



A Jurisprudential Reassessment of Guardianship (Wilāyah) in Family Formation with Emphasis on Contemporary Normative Transformations

Seyyed Hassan Davood Al-Mousavi¹

Abstract

In the contemporary era—an age in which many grand narratives and social constructs have lost their traditional definitions—numerous well-established juristic rulings have undergone changes in their initial formulation. This phenomenon reflects the inherent dynamism of Islamic jurisprudence and the role of time and place in legal determination. Wilāyah (guardianship) is one of the most frequently invoked concepts in Islamic jurisprudence, and the necessity of its re-examination within the atmosphere of modern social transformations is undeniable.

This study investigates the status of the guardian (walī) in the formation of the family within the framework of Imāmī jurisprudence. With a focus on the concept of wilāyah and its legal-juristic dimensions, it analyzes the foundations and scope of this institution. The central questions addressed here are: To what extent can the conditions under which a ruling on guardianship is issued affect its limitations? And if the subject of wilāyah—such as the marriage of the legally incompetent—exists within a social context fundamentally different from that of the era of the Lawgiver, can the original ruling or its scope be altered? Through historical examination and analysis of textual evidence, the study suggests that guardianship in marriage is an imḍāʾī (approbative) ruling grounded in the rational customary practices of the time of legislation. In this regard, two approaches to approbative rulings are examined: (1) the view that the Lawgiver did not intervene in rational custom, such that when the custom ceases, the subject of the ruling is nullified; and (2) the view that the ruling itself was legislated with the essential role of the prevailing custom, such that with its transformation, the ruling also becomes subject to change.

The research employs a descriptive-analytical method, drawing on juristic sources as well as relevant legal documents. The findings indicate that guardianship over the legally incompetent—particularly in cases of child marriage—was accepted by the Lawgiver as an approbative ruling. According to both aforementioned approaches, shifts in social structures and the transformation of rational customs in modern times have called into question the necessity and effectiveness of certain applications of guardianship, especially in marriage. The study concludes that the role of the guardian in family formation requires reconsideration, recommending a redefinition that integrates maṣlaḥah-oriented reasoning with the changing contextual conditions surrounding rulings of guardianship in marriage.

Keywords

Wilāyah; Marriage; Child Marriage; Approbative Ruling (ḥukm imḍāʾī); Rational Custom (ʿurf ʿuqālāʾī); Historiography.

1. PhD in Fiqh and Principles of Law, University of Tehran, Level Three Seminary Graduate



بازخوانی فقهی ولایت در تشکیل خانواده با تأکید بر تحولات عرفی

در عصر حاضر

سید حسن داوود الموسوی^۱

چکیده

در عصر حاضر، که بسیاری از کلان‌روایت‌ها و موضوعات، تعریف سنتی و گذشته‌محور خود را از دست داده‌اند، شماری از احکام مسلم فقهی نیز دچار دگرگونی در حکم اولیه خود می‌شوند. این امر، تعبیر دیگری از پویایی فقه و لحاظ عنصر زمان و مکان در فرآیند استنباط حکم شرعی است. عنصر ولایت از مفاهیم و موضوعات پربسامد در گستره فقه اسلامی به‌شمار می‌رود و ضرورت بازپژوهی آن در اتمسفر عصر حاضر بر کسی پوشیده نیست. این پژوهش به بررسی جایگاه ولی در تشکیل خانواده در چارچوب فقه امامیه می‌پردازد و با تمرکز بر مفهوم ولایت و ابعاد حقوقی و فقهی آن، به تحلیل مبانی و دامنه این نهاد اهتمام دارد. مسائل مورد نظر در پژوهش حاضر عبارت‌اند از: «آیا شرایط صدور حکم ولایت می‌تواند در تغییر حدود و قلمرو آن تأثیرگذار باشد؟ و اگر موضوع ولایت -مانند ازدواج محجوران- در بستری متفاوت از عصر شارع قرار گیرد، آیا اصل حکم یا دامنه اجرای آن قابل تغییر است؟» با بررسی تاریخی و تحلیل روایات، به نظر می‌رسد چ‌ی ولایت در نکاح، حکمی امضایی بوده و ریشه در عرف عقلایی عصر تشریع دارد. در این راستا، دو مبنا در تحلیل احکام امضایی مورد بررسی قرار گرفته است: ۱. مبنای عدم تصرف شارع در عرف عقلایی که بر اساس آن، با زوال عرف، موضوع حکم نیز منتفی می‌شود؛ ۲. مبنای تشریع حکم که با توجه به مقوم بودن عرف زمان صدور حکم، تغییر عرف را مستلزم تغییر حکم می‌داند. روش تحقیق در این پژوهش، توصیفی-تحلیلی است و با استناد به منابع فقهی و نیز اسناد حقوقی انجام شده است. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که ولایت بر محجوران، به‌ویژه در مسئله ازدواج کودکان، به‌عنوان یک حکم امضایی مورد پذیرش شارع قرار گرفته است. بر اساس هر دو مبنای یادشده، با توجه به تحولات اجتماعی و دگرگونی عرف‌های عقلایی در دوران معاصر، ضرورت و کارآمدی برخی مصادیق ولایت، به‌ویژه در امر ازدواج، با تردید جدی مواجه شده و حکم ولایت در نکاح نیازمند بازنگری است. این پژوهش، با تحلیل ادله فقهی و با لحاظ مقتضیات زمان، پیشنهاد می‌کند که جایگاه ولی در تشکیل خانواده، با تأکید بر تلفیق مصلحت‌محوری و شرایط متغیر صدور حکم ولایت در نکاح، مورد بازتعریف قرار گیرد.

کلیدواژه:

ولایت، نکاح، کودک همسری، حکم امضایی، عرف عقلایی، تاریخ نگاری.

۱. دانش‌آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق، دانشگاه تهران

**۱. مقدمه**

عامه) نیازمند واکاوی دقیق و روشمند است. همچنین با پیشرفت جوامع و تحول عرف، پرسش از کارآمدی و ضرورت بقای برخی مصادیق ولایت، به‌ویژه در امر ازدواج، بیش از پیش مطرح شده است.

با توجه به ماهیت امضایی ولایت قهری در فقه امامیه، این پرسش اساسی مطرح می‌شود که آیا شرایط صدور حکم ولایت می‌تواند در تغییر حدود آن تأثیرگذار باشد؟ به بیان دیگر، اگر موضوع ولایت، مانند ازدواج محجوران، در بستری متفاوت از عصر شارع قرار گیرد، آیا اصل حکم یا قلمرو آن قابل تغییر است؟ این مقاله با تحلیل آرای فقهی و بررسی مصادیقی همچون ولایت مادر، به بررسی این مسئله می‌پردازد که آیا تغییر در موضوع می‌تواند به بازتعریف ولایت قهری بینجامد یا خیر.

این پژوهش با روش توصیفی - تحلیلی و با استناد به منابع فقهی، از جمله جواهر الکلام و وسائل الشیعه، و نیز اسناد حقوقی، در پی پاسخ‌گویی به این پرسش‌هاست. هدف نهایی، ارائه راهکارهایی برای بازتعریف جایگاه ولی در تشکیل خانواده، با تأکید بر تلفیق «مصلحت‌محوری» و شرایط صدور حکم ولایت در نکاح، در پرتو ادله شرعی، است.

۲. مبانی نظری و تبیین مفاهیم:**۱.۲. مفهوم لغوی ولایت**

واژه «ولایت» ریشه در لغت عربی دارد و

نهاد خانواده، به‌عنوان اصلی‌ترین و نخستین بستر اجتماعی هر انسان، از دیرباز جایگاه ویژه‌ای در تمامی فرهنگ‌ها و ادیان داشته است. یکی از مهم‌ترین ابعاد حقوقی و فقهی شکل‌گیری این نهاد، بحث ولایت و تعیین سرپرست برای افرادی است که بنا بر شرایط سنی یا عقلی خود، قادر به تصمیم‌گیری مستقل در مسائل سرنوشت‌ساز زندگی، همچون ازدواج، نیستند. در نظام حقوقی ایران که متأثر از فقه امامیه است، نهاد «ولایت قهری» به‌طور مشخص برای حمایت از کودکان و افراد ناتوان پیش‌بینی شده است؛ نهادی که مبانی و حدود آن از دیرباز مورد بحث و بررسی فقها قرار داشته است.

بررسی دقیق مفاهیم ولایت و جایگاه ولی در تشکیل خانواده، مستلزم شناخت عمیق ریشه‌های لغوی، اصطلاحی و تاریخی این پدیده است. «ولایت» در لغت به معنای نزدیکی، سرپرستی و حق تصرف آمده و در اصطلاح فقهی، به تسلط شرعی در اداره امور شخصی و مالی افرادی اطلاق می‌شود که خود توان مدیریت زندگی را ندارند. در طول تاریخ، انواع مختلف ولایت، مانند ولایت تکوینی و تشریعی، و نیز مصادیقی همچون ولایت پدر و جد پدری، مادر، برادر و دیگران، در جوامع گوناگون شناخته شده و گاه مورد تردید قرار گرفته است. تمایز ولایت بر محجوران از ولایت حاکم شرع (ولایت



از ماده «وَلِيّ» مشتق شده است. فراهیدی در کتاب العین (فراهیدی، ۱۴۲۱ق: ج ۸، ص ۳۶۵)، ولایت را مصدر «موالاة» و نیز مصدر «والی» دانسته است. جوهری (۱۴۰۴ق: ج ۶، ص ۲۵۲۸) نیز «ولی» را به معنای قرب و نزدیکی (در مقابل «عدو») و سلطان تعریف می‌نماید که دلالت بر فردی دارای نفوذ و سلطنت می‌کند. این واژه همچنین در معنای نصرت و یاری نیز به کار رفته است. ابن فارس در معجم المقاییس (ابن فارس، ج ۶، ص ۱۴۱) بیان می‌کند که ماده «و-ل-ی» حاکی از دوستی و قرابت است و به همین جهت، به بنده، مالک، همسایه، ناصر، پسرعمو و همنشین «مولی» اطلاق می‌شود. ابن اثیر در النهاية فی غریب الحديث والاثار (ابن اثیر، ج ۵، ص ۲۲۷) نیز «ولی» را به معنای «یاری‌رسان» می‌داند و تأکید می‌کند که فرد فاقد تدبیر و قدرت فعل، شایسته عنوان ولی نیست.

صاحب مجمع البحرين (طریحی، بی‌تا: ج ۴، ص ۵۵۴) در تفسیر آیه ۶۸ سوره آل عمران، «ولی» را به معنای قرب و نزدیکی دانسته و در توضیح «ولایت» به کسر واو، آن را به امارت و سلطنت تعبیر می‌نماید. از دیدگاه وی، سلطان به دلیل مسئولیت در تدبیر امور مردم، ولی نامیده می‌شود. از بررسی آرای لغویان چنین برمی‌آید که لفظ «ولی» در دو معنا به کار رفته است: ۱. دوست و فرد دارای قرابت (قول مشهور لغویان)؛

تبعیت بدون واسطه (عسکری، بی‌تا: ج ۱، ص ۵۷۸).

علامه عسکری این دو معنا را قابل جمع دانسته و تبعیت را نتیجه طبیعی قرب می‌شمارد. به گفته وی، «به دلیل قرب است که فردی ولی فرد دیگر می‌شود و از او تبعیت می‌کند». علامه مصطفوی (مصطفوی، بی‌تا: ج ۱۳، ص ۲۲۵) نیز ولایت را به معنای قرار گرفتن یک شیء در پی شیء دیگر، همراه با وجود رابطه میان آن دو، تعریف کرده است. ولایت از نظر صرفی دارای دو وجه است: ۱. «ولایت» به فتح واو: مصدر مشتق از «وَلِيَ - يَلِي - وَلَايَة» که فعلی معتل ثلاثی مجرد است و در ماضی و مضارع آن، کسر عین الفعل وجوب دارد (حملاوی، بی‌تا: ص ۲۵-۲۶؛ عقیلی، شرح ابن عقیل، ج ۴، ص ۳۰۵-۳۰۶).

۲. «ولایت» به کسر واو: اسم مصدر، همانند «امارة» (ابن منظور، ۱۴۰۸ق: ج ۱۵، ص ۴۰۷).

ولایت به فتح واو، بیانگر تأثیر یک جانبه است که در آن، فرد تأثیرگذار «ولی» یا «والی» نامیده می‌شود؛ در حالی که ولایت به کسر واو، حاکی از تأثیر متقابل است. ولایت خداوند بر موجودات از نوع نخست است؛ چنان‌که در آیه شریفه «هُنَالِكَ الْوَلَايَةُ لِلَّهِ الْحَقِّ» (کهف: ۴۴) آمده است (جوادی آملی، ۱۳۷۹: ص ۱۸).

واژه «وَلِيَ» در زبان عربی به معنای پیوستگی دو شیء بدون فاصله است



تقسیم میشود: ولایت تکوینی، ولایت بر تشریع و ولایت در تشریع.

ولایت تکوینی:

سرپرستی حقیقی بر موجودات خارجی است، مانند ولایت نفس انسان بر قوای درونی خود (ادراکی، تحریکی و اعضای بدن). این رابطه، علی و غیرقابل انفکاک است.

مثال: اگر فردی به چشم خود فرمان ببیند یا به دستش دستور حرکت دهد، این اعضا تبعیت می‌کنند (به شرط سلامت کامل) (جوادی آملی، بی تا: ص ۱۲۳).

ولایت بر تشریع:

قدرت وضع قانون و تشریع احکام است که مختص خداوند است؛ زیرا تنها قانونگذار کامل و حکیم، خالق عالم است (آیه «إِنَّ الْحُكْمَ لِلَّهِ» - یوسف: ۶۷).

هرچند قانون به اراده ولی جعل میشود، اما افراد در مقام عمل میتوانند از آن تخلف کنند (جوادی آملی، ولایت فقیه، ص ۱۲۴).

ولایت در تشریع:

ولایتی است که در چارچوب احکام الهی اعمال می‌شود و به دو قسم تقسیم می‌شود: الف) ولایت بر محجوران (کسانی که توانایی اداره امور خود را ندارند).

ب) ولایت بر جامعه عقلای بالغ. این ولایت اعتباری است، اما با تحلیل عقلی، به سنخ ولایت تکوینی بازمی‌گردد

که مستلزم قرب و وجود رابطه میان آن دو می‌باشد. این ارتباط، دوطرفه است و جریان تأثیر از «ولی» بر «مولی علیه» تحقق می‌یابد (جوادی آملی، ولایت در قرآن، ص ۱۷). همین ویژگی موجب شده است که این واژه در معانی گوناگونی چون «نصرت»، «پیروی»، «دوستی» و «سرپرستی» به کار رود که همگی بر مفهوم قرب معنوی دلالت دارند.

۲.۲. ولایت اصطلاحی

ولایت در مصطلح فقهای امامیه، به معنای تسلط شرعی بر امور و اداره شؤون شخصی و مالی مولی علیه، در زمانی است که خود قادر به انجام و تدبیر امور خویش نباشد؛ مانند میّت، سفیه، کودک و مجنون. قنوی می‌گوید: «ولایت، تنفیذ حکم بر دیگری است» (قنوی، ۱۴۲۴ق: ج ۱، ص ۱۴۸). بر این اساس، می‌توان ولایت صغار را به معنای اشراف بر اطفال غیر بالغ و رعایت تدبیر امور کودک دانست. حتی مسئولیت‌های تربیتی، حفظ و تدبیر امور شخصی، مانند ازدواج، آموزش و بهداشت، از شؤون تصرف ولی در امور کودک به شمار می‌آید و تناسب آن با معنای لغوی نیز همان نصرتی است که ولی نسبت به کودک اعمال می‌کند (فتح‌الله احمد، معجم الألفاظ الفقه الجعفری، ص ۴۵۳).

۱.۲.۲. انواع ولایت

ولایت (سرپرستی) به اعتبار موضوع سرپرستی (مولی علیه) به انواع مختلفی



(جوادی آملی، بیتا: ص ۱۲۵).

در قرآن و منابع اسلامی، گاهی به مدیریت امور محجوران (إسراء: ۳۳؛ نمل: ۴۹؛ بقره: ۲۸۲) و گاهی به اداره جامعه (مجلسی، ۱۴۰۳ هـ.ق.، ج ۲۷، ص ۲۴۳؛ کلینی، کافی، ج ۱، ص ۲۹۵؛ أحزاب: ۶؛ مائده: ۵۵) ولی اطلاق شده است.

۳. مبنای فقهی «ولایت در تشریع»

ولایت در تشریع را می‌توان به دو ریشه و مبنا نسبت داد:

۱.۳. ولایت رشدی:

در این مبنا، پس از آنکه ولایت در تکوین و تشریع، تنها برای خداوند متعال اثبات می‌شود، ولایت در تشریع نیز منحصر به ذات الهی دانسته می‌شود؛ زیرا ولایت بر دیگری، فرع بر مالکیت «والی» نسبت به «مولی علیه» و عهده‌دار بودن تدبیر امور زندگی اوست. از آنجا که مالکیت حقیقی تمام هستی، منحصر به خداوند متعال است، پس هیچ‌کس جز او ولایت بالذات ندارد.

البته شأن الهی اقتضا نمی‌کند که خداوند خود، مستقیماً و چهره‌به‌چهره، این مسئولیت را بر عهده گیرد؛ بلکه لازم است فردی از جنس «محکوم علیه» یا «مولی علیه» عهده‌دار این وظیفه شود (جوادی آملی، ۱۳۸۵ ش: ج ۷، ص ۳۲). بر اساس این دو امر مسلم - یعنی انحصار ولایت در خدای سبحان و لزوم وجود ولی از جنس محکوم علیه - باید گفت که ولایت، از آن

خداست و انسان شایسته، به نمایندگی از او، اداره امور مولی علیه را عهده‌دار می‌شود. بر این اساس، بر افراد بشری واجب است که مشروعیت ولایت خود را از خداوند اخذ کنند. در چنین صورتی، ولایت انسان بر انسان، در طول ولایت الهی معنا می‌یابد؛ همانند مسئولیتی که ائمه معصومین نسبت به مولی علیه خود دارند. به بیان دیگر، ولایت آنان، ولایت خداوند است و این ولایت را به نمایندگی از او پذیرفته‌اند:

«إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ يُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ رَاكِعُونَ» (مائده: ۵۵).

سایر اولیاء نیز به همین نحو از ولایت برخوردارند، با این تفاوت که ولایت آنان از مرتبه وجودی نازل‌تری نسبت به ولایت ائمه معصومین بهره‌مند است. یکی از اصلی‌ترین اهداف جعل این ولایت، تربیت و تکمیل انسان‌ها بر اساس استعدادهای آنان است. از آنجا که افراد بشر از حیث استعداد رشد و تربیت، دارای مراتب گوناگون‌اند، اولیاء الهی انسان‌ها را بر پایه تفاوت استعدادهایشان تربیت و تکمیل می‌کنند. به تعبیر دیگر، چون عقول انسان‌ها متفاوت است، اولیایی تعیین می‌شوند تا هر صاحب استعدادی را به نهایت کمال ممکن وی برسانند.

متکلمین امامیه، ولایت نبوی و ولوی را ملازم با هدایت می‌دانند و در این زمینه به ادله‌ای همچون آیه شریفه «أَرْسَلَ رَسُولَهُ



إِذَا كَبِرَ وَ أَنْ يُعَفَّ فَرْجُهُ إِذَا أَدْرَكَ»
(نوری، ۱۴۰۸ هـ ق: ج ۱۵، ۱۶۹)

• عَنْ هَارُونَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ مَسْعَدَةَ بْنِ زِيَادٍ عَنِ الصَّادِقِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ آبَائِهِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ قَالَ: « قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ: رَحِمَ اللَّهُ أَمْرًا أَعَانَ وَالِدَهُ عَلَى بَرِّهِ رَحِمَ اللَّهُ وَالِدًا أَعَانَ وَلَدَهُ عَلَى بَرِّهِ » (ابن بابویه، امالی صدوق ج ۱، ۲۸۸)

از ادله فوق استفاده میشود که این اصناف از اولیاء دارای هدف مشترکی هستند و آن به کمال رساندن مولی علیه خود است و در این سیر اکمال و هدایت هر کدام به حسب شرایط مولی علیه خود ابزار و روشی را انتخاب می‌کند.

از این نوع نگاه به ولایت اولیاء کودک، مجنون و مفلس استفاده میشود که ولایت امری تأسیسی از طرف شارع است و مشخص شدن فرد ولی و مولی علیه به ید شارع است و همین‌طور تمام شرایط عمال ولایت نیز باید از قبل شارع صادر شود. و جایگاه عقلا در این نظر شناخته نمیشود؛ بلکه همه شئون ولایت را امری توقیفی بیان میکند.

۲.۳. ولایت حجری:

مبنای دیگری که می‌توان در رابطه با ولایت بر محجورین تصور کرد، تفاوت داشتن ولایت این اولیاء با ولایت اهل بیت علیهم السلام و نبی اکرم ﷺ است. بدین معنا که ولایت بر محجورین - به تعبیر دیگر، حمایت از محجورین در افعال و تصرفاتی که

بِالْهُدَى» (صف: ۹) و نیز فرمایش امام باقر علیه السلام استناد کرده‌اند:

«وهم والله! ينورون قلوب المؤمنين ويحجب الله - عز وجل - نورهم عمّن يشاء فتظلم قلوبهم، والله لا يحبنا عبد ويتولانا حتى يطهر الله قلبه، ولا يطهر الله قلب عبد حتى يسلم لنا ويكون سلماً لنا» (کلینی، ۱۳۶۳ ش: ج ۱، ص ۱۹۴).

بر این اساس، شأن امام آن است که هم راه را نشان دهد و هم ایصال به مطلوب را تحقق بخشد.

در این صورت اولیاء محجورین نیز از این عنوان خارج نیستند بلکه در راستای ولایت الهی مولی علیه خود را در رشد و تکامل همراهی میکنند. از ظاهر روایات متعددی این رسالت اولیاء استفاده میشود مانند:

• «مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عَمْرٍو وَ أَنَسِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ آبَائِهِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ فِي وَصِيَّةِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ لِعَلِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: يَا عَلِيُّ حَقُّ الْوَلَدِ عَلَى وَالِدِهِ أَنْ يُحَسِّنَ إِسْمَهُ وَ أَدَبَهُ وَ يَضَعَهُ مَوْضِعاً صَالِحاً... يَا عَلِيُّ رَحِمَ اللَّهُ وَالِدَيْنِ حَمَلاً وَلَدَهُمَا عَلَى بَرِّهِمَا...» (حر عاملی، وسائل

الشیعه، ج ۲۱، ۳۸۹)

• أَبُو الْقَاسِمِ الْكُوفِيُّ فِي كِتَابِ الْأَخْلَاقِ ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ أَنَّهُ قَالَ: « مِنْ حَقِّ الْوَلَدِ عَلَى وَالِدِهِ أَنْ يُحَسِّنَ إِسْمَهُ إِذَا وَلَدَ وَأَنْ يُعَلِّمَهُ الْكِتَابَةَ



توانایی انجام آن را ندارند. امری عقلانی بوده و در زمان‌ها و عصرهای مختلف همواره مورد توجه عقلا قرار داشته و به آن عمل شده است. در جوامع گوناگون، بر اساس شرایط اجتماعی، فرهنگی و جغرافیایی، نوع و شکل این حمایت متفاوت بوده است. برای مثال، در شبه جزیره عرب پیش از اسلام نیز در امر ازدواج کودکان، رضایت خانواده کودک لازم بوده است و همچنین در تصرف در اموال کودک، پدر و پدر بزرگ وی حق تصرف داشته‌اند. این امر تا به امروز نیز در جوامع مختلف بشری استمرار داشته و نهادهای گوناگون حقوقی، اشکال متنوعی از این حمایت را تدوین و تنظیم کرده‌اند. از این رو، اگر شارع مقدس این نهاد را در بیانات خود به کار می‌گیرد، از آن جهت است که آن را به عنوان امضای یک امر عقلانی پذیرفته است. در موضوع پژوهش حاضر نیز، ازدواج کودکان امری رایج در میان عقلا در عصر شارع بوده و مورد امضای شارع قرار گرفته است. حال، با از بین رفتن این عرف عقلانی، حکم نیز ساقط می‌شود.

۱،۲،۲،۳. تحلیل و بررسی این دو مبنا

یک ریشه دانستن ولایت اهل بیت علیهم السلام و نبی اکرم ﷺ با ولایت بر محجورین، به نظر می‌رسد مقدمه‌ای صحیح باشد؛ اما نتیجه‌ای که از آن گرفته شده، مبنی بر اینکه تعیین افراد اولیاء و شرایط ولایت بر محجورین امری توقیفی است، با

اشکال مواجه است. زیرا ولایت بر جامعه، تفاوت‌های بنیادین با «ولایت بر محجوران» دارد؛ چراکه یکی ناظر به افراد ناتوان است و دیگری مربوط به تدبیر جامعه اسلامی. یکی برای حفظ حقوق اموات، سفهاء، محجورین و صغار جعل شده و دیگری برای اجرای حدود اسلامی، تأمین مصالح مادی و معنوی جامعه اسلامی، حفظ کشور در برابر خصم، صیانت از یکپارچگی جامعه و تقویت خردمندی، تدبیر و رشد اجتماعی است.

تفاوت دیگر آن است که اولیای محجورین، در برخی موارد به صورت غیرمستقیم و از راه تسبیب، و گاه به صورت مستقیم و مباحثراً در امور آنان تصرف می‌کنند و امورشان را به جای آنان اداره می‌نمایند؛ از این رو این افراد «مورد کار» هستند نه «مصدر کار» (به استثنای حجر تفلیس و موارد مشابه). اما ولی جامعه خردمندان و جامعه اسلامی، با افزایش اندیشه و انگیزه افراد، جامعه را به حرکت برای پروردگار و به ثمر رساندن ارزش‌های اسلامی فرا می‌خواند؛ از این رو مردم «مصدر کار» اند نه «مورد کار» (جوادی آملی، بی‌تا: ۱۲۸).

قطعاً ولایت، امری امضایی از سوی شارع است و به نظر می‌رسد اختلاف نظر پدید آمده، ناشی از تفاوت در مبنای مشروعیت احکام امضایی باشد که تحلیل آن در موضوع پژوهش حاضر راهگشا است. در مقام تعریف حکم امضایی، نظرات



۱۴۰۶ق: ج ۱، ص ۶؛ خمینی، ۱۴۱۵ق: ج ۲، ص ۶۶).

اما در تعریف دوم، طبق بیان ارائه شده، احکام عبادی تشریع شده توسط ادیان پیشین نیز امضایی تلقی شده اند؛ با این حال، خود تعریف کننده این مبنا را نپذیرفته و در ادامه متون خویش، عبادات را تأسیسی دانسته است (جمعی از پژوهشگران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، ج ۳، ص ۳۵۳) که نشان دهنده نوعی تهافت میان تعریف و مقصود ارائه دهنده آن است. البته برخی گفته اند اگر عبادات را اعتبارات عرفی پیشادینی بدانیم که شارع صرفاً صورت خاصی به آن بخشیده است، در این صورت عبادات امضایی تلقی می شوند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۴: ص ۱۹۱).

باید به این نکته توجه داشت که حکم امضایی با احکام ارشادی متفاوت است؛ زیرا:

الف) صفت ارشادی متعلق به اوامر و نواهی است، نه خود حکم؛ و اگر به حکم نسبت داده می شود، از باب تسامح در تعبیر است، در حالی که امضایی یا تأسیسی بودن، وصف حکم است و همه امور امضایی در زمره احکام قرار می گیرند (ماهیت احکام امضایی، ص ۱۱).

ب) تقسیم حکم به امضایی و تأسیسی در مقام اثبات مورد بررسی قرار می گیرد، در حالی که امر مولوی و ارشادی در مقام ثبوت بحث می شود (جمعی از پژوهشگران،

متعددی مطرح شده است که می توان مهم ترین آن ها را تعاریف زیر دانست:

- حکم امضایی، امری اعتباری است که عقلا و عرف آن را معتبر دانسته اند؛ مانند زوجیت، مالکیت و مانند آن. این امور پیش از تشریع شارع وجود داشته و بنیان های نظام اقتصادی و اجتماعی جوامع را تشکیل می داده اند و شارع آن ها را تأیید کرده است (محقق داماد، ۱۴۰۶ق: ج ۱، ص ۶؛ خمینی، ۱۴۱۵ق: ج ۲، ص ۶۶؛ کاظمی، ۱۴۱۷ق: ج ۴، ص ۳۸۶).

- قواعد و مقررات پیش از ظهور اسلام که تنظیم امور اقتصادی، حقوقی و فرهنگی میان مردم را نظام مند می کرده و برخی برگرفته از ادیان پیشین و برخی دیگر مبتنی بر بنای عقلا بوده است؛ شارع با تأیید یا حتی با سکوت و عدم نهی از آن ها (اعم از تأیید کامل یا همراه با تغییرات جزئی یا کلی) آن ها را امضا کرده و این دسته احکام، احکام امضایی نامیده می شوند (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ق: ج ۳، ص ۳۵۳).

در تعریف نخست - که مورد نظر امام خمینی (ره) و محقق نائینی است - تنها اعتبارات عرفی عقلایی، احکام امضایی به شمار می روند. ایشان عبادات را به طور کامل تأسیسی می دانند، خواه در ادیان سابق وجود داشته باشند یا نداشته باشند (محقق داماد،

۱۴۲۶ق: ج ۲، ص ۱۴۰). به تعبیر دیگر، در هر دو قسم امضایی و تأسیسی، حکم شرعی وجود دارد، اما راه اثبات آن متفاوت است. البته برخی فقها احکام امضایی را به دو قسم نشأت گرفته از عقل و نشأت گرفته از عرف عقلایی تقسیم کرده اند (مکارم شیرازی، دائرةالمعارف فقه مقارن، ص ۵۶۲)، اما باید توجه داشت که حکم عقل نیاز به امضا ندارد؛ زیرا شارع ممکن نیست از حکم عقل تخطی کند (عرب صالحی، ۱۳۹۸: ص ۱۲).

مسئله مشروعیت احکام امضایی در میان اصولیان مورد اختلاف واقع شده است و در این باره سه دیدگاه بیان شده است:

۱. به اعتقاد مشهور فقها و اصولیان، احکام شرعی به دو دسته تأسیسی و امضایی تقسیم می شوند و مقسم این تقسیم، حکم شرعی است. تمایز این دو، در روش شناسایی آنهاست (موسوی نجفی اردبیلی، ۱۴۰۷ق: ج ۲، ص ۶۱-۶۲).

۲. گروهی دیگر از اصولیان معتقدند در باب احکام امضایی و امارات و طرق عقلایی، هیچ حکم شرعی منشأ شده ای وجود ندارد و شارع حکمی را انشا نکرده است؛ بلکه شارع با عدم تصرف در عمل عقلا، همسویی خود را با آنان نشان می دهد (خمینی، ۱۴۱۵ق: ج ۱، ص ۲۰۴؛ خمینی، ۱۴۱۸ق: ج ۷، ص ۹۱). به این دیدگاه

اشکال شده است که امضا به معنای انشای حکم است؛ زیرا اگر ارشادی بود، نیازی به احراز امضا نداشت، همانند احکام عقلی. در پاسخ باید گفت تخطی از احکام عقلی از شارع سر نمی زند، اما مخالفت با عرف عقلا از جانب شارع ممکن است و در موارد متعددی نیز شارع عرف عقلا را غیرشرعی دانسته و رد کرده است. ۳. مرحوم روحانی بر این باور است که گاه دلیل، حقیقتاً اخبار است، هرچند به لسان انشاء بیان شده باشد، و این اخبار از وجود متعلق در خارج حکایت می کند که حقیقت اوامر ارشادی چنین است. گاه نیز دلیل، حقیقتاً انشاء است که در این صورت، گاهی قصد از انشاء تحقق امر غیر است، مانند اوامر تبلیغی که در این موارد جعل مماثل صورت می گیرد و مصادیق آن در عرف فراوان است؛ و گاهی قصد از انشاء، جعل حکم است، ولی این حکم همانند حکمی است که دیگری اعتبار کرده است. هر سه مورد می تواند منشأ حکم امضایی باشد. تفاوت در جواز تمسک به اطلاق است؛ به گونه ای که در دو مورد نخست، تمسک به اطلاق جایز نیست، ولی در مورد اخیر مجاز است (روحانی، ۱۴۱۳ق: ج ۷، ص ۲۵-۲۶).



تحولات اقتصادی در عصرها و شرایط مختلف، و نیز جهان شمولی قواعد اسلام، از دیگر دلایل دفاع از این نظریه است. در گذر زمان، به واسطه پیشرفت تکنولوژی، رابطه انسان با طبیعت دستخوش تغییر می شود و از آنجا که اسلام باید راه حل های متناسب با این تحولات ارائه دهد، وجود منطقه الفراغ ضروری است تا حاکم اسلامی بتواند بر اساس اهداف مکتب اسلامی و به اختیار خویش، قانون وضع کند (حسینی حائری، ۱۳۸۰: ص ۲۹).

اما با پذیرش نظر مشهور اصولیان درباره احکام امضایی - که در آن جعل و انشاء صورت گرفته است - اگر عرف عقلایی موجود در زمان شارع در تطور تاریخی زائل شود، حکم قابل تغییر نخواهد بود؛ مگر آنکه یا راه و سازوکار تغییر آن در خود فقه و بیانات شارع یافت شود، یا اثبات گردد که عرف زمان شارع مقوم حکم بوده و امضای شارع مقید به آن عرف و شرایط خاص بوده است. در این صورت، حکم دارای ظرف زمانی خاص خواهد بود و امکان تغییر آن وجود دارد.

در نتیجه، قطعاً سنخ ولایت حجری با سایر انواع ولایت متفاوت است و حتی با ولایت بر جامعه - مانند ولایت فقیه - نیز تفاوت دارد. ولایت حجری، امری عقلایی است که پیش از اسلام نیز رایج بوده و اسلام آن را امضا کرده است. با توجه به هر یک از مبانی اصولی و فقهی درباره احکام امضایی، تصور تغییر حکم به واسطه تغییر امر عرفی

در نگاه ابتدایی، به نظر می رسد امضای شارع به معنای تشریع حکم و تحقق انشاء باشد؛ اما این قاعده نیز قابل طرح است که شارع در موضوعاتی که در آن ها نظر دارد، تشریع حکم می کند و در سایر امور عرفی، دست عقلا را باز می گذارد؛ به گونه ای که این امور در «منطقة الفراغ» قرار می گیرند. در این موارد، اگر امضایی از جانب شارع صورت گرفته باشد، در حقیقت خبر از وجود آن امر عقلایی می دهد. از این رو، این نوع قانون گذاری ها دائمی نبوده و وابسته به عرف عقلایی یا شرایطی است که آن اخبار در مورد آن ها صادر شده اند.

به تعبیر دیگر، اگر عرفی در زمان نزول وجود داشته و شارع نسبت به آن عرف اظهار نظر کرده و امضایی صورت گرفته باشد، ممکن است این امضا ارشادی به امر عقلایی بوده و در صورت از بین رفتن آن عرف، حکم نیز از بین برود. البته تبدیل حکم مطابق با عرف عقلایی سابق به حکم منطبق با عرف عقلایی لاحق، امری دشوار است که تحلیل آن خارج از موضوع پژوهش حاضر است.

این رویکرد به فقه اسلامی، مکتب اسلامی را در برابر تحولات فردی و اجتماعی، از حیث اجتماعی، اقتصادی، جغرافیایی و فیزیکی، پویاتر و انعطاف پذیرتر می سازد؛ بلکه برخی فقها آن را از ضروریات مکتب اسلامی دانسته و غفلت از آن را نادیده گرفتن عناصر مهمی از این مکتب تلقی کرده اند (صدر، اقتصادنا، ص ۴۴۴).



عقلایی، چندان دور از ذهن نیست.

۴. گستره ولایت ولی

۱.۴. تاریخچه تحول گستره ولایت ولی

در رابطه با ولایت کودک و رویکرد برخورد با او در جوامع مختلف، سیر تحولی قابل توجهی وجود داشته است که بررسی این تحولات می‌تواند نگرشی مناسب نسبت به مفهوم ولایت ایجاد کند.

جواد علی در کتاب خود با عنوان فرهنگ عصر جاهلی، در بحث از فقه جاهلی، بیان می‌کند که مفهوم «حق» در عصر جاهلیت، متأثر از جغرافیا و فرهنگ بوده و به تعبیر او، حق به معنای «قدرت» و قدرت، تعیین‌کننده حق در آن دوران به شمار می‌آمده است. بدین اساس، بیشتر احکام دوران جاهلیت برای تعیین مصادیق حق - مانند دیات، ارث و مانند آن - بر همین مبنا شکل گرفته بود. عامل تعیین‌کننده دیگر در ایجاد حق، «عصبیت» بوده که حتی جایگزین حکومت نیز محسوب می‌شده و عامل غیر حق را مجازات می‌کرده است (جباری، ۱۳۹۰: ص ۳).

عدالت نیز در آن دوره، همین معنا را داشته و مصادیق آن با فرهنگ و شرایط زمان تغییر می‌کرده است؛ ازاین‌رو، فردی که فاقد قدرت بوده، به حق و عدالت دست نمی‌یافته و حق و عدالت با چنین معنایی تفسیر می‌شده است. برای مثال، بزرگی خاندان یا عشیره و یا بزرگ‌زادگی در قبیله، راه وصول

به حق و عدالت بوده است. همچنین، به دلیل قوی‌تر بودن مردان نسبت به زنان در عصر جاهلیت، حقوق بیشتری برای مردان ایجاد می‌شده؛ از جمله، محروم شدن زنان از ارث به منظور جلوگیری از رسیدن ارث به بیگانگان (جباری، ۱۳۹۰: ص ۱۰).

حتی اطفال تا زمانی که به سن جنگ نمی‌رسیدند، محکوم به عدم ارث‌بری بودند؛ زیرا هنگامی که کودک به توان جنگ یا کار دست می‌یافت، سودمند تلقی می‌شد و پیش از آن، رسیدن ارث به او اتلاف اموال محسوب می‌گردید. حتی برخی افراد بزرگسال که توان دفاع از خود را نداشتند، مانند «معتوه» (دیوانه و کم‌خرد)، از ارث محروم می‌شدند (جباری، ۱۳۹۰: ص ۱۵).

در فرهنگ جاهلی، افراد آزاد اگر مفلس می‌شدند و از پرداخت دیون خود ناتوان بودند، به اسارت درمی‌آمدند تا زمانی که طلبکار بدهی را ببخشد. ولایت پدر نیز بر اساس همین اصول قانون‌گذاری شده بود؛ ازاین‌رو، ولایت پدر و افرادی چون جد پدری، برادر و مانند آن‌ها، ولایتی حداکثری محسوب می‌شد.

برای مثال، اگر پدر بدهی داشت، می‌توانست پسر خود را به‌عنوان رهن قرار دهد و حتی فرزندش را قربانی کند (جباری، ۱۳۹۰: ص ۲۱). البته این فرهنگ محدود به اعراب نبود؛ ارسطو نیز فرزند را از اموال پدر می‌دانست (پیوندی، ۱۳۹۰: ص ۱۳۰). برخی از یونانیان، مانند افلاطون، زنان بالای ۴۰



سال و مردان بالای ۵۵ سال را از فرزندآوری منع می‌کردند و در صورت تولد فرزند، یا باید سقط صورت می‌گرفت یا کودک پس از تولد سربریده یا کشته می‌شد (حسینی، ۱۳۸۹: ص ۲۵).

در استرالیا، کشتن فرزندان نوعی فرهنگ تلقی می‌شد و کسی مجاز به داشتن بیش از یک فرزند نبود. فرزندان دوقلو گاه یکی و گاه هر دو کشته می‌شدند و کودکان بیمار یا ناقص‌الخلقه، به دلیل نیاز به مراقبت، کشته می‌گردیدند (حسینی، ۱۳۸۹: ص ۲۵).

این فقر فرهنگی نسبت به کودک را می‌توان در رفتارهایی همچون کودک‌کشی مشاهده کرد که در قرآن کریم، در آیات ۳۱ سوره اسراء، ۱۵۱ سوره انعام و آیات ۸ و ۹ سوره تکویر، نسبت به اعراب جاهلی نهی شده است. پژوهشگران برای این عمل دلایل متعددی ذکر کرده‌اند:

الف) غیرت اعراب جاهلی نسبت به دختران و ترس از تجاوز؛ نقل شده است که قیس بن عاصم نخستین کسی بوده که در دوران جاهلیت دختران خود را زنده به‌گور کرده است. دلیل این اقدام را واقعه‌ای دانسته‌اند که برای دختر ارشد او رخ داد؛ به این صورت که پس از سرپیچی قوم قیس از پرداخت خراج، قوم قوی‌تر به آن‌ها حمله کرد و زنان‌شان به اسارت رفتند. رئیس قوم پیروز، زنان را مخیر ساخت تا میان صاحبان جدید و بازگشت به خانواده‌شان یکی را انتخاب کنند. همه زنان به خانواده‌های خود

بازگشتند، جز دختر قیس که ترجیح داد نزد صاحب جدید خود بماند. قیس پس از این واقعه، سوگند خورد که هر دختری از او به دنیا آید، او را بکشد (افسری، ۱۴۴۲ق: ص ۳۴۵).

ب) فقر؛ عامل دیگری بود که در بسیاری موارد موجب می‌شد کودکان توسط پدران‌شان کشته شوند. حتی در آیه ۳۱ سوره اسراء، این عامل به‌عنوان یکی از دلایل کودک‌کشی در عصر پیش از اسلام ذکر شده است.

ج) شوم‌انگاری کودک؛ در برخی جوامع پیش از اسلام، کودکانی با صفات خاص، مانند نابینایی یا معلولیت‌های ذهنی و جسمی، شوم تلقی می‌شدند (آلوسی، ۱۹۲۴م: ج ۳، ص ۴۳).

د) عوامل خرافی؛ برخی باورهای خرافی، مانند قربانی کردن فرزندان برای تقرب به خداوند، از دیگر عوامل شکل‌گیری این سنت در جوامع پیش از اسلام بوده است (جوادی علی، ۱۹۵۰م: ج ۵، ص ۳۰۲).

ه) عوامل اجتماعی؛ عواملی مانند کثرت دختران یا فقدان شرایط مناسب برای مراقبت از کودکان بیمار و معلول نیز در رواج کودک‌کشی تأثیر داشته است. این پدیده در دیگر جوامع نیز به‌وفور دیده می‌شد؛ برای مثال، در مصر باستان، هر سال دختری زیبا به رود نیل افکنده می‌شد و بقایای این تفکر تا عصر جاهلیت نیز استمرار داشت. همچنین در روم باستان، قدرت مطلق پدر بر فرزند امری طبیعی تلقی می‌شد (پیوندی، حقوق کودک: ص ۱۳۰) و به این فرهنگ patria



potestas گفته می‌شد؛ یعنی قدرت پدری که به او اجازه می‌داد درباره مال و جان فرزند تصمیم بگیرد، زیرا حیات فرزند را متعلق به خود می‌دانست (میشل فوکو، ۱۹۷۶م: ص ۱۵۵).

در کتاب تاریخ کودکی، عامل اصلی این نوع برخورد با کودک، «سودمندی اجتماعی» دانسته شده است؛ سودمندی‌ای که در بزرگسالان وجود داشت اما در کودکان دیده نمی‌شد. از این رو، سقط جنین و قتل کودکان، روشی برای بقای جامعه تلقی می‌گردید. البته استثنائاتی نیز وجود داشت؛ مانند از میان رفتن کودکان بر اثر بیماری‌های واگیردار یا جنگ، که موجب افزایش اهمیت کودکان بازمانده می‌شد (حسینی، ۱۳۸۹: ص ۲۴).

این رویکرد نسبت به کودکان، تا قرن چهارم و پنجم میلادی نیز تداوم داشت و کودک به عنوان موجودی ناپاک و خبیث تلقی می‌شد و تنها راه مقابله با او، تنبیه بدنی شدید شمرده می‌گردید. همچنین، انتظار انجام امور فراتر از توان کودک، سبب تشدید آزار و شکنجه وی می‌شد؛ از این رو، این دوره را «دوره تنبیه و تحقیر» نامیده‌اند (پیوندی، ۱۳۹۰: ص ۱۳۲).

در جوامعی که دین مبین اسلام در آن‌ها ظهور کرد، این رویکرد با تحولات گسترده‌ای مواجه شد؛ تحولاتی که می‌توان آن‌ها را به وضوح در قرآن و نیز در سنت نبوی و سیره ائمه معصومین علیهم السلام مشاهده کرد. ظهور اسلام در جزیره العرب، در شرایط

خاص موجود نسبت به کودک و نوع نگرش به او، تحولی بنیادین ایجاد نمود و بسیاری از سنت‌ها و رفتارهای پدران و خانواده‌ها نسبت به کودک را اصلاح و مدیریت کرد. برای مثال، قرن‌ها پیش از اعلامیه‌های حقوق بشر، قرآن کریم در آیه ۹ سوره نساء به کودکان دارای شرایط خاص توجه می‌دهد و می‌فرماید:

«وَلْيُخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكَوْا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا»

«و کسانی که اگر فرزندانی ناتوان پس از خود بر جای گذارند و بر آنان بیم دارند، باید از خدا پروا کنند و سخنی درست و استوار بگویند» (انصاریان، ترجمه نساء، آیه ۹).

اسلام حتی نسبت به کودکان پیش از تولد نیز توجه داشته و توصیه‌هایی در این زمینه ارائه کرده است (انصاری، موسوعه احکام الاطفال و ادلتها، ج ۱، ص ۴۹، ۱۰۳-۱۰۸) و نسبت به سلوک پدر و مادر در تربیت کودک، دستوراتی صادر می‌کند که آن را در شکل‌گیری تربیت اخلاقی و انسانی کودک مؤثر می‌داند (پیوندی، ۱۳۹۰: ص ۱۸۱).

توجه به تعلیم و تربیت (کراجکی، بی‌تا: ص ۱۴۷)، بهداشت و سلامت کودک، و نیز شناسایی جایگاه او در خانواده (ابن بابویه، ۱۳۶۳: ج ۲، ص ۶۲۱)، رشد چشمگیری در رعایت حقوق کودک پدید آورد.

نمونه متعالی این فرهنگ را می‌توان در فرمایش امیرالمؤمنین علیه السلام به فرزند خویش



مشاهده کرد، آنجا که می‌فرماید:

«وَجَدْتُكَ بَعْضِي بَلْ وَجَدْتُكَ كُلِّي...»

(نهج البلاغه، نامه ۳۱).

البته در برخی روایات، تعبیری درباره فرزندان آمده است که ممکن است از آن، ملک‌انگاری کودک برداشت شود (کلینی، کافی، ج ۵، ص ۱۳۵). درباره سند این روایات، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد (خویی، ۱۴۱۳ق: ج ۳، ص ۳۶۷)؛ هرچند بسیاری از فقها آن‌ها را صحیح یا حسن دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۲۱ق: ج ۱۷، ص ۲۷۶؛ تبریزی، بی‌تا: ص ۱۴۲). روایات با همین مضمون متعدد است (کلینی، ۱۳۶۳: ج ۵، ص ۱۳۶؛ حر عاملی، ۱۴۱۶ق: ج ۲۰، ص ۲۹۱؛ ج ۱۷، ص ۲۶۲-۲۶۷) و در منابع حدیثی اهل سنت نیز گزارش شده است (ابن ماجه، بی‌تا: ج ۲، ص ۷۶۹؛ ابن حنبل، ۱۹۹۶م: ج ۲، ص ۱۷۹). فقهای امامیه معنای ملکیت فرزند برای پدر را صریحاً رد کرده‌اند و تصریح نموده‌اند که معقول نیست فرزند یا اموال او ملک پدر یا جد وی باشد؛ به تعبیر دیگر، اضافه ملکیت نه در عرض وجود معنا دارد و نه در طول آن. برخی از فقها، این روایات را ناظر به اصل ولایت پدر بر فرزند دانسته‌اند و برخی دیگر، آن را به جواز استفاده پدر از اموال فرزند در صورت نیاز تفسیر کرده‌اند (اصفهانی، ۱۴۲۷ق: ص ۳۷۵). اما بیشتر فقها این روایات را بر آموزه‌های اخلاقی حمل کرده‌اند (محمدجواد عاملی، بی‌تا: ج ۸، ص ۲۲۳؛ مکارم شیرازی، بحوث فقهیه هامة، ۱۴۱۷ق: ص ۵۸۲). به

نظر می‌رسد این برداشت با سیاق، شرایط و فضای صدور روایت سازگارتر باشد. برخی فقها نیز با وجود کثرت این روایات، آن‌ها را حمل بر تقیه دانسته و خود را ملتزم به تأویل آن‌ها بر اساس اصول مکتب امامیه می‌دانند (بحرانی، ۱۴۰۵ق: ج ۱۸، ص ۲۸۰).

دین اسلام، با توجه به اینکه کودکان توانایی اداره صحیح امور خود و تحقق کامل مصالحشان را ندارند، اولیایی را برای آنان تعیین کرده و دامنه نفوذ رفتار ولی را به رعایت مصلحت کودک محدود ساخته است. نمونه‌ای از این رویکرد مدیریت حقوق کودک را می‌توان در قرن بیستم و در ماده ۲ کنوانسیون حقوق کودک مشاهده کرد. البته این نوع ولایت، ولایتی معقول است که با سلطه حداکثری پیش از اسلام والدین تفاوت داشته و آن را نقض کرده است.

در جوامع غیر اسلامی نیز می‌توان این سیر تحول را به چند دوره تقسیم کرد. از قرن چهاردهم میلادی به بعد، حرکتی برای نقد رویکردهای پیشین شکل گرفت و نظریه‌هایی پدید آمد که موجب تعارض میان نگرش‌های پیش و پس از آن شد؛ هرچند در قرون نخست، تأثیر چندانی نداشت و مصادیق بسیاری از فرهنگ پیشین همچنان در جوامع مختلف دیده می‌شد. برای مثال، در قانون حمورابی - ششمین پادشاه بابل - اگر معماری خانه‌ای می‌ساخت که به سبب نبود استحکام فرو می‌ریخت و پسر صاحب خانه کشته می‌شد، برای قصاص، پسر معمار



کشته می‌شد.

در این دوران، مکتوباتی منتشر شد که باور به ناپاکی و خباثت کودک را رد می‌کرد و به جای آن، اصالت تربیت کودک را مطرح می‌ساخت (حسینی، ۱۳۸۲: ص ۲۵-۲۶).

در قرن‌های هفدهم و هجدهم، اندیشه‌های تنبیهی و تحقیرکننده کودکان به تدریج کنار گذاشته شد و نقش کودکان در آینده جامعه مورد توجه قرار گرفت. این تحول سبب شد رفتارهای همراه با مهربانی و تشویق جایگزین تنبیه و تحقیر گردد. لوید دیماس معتقد است کاهش مرگ و میر کودکان در این دوره، نتیجه رواج همین نگرش در جوامع بوده است. البته این تحول به معنای حذف کامل خشونت علیه کودکان نبود و حتی در دوران مدرن نیز اشکال جدیدی از خشونت و نگرش نادرست نسبت به کودک دیده می‌شود.

در قرن نوزدهم و بیستم، این نگرش رشد گسترده‌تری یافت و روان‌شناسی کودک در شیوه‌های برخورد با او نقش اساسی ایفا کرد. اندیشه امکان شکل‌دهی به فردی با خلق پسندیده و رفتار اجتماعی مطلوب از طریق تعلیم و تربیت کودک، تأثیر چشمگیری بر اعمال ولایت نسبت به کودکان داشت (حسینی، ۱۳۸۲: ص ۲۶-۲۷). در همین دوران، توجه حقوق بشر به کودک افزایش یافت و اسنادی چون اعلامیه حقوق بشر تدوین شد.

در نیمه قرن بیستم، تحول مهمی در نگاه

به کودک رخ داد و شناسایی حقوق کودک در دستور کار قرار گرفت. این حقوق به تدریج شناسایی و تکمیل شد و این روند همچنان ادامه دارد. البته باید توجه داشت که این حقوق در فرهنگ‌ها و شرایط مختلف، مصادیق متفاوتی می‌یابند و حتی برخی از این حقوق، در برخی فرهنگ‌ها و سنن پذیرفته نمی‌شوند.

۲/۴. مبانی فقهی گستره ولایت

تصرفات ولی در چند دسته قابل بررسی است:

۱. امور مالی

ولایت در امور مالی صغیر شامل چهار دسته اصلی است:

۱/۱. عقود تملیکی معاوضی

مانند بیع، اجاره و صلح که در ازای عوض انجام می‌شوند (نائینی، ۱۴۱۳: ج ۱، ص ۸۲).

مبنای فقهی:

اجماع فقها (اردبیلی، ۱۴۲۹: ج ۸ ص ۱۵۷ طوسی، المبسوط، ۱۶۲/۲؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ ه ق: ص ۲۰۷).

روایات:

صحیحہ علی بن رثاب: جواز خرید و فروش اموال یتیم توسط ولی (حر عاملی، ۱۴۱۶ ه ق: ج ۱۷، ص ۳۶۱).

صحیحہ ربیع بن عبد الله: لزوم رعایت مصلحت صغیر (حر عاملی، ۱۴۱۶ ه ق: ج ۱۷، ص ۲۵۷؛ کلینی، ۱۳۶۳، ج ۵، ص ۱۳۱).

**۲. امور نفسی**

ولایت در نکاح، در برخی موارد به «ولایت بر نفس» نیز تعبیر شده است، در حالی که ولایت بر نفس، تصرفاتی را که متعلق به نفس است - مانند تعلیم و تربیت، محافظت و حمایت - نیز شامل می‌شود. البته فقها در برخی از کتب فقهی خود، در ضمن این بحث، مسائلی همچون طلاق و عتق را نیز مطرح کرده‌اند.

این نوع ولایت بر صغیر، از مسلمات میان مسلمانان تلقی شده و تمامی مذاهب اسلامی آن را پذیرفته‌اند؛ از جمله شافعیه، مالکیه، حنابل و همچنین حنفیه، با وجود آن‌که در جزئیات و تفصیل آن میان ایشان اختلاف‌هایی وجود دارد.

امامیه نیز این نوع ولایت را از قطعیات دانسته و در این زمینه ادعای اجماع کرده‌اند و برای اثبات آن به نصوص متعدد استدلال نموده‌اند.

از این رو، محل نزاع در پژوهش حاضر، همین محدوده و قلمرو از ولایت است.

۵. مبانی فقهی ولایت بر ازدواج کودکان در**فقه امامیه**

ولایت در نکاح برای پدر و جد پدری از قطعیات تلقی شده است و مرحوم حکیم، خویی و صاحب جواهر نسبت به آن ادعای اجماع کرده‌اند (حکیم، ۱۳۷۴: ج ۱۴، ص ۴۳۵؛ نجفی، ۱۴۲۱ق: ج ۲۹، ص ۱۷۰). مخالفت ابن جنید نیز خدشه‌ای به این

صحیح محمد بن مسلم: جواز تصرف ولی با اذن پدر (کلینی، ۱۳۶۳: ج ۷، ص ۶۲).
اتفاق عامه: جواز تجارت با اموال صغیر (کاشانی، بی تا، ج ۵، ص ۱۵۳).

۲،۱. عقود تملیکی غیر معوض

مانند هبه و وقف:

مشهور فقها: نیاز به قبول ولی در هبه (سبحانی، ۱۴۰۵ ص ۳۶۵)
وقف: بدون اختلاف در جواز (طوسی، ۱۴۰۰: ص ۵۹۵).

۳،۱. عقود اذنی مانند عاریه:

جواز با رعایت مصلحت (علامه حلی، ۱۴۲۰ه ق: ۱۵۴۵/۲).
ادله:

اطلاق آیه «وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ» (بقره: ۱۵۲).

صحیح محمد بن مسلم (حر عاملی، ۱۴۱۶ ه ق: ج ۱۹ ص ۱۷۸).
اتفاق عامه (ابن قدامه، المغنی، ۲۹۶/۴؛ غزالی، ۱۴۱۷: ج ۴ ص ۵۲۲)

۴،۱. استیفای حقوق مولی علیه مانند حق شفعه و خيارات:
ادله:

اجماع (طوسی، خلاف، ۴۴۳/۳؛ نجفی، جواهر الکلام، ۲۹۰/۳۷).
روایات (حر عاملی ۱۳۱۶ ه ق: ج ۲۵ ص ۱۶، ۳۹۶)
شرط: رعایت مصلحت صغیر (طوسی، ۱۳۸۷: ج ۳ ص ۱۲۲).



اجماع وارد نمی‌کند؛ زیرا وی مخالف ولایت مادر بوده و در عین حال به ولایت پدر حکم داده است. البته شیخ انصاری این دیدگاه را نظریه مشهور نامیده و عمانی را مخالف آن معرفی کرده است، اما به نظر می‌رسد این مخالفت نیز کامل نبوده و سخن عمانی اطلاق ندارد، بلکه صرفاً نسبت به ولایت جد پدری خدشه وارد کرده است (سیفی، بی‌تا: ج ۲، ص ۴).

اکثر فقهای امامیه، به دلیل قطعی بودن این حکم، به بیان تفصیلی ادله آن نپرداخته‌اند؛ با این حال، از میان برخی کتب فقهی می‌توان به ادله مورد استناد فقهای شیعه دست یافت. با این همه، پیش از بررسی ادله خاص، لازم است توجهی به مقتضای قاعده صورت گیرد.

۱.۵. اصل عدم ولایت

عقل اقتضا دارد که انسانی بر انسان دیگر ولایت نداشته باشد. حتی می‌توان به بیان منقول از امیرالمؤمنین (ع) اشاره کرد که فرمود: «وَلَا تَكُنْ عَبْدَ غَيْرِكَ وَقَدْ جَعَلَكَ اللَّهُ حُرًّا» که دلالت بر اصل حریت و آزادی دارد. عقل، ملاکی برای استحقاق طاعت و پذیرش ولایت، جز معیارهای سه‌گانه ذیل نمی‌پذیرد (اشتهاردی، ۱۴۱۷ق: ج ۳۰، ص ۱۲۱):

۱. وجوب شکر منعم اصلی: عقل، شکر منعم اصلی را بالذات حسن دانسته و ترک آن را قبیح می‌شمارد، در حالی که ترک شکر منعم غیر اصلی را قبیح نمی‌داند، هرچند شکر او را

حسن تلقی می‌کند.

۲. ترک عقاب اخروی ابدی: عقل رهایی از عقاب اخروی ابدی را واجب دانسته و تحصیل نقطه امنی از این عذاب را لازم می‌داند.

۳. مالکیت حقیقه: عقل، مالک حقیقی همه موجودات عالم را خداوند می‌داند؛ از همین رو، منعم اصلی و معذب را تنها خداوند تلقی می‌کند. بنابراین، شکر منعم و رهایی از عذاب را فقط در طاعت خداوند متعال می‌بیند و بدین سبب، طاعت و ولایت هیچ‌کس غیر از خداوند را نمی‌پذیرد (سیفی، بی‌تا: ج ۲، ص ۶۴۴).

البته عقل، تبعیت از شرع را می‌پذیرد؛ زیرا آن را مصداقی از طاعت خداوند می‌داند. شارع نیز ولایت انبیاء و ائمه معصومین (ع) را تشریع کرده است؛ از این رو ولایت آنان، به واسطه تشریع الهی، در طول ولایت خداوند ثابت است. همچنین فقهای که در زمان غیبت به عنوان نائب معصوم حضور دارند، به عنوان ولی شناخته می‌شوند.

با این حال، نباید از این نکته غفلت کرد که این اصل، ناظر به افرادی است که دارای قوه عاقله و رشد هستند و توان تشخیص مصالح خود و تمیز خوب و بد را دارند؛ نه افرادی مانند سفها، مجانین و صغار، زیرا این اشخاص فاقد این قوه بوده و تشخیص مصلحت و دفع مفسده توسط آنان منتفی است.



این معنا که اگر ولایت بر نفس اثبات می شد به دلیل اهمیت بالاتر ولایت بر اموال که امری کم اهمیت تر است نیز ولایت ثابت بود. (جوادی آملی، درس خارج فقه، ۸۳، ۱۳۹۴/۱۲/۱۹)

ب) آیه ۲۳۷ سوره بقره: «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بَيْنَهُ عَقْدَةُ النِّكَاحِ»

از این آیه استفاده می شود که در نکاح قدر متیقن پدر اختیار داراست؛ زیرا قطعاً اختیار دار صغیره نیست.

استناد به این آیه نیز به نظر کامل نمی رسد؛ زیرا اگر فرض ظاهر در اختیار داری پدر باشد، فقط این مدعا نسبت به صغیره صادق است و پسر صغیر را شامل نمی شود. و اشکال دیگر استدلال به این آیه این است که آیه و روایات وارد شده در تفسیر آن، در بیان پرداخت مهریه فرد غیر مدخوله است از اینرو دلالت آن بر حکم ولایت در نکاح بسیار ضعیف است.

سنت:

در رابطه با ولایت بر نکاح پدر و جد پدری احادیث متعددی در کتب روایی امامیه نقل شده است که به مهم ترین آن ها پرداخته می شود.

الف) صحیح محمد بن مسلم: «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ

در مورد این افراد، قاعده دیگری حاکم است و آن این که ولایت امری توقیفی است و اثبات آن نیازمند دلیل می باشد؛ در صورت فقدان دلیل، ولایت نیز ثابت نخواهد شد (سیفی، دلیل التحریر، ۶۴۴/۲). البته در برابر این قاعده، نظریه امضایی بودن ولایت محجورین مطرح است که آن را از امری توقیفی خارج می سازد؛ که تفصیل آن در بحث معنای اصطلاحی ولایت مورد بررسی قرار گرفته است.

۲،۵. نصوص ولایت پدر و جد پدری بر تزویج کودکان

۱. قران کریم:

الف) آیه ۶ سوره انعام: «وَابْتَالُوا أَيْتَامَهُمْ حَتَّىٰ إِذَا بُلُّغُوا النَّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ»

این آیه صراحت به عدم ولایت صغار بر اموال خویش و ولایت بر اموال کودکان دارد و به طریق اولویت کودک ولایتی بر نفس که امری دارای خطر و شان بیشتری است ندارد. به نظر می رسد استدلال به این آیه دچار اشکال است زیرا: ۱. مجرد عدم ولایت بر نفس مستلزم ولایت آباء نیست. و واثبات ولایت آباء نیاز به دلیل شرعی دارد. و قطعاً این آیه توان اثبات این مدعا را ندارد. ۲. قیاس اولویت در این آیه نیز برخلاف قواعد اصولی و منطقی است. بلکه صورت عکس آن محقق است به



السَّلامُ : فِي الصَّبِيِّ يَتَزَوَّجُ الصَّبِيَّةُ
يَتَوَارَثَانِ فَقَالَ إِذَا كَانَ أَبُوَاهُمَا اللَّذَانِ
زَوَّجَاهُمَا فَتَنَعَمُ قُلْتُ فَهَلْ يَجُوزُ طَلَاقُ
الْأَبِ قَالَ لَا. (حر عاملی، ۱۴۱۶ه
ق: ج ۲۰ ص ۸۰، ۲۲) به همین مضمون
صحیح‌های از زرارہ نیز نقل شده
است. (کلینی، ۱۳۶۳: ج ۷ ص ۱۳۲)
ظاهر این روایت دلالت بر مباشرت
پدر در عقد دارد چه به صورت ولایت
و چه به صورت توکیل و صورت اذن
را شامل نمی شود؛ زیرا نمی توان عقد
ماذون را به پدر نسبت داد. و سوال
راوی از توارث نیز کنایه از صحت
عقد است. زیرا از مهم ترین آثار عقد
نکاح توارث طرفین است، و تایید
امام تایید صحت عقد است.

(ب) صحیح‌ه محمد بن اسماعیل بن
بزیع: «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ بَزِيعٍ
قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ
عَنِ الصَّبِيَّةِ يُزَوَّجُهَا أَبُوَاهَا ثُمَّ يَمُوتُ وَ
هِيَ صَغِيرَةٌ فَتَكْبُرُ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا
زَوْجُهَا يَجُوزُ عَلَيْهَا التَّزْوِيجُ أَوْ الْأَمْرُ
إِلَيْهَا قَالَ يَجُوزُ عَلَيْهَا تَزْوِيجُ أَبِيهَا» (حر
عاملی، ۱۴۱۶ه ق: ج ۲۰ ص ۲۷۵)

چند نکته از این روایت استفاده
میشود: اول، عقد پدر از سنخ عقد
فضولی نیست؛ دوم. این عقد از
سنخ عقد خیاری نیست و وفا نیاز
دارد به اطلاق «اوفو بالعقود»؛ سوم.
منظور از جایز در این روایت جواز

وضعی نیست بلکه به معنای نافذ
است.

(ج) صحیح‌ه فض بن عبد‌الملک: «عَنْ
الْفَضْلِ بْنِ عَبْدِ الْمَلِكِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا
عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الرَّجُلِ يُزَوِّجُ
ابْنَهُ وَهُوَ صَغِيرٌ قَالَ لَا بَأْسَ» (کلینی،
۱۳۶۳، ج ۵ ص ۴۰۰)

(د) صحیح‌ه صحیح‌ه محمد بن مسلم:
«عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَحَدِهِمَا
عَلَيْهِمَا السَّلَامُ قَالَ: إِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ
إِنِّيْنَهُ فَهُوَ جَائِزٌ عَلَى ابْنَتِهِ وَلِابْنَتِهِ أَيْضًا أَنْ
يُزَوَّجَهَا فَقُلْتُ فَإِنْ هَوِيَ أَبُوَاهَا رَجُلًا وَ
جَدَّهَا رَجُلًا فَقَالَ الْجَدُّ أَوْلَى بِنِكَاحِهَا»
(حر عاملی، ۱۴۱۶ه ق: ج ۲۰ ص ۲۸۹)
این روایت مثبت ولایت پدر و جد
پدری بر صغیره است ولی ولایت بر
صغیر را اثبات نمی کند و بلکه نفی
نیز می کند. البته فقها در جمع بین
روایات دال بر ولایت بر صغیر و این
روایت منظور از ابن را حمل بر پسر
بالغ می کنند.

(ه) صحیح ابن صلت: «عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ
الصَّلْتِ قَالَ: سَأَلْتُ (أَبَا عَبْدِ اللَّهِ) عَلَيْهِ
السَّلَامُ عَنِ الْجَارِيَةِ الصَّغِيرَةِ يُزَوَّجُهَا
أَبُوَاهَا لَهَا أَمْرٌ إِذَا بَلَغَتْ قَالَ لَا لَيْسَ لَهَا
مَعَ أَبِيهَا أَمْرٌ» (حر عاملی، ۱۴۱۶: ج ۲۰
ص ۲۷۶)

در این روایت نیز عقد پدر از
سنخ عقود فضولی و خیاری تلقی
نمی شود و لازم شمرده می شود که به



۱۴۲۴ ه ق، ج ۲ ص ۸)

تحلیل و بررسی

با توجه به تمام مباحث بیان شده و دقت در نصوص و ادله مثبتۀ ولایت در نکاح، به نظر می‌رسد این حکم شارع، حکمی امضایی است و شارع، عرف زمان صدور حکم را بنا بر مصالحی پذیرفته و در عین حال آن را محدود ساخته و مدیریت کرده است.

بنابراین، اگر مبنای پذیرفته شده در احکام امضایی، عدم تصرف شارع در عرف باشد، با از بین رفتن این عرف عقلایی، موضوع صدور حکم نیز از بین خواهد رفت. روشن است که در زمان کنونی، عرف عقلایی برای ولایت در نکاح به صورت اجبار وجود ندارد.

و اگر مبنا در احکام امضایی، مبنای تشریع حکم باشد، با توجه به سیر تاریخی این موضوع و عرف حاکم در زمان صدور حکم، می‌توان گفت که عرف آن زمان مقوم صدور حکم شرعی بوده است؛ و در این صورت نیز با از بین رفتن آن عرف، حکم ولایت در نکاح منتفی خواهد شد.

معنای ولایت پدر است.

(و) صحیح هشام: «عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ وَ مُحَمَّدٍ بْنِ حَكِيمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: إِذَا زَوَّجَ الْأَبُ وَالْجَدُّ كَانَ التَّزْوِيجُ لِلأَوَّلِ فَإِنْ كَانَا جَمِيعاً فِي حَالٍ وَاحِدَةٍ فَالْجَدُّ أَوْلَى» (حر عاملی، ۱۴۱۶ ه ق ج ۲ ص ۲۸۹)

۲. اجماع:

در این موضوع نقل اجماع بین فقهای امامیه آن قدر صورت پذیرفته است که شبیه به نقل متواتر شده است. (مستمسک ۱۳۷۴، ج ۱۴ ص ۴۳۵؛ مانند بیان شیخ در تفسیر آیه کریمه «إِلَّا أَنْ يَغْفُونَ أَوْ يَغْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ» لا ولاية لاحد عندنا الا الاب و الجد على البكر غير البالغ، فاما من عداهما فلا ولاية له» (طوسی، بی تا ۲۷۳/۲)

البته پر واضح است که این اجماع حجیت شرعی ندارد؛ زیرا مدارک اجماع وجود دارد و می‌تواند به عنوان موید مورد توجه قرارگیرد.

۳. بناء عقلا و سیره متشرعه

بعضی فقها قائل اند که ولایت در نکاح مقبول همه عقلا است و شارع نیز این امر عقلانی را امضا کرده است و همین‌طور این امر سیره قطعیه متشرعین متصل به زمان شارع بوده است و شارع نیز آن را تایید کرده است. (مکارم شیرازی،



۷. نتایج و پیشنهادات

نتایج

بررسی منابع فقهی و سیر تاریخی مسئله نشان می‌دهد که ولایت در نکاح محجوران، به‌ویژه کودکان، ماهیتاً حکمی امضایی دارد که از عرف عقلایی عصر تشریع اخذ شده است. تحلیل روایات وارده در این زمینه مؤید آن است که شارع مقدس این نهاد عرفی را با شرایط و محدودیت‌های خاص پذیرفته است.

بر اساس دو مبنای مطرح شده در احکام امضایی (عدم تصرف شارع و تشریع حکم)، با تغییر بنیادین عرف کنونی در مسئله ازدواج کودکان، موضوع حکم دچار تحول شده است.

تطبیق مبانی فقهی با شرایط کنونی نشان می‌دهد که ضرورت اصل ولایت در نکاح کودکان، در بسیاری از موارد امروزی، محل تردید است.

پیشنهادهای

بازخوانی ادله ولایت در نکاح با توجه به مقتضیات زمان و مکان و تحولات اجتماعی تأکید بر نقش مصلحت‌سنجی در اعمال ولایت و تعریف معیارهای دقیق برای تشخیص مصلحت

جمع‌بندی نهایی

این پژوهش نشان می‌دهد که با توجه به امضایی بودن حکم ولایت در نکاح و تغییر بنیادین شرایط اجتماعی، بازنگری در

مبانی و مصادیق این نهاد ضروری است. رویکرد پیشنهادی، تلفیق مبانی فقهی با یافته‌های علوم جدید و توجه به مصالح واقعی محجوران در عصر حاضر است. تحقق این امر مستلزم همکاری حوزه‌های علمیه، مراکز قانون‌گذاری و نهادهای اجرایی است تا ضمن حفظ اصول شرعی، راهکارهای مناسب برای مواجهه با مسائل جدید ارائه شود.



منابع و ماخذ

۱. ابن اثیر، مبارک بن محمد، زاوی، طاهر احمد؛ طناحی، محمود محمد. ۱۳۶۷. *النهاية في غريب الحديث و الأثر*. قم: اسماعیلیان.
۲. ابن حنبل، احمد بن محمد (۱۹۹۶م)، *مسند الامام احمد بن حنبل*، چ اول، بیروت، موسسه الرسالة.
۳. ابن زهره، حمزه بن علی. محقق ابراهیم بهادری. ۱۴۱۷ق، *غنية النزوع إلى علمي الأصول و الفروع*، بیجا: بینا.
۴. ابن ماجة، محمد بن یزید الربعی القزوينی، (بی تا). *سنن ابن ماجة*، تحقیق: محمد، فؤاد عبد الباقي، قاهره: دار احیاء الکتب العربیة.
۵. ابن منظور، محمد بن مکرم، و شیرى، علی. ۱۴۰۸-۱۹۸۸. *لسان العرب* (۱۸ جلدی). ۱۸ ج. بیروت - لبنان: دار احیاء التراث العربی.
۶. ابن بابویه. (۱۳۷۶). *أمالی شیخ صدوق*. محقق: محمد بن علی کمره‌ای، محمد باقر. تهران: کتابچی.
۷. ابن بابویه، محمد بن علی، غفاری، علی اکبر و غفاری، علی اکبر. ۱۳۶۳-۱۴۰۴. *من لا یحضره الفقیه*. قم - ایران: جماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم. مؤسسة النشر الإسلامي.
۸. اشتهااردی، علی پناه. نویسنده محمد کاظم بن عبد العظیم یزدی. ۱۴۱۷ق، مدارک العروة، تهران: دار الأسوة للطباعة و النشر.
۹. اشتهااردی، علی پناه. نویسنده محمد کاظم بن عبد العظیم یزدی. ۱۴۱۷ق، مدارک العروة، تهران: دار الأسوة للطباعة و النشر.
۱۰. اصفهانی، محمد حسین. محقق عباس آل سباع قطیفی. مرتضی بن محمد امین انصاری. ۱۴۲۷ق، *حاشية المكاسب*، قم: ذوی القربی.
۱۱. اعرافی، علیرضا. ۱۴۰۰: *درس خارج اصول*، ۱۴۰۰/۱۹/۱۰.
۱۲. افسری، سالم (۱۴۴۲ق)، *کلیة العلوم الانسانیة و الاجتماعیة*، سنج: دانشگاه کردستان. ۶۶۳-۶۸۰.
۱۳. انصاری، قدرت الله، محمد جواد فاضل لنکرانی. ۱۴۲۹ق، *موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
۱۴. انصاری، قدرت الله، محمد جواد فاضل لنکرانی. ۱۴۲۹ق، *موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها*، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
۱۵. انصاری، مرتضی بن محمد امین. ۱۴۱۵ق، *المکاسب*، قم: المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأعظم الأنصاري. الأمانة العامة.
۱۶. آلوسی، محمود شکری. (۱۹۲۴م). *بلوغ الأرب فی معرفة أحوال العرب*. قاهره: مطبعة ی الرحمانیة.
۱۷. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی. محشی محمد تقی آل بحر العلوم. مصحح حسین



- العراقی.
۲۷. جوادى آملی، عبدالله. (۱۳۹۴). درس خارج فقه، ۸۳، ۱۳۹۴/۱۲/۱۹. <https://javadi.esra.ir>
۲۸. جوادى آملی، عبدالله؛ (۱۳۸۵)؛ ادب فنای مقربان، قم: اسراء
۲۹. جوادى آملی، عبدالله؛ مصطفى پور، محمد رضا. (۱۳۷۹). ولایت در قرآن. قم: اسراء.
۳۰. جوادى آملی، عبدالله؛ (بی‌تا) ولایت فقیه، فقاہت و عدالت؛ چ ۱۳، قم: مرکز نشر اسراء.
۳۱. جوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۴۰۴ق)، الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربیه، محقق: عطار، احمد عبدالغفور لبنان، بیروت: دار العلم للملایین.
۳۲. حر عاملی، محمد بن حسن، حسینی جلالی، محمد رضا. ۱۴۱۶ق، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لإحياء التراث.
۳۳. حسینی حائری، سید کاظم، «اقتصاد اسلامی و روش کشف آن از دیدگاه شهید صدر رحمه الله»، ترجمه احمد علی یوسفی، در اقتصاد اسلامی، شماره ۱، ۱۳۸۰ش، ۲۹
۳۴. حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد. نویسنده حسن بن یوسف علامه حلی. بی تا، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة بیروت: دار إحياء التراث
- بحر العلوم، ۱۳۶۲، بلغة الفقیه، تهران: مکتبه الصادق (علیه السلام).
۱۸. بحرانی، یوسف بن احمد؛ ایروانی، محمد تقی. ۱۴۰۵-۱۴۰۷. الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة. . بیروت - لبنان: دار الأضواء.
۱۹. بلال شاکری، ۱۳۹۵، بازخوانی اصل احتیاط در فروج، جستارهای فقهی و اصولی، دوره ۲، شماره ۲ و ۳، تابستان ۱۳۹۵، ۴۸-۳۱.
۲۰. پیوندی، غلامرضا. ۱۳۹۰، حقوق کودک، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۲۱. تبریزی، جواد. (بی تا). أسس القضاء و الشهادة. ۱ ج. قم: دفتر مولف.
۲۲. تبریزی، جواد. ۱۳۷۸، استفتائات جدید، قم: انتشارات سرور.
۲۳. جباری، مصطفى. (۱۳۹۰). اندیشه‌ی حقوقی عرب پیش از اسلام. سمنان. دانشگاه سمنان.
۲۴. جمعی از پژوهشگران، (۱۴۲۶ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، تحت نظر آیت الله هاشمی شاهرودی، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر طبق مذهب اهل بیت.
۲۵. جناتی، الشیخ محمد ابراهیم، (۱۴۱۵ق) دروس في الفقه المقارن، چ اول، قم: مقر المنطقة الثانية لمنظمة الإعلام الإسلامي.
۲۶. جواد علی، (۱۹۵۰م). تاریخ عرب قبل الاسلام. بغداد. مطبوعات مجمع العلمی



- العربي. ۴۳. خوئی، سید ابوالقاسم. محمود هاشمی. ۱۴۲۹ق، محاضرات في الفقه الجعفري، قم: مؤسسة دائرة معارف الفقه الاسلامي.
۴۴. خوئی، سید ابو القاسم (۱۴۱۳ق)، معجم رجال الحديث وتفصيل طبقات الرواة، چ پنجم، قم: بینام.
۴۵. روحانی، سید محمد، (۱۴۱۳ق). منتفی الأصول، چاپ اول، قم: دفتر آیت الله سید محمد حسینی روحانی.
۴۶. سبحانی تبریزی، جعفر، سبحانی تبریزی، جعفر، ابن سعید، یحیی بن احمد and جمعی از نویسندگان. ۱۴۰۵. الجامع للشرائع. قم ایران: مؤسسه سید الشهداء (ع).
۴۷. سبزواری، عبدالاعلی. ۱۴۱۳ق، مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام، قم: سید عبد الاعلی السبزواری.
۴۸. سیفی، علی اکبر، و خمینی، روح الله، رهبر انقلاب و بنیان گذار جمهوری اسلامی ایران. (بی تا). دلیل تحریر الوسيلة (النکاح). ۳ ج. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار الإمام الخميني (قدس سره).
۴۹. شافعی، ابو عبدالله محمد بن ادریس، (۱۴۱۰ق). الأم الشافعی، ج ۵، چ دوم، بیروت: دارالفکر.
۵۰. شبیری زنجانی، موسی. (بی تا). موسسه پژوهشی رای پرداز. نویسنده محمد کاظم بن عبد العظيم یزدی. کتاب نکاح، قم: العربي.
۳۵. حسینی، سیدعلی اکبر. (۱۳۸۲). مقایسه اجمالی حقوق کودک در اسلام و جهان غرب. فقه و حقوق خانواده، ۳۱، ۹ - ۳۰.
۳۶. حسینی، سیدعلی اکبر. (۱۳۸۲). مقایسه اجمالی حقوق کودک در اسلام و جهان غرب. فقه و حقوق خانواده، ۳۱، ۹ - ۳۰.
۳۷. حکیم، محسن. نویسنده محمد کاظم بن عبد العظيم یزدی. ۱۳۷۴، مستمسک العروة الوثقی، قم: دارالتفسیر.
۳۸. حملاوي، أحمد بن محمد، (بی تا). شذا العرف في فن الصرف، المحقق: نصرالله عبد الرحمن نصر الله، الرياض: مكتبة الرشد.
۳۹. حیدری، موسی الرضا. ۱۳۹۶، مبانی و ادله تقدم مصالح اجتماعي بر مصلحت فردی از دیدگاه مذاهب اسلامی، پایاننامه کارشناسی ارشد، دانشگاه حکیم سبزواری، دانشکده الهیات و معارف اسلامی.
۴۰. خمینی، سید روح الله. ۱۴۱۵ق، کتاب البیع، قم: موسسه النشر الاسلامی.
۴۱. خمینی، سید روح الله، (۱۴۱۸ق). تحریرات فی الأصول، چاپ اول. قم: بی نام.
۴۲. خوئی، سید ابوالقاسم. ۱۴۱۸ق، موسوعة الإمام الخوئي، قم: مؤسسه إحياء آثار الامام الخوئي.



قم: مؤسسه دائرة معارف الفقه الاسلامي.

۵۷. طريحي، الشيخ فخر الدين، (بی تا). مجمع البحرين، محمود عادل الربع الاخير، قم: دفتر نشر فرهنگ اسلامي.

۵۸. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق).

النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى. بيروت: دار الكتاب العربي.

۵۹. طوسی، محمد بن حسن. ۱۳۸۷ق، المبسوط في فقه الإمامية، تهران: مكتبة المرتضوية.

۶۰. طوسی، محمد بن حسن، آقابزرگ تهرانی، محمد محسن، و عاملی، احمد حبيب. بی تا. التبيان في تفسير القرآن. ۱۰ ج. بيروت: دار إحياء التراث العربي.

۶۱. طوسی، محمد بن الحسن، ۱۳۳۰ق، الخلاف في الفقه، تهران: انتشارات رنگين، چ ۲.

۶۲. عرب صالحی، محمد، ۱۳۹۸، ماهيت احكام امضايی با تاكيد بر نقد نظر برخی از معاصران، نشریه جستارهای فقهی و اصولی: تابستان، سال پنجم - شماره ۱۵، ۷-۲۵.

۶۳. عرب صالحی، محمد، ۱۳۹۸، ماهيت احكام امضايی با تاكيد بر نقد نظر برخی از معاصران، نشریه جستارهای فقهی و اصولی: تابستان، سال پنجم - شماره ۱۵، ۷-۲۵.

۶۴. عسکری، ابوهلال. بی تا، الفروق اللغوية، قم: مكتبة البصيرتي.

۶۵. عقیلي، عبد الله بن عبد الرحمن

مؤسسه پژوهشی رای پرداز.

۵۱. شریینی، شیخ محمد الخطیب الشافعی، ۲۰۰۴ م، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، بيروت: دار الفكر، چ ۱.

۵۲. شهید ثانی، زین الدین بن علی. بدون تاریخ. روض الجنان في شرح ارشاد الأذهان. ۱ ج. قم ایران: مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث.

۵۳. شهید ثانی، زین الدین بن علی. محقق پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی (دفتر تبلیغات اسلامی). ۱۳۸۰، حاشية شرائع الإسلام، قم: بوستان كتاب قم (مركز النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامي).

۵۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی. محقق مؤسسه المعارف الإسلامية. ۱۴۱۳ق، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.

۵۵. صاحب جواهر (نجفی)، محمد حسن بن باقر، محقق حلی، جعفر بن حسن، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع) و هاشمی شاهرودی، محمود. ۱۴۲۱. جواهر الکلام (ط. الحديثة). قم ایران: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (عليهم السلام).

۵۶. صدر، محمد باقر. (۱۴۱۷ق). بحوث في علم الأصول (صدر، محمد باقر). هاشمی شاهرودی، محمود، ۷ ج.



۷۳. فتح الله، أحمد، (۱۴۱۵ق). معجم ألفاظ الفقه الجعفري، الطبعة الأولى، دمام السعودي: طبع بمطابع المدوخل.
۷۴. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۲۱ق)، العین، لبنان، بیروت: دار إحياء التراث العربي.
۷۵. فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی، و غفاری، علی اکبر. ۱۴۱۷، المحجة البيضاء، قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
۷۶. قونوي، قاسم بن عبد الله الرومي الحنفي، (۱۴۲۴ق). أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، محقق: يحيى حسن مراد، بیروت: دار الكتب العلمية.
۷۷. کاشف الغطاء، حسن. (۱۴۲۲ق). انوار الفقاهه - كتاب النكاح. ۱ ج. نجف اشرف: مؤسسة كاشف الغطاء العامة.
۷۸. کاظمی، محمد علی، (۱۴۱۷ق). فوائد الأصول، تقريرات درس محقق نائینی، تعليقات محقق عراقی، چ ۶، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷۹. کراجکی، محمد بن علی. بی تا. كنز الفوائد. ۱ ج. قم: مكتبة المصطفوي.
۸۰. کلینی، محمد بن یعقوب؛ غفاری، علی اکبر و آخوندی، محمد. ۱۳۶۳-۱۳۶۵. الكافي. تهران: دار الكتب الإسلامية.
۸۱. ماوردی، ابو حسن علی بن محمد. ۱۴۱۹ق، الحاوی الكبير، تحقیق: شیخ العقيلي الهمداني المصري، (۱۴۰۰ق) شرح ابن عقيل على الفية ابن مالك، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، القاهرة: دار التراث، الطبعة العشرون.
۶۶. علاء الدين کاشانی، ابوبکر بن مسعود. (بی تا). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ۷ ج. بیروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
۶۷. علامه حلی، حسن بن یوسف. ۱۴۱۴ق. تذكرة الفقهاء، قم: مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث.
۶۸. علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۲۰ق). تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية. ۶ ج. قم ایران: مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام.
۶۹. علی دوست، ابوالقاسم. ۱۳۸۳. مرجعیت عرف در تطبیق مفاهیم بر مصادیق، فصلنامه حقوق اسلامی، ۱(۲)، ۱۱.
۷۰. علی دوست، ابوالقاسم. ۱۳۹۹، فقه و مصلحت، چ ۷، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ اسلامی.
۷۱. غزالی، محمد بن محمد، رافعی قزوینی، عبد الکریم بن محمد، معوض، علی محمد، و عبدالموجود، عادل احمد. (۱۴۱۷ق). العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير العلمي. ۱۴ ج. بیروت لبنان: دار الكتب العلمية.
۷۲. فاضل لنکرانی، ۱۴۰۰: درس خارج اصول دوره دوم، جلسه ۱۲۵

قبض در رهن، فقه اهل بیت، شماره ۳، ۱۸۹-۲۰۶.

۹۲. موسوی نجفی اردبیلی، احمد، (۱۴۰۷ق).
الذخر فی علم الأصول، چ اول، قم: مؤلف.
۹۳. میشل فوکو، ۱۹۷۶، اراده به دانستن،
مترجم نیکو سرخوش، تهران: نشر نی.
۹۴. نایینی، محمدحسین، انصاری، مرتضی
بن محمد امین، آملی، محمد تقی؛ میرزای
شیرازی، محمد حسن بن محمود. ۱۴۱۳.
المکاسب و البیع. قم: جماعة مدرسين
در حوزه علمیه. مؤسسة النشر الإسلامی.
۹۵. نائینی، محمد حسین. ۱۳۷۶، فوائد
الأصول، بیجا: بینا.

۹۶. نوری، حسین بن محمد تقی، (۱۴۰۸ق).
مستدرک الوسائل. بیروت: مؤسسة آل
البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث.
۹۷. یزدی، محمد کاظم بن عبد العظیم.
محشی مراجع تقلید. ۱۴۰۹ق.، العروة
الوثقی، بیروت: مؤسسة الأعلمی
للمطبوعات.

علی محمد معوض؛ شیخ عادل احمد
الموجود، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۸۲. مجلسی، محمد باقر، ۱۴۰۳ق، بحار الانوار
الجامعة لدرر اخبار الائمه، چ ۲، بیروت:
الوفاء.

۸۳. محقق حلی، جعفر بن حسن.
محقق عبد الحسین محمد علی بقال.
۱۴۰۸ق، شرائع الإسلام في مسائل الحلال
و الحرام، قم: اسماعیلیان.

۸۴. محقق داماد، مصطفی. ۱۴۰۶ق،
قواعد فقه، چ ۱۲، تهران: مرکز نشر علوم
اسلامی.

۸۵. مصطفوی، حسن، (۱۳۱۳).
التحقيق في كلمات القرآن الكريم، تهران:
وزارت فرهنگ وارشاد اسلامي

۸۶. معرفت، محمد هادی. (۱۳۷۳)،
اقتراح، فصلنامه نقد و نظر، ش ۱، زمستان.
۸۷. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد،
(۱۴۲۹ق) مجمع الفائدة و البرهان، قم:
فقه الثقلین.

۸۸. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۰).
بحوث فقهیه هامه. قم: مدرسة الإمام
علي بن أبي طالب (عليه السلام).
۸۹. مکارم شیرازی، ناصر. ۱۴۲۴ق، کتاب
النکاح، قم: قم: انتشارات مدرسه امام
علی بن ابیطالب.

۹۰. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۷ق). دائرة
المعارف فقه مقارن، قم: انتشارات
مدرسه امام علی بن ابیطالب.

۹۱. موسوی بجنوردی، محمد، (۱۳۷۴)، نقش