

محمد صالحی

وکیل پایه یک دادگستری

## تحلیل فقهی و حقوقی نکاح قبل از بلوغ در حقوق ایران و اسلام

### ● کلید واژه‌ها:

تعریف لغوی و اصطلاحی نکاح، تعریف لغوی و اصطلاحی بلوغ، تعریف لغوی و اصطلاحی ولی، بحث تاریخی، سن قانونی برای ازدواج، علامات بلوغ در فقه امامیه و سایر مذاهب اسلامی، تقارن زمانی بلوغ و رشد، منظور قانون از ولی، ازدواج قبل از بلوغ، ولایت پدر و جد پدری، ولایت وصی منصوب از جانب پدر یا جد پدری، ولایت حاکم شرع در صورت نبودن پدر و جد پدری، ملاک مصلحت مولی علیه و زمان آن، دادگاه صالح جهت اخذ اجازه ازدواج، ضمانت اجرای حقوقی و کیفری تخلف از شرط بلوغ.

### ● چکیده:

آنچه به نحو مفصل در این مقاله به بررسی آن پرداخته می‌شود اختصاص به تحلیل فقهی و حقوقی تبصره ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۸۱/۴/۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام دارد «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن سیزده سال تمام شمسی و پسر قبل از پانزده سال تمام شمسی منوط به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح است» در بادی امر به تعریف واژگان کلیدی بکار رفته شده در تبصره پرداخته خواهد شد. (واژه‌های نکاح، بلوغ، ولی، از لحاظ لغت و اصطلاح مورد تعریف قرار خواهد گرفت) بحث تاریخی و سن قانونی برای ازدواج و علامات بلوغ در فقه امامیه به عنوان منبع و سرچشمه اصلی و اساسی قانون مدنی ایران و سایر مذاهب

اسلامی و مسأله رشد و تقارن زمانی آن با بلوغ جسمانی، و منظور قانون از ولی و ازدواج قبل از بلوغ و ولایت پدر و جد پدری و ولایت حاکم شرع در صورت نبود پدر یا جد پدری یا غیبت آنان و ملاک مصلحت مولی علیه و زمان آن و دادگاه صالح جهت اخذ اجازه ازدواج و ضمانت اجرای حقوقی و کیفری تخلف از شرط بلوغ بحث و بررسی حقوقی و فقهی صورت خواهد گرفت و سعی و تلاش در جهت بازشناسی زوایای تبصره یاد شده خواهد بود.

از محقق و پژوهشگر ارجمند جناب آقای سیدعلی آل داوود وکیل پایه یک دادگستری که با راهنمایی‌های ارزنده خود نهایت محبت را مبذول فرمودند تشکر و قدردانی می‌نمایم.

#### ● مقدمه:

جایگاه والای خانواده به عنوان باهویت‌ترین نهاد اجتماعی از دیرباز و خصوصاً قرون اخیر مقام و موقعیت ممتازی در بین کلیه تأسیسات حقوقی نوین و کهن احراز کرده است. اهمیت خانواده در مجادله بی‌امان و مستمر تاریخ ملت‌ها به حدی است که هیچ یک از مکاتب سیاسی و اجتماعی و فلسفی از پرداختن به آن بی‌نیاز نبوده‌اند. خانواده پناهگاه انسان اجتماعی است، مأمنی که به دلخواه برگزیده می‌شود تا جایی برای سکون و آرامش باشد. عادات و رسوم اجتماعی و اخلاق، سرپناه و محافظ این مکان مقدس است و راه نفوذ قوانین دولتی را می‌بندد. حقوق خانواده در اسلام بخش مهمی از احکام و اخلاق را تشکیل می‌دهد و با وسواس و دقتی درخور تشریح الهی کلیه جوانب و زوایای آن مورد لحاظ شارع مقدس قرار گرفته است.\*

#### الف) تعریف لغوی و اصطلاح نکاح

نکاح در لغت به معنای: ۱. زناشویی بستن، ۲. زناشویی کردن، ۳. زناشویی، ۴. امتزاج طبایع است بعضی با بعضی که موجب پدید آمدن موالید گردد.\*\* و در اصطلاح حقوقی، نکاح رابطه‌ای است حقوقی - عاطفی که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل

\* - برگرفته از مقدمه کتاب‌های حقوق خانواده، دکتر ناصر کاتوزیان و دکتر سیدمصطفی محقق داماد.

\*\* - دکتر محمد معین، فرهنگ فارسی، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ سوم، ۱۳۵۷، جلد چهارم، ص ۴۷۹۹.

می‌گردد و به آنها حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کنند، مظهر بارز این رابطه حق تمتع جنسی است. این تعریف شامل هر دو قسم نکاح یعنی دائم و منقطع است.\*

### ب) تعریف لغوی و اصطلاح بلوغ

بلوغ در لغت به معنای رسیدن (الوصول)، رسیده، رسا، رسیدن به حد رشد\*\* در اصطلاح حقوقی: رسیدن طفل است به حال احتلام (در مرد) و حیض یا حمل (در مورد زنان)\*\*\* انتهاء حَدِّ الصِّغَر (ابن عابدین)\*\*\*\* بلوغ در خنثی موقعی محقق می‌شود که از عهده تشخیص سود و زیان خود برآید.\*\*\*\*\*

### ج) تعریف لغوی و اصطلاح ولی

ولی در لغت به معنای دوست، صدیق، یار، صاحب، نگهبان، حافظ، آنکه از جانب کسی در کاری تولیت دارد، متصرف در امور کسی\*\*\*\*\* و در اصطلاح حقوقی: کسی که به حکم قانون اختیار دیگری یا دیگران را در قسمتی از امور دارا می‌باشد\*\*\*\*\* در امور خصوصی (ولایت پدر و جدپدری نسبت به صغیر).

### بعث تاریخی

سن بلوغ برای ازدواج، از آغاز تدوین قانون مدنی تا زمان حاضر دستخوش تغییرات گوناگونی شده است که ملاحظه سیر تاریخی آن به نظر ضروری می‌رسد. ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳ در این باره مقرر کرده بود، «نکاح اناث قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام و نکاح ذکور قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام ممنوع است. معذالک در

\* - دکتر سیدمصطفی محقق داماد، بررسی فقهی خانواده، تهران، نشر علوم اسلامی، چاپ ششم، ۱۳۷۶، ص ۲۲.

\*\* - مرحوم حسن عمید، فرهنگ عمید، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ سوم، ۱۳۶۰، جلد اول، ص ۳۷۳.

\*\*\* - دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۶۸: ص ۱۱۳.

\*\*\*\* - سعدی ابوحیب، القاموس الفقهیه لغة و اصطلاحاً، دمشق، سوریه، دارالفکر، چاپ دوم، ۱۴۰۸، هق، سر ۴۱.

\*\*\*\*\* - ترمینولوژی حقوق، ص ۷۱۳، شماره ۸۸۶.

\*\*\*\*\* - فرهنگ فارسی، ص ۵۰۵۸.

\*\*\*\*\* - ترمینولوژی حقوق، ص ۷۵۸، شماره ۶۱۱۶.

مواردی که مصالحی اقتضا کند، با پیشنهاد مدعی العموم و تصویب محکمه ممکن است معافیت از شرط سن اعطا شود، ولی در هر حال این معافیت نمی تواند به انائی داده شود که کمتر از ۱۳ سال تمام و به ذکوری شامل گردد که کمتر از ۱۵ سال تمام دارند. انتقادهایی که از ازدواج نوجوانان می شد، قانونگذار را برآن داشت تا در ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ چنین اعلام کند. «ازدواج زن قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام و مرد قبل از رسیدن به سن ۲۰ سال تمام ممنوع است. معذالک در مواردی که مصالحی اقتضا کند استثنائاً در مورد زنی که سن او پانزده سال تمام کمتر نباشد و برای زندگی زناشویی استعداد جسمی و روانی داشته باشد، به پیشنهاد دادستان و تصویب دادگاه شهرستان ممکن است معافیت از شرط سن اعطا شود...» در اصلاح سال ۱۳۶۱ آن افراط قانونگذار واکنش سختی به بار آورد. «نکاح قبل از بلوغ ممنوع است.» تبصره: عقد نکاح قبل بلوغ با اجازه ولی صحیح است به شرط رعایت مصلحت مولی علیه.

تبصره اصلاحی در سال ۱۳۸۱ «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن سیزده سال تمام شمسی و پسر قبل از پانزده سال تمام شمسی منوط به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح است.» مصلحتی که قانون به آن اشاره می کند اعم از مصلحت جسمی یا مالی و معنوی است. به هر حال در کشور ما، به طور معمول دختران در ۱۳ سالگی و پسران در ۱۵ سالگی بالغ می شوند که با واقعیت طبیعی در اقلیم ما سازگار است.

### سن قانونی برای ازدواج

«نویسندگان قانون مدنی، چون نمی خواسته اند که از عقاید مشهور در فقه تجاوز کنند و در عین حال نیز مایل به پذیرفتن آن نبوده اند، سن بلوغ را زیر عنوان «قابلیت صحی برای ازدواج» بیان کرده اند.»<sup>۳</sup> منظور از قابلیت صحی برای ازدواج، دارا بودن استعداد

۳ - دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ سوم، ۱۳۷۱، جلد اول، ص ۶۶.

جسمانی هر یک از زن و شوهر آینده برای روابط جنسی و عواقب مترتبه بر آن است.\* ممنوعیت ازدواج قبل از بلوغ به عنوان یک قاعده کلی توسط ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی پذیرفته شده است. چنین عقدی به دلیل عدم احراز قصد واقعی باطل است. از مفاد تبصره ۱۰۴۱ قانون مدنی به خوبی برمی آید که منظور تعیین سن بلوغ برای ازدواج بوده است. بنابراین با عنایت به تبصره ماده یاد شده دوشیزگان پس از رسیدن به سن ۱۳ سالگی و پسران پس از رسیدن به سن ۱۵ سالگی در صورت تمایل به ازدواج احتیاجی به اخذ اجازه از دادگاه ندارند و در پایین تر از سنین یاد شده علاوه بر اذن ولی و رعایت مصلحت احتیاج به اخذ اجازه از دادگاه صالح می باشد. بنابراین سن قانونی برای ازدواج در پسران ۱۵ سالگی و دختران ۱۳ سالگی می باشد. «به موجب قانون مصوب ۱۹۴۹ در انگلستان که هنوز هم اعتبار دارد، سن ازدواج برای پسر و دختر ۱۷ سال تمام است.»\*\*

#### علامات بلوغ در فقه امامیه و سایر مذاهب اسلامی

در قانون مدنی ایران علامات بلوغ ذکر نشده است و قانونگذار در تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی به ذکر سن بلوغ در دختر و پسر اکتفا کرده است و فی الواقع به ذکر ملاک سن که یکی از نشانه های بلوغ است بسنده کرده است: «علامات بلوغ در ذکور عبارت است از: الف) رویدن موی عانه، ب) رویدن موی صورت، ج) احتلام، د) گذشتن ۱۵ سال تمام قمری از تاریخ تولد. علامات بلوغ اناث عبارت است از: الف) حیض، ب) حمل، ج) گذشتن ۹ سال تمام قمری از تاریخ تولد\*\*\* فقیهان امامیه در کتب مفصله خود ۳ علامت جهت تشخیص بلوغ بیان کرده اند. ۱. افزرارالشعر الخشن علی العانه: رویدن موی خشن در بالای عانه، ۲. الاحتلام: بیرون آمدن منی به هر طریقی که مشروع یا غیرمشروع تحقق یابد از علایم بلوغ است، ۳. بلوغ السن رسیدن به سن بلوغ که طبق نظر مشهور در فقه امامیه ۹ سال تمام قمری در دختر و پانزده سال تمام قمری در پسر است.

\* - دکتر سیدحسن امامی، حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامیة، چاپ پنجم، ۱۳۶۸، جلد چهارم، ص ۲۷۸.

\*\*\* - حقوق مدنی خانواده، ص ۶۸.

\*\*\*\* - ترمینولوژی حقوق ص ۱۱۳.

تبصره ۱: ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی به پیروی از نظریه مشهور در فقه ملاک رشد را بلوغ قرار داده است. لذا به نظر می‌رسد قانون مدنی، بلوغ جسمی را ملاک قرار داده است اما نظر دیگری در فقه وجود دارد که سن بلوغ شرعی در دختران را ۱۳ سال تمام قمری می‌داند. ظاهراً از متقدمین شیعه شهید ثانی (ره) در کتاب مسالک الافهام که شرحی بر شرایع الاسلام محقق حلی (ره) است سن بلوغ در دختران را سیزده سالگی دانسته است و در بین فقهای فعلی نیز آیت‌... صناعی و مرعشی سن بلوغ در دختران را سیزده سالگی می‌داند. اما در مورد سن بلوغ در پسران که ۱۵ سالگی محقق می‌شود در بین فقهای شیعه ظاهراً مخالفی وجود ندارد و نظر اتفاقی در پسران ۱۵ سالگی است و آنچه مورد نزاع است رسیدن سن بلوغ شرعی در دختران می‌باشد. «در حقیقت علایم بلوغ در زنان که وفق نظر همه مذاهب اسلامی حیض و حامله شدن زن است، در سنین کمتر از دوازده سالگی رخ نمی‌دهد البته در بین مذاهب اسلامی، امامیه و مالکیه و حنابله درآمدن موی زیر در اطراف عورت را نیز دلیل بر بلوغ دانسته‌اند و خارج از این ملاک‌ها، ملاک سن به عنوان حدی که قطعاً این علایم وجود دارد نیز مدنظر قرار گرفته است.»\* در سایر مذاهب اسلامی نیز نسبت به سن بلوغ اتفاق نظر وجود ندارد. علامه‌البلوغ عندالحنفیه - فی الغلام: الاحتلام و الانزال و فی البنات: احتلام و الحیض و الحبل - فان لم يوجد فیهما شیء من ذلک، فحتی یتیم لکل منهما خمس عشره سنه و به یفتی - و عن ابی حنیفه حتی یتیم له ثمانی عشره سنه، و لها سبع عشره سنه - ابوحنیفه هیچ‌ده سالگی را برای پسر و هفده سالگی را برای دختر سن بلوغ دانسته است\*\* اما در نزد حنبلی‌ها - عندالحنابله: الاحتلام، او بلوغ خمس عشره سنه، او انبات الشعرا الخشن حول القبل و تزید الانثی بالحیض و الحمل\*\*\* یعنی بیرون آمدن منی به هر طریق یا رسیدن به سن ۱۵ سالگی یا روییدن موی خشن در اطراف قُبُل (عانه) و در زن حیض و حامله شدن اضافه می‌شود. «سایر مذاهب اسلامی پانزده سالگی را برای هر دو انتخاب

\* - دکتر عبدالرسول دینانی، حقوق مدنی (خانواده)، تهران، امید دانش، چاپ اول، ۱۳۷۹، ص ۴۹.

\*\* - القاموس الفقہیہ لغة و اصطلاحاً، ص ۴۲.

\*\*\* - منبع پیشین، ص ۴۲.

کرده‌اند.\* شیخ طوسی (ره) در کتاب مبسوط جلد اول ص ۲۶۶ و ابن حمزه (ره) از فقهای متقدم شیعه، ده سالگی را سن بلوغ دانسته‌اند. به نظر می‌رسد با توجه به وضعیت اقلیمی و جغرافیایی ایران بایستی سنی را که در آن قطعاً نوجوانان به سن بلوغ می‌رسند به عنوان اماره بلوغ تعیین کرد که در مورد دختران ایرانی معمولاً و غالباً سیزده سالگی می‌باشد. بعضی از حقوقدانان نیز دوازده سالگی را اماره بلوغ دانسته‌اند. راهی که مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام انتخاب کرده است با توجه به واقعیت‌های اجتماعی راهی معقول و مقبول است.

آیا بین بلوغ جسمانی و رشد که در آیه ششم سوره نساء آمده است تقارن زمانی وجود دارد؟ آنچه از مجموعه ادله مستفاد می‌شود همیشه یا در اکثریت قریب به اتفاق، بلوغ جسمی با بلوغ روحی همزمان نمی‌باشد به همین جهت است که منظور از رشد در آیه شریفه نیز رشد روحانی (عقلانی) است نه جسمانی. «در این مرحله است که توانایی نشان دادن و سهیم بودن در عشق برای وی پیدا می‌شود. آنجاست که عشق و لذت دیگری نیز برای وی مهم می‌شود و از دایره لذت‌های شخصی و فردی دوران کودکی بیرون می‌آید. نه فقط دوست دارد خوشحال شود بلکه علاقه دارد خوشحال کند، نه فقط از محبوب خود لذت ببرد بلکه می‌تواند او را ارضاء کند. این نمونه بلوغی است که برای روابط زناشویی لازم است.\*\*» به نظر می‌رسد که امر ازدواج مهم‌تر از تصرفات مالی است زیرا پیامبر مکرم اسلام (ص) و حضرت علی (ع) نیز بعد از ۲۰ سالگی ازدواج کرده‌اند.

### منظور از ولی در تبصره ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی چیست؟

قانون مدنی ایران در تبصره ۱۰۴۱ قانون مدنی تنها به ذکر کلمه «ولی» اکتفا کرده و آن را تعریف نکرده است فلذا بایستی به منبع الهام گرفته از آن یعنی فقه امامیه رجوع کرد. با توجه به مبانی فقهی منظور از «ولی» در اینجا «ولی قهری» است که شامل پدر و جدپدری و هرچه بالاتر رود، می‌شود «در مورد عدم ولایت سایر بستگان به جز مادر و

\* - حقوق مدنی خانواده، جلد اول، ص ۶۹، شماره ۴۰.

\*\* - حقوق مدنی (خانواده)، ص ۵۱.

جدمادری نیز اکثریت اصحاب امامیه بر عدم ولایت عقیده دارند و تعداد قلیل و نادری از آنان از جمله «ابن جنید» معتقدند که مادر و جد مادری می‌توانند جایگزین پدر شوند.\*

امام قدس سره در این خصوص می‌فرماید: پدر و جد از طرف پدر (یعنی پدرپدر و بالاتر) بر صغیر و صغیره و دیوانه که جنونش به بلوغ اتصال دارد و همچنین ظاهراً بر دیوانه‌ای که دیوانگیش از بلوغ فاصله دارد ولایت دارد و مادر و جد مادری ولو از طرف مادری، به اینکه پدر برای مادری مثلاً باشد و برادر و عمو و دایی و اولاد آنها، بر آنها ولایت ندارند\*\*، مرحوم آیت‌ا... خویی (ره) نیز ولایت را مختص برای پدر و جد از طرف پدر هرچقدر بالا رود و وصی منصوب از جانب آنان و حاکم شرع جامع شرایط و مولی نسبت به مملوک خود می‌داند\*\*\*

مرحوم آیت‌ا... گلپایگانی در سؤال ۴۱۹ - آیا برادر و مادر ولایت بر صغیر و مجنون دارند یا خیر؟ می‌فرماید: ولایت بر صغیر و صغیره و مجنونی که جنون او متصل به بلوغ باشد مخصوص پدر و جدپدری است و برادر و عمو و دایی و مادر هیچ یک ولایتی ندارند و جد مادری هم ولایت ندارد هرچند از طرف مادری باشد، مثلاً پدر مادری باشد. اما نسبت به مجنونی که جنون او متصل به بلوغ نباشد لقوی ولایت حاکم شرع است. هرچند احتیاط آن است که از پدر یا جدپدری نیز اذن گرفته شود.\*\*\*\* اما قانون مدنی ایران از نظر مشهور در فقه پیروی کرده است و ازدواج صغیر و صغیره قبل از بلوغ را منوط به اذن ولی که همان پدر یا جدپدری باشد دانسته است. از دادگاه‌ها و دیوانعالی کشور تاکنون رأی مبنی بر ولایت مادر یا جد مادری صادر نشده است و فقهای متأخر و فعلی نیز منظور از ولی را پدر و جدپدری هر قدر بالا رود می‌دانند. در مذهب شافعی ولایت بر فرزند صغیر با مادر و جد مادری می‌باشد.

\* - بررسی فقهی خانواده، ص ۴۸.

\*\* - امام خمینی (ره)، تحریرالوسیله، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸هـ.ق، جلد دوم، ص ۲۵۵، مسأله ۱.

\*\*\* - آیت‌ا... العظمی خویی (ره)، منهاج الصالحین، قم، مطبوعه مهر، ۱۴۰۹هـ.ق، جلد دوم، ص ۳۶۰، الفصل الثانی، فی الاولیاء، انما الولایه للاب و ان علاوصیه و الحاکم و المولی، مسأله ۱۲۴۳، ص ۳۶۱، للمولی الولایه علی مملوک ذکر آکان ام انتی مطلقاً.

\*\*\*\* - آیت‌ا... العظمی گلپایگانی (ره)، مجمع المسائل، قم، دارالقرآن، ۱۴۰۹هـ.ق، جلد دوم، ص ۱۵۲.



### آیا ازدواج قبل از بلوغ توسط ولی صحیح است؟

در اینکه ولی می‌تواند برای دختر صغیره یا پسر صغیر خود نکاح کند. بین فقها تردیدی وجود ندارد و از این حیث نیز فرقی نمی‌کند که دختر صغیره باکره باشد یا آنکه به علت کسالت یا جنایت یا اشتباهاً از او ازاله بکارت شده باشد. مستند این فتوا علاوه بر اجماع، روایات زیادی است که وارد گردیده است.<sup>\*\*\*</sup> از نظر قانون مدنی ایران با عنایت به تبصره اصلاحی مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام، ولی قهری می‌تواند برای فرزند صغیر خود با اجازه دادگاه صالح و به شرط وجود مصلحت در تزویج ازدواج کند. حتی دختر صغیره پس از بلوغ نسبت به عقد انجام شده توسط ولی حق خیار ندارد، که در این مورد بعضی از فقها دعوی اجماع کرده‌اند. در مورد پسر صغیر نیز مشهور فقهای امامیه فتوا بر عدم خیار داده‌اند. گروهی از فقها از جمله ابن براج، ابن حمزه، ابن ادریس حلی و نیز شیخ طوسی معتقدند که پسر صغیر پس از بلوغ حق خیار دارد.<sup>\*\*\*</sup> امام قدس سره می‌فرماید: اگر عقد به وسیله پدر یا جد صغیر یا صغیره با مراعات آنچه که رعایتش واجب است واقع شود بعد از بلوغ آنها حق خیار فسخ ندارند بلکه بر آنها لازم می‌باشد.<sup>\*\*\*</sup> مرحوم آیت... خوبی (ره) در این خصوص می‌فرماید: للاب الولایه علی الصغیرین و المجنونین البالغین کذلک و لایخیر لهما بعد زوال الوصفین الا اذا کان العقد حین وقوعه مفسده عند العقلاء فلا یصح الا با جازه بعد البلوغ والعقل.<sup>\*\*\*</sup>

مرحوم آیت... گلپایگانی (ره) در سؤال ۴۱۲ - هرگاه عقد نمودن صغیر مفسده داشته باشد آیا باز هم پدر یا جد ولایت بر او دارند و می‌توانند او را به عقد کسی در آورند یا خیر؟ می‌فرمایند: صحت عقد و نفوذ آن مشروط بر عدم مفسده است و چنانچه مفسده داشته باشد عقد فضولی است و صحت عقد موقوف بر این است که صغیره بعد از بلوغ آن را اجازه کند.<sup>\*\*\*</sup>

بدین ترتیب، احتمال فراوان دارد که کلمه «نکاح» در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی به معنی

\* - بررسی فقهی خانواده، ص ۴۹.

\*\* - همان کتاب، ص ۴۹.

\*\*\* - تحریر الوسیله، جلد دوم، ص ۲۵۵، مسأله ۵.

\*\*\*\* - منهاج الصالحین، جلد دوم، ص ۳۶۰، مسأله ۱۲۳۷.

\*\*\*\*\* - مجمع المسائل، جلد دوم، ص ۱۵۰.

«آمیزش» و «نزدیکی» و در تبصره آن ماده به معنی «زواج» بکار رفته باشند به همین دلیل است که نکاح در تبصره ماده ۱۰۴۱ همراه با عقد آمده است تا تردیدی در مفهوم آن باقی نماند.\*

### آیا ولایت پدر و جدپدری در امر تزویج صغیر یا صغیره ترتیبی است؟

مستفاد از مجموع ادله فقهی و حقوقی آن است که ولایت پدر و جدپدری در امر تزویج صغیر یا صغیره در فرض حیات هر دو ترتیبی نیست بلکه در عرض یکدیگر می باشد بنابراین، هرکدام از آنان می توانند بدون موافقت دیگری مبادرت به ازدواج مولی علیه خود کنند. در صورتی که امر ازدواج توسط هر دو انجام شده باشد آن ازدواجی که مقدم است صحیح و دیگری فاقد اثر است اما در صورت وقوع هر دو در زمان واحد، به نظر فقیهان امامیه اقدام جدپدری نفوذ شرعی داشته و اقدام پدر کانالم یکن تلقی می شود. مرحوم امام قدسه سره می فرماید: ولایت جد منوط به زنده بودن پدر و (یا) مرده بودن او نمی باشد پس در وقت وجود آنها هر کدام از آنها در ولایت مستقل می باشند و اگر یکی از آنها بمیرد ولایت اختصاص به دیگری پیدا می کند...\*\*

مرحوم آیت... گلپایگانی (ره) در سؤال ۴۱۱: آیا با بودن پدر، جد هم ولایت دارد یا خیر؟ می فرماید: بلی، ولایت جد مشروط به موت پدر نیست و هر دو به نحو استقلال ولایت دارند و هر یک فوت نمود ولایت مختص به دیگری می شود و هر کدام از آنها برای صغیر یا صغیره، مثلاً تزویج کرد، دیگری حق به هم زدن آن را ندارد.\*\*\* نظر دیگری نیز وجود دارد که ولایت پدر و جد پدری را ترتیبی (در طول هم) می داند بدین معنی که با بودن پدر، جدپدری ولایت بر صغیر ندارد و در صورت نبود وی (مرگ او) جدپدری ولایت بر صغیر دارد. رجوع کنید به مسأله ۳ عروة الوثقی سیّد یزدی صفحه ۷۰۱ جلد دوم.

\* - حقوق مدنی، جلد دوم، ص ۱۵۰.

\*\* - حقوق مدنی خانواده، جلد اول، ص ۷۵.

\*\*\* - تحریرالوسیله، جلد دوم، ص ۲۵۵، مسأله ۳.

## آیا وصی منصوب از طرف پدر یا جدپدری نسبت به نکاح صغیر و صغیره ولایت دارد؟

گرچه در ماده ۱۱۹۴ قانون مدنی از وصی منصوب از طرف پدر یا جدپدری نیز به عنوان ولی خاص نام برده شده است ولیکن در تبصره اصلاحی ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی تنها، نکاح صغار را منوط به اذن ولی که همان پدر یا جدپدری باشد دانسته است و ذکری از وصی منصوب از طرف آنان نشده است، لیکن می توان با توجه به ماده ۱۱۹۴ قانون مدنی چنین استنباط کرد که اولیای خاص صغار که یکی از آنها نیز وصی منصوب از جانب پدر یا جدپدری است در ازدواج صغار ولایت دارند به شرط آنکه موصی تصریح به نکاح کرده باشد. در فقه امامیه دو نظر در این خصوص وجود دارد بعضی از فقها نظر به عدم ولایت وصی منصوب از قبل ولی قهری دارند. من جمله حضرت امام (قدس سره) که می فرماید: آیا وصی یعنی کسی که از طرف پدر یا جد قسیم است. در ازدواج بر صغیر و صغیره ولایت دارد؟ دارای اشکال است و احتیاط ترک نشود.\*

مرحوم آیت... گلپایگانی (ره) در سؤال ۴۱۳ - هرگاه پدر یا جد برای صغیر و صغیره وصی یعنی قسیم تعیین کند آیا قسیم می تواند برای آنها ترویج کند یا خیر؟ می فرماید: بنابر احتیاط نمی تواند هر چند موصی تصریح به نکاح هم کرده باشد.\*\*

اما بعضی از فقهای معاصر نظر به ولایت وصی منصوب از جانب ولی (پدر یا جدپدری) در امر نکاح به شرط آنکه موصی تصریح به نکاح کرده باشد دارند. مرحوم آیت... سیدمحمد کاظم یزدی در مسأله ۱۲ عروة الوثقی همین نظر را دارد. مرحوم آیت... خوبی در این خصوص می فرمایند: للوصی ولایة النکاح علی الصبی اذا نص علیه الموصی و کذا علی المجنون و اضطر الی الترویج و الاحوط استئذان الحاکم.\*\*\*

## آیا حاکم نسبت به نکاح دختر صغیر و پسر صغیر که ولی نداشته یا ولی آنها غایب است ولایت دارد؟

در قانون مدنی ایران نسبت به این موضوع حکمی وجود ندارد و قانون ساکت است.

\* - مجمع المسائل، جلد دوم، ص ۱۵۰.

\*\* - تحریر الوسیله، جلد دوم، ص ۲۵۶، مسأله ۱۰.

\*\*\* - مجمع المسائل، جلد دوم، ص ۱۵۰.

لیکن مسأله در فقه امامیه به عنوان منبع قانون مدنی نیز محل اختلاف می باشد. گروهی از فقیهان قدیماً و حدیثاً نظر به عدم ولایت حاکم دارند. از متقدمین شیعه شهید ثانی بر عدم ولایت حاکم نظر داده است\* مرحوم امام (قدس سره) در این خصوص می فرماید: حاکم در نکاح صغیر - پسر باشد یا دختر - با نبود پدر و جد ولایت ندارد و اگر حاجت و ضرورت و مصلحت که رعایتش در ازدواج لازم است، ازدواج را اقتضاء کند به طوری که بر ترک آن مفسده ای مترتب شود که باید از آن اجتناب کرد حاکم اقدام به تزویج او می کند و احتیاط به ضمیمه کردن اجازه وصی پدر یا جد در صورتی که وجود داشته باشد ترک نشود.\*\*\*

مرحوم آیت... گلپایگانی (ره) در سؤال ۴۱۴ - آیا در صورت فقد پدر و جد، حاکم شرع ولایت بر صغیر و صغیره در امر نکاح دارد یا خیر؟ می فرماید: در مورد سؤال حاکم شرع ولایت ندارد ولی هرگاه حاجت و ضرورت و مصلحت لازم المراعات مقتضی نکاح باشد به طوری که بر ترک آن مفسده لازم التحرز مترتب شود حاکم شرع در چنین موردی از باب حسب ولایت بر نکاح صغیر و صغیره دارد\*\*\*\* گروه دیگری از فقهای امامیه نظر به ولایت حاکم در صورت فقد پدر یا جد پدری دارند. صاحب عروه مرحوم سید محمد کاظم یزدی (ره) که به صراحت در فتوا شهرت دارد و از اصحاب امامیه است عقیده دارد که حاکم می تواند برای صغیر و صغیره نکاح کند.\*\*\*\*\* شاید بتوان وجه این نظریه روشنگرانه و واقع بینانه را چنین دانست که حاکم ولی کسی است که ولی ندارد (الحاکم ولی من لا ولی له) و (الحاکم ولی الغائب) حاکم ولی شخص غایب است.

مرحوم آیت... خوبی (ره) در این خصوص می فرماید: للحاکم الشرعی الولایه علی المجنون اذا لم یکن له ولی مع ضرورته الی التزویج و فی ولایته علی الصبی فی ذلک اشکال و الاظهر الجواز مع ضرورته الیه.\*\*\*\*\*

\* - منهاج الصالحین، جلد دوم، ص ۳۶۱، مسأله ۱۲۴۰ و عروة الوثقی مسأله ۱۲، ص ۷۰۴، جلد دوم.

\*\* - شهید ثانی، شرح لمعه، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۳۹۷ قمری، جلد دوم، ص ۹۵.

\*\*\* - تحریر الوسیله، جلد دوم، ص ۲۵۶، مسأله ۱۱.

\*\*\*\* - مجمع المسائل، جلد دوم، ص ۱۵۱.

\*\*\*\*\* - آیت... سید محمد کاظم یزدی، عروة الوثقی، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۹۲ هـ، جلد دوم، ص ۷۰۵، مسأله ۱۳، للحاکم الشرعی تزویج من لا ولی له من الاب والجد والوصی بشرط الحاجه الیه اوقضاء المصلحه لازمه

وقتی که مصلحت صغیر یا صغیره در ازدواج وی باشد و پدر و جدپدری نداشته یا در محل نباشند و یا دسترسی به آنان غیرممکن باشد این از اختیارات حاکم شرع است که با وجود مصلحت و ضرورت و رعایت غبطه آنان اجازه ازدواج به آنان بدهد. به نظر می‌رسد محاکم و دیوانعالی کشور تمایل به نظریه دوم دارند.

### آیا نفوذ نکاح ولی قهری مشروط به رعایت مصلحت مولی علیه است یا خیر؟

در تبصره اصلاحی مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام مقنن صریحاً نکاح ولی (پدر یا جدپدری) را در صورتی اجازه داده است که به مصلحت صغیر یا صغیره باشد، اما موضوع قطع نظر از قانون مدنی در حقوق امامیه به عنوان سرچشمه قانون مدنی محل اختلاف است و به طور کلی سه نظر در این خصوص از جانب فقیهان ابراز شده است: عده‌ای از فقها رعایت مصلحت را شرط ندانسته‌اند\*، عده‌ای نداشتن مفسده را ملاک قرار داده‌اند. مرحوم امام (قدس سره) در این خصوص می‌فرماید: نداشتن مفسده در صحت تزویج پدر و جد و نفوذ آن شرط است وگرنه عقد فضولی می‌باشد مانند اینکه بیگانه عقد کرده است و صحت آن بر اجازه صغیر بعد از بلوغ توقف دارد بلکه احوط مراعات مصلحت است.\*\* مرحوم آیت‌ا... خوئی (ره) نیز نداشتن مفسده نزد عقلا در هنگام وقوع عقد نکاح را شرط می‌دانند، در غیر این صورت عقد صحیح نیست مگر با اجازه بعد از بلوغ او (صغیر یا صغیره)\*\*\*، عده‌ای دیگر داشتن مصلحت را معیار دانسته‌اند که در صورت وقوع عقد برخلاف مصلحت صغار عقد به کلی باطل است. مرحوم آیت‌ا... گلپایگانی (ره) در سؤال ۳۸۷ - دختر صغیره را جهت حصول حریمیت با مادرش می‌شود صیغه کرد یا نه؟ می‌فرماید: با اذن پدر یا جدپدری با رعایت مصلحت او جایز است.\*\*\*\* ایشان نیز مصلحت را شرط صحت عقد می‌دانند. قانون مدنی در تبصره اصلاحی از نظریه اخیر پیروی کرده است. «نفوذ نکاح ولی قهری مشروط بر این

المراعاة.

\* - منهاج الصالحین، جلد دوم، ص ۳۶۱، مسأله ۱۲۴۱.

\*\* - حقوق مدنی (خانواده)، ص ۵۲.

\*\*\* - تحریرالوسیله، جلد دوم، ص ۲۵۵، مسأله چهارم.

\*\*\*\* - منهاج الصالحین، جلد دوم، ص ۳۶۰، مسأله ۱۲۳۷.

است که رعایت مصلحت مولی علیه در آن شده باشد، یعنی کافی نیست که زناشویی اجباری کودک مفسدتی به بار نیاورد بایستی به مصلحت کودک هم باشد.\*

### ملاک در تعیین مصلحت مولی علیه چه زمانی است؟

در این خصوص در قانون مدنی حکمی وجود ندارد و قانون ساکت است. با عنایت به اصول کلی حقوقی و روح قانون و فقه امامیه می توان چنین استنباط کرد که ملاک در تعیین مصلحت مولی علیه زمان وقوع عقد نکاح (ازدواج) است و زمان بلوغ یا مراجعه به دادگاه ملاک نمی باشد. «چون ممکن است در زمان نکاح مصلحت مولی علیه چنین اقتضایی داشته باشد ولی در زمان بلوغ مصلحت مزبور ازین رفته باشد.»\*\* مرحوم آیت... گلپایگانی (ره) در سؤال ۴۰۸- اگر ولی صغیر زنی را به ازدواج صغیر درآورد و او راضی به ازدواج با آن زن نباشد و به او تحمیل کنند و در سنی نباشد که تشخیص و تمیز بدهد که چگونه زنی برای او انتخاب کرده اند و نیز به او مهلت تشخیص نداده باشند این ازدواج چه صورت دارد؟ می فرمایند: به طور کلی اگر پسر صغیر بوده و ولی شرعی او، برای او زوجه اختیار کرده با رعایت مصلحت صغیر وقتی پسر کبیر شود نمی تواند عقد ازدواج را رد کند ولی اگر بخواهد طلاق بدهد مانع ندارد.\*\*\* از فتوای مرقوم چنین استنباط و استدراک می شود که ملاک مصلحت زمان ازدواج است نه زمان بلوغ و یا زمان مراجعه به دادگاه.

ژوبشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

رساله جامع علوم انسانی

### منظور از دادگاه صالح در تبصره ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی کدام دادگاه است؟

از نظر اصول حقوقی و آیین دادرسی، دادگاه صالح یعنی دادگاهی که از نظر قانون، و مقررات موضوعه صلاحیت و شایستگی رسیدگی به دعوی مطرح شده و صدور حکم درخصوص مورد را دارا می باشد.

در پیش از انقلاب اسلامی در ایران، دادگاه حمایت خانواده دادگاه صلاحیت دار

\*\* - مجمع المسائل، جلد دوم، ص ۱۴۳.

\*\*\* - حقوق مدنی خانواده، جلد اول، ص ۷۵، شماره ۴۲.

\*\*\*\* - حقوق مدنی (خانواده)، ص ۵۳.

برای رسیدگی و صدور حکم مقتضی بوده است با استقرار نظام جمهوری اسلامی و تشکیل محاکم مدنی خاص و نسخ قوانین سابق این دادگاه، مرجع صالح جهت رسیدگی و صدور حکم بوده است. پس از تشکیل دادگاه‌های عمومی در سال ۱۳۷۳ و انحلال دادگاه‌های مدنی خاص این دادگاه صلاحیت رسیدگی و صدور حکم را پیدا کرد. با تصویب و لازم‌الاجرا شدن ماده واحده قانون اختصاص تعدادی از دادگاه‌های موجود (عمومی) به امور راجع به دعای خانواده (موضوع اصل ۲۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران) دادگاه خانواده مرجع صالح جهت رسیدگی و صدور حکم بوده است. و با قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ و احیای دادسراها و تشکیل محاکم حقوقی و جزایی دادگاه‌های حقوقی (خانواده) در وضع موجود مرجع صالح جهت رسیدگی و صدور حکم اجازه ازدواج جهت طفل صغیر یا صغیره (کمتر از سیزده سال در دختر و کمتر از پانزده سال در پسر) با رعایت قیود قانونی منعکس در تبصره ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی می‌باشد.

### ضمانت اجرای حقوقی و کیفری تخلف از شرط بلوغ چیست؟

در قانون مدنی ضمانت اجرای حقوقی تخلف از شرط بلوغ به طور صریح بیان نشده است ولی از لحن ماده (۱۰۴۱) برمی‌آید که قانونگذار نخواسته است نکاح خردسالان را نافذ بداند به اضافه، عاقد و زوج نیز از نظر کیفری مجازات می‌شوند.<sup>۳</sup> ماده ۳ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰/۵/۲۰ قبل از تصویب ماده ۶۴۶ قانون مجازات اسلامی ضمانت اجرای تخلف از شرط یاد شده بود.

ماده مرقوم در این باره می‌گوید: «هرکس برخلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی با کسی که هنوز به سن قانونی برای ازدواج نرسیده است مزاجت کند به شش ماه الی دو سال حبس تأدیبی محکوم خواهد شد. در صورتی که دختر به سن سیزده سال تمام نرسیده باشد لااقل به دو الی سه سال حبس تأدیبی محکوم می‌شود و در هر دو مورد ممکن است علاوه بر مجازات حبس به جزای نقدی از ۲۰۰۰ تا ۲۰۰۰۰ ریال محکوم

\* - حقوق مدنی خانواده، جلد اول، ص ۷۶، شماره ۴۲.

گردد.» با تصویب ماده ۶۴۶ قانون مجازات اسلامی، صدر ماده ۳ به طور ضمنی نسخ شده و قابلیت استناد ندارد. ماده یاد شده مقرر می‌دارد: «ازدواج قبل از بلوغ بدون اذن ولی ممنوع است. چنانچه مردی با دختری که به حد بلوغ نرسیده برخلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی و تبصره ذیل آن ازدواج کند به حبس تعزیری از شش ماه تا دو سال محکوم می‌شود.»

ذیل ماده ۳ قانون مارالذکر «و اگر در اثر ازدواج برخلاف مقررات فوق واقعه منتهی به نقص یکی از اعضا یا مرض دائم زن گردد مجازات زوج از پنج الی ده سال حبس با اعمال شاقه است و اگر منتهی به فوت زن شود مجازات زوج حبس دائم با اعمال شاقه است. عاقد و خواستگار و سایر اشخاصی که شرکت در جرم داشته‌اند نیز به همان مجازات یا مجازاتی که برای معاون جرم مقرر است محکوم می‌شوند.» به قوت خود باقی و قابلیت استناد و استفاده را دارد و در قوانین بعدی به طور صریح یا ضمنی نسخ نشده است. تعقیب جرایم مندرج در ماده مرقوم با عنایت به قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۱ (احیای دادسراها) در صلاحیت دادسرای عمومی محل وقوع جرم می‌باشد (و در خصوص متهمین روحانی دادسرای ویژه روحانیت) و رسیدگی و صدور حکم حسب مورد در صلاحیت دادگاه‌های عمومی جزایی یا کیفری استان یا ویژه روحانیت خواهد بود. مرجع تجدیدنظر نسبت به احکام صادره نیز بر حسب مورد دادگاه تجدیدنظر استان یا دیوان عالی کشور یا دادگاه تجدیدنظر ویژه روحانیت می‌باشد.