

Original Article

Documentary Study of The Theory of Invalidity of Child Marriage According to the Fatwa of Ayatollah Makarem Shirazi

Fatemeh Esmaeili¹, Akram Safiri^{1✉}, Morteza Chitsazian¹

1. Faculty of Jurisprudence and Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran.

Received: 2024.03.12

Revised: 2024.05.15

Accepted: 2024.05.15

Doi: [10.48308/jfr.2024.235077.1720](https://doi.org/10.48308/jfr.2024.235077.1720)

Abstract: The issue of marriage is one of the most worrisome areas of jurisprudence, which necessitates the re-reading of jurisprudential views. Ayatollah Makarem Shirazi in the book *Anwar al-Fiqahah*, which is his advanced opinion, in line with the famous opinion of jurists and legal scholars, they believe that the lack of influence of a royal marriage requires corruption or lack of expediency; However, in a recent inquiry from him, the theory of nullity of marriages under the age of 13 was proposed, and this article is dedicated to examining this point of view. The collection of original data from jurisprudential and legal sources with a descriptive-analytical method has resulted in the findings that the most central proposition of the mentioned theory is the absolute nullity of the marriage of the nobles; According to the author, some of its possible criteria, such as: "the basis of the rule of the existence of a valid consent during the contract", "the interest of minors, the subject of the ruling on the marriage license under the age of 13", and "the ruling of the government regarding the said request" are valid grounds for are not counted, and with careful consideration in the poll.

Keywords: Ayatollah Makarem Shirazi, Marriage Under the Age of 13, Married Child, Expediency, Theory of Nullity of State Marriage.

How to cite: Esmaeili, F. , Safiri, A. and Chitsazian, M. (2024). Documentary analysis of the theory of invalidity of a married child according to the fatwa of Ayatollah Makarem Shirazi. *Journal of Family Research*, 20(3), 51-70. doi: 10.48308/jfr.2024.235077.1720

✉Corresponding Author Email Address: f.esmaeili1386@gmail.com



مقاله پژوهشی

مستندشناسی نظریه بطلان کودک همسری مطابق با فتوای آیت‌الله مکارم شیرازی

فاطمه اسماعیلی^۱، اکرم صغیری^۱، مرتضی چیت‌سازیان^۱

۱. دانشکده فقه و حقوق، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران

پذیرش مقاله: ۱۴۰۳/۰۲/۲۶

دریافت نسخه اصلاح‌شده: ۱۴۰۳/۰۲/۲۶

دریافت مقاله: ۱۴۰۲/۱۲/۲۲

DOI: [10.48308/jfr.2024.235077.1720](https://doi.org/10.48308/jfr.2024.235077.1720)

چکیده: مسأله‌ی تزویج ولایی از فروع فقہی پر دغدغه‌ای است که بازخوانی دیدگاه‌های فقہی را ضرورت می‌بخشد. آیت‌الله مکارم شیرازی در کتاب انوار الفقاهه که نظر متقدم ایشان می‌باشد، همسو با نظر مشهور فقہا و حقوق‌دانان، قائل به عدم نفوذ تزویج ولایی مستلزم مفسده یا عدم مصلحت هستند؛ اما در استفتای متاخر از ایشان، نظریه‌ی بطلان نکاح زیر سن ۱۳ سال مطرح شده که این مقاله به بررسی این دیدگاه اختصاص یافته است. گردآوری داده‌های اصیل از منابع فقہی و حقوقی با روش توصیفی - تحلیلی به این یافته‌ها منتج شده که محوری‌ترین گزاره‌ی نظریه‌ی مذکور، بطلان مطلق تزویج ولایی به شمار می‌آید؛ که به نظر نگارنده برخی از ملاک‌های احتمالی آن همچون: «مبنا قرار دادن قاعده‌ی وجود مجیز صالح حین العقد»، «مصلحت صغار، موضوع حکم جواز تزویج زیر سن ۱۳ سال»، و «حکم حکومتی دانستن استفتای مذکور» مبانی معتبری به شمار نمی‌آیند و با دقت نظر در استفتاء و تحلیل آن، می‌توان دو مبنا «تاثیر مقتضیات زمانی و مکانی» و «قاعده‌ی مقتضی و مانع» را استخراج کرد که نظریه‌ی بطلان کودک‌همسری با این دو مبنا سازگار بوده و عناصر آن قابل تطبیق بر استفتای معظم له مبنی بر «بطلان کودک‌همسری» می‌باشد.

کلیدواژه‌ها: آیت‌الله مکارم شیرازی، ازدواج در سن زیر ۱۳ سال، کودک‌همسری، مصلحت، نظریه‌ی بطلان تزویج ولایی.

استناد به این مقاله: اسماعیلی، ف.، صغیری، الف.، چیت‌سازیان، م. (۱۴۰۳). مستندشناسی نظریه‌ی بطلان کودک‌همسری مطابق با فتوای آیت‌الله مکارم شیرازی. خانواده پژوهی، ۲۰(۳)، ۵۱-۷۰. doi: 10.48308/jfr.2024.235077.1720

✉ نویسنده مسئول: esmaeili1386@gmail.com

مقدمه

ازدواج، پیمانی مقدّس و الهی است که بر اساس فطرت انسانی و توصیه‌های اکید دینی، باعث تشکیل خانواده‌ای می‌گردد که مهم‌ترین نهاد اجتماعی است و در سایه‌ی رحمت و مودّت زوجین موجبات حفظ نسل و حیات شخصی و اجتماعی آنان را فراهم می‌کند.

یکی از شرایط صحّی مهم که زمینه‌ساز بحث مقاله‌ی پیش‌رو می‌باشد، بلوغ متعاقبین می‌باشد که بحث کودک‌همسری که از جمله عناوین بحث‌برانگیز فقهی و حقوقی است، در ذیل بحث بلوغ مطرح می‌شود. سنّ بلوغ در فقه و حقوق اسلامی بسیار با اهمّیت ذکر شده و نقطه‌ی آغاز شمول تکالیف و بسیاری از حقوق و احکام شرعی نسبت به هر فرد مسلمان شمرده شده است. یکی از نشانه‌های بلوغ، بنا بر ادلّه‌ی متقن شرعی، رسیدن به سنّ معین ۹ سال و ۱۵ سال تمام قمری برای دختران و پسران معرفی شده است.

فقه امامیه، این سن را سنّ بلوغ و نکاح شرعی در نظر گرفته است. البته فقه امامیه با احراز شرایطی از جمله «اذن ولی» و «احراز مصلحت» یا «عدم مفسده» بنا بر اختلاف‌نظری که در این زمینه وجود دارد، نکاح زیر سنّ بلوغ شرعی را هم توسط پدر و جدّ پدری جایز شمرده است که تحت عنوان تزویج ولایی یا نکاح صغار مطرح شده است. مشهور فقها احراز مصلحت توسط ولیّ صغیر را مطابق با احتیاط دانسته و مجوّز مشروعیت کودک‌همسری می‌دانند.

بنابراین در فقه امامیه برای ازدواج، سن موضوعیت ندارد، بلکه پدر و جدّ پدری با تکیه بر ولایت؛ در هر سنی ولو قبل از ۹ و ۱۵ سالگی با رعایت شرایط، حقّ تزویج صغار خود را بنا بر تشخیص خود دارند. در حقوق مدنی ما نیز که پیرو نظر مشهور فقهای امامیه می‌باشد، کودک‌همسری با رعایت شرایط مصرّحه در ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی به رسمیت شناخته شده است و مطابق مفاد ماده، ازدواج دختران زیر سنّ ۱۳ سال تمام و پسران زیر سنّ ۱۵ سال تمام ممنوع است مگر با احراز شرایط سه‌گانه که عبارت‌اند از اذن ولی، رعایت مصلحت و تشخیص دادگاه صالح.

با این وجود، فقیه معاصر، آیت الله مکارم شیرازی در استفتایی، عدم مصلحت در نکاح زیر سنّ ۱۳ سال و وجود مفساد متعدّده را موجب بطلان این‌گونه ازدواج‌ها مطرح نموده‌اند که قطعاً بررسی و جست‌وجو در کشف مبانی نظریه‌ی بطلانی که معظّم له آن را مطرح کرده‌اند برای جبران خلاهای قانونی در مورد کودک‌همسری خالی از ثمره نخواهد بود و ممکن است در اصلاحات بعدی قانون مدنی مدّ نظر قرار گرفته و در زمینه‌ی حفظ حقوق کودکان راه‌گشا باشد.

به دلیل رواج کودک‌همسری در نقاط مختلف کشور که غالباً با عللی همچون فقر، رسوم محلی، تعصّبات خانوادگی، انگیزه‌های مذهبی و ضعف قوانین بازدارنده و ... همراه است و پیامدهای سوئی که به دنبال دارد، به نظر می‌رسد کودک‌همسری موضوعی به روز و قابل بحث می‌باشد. در جمع‌آوری اطلاعات برای پژوهش حاضر، از مدارک کتابخانه‌ای استفاده شده است و با روش توصیفی - تحلیلی اطلاعات مرتبط، مورد بررسی واقع شده‌اند.

الف) دیدگاه متقدم آیت الله مکارم شیرازی مبتنی بر عدم نفوذ تزویج ولایی

مشهور فقها، نکاح ولایی را در هنگام وجود مفسده یا عدم وجود مصلحت از عقود فضولی محسوب کرده و می‌فرمایند که ادله‌ی لاضرر، لزوم عقد را تحت شعاع قرار می‌دهد، زیرا لزوم وفای به عقد برای صغار، ضرر است و با واگذاری حق تنفیذ یا ردّ عقد به صغار ضرر وارد شده بر آنان را مرتفع می‌کنیم؛ نه این که نکاح منعقد شده را از اصل باطل بدانیم (سیفی^۱، [بی تا]: ۱۰۰).

آیت الله مکارم شیرازی نیز در کتاب انوار الفقاهة، تصریح دارند که نکاح کودک از سوی ولی قهری حتی با وجود مفسده، در زمره‌ی عقود فضولی قرار می‌گیرد، چون زمینه‌های صحت و غیر نافذ بودن مطابق با احکام عقد فضولی موجود است و فضولیت نکاح منعقد شده تا بلوغ کودک استمرار می‌یابد (مکارم شیرازی^۲، ۱۳۹۰: ۳۲۰).

اگر صغیر بعد از کبر و رشد، عقد واقع شده را تنفیذ کرد ولو برای او واجد مصلحت نبوده باشد عقد نافذ می‌گردد و اگر آن را رد کند عقد از بین می‌رود. دلیل عدم بطلان چنین عقدی، همان ادله‌ی عقد فضولی است که آن را مشروط بر اجازه یا ردّ صغیر بعد از رفع حجر می‌کند (مکارم شیرازی^۳، ۱۴۲۴: ۳۵).

ب) دیدگاه متأخر آیت الله مکارم شیرازی مبتنی بر بطلان تزویج ولایی

آیت الله مکارم شیرازی در استفتائات متأخر، نکاح ولایی در صورت وجود مفسده یا عدم رعایت مصلحت را بر خلاف نظر قبلی خود، باطل در نظر گرفته‌اند.

۱- تبیین دیدگاه آیت الله مکارم شیرازی

معظم له در بسیاری از فتاوی خود، ازدواجی که به مصلحت کودک نبوده را باطل اعلام کرده‌اند: «هرگاه ازدواج دختری قبل از بلوغ مصلحت نداشته است، از اول عقد باطل بوده است» (مکارم شیرازی^۴، ۱۴۲۷: ۲۰۶).

ایشان از بیانات متقدم خود مبنی بر فضولی بودن نکاح ولایی در فرض فوق، عدول کرده و به دلیل فقدان مصلحت به طور مطلق و وجود مفسده، نکاح صغار در زمان کنونی را باطل دانسته‌اند. ایشان در مواضع دیگری نیز بر نظریه‌ی بطلان کودک همسری پافشاری نموده‌اند. در استفتائی دیگر از ایشان آمده است:

«اگر پدری دختر ۲ ساله‌ی خود را به عقد پسری درآورد و دختر پس از بلوغ بگوید: «به این ازدواج راضی نیستم» حکم شرعی چنین ازدواجی چیست؟ جواب: در صورتی که ازدواج مذکور در آن زمان که صورت گرفته به مصلحت دختر بوده باید آن را بپذیرد؛ ولی اگر مصلحت او نبوده،

ازدواج مزبور از اصل باطل است، و غالباً در عصر و زمان ما ازدواج دختران کوچک توسط پدرها به مصلحت آنان نیست.» (مکارم شیرازی، ج ۲، ۱۴۲۷: ۳۱۷).

این مطلب در استفتای دیگری نیز تکرار می‌شود:

«پدری دختر نابالغش را به عقد نکاح یک پسر بچه درآورده است، الان دختر ۱۷ ساله است در حالی که پسر ۱۳ ساله است و از نظر جسمانی خیلی کوچک به نظر می‌رسد، دختر پدر را از دست داده و یتیم شده و حاضر نیست با آن بچه ازدواج کند، زیرا نمی‌تواند منتظر بزرگ شدن او باشد. با توجه به مطالب فوق از حضرت عالی تقاضا داریم اگر شرع مقدس اسلام اجازه دهد حکم فرمایید دختر مذکور با برادر بزرگ آن پسر بچه ازدواج کند که خود دختر هم راضی است.

جواب: هرگاه اجرای عقد مزبور از اول به مصلحت دختر صغیر نبوده، اصل عقد باطل است و اگر فرضاً مصلحت بوده ولی الان در انتظار ماندن آن دختر بیش از این موجب عسر و حرج شدید است ولی پسر می‌تواند صیغه طلاق آن دختر را اجرا کند و بعد با هر کس خواست ازدواج کند.» (مکارم شیرازی، ج ۱، ۱۴۲۷: ۲۵۴).

تاکید بر بطلان کودک همسری بدون رعایت مصلحت در استفتانات متعددی از سوی معظم له تکرار شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۱۴۴).

۲- مبانی دیدگاه آیت الله مکارم شیرازی

استفتای مرجع ما برای نظریه‌ی بطلان کودک همسری، استفتایی است که در تاریخ ۲۴ آذر سال ۱۳۹۵ در پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر آیت الله مکارم شیرازی به صورت ذیل درج شده است:

«پرسش: آیا ازدواج در سن زیر ۱۳ سال حرام است؟

پاسخ: در گذشته این اجازه به اولیاء داده می‌شد که حتی برای صغیر همسری انتخاب کنند و معمولاً مشکلی ایجاد نمی‌شد ولی در عصر و زمان ما عملاً ثابت شده است که این ازدواج‌ها به مصلحت دخترها و پسرها نیست و دارای مفاسدی است و با توجه به این که غبطه و مصلحت باید رعایت شود این گونه ازدواج‌ها باطل است و اعتباری ندارد. نسبت به آنچه در گذشته انجام شده اگر در آن زمان واقعاً مفسده‌ای نداشته و غبطه‌ی صغیر رعایت شده، محکوم به صحت است.»

در این مقاله تلاش شده که حکم بطلان مطروحه را مورد دقت نظر قرار داده و مبانی متصور برای بطلان مذکور مورد بررسی قرار گیرد. در این راستا، به چند احتمال، بنا بر تحلیل اینجانب می‌توان اشاره کرد:

۱-۲- مبنا قرار دادن قاعده‌ی (وجود مجیز صالح حین العقد)

یکی از مباحثی که مورد اختلاف نظر بین فقها قرار دارد، این است که آیا وجود مجیز صالح هنگام انعقاد عقد شرطیت دارد یا خیر؟ اگر قائل به اشتراط وجود مجیز صالح حین العقد باشیم، عقد نکاح واقع شده توسط ولی، باطل است، چرا که صغاری که قرار است بعد از بلوغ و رشد، تزویج را تنفیذ یا رد کنند در زمان انعقاد، به دلیل

صغر، صلاحیت لازم برای امضاء یا ردّ عقد را ندارند. اما در صورت عدم اشتراط قاعده‌ی مذکور، نکاح ولایی صحیح و نفوذ آن به اجازه یا ردّ صغار بعد از بلوغ و رشد آنان وابسته می‌شود. چه بسا، آیت الله مکارم شیرازی نیز این مطلب را مدّ نظر داشته باشند و با استناد به این قاعده حکم به بطلان تزویج ولایی صغار داده‌اند. از این‌رو، به بیان این قاعده پرداخته می‌شود.

علامه حلی در قواعد الاحکام چنین آورده‌اند:

اگر فضول، مالی از صغیر را بفروشد و کودک بعد از بلوغ، آن عقد را امضاء کند آن عقد نافذ نمی‌شود و نظریه‌ی اقرب را اشتراط وجود مجیز صالح حین‌العقد می‌دانند و عقد فضولی واقع شده را حتی با اجازه‌ی اصیل بعد از رفع حجر نیز نافذ نمی‌دانند؛ چون کودک در هنگام وقوع عقد، صلاحیت لازم برای تنفیذ یا ردّ عقد به دلیل صغر را نداشته است. همچنین در مثالی دیگر نیز با استناد به این قاعده می‌فرمایند که اگر فضول مال غیر را بفروشد و سپس بعد از وقوع عقد، فضول آن مال را از مالکش بخرد؛ در این فرض نیز با اجازه‌ی فضول، عقد سابق صحیح نمی‌شود، چرا که شخص فضول حین‌العقد، به دلیل مالک نبودن صلاحیت تنفیذ عقد را نداشته است (علامه حلی^۸، ۱۴۱۳: ۱۹). همچنین ایشان در باب تصحیح عقد فضولی، شرطیت وجود مجیز صالح در زمان انعقاد عقد را مطرح کرده و آن قول را به شافعی و حنفی نیز نسبت داده‌اند (علامه حلی^۹، ۱۴۱۴: ۱۴). سید یزدی نیز در صورتی که نکاح ولایی برای صغار دارای مفسده باشد، احتمال بطلان عقد را مبتنی بر قاعده‌ی مذکور بیان کرده و نکاح صورت گرفته را به دلیل فقدان شرایط لازم برای مجیز حین‌العقد صحیح ندانسته و با تنفیذ آنان بعد از رفع حجر نیز قابل تصحیح نمی‌دانند (یزدی^{۱۰}، ۱۴۲۱: ۶۲۶).

مبنای ارائه شده برای اثبات بطلان تزویج صغار در صورت عدم رعایت مصلحت، مبنای تامی به شمار نمی‌آید. شیخ انصاری این قاعده را مطرح و آن را خلاف ادله‌ی متقن فقه امامیه دانسته‌اند. ایشان فرموده‌اند که جایزالتصرف بودن مجیز در هنگام تنفیذ یا ردّ عقد فضولی معتبر است نه در زمان انعقاد عقد. ایشان مساله را در قالب مثالی مطرح کرده و می‌گویند که اگر شخصی مال یتیم را بدون وجود مصلحت بفروشد؛ آیا با اجازه‌ی یتیم بعد از رفع حجر یا اجازه‌ی ولی بعد از حدوث مصلحت پس از فروش فضولی آن، عقد قابل تصحیح است یا خیر؟

با استناد به کلام علامه حلی، باید گفت که چون یتیم در زمان انعقاد عقد محجور است نمی‌تواند در جایگاه مجیز قرار بگیرد؛ همچنین ولی یتیم نیز به دلیل عدم رعایت مصلحت در بیع اموال یتیم حق تنفیذ عقد را ندارد و بنابراین عقد باطل است.

از سوی دیگر، محقق کرکی تصریح می‌کند که شاید به دو دلیل، بتوان گفت که این عقد قابل تصحیح نیست و وجود مجیز صالح حین انعقاد عقد برای جلوگیری از تبعات فوق شرطیت دارد:

دلیل نخست این‌که در همان زمانی که فصول، مال یتیم را بدون احراز مصلحت می‌فروشد، بیع به دلیل عدم وجود شرط مذکور باطل است و وقتی معامله‌ای از ابتدا باطل می‌شود، قابل تصحیح نیست، چرا که اصلاً عقدی واقع نشده که بخواهد قابلیت تصحیح داشته باشد. دلیل دوم نیز این‌که اگر چنین عقدی قابل تصحیح باشد مستلزم ورود ضرر به مشتری اصیل است؛ چرا که از طرفی مشتری حق تصرف در مبیع را ندارد چون ممکن است یتیم بعد از رفع حجر معامله را تنفیذ نکند و مبیع را از مشتری مطالبه کند و همچنین مقتضی برای ملکیت مشتری در مبیع نیز به دلیل عدم مصلحت در بیع وجود ندارد. از طرف دیگر، حق تصرف در ثمن را هم ندارد؛ چرا که ممکن است یتیم بعد از رفع حجر، بیع را اجازه دهد و مالک ثمن شود و آن را از مشتری مطالبه کند. البته ایشان در ادامه‌ی مطالب، وجود مجیز حین العقد را شرط صحت عقد فصولی ندانسته و شیخ انصاری هم، از این نظریه متابعت کرده‌اند (محقق کرکی^{۱۱}: ۱۴۱۴: ۷۲)

شیخ انصاری با نقد ادله‌ی مذکور، عدم اشتراط قاعده‌ی فوق را اثبات می‌کند. در نقد دلیل نخست چنین می‌فرماید: این‌که امتناع صحت یک عقد در زمانی، موجب امتناع دائمی صحت آن عقد شود مخدوش است. مثلاً ممکن است فصول مال غیر را بفروشد و در هنگام وقوع عقد، مجیز در مسافتی دور از مکان اجرای عقد باشد و عادتاً امکان وصول او برای اجازه یا ردّ عقد وجود نداشته باشد. آیا چنین عقدی حتی با اجازه‌ی مجیز در زمان‌های بعد هم باطل است؟ مطابق نظر علامه و اشتراط حضور مجیز حین‌العقد باید قائل به بطلان این عقد بود چون اصیل به دلیل بعد مسافت امکان حضور را ندارد؛ در حالی که چنین نیست. افزون بر این، در نقد دلیل دوم نیز می‌توان گفت که ضرر وارد بر مشتری با جعل خیار برای او قابل تدارک است، چرا که حکمت جعل خیارات جبران ضرر وارد بر متعاقدين می‌باشد و با اختیار مشتری بر فسخ معامله، ضرر وارد شده بر او قابل دفع است.

شیخ انصاری با استناد به روایات مطلقه که در باب تزویج ولایی صغار مطرح شده و حضور مجیز حین‌العقد را معتبر ندانسته، نظریه‌ی اقوی را عدم اشتراط وجود مجیز حین‌العقد می‌دانند و معتقدند فقط علامه حلی قائل به ترجیح نظریه‌ی اشتراط مجیز حین‌العقد بر نظریه‌ی عدم اشتراط هستند (انصاری^{۱۲}: ۱۴۱۵: ۴۳۱).

مهم‌ترین اشکال مطرح شده درباره‌ی نظر علامه حلی آن است که در نزد فقهای امامیه دلیلی بر اشتراط وجود مجیز حین‌العقد اقامه نشده است (اصفهانی^{۱۳}: ۱۴۲۷: ۳۵۷). همچنین با دقت نظر در کلام علامه حلی باید گفت که ایشان قول اقرب را نظریه‌ی اشتراط مجیز حین‌العقد بیان کرده‌اند و همین قرینه‌ی لفظی (علی الاقرب)

گویای این مطلب است که نظریه‌ی عدم اشتراط نیز در ذهن ایشان بوده و با این وجود، نظریه‌ی اشتراط را قول اقرب معرفی می‌کنند.

از نظر حقوقی نیز موافق با ماده‌ی ۲۴۷ قانون مدنی، اجازه‌ی مالک یا قائم مقام مالک به صورت مطلق و با هر فاصله‌ی زمانی بعد از انعقاد فضولی، شرط نفوذ عقد است، بدون این که به وجود مالک یا مجیز صالح در حین عقد اشاره‌ای شده باشد.

با توجه به ادله‌ی فقهی و حقوقی که ذکر شد و شاذ بودن نظریه‌ی علامه حلی در بین فقهای امامیه و همراهی این نظر با قواعد اهل تسنن، مبنای آیت الله مکارم شیرازی برای استفتای مذکور، نمی‌تواند قاعده‌ی مذکور باشد. توجه به نظر ایشان درباره‌ی عبارت مذکور از علامه حلی دلیل مهمی برای عدم پذیرش این مبنا می‌تواند باشد. معظّم له پس از این که کلام علامه‌ی حلی را محتمل الوجّهین می‌دانند، عدم اعتبار وجود مجیز در زمان عقد را «اقوی» تلقی کرده و تصریح می‌کنند که با دیدگاه جمعی از محققین از فقهای متأخر و معاصر موافق هستند و وجود مجیز در حال اجازه در تحقق ارکان عقد کفایت می‌کند و هیچ دلیل تعدّی بر غیر آن اقامه نشده است (مکارم شیرازی^{۱۴}، ۱۴۲۵: ۳۲۳-۳۲۲).

۲-۲- وجود مصلحت، شرط صحّت تزویج ولایی

مبنای دیگری که برای توجیه نظر آیت الله مکارم شیرازی می‌توان متصور شد این است که وجود مصلحت برای صغار، به عنوان شرط صحّت در نظر گرفته شود. مبتنی بر این نظر، هرگاه مصلحت در تزویج ولایی وجود نداشت که بنابر فتوای معظّم له در زمان کنونی، عملاً مصلحتی برای صغار در ازدواج زیر سن ۱۳ سال نیست؛ شرط صحّت عقد مخدوش است.

پذیرش عنصر مصلحت به عنوان شرط صحّت تزویج ولایی مخدوش است. ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی، برای صحّت تمام عقود که واقع می‌شوند، چهار شرط را پیش‌بینی کرده است:

«برای صحّت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: (۱) قصد طرفین و رضای آنها (۲) اهلیت طرفین (۳) موضوع معین که مورد معامله باشد (۴) مشروعیت جهت معامله».

یعنی برای صحّت هر معامله لازم است که چهار شرط مذکور مجموعاً تحقق یابند. حال وجود یا عدم شرایط مذکور در تزویج صغار توسط ولی قهری بررسی می‌شود.

رکن نخست) متعاقدين در تزویج ولایی، اولیای قهری صغار یعنی پدر و جد پدری هستند و قصد انجام عقد نکاح برای صغار که محوری‌ترین شرط صحّت قرارداد می‌باشد را دارند و با انعقاد عقد، خواستار ایجاد علقه‌ی زوجیت و آثار شرعی و حقوقی آن بین صغار هستند. در صورت خدشه به عنصر قصد و اراده در انشای معاملات، حکم به بطلان آن عقد می‌شود. بنابراین تا این جا که مشکلی وجود ندارد و شرط قصد متعاقدين یعنی اراده‌ی باطنی اولیای قهری مبنی بر زوجیت بین صغار موجود است. اما عنصر رضا که به قصد، ضمیمه شده است ممکن است مخدوش باشد. یعنی صغار رضایت باطنی نسبت به نکاح را نداشته باشند. ضمانت اجرای فرض

مذکور چیست؟ در پاسخ باید گفت که، اگر متعاقدين نسبت به معامله، رضایت باطنی نداشته باشند، معامله به دلیل اکراه، غیر نافذ می‌شود نه این‌که عقد راساً باطل شود. ماده‌ی ۲۰۳ قانون مدنی در این مورد می‌گوید:

«اکراه موجب عدم نفوذ معامله است اگرچه از طرف شخص خارجی غیر از متعاملین واقع شود».

رکن دوم در تزویج ولایی، رکن دوم ماده‌ی فوق، یعنی اهلیت متعاقدين اگر صغیر و صغیره مد نظر باشد مخدوش است، چرا که آنان اهلیت لازم برای ایجاد عقد را ندارند. اما شارع مقدس با تشریح ولایت و توسعه‌ی قلمروی آن بر کلیه‌ی شئون صغار در جهت حمایت از اموال و نفوس آنان، این اختیار شرعی را برای پدر یا جد پدری در نظر گرفته که حتی صغار را بتوانند بنابر وجود مصالح یا عدم مفسده به تزویج در آورند. بنابراین متعاقدين در تزویج ولایی صغار، ولی قهری آنان هستند که مجوز لازم شرعی برای عقد نکاح را دارند. بر این اساس، این رکن صحت نیز موجود است.

رکن سوم (موضوع عقد، ایجاد علقه‌ی زوجیت بین صغار می‌باشد که معلوم است و ابهامی در آن وجود ندارد. رکن چهارم) مشروع بودن جهت معامله یا هدف از ایجاد عقد هم که شرعاً و قانوناً تأمین است؛ چرا که شارع مقدس اهتمام خاصی نسبت به نکاح داشته و توصیه‌های اکیدی به این عقد دارند و برای حفظ مصالح جامعه و تأمین اخلاق حسنه به آن سفارش کرده‌اند.

با توجه به تحلیل ماده‌ی ۱۹۰ قانون مدنی که در مقام بیان شروط صحت معاملات می‌باشد؛ عدم نفوذ نکاح ولایی مطابق با ماده‌ی مذکور و هماهنگ با نظر مشهور فقهای امامیه می‌باشد. بنابراین، شرط صحت دانستن مصلحت برای مشروعیت تزویج ولایی مبتلا به اشکال است و نمی‌تواند مبنای معظم له قرار گرفته باشد.

۲-۳- مصلحت صغار، موضوع حکم جواز تزویج زیر سن ۱۳ سال

احتمال دیگری که برای بطلان می‌توان در نظر گرفت؛ این است که حکم جواز تزویج ولایی را حمل بر موضوع احراز مصلحت کنیم. برای تبیین مبنای فوق، ابتدا تعریفی از حکم، موضوع حکم و متعلق حکم ارائه می‌شود. حکم در علم فقه و اصول، خطاب شرعی و قانونی است که به اقتضاء یا به تخییر از جانب خداوند متعال به افعال مکلفین تعلق می‌گیرد و برای تنظیم زندگی فردی و اجتماعی انسان‌ها تشریح شده است. تعریف حکم به خطاب، مشهور میان قدامی اصولی است. چهار حکم وجوب و حرمت و استحباب و کراهت، خطابات اقتضایی شارع و حکم اباحه، خطاب تخییری محسوب می‌شود (شهید اول^{۱۵}، ۱۴۳۰: ۱۰. نجفی^{۱۶}، ۱۳۶۲: ۳۶۱. فاضل موحّدی لنگرانی^{۱۷}، ۱۳۸۵: ۳۱۳).

خطابات اقتضایی، به معنای مطالبه‌ی شارع است و در مورد احکامی است که قانون‌گذار اسلامی از افراد جامعه توقع انجام یا ترک افعال معین را دارد که منحصر در چهار حکم مذکور می‌باشد و احکام تخییری، احکامی است که انسان درباره‌ی ترک یا انجام عمل معین می‌تواند آزادانه تصمیم بگیرد. اباحه‌ی شرعی تنها حکم تخییری مستفاد از قانون شرع است (جعفری لنگرودی^{۱۸}، ۱۳۷۰: ۱۸).

موضوع حکم به مجموع قیود و شرایطی می‌گویند که فعلیت حکم مجعول، منوط به تحقق آن است و شارع در جعل حکم، وجود آن‌ها را در متعلق حکم مفروض در نظر گرفته است. موضوع حکم، مکلفی است که علاوه بر این که شرایط عامه‌ی تکلیف را دارد، فرض شده که شرایط خاص تکلیف را هم دارد تا حکم در حق او فعلیت پیدا کند (صدر، ۱۹: ۱۴۰۶، ۱۲۱: ۱۴۰۶، کاظمی خراسانی، ۲، ج ۱، [بی تا]: ۱۴۵).

متعلق حکم نیز فعل مکلف در خارج است که حکم شرعی به آن تعلق می‌گیرد؛ یعنی آن چه که شارع از مکلف به صورت فعل و ترک مطالبه می‌کند را متعلق تکلیف می‌نامند، مثل حج و نماز و روزه (کاظمی خراسانی، ۲، ج ۱، [بی تا]: ۱۴۵، صدر، ۲۲: ۱۳۹۵، ۱۵۵).

حال، ارکان فوق را در قضیه‌ی شرعی مد نظر شناسایی می‌کنیم:

«تزویدج ولایی با شرط وجود مصلحت برای صغار جایز است».

در قضیه‌ی فوق، (جواز) حکم و (تزویدج ولایی) متعلق حکم و (وجود مصلحت برای صغار) موضوع حکم است که فعلیت یافتن حکم منوط به احراز موضوع، یعنی وجود مصلحت در نکاح مذکور برای صغار می‌باشد. با توجه به قاعده‌ی فعلیت حکم هنگام وجود موضوع؛ به دلیل این که مطابق استفتای مذکور عملاً در عصر ما وجود مصلحت برای تزویدج صغار از اساس منتفی است، حکم محمول بر آن هم منتفی می‌شود، چرا که هنگام انتفای موضوع، حکم نیز از اساس منتفی است و در واقع حکم جواز تزویدج ولایی را سالبه به انتفای موضوع می‌دانیم. بنابراین توجیه بطلان برای نکاح ولایی زیر سن ۱۳ سال اثبات گردید.

مبنای فوق از نظر اصولی توجیه مناسبی به نظر می‌رسد، منتها اشکالی که مطرح می‌شود تفاوت حکم شرعی با فتوا می‌باشد؛ چرا که نظریه‌ی معظم له در قالب استفتاء بیان شده است نه این که ماهیت حکم برای آن مطرح شده باشد.

«خبرگزاری دانشجویان ایران - ایسنا»، در تاریخ ۲۲ آذر ۱۳۹۵ خبری را منتشر کردند که آیت الله مکارم شیرازی، در دیدار با اعضای کمیسیون فرهنگی مجلس و در پاسخ به خانم فاطمه ذوالقدر، تصریح می‌کنند که این نظریه، ماهیت فتوایی دارد: «من از نظر فتوا این اجازه (ازدواج زیر سن ۱۳ سال) را نداده و نمی‌دهم». بنابراین با توجه به تصریح معظم له، ماهیت بطلان کودک‌همسری، فتوای اختصاصی برگرفته از اجتهاد پویا و هوشمندانه‌ی ایشان می‌باشد.

۴-۲- حکم حکومتی بودن بطلان نکاح زیر سن ۱۳ سال

یکی دیگر از مبانی متصور آن است که نظریه‌ی مذکور جزء احکام حکومتی در نظر گرفته شود. در مورد حکم حکومتی و امور موثر در صدور آن چنین گفته شده است که امام زمان (ع) در زمان غیبت کبری نایب خاصی ندارند، اما از آن جا که احکام اسلام در هیچ زمانی نباید تعطیل شود و از طرفی دسترسی به امام زمان (ع) نیز در زمان غیبت میسر نیست، از این جهت مراجع تقلیدی که واجد تمام شرایط باشند به عنوان

نیابت عام در زمان غیبت، وظایف امام معصوم (ع) را در حدّ مقدور انجام می‌دهند و احکام شریعت را برای مردم بیان و در حدّ قدرت اجرا می‌کنند.

در زمان غیبت امام زمان (ع)، مجتهدی که در زمان غیبت، شرایط افتاء و حاکمیت را دارا باشد، حاکم شرع جامع‌الشرایط است و حکم حکومتی، حکمی است که حاکم شرع جامع‌الشرایط در شرایط استثنایی به طور موقت و با استناد به قواعد کلی فقه اعلام می‌کند. البته باید تمام جوانب و مصالح و مفسدات گوناگون توسط کارشناسان مربوطه سنجیده شود و سپس حاکم شرع حکم کند. حکم حکومتی یا احکام موسمی، متقوم به حاکمیت اسلامی است نه شخص حاکم شرع (منتظری^{۲۳}، ج ۳، [بی‌چا]: ۱۸۵ و ج ۲، [بی‌چا]: ۲۵۸).

به عنوان مثال، فتوای تحریم تنباکو توسط میرزای شیرازی که فقهی جامع‌الشرایط بودند را می‌توان، نوعی حکم حکومتی در نظر گرفت. وفق مطالب مذکور در صدور حکم حکومتی ضرورت دارد که نگاه موسعی اتخاذ شود و از انحصار آن به افراد محدود اجتناب شود. «صلاح امت اسلام» آن قدر گسترده است که نگاه مذکور را تایید می‌کند.

بنابراین می‌توان نظریه‌ی آیت‌الله مکارم شیرازی را با توجه به این که ایشان مجتهد جامع‌الشرایط هستند و شرایط افتاء و حاکمیت را دارند از احکام حکومتی به شمار آورد. معظم‌له به طور موقت و در زمان حاضر و با اتکاء به نبود مصلحت، در قالب حکم حکومتی نکاح ولایی زیر سن ۱۳ سال را باطل اعلام کرده‌اند.

در تحلیل این مبنا باید گفت که مطابق با بیانات آیت‌الله مکارم شیرازی در مورد احکام حکومتی نمی‌توان حکم به بطلان نکاح مذکور را از احکام حکومتی دانست. ایشان فرموده‌اند:

احکام حکومتی مقررات خاصی است که حاکم اسلامی برای اجرای احکام اولی یا ثانوی وضع می‌کند مانند مقررات مربوط به گذرنامه و رانندگی و مانند آن که همگی برای برقراری نظم جامعه که وجوب آن از احکام اولی‌یهی اسلام است توسط حکومت و زیر نظر حاکم اسلامی وضع می‌شود. این احکام که مقدمه‌ای برای اجرای حکم ثانوی است، حکم حکومتی محسوب می‌شود. ملاک وضع احکام حکومتی، چیزی جز مصلحت اسلام و مسلمین نیست و روشن است که با تحوّل در روابط، مناسبات، تکنولوژی و ... مصالح مردم دستخوش تغییر می‌گردد. (مکارم شیرازی^{۲۴}، [بی‌چا]: ۲۱۵ و ۲۸۸).

ایشان صراحتاً فرموده‌اند که اگر خواهیم برای هر فقهی مستقلاً و بالفعل ولایت قائل شویم مستلزم «هرج و مرج شدید»، «اختلاف کثیر»، «وقوع تشاجر و اختلال نظام» است و امری غیر ممکن می‌باشد. بنابراین تعدد ولیّ فقیه را پذیرا نیستند و به همین دلیل در یک زمان و یک جامعه، «وحدت ولیّ فقیه» ضرورت دارد نه «ولایای فقیه» (مکارم شیرازی^{۲۵}، ۱۴۲۵: ۴۷۳).

در مواردی که به اداره‌ی کشور اسلامی و مسائل عمومی جامعه اسلامی ارتباط دارد، نظر ولیّ امر مسلمین باید اطاعت شود و اطاعت از حکم ولیّ امر مسلمین واجب است. ولی در مسائل فردی محض، هر مکلفی باید از

فتوای مرجع تقلیدش پیروی نماید. اطاعت از حکم ولیّ فقیه بر همگان واجب است و فتوای مرجع تقلید نمی‌تواند با آن معارضه کند. هیچ کس حق ردّ حکم حاکم را ندارد، مگر در جایی که علم به خطا و اشتباه او داشته باشد یا این که حاکم واجد شرایط لازم نبوده باشد (موسوی خلخالی^{۲۶}، [بی‌جا]: ۳۴۵. مکارم شیرازی^{۲۷}، [بی‌جا]: ۲۴. هادوی تهرانی^{۲۸}، [بی‌جا]: ۱۴۴).

علاوه بر این، معظمّ له در جایی دیگر نیز بیان داشته‌اند که حکم حاکم شرع، اختصاصی به مقلّدین خاصی ندارد، بلکه برای عموم مردمی که در قلمروی خطاب قرار می‌گیرند حجّیت دارد و مجتهدین دیگر حتی اگر اعلم از حاکم شرع باشند نیز باید از آن حکم تبعیت کنند و نقض حکم حاکم شرع جایز نمی‌باشد (مکارم شیرازی^{۲۹}، [بی‌جا]: ۴۳۷).

همچنین در توجیه حکم حکومتی دانستن فتوای میرزای شیرازی به تحریم تنباکو؛ باید گفت که این فتوا چون قبل از زمان پیدایش حکومت اسلامی بوده است می‌تواند بر اساس مجتهد بودن ایشان نوعی حکم حکومتی تلقی شود. اما بعد از پیدایش حکومت اسلامی و تشکیل آن، صدور حکم حکومتی مختصّ حاکم شرع می‌باشد و کسی غیر از او شان صدور این احکام را ندارد چون موجب اخلال در نظام شده و بر خلاف مصالح نظام اسلامی است. در واقع می‌توان گفت با امکان صدور حکم حکومتی از سوی مجتهدان و اختلاف فتوای آنان جامعه فرو می‌پاشد (آصفی^{۳۰}: ۱۴۲۶: ۲۰۴).

۵-۲- تاثیر زمان و مکان در قوانین و احکام شرعی

یکی دیگر از مبانی متصورّ برای بطلان تزویج زیر سنّ ۱۳ سال، «مقتضیّات زمان و مکان» می‌باشد. بررسی رویکردهای فقههای اسلامی بیان‌گر آن است که عده‌ای معتقدند که دو عنصر زمان و مکان که پدیده‌های طبیعی متغیّری می‌باشند در اجتهاد و استنباط احکام شرعی تاثیر به سزایی دارند. منظور از تاثیر زمان و مکان در اجتهاد، تغییر حکم به نحوی است که سبب آن، تغییر موضوع احکام باشد. نقش مقتضیّات زمانی و مکانی در اجتهاد، باعث پویایی فقه در پاسخ به مسائل نو ظهور در اعصار جدید و تاکید بر جامعیت احکام اسلامی نسبت به همه‌ی فروع است.

آیت الله مکارم شیرازی این عنوان را مفصلاً مورد بررسی قرار داده‌اند:

بدون شک ما احکامی داریم که همواره غیر قابل تغییر هستند مانند وجوب نماز و روزه و در مقابل، احکام دیگری نیز داریم که با تغییر زمان و مکان دگرگون می‌شوند. یعنی زمان و مکان، موضوعات این احکام را تغییر می‌دهد و حکم به تبع موضوع جدید، تغییر می‌کند، چرا که احکام دائر مدار موضوعات است و موضوع به منزله‌ی علت برای احکام لحاظ می‌گردد. برای مثال، حکم حرمت خمر، تا زمانی است که موضوع خمر باقی باشد اما به محض این که خمر تبدیل به سرکه شد، پاک می‌شود. بدیهی است که تحریم خمر هرگز نسخ نشده،

بلکه موضوع آن دگرگون و حکم مربوطه نیز متفاوت شده است. البته باید توجه داشت که بحث ما تغییرات زمان و مکان در موضوعات عرفیه است نه حقایق شرعیه مثل نماز و روزه که دست‌خوش تغییرات واقع نمی‌شوند. یکی از اقسام دگرگونی در موضوع، این است که هیچ تغییری در ماهیت یا اوصاف ظاهری موضوع رخ نمی‌دهد؛ بلکه ویژگی‌های اعتباری که قوام آن موضوع است دگرگون می‌شود. یعنی شرایط زمانی و مکانی، مصالح و مفاسد احکام یا ملاکات احکام را تغییر دهد، مثلاً عملی که تا به حال مفاسد برانگیز بوده با تغییرات زمانی دارای مصلحت قابل اعتنایی شود و به تبع آن حکم جدیدی پیدا می‌کند.

به عنوان مثال، فقهای متقدم خرید و فروش خون را حرام می‌دانستند، اما امروزه که از خون انسان‌ها برای نجات جان مصدومین بهره می‌گیرند، موضوع دگرگون شده و دارای منفعت محلله‌ی قابل توجهی شده است و بنابراین شرایط خرید و فروش آن جایز شده است.

تبدل موضوع در این صورت نیز روشن است، زیرا صفات مقومه‌ی موثر در حکم تغییر کرده و به تبع آن حکم نیز تغییر پیدا می‌کند. اما اگر موضوع بر همان ماهیت و ویژگی‌های مقومه‌ی خود باقی بماند، حکم هم تا ابد تغییر نخواهد کرد. چراکه تغییر حکم در این حالت جز با نسخ امکان‌پذیر نیست و آن هم پس از رسول خدا(ص) منتفی شده است.

بسیاری از مسائل مستحدثه در عصر و زمان ما و در زمان‌های آینده از طریق اصول کلیه‌ای که در کتاب و سنت وارد شده با در نظر گرفتن دگرگونی موضوعات قابل حل است. مسائل مستحدثه در پرتوی اصول کلیه و با در نظر گرفتن تغییر موضوعات بر حسب زمان و مکان قابل حل است و از این نظر خلا فقهی و شرعی در دین اسلام وجود ندارد(مکارم شیرازی^{۳۱}، [بی‌جا]: ۴۶۹-۴۷۵. فاضل لنکرانی^{۳۲}، ۱۴۲۸: ۳۰۲-۳۰۷ و ۲۷۴؛ سبحانی تبریزی^{۳۳}، ۱۴۱۸: ۳۲۲-۳۲۴).

بر اساس مطالبی که بیان شد، آیت‌الله مکارم شیرازی از موافقان تاثیر مقتضیات زمان و مکان در اجتهاد می‌باشند. در استفتای مذکور هم آمده است که در گذشته تزویج ولایی صغار، توسط اولیاء آن‌ها انجام می‌شد و معمولاً مشکلی ایجاد نمی‌کرد؛ اما در زمان ما عملاً ثابت شده که نکاح صغار به مصلحت آن‌ها نیست و دارای مفاسدی است و با توجه به این که مصلحت باید رعایت شود این‌گونه ازدواج‌ها باطل اعلام شده است. همین که معظم‌له صراحتاً در متن فتوا، از عبارت (در عصر و زمان ما) استفاده کرده‌اند؛ مویدی برای این نظریه می‌باشد که ایشان مقتضیات زمانی را در حکم مذکور مد نظر داشته‌اند.

موضوع مصلحت برای صغار در نکاح مذکور، طبق مقتضیات زمانی و مکانی مفقود شده است و حکم جواز تزویج ولایی نیز متأثر از دگرگونی موضوع، دست‌خوش تغییر شده است؛ چرا که علت مشروعیت نکاح، احراز موضوع مصلحت برای صغار است که در زمان کنونی مفقود است و به دلیل عدم احراز موضوع، حکم جواز نیز بر آن قابل حمل نیست.

همچنین، مجتهدین با بررسی آثار سوء و مفسداتی که نکاح ولایی از همه‌ی جوانب برای صغار به دنبال دارد و تشخیص عملی فقدان مصلحت به نحو مطلق در این‌گونه از ازدواج‌ها، تغییر فتوا داده و کودک‌همسری را در زمان کنونی باطل اعلام کرده‌اند. بنابراین مطابق تفسیری که از تاثیر مقتضیات زمان و مکان ارائه شد استفتای معظم له با اتکاء به این معنا قابل توجیه می‌باشد.

عباراتی که ذیلاً از معظم له نقل می‌شوند، تاییدکننده‌ی مطالب پیش‌گفته می‌باشد:

«در زمان ما مصلحتی در عقد صغیر و صغیره نیست و حکم ولایت عوض نشده؛ ولی موضوع ولایت بر صغیر و صغیره مع المصلحه و عدم المفسده عوض شده است و کمتر اتفاق می‌افتد که برای صغیر و صغیره ازدواجی واقع شود و بعد از کبیر شدن مخالفتی نکنند و دعوا نشود، اگر هم مخالفت نشود، لاقفل خوف مخالفت هست و این خوف مخالفت مفسده است، پس باید بگذاریم تا کبیر شوند حتی در اوایل بلوغ هم شاید مصلحت نباشد باید عقلشان کامل تر شود، تا اختلافی پیش نیاید، پس ما که در ولایت بر صغیر و صغیره طرفدار مصلحت هستیم، در زمان خودمان اجازه نمی‌دهیم، حتی مشهور هم که قائل به عدم مفسده هستند، باید در زمان ما عقد صغیر و صغیره را اجازه ندهند، چون مفسده دارد. باید توجه کرد که در این‌جا حکم عوض نشده است بلکه موضوع عوض شده و با تغییر موضوع، حکم آن نیز عوض می‌شود.» (مکارم شیرازی^{۳۴}، ۱۴۲۴:۳۵).

ایشان در موضع دیگری درباره‌ی نکاح صغار در عصر حاضر چنین می‌نویسند: ولایت در تزویج چه دائر مدار مصلحت باشد و چه دائر مدار عدم مفسده باشد، عقد اولیای صغار در عصر ما صحیح نیست مگر در مواردی که نادر است؛ زیرا چنین عقدهایی به مفساد کثیری بعد از بلوغ صغار منتهی می‌شوند. صغار تزویج با شخص مورد نظر ولی را نمی‌پذیرند مگر شخصی که خودشان او را انتخاب کرده و او را دوست داشته باشند. از این جهت باید اولیاء از چنین عقدهایی اجتناب کنند. (مکارم شیرازی^{۳۵}، ۱۴۲۵:۳۰۰).

۶-۲- استناد به قاعده‌ی (وجود مقتضی و فقدان مانع)

توجیه دیگری که برای اثبات بطلان مطابق با استفتای مورد نظر می‌توان عنوان کرد؛ استناد به قاعده‌ی مقتضی و مانع است.

مطابق با منطوق استفتا، ایشان دو بار در این پاسخ به قاعده‌ی مقتضی و مانع استناد کرده‌اند. با تکیه بر این‌که ایشان، عدم وجود مصلحت در این‌گونه از ازدواج‌ها را قرین وجود مفسده در نکاح ولایی قرار داده‌اند؛ می‌توان احتمال داد که ایشان، مبنای مقتضی و مانع را مد نظر داشته و از آن برای توجیه حکم به بطلان استفاده کرده‌اند. برای فهم بهتر مبنا، مفهوم مقتضی و مانع را اجمالاً مورد تعریف قرار می‌دهیم؛ چرا که در بسیاری از متون شرعی و حقوقی برای اثبات حدوث حکم شرعی یا حقوقی به عبارت معروف (مقتضی موجود و مانع مفقود) اشاره شده که در ادامه به بیان آن پرداخته می‌شود:

احکام شرعی یا حقوقی که از مقوله‌ی اعتباریات هستند، معلول به عللی هستند که از پیوستن آن‌ها به هم و تشکیل علت تامه، وجود پیدا می‌کنند. علت تامه، متشکل از وجود مقتضی به اضافه‌ی فقدان مانع است. مقتضی شرعی عبارت است از موضوع حکم شرعی. یعنی آن‌چه که به حسب جعل شارع، اقتضای اثر شرعی قرار داده

شده و با اجتماع شرایط و عدم موانع، افاضه‌ی اثر شرعی می‌کند. مانع نیز امری است که با جعل شارع از ترتب اثر شرعی جلوگیری می‌کند؛ مانند آن که شارع مقدّس ملاقات آب پاک با شیء نجس را مقتضی نجاست آب، و کر بودن آب را مانع نجاست در فرض ملاقات جعل کرده است.

همچنین گفته شده که مقتضی عبارت است از ملاکی که مبتنی بر آن، احکام تشریح می‌شوند، مانند این که عالم بودن زید موجب جعل حکم و جوب برای اکرام او می‌شود و مانع نیز عبارت است از چیزی که مزاحم تاثیر ملاک حکم و مانع تشریح حکم شرعی می‌شود مثل این که فاسق بودن زید مانع تشریح حکم و جوب اکرام برای او می‌شود. در تعریفی دیگر از مانع آمده است که، مانع چیزی است که از وجودش عدم لازم آید اما از عدمش وجود لازم نیاید؛ بلکه باید علاوه بر فقدان مانع، مقتضی نیز موجود شود تا اثر به وجود آید (کاظمی خراسانی،^{۳۶} ج ۴، [بی تا]: ۱۵، بهبهانی^{۳۷}، ۱۴۰۵: ۸).

در علم حقوق نیز مقتضی به هر عامل موثری می‌گویند که در صورت عدم مانع بتواند منشا اثر شود؛ برای مثال، عقد منشا اثر است هرگاه مخالف صریح قانون نباشد و اگر وجود مانع، احراز نشده باشد، باید مقتضی را دارای اثر مذکور دانست (جعفری لنگرودی^{۳۸}، ۱۳۷۸: ۳۴۷۰).

با توجه به توضیحاتی که بیان شد؛ کیفیت استدلال به قاعده‌ی فوق در دو موضع از استفتای معظّم له برای اثبات بطلان نکاح زیر سنّ ۱۳ سال مطرح می‌گردد.

در استناد نخست، مقتضی برای حکم جواز نکاح مذکور را وجود مصلحت در این نوع از ازدواج‌ها دانسته‌اند. مقتضی نیز زمانی تاثیر خود را می‌گذارد که مانع هم مفقود باشد. در استفتای مدّ نظر مقتضی جواز تزویج زیر سنّ ۱۳ سال که احراز مصلحت برای صغار در نکاح مذکور است مفقود بوده و علاوه بر فقدان مقتضی، مانع تاثیر مقتضی هم که وجود مفسده است در این نکاح موجود می‌باشد. بنابراین ازدواج مدّ نظر به دلیل (فقدان مقتضی و وجود مانع) محکوم به بطلان است.

در انتهای استفتاء نیز برای بار دوم به قاعده‌ی فوق استناد کرده و بیان داشته‌اند که اگر تزویج ولایی در زمان‌های قبل انجام شده و در آن زمان مقتضی جواز نکاح، که مصلحت صغیر است رعایت شده باشد و مانع هم که مفسده است مفقود باشد، ازدواج مذکور در زمان سابق به دلیل (وجود مقتضی و فقدان مانع) محکوم به صحت است.

بنابراین می‌توان قاعده‌ی (وجود مقتضی و فقدان مانع) را که باعث ایجاد علت تامّه در حدوث احکام شرعی (زوجیت) می‌شود را مبنایی برای بطلان نکاح زیر سنّ ۱۳ سال مطابق با استفتای مذکور دانست.

نتیجه گیری

در این مقاله مستندشناسی نظریه‌ی بطلان تزویج ولایی زیر سنّ ۱۳ سال مطابق با دیدگاه آیت الله مکارم شیرازی مدّ نظر نگارنده قرار گرفت. با توجه به ظاهر اظهارنظر معظّم له مبانی متعدّی بر بطلان تزویج ولایی متصور بود. به عنوان نتیجه‌ی نهایی می‌توان گفت که در این زمینه، عبارت «در عصر و زمان ما» بیان‌گر آن

است که مقتضیات زمانی و مکانی و تغییر موضوع در زمان کنونی و به تبع آن تغییر حکم، در موضوع کودک‌همسری مدخلیت دارد. در این زمینه باید دانست «نگاه آینده محور» باید لحاظ شود؛ به این معنا که صرف مصلحت در زمان انعقاد عقد دالّ بر توجیه تزویج صغار نمی‌باشد، بلکه مفسد بعدی مترتب بر چنین ازدواج‌هایی نقش محوری در بطلان کودک‌همسری ایفا می‌کنند. «قاعده‌ی مقتضی و مانع» مبنای دیگری است که به نظر نگارنده، برای بطلان تزویج ولایی در چارچوب نظر معظم له قابل ارائه است. تزویج صغار زمانی جایز است که مصلحت وجود داشته باشد و اگر وجود مصلحت، مقتضی جواز تزویج ولایی تلقی شود، عملاً در تزویج صغار در عصر حاضر مقتضی محرز نمی‌شود؛ بلکه مفسده نیز وجود دارد و مفسده مانع تاثیر مقتضی است. پس به علت فقدان مقتضی و وجود مانع برای صحت تزویج ولایی می‌توان قائل به بطلان آن شد.

به نظر نگارنده، بازاندیشی در ادله‌ی تزویج ولایی در فقه و حقوق امروزی ضرورت دارد و با در نظر گرفتن پویایی فقه شیعی باید در برخی از احکام دقت نظر ویژه‌ای اعمال کرد. آیت الله مکارم شیرازی با نظر مشهور فقها و حقوق دانان مخالفت کرده و نظری را ارائه داده‌اند که با شرایط و مصالح کنونی جامعه و اقتضائات بین‌المللی هم‌خوانی بیشتری دارد. به نظر می‌رسد که بقیه‌ی مراجع عظام نیز باید نسبت به نواندیشی در ادله‌ی شریعت نبوی اهتمام بیشتری بورزند. علاوه بر این که استفتای مبتنی بر مبانی علمی و عملی آیت الله مکارم شیرازی می‌تواند در موضع تقنین نیز موثر واقع شود و باعث ایجاد انگیزه برای اصلاح ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی گردد که حدود دو دهه است که با تحولات متعدد جامعه‌ی کنونی تغییری نداشته و فاقد کارایی و ضمانت اجرایی لازم می‌باشد. با توجه به استفتای این عالم دانشمند می‌توان برای اصلاح ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی که ملاک رسمیت کودک‌همسری در حقوق مدنی ما می‌باشد؛ از نظریه‌ی معظم له بهره گرفت.

پی نوشت‌ها

1. Www.mararem.ir
2. Azdi
3. Makarem Shirazi
4. Makarem Shirazi
5. Makarem Shirazi
6. Makarem Shirazi
7. Esfahani
8. Ansari
9. Seifi
10. Makarem Shirazi
11. Makarem Shirazi
12. Allame Helli
13. Allame Helli
14. Mohaghegh Karaki
15. Jafari Langroudi
16. Makarem Shirazi
17. Montazeri
18. Musawi Khalkhali
19. Shahid Avval
20. Sadr
21. Sadr
22. Fazel Movahedi Lankarani
23. Kazemi Khorasani
24. Behbahani
25. Jafari Langroudi
26. Asefi
27. Hadavi Tehrani
28. Fazel lankarani
29. Sobhani Tabrizi
30. Najafi
31. Makarem Shirazi

References

- Allama Hali, H (1413). Al-Ahkam Rules, Volume 2, First Edition, (Editor: Qom Seminary Teachers Association), Qom: Al-Nashar al-Islami Foundation.
- Allama Hali, H (1414). Tadzkirah al-Fiqaha (Ta al-Hadith: Al-Taharah al-Jaala), vol. 10, first edition, Qom: Al-Al-Bayt Foundation, peace be upon them, Lahaya al-Tarath.
- Allame Helli, J .(1992). Qawaid Al- ahkam, V 2, First Edition, Qom: Al- nashr Al- Islami Institute. (In Arabic)
- Allame Helli, J . (1993).Tazkerah Al-foghaha, V 10. , First Edition, Qom: Alolbayt Foundation Ihya Al-turath. (In Arabic)
- Ameli, Shahid Avval,M.(2009).Mosoueh Shahid Avval,V 15,unplaced, Qom: Maktabat Al-a'lam Al-islami Fi Al-hozah Al-elmiyah.(In Arabic)
- Ansari, M. (1415). Al-Makasab (Ansari-Congress), vol.3, first edition, Qom: Al-Tomar al-Alami, on the occasion of remembering the second centenary of the birth of Sheikh al-Azam al-Ansari.
- Ansari, m.(1994). Al-makaseb, v 3, First Edition,Qom. (In Arabic)
- asefi, m(2005). AL- Ijtihad And Al- Taqlid And Salat Al- Faqih And Salahiateh qom:Al-Fiqh islami institute.(in Arabic)
- Asefi, M. (1426). Al-Ijtihad and Taqlid and Salat al-Faqih and its powers, [Bicha], Qom: Institute of Islamic Fiqh Encyclopedia.
- Ayatollah Makarem Shirazi Information Center.
- Behbahani, A. (1984). Al-qawaid Al-kolliyah Memma Yabtani Alayh Kasir Men Mo'zalat Masael Al- feqh And Osoul, V 1, First Edition, Ahwaz: Maktabat Dar al- eilm. (In Arabic)
- Behbahani, AD (1405). The Universal Rules That Build on Many of the Problems of Jurisprudence and Principles, Vol. 1, First Edition, Ahvaz: Dar al-Ilm Library.
- Esfahani, M. (1427). Commentary on Fiqha, vol. 3, first edition, Qom: Al-Zhakhir al-Islamiyya.
- Esfahani, m.(2006).Tabserah Al- foghaha', V3, First Edition, Qom: Majma Al-dhakhir Al-islamiyah. (In Arabic)
- Fazel Lankarani, M. (1428). Treatises on fiqh and al-usul, 2nd edition, (compiled by: Jurisprudence Center of the Purified Imams (a.s.), Qom: Center for Jurisprudence of the Purified Imams, peace be upon them.
- Fazel Lankarani, M.(2007)Rasael Fi Feqh And Osoul, Second Edition, Qom:Global Center For Jurisprudence Of Dure Imams (In Arabic)
- Fazel Mohedi Lankarani, M. (1385). Eydah al-Kafaya, vol. 5, [Bicha], Qom: Nouh.
- Fazel Movahedi Lankarani,M.(2006). Izah Al-kifayah, V 5, unplaced, Qom:Noah. (In Arabic)
- Hadavi Tehrani, M. (1377)). Velayat al-Faqih, [Bisha], Tehran: Cultural Institute of Contemporary Knowledge and Thought (Publishing Center of the Research Institute of Islamic Culture and Thought.(
- Hadavi Tehrani, M. (1998). Wilayat Al- faghih, unplaced, Tehran: Research Institute For Islamic Culture And Thought. (In Persian)

- Jafari Langroodi, M. (1991). Legal Schools in Islamic Law, Second Edition, Tehran: Library Ganj Danesh.
- Jafari Langroodi, M. (1999). Detailed in Legal Terminology, Vol. 5, First Edition, Tehran: Ganj Danesh Library.
- Jafari Langroodi, M.(1991) , Law Schools In Islamic Law, Second Edition, Tehran: Ganje Danesh.(In Persian)
- Jafari Langroodi, M.(1999). Mabsoot Dictionary Terms Of Law , V5, First Edition, Tehran: Ganje Danesh.(In Persian)
- Kazemi Khorasani, M. Fawad al-Asul, [Bicha], (Al-Mhaqqq: Al-Sheikh Rahmati Al-Araki), vol.1, vol.4, Qom: Al-Nashar al-Islami Foundation.
- Kazemi khorasani,M. (Undated). Fawaed Al-osoul, V1 and 4, unplaced,Qom: Al- nashr Al-islami Institute. (In Arabic)
- Makarem Shirazi, n (1390). Lights of Jurisprudence in the Rules of the Pure Family, Vol. 1, First Edition, Qom: Imam Ali ibn Abi Talib Publishing House Abu Talib (peace be upon him).
- Makarem Shirazi, N (1424). Kitab al-Nikah, vol. 2, first edition, Qom: Publications of Imam Ali bin Abi Talib (peace be upon him) school.
- Makarem Shirazi, n (1425). Anwar al-Fiqah - Kitab al-Nikah, first edition, Qom: Publications of the Imam Ali ibn Abi Talib (peace be upon him) School.
- Makarem Shirazi, N (1425). Anwar al-Fiqahah - Book of sale, first edition, Qom: Publications of Imam Ali bin Abi Talib (peace be upon him) school.
- Makarem Shirazi, n (1427). Istifta'at, vol. 1, (compiled by: Abul-Qasim Aliyan-Najadi), [No.], Qom: Imam Ali ibn Abi Talib (a.s.) School.
- Makarem Shirazi, n (1427). New Polls, vol. 1, vol. 2, second edition, Qom: Imam Ali ibn Abi Talib (a.s.) School Publications.
- Makarem Shirazi, n (1428). Women's Rules, 11th edition, Qom: Imam Ali ibn Abi Talib (peace be upon him) School Publications.
- Makarem Shirazi, n (2006). Encyclopedia of Comparative Jurisprudence, Vol. 1, [Bicha], Qom: Imam Ali ibn Abi Talib (a.s.) School.
- Makarem Shirazi,n . (2003). Kitab Al-nikah, V 2, First Edition, Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib School.(In Persian)
- Makarem Shirazi,n .(2004). Anwar Al-fighahah Kitab Al-bai' , First Edition , unplaced,Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib School.(In Arabic)
- Makarem Shirazi,n .(2004).Anwar Al-fighahah Kitab Al-nikah , First Edition,unplaced,Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib School.(In Arabic)
- Makarem Shirazi,n .(2006) . Estefta't, V 1, unplaced, Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib School.(In Persian)
- Makarem Shirazi,n .(2006).New Estefta't, V 1 and 2, Second Edition, Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib School.(In Persian)
- Makarem Shirazi,n .(2007).Womens Legal Rulings ,Eleventh Edition, Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib School.(In Persian)
- Makarem Shirazi,N .(2011). Anwar Al-fighahah Fi Ahkam Al-etrah Al- tahirah,V 1 , First Edition ,Qom: Imam Ali Ibn Abi Talib School.(In Arabic)

- Mohaghegh Karaki, A. (1993). *Jame Al-maqasid Fi Sharh Al- Qawaid*, V4, Second Edition, Qom: Alolbayt Foundation Ihya Al-turath. (In Arabic)
- Montazeri, H. (2005). *Istifta'at*, vol. 3 and vol. 2, [Bisha], Tehran: Sayeh Publishing.
- Montazeri, H. (2005). *Estefta't*, V2 and 3, unplaced, Tehran: Sayeh. (In Persian)
- Mousavi Khalkhali, M. (2001). *Hakimiyah in Islam*, [Bisha], Qom: Qom Seminary Teachers' Association , Islamic Publications Office.
- Musawi Khalkhali, M. (2001). *Governance In Islam*, Qom: Islamic Publication Office Affiliated with Qom Seminary Teachers Society. (In Persian)
- Najafi, M. (1362). *Jawaher al-Kalam (T. al-Qadimah)*, vol. 17, [bicha], (researcher and commentator: Mahmoud Quchani and others), Beirut: Dar Ihya al-Turaht al-Arabi.
- Najafi, M. (1983). *Jawahir Al-kalam Fi Sharh Sharia Al- islam*, V 17, unplaced, Beirut: Dar Ihya Al-turatal Al-arabi. (in Arabic)
- Researcher Kirki, AD (1414). *Jami al-Maqasid fi Sharh Al-Qasas*, Vol. 4, second edition, (Researcher: Al-Al-Bayt, peace be upon them, Lahaya al-Tarath), Qom: Al-Al-Bayt, peace be upon them, Lahaya al-Tarath.
- Sadr, M. (1406). *Lessons in science*, vol. 1, 2nd edition, Beirut: Dar al-Kitab al-Lebanani.
- Sadr, M. (2015). *The new foundations of Islam*, second edition, Tehran: Maktaba Al-Najah.
- Sadr, M. (1985). *Dorous Fi Eilm Osoul*, V 1, Second Edition, Beirut: Dar Al- kitab Al-lubnani. (In Arabic)
- Sadr, M. (2016). *Alma'lem Al-jadidah al-osoul*, Second Edition, Tehran: Maktabat Al-najah. (In Arabic)
- Saifi, A. ([Bita]). *Reason for writing Al-Wasilah (Al-Nikah)*, vol. 2, [Bita], Qom: The Institute for the Compilation and Publication of the Works of Imam Khomeini, His Holiness.
- Seifi, a. (undated). *Dalil Tahrir Al-wasilah al-nikah*, v 2, unplaced, Qom: Institute For Compilation And Publication Of Imam Khomeini. (In Arabic)
- Sobhani Tabriz. J. (1997). *Encyclopedia Of Classes Of Jurists*, V1, First Edition, Qom: Imam Sadiq Institute. (In Arabic)
- Sobhani Tabrizi, Vol. (1999). *Encyclopedia of the Classes of Jurisprudents*, Vol. 1, First Edition, Qom: Imam Sadiq Ali Foundation. Al-Salam.
- The First Martyr, M (1430). *Al-Shaheed Al-Awwal Encyclopedia*, Vol. 15, [Bicha], (author: Reza Mokhtari), Qom: Al-Alam Al-Islami School in Al-Hawza Al-Alamiyyah.
- www.MakaremShirazi.Ir
- Yazdi, M. (1421). *Al-Urwa al-Wathqi (A number of jurists, a group of teachers)*, vol. 5, [Bisha], Qom: Islamic Publishing Institute.
- Yazdi, m. (2000). *Orvat Al-vosqa*, V 5, unplaced, Qom: Al-nashr Al-islami Institute. (In Arabic)