دوفصلنامه علمی ـ ترویجی مطالعات فقه امامیه
سال دوازدهم/ شماره ۲۳/ پاییز و زمستان ۱۴۰۳

Bi-Quarterly Scientific Promotional Journal in Imamiyah Jurisprudence
Year 12 Issue, No 23/ Autumn & Winter 2024 - 2025

دیدگاه فقه امامیه و حنفیه درباره حکم تزویج ولائی صغیر از حیث لزوم و جواز *

□ سید هاشم حسینی کفرودی **

چکیده

تزویج ولائی صغیر از ابعاد مختلف، قابل تحقیق و بررسی است. یکی از این ابعاد، بحث از لزوم یا جواز چنین تزویجی است؛ به این معنا که آیا تزویج پسر یا دختر نابالغی که توسط اولیاء شرعی واجد شرائط و با مراعات مصالح، صورت گرفته، لازم و غیر قابل فسخ است یا این که قابلیت فسخ دارد و صغیر یا صغیره تحت ولایت، می‌تواند پس از رسیدن به سن بلوغ و رشد، اعمال خیار نموده و با اعلام عدم رضایت، اصل نکاح را ابطال نماید؟ در این زمینه اختلاف نظر قابل توجهی بین فقها وجود دارد؛ منشأ اختلاف فقهای امامیه تنافی بین روایات ناظر به این مسئله است و منشأ اختلاف بین دو مذهب امامیه و حنفیه نیز اختلافات مبنایی در باب روش استنباط است. در این پژوهش تطبیقی که از نظر ابزار، کتابخانه‌ای و از نظر روش، توصیفی تحلیلی و از نظر هدف، کاربردی است، ضمن تبیین راه کارهای فقها برای حل تنافی بین روایات ناظر به مسئله و مقایسه دیدگاه فقه امامیه و حنفیه از جهت منابع، ادله و شیوه استنباط، راه‌حل ارائه شده توسط علامه حلی مورد تأیید و تقویت قرار گرفته است. همچنین غنای فقه امامیه نسبت به فقه حنفیه از جهت اتقان ادله و روش استنباط به اثبات رسیده است.

کلیدواژه‌ها: تزویج صغیر، لزوم نکاح، جواز نکاح، ولایت بر صغیر، مصلحت صغیر.

---

*. تاریخ وصول: ۱۴۰۲/۱۱/۲۴ تاریخ تصویب: ۱۴۰۳/۱۰/۵.

**. دکترای فقه مقارن جامعة المصطفی ﷺ العالمیه (h8189172@gmail.com).

مقدمه

یکی از مباحث مهم فقهی در باب نکاح، بحث نکاح صغیر است که خود دارای ابعاد متعددی است. یکی از این ابعاد، بحث از لزوم و جواز نکاح صغیر است؛ به این معنا که آیا صغیری که به اقتضای مصلحتش توسط ولی شرعی به تزویج غیر درآمده، پس از رسیدن به سن بلوغ شرعی و رشد عقلی، حق فسخ نکاح را دارد یا این که نکاح، غیر قابل فسخ است و در صورت عدم رضایت، فقط باید از طریق طلاق اقدام کرد. در خصوص این مسئله، اختلاف نظر قابل توجهی بین فقها وجود دارد؛ هم اختلاف درون مذهبی و هم بین مذاهبی. مشهور فقهای امامیه قائل به لزوم نکاح و عدم حق فسخ هستند، لکن از عبارات برخی از فقها قول به جواز (وجود حق فسخ) برای خصوص پسر صغیر و یا قول به احتیاط در برخی از فروض مسئله استفاده می‌شود. مستند فقهای امامیه در این زمینه، روایات متعددی است که به حسب ظاهر بینشان تنافی وجود دارد و همین سبب اختلاف آراء شده است. از نظر مشهور حنفیه، قول اصح، قول به تفصیل است؛ به این بیان که اگر تزویج صغیر یا صغیره، با لحاظ مصالح و توسط پدر یا جد پدری صورت گرفته باشد، نکاح لازم است اما اگر توسط سایر اولیاء از قبیل برادر صورت گرفته باشد حق فسخ محفوظ است. پژوهش حاضر در راستای بررسی این مسئله فقهی، مقایسه، تحلیل و نقد آراء و انظار و تبیین ادله فقهای دو مذهب و در نهایت، گزینش قول دارای اتقان و پشتوانه قوی اجتهادی در رابطه با این مسئله است.

اهمیت و ضرورت پژوهش حاضر از چند جهت است: جهت اول مقارنه‌ای بودن تحقیق است که از طرفی موجب تقویت قوه استنباط، پی بردن به نقاط اشتراک و افتراق فریقین و اثبات اتقان یا ضعف احتمالی استدلال‌ها است و از طرف دیگر، سبب اصلاح سوء فهم‌ها و تحقق تقریب بین مذاهب است. جهت دوم محل ابتلا بودن نسبی تحقیق است؛ هم در بین امامیه که گاهی از عقد متعه صغیر یا صغیره به منظور ایجاد محرمیت استفاده می‌کنند و هم در بین احناف که سن بلوغ را گاهی تا ۱۷ و ۱۸سال عنوان می‌کنند. ضمن این که مشروعیت نکاح صغیر در اسلام برای برخی ایجاد شبهه کرده به گونه‌ای که حکم به جواز چنین نکاحی

مغایر حقوق بشر و آزادی او تلقی شده است. پژوهش حاضر می‌تواند در حل این شبهه نیز مؤثر باشد.

در رابطه با موضوع نکاح صغیر و فروعات مربوط به آن پژوهش هایی در قالب کتاب و مقاله و پایان نامه صورت گرفته است از جمله: مقاله «بررسی فقهی و حقوقی ازدواج دختر بچه ها»، مقاله «مصلحت در نکاح اطفال و ضمانت اجرای آن» و مقاله «جایگاه و تاثیر مصلحت در تزویج ولائی کودک در فقه امامیه و حقوق» و... لکن همچنان که مشهود است نوع این تحقیقات غیر مقارنه‌ای هستند و به ابعادی غیر از بعد لزوم و جواز نکاح صغیر که در پژوهش حاضر مطرح است، پرداخته‌اند بنابراین نوآوری این تحقیق، تمرکز بر بحث از لزوم و جواز نکاح صغیر به شکل مقارنه بین امامیه و حنفیه می‌باشد.

مفهوم شناسی

مفاهیم مهم و کلیدی مربوط به پژوهش، نیازمند تبیین اجمالی است که در این قسمت به این مهم می‌پردازیم:

۱. صغیر

در اصطلاح فقها، عنوان صغیر بر شخصی اطلاق می‌شود که به سن بلوغ شرعی نرسیده باشد، لکن معیارهای تشخیص بلوغ شرعی از دیدگاه فقه اهل‌بیت علیهم‌السلام و فقه حنفیه متفاوت است:

از نظر امامیه علائم بلوغ عبارتند از: خروج منی، روئیدن موی خشن بر روی عانه (قسمت بین آلت و ناف) و رسیدن به پانزده سال قمری برای مردان و نه سال قمری برای زنان (صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ۵/۲۶ ـ ۴۰). همچنین برخی از فقهای شیعه، حیض و حمل یا یکی از این دو را از علائم بلوغ زنان شمرده‌اند لکن از منظر برخی دیگر، این امور از علائم سبق بلوغ به حساب می‌آیند (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۸۳/۲؛ محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۲/ ۸۴ ـ ۸۵).

از نظر احناف نیز، علامت بلوغ در مردان عبارت است از: احتلام و انزال منی و احبال المرأة (قدرت بر حامله کردن زن) و در زنان عبارت است از: حیض و حبل (حامله شدن) و

اگر از طریق این علائم، بلوغ ثابت نشد ملاک بلوغ، سن است که از نظر ابوحنیفه، بلوغ مردان با اتمام هجده سال محقق می‌شود و بلوغ زنان با اتمام هفده سال؛ لکن از نظر صاحبان (یعنی دو شاگرد مشهور ابوحنیفه: قاضی ابو یوسف و شیبانی) در هر دو (زنان و مردان) اتمام پانزده سال معیار است و فتوای مشهور حنفیه نیز همین است (کاسانی، ۱۴۰۹: ۷/ ۱۷۱ ـ ۱۷۲؛ جزیری و دیگران، ۱۴۱۹: ۲/ ۴۱۱).

مقایسه دو دیدگاه: در خصوص علامت اول یعنی خروج منی بحثی نیست و محل اتفاق فقهای مذاهب اسلامی است و از قرآن کریم «**وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ**» (نساء: ۶)؛ «**وَ إِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَذلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَ اللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ**» (نور: ۵۹). و روایات مستفیض بین فریقین بر اثبات آن دلیل داریم (ر.ک: حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۵/۱؛ بیهقی، بی‌تا: ۸۴/۶). اما در خصوص سایر علائم باید گفت: علامت دوم (روئیدن موی خشن بر عانه) که مثل علامت قبل از علائم مشترک است، مورد اجماع فقهای مذهب اهل بیت علیهم‌السلام است و در این زمینه نیز از شیعه و سنّی روایت داریم (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷۸/۲۰؛ بیهقی، بی‌تا:۵۸/۶). علامت سوم (پانزده سال قمری برای مردان و نه سال قمری برای زنان) که قریب به اتفاق فقهای امامیه به عنوان علائم بلوغ شرعی مطرح کرده‌اند نیز، مستند به ادله قطعی روایی است (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۱۱/۱۸). اما آن چه حنفیه به عنوان علائم بلوغ ذکر کرده‌اند یا علائم سبق بلوغند نه حادث شدن بلوغ (همچون حیض و حبل و احبال) و یا فاقد دلیل معتبرند، بلکه بر خلاف آن دلیل وجود دارد. به عنوان مثال آن چه را ابوحنیفه در خصوص سن بلوغ پسران مطرح کرده و قائل به هجده سال شده بر خلاف روایات نبوی صلی‌الله‌علیه‌وآله است که در منابع روایی عامه نقل شده و پانزده سال را معیار بلوغ قرار داده است. (ر.ک: ابن قدامة، بی‌تا: ۵۱۵/۴؛ بیهقی، بی‌تا:۵۵/۶).

لازم به ذکر است که «سن بلوغ قانونی» که گاهی در کتاب‌های حقوقی از آن صحبت به میان می‌آید مغایر با بلوغ شرعی است (امامی، بی‌تا: ۴/ ۲۷۸ـ ۲۷۹).

۲. لزوم و جواز نکاح

اصطلاح لزوم و جواز، گاهی به معنای دو حکم تکلیفی و گاهی به معنای دو حکم وضعی استعمال می‌شوند و در پژوهش حاضر، معنای وضعی آن مراد است و در توضیحش باید گفت: اسباب معاملات اعم از «عقود و ایقاعات» گاهی به گونه‌ای است که پس از تحقق آن معامله، آثارش غیر قابل رفع است؛ یعنی در صورتی که مانعی عارض نشود، آن معامله قابل فسخ یا ابطال نیست، این ویژگی را لزوم و معامله این چنینی را لازم گویند و گاهی نیز به گونه‌ای است که ذاتا قابل فسخ و ابطال اثر است؛ یعنی حتی اگر موجبات فسخ (نظیر خیارات) هم در میان نباشد، نفس معامله چنین اقتضائی را دارد، این ویژگی را جواز و معامله این چنینی را جائز گویند. (ر.ک: حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۳۶/۲ـ۴۱).

از دیدگاه حنفیه نیز، اصطلاح لزوم و جواز به همین معنایی است که شرح داده شد یعنی لزوم به معنای غیر قابل فسخ بودنِ ذاتی (با صرف نظر از عواملی همچون شرط ضمن عقد و خیاراتی همچون عیب و غبن و...که بالعرض سبب فسخ می‌شوند) و جواز به معنای قابلیت ذاتی فسخ می‌باشد. گر چه ممکن است در مصادیق عقود جائز و لازم اختلافاتی باشد (ابن نجیم، ۱۴۱۸: ۴۳۸/۵).

۳. ولایت

کلمه ولایت (به فتح یا کسر واو) از ماده وَلِیَ در لغت به معنای نصرت، سرپرستی و تصرف مدبّرانه در انجام امور به کار رفته و وِلایة (به کسر واو) در معنای سلطنت نیز استعمال شده است. ولی الیتیم الذی یلی أمره و یقوم بکفایته و ولی المرأة ألذی یلی عقد النکاح علیها و لا یدعها تستبد بعقد النکاح دونه (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۴۰۷/۱۵)؛ ولی یتیم کسی است که عهده دار امور او شده و قیام به کفایت امورش می‌کند و ولی زن کسی است که عهده دار عقد نکاح اوست و مانع از استبداد و خود رأیی وی می‌گردد.

در خصوص معنای اصطلاحی نیز باید گفت: عنوان ولایت شرعی، یک حقیقت مشکک بوده، و با توجه به افراد و مصادیق و مراتب آن دارای شدت و ضعف است. به نظر می‌رسد

تعریف محقق اصفهانی، تعریفی است که در عین اختصار، جامع، و شامل تمام اقسام است و بر محل بحث (ولایت بر صغیر) نیز کاملا انطباق دارد. ایشان در حاشیه مکاسب می‌فرماید: «الولایة حقیقتها کون زمام أمر شیء بید شخص من ولی الأمر یلیه...» (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸: ۳۷۹/۲)؛ حقیقت ولایت عبارت است از: بودن زمام امر یک شیء و سرپرستی آن به دست شخص. برخی نیز ولایت را در عرف فقها چنین تعریف کرده‌اند: «سلطنة عقلیة أو شرعیة علی الغیر فی نفسه أو ماله أو کلیهما بالأصل أو بالعارض» (رحمان ستایش، ۱۴۲۵: ۳۱۹)؛ ولایت، سلطنتی عقلی یا شرعی بر نفس یا مال دیگری یا هر دوی آنها (نفس و مال) است که یا به اصل شریعت ثابت شده (همچون ولایت پدر و جد پدری بر فرزندان صغیر) یا به واسطه امری عارضی تحقق یافته (همچون ولایت وصی که در اصل، ثابت نبوده بلکه به واسطه وصیت ثابت شده است). این تعریف نیز با تعریف قبل منافاتی ندارد و بر محل بحث نیز کاملا منطبق است؛ چرا که ولایت تزویج صغیر که محل بحث ماست، از نوع ولایت بر نفس می‌باشد که برای برخی بالاصاله (به واسطه اصل شریعت) ثابت است و برای برخی نیز (همچون اوصیاء میت) بالعرض ثابت می‌گردد.

«ابن نجیم» از فقهای برجسته حنفیه ولایت فقهی را چنین تعریف کرده: «الولایة فی الفقه تنفیذ القول علی الغیر شاء أو أبی ...» (ابن نجیم، ۱۴۱۸: ۱۹۲/۳؛ حصکفی، ۱۴۱۵: ۶۰/۳)؛ ولایت در اصطلاح فقهی عبارت است از: نافذ و لازم الاجراء قرار دادن قول کسی نسبت به دیگری، اعم از این که فرد تحت ولایت بپذیرد یا نه.

در پایان ذکر این مطلب نیز لازم است که در خصوص اولیای نکاح اختلاف قابل توجهی بین امامیه و حنفیه وجود دارد: از دیدگاه امامیه، ولایت بر نکاح منحصر در طائفه خمسه یعنی پدر، جد پدری، وصی ایشان، مولا، حاکم شرع می‌باشد (محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۲۲۰/۲؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ۱۷۰/۲۹). البته برخی از فقها در فرض فقدان حاکم شرع یا مبسوط الید نبودن وی، ولایت عدول المؤمنین را نیز مطرح نموده‌اند. (خمینی، بی‌تا: ۱۳/۲). اما از دیدگاه حنفیه دایره ولایت بر نکاح بسیار گسترده است و این مسئله به باب ارث قیاس می‌شود یعنی مطلق ورثه با رعایت سلسله مراتب دارای ولایت نکاحند. بنابراین شامل مادر، اجداد مادری

بلکه مطلق عصبه می‌شود (سرخسی، بی‌تا: ۲۱۳/۴؛ سمرقندی، ۱۴۱۴: ۱۴۹/۲ـ۱۵۲؛ ابن نجیم، ۱۴۱۸: ۲۰۸/۳). همچنین حنفیه منکر ولایت وصی در امر تزویجند (سرخسی، بی‌تا: ۲۲۲/۴؛ کاسانی، ۱۴۰۹: ۲۵۲/۲؛ ابن نجیم، ۱۴۱۸: ۲۲۱/۳ ـ ۲۲۲). و به ولایت عدول المؤمنین نیز تصریح یا اشاره‌ای نکرده‌اند.

۴. مصلحت

کلمه «مصلحت» در لغت از ریشه «صلح» و به معنای «ضد فساد» است (جوهری، ۱۴۱۰: ۳۸۳/۱؛ ابن فارس، ۱۴۰۴: ۳۰۳/۳؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۴۸۹). و در معنای «خیر» نیز استعمال می‌شود؛ در «مصباح المنیر» آمده: «فی الامر مصلحة أی خیر» (فیومی، ۱۴۱۴: ۳۴۵/۲).

و در اصطلاح فقها آن گونه که «غزالی» در «المستصفی» می‌گوید عبارت است از: «جلب منفعت و دفع ضرر، لکن نه به معنای تامین مقاصد خلق بلکه به معنای محافظت بر مقاصد پنجگانه شریعت یعنی دین و نفس و عقل و نسل و مال؛ پس آن چه سبب تضمین این اصول پنجگانه شود، مصلحت است و آن چه سبب تضییعشان گردد مفسده، و دفع آن مصلحت است» (غزالی، ۱۴۱۷: ۱۷۴). و در تعریف «طوفی» چنین آمده: «مصلحت، سببی است که به تامین مقاصد عبادی و عادی شرع منتهی می‌گردد، مراد از مقاصد عبادی اموری است که با حق شارع در ارتباط است و مراد از مقاصد عادی اموری است که سبب حفظ نظام معیشتی مردم می‌گردد» (عبدالهادی الفضلی، بی‌تا: ۲۱۵ـ۲۱۶). از نظر صاحب جواهر نیز به منافع دنیوی و اخروی مردم که غایت تشریع احکام شریعت است، مصلحت اطلاق می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۴۴/۲۲).

در پایان بحث از مفهوم مصلحت بیان این نکته نیز لازم است که: در تصرفات ولائی پدر و جد پدری و سایر اولیاء در شئونات صغیر، افزون بر اعتبار عدم مفسده، لحاظ مصالح نیز ضرورت دارد و مشهور فقهای امامیه بر همین عقیده‌اند و در فقه حنفیه هم در این رابطه اتفاق نظر وجود دارد. تمسک به بنای عقلا و اصل عدم ولایت که در کلمات فقهای امامیه بدان استناد شده برای اثبات اعتبار مصلحت کفایت می‌کند (نراقی، ۱۴۱۵: ۱۶۹/۱۶؛ شهیدی

تبریزی، ۱۳۷۵: ۳۲۵/۲؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۴۱۸۶/۱۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۲۹۸). همچنین بر اساس متون فقهی احناف، با توجه به حکمت جعل ولایت و قصور مولّی علیه در تشخیص مصالح خویش، اعتبار مصلحت در تصرفات ولائی ثابت می‌شود (ر.ک: کاسانی، ۱۴۰۹: ۳۴۶/۷؛ ابن عابدین، ۱۴۱۵: ۴۳۷/۶).

البته با توجه به این که مصلحت تزویج صغیر، یک مصلحت نادر و نامتعارف است و احتمال عقلائی سوء استفاده از ولایت و ترتب مفاسد عدیده وجود دارد، از نظر قانون مدنی ایران، ولیّ صغیر مکلف شده به این که قبل از اقدام به تزویج، شواهد و مدارک کافی دالّ بر وجود مصلحت و ضرورت نکاح را در دادگاهی صالح ارائه کرده و مدعایش را به اثبات برساند (قانون مدنی، ماده ۱۰۴۱).

لزوم یا جواز تزویج ولائی صغیر از دیدگاه فقه اهل‌بیت علیهم‌السلام

در رابطه با لزوم (عدم وجود حق فسخ پس از بلوغ صغیر) یا جواز (وجود حق فسخ) نکاح صغیر روایات متعددی نقل شده که به حسب ظاهر با یکدیگر تنافی دارند و همین تنافی بین روایات، سبب اختلاف نظر فقها در این مسئله شده است. در خصوص صغیره، مشهور فقها، اعم از قدما و متاخرین، قائل به لزوم نکاحند بلکه در این زمینه ادعای نفی خلاف یا اجماع نیز شده است (طوسی، الخلاف، ۱۴۰۷: ۲۶۶/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۹: ۱۱۹/۷؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ۱۷۲/۲۹). فقط برخی از فقها همچون سید خوئی در فرضی که هر دو طرف نکاح صغیر باشند قائل به احتیاطند (خوئی، موسوعة، ۱۴۱۸: ۲۲۶/۳۳).

در خصوص صغیر (پسر بچه) نیز، گرچه مشهور فقها قائل به عدم خیار هستند لکن در برابر مشهور، برخی از فقها قائل به وجود خیار و حق فسخ هستند (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۸۴/۷؛ همو، ۱۴۰۰: ۴۶۷؛ ابن براج، ۱۴۰۶: ۱۹۷/۲؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۳۰۰؛ ابن إدریس، ۱۴۱۰: ۵۶۷/۲).

با توجه به این که منشأ اختلاف نظر فقها در این زمینه، تنافی بین روایات ناظر به مسئله است، ابتدا روایات مربوط به مسئله را ذکر کرده و سپس وجه الجمع بین آن‌ها را بیان می‌کنیم:

در یک تقسیم‌بندی کلی، روایات این باب به دو دسته تقسیم می‌گردد که طی دو مبحث به بررسی آن‌ها می‌پردازیم:

۱. بررسی روایات دال بر عدم ثبوت خیار برای صغیرین پس از بلوغ

الف) صحیحه ابن بزیع

ابن بزیع نقل می‌کند که از امام کاظم‌علیه‌السلام در خصوص دختر بچه‌ای سؤال کردم که پدرش او را در سن قبل از بلوغ به تزویج کسی در آورده و قبل از انجام مباشرت، پدرش از دنیا رفته است **يجُوزُ عَلَيهَا التَّزْوِيجُ أَوِ الْأَمْرُ إِلَيهَا؟ قَالَ: يجُوزُ عَلَيهَا تَزْوِيجُ أَبِيهَا** (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷۵/۲۰)؛ آیا این تزویج در حق دختر لازم است، یا جائز است و قابل فسخ؟ حضرت فرمودند: «تزویج پدر در حق او لازم است».

این روایت از نظر سندی معتبر است و از نظر دلالی نیز به صراحت بر نفی خیار از صغیره، پس از بلوغ، دلالت دارد؛ چرا که تعبیر به «یجوز» به قرینه مقابله (با أو الأمر إلیها) صریح در لزوم و نفی خیار است بله، اگر مجرد از قرینه بود بر لزوم حمل نمی‌شد.

ب) صحیحه عبدالله بن صلت

در این روایت نیز راوی از امام صادق‌علیه‌السلام سؤالی مشابه سؤال روایت قبل می‌پرسد که حضرت می‌فرماید: «**لَا لَيسَ لَهَا مَعَ أَبِيهَا أَمْرٌ**» (همان: ۲۷۶)؛ برای دختری که توسط پدرش به تزویج درآمده پس از بلوغ حق فسخ وجود ندارد.

ج) صحیحه ابن یقطین

در این روایت راوی از امام‌علیه‌السلام سؤال می‌کند که اگر دختر بچه پس از بلوغ نسبت به نکاح رضایت نداد تکلیف چیست؟ حضرت فرمودند: «اگر با رضایت پدر یا ولی شرعی به تزویج در آمده به عدم رضایتش اعتنا نمی‌شود» (همان: ۲۷۷).

روایت دوم و سوم نیز از نظر سند و دلالت، تمام است و بر نفی خیار از صغیره، پس از بلوغ، دلالت می‌کند.

د) صحیحه أبی عبیدة الحذّاء

در این روایت، امام باقر علیه‌السلام در پاسخ به سؤال از صغیر و صغیره‌ای که توسط اولیای‌شان به تزویج یکدیگر درآمده‌اند می‌فرماید: «نکاح ایشان جایز است و هر کدام بالغ شدند دارای خیار فسخ هستند و اگر هر دو، قبل از بلوغ از دنیا رفتند، میراث و مهریه منتفی است و میراث و مهریه، منوط به این است که بالغ شوند و به نکاح رضایت دهند» و در ذیل روایت که شاهد بحث ماست حضرت می‌فرماید: «اگر تزویج صغیره توسط پدرش واقع شده باشد نکاح نسبت به طرفین (صغیر و صغیره) نافذ و لازم است و مهریه نیز بر عهده پدر صغیر است» (همان: ۲۱۹/۲۶).

تحلیل: بین صدر روایت، که صریح در اثبات خیار برای صغیر و صغیره پس از بلوغ است، و ذیل روایت، که صریح یا حداقل ظاهر در نفی خیار از هر دو است، منافاتی نیست؛ چرا که مراد از ولی در صدر روایت، ولی عرفی (از قبیل حاکم و وصی و عصبه و...) است و در برخی از روایات به غیر پدر و جد پدری نیز عنوان ولی اطلاق شده است (همان، ۲۶۳/۲۰ و ۲۸۸) و ذیل روایت که صریحا با لفظ «أب» آمده ناظر به ولی شرعی است و شاید بتوان با استمداد از ادله دیگر، عنوان أب را اعم از بدون واسطه و با واسطه بدانیم تا شامل جد پدری نیز گردد. با این بیان تنافی بین صدر و ذیل روایت مرتفع شده و روشن می‌شود که روایت چهارم نیز از جمله روایات دال بر لزوم نکاح صغیر است، نه از روایات مثبِت خیار.

هـ) صحیحه محمد بن مسلم

از امام باقر علیه‌السلام در رابطه با توارث صغیر و صغیره‌ای که به تزویج یکدیگر در آمده‌اند سؤال شد. حضرت فرمودند: «اگر تزویج توسط پدران ایشان صورت گرفته باشد از یکدیگر ارث می‌برند». در ادامه، راوی سؤال می‌کند که آیا پدر صغیر حق طلاق دادن صغیره را دارد؟ حضرت می‌فرماید: «طلاقش جایز (نافذ) نیست» (همان: ۲۹۲/۲۰).

تحلیل: اگر چه این روایت از نظر سندی تمام است، لکن از نظر دلالت ناتمام است؛ چرا که تنها توارث صغیرین را اثبات می‌کند و اثبات توارث به معنای لزوم عقد

نیست، بلکه با جواز عقد (داشتن خیار و حق فسخ) نیز سازگار است. بله، توارث با صحت عقد (صحت بالفعل نه صحت شأنیه که در عقد فضولی مطرح است) تلازم دارد. بنابراین دلیل پنجم اخص از مدعاست و نمی‌توان آن را از ادله لزوم نکاح صغیر شمرد.

و) صحیحه حلبی

این روایت، در خصوص پسر بچه‌ای است که پدرش در سن کودکی اقدام به تزویج او کرده، راوی سؤال می‌کند که آیا طلاق پدر در خصوص این پسر بچه غیر بالغ جایز است یا خیر؟ حضرت می‌فرماید: «تزویجش صحیح است اما صحت طلاق منوط به این است که خود پسر بچه بالغ شود و طلاق را امضاء نماید» (همان: ۲۲۱/۲۶).

تحلیل: این روایت نیز از نظر دلالت ناتمام است و نمی‌توان از تعبیر به صحت عقد، لزوم عقد را نتیجه گرفت؛ چرا که صحت نکاح تلازمی با لزوم (نفی خیار فسخ) ندارد و به تعبیر مرحوم حکیم: «دلالت روایت بر نفی خیار غیر ظاهر است؛ چرا که صحت عقد منافاتی با وجود خیار و حق فسخ ندارد بلکه موضوع خیار، عقد صحیح است» (حکیم، ۱۴۱۶: ۴۵۴/۱۴).

مرحوم خوئی برای اثبات لزوم و نفی خیار، به اطلاق صحت (مقید نشدن صحت، به قید خیار و حق فسخ) در این روایت و روایات مشابه تمسک کرده است (خوئی، ۱۴۱۸: ۲۲۷/۳۳) لکن تمسک به اطلاق محل تامل است؛ چرا که به قرینه سؤال راوی، امام‌علیه‌السلام در مقام بیان اصل صحت نکاح بوده‌اند نه لزوم آن. بنابراین از روایت ششم نیز، لزوم نکاح صغیر استفاده نمی‌شود.

نکته دیگری که در این روایت قابل توجه است، تنافی بین صدر و ذیل روایت است به این بیان که: صدر روایت بر صحت نکاح صغیر دلالت می‌کند و طبق قاعده باید آثار نکاح صحیح از جمله توارث بین زوجین بر آن مترتب گردد در حالی که در ذیل همین روایت آمده که ارث بردن یکی از صغیرین از دیگری متوقف بر قسم خوردن بر رضایت قلبی نسبت به نکاح است. برای حل این تنافی می‌توان ذیل صحیحه را بر فرضی حمل کرد که در نکاح صغیر مصالح او لحاظ نشده و تزویج او به انگیزه‌هایی همچون ایجاد محرمیت و...صورت

گرفته باشد که به تبع آن عقد، فضولی می‌گردد و فقط صحت شأنیه دارد و جهت ترتب احکام زوجیت از قبیل ارث و ...به امضای عقد توسط صغیری که بالغ شده نیاز است و حتی صدر روایت را نیز می‌توان بر همین فرض حمل کرد.

ز) مرسله دعائم الإسلام

در این روایت از امیرالمؤمنین‌علیه‌السلام نقل شده که حضرت چنین فرمودند: «تزویج پسران و دختران نابالغ توسط پدرانشان جایز (لازم و نافذ) است و پس از بلوغ و رشد حق فسخ نکاح را ندارند» (تمیمی مغربی، ۱۳۸۵: ۲۱۸/۲).

تحلیل: گرچه این روایت از نظر دلالت قابل خدشه نیست و صریح در نفی خیار از صغیر و صغیره است، لکن از نظر سند مبتلا به اشکال است؛ چرا که روایات «دعائم الاسلام» مرسل است و نمی‌توان به عنوان دلیل مستقل در اثبات احکام شرعی بدان تمسک کرد. بله، به عنوان تأیید و تأکید می‌توان بدان استناد نمود (مجلسی، ۱۴۰۳: ۳۸/۱؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۵: ۱۴/۴؛ خوئی، بی‌تا: ۱۸۴/۲۰).

۲. بررسی روایات دال بر ثبوت خیار برای صغیر و صغیره یا یکی از آن دو پس از بلوغ

الف) معتبره فضل بن عبد الملک

فضل بن عبدالملک از امام صادق‌علیه‌السلام نقل می‌کند: «**إِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ ابْنَهُ فَذَاكَ إِلَى ابْنِهِ وَ إِذَا زَوَّجَ الِابْنَةَ جَازَ**» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷۷/۲۰)؛ اگر پدری اقدام به تزویج پسرش نماید، قبول یا ردّ نکاح به پسرش واگذار می‌شود و اگر دخترش را تزویج نماید نکاحش لازم و غیر قابل فسخ است.

این روایت از نظر سندی معتبر است و از نظر دلالی نیز ظهور در جواز نکاح و وجود حق فسخ برای پسر (اعم از صغیر و بالغ) و لزوم نکاح و عدم حق فسخ برای دختر (اعم از صغیر و بالغ) دارد. به عبارتی این روایت می‌تواند از ادله تفصیل به شمار آید (تفصیل بین

صغیر و صغیره در وجود حق فسخ). لازم به ذکر است که از تعبیر به «جاز» در این روایت به قرینه مقابله با تعبیر «ذاک إلی إبنه» لزوم نکاح فهمیده می‌شود به خلاف جواز مطلق که با لزوم و جواز سازگار است.

ب) صحیحه محمد بن مسلم

محمد بن مسلم نقل می‌کند: از امام باقر﵇ در خصوص حکم لزوم یا جواز تزویج صغیر با صغیره سؤال کردم. حضرت در پاسخ فرمودند: «اگر تزویج توسط پدرانشان صورت گرفته باشد جائز است، لکن پس از بلوغ دارای حق فسخ نکاح هستند» (همان،۲۷۷ـ ۲۷۸).

روایت فوق از نظر سند، صحیح و از نظر دلالت نیز، صریح در اثبات خیار برای صغیر و صغیره، پس از بلوغ است.

ج) معتبره برید (یزید) الکناسی

با توجه به این که روایت نسبتا مفصل است به ترجمه فرازهایی از روایت که ناظر به محل بحث است اکتفا می‌کنیم: در صدر حدیث از امام﵇ سؤال می‌شود که چه زمانی بر پدر جایز است که مستقلا و بدون مشورت با دخترش اقدام به تزویج وی نماید؟ حضرت در پاسخ می‌فرماید: «زمانی که از نه سال تجاوز کرده باشد و اگر قبل از نه سالگی اقدام به تزویج وی نماید پس از رسیدن به سن بلوغ حق خیار برای دخترش محفوظ است». در فراز دیگری از حدیث، راوی سؤال می‌کند که آیا غلام (پسر بچه نابالغ) نیز در این حکم با دختر بچه مشترک است؟ حضرت فرمودند: «اگر قبل از بلوغ توسط پدرش تزویج شده باشد پس از بلوغ دارای خیار و حق فسخ نکاح است و تحقق بلوغش به اتمام پانزده سالگی یا روییدن مو بر صورت یا بر عانه است» (همان: ۲۷۸ ـ ۲۷۹).

اشکالات شهید ثانی بر تمسک به روایت کناسی

روایت کناسی در اثبات خیار برای طرفین (صغیر و صغیره) صراحت دارد، لکن از جهت سند و دلالت مبتلا به اشکال است:

اشکال سندی مجهول بودن راوی (یزید یا برید الکناسی) در سلسله سند روایت است و اشکال دلالتی آن هم اضطراب در روایت و مخالفت برخی از فرازهای آن با اصول مسلم فقه شیعه می‌باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۹: ۱۷۶/۷).

تحلیل و نقد اشکالات

در پاسخ اشکال اول باید گفت: در رابطه با این که آیا «یزید الکناسی» همان «أبوخالد یزید القماط» است که علمای رجال به وثاقت او تصریح کرده‌اند یا شخص دیگری است اختلاف است. سید بحر العلوم در «الفوائد الرجالیة» دو شاهد بر اتحاد دو راوی ذکر می‌کند: ۱. اتحاد اسم و کنیه؛ ۲. این که مرحوم شیخ در کتاب رجالش «کناسی» را ذکر کرده و «قماط» را ذکر نکرده، به عکس مرحوم «نجاشی» که فقط «قماط» را ذکر کرده، مؤیّد آن است که «کناسی» همان «قماط» است و بر فرض مغایرت نیز، حدیث از جهت «کناسی» مشکلی ندارد؛ چرا که مرحوم علامه در کتاب «ایضاح الاشتباه» به نقل از «دارقطنی» که از محدثین عامه است، از «کناسی» با عنوان «شیخ من شیوخ الشیعة» یاد می‌کند (ر.ک: بحر العلوم، ۱۴۰۵: ۴/ ۵۷ ـ ۵۸). همچنین کثرت نقل اجلاء از ایشان در اثبات وثاقت و اعتبارش کافی است (ر.ک: شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۴۱۴۳/۱۲). اما اشکال دوم وارد است و روایت کناسی از جهات عدیده شذوذ (مخالفت با اصول و قواعد و مسلمات فقه) دارد و تقریبا خلاف اتفاق فقهای امامیه است. برخی از این جهات عبارتند از:

برای صغیره‌ای که قبل از نه سالگی تزویج شده حق فسخ نکاح قرار داده شده و در مورد تزویج کبیره حق فسخ نفی شده است. روئیدن موی صورت علامت بلوغ شمرده شده در حالی که مخالف سایر روایات و فتوای قوم است. در فرازی از روایت چنین آمده: اگر تزویج پسر صغیر توسط پدرش صورت گرفته باشد و دخول و استمتاع نیز تحقق یافته و مدت یک سال نیز با هم زندگی مشترک داشته‌اند پس از بلوغ حق فسخ نکاح را ندارد. یک چنین تفصیلی را هیچ فقیهی قائل نشده است. همچنین جواز استقلال پدر در تزویج دختر بالغه، در این روایت آمده است و این امور مخالف روایات و فتاوی فقهای امامیه است.

وجه صدور این گونه روایات: ائمه﵈ گاهی فتوایی که حتی موافق با فتوای فقهای عامه هم نیست را إلقا می‌کردند تا فتوای شیعه یک دست نباشد و شیعیان شناسایی نشوند. جناب زراره در روایتی صحیح نقل می‌کند که در محضر امام باقر﵇ بودیم از آن حضرت سؤالی پرسیدم و حضرت جواب را بیان فرمودند. سپس شخصی از اهالی عراق محضر حضرت رسید و همان سؤال را پرسید آن حضرت جوابی مغایر جواب اول بیان فرمودند و شخص سومی نیز همین سؤال را از حضرت پرسید آن حضرت جوابی متفاوت با دو جواب اول بیان فرمودند. وقتی که علت این اختلاف جواب در مورد سؤال واحد را از حضرت جویا شدم حضرت فرمودند:

يا زُرَارَةُ إِنَّ هَذَا خَيرٌ لَنَا وَ أَبْقَى لَنَا وَ لَكُمْ وَ لَوِ اجْتَمَعْتُمْ عَلَى أَمْرٍ وَاحِدٍ لَصَدَّقَكُمُ النَّاسُ عَلَينَا وَ لَكَانَ أَقَلَّ لِبَقَائِنَا وَ بَقَائِكُمْ (کلینی، ۱۴۰۷: ۶۵/۱)؛ ای زراره همین برای حفظ ما و شیعیانمان بهتر است و اگر دشمنان ما، اجتماع و اتفاق نظر شما در امری را مشاهده کنند حیات ما و شما به مخاطره می‌افتد.

تحلیل و نظر: به نظر می‌رسد که می‌توان در احتجاج به روایت کناسی قائل به تفکیک شد؛ یعنی در امور شاذ و مخالف اجماع قائل به عدم حجیت اما در فقرات دیگر از جمله اثبات خیار برای صغیر و بیان علائم بلوغ و ... قائل به حجیت آن شویم هم چنان که فاضل نراقی در مستند فرموده: «اشتمال حدیث بر اشکالات مطرح شده موجب ساقط شدن فقرات دیگر آن نمی‌شود» (نراقی، ۱۴۱۵: ۱۳۳/۱۶). البته این فرمایش مرحوم نراقی مبتنی بر قبول مبنای تبعیض در حجیت است.

جمع‌بندی بحث روائی

از مجموع هفت روایتی که برای إثبات لزوم نکاح صغیر و صغیره بیان شد چهار روایت (صحیحه إبن بزیع و ابن صلت و ابن یقطین و حذّاء) از نظر سند و دلالت تمام است و در نفی خیار از هر دو (صغیر و صغیره) صراحت دارد و روایت «دعائم الإسلام» نیز گر چه از نظر دلالی تمام است لکن به سبب ضعف إرسال، مستقلا صلاحیت استناد ندارد لکن

می‌تواند مؤید باشد، اما دو روایت دیگر (صحیحه ابن مسلم و حلبی) از نظر دلالت ناتمام است. در مقابل روایات لزوم، سه روایت داریم: روایت معتبره فضل بن عبدالملک ظهور در تفصیل (اثبات خیار برای صغیر و نفی آن از صغیره) دارد. صحیحه ابن مسلم و معتبره کناسی نیز صریح در إثبات خیار برای طرفین هستند. بنابراین، تعارض روایات در این مسئله فقهی به وضوح مشهود است و باید با حل این تعارض به نوعی بین روایات جمع کرد و در صورت استقرار تعارض و عدم امکان جمع، از روایات صرف نظر کرده و به عمومات ادله و اصول عملیه رجوع نمود.

راه‌های حل تعارض بین روایات و بیان تأویلات فقها

به مقتضای قاعده اصولی «الجمع مهما أمکن أولی من الطرح» فقهای امامیه تاویلات متعددی برای جمع بین این روایات متعارض إرائه کرده‌اند. اینک به نقل و بررسی این تأویلات می‌پردازیم:

۱. تاویل لفظ فسخ در روایات مثبِت حق فسخ بر معنای طلاق (تأویل اول شیخ طوسی)

مرحوم شیخ که از قائلین به تفصیل است، ذیل صحیحه ابن مسلم که صریح در اثبات خیار برای طرفین است می‌فرماید: «محتمل است که مراد از روایت، فسخ به واسطه طلاق دادن و امثال آن (از ناحیه زوج) یا مطالبه طلاق (از ناحیه زوجه) باشد نه این که خیار اصطلاحی یعنی حق امضاء و ابطال نکاح اراده شده باشد» (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۸۲/۷). مرحوم شیخ شاهدی نیز برای تأویل خویش ذکر کرده مبنی بر این که اگر لفظ خیار را بر همان معنای ظاهرش حمل کنیم، بین ولی و غیر ولی در تزویج صغیر و صغیره تفاوتی باقی نمی‌ماند و هر دو در خیاری بودن و قابلیت فسخ مشترک می‌شوند (همان).

تحلیل و نقد: تأویل فوق قابل انطباق بر روایت کناسی نیز هست. روایت معتبره فضل بن عبدالملک هم که موافق مذهب مرحوم شیخ (قول به تفصیل) است و نیازی به تأویل

ندارد. لکن اشکال عمده تأویل فوق این است که خلاف ظاهر و متفاهم عرفی است که از لفظ خیار، طلاق اراده شود و به همین سبب برخی از بزرگان از این تأویل، با تعبیر «لا یخفی بعده» یا «بعید جدّا» یا «شدة المخالفة للظاهر» و...یاد کرده‌اند (موسوی عاملی، ۱۴۱۱: ۶۷/۱؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱۰؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۴۱۳۷/۱۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۳۰۲). شاهدی را هم که مرحوم شیخ آورده ناتمام است؛ چرا که فرق بین ولی و غیر ولی در این فرض (فرض روایت که برای طرفین اثبات خیار شده) در این است که نکاح ولی صحیح بالفعل است لکن خیاری است و عقد غیر ولی صحیح شأنی یعنی فضولی است و برای صحیح بالفعل شدن نیاز به الحاق اجازه دارد (ر.ک: موسوی عاملی، ۱۴۱۱: ۶۷/۱).

۲. تصرف در لفظ أب و حمل آن بر معنای جد (تأویل دوم شیخ طوسی)

مطابق این تأویل مرحوم شیخ، مرتکب دو تصرف می‌شویم: یکی این که أب را بر جد حمل کرده و دیگری این که روایت را مقید به فرض فقدان أب کرده و بگوییم: فرض مسأله در جائی است که پدر جاریه در قید حیات نیست و در نتیجه با توجه به مبنای مرحوم شیخ که در ولایت جد پدری بر صغیر و صغیره، بقای پدر را شرط می‌داند، ولایت جد در این مسأله منتفی شده و عقد او فضولی می‌گردد و طبعا برای طرفین حق فسخ نکاح محفوظ است (طوسی، ۱۴۰۷).

نقد: اولا اراده معنای جد از لفظ «أب» امری خلاف ظاهر است و ثانیا اصل این مبنا که ولایت جد مشروط به وجود پدر باشد ناتمام است و بر خلاف نظر مشهور فقهای امامیه.

۳. جمع روایات متعارض با اطلاق و تقیید (تأویل سید خوئی)

مرحوم خوئی ذیل عبارت عروه شرح نسبتا مفصلی دارند که خلاصه‌اش چنین است:

در زمینه لزوم عقد نکاح صغیره و عدم حق فسخ برای وی پس از بلوغ، در حد تظافر روایت داریم لکن در مقابل این روایات دو روایت داریم که از آنها جواز نکاح صغیره و وجود حق فسخ برای وی پس از بلوغ استفاده می‌شود: یکی روایت یزید الکناسی است که به سبب عدم توثیق، از درجه اعتبار ساقط است و دیگری صحیحه محمد بن مسلم است که به

صراحت بر عدم لزوم عقد نکاح ولائی و ثبوت خیار برای صغیر و صغیره پس از بلوغ دلالت می‌کند و با توجه به این که روایت، از نظر سند و دلالت تمام است اگر اجماعی بر عدم ثبوت خیار باشد از صحیحه صرف نظر شده و علمش به اهلش واگذار می‌گردد و الا عمل به صحیحه لازم است؛ چرا که از نظر ما اعراض مشهور از یک روایت معتبر، موجب وهن روایت و ساقط شدن آن از درجه اعتبار نمی‌گردد و لااقل با وجود چنین روایتی، حکم به لزوم احتیاط می‌شود به این که در فرض عدم رضایت به عقد پس از بلوغ به اعمال خیار فسخ اکتفا نکرده و طلاق نیز صورت پذیرد (ر.ک: خوئی، ۱۴۱۸: ۳۳/ ۲۲۴ ـ ۲۲۷). بنابراین از نظر سید خوئی اگر اجماعی در این مسئله نباشد اطلاق روایاتی که به طور مطلق بر لزوم نکاح صغیر و صغیره دلالت می‌کنند و به اطلاقشان شامل صور مختلف می‌شوند (تزویج صغیر با کبیره، تزویج صغیره با کبیر، تزویج صغیرین) با صحیحه محمد بن مسلم تقیید شده و نتیجه اش این می‌شود که نکاح صغیر و صغیره لازم، و غیر قابل فسخ است مگر در یک فرض که عبارت است از موردی که هر دو طرف نکاح، صغیر باشند.

نقد: این تأویل نیز خلاف ظاهر و متفاهم عرفی است و به همین دلیل برخی از معاصرین بر آن اشکال کرده و خلاصه اشکال این است که: که ظهور مطلقات در اثبات ولایت برای پدر خیلی قوی است و عرف چنین تقییدی را نمی‌پذیرد که گفته شود عقد پدر بر صبی لازم است و نمی‌تواند بعد از بلوغ آن را به هم بزند و از طرف دیگر اگر پدری بر صبیه عقد کند آن هم لازم است و نمی‌تواند بعد از بلوغ رد کند اما اگر دو پدر در یک عقد بر صبی و صبیه عقد کنند لزوم ندارد و این دو بعد از بلوغ می‌توانند رد کنند. ضمن این که فرد غالب عمومات و اطلاقات در جائی است که طرفین نکاح صغیر باشند و اخراج این فرد مشکل است (ر.ک: شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۴۱۳۸/۱۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۳۰۳).

۴. تفکیک فقرات صحیحه إبن مسلم از نظر معنا (تأویل شبیری زنجانی)

از نظر فقیه معاصر شبیری زنجانی صحیحه محمد بن مسلم متعرض دو صورت با دو موضوع مختلف است: یکی تزویج صغیرین (إن کان أبواهما ألّذان زوّجاهما فنعم جائز) و

دیگری تزویج کبیرین (لکن لهما الخیار إذا أدرکا) نه این که هر دو فقره روایت راجع به یک موضوع یعنی تزویج صغیرین باشد. بنابراین مفاد روایت این خواهد بود که اگر پدر، صغیرین را تزویج کرد این عقد نافذ است (و از باب جمع بین روایات حکم به لزوم آن می‌کنیم) اما اگر پدر، کبیرین را تزویج کرد حق اعمال خیار خواهند داشت منتها در این جا بحث مبنایی پیش می‌آید. بنابر مبنای کسانی که استقلال پدر را در تزویج باکره قبول ندارند این توجیه خالی از اشکال است و هیچ ابهامی ندارد؛ زیرا چه برای دختر باکره استقلال قائل شویم و چه قائل به تشریک شویم در هر حال، خیار به معنایی که شامل ردّ عقد فضولی بشود برای دختر ثابت خواهد بود (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۱۲/ ۴۱۴۰).

نقد: اولا تأویل فوق بر مبنای کسانی که در تزویج بالغه باکره، قائل به استقلال پدر در تزویجند ناتمام است و بر این مبنا قطعا نکاح، لازم است. و ثانیا گر چه این تأویل فی نفسه ممکن است، لکن خلاف ظاهر روایت و متفاهم عرفی است؛ چرا که سیاق روایت کاشف از آن است که هر دو فقره آن ناظر به تزویج صغیرین است به ویژه که فاصلی بین دو فقره نیست و هر دو فقره قرین هم بوده و بر هم عطف شده‌اند.

۵. حمل خیار بر خیار در تزویج به غیر کفو یا تزویج به معیوب (تأویل علامه حلی)

از نظر علامه، صغیر و صغیره هیچ‌کدام پس از بلوغ حق فسخ ندارند و روایات مثبت خیار ناظر به فرضی است که صغیر یا صغیره به غیر کفو یا به فردی معیوب (به عیب مجوز فسخ نکاح) تزویج شده باشند. (علامه حلّی، تذکرة الفقهاء، ۱۳۸۸: ۵۸۷). به تعبیر دیگر روایات مثبت خیار بر موردی حمل می‌شود که نکاح صغیر دارای مفسده یا بر خلاف مصلحت باشد و با اغراضی همچون ایجاد محرمیت و...صورت گرفته که طبعا در این فرض، خیار فسخ ثابت است؛ چرا که در این فرض یا نکاح، فضولی می‌گردد و یا صحیح خیاری.

بیان فنی تأویل فوق

در تأویل اخیر به منظور حل تنافی بین روایات لزوم و روایات جواز، از روش «انقلاب

نسبت» که در بحث تعادل و تراجیح ادله مطرح است، استفاده شده است. به این بیان که در نگاه بدوی چنین برداشت می‌شود که بین روایات لزوم و روایات جواز، تعارض (از نوع تباین) وجود دارد، لکن عموم روایات لزوم که عام مطلق است را با آن دسته از ادله که بر اعتبار مصلحت در تزویج ولائی صغیر یا صغیره دلالت دارند، تخصیص زده و طبعا روایات لزوم به فرض تزویج مشتمل بر مصلحت اختصاص می‌یابد و در سایه این تخصیص، روایات جواز نیز به تزویج دارای مفسده یا فاقد مصلحت اختصاص یافته و بدین وسیله تنافی بین ادله رفع می‌گردد (ر.ک: شبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۱۲/ ۴۱۵۸ ـ ۴۱۵۹).

لزوم یا جواز تزویج ولائی صغیر از دیدگاه فقه حنفیه

حنفیه در خصوص این مسئله قائل به تفصیلند به این معنا که اگر تزویج صغیر یا صغیره، توسط ولیّ شرعی و با رعایت شروط معتبر صورت گرفته باشد خارج از دو حالت نیست: یا تزویج مزبور توسط پدر یا جد پدری واقع شده و یا توسط سایر اولیاء تحقق یافته است. در فرض اول، نکاح، لازم و غیر قابل فسخ است و در فرض دوم، مشهور حنفیه (از جمله خود ابوحنیفه و شیبانی و دیگران) قائل به جواز نکاحند و برخی همچون ابویوسف مخالفت کرده و حتی در این فرض نیز قائل به لزوم نکاحند (جصّاص، ۱۴۰۵: ۳۴۲/۲؛ سرخسی، بی‌تا: ۲۱۵/۴؛ سمرقندی، ۱۴۱۴: ۱۵۰/۲؛ ابن نجیم، ۱۴۱۸: ۲۳۷/۳).

۱. ادله لزوم نکاح پدر و جدّ پدری

برای اثبات لزوم نکاح پدر و جدّ پدری دو دلیل اقامه شده است: دلیل اول حدیث تزویج عائشه است که در زمان طفولیت (شش سالگی) به ازدواج پیامبر اکرمﷺ در آمد و آن حضرت پس از بلوغ عائشه، به تخییر وی حکم نفرمودند در حالی که اگر حق فسخ نکاح برایش ثابت بود حضرت او را مخیر بین امضاء یا فسخ نکاح قرار می‌دادند، همچنان که به هنگام نزول آیه تخییر:

یا أَیُّهَا النَّبِیُّ قُلْ لِأَزْواجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَیاةَ الدُّنْیا وَ زِینَتَها فَتَعالَیْنَ أُمَتِّعْكُنَّ

وَ أُسَرِّحْكُنَّ سَراحاً جَمِيلًا وَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ وَ الدَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِناتِ مِنْكُنَّ أَجْراً عَظِيماً (احزاب: ۲۸ و ۲۹)؛ ای پیامبر، به همسرانت بگو: «اگر خواهان زندگی دنیا و زینت آنید، بیایید تا مَهرتان را بدهم و [خوش و] خُرّم شما را رها کنم. و اگر خواستار خدا و فرستاده وی و سرای آخرتید، پس به راستی خدا برای نیکوکاران شما پاداش بزرگی آماده گردانیده است.

همسران خود را بین ماندن و ادامه زندگی ساده و به دور از تجمّل و اشرافیت یا طلاق گرفتن و روی آوردن به دنیا و زرق و برق دنیا مخیر قرار دادند (جصاص، ۱۴۰۵: ۳۴۶/۲؛ سرخسی، بی‌تا: ۲۱۳/۴).

دلیل دوم وافر الشفقه و تام الولایه بودن پدر و جد پدری است و همین سبب می‌شود که در رعایت مصالح صغیر یا صغیره کوتاهی نکنند و طبعا نیازی هم به جعل خیار نخواهد بود (سرخسی، ۲۱۵/۴؛ ابن نجیم، ۱۴۱۸: ۲۱۱/۳).

۲. دلیل قائلین به جواز تزویج سایر اولیاء (غیر از پدر و جدّ پدری)

دلیلی که در دفاع از قول ابوحنیفه و شیبانی و تابعین ایشان اقامه شده این است که قرابت سایر اولیاء، قرابت ناقصی است و همین سبب نقصان شفقت و قصور رأی و نظر ایشان است و چه بسا موجب تضییع حق مولّی علیه گردد. اثبات حق خیار پس از بلوغ این خلأ را جبران می‌کند (سرخسی، بی‌تا: ۲۱۵/۴؛ ابن نجیم، ۱۴۱۸: ۳/ ۲۱۱).

اشکال: با توجه به معیار «وافر الشفقه بودن ولی» تزویجی که توسط مادر (در فرض فقدان مراتب بالاتر) صورت می‌گیرد باید لازم و غیر قابل فسخ باشد؛ چرا که شفقت وی کمتر از پدر و جدّ پدری نیست بلکه به مراتب بالاتر است.

پاسخ: در وافر الشفقه بودن مادر بحثی نیست، لکن آن چه موجب جعل خیار در تزویج اوست، قصور رأی اوست که همین سبب نقصان ولایتش می‌گردد و برای جبران آن حق فسخ جعل شده است (سرخسی، بی‌تا: ۲۱۵/۴).

۳. دلیل قائلین به لزوم تزویج سایر اولیاء (غیر از پدر و جدّ پدری)

اما دلیل قاضی ابویوسف و تابعین وی که حتی در فرض تزویج سایر اولیاء نیز قائل به لزوم نکاح و غیر قابل فسخ بودن آن شده‌اند عبارت است از: قیاس این مسئله به مسئله تزویج پدر و جد پدری. توضیح مطلب آن است که ولایت سایر اولیاء نیز همچون ولایت پدر و جدّ پدری، ناشی از قرابت است که سبب تام استحقاق ولایت می‌باشد و همچنان که پدر و جد پدری در امر تزویج صغیر یا صغیره مصالح وی را لحاظ می‌کنند سایر اولیاء هم که در تصرفات نفسیه قائم مقام ایشانند بر اساس مصلحت عمل می‌کنند و وجهی برای جعل خیار نیست. دلیل دیگر مدعا، قیاس مسئله مورد بحث به مسئله ولایت وصی در تصرفات مالیه است یعنی همچنان که تصرفات وصی میت در امور مالی صغیر و صغیره، نافذ و غیر قابل فسخ است تزویج مورد بحث نیز قابل فسخ نخواهد بود (سرخسی، بی‌تا: ۲۱۵/۴).

در پایان ذکر این نکته نیز لازم است که در مواردی که به تخییر صغیر یا صغیره پس از بلوغ حکم می‌شود، اعمال خیار و تفریق بین زوجین منوط به حکم قاضی است. سرخسی در این باره چنین می‌گوید: «فان اختارا الفرقة عند الادراك لم تقع الفرقة الا بحكم الحاكم لان السبب مختلف فيه من العلماء ...» (همان، ص۲۱۶)؛ با توجه به اختلافی بودن مسئله در بین علما و وجود تردید در ادله طرفین و روشن نبودن حقیقت امر، تفریق بین زوجین متوقف بر حکم حاکم می‌باشد. در «البحر الرائق» نیز به این مطلب تصریح شده است (ابن نجیم مصری، ۱۴۱۸: ۳/ ۲۱۱).

نظر برگزیده

در خصوص راه حل تنافی بین روایات لزوم و روایات جواز به نظر می‌رسد بهترین وجه الجمع، وجهی است که علامه حلی بیان فرمودند؛ یعنی روایات لزوم را بر فرض رعایت مصالح صغیر یا صغیره حمل کرده و روایات جواز را بر فرض عدم رعایت مصالح حمل می‌کنیم. هر چند این وجه الجمع نیز خلاف ظاهر روایات جواز است، لکن نسبت به سایر وجوه بهتر است و اشکالات وارد بر سایر توجیهات را ندارد. اگر هم هیچ یک از توجیهات را

نپذیرفتیم و تعارض بین دو دسته روایات را تعارضی مستقر و غیر قابل جمع دانستیم، به تساقط ادله قائل شده و به مقتضای اصول عملیه رجوع می‌کنیم و مقتضای اصل در این مسئله لزوم عقد نکاح است؛ چرا که بر اساس ادله ولایت بر نکاح، عقد مورد بحث «صدر من اهله و وقع فی محله» و عموم «اوفوا بالعقود» بر وجوب التزام به مضمون عقد دلالت دارد، مگر آن که جواز عقد با دلیل قطعی ثابت شود.

در خصوص دیدگاه حنفیه نیز باید گفت: اولا اصل ولایت عصبه دلیلی جز حدیث «النکاح إلی العصبات» ندارد که آن هم از دیدگاه خود اهل سنت فاقد صحت و اعتبار است. ثانیا بر فرض این که ولایت ایشان را بپذیریم، چنین ولایتی که از ناحیه شرع مقدس تفویض شده، امری بسیط و دایر بین نفی و اثبات است و نمی‌توان با برداشتهای ذوقی و استحسانی همچون کمال و نقصان شفقت که آن هم کلیت ندارد، بین ولایت افراد فرق گذاشت و تزویج ولائی برخی را لازم و برخی دیگر را جایز دانست. بنابراین قول به تفصیلی که مطرح کرده‌اند مستند به ادله قطعی از قرآن و روایات نیست و بر این اساس فاقد اعتبار است. در خصوص حدیث تزویج عائشه نیز بر فرض که بپذیریم در سن کمتر از بلوغ واقع شده، از عدم حکم به تخییر نمی‌توان لزوم نکاح را نتیجه گرفت؛ بله اگر درخواست فسخ نکاح صورت می‌گرفت و پیامبر ﷺ از قبول آن امتناع می‌فرمود، لزوم نکاح اثبات می‌شد. چه بسا منشأ عدم حکم به تخییر، قرائن و شواهد قطعی بر رضایت عایشه نسبت به نکاح بوده است. خلاصه آن که دلالت فعل و ترک یک دلالت مجمل است و همچون قول نیست که به اطلاقش تمسک کنیم. نهایت چیزی که از فعل معصوم علیه السلام استفاده می‌شود، جواز به معنای اعم است و قدر مسلم ترک نیز، عدم وجوب فعل است. بنابراین برای اثبات لزوم یا باید به روایات استناد کرد که در روایات اهل سنت دلیلی در این زمینه وجود ندارد و الا قطعا بدان استناد می‌کردند و یا باید به «اصالة اللزوم» که اصل اولیه در باب عقود است تمسک کرد.

نتیجه

۱. در خصوص تصرفات ولائی در شئونات صغیر افزون بر اعتبار عدم مفسده، لحاظ

مصالح نیز ضرورت دارد و دلیل عمده آن عبارت است از بنای عقلا و اصل عدم ولایت. البته مصلحت معتبر در تزویج صغیر یک مصلحت بسیار نادر است و در این چارچوب باید اقدام به تزویج وی نمود. بر این اساس شبهاتی که در خصوص تشریع نکاح صغیر در شریعت مقدس اسلام مطرح می‌شود ناشی از جهل نسبت به مسئله و بی‌توجهی به ابعاد مختلف آن است.

۲. نکاح ولائی صغیر اگر با لحاظ تمامی شرائط معتبر انجام شود، لازم و غیر قابل فسخ است و روایاتی که از ظاهرشان، جواز عقد استفاده می‌شود بر فرض عدم رعایت مصلحت حمل می‌گردد و سایر تأویلات یا خلاف ظاهر و متفاهم عرفی است یا مواجه با مشکل مبنایی است. در این زمینه قول احناف (تفصیل بین پدر و جد پدری و سایر اولیاء)، چون مستند به دلیل قطعی نیست و بر اساس وجوه ظنیه همچون کمال و نقصان شفقت، مبتنی شده فاقد اعتبار است.

۳. در فقه امامیه فرایند استنباط احکام در چارچوب کتاب و سنت پیامبرﷺ و اهل بیت‌علیهم‌السلام و قواعد متقنی که پشتوانه قطعی عقلی و عقلائی دارد صورت می‌گیرد، اما فقه حنفیه تا حد و اندازه قابل توجهی متاثر از وجوه و اعتبارات ظنیه همچون قیاس و استحسان و ...می باشد. حاکمیت نظم منطقی بر فقه شیعه به وضوح مشهود است و دقت نظر و مناقشات سندی و دلالی در فقه امامیه به مراتب قوی تر از فقه حنفیه می‌باشد. در مقابل شاخصه بارز فقه حنفیه، آشفتگی و عدم انسجام و نظم منطقی است و بیشتر به دنبال مستندیابی و مستند سازی برای آرای قدمای ایشان است.

کتابنامه

قرآن کریم.

ابن ادریس حلّی، محمد، **السرائر** الحاوی **لتحریر الفتاوی**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.

ابن براج، عبدالعزیز، **المهذب**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ق.

ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، **الوسیلة إلی نیل الفضیلة**، قم، کتابخانه آیت‌الله مرعشی، ۱۴۰۸ق.

ابن عابدین، محمد امین، **ردّ المحتار علی الدرّ المختار**، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۵ق.

ابن فارس، ابوالحسین، احمد، **معجم مقاییس اللغة**، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ق.

إبن قدامة، عبد الله بن أحمد، **المغنی**، بیروت، دارالکتاب العربی، بی‌تا.

ابن منظور، محمد بن مکرم، **لسان العرب**، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۴ق.

اصفهانی، محمد حسین، **حاشیة کتاب المکاسب**، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ق.

امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، تهران، انتشارات اسلامیه، بی‌تا.

انصاری، مرتضی، **کتاب النکاح**، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.

بحرالعلوم، سید مهدی، **الفوائد الرجالیة**، تهران، مکتبة الصادق، ۱۴۰۵ق.

بیهقی، أحمد بن الحسین، **السنن الکبری**، بی‌جا، دار الفکر، بی‌تا.

تمیمی مغربی، نعمان بن محمد، **دعائم الإسلام**، قم، مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام، ۱۳۸۵ق.

جزیری، عبد الرحمن و دیگران، **الفقه علی المذاهب الاربعة و مذهب اهل البیت** علیهم‌السلام، بیروت، دارالثقلین، ۱۴۱۹ق.

جصّاص، احمد بن علی، **أحکام القرآن**، بیروت، دار إحیاء التراث العربی، ۱۴۰۵ق.

جوهری، اسماعیل بن حماد، **الصحاح**، بیروت، دارالعلم، ۱۴۱۰ق.

حرّ عاملی، محمد بن حسن، **وسائل الشیعة**، قم، مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام، ۱۴۰۹ق.

حسینی مراغی، سید میر عبد الفتاح، **العناوین الفقهیة**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.

الحصکفی، محمد علاء الدین، **الدر المختار**، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۵ق.
حلّی، حسن بن یوسف، **تذکرة الفقها**، قم، مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام، ۱۳۸۸ق.
خمینی، سید روح الله، **تحریر الوسیلة**، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، بی‌تا.
خوئی، سید ابوالقاسم، **معجم رجال الحدیث**، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
ـــــــــــ، **موسوعة الامام الخوئی**، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸ق.
راغب اصفهانی، حسین بن محمد، **مفردات الفاظ القرآن**، بیروت، دار القلم، ۱۴۱۲ق.
رحمان ستایش، محمد کاظم، **رسائل فی ولایة الفقیه**، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۵ق.
السرخسی، محمد بن أبی سهل، **المبسوط**، بیروت، دارالمعرفة، بی‌تا.
سمرقندی، علاء الدین، **تحفة الفقهاء**، بیروت، دار الکتب العلمیة، ۱۴۱۴ق.
شبیری، سید موسی، **کتاب نکاح**، قم، مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، ۱۴۱۹ق.
شهید ثانی، زین الدین، **مسالک الأفهام**، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیة، ۱۴۱۳ق.
شهیدی، میرزا فتاح، **هدایة الطالب إلی أسرار المکاسب**، تبریز، چاپخانه اطلاعات، ۱۳۷۵ق.
طباطبائی حکیم، سید محسن، **مستمسک العروة الوثقی**، قم، دار التفسیر، ۱۴۱۶ق.
طوسی، محمد بن حسن، **الخلاف**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
ـــــــــــ، **المبسوط فی فقه الإمامیة**، تهران، المکتبة المرتضویة، ۱۳۸۷ق.
ـــــــــــ، **النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی**، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ق.
ـــــــــــ، **تهذیب الأحکام**، تهران، دار الکتب الاسلامیة، ۱۴۰۷ق.
غزالی، ابو حامد محمد، **المستصفی**، بیروت، دار الکتب العلمیة، ۱۴۱۷ق.
الفضلی، عبدالهادی، **أصول البحث**، قم، مؤسسة دار الکتاب الإسلامی، بی‌تا.
فیومی، احمد بن محمد، **المصباح المنیر**، قم، مؤسسه دارالهجرة، ۱۴۱۴ق.
کاسانی، ابوبکر، **بدائع الصنائع**، پاکستان، المکتبة الحبیبیة، ۱۴۰۹ق.
کلینی، محمد بن یعقوب، **الکافی**، تهران، دار الکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷ق.
مجلسی، محمد باقر، **بحار الأنوار**، بیروت، دار إحیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ق.
محقق حلّی، جعفر بن حسن، **شرائع الإسلام**، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.

مصری، إبن نجیم، **البحر الرائق**، بیروت، دار الکتب العلمیة، ۱۴۱۸ق.
مکارم شیرازی، ناصر، **کتاب النکاح**، قم، مدرسه الإمام العلی بن أبی‌طالب علیه‌السلام، ۱۴۲۵ق.
موسوی عاملی، محمد بن علی، **نهایة المرام**، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ق.
نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام**، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
نراقی، احمد، **مستند الشیعة**، قم، مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام، ۱۴۱۵ق.