

Original Article

Judicial supervision of early marriage appraisal of the approach of Iranian and Algerian law in the light of precedent and Islamic jurisprudence

Saleh Yamrali¹ , Firouz Mansoori² , Ebrahim Javanmard Farkhani³ 

¹ Assistant Professor, Department of Theology, Faculty of Humanities and Sports Sciences, Gonbadkavos University, Gonbadkavos, Iran

² PhD student in private law, Golestan Branch, Jamia Al-Mustafa University, Gorgan, Iran

³ Assistant Professor, Theology Department, Faculty of Humanities, University of Gonbad Qavous, Gonbad Qavous, Iran



[20.1001.1.24237566.1403.8.3.5.0](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25617.1526)



[10.22080/LPS.2023.25617.1526](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25617.1526)

Received:

June 16, 2023

Accepted:

October 6, 2023

Available online:

October 26, 2024

Keywords:

Marriage, child, expediency, Iran, Algeria

Abstract

According to the legal system of Iran and Algeria, any marriage before the Marriageable age is subject to the permission of the parents of the child in compliance with the expediency of the child by the court. In Algerian law, such a marriage is possible subject to the child's status of necessity. In Islamic jurisprudence, the eligibility for marriage is subject to the maturity age of the child (Marriageability age), and Marriage before this age for a child on behalf of the parents, executor, and the judge in the child's interest is allowed. such a marriage is subject only to the parent's permission. The best interest of the child is a relative concept and must be evaluated according to the child's gender, age, and mental and physical condition. We have three ways to determine the best interest of a child in such a marriage: consultation with parents, experts, and social research. According to the Algerian family law, permission to marry without a medical certificate is prohibited, and judges also use the criterion of consulting parents. There is a degree of disagreement in opinions regarding the status of child marriage with the permission of the parents and without determining the best interests of the child by the court, and its revocability in Iranian law and validity in Algerian law is preferred.

***Corresponding Author:** Saleh Yamrali

Address: Department of Theology, Faculty of Humanities and Sports Sciences, Gonbadkavos University, Gonbadkavos, Iran

Email: salehyamrali@gonbad.ac.ir



Extended Abstract

1. Introduction

In Article 1041 of the Civil Code, Iran's legislator has set the age of marriage for boys and girls as 13 and 15 solar years, respectively, and Algeria's legislator in Article 7 of the Family Law has determined 19 years for both, and marriages before this age are subject to permission but with compliance The interest of the child and its recognition by the judge, but it has not stated any definition of the best interest of the child and the criteria for its recognition. In this research, we are looking at the issue of what are the conditions of marriage before the legal age in the laws of Iran and Algeria, and what are its rulings and effects. What is the position of Islamic jurisprudence and judicial procedure in this regard? In case of marriage without court recognition, what is the status of such a marriage? Is the decision of the court regarding the recognition of interest amenable to review and appeal or not?

2. Study method

This article is written based on the descriptive-analytical method and library information collection method.

3. Findings

In the laws of Iran and Algeria, it is possible to marry before the legal age with the permission of the guardian and the judgment of the court. Non-observance of such a condition in Iranian law makes the contract invalid, but in Algerian law, the validity of the marriage is valid.

4. Conclusion

Islamic jurisprudents have allowed marriage before the **Marriageability age** by the guardian or with the permission of the guardian, respecting the interests of

the child. The condition of court approval has not been raised in jurisprudence and this condition is one of the initiatives of the relevant laws. In addition to expediency, the Algerian legislator has allowed such a marriage in case of necessity. It seems that although necessity is different from expediency from a logical point of view, according to the definition of expediency in marriage before the legal age, the aforementioned necessity is also included under expediency. In the laws of Iran and Algeria, due to the relative nature of the concept of the best interest of the child, they have not provided a specific definition and methods for ascertaining the best interest of the child under legal age. The interest of the child should be taken into account according to his sex, age, mental and physical condition. There are three ways to consult with parents, through medical expertise and through social research to discover and verify the best interest of the child. Compliance with medical expertise is mandatory in Algerian family law, and judges also use it through consultation with parents in general; But Iran's family courts have incompletely used consultation with parents to grant permission and only rely on the guardian's consent and sometimes use medical expertise. In Iranian law, it is appropriate for the judge to use all three criteria in a consolidated manner. The competent court to determine the interest of a child before the legal age, both in Iran and in Algerian law, is the family court, and the decision issued in this regard can be reviewed in Iranian law, but not appealable, but in Algerian law, it can be reviewed and appealed. Is. Regarding the need to observe as much supervision as possible regarding the best interest of the child and considering the low possibility of healthy marriage in Iran and the possibility of marriage before that, the inability of the

Supreme Court to supervise in this regard seems to be criticized.

Financial Resources

There is no funding support for his essay.

Contribution of authors

The authors contributed to the conceptualization and writing of the article. All authors approved the content of

the written article and agreed on all aspects of the work.

Conflict of interest

The authors declared no conflict of interest.

Appreciation and thanks

We are grateful to all the scientific advisors of this paper.



علمی پژوهشی

نظارت قضایی بر ازدواج پیش از سن قانونی؛ ارزیابی رویکرد حقوق ایران و الجزایر در پرتو رویه قضایی و فقه اسلامی

صالح یمرلی^۱، فیروز منصوری^۲، ابراهیم جوانمرد فرخانی^۳

^۱ استادیار گروه الهیات، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه گنبدکاووس، گنبدکاووس، ایران
^۲ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد گلستان، دانشگاه جامعه المصطفی، گرگان، ایران
^۳ استادیار گروه الهیات، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه گنبدکاووس، گنبدکاووس، ایران



[20.1001.1.24237566.1403.8.3.5.0](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25617.1526)



[10.22080/LPS.2023.25617.1526](https://doi.org/10.22080/LPS.2023.25617.1526)

چکیده

در حقوق ایران و الجزایر، هر ازدواج پیش از سن قانونی، موکول به اذن ولی و رعایت مصلحت کودک از سوی دادگاه است. در حقوق الجزایر، در صورت ضرورت نیز چنین نکاحی امکان پذیر است. در فقه اسلامی، اهلیت برای ازدواج متضمن رسیدن به سن بلوغ می باشد و ازدواج قبل از سن بلوغ از سوی ولی، وصی و حاکم، با رعایت مصلحت عالییه کودک مجاز دانسته شده است. چنین نکاحی صرفاً به اذن ولی وابسته است. مصلحت عالییه کودک نیز نسبی بوده و با توجه به جنس، سن، وضعیت روحی و جسمی وی باید مورد لحاظ قرار گیرد. برای تشخیص مصلحت عالییه کودک در چنین نکاحی، سه طریق مشورت با والدین، کارشناسی و تحقیقات اجتماعی وجود دارد. مطابق قانون خانواده الجزایر، اذن به ازدواج بدون تاییدیه پزشکی ممنوع و دادرسان علاوه بر آن، از معیار مشورت با والدین نیز استفاده می کنند. در خصوص وضعیت نکاح کودک با اذن ولی و بدون رعایت مصلحت احراز شده توسط دادگاه اختلاف نظر وجود دارد و غیرنافذ بودن آن در حقوق ایران و صحیح بودن آن در حقوق الجزایر، اقوی است.

تاریخ دریافت:

۲۶ خرداد ۱۴۰۲

تاریخ پذیرش:

۱۴ مهر ۱۴۰۲

تاریخ انتشار:

۵ آبان ۱۴۰۳

کلیدواژه ها:

ازدواج کودک، مصلحت کودک، حقوق ایران، حقوق الجزایر

* نویسنده مسئول: صالح یمرلی

آدرس: گروه الهیات، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه گنبدکاووس، ایمیل: salehyamrli@gonbad.ac.ir، گنبدکاووس، ایران

۱ مقدمه

نظر به اینکه قانون مدنی و قانون حمایت خانواده، تمام ابعاد موضوع را روشن ننموده و ابهامات بسیاری در این خصوص وجود دارد، در این نوشتار تلاش خواهد شد به این پرسش‌ها پاسخ داده شود که شرایط ازدواج پیش از سن قانونی در حقوق ایران و الجزایر چیست و احکام و آثار آنچه می‌باشد؟ در این تحقیق به صورت تطبیقی، رویکرد حقوق ایران و الجزایر در خصوص نظارت دادگاه در ازدواج پیش از سن قانونی در مقام پاسخ به پرسش یاد شده به روش توصیفی و تحلیلی مورد بررسی قرار می‌گیرد. تلاش بر این است که بررسی فقه اسلامی اعم از فقه امامیه و اهل سنت و رویه قضایی نیز بر غنای مطالب بیفزاید.

۲ سن ازدواج

سن مناسب برای ازدواج، مرحله‌ای از عمر است که در آن دختر و پسر اهلیت ازدواج را از ناحیه روانی، مادی و اجتماعی دارا می‌شوند. اما در مورد اینکه سن مناسب برای ازدواج چه زمانی است، فقهای اسلامی و قوانین موضوعه دیدگاه متفاوتی دارند. فقهای اسلامی سن ازدواج را، رسیدن به بلوغ می‌دانند.

در حقوق ایران، قانون‌گذار از وضع نخستین قانون مدنی تاکنون به نشانه‌های طبیعی و خارجی بلوغ توجه نکرده و تنها برای احراز بلوغ و اهلیت ازدواج، مرحله سنی را معیار قرار داده است. سن ازدواج تحولات قانونی گوناگونی را پشت سر گذاشته و این سن گاهی مطابق با دیدگاه فقها و گاهی نیز مخالف با آن بوده است (شکری، ۱۳۸۷، ۱۴۰).

در آخرین تحول قانونی، مجمع تشخیص مصلحت نظام در مقام رفع اختلاف بین مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان، ماده واحده مصوب ۱۳۸۱/۰۴/۱ ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی را به شرح زیر اصلاح و مقرر نمود: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن

قانون‌گذار ایران در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی^۱ و قانون‌گذار الجزایر در ماده ۷ قانون خانواده، با توجه به دیدگاه فقهای اسلامی و مصلحت کودک با استفاده از روش «مراحل سنی»، سن خاصی برای ازدواج تعیین نموده، و ازدواج‌های پیش از این سن را منوط به اذن ولی با رعایت مصلحت کودک و تشخیص آن از سوی دادرس، قرار داده است. درحالی‌که در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی سن ۱۳ و ۱۵ سال شمسی را به ترتیب برای دختر و پسر به عنوان قابلیت صحتی برای ازدواج مدنظر قرار گرفته، قانون‌گذار الجزایر در ماده مذکور مقرر نموده است: «اهلیت ازدواج مرد و زن برای ازدواج با ۱۹ سال تمام، کامل می‌گردد. قاضی می‌تواند بر اساس مصلحت یا ضرورت به ازدواج قبل از این سن اذن دهد، در صورتی‌که از توانایی طرفین برای ازدواج اطمینان حاصل نماید»^۲. لیکن هیچ‌یک از قوانین ایران و الجزایر، تعریفی از مصلحت کودک و نیز معیارهای تشخیص آن بیان نموده است.

از دید پیشینه پژوهشی، می‌توان به برخی مقالات از جمله: «رویکردهای قضائی به تشخیص مصلحت در ازدواج کودکان» نوشته هاجر آذری و منیره میراحمدی؛ «بررسی فقهی-حقوقی سن ازدواج در حقوق ایران»، نوشته زینب موسوی، الهام شریعتی و خدیجه مظفری اشاره نمود. پژوهش حاضر با پژوهش‌های یاد شده متفاوت است چرا که از یک سو، به طور خاص مربوط به نظارت قضایی بر ازدواج پیش از سن قانونی بوده و از سوی دیگر، به مطالعه تطبیقی با حقوق کشور الجزایر می‌پردازد که با وجود اینکه قائل به چنین نظارتی است لیکن احکام ویژه خویش را دارد.

۱. نص ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی ایران: «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».

۲. نص ماده ۷ قانون خانواده ۲۰۰۵ الجزایر: «تکتمل أهلیة الرجل والمرأة فی الزواج بتمام ۱۹ سنة، وللقاضي أن یرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفین علی الزواج».

۱. نص ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی ایران: «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».

توانایی طرفین برای ازدواج اطمینان حاصل نماید». قانون خانواده الجزایر در مورد اینکه سن ازدواج به کدام تقویم حساب شود، بیانی ندارد، ولی از ماده ۳ قانون مدنی ۱۹۷۵ الجزایر دانسته می‌شود که سن ازدواج بر اساس تقویم میلادی حساب می‌شود، چون ماده مذکور مقرر داشته است: «زمان بر اساس تقویم میلادی حساب می‌شود، مادامی که قانون خلاف آن را تصریح نکرده باشد»، پس برای اینکه قانون خانواده الجزایر در این مورد تصریحی ندارد، باید سن ازدواج را مطابق قانون مدنی به میلادی حساب نمود.

۳ امکان ازدواج پیش از سن قانونی

مسئله‌ی قابل بررسی این است که آیا ازدواج قبل از بلوغ (از دیدگاه فقها) و قبل از سن قانونی (از دیدگاه قوانین) مجاز است یا خیر.

۳،۱ از دیدگاه فقها

از دیدگاه فقهای اسلامی، پسر و دختر زمانی اهلیت کامل ازدواج را دارا می‌شوند که به بلوغ رسیده باشند، ولی با توجه به آیات و روایات، اکثر فقهای اسلامی ازدواج قبل از بلوغ را جایز می‌دانند.

جمهور فقهای اهل سنت، از جمله فقهای حنبلی، حنفی، مالکی و شافعی عقد ازدواج دختر و پسر نابالغ را توسط ولی او جایز می‌دانند (صالح القشیرات، ۱۴۴۱، ۱۳۳). اما در مورد اینکه کدام یک از اولیا چنین حقی را دارند، اختلاف کرده‌اند. فقهای حنفی می‌گویند: هر یک از اولیاء عصبه او می‌توانند دختر و پسر صغیر را به عقد نکاح درآورد، با این تفاوت که اگر پدر و جد پدری، او را به ازدواج درآورد، بعد از بلوغ حق خیار ندارد، ولی اگر غیر از این دو به ازدواج دهد بعد از بلوغ حق خیار برایش ثابت است و می‌تواند نکاح را فسخ کند (المیدانی، بی‌تا، ۳، ۱۰؛ السرخسی، ۱۴۱۴، ۴، ۲۱۲-۲۱۳؛ المرغینانی، بی‌تا، ۱،

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) (شکری، همان، ۱۴۳).

در الجزایر پس از پایان اشغال آن توسط فرانسه و تشکیل دولت جمهوری الجزایر، نخستین قانون خانواده الجزایر در شماره ۲۱۸ در سال ۱۹۶۳ میلادی وضع شد، و در آن سن ازدواج برای پسر ۱۸ سال (میلادی) و برای دختر ۱۶ سال (میلادی) تعیین گردید، و ماده ۱ قانون مذکور مقرر نموده بود: «سن اهلیت ازدواج برای پسر ۱۸ سال و برای دختر ۱۶ سال است. رئیس محکمه می‌تواند از هردو یا از یکی آنها گذشت کند و به آن دو به ازدواج قبل از رسیدن به این سن اذن دهد، اگر بداند که اسباب مهمی انعقاد عقد ازدواج را قبل از رسیدن به این سن اقتضا می‌نماید» و ماده ۲ قانون مذکور نیز در ضمانت اجرای این حکم مقرر نموده بود: اشخاصی که مخالف این حکم عمل نمایند، عقد ازدواجشان قبل از دخول باطل و بعد از دخول قابل ابطال است (زمام و سعاد، ۲۰۱۲، ۱۵۲). قانون خانواده ۱۹۶۳ الجزایر به علت‌های گوناگونی در سال ۱۹۸۴ مورد تعدیل قرار گرفت و ماده ۷ قانون خانواده ۱۹۸۴ الجزایر در مورد اهلیت ازدواج چنین مقرر نمود: «اهلیت ازدواج مرد برای ازدواج در ۲۱ سالگی تمام و اهلیت زن با ۱۸ سالگی تمام، کامل می‌گردد. قاضی می‌تواند بر اساس مصلحت یا ضرورت به ازدواج قبل از این سن اذن دهد» و در نهایت قانون خانواده ۱۹۸۴ الجزایر به علت اعتراضات به عدم مساوات سن ازدواج زن و مرد، در سال ۲۰۰۵ میلادی تعدیل شد و سن قانونی برای ازدواج زن و مرد به‌طور مساوی ۱۹ سال (میلادی) تعیین گردید (کوثر، ۲۰۱۸-۲۰۱۷، ۱۶) و ماده ۷ قانون سال ۲۰۰۵ مقرر نمود: «اهلیت ازدواج مرد و زن برای ازدواج با ۱۹ سال تمام، کامل می‌گردد. قاضی می‌تواند بر اساس مصلحت یا ضرورت به ازدواج قبل از این سن اذن دهد، در صورتی که از

۱. نص ماده ۳ قانون مدنی الجزایر: «تحسب الآجال بالتقویم الميلادی ما لم ينص القانون علی خلاف ذلك».

الانصاری، ۱۴۱۸، ۲، ۹۴؛ الطرابلسی، ۱۴۱۲، ۳، ۴۶۸؛ ابن بطال، ۱۴۲۳، ۷، ۲۴۸). فقهای امامیه نیز با توجه به روایات در این خصوص (کلینی، ۱۴۰۷، ۵، ۳۹۸؛ حرعاملی، ۱۴۰۹، ۲۰، ۱۰۱؛^۲) دخول به همسر نابالغ را قبل از رسیدن به سن نه سالگی - که همان سن بلوغ است - ممنوع می‌دانند و در صورت انجام چنین عمل و آسیب رسیدن به همسر، قائل به مسئولیت حقوقی و کیفری شوهر می‌باشند. (رک. خمینی، ۱۴۰۹، ۲، ۲۴۲؛ طوسی، ۱۴۰۷، ۴، ۳۹۵).

۳،۲ از دیدگاه قوانین ایران و الجزایر

قانون‌گذار ایران با توجه به دیدگاه فقها سن قانونی ازدواج را برای دختر ۱۳ سال تمام و برای پسر ۱۵ سال تمام شمسی تعیین نموده است، ولی اگر مصلحت دختر یا پسر ازدواج او را قبل از این سن اقتضاء نماید، با اذن ولی قهری - که همانا پدر و جد پدری است (امامی، ۱۳۹۱، ۴، ۳۹۸) - و تشخیص دادگاه، چنین ازدواجی را مجاز می‌داند. ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی (مصوب ۱۳۸۱) در این خصوص مقرر نموده است: «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». بنابراین ازدواج قبل از سن قانونی، به دو شرط مجاز است، شرط نخست، اذن ولی است. شرط دوم، مصلحت کودک است و تشخیص این مصلحت با دادگاه است (شیروی، ۱۳۹۷، ۶۷). البته اختیار ولی نیز در این مورد نسبی و محدود به تحقق مصلحت دختر و پسر است و پس از فوت ولی قهری چنین اختیاری از بین می‌رود و قیم یا وصی نمی‌تواند به نمایندگی قهری کودک درباره او تصمیم بگیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۱، ۸۱ و ۸۲)؛ در صورت فقدان ولی قهری، برخی فقیهان گفته‌اند در صورت نیاز شدید کودک به ازدواج، حاکم از باب ولایت در امور

(۱۹۳) اما فقهای مالکی و حنبلی می‌گویند: تنها پدر و وصی پدر یا حاکم می‌تواند پسر و دختر صغیر را به ازدواج دهد (القرطبی، ۱۴۰۰، ۲، ۵۲۹؛ القرافی، ۱۹۹۴، ۴، ۱۷؛ المقدسی، ۱۴۱۴، ۳، ۱۸) اما فقهای شافعی می‌گویند: پسر و دختر صغیر را تنها پدر او، و در صورت نبود پدر، پدر بزرگش می‌تواند به ازدواج دهد (شافعی، ۱۴۱۰، ۵، ۲۱). اما ابوبکر اصم از فقهای معتزله و عثمان البتی و ابن شبرمه و برخی از فقهای معاصر همچون ابن عثیمین عقد ازدواج نابالغ را ممنوع می‌دانند (العینی، ۱۴۲۰، ۵، ۹۰ و ۹۱؛ صالح القشیرات، ۱۴۴۱، ۱۳۷).

فقهای امامیه نیز عقد ازدواج دختر و پسر صغیر را توسط پدر و جد پدری پذیرفته و برای آن‌ها نسبت به فرزندان صغیر ولایت مطلق قائل هستند و هیچ‌یک از آن‌ها پس از بلوغ و رشد حق فسخ ندارند (طوسی، ۱۴۰۷، ۴، ۲۶۴؛ طرابلسی، ۱۴۰۶، ۲، ۱۹۷؛ نجفی، ۱۴۰۴، ۲۹، ۱۷۳؛ حکیم، ۱۴۱۶، ۱۴، ۴۳۳). اما برخی از فقهای امامیه پس از بلوغ تنها برای پسر - در صورتی که به او ضرر رسیده باشد - حق خیار قائل شده‌اند (به نقل از موسوی، شریعتی و مظفری، ۱۳۹۹، ۱۵).

مسئله‌ای که در بحث ازدواج نابالغ لازم به ذکر می‌باشد این است که قائلین به جواز ازدواج نابالغ، بین انعقاد عقد و دخول تفاوت قائل شده و تنها عقد ازدواج نابالغ را جایز می‌دانند نه دخول او را؛ در حالی که قائلین به عدم جواز بین عقد ازدواج و دخول فرقی نمی‌گذارند. بنابراین مراد از جواز ازدواج نابالغ تنها بستن عقد او است و نه باید این‌گونه اندیشید که هرگاه عقد ازدواج منعقد گردید شوهر می‌تواند بدون در نظر داشت سن و توان جنسی و جسمی و مواردی از این قبیل به همسر نابالغ خود دخول کند، بلکه جواز دخول مشروط به توان جنسی و جسمی و سن خاصی او است، اگرچه در مورد زمان دخول میان فقها اختلاف است (ابن نجیم، بی‌تا، ۳، ۱۶۳؛ البلخی، ۱۴۱۱، ۱، ۲۸۷؛ الجوینی، ۱۴۲۸، ۱۳، ۱۷۵؛

۲. عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: قَالَ: إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ الْجَارِيَةَ وَ هِيَ صَغِيرَةٌ - فَلَا يَدْخُلُ بِهَا حَتَّى يَأْتِيَ لَهَا تِسْعٌ سِنِينَ.

۱. عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ: لَا يَدْخُلُ بِالْجَارِيَةِ حَتَّى يَأْتِيَ لَهَا تِسْعٌ سِنِينَ أَوْ عَشْرٌ سِنِينَ.



طرفین برای عقد ازدواج اطمینان یابد، به ازدواج پیش از این سن اذن دهد (شامی، ۲۰۱۴، ۴۹). پس قانون الجزایر برای اذن به ازدواج قبل از سن قانونی، دو شرط بیان نموده است: مصلحت یا ضرورت و توانایی طرفین برای ازدواج (بن مدخن و برکمال، ۲۰۱۷، ۳۳). قابل ذکر است که ازدواج نابالغ و قبل از سن قانونی در قوانین خانواده اکثر کشورهای عربی اسلامی همچون کشور امارات،^۳ اردن،^۴ تونس،^۵ لیبی^۶ پذیرفته شده است و تنها قانون کودک مصر^۷ و لبنان ازدواج قبل از سن قانونی را بدون استثنا، ممنوع اعلام نموده است.

حسی می‌تواند نسبت به تزویج آن‌ها اقدام کند. (حکیم، ۱۴۱۶، ۱۴، ۴۷۷ و ۴۷۸).

در حقوق الجزایر ازدواج قبل از سن قانونی، مجاز دانسته شده است. ماده ۷ قانون خانواده سال ۲۰۰۵ الجزایر مقرر نموده است: «اهلیت ازدواج مرد و زن برای ازدواج با ۱۹ سال تمام، کامل می‌گردد. قاضی می‌تواند بر اساس مصلحت یا ضرورت به ازدواج قبل از این سن اذن دهد، در صورتی که از توانایی طرفین برای ازدواج اطمینان حاصل نماید».^۱ بنابراین، اصولاً در حقوق الجزایر سن قانونی برای ازدواج همان سن رشد است که ماده ۴۰ قانون مدنی الجزایر در سایر معاملات نیز تعیین کرده است،^۲ ولی استثنائاً برای قاضی اجازه داده است که بر اساس مصلحت کودک (دختر و پسر) یا ضرورت در صورتی که از توانایی

۱۵ سال شمسی را کامل کرده است مطابق رهنمود که برای این امر ترتیب شده است، اذن بدهد. کسی که به این شیوه ازدواج نماید اهلیت کامل را نسبت به اموری که به ازدواج تفریق و آثار آنها ارتباط دارد به دست می‌آورد.
۵. نص فصل ۵ مجله الاحوال الشخصية ۱۹۶۴م تونس: «يجب أن يكون كل من الزوجين خلوًا من الموانع الشرعية وزيادة على ذلك فكل من لم يبلغ عشرين سنة كاملة من الرجال وسبع عشرة سنة كاملة من النساء لا يمكنه أن يبرم عقد الزواج وإبرام عقد الزواج دون السن المقرر يتوقف على إذن خاص من المحاكم ولا يعطى الإذن المذكور إلا لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين. لازم است که طرفین عقد ازدواج خالی از موانع شرعی باشند. افزون بر آن مردی که سن ۲۰ سال و زنی که سن ۱۷ سال را کامل نکرده باشد، عقد ازدواج آنها ممکن نیست و انعقاد ازدواج آن‌ها موقوف به اذن ویژه دادگاه است. اذن به چنین ازدواجی تنها با وجود اسباب مهم و مصلحت روشن زوجین، صادر می‌شود».
۶. نص ماده ۶ قانونا حوال الشخصية ۱۹۸۴م لیبی: «أ) يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ. ب) تكمل أهلية الزواج ببلوغ سن العشرين. ج) للمحكمة أن تأذن بالزواج قبل بلوغ هذه السن لمصلحة أو ضرورة تقدرها بعد موافقة الولي. الف) برای اهلیت ازدواج عقل و بلوغ شرط است. ب) اهلیت ازدواج با رسیدن به ۲۰ سالگی کامل می‌شود. ج) دادگاه می‌تواند قبل از رسیدن به این سن در صورت وجود مصلحت یا ضرورت بعد از موافقت ولی، اذن دهد.
۷. نص ماده ۳۱ مکرر قانون الطفل رقم ۱۲۶ لسنة ۲۰۰۸م: «لا يجوز توثيق عقد زواج لمن لم يبلغ من الجنسين ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة؛ ثبت عقد ازدواجی که طرفین آن ۱۸ سال میلادی را کامل نکرده باشند، جایز نیست».

۱. نص ماده ۷ قانون خانواده ۲۰۰۵ الجزایر: «تکتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام ۱۹ سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج».
۲. نص ماده ۴۰ قانون مدنی الجزایر: «كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية بمباشرة حقوق المدنية؛ و سن الرشد (۱۹) سنة كاملة».
۳. ماده ۳۰ قانون الاحوال الشخصية ۲۰۰۵م امارات مقرر داشته است: «سن البلوغ تمام الثامنة عشر من العمر لمن لم يبلغ شرعاً قبل ذلك. لايتزوج من بلغ و لم يكتمل الثامنة عشر من عمره الا باذن القاضي بعد التحقيق من المصلحة. سن بلوغ برای کسی که پیش از آن شرعاً بالغ نشده باشد، ۱۸ سال کامل است. کسی که بالغ شده ولی ۱۸ سال را کامل نکرده باشد، نمی‌تواند بدون اذن دادرس و پس از تحقق مصلحت ازدواج کند».
۴. نص ماده ۱۰ قانون الاحوال الشخصية الاردني لعام ۲۰۱۹م: «أ) يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين، وأن يتم كل منهما ثمانية عشرة سنة شمسية من عمره. ب) على الرغم مما ورد في الفقرة (أ) من هذه المادة يجوز للقاضي وبموافقة قاضي القضاة أن يأذن في حالات خاصة بزواج من أكمل الخامسة عشرة سنة شمسية من عمره وفقاً لتعليمات يصدرها لهذه الغاية إذا كان في زواجه ضرورة تقتضيها المصلحة، ويكتسب من تزوج وفق ذلك أهلية كاملة في كل ما له علاقة بالزواج والفرقة وآثارهما. الف) برای اهلیت ازدواج شرط است که طرفین آن عاقل بوده و ۱۸ سال شمسی را کامل کرده باشند. ب) علاوه بر آنچه که در بند «الف» این ماده آمده است، دادرس با موافقت دادرس ارشد می‌تواند در حالات خاص که ضرورت مقتضی آن باشد به ازدواج کسی که

۴ مصلحت کودک در ازدواج قبل از سن قانونی

نکاح کودک نابالغ پیش از سن قانونی از سوی فقها و قانون‌گذار ایران و الجزایر به گونه استثنایی پذیرفته شده و تصمیم نهایی در این مورد به ولی قهری (در فقه) و دادرس (در قانون) موکول گردیده است.

فقه‌های اهل سنت در موقع احراز چنین صلاحیتی برای ولی، استدلال می‌نمایند که ولی به مولی‌علیه خویش شفقت و مهربانی فراوانی دارد و هر تصمیمی که در مورد او می‌گیرد، پیوسته به مصلحت کودک است و حاکم نیز مطابق مصلحت او عمل می‌کند و چشمی به مال و دارایی او ندارد. (زحیلی، همان، ۹، ۶۶۸۴) فقهای امامیه نیز ازدواج کودک نابالغ را از سوی ولی به فرض اینکه مصلحت او از سوی ولی رعایت می‌شود، مجاز و لازم دانسته‌اند؛ اما در صورتی که ثابت شود مصلحت کودک در آن رعایت نشده است، برخی چنین نکاحی را قابل فسخ دانسته‌اند (خمینی، همان، ۲، ۲۵۵) و برخی نیز معتقدند، در صورت وقوع عقد برخلاف مصلحت صغار، عقد باطل است و اجازه صغیر یا صغیره باعث صحت عقد نمی‌شود. (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۰، ۵، ۶۲۰) لیکن مشهور، بر بقای نکاح در چنین فرضی نظر دارند. (نجفی، بی تا، ۲۹، ۱۷۹) لیکن در فقه اسلامی، منوط شدن چنین نکاحی به اذن قاضی و رعایت مصلحت توسط او، سخنی به میان نیامده است.

ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی و ماده ۴۵ قانون خانواده ۱۳۹۲ ایران و ماده ۷ قانون خانواده الجزایر، ازدواج پیش از سن قانونی را به‌عنوان یک استثنا و مشروط به رعایت مصلحت کودک پذیرفته‌اند. چنین نکاحی منوط به رعایت مصلحت است، بنابراین تنها نبود مفسده کافی نیست، بلکه صحت آن نیاز به وجود مصلحت دارد (موسوی، شریعتی و مظفری، ۱۳۹۹، ۲۰). قسمت اخیر ماده ۷ قانون خانواده الجزایر بیان نموده است: «...قاضی می‌تواند بر اساس مصلحت

یا ضرورت به ازدواج قبل از این سن اذن دهد، در صورتی که از توانایی طرفین برای ازدواج اطمینان حاصل نماید». قانون‌گذار الجزایر نیز در این ماده با حمایت از مصلحت کودک اذن قاضی را منوط به چند ضابطه نموده است که عبارت‌اند از؛ وجود مصلحتی مادی یا معنوی که از این ازدواج انتظارش می‌رود، ضرورتی که به انجام این ازدواج انگیزه بخشیده است و توانایی کودکی راغب به ازدواج به پرداختن به زندگی زناشویی (فاسی، ۲۰۰۱۶، ۹۵-۹۶).

۴.۱ مفهوم مصلحت در ازدواج پیش از سن قانونی

مصلحت ضد مفسده است و در لغت به معنای صلاح، خیر، صواب و آنچه باعث نفع و آسایش و عدم زیان انسان باشد، به کار می‌رود (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۲، ۵۱۶؛ فیومی، ۱۴۰۵، ۲، ۲۴۵؛ عمید، ۱۳۸۸، ۷۶۸). یعنی مصلحت از لحاظ لغوی، یا سلبی است و اطلاق بر چیزی می‌شود که در آن زیانی نباشد و یا ایجابی است که در آن، منفعت نیز موجود است. در میان اهل لغت مصلحت در دو معنا به کار می‌رود: ۱- مصلحت از لحاظ لفظی همچون منفعت است و در این صورت یا مصدری است که به معنای صلاح به کار می‌رود، همچون منفعت که به معنای نفع به کار رفته است و یا اسم مفرد از مصالح است، همچون منفعت که واحد منافع است؛ ۲- مصلحت به چیزی اطلاق می‌شود که در آن صلاح -نفع- است، از باب اطلاق اسم مسبب بر سبب و مجاز مرسل؛ مانند اینکه گفته می‌شود، تجارت مصلحت است یا آموختن علم مصلحت است یا نکاح کودک قبل از سن قانونی مصلحت است، یعنی تجارت و آموختن علم و نکاح کودک سبب منافع مادی و معنوی است (خلیل عطوی، ۲۰۰۶، ۴۵-۴۶). در خصوص مصلحت در ازدواج کودک، مفهوم دوم نزدیک‌تر به مطلوب است، چون اگر مفهوم نخست، مدنظر باشد، تنها شامل صلاح مادی و دنیوی می‌گردد لیکن اگر مفهوم دوم مراد باشد، افزون بر منافع مادی و دنیوی، شامل ارزش‌های انسانی و معنوی نیز می‌شود. در بحث ازدواج کودک بیشتر به ارزش‌های معنوی کودک

باشد، نه تصور آن در آینده؛ ۲- برای فرار از آن راهی دیگری جز ازدواج وجود نداشته باشد؛ ۳- شخص معذور با مبادی اسلام مخالفت نکند، مانند اینکه کودک را به نکاح کافری درآورد؛ ۴- عذر موجود بتواند ازدواج کودک را از دید دادرسی توجیه کند؛ ۵- ضرورت را باید کارشناس اثبات کند. به عنوان مثال اگر مردی دختری را برباید که سن قانونی را تکمیل نکرده است، دادرسی به ازدواج او به علت ضرورت موجود، که همان از بین بردن ننگ از کودک و خانواده اوست، اذن به ازدواج او می‌دهد (فاسی، ۲۰۱۶، ۱۰۱ و ۱۰۲). این مثالی است که در بند (ب) ماده ۳۲۶ قانون عقوبات الجزایر مصوب ۱۹۶۵ برای ازدواج در صورت ضرورت بیان شده است. با فراهم شدن این شروط و اثبات این که طرفین توان پرداختن به امور زناشویی را دارند، دادرسی می‌تواند به نسبت مصلحت یا ضرورت پیش‌آمده به ازدواج کودک زیر سن، اذن دهد.

چنانکه بیان شد در حقوق الجزایر مصلحت و ضرورت هر یک به تنهایی می‌تواند مبنای اذن دادرسی قرار گیرد؛ چون در ماده ۷ قانون خانواده الجزایر «مصلحت یا ضرورت...» ذکر شده است که واژه «یا» افاده مغایرت را می‌نماید، به این معنا که ضرورت به تنهایی می‌تواند مبنای اذن دادرسی قرار گیرد، همان‌گونه که مصلحت می‌تواند مبنای قرار گیرد. با توجه به ماده ۷ قانون خانواده الجزایر و ماده ۳۲۶ قانون عقوبات، «ضرورت» و «مصلحت» با هم تفاوت دارند؛ نخست، مصلحت چیزی است که برای طرفین ازدواج منفعت دارد یا ضرری را از ایشان دفع می‌کند که دفع ضرر نیز به نحوی خود منفعت است، ولی در حالت ضرورت منفعتی مورد توجه نیست-هرچند ممکن است دفع ضرر منفعتی را به همراه داشته باشد- بلکه مبنای اذن دادرسی برای ازدواج تنها دفع ضرری (نظیر ننگ و عار) است که راهی جز انجام ازدواج برای خروج از آن وجود ندارد؛

توجه می‌شود و از سوی دیگر مصلحت در مفهوم نخست، با لذت‌گرایی بیشتر سنخیت داشته و غالباً در امور مقطعی کاربرد دارد ولی در مفهوم دوم، پایدارتر بوده و باکمال‌گرایی و رشد معنوی همگون است که بیشتر جنبه اجتماعی داشته (عزیزی و مولودی، ۱۳۹۴، ۹۳-۱۳۹) و با ماهیت ازدواج، همخوانی بیشتری دارد.

عناصر تشکیل‌دهنده مصلحت کودک غیر محصور است. به دلیل ابهام و اجمال در قوانین، دو نوع مصلحت در محاکم حکومت می‌کنند، مصلحت شخصی و نوعی. البته در محاکم، بدون توجه به مصلحت شخصی طفل، به مصلحت نوعی توجه خاصی شده است و به نحوی که به صرف دو ضابطه رضایت ولی و بلوغ جسمی کودک، رأی به اذن ازدواج صادر می‌شود که این خود چالش‌برانگیز است. باید مصلحت کودک با توجه به جنس، سن، وضعیت روحی و جسمی وی مورد لحاظ قرار گیرد. چون مصلحت کودک، مفهوم نسبی و شخصی دارد (همان) و از کودکی با کودکی دیگری متفاوت است و با تغییر زمان، مکان، عرف‌ها و حالات جسمی و روحی کودکان دگرگون می‌شود. پس باید دست دادرسی در تشخیص و تفسیر مصلحت کودک باز گذاشته شود تا در هر واقعه و پرونده‌ای که نزد او مطرح می‌شود به گونه مستقل و بدون توجه به پرونده‌های دیگر، بر پایه اهداف تعیین‌شده از سوی شارع و قانون‌گذار در امر ازدواج کودک قبل از سن قانونی، اظهارنظر نماید. (بجاق، همان، ۱۸۱-۲۲۰)

در ماده ۷ قانون خانواده الجزایر، افزون بر مصلحت، ضرورت نیز می‌تواند مبنای اذن دادرسی قرار گیرد. ضرورت، حالت و معذوری است که به سبب آن، انجام کار ممنوع (و ترک امر واجب) مجاز می‌شود (حیدر، بی‌تا، ۱، ۳۳)، و برای تحقق ضرورتی که بتواند مبنای ازدواج کودک قرار گیرد، فراهم شدن شروط زیر لازم است: ۱- ضرورت در حال موجود

۱. نص ماده ۷ «...قاضی می‌تواند بر اساس مصلحت یا ضرورت به ازدواج قبل از این سن اذن دهد، در صورتی که از توانایی طرفین برای ازدواج اطمینان حاصل نماید».

تشخیص مصلحت است که در حقوق ایران و الجزایر مورد بحث قرار می‌گیرد. روش‌های تشخیص ضرورت که در حقوق الجزایر می‌تواند مبنای اذن دادرس قرار گیرد، از بحث ما خارج است، چون موضوع بحث در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی نیست. اما به‌طور کلی می‌توان گفت که تشخیص حالت ضرورت در حقوق الجزایر، به کارشناس موکل شده است (فاسی، ۲۰۱۶، ۱۰۱) و دادرس نمی‌تواند رأساً خود به تشخیص آن بپردازد و بر اساس آن اذن به ازدواج دهد یا درخواست چنین ازدواجی را رد کند.

۴،۲،۱ طریق مشورت والدین

برای اینکه دادرس بتواند مصلحت کودک را تشخیص دهد، باید با پدر و مادر یا سایر اولیاء قانونی و شرعی او، در امر ازدواج فرزند یا مولی‌علیه‌شان گفتگو نماید و دلایل و علت رغبت فرزندشان به ازدواج و سبب اذن آن‌ها را در این مورد بشنود. دادرس می‌تواند اثبات مصلحت در امر ازدواج را به پدر و مادر یا ولی او بسپارد (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۱، ۷۹). این کار در امر تشخیص مصلحت کودک دادرس را به‌خوبی یاری می‌رساند و ممکن است، قناعت او را به علت موجه بودن دلایل، فراهم نماید و به ازدواج آن‌ها رأی مثبت دهد و یا به سبب ناموجه بودن دلایل، دست به رد چنین ازدواجی زند (الدراز، ۲۰۱۸، ۱۰). اگر دادرس پس از استماع والدین یا ولی، به این نتیجه برسد که در ازدواج مولی‌علیه، هیچ مصلحتی نهفته نیست یا تنها مصلحت ولی است نه مولی‌علیه یا مصلحت ولی اساسی‌تر از مصلحت مولی‌علیه است، در این صورت‌ها با استناد به ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی ایران و ماده ۷ قانون خانواده الجزایر که مصلحت مولی‌علیه را مبنای جواز ازدواج قبل از سن قانونی قرار داده، و نیز ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده ایران (مصوب ۱۳۹۱) که رعایت غبطه و مصلحت کودک را در همه تصمیمات لازم دانسته، به رد ازدواج حکم کند. بنابراین دادرس

چنانکه این امر از تعریف ضرورت و شرایط مبنا قرار گرفتن آن قابل درک است. دوم، شرایطی که برای مبنا قرار گرفتن ضرورت در نظر گرفته شده، برای وجود مصلحت چنین شروطی ذکر نشده است، به طور مثال در حالت ضرورت لازم است که ضرورت در حال موجود باشد و راهی دیگری برای گریز از آن جز ازدواج موجود نباشد؛ درحالی‌که برای مبنا قرار گرفتن مصلحت چنین شروطی لازم نیست. سوم، ضرورت حالت شدیدتر از مصلحت است که در صورت وجود آن حتی انجام عمل حرام، مباح قلمداد می‌شود؛ چون در این خصوص قاعده اصولی «الضرورات تبیح المحظورات؛ ضرورت‌ها انجام کارهای ممنوعه را مباح قرار می‌دهد» (سبکی، ۱۴۱۱، ۱، ۵۵؛ حکیم، ۱۴۱۶، ۱۲۲) وجود دارد که مبنای آن آیه «وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ؛^۱ و حال آن که خداوند گوشت حیواناتی را که بر شما حرام است بیان کرده است مگر ناچار و درمانده شوید (و به اندازه‌ای که رفع ضرورت و دفع هلاک کند از گوشت حرام بخورید)» و آیه «فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ؛^۲ اگر کسی وادار (به استفاده از این محرمات) گردد بدون آن که علاقه‌مند (بدان‌ها) باشد و از سدّ جوع و اندازه ضرورت تجاوز نکند گناهی بر او نیست». بنابراین ضرورت حتی مبنای قوی‌تر از مصلحت است، چون در صورت وجود مصلحت ممکن است راه دیگری برای به دست آوردن مصلحت وجود داشته باشد، ولی در صورت ضرورت، راهی جز انجام عمل موردنظر وجود ندارد.

۴،۲ طرق احراز مصلحت کودک در ازدواج قبل از سن قانونی

چنانکه بیان گردید، مبنای جواز ازدواج قبل از سن قانونی، مصلحت کودک است که برای رعایت هرچه بهتر آن، به دادگاه حق نظارت داده شده است. پرسش این است که دادرس چگونه مصلحت کودک را تشخیص می‌دهد. البته روش‌های زیر برای

۱. سوره انعام: آیه ۱۱۹.

۲. سوره بقره: آیه ۱۷۳.

۳. ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ مقرر داشته است: «رعایت غبطه و مصلحت کودکان و نوجوانان در کلیه تصمیمات دادگاه‌ها و مقامات اجرایی الزامی است».

است و نیاز به کارشناسی پزشکی دارد و دادرسان الجزایر به رعایت این معیار ملزم هستند (فاسی، همان، ۱۰۳)؛ بنابراین گواهی پزشکی مهم‌ترین وسیله‌ای است که دادرس برای اعطای اذن به آن اعتماد خواهد کرد (شامی، همان، ۵۰). در حقوق الجزایر با آنکه سن قانونی ازدواج برای دختر و پسر ۱۹ سال (میلاادی) تعیین شده و دادرسان الجزایر نیاز کمتری به این معیار پیدا می‌کنند، بازهم قانون‌گذار در ماده ۷ مکرر قانون خانواده ۲۰۰۵ الجزایر معاینات طبی را برای زوجین به علل گوناگونی - از جمله تشخیص توانایی جسمی و روحی - الزامی کرده و در صورت نداشتن گواهی پزشکی، ثبت ازدواج را از سوی مأمور رسمی ممنوع قرار داده است.^۱ دادگاه‌های ایران در برخی از موارد از این طریقه مدد جست‌اند، چنانکه در پرونده‌ای، «کودک به پزشکی قانونی معرفی شده و قاضی در نامه خطاب به کمیسیون پزشکی قانونی پرسش می‌نماید که «آیا ازدواج برای ایشان مناسب است و خطری ندارد یا خیر؟» پاسخ پزشکی قانونی به این شرح است: «نامبرده معاینه شد، اگرچه عالم بلوغ در وی ظاهر شده است اما طبق مصاحبه‌ی روان‌پزشکی به عمل آمده با توجه به اینکه ازدواج نیازمند رشد کامل عقل و پختگی روانی فرد است و رشد عقلانی وی متناسب با سن تقدیمی نامبرده است، در حال حاضر از لحاظ روان‌پزشکی ازدواج به مصلحت وی نمی‌باشد». از آنجایی که قاضی صرفاً بلوغ جسمی و نه بلوغ فکری را مدنظر داشته است، لذا نظر پزشکی قانونی را در رأی لحاظ ننموده و صرفاً با توجه به سن خواهان که سه ماه کمتر از ۱۰ سال شمسی است و نظر پزشکی قانونی مبنی بر عدم وجود خطر در ازدواج، رأی بر جواز ازدواج صادر می‌نماید. علیرغم اقدام قاضی در ارجاع امر به متخصص و ارجاع کودک به کمیسیون پزشکی قانونی و نظر این مرجع مبنی بر عدم احراز رشد عقلانی، دادگاه در صدور رأی به این نظر توجهی

باید تشخیص دهد که علت اصلی و اساسی انگیزه ازدواج، مصلحت کودک است نه مصلحت افراد دیگری (الکشیور، ۲۰۰۶، ۱، ۱۷۰)؛ ولی در دادگاه‌های خانواده ایران، با تحقیقاتی که صورت گرفته است، برای تشخیص مصلحت کودک دختر غالباً از این روش - اگرچه به شکل ناقص - استفاده می‌شود و برای تحقق مصلحت، تنها به رضایت پدر اکتفا می‌شود (به نقل از آذری و میراحمدی، ۲۰، ۱۳۹۸).

۴،۲،۲ طریق کارشناسی پزشکی

کارشناسی، تحقیق یا مشورت فنی و تخصصی است که دادگاه در امور علمی و تخصصی که خود قادر به حل آن نیست، از کارشناسان متخصص کمک می‌گیرد (جداوی، ۲۰۰۴، ۲). در خصوص ازدواج قبل از سن قانونی، در صورتی که دادرس از طریق مشورت با والدین، نتیجه مثبت به دست آورد، ولی سن مولی‌علیه به حدی باشد که دادرس در مورد توانایی روحی و جسمی او تردید کند یا تشخیص مصلحت موردنظر، نیاز به تخصصی خاصی داشته باشد، در این صورت دادرس باید از کارشناسان و پزشکان متخصص، در تشخیص مصلحت کودک یاری بگیرد (فاسی، ۲۰۱۶، ۹۸). طریق کارشناسی پزشکی از عنوان فصل دوم کتاب هفتم قانون مدنی ایران (قابلیت صحی برای ازدواج)، قابل استنباط است و استنباط می‌شود که قانون‌گذار به این معیار توجه داشته و خواسته است با اصلاح ماده ۱۰۴۱ زیر این عنوان، از ازدواج‌های نامناسب در سنین پایین جلوگیری نماید (صفایی، امامی، ۱۳۹۵، ۸۱) ولی قانون خانواده الجزایر این موضوع را در قسمت پایانی ماده ۷ تصریح نموده و مقرر داشته است: «...قاضی می‌تواند... به ازدواج قبل از این سن اذن دهد، در صورتی که از توانایی طرفین برای ازدواج اطمینان حاصل نماید»، و معلوم است که اثبات توانایی (جسمی و روحی) ازدواج، موضوع تخصصی

^۱ آن یتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج، ويؤثر بذلك في عقد الزواج».

^۱ نص ماده ۷ مکرر قانون ۲۰۰۵ الجزایر: «يجب علی طالبی الزواج أن يقدم وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (۳) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج. يتعين علی الموثق أو ضابط الحالة المدنية،

و صلاحیت روانی، اخلاقی، شخصیتی و خانوادگی پسر است و باید در مورد او نیز این کار انجام شود (آذری و میراحمدی، ۱۳۹۸، ۱۸). این معیار، همان‌گونه که بیان شد، جدیداً به وجود آمده است و دادگاه‌های المغرب (مراکش) از آن استفاده می‌کنند، و آرای گوناگونی با استفاده از این معیار از دادگاه‌های المغرب صادر شده است (به نقل از الدرار، همان، ۱۶).

این معیار در حقوق ایران، اخیراً مورد توجه شعبه اول حقوقی دادگستری شهرستان صومعه‌سرا، واقع شده و در دادنامه صادره بیان شده که: **اولاً** مطابق ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی تشخیص مصلحت دختر در عقد نکاح قبل از سن ۱۳ سال تمام شمسی به استناد بند ۲ ماده ۳ **قانون حمایت از خانواده** مصوب سال ۱۳۹۱ بر عهده دادگاه خانواده گذاشته شده است، که خود مبین توجه قانون‌گذار به مخاطرات ازدواج در این سن است.

ثانیاً دادگاه ضمن بررسی شرایط و اوضاع احوال دختر متقاضی نکاح درمی‌یابد که وی آمادگی روحی لازم را برای پذیرش یک خانواده در نقش همسر و احتمالاً مادر با توجه به سن ۱۳ سالگی و وضعیت فعلی ندارد.

ثالثاً دادگاه ضمن اخذ اظهارات شخص معرفی شده برای ازدواج با دختر متقاضی نکاح درمی‌یابد که او نیز از منظر روحی و عاطفی آمادگی لازم برای ازدواج با یک دختر ۱۳ ساله را ندارد که البته تشخیص این امر نافی حق ازدواج مرد معرفی شده با سایر دختران دارای شرایط ازدواج نمی‌باشد...
التهایه با توجه به موارد معنونه صدرالذکر، دادگاه مصلحت و غبطه ی دختر متقاضی نکاح را احراز نموده و مستند به ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ حکم به بطلان دعوی خواهان صادر و اعلام می‌گردد...» (به نقل از سایت: <https://www.ekhtebare.ir>).

نداشته است» (آذری و میراحمدی، ۱۳۹۸، ۱۳) در حقوق ایران، به دلیل عدم الزام قانونی و طریقت داشتن کارشناسی، برخلاف حقوق الجزایر، نظر پزشکی قانونی لزوماً در این خصوص الزام‌آور تلقی نمی‌شود. از لحاظ منطقی و بنای عقلا، صرف بلوغ جسمانی و جنسی، به معنای صلاحیت شخص برای ازدواج نیست و رشد عقلانی و فکری وی، نیز می‌بایست مورد لحاظ قرار گیرد. همان‌گونه که رشد جسمی و جنسی به تنهایی کافی نیست، رشد عقلانی و فکری نیز به تنهایی کافی نیست، یعنی باید هر دو مورد در نظر گرفته شود.

۴٫۲٫۳ طریق تحقیقات اجتماعی

طریق استفاده از تحقیق اجتماعی، از جمله اموری است که اخیراً برای تشخیص مصلحت کودک در نهاد خانواده راه یافته است (الدرار، همان، ۱۶). استفاده از این طریق به دادرس کمک می‌کند تا از طریق گفتگو با کودک، خانواده او، اقارب و مردم محله او میزان تمایل کودک به ازدواج و درک او از اهداف ازدواج، و در نتیجه تحمل مسئولیت‌های ناشی از آن، و همچنان اوضاع مادی و معنوی خانواده کودک و نیز جایگاه اجتماعی و سطح اخلاقی او را دریابد (همان). از این رو دادرس در تشخیص مصلحت کودک به این معیار نیاز جدی دارد. مطابق قوانین موضوعه، در صورت عدم موافقت ولی نسبت به ازدواج پیش از سن قانونی، اجازه دادگاه به تنهایی موثر نیست. لیکن در صورت موافقت ولی نیز دادرس مطلقاً بی‌نیاز از معیار کارشناسی پزشکی و تحقیقات اجتماعی نیست، (شامی، همان، ۵۳).
به این ترتیب دادرس درمی‌یابد که کودک به چه میزانی تمایل به احترام حقوق و تکالیفی دارد که میان زوجین ردوبدل می‌شود و نیز میزان توانایی یا عدم توانایی او در تربیت نیک فرزندان برای دادرس روشن خواهد شد (الدرار، همان، ۱۶). این تحقیقات از خود و خانواده طرف دیگر عقد نیز باید صورت بگیرد، و معمولاً در دادگاه‌های ایران به این امر توجه نمی‌شود و تنها تحقیقات از خانواده دختر صورت می‌گیرد، در حالی که مصلحت دختر در گرو وضعیت



است. ماده ۵۰ قانون مزبور مقرر می‌دارد: «هرگاه مردی برخلاف مقررات ماده (۱۰۴۱) قانون مدنی ازدواج کند، به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. هرگاه ازدواج مذکور به موافقه منتهی به نقص عضو یا مرض دائم زن منجر گردد، زوج علاوه بر پرداخت دیه به حبس تعزیری درجه پنج و اگر به موافقه منتهی به فوت زن منجر شود، زوج علاوه بر پرداخت دیه به حبس تعزیری درجه چهار محکوم می‌شود».

مطابق نظر دیگر، عقد مذکور غیرنافذ است؛ برخی حقوقدانان در این خصوص معتقدند: « در موردی که ازدواج با اذن ولی و بدون احراز مصلحت از سوی دادگاه واقع شده باشد ضمانت اجرای آن قابل بحث است. ممکن است گفته شود که این ازدواج با توجه به فقه امامیه نافذ است. با وجود این، به نظر می‌رسد که قانون شرط تصویب دادگاه را نیز به شرایط قبلی افزوده و از این رو چنین ازدواجی نباید صحیح و نافذ به شمار آید و بر طبق اصول حقوقی، چنانچه ازدواج بدون احراز مصلحت از سوی دادگاه واقع شود، غیرنافذ است و با تأیید بعدی دادگاه اشکال آن رفع و ازدواج از روز انعقاد نافذ تلقی خواهد شد. در این فرض نیز دختر یا پسر، بعد از رسیدن به سن قانونی، خود می‌تواند ازدواج را تنفیذ یا رد کند» (صفایی و امامی، ۱۳۹۵، ۸۱-۸۲). در قانون مدنی ضمانت اجرای حقوقی عدم رعایت بلوغ به طور صریح بیان نشده است ولی از لحن ماده ۱۰۴۱ برمی‌آید که قانون‌گذار نخواست است نکاح خردسالان را نافذ بداند. به اضافه، عاقد و زوج نیز از نظر کیفری مجازات می‌شوند. (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۱، ۷۹). پس نظر به اینکه ماده یاد شده ازدواج مزبور را منوط به تشخیص دادگاه کرده و با توجه به قواعد عمومی قراردادها، می‌توان گفت: ازدواج بدون اذن دادگاه نیز غیرنافذ است. البته تنفیذ بعدی دادگاه (گرچی و همکاران، ۱۳۹۲، ۸۴) و تنفیذ بعدی پسر یا دختر بعد از سن قانونی، موجب نفوذ نکاح خواهد بود (روشن، ۱۳۹۰، ۳۵۵) از

نکته قابل توجه این است که دادرسی در عملی کردن هر یک از این روش‌ها از نظر گواهان، کارشناسان هر بخش استفاده می‌نماید و بر اساس نظر ایشان و بررسی اسباب و دلایل به دست آمده حکم به صدور اذن به ازدواج یا رد آن می‌نماید؛ چون دادرسی در همه موارد تخصص و مهارت ندارد تا در مورد آن‌ها اظهار نظر کند، بلکه دادرسی در جایگاه داوری قرار دارد و با بررسی دلایل موجود، همان‌گونه که در سایر پرونده‌ها انجام می‌شود تصمیم می‌گیرد (شامی، همان، ۵۲).

در حقوق کنونی باید توجه داشت که در موضوع حاضر علاوه بر ولی قهری، دادگاه نیز بایستی بر رعایت مصلحت نظارت نماید. چنین نظارتی که در قالب حکم صادر می‌شود، قابل اعتراض است لیکن بعد از قطعیت، حکم صادره، قابل فسخ نمی‌باشد. بنابراین کودک بعد از بلوغ یا رشد به جهت اعتبار امر قضاوت شده، نمی‌تواند به حکم صادره، خللی وارد نماید.

۵ وضعیت حقوقی ازدواج بدون تصویب دادگاه

پس سؤالی مطرح می‌شود که اگر ازدواج کودک پیش از سن قانونی، بدون تصویب دادگاه انجام شود، چه وضعیت و پیامدی دارد.

قبل از ورود به بحث، دو فرض را بایستی از یکدیگر تفکیک نمود. حالتی که صغیر بدون اذن ولی و بدون اذن دادگاه عقد نکاح را منعقد می‌نماید که چنانچه صغیر غیرممیز باشد باطل و در صورتی که صغیر ممیز باشد عقد غیرنافذ است. اما فرض دیگر حالتی است که نکاح با اذن ولی و بدون رعایت تشریفات نظارتی دادگاه، منعقد شود که آنچه مورد بحث است، فرض اخیر است و در حقوق ایران دو نظر در این خصوص مطرح شده است:

نظر نخست، عقد مذکور نافذ است و فقط برای مرد و عاقد مجازات کیفری وجود دارد؛ این امر از ماده ۵۰ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ مستفاد

رعایت نظارت دادگاه سبب ابطال یا فسخ عقد نمی‌شود و چنین نکاحی صحیح است (به نقل از فاسی، ۲۰۰۱۶، ۱۱۷). برخی از پژوهشگران نظر اخیر را بر نظر اول ترجیح داده‌اند، با این استدلال که نخست نظر اول مطابق اراده قانون‌گذار نیست، و دوم اینکه قانون ۱۹۶۳ در کل منسوخ شده است، و تجزیه آن در نسخ مناسب نیست، و در این مورد خلأ قانونی وجود دارد، و بنابراین نکاح مذکور صحیح است (فاسی، همان، ۱۱۷؛ بن مدخن و برکمال، همان، ۶۶-۶۷). با وجود اقوی بودن نظر اخیر در حقوق الجزایر، به نظر نخست با «مصلحت کودک» سازگاری بیشتری داشته و نسبت به نظر دوم، ارجحیت دارد.

۶ دادگاه صالح برای تشخیص مصلحت کودک و شیوه رسیدگی به آن

در خصوص تشخیص مصلحت کودک و نظارت قضایی دادگاه در این خصوص این مسئله مطرح می‌شود که دادگاه صالح کدام دادگاه است و رأی صادره در این خصوص قابل اعتراض و نظارت در مرجع عالی است یا خیر؟

۶٫۱ در حقوق ایران

در حقوق ایران در خصوص این امر که دختر یا پسر در چنین دعوی می‌بایست به همراه ولی قهری خویش اقامه دعوا نماید یا مستقلاً نیز چنین امکانی دارند، اختلاف نظر وجود دارد. برخی حقوقدانان معتقدند، ماده واحده قانون راجع به رشد متعاملین مصوب ۱۳۱۳ ناظر به معاملات و عقود و ایقاعات دیگر، جز نکاح و طلاق است. وانگهی، با فرض صحت ادعا، سرایت دادن این حکم استثنایی به دعاوی خانوادگی در صورتی امکان دارد که پذیرفته شود اهلیت داشتن برای نکاح مستلزم داشتن رشد برای شرکت در این دعاوی است. در حالی که وجود

مباحث فوق به این نتیجه می‌رسیم که اجرای ازدواج بدون تصویب دادگاه، در حقوق ایران غیر نافذ است.

در حقوق الجزایر، چون قانون خانواده سال ۲۰۰۵ در مورد ضمانت اجرای تخلف از سن قانونی چیزی بیان نکرده است؛ اما ماده ۲ قانون خانواده ۱۹۶۳ الجزایر، در ضمانت اجرای تخلف از سن قانونی مقرر نموده بود: اشخاصی که مخالف این حکم عمل نمایند، عقد ازدواجشان قبل از دخول باطل و بعد از دخول قابل ابطال است (زمام و سعاد، ۲۰۱۲، ۱۵۲). حقوق‌دانان کشور الجزایر با توجه به عدم بیان ضمانت اجرا در قانون ۲۰۰۵ در مورد ضمانت اجرای تخلف از سن قانونی اختلاف نظر وجود دارد:

برخی نظیر دکتر عبدالعزیز سعد معتقدند، حکم ماده ۲ قانون ۱۹۶۳، منسوخ نشده است، چون تنها آن دسته از احکام قانون ۱۹۶۳ که مخالف با مواد قانون ۲۰۰۵ باشد با تصویب قانون ۲۰۰۵ نسخی ضمیمه شده است، چنان‌که ماده ۲۲۳ قانون ۲۰۰۵ در این مورد صراحت دارد^۱. اما باقی احکام قانون ۱۹۶۳ که قانون ۲۰۰۵ در مورد آن حکم مخالفی بیان نکرده است، معتبر و قابل اجرا می‌باشد. بنابراین ماده ۱ قانون ۱۹۶۳ با ماده ۷ قانون ۲۰۰۵ که در مورد سن قانونی ازدواج است، نسخ شده است، اما ماده ۲ قانون ۱۹۶۳ که ضمانت اجرای تخلف از ماده ۱ قانون ۱۹۶۳ را بیان می‌کند، هیچ حکمی در قانون ۲۰۰۵ در مورد آن بیان نشده است، و از این روی ماده ۲ قانون مذکور هنوز معتبر و قابل اجرا است و نکاح بدون رعایت نظارت دادگاه غیرنافذ است (به نقل از بن مدخن و برکمال، ۲۰۱۷، ۶۶).

اما به نظر برخی دیگر نظیر، دکتر الغوثی بن ملحه، قانون‌گذار هیچ ضمانت اجرا و مجازاتی را برای تخلف از حد ادنی سن قانونی ازدواج بیان نکرده است؛ و بنابراین، تخلف از شرط سن قانونی و عدم

۱. ماده ۲۲۳ قانون خانواده ۲۰۰۵ الجزایر مقرر نموده است: «تلقى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون؛ تمامی احکامی که مخالف این قانون باشد، ملغی است».

امور و دعاوی خانوادگی از جمله اذن در نکاح رسیدگی می‌کند. مطابق ماده ۸ قانون مذکور، رسیدگی به چنین دعوائی با تقدیم دادخواست و بدون رعایت سایر تشریفات آیین دادرسی مدنی صورت می‌گیرد.

حکم صادره در خصوص تشخیص مصلحت و اذن در نکاح یا رد آن، مطابق بند «ب» ماده ۳۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی که مقرر می‌دارد کلیه احکام صادره در دعاوی غیرمالی قابلیت تجدیدنظر دارد، قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر است. لیکن در خصوص قابلیت فرجام‌خواهی از چنین حکمی صراحت قانونی لازم وجود ندارد. با مراجعه به بند ۲ قسمت «الف» ماده ۳۶۷ قانون آیین دادرسی مدنی راجع به موارد احکام قابل فرجام، مقرر شده «احکام راجع به اصل نکاح و فسخ آن، طلاق، نسب، حجر، وقف، ثلث، حبس و تولیت» قابلیت فرجام دارد و سایر احکام غیرمالی قابلیت فرجام خواهی ندارد. با توجه به این مقرر مقرر، مراد از حکم راجع به «اصل نکاح» چیست؟ آیا کلیه احکام راجع به نکاح را در بر می‌گیرد یا صرفاً وقوع یا عدم وقوع نکاح، مشمول اصل نکاح است. چنانچه نظر نخست پذیرفته شود تمامی احکام راجع به نکاح از جمله حکم صادره در خصوص پذیرش یا رد راجع به اذن در نکاح پیش از سن قانونی، قابلیت فرجام خواهی دارد و در غیر این صورت چنین حکمی قابلیت فرجام نخواهد داشت. هرچند رعایت مصلحت ایجاب می‌نماید که بر چنین نکاحی، دیوان عالی کشور نیز نظارت داشته باشد لیکن باید گفت اطلاق بند ۲ قسمت «الف» ماده ۳۶۷ مؤید این است که صرفاً اگر اختلاف در وقوع یا عدم وقوع نکاح و اختلاف در انشای چنین عقدی مطرح باشد، حکم صادره قابلیت فرجام‌خواهی داشته، بنابراین در خصوص اذن در نکاح، رأی صادره قابلیت فرجام‌خواهی ندارد. اداره حقوقی قوه قضائیه نیز طی نظریه شماره ۶۲۰/۹۲/۷ - مورخ ۹۲/۰۴/۰۸ در تأیید این نظر، اعلام نموده: «منظور از دعاوی راجع به «اصل نکاح و اصل طلاق و اصل فسخ نکاح»

ملازمه بین اهلیت نکاح و اهلیت اقامه دعا و دفاع از دعاوی خانوادگی عین ادعاست. ماده واحده، اهلیت مربوط به نکاح و طلاق را تابع قواعد خاص در حقوق کنونی نسبت به نکاح ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده است. در وضع کنونی، که اماره رشد از بین رفته و سنی برای آن تعیین نشده است، باید پذیرفت که زناشویی ملازمه با ایجاد رشد ندارد و آثار کم و بیش مالی اقامه دعا و لزوم داشتن اهلیت کامل برای این اقدام مانع از این است که آنان بتوانند به طور مستقل در دعاوی شرکت کنند. (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ۲۶۴ و ۲۶۵)

به نظر برخی دیگر، پسر دارای پانزده سال تمام قمری و دختر دارای نه سال تمام قمری، قبل از اینکه به هجده سالگی برسند نیز می‌توانند، با توجه به اینکه به سن بلوغ رسیده اند در امور غیرمالی، اقامه دعا نموده و یا طرف دعا قرار گیرند، مگر اینکه عدم رشد یا جنون ایشان، به موجب حکم دادگاه ثابت شده باشد. (شمس، ۱۳۸۴، ۱، ۳۲۹) لیکن در چنین صورتی ولی قهری می‌بایست به عنوان خوانده طرف دعا قرار گیرد. رویه قضایی متمایل به نظر اخیر است مگر اینکه دختر و پسری که به سن بلوغ نرسیده، تقاضای ازدواج بر مبنای ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی را نماید که قطع نظر از ماهیت، به تنهایی امکان طرح دعا یا طرف دعا قرار گرفتن را نداشته و مستلزم شرکت دادن ولی قهری ایشان در اقامه دعا است.

مطابق بند ۲ ماده ۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، دادگاه صالح برای تشخیص مصلحت کودک و اذن در نکاح پیش از سن قانونی، «دادگاه خانواده» است که در حوزه قضایی هر شهرستان تشکیل می‌شود. مطابق ماده ۱ این قانون، تشکیل دادگاه خانواده در حوزه قضایی بخش به تناسب امکانات به تشخیص رئیس قوه قضائیه موکول شده است. لیکن مطابق تبصره ۲ ماده ۱ قانون یاد شده، در حوزه قضایی بخش‌هایی که دادگاه خانواده تشکیل نشده است، دادگاه مستقر در آن حوزه با رعایت تشریفات مربوط و مقررات این قانون به کلیه

سن قانونی قابل فرجام‌خواهی است یا خیر، بند ۶ و ۱۸ ماده ۳۵۸ قانون اجراءات مدنی و اداری الجزایر مقرر نموده است: «درخواست فرجام‌خواهی تنها در صورت وجود یک یا چند مورد از موارد زیر صورت گرفته می‌تواند: ۱- در صورت تعارض قانون بیگانه با مسائل مربوط به قانون خانواده ۱۸- در صورتی که از حقوق افراد ریز سن (ناقص الاهلیت) دفاع نشده باشد». از بند ۶ ماده مذکور به خوبی برداشت می‌شود که قضایای مربوط به خانواده درکل قابل فرجام‌خواهی است. چون هرگاه قانون خارجی با قضایای مربوط به امور خانواده در تعارض باشد، خود قضایای خانواده به طریق اولی قابل فرجام‌خواهی خواهد بود. در بند ۱۸ نیز با تصریح بیشتر بیان شده است که در صورتی که از حقوق افراد ناقص اهلیت، که کودک زیر سن نیز از آن جمله به شمار می‌رود، آرای صادره در این خصوص قابل فرجام‌خواهی خواهد بود. شاهد این ادعا رأی دادگاه تجدیدنظر «المدیة» در تاریخ ۱۶/۰۶/۱۹۹۶م در خصوص عدم ولایت مادر در صورت وجود پدر است که با فرجام‌خواهی، از سوی دادگاه عالی در شماره ۱۶۷۸۳۵ در تاریخ ۱۷/۰۵/۱۹۹۸ حکم مذکور که با قبول ولایت مادر صادر شده بود، نقض گردید.^۳

۷ نتیجه‌گیری

فقه‌های اسلامی ازدواج قبل از سن بلوغ را از سوی ولی یا به اذن ولی با رعایت مصلحت کودک مجاز دانسته‌اند. شرط تصویب دادگاه در مباحث فقهی مطرح نشده است و این شرط از ابتکارات قوانین موضوعه می‌باشد. قانون‌گذار الجزایر علاوه بر مصلحت، در صورت ضرورت نیز چنین نکاحی را مجاز دانسته است و این یکی از امتیازات قانون خانواده الجزایر است که با توجه به نیاز اجتماعی آن کشور و نیز مبنای شرعی «الضرورات تبيح المحظورات»، وضع شده است. در حقوق ایران و

اختلاف در وجود یا عدم وجود علقه زوجیت و تحقق یا عدم تحقق ایقاع طلاق یا فسخ نکاحی است که قبلاً واقع شده است.

۶٫۲ در حقوق الجزایر

مستنبط از ماده ۹۰ قانون خانواده الجزایر^۱ کسی که به سن قانونی ازدواج نرسیده لیکن مصلحت خود را در ازدواج می‌بیند اما این امر با مخالفت ولی قهری مواجه می‌شود، شخص مذکور می‌تواند از دادگاه درخواست اذن به ازدواج را نماید. در این حالت دادگاه با بررسی موضوع و در صورت تحقق مصلحت، اقدام به صدور اذن نموده و یا به دلیل عدم وجود مصلحت، در خواست او را رد می‌نماید (شامی، همان، ۵۰). بنابراین در حقوق الجزایر دادخواست اذن به ازدواج قبل از سن قانونی و پس از بلوغ شرعی با استناد به ماده ۹۰ قانون خانواده الجزایر می‌تواند مستقلاً توسط زوج یا زوجه زیر سن قانونی، تقدیم شود.

طبق ماده ۴۲۴ قانون اجراءات مدنی و اداری، دادگاه صالح برای تشخیص مصلحت کودک، دادگاه خانواده (محكمة قضايا شئون الاسرة) است. ماده ۴۲۴ مقرر داشته است: «دادرس دادگاه خانواده مکلف است تا از مصالح خردسالان حمایت نماید».^۲ رأی صادره در خصوص اذن در نکاح، مطابق ماده ۳۳۳ قانون اجراءات مدنی و اداری الجزایر مصوب ۲۰۰۸ میلادی قابلیت تجدیدنظرخواهی دارد. این ماده مقرر می‌دارد: «احکام صادره در کلیه مواد به هنگام تصمیم‌گیری در مورد موضوع دعوا، دعوای صوری، عدم پذیرش یا هر اعتراض دیگری، که به دعوا خاتمه می‌دهد، قابل تجدیدنظرخواهی است مگر اینکه قانون خلاف آن را مقرر کرده باشد». در خصوص اذن در نکاح پیش از سن قانونی، هیچ ماده‌ای خلاف این ماده را مقرر نکرده است. در خصوص این‌که آیا آرای صادره در خصوص ازدواج زیر

^۲ نص ماده ۴۲۴: «بتكفل قاضي شئون الاسرة علي الخصوص بالسهر علي حماية مصالح القصر».

^۳ المحكمة العليا: مجلة القضائية، غ، م، القرار بتاريخ ۱۷/۰۵/۱۹۹۸، ملف رقم ۱۶۷۸۳۵، م- ق، عدد ۰۲، ۱۹۹۷ ص ۷۷

^۱ ماده ۹۰ قانون خانواده الجزایر مقرر می‌دارد: «هرگاه مصالح ولی با مصالح کودک زیر سن در تعارض قرار گیرد، دادرسی می‌تواند متصرف خاصی را از سوی خود یا بنابر درخواست شخص که مصلحت به او تعلق می‌گیرد، معین نماید».



حقوق الجزایر، دادگاه خانواده است و رأی صادره در این خصوص، در حقوق ایران قابل تجدیدنظر بوده ولی قابل فرجام نیست لیکن در حقوق الجزایر قابل تجدیدنظر و فرجام است. همچنین ازدواجی که بدون نظارت دادگاه ولی با اذن ولی قهری انجام شود، در حقوق ایران غیر نافذ بوده اما در حقوق الجزایر صحیح است. شایسته است جهت جلوگیری از مفسده، مقنن به صراحت ضمانت اجرای ازدواج بدون رعایت نظارت دادگاه را تعیین نموده و مقرره‌ای نظیر ماده ۲ قانون خانواده الجزایر مصوب ۱۹۶۳ را وضع نماید. با توجه به لزوم رعایت هر چه بیشتر نظارت در خصوص مصلحت کودک و نظر به پائین تر بودن قابلیت صحت ازدواج در ایران و قاعدتاً امکان ازدواج پیش از آن، عدم امکان نظارت دیوان عالی کشور در این خصوص، قابل انتقاد به نظر می‌رسد.

الجزایر، به علت نسبی بودن مفهوم مصلحت کودک، تعریف و طرق مشخصی را برای احراز مصلحت کودک زیر سن قانونی ارائه نکرده‌اند. سه طریق مشورت با والدین، طریق کارشناسی پزشکی و طریق تحقیقات اجتماعی جهت کشف و احراز مصلحت کودک وجود دارد. رعایت طریق کارشناسی پزشکی در قانون خانواده الجزایر الزامی است، و دادرسان افزون بر آن از طریق مشورت با والدین به طور کلی استفاده می‌کنند؛ ولی دادگاه‌های خانواده ایران برای اعطای اذن از طریق مشورت با والدین به گونه ناقص استفاده نموده و تنها به رضایت ولی اکتفا می‌کنند و گاهی از طریق کارشناسی پزشکی استفاده می‌کنند. شایسته است در حقوق ایران، دادرسان از هر سه معیار به گونه تلفیقی استفاده نمایند. دادگاه صالح برای تشخیص مصلحت کودک پیش از سن قانونی، هم در حقوق ایران و هم در



منابع

- Al-Draz, Abdul Latif, (2018-2017), Judicial protection for the minor in the Family Code, Master's Thesis in Special Law, Faculty of Law, Sidi Muhammad Bin Abdullah University, Sunnah Al-Jamiyyah.
- Al-Qarafi, Shahab al-Din Ahmad bin Idris bin Abd al-Rahman al-Maliki, (1994), Al-Dukhirah, Beirut: Dar al-Gharb al-Salami.
- Al-Qurtubi, Yusuf bin Abdullah bin Muhammad bin Abdulbar, (1400 AH), al-Kafi fi fiqh of Ahl al-Madinah, II, Riyadh: Al-Riyadh Al-Hadith School.
- Al-Kashbour, Mohammad, (2006), Sharh al-Madoona al-Asra, Al-Dar al-Bayda: Al-Najah Al-Jadidah Press.
- Al-Zahili, Wahba, (Bita), Al-Fiqh al-Islami and Adlatah, 4th, Damascus: Dar al-Fikr.
- Al-Sarkhsi (Shams al-Aimah), Muhammad bin Ahmad bin Abi Sahl, (1414 AH), Al-Mabusut, Beirut: Dar al-Marfet.
- Al-Tarabalsi, Muhammad bin Abdurrahman, (1412 AH), the gifts of Al-Jalil in a brief description of Al-Khalil, 3rd, Beirut: Dar al-Fikr.
- Al-Aini, Mahmoud bin Ahmad bin Musa bin Ahmad bin Hossein al-Ghitabi, (1420 AH), al-Binayat Sharh al-Hudaiya, Beirut: Dalkitb al-Alamiya.
- Al-Ansari, Zakaria ibn Muhammad ibn Ahmad ibn Zakaria, (1418 AH), Fath al-Wahhab, Beirut: Dar al-Kutb al-Alamiya.
- Al-Balkhi, Nizam al-Din and Jama al-Ulama al-Hind, (1411 A.H.), al-Fatawi al-Hindiyyah fi al-Mahhab al-Imam al-Azam..., Beirut: Dar al-Fikr.
- Azari, Hajer and Mirahmadi, Munira, (Winter 2018), "Judicial Approaches to Identify Expediency in Child Marriage", Scientific-Research Quarterly of Women and Society, Year 10, Number 40, pp. 1-28. (In Persian)
- Azari, Hajar, Mirahmadi, Monira, (2018) Judicial approaches to determining expediency in marriage of children, women and society, 10th year, number 40. pp. 1-28. (In Persian)
- Azizi, Bijan, Molodi, Mahmoud and Hamsankhani, Razieh, (Winter 2014), "Innovations and Challenges of Women's Custody Rights in the Light of the Family Support Law Approved 2013", Strategic Women's Magazine (Quarterly of the Social Cultural Council of Women and the Family), year 18), No. 70, pp. 139-93. (In Persian)
- Askari, Abu Hilal, (1412 AH). Al-Farooq Al-Ghawiyah, Qom: Al-Nashar al-Islami Institution of the Jamaat al-Madrasin.
- Atawi, Fawzi Khalil, (2006), Al-Musleha al-Agaa Man Manzoor Islami, Beirut: Dar Ibn Hazm.
- Ibn Battal, Ali ibn Khalaf ibn Abdul Malik, (1423 AH), Al-Bukhari Sahih Commentary of Ibn Battal, II, Al-Riyadh: Al-Rashad School.
- Ibn Manzoor, Muhammad Ibn Makram, (1414 AH) Lasan al-Arab, third, Beirut: Dar Sadir.
- Ibn Najim, Zayn al-Din, (Bita), Al-Bahr al-Raiq, the commentary of Kanz al-Daqaeq, Beirut: Dar al-Marfaat.



- Emami, Seyyed Hassan, (2013), Civil law, 22nd, Tehran: Islamic Publications. (In Persian)
- Bejaq, Mohammad, (Winter 2014 AD), "Regarding the interests of al-Mahdoun between the requirements of al-Ahkam al-Fiqhi and al-Uqda'i al-Qada'i", Journal of Al-Pakheeh and Studies, Sunnah (11), issue (17), pp. 220-181.
- Ben Madkhan, Maryam and Saad, Barkmal, (2017-2016), Judicial Permission for minor marriages, Al-Magister's treatise on private law, Faculty of Law, Eid al-Rahman University, Meera (Bajaya).
- Jadavi, Reza, (2004-2003) Judiciary experience in the light of the law, the discussion of the legal authority in the special law, Al-Hain al-Thani University, publication of the Judiciary of Fiqh and Law, Sunnah al-Jamia. (In Persian)
- Al-Jawini, Abd al-Malik bin Abdullah bin Yusuf bin Muhammad, (1428 AH), Nahayah al-Muttalib fi Darayah al-Mahhab, Beirut: Dar al-Minhaj.
- Hiraamili, Muhammad bin Hasan, (1409 AH), the description of Shia's means to the study of Islamic matters, Qom: Al-Al-Bayt Institute, peace be upon him.
- Hakim, Seyyed Mohsen Tabatabai, (1416 AH), Mustamsk al-Arwa al-Waghqi, Qom: Dar al-Tafsir Institute.
- Hali, Jafar bin Al-Hassan, (1362), Ma'araj al-Asul, researched by Muhammad Hossein al-Razavi, Qom: Al-Al-Bayt Foundation, peace be upon him, Lahiya al-Tarath.
- Hali, Yahya bin Saeed, (1405 AH), Al-Jamae Lal-Sharae, Qom: Sayyid Al-Shahada Al-Elamiya Foundation.
- Hamidou, Zakia, (2015-2014), the interest of Al-Mahdoun fi al-Qawanin Al-Maghrabiya for the family (comparative study), doctoral thesis in private law, Faculty of Law, Tlemcen University, Sunnah al-Jama'a.
- Haider, Ali, (B.T.), Derr al-Hakam, Commentary on Al-Ahkam Journal, Beirut: Dar al-Kitab al-Alamiya.
- Khomeini, Seyyed Ruhollah Mousavi, (1409 AH), Tahrir al-Wasila, Qom: Dar al-Alam Press Institute.
- Ghazali, Muhammad, (1413 AH), al-Mustafafi fi ilm al-usul, research: Muhammad Abd al-Salam Abd al-Shafi, Beirut: Dar al-Katb al-Alamiya.
- Roshan, Mohammad, (1390), family law, first edition, Tehran: Jangal Publications. (In Persian)
- Sabaki, Taj al-Din(1411 AH), 1, Al-Ashbah and Al-Nazar, Beirut: Dar al-Kitab al-Alamiya.
- Shalabi, Mohammad Mustafa, (1403 AH), Hakam al-Asra fi al-Islam, 4th, Al-Dar al-Jaamiyyah, Beirut.
- Shafi'i, Muhammad bin Idris bin Uthman bin Shafi', (1410 AH), Al-Umm, Beirut: Daral al-Marefa.
- Shami, Ahmed, (2014-2013), discretionary authority for family affairs, PhD thesis in private law, Faculty of Law, Talmsan University.
- Shams, Abdullah, Civil Procedure, 1384, first volume, Darak Publishing House, Tehran. (In Persian)
- Shokri, Farideh, (Summer 2017), "Legal investigation of marriage age and

- girls' development", *Women's Strategic Studies Journal*: No. 40, pp. 131-156. (In Persian)
- Shiravi, Abdul Hossein, (2017), family law (marriage, divorce and children), 4th, Tehran: Samt. (In Persian)
- Saleh Al-Qashirat, Saleh Khalid, (1441 AH), "Marriage of Al-Qasirat between Shari'a and Law, *Sharjah University Magazine*", Volume 16, Issue 2, pp. 123-152.
- Safai, Seyyed Hossein, and Emami, Asadullah, (2015), *Family Law Summary*, 44th edition, Tehran: Mizan publishing. (In Persian)
- Tabatabaei Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem, *Al-Arwa al-Waqhi* with several annotations by Man al-Fiqaha, vol.5.
- Tripolisi, Abdul Aziz bin Baraj, (1406 AH), *Al-Muhadzb*, Qom: Islamic Publication Office affiliated with the Qom Seminary Society of Teachers.
- Tusi, Muhammad bin Hassan, (1407 AH), *Al-Khalaf*, Qom: Islamic Publications Office.
- Omid, Hassan, (1388), *Farhang Persian Omid*, Tehran: Farhang Nama Publications. (In Persian)
- Fasi, Abdallah, (2016-2015), *The Legal Center for Minority in Marriage and Marriage*, Doctoral Dissertation in Private Law, Faculty of Law, Abi Bakr Belqaid-Talmesan University.
- Fayoumi, Ahmad Ibn Muhammad, (1405 A.H.), *al-Masbah al-Munir fi Gharib al-Sharh al-Kabeer for Al-Rafa'i*, Qom, Dar al-Razi's manuscripts.
- Katouzian, Nasser, (1388), family law course, Tehran: Publishing Company.
- Kowsar, Al-Bashir, (2018-2017 AD) family rulings in Algerian family law, Abdul Hamid bin Badis Mustagham University, the letter of Lanil's certificate of the master of law,
- Zarkashi, Badr al-Din Muhammad bin Abdullah, (1414 AH), *Al-Bahr al-Muhait fi Usul al-Fiqh*, Beirut: Dar al-Katbi.
- Zamam, Nour al-Din and Saad, Ibn Qaqq, (1012 AD), "Algerian family law between political cooperation and political cooperation", *Journal of Human and Social Sciences*, No. 7 Al-Janfi, pp. 149-169.