ است. اهدافی که با مراجعه به نصوص مبین هدف خلقت و ارسال رسل و انزال کتب و تشریع مشخص می‌شود (علیدوست، ۱۳۹۰).

از دیگر معیارها در صدق مفهوم مصلحت، شمول آن نسبت به منافع مادی و معنوی و عدم اقتصار بر منافع مادی، پایدار بودن منفعت همراه با دوراندیشی و پرهیز از کوتاه‌فکری و عصری‌نگری در تشخیص مصداق مصلحت است. بنابراین، در تأمین مصالح کودک از دیدگاه فقهی باید علاوه بر در نظر گرفتن منافع مادی طفل، مصالح معنوی و تربیتی او نیز مدنظر قرار گیرد. امام خمینی رحمه‌الله در بیان مفاد آیه ۳۴ سوره اسرا معتقد است که معنای



ظاهر و متفاهم از آیه این است که مصالح یتیم از همه جهات رعایت شود نه فقط از نظر مالی. ایشان در ادامه مثالی را بیان می‌کند: «فلو كان هنا مشتریان، أحدهما: شخص صالح، توجب الشركة معه وجاهة الطفل وتربيته الصالحة النافعة له طيلة حياته، والآخر شخص فاسق خائن، توجب شركته سقوط الطفل عن الوجاهة وعن أعين الناس، وكان الأول يشتري بأقل من الثاني، ليس للولي قصر نظره على المالیة، بل لا بدّ من ملاحظة مصلحة الطفل». در پایان تأکید می‌کند: «مراد از احسن در آیه شریفه، صرف مصالح مالی یتیم نیست، بلکه مراعات حال و تمام مصالح یتیم اعم از مالی و غیرمالی لازم است» (موسوی خمینی، بی تا، ۷۱۰/۲).

باتوجه به دو کاربرد اصلی مصلحت در فقه امامیه یکی به صورت مبنایی در استنباط و تغییر و تبدل احکام و دیگری به لحاظ شرطی در مقام اجرای احکام شرعی کاربرد مصلحت در مانحن فیه همان نوع دوم بوده و شرطی است که مجریان در کیفیت اجرای حکم باید آن را رعایت کنند. جواز واقع کردن نکاح بر طفل با هدف ایجاد محرمیت، مشروط به رعایت مصلحت اوست، ولی در مرحله اجرا چه مصداقی را می‌توان برای مصلحت در نکاح با قصد ایجاد محرمیت در نظر گرفت؟ غبطه و مصلحت کودک آن چیزی است که باتوجه به نیازهای مادی و معنوی او و در نظر گرفتن دستورات شارع مقدس در سرپرستی و تربیت کودک، او را در دستیابی به هدف از خلقتش و رسیدن به کمالات عالیه کمک کند. اگرچه صلاح و غبطه، مفهوم مشخص و معینی ندارد و برای تشخیص آن باید معیارهای مختلفی مورد توجه قرار گیرد، ولی می‌توان با سخن درباره این مفهوم به تعیین آن بیشتر نزدیک شد.

مصلحت در نکاح اطفال امری غیری است؛ یعنی در مقایسه با سایر امور کودک و اهداف و ویژگی‌های تربیتی او باید سنجیده شود. ازسوی دیگر امری نسبی است؛ یعنی باتوجه به شرایط زمانی، مکانی، فرهنگ و آداب و رسوم اقوام، وضعیت خانواده و... تعیین می‌شود و ممکن است در شرایط مختلف مصداق متفاوتی بیابد و چون می‌تواند با تغییر شرایط تغییر کند مفهومی متغیر نامیده می‌شود. از آنجاکه باید به صورت فردی، صلاح طفل سنجیده شود و شرایط خاص او در نظر گرفته شود امری فردی هم به حساب می‌آید، ولی چنانچه موارد و مصداق عقد با انگیزه ایجاد محرمیت فزونی یابد به طوری که به صورت مسئله‌ای اجتماعی بروز پیدا کند، تشخیص مصلحت در این باره وجهه اجتماعی هم به خود می‌گیرد

که از آن جمله معضل اختلاط انساب را می‌توان نام برد. در صورت پدید آمدن چنین شرایطی مسئولان اداره جامعه باید در تعیین مصلحت و مفسده این‌گونه از نکاح‌ها ورود کنند، البته این امر در جامعه ایران هنوز وجه اجتماعی به خود نگرفته است.

بنابراین، مصلحت در موضوع نوشتار حاضر مفهومی متغیر، غیری، نسبی و فردی است؛ یعنی متولی تشخیص مصلحت باتوجه کامل به شرایط خاص طفل مورد نظر، موقعیت را ارزیابی می‌کند، اما متولی تشخیص مصلحت چه کسی است؟ ولی کودک، عرف عام، کارشناسان خبره در امر کودکان، مرجع تقلید و یا مرجع قضایی و دادگاه. به نظر می‌رسد با لحاظ اشفاق بودن ولی و خیرخواهی و محبت وی نسبت به کودک و آگاهی و بصیرت او نسبت به مصالح فرزند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ه.ق) و باتوجه به جزئی، خاص و فردی بودن تشخیص مصلحت در این مورد ولی، مجری حکم بوده و به تشخیص خودش در مصلحت عمل می‌کند و نیازی به تأیید توسط دادگاه یا نهاد دیگری نیست. باید دانست اگر واقع کردن این‌گونه از نکاح‌ها به مسئله‌ای اجتماعی تبدیل شود، ممکن است به همان دلیل متغیر و نسبی بودن تشخیص مصلحت، نیاز به تعیین مرجعی برای تأیید مصلحت تشخیص داده شده توسط ولی باشد. از آنجا که مصلحت، حقیقت شرعیه دارد و اصطلاح ویژه‌ای از دیدگاه شرع نیست برای فهم معنای مصلحت، عرف عام، معیار تعیین‌کننده است، اما ولی در تطبیق این مفهوم بر مصداق و ارزیابی آن به تشخیص خود عمل می‌کند. معیار در تطبیق مصلحت، یقین یا اطمینان ولی است و استفاده از نظر کارشناس می‌تواند طریقی برای حصول علم یا اطمینان در نفس ولی باشد.

به نظر می‌رسد مصادیقی که بتوان مصلحت کودک در عقد واقع بر او را با هدف ایجاد محرمت تصویر کرد، بسیار اندک است. در نکاح دائمی که با هدف تشکیل خانواده بر کودک واقع می‌شود، ممکن است به ندرت بتوان مصلحتی را تصویر نمود. مثل اینکه درجایی که آینده روشنی برای طفل متصور نیست، نکاح زود هنگام با فردی کاملاً مورد اعتماد، آینده او را تأمین نماید. یا نسب شریف و شرافت خانوادگی و جایگاه اجتماعی طرف مقابل (زوج یا زوجه)، در صورت اطمینان به عدم حصول چنین موقعیتی برای طفل پس از بلوغ و امثال آن می‌تواند از مصادیق مصلحت باشد، ولی هیچ‌یک از این امور در مورد ازدواج موقتی



که با انگیزه ایجاد محرمیت واقع می‌شود، قابل تصور نیست. همان‌طور که توصیه عالمان دین در موضوع رضاع، دال بر رعایت احتیاط و تحذیر از ایجاد بی‌رویه محرمیت‌های خارج از نسب برای عدم اختلاط انساب در نسل‌های بعدی است، چنین تالی فاسدی در امر ایجاد محرمیت با وقوع عقد موقت نیز متصور است و نیز از مفسده‌هایی که ممکن است پیامد این امر برای طفل برشمرده شود انگشت‌نما شدن کودک به‌ویژه صغیره در اذهان دیگران، برای مثال زوجه فلان مرد سالخورده بوده و... است. البته در موضوع مورد بحث می‌توان به موارد نادری نیز در قالب مصلحت این نکاح اشاره کرد. برای مثال مردی که از همسر متوفای خود پسری دارد و اکنون قصد دارد با زنی که او نیز از همسر متوفای خود دختری خردسال دارد، ازدواج کند، دختر از باب ریبیه با این مرد (شوهر مادر) محرم می‌شود (نساء: ۲۳)، ولی با پسر او همچنان نامحرم خواهد بود. برای حل این مسئله اگر دختر را به عقد موقت پدر بزرگ پسر درآورند معقوده جد به پسر محرم می‌شود و با توجه به زندگی مشترک خانواده و این دختر و پسر در یک خانه، ایجاد محرمیت از ارتکاب گناه جلوگیری می‌کند. همچنین ممکن است دختر کوچکی که پدر خود را از دست داده و با مردی از فامیل به دلیل شباهت ظاهری و رفتاری با پدرش انس ویژه‌ای دارد، ولی به دلیل عدم محرمیت، آمد و رفت مرد بیگانه و نامحرم به خانه ایشان موجب مشکلاتی از جمله برچسب سوء به مادر می‌شود، مصلحت حال کودک در پر شدن نسبی خلأ فقدان پدر و صلاح آینده او در برخورداری از مادر و خانواده‌ای خوش نام اقتضا می‌کند بین مادر طفل و آن مرد محرمیتی ایجاد شود تا هم صلاح اکنون طفل و هم خیر آینده او تأمین شود، یا اینکه برای دختر خردسال مهریه هنگفتی در نظر گرفته شود و مال زیادی با لحاظ مصلحت به دختر برسد. در تمام این موارد، قصد واقعی به اجرای نکاح بر زوجین لازم است و بدون آن، صیغه محرمیت معنا ندارد. با توجه به مطالب مطرح شده در بیان مفهوم مصلحت و تعیین مصداق آن، این موارد و امثال آن می‌تواند در نکاح موقت با هدف ایجاد محرمیت برای مصلحت طفل در نظر گرفته شود، ولی به ندرت اتفاق می‌افتد. به هر روی، اگر در نکاح مورد نظر مصلحتی برای طفل ملحوظ نباشد و یا در این نکاح، مفسده‌ای برای او متصور باشد، به نظر می‌رسد احتیاط در عدم صحت چنین نکاحی است (نراقی، ۱۴۲۲ هـ.ق، ۱/ بخش ۹۸).

۳. بحث و نتیجه‌گیری

ازدواج با کودک با هدف ایجاد محرمیت بین یکی از متعاقدين و فرد ثالث از ابعاد مختلف قابل بررسی است. از سویی آن طور که فهم و اراده عرف نشان می‌دهد ولی طفل و متعاقد دیگر، قصد وقوع نکاح و زوجیت بین دوطرف را ندارند و حتی اگر ولی معنای چنین عقدی را درک کند چه بسا هرگز به اجرای این عقد اقدام نکند. بنابراین، چالش قصد، یکی از مهمترین معضلات مقابل این عقد است. ازسوی دیگر حتی اگر این قصد اصلاح شود بنابر قول آن دسته از فقها که ذات عقد و مقتضای ذات عقد موقت را تمتع می‌دانند باز این عقد دچار چالش می‌شود. ازاین‌رو، گروهی از فقها طولانی کردن زمان عقد به اندازه‌ای که طفل قابلیت استمتاع بیابد را برای راه حل مشکل پیشنهاد داده‌اند.

برخی از فقها باز هم در این فرض احتیاط را موجه دانسته و به ترتیب آثار مباحره باوجود عدم محرمیت نظر می‌دهند. همچنین ازآنجا که این عقد با استفاده از مقام ولایت ولی و تصرف او در شئون و اموال مولی‌علیه واقع می‌شود و این ولایت با شرط رعایت مصلحت مولی‌علیه محدود شده است، ولی باید به مفهوم عرفی مصلحت و نسبی و خاص بودن این متغیر توجه و غبطه مولی‌علیه را با معیار حصول قطع یا اطمینان مراعات کند؛ امری که به نظر می‌آید در بیشتر ازدواج‌های این چنینی مغفول می‌ماند و فقط به مصلحت مادر یا پدر طفل توجه می‌شود. حتی ممکن است در مواردی این عقد مفسده‌هایی برای کودک به دنبال داشته باشد. به نظر می‌رسد در این موارد عقد موجه نیست و احتیاط در عدم حصول محرمیت باشد. البته می‌توان در موارد نادر، مصادیقی از مصلحت طفل را مشاهده کرد که با فرض رعایت جنبه‌های اول و دوم، اقدام به این عقد می‌تواند صحیح باشد. وضعیت عقودی که در گذشته واقع شده و اکنون با بلوغ مولی‌علیه ادعای فقدان مصلحت یا وجود مفسده ازسوی او مطرح شده است قابل بحث و بررسی می‌باشد.

فهرست منابع

۱. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ ه.ق)، لسان العرب، لبنان: دارالفکر.
۲. ابوالحسن، احمد بن فارس (۱۴۰۴ ه.ق)، معجم مقانیس اللغة، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ ه.ق)، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴. اصفهانی (کمپانی)، محمد حسین (۱۴۱۸ ه.ق)، حاشیه کتاب المکاسب، قم: انوار الهدی.

۵. اصفهانی، راغب (۱۴۱۲ ه.ق). مفردات الفاظ القرآن. لبنان: دارالعلم.
۶. اصفهانی، سیدابوالحسن (۱۴۲۲ ه.ق). وسیله النجاه (مع حواشی الامام الخمينی). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۷. انصاری دزفولی، مرتضی (۱۴۱۵ ه.ق). کتاب المکاسب. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۸. انصاری دزفولی، مرتضی (۱۴۱۵ ه.ق). کتاب النکاح. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۹. انصاری شیرازی، قدرت الله (۱۴۲۹ ه.ق). موسوعه احکام الاطفال وادلتها. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۱۰. آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ ه.ق). حاشیه المکاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۱. بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ ه.ق). الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۲. بنی هاشمی، مریم سادات (۱۳۹۹). بررسی صحت نکاح موقت به قصد ایجاد محرمیت با فرد ثالث. نشریه فقه، ۲ (۲۷)، ۱۲۶-۱۵۱.
۱۳. بهیهمانی، محمدباقر (بی تا). الرسائل الفقهیه. بی جا: بی نا.
۱۴. جوهری، اسماعیل (۱۴۱۰ ه.ق). الصحاح- تاج اللغة وصحاح العربیه. لبنان: دارالعلم للملایین.
۱۵. حسینی عمیدی، عمیدالدین (۱۴۱۶ ه.ق). کنزالفوائد فی حل مشکلات القواعد. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۶. حلی (ابن ادریس)، محمد (۱۴۱۰ ه.ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۷. حلی، جعفر بن زهدری (۱۴۲۸ ه.ق). ابیضاح ترددات الشرایع. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی.
۱۸. زبیدی واسطی، محمد (۱۴۱۴ ه.ق). تاج العروس من جواهر القاموس. لبنان: دارالفکر.
۱۹. سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۳ ه.ق). مهذب الاحکام. قم: مؤسسه المنار.
۲۰. سیفی مازندرانی، علی اکبر (۱۴۳۸ ه.ق). دلیل تحریر الوسیله- کتاب النکاح. قم: بوستان کتاب.
۲۱. شبیری زنجانی، موسی (۱۴۱۹ ه.ق). کتاب نکاح. قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
۲۲. صاحب بن عباد، اسماعیل (۱۴۱۴ ه.ق). المحيط فی اللغة. لبنان: عالم الکتاب.
۲۳. طباطبایی بزدی، محمدکاظم (۱۴۲۸ ه.ق). العروه الوثقی مع التعليقات. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۲۴. طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ ه.ق). مجمع البحرین. تهران: کتابفروشی مرتضوی.
۲۵. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامامیه. تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
۲۶. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۰ ه.ق). النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی. لبنان: دارالکتاب العربی.
۲۷. طوسی، محمد بن علی (۱۴۰۸ ه.ق). الوسیله الی نیل الفضیله. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.
۲۸. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین (۱۴۱۳ ه.ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۲۹. عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین (۱۴۱۴ ه.ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۰. عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ه.ق). وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۱. عسکری، ابوهلال (۱۴۱۲ ه.ق). الفروق اللغویه. قم: مکتبه البصیرتی.
۳۲. علامه حلی، حسن بن یوسف اسدی (۱۴۱۳ ه.ق). قواعد الاحکام فی معرفه الحلال والحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۳. علامه حلی، حسن بن یوسف اسدی (بی تا). تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۴. علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۰). فقه و مصلحت. تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه.
۳۵. غروی نایینی، محمد حسین (۱۳۷۳). منیه الطالب فی حاشیه المکاسب. تهران: المکتبه المحمديه.
۳۶. فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ ه.ق). تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله- النکاح. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۳۷. فراهیدی، خلیل (۱۴۱۰ ه.ق). کتاب العین. قم: نشر هجرت.
۳۸. فیومی، احمد (بی تا). المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی. قم: منشورات دارالرضی.
۳۹. کیخا، محمد رضا، مؤذنی، حمید، و قاسمی، مرضیه (۱۳۹۹). ارزیابی انتقادی محرمیت مادر زن با نکاح صغیره. نشریه مطالعات اسلامی زنان و خانواده، ۱۲، ۱۲۵-۱۴۴.
۴۰. مامقانی، محمد حسن (۱۳۱۶). غایه الآمال فی شرح المکاسب. قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
۴۱. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ه.ق). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۲. مصطفوی، حسن (۱۴۰۲ ه.ق). التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. تهران: مرکز الکتاب للترجمه و النشر.

۴۳. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ هـ.ق). کتاب النکاح. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
۴۴. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ هـ.ق). انوار الفقاهه - کتاب البیع. قم: انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
۴۵. موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ هـ.ق). موسوعه الامام الخویی. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.
۴۶. موسوی عاملی، محمد (۱۴۱۱ هـ.ق). نهاییه المرام فی شرح مختصر شرایع الاسلام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۷. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۴۱۳ هـ.ق). هدایه العباد. قم: دار القرآن الکریم.
۴۸. موسوی خمینی، سید روح الله (بی تا. الف). تحریر الوسیله. قم: مؤسسه دارالعلم.
۴۹. موسوی خمینی، سید روح الله (بی تا. ب). کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (علیه السلام).
۵۰. موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ هـ.ق). منهاج الصالحین. قم: نشر مدینه العلم.
۵۱. میرزای قمی گیلانی، ابوالقاسم (۱۴۱۳ هـ.ق). جامع الشتات فی اجوبه السؤالات. تهران: مؤسسه کیهان.
۵۲. نجفی (صاحب الجواهر)، محمد حسن (بی تا). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. لبنان: دار احیاء التراث العربی.
۵۳. نجفی (کاشف الغطاء)، حسن (۱۴۲۲ هـ.ق). انوار الفقاهه - کتاب البیع. نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
۵۴. نراقی، مولی احمد (۱۴۱۵ هـ.ق). مستند الشیعه فی احکام الشریعه. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۵۵. نراقی، مولی احمد (۱۴۲۲ هـ.ق). رسائل و مسائل. قم: کنگره نراقیین.



