

حدود اختیارات موصی در وصیت درباره صغار

حسین قافی^۱

چکیده

تا زمانی که پدر و جد پدری شخص صغیر در قید حیات باشند، ولایت و اختیار امور صغیر به دست آنهاست و هریک از آن دو می‌توانند در ضمن وصیتی برای زمان پس از مرگ خویش فردی را به‌عنوان وصی خویش تعیین کنند که در فرض نبود ولی قهری به امور فرزندان صغیر آنها رسیدگی کند. اما اختیارات موصی در مورد وصیت نسبت به افراد صغیر از سه نظر کلی محدودیت دارد: رعایت موازین شرعی، مراعات غبطه و مصلحت صغیر، و عدم تعیین وصی غیرمسلمان برای طفل مسلم. افزون بر این، از نظر موضوعات مورد وصیت نیز محدودیت‌هایی برای موصی وجود دارد. مهم‌ترین اموری که ممکن است در مورد صغیر وصیت شود، عبارت است از اداره اموال صغیر، حفظ و نگهداری و تربیت او، اشتغال به کار، تزویج و طلاق. محدودیت اختیار موصی نسبت به وصیت به طلاق همسر صغیر و بطلان چنین طلاقی از سوی وصی اتفاقی است. اما در مورد صحت وصیت به تزویج صغیر میان فقها اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی آن را صحیح و عده‌ای دیگر آن را باطل می‌دانند و قائل به محدودیت اختیار موصی در این زمینه هستند. قانون مدنی ایران نیز در این باره ساکت است. در این مقاله ضمن نقد و بررسی ادله طرفین، نظر نخست تقویت شده است. درباره صحت و نفوذ وصیت موصی نسبت به سایر امور یادشده به جز تزویج و طلاق هیچ تردیدی وجود ندارد.

واژگان کلیدی: اختیارات موصی، اموال صغیر، رعایت مصلحت صغیر، وصیت به تزویج، وصیت به طلاق.

مقدمه

یکی از نهادهای حمایتی که در فقه و حقوق اسلامی برای حفاظت و حمایت از مصالح محجوران پیش‌بینی شده، نهاد وصایت است. مادام که پدر و جد پدری شخص صغیر در قید حیات باشند، ولایت و اختیار امور صغیر به دست آنهاست و این ولایت، ولایت قهری نامیده می‌شود. اما هر یک از پدر و جد پدری می‌تواند در ضمن وصیتی برای زمان پس از مرگ خویش، فرد یا افرادی را به‌عنوان وصی خود تعیین کند که در فرض نبود ولی قهری به امور فرزندان صغیر آنها رسیدگی کند. این نحوه از وصیت به اصطلاح «وصایت» نامیده می‌شود. درحقیقت وصیت به دو قسم وصیت تملیکی و وصیت عهدی تقسیم می‌شود که وصیت عهدی، وصایت نام گرفته است.

البته مورد وصایت صرفاً رسیدگی به امور فرزندان موصی نیست، بلکه شامل امور متعدد دیگری از جمله وصیت نسبت به کیفیت انجام غسل و دفن و به‌جای آوردن حج، نماز و روزه قضا یا زیارت و اطعام و سایر کارها می‌شود. اما در این نوشتار موضوع بحث، وصیت نسبت به امور صغار و حدود اختیارات موصی در این باره است.

در این راستا باید دو موضوع را مورد بررسی قرار داد؛ نخست اینکه آیا ولایت موصی درباره وصیت نسبت به صغار مطلق است و حق هرگونه وصیت و اعمال ولایتی را در این باره دارد یا برای این ولایت محدودیت‌هایی کلی وجود دارد و قلمرو اختیارات موصی از جهاتی محدود می‌شود؟ دوم اینکه در مورد صغیر چه موضوعاتی از سوی موصی می‌تواند مورد وصایت قرار گیرد، و چه محدودیت‌هایی در این زمینه وجود دارد؟ برای مثال آیا وصایت در مورد نکاح و طلاق صغیر نیز صحیح و معتبر است؟ در ادامه در ضمن دو بخش، ابتدا به بیان محدودیت‌های کلی اختیارات موصی می‌پردازیم، سپس محدودیت موصی از نظر موضوعاتی که وی می‌تواند درباره صغیر وصیت کند و وصی درباره آن ولایت دارد، بررسی می‌شود.



۱. بررسی محدودیت‌های کلی موصی در خصوص وصایت دربارهٔ صغیر

۱.۱. محدودیت از نظر رعایت موازین شرعی

نخستین محدودیتی که برای اختیارات موصی وجود دارد، رعایت موازین شرعی و مخالفت نکردن با آن است؛ یعنی موصی حق ندارد نسبت به انجام امر نامشروع وصیت کند و این چنین وصیتی اساساً باطل است (امام خمینی، ۱۴۰۹ق، ج ۲: ۹۷). برای بطلان چنین وصیتی می‌توان به ادلهٔ مختلفی استدلال کرد؛ از جمله اینکه این عمل اعانه بر اثم و گناه بوده و از آن نهی شده است (مائده: ۲). همچنین از آنجا که مورد وصیت شرعاً ممنوع است، بر اساس قاعدهٔ «الممتنع شرعاً کالممتنع عقلاً»، مانند فرضی است که انجام مورد وصیت عقلاً محال باشد، لذا وصیت باطل است. به علاوه قرآن کریم در ادامهٔ آیات وصیت، در صورتی که موصی از حق منحرف می‌شود یا گناهی مرتکب می‌شود، وصیت او را صحیح و نافذ ندانسته، آن را قابل تبدیل و اصلاح می‌شمارد (بقره: ۱۸۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸: ۲۶۳؛ محقق داماد، ۱۳۷۳: ۱۰۱ و ۱۰۲).

از منظر حقوقی نیز مادهٔ ۸۴۰ ق.م. مصداقی از آن را مطرح می‌کند و مقرر می‌دارد: «وصیت به صرف مال در امر غیرمشموع باطل است». بنابراین اگر موصی وصیت کند که با اموال فرزند صغیرش معاملات ربوی صورت گیرد یا در راه تهیه و توزیع مشروبات الکلی و محصولات مفسده‌انگیز و ترویج فساد و فحشا صرف شود، قطعاً این وصیت باطل بوده، وصی هم حق اجرای مفاد وصیت را نخواهد داشت.

هرگاه موصی وصیت به انجام عملی کرده باشد که از نظر وی یا با توجه به نظر مرجع تقلید او، حلال و مشروع شمرده شود، اما همین عمل از نظر وصی یا به فتوای مرجع تقلید وی، حرام و نامشروع باشد، در این فرض باید وظیفهٔ شرعی وصی ملاک عمل قرار گیرد (امام خمینی، ۱۴۰۹ق، ج ۲: ۹۷)؛ یعنی در این گونه موارد وصی حق اجرای دستور موصی و عمل به مفاد وصیت را ندارد و اختیار او در این زمینه محدود خواهد شد. برای مثال اگر موصی مقلد مجتهدی است که بازی شطرنج را حلال می‌داند و لذا وصیت کرده است که وصی با اموال فرزند صغیرش یک باشگاه آموزش و مسابقه شطرنج دایر کند، اما وصی مقلد

مجتهد دیگری است که بازی شطرنج را حرام می‌داند و طبعاً آموزش و ترویج آن و تجارت به وسیله آن را نیز حرام می‌شمرد، وصی نمی‌تواند مفاد وصیت را اجرا کند.

البته نباید این وصیت را مطلقاً باطل تلقی کرد، زیرا در همین فرض اگر موصی اوصیای متعدد تعیین کرده باشد و به هریک اجازه داده باشد که به صورت مستقل و انفرادی اقدام به اجرای وصیت کنند، در این صورت اگر عمل یادشده نزد سایر اوصیا حرام نباشد، وصیت صحیح و نافذ است و باید بر طبق آن عمل کنند.

۲.۱. محدودیت از نظر رعایت غبطه و مصلحت صغیر

دومین محدودیت در قلمرو اختیارات موصی، رعایت مصالح و منافع صغیر است. یعنی موصی حق ندارد وصیتی کند که برخلاف منافع صغیر باشد و چنین وصیتی باطل تلقی می‌شود. اساساً همه کسانی که بر صغار و محجوران ولایت دارند، اعم از پدر و جد پدری، وصی، قیم و حاکم، باید در همه تصرفات و اعمال خویش مصلحت و غبطه مولی علیه را مورد نظر قرار دهند، زیرا فلسفه اصلی ولایت بر محجوران حمایت از آنهاست (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۲۰۰؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲: ۶۸۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ۱۶۶ و ج ۴: ۳۳ و ۳۵ و ج ۵: ۱۳۶؛ ماده ۱۰۴۱ق.م).

در این خصوص به آیات و روایات متعددی استناد شده است؛ از جمله آیه شریفه «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» (انعام: ۱۵۲) و آیه «وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ» (بقره: ۲۲۰). این آیات در مورد یتیمان و تصرف در اموال آنهاست، ولی چنان که برخی مفسران تصریح کرده‌اند (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۴: ۵۹۲)، ذکر ایتمام در این آیات به این دلیل است که آنان توانایی حفظ مال خود و دفاع از خویش را ندارند، وگرنه این حکم در مورد سایر افراد صغیر، هرچند یتیم نباشند هم باید رعایت شود؛ به علاوه اطلاق آیه شامل یتیمی که مادرش فوت کرده و اموالی به او ارث رسیده است نیز می‌شود. بنابراین پدر و جد پدری نیز مشمول حکم این آیات خواهند بود و هم در زمان حیات خود باید در تصرفات خویش مصلحت صغیر را رعایت کنند و هم هنگام وصیت برای پس از مرگ، مصالح صغیر را ملاحظه نمایند.

البته برخی از فقها صرفاً عدم تحقق ضرر و مفسده را برای صحت عقد نکاح صغیر از سوی ولی یا حتی برای صحت تصرفات مالی ولی کافی دانسته‌اند، به‌خصوص در مورد پدر یا جد پدری که دارای ولایت قهری هستند و در این زمینه به اطلاق و عموم روایات ولایت پدر استناد کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸: ۲۹۷ و ج ۲۹: ۱۹۷ و ۱۹۸؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۶: ۱۶۷؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵ «ب»، ج ۳: ۵۴۰ و ۵۴۱؛ همو، ۱۴۱۵ «الف»: ۱۶۸)؛ هرچند رعایت مصلحت صغیر را مطابق با احتیاط دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲: ۸۶۶؛ امام خمینی، ۱۴۰۹ق، ج ۲: ۲۵۵؛ خوئی، ۱۴۳۰ق، ج ۳۳: ۲۳۰ و ۲۳۱).

رعایت مصالح صغیر و جلوگیری از ضرر به حدی ضروری است که حتی اگر ولی قهری غبطهٔ طفل را رعایت نکند و اقداماتی که به ضرر مولی‌علیه است انجام دهد، حاکم او را از ولایت عزل و از تصرف در اموال صغیر منع می‌کند و شخص دیگری را به‌عنوان قیم تعیین خواهد کرد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶: ۱۰۲) از نظر حقوقی نیز مادهٔ ۱۱۸۴ ق.م.ا- اصلاحی سال ۱۳۷۹ش - همین حکم را بیان کرده است؛ هرچند پیش از اصلاح، ضم امین به ولی قهری در این ماده مطرح شده بود (صفائی، ۱۳۸۴: ۴۹۵).

البته باید توجه داشت که منظور از مصالح و منافع مولی‌علیه، صرفاً منافع مادی او نیست یعنی چه‌بسا در پاره‌ای موارد حفظ مصالح معنوی و اجتماعی طفل اقتضا می‌کند که حتی از بخشی از سود مادی وی هم صرف نظر شود یا به سود کمتری اکتفا گردد. برای مثال، ممکن است فروش خانه و تجارت با پول آن، بهرهٔ مادی خوبی داشته باشد، اما بر روابط خانوادگی طفل با مادر، برادر، خواهر و سایر اقوام و یا حفظ جایگاه اجتماعی و شئونات وی تأثیر بسیار منفی بگذارد؛ بنابراین وصی باید هم‌زمان مصالح مادی و معنوی صغیر را در نظر داشته باشد.

۳.۱. محدودیت از نظر انتخاب وصی غیرمسلمان

محدودیت دیگری که برای موصی مطرح شده این است که در صورتی که پدر یا مادر طفل یا هر دوی آن‌ها مسلمان باشند، موصی نمی‌تواند فرد غیرمسلمانی را به‌عنوان وصی برای صغیر تعیین کند. علت این امر آن است که از یک طرف طفلی که لاقلاً یکی از ابویین

او مسلمان باشند در دین تابع اشرف ابوبین بوده، مسلمان تلقی می‌شود و از سوی دیگر در اثر وصیت، وصی نسبت به صغیر ولایت پیدا خواهد کرد؛ درحالی که به مقتضای آیه شریفه «و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً» (نساء: ۱۴۱) و نیز سایر ادله و روایات نفی سبیل از جمله روایت شریف «الاسلام يعلو ولا يعلو عليه» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۶: ۱۴) ولایت کافر بر مسلمان پذیرفته نیست.

بدیهی است در صورتی که ابوبین طفل هر دو کافر باشند، طبعاً صغیر نیز محکوم به کفر بوده، تعیین وصی غیرمسلمان برای او محذوری در پی نخواهد داشت.

۲. بررسی محدودیت موصی از نظر موضوعات مورد وصایت درباره صغیر

در این بخش باید به این موضوع بپردازیم که اساساً درباره صغار چه موضوعاتی می‌تواند از سوی پدر یا جد پدری طفل به عنوان موصی وصیت شود. به تعبیر دیگر، موصی از نظر موضوعات مورد وصایت برای صغار چه محدودیت‌هایی دارد؟ آیا موصی می‌تواند برای همه امور صغیر از جمله نکاح و طلاق او نیز وصی تعیین کند و آیا چنین وصیتی صحیح است؟ یا اگر موصی به صورت مطلق شخصی را به عنوان وصی خویش برای رسیدگی به امور فرزند صغیرش تعیین کرد، آیا این وصیت شامل مسئله ازدواج صغیر هم خواهد بود و برای وصی در این باره ولایتی ایجاد می‌شود؟ البته بدیهی است هرگونه محدودیت برای اختیارات موصی به محدودیت اختیارات وصی در این زمینه نیز منجر خواهد شد.

امور و موضوعاتی که متصور است درباره صغار وصیت شود، به دو بخش کلی امور مالی و غیرمالی قابل تقسیم است که هر یک شامل مواردی است و حکم هر کدام باید جداگانه بررسی شود:

۲.۱. امور مالی

منظور از امور مالی هرگونه تصرف در اموال و دارایی صغیر و حفظ و نگهداری آن و به طور کلی اداره اموال صغیر است. در خصوص صحت و نفوذ این گونه وصایا همه فقها و حقوق دانان اتفاق نظر دارند و موصی از این نظر محدودیتی ندارد (علامه حلی، ۱۴۱۳ق)

«الف»، ج ۲: ۵۶۲؛ امام خمینی، ۱۴۰۹ق، ج ۲: ۱۰۶؛ کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۵۰۲).

هرگاه وصیت به ادارهٔ اموال به صورت مطلق صورت گرفته باشد، شامل تصرف در کلیهٔ اموال اعم از اموال منقول و غیرمنقول، اموال مادی و معنوی، اعیان و منافع می‌شود. همچنین از نظر حقوقی اقدامات احتیاطی که برای حفظ و ادارهٔ سهم صغیر از ترکه و اموال متوفا لازم است، در حیطة اختیارات و وظایف وصی قرار خواهد گرفت، بنابراین اعمالی همچون درخواست تعیین مقدار ترکه و تحریر ترکه از دادگاه، درخواست مهر و موم اموال و درخواست تقسیم ترکه همگی از اختیارات وصی به‌شمار می‌رود (مفاد مواد ۱۶۷، ۲۰۷ و ۳۰۱ قانون امور حسبی؛ کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۵۰۷ و ۵۰۸).

از دیگر امور مالی می‌توان به مطالبه و وصول طلب‌های صغیر، پرداخت بدهی و دیون صغیر، فروش اموال در معرض تلف و تضییع وی، تعمیرات لازم نسبت به اموال منقول و غیرمنقول او، طرح دعاوی مالی از طرف صغیر، دفاع از دعاوی مالی که علیه صغیر مطرح شده باشد و ورود یا اعتراض ثالث در مورد سایر دعاوی مربوطه اشاره کرد (همان: ۵۰۸ به بعد).

۲.۲. امور غیرمالی

مهم‌ترین امور غیرمالی که ممکن است دربارهٔ صغیر وصیت شود، عبارت است از: حفظ، تربیت و نگهداری صغیر، اشتغال به کار، تزویج و طلاق او. در مورد صحت و نفوذ وصیت نسبت به نگهداری صغیر هیچ اختلافی میان علما وجود ندارد و همگی بر آن اتفاق نظر دارند و در قانون مدنی هم به آن تصریح شده است (مادهٔ ۱۱۸۸ق.م).

اما در اینجا تذکر این نکته مفید به‌نظر می‌رسد که پدر و جد پدری که هر دو ولی قهری طفل هستند، هیچ‌یک نمی‌توانند در فرض وجود دیگری برای طفل وصی تعیین کنند (طباطبائی، ۱۴۰۹ق، ج ۲: ۸۸۸؛ مادهٔ ۱۱۸۹ق.م)؛ یعنی در صورت وجود ولی قهری، ولایت به وصی نخواهد رسید. البته این امر مخصوص وصیت به نگهداری طفل نیست، بلکه در مورد وصیت نسبت به امور مالی طفل نیز صادق است.

در خصوص مسئله اجازة اشتغال به کار صغیر نیز از آنجا که در زمان حیات پدر یا جد پدری این اجازه به دست آنان است، لذا می‌توانند برای پس از مرگ خویش اختیار اشتغال به کار صغیر را به وصی واگذار کنند، طبعاً وصی در این زمینه ولایت خواهد داشت و در صورتی که اشتغال به کار به مصلحت طفل بوده و برای او ضرری نداشته باشد، می‌تواند این اجازه را به او بدهد. قانون‌گذار ایران در ماده ۸۵ ق.ا.ح. نیز تصریح می‌کند: «ولی یا قیم می‌تواند در صورتی که مقتضی بداند به محجور اجازة اشتغال به کار یا پیشه‌ای بدهد و در این صورت اجازة نامبرده شامل لوازم آن کار یا پیشه هم خواهد بود». واژه «ولی» در این ماده شامل پدر، جد پدری و نیز وصی که در اصطلاح به او «ولی خاص» گفته می‌شود، می‌گردد (ماده ۱۹۴ ق.م.).

از میان امور غیرمالی وصیت‌شده آنچه بیشتر اختلاف نظر درباره آن وجود دارد، مسئله وصیت به تزویج در مورد طفل صغیر است که در ادامه مفصل‌تر به آن می‌پردازیم و سپس موضوع وصیت به طلاق بررسی می‌شود.

۱.۲.۲. وصیت به تزویج صغیر

الف) بیان دیدگاه‌های علما

در خصوص این موضوع که آیا پدر یا جد پدری می‌تواند نسبت به تزویج فرزند صغیر خویش وصیت کند و آیا چنین وصیتی صحیح و نافذ است و به واسطه آن، وصی، ولایت بر تزویج صغیر خواهد داشت یا نه، اختلاف نظر جدی میان فقها وجود دارد؛ حتی برخی از فقها در دو یا چند کتاب خود فتاوی متفاوتی بیان کرده‌اند، در این زمینه سه نظریه کلی مطرح شده است:

قول اول نظر فقهایی همچون محقق حلی، شیخ طوسی (در کتاب مبسوط)، علامه حلی (در کتاب‌های قواعد، تذکره و تحریر)، مرحوم نراقی، آیت‌الله حکیم و امام خمینی است که صحت چنین وصیتی را رد کرده‌اند و اختیارات موصی را در این باره محدود دانسته و به تبع آن، ولایت وصی در مورد نکاح صغیر را هم نپذیرفته‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ۲۲۱؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴: ۵۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق «الف»، ج ۳: ۱۲ و ج ۲: ۵۶۲؛ همو، ۱۴۲۰ق،

ج ۳: ۴۳۴؛ نراقی، ۱۴۱۵ق: ۱۶، ۱۴۰ و ۱۴۱؛ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴: ۴۷۶؛ امام خمینی، ۱۴۰۹ق، ج ۲: ۲۵۶).

قول دوم مربوط به محققانی همچون صاحب جواهر و نیز شیخ طوسی (در کتاب خلاف) و علامه حلی (در مختلف الشیعه) است که آن‌ها معتقدند موصی حق دارد دربارهٔ تزویج فرزند خود وصیت کند و چنین وصیتی صحیح و نافذ است؛ در نتیجه اینان ولایت وصی نسبت به تزویج صغیر را مطلقاً پذیرفته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق: ۲۹ و ۱۹۱؛ طوسی، ۱۴۰۷ق «ب»، ج ۴: ۲۵۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق «ب»، ج ۷: ۱۴۲).

قول سوم نیز تفصیل میان دو نظر پیشین است. بنا به عقیدهٔ بزرگانی همچون محقق کرکی، صاحب عروه، و نیز آیت‌الله خوئی، هر چند موصی اختیار انجام وصیت به تزویج صغیر را دارد، تنها در صورتی که موصی در وصیت خود به تزویج تصریح کرده باشد، وصی ولایت بر تزویج صغیر را خواهد داشت و در صورت اطلاق وصیت و عدم تصریح، وصی در این زمینه ولایتی ندارد (کرکی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۱: ۲۶۰؛ طباطبائی، ۱۴۰۹ق، ج ۲: ۸۶۹؛ خوئی، ۱۴۳۰ق، ج ۳۳: ۲۴۶).

در ادامه ابتدا به بیان ادلهٔ معتقدان به بطلان وصیت به تزویج صغیر و منکران ولایت وصی در این باره می‌پردازیم و سپس ادلهٔ قائلان به صحت وصیت و پاسخ ادلهٔ منکران بررسی خواهد شد و در پایان جمع‌بندی صورت می‌گیرد.

ب) ادلهٔ قائلان به محدودیت اختیار موصی و منکران ولایت وصی دربارهٔ نکاح صغیر

برای اثبات محدودیت اختیارات موصی نسبت به وصیت دربارهٔ تزویج صغیر و انکار ولایت وصی در این باره، ادلهٔ مختلفی بیان شده یا می‌توان مطرح کرد که مهم‌ترین آن‌ها به این شرح است:

۱. اصل اولیه «عدم ولایت» است؛ یعنی هیچ کس بر دیگری ولایتی ندارد، مگر آنکه در مورد خاص به کمک ادله بتوان ولایت شخصی را اثبات کرد و در موضوع مشروعیت ایجاد ولایت از سوی پدر و جد پدری برای وصی نسبت به تزویج صغیر دلیل معتبری وجود ندارد.

ولایتی که پدر و جد پدری به واسطه قرابت با صغیر داشتند نیز با فوت آنان ساقط شده، به وصی منتقل نمی‌شود؛ همچنان که حق حضانت آنان نیز به وصی منتقل نخواهد شد (ر.ک. نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹: ۱۸۹).

۲. در آیه وصیت آمده است: «إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ» (بقره: ۱۸۰)؛ ظاهر و سیاق آیه مربوط به وصیت به امور مالی است و شامل وصیت به تزویج صغیر نمی‌شود (ر.ک. نجفی، همان).

۳. صغیر نیاز و حاجتی به ازدواج ندارد و به عبارت دیگر ازدواج برای طفل مصلحتی دربر ندارد، زیرا فلسفه و فایده اصلی نکاح، استمتاع زوجین از یکدیگر و داشتن روابط زناشویی است که این امر در مورد صغیر منتفی است. از سوی دیگر، جواز اقدام به وصیت از سوی موصی و نیز جواز تصرفات وصی و اجرای وصیت، در هر حالی مشروط به رعایت غبطه و مصلحت صغیر است و لذا وصی در مورد امر ازدواج که نوعاً مصلحتی برای صغیر ندارد، ولایتی نخواهد داشت (علامه حلی، ۱۴۱۳ق «الف»، ج ۲: ۵۶۲).

۴. وصی نسبت به طفل، بیگانه شمرده می‌شود و انسان بیگانه که قرابتی با صغیر ندارد، غیرت و دلسوزی نسبت به او نخواهد داشت؛ برخلاف پدر و اقربا که در مورد او غیرت و دلسوزی دارند (ر.ک. محقق کرکی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۱: ۲۵۹).

۵. ممکن است به روایت مضمهره محمدبن اسماعیل بن بزیع برای انکار ولایت وصی بر نکاح صغیر استناد شود (ر.ک. علامه حلی، ۱۴۱۳ق «ب»، ج ۷: ۱۴۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹: ۱۹۰). محمدبن اسماعیل می‌گوید: شخصی از ایشان پرسید در مورد حکم مردی که فوت کرده و دو برادر و یک دختر صغیر از خود به جای گذاشته است. یکی از برادران که وصی متوفا است دختر صغیر را به ازدواج پسر خویش در می‌آورد و سپس این پدر فوت می‌کند. پس از مرگ او، برادر دومی می‌گوید برادرم پسرش را به ازدواج این دختر در نیاورده است، لذا این دختر را به ازدواج پسر خویش در می‌آورد. به دختر گفته می‌شود که کدامیک از این دو شوهر را بیشتر دوست می‌داری، می‌گوید: شوهر دوم را. سپس برادر دوم هم فوت می‌کند، برادر اول غیر از پسری که شوهر اول دختر شمرده می‌شود، پسر بزرگتری هم دارد

که او به این دختر می‌گوید، هرکدام از شوهر اول یا دوم را که دوست داری انتخاب کن. وی در پاسخ می‌فرماید: «الروایه فیها انهما للزوج الاخیر و ذلک انهما قد کانت ادرکت حین زوجهما و لیس لهما آن تنقض ما عقدته بعد ادرکهما»؛ یعنی روایت این است که این دختر به شوهر دوم تعلق دارد، زیرا هنگامی که ازدواج با شوهر دوم صورت گرفته است، این دختر به سن درک و عقل رسیده بوده و لذا حق ندارد عقدی را که در حال بلوغ و عقل منعقد کرده است، نقض کند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵: ۳۹۷؛ طوسی، ۱۴۰۷ق «الف»، ج ۷: ۳۸۷؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰: ۲۸۲). با توجه به این روایت، عقدی که برادر اول - که وصی متوفا بوده - برای دختر صغیر جاری کرده است، صحیح و نافذ نیست و ازدواج دوم دختر که بعد از بلوغ او صورت گرفته، صحیح است؛ پس از روایت استفاده می‌شود که وصیت به تزویج صغیر باطل بوده، وصی حق تزویج او را ندارد.

۶ روایت صحیحۀ محمد بن مسلم از امام باقر (ع): فی الصبی یتزوج الصبیة یتوارثان؟ قال (ع): «ان کان ابواهما اللذان زواجهما فنعم» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰: ۲۹۲؛ طوسی، ۱۴۰۷ق «الف»، ج ۷: ۳۸۸). محمد بن مسلم از امام باقر (ع) می‌پرسد: اگر پسر بچه و دختر بچه‌ای با هم ازدواج کنند، از یکدیگر ارث می‌برند؟ حضرت می‌فرماید: «اگر پدرانشان آن‌ها را به ازدواج یکدیگر در آورده‌اند از هم ارث می‌برند». از این روایت استفاده می‌شود که اگر وصی، آن‌ها را به عقد نکاح همدیگر در آورده باشد، توارث میان آن‌ها نیست و عدم توارث دلیل بطلان عقد است؛ پس وصیت باطل بوده، وصی حق تزویج صغیر را ندارد (ر.ک. خوئی، ۱۴۳۰ق، ج ۳۳: ۲۴۵).

ج) اذلة قائلان به صحت وصیت به تزویج صغیر و ولایت وصی دربارهٔ نکاح صغیر

موافقان صحت وصیت و ولایت وصی در مورد تزویج صغیر ایرادات منکران را پاسخ داده، برای مدعای خود ادله‌ای را مطرح کرده‌اند که به آن‌ها اشاره می‌شود:

۱. اصل عدم ولایت در اینجا جاری نیست، زیرا اطلاق و عموم آیات و روایات مربوط به وجوب اجرای وصیت - که در ادامه گفته می‌شود - شامل تمام انواع و مصادیق وصیت‌های متوفا است؛ مگر وصیتی که فساد و بطلان آن معلوم و قطعی باشد. بنابراین با وجود دلیل

معتبر اجتهادی نوبت به اجرای اصل عملی عدم ولایت نمی‌رسد و به بیان دیگر این مورد به کمک ادله معتبر از شمول اصل عدم ولایت خارج می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹: ۱۸۹).

۲. هرچند ظاهر آیات «إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ» و «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا أَثَمَةٌ عَلَى الَّذِينَ يَبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ» (بقره: ۱۸۰ و ۱۸۱) مربوط به وصیت در امور مالی است و منظور از خیر در این آیه «مال» است و در پی آن، ضمیر در جمله «فَمَنْ بَدَّلَهُ» نیز مربوط به وصیت به مال است، در روایات متعدد معتبر و نیز در کلام علما برای وجوب تنفیذ و اجرای انواع وصایای غیرمالی نیز به این آیات استناد شده است؛ یعنی آیات وصیت اختصاص به وصیت مالی ندارد و اگر از این آیات هم نتوان چنین استفاده‌ای کرد، روایات معتبر در این زمینه وجود دارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹: ۱۹۰). برای مثال در روایتی بحث وصیت به انجام حج مطرح شده و امام (ع) به همین آیات استناد فرموده است (ر.ک. حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹: ۳۵۰). به بیان دیگر، هرچند صدر این آیات مربوط به وصیت مالی نسبت به والدین و خویشاوندان است، در ادامه این آیات آمده است: «فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ» (بقره: ۱۸۲)؛ یعنی کسی که از انحراف و تمایل یک‌جانبه موصی نسبت به برخی ورثه یا از گناه موصی بترسد و میان آن‌ها را اصلاح کند، مشمول حکم تبدیل وصیت نبوده، گناهی بر او وارد نیست. لذا از این بخش آیه استفاده می‌شود که غیر از موارد انحراف و گناه موصی در بقیه موارد مطلقاً وصیت او صحیح است و باید اجرا شود (خوئی، ۱۴۳۰ق، ج ۳۳: ۲۴۳).

۳. در پاسخ به این سخن که طفل نیاز به ازدواج ندارد و نکاح برای او مصلحتی دربر ندارد، می‌توان گفت که فایده ازدواج منحصر در استمتاع و روابط زناشویی نیست، بلکه گاه ممکن است همسر مناسبی برای طفل پیدا شده باشد که در صورت ازدواج نکردن، بعداً چنین موردی برای او یافت نشود و مصالح طفل اقتضا دارد چنین ازدواجی صورت گیرد. به علاوه اگر هیچ‌گاه ازدواج برای صغیر مصلحتی نداشته باشد، پس پدر و جد پدری هم در این زمینه ولایت نخواهند داشت و نمی‌توانند فرزند صغیر خود را تزویج کنند؛ درحالی که ولایت آن‌ها بر تزویج صغیر با رعایت مصلحت طفل اتفاقی است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق «ب»، ج ۷: ۱۴۲؛ کرکی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۱: ۲۵۹).

۴. اینکه وصی نسبت به صغیر بیگانه است و برای او دلسوزی و غیرتی ندارد، صحیح نیست، زیرا نخست اینکه ممکن است وصی از میان اقوام و خویشان نزدیک صغیر تعیین شده باشد؛ برای مثال، برادر، خواهر یا مادر طفل باشد. دوم، شرط رعایت مصلحت طفل این مشکل را مرتفع می‌سازد، زیرا تنها تصرفی از سوی وصی صحیح و نافذ است که به مصلحت طفل باشد؛ پس اگر وصی نسبت به مصالح طفل دلسوزی نداشته باشد و ازدواجی برخلاف مصالح او انجام دهد، عقد، صحیح و نافذ نخواهد بود. سوم، ملاک ولایت پدر و جد پدری نیز صرفاً غیرت و دلسوزی آن‌ها نسبت به فرزند نیست، بلکه صحت تصرف آن‌ها نیز مشروط به رعایت مصالح است. در وصی نیز همین شرط وجود دارد (کرکی، همان).

۵. استدلال به روایت محمدبن اسماعیل از جهات متعددی مخدوش است؛ نخست اینکه این روایت از نظر سند ضعیف است، زیرا مضمرة است؛ یعنی تنها به ذکر ضمیر اکتفا شده و معلوم نیست راوی از چه کسی حکم مسئله را پرسیده و روایت کرده است. این روایت هم در عبارت شیخ کلینی در کافی و هم در عبارت شیخ طوسی در تهذیب و هم در کتاب وسائل که از آن دو نقل کرده، مضمرة بیان شده است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵: ۳۹۷؛ طوسی، ۱۴۰۷ق «الف»، ج ۷: ۳۸۷؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰: ۲۸۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹: ۱۹۰)؛ هرچند مرحوم آیت‌الله خوئی از این روایت با عنوان صحیح یاد می‌کند (خوئی، ۱۴۳۰ق، ج ۳۳: ۲۴۵). دوم، در این روایت ثابت نیست که برادر متوفا که وصی اوست، وصی بر امر تزویج دختر صغیر وی قرار داده شده باشد، بلکه ممکن است وصیت او تنها مربوط به امور مالی بوده نه تزویج دختر متوفا؛ لذا این روایت ارتباطی به بحث ما نخواهد داشت (نجفی، همان؛ خوئی، همان). سوم، اگر عبارت «الروایه فیها أنّها للزوج الاخیر» از امام معصوم (ع) صادر شده باشد، کلمهٔ روایت اشاره به تقیه بودن آن دارد (نجفی، همان)، زیرا در میان فرقه‌های اهل سنت عمدتاً فقهای حنفی و شافعی معتقدند که وصی حق تزویج صغیر را ندارد (شافعی، بی‌تا، ج ۴: ۱۲۱؛ ابن حزم، بی‌تا، ج ۹: ۴۶۳؛ ابن قدامه، بی‌تا، ج ۶: ۴۶۳ و ۴۶۴؛ طوسی، ۱۴۰۷ق «ب»، ج ۴: ۲۵۴).

۶. روایت محمدبن مسلم از نظر سند، صحیح و معتبر است، اما متفاهم عرفی از این روایت این است که به یقین ذکر پدر در این روایت خصوصیتی ندارد، بلکه منظور هرکسی

است که ولایت بر طفل دارد و پدر به عنوان مصداق اعلی و بارزترین فرد ولی آمده است و لذا بدون تردید و با اتفاق نظر علما، اگر جد پدری یا وکیل پدر عقد ازدواج را جاری کند، عقد صحیح و توارث میان آن‌ها جاری است (خوئی، ۱۴۳۰ق، ج ۳۳: ۲۴۵ و ۲۴۶).

۷. موافقان صحت وصیت به تزویج، افزون بر پاسخ به استدلال‌های منکران، برای اثبات مدعای خویش به آیات و روایات و ادله دیگری هم استناد کرده‌اند؛ از جمله به دو روایت صحیح که از سوی محمد بن مسلم و ابی بصیر از قول امام باقر (ع) و امام صادق (ع) نقل شده است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق «ب»، ج ۷: ۱۴۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹: ۱۹۰؛ خوئی، ۱۴۳۰ق، ج ۳۳: ۲۴۴). این دو روایت با عبارتی یکسان ناظر به آیه ۲۳۷ سوره بقره است که می‌فرماید: اگر برای همسرانتان مهتری تعیین کردید و قبل از نزدیکی آنان را طلاق دادید باید نصف مهر را به آنان بپردازید، مگر اینکه خودشان ببخشند یا کسی که اختیار عقد نکاح به دست اوست یعنی ولی زوجه، ببخشد. در این روایات آمده: «سألته عن الذی بیده عقدة النکاح، قال (ع): هو الاب و الاخ و الرجل یوصی الیه...» (طوسی، ۱۴۰۷ق «الف»، ج ۷: ۳۹۳ و ۴۸۴؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰: ۳۸۳). از امام پرسیدند کسی که اختیار نکاح به دست اوست کیست؟ حضرت فرمود: پدر و برادر و مردی که به عنوان وصی تعیین شده است. این دو روایت به صورت صریح بیان می‌کند که وصی اختیار امر ازدواج صغیر را دارد. البته با توجه به مناسبت حکم و موضوع باید گفت مراد از وصی در این دو روایت شخصی است که وصیت به تزویج به او صورت گرفته، نه کسی که اداره اموال و امور صغیر به او وصیت شده است. تنها اشکالی که ممکن است به این روایات وارد شود این است که در این دو روایت، برادر نیز به عنوان یکی از اولیای عقد معرفی شده است؛ در حالی که به اجماع علمای امامیه، برادر ولایتی بر صغیر ندارد و این قسمت از روایت مطابق نظر عامه است، پس روایت از اعتبار ساقط می‌شود. در پاسخ این اشکال می‌توان گفت نخست اینکه ذکر برادر در این روایات می‌تواند بر موردی حمل شود که برادر به عنوان وصی پدر یا وکیل او تعیین شده باشد؛ هرچند در این صورت ذکر عام بعد از خاص و عطف عام بر خاص لازم آید (علامه حلی، همان؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۷: ۱۴۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹: ۱۹۰). دوم اینکه اگر قسمتی از روایت قابل پذیرش نباشد، بقیه مفاد روایت از اعتبار ساقط نمی‌شود (نجفی،

همان). سوم اینکه ممکن است ذکر برادر بر تقیه حمل شود، اما ذکر وصی قطعاً از باب تقیه نیست، زیرا چنان که گذشت ابوحنیفه و شافعی وصیت به تزویج صغیر را نپذیرفته‌اند.

۸. برای صحت وصیت به تزویج صغیر، علاوه بر عموم و اطلاق آیات وصیت، به آیه شریفه «وَسَأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ» (بقره: ۲۲۰) استدلال شده است؛ به این بیان که هرگاه ازدواج برای صغیر دارای مصلحت و منافعی باشد و موجب اصلاح امور او گردد، عقد نکاحی که وصی برای صغیر منعقد می‌سازد، مشمول این آیه و مورد تأیید خواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹: ۱۹۱). البته این استدلال قابل مناقشه است، زیرا آیه شریفه در مقام بیان لزوم حمایت از یتام و اصلاح امور آنهاست و ارتباطی به بحث وصیت ندارد و با این آیه نمی‌توان صحت وصیت را اثبات کرد، بلکه ابتدا باید ثابت شود که وصیت به تزویج صغیر صحیح است؛ لذا وصی ولایت دارد و تزویجی که از سوی او صورت می‌گیرد صحیح و نافذ است تا مشمول عنوان اصلاح قرار گیرد. به علاوه اگر با استناد به این آیه بتوان ولایت وصی برای تزویج صغیر را اثبات کرد، صحت و نفوذ ازدواجی را که برادر، خواهر و خویشان صغیر و حتی بیگانگان با رعایت مصلحت برای این صغیر منعقد کرده‌اند باید بپذیریم، زیرا عمل آن‌ها نیز مصداق اصلاح شمرده خواهد شد، درحالی که به‌طور قطع این چنین نیست.

۹. استدلال دیگری که در این زمینه صورت گرفته، استدلال به عموم آیه «وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است (مائده: ۱؛ محقق کرکی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۱: ۲۵۸). این استدلال نیز قابل خدشه است، زیرا ظاهراً آیه شریفه در مورد لزوم پایبندی به قراردادهای و عقود صحیح و مشروع است و با استدلال به این آیه نمی‌توان صحت عقدی را که مشکوک است، اثبات نمود؛ به عبارت دیگر، هرگاه موضوع حکم که عبارت است از عقد صحیح، محقق شده باشد، این آیه حکم لزوم وفای به عقد را برای آن بیان می‌کند، اما با خود آیه نمی‌توان موضوع حکم آیه را احراز کرد. بنابراین اگر منظور از استدلال به این آیه، اثبات صحت عقد نکاح صغیر از سوی وصی باشد، این آیه چنین دلالتی ندارد. علاوه بر این، با این استدلال، عقد نکاح صغیری که از جانب سایر افراد هم منعقد شده است باید صحیح تلقی شود که قطعاً قابل پذیرش نیست. اگر منظور از استدلال به آیه، اثبات صحت وصیت به تزویج صغیر باشد که از طرف موصی صورت گرفته است، اشکال مضاعف می‌شود؛ زیرا چنین وصیتی که وصیت عهدی است

اساساً عقد محسوب نمی‌شود، بلکه ایقاع یک‌جانبه است.

۱۰. قاعده صحت یا اصاله‌الصحه نیز می‌تواند دلیل دیگری برای صحت وصیت به تزویج صغیر باشد. بنابه گفته محققان هرگاه عقد یا ایقاعی واقع شود که مقومات عرفی و شرعی آن محرز باشد، یعنی عرفاً و شرعاً عنوان خاص آن عقد یا ایقاع بر او صادق باشد، اما به دلیل شک در وجود برخی شرایط یا نبود برخی موانع، در صحت آن تردید حاصل شود، اصل بر صحت چنین عقد یا ایقاعی خواهد بود؛ مگر آنکه خلاف آن به اثبات برسد و مهم‌ترین مستند قاعده صحت نیز بنای عقلاست (بجنوردی، ۱۴۱۳ق، ج ۱: ۲۳۹ به بعد). در مورد وصیت به تزویج صغیر نیز که یک ایقاع است، قاعده صحت قابل اجراست؛ بنابراین، چنین وصیتی هم از نظر تکلیفی جایز است و هم از نظر وضعی صحیح و نافذ تلقی می‌شود، زیرا عنوان وصیت قطعاً بر او صادق است و تنها ممکن است موانعی برای صحت آن ادعا شود. ولی چنان که گذشت، هیچ‌یک از ادله منکران نمی‌تواند به صورت قطعی مانعی برای صحت آن به‌شمار آید. درنهایت اگر در این باره شکی هم باقی بماند، قاعده صحت مقتضی صحت چنین وصیتی است. مرحوم شیخ طوسی و علامه حلی در آن قسمت از تألیفاتشان که صحت چنین وصیتی را پذیرفته‌اند، تصریح می‌کنند «لانه لامانع منه والاصل جوازه» (طوسی، ۱۴۰۷ق «ب»، ج ۴: ۲۵۵؛ حلی، ۱۴۱۳ق «ب»، ج ۷: ۱۴۲) و نیز مرحوم محقق کرکی در پاسخ به اینکه ولایت بر تزویج مبتنی بر قرابت و مخصوص پدر است و قابل تفویض نیست، می‌فرماید: «لان ذلك فعل تدخله النيابة فتصح التفويض فيه و يناط بالمصلحة» (کرکی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۱: ۲۵۸)؛ یعنی همچنان که پدر می‌تواند برای اجرای عقد به دیگری وکالت و نیابت بدهد، می‌تواند اختیار آن را پس از فوت خویش به وصی واگذار کند که البته مشروط به رعایت مصلحت طفل است.

د) جمع‌بندی ادله طرفین

در بررسی ادله طرفین دیدیم که ادله منکران صحت وصیت به تزویج صغیر قابل پذیرش نیست و نمی‌تواند بطلان چنین وصیتی را اثبات کرده، محدودیتی در این زمینه برای موصی ایجاد نماید. هرچند برخی از ادله موافقان هم قابل خدشه است، از عموم و اطلاق آیات وصیت و روایات معتبره محمدین مسلم و ابوبصیر و نیز قاعده صحت که مبتنی بر

بنای عقلاست، صحت چنین وصیتی قابل استفاده است و ولایت وصی بر نکاح صغیر را اثبات می‌کند.

نکتهٔ دیگر اینکه به‌نظر می‌رسد وقتی صحت وصیت بر تزویج صغیر پذیرفته شد در این زمینه فرقی میان پسر و دختر نیست. همچنین تفاوتی ندارد که موصی مسئلهٔ تزویج فرزند صغیرش را به‌صراحت در وصیت ذکر کرده باشد یا به صورت عام و مطلق در مورد همهٔ امور طفل به وصی ولایت داده باشد؛ خواه فرد مشخصی را به‌عنوان همسر فرزندش تعیین کرده باشد و خواه کسی را تعیین نکرده باشد. چون در تمام این فرض‌ها باید دو نکته مورد توجه قرار گیرد؛ یکی ارادهٔ موصی و حدود اختیاراتی که برای وصی تعیین کرده است، و دیگری رعایت مصالح طفل. بنابراین، به هر طریقی که ارادهٔ موصی احراز شود، کافی خواهد بود؛ خواه به نص صریح او و خواه با ظهور عرفی که از اطلاق کلمات وی فهمیده می‌شود. البته بدیهی است، اگر وصیت به صورت مطلق بیان شده باشد و این اطلاق به‌واسطهٔ قرائنی به وصیت در امور مالی و سایر جهات غیر از تزویج انصراف داشته باشد، وصی ولایتی بر تزویج صغیر نخواهد داشت (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹: ۱۹۱).

در پایان، ذکر این نکته خالی از فایده نیست که از دیدگاه اهل سنت نیز مسئلهٔ ولایت وصی بر تزویج صغیر مورد اختلاف است. مشهور فقهای حنبلی وصیت به تزویج صغیر را صحیح و نافذ می‌دانند، اما بنابه نظر مشهور فقهای حنفی و شافعی، اختیار موصی در این باره محدود بوده، چنین وصیتی باطل است؛ لذا وصی ولایتی بر تزویج صغیر ندارد. مالک نیز معتقد است اگر موصی در وصیت خویش همسر صغیر را مشخص و معین کرده باشد، در این فرض وصی ولایت بر تزویج خواهد داشت (شافعی، بی‌تا، ج ۴: ۱۲۱؛ ابن‌قدامه، بی‌تا، ج ۶: ۴۶۳ و ۴۶۴؛ ابن‌حزم، بی‌تا، ج ۹: ۴۶۳؛ جریری، ۱۴۰۶ق، ج ۴: ۲۸ و ۲۹؛ طوسی، ۱۴۰۷ق «ب»، ج ۴: ۲۵۴ و ۲۵۵).

از بُعد حقوقی، قانون مدنی ایران در باب وصیت در خصوص وصیت به ولایت بر صغیر تنها به یک ماده اکتفا کرده است: «غیر از پدر و جد پدری کس دیگری حق ندارد بر صغیر وصی معین کند» (مادهٔ ۸۶۰ ق.م). در کتاب اولاد نیز مقرر می‌دارد: «هریک از پدر و جد

پدري بعد از وفات ديگري مي تواند براي اولاد خود كه تحت ولايت او مي باشند، وصي معين كند تا بعد از فوت خود در نگهداري و تربيت آنها مواظبت كرده و اموال آنها را اداره نمايد» (ماده ۱۱۸۸ ق.م).

در اين ماده وصيت در مورد امور مالي طفل و نيز تربيت و نگهداري او مطرح شده است، اما قانون نسبت به وصيت به تزويج ساكت است. البته نمي توان ادعا كرد كه چون در ماده ۱۱۸۸ ق.م. به صحت وصيت نسبت به تزويج صغير و ولايت وصي نسبت به آن تصريح نشده است، پس از نظر حقوقي چنين وصيتي نافذ نخواهد بود، زيرا اين ماده در مقام بيان تمام اختيارات موصي و وصي نيست تا از آن استفاده حصر شود؛ چنان كه بر اساس ماده ۱۱۳۷ ق.م. «ولي مجنون دائمي مي تواند در صورت مصلحت مولي عليه زن او را طلاق دهد» و با توجه به ماده ۱۱۹۴ ق.م، ولي خاص اعم از پدر، جد پدري و وصي است؛ بنابراين، وصي اختيار طلاق زوجه مجنون دائمي را دارد، درحالي كه در ماده ۱۱۸۸ ق.م. نيامده است. برخي حقوق دانان به صراحت اختيار وصي نسبت به تزويج صغير را پذيرفته اند و معتقدند در صورتي كه ازدواج براي صغير ضرورت داشته باشد، وصي در اين امر دخالت مي كند؛ هرچند در وصيت تصريح به تزويج هم نشده باشد (جعفري لنگرودي، ۱۳۷۰: ۲۹۵ و ۳۳۸).

اداره كل حقوقي قوه قضاييه نيز در نظريه مشورتي ۵۷۶۶/۷ مورخ ۱۰ آذر ۷۶ در پاسخ به اين پرسش كه اگر بانوي به عنوان وصي تعيين شود، داراي اختيارات كافي نسبت به صغير است يا بايد اقدام به تعيين قيم شود، اظهار داشته است «اختيارات موصي با توجه به مقررات مواد ۵۶ و ۷۳ قانون امور حسبي و صريح ماده ۱۱۹۴ قانون مدني همانند پدر و جد پدري است و همان اختياراتي كه پدر و جد پدري نسبت به اولاد صغير خود دارند وصي نيز نسبت به صغير خواهد داشت». از عموم و اطلاق اين نظريه استفاده مي شود كه وصي حق تزويج صغير با رعايت مصلحت را هم دارد؛ هرچند در پرسش مطرح شده، به صراحت بحث وصيت به تزويج مطرح نشده است.

۲.۲.۲. وصيت به طلاق صغير

برخلاف مسئله وصيت به تزويج صغير كه مورد اختلاف شديد ميان فقها است، درباره

حکم وصیت به طلاق صغیر اختلافی وجود ندارد. فقها در بحث شرایط طلاق، اولین شرطی که برای طلاق‌دهنده بیان می‌کنند، شرط بلوغ است و لذا طلاق که صغیر جاری کند باطل خواهد بود. سپس تصریح می‌کنند که ولی صغیر هم حق طلاق همسر او را ندارد و چنین طلاق باطل است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۳: ۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۲: ۵؛ امام خمینی، ۱۴۰۹ق، ج ۲: ۳۲۵).

زیرا اختیار طلاق صرفاً به دست کسی است که حق استمتاع و تلذذ از زوجه را دارد؛ یعنی تنها زوج اختیار طلاق را دارد و در اینجا زوج صغیر فعلاً محجور است، ولی به‌طور معمول پس از رسیدن به سن بلوغ، از وی رفع حجر خواهد شد. لذا باید صبر کنند تا خود صغیر پس از بلوغ دربارهٔ طلاق همسرش تصمیم بگیرد. در این باره به اجماع فقها و روایت نبوی مقبول «الطلاق بید من اخذ بالساق» استناد شده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۲: ۵ و ۶؛ متقی هندی، ۱۴۰۵ق، ج ۹: ۶۴۰).

با عنایت به اینکه پدر و جدی پدری که ولی قهری صغیر هستند، ولایتی بر طلاق همسر فرزند صغیر خویش ندارند، به طریق اولی نمی‌توانند این اختیار را به وصی واگذار کنند و چنین وصیتی باطل تلقی می‌شود؛ لذا وصی هم ولایتی بر طلاق صغیر نخواهد داشت.

البته فقها در مورد مجنون دائمی خصوصاً مجنونی که جنون او متصل به دوران صغر باشد، معتقدند که ولی او می‌تواند در فرض وجود ضرورت و مصلحت، همسر مجنون را طلاق دهد، زیرا برخلاف صغیر که پس از مدتی از حجر خارج می‌شود، دربارهٔ مجنون دائمی مدت مشخص و قابل پیش‌بینی برای خروج از حجر وجود ندارد (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۳: ۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۲: ۶؛ طباطبایی، ۱۴۰۹ق، ج ۲: ۸۶۹؛ خوئی، ۱۴۳۰ق، ج ۳۳: ۲۴۳ به بعد). در حقوق ایران هم قانون‌گذار تصریح می‌کند که «ولی مجنون دائمی می‌تواند در صورت مصلحت مولی‌علیه، زن او را طلاق دهد» (مادهٔ ۱۱۳۷ ق.م).

نتیجه

- اختیارات موصی در مسئلهٔ وصیت نسبت به افراد صغیر از سه جنبهٔ کلی محدودیت

- دارد: رعایت موازین شرعی، مراعات غبطه و مصلحت صغیر، و عدم تعیین وصی غیرمسلمان برای طفل مسلم.
- موضوعاتی که ممکن است در مورد صغار به آن وصیت شود، به دو بخش امور مالی و غیرمالی قابل تقسیم است.
 - منظور از امور مالی هرگونه تصرف در اموال منقول و غیرمنقول و حقوق مادی و منافع متعلق به صغیر است که وصیت نسبت به همه این امور خواه به صورت مطلق و خواه به صورت جزئی و مصرح، صحیح و نافذ است و موصی از این نظر محدودیتی ندارد.
 - مهم‌ترین امور غیرمالی مربوط به صغیر عبارت‌اند: از حفظ و نگهداری صغیر، تربیت و تعلیم، اشتغال به کار، تزویج و طلاق. در مورد صحت و نفوذ وصیت نسبت به نگهداری و تربیت و تعلیم صغیر و نیز اشتغال به کار وی هیچ تردیدی وجود ندارد.
 - درباره محدودیت اختیار موصی نسبت به وصیت به طلاق همسر فرزند صغیر خود و بطلان چنین وصیتی اتفاق نظر وجود دارد، لذا عدم ولایت وصی در مورد طلاق صغیر اجماعی است.
 - در مورد وصیت به تزویج صغیر اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی فقها آن را صحیح و عده‌ای دیگر باطل می‌دانند و برخی هم ولایت وصی بر تزویج صغیر را فقط در صورت تصریح موصی پذیرفته‌اند که در این مقاله نظر نخست تقویت شده است.
 - با توجه به سکوت قانون مدنی ایران در مورد وصیت به تزویج و طلاق صغیر، پیشنهاد می‌شود این عبارت به‌عنوان یک ماده به مواد قانونی اضافه شود: «موصی می‌تواند نسبت به تزویج اولاد صغیر خویش وصیت نماید، در این صورت وصی ولایت بر تزویج خواهد داشت، اما وصیت به طلاق صغیر صحیح نیست».

منابع و مأخذ

۱. قرآن کریم
۲. ابن حزم، علی بن احمد (بی تا)، *المحلی*، جلد ۹، بیروت: دارالافاق الجدیده.
۳. ابن قدامه، عبدالله بن احمد (بی تا)، *المغنی*، جلد ۶، بیروت: عالم الکتب.
۴. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق الف)، *کتاب النکاح*، کنگرهٔ شیخ انصاری.
۵. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق ب)، *مکاسب*، جلد ۳، قم، کنگره شیخ انصاری.
۶. بجنوردی، سید میرزا حسن (۱۴۱۳ق)، *القواعد الفقهیه*، جلد ۱، قم، اسماعیلیان.
۷. جریزی، عبدالرحمن (۱۴۰۶ق)، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، جلد ۴، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۰)، *وصیت*، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
۹. حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۰۹ق)، *وسائل الشیعه*، جلد ۱۷ و ۱۹ و ۲۰، قم: آل البیت.
۱۰. حکیم، سید محسن (۱۴۱۶ق)، *مستمسک العروة الوثقی*، جلد ۱۴، قم: دارالتفسیر.
۱۱. حلی، جعفر بن حسن (محقق حلی) (۱۴۰۸ق)، *تشریح الاسلام*، جلد ۲ و ۳، قم: اسماعیلیان.
۱۲. حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی) (۱۴۲۰ق)، *تحریر*، جلد ۳، قم: مؤسسهٔ امام صادق.
۱۳. حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی) (۱۴۱۳ق الف)، *قواعد*، جلد ۲ و ۳، قم: جامعهٔ مدرسین.
۱۴. حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی) (۱۴۱۳ق ب)، *مختلف الشیعه*، جلد ۷، قم: جامعهٔ مدرسین.
۱۵. خمینی، سید روح الله (امام خمینی) (۱۴۰۹ق)، *تحریر الوسیله*، جلد ۲، قم: دارالعلم.
۱۶. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۳۰ق)، *موسوعه الامام خوئی*، *(المبانی فی شرح عروة الوثقی)*، تقریر سید محمدتقی خوئی، جلد ۳۳، چاپ چهارم، قم: مؤسسهٔ احیاء آثار الامام الخوئی.
۱۷. شافعی، محمد بن ادريس (بی تا)، *الام*، جلد ۴، بیروت: دارالمعرفه.

۱۸. صفائی، سیدحسین و دیگران (۱۳۸۴)، *بررسی تطبیقی حقوق خانواده*، دانشگاه تهران.
۱۹. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۰۹ق)، *عروة الوثقی*، جلد ۲، چاپ دوم، بیروت: مؤسسه اعلمی.
۲۰. طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۷۲)، *مجمع البیان*، جلد ۴، تهران: ناصرخسرو.
۲۱. طوسی، محمدبن حسن (۱۴۰۷ق الف)، *تهذیب*، جلد ۷، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۲. طوسی، محمدبن حسن (۱۴۰۷ق ب)، *خلاف*، جلد ۴، قم: جامعه مدرسین.
۲۳. طوسی، محمدبن حسن (۱۳۸۷)، *مبسوط*، جلد ۴، چاپ سوم، تهران، مکتبه مرتضویه.
۲۴. عاملی، زین الدین بن علی، (شهید ثانی) (۱۴۱۳ق)، *مسالك الافهام*، جلد ۳ و ۴ و ۵ و ۷، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۲۵. عاملی، سید جواد (۱۴۱۹ق)، *مفتاح الكرامه*، جلد ۱۲، قم: جامعه مدرسین.
۲۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۹)، *وصیت*، چاپ دوم، تهران: کانون وکلای دادگستری.
۲۷. کرکی، علی بن حسین (محقق کرکی) (۱۴۱۵ق)، *جامع المقاصد*، جلد ۱۱، قم: آل البيت.
۲۸. کلینی، محمدبن یعقوب (۱۴۰۷ق)، *الکافی*، جلد ۵، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۹. متقی هندی، علی (۱۴۰۵ق)، *کنز العمال*، جلد ۹، چاپ پنجم، بیروت: مؤسسه الرساله.
۳۰. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۳)، *وصیت*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۱. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، *جواهر الکلام*، جلد ۲۶ و ۲۸ و ۲۹ و ۳۲، تهران: مکتبه اسلامی.
۳۲. نراقی، مولی احمد (۱۴۱۵ق)، *مستند الشیعه*، جلد ۱۶، قم: آل البيت.
۳۳. *قانون امور حسبی*
۳۴. *قانون مدنی*