

# ماهیت و ضمانت اجرای اذن ولی در نکاح کودکان<sup>۱</sup>

محمد عابدی<sup>۲</sup>

## چکیده

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 سال‌های ۱۳۶۱ و ۱۳۷۱، همگی حکایت از مواجهه قانون‌گذار با دو قدرت سنت‌ها و نیازها دارد. تصویب ماده ۱۰۴۱ اصلاحی مصوب سال ۱۳۸۱ در مجمع تشخیص مصلحت نظام، پرسش‌هایی را در خصوص ابقا یا نسخ نهاد ولایت در نکاح مطرح می‌کند. این مقاله با بررسی دلایل دو جانبه، تمایل مصلحت‌اندیشانه خود را به دیدگاه دوم نشان می‌دهد؛ دیدگاهی که با اصول حقوقی و مصلحت خانواده سازگار است و علاوه بر این، ضمانت اجرای شروط اذن ولی و اجازه دادگاه را روشن می‌کند.

## واژگان کلیدی

نکاح اطفال، ولایت در نکاح، سن ازدواج، اذن، مصلحت

۱- تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۲/۷/۱۸؛ پذیرش مقاله: ۱۳۹۳/۲/۲۰

۲- استادیار گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

## مقدمه

ازدواج یکی از مهم‌ترین و خصوصی‌ترین حقوقی است که انسان در جامعه از آن برخوردار است و اصولاً باید به دست خود شخص رقم زده شود؛ لیکن، اولیای قهری یا اشخاص دیگر، از باب شفقت، مصلحت یا سنت‌ها، به تزویج صغیر اقدام کرده‌اند و در فقه اسلامی از دیرباز تاکنون، همه فقها بر ولایت پدر و جد پدری در تزویج صغار تأکید و تصریح داشته‌اند.

جلد دوم قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳، علی‌رغم اقتباس عمده از فقه امامیه، در قسمت مربوط به سن ازدواج، از فقه امامیه فاصله گرفته و سن ازدواج را ۱۸ سال برای پسر و ۱۵ سال برای دختر قرار داده بود تا شرایط لازم برای نکاح، یعنی بلوغ فکری و جسمی فراهم شود؛ لیکن، قانون حمایت خانواده که سودای تجددخواهی در سر داشت، سن ازدواج را به ۲۰ سال برای پسر و ۱۸ سال برای دختر افزایش داد و به لحاظ عدم انطباق با شرایط طبیعی، اجتماعی و مذهبی ایران، متروک واقع شد. ماده ۱۰۴۱ اصلاحی سال‌های ۶۱ و ۷۰ نیز، واکنش نامعقولی، در برابر افراط نابجای قانون حمایت خانواده نشان داد و ولایت در نکاح را برای کودکان و شیرخوارگان تجویز کرد.

این افراط و تفریط و دوری گرفتن از مسیر اعتدال نخستین، که فقها و حقوق‌دانان روشن‌بین در متن اولیه قانون مدنی برگزیده بودند، موجب شد مجمع تشخیص مصلحت نظام ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی را دوباره اصلاح کند تا گامی ناقص به مسیر اعتدال نخستین برداشته باشد.

با تصویب ماده ۱۰۴۱ اصلاحی مصوب ۱۳۸۱، پرسش‌های ذیل در ذهن مطرح می‌شود که آیا مقصود قانون‌گذار ابقای نهاد ولایت در نکاح بوده است یا ایجاد تأسیس حقوقی اذن در نکاح؟ ضمانت اجرای فقدان اذن ولی و عدم صدور اجازه نکاح توسط دادگاه چیست؟ این مقاله در صدد است که با مطالعه ولایت در نکاح در سوابق فقهی و قانون‌گذاری، ولایت در نکاح یا اذن ولی در نکاح صغیر در مصوبه جدید و ضمانت اجرای نکاح صغیر بدون دخالت ولی یا اجازه دادگاه، به پرسش‌هایی که در کتب عمومی حقوق خانواده و مقالات محدود نگاشته شده، پاسخ داده نشده یا به اجمال واگذار شده است، پاسخ تحلیلی بدهد.

## ولایت در نکاح در سوابق فقهی و قانون‌گذاری

در این قسمت به بررسی تاریخیچه موضوع در منابع فقهی و سیر تحول قوانین می‌پردازیم.

### ۱- سوابق فقهی

ولایت در نکاح یعنی تزویج کودکان ممیز و غیرممیز، اعم دختر و پسر، با اراده ولی قهری آنان، اعم از پدر و جد پدری و هر چه بالاتر رود، از مسلمات فقه امامیه و اهل سنت است که بر آن ادعای اجماع نیز شده است (حلی، ۱۳۸۵، ص ۵۸۱۶).

فقهای عظام، از جمله محقق حلی در *شرایع الاسلام* (همو، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۴۴۷)، میرزای قمی در *جامع‌الشتات* (میرزای قمی، ۱۳۷۵، ج ۳، ص ۳۴۳)، شهید اول و ثانی در *لمعه و شرح آن* (جبعی عاملی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۲۸۴)، علامه حلی در *تبصره‌المتعلمین* (حلی، ۱۳۸۵، ص ۵۰۲)، آیت الله خویی در *منهاج‌الصالحین* (موسوی خویی، ۱۳۹۴ هـ ج ۲، ص ۲۶۹)، آیت الله اراکی در *زبده‌الاحکام* (اراکی، ۱۳۷۳، ص ۲۷۰)، سید محمد کاظم طباطبایی در *عروه‌الوثقی* (طباطبایی یزدی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۶۹) و امام خمینی در *تحریرالوسیله* (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۹۲)، بر ولایت پدر و جد پدری در نکاح دختر و پسر صغیر تصریح کرده‌اند.

هر چند اصل اولیه، یعنی اصل عدم ولایت بر دیگران، اقتضا دارد که هیچ کس بر دیگری ولایت و سلطه‌ای نداشته باشد و تزویج ولایی صغار خلاف اصل عدم ولایت است، لیکن فقها در تجویز ازدواج صغیر به وسیله ولی، به اجماع و روایات متعدد از جمله صحیحہ عبدالله بن صلت (حر عاملی، ۱۳۸۲ هـ ج ۲، ص ۲۰۷) ۱، صحیحہ علی بن یقظین (همان، ص ۲۰۸) ۲، صحیحہ محمد بن اسماعیل بن بزیع (همان، ص ۲۷۵)، صحیحہ محمد بن مسلم (همان، ص ۲۹۲) و

۱- «و عن عده من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن الحسين بن سعيد عن عبدالله بن الصلت قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الجارية الصغيرة يزوجه أبوها لها أمر إذا بلغت؟ قال: لا ليس لها مع أبيها أمر».

۲- «محمد ابن الحسن باسناده عن أحمد بن محمد بن محمد بن عيسى عن حسن ابن علي ابن اليقطين عن أخيه الحسين عن علي ابن يقطين قال: سألت أبا الحسن عليه السلام أتزوج الجارية و هي بنت ثلاث سنين أو يزوج الغلام و هو ابن ثلاث سنين و ما أدنى حد ذلك الذي يزوجان منه، فإذا بلغت الجارية فلم ترضى فما حالها؟ قال: لا بأس بذلك إذا رضى أبوها أو وليها».

روایت برید الکناسی (حر عاملی، ۱۳۸۲ هـ.ج، ۲۰، ص ۲۷۸) استناد کرده‌اند که همگی در اصل تزویج دختر و پسر صغیر اتفاق دارند.

در مورد مبنای دخالت ولی در نکاح اطفال ممکن است گفته شود که پدر و جد پدری به عنوان ولی قهری و پدر به عنوان ریاست خانواده باید بتوانند درباره شخصی که در نتیجه ازدواج با دختر یا پسر وی به خانواده آنان وارد می‌شود، اظهار نظر کنند؛ لیکن با توجه به استقلال پسر بالغ و دختر ثیب در نکاح، به نظر می‌رسد ولایت در نکاح بر مبنای حمایت از صغیر توجیه می‌شود. علامه حلی، پس از پذیرش ولایت در نکاح و ادعای اجماع بر آن، اعلام می‌کند: «این ولایت از قوی‌ترین اسباب است؛ زیرا پدر به فرزند نهایت شفقت را دارد و ولایت او ولایت اجبار است. بنابراین حاکم و غیر حاکم از خویشاوندان حق ندارند با او معارضه کنند...» (حلی، ۱۳۸۱ هـ.ج، ۲، ص ۵۱۶). بدین ترتیب، دخالت ولی در نکاح، گسترش ولایت به شخصی‌ترین چهره زندگی، یعنی انتخاب همسر است و گفته شده است که «باید پذیرفت که دخالت ولی قهری در ازدواج فرزند صغیر کمتر چهره حمایتی دارد و شاخه‌ای از اقتدار پدری است که محدود به مصلحت مولی‌علیه شده است تا از خطرهای آن کاسته شود» (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۷۸).

در خصوص مصادیق اشخاصی که به ولایت می‌توانند اقدام به تزویج صغیر کنند، اتفاق نظر کامل وجود ندارد. در فقه امامیه مسلم است که برای مادر (میرزای قمی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۳۴۳)، جد مادری، برادر، عمو، دایی و قیم و سایر خویشان، ولایتی در تزویج صغیر نیست؛ در مقابل، ولایت پدر و جد پدری هر قدر بالا برود، از مسلمات به شمار می‌رود (حلی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۴۴۷؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۹۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۷۰۰) و ولایت جد منوط به حیات پدر یا موت او نیست و با وجود هر دو، هر کدام در ولایت استقلال دارند و با فوت هر یک، ولایت به دیگری اختصاص می‌یابد. در صورت حیات هر دو، اقدام مقدم هر یک از پدر و جد پدری معتبر است و اگر همزمان باشند، عقد نکاح منعقد شده به وسیله جد اولویت دارد (موسوی خمینی، بی‌تا، ص ۳۹۳). هر چند برخی فقها، ولایت جد را مشروط به حیات پدر دانسته‌اند (طوسی، ۱۴۰۰ هـ.ج، ص ۳۱۶؛ ابن حمزه، ۱۴۱۰ هـ.ج، ص ۷۱۸).

مشهور فقها قائل به ولایت وصی در نکاح صغیر نیستند (جبعی عاملی، ۱۳۸۰، ص ۳۸۴؛ اراکی، ۱۳۷۳، ص ۲۷۰؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۹۴؛ محقق داماد، ۱۳۷۲، ص ۵۷؛ حلی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۴۴۸). اما

برخی دیگر از فقها در صورت تصریح موسی، اعم از پدر و جد پدری، ولایت وصی در نکاح صغیر را پذیرفته‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۳۱۷، ج ۲، ص ۷۰۴؛ موسوی خویی، ۱۳۹۴ هـ، ج ۲، ص ۲۶۹) و شهید ثانی، مطلقاً آن را نیکو شمرده است (جبعی عاملی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۲۸۵).

همچنین، مشهور فقها برای حاکم شرع، در صورت فقدان پدر و جد پدری، ولایت در تزویج صغیر را قایل نیستند (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۹۴؛ حلی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۴۴۸؛ اراکی، ۱۳۷۳، ص ۲۷۰؛ جبعی عاملی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۲۸۴)؛ هر چند برخی، ولایت حاکم را در صورت نیاز به تزویج و رعایت مصلحت تجویز کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۳۱۷، ج ۲، ص ۷۰۵).

ولایت اولیا در تزویج صغار مشروط است بر این‌که بالغ و عاقل باشند و در مولی‌علیهی که مسلمان باشد، اسلام ولی شرط است. لذا با زوال هر یک از صفات سه‌گانه، ولایت در نکاح ساقط می‌شود (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۹۵). البته صفت بلوغ به فرضی اختصاص می‌یابد که ولایت را برای وصی بپذیریم.

## ۲- سیر قانون‌گذاری

از زمان تصویب جلد دوم قانون مدنی ایران در سال ۱۳۱۳، سن قانونی ازدواج و نکاح اطفال در حقوق ایران دچار تحولات زیادی شده است. بررسی این سیر تحولات، حکایت از تقابل مقنن با دو قدرت سنت‌ها و ضرورت‌ها دارد و نشان می‌دهد که در پای‌بندی به سنت‌های فقهی و رویکرد تجددخواهانه دچار افراط و تفریط شده است.

**الف - ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳** در ذیل عنوان «قابلیت صحی نکاح» اشعار می‌داشت: «نکاح اناث قبل از رسیدن به ۱۵ سال تمام و نکاح ذکور قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام ممنوع است، مع‌ذالك در مواردی که مصالحی اقتضا کند، با پیشنهاد مدعی‌العموم و تصویب محکمه، ممکن است استثنائاً معافیت از شرط سن اعطا شود، ولی در هر حال این معافیت نمی‌تواند به اناث کمتر از ۱۳ سال تمام و به ذکور کمتر از ۱۵ سال تمام داده شود».

این حکم، از چند جنبه، با فقه اسلامی انطباق نداشت: اولاً- ولایت را در نکاح دختر و پسر کمتر از ۱۵ و ۱۸ سال که از مسلمات فقهی است (حلی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۴۴۷؛ میرزای قمی، ۱۳۷۵، ج ۳، ص ۳۴۳؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۹۲)، منع می‌کرد؛ ثانیاً- دختر در فاصله بلوغ

فقهی (۹ سال قمری) تا ۱۲ سال حق ازدواج نداشت؛ ثالثاً- تزویج پسر بعد از ۱۵ سالگی تا ۱۸ سالگی و تزویج دختر بعد از ۱۳ سالگی و قبل از ۱۵ سالگی، منوط به پیشنهاد دادستان و تصویب دادگاه شده بود؛ در حالی که در فقه اسلامی، پسر پس از بلوغ در ازدواج استقلال دارد و دختر باکره بعد از بلوغ، طبق فتوای بسیاری از فقها، در نکاح، نیازی به اجازه ولی ندارد؛ هر چند مطابق نظر مشهور فقهای متأخر، اذن ولی شرط نفوذ نکاح است و دختر بالغ ثیب نیز در نکاح مستقل است (میرزای قمی، ۱۳۷۵، ج ۳، ص ۴۰۷)؛ رابعاً معیار شرعی در فقه بلوغ و عدم بلوغ است و ضابطه سنی مقرر در این ماده با شرع مغایرت داشت (محقق داماد، ۱۳۷۳، ص ۴۷) و قانون‌گذار با انتخاب عنوان «قابلیت صحی نکاح» در مقام دفع این شبهه بوده است.

ب - ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ راه اعتدال برگزیده شده به وسیله نویسندگان هوشمند قانون مدنی را کنار نهاد و با تصویب حکم افراطی، که کمتر در دنیا مانند داشت، اعلام کرد: «ازدواج زن قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام و مرد قبل از رسیدن به ۲۰ سال تمام ممنوع است، مع‌ذالک، در مواردی که مصالحی اقتضا کند، استثنائاً، در مورد زنی که سن او از ۱۵ سال کمتر نباشد و برای زندگی زناشویی استعداد جسمی و روانی داشته باشد، به پیشنهاد دادستان و تصویب دادگاه شهرستان، ممکن است معافیت از شرط سن اعطا شود...».

این اقدام تجددخواهانه از چند جهت قابل انتقاد بود:

اولاً- با سن واقعی بلوغ در ایران، یعنی بلوغ جسمی و تکوینی، مغایر بود؛ زیرا، غالب دختران ایرانی در سنین ۱۲ تا ۱۳ سالگی و غالب پسران ایرانی در سن ۱۵ سالگی بالغ می‌شوند (مرعشی شوشتری، ۱۳۷۱، ص ۵۹؛ مهریزی، ۱۳۷۲، ص ۲۵۱؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۲، ص ۲۹)؛ ثانیاً - عدم امکان اعطای معافیت از شرط سن برای پسر بالای ۱۵ سال و کمتر از ۱۸ سال که بنا به مصالح اخلاقی یا جسمی یا روحی، ازدواج برای آنان ضرورت داشت، قابل توجیه نبود. همین استدلال در مورد دختر بالغ کمتر از ۱۵ سال نیز صادق بود؛ ثالثاً- قانون‌گذار بر خلاف جریان‌های اجتماعی حرکت کرده بود؛ زیرا کثرت ازدواج‌های کمتر از سن قانونی در جامعه، به‌ویژه در روستاها، مصوبه مذکور را بی‌اثر و متروک

می‌کرد، مضافاً این‌که با کنوانسیون‌های بین‌المللی و سن نکاح در سایر کشورها، که سن نکاح را بین ۱۵ تا ۱۸ سال قرار داده‌اند، مغایرت داشت؛ رابعاً برای دوران حساس میان بلوغ تا ازدواج (حدود ۵ سال) و تبعات اجتماعی آن تدبیری نیندیشیده بود؛ خامساً با فقه اسلامی و شریعت که جایگاهی عمیق و موثر در جامعه ایرانی و افکار مردم دارد، مغایرت داشت.

ج - ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی اصلاحی سال‌های ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ مجلس شورای اسلامی، مقرر می‌داشت: «نکاح قبل از بلوغ ممنوع است. تبصره: عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی به شرط رعایت مصلحت مولی‌علیه صحیح می‌باشد».

با توجه به اصلاح ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی که سن بلوغ را در پسر ۱۵ سال تمام قمری و در دختر ۹ سال تمام قمری تعیین کرده است، نکاح پسر بالغ و دختر بالغ باکره با اجازه ولی، و در صورت فقدان ولی، به استقلال مجاز اعلام شد. بدین ترتیب، دختر ۹ ساله فاقد ولی، قانوناً بدون اجازه خانواده و دادگاه می‌توانست ازدواج کند. در مقابل، ولی طفل غیربالغ می‌توانست ولایتاً فرزند خردسال خود را، ولو شیرخواره، به شرط مصلحت، تزویج کند.

این حکم نیز انتقادات و اشکالاتی را به دنبال داشت: اولاً- تعارض ظاهری متن ماده و تبصره آن، موجب اختلاف در تفسیر شده بود: پاره‌ای، در تفسیر متن اعتقاد داشتند که مقصود منع نزدیکی قبل از بلوغ است (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۷۴) که در فقه به آن تصریح شده و ضمانت اجرای سنگین دارد (طباطبایی یزدی، ۱۳۱۷، ج ۲، ص ۶۴۴) و برخی دیگر، منع نکاح استقلالی صغیر را از آن برداشت می‌کردند (صفایی و امامی، ۱۳۷۹، ص ۱۴؛ امیدی، ۱۳۷۷، ص ۱۵)؛ ثانیاً- واژه «اجازه» صحیح به کار نرفته بود، چون مقصود مقنن ولایت در نکاح بود؛ حال آن‌که اجازه وقتی به کار می‌رود که بعد از تحقق نکاح با اراده صغیر، ولی آن را تنفیذ کند؛ ثالثاً- حکم جدید این تالی فاسد را داشت که دختر بالای نه سال قمری که به دلیلی فاقد ولی بود، یا دختر بالغ ثیب واجد ولی قهری، اما فاقد رشد مالی، در نکاح خود آزاد محسوب می‌شد و این امر با مصالح خانوادگی سازگار نیست؛ رابعاً- امکان تزویج ولایی صغار، در زندگی جدید، با هدف نکاح که آرامش و تناسل است، منطبق نیست و تجویز قانونی آن به

مصلحت جامعه و اطفال نبود؛ خامساً- مرجع تشخیص مصلحت مشخص نشده بود و ظاهراً با توجه به سوابق فقهی، تشخیص ولی در رعایت مصلحت کافی بود؛ سادساً- ضمانت اجرای تخلف از مصلحت و معیار مصلحت و امکان فسخ نکاح بعد از بلوغ روشن نشده بود؛ و سابغاً- با مقررات بین‌المللی مانند اعلامیه کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان<sup>۱</sup>، اعلامیه جهانی حقوق بشر<sup>۲</sup> و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی اجتماعی و فرهنگی<sup>۳</sup>، که ایران عضویت برخی از آن‌ها را پذیرفته است، معارض بود.

د- ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی اصلاحی سال ۱۳۸۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام آخرین مرحله از سیر قانون‌گذاری در ولایت نکاح است.

پس از افراط نابجای تدوین‌کنندگان قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ و تفریط غیرموجه اصلاح‌کنندگان ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی در سال‌های ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰، که هر دو از سوی حقوق‌دانان به حق مورد انتقاد قرار گرفت، سرانجام قانون‌گذار در برابر فشارهای اجتماعی و جامعه حقوقی تسلیم شد؛ ابتدا، طرح اصلاح ماده ۱۰۴۱ به مجلس تقدیم شد. در مقدمه توجیهی طرح به دلایلی مانند تأثیر منفی ماده ۱۰۴۱ اصلاحی ۱۳۷۰ بر سلامت جسمی زوجین، متلاشی شدن کانون خانوادگی بعد از بلوغ، انتقادهای بین‌المللی، سوءاستفاده افراد غیر صالح از تزویج ولایی و مخدوش شدن اصل آزادی و اختیار در نکاح و آثار سوء آن بر زوجین، اشاره شده بود. در طرح مذکور، سن پیشنهادی برای نکاح ۱۴ سال تمام شمسی برای دختر و ۱۷ سال تمام شمسی برای پسر تعیین شد و ازدواج در کمتر از این سن، به تحصیل اجازه از دادگاه منوط گشت. در کمیسیون حقوقی و قضایی و کمیسیون فرهنگی مجلس، سن ازدواج برای دختر ۱۵ سال و برای پسر ۱۸ سال تمام شمسی تعیین شد و به تصویب مجلس رسید (شکری، ۱۳۸۷، ص ۱۱). شورای نگهبان مصوبه

۱- بند دوم کنوانسیون: «نامزدی و ازدواج فرزند از نظر قانون داری قدرت اجرایی می‌باشد...» (قاری سید فاطمی، ۱۳۷۴، ص ۱۵۱-۱۵۳).

۲- ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر: «۱- هر زن و مرد بالغی حق دارند ... با همدیگر زناشویی کنند و تشکیل خانواده دهند. ۲- ازدواج باید با رضایت کامل و آزادانه زن و مرد واقع شود» (مه‌پرور، ۱۳۷۷، ص ۴۳۵).

۳- ماده ۱۰: «...ازدواج باید با رضایت آزادانه طرفین که قصد آن را دارند واقع شود» (قاری سید فاطمی، ۱۳۷۴، ص ۱۵۱-۱۵۳).



مجلس را خلاف شرع تشخیص داد و با اصرار مجلس بر مصوبه خود، موضوع در مجمع تشخیص مصلحت نظام مطرح و به شرح ذیل تصویب شد: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح».

با حکم اصلاحی جدید، قانون‌گذار در راه اعتدال گام نهاد؛ هر چند به نظر می‌رسد با مصوبه مجمع، تشخیص دهنده «مصلحت» به نحو شایسته تعیین نشده است و برداشتن گام اصلاحی بعدی برای پاسخ‌گویی به انتظارات داخلی و بین‌المللی و انطباق سن نکاح با سن بلوغ در جامعه ایرانی دور از انتظار نیست.<sup>۱</sup>

## ولایت در نکاح یا اذن ولی برای نکاح صغیر

با اصلاح دوباره ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی در سال ۱۳۸۱، این پرسش مطرح می‌شود که آیا حکم جدید در مقام ابقای نهاد ولایت در نکاح است، اما آن را در نظارت دادگاه قرار داده و سن قانونی نکاح را افزایش داده است یا این‌که نهاد ولایت در نکاح منسوخ شده و تأسیس اذن ولی در نکاح صغیر جایگزین آن شده است؟ و دلایل توجیهی و آثار هر یک از این دو نظر چیست؟

### ۱- ابقای ولایت در نکاح

بیشتر حقوق‌دانان، در تفسیر ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی کنونی، هنوز قایل به ولایت در

۱- یافته‌های سرشماری ۱۳۸۵ نشان می‌دهد از مجموع افراد واقع در سن بین ۱۰ تا ۱۹ سالگی (در کل ۱۵/۴ میلیون نفر)، ۶/۷ میلیون نفر بین ۱۰ تا ۱۴ سالگی و ۸/۶ میلیون نفر بین ۱۵ تا ۱۹ سالگی قرار دارند. از این جمعیت حدود ۸۹۰ هزار نفر کودک زیر ۱۹ سالگی تن به ازدواج اجباری داده‌اند. از بین جمعیت ۱۰ تا ۱۴ سال، ۷۸ هزار نفر حداقل یک بار ازدواج کرده‌اند. معادل ۱/۲٪ - که از این بین فقط ۶۲۲۳۸۳ نفر در زمان سرشماری دارای همسر - ۸۰٪ بوده و باقی معادل ۹۰۹۷ نفر فاقد همسر - ۲۰٪ - بوده‌اند. در این گروه سنی از کل کودکان ازدواج کرده، ۳۱ درصد را پسرچه و ۶۹ درصد را دخترچه تشکیل می‌دهد. کودکان بی‌همسر نیز از کل بی‌همسران این گروه سنی، شامل پسران با ۶۹٪ و دختران با ۳۱٪ هستند. رقم بی‌همسران نیز نشان‌گر این است که در این گروه ۵۳٪ بر اثر طلاق بوده و ۴۷٪ بر اثر فوت همسر در سنین کودکی و به جای آموزش و بازی و رشد فکری و جسمی، طلاق و فقدان شوهر را تجربه کرده‌اند.

نکاح هستند (صفایی و امامی، ۱۳۷۹، ص ۶۷؛ دیانی، ۱۳۸۷، ص ۷۰). طبق این دیدگاه، حکم جدید نسبت به متن سابق دو تغییر دارد: یکی این که سن قانونی نکاح را به ۱۳ سال (دختر) و ۱۵ سال (پسر) افزایش داده است؛ بنابراین پسر بالای ۱۵ سال تمام می تواند مستقلاً اقدام به ازدواج کند. این حکم چندان جدید نیست؛ زیرا با توجه به ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی و تبصره آن و رأی وحدت رویه شماره ۳۰ مورخ ۱۳۶۶/۱۰/۳، پسر در امور غیر مالی با رسیدن به سن بلوغ رشید شناخته می شود و اصل نکاح نیز امر غیر مالی است؛ لذا تفاوت حکم مندرج در ماده ۱۰۴۱ اصلاحی مصوب ۱۳۸۱ با احکام سابق صرفاً چند ماه (تفاوت ۱۵ سال تمام شمسی و ۱۵ سال تمام قمری) است؛ لیکن در مورد دختران، سن قانونی نکاح را به ۱۳ سال افزایش داده است. بنابراین دختر کمتر از ۱۳ سال ولو بالغ و ثیب باشد یا بالغ باکره باشد، نمی تواند بدون اذن ولی و اجازه دادگاه ازدواج کند و دختر کمتر از ۱۳ سال فاقد ولی قهری مطلقاً از حق ازدواج محروم است.

دوم این که مرجع تشخیص مصلحت در نکاح صغیر یا دختر بالغ کمتر از ۱۳ سال و پسر بالغ کمتر از ۱۵ سال مشخص شده و بر عهده دادگاه صالح قرار داده شده است. این تفسیر را دلایل ذیل تأیید می کند:

اولاً- ولایت پدر و جد پدری در نکاح صغیر از مسلمات فقه شیعه و عامه است (به نقل از حلی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۴۹۴) و قانون گذار جمهوری اسلامی بعید است که ولو در مقام مصلحت، حکمی مغایر با اجماع فقها تصویب کند. حتی برخی امکان نکاح صغیر را مستند به قرآن کرده اند (طلاق، ۴).<sup>۱</sup> در این آیه برای دختر نابالغی که حیض نمی شود، سه ماه عده قرار داده است و معلوم است که این عده نگاه داشتن، بعد از ازدواج صحیح و طلاق است (گرجی، ۱۳۸۴، ص ۹۱).

ثانیاً- در صورتی که با اصلاح ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی در رد یا ابقای ولایت در نکاح تردید ایجاد شود، مطابق با اصل ۱۶۷ قانون اساسی باید تعبیری را برگزید که با منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر سازگار باشد و ضرورت اسلامی بودن تمام قوانین و

۱- «واللائى یئسن من المحیض من نساکنم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثه أشهر واللایى لم یحضن...»؛ «و درباره آن دسته از زن هایتان که دیگر احتمال حیض نمی دهند، اگر تردید داشتید، عده آن ها سه ماه است و چنین است عده زنانی که هنوز حیض ندیده اند...».

مقررات که در اصل ۴ قانون اساسی آمده است، قوت این نظر را دو چندان می‌کند. ثالثاً همان‌گونه که استفاده از واژه «اجازه» در ماده ۱۰۴۱ اصلاحی سال‌های ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰، علی‌رغم معنای لغوی و اصطلاحی آن، ظهور در ولایت در نکاح داشت و تمام مفسران آن احکام را به اختیار ولی قهری در تزویج صغیر تعبیر می‌کردند، در متن کنونی نیز واژه «اذن»، علی‌رغم معنای لغوی و اصطلاحی آن، باید در معنای تزویج ولایی صغیر به کار رود.

رابعاً بر فرض این‌که نتوان از ماده ۱۰۴۱ اصلاحی مصوب ۱۳۸۱ نهاد ولایت در نکاح را استخراج کرد، این امر نافی جواز ولایت در نکاح به استناد توسل به فتاوی معتبر فقهی و اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیست.

خامساً با توجه به مذهبی بودن بخش غالب جامعه ایرانی و امکان عملی تحقق تزویج با اراده ولی قهری، آثار زیان‌بار بطلان ناشی از منع نکاح ولایی، به مصلحت خانواده و جامعه نمی‌باشد.

سادساً طبق ماده ۱۰۶۴ ق.م.، عاقد باید بالغ باشد و دختر یا پسر نابالغ، اعم از ممیز و غیرممیز، نمی‌تواند طرف عقد قرار گیرد تا بتواند با اذن ولی اقدام به نکاح کند. این نظر در مورد صغیر غیر ممیز صحیح است، اما در مورد ممیز درست به نظر نمی‌رسد؛ زیرا وی توان انشا و انعقاد عقد را دارد؛ مضافاً آن‌که برخی معتقدند این ماده در خصوص عاقد بود، منصرف از طرفین عقد نکاح است (مطهری، ۱۳۸۶، ص ۸۲).

## ۲- نهاد اذن ولی در نکاح صغیر

با وجود آن‌که نظر ابقای ولایت در نکاح، از این لحاظ که منطبق با سوابق فقهی است، به احتیاط نزدیک‌تر است، لیکن از جهت مقابل، دلایل و قراینی وجود دارد که پذیرش تفسیر فوق را دشوار می‌کند و نشان می‌دهد که هدف مقنن جایگزین ساختن نهاد اذن ولی در نکاح دختر کمتر از ۱۳ سال و پسر کمتر از ۱۵ سال، به جای تأسیس ولایت در نکاح است و در مسیر محدود کردن اختیارات ولی قهری گام برداشته است؛ این دلایل و قراین عبارتند از: اولاً- مقدمات و مرجع تصویب ماده ۱۰۴۱ اصلاحی مصوب ۱۳۸۱ نشان می‌دهد که

قانون‌گذار از نظر مشهور و مسلم در فقه در این خصوص پیروی نکرده است؛ زیرا نص مذکور در جلسه ۱۳۸۱/۴/۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام به تصویب رسیده است و به لحاظ مخالفت شورای نگهبان با مصوبه مجلس به خاطر مغایرت با شرع به مجمع تشخیص مصلحت ارجاع شده بود و همین امر نشان می‌دهد که باید در تفسیر مصوبه مجمع، سوابق فقهی و مشهور فقها را لحاظ نکرد.

ثانیاً- بعد از اصلاح ماده ۱۰۴۱ در سال ۱۳۶۱، ولایت در نکاح در نظام حقوقی ایران وجود داشت و به آن عمل می‌شد. اگر هدف مقنن ابقای ولایت در نکاح بود، اصلاح حکم مذکور و ارجاع امر به مجمع تشخیص مصلحت نظام ضرورت نداشت، مگر آن‌که گفته شود علت مخالفت شورای نگهبان با مصوبه مجلس، اضافه شدن قید (تشخیص مصلحت توسط دادگاه صالح) و تحدید اختیار ولی قهری و نیز افزایش سن نکاح از بلوغ شرعی به سن ۱۳ و ۱۵ سال به عنوان اصل باشد.

ثالثاً- در ولایت در نکاح، ولی قهری مستقلاً برای صغیر نکاح را منعقد می‌کند و اراده و رضایت صغیر در تحقق نکاح هیچ دخالتی ندارد؛ لیکن، در اذن ولی در نکاح، ایجاب و قبول نکاح منتسب به اراده صغیر و اعلام رضایت اوست و ولی قهری صرفاً به خاطر حمایت از صغیر کم‌تجربه و فاقد تمییز کامل، یا قبل از وقوع نکاح، صغیر را مأذون در انعقاد نکاح می‌کند؛ یا نکاحی را که صغیر بدون اذن واقع ساخته است، اجازه می‌کند و به ماوقع اعتبار می‌بخشد. دقت در الفاظ به‌کاررفته در نص قانونی جدید نشان می‌دهد که هدف مقنن اذن در نکاح بوده است؛ زیرا از یک طرف اذن ولی (و نه قصد او) را برای نکاح صغیر لازم می‌داند و از سوی دیگر، عقد نکاح صغیر را به اذن ولی منوط می‌کند. توضیح آن‌که در خصوص ماهیت اذن اختلاف است: آیا اذن صرفاً اعلام رضایت است و واقعه حقوقی ارادی است نه عمل حقوقی (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸هـ ج ۱، ص ۱۷۷؛ شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۴۱)؛ یا اذن، عمل حقوقی یک‌جانبه است و ماهیت انشایی دارد (حسینی خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۳، ص ۴۷۶؛ شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۴۰؛ محقق داماد، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۱۳۵) و یا این‌که بین اذن و انشا رابطه عموم و خصوص من وجه است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۴۳). اگر اذن صرفاً اعلام رضا و اثر آن اباحه عمل باشد، رضای ولی نمی‌تواند عقد را واقع سازد و حتی اگر اذن جنبه انشایی

داشته باشد، اذن ولی در نکاح به معنای تحقق ايجاب یا قبول نیست.

همچنین، در لسان حقوقی، اصطلاح «منوط است» هنگامی استعمال می‌شود که نفوذ عمل حقوقی وابسته به امر دیگری باشد و هنگامی می‌توان عدم نفوذ نکاح را تصور کرد که عقد نکاح توسط خود صغیر و بدون اذن قبلی یا اجازه بعدی ولی قهری واقع شده باشد. این تفسیر از آن‌جا تقویت می‌شود که ماده ۱۰۴۱ اصلاحی، عقد نکاح را که مرکب از ايجاب و قبول است، به خود دختر و پسر نسبت داده است و الا مقنن باید تزویج دختر و پسر را به ولی قهری منتسب می‌ساخت.

رابعاً- با توجه به قاعده مذکور در ماده ۱۰۶۴ قانون مدنی، حصول اهلیت نکاح مشروط به بلوغ است و اصل عدم ولایت اقتضا می‌کند که اصولاً هیچ کس بر دیگری در امور مالی و غیر مالی اختیاری نداشته باشد و تشریح ولایت بر غیر، محدود به نص و قدر متیقن باشد. بنابراین اختیار ولی در نکاح صغیر باید محدود به اذن در نکاح شود و از اعمال ولایت در نکاح که موجب نقض قاعده منع نکاح قبل از بلوغ و اصل عدم ولایت می‌شود، پرهیز کرد. خامساً- آیه ۶ از سوره نساء<sup>۱</sup>، به روشنی دلالت می‌کند که رسیدن به سن نکاح نشانه پایان صغر است و اگر ازدواج در سن کودکی صحیح بود، نباید رسیدن به قابلیت جسمی نکاح نهایت دوران صغر باشد (مهرپور، ۱۳۷۹، ص ۵۳).

سادساً- منع نکاح قبل از کسب قابلیت جسمی ازدواج و لزوم نکاح آزادانه در معاهدات بین‌المللی، که ایران عضو برخی از این عهدنامه‌ها مانند اعلامیه جهانی حقوق بشر است، مورد تصریح قرار گرفته است. احتمال زیاد وجود دارد که قانون‌گذار با هدف انطباق قوانین داخلی با تعهدات بین‌المللی خود، از باب مصلحت، ولایت در نکاح را رد کرده و دخالت در نکاح صغیر را محدود به اعطای اذن ازدواج صغیر ممیز کرده باشد و نکاح اطفال غیر ممیز مطلقاً ممنوع شده باشد.

سابعاً- ماده ۱۰۴۱ اصلاحی به عنوان قاعده، نکاح دختر کمتر از ۱۳ سال و پسر کمتر از ۱۵ سال را منع می‌کند و به عنوان استثنا بر قاعده، نکاح صغیر را با اذن ولی و

۱- «وابتلوا الیتامی حتی اذا بلغوا النکاح»

تشخیص مصلحت به وسیله دادگاه پذیرفته است. استثنایی بودن حکم ایجاب می‌کند که تفسیر مضیق شود و محدود کردن قلمرو استثنا به صغیر ممیز و اذن در نکاح در راستای همین امر است.

ثامناً- فلسفه نکاح سعادت فرد و جامعه و ایجاد آرامش روحی برای زوجین و تناسل است. دختر و پسر باید در سنی ازدواج کنند که معنای زناشویی و مسؤولیت‌های ناشی از آن را درک کرده، از توانایی تربیت فرزند برخوردار باشند. نکاح در سنین پایین موجب ضعف عقلی و هوشی فرزندان می‌شود و خطر بی‌سوادی زن و مرد را افزایش می‌دهد. این‌ها دلایلی است که نکاح قبل از بلوغ جسمی و عقلی را بامانع مواجه می‌سازد. محدود کردن آثار زیان‌بار چنین ازدواج‌هایی اقتضا می‌کند که ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی بر معنایی حمل شود که موارد نکاح قبل از بلوغ کاسته شود و اعمال نهاد اذن ولی در نکاح به جای ولایت در نکاح، ابزاری هرچند ناقص، برای تأمین همین هدف است.<sup>۱</sup>

### ۳- وجوه افتراق ولایت در نکاح و اذن ولی در نکاح

ولایت در نکاح با تأسیس اذن ولی در نکاح، از حیث ماهیت و آثار، با یکدیگر متفاوت هستند؛ از حیث ماهیت، در اولی عقد نکاح با اراده ولی منعقد می‌شود و ولی قهری بدون دخالت صغیر در انشای عقد، او را تزویج می‌کند؛ لذا عقد نکاح نه به قصد انشا و نه به رضای صغیر منتسب نیست؛ لیکن، در نهاد دوم، عقد نکاح ناشی از اراده خود صغیر است و عقد منتسب به قصد و رضای اوست و نقش ولی محدود به اعطای اذن قبلی یا اجازه بعدی است. از حیث آثار باید گفت: قلمرو ولایت در نکاح وسیع‌تر از قلمرو اذن ولی در نکاح است؛ زیرا

۱- از لحن کلام شهید مطهری در کتاب نظام حقوقی زن در اسلام بر می‌آید که ایشان رشد را شرط صحت نکاح تلقی کرده است، آن‌جا که می‌گوید: «... گمان نمی‌کنم یک نفر قاضی تا کنون پیدا شده باشد و مدعی شده باشد که از نظر قانون مدنی، رشد عقلی و فکری در ازدواج شرط نیست...». ایشان مفاد ماده ۲۱۱ قانون مدنی در خصوص لزوم بلوغ و رشد در متعاملین را در عقد نکاح نیز جاری و ضرورت می‌داند و ماده ۱۰۶۴ قانون مدنی را (عاقد باید بالغ، عاقل و قاصد باشد) که از رشد سخنی به میان نیاورده، منصرف به عاقد می‌دانند نه خود زوجین. او با انتقاد از پدران که «به رشد فکری دختر که از مسلمات اسلام است، توجهی نمی‌کنند» اضافه می‌کند: «...چه بسیار است عقدهایی که قبل از رشد دختران صورت می‌پذیرد و شرعاً باطل و بلا اثر است» (مطهری، ۱۳۸۱، ص ۸۱-۸۲).

در اولی، ولی قهری می‌تواند مولی‌علیه صغیر، اعم از ممیز و غیر ممیز را تزویج کند؛ به عنوان مثال، پدر بزرگ پدری می‌تواند نوه دختری را برای نوه پسری خود تزویج کند، هر چند هر دو شیرخواره باشند. لیکن، در اذن ولی در نکاح، چون صغیر غیر ممیز از قصد انشا برخوردار نیست و عدم تمییز وی مطلق است، لذا نمی‌تواند صیغه نکاح را جاری سازد و عدم اهلیت وی در نکاح تا رسیدن به سن تمییز از مصادیق عدم اهلیت تمتع است؛ اما نکاح دختر و پسر صغیر ممیز یا بالغ کمتر از ۱۳ سال (دختر) و ۱۵ سال (پسر) با اذن ولی و اجازه دادگاه ممکن می‌باشد و عدم اهلیت آنان در نکاح از مصادیق عدم اهلیت استیفا است.

### ضمانت اجرای نکاح صغیر بدون دخالت ولی و اجازه دادگاه

ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی اصلاحی مصوب ۱۳۸۱، عقد نکاح دختر کمتر از ۱۳ سال و پسر کمتر از ۱۵ سال را منوط به اذن ولی کرده است. بنابراین دخالت ولی در نکاح، اعم از به ولایت یا دادن اذن، ضرورت دارد. حال این پرسش مطرح است که در صورت فقدان ولی قهری، آیا صغیر می‌تواند با اذن وصی یا قیم ازدواج کند؟ و آیا حاکم می‌تواند به استقلال اقدام به تزویج صغیر نماید؟ و آیا در صورت وجود ولی قهری، دختر یا پسر می‌تواند شخصاً به دادگاه مراجعه و تقاضای صدور اجازه نکاح کند؟

#### ۱- ضمانت اجرای نکاح صغیر بدون دخالت ولی

به نظر می‌رسد، با توجه به ظاهر ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی و نظر مشهور فقها در مورد عدم اختیار وصی و قیم در تزویج صغیر، در نظام حقوقی کنونی نیز دختر یا پسر نرسیده به سن نکاح نتواند به واسطه وصی یا قیم خود ازدواج کند؛ زیرا، اولاً- واژه «ولی» در ماده ۱۰۴۱ ظهور در پدر و جد پدری دارد؛ ثانیاً- سوابق فقهی و مشهور فقها چنین استنباطی را تأیید می‌کند؛ ثالثاً، از مفاد ماده ۱۰۴۱ ق.م.ب.روشنی استنباط می‌شود که سن ازدواج قانونی برای دختر ۱۳ و برای پسر ۱۵ سال تمام شمسی است و قانون‌گذار اصل عدم امکان تزویج در کمتر از سن قانونی را پذیرفته است و اختیار ولی در تزویج یا اذن در تزویج، استثنایی بر آن اصل است و باید تفسیر مضیق شود و

محدود به پدر و جد پدری شود. و در صورت تردید، اصل بر عدم اختیار وصی و قیم است. در نتیجه، نکاح انعقاد یافته با اراده یا اذن وصی و قیم، غیر نافذ است و نفوذ آن منوط به اراده صغیر پس از بلوغ و رشد می‌باشد و حتی اجازه دادگاه که منضم به اذن وصی یا قیم باشد، اعتباری ندارد. به عبارت دیگر، ولایت قائم به شخص ولی قهری است و قابل انتقال به غیر نیست (دیانی، ۱۳۱۷، ص ۷۲).

در فقه، برخی از فقها معتقدند که در صورت نیاز صغیر به نکاح، حاکم می‌تواند وی را تزویج کند و ولایت مشروط حاکم در نکاح صغیر را پذیرفته‌اند (میرزای قمی، ۱۳۷۵، ج ۳، ص ۱۴؛ طباطبایی بزدی، ۱۳۱۷، ج ۲، ص ۷۰۵). لیکن، علاوه بر آن که مشهور فقها برای حاکم چنین ولایتی را قائل نیستند (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۹۴؛ حلی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۴۴۸؛ اراکی، ۱۳۷۳، ص ۲۷۰؛ شهید ثانی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۳۸۴). ظاهر ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی نیز نشان می‌دهد که اختیار حاکم صرفاً محدود به نظارت بر رعایت تشخیص مصلحت در ازدواجی است که با اراده یا اذن ولی انعقاد یافته است و مستقیماً برای حاکم، ولایتی پیش‌بینی نشده است.

ممکن است، با وحدت ملاک از ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی، در خصوص نکاح دختر باکره با اجازه ولی قهری و سقوط ولایت ولی در صورت مرگ، غیبت، کفر یا مخالفت غیر موجه، ادعا کرد صغیر ممیزی که قصد نکاح دارد، بتواند شخصاً به دادگاه مراجعه و تقاضای صدور اجازه نکاح کند و دادگاه در صورت وجود، اجازه نکاح صادر کند؛ لیکن این احتمال صحیح نیست؛ زیرا در ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی فرض می‌شود که دختر از قابلیت جسمی برای نکاح برخوردار بوده و به بلوغ فکری نسبی رسیده است. به همین جهت، نظریه استقلال دختر باکره بالغ در نکاح در میان فقها از شهرت خوبی برخوردار است و برخی آن را اقوی و اشهر می‌دانند (میرزای قمی، ۱۳۷۵، ج ۳، ص ۴۰۷). ولی در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی، سخن از نکاح صغیری است که غالباً فاقد بلوغ جسمی و عقلی است و اصل نکاح اصولاً برای وی زیان‌بار است و وجود مصلحت باید ثابت شود. پس مقایسه این دو مع‌الفارق و ممنوع است.

در هر حال، به نظر می‌رسد برای دختر و پسر فاقد سن قانونی نکاح، جز با ولایت یا اذن ولی قانوناً امکان تزویج وجود ندارد و در صورتی که عدم صلاحیت وی از مصادیق



عدم اهلیت تمتع باشد، نکاح استقلالی یا نکاح با دخالت وصی یا قیم یا حاکم باطل باشد و در صورتی که عدم صلاحیت تزویج را مصداق عدم اهلیت استیفا بدانیم که صرفاً با دخالت ولی قابلیت استیفا دارد، نکاح انعقاد یافته به واسطه قیم یا وصی یا حاکم غیر نافذ است و نفوذ آن پس از بلوغ و رشد منوط به اجازه طرف عقد نکاح است.

## ۲- ضمانت اجرای نکاح صغیر بدون اجازه دادگاه

در فرضی که ولی قهری بدون تحصیل اجازه از دادگاه به تزویج صغیر از طریق اعمال ولایت یا اعطای اذن اقدام می‌کند، از ظاهر ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی و اصطلاح «منوط است»، عدم نفوذ نکاح صغیر استنباط می‌شود و ولی قهری ناچار به کسب اجازه از دادگاه و اعتبار بخشیدن به ماوقع است؛ زیرا نکاح صغیر غالباً مصلحت‌آمیز نیست و فرض قانونی عدم مصلحت در نکاح صغار وجود دارد و تا زمانی که دادگاه صالح مصلحت صغیر را تشخیص نداده و خلاف فرض قانونی ثابت نشده باشد، به علت عدم احراز مصلحت، نکاح صغیر غیر نافذ است و به نظر می‌رسد اجازه دادگاه در خصوص رعایت مصلحت جنبه اعلامی دارد و نکاح از زمان وقوع مؤثر باشد.

همچنین، با توجه به حصول رشد در امور غیر مالی با بلوغ قانونی<sup>۱</sup>، به نظر می‌رسد که دختر یا پسری که با اذن ولی یا ولایت او ازدواج کرده باشد، بتواند در فقدان ولی یا عدم صلاحیت وی، مستقلاً به دادگاه مراجعه و تأیید رعایت مصلحت را از دادگاه دریافت کند، مانند فرضی که پدر یا جد پدری پس از تزویج مولی‌علیه فوت یا غایب شده باشد.

پرسشی که این‌جا مطرح می‌شود، این است که آیا اعلام رضایت صغیری که با دخالت ولی اما بدون اجازه دادگاه ازدواج کرده باشد، پس از رسیدن به سن بلوغ و رشد موجب اعتبار بخشیدن به نکاح سابق می‌شود یا این‌که جز با اجازه دادگاه یا انعقاد نکاح جدید، نکاح سابق اعتباری ندارد؟ به نظر می‌رسد هر چند احتیاط در مسأله نکاح حکم می‌کند که

۱- ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی و رأی وحدت رویه شماره ۳۰ مورخ ۱۳۶۴/۱۰/۳

مجدداً صیغه نکاح جاری شود؛ لیکن از لحاظ حقوقی، با توجه به استقلال شخص بالای ۱۳ یا ۱۵ سال در نکاح، با اعلام رضایت موخر، شرایط اعتبار نکاح سابق کمال می‌یابد و ضرورتی به اجازه دادگاه یا صیغه نکاح مجدد نیست.

### ۳- وضعیت نکاح دختر ثیبه کمتر از سیزده سال

ممکن است دختری که سن او کمتر از ۱۳ سال تمام شمسی است، به علت مواقعه مشروع یا نامشروع، فاقد وصف بکارت باشد. طبق رأی وحدت رویه شماره ۶۲-۱۳۶۳/۳/۲۹ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، ولایت پدر بر چنین دختری ساقط است و مشروعیت دخول قبل از عقد، شرط صحت عقد و شرط سقوط ولایت پدر نیست و دخول مطلقاً (مشروع باشد یا غیر مشروع)، سبب سقوط ولایت پدر می‌شود. در نتیجه، از یک طرف، دختر غیر باکره مستقل در امر نکاح است و اجازه ولی قهری ساقط است و از سوی دیگر، طبق ماده ۱۰۴۱ اصلاحی مصوب ۱۳۸۱، نکاح دختر کمتر از ۱۳ سال تمام شمسی باید با اذن ولی قهری و رعایت مصلحت به تشخیص دادگاه باشد و این پرسش را مطرح می‌سازد که آیا نکاح دختر ثیبه کمتر از ۱۳ سال، مشمول رأی وحدت رویه است و وی مستقل در نکاح است یا با اصلاح ماده ۱۰۴۱، قلمرو رأی وحدت رویه در مورد دختر ثیبه کمتر از ۱۳ سال تخصیص خورده است؟ به بیان دیگر هدف ماده ۱۰۴۱ حمایت از دختر صغیر است یا دختر باکره؟

به نظر می‌رسد مقنن با تصویب حکم جدید، حمایت از اطفال و منع ازدواج اجباری کودکان را مورد هدف قرار داده و به تحدید اختیار ولی قهری و نظارت دادگاه بر آن نظر داشته است و باکره یا ثیبه بودن تأثیری در حکم ندارد. لذا ماده ۱۰۴۱ اصلاحی شامل دختران غیر باکره کمتر از ۱۳ سال نیز می‌باشد. در فقه نیز بر بقای ولایت بر صغیر ثیبه تصریح شده است (نجفی، ۱۳۹۴ هـ ج ۲۹، ص ۱۷۴؛ گرجی، ۱۳۸۴، ص ۹۱).

### ۴- وضعیت نکاح اطفال نامشروع

با توجه به رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ مورخ ۱۳۷۶/۴/۳ مبنی بر این‌که «...زانی پدر

عرفی طفل تلقی و در نتیجه کلیه تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه برعهده وی می‌باشد و حسب ماده ۸۸۴ قانون مدنی صرفاً موضوع توارث بین آن‌ها منتفی است...»، به نظر می‌رسد، همانند اطفال مشروع، اطفال طبیعی نیز باید با اذن ولی و اجازه دادگاه ازدواج کنند و آثار ولایت برای ولی طبیعی و ولی قانونی طفل یکسان است و ضمانت اجرای نکاح طفل طبیعی بدون اذن ولی مانند نکاح طفل قانونی و مشروع می‌باشد؛ هر چند گسترش نتایج رأی وحدت رویه به پدربزرگ و برقراری اختیار تزویج برای او دور از احتیاط است و با توجه با استثنایی بودن تزویج کودکان صغیر دشوار به نظر می‌رسد.

## یافته‌های پژوهش

۱- با وجود پذیرش ولایت در نکاح صغار در فقه امامیه، مقدمات تصویب ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی اصلاحی مصوب سال ۱۳۸۱ و ظاهر نص مذکور، از حیث استفاده از واژه‌های «اذن» و «منوط است»، نشان می‌دهد که هدف قانون‌گذار کنار نهادن نهاد ولایت در نکاح و پذیرش تأسیس اذن ولی در ازدواج اشخاص نرسیده به سن قانونی نکاح است. این تفسیر به مصلحت صغیر و خانواده و اجتماع و مطابق با تعهدات بین‌المللی است.

۲- بررسی ضمانت اجرای شرط اذن ولی و اجازه دادگاه نشان می‌دهد که نکاح صغیر، بدون اجازه دادگاه هر چند با اذن ولی، غیر نافذ است و صلاحیت دادگاه در بررسی نکاح صغیر برای احراز وجود مصلحت محدود به فرضی است که مؤخر بر اذن ولی قهری در نکاح باشد و درخواست استقلالی صغیر یا اذن شخصی جز ولی قهری نمی‌تواند مجوز رسیدگی دادگاه و صدور اجازه نکاح صغیر باشد و حتی خود دادگاه نیز نمی‌تواند بدون وجود اذن ولی اقدام به تزویج ولایی صغار کند.


۳- تجربه چندین بار قانون‌گذاری و افراط و تفریط در این راه نشان می‌دهد که ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۳، که سن نکاح را برای پسر ۱۸ سال و برای دختر ۱۵ سال تعیین کرده بود و استثنائاً برای پسر بالای ۱۵ سال و دختر بالای ۱۳ سال معافیت از شرط سن پیش‌بینی کرده بود، با قابلیت جسمی و بلوغ تکوینی و فکری و تعهدات بین‌المللی و راهکار سایر نظام‌های حقوقی اسلامی و غربی و نهایتاً مصلحت خانواده بیشتر سازگار است.

## منابع و مأخذ

- ✓ ابن حمزه، ابوجعفر محمد بن علی، *الوسيله الى نيل الفضيله*، بیروت، مؤسسه فقه شیعه، ۱۴۱۰هـ.
- ✓ اراکی، محمد علی، *زبده الاحکام*، قم، نشر مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۳، چاپ سوم
- ✓ امید، جلیل، «*تجویز تزویج صغار*»، مجله مقالات و بررسی‌ها، ۱۳۷۷، شماره ۶۳
- ✓ جبعی‌عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، *الروضه البهیه فی شرح اللمه الدمشقیه*، قم، نشر واریان، ۱۳۸۰، چاپ اول
- ✓ حسینی خوانساری، احمد، *جامع المدارک*، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۳۵۵، چاپ اول
- ✓ حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه الى تحصیل مسائل الشریعه*، تهران، مکتبه الاسلامیه، ۱۳۸۲هـ.
- ✓ حلّی، حسن بن یوسف مطهر اسدی (علامه)، *تبصره المتعلمین فی احکام الدین*، ترجمه ابوالحسن شعرانی، تهران، انتشارات اسلامیه، ۱۳۸۵، چاپ ششم
- ✓ \_\_\_\_\_، *تذکره الفقهاء*، تهران، مکتبه المرتضویه، ۱۳۸۸هـ.
- ✓ حلّی، نجم‌الدین جعفر بن حسن (محقق)، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، ترجمه ابوالقاسم ابن احمد یزدی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۲، چاپ ششم
- ✓ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *الفارق*، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶، چاپ اول
- ✓ دیانی، عبدالرسول، *حقوق خانواده*، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۷، چاپ اول
- ✓ شکری، فریده، «*بررسی حقوقی سن ازدواج و رشد دختران*»، فصلنامه مطالعات راهبردی زنان، شورای فرهنگی اجتماعی زنان، ۱۳۸۷، سال دهم، ش ۴۰
- ✓ شهیدی، مهدی، *اصول قراردادهای و تعهدات*، تهران، نشر عصر حقوق، ۱۳۷۹، چاپ اول

- ✓ صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله، *مختصر حقوق خانواده*، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۹، چاپ سوم
- ✓ طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *العروه الوثقی*، قم، نشر دار التفسیر، ۱۳۸۷، چاپ هشتم
- ✓ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *النهایه*، بیروت، دارالکتاب العربی، ۱۴۰۰هـ
- ✓ غروی اصفهانی، محمد حسین، *حاشیه المکاسب*، قم، دارالمصطفی لایه التراث، ۱۴۱۸هـ چاپ اول
- ✓ قاری سید فاطمی، سید محمد، «*تزویج کودکان*»، فصلنامه مفید، قم، دانشگاه مفید، ۱۳۷۴، شماره ۲
- ✓ کاتوزیان، ناصر، *حقوق خانواده*، تهران، نشر انتشار، ۱۳۷۱، چاپ سوم
- ✓ گرجی، ابوالقاسم و همکاران، *بررسی تطبیقی حقوق خانواده*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴، چاپ اول
- ✓ محقق داماد، سید مصطفی، *حقوق خانواده*، تهران، نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۲، چاپ چهارم
- ✓ محقق داماد، سید مصطفی و همکاران، *حقوق قراردادهای در فقه امامیه*، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۹، چاپ اول
- ✓ مرعشی شوشتری، سید محمد، «*تحقیقی درباره سن بلوغ*»، مجله قضایی و حقوقی دادگستری، ۱۳۷۱، شماره ۴
- ✓ مطهری، مرتضی، *نظام حقوق زن در اسلام*، تهران، نشر صدرا، ۱۳۸۶، چاپ چهل و ششم
- ✓ موسوی خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، تهران، مکتب العلمیه الاسلامیه، بی تا
- ✓ موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *منهاج الصالحین المعاملات*، نجف اشرف، نشر الاراب، ۱۳۹۴هـ چاپ سوم

- ✓ موسوی بجنوردی، محمد، «بررسی مفهوم و معیار کودکی در تفکر اسلامی و قوانین ایران برای بهره‌برداری از حقوق مربوطه»، نشریه پژوهشنامه متین، پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، ۱۳۸۲، شماره ۲۱
- ✓ مهرپور، حسین، *مباحثی از حقوق زن*، تهران، انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۹، چاپ اول
- ✓ \_\_\_\_\_، *نظام بین‌المللی حقوق بشر*، تهران، نشر اطلاعات، ۱۳۷۷، چاپ اول
- ✓ مهریزی، مهدی، «بلوغ دختران»، مجله کاوشی نو در فقه اسلامی، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، پیش شماره اول، ۱۳۷۲
- ✓ میرزای قمی، ابوالقاسم، *جامع الشتات*، تصحیح مرتضی رضوی، تهران، انتشارات کیهان، ۱۳۷۵، چاپ اول
- ✓ نجفی، محمد حسن، *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۴هـ چاپ ششم



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی