



پایان نامه کارشناسی ارشد در رشته الهیات
گرایش: فقه و مبانی حقوق اسلامی

عنوان:

بررسی فقهی حقوقی کودک همسری با نگاهی به عرف

استاد راهنما:

دکتر محمدرضا کیخا

تحقیق و نگارش:

ابوالفضل رضوانی

پاییز ۱۳۹۹

بسم الله الرحمن الرحيم



بسمه تعالی

این پایان نامه با عنوان بررسی فقهی - حقوقی کودک همسری با نگاهی به عرف قسمتی از برنشینان آموزشی دوره کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی توسط دانشجو ابوالفضل رضوانی با راهنمایی استاد پایان نامه دکتر محمدرضا کیخا تهیه شده است. استفاده از مطالب آن به منظور اهداف آموزشی با ذکر مرجع و اطلاع کتبی به حوزه تحصیلات تکمیلی دانشگاه سیستان و بلوچستان مجاز می باشد.

ابوالفضل رضوانی

این پایان نامه، واحد درسی شناخته می شود و در تاریخ ۱۳۹۴/۰۷/۰۸ توسط هیئت داوران بررسی و درجه خیبیس به آن تعلق گرفت.

نام و نام خانوادگی	امضاء	تاریخ
استاد راهنما:	دکتر محمدرضا کیخا	
استاد راهنما:	-	
استاد مشاور:	-	
داور ۱:	دکتر احسان سامانی	
داور ۲:	دکتر مصطفی اربابی مجاز	
نماینده تحصیلات تکمیلی:	دکتر ولی اله حسومی	



تعهدنامه اصالت اثر

اینجانب ابوالفضل رضوانی تأیید می‌کنم که مطالب مندرج در این پایان نامه حاصل کار پژوهشی اینجانب است و به دستاوردهای پژوهشی دیگران که در این نوشته از آن استفاده شده است مطابق مقررات ارجاع گردیده است. این پایان نامه پیش از این برای احراز هیچ مدرک هم سطح یا بالاتر ارائه نشده است.

کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به دانشگاه سیستان و بلوچستان می‌باشد.

نام و نام خانوادگی دانشجو

ابوالفضل رضوانی

تقدیم به:

مهربانترین همراهان زندگیم و به پاس محبت های بی دریغشان که هرگز فروکش نمی کند این مجموعه را به پدر، مادر، همسر و فرزندان عزیزم که حضورشان در فضای زندگی ام مصداق بی ریای سخاوت بوده است تقدیم می کنم.

تشکر و قدردانی

نخستین سپاس از آن خداوندی است که بنده کوچکش را در دریای بیکران اندیشه، قطره ای ساخت تا وسعت آن را از دریچه اندیشه های ناب آموزگارانی بزرگ به تماشا نشیند. لذا اکنون که در سایه سار بنده نوازی هایش پایان نامه حاضر به انجام رسیده است، بر خود لازم می دانم تا مراتب سپاس را از بزرگواران به جا آورم که اگر دست یاریگرشان نبود، هرگز این پایان نامه به انجام نمی رسید.

ابتدا از استاد گرانقدرم جناب آقای دکتر محمدرضا کیخا که زحمت راهنمایی این پایان نامه را بر عهده داشتند، کمال سپاس را دارم.

چکیده

این پایان نامه تحت عنوان بررسی فقهی - حقوقی کودک همسری با نگاهی به عرف و با هدف تبیین فقهی حقوقی کودک همسری با نگاهی به عرف و تبیین چالشهای کودک همسری در دنیای امروزی انجام شد. روش مورد استفاده در این پژوهش به صورت توصیفی و تحلیلی می باشد و برای جمع آوری اطلاعات از روش اسنادی استفاده شده است. سوال اصلی پژوهش عبارت است از نگاه عرف به پدیده ی کودک همسری چگونه است؟ و فرضیه اصلی پژوهش بیان میدارد که کودک همسری از دیدگاه فقه مقبول و از دیدگاه حقوق و عرف بسیاری از جوامع قابل قبول نیست. اهمیت و ضرورت پژوهش در این حوزه بدین دلیل است که در حال حاضر با وجود تبعات جبران ناپذیر ناشی از ازدواج کودکان، هنوز ازدواج های کودکان صورت می پذیرد. یافته های این مطالعه نشان می دهد که ازدواج یک ضرورت اجتماعی است، اما در بعضی موارد منجر به سو استفاده جنسی و استثمار کودک می شود. ازدواج کودکان خشونت پنهانی علیه سلامتی و حقوق کودکان است. زیرا فارغ از نیاز به آمادگی جسمانی، که پیش شرط واضح هرگونه ازدواج است، رشد کافی، درک شرایط، بلوغ فکری و آمادگی روحی و روانی برای جلوگیری از ازدواج کودک در سنین پایین ضروری است. اصل ازدواج کودکان مورد قبول فقهای اسلامی قرار گرفته است و در این زمینه علاوه بر اتفاق نظر، استدلالهای عمومی و روایات ویژه ای نیز وجود دارد. فقهای مشهور امامیه در ازدواج دختری نابالغ فتوای ولایت پدر و جد پدری را صادر کرده اند. در قانون فعلی، ازدواج دارای شرایط خاصی است که کودک فاقد آن است، مانند قصد رضایت طرفین، اختیار، بلوغ و غیره. برای حل این مشکل، قانونگذاران در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی، سن ازدواج دختران را ۱۵ سال و پسران را ۱۸ سال تعیین کرده اند که در صورت انحراف از این ماده، از ۶ ماه تا دو سال حبس محکوم می شوند.

واژگان کلیدی: کودک همسری، بررسی فقهی، بررسی حقوقی، عرف

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
چکیده	و
فصل اول: کلیات پژوهش	۱
۱-۱- مقدمه	۲
۲-۱- بیان مسئله	۴
۳-۱- اهمیت و ضرورت پژوهش	۵
۴-۱- اهداف پژوهش	۶
۱-۴-۱- هدف اصلی	۶
۲-۴-۱- اهداف فرعی	۶
۵-۱- سوالات پژوهش	۷
۱-۵-۱- سوال اصلی	۷
۲-۵-۱- سوالات فرعی	۷
۶-۱- فرضیه های پژوهش	۷
۱-۶-۱- فرضیه اصلی	۷
۲-۶-۱- فرضیه های فرعی	۷
۷-۱- پیشینه پژوهش	۷
۸-۱- روش پژوهش	۹
۹-۱- ساختار پژوهش	۹
فصل دوم: مبانی و مفاهیم نظری پژوهش	۱۱
۱-۲- مفهوم کودک	۱۲
۲-۲- مفهوم رشد	۱۲
۳-۲- مفهوم بلوغ	۱۳
۴-۲- مفهوم عرف	۱۴
۵-۲- جایگاه عرف در فقه	۱۴
۶-۲- جایگاه عرف در قانون	۱۵
۷-۲- تعریف ازدواج زود هنگام	۱۶
۸-۲- تعریف کودک همسری	۱۶
۹-۲- ازدواج قبل از بلوغ	۱۷
۱۰-۲- عوامل پیدایش کودک همسری	۱۸
۱۱-۲- تعیین حداقل سن ازدواج در حقوق بین الملل	۱۹
۱۲-۲- سیر تطور تاریخی سن ازدواج در طول تاریخ تقنینی ایران	۲۱
۱۳-۲- پیامدهای ازدواج زود هنگام	۲۳
۱-۱۳-۲- سلامت کودکان و آثار ازدواج زود هنگام بر آن	۲۳
۲-۱۳-۱- تحصیل و آموزش و محرومیت از آن	۲۳
۲-۱۳-۲- آسیب های وارده به سلامت جنسی و حقوق باروری	۲۴

۲۵	۲-۱۳-۱-۳- مرگ و میر نوزادان و مادران.....
۲۵	۲-۱۳-۱-۴- بهره کشی جنسی، سوء استفاده و اعمال خشونت.....
۲۶	۲-۱۳-۲- آثار سوء ازدواج زود هنگام.....
۲۶	۲-۱۴- تعدد زوجات در فقه اهل سنت.....
۲۶	۲-۱۴-۱- ادله مشروعیت تعدد زوجات از منظر فریقین.....
۲۸	۲-۱۴-۲- شرط عدالت از دیدگاه فقهای اهل سنت.....
۳۱	۲-۱۵- حقوق و تکالیف زوجین در فقه امامیه.....
۳۱	۲-۱۵-۱- حقوق و تکالیف مالی زوجین در فقه امامیه.....
۳۱	۲-۱۵-۱-۱- مهر و انواع مهریه در فقه امامیه.....
۳۴	۲-۱۵-۲- نفقه در فقه امامیه.....
۳۶	۲-۱۵-۲- حقوق و تکالیف غیر مالی (معنوی) زوجین در فقه امامیه.....
۳۶	۲-۱۵-۲-۱- خوش خلقی و گشاده رویی.....
۳۷	۲-۱۵-۲-۲- احترام به همسر و تکریم شخصیت او.....
۳۸	۲-۱۵-۲-۳- زینت و آراستگی.....
۳۹	۲-۱۵-۲-۴- همدلی و مشارکت در انجام امور داخلی خانواده.....
۴۰	۲-۱۵-۲-۵- حاکمیت فضای صمیمیت، مودت و گذشت در خانواده.....
۴۲	فصل سوم: تاثیر دیدگاه عرف در پدیده کودک همسری.....
۴۳	۳-۱- جایگاه و نقش عرف در تعیین سن ازدواج.....
۴۴	۳-۲- علل توسعه ازدواج زود هنگام.....
۴۴	۳-۲-۱- عوامل جامعه شناختی ازدواج زود هنگام.....
۴۵	۳-۲-۱-۱- سن ازدواج.....
۴۷	۳-۲-۱-۲- قدرت دین.....
۴۸	۳-۲-۱-۳- بعد سلامتی.....
۴۸	۳-۲-۱-۴- بعد تحصیلی.....
۴۹	۳-۲-۱-۵- تبعیض (نابرابری جنسیتی).....
۴۹	۳-۲-۱-۶- فقر و تدابیر اقتصادی.....
۵۰	۳-۲-۱-۷- سنت و فرهنگ.....
۵۱	۳-۲-۱-۸- حفظ عزت خانواده و کنترل روابط جنسی.....
۵۱	۳-۲-۲- عوامل شخصی ازدواج زود هنگام.....
۵۱	۳-۲-۲-۱- وضعیت اشتغال.....
۵۱	۳-۲-۲-۲- قومیت.....
۵۲	۳-۲-۲-۳- تجربه رابطه عاطفی و جنسی.....
۵۳	فصل چهارم: بررسی فقهی پدیده کودک همسری.....
۵۴	۴-۱- شرایط عقد نکاح در فقه.....
۵۴	۴-۱-۱- شروط عمومی صحت شرط ضمن عقد.....
۵۴	۴-۱-۲- اقسام شرط ضمن عقد نکاح در فقه.....
۵۵	۴-۱-۳- مواردی از شرط خلاف کتاب و سنت.....

۵۶	۴-۱-۴- اقسام شرط صحیح.....
۵۸	۴-۱-۵- شروط ضمن عقد که محل اختلاف فقها است.....
۵۹	۴-۲- بلوغ نکاح در فقه.....
۶۰	۴-۳- نشانه‌های بلوغ فقهی.....
۶۲	۴-۴- سن بلوغ و ازدواج.....
۶۲	۴-۵- حق ازدواج کودک در فقه.....
۶۴	۴-۶- حکم صحت و اعتبار تزویج کودکان.....
۶۷	۴-۷- فقه و ترغیب به تسریع در ازدواج.....
۶۸	۴-۸- اولیای عقد نکاح پسر صغیر یا دختر صغیره.....
۶۹	۴-۹- فقه و لزوم اذن پدر در ازدواج دختر.....
۷۱	۴-۱۰- ازدواج با کودک شیرخوار در فقه.....
۷۵	۴-۱۱- سازوکارهای ممانعت از ازدواج زود هنگام کودکان در فقه امامیه.....
۷۹	فصل پنجم: بررسی حقوقی پدیده کودک همسری.....
۸۰	۵-۱- مبانی قانونی - حقوقی سن ازدواج.....
۸۰	۵-۱-۱- قانون اساسی.....
۸۲	۵-۱-۲- قوانین عمومی.....
۸۲	۵-۱-۳- قانون مدنی.....
۸۳	۵-۱-۴- قانون حمایت خانواده.....
۸۴	۵-۱-۵- قانون ازدواج.....
۸۴	۵-۲- اصلاح ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی اصلاحی مصوب ۱۳۸۱/۴/۱.....
۸۵	۵-۳- ارکان جرم ازدواج با کودک.....
۸۵	۵-۳-۱- عنصر مادی جرم ازدواج با کودک.....
۸۶	۵-۳-۲- عنصر معنوی جرم ازدواج با کودک.....
۸۶	۵-۳-۳- عنصر قانونی جرم ازدواج با کودک.....
۸۷	۵-۴- معیارهای حقوقی در تشخیص مصلحت در ازدواج کودکان.....
۸۷	۵-۴-۱- احراز بلوغ جسمی و عقلی کودک.....
۸۸	۵-۴-۲- رضایت و آگاهی کودک در نکاح.....
۸۸	۵-۴-۳- احراز صلاحیت طرف عقد نکاح.....
۸۹	۵-۵- رویکردهای حقوقی تشخیص مصلحت در ازدواج کودکان.....
۸۹	۵-۵-۱- جلب منفعت یا عدم وجود ضرر.....
۹۰	۵-۵-۲- مصلحت نوعی یا شخصی.....
۹۲	فصل ششم: نتیجه گیری و پیشنهادات.....
۹۳	۶-۱- نتیجه گیری.....
۹۵	۶-۲- پاسخگویی به فرضیات پژوهش.....
۹۶	۶-۳- پیشنهادات.....
۹۶	۶-۴- پیشنهاد برای پژوهش های آینده.....
۹۷	منابع.....

کتاب	۹۷
پایان نامه ها	۱۰۳
مقالات	۱۰۳
سایت ها	۱۰۵

فصل اول

کلیات پژوهش

۱-۱- مقدمه

موضوع «کودک همسری» به رغم کاهش چشمگیر، کم و بیش در متن جامعه جریان دارد. و همچنان کودکانی در سنین ۱۰ تا ۱۴ سالگی و حتی کمتر از آن به قید زوجیت سپرده می شوند. این درحالی می باشد که ازدواج ها لزوماً بین دو کودک نبوده و بلکه در بسیاری موارد کودکان به قید زوجیت افراد بزرگسال و گاه میانسال در می آیند. پدیده «کودک همسری» هرچند از حیث تاریخی و اجتماعی در باورهای فرهنگی و مذهبی جامعه ما ریشه دارد، ولی با توجه به تغییر و تحولات بنیادین در برخی باورها و واقعیت های 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 و اکنون نیز طرحی نو در دست بررسی می باشد که یک فوریت آن نیز به تصویب رسیده که در آن ضمن افزایش حداقل سن، برای ازدواج دختران بین ۱۳ تا ۱۶ و پسران ۱۶ تا ۱۸ سال افزون بر اجازه ولی و دادگاه، تأیید پزشکی قانونی نیز لازم شمرده شده است (حسینی پویا، ۱۳۹۷: ۱۲).

در بحث داوری برای تعیین سن ازدواج، بایستی به این نکته توجه داشت که قرارداد ازدواج پایه گذار خانواده بوده و خانواده نیز یکی از کهن ترین و مهم ترین عناصر زندگی انسانی می باشد. لذا عقد ازدواج از جهات دینی، ملی، حقوقی، اجتماعی، اخلاقی، اقتصادی، روانشناسی و مورد توجه و محل مطالعه می باشد. در بیشتر جوامع چنین عقدی که در وراثت و نسل انسانی اثرگذار می باشد، وجهه قدسی نیز یافته و انعقاد آن با آیین و تشریفات مذهبی خاصی همراه شده و ضمن افزودن قواعدی ویژه به آن، از برخی قواعد عمومی قراردادها نیز استثنا شده است. و همین ویژگی های گوناگون و پرشمار سبب شده که بسیاری از مسائل حقوقی این قرارداد و از جمله شرط اهلیت طرفین، با پاسخ های متعدد و گاه متعارض مواجه گردد. ممکن است در یک فرض گفته شود قراردادی با این درجه اهمیت و با این سطح تأثیر گذاری از جهات وراثتی، تناسلی و توالدی، ملیتی، احساسی و روانی، اقتصادی، سلامتی، پزشکی و... حد اعلا اهلیت باید در نظر گرفته گردد تا زوجین به معنای واقعی قادر به درک آثار و تبعات ناشی از این قرارداد مهم باشند. در طرف دیگر نیز می توان گفت رعایت مصالح و نیازهای فردی، اجتماعی، احساسی، روانی، تربیتی و گاهی نیز اجبار ناشی از فقر اقتصادی یا معنوی و، ممکن است ایجاب نماید کودکی به قید زوجیت سپرده گردد تا از وی حمایت شود و بر همین مبناست که پدیده «کودک همسری» در سنت و تاریخ ما ریشه داشته و به عنوان امری پذیرفته شده در

فرهنگ عمومی در آمده است. با تمام این موارد و در جمع میان این دو دیدگاه، اگر قانونگذار بتواند هم مصالح را رعایت نماید و هم ساحت اخلاق و نظم عمومی را پاس بدارد، هنرمندانه عمل کرده که این کار بسی دشوار است.

گرچه درست است که یکی از کارکردهای ازدواج پاسخ به نیازهای جسمی و روانی می باشد ولی این نهاد حقوقی - اجتماعی ابعاد بسیار گسترده تر و پیچیده تری داشته و تعیین فاکتور بلوغ جنسی به تنهایی - صرف نظر از مناقشاتی که در باره ملاک تعیین سن بلوغ وجود دارد - مفید به فایده نمی باشد. به منظور انعقاد قراردادی با این درجه اهمیت؛ رشد، آگاهی، آموزش، آزادی و قدرت انتخاب و درک مفهوم و آثار و نتایج این قرارداد و بسیاری بایدها و نبایدهای دیگر نیز ضرورت دارد و این همه، الزاماً با بلوغ جسمی همراه نیست. از طرف دیگر لزوم حمایت حقوقی از کودکان (صغار) به عنوان دسته ای از محجورین و گروه های آسیب پذیر، اصلی پذیرفته شده و غیر قابل انکار می باشد. بنابراین توجه ویژه قانونگذار و حمایت حقوقی از کودکان در یکی از مهمترین اعمال حقوقی زندگیشان ضرورت و اهمیت داشته و قانونگذار در بازنگری خویش، ناگزیر است به آسیب ها و تهدیدات ناشی از ازدواج کودکان و پدیده «کودک همسری» نگاهی ویژه داشته باشد.

مفهوم «کودک همسری» از حیث حقوقی در بیشتر موارد با آسیب ها، مشکلات و تهدیدات بسیاری از جمله موارد زیر همراه می باشد: جدایی «کودک همسری» از والدین و خانواده، ممانعت از حق تحصیل کودک همسران، تعهد کودک (پسر) به تأدیه نفقه و به تبع آن تعهد به اشتغال و کسب درآمد برای امرار معاش خانواده، تعهد کودک (دختر) به تمکین بدون قید و شرط با شرایط یاد شده در قانون و تعهد خانه داری، بارداری و فرزند پروری، تهدیدات و خطرات ناشی از خشونت خانگی و ضرب و شتم و جراحی کودک همسران، فقدان حمایت های حقوقی از کودک همسران ناشی از عدم دانش، عدم توان و عدم اهلیت قانونی آنان برای طرح دعاوی ناشی از زوجیت از جمله در: دعاوی نفقه، دعاوی مهریه، دعاوی طلاق، دعاوی توهین و ضرب و شتم، دعاوی اخذ شناسنامه فرزند، دعاوی مطالبه سهم الارث خود یا فرزند، درخواست قیمومیت فرزند (کودکی قیم کودک دیگر شود)، دعاوی حضانت و سایر دعاوی یا اعمال حقوقی مرتبط یا ناشی از زوجیت و.....

از سوی دیگر «کودک همسری» از جهات غیر حقوقی اعم از اجتماعی، پزشکی، روانشناسی و... نیز با آسیب ها و تهدیدات بسیاری ممکن است مواجه گردد که با توجه به دیدگاه های کارشناسان مربوطه، برخی از این موارد به قرار زیر می باشد: جدایی ناگهانی کودکان از دنیای کودکان و دوستان، ناتوانی جسمی دختران برای مادر شدن و مشکلات زایمان های سخت و زود هنگام، افزایش سقط جنین، افزایش شمار نوزادان کم وزن،

نارس، دارای سوء تغذیه و... ناتوانی «کودک مادران» و «کودک پدران» در نگهداری و تربیت فرزند، شمار بالای طلاق های زود هنگام و یا طلاق های عاطفی پس از افزایش سن، عدم آگاهی از بهداشت باروری و تنظیم خانواده، شیوع یافتن اختلالات خلقی مانند افسردگی، وسواس، اختلال های اضطرابی و اختلالات پانیک، همچنین عدم رسیدن به بلوغ فکری و استقلال شخصی، فقدان حمایت های خانواده، عدم آزادی در تعامل با هم سن ها و مشارکت نمودن در فعالیت های اجتماعی، طی ناقص مراحل رشد جنسی، روانی، اجتماعی و...، افزایش آسیب پذیری در برابر انزوای اجتماعی و....

طبق قانون اساسی، دولت (به معنای حاکمیت) موظف شده که از نهاد خانواده و به تبع آن از کودکان به عنوان بخشی از این نهاد، حمایت نماید (مقدمه و اصل دهم قانون اساسی). همچنین بر اساس ماده ۶ کنوانسیون حقوق کودک (که ایران نیز به آن ملحق شده)، کشورهای عضو متعهد شده اند حق ذاتی هر کودک برای زندگی را به رسمیت شناخته و حداکثر امکانات را برای بقا و پیشرفت کودک تضمین کنند و به موجب ماده و همین کنوانسیون نیز این کشورها باید تضمین نمایند که کودکان بر خلاف خواسته خود از والدینشان جدا نشوند، جز در مواردی که مطابق قوانین و مقررات، برخی مقامات ذیصلاح پس از بررسی های قضایی مطمئن گردند که این نوع جدایی به نفع کودک می باشد (حسینی پویا، ۱۳۹۷: ۱۲).

با این تفصیل، اجازه ازدواج کودکان در بسیاری موارد با جدایی آنان از خانواده و والدین و دوستان و آشنایان و ممانعت از تحصیل و سایر آسیب ها و تهدیداتی که بیان گردید ممکن است همراه باشد.

۱-۲- بیان مسئله

اگرچه ازدواج یک ضرورت اجتماعی محسوب می گردد، ولی در مواردی از نظر اجتماعی، به استثمار و سوءاستفاده جنسی کودکان ختم می گردد؛ پدیده ی ازدواج کودک در واقع یک خشونت مخفی در برابر حقوق کودکان و سلامتی آنان است. زیرا فارغ از لزوم آمادگی جسمانی که از وضوحات هر ازدواجی ست، بلوغ فکری، رشد کافی، درک شرایط ازدواج و آمادگی روحی و روانی نیز لازم است که باعث می شود تا از تزویج کودکان در سنین پایین نهی شود (نجفی، ۱۳۹۴: ۱۹). در دین اسلام اما تزویج کودکان موردپذیرش فقها قرار گرفته و در این رابطه علاوه بر روایات، اجماع و ادله عامه و خاصه ای وجود دارد. طبق نظر مشهور فقها اختیار از دختر نابالغی که ولایت او از سوی پدر و جد پدری به تزویج درآمده، صحیح است. ازدواج در حقوق کنونی واجد شرایط خاصی است که معمولاً کودک ندارد، مانند اختیار، قصد رضای طرفین، بلوغ و غیره. اندیشمندان حقوق

برای رفع این مشکل در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی سن ازدواج برای دختران را ۱۵ سال تمام و پسران ۱۸ سال تمام مقرر نموده‌اند. البته در صورت تعدی از آن کلیه آثار حقوقی ازدواج طبیعی حاصل می‌شود، الا مواقعی که دختران نابالغ مکلف به تمکین جنسی نبوده، بلکه مطلقاً عمل زناشویی با آنان ممنوع است و مجازات متخلفین ۶ ماه تا دو سال حبس می‌باشد. همچنین قییم یا وصی پس از مرگ ولی قهری نمی‌تواند به نمایندگی او برای کودک تصمیم بگیرد (اسدالهی غلامی و معصومی، ۱۳۹۲: ۱۴). بر اساس ماده ۲۳ قانون پیشین حمایت خانواده ازدواج مونث پیش از ۱۸ سال تمام و مذکر قبل از ۲۰ سال تمام ممنوع است. این ماده هرچند در رفع تبعات ازدواج‌های زودهنگام مؤثر بود، لیک این ایراد اساسی را دارا بود که تدبیری برای مهار نیازهای جنسی و روانی دختران و پسران جوان بین سن بلوغ و ازدواج نداشت (شکری، ۱۳۸۷: ۱۴۰-۱۴۴).

در حال حاضر با وجود تبعات جبران ناپذیر ناشی از ازدواج کودکان، هنوز ازدواج‌های کودکان صورت می‌پذیرد و به علاوه چندی است که پدیده کودک همسری بر سر زبانها افتاده که این موضوع خود نیاز به واکاوی و بررسی اساسی جهت شناسایی مشکلات ناشی از آن داشته و باید موازین اسلامی در قالب قانون طوری گنجانده گردد که عرف نیز آسیب ندیده و فرهنگ پس‌نیده از نظر دیدگاه اسلامی مورد قبول همگان واقع شود. پدیده کودک همسری از طریق عقد موقت، عقد دائم، عقد مادر دختر و غیره صورت گرفته و ممکن است در مواردی کارساز باشد. لیکن باید پذیرفت که در دنیای امروزی افکار عمومی این پدیده را نمی‌پسندد. در نتیجه با توجه به اینکه صدمات جسمی و روحی بر کودکان در صورت عدم رعایت واقع می‌شود، لازم است در رابطه با ازدواج زیر ۱۸ سال یک بازنگری کلی در قوانین مدنی و قضایی صورت پذیرفته و قوانین حمایتی کودکان به‌ویژه دختران را در این زمینه مورد حمایت کامل قرار دهد.

۱-۳- اهمیت و ضرورت پژوهش

در صورتی که تهدیدات و آسیب‌هایی که برای ازدواج کودکان بیان می‌شود، واقعیت داشته باشد - که در بسیاری موارد واقعیت دارد - تردید نباید داشت که مرزهای «کودک همسری» به کودک آزاری و خشونت علیه کودکان نزدیک شده است! چه اینکه کودک آزاری عبارت است از: «هرگونه رفتار یا نارسایی که منجر به صدمات و آسیب‌های روحی یا جسمی، آزارهای جنسی یا استثمار کودک و... گردد، از سوی هر شخصی اعم از والدین یا سرپرست کودک و با هر نامی (هر چند نام ازدواج) انجام شود، می‌تواند کودک آزاری و خشونت علیه کودکان به شمار آید.

در بسیاری از شهرها و مناطق ایران، با توجه به تغییر باورها و واقعیت های جامعه، ازدواج افراد ۱۳ تا ۱۵ ساله یا کمتر از آن موجب جریحه دار شدن احساسات جامعه بوده و مضافاً مغایر با اخلاق حسنه و از مصادیق مخالفت با نظم عمومی بوده و لذا باطل به شمار می آید (ماده ۹۷۵ ق.م.ا). پس دادستان های عمومی می توانند به عنوان حافظان نظم عمومی جامعه و مدعی العموم در این موارد ورود داشته و مانع چنین امری شوند، آنگونه که تا کنون نیز در بسیاری موارد وارد شده و جلوگیری نموده اند.

در نتیجه و با عنایت به لزوم رعایت مصالح حقوقی، اجتماعی، اخلاقی و...، که بازنگری ماده یاد شده را اجتناب ناپذیر کرده، در صورتی که عدول از ملاک سن بلوغ از سوی فقهای شورای نگهبان (به استناد نظر مشهور فقها) مورد مخالفت قرار گیرد، به نظر می رسد موضوع از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام باید دنبال گردد. لذا؛ همانگونه که مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص قانون کار، مصالح عمومی و اجتماعی را بر اصل حاکمیت اراده ترجیح داد و قرارداد خصوصی کار را از حیطه حقوق خصوصی به حیطه حقوق عمومی نزدیک نمود، اینک نیز رعایت مصالح اعم از لزوم حمایت از حقوق اساسی کودکان، حمایت از نهاد خانواده، حمایت از نظم عمومی و اخلاق حسنه و اقتضا دارد نگاه مصلحت اندیشی و اجتماعی مجمع تشخیص مصلحت نظام بر نگاه سنتی و منطقی شورای نگهبان ترجیح داده شده و بدین ترتیب، موضوع ازدواج کودکان نیز از افراط و تفریط های گذشته رهایی یابد.

۴-۱- اهداف پژوهش

۴-۱-۱- هدف اصلی

تبیین فقهی حقوقی کودک همسری با نگاهی به عرف

۴-۱-۲- اهداف فرعی

۱- تبیین چالشهای کودک همسری در دنیای امروزی

۲- تبیین مزایا و معایب کودک همسری در شرایط زندگی کنونی

۱-۵- سوالات پژوهش

۱-۵-۱- سوال اصلی

نگاه عرف به پدیده ی کودک همسری چگونه است؟

۱-۵-۲- سوالات فرعی

۱- چالشهای کودک همسری در دنیای امروزی چیست؟

۲- مزایا و معایب کودک همسری در شرایط زندگی کنونی چیست؟

۱-۶- فرضیه های پژوهش

۱-۶-۱- فرضیه اصلی

کودک همسری از دیدگاه فقه مقبول و از دیدگاه حقوق و عرف بسیاری از جوامع قابل قبول نیست.

۱-۶-۲- فرضیه های فرعی

۱- در جامعه امروزی با چالش‌هایی در زمینه تعارض موضوع از دیدگاه فقهی با عرف جامعه مواجه است.

۲- کودک همسری گاهی اوقات با رعایت شرایط و مصلحت کودک می تواند مفید واقع شود و در بسیاری از

موارد نیز تبعات جبران ناپذیری را در پی دارد.

۱-۷- پیشینه پژوهش

- پژوهشی توسط احمدی (۱۳۹۶) با عنوان ضرورت بازنگری و افزایش سن ازدواج کودکان در قوانین ایران با هدف بررسی سن ازدواج کودکان در قوانین ایران و پیامدهای کودک همسری انجام شد. نتایج نشان می‌دهد که برخی از نتایج ازدواج زودهنگام شامل فرار، افسردگی، خودکشی، طلاق و کودک بیوگی، و در موارد بدتر اعتیاد، روسپیگری و گسترش انحرافات اجتماعی و زنانه شدن فقر است. بررسی آثار و عواقب ازدواج زودهنگام بیانگر این مهم است که با توجه به شرایط اقتصادی و اجتماعی جامعه و همچنین عدم بلوغ فکری و اجتماعی کودکان، ازدواج در این سن صحیح نیست. ولی این مهم از سوی دولت مورد

اهمال واقع شده و علی رغم مطالبه مکرر جامعه مدنی و فعالان اجتماعی گامی مؤثر در جهت مقابله با آن برداشته نشده است.

- پژوهشی توسط مقدادی و جوادیپور (۱۳۹۶) با عنوان تأثیر ازدواج زودهنگام بر سلامت جنسی کودکان و سازوکارهای مقابله با آن صورت پذیرفت. نویسندگان این پژوهش بیان میدارند که مسائلی مانند حفظ آبرو و شرف خانوادگی، فقر، عوامل فرهنگی و اجتماعی، و ... از علل ازدواج زودرس است. در یک رابطه زناشویی وجود ویژگی‌های بارز کودکی و عدم آموزش و آگاهی‌های لازم موجب آزار و بهره‌کشی از کودک شده و حتی می‌تواند سلامت جنسی آنان را تحت تأثیر قرار بدهد. ابتلا به بیماری‌های جسمی و روانی، افزایش حاملگی و زایمان زودرس و ... از جمله‌ی این مشکلات است. راهکار مقابله با این مشکل ارتقای آگاهی‌ها در مردم و پیش‌بینی تکالیف و تعیین مجازات‌های مناسب با شرایط جامعه در سطح آن می‌باشد.

- پژوهشی توسط افتخارزاده (۱۳۹۴) با عنوان تجربه زیسته زنان در ازدواج زودهنگام با تمرکز بر تجربه زندگی در ازدواج زودهنگام صورت پذیرفت. بر اساس یافته‌های پژوهش یکی از عوامل مهم در بروز خشونت خانگی و ترک تحصیل دختران ازدواج زودهنگام آنان است. لذا یکی از مصادیق آزار جنسی کودکان، ازدواج کودک و روابط زناشویی اوست. موارد دیگری چون استثمار کار زن، فرهنگ خانوادگی محلی و قومی، فقر و عوامل اقتصادی و ترس از بی‌آبرویی از جمله دیگر رخدادهای ازدواج زودهنگام کودکان می‌باشد. و در حقیقت در ازدواج زودهنگام، زنان با مشکلات متعددی روبرو اند.

- پژوهشی توسط اسدالهی غلامی و معصومی (۱۳۹۲) با عنوان بررسی فقهی حقوقی ازدواج کودکان و مقایسه آن با حقوق بشر صورت پذیرفت. نویسندگان مقاله بیان میدارند که ازدواج در فقه و حقوق کنونی دارای شرایط خاصی بوده که کودک فاقد آن است. قانونگذار حقوقی در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی سن ازدواج برای پسران را ۱۸ سال تمام و دختران را ۱۵ سال تمام مقرر نموده و در صورت عدول از این ماده مجازات‌هایی در نظر گرفته است.

- پژوهشی توسط عظیم زاده اردبیلی و طوقانی پور (۱۳۸۹) با عنوان بررسی فقهی حقوقی جرم ازدواج با کودک با هدف بررسی فقهی حقوقی کودک همسری انجام شد. نتایج نشان می‌دهد که ازدواج کودکان منجر به آسیب جسمی، جنسی و روانی آنان شده و لذا از جمله جرائمی که علیه کودکان ارتکاب می‌یابد است. هرچند ولی قهری مطابق نظر فقهای امامیه می‌تواند برای دختر صغیره و یا پسر صغیر