

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



موسسه آموزش عالی غیرانتفاعی تاکستان

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد رشته حقوق

گرایش: حقوق خصوصی

عنوان:

بررسی ابعاد حقوقی ازدواج کودک صغیر و مصلحت در ازدواج ولایی کودک در حقوق ایران با رویکردی بر فقه

استاد راهنما:

دکتر محمد امینی

استاد مشاور:

دکتر منوچهر زحمکتش

نگارش

شهرام خالدي

اسفند ۱۴۰۲



شماره.....

تاریخ.....

به نام خدا

صور تجلسه دفاعیه پایان نامه کارشناسی ارشد

با عنایت به آئین نامه آموزشی دوره کارشناسی ارشد ناپیوسته آقای شهرام خالدي جلسه دفاعیه پایان نامه کارشناسی ارشد دانشجوی رشته حقوق خصوصی به شماره دانشجویی ۹۹۹۱۶۳۰۱ در تاریخ ۱۴۰۲/۱۱/۳۰ با عنوان: " بررسی ابعاد حقوقی ازدواج کودک صغیر و مصلحت در ازدواج ولایی کودک در حقوق ایران با رویکردی بر فقه " تشکیل شد و بر اساس کیفیت پایان نامه، ارائه دفاعیه و نحوه پاسخ به سؤالات، رای نهایی به شرح ذیل اعلام گردید:

پایان نامه مورد قبول می باشد ☐ پایان نامه با اصلاحات مورد قبول می باشد ☒ پایان نامه مورد قبول نمی باشد ☐

تعداد واحد پایان نامه : ☐ نمره نهایی پایان نامه به عدد به حروف

۱۷/۲۵ هجری - رست و خرم

درجه پایان نامه:

ردیف	مشخصات هیات داوران	نام و نام خانوادگی	مرتبه دانشگاهی	دانشگاه یا موسسه	امضاء
۱	استاد راهنما: استاد راهنمای دوم (حسب مورد):	دکتر محمد امینی	استاد	از دانشگاه	
۲	استاد مشاور:	دکتر منوچهر زحمتکش	استاد		
۳	استاد داور (اول)	دکتر حمید رضا قاسمی			
۴	استاد داور (دوم)				
۵	نماینده کمیته تحصیلات تکمیلی:	سرکار خانم فرشته رحمانی			

مدیریت تحصیلات تکمیلی: دکتر محمد رضا نیکبخت

مدیر گروه حقوق: دکتر میلاد طاهرخانی

امضاء تاریخ

امضاء تاریخ

تعه‌نامه اصالت پایان‌نامه کارشناسی ارشد

اینجانب شهرام خال‌دی دانش‌آموخته کارشناسی ارشد رشته حقوق گرایش حقوق خصوصی به شماره دانشجویی ۹۹۹۱۶۳۰۰۱ که در تاریخ ۱۴۰۲/۱۱/۳۰ از پایان‌نامه خود تحت عنوان بررسی ابعاد حقوقی ازدواج کودک صغیر و مصلحت در ازدواج ولایی کودک در حقوق ایران با رویکردی بر فقه " دفاع نموده‌ام؛ بدین وسیله متعهد می‌شوم:

۱ - این پایان‌نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام‌شده توسط این‌جانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان‌نامه، کتاب، مقاله و ...) استفاده نموده‌ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده‌ام.

۲ - این پایان‌نامه قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم‌سطح، پایین‌تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی ارائه نشده است.

۳ - چنان‌چه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هرگونه بهره‌برداری اعم چاپ کتاب، ثبت اختراع و ... از این پایان‌نامه را داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی واحد، مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم.

۴ - چنان‌چه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را پذیرفته و واحد دانشگاهی مجاز است با این‌جانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی‌ام هیچ‌گونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام‌خانوادگی

تاریخ و امضاء



به نام خدا

گزارش پیشنهاد پژوهش

با سلام و احترام

جستجوی اطلاعات پایان نامه ها و رساله های ایرانداک درباره

بررسی ابعاد حقوقی ازدواج کودک صغیر و مصلحت در ازدواج ولایی کودک در حقوق ایران با رویکردی بر فقه

به درخواست آقای / خانم «شهرام خالدي» با شماره ملی / گذرنامه «۴۳۱۰۱۴۷۱۱۹»، پیشنهادی را نشان نمی دهد؛ ولی مدرک (مدارک) زیر می تواند نزدیک به موضوع باشد.

□ کلیدواژه های پیشنهادی کاربر:

□ کلیدواژه های ایرانداک: ابعاد حقوقی / ازدواج کودک صغیر / مصلحت / ازدواج ولایی کودک / حقوق ایران / فقه

عنوان	نوع	نشانی
تحلیل فقهی و حقوقی کودک همسری	پروپوزال	https://Ganj.irandoc.ac.ir/#/articles/d2e20d96a725d9fdf2003fd56f12c2cc
کودک همسری در پرتو حقوق بین الملل	پارسی	https://Ganj.irandoc.ac.ir/#/articles/cf96bc26a2aa3dd8dc3f43b439dda860
کودک همسری در حقوق ایران و نظام بین المللی حقوق بشر	پارسی	https://Ganj.irandoc.ac.ir/#/articles/ffa6c87d23ad78dc02b37c1bf49f2f75
تحلیل کودک همسری از منظر حقوق ایران با رویکرد تطبیقی اسناد بین المللی	پارسی	https://Ganj.irandoc.ac.ir/#/articles/17ea64a7dddf4775a12908c0249afb22
کودک همسری و خسارات معنوی ناشی از آن از منظر فقه و حقوق	پارسی	https://Ganj.irandoc.ac.ir/#/articles/4837e30d9f119b07d727f0dc8070f3c3

شماره: ۲۲۱۹۸۱۷۹
تاریخ: ۱۴۰۲/۶/۱۱
پوسته: ندارد

وزارت علوم، تحقیقات و فناوری
پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران
ایرانداک



پژوهش، مدیریت دانش، آموزش

عنوان	نوع	نشانی
کودک همسری از منظر اسلام، حقوق ایران و نظام بین‌الملل حقوق بشر، چالش‌ها و راهکارها	پارسی	https://Ganj.irandoc.ac.ir/#/articles/9607051f5d7490d2b3daa2b5d5b598b6

یادآوری می‌شود که تصمیم‌گیری درباره پیشنهاد (پروپوزال) پایان‌نامه / رساله دانشجویان تحصیلات تکمیلی و تصویب آن، در اختیار مؤسسه‌های محل تحصیل آنهاست و ایرانداک در این زمینه نقش و مسئولیتی ندارد و این نامه نیز تنها برای آگاهی‌رسانی است و هیچ‌گونه حقی را برای درخواست‌کننده پدید نمی‌آورد. ایرانداک از اینکه این سامانه را به کار می‌برید، از شما سپاسگزار است.

فربرز درودی
معاون اطلاعات علم و فناوری ایران

irandoc.ac.ir
info@irandoc.ac.ir

تهران - خیابان انقلاب اسلامی - چهارراه فلسطین - شماره ۱۰۹۰
تلفن: ۶۶۴۹۳۸۰ - ۶۶۴۹۱۳۰
دورنگار: ۶۶۴۶۲۲۵۳
مستوف پستی: ۱۳۱۸۵-۱۳۷۱
تلفن گویا: ۶۶۴۹۳۹۵۴

تقدیم

محضر ارزشمند خانواده عزیزم به خاطر همه ی تلاش های محبت آمیزی که در دوران مختلف زندگی ام انجام داده اند و با مهربانی چگونه زیستن را به من آموخته اند .
به همسر مهربانم که در تمام طول تحصیل همراه و همگام من بوده است.
و به تمام آزاد مردانی که نیک می اندیشند و عقل و منطق را پیشه خود نموده و جز رضای الهی و پیشرفت و سعادت جامعه، هدفی ندارند. دانشمندان، بزرگان، و جوانمردانی که جان و مال خود را در حفظ و اعتلای این مرز و بوم فدا نموده و مینمایند.

سپاسگزاری

سپاس خدایی را که اول است و پیش از او اوّلی نبوده و آخر است و پس از او آخری نباشد. خدایی که درهای علم به ربوبیت و پروردگاریش را بر ما گشود و ائمه معصومین (علیها السلام) را پیشوایان ما قرار داد تا برای اخلاص در توحید و یگانگی و رسیدن به قرب الهی راهنمائی مان کنند.

در این مجال بر خود وظیفه می‌دانم از استاد محترم و گرانقدر آقای دکتر محمد امینی که با علم و بینش و منش خود موجب تحوّل معرفتی و رفتاری شاگرد خود شدند صمیمانه تقدیر و تشکر نمایم و همچنین با کمال تشکر از آقای دکتر منوچهر زحمتکش . استاد مشاور.

چکیده

مسئله کودک همسری و اذن ولی طفل صغیر از جمله مباحث بحث‌برانگیز در محافل فقهی و حقوقی است. نوشتار حاضر، عنصر مصلحت در تزویج ولایی کودکان را با روش توصیفی-تحلیلی، با مراجعه به منابع کتابخانه‌ای بررسی می‌نماید. اکثر فقهای مذاهب اسلامی قائل بر مشروط بودن مصلحت در اعمال ولی نسبت به مولی علیه هستند. چرا که حکم لزوم مصلحت دار بودن اعمال ولی نسبت به مولی علیه خود، حاکم بر حکم جواز همه تصرفات ولی در امور مولی علیه خود می‌باشد. بنابراین در صورت عدم رعایت مصلحت در تزویج ولایی کودک، دو دیدگاه وجود دارد؛ برخی قائل به وجود حق فسخ برای کودک در زمان اهلیت هستند و برخی قائل به بطلان ازدواج می‌باشند. که نظریه بطلان، از منظر این تحقیق صحیح‌تر است. از زمان تصویب ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی در سال ۱۳۱۳، سن قانونی نکاح و وضعیت ازدواج اطفال در حقوق ایران، فراز و نشیب بسیار داشته است. نزدیک کردن سن قانونی ازدواج به بلوغ طبیعی و فکری در سال ۱۳۱۳، منع ازدواج جوانان کمتر از ۱۸ و ۲۰ سال در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳، و تجویز ولی در تزویج صغیر ممیز و غیر ممیز در ماده ۱۰۴۱ اصلاحی مصوب ۶۱ و ۷۱، همگی حکایت از مواجهه قانون‌گذار با دو قدرت سنت‌ها و نیازها دارد. تصویب ماده ۱۰۴۱ اصلاحی ۸۱ در مجمع تشخیص مصلحت نظام، پرسش‌هایی را در خصوص ابقاء یا نسخ نهاد ولایت در نکاح مطرح می‌کند. در طرح پیشنهادی ماده ۱۰۴۱ در سال ۱۳۹۷ چنین بیان شده بود. نکته قابل توجه در اینجا آن است که در مقام عمل، ممنوعیت ازدواج کودکان راهکار مناسبی جهت حمایت از این قشر نمی‌باشد. علت این امر هم آن است که هنوز مصلحت‌هایی برای ازدواج ولایی کودکان نابالغ و علی‌الخصوص کودکان بالغ وجود دارد که نادیده گرفتن این مصلحت‌ها نه تنها درمان دردی نیست بلکه خود باعث تشدید آسیب‌های موجود در این زمینه می‌شود. این پایان‌نامه با بررسی دلایل دوجانبه، تمایل مصلحت‌اندیشانه‌ی خود را به دیدگاه دوم نشان می‌دهد؛ نظری که با اصول حقوقی و مصلحت خانواده سازگار است. به علاوه ضمانت اجرای شروط اذن ولی و اجازه‌ی دادگاه را روشن می‌کند.

کلمات کلیدی: صغیر، طفل صغیر، مصلحت، ولایت، نکاح

فهرست مطالب

فصل اول:	کلیات تحقیق	۱.....
۱-۱-	مقدمه	۱.....
۲-۱-	بیان مسأله	۲.....
۳-۱-	اهمیت و ضرورت تحقیق	۳.....
۴-۱-	سوابق مربوط	۳.....
۵-۱-	اهداف تحقیق	۶.....
۶-۱-	سؤال‌های تحقیق	۶.....
۷-۱-	فرضیه‌های تحقیق	۶.....
۸-۱-	روش‌شناسی پژوهش	۷.....
فصل دوم:	مبانی و مفاهیم	۸.....
۱-۲-	صغیر، مفهوم، اقسام و مسئولیت	۸.....
۱-۱-۲-	تعریف صغیر	۸.....
۲-۱-۲-	اقسام صغیر	۹.....
۳-۱-۲-	انواع معاملات صغیر	۹.....
۴-۱-۲-	شک در تمیز صغیر	۱۰.....
۵-۱-۲-	مسئولیت مدنی صغار	۱۱.....
۶-۱-۲-	مسئولیت جزایی صغار	۱۱.....
۷-۱-۲-	خروج صغیر از حجر	۱۲.....
۲-۲-	مفهوم و جایگاه مصلحت در نکاح اطفال	۱۲.....
۱-۲-۲-	معنای مصلحت و رابطه آن با ضرورت	۱۲.....
۲-۲-۲-	تعریف مصلحت	۱۳.....
۳-۲-۲-	رابطه مصلحت با ضرورت و ضرر	۱۴.....
۴-۲-۲-	تفاوت مصلحت فقهی با مصلحت کلامی	۱۷.....
۵-۲-۲-	مفهوم و معیار مصلحت در نکاح اطفال	۱۸.....

۳-۲-	مفهوم، ماهیت و اقسام عقد نکاح و شروط ضمن آن.....	۱۹
۱-۳-۲-	مفهوم نکاح.....	۲۰
۱-۱-۳-۲-	معنای لغوی نکاح.....	۲۰
۲-۱-۳-۲-	معنای اصطلاحی نکاح.....	۲۰
۲-۳-۲-	ماهیت و اقسام عقد نکاح.....	۲۰
۱-۲-۳-۲-	عقد نکاح موقت.....	۲۱
۲-۲-۳-۲-	عقد نکاح دائم.....	۲۱
۳-۲-۳-۲-	فرق بین عقد نکاح دائم و موقت.....	۲۱
۴-۲-	ولایت.....	۲۱
۱-۴-۲-	ولایت در لغت.....	۲۲
۲-۴-۲-	ولایت در اصطلاح.....	۲۲
۳-۴-۲-	اذن پدر یا جد پدری بر دختر در نکاح.....	۲۴
فصل سوم:	دیدگاه‌های حقوقی و فقه امامیه در رابطه با اذن ولی طفل در نکاح.....	۲۶
۱-۳-	مقدمه.....	۲۶
۲-۳-	دیدگاه‌های حقوقی، فقه امامیه و اهل سنت در نکاح دختر.....	۲۶
۱-۲-۳-	استقلال پدر یا جد پدری در نکاح دختر.....	۲۶
۱-۱-۲-۳-	استقلال پدر یا جد پدری در نکاح دختر از دیدگاه حقوقی.....	۲۶
۲-۱-۲-۳-	استقلال پدر یا جد پدری در نکاح دختر از دیدگاه فقه امامیه.....	۲۷
۳-۱-۲-۳-	استقلال پدر یا جد پدری در نکاح دختر باکره از دیدگاه اهل سنت.....	۲۸
۳-۳-	استقلال دختر در نکاح.....	۳۰
۱-۳-۳-	گفتار نخست: استقلال دختر در نکاح از دیدگاه حقوقی.....	۳۰
۲-۳-۳-	استقلال دختر در نکاح از دیدگاه فقه امامیه.....	۳۰
۳-۳-۳-	استقلال دختر در نکاح از دیدگاه اهل سنت.....	۳۳
۴-۳-	تشریک بین دختر و پدر یا جد پدری در نکاح.....	۳۴
۵-۳-	وجود اذن پدر و جد پدری در نکاح دائم و استقلال دختر در نکاح منقطع.....	۳۵

۳۶.....	استقلال دختر در نکاح دائم و وجود اذن پدر و جد پدری در نکاح منقطع	۳-۶-۳
۳۶.....	فقه شافعی	۳-۶-۱-۳
۳۷.....	فقه حنبلی و مالکی	۳-۶-۲-۳
۳۷.....	فقه حنفی	۳-۶-۳-۳
۳۷.....	بررسی تطبیقی فقهی و سنی و حقوقی اذن پدر و جد پدری	۳-۷-۳
۴۰.....	تبعیت قانون مدنی از نظریه تشریک	۳-۸-۳
۴۱.....	موارد سقوط اعتبار اذن پدر و جد پدری در نکاح	۳-۹-۳
۴۱.....	سقوط اذن در صورت محجوریت پدر یا جد پدری	۳-۹-۱-۳
۴۲.....	سقوط اذن پدر یا جد پدری در صورت ممانعت غیرموجه	۳-۱۰-۳
۴۶.....	صحت نکاح بدون اذن	۳-۱۰-۱-۳
۴۷.....	عدم نفوذ نکاح بدون اذن	۳-۱۰-۲-۳
۵۰.....	جایگاه مصلحت در ازدواج صغار	فصل چهارم:
۵۰.....	ازدواج ولایی کودک و ادله اثبات آن	۴-۱-۱
۵۰.....	دلیل اول: قرآن کریم	۴-۱-۱-۱
۵۱.....	دلیل دوم: اخبار و روایات	۴-۱-۲-۱
۵۱.....	تزوید ولایی کودک در حقوق	۴-۲-۲
۵۱.....	مصلحت در نکاح صغیره	۴-۲-۱-۱
۵۳.....	تحلیل اجرای مصلحت در ازدواج ولایی کودک	۴-۲-۲-۲
۵۶.....	وجود مصلحت یا کفایت دفع مفسدت	۴-۳-۳
۵۷.....	مرجع تشخیص مصلحت	۴-۳-۱-۳
۵۸.....	بار اثبات مصلحت	۴-۳-۲-۳
۵۹.....	جایگاه کفایت در معیار مصلحت در نکاح اطفال	۴-۴-۴
۶۱.....	ضمانت اجرای شرایط نکاح اطفال	۴-۵-۴
۶۱.....	ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت در مورد نکاح اطفال	۴-۵-۱-۴
۶۴.....	ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت در مهر	۴-۵-۲-۴

فصل پنجم:	نتیجه گیری و پیشنهادها	۶۷
۵-۱-	نتیجه گیری	۶۷
۵-۲-	پیشنهاها	۶۹
منابع و مأخذ		۷۰

فصل اول

کلیات تحقیق

۱-۱- مقدمه

در فقه اسلامی اختیار ولی قهری و گاه حاکم و وصی در تزویج صغیر مورد تصدیق قرار گرفته است و در خصوص ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت صغیر در امر نکاح و یا مهر و نیز وجود حق فسخ نکاح برای صغیر بعد از بلوغ و رشد اختلاف نظر است.

قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳ و قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳، تزویج نوجوانان ۱۳ تا ۱۸ ساله را با اجازه دادگاه و احراز مصلحت مجاز می‌دانستند. لیکن ماده ۱۰۴۱ اصلاحی سال ۶۱ و ۷۰ با بازگشت به فقه اسلامی مجدداً بر تزویج ولایی صغیر ممیز و غیر ممیز، به شرط رعایت مصلحت مهر تأیید زد، اقدامی که انتقادات بسیاری را به دنبال داشت.

سرانجام مجمع تشخیص مصلحت نظام با تعدیل مصوبه مجلس، جواز عقد نکاح پسر کمتر از ۱۵ سال و دختر کمتر از ۱۳ سال را با اذن ولی و تشخیص مصلحت به وسیله دادگاه، تصویب کرد و در مسیر اعتدال گام نهاد. هرچند به نظر می‌رسد «مصلحت خانواده» با مصوبه مجمع تشخیص دهنده‌ی «مصلحت» به نحو شایسته تأمین نشده است و برداشتن گام اصلاحی بعدی برای پاسخگویی به انتظارات داخلی و بین‌المللی دور از انتظار نیست.

در هر حال ماده ۱۰۴۱ اصلاحی ۸۱، از حیث معیار مصلحت و مقایسه آن با عدم مفسدت و کفایت و مرجع تشخیص مصلحت و بار اثبات آن و همچنین ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت صغیر در عقد نکاح و مهر و عدم تحقق شرایط نکاح صغیر از حیث اذن ولی و اجازه دادگاه و قابلیت اعتراض به

تصمیم دادگاه و ماهیت رأی دادگاه در خصوص صدور اجازه نکاح، قابل مطالعه است که به ترتیب ابتدا مفهوم و جایگاه مصلحت در نکاح اطفال (۱) و سپس ضمانت اجرای شرایط نکاح اطفال (۲) مورد بررسی واقع می‌شود.

۱-۲- بیان مسأله

در مسئله‌ی ولایت اشخاص بر یکدیگر گفته شده: در جامعه اسلامی هیچ‌کس بر دیگری ولایت ندارد و اصل، عدم ولایت بر دیگری است مگر اینکه ولایت با دلیل ثابت شود؛ بنابراین، در هر مورد که تردیدی در ولایت یا حدود آن پیدا شود، نباید آن را پذیرفت، مگر اینکه دلیل عقلی یا نقلی ارائه گردد. فقهای امامیه با استناد به ادله‌هایی همچون روایات و اجماع، ولایت قهری را برای پدر و جد پدری پذیرفته‌اند. اختیاری که در فقه به ولیّ قهری تفویض شده به قانون مدنی کشور ایران راه پیدا کرده است که به سبب آن ولیّ قهری اختیار تزویج فرزند صغیر خویش را دارد. فقهای شیعه از آغاز کار عنصر مصلحت را مورد توجه قرار داده و احکام شرع را پیرو مصالح و مفاسد نفس الامری دانسته‌اند ولی این عنصر در مذهب امامیه از منابع مستقل برای صدور احکام محسوب نمی‌شود.

در خصوص تزویج کودکان نمی‌توان قول واحدی یافت، عده‌ای از فقها معتقدند: ازدواج کودک اگر همراه با مصلحت او باشد صحیح است و گروه دیگر اذعان داشته‌اند: صرف نبود مفسده برای صحت تزویج کودکان کفایت می‌کند. در مورد مصلحت صغیره، حکم اجماعی وجود دارد که اگر ولیّ قهری مصلحت او را رعایت کند، مثلاً مهر دختر کمتر از مهرالمثل نباشد، بعد از بلوغ، دختر حق فسخ نکاح را ندارد و مجبور است با کسی که به نحو اجباری به او تحمیل شده است، زندگی کند. در مورد صغیر، حکم مشهور بر این است که اگر مهری که ولی او پذیرفته است، بیشتر از مهرالمثل دختر نباشد، مصلحت او رعایت شده و او بعد از بلوغ حق فسخ ندارد؛ این یعنی دیدگاه فقها به مقتضای آن زمان، بیشتر حول مسائل مالی، نفقه و مهریه بوده است، در حالی که ازدواج تعهدی فراتر از انعقادات مالی است. این مورد و موارد مشابه دیگر سبب ایجاد نگرانی‌هایی در خصوص تزویج کودکان با اهتمام صرف به امور مالی و بدون در نظر گرفتن عواطف آنها شده است، چنین مواردی سبب تردید در مصلحت تزویج کودکان می‌شود، زیرا مصلحت عبارت است از حالتی که سبب دفع ضرر و مفسده شو، در حالی که اگر کودک به تزویج کسی در بیاید که با اکراه، مجبور به زندگی با او شود را نمی‌توان آن را به مصلحت دانست. در پژوهش حاضر بحث بر این است که معیار مصلحت چیست و گستره آن به چه میزان است؟ در صورتی که ازدواج به مصلحت نباشد با توجه به اینکه ازدواج توسط ولیّ قهری صورت می‌گیرد چه ضمانت اجرایی برای آن وجود دارد؟

۱-۳- اهمیت و ضرورت تحقیق

خانواده به عنوان کوچکترین هسته جامعه اولین محیطی است که انسان در آن پرورش یافته و جامعه پذیری و بسیاری از امور دیگر را به طور تجربی فرا می گیرد و در وجودش نهادینه می شود و همچنین بهترین نهادی است که می تواند از کودک مراقبت کند. با توجه به نکاتی که ذکر گردید و اهمیت خانواده در جامعه ضروری است که قوانین و مقرراتی را اعمال نمود که همواره علاوه بر حفظ حقوق کودکان در خانواده این اطمینان را نیز حاصل نماید که حقوق کودکان در جامعه نیز تأمین گردد. امروزه با توجه به ظهور تحولات اجتماعی و فاصله گرفتن جامعه ایرانی از جامعه سنتی، تغییرات زیادی در مناسبات و رخدادهای اجتماعی صورت گرفته است که یکی از این تغییرات در خصوص مسئله ی ازدواج می باشد. با توجه به تغییر تدریجی فرهنگ غالب بر جامعه، معیارهای انتخاب شریک زندگی نیز دستخوش تغییراتی شده است و اشخاص به دنبال انتخاب شریک زندگی با توجه به ملاک های موردنظر خود می باشند که این موضوع در تقابل با تزویج کودکان است زیرا در تزویج کودکان امکان انتخاب شریک زندگی بر اساس ملاک ها و اراده ی شخصی کودک سلب خواهد شد. نوآوری پژوهش صورت گرفته در این نکته است که برای تعیین مصلحت ازدواج صغار، تنها به استفاده از متون فقهی و حقوقی بسنده نشده و برخلاف سایر پژوهش ها، مفاسد و مصالح جامعه شناسی را نیز در این پژوهش دخیل و مختصراً ذکر نموده است، زیرا ازدواج از عقود می باشد که پیوندی ناگسستنی با جامعه دارد و در واقع جامعه نشأت گرفته از نهاد خانواده می باشد.

۱-۴- سوابق مربوط

فخارزاده و دیگران (۱۴۰۰) بررسی مصلحت در ازدواج ولایی کودک در حقوق ایران، با رویکردی بر فقه اسلامی. شرح: اکثر فقهای مذاهب اسلامی قائل بر مشروط بودن مصلحت در اعمال ولی نسبت به مولی علیه هستند. چرا که حکم لزوم مصلحت دار بودن اعمال ولی نسبت به مولی علیه خود، حاکم بر حکم جواز همه تصرفات ولی در امور مولی علیه خود می باشد. بنابراین در صورت عدم رعایت مصلحت در تزویج ولایی کودک، دو دیدگاه وجود دارد؛ برخی قائل به وجود حق فسخ برای کودک در زمان اهلیت هستند و برخی قائل به بطلان ازدواج می باشند. که نظریه بطلان، از منظر این تحقیق صحیح تر است.

زمانی (۱۳۹۴) جایگاه مصلحت در تزویج ولایی کودک در فقه امامیه و حقوق، کنفرانس جهانی افق های نوین در علوم انسانی، آینده پژوهی و توانمندسازی. شرح: ازدواج از مهم ترین نهادهای حقوقی جوامع بشری است که قدمتی به اندازه تمام تاریخ دارد و در میان مباحث مطرح شده در خصوص ازدواج، نزدیک کودک در زمره مسائلی است که با ابهامات و تردیدهای زیادی مواجه شده است. اسلام با هدف تأمین سلامت و سعادت جامعه، شرایطی را در این خصوص تعیین نموده است. در گذشته که غالباً پدر و بزرگ تر خانواده عهده دار انتخاب همسر برای فرزندان بوده اند، تفکیک ولایی کودکان با رعایت شرایط لازم،

خلاف مصلحت نبوده است. اما امروز که مباحث حقوق بشری به طور ویژه به این موضوع پرداخته‌اند اعمال ولایت ولی به شیوه قبل در مواردی با چالش و سؤال جدی مواجه شده است که ممکن است مفاسدی را به همراه داشته باشد. پرسش اصلی این پژوهش بررسی این موضوع است که پدیده کودک بر اساس مصلحت در فقه و حقوق چه حکمی دارد؟ در این راستا پس از کنکاش در منابع حقوقی و فقهی مشخص شد نزدیک به لای کودکان موردپذیرش فقهای اسلام قرار گرفته و برخی از فقها رعایت مصلحت و گروهی عدم وجود مفسده را شرط صحت دانسته و. همچنین رعایت عنصر مصلحت صغیر در عقد، نسبی بودن مفهوم مصلحت و بطلان عقد بدون مصلحت به اثبات رسید. از آنجا که تصمیمی که بدون مصلحت کودکان دارای پیامدهای خاص فقهی و حقوقی می‌باشد. با توجه به یافته‌های این پژوهش پیشنهاد می‌شود مراجع موظف به رسیدگی به امر ازدواج زود هنگام با بررسی دقیق جهت انجام ازدواج و ضرورت آن تنها با طنزی که کودکانی موافقت کنند که مصلحت حقیقی در ازدواج آنها لحاظ شده باشد و سیستم قضایی می‌تواند جهان دراز مصلحتی نظارت نموده و حکومت‌های دینی می‌تواند با وضع قوانین، اقدام علیای صغار را در چارچوب قوانین کنترل کنند .

مظفری سبینی و همکاران (۱۳۹۹) بررسی فقهی - حقوقی سن ازدواج در حقوق ایران ، نشریه مطالعات زن و خانواده « دوره ۸ - شماره ۳. شرح: اقتضای آزادی‌های فردی در جامعه آن است که نتوان محدودیت‌های متعددی را به افراد به‌ویژه در امور شخصی تحمیل نمود. درعین حال اهمیت خاص عقد نکاح باعث شده است که برای پیشگیری از آسیب‌های جسمی و روحی به کودکان، تحدید سن نکاح مورد توجه جوامع مختلف قرار گیرد. بررسی مقوله سن نکاح از دیدگاه فقهی نشان می‌دهد که سن مشخصی برای نکاح تصریح نگردیده است لیکن شرایط خاصی بری انعقاد عقد نکاح قبل از سن بلوغ نظیر رعایت مصلحت طفل، ممنوعیت روابط زناشویی پیش از بلوغ و اعمال حق فسخ نسبت به عقد، معین شده است. توجه به این شرایط می‌تواند چارچوب قانون‌گذاری در این حوزه را روشن نماید به گونه‌ای که با وضعیت فعلی جامعه، کمتر ازدواجی زیر سن بلوغ به مصلحت صغیر به نظر می‌رسد. در مقررات فعلی حقوق ایران، ازدواج پیش از سن ۱۳ سال برای دختران و ۱۵ سال برای پسران نیازمند رعایت شرایط اذن ولی، رعایت مصلحت و اجازه دادگاه دانسته شده است لیکن ازدواج در هیچ سنی ممنوع اعلام نشده است. ریشه این عدم ممنوعیت را باید در نظرات فقها مبنی بر جواز نکاح صغیر توسط ولی جستجو نمود. درعین حال هم چنان در مقررات نظام حقوقی ایران تعارضاتی مابین سن بلوغ قانونی، سن قابلیت صحتی برای ازدواج و سن رشد دیده می‌شود که نیازمند نگرش جامع قانون‌گذار در جهت رفع این ابهامات و پرهیز از اصلاح جزئی نگرانه قوانین است.

یعقوبی جویباری و همکاران (۱۳۹۸) بررسی آثار و وضعیت ازدواج کودکان در فقه امامیه و حقوق ایران، پژوهش در هنر و علوم انسانی سال چهارم اردیبهشت ۱۳۹۸ شماره ۱ (پیاپی ۱۵). شرح: وقوع ازدواج

در سنین پایین و کودکی، که در کنوانسیون‌های جهانی تا سن ۱۸ سالگی را در بر می‌گیرد، پدیده‌ای است که در اکثر جوامع توسعه‌نیافته و سنتی روی می‌دهد. با توجه به این امر که تنها جواز تزویج ولایی کودکان، رعایت شرط مصلحت و نبود مفسده است، پرداختن به این موضوع و تبیین ابعاد گوناگون آن از منظر فقهی و حقوقی می‌تواند نقش مهمی در کاهش ازدواج‌های بدون مصلحت کودکان داشته باشد. در این راستا هدف پژوهش بررسی آثار و وضعیت ازدواج کودکان در فقه امامیه و حقوق ایران می‌باشد. نتایج تحقیق نشان داد که کودکان در ازدواج دارای حقوقی هستند، و این حقوق برای این کودکان ثابت است؛ زیرا همان‌طور که بیان شد همه فقهای اهل امامیه اتفاق نظر دارند که در ازدواج‌های صحیح یا دائم، و طی به شبهه و نکاح فاسد حقوق کودکان ثابت است؛ همچنین می‌توان گفت که برای اینکه مشخص شود آیا نکاحی هر نکاحی، با هر نامی و در هر زمانی در دایره شرع قرار دارد یا نه، باید آن را در چارچوب ارکان و شرایط و تعریف نکاح صحیح قرار داد که اگر در آن قرار گرفت، به تبع، تمام حقوق افراد تعریف‌شده در این نکاح زوج، زوجه، کودک و عصبیات ثابت می‌شود.

پاکسار (۱۳۹۷) مطالعه تطبیقی گستره نفوذ ولایت و رضایت پدر در تزویج صغار از منظر حقوق اسلام و ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تبریز، پردیس خودگردان. در این پایان‌نامه به بررسی ولایت ولی در تزویج صغار پرداخته‌ایم. ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی به ولایت پدر و جد پدری بر تزویج صغار با واژه «اذن ولی» که مقصود از آن ولایت می‌باشد، اشاره دارد. متن اصلاح‌شده این ماده در سال ۱۳۷۹ چنین است: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن سیزده سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن پانزده سال تمام شمسی، منوط است به اذن ولی، به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح». دخالت خانواده صغیر در نکاح او می‌تواند بر دو مبنای مختلف استوار گردد: ۱- حمایت از صغیر. ۲- اظهار نظر درباره کسی که از این پس عضو خانواده می‌شود، و نیک و بد او نه تنها به همسرش، به خانواده او نیز مربوط می‌شود. در قانون مدنی، مبنای نخست پذیرفته شده بود، زیرا رضای ولی تنها در نکاح صغیر اثر داشت و شخص کبیر، جز در مورد دختر باکره، در انتخاب همسر آزاد بود. مهم‌تر این که اجازه نکاح صغیر تنها با سرپرست قانونی او بود؛ اگر کودک، پدر یا جد پدری داشت، این اجازه را او می‌داد و سایر اعضای خانواده در این راه سهمی نداشتند و در صورت فوت اولیای قهری، تصویب اراده او با قیّم بود و احتمال داشت که قیّم، شخص خارج از خانواده باشد. پس از اصلاح ماده فوق نیز دخالت خانواده همچنان بی‌اثر ماند، ولی مبنای دیگری برای دخالت پدر و جد پدری مطرح شد که پیش از آن، سابقه نداشت. این مبنای شاخه‌ای از «ولایت» است که گستره تازه‌ای یافته و بر شخصی‌ترین چهره زندگی، یعنی انتخاب همسر نیز سایه افکنده است. میراثی از فقه که در قانون مدنی رسوخ کرده و به‌ندرت می‌توان موردی برای آن سراغ یافت. بدین ترتیب، باید پذیرفت که دخالت ولی قهری در ازدواج فرزند صغیر خود کم‌تر چهره حمایتی دارد و

شاخه‌ای از اقتدار پدری است که محدود به «مصلحت موکلی علیه» شده است تا از خطرهای آن کاسته شود. اختیار پدر، نسبی و محدود به مصلحت فرزند است و دختر و پسر صغیر از این حیث تفاوتی با هم ندارند.

۱-۵- اهداف تحقیق

الف-هدف کلی

بررسی مصلحت و عدم مفسده در تزویج کودکان در زمان حاضر

ب-اهداف جزئی

۱- بررسی ضمانت اجرای فسخ عقد در صورت عدم رعایت مصلحت در تزویج کودکان

۲- بررسی ادله نفی ضرر در تزویج صغار

۱-۶- سؤال‌های تحقیق

الف- سؤال اصلی

جایگاه مصلحت در ازدواج‌های کنونی صغار چه می‌تواند باشد؟

ب-سؤال‌های فرعی

۱- آیا تزویج صغیر در صورت فقدان اماره مصلحت در زمان کنونی، ضمانت اجرایی دارد؟

۲- ملاک ضرر و مفسده‌ای که در نکاح صغار در زمان کنونی ممکن است وجود داشته باشد، چه خواهد بود و چه ضمانت اجرای برای وجود این مفسده در این نوع ازدواج‌ها متصور است؟

۳- ضمانت اجرای وجود مفسده در این ازدواج‌ها چیست؟

۱-۷- فرضیه‌های تحقیق

الف-فرضیه اصلی

- بر اساس مصالح عرفی جامعه برای ازدواج کودکان، نمی‌توان فرض مصلحت به‌طور عام کرد، شاید در موارد

- بسیار نادری مصلحت شخصی وجود داشته باشد اما مصلحت نوعی که به تمام جامعه تعمیم یابد، فرض نمی‌شود.

ب-فرضیه‌های فرعی

۱- با توجه به اینکه شارع مقدس در صورت وجود مصلحت، این‌گونه ازدواج را جایز دانسته، لذا در صورت نبود مصلحت، فرض بطلان می‌شود.

- ۲- فرض بر این است که مصلحت باید در ابعاد روحی، جسمی و مالی رعایت شود، صرف احراز مصلحت جسمی یا مالی نباید از ارزش مصلحت روانی و عاطفی تزویج کودک بکاهد و در صورت عدم حصول مصلحت در هر بُعد، عدم مصلحت احراز می‌شود.
- ۳- در مورد ضمانت اجرای وجود مفسده با توجه به کلام فقها و تصریح ماده ۱۰۴۱ ق.م، فرض بر عدم صحت و بطلان تزویج کودک است.

۸-۱- روش‌شناسی پژوهش

پژوهش موردنظر به روش توصیفی و تحلیلی صورت گرفته است. ابزار گردآوری اطلاعات: ابزار گردآوری اطلاعات، فیش‌برداری از کتب و مقالات است و روش گردآوری اطلاعات، اسنادی-کتابخانه‌ای می‌باشد. در این پژوهش با مراجعه به منابع متقن و مستدل موجود در کتب، مقالات و نرم‌افزارها (مانند نرم‌افزار جامع فقه اهل‌بیت)، اطلاعات لازم گردآوری شده است.

فصل دوم

مبانی و مفاهیم

۲-۱- صغیر، مفهوم، اقسام و مسئولیت

۲-۱-۱- تعریف صغیر

صغیر^۱ از اصطلاحات بکار رفته در علم حقوق و به کسی گفته می‌شود که به سن بلوغ شرعی نرسیده است. صغیر غیر ممیز دارای هیچ حقی نبوده و تمام معاملات و تصرفات او باطل و بلااثر است. اما صغیر ممیز دارای قوه تمییز نسبی بوده و اعمال حقوقی صرفاً نافع او صحیح می‌باشد. اما سایر اعمال حقوقی، غیر نافذ و منوط به اجازه ولی یا قیم او است. در صورت شک، اصل در غیر ممیز بودن است. معاملات صغیر به سه دسته صرفاً نافع، صرفاً مضر و معاملاتی که احتمال نفع و ضرر هردو در آنها وجود دارد، تقسیم می‌شود. بنا بر قانون مدنی ایران خروج از حجر صغیر در امور غیرمالی رسیدن به سن بلوغ بوده اما در امور مالی رشد هم باید به اثبات برسد.

صغیر در لغت از ریشه صغر، به معنای کوچک و خرد است (انصاری، ۱۳۸۴، ۲۱۷) و در اصطلاح به کسی می‌گویند که به سن بلوغ شرعی نرسیده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ۲۰۴)

قبل از اصلاح قانون مدنی به سال ۱۳۶۱، صغیر به کسی گفته می‌شد که به سن ۱۸ سال تمام نرسیده باشد. ولی با اصلاحات صورت گرفته در قانون مدنی و حذف ماده ۱۲۰۹، سن ۱۸ سال به عنوان سن کبر لغو شد. (صفائی، ۱۳۸۴، ۲۰۲)

^۱ Minor

۲-۱-۲- اقسام صغیر

قانون مدنی برای صغیر، اقسامی قائل نشده است اما در قوانین کیفری و سوابق فقهی، صغیر در رابطه با دخالت در امور خود اعم از مالی و غیرمالی، به دو دسته تقسیم می‌شود:

- صغیر غیرممیز

صغیر غیر ممیز^۱ فرد نابالغی است که اهلیت استیفاء هیچ حقی از حقوق خود را ندارد؛ زیرا از یک جهت دارای قوه تمیز نیست و نمی‌تواند مفهوم حق را درک و شیوه اعمال آن را تشخیص دهد. از طرف دیگر، فاقد اراده حقوقی و قصد است. (باریکلو، ۱۳۸۷، ۱۶۸)

تمام تصرفات و معاملات صغیر غیر ممیز، اعم از مالی و غیرمالی، به دلیل فقدان قوه تمیز و قصد انشاء لازم برای انجام معاملات به صورت طبیعی، مطلقاً باطل و بلااثر است. (ارشدی، ۱۳۸۴، ۲۳۷)

بنابراین حجر صغیر غیر ممیز، کامل و مطلق بوده شامل کلیه معاملات (اعم از عقود، ایقاعات و قراردادهای) و اعمال حقوقی اعم از نافع و غیر نافع می‌شود. از طرفی حتی اگر ولی یا قیم صغیر غیر ممیز، معاملات او را بعد از انجام تأیید نماید، باز هم معاملات نافذ نخواهند شد. (همان)

قانون مدنی ایران از صغیر غیر ممیز تعریفی ارائه نکرده است و سن خاصی را در این خصوص در نظر نگرفته است. بنابراین تشخیص امر و تعیین تکلیف در این خصوص، به عهده قاضی دادگاه می‌باشد.

- صغیر ممیز

صغیر ممیز^۲، در مقابل صغیر غیرممیز بوده و دارای قوه درک و تمیز نسبی است، ولی به سن بلوغ نرسیده است. او زشت را از زیبا و سود را از زیان می‌شناسد و می‌تواند اراده حقوقی داشته باشد. (صفائی، ۱۳۸۴، ۲۰۴)

با توجه به اینکه صغیر ممیز دارای قوه تمیز نسبی می‌باشد و می‌تواند قصد انشاء نماید، حجر او کامل نبوده و اعمال حقوقی صرفاً نافع او صحیح می‌باشد. اما سایر اعمال حقوقی که منجر به تصرف در اموال و حقوق او می‌شود و احتمال سود و زیان در آن‌ها وجود دارد، غیر نافذ و منوط به اجازه ولی یا قیمی است که عهده‌دار اداره امور مالی او می‌باشد.

۲-۱-۳- انواع معاملات صغیر

به‌طور کلی معاملات صغیر ممیز را می‌توان به سه دسته تقسیم نمود:

۱- معاملات صرفاً نافع مانند قبول هبه که صحیح است، چرا که به استناد قسمت اخیر ماده ۱۲۱۲ قانون مدنی، هیچ احتمال ضرری برای او وجود ندارد. بنابراین صغیر ممیز می‌تواند تملیک رایگانی

^۱ indiscerning minor
^۲ discerning minor

را که به نفع او انشاء شده و هیچ‌گونه تعهدی به بار نمی‌آورد، قبول کند؛ او می‌تواند برای قبول عقود مجانی به دیگران وکالت دهد یا وکالتی که به او داده شده است را بپذیرد. (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۱۱۱)

۲- معاملات صرفاً مضر مانند معاملات رایگان که هبه کردن از جمله آنها است، این معاملات باطل بوده و حتی ولی یا قیم صغیر ممیز نمی‌تواند آن را از طرف او انجام دهد؛ چرا که آنان مکلف به رعایت مصلحت صغیر هستند و در اینجا چنین مصلحتی متصور نیست. بنابراین به طریق اولی خود صغیر ممیز نیز نمی‌تواند به انجام این‌گونه معاملات اقدام کند. (عابدیان، ۱۳۸۰، ۸۲)

۳- معاملاتی که احتمال نفع و ضرر هردو در آنها وجود دارد. ماده ۱۲۱۲ قانون مدنی، به بطلان معاملات صغیر تصریح دارد. ولی با مبنایی که قانون مدنی در مورد اعمال حقوقی سفیه اختیار کرده است، ادعای بطلان اعمال صغیر ممیز منطقی به نظر نمی‌رسد، زیرا حبر صغیر ممیز نیز مانند سفیه به دلیل حمایت از منافع اوست، نه فقدان اراده. منطق عرف نیز بطلان این‌گونه معاملات را نمی‌پذیرد و اجتماع احساس می‌کند که به فعالیت محدود جوانانی که به سن رشد نرسیده‌اند، نیاز دارد. بنابراین بطلان اعمال حقوقی این گروه بخشی از فعالیت‌های اقتصادی و روابط اجتماعی را مختل می‌کند. (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ۱۱۲)

علاوه بر آن مواد ۸۵ و ۸۶ قانون امور حسبی، به ولی و قیم محجور ممیز، اختیار تنفیذ کارهای او را می‌دهد. (ماده ۸۵ قانون امور حسبی: ولی یا قیم می‌تواند در صورتی که مقتضی بداند به محجور اجازه اشتغال به کار یا پیشه‌ای بدهد و در این صورت اجازه نامبرده شامل لوازم آن کار یا پیشه هم خواهد بود. ماده ۸۶ قانون امور حسبی: محجور ممیز می‌تواند اموال و منافع را که به سعی خود او حاصل شده است با اذن ولی یا قیم اداره نماید.) پس می‌توان گفت اجمال مواد مذکور قانون مدنی، با تصویب این احکام از بین رفته است و «باطل» در ماده ۱۲۱۲ قانون مدنی به معنای عام کلمه، یعنی غیر صحیح به کار رفته است. این بدین معناست که اگر صغیر، غیر ممیز باشد معاملات او باطل و اگر ممیز باشد معاملات او غیر نافذ است. (رای اصراری هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ش ۳۸۰۲-۱۷/۱۲/۱۳۳۱)

۲-۱-۴- شک در تمیز صغیر

چنانچه در ممیز یا غیر ممیز بودن صغیری شک وجود داشته باشد، اصل بر غیر ممیز بودن صغیر است. زیرا هر کودکی در ابتدای زندگی خود، در حالت عدم تمیز است و به‌صورت تدریجی دارای قوه تمیز می‌گردد. بنابراین در صورت حدوث تردید در تمیز صغیر، با عنایت به قاعده استصحاب حدوث عدمی (اصل عدم حدوث حادث)، حکم بر بقای حالت اولیه داده و صفت عدم تمیز را در کودک استصحاب می‌کنیم. (ارشدی، ۱۳۸۴، ۲۳۶)

۲-۱-۵- مسئولیت مدنی صغار

در مورد مسئولیت مدنی صغیر غیر ممیز باید اذعان نمود که با توجه به ماده ۱۲۱۶ قانون مدنی، چنانچه صغیر اعم از ممیز و غیرممیز، زیانی به دیگری وارد کند، مسئول است. بنابراین زیان وارده از اموال او توسط ولی یا قیم او جبران خواهد شد. این در صورتی است که اولاً زیان دیده خود مالش را به تصرف صغیر غیرممیز نداده باشد، ثانیاً سرپرست قهری یا قراردادی او تقصیری در نگهداری و مواظبت از او مرتکب نشده باشد.

با توجه به اینکه صغیر غیر ممیز در حجر کامل می باشد، طبق ماده ۱۲۱۵ قانون مدنی، هرگاه کسی مالی را به تصرف صغیر غیر ممیز و یا مجنون بدهد، صغیر یا مجنون، مسئول ناقص یا تلف شدن آن مال نخواهند بود. دلیل این عدم مسئولیت این است که کسی که مالی را به تصرف صغیر غیر ممیز یا مجنون می دهد، در واقع به ضرر خود اقدام کرده و سبب تلف یا ناقص شدن مالش شده است و چون در اینجا سبب اقوی از مباشر می باشد، شخص مذکور مسئول جبران خسارات وارده خواهد بود. (صفائی و قاسم زاده، ۱۳۸۲، ۲۳۶)

ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ در مورد مسئولیت مدنی صغیر و سرپرست او چنین مقرر داشته است: «کسی که نگهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر، قانوناً یا بر حسب قرارداد، به عهده او باشد، در صورت تقصیر در نگاهداری یا مواظبت، مسئول جبران زیان وارده از ناحیه مجنون یا صغیر می باشد و در صورتی که استطاعت جبران تمام یا قسمتی از زیان وارده را نداشته باشد، از مال مجنون یا صغیر جبران خواهد شد و در هر صورت جبران زیان باید به نحوی صورت گیرد که موجب عسرت و تنگدستی جبران کننده زیان نباشد.» این ماده در راه حمایت از زیان دیده، نوعی مسئولیت تضامنی پیش بینی کرده و جبران زیان وارده به وسیله صغیر یا مجنون را در درجه اول به عهده سرپرست محجور به شرط تقصیر در نگهداری یا مواظبت، و در صورت عدم استطاعت به عهده خود محجور گذارده است. (صفائی و قاسم زاده، ۱۳۸۲، ۲۳۸)

این ماده منافاتی با مفاد ماده ۱۲۱۶ ق. م ندارد. همان طور که اشاره شد زیان دیده می تواند از هر دو ضمان برای جبران خسارت خود استفاده کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۷۳۰)

۲-۱-۶- مسئولیت جزایی صغار

ماده ۴۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، در مورد مسئولیت کیفری صغار چنین اشعار می دارد: «اطفال در صورت ارتکاب جرم مبری از مسئولیت کیفری هستند و تربیت آنان با نظر دادگاه به عهده سرپرست اطفال و عندالاقضاء کانون اصلاح و تربیت اطفال می باشد.» در تبصره همین ماده منظور از طفل کسی عنوان شده است که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد. (ارشدی، ۱۳۸۴، ۲۴۶)

پیرامون مسئولیت پرداخت دیه ناشی از قتل و یا ضرب و جرح توسط صغار، ماده ۵۰ قانون مجازات اسلامی، عاقله را ضامن دانسته است: «... چنانچه غیربالغ مرتکب قتل و ضرب و جرح شود، عاقله ضامن است، لکن در مورد اتلاف مال شخص، خود طفل ضامن بوده اداء آن از مال طفل به عهده ولی او می‌باشد»

۷-۱-۲- خروج صغیر از حجر

در سیستم حقوقی ما سابقاً وضع خروج صغیر از حجر روشن بود. ماده ۱۲۰۹ قانون مدنی سابق، سن هجده سالگی را به عنوان سن کبر و اماره رشد پیش‌بینی کرده بود. علاوه بر این در این ماده پیش‌بینی شده بود که دختر یا پسری که به سن پانزده سالگی رسیده و مدعی رشد است، با مراجعه به دادگاه می‌تواند رشد خود را اثبات نماید. این ماده در اصلاحات سال ۱۳۶۱ حذف شد.

اکنون ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی و تبصره دو آن در خصوص خروج صغیر از حجر دو حکم متعارض دارند. ماده ۱۲۱۰ می‌گوید: «هیچ‌کس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن بلوغ، به جنون یا عدم رشد محجور نمود، مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد.» از این ماده فهمیده می‌شود کسی که بالغ می‌شود از حجر خارج شده است. تبصره دو این ماده می‌گوید: «اموال صغیری را که بالغ شده است در صورتی می‌توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد.» از این تبصره چنین برداشت می‌شود که صرف رسیدن به سن بلوغ برای خروج از حجر کافی نیست و باید رشد صغیر هم احراز شود. در مورد این تعارض، رأی وحدت رویه‌ای صادر شد، دایر بر اینکه ماده ۱۲۱۰ ناظر بر امور غیرمالی صغیر است و تبصره دو ذیل این ماده، ناظر بر امور مالی است. بدین معنی که در امور غیرمالی صرف رسیدن به سن بلوغ برای خروج از حجر کافی است، اما در امور مالی رشد هم باید به اثبات برسد. (رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ش ۳۰-۳/۱۰/۱۳۶۴)

۲-۲- مفهوم و جایگاه مصلحت در نکاح اطفال

ازدواج اطفال و یا اعطای معافیت از شرط سن قانونی نکاح، در حقوق موضوعه ایران، همیشه به رعایت مصلحت مشروط بوده است. در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی اصلاحی ۸۱ نیز، ازدواج صغیر یا نوجوان کمتر از ۱۳ سال (دختر) و ۱۵ سال (پسر) منوط به اذن ولی و مقید به «شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح» شده است. حال این پرسش مطرح می‌شود که مفهوم مصلحت و معیار آن چیست؟ (بند ۱-۱) آیا وجود مصلحت لازم است یا صرف فقدان ضرر و مفسدت کفایت می‌کند؟ (بند ۲-۱) مرجع تشخیص مصلحت چیست؟ (بند ۳-۱) همچنین بار اثبات آن با چه کسی است؟ (بند ۴-۱) معیار مصلحت در کنار معیار کفایت چه جایگاهی دارد و این دو چه رابطه‌ای با یکدیگر دارند؟ (بند ۵-۱)

۱-۲-۲- معنای مصلحت و رابطه آن با ضرورت

قبل از ورود به اصل بحث، لازم است تعریفی از مصلحت ارائه گردد تا مشخص شود که آیا مقصود از «مصلحت» همان «ضرورت» است یا متفاوت با آن است؟

۲-۲-۲- تعریف مصلحت

درباره معنای مصلحت و تعریف آن اتفاق نظر وجود ندارد. برخی از فقهای شیعه در تعریف آن گفته‌اند: «مصلحت عبارت است از آنچه که با مقاصد انسان در امور دنیوی یا اخروی و یا هر دو، موافق بوده و نتیجه آن به دست آوردن منفعت یا دفع ضرری باشد» (محقق حلی، ۱۴۰۳ق(ب)، ص ۲۲۱(۲))

شهید «بهشتی»، در معنای مصلحت می‌گوید: مصلحت، کلمه‌ای است کلی و دارای معنایی بسیار وسیع... به این ترتیب، حکومت مصلحت نیز انواع گوناگون پیدا می‌کند. عالی‌ترین حکومت از این نوع آن است که اساس آن مراعات مصالح مادی و معنوی، اخلاقی و دینی، برای همه افراد، همه طبقات، همه ملت‌ها و همه نژادها در همه نسل‌ها و زمان‌ها باشد (بهشتی، ۳۴).

در اصطلاح به معنای سبب رسیدن به مقصود شارع و به دست آوردن آن است اعم از عبادت که مربوط به حق خود شارع است یا عادت که برای نفع بندگان و انتظام معاش و احوال آنهاست.

حجت الاسلام غزالی در المستصفی می‌نویسد: مصلحت در اصل عبارت است از جلب منفعت و دفع مضرت، لیکن این مفهوم، منظور ما نیست زیرا جلب منفعت و دفع ضرر مقاصد خلق است لیکن مراد ما (اصولیین) از مصلحت محافظت بر مقصود شرع است.

از دیرباز، فقهای شیعه، به مصلحت توجه کرده‌اند و در بسیاری از فتاوی و برداشت‌های خود، از آن بهره جسته‌اند؛ شیخ مفید (متوفای ۴۱۳هـ ق) در مبحث (بیع) در بیان یکی از اختیارات حاکم می‌نویسد: و للسلطان أن يكره المحتكر على إخراج غلته و بيعها في أسواق المسلمين... وله أن يسعرها على ما يراه من المصلحة. حاکم می‌تواند، محتکر را به بیرون آوردن غله خود و فروش آن در بازار مسلمین وادار کند... و می‌تواند بر جنس او، آن‌گونه که مصلحت می‌داند، نرخ بگذارد.

شیخ طوسی (متوفای ۴۶۰هـ ق) در کتاب مبسوط، بخش زکات، هنگام بحث از اراضی مفتوح العنوة، می‌نویسد: أن التصرف فيه بحسب ما يراه من مصلحة المسلمين .

در بخش جهاد، از همو آمده است: يجوز للإمام وخليفته إذا دخل دارالحرب أن يجعل الجعایل على ما فيه مصلحة المسلمين. امام و جانشین او، هنگام ورود به دارالحرب، می‌توانند بر اساس مصلحت مسلمین، جعل قرارداد کنند. وی در مبحث جزیه و نیز بخش بیع و رهن، مصلحت را توجه کرده است .

محقق حلی (متوفای ۶۷۶ هـ ق) در بخش جهاد، شرایع می‌نویسد: فرضه علی الکفایه ولایتین إلا أن یعینه الإمام (ع) لاقتضاء المصلحة. جهاد، واجب کفایی است عینی مگر این که امام (ع) به اقتضای مصلحت، آن را واجب عینی اعلان کند.

«غزالی»؛ از دانشمندان مشهور اهل سنت، در تعریف مصلحت می‌گوید: «مصلحت، در اصل (از نظر لغوی) عبارت است از جلب منفعت و دفع ضرر، ولی این مفهوم منظور ما نیست؛ زیرا جلب منفعت و دفع ضرر از مقاصد خلق است و مراد ما از مصلحت، تأمین مقصود و هدف شرع است و مقصود شرع نسبت به خلق، پنج امر است: حفظ دین، جان، عقل، نسل و اموال. پس آنچه در جهت حفظ این اصول پنج‌گانه باشد، مصلحت و آنچه موجب تقویت آنها باشد، مفسده نامیده می‌شود» (غزالی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۷۴).

با وجود اختلاف نظر، نقطه اشتراک در تعریف مصلحت این است که در معنای آن، هم به جنبه «دنیوی» توجه شده است و هم به جنبه «دینی و اخروی» و این نکته در کلام مولای متقیان؛ حضرت علی (ع) نیز مشهود است (نهج البلاغه، خطبه ۲۱۲) (۳) و حتی آن حضرت بر تقدّم مصالح دینی بر مصالح دنیوی، تأکید می‌کردند (همان، حکمت ۱۰۳).

بنابراین، در یک تعریف نسبتاً جامع از مصلحت در امور حکومتی، می‌توان گفت مصلحت عبارت است از تدبیری که دولت اسلامی به منظور رعایت منافع معنوی و مادی جامعه اسلامی و در راستای اهداف شرع مقدّس، اتخاذ می‌کند.

۲-۲-۳ - رابطه مصلحت با ضرورت و ضرر

پرسش اساسی در این باره آن است که آیا «مصلحت» با عنوان‌هایی؛ مانند «ضرورت» (اضطرار) و «ضرر» مترادف است یا عنوانی مستقل و متفاوت با آنهاست؟

برای پاسخ به این پرسش، ابتدا لازم است معنای «ضرر» و «ضرورت» مشخص شود. حضرت امام خمینی (ره) در تعریف «ضرر» می‌فرماید: «مفهوم ضرر نزد عرف، عبارت است از وارد کردن نقصی بر مال یا جان» (امام خمینی، ج ۳، ص ۹۲).

برخی دیگر از فقها در تعریف ضرر گفته‌اند: «ضرر، عبارت است از نقص مالی، بدنی، عقلی و یا روحی» (خوئی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۲۱۷). بنا بر تعریف دوم، «صدمه‌های روحی» و «خسارت‌های معنوی» نیز مشمول ضرر است، ولی در این مسأله، هم در حقوق موضوعه کشورها و هم از نظر فقهی، اتفاق نظر وجود ندارد. برخی از فقها بر این عقیده‌اند که از نظر عرف، کتاب و سنت، واژه ضرر در موارد ضربات روحی ناشی از هتک حیثیت، استعمال نمی‌شود (امام خمینی، ج ۳، ص ۹۳).

در حقوق ایران، بر اساس بند ۲ از ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب سال ۱۳۳۵ و نیز بر اساس قانون مسئولیت مدنی، مصوب ۱۳۳۹، ضرر و زیان معنوی؛ یعنی کسر حیثیت یا اعتبار اشخاص یا صدمات روحی، قابل مطالبه و جبران بود، اما در ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۷۸، این بند

حذف گردید، ولی قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ جبران خسارت معنوی را با شرایطی به رسمیت شناخته است. بر اساس ماده ۱۴ این قانون: «شاکی می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند»

همچنین در تبصره ۱ این ماده، زیان معنوی بدین گونه تعریف شده است: زیان معنوی عبارت از صدمات روحی یا هتک حیثیت و اعتبار شخصی، خانوادگی یا اجتماعی است. دادگاه می‌تواند علاوه بر صدور حکم به جبران خسارت مالی، به رفع زیان از طرق دیگر از قبیل الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن حکم نماید.

بر اساس تبصره ۲ این ماده، پرداخت خسارت معنوی، تنها نسبت به تعزیرات غیر منصوص شرعی به رسمیت شناخته شده است (۵) که مبنای فقهی این اختصاص و عدم شمول آن نسبت به تعزیرات منصوص شرعی چندان مشخص نیست.

علاوه بر عرف کنونی، در تاریخ سیاسی اسلام نیز مواردی به چشم می‌خورد که حاکی از به رسمیت شناختن ضرر معنوی است. برای نمونه وقتی مکه فتح شد و «خالد بن ولید»، برخلاف مأموریت پیامبر گرامی اسلام (ص) با قبیل «بنی جذیمه بن عامر» جنگید، پیامبر بلافاصله حضرت علی (ع) را برای دلجویی و جبران خسارت، به آنجا فرستاد و امیر مؤمنان برای جبران خسارت، ضررهای معنوی و روحی را نیز در نظر گرفته، به کسانی که از حملات «خالد بن ولید» ترسیده بودند، مبلغی پرداخت کرد و آنگاه که پیامبر (ص) از رفتار عادلانه امیر مؤمنان (ع) آگاه شد، ایشان را ستود (سبحانی، ۱۳۷۱، ص ۴۵۳).

اما در مورد صدق ضرر بر «منافع ممکن الحصول» و قابل مطالبه بودن آن در حقوق ایران، اتفاق نظر وجود دارد؛ اگر چه در تبصره ۲ ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۹۲ برای منافع ممکن الحصول نیز محدودیت‌هایی در نظر گرفته شده است. از دیدگاه فقهی نیز این نظریه قابل تأیید است؛ به ویژه در منافع ممکن الحصولی که استیفاء شده و به ناحق استفاده شده باشد (منافع مستوفاه).

برخی بر این باورند که در مقابل مفهوم «ضرر»، مفهوم «نفع» قرار دارد. به عبارت دیگر، بر «عدم النفع» هم ضرر صدق می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۴۱۵)

«نجم الدین طوفی»؛ از علمای حنبلی، «ضرر» را در مقابل «مصلحت» و این دو را نقیض هم می‌داند و به همین دلیل معتقد است که اقتضای قاعده لاضرر، رعایت مصالح و مفساد است؛ زیرا ضرر به معنای مفسده می‌باشد. پس هرگاه شرع، مفسده را نفی کند، لازمه‌اش اثبات نفع است که همان مصلحت می‌باشد؛ چون این دو «نقیض» یکدیگرند و واسطه‌ای میان آنها نیست (حکیم، ص ۳۹۱)

نسید محمدتقی حکیم، در پاسخ به این دیدگاه می‌گوید: «ضرر و مصلحت از قبیل «ضدین» است و نه متناقضین، تا نفی یکی موجب اثبات دیگری باشد. بنابراین، از طریق نفی ضرر نمی‌توان مصلحت را اثبات کرد» (همان، ص ۳۹۲).

در تعریف ضرورت گفته‌اند: «عذری است که به‌موجب آن، ارتکاب پاره‌ای از امور ممنوعه مجاز است؛ مانند کسی که گرسنه و در شرف هلاکت است که می‌تواند از مال غیر، بدون اجازه او به‌قدر سدّ جوع بردارد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۴۱۶).

بنابراین، می‌توان گفت «ضرورت» عبارت است از پدید آمدن نیاز شدید در برابر شرایطی که موجب بروز خطر و ضرر بر جان، مال، ناموس و حیثیت فرد یا جامعه بشود؛ خواه ضرر موردنظر، مادی باشد یا معنوی و خواه فعلیت داشته باشد (ضرر بالفعل) و یا امکان ایجاد آن باشد (ضرر بالقوه).

چنین تعریفی برای ضرورت، آن را به مفهوم مصلحت نزدیک می‌کند؛ زیرا در عدم رعایت مصلحت نیز در واقع نوعی ضرر بالقوه نهفته است که از آن به مصلحت ملزومه تعبیر می‌شود. در کلام برخی از فقها نیز واژه مصلحت به معنای ضرورت به کار رفته است (اردبیلی، ۱۴۱۷ق، ج ۱۲، ص ۲۳).

اما در پاره‌ای موارد، واژه مصلحت، متفاوت با ضرورت استعمال شده است و در واقع مصلحت در این معنا، مرتبه‌ای است خفیف‌تر که هنوز به حدّ ضرورت نرسیده و از دست دادن آن ضرری را در پی نخواهد داشت؛ اگر چه موجب محرومیت از منفعتی خواهد شد که در تحقیق حاضر این نوع از مصلحت مورد بحث است.

از این‌رو، حضرت آیه الله «جوادی آملی» درباره تفاوت مصلحت و ضرورت، بر این باورند که: به نظر می‌رسد بین مفهوم مصلحت و مفهوم ضرورت، رابطه عموم و خصوص مطلق است؛ یعنی هر ضرورتی مصلحت است، اما هر مصلحتی لزوماً ضرورت نیست. به تعبیر دیگر، گاهی مصلحت «اولویت تعیینی» دارد و گاهی «اولویت تفضیلی». در موردی که اولویت تعیینی دارد، همان ضرورت است و در جایی که اولویت تفضیلی دارد، مصلحت بوده و ضرورت نیست (جوادی آملی، ۱۳۷۹، ص ۴۶۵).

بنابراین، تشخیص مصلحت در تعریف اول، به معنای تشخیص ضرورت است که با «احکام ثانویه» تناسب دارد و در آن، گستره اختیارات ولی امر و نهادهای مرتبط با وی، به اوضاع اضطراری و نیازهای غیرقابل اجتناب جامعه محدود خواهد بود (مصباح یزدی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۳۹)، اما بر اساس تعریف دوم، دایره اختیارات نهاد تشخیص مصلحت، گسترده‌تر خواهد بود؛ یعنی با وجود عدم تحقق ضرورت و صرفاً بدین جهت که اعمال چنین اختیاری پیشرفت جامعه اسلامی را در پی خواهد داشت، می‌توان به عمل موردنظر فرمان داده و یا از آن نهی کرد؛ یعنی همان هدفی که به تأسیس مجمع تشخیص مصلحت انجامید؛ مثلاً برای آسایش و راحتی مردم - بدون اینکه به حد اضطرار رسیده یا موجب ضرری باشد - به تخریب ساختمان‌های مسکونی در مسیر خیابان‌کشی، اقدام گردد (همان، ص ۴۰).

بدیهی است که در این فرض، ضرورت فعلی وجود ندارد، ولی نوعاً اینگونه موارد با توجه به اینکه به اصل حفظ نظام مربوط است، در آینده به اضطرار، عسر و حرج و یا ضرر منجر می‌گردد و چه‌بسا خسارتی که در آینده وارد خواهد شد، به مراتب بیشتر باشد (ضرر بالقوه)، اما به تعبیر برخی از صاحب‌نظران:

حفظ نظام به حفظ مصلحت عام برمی‌گردد؛ چنانکه اخلال به آن، نادیده گرفتن این مصلحت است و ربطی به عسر، حرج و اضطراب ندارد. از این رو، حفظ نظام واجب است؛ هرچند به عسر، حرج، اضطراب و ضرر منتهی نگردد. البته روشن است که عدم حفظ نظام و اخلال به آن، در صورتی که به جریانی عام و فراگیر تبدیل شود، همه آن محذورات (عسر، حرج و...) را دارد (علیدوست، ۱۳۹۰، ص ۱۲۷).

خلاصه اینکه «مصلحت» به دو معنا به کار رفته است؛ در یک معنا مترادف با «ضرورت» و در معنای دیگر، وسیع‌تر از آن و آنچه در این تحقیق مورد تأکید است، همین معنای دوم می‌باشد.

۲-۲-۴- تفاوت مصلحت فقهی با مصلحت کلامی

پرسش از مصلحت در علم کلام، درباره احکام الهی است و اینکه آیا صدور احکام دین، مبتنی بر مصلحت است یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش کلامی دو دیدگاه در میان دانشمندان علم کلام وجود دارد. عدلیه (شیعه) بر این اعتقادند که احکام شرعی بر پایه جلب مصالح و دفع مفسد استوارند، اما اشاعره بر این عقیده‌اند که شأن شریعت، والاتر از آن است که با معیار مصلحت سنجیده شود؛ زیرا این امر با روح تعبد که مبنای احکام اسلامی است، منافات دارد. بنابراین، همانگونه که برخی از محققین تصریح نموده‌اند، مصلحتی که مبنای احکام شرعی است با مصلحتی که مبنا و معیار احکام حکومتی است، از جهاتی با هم تفاوت دارند. از جمله اینکه:

- اول، مصلحتی که مبنای احکام شرعی است، از جانب خداوند تشخیص داده می‌شود و مطابق با واقع است، ولی مصلحتی که معیار احکام حکومتی است، از سوی حاکم جامعه تشخیص داده می‌شود و لزوماً مطابق با واقع نیست.
 - دوم، مصلحت نوع اول ثابت و تغییرناپذیر است، ولی مصلحت نوع دوم، تابع شرایط مختلف زمانی و مکانی بوده و موقت است.
 - سوم، در قسم اول، مصلحت فرد مکلف یا مصلحت جمع مکلفین - در احکام اجتماعی - مبنای حکم شرع است، ولی در قسم دوم، مصلحت عمومی معیار و ملاک است.
 - چهارم، مصلحت نوع اول معیار حکم اولی شرع است، ولی مصلحت نوع دوم معیار حکم حکومتی است که در اولی یا ثانوی و یا شق ثالث بودن آن اختلاف نظر وجود دارد (ورعی، ۱۳۹۰، ص ۱۲۸).
- اما بحث درباره این پرسش اساسی که آیا مصلحت از دیدگاه فقهی یک «عنوان اولی» است یا مانند عسر، حرج و ضرر، عنوانی ثانوی و یا هیچ‌کدام، مجال دیگری را اقتضاء می‌کند (هاشمی، ۱۳۸۱، ص ۱۲-۱۸).

۲-۲-۵- مفهوم و معیار مصلحت در نکاح اطفال

اختیار پدر و جد پدری در تزویج دختر و پسر صغیر از احکام مسلم فقهی است که متکی به روایات متعدد و فتاوی فقها است. قبل از اسلام اشخاص متعددی مانند برادر، عمو، عموزاده مدعی ولایت بر زن‌ها و داشتن حق تزویج آن‌ها بودند. اسلام از دو جهت محدودیت ایجاد کرد: یکی اینکه ولایت را محدود به ولی قهری یعنی پدر و جد پدری کرد. ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی نیز مبتنی بر نظر مشهور فقهاست؛ دوم اینکه اختیار ولی قهری را مشروط به رعایت مصلحت مولی علیه نمود. پس حرکت اسلام در جهت محدود کردن ولایت بر غیر و گسترش قلمرو اصل عدم ولایت بوده است (رجبیان؛ ۱۳۸۰، ۶۸).

فقها در تبیین قلمرو مصلحت احکام خاصی را مقرر نموده‌اند. از جمله اینکه تزویج صغار قبل از بلوغ کراهت دارد (طباطبایی یزدی؛ ۱۳۸۷، ۶۳۳). نزدیکی جنسی (وطی) قبل از رسیدن به بلوغ جایز نیست و در صورت تخلف ضمانت اجراهای سنگینی مانند حرمت ابدی میان زوجین و ضمان دیه افضاء و سایر عیوب و تکلیف شوهر به پرداخت نفقه زن تا زمان حیات وی، در انتظار شوهر است (همان؛ ۶۴۵-۶۴۴؛ محقق حلی؛ ۱۳۷۲، ۴۳۷؛ اراکی؛ ۱۳۷۳، ۲۷۰؛ شهید ثانی؛ ۱۳۸۰، ۳۷۹) همچنین برای ولی جایز نیست مولی علیه را به شخصی تزویج کند که عیب داشته باشد، خواه از عیوب مجوز فسخ نکاح باشد یا خیر، مانند شرب خمر یا معصیت‌کار بودن یا بددین بودن (موسوی خمینی؛ بی تا، ۳۹۴).

مصلحت مفهوم متغیر و امر موضوعی است و با قرار دادن فرد متعارف در شرایط ویژه صغیر ارزیابی صورت می‌گیرد. یعنی معیار ارزیابی جنبه شخصی و نوعی دارد. به عنوان مثال ممکن است تزویج دختر صغیری که پس از مرگ پدر و مادر دچار تألم روحی شدید شده است و وابستگی عاطفی به پسری از خویشان داشته باشد به مصلحت تشخیص داده شود تا سلامت روانی خود را بازیابد. همچنین پدری که دچار فقر مالی شدید است و مجبور به منع فرزندان از ادامه تحصیل و واداشتن آنان به کار باشد، به واسطه نکاح فرزند صغیر خود با فرزند یک خانواده متمول، ادامه تحصیل و دوری از مفسدت کار اجباری را تأمین کرده باشد.

از آیات قرآن استفاده می‌شود که هدف ازدواج کسب آرامش روحی و مودت و محبت است و برخلاف تصرفات مالی، هدف اصلی نکاح، سود و منفعت مادی نیست (۳)؛ بلکه علاوه بر بقاء نسل، ایجاد انس و الفت و ارضای غریزه جنسی از راه صحیح و پر کردن خلاهای روحی و عاطفی است. بنابراین مصلحت در نکاح صغیر باید در راستای تحقق اهداف ازدواج باشد. به نظر می‌رسد در نکاح اطفال، به دلیل عدم بلوغ جسمی و فکری غالباً این اهداف محقق نمی‌شود. در صحیح هاشم بن حکم آمده است که، به امام صادق (ع) عرض شد، ما فرزندانمان را در سن طفولیت تزویج می‌نماییم، امام (ع) فرمودند: «در این صورت بعید است که با هم انس گیرند و با هم مهربان باشند» (غیائی ثانی و موسوی بجنوردی؛ ۱۳۸۷، ۱۲).

مسأله دیگر که باید در مفهوم مصلحت لحاظ شود این است که ازدواج ولایی صغیر، وی را از مهم‌ترین حق انتخاب سرنوشت خود محروم می‌کند و مغایر با اصل مترقی عدم ولایت است که مورد قبول فقهاست. بنابراین دلایل و عوامل موجهه مصلحت، باید به اندازه کافی قوی و مؤثر باشد تا بتوان اقدام به تزویج صغیر کرد. به همین دلیل است که اختیار تزویج صغیر محدود به ولی قهری شده است، اشخاصی که در شفقت و خیرخواهی آنان تردیدی نیست و خلاف آن استثناء است؛ مضافاً آنکه ضرر ناشی از نکاح ولایی بدون مصلحت، به‌ویژه از طرف زن، قابل جبران نیست و نباید نکاح با امور مالی مقایسه شود (شهید ثانی؛ ۱۴۱۶ق، ۱۲۹).

مصلحت مورد استناد برای تزویج صغیر ممکن است جسمی یا اخلاقی یا عاطفی یا شرایط خانوادگی باشد. به‌عنوان مثال، ممکن است پسر ۱۴ ساله‌ای، به دلیل رسیدن به سن بلوغ و تمایل شدید به ازدواج و فراهم بودن شرایط مالی و خانوادگی برای او، تزویج وی مصلحت‌آمیز تشخیص داده شود و یا دختر ۱۲ ساله بالغی به دلیل روابط نامشروع و زوال بکارت، رعایت اصول اخلاقی اقتضاء می‌کند که ازدواج کند؛ یا کودک صغیری که پدر و مادر وی فوت کرده و پدربزرگ او دچار بیماری صعب‌العلاج است، با تزویج او با دختری از خویشان، مشکلات ناشی از یتیمی وی، به‌ویژه در دوره فقدان ولی قهری، ترمیم یابد.

در خصوص لزوم مصلحت در زمان عقد نکاح یا لزوم استمرار آن برای ایام آینده، یکی از فقها معتقد است: «در عقد مولی علیه رعایت مصلحت او به‌طور دائم در عقد نکاح دائم و رعایت مصلحت به‌طور موقت در عقد موقت یعنی به‌قدر مدت عقد لازم است و با نبودن آن عقد باطل است» (صانعی؛ ۱۳۸۱، ۴۳۴). اگر مقصود از این فتوا آن باشد که نکاح صغیر با توجه به روال متعارف و پیش‌بینی یک فرد متعارف از آینده زوجین، باید مصلحت‌آمیز به نظر آید، قابل تأیید است. ولی اگر منظور این است که اگر، به‌رغم وجود مصلحت در زمان عقد نکاح و استمرار آن در آینده طبق روال متعارف، به دلیل وقوع حوادث غیرقابل پیش‌بینی، بقای رابطه زوجیت در آینده به مصلحت نباشد، عقد را باطل یا غیر نافذ تلقی کنیم یا خیار فسخ برای صغیری که اکنون رشید شده است قائل شویم، به نظر قابل پذیرش نیست، زیرا در هر عقد نکاحی و در مورد افراد رشید هم، احتمال شکست ازدواج و کشف به مصلحت نبودن انعقاد نکاح از ابتدا، وجود دارد و این امر مقتضای عجز بشری و جهل او به آینده است و تکلیف تضمین مصلحت آینده تکلیف ما لایطاق است.

۲-۳- مفهوم، ماهیت و اقسام عقد نکاح و شروط ضمن آن

همان‌طور که قبلاً بیان گردیده، قبل از بحث و بررسی ماهوی الفاظ به تعاریف پرداخته تا حدود و ثغور موضوع مشخص گردد. در این مبحث، برای روشن شدن مفهوم نکاح، به‌صورت اجمالی به بیان تعاریف لغوی و اصطلاحی خواهیم پرداخت.

۲-۳-۱- مفهوم نکاح

۲-۳-۱-۱- معنای لغوی نکاح

«نکاح در لغت به معنای تقابل و التقا (تناكح الجبلان) سلطه و غلبه، وصول و اختلاط، ضم، وطی و عقد است». (نجفی، ۱۳۶۷، به نقل از: جعفرپور و ذوالفقاری)

«نزد مشهور، نکاح در لغت برای وطی وضع شده است و بر آن اجماع منعقد می‌باشد. البته منظور از اجماع در اینجا، اتفاق اهل لغت بر این مسأله است. اما نزد مشهور فقها کلمه‌ی نکاح برای عقد به کار رفته است. نتیجه آنکه نکاح لفظی است که شرعاً و لغتاً برای عقد وضع گردیده است و این حقیقت شرعیه است و استعمال آن برای وطی نیازمند قرینه است و در تعریف دیگری نکاح در لغت به معنی ضمّ (پیوستن) است. (صفائی، امامی، ۱۳۸۷، ص ۲۴)

با دقت در معانی گوناگون لغوی می‌توان گفت که همه‌ی این تعبیر حاکی از یک حقیقت واحد به معنای «انضمام و پیوستگی می‌باشد و در قرآن هر کجا که کلمه‌ی «نکاح» بیان گردیده است به معنای عقد است.

۲-۳-۱-۲- معنای اصطلاحی نکاح

قانون مدنی ایران نکاح را تعریف نکرده است، گرچه ممکن است به نظر آید که به دلیل بدیهی بودن قانون‌گذار از تعریف صرف‌نظر کرده اما شاید متنوع بودن آثار و نتایج نکاح و روش نبودن ارکان و عناصر اصلی آن، مقنن را از تعریف این نهاد مهم منصرف کرده باشد. حقوق‌دانان تعاریف مختلف و متنوعی از نکاح ارائه نموده‌اند که به چندی از آن‌ها به شرح ذیل اشاره می‌گردد:

- الف: «نکاح، میثاقی الهی و رابطه حقوقی - عاطفی است که به‌وسیله عقد بین زن و مرد ایجاد می‌گردد و به آنان حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کنند و مظهر بارز این رابطه حقّ تمتع خاص می‌باشد». (کاتوزیان، دوره ۱۳۷۹، ص ۳۵)
- ب: «نکاح عقدی است که به‌موجب آن زن و مردی، به‌منظور تشکیل خانواده و شرکت در زندگی، با هم متحد می‌شوند». (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۳۵).
- ج: «نکاح عقدی است که زوجین حقّ استمتاع مشروع از یکدیگر را دارند». (محمّدالدین، ۱۳۸۷، ص ۱۴)

۲-۳-۲- ماهیت و اقسام عقد نکاح

نکاح (موقت، دائم) عقد است و برای انعقاد و تشکیل، مستلزم توافق و به هم پیوستن دو اراده زن و مرد و رعایت شرایط اساسی صحت معامله می‌باشد و آثار این عقد را قانون مشخص می‌کند. نکاح در حقوق ایران بر دو قسم: نکاح دائم و نکاح منقطع (موقت، متعه) است.

نکاح موقت در حال حاضر در عمل کمتر مورد استفاده قرار می‌گیرد و به تدریج از اهمیت آن در جامعه ما کاسته شده است.

لکن این نوع نکاح (موقت) در فقه امامیه و قانون مدنی معتبر شناخته شده است. اما، فقه عامه این نوع نکاح را معتبر نمی‌شناسد. در کشورهای غربی نکاح موقت وجود ندارد و در برخی کشورهای اسلامی نیز، نکاح موقت پذیرفته نشده است.

۲-۳-۱- عقد نکاح موقت

نکاح منقطع (موقت، متعه) در ماده ۱۰۷۵ قانون مدنی بیان گردیده است. «نکاح وقتی منقطع است که برای مدت معینی واقع شده باشد». (صفائی و امامی، ۱۳۸۷، صص ۱۷ و ۱۶)

۲-۳-۲- عقد نکاح دائم

قانون مدنی ایران نکاح دائم را تعریف نکرده است ولی با در نظر گرفتن تعریفی که از نکاح موقت بیان شده، می‌توان اظهار نمود به نکاحی، نکاح دائم گفته می‌شود که مدت مشخص و معینی ندارد و قصد طرفین مبنی بر دوام و پایداری آن است.

۲-۳-۳-۲- فرق بین عقد نکاح دائم و موقت

نکاح دائم و منقطع از اشتراکات زیادی برخوردار هستند، اما تفاوت عمده‌ی آن‌ها به شرح ذیل می‌باشد:
الف) تعیین مدت در نکاح منقطع شرط لازم است و ماده ۱۰۷۵ قانون مدنی ذکر مدت در نکاح منقطع را الزامی دانسته است.

ب) در نکاح منقطع شوهر ملزم به دادن نفقه به همسر خود نمی‌باشد، مگر اینکه صراحتاً در عقد قید شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع گردیده باشد. (ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی)

پ) در نکاح منقطع مقررات طلاق وجود ندارد و جدایی زن و شوهر با انقضاء مدت یا بذل مدت یا فسخ نکاح حاصل می‌شود، بنابراین مقررات طلاق مختص نکاح دائم است.

ت) عده‌ی زوجه منقطعه پس از جدایی از شوهر (زن غیر آبستن) دو طهر است. درحالی‌که عده فسخ نکاح یا طلاق در نکاح دائم سه طهر است.

ث) یکی از شرایط اساسی صحت نکاح منقطع تعیین مهر است و عدم ذکر مهر موجب بطلان عقد است. (صفائی و امامی، ۱۳۸۷، صص ۱۷ و ۱۶) (ماده ۱۰۹۵ قانون مدنی)

۲-۴- ولایت

ولایت و سرپرستی که در امر ازدواج برای پدر و جد پدری در نکاح بر باکره قانون و فقه ما عنوان کرده چگونه ولایتی می‌باشد و آیا تنها بر دختر صغیره ولایت دارد یا بر کبیره باکره نیز ولایت اینان حاکم است.

ولایت پدر یا جد پدری در نکاح بالغه و حتی صغیره باکره حتی الامکان باید تفسیر مضیق شود و جنبه حصری دارد و این مورد قبول فقهای امامیه و اهل سنت و مواد صریح قانون ما می باشد بنابراین باید مفهوم ولایت مورد بررسی و کنجکاوی قرار گیرد تا از این ولایت مورد نظر سوء استفاده نشود بنابراین ما در این بخش در مبحث اول و دوم به تعریف لغوی و اصطلاحی ولایت پرداخته ایم و مبحث سوم به طور دقیق به اذن پدر یا جد پدری در دختر صغیره و باکره پرداخته ایم که خود به بررسی اذن پدر و جد پدری به طور جداگانه پرداخته شده و در پایان بخش نیز به حل تعارض در اذن پدر و جد پدری پرداخته شده است.

۲-۴-۱- ولایت در لغت

ولایت از ولی گرفته شده است و به معنی نزدیکی است و از انواع قرابت حکمی است که از عمق و موالات حاصل گردد.^۱

ولایت به معنی حکومت کردن، دست یافتن و تصرف کردن آمده است. در جایی دیگر ولی به معنی نزدیکی، باران بعد از باران، محبت و صداقت، نگهدارنده و مطیع هم معنی کرده اند. در برخی دیگر از کتابها ولایت را در معنی قرب به کار برده اند و پنج نوع قرب قائل شده اند که یکی از اینها قرب از جهت اعتقاد یعنی کسی که با دیگری هم عقیده است.^۲

معنای دیگر هم برای ولایت و ولا در کتب لغت آورده اند ولی بیشترین و بهترین کاربرد برای ولایت در کتب لغت همان معنای قرب و نزدیکی می باشد، این به معنی کسی است که احسان و فعل خداوند پی در پی بر او وارد گردد. ولاء قولی آن است که دو یا چند چیز به گونه ای کنار هم قرار گیرند که هیچ چیز جز خودشان بین آن حائل نباشد. گاهی برای قرب همگانی، مبنی، دینی، دولتی، همیاری، همفکری در اعتقاد آورده می شوند. ولایت به کسر واو به معنی نصرت و یاری رساندن، به فتح واو به معنی بر عهده گرفتن امور می باشد.^۳

۲-۴-۲- ولایت در اصطلاح

در معنای عام ولایت را بدین صورت آورده اند که ولی کسی است که به حکم قانون اختیار دیگری را در قسمتی از امور دارا می باشد. معنای دیگری که برای ولایت عام ارائه کرده اند چنین می باشد سلطه ای است که شخص بر مال و جان دیگری پیدا می کند و شامل ولایت پدر و جد پدری و پیامبر و حاکم نیز می شود. ولی در روابط خانوادگی، عبارت از اقتداری است که قانون گذار به منظور اداره امور مالی و گاه تربیت

^۱ علی بن محمد، کتاب التعریفات، ص ۱۳۹

^۲ - همتی، همایون، ولایت تکوینی، ص ۷۹۰

^۳ - دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، جلد ۱۴، ص ۷۹

کودک(یا سفیه یا مجنونی که حجرشان متصل به زمان صغر است)به پدر یا جد پدری اعطا کرده است(ماده ۱۸۳ قانون مدنی).^۱

صاحب بلغة الفقيه در تعريف ولايت مي نويسد ((هي سلطنة على الفير عقليه او شرعية، نفساكان او مالا او كليهما بالاصل او بالعارض))

تا اينجا تعاريفي که براي ولايت در معنای عام آن آمده بود را ارائه کردیم در امور مدنی و مسائل مربوط به ازدواج که مربوط به بحث ما می باشد تعريف دیگری ارائه داده اند که با عنوان نمونه تعاريفي را در ذيل می آوريم ولايت نمايندگی قهری یا قانونی پاره ای از اشخاص نسبت به کسانی که به علت ضعف دماغی یا اعسار امور مدنی کلاً یا بعضاً به دست آن نماينده اداره می شود مانند پدر و جد پدری و وصی منصوب از طرف آنان و قيم و مدير تصفيه یا اداره تصفيه و بستانکاران معسر^۲ در روابط خانوادگی ولايت بدین گونه تعريف می شود.

در کتب فقهی ولايت اختیاری است که شخص برای ترویج دختر نابالغ دارد. خواه آنکه آن دختر باکره باشد یا اینکه به وسیله شوهر یا غیر شوهر بکارتش از بین رفته باشد. معنی دیگری که حقوق دانان در رابطه خانوادگی از ولايت ارائه داده اند عبارت است که قدرت و اختیاری است که برابر قانون به یک شخص ذی صلاح برای اداره امور محجور واگذار شده است.

در فقه اهل سنت نیز تعاريف مختلفی برای ولايت آورده اند ولايت در آنجا چنین تعريف شده است که:سلطه برای شخصی که قدرت بر انشاء و اجرای تصرفات و عقود و تنفيذ آنها برای وی ثابت گردیده قرار داده شده است. هرگاه این ولايت متعلق به شخص وی باشد یعنی متولی امر خود صاحب چنین قدرت و استفاده از آن مرحله اجرا باشد مانند اینکه طرف در ترویج خودش یا در تصرف در مالش در اجرا قدرت داشته باشد این را ولايت قاصر گویند اگر همین قدر و اختیار را شخص در ارتباط با شئون دیگری داشته باشد به این معنی که تصدی نکاح دختر خود را با تصرف در مال و اولاد وی را بر عهده بگیرد آن را ولايت متعدی می خوانند که ولايت متعدی خود بر دو قسم است.^۳

الف-ولايت بر نفس:که صاحب آن دارای قدرت تصرف در امور متعلق به مولی علیه است مانند تعلیم و تربیت و ترویج وی.

ب-ولايت بر مال:که به دارنده آن قدرت انشاء عقودی که به اموال اختصاص دارد و همچنین تنفيذ آنها را واگذار می کند.

از لحاظ جبر یا عدم آن ولايت متعدی خود بر دو قسم است.

^۱ - کاتوزیان، ناصر. حقوق خانواده. جلد دوم ص ۲۰۲

^۲ - جعفری، لنگرودی، محمدجعفر، همان ص ۷۵۶

^۳ - زهره، ابوالمکارم، فقه استدلالی، ترجمه مهدی افجوی نژاد. ص ۴۸۳

الف- ولایت جبر: که در این نوع ولایت ولی صاحب اختیار مطلق است و می تواند در امور مولی علیه خود به طور مستقیم دخالت کند که برخی از فقها این را ولایت استبدادیه خوانده اند.

ب- ولایت ندب: ولایتی است که به صاحب آن حق تزویج مولی علیه را بر مبنای اختیار و رغبت مولی علیه می دهد و در عقد ولی استقلال رأی ندارد و برخی این نوع ولایت را ولایت مستحب خوانده اند، این نوع ولایت برای تمام اولیا ثابت می گردد.

اصطلاح دیگری که ممکن است بکار رود ولایت اقربا بعد است که بر طبق نظریه های اهل سنت خویشاوندان ذکور پدری (عصبه) بر مولی علیه ولایت دارد حال اگر این افراد در طبقه متحد ولی در درجه مختلف باشد اقربا از نظر درجه برابعد حق تقدم دارد. مثلاً پسر، بر پسر پدر و پدر بر جد مقدم خواهد^۱. اصل در فقه بر آن قرار گرفته است که آنرا این چنین بیان می دارند ((لا ولا به لاحد علی احد)) یعنی اینکه هیچ کس را بر دیگری حاکمیت و سرپرستی نبوده و حکم دستور هیچ فرد بر دیگری ساری و نافذ نیست.

آنچه که با توجه به فطرت آدمی ما سراغ داریم این است که مطابق فطرت هر فرد از افراد بشری آزاد و مستقل آفریده شده و بر این اساس بر جان و مال خود که به وسیله اندیشه و تلاش خود کسب می کنیم مسلط می باشیم و هرگونه مداخله کردن در امور و شئون دیگری ظلم و ستم محسوب می گردد. البته جای هیچ شک و شبهه ای نیست که هر کدام از افراد بشر به موجب توانایی و عقل و علم و فضایل و توان و اموال با هم متفاوتند ولی این موارد باعث نمی شود که ما صرفاً بدین خاطر عده ای را بر دیگران مسلط و حاکم کنیم و آنها مطیع دیگران که دارای نفوذ قدرت بیشتری می باشند گردند. بزرگان دین اسلام و همه ائمه و آنهایی که آزاداندیش و آزادیخواه بوده اند نیز برای آزادی افراد بشر تأکید داشته اند که حضرت علی (ع) امیر مؤمنان در نامه ای به فرزند خود امام حسن مجتبی (ع) چنین می نویسد ((فرزندم بنده دیگران مباش خداوند تو را آزاد آفریده است)) آنچه که ما به عنوان اصل ابتدای می دانیم که روابط و بستر اجتماع با استثنائاتی روبرو شده که قانون ما نیز تحت تأثیر خود قرار داده است و موجب گردید در مواد قانونی و حتی فقهی ما با مقتضیات زمان منطبق گشته است.

۲-۴-۳- اذن پدر یا جد پدری بر دختر در نکاح

اذن پدر یا جد پدری در نکاح دختر باکره امروزه دیگر طرفداران خود را از دست داده است و مورد بحث و گفتگو زیادی می باشد که آیا اذن برای هردو می باشد؟ یا امروزه با توجه به هسته کوچک خانواده، جد پدر عملاً نقشی در خانواده مانند گذشته ندارد ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی اصلاحی ۱۳۷۹/۹/۲۷ مقرر می دارد ((عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی

^۱ - شیخ الاسلام، اسعد، احوال شخصیه - ص ۸۹-۸۸-۱۰۰

منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح)) ولی در ماده ذکر شده همان‌طور که فقهای امامیه گفته‌اند ولی قهری پدر و جد پدری است.

برای مادر یا جد مادری یا اشخاص دیگر ولایتی در نکاح نیست. در مورد لازم بودن اذن وصی منصوب از سوی پدر و جد پدری بعضی از فقها در صورت تصریح ولی قهری به چنین اختیاری قائل شده‌اند، لیکن قول مشهور فقها بر عدم ولایت است.

با این استدلال که اصل عدم ولایت و عدم قابلیت انتقال ولایت از ولی قهری به وصی آن هم در مورد اذن در نکاح است دلیلی بر ولایت وصی منصوب از طرف پدر یا جد پدری قابل توجیه و دفاع نیست از طرفی با توجه به اصل ظاهر قانون مدنی ما که اذن را تصریح به پدر یا جد پدری کرده وصی نمی‌تواند اذن در نکاح را به عهده بگیرد.

فصل سوم

دیدگاه‌های حقوقی و فقه امامیه در رابطه با اذن ولی طفل در نکاح

۳-۱- مقدمه

در زمینه اذن پدر یا جد پدری بر نکاح باکره قانون مدنی که بیشتر برگرفته از فقه امامیه می‌باشد به‌طور صریح اذن پدر یا جد پدری را لازم دانسته، اما امروزه دیگر این مورد قبول همگان نیست و حتی دستخوش تغییرات گوناگون شده است، که مورد انتقاد قرار گرفته است ما نیز سعی داریم با بررسی تطبیقی این موضوع از لحاظ فقه امامیه و اصول کلی حقوقی و دیدگاه اهل سنت به ریشه‌یابی و حل این مسئله و یافتن راه‌حلی که کمتر مورد انتقاد باشد بپردازیم.

بنابراین مادر این فصل در بخش اول به مطالعه دیدگاه‌های پنج‌گانه که هرکدام دلایل و استنادهایی برای نظریه خود دارند از لحاظ حقوقی و فقهی و دیدگاه اهل سنت می‌پردازیم و در بخش بعدی نتایج بررسی‌های تطبیقی موضوع را آورده و در پایان نیز از نظریه‌های که بیان‌شده نظریه حاکم بر قانون مدنی خود را مورد ارزیابی و بررسی قرار می‌دهیم.

۳-۲- دیدگاه‌های حقوقی، فقه امامیه و اهل سنت در نکاح دختر

۳-۲-۱- استقلال پدر یا جد پدری در نکاح دختر

۳-۲-۱-۱- استقلال پدر یا جد پدری در نکاح دختر از دیدگاه حقوقی

اگر بخواهیم یک نظر کلی بدهیم این است که ما عدم‌مداخله افراد در امور خود را ناشی از غیرعقلانی بودن تصرفات اینها می‌دانیم و بعد از اینکه در نظر عرف تشخیص داده شده که وی می‌تواند امور خود را

به‌درستی انجام دهد به وی اختیار داده شود تا امور خود را به‌طور مستقل به انجام رساند و در این راه دیگر نیازی به سرپرستی هیچ‌کس ندارد و در این ارتباط کسی هم نمی‌تواند وی را از مداخله در امور شخصی خود منع کند مگر با مجوز قانونی اما در نکاح دختر فرق دارد و در برخورد با این مسئله به‌راحتی از کنار آن نمی‌گذرند و از همان ابتدا این امر با اختلاف‌نظرهای مختلف فقهی و اهل سنت روبرو می‌شود و این اختلاف‌نظرها ریشه در عرف و فقه و احادیثی دارد که در این زمینه وجود داشته است و به همین علت است که نظرهای بسیار متفاوتی در این رابطه مطرح گردیده است که خود مؤید اختلافات دیگری می‌باشد. عده‌ای فقها به پدر وجد پدری در نکاح باکره اختیار تام و بدن هیچ قید و شرطی دادند اینان بر این عقیده قرار گرفته‌اند که هر چند دختر به سن بلوغ هم رسیده باشد همچنان در نکاح تحت اذن پدر وجد پدری قرار دارند و از این وضعیت خارج نمی‌گردد به نظر این عده هر چند دختر به سن بلوغ برسد خود نمی‌تواند طرف نکاح قرار گیرد.^۱

حتی تا آنجا پیش رفته‌اند که برخی بر این نظر بوده‌اند که پدر و جد پدری می‌توانند اجبار بر نکاح کنند و مستحب است برای آنکه در این مورد از دختران خود اذن بگیرند.^۲ از این کلام آنچه می‌توان نتیجه گرفت آن است که فقهای قدیم بر این باور بوده‌اند که دختر این اختیار را ندارد که حتی بتواند در امر ازدواج خود اظهارنظر کند و همه کار بر عهده پدر وجد پدری می‌باشد که شاید با واقعیت آن روزگاران موافقت داشته باشد و البته این افراد برای بیان نظریات خود دلایلی دارند که ما آنرا موردبررسی قرار می‌دهیم.

۳-۲-۱- استقلال پدر یا جد پدری در نکاح دختر از دیدگاه فقه امامیه

یکی از دلایل اینان این می‌باشد که می‌گویند از صحیح عبدالله بن صلت که از ابا حسن (ع) سؤال کردم از دختر صغیری که پدرش وی را ازدواج داده بود. آیا اگر بالغ شد اختیار دارد؟ فرمودند: نه، با وجود پدرش وی اختیاری ندارد. و روایتی دیگر به این مضمون که: سؤال کردن از بکر اگر بالغ شده آیا با وجود پدرش اختیاری دارد؟ فرمودند: نه، با وجود پدری اختیاری ندارند اگر ثبیه نباشد.^۳

نکاتی که از این حدیث می‌توان دریافت این است که اولاً: دختری که پدرش وی را در سن صغر ازدواج می‌دهد به سن بلوغ برسد اختیار نقض عقد سابق را ندارد. ثانیاً: دختر باکره بالغ نمی‌تواند مستقلاً ازدواج کند. آنچه که از این حدیث می‌توان برای دخترهای بالغ در نظر گرفت آن است که پدر وجد پدری اختیار کامل و تام دارد و دختر هیچ اختیاری را حداقل در این امر ندارد. حال ما باید این را بررسی کنیم که آیا دختر هیچ‌گونه حقی در انتخاب همسر ندارد؟ صحبه حلبی از امام صادق (ع) نقل می‌کند: ((در مورد دختری

^۱ - صفایی، حسین - قاسم زاده، مرتضی، اشخاص و محجورین ص ۱۷۹

^۲ - طوسی، ابی جعفر محمد، الخلاف، جلد ۴، ص ۲۵۵

^۳ - کلنی، جعفر محمد بن یعقوب، الفروع من الکافی، الجزء الخامس ص ۳۹۴

که پدرش وی را ازدواج داده بدون اینکه راضی باشد فرمودند با وجود پدر وی اختیاری ندارد اگر او را ازدواج دادند نکاح صحیح است هر چند که وی از این امر کراهت داشته باشد)^۱

در این مورد برخی چنین اظهار کرده‌اند که اولاً: سیاق خبر و قرائن کلام این چنین فهمیده می‌شود که همانا قول سائل که گفته دختر راضی از این نباشد و فرمایش امام صادق (ع) فرموده‌اند اگر چه کراهت داشته باشد ظاهر در بلوغ می‌باشد در هنگام تزویج چون در غیر این صورت رضا اعتباری ندارد و می‌توانیم عدم رضا و کراهت را به بعد از بلوغ حمل کنیم در این مورد روای نیز می‌گویند شنیدم از امام صادق (ع) که فرمودند: ((به جز پدر کسی نمی‌تواند نکاح را از بین ببرد))^۲

همچنین روایتی دیگر در این زمینه نقل شده که این احادیث بدان معنی می‌باشد که دختران دوشیزه و بکری که دارای پدر می‌باشند نمی‌تواند بدون اجازه آن ازدواج کنند همان‌طور که می‌بینیم ای روایت دلالت بر منع نکاح بدون اذن پدر و جد پدری دارد.

احادیثی ذکر گردید و نباید ناگفته بماند فقها در هر جامعه‌ای که باشند بالاخره عرف آن جامعه تأثیر خودش را بر احکام صادره از سوی اینها می‌گذارد و تأثیر این امر را هیچ کس نمی‌تواند انکار کند. چنان‌که عرف حاکی از این می‌باشد که دختران بی تجربه و باعاطفه‌ای که سرتاسر دارای عطفوت پاک و احساسات مخلصانه می‌باشند و نیرنگ‌ها و نقشه‌های مردان هوس‌باز را هنوز نشناخته‌اند و گرفتار دام آن نشده‌اند هرگز نمی‌توانسته‌اند از فریب چنین انسان‌هایی در امان بوده باشند و در اثر محبت و عشق‌های کاذب و دروغین آنان بلافاصله منفعل گردید و سعادت واقعی و مصالح خویش را بر باد دهند.^۳

۳-۱-۲-۳- استقلال پدر یا جد پدری در نکاح دختر باکره از دیدگاه اهل سنت

فقه‌های عامه ولایت را در چند بخش تقسیم می‌کنند همان‌طور که اینان ولایت را به دو بخش ولایت اجبار و دیگری ولایت اختیار تقسیم می‌کنند. ولایت اجبار بدان معنی است که: یک شخص تنفیذ قول دیگری را در اختیار داشته باشد به عبارت دیگر ولایتی است که فرد می‌تواند مستقلاً انشای عقد نماید. ولایت اختیاری بدان معنی است حق ولی در تزویج مولی علیه خود می‌باشد که این باید به رضایت و رغبت وی باشد ولی پدر و جد پدری استقلال ندارند فقها بر این اعتقاد دارند که شرط صحت ازدواج در این است که یک نفر متولی انشا این امر گردد خواه این ولایت بر نفس خود باشد یا بر غیره و اگر این نوع ولایت وجود داشته باشد عقد صحیح است و اگر نبود عقد به اتفاق فقها باطل است

اما در نزد حنفیه این امر متوقف می‌باشد حنفیه به‌طور کامل فرد بالغ را مستقل در امر ازدواج می‌دانند شافعیه بین ثبیه بودن یا نبودن تفاوت قائل شده‌اند معتقدند که اگر بکر باشد ولایت اجباری می‌باشد در این

^۱ - طوسی، ابی جعفر محمد، الخلاف، جلد ۴، ص ۲۵۵

^۲ - الحر العاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه- همان باب ص ۲۰۵

^۳ - بابازاده - علی اکبر. مسائل ازدواج و حقوق خانواده، ص ۳۸

رابطه حنابله نیز هم با شافعیه هم عقیده می‌باشد مالکیه هم ولایت جبر را بر دختر باکره ثابت می‌دانند ولو اینکه بیش از پنجاه سال حتی بیشتر باشد احادیثی که این عده برای توجیه نظر خود آورده‌اند به این قرار است که احادیثی از رسول اکرم (ص) نقل می‌کنند به این مضمون که: ((بیوه محق است نسبت به نفس خود از ولی، و از بکر اذن گرفته می‌شود و اذن وی سکوت می‌باشد)) و حدیث دیگر که ابن عباس نقل شده است که بدین مضمون که ولی را بر بیوه کار نیست و با زن یتیم مشورت می‌شود که سکوت او به منزله اقرار است این عده معتقدند که مفهوم این دو حدیث آن است که ولی در مورد ازدواج بکر اختیار کامل دارد همچنین در مورد ازدواج عایشه که بدون اذن عایشه او را به نکاح پیامبر درآوردند از این موارد در رویه عملی نبی اکرم (ص) و خلفای راشدین بدین نتیجه رسیده‌اند که علت اصلی در اجبار دختر بالغ در امر ازدواج همان باکره بودن می‌باشد چه اینها در امر ازدواج ناوارد می‌باشند.^۱

به نظر می‌رسد این روایت در تقویت این نظریه نمی‌تواند کارایی چندانی داشته باشد و حداکثر چیزی که از این روایت برداشت می‌گردد این است که دختر به‌طور مستقل نمی‌تواند عقد نکاح واقع سازد احادیثی دیگر در این رابطه وجود دارد که مؤید استقلال ولی در نکاح می‌باشد پدر را ولی دختر بالغ در رابطه ازدواج قرار داده است و در این ولایت نیز تا بدان جاست که دختر باکره باشد دیگر دلایلی که در این ارتباط آورده‌اند روایت‌هایی می‌باشد که در این زمینه از بزرگان دین اسلام نقل شده است مانند روایتی که از پیامبر اسلام (ص) نقل می‌کنند. ((لا تزویج المرأة المرأة لاتزویج المرأة فان الزانیة هی التي تزویج نفسها)) بدین معنی است که هیچ زنی نباید عقد نکاح زن دیگری را بر عهده بگیرد و همچنین نباید متولی عقد خود گردد و همانا زانیه می‌باشد کسی که خودش را به ازدواج دیگری درمی‌آورد که می‌توان گفت این روایت به‌صراحت ازدواج مستقل دخترها را رد می‌کند ولی جای این سؤال باقی می‌ماند که آیا روایت به‌طور کلی منکر اراده دختر می‌باشد؟

به نظر چنین برداشتی نمی‌توان از چنین روایتی داشت این روایت تنها دخترها را از ازدواج کردن بدون اذن و دخالت پدر منع می‌کند ولی هیچ‌چیز را برای پدر وجد پدری در ازدواج دختر باکره قرار نمی‌دهد.

اخبار دیگری که از نبی اکرم (ص) ذکر می‌کنند این می‌باشد که ((لا نکاح لابیولی))^۲. که بدین معنا می‌باشد که ((نکاح را بدون ولی نکاح نمی‌داند)) به عبارتی دیگر عقد نکاح بدون ولی به وجود نمی‌آید. روایت دیگری که در این ارتباط عایشه از حضرت محمد نقل می‌کند ((ایما امرأة بغیر اذن ولیها فنکاحها باطل، فنکاحها باطل، فنکاحها باطل، فان دخل بها فلما المهر بها استحلت من فرجها فان اشتجر وافالسلطان ولی من لا ولی له)). بدین مضمون می‌باشد که: هر زنی بدون اجازه ولی و اذن ولی خود واقع

^۱ - الزجیلی وهبه، الفقه الاسلامیة وادلته، الحجر التاسع، ص ۶۹۰

^۲ - ابن عیسی، محمد بن عیسی، الجامع الصحیح، الحجر الثالثص ۴۰۷

نماید نکاحش باطل است، نکاحش باطل است، نکاحش باطل است. و اگر دخول کند برای زن مهر ثابت می‌گردد و اگر منازعه کردند سلطان ولی کسی است که ولی ندارد.

یکی دیگر از دلیلی که علما برای نظر خود می‌آورند دلیل عقلی می‌باشد و آن بدین مضمون می‌باشد که از ازدواج به دلیل امر مهم و اهمیت بیش از حد آن عقد عمر می‌باشد چه فرض بر این است که افراد باید عمری با یکدیگر زندگی کنند و این خود باعث آن می‌گردد که آثار و نتایج زیادی بر نکاح مترتب گردد و این خود باعث می‌شود که مورد وقت فراوان قرار گیرد و تحقق دوباره افراد کاری آسان نیست پدر وجد پدر دختری تواند این کارها را با آزادی بیشتر انجام دهند زیرا زن نبوده و عواطف زنانه بر آنان حاکم نمی‌باشد.

۳-۳-۳ استقلال دختر در نکاح

۳-۳-۳-۱ گفتار نخست: استقلال دختر در نکاح از دیدگاه حقوقی

حقوقدانان معتقدند که پدر وجد پدر ولایتی بر باکره که به سن بلوغ رسیده ندارند و دختر در یک چنین مواردی خود می‌تواند به‌طور مستقل عقد نکاح خود را واقع سازد.^۱ همانطور که عنوان کردیم و یک امر پذیرفته شده را در علم حقوق نیز می‌باشد با رسیدن هر فردی به سن بلوغ از تحت ولایت خارج می‌شوند و می‌توانند مانند دیگر افراد امور خود را خودشان به عهده گیرند و انجام دهند چه اصل در اصول حقوقی عدم ولایت افراد بر یکدیگر می‌باشد و اینکه ما قائل به ولایت بر افراد در سن صغر و قبل از بلوغ می‌گردیم می‌توان عنوان کرد که به این علت است که افراد در سن صغر نمی‌توانند به‌درستی این امور را انجام دهند ولی بعد از صغر به سنی رسیده‌اند که می‌توانند امور خود را به‌درستی انجام دهند و امور ایشان به خود آنها واگذار می‌گردد و دیگر در این موارد نیازی به ولایت داشتن باقی نمی‌ماند و در این زمینه هیچ تفاوتی بین دختر و پسر وجود ندارد و دختران نیز همانند پسران می‌توانند به رأی و عقیده خود عمل کنند.^۱

۳-۳-۳-۲ استقلال دختر در نکاح از دیدگاه فقه امامیه

بررسی کتب روایتی و دیگر موارد در کتب فقها و اندیشمندان اسلامی بیانگر این مطلب می‌باشند که احادیثی درباره استقلال دختر از ائمه اطهار نقل شده است و کتب فقهی متأخر بر این نظر می‌باشند که دختر نیز مانند پسر در امور خود مستقل می‌باشند روایتی که بدان در کتب فقهی اسناد شده از ابی جعفر (ع) نقل کرده‌اند که عبارت است ((دختر مالک نفس خود می‌باشد و به‌جز دختر سفیه...)) آنچه که می‌توان بیان داشت که در این روایت دختر حق تصرف در امور خود را دارد و مانند دیگر افراد تنها در مواردی که عقل معاش (سفیه) نداشته باشد نمی‌تواند در امور خود مداخله کند و در اینجا است که دوباره به اذن پدر یا جد پدری نیاز دارد.

^۱ - شیخ الاسلامی - اسعد - احوال شخصیه جلد ۱ ص ۹۲

روایت دیگری که زرارہ از ابی جعفر (ع) نقل کرده است بدین مضمون می‌باشد که در هنگامی که دختری مالک امور خودش می‌باشد و خرید و فروش می‌کند و... می‌بخشد از اموال خود آنچه می‌خواهد پس همانا امری جایز می‌باشد، و ازدواج می‌کند، و اگر این کارها را انجام ندهد پس ازدواج وی صحیح نمی‌باشد مگر با اذن ولی زن از این روایت نکاتی چند برداشت می‌گردد^۱ وقتی در مورد حدیث صحبت از خرید و فروش و دخل و خرج عقلانی در امور مالی توسط دختر می‌کند و این‌ها از بلوغ عقلی به اصطلاح از بلوغ اجتماعی خبر می‌دهد که نکته‌ای بسیار ظریف و در حال دقیق می‌باشد و آن مسئله‌ای است که ما به آن در حقوق رشد می‌گوییم رشدی که باعث دخل و تصرف عقلایی در تمام امور فرد می‌گردد و این حکایت از آن دارد که در امر ازدواج علاوه بر بلوغ طبیعی و جنسی باید بلوغ عقلی را هم در نظر گرفت تا بتوان امر ازدواج را به خود افراد واگذار نمود به عبارتی دیگر اگر دختر بتواند در جامعه امور زندگی خود را رتق و فتق کند دیگر نیازی به اذن ولی ندارد و می‌تواند آزادانه شوهر کند و دیگر نیازی به اذن پدر و یا جد پدری نیست به نظر می‌رسد این سخن از امام معصوم (ع) این مفهوم را هم به ما می‌رساند که دخترهایی که در جامعه با افراد متعدد سروکار دارند بهتر می‌توانند خوب و بد را مشخص کنند این امر باعث تفکیک دخترهایی که در اجتماع کمتر بوده‌اند یا کمتر با افراد دیگر سروکار دارند به قول معروف به یک جدی نرسیده‌اند که بتوان گفت بالغ شده‌اند اینها اگر قصد ازدواج دارند باید اذن پدر یا جد پدری را به همراه داشته باشند.

برخی ایراد دارند به این استدلال که منظور از کلمه خرید و فروش در موارد دیگر که بدان اشاره شده است نمی‌تواند به عنوان تفسیر باشد بلکه خبر ثانی می‌باشد و استدلال آنهایی که ادعا دارند باعث خروج از اذن پدر یا جد پدری در نکاح می‌باشد صحیح نبوده و بلکه منظور روایت در مورد ثبیه و کسی می‌باشد که پدر ندارد همچنان که در روایت قبلی هم آوردیم دختر با بودن ولی خود هیچ‌گونه اختیاری ندارد پس چگونه می‌توان دختر را مالک امر خود دانست، این جمع خوبی بین اخبار می‌باشد^۲.

ولی به نظر می‌رسد روایت به هیچ وجه در صدد تفکیک بین دخترها نبوده است و گرنه از مفاد آن قابل استنباط بود از اینها گذشته می‌دانیم همان‌طور که ذکر گردید ثبیه خود به‌طور مستقل می‌تواند امر ازدواج خود را بر عهده بگیرد پس نیازی به اذن پدر یا جد پدری ندارد و این سخن مورد قبول همگان می‌باشد. روایت دیگری هم از ابی عبدالله (ع) بدین مضمون نقل شده است که ((هیچ باکی نیست در مورد ازدواج دختر باکره که راضی بدان است بدون اذن پدرش))^۳.

^۱ - الطوسی، ابی جعفر محمد بن حسن، الاستبصار، الجزء الثالث ص ۳۴۳

^۲ - بحرانی، شیخ یوسف. الحقائق. طاهره جلد ۲۳ ص ۲۰۱

^۳ - الحر العاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، جلد، ۱۴ ص ۲۰۱

در اینجا می‌توان این‌گونه عنوان کرد که اصل ولایت بر دیگران را تا موقعی که تصرف آنها در امور خود نمی‌تواند عقلایی باشد را می‌پذیریم ولی بعد از اینکه این افراد به بلوغ عقلی برسند دیگر اگر بخواهیم کارهای آنها را منوط به تنفیذ و تأیید غیر کنیم باید دلیل قاطع و غیرقابل خدشه داشته باشیم وگرنه روال عادی خود بعد از بلوغ به اصل اولیه برمی‌گردیم و نمی‌توانیم مانند حالت صغر از اصل اولی خود جدا شویم و قائل به تفکیک بین زن و مرد و حتی بین زن‌ها باکره یا ثیبه گردیم مورد دیگری که حائز اهمیت است، موردی است که می‌توان به سیره عملی نبی اکرم(ص) در مورد ازدواج دختر بزرگوارشان فاطمه زهرا(س) به آن استناد کرد هنگامی که امیر مؤمنان علی(ع) به خواستگاری حضرت فاطمه(س) می‌روند چون قبل از آن حضرت نیز افراد سرشناس به خواستگاری آن حضرت رفته بودند که حضرت زهرا(س) آنها را رد کرده بودند ولی با ارائه پیشنهاد از طرف حضرت علی(ع) خشنود و راضی می‌گردد و روی خود را بر نمی‌گرداند به نقل از کتب فقهی و تاریخی در اینجا تنها نبی اکرم(ص) پیشنهاد ارائه شده را به دختر بزرگوارشان ارجاع می‌دهند و اصلاً دخالتی در پذیرش یا رد این خواستگاری‌ها نمی‌کردند و تصمیم به عهده خود آن حضرت(س) بوده است و با این رویه یا سیره عملی پیامبر(ص) می‌خواسته با اعراب که خانواده آنها بر اساس عشیره و قومیت بوده است متوجه سازد که دختر نیز حق انتخاب دارد و ملاک رضایت و خشنودی پدر در این را نمی‌باشد چه دختر است که باید با مرد زندگی کند از این‌روست که تنها نمی‌توان به این باور باقی ماند که پدر می‌تواند دختر خود را به هر کسی که بخواهد شوهر دهد یا از ازدواج وی با کسی که مورد رضایت پدر نیست هر چند دختر بدان راضی می‌باشد منع کند که از وقایع تاریخی و آداب و رسوم در آن زمان در بین اعراب که تا آن زمان پدر ریاست مطلق خانواده را بر عهده داشتند امر بدیع و به اصطلاح بدعتی تازه بود اگر بخواهیم به سیره نبوی هم استناد نماییم این یک سنت و نمونه خوبی برای این مدعی می‌باشد از این روایت که دختر می‌تواند مستقلاً ازدواج کند و مستحب است که از اولیاء خود اذن بگیرد.

در برخی موارد دیگر اینگونه ادعا شده است که اکثر امامیه معتقدند که دختر بالغ رشید تمام امورات خود از قبیل عقود و غیر آن حتی ازدواج مانند ثیبه مالک می‌گردد و می‌تواند خود مستقلاً انجام دهد خواه پدر وجد پدر داشته باشد یا نه، خواه پدر رضایت داشته باشد یا از این امر ناراضی و کراهت داشته باشد^۱. در جایی دیگر در کتب فقهی چنین آمده است که بعد از رسیدن دختر به بلوغ و اینکه رشید شود ولایت پدر وجد پدری بر اینها زایل می‌گردد و اگر از این صغر و جنون عارض گردد ولایت با حکم شرع می‌باشد^۲.

^۱ - مقنیه، محمد جواد، الفقه علی المذاهب الخمسه ص ۳۲۲

^۲ - کاشف الغطاء، محمد حسن تحریر الهله، جلد دوم، ص ۱۱

دلایلی که تا اینجا بدان اشاره رفت بر این امر ادعا شده است که اکثر متأخرین از فقها نظریه استقلال دختر را پذیرفته‌اند.^۱

مخالفان با نظریه استقلال دختر دلیل دیگر برای بی‌اثر کردن روایت ارائه داده‌اند اینها معتقدند که تمام روایاتی که از ائمه تقیه کرده‌اند و این روایت‌ها بدین علت نمی‌توانستند درست باشند بدین خاطر از درجه اعتبار ساقط می‌باشند جوابی که می‌توان بر این دلیل آورد آن است که به‌جز حنفیه که دختر بالغ را مستقل در امور ازدواج خود می‌دانند بقیه مذاهب اربعه که حنابله، شافعیه و مالکیه می‌باشد اعتقاد به ولایت بر دختر در امر ازدواج دارند پس اینکه این روایات که از چند امام معصوم ذکر شده است را نمی‌توان حمل بر تقیه نمود.^۲

و از طرفی سیره نبوی را هم داریم. گروهی نیز به تشریک ولایت اعتقاد دارند از این احادیث استفاده کرده‌اند که ما با توجه به هر دو دسته روایت می‌توانیم مستحب بودن اذن را دریابیم و چیز دیگری نمی‌توان از این روایت فهمید.

۳-۳-۳ استقلال دختر در نکاح از دیدگاه اهل سنت

در میان فقهای مذاهب اربعه حنفیه معتقدند که وقتی دختر به سن بلوغ و به کمال رسید ولایت پدر بر وی زایل می‌گردد و می‌تواند خود ازدواج کند و اولیا حق اینکه به وی اعتراض نمایند را ندارند مگر در موردی که دختر خود را به غیر هم کفو شوهر دهد تنها در این مورد می‌توانند خواستار ضح نکاح شوند. برای ورود به بحث با این سؤال شروع می‌کنیم که آیا بین دختر باکره و بیوه تفاوت وجود دارد یا خیر؟ برای ورود در این ارتباط بر این اعتقاد می‌باشند که فرقی بین باکره و بیوه وجود ندارد چه علت اجبار فرد صغر آنها می‌باشد زیرا صغر مناط عدم آگاهی به احوال ازدواج و مانع از اختیار فرد ازدواج می‌گردد ولی زن کبیر و عاقل دیگر این مهدویت‌ها را نمی‌توان بر آنها باز کرد.

دلیل دیگری که اینها برای این نظر خود عنوان می‌کنند اخباری است بدین مضمون که: در بیوه مورد مشورت قرار می‌گیرد و از بکر اجازه گرفته می‌شود اینها معتقدند که منظور از این حدیث دختر باکره می‌باشد و دختر صغیر در اینجا محلی از اعراب ندارد و مورد بحث نمی‌باشد چون وی نه مورد مشورت و نه اجازه قرار نمی‌گیرد و اینکه گفته از بیوه مشورت می‌شود و از دختر باکره اجازه گرفته می‌شود مقصود این است که هر دو گروه رأی خودشان گرفته می‌شود و هر دو خودشان صاحب اختیار می‌باشند و هیچ تفاوتی نمی‌توان بین این دودسته از زن‌ها قرار داد.

^۱ - الکرسی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد دوازدهم، ص ۱۲۳

^۲ - بحرانی شیخ یوسف، الحدائق طاهره، جلدیست و سوم ص ۱۲۳

دلیل دیگری که اینها در مورد عدم تفاوت ثبیه و باکره عنوان می‌کنند حدیثی است که ابوهیره از پیامبر اکرم (ص) نقل می‌کند ((لا تنکح الایم حتی تساتامرو لالکبر حتی تناذن))^۱.

اینها معتقدند که در این حدیث برنهی ازدواج بدون رضایت اینها و ولایت اختیار در اینجا بر اینها صادق می‌باشد. اما در مورد اینکه چرا باکره می‌تواند خواه امر ازدواج خودش را به دست بگیرد ادله‌ای ذکر کرده‌اند که می‌توان به آن اشاره نمود. اولین ادله‌ای که ذکر می‌کنند آیات قرآن می‌باشد و برای این منظور آیه ۲۳۰ بقره که بیان می‌دارد: ((فان طلقها فلد نحل که من بعد حتی تنکح زوجا غیره)). بدین معنی است که هرگاه زن را طلاق دهد برای وی بعداً حلال نیست مگر اینکه زن شوهر دیگری انتخاب کند از این آیه چیزی که متضاد می‌گردد این است که عقد نکاح مربوط به زن است و وی می‌تواند متصدی امر نکاح گردد. در دنباله همان آیه چنین آمده است که ((فلد جناح علیها این یتراجها)) گناهی برای زن و شوهر ندارد اگر بخواهد بر یکدیگر رجوع کنند در اینجا نیز خداوند ازدواج را بدون دخالت ولی آورده است. در آیه ۲۳۱ بقره چنین آمده است که ((واذا طفتم النساء فبلغن اجلهن فلد تفصلوهن ان نیکحن ازواجهن)) بدین معنی است که هرگاه زن‌های خود را طلاق دادید وعده آنها سپری شد مانع از نکاح آنها با شوهرانشان نشوید. دلیل دیگری که برای ازدواج به صورت مستقل توسط دختر ارائه داده‌اند روایت می‌باشد که حضرت محمد (ص) نقل شده است.

۳-۴- تشریک بین دختر و پدر یا جد پدری در نکاح

بدین معنا که ولایت برای پدر است که باید با رضای دختر، او را به ازدواج در آورد، یعنی هیچ یک استقلال در ازدواج ندارند، بلکه عقد متوقف بر اذن هر دو است، این قول را شیخ مفید و ابوصلاح حلبی اختیار کرده‌اند مهم‌ترین دلیل‌های این قول، روایت‌های خاص و جمع بین روایت‌های دو قول است.

عبدالرحمان با امام کاظم (ع) درباره تزویج دخترش با برادرزاده‌اش مشورت نمود، حضرت فرمود: انجام ده ولی این امر باید با رضایت خود دختر باشد. زیرا او در نفس خویش سهمی دارد.

همچنین نیز صفوان می‌نویسد خالد بن داود با امام کاظم (ع) درباره تزویج دخترش به علی بن جعفر مشورت نمود امام فرمود: انجام ده ولی این امر باید با رضایت خود دختر باشد زیرا او در نفس خویش بهره‌ای دارد در این حدیث از طرفی امام (ع) به پدر امر به اقدام در نکاح دختر کرده و از طرف دیگر فرموده است: دختر هم در نفس خویش بهره و نصیبی دارد پس نکاح دختر رضایت او و پدر، هر دو شرط است.

از امام باقر (ع) شنیدم که می‌فرمود: نکاح را جز پدر، کسی نمی‌تواند نقض نماید. در این حدیث به صورت حصری، نقض نکاح دختر، حق پدر شمرده شده است روشن است که در مورد ثبیه پدر حق نقض عقد او را ندارد و عقد ثبیه اگر چه با اذن پدر واقع شده باشد باطل است، پس به طور منحصر مورد

^۱ - بخاری، مسلم، صحیح، جلد ۷، ص ۳۳

روایت، ازدواج بالغ باکره‌ای است که بدون اذن پدر واقع شده باشد و چنین عقدی صحیح است زیرا از اهلش صادر و در محالش واقع گردیده است ولی صحت آن شانی و متوقف بر رضایت پدر است در نتیجه حدیث بر اشتراک دختر و پدر در امر ازدواج دلالت دارد.

بعضی از روایت‌ها بر استقلال باکره در امر ازدواج و برخی دیگر به استقلال پدر دلالت دارند از جمع بین این دو دسته از روایت استفاده می‌شود که برای هر یک از پدر و دختر در امر ازدواج حتمی است یعنی ازدواج با رضایت دختر و اراده ولی تحقق می‌یابد که از آن به تشریک تعبیر می‌شود چون ادله استقلال باکره، ولایت پدر را نفی نموده و اذن او را معتبر نمی‌داند و ادله استقلال پدر نیز رضایت دختر را معتبر نمی‌داند، بنابراین قول به تشریک راه جمع مقبولی میان ادله نیست.

۳-۵- وجود اذن پدر و جد پدری در نکاح دائم و استقلال دختر در نکاح منقطع

یعنی اگر دختر باکره‌ای بخواهد ازدواج دائم کند باید از پدر و جد پدری خویش پیروی نماید و پدر و جد بر او ولایت دارند به خلاف ازدواج موقتی که منجر به وطی نشود. این قول را شیخ طوسی در نوشته‌ای خود در جمع بین روایت‌ها اختیار کرده است

مرحوم بحرانی می‌فرماید: شاید وجه این نظر این باشد که بین روایات قول اول که دلالت بر استقلال ولی داشتند و روایت‌هایی که مثبت استقلال دختر در نکاح منقطع می‌باشد جمع و به مضمون هر دو عمل شود به امام صادق (ع) عرض کردم دختر باکره‌ای که پدر و مادر دارد می‌خواهد من با او پنهانی ازدواج کنم، آیا چنین کنم؟

حضرت در پاسخ فرمود: آری می‌توانی با او ازدواج نمایی، اما از موضع فرج خودداری کن، پرسیدم حتی اگر خودش راضی باشد؟ فرمود: حتی اگر راضی باشد، چون این کار برای دختران باکره ننگ است. روایت حلبی: از امام پرسیدم دختر باکره را می‌توان بدون اجازه پدر، متعه کرد؟ در پاسخ فرمود: اشکالی ندارد، مادامی که امری اقتضا ننماید که عفت خود را با آن حفظ می‌کند.

با توجه به این موارد، روایت‌های عام قول استقلال ولی، تخصیص زده می‌شود و در نتیجه، ویژه موردی می‌شود که عقد دائم باشد، یعنی ولایت پدر فقط در عقد دائم است و در عقد منقطع طبق این روایت‌ها عمل می‌شود.

ولی صاحب حدائق می‌فرماید: این اخبار به دلیل ضعف قادر به معارضه با احادیث صحیح‌های که قبلاً ذکر شد نمی‌باشد، چرا که روایت ابی سعید مرسله است. به ویژه این معارض است و در نتیجه تمتع نیست جز با اذن پدرش، قابلیت معارضه با روایات صحیح‌ه را ندارد.

۳-۶- استقلال دختر در نکاح دائم و وجود اذن پدر و جد پدری در نکاح منقطع

ظاهراً این قول معلوم نیست و دلیل این قول هم این است که روایت‌ها، نظریه‌ی استقلال دختر را حمل بر نکاح دائم نماییم و دو روایت را که در آن متعه باکره به اذن پدر شرط شده است را حمل بر نکاح منقطع نماییم. ولی محدث بحرانی می‌گوید: که این نظر ضعیف است چرا که روایات دال بر استقلال انصراف به عقد دائم ندارند.

فقه‌ای اهل سنت در این مسأله دو نظر را مطرح کرده‌اند که بر اساس آن فقه‌های شافعی، مالکیه و حنابلّه معتقدند که ولی می‌تواند منفرداً، دختر باکره را به ازدواج کسی درآورد، البته به شرط آنکه باکره باشد و فقه‌های حنفیه معتقدند که باکره بالغه و رشیده در امر ازدواج مستقل است برای توضیح بیشتر نظر هر یک را همراه با استدلال‌شان بیان می‌کنیم.

۳-۶-۱- فقه شافعی

اینان معتقد به استقلال ولی می‌باشد که می‌تواند باکره را اجبار به تزویج نماید، خواه صغیره باشد، خواه کبیره، و استدلال کرده‌اند به آیه‌ها و روایت‌ها از جمله:

الف: آیه ۳۲ از سوره ی بقره: عام است و شامل صغیره و کبیره می‌شود، چرا که به کسی گفته می‌شود که شوهر نداشته باشد و وقتی که ولایت بر باکره ثابت شد خودش نمی‌تواند ولی خودش باشد.

ب: روایت (لأنکاح الأبوی) که عایشه از پیامبر نقل کرده است که حضرت فرمودند: ((هیچ نکاحی بدون ولی منعقد نمی‌شود))، از این رو استنباط شده است که اگر زنی عقد نکاح منعقد کند عقد صحیح نیست. و همچنین روایت زهدی از عایشه نقل می‌کند که رسول خدا (ص) فرمودند ((زن بدون اذن و لیش ازدواج نماید نکاحش باطل است، نکاحش باطل است، نکاحش باطل است و اگر مرد با او آمیزش کند باید در مقابل استحلال فرج، مهر وی را بپردازد و در صورت اختلاف در مقدار مهریه، حاکم شرع ولی کسی است که ولی ندارد)) در نتیجه نکاح بدون اذن ولی را با سه بار تأکید باطل دانسته‌اند.

ج: انواع ضرر برای نکاح دختر نکاح برای دختر از چند نظر ضرر دارد ضرر نفسی و ضرر حکمی. ضرر نفسی به این خاطر که زن با تزویج برده می‌شود و اسیر می‌گردد بردگی هم نوعی ضرر است یعنی اراده و اختیار خود را از دست می‌دهد.

اما ضرر حکمی بدین جهت که زن با تزویج به تملک در می‌آید چون زوج با تزویج مالک منافع بضع می‌شود و می‌تواند استیفای حق نماید با وطی و هم با طلاق اسقاط حق نماید و این ضررها جز با مصلحتی که توجیه‌کننده باشد نمی‌توان بدان اقدام کرد تا بتوان این ضررها را جبران ساخت و این مصلحت جز با یک نظر کامل مورد تشخیص قرار نمی‌گیرد و چون رأی زن ناقص است رأی وی نمی‌تواند معیار باشد.

۳-۶-۲- فقه حنبلی و مالکی

در فقه حنبلی و مالکی نیز مشهور فقها به استقلال پدر در تزویج باکره بالغه رشیده هستند با استدلالاتی که در فقه شافعی آمده است، تنها تفاوتی که بین مذهب شافعی و مذهب حنبلی و مالکی در این زمینه وجود دارد این است که شافعی حق اجبار دختر را بر نکاح هم برای پدر هم برای جد پدر قائل هستند اما دو مذهب حنبلی و مالکی فقط برای پدر حق را قائل شده‌اند چرا که شافعی معتقدند که جد علاوه بر اینکه ولایت عصبه دارد، ولایت ناشی از ولادت نیز دارد

۳-۶-۳- فقه حنفی

مشهور فقهای حنفیه معتقدند به استقلال دختر در امر ازدواج هستند و فقط مستحب می‌دانند که دختر در این امر از پدر خود متابعت نماید و برای اثبات این نظریه به آیه‌ها و روایات استدلالت کرده‌اند:

الف- آیه شریفه ۲۳۲ از سوره بقره: که منع اولیا از تزویج زنان نسبت به خویشتن به معنای این است که آنان حق انتخاب داشته و می‌توانند در آن نظر دهند

ب- روایتی که از ابن عباس نقل شده که پیامبر(ص) فرمودند: که دختر درباره‌ی تصمیم‌گیری در حق خویشتن سزاوارتر است و پدر هم قدرت بر آن دارد، بنابراین برای پدر ثابت است و اگر دختر بالغ شد حقیقتاً عجز از بین می‌رود و خودش ولی خودش می‌گردد چرا که ولایت به سبب وجود ضرورت ثابت بوده است و پس از دفع ضرورت دلالت نیز از بین می‌رود، بنابراین در بین فقهای اهل سنت فقط فقهای حنفیه قائل به استقلال دختر باکره در امر ازدواج هستند ولی فقهای مالکی و شافعی و حنبلی معتقدند که ولی بر دختر باکره ولایت دارد و می‌تواند بدون اذن و رضایت دختر او را به عقد دیگر پدر آورد که اصطلاحاً به این ولی، ولی مجبر گفته می‌شود.

۳-۷- بررسی تطبیقی فقهی و سنی و حقوقی اذن پدر و جد پدری

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد ((نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده، اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او است))

پدر و جد پدری در مورد دختر باکره می‌باشد نه ثبیه، حال به طریق اولی می‌توان از مفهوم مخالف ماده استفاده نمود و ازدواج دختر ثبیه را خارج از ماده فوق دانست و به‌طور یقین ادعا نمود که در مورد ثبیه اذن پدر و جد پدری لازم نمی‌باشد و ثبیه در ازدواج خود مستقلاً عمل می‌کند اذن پدر و جد پدری در صورتی است که دختر هنوز شوهر نکرده است

حال این سؤال به ذهن می‌رسد که وصف باکره چیست و به چه معنایی حمل می‌شود؟ در اینجا لازم می‌باشد که تعریفی از دختر باکره داشته باشیم باکره از دیدگاه علمی دختری است که پرده بکارت سالم باشد و در صورتی که پرده بکارت دختر(به هر علتی) پاره شود آن دختر دیگر باکره محسوب نمی‌شود

و از نظر فقهی دختری است که پرده بکارت آن سالم باشد وقتی اولین نزدیکی صورت گرفت دختر دیگر باکره محسوب نمی‌شود و حتی اگر از دید علمی باکره باقی مانده باشد در این میان تعاریفی از باکره در حقوق بدین صورت ارائه می‌شود که دختری است که سابقه ازدواج ثبت شده نداشته باشد و به محض اینکه اولین ازدواج دختر از لحاظ قانونی ثبت شود دختر دیگر باکره نیست حتی اگر از دید علم باکره باشد و قبل از ثبت ازدواج قانونی دختر باکره محسوب می‌شود، حتی اگر باکره نباشد با تعاریف گوناگونی که از نظر علمی و فقهی و حقوقی از باکره بودن دختر انجام گرفت می‌توان اذعان داشت که اذن پدر وجد پدری فقط در مورد ازدواج دختری لازم است که باکره باشد بنابراین دختری که می‌توان اذعان داشت که اذن پدر و جد پدری فقط در مورد ازدواج دختری لازم است که باکره باشد بنابراین دختری که یکبار ازدواج کرده و بکارت او زایل شده است برای ازدواج بعدی نیاز به اذن پدر وجد پدری ندارد همچنین اگر بکارت دختر بدون ازدواج بر اثر ازدواج باطل با عمل جنسی از بین رفته باشد می‌تواند بدون اذن پدر وجد پدری ازدواج کند.^۱

بنابراین اگر دختری یکبار شوهر کند و این نکاح پس از زناشویی سببی منحل شود بار دوم آزاد می‌باشد و بدون نیاز به اذن پدر وجد پدری می‌تواند ازدواج کند و محدودیتی از لحاظ قانونی نمی‌توان برای آن قائل شد حال این سؤال در ذهن متبادر می‌شود اگر فردی به نکاح دیگری در آید ولی پیش از نزدیکی عقد نکاح به سببی از بین برود تکلیف چیست؟

آیا در این مورد نیز دختری که بدون نزدیکی ازدواج او به هم خورده است در ازدواج بعدی خود ولو با همان شخص نیاز به اذن پدر وجد پدری ندارد و خود مستقلاً می‌تواند ازدواج کند در وهله اول به نظر می‌رسد نیازی به اذن ندارد و خود می‌تواند مستقلاً ازدواج کند ولی باید این نکته را در نظر داشت که ازدواج فقط خواندن خطبه عقد نبوده و قاعده و قواعدی بر آن حاکم می‌باشد در مقابل می‌توان گفت که قانون به صراحت بیان نموده است که در نکاح دختری که شوهر نکرده باشد ((ولی در فرض ما دختری که نکاح وی به سببی از بین برود اینکه نزدیکی انجام شود از دید جامعه شوهر کرده محسوب می‌شود و با شخصی که ازدواج کرده یا به عبارت صحیح قانونی شوهر کرده باشد و نزدیکی هم انجام شده باشد به یک چشم دیده می‌شود که این موجب ایجاد نظریه‌های متفاوت می‌شود چه بسا که می‌توان در عقد نکاح شرط عدم نزدیکی را به عنوان شرطی نافذ به عده بعضی از حقوقدانان آورد که مورد انتقاد شدید حقوقدانان مقابل می‌باشد در کل به عقیده حقوقدانان صاحب نظر مقصود ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی که مقرر می‌دارد.

^۱ - صفایی، حسین، مامی، اسداله، مختصر حقوق خانواده، ص ۷۹

((نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده موقوف به اجازه پدر وجد پدری او است در مورد دختری که ازدواج او به سببی از بین رفته و نزدیکی انجام نگرفته در ازدواج بعدی خود نیاز به اذن پدر یا جد پدری دارد و اذن ساقط نشده است))^۱.

بنابراین اگر دختر باکره یکبار شوهر کرده و قبل از نزدیکی از او جدا شده باشد برای ازدواج دوم نیاز به اذن پدر وجد پدری دارد حال سؤالی دیگر به ذهن می‌رسد و آن این است که آیا دختری که به علتی غیر از نزدیکی بر اثر عقد نکاح مانند بازی کردن یا پرش یا در اثر ورزش کردن و فعالیت‌هایی که انجام می‌دهد و یا حتی در عمل جراحی و نظایر آن پرده بکارت دختر زایل شود حکم چیست؟ آیا می‌توان نام باکره بر او عنوان کرد یا از حالت باکره بودن خارج می‌شود که اثر آن در اذن پدر وجد پدر نمایان و آشکار می‌شود.

با توجه به سکوت قانون در این زمینه می‌توان از نظرات فقهی در این مورد بهره جست با توجه به تعریفی که ابتدا از باکره در دیدگاه فقهی بیان نمودیم استنباط می‌شود که نزدیکی را شرط از بین برنده باکره بودن دختر دانسته است.

در فقه این برداشت انجام می‌گیرد که بکارت دختر از راه مواقعه زایل نگر دیده باشد و اگر بکارت دختر از طریق غیر مواقعه از بین برود، چنین دختری باکره یا در حکم او محسوب می‌شود.^۲ اما اگر بکارت با مواقعه زایل گردد اذن پدر وجد پدری ساقط می‌شود.^۳ بنابراین اگر بکارت دختری در اثر سقوط یا پریدن یا از این قبیل از بین برود چون دختر شوهر نکرده است و در عرف نیز او را دوشیزه می‌دانند باید اذن پدر وجد پدری را بر دختر استوار و ثابت دانست.^۴

اگر در اثر ورزش و بازی کردن یا عمل جراحی و مانند آنها بکارت دختر زایل شده باشد، وصف باکره از وی سلب نمی‌گردد و هرگاه زنی شوهر اختیار کرده باشد ولی به علت عدم مواقعه یا حتی با مواقعه بکرت وی زایل نشده باشد در این موارد نیز دختر باکره محسوب می‌شود اما اگر بکارت دختری در اثر مواقعه شرعی یا غیرشرعی زایل گردد، چنین زنی باکره نیست و به او ثیبه می‌گویند و این قول مشهور فقهای امامیه است.^۵

در مقابل عده‌ای از فقیهان حتی ازاله بکارت غیرشرعی (مثلاً زنا) را نیز باعث از بین رفتن اذن پدر یا جد پدری نمی‌دانند و این راه با ظاهر ماده ۱۰۳۴ قانون مدنی موافق و سازگار می‌دانند.^۶

^۱ - کاتوزیان-ناصر-حقوق خانواده جلد اول ص ۸۱

^۲ - شهید ثانی، مالک الافهام فی شرح شرائع الاسلام. جلد اول ص ۴۴۸

^۳ - کاتوزیان، ناصر، همان ص ۸۱

^۴ - علامه حلی، قواعد، جلد ۲. کتاب نکاح، ص ۲۷

^۵ - ملا، محمد نراقی، مستندالشیعه، جلد ۲، ص ۴۸۱

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی مبتنی بر فقه امامیه می‌باشد که در آن دختر باکره در نکاح مستقل نبوده و نیاز به اذن پدر یا جد پدری دارد و اگر از باکره بودن خارج گردد نیازی به این اذن ندارد در این زمینه می‌توان به رأی وحدت رویه ردیف ۶۲ مورخه ۶۳/۱/۲۹ اشاره نمود که اعلام می‌نماید در دخول و ازاله بکارت چه مشروع باشد، چه نامشروع، موجب سقوط ولایت پدر است و مشروعیت دخول قبل از عقد، شرط صحت عقد و یا شرط سقوط ولایت پدر نیست و دخول مطلقاً (مشروع باشد یا غیر مشروع) سبب سقوط ولایت پدر می‌باشد))

پس می‌توان اعلام داشت که مشروعیت وعدم مشروعیت دخول و ازاله بکارت قبل از عقد نکاح شرط سقوط اذن ولی نبوده و بعد از عقد شرط سقوط می‌باشد قابل ذکر می‌باشد که این نیز قابل انتقاد می‌باشد مثلاً اگر دختری بدون اذن پدرشوهر کند و در اثر مخالفت پدر و درخواست او نکاح نامتناسب ابطال شود، دختر می‌تواند با همان مرد دوباره ازدواج کند و چون باکره نیست و نامشروع بودن آمیزش نخستین نیز از سقوط ولایت پدر جلوگیری نمی‌کند، این بار پدر حق اعتراض ندارد دختر با این حيله از اجرای حکم قانون می‌گریزد و با شوهر دلخواه و نامتناسب خود به سر می‌برد. و با این رویه با انتقاد حقوقدانان روبرو گردیده است و صدور چنین حکمی را ناشی از انصاف و تأثیر پاره‌ای از فقها دانسته‌اند تا اجرای درست و دقیق قانون. و دلیل خود را بر این قرار داده است که اگر نکاح نخست دختر به دلیل مخالفت پدر ابطال شده است چگونه می‌توان ادعا کرد که دختر شوهر کرده است؟ آیا عقد باطل می‌تواند در اسقاط حق ولی مؤثر باشد؟ وانگهی، این رأی راه را برای حيله‌گری و تقلب نسبت به قانون می‌گشاید و با حکمت ماده‌ی ۱۰۴۳ قانون مدنی که تا اندازه‌ای می‌تواند خطرهای ناشی از ازدواج دختران خردسال را تعدیل کند، تعارض دارد.

۳-۸- تبعیت قانون مدنی از نظریه تشریک

قانون مدنی از نظر رایج بین فقهای معاصر امامیه پیروی کرده و اجازه پدر و جد پدری را در نکاح دختر باکره و لازم دانسته است در نظام حقوق مدنی قبل از انقلاب پسر و دختر با رسیدن به سن ۱۸ سال تمام شمسی از حجر خارج می‌شدند و اصولاً در امور خود استقلال پیدا می‌کردند و خانواده حق دخالت در اعمال آنان را نداشت، با این وجود در مورد دختر، این قاعده دارای استثنایی بود که در ماده‌ی ۱۰۴۳ قانون مدنی پیش‌بینی شده بود. این ماده مقرر می‌داشت: ((نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده اگر چه بیش از ۱۸ سال تمام داشته باشد متوقف به اجازه پدر یا جد پدری او است))

با اصلاح قانون مدنی به سال ۱۳۶۱ و لغو سن ۱۸ سال سن کبر و قبول معیار بلوغ به عنوان قابلیت صحتی برای ازدواج ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی هم اصلاح شد تا به فقه امامیه و موارد دیگر قانون مزبور هماهنگی کامل داشته باشند.

ماده‌ی ۱۰۴۳ اصلاحی چنین مقرر می‌داشت ((... نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده، اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه‌ی پدر یا جد پدری اوست))

در سال ۱۳۷۰ ماده ۱۰۴۳ قانونی مدنی، بار دیگر به شرح زیر اصلاح گردید: نکاح دختر باکره‌ی را موضوع این حکم قرار می‌داد. ولی قانون‌گذار رشد را مورد عنایت قرار نداده و به سن بلوغ اکتفا کرده است، در حالی که علاوه بر سن بلوغ، احراز رشد در امر نکاح نیز لازم است؛ زیرا در صورت عدم احراز رشد، ولایت پدر به اتفاق فقیهان امامیه استمرار دارد و تنها استمرار ولایت بر دختر باکره رشیده محل اختلاف است که قانون‌گذار در این ماده برخلاف قول مشهور، اخذ اجازه پدر یا جد پدری را ضروری دانسته است برخی از حقوق‌دانان ماده‌ی ۱۰۴۳ ق.م را پیروی از قول تشریک یعنی انتخاب دختر و اجازه پدر دانسته‌اند تا هم رعایت شخصیت نوجوان در انتخاب همسر آیند ه خود بشود و هم پدر یا جد پدری بتواند از ازدواج نامناسب او جلوگیری کند، آمیزه‌ای از عشق و تجربه‌ی استواری نکاح و سعادت دختر را تضمین کند^۱. البته قانون‌گذار در ذیل ماده ۱۰۴۳ مقرر می‌دارد: هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده‌شده پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص، به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید .

۳-۹- موارد سقوط اعتبار اذن پدر و جد پدری در نکاح

در پاره‌ای از موارد، اعتبار اذن ولی ساقط می‌گردد و دختر باکره می‌تواند بدون اذن پدر یا جد پدری خویش اقدام به ازدواج کند؛ چنین ازدواجی به حکم قانون صحیح و نافذ می‌باشد این قیود محدودکننده عبارتند از:

الف :ولی باید در قید حیات باشد، وگرنه اجازه او لازم نیست.

ب :ولی حاضر باشد، اگر ولی مسافر یا غایب بود ، ولایت او ساقط و اذن وی غیر لازم می‌گردد.

ج :ولی خود باید اهلیت داشته باشد؛ اگر ولی و سرپرست خود محجور باشد، حق دخالت ندارد.

د :ولی باید در ازدواج دختر مصلحت شناسی کند، زیرا اختیار او محدود به مصلحت دختر است.

ما نیز در آن موارد ابتدا به بحث در مورد فوت یا حجر ولی وعدم دسترسی به پدر یا جد پدری بر اذن در نکاح می‌پردازیم و در پایان بحثی جداگانه و مفصل در مورد منع غیرموجه ولی که امروزه بیشتر جنبه کاربردی و حائز اهمیت می‌باشد ارائه خواهیم داد.

۳-۹-۱- سقوط اذن در صورت محجوریت پدر یا جد پدری

طبق ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی اصلاحی سال ۱۳۷۰)) در صورتی که پدر یا جد پدری در محل حاضر نباشند و استیذان از آنها نیز عادت غیرممکن بوده و دختر نیز احتیاج به ازدواج داشته باشد، وی می‌تواند اقدام به

^۱ - کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده: ص ۸۱

ازدواج نماید)). (تبصره: ثبت این ازدواج در دفترخانه منوط به احراز موارد فوق در دادگاه مدنی خاص می‌باشد).

حکم موضوع این ماده در قانون مدنی قبل از اصلاحیه سال ۱۳۷۰ وجود نداشت، ولی با توجه به قطعی بودن این حکم در فقه استظهار می‌شد که از نظر قانون مدنی نیز در صورت عدم دسترسی به پدر و جد پدری، اجازه آنها ساقط است و دختر می‌تواند مستقلاً ازدواج نماید ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی قبل از اصلاحیه، شق دیگری از موارد سقوط اجازه ولی را بیان کرده بود و آن محجور بودن پدر و جد پدری است، ماده مزبور مقرر می‌داشت ((در مورد ماده قبل اجازه را باید شخص پدر یا جد پدری بدهد و اگر پدر یا جد پدری به علتی تحت قیمومیت باشد، اجازه قیم او لازم نخواهد بود))

هدف اصلی قانون‌گذار از اصلاح ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی این بود که سقوط اجازه ولی شامل مورد غایب بودن و عدم دسترسی به او نیز بشود تا هرگونه شبهه‌ای از این حیث مرتفع گردد. متأسفانه به‌جای، مورد محجوریت ولی حذف‌شده، به‌جای آن حکم مورد غایب بودن او مطرح گردید و هم‌اکنون با این اصلاحیه، این شبهه پیش می‌آید که در صورت محجور بودن ولی، ممکن است؛ اجازه قیم او برای ازدواج دخترش لازم باشد. درحالی‌که از لحاظ فقهی، اجماعی است که در صورت محجور بودن پدر یا جد پدری اجازه قیم آنها لازم نیست و حال باید حکم این مورد را با توجه به مبانی فقهی استنباط نمود .

به هر حال قدر مسلم این است که فقط اجازه شخص پدر یا جد پدری لازم است و چنانچه آنها در قید حیات نباشند یا محجور بوده و تحت قیموت باشند و یا غایب بوده و عادتاً دسترسی به آنها میسر نباشد، دختر در ازدواج مستقل است و اجازه شخص دیگر را لازم ندارد اگر، پدر یا جد پدری دختر به علتی محجور و تحت قیمومیت باشد، اذن شخص دیگری مانند قیم او لازم نمی‌باشد. همچنین، اگر پدر یا جد پدری دختر فوت کرده باشند، دختر مکلف به کسب اذن شخص دیگری نیست و اعتبار اذن ولی ساقط می‌گردد.

قانون مدنی، به سقوط اعتبار اذن ولی در صورت حجر یا فوت او اشاره نکرده است اما تا پیش از اصلاح سال ۱۳۷۰ ماده ۱۰۴۴ قانون مدنی با صراحت سقوط اعتبار اذن ولی را در مورد حجر بیان می‌کرد . این ماده با اشاره به ماده ۱۰۴۳ به صورت زیر تنظیم گشته بود ((.. اجازه را باید شخص پدر یا جد پدری بدهد و اگر پدر یا جد پدری دختر به علتی تحت قیمومیت باشد، اجازه قیم او لازم نخواهد بود)).

۳-۱۰- سقوط اذن پدر یا جد پدری در صورت ممانعت غیرموجه

ذیل ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد:.... و هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، اجازه او ساقط و در این صورت دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده است، پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید.

در فقه می‌گویند اگر ولی دختر را از ازدواج با کسی که کفو او است منع کند. ولایت او ساقط می‌شود و دختر می‌تواند مستقلاً با مرد دلخواه خود ازدواج نماید.

ممانعت ولی از ازدواج دختر با کفو خود را اصطلاحاً عضل می‌نامند و اتفاق دارند که در صورت عضل اجازه ولی ساقط می‌شود. در مورد کفو نیز در این بحث تعریف و معیار خاصی به دست نداده‌اند و فقط گفته‌اند اگر دختر مایل باشد با کسی که شرعاً و عرفاً کفو اوست ازدواج کند و پدر یا جد پدری مخالفت کند، اجازه او ساقط می‌شود. ولی اگر دختر بخواهد با کسی که کفو او نیست، ازدواج کند و پدر او را منع کند، این عمل او عضل محسوب نشده و موجب سقوط ولایت او نمی‌شود. در مبحث مربوط به شرط کفایت (هم کفو بودن) در نکاح هم کفو بودن را به مسلمان بودن معنی کرده‌اند و در اینکه آیا شیعه بودن شوهر و توانایی او در انفاق نیز مشمول هم کفو بودن و شرط در صحت نکاح است یا خیر، بین فقها اختلاف نظر است. بسیاری از آنها مخصوصاً تمکن از انفاق را شرط در صحت نکاح و مندرج در مفهوم کفایت (هم کفو بودن) نمی‌دانند ازدواج با افراد فاسق و مخصوصاً شارب الخمر نیز مکروه شمرده شده است.

روایت معروفی از پیامبر اکرم (ص) وارد شده است که فرمودند ((مؤمن کفو مؤمن است.))
فقها معمولاً اشاره می‌کنند که سیره و رویه اسلام و در واقع عرف اسلامی بر این است که در ازدواج باید دین و خلق طرف را مورد لحاظ قرار داد و نسب و حسب و شغل و موقعیت و ثروت و امثال آنها نباید معیار انتخاب قرار گیرد.

محقق صاحب شرایع می‌گوید: ازدواج آزاد با برده و عرب با عجم و هاشمی با غیر هاشمی و صاحبان مشاغل پایین و پست با افراد خانواده‌دار و بزرگ اشکالی ندارد. و تصریح می‌کند: اگر مرد مؤمنی که قادر به انفاق باشد از دختر کسی خواستگاری کرد، هرچند نسبتش پست و پایین باشد، اگر ولی دختر بدین جهت جواب رد به او بدهد گناه کرده است. سیره عملی هم که از پیامبر اکرم (ص) نقل شده، در مورد ازدواج جویبر با دختر زیادبن لبید از اشراف و تزویج مقدار با دختر زبیر و امثال آنها مؤید این معنی است که کفو عرفی نیز در نظام اسلامی، دین داشتن و حسن اخلاق و امکان انفاق است نه بیش از آن. بنابراین بسیار نادر است که دختری بخواهد با پسری ازدواج کند و پدر به لحاظ کفو نبودن از این ازدواج ممانعت نماید، زیرا اگر پسر مسلمان نباشد که حتی با اجازه پدر نیز، ازدواج باطل است. در صورت مسلمان بودن، چون اصل، سلامت و صحت فعل مسلم است، پدر باید بتواند فسق و شرارت او را ثابت نماید تا به عنوان کفو عرفی نبودن او، ممانعت خود را توجیه نماید.

در صورتی که دختر کسی را که کفو است برای ازدواج اختیار کند و ولی با او مخالفت کند و فرد دیگری را که کفو است برگزیند، بعضی از فقها معتقدند، نظر دختر مقدم است و عمل پدر عضل محسوب و موجب سقوط ولایت او می‌شود.

با این ترتیب می‌بینیم، عملاً شرط دانستن اجازه ولی در عقد نکاح خاصیت و اثری ندارد و نهایت امر این است که باید کسب اجازه پدر را ممدوح و مستحسن و یا احیاناً واجب دانست. ولی شرط صحت نکاح دختر نیست.

فقها به بیان حکم سقوط اجازه ولی در صورت عضل اکتفا کرده و تصریح کرده‌اند که در این صورت دختر می‌تواند، مستقلاً اقدام به ازدواج نماید، ولی در این خصوص که این موضوع باید نزد حاکم مطرح و اثبات گردد و او اجازه نکاح را بدهد یا خیر، معمولاً سخنی نگفته‌اند. بلکه ظاهر، این است که به نظر آنان، نیازی به مراجعه به حاکم و اثبات موضوع نزد او ندارد و دختر خود می‌تواند، عقد نکاح را واقع سازد. طبعاً اگر ولی، مدعی بطلان نکاح باشد، می‌تواند به دادگاه مراجعه کند و درخواست خود را مطرح نماید

ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۱ مقرر می‌داشت ((هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند. دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او شوهر کند و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده است، به دفتر ازدواج مراجعه کند و توسط دفتر مزبور مراتب را به پدر یا جد پدری اطلاع می‌دهد و بعد از پانزده روز از تاریخ اطلاع دفتر مزبور، می‌تواند نکاح را واقع سازد. ممکن است اطلاع مزبور به وسایل دیگری غیر از دفتر ازدواج به پدر و یا جد داده شود. ولی باید اطلاع مزبور مسلم باشد.))

قانون مدنی لزوم مراجعه به دادگاه و دخالت و رسیدگی دادگاه را در مورد موجه بودن یا نبودن اجازه پدر یا جد پدری پیش‌بینی نکرده بود و ظاهراً با تأسی از اجماع فقهای امامیه، نفس امتناع پدر و مضایقه او از ازدواج دختر با کفو را موجب سقوط اجازه او و استقلال دختر در امر ازدواج می‌دانست. فقط برای اینکه ازدواج در دفتر ازدواج ثبت شود، می‌بایست سردفتر مطمئن شود که پدر در جریان امر قرار گرفته و مطلع شده است دیگر باید مراتب به اطلاع پدر یا جد پدری برسد و پس از انقضای مدت پانزده روز سردفتر با تشخیص خود می‌توانست، عقد ازدواج را ثبت کند. قانون مرجع خاصی را برای ارزیابی و تشخیص موجه بودن یا نبودن ممانعت پدر پیش‌بینی نکرده بود و ظاهراً تشخیص این امر نیز مانند سایر شرایط صحت نکاح با سردفتر که مسئول انجام ازدواج و ثبت آن است، بود.

طبعاً عقدی که واقع می‌شد، اگر به لحاظ کفو نبودن شوهر مورد اعتراض پدر قرار می‌گرفت، می‌توانست در دادگاه مورد رسیدگی قرار گرفته و عندالاقضاء بطلان آن اعلام شود با همه انتقادی که از این ماده می‌شد که سردفتر مقام قضایی نیست تا بتواند تشخیص‌دهنده‌ی موجه یا ناموجه بودن ممانعت پدر باشد چرا تشخیص به عهده دادگاه گذاشته نشد، به نظر می‌رسد، این ترتیب با موازین فقهی موافق و برای طرفین ازدواج نیز مناسب بود و مشکلی را هم ایجاد نمی‌کرد.

به نظر فقهای اهل سنت مراجعه به دادگاه و اثبات عضل در نزد حاکم و نتیجتاً اقدام و یا اجازه او برای ازدواج دختر لازم است. قوانین برخی کشورهای اسلامی نیز بدین معنی تصریح دارند، مثلاً قانون

احوال شخصیه سوریه و قانون خانواده الجزایر، مداخله قاضی و اذن قاضی برای ازدواج، در صورت امتناع پدر را لازم می‌دانند .

به هر حال در اصلاحیه سال ۱۳۶۱، مرجع تشخیص و صدور اجازه ازدواج برای دختر، در صورت ممانعت غیرموجه پدر، دادگاه مدنی خاص تعیین شد و ذیل ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی به این صورت درآمد . ((و هرگاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد با او ازدواج کند و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده، به دادگاه مدنی خاص مراجعه و به‌توسط دادگاه مزبور، مراتب به پدر یا جد پدری اطلاع داده شود و بعد از پانزده روز از تاریخ اطلاع و عدم پاسخ موجه از طرف ولی، دادگاه مزبور می‌تواند، اجازه نکاح را صادر نماید...طبق این اصلاحیه دختر باید، در صورت ممانعت پدر به دادگاه مدنی خاص مراجعه نماید و توسط دادگاه مزبور، مشخصات شوهر، مهر و شرایط نکاح به ولی اعلام شود.

پس از گذشت پانزده روز از تاریخ اطلاع اگر پدر یا جد پدری پاسخ نمی‌دادند یا پاسخشان به تشخیص و نظر دادگاه موجه نبود، دادگاه اجازه عقد نکاح را به دختر می‌داد و دختر می‌توانست بر اساس آن اجازه عقد نکاح را واقع و آن را به ثبت برساند. ولی اگر به نظر دادگاه ممانعت پدر، موجه تشخیص داده می‌شد، اجازه نکاح صادر نمی‌کرد و طبعاً دختر نمی‌توانست ازدواج نماید .

از بیان این ماده اصلاحی بیشتر و روشن‌تر از بیان ماده قبل از اصلاحیه استنباط می‌شود که اگر دختری در صورت ممانعت پدر، این ترتیب را رعایت نکند و اجازه دادگاه را نگیرد، نمی‌تواند مبادرت به عقد نکاح کند و چنانچه تخلف نماید، نه‌تنها ثبت نکاح او در دفتر ازدواج، مجاز نیست و اگر ثبت شود؛ تعقیب انتظامی سردفتر را در پی دارد. این عقد نکاح ماهیتاً نیز اشکال دارد، مگر اینکه پدر آن را تنفیذ نماید.

زیرا صدر ماده می‌گوید: نکاح دختر متوقف به اجازه پدر یا جد پدری است و ذیل ماده وقوع نکاح بدون اذن پدر را با رسیدگی دادگاه و اجازه او امکان‌پذیر ساخته است.

هنگامی که اصلاحیه قانون مدنی در سال ۱۳۷۰ در مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید و ماده ۱۰۴۳ به همان شکل اصلاحی سال ۱۳۶۱ تصویب شد، شورای نگهبان لزوم مراجعه دختر به دادگاه و اخذ اجازه برای نکاح در صورت ممانعت پدر را خلاف شرع دانست و طی نامه مورخ ۱۳۷۰/۶/۶ به مجلس شورای اسلامی در این خصوص اعلام کرد: الزام دختر به مراجعه به دادگاه و گرفتن اذن در صورت مضایقه ولی، از دادن اجازه بدون علت موجه، با موازین شرع مغایر است بدین‌جهت قسمت ذیل ماده ۱۰۴۳ به شرحی که قبلاً نقل کردیم، بدین‌صورت درآمد ((... و هرگاه پدر یا جد پدری، بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند، اجازه او ساقط می‌شود و در این صورت دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که

می‌خواهد، با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده، پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید.))

در اصلاحیه سال ۱۳۷۰ بین وقوع ازدواج و ثبت آن تفاوت گذاشته شده است. صرف امتناع پدر بدون علت موجه، موجب سقوط اجازه اوست و اگر دختر بدون مراجعه به دادگاه ازدواج کند، نمی‌توان بدین جهت نکاح او را باطل دانست، مگر اینکه عدم کفو بودن شوهر ثابت شود ولی ثبت ازدواج در دفتر ازدواج موکول به طی این تشریفات و گرفتن اجازه از دادگاه مدنی خاص است که اگر ازدواجی بدون اجازه ثبت شود، تخلف انتظامی محسوب می‌شود. در این اصلاحیه، دیگر اطلاع دادن به پدر یا جد پدری و انقضای مدت پانزده روز از تاریخ اطلاع آنان قید نشده و صرفاً مقرر شده است که دختر باید به دادگاه مدنی خاص مراجعه و با معرفی کامل مرد موردنظر و شرایط نکاح و مهر از دادگاه کسب اجازه کند تا بتواند ازدواج را به ثبت برساند. طبعاً دادگاه به هرگونه که صلاح و مقتضی بداند، رسیدگی نموده و اتخاذ تصمیم می‌کند.

۳-۱۰-۱- صحت نکاح بدون اذن

عقد نکاحی که بدون اذن پدر و جد پدری انجام می‌گیرد صحیح و بی‌اشکال می‌دانند و هیچ‌کس حق برهم زدن چنین نکاحی را ندارد و هر کس بدون در نظر گرفتن این امر در نکاح دخالت نماید و یا بخواهد این نکاح را برهم زند اراده و هیچ تأثیری بر صحت عقد واقع شده بدون اذن پدر و جد پدری نخواهد داشت نظریه دیگری که در این خصوص وجود دارد نظریه تشریک والدین است که برای پدر و جد پدری در ازدواج دختر باکره قرار داده‌اند که دختر بالغ باکره برای ازدواج نیاز به گرفتن اذن دارد البته لازم به یادآوری است علمایی که این نظر را پذیرفته‌اند اختیاری را که برای پدر یا جد پدری قائل شده‌اند به عنوان شرط می‌دانند که البته و رعایت یا عدم رعایت آن علمای امامیه در خصوص اینکه شرطی که بدان قائل شده‌اند یک شرطی حقوقی یا اخلاقی می‌باشد اختلاف آرا دارند. ولی در هر صورت این اتفاق نظر در بین آنها وجود دارد که با گرفتن اذن از طرف دختر ازدواج صحیح و بلا ایراد باشد.

جدا از مطالب ذکر شده می‌توان عقد نکاح را به دلایلی که برای همه ما ملموس و قابل درک می‌باشد و با تکیه بر اصول حقوقی مسلم و پذیرفته شده به نافع بودن عقد نکاح بدون اذن پدر یا جد پدری در دختر باکره اذعان داشت البته قابل ذکر می‌باشد که منظور دختر باکره‌ای است که صغیره نباشد که در این مورد، بحث متفاوت می‌باشد نه تنها بسیاری از حقوقدانان بلکه اکثر آنان به حساس و در عین حال به متفاوت بودن عقد نکاح از سایر عقود اذعان داشته و بر ثبات و توأم آن بیشتر قائل‌اند تا از بین رفتن آن. زیرا عقد نکاح بیشتر جنبه معنوی آن غلبه دارد تا مادی، بدین سبب ما باید سعی بر آن داشته باشیم حتی المقدور از بین بردن این عقد حساس جلوگیری کنیم.

درست است که اذن پدر یا جد پدری در نکاح برای دختر باکره امری تأکید شده است ولی به نظر می‌رسد بیشتر جنبه اخلاقی و ارزشی دارد تا بگویی مسائل دیگر در پی آن می‌باشد شاید با پاسخ به این سؤال که آیا دوام نکاح دختر باکره که بدون اذن پدر و یا جد پدری انجام شده عواقب یا به قول معروف تبعات ناشی از آن بیشتر است یا برهم زدن عقد نکاحی که بدون اذن پدر یا جد پدری انجام گردیده است، به خوبی مطالب برای ما روشن و آشکار می‌شود. به نظر می‌رسد جز در مورد استثنایی قائل به نافذ بودن عقد نکاح شد و به آن پایبند بود. از طرفی با توجه به کوچک شدن هسته خانواده عملاً وعدم نقش جد پدری در خانواده‌های امروزی اذن پدر بیشتر جنبه اخلاقی و احترامی دارد و جز در مواردی خاص آن هم در مواردی که ضررها و صدمات جبران‌ناپذیری برای دختر در پی داشته باشد اذن پدر یا جد پدری را ابزاری برای جبران آن ضررهای غیرقابل جبران بکار برد و عقد نکاح را به دلیل عدم وجود اذن از بین برد و منحل ساخت و در نتیجه عقد نکاح بدون اذن پدر یا جد پدری را بیشتر استوار و محکم ساخت و به نافذ بودن آن عقد پایبند و قائل شد.

۳-۱۰-۲- عدم نفوذ نکاح بدون اذن

اگر دختری که به سن بلوغ رسیده بدون اجازه پدر یا جد پدری و بی آنکه ناموجه بودن علت مخالفت او محزر شده باشد ازدواج کند این ازدواج دارای چه ضمانت اجرائی است؟ در نظام قبلی بعضی می‌گفتند این ازدواج صحیح و نافذ است و هیچ‌گونه ضمانت اجرای حقوقی برای طرفین نکاح ندارد و فقط سردفتری که ازدواج را به ثبت رسانده مستوجب مجازات انضباطی است. لیکن بر این نظر استوار بود که می‌توان این ازدواج را غیر نافذ دانست.

امروز هم این نظر قابل دفاع است. ظاهر عبارت ماده ۱۰۴۳ اصطلاحی قانون مدنی که نکاح دختر باکره را ((موقوف)) به اجازه پدر یا جد پدری دانسته مفید همین معنی است. قواعد عمومی اعمال حقوقی هم این نظر را تأیید می‌کند، بعضی از آراء دادگاه‌ها به‌ویژه رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۶۹/۳/۲۹ نیز مؤید همین نظر است.

قائلین به این نظر اذن پدر یا جد پدری را به‌عنوان یکی از شروط نکاح آورده‌اند. عکس آنهایی که اذن پدر یا جد پدری را جز ارکان محسوب می‌کنند. در یک چنین حالتی که ما بودن اذن را شرط صحت عقد می‌دانیم و با توجه به آنکه میدانیم وجود یا عدم حصول یک شرط در عقد چه آثاری دارد وجود و تحقق آن باعث صحت عقد و عدم آن عدم نفوذ عقد می‌گردد.

نتیجه طبیعی یک عقدی که بدون اذن ولی منعقد گردیده است عدم نفوذ می‌باشد. در بین فقهای معاصر برخی گرفتن اذن ولی را به خاطر احتیاط لازم دانسته‌اند ولی همین علما اگر چنانچه نکاحی خلاف این احتیاط انجام شد را صحیح می‌دانند. حال دلیل این احکام هر چه بوده است می‌بینیم آنهایی که رأی به نکاح با اذن داده‌اند منتهی در موقعیتی که این حکم با شرط اجرا نگردد کمتر سخت‌گیری کرده‌اند و عقد را

صحیح دانسته‌اند و این شرطی را که برای عقد نکاح در نظر گرفته‌اند هرچند فقها آن را مورد حکم قرار داده‌اند قدرت الزام‌آور آن را در حد انحلال نکاح نمی‌باشد^۱ و می‌توان گفت جنبه اخلاقی امر بر جنبه حقوقی و فقهی چیره می‌گردد و یا شاید بتوان بدین گونه اظهارنظر کرد که فقهای ما برای اینکه مخالف عرف جامعه چیزی نگفته باشند بین روایات نیز جمع کرده باشد آوردن اذن را بنا بر احتیاط لازم و ضروری می‌دانند ولی در مواقعی که امر مهم‌تر و خطیرتری در بین باشد رعایت نکردن آن احتیاط را نادیده می‌گیرند حال اگر قائل به این شرط باشیم و عقد واقع شده را غیر نافذ بدانیم اگر بعد از آن پدر یا جد پدری اجازه داد عقد ازدواج چه اثری خواهد داشت آیا عقد از ابتدا صحیح می‌باشد یا بعد از دادن اذن عقد نفوذ می‌یابد.

در این مورد نظریات متفاوتی ارائه شده است و با توجه به مباحثی که در عقد فضولی آورده‌اند و یا دو نظریه راجع به اثر اجازه آورده‌اند که نظریه کشف و نقل می‌باشد.

نظریه نقل: به موجب این نظریه اجازه‌ای که بعد از عقد داده می‌شود موجب این امر نمی‌گردد که عقد از ابتدا صحیح شود بلکه عقد زمانی که صاحب حق یا حکم آن را اجازه نماید نفوذ حقوقی می‌یابد چه قبل از آمدن اجازه هیچ الزامی به وجود نیامده است که بخواهیم به آن وفا کنیم و از سویی دیگر در پدیده‌های خارجی و طبیعی این یک امر عادی و شاید بدیهی است که سبب هر پدیده‌ای بایستی قبل از مسبب به وجود آید به عبارت دیگر باشد و اینکه بگوییم اجازه جزء سبب یا شرط انتقال است ولی اثر آن از هنگام عقد ظاهر می‌گردد نمی‌تواند صحیح باشد این نظریه‌ای است که با توجه به جهات معقول نظری صائب و مفیدی می‌باشد ولی در عالم اعتبار یا پدیده‌ها را با توجه منفعت آنها تفسیر کنیم اگر در عقد نکاح ما این را بپذیریم با اشکالات اساسی روبرو می‌گردیم که روابطی که بین طرفین قبل از اجازه وجود داشته نامشروع بدانیم یا صحیح؟ اگر ما نظر نقل را بپذیریم باید توجه داشته باشیم که باید تمام روابط ایجاد شده تا قبل از آمدن اجازه را نامشروع قلمداد نماییم که نمی‌تواند اثری خوشایندی به همراه داشته باشند.

نظریه کشف: این نظریه خود به دو قسمت کشف حکمی و کشف حقیقی تقسیم می‌شود که ما برای رعایت اختصار و اینکه نظریه کشف حقیقی را حقوقدانان ما نیز پذیرفته‌اند. نظریه کشف حکمی را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

در مورد این نظریه چنین می‌آورند روابطی که طرفین در عقد فضولی وجود آورده‌اند نمی‌تواند تمام محسوب شود چرا که طرفی که اذن او شرط در عقد می‌باشد دخالتی در انشاء عقد نکرده است و باید این را بپذیریم که تا قبل از آمدن اجازه عقد به طور کامل واقع شده است و این اجازه وقتی وارد می‌شود به عقد واقع شده که قبل از دادن اجازه به صورت یک امر اعتباری ناقص به وجود آمده است اعتبار حقوقی

^۱ - جواهر الکلام، همان کتاب علامه حلی، تذکره. جلد ۱، ص ۷۹

می‌بخشد. به عبارت دیگر این اجازه ناقص است و در ضمن این اجازه سبب مستقل نمی‌باشد^۱ و صرف تنفیذ عملی است که قبلاً به وجود آمده است و آثار عقد تا آنجا که امکان دارد به زمان قبل از عقد بر می‌گردد و در گذشته تأثیر می‌گذرد. حال اگر این ازدواج منتهی بر جماع شده باشد و دختر ازاله بکارت شده باشد با توجه به ازاله بکارت باعث سقوط دوباره اذن پدر یا جد پدری می‌گردد و دیگر نیازی به اخذ اذن ولی برای ازدواج مجدد ندارد.

در این خصوص با توجه به ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی که نکاح دختر باکره را متوقف بر اذن پدر یا جد پدری کرده و چون در این خصوص ازاله بکارت صورت نگرفته است و قانون نیز حکم این مورد را صریحاً مشخص کرده است و اذن بر دختر سلب نمی‌گردد و برای اینکه دختر بخواهد مجدداً ازدواج بنماید دختر باید اذن را برای این نکاح بگیرد (۹) که برخلاف قانون سابق که شوهر کردن را رافع اذن پدر یا جد پدری می‌دانست.

^۱ --صفایی، حسین، امامی، اسدالله حقوق خانواده، ص ۸۱

فصل چهارم

جایگاه مصلحت در ازدواج صغار

۴-۱- ازدواج ولایی کودک و ادله اثبات آن

به لحاظ ادله‌ی تردیدناپذیری که در قرآن و روایات آمده است، اکثر فقهای امامیه و اهل سنت بر ولایت پدر و جد پدری در تزویج صغار اتفاق نظر دارند. آنان با استدلال بر صحت ازدواج کودکان نابالغ، ازدواج کودکان بالغ را نیز به طریق اولی صحیح می‌دانند. بنابراین، معیارهای مصلحت در نکاح کودک نابالغ، بر نکاح کودک بالغ نیز جاری و حاکم می‌باشد (محقق حلی ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۲۷۶، شیخ مفید ۱۴۱۰، ص ۵۱۱) با توجه به آنچه ذکر گردید، ادله اثبات و جواز تزویج کودکان در فقه مذاهب امامیه و اربعه و به تبع آنها در حقوق، از قرار ذیل می‌باشد: در فقه امامیه، مستند اصلی دیدگاه فوق، آیه‌ای از قرآن کریم و روایاتی است که فقها به استناد آنها فتوا داده‌اند.

۴-۱-۱- دلیل اول: قرآن کریم

آیه ۲۳۷ سوره بقره در مورد مهر است و می‌فرماید که قبل از دخول اگر طلاق بدهند مهر نصف می‌شود و در دنباله آیه می‌فرماید: «الَا أَنْ يَغْفُونَ أَوْ يَغْفُوا الَّذِي بَيْنَهُ عَقْدَةُ النِّكَاحِ» این تعبیر اجمالاً می‌فهماند که چه کسی در نکاح اختیار دارد قطعاً خود زوجه را نمی‌گوید و قدر متیقن از آن «اب» است. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴، ج ۲، ۸)

۴-۱-۲- دلیل دوم: اخبار و روایات

از جمله روایاتی است که فقها به استناد آنها به جواز تزویج ولایی کودک، فتوا داده‌اند؛ دو صحیحیه ذیل می‌باشند:- صحیحیه عبدالله بن صلت "عبدالله بن صلت گفته است از امام صادق(ع) در مورد دختر صغیره‌ای که پدرش او را به ازدواج دیگری درمی‌آورد سؤال کردم که آیا پس از بلوغ اختیاری دارد؟ فرمود: خیر، با وجود پدر وی، نظر و اختیاری ندارد(حرعاملی، ۱۴۴۱ ق، باب ۸ من ابواب عقد النکاح و اولیاء الصغر، حدیث ۳ صحیحیه علی بن یقظین «علی بن یقظین می‌گوید از امام کاظم(ع) سؤال کردم که : آیا دختر و پسر سه‌ساله را می‌توان به ازدواج دیگران در آورد و کمترین حدی که کودکان در آن به ازدواج در می‌آیند کدام است؟ اگر دختر بالغ شده و راضی نبود چه وضعیتی دارد؟ فرمود :اگر پدر و یا ولی او راضی‌اند اشکالی ندارد(حرعاملی، ۱۴۰۹ ق، باب ۶ من ابواب عقد النکاح و اولیاء الصغر حدیث ۷)

۴-۲- تزویج ولایی کودک در حقوق

در حقوق به پیروی از نظر مشهور فقها، اینگونه ازدواج موردپذیرش قرار گرفته بود. به‌گونه‌ای که در قانون مدنی ایران این حکم به‌صراحت در ماده‌ی ۱۰۴۱ مورد اصلاح قرار گرفت؛ مورخ ۱۳۸۱/۴/۱ مورد اصلاح قرار گرفت بیان گردیده بود؛ اگرچه که عده‌ای از حقوق‌دانان بر ازدواج ولایی کودک، خرده گرفته و بیان می‌داشتند که انتخاب همسر از طبیعی‌ترین حقوق انسان است و از لوازم احترام به شخصیت اوست و با ولایت نمی‌توان خصوصی‌ترین چهره‌ی زندگی را بر او تحمیل کرد. از این‌رو اعمال ولایت و انتخاب همسر برای کودک به شخصیت طفل صدمه‌های جبران‌ناپذیری وارد می‌سازد (کاتوزیان ۱۳۷۱، ۶۸). به دنبال این اعتراضات؛ در سال ۱۳۹۵ طرحی با عنوان کودک همسری توسط فراکسیون زنان مجلس ارائه شد که افزایش حداقل سن قانونی ازدواج و اصلاح ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی را در پی داشت و بر اساس آن حداقل سن ازدواج دختران به ۱۶ سال و برای پسران به ۱۸ سال افزایش می‌یافت و ازدواج دختران زیر ۱۳ و پسران قبل از ۱۶ سال مطلقاً ممنوع می‌شد. این طرح در سال ۱۳۹۷ یک فوریت آن به تصویب مجلس رسید، اما در نهایت با مخالفت کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس روبرو شد.

۴-۲-۱- مصلحت در نکاح صغیره

از آنجا که صغیره به دلیل نداشتن اهلیت امکان اجرای عقد نکاح را ندارد از منظر شریعت این امر در اختیار اولیای او (پدر و جد پدری) قرار گرفته و این حکم قدر مسلم نزد آراء فقیهان اسلامی است. حال سخن این است که دایره اختیار و لّی کودک تا چه اندازه است؟ آیا اولیا مجازند هرگاه اراده کردند، دست به چنین عملی زنند، یا اقدام آنان منوط به عدم مفسده است و یا مشروط به وجود مصلحت؟

به‌منظور تبیین این مسئله، در ابتدا باید اذعان داشت که عقدی که همراه با مفسده باشد، بالاجماع، باطل است. از جمله کسانی که ادعای اجماع کرده‌اند مرحوم نراقی می‌باشند. (نراقی، ۱۴۱۵ ق، ج ۱۶، ۱۶۸)

اما سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که آیا در ازدواج کودک توسط ولی، شرط عدم وجود مفسده کافی است یا وجود مصلحت هم لازم است؟ به‌منظور پاسخ به این سؤال این مسئله از منظر فقهای مذهب امامیه بررسی می‌شود.

دیدگاه فقهای امامیه در این خصوص، مرحوم صاحب مسالک فرموده است که: «اتفاق داریم بر اعتبار عدم المفسده. مشهور فقهای امامیه رعایت مصلحت را مصحح نکاح می‌دانند، ولی گروهی دیگر عدم مفسده را کافی دانسته‌اند، دلیل آنها این است که ادله مقید به رعایت مصلحت نشده است (الحکیم، ۱۴۰۴ ق، ج ۱۴، ۴۵۶) از جمله افرادی که قائل بر صحت ولایت ولی منوط به رعایت مصلحت می‌باشند، شیخ طوسی را می‌توان نام برد ایشان در این باره می‌نویسد تمام کسانی که بر اموال صغیر ولایت دارند ... تصرف و دخالت آنان صحیح نیست مگر اینکه با حفظ احتیاط و با در نظر گرفتن سود صغیر انجام شود زیرا ولایت آنان به همین دلیل اعتبار شده است بنابراین اگر تصرفات آنان به سود صغار، نباشد باطل و غیر نافذ است، زیرا برخلاف فلسفه ولایت انجام گردیده است، طوسی، ۱۳۸۷ ق، ج ۲، ص ۱۵۳) همچنین علامه حلی گفته است: "ضابطه در تصرف متولی اموال ایتام و مجانین رعایت غبطه می‌باشد و تصرف متولی باید با در نظر گرفتن مصلحت مولی علیه صورت پذیرد؛ بنابراین ولی می‌تواند با اموال یتیم تجارت نماید و یا در اختیار دیگری برای تجارت قرار دهد به شرط اینکه این اعمال به مصلحت یتیم، باشد، اعم از اینکه ولی پدر باشد یا جد یا وصی یا حاکم و یا امین حاکم (علامه حلی، ۱۴۱۴ ق، ج ۲، ص ۸۰ ابن ادریس نیز این نظریه را مقتضای مذهب تشیع می‌داند ابن)، ادریس ج ۱، ص ۴۴۱. برخی دیگر از فقها مانند علامه حلی محقق حلی شهید اول و دوم محقق کرکی و دیگران (علامه حلی ۱۴۱۸ ق، ج ۲، ص ۱۳۵ - محقق حلی، ۱۳۷۴ ش، ج ۲، ص ۷۸ و ۷۹ - شهید اول ص ۸۰ - شهید ثانی ۱۴۱۶ ق، ج ۳، ص ۱۶۶ - محقق کرکی ۱۴۰۸ ق، ج ۵، ص ۷۲ - مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ ق، ج ۴، ص ۱۴ ریاض المسائل، ج ۹، ص: ۲۰۹ نیز به رعایت این شرط تصریح نموده‌اند در برابر بزرگانی همچون مرحوم صاحب، جواهر مرحوم شیخ انصاری، مرحوم نایینی، مرحوم خویی و مرحوم امام خمینی (ره) بر این باورند که نفوذ تصرفات ولی قهری منوط به نبود مفسده است و ضرورتی ندارد که غبطه و صلاح مولی علیه را نیز در برداشته باشد (نجفی، ج ۲۲، ص ۳۳۲ و ج ۲۸، ص ۲۹۷؛ انصاری ۱۴۱۶ ق، ص ۱۵۲؛ موسوی خمینی ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۴۵۶)؛ در حقوق نیز شرط رعایت مصلحت مولی علیه به‌خوبی از مفاد مواد ۱۱۸۲ تا ۱۱۸۷ قانون مدنی ۱۲ نیز مواد ۷۹۸۰۸۱ و ۸۳ قانون امور حسبی استفاده می‌شود همچنین می‌توان در این خصوص به ملاک ماده ۶۶۷ قانون مدنی راجع به وکالت نیز استناد کرد صفایی امامی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۱۷۰. به این ترتیب، به‌رغم گستردگی صلاحیت ولایی پدر بر فرزند محجورش تنها حفظ غبطه و رعایت صلاح و مصلحت فرزند می‌تواند قلمرو سرپرستی و ولایت او را در این زمینه محدود و منضبط کند. البته همانطور که سابقاً هم ذکر شد، مصلحت و غبطه ضابطه‌ای منظم و معیاری دقیق ندارد، بلکه در حقیقت مفهومی نسبی و متغیر است که با توجه به اوضاع و احوال و شرایط

خاص موضوع، مشخص می‌شود و مرجع صلاحیت‌دار در تشخیص آن نیز عرف و نظر خردمندان جامعه است.

۴-۲-۲- تحلیل اجرای مصلحت در ازدواج ولایی کودک

آنچه از تشریح نظرات فقیهان امامیه و اهل سنت به دست می‌آید آن است که ازدواج کودک موافقان و مخالفانی دارد. موافقان، با توجه به آنکه قرآن کریم به صورت مستقیم سن ازدواج را بیان نکرده است، بر روایات متعددی که در این زمینه وارد شده است، استناد کرده‌اند. آنان در صورت رعایت مصلحت کودک از سوی ولی، با استدلال بر صحت ازدواج ولایی کودکان نابالغ، ازدواج ولایی کودکان بالغ را به نیز طریق اولی صحیح می‌دانند. در مقابل این دیدگاه، مخالفان ازدواج ولایی کودک، معتقدند که این ازدواج قبل از فراهم شدن شرایط ازدواج از قبیل بلوغ جنسی یا توانایی جسمانی و رشد لازم اتفاق می‌افتد و طرفین عقد نکاح یا یکی از آنان، به علت فقدان رشد کافی، آمادگی جسمی و یا روحی را برای این امر مهم ندارند.

بنابراین فرض وجود مصلحت در این ازدواج کلاً منتفی می‌باشد و این ازدواج مصداقی از ازدواج با مفسده بوده و در نتیجه محکوم به بطلان است. به عنوان نمونه؛ بنا به نظر آیت الله بجنوردی، انتخاب همسر برای کودک، او را از طبیعی‌ترین حق محروم می‌سازد و به او صدمه می‌زند. بنابراین، فرض ضرر در نکاحی که ولی قهری درباره آن تصمیم می‌گیرد، برای کودک وجود دارد. (غیاثی ثانی، موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷ ش).

در حقیقت مخالفان بر این باورند که در پدیده "کودک همسری"، در بیشتر موارد آسیب‌ها، مشکلات و تهدیدات بسیاری از جمله موارد زیر وجود دارد: جدایی از والدین و خانواده، ممانعت از حق تحصیل کودک، 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 یادشده در قانون و تعهد خانه‌داری، بارداری و فرزند پروری، تهدیدات و خطرات ناشی از خشونت خانگی و ضرب و شتم و جراحت کودک همسران، فقدان حمایت‌های حقوقی از کودک همسران ناشی از عدم دانش، عدم توان و عدم اهلیت قانونی آنان برای طرح دعاوی ناشی از زوجیت و از دیدگاه مخالفان ازدواج کودک؛ از جمله موارد رعایت و حفظ مصلحت مولی علیه در امر ازدواج، اهتمام ولی قهری نسبت به آماده‌سازی و تربیت کودکان در حوزه‌هایی همچون مسائل اقتصادی و جنسی است. که در رابطه با ازدواج کودک این امر مجالی برای تحقق ندارد.

جدای از هرگونه مخالفت یا موافقتی نسبت به این مسئله؛ در صورت اعتبار تربیت جنسی در ازدواج ولایی، مسئله تربیت جنسی در رابطه با ازدواج کودک نابالغ، مفهوم و معنای چندانی نخواهد داشت. همچنین در رابطه با رشد اقتصادی در هر دو صنف کودک بالغ و نابالغ این امر به طور معمول تحقق نیافته است. لذا فرض وجود مفسده و ضرر در ازدواج ولایی محرز است، مگر آنکه مصلحتی اقوی از این مفسده را برای

ازدواج ولایی کودک بتوان تصور نمود که در آن صورت بنا به قواعد اصولی و فقهی باید به مصلحت دار بودن این ازدواج حکم داد.

در نتیجه از منظر این تحقیق رابطه بین ولایت ولی و عنصر مصلحت در امر ازدواج کودک، از نوع رابطه حکومت دلیل لزوم رعایت مصلحت مولی علیه بر دلیل سلطه و حق تصرف ولی در اعمال ولایی خود می‌باشد. بدین نحو که حکم لزوم مصلحت دار بودن اعمال ولی نسبت به مولی علیه، حاکم بر حکم جواز همه تصرفات ولی در امور مولی علیه خود می‌باشد و به این ترتیب در صورت عدم وجود شرط مصلحت در اعمال ولی، اینگونه تصرفات ولی یا باطل و یا غیر نافذ اعلام می‌گردد. که البته در بحث ضمانت اجرا اختلاف نظرات در خصوص غیر نافذ بودن این تصرفات و یا بطلان آنها، بررسی می‌گردد. به این ترتیب، به‌رغم گستردگی صلاحیت ولایی پدر بر فرزند محجور، تنها حفظ غبطه و رعایت صلاح و مصلحت فرزند می‌تواند قلمرو سرپرستی و ولایت او را در این زمینه محدود و منضبط کند. البته همانطور که سابقاً اشاره شد، مصلحت و غبطه، ضابطه‌ای منظم و معیاری دقیق ندارد، بلکه در حقیقت مفهومی نسبی و متغیر است که با توجه به اوضاع و احوال و شرایط خاص موضوع، مشخص می‌شود و مرجع صلاحیت‌دار در تشخیص آن نیز عرف و نظر خردمندان جامعه است.

بنابراین باید برای تشخیص وجود مصلحت در امر ازدواج ولایی کودک، می‌بایست از گروهی کارشناسان خبره از خردمندان عرف کمک گرفت تا بتوان بررسی کرد آیا در ازدواج موردنظر عنصر مصلحت وجود دارد یا خیر. در این راستا قانون‌گذار به دنبال تحقق قید مصلحت در ازدواج ولایی کودک؛ در سال ۱۳۸۱، مفاد ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی را به‌منظور رعایت مصلحت در ازدواج ولایی، چنین اصلاح نمود: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن سیزده سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن پانزده سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح» این اصلاح در ابتدا کارآمد به نظر می‌رسید اما در عمل به‌درستی تحقق نمی‌پذیرفت. این مسئله هم به علت عدم درک صحیح محاکم از قید "تشخیص دادگاه" در رابطه با مفهوم و مصداق عنصر مصلحت در ازدواج ولایی بود و اصلاحات پیشنهادشده در سال ۱۳۹۷ نسبت به مفاد این ماده -مبنی بر لزوم اخذ مجوز پزشک قانونی در ازدواج کودک -اشکال اساسی بررسی مصلحت توسط محاکم را برطرف نمی‌کند.

علت امر آن است که در مقام عمل، بسیاری از دادرسان، حکم مقرر در این ماده را به صدور حکم رشد تفسیر نموده و در مقام چنین تشخیصی، حکم رشد شخص را صادر می‌کردند. این مسئله؛ در حالی بود که

منظور از قید "تشخیص دادگاه" که در ماده ۱۰۴۱ وضع شده بود؛ تنها بررسی رشید بودن یا نبودن کودک نبود؛ بلکه احراز این مسئله بود که آیا این ازدواج با فلان شخص برای این کودک به مصلحت وی می‌باشد یا خیر؟ و این امر در حوصله محاکم دادگستری نبود تا بتوانند به‌دقت و موشکافانه بدان بپردازند. از

سویی دیگر برخی از محاکم قید "تشخیص دادگاه" در ماده ۱۰۴۱ را به صدور مجوز ازدواج تعبیر می‌کردند و این

مجوز را بدون بررسی کودک و فرد مقابلی که می‌خواهد با او ازدواج کند و اینکه این ازدواج به صلاح او است یا نه، برای کودک، صادر می‌کردند. بدین صورت که تنها با بررسی خود کودک اقدام به صدور مجوز ازدواج می‌نمودند.

همچنین عامل دیگر در ناکارآمدی ماده ۱۰۴۱ مصوب سال ۱۳۸۱، مشغله زیاد محاکم است و اصلاً چنین بررسی‌هایی در حوصله جلسه دادگاه نمی‌باشد.

بدین ترتیب، راه‌حلی که این تحقیق به منظور جلوگیری از هرگونه سوءاستفاده احتمالی و عدم رعایت مصلحت و غبطه واقعی کودک، به قانون‌گذار پیشنهاد می‌دهد آن است که در روند قانون‌گذاری برای جلوگیری از هرگونه عدم رعایت غبطه واقعی، از سوی ولی در ازدواج کودک، هیئت سه نفره کارشناسی معتمد قوه قضائیه متشکل از روانشناس، حقوق‌دان و عالم فقهی را در نظر بگیرد به نحوی که قبل از ثبت هرگونه ازدواجی در دوران کودکی، ارائه گواهی این هیئت سه نفره مبنی بر ضرورت انجام چنین عملی از سوی ولی طفل، برای ارائه به دفاتر ثبت ازدواج لازم و ضروری باشد و عدم ارائه این گواهی مانع ثبت ازدواج کودک باشد. هرچند که این رویکرد ممکن است با انتقاداتی از سوی منتقدان مبنی بر اینکه ممکن است در این حالت با تعدادی ازدواج‌های ثبت‌نشده به علت عدم ارائه رأی کارشناسی به منظور فرار از محدودیت‌های قانونی در جامعه - مواجه شود؛ ولی باید توجه داشت که با این راهکار جلوی خیلی از این ازدواج‌هایی که با نیت سوءاستفاده از امکانات بعد از ازدواج کودک - مانند به ازدواج در آوردن کودک به خاطر اخذ تسهیلاتی مثل وام ازدواج و...، صورت می‌گیرد، گرفته می‌شود.

اما نمی‌بایست اصل مسئله را به علت امکان تحقق سوءاستفاده از ازدواج کودک - اعم از بالغ و نابالغ و احتمال ورود آسیب‌های جنسی و جسمی به کودک، به‌طور کلی ممنوع اعلام کرد؛ همانطور در طرح پیشنهادی ماده ۱۰۴۱ در سال ۱۳۹۷ چنین بیان شده بود. نکته قابل توجه در اینجا آن است که در مقام عمل، ممنوعیت ازدواج کودکان راهکار مناسبی جهت حمایت از این قشر نمی‌باشد. علت این امر هم آن است که هنوز مصلحت‌هایی برای ازدواج ولایی کودکان نابالغ و علی‌الخصوص کودکان بالغ وجود دارد که نادیده گرفتن این مصلحت‌ها نه تنها درمان دردی نیست بلکه خود باعث تشدید آسیب‌های موجود در این زمینه می‌شود.

از سویی دیگر نگرانی مخالفان ازدواج کودک به خاطر سوءاستفاده‌های صورت گرفته از سوی ولی طفل و آسیب‌های وارده به جسم و روان کودک را نباید نادیده انگاشت. و این امر را باید واقعیت تلخ و تکذیب ناپذیر دانست. لذا با اصلاح قوانین موجود، جلوی هرگونه سوءاستفاده احتمالی را باید گرفت. بنابراین اقدام در ممنوع اعلام نمودن ازدواج، عملی مناسب و کارآمد نبوده و بهتر است بجای حذف

صورت مسئله، مبادرت به اصلاحات مقتضی تعیین گروه کارشناسی سه نفره در خارج از محاکم و اما مورد تأیید قوه قضائیه، جهت وجود مصلحت در ازدواج کودک توسط ولی نماید.

۴-۳- وجود مصلحت یا کفایت دفع مفسدت

ظاهراً مشهور فقها تزویج ولایی را مشروط به عدم مفسدت کرده‌اند و رعایت مصلحت صغیر لازم نیست. کافی است که نکاح برای صغیر زیانی در پی نداشته باشد، هرچند از نکاح نفعی عاید وی نشود. سید محمدکاظم طباطبایی تصریح می‌کند «در صحت تزویج پدر و جد و نفوذ آن عدم مفسدت شرط است و الا عقد فضولی است...» (طباطبایی یزدی؛ ۱۳۸۷، ۷۰۱) امام خمینی نیز همین امر را تکرار می‌کند، هرچند هر دو احتیاط را در مراعات مصلحت می‌دانند (موسوی خمینی؛ بی تا، ۳۹۳). آیت الله خویی نیز بر کفایت عدم مفسدت در زمان وقوع نکاح در نزد عقلاً تأکید می‌کند (خویی؛ ۱۳۹۴ ه. ق، ۲۶۹). فقها در توجیه آن به قاعده لاضرر و پاره‌ای از روایات مانند صحیحہ فضل بن عبدالمالک، صحیحہ عبید بن زرارہ و صحیحہ ابو حمزہ ثمالی استناد کرده‌اند. (رجبیان؛ همان، ۵۶-۵۴)

در مقابل، مشهور در بین متقدمان تزویج ولایی را مشروط به مصلحت کرده‌اند و با الحاق تزویج به تصرفات مالی، ادله اعتبار مصلحت را به مسئله تزویج نیز تعمیم داده‌اند. به عبارت دیگر، مصلحت اعم از جلب منفعت و دفع مفسدت است. یعنی هم دارای جنبه ایجابی و هم واجد وجه سلبی باشد (امیدی؛ ۱۳۷۷، ۸۷). علامه حلی پس از بیان اینکه تزویج مولی علیه به مجنون خلاف مصلحت است، می‌گوید: «وقتی تصرف در مال برخلاف مصلحت صحیح نباشد در امر نکاح به طریق اولی جایز نخواهد بود.» (علامه حلی؛ ۱۳۸۵، ۲۵۶) غالب فقهای که ولایت حاکم و یا وصی را در امر تزویج صغیر پذیرفته‌اند، آن را مشروط به مصلحت یا ضرورت کرده‌اند (شهید ثانی؛ ۱۳۸۰، ۳۸۴؛ خویی؛ همان، ۲۶۹؛ طباطبایی یزدی؛ همان، ۷۰۵). این نظر با آیه ۱۵۲ سوره شریفه انعام نیز مطابق است (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ).

قانون مدنی نه تنها در مورد سایر نمایندگی‌های قانونی و قراردادی به ضرورت اقدام مطابق غبطه یا مصلحت تصریح کرده است (۴)، بلکه در ماده ۱۰۴۱ مصوب ۱۳۱۳ و ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳، معافیت از شرط سن وقتی اعطاء می‌شود که مصالحی اقتضاء کند و در ماده ۱۰۴۱ اصلاحی ۶۱ و ۷۰ نیز نکاح قبل از بلوغ به شرط رعایت مصلحت مولی علیه تجویز شده بود. در ماده ۱۰۴۱ اصلاحی ۸۱ نیز اذن ولی در نکاح اشخاص کمتر از ۱۳ سال (دختر) و ۱۵ سال (پسر) وقتی میسر است که به تشخیص دادگاه صالح به مصلحت باشد. بدین ترتیب، قانون‌گذار در مطلق نمایندگی‌ها و از جمله نکاح صغار از نظر غیر مشهور فقها تبعیت کرده و دفع مفسدت را کافی نمی‌داند، بلکه نکاح صغیر باید به مصلحت او باشد تا این اختیار استثنایی قابل اعمال باشد.

۴-۳-۱- مرجع تشخیص مصلحت

در فقه اسلامی، که اختیار ولی قهری در تزویج صغیر پذیرفته شده است، تشخیص مصلحت یا عدم مفسدت برای صغیر نیز به ولی واگذار شده است و حاکم صلاحیت در امر ولایت ندارد. تنها ضمانت اجرای تکلیف ولی به رعایت مصلحت عدم نفوذ نکاح ولایی است که از حدود مصلحت مولی علیه تجاوز شده است و شخص اخیر اختیار رد یا تنفیذ نکاح را بعد از بلوغ و رشد خواهد داشت (خویی؛ همان، ۲۹۶؛ موسوی خمینی؛ همان، ۳۹۳ و ۳۹۴).

ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی اصلاحی ۶۱ و ۷۰ نیز ظاهر در آن بود که تشخیص مصلحت به عهده ولی قهری است و از دخالت یا اجازه دادگاه سخنی به میان نیآورده بود و بر نظر فقها حمل می‌شد.

اختیار مطلق و بدون نظارت ولی قهری در تزویج صغار ممیز و غیر ممیز گاه موجب سوءاستفاده می‌شد و راه را برای فروش دختران به وسیله اولیاء فاقد صلاحیت به نام مهر و نکاح باز می‌گذاشت؛ مضافاً آنکه اثبات فقدان مصلحت پس از بلوغ و رشد نه تنها دشوار بلکه بی‌فایده و بی‌اثر بود و جبران گذشته دردناک و بازگشت آب رفته به جوی امکان‌پذیر نبود.

این اشکالات و انتقادات ناشی از آن موجب شد تا قانون‌گذار با تغییر مرجع تشخیص مصلحت، احراز آن را به عهده دادگاه صالح قرار دهد، راهکاری که در ماده ۱۰۴۱ مصوب ۱۳۱۳ و ماده ۲۳ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳ اتخاذ شده بود در سایر نظام‌های حقوقی نیز اعمال شده است. مانند رومانی (ماده ۱۴۵ اصلاحی قانون مدنی مصوب ۱۹۷۰)، آلمان (ماده ۳۳۰ قانون مدنی)، عراق (ماده ۷ و ۸ قانون احوال شخصیه مصوب ۱۹۵۴)، مراکش (ماده ۷ تا ۱۰ قانون احوال شخصیه مصوب ۱۳۷۷ هجری قمری)، لبنان (مواد ۵ و ۶ قانون حقوق خانواده) و سوریه (ماده ۱۸ قانون احوال شخصیه) (گرچی؛ ۱۳۸۴، ۸۶-۹۴)، که قانون‌گذار در این موارد ابتدا شرط سنی نکاح را مقرر کرده و سپس نکاح قبل از رسیدن به سن قانونی ازدواج را مشروط به اجازه دادستان یا دادگاه کرده است.

از ظاهر ماده ۱۰۴۱ اصلاحی ۱۳۸۱، که نکاح دختر کمتر از ۱۳ سال و پسر کمتر از ۱۵ سال را منوط به اذن ولی و رعایت مصلحت به تشخیص دادگاه کرده است، ممکن است استفاده شود که قلمرو اختیار دادگاه صرفاً احراز مصلحت صغیر در عقد نکاح است. همان‌گونه هم که در عمل مشاهده می‌شود، دادگاه صرفاً با ملاحظه وضعیت جسمانی صغیر و کسب آگاهی از دلایل تزویج به وسیله ولی، اجازه نکاح صادر می‌کند، بدون اینکه طرف عقد نکاح و شرایط عقد و مقدار مهر مورد توجه و بازرسی قرار گیرد. این رویه و استنباط از چند جهت قابل انتقاد است: اول اینکه احراز قابلیت جسمی صغیر برای نکاح و یا کهولت سن والدین صرفاً ممکن است مؤید عدم مفسدت در نکاح باشد بدون اینکه ملازمه با وجود مصلحت داشته باشد؛ ثانیاً، ممکن است اصل نکاح با مصلحت طفل مغایر نباشد، لیکن نکاح با شخص مقابل یا با شرایط راجع به مهر و شروط ضمن عقد نکاح برخلاف مصلحت طفل باشد و لازم است، دادگاه در مورد تمام

امور مالی و غیرمالی نکاح و شخصیت و اوصاف شخص مقابل نیز تحقیق مقتضی انجام دهد و در صدور اجازه نکاح به قدر متیقن اکتفا کند؛ زیرا نکاح صغار حکمی خلاف قاعده و استثناست. ثالثاً این احتمال اقوی است که، با توجه به تشخیص مصلحت به وسیله دادگاه صالح، صغیر قانوناً نتواند بعد از بلوغ و رشد مدعی فسخ نکاح بشود و یا به استناد عدم رعایت مصلحت، ادعای عدم نفوذ نکاح را داشته باشد. در این صورت شخص ناگزیر به تن دادن به ازدواجی می شود که بدون اراده او و بدون لحاظ مصلحت او، از حیث امور مالی و غیرمالی، منعقد شده است.

۴-۳-۲- بار اثبات مصلحت

در فقه امامیه و ماده ۱۰۴۱ اصلاحی ۶۱ و ۷۰، که تزویج ولایی مشروط به مصلحت شده بود، به عنوان امر بدیهی و مسلم فرض بود که اقدام ولایی پدر و جد پدری در تزویج صغیر موافق با مصلحت صغیر است، زیرا ولایت آنان از نوع ولایت اجبار و شرعی است و وصف ذاتی دارد. حاکم از اختیار دخالت در امور ولی ممنوع است، به علاوه فرض می شود که پدر و جد پدری به دلیل شفقت و علاقه ذاتی اقدامی برخلاف مصلحت انجام نمی دهد (رجبیان، ۱۳۸۰، ۳۴)، بنابراین در فقه اتفاق نظر وجود دارد که صغیر به عنوان مدعی پس از بلوغ و رشد می تواند با اثبات عدم رعایت مصلحت، فضولی بودن اقدام ولی را احراز کند و اختیار رد و بطلان نکاح سابق را داشته باشد. امری که علاوه بر دشوار بودن بار اثبات، تبعات منفی و جبران ناپذیری بر زندگی و سرنوشت شخص مقابل وارد می کند و معلوم نیست چرا باید شخص مقابل (زوج یا زوجه) بار قصور یا تقصیر ولی همسرش را به دوش بکشد؟

ماده ۱۰۴۱ ق.م. مصوب ۱۳۱۳ و ماده ۲۳ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳، با تعیین سن قانونی نکاح، معافیت از شرط سن را موکول به وجود مصالحی می کرد که بار اثبات آن ظاهراً به دوش دادستان بود که از باب حفظ حقوق عمومی پیشنهاد معافیت از سن دادگاه را پیشنهاد می کرد. در ماده ۱۰۴۱ اصلاحی سال ۸۱ نیز به نظر می رسد بار اثبات وجود مصلحت به دوش ولی باشد که می خواهد اقدام به تزویج ولایی کند یا اذن در ازدواج صغیر را صادر می کند، زیرا اولاً طبق بند اول ماده ۱۰۴۱ ق.م. سن قانونی نکاح ۱۳ و ۱۵ سال تعیین شده است؛ لذا منطقی است که اثبات تحقق شروط حکم استثنایی به عهده ولی باشد، زیرا مدعی شخصی است که خلاف اصل سخن می گوید. ثانیاً از ماده ۱۰۴۱ ق.م و روح قانون مدنی از فقه امامیه به روشنی اصل عدم ولایت استنباط می شود و تزویج ولایت صغیر مغایر با اصل عدم ولایت و استثناء بر آن است. ثالثاً واقعیت های اجتماعی و پزشکی نشان می دهد که نکاح در سنین پایین، علاوه بر پیامدهای ناگوار جسمی و روانی، موجب می شود صغیر موقعیت های اجتماعی مانند موقعیت تحصیلی، مهارت های شغلی، و موقعیت اقتصادی را غالباً از دست بدهد. پیامدهای بارداری در سنین پایین مانند مرده زایی، سقط جنین، کمبود رشد، عقب ماندگی ذهنی کودکان، افزایش زایمان غیرطبیعی از لحاظ پزشکی قابل انکار نیست. اقدام مقنن در تزویج نکاح صغیر به عنوان حکم خلاف قاعده نشانی از رعایت

همین ملاحظات است. دختر و پسر در سنین کودکی و قبل از بلوغ نه از لحاظ روحی به همسر نیاز دارد و نه از نظر جسمی. روحیه کودکانه او بیشتر به مهر و محبت والدین و بازی‌های کودکانه نیازمند است نه زیستن در کنار یک همسر. هدف نکاح سکونت روح و آرامش روان، تولید نسل سالم و تربیت فرزند صالح و ارضای مشروع غریزه جنسی است و با ازدواج در سنین کودکی هیچ‌یک از این اهداف محقق نمی‌شود. بنابراین اعمال این ولایت معمولاً خالی از مفسدت نیست به‌خصوص که در شرایط کنونی معیار انتخاب همسر نسبت به گذشته دگرگون شده و عواملی از قبیل سطح تحصیلات، اعتقادات، بینش و تفکر فردی و اجتماعی نوع شغل و سایر عوامل، معیارهای عمده گزینش همسر به شمار می‌روند (غیائی ثانی و موسوی بجنوردی؛ همان ۱۰ و ۱۱) به لحاظ همین جهات است که یکی از مراجع تقلید (مکارم شیرازی) معتقد است: «با توجه به اینکه ولایت پدر منوط به مصلحت صغیر است و در عصر و زمان ما غالباً غبطه و مصالح صغیر در ازدواج نمی‌باشد بنابراین پدران جز در موارد استثنایی حق ندارند صغیر یا صغیره را به عقد کسی درآورند» (به نقل از: معاونت آموزش قوه قضاییه؛ ۱۳۸۷، ۳۳۴).

بدین ترتیب، در نکاح صغیر و اشخاص کمتر از سن قانونی، بر مبنای غلبه، فرض عدم مصلحت وجود دارد و ولی قهری باید به‌عنوان مدعی و با ارائه دلایل مثبت وجود مصلحت در نکاح برای خود صغیر، خلاف این فرض را در دادگاه ثابت کند.

۴-۴- جایگاه کفالت در معیار مصلحت در نکاح اطفال

کفالت یا کفویت در لغت به معنای همتایی است و در اصطلاح برابری زوج و زوجه در سبب، نسب، دین، موقعیت اجتماعی و مالی و... می‌باشد (دیانی؛ همان، ۸۶) از آیات قرآن، مانند منع ازدواج مؤمن با مشرک در آیه ۲۲۱ سوره مبارکه بقره و لزوم ازدواج مردان و زنان پاک با یکدیگر در آیه ۲۶ سوره نور، اصل ضرورت کفالت استنباط می‌شود. همچنین ضرورت کفالت در امر نکاح و پاره‌ای از مصادیق کفالت در روایات بیان شده است (ایزدی فر؛ ۱۳۸۲، ۱۵).

در فقه اسلامی کفالت در نکاح را شرط صحت عقد قرار داده‌اند (همان؛ ۱۷؛ شهید ثانی؛ همان، ۳۸۴ و ۳۹۲) لیکن در خصوص مصادیق و معیار کفالت اختلاف نظر شدید وجود دارد.

در فقه عامه مصادیق کفالت متعدد است: حنفی‌ها وجود برابری مرد و زن را برای تحقق کفالت ۶ امر دانسته‌اند: نسب، اسلام، شغل، آزادی، ایمان و مال؛ شافعی‌ها معتقدند که معیار کفالت همانندی در نسب، دین، آزادی و شغل است و حنبلی‌ها کفالت را در دین، شغل، مال، یسار، آزادی و نسب دانسته‌اند (دیانی؛ همان، ۸۷).

در فقه شیعه نیز ضرورت کفالت در نکاح و کفالت در اسلام مورد اتفاق است و کفر از موانع نکاح به شمار می‌رود. لیکن در کفالت در ایمان اختلاف نظر وجود دارد و مشهور آن را شرط نمی‌داند. سیره ائمه نیز این امر را تأیید می‌کند (همان؛ ۲۰ و ۱۸). همچنین هرچند برخی از فقها، تمکن مالی و انفاق ولو بالقوه

را شرط کفایت در نکاح دانسته و به برخی روایات و قاعده لاضرر استناد کرده‌اند (حاجی علی؛ ۱۳۸۷، ص ۶۹)، لیکن مشهور فقها به استناد کتاب (آیه ۳۲ سوره نور) و احادیث و قاعده نفی عسر و حرج، تمکن مالی را در کفایت مندرج نمی‌دانند (همان؛ ۶۸).

در قانون مدنی کفایت در هیچ متنی جزو شرایط صحت نکاح نیست و صرفاً کفر به عنوان مانع نکاح در ماده ۱۰۵۹ ق. م بیان شده و ازدواج زن مسلمان با مرد کافر باطل اعلام شده است. لیکن برخی حقوقدانان (دیانی؛ همان، ۹۱ و ۸۷)، معتقدند که با توجه به الزام مرد به پرداخت نفقه زوجه مطابق شأن وی و اختیار مرد در منع زن از شغل مخالف مصالح (ماده ۱۱۱۷ ق.م.) و امکان فسخ نکاح به علت پاره‌ای از عیوب ظاهری و ناتوانی جنسی، می‌توان ادعا نمود که قانون مدنی به نوعی از کفایت اقتصادی، شغلی و ظاهری و جنسی در بخشی آثار نکاح سخن به میان آورده است. در برابر برخی دیگر، (ایزدی فرد؛ همان، ۲۰) معتقدند که کفایت صرفاً در نکاح و اخلاق نیکو شرط است اما تساوی در حسب، نسب، مال، زیبایی، علم و حرفه معیار کفایت نیست.

به نظر می‌رسد با توجه به نظر مشهور فقها و ظاهر قانون مدنی که صرفاً کفر را از موانع نکاح شمرده است، در حقوق ایران کفایت از شرایط صحت نکاح نیست و صرفاً کفر از موانع صحت نکاح است. با وجود این به نظر می‌رسد در نکاح صغیر و نوجوانان کمتر از ۱۳ یا ۱۵ سال، که ولی قهری باید وجود مصلحت را اثبات کند، وجود کفایت در امور اقتصادی، اجتماعی، ظاهری و جنسی از لوازم مصلحت باشد، هرچند معیار مصلحت اعم از معیار کفایت است. زیرا از یک طرف لزوم وجود شرایط کفایت غالباً بدون اثبات عدم مفسدت به کار می‌آید نه احراز مصلحت. از طرف دیگر علاوه بر ضرورت کفایت، باید وجود مصالحی در خود صغیر از قبیل مصلحت جسمی، روانی، مالی، شرافتی یا اوضاع و احوال خانوادگی و اجتماعی نکاح صغیر را توجیه کند.

جاناناتان رایبسون، روانشناس معروف آمریکایی، می‌گوید: «عوامل تحقق صمیمیت در یک زندگی مشترک عبارت‌اند از: تأیید، یعنی درک احساسات همسر و توجه به حرف‌های او، ستایش، یعنی هنر گفتگو با شریک زندگی، به این معنا که بتوانید آنچه را که در او تحسین می‌کنید به زبان بیاورید و پذیرش، یعنی دوست داشتن شریک زندگی، همان‌گونه که هست نه آن گونه که می‌خواهی یا عشق بدون قید و شرط (به نقل از: ایزدی فرد؛ همان، ۲۴ و ۲۳). بدیهی است این عوامل محقق نمی‌شود مگر کفایت و مشابهت در سن و تفکر و اندیشه، اخلاق و ایمان وجود داشته باشد؛ و ملاک‌هایی مانند اصالت خانوادگی، توازن و تناسب جسمی و جنسی، جمال و زیبایی، علم و سواد به عنوان شرط کمال در بهتر شدن و دوام در زندگی مشترک تأثیر عمده دارند و باید در معیار مصلحت لحاظ شوند.

۴-۵- ضمانت اجرای شرایط نکاح اطفال

با توجه به اینکه یکی از شرایط صحت نکاح اطفال رعایت مصلحت مولی علیه از سوی ولی با تشخیص دادگاه صالح می‌باشد، ضروری به نظر می‌رسد ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت در نکاح مورد بررسی قرار گرفته (بند ۱-۲) و همچنین فروضی را که ولی در تعیین مهر، مصلحت را مراعات ننموده، بررسی شود (بند ۲-۲).

۴-۵-۱- ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت در مورد نکاح اطفال

نماینده اعم از اینکه قانونی یا قضایی و یا قراردادی باشد، باید در حدود اختیارات و مصلحت موکل و یا منوب عنه اقدام کند. در صورت تجاوز نماینده از حدود اختیارات و مصلحت، عمل وی فضولی تلقی شده و غیر نافذ است.

در خصوص عدم رعایت مصلحت منوب عنه از جانب نماینده چند فرض است: گاه نماینده مرتکب خیانت شده و به عمد مصلحت را زیر پا می‌گذارد. در این صورت در فضولی بودن عمل او تردیدی نیست. ارتکاب تقصیر سنگین نیز در حکم عمد است یعنی عملی که در آن قصد اضرار نیست اما ظن ورود ضرر نوعاً وجود دارد. گاه نماینده در جهت حفظ مصلحت موکل تلاش کرده، لیکن مصلحت تحقق نیافته است. در این فرض عمل نماینده نافذ است زیرا تعهد او به حفظ مصلحت از مصادیق تعهد به وسیله و مواظبت است و نه تعهد به نتیجه، به علاوه، در انجام معامله به وسیله موکل نیز احتمال عدم تحقق مصلحت وجود دارد. در فقه نیز برخی از فقها (موسوی خمینی؛ همان، ۳۹۴) صحت نکاح را در صورت جهد ولی قهری در احراز مصلحت بعید ندانسته‌اند ولو مصلحت صغیر تحقق نیافته باشد. البته موکل اختیار فسخ معامله را به دلیل وجود پاره‌ای از اختیارات مانند غبن، در صورت جمع شرایط، خواهد داشت. گاه نماینده نیز در اجرای نیابت بی‌مبالاتی می‌کند و در نتیجه تقصیر او مصلحت محقق نمی‌شود. در فقه امامیه تمایل به عدم نفوذ عقد بیشتر است (کاتوزیان؛ ۱۳۷۶، ۱۸۲)، زیرا اختیار نماینده محدود به رعایت غبطه موکل است. مفاد ماده ۱۰۷۴ قانون مدنی نیز در مبحث نکاح این استنباط را تأیید می‌کند (کاتوزیان؛ ۱۳۶۹، ۷۷)، لیکن برخی از استادان (همان؛ ۷۷) معتقدند، حفظ استواری و امنیت معاملات اقتضا می‌کند که قائل به نفوذ قرارداد باشیم، مضافاً بر آنکه معنای اعطای نیابت آن است که تمیز نماینده در رعایت مصلحت برای اصیل اعتبار دارد و اراده نماینده درباره اصیل الزام‌آور باشد. به علاوه، تحمیل ضرر به موکل، که خود اقدام به انتخاب وکیل کرده، اولی بر تحمل ضرر از طرف معامله است که با وکیل معامله کرده است. این دیدگاه با احکام نظریه وکالت ظاهری سازگار است.

در فقه امامیه، نسبت به ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت صغیر در نکاح انعقاد یافته به وسیله ولی، اختلاف نظر است: بطلان نکاح، عدم نفوذ آن، خیار فسخ به صورت مطلق یا در فرض عدم رعایت مصلحت

و تفکیک میان نکاح پسر صغیر و دختر صغیر اقوال مذکور در کتاب فقهاست، مشهور فقها قائل به عدم نفوذ است. (شهید ثانی؛ همان، ۳۹۱؛ اراکی؛ ۱۳۷۲، ۲۷۰؛ خویی؛ همان، ۲۶۹؛ طباطبایی؛ همان، ۷۰۱).

در ماده ۱۰۴۱ ق.م. اصلاحی ۸۱، علاوه بر تکلیف ولی قهری در اذن توأم با مصلحت، وجود مصلحت از سوی دادگاه صالح احراز شود و این پرسش را مطرح می‌سازد که در نظام حقوقی کنونی آیا ادعای یکی از زوجین، بعد از رسیدن به بلوغ یا رشد، مبنی بر بطلان نکاح به علت عدم رعایت مصلحت مسموع است یا خیر؟

ممکن است ادعا شود، عدم نفوذ نکاح صغیر به جهت عدم رعایت مصلحت، ناظر به فرضی است که ولی قهری از باب ولایت در نکاح و بدون دخالت دادگاه اقدام به تزویج صغیر کرده است، لیکن در ماده ۱۰۴۱ اصلاحی ۸۱ ادعای عدم نفوذ نکاح و عدم رعایت مصلحت مسموع نیست زیرا دادگاه صالح تشخیص ولی قهری در رعایت مصلحت را تأیید کرده و تصمیم دادگاه از اعتبار امر قضاوت شده برخوردار است و مصلحت خانواده ایجاب می‌کند پس از نظر مصلحت‌آمیز ولی قهری و نظارت استصوابی دادگاه بر آن، ادعای مخالف آن مسموع نباشد و پیوند نکاح را سست ننماید. علاوه بر آن در حکم جدید عقد نکاح متناسب به اراده‌ی خود صغیر است و قیاس آن با ماده ۱۰۴۱ ق.م. اصلاحی ۶۱ و ۷۰ فقه امامیه که مبتنی بر ولایت در نکاح است صحیح نیست. همچنین گفته‌شده در مواردی که نکاح ولایی مورد تأیید دادگاه قرار می‌گیرد وجود رضایت مفروض است یعنی رضایت ولی قائم‌مقام رضایت طفل می‌شود و برای انعقاد عقد کافی بوده و عقد واقع‌شده صحیح و غیرقابل اعتراض است (دیانی؛ همان، ۷۳).

لیکن برای پاسخ درست لازم است ابتدا بررسی شود که تصمیم دادگاه در تأیید اقدام ولی و احراز مصلحت، که قاعدتاً به شکل صدور اجازه نکاح صادر می‌شود، آیا یک عمل ترافعی است یا عمل حسبی و اگر عمل حسبی است حکم تلقی می‌شود یا تصمیم؟

به نظر می‌رسد تصمیم مقام قضایی از مصادیق عمل حسبی باشد زیرا با توجه به ماده یک قانون امور حسبی، عمل حسبی وقتی از دادگاه صادر می‌شود که علی‌القاعده اختلاف و نزاعی وجود ندارد و وجود طرف مقابل لازم نیست، لیکن در عین حال نظارت و مداخله قاضی لازم است (شمس؛ ۱۳۸۱، ۲۷۰ و ۲۷۱). نحوه نگارش ماده ۱۰۴۱ اصلاحی ۸۱ نشان می‌دهد که ولی قهری در هر حال و بدون لزوم وقوع اختلاف و بدون ضرورت تعیین طرف مقابل، باید تأیید مقام قضایی را در تشخیص مصلحت صغیر تحصیل کند و اجازه نکاح دریافت کند.

همچنین به نظر می‌رسد، تصمیم دادگاه صالح در صدور اجازه نکاح در قالب «تصمیم» باشد نه حکم، توضیح آنکه از یک‌سو طبق ماده ۲۷ قانون امور حسبی، «تصمیم دادگاه در امور حسبی قابل پژوهش و فرجام نیست جز آنچه در قانون تصریح شده است». پس قابلیت پژوهش و فرجام در امور حسبی که به موجب نص قانون قابل پژوهش هستند حکم اطلاق می‌شود. بنابراین صدور اجازه نکاح مشمول اصل

قرار گرفته و در قالب «تصمیم» است و نتیجتاً قابل تجدیدنظر و فرجام نیست، از سوی دیگر، تصمیماتی که دادگاه به عنوان ناظر به حقوق عامه می گیرد و غرض دادرس حفظ منافع عمومی است نه فصل خصومت، از حاکمیت امر مختوم برخوردار نیستند (کاتوزیان؛ ۱۳۵۴، ۹۰)، مضافاً آن که مطابق مواد ۴۰ و ۴۴ و مفهوم ماده ۴۱ قانون امور حسبی، دادگاه می تواند تصمیم خود در امور حسبی را رأساً یا به موجب تذکر یا بر حسب اعتراض شخص ثالث تغییر دهد، یعنی با کشف دلایلی که نادرستی تصمیم را مدلل می کند، با عدول از رأی سابق خطای تصمیم خود را جبران کند.

از مطالب بالا نتیجه می شود که اجازه نکاح صادر شده از دادگاه عمل حسبی است که به آن تصمیم اطلاق می شود و قابل تجدیدنظر و فرجام نیست و صغیر می تواند پس از بلوغ یا رشد، مدعی عدم رعایت مصلحت خود در اصل نکاح یا مهر شود و به عنوان ثالث و مستند به ماده ۴۴ قانون امور حسبی به تصمیم دادگاه اعتراض کند. بدیهی است رأی دادگاه در خصوص پذیرش یا رد اعتراض صغیر بعد از بلوغ یا رشد جنبه ترافعی داشته و رأی صادره حکم تلقی می شود و قابلیت تجدیدنظر دارد و از اعتبار امر مختوم برخوردار است.

البته ادعای اینکه به علت انتساب عقد نکاح به اراده صغیر ممیز، ادعای عدم رعایت مصلحت از صغیر بالغ شده، مسموع نیست موجه نمی باشد. زیرا اذن ولی شرط مقدم یا اجازه او شرط متأخر تکمیل کننده علت تامه زوجیت است و بدون آن نکاح اصولاً نفوذ حقوقی ندارد و این اذن یا اجازه باید مقید به وصف مصلحت باشد و الا ضمانت اجرای عدم مصلحت، عدم نفوذ نکاح است.

در پایان این قسمت به مناسبت شایسته است بدین سؤال پاسخ داده شود که با فرض رعایت مصلحت در نکاح اطفال آیا امکان فسخ نکاح از سوی وی پس از دوران صغر وجود دارد یا خیر؟

هرچند اصل تزویج ولایی صغار در فقه مسلم است، لیکن در خصوص لزوم یا عدم لزوم نکاح منعقد شده به وسیله ولی، نسبت به مولی علیه پس از بلوغ و رشد، اختلاف نظر وجود دارد. مشهور فقها (خمینی؛ همان، ۳۹۳؛ اراکی؛ ۱۳۷۳، ۲۷۰؛ طباطبایی یزدی؛ همان، ۷۰۱) با استناد به اصل لزوم عقود و اطلاق ادله و روایات و شمول آن بر امور مالی و غیرمالی و پاره ای از روایات مانند صحیحہ حلبی، برای پسر بعد از بلوغ اختیار فسخ قائل نیستند. در مقابل برخی دیگر از فقها با استناد به روایت یزید الکناسی و اینکه تزویج پسر به اثبات مهر و نفقه بر عهده او می انجامد و اثبات چنین تعهدی برای پسر بدون ضرورت پذیرفتنی نیست، قائل به خیار فسخ نکاح برای پسر شده اند (قاری سید فاطمی؛ ۱۳۷۴، ۱۳۹-۱۳۶).

در مورد تزویج دختر اختلاف کمتر است و نسبت به عدم خیار فسخ برای دختر بعد از بلوغ ادعای اجماع شده است. اصل لزوم و اصل استصحاب و پاره ای از اخبار مانند صحیحہ عبدالله بن صلت و علی بن یقطین استناد شده است که بر صراحت بر نفی خیار فسخ دختر تأکید شده است. لیکن در برابر روایاتی وجود دارد که صریحاً با مدلول دو روایت گذشته منافات دارد: یکی صحیحہ محمد بن مسلم و دیگری

روایت یزید الکناسی (همان؛ ۱۳۵-۱۳۱)، مضافاً اینکه تفکیک و تبعیض میان دختر و پسر معقول نیست. زیرا اصل مهر و الزام به پرداخت نفقه طبق شأن زوجه تکلیف قانونی است و در مورد مقدار مهر نیز قانوناً باید مصلحت دختر و پسر هر دو رعایت شود و ادامه همسری بدون میل و رغبت خود ضرری است (محقق داماد؛ ۱۳۷۳، ۴۹) که خیار فسخ برای دختر را توجیه می‌کند. به‌ویژه آنکه پسر با داشتن حق طلاق می‌تواند از ادامه زوجیت نادرست رها شود، اما دختر جز در موارد خاص از چنین اختیاری برخوردار نیست.

در هر حال در ماده ۱۰۴۱ مصوب ۱۳۱۳ و ماده ۲۳ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳، به جهت انعقاد نکاح بااراده زوجین و فقدان نهاد ولایت در نکاح، بحث خیار فسخ بعد از بلوغ و رشد منتفی بود. اما با اصلاح ماده ۱۰۴۱ در سال‌های ۶۱، ۷۰ و ۸۱، که تزویج صغیر با ولایت و اذن ولی مجدداً احیاء شده است، مجدداً این پرسش مطرح می‌شود که آیا دختر یا پسر می‌تواند پس از بلوغ و رشد اقدام به فسخ نکاح کند یا خیر؟

به نظر می‌رسد همگام با مشهور فقها، باید قائل به فقدان خیار فسخ عقد نکاح برای دختر و پسر بود. زیرا اولاً اصل حصری بودن موارد انحلال و فسخ نکاح اقتضاء می‌کند که جز در موارد مخصوص امکان انحلال نکاح وجود نداشته باشد. ثانیاً با تردید در وجود یا فقدان حق فسخ اصل بر لزوم عقد نکاح و استصحاب اعتبار آن و اصل بر عدم خیار است. ثالثاً مقنن به اختلاف نظر فقها و قول مشهور در فقه آگاه بوده است و سکوت مقنن در مقام بیان حاکی از آن است که اعتقادی به فسخ نکاح نداشته است و اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز تبعیت از مشهور فقها را به‌عنوان فتاوی معتبر الزامی می‌کند. رابعاً بسیاری از فقهای متأخر نیز بر لزوم عقد نکاح نسبت به دختر و پسر تصریح کرده‌اند (طباطبایی یزدی؛ همان، ۷۰۱؛ موسوی خمینی؛ همان، ۳۹۳؛ خویی؛ همان، ۲۶۹؛ اراکی؛ همان، ۲۷۰). خامساً مبنای خیار یا نفی ضرر است یا رعایت تراضی و با فرض اینکه عدم رعایت مصلحت ثابت نشود، ضرری متوجه مدعی خیار نیست تا حق فسخ داشته باشد، مضافاً آنکه اعمال خیار فسخ موجب ضرر معنوی و تبعات ناگوار اجتماعی برای همسر اوست که دلیلی بر تحمیل ضرر به او وجود ندارد.

۴-۵-۲- ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت در مهر

ممکن است در خصوص رعایت مصلحت در اصل نکاح اختلافی وجود نداشته باشد، لیکن دختر صغیر پس از رشد مدعی عدم رعایت مصلحت و کمتر بودن مهرالمسمی از مهرالمثل باشد یا پسر صغیر پس از رشد با ادعای بیشتر بودن مهرالمسمی از مهرالمثل نسبت به عدم رعایت مصلحت خود معترض باشد، در این صورت پرسش این است که آیا مدعی عدم رعایت مصلحت بر فرض ثبوت آن، حق رد یا فسخ مهر و عقد نکاح را توأماً دارد (محقق حلی؛ ۱۳۷۲، ۵۱) و نظریه وحدت مطلوب حاکم است یا اینکه فقط از حق فسخ یا رد توافق راجع به مهریه برخوردار است و نکاح لازم‌الاتباع است (موسوی خمینی؛ همان، ۳۹۴؛

شهید ثانی؛ همان، ۳۹۱) و نظریه تعدد مطلوب مجری است یا اینکه نه در عقد نکاح و نه در مهر هیچ کدام حق رد یا فسخ ندارد؟ (همان؛ ۳۹۲).

در فقه امامیه هر کدام از سه نظر فوق طرفدارانی دارد و مشهور فقها قائل به تفکیک مهر از اصل نکاح بوده و معتقد است توافق راجع به مهر غیر نافذ است (همان؛ ۳۹۲-۳۹۱؛ موسوی خمینی؛ همان، ۳۹۴-۳۹۳). در نظام قانون مدنی ممکن است از وحدت ملاک با نکاح از طریق وکالت استدلال کرد که چون مطابق ماده ۱۰۷۳ ق.م. «اگر وکیل از آنچه موکل راجع به مهر معین کرده تخلف کند صحت عقد منوط بر تنفیذ موکل خواهد بود.» بنابراین، مقنن نظریه وحدت مطلوب را پذیرفته و مهر و عقد هر دو غیر نافذ است. لیکن از مجموع مواد ۱۰۸۷، ۱۰۸۹، ۱۰۹۰، ۱۰۹۳، ۱۱۰۰ قانون مدنی استنباط می‌شود که عقد نکاح و توافق راجع به مهر دو مطلوب جداگانه بوده و عدم نفوذ مهر تأثیری در اصل نکاح نخواهد داشت و ماده ۱۰۷۳ ق.م. حکم خلاف قاعده بوده و به جهت مغایرت با استحکام و مصلحت خانواده قابل انتقاد است.

اینجا پرسشی قابل طرح است که در صورت صحت نکاح و عدم نفوذ مهر، پرداخت مهرالمثل به عهده چه کسی است؟ خود صغیر یا ولی قهری؟

ممکن است به استناد پاره‌ای از فتاوا در خصوص تجاوز وکیل از حدود اختیارش در تعیین مهر، که مقرر کرده‌اند، وکیل باید مابه‌التفاوت مهرالمثل با مهر اعلام‌شده از جانب موکل را پرداخت نماید اگر مهرالمثل از مهر المسمی بیشتر باشد و زوجه از حدود اختیار وکیل آگاه نباشد (میرزای قمی؛ ۱۳۷۱، ۵۳۰-۵۲۵)، گفته شود که، مابه‌التفاوت مهرالمسمی و مهرالمثل به عهده ولی قهری است، مضافاً آنکه در فقه در نکاح صغیر فاقد مال مهر به عهده ولی اوست (موسوی خمینی؛ همان، ۴۳۸، ۴۳۹). بدین ترتیب در صورت عدم رعایت مصلحت دختر در تعیین مهر کمتر از متعارف و شأن او ولی دختر ضامن مابه‌التفاوت است و در صورت تعیین مهر مازاد بر متعارف در نکاح پسر صغیر، ولی قهری پسر ضامن مابه‌التفاوت مهرالمسمی و مهرالمثل در برابر دختر است.

لیکن به نظر می‌رسد، با توجه به مواد ۱۰۸۸، ۱۰۸۷، ۱۰۹۹ و ۱۱۰۰ قانون مدنی، در صورت بطلان مهر به دلیل رد آن احکام تفویض بضع مجری باشد. بدین ترتیب که در صورت وقوعه، مهرالمثل، و در صورت طلاق قبل از وقوعه، مهرالمتعه، و در صورت فسخ نکاح یا فوت قبل از وقوعه زوجه مستحق مهری نباشد. در هر حال این احکام مانع از توافق زوجین در خصوص مهر بعد از انعقاد نکاح و حصول بلوغ و رشد نیست و ایراد عدم اعتبار شرط الحاقی یا عدم اعتبار تعهدات ابتدایی وارد نمی‌باشد. مضافاً آنکه در آیه ۲۴ سوره نساء (۵) بر صحت توافق بعدی در مورد مهر تصریح شده است.

میرزای قمی در خصوص پاسخ به سؤالی در مورد تجاوز وکیل از حدود اختیاراتش نسبت به مهر و اینکه آیا عقد صحیح است و یا باطل یا موقوف بر اجازه، و بر فرض صحت آیا زیادتی مهر را چه کسی

باید بدهد و هرگاه او را قبل از دخول طلاق دهد، چه باید کرد، پاسخ داده است که از کلام علامه حلی در تحریر استفاده می‌شود، «در صورت مذکور عقد صحیح و لازم است و لیکن زیادتی که مهر کرده بر موکل لازم نیست و موقوف است به اجازه یعنی اجازه مهر و نه عقد. پس اگر اجازه نکند و راضی نشود پس در آن اشکال است و احتمال دارد که زوجه مستحق مهرالمثل باشد از زوج و ممکن است آن زیادتی مهر را از وکیل بگیرد و گمان حقیر این است که وجه صحت عقد این است که در عقد دائم از ارکان نکاح است و به فساد آن نکاح فاسد نمی‌شود.» (میرزای قمی؛ همان، ۵۲۵)، سپس اضافه می‌کند: «بلی اگر تصریح کند که تو وکیل من هستی در تزویج به این شرط که مهر ده تومان باشد و اگر راضی نشود، عقد مکن و وکیل نیستی در عقد پس در این صورت عقد لازم نیست مگر با اجازه» (میرزای قمی؛ همان، ۵۲۶).

در فقه در خصوص تزویج زنی برای شخصی به ادعای وکالت و انکار وکالت از موکل، اختلاف است که مهر در ذمه کیست و چقدر است، سه قول وجود دارد: قول اول بر وکیل لازم است که تمام مهر را بدهد (شیخ در نهاییه) و اگر طلاق قبل از دخول باشد مهر تنصیف می‌شود. قول دوم بر وکیل نصف مهر لازم است. چنانکه صحیح‌ه ابوعبیده دلالت بر آن دارد؛ و این قول مشهور فقهاست و اقوی است به جهت آنکه وجوب تمام مهر به عقد در صورتی است که عقد صحیحی باشد و زوجیت ثابت باشد و در اینجا حکم به زوجیت نمی‌شود (میرزای قمی؛ همان، ۵۲۷). قول سوم نکاح در ظاهر باطل است و مهری نیست (میرزای قمی؛ همان، ۵۲۸).

فصل پنجم

نتیجه گیری و پیشنهادها

۵-۱- نتیجه گیری

با توجه به مطالب بحث شده می توان به طور کلی نتایج زیر را از این پایان نامه برداشت نمود،

۱- اذن پدر یا جد پدری بر دختر باکره حکمی است که فقها و اهل سنت برای مراعات حال اولیا به ویژه پدر و جد پدری آورده اند و قانون گذار ما نیز این امر را پذیرفته است و بیشتر جنبه ارزشی و اخلاقی دارد تا حقوقی.

۲- درباره اذن ذکر شده می توان گفت اذن عملی است حقوقی و یک طرفه و در زمره ایقاعات می باشد همچنین اذن پدرجد پدری دختر باکره اذنی خاص و غیرقابل رجوع و شخصی و منحصر به ولی بوده و اذنی مطلق نمی باشد و نیز قابل انتقال هم نمی باشد.

۳- اذن پدر و یا جد پدری بر دختر باکره صغیره مطابق اصل و قواعد عمومی و پذیرفته شده فقه و اهل سنت می باشد اما اذن پدر یا جد پدری در نکاح دختر باکره که به حد بلوغ و رشد رسیده امری استثنایی و خلاف اصل می باشد.

۴- اذن امری است که وقتی پدر یا جد پدری یکبار از آن استفاده کردند دیگر حق مداخله در آن را ندارند و این یک امر استمراری نیست و موجب سوءاستفاده پدر یا جد پدری در عقد نکاح که جنبه امری دارد نمی شود از طرفی در تعارض اذن پدر و جد پدری اذن پدر مقدم می باشد.

۵- طبق قانون مدنی مادامی که دختر باکره می باشد ولو به هر سنی که باشد باید اذن ولی خود را برای ازدواج بگیرد.

۶- مشروعیت وعدم مشروعیت دخول و ازاله بکارت قبل از عقد نکاح شرط سقوط اذن پدر یا جد پدری نبوده و بعد از عقد شرط سقوط می‌باشد و همچنین اذن جد پدری دیگر امروزه قابل قبول در کنار اذن پدر نمی‌باشد و پدر می‌تواند اذن پدر را پذیرفت.

۷- نکاح بدون اذن پدر یا جد پدری از دیدگاه فقه امامیه و قانون غیر نافذ بوده ولی برخلاف اصول حقوقی نباید هر غیر نافذی در عقد نکاح از بین برود و باید بیشتر سعی در حفظ عقد نکاح کوشید، همچنین صغیرهای که حتی با اذن پدر یا جد پدری قبل از بلوغ به نکاح فردی درآمده بعد از بلوغ قابل فسخ می‌باشد.

الف: هر چند در فقه امامیه مشهور معتقد است که در تزویج ولایی صغیر عدم مفسدت کفایت می‌کند لیکن حقوق موضوعه ایران از ابتدا تاکنون، در قانون مدنی و قانون حمایت خانواده، وجود مصلحت و احراز آن را برای تزویج صغار لازم دانسته است و مصلحت اعم از عدم مفسدت و کفایت است. به علاوه، مصلحت با لحاظ مفهوم نسبی و عرفی آن، باید نسبت به وضعیت خود صغیر سنجیده شود نه ولی.

ب: با وجود آنکه احراز مصلحت به تشخیص دادگاه صالح واگذار شده است ماهیت حسبی عمل دادگاه و تصمیم تلقی شدن آن اقتضاء می‌کند که صغیر بتواند پس از بلوغ و رشد به تصمیم دادگاه در همان مرجع اعتراض کند و رأی صادر شده پس از اعتراض قابلیت تجدیدنظرخواهی دارد.

ج: نکاح صغیر بدون اجازه دادگاه هر چند با اذن ولی غیر نافذ است و صلاحیت دادگاه در بررسی درخواست نکاح صغیر، محدود به فرضی است که مؤخر بر اذن ولی قهری در نکاح باشد و درخواست استقلالی صغیر یا نوجوان کمتر از ۱۵ یا ۱۳ سال، یا اذن شخصی جز ولی قهری، نمی‌تواند مجوز رسیدگی دادگاه و صدور اجازه نکاح صغیر باشد.

د: تجربه چندین بار قانون‌گذاری و افراط و تفریط در این راه نشان می‌دهد که ماده ۱۰۴۱ ق.م.مصوب ۱۳۱۳، که سن نکاح را برای پسر ۱۸ سال و برای دختر ۱۵ سال تعیین کرده و استثنائاً برای پسر بالای ۱۵ و دختر بالای ۱۳ سال معافیت از شرط سن پیش‌بینی کرده بود، با قابلیت جسمی نکاح و بلوغ طبیعی در ایران و مصلحت خانواده بیشتر سازگار باشد.

تأثیر مثبت قاضی مشاور زن در محاکم نیز مسأله قابل ذکر دیگری است. حضور قاضی مشاور زن تأثیر بسزایی در عملکرد صحیح قضات در صدور آراء مربوط به نکاح اطفال داشته است. در ۹ مورد پرونده‌ای که کودک زیر ۱۳ سال بوده و قاضی مشاور زن در محکمه حضور داشته است، دو مورد آن به دلیل عدم بلوغ فکری و جسمی کودک رد شده است و نشان‌دهنده تأثیر مثبت حضور قاضی مشاور زن در محاکم خانواده و بالأخص در پرونده‌های ازدواج کودکان می‌باشد. اکثر فقهای مذاهب امامیه و اهل سنت بر ولایت پدر و جد پدری، در تزویج صغار اتفاق نظر دارند. آنان با استدلال بر صحت ازدواج کودکان نابالغ، ازدواج کودکان بالغ را نیز به طریق اولی صحیح می‌دانند. البته در صورت اعتبار تربیت

جنسی در ازدواج ولایی، مسئله تربیت جنسی در رابطه با ازدواج کودک نابالغ، مفهوم و معنای چندانی نخواهد داشت. همچنین در رابطه با رشد اقتصادی در هر دو صنف کودک بالغ و نابالغ این امر به طور معمول تحقق نیافته است. لذا فرض وجود مفسده و ضرر در ازدواج ولایی محرز است، مگر آنکه مصلحتی اقوی از این مفسده را برای ازدواج ولایی کودک بتوان تصور نمود که در آن صورت بنا به قواعد اصولی و فقهی باید به مصلحت دار بودن این ازدواج حکم داد. -رابطه بین ولایت ولی و عنصر مصلحت در امر ازدواج کودک، از نوع رابطه حکومت دلیل لزوم رعایت مصلحت کودک، بر دلیل مشروعیت و سلطه ولی در اعمال ولایی خود می باشد. و به این ترتیب در صورت عدم وجود شرط مصلحت در اعمال ولی نسبت به مولی علیه، حکم لزوم مصلحت دار بودن اعمال و تصرفات ولی بر حکم جواز تصرفات ولی حکومت کرده و بر آن حاکم می شود و تصرفات ولی را باطل یا غیر نافذ می کند. در قانون ایران به صراحت در خصوص بطلان یا عدم نفوذ تصرفات بدون مصلحت ولی، خصوصاً تزویج کودک، سخنی به میان نیامده ولی از مفاد ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی، بطلان چنین تصرفاتی استنباط می گردد. از نظر این تحقیق نیز در تزویج ولایی غیر مصلحتی صحت و فساد عقد، مورد شک و تردید است، نه لزوم و جواز آن به اثبات رسیده که در صورت شک در صحت یا فساد قراردادی به مقتضای استصحاب عدم حدوث حالت جدید، اصالة الفساد در معاملات جاری و است.

۵-۲- پیشنهادها

در پایان اینکه، آمار بالای ازدواج کودکان در زمان کنونی، آمار طلاق زوجینی که در سنین کودکی ازدواج کرده اند و تعارض بین قوانین عرفی یا مذهبی با قوانین رسمی در خصوص سن ازدواج کودکان، حاکی از آن است که ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی نتوانسته است نقش بازدارندگی در ازدواج کودکان ایفا نماید. اساساً ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی به نوعی ازدواج کودکان را مشروع و قانونی ساخته و با ابهاماتی که در متن قانونی وجود دارد اعم از ابهام در معنا و مفهوم مصلحت، ولی، اذن و ولایت و حد سن قانونی لحاظ شده توسط قانون گذار و زمینه، فرصت و امکان قانونی برای ازدواج کودکان را فراهم و تسهیل ساخته است و از این جهت نیازمند بازنگری اساسی در دیدگاه قانون گذار و به تبع آن در اصلاح ماده قانونی می باشد.

منابع و مأخذ

منابع

- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، نشر کتابفروشی، جلد ۴، چاپ نهم، سال ۱۳۷۲
- ، -حقوق مدنی، جلد ۲ و ۱ تهران چاپ سوم
- امیدی، جلیل؛ «تجویز تزویج صغار»، مجله مقالات و بررسی ها، ۱۳۷۷، شماره ۳.
- ایزدی فر، علی اکبر؛ «معیار کفایت در نکاح»، مجله مقالات و بررسی ها، ۱۳۸۳، دفتر ۷۴.
- بابازاده، علی اکبر، مسائل ازدواج و حقوق خانواده، نشر دفتر تحقیقات و انتشارات بدر، چاپ اول، سال ۱۳۶۸
- تقوی، نعمت الله، جامعه شناسی خانواده، تهران، دانشگاه پیام نور، ۱۳۷۶، ص ۴
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق خانواده-تهران ۱۳۵۵
-، محمد جعفر، ترمینو لوژی حقوق، نشر گنج دانش، چاپ ششم، سال ۱۳۷۲
- حاجی علی، فریبا؛ قدرتی، فاطمه؛ «مبانی فقهی و بحث حقوقی اذن ولی در نکاح دختر بالغه رشیده»، مجله پژوهش زنان، دوره ۶، ۱۳۸۷، ش. ۴.
- حسینی، اکرم. (۱۳۹۶). «تحکیم خانواده در آموزه های قرآنی. فصلنامه مطالعات راهبردی زنان. شماره ۲۶.
- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، نشر دانشگاه تهران، جلد ۱، چاپ اول، سال ۱۳۷۲
- دیانی، عبدالرسول؛ حقوق خانواده، تهران، نشر میزان، چ اول، ۱۳۸۷.
- رجیبیان، زهره؛ آیت اللهی، زهرا و گدازگر، مریم؛ سن ازدواج دختران، تهران، نشر سفیر صبح، چ اول، ۱۳۸۰.
- شفائی، محسن، متعه و آثار حقوقی و اجتماعی آن، چاپ مرکز نشر کتاب، تهران ۱۳۴۱
- شمس، عبدالله؛ آیین دادرسی مدنی، تهران، نشر میزان، چ اول، ج اول، ۱۳۸۱.
- شیخ الاسلامی، سید اسعد، احوال شخصیه، نشر دانشگاهی، جلد ۱، چاپ اول، سال ۱۳۷۰

صانعی، یوسف؛ مجمع المسائل، نشر میثم تمار، چ اول، ج ۲، ۱۳۸۱.

صفایی سید حسین، امامی اسدالله، مختصر حقوق خانواده، نشر میزان، تهران ۱۳۸۳

غیاثی ثانی، اعظم؛ موسوی بجنوردی، محمد؛ «سن ازدواج دختران در مبانی حقوق اسلامی»، فصلنامه ندای صادق، ۱۳۸۷، شماره ۴۸.

فصیحی زاده، علیرضا، اذن و آثار حقوقی آن، نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول ۱۳۷۶

قاری سید فاطمی، سید محمد؛ «تزییع کودکان»، فصلنامه مفید، ۱۳۷۴، شماره ۲.

قربانی، فرج الله، آراء وحدت رویه قضایی، نشر فردوسی تهران، چاپ دوم، سال ۱۳۶۹

کاتوزیان، ناصر. قواعد عمومی قراردادها. جلد ۱ انتشارات بهمن نشر. ۱۳۶۴.

-----، حقوق مدنی خانواده، چاپ ۷، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹ ش.

-----؛ اعتبار قضیه محکوم بها در امور مدنی، تهران، انتشارات مدرسه عالی بیمه ایران، چ سوم، ۱۳۵۴.

-----؛ عقود معین، تهران، نشر سهامی انتشار، چ دوم، ج ۴، عقود اذنی و وثیقه‌های دین، ۱۳۷۶.

-----؛ قواعد عمومی قراردادها، تهران، نشر بهنشر، چ دوم، ج دوم، ۱۳۶۹.

-----حقوق مدنی، خانواده، جلد اول و دوم، چاپ هفتم، بهمن برنا، تهران ۱۳۸۳

گرچی، ابوالقاسم و همکاران؛ بررسی تطبیقی حقوق خانواده، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چ اول، ۱۳۸۴.

متین احمد، مجموعه رویه قضایی، تهران ۱۳۳۰

محقق داماد. سید مصطفی. قواعد فقه. مرکز نشر علوم اسلامی ۱۳۸۲

محقق داماد، سید مصطفی؛ حقوق خانواده، تهران، نشر علوم اسلامی، چ چهارم، ۱۳۷۲.

معاونت آموزش قوه قضائیه؛ رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های خانواده، تهران، نشر جنگل، چ اول، ج ۱، ۱۳۸۷.

مکارم شیرازی، ناصر و دیگران. (۱۳۵۴) تفسیر نمونه. تهران: منشورات دارالکُتب الإسلامیّه .

مهرپورحسین، اجازه ولی در عقد نکاح-مجله تحقیقات حقوقی :انتشارات دانشگاه شهید بهشتی ،ص ۱۲۹ به بعد

ورعی، سیدجواد، اصل در روابط خارجی دولت اسلامی، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۰

هاشمی، سیدحسین، مبانی فقهی و حقوقی مجمع تشخیص مصلحت نظام، قم: مرکز مطالعات و پژوهشهای حوزه علمیه قم، ۱۳۸۱.

ب) منابع عربی

ابن زهره، سید ابوالمکارم، فقه استدلالی، ترجمه سید مهدی انجوی نژاد، نشر دانشگاه فردوسی مشهد، چاپ اول، سال ۱۳۷۴

ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمدبن مکرم، لسان العرب، چاپ اول، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۸ ق

ابوزهره، محمد، الاحوال الشخصیه، چ سوم، بیروت، دارالفکر، ۱۹۸۸

أبوالحسین قشیری نيسابوری، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ج ۲، محقق / مصحح: عبد الباقي،

محمد فؤاد، بیروت، دار إحياء التراث العربی، بی تا

اراکي، محمدعلی؛ زبدة الاحکام، قم، نشر مکتب الاعلام الاسلامی، چ سوم، ۱۳۷۳.

جرجانی، علی بن محمد، کتاب التعريفات. نشر ناصر خسرو، چاپ اول، سال چاپ ندارد

حلی محقق، شرایع الاسلام، ترجمه ابوالقاسم ابن احمد یزدی، نشر دانشگاه تهران، جلد ۱، نوبت چاپ ندارد، سال ۱۳۵۸

حلی، ابومنصور حسن بن یوسف ابن مطهر اسدی، قواعد الاحکام، ج ۲، قم، جامعه مدرسین

خویی، سید ابوالقاسم؛ منهاج الصالحین المعاملات، نجف اشرف، نشر الاراب، چ سوم، ج ۲، ۱۳۹۴ ه. ق.

شمس الدین محمد، شیخ ابی عبدالله، شهید اول - لعمه و دمشقیه جلد دوم - ترجمه علی شیروانی - چاپ بیستم، انتشارات دارالفکر - قم ۱۳۸۲

شهید ثانی، زین الدین بن علی؛ الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، نشر واریان، چ اول، ج ۲، ۱۳۸۰.

شهید ثانی، زین الدین بن علی؛ مسالک الافهام، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چ اول، ج ۷، ۱۴۱۶ ه. ق.

طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم؛ العروه الوثقی، قم، نشر دار التفسیر، چ هشتم، ج دوم، ۱۳۸۷.

طوسی، ابوجعفر (شیخ طوسی) المبسوط فی فقه الامامیه، جلد چهارم - انتشارات مکتب المرتضویه ۱۳۸۷

عاملی، حرّ، محمدبنحسن، وسائل الشیعه، چاپ اول، قم، انتشارات آل البيت، ۱۴۰۹ ق

علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقها جلد ۲، انتشارات مکتب المرتضویه الاحیا آثار الجعفریه

علامه حلی؛ تبصره المتعلمین، ترجمه و شرح فارسی ابوالحسن شعرانی، انتشارات اسلامیة، ۱۳۸۵.

قمی، میرزا ابوالقاسم؛ جامع الشتات، تصحیح مرتضی رضوی، تهران، انتشارات کیهان، چ اول، ج ۳، ۱۳۷۵.

کرکی، علی بن الحسین، (محقق ثانی) جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۹، قم، مؤسسه آل البيت لاحیا التراث، ۱۴۱۰ ه.ق

کرکی، علی بن الحسین، وسائل المحقق الکرکی، ج ۱، قم، مکتبه آیه ... المرعشی، ۱۴۰۹ ه.ق

محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، نجف، مطبعه الاداب، ۱۳۸۹ ه.ق

محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، المختصر النافع فی الفقه الامامیه، تهران، مکتبه الاسلامیه الکبری، چاپ دوم، ۱۴۰۲ ه.ق

محقق حلی؛ شرایع الاسلام، ترجمه ابوالقاسم ابن احمد یزدی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چ ششم، ج ۲، ۱۳۷۲.
مرکز الابحاث و الدراسات الاسلامیه، غایه المراد و حاشیه الارشاد، قم، مرکز النشر تابع لمکتب الاعلام اسلامی، ۱۳۷۶ ه.ش

مروارید، علی اصغر، سلسله الینایع الفقهیة، ج ۱۲، بیروت، مؤسسه فقه الشیعه و الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ه.ق

موسوی خمینی، روح الله؛ تحریر الوسیله، تهران، مکتب العلمیه الاسلامی، ج ۲، بی تا.

Abstract

The issue of married child and the permission of the guardian of a minor child is one of the controversial issues in jurisprudence and legal circles. This article examines the element of expediency in the marriage of children with a descriptive-analytical method by referring to library sources. Most of the jurists of Islamic schools believe that expediency is conditional in the actions of the guardian in relation to the owner of the property. Because the ruling on the expediency of the guardian's actions towards the owner against himself governs the ruling on the permissibility of all possessions by the guardian in the affairs of the owner against himself. Therefore, if expediency is not observed in the marriage of a child, there are two views; Some believe that there is a right of termination for the child at the time of eligibility and some believe that the marriage is null and void. The theory of nullity is more correct from the point of view of this research. Since the approval of Article ۱۰۴۱ of the Civil Code in ۱۳۱۳, the legal age of marriage and the status of child marriage in Iranian law have had many ups and downs. Bringing the legal age of marriage closer to natural and intellectual maturity in ۱۳۱۳, prohibiting the marriage of young people under the age of ۱۸ and ۲۰ in the Family Support Law approved in ۱۳۵۳, and prescribing a guardian in minor and non-marriage marriages in the amended Article ۱۰۴۱ approved in ۶۱ and ۷۱, all It tells about the encounter of the legislator with the two powers of traditions and needs. The approval of Article ۱۰۴۱, amendment ۸۱, in the Council for Expediency of the System, raises questions regarding the retention or cancellation of the institution of guardianship in marriage. This was stated in the proposal of Article ۱۰۴۱ in ۲۰۱۷. The noteworthy point here is that, in practice, banning child marriage is not a suitable solution to support this group. The reason for this is that there are still expedients for the marriage of minor children and especially adult children, and ignoring these expedients is not only not a cure for pain, but also aggravates the damage in this field. This thesis examines the two-sided reasons. shows his expedient inclination towards the second point of view; An opinion that is compatible with the legal principles and the interest of the family. In addition, it clarifies the guarantee of the implementation of the terms of the permission of the guardian and the permission of the court.

Key words: minor, minor child, expediency, guardianship, marriage



Takestan Institution of Higher Education

Dissertation Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree
of M.Sc in Law Private

Title:

Investigating the legal dimensions of minor child marriage and expediency in child marriage in Iranian law with an approach to jurisprudence

Supervisor:

Dr. Mohammad Amini

Advisor:

Dr. Manochehr Zahmatkesh

By:

Shahram Khaledi

March ۲۰۲۴