




A critical analysis of the legitimacy of marrying a minor in order to create privacy

Dr. Seyed Mehdi Ahmadi Nik , Professor of Higher Levels of Holy Mashhad Seminary and Assistant Professor of Jurisprudence and Principles Department of Razavi University of Islamic Sciences, Email: Sm.ahmadinik@gmail.com

Abstract

One of the important and practical topics in Imamiyyah jurisprudence is the discussion of Sharia tricks including the temporary marriage of a minor or infant girl in order to create privacy with her mother, without any serious intention of marriage, neither by the minor's guardian nor by the person who wants to become "mahram" with the minor's mother. In this regard, opinions have been raised by jurists. Famous jurists have considered it as valid, permissible, and effective, and have issued a fatwa for the realization of privacy, and for this reason, it is popular among religious people and is easily performed. Famous jurists have considered it as valid, permissible, and effective, and have issued a fatwa for the realization of "Mahramiat", and for this reason, it is popular among religious people and is easily performed. However, some jurists, doubting its authenticity, have considered such a contract to be a problem and ruled that the marriage is not fulfilled. The writer has investigated this issue by descriptive and analytical method and using library tools and by analyzing the evidence and stating the problems of the popular view, he has come to the conclusion that the use of such an incorrect trick and the realization of privacy with it are faced with serious and fundamental doubts.


Key words: marrying a minor, establishing "Mahramiat", minor's mother, sharia trick





سال ۵۵ - شماره ۱ - شماره پیاپی ۱۳۲ - بهار ۱۴۰۲، ص ۲۹ - ۹	شاپا چاپی ۲۰۰۸-۹۱۳۹
HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/	شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۰۹	تاریخ بازنگری: ۱۴۰۰/۰۸/۰۵
DOI: https://doi.org/10.22067/jfiqh.2022.70663.1118	نوع مقاله: پژوهشی

تحلیل انتقادی مشروعیت عقد بر صغیره به منظور ایجاد محرمیت

دکتر سیدمهدی احمدی نیک 

استاد سطوح عالی حوزه علمیه مشهد مقدس و استادیار گروه فقه و اصول دانشگاه علوم اسلامی رضوی

Email: Sm.ahmadinik@gmail.com

چکیده

یکی از مباحث مهم و کاربردی در فقه امامیه، بحث از حیله‌های شرعی؛ از جمله عقد موقت بر دختر صغیره غیرقابل التذاذ یا شیرخوار به منظور ایجاد محرمیت با مادر اوست، آن هم بدون قصد جدی بر ازدواج نه از سوی ولی صغیره و نه از سوی کسی که می‌خواهد با مادر آن صغیره محرم شود. در این باره دیدگاه‌هایی از سوی فقها مطرح شده است. مشهور فقها آن را صحیح و جایز و دارای اثر دانسته و فتوا به تحقق محرمیت داده‌اند و به این خاطر در میان متدینان رواج دارد و به راحتی انجام می‌شود، اما برخی از فقها با تردید در صحت آن، چنین عقده را محل اشکال دانسته و حکم به عدم تحقق محرمیت کرده‌اند. نگارنده به روش توصیفی تحلیلی و با استفاده از ابزار کتابخانه‌ای به بررسی این مسئله پرداخته و با تحلیل ادله و بیان اشکالات دیدگاه مشهور به این نتیجه دست یافته است که به کارگیری چنین حیله‌ای غیر صحیح و تحقق محرمیت با آن با تردید جدی و اساسی مواجه است.

واژگان کلیدی: عقد بر صغیره، ایجاد محرمیت، مادر صغیره، حیله شرعی

مقدمه

مسئله حيله از زمان‌های دور به گونه‌های مختلفی در جوامع بشری مطرح بوده است و در زمان‌های قدیم در روم باستان برخی به‌طور کلی آن را نوعی تدلیس و فریب می‌دانستند (کیهانی، ۳۸/۱). بر اساس آنچه نقل شده است در گذشته قوانین روم با وضع مجازات‌هایی جلوی حيله‌ها را گرفت (کاشانی، ۱۵). در آلمان، ایتالیا و روسیه نیز قوانینی در منع حيله تدوین شده بود (ذهنی بک، ۹۰ تا ۹۵).

در اسلام قدیمی‌ترین نصی که بر اساس گفتار اندیشمندان مسلمان به موضوع حيله اشاره کرده است قرآن کریم در داستان اصحاب سبت (بقره: ۶۵ تا ۶۶؛ نساء: ۱۵۴؛ اعراف: ۱۶۳ تا ۱۶۶) است (طبرسی، ۷۵۷/۴؛ طباطبائی، محمدحسین، ۳۰۱/۸؛ زمخشری، ۱۷۰/۲؛ فخر رازی، ۵۴۰/۳؛ ۳۹۰/۱۵؛ قرطبی، ۳۰۵/۷). در زمان‌های گذشته در ایران نیز استفاده از حيله‌ها و چاره‌جویی‌های شرعی و قانونی رواج داشته است. برخی نوشته‌اند: استفاده از آن‌ها در بین مردم متعارف بوده است (مقدس اردبیلی، ۴۳۷). در زمان ناصرالدین شاه حيله‌گری آن‌قدر میان مردم به‌ویژه در خصوص بیع شرط رواج داشته است که شاه برای جلوگیری از آن فرمانی صادر کرد (امامی، ۵۶۷/۱).

فقها نیز به دلیل اهمیت، حيله‌های شرعی را در ابواب مختلف فقه مطرح و بررسی کرده‌اند (طوسی، المیسوط، ۹۵/۵؛ علم الهدی، الانتصار، ۸۳؛ محقق حلی، ۲۰/۳؛ شهید ثانی، مسالک الأفهام، ۲۰۳/۹؛ فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ۳۳۳/۳؛ صاحب‌جواهر، ۲۰۴/۳۲؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ۳۷۹/۲۵). در پژوهش‌های جدید نیز چند تألیف در این باره وجود دارد (مکارم شیرازی، ۱۳-۱۷). از دیرباز تاکنون عقد بر صغیره به منظور محرمیت با مادر او در فقه مطرح شده است (علم الهدی، المسائل الناصریات، ۳۱۷؛ ابن‌زهره، ۳۴۲؛ حلی، یحیی‌بن سعید، ۴۳۹؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۵۸۴؛ شهید ثانی، الروضة، ۱۷۷/۵؛ اصفهانی، ابوالحسن، ۱۸۳/۳؛ گلپایگانی، ۴۱۳، ۲۴۳۸م؛ فیض کاشانی، السوافی، ۱۷۰/۲۱؛ موسوی عاملی، ۱۳۳/۱؛ سیستانی، توضیح المسائل، ۴۸۵، ۲۳۸۸م) و در مجلاتی نیز در قالب مقالاتی از جمله «نقد‌های اخلاقی به نکاح صغیره از منظر اصول زندگی فردی و اجتماعی» در مجله اخلاق زیستی (زمانی و دیگران، ۱۰/۱) به بیان نقد‌های اخلاقی وارد بر ازدواج با صغیره پرداخته و هیچ بحثی از تحقق یا عدم تحقق محرمیت با مادر صغیره به میان نیاورده است. مقاله «مبانی ممنوعیت استمتاع از زوجه نابالغ در فقه امامیه» در مجله مطالعات راهبردی زنان (علمی سولا و محمدیان) که متمرکز بر بیان مبانی عدم جواز استمتاع از زوجه نابالغ است و مقاله «بررسی جرم ازدواج با کودک» در کتاب مجموعه مقالات (عظیم‌زاده اردبیلی و طوقانی‌پور) که به بررسی تزویج صغیره از سوی ولی او پرداخته است در قالب استفتائات و غیر این‌ها بررسی کرده است، اما حسب بررسی نگارنده هیچ‌کدام به بررسی تحلیلی عقد بر صغیره به منظور

ایجاد محرمیت با مادر او نپرداخته است و تاکنون پژوهشی به صورت مستقل و جامع مبتنی بر منابع فقهی و تفسیری همراه با تحلیل ادله و با رویکرد بیان نقدها و اشکالات دیدگاه رایج و مشهور در موضوع بحث و رد آن و اثبات عدم تحقق محرمیت با مادر صغیره با عقد بر صغیره صورت نگرفته است. نوشتار حاضر از نظر جامعیت و گستردگی، تتبع و تحلیل ادله و بیان نقدهای وارد بر دیدگاه مشهور و بر فرازی عدم تحقق محرمیت با مادر صغیره به صرف عقد بستن بر صغیره دارای نوآوری است.

۱. مفهوم شناسی

أ. مفهوم لغوی حيله: واژه‌نگاران درباره حيله گفته‌اند: حيل جمع حيله و از ماده حويل به معنای دگرگونی و تغییر است (نک: ابن منظور، ۱۸۵/۱۱) و نیز گفته شده است: رَجُلٌ حَوْلٌ: دُوْحِيلٌ؛ یعنی کسی که مهارت و قدرت بر تصرف دارد یا حيله همان چاره است، اما باید شکل پنهانی داشته باشد و غالباً حيله به بار منفی دارد و گاهی هم در موارد مثبت به کار می‌رود، به همین دلیل در وصف خداوند متعال گفته شده است: «وَهُوَ شَدِيدُ الْمِحَالِ» (رعد: ۱۳) (نک: راغب اصفهانی، ۲۶۷) و نیز گفته شده است: «هو تحرك في دور»؛ به معنای حرکت دورانی داشتن، عرب سال را به همین دلیل که دارای دوران است، حول می‌گوید (نک: ابن فارس، ۱۲۱/۲).

ب. مفهوم اصطلاحی حيله: درباره معنای اصطلاحی آن گفته شده است: «الحيلة هي حفظ ظواهر قوانين الشرع و ان كانت روحها غير موجودة» (مکارم شیرازی، بررسی طرق فرار از ربا، ۱۴)؛ حيله عبارت است از حفظ ظاهر قوانین شرع، اگرچه روح قانون موجود نباشد.

ج. مفهوم شناسی صغیره، عقد و نکاح: برخی از دانشیان درباره صغیره گفته‌اند: مؤنث صغیر است و دختر بچه‌ای است که به سن نه سالگی نرسیده باشد و «الصغیر خلاف الکبیر» (نک: ابوحیب، ۲۱۲) و نیز گفته شده است: صغیر از ریشه صغر، ضد کبر به معنای کوچک و خردسال است (نک: ابن منظور، ۴۵۸/۴؛ مقرئ، ۳۴۰/۱) و درباره معنای اصطلاحی آن هم گفته شده است: به کسی می‌گویند که به سن بلوغ شرعی نرسیده است (نک: جعفری لنگرودی، ۴۰۶).

درباره واژه عقد هم برخی از لغت‌شناسان ابتدا این فراز از آیه شریفه سوره مائده که می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱) را آورده و سپس گفته‌اند: عقود جمع عقد به معنای قرارداد یا توافق بر امری است (نک: طریحی، ۱۰۳/۳) و نیز گفته شده است: «أَنَّ أَصْلَ الْعُقْدِ تَقْيِضُ الْحَلِّ» (نک: مرتضی زبیدی، ۱۱۵/۵)؛ عقد تقیض حل است یا «اصل واحد يدل على شد و شدّة وثوق... و عقد قلبه علی کذا فلا ينزع عنه» (مصطفوی، ۱۸۸/۸). درباره نکاح گفته شده است: اصل نکاح برای عقد زناشویی است و

برای جماع استعاره شده است و محال است که اصل آن برای مقاربت بوده و بعداً برای عقد به کار رفته باشد؛ زیرا اسامی وضع شده برای جماع همه کنایه است؛ به دلیل اینکه استعمال صریح آن قبیح است و محال است کسی که قصد فحشا نداشته باشد واژه نکاح را به معنای جماع یعنی اسمی که ناپسند شمرده شده است برای اسم نیکوی آن استعاره بگیرد و به معنای مباشرت و عقد نکاح هم است و در شرع، نکاح عقدی است لفظی که سبب تملک بر وطی و مباشرت می شود (نک: راغب اصفهانی، ۸۲۳؛ طریحی، ۱۰۲/۳).

۲. حیل‌های شرعی، احکام، اقسام و دیدگاه‌ها

برخی گفته‌اند: در صورتی که حیل فی نفسه مباح باشد استفاده از آن جایز است و اثر نیز بر آن بار می‌شود، ولی اگر فی نفسه حرام باشد اگرچه به کارگیری آن ممنوع و مستلزم گناه است، اما در صورتی که به کار گرفته شود اثر دارد (نک: محقق حلی، ۲۰/۳؛ علامه حلی، تحریر الأحکام، ۷۹/۴؛ شهید ثانی، مسالک الأفتام، ۲۰۳/۹؛ فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ۳۳۳/۳؛ آل‌عصفور، ۵۳۱/۱۴ تا ۵۳۷/۱۴).

برخی از فقهای معاصر برای حیل دو تقسیم بیان کرده‌اند: ۱. حیل واقعی مثبت و مشروع، حیل واقعی منفی و مذموم و حیل صوری؛ ۲. حیل‌ای که با مقدمه حلال و مباح به مطلوب حلال مد نظر منتهی می‌شود و حیل‌ای که حیل‌کننده با مقدمه حرام و غیر مشروع، خود را به مطلوب حلال می‌رساند (نک: مکارم شیرازی، حیل‌های شرعی، ۱۸). بر اساس مطالب پیش گفته حیل بنفسه نه به طور مطلق حلال است و نه حرام و در بیان معیار شناخت حیل جایز از غیر آن می‌توانیم بگوییم: هر روش مشروعی که با آن اهداف شریعت همانند عبودیت خداوند، پرهیز از نواهی آن یا احقاق حقوق ستمدیده یا انتقام از ستمگران محقق شود، جایز و دارای ثواب است، ولی هر شیوه‌ای که به بازیچه قرار گرفتن اهداف شریعت همانند اسقاط واجب یا تحلیل حرام یا احیای باطلی بینجامد، بدون تردید جایز نیست.

درباره به کارگیری حیل‌های شرعی دیدگاه‌هایی وجود دارد:

۱. برخی از فقها به کارگیری آن را با صرف نظر از مصادیق، فی الجمله جایز شمرده و به آیاتی از قرآن و نیز روایاتی استناد کرده‌اند (نک: طوسی، المبسوط، ۹۵/۵). برخی، روایاتی را مبنی بر جواز به کارگیری حیل‌های شرعی نقل کرده (نک: ابن بابویه، ۲۸۱۷/۳ تا ۲۸۱۸/۳) و برخی دیگر ضمن شرح روایات فوق، روایات دیگری را نیز بر آن‌ها افزوده‌اند (نک: مجلسی، ۵۹/۶).

۲. برخی به کارگیری حیل‌های منصوص را مجاز و غیر منصوص را ممنوع دانسته‌اند (نک: بحرانی،

۳. برخی هم قائل اند که چاره‌جویی با حیله‌های مباح جایز و با حیله‌های حرام گرچه جایز نیست، اما اگر به کار گرفته شود صرفاً سبب گناه می‌شود، ولی حیله و چاره‌جویی، صحیح و دارای اثر است (نک: محقق حلی، ۲۰/۳؛ علامه حلی، نه‌ایة الأحکام، ۵۶۶/۲؛ حلی، محمدبن حسن، ۴۶/۴).

۴. به‌کارگیری حیله‌های شرعی مشروط به آن است که سبب نقض غرض شارع نباشد؛ برای مثال، اگر مردی به غرض محروم کردن همسر خود از ارث در مرضی که منتهی به فوتش می‌شود او را طلاق دهد، شارع حکم به بطلان چنین طلاقی می‌دهد و اثری بر آن بار نمی‌شود و همسر او از وی ارث می‌برد (نک: صاحب‌جواهر، ۲۰۳/۳۲؛ کاشف‌الغطاء، ۱۸۰).

۳. عقد موقت بر صغیره غیر قابل التذاز به منظور ایجاد محرمیت با مادر او

یکی از حیله‌هایی که امروزه در بین مردم رایج و به‌منظور محرمیت انجام می‌گیرد این است که فردی دختر خردسال و صغیره غیر قابل التذاز یا شیرخواری را که می‌خواهد با مادر او محرم شود با اجازه ولی او به عقد موقت خود در می‌آورد، با آنکه هیچ‌گونه قصد جدی از سوی متعاقدان و نه ولی صغیره بر نکاح وجود ندارد. آیا به‌کارگیری چنین حیله‌ای برای ایجاد محرمیت صحیح است؟ دیدگاه‌های مختلفی در بین فقها وجود دارد. بسیاری از آنان اعم از متقدمان، متأخران و معاصران، حکم به جواز داده و تحقق محرمیت را پذیرفته یا به‌صراحت استناد به مشهور داده‌اند (نک: مفید، ۵۰۲؛ علم‌الهدی، المسائل الناضریات، ۳۱۷؛ طوسی، الخلاف، ۲۷۵/۷؛ ابن‌زهرة، ۳۴۲؛ حلی، یحیی‌بن سعید، ۴۳۹؛ علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۵۸۴؛ ابن‌فهد حلی، ۲۳۳/۳؛ صیمری، ۴۹/۳؛ شهید ثانی، رسائل، ۱۱۹۶/۲؛ همو، الروضة البهیة، ۱۷۷/۵؛ موسوی عاملی، ۱۳۲/۱؛ فیض کاشانی، الوافی، ۲۶۵/۲؛ فاضل هندی، ۱۷۵/۷؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ۳۸۳/۲۵؛ همو، همان، ۴۴۵/۲۳ تا ۴۵۴؛ همو، الدرر النجفیة، ۲۳۲/۲؛ طباطبائی، علی‌بن محمد، ۱۷۳/۱۱؛ اصفهانی، ابوالحسن، ۱۸۳/۳؛ گلپایگانی، ۴۱۳، م ۲۴۳۸؛ خوبی، منهج الصالحین، ۲۷۴/۲؛ روحانی، ۲۳۳/۲۱؛ وجدانی فرخ، ۶۰۵/۹؛ فاضل لنکرانی، توضیح المسائل، ۴۲۵ م ۲۲۸۳؛ همو، تفصیل الشریعة، ۲۲۳؛ سیستانی، منهج الصالحین، ۵۷/۲ م ۱۵۷؛ شریفی اشکوری، ۳۹۰/۱). برخی دیگر هم اصل متعه صغیره را تجویز کرده‌اند و گفته‌اند: متعه کردن صغیره جایز است، ولی اگر مدت کم باشد به‌اندازه‌ای که استمتاع ممکن نباشد اشکال دارد و احتیاط در ترک است (نک: خوبی، منهج الصالحین، ۲۷۴/۲) و برخی نیز از قول فقیه دقیق اما غیر معروف جناب ابن‌ابی‌عقیل آورده‌اند: حرمت مادر زنی که بر او عقد بسته شده مشروط به عمل زناشویی با آن زن است (نک: موسوی عاملی، ۱۳۲/۱).

برخی از فقها در صحت عقد اشکال کرده و محرمیت را نیز منتفی دانسته‌اند (نک: اصفهانی، ابوالحسن، ۱۸۳/۳؛ گلپایگانی، ۴۱۳، م ۲۴۳۸). برخی فرموده‌اند: احتیاط به این است که مادر او حرام اما نظر محرمانه هم به او جایز نیست (نک: خمینی، تحریر الوسیله، ۲۴۸/۲؛ همو، توضیح المسائل، ۳۵۵، م ۲۴۲۹). برخی نیز با اشاره به بحث‌هایی در مفروض بحث با تردید از آن گذشته‌اند (نک: فیض کاشانی، الوافی، ۱۷۰/۲۱). یا نوشته‌اند: و المسئلة قویة الاشکال (نک: موسوی عاملی، ۱۳۳/۱) و برخی هم گفته‌اند اگر دختر قابلیت تلذذ را نداشته باشد، صحت عقد محل اشکال است (نک: سیستانی، توضیح المسائل، ۴۸۵، م ۲۳۸۸).

۴. ادله مشهور

برای قول مشهور مجموعاً به سه دلیل استناد شده است، اما با توجه به اشکالات وارده هیچ‌کدام از آن‌ها پذیرفتنی نیست.

أ. آیه شریفه: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ» (نساء: ۲۳).

در استدلال به آیه چنین گفته شده است که بر مادر صغیره‌ای که فردی عقد محرمیت با صغیره بسته است، ام‌الزوجه صدق می‌کند و بر اساس آیه شریفه «وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ»، ام‌الزوجه (مادرزن) بر انسان محرم و نیز ازدواج با او حرام است، چه دخول به بنت صورت گرفته یا نگرفته باشد (نک: علم‌الهدی، المسائل الناضریات، ۳۱۷؛ طوسی، الخلاف، ۲۷۵/۷؛ علامه حلی، قواعد، ۴۸/۷؛ ابن‌فهد حلی، ۲۳۳/۳؛ صیمری، ۴۹/۳؛ شهید ثانی، الروضة البهیة، ۱۷۷/۵؛ نراقی، مستند الشیعة، ۳۰۲/۱۶؛ صاحب‌جواهر، ۳۵۰/۲۹؛ حکیم، ۱۸۳/۱۴؛ مغنیه، ۴۵۷/۲؛ مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ۳۲۹/۳). این استدلال اشکالاتی به شرح زیر دارد:

۱. برخی استدلال فوق به این آیه را به استناد اینکه جمله «مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ» را قید برای حکم مستفاد از حرمت در اول آیه می‌دانند (شیرازی، ۴۶۴/۸) به صراحت رد کرده و محرمیت مادرزن را متوقف بر دخول به زن دانسته‌اند.

۲. با توجه به اینکه در چنین عقدی قصد ازدواج از سوی هیچ‌کدام نه زوج و نه ولی صغیره وجود ندارد، ما شک داریم که زوجیتی تحقق یافته یا نه؟ اصل تحقق نیافتن زوجیت است و با عدم تحقق زوجیت، ام

الزوجه بر مادر صغیره صدق نمی‌کند؛ در نتیجه موضوع محرمیت منتفی و استدلال به آیه صحیح نیست.

۳. باتوجه به روایات صحیح‌های که به صراحت محرمیت و حرمت مادرزن متوقف بر دخول به زن شده است؛ از جمله روایت جمیل بن دراج که سند آن بر اساس نقل شیخ صدوق (ابن بابویه، ۲۶۲/۳) صحیح و بر اساس نقل کلینی (۴۲۱/۵) حسن است (مجلسی، ۲۵۲/۸). برخی نیز هر دو نقل را صحیح دانسته‌اند (علامه حلی، قواعد الأحکام، ۵۱/۷) و نیز باتوجه به دو روایت صحیح حماد بن عثمان و منصور بن حازم (کلینی، ۴۲۲/۵؛ طوسی، الخلاف، ۲۷۴/۷؛ علامه حلی، قواعد الأحکام، ۵۱/۷)، استدلال به اطلاق آیه صحیح نیست (مجلسی، ۲۵۲/۸).

۴. برای تحقق محرمیت مادرزن، اشتراط دخول به زن، به اهل بیت پیامبر (ص) استناد داده شده است و در منابعی این اشتراط مستند به روایت هم شده است (کلینی، ۴۲۱/۵؛ طوسی، الخلاف، ۲۷۳/۷؛ نوری، ۴۰۱/۱۴). برخی هم گفته‌اند: همان طور که در خصوص ربیبه، تحقق محرمیت او متوقف بر دخول به مادر ربیبه است، درباره مادر زن نیز تحقق محرمیت متوقف بر دخول به دختر او است (ابن ابی عقیل بر اساس نقل علامه، نک: علامه حلی، قواعد الأحکام، ۴۹/۷).

۵. برخی استدلال به آیه را برای تحقق محرمیت به مجرد عقد و بدون دخول به زن مجمل دانسته‌اند (مجلسی، ۲۵۲/۸؛ شبیری زنجانی، ۴۷۴/۸). بنابراین، آیه ظهوری در تحقق محرمیت مادر صغیره به صرف عقد بر صغیره ندارد (مجلسی، ۲۵۲/۸) و لذا با عدم دخول به زن، آیه دلالت بر محرمیت مادرزن ندارد و نمی‌توان به آن استدلال کرد.

۶. برخی از فقهای معاصر در تفسیر آیه مذکور صرف عقد بستن را سبب حصول محرمیت دانسته‌اند (نک: مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، ۳/۳۲۹)؛ اما در فقه با استدلال (چنان‌که در ادامه خواهد آمد)، تحقق محرمیت را نپذیرفته‌اند (همو، کتاب النکاح، ۴۸/۵).

ب. **روایات:** برای محرمیت به چند روایت نیز استناد شده است؛ روایت اسحاق بن عمار، روایت ابی بصیر، روایت غیاث بن ابراهیم و روایت ابی حمزه (طوسی، الخلاف، ۲۷۳/۷؛ حر عاملی، ۳۵۷/۱۴؛ علامه حلی، مسالک الأفهام، ۴۹/۷؛ صاحب‌جواهر، ۳۵۰/۲۹؛ نراقی، مستند الشیعه، ۳۰۲/۱۶؛ حکیم، ۱۸۳/۱۴؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه، ۲۲۰) و چنان‌که برخی گفته‌اند (مجلسی، ۲۵۲/۸) این روایات برخی مرسل و برخی موثق است و دارای اشکالاتی به شرح زیر است:

۱. محرمیت در این روایات برای مادرزن ثابت شده است و در موضوع بحث که عقد بر صغیره صرفاً به منظور ایجاد محرمیت با مادر او بوده است، ما شک داریم که زوجیت تحقق یافته یا نه؟ اصل اقتضا می‌کند عدم تحقق زوجیت را و در نتیجه با انتفای زوجیت، موضوع محرمیت (مادرزن) منتفی است، پس این

روایات اساساً آنصاف از مورد بحث دارد و به برای استدلال مفید کاربرد ندارد.

۲. چنان‌که در بحث اشکالات و نقدها بیان خواهد شد، این روایات، معارض با روایات صحیح‌ه‌ای است که تحقق محرمیت مادرزن را مشروط به مباشرت با زن کرده است (کلینی، ۴۲۱/۵؛ ابن‌بابویه، ۲۶۲/۳) و در صورت تعارض، ترجیح با روایات صحیح‌ه است و با عدم ترجیح و قول به تساقط هم اصل اقتضا می‌کند عدم محرمیت را.

۳. چنان‌که برخی گفته‌اند: مشهور بین عامه این است که به مجرد عقد، محرمیت تحقق پیدا می‌کند؛ (حکیم، ۱۸۷/۱۴) از این رو، این روایات موافق عامه است و از باب «خذ بما خالف العامه» استناد به این روایات صحیح نیست.

ج. اجماع: برخی برای اثبات محرمیت مادرزن در خصوص بحث، تمسک به اجماع کرده‌اند (علم‌الهدی، المسائل الناضریات، ۳۱۷؛ ابن‌زهرة، ۳۳۶/۱؛ علامه حلی، قواعد الأحکام، ۴۹/۷). اما با توجه به اشکالاتی این دلیل نیز چندان درخور اعتماد نیست.

۱. اساساً برخی از فقها وجود چنین عقدی (عقد بر صغیره غیرقابل التذاذ) را در عصر معصومان (ع) انکار کرده و از مسائل نوپیدا دانسته‌اند و بنابراین چنین اجماعی کاشف از رأی معصوم (ع) نیست و فاقد ملاک حجیت است (مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱۲۶/۳).

۲. احتمال دارد که مستند مجمعین، ادله فوق باشد و در نتیجه اجماع محتمل‌المدرك است و چنین اجماعی حجیت ندارد (خویی، محاضرات فی الأصول، ۴۲۹۷/۳).

۳. با صرف نظر از دو اشکال گذشته، اجماع یادشده ناظر به محرمیت مادرزن است و درباره بحث، با عدم قصد واقعی بر زوجیت شک داریم که زوجیت تحقق یافته یا نه؟ اصل اقتضا می‌کند عدم آن را، بنابراین راجع به بحث، موضوع محرمیت (مادرزن) تحقق پیدا نکرده است تا برای حکم آن (محرمیت) به اجماع تمسک شود.

نگارنده، عقد موقت‌بستن بر صغیره غیرقابل التذاذ به منظور ایجاد محرمیت با مادر او که از سوی مشهور فقها به استناد دلایل یادشده مجاز و حکم به تحقق محرمیت داده شده است و در بین بسیاری از مردم نیز رایج شده است را واکاوی کرده است، علی‌رغم شهرت فتوائیه در این باره، نظر به مقتضای عقد و نیز اشکالات وارد بر مشهور و قرآنی چند، تحقق محرمیت را مواجه با تردید جدی و اساسی دانسته است.

۵. مقتضای عقد، ماهیت و قوام عقد نکاح

بر اساس کلام برخی از اندیشمندان، مقتضای ذات هر عقدی نتیجه و اثر مستقیمی است که طرفین به

قصد حصول آن، عقد را منعقد می‌کنند؛ مثلاً مقتضای عقد بیع، ملکیت و نقل و انتقال است. مقتضای عقد، موضوع و مضمون اصلی عقد را تشکیل می‌دهد و مقصود اصلی متعاقدين است و به گفته برخی: مقتضای ذات عقد چنان به ماهیت عقد وابسته و ملازم با آن است که اگر به وسیله شرط گرفته شود، جوهر عقد نیز از دست می‌رود و از نگاه عرف موضوعی برای آن باقی نمی‌ماند؛ از این رو، برخی از فقها بطلان شرط خلاف مقتضای ذات عقد و به دنبال آن بطلان مشروط را پذیرفته‌اند و مورد اتفاق علمای امامیه و استمناع در نکاح را مقتضای ذات و ماهیت نکاح و مرجع در تشخیص مقتضای عقد را عرف دانسته‌اند (نک: مراغی، ۲/۲۴۸). درباره معنای مقتضا نیز برخی چنین گفته‌اند که هرگاه گفته شود مقتضای آتش حرارت است؛ یعنی اثر حرارت است و همچنین شوری و شیرینی، اثر یا مقتضای نمک و شکر است و نیز اثر السیف؛ ضربته (نک: شهیدی، ۴/۱۱؛ فراهیدی، ۸/۲۳۷).

بر این اساس، از یک سو قوام نکاح در عرف به تمتعات و ماهیت نکاح به قابلیت تمتع است و از سوی دیگر، مسئله نکاح امری عرفی عقلایی است که شارع آن را امضا کرده و در نگاه عرف، نکاح برای جایی است که امکان تمتع باشد ولو شوهر نخواهد و در فرض بحث امکان تمتع نیست، بنابراین چنین عقدی که صرفاً به منظور تحقق محرمیت و نه استمتاع بسته می‌شود در عرف بر آن نکاح اطلاق نمی‌شود و اگر کسی اشکال کند و بگوید: یکی از آثار نکاح محرمیت است و این‌ها تمتع نمی‌خواهند بلکه محرمیت می‌خواهند و همین به عنوان اثر برای نکاح کافی است، در پاسخ گفته می‌شود: هیچ وقت حکم موضوع خود را درست نمی‌کنند، چون دور لازم می‌آید؛ زیرا ابتدا باید موضوع باشد تا احکام بر آن جاری شود و مصاهره و محرمیت از احکام است، پس باید اول ماهیت نکاح حاصل شود تا احکام مترتب شود و اگر بخواهد حکم موضوع خود را درست کند، لازم می‌آید که حکم قبل از موضوع باشد و محلی که صالح تمتع نیست، ماهیت نکاح در آنجا معقول نیست و در این صورت موضوعی برای حکم نداریم تا محرمیت تحقق یابد (نک: مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۵/۴۸). برخی نوشته‌اند: فلو لم یقصد من العقد حصول الزوجية الدائمة أو المنقطعة ولا التحلیل، بل كان المقصود مجرد محرمة الأم - كما يتفق كثيرا - لم یصح العقد (نک: نراقی، مستند الشیعة، ۱۶/۳۰۷)، در نتیجه چنین عقدی از اساس صحیح نیست تا اثری بر آن بار شود.

۶. اشکالات و نقدها

باتوجه به آنچه بیان شد و نظر به مقتضای عقد و اشکالات عدیده جدی و اساسی که بر نظریه مشهور بیان می‌شود، این نظریه با تردید مواجه است و به آسانی پذیرفتنی نیست.

۱. برخی در تحقق عقود شرایطی را معتبر می‌دانند؛ از جمله قصد اثری را که شارع آن اثر را بالإصالة مسبب از عقد می‌داند و در نکاح، استمتاع و التذاذ مقصود بالإصالة و مسبب از عقد است. بر این اساس، در عقد بر صغیره که صرفاً قصد محرمیت با مادر صغیره شده، مقصود بالإصالة از نکاح قصد نشده است؛ در نتیجه چنین نکاحی محل اشکال و به تصریح برخی از فقها چنین عقدی سبب شرعی برای تحقق زوجیت نیست و باطل است (میرزای قمی، رسائل، ۳۱۱؛ همو، جامع الشتات، ۴/۴۶۲؛ نراقی، مشارق الأحکام، ۱۱۲ تا ۱۱۳).

۲. درباره برخی از عقود مانند نکاح ممکن نیست که انسان تنها قصد ترتب یک اثر در خصوص بحث (محرمیت با مادر صغیره) را داشته باشد و نه سایر آثار آن را؛ زیرا نکاح از عقود است که در خصوص آثار خود تجزیه‌بردار نیست (نراقی، مشارق الأحکام، ۸۰) و درباره بحث زوج قصد ترتب تنها یک اثر (محرمیت) را دارد و در حقیقت به دنبال تجزیه آثار عقد است، از این رو چنین نکاحی محل اشکال است.

۳. قدر متیقن از ترتب اثر بر موضوع در جایی است که موضوع احراز شود. در فرض بحث که صرفاً یکی از آثار مترتب بر عقد نکاح (محرمیت با مادر او) قصد شده است نه سایر آثار، شک داریم که آیا موضوع محرمیت (ام‌الزوجه بودن مادر صغیره با چنین عقدی) تحقق پیدا کرده یا نه؟ اصل عدم تحقق موضوع است، در نتیجه محرمیت هم بر آن بار نمی‌شود.

۴. قدر متیقن از صحت عقد و انشا نیز زمانی است که معنای الفاظ به کاررفته در آن عقد قصد شود و در خصوص بحث، از سوی زوج و عاقد معنای الفاظ؛ یعنی استمتاع و عمل زناشویی قصد نشده است، چنان‌که برخی به این مطلب تصریح کرده و نوشته‌اند: معانی عبارة العقود لابد أن تكون مقصودة، و إلا لكانت فاسدة مثل عقود الغافلین و الهازلین، و معنی متعتک بنتی: جعلتها متعتک، و معنی متعتک: ما يتمتع به، تتمتع بها شرعاً، و لم يقصد الأب نوعاً من أنواع التمتع أصلاً (نک: بهبهانی، ۲۳۵)، در نتیجه با توجه به عدم قصد تمتع نه از سوی عقدکننده و نه پدر صغیره به عنوان ولی و طرف عقد، شک داریم که چنین عقدی صحیح است یا نه؟ اصل عدم صحت آن است و روشن است که اگر عقد صحیح نباشد نه زوجیتی و نه محرمیتی تحقق پیدا نمی‌کند.

۵. روشن است که تفکیک بین آثار مترتب بر موضوع جایز نیست و نمی‌توان با قصد ترتب یکی از آثار مترتب بر عقد، فقط آن اثر را مترتب کرد و نه سایر آثار آن را، زیرا تفکیک بین آثار مترتب بر موضوع در اختیار کسی نیست؛ چراکه ترتب اثر بر موضوع تابع تحقق موضوع است، در نتیجه اگر موضوع تحقق یابد تمام آثار بر آن بار می‌شود والا هیچ‌کدام، از این رو نیز چنین عقدی اشکال دارد.

۶. قصد مقتضای عقد و اثر بارز آن از شروط صحت هر عقدی از جمله عقد متعه است و مقتضای

متعّه، حلیت استمتاع است ولی به دلیل آنکه در خصوص بحث، زوج هیچ قصدی راجع به مقتضای عقد متعّه که بارزترین اثر آن حلیت استمتاع است ندارد، پس شرط صحت منتهی است و چنانکه فقها در جای دیگری گفته‌اند: اذا انتفی الشرط ینتفی المشروط لقاعدة انتفاء المشروط بانتفاء الشرط (نک: سبزواری، ۹۰/۲۵). از این رو، به دلیل عدم قصد مقتضای عقد و در نتیجه انتفای شرط صحت، مشروط یعنی زوجیت هم منتهی می‌شود و با انتفای زوجیت محرمیتی هم با مادر معقوده پیدا نمی‌شود.

۷. برخی در اشکال بر چنین عقدی نوشته‌اند: الأصل بقاء ما کان علی ما کان حتی یثبت خلافه (نک: بهبهانی، ۲۳۳). قبل از عقد یقیناً مادر صغیره برای چنین مردی محرم نبوده و الان به دلیل عدم قصد مقتضای عقد و نیز معانی الفاظ عقد شک در تحقق محرمیت داریم، استصحاب عدم محرمیت مانع از تحقق محرمیت می‌شود (نک: میرزای قمی، رسائل، ۳۱۲/۱).

۸. مذاق شارع در خصوص بانوان بر پاسداری از حریم عفاف و مستوریت آنان است و برخی از فقهای نامدار به مناسبتی به آن اشاره و آن را معلوم من عند الشارع کمعلومیه عدم البعلین للامراة الواحدة دانسته‌اند (نک: صاحب‌جواهر، ۳۱۰/۳۰). بنابراین، اگر در فرض بحث، حکم به محرمیت مادر صغیره شود و چنین بابی گشوده شود، پیداست که برخی از آن سوءاستفاده می‌کنند و حریم عفاف و مستوریت بانوان شکسته می‌شود، لذا چنین حیل‌های از این رو مخالف با مذاق شارع است و مخالفت با مذاق شارع هم صحیح نیست.

۹. روایاتی وجود دارد که حکم به حرمت و محرمیت مادرزن را متوقف بر دخول به زن می‌کند و برخی آن‌ها را پذیرفته یا توقف را برگزیده‌اند (نک: ابن‌بابویه، ۴۱۵/۳؛ علامه حلی، مختلف الشیعة، ۴۹/۷ تا ۵۳؛ ابن‌ابی‌عقیل به نقل از علامه حلی؛ صیمری، ۵۰/۳). این روایات می‌تواند شاهی بر عدم تحقق محرمیت با مادرزن به صرف عقد بر دختر صغیره او باشد. برخی از این روایات عبارت‌اند از:

أ. صحیحہ جمیل بن دراج و حماد بن عثمان از امام صادق (ع) که فرموده است: مادر و دخترش از نظر محرمیت یا حلیت نکاح تا زمانی که دخول تحقق نیافته است، یکسان‌اند. اگر یکی از این دو را تزویج کرد و سپس قبل از دخول طلاق داد با هر کدام که بخواهد می‌تواند ازدواج کند (حرعاملی، ۳۵۶/۷، ح ۳؛ صاحب‌جواهر، ۳۵۰/۲۹).

باتوجه به اینکه روایت صحیح‌ه است و به صراحت می‌گوید بعد از طلاق در صورتی که دخول نکرده باشد با هر کدام که بخواهد می‌تواند ازدواج کند، در نتیجه در فرض بحث به صرف عقد، محرمیت محقق نشده است.

ب. صحیحہ دیگر جمیل بن دراج در این روایت جمیل از امام صادق (ع) درباره مردی که با زنی عقد

ازدواج بسته و قبل از عمل زناشویی او را طلاق داده است، سؤال کرد که آیا می‌تواند با دختر او ازدواج کند؟ امام(ع) در پاسخ فرمود: مادر و دختر در این جهت یکسان‌اند تا هنگامی که عمل زناشویی با یکی از آن‌ها انجام نداده است با دیگری می‌تواند ازدواج کند (حر عاملی، ۳۵۶/۱۴، ح ۶؛ طوسی، الإستبصار، ۱۵۶/۳ تا ۱۵۹).

این روایت نیز همانند روایت قبلی تحقق حرمت را مبتنی بر دخول دانسته و درباره‌ی صغیره دخولی صورت نمی‌گیرد، پس محرمیتی هم تحقق پیدا نمی‌کند.

ج. موثقه اسحاق بن عمار؛ اسحاق بن عمار می‌گوید: به او (امام صادق یا امام باقر(ع)) عرض کردم مردی با زنی ازدواج و با او نزدیکی کرده است و پس از نزدیکی، آن زن فوت کرده است، آیا این مرد می‌تواند با مادر او ازدواج کند؟ در پاسخ فرمود: سبحان‌الله چگونه پس از دخول می‌تواند با مادر او ازدواج کند؟! عرض کردم: مردی با زنی ازدواج کرده است، قبل از عمل زناشویی با او آن زن فوت کرده است، آیا می‌تواند با مادر او ازدواج کند؟ فرمود: اگر عمل زناشویی انجام نداده، اشکالی ندارد (طوسی، الإستبصار، ۱۵۸/۳؛ همو، الخلاف، ۲۷۵/۷؛ حر عاملی، ۳۵۶/۱۴). ذیل این روایت نیز به صراحت دلالت بر عدم تحقق حرمت در صورت عدم دخول دارد و از آنجاکه درباره‌ی عقد بر صغیره دخول منتفی است، پس به سبب روایت ازدواج با مادر صغیره برای عاقد جایز و عدم حرمت می‌تواند شاهدی بر عدم محرمیت باشد؛ زیرا که در صورت محرمیت، ازدواج با مادر صغیره نیز حرام است.

د. در روایتی از امام(ع) سؤال شده است که اگر مردی با خانمی عقد بست و خانم قبل از عمل زناشویی فوت کرد، آیا زوج می‌تواند با مادر او ازدواج کند؟ امام(ع) در پاسخ فرموده است: مانعی ندارد (حر عاملی، ۳۵۶/۷).

این روایات می‌تواند شاهد و مؤیدی بر عدم تحقق محرمیت باشد، زیرا جواز ازدواج با مادر صغیره در صورت عدم دخول کاشف از عدم تحقق محرمیت است.

ناگفته نماند که برخی از فقها و محدثان بر این روایات اشکال کرده و گفته‌اند: این روایات مخالف با کتاب است و حمل بر تقیه می‌شود و درباره‌ی مخالفت با کتاب چنین گفته‌اند: این گونه روایات مخالف با ظاهر آیه ۲۳ نساء است که در بیان محارم به طور مطلق می‌فرماید: «وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ» و دخول در بنت را شرط نکرده است (نک: صاحب‌جواهر، ۳۵۰/۲۹؛ طوسی، الخلاف، ۲۷۵/۷؛ ابن‌زهرة، ۳۳۶؛ بحرانی، الحدائق الناضرة، ۴۵۵/۲۳).

اما برخی دیگر اشکال مذکور مبنی بر مخالفت روایات با کتاب را وارد ندانسته و در جواب نوشته‌اند: این روایات هیچ‌گونه مخالفتی با قرآن کریم ندارد، زیرا جمله «مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ» در آیه فوق

را قید برای حکم مستفاد از حرمت در اول آیه می‌دانند (شیرازی، ۴۶۴/۸) و بنابراین محرمیت مادرزن متوقف بر دخول به زن است و در این صورت، روایات مذکور هیچ‌گونه مخالفتی با ظاهر قرآن ندارد. گفته شده است ماهیت زوجیت قابلیت تمتع است (نک: مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱۲۷/۳)، بر این اساس در اینجا که قابلیت تمتع نیست زوجیتی هم نیست؛ در نتیجه «امهات نساء کم» هم مصداق پیدا نمی‌کند و مخالفت با کتاب هم پیش نمی‌آید.

علاوه بر این‌ها در جواب از اشکال مخالفت با کتاب می‌توان گفت: با شک در تحقق زوجیت، اصل عدم آن است. بنابراین، موضوع محرمیت که ام‌الزوجه است اساساً تحقق نیافته است تا مشمول امهات نساء کم باشد و مخالفت با کتاب پیش آید، در نتیجه از آنجا که حکم نمی‌تواند برای خود موضوع بسازد؛ با چنین حیل‌های محرمیت ایجاد نمی‌شود.

۱۰. تنقیح مناط نیز تحقق محرمیت را با مشکل مواجه می‌کند؛ با این بیان که عقد بر کبیره به شرط عدم استمتاع، اعم از دخول، لمس، نظر و... صحیح نیست، همانند آن است که کسی بیع خانه یا هر کالای دیگری را مشروط کند به عدم تصرف مشتری، در چنین موردی همه می‌گویند: چنین شرطی خلاف مقتضای عقد است و باطل. بنابراین، به تنقیح مناط در جایی هم که قابلیت استمتاع نباشد، اعم از دخول، لمس، نظر و... و قصد هم نشود همانند عقد بر صغیره غیر قابل التذاذ نکاح باطل است؛ زیرا مقتضای عقد متعه شرعاً و عرفاً و عقلاً استمتاع است و درباره صغیره استتماعی وجود ندارد (نک: مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱۲۷/۳).

۱۱. عقد بر صغیره به منظور محرمیت با مادر او در عصر معصومان (ع) احراز شدنی نیست و مشکوک است، بلکه به دلیل نبودن اثری از آن در اخبار باب چنان‌که برخی از فقها گفته‌اند معلوم‌العدم و از مسائل نوپیدا است (نک: مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱۲۶/۳)، تحقق محرمیت با مادرزن به صرف عقد بر دختر صغیره او اگرچه مشهور فقها به آن فتوا داده‌اند اما چنین شهرتی به دلیل نوپیدا بودن و مرسوم نبودن آن در عصر معصومان (ع) و احراز نشدن موافقت معصوم (ع) حجیت ندارد (نک: آخوند خراسانی؛ ۲۹۲؛ مظفر، ۱۵۲/۲) یا لا اقل حجیت آن مواجه با شک و تردید است و اصل در هر مشکوک الحجیتی هم حجیت نداشتن آن است (نک: اصفهانی، محمدحسین، ۱۵۸/۳؛ ایروانی، الإجتهد و التقلید، ۴۶۸؛ شیرازی، ۱۴)، بنابراین چنین شهرتی چندان درخور اعتماد نیست.

۱۲. با توجه به حاکم بودن اصالة الفساد در چنین عقدی که شک در صحت و فساد آن داریم (نک: مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱۲۷/۳) و نیز اشکالات عدیده از سوی برخی از فقها، چنان‌که برخی تحقق محرمیت را در فرض بحث دارای اشکال قوی می‌دانند (نک: موسوی عاملی، ۱۳۳/۱) و برخی با

وارد دانستن اشکال امام خمینی (ره) آن را قوی و بالاتر از احتیاط دانسته‌اند (نک: مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱۲۶/۳) و برخی دیگر صحت چنین عقدی را محل اشکال دانسته‌اند (نک: سیستانی، توضیح المسائل، ۴۸۵ م ۲۳۸۸؛ فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعة، ۲۲۰)، نمی‌توان صحت چنین عقدی را پذیرفت.

۱۳. مهر و صدیقی که از سوی زوج برای چنین متعه‌ای که هیچ بهره‌ای از آن نمی‌برد قرار می‌گیرد و در حقیقت مابه‌ازائی ندارد نیز سبب غرر است، چنان‌که برخی به این مطلب تصریح کرده و نوشته‌اند: الزوج [أعطی] هذا الدرهم بغير شیء يجعل فی العقد بازانه، فیکون مبنیاً علی الغرر و الضرر، و عدم تحقق الذکر فیه (نک: بهیانی، ۲۳۵).

۱۴. در برخی از روایات، متعه به عین مستأجره تشبیه شده است (کلینی، ۴۶۰/۵) و برخی از فقها نیز عقد بر صغیره غیر قابل استمتاع را با استفاده از روایات به اجاره تشبیه کرده و گفته‌اند: همچنان‌که در اجاره نباید زمان به طوری طولانی باشد که می‌دانیم موجر و مستأجر در آن زمان باقی نیست و مورد غیر قابل استفاده می‌ماند (یا زمانش نباید آن مقداری کم باشد) که امکان انتفاع از آن وجود نداشته باشد، زیرا در این صورت عقد سفهی خواهد بود، پس همچنین در خصوص متعه‌ای که قابلیت استمتاع نداشته باشد (صاحب‌جواهر، ۱۷۵/۳۰)، در فرض بحث، تملیک بضعی در قبال صدق صورت نمی‌گیرد، همانند قرارگرفتن مال الاجاره در برابر اجاره‌ای است که به دلیل کم بودن مدت هیچ استفاده از آن نمی‌شود، در نتیجه چنان‌که چنین اجاره‌ای باطل است؛ به تنقیح مناط چنین عقدی نیز باطل و بدون اثر است.

۱۵. برخی از فقها در مقام ذکر مؤید برای عدم تحقق محرمیت در این باره آورده‌اند: چرا در مسئله جنین کسی قائل به ملکیت نیست (یعنی جنین مالک نمی‌شود) و در تقسیم ارث سهم ارث او را کنار می‌گذارند. اگر زنده متولد شد، سهم او را می‌دهند. آیا (در صورت تشخیص جنین) می‌شود جنین را برای کسی به اجازه ولی عقد کنند؟ در اینجا کسی اجازه نمی‌دهد چون از موضوع خارج است؛ چراکه قوام موضوع نکاح متوقف است بر تمتعات که هیچ‌یک در جنین ممکن نیست (نک: مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱۲۶/۳)، پس در عقد بر صغیره غیر قابل التذاذ نیز همین گونه است فلا یرتب علیه الاثر.

۱۶. قدر متیقن از صحت متعه از روایات متعه (نک: کلینی، ۴۵۵/۵؛ نوری، ۴۶۱/۱۴ تا ۴۶۴) آنجاست که تمتع یا بالفعل یا بالقوه وجود داشته باشد و از آنجاکه در فرض بحث، تمتع منتفی است؛ پس زوجیت منتفی است. برخی از فقها نیز به همین مطلب تصریح کرده و در عقد بر صغیره گفته‌اند: باید مدت محرمیت را به قدری طولانی در نظر گرفت تا صغیره به حد تمتع برسد ولو تمتع به غیر دخول باشد که در این صورت عقد صحیح می‌شود (مکارم شیرازی، کتاب النکاح، ۱۲۶/۳) و برخی نیز گفته‌اند: «آنچه از

ادله به دست می‌آید این است که حداقل زمان در متعه باید مقداری باشد که در آن قابلیت تمتع وجود داشته باشد، حتی اگر ثمره‌ای همچون محرمیت یا جواز نظر برای آن متصور باشد. پس اگر عقد بر صغیره را برای مدت چند سال قرار دهند که تا آن زمان قابل تمتع شود، بلااشکال کافی خواهد بود» (صاحب‌جواهر، ۱۷۶/۳۰). بنابراین، به دلیل اینکه درباره بحث چنین مدتی که رسیدن به حد قابلیت استمتاع باشد منظور نمی‌شود، بلکه برای مدتی اندک مثلاً یک یا دو ساعت یا یک یا دو روز یا یک یا دو هفته است، پس احتمال تحقق استمتاع برای آینده و در نتیجه صحت نیز منتفی است؛ در نتیجه زوجیتی تحقق نمی‌یابد تا اثری بر آن بار شود.

۱۷. یکی دیگر از شواهد و قرائن علیه نظریه مشهور روایاتی است که در باب تزویج صغیره به وسیله پدر یا ولی او انجام گرفته است اما صغیره بعد از بلوغ راضی به ازدواج با آن مرد نیست که از پیامبر اسلام (ص) از حکم چنین تزویجی سؤال می‌شود، پیامبر اسلام (ص) می‌فرماید: بعد از رسیدن به سن بلوغ اختیار با خود اوست اگر خواست قبول می‌کند والا رد و در حقیقت همین خواست او معیار صحت ازدواج است و در صغیره غیر قابل التذاذ رضایت صغیره احراز شدنی نیست (نک: ابن‌زهره، ۳۴۳).

۱۸. برخی از مفسران و فقیهان در آیه ۲۴ سوره نساء با نقل روایتی آن را دلیل بر متعه یا ناظر به متعه می‌دانند (نک: قمی، تفسیر القمی، ۱۳۶/۱؛ عیاشی، ۲۳۳/۱؛ طبرانی، ۲۰۰۸: ۲۱۸؛ مقاتل بن سلیمان، ۳۶۷/۱؛ طوسی، تبیان، بی تا: ۱۶۳/۳) و به گفته برخی مراد از متعه همان التذاذ است (طبرسی، ۵۲/۳؛ علم‌الهدی، الانتصار، ۲۶۸ - ۲۷۰). بر این اساس، بسیاری از اندیشمندان آیه را ناظر به عقد متعه می‌دانند و اصل و بنیاد متعه را هم بر تمتع می‌دانند. از این رو، برخی از فقها با تردید در تحقق محرمیت حتی در صورت اشتراط مدت زمانی که قابلیت استمتاع بیابد بدون فعلیت داشتن تمتع، گفته‌اند: لاریب فی أن الأحوط عدم الاكتفاء فی جریان أحكام المصاهرة و نحوها بمثل هذا العقد كما هو واضح (نک: صاحب‌جواهر، ۱۷۶/۳۰). برخی هم گفته‌اند: آیه، ظهور در فعلیت استمتاع دارد و در خصوص بحث، فعلیت استمتاع از صغیره منتفی است؛ پس عقد متعه هم صحیح نیست (نک: بهبهانی، ۲۳۴). برخی از فقهای معاصر نیز در موردی که دختر قابلیت تلذذ را نداشته باشد، در صحت عقد اشکال کرده‌اند (نک: سیستانی، توضیح المسائل، ۴۸۵ م ۲۳۸۸؛ گلپایگانی، ۴۱۳، م ۲۴۳۸). بر اساس ظهور آیه شریفه، التذاذ از ارکان اساسی عقد متعه است و اگر التذاذ امکان نداشته باشد، زوجیت و نیز محرمیت هم خودبه‌خود منتفی است.

۱۹. برخی درباره عقد بر صغیره به منظور محرمیت با مادر او گفته‌اند: در روایات، احکام زوجیت بر لفظ (انکحت و زوجت) مترتب نشده است تا اگر اجل (مدت) یک دقیقه هم باشد کفایت کند و آن احکام

مترتب شود، بلکه احکام مذکور بر نفس زوجیت مترتب می‌شود، لذا برای ترتیب این آثار باید ازدواجی هر چند انقطاعی که آن نیز از مصادیق زوجیت است صورت گیرد و چون در عقد بر صغیره به مدت یک لحظه عرفاً زوجیت صدق نمی‌کند، لذا احکام آن مثل محرمیت ام‌الزوجه نیز مترتب نمی‌شود (شیرازی زنجانی، ۱۷۴/۱۹).

۲۰. بدون شک، صحت عقد حکمی است شرعی و حکم شرعی متوقف بر دلیل است و بنا بر اشکالات مذکور دلیلی قانع‌کننده بر صحت چنین عقدی وجود ندارد. افزون بر اینکه، صحت عبارت است از ترتب اثر شرعی و در صورت شک در ترتب اثر شرعی، اصل عدم ترتب اثر است (نک: بهبهانی، ۲۳۳). باتوجه به نکات پیش گفته، دیدگاه مشهور اشکالات گوناگون و اساسی دارد و پذیرش آن با تردید جدی مواجه است.

نتیجه‌گیری

بحث از حیل‌های شرعی در ابواب متعددی از فقه مطرح است، اما فقها در استفاده از آن‌ها دیدگاه واحدی ندارند و در کاربرد آن اختلاف نظر دارند. یکی از این حیل‌ها عقد بستن بر صغیره غیرقابل التذاذ یا شیرخوار به منظور محرمیت با مادر اوست. مشهور فقها فتوا به جواز آن داده‌اند و در میان متدینان نیز به منظور فرار از برخی از تنگناهای رعایت پوشش و راحتی بیشتر در مراوده با افراد مد نظر رایج و مرسوم شده است. اما باتوجه به اینکه از یک سو در چنین عقدی تنها قصد تحقق محرمیت می‌شود و نه مقتضای عقد (زوجیت) و نه معانی الفاظ که استمتاع است و از سویی دیگر آیه متعه (نساء: ۲۴) و روایات مربوطه ظهور در موردی دارند که امکان استمتاع وجود داشته باشد و نیز عدم حجیت شهرت فتواییه باتوجه به عدم وجود چنین عقدی در زمان ائمه موصومان (ع) چنان‌که برخی از فقها به آن تصریح کرده‌اند و نیز عدم تحقق زوجیت و همچنین مقتضای اصالة الفساد به دلیل شک در صحت و استصحاب عدم محرمیت و مذاق شریعت بر مستوریت بانوان و عدم اختلاط آنان با مردان و سایر اشکالات بیان شده؛ تحقق محرمیت با چنین عقدی با اشکالات عدیده روبه‌رو و منتفی است و بر این اساس اجتناب از آن شایسته و مورد انتظار است.

منابع

قرآن کریم، ترجمه ناصر مکارم شیرازی

- آخوندخراسانی، محمدکاظم بن حسین، کفایة الأصول، قم: آل البيت (ع)، ١٤٠٩ق.
- آل عصفور، حسین بن محمد، الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرایع، قم: مجمع البحوث العلمیة، بی تا.
- ابن بابویه، محمد بن علی، کتاب من لایحضره الفقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٣ق.
- ابن زهره، حمزة بن علی، غنیة النزوع الی علمی الأصول و الفروع، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ١٤٠٧ق.
- ابن فارس، احمد بن فارس، معجم مقاییس اللغة، بی جا: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ١٤٠٤ق.
- ابن فهد حلّی، احمد بن محمد، المهدب البارع فی شرح المختصر النافع، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ١٤٠٧ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت: دار الفکر، ١٤١٤ق.
- ابوحیب، سعدی، القاموس الفقهی لغة و اصطلاحاً، دمشق: دار الفکر، ١٤٠٨ق.
- احمدی نیک، سید مهدی، الربا، نشأته و تطوره، مفاصله و حیلّه، رساله سطح چهار حوزه علمیه، به راهنمای آیت الله محمد هادی معرفت (ره)، ١٣٧٨.
- اصفهانى، ابوالحسن، وسیلة النجاة، قم: مهر، ١٣٩٣.
- اصفهانى، محمد حسین، الاجتهاد و التقليد: بحوث فی الأصول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٦ق.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران: کتاب فروشی اسلامی، بی تا.
- ایروانی، علی، الاجتهاد و التقليد، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ١٤٢٢ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ١٤٠٥ق.
- _____، الدرر النجفیة من الملتقطات الیوسفیة، بیروت: دار المصطفی لاهیات التراث العربی، ١٤٢٣ق.
- بحیری، محمد عبدالوهاب، حیلّه های شرعی ناسازگار با فلسفه فقه، ترجمه حسین صابری، مشهد: بنیاد پژوهش های اسلامی، ١٣٧٦.
- بهبهانی، محمد باقر بن محمد اکمل، الرسائل الفقهیة، قم: مؤسسه علامه وحید بهبهانی، ١٤١٩ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ١٣٧٨.
- حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل و سائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، بیروت: دار احیاء التراث، ١٤٠٣ق.
- حسینی مراغی، عبد الفتاح بن علی، العناوین الفقهیة، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٧ق.
- حکیم، سید محسن، مستمسک العروة الوثقی، قم: دار التفسیر، ١٤١٦ق.
- حلّی، محمد بن حسن، ایضاح الفوائد، قم: اسماعیلیان، ١٣٨٧.
- حلّی، یحیی بن سعید، الجامع للشرائع، قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیة، ١٤٠٥ق.
- حمنی، روح الله، توضیح المسائل، قم: مؤسسه فرهنگي قدر ولایت، ١٣٧٥.
- _____، تحریر الوسیله، قم: نشر اسلامی، ١٤٢٤ق.

- خویی، ابوالقاسم، محاضرات فی الأصول، بی جا: انصاریان، ۱۴۱۷ق.
- _____، منهج الصالحین، قم: مدینه العلم، ۱۴۱۰ق.
- ذهنی بک، عبدالسلام، الحیل، المحظور منها و المشروع، مصر: شركة مساهمة مصریة، ۱۹۴۶م.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ القرآن، لبنان: دار العلم، ۱۴۱۲ق.
- روحانی، صادق، فقه الصادق، قم: دار الكتاب، ۱۴۱۲ق.
- زمانی، رسول و دیگران، «نقدهای اخلاقی به نکاح صغیره از منظر اصول زندگی فردی و اجتماعی»، مجله اخلاق زیستی، دوره ۱۰، ش ۱، ۱۳۹۹، صص ۳۱۱ تا ۳۲۲. <https://doi.org/10.22037/bioeth.v10i1.31611>
- زمخشری، محمود بن عمر، الکشاف عن حقایق غوامض التنزیل، بیروت: دار الكتاب العربی، ۱۴۰۶ق.
- سبزواری، عبدالاعلی، مهذب الأحکام، نجف: آداب، ۱۳۹۶.
- سیستانی، سیدعلی، منهج الصالحین، قم: دفتر آیت الله سیستانی، ۱۴۱۶ق.
- _____، توضیح المسائل، قم: دفتر آیت الله سیستانی، ۱۴۲۸ق.
- شیرازی، زنجانی، موسی، کتاب نکاح، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، ۱۴۱۹ق.
- شرفی اشکوری، الیاس، منتخب فقرات فقهیه، قم: بیت آیت الله الیاس شرفی اشکوری، ۱۳۸۹.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، شرح کلانتر، قم: کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ق.
- _____، رسائل، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۱ق.
- _____، مسالک الأفهام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ق.
- شهیدی، مهدی، شروط ضمن عقد، تهران: مجد، ۱۳۸۶.
- شیرازی، کاظم، شرح العروة الوثقی، به تقریر علی کاشف الغطاء، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۳ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ۱۳۶۳.
- صیمری، مفلح بن حسن، غایة المرام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت: دار الهادی، ۱۴۲۰ق.
- طباطبائی، محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- طباطبائی، علی بن محمد، ریاض المسائل، قم: آل البيت، ۱۴۱۸ق.
- طبرانی، سلیمان بن احمد، التفسیر الکبیر: تفسیر القرآن العظیم (الطبرانی)، دار الكتاب الثقافی - اردن - اربد، ۲۰۰۸م.
- طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، تهران: ناصر خسرو، ۱۳۷۲.
- طریحی، فخرالدین بن محمد، مجمع البحرین، تهران: کتاب فروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ق.
- طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.

- _____، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران: مرتضوی، ۱۳۸۷.
- _____، تهذیب الاحکام، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق.
- _____، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، بیروت: دار صعب، ۱۳۹۰ق.
- _____، التبیان فی تفسیر القرآن، دار احیاء التراث العربی - لبنان - بیروت، بی تا.
- عظیم زاده اردبیلی، فائزه و فاطمه طوقانی پور، «بررسی جرم ازدواج با کودک»، اندیشه های راهبردی زن و خانواده (مجموعه مقالات)، ۱۳۹۱، صص ۵۵۳ تا ۵۶۶.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- _____، تحریر الأحکام الشرعیة، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ق.
- _____، تذکره الفقهاء، قم: آل البيت (ع)، ۱۳۸۸.
- _____، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، قم: مکتب الاعلام الإسلامی، ۱۳۷۵.
- _____، نهاية الأحکام، قم: آل البيت، ۱۴۱۹ق.
- علم الهدی، علی بن حسین، الانتصار، قم: شریف رضی، بی تا.
- _____، المسائل الناصریات، تهران: رابطه الثقافة و العلاقات الإسلامیه، ۱۴۱۷ق.
- علمی سولا، محمدرضا و علی محمدیان، «مبانی ممنوعیت استمتاع از زوجة نابالغ در فقه امامیه»، مطالعات راهبردی زنان، س ۱۶، ش ۶۲، ۱۳۹۲، صص ۲۱۷ تا ۲۱۷.
- عیاشی، محمد بن مسعود، التفسیر، تهران: مکتبه العلمیه الإسلامیه، ۱۳۸۰.
- فاضل لنکرانی، محمد، توضیح المسائل، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۷۴.
- _____، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة النکاح، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، ۱۴۲۱ق.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، کشف اللثام، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
- فخر رازی، محمد بن عمر، مفاتیح الغیب، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۰ق.
- فراهیدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، چاپ دوم، قم: هجرت، ۱۴۱۰ق.
- فیض کاشانی، ملا محسن، الوافی، اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۰۶ق.
- _____، مفاتیح الشرایع، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، بی تا.
- قرطبی، محمد بن احمد، الجامع لأحکام القرآن، مصر: دار الکتب المصریه، ۱۳۵۴.
- قمی، علی بن ابراهیم، تفسیر القمی، قم: دار الکتب، ۱۳۶۳.
- کاشانی، سید محمود، تقلب نسبت به قانون، چاپ دوم، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۵۴.
- کاشف الغطاء، عباس، المعاملات المصرفیه، بی جا: مؤسسه کاشف الغطاء، بی تا.
- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، بیروت: دار صعب، ۱۴۰۷ق.

- کیهانی، منصور، حقوق رم (تعهدات)، تهران: تابان، ۱۳۴۲.
- گلبایگانی، محمدرضا، توضیح المسائل، قم: دار القرآن، بی تا.
- مجلسی، محمدتقی بن مقصودعلی، روضة المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور، ۱۴۰۶ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، شرایع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت: دار الفکر، ۱۴۱۴ق.
- مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، تهران: مرکز کتاب لترجمة و النشر، ۱۴۰۲ق.
- مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، قم: اسماعیلیان، ۱۳۷۵.
- مغنیه، محمدجواد، ترجمه تفسیر کاشف، قم: بوستان، ۱۳۷۸.
- مفید، محمد بن محمد، المقتعة، قم: نشر اسلامی، ۱۴۱۰ق.
- مقاتل بن سلیمان، تفسیر مقاتل، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۲۳ق.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، زبدة البیان فی احکام القرآن، تهران: مرتضوی، بی تا.
- مقری، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، قم: دار الرضی، بی تا.
- مکارم شیرازی، ناصر، بررسی طرق فرار از ربا، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۳۸۵.
- _____، تفسیر نمونه، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ۱۳۷۱.
- _____، حیلہ های شرعی و چاره جوئی های صحیح، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۸ق.
- _____، کتاب النکاح، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۲۴ق.
- موسوی عاملی، محمد بن علی، نهاية المرام فی شرح مختصر شرایع الإسلام، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات فی اجوبة السؤالات، تهران: کیهان، ۱۴۱۳ق.
- _____، رسائل المیرزا القمی، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۷ق.
- نائینی، محمد حسین، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، تهران: محمدی، ۱۳۷۳.
- نراقی، محمد بن احمد، مشارق الأحکام، قم: کنگره نراقیین، ۱۴۲۲ق.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- _____، مستند الشیعة فی احکام الشریعة، قم: آل البیت (ع)، ۱۴۱۵ق.
- نوری، حسین بن محمد تقی، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، بیروت: آل البیت (ع)، ۱۴۰۸ق.
- وجدانی فرخ، قدرت الله، الجواهر الفخریة فی شرح الروضة البهیة، قم: سماء قلم، ۱۴۲۶ق.