

بررسی مصلحت در ازدواج ولایی کودک در حقوق ایران، با رویکردی بر فقه

اسلامی

راضیه فخارزاده^۱

عباسعلی روحانی^۲

افتخار دانش پور^۳

چکیده:

مسئله تزویج ولایی کودکان از جمله مباحث بحث برانگیز در محافل فقهی و حقوقی است. نوشتار حاضر، عنصر مصلحت در تزویج ولایی کودکان را با روش توصیفی-تحلیلی، با مراجعه به منابع کتابخانه ای بررسی می‌نماید. اکثر فقهای مذاهب اسلامی قائل بر مشروط بودن مصلحت در اعمال ولی نسبت به مولی علیه هستند. چرا که حکم لزوم مصلحت دار بودن اعمال ولی نسبت به مولی علیه خود، حاکم بر حکم جواز همه تصرفات ولی در امور مولی علیه خود می باشد. بنابراین در صورت عدم رعایت مصلحت در تزویج ولایی کودک، دو دیدگاه وجود دارد؛ برخی قائل به وجود حق فسخ برای کودک در زمان اهلیت هستند و برخی قائل به بطلان ازدواج می‌باشند. که نظریه بطلان، از منظر این تحقیق صحیح تر است. همچنین جهت حفظ غبطه کودک در این ازدواج، ارائه گواهی هیأت کارشناسی جهت تشخیص وجود مصلحت در این ازدواج بجای بررسی قید مصلحت توسط دادگاه، به قانونگذار پیشنهاد می‌گردد.

واژگان کلیدی: کودک، ازدواج، ولی، مصلحت، ضمانت اجرا.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

^۱- دانشجوی دکتری، پژوهشکده امام خمینی، تهران، ایران. r.fakhar.z@gmail.com

^۲- استاد، پژوهشکده امام خمینی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول) abbasali-roohani@hotmail.com

^۳- استادیار، گروه فقه و حقوق امامیه، دانشگاه مذاهب اسلامی، تهران، ایران. e.daneshpoor@mazaheb.ac.ir

۱. مقدمه

ازدواج و موفقیت در آن به عنوان یک واقعه اجتماعی، زیستی و فرهنگی، به دلیل نقش بنیادین آن در تشکیل خانواده از اهمیتی بسیار برخوردار است. اینکه ازدواج در چه سنی انجام شود و اینکه آیا زن و شوهر آمادگی لازم جهت تشکیل این بنیاد اساسی جامعه را دارند یا، از جمله مباحثی مهم و ضروری جهت تحلیل و بررسی کارشناسانه است. از جمله مباحثی که امروزه سرو صدای زیادی در محافل فقهی حقوقی بر پا کرده است؛ تزویج ولایی کودکان است. چه کودکانی که هنوز به سن بلوغ نرسیده اند و چه آنانی که بالغ شده اما هنوز نیازمند سرپرستی ولی در امور مالی و مسائلی همچون ازدواج هستند. در خصوص اینکه این کودکان در چه سنی رشید محسوب شده و برای اداره اموال خود نیازمند ولایت ولی نیستند اختلاف نظرانی وجود دارد. برخی بمانند کنوانسیون حقوق کودک^۴ سن رشد را هجده سالگی در نظر گرفته و افراد زیر هجده سال را محجور و نیازمند حمایت ولی می‌دانند و برخی نیز حصول رشد در زیر هجده سال را در برخی افراد امری محسوس و محقق می‌دانند. در این نوشتار بمنظور دستیابی به قدر متیقنی از مفهوم کودک در دیدگاه‌های مختلف، افراد زیر هجده سال کودک در نظر گرفته می‌شوند. پرسش پیش رو آن است که در تزویج کودکان توسط ولی، آیا ولایت ولی بی قید و شرط بوده یا اعمال ولایت ولی مشروط می‌باشد؟ همچنین در صورت مشروط بودن ولایت ولی، آیا عدم رعایت آن شرط در تزویج ولایی، ضمانت اجرایی دارد یا خیر؟ در پاسخ به این سوالات، با عنصری بنام مصلحت مواجه می‌شویم. بدین منظور جهت بررسی فقهی حقوقی عنصر مصلحت در تزویج ولایی کودکان، تبیین مفاهیم ذیل ضروری بنظر می‌رسد:

۲. کودک

کودک از نظر لغوی به معنای کوچک، صغیر، طفل و بچه خردسال انسان، خواه پسر باشد یا دختر، و فرزندى که به حد بلوغ نرسیده است، می‌باشد. (دهخدا، ۱۳۸۸ش، ج ۱۱، ص ۱۶۴۸۱) از نظر اصطلاحی، کودک در علوم مختلف تعاریف متفاوتی داشته و گاه این تعاریف با هم همخوانی ندارند. از آنجا که شروع کودکی در آیات و روایات تصریح خاصی ندارد؛ لذا فقها کوشیده اند که پایان کودکی را مشخص نمایند. طبق نظر مشهور فقهای امامیه، کودک کسی است که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۴) و پانزده سال تمام قمری برای پسران و نه سال تمام قمری برای دختران، سن بلوغ از نظر مشهور می‌باشد. (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۶، ۳۸) امام خمینی (ره) در این زمینه

۴ «طفل هر فرد انسانی است که پایین تر از هجده سال داشته باشد مگر این که تحت قانون منطبق به اطفال، اکثریت زود تر به بلوغ برسند.» کنوانسیون حقوق اطفال، مصوب مجمع عمومی سازمان ملل متحد، بتاريخ ۲۰ نوامبر ۱۹۸۹

میفرماید: «صغیر کسی است که به حد بلوغ نرسیده است» (موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۱۲) بر این اساس باید گفت، از نظر فقهی به پسر زیر پانزده سال تمام قمری و دختر زیر نه سال تمام قمری، کودک اطلاق میگردد. در اصطلاح حقوقی، کودک یا «صغیر» به کسی اطلاق می‌شود که به سن بلوغ نرسیده و کبیر نشده است (صفایی، قاسم‌زاده، ص ۱۷۴). همچنین در ماده "یک" کنوانسیون حقوق کودک به فرد زیر ۱۸ سال کودک اطلاق میشود.

۳. تربیت جنسی

تربیت جنسی، عبارت است از این که فرد در دوره‌های رشد کودکی، نوجوانی و جوانی، به گونه‌ای پرورده شود و آموزش ببیند که با جنسیت خود آشنا گردد و آن را بپذیرد؛ قدر دان وجود خویش باشد و به آن افتخار کند؛ نقش مذکر یا مؤنث بودن از لحاظ اجتماعی را یاد بگیرد؛ احکام و آداب دینی در ارتباط با مسائل جنسی مربوط به خود و روابط با همجنس و جنس مخالف را فرا گیرد؛ آمادگی روانی برای ازدواج و تشکیل خانواده را پیدا کند؛ با مسائل مربوط به زندگی خانوادگی و روابط با همسر آشنا گردد و در سایه آن، به آرامش برسد و به گونه‌ای توانمند شود که عواطف و فعالیت‌های جنسی خویش را در جهت قرب الی الله و جلب خشنودی خداوند، به کار گیرد (فقیهی، ۱۳۸۷، ص ۲۰). لذا، تربیت جنسی تنها آموزش جنسی یا انتقال دانستنیهای جنسی و یا پروردن و اوج دادن غریزه جنسی نیست و هرگز نمیتوان تربیت جنسی را تنها به انتقال اطلاعات و آگاهیها در ساحت مسائل جنسی یا فراهم آوردن زمینه رشد غریزه جنسی تعریف کرد (شکوهی، ۱۳۶۸، ص ۱۸۳ و ۱۸۴).

نخستین هدف تربیت جنسی این است که رشد جنسی کودکان، به طور طبیعی و سالم پیش برود و از بروز ناهنجاری بلوغ زودرس و ابتلا به انواع انحرافات جنسی، پیشگیری شود؛ و در سن جوانی، به حدی از رشد برسد که بتواند همسری مناسب و پدر یا مادری شایسته برای فرزندانش باشد. (فقیهی، ۱۳۸۷، ص ۲۶)

۴. رشد

رشد در لغت، به معنای راه راست و هدایت و ضدگمراهی و هدایت فکری می‌باشد. اما در اصطلاح از منظر مذهب امامیه و اهل سنت از قرار ذیل می‌باشد:

۱-۴. رشد در فقه امامیه

فقه‌های امامیه با استفاده از بیان امام صادق (ع) که می‌فرمایند: «ایها الناس الرشد، حفظ المال» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۳، ص ۴۳۳) واژه رشد را به توانایی در نگهداری اموال در معاملات و هدر ندادن آنها تعبیر نموده اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۴۹). برخی بر این عقیده اند که این وضعیت در نتیجه بلوغ

جسمی و نیز رشد حاصل می‌شود (خمینی، ۱۴۱۰ق: ج ۲، ص ۱۳؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۱۲۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص ۲۲۰). در این مورد اختلافی میان فقهای امامیه وجود ندارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۴۸). بنابراین از منظر فقها، رفع حجر از صغیر و امکان تصرف وی در اموال و حقوق مالی خود، با دو شرط بلوغ و رشد حاصل می‌شود (خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۳). به عقیده فقهای امامیه «رشد باید از طریق اختبار (آزمایش) احراز شود و این نیز بر حسب موارد و شرایط اجتماعی، خانوادگی و فردی اشخاص متفاوت است. برای اختبار نباید به یک بار اکتفا شود؛ بلکه باید تا حدی تکرار گردد که علم به رشد و توانایی اداره اموال حاصل گردد»^۵. البته، اختبار طریق حصول علم به رشد است، اما روش منحصر نبوده و چنین علمی می‌تواند از طرق عرفی دیگر مانند شهادت شهود نیز حاصل شود (شهید ثانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۱۳۹).

بنابراین، رشد در مورد ازدواج یعنی شایستگی و لیاقت اداره ی زندگی؛ چنان که شهید مطهری در این خصوص می‌فرماید: "منظور از رشد (در مورد ازدواج) تنها رشد جسمانی نیست، منظور این است که رشد فکری و روحی داشته باشند؛ یعنی بفهمند که ازدواج یعنی چه؟ تشکیل کانون خانوادگی یعنی چه؟ عاقبت این بله گفتن چیست؟ باید بفهمد این بله که می‌گوید، چه تعهدهایی و چه مسئولیت‌هایی به عهده ی او می‌گذارد و باید از انجام این مسئولیت‌ها برآید." (مطهری، بی تا، ص ۱۵۳-۱۵۴)

۲-۴. رشد در فقه مذاهب اربعه

اکثر علمای اهل سنت از حنیفه و مالکیه و حنبله بر این باورند که رشد همان اصلاح مال است اگر چه شخص فاسق باشد. یعنی در اداره مال و بهره برداری از آن و حفظ و اصلاح آن آگاهی پیدا کند. در اینصورت صحیح است که تصرف در آن مال کند و سود و زیان را تشخیص دهد و بدون مصلحت مالش را انفاق نکند و با تبذیر و اسراف آن را هدر ندهد. و دلیل آنها، فرموده خدای تعالی: "فان آنستم... (نساء/ ۶) است (زحیلی، ۱۴۳۰ ج ۵، ص ۳۴). ولی شافعی معتقد است که: رشد اصلاح دین و مال است پس اصلاح دین آن است که مرتکب گناه نشود به گونه ایی که بوسیله آن عدالت از بین رود، یعنی رشد را شرط عدالت دانسته، و اصلاح مال این است که مالش را بدون اسراف حفظ کند. اگر مجرمات را ترک نکند عدالت از بین می‌رود. از گناهان کبیره و اصرار بر گناهان صغیره خودداری کند. و در معامله و مانند آن مال را ضایع نکند با زیان آشکار یا مثل اینکه آن را در دریا بیاندازد یا در حرام خرج کند. (جزیری، ۱۴۲۶ق، ص ۲، ۱۹۴) پس اگر صلاح دین و مال صغیر آمیخته شد حجر صغیر برطرف می‌شود. (حسین پور مقدّمی، عیوضی زمستان ۱۳۹۴، سال هشتم، شماره ۴)

۵. "و اذا اشتهه حاله اختر بان يفوض اليه مده معتداً بها بعض الامور مما يناسب شأنه"

۵. مصلحت

مصلحت در لغت، به معنای سود است و در برابر مفسده به کار برده میشود. در این باره برخی از اهل لغت بمانند ابن منظور معتقدند که مصلحت عبارتست از: «الاصلاح، نقیض الافساد والمصلحة» (ابن منظور، ۱۴۰۸ق، ماده صلح). مصلحت در کتاب و سنت و کتابهای فقهی به همین معنی، با گستراندن معنای سود که سود دنیوی و اخروی را در بر بگیرد، به کار برده شده است. صاحب جواهر مینویسد: «از اخبار و سخنان فقیهان، بلکه از ظاهر قرآن استفاده می‌شود: همه دادوستدها و غیر آنها برای مصالح و سودهای دنیوی و اخروی مردم، یعنی آنچه از دید عرف مصلحت و سود نامیده میشود، تشریح شده اند» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۴۴ ص ۲۲). یکی از علمای بزرگ اهل سنت در این باره گفته است: «مراد ما از مصلحت، جلب منفعت و دفع ضرر نیست، زیرا مصلحت از مقاصد خلق است و صلاح خلق در تحصیل مقاصد خویش است، بلکه منظور ما محافظت بر مقصود شرع است و مقصود شرع در میان خلق حفظ دین، نفس، عقل، نسل و مال افراد است و هر چیزی که متضمن این اصول پنجگانه باشد، مصلحت است و هر آنچه اینها را از بین ببرد، مفسده است و دفع آن مصلحت محسوب میگردد» (غزالی ۱۴۱۷ ق، ص ۱۷۴) فقها در تزویج ولایی کودکان، مواردی را بعنوان مصادیق فاقد مصلحت و حتی دارای مفسده؛ ذکر کرده اند. بعنوان نمونه؛ در صورت وجود دو خواستگار که یکی از حیث شرافت و بزرگی بر دیگری برتری داشته باشد؛ اما ولی خواستگار پست تر را بر برتر ترجیح دهد. بی تردید مصلحت، مفهومی نسبی است، و آنچه در کلمات فقیهان آمده نمونه‌ها و مصادیقی برای این مفهوم کلی نسبی است.

۶. مرجع تشخیص مصلحت

بعد از تبیین مفهوم مصلحت، سؤالی که مطرح می‌باشد آن است که مرجع تشخیص مصلحت کیست؟ به نظر می‌رسد عرف و عقلاء جامعه مرجع تشخیص مصلحت دار بودن تزویج ولایی کودک هستند؛ و روشن است که تشخیص عرف در جوامع گوناگون و در زمانهای مختلف، متفاوت است. چه بسا در عرف جامعه و در زمانی مهر زیاد نسبت به دختر رعایت مصلحت بحساب آید و در جامعه ای دیگر، چیز دیگری. پس از تبیین مفاهیم فوق، نوبت به بررسی ازدواج ولایی کودک می‌رسد.

۷. ازدواج ولایی کودک و ادله اثبات آن

به لحاظ ادله ی تردید ناپذیری که در قرآن و روایات آمده است، اکثر فقهای امامیه و اهل سنت بر ولایت پدر و جد پدری در تزویج صغار اتفاق نظر دارند. آنان با استدلال بر صحت ازدواج کودکان نابالغ،

ازدواج کودکان بالغ را نیز به طریق اولی صحیح می‌دانند. بنابراین، معیارهای مصلحت در نکاح کودک نابالغ بر نکاح کودک بالغ نیز جاری و حاکم می‌باشد. (محقق حلی ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۲۷۶؛ شیخ مفید ۱۴۱۰، ص ۵۱۱). با توجه به آنچه ذکر گردید، ادله اثبات و جواز تزویج کودکان در فقه مذاهب امامیه و اربعه و به تبع آنها در حقوق، از قرار ذیل می‌باشد:

۱-۷. ادله جواز تزویج ولایی کودک در مذهب امامیه

در فقه امامیه، مستند اصلی دیدگاه فوق، آیه‌ای از قرآن کریم و روایاتی است که فقها به استناد آنها فتوا داده‌اند.

-دلیل اول: قرآن کریم

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

-دلیل دوم: اخبار و روایات

از جمله روایاتی است که فقها به استناد آنها به جواز تزویج ولایی کودک، فتوا داده‌اند؛ دو صحیحه ذیل می‌باشند: ۱- صحیحه عبدالله بن صلت: "عبدالله بن صلت گفته است از امام صادق (ع) در مورد دختر صغیره ای که پدرش او را به ازدواج دیگری درمی‌آورد سوال کردم که آیا پس از بلوغ اختیاری دارد؟ فرمود: خیر، با وجود پدر وی، نظر و اختیاری ندارد". (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، باب ۶ من ابواب عقد النکاح و اولیاء الصغر، حدیث ۳۰۳). ۲- صحیحه علی بن یقطين: "علی بن یقطين می‌گوید از امام کاظم (ع) سؤال کردم که: آیا دختر و پسر سه ساله را می‌توان به ازدواج دیگران در آورد و کمترین حدی که کودکان در آن به ازدواج در می‌آیند کدام است؟ اگر دختر بالغ شده و راضی نبود چه وضعیتی دارد؟ فرمود: اگر پدر و یا ولی او راضی‌اند اشکالی ندارد". (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، باب ۶ من ابواب عقد النکاح و اولیاء الصغر حدیث ۷)

^۶ عبدالله بن الصلت: قال سألت ابا عبدالله (ع): عن الجارية الصغيرة يزوجهها ابوها، لها امر اذا بلغت؟ قال ليس لها مع ابوها امر ...

^۷ محمد بن الحسن باسناده عن احمد بن عيسى، عن الحسن بن علي بن يقطين، عن اخيه عن علي بن يقطين قال: سألت ابا الحسن (ع) تزوج الجارية و هي بنت ثلاث سنين او يزوج للغلام و هو ابن ثلاث سنين؟ و ما ادنى حد ذلك الذي يزوجان فيه؟ اذا بلغت الجارية فلم ترض فما حالها؟ قال لا بأس بذلك اذا رضی ابوها او وليها .

۲-۷. ادله جواز تزویج ولایی کودک در مذاهب اربعه

در کتب اهل سنت برای جواز نکاح صغیره از سوی ولی به چند دلیل استدلال شده است (زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج ۷، ص ۱۷۹ - ۱۸۰).

- دلیل اول: قرآن کریم

آیه ۴ سوره طلاق^۸ و آنهایی که هنوز حیض نشده اند، عده شان سه ماه است و عده زنان آبستن همان وضع حمل است^۹. گفته شد در این آیه عده زنانی که حیض نشده اند، بیان شده است، با اینکه بدون ازدواج عده نیست؛ بنابراین دخترانی که هنوز بالغ نشده اند، ازدواجشان جایز است (ابن راهویه، ۱۴۱۲ق، ج ۴). هم چنین خداوند متعال در آیه ۳۲ سوره نور می فرماید: "عزبهایتان را همسر دهید". در وجه استدلال این آیه گفته شده که "ایم" به معنای مؤنثی است که همسر ندارد، خواه خردسال باشد یا بزرگسال. (زحیلی، ۱۴۰۹ق، ج ۷، ص ۱۷۹ - ۱۸۰).

- دلیل دوم: سیره پیامبر (ص)

استدلال شده است که پیامبر (صلی الله علیه و آله) در ازدواج های خود، تنها با یک دختر ازدواج کرد و آن «عایشه» بود. حضرت در آن هنگام بیش از پنجاه سال سن داشت و این در حالی است که «عایشه» حدوداً شش ساله بود. «بخاری» در کتاب «النکاح» به سندش از «عروه» نقل کرده که گفت: «پیامبر (صلی الله علیه و آله) با عایشه که در سن شش سالگی بود، ازدواج کرد، و با او در سن نه سالگی موافقه نمود و نه سال نیز نزد پیامبر (صلی الله علیه و آله) بود» (عسقلانی الشافعی، ۱۳۷۹ق، ج ۹، ص ۲۲۴). همچنین او نیز به سند خود از «عایشه» نقل کرده که گفت: «در حالی که شش ساله بودم، پیامبر (صلی الله علیه و آله) با من ازدواج نمود...» (قشیری نيسابوری، بی تا، ج ۲، ص ۱۰۳۸، ح ۶۹) با توجه به ادله فوق، ازدواج ولایی کودک امری مورد قبول نزد مشهور فقهای امامیه و اهل سنت می باشد.

۸. تزویج ولایی کودک در حقوق

در حقوق به پیروی از نظر مشهور فقهاء، اینگونه ازدواج مورد پذیرش قرار گرفته بود. به گونه ای که در قانون مدنی ایران این حکم بصراحت در ماده ی ۱۰۴۱ که مورخ ۸۱/۴/۱ مورد اصلاح قرار گرفت؛ بیان گردیده بود؛ اگرچه که عده ای از حقوق دانان بر ازدواج ولایی کودک، خرده گرفته و بیان می داشتند

۸ "وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتِ الْأَخْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ؛

۹ « عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن سه سیزده سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن پانزده سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح. »

که انتخاب همسر از طبیعی ترین حقوق انسان است و از لوازم احترام به شخصیت اوست و با ولایت نمیتوان خصوصی ترین چهره ی زندگی را بر او تحمیل کرد. از این رو اعمال ولایت و انتخاب همسر برای کودک به شخصیت طفل صدمه های جبران ناپذیری وارد میسازد (کاتوزیان ۱۳۷۱ش، ص ۶۸ و ۶۹) به دنبال این اعتراضات؛ در سال ۱۳۹۵ طرحی با عنوان کودک همسری توسط فراکسیون زنان مجلس ارائه شد که افزایش حداقل سن قانونی ازدواج و اصلاح ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی را در پی داشت و براساس آن حداقل سن ازدواج دختران به ۱۶ سال و برای پسران به ۱۸ سال افزایش می یافت و ازدواج دختران زیر ۱۳ و پسران قبل از ۱۶ سال مطلقاً ممنوع می شد. این طرح در سال ۱۳۹۷ یک فوریت آن به تصویب مجلس رسید،^{۱۰} اما در نهایت با مخالفت کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس روبرو شد.

۹. مصلحت در نکاح صغیره

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

بمنظور تبیین این مسئله، در ابتدا باید اذعان داشت که عقدی که همراه با مفسده باشد، بالاجماع باطل است. از جمله کسانی که ادعای اجماع کرده اند مرحوم نراقی می باشند. (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۶، ص ۱۶۷)^{۱۱} اما سوالی که در اینجا مطرح می شود آن است که آیا در ازدواج کودک توسط ولی، شرط عدم وجود مفسده کافی است یا وجود مصلحت هم لازم است؟ بمنظور پاسخ به این سوال این مسئله از منظر فقههای مذهب امامیه و مذاهب اربعه بررسی می شود.

۹-۱. دیدگاه فقههای مذهب امامیه

در این خصوص، مرحوم صاحب مسالک فرموده است که: «اتفاق داریم بر اعتبار عدم المفسده. مشهور فقههای امامیه رعایت مصلحت را مصحح نکاح می دانند، ولی گروهی دیگر عدم مفسده را کافی دانسته اند،

۱۰ نکاح دختر قبل از ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از ۱۶ سال تمام شمسی، ممنوع است. بموجب تبصره ذیل این ماده: «حداقل سن ازدواج در دختر ۱۶ سال تمام شمسی و در پسر ۱۸ سال تمام شمسی است عقد ازدواج بین ۱۳ تا ۱۶ در دختران و ۱۶ تا ۱۸ در پسران منوط به اذن ولی و رعایت مصلحت و تشخیص دادگاه...»

۱۱ ... الظاهر وجوب مراعاة الولی عدم المفسده فی النکاح لظاهر الاجماع ... و هل یجب مراعاة المصلحة فی النکاح؟ الظاهر: لا للأصل، و

بررسی مصلحت در ازدواج ولایی کودک در حقوق ایران، با رویکردی بر تفقه اسلامی / ۵۱

دلیل آنها این است که ادله مقید به رعایت مصلحت نشده است». (الحکیم، ۱۴۰۴ق، ج ۱۴، ص ۴۵۶). از جمله افرادی که قائل بر صحت ولایت ولی منوط به رعایت مصلحت می‌باشند، شیخ طوسی را می‌توان نام برد. ایشان در این باره می‌نویسد: "تمام کسانی که بر اموال صغیر ولایت دارند ... تصرف و دخالت آنان صحیح نیست، مگر این که با حفظ احتیاط و با در نظر گرفتن سود صغیر انجام شود، زیرا ولایت آنان به همین دلیل اعتبار شده است. بنابراین؛ اگر تصرفات آنان به سود صغار نباشد، باطل و غیر نافذ است، زیرا بر خلاف فلسفه ولایت انجام گردیده است" (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۱۵۳). همچنین علامه حلی گفته است: "ضابطه در تصرف متولی اموال ایتمام و مجانین، رعایت غبطه می‌باشد و تصرف متولی باید با در نظر گرفتن مصلحت مولی علیه صورت پذیرد؛ بنابراین ولی می‌تواند با اموال یتیم تجارت نماید و یا در اختیار دیگری برای تجارت قرار دهد، به شرط این که این اعمال به مصلحت یتیم باشد، اعم از این که ولی پدر باشد، یا جدّ یا وصی یا حاکم و یا امین حاکم." (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۸۰) ابن ادریس نیز این نظریه را مقتضای مذهب تشیع می‌داند (ابن ادریس، ج ۱، ص ۴۴۱). برخی دیگر از فقها مانند علامه حلی، محقق حلی، شهید اول و دوم، محقق کرکی و دیگران (علامه حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۱۳۵ - محقق حلی، ۱۳۷۴ش، ج ۲، ص ۷۸ و ۷۹ - شهید اول، ص ۸۰ - شهید ثانی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۱۶۶ - محقق کرکی، ۱۴۰۸ق، ج ۵، ص ۷۲ - مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۴، ص ۱۴، ریاض المسائل، ج ۹، ص: ۲۰۹) نیز به رعایت این شرط تصریح نموده‌اند. در برابر، بزرگانی همچون مرحوم صاحب جواهر، مرحوم شیخ انصاری، مرحوم نائینی، مرحوم خوبی و مرحوم امام خمینی (ره) بر این باورند که نفوذ تصرفات ولی قهری منوط به نبود مفسده است و ضرورتی ندارد که غبطه و صلاح مولی علیه را نیز در برداشته باشد (نجفی، ج ۲، ص ۳۳۲ و ج ۲۸، ص ۲۹۷؛ انصاری، ۱۴۱۶ق، ص ۱۵۲؛ موسوی خمینی ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۴۵۶):

در حقوق نیز شرط رعایت مصلحت مولی علیه به خوبی از مفاد مواد ۱۱۸۲ تا ۱۱۸۷ قانون مدنی^{۱۲} و نیز مواد ۸۱، ۸۰، ۷۹ و ۸۳ قانون امور حسبی استفاده میشود. همچنین میتوان در این خصوص به ملاک ماده ۶۶۷ قانون مدنی راجع به وکالت نیز استناد کرد (صفایی، امامی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۱۷۰). به این ترتیب، به رغم گستردگی صلاحیت ولایی پدر بر فرزند محجورش، تنها حفظ غبطه و رعایت صلاح و مصلحت فرزند میتواند قلمرو سرپرستی و ولایت او را در این زمینه محدود و منضبط کند. البته همانطور که سابقاً هم ذکر شد، مصلحت و غبطه ضابطه ای منظم و معیاری دقیق ندارد، بلکه در حقیقت مفهومی

۱۲ بعنوان نمونه می‌توان ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی اشاره نمود: «هرگاه ولی قهری طفل رعایت غبطه صغیر را ننماید و مرتکب اقداماتی شود که موجب ضرر مولی علیه گردد به تقاضای یکی از اقربای وی و یا به درخواست رئیس حوزه قضایی، پس از اثبات، دادگاه ولی مذکور را عزل و از تصرف در اموال صغیر، منع و برای اداره امور مالی طفل فرد صالحی را بعنوان قیم تعیین می‌نماید.....»

نسبی و متغیر است که با توجه به اوضاع و احوال و شرایط خاص موضوع، مشخص میشود و مرجع صلاحیتدار در تشخیص آن نیز عرف و نظر خردمندان جامعه است.

۲-۹. دیدگاه فقهای مذاهب اربعه

مذاهب اهل سنت در عین پذیرش ولایت ولی در ازدواج کودک، اعمال چنین ولایتی را مشروط به وجود شروطی می‌دانند. 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 توازن و هم کفو بودن؛ ۵- تزویج به مهر المثل؛ 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، ۱۴۲۶ق ج ۴، ص ۲۵؛ - الشربینی، ۱۹۵۸م، ج ۳، ص ۱۴۹). تنها شرطی که حنفی‌ها برای اعمال ولایت پدر و جد بر نکاح محجورین ذکر کرده‌اند عدم اشتها 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 باغبین فاحش در مهر تزویج شده باشد (ابو زهره، ۱۹۸۸م، ص 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، ۱۴۲۶ق، ج ۴، ص ۳۶-۳۰)

بعد از ذکر دیدگاههای مذاهب اسلامی در مقام جمع بندی؛ باید اصل را بر این نهاد که اقدام ولی قهری برای خیرخواهی و مصلحت مولی علیه است و تا زمانی که خلاف آن ثابت نشده معتبر و نافذ است، بنابراین، نیاز نیست که ولی به اثبات حسن نیت یا مفید بودن عمل خویش همت گمارد. بدیهی است این اصل در مواردی که احتمال سود و زیان مولی علیه می‌رود، پا برجاست؛ لیکن در مورد اموری که به حسب عادت یا طبیعت آن، به ضرر و زیان اوست (مانند بخشیدن اموال، به گرو نهادن مال او برای وام دیگری، شوهر دادن بدون مهر، عفو قصاص یا دیه) به نظر میرسد که ولی باید خلاف ظاهر (وجود غبطه ی صغیر) را در دادگاه اثبات کند.

۱۰. تحلیل اجرای مصلحت در ازدواج ولایی کودک

آنچه از تشریح نظرات فقیهان امامیه و اهل سنت به دست می‌آید آن است که ازدواج کودک موافقان و مخالفانی دارد. موافقان، با توجه به آنکه قرآن کریم به صورت مستقیم سن ازدواج را بیان نکرده است، بر روایات متعددی که در این زمینه وارد شده است، استناد کرده‌اند. آنان در صورت رعایت مصلحت کودک از سوی ولی، با استدلال بر صحت ازدواج ولایی کودکان نابالغ، ازدواج ولایی کودکان بالغ را به نیز طریق اولی صحیح می‌دانند. در مقابل این دیدگاه، مخالفان ازدواج ولایی کودک، معتقدند که این ازدواج قبل از فراهم شدن شرایط ازدواج از قبیل بلوغ جنسی یا توانایی جسمانی و رشد لازم اتفاق می‌افتد و طرفین عقد نکاح یا یکی از آنان، به علت فقدان رشد کافی، آمادگی جسمی و یا روحی را برای این امر مهم ندارند. بنابر این فرض وجود مصلحت در این ازدواج کلاً منتفی می‌باشد و این ازدواج مصداقی از ازدواج با مفسده بوده و در نتیجه محکوم به بطلان است. بعنوان نمونه؛ بنا به نظر آیت الله بجنوردی، انتخاب همسر برای کودک، او را از طبیعی‌ترین حق محروم می‌سازد و به او صدمه می‌زند. بنابر این، فرض ضرر در نکاحی که ولی قهری درباره آن تصمیم می‌گیرد، برای کودک وجود دارد. (غیائی ثانی، موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷ش). در حقیقت مخالفان بر این باورند که در پدیده "کودک همسری"، در بیشتر موارد آسیب‌ها، مشکلات و تهدیدات بسیاری از جمله موارد زیر وجود دارد: جدایی از والدین و خانواده، ممانعت از حق تحصیل کودک، تعهد کودک (پسر) به تأدیه نفقه و به تبع آن تعهد به اشتغال و کسب درآمد برای امرار معاش خانواده، تعهد کودک (دختر) به تمکین بدون قید و شرط با شرایط یاد شده در قانون و تعهد خانه داری، بارداری و فرزند پروری، تهدیدات و خطرات ناشی از خشونت خانگی و ضرب و شتم و جراحت کودک همسران، فقدان حمایت‌های حقوقی از کودک همسران ناشی از عدم دانش، عدم توان و عدم اهلیت قانونی آنان برای طرح دعاوی ناشی از زوجیت و..... از دیدگاه مخالفان ازدواج کودک؛ از جمله موارد رعایت و حفظ مصلحت مولی علیه در امر ازدواج، اهتمام ولی قهری نسبت به آماده سازی و تربیت کودکان در حوزه‌هایی همچون مسائل اقتصادی و جنسی است. که در رابطه با ازدواج کودک این امر مجالی برای تحقق ندارد.

جدای از هر گونه مخالفت یا موافقتی نسبت به این مسئله؛ در صورت اعتبار تربیت جنسی در ازدواج ولایی، مسئله تربیت جنسی در رابطه با ازدواج کودک نابالغ، مفهوم و معنای چندانی نخواهد داشت. همچنین در رابطه با رشد اقتصادی در هر دو صنف کودک بالغ و نابالغ این امر بطور معمول تحقق نیافته است. لذا فرض وجود مفسده و ضرر در ازدواج ولایی محرز است، مگر آنکه مصلحتی اقوی از این مفسده را برای ازدواج ولایی کودک بتوان تصور نمود که در آن صورت بنابه قواعد اصولی و فقهی باید به مصلحت دار بودن این ازدواج حکم داد.

در نتیجه از منظر این تحقیق رابطه بین ولایت ولی و عنصر مصلحت در امر ازدواج کودک، از نوع رابطه حکومت دلیل لزوم رعایت مصلحت مولی علیه بردلیل سلطه و حق تصرف ولی در اعمال ولایی خود می باشد. بدین نحو که حکم لزوم مصلحت دار بودن اعمال ولی نسبت به مولی علیه، حاکم بر حکم جواز همه تصرفات ولی در امور مولی علیه خود می باشد و به این ترتیب در صورت عدم وجود شرط مصلحت در اعمال ولی، اینگونه تصرفات ولی یا باطل و یا غیر نافذ اعلام می گردد. که البته در بحث ضمانت اجرا اختلاف نظرات در خصوص غیر نافذ بودن این تصرفات و یا بطلان آنها، بررسی می گردد.

به این ترتیب، به رغم گستردگی صلاحیت ولایی پدر بر فرزند محجور، تنها حفظ غبطه و رعایت صلاح و مصلحت فرزند میتواند قلمرو سرپرستی و ولایت او را در این زمینه محدود و منضبط کند. البته همانطور که سابقاً اشاره شد، مصلحت و غبطه، ضابطه ای منظم و معیاری دقیق ندارد، بلکه در حقیقت مفهومی نسبی و متغیر است که با توجه به اوضاع و احوال و شرایط خاص موضوع، مشخص میشود و مرجع صلاحیتدار در تشخیص آن نیز عرف و نظر خردمندان جامعه است.

بنابر این باید برای تشخیص وجود مصلحت در امر ازدواج ولایی کودک، می بایست از گروهی کارشناسان خبره از خردمندان عرف کمک گرفت تا بتوان بررسی کرد آیا در ازدواج مورد نظر عنصر مصلحت وجود دارد یا خیر.

در این راستا قانونگذار بدنبال تحقق قید مصلحت در ازدواج ولایی کودک؛ در سال ۱۳۸۱، مفاد ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی را بمنظور رعایت مصلحت در ازدواج ولایی، چنین اصلاح نمود: « عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن سیزده سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن پانزده سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح. ».

این اصلاح در ابتدا کارآمد بنظر می رسید اما در عمل بدرستی تحقق نمی پذیرفت. این مسئله هم بعلت عدم درک صحیح محاکم از قید "تشخیص دادگاه" در رابطه با مفهوم و مصداق عنصر مصلحت در ازدواج ولایی بود و اصلاحات پیشنهاد شده در سال ۱۳۹۷ نسبت به مفاد این ماده- مبنی بر لزوم اخذ مجوز پزشک قانونی در ازدواج کودک- اشکال اساسی بررسی مصلحت توسط محاکم را برطرف نمی کند.

علت امر آن است که در مقام عمل، بسیاری از دادرسان، حکم مقرر در این ماده را به صدور حکم رشد تفسیر نموده و در مقام چنین تشخیصی، حکم رشد شخص را صادر می کردند. این مسئله؛ در حالی بود که منظور از قید "تشخیص دادگاه" که در ماده ۱۰۴۱ وضع شده بود؛ تنها بررسی رشید بودن یا نبودن کودک نبود؛ بلکه احراز این مسئله بود که آیا این ازدواج با فلان شخص برای این کودک به مصلحت وی می باشد

بررسی مصلحت در ازدواج ولایی کودک در حقوق ایران، با رویکردی بر فقه اسلامی / ۵۵

یا خیر. و این امر در حوصله محاکم دادگستری نبود تا بتوانند به دقت و موشکافانه بدان بپردازند. از سویی دیگر برخی از محاکم قید "تشخیص دادگاه" در ماده ۱۰۴۱ را به صدور مجوز ازدواج تعبیر می‌کردند و این مجوز را بدون بررسی کودک و فرد مقابلی که می‌خواهد با او ازدواج کند و اینکه این ازدواج به صلاح او است یا نه، برای کودک، صادر می‌کردند. بدین صورت که تنها با بررسی خود کودک اقدام به صدور مجوز ازدواج می‌نمودند.

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

بدین ترتیب، راه حلی که این تحقیق بمنظور جلوگیری از هر گونه سوء استفاده احتمالی و عدم رعایت مصلحت و غبطه واقعی کودک، به قانونگذار پیشنهاد می‌دهد آن است که در روند قانونگذاری برای جلوگیری از هر گونه عدم رعایت غبطه واقعی، از سوی ولی در ازدواج کودک، هیأت سه نفره کارشناسی معتمد قوه قضائیه متشکل از روانشناس، حقوق دان و عالم فقهی را در نظر بگیرد به نحوی که قبل از ثبت هر گونه ازدواجی در دوران کودکی، ارائه گواهی این هیأت سه نفره مبنی بر ضرورت انجام چنین عملی از سوی ولی طفل، برای ارائه به دفاتر ثبت ازدواج لازم و ضروری باشد و عدم ارائه این گواهی مانع ثبت ازدواج کودک باشد.

هرچند که این رویکرد ممکن است با انتقاداتی از سوی منتقدان - مبنی بر اینکه ممکن است در این حالت با تعدادی ازدواج‌های ثبت نشده به علت عدم ارائه رای کارشناسی بمنظور فرار از محدودیت‌های قانونی در جامعه - مواجه شود؛ ولی باید توجه داشت که با این راهکار جلوی خیلی از این ازدواج‌هایی که با نیت سوء استفاده از امکانات بعد از ازدواج کودک - مانند به ازدواج در آوردن کودک بخاطر اخذ تسهیلاتی مثل وام ازدواج و... - صورت می‌گیرد، گرفته می‌شود.

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

از سویی دیگر نگرانی مخالفان ازدواج کودک بخاطر سوء استفاده‌های صورت گرفته از سوی ولی طفل و آسیب‌های وارده به جسم و روان کودک را نباید نادیده انگاشت. و این امر را باید واقعیت تلخ و تکذیب ناپذیر دانست. لذا با اصلاح قوانین موجود، جلوی هر گونه سوء استفاده احتمالی را باید گرفت. بنابر این اقدام در ممنوع اعلام نمودن ازدواج، عملی مناسب و کارآمد نبوده و بهتر است بجای حذف صورت مسئله، مبادرت به اصلاحات مقتضی - تعیین گروه کارشناسی سه نفره در خارج از محاکم و اما مورد تأیید قوه قضائیه، جهت وجود مصلحت در ازدواج کودک توسط ولی - نماید.

پس از بیان این مهم که ازدواج ولایی مشروط به رعایت مصلحت کودک می‌باشد؛ سوال مطرح در اینجا آن است که در صورت عدم رعایت مصلحت توسط ولی، چه اقدام مقتضی در فقه و حقوق پیش بینی شده است؟

۱.۱. ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت در ازدواج ولایی کودک

در صورت عدم رعایت مصلحت کودک، در ازدواج ولایی، دو دیدگاه در فقه و حقوق وجود دارد. بدین منظور این مسئله از منظر فقه امامیه و اهل سنت و حقوق مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱. دیدگاه امامیه

در فقه امامیه دو دیدگاه در مواجهه با چنین حالتی وجود دارد:

- دیدگاه اول: وجود حق خیار فسخ نکاح

درباره حق فسخ نکاح صغیر و صغیره پس از بلوغ، در صورت تشخیص عدم رعایت مصلحت کودک توسط ولی، بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد است.

الف- قول اشهر بلکه مشهور و مقتضای اصل، عدم اختیار برای صغیر و صغیره است و لذا عقد پدر و جد برای او لازم است و پس از بلوغ حق فسخ را ندارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۱۷۲).

در این رابطه، شیخ مفید می‌نویسد: «در صورتی که پدر دختر صغیرش را شوهر داد، در هنگام بلوغ اختیار فسخ عقد را ندارد.» (مفید، ۱۴۰۷ق، ج ۱۸، ص ۳۹). همچنین شیخ طوسی در این خصوص چنین می‌نگارد: «پدری می‌تواند دختر صغیرش را بدون کسب اجازه از او شوهر دهد و پس از بلوغ اختیار فسخ ندارد.» (طوسی، ۱۳۹۰ق، ص ۱۰۵). ابن‌براج نیز برای پدر و جد پدری، حق تزویج دختر صغیره را می‌پذیرد و تصریح می‌کند که "دختر پس از رسیدن به سن بلوغ حتی اگر از عقد مزبور رضایتی نداشته باشد، اختیار فسخ ندارد." (ابن‌براج طرابلسی، ۱۴۰۷ق، ص ۱۶۷). همچنین ابن زهره ضمن بیان حکم فوق عدم خلاف بین اصحاب در این مسأله را ادعا می‌نماید. (ابن زهره، ۱۳۷۴ش، ص ۲۷۴).

بررسی مصلحت در ازدواج ولایی کودک در حقوق ایران، با رویکردی بر فقه اسلامی / ۵۷

بعلاوه، با مراجعه به حواشی و شروح نگاشته شده بر کتاب عروۀ الوثقی اثر سید یزدی می‌توان به پذیرش حکم فوق توسط فقهای دهه‌های اخیر پی برد. ضمن آنکه در بین فقهای اخیر ادعای اجماعی بودن و نفی خلاف و اعراض از اخبار معارض با حکم فوق شده است. (یزدی، ۱۴۰۹ق، مسأله ۴ فصل فی اولیاء العقد).^{۱۳} به نظر میرسد این دسته از فقها با توجه به عدم لحاظ خیار فسخ برای کودک، قائل به نظریه بطلان عقد در صورت عدم رعایت مصلحت کودک، می‌باشند.

ب- عده ای معتقدند که صغیر و صغیره در صورتی که مصلحتشان در ازدواج رعایت نشده باشد پس از بلوغ می‌توانند آن را فسخ یا امضا نمایند. (مغنیه، ۱۳۷۹، ص ۱۵۴- طباطبایی حکیم، ۱۴۰۴ق، ج ۱۴، ص ۴۵۶) در این خصوص می‌توان بعنوان نمونه به نظر امام خمینی (ره) استناد جست. ایشان در کتاب نجات العباد (خمینی، نجاه العباد، ص: ۳۶۷) چنین بیان داشته‌اند: «عقدی که پدر و جد می‌کند اگر مفسده داشته باشد، دختر می‌تواند بعد از بالغ شدن آن عقد را بهم بزند و قبول نکند، و اما چنانچه مراعات حال دختر شده باشد به آن نحو که باید بشود، دیگر دختر حق ندارد که قبول نکند، بلکه عقد لازم است.» از سویی دیگر، ایشان در تحریر الوسیله در مبحث اولیای عقد در مسأله ۴ چنین بیان داشته‌اند: «نداشتن مفسده در صحت تزویج پدر و جد و نفوذ آن شرط است و گرنه 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.» (تحریر الوسیله - ترجمه، ج ۳، ص ۴۵۵). همچنین ایشان در مسأله ۶ تحریر الوسیله در مبحث اولیای عقد فرموده‌اند: «اگر ولی صغیره را به کمتر از مهر المثل یا صغیر را به بیشتر از آن، تزویج نماید، پس اگر مصلحتی باشد که آن را اقتضا کند، عقد و مهر صحیح و لازم است و اگر مصلحت در خود تزویج - نه مهر - باشد بنابر اقوی عقد صحیح و لازم و مهر باطل است، به اینکه نافذ نیست و بعد از بلوغ، متوقف بر اجازه است پس اگر اجازه دهد مستقر می‌شود و گرنه به مهر المثل بر می‌گردد.» امام خمینی پس از آنکه به تبیین موارد حق فسخ در مسائل فوق پرداخته‌اند به فضولی بودن عقودی که بغیر مصلحت منعقد شده‌اند اشاره می‌کنند و در مسأله ۱۳ تحریر الوسیله چنین بیان می‌دارند: «عقدی که از ولی یا وکیل غیر به صورتی که در آن مأذون نبوده، صادر شود از قبیل فضولی می‌باشد، به اینکه ولی عقد را بر خلاف مصلحت واقع سازد یا وکیل بر خلاف آنچه که موکل تعیین نموده عقد نماید.»

پ- از سویی دیگر، عده ای قائل به تفصیل شده‌اند یعنی گفته‌اند که پسر بچه چون مهر و نفقه بر ذمه اش است، حق فسخ دارد ولی دختر بچه چون مهر و نفقه به نفع اوست نه به ضرر او، حق فسخ ندارد.^{۱۴}

^{۱۳} برای نمونه ر.ک به حاشیه بر عروۀ حضرات آیات، بروجردی، خوانساری، نائینی، عراقی، کوه کمره ای، گلپایگانی و امام خمینی و.....

^{۱۴} شیخ طوسی، ابن براج، ابن حمزه و ابن ادریس به نقل از جواهر الکلام

در جمع بین اقوال فوق می‌توان گفت که قول صحیح آن است که در صورتی که مصلحت صغیر و صغیره در ازدواج رعایت نشده باشد، و قائل به نظریه داشتن حق فسخ باشیم، می‌بایست در اجرای این حق، هیچ تفاوتی بین دختر و پسر قائل نشویم.

استدلال به اینکه چون پسر مهر و نفقه را عهده دار است، پس حق فسخ دارد، ناشی از نگاه مادی گرایانه به ازدواج است و حال آنکه اولاً ازدواج امر مقدسی است و ثانیاً ضرر دختر چه بسا از پسر بیشتر باشد زیرا در اجتماع کنونی ضررهای معنوی به هیچ وجه قابل جبران نیست. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۰ ج ۴، ص ۳۳۷)

دیدگاه دوم: بطلان عقد در صورت عدم رعایت مصلحت

از آنجا که ولی اجباری در محدوده رعایت مصلحت صغیر، حق تصرفات ولایی در مال و نفس صغیر را دارد؛ بنابراین دیدگاه، تزویج ولایی بدون رعایت مصلحت موّلی علیه، باطل است، نه غیر نافذ. دلیل این مدعا این است که تصرفات ولی بدون رعایت مصلحت جایز نیست و فرض آن است که متصرف هنگام انعقاد قرارداد، بایستی جایز التصرف باشد. ممکن است گفته شود غایب الامر چنین عقدی همانند عقد فضولی غیر نافذ است و دلیلی بر بطلان آن نداریم. در پاسخ خواهیم گفت: این، قیاسی است مع الفارق، چرا که، طفل در هنگام عقد قرارداد بخاطر عدم بلوغ، امکان حقوقی رد یا پذیرش عقد را ندارد. و از سوی دیگر حکم به صحت عقد پیامدهای حقوقی از قبیل نفقه، ارث و... دارد. به عبارت ساده تر، عقد ولایی غیر مصلحتی از دو ناحیه مشکل دارد: اولاً ولی اجباری با نادیده انگاشتن مصلحت طفل، صلاحیت تزویج ولایی را از دست داده است بنابراین هنگام انعقاد قرارداد، فاقد حق تزویج ولایی کودک است. ثانیاً کودک نیز به دلیل نداشتن اهلیت، صلاحیت تنفیذ یا رد عقد را ندارد. همچنین می‌توان اذعان داشت که در تزویج ولایی غیر مصلحتی صحت و فساد عقد، مورد شک و تردید است، نه لزوم و جواز آن. و به اثبات رسیده که در صورت شک در صحت یا فساد قراردادی به مقتضای استصحاب عدم حدوث حالت جدید (زوجیت در عقد نکاح انتقال ملک در بیع و...) اصالة الفساد در معاملات جاری و محکم است. (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ ق، فصل فی اولیاء العقد)

در قانون ایران بصراحت در خصوص بطلان تصرفات بدون مصلحت ولی خصوصاً تزویج کودک، سخنی به میان نیامده ولی از مفاد ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی، بطلان چنین تصرفاتی استنباط می‌گردد. از نظر این تحقیق نیز نظریه بطلان ازدواج ولایی فاقد مصلحت، صحیح تر است. لذا جا دارد قانونگذار نسبت به این مسئله بصراحت تعیین تکلیف نماید و بطلان چنین اموری را تقنین نماید.

همچنین در خصوص ازدواج ولایی مصلحت داری که مطلوب کودک نیست، سخنی به میان نیامده که آیا بعد از بلوغ حق فسخ این ازدواج را دارد یا نه. هر چند که از نظر حقوقی بنظر می‌رسد؛ منطق حاکم بر اصول عمومی قراردادها و روح مواد قانون مدنی با تثبیت خیار فسخ پس از رسیدن نابالغ به سن بلوغ، سازگارتر باشد چرا که عقد مزبور فاقد اساسی‌ترین عناصر شکل‌گیری قراردادها است؛ بدان جهت که طفل در هنگام انعقاد قرارداد، اهلیت طرفیت عقد را نداشته است. لذا جا دارد قانونگذار نسبت به این مسئله بطور صریح تعیین تکلیف نماید و برای کودک در این خصوص حق فسخ قرار دهد.

۲-۱۱. دیدگاه فقه مذاهب اربعه

در این که ضمانت اجرای تخلف از شروط مورد نظر در این مذاهب چیست اختلاف است. شافعی‌ها، 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 سومی وجود ندارد (امیدی، تجویز تزویج صغار، www.vekalatonline.ir/articles/5611). پس در این مذهب بحث از ثبوت یا عدم ثبوت خیار فسخ منتفی است. در مقابل فقه‌های 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، ۱۴۲۶ق، ج ۴، ص ۳۶ - ۳۰).

نتیجه گیری

- اکثر فقه‌های مذاهب امامیه و اهل سنت بر ولایت پدر و جد پدری، در تزویج صغار اتفاق نظر دارند. آنان با استدلال بر صحت ازدواج کودکان نابالغ، ازدواج کودکان بالغ را نیز به طریق اولی صحیح می‌دانند. البته در صورت اعتبار تربیت جنسی در ازدواج ولایی، مسئله تربیت جنسی در رابطه با ازدواج کودک نابالغ، مفهوم و معنای چندانی نخواهد داشت. همچنین در رابطه با رشد اقتصادی در هر دو صنف کودک بالغ و نابالغ این امر بطور معمول تحقق نیافته است. لذا فرض وجود مفسده و ضرر در ازدواج ولایی محرز است، مگر آنکه مصلحتی اقوی از این مفسده را برای ازدواج ولایی کودک بتوان تصور نمود که در آن صورت بنا به قواعد اصولی و فقهی باید به مصلحت دار بودن این ازدواج حکم داد.

- رابطه بین ولایت ولی و عنصر مصلحت در امر ازدواج کودک، از نوع رابطه حکومت دلیل لزوم رعایت مصلحت کودک، بردلیل مشروعیت و سلطه ولی در اعمال ولایی خود می‌باشد. و به این ترتیب در صورت عدم وجود شرط مصلحت در اعمال ولی نسبت به مولی علیه، حکم لزوم مصلحت دار بودن اعمال و تصرفات ولی بر حکم جواز تصرفات ولی حکومت کرده و بر آن حاکم می‌شود و تصرفات ولی را باطل یا غیر نافذ می‌کند.

- در قانون ایران بصراحت در خصوص بطلان یا عدم نفوذ تصرفات بدون مصلحت ولی، خصوصاً تزویج کودک، سخنی به میان نیامده ولی از مفاد ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی، بطلان چنین تصرفاتی استنباط می‌گردد. از نظر این تحقیق نیز در تزویج ولایی غیر مصلحتی صحت و فساد عقد، مورد شک و تردید است، نه لزوم و جواز آن. و به اثبات رسیده که در صورت شک در صحت یا فساد قراردادی به مقتضای استصحاب عدم حدوث حالت جدید، اصالة الفساد در معاملات جاری و است.

منابع

*قرآن کریم

کتاب

۱. ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم، لسان العرب، چاپ اول، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۸ق
۲. ابوزهره، محمد، الاحوال الشخصية، ج سوم، بیروت، دارالفکر، ۱۹۸۸.
۳. ابوالحسین قشیری نيسابوری، مسلم بن الحجاج، صحیح مسلم، ج ۲، محقق / مصحح: عبد الباقي، محمد فؤاد، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
۴. اردبیلی، احمد، مجمع الفایده و البرهان، چاپ اول، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۳.
۵. انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب، ج ۲، قم، کنگره جهانی شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵.
۶. -----، کتاب النکاح، چاپ اول، قم، الجنه التحقیق، ۱۴۱۶.
۷. انصاری، محمد علی، الموسوعه الفقهيہ الميسره، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵.
۸. جزیری، عبد الرحمان، کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت، دارالکتاب عربی، ۱۴۲۶ق، ج ۱ و ۲ و ۴.
۹. حلّی، حسن بن یوسف علامه، تذکره الفقها، قم، موسسه آل البيت، ۱۴۱۴.
۱۰. دهخدا، علی اکبر، فرهنگ دهخدا، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۸ هـ ش.
۱۱. زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، چاپ سوم، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۹ق
۱۲. شکوهی، غلامحسین، تعلیم و تربیت و مراحل آن، مشهد، آستان قدس رضوی، ۱۳۶۸ش
۱۳. شهید اول، محمد بن مکی عاملی، اللمعه دمشقیه فی فقه الامامیه، بیروت، دار التراث - دار الاسلامیه، ۱۴۱۰ق

بررسی مصلحت در ازدواج ولایی کودک در حقوق ایران، با رویکردی بر فقه اسلامی / ۶۱

۱۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، چاپ اول، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ق و ۱۴۱۶هـ
۱۵. -----، الروضه البهیة فی شرح اللمعه، ترجمه مسجد سراپی پیام آور، حمید، قم، معراج، ۱۳۹۰، ۱۳۸۹هـ ش
۱۶. شیخ مفید، الارشاد فی معرفه حجج الله علی العباد، بیروت، مفید، ۱۴۱۴ق
۱۷. صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۲ش
۱۸. -----، امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، تهران، میزان، ۱۳۸۹ش
۱۹. عسقلانی شافعی، أحمد بن علی بن حجر أبو الفضل، فتح الباری شرح صحیح البخاری، بیروت، دار المعرفه، ۱۳۷۹ قمری، ج ۹
۲۰. فقیهی، علی نقی، تربیت جنسی: مبانی، اصول و روش‌ها از منظر قرآن و حدیث، قم، موسسه علمی فرهنگ‌گذار حدیث، سازمان چاپ و نشر، ۱۳۸۷ش
۲۱. طباطبایی حکیم، سید محسن، مستمسلک العروه الوثقی، چاپ چهارم، قم، مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۴ق
۲۲. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروه الوثقی، الطبعة الثانیه، بیروت، منشورات مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ق
۲۳. طرابلسی، ابن برّاج، قاضی عبد العزیز، المهذب، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه اسلامی، ۱۴۰۷هـ ق
۲۴. طوسی، محمد بن الحسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، دارالکتب العربی، ۱۳۹۰هـ
۲۵. -----، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق
۲۶. -----، المبسوط فی فقه الامامیه، تحقیق: کشفی، محمدتقی، تهران، مکتبه المرتضویه لاحیاء و الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ش
۲۷. عاملی، حرّ، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، چاپ اول، قم، انتشارات آل البيت، ۱۴۰۹ق
۲۸. علامه حلّی، ابومنصور حسن بن یوسف ابن مطهر اسدی، قواعد الاحکام، ج ۲، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه اسلامی، ۱۴۱۸هـ ق.
۲۹. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، چاپ ۷، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹ش.

۳۰. محقق حلّی، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام، ج ۱ و ۲، ترجمه ابن احمد یزدی، ابوالقاسم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۴ هـ ش.
۳۱. محقق کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ اول، قم، آل البيت، ۱۴۰۸ ق
۳۲. مطهری مرتضی، امدادهای غیبی در زندگی بشر به ضمیمه چهار مقاله دیگر، انتشارات صدرا، بی تا.
۳۳. مکارم شیرازی، ناصر، کتاب النکاح، ج اول، قم، انتشارات مدرسه امام علی (ع)، ۱۴۲۴ ق.
۳۴. -----، اندیشه های حقوقی (حقوق خانواده)، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۶ ش.
۳۵. موسوی خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، چاپ دوم، نجف، مطبعه الادب، ۱۳۹۰ ق .
۳۶. -----، نجاه العباد (امام خمینی)، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۴۲۲ هـ ق.
۳۷. -----، کتاب البیع، چاپ اول، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۴۲۱ ق.
۳۸. نجفی، شیخ محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۶ و ۲۹، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ هـ ق.
۳۹. نراقی ملاحمد، مستند الشیعه فی أحكام الشریعه، چاپ اول، قم، موسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۵ ق
- مقالات**
۴۰. امیدی، جلیل، تجویز تزویج صغار، www.vekalatonline.ir/articles/5611
۴۱. حسین پور مقدّمی، فاطمه، عیوضی، اشتراکات و افتراقات حجر در مذاهب خمسّه، فصلنامه علمی- پژوهشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، زمستان ۱۳۹۴، سال هشتم / شماره ۴.
۴۲. سنچولی، زینب، تربیت جنسی از منظر اسلام، برلین - آلمان، سومین کنفرانس بین المللی پژوهش در علوم و تکنولوژی، ۱۳۹۵/۴/۱۹.
۴۳. غیائی ثانی، اعظم؛ موسوی بجنوردی، محمد؛ سن ازدواج دختران در مبانی حقوق اسلامی، فصلنامه ندای صادق، ۱۳۸۷ ش، شماره ۴۸.

المّخص

تعد قضية زواج الأطفال من أكثر القضايا إثارة للجدل في الأوساط الفقهية والقانونية. تبحث هذه المقالة في عنصر الملاءمة في زواج الأطفال بالطريقة الوصفية التحليلية، بالإشارة إلى مصادر المكتبة. تعتقد معظم طوائف الديانات الإسلامية أن النفعية مشروطة بأفعال الولي ضد المالا. لأن الحكم في وجوب نفعية تصرف الولي تجاه مولى على نفسه يحكمه حكم الإذن بجميع ممتلكات الولي في شؤون مولى ضد نفسه. لذلك، إذا لم يتم مراعاة ملاءمة زواج الأطفال، فهناك رأيان؛ يعتقد البعض بوجود حق الإنهاء للطفل وقت الاستحقاق والبعض يعتقد ببطالان الزواج، ونظرية البطلان هي الأصح من منظور هذا البحث. ومن أجل الحفاظ على حسد الطفل في هذا الزواج يقترح على المشرع إبراز شهادة مجلس الخبراء لتحديد وجود النفعية في هذا الزواج بدلاً من فحص النفعية.

كلمات المفتاحية: الطفل، الزواج، الولي، النفعية، ضمان الأداء

The element of expediency in child marriage and guaranteeing its implementation in violation of Iranian law and the jurisprudence of Islamic religions

Abstract

The issue of child marriage is one of the most controversial issues in jurisprudential and legal circles. The present article examines the element of expediency in child marriage by descriptive-analytical method, referring to library sources. Most sects of Islamic religions believe that expediency is conditional on the actions of the guardian over the property. Because the ruling on the necessity of the expediency of the guardian's actions towards Molly against himself is governed by the ruling on the permission of all the guardian's possessions in Molly's affairs against himself. Therefore, if the expediency of child marriage is not observed, there are two views; some believe in the existence of the right of termination for the child at the time of eligibility and some believe in the invalidity of marriage. The theory of invalidity is more correct from the perspective of this research. Also, in order to maintain the envy of the child in this marriage, it is suggested to the legislator to present the certificate of the expert board to determine the existence of expediency in this marriage instead of examining the expediency.

Keywords: child, marriage, guardian, expediency, performance guarantee