

تجویز تزویج صغار

(مطالعه تطبیقی و ارزیابی انتقادی تبصره ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی)

جلیل امیدی

دانشکده الهیات و معارف اسلامی

چکیده:

سن ازدواج در قوانین ایران دگرگونی بسیار به خود دیده است. ماده ۱۴۰۱ قانون مدنی پیش از اصلاح چنین سنی را برای دختران ۱۵ سال و برای پسران ۱۸ سال تمام بیش بینی کرده بود و در موارد مستثنا به اقتضای مصلحت اعطای معافیت از شرط سن را هم به ترتیب تا ۱۳ و ۱۵ سال تجویز نموده بود. قانون حمایت از خانواده در سال ۱۳۵۳ ازدواج زنان پیش از رسیدن به ۱۸ سال و ازدواج مردان پیش از رسیدن به سن ۲۰ سال را ممنوع اعلام کرد. اصلاحات سال ۱۳۶۱ این وضعیت را دوباره دگرگون کرد و ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی به استناد مغایرت با احکام فقهی اصلاح و به موجب آن نکاح پیش از بلوغ ممنوع، اما عقد نکاح پیش از بلوغ با اجازه اولیای صغیر صحیح تلقی شد. وضع موجود در قانون مدنی هم از دیدگاه حقوقی و جامعه شناختی در خور انتقاد است و هم با مقررات ملی دولت‌های مرقی و مفاهیم و معیارهای بین‌المللی مغایرت تمام دارد. از این رو ارزیابی انتقادی و پیشنهاد اصلاح آن ضروری شمرده می‌شود.

کلید واژه‌ها: صغار، سن بلوغ، ولی قهری، وصی، احوال شخصیه، مصلحت و مفسده.

قسمت اول - سوابق قانونی و وضع موجود

پیش از پیروزی انقلاب اسلامی ازدواج امری شخصی تلقی می‌شد و اراده طرفین چنین عقدی از شرایط اساسی آن به شمار می‌رفت. از این رو اولیای صغار نمی‌توانستند برای آنان عقد نکاح منعقد سازند. از سوی دیگر قانون مدنی سن قابلیت صحیحی برای ازدواج را در دختران ۱۵ سال و در پسران ۱۸ سال تمام مقرر کرده بود و جز در موارد مستثنا که به اقتضای مصلحت، معافیت از شرط سن اعطا می‌شد پیش از رسیدن به سنین مذکور نکاح را ممنوع اعلام کرده بود. به موجب ماده ۱۰۴۱ این قانون:

«نکاح اناث قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام و نکاح ذکور قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام ممنوع است. مع ذلک در مواردی که مصالحی اقتضا کند با پیشنهاد مدعی العموم و تصویب محکمه ممکن است استثنائاً معافیت از شرط سن اعطا شود، ولی در هر حال این معافیت نمی‌تواند به انانثی داده شود که کمتر از ۱۳ سال تمام و به ذکوری شامل گردد که کمتر از ۱۵ سال تمام دارند».

این تصمیم قانونی که به پیروی از قانون مدنی فرانسه اتخاذ شده بود مبنایی معقول داشت. ازدواج به معنی تشکیل خانواده است؛ خانواده‌ای که قوام و دوام آن مستلزم پابندی عملی به پاره‌ای وظایف و مسئولیت‌های تربیتی، اجتماعی و حقوقی است. طرفین عقد ازدواج باید آن اندازه از رشد جسمی و روحی برخوردار باشند که اهمیت اقدام خویش را دریابند و از عهده وظایف ناشی از آن برآیند. به هر تقدیر رویه قضائی هم به سهم خود در تلطیف این حکم قانونی و هماهنگی آن با عادات و رسوم رایج و شرایط و اوضاع و احوال اقلیمی کوشش می‌کرد. بدین طریق که دادستان شهرستان پس از کسب نظر از پزشک قانونی و احراز استعداد جسمی صغیر داوطلب ازدواج، از رئیس دادگاه شهرستان در خواست اعطای معافیت از شرط سن می‌نمود. مراجع قضائی هم البته در اعطای معافیت مزبور چندان سختگیری نمی‌کردند. اما در همان زمان ادعا می‌شد که چون همسران جوان تجربه کافی برای انتخاب شریک زندگی و اداره خانواده ندارند معمولاً پیوندشان به جدایی می‌گردد (کاتوزیان؛ ۶۷/۱). از این رو قانون‌گذار در یک واکنش افراطی در صدد دگرگون ساختن وضع موجود برآمد و با تصویب قانون حمایت از خانواده در سال ۱۳۵۳ سن ازدواج را بالا برد. به موجب ماده ۲۳ قانون مورد اشاره:

«ازدواج زن قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام و مرد قبل از رسیدن به سن ۲۰ سال تمام ممنوع است. مع ذلک 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 نوگرایی افراطی که از جهات اجتماعی و تربیتی مورد انتقاد بود بعد از پیروزی انقلاب اسلامی و اصلاح قانون مدنی به طور ضمنی از میان رفت. در اصلاحات سال ۱۳۶۱ حکم ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی ظاهراً مغایر با موازین فقهی تشخیص داده شد و با جایگزین شدن یک حکم منطبق بر فتاوی فقهی منسوخ گردید. از نظر حقوقدانان متشّرع معیار شرعی در فقه بلوغ و عدم بلوغ است؛ ماده ۱۴۰۱ سابق با شرع مغایر بوده و لذا اصلاح شده است (محقق داماد، ۴۷). به هر حال حکم فعلی ماده ۱۰۴۱ قانون مورد بحث چنین است:

«نکاح قبل از بلوغ ممنوع است.

تبصره: عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی صحیح است به شرط رعایت مصلحت مولی علیه».

بدین ترتیب در اصل ماده به عنوان یک حکم عام اراده انعقاد نکاح از سوی افراد غیر بالغ به واسطه فقدان اهلیت ممنوع شمرده شد،^(۱) اما در تبصره آن انعقاد چنین عقدی از سوی اولیای افراد نابالغ صحیح تلقی گردید. بی آن که میان این دو دستور قانونی توهم معارضه و منافاتی برود.

قسمت دوم - مفهوم تبصره ماده ۱۰۴۱

مقصود از حکم تبصره مورد بحث این است که ولی می تواند برای صغار تحت ولایت خود اعم از ذکور و اناث عقد نکاح منعقد کند. تعبیر به اجازه در این باره البته نادرست است،

۱ - مراد از ممنوعیت در این ماده بطلان است یا عدم نفوذ؟ از نظر بعضی از فقها عقد صغیر اعم از ممیز و غیر ممیز به دلیل عدم اعتبار عبارت صغیر در عقود، باطل است، ولی گروهی دیگر عقود منعقد از سوی صغیر ممیز را با استناد به این که دلیلی بر عدم اعتبار عبارت وی در دست نیست، صحیح اما غیر نافذ دانسته اند. از نظر گروه اخیر چنین عقدی از سوی ولی یا خود صغیر بعد از کمال قابل تنفیذ است (نک: الطباطبائی، ۱۴ / ۴۷۰؛ النجفی، ۲۹ / ۱۴۳).

چراکه اجازه در اصطلاح فقهی و حقوقی در موارد تنفیذ و اعتبار بخشیدن به آنچه واقع شده به کار می‌رود و کاربرد آن همیشه مسبوق به وقایع و تصرفات فقهی یا حقوقی است. اجازه مورد بحث را بر اذن هم نمی‌توان حمل کرد، چراکه جایگاه قانونی این حکم و سیاق عبارت و سوابق فقهی آن بیانگر آن است که قانون‌گذار در مقام شناسایی ولایت اولیا بر نکاح صغار بوده نه درستی اذن آنان در این باره. بنابر این بر خلاف آنچه از ظاهر عبارت و معنای متبادر تبصره برمی‌آید به هیچ وجه نمی‌توان گفت مقصود مقنن آن بوده که صغار پس از کسب اذن اولیا، خود مستقیماً و اصالتاً می‌توانند مبادرت به انعقاد عقد ازدواج نمایند. آنچه مورد نظر تنظیم‌کنندگان متن تبصره مورد بحث بوده تجویز تزویج صغار از سوی اولیای آنان و بیان صحت انشای چنین عقدی بوده نه تنفیذ و تصحیح عقدی که به صورت غیر نافذ از سوی خود صغار منعقد شده یا مشروط نمودن صحت نکاح صغار به اذن اولیای آنها.

از میان عناوین مذکور در تبصره مورد بحث سه عنوان بلوغ، ولی و مصلحت نیاز به توضیح دارند. ذیلاً به طور خلاصه و با تکیه بر منابع و مآخذ فقهی به توضیح این سه عنوان می‌پردازیم:

۲-۱. بلوغ

بلوغ که در لغت به معنی رسیدن به یک امر اعم از محسوس یا غیر محسوس است (مختار الصحاح) در اصطلاح فقهی و عرفی عبارت است از رسیدن به سنی که در آن غریزه جنسی آن اندازه رشد کرده باشد که شخص از توانایی تولید مثل برخوردار گردد. میان فقها بر سر این که افراد در چه سنی به چنین موقعیتی می‌رسند و از چنین استعدادی برخوردار می‌گردند اختلاف است. این اختلاف ناشی از تعارض و تشتت ادله نقلی و تفاوت در تحلیل‌های عقلی است. مشهور فقهای امامیه سن بلوغ را در دختران ۹ سال قمری و در پسران ۱۵ سال می‌دانند. تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی به این فتوای فقهی صورت رسمی و قانونی داده است. پس معلوم می‌شود که اراده انعقاد نکاح از سوی دختران کمتر از ۹ سال و پسران کمتر از ۱۵ سال قمری نادرست است، اما تزویج آنان از سوی اولیا درست تلقی می‌شود.

۲-۲. ولی

مقصود از ولی در تبصره مورد بحث ولی قهری یعنی پدر و جد پدری است. سایر اقارب

افراد صغیر ولایتی بر نکاح آنان ندارند. در خصوص امکان تزویج صغار از سوی وصی منصوب از سوی پدر یا جدّ پدری اختلاف است. به اعتقاد بعضی از فقها در صورت تصریح ولی قهری به اعطای چنین اختیاری وصی منصوب از سوی او هم می‌تواند مبادرت به انعقاد نکاح برای صغار تحت و صایت خود بنماید (العاملی، شرح اللمعة، ۵/۱۱۶). مشهور فقهای امامیه با استناد به اصل عدم ولایت و اصل عدم انتقال ولایت از ولی قهری به وصی با این عقیده مخالف است (النجفی، ۲۹/۹۲). به عنوان یک پیش فرض حقوقی مقررات قانونی مدنی را در مقام تفسیر بر نظر مشهور باید حمل نمود. در مورد قیّم منصوب از سوی مراجع قضائی نیز گفته شده که همین نظر را باید پذیرفت، چرا که علاوه بر دلایلی که مشهور برای عدم ولایت وصی بر شمرده، کلمه ولی مذکور در عبارت تبصره خود مفید این معنی است. ولیّ در قانون مدنی معمولاً در برابر قیّم به کار می‌رود و شامل قیّم نمی‌شود مگر این که قرینه‌ای که دلالت بر عموم کند وجود داشته باشد. در اینجا چنین قرینه‌ای وجود ندارد (صفایی، ۸۰).

مشهور فقهای امامیه قائل به ولایت حاکم هم نیست. مستند فتوای مشهور در اینجا نیز حاکمیت اصل عدم و بی‌نیازی صغیر از چنین ولایتی است (النجفی، ۲۹/۱۸۸). بعضی از فقهای امامیه با تکیه بر دلایلی نظیر «السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ» و این که نیاز به نکاح و مصالح آن منحصر در مقاربت نیست درستی فتوای مشهور را مورد تردید قرار داده‌اند (النجفی، ۲۹/۱۸۹).

۲-۳. مصلحت

با وجود اطلاق ادلّه منقول ثبوت ولایت بر نکاح، از نظر فقها اعمال چنین ولایتی مشروط به مراعات مصلحت است، ولی باید دانست که مصلحت مفهومی است دو وجهی، هم جلب منفعت را در بر می‌گیرد و هم دفع مفسده و مضرت را، یعنی هم دارای وجه ایجابی است و هم واجد وجه سلبی (الشاطبی، الموافقات، ۲/۱۰). فقهای امامیه در خصوص این که صحت تزویج صغار از سوی اولیا مشروط به مراعات کدام وجه از دو وجه مصلحت است نظر واحدی ندارند. بیشتر آنان رعایت وجه سلبی مصلحت یعنی فقدان مفسده و مضرت را کافی دانسته‌اند. تعبیر مؤلف مسالک در این باره به گونه‌ای است که به اعتقاد بعضی ظهور در اتفافی بودن مسئله دارد. عدم مفسده فارق میان اعمال ولایت پدر و جدّ پدری و ولایت حاکم به

شمار رفته است، چرا که درستی اعمال ولایت قهری مشروط به عدم مفسده است، اما صحت اعمال ولایت حاکم از نظر قائلان به ثبوت آن منوط به مراعات مصلحت در هر دو وجه آن است (الطباطبائی، ۱۴/۴۵۵). با این حال برخی از متأخران امامیه همچون اعمال ولایت برمال، مراعات مصلحت را شرط اعمال ولایت بر نکاح هم شمرده‌اند، گرچه تعبیر بعضی از آنان این است که مراعات مصلحت به احتیاط نزدیک‌تر است. عبارت مؤلف العروة الوثقی در این باره چنین است:

«یشترط فی صحّة تزویج الأبّ والجدّ و نفوذِهِ عدمُ المفسدةِ وَالْأیکون العقدُ فضولياً کالأجنبي و یحتملُ عدمُ الصّحةِ بالاجازة؛ بَلِ الْأحوطُ مراعاةُ المصلحةِ» (الطباطبائی، ۱۴/۴۵۵).

تفاوت این دو فتوا در این است که بر اساس فتوای نخست درستی تزویج صغار از سوی اولیا منوط به این نیست که منفعتی مالی، معنوی یا جسمی از راه ازدواج عاید صغیر یا صغیره گردد. همچنان که لازم نیست که تزویج صغیر یا صغیره راهی برای رهایی وی از مفسده و مضرتی خاص باشد. کافی است که نفس تزویج صغیر از سوی ولی مبتنی بر مفسده نباشد و از طریق آن زیانی بر او وارد نیاید. در این جهت گفته شده که ولی نمی‌تواند صغیر تحت ولایت خود را به غیر کفو، مجنون، خصی و کسی که واجد یکی از عیوب فسخ است تزویج کند. در صورت تزویج، دختر بعد از کمال دارای خیار فسخ خواهد بود. همین طور گفته شده که چنانچه ولی دختر صغیره را بدون مهرالمثل به عقد دیگری در آورد بی آن که مصلحتی مقتضی چنین امری باشد اقوی بطلان عقد و مهر است. مراد از بطلان در اینجا عدم نفوذ و ثبوت خیار است. چنانکه پیداست در این گونه موارد نفس تزویج مبتنی بر مفسده و مضرت است. موارد مذکور منطبق بر ضابطه‌ای هستند که شارح لمعه به دست داده است: «لَوْ زَوَّجَ بِمَنْ مَفْسُودٌ لَأَيَقْتَضِيهِ الْأَذْنُ الشَّرْعِيُّ...» (العاملی ۵/۱۴۰). بدیهی است که اقتضای اذن شرعی انتفای مفسده است نه جلب منفعت. این در حالی است که فتوای دوم علاوه بر معانی و مقاصد مزبور جلب منفعت و تأمین مصلحت صغیر را در معنای عام آن شرط می‌داند. از همین رو گفته شده که از میان دو خواستگار آن را که شریف‌تر است یا مهریه بیشتر می‌پردازد (در صورت تساوی در سایر او صاف) باید برگزید (الطباطبائی، ۱۴/۴۵۶).

قانون مدنی فارغ از مناقشات فقهی «رعایت مصلحت مولی علیه» را شرط صحّت تزویج

دانسته است. تعبیر قانون مدنی البته موّجه تر است. اعمال ولایت بر غیر به ویژه در امر خطیری نظیر نکاح از امور استثنایی است. در اعمال امور استثنایی هر اندازه که ممکن است باید قائل به محدودیت شد. آنچه از ظاهر قانون مدنی بر می آید این است که برای درستی تزویج صغار این که نفس تزویج متضمّن مفسده نباشد و منتهی به تضرّر صغیر یا صغیره نگردد کافی نیست، بلکه باید از طریق تزویج مورد نظر منفعتی اعم از منافع مادی و معنوی عاید گردد یا مفسده‌ای که تمامیت جسمی یا منافع مادی یا معنوی صغیر یا صغیره را تهدید می کند از وی دفع گردد. از این رو باید گفت مصادیق معقول اعمال تبصره ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی مواردی است نظیر این که ازدواج صغیر یا صغیره سبب درمان بیماری یا موجب رهایی وی از انحرافات اخلاقی و آسیب‌های اجتماعی باشد یا تزویج صغیر یا صغیره تنها راه خروج وی از محیط نامساعد و رهایی از فقر و فلاکت حاکم بر خانواده باشد. در این گونه موارد چنان که پیداست مفسده‌ای از صغیر دفع می گردد یا منفعتی عاید او می شود.

۲ - ۴. ضمانت اجرای تخلف از شرط مراعات مصلحت

ضمانت اجرای نادیده گرفتن مصلحت مولی علیه محل خلاف است. قانون مدنی در این باره حکم روشنی ندارد. گروهی از فقها تخلف از چنین شرطی را موجب بطلان عقد دانسته‌اند (الطباطبائی، ۱۴/۴۵۶). بعضی از حقوق‌دانان متشرع ظاهر تبصره ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی را حمل بر پیروی از چنین قولی کرده‌اند، زیرا صحت عقد مشروط به رعایت مصلحت مولی علیه شده است و مفهوم مخالف این شرط هم به طور طبیعی عدم صحت یا بطلان است. (محقق داماد، ۵۰). قول مشهور ظاهراً تخلف از شرط مورد بحث را موجب عدم نفوذ عقد می داند نه بطلان آن. از نظر مشهور تنفید و تصحیح چنین عقدی موقوف به اجازه صغیر پس از رسیدن به سنّ بلوغ است. پیش از این گفتیم که از نظر مؤلف عروه تخلف از شرط مزبور عقد را تبدیل به عقد فضولی و نفوذ آن را منوط به تنفید صغیر بعد از کمال می کند. هر چند از نظر ایشان بطلان کلی و عدم تصحیح و نفوذ عقد در صورت اجازه هم محتمل تلقی شده است. بعضی از حقوق‌دانان از قول به عدم نفوذ طرفداری کرده‌اند و به توجیه حقوقی آن پرداخته‌اند. از نظر آنان با وجود استعمال عنوان «صحیح» در تبصره مورد بحث نمی توان گفت عدم مراعات شرط مصلحت موجب بطلان است؛ راست است که مفهوم مخالف شرط مورد بحث عدم صحّت نکاح است، لیکن عدم صحت اعم است از بطلان به معنای اخصّ و عدم نفوذ

(صفائی، ۸۸-۸۷).

به هر حال اصل ثبوت ولایت اولیای قهری بر نکاح صغار در میان امامیه قدر متیقن روایات منقول و موضع وفاق فتاوی فقهی است. بعضی از فقهای این مذهب نظیر مؤلف مسالک تصریح به عدم خلاف کرده‌اند و بعضی دیگر مدعی انعقاد اجماع شده‌اند. میان صغیر و صغیره هم کسی قائل به تفکیک و تفصیل نشده همچنان که در خصوص صغیره بکارت و عدم بکارت بی تأثیر تلقی شده است. مسئله مورد اختلاف لزوم یا عدم لزوم چنین نکاحی است؛ مسئله‌ای که ذیلاً به بررسی آن می‌پردازیم.

۲-۵. لزوم یا عدم لزوم تزویج صغار

آیا صغیر یا صغیره‌ای که با رعایت شروط شرعی از سوی ولی تزویج شده پس از رسیدن به کمال از اختیار تنفیذ یا ردّ نکاح برخوردار است؟ فقهای امامیه چنین عقده را در حق صغیره لازم شمرده‌اند. ظاهراً لزوم عقد ولی در حق دختر صغیره و قول به عدم اختیار او در ردّ یا تنفیذ نکاح مخالفی ندارد. مؤلف عروه در این باره نوشته است: «لَا خِيَارَ لِلصَّغِيرَةِ إِذَا زَوَّجَهَا الْأَبُ أَوْ الْجَدُّ بَعْدَ بُلُوغِهَا وَرَشْدِهَا بَلْ هُوَ لَازِمٌ عَلَيْهَا» بعضی در این باره ادعای اجماع هم کرده‌اند. (الطباطبائی، ۴۵۳/۱۴). مستند این قول چند چیز است: نخست روایات منقول. دوم حاکمیت اصل لزوم بر عقود. از نظر فقهی اعتقاد به وجود خیار برای دختر صغیره پس از رسیدن به کمال مستند به دلیل روشنی نیست، بنابر این تزویج وی از سوی ولی از حیث لزوم و قابلیت فسخ تابع لزوم است. سوم این که ولی قائم مقام مولی علیه است پس نسبت عقد به مولی علیه همچون نسبت آن به ولی است. در این زمینه روایت معارضی هم وجود دارد (النجفی، ۱۷۳/۲۹) که بر اساس آن صغیر یا صغیره‌ای که از سوی پدر به عقد دیگری در آمده، پس از رسیدن به سن بلوغ از حق خیار برخوردار است، اما آنچه باید دانست این است که فقهای امامیه با استناد به ضعف سند و امکان حمل خیار بر طلاق و موارد فسخ به استناد عیب و امثال آن از این گونه روایات اعراض کرده‌اند. صاحب جواهر با تصریح به انعقاد اجماع بر نفی خیار از دختر صغیره دلالت چنین روایاتی را بر اختیار وی در تنفیذ یا ردّ نکاح نفی کرده است. (النجفی، ۱۷۴/۲۹).

در خصوص پسر صغیر وضع به گونه دیگری است. در این مورد گروهی از فقها از جمله شیخ طوسی، قاضی ابن براج، ابن ادریس قائل به ثبوت خیار بوده‌اند. مستند قول این گروه دو

چیز است یکی احتمال ورود ضرر بر صغیر از راه ثبوت التزامات مالی ناشی از نکاح همچون مهر و نفقه بی آن که ضرورت یا مصلحتی در این باره موجود باشد و دیگری روایتی با عبارت: «إِنَّ الْغُلَامَ إِذَا زَوَّجَهُ أَبُوهُ وَلَمْ يُدْرِكْ كَانْ لَهُ الْخِيَارُ إِذَا دُرِكَ أَوْ بَلَغَ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً». مشهور فقهای امامیه با پرهیز از پذیرش این گونه استدلال‌ها در خصوص صغیر هم قائل به لزوم عقد و عدم اختیار او در تنفیذ یا ردّ عقد است. پاسخ مشهور به استدلال مخالفان چنین است: اولاً، ادعای فقدان ضرورت و مصلحت مخدوش است. به ویژه با توجه به این که مهر در ذمه ولی مستقر می‌شود احتمال ضرر هم منتفی است. ثانیاً، روایت مورد استناد هم از حیث صحت صدور و هم از جهت درستی دلالت بر مدعی محل تردید و تأمل است و محتمل است که خیار مذکور در آن محمول بر طلاق یا فسخ به استناد عیب یا تخلف ولی از شرط مراعات مصلحت باشد (النجفی، ۲۹/۲۱۶ - ۱۷۲). در کتاب تحریر الوسیله نظر مشهور در عین ایجاز و اختصار این گونه بیان شده است: «أَذَا وَقَعَ الْعَقْدُ مِنَ الْأَبِ أَوِ الْجَدِّ عَنِ الصَّغِيرِ أَوِ الصَّغِيرَةِ مَعَ مُرَاعَاةٍ مَا يَجِبُ مُرَاعَاةُهُ لَا خِيَارَ لِهَمَا بَعْدَ بُلُوغِهِمَا بَلْ هُوَ لِأَزْمَ عَلَيْهِمَا».

قسمت سوم - مطالعه تطبیقی

۳ - ۱. مذاهب اربعه اهل سنت

فقهای مذاهب اربعه نیز قائل به اختیار اولیا در تزویج صغارند. حضور ولی در تزویج پسر صغیر و مجنون و دختر اعم از صغیره و کبیره و عاقله و مجنونه در دو مذهب شافعی و مالکی از ارکان عقد محسوب می‌شود، رکنی که فقدان آن موجب بطلان عقد است. آنچه در حق زنان می‌توان گفت این است که جز در مذهب حنفی که در قیاس با تصرفات مالی تنها صغر و جنون موجب حجر و سبب اثبات ولایت است، در دیگر مذاهب نکاح زنان همیشه به ولایت انجام می‌شود. صغر و کبر، عقل و جنون، بکارت و غیر آن هیچ کدام موجبی برای اثبات یا انتفای ولایت به شمار نمی‌آیند. اما در خصوص ذکور همه مذاهب بر این که صغر و جنون سبب ثبوت ولایت و بلوغ و عقل موجب انتفای آن است اتفاق نظر دارند. ادله قائلین به ولایت مطلق بر نکاح زنان آیات و احادیثی است نظیر آیه: «فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَرْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ». وجه استدلال به آیه این است که خطاب به اولیا و نهی آنان از ممانعت و کارشکنی در نکاح زنان خود بیانگر اختیار آنان است در غیر این

صورت خطاب و نهی از ممانعت بی معنی خواهد بود و نیز حدیث «لَا تَزُوجُ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ وَلَا تَزُوجُ الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا» و حدیث «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ» و حدیث «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ اِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ»^(۱) از سوی دیگر باید دانست که در مذاهب اربعه ولایت بر نکاح منحصر در ولایت پدر و جد پدری نیست؛ غیر از پدر و جد پدری، وصی، حواشی نسب پدری، ولی معتق و حاکم نیز تحت شرایطی از اختیار تزویج افراد تحت ولایت خود برخوردارند.

آنچه در اینجا بیشتر در خور ذکر است این است که در مذاهب مورد بحث ولایت بر نکاح به دو قسم اجباری و اختیاری منقسم می‌گردد. در ولایت اجباری ولی که اصطلاحاً ولی مجبر خوانده می‌شود بدون لزوم کسب اذن یا رضای افراد تحت ولایت می‌تواند مبادرت به تزویج آنان نماید. در این که ولایت اجباری برای چه کسانی و علیه چه کسانی ثابت است اختلاف است. شافعی‌ها این نوع ولایت را منحصر به ولایت پدر و جد پدری بر دختر باکره اعم از صغیره و کبیره دانسته‌اند (الشربینی الخطیب، مغنی المحتاج، ۳/۱۴۹). اما مالکی‌ها و حنبلی‌ها تنها پدر و وصی او را نسبت به نکاح صغیره ولی مجبر دانسته‌اند. از نظر مالکی‌ها ثبوت ولایت وصی منوط به تصریح پدر است. به علاوه حاکم نیز در صورت فقدان اولیا و قیام ضرورت و مصلحت ولی مجبر است. معیار حنفی‌ها در اثبات و انتفای ولایت حجرو عدم حجراست. از نظر آنان صغار و مجانین اعم از ذکور و اناث و باکره و غیر باکره تحت ولایت هستند و این ولایت همیشه اجباری است. نسبت ولی بامن علیه الولاية نیز بی تأثیر است. به طور خلاصه در مذاهب اربعه اهل سنت نیز تزویج صغار از اختیارات اولیاست. این که ولی می‌تواند برای افراد تحت ولایت خود عقد نکاح منعقد کند با مخالفت هیچ فقیهی روبه رو نشده است (الجزیری، ۴/۲۶).^(۲) در عین حال اعمال چنین ولایتی مشروط به وجود شروطی است.

۱ - حدیث نخست را ابن ماجه و دار قطنی روایت کرده‌اند. حدیث دوم را امام احمد، ابوداود، ترمذی، حاکم و ابن حبان و حدیث سوم را هم ترمذی، حاکم و ابن حبان روایت کرده‌اند. حدیث دوم را صحیح و حدیث سوم را حسن دانسته‌اند (نک: السید سابق فقه السنّة، ۲/۱۱۸).

۲ - با این حال خلیج از حوزه مذاهب اربعه بعضی از مجتهدان اهل سنت نظیر ابوبکر اصم و ابن شبرمه بر این باور بوده‌اند که صغار اعم از ذکور و اناث از حیث نکاح به هیچ وجه تحت ولایت نیستند، چرا که مدار ولایت حاجت است. غیر بالغ حاجتی به ازدواج ندارد. لذا اثبات ولایت بر او نادرست و فاقد دلیل است. ابن حزم اندلسی فقیه نامدار مذهب ظاهری در خصوص صغیر با این نظر موافق است، اما در خصوص صغیره با استناد به برخی اذله منقول و این که نمی‌توان نیاز صغیره به نکاح

شروطی که فقدان آنها گاه موجب بطلان عقد است. شافعی‌ها در این باره هشت شرط بر شمرده‌اند:

- ۱- عدالت ولی؛
- ۲- فقدان عداوت آشکار میان ولی و فرد تحت ولایت؛
- ۳- فقدان عداوت و کراهت میان فرد تحت ولایت و طرف دیگر عقد؛
- ۴- وجود کفالت؛
- ۵- تزویج به مهرالمثل؛
- ۶- ملائت زوج و توانایی او در پرداخت صداق و نفقه؛
- ۷- این که مهر از نقد رایج بلد باشد؛
- ۸- حال بودن مهر.

پنج شرط نخست شرط صحت عقدند و تخلف هر کدام از آنها موجب بطلان است. سه شرط اخیر از نظر شافعی‌ها شرط جواز اقدام یا مباشرت ولی در انعقاد عقد است، بدین معنی که در صورت فقدان یکی از این شروط مباشرت ولی تکلیفاً حرام اما عقد وضعاً صحیح است (الجزیری، ۲۵/۴؛ الشربینی الخطیب، ۱۴۹/۳). تنها شرطی که حنفی‌ها برای اعمال ولایت پدر و جد بر نکاح محجورین ذکر کرده‌اند عدم اشتهار آنان به سوء اختیار پیش از انعقاد عقد است. شهرت به سوء اختیار که از جمله مظاهر آن فسق و هرزگی است، مانع صحت عقد است گرچه فرد محجور به غیر کفو یا با غبن فاحش در مهر (نقصاً در خصوص اناث و زیادتاً در باره ذکور) تزویج شده باشد. سایر اولیا در صورت تزویج به غیر کفو یا با غبن فاحش در صداق اقدام‌شان باطل و در غیر این صورت غیر نافذ و موکول به تنفیذ محجور بعد از خروج از حجر است (الاحکام الشرعية فی الاحوال الشخصية، ۱۶). در این میان مالکی‌ها و حنبلی‌ها تنها عیوب فسخ نکاح را موجب محدودیت اعمال ولایت ولی دانسته‌اند. از نظر آنان شرط اعمال ولایت اجباری آن است که طرف دیگر عقد دارای یکی از عیوب فسخ نباشد و گرنه شخص تحت ولایت پس از کمال و خروج از ولایت اختیار فسخ خواهد داشت (الجزیری، ۳۶/۴).

را نفی نمود، قائل به ثبوت ولایت است. از همین جا معلوم می‌شود که جمهور مجتهدین در اثبات ولایت بر نکاح در واقع صغیر را به صغیره قیاس کرده‌اند و گرنه ادله منقول تنها مفید ثبوت ولایت بر صغیره است (نک: الصابونی، ۱۶۴).

- (۳۰).

براین اساس اعمال ولایت بر نکاح صغار در مذاهب اربعه هم محدود و مشروط به شروطی است؛ گرچه اصل و تعداد شروط مزبور محل خلاف است، قدر متیقن مسئله آن است که از نظر فقهای این مذاهب نیز به هر حال مراعات مصلحت و غبطه افراد تحت ولایت ضروری است. به عنوان یک قاعده کلی در میان اهل سنت و جماعت اساساً هر نوع اعمال ولایت و تصرف در امور و شئون دیگران منوط و مقید به مراعات مصلحت است.^(۱) با این حال در این که ضمانت اجرای تخلف از شروط مورد نظر در این مذاهب چیست اختلاف است. شافعی‌ها چنان که گذشت تخلف از بعضی شروط را مانع صحت عقد و عدم مراعات بعضی دیگر را تنها تکلیفاً حرام دانسته‌اند. بنابراین از نظر آنان تزویج افراد تحت ولایت یا صحیح است یا باطل؛ شق سوم وجود ندارد. پس در این مذهب بحث از ثبوت یا عدم ثبوت خیار فسخ منتفی است. در مقابل فقهای سه مذهب دیگر تخلف از شروط مورد نظر خود را گاه سبب بطلان و گاه موجب عدم نفوذ عقد و سبب ثبوت خیار دانسته‌اند (الجزیری، ۳۶/۴ - (۳۰).

این نکته را هم بر این بحث باید افزود که سن بلوغ نزد جمهور اهل سنت ۱۵ سال تمام قمری است و در این باره میان دختر و پسر تفاوتی نیست. از شخص ابوحنیفه ۱۸ سال برای دختر و پسر، ۱۷ سال در دختر و ۱۹ سال در پسر هم نقل شده است. فتوای مشهور در مذهب مالک قائل به ۱۸ سال است بدون تفکیک میان دختر و پسر (عوده، ۶۰۲/۱).

۳-۲. قوانین احوال شخصیه بعضی از کشورهای اسلامی

سن ازدواج در قوانین مربوط به احوال شخصیه در کشورهای اسلامی یکسان نیست. مادتين ۷ و ۹ قانون احوال شخصیه کشور عراق سن اهلیت برای نکاح را به تبعیت از فتوای منقول از ابوحنیفه ۱۸ سال تمام پیش بینی کرده‌اند. در این قانون میان ذکور و اناث از این حیث تفاوتی دیده نمی‌شود. در عین حال مقرر شده که پسر و دختر پس از رسیدن به سن ۱۶ سالگی در صورت وجود قابلیت جسمی و حصول بلوغ جنسی می‌توانند با موافقت ولی

۱ - «التصرّف فی الرعیة منوط بالمصلحة» (ماده ۵۸ مجلة الاحکام العدلیة (نک: الزرقاء،

و اجازه مراجع قضائی اقدام به ازدواج کنند؛ در صورت مخالفت ولی دادگاه خود تصمیم خواهد گرفت. قانون احوال شخصیه کشور سوریه در مواد ۱۵ تا ۲۵ به پیش بینی سن ازدواج و شرایط معافیت از آن پرداخته است. به موجب این قانون سن ازدواج برای دختر ۱۷ سال و برای پسر ۱۸ است. با این حال چنانچه پسر یا دختر پیش از رسیدن به سنین مزبور مدعی بلوغ طبیعی و خواستار ازدواج باشد به شرط داشتن ۱۵ سال برای پسر و ۱۳ سال برای دختر و احراز صلاحیت و قابلیت جسمی و اجازه ولی گواهی معافیت از شرط سن و اجازه ازدواج برای او صادر خواهد شد. در کشور تونس مواد ۵ و ۶ قانون احوال شخصیه سن ازدواج را برای دختران ۱۵ سال و برای پسران ۱۸ سال تمام پیش بینی کرده است. با این حال چنانچه دختر یا پسر پیش از رسیدن به سنین مزبور به بلوغ طبیعی رسیده باشد با اجازه ولی و موافقت دادگاه می تواند ازدواج نماید. در صورت امتناع ولی از اجازه اتخاذ تصمیم با دادگاه خواهد بود. قانون احوال شخصیه کشور مراکش نیز در مواد ۷ و ۱۰ مقرراتی عین مقررات قانون احوال شخصیه تونس پیش بینی کرده است. (صفائی، ۹۰). پس معلوم می شود که در این گونه کشورها نظیر آنچه در ایران پیش از پیروزی انقلاب اسلامی می گذشت مسئله تجویز تزویج صغار از سوی اولیا منتفی است و این گونه افراد خارج از ضوابط قانونی و پیش از رسیدن به سنین مقرر در قانون اصالتاً و نیابتاً مجاز به ازدواج نیستند.

۳ - ۳. قوانین بعضی از کشورهای غربی و مطالعات فرسنگی

در کشور فرانسه پیش از انقلاب کبیر در ۱۷۸۹ و تدوین قانون مدنی حداقل سن ازدواج برای دختران ۱۲ سال و برای پسران ۱۴ سال بوده است. این قاعده که ظاهراً ریشه رومی داشته در برخی دیگر از کشورهای اروپایی نیز اعمال می شده است. بنای این قاعده بلوغ جسمی بوده است. پیش از رسیدن به سنین مزبور ازدواج ممنوع شمرده می شده است. شرط صحت ازدواج اکنون در کشور فرانسه براساس قانون مدنی ۲۱ سال تمام است.

در کشور انگلستان بر اساس بخش دوم قانون ۱۹۴۹ (Marriage Act) و بخش یازدهم قانون ۱۹۷۳ (Matrimonial Causes Act) سن ازدواج برای دختر و پسر ۱۶ سال تمام است. ازدواج پیش از رسیدن به سن مزبور ممنوع و در فاصله میان ۱۶ و ۱۸ سالگی موکول به موافقت اولیا و سرپرستان قانونی است. (Standly, kat, Familg Law, P.P.13_14)

۳-۴. اسناد بین المللی

با مطالعه اسناد و ابزارهای بین المللی مربوط به تأمین و تضمین حقوق بشر و آزادی‌های اساسی افراد به سه نکته در خور توجه در خصوص امر ازدواج می‌توان دست یافت. نکته نخست این که براساس مفاهیم و معیارهای مندرج در این گونه اسناد زن و مرد از حقوق یکسان برخوردارند. این که جنسیت به هیچ وجه نمی‌تواند مبنای تبعیض و تمایز در حقوق باشد از اصول متعارف و مفاهیم اولیه حقوق بشر و آزادی‌های اساسی افراد است و تقریباً در تمامی اسناد و متون بین‌المللی مربوط به حقوق و آزادی‌های مزبور منعکس شده است. بند اخیر ماده ۵۵ منشور ملل متحد (مصوب ۲۶ ژوئن ۱۹۴۵)، ماده ۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر (مصوب ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸)، ماده ۲ میثاق بین‌المللی مربوط به حقوق مدنی و سیاسی (مصوب ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶)، ماده ۲ میثاق بین‌المللی مربوط به حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (مصوب ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶)، کنوانسیون امحای تمام اشکال تبعیض علیه زنان (مصوب ۱۸ دسامبر ۱۹۷۹) و ماده ۲ کنوانسیون حقوق کودک (مصوب ۲۰ نوامبر ۱۹۸۹) بر این اصل اولیه تأکید تمام کرده‌اند. ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر و ماده ۱۶ کنوانسیون امحای اشکال تبعیض علیه زنان دولت‌های عضو را متعهد ساخته که با اتخاذ تدابیر مناسب و رفع تبعیض و تمایز از زنان زمینه تساوی کامل زن و مرد را در خصوص ازدواج و تشکیل خانواده فراهم سازند. (Ermacora, Felix, *International Human Rights*) از این رو باید گفت آن دسته از احکام و مقررات ملی که در خصوص امر ازدواج میان دختر و پسر یا زن و مرد تفکیکی قائل شده و با پیش‌بینی مقررات جداگانه تبعیضی به زنان تحمیل کرده‌اند مغایر با مفاهیم و موازین بین‌المللی هستند.

نکته دوم این که در موازین بین‌المللی مربوط به حقوق بشر و آزادی‌های اساسی ازدواج امری است کاملاً شخصی و از شمار حقوق و آزادی‌های مدنی (civil rights) حقی که اعمال و استیفای آن تنها به خود شخص و اراده آزاد او مربوط می‌شود. بند ۲ ماده ۱۶ اعلامیه جهانی ازدواج را امری شخصی و مبتنی بر اراده آزاد و رضایت کامل شمرده است. قسمت ب ماده ۱۶ کنوانسیون امحای اشکال تبعیض علیه زنان نیز دولت‌های عضو را ملتزم ساخته که تدابیری اتخاذ کنند تا ازدواج زنان تنها و تنها مبتنی بر اراده آزاد و رضایت کامل آنان باشد (Ermacora, p.p.16-50). بدین ترتیب معلوم می‌شود که احکام و مقررات ملی مربوط به

ولایت بر ازدواج نیز با مفاهیم و معیارهای بین المللی مربوط به حقوق بشر ناسازگار است. نکته سوم و اساسی این که به موجب بند دوم ماده ۱۶ کنوانسیون امحای تمام اشکال تبعیض علیه زنان دولت‌های عضو باید نامزد کردن (Betrolhal) کودکان و انعقاد عقد نکاح (marriage) برای آنان را فاقد آثار حقوقی بشمارند. براساس این بند هرگونه اقدام در خصوص ازدواج افراد حتی اقدامات مشروع و قانونی ناگزیر باید در سنی معین انجام گیرد و در دفاتر و اسناد ویژه به صورت رسمی به ثبت برسد (Ermacora, P.55). چنان که پیداست این کنوانسیون بین المللی نیز از دو جهت با مسئله ولایت بر نکاح صغار در تعارض است؛ نخست از جهت ضرورت تعیین حداقل سن ازدواج دوم، از لحاظ عدم اعتبار و مشروعیت اقدامات صورت گرفته پیش از رسیدن به سن مقرر. چنان که گذشت در فقه اسلامی نه ازدواج سن مشخصی دارد و نه نامزد کردن کودکان و انعقاد عقد نکاح برای آنان نامشروع و بی اعتبار تلقی می شود.

قسمت چهارم - ارزیابی انتقادی و پیشنهاد اصلاحی

۴ - ۱. ارزیابی انتقادی

حکم تبصره ماده ۱۴۰۱ قانون مدنی محمل و توجیه منطقی ندارد. ازدواج امری است شخصی و مبتنی بر عاطفه و احساس. به خصوص امروزه که احساسات و عواطف انسانی نسبت به گذشته بسیار تلطیف شده و فردگرایی و استقلال شخصیت و تشخیص هویت افراد رو به کمال نهاده به هیچ وجه نمی توان پذیرفت کسی با مداخله در امور دیگری و نادیده گرفتن عاطفه و احساس وی به جای او تصمیم بگیرد به ویژه تصمیمی که سرشت و سرنوشت فرد را به گونه ای تعیین می کند که رهایی از آن اگر غیر ممکن نباشد دست کم بسیار دشوار و دارای آثار سوء شخصی و توالی نامطلوب اجتماعی است. انتخاب همسر برای کودک او را از طبیعی ترین حق خود محروم می سازد و به شخصیت او لطمه می زند. به مسئله مراعات مصلحت نمی توان خشنود بود، چرا که اولاً، مصلحت مفهومی است غیر منضبط؛ یک معیار موضوعی است که تشخیص آن عمدتاً و عملاً از اختیارات اولیاست؛ بی آن که عهده دار اثبات وجود آن باشند. ثانیاً، مصلحت پدیده ای شناور و ضابطه ای کاملاً نسبی است و به تبع تغییر مکان و زمان و دگرگونی هنجارهای اجتماعی تغییر می کند و دگرگون می شود. شاید بتوان از عهده اثبات این امر برآمد که در گذشته ولایت اولیا بر نکاح صغار به مصلحت آنان

بوده و از سوی عرف رایج موّجه و قابل تحمل تلقی می‌شده و شارع مقدس هم به لحاظ توجیه و تحمل عرف چنین مصلحتی را مفروض و معتبر شناخته است، اما اثبات این امر امروزه بسیار دشوار است. گزافه نخواهد بود اگر گفته شود امروز نفس تزویج صغار در بیشتر موارد خود خلاف مصلحت است و فرض ضرر در نکاحی که ولی قهری در باره آن تصمیم می‌گیرد غالباً فرضی منطبق بر واقع است. کسی که به دور از هرگونه ضرورت اراده شخصی خود را جایگزین عاطفه و احساس دیگری می‌کند، به جای او تصمیم می‌گیرد و سرنوشت او را به گونه‌ای ناگشودنی با سرنوشت دیگری پیوند می‌زند بی‌هیچ تردید مصلحتی بزرگ و تقریباً غیر قابل جبران از وی تفویت کرده است. اگر اولیای صغار به طور کلی ملزم به مراعات مصلحت و غبطه آنان باشند بی‌گمان باید گفت که در غالب موارد و در شرایط و اوضاع و احوال عادی فرد اجلای مراعات مصلحت صغار پرهیز از تزویج آنان است. به ثبوت خیار فسخ برای صغار هم نمی‌توان دلخوش بود، چرا که اثبات تخلف از شرط مراعات مصلحت همیشه آسان نیست. کسی که با وجود تخلف ولی و ثبوت حق فسخ عملاً از عهده اثبات آن بر نیامده ناگزیر باید تن به سرنوشتی دهد که خود از آن ناخشنود است. در صورت اثبات و فسخ نکاح هم «هیچ چیز نمی‌تواند گذشته دردناک را به کودکی که تا رسیدن به سن بلوغ همسر ناخواسته را با تمام ضررهای مادی و معنوی آن پذیرفته بازگرداند» (کاتوزیان، ۷۶). اساساً چرا باید حقی که به یقین جنبه شخصی دارد و به خود شخص مربوط می‌شود اختیار اعمال آن به دیگری اعطا گردد و آنگاه برای پیش‌گیری از ضرر، حق فسخ برای وی پیش‌بینی شود. منطقی و منصفانه نیست که آنچه به یقین از آن کسی است سلطه وی بر آن در معرض تزلزل و تعلیق و احتمال واقع شود.

از نظر دکتترین حقوقی چنین نکاحی با عادات و رسوم و اخلاق اجتماعی زمان ما مخالف است. رویه قضائی و اداری باید در اندیشه پیشگیری از خطرهای احتمالی آن باشند (همان). به این نکته نیز توجه مجدد باید کرد که دستور تبصره مورد بحث با آنچه در اسناد و ابزارهای مربوط به حقوق بشر و آزادی‌های اساسی افراد آمده مغایرت تام دارد. در بسیاری از دولت‌های غربی در صورت مغایرت میان مقررات ملی و موازین و معیارهای بین‌المللی نهاد قانون‌گذاری و رویه قضایی مقررات ملی را به نفع موازین بین‌المللی کنار می‌گذارند و این شیوه حل تعارض را مایه مباهات هم می‌شمارند (گانزوف، ۱۸-۱۱).

۴ - ۲ . پیشنهاد اصلاحی

آنچه به عنوان پیشنهاد باید گفت یکی بازگشت به وضع پیش از اصلاح قانون مدنی است، گرچه پذیرش چنین پیشنهادی با توجه به ادله منقول و سوابق فقهی مسئله اندکی دشوار می‌نماید. پیشنهاد دوم محدود ساختن موارد اعمال ولایت مورد بحث از طریق اجتهادی درخور منطق و مقتضای زمان است. ولایت بر امور و شئون مربوط به غیر چنان که گذشت مسئله‌ای است استثنایی و مبتنی بر حاجت و ضرورت. بدیهی است که در موارد مستثنا و امور مبتنی بر ضرورت به قدرت متیقن و به اندازه رفع حاجت و ضرورت باید اکتفا نمود. از این رو جز در موارد قیام ضرورت و اقتضای مصلحت از اعمال ولایت بر نکاح صغار پیشگیری باید نمود. در مفهوم مصلحت نیز تجدید نظر باید کرد. این که نفس تزویج مبتنی بر مفسده و مضرت نباشد کافی نیست، بلکه باید تزویج صغیر یا صغیره تنها در شرایط و اوضاع و احوالی تجویز شود که از طریق آن مفسده و مضرتی قائم یا نزدیک به وقوع از وی دفع شود یا منفعتی متیقن عاید او گردد. افزون بر این، بار اثبات وجود چنین مصلحت نامتعارفی را بردوش ولی باید گذاشت و تشخیص آن را نیز به عنوان یک امر موضوعی به مراجع قضائی باید واگذار نمود. ولی مدعی قیام ضرورت و اقتضای مصلحت است و به استناد آن در صدد تزویج فرد تحت ولایت خویش؛ ادله اثبات ادعای خود را به مرجع قضائی ارائه می‌دهد؛ مرجع قضائی پس از ارزیابی ادله و بررسی اوضاع و احوال موجود موافقت یا مخالفت خود را اعلام می‌نماید. فراتر از این حتی در صورت موافقت مرجع قضائی و وقوع تزویج هم بر لزوم چنین عقدی نه نسبت به صغیر و نه در حق صغیره نباید پافشاری کرد. به فتوای آن دسته از فقها که شروط بسیار برای اعمال چنین ولایتی بر شمرده‌اند توجهی دوباره باید کرد. برخی از فقهای متقدم امامیه چنان که گذشت لزوم چنین نکاحی را دست کم در خصوص صغیر مورد تردید قرار داده‌اند. یکی از ادله مورد استناد آنان ضرورت رفع یا دفع ضرر است، ولی باید دانست که احتمال ضرر در ازدواج‌های ناخواسته اختصاصی به صغیر یا صغیره ندارد. پس این گونه فتوای فقهی را باید جدی گرفت و در توسعه و تعمیم آن باید کوشید. حاکمیت ادله ثانویه‌ای نظیر قاعده لاضرر مقتضی آن است که اعمال ولایت بر نکاح صغار صرف نظر از مسئله مراعات یا عدم مراعات مصلحت، مطلقاً غیر نافذ و موکول به اجازه صغیر و صغیره بعد از کمال گردد. حاصل پیشنهاد اخیر این است که اولاً، تزویج صغار تنها در موارد قیام ضرورت

و اقتضای مصلحت صورت گیرد. ثانیاً، معیار مصلحت و ضابطه ضرورت و مصادیق آن دست کم به صورت تمثیلی در متن قوانین موضوعه منعکس شود. ثالثاً، مداخله مراجع قضائی ضروری تلقی شود. رابعاً، بار اثبات اقتضای مصلحت بردوش ولی گذاشته شود. خامساً، مراجع قضائی در تشخیص اقتضای مصلحت با دقت و محدودیت بسیار عمل کنند. سادساً، تزویج صغار از سوی اولیا همواره غیر نافذ و موکول به اجازه بعد از کمال تلقی شود.

منابع:

- الجزیری، عبدالرحمن، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، بیروت، دارالفکر، ۱۹۹۰.
- الرازی، محمد بن ابی بکر بن عبدالقادر، *مختار الصحاح*، بیروت دارالفکر، ۱۹۹۳.
- الزرقاء، مصطفی احمد، *المدخل الفقهي العام*، دمشق.
- سابق، السيد، *فقه السنة*، بیروت، دارالقلم، ۱۹۹۰.
- الشاطبی، ابواسحاق، *الموافقات فی اصول الشریعة*، بیروت، دارالمعرفة، بی تا.
- الشرینی الخطیب، الشیخ محمد، *مغنی المحتاج*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- الصابونی، عبدالرحمن، *قانون الاحوال الشخصية*، دمشق، ۱۹۷۹.
- صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله، *حقوق خانواده*، تهران، دانشگاه تهران.
- الطباطبائی الحکیم، السيد محسن، *مستمک العروة الوثقی*، قم، ۱۴۰۴.
- العاملی، زین الدین، *شرح اللمعة الدمشقیة*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۹۸۳.
- عوده، عبدالقادر، *التشريع الجنائی الاسلامی*، بیروت، مؤسسه الرسالة، ۱۹۸۷.
- کاتوزیان، ناصر، *حقوق خانواده تهران*، شرکت انتشار.
- گانزوف، و.ژ، *حمایت از حقوق بشر در حقوق اساسی*، ترجمه نجاد علی الماسی، تهران، مؤسسه حقوق تطبیقی، ۲۵۳۶.
- الاحکام الشرعیة فی الاحوال الشخصية علی مذهب الامام ابی حنیفة النعمان، بیروت، دارالندوة، ۱۹۸۸.

Ermacora, FeLix, *International Human Rights*, Vienna, 1993.

Standley, Kat, *FamiLy Law*, London, Mc millan. 1993.