

تجویز مشروط یا تحریم مطلق کودک همسری؟

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۵/۲۳ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۶/۲۸ فرج الله هدایت‌نیا *

چکیده

در فقه اسلامی، درباره اختیار ولی قهری در تزویج خردسالان نابالغ، نظریه‌های متعددی وجود دارد؛ گروهی از فقها، تزویج کودکان را به شرط عدم مفسده و گروهی دیگر آن را به شرط رعایت مصلحت مجاز شمرده‌اند. این نظریه همچنین استمتاع خاص از کودک همسران را منع ولی سایر استمتاعات را مجاز می‌شمارد. در مقابل، بعضی فقهای معاصر خواهان جلوگیری از ازدواج کودکان شده‌اند. به اعتقاد آنان، تزویج کودکان مفسده‌آمیز بوده و مصلحتی برای آن فرض نمی‌شود. نظام قانونگذاری ما از آغاز تا کنون، سیاست‌های متفاوتی را نسبت به کودک همسری تجربه کرده و هم‌اکنون، تزویج کودکان و استمتاع از کودک همسران را به صورت مشروط و محدود روا می‌شمارد. بررسی‌های این نوشتار نشان می‌دهد که رویکرد تجویز مشروط و محدود کودک همسری در فقه و قوانین خانواده ایران، برخلاف حق سلامت جسمی و روانی کودکان بوده و زمینه‌ساز کودک‌آزاری است. همچنین ثابت می‌نماید که در زمان ما مصلحتی در تزویج کودکان برای آنان فرض نمی‌شود. این نوشتار در نهایت، مبانی نظریه تحریم کودک همسری را بررسی و اثبات می‌نماید. واژگان کلیدی: کودک همسری، تزویج کودکان، استمتاع از کودک همسران، حقوق کودکان.

مقدمه

یکی از مسائل چالش برانگیز زمان ما مسئله «کودک همسری» است. درباره این مسئله میان فقها، حقوق دانان، جامعه شناسان، روان شناسان و متخصصین تعلیم و تربیت بحث و گفتگوهای فراوانی وجود دارد و دیدگاه های متفاوتی از سوی آنان مطرح می گردد. یکی از جهات اختلاف، سن کودکی است. درحالی که بعضی با تأسی به کنوانسیون حقوق کودک، سن خروج از کودکی را به طور مشترک برای پسران و دختران هجده سالگی می دانند. بعضی دیگر به پیروی از فقه اسلامی، سن خروج از کودکی را برای پسران پانزده سال قمری و برای دختران نه سال قمری می دانند. جهت دیگر اختلاف، جواز یا منع تزویج کودکان است. درحالی که بعضی خواهان افزایش سن قانونی ازدواج تا پایان دوره نوجوانی هستند، بعضی دیگر تزویج خردسالان را نیز تحت شرایطی مجاز می شمارند.

نظام تقنینی در کشور ما از آغاز تاکنون، سیاست های متفاوتی را نسبت به کودک همسری تجربه کرده است. متن های متعددی از ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی در دست است که در بعضی از آنها، تزویج کودکان به طور کلی ممنوع و در بعضی دیگر با رعایت شرایطی مجاز است. مطابق متن کنونی ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی، تزویج دختران تا قبل از سیزده سال تمام شمسی و پسران تا قبل از پانزده سال تمام شمسی با رعایت مصلحت آنان به تشخیص دادگاه مجاز است. مطابق تبصره نخست ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی، «سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است». بنابراین قانون مدنی ترجیح داده است ازدواج دختران تا چهار سال پس از بلوغ نیز نیازمند اذن دادگاه باشد. تغییر مکرر ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی نشان می دهد که این موضوع همواره محل ابتلای جامعه ایرانی بوده است.

آمارهای معاونت زنان و خانواده ریاست جمهوری و همچنین سازمان ثبت احوال نشان می دهد تا سال ۹۵ آمار ازدواج کودکان ۱۰ تا ۱۵ سال، ۴۳۰۰۰ نفر بوده است.

مطابق این گزارش آماری، در سال ۹۰، ۲۲۰ کودک زیر ۱۰ سال، سال ۹۱، ۱۸۷ کودک، سال ۹۲، ۲۰۱ کودک، سال ۹۳، ۱۷۶ کودک و در سال ۹۴، ۱۷۹ کودک زیر ۱۰ سال ازدواج کرده‌اند (<https://www.tabnak.ir-1398>). این آمارها مربوط به ازدواج‌های رسمی و ثبت شده در کشور است؛ در نتیجه آمار کودک‌همسری در کشور بیش از این است. هرچند نباید درباره مسئله کودک‌همسری در ایران بزرگ‌نمایی کرد، ولی حذف صورت مسئله نیز صحیح نیست و باید نسبت به سرنوشت کودکانی که به ازدواج زودهنگام دچار می‌شوند، حساسیت مناسب نشان داده شود و معلوم شود که متن کنونی قانون مدنی تا چه میزان نسبت به تأمین حقوق و امنیت کودکان مؤثر است.

هرچند کودک‌همسری ابعاد اجتماعی، فرهنگی و تربیتی نیز دارد، ولی رویکرد این پژوهش فقهی - حقوقی است. مسئله پژوهش کنونی این است که «آیا تزویج کودکان مشروع است؟». سیاست تقنینی جمهوری اسلامی ایران درباره این مسئله چیست یا چگونه باید باشد؟ مقصود ما از کودک در این پژوهش و در اصطلاح «کودک‌همسری»، همان تعریف فقهی - حقوقی یعنی شخص غیربالغ است. یادآوری این مطلب از این جهت ضروری است که مطابق ماده نخست کنوانسیون حقوق کودک (مصوب ۲۰ نوامبر ۱۹۸۹)،^۱ «کودک انسانی است که سن هجده سالگی را هنوز تمام نکرده است». بلوغ جنسی اشخاص قبل از هجده سالگی رخ می‌دهد و هجده سال، سن بلوغ عقلی یا رشد است. منع قانونی ازدواج نوجوانان به بهانه فقدان رشد یا بلوغ عقلی توجیه شرعی ندارد. پس از بلوغ، نیازهای جنسی پسر و دختر سر باز می‌کند و اگر خودشان میل به ازدواج داشته باشند، نمی‌توان مانع آنان شد؛ زیرا با وجود میل جنسی، منع قانونی ازدواج با اصل عفاف ناسازگار است. عفاف در شریعت اسلام جزء ارزش‌های بنیادین است و هر طرح تقنینی که طریق عفاف را سدّ

1. Convention on the Rights of the Child.

یا مسیر پاک‌زیستی را دشوار نماید، غیرشرعی است. بنابراین، منع ازدواج نوجوانان مانند اجبار آنان به ازدواج موجه نمی‌باشد. اما وضعیت کودکان متفاوت است. آنان میل جنسی ندارد و تزویج آنان برای مقاصد دیگری صورت می‌گیرد. فرضیه تحقیق آن است که ازدواج کودکان جایز نیست؛ زیرا در زمان ما فرض مصلحت برای تزویج آنان بعید است. از سوی دیگر، ازدواج کودکان مفاسد متعددی دارد و زمینه‌ساز کودک‌آزاری است، و راه اطمینان‌بخشی برای حفظ حقوق و سلامت کودک همسران وجود ندارد؛ در نتیجه بر مبنای موازین فقهی، تزویج کودکان نافذ نیست و بلحاظ قانونی باید ممنوع شود.

به‌منظور بررسی مسایل کودک‌همسری در فقه اسلامی و سیاست تقنینی جمهوری اسلامی ایران، مباحث این نوشتار در دو قسمت سامان می‌یابد؛ نخست مبنای فقهی و سیاست تقنینی «تجویز مشروط و محدود کودک‌همسری» و سپس مبنای فقهی و راهکار حقوقی «تحریم مطلق کودک‌همسری» مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

۱. تجویز مشروط و محدود کودک‌همسری

رویکرد غالب در فقه اسلامی، جواز مشروط ازدواج کودکان و همچنین استمتاع محدود از کودک‌همسری است. همین رویکرد مبنای قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران قرار گرفته و هم‌اکنون تزویج کودکان و استمتاع از کودک‌همسران به‌صورت مشروط و محدود مجاز است. ادله فقهی و مستندات قانونی این رویکرد را در ادامه نوشتار ملاحظه خواهیم کرد.

۱.۱. تجویز مشروط ازدواج کودکان

به‌لحاظ فقهی، تزویج کودکان به شرط عدم مفسده و به‌قولی رعایت مصلحت کودکان مجاز است. قانون مدنی شرط دیگری را نیز بر آن افزوده و اذن دادگاه را ضروری شناخته است. نخست شرایط فقهی و سپس شرایط قانونی را مورد توجه قرار خواهیم داد.

۱.۱.۱. شرایط ازدواج کودکان در فقه اسلامی

مبنای فقهی اختیار پدر یا جد پدری در تزویج فرزند خردسال، آیه ۲۳۷ سوره بقره و روایات پیرامون آن است. مطابق روایات موجود، مقصود از «الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ» در آیه فوق پدر و جد پدری است (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۶، ص ۱۰۶؛ صدوق، ۱۴۱۳ق: ج ۳، ص ۸۸؛ طوسی، ۱۴۰۷ق: ج ۶، ص ۲۱۶). اختیار ولی قهری در اداره امور محجور و تزویج وی مطلق نیست. درباره حدود اختیار ولی قهری در تزویج صغار دو نظریه متفاوت وجود دارد:

الف) گروهی از فقهای عظام «عدم المفسده» را در تزویج کودکان توسط اولیای قهری کافی دانسته است (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۸۶۶؛ موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۲۵۵؛ سیستانی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۲۵). مطابق این نظریه، پدر یا جد پدری می تواند پسر یا دختر خردسال خود را تزویج کند؛ به شرطی که برای وی ضرری نداشته باشد. اگر ازدواج برای کودک مفسده انگیز یا زیان بار باشد، به اتفاق همه فقها جایز نخواهد بود؛ بلکه مخالفی دیده نشده است (موسوی خویی، ۱۴۱۸ق: ج ۳۳، ص ۲۲۹). دلایل متعددی بر اعتبار شرط عدم مفسده در اقدام ولایی پدر یا جد پدری وجود دارد. مانند صحیحۀ عبید بن زرارۀ که می گوید: از امام صادق (ع) پرسیدم: دختری است که پدرش قصد دارد وی را به مردی تزویج کند، اما جد دختر بنا دارد وی را به مرد دیگری تزویج نماید؛ امام فرمود: جد سزاوارتر از پدر است، تا وقتی که اضرائی نباشد: «الْجَدُّ أَوْلَىٰ بِذَلِكَ مَا لَمْ يَكُنْ مُضَارًّا»؛ (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۵، ص ۳۹۵). تقیید ولایت جد به «مضار» نبودن دلالت دارد بر اینکه در مقام اضرار به دختر، جد ولایت ندارد (موسوی خویی، ۱۴۱۸ق: ج ۳۳، ص ۲۲۹). افزون بر این، عمومات نفی ضرر نیز حاکم بر ادله ولایت پدر و جد پدری است. در نتیجه، ولایت پدر و جد پدری بر پسر و دختر مخصوص فرض عدم المفسده می باشد (همان).

ب) گروه دیگری از فقهاء «عدم المفسده» را در عقد ولایی بر پسر و دختر کافی ندانسته و رعایت «مصلحت» طفل را لازم شمرده اند. بعضی این شرط را به صورت

جزمی (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق: ۲۹۹) و بعضی دیگر آن به احتیاط لزومی (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق: ۱۰۵) بیان کرده‌اند. مهم‌ترین دلیل لزوم رعایت مصلحت طفل در نکاح، آیه ۱۵۲ سوره انعام است. این آیه خطاب به جدّ پدری درباره نحوه تصرف در اموال یتیم فرموده است: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ؛ به مال یتیم جز به صورت بهتر نزدیک نشوید و مداخله و تصرف نکنید». نحوه استدلال به این آیه بر مسئله مورد بررسی چنین است:

- جدّ پدری اموال طفل را باید به نحوی که نیکوتر است، اداره نماید. بر این اساس، بی ضرر بودن تصرفات جدّ پدری در اموال طفل کافی نیست و باید برای وی سودمند باشد.

- تفاوتی میان ولایت جدّ پدری و پدر نیست؛ بلکه به قیاس اولویت، ولایت پدر بر اموال فرزند نیز مشروط به مصلحت است؛ زیرا همان‌طور که قبلاً اشاره شد، ولایت جدّ پدری اولی از ولایت پدر است. پس اگر تصرف جدّ در اموال طفل باید به صورت «احسن» باشد، تصرف پدر نیز به طریق اولی چنین خواهد بود.

- هرچند مورد آیه اموال یتیم است، ولی عرف از آن الغای خصوصیت می‌نماید و حکم آن را به امور غیرمالی طفل نیز تسرّی می‌دهد؛ بلکه به قیاس اولویت در مورد خود یتیم نیز قابل استدلال است؛ چه اینکه اگر تصرف ولی در اموال طفل باید به طریق احسن باشد، تصمیم درباره خود طفل از اهمیت بیشتری برخوردار است (شیری زنجانی، ۱۴۱۹ق: ج ۱۲، ص ۴۱۸۴).

بر استدلال به آیه برای اثبات لزوم مصلحت در عقد ولایی اشکالاتی مطرح شده است. بعضی اظهار داشته‌اند: معلوم نیست مخاطب آیه شریفه جدّ پدری باشد. «ظاهراً خطاب آیه به افرادی بوده است که به بهانه نگهداری و سرپرستی یتیمان، اموالشان را زیر و رو می‌کردند و اگر اجداد را هم شامل شود فرد مخفی آنهاست و لذا آیه نسبت به شمول اجداد اطلاق قوی‌ای ندارد» (همان). بر فرض که این

استدلال در جای خود صحیح باشد، پذیرفتن آن در باب نکاح مشکل است؛ زیرا روایات مسئله فقط فساد و ضرر را استثنا کرده‌اند. با توجه به اینکه ظهور روایات در اطلاق اقوی از ظهور آیه می‌باشد، بنابراین نمی‌توانیم آیه شریفه را مقید اطلاق روایات مربوطه قرار دهیم (همان). پس آیه را باید مخصوص امور مالی بدانیم و در مورد نکاح به ظهور روایات مربوطه عمل کنیم (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق: ۲۹۸).

با وجود اشکالات مذکور، دلالت آیه شریفه بر لزوم رعایت مصلحت در عقد نکاح ولایی ضعیف است. باین حال به دلایل دیگری می‌توان لزوم مصلحت را اثبات کرد. فلسفه جعل ولایت بر طفل، رعایت مصلحت او است؛ زیرا این حکم از بنای عقلاء است و شارع آن را امضا کرده است (همان). به عبارت دیگر، ولایت حقی نیست که شارع مقدس به پدر یا جد پدری اعطا کرده باشد تا هرگونه که خود می‌خواهند در امور کودک تصرف نمایند؛ بلکه حق کودک و مسئولیتی بر عهده پدر یا جد پدری است. به همین دلیل پدر یا جد پدری نمی‌تواند از خود سلب مسئولیت نماید. افزون بر این، در نفوذ عقد بدون مصلحت تردید وجود دارد و استصحاب مقتضی عدم نفوذ آن است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق: ۱۰۵).

ممکن است گفته شود: مطابق بعضی روایات، کودک و اموال او برای پدر است: «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۵، ص ۱۳۵؛ صدوق، ۱۴۱۳ق: ج ۳، ص ۱۷۷) پس پدر هر طور که بخواهد می‌تواند در امور فرزند مداخله کند. باید توجه داشت که این حدیث مبین یک مسئله اخلاقی است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق: ۲۹۸). مؤید این برداشت حدیث دیگری از حسین بن ابی العلاء از امام صادق (ع) است. وی از امام پرسید: مرد تا چه میزان حق دارد از اموال فرزند خود بردارد؟ امام فرمود: اگر ناچار شد، به اندازه قوت خود بدون زیاده‌روی می‌تواند بردارد. راوی پرسید: پس قول رسول خدا (ص) مبنی بر اینکه «تو و اموالت برای پدر هستی» به چه معنی است؟ امام فرمود: آن مرد با پدرش نزد پیامبر آمد و گفت: پدرم درباره میراث مادرم به من ستم کرده

است. پدرش گفت: آن را برای نفقه خود او و خودم خرج کرده‌ام. پیامبر به آن مرد فرمود: تو و اموات برای پدر هستی. این در حالی بود که پدر مالی نداشت. آیا رسول خدا (ص) پدر را برای پسر حبس می‌کرد؟ (صدوق، ۱۴۰۳ق: ۱۵۵).

۱.۱.۲. شرایط ازدواج کودکان در قوانین کنونی

قانون مدنی در ماده ۱۰۴۱، رعایت مصلحت کودک را در تزویج وی لازم شمرده و تشخیص و تأیید دادگاه را ضروری شناخته است. متن کنونی ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی چنین است: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح». این قانون مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام است؛ زیرا مصوبه مجلس شورای اسلامی با اشکال فقهی شورای نگهبان مواجه گردید و به علت پافشاری مجلس بر مصوبه خویش، به مجمع ارسال گردید. متن مصوبه مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۷۹ چنین است: «ازدواج دختر قبل از رسیدن به ۱۵ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به ۱۸ سال تمام شمسی منوط به تحصیل اجازه از دادگاه می‌باشد؛ (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۰: ۲۵۴ - ۲۵۵). این اصلاحیه از سوی شورای نگهبان خلاف شرع شناخته شد (همان). ظاهراً دلیل خلاف شرع بودن مصوبه مجلس از نظر شورای نگهبان، محدود کردن اختیار ولی قهری و مقید کردن وی به گرفته اجازه از دادگاه بوده است. نیز ممکن است دلیل مخالفت شورای نگهبان با مصوبه مزبور تعیین سن ۱۵ سال برای دختران و ۱۸ سال برای پسران بوده است؛ زیرا دختران پس از نه سالگی و پسران پس از پانزده سالگی بالغ شده و از تحت ولایت پدر یا جد پدری خارج می‌شوند. در هر صورت، به علت اصرار مجلس شورای اسلامی بر موضع خود، مصوبه مزبور جهت داوری و اعلام نظر نهایی به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال گردید. در مقدمه توجیهی مصوبه مجلس که به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع گردید چنین آمده است: «... با توجه به وضعیت بعضی از اولیا و کثرت اولاد ممکن

است که بچه‌هایشان را به افرادی بفروشند که واقعاً موجب تضییع حق موکلی علیه بشود، در این طرح تصریح شده است که این مصلحت را دادگاه تشخیص بدهد که خدای نکرده اگر ولیّ خواست این بی‌احتیاطی را بکند و یا رعایت مصلحت موکلی علیه خود را نکند، دادگاه حداقل این رعایت را در مقوله این فرد انجام بدهد، لذا بر نظریه قبلی خویش مصرّ هستند» (همان: ۲۵۶). مجمع تشخیص مصلحت نظام پس از بررسی‌های لازم، سرانجام مصوبه مجلس را با تغییراتی تصویب کرده است (همان، ۱۳۸۲، ص ۶۵۳). هرچند ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی در مورد وضعیت حقوقی نکاحی که بدون رعایت شرایط مزبور صورت گرفته باشد ساکت است، ولی ماده ۵۰ قانون حمایت خانواده، عدم رعایت شرایط مذکور در ماده ۱۰۴۱ را جرم شناخته و مقرر داشته است: «هرگاه مردی برخلاف مقررات ماده (۱۰۴۱) قانون مدنی ازدواج کند، به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود...». تبصره این قانون نیز مقرر می‌دارد: «هرگاه ولی قهری، مادر، سرپرست قانونی یا مسئول نگهداری و مراقبت و تربیت زوجه در ارتکاب جرم موضوع این ماده تأثیر مستقیم داشته باشند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شوند. این حکم در مورد عاقل نیز مقرر است». بنابراین اگر کودکی برخلاف مصلحت و بدون اخذ مجوز از دادگاه تزویج شود، همه کسانی که در آن دخالت داشته‌اند، مجرم محسوب می‌گردند و به حبس تعزیری درجه شش محکوم خواهند شد. مطابق ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی، حبس تعزیری درجه شش «بیش از شش ماه تا دو سال» است.

۱.۲. تجویز محدود استمتاع از کودک همسران

مانند مسئله سابق، رویکرد غالب در فقه اسلامی، جواز استمتاع عام از کودک همسران است. نخست ادله مشروعیت استمتاع از کودک همسران را تشریح و سپس موضع نظام حقوقی ایران را بررسی خواهیم کرد.

۱.۲.۱. حق استمتاع محدود شوهر از کودک همسر در فقه اسلامی

اگرچه دلیل نقلی خاصی بر جواز استمتاع عام از کودک همسر وجود ندارد، ولی فقهای عظام فتوی به جواز آن داده‌اند (موسوی خمینی، بی‌تا: ج ۲، ص ۲۴۱). دلیل آنان در جواز استمتاع عام از کودک، اصل اولی جواز و نیز ملازمه میان جواز تزویج و جواز استمتاع است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق: ۲۴). همچنین از روایات تحریم نزدیکی با کودک، جواز استمتاع عام استنباط شده است. با این استدلال که اگر استمتاع عام از آنان نیز حرام باشد، لازم بود به‌طورکلی تحریم شود؛ زیرا استمتاع از کودکان در گذشته مورد ابتلا بوده است (همان). فتوای فقهای عظام درباره جواز استمتاع عام از همسر خردسال واکنش زیادی به‌دنبال داشته و بعضی آن را دست‌آویزی برای حمله به فقه و فقها قرار داده‌اند. باید توجه داشت که مشروعیت استمتاع عام از کودک همسران، حکم اولی مسئله و مربوط به فرض عدم زیان‌باری آن است. با توجه به اینکه در گذشته، زیان‌های آن ثابت نشده بود، به اقتضای اصل زوجیت، استمتاع عام مجاز شمرده می‌شد. اما اگر ثابت شود که هرگونه بهره‌جنسی از کودکان برای آنان زیان‌بار است، تردیدی در حرمت شرعی آن وجود ندارد. بلکه باید گفت: نیازی به اثبات ضرر نیست و با «خوف ضرر» نیز حکم حرمت ثابت خواهد بود. این حکم ویژه کودک همسری نیست و به‌طورکلی درباره روابط زناشویی جریان دارد. به همین دلیل، فقهای عظام «خوف ضرر» را موجب سقوط وجوب تمکین بر زوجه (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق: ج ۲، ص ۸۱۰)، بلکه حرمت نزدیکی بر زوج شمرده‌اند. بعضی فقها با اشاره به این مطلب نوشته‌اند: «اگر خوف ضرر بر زوجه باشد، اگر به حدی باشد که تحمل آن بر زن حرام باشد، قهراً حتی اگر او اجازه هم بدهد، بر مرد جائز نیست که چنین ضرری را بر زن وارد کند؛ بنابراین مباشرت نه‌تنها واجب نیست بلکه حرام هم می‌باشد» (شیری زنجان، ۱۴۱۹ق: ج ۵، ص ۱۴۶۳؛ موسوی خویی، ۱۴۱۸ق: ج ۳۲، ص ۱۲۰).

در آیاتی از قرآن کریم اضرار به همسر منع شده است (ر.ک: بقره: ۲۳۱ و ۲۳۳؛ طلاق: ۶). از این آیات می‌توان قاعده کلی منع اضرار به همسر را استنباط کرد (ر.ک: هدایت‌نیا، ۱۳۹۱: ۱۳۳-۱۱۳).

حقوق زناشویی شوهر نسبت به کودک همسر محدود به استمتاع عام است و مواقعه با صغیره به اجماع محصل و منقول حرام است (نجفی، ۱۴۱۴ق: ج ۲۹، ص ۱۱۸؛ نراقی، ۱۴۱۵ق: ج ۱۶، ص ۸۰). روایات متعددی درباره منع مواقعه با دختران نابالغ وارد شد (ر.ک: کلینی، ۱۴۰۷ق؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۰، ص ۱۰۱). از جمله آنها صحیح حلی از امام صادق (ع) است. مطابق فرموده امام، آنگاه که مرد با دختری ازدواج کرد، تا وقتی وی کودک است، مرد حق ندارد با او نزدیکی کند: «فَلَا يَدْخُلُ بِهَا حَتَّى يَأْتِيَ لَهَا تِسْعُ سِنِينَ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۰، ص ۱۰۱). بعضی تصریح کرده‌اند که پس از نه سال نیز اگر خوف ضرر به کودک باشد، مواقعه حرام است. قبل از نه سالگی به استناد نصّ و به صورت تعبدی مواقعه حرام است؛ حتی اگر علم به عدم اضرار باشد؛ ولی بعد از نه سالگی در صورت خوف ضرر حرام خواهد بود. مستند تحریم مواقعه در فرض اخیر قاعده نفی ضرر است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق: ۱۳۵). از سوی دیگر، حاکم اسلامی می‌تواند برای مواقعه با صغیره تعزیر معین کند (همان: ۱۳۴-۱۳۵). به‌طور کلی هر کس کار حرامی انجام دهد، امام می‌تواند او را به اندازه‌ای که به مقدار حدّ نرسد تعزیر نماید و اندازه آن طبق نظر امام است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۴، ص ۱۵۵). اگر در کلیت این قاعده تردید شود، در مشروعیت تعزیر برای اعمال حرامی که باعث اضرار به دیگران می‌شود نباید تردید کرد. به‌ویژه در این مورد خاصّ که به حقوق و سلامت کودکان مربوط می‌شود، مسأله از اهمیت بیشتری برخوردار است.

۱.۲.۲. حق استمتاع محدود شوهر از کودک همسر در حقوق خانواده ایران

در قوانین خانواده ایران هیچ منعی برای استمتاع عام از کودک همسران دیده نمی‌شود؛ بلکه از بعضی مواد فصل هشتم باب نکاح، حق شوهر در استمتاع از همسر

استنباط می‌گردد. مانند ماده ۱۱۰۲ که مقرر می‌دارد: «همین که نکاح به طور صحت واقع شد، روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود». نیز ماده ۱۱۱۴ مقرر می‌دارد: «زن باید در منزلی که شوهر تعیین می‌کند، سکنی نماید؛ مگر آنکه اختیار تعیین منزل به زن داده شده باشد». اطلاق این مواد شامل همسر خردسال نیز می‌شود و استثنایی در این خصوص وجود ندارد.

در قوانین کنونی، درباره استمتاع خاص از کودک همسران نیز منعی مشاهده نمی‌شود؛ به جز ماده ۵۰ قانون حمایت خانواده که پیامدهای حقوقی واقعه زیان‌بار با کودک همسر را به صورت ناقص بیان کرده است. در قسمتی از این ماده آمده است: «... هرگاه ازدواج مذکور به واقعه منتهی به نقص عضو یا مرض دائم زن منجر گردد، زوج علاوه بر پرداخت دیه به حبس تعزیری درجه پنجم و اگر به واقعه منتهی به فوت زن منجر شود، زوج علاوه بر پرداخت دیه به حبس تعزیری درجه چهار محکوم می‌شود».^۱ در این قانون، برای آسیب جسمی کمتر از افضا و نقص عضو هیچ پیامد مدنی و کیفری بیان نشده است. قانونگذار در این مورد از نظر مشهور فقهی تبعیت کرده است. بعضی منابع فقهی نوشته‌اند: اگر مردی قبل از نه‌سالگی زوجه‌اش را وطی کند و باعث افضا نشود، بنا بر اقوی بر عمل او جز گناه چیزی مترتب نمی‌شود: «و لو وطأها قبل التسع و لم یفضها لم یترتب علیه شیء غیر الإثم علی الأقوی»؛ (موسوی خمینی، بی‌تا: ج ۲، ص ۲۴۱؛ و.ر.ک: سیستانی، ۱۴۱۷ق: ج ۳، ص ۱۰). ظاهراً مقصود از عدم ترتب چیزی بر زوج، حرمت ابدی وطی و دیه یا ارش بر عهده شوهر است. همان‌طور که بعضی تصریح کرده‌اند، عدم ترتب اثر بر آسیب‌های کمتر از افضا نظر اکثریت فقهاست (سبزواری، ۱۴۲۳ق: ج ۲، ص ۸۸). در مقابل، بعضی از آنان قائل به ضمان عیب و حرمت ابدی وطی شده‌اند (طوسی،

۱. ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مجازات‌های تعزیری را به هشت درجه تقسیم کرده است. مطابق این قانون حبس تعزیری درجه شش «شش ماه تا دو سال»، حبس تعزیری درجه پنجم «دو تا پنج سال» و حبس تعزیری درجه چهار «پنج تا ده سال» است.

۱۴۰۰ق: ۴۸۱؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق: ج ۲، ص ۶۰۴). به این معنی که با وجود بقای زوجیت و آثار آن، شوهر هیچگاه حق ندارد با همسرش نزدیکی نماید. بعضی این قول را به جماعتی از فقها نسبت داده‌اند (سبزواری، ۱۴۲۳ق: ج ۲، ص ۸۸). در شرایط کنونی فقط می‌توان با استفاده از ماده ۱۱۱۵ قانون مدنی، از خلوت کردن شوهر با همسر خردسالش به دلیل مظنه ضرر جلوگیری کرد. این ماده بیان می‌دارد: «اگر بودن زن با شوهر در یک منزل متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد، زن می‌تواند مسکن علی‌حده اختیار کند و در صورت ثبوت مظنه ضرر مزبور، محکمه حکم بازگشت به منزل شوهر نخواهد داد و مادام که زن در بازگشتن به منزل مزبور معذور است...».

۲. تحریم مطلق کودک همسری

در زمان ما بعضی فقها تزویج کودکان را نادرست شمرده‌اند. آیت‌الله ناصر مکارم شیرازی بارها درباره این موضوع اظهار نظر کرده است. از جمله در درس خارج فقه خود گفته است: «ما که در 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» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق: ج ۲، ص ۳۵). ایشان همچنین در موقعیت دیگری گفته‌اند: «این‌گونه ازدواج‌ها باطل است و اعتباری ندارد^۱ و باید پسران و دختران به حدی برسند که مصلحت خود را در ازدواج تشخیص دهند که بر اساس نظر و رضایت آنها ازدواج با اذن ولی صورت بگیرد» (پاسخ به استفتای بعضی نمایندگان مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۵). نیز در پاسخ این استفتا که «آیا ازدواج در سن زیر ۱۳ سال حرام است؟»، چنین پاسخ داده‌اند: «در گذشته این اجازه به اولیا داده می‌شد که حتی برای صغیر همسری

۱. ظاهراً مقصود آقای مکارم شیرازی از «بطلان و بی‌اعتباری» ازدواج کودکان همان عدم نفوذ است؛ زیرا مانعی برای عقد ولی شرعی جز رضایت مولی‌علیه وجود ندارد. بنابراین اگر وی پس از بلوغ به عقد جاری‌شده رضایت دهد، عقد صحیح خواهد بود.

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 اینکه 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 غبطه صغیر رعایت شده محکوم به صحت است»؛ (<https://makarem.ir-1398>). با فرض تحریم تزویج کودکان، استمتاع از کودک‌همسران نیز منتفی و زمینه‌ای برای آن باقی نمی‌ماند.

پیش از این تشریح شد که گروهی از فقها تزویج کودکان را به شرط عدم مفسده و گروهی دیگر آن را به شرط رعایت مصلحت طفل مجاز شمرده‌اند. مبانی فقهی تحریم کودک‌همسری به همین دو شرط باز می‌گردد. به شرحی که بیان می‌شود، در زمان ما تزویج کودکان برای آنان زیان‌بار است و مصلحتی برای آن فرض نمی‌شود. در نتیجه، تزویج کودکان مشروع نخواهد بود.

۲.۱. نگاهی به مفاسد و مصالح کودک‌همسری در دوران معاصر

در زمان ما، تزویج کودکان و استمتاع از آنان مفسده‌آمیز بوده و فرض مصلحت برای آن بعید است. نخست مفاسد کودک‌همسری و سپس مصالح احتمالی آن را ارزیابی خواهیم کرد.

۲.۱.۱. مفاسد کودک‌همسری

در جوامع سنتی، تزویج کودکان برای آنان ضرری نداشت یا ضررهای آن ثابت نشده بود؛ اما در زمان ما آسیب‌های آن یکی پس از دیگری آشکار شده است. مهم‌ترین پیامدهای کودک‌همسری در جوامع کنونی به شرح زیر است:

۲.۱.۱.۱. تضییع حقوق کودک‌همسران

تزویج کودکان باعث تضییع حقوق آنان می‌گردد و احکام فقهی و مقررات حقوقی موجود در صیانت از حقوق کودکان ناکافی است. پیامدهای تزویج کودکان را در دو فرض مختلف یادآور خواهیم شد:

در صورتی که تزویج کودک به مصلحت وی تشخیص داده شود، نکاح واقع شده نافذ و دختر و پسر پس از بلوغ حق فسخ ندارند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۲، ص ۲۲۰). نفوذ عقد ولی در این فرض نظر مشهور است (عاملی، ۱۴۱۳ق: ج ۷، ص ۱۱۸). بعضی سعی کرده‌اند برای پسر در همین فرض حق فسخ ثابت نمایند ولی حق فسخ دختر ظاهراً قائلی ندارد (ر.ک: نجفی، ۱۴۰۴ق: ج ۲۹، ص ۱۷۴). با توجه به اینکه دختر از حق طلاق نیز محروم است، وی ناگزیر باید با شوهری که در انتخابش نقشی نداشت، به زندگی مشترک خود ادامه دهد یا با بذل مال به شوهر به روش خلع از وی طلاق بگیرد. طلاق خلع بر شوهر واجب نیست و نظر وی در میزان بذل نیز باید تأمین شود. بنابراین، دختر به آسانی نمی‌تواند از مردی که در انتخاب وی نقشی نداشته و با وی انس نگرفت جدا شود.

اگر عقد صورت گرفته به ضرر کودک یا برخلاف مصلحت وی تشخیص داده شود، عقد فضولی بوده و پس از بلوغ قابل فسخ است (موسوی خمینی، بی‌تا: ج ۲، ص ۲۵۵). این تدبیر در صیانت از حقوق کودکان ناکافی به نظر می‌رسد؛ زیرا کودک محجور شمرده می‌شود و اهلیت استیفا ندارد. به همین دلیل اراده وی تا قبل از بلوغ نافذ نیست. در نتیجه، هرگاه کودک توسط ولی قهری تزویج شود، کودک برای تأیید یا ردّ عقد واقع شده باید تا بلوغ انتظار بکشد و تا آن موقع باید در علقه زوجیت باقی بماند و مطالبات جنسی شوهر را در محدوده استمتاع عام اجابت نماید. از سوی دیگر، اگر دختر بخواهد پس از بلوغ، نکاح را فسخ نماید، نمی‌تواند وضعیت خود را به حالت سابق برگرداند و ای بسا ناچار شود برای گریز از شرایط بدتر، به بقای زوجیت تن دهد.

۲.۱.۱.۲. کودک‌آزاری

رواشماری استمتاع عام از کودک همسران به معنی سکونت وی در منزل مشترک و فراهم شدن زمینه خلوت شوهر با او است. روشن است که این وضعیت سلامت

کودکان را در معرض خطر قرار داده و زمینه کودک‌آزاری را فراهم می‌نماید. مقصود از سلامت در ادبیات حقوقی تنها سلامت جسمانی نیست. مطابق اساسنامه سازمان بهداشت جهانی^۱، حق بر سلامت^۲ شامل حق بهره‌مندی از عالی‌ترین استاندارد سلامتی در ابعاد جسمی و روانی است. ماده ۳ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان (مصوب ۱۳۹۹)، همین مفهوم گسترده سلامت را مورد توجه قرار داده است. به شرحی که بیان می‌گردد، تزویج کودکان سلامت جسمی و روانی آنان را در معرض خطر قرار می‌دهد:

الف) تحریم نزدیکی با کودک همسر برای پیش‌گیری از آسیب‌رسانی به وی ناکافی است. زیرا هیچ تضمینی وجود ندارد که شوهر به هم‌آغوشی بسنده کند و کودک را مورد تعرض جنسی قرار ندهد. از سوی دیگر، کودک در وضعیتی نیست که بتواند از خود دفاع نموده و از سلامت خود حفاظت کند. بنابراین، تفکیک میان استمتاع عام و خاص در این مورد برای حفظ سلامت کودک همسران چندان سودمند نیست. متأسفانه مقررات حقوقی موجود در این خصوص ناقص و غیربازدارنده است که قبلاً اشاره گردید.

ب) از جمله آسیب‌های روانی تعرض جنسی به کودکان، اختلال اضطرابی^۳ است. اختلال اضطرابی، رفتار طبیعی فرد را مختل و وی را دچار حالت ناسازگارانه‌ای می‌نماید. مشخصه این اختلال، واکنش‌های جسمانی و روانی شدید است (Halgin and Krauss, 2014: p.114). افراد مبتلی به اختلال‌های اضطرابی در اثر احساس‌های مزمن و شدید اضطراب، درمانده می‌شوند و می‌کوشند از موقعیت‌هایی که باعث احساس اضطراب می‌شوند اجتناب ورزند (همان؛ و ر.ک: سیدمحمدی،

1. WHO

2. The right to health

3. Anxiety disorder

۱۳۹۱: ج ۲، ص ۲۶۴). انزجار جنسی نیز یکی دیگر از پیامدهای تعرض جنسی به کودکان است که در بزرگسالی بروز می‌کند. همچنین، این قبیل کودکان ممکن است در بزرگسالی دچار اختلال واژینسم شوند (ر.ک: هدایت‌نیا، ۱۳۹۸: ۴۸ و ۵۴). با وجود آسیب‌های مزبور، تجویز بهره‌جویی جنسی از کودک همسران، بدون پیش‌بینی سازوکار حمایتی، زمینه‌ساز کودک‌آزاری است.

۲.۱.۱.۳. ناپایداری ازدواج‌های کودکانه

ازدواج خردسالان با اصل ثبات و پایداری خانواده ناسازگار است. در بعضی روایات به این مطلب اشاره شده و به همین دلیل از آن نهی شده است. شخصی به امام صادق یا امام رضا (ع) (تردید از راوی است) عرض کرد: ما فرزندانمان را در حالی که خردسال هستند به ازدواج دیگران در می‌آوریم؛ امام پاسخ دادند: اگر در خردسالی به ازدواج آنها اقدام نمایید به آسانی به هم انس نمی‌گیرند (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۵، ص ۳۹۸).^۱ این روایت معتبر است و حسنه (مجلسی، ۱۴۰۴ق: ج ۲۰، ص ۱۳۷) یا صحیحه (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۰ق: ج ۱، ص ۶۸) توصیف شده است. با وجود این از سوی فقها به کراهت حمل شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق: ج ۲، ص ۸۰۱؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق: ج ۱۴، ص ۱۱؛ مجلسی، ۱۴۰۶ق: ج ۸، ص ۳۲۵؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق: ج ۲، ص ۲۰۱). صاحب وسائل نیز آن را ذیل باب کراهت تزویج صغار ذکر کرده است (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۰، ص ۱۰۴). به جز بعضی فقها که در بیانی متفاوت نوشته‌اند: تزویج کودکان گاهی حرام است؛ آنگاه که باعث فساد امر او در آینده باشد و احتیاط در ترک آن در زمان ما است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق: ج ۲، ص ۷۵۶).

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ عَنِ الْفَضْلِ بْنِ شاذَانَ وَ عَلِيِّ بْنِ إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعاً عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ أَوْ أَبِي الْحَسَنِ ع قَالَ: قِيلَ لَهُ إِنَّ نَزْوَجَ صَبِيَّانَا وَ هُمُ صِغَارٌ قَالَ فَقَالَ إِذَا رُجُوا وَ هُمُ صِغَارٌ لَمْ يَكَاذُوا يَتَأَلَّفُوا».

۲.۱.۱.۴. تخریب وجهه نظام در بعد سیاسی

کنوانسیون حقوق کودک، بهره‌جویی جنسی از کودکان را منع کرده است. بند نخست ماده ۱۹ کنوانسیون بیان می‌دارد: «حکومت‌ها با تکیه بر تمام امکانات قانونی، اداری، اجتماعی و آموزشی، کودک را در مقابل هر شکل از رفتار سهل‌انگارانه با آنها، سوء استفاده جنسی و تجاوز جسمی یا روانی، حمایت می‌کنند». جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون حقوق کودک به صورت مشروط ملحق شده است. در مقدمه قانون اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون حقوق کودک (مصوب ۱۳۷۲) آمده است: کنوانسیون حقوق کودک مشتمل بر یک مقدمه و ۵۴ ماده به شرح پیوست تصویب و اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به آن داده می‌شود؛ مشروط بر آن که مفاد آن در هر مورد و هر زمان در تعارض با قوانین داخلی و موازین اسلامی باشد و یا قرار گیرد از طرف دولت جمهوری اسلامی ایران لازم‌الرعایه نباشد». بنابراین، اگر ثابت شود که بلحاظ شرعی شوهر حق دارد از همسر خردسال خود بهره جنسی ببرد، قوانین داخلی مربوط به آن نقض کنوانسیون محسوب نمی‌گردد. در عین حال، نباید از این نکته غفلت شد که رواشماری تزویج کودکان و استمتاع از آنان در نظام حقوقی ما، وجهه نظام جمهوری اسلامی ایران را در مجامع بین‌المللی تخریب می‌نماید.

۲.۱.۲. رفع مصالح کودک‌همسری در دوران معاصر

فقه اسلامی و قانون مدنی تزویج کودکان را به شرط «رعايت مصلحت» مجاز شمرده است. اینک مسئله قابل بررسی این است که مقصود از مصلحت چیست و در تزویج کودکان چه مصلحتی برای آنان در گذشته وجود داشته؛ آیا در زمان ما نیز مصلحتی در تزویج آنان قابل فرض است؟

۲.۱.۲.۱. نگاهی به مصالح تزویج کودکان در جوامع سنتی

کودکان به طور طبیعی میل جنسی ندارند و هدف از تزویج آنان، تأمین مشروع جنسی و حفظ عفاف نمی باشد. بنابراین، هدف از تزویج کودکان را باید در امور دیگری جستجو کرد. مصالح احتمالی تزویج کودکان امور زیر است:

الف) سرپرستی کودک: یکی از مصلحت های توجیه کننده تزویج کودک، نیاز وی به سرپرست است. مثل اینکه پدر طفل از دنیا رفته و جد پدری نیز به دلیل کهولت سن نتواند از وی نگهداری کند، یا پدر طفل بیمار و از ادامه زندگی خود ناامید است؛ به همین دلیل نگران آینده کودک خویش است. در این قبیل موارد هدف از تزویج کودک آن است وی تحت سرپرستی شوهر یا پدر شوهر قرار گیرد.

ب) نفقه کودک؛ مصلحت دیگر برای تزویج کودکان، تأمین مالی او است. مثل اینکه پدری به علت تنگدستی یا به علت عیال واری و درآمد ناکافی، قادر نباشد نفقه فرزندان را تأمین نماید. در این صورت ناچار به تزویج زود هنگام دختر خود می باشد. با توجه به تعهد شوهر به تأمین نفقه همسر، ولی طفل از طریق ازدواج، مسئولیت مالی خویش را به شوهر طفل منتقل می نماید.^۱

۲.۱.۲.۲. مسئولیت دولت در اداره کودکان بی سرپرست و بدسرپرست

مصالحی که اشاره شد، در جوامع سنتی قابل فرض بوده است؛ ولی در زمان ما چنین نیست. در زمان ما دولت ها مسئولیت نگهداری و مراقبت از کودکان بی سرپرست یا بدسرپرست را بر عهده دارند. مراکز نگهداری از کودکان بی سرپرست یا بدسرپرست تحت نظارت دولت به خوراک، پوشاک، بهداشت، آموزش و سایر نیازهای کودکان رسیدگی می کنند. دولت جمهوری اسلامی ایران نیز چنین وظایفی بر عهده دارد. مطابق اصل ۲۹ قانون اساسی ج.ا. ایران، تأمین اجتماعی حق همگانی

۱. به لحاظ فقهی در تعلق نفقه به زوجه خردسالی که قابل استمتاع نیست تردید وجود دارد و بعضی آن را نفی

کرده اند (نک: موسوی خمینی، بی تا: ج ۲، ص ۳۱۴).

است و دولت موظف است از محل درآمدهای عمومی و درآمدهای حاصل از مشارکت مردم، حمایت‌های مالی، خدمات بهداشتی درمانی و مراقبت‌های پزشکی را برای همه افراد کشور تأمین کند. قانون حمایت از اطفال و نوجوانان (مصوب ۱۳۹۹) نیز مقررات حمایتی گسترده‌ای را درباره آنان وضع کرده است. بدین ترتیب، همه نیازهای کودکان توسط دولت‌های مدرن و مسئولیت‌پذیر تأمین می‌شود و تزویج کودکان روش مناسبی برای تأمین مصالح آنان نمی‌باشد.

۲.۲. نقش تحولات اجتماعی در تغییر احکام شرعی و حکم کودک همسری

۲.۲.۱. نقش تحولات اجتماعی در تغییر احکام شرعی

نقش زمان و مکان یا تحولات اجتماعی در تغییر موضوعات احکام، مبحث مهمی در اصول فقه و شیوه استنباط احکام شرعی است (ر.ک: هاشمی، یزدی، و آصفی، ۱۳۷۴: ۲۴-۳۹). امام خمینی (ره) با اشاره به این مطلب اظهار داشته‌اند: «... زمان و مکان دو عنصر تعیین‌کننده در اجتهادند. مسئله‌ای که در قدیم دارای حکمی بوده است به ظاهر همان مسئله در روابط حاکم بر سیاست و اجتماع و اقتصاد یک نظام ممکن است حکم جدیدی پیدا کند، بدان معنا که با شناخت دقیق روابط اقتصادی و اجتماعی و سیاسی همان موضوع اول که از نظر ظاهر با قدیم فرقی نکرده است، واقعاً موضوع جدیدی شده است که قهراً حکم جدیدی می‌طلبد»؛ (موسوی خمینی، ۱۳۸۷: ج ۲۱، ص ۲۸۹). مثال‌های متعددی برای این مطلب در فقه اسلامی وجود دارد (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۴: ۱۲۷-۵۳). این نوشتار به بیان پاسخ امام خمینی (ره) به پرسشی در همین رابطه بسنده می‌کند. ایشان در پاسخ نامه‌ای درباره فتوا به تغییر حکم شطرنج با وجود روایات حرمت آن می‌نویسند: «... اینجانب لازم است از برداشت جنابعالی از اخبار و احکام الهی اظهار تأسف کنم. بنابر نوشته جنابعالی زکات تنها برای مصارف فقرا و سایر اموری است که ذکرش رفته است و اکنون که مصارف به صدها مقابل آن رسیده است راهی نیست؛ و رهان در سَبَق و رمایه

مختص است به تیر و کمان و اسب‌دوانی و امثال آن، که در جنگ‌های سابق به کار گرفته می‌شده است و امروز هم تنها در همان موارد است؛ و انفال که بر شیعیان تحلیل شده است، امروز هم شیعیان می‌توانند بدون هیچ مانعی با ماشین‌های کذایی جنگل‌ها را از بین ببرند و آنچه را که باعث حفظ و سلامت محیط زیست است را نابود کنند و جان میلیون‌ها انسان را به خطر بیندازند و هیچ‌کس هم حق نداشته باشد مانع آنها باشد. منازل و مساجدی که در خیابان‌کشی‌ها برای حل معضل ترافیک و حفظ جان هزاران نفر مورد احتیاج است، نباید تخریب گردد و امثال آن؛ و بالجمله آنگونه که جنابعالی از اخبار و روایات برداشت دارید، تمدن جدید بکلی باید از بین برود و مردم کوخ‌نشین بوده و یا برای همیشه در صحراها زندگی نمایند...»؛ (موسوی خمینی، ۱۳۷۸: ج ۲۱، ص ۱۴۹).

۲.۲.۲. نقش تحولات اجتماعی در تغییر حکم شرعی کودک همسری

همان‌طور که در بند سابق ملاحظه شد، تحولات اجتماعی باعث تغییر در موضوعات احکام شرعی می‌شوند و با تغییر موضوع، حکم شرعی آن نیز تغییر خواهد کرد. مدعای این نوشتار این است که موضوع حکم کودک همسری در زمان ما تغییر کرده است. بعضی با اشاره به این مبنای دوباره تغییر حکم شرعی کودک همسری اظهار داشته‌اند: «... 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، ۱۴۲۴ق: ج ۲، ص ۳۵). مقصود از تغییر موضوع در مسئله کودک همسری این است که تزویج کودکان در گذشته مفسده‌ای نداشته، بلکه مصالحی نیز آن را اقتضا می‌کرده؛ ولی تحولات اجتماعی در زمان ما این وضعیت را دگرگون ساخته است.

نتیجه و پیشنهاد های تقنینی

از آنچه گذشت به خوبی معلوم می شود که تزویج کودکان آنان را در معرض آسیب های متعددی قرار می دهد. در نتیجه، کسانی که شرط تزویج کودکان را «عدم مفسده» می دانند نباید آن را تجویز نمایند. همچنین معلوم شد که برای تزویج کودکان در زمان ما مصلحتی فرض نمی شود؛ بنابراین کسانی که رعایت مصلحت کودک را در تزویج وی شرط می دانند نباید آن را مجاز بشمارند. حقیقت آن است که فرض مصلحت برای کودک همسری در زمان ما و در جامعه ایرانی بعید و نادر است. بر مبنای این نتایج، پیشنهاد های تقنینی متعدد به ترتیب اولویت مطرح می گردد:

الف) با توجه به مفاسد حقوقی کودک همسری و عدم فرض مصلحت برای آن، پیشنهاد نخست نگارنده منع مطلق تزویج کودکان در حقوق خانواده و جرم انگاری آن است. در صورتی که قانونگذار تزویج کودکان را به طور کلی منع نماید، برای استمتاع از کودک همسری نیز موضوعی باقی نخواهد ماند.

ب) در صورت باز گذاشتن باب تزویج کودکان برای موارد خاص و تأمین مصالح احتمالی آنان، سیاست تقنینی کشور باید نسبت به تضمین حقوق و سلامت کودک همسران مورد بازبینی قرار گیرد. از جمله لازم است استمتاع از کودک همسران به طور کلی اعم از خاص و عام ممنوع و جرم شمرده شود؛ زیرا با وجود امکان خلوت کردن مرد با همسر خردسال و بهره جویی جنسی از وی، کودک در معرض خشونت جسمی، جنسی و صدمات روانی قرار خواهد داشت.

ج) در صورتی که بنا باشد استمتاع عام از کودک همسر مجاز باشد، لازم است مواجهه با کودک همسر بطور صریح ممنوع و جرم انگاری شود. نیز لازم است پیامدهای مدنی و کیفری هرگونه صدمه جسمی و روانی به علت تعرض جسمی به کودکان در قانون مشخص شود.

منابع

الف) کتب و مقالات

قرآن کریم

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور، (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
۲. حرّ عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۳. سبحانی تبریزی، جعفر، (۱۳۸۴)، «نقش زمان و مکان در استنباط»، مجله فقه اهل بیت، شماره ۴۳.
۴. سبزواری، سید عبدالاعلی، (۱۴۱۳ق)، مهذب الأحکام، قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیه الله، چاپ چهارم.
۵. سبزواری، محمدباقر، (۱۴۲۳ق)، کفایة الأحکام، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶. سیستانی، سید علی، (۱۴۱۷ق)، منهاج الصالحین، قم: دفتر حضرت آیه الله سیستانی، چاپ پنجم.
۷. شبیری زنجانی، سید موسی، (۱۴۱۹ق)، کتاب نکاح، قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
۸. صدوق، محمد بن علی بن بابویه قمی، (۱۴۰۳ق)، معانی الأخبار، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۹. _____، (۱۴۱۳ق)، من لا یحضره الفقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
۱۰. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۴۰۹ق)، العروة الوثقی، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم.
۱۱. _____، (۱۴۲۸ق)، العروة الوثقی مع التعليقات، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).

۱۲. طباطبایی حکیم، سید محسن، (۱۴۱۶ق)، مستمسک العروة الوثقی، ۱۴ج، قم: مؤسسه دار التفسیر.
۱۳. طوسی، محمدبن حسن، (۱۴۰۰ق)، النهایة في مجرد الفقه و الفتاوى، بیروت: دار الکتب العربی، چاپ دوم.
۱۴. _____، (۱۴۰۷ق)، تهذیب الأحکام، تهران: دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم.
۱۵. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳ق)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
۱۶. فاضل لنکرانی، محمدجواد، (۱۴۲۹ق)، موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
۱۷. _____، (۱۴۲۱ق)، تفصیل الشریعة في شرح تحرير الوسيلة - النکاح، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
۱۸. کلینی، محمدبن یعقوب، (۱۴۰۷ق)، الکافی، تهران: دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم.
۱۹. محقق حلّی، جعفر بن حسن، (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
۲۰. مرعشی نجفی، سید شهاب الدین، (۱۴۰۶ق)، منهاج المؤمنین، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
۲۱. مرکز تحقیقات شورای نگهبان، (۱۳۸۰)، مجموعه نظرات شورای نگهبان درباره مصوبات مجلس شورای اسلامی، دوره ششم، سال اول.
۲۲. _____، (۱۳۸۲)، مجموعه نظرات شورای نگهبان درباره مصوبات مجلس شورای اسلامی، تهران: دادگستر، دوره ششم، سال دوم.
۲۳. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۵ق)، أنوار الفقاهة - کتاب البیعة، قم: انتشارات مدرسه الإمام علي بن أبي طالب (ع).

۲۴. _____، (۱۴۲۴ق)، انوار الفقاهة: كتاب النكاح، قم: انتشارات مدرسه امام

علی بن ابی طالب (ع).

۲۵. موسوی خمینی، سید روح الله، (بی تا)، تحریر الوسيلة، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.

۲۶. _____، (۱۳۷۸)، صحیفه امام، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام

خمینی (ره).

۲۷. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۸ق)، قم: موسوعة الإمام الخوئي، مؤسسة إحياء

آثار الإمام الخوئي.

۲۸. نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴ق)، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، بيروت: دار

إحياء التراث العربي، چاپ هفتم.

۲۹. نراقی، مولی احمد، (۱۴۱۵ق)، مستند الشيعة في أحكام الشريعة، قم: مؤسسه آل البيت

(ع).

۳۰. هاشمی، سید محمود و محمد یزدی و محمد مهدی آصفی، (۱۳۷۴)، «فقه و زمان»،

مجله فقه اهل بیت (ع)، شماره ۳.

۳۱. هدایت‌نیا، فرج الله، (۱۳۹۸)، اختلال جنسی و حقوق خانواده، تهران: پژوهشگاه

فرهنگ و اندیشه اسلامی.

ب) سایت‌های اینترنتی

32. <https://makarem.ir>.

33. <https://www.tabnak.ir>.