

بررسی فقهی حقوقی جرم ازدواج با کودک

فائزه عظیم‌زاده اردبیلی^۱

فائزه طوقانی پور^۲



چکیده

یکی از جرایمی که علیه کودکان ارتکاب می‌یابد و در مواردی منجر به آسیب جسمی، جنسی و روانی آنان می‌شود، ازدواج کودکان می‌باشد. مطابق نظر فقهای امامیه، ولی قهری می‌تواند برای دختر صغیره و یا پسر صغیر خود نکاح نماید، اما نزدیکی با چنین دختری را تا پیش از رسیدن به سن بلوغ ممنوع دانسته‌اند، اما به منظور حمایت حقوقی از کودکان، ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰ مقرر می‌دارد: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح». در جهت ضمانت اجرای کیفری و ممانعت از ازدواج کودکان، ماده ۶۴۶ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «ازدواج قبل از بلوغ بدون اذن ولی ممنوع است. چنانچه مردی با دختری که به حد بلوغ نرسیده برخلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی و تبصره ذیل آن ازدواج نماید به حبس تعزیری از

۱. هیئت علمی و معاون پژوهشی دانشگاه امام صادق (ع) پردیس خواهران

۲. کارشناس ارشد حقوق خانواده دانشگاه امام صادق (ع) پردیس خواهران

۵۵۳ ► بررسی فقهی جرم ازدواج با کودک

شش ماه تا دو سال محکوم می‌گردد». علی‌رغم حمایت کیفری فوق‌الذکر ازدواج دختر در فاصله میان سن بلوغ یعنی نه سالگی تا سن سیزده سالگی فاقد ضمانت اجرای کیفری می‌باشد. به‌علاوه مراد از مصلحت در نکاح پسر و دختر قبل از سن ازدواج مطابق ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی مبهم می‌باشد. همچنین هرگاه ولی برخلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی دختر خود را به عقد ازدواج دیگری درآورد، فاقد مسئولیت کیفری و نیز حقوقی است؛ زیرا مجازات موضوع ماده ۶۴۶ قانون مدنی ایران صرفاً برای زوج، مقرر شده است. بنابراین، اصلاح ماده ۶۴۶ قانون مجازات اسلامی و رفع ابهام و تعیین مصداق واژه مصلحت و به‌علاوه تعیین ضمانت اجرای کیفری در مورد ازدواج پسر قبل از سن بلوغ پیشنهاد می‌گردد.

واژه‌های کلیدی: ازدواج، کودک، ولی قهری، ضمانت اجرای کیفری

طرح مسئله

ازدواج یک ضرورت اجتماعی محسوب می‌شود، اما در مواردی از نظر اجتماعی، به سوءاستفاده جنسی و استثمار کودک منتهی می‌گردد؛ ازدواج کودک یک خشونت پنهان در برابر سلامتی و حقوق کودکان محسوب می‌گردد. زیرا صرف‌نظر از لزوم آمادگی جسمانی که از مقدمات بدیهی هر ازدواج می‌باشد، رشد کافی، درک شرایط، بلوغ فکری و آمادگی روحی و روانی مقتضای آن است که از تزویج کودکان در سنین پایین اجتناب شود.^۱

عدم رعایت این امر موجب ایراد صدمات جسمی و روحی بر کودکان می‌شود و صدمات غیرقابل جبرانی را به آنها وارد می‌نماید، لذا شایسته است قوانین حمایتی خاص در این زمینه پیش‌بینی گردیده و کودکان به‌ویژه دختران را مورد حمایت قرار دهد.

حکم صحت و اعتبار تزویج کودکان

براساس نظر فقهای امامیه ولی قهری می‌تواند برای دختر صغیره و یا پسر صغیر خود نکاح نماید و تفاوتی نمی‌کند که دختر صغیره، باکره باشد و یا آنکه به علت بیماری،

۱. هدف از تجویز ازدواج صغار در اسلام، امکان تأمین نیازهای جنسی در دوران کودکی نبوده است بلکه به جهت فراهم نمودن امکان تأمین پاره‌ای از کارکردهای دیگر ازدواج مانند حمایت و مراقبت، انتقال میراث و همبستگی میان خانواده‌ها و قیابیل و... صورت گرفته است. بستان (نجفی)، حسین، اسلام و تفاوت‌های جنسیتی، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ اول، ۱۳۸۸، ص ۱۹.



جنایت و... از او ازاله بکارت شده باشد؛ زیرا علت اصلی در ولایت، صغیر بودن مولی علیه است (علامه حلی، *تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه*، ج ۲، ص ۵-۶؛ نجفی، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، ج ۲۹، ص ۱۷۲-۱۷۳) و این حکم را مستند به روایات متعددی^۱ می‌دانند که در این خصوص مطرح شده است و همچنین برخی جواز چنین تزویجی را مستند به اجماع فقها نموده‌اند (محقق داماد، بررسی فقهی خانواده (نکاح و انحلال آن، ص ۴۸) هر چند که با وجود روایات مزبور، اجماع مستند به این روایات، مدرکی بوده و فاقد حجیت است (ولایی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، ص ۴۹).

فقه‌های امامیه معتقدند که این عقد نکاح از طرف دختر صغیره لازم بوده (علامه حلی، *تذکره الفقها*، ج ۲، ص ۸۵۶) و دختر بعد از بلوغ حق فسخ و بر هم زدن آن را ندارد گرچه در مقابل برخی از فقه‌های متأخر معتقدند که اگر مصلحت صغیره رعایت نشود ازدواج مزبور از اصل باطل است (نوری همدانی، *هزار و یک مسئله فقهی: مجموعه استفتائات*، ج ۲، ص ۱۸۶؛ مکارم شیرازی، *مجموعه استفتائات جدید*، ج ۲، ص ۳۱۹). فقه‌های امامیه به رغم جایز دانستن تزویج کودک از سوی ولی قهری، نزدیکی با چنین دختری^۲ را تا پیش از رسیدن به سن بلوغ ممنوع دانسته‌اند (طباطبایی یزدی، *العروه الوثقی*، ج ۲، ص ۸۱۱). بعضی نقض آن را موجب مسئولیت مدنی شخص تلقی کرده و بروز هرگونه عیب را موجب حرمت ابدی می‌دانند (طباطبایی حکیم، *مستمسک العروه الوثقی*، ج ۱۴، ص ۸۰).

فقه‌های امامیه علاوه بر روایات و اجماع به اصل لزوم و استصحاب استدلال کرده‌اند

۱. از مهم‌ترین این روایات، می‌توان به روایات ذیل اشاره نمود: الف) صحیحہ علی بن یقظین از امام موسی کاظم (ع): ایشان در مقام پاسخ بدین پرسش که آیا می‌توان دختر و پسر سه ساله را به ازدواج یکدیگر درآورد و کم‌ترین حدی که کودکان در آن به ازدواج در می‌آیند، کدام است و اگر دختر بالغ شود و رضایت نداشته باشد، چه وضعیتی دارد؟ می‌فرمایند: اگر پدر و یا ولی او راضی باشند، ایرادی ندارد. (حر عاملی، *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، ج ۲۰، ص ۲۷۷). ب) صحیحہ عبدالله بن صلت از امام صادق (ع): ایشان، در مقام پاسخ به این پرسش که آیا دختر صغیره‌ای که پدرش او را به عقد نکاح دیگری درآورده است، پس از بلوغ خیار فسخ دارد؟ می‌فرمایند: با وجود پدر، نظر و اختیاری ندارند (همان، ص ۲۷۶).

۲. سبب حرمت همان دخول است و در اسباب، تکلیف شرط نمی‌باشد. بنابراین اگر فردی در حالت غفلت یا جهالت مرتکب مواقعه قبل از بلوغ شود، حرمت او ثابت است. (محقق کرکی، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج ۲، ص ۳۳۷). فقط در موبد بودن یا موبد نبودن حرمت، اختلاف است که رای غالب بر عدم حرمت ابدی است. (محقق سبزواری، *کفایه الفقه*، ص ۱۵۴). برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: احمدیه، مریم و بداعی، فاطمه، «جرایم علیه خانواده در پژوهشی میدانی»، *فصل‌نامه کتاب زنان، شورای فرهنگی اجتماعی زنان*، ش ۲۱، ۱۳۸۲، ص ۹۶.



۵۵۵ ► بررسی فقهی جرم ازدواج با کودک

(نجفی، پیشین، ج ۲۹، ص ۱۷۳-۱۷۴)، اما در اینکه آیا پسر صغیره بعد از بلوغ می‌تواند عقد نکاح را فسخ نماید یا نه میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. اما مشهور فقهای امامیه معتقدند که پسر صغیره همانند دختر صغیره بعد از بلوغ حق ابطال نکاح را ندارد (جبعی عاملی، *مسالك الافهام*، ج ۷، ص ۱۱۸).

دلایل این گروه برای نفی اختیار پسر پس از رسیدن به بلوغ به شرح زیر است: الف) اصل اولیه در عقود، لزوم است و حق فسخ در هر عقد، خلاف اصل و قاعده می‌باشد و فرض بر آن است که عقد صحیح منعقد شده است و لازم است که به آن عمل شود. اما به نظر می‌رسد که این استدلال خالی از اشکال نیست؛ زیرا تمسک به اصالت اللزوم در عقود میسر است که تمام شرایط عمومی عقد رعایت گردیده است و نه در عقدی که اصلی‌ترین عنصر تحقق آن یعنی اراده در آن لحاظ نشده است.

ب) ادله‌ای که ولایت پدر و جد پدری بر کودک صغیر را بیان کرده است، مطلق بوده و اختصاص به امور مالی ندارد (صفایی، *حقوق خانواده*، ج ۲، ص ۱۹۹).

ج) اصلی‌ترین و مهم‌ترین دلیل بر این حکم خلاف قاعده و اصل، روایاتی است که برخی از فقها گمان کرده‌اند بر این مدعا دلالت دارند. در روایتی آمده است: «به امام صادق (ع) عرض کردم پسر بچۀ ده ساله‌ای را پدرش در ده سالگی تزویج می‌کند، آیا در همان ده سالگی طلاقش جایز است؟ فرمود: تزویج صحیح است و اما نسبت به طلاقش سزاوار است همسرش را برای او نگه‌دارند تا اینکه به سن بلوغ برسد.» (مروارید، *سلسله الینابیع الفقهیه*، ج ۱۸، ص ۱۰۵). روایت فوق از نظر سندی بی‌اشکال و صحیح است، اما از نظر دلالتی تعبیر حضرت به صحیح بودن این تزویج، دلالتی بر سلب اختیار کودک پس از رسیدن به سن بلوغ ندارد و موضوع این اختیار صحت عقد سابق است (موسوی خویی، *المستند فی شرح العروه الطریقه*، ج ۲، ص ۲۸۰).

از جمله روایاتی که مورد استناد موافقان این دیدگاه قرار گرفته، صحیح محمد بن مسلم است. «محمد بن مسلم نقل می‌کند: درباره پسر نابالغی که دختر نابالغی را به همسری‌اش در می‌آورند از امام باقر (ع) سؤال شد که آیا آن دو از یکدیگر ارث می‌برند؟! حضرت فرمودند: اگر پدرانشان آنها را به همسری یکدیگر درآورده‌اند، بلی» (حرعاملی، پیشین، ج ۱۴، ص ۲۰۷-۲۱۰). روایت فوق از نظر سندی بی‌اشکال و



صحیح است و اما از نظر دلالت ممکن است از این روایت چنین استفاده شود که توارث آن دو به معنای تحقق نکاح صحیح، کامل و لازم الوفاء است. بر این استدلال نیز اشکالی شبیه اشکال قبل وارد است؛ چه، توارث از تبعات نکاح صحیح است و فرض این است که نکاح ولائی نیز ازدواجی صحیح است، اما این حکم به معنای نفی اختیار کودک نابالغ، پس از رسیدن به سن بلوغ نمی‌باشد. بنابراین، به نظر می‌رسد دلیل محکمی که بتوان به استناد آن، این حکم خلاف قاعده، یعنی سلب اختیار صغیر پس از رسیدن به سن بلوغ را ثابت کرد، وجود ندارد. به همین جهت فقیهانی همچون شیخ طوسی، ابن براج، ابن حمزه و ابن ادریس قائل به اختیار فسخ و یا امضا برای پسر صغیر پس از رسیدن به سن بلوغ شده‌اند. اگرچه عده‌ای از فقها معتقد هستند که پسر صغیر پس از بلوغ حق خیار دارد و می‌تواند عقد نکاح را امضا و یا رد نماید و به دو دلیل ذیل استناد نموده‌اند:

الف) ورود ضرر مزدوج در صورتی که بعد از بلوغ برای زوج حق خیار نباشد ضرر بر او وارد می‌شود؛ زیرا اثبات مهر و نفقه با فرا رسیدن بلوغ بر وی ضرر است در حالی که بر زوجه (دختر صغیره) چنین ضرری وارد نمی‌گردد، لذا از جهت دفع ضرر، اگر بخواهد می‌تواند عقد را ابطال نماید (طوسی، *النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی*، ص ۴۶۷).

در پاسخ به دلیل فوق، بیان گردیده است که در نکاح صغیره فرض بر آن است که مصلحت وی توسط ولی او رعایت می‌شود، لذا جایی برای این دلیل باقی نمی‌ماند (نجفی، پیشین، ج ۲۹، ص ۱۷۴). از سوی دیگر اگر ضرر بر پسر از جهت مهر و نفقه مورد قبول واقع شود، در مورد دختر صغیره نیز ادامه همسری بدون تمایل و رغبت فعلی می‌تواند ضرر تلقی گردد و تنها ضرر مالی مورد نظر نمی‌باشد.

ب) روایتی از امام باقر (ع) که فرمودند: هرگاه پدر برای پسر در حال عدم بلوغ، زن بگیرد، پسر پس از رسیدن به سن بلوغ حق خیار دارد (حرعاملی، پیشین، ج ۱۴، ص ۲۰۹). اما مشهور فقها بر این نظر می‌باشند که روایت فوق، دارای ضعف سند می‌باشد و به‌علاوه امکان دارد فرض حدیث در جایی است که پسر اختیار در طلاق را در جایی که عیبی در دختر وجود دارد، داشته باشد (نجفی، پیشین، ج ۲۹، ص ۱۷۴).

توجه بدین نکته ضروری است که مطابق نظر فقها، اقدام ولی نسبت به نکاح باید در جهت غبطه و رعایت صلاح آنها بوده و یا اینکه مستلزم مفسده‌ای بر آنان نباشد. در



۵۵۷ ► بررسی فقهی حقوقی جرم ازدواج با کودک

غیر این صورت، یعنی اگر ازدواج به مصلحت صغیر نباشد و یا مفسده‌ای برای او داشته باشد مشهور فقها معتقدند که این عقد به صورت فضولی واقع و موقوف بر آن است که صغیر یا صغیره پس از بلوغ اجازه دهد یا رد نماید که در صورت اجازه، عقد صحیح و در صورت رد، نکاح باطل خواهد بود (موسوی خمینی، *تحریر الوسیله*، ج ۲، ص ۲۵۵). گروه دیگری از فقها معتقدند که عقد به کلی باطل است و اجازه صغیر یا صغیره پس از بلوغ نیز موجب صحت آن نمی‌شود (طباطبایی حکیم، پیشین، ج ۱۴، ص ۴۵۶). اگر ولی، صغیره را به کمتر از مهرالمثل یا صغیر را به بیشتر از آن تزویج نماید، اگر مصلحتی باشد که اقتضای آن را می‌کند، عقد و مهر صحیح و لازم است و اگر مصلحت در خود تزویج باشد و نه در مهر، عقد نکاح صحیح و لازم و مهر غیر نافذ است و متوقف بر اجازه صغیر یا صغیره پس از بلوغ می‌باشد که اگر اجازه دهد، مهر مستقر می‌شود و گرنه به مهرالمثل تبدیل می‌شود (موسوی خمینی، پیشین، ج ۲، ص ۲۵۵).

اولیای عقد نکاح

یکی از آثار نسب مشروع، ولایت قهری است. در اصطلاح حقوق مدنی، ولایت، قدرت و اختیاری است که برابر قانون به یک شخص ذی‌صلاح برای اداره امور محجور واگذار شده است که دارای اقسامی می‌باشد. ولایتی که به حکم مستقیم قانون‌گذار واگذار شده باشد، ولایت قهری نامیده می‌شود که در مواد ۱۱۸۰-۱۱۹۴ قانون مدنی مورد بررسی قرار گرفته است (صفایی، پیشین، ج ۲، ص ۱۹۰-۱۹۱). ولایت در ازدواج تسلطی شرعی بر مولی‌علیه است که شارع آن را برای فرد کامل قرار داده است و جعل این ولایت به دلیل نقضی است که در مولی‌علیه وجود دارد و همچنین به دلیل رعایت مصلحت وی می‌باشد (موسوی بجنوردی، پیشین، ص ۷۰).

پدر بر عقد نکاح پسر صغیر یا دختر صغیره خود ولایت دارد و این حکم مورد اجماع فقهای امامیه است (موسوی خمینی، پیشین، ج ۲، ص ۲۵۴). جد پدری در حال حیات پدر در ولایت بر نکاح با او شریک است یعنی هر یک به‌طور مستقل دارای ولایت بر نکاح صغیره یا صغیر می‌باشند و اگر یکی از آنها فوت نماید، ولایت اختصاص به دیگری پیدا می‌کند (نجفی، پیشین، ج ۲۹، ص ۲۷۱؛ موسوی خمینی، پیشین، ج ۲، ص ۲۵۴-۲۵۵). منظور از جد پدری، پدر پدر و هرچه بالاتر روند



می‌باشند. بیشتر فقهای امامیه بر این باورند که جد پدری و هرچه بالاتر رود هم‌ردیف پدر دارای ولایت هستند؛ زیرا روایات باب نکاح، اطلاق دارند و شامل جد نزدیک و دور می‌شوند (طوسی، *المبسوط فی فقه الامامیه*، ج ۴، ص ۱۷۶).

در مورد مادر، اکثریت قریب به اتفاق فقهای امامیه حکم به عدم ولایت مادر و جد مادری داده‌اند (محقق کرکی، *جامع المقاصد*، ج ۱۲، ص ۹۲) و دلیل آنها بر این حکم اصل عدم ولایت است که مطابق آن هیچ‌کس بر دیگری ولایت ندارد مگر آنکه دلیلی برخلاف آن اقامه شود و دلیلی بر ولایت مادر و جد مادری وجود ندارد (علامه حلی، پیشین، ج ۲، ص ۵۸۶). به علاوه به روایاتی (حر عاملی، پیشین، ج ۱۴، ص ۲۲۰) استناد نموده‌اند که براساس آن تزویج صغیر و صغیره منحصرأ در اختیار پدر و جد پدری است و لذا این به معنی نفی ولایت از مادر و جد مادری و اشخاص دیگر است (موسوی گلپایگانی، *مجمع المسائل*، ج ۲، ص ۲۱۳).^۱

در مورد عدم ولایت برادر هیچ اختلاف نظری میان فقهای امامیه وجود ندارد (محقق کرکی، پیشین، ج ۱۲، ص ۹۳) و دلیل آن روایاتی است که ولادت صغار را در نکاح منحصر به پدر و جد پدری نموده است و همچنین روایاتی به این مضمون که اگر برادر برای صغیر یا صغیره نکاح نماید، آنان پس از بلوغ حق فسخ عقد را دارند (حر عاملی، پیشین، ج ۱۴، ص ۲۰۷).

در مورد عدم ولایت سایر بستگان نیز اختلاف نظری میان فقهای امامیه وجود دارد؛ زیرا در این زمینه روایاتی وارد شده است که براساس آنها، اگر عمو یا دایی و اولادشان اقدام به نکاح صغیر یا صغیره کرده باشند، آنان پس از رسیدن به سن بلوغ در صورت عدم رضایت حق فسخ آن را داشته و می‌توانند آن را ابطال نمایند (نجفی، پیشین، ج ۲۹، ص ۱۷۰).

در مورد اینکه آیا حاکم اجازه تزویج صغیر و صغیره را دارد، در میان فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد. مشهور فقهای امامیه معتقدند که حاکم بر نکاح صغیر و صغیره ولایت ندارد (نجفی، پیشین، ج ۲۹، ص ۱۹۰؛ طباطبایی حکیم، پیشین، ج ۱۴، ص ۴۷۳). دلایل این گروه عبارت‌اند از:

۱. مادر و مادر بزرگ ولایت بر صغیر و صغیره ندارند و اگر صغیره را به عقد دائم یا موقت تزویج نمایند عقد فضولی است و بدون اجازه پدر یا جد پدری و یا خود صغیره بعد از آن که کبیره شد عقد نافذ نیست.



۵۵۹ ► بررسی فقهی حقوقی جرم ازدواج با کودک

۱- اصل اولی، عدم ولایت است و هیچ کس بر دیگری ولایت ندارد مگر دلیلی برخلاف آن اقامه شود و در اینجا چنین دلیلی موجود نمی‌باشد.

۲- مفهوم روایاتی است که اختیار تزویج صغیر و صغیره را در انحصار پدر و جد پدری قرار می‌دهد.

۳- ولایت حاکم از باب حسبه است و در حالی که دختر و پسر نابالغ هستند و نکاح برای آنها ضروری نیست و نیازی به نکاح ندارند و حسبه قابل فرض نمی‌باشد (بحرانی، الحدائق الناظره فی احکام العتره الطاهره، ج ۲۳، ص ۲۷۳).

بررسی جرم‌شناختی ازدواج با کودک

برای نخستین بار در نظام حقوقی ایران، در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳، آمده بود: «نکاح اناث قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام و نکاح ذکور قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام ممنوع است. مع ذلک در مواردی که مصالحی اقتضا کند با پیشنهاد مدعی‌العموم و تصویب محکمه، ممکن است استثناً معافیت از شرط سن اعطا شود. ولی در هر حال این معافیت نمی‌تواند به اناثی داده شود که کمتر از ۱۳ سال تمام و به ذکوری شامل گردد که کمتر از ۱۵ سال تمام دارند». تعیین حداقل سن قانونی برای ازدواج و پیش‌بینی امکان عدول از آن در عمل موجبات افزایش ازدواج‌هایی در سنین کمتر از حداقل سن قانونی را فراهم آورد، تبعات و آثار سوء ناشی از این قانون از جمله افزایش آمار طلاق در میان چنین زوجینی، موجب شد قانون‌گذار در مقام چاره‌جویی برآید. نتیجه این امر، تصویب ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ بود. به موجب این ماده ازدواج زن قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام و مرد قبل از رسیدن به سن ۲۰ سال تمام ممنوع است. مع ذلک، در مواردی که مصالحی اقتضا کند، استثنائاً در مورد زنی که سن او از ۱۵ سال تمام کمتر نباشد و برای زندگی زناشویی استعداد جسمی و روانی داشته باشد، به پیشنهاد دادستان و تصویب دادگاه شهرستان ممکن است معافیت از شرط سن اعطا شود. زن یا مردی که برخلاف مقررات این ماده، با کسی که هنوز به سن قانونی برای ازدواج نرسیده است، مزاجت کند، حسب مورد به مجازات‌های مقرر در ماده ۳ قانون راجع به ازدواج مصوب ۱۳۱۶ محکوم خواهد شد. در ماده ۳ اصلاحی مصوب ۱۳۱۶ نیز آمده بود: «هر کس برخلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی با کسی که هنوز به سن



قانونی برای ازدواج نرسیده است، مزاجت کند به شش ماه تا دو سال حبس تأدیبی محکوم خواهد شد. در صورتی که دختر به سن ۱۳ سال تمام نرسیده باشد، لااقل به دو تا سه سال حبس تأدیبی محکوم می‌شود و در هر مورد ممکن است علاوه بر مجازات حبس به جزای نقدی از دوهزار ریال تا بیست هزار ریال محکوم گردد و اگر در اثر ازدواج برخلاف مقررات فوق واقعه منتهی به نقص یکی از اعضا یا مرض دائم زن گردد، مجازات زوج از پنج تا ده سال حبس با اعمال شاقه است و اگر منتهی به فوت زن شود، مجازات زوج حبس دائم با اعمال شاقه است. عاقد و خواستگار و سایر اشخاص که شرکت در جرم داشته‌اند نیز به همان مجازات یا مجازاتی که برای معاون جرم مقرر است، محکوم می‌شوند...».

در حقیقت، ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده، با وجود آنکه در رفع تبعات ناشی از ازدواج‌های زود هنگام مؤثر بود، اما این ایراد اساسی را داشت که برای مهار نیازهای جسمی و روانی دختران و پسران جوانی که در فاصله میان سن بلوغ و سن ازدواج بودند، تدبیری اندیشیده نشده بود (شکری، بررسی حقوقی سن ازدواج و رشد دختران، ص ۱۴۰-۱۴۴).

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، انتقادهای بسیاری مبنی بر مغایرت ماده ۱۰۴۱ ق.م. با موازین شرع مطرح شد و در سال ۱۳۶۱، به موجب پیش‌نویس لایحه راجع به اصلاح بعضی از مواد قانون مدنی پیشنهاد اصلاح ماده یاد شده، تقدیم مجلس گردید و ماده مزبور بدین شرح اصلاح شد: «نکاح قبل از بلوغ ممنوع است، تبصره: عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی صحیح است، به شرط رعایت مصلحت مولی علیه و با اصلاح نگارشی، تبصره آن در تاریخ ۱۴ آبان ۱۳۷۰ بدین شرح تغییر یافت: «عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی به شرط رعایت مصلحت مولی علیه صحیح می‌باشد». طرح اصلاح ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی در سال ۱۳۸۱ تقدیم مجلس شد. در مقدمه طرح ارائه شده چنین آمده بود: «... این ماده باعث بروز ناهنجاری‌هایی در امر ازدواج دختران و پسران خصوصاً از جنبه‌های سلامت جسمی و متلاشی شدن کانون خانوادگی بعد از رسیدن به سن بلوغ گردیده است و اثرات نامطلوبی در تشکیل زندگی خانوادگی باقی گذارده است. این قانون نه تنها در محافل بین‌المللی موجب ایجاد مشکلات عدیده برای نظام جمهوری اسلامی شده، بلکه موجب سوءاستفاده افراد غیر صالح گشته و در واقع، اصل اختیار را که در عقد نکاح از شروط اساسی است، مخدوش



۵۶۱ ► بررسی فقهی حقوقی جرم ازدواج با کودک

می‌نماید و خارج از اختیار و ارادهٔ دختران و پسران جوان، آثار زوجیت را بر آنان تحمیل می‌نماید که اثرات سوء آن پس از رشد بر جسم و روان آنان باقی می‌ماند... « (نائینی، مشروح مذاکرات قانون مدنی، ص ۱۰۷۴-۱۰۷۵). در طرح مزبور، سن پیشنهادی برای نکاح چهارده سال تمام شمسی برای دختر و هفده سال برای پسر تعیین شده و ازدواج، کمتر از این سن منوط به تحصیل اجازه از دادگاه شده بود. در نهایت، پس از بررسی طرح مزبور، سن ازدواج برای دختر، ۱۵ سال و برای پسر ۱۸ سال تمام شمسی تعیین شد و به تصویب رسید. شورای نگهبان، این مصوبه را خلاف شرع تشخیص داد و سرانجام با طرح موضوع در مجمع تشخیص مصلحت نظام، این مجمع، ماده را بدین صورت تصویب نمود: «مادهٔ واحده- مادهٔ ۱۰۴۱ قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴ و تبصرهٔ آن به شرح ذیل اصلاح می‌گردد: عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولیّ به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح». نکتهٔ مهم، آنکه اقدام ولی نسبت به نکاح صغیر یا صغیره باید در جهت رعایت غبطه و صلاح آنان باشد در غیر این صورت برخی از فقها عقیده دارند که عقد نکاح به صورت فصولی واقع شده و موقوف بر آن است که صغیر یا صغیره پس از بلوغ آن عقد را اجازه یا رد نماید که در صورت اول عقد صحیح و در صورت رد، عقد باطل است (محقق داماد، پیشین، ص ۵۰). گروه دیگری از فقها بر این نظرند که در صورت وقوع عقد برخلاف مصلحت صغار، عقد باطل است و اجازهٔ بعدی صغیر یا صغیره موجب صحت آن نمی‌شود (یزدی، العروه الوثقی، نقل در محقق داماد، پیشین، ص ۵۰).

چنانچه از ظاهر مادهٔ ۱۰۴۱ قانون مدنی استفاده می‌شود، قانون‌گذار در بیان این حکم از نظریهٔ اخیر پیروی نموده است، زیرا صحت عقد را مشروط به رعایت مصلحت مولی‌علیه قرار داده است.

برخی از حقوقدانان (کاتوزیان، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی خانواده، ص ۶۸) بر این باورند که نفوذ نکاح صغیر مشروط بر این است که اقدام ولی به مصلحت کودک باشد و تنها به بار نیامدن مفسدت کافی نمی‌باشد و واضح است که مصلحت مفهومی نسبی است. از سوی دیگر، فرض ضرر برای کودک در نکاح وجود دارد، زیرا او را از حق انتخاب همسر محروم می‌سازد. بنابراین، ولی قهری باید ضرورت اقدام خود را پیش از



نکاح در دادگاه اثبات کند. با توجه به منابع معتبر فقهی می‌توان چنین استدلال نمود که فقها در زمینه ازدواج با کودک در دو مطلب اتفاق نظر دارند:

الف) انعقاد عقد نکاح توسط ولی قبل از اینکه کودک به سن بلوغ برسد صحیح و دارای آثار خود می‌باشد و چه بسا کودک پس از سن بلوغ نیز حق فسخ و سرپیچی از آن را هم نداشته باشد (موسوی خمینی، پیشین، ج ۲، ص ۲۲۷-۲۲۸).

ب) واقعه با صغیره حرام و در صورتی که منجر به افضاء شود، زن بر شوهر حرام مؤبد شده و دیه کامل بر عهده زوج مهر ثابت می‌باشد (موسوی خمینی، پیشین، ج ۲، ص ۲۱۶ و ۴۳۶).

در جهت ضمانت اجرای کیفری و ممانعت از ازدواج کودکان، ماده ۶۴۶ قانون مجازات اسلامی متذکر می‌گردد: «ازدواج قبل از بلوغ بدون اذن ولی ممنوع است. چنانچه مردی با دختری که به حد بلوغ نرسیده، برخلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی و تبصره ذیل آن ازدواج نماید به حبس تعزیری از شش ماه تا دو سال محکوم می‌گردد. در تفسیر ماده فوق، نظر بر آن است که منظور از ازدواج، عقد ازدواج می‌باشد و شامل ازدواج موقت نیز می‌شود (زراعت، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، ص ۴۸۷). با تصویب ماده ۶۴۶ ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۵، ماده ۳ قانون راجع به ازدواج مصوب ۱۳۱۶، که پیش‌تر بدان پرداخته شد، نسخ گردید. نکته قابل توجه آنکه ازدواج دختر در فاصله میان سن بلوغ، یعنی نه سالگی تا سن سیزده سالگی، فاقد ضمانت اجرای کیفری می‌باشد، اگرچه رعایت ضمانت اجرای حقوقی مقرر در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی الزامی است.

ارکان اختصاصی جرم ازدواج با کودک عبارت‌اند از:

الف) عنصر مادی جرم ازدواج با کودک

عنصر مادی این جرم، فعل مثبت ازدواج با دختر صغیره است. قانون‌گذار صرفاً مردانی را که مبادرت به ازدواج با دختران نابالغ می‌نمایند، قابل تعقیب و مجازات دانسته است. بنابراین، اگر زنی با پسر نابالغ ازدواج کند مشمول مجازات مقرر در این ماده نخواهد بود. مقصود از سن بلوغ، براساس تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی، در پسر، پانزده سال تمام قمری و در دختر، نه سال تمام قمری است.

نکته دیگر در تحقق عنصر مادی جرم مزبور آن است که ازدواج باید برخلاف



۵۶۳ ► بررسی فقهی حقوقی جرم ازدواج با کودک

ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی صورت گرفته باشد. بنابراین، مرتکب زمانی مسئولیت کیفری خواهد داشت که ازدواج وی با دختر نابالغ بدون اجازه ولی و عدم رعایت مصلحت مولی علیه باشد در غیر این صورت، چنانچه ولی موجود باشد، اما رعایت مصلحت مولی علیه نشده باشد و یا بالعکس یعنی مصلحت مولی علیه در ازدواج شده باشد، اما اجازه ولی وجود نداشته باشد مسئولیت، کیفری شخص مرتکب هم چنان باقی است.

ب) عنصر معنوی جرم ازدواج با کودک

رکن معنوی جرم ازدواج با کودک سوءنیت عام یعنی قصد و اراده و خواستن فعل مجرمانه می باشد و سوءنیت خاص در این جرم وجود ندارد. نکته مهم آنکه به علم مرتکب به صغیر بودن دختر (مجنی علیه) لازم است. بنابراین، اگر فردی به تصور آنکه دختری به حد بلوغ رسیده است با او ازدواج نماید و بعداً مسلم شود که به حد بلوغ نرسیده است، به علت فقدان سوءنیت، عمل وی قابل مجازات نخواهد بود.

ج) عنصر قانونی جرم ازدواج با کودک

ماده ۶۴۴ قانون مجازات اسلامی برای کسانی که برخلاف ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی مبادرت به ازدواج با دختر نابالغ نمایند، مجازات تعزیری حبس از شش ماه تا دو سال را پیش بینی نموده است. با توجه به ضمانت اجرای کیفری مقرر در قانون مجازات اسلامی، به نظر می رسد به دلیل عدم ضمانت اجرای کیفری در مورد ازدواج پسر قبل از سن بلوغ، لازم است قانون گذار برای آنان نیز مجازاتی مشابه ماده ۶۴۴ قانون مجازات اسلامی در نظر بگیرد. از سوی دیگر، برای رفع دشواری های اجرای قوانین در زمینه ازدواج کودک قبل از سن ازدواج پیشنهاد می گردد:

۱) مراد از مصلحت در نکاح پسر و دختر قبل از سن ازدواج مشخص گردد.

۲) در صورتی که دختر و یا پسر پس از سن بلوغ راضی به این امر ازدواج نباشند، امکان فسخ عقد وجود داشته باشد، زیرا اگر در زندگی مشترکی که میل و رغبت وجود نداشته باشد، مرد وظیفه انفاق و پرداخت مهریه را به درستی انجام نخواهد داد و از سوی دیگر زن، به تمکین مبادرت نمی نماید.

۳) تعیین ضمانت اجرای کیفری بر تزویج دختر نه تا سیزده ساله، زیرا ماده ۶۴۶ ق.م.ا.



صرفاً برای ازدواج با دختر زیر سن بلوغ، تعیین مجازات کرده و نسبت به ازدواج با دختر نه سال تمام قمری تا سیزده سال تمام شمسی، فاقد ضمانت اجرای کیفری است.

۴) اعمال دقت و حساسیت بسیار از سوی محاکم، در احراز مصلحت تزویج کودک و در صورت احراز، صدور مجوز چنین نکاحی به نحو موردی؛ بدین معنی که اذن دادگاه نه به طور کلی، بلکه بر ازدواج با شخص خاص و با شرایط معین تعلق گیرد و شرایط نکاح و نوع آن توسط دادگاه مشخص شود. در حال حاضر، این شیوه در اجرای ماده ۱۰۴۳ ق.م. و به هنگام مخالفت بدون علت موجه ولی قهری با ازدواج دختر باکره^۱ و صدور مجوز از سوی دادگاه نسبت به ازدواج با شخصی معین و با شرایط مشخص، حاکم است.

۵) عدم مسئولیت ولی در تزویج دختر زیر سن نکاح، نیازمند اصلاح می‌باشد؛ زیرا هرگاه ولی برخلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ ق.م. دختر خود را به عقد ازدواج دیگری درآورد، فاقد مسئولیت کیفری و نیز حقوقی است؛ زیرا از یک سو مجازات موضوع ماده ۶۴۶ ق.م.ا. صرفاً برای زوج، مقرر شده است و از سوی دیگر، باب سوم کتاب هشتم از جلد دوم قانون مدنی در موضوع ولایت قهری، صرفاً برای سوءعمل و تدبیر ولی نسبت به اموال مولی‌علیه، ضمانت اجرا قرار داده است.^۲ بنابراین، در مواردی که سوء رفتار ولی موجب ورود ضرر غیرمالی بر مولی‌علیه شود، ضمانت اجرایی بر وی متصور نیست. بنابراین، اصلاح ماده ۶۴۶ ق.م.ا. بدین شرح پیشنهاد می‌شود: «چنانچه مردی برخلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ ق.م. با دختری که به سن قانونی ازدواج نرسیده است، ازدواج اعم از دائم یا موقت نماید، به حبس تعزیری از شش ماه تا دو سال محکوم می‌شود. همین مجازات در خصوص ولی طفل که اذن به چنین ازدواجی صادر نموده است نیز اعمال می‌گردد. تبصره: مجازات عاقد، خواستگار و شاهد حداقل مجازات مندرج در این ماده است.»

۱. برای مطالعه بیشتر در مسئله مخالفت بدون علت موجه ولی قهری با ازدواج دختر باکره مراجعه شود به: بازگیر، یدالله، *قانون مدنی در آینه آراء دیوان عالی کشور*، تهران، انتشارات فردوسی، چاپ سوم، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۶۲-۶۷.

۲. ماده ۱۱۸۴ ق.م. (اصلاحی ۱۳۷۹/۳/۱): «هرگاه ولی قهری طفل، رعایت غبطه صغیر را ننماید و مرتکب اقداماتی شود که موجب ضرر مولی‌علیه گردد به تقاضای یکی از اقارب وی و یا به درخواست رئیس حوزه قضایی پس از اثبات، دادگاه ولی مذکور را عزل و از تصرف در اموال صغیر منع و برای اداره امور مالی طفل فرد صالحی را به‌عنوان قیم تعیین می‌نماید. هم‌چنین است اگر ولی قهری به واسطه کبر سن و یا بیماری و امثال آن قادر به اداره اموال مولی‌علیه نباشد و شخصی را هم برای این امر تعیین ننماید طبق مقررات این ماده فردی به‌عنوان امین به ولی قهری منضم می‌گردد.»



منابع:

۱. احمدیه، مریم و بداعی، فاطمه (۱۳۸۲). «جرایم علیه خانواده در پژوهشی میدانی»، فصل‌نامه کتاب زنان، شورای فرهنگی اجتماعی زنان، ش ۲۱.
۲. بازگیر، یدالله (۱۳۸۴). قانون مدنی در آئینه آراء دیوان عالی کشور، تهران، انتشارات فردوسی، چاپ سوم.
۳. بحرانی، یوسف (۱۳۶۳)، الحدائق الناظره فی احکام العتره الطاهره، تحقیق: محمدتقی ایروانی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۴. بستان (نجفی)، حسین (۱۳۸۸)، اسلام و تفاوت‌های جنسیتی، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ اول.
۵. جبعی عاملی، زین الدین (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول.
۶. حرعاملی، محمدبن حسن (بی‌تا)، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی‌تا.
۷. شگری، فریده (۱۳۸۷). «بررسی حقوقی سن ازدواج و رشد دختران»، فصل‌نامه مطالعات راهبردی زنان، ش ۴۰.
۸. صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله (۱۳۷۱). حقوق خانواده، تهران، دانشگاه تهران.
۹. صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله (۱۳۸۰). نکاح و انحلال آن (فسخ و طلاق)، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چ هشتم.
۱۰. زراعت، عباس (۱۳۸۰). قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، تهران، ققنوس، چاپ اول.
۱۱. طباطبایی حکیم، سیدمحسن (۱۴۰۴ق). مستمسلک العروه الوثقی، مکتبه آیه‌الله العظمی المرعشی النجفی، چاپ چهارم.
۱۲. طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم (۱۴۰۹ق)، العروه الوثقی، بیروت، منشورات مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، الطبعة الثانیه.
۱۳. طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن (بی‌تا)، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، قم، انتشارات قدس محمدی.
۱۴. طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الامامیه، تحقیق: محمدتقی کشفی، تهران، مکتبه المرتضویه لاحیاء و الآثار الجعفریه.
۱۵. علامه حلی، ابومنصور حسن بن یوسف بن مطهر (بی‌تا)، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، مؤسسه آل‌البیت.
۱۶. علامه حلی، ابومنصور حسن بن یوسف بن مطهر (بی‌تا)، تذکره الفقهاء، مکتبه الرضویه الاحیاء الآثار الجعفری، چاپ سنگی.
۱۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، دوره مقدماتی حقوق مدنی - خانواده، تهران، میزان، چاپ سوم.
۱۸. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۶)، بررسی فقهی خانواده (نکاح و انحلال آن)، تهران، مرکز نشر علوم انسانی، چاپ شانزدهم.
۱۹. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن (بی‌تا)، کفایه الفقه، اصفهان، چاپ سنگی.
۲۰. محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۰۸ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، آل‌البیت، چاپ اول.



۵۶۶ ◀ کتاب اندیشه‌های راهبردی، زن و خانواده

۲۱. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۵)، *مجموعه استفتائات جدید*، قم، انتشارات مدرسه علی بن ابی طالب (ع)، چاپ اول.
۲۲. نائینی، احمدرضا (۱۳۸۶)، *مشروح مذاکرات قانون مدنی*، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چاپ اول.
۲۳. نجفی، محمدحسن بن باقر (۱۹۹۲م / ۱۴۱۲ق)، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دارالکتب الاسلامیه.
۲۴. نوری همدانی، حسین (۱۳۸۸)، *هزار و یک مسئله فقهی: مجموعه استفتائات*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ پنجم.
۲۵. ولایی، عیسی (۱۳۸۴)، *فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول*، تهران، نشر نی، چاپ چهارم.
۲۶. مروارید، علی اصغر (۱۴۱۰ق)، *سلسله الینابیع الفقهیه*، بیروت، لبنان، چاپ اول.
۲۷. موسوی بجنوردی (۱۳۸۶)، *اندیشه‌های حقوقی ۱ (حقوق خانواده)*، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول.
۲۸. موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۹۰ق)، *تحریرالوسیله*، نجف، مطبعه الادب، چاپ دوم.
۲۹. موسوی خویی، سیدابوالقاسم (بی تا)، *المستند فی شرح العروه الطریقه*، (تقریرات درس معظم له)، قم، منشورات مدرسه دارالعلم.
۳۰. موسوی گلپایگانی، محمدرضا (۱۳۷۲)، *مجمع المسائل*، قم، دارالقرآن الکریم.
۳۱. یزدی، سید محمدکاظم، *العروه الوثقی*، تهران، مکتبه العلمیه الاسلامیه، بی تا.

