



فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین

Journal of Jurisprudence and Modern Law

Home Page: www.jaml.ir



مرکز اطلاعات علمی جهان و دانشگاهی
Scientific Information Database

Sponsored and Indexed by
CIVILICA
We Respect the Science



ESJI
www.ESJIndex.org

Eurasian
Scientific
Journal
Index



Academic
Resource
Index
ResearchBib



Academia.edu
share research



سال انتشار	۱۴۰۳	شماره انتشار	۲۱	دوره انتشار	۶	صفحات	۱-۱۷
------------	------	--------------	----	-------------	---	-------	------

بررسی چالش فقهی و حقوقی کودک همسری در قانون مدنی افغانستان و مصر

آقای محمد عمر مبارز، آقای دکتر عباس نیکزاد و آقای دکتر عبدالحکیم سلیمی

دانشجوی دکتری فقه مقارن جامعه المصطفی نمایندگی گلستان

عضو هیات علمی دانشگاه علوم پزشکی و خدمات بهداشتی درمانی بابل

عضو هیئت علمی جامعه المصطفی العالمية قم

چکیده

خانواده، به عنوان اساسی ترین نهاد اجتماعی و تربیتی، محور اصلی سعادت و کمال انسانی است. زن و شوهر در این نهاد، با همدلی و عشق، به آرامش و خوشبختی دست یافتند. این امر، عمدتاً در خانواده‌هایی تحقق یافته است که اعضای آن به رشد کافی، درک شرایط، بلوغ فکری، و آمادگی روحی و روانی برای ازدواج سالم رسیده اند. از همین جهت از جمله چالش‌های مهم دوران معاصر، پدیده کودک همسری است؛ یعنی ازدواج دختران و پسرانی که به بلوغ جسمی و فکری کامل نرسیده اند این مسئله در برخی خانواده‌ها رخ داده و پرسشی که در این زمینه مطرح شده است این است که چالش‌های فقهی و حقوقی کودک همسری در قوانین افغانستان و مصر چیست؟ پژوهش حاضر، با روش توصیفی- تحلیلی و استفاده از منابع کتابخانه‌ای و اسناد معتبر، کودک همسری را در نظام حقوقی افغانستان و مصر کاویده است یافته‌های این تحقیق نشان داده است که قرآن کریم بر مشروعیت ازدواج کودکان دلالت نداشته، بلکه تأکید آن بر شایستگی و آمادگی جسمی و روانی افراد برای ازدواج بوده است. از منظر فقهی، کودک همسری، با استناد به قاعده «لاضرر و لااضرار»، مشروعیت ندارد، جمهور فقهای اهل سنت، که مشروعیت کودک همسری را با هدف حفظ مصلحت و منافع کودک و خانواده پذیرفتند، از طرف نظام حقوقی کشورهای اسلامی مانند مصر و افغانستان مورد پذیرش قرار نگرفته است؛ چون این نظام‌ها کودک همسری را پدیده‌ای برخلاف مدنیت و نشانه‌ای از عقب ماندگی تلقی کرده اند.

واژگان کلیدی: خانواده، نکاح، کودک، بلوغ، قاعده لاضرر، نظام حقوقی افغانستان، نظام حقوقی مصر

طبقه‌بندی: JEL: فقه - حقوق - جزا و جرم شناسی - حقوق بین الملل - حقوق خصوصی



An Examination of the Jurisprudential and Legal Challenges of Child Marriage in the Civil Codes of Afghanistan and Egypt

Abstract

The family, as the fundamental social and educational institution, is central to human happiness and perfection. Within this institution, spouses attain tranquility and happiness through empathy and love. This is primarily realized in families where members have achieved sufficient personal growth, situational awareness, intellectual maturity, and the psychological readiness required for a healthy marriage. Consequently, a significant contemporary challenge is the phenomenon of child marriage—defined as the marriage of boys and girls who have not yet reached full physical and intellectual maturity. This issue arises in certain families, prompting the question: What are the jurisprudential and legal challenges associated with child marriage under the civil laws of Afghanistan and Egypt?

This study employs a descriptive-analytical method, utilizing library resources and authoritative documents, to examine child marriage within the legal systems of Afghanistan and Egypt. The findings indicate that the Holy Quran does not validate child marriage; rather, it emphasizes the individuals' competence and their physical and psychological readiness for marriage. From a jurisprudential perspective, child marriage lacks legitimacy based on the legal maxim of "no harm and no reciprocating harm" (*la darar wa la dirar*). Although the majority of Sunni jurists accepted the legitimacy of child marriage—aiming to safeguard the best interests of the child and the family—this view has not been adopted by the legal systems of Islamic countries such as Egypt and Afghanistan; these systems regard child marriage as contrary to modern civil norms and a sign of backwardness.

Keywords: Family, marriage, child, puberty, the "No-Harm" principle, Afghan legal system, Egyptian legal system.



متن مقاله

پرسش اساسی در این موضوع آن است که حکم فقهی و حقوقی کودک همسری و چالش‌های ناشی از آن در فقه اسلامی و نظام‌های حقوقی افغانستان و مصر چیست؟

این پژوهش، با روش توصیفی-تحلیلی و استفاده از منابع کتابخانه‌ای، به بررسی چالش‌های فقهی و حقوقی کودک همسری در قوانین مدنی افغانستان و مصر می‌پردازد.

۲- نکاح کودکان

کودک معادل کلمه صغار در زبان عربی است از نظر لغت شناسان صغر به معنای خردی، کوچکی، کم سالی، خردسالی، صغیری، خرد و کوچک (دهخدا، ۱۳۷۷ هـ.ش: ج ۱۰، ص ۱۴۹۳۶ و ۱۴۹۳۷) کم سن و سال و کم جسم و کم حجم است که به این چهار نوع تقسیم می‌گردد: ۱- به دوران جنینی؛ یعنی طفلی که در بطن مادرش است، ۲- دوران صغیر غیر ممیز؛ یعنی طفلی که نتواند سود، زیان، نفع و ضرر را از هم تفاوت و تمایز بدهد. ۳- دوران صغیر ممیز؛ یعنی طفلی که می‌تواند بین خوب و بد فرق قائل شود. ۴- دوران بلوغ و بعد از آن (زیدان، ۱۳۹۰ هـ.ش: ص ۹۲). از لحاظ فقهی «صغر حالت و وصفی است که از زمان تولد تا دوران بلوغ را شامل می‌شود» (وزاره الأوقاف والشئون الإسلامية، ۱۴۲۷ هـ.ق: ج ۲۰، ص ۲۷)

خانواده نهادی است که در آن عواطف، اخلاق، تربیت، و آموزش انسان‌ها به رشد و تعالی می‌رسد و از این منظر جایگاه ویژه‌ای در جامعه انسانی دارد. تمایل فطری زن و مرد به یکدیگر، زمینه‌ساز پیوند زناشویی است و هرگاه این تمایل بر اساس قواعد و اصول اسلامی تنظیم شود، به عقد نکاح می‌انجامد که از رهگذر آن، محرمیت و حلالیت میان طرفین برقرار می‌گردد. اندیشمندان اسلامی بر این باورند که پیمان زناشویی زمانی استحکام و پایداری دارد که طرفین عقد به صورت مستقیم در آن دخالت کرده و آزادانه و خردمندانه اقدام به ازدواج کنند یکی از پدیده‌های که همواره چالش برانگیز است مقوله کودک همسری است با این تعبیر که گاهی دختر که آمادگی لازم از نظر جسمی، جنسی و عاطفی برای تعهد و مسئولیت‌پذیری ندارد؛ گاهی فردی به نام «ولی» [سرپرست] در انعقاد عقد نکاح مداخله کرده و کودک نابالغ را به عقد ازدواج فرد دیگری در می‌آورد این امر (کودک همسری) موافقین و مخالفینی دارد؛ در باب ماهیت عقد نکاح کودکان، اختلاف نظرهایی وجود دارد. بسیاری از فقهای اسلامی، به ویژه عموم فقهای گذشته، کودک همسری را جایز و مشروع دانسته‌اند؛ اما در مقابل، برخی از فقهای معاصر و نیز نظام‌های حقوقی افغانستان و مصر این عمل را ممنوع و غیرقانونی اعلام کرده‌اند.

براساس دیدگاه جمهور فقهای اسلامی، ازدواج دختر نابالغ توسط ولی او جایز است، اما قوانین مدنی افغانستان و مصر این نوع ازدواج را غیرقانونی دانسته‌اند. از منظر فقهی، این ازدواج صحیح و جایز تلقی شده، ولی از دیدگاه قانونی، نادرست و غیرقانونی محسوب می‌شود. هر چند فقه اسلامی بر لزوم تعیین زمان مناسب برای ازدواج، آمادگی روانی و جسمی، و اهلیت لازم برای ایفای تعهدات خانوادگی تأکید دارد، این مسائل اغلب به صورت ناقص تحلیل شده و در عمل کمتر مورد توجه قرار گرفته است.



زوجه نمی تواند صیغه عقد را بخواند، بلکه قاضی به عنوان ولی او قرار می گیرند (البهوتی، ۱۴۲۰ق: ج ۲، ص ۳۵). اما برخی علمای اهل سنت به ویژه علمای معاصر و نیز قوانین مدنی اکثر کشورهای اسلامی قائل به عدم جواز هستند.

۳-۲. ریشه ها و عوامل اختلاف در مشروعیت یا عدم مشروعیت ازدواج کودکان

۳-۲-۱. اختلاف در فهم وتأویل نصوص

یکی از اسباب اختلاف میان فقیهان، تفاوت در فهم و برداشت آن ها از مفهوم بلوغ در آیات قرآن است. از جمله این آیات، آیه ی شریفه ی زیر است «وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» (نساء/ ۶) یتیمان را مورد آزمایش قرار دهید تا زمانی که به سن ازدواج برسند. پس اگر در آن ها شایستگی و رشد کافی مشاهده کردید، اموالشان را به خودشان بازگردانید. و همچنین در آیه ی دیگری آمده است «وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ» (نور/ ۵۹) آیه «وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ» (نور/ ۵۹) و هنگامی که کودکان شما به سن بلوغ برسند. در این آیه، واژه «الْحُلُمَ» به معنای رسیدن به مرحله بلوغ و توانایی درک مسئولیت ها است، که معمولاً با نشانه های طبیعی بلوغ همراه است. (وزاره الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ۸، ص ۱۸۷)

در این آیات به وضوح به بلوغ به عنوان نقطه ی عطفی در زندگی فرد اشاره می کنند که آثار حقوقی و تکالیف شرعی بر آن مترتب می شود. یکی از این آثار، توانایی تصمیم گیری مستقل درباره ی ازدواج است. بدین معنا که

پس این ترکیب [نکاح کودکان] عبارت از ازدواجی است که یکی از طرفین آن ها غیر بالغ باشد (القیسی، ۲۰۱۰م: ص ۶) از دید فقهاء تزویج کودکان منوط به اجازه ولی است

نکاح آن ها به وسیله ولی انجام داده می شود ولایت در نکاح عبارت «تنفیذ القول علی الغیر شاء أم أبی» (ابن عابدین شامی، ۱۴۲۵ق: ج ۳، ص ۵۵) اجرای قول ولی بر دیگران، فرق نمی کند رضایت داشته باشد یا نداشته باشد.

ولایت در نکاح سلطه شرعی وقانونی برای عصبه یا کسانی که در مقام عصبه قرار دارند، بر شخصی است کسی که او صلاحیت عقد ازدواج خویش را ندارد، می باشد. تقریباً تمام فرقه های اسلامی فی الجمله ازدواج کودکان را صحیح شمرده اند.

۳. کودک همسری از دیدگاه فقه های اسلامی

در مورد ازدواج صغیر در فقه و حقوق بحث های زیادی شده است در این مورد دو دیدگاه متفاوت وجود دارد که در ذیل بررسی می گردد:

۳-۱. تعیین محل نزاع و سبب اختلاف

به اتفاق علمای اهل سنت و شیعه ازدواج صغار به خودی خود و بدون واسطه اگر توسط خود کودک انجام گیرد، باطل است و هیچ اثری شرعی بر آن مرتب نمی شود؛ (گرچی، ۱۳۹۲ش: ص ۹۸) ولی اختلاف در مورد جواز و عدم جواز ازدواج کودکان به وسیله اولیاء است؛ فقه های اهل سنت و فقه شیعه که ازدواج به وسیله ولی کودک را صحیح و نافذ می دانند؛ چون بلوغ شخص ناکح و منکوحه شرط صحت ازدواج نیست (نحفی، ج ۲۹، ص ۱۷۴) حتی فقه های شافعیه «ولی» را یکی از ارکان عقد می دانند در عقد ازدواج دختر بالغه و صغیره وجود ولی را شرط می دانند؛ یعنی اگر ازدواج بدون اجازه ولی باشد، باطل است (شرینی، بی تا: ج ۳، ص ۱۳۹) نقش ولی به اندازه ای پر رنگ است که در صورت عدم وجود «ولی»، خود



پس از رسیدن به بلوغ، شخص می‌تواند بدون دخالت دیگران درباره‌ی ازدواج خود تصمیم بگیرد.

۲-۳. ازدواج پیامبر(ص) با همسرشان عایشه
یکی از اسباب اختلاف، ازدواج پیامبر(ص) با ام المؤمنین عایشه است، اکثر اندیشمندان اسلامی از ازدواج پیامبر(ص) با همسرشان عایشه را دلیل بر جواز و مشروعیت این امر می‌دانند ولی مخالفین ازدواج با کودک، معتقدند که آیا ازدواج با دختر زیر سن، خصوصیت دوره پیامبر(ص) بوده است؟ یا شامل رسول خدا(ص) و امت اش می‌شود. (القیسی، ۱۰۱۰م: ص ۸)

۳-۲-۳. خیار بلوغ

اکثر علمای حنفی معتقدند: اگر کودک (دختر یا پسر) - حتی اگر دختر باکره نباشد - توسط غیر پدر یا جدش، مانند برادر یا عمو، با کسی که هم‌کفو او باشد و با مهریه معادل (مهریه مثل) ازدواج داده شود، عقد نکاح صحیح است. اما این کودک (دختر یا پسر) اختیار فسخ نکاح را هنگام بلوغ دارد، به شرط اینکه از عقد نکاح قبل از بلوغ یا هنگام بلوغ آگاه شده باشند، یا پس از بلوغ از نکاح مطلع گردند (یعنی اگر بالغ شوند و از نکاح اطلاعی نداشته باشند و سپس مطلع شوند). در صورتی که فسخ نکاح را انتخاب کنند، فسخ نکاح بدون حکم قاضی کامل نمی‌شود؛ زیرا در اصل این عقد ضعف‌هایی وجود دارد و تحقق آن منوط به ارجاع به حکم قاضی است. اما از نظر حنابله جایز نیست که غیر پدر دختر خردسال را به ازدواج درآورد. پس اگر پدر او را به نکاح درآورد، دختر حق اختیار (فسخ) ندارد؛ و اگر غیر پدر او را به نکاح درآورد، نکاح باطل است (وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ۸، ص ۲۰۴)

یکی از عوامل اختلاف در مسئله ازدواج صغار، موضوع "خیار بلوغ" است. فقهایی که خیار بلوغ را نفی کرده‌اند، ازدواج با صغار را به دلیل جلوگیری از حرج مجاز ندانسته‌اند. در مقابل، گروهی که به وجود خیار بلوغ برای

اختلاف میان فقهاء و حقوق‌دانان در تعیین معیار بلوغ است که آیا بلوغ تنها با سن و سال مشخص می‌شود یا می‌توان آن را از طریق علائم طبیعی یا تقدیری نیز تعیین کرد؟ فقهای اسلامی بلوغ را بر اساس علائم طبیعی مانند رویش موهای زبر در برخی مواضع خاص، حالت احتلام، یا عادت ماهانه در دختران تعیین می‌کنند. اگر این علائم ظاهر نشود، آنگاه سن معینی به عنوان مرز تکلیف در نظر گرفته می‌شود (خلاف، ۱۹۳۸م: ص ۲۴۱)

در مقابل، قوانین مدنی کشورهایی مانند افغانستان و مصر، بلوغ را بر اساس یک محدوده‌ی سنی خاص تعیین می‌کنند و به علائم طبیعی بلوغ توجهی نشان نمی‌دهند. بنابراین ممکن است فردی از نظر فقهی بالغ محسوب شود، اما به دلیل نرسیدن به سن قانونی بلوغ، از حقوق مدنی مرتبط با آن، مانند ازدواج، محروم بماند. برای مثال
دختری که در ۱۴ سالگی عادت ماهانه‌ی خود را آغاز کرده است، از نظر فقهی بالغ به شمار می‌آید، اما قوانین مدنی افغانستان و مصر، وی را بالغ محسوب نکرده و به او اجازه‌ی ازدواج نمی‌دهند. این اختلاف نشان‌دهنده‌ی تفاوت مبانی فقهی و حقوقی در تعیین بلوغ است. مبنای فقهی عمدتاً بر ویژگی‌های طبیعی و علائم جسمانی استوار است، در حالی که نظام‌های حقوقی مدرن بیشتر به چارچوب‌های سنی توجه دارند. این مسئله می‌تواند در مواردی مانند ازدواج، ارث، و مسئولیت کیفری باعث بروز تعارضاتی بین فقه و قانون شود.



دختر نابالغ خود را بدون اجازه به عقد کسی دیگری در آورد، دختر پس از بلوغ اختیار فسخ را ندارد (طوسی، بی تا: ص ۱۰۵) از مراجعه به کتب فقهی شیعی به دست می آید که فقههای معاصر شیعه نیز از قول فقههای متقدم شان پیروی نموده و ازدواج صغیر را جایز می دانند. طبق این دیدگاه ازدواج قاصرات (صغیره) جایز و مشروع است. محقق در شرایع می فرماید: «ولایت پدر و جد پدری نسبت به صغیره (در امر نکاح) ثابت است و حق خیار برای دختر بعد از بلوغ به مقتضای اشتهار روایتین وجود ندارد» (نجفی، ۱۴۰۴ هـ. ق: ج ۲۹، ص ۱۷۲) فقههای امامیه بر این نظرند که در صورت وقوع عقد بر خلاف مصلحت صغار، عقد باطل است و اجازه بعدی صغیر یا صغیره موجب صحت آن نمی شود. (محقق داماد، ۱۳۸۶: ص ۵۰)

و این گروه سخنان خود را به برخی دلایل نقلی و عقلی بناء نموده اند، که در ذیل بررسی می گردد:

۱-۲-۳. دلایل قرآنی

موافقین ازدواج کودک به آیات ذیل استدلال نموده اند: خداوند متعال در این خصوص می فرماید: «وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنْ وَأُولَاتُ الْأُحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» (الطلاق / ۴) و زنانی که از عادت ماهیانه ناامیدند اگر شک کردید، عده آنان سه ماه است و (نیز) آنانی که به سن حیض نرسیده اند. و عده زنان باردار وضع حمل است.

تقریب استدلال: منظور از «وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنْ» دو مصداق دارد یکی دختران بالغی که اصلاً حیض نمی بینند و دیگری دختران کوچکی هستند که هنوز به سن حیض نرسیده اند. عده هر دوی آنها سه ماه تعیین شده است. (قنوجی، ۱۹۸۱: ص ۲۳۵) در این آیه از عده دختران نابالغ بحث نموده است و عده پس از ازدواج مطرح می شود، بنابراین اگر ازدواج

صغیر یا صغیره قائل هستند، ازدواج ایشان را نیز جایز دانسته اند. این اختلاف به مبانی فقهی هر گروه بازمی گردد. کسانی که خیار بلوغ را انکار می کنند، غالباً به عدم صلاحیت صغیر در امر نکاح استناد می نمایند و معتقدند که این نوع ازدواج می تواند به زیان کودک منجر شود. از سوی دیگر، قائلین به خیار بلوغ با استناد به اصولی چون مصلحت و امکان فسخ پس از بلوغ، امکان ازدواج صغار را مجاز می دانند، مشروط بر اینکه مصلحت کودک رعایت شود و اختیار تصمیم گیری پس از بلوغ به وی داده شود. (یاسین، ۲۰۱۰: ص ۱۸)

۲-۳. مستندات موافقین کودک همسری

در این مورد دو دیدگاه عمده وجود دارد: یکی دیدگاه جمهور است که آن ها موافق ازدواج کودک هستند و دیگری دیدگاه برخی اندیشمندان معاصر است که مخالف ازدواج کودک هستند، به اتفاق مذاهب چهار گانه اهل سنت پدر و جد پدری می تواند، دختر نابالغ خود را به نکاح فرد دیگری در آورد و پس از رسیدن به سن بلوغ، دختر حق فسخ ازدواج را ندارد؛ چون بر کودک نا بالغ ولایت اجبار دارد؛ یعنی اینکه پدر بدون رضایت دختر از روی جبر می تواند، او را به عقد کسی دیگر در آورد (نیشاپوری، ۱۴۲۵: ج ۱، ص ۷۸، ابن قدامه مقدسی، المغنی، بی تا: ج ۱، ۴۰، الکاسانی، ۱۴۰۶: ج ۲، ص ۲۴۵) و اندیشمندان امامیه نیز معتقدند که نکاح صغار درست است؛ چنانچه شیخ طوسی می فرماید: پدر میتواند



علیه وهی بنت تسع، ومکثت عنده تسعا» (بخاری، ج ۵، ص ۱۹۷۳) ازدواج صغار در منابع اهل سنت خیلی صراحت و وضوح دارد و از همین جهت در کتب حدیثی اهل سنت تحت عنوان «نکاح الصغار» باب وجود دارد. (الصنعانی، ۱۹۸۹م: ج ۹، ص ۵۲۷) و در کتاب «صحیح البخاری» این گونه آمده است «باب إنکاح الرجل ولده الصغار» (الدارقطنی، ۲۰۰۴م: ج ۴، ص ۳۵۲).

یکی دیگر از ادله ی که موافقین جواز نکاح صغیرات این روایت است «تُسَامَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا فَإِنْ رَضِيَتْ زَوْجَتْ وَإِنْ لَمْ تَرْضَ لَمْ تُزَوَّجْ» (الصنعانی، ۱۹۸۹م: ج ۶، ص ۲۲۷) وجه استدلال این است که در این روایت «یتیمه» ذکر شده است؛ چنانچه ذکر شد که منظور از یتیم دختری است که به سن بلوغ نرسیده است.

فقهائ شیعی از جمله روایاتی که در مورد جواز کودک همسری استدلال کرده اند. صحیح محمد بن مسلم است «محمد بن مسلم نقل می کند: در باره پسر نابالغی که دخترنا بالغی را به عقد خود در می آورد از امام باقر(ع) سوال شد که آیا آنها از همدیگر ارث می گیرند؟ حضرت فرمودند: اگر پدران شان آن ها را به همسری یکدیگر در آورده اند بلی» (حرعاملی، بی تا: ج ۱۴، ص ۲۰۷).

۳-۲-۳. اجماع

ابن منذر، ابن قدامه و ابن رشد که از طرفداران این تفکر هستند، اجماع مسلمانان را مبنی بر جواز ازدواج با کودک از طرف پدر را نقل کرده اند (ابن المنذر النیشاپوری، ۲۰۰۴م: ج ۱، ص ۷۸) ازدواج با دختر کوچک از عادت های اعراب قبل از اسلام بوده که با آمدن اسلام نیز به حالت خود باقی ماند. (دهقانی و ربانی خواه، ۱۴۰۱: ص ۲۳)

۳-۲-۴. عمل صحابه

در میان صحابه آثار متعددی در مورد ازدواج صغیر به ثبت رسیده است.

با دختران کوچک جایز نباشد، چگونه ممکن است در قرآن کریم عده برای آنها تعیین شود؟ بر این اساس، نتیجه گرفته می شود که ازدواج با صغیر جایز و مشروع است. (معجوز، ۱۹۹۴م: ج ۱، ص ۵۱). به این قول اندیشمندان زیادی تمایل داشته اند از جمله: طبری، جصاص، بغوی، ابن العربی، قرطبی، این کثیر و آلوسی و دیگران (طبری ۱۴۲۲هـ ق: ج ۱، ص ۲۸).

و همچنین به این آیه استدلال نموده اند: «وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّنِّي وَثَلَاثَ وَرَبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا» (نساء: ۳) و اگر شما ترسیدید که نمی توانید درباره یتیمان عدالت کنید، پس با زنان دیگری که آن ها را دوست دارید، همراه شان ازدواج کنید، با دو یا سه یا چهار، و اگر ترسیدید که نمی توانید (در میان زنان) عدالت را برقرار کنید، پس به یک ازدواج اکتفا کنید، یا با کنیزان تان نکاح کنید، این نزدیکتر است که ستم نکنید»

وجه دلالت این است که در این آیه واژه «یتیم» ذکر شده است و یتیم کسی است که پدرش وفات کرده است ولی به سن بلوغ نرسیده است و لفظ «یتامی» در شریعت به دخترانی استعمال می شود که به سن بلوغ نرسیده اند. (ابو حیان، تفسیر البحر المحیط، ج ۳، ص ۵۰۴، أثیر الدین الأندلسی، ۱۴۲۰ هـ ق: ج ۳، ص ۵۰۴)

۳-۲-۲. دلایل روایی

این گروه به روایات نیز استدلال نموده اند، که در ذیل به مهمترین آن اشاره می شود. پیامبر (ص) با همسرشان عائشه ازدواج نمود در حالی که سن ایشان شش سال بود و در سن ۹ سالگی به همدیگر رسیدند؛ چنانچه از زبان خود حضرت عائشه نقل شده است «عن عائشه رضي الله عنها: أن النبي صلى الله عليه و آله وسلم تزوجها وهي بنت سِتِّ سنين، وأدخلت



وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا» (نساء: ۶) یتیمان را آزمایش کنید تا زمانی که به سن ازدواج برسند. سپس اگر در آنان صلاحیت مشاهده کردید، اموالشان را به آنها بازگردانید. اموال آنها را با اسراف و عجله مصرف نکنید، پیش از آنکه به بلوغ و رشد کامل برسند. استدلال مطرح شده در این آیه، به این معناست که "بلغوا النکاح" به صلاحیت زوج و زوجه برای ازدواج و تحمل مسئولیت‌های مرتبط با آن اشاره دارد. برخی از مفسران بر این باورند که همان‌طور که بلوغ از طریق علائم طبیعی شناخته می‌شود، می‌توان آن را بر اساس سن و سال نیز تعیین کرد (البیضاوی، ۱۴۱۸ هـ ق: ۱، ص ۱۴۹).

تعبیر (واللای لم یحضن) این نیست که حیض نشدن به واسطه صغر سن باشد (نک: حسینی جرجانی، ۱۴۰۴: ج ۲، ص ۴۳۵) بلکه احتمال می‌رود که جمله مذکور به این معنی باشد که به سن بلوغ رسیده اند اما عادت نمی‌بینند در این صورت بدون شک سه ماه عده نگه دارند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ج ۲، ص ۲۴۴) جمله «واللای لم یحضن» عطف بر جمله «واللای یحسن» است معنای آن این است که زنانی که در سن حیض رسیدند، حیض ندیدن، نیز عده طلاقشان سه ماه است (طباطبایی، ۱۴۱۷: ج ۱، ص ۳۱۶) پس در مجموع مصداق «واللای لم یحضن» کودک نیست، تا کمک همسری از آن استفاده شود.

۱-۳-۲. دلایل روایی

دلایل روایی مخالفان کودک همسری یا کسانی که این نوع ازدواج را نمی‌پذیرند، بر این عقیده هستند که هیچ‌کدام از اولیای دختر، از جمله پدر، حق ندارند دختر را به اجبار به ازدواج درآورند؛ بلکه رضایت دختر برای ازدواج ضروری و لازم است. این دیدگاه بر اساس فرموده حضرت رسول الله صَلَّی اللّٰهُ عَلَیْهِ وَاٰلِهٖ وَسَلَّم است: «لَا تُنْكَحُ الْأَيُّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ وَلَا تُنْكَحُ الْبُکْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ قَالُوا يَا رَسُولَ اللّٰهِ وَكَيْفَ إِذْنُهَا قَالَ أَنْ تُسَكَّتَ»

عمر بن الخطاب از دختر حضرت علی (ع) خواستگاری نمود. حضرت علی (ع) بخاطر پایین بودن سن دخترشان تعلل ورزید و فرمود: من این دختر را برای پسر برادر جعفر می‌دهم. عمر بن الخطاب گفت: سوگند به خدا من با این ازدواج اراده‌ی شهوت ندارم، بلکه به این دلیل می‌طلبم که از رسول خدا (ص) شنیدم که می‌گفت در روز قیامت به غیر از نسب و سبب من، تمام نسب‌ها و سبب‌ها قطع می‌شود (صالح خالد، ۲۰۱۷: ص ۱۳۶) از این خواستگاری عمر بن الخطاب دانسته می‌شود که ازدواج صغیره مشروع بوده؛ زیرا اگر مشروع نمی‌بود عمر بن الخطاب تقاضای ازدواج را نمی‌کرد. و از عروه بن زبیر نقل شده است «زبیر دختر صغیره خود را بعد از ولادت به ازدواج داد» (العبسی، ۱۴۰۹: ج ۴، ص ۱۷، رقم الحدیث ۱۷۳۳۹). امام شافعی در کتب «الام» می‌نویسد: «صحابه‌های زیادی دختران صغیره‌ی خود را به ازدواج دیگران در آورده اند» (الشافعی، ۱۹۹۰: ج ۷، ص ۱۶۳).

۳-۳. نقد کودک همسری

برخی از اندیشمندان اسلامی از جمله ابوبکر الاصم از فقهاء معتزله، عثمان البتی، ابن شبرمه، ابن عبدالسلام و تعدادی از فقهای شافعیه و همچنین برخی از فقهای معاصر مانند ابن عثیمین، ازدواج صغار را غیر مشروع دانسته‌اند (السرخس، ۴، ۲۱۲، ابن حزم، ج ۹، ص ۴۵۹، معجوز، ۱۹۹۴: ج ۱، ص ۵۱). افزون بر این، برخی از فقهای متأخر امامیه بر این باورند که در صورتی که مصلحت صغیره در نظر گرفته نشود، این نوع ازدواج از اساس باطل است. (نوری همدانی، ج ۲، ص ۱۸۶، مکارم شیرازی، ج ۲، ص ۳۱۹).

۱-۳-۲. دلایل قرآنی

برای عدم جواز ازدواج با صغار به آیات متعدد استدلال نموده اند. «وَأُتِلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ



امر مشروع باشد و برای ازدواج سن مشخص نشده باشد، ولكن ضرورتی که بعداً متوجه امر صغیره می شود، مطلق اباحت را مقید می سازد. چنانچه قاعده «الحاجة تنزل منزلة الضرورة سواء كانت عامة أو خاصة» بیان می کند، تعیین سن ازدواج از اموری است که با نص اباحت آن ثابت شده است؛ ضرورت و حاجت عصر کنونی می طلبد که دختران خود تصمیم آینده ی خود را بگیرند (القیسی، ۲۰۱۰م: ص ۷۱).

تعیین سن برای ازدواج در واقع حمایت از حقوق کودکان است؛ چرا که ازدواج در سنین پایین می تواند از نظر فیزیولوژیکی به جسم کودکان آسیب برساند. علاوه بر این، تحمل مسئولیت های خانه داری و تولید نسل برای یک کودک بسیار دشوار است و می تواند به آن ها زیان وارد کند و طبق قاعده «لا ضرر و لا ضرار» جایز نباشد (ابن ماجه، ۲۰۰۹م: ج ۲، ص ۷۸۴) اسلام به صراحت از چنین آسیب هایی نهی کرده است. بنابراین، تعیین یک سن مشخص برای ازدواج به منظور جلوگیری از آسیب ها و دفع مفاسد، امری مشروع محسوب می شود. چراکه ممکن است پس از بلوغ، طرفین علاقه ای به یکدیگر نداشته باشند اما به دلیل وجود عقد، مجبور به ادامه زندگی شوند. گاهی نیز ممکن است اخلاق و ویژگی های شخصیتی طرفین با یکدیگر همخوانی نداشته باشد. بنابراین، بهتر است تصمیم به ازدواج پس از بلوغ و با در نظر گرفتن شرایط و تطابق اخلاقی و شخصیتی گرفته شود. (السباعی، ۱۹۹۹م، ص ۵۹)

۴. کودک همسری از دیدگاه حقوق مدنی مصر و افغانستان

از آنجایی که چند سالی است که قانون سن ازدواج دختران، در کنفرانس های ملی و بین المللی مورد انتقاد قرار می گیرد، در این میان برخی کشور های اسلامی تحت عنوان فشار های بین المللی به همسان کردن قانون های داخلی کشور خودشان با مصوبات سازمان ملل، تلاش کرده اند دختران زیر ۱۶ و پسران زیر ۱۸ سال را کودک بشمارند و اصرار بر تغییر

(شیبانی، ۱۴۲۰هـ ق: ج ۱۲، ص ۳۶۷). زن بیوه بدون اجازه ولی به ازدواج داده نمی شود و همچنین ازدواج باکره بدون اجازه صحیح نیست، مگر اینکه از خود او پرسیده شود. پرسیده شد: یا رسول الله، نحوه اذن او چگونه است؟ فرمود: سکوت او نشانه اذن است.

استدلال بر اساس این حدیث چنین است که ازدواج دخترانی که به سن ۱۵ سال نرسیده اند، جایز نیست. بلکه لازم است دختران به سن بلوغ رسیده باشند تا بتوان از آنان رضایت گرفت و با آنها مشورت کرد. از آنجا که دختران زیر ۱۵ سال هنوز به سن بلوغ و تشخیص نرسیده اند، قادر به مشارکت در مشورت و ابراز رضایت نیستند. بنابراین، ازدواج با دختری که به سن بلوغ نرسیده باشد، از نظر شرعی باطل است (صالح خالد، ۲۰۱۷م، ص ۱۳۸).

۲. خلیفه اول ابوبکر و خلیفه دوم عمر بن الخطاب از فاطمه نزد رسول الله (ص) خواستگاری نمودند: حضرت فرمودند: «إِنَّهَا صَغِيرَةٌ»، فَخَطَبَهَا عَلِيٌّ فَرَوَّجَهَا مِنْهُ» (نسائی، ۲۰۰۱م: ج ۵، ص ۱۵۳) این دختر صغیره است و سپس حضرت علی خواستگاری نمود به ازدواج او در آوردند.

وجه دلالت این حدیث این است که پیامبر (ص) خواستگاری ابوبکر و عمر را بخاطر کوچکی سن فاطمه (رض) رد نمود ولی به ازدواج حضرت علی (رض) درآوردند. بنابراین از این حدیث دانسته می شود که ازدواج صغیره درست نیست.

۳-۲-۳. دلایل عقلی

یکی از اهداف اصلی شریعت اسلامی جلب مصلحت و دفع مفسده است. در تعیین سن مناسب برای ازدواج، مصلحت هم برای زن و هم برای مرد در نظر گرفته می شود؛ زیرا زمانی که افراد به سن معینی برسند، به خوبی اهداف و اهمیت ازدواج را درک کرده و به مسئولیت ها و پیامدهای آن می اندیشند (صالح خالد، ۲۰۱۷م، ص ۱۳۸). به فرض اینکه ازدواج صغیره



برخی اساسات و تدابیر جریان محکمه در امور احوال شخصیه حکم می نماید (قانون تنظیم بعض اوضاع و اجرائات التقاضی فی مسائل الاحوال الشخصیه فی قوانین الاحوال الشخصیه، ۲۰۰۲، ص ۱۶۵) «دعوی زوجین در محکمه زمانی شنیده می شود که در هنگام مراجعه سن خانم کمتر از ۱۶ سال و سن آقا کمتر از ۱۸ سال نباشد، مگر در صورتی که محکمه اجازه داده باشد» طبق این ماده فقط در هنگام مراجعه در محکمه سن قانونی زوجین مشخص شده است در صورتی که کمتر از این سن ازدواج کرده باشند ولی در هنگام دعوی به این سن رسیده باشند، محکمه به آن ها رسیدگی می نماید. قانون گذار می خواست که از این طریق کودک همسری را ممنوع نماید و تعیین سن بخاطر منع ازدواج نبود، بلکه ناظر به آثاری همچون نفقه و اطاعت در آینده بود. سپس در اصلاحیه بعدی مشخص بیان گردید که سن زوجین در هنگام ازدواج کمتر از ۱۸ سال باشد. قانون گذار مصر برای ضمانت تحدید سن ازدواج و جهت حفظ عقد ازدواج از اینکه بازیچه نشود و مورد سوء استفاده نگیرد، اخیراً قانونی در سال ۱۹۳۳ صادر نمود و در ماده ۲ این قانون تصریح نموده که: «به مدت کمتر از دو سال یا به غرامت کمتر از ۱۰۰ جنیه هرکسی که به قصد اثبات بلوغ (سن قانونی) یکی از زوجین اقدام نماید در حالی که می داند که آن غیر صحیح است و یا اینکه برگه ای بنویسد و یا اینکه درخواستی را مبنی بر این ادعای خود تقدیم نماید، در تمام این حالات جریمه می شود».

۲-۴. قانون مدنی افغانستان

قانون مدنی افغانستان در ماده ۷۰ در مورد اهلیت ازدواج مردان و زنان چنین تصریح نموده است «اهلیت ازدواج وقتی کامل می گردد، که ذکور هیجده سال و اناث شانزده سالگی را تکمیل کرده باشند» و در ماده ۷۱ - تصریح نموده است: «(۱) هر گاه دختر سن مندرج ماده (۷۰) این

قانون سن ازدواج نموده اند؛ چنانچه در کنوانسیون جهانی زن در پکن، در سال ۱۳۷۴ از دستور العمل هایی که در «سند عمل» برای همه ی مردم جهان صادر شد در بخش چهارم و در ماده پانزدهم کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان آمده است: «نامزدی و ازدواج کودک هیچ اثری قانونی ندارد و کلیه اقداماتی ضروری از جمله وضع قانون برای تعیین حداقل سن ازدواج و اجباری کردن ثبت ازدواج در دفاتر رسمی می بایست به عمل آید.» منظور از کودک در قوانین بین المللی افراد زیر سن ۱۸ سال می باشد و همچنین کنوانسیون حقوق کودک در سال ۱۹۸۹م در ماده یک این کنوانسیون کودک چنین تعریف شده است «کودک کسی است که کمتر از هجده سال داشته باشد.»^۱

هر کشوری که پیمان حقوق کودک را بپذیرد، باید به اجرای آن گردن نهد و پس از دو سال، اجرای آن را گزارش بدهد. با توجه به توضیح فوق، کشور های اسلامی روی اجرای این طرح کار کردند و تحت عنوان عدم عقلانیت و مدنیت کودک همسری، تلاش های فراوانی در این باب داشته اند؛ چالش اساسی این است که بلوغ فقهی با سن بلوغ در این کنوانسیون ها متفاوت است، همان طوری که بیان گردید از نظر فقه اسلامی در این ازدواج دو مسئله است: یکی اینکه ازدواج با دختر نابالغ براساس مصلحت اولیای امور وی درست است. و دوم این که سن بلوغ شرعی با این سن بلوغ در تضاد است، اصل مطلب این است که هرگاه میان فقه و حقوق مدرن تضاد و تناقض واقع شود، کدام یک بر دیگری ترجیح داده می شود؟ در این مبحث در مورد ازدواج دختران کم سن در نظام حقوقی کشور مصر و افغانستان به شکل مختصر پرداخته می شود و سپس به راه های حل چالش های میان فقه و حقوق پرداخته می شود.

۱-۴. قانون مدنی مصر

فقره اول ماده ۱۷ قانون شماره ۱ مورخ ۲۰۰۰/۱۲/۲۹ مصر در باره تنظیم



بود، این عرف در زمان های دیگر متغیر شده است؛ در این زمان ازدواج با کودک قبح اجتماعی دارد. (صالح خالد، ۲۰۱۷م، ص ۱۳۹) بنابراین، از ازدواج هایی که در صدر اسلام با کودکان صورت می گرفت در این عصر، به عنوان مبنای جواز کودک همسری استفاده نمی شود.

ج- استدلال به آیه ی «وَالْأُنثَىٰ لِمَ يَحْضَن» قابل بحث است، با آنکه این آیه مبارکه از عده زوجات زیر سن سخن گفته است، در حالی که رضایت خانم شرط اساسی ازدواج است و رضایت قبل از بلوغ حاصل نمی شود «وَلَا تُنْكَحُ الْأَيُّمُ حَتَّىٰ يُسْتَأْذِنَ قَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ وَكَيْفَ إِذْنُهَا قَالَ أَنْ تَسْكُتَ» (شیبانی، ۱۴۲۰هـ ق: ج ۱۲، ص ۳۶۷) ازدواج باکره بدون اجازه صحیح نیست، مگر اینکه از خود او پرسیده شود. پرسیده شد: یا رسول الله، نحوه اذن او چگونه است؟ فرمود: سکوت او نشانه اذن است. دختران زیر سن قادر به مشارکت در مشورت و ابراز رضایت نیستند. بنابراین، ازدواج با دختری که به سن بلوغ نرسیده باشد، مطلوب شریعت نیست (صالح خالد، ۲۰۱۷م، ص ۱۳۸).

ب- مناقشه مخالفان

دلایل گروه دوم، از طرف موافقان ازدواج با کودکان مورد مناقشه قرار گرفته است.

الف- استدلال به این قول خداوند متعال: «حتى اذا بلغوا النكاح» قابل مناقشه است؛ زیرا این آیه در معرض بیان ولایت بر مال صغیر است و معنی آیه این است: کودکانی که به احتلام برسند مال های آن را به خود آنان بدهید. در این مقام بحث از تعیین سن ازدواج و عدم جواز ازدواج کودک نشده است، بلکه بیان نموده است که هرگاه کسی به سن ازدواج برسد، در حفاظت مال خود رشید شمرده می شود (زمخشری، بی تا: ج ۱، ص ۴۷۳). در مورد عدم جواز کودک همسری سخنی نگفته است.

ب- یکی از مبانی طرفداران عدم جواز کودک همسری عدم نیاز و حاجت

قانون را تکمیل نکرده باشد، عقد ازدواج وی تنها توسط پدر صحیح التصرف یا محکمه با صلاحیت صورت گرفته می تواند. (۲) عقد نکاح صغیره کمتر از (۱۵) سال به هیچ وجه جواز ندارد.

طبق ماده فوق هرگاه ازدواج قبل از سن تعیین شده در مردان و زنان، صورت بگیرد، آن ازدواج فاسد است و میتواند به حکم محکمه فسخ نماید البته در این مورد حکم ماده ۱۰۸ قانون اصول محاکمات مدنی قابل رعایت است این ماده حکم می کند که «اقامه دعوی فسخ نکاح منکوحه به علت عدم تکمیل اهلیت ازدواج در هنگام عقد بعد از تکمیل س ۱۷ سالگی جواز ندارد». به این معنی که هرگاه زن زن ۱۷ سالگی را تکمیل نماید، رضایت او مبنی بر عقد ازدواج قانونی تلقی می گردد. (کعبه، و یساری، ۱۳۸۸ش: ص ۴۶)

۷-۳. مناقشه و ترجیح رأی

در این مبحث دیدگاه های فوق مورد بررسی قرار می گیرد، همان طوری که در فوق بیان گردید فقهای اسلامی در مورد جواز و عدم کودک همسری دو دیدگاه عمده داشتند، دلائل و مبانی طرفین بررسی گردید.

الف- مناقشه موافقان کودک همسری

الف- استدلال به ازدواج حضرت رسول الله (ص) با همسرشان عائشه درست نیست؛ زیرا ازدواج در این سن و سال از جمله خصوصیات پیامبر (ص) است و مانند ازدواج بیشتر از چهار زن که از خصوصیات ایشان است. پس ازدواج پیامبر (ص) دلالت بر جواز نکاح کودک نابالغ نمی کند. (معجوز، ۱۹۹۴م: ج ۱، ص ۵۱)

ب- یکی از مبانی پویایی شریعت اسلامی بحث تغییر اجتهاد به وسیله تغییر زمان و مکان است، در صدر اسلام ازدواج با کودک قبح اجتماعی نداشت ولی بعد از گذشت این همه سال که وضعیت و شرایط اجتماعی تغییر کرده است، ازدواج با دختر صغیره که عرف زمان رسول الله (ص)



کودکان را به عقد ازدواج دیگران درآوردند ازدواج آن ها صحیح است اما بر اساس قانون مدنی مصر و قانون مدنی افغانستان تعیین سن در ازدواج را شرط کرده است بحثی که در این زمینه مطرح می شود، این است که هرگاه پدر و سایر اولیای دختر، وی را به ازدواج دیگران درآورند، طبق دیدگاه فقه اسلامی برای تمام اولیاء حق ولایت در تزویج داده شده است ولی در نظام حقوقی مصر و افغانستان ازدواج قبل از تکمیل سن خاص قانونی را ولو به اجازه ولی صورت گرفته باشد ممنوع نموده است؛ در حالی که نظام فقهی این دو کشور ازدواج قبل از بلوغ را به وسیله اولیاء جایز می دانند.

ازدواج زیر ۱۵ سال بر اساس فقه درست است ولی بر اساس قانون درست نیست؟ هرگاه ازدواج زیر ۱۵ سال صورت بگیرد، فقه با حقوق تعارض خواهد داشت؟ یعنی از نظر فقهی درست و از نظر حقوقی نادرست باشد و در این صورت کدام یکی بر دیگری مقدم می شود؟ آیا قوانین این کشور ها مخالف شریعت اسلامی است یا خیر؟

در ماده ۷۱ قانون مدنی افغانستان آمده است «عقد نکاح صغیره کمتر از (۱۵) سال به هیچ وجه جواز ندارد» و حکم خلاف آن را نمی پذیرد؛ در ماده اول قانون مدنی افغانستان آمده است «در مواردی که حکم قانون وجود داشته باشد، اجتهاد جواز ندارد. احکام این قانون باعتبار لفظ یا فحوای آن، قابل تطبیق می باشد در مواردیکه حکم قانون موجود نباشد، محکمه مطابق بااساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام حکم صادر می نماید؛ که عدالت را به بهترین وجهه ممکن آن تأمین نماید» پس وقتی سن خاص را خود قانون تعیین نموده باشد، بر فقه عمل نمی شود و تعیین سن خاص بر خلاف فقه حنفی است؛ چنانچه مصطفی سباعی می نویسد: تحدید سن ازدواج از قانون غرب اخذ شده است در فقه اسلامی تعیین سن مشخصی برای ازدواج وجود ندارد، بلکه احکام کلی آن بر این دلالت

نسبت به ازدواج کودکان است؛ چون هدف ازدواج که عبارت از اشباع غریزه است، برآورده نمی شود. اما در نقد این مبانی گفته شده است که تمام هدف ازدواج عمل جنسی و شهوانی و تولید نسل نیست، بلکه برخی حاجات دیگری مانند مسکن، محبت، آرامش و خدمت یکی به دیگری و نیز اهدافی دیگر است. (صالح خالد، ۲۰۱۷م: ص ۱۴۰)

ج- یکی دیگر از مبانی طرفداران عدم جواز خیار بلوغ است، این ها معتقدند هرگاه دختران خیار بلوغ نداشته باشند به این معنی است که بعد از عقد ازدواج، مادام العمر در پای عقد می مانند؛ برای جلوگیری از این زیان مداوم کودک همسری امری ناپسند است. در نقد این استدلال گفته می شود؛ وقتی عقد ازدواج مادام العمر است پس باید مصلحت کودک را مراعات گردد و به همین جهت علماء می گویند که صغیره بعد از بلوغ، حق خیار فسخ دارد. (کاسانی، ۱۳۲۷ق: ج ۲، ۳۱۶)

د- ازدواج با کودک در شریعت اسلامی به گونه مطلق و بدون در نظر گرفتن مصلحت اساسی تجویز نشده است، بلکه بر اساس مصلحت کودک تصمیم گیری می شود؛ همان گونه که ازدواج ام المومنین عایشه با رسول الله (ص) بر اساس مصلحت وی بوده است، برای ایشان شوهری بهتر از رسول خدا (ص) در کجا پیدا می شود. (صالح خالد، ۲۰۱۷م: ص ۱۴۰)

ج- مناقشه دیدگاه حقوقدانان

بحث ازدواج کودکان در نظام حقوقی دو کشور مطرح شده است هرکدام این کشور ها می خواهند خود را با کنوانسیون های بین المللی وفق بدهند ولی از طرف دیگر در فقه اسلامی که به عنوان سبک زندگی مسلمانان قلمداد می شود مساله ولایت قهری و احکام آن مهم و معتبر شرعی تلقی می گردد؛ یعنی هرگاه دختر صغیره به وسیله پدر و جد پدری به عقد ازدواج کسی در آورده شود، عقد ازدواج او صحیح است و طبق نظر جمهور فقهای اسلامی بعد از بلوغ حق خیار بلوغ ندارد؛ ولی (سرپرست) می تواند



اما علت این که سن بلوغ یا قابلیت ازدواج برای نکاح در همه کشور ها یکسان نیست به دلیل مصلحتی است که هر کشور مقتضی آن است؛ با آنکه برخی روایات مبنی بر جواز کودک همسری وارد شده است، اما با توجه به تغییر شرایط و اوضاع در این عصر کودک همسری یک کار عقلانی نیست؛ زیرا دارای پیامدهای ناگواری از قبیل پیامد منفی جسمانی است؛ بطور مثال در ازدواج با سنین پائین، اگر آمیزش صورت گیرد در حالی که اندام های جسمی صغیره، هنوز رشد نکرده است این عمل به دختران نابالغ آسیب می رساند؛ پس هرگاه برای ازدواج سن خاص تعیین گردیده شود و کودک همسری ممنوع اعلان شود، به نظر می رسد که این مخالف شریعت نیست، بلکه طبق «لاضرر» موافق شریعت است. افزون بر پیامدهای جسمی، ازدواج زیر سن دارای پیامدهای روانی نیز می باشد؛ هر انسانی اعم از پسر و دختر برخی آرزوها دارد و به دنبال برآورده کردن آن است، به ویژه در هنگام عروسی علایق و سلایقی خاص دارند؛ که در صورت ازدواج در سنین کمتر و قبل از بلوغ، نمی توانند احساسات و تمایلات خود را اجراء کنند؛ چون در این حوزه و وادی معقول نیستند و بعد از اینکه بزرگ شدند طرفین به عنوان یک خلاء، همیشه از عدم اجرای برخی رسوم و آداب خاص عروسی اظهار ندامت می کنند و آن سکونت و سکینه داشتن و آرامش که در قرآن کریم آمده است (لتسكنوا اليها) کم رنگ می شود. البته دخترانی که قبل از سن بلوغ به ازدواج داده می شوند، کمترین تجربه از خانه داری، همسر داری، پرورش کودک و سایر مسائل مهم در حوزه خانواده را ندارند. بنابراین، بدون آمادگی جسمی و روانی طرفین عقد وارد شدن به زندگی مشترک، قطعاً دشواری های زیادی را به دنبال خواهند داشت و این در حالی است که شریعت اسلامی به خانواده و تحکیم بنیان آن، اهتمام زیادی نموده است.

ازدواج زود هنگام برای دختران پیامدهای منفی اجتماعی نیز دارد؛ زیرا

دارند که بلوغ رشد هنگام بلوغ جنسی، به صورت فعلی یا برآورد شده در سن پانزده سالگی، ملاک قرار می گیرد. (السباعی، ۱۹۹۹م: ص ۵۰). این تعیین سن هیچ مستندی از آرای فقیهان اسلامی ندارد چون «نکاح الصغار» در فقه اسلامی بحث خاص دارد (کاسانی، ۱۴۰۶ق: ج ۲، ص ۲۴۵) بلکه از قوانین غربی گرفته شده است. غربیان شرایط و محیط خاص خود را دارند، که با مرحله بلوغ جنسی پسران و دختران در کشور ما سازگار نیست و با مصلحت عمومی اخلاقی ما همخوانی نیست. بنابراین باید ازدواج از زمان بلوغ جنسی مجاز باشد، و خود پسر و دختر و اولیای آنها بهتر از هر کسی می دانند که مصلحت ازدواجشان در چیست؛ آیا فوراً پس از بلوغ است یا باید چند سال صبر کنند. دخالت قانون در این مسئله معنایی ندارد، به ویژه که قانون اجازه ازدواج پس از بلوغ جنسی را داده است، اما به قاضی اجازه بررسی داده که آیا بدن فرد توانایی ازدواج را دارد یا خیر؟ گویا قاضی بیشتر از خود پسر و دختر یا اولیای آنها بر مصلحتشان آگاه است. (السباعی، ۱۹۹۹م: ص ۵۰) بر اساس مذهب ابوحنیفه - که در قانون احوال شخصیه از آن تبعیت شده است - دختر هنگامی که بزرگ شد، پدر یا اولیای او نمی توانند او را به ازدواجی وادار کنند، بلکه رضایت او شرط لازم است. این ضمانت کافی برای جلوگیری از عجله پدران در ازدواج دخترانشان به خاطر منافع مادی است اما در باره دختران نابالغ این حق برای اولیاء داده شده است (همان) قوانین مدنی مصر و افغانستان تحت تأثیر کنوانسیون حقوق کودک و سایر اسناد بین المللی است که ازدواج کودکان را نقض حقوق بشر می دانند در مقابل، فقه اسلامی به دلیل زمینه های تاریخی و فرهنگی خود، چنین استانداردهایی را نپذیرفته است. این تأثیرپذیری بین المللی، هرچند در جهت حمایت از حقوق کودک مثبت است، اما باید با تطبیق فقهی و پذیرش تدریجی همراه باشد تا به مقاومت های فرهنگی منجر نشود.



قاطع کودک همسری باشد؛ زیرا عدم حیض می تواند دلایل دیگری غیر از صغر سن داشته باشد. علاوه بر این، کودک همسری با مقاصد ازدواج، همچون ایجاد الفت و رشد عاطفی، در تضاد است.

۳. محدودیت های فقهی کودک همسری با علوم دیگر؛ روایات مرتبط با کودک همسری بر اساس اصول فقه الحدیث و قواعد «لاضرر» و «لا حرج» که ناظر بر احکام اولیه هستند، محدود می شوند. از منظر روان شناسی، رشد عقلی و عاطفی فرد در ازدواج نقش اساسی دارد. بنابراین، صرف عقل و بلوغ جسمی برای ازدواج کافی نیست و علاوه بر این موارد، رشد فکری و عاطفی نیز الزامی است.

۴. شواهد تاریخی در رد کودک همسری: بررسی های تاریخی نیز نشان می دهند که کودک همسری در مواردی رد شده است. به عنوان نمونه، سن حضرت عایشه (رض) در زمان ازدواج حدود ۱۷ سال ذکر شده است یا اینکه آن را از جمله اختصاصات رسول معظم اسلام (ص) دانسته اند.

۵. تعارض کودک همسری با عقلانیت مدرن: کودک همسری با معیارهای عقلانیت مدرن ناسازگار است. در شرایط کنونی، شایسته است که دیدگاه های فقهی سنتی با توجه به مصلحت کودکان و مقتضیات زمان بازنگری شود تا تصمیم گیری ها بر اساس نیازهای واقعی امروز صورت گیرد.

۶. نقد کودک همسری در نظام های حقوقی: علی رغم اینکه کودک همسری از نظر جمهور فقه های اسلامی مباح دانسته شده است، در نظام های حقوقی دو کشور اسلامی افغانستان و مصر، این امر به دلیل فقدان مصلحت برای کودکان، غیرقانونی اعلام شده است.

معمولاً بعد از ازدواج دختران، موقعیت های تحصیلی و کسب مهارت های شغلی خود را یا از دست می دهند یا اینکه بی نهایت محدود می شوند. همچنین حاملگی در سنین خرد سالی دارای پیامد های منفی است و ممکن است زبان هایی بر مادر و کودک وارد کند. با فرض اینکه طبق دیدگاه موافقان کودک همسری، ازدواج کودکان امری مباح دانسته می شود، ولی با توجه به زبان هایی که متوجه کودکان می شود، کودک همسری امری پسندیده نیست.

۸- نتیجه گیری

از بررسی مطالب فوق چنین نتیجه به دست می آید.

۱. ازدواج به عنوان یک امر فطری و طبیعی: ازدواج امری فطری و طبیعی است، اما در فقه اسلامی، معیار اصلی برای ازدواج بلوغ جنسی نیست. در برخی موارد، ازدواج پیش از بلوغ توسط اولیای کودک و با هدف رعایت مصلحت وی صورت می گیرد.

۲. اختلاف دیدگاه فقیهان در مورد کودک همسری: در میان فقه های اسلام دو دیدگاه عمده درباره کودک همسری وجود دارد: جمهور فقیهان آن را مشروع و مجاز می دانند، در حالی که گروهی اندک مخالف آن هستند. این اختلاف نظر ناشی از برداشت متفاوت از قرآن و سنت نبوی است. استناد موافقان به آیاتی همچون «وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ» (طلاق: ۴) نمی تواند دلیل



منابع

- بیروت: مؤسسه الرساله، ۲۰۰۱م.
۱۳. الجزیری، عبد الرحمن بن محمد عوض، الفقه علی المذاهب الأربعة، الطبعة الثانية، بیروت، دار الکتب العلمیة، ۱۴۲۴هـ.ق.
 ۱۴. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح فی اللغة، بیروت: دارالکتب الاسلامیة، ۱۴۲۰ق.
 ۱۵. حرعاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسایل الشیعه الی تحصیل مسایل الشریعه، بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا.
 ۱۶. حسینی جرجانیس سید امیر ابوالفتح، آیات احکام، تهران: انتشارات نوید، ۱۴۰۴ق.
 ۱۷. خلاف، عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية فی الشریعة الإسلامیة، القاهرة: مطبعة دار الکتب المصریة، ۱۳۵۷هـ- ۱۹۳۸م.
 ۱۸. دهخدا، علی اکبر، لغتنامه دهخدا، چاپ دوم، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۷هـ.ش.
 ۱۹. راستین، کعبه، و نجما یساری، حقوق فاملیل افغانستان، مترجم: فهیم قیومی، بی جا: انستیتوت حقوق مقایسوی عامه وحقوق بین الدول، ۱۳۸۸ش.
 ۲۰. راغب اصفهانی، حسن بن یوسف، محمد، المفردات فی غریب القرآن، بیروت: الدار الشامیة، ۱۴۱۲ق.
 ۲۱. الزحیلی، وهبة، الفقه الإسلامی وأدلته، الطبعة الرابعة، دمشق، دار الفکر، بدون تاریخ.
 ۲۲. زمخشری، محمود بن عمرو، الکشف عن حقایق غوامض التنزیل، بیروت: دارالکتب العربی، بی تا.
 ۲۳. زهره، رحیمیان و زهرا آیت اللهی، سن ازدواج دختران (تبصره ماده ۱۰۴۱ و تبصره ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی) تهران: سفیر صلح، ۱۳۸۰ش.
 ۲۴. زیدان، عبد الکریم، الوجیز در اصول فقه، ترجمه فرزاد پارسا، چاپ دوم، سنجند، انتشارات کردستان، ۱۳۹۰هـ.ش.
 ۲۵. سرخسی، محمد بن احمد. المبسوط، بیروت: دارالمعرفة، ۱۴۱۴ق.
 ۲۶. السباعی، مصطفی بن حسنی، المرأة بین الفقه والقانون، بیروت: دار الوراق للنشر والتوزیع، ۱۹۹۹م.

منابع

۱. ابن المنذر نیشاپوری، محمد بن ابراهیم، الاجماع لابن المنذر، بیروت: دارالمسلم للنشر و التوزیع، ۱۴۲۵ق.
۲. ابن عابدین، محمد امین بن عمر، ردالمحتار علی الدرالمحتار، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۲ق.
۳. ابن قدامه مقدسی عبدالله بن احمد، ، الکافی فی فقه اهل المدينة، بیروت: دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۴ق.
۴. ابن قدامه مقدسی، عبدالله بن احمد، المغنی، القاهرة: مكتبة القاهرة، بی تا.
۵. ابن کثیر، إسماعیل بن عمر بن کثیر، تفسیر القرآن العظیم، تحقیق: محمد إبراهیمالبنا، بی جا: دار ابن حزم، ۱۴۱۹هـ.ق.
۶. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت: دار صادر، اول، ۱۴۱۴هـ.ق.
۷. ابن نجیم المصری، زین الدین بن إبراهیم، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، الطبعة الثانية، بیروت، دار الكتاب الإسلامی، بدون تاریخ.
۸. احمد بن محمد، محقق کرکی، زبدة البیان فی احکام القرآن، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴هـ.ق.
۹. بخاری محمد بن اسماعیل، صحیح البخاری، بیروت: دار طوق النجاة، ۱۴۲۲هـ.ق.
۱۰. بهوتی، منصور بن یونس، الروض المربع شرح زاد المستقنع، بیروت: دارالفکر، ۱۴۲۰ق.
۱۱. البیضاوی، أبو سعید عبد الله بن عمر بن محمد، أنوار التنزیل وأسرار التأویل، المحقق: محمد عبد الرحمن المرعشلی، بیروت: دار إحياء التراث العربی، الطبعة: الأولى - ۱۴۱۸ هـ.ق.
۱۲. بیهقی، احمد بن شعیب، السنن الکبری، تحقیق: حسن عبدالمنعم شابی،



ورسوله فی النسوة، المحقق د: مصطفی الخن - ومحي الدين مستو، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٩٨١م.

٤٠. القيسي، سها ياسين، زواج الصغار في ضوء تحديد سن الزواج، الجامعة الإسلامية غزة، ٢٠١٠م.

٤١. الكاساني، ابوبكر بن مسعود، بدايع الصنايع، بيروت: دارالكتب العلمية، ١٤٠٦ق.

٤٢. گرجي، ابوالقاسم، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، تهران: دانشگاه تهران، ١٣٩٢ش.

٤٣. محقق حلی، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسایل الحلال و الحرام، قم: موسسه اسماعیلیان، ١٤٠٨ق.

٤٤. محقق داماد، سیدمصطفی، بررسی فقهی خانواده نکاح و انحلال آن، تهران: مرکز نشر علوم انسانی، چاپ شانزدهم، ١٣٨٦ش.

٤٥. محمد بن یوسف بن حیان، البحر المحيط فی التفسیر، تحقیق: صدقی محمد جمیل، بیروت: دارالفکر، ١٤٢٠م.

٤٦. مرکز العلوم و الثقافة الإسلامية، موسوعة الشهيد الاول، قم: مرکز العلوم والثقافة الإسلامية، ٢٠٠١م.

٤٧. مروارید، علی اصغر، سلسله الینایع الفقهیه، بیروت، لبنان، چاپ اول، ١٤١٠ق.

٤٨. معجوز، محمد، أحكام الأسرة فی الشریعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية ١٩٩٤م

٤٩. مکارم شیرازی، ناصر، مجموعه استفتائات جدید، قم: انتشارات مدرسه علی بن ابی طالب (ع)، چاپ اول، ١٣٨٥ش.

٥٠. مکارم شیرازی، ناصر، کتاب النکاح، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب، ١٤٢٤ق.

٥١. موسوی بجنوردی، اندیشه های حقوقی (حقوق خانواده)، تهران: انتشارات مجد، چاپ اول، ١٣٨٦ش.

٥٢. نجفی، محمد حسن (صاحب جواهر)، واهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام،

٢٧. شافعی، ابو عبدالله محمد بن ادريس بن العباس، الأم، بيروت: دار المعرفة، ١٤١٠هـ

٢٨. شرینی، محمد بن احمد، مغنی المحتاج الى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، دمشق: دار الفیحاء، ٢٠٠٩م.

٢٩. شیبانی، احمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل. تحقیق: شعيب الأنووط و دیگران، چاپ دوم، بیروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٢٠هـ ق.

٣٠. صالح خالد صالح الشقير، زواج القاصرات بين الشريعة والقانون. مجلة جامعة الشارقة، قسم القضاء الشرعي - الجامعة الإسلامية (منيسوتا)، ٢٠١٧م.

٣١. طباطبایی حکیم، سید محسن. مستمسک العروة الوثقی، قم: مکتبه آية الله العظمى المرعشي النجفي، چاپ چهارم، ١٤٠٤ق.

٣٢. طبری، محمد بن جریر. جامع البيان عن تأويل آي القرآن. تحقیق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي، چاپ اول، قاهره: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ١٤٢٢هـ ق. طریجی، فخرالدین بن محمد، مجمع البحرين، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریة، ١٣٦٧ش.

٣٣. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، قم: انتشارات قدس محمدی، بی تا.

٣٤. العبسی، عبدالله بن محمد، الكتاب المصنف فی الاحادیث والآثار، تحقیق کمال یوسف الحوت، الرياض: مکتبه الرشد، ١٤٠٩م.

٣٥. العثیمین، محمد ابن صالح، الشرح الممتع علی زاد المستقنع، الرياض: دار ابن الجوزی، فهرسة مکتبه الملك فهد الوطنیة للنشر طبع بإشراف مؤسسة الشيخ محمد ابن صالح العثیمین لخیریه، ١٤٢٧هـ ق.

٣٦. فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، کنز العرفان فی فقه القرآن، قم: حیدری، بی تا.

٣٧. قانون تنظیم بعض اوضاع و اجراءات التقاضی فی مسائل الاحوال الشخصية فی قوانین الاحوال الشخصية، القاهرة: ٢٠٠٢م.

٣٨. قرآن کریم

٣٩. القنوجی، محمد صدیق خان بن حسن، حسن الأسوة بما ثبت من الله



فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین

Journal of Jurisprudence and Modern Law

Home Page: www.jaml.ir



مرکز اطلاعات علمی
Scientific Information Database

Sponsored and Indexed by
CIVILICA
We Respect the Science



ESJI
www.ESJIndex.org

Eurasian
Scientific
Journal
Index



Academic
Resource
Index
ResearchBib



Academia.edu
share research



۵۴. نوری همدانی، حسین، هزار و یک مسئله فقهی: مجموعه استفتائات، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ پنجم، ۱۳۸۸ ش.
۵۵. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، چاپ اول، کویت، دار السلاسل، ۱۴۲۷ هـ.ق.

تحقیق: عباس قوچانی و علی آخوندی، چاپ هفتم، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ هـ.ق.
۵۳. نسائی، احمد بن شعیب، السنن الکبری، تحقیق: حسن عبدالمنعم شابی، بیروت: مؤسسة الرسالة، ۲۰۰۱ م.