



دانشکده الهیات و علوم اسلامی

گروه فقه و حقوق اسلامی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد در رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی

عنوان

ضمانت اجرای نقض قوانین ممنوعیت ازدواج کودک در حقوق موضوعه ایران و افغانستان، با
تکیه بر آموزه‌های فقهی

استاد راهنما

دکتر احمد مرتضی

استاد مشاور

دکتر محمد امین فرد

نگارش

وحید طایفی تقوی

بهمن ۱۴۰۰

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تعهد نامه

عنوان پایان نامه: ضمانت اجرای نقض قوانین ممنوعیت ازدواج کودک در حقوق موضوعه ایران و افغانستان،
با تکیه بر آموزه‌های فقهی

اینجانب وحید طایفی تقوی دانشجوی دوره کارشناسی ارشد رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی
دانشکده الهیات و علوم اسلامی دانشگاه تبریز تحت راهنمایی دکتر احمد مرتاضی با تعهد به رعایت موارد
ذیل، اقرار و اذعان می‌نمایم:

۱. تحقیقات و نتایج ارائه شده در این پایان نامه حاصل مطالعات علمی اینجانب بوده، مسئولیت صحت

و اصالت مطالب مندرج در آن را به طور کامل بر عهده می‌گیرم

۲. در خصوص استفاده از مطالب و پژوهش‌های محققان دیگر به مرجع مورد نظر استناد شده است.

۳. مطالب مندرج در این پایان نامه را اینجانب یا فرد دیگری به منظور اخذ هیچ نوع مدرک یا

امتیازی تاکنون به هیچ مرجعی تسلیم نکرده است.

۴. کلیه حقوق معنوی این اثر به دانشگاه تبریز تعلق دارد. مقالات مستخرج از پایان نامه، ذیل نام دانشگاه

تبریز (University of Tabriz) به چاپ خواهد رسید.

۵. هریک از استاد راهنما و دانشجو حق دارند مستقلاً نسبت به انتشار کل پایان نامه به صورت کتاب و یا

قسمت‌هایی از آن به عنوان مقاله اقدام نمایند مشروط بر اینکه با نام هردو منتشر گردد. ضمناً درج نام

استاد مشاور پس از نام استاد راهنما بلا مانع است

۶. چنانچه بعد از جلسه دفاعیه محرز گردد که مطالب پایان نامه به صورت کلی یا جزئی مورد سرقت

علمی قرار گرفته است، نسبت به ابطال مدرک تحصیلی حق هیچگونه اعتراض و ایرادی نخواهم داشت.

تاریخ

نام و امضاء دانشجو

صفحه تقدیم

«تقدیم به پدر و مادر عزیزم»

خدا را برای نعمت هایی که به بنده عطا فرموده شاکرم، یکی از بزرگترین آن نعمت‌ها وجود پر برکت پدر و مادر است. پدر و مادری که خودشان را فدای فرزندانشان می‌کنند و ما زیر سایه فداکاری، محبت و مهر آن‌ها قد می‌کشیم و پله‌های ترقی را یکی پس از دیگری طی می‌نماییم؛ از پدر و مادر عزیزم کمال تشکر را دارم که در طول سال‌هایی که به درس و تحصیل مشغول بوده‌ام همیشه پشتیبان و حامی و مایه دلگرمی در تمامی زمینه‌های زندگی بودند.

سپاس

از زحمات استاد راهنمای عزیزم جناب آقای دکتر احمد مرتاضی کمال تقدیر و تشکر را دارم، همچنین از استاد مشاور گرامی دکتر محمد امین فرد که در طول پایان نامه و قبل از آن زحمات فراوانی به ایشان داده‌ایم کمال تشکر را دارم، اساتید ذکر شده بعنوان اساتیدی دلسوز بنده را در راستای تدوین این پایان نامه کمک و راهنمایی نمودند و هر موقع به مشکلی برخوردیم با ایشان مطرح و از راهنمایی‌هایشان بهره لازم را بردیم. همچنین از زحمات اساتید گرانقدر دکتر رضا الهامی و دکتر عبدالرضا لطفی نیز که در طی تحصیل مقطع کارشناسی ارشد از لطف و محبتی که نسبت به بنده داشته‌اند مراتب قدردانی خودم را اعلام می‌کنم.

نام خانوادگی: طایفی تقوی نام: وحید

عنوان پایان نامه: ضمانت اجرای نقض قوانین ممنوعیت ازدواج کودک در حقوق موضوعه ایران و افغانستان، با تکیه بر آموزه‌های فقهی

استاد راهنما: دکتر احمد مرتاضی استاد مشاور: دکتر محمد امین فرد

مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد رشته: فقه و مبانی حقوق اسلامی

دانشگاه: تبریز دانشکده: الهیات و علوم اسلامی

تاریخ فارغ التحصیلی: ۱۴۰۰/۱۱/۲۸ تعداد صفحه: ۱۰۱

واژه های کلیدی: ازدواج کودکان، ضمانت اجرا، نقض قوانین، خانواده، فقه حنفی، فقه امامیه

چکیده:

کودک همسری یکی از چالش‌های اساسی در نهاد خانواده و در جامعه است. کودک همسری در طول تاریخ جوامع براساس مقتضیات زمانی و مکانی وجود داشته، اما افزایش آن در جامعه به ویژه به دلایلی مانند فقر و وجود اختلاف فاحش سنی یک تهدیدی بر نهاد خانواده و جامعه در تمامی تاریخ تلقی شده است.

باتوجه به مواد قانونی ۱۰۴۱ق.م و ۵۰ قانون حمایت از خانواده و ماده ۷۱ق.م افغانستان و ماده ۲۸ قانون منع خشونت علیه زنان افغانستان شرایطی برای این ازدواج‌ها قرار داده شده، اما در این میان مسئله مهم بررسی ضمانت اجرای نقض قوانین ممنوعیت ازدواج کودک در حقوق موضوعه ایران و افغانستان براساس آموزه‌های فقهی می باشد، که باید مورد بحث و بررسی قرار گیرد. در فقه امامیه چنین ازدواج‌هایی سبب فضولی شدن عقد می گردد و در فقه حنفی نیز کودک بعد از بلوغ حق خیار فسخ نکاح را دارد، البته فقه حنفی برای ولی شرایطی را قائل شده است که در صورت دارا نبودن شرایط عقد بلکه باطل است، در قانون مدنی ایران اشاره ای به ضمانت اجرایی نشده است اما در قوانین کیفری برای شخصی که چنین عقدی را منعقد می کند موجب حبس تعزیری می شود و در حقوق افغانستان نیز این ازدواج‌ها محکوم به بطلان هستند.

کودک همسری هرچند از حیث تاریخی و اجتماعی در باورهای فرهنگی و مذهبی جامعه ما ریشه دارد، لیکن با توجه به تغییر و تحولات بنیادین در برخی باورها و واقعیت‌های فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی و...، این هنجار دیرینه به تدریج از سوی اخلاق حسنه و نظم عمومی به چالش کشیده شده و از همین رو قانونگذار نیز گاه و بیگاه به این موضوع پرداخته است.

فهرست مطالب

مقدمه.....	۱
الف) بیان مسئله.....	۱
ب) سابقه و ضرورت تحقیق.....	۳
ج) اهداف تحقیق.....	۳
د) سوالات و فرضیه ها.....	۳
ه) روش تحقیق.....	۴
و) ساختار تحقیق.....	۵
د)پیشینه تحقیق.....	۵
فصل اول: کلیات.....	۶
۱-۱- تعریف کودک.....	۷
۱-۱-۲- پایان سن کودکی.....	۸
۱-۱-۲-۱- پایان دوران کودکی در حقوق ایران.....	۸
۱-۲- بلوغ.....	۱۱
۱-۲-۱- بلوغ سنی در دختر و پسر.....	۱۱
۱-۲-۱-۱- سن بلوغ پسران.....	۱۱
۱-۲-۱-۲- سن بلوغ دختران.....	۱۲
۱-۲-۲- بلوغ از نگاه قرآن.....	۱۳
۱-۲-۲-۱- بلوغ حُلْم.....	۱۳
۱-۲-۲-۲- بلوغ النکاح.....	۱۳

- ۱۵..... ۳-۲-۱- بلوغ اشد
- ۱۵..... ۳-۲-۱- مفهوم بلوغ در احادیث و روایات
- ۱۶..... ۴-۲-۱- بلوغ از منظر مذهب حنفی
- ۱۷..... ۳-۱- رشد
- ۱۷..... ۱-۳-۱- مفهوم حقوقی رشد
- ۱۸..... ۲-۳-۱- ازدواج، پیش از رشد عقلی
- ۱۹..... ۳-۳-۱- زناشوئی با تکیه بر رشد
- ۱۹..... ۴-۱- قانون حمایت از کودکان و نوجوانان
- ۲۰..... ۵-۱- میثاق حقوق کودک در اسلام (مصوب ژانویه ۲۰۰۵)
- ۲۱..... ۶-۱- مفهوم مصلحت
- ۲۲..... ۱-۶-۱- جایگاه و مفهوم مصلحت در نکاح اطفال
- ۲۴..... ۲-۶-۱- مرجع تشخیص مصلحت
- ۲۵..... ۷-۱- مفهوم ولی
- ۲۶..... ۱-۷-۱- معنای اصطلاحی ولی
- ۲۶..... ۲-۷-۱- مفهوم حقوقی ولی
- ۲۷..... ۳-۷-۱- مفهوم نکاح
- ۲۸..... ۴-۷-۱- مفهوم اصطلاحی نکاح
- ۲۸..... ۸-۱- ضمانت اجرا در فقه و حقوق
- ۲۹..... ۹-۱- ازدواج کودکان در افغانستان در گذشته
- ۳۱..... ۱۰-۱- تاریخچه کودک همسری در ایران
- ۳۴..... ۱۱-۱- دیدگاه‌ها و پیامدهای کودک همسری

- ۱-۱۱-۱- سرشماری مرکز آمار ایران..... ۳۵
- ۱-۱۲- جمع بندی فصل اول..... ۳۶
- فصل دوم: ضمانت اجرای مدنی نقض قوانین ازدواج کودک در فقه، حقوق ایران و افغانستان..... ۳۸
- ۲-۱- ضمانت اجرای مدنی نقض قوانین ازدواج کودک در فقه امامیه و حنفیه..... ۳۹
- ۲-۱-۱- لازم بودن عقد ازدواج کودکان..... ۳۹
- ۲-۱-۲- خیار فسخ بعد از بلوغ برای کودکان..... ۴۰
- ۲-۱-۳- خیار فسخ بعد از بلوغ فقط برای پسر..... ۴۲
- ۲-۱-۴- بطلان عقد ازدواج کودکان..... ۴۳
- ۲-۲- شرایط استفاده از خیار بلوغ در فقه حنفی..... ۴۷
- ۲-۳- شرایط نافذ بودن عقد ولی در فقه حنفیه..... ۴۸
- ۲-۴- ضمانت اجرای مدنی نقض قوانین ازدواج کودک در حقوق ایران..... ۵۰
- ۲-۴-۱- معیار مصلحت در قانون مدنی..... ۵۱
- ۲-۴-۲- عدم نفوذ عقد از نظر حقوقدانان ایرانی..... ۵۳
- ۲-۴-۳- وضعیت نافذ بودن نکاح اطفال بعد از بلوغ و رشد..... ۵۴
- ۲-۴-۴- تاثیر مهریه بر بطلان یا نفوذ عقد نکاح..... ۵۵
- ۲-۴-۵- سایر حمایت های مدنی از کودکان در حقوق ایران..... ۵۸
- ۲-۴-۶- راه کارهایی برای حل مشکل ازدواج کودکان..... ۵۹
- ۲-۵- ضمانت اجرای مدنی نقض قوانین ازدواج کودک در حقوق افغانستان..... ۶۱
- ۲-۵-۱- بطلان عقد نکاح در قانون مدنی افغانستان..... ۶۱
- ۲-۵-۲- فضولی بودن عقد نکاح در قانون مدنی افغانستان..... ۶۲

- ۳-۵-۲- ایرادات قانون مدنی افغانستان..... ۶۲
- ۴-۵-۲- نکاح در قانون احوال شخصیه اهل تشیع افغانستان..... ۶۴
- ۶-۲- جمع بندی فصل دوم..... ۶۴
- فصل سوم: ضمانت اجرای کیفری نقض قوانین ازدواج کودک در فقه، حقوق ایران و افغانستان..... ۶۶
- ۱-۳- ضمانت اجرای کیفری نقض قوانین ازدواج کودک در فقه امامیه و حنفیه..... ۶۷
- ۲-۳- ضمانت اجرای کیفری نقض قوانین ازدواج کودک در حقوق ایران..... ۷۰
- ۱-۲-۳- ارتباط کودک همسری با کودک آزاری..... ۷۰
- ۲-۲-۳- مجازات ولی در ازدواج کودکان..... ۷۱
- ۳-۲-۳- صدمات وارده بر کودک در حقوق ایران..... ۷۲
- ۱-۳-۲-۳- صدمات مادی..... ۷۳
- ۲-۳-۲-۳- صدمات معنوی..... ۷۴
- ۴-۲-۳- پیامدهای جرم شناختی کودک همسری..... ۷۷
- ۵-۲-۳- جرم انگاری کودک همسری و کم بود منابع قانونی..... ۷۸
- ۶-۲-۳- ضمانت اجرای کیفری در حقوق ایران..... ۷۹
- ۱-۲-۳- حمایت‌های کیفری از کودکان..... ۸۱
- ۲-۲-۳- ضمانت اجرای نکاح صغیر بدون اجازه دادگاه..... ۸۱
- ۳-۲-۳- ضمانت اجرایی عدم ثبت نکاح..... ۸۲
- ۴-۲-۳- ضمانت اجرایی نقض تخلف از شرط بلوغ..... ۸۳
- ۷-۲-۳- ازدواج کودک با سرپرست خود..... ۸۳
- ۳-۳- ضمانت اجرای کیفری نقض قوانین ازدواج کودک در حقوق افغانستان..... ۸۵
- ۱-۳-۳- قانون منع خشونت علیه زنان در افغانستان..... ۸۷

- ۲-۳-۳- ارکان جرم و مجازات ازدواج زیر سن قانونی در افغانستان..... ۸۷
- ۳-۳-۳- مجازات ازدواج با دختر نابالغ در افغانستان..... ۹۰
- ۴-۳- جمع بندی فصل سوم..... ۹۱
- نتایج..... ۹۳
- پیشنهادها..... ۹۳
- منابع فارسی..... ۹۵
- منابع عربی..... ۹۸

الف) بیان مسئله

مطابق ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی عقد نکاح دختر قبل از ۱۳ سال و پسر قبل از ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح، این در حالی است که، طبق نظر مشهور فقیهان امامیه، اذن ولی برای ازدواج دختر قبل از ۹ سالگی و پسر قبل از ۱۵ سالگی، لازم است.

در امر ازدواج اقدام ولی باید در جهت رعایت غبطه و صلاح و صرفه آنان باشد، ولی از نظر برخی فقیهان، صرف عدم مفسده، کافی است. در صورت تخطی از لحاظ مصلحت یا عدم مفسده، بسیاری از فقهای امامیه عقیده دارند که عقد به صورت فضولی واقع شده نه اینکه از اساس باطل شود بنابراین، موقوف بر آن است که صغیر یا صغیره پس از بلوغ اجازه دهد یا رد نماید، که در صورت اول، عقد صحیح و در صورت رد، باطل است، عده‌ای از فقها نیز معتقدند که در صورت وقوع عقد برخلاف مصلحت صغار، عقد به کلی باطل است و اجازه بعدی صغیر یا صغیره موجب صحت آن نمی‌شود.

در عین حال، برخلاف ماده ۱۱۸۴ ق.م. که ضمانت اجرای «مدنی» تخلف ولی در امور مالی صغیر را مورد توجه قرار داده و «عزل او» را نتیجه‌ی این تخلف اعلام داشته؛ از عزل ولی در فرض تخلف یاد شده در تزویج مؤلی علیه، سخنی گفته نشده است.

در جهت ضمانت اجرای کیفری و ممانعت از ازدواج کودکان نیز ماده ۵۰ قانون حمایت از خانواده برای زوج مجازاتی را در نظر گرفته و هرگاه این ازدواج به واقعه منتهی به نقص عضو یا مرض دائم یا فوت زن منجر شود، زوج به پرداخت دیه و حبس تعزیری محکوم می‌گردد. این ماده دارای ایرادی است به این شکل که ماده فوق فقط مختص مرد می‌باشد و در مورد زن مطلبی نگفته است و ایراد دیگری که به بخش دوم ماده وارد است این است که اگر واقعه صورت گرفت و تخلف را کرد ولی واقعه منجر به نقض عضو نشد و زن هیچ گونه مرضی نگرفت آن وقت آیا مرد باید مجازات شود، قانون در این مورد، ساکت است در حالی که از نگاه برخی فقها، در صورت عدم افضاء و به صرف ازاله بکارت و وقوع جراحت در موضع مقاربت، عمل منجر به عیب، موجب ضمان است. نکته دیگر اینکه، تبصره ماده فوق در مورد مجازات ولی، مادر و سرپرست که تاثیر مستقیم در این امر داشته باشند نیز مجازاتی را در نظر گرفته است اما این تبصره هم خالی از اشکال نیست. باید توجه

داشت، علاوه بر اینکه عبارت (تاثیر مستقیم)، در تبصره ماده ۵۰، ابهام دارد و باید بررسی شود که مراد قانونگذار چیست؟ این مسئله نیز جای تحقیق دارد که برخلاف قانون، در فقه امامیه نسبت به مجازات زوج و حتی ولی قهری خلأ وجود دارد و باید مبنای فقهی این مجازات زوج و ولی قهری، استخراج شده و معلوم شود که چنین مجازاتی، آیا ریشه فقهی و جنبه شرعی دارد یا ندارد؟

در مقام تطبیق با حقوق افغانستان باید گفت که طبق فقره اول ماده ۷۱ قانون مدنی این کشور ازدواج دختر قبل از ۱۵ سالگی، حتی توسط ولی، باطل است اما در بازه سنی ۱۵ تا ۱۶، با رعایت مصلحت توسط ولی، صحیح و بدون رعایت مصلحت، باطل است. اما ازدواج پسر، قبل از ۱۸ سالگی با رعایت مصلحت توسط ولی، صحیح و بدون رعایت مصلحت، باطل است. ماده ۷۰ این قانون چنین مقرر می‌دارد: «اهلیت ازدواج وقتی کامل می‌گردد، که ذکور سن ۱۸ و اناث شانزده سالگی را تکمیل کرده باشند».

نکته ای که از مواد فوق بدست می‌آید این است که قانون افغانستان برای ازدواج کودکان، سن خاصی معین کرده و حتی بین دختر و پسر فرق قائل شده است به این صورت که در صورت ازدواج دختر قبل از ۱۵ سالگی این ازدواج کلاً باطل است و ضمانت اجرای مدنی آن، اعلام «بطلان» است چه این ازدواج با در نظر گرفتن مصلحت باشد چه بدون رعایت آن اما در ازدواج پسر قبل از ۱۸ سالگی تنها در صورت رعایت نکردن مصلحت عقد باطل می‌شود و اگر مصلحت رعایت شده باشد عقد صحیح است.

این در حالی است که در فقه حنفی نکاح دادن پسر و دختر نابالغ (چه صغیره باکره باشد یا بیوه) از سوی ولی آنها جایز است اما سن بلوغ دختر و پسر، ۱۵ سال قمری است گرچه خود ابوحنیفه سن بلوغ پسر را ۱۸ سال و دختر را ۱۷ سال می‌داند. بنابراین اگر پسر یا دختر صغیره را پدر یا جد آنها به ازدواج داد، آن دو بعد از بلوغ خود اختیاری ندارند مشروط به آنکه انتخاب نادرست پدر و پدر بزرگ از قبل شناخته شده و هویدا نباشد، اما اگر چنین نبود در آن صورت برای دختر و پسر خیار فسخ نزد قاضی وجود دارد. گرچه برخی از ایشان چنین عقد نکاحی را از اساس باطل دانسته‌اند.

مطابق ماده ۹۴ قانون احوال شخصیه اهل تشیع سن ازدواج برای دختر ۱۶ سال و برای پسر ۱۸ سال شمسی است و اثبات بلوغ، اهلیت و مصلحت ازدواج قبل از این سنین توسط ولی در محکمه، امکان پذیر است. آنچه از این ماده پیداست، لزوم رعایت مصلحت در ازدواج کودک از منظر قانونگذار افغانستان است. بر همین اساس

است که در ماده ۵۷ قانون مذکور، مقرر می‌دارد: «در صورتی که طیب، ازدواج مولی علیه را لازم بداند، ولی با اجازه محکمه می‌تواند بارعایت توان مالی مولی علیه، زمینه‌ی ازدواج او را فراهم نماید».

قانونگذار افغانستان در جهت وضع ضمانت اجرای کیفری نقض قوانین ازدواج کودکان، در ماده ۲۸ قانون منع خشونت علیه زنان، ازدواج قبل از اكمال سن قانونی را بعنوان یک عمل جرمی، ممنوع قرار داده و برای مرتکب آن مجازات تعیین کرده و نکاح در صورت مطالبه زن، مطابق احکام قانون فسخ می‌گردد. اما به موجب ماده ۳۹ قانون، پیگیری دعوا و رسیدگی به جرایم مندرج مواد ۲۲ الی ۳۹ (از جمله جرم نکاح قبل از اكمال سن قانونی) بر اساس شکایت مجنی علیها و با وکیل وی صورت می‌گیرد و مجنی علیها می‌تواند در این موارد، در هر مرحله دعوا از شکایت خویش منصرف شود در آن صورت روند رسیدگی به دعوا متوقف می‌گردد. در حالیکه این عمل از زمره جرایم سنگین است که نظم جامعه را مختل می‌سازد و قابلیت پیگیری دعوا از جانب مدعی العموم بر علیه متهمین را نیز دارد، و مهمتر از همه اینکه قربانیان این نوع جرم دختران زیر سن قانونی هستند که نه خود امکان شکایت را دارند و نه توان گرفتن وکیل. این خلأ قانونی یکی از عوامل تداوم ازدواج اطفال می‌باشد. نکته مهم دیگر اینکه، ازدواج اطفال پسر در هیچ یک از قوانین جزایی جرم انگاری نشده و حتی به صراحت ممنوع قرار داده نشده است.

ب) سابقه و ضرورت تحقیق

با بررسی و جست و جو در مقالات: (تجربه زیسته زنان در ازدواج زودهنگام، بررسی آثار و وضعیت ازدواج کودکان در فقه امامیه و حقوق ایران، بررسی مبانی ولایت قهری پدری و جد پدری در نکاح دختر باکره، آسیب شناسی پدیده کودک همسری در ایران) به این مطلب دست می‌یابیم که تمامی این مقالات در مورد ضمانت اجرای نقض قوانین ممنوعیت ازدواج کودک مطلبی نگفته‌اند و می‌توان گفت که این موضوع دارای خلا هم در قانون و هم در پژوهش‌های انجام گرفته است.

ج) اهداف تحقیق:

هدف در این پایان نامه این است که با بررسی و کمک گرفتن از منابع فقهی شیعه و حنفی و منابع حقوقی ایران و افغانستان، بتوانیم به ارائه راه و روشی مناسب همراه و همگام با آموزه‌های فقهی در جهت جلوگیری از ازدواج‌های زود هنگام دست پیدا کنیم و اگر نواقصی در قوانین موجود باشد بتوانیم پیشنهادی خوب برای آن ارائه دهیم.

د) سوالات و فرضیه‌ها

سوال اصلی

ضمانت اجرای نقض قوانین ممنوعیت ازدواج کودک در حقوق موضوعه ایران و افغانستان، براساس آموزه‌های فقهی چگونه می باشد؟

سوالات فرعی

۱. منظور از کودک چیست؟

۲. ضمانت اجرای مدنی نقض قوانین ازدواج کودک در فقه، حقوق ایران و افغانستان چیست؟

۳. ضمانت اجرای کیفری نقض قوانین ازدواج کودک در فقه، حقوق ایران و افغانستان چیست؟

فرضیه اصلی:

نقض قوانین ازدواج کودک علاوه بر ثبوت حبس تعزیری، در فقه امامیه سبب فضولی شدن عقد و در فقه حنفیه سبب خیاری شدن نکاح و در حقوق افغانستان موجب بطلان آن و در حقوق ایران موجب حبس تعزیری است. فرضیات فرعی:

۱. مطابق فقه امامیه، دختران کمتر از ۹ سال و پسران کمتر از ۱۵ سال قمری، کودک (صبی یا صغیر) محسوب می‌شوند برخلاف فقه حنفیه که ملاک صغر، برای هر دو جنس، ۱۵ سالگی است. در قانون مدنی ایران و در بحث نکاح، دختر زیر ۱۳ سال شمسی و پسر زیر ۱۵ سال، کودک محسوب می‌گردد در حالی که در قوانین نکاح افغانستان، کودک به دختر زیر ۱۶ سال و پسر زیر ۱۸ سال اطلاق می‌شود.

۲. بسیاری از فقهای امامیه معتقدند تخطی از مصلحت، عقد نکاح رخ داده را فضولی می‌سازد و بر اجازه صغیر یا صغیره پس از بلوغ، موقوف می‌گردد و در فقهای حنفیه بر این نظرند که موجب ثبوت خیار فسخ برای او پس از بلوغ است. اما قانونگذار ایران، ضمانت اجرای مدنی را اعلام نکرده و همچنان مبهم است و طبق قوانین افغانستان، ازدواج دختر قبل از ۱۵ سالگی، حتی توسط ولی و با رعایت مصلحت، باطل است ولی ازدواج پسر، قبل از ۱۸ سالگی با رعایت مصلحت توسط ولی، صحیح و بدون رعایت مصلحت، باطل است.

۳. ضمانت اجرای کیفری نقض قوانین ازدواج کودک در قانون حمایت خانواده ایران، حبس تعزیری است و در حقوق افغانستان، حبس متوسط بیش از دو سال برای مجرم است. اما در فقه امامیه و حنفیه نسبت به مجازات زوج و حتی ولی قهری، حکم صریحی وجود ندارد.

ه) روش تحقیق

در پایان نامه حاضر روش تحقیق به صورت کتابخانه‌ای و از نوع توصیفی و تحلیلی می‌باشد و موارد تحقیق نیز با استفاده از کتاب، نرم افزار و مقالات معتبر در رابطه با این موضوع می‌باشد.

و) ساختار تحقیق

پایان نامه فوق از سه فصل تشکیل یافته است که فصل اول آن تحت عنوان کلیات پژوهش، شامل بررسی کلمات و واژه های کلیدی پایان نامه می شود و در آخر نیز به بررسی تاریخچه موضوع فوق می پردازد، در فصل دوم به ضمانت اجرایی مدنی نقض قوانین ازدواج کودکان پرداخته می شود و این موضوع را از باب فقه و حقوق و قانون ایران و افغانستان مورد بحث و بررسی قرار می دهیم؛ در فصل سوم نیز ضمانت اجرایی نقض قوانین کیفری ازدواج کودکان از نظر فقه و حقوق ایران و افغانستان مورد بررسی قرار می گیرد.

د) پیشینه تحقیق

با بررسی و جست و جو به این مطلب دست می یابیم که در این موضوع صرفاً چند مقاله فقهی و حقوقی تحت عناوین بلوغ و ازدواج کودکان از منظر فقه اسلامی و بررسی آثار و وضعیت ازدواج کودکان در فقه امامیه تحریر شده است و فقها در لابه لای کتب فقهی به این موضوع اجمالاً اشاره کرده اند که هم اکنون دارای ابهامات و سوالات زیادی است و باید بررسی شود که قوانینی که بصورت شکسته و بسته وجود دارند آیا دارای ضمانت اجرایی هستند یا خیر.

فصل اول

کلیات

فصل اول: کلیات

در این فصل ما سعی نموده‌ایم تا تعریفی صحیح و درست از واژه‌های استفاده شده در فصل‌های دیگر و ابهام زدایی از واژه‌ها را به انجام برسانیم و در نهایت در آخر نیز به سیر تحولات ازدواج کودکان و آثار و پیامدهای آن در گذشته اشاره نموده‌ایم.

۱-۱- تعریف کودک

فرزند انسان از زمان تولد تا بلوغ، کودک یا صغیر نامیده می‌شود، که معادل آن در زبان عربی طفل است.^۱ در فرهنگ‌های فارسی، واژه «طفل» به معنای «کوچک از همه چیز» آمده است و این کلمه مترادف با کلماتی چون کودک، صغیر، بچه و نوزاد می‌باشد.^۲

همچنین گفته شده که «حجر صغیر ادامه دارد تا این که به یکی از اموری که در کتاب صوم ذکر شده است برسد».^۳ بنابراین، صغیر یا طفل از دیدگاه فقها به کسی گفته می‌شود که به حد بلوغ شرعی نرسیده و شرعاً نتواند در اموال خود تصرفاتی از قبیل بیع (به غیر از موارد جزئی)، صلح، قرض و اجاره بنماید. البته، فقها میان طفلی که تا حدودی از لحاظ عقلی رشد یافته و قادر به تمیز است و طفلی که هنوز ممیز نیست تفاوت قائل شده‌اند و هر کدام را دارای احکام جداگانه‌ای دانسته‌اند.^۴

یکی از مهم‌ترین اسناد بین‌المللی در حوزه حقوق بشر درباره کودکان کنوانسیون حقوق کودک است که در ماده ۱ آن از کودک چنین تعریف شده است: «از نظر این کنوانسیون، منظور از کودک، افراد زیر ۱۸ سال است؛ مگر اینکه طبق قانون قابل اجرا درباره کودک، سن بلوغ کمتر تشخیص داده شود».

در اسناد بین‌الملل دیگر نیز کودک چنین تعریف شده است؛ مثلاً در بند «د» ماده ۱ قرار داد تکمیلی منع بردگی و برده فروشی، مصوب ۱۹۶۲ ژنو و ماده ۲ کنوانسیون بدترین شکل کار کودک و براساس نظر سازمان بهداشت جهانی، لفظ کودک به افرادی گفته می‌شود که سن آن‌ها کمتر از ۱۸ سال باشد.^۵

۱. انوری، حسن، فرهنگ بزرگ سخن، تهران، نشر سخن، چاپ پنجم، ۱۳۸۷، جلد ۶، ص ۵۹۸۹.

۲. عمید، حسن، فرهنگ عمید، تهران، نشر امیرکبیر، چاپ سوم، ۱۳۷۵، ص ۸۹۴.

۳. شهید ثانی، زین‌الدین علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم، نشر مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۳۸۱، جلد ۲، ص ۳۵۹.

۴. بیگی حبیب‌آبادی، احمد، حسینی، سید جواد، حدود مسئولیت کیفری و مجازات طفل در فقه امامیه، ۱۳۹۶، ص ۳.

۵. ایروانیان، امیر، بررسی تطبیقی حقوق کودک در اسناد و مقاله‌نامه‌های بین‌المللی و مقررات داخلی، ص ۵۳.

یکی از مطالبی که باید ذیل تعریف واژه کودک روشن گردد، تا بتوان لفظ کودک و کودک همسری را برای عقد ازدواج استفاده کرد، معلوم شدن پایان سن دوران کودکی است. که به شرح زیر به این موضوع می‌پردازیم.

۱-۲-۱- پایان دوران کودکی در حقوق ایران

پایان دوران کودکی در حقوق ایران جای بررسی دارد. برای شناخت این مفهوم باید رجوع نمود به مواردی از قانونی تا بتوان معنا و مفهوم دقیقی ارائه داد.

تعیین پایان دوران کودکی، در قوانین ایران، قدری پیچیده است و به تناسب جنبه‌های مختلف عرصه‌های اجتماعی، به یک صورت نیست. قانون‌گذار در قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی برای ورود به سن مسئولیت کیفری و خارج شدن از حجر و ممنوعیت از تصرف، نظر مشهور فقیهان را که همان سن بلوغ شرعی است، معیار قرار داده است.

ماده ۴۹ قانون مجازات اسلامی و تبصره ۱ آن مقرر می‌دارد: «اطفال در صورت ارتکاب جرم میرا از مسئولیت کیفری هستند و تربیت آنان با نظر دادگاه به عهده سرپرست اطفال و عندالاقضاء، کانون اصلاح و تربیت اطفال می‌باشد. تبصره ۱: منظور از طفل کسی است که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد.» از آنجا که قانون مجازات اسلامی تعریفی از بلوغ ارائه نداده است، باید به قانون مدنی مراجعه کنیم؛ تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی که در سال ۱۳۶۱ به ماده مزبور اضافه شد مقرر می‌دارد: «سن بلوغ در پسر ۱۵ سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است.»

همان‌طور که دیدیم معیار پایان دوران کودکی در قانون مدنی و کیفری ایران گذر از سن بلوغ شرعی است و این قوانین از علائم بلوغ فقط به ملاک سنی توجه نموده است؛ در واقع دگرگونی‌های طبیعی انجام گرفته در مسائل جنسیتی افراد یکی از علائم رشد عقلانی و روانی برای ایفای نقش در جامعه می‌باشد.

ماده ۱۰۴۱ مصوب ۱۳۸۱، درخصوص عقد نکاح دختر و در واقع پایان دوران کودکی چنین مصوب شده است: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی، به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه.»

در قانون مجازات عمومی، از ابتدای تصویب، به دو شکل بوده است؛ در قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ که از مواد ۳۴ تا ۳۸ به کودکان مربوط می‌شد، ابتدا اطفال را تقسیم به دو دسته ممیز و غیر ممیز کرده‌اند،

و ماده ۳۴ مقرر می‌داشت: «کودکان غیر ممیز را نمی‌توان جزائاً محکوم نمود. در امور جزایی، هر کودکی که ۱۲ سال تمام نداشته باشد، حکم غیر ممیز شاملش می‌شود».

قانون گذار در ماده یاد شده کودکان زیر ۱۳ سال را فاقد هرگونه مسئولیت کیفری و غیر ممیز تلقی می‌کرد؛ و کودکان ۱۲ سال به بالا را ممیز به حساب می‌آورد، و آن‌ها را تا ۱۸ سالگی به دو گروه دسته‌بندی می‌نمود، کودکان ۱۲ تا ۱۵ سال تمام و کودکان ۱۵ تا ۱۸ سال تمام، در آخر نیز ۱۸ سالگی را پایان زمان کودکی قرار داده بود. لازم به ذکر است که این قانون کودکان ۱۵ سال تمام به بالا را دارای مسئولیت کیفری و بالغ می‌دانست؛ اما روش مقابله با آنان در مقایسه با اشخاص بزرگسال متفاوت در نظر گرفته شده بود.

اما قانون مزبور در سال ۱۳۵۲ ه.ش مورد تغییراتی قرار گرفت. قانون اصلاح شده، کودکان را در ۳ گروه سنی متفاوت تقسیم بندی انجام داده بود: گروه اول را کودکانی شامل می‌شدند که کمتر از ۶ سال داشتند و به هیچ عنوان قابل تعقیب جزایی نبودند؛ گروه دوم کودکان که بین ۶ تا ۱۲ سال سن داشتند که براساس بند ۱ ماده ۳۳ قانون مجازات عمومی اصلاحی ۱۳۵۲ با آن‌ها برخورد می‌شد: «... در صورت ارتکاب جرم، به اولیا یا سرپرست آنان با اخذ تعهد به تادیب و تربیت و مواظبت در حسن اخلاق تسلیم می‌شود و در مواردی که طفل، فاقد ولی یا سرپرست است، یا دادگاه سپردن طفل را به سرپرست یا ولی او مناسب تشخیص ندهد، یا به آنان دسترسی نباشد، دادگاه مقرر خواهد داشت که دادستان، طفل بزهکار را به یکی از موسسات یا بنگاه‌های عمومی یا خصوصی که معد و مناسب برای نگهداری و تربیت طفل است، برای مدتی از یک ماه تا شش ماه بسپارد...».

گروه سوم کودکان بین ۱۲ تا ۱۸ سال که قاضی براساس مستندات پرونده و بزهکاری که انجام داده‌اند، یکی از موارد مطرح در بند ۲ ماده ۳۳ قانون مجازات عمومی، اصلاحی سال ۱۳۵۲ را در نظر خواهد گرفت: «نسبت به اطفال بزهکار که بیش از ۱۲ و تا ۱۸ سال تمام دارند، دادگاه یکی از تصمیمات زیر را اتخاذ خواهد کرد: الف) تسلیم به اولیا یا سرپرست یا اخذ تعهد به تادیب و مواظبت در حسن اخلاق طفل؛ ب) سرزنش و نصیحت به وسیله قاضی دادگاه؛ ج) حبس در دارالتادیب از سه ماه تا یک سال؛ د) حبس در دارالتادیب از شش ماه تا پنج سال، در صورتی که طفل بیش از ۱۵ سال تمام داشته باشد و جرم از درجه جنایت باشد و دو تا هشت سال حبس در دارالتادیب، اگر مجازات آن جنایت اعدام یا حبس دائم باشد و در این مورد مدت حبس در دارالتادیب کمتر از دو سال نخواهد بود». البته این مورد در قانون تشکیل دادگاه‌های کودکان بزهکار مصوب ۱۳۳۸ نیز به همین شکل وجود داشته: «به کلیه جرایم اطفال که سن آن‌ها بیش از ۶ سال تمام و تا ۱۸ سال تمام است، طبق این قانون در دادگاه اطفال رسیدگی می‌شود. اطفال تا ۶ سال تمام قابل تعقیب جزایی نخواهند بود».