



## ژورنال حقوق کیفری

سال دوازدهم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۴۰۰  
شماره پیاپی ۲۴ (صفحات ۵۲-۲۷)



### مطالعه تجربی جرم کودک‌همسری در گفتمان تقنینی و قضایی ایران از منظر جرم‌شناسی انتقادی (به روش برساخت‌گرایی اجتماعی)

دکتر هاجر آذری<sup>۱</sup>

دکتر سپیده میرمجیدی<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۹/۱۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۱۷

#### چکیده

از منظر جرم‌شناسی انتقادی، بزهکاری متأثر از نظام سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و به‌ویژه ساختار قانون‌گذاری، عدالت کیفری و تأثیر صاحبان و نوع قدرت است. از جمله نظریه‌های برساخت‌گرایی اجتماعی که قاعده‌گذاری در نظام تقنینی یا قضایی را محدود به رفتارهایی می‌داند که منافع اقلیت حاکم را به خطر می‌اندازد. لذا جرایم و مفاهیم حقوقی جز در موارد خاص یک برساخته اجتماعی در شرایط خاص زمانی و مکانی هستند. این مقاله با مطالعه ۳۰ پرونده محاکم خانواده شهر ری و قم در سال ۱۳۹۹ و مصاحبه با قضات مربوطه و خانواده‌های کودکان، از منظر جرم‌شناسی انتقادی و مشخصاً بر مبنای سنت برساخت‌گرایی، دو جنبه از جرم کودک‌همسری (ماده ۶۴۶ ق.م.ا) را یکی سن قانونی ازدواج و دیگری مفهوم مصلحت در ازدواج کودک (ماده ۱۰۴۱ ق.م) تحلیل می‌کند. یافته‌ها حاکی از برساخته بودن این دو جنبه تنها براساس معیارهای اقلیت حاکم بر فرایند قانون‌گذاری است. لذا، پیوسته امکان برساخت‌زدایی از آن‌ها وجود دارد.

**واژگان کلیدی:** جرم‌شناسی انتقادی، گفتمان تقنینی، گفتمان قضایی، جرم کودک‌همسری، برساخت‌گرایی اجتماعی، مصلحت، سن ازدواج.

✉ h.azari@modares.ac.ir

۱. استادیار حقوق کیفری و جرم‌شناسی، گروه مطالعات زنان، دانشگاه تربیت مدرس،

تهران، ایران. (نویسنده مسؤل)

۲. استادیار حقوق کیفری و جرم‌شناسی، پژوهشکده مطالعات سیاسی و روابط بین‌الملل و حقوق، پژوهشگاه علوم انسانی

و مطالعات فرهنگی، تهران، ایران.

## مقدمه

از مهم‌ترین نقدهای وارد بر عملکرد برخی کنشگران سیاست جنایی دربارهٔ پاره‌ای جرایم و مفاهیم حقوقی، انتساب پایگاهی عینی و ایدئولوژیک، و عقل سلیمی خواندن آنها در آموزه‌های مسلیم شرعی و تبدیلیشان به صورت‌های قدسی نقدناپذیر است؛ تا بدین ترتیب، امکان هرگونه تردید، و تلاش برای اصلاح آنها را مخالفت با واقعیت‌های قدسی نشان دهند و برداشت خود را به دیگران تحمیل کنند.

این وضعیت از منظر جرم‌شناسی انتقادی، از آن‌روست که قانون‌گذار و حقوق کیفری کمتر به جرایم مرتبط با قدرت سیاسی و اقتصادی یعنی اعمال، تصمیم‌ها و سیاست‌های اصحاب قدرت و اقلیت‌های حاکم می‌پردازد. بلکه نظام کیفری به‌گونه‌ای تدارک دیده شده است که سلطه آنان استمرار یابد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱-۹۲: ۱۰). از این‌رو، نظام تقنینی و قضایی اعمالی را جرم‌انگاری می‌کند که منافع اقلیت حاکم را به خطر اندازد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۰: ۱۰۲۲).

از نظر آسیب اجتماعی‌شناسان نیز جرم مفهومی است که بر اساس معیارها و قضاوت‌های حاکمیت ایجاد می‌شود و در زمان و مکان تغییر می‌کند. این گروه با تأکید بر آسیب‌های جسمانی، اقتصادی، روانی و فرهنگی و مطالعه فقر، نابرابری و بی‌عدالتی‌های اجتماعی بر این باورند که جرم ناشی از تضاد میان منافع و مصالح طبقه صاحب سرمایه و قدرت و اقلیت قدرتمند سیاسی و اقتصادی از یک سو و منافع اکثریت اعضای جامعه از سوی دیگر است (همان: ۱۰۳۰).

از جمله نظریه‌هایی که بهتر می‌تواند با ماهیت انتقادی خود واقعیت فرایند قانون‌گذاری را از این منظر به تصویر بکشد، نظریه برساخت‌گرایی اجتماعی است.

این نظریه شیوه‌های معمول خود از درک پدیده‌های اجتماعی را به پرسش گرفته و می‌پذیرد که مقولات که در خصوص این واقعیت‌ها به کار می‌روند، از لحاظ تاریخی، فرهنگی، اجتماعی و سیاسی در برهه زمانی و مکانی خاصی شکل گرفته و برساخته تعاملات اجتماعی زندگی روزمره‌اند (ویونبر، ۱۳۹۵: ۲۲۳).

برساخت‌گرایان بیشتر در پی فهم آنند که هر پدیده توسط ذهن سوژه به چه صورت ادراک، احساس و تعریف می‌شود. از این منظر، برداشت ما از این که چه چیزی یک واقعیت اجتماعی است و چه چیزی نیست، خود یک محصول اجتماعی است. به همین دلیل، فرایند تعریف شرایط ظاهراً مسئله‌دار اجتماعی به عنوان یک واقعیت، از اهمیت کلیدی در این رویکرد برخوردار است (Spector & Kitsuse, 1987:54; Best, 2004:14-29) و در مقابل، قرائت‌های ایدئولوژیک، عینی، ابژکتیو و ازلی از واقعیت‌ها و تبدیل آن‌ها به صورت‌های قدسی نقدناپذیر (البته نه در خصوص تمام واقعیت‌ها)، محل تأمل است.

به این ترتیب، بدیهی است چگونگی تعریف واقعیت‌های اجتماعی و به ویژه کسانی که آن تعریف را در قالب‌های زبانی خود ارایه می‌دهند؛ در چگونگی برساخت یک واقعیت اجتماعی بسیار مهم است.

در این معنا، پاره‌ای از مفاهیم حقوقی به صورت عام (و البته جرم به طور اخص) نه امری مسلم<sup>۱</sup>، عینی و کمی بلکه محصول تعریف اجتماعی و یک برساخته اجتماعی است که پایگاه مستقل از ذهن کنشگر تعریف کننده آن ندارد.

بدین ترتیب، برساخت‌گرایی اجتماعی از یک سو بر پایه سنتی مشابه با تحلیل آسیب اجتماعی‌شناسان و از سوی دیگر با اتخاذ رویکرد جرم‌شناسی انتقادی، فرایندهای قانون‌گذاری و عملکرد صاحبان قدرت و نفوذ در جامعه را به نقد کشیده و با طرح پرسش‌های بنیادین پیرامون نحوه برساخت پاره‌ای واقعیت‌ها، معتقد است بعضی از واقعیت‌ها نتیجه قراردادهای و قواعد ساخته شده انسان‌ها هستند و از این رو، هیچ بنیانی ندارند.

از جمله آن‌ها، جرم موضوع ماده ۶۴۶ قانون مجازات اسلامی پیرامون جرم کودک همسری است. مطابق این ماده: «ازدواج قبل از بلوغ بدون اذن ولی ممنوع است. چنانچه مردی با دختری که به حد بلوغ نرسیده برخلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ ق.م و تبصره ذیل آن ازدواج نماید به حبس تعزیری از شش ماه تا دو سال محکوم می‌گردد».

با وجود این حمایت کیفری هرگاه ولی برخلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ دختر خود را به عقد ازدواج دیگری درآورد، فاقد مسئولیت کیفری و حقوقی است، زیرا مجازات موضوع ماده ۶۴۶ صرفاً برای زوج مقرر شده است؛ نکته مهم در این ماده که در پژوهش حاضر مشخصاً موضوع تحلیل‌های انتقادی و برساخت‌گرایانه قرار خواهد گرفت؛ شروط مقرر در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی برای تحقق جرم کودک همسری موضوع ماده ۶۴۶ ق.م.ا است.

در ماده ۱۰۴۱ ق.م ازدواج قبل از سن بلوغ منوط شده است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه. بدین ترتیب، تحقق جرم کودک همسری موضوع ماده ۶۴۶ قانون مجازات اسلامی مشروط به عدم تحقق دو شرط مقرر در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی یعنی عدم اذن ولی یا عدم رعایت مصلحت به تشخیص دادگاه شده است.

لذا، درک صحیح از این جرم، لاجرم در گرو تحلیل صحیح از ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی مشخصاً در خصوص حداقل سن قانونی ازدواج و برداشت کنشگران قضایی از مفهوم مصلحت ناظر بر تجویز کودک همسری است

1. Taken-for-granted

مدافعان ازدواج طفل زیر سن بلوغ به اذن ولی و با احراز شرط مصلحت توسط دادگاه؛ افزایش حداقل سن ازدواج و به تعبیری دیگر، مخالفت با جرم کودک‌همسری را به نوعی مخالفت با آموزه‌های شرعی و فقهی ناظر بر امری مسلم، ابدی، مقدس و غیرقابل تغییر عنوان می‌کنند. لذا، برای نشان دادن اینکه این معنا از کودک‌همسری بیش از هر چیز، بازتابی از دغدغه‌های برخی کنشگران حاکم بر فرایند قانون‌گذاری و برداشت شخصی کنشگر تعریف‌کننده آن است که تنها در طول زمان و به دلیل قدرت کنشگران پیروز در فرایند قانون‌گذاری تبدیل به امری مسلم و چنان بازنمایی شده است که گویی امکان هیچ تغییری در این امر عینی مقدس وجود ندارد؛ از نظریه انتقادی برساخت‌گرایی اجتماعی برای تحلیل جرم کودک‌همسری استفاده شد تا بتوان به کمک مفروضات آن-از جمله این گزاره مهم که گاه برداشت‌های موجود از واقعیت را به مثابه خود واقعیت و جهان و نه تنها برداشتی از آن می‌نگریم که ساخته ذهن ماست و در نتیجه به سادگی امکان برساخت‌زدایی دارد- این پیام را به خواننده منتقل نمود که برداشت غالب از حداقل سن قانونی ازدواج و مفهوم مصلحت تنها یک برساخته اجتماعی و نه یک حقیقت ابدی و ازلی است. بدین منظور، در این تحقیق از روش تحلیل انتقادی محتوای آرای قضایی با رویکرد برساخت‌گرایانه، ذهنی و تعریف‌محور به مفاهیم حقوقی استفاده شده است. در این پژوهش ۳۰ پرونده محاکم خانواده شهر ری و قم در شش ماهه نخست سال ۱۳۹۹ مورد بررسی قرار گرفت. مصاحبه با قضات و خبرگان محاکم به روش دلفی و مصاحبه با خانواده‌ها به روش گلوله برفی و انتخاب تصادفی و بر اساس تمایل آنان به مشارکت در مصاحبه بوده است. آرای محاکم و محتوای آراء نیز بر اساس میزان دسترسی به آنان صورت پذیرفت. لذا دسترسی آزادانه‌ای برای تحلیل همه پرونده‌ها به‌ویژه پرونده‌های خاص و چالش‌برانگیز وجود نداشت که این امر یکی از محدودیت‌های تحقیق حاضر بود. لازم به ذکر است اتخاذ رویکرد برساخت‌گرایی اجتماعی در مقاله حاضر به معنای نادیده-انگاشتن نقدهای وارد بر این نظریه نیست که عمدتاً از نقطه‌نظر پوزیتیویستی و ذات‌گرایی مطرح می‌شود؛ از جمله این که چطور می‌توان تمامی دانش و همه هویت‌های اجتماعی را محتمل دانست، چرا که آنگاه همه چیز سیال و دستخوش تغییر دائمی خواهد بود و هیچ حد و مرز و نظم و قاعده‌ای در حیات اجتماعی وجود نخواهد داشت. در پاسخ باید گفت، نظریه برساخت‌گرایی اجتماعی به اعتبار میزان پایبندی به واقعیت‌های خارج از ذهن به سه جریان رادیکال، مبتنی بر متن و پست‌مدرن تقسیم می‌شود

رادیکال‌ها به طور کلی ایده وجود یک واقعیت عینی مستقل را رد کرده و همه چیز را یک برساخت اجتماعی می‌بینند. این دسته حتی نظریه خودشان را نیز یک برساخت اجتماعی می‌دانند. برخی دیگر با اتخاذ رویکردی مبتنی بر متن، موقعیت حد وسط را اتخاذ کرده و معتقدند پاره‌ای

واقعیت‌های اساسی وجود دارد و نمی‌توان گفت هر چیزی یک برساخت اجتماعی است. دغدغه این دسته، فهم مشکلات اجتماعی از قبیل جرم و انحراف است. آن‌ها بر این باورند که شرایط به خودی خود، مشکلات اجتماعی را نمی‌سازد، بلکه آن‌چه آن‌ها را به مشکلات اجتماعی بدل می‌کند، این است که آن‌ها چگونه تعریف می‌شوند و چگونه از سوی بخش‌های گوناگون جامعه به آنها واکنش نشان داده می‌شود. برساخت‌گرایی پست مدرن هم برای بر ملا کردن فهم‌های بدیهی انگاشته شده و جلوگیری از باور به حتمیت و قطعیت تمام پدیده‌ها به کار می‌رود. (Henry, 2009, 6-8)

مقاله حاضر رویکرد میانه از این نظریه برای نشان دادن فهم طبیعی شده‌ی ما از ریشه‌های فقهی ازدواج زیر سن بلوغ و مفهوم مصلحت در جرم کودک همسری، نشان دادن پیامدهای منفی این شکل خاص از تثبیت معنا و گشودن راه‌های دیگر برای فهم آن و متزلزل کردن نظام‌های معنایی حاکم اتخاذ نموده است

در ادامه نظر به الحاق ایران به کنوانسیون حقوق کودک و وجود تفاوت‌هایی میان قوانین ایران و مفاد کنوانسیون، بحث با تعارض گفتمان حقوق بشر و گفتمان محافظه‌کار در تعریف جرم کودک همسری آغاز می‌شود. سپس تقابل گفتمان‌های تقنینی در برساخت حداقل سن قانونی ازدواج از ابتدای تصویب در سال ۱۳۱۳ تا ارائه طرح کودک همسری در مجلس در سال ۱۳۹۶ و آنگاه قاعده‌سازی قضایی از مفهوم مصلحت در مقام تفسیر ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی و به منظور تجویز کودک همسری مورد تحلیل انتقادی قرار می‌گیرد.

چینش مطالب در دو بخش تقنینی و قضایی، حاوی این پیام به خواننده است که ورود کنشگر تقنینی و قضایی به ترتیب ناظر بر حداقل سن قانونی ازدواج و مفهوم مصلحت، منجر به برساخته شدن جرم کودک همسری در ماده ۶۴۶ قانون مجازات اسلامی شده است که نه تنها در حمایت کیفری مؤثر از کودکان در برابر ازدواج اثربخشی چندانی ندارد؛ بلکه شوربختانه و پیوسته با اِبتِنای آن بر آموزه‌های شرعی، توجیه و همواره بر آن تأکید می‌شود.

لازم به ذکر است تاکنون پژوهش‌هایی چند از سوی نویسندگان این مقاله بر مبنای سنت برساخت‌گرایی و برای به تصویر کشیدن تعارض در فرایند جرم‌انگاری و چگونگی رفع آنها و در نهایت ساخت اجتماعی جرم از طریق قوانین وضع شده بر اساس پیروزمندان این بازی قدرت، انجام یافته است.<sup>۱</sup> اما آنچه نوآوری و تفاوت پژوهش حاضر را با سایر مقالات در این حوزه تبیین می‌نماید،

۱. برای مطالعه بیشتر در این باره از جمله نگاه کنید به :

- میرمجیدی، سپیده؛ آذری، هاجر (۱۴۰۰)، «بررسی قلمروی مصادق‌گرای کودک‌آزاری از منظر برساخت‌گرایی اجتماعی»، مدرس حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره اول، شماره اول

می‌نماید، بر ساخت‌زدایی از برداشت‌های غالب پیرامون حداقل سن قانونی ازدواج و مفهوم مصلحت در ازدواج کودک است؛ موضوعی که به طور همزمان مربوط به سه حوزه مطالعاتی جرم‌شناسی انتقادی، جامعه‌شناسی قانونگذاری کیفری و نیز حقوق کیفری است.

### ۱. تعارض گفتمان حقوق بشری با گفتمان محافظه‌کار در تعریف جرم کودک‌همسری

یکی از مصادیق حقوق بشر جهان‌شمول که بیش از هر چیز در کرامت ذاتی انسان ریشه دارد (حسینی، ۱۳۸۴: ۴)، حقوق کودکان است که در نتیجه شکل‌گیری نظام بین‌المللی حقوق بشر کودکان، حمایت ویژه از آنان به صورت عام و در برابر رفتارهای ناقض حقوق آن‌ها به صورت خاص، شناسایی و پذیرش جهانی شده است. (زینالی، ۱۳۹۱: ۴۹). در طول دهه‌های گذشته موضوع حقوق کودک به عنوان یکی از مباحث عمده حقوق بشری شناخته و مشخصاً در کنوانسیون حقوق کودک مصوب ۱۹۸۹ منعکس شده است و ایران نیز در سال ۱۳۷۲ با حق شرط عدم مغایرت با حقوق اسلام و قوانین داخلی بدان ملحق گردید (آذری، طباطبائی، ۱۳۹۶: ۹).

این کنوانسیون نه تنها فهرستی از حقوق کودک را فراهم نموده؛ بلکه نکته مهم‌تر، نگرش کنوانسیون به کودک به عنوان «موضوع» حق است. بر این اساس، مفهوم مصلحت کودک که در کنوانسیون با عنوان «مصلح عالی‌ه کودک»<sup>۱</sup> طرح شده، در واقع مفهوم ویژه‌ای در نظام حقوق بین‌الملل است که جایگزین اصل رفاه کودک شده است (حسین، هاشمی، هدایت، هدیه، ۱۳۹۶: ۱۳۱).

با این حال، مبهم بودن اصل مصلحت عالی‌ه کودک و البته کارکردهای متنوع آن، ضرورت شفاف‌سازی و تبیین هر چه بیشتر این مفهوم را چند برابر می‌سازد؛ این اصل مبتنی بر به رسمیت شناختن و البته محدود کردن حق فرد بزرگسال در تصمیم‌گیری از طرف کودک است. تنها به این دلیل که کودک در شرایط فعلی خود فاقد تجربه یا توانایی قضاوت و تصمیم‌گیری است. این اصل هیچ اشاره‌ای به نحوه اعمال آن در نظام‌های حقوقی ندارد و هیچ قاعده مشخصی را تبیین نمی‌کند؛ جز اینکه مصلحت عالی طفل باید از اهم ملاحظات باشد.

با وجود چنین نگاه ویژه‌ای به کودک به عنوان موضوع حق و پس از گذشت حدود ۲۰ سال از زمان تصویب کنوانسیون، هیچ تعریف جامع و شفاف‌ی از اصطلاح «منافع عالی‌ه کودک» در

- میرجمیدی، سپیده، حبیب‌زاده، محمد جعفر، فرجیها، محمد، امیدی، جلیل (۱۳۹۵)، «تحلیل بر ساخت‌گرایانه فرایند جرم‌انگاری در ایران بر اساس نظریه واقعیت اجتماعی جرم»، پژوهش حقوق کیفری، سال چهارم، شماره ۱۴

1. The best interest of child

کنوانسیون ارائه نشده، بلکه به درستی اعمال آن با توجه به شرایط خاص فرهنگی و اجتماعی هر کشور به نظام‌های حقوق داخلی واگذار شده است.

در این میان، مسأله ازدواج کودکان و جرم کودک همسری از جمله مواردی است که با اصل مصلحت عالی کودک از جهت تعیین حداقل سن ازدواج ارتباط تنگاتنگی دارد.

در همین راستا، ابهام موجود در ماده واحده ۱۰۴۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۸۱ که در آن ازدواج کودکان زیر سن قانونی را منوط به اذن ولی، با شرط رعایت مصلحت به تشخیص دادگاه صالح دانسته است، از جمله مفاد قانونی است که بدان جهت که از واژه‌ی «مصلحت» معانی متفاوتی برداشت می‌شود و با توجه به اینکه مصلحت بر اساس عوامل مختلف فرهنگی، اقتصادی و اجتماعی احراز می‌شود، دارای اجمال بوده و می‌تواند زمینه‌ی سوءاستفاده و تزییع حقوق کودکان را فراهم سازد که همین امر

که به محل نزاع دو گفتمان حقوق بشری و گفتمان محافظه‌کار در جرم کودک همسری در این موضوع تبدیل شده است.

در حقیقت، ایجاد تعادل میان حقوق کودک، از یک طرف و حقوق شرعی و فقهی شناخته شده برای ولی و ابهام در میزان و قلمرو اذن ولی در تجویز ازدواج کودک از طرف دیگر، یکی از مهم‌ترین مسائل حوزه حمایت از حقوق کودکان در نظام‌هایی است که مکلف به رعایت احکام شرعی در قانونگذاری کیفری‌اند. به‌ویژه آنکه تجویز کودک همسری هم بر مبنای تشخیص مصلحت طفل توسط ولی (کنشگر غیر رسمی و غیر قضایی) و هم تشخیص دادگاه (کنشگر قضایی) و گاه همراه با ابهام در اراده قانون‌گذار در بر ساخت مفهوم مصلحت همراه است.

گفتمان حقوق بشر از یک طرف معتقد است در اقدامات تقنینی و قضایی، مصلحت طفل باید به‌عنوان اولویت همه تصمیم‌گیری‌ها در نظر گرفته شود. لذا کودک همسری را از مصادیق جرم کودک‌آزاری و خشونت علیه کودکان می‌داند.

از طرف دیگر؛ گفتمان مقابل، معتقد است در آموزه‌های اسلامی تعیین سن ازدواج در قلمرو اختیارات ولی است که با استناد به حدیث «انت و مالک لایبک» اختیار ولی در تزویج کودک را نامحدود می‌داند. در حالی که بنا بر قول مشهور فقها، حدیث مزبور تنها مربوط به امور صرفاً مالی و آن هم در حد رفع نیاز است<sup>۱</sup>، ولی به اختیار ولی در تزویج کودک گسترش یافته و به‌عنوان امری لایتغیر تلقی می‌شود.

۱. شیخ صدوق، من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۱۷۷، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۳ق؛ شیخ صدوق، معانی الاخبار، ص ۱۵۵، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۳ق.

برای مطالعه مستندات بیشتر نگاه کنید به: <http://vasael.ir/fa/news/5812/>

این شکاف میان گفتمان حقوق بشری و گفتمان حاکم بر نظام حقوق داخلی بر سر موضوع جرم بودن ازدواج کودک و کودک همسری، در نهایت منجر به تصویب ماده واحده ۱۰۴۱ قانون مدنی در سال ۱۳۸۱ به این شکل گردید که: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح».

گرچه سعی بر این بوده است که هر دو گفتمان به نحوی ترکیب گردند، اما مطالعه تجربی رویه دادگاه‌ها، نشان می‌دهد این نتیجه در عمل پیوسته حاصل نبوده است؛ زیرا تفسیربردار بودن واژه مصلحت که می‌تواند طیفی از مصادیق گوناگون از رفتارها و تصمیمات را با توجه به ذهن سوژه‌ی تفسیرکننده آن به منزله «مصلحت در ازدواج کودک» تعریف نماید، رعایت مصلحت عالی‌ه کودک را به حاشیه رانده است.

فقدان پایگاه عینی این مفهوم در آموزه‌های شرعی از یک سو با تشتت تفکر تقنینی در طول دوره قانون‌گذاری در خصوص تعریف سن ازدواج و از سوی دیگر

اختلاف نظر و تشتت رویه قضایی با تداوم فرایند برساخت برداشت‌های جدید از مفهوم مصلحت معلوم می‌گردد که ادعای عینیت داشتن برداشت‌های غالب از مفهوم مصلحت در آموزه‌های شرعی را، با تردید مواجه می‌سازد

بر این اساس، در ادامه ابتدا صورت‌بندی‌های گوناگون قانون‌گذار از حداقل سن ازدواج در طول چند دوره قانون‌گذاری و سپس قرائت‌های مختلف کنشگران قضایی از ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی ناظر بر همین امر و مفهوم مصلحت به بحث گذاشته می‌شود تا معلوم گردد مدعای تحقیق حاضر مبنی بر بر ساخته بودن تجویز کودک همسری و ارتباط آن به رفتارهای ممکن کنشگران تعریف کننده آن، چگونه و بر چه پایه‌ای استوار است.

## ۲. جرم ازدواج کودک، جولانگاه تقابل گفتمان‌های تقنینی در برساخت مفهوم مصلحت

قانون‌گذار در سال ۱۳۱۳ با در نظر گرفتن اهمیت، آثار فردی و اجتماعی ازدواج و زبانی که از لحاظ جسمی، روحی و تولد فرزند متوجه کودک بوده است، ازدواج در سنین پایین را ممنوع نمود و سن ازدواج را ۱۵ و ۱۸ سال تمام در نظر گرفت. اما، در شرایطی کاملاً استثنائی به دختران و پسرانی که به ۱۳ و ۱۵ سال تمام رسیده بودند، در صورتی که مصلحت آن‌ها اقتضا می‌کرد، اجازه داده شد تا با تجویز دادگاه ازدواج کنند (صفایی، امامی، ۱۳۹۳: ۷۱). مصلحتی که قانون‌گذار برای معافیت از شرط سن در نظر گرفته بود، اعم از مصالح جسمی، روانی، حیثیتی، مالی و معنوی بود. (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۶۷).



ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳، حدود ۴۰ سال به حیات خود ادامه داد تا آن که به تصویب ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده در سال ۱۳۵۳ نسخ شد. به نظر می‌رسید استثنای مذکور در ماده ۱۰۴۱ موجب افزایش ازدواج‌های زیر سنین ۱۵ و ۱۸ و گستردگی موارد استثنا بر اصل شده بود (اسدی، ۱۳۹۲: ۱۲۷). بدین ترتیب قانونگذار سیر صعودی افزایش سن را به ترتیب برای دختر و پسر از ۱۵ به ۱۸ و از ۱۸ به ۲۰ سال به تصویب رسانید که انتقادهای زیادی را از جهت عدم انطباق با عرف و شرایط جامعه روستایی در پی داشت. (صفایی، امامی، ۱۳۹۳: ۷۲).

به دلیل ادعای مطابق نبودن ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده با موازین اسلامی، قانونگذار پس از انقلاب مجدداً این ماده را اصلاح نمود و موجب نسخ ماده پیشین شد. بدین ترتیب ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی سال ۱۳۶۱ مقرر نمود: «نکاح قبل از بلوغ ممنوع است». تبصره ماده ۱۰۴۱ هم منع قانونی موجود در ماده را با ذکر رعایت مصلحت کودک، به نوعی برطرف نمود و در نهایت تبصره در سال ۱۳۷۰ بدین شرح اصلاح نگارشی گردید: «عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی به شرط رعایت مصلحت مولی علیه صحیح می‌باشد».

قانون‌گذار در قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ با توجه به نتایجی که از ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی پیشین حاصل شده بود، سن ازدواج را بدون توجه به آسیب‌های ناشی از آن افزایش داد؛ از طرف دیگر تصویب ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی در سال ۱۳۶۱ هم راه‌گریزی شد برای والدینی که به بهانه - مصلحت و بدون دخالت دادستان اقدام به تزویج کودکان خود می‌نمودند. لذا، بار دیگر قانون‌گذار در صدد اصلاح آن برآمد. در طرح اصلاحی ماده ۱۰۴۱ دلایلی همچون تأثیر منفی این ماده بر ایجاد ناهنجاری در کانون خانواده به خصوص بر سلامت جسمی زوجین، زیر سوال رفتن ایران در محافل بین‌المللی، سوءاستفاده برخی افراد از اصل اختیار و تحمیل ازدواج‌های اجباری به کودکان و در نتیجه آثار سوء آن بر زوجین مطرح گردید (شکری، ۱۳۸۷: ۱۸۷).

بدین ترتیب، مجلس شورای اسلامی در ۱۳۷۹/۹/۲۷ طرحی را به تصویب رساند که با مخالفت شورای نگهبان روبرو و به تبع آن به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع داده شد. نهایتاً مجمع در تاریخ ۱۳۸۱/۴/۱ ماده واحده ۱۰۴۱ قانون مدنی را اصلاح و بدین ترتیب حداقل سن ازدواج را به ۱۳ و ۱۵ سال تمام شمسی افزایش داد و تبصره ماده پیشین را با اختلاف در احراز مصلحت توسط دادگاه صالح، در متن ماده اصلاحی گنجانید.

در این طرح بنابراین بود که ازدواج دختران زیر ۱۳ سال منع گردد که به دلایلی مثل فوریت نداشتن و به ویژه مغایرت افزایش حداقل سن ازدواج با شرع اسلام، صحت قوانین فعلی و موارد دیگر به انزوا رفت.

از منظر سنت برساخت‌گرایی این امر نشان می‌دهد در صورتی که این طرح تصویب می‌شد، هم‌اکنون با مفهوم متفاوتی از مصلحت مواجه بودیم و چه بسا چالشی هم اساساً درباره این مفهوم حقوقی وجود نمی‌داشت.

بدین ترتیب، طبق آخرین اصلاح ماده ۱۰۴۱ که به حداقل سن ازدواج اختصاص دارد، نکاح دختر و پسر زیر سن قانونی، با اذن ولی به شرط رعایت مصلحت و البته به شرط احراز مصلحت توسط دادگاه صالحه میسر شد، بدون آن که تعریفی مشخص و معیاری دقیق از مصلحت ارائه، قلمرو ولایت ولی مشخص و آشکارا معلوم گردد که از نظر فقهی و حقوقی در خصوص تجویز ازدواج کودک، تابع نظریه ولایت تامه ولی و یا اذن او است.

بدیهی بود با این ابهام در برساخته‌ی قانون‌گذار، چگونه دست کنشگران قضایی و غیر قضایی در تعریف و اجرای قانون باز گذاشته و زمینه تشست قضایی فراهم می‌شود.

در ادامه، ناکارآمدی قانون در حمایت از کودکان و به‌ویژه دختران در برابر ازدواج و مطالبه وجدان جمعی جامعه ایرانی موجب شد فعالان حقوق کودک و فراکسیون نمایندگان زن مجلس خواستار افزایش حداقل سن ازدواج دختران به ۱۶ سال و پسران به ۱۸ سال و ممنوعیت ازدواج دختران زیر ۱۳ سال گردند و طرحی را با نام «طرح کودک همسری» که از سال ۱۳۹۵ در دست مطالعه بود، در آذر ماه ۱۳۹۶ در نوبت رسیدگی مجلس قرار دهند.

این طرح در نهایت در جلسه علنی مهرماه سال ۹۷ مجلس با یک فوریت تصویب شد تا عقد ازدواج بین سنین ۱۳ تا ۱۶ در دختران و ۱۶ تا ۱۸ در پسران را منوط به اذن ولی و رعایت مصلحت و تشخیص دادگاه به شرط داشتن قابلیت صحت جسمی برای تزویج با نظر پزشک قانونی نماید. ولی کمیسیون حقوقی و قضایی آن را به دلایل گوناگون متوقف کرد که به گفته یکی از نمایندگان عضو فراکسیون زنان مجلس، این طرح عمدتاً بنا به دلایل «فقهی و شرعی» و «کپی-برداری از طرح‌های غربی» مورد مخالفت قرار گرفت.

فاصله گرفتن از قوانین دینی و عرف سنتی همراه با بدفهمی از قوانین شرعی و احادیث دینی با مضمون ثواب دنیوی و اخروی ازدواج دختر در سن پایین و متهم نمودن مدافعان طرح به اقدام غیر فقهی در شرایطی است که ازدواج کودک برخلاف دیگر موضوعاتی که به تصریح ریشه در مبانی شرعی دارد، در میان فقها اجماع کاملی روی این موضوع وجود ندارد. برای مثال پاسخ آیت الله مکارم شیرازی در استفسار این مسأله از سوی برخی نمایندگان مجلس به روشنی تأکید بر نه معیار بلوغ جسمی و جنسی، بلکه بلوغ عقلی دارد.

البته برخی مخالفان افزایش سن ازدواج کودک، معتقدند باید مسأله فقه حکومتی را نیز بر مشروعیت این مسأله افزود. بدین معنی که ازدواج کودک از منظر فقه حکومتی ممکن است فقط در راستای محرمیت طفل باشد نه تزویج به معنای همبستری<sup>۱</sup>.

استدلالی که نشان از دیدگاه‌های متفاوت میان موافقان ازدواج کودکان دارد؛ چنان که برخی حتی بر منابع شرعی و فقهی مسأله و احادیث و روایات نیز تأکیدی ندارند و استدلال‌های متفاوتی مطرح می‌کنند که تنها مستند بر فقه حکومتی است.

البته این مخالفت در حالی با تمسک به گفتمان ایدئولوژیک مذهبی اصرار بر مغایرت طرح کودک همسری با شرع مقدس اسلام دارد که اتفاقاً همین اختلاف‌نظرها به روشنی مثبت مدعای نگارندگان مبنی بر فقدان هرگونه جنبه ازلی و عینی تجویز ازدواج کودک در آموزه‌های دینی و تنها بازنمایی آن به مثابه امری مسلم و طبیعی است. آنان تنها ازدواج کودک را به گونه‌ای تعریف می‌کنند که برداشت و ذهنیت ما از آن‌ها در قالب مفهوم «مصلحت» شکل بگیرد.

سخنگوی کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس در این باره می‌گوید: «من متوجه نمی‌شوم چرا عده‌ای اصرار دارند معایر شرع مقدس اسلام سن ازدواج را بالا ببرند ... ما در اینجا باید بحث اسلام را مد نظر قرار دهیم ... برای تصمیم‌گیری درباره موضوع سن ازدواج باید به شرع مقدس اسلام رجوع شود ... نگاه اسلامی دربرگیرنده و همه‌گیر است و باید مبتنی بر تصمیم‌گیری باشد نه اینکه سنی در اسلام مجاز شناخته می‌شود، با قانونگذاری غلط محدوده سن ممنوعه ازدواج شود» این وضعیت از منظر برساخت‌گرایی علاوه بر اینکه به معنای مخالفت با رویکرد انتقادی به دانش تلقی می‌شود، همچنین تاریخی و فرهنگی بودن انسان را نیز به دیده تردید می‌نگرد. اینکه دیدگاه‌های ما به جهان و شناختمان از آن، محصول تعاملات تاریخ‌مند میان آدمیان است. در نتیجه، درک ما از جهان و شیوه بازنمایی آن، تاریخی و فرهنگی و همچنین تصادفی است. به این معنا که می‌توانستیم جهان‌بینی و هویت‌های دیگری داشته باشیم. جهان‌بینی‌ها و هویت‌هایی که در طول زمان تغییر می‌کنند.

حال آنکه مخالفان با رد این استدلال و حتی بی‌توجهی به آموزه‌هایی که بر ضرورت انطباق تصمیمات و رفتارهای انسان با اقتضائات روز تأکید دارد، از جمله حدیثی از حضرت علی (ع) مبنی بر لزوم تطبیق تربیت فرزندان با زمان خویش، موضع بنیادگرایانه در خصوص موضوع در پیش گرفته‌اند و پیوسته دانش بشری را بر مبنای شالوده‌ای فرانتزوری استوار می‌سازند که ورای کنش‌های تصادفی بشری قرار دارد.

۱. نشست بررسی طرح افزایش حداقل سن ازدواج در آیین نظر موافقان و مخالفان، ۱۲ آذر ۹۸، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

نگاهی به تاریخچه تعیین سن ازدواج دختران و پسران نشان داد دیدگاه‌های مختلفی در این زمینه وجود داشته و در برخی از برهه‌های تاریخی سن ازدواج سیر صعودی و در برخی از دوره‌ها سیر نزولی داشته است. اما چگونه؟ مگر نه اینکه به تعبیر مخالفان افزایش حداقل سن ازدواج، این موضوع امری مخالف تصریح شرع مبنی بر ازدواج کودکان بوده است؟ پس چگونه است که در طول این سال‌ها همواره شاهد اتخاذ مواضع گوناگون کنشگران مختلف در خصوص موضوع هستیم؟ در پاسخ کافی است به جنس گفتمان‌های حاکم بر فرایند قانون‌گذاری در طول این سال‌ها، نظام معنایی حاکم بر هریک از آنان و اختلاف در مبانی معرفتی‌اشان توجه کرد. آنگاه به روشنی پیوند میان نظریه گفتمان و برساخت‌گرایی اجتماعی معلوم می‌گردد. اینکه چگونه با کاربرد زبان در یک حوزه خاص (گفتمان)، حقایق بازنمایی می‌شوند. یعنی این زبان است که حقایق را ایجاد می‌کند و تغییر می‌دهد. پس جهان اجتماعی محصول گفتمان‌ها است. این گفتمان‌ها هستند که به واقعیت معنا می‌دهند و جهان اجتماعی در نتیجه همین فرایند معنابخشی است که برساخته می‌شود و تغییر می‌کند. در نتیجه، بدیهی است که با تغییر در گفتمان‌ها، جهان اجتماعی و به تبع آن واقعیت‌ها نیز تغییر می‌کنند؛ زیرا هر گفتمان بر اساس جهان معنایی خود به واقعیت‌ها معنا می‌بخشد. در خصوص جرم کودک‌همسری که تابع تعریف مصلحت است هم وضع به همین منوال است. یعنی هر کنشگر تحت تأثیر عناصر گفتمانی خود به آن معنا بخشیده و برساخته است. در این مورد، به طور کلی دو گفتمان سکولار قبل از انقلاب و گفتمان مذهبی پس از انقلاب نقش‌آفرینی کرده‌اند.

گفتمان حاکم بر قانون سال ۱۳۱۳ که ۴۰ سال به حیات خود ادامه داد تا در سال ۱۳۵۳ نسخ گردید و با تفاوت قابل توجهی سن ازدواج را افزایش داد و گفتمان مذهبی بعد از انقلاب که به دلیل حاکمیت و غلبه در حوزه قانون‌گذاری، در سال ۱۳۶۱، سن ازدواج را به شدت کاهش داد و مجدداً در سال ۸۱ اصلاح و به قانون فعلی تبدیل شد. گرچه در هر دو گفتمان قانون‌گذار به وضوح بنا به دلایل فرهنگی و اجتماعی و سیاسی، دچار سردرگمی در تعیین سن قانونی ازدواج بوده است و آنگاه چگونه است که برخی مخالفان جدی اصلاح قانون پیرامون سن ازدواج پیوسته بر پایگاه مشخص و نقدناپذیر این امر در آموزه‌های شرعی تأکید می‌ورزند.

قانون‌گذار برای رها نمودن خود از تشنت فکری، اختیار تصمیم‌گیری در چنین مسأله مهمی را با بذل و بخشش به ولی و دادگاه واگذار نمود و به جای رفع تعارض میان گفتمان‌های مختلف، تلاش کرد بین گفتمان‌های موجود تجمیع نموده، بدون اینکه مسوولیت تصمیم‌گیری در این حوزه را به عهده بگیرد و دست کنشگران قضایی و غیر قضایی را در تصمیم‌گیری در این امر باز نگذارد. فارغ از اینکه چگونه این امر در عمل می‌تواند اصل حاکمیت قانون را نقض نماید.

تغییر و تشتت فکری و ایدئولوژیک در سیر قانون‌گذاری این ماده که به وضوح حکایت از برساخته بودن مفهوم کودک همسری بر اساس غلبه گفتمان حاکم و شرایط اجتماعی و فرهنگی زمان خود دارد، عامدانه به سمت محاکم نیز سوق داده شد و این همان نقد مهم این نوشتار بر رویه قانون‌گذار است؛ گویی که آگاهانه به نوعی قاعده‌سازی قضایی را در خصوص مفهوم مصلحت تجویز نموده است و هر چه تشتت و تعارض افکار در این زمینه بیشتر می‌شود، مدعیان کودک همسری، بیشتر و بیشتر دست به دامان شریعت می‌شوند، گویی به دنبال آنند که شریعت را در این زمینه فاقد عقلانیت نشان دهند؛ شریعتی که نه فقط عرف که عقلانیت را نیز مد نظر قرار داده و فقهای قدیم عقل و عرف را به خوبی جزو منابع استنباط احکام شرعی به شمار می‌آورند.

### ۳. قاعده‌سازی قضایی در مقام تفسیر مفهوم مصلحت در گفتمان قضایی

اگر در خصوص سایر پدیده‌ها و مفاهیم حقوقی اصولاً با تعارض منافع کنشگران در سطح تقنین مواجهیم، در جرم کودک همسری موضوع ماده ۶۴۶ ق.م.ا که برای تحقق این جرم به ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی ارجاع داده شده است، ازدواج زیر سن قانونی منوط به اذن ولی و تشخیص مصلحت توسط دادگاه شناخته شده است، از سطح تقنین عبور کرده، و تعارض گفتمان‌های موجود در سطح قضا، خود را نشان می‌دهند.

در حقیقت، همان‌طور که مفاهیم حقوقی متأثر از روابط پیچیده سیاسی، اجتماعی و فرهنگی در مقام تقنین، عینیت می‌یابند، در مرحله اجرا و عمل نیز سنت برساخت‌گرایی همچنان ادامه دارد. بنابراین برساخته شدن نه تنها در سطح گفتمان تقنینی خاتمه نمی‌یابد، بلکه در مرحله اجرا و در سطح قضایی هم چه بسا برساخته‌های متفاوتی از آنچه به تصویب رسیده است، پدیدار گردد. در واقع برساخت‌گرایی همچون یک فرایند از زمان تقنین تا زمان اجرا ادامه دارد. در جایی که نظام تقنین می‌توانست به بهترین شکل ممکن به حمایت از کودکان بپردازد، گفتمان حاکم به گونه‌ای تلاش کرد با باز گذاشتن دامن و قلمرو موارد مجاز ازدواج کودک و واگذاری آن به تشخیص دادگاه، دغدغه‌های گفتمان مزبور و در عین حال به زعم خود-دغدغه‌های حقوق بشری را مرتفع نماید.

متعاقباً مشابه اختلاف نظر در میان کنشگران تقنینی در تعریف مفهوم مصلحت و البته به تبع آن جرم‌انگاشتن کودک همسری، تشتت قابل ملاحظه‌ای میان کنشگران قضایی در خصوص ازدواج کودکان رخ داده که در عمل و در طول زمان منجر به حاکمیت و برساخته شدن رویه‌ای دیگر در گفتمان قضایی پیرامون مفهوم مصلحت گردید.

این پژوهش، به منظور بررسی و تحلیل چگونگی تاثیر ذهنیت کنشگران قضایی در تفسیر مفاد قانونی و اثرگذاری آن در حمایت از کودکان، ۳۰ پرونده از میان پرونده‌های محاکم خانواده استان قم و شهر ری در سال ۱۳۹۹ را به جهت چند قومیتی بودن، مورد بررسی و تحلیل قرار داده است. جدول ذیل نمایانگر ذهنیت کنشگران قضائی در تفسیر مفاد قانونی از مصلحت و متغیرهای مد نظر آنان در مقام صدور رای می‌باشد.

ذهنیت کنشگران قضایی در تفسیر مفاد قانونی	
۱-	مصلحت به مثابه عدم مفسده
۲-	حاکمیت مصلحت نوعی
متغیرهای مد نظر کنشگر قضایی در صدور رای	
۱-	رضایت و اذن ولی
۲-	عرف منطقه جغرافیایی
۳-	سن بلوغ
۴-	رضایت کودک به ازدواج

### ۱.۳. مصلحت به مثابه عدم مفسده

یافته‌های این مطالعه میدانی نشان می‌دهد صرف نبود مفسده، بخشی از این پرونده‌ها را به خود اختصاص داده و گویای آن است که قضات اصولاً صرف نبود مفسده را کافی برای ازدواج کودک می‌دانند.

به‌طور مشخص در ۲۰ پرونده قضایی صرفاً با استناد به بلوغ فکری کودکان اقدام به صدور رای ازدواج نموده و استدلال خود را بر صرف نبود ضرر کافی استوار می‌سازد و بر این باور است که نیازی به وجود منفعت برای طفل نیست. در حالی که به نظر می‌رسد اطلاق حاکم بر مصلحت مد نظر ماده ۱۰۴۱ ق.م.حکایت از مصلحتی فراتر از صرف عدم وجود مفسده داشته باشد.<sup>۱</sup>

۱. برای مطالعه بیشتر در این خصوص که عدم وجود مفسد لزوماً به معنای وجود مصلحت نیست، نگاه کنید به: طباطبایی یزدی، سیدکاظم، عروه الوثقی، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۰ ق.ق، ج ۵، ص ۶۱۷). حکیم، سیدمحمدتقی، الاصول العامه للفقهاء المقارن، قم: مؤسسه آل البیت، ج ۲، بی تا ص ۴۵۶-۴۵۵. برخی از متاخرین نیز با استناد به آیهی ۱۵۲ سوره‌ی انعام معتقدند که ازدواج بر تصرفات مالی اولویت دارد و مصلحت را به نکاح نیز تعمیم داده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۰: ۳۴-۳۳). همچنین در میان متقدمین چون علامه حلی اعتبار وجوب مصلحت در تصرفات مالی مشهور است، (زهره رجیبیان، ۱۳۸۰: ۶۳). لذا فقها از مجموع روایاتی که به مصلحت در امور مالی اشاره دارد، مصلحت در ازدواج را استخراج و استناد کرده‌اند که چون نکاح بر تصرفات مالی اولی است و علاوه بر آن امور مالی در مقایسه با

این وضعیت یعنی استحاله مفهومی مصلحت از یک معنای ایجابی (وجود منفعت) به برداشت و به تعبیر برساخت‌گرایان، برساخته‌ای سلبی (عدم مفسده) از مرحله تقنین گرفته تا قضا، به رویه قدرتمندی در دادگاه‌های مورد مطالعه تبدیل شده است که اولاً، ناشی از وضع مبهم ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی، ثانیاً، حاکی از تبیین واقعیت برحسب مفاهیمی است که به قلمرو شخص تعریف کننده تعلق دارد که آزادی عمل قاضی را در برساخت مصادیق یک مفهوم حقوقی نشان می‌دهد که این چنین کودک همسری را با برداشت ناصحیح خود از چیستی و چگونگی احراز مصلحت تجویز و ترویج می‌نماید.

در این راستا، مصاحبه با یازده قاضی محاکم خانواده نشان می‌دهد آنان برداشت‌های دیگر از مصلحت و به تعبیر برساخت‌گرایی، تمام استنباط‌های دیگر از مصلحت را «تصفیه» یا «سرکوب» یا آن‌ها را به مفاهیمی که از قلمرو خود شخص سرچشمه گرفته است، ترجمه و تفسیر می‌کنند. بدین ترتیب، کنشگران قضایی ضمن خنثی کردن تعاریف متعارض و خارج کردن آن‌ها از فرایند، در گام بعدی مصلحت را بر حسب نظام معنایی مورد قبول خود که عمدتاً ریشه در آموزه‌های شرعی دارد تعریف می‌کنند و این برداشت خود از مصلحت را چنان عقل سلیمی می‌دانند که آن را همانا خود واقعیت از مفهوم مصلحت قلمداد می‌کنند. به عنوان نمونه قاضی پرونده شماره ۵، علی رغم اینکه معتقد به عدم بلوغ فکری طفل؛ ولی بر حسب استناد به حدیث «انت و مالک لایبک» حکم قاطع مبنی بر تجویز ازدواج را صرفاً بر اساس نظر ولی بدون توجه به سایر ادله صادر نمود و معتقد بود باید چنین کرد؛ چرا که هیچ مفسده‌ای از این ازدواج گریبانگیر کودک نخواهد شد و یا قاضی پرونده شماره ۲۱ که مفهوم سلبی مصلحت در ماده را به حدی بدیهی می‌پنداشت که تکلیف قاضی به ولی را مبنی بر ارائه دلیل و بررسی آنها در چارچوب منفعت برای طفل، به طور کلی غیرضروری می‌دانست.

در همین راستا، داده‌های تجربی تحقیق نشان می‌دهد قاضی، با این استدلال که ولی، مالک فرزند است، به رضایت پدر اکتفا می‌کند، بدون آنکه دلایل پدر مبنی بر وجود مصلحت در ازدواج بررسی شود. یعنی در کنار احراز بلوغ جسمی، صرف رضایت ولی کفایت برای صدور حکم ازدواج دارد. فارغ از اینکه دلیل چه می‌تواند باشد. ۲۰ پرونده از مجموع ۳۰ پرونده حکایت از این رویه

شوشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

ازدواج قابل جبران نیز می‌باشد، لذا رعایت مصلحت در نکاح به طریق اولی شرط است، مستند دوم حدیث صحیح از فضل بن عبدالملک است که از امام صادق (ع) نقل می‌کند و صحت عقد را مشروط به رضایت جد می‌کند ولی رضایت وی به معنای عدم مفسده نیست بلکه به معنای رعایت مصلحت از جانب جد مولی علیه است. پس در صورت عدم رعایت مصلحت عقد باطل است (مکارم شیرازی، همان: ۳۵).

دارد. در حالی که اگر صرف رضایت پدر در ازدواج طفل کافی بود، ماده ۱۰۴۱ پیشین به نحو کنونی تغییر نمی‌یافت.

البته در مواردی هم که دلایل ولی موضوعیت داشته باشد، مواردی چون حفظ آبرو، عدم اعتماد به جامعه و محیط، ازدواج سابق کودک، ثبت ازدواج دائم و مناسب بودن وضعیت زوج مقارن با مصلحت انگاشته و به تبع آن جواز ازدواج طفل صادر شده است.

علاوه بر این که گاهی ولی هیچ ادله‌ای ارائه نمی‌دهد و صرفاً بر مبنای رضایت او حکم به تجویز ازدواج صادر می‌شود و یا گاهی دلایلی که ارائه می‌کند لزوماً نفع خاصی برای طفل مترتب نیست و قاضی آن را تنها به دلیل دفع مفسده می‌پذیرد، بلکه بررسی ۱۸ پرونده نیز نشان می‌دهد قضاات صرفاً با استماع ادله ولی، حکم به تزویج کودک را صادر می‌نمایند و متأسفانه ورود محتوایی به موضوع ندارند. در حالیکه موافقت پدر که عمدتاً هم ناظر بر نبود مفسده است، صرفاً بخشی از مصلحت در ازدواج را شامل می‌شود و ولایت او باید در جهت حمایت از کودک باشد و این امری است که باید به لحاظ موضوعی در دادگاه ثابت شود.

در ۱۰ پرونده از مجموع ۳۰ پرونده هم هریک از قضاات بر مبنای قرائت‌های شخصی خود، به مفهوم مصلحت معنایی متفاوت می‌دهند. مصلحت‌هایی از جنس مالی گرفته تا اجتماعی و فرهنگی. این رویه پراکنده میان قضاات رسیدگی کننده که در مواردی هم به تعبیر برخی موجب «تبعیض قضایی» می‌گردد (صادق‌نژاد نائینی، ۱۳۹۸، ۵۵-۸۴)؛ در حالی است که انتظار می‌رود تجویز ازدواج کودکان به صورت قانونی نیازمند وجود مصلحتی عالیه و متضمن وجود منفعت برای کودک به انضمام دفع ضرر از وی چه در زمان حال و چه در زمان آینده باشد.

ولی قائلان به «مصلحت به مثابه مفسده» یا همان گفتمان غالب، ولایت ولی را مطلق و به معنای مالکیت تام می‌دانند یعنی ولی هر اقدامی را که اراده نمود، می‌تواند انجام دهد؛ زیرا اختیاردار تام فرزندش است، حتی می‌تواند به او ضرر هم برساند و عقد دارای مفسده باشد، زیرا آن را امتیازی برای پدر در نظر گرفته‌اند.<sup>۱</sup>

البته تعداد اندکی از فقها که عمدتاً جزء متأخرین هستند، معتقدند رعایت منفعت در ازدواج کودک لازم است و صرف عدم مفسده کافی نیست و حتی در صورت تردید بین دو مصلحت، باید مصلحت اقوی را برای کودک در نظر گرفت (هاشمی، ۱۳۹۵: ۱۴۲).

ضرورت احراز منفعت از ازدواج طفل توسط دادگاه کاملاً متناظر با ادبیات موضوع در گفتمان علمی نیز می‌باشد؛ به گونه‌ای که مصلحت مورد نظر در حقوق کودک نیز به معنای «رعایت و

۱. برای مطالعه بیشتر نگاه کنید به: کاظمی، علی، رئیس اداره مطالعات حقوقی و قضایی قوه قضاییه، مصاحبه با خبرگزاری ایسنا:

<https://www.isna.ir/news/95032917137>



تضمین بهترین منافع» است که امروزه در این رشته مطالعاتی، از آن با عنوان منافع عالییه کودک تعبیر شده است که به روشنی به امری فراتر از صرف عدم مفسده دلالت دارد (هاشمی، ۱۳۹۵: ۱۴۱).

رویکرد میان‌ذهنی، تعریف‌محور و برساخت‌گرایانه قضاات به مفهوم مصلحت، در حالی است که در این سال‌ها هر بار در نقد برداشت قضاات از مفهوم مصلحت، سخنی به میان آمده است، بلافاصله این نقد را با ارجاع به آموزه‌های مقدس شرعی رد نموده‌اند. بی‌توجه به این مهم که چنین برداشتی هرگز مدنظر شارع مقدس نبوده است و نه تنها در قرآن بدان اشاره نشده، بلکه در منابع فقهی نیز مورد اختلاف است (عظیم‌زاده اردبیلی، ۱۳۹۰: ۵۵۴) و این تنها بازنمایی آنان از چیستی مصلحت در ازدواج کودک و کاربرد زبان در این حوزه است که یک پدیده اجتماعی را با توجیهات شرعی و غیر شرعی متفاوت و بعضاً متعارض به منزله یک واقعیت اجتماعی برمی‌سازند. در واقع اختلاف نظرهای فقهی و شرعی و تأکید مکرر بر یک فتوای شرعی در این خصوص دلالت بر این مطلب دارد که تنها گفتمان مسلط، غلبه بر نظام قانون‌گذاری داشته است (سجادی، سال ۹۶: ۸ تا ۱۲)

### ۲.۳. حاکمیت مصلحت نوعی بر مصلحت شخصی در تفاسیر قضایی

داده‌های میدانی حاکی از آن است که قضاات عمدتاً مصلحت نوعی را مد نظر قرار داده و آن را بر مصلحت شخصی ترجیح داده‌اند. به گونه‌ای که این تصمیم بین قضاات رواج یافته و تبدیل به رویه قضایی گشته است. لذا، در عمل مصلحت شخصی به حاشیه رانده شده و اساساً توجهی به آن نمی‌شود. این همه در حالی است که به نظر می‌رسد آنچه در متن ماده ۱۰۴۱ مد نظر قانونگذار بوده، مصلحت نوعی و در مقابل تبصره حاکی از ضرورت رعایت مصلحت شخصی طفل توسط ولی یا دادگاه است. آن هم برای کودکی که قادر به تصمیم‌گیری در خصوص امور مهم زندگی خود نیست. لذا نمی‌توان صرفاً بنا به دلایل مادی یا فرهنگی و امثالهم مصلحت شخصی طفل را قربانی مصلحت نوعی کرد. اما آنچه که در رویه رخ می‌دهد صدور آرای متعدد اغلب نه بر مبنای مصلحت شخص طفل، که عمدتاً مبتنی بر مصلحت نوعی وی بوده است.

بر همین اساس، داده‌های میدانی این پژوهش هیچ پرونده‌ایی را که دلالت بر مصلحت شخصی طفل داشته باشد، یافت نکرد. برای نمونه، در پرونده‌ای، پدر با ذکر عدم رشد دخترش، دلیل نکاح او را انتقال شغل طرف عقد نکاح مطرح می‌کند و صریحاً عنوان می‌کند با ازدواج طرفین، زوج (فردی غیر از فرزندش!) امکان انتقال به شهر مورد نظر خود را دارد.

اولویت مصلحت نوعی بر مصلحت شخصی در حالی است که با وجود اینکه توجه فقه، توجه به مصلحت شخص کودک بوده است، اما قانون گذار با استفاده از واژه مصلحت به صورت کلی، تفسیر آن را به کنشگر قضایی و غیر قضایی سپرده که در طول زمان به مصلحت نوعی تعبیر شده است. مسأله عرف و عادت و فرهنگ حاکم بر منطقه یا قومیت خاص متقاضی نیز از دیگر یافته‌های این پژوهش است که منجر به صدور اجازه ازدواج است. البته تردیدی وجود ندارد که قاضی از لحاظ کردن مسأله عرف و عادت و شرایط زمانی و مکانی، در صدور احکام گریزی ندارد. تأثیر اوضاع فرهنگی، اقتصادی و اجتماعی در تزویج کودک قابل انکار نیست اما از آنجایی که ازدواج کودک تبعات غیر قابل جبرانی در پی دارد، تعیین محدوده قانون و حاکمیت اصل قانون در این خصوص ضروری است. از پرونده‌های مورد مطالعه، حدود ۸ پرونده از شهرری و ۱۰ پرونده از شهر قم قضات صراحتاً بر حاکمیت مسأله عرف اشاره نموده‌اند که صرفاً برخاسته از مبانی فرهنگی و قومی و برداشت قاضی رسیدگی کننده است.

جدول ذیل نمایانگر مشخصات پرونده‌های مورد بررسی نگارندگان می‌باشد که به دلیل حفظ محرمانگی داده‌ها از ذکر کلاسه پرونده‌ها خودداری می‌شود.

شماره پرونده	خواننده	سن دختر	سن پسر	گواهی پزشکی قانونی	رأی صادره	زمان	مکان
۱	پدر	۱۲	۱۵	ندارد	تایید	۱۳۹۹	قم
۲	پدر	۹	۱۷	ندارد	رد	۱۳۹۹	قم
۳	پدر	۱۳	۲۳	ندارد	تایید	۱۳۹۹	قم
۴	پدر	۱۲	۲۵	ندارد	تایید	۱۳۹۹	قم
۵	پدر	۱۳	۱۹	ندارد	تایید	۱۳۹۹	قم
۶	پدر	۱۲	۲۶	ندارد	تایید	۱۳۹۹	قم
۷	پدر	۱۳	۲۰	ندارد	تایید	۱۳۹۹	قم
۸	پدر	۱۲	۲۰	ندارد	تایید	۱۳۹۹	قم
۹	پدر/ داماد	۱۱	۲۲	دارد	تایید	۱۳۹۹	قم
۱۰	پدر	۱۱	۲۲	ندارد	تایید	۱۳۹۹	قم
۱۱	دادستان	۱۰	۲۱	ندارد	تایید	۱۳۹۹	قم
۱۲	مادر	۱۱	۱۹	دارد	تایید	۱۳۹۹	قم
۱۳	پدر	۱۲	۲۰	ندارد	تایید	۱۳۹۹	قم
۱۴	پدر	۱۲	۲۶	ندارد	تایید	۱۳۹۹	قم

۱۵	پدر	۱۲	۲۱	ندارد	تایید	۱۳۹۹	قم
۱۶	پدر	۱۰	۱۵	ندارد	رد	۱۳۹۹	شهر ری
۱۷	پدر	۱۲	۲۲	ندارد	تایید	۱۳۹۹	شهر ری
۱۸	پدر	۱۲	۲۶	ندارد	تایید	۱۳۹۹	شهر ری
۱۹	پدر	۱۲	۲۵	ندارد	تایید	۱۳۹۹	شهر ری
۲۰	پدر	۱۱	۲۱	ندارد	تایید	۱۳۹۹	شهر ری
۲۱	پدر	۱۰	۲۰	ندارد	رد	۱۳۹۹	شهر ری
۲۲	پدر/ داماد	۱۰	۲۸	ندارد	رد	۱۳۹۹	شهر ری
۲۳	پدر	۱۲	۲۲	ندارد	رد	۱۳۹۹	شهر ری
۲۴	پدر	۱۲	۲۱	ندارد	تایید	۱۳۹۹	شهر ری
۲۵	پدر	۱۲	۲۴	ندارد	تایید	۱۳۹۹	شهر ری
۲۶	پدر	۱۲	۲۱	ندارد	رد	۱۳۹۹	شهر ری
۲۷	پدر	۱۲	۲۵	ندارد	تایید	۱۳۹۹	شهر ری
۲۸	پدر	۱۲	۲۱	ندارد	تایید	۱۳۹۹	شهر ری
۲۹	پدر	۱۱	۱۹	ندارد	تایید	۱۳۹۹	شهر ری
۳۰	پدر	۱۲	۱۷	ندارد	تایید	۱۳۹۹	شهر ری

همان‌طور که پیداست، ازدواج کودکان گرچه از هر دو منظر حقوق اسلامی و حقوق بشری، از حساسیت ویژه‌ای برخوردار است، ولی متأسفانه تشخیص مصلحت در ازدواج کودک با سخاوت بسیار به کنشگران قضایی و غیرقضایی واگذار شده است که به سادگی می‌تواند طبیعی‌ترین حقوق بشری کودک را در معرض تضییع قرار دهد. جدای از تقابل میان حقوق داخلی و کنوانسیون حقوق کودک در خصوص سن ازدواج و قرار گرفتن نظام حقوق داخلی در معرض اتهامات حقوق بشری، واگذاری تشخیص این امر به عهده ولی و قضاتی که به سادگی ممکن است تحت تأثیر گفتمان سیاسی یا اجتماعی حاکم حرکت کنند، کاملاً در تضاد با منافع حقوق انسانی کودک و کرامت وی است.

در این میان، مجهول بودن مصلحت در قانون مسأله‌ای است که به وضوح امکان سوءاستفاده از آن را از یک طرف برای کنشگران غیرقضایی از جمله ولی فراهم کرده و عدم وضوح در تعریف و تعیین معیارها در تشخیص مصلحت، این امکان را به او داده است تا با ارائه هرگونه دلیلی مبنی بر مصلحت طفل، درخواست صدور اذن ازدواج را به محکمه ارائه نماید.

از طرف دیگر، بر ساخته قانون گذار از مفهوم مصلحت در ماده ۱۰۴۱ ق. مهم آن اندازه انتزاعی است که مصادیق متعددی را در برمی گیرد و بدین ترتیب، قضات را در احراز مصلحت دچار سردرگمی می کند. به ویژه اینکه مصلحت تابع عوامل مختلف فرهنگی، اقتصادی و اجتماعی احراز می شود و دارای اجمال است.

در واقع، این ماده از جمله مواد قانونی است که جدای از جواز رسمی و قانونی ازدواج زیر سن قانونی که بدان جهت که از مفهوم مصلحت چند معنی برداشت می شود، دارای اجمال است؛ بلکه تفسیر قاضی از دایره شمول مصلحت و محدود کردن آن به عدم مفسده صرف یا گسترش آن به سایر مصادیق عام تر مصلحت، با سوء استفاده از اجمال قانون، در عمل منجر به بر ساخته های قوی و ماهرانه ای از آن و نقض اصل حاکمیت قانون در این حوزه و مجوز صریح قانون گذار در اعطای آزادی عمل قضایی نسبتاً نامحدود به قضات در به کارگیری تفاسیر شخصی خود شده و بستر مناسبی را برای حاکمیت گفتمان های خاص فراهم نموده است که با سوگیری های ایدئولوژیک یا فرهنگی خاص، نهایتاً می تواند منجر به تضییع حقوق کودکان شود. تفاسیر یا بر ساخته هایی که پیوسته تحت شرایط زمانی و مکانی، امکان بر ساخته زدایی از آن ها فراهم است و بدین ترتیب این امکان وجود دارد که به دیگر بر ساخته های ممکن که به نظر می رسد نزدیکی بیشتری به نفع عامه دارد، فرصت بیشتری داد تا بتوان ضمن تأمین مصلحت کودک، اصل حاکمیت قانون را در جایی که با کودک به عنوان موضوع قانون سر و کار داریم و دقیقاً به منظور حمایت از این قشر مظلوم و بی صدا، اعمال نمود و بدین ترتیب زمینه بر ساخته هایی دور از اصول و اقتضائات جهان شمول حقوق کودک را تا حد ممکن محدود کرد.

واگذاری چنین آزادی عملی به کنشگران قضایی در قدرت که البته تا حدی نیز ناشی از ضعف و محدودیت زبان در انتقال معانی است، می تواند منجر به نقض اصل حاکمیت قانون شود (سپیده میرجمیدی، ۱۳۹۸: ۲۷). در جایی که می دانیم مفاهیم حقوقی همانند سایر پدیده های اجتماعی در تأثیر و تأثر از گفتمان های غالب در جامعه هستند و تماماً جنبه عینی ندارند، تنها راه برای حفاظت از حقوق آحاد مردم و به خصوص اقشار ضعیف و آسیب پذیر، حاکمیت قانونی است که فارغ از محدودیت های زبانی و به دور از غلبه گفتمانی خاص، بدون اجمال و ابهام، ضامن حقوق شهروندی بوده و آزادی عمل قضایی را به حداقل ممکن برساند.

هر چند نگارندگان بر این باورند که آزادی عمل قضایی در جای خود به شرطی که سنجیده و فارغ از تعصبات به کار گرفته شود، بسیار ارزشمند است، اما باز گذاشتن دست کنشگر قضایی و حتی غیر قضایی در مواردی نظیر جرم کودک همسری جواز ساختن قواعد قضایی را در حوزه های

صادر می‌کند که حتی خود تعریف حقوقی موجود از آن پدیده، برساخته و محصول گفت‌مانه‌های غالب و محل تعارض کنشگران متعدد است.

### نتیجه‌گیری

این پژوهش برای پاسخ به این پرسش مهم انجام شد که چگونه طرز تفکر کنشگران تقنینی، قضایی بر مبنای جرم‌شناسی انتقادی و نظریه برساخت‌گرایی اجتماعی بر پدیده واقعی و تجربی نظیر کودک همسری تأثیرگذار است و چگونه کاربرد این نظریه در بستر تقنین و قضا می‌تواند حقوق کودکان را متأثر سازد؛ با این هدف که بر پایه رویکرد جرم‌شناسی انتقادی و نیم‌نگاهی به جامعه-شناسی قانون‌گذاری کیفی نشان داده شود چگونه کنشگران می‌توانند با معناداری به یک پدیده اجتماعی، تفاسیر خود را به مثابه واقعیت اجتماعی به جامعه عرضه کنند. آنچنان که به مثابه امری عینی، ابدی و همیشگی جلوه نماید و سپس با دادن جنبه قدسی به آن‌ها، امکان مخالفت با برساخته‌های خود را از دیگران سلب نمایند.

لذا، برملاکردن و تشریح فهم‌های بدیهی انگاشته شده و تبدیل آن‌ها به ابژه‌های بالقوه‌ی بحث و نقد و در نتیجه آماده تغییر و به عبارت ساده‌تر، شناسایی و نقد برداشت‌های غالب که حول مرکز قدرت سازماندهی شده‌اند که می‌تواند مجالسی سیاسی به گزینه‌های ممکن دیگر بدهد و در نتیجه به بهبود اوضاع منجر شود؛ و در یک کلام برساخت‌زدایی از واقعیت بدیهی انگاشته شده‌ی کودک همسری، هدف انتقادی پژوهش حاضر است.

به این منظور، پلان تحقیق با تمرکز بر دو گفتمان تقنینی و گفتمان قضایی طراحی شد. در بخش نخست، با نشان دادن سیر تحول تاریخی حداقل سن قانونی ازدواج در طول چند دوره قانونگذاری و در بخش دوم با نشان دادن رویه محاکم مورد مطالعه که از سویی مصلحت را به مثابه عدم مفسده و از سوی دیگر آن را صرفاً به مصلحت نوعی فرو می‌کاهند. با توجه به پرسش تحقیق، نتیجه این پژوهش نشان می‌دهد:

نخست، تعیین حداقل سن ازدواج در قانون که در چندین سال گذشته پیوسته در حال افزایش و کاهش بوده است و به تبع آن جرم بودن کودک همسری، یک محصول گفتمانی است. بدین مفهوم که هیچ بنیان مقدس و ابدی ندارد و پیوسته امکان اصلاح و تجدیدنظر در آن متصور است؛ چرا که این قانون نه مبتنی بر آموزه‌های مسلم شرعی که تنها برداشت عده‌ای از کنشگران از این آموزه‌ها است که متأسفانه پس از گذشت مدت زمان قابل توجهی از زمان تصویب آن‌ها، در نظر ما امری طبیعی و عینی جلوه می‌کند. برساخته‌ای که به روشنی با وجود تغییرات پیوسته قانونی در خصوص موضوع؛ آشکار است که برآیند تصمیمات کنشگران گوناگونی است که هر کدام با

دلبستگی‌ها و منافع خاص در این فرایند نقش آفرینی کرده‌اند. در حالی که مطابق آن چه در حقوق اساسی مطرح است و بر اساس اصل حاکمیت قانون، انتظار می‌رود برآیند اقدامات کنشگران، در بردارنده جنبه حمایتی از عامه به صورت کلی و قشر آسیب‌پذیر به صورت خاص باشد.

دوم، باز گذاشتن دست قضات در اولویت دادن به مصلحت نوعی بر مصلحت شخصی طفل و فروکاستن مصلحت به معنای صرف عدم مفسده حاکی از آن است که معانی مختلف برای یک مفهوم می‌تواند منجر به تفسیر مختلف شده و حقوق کودکان را در جرم کودک همسری به نحو منفی متاثر سازد.

قضات در آرای خود صرفاً بر مبنای رضایت و اذن ولی، عرف منطقه جغرافیایی و سن بلوغ، اقدام به صدور رأی می‌نمایند. به نوعی که در برخی پرونده‌ها، حتی کودک در محکمه حاضر نیست یا از علت حضور خود ناآگاه است و نه تنها مصلحت شخصی وی بلکه رضایت او نیز به صورت آگاهانه نادیده گرفته می‌شود.

بدین ترتیب، گرچه مساله ازدواج کودکان، چه در مرحله تقنین و چه در مرحله قضا، تابع بنیان‌هایی ابدی و غیر قابل تغییر پنداشته شده‌اند و عمدتاً مستند به آموزه‌های شرعی استدلال می‌شوند و درست به همین دلیل به سختی می‌توان استدلالی بر خلاف آن طرح کرد؛ ولی با نگاهی به فرایند تصویب ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی و تغییرات این ماده در سال‌های بعد و حتی درخواست اصلاح آن در سال ۱۳۹۶ و نحوه تفسیر قضات و اعمال آن، معلوم می‌شود مصلحت تنها یک مفهوم حقوقی تفسیرپذیر و لذا به شدت تابع عناصر گفتمانی کنشگر و سوژه‌ی تعریف کننده آن است و در این میان گاه کنشگران مدافع حقوق کودک به اندازه کافی قدرتمند نبوده‌اند تا برساخته خود از واقعیت را که چه بسا قرابت بیشتری با نفع عامه دارد، تبدیل به واقعیت نمایند.

البته در خصوص «نفع عامه» باید به دو مسأله مهم توجه داشت: الف. ابهام در مفهوم منفعت عمومی، موجب اشتباه در مصداق و تفسیرهای متفاوت و متناقض از اولویت‌های نفع عامه و در نتیجه به حاشیه راندن آن در فرایندهای جرم‌انگاری می‌شود. لذا هرگز به قطع و یقین نمی‌توان قانونی را در راستای تأمین نفع عامه و یا در مقابل آن دانست. در همین راستا، اما نسبی‌گرایی ذاتی پیش‌فرض‌های برساخت‌گرایی این امکان را فراهم می‌سازد که توصیف‌های خوب از واقعیت را از توصیف‌های نه چندان خوب، تمییز دهیم. ب. هرچند تمام کنشگران فرایند جرم‌انگاری از رسمی و غیر رسمی، همگان بر لزوم نمایندگی نفع عامه به هنگام جرم‌انگاری‌ها تأکید دارند و مداخلات حقوقی و کیفری خود را با استناد به این هدف توجیه می‌نمایند؛ ولی قوانینی به تصویب می‌رسانند که واکنش‌ها و بازخوردهای اجتماعی به هنگام و پس از تدوین و تصویب آنها، توسل به این

مداخلات را برای حفظ منفعت عمومی با تردید مواجه در خصوص مورد هم وضع به همین منوال است.

اکنون با گذشت چندین سال از تصویب ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی و رویه محاکم در این خصوص و نتایج و پیامدهای به دست آمده از اجرای آن، مخالفت کنشگران و اقشار گوناگون جامعه با قانون مربوطه، تا حدی عدم پذیرش اجتماعی قانون نزد تابعان آن روشن است و درست به همین دلیل است که تاحدودی و به طور نسبی می‌توان برخی گفتمان‌های حاکم بر موضوع کودک-همسری را در مقایسه با دیگری، در راستای نفع عامه و از جمله منفعت کودکان بهتر ارزیابی کرد. چهارم. باور به برساخت‌گرایی اجتماعی، نتیجه‌ای ندارد جز آنکه قابلیت برساخت‌زدایی، تجدید نظر و جایگزینی واقعیت‌ها را با برساخته‌هایی کم‌ضررتر و همسوتر با نفع عامه فراهم می‌سازد. بدون اینکه مخالفت با آن واقعیت‌ها به معنای مخالفت با شارع مقدس تعبیر گردد.

بدین ترتیب پیشنهاد می‌شود که نظام تقنینی، سن ازدواج کودک را با توجه به واقعیت‌های اجتماعی مورد بازبینی مجدد قرار دهد و با تصویب قانونی صریح و عاری از ابهام به تمام جدال‌های ناخواسته قضات در خصوص تعبیر و تفسیر مفاد قانونی خاتمه دهد. مواد قانونی باید مشخص و شفاف باشد و قضات را دچار تشنگی و ابهام نسازد. تاکید بر مصلحت شخصی طفل و ملاک قرار دادن سن رشد عقلی کودک و به کارگیری شاخص‌های عینی منطبق بر واقعیات جامعه از جمله پیشنهادات نگارندگان به کنشگران تقنینی است که می‌تواند راه را بر جولان کنشگران قضائی و غیر قضائی ببندد و از حقوق کودکان حمایت کند.

#### منابع

- آذری، هاجر، نسرین، طباطبایی (۱۳۹۶)، «چالش‌های نظام حقوقی ایران در الحاق به معاهدات حقوق بشری از دیدگاه حقوق بین‌الملل»، *مطالعات تطبیقی حقوق*، دوره ۸، شماره ۱، ص ۱-۲۴
- آذری، هاجر، میر احمدی، منیره (۱۳۹۸)، «رویکردهای قضایی به تشخیص مصلحت در ازدواج کودکان»، *فصلنامه زن و جامعه*، شماره ۴۰، ص ۱-۲۸.
- اسدی، لیلیا (۱۳۹۲)، *حقوق کیفری خانواده*، تهران: میزان.
- امامی، سید حسن (۱۳۶۸)، *حقوق مدنی*، در *شخصیت، تابعیت، اسناد سجل احوال، اقامتگاه، غایب مفقود الاثر، قرابت، نکاح و فسخ آن*، (ج ۱)، تهران: کتاب فروشی اسلامی.
- امیدی، جلیل (۱۳۷۷)، «تجویز تزویج صغار (مطالعه تطبیقی و ارزیابی انتقادی تبصره ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی)»، *مجله مقالات و بررسی‌ها*، ش ۶۳، ص ۸۳-۱۰۰.

- بدرمنش، اعظم؛ معیدفر، سعید، حبیب‌زاده، جعفر، شاکری، طوبی (۱۳۹۸)، «تحلیل ساختاری عدالت جنسیتی در کیفرگذاری جرایم تعزیری»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال دهم، شماره دوم، ص ۷-۲۸.
- برگر، پتر، لوکمان، توماس (۱۳۹۴)، **ساخت اجتماعی واقعیت**، ترجمه فریبرز مجیدی، (چ ۳) تهران: انتشارات علمی و فرهنگی.
- توکل، محمد (۱۳۸۴)، **جامعه‌شناسی علم و معرفت**، (چ ۲)، تهران: انتشارات سمت.
- جعفری، مجتبی (۱۳۹۲)، **جامعه‌شناسی حقوق کیفری**، رویکرد انتقادی به حقوق کیفری، (چ ۱)، تهران: نشر میزان.
- حبیب‌زاد، محمدجعفر (۱۳۹۲)، **تقریرات حقوق کیفری در اسناد حقوق بشر**، دوره دکتری دانشگاه تربیت مدرس.
- حکیم، سیدمحمدتقی (بی‌تا)، **الاصول العامه للفقہ المقارن**، (چ ۲) قم: مؤسسه آل‌البیت.
- رجبیان، زهره (۱۳۸۰)، **سن ازدواج دختران**، (چ ۱)، سفیرصبح.
- زینالی، امیرحمزه، جمعه‌پور، حسین (۱۳۹۱)، «تنبیه بدنی کودکان: جلوه‌ای از چالش نسبیت‌گرایی فرهنگی و جهان‌شمولی حقوق بشر کودکان»، **حقوق بشر**، جلد ۷، شماره ۱، ص ۴۹-۶۸
- سجادی، سیدمصطفی (۱۳۹۶)، «بلوغ و ازدواج کودکان از منظر فقه اسلامی»، **فصلنامه پاسخ**، شماره ۷، ص ۳-۸۱.
- شکری، فریده (۱۳۸۷)، «بررسی حقوقی سن ازدواج و رشد دختران»، **مطالعات راهبردی زنان**، ش ۴۰، ص ۱۳۱-۱۵۶.
۱۶. شیخ صدوق (۱۴۱۳ق)، **من لا یحضره الفقیه**، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- شیخ صدوق (۱۴۱۳ق)، **معانی الاخبار**، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی.
- فونهایک، فریدریش (۱۳۸۰)، **قانون، قانونگذاری و آزادی**، گزارش جدیدی از اصول آزادیخواهانه عدالت و اقتصاد سیاسی (قواعد و نظام)، ترجمه مهشید معیری، موسی غنی‌نژاد، (چ ۱)، تهران: طرح نو.
- صادقی‌نژاد نائینی، مجید (۱۳۹۸)، «بررسی ابهامات و چالش‌های ماده ۶۳۷ قانون تعزیرات ۱۳۷۵ در مرحله صدور حکم و اجرای مجازات در پرتو رویه عملی محاکم کیفری»، **پژوهشنامه حقوق کیفری**، سال دهم، شماره دوم، ص ۵۵-۸۴.
- صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله (۱۳۸۶)، **مختصر حقوق خانواده**، (چ ۱۲)، تهران: میزان.
- طباطبایی یزدی (۱۴۲۰ ه.ق)، سیدکاظم، **عروه الوثقی**، (چ ۵) قم: مؤسسه نشر اسلامی.





- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، *مقدمه علم حقوق*، (چ ۸۹)، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- مکارم شیرازی و دیگران (۱۳۸۰)، *تفسیر نمونه*، ج ۳، (چ ۳۱)، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- عظیم‌زاده اردبیلی (۱۳۸۸)، *بررسی فقهی حقوقی ازدواج کودک*، کتاب اندیشه‌های راهبردی، زن و خانواده.
- میر احمدی، منیره (۱۳۹۶)، «*بررسی تفاسیر قضائی از مصلحت در رویه قضایی ایران در ازدواج کودکان*»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، استاد راهنما: هاجر آذری، دانشگاه تربیت مدرس.
- میرمجیدی، سپیده (۱۳۹۸)، «*آزادی عمل قضایی در بساخت مصادیق رفتارهای مجرمانه: مطالعه موردی پرونده‌های تجاوز جنسی*»، *پژوهشنامه زنان*، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، سال دهم، شماره سوم، ص ۱۲۳-۱۵۰.
- میرمجیدی، سپیده و همکاران (۱۳۹۵)، *تحلیل بساخت‌گرایانه فرایند جرم‌انگاری در ایران بر اساس نظریه واقعیت اجتماعی جرم*، *پژوهش حقوق کیفری*، سال چهارم، شماره چهاردهم، ص ۱۴۵-۱۷۲.
- نجفی‌ابرنادآبادی، علی‌حسین (۱۳۹۱-۹۲)، *از جرم‌شناسی انتقادی تا جرم‌شناسی امنیتی: تقریرات جرم‌شناسی، دوره دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی*، دانشگاه شهید بهشتی.
- نجفی‌ابرنادآبادی، علی‌حسین (۱۳۹۰)، «*از جرم‌شناسی تا آسیب اجتماعی شناسی*»، مجموعه مقالات یادنامه شادروان دکتر نوربها، ضمیمه مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی.
- ویون بر (۱۳۹۵)، *بساخت‌گرایی اجتماعی*، ترجمه اشکان صالحی، (چ ۲)، تهران: نشر نی.
- یورگنسن، ماریان، فیلیپس، لوئیز (۱۳۹۴)، *نظریه و روش در تحلیل گفتمان*، ترجمه هادی جلیلی، (چ ۵) تهران، نشر نی.
- یوسفیان، نوید؛ موسوی کریمی، میرسعید (۱۳۸۹)، «*سازمان‌گاری معرفتی و بساخت‌گرایی اجتماعی*»، *جامعه پژوهی فرهنگی*، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، سال اول، شماره اول، ص ۱۲۹-۱۴۳.
- سیدحسن، هاشمی (۱۳۹۵)، «*مفهوم مصلحت و جایگاه آن در حقوق خانواده*»، *فصلنامه دولت اسلامی*، شماره ۷۵، ص ۱۲۸-۱۵۰.
- Berger, Peter L. and Luckmann (1966), Thomas, **The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge**, Anchor Books
- Best, Joel (1995), **Constructionism in Context**, In: best, Joel (ed), **Image of Issues: Typifying Contemporary Social Problems**, New York: Aldine



- Best, Joel (2004), Theoretical Issue in the study of social problem and Deviance, In: Ritzer, George. ed, **handbook of social problems: A Comparative international perspective**. Thousand oaks, CAL sage
- Henry, S (2009), **social construction of crime**, In J. Miller (Ed), 21 st century criminology: *A reference handbook, thousand oaks* :sage publication
- Quinney, Richard (2009), **The social Reality of Crime**, with a new Introduction by A. Javier Trevino, New Brunswick and London; Transaction Publishers, 4th edition.
- Spector, Malcolm . & John . Kitsuse (1987{1977}), **Constructing Social Problems**, New York: Aldine de Gruyter
- Hashemi, Seyyed Hassan, (2015), The conceptualization of interest and its place in family law, **The Quarterly Journal of Islamic government**, 75

پایگاه‌های اینترنتی

<https://www.aa.com.tr/fa>; last seen: 24 February 2021

<https://www.eghtesadonline.com>; last seen: 24 February 2021

<https://www.mojnews.com>; last seen: 24 February 2021

<https://www.icana.ir>; last seen: 24 February 2021

