

Article 1041 of the Iranian Civil Code: A New Interpretation in the Light of Public Law

Mohammad Mansouri Boroujeni

Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan.
Isfahan, Iran.

Abstract

Many practitioners and commentators of the legal order construe Article 1041 of the Iranian Civil Code wrongly that prescribes the marriage of minors, so that the natural guardian of a male/female child can offer or accept the marriage contract on his/her behalf. However, a textual inference of the Iranian Civil Code, specifically, the 2002 amendment of Article 1041, and its relationship with the rules of capacity, puberty and majority in the Code shows otherwise. The Article is only about the restriction of marriage for a temporary period that begins with the puberty of a woman or a man (according to Article 1210 of the Iranian Civil Code) and continues until the minimum legal age for marriage specified in this Article. Marriage in this period requires following the procedure that is mentioned in the Article. Article 1041 does not prescribe the marriage of minors, nor does it allow marriage to be concluded without the consent of the original parties of the contract. Although disobedience of the procedure of Article 1041 doesn't make marriages concluded after puberty invalid; marriage before puberty is void ab initio. We argued that analyzing the natural guardian as a private institution, and neglecting the role of secondary titles in legislation has made our interpretation abandoned. This article is a research using the legal doctrinal method that utilized the techniques of review of commentators' opinions, literal interpretation and construing a code as a whole.

Keywords: Child marriage, Marriage by natural guardian, Marriage age, Public law



Article Type:

Original Research

Pages: 113-140

Received: 2023 July 06

Revised: 2023 October 24

Accepted: 2023 December 02



 This is an open access article under the CC BY licens.

* Corresponding Author: m.mansouri.b@ase.ui.ac.ir

تفسیری نو از ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی در پرتو اصول حقوق عمومی

محمد منصوری بروجنی

استادیارگروه حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.

چکیده

شارحین و مجریان نظم حقوقی معتقدند ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی، تزویج صغار را تجویز کرده است، چنان که ولی طفل مذکر یا مؤنث می تواند به نیابت از او عقد نکاح را منعقد سازد. توجه به ظاهر قانون مدنی، و به طور معین، اصلاحیه سال ۱۳۸۱ ماده ۱۰۴۱ آن و نسبت آن با عمومات اهلیت، بلوغ و رشد در همین قانون نشان می دهد این تفسیری نادرست است. ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی تنها راجع به محدودیت نکاح در یک دوره موقت است که از بلوغ زن یا مرد (طبق ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی) آغاز شده و تا سن مندرج در آن ماده ادامه می یابد. نکاح در این دوره، محتاج طی تشریفات مذکور در ماده ۱۰۴۱ است. ماده ۱۰۴۱ نه نکاح پیش از بلوغ را تجویز کرده است؛ و نه اجازه می دهد که نکاح، بدون رضایت طرفین اصیل عقد منعقد شود. اگرچه عدم رعایت تشریفات مندرج در ماده ۱۰۴۱ موجب بطلان نکاح های منعقد پس از بلوغ نمی شود؛ اما نکاح پیش از بلوغ، اساساً صحیح نیست، علت شهرت نداشتن این تفسیر خصوصی گرای در تحلیل اختیارات ولی قهری، و بی توجهی به نقش عناوین ثانوی در قانون گذاری است. مقاله حاضر پژوهشی با روش دکترینال حقوقی است که از ابزارهای مرور آرای شارحین، تفسیر لفظی، و تفسیر کل گرای قانون استفاده کرده است.



نوع مقاله: علمی پژوهشی

صفحات: ۱۴۰-۱۱۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۱۵

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۸/۰۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۹/۱۱



واژگان کلیدی: کودک همسری، ازدواج کودکان، نکاح ولایی، سن ازدواج، حقوق عمومی



تمامی حقوق انتشار این مقاله، متعلق به نویسنده است.

درآمد

در سال‌های اخیر مسئله سن ازدواج از جمله مباحثات پرحاشیه در حوزه عمومی بوده است. ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی که مهم‌ترین فقره قانونی این قضیه است، درکانون این مباحثات قرار دارد. به نظر می‌رسد ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی هنوز چنان که باید و شاید مورد توجه قرار نگرفته است، از جمله این که به رغم اشارات حقوق دانان به ابهام در ضابطه مصلحت، هنوز این ضابطه به قدر کافی مورد کنج‌کاوی قرار نگرفته است. نگارنده در خلال تحقیقی برای تبیین عینی از ضابطه‌های مصلحت در ماده ۱۰۴۱ ملتفت دلالت‌هایی - مخفی از نظر مشهور - در این ماده شد و به این مسئله پرداخت که در تحلیل نهایی آیا قانون مدنی امکان ازدواج طفل یک روزه را - بشروطها - نیز مهیا کرده است؟ این تفسیری رایج و البته به همان اندازه غریب است.

برخی حقوق دانان کوشیده اند با تمسک به لزوم رعایت مصلحت در تزویج صغار، این تفسیر را که امکان ازدواج، بدون رضایت اطراف عقد را می‌دهد، تلطیف کنند. (قنواتی، ۱۳۹۴، ص. ۵۸) فارغ از این که مصلحت چیست و وجود مصلحت تا چه اندازه می‌تواند هر نشدی را شدنی کند، آیا قانونی که برای نان خریدن کودک شش ساله اما و اگر دارد، به راحتی نکاح او را تجویز کرده است؟ حسب آمارهای ثبت شده دفتر آمار و اطلاعات جمعیتی سازمان ثبت احوال کشور در پایگاه رسمی این سازمان، در فاصله سال‌های ۱۳۹۲ تا ۱۳۹۹، ۳۷۹ نفر طفل مذکر کمتر از ۱۵ سال و ۵۴ نفر طفل مؤنث کمتر از ۱۰ سال (آمار دقیق ترو وجود ندارد) ازدواج کرده اند. امروز، زندگی این چهارصد نفر چه وضعیتی دارد؟

چنان‌که گفته شد در خلال تنقیح مسئله دیگری راجع به ماده ۱۰۴۱، این نکته بر نگارنده منکشف شد که قانون مدنی چنان دلیرانه که مشهور آن را شرح و اجرا می‌کند، نوشته نشده است. ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی، بخشی نانوشته دارد که تنها از محل تأمل در تاریخ تطور آن، از یک سو؛ و عمومات قانون مدنی راجع به حقوق اشخاص، از سوی دیگر؛ قابل فهم است. می‌توان ادعا کرد عمده - بلکه همه - شارحین متن اخیر ماده از این بخش غفلت کرده اند. اما این بخش نانوشته چیست که سخنش را می‌گوییم: به نظر ماده ۱۰۴۱ راجع به ازدواج کلیه کودکان نیست، چرا که طبق قانون مدنی شرط اهلیت تمتع برای ازدواج، بلوغ است و نکاح پیش از بلوغ در قانون مدنی علی‌ای حال مجاز نیست.

ماده ۱۰۴۱ نیز راجع به شرایط ازدواج در حد فاصل سن بلوغ و سن مقرر در این ماده است. این قول احتمالاً به نظر بخش زیادی از خوانندگان شاذ به نظر برسد، خاصه آن که برخلاف رویه جاری است، به همین خاطر در بخش اول مروری بر ریشه‌های این تفسیر نادرست کرده، شواهد مربوطه از سایر فقرات قانون مدنی را گواه گرفته، نظر مخالفین صریح یا تلویحی این قول را نقد و یادی از شارحین هم‌داستان با خود می‌کنیم. در بخش دوم نیز توضیحی درباره ریشه ارتکازی تفسیر مشهور کنونی داده و نشان می‌دهیم چرا در تفسیر اختیارات ولی قهری باید به روش حقوق عمومی پایبند بود. این مقاله بحثی در دکترین حقوقی است و با روش تحلیل دکترین و استفاده از ابزارهای مرور آرای نویسندگان، تفسیر لفظی و تفسیر کل‌گرای قانون، می‌کوشد تفسیری صحیح‌تر از تفسیر مشهور از ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی عرضه کند.

۱- بخش اول: منع نکاح پیش از بلوغ در نظم حقوقی کنونی

۱-۱- مراحل تکوین سن ازدواج در نظم حقوقی

سن ازدواج در تاریخ کوتاه قانون نوشته در نظام حقوقی ما پنج مرحله را از سر گذرانده است. برای ملاحظه این پنج مرحله باید متن ماده ۱۰۴۱ «قانون مدنی» و در تکمیل آن ماده ۳ «قانون ازدواج» را در پیش و پس از این پنج نقطه عطف مقایسه کرد.

۱- سال ۱۳۱۰: ازدواج با فرد فاقد «استعداد جسمانی برای ازدواج» - بدون تعیین یک سن دقیق - ممنوع شد.^۱

۲- سال ۱۳۱۳: ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی از تصویب گذشت^۲ و ازدواج زنان زیر ۱۵ و مردان زیر ۱۸ سال را علی‌القاعده ناممکن دانست. این سنین با پیشنهاد مدعی‌العموم و تصویب دادگاه، نهایتاً تا کمینه ۱۳ سال برای زنان و ۱۵ سال برای مردان قابل کاهش بود. قانون ۱۳۱۳ با فراست از کنار مقوله چالش برانگیز نسبت «سن بلوغ» با «اهلیت تمتع برای

۱ قانون ازدواج، ۲۳ مرداد ۱۳۱۰، مصوب مجلس شورای ملی، ماده ۳.

۲ قانون مدنی (مواد ۱۰۴۱ الی ۱۰۶۱)، ۲۱ اسفند ۱۳۱۳، مصوب مجلس شورای ملی.

نکاح» گذشته؛ و در عین تعیین سن برای ازدواج، بلوغ را تعریف نکرده بود.^۱ در مسائل مالی نیز به سن رشد (۱۸ سالگی) تمسک کرده بود. برای پیش از رشد نیز، با تفکیک امور شخص به «مالی» و «غیرمالی» برای هر کدام نهادهای جداگانه‌ای تدارک کرد. باید دقت کرد که این بخش از قانون مدنی هنوز به همین ترتیب پابرجاست، جز این که بعضاً بلوغ جای رشد نشسته است. باری، سخن از ترتیبات اداره امور شخص پیش از رشد بود. قانون مدنی در امور مالی، ترتیبات «ولایت» و اتباع آن (نظیر وصایت)؛ و در امور غیرمالی، ترتیبات «تربیت و نگاه‌داری» (حضانت) و اتباع آن (نظیر قیمومت) را در نظر گرفت. با چنین نظامی که در سایر مواد قانون مدنی تعبیه شد، ماده ۱۰۴۱ تکلیف ازدواج پیش از رشد را تعیین می‌کرد. متعاقب این تصویب، ماده ۳ قانون ازدواج در سال ۱۳۱۶ اصلاح شد.

۳- سال ۱۳۵۳: در ۱۵ بهمن ۱۳۵۳ با تصویب قانون حمایت خانواده، ازدواج مرد زیر ۲۰ سال مطلقاً ناممکن دانسته؛ و قاعده اولی ۱۸ سال برای سن ازدواج زنان گذاشته شد. کمینه سن زن مشروط به وجود استعداد جسمانی و روانی برای ازدواج، پیشنهاد دادستان، و تصویب دادگاه تا ۱۵ سال قابل کاهش بود. مرحله سوم با وقوع انقلاب و امضای «لایحه قانونی الغاء مقررات مخالف با ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی» در ۸ اردیبهشت ۱۳۵۸ توسط مهدی بازرگان، نخست وزیر وقت - که طبق عرف برجای از عصر مشروطه سلطنتی، قانون‌گذار دوره فترت بود- نسخ شد و روال به مرحله دوم برگشت.

۴- سال ۱۳۶۱: با تصویب آزمایشی قانون «اصلاح موادی از قانون مدنی» در ۸ دی ۱۳۶۱ مرحله چهارم آغاز شد. این مرحله در فهم یکی از ریشه‌های تفسیر نادرست کنونی ماده ۱۰۴۱ کلیدی است. در این مرحله متن ماده ۱۰۴۱ به کلی تغییر کرد. در صدر ماده «نکاح قبل از بلوغ» ممنوع دانسته شد؛ اما تبصره‌ای برای ماده وضع شد که حامل استثنای حائز اهمیت تجویز تزویج در «هر سنی» مشروط به «اجازه ولی و با رعایت مصلحت مولی علیه» بود؛ «عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی صحیح است به شرط رعایت مصلحت مولی علیه.»^۲ این نخستین بار بود که در عصر قانون نوشته، اجازه نکاح

۱ این مهم را در نطق سید عبدالعلی طباطبایی دیبا ذیل ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی در مجلس شورای ملی نیز می‌توان ملاحظه کرد. بنگرید به: مشروح مذاکرات مجلس شورای ملی، دوره ۹، جلسه ۱۲۹، مورخ ۲۱ اسفند ۱۳۱۳.

۲ این تبصره در اصلاحیه سال ۱۳۷۰، مورد اصلاح عبارتی قرار گرفت و فعل از میان جمله به انتهای آن منتقل شد، (کانونیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۱۳۸۷، ص. ۶۳۵) که تغییری در معنا ایجاد نمی‌کرد.

پیش از بلوغ داده می‌شد. دقت داشته باشید که در همین تاریخ تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ نیز افزوده شد که سن بلوغ را برای مرد ۱۵ سال تمام قمری و برای زن ۹ سال تمام قمری تعریف می‌کرد. تغییراتی که در مرحله چهارم به وجود آمد، به طور کلی این مهم را نادیده گرفته بود که قانون مدنی، با فرض امتناع انعقاد نکاح پیش از بلوغ تنظیم شده بود. یعنی سایر اجزای قانون مدنی، هماهنگی کافی با آن چه که فقها «تزویج ولایی» می‌خوانند و برای نخستین بار در مرحله چهارم در قانون مدنی تجویز شد، نیافتند. اگرچه در این مرحله اصل این شیوه تزویج به رسمیت شناخته شد، اما باید دانست، تغییر ماده ۱۰۴۱، باعث بازگشت نظم حقوقی به حافظه خود، یعنی شکل نخستین ممنوعیت نکاح پیش از بلوغ، می‌شد.

۵- سال ۱۳۸۱: مرحله چهارم ۲۰ سال بیش‌تر نیابید. پس از اختلاف نظر شورای نگهبان و مجلس شورای اسلامی درباره کیفیت اصلاح ماده ۱۰۴۱، در ۱ تیر ۱۳۸۱ این ماده در مجمع تشخیص مصلحت نظام بازنگری شد و مرحله پنجم و اخیر آغازیدن گرفت. در مرحله اخیر، متن ماده تغییر کرد و تبصره نیز برداشته شد. متن کنونی از این قرار 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». پرواضح است دیگر معافیتی از سن بلوغ، -چنان چه که در مرحله چهارم وارد متن قانون مدنی شده بود- وجود ندارد، اصلاحیه سال ۱۳۸۱ منطق سن ازدواج را به مراحل اول تا سوم بازگرداند که آن را سنی خاص تعیین کرده بود: در مراحل اول و دوم، کمتر از سن رشد با امکان اندکی معافیت و در مراحل بعدی مساوی یا بیشتر از سن رشد با امکان اندکی معافیت؛ و در هیچ کدام از این مراحل متعرض سن بلوغ نشده بود. در مرحله چهارم سن بلوغ، وضع؛ و در نکاح نیز امکان تخطی استثنایی از سن بلوغ دیده شد. اما در متن مرحله پنجم، مجدداً از تعرض به سن بلوغ خودداری شده، اما منطق راجع به اهلیت تمتع در سایر مواد قانون مدنی از مرحله نخست تا کنون -یعنی مرحله پنجم- دست‌نخورده باقی مانده است، جز آن که بلوغ، بعضاً جای رشد نشسته است. همان‌طور که گفتیم اصلاحات مرحله چهارم، به مدد تبصره ماده ۱۰۴۱ این منطق را کنار گذاشته بود و حالا که تبصره کنار رفته است، متن از فشار آن نیروی قاهر پیشین آزاد شده و به مرزهای سابق خویش باز می‌گردد.

۲-۱- نقش سن بلوغ در نظم کنونی

نقش سن بلوغ در ترتیبات کنونی قانون مدنی چیست؟ این که اهلیت برای هر معامله‌ای موکول به بلوغ است (ماده ۲۱۱)؛ بلوغ اماره رشد است (ماده ۱۲۱۰)؛ و سن بلوغ برای دختران ۹ سال تمام قمری و برای پسران ۱۵ سال تمام قمری است. (تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰). اثر وضعی سن بلوغ چیست؟ اعطای اهلیت در کلیه امور اعم از مالی و غیر مالی. طبیعی است با حذف تبصره‌ای که اجازه نادیده‌انگاری سن بلوغ را در نکاح می‌داد و وضع ماده‌ای که در آن سن ازدواج اخص از سن بلوغ و پس از آن تعریف می‌شود، اهلیت افراد برای نکاح پیش از بلوغ محتاج دلیل جداگانه‌ای است که در هیچ‌کجای قانون مدنی وجود ندارد.

قاعده اصلی اداره امور صغیر یا غیر رشید در ماده ۱۱۸۰ بیان شده است: ولایت قهری پدر و جد پدری. اختیار ناشی از این ولایت در ماده ۱۱۸۳ در حدود «کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی» قرار داده شده است. در هیچ‌کجای باب سوم (در ولایت قهری پدر و جد پدری) از کتاب هشتم (در اولاد) نکته‌ای دال بر این وجود ندارد که ولایت می‌تواند شأنی خارج از امور مالی داشته باشد.

آن چه از امور غیر مالی که برای طفل اهمیت دارد، در یک باب قبل‌تر، تحت عنوان «نگاهداری و تربیت اطفال» بیان شده است. در باب سوم، ماده ۱۱۸۸، در مقام بیان اختیارات وصی بر اولاد، از این دو عنوان یاد کرده است. بلی، چنین است که سرپرست طفل، خارج از امور مالی ایشان صلاحیتی داشته باشد، اما این صلاحیت محدود به «تربیت»، و «نگاهداری» (باب دوم از کتاب هشتم از جلد دوم قانون مدنی) (ماده ۱۱۸۸) (ماده ۱۱۹۱) (ماده ۱۱۰۴) یا همان حضانت است.^۱ باب دوم حتی اختیار «تنبیه در حدود تأدیب» را به والدین داده (ماده ۱۱۷۹) اما نه صراحتاً حرفی از تزویج زده است، نه تزویج، ملازمه عقلی با هیچ یک از احکام این باب راجع به نگاهداری طفل دارد. ازدواج محتاج به بلوغ فرد و اعمال اراده وی است. مع الوصف نظر شارحی چون مرحوم دکتر شایگان که در تفسیر ماده ۸۸ قانون امور حسبی، منطق استثنایی این حکم را کنار گذاشته و ازدواج و طلاق را از لوازم مواظبت قیم از شخص مؤلفی علیه دانسته است، (شایگان، ۱۳۳۹،

۱ بی‌لطف نیست اگر به کاربرد لفظ «نگاهداری» در دیگر فقرات قانون مدنی - یعنی جلد اول - بنگریم که ملازم امنی بودن رابطه یا دست کم فقدان سلطه مالکانه است. بنگرید به مواد ۱۷۲، ۳۰۵، ۵۱۶، ۶۴۶.

ص. ۲۴۱) از تبعات بی‌توجهی به کل قانون مدنی و فهم نظریه اصلی راجع به هرکدام از نهادهای موجود در نظام خانواده است. این بی‌دقتی و ندیدن آثار کلیات در جزئیات، و از نظر دور داشتن این واقعیت که - به تعبیر مرحوم سید محمد فاطمی قمی - قانون‌گذار نظر به کل می‌کند، مختص مرحوم دکتر شایگان نیست. حدود اختیار ولی راجع به مولی علیه در اغلب اوقات با این بی‌دقتی تحلیل شده است.

۳-۱- آرای شارحین راجع به حدود اختیار ولی

رای نگارنده در این زمینه مشهور نیست، اما اصل و ریشه‌ای دارد. نخست ببینیم که شارحین همدل با مشهور چه گفته اند؟ مرحوم دکتر باقر عاملی در تعریف ولی ملتفت این نکته هست که نمایندگی قانونی وی محدود به امور مالی است. (عاملی، ۱۳۵۰، ص. ۱۳۹) او حجر را ممنوعیت از تصرف در اموال و حقوق مالی تعریف می‌کند. (عاملی، ۱۳۵۰، ص. ۱۴۵) آقای دکتر یثربی نیز با توجه به گستره وسیع تر اختیارات ولی در فقه که شامل مسائل غیر مالی می‌شود ملتفت این معنا شده است که قانون مدنی اختیار ولی را محدود به امور مالی کرده است. (یثربی قمی، ۱۳۸۷، ص. ۲۰۹-۲۱۰) عجیب است که این التفات، منجر به دقت درباره اهمیت بلوغ در نکاح نمی‌شود.

آقایان دکتر صفائی و دکتر قاسم‌زاده معنای ماده ۱۰۴۱، حتی در مرحله پنجم را امکان تزویج برای صغیر توسط ولی می‌دانند. ایشان باب بحثی را مفتوح می‌کنند که آیا به غیر از مواردی که ولی برای صغیر، عقد نکاح می‌بندد، صغیر ممیز قادر است که عقد نکاح منعقد کند و با اذن ولی تنفیذ شود؟ ایشان با رجوع به آرای فقها و تمسک به قاعده‌ای که با فرض وجود اراده حقوقی برای صغیر ممیز وضع کرده اند، امکان نکاح صغیر ممیز با اذن یا تنفیذ ولی را با حقوق امروز سازگارتر یافته اند. (صفائی & قاسم‌زاده، حقوق مدنی: اشخاص و محجورین، ۱۳۹۴، ص. ۲۵۸) به نظر می‌رسد در مسئله حاضر و با توجه به شرحی که گفته شد، جایی برای رجوع به سابقه فقهی وجود ندارد. رجوع به سابقه فقهی در جایی امکان دارد، که قانون‌گذار مسیری به آن گشوده باشد. در متن کنونی قانون، چه ابهامی در این باره وجود دارد؟ امکان ازدواج صغار در قانون مدنی شناسایی نشده است. مضاف بر این که تملک بلاعوض صغیر ممیز استثناست و نباید آن را توسعه داد. آقای دکتر روشن نیز ملتفت محدودیت ولی برای نکاح در قانون مدنی نشده است. (روشن، ۱۳۹۰،

ص. ۳۳۹-۳۴۰) (روشن، ۱۳۹۰، ص. ۳۵۳-۳۵۶)

اما از شارحین متقدم کسانی بوده اند که این دقت را به خرج داده اند. از این جمله مرحوم دکتر شایگان است که یکی از نمونه های خلاف اصل اهلیت تمتع را ازدواج صغار می داند و تصریح می کند معنایش آن است که «نه خود می تواند آن حقوق را به موقع اجرا گذارد، و نه کسی از طرف او می تواند حقوق مزبور را اعمال کند» (شایگان، ۱۳۳۹، ص. ۲۴۲-۲۴۹) از نظر نباید دور داشته شود که شرح مرحوم دکتر شایگان، یکی از نخستین شروح قانون مدنی است (که چاپ نخست آن در سال ۱۳۱۶ صورت گرفته بود) و نشان دهنده توجه مورد ادعای نگارنده از همان بدو انشای قانون مدنی است. البته ایشان در شرح ماده ۸۸ قانون امور حسبی - چنان که گفتیم - امکان استثنایی نکاح مجنون را حمل به قاعده می کند. آقایان دکتر صفائی و دکتر امامی نیز به این تصریح می کنند که دکتربین حقوقی تا پیش از پیروزی انقلاب اسلامی، نکاح را امری کاملاً شخصی می دانست و وجهی برای اختیاری در تزویج نمی دید. (صفائی & امامی، مختصر حقوق خانواده، ۱۳۹۲، ص. ۸۲) ظاهراً یکی از دلایلی که در آرای مکتوب شارحین متقدم، به ندرت شاهی بر تفسیر نگارنده از قانون مدنی می یابیم ناشی از ارتکازی بوده است که آقایان دکتر صفائی و دکتر امامی گزارش کرده اند. ارتکازی که البته در تعارض با تعبد فقهی جمعی از این شارحین نیز قرار می گرفته است. البته آقایان دکتر صفائی و دکتر امامی معتقدند این قول بدون وجود تصریحی در قانون مدنی رواج داشته که باید گفت این قول منطبق با ظاهر قانون مدنی بوده، و قول به خلاف آن - یعنی امکان نکاح توسط ولی - نیازمند دلیل یا قرینه ای از قانون مدنی بوده است. با این حال ایشان از مرحله پنجم ماده ۱۰۴۱ چنین تفسیری ندارند که راه بر نکاح ولایی بسته شده باشد، چه این که نبود امکان نکاح صغیر را خلاف «واقعیت های اجتماعی و مصلحت صغیر» نیز می دانند. (صفائی & امامی، مختصر حقوق خانواده، ۱۳۹۲، ص. ۸۳) نگارنده متذکر می شود که در این جا موضعی توصیفی دارد و نه تجویزی؛ لذا در این استدلال مناقشه نمی کند، اما منطق چنین تفسیری را می توان به سؤال گرفت. آیا استحسان حقوق دان می تواند ظاهر قانون را نادیده بینگارد؟

۴-۱- تعبد به پیشینه فقهی، یکی از ریشه های تفسیر نادرست

در متون شارحینی که دقت مورد ادعای ما را نداشته اند، دلیلی علیه این دقت

یافت نمی‌شود. مرحوم حجت‌الاسلام دکتر سید حسن امامی، اعمال صغیر اعم از ممیز یا غیر ممیز را (جز در تملکات بلاعوض صغیر ممیز) تا حدی که مربوط به اموال و حقوق مالی است، باطل دانسته، (امامی، حقوق مدنی، ۱۳۶۴، ص. ۲۰۵) حال آن که بیان درست آن است کلیه اعمال صغیر باطل است، و در امور مالی است که استثنائاً ولی می‌تواند به نیابت از صغیر عمل کند. آن‌گاه می‌توان ادعا کرد چون غرض از تنفیذ ولایی امور مالی، رعایت مصلحت صغیر است؛ پس تملک بلاعوض وی که حسب ظاهر، امری خلاف مصلحت در آن جریان ندارد، می‌تواند به صورت پیشینی نافذ دانسته شود.

با توجه به کبرای ایشان - یعنی بطلان اعمال صغیر صرفاً در امور مالی - بعید نیست که ایشان برای ولی امکان نکاح ببیند. (امامی، حقوق مدنی، ۱۳۶۳، ص. ۲۸۷) این تفسیر قانون مدنی، ناشی از تعبد به پیشینه فقهی است، اگرچه آن‌گاه که این تعبد به فقه را نداشته، ناخودآگاه متذکر شده که «توانایی قصد نکاح»، منشأ نکاح است^۱ (امامی، حقوق مدنی، ۱۳۶۳، ص. ۲۸۱) اما آن تعبد مانع از این دقت شده است که بیان نایبانه اراده، به هر حال امری استثنایی بوده؛ حدود صلاحیت نایب محتاج به تصریح است؛ و قانون مدنی هیچ تصریحی بر آن ندارد که ولی خاص یا قیم یا هرکس دیگری، بتواند خارج از حدود امور مالی تصمیمی برای مولی علیه خود بگیرد. در این جا بحثی در تفسیر مرحوم دکتر سید حسن امامی از ماده ۱۲۳۵ (امامی، حقوق مدنی، ۱۳۶۳، ص. ۲۸۴) وجود دارد که در جای خود به آن خواهیم پرداخت.

کوشش آقای دکتر یثربی (یثربی قمی، ۱۳۸۷، ص. ۲۴-۲۷) که تحت عنوان «نکاح ولایی»، اولیای صغیر و صغیره را با احراز شرایط ویژه مجاز به تزویج ایشان دانسته است، بهتر می‌تواند به ما نشان دهد چرا قانون مدنی منصرف از امکان نکاح به ولایت بوده است. او نیز، متن قانون را با توجه به فرامتن تاریخی آن تحلیل کرده است؛ و چون با سکوت قانون مدنی راجع به لوازم و ضوابط تجویز نکاح ولایی، اعم از «لزوم تزویج اصلح»، «بطلان عقد در صورت رعایت نکردن شرط عدم مفسده»، «مسئولیت‌های (غیر کیفری) ناشی از آمیزش قبل از بلوغ»، و «خیار مولی علیه پس از بلوغ» مواجه شده است، لاجرم برای حلشان به متون و سنت فقهی رو کرده است، حال آن که اگر قانون مدنی

۱ که با وجود آن، نبود قابلیت صحتی، مانع تحقق وضعیت ازدواج نمی‌شود، بلکه صرفاً یک تکلیف است. (امامی، حقوق

مدنی، ۱۳۶۳، ص. ۲۸۱)

اراده‌ای برای تجویز چنین نکاحی می‌داشت، خود به این مقررات می‌پرداخت یا به مرور آن را توسعه می‌داد. خوب است پس از مطالعه تفصیلات ایشان، در این تأمل کنیم که تصمیم‌گیری برخلاف ظاهر قانون مدنی و تجویز نکاح غیراصیل ممکن است زوج یا زوجة را گرفتار چه تبعات گسترده‌ای کند که نظم حقوقی - برخلاف سنت فقهی - راجع به آن‌ها نیندیشیده است. بعید نیست که پذیرش چنین حکمی در نظم حقوقی، به خاطر قول به اختیار صلاح‌دیدی ولی در تزویج صغیر، حتی در حد آرای غیر مشهور سنت فقهی نیز، کسی را مسئول این تبعات نداند یا برای اطراف گرفتار این فضولی اختیاری نبیند.

۵-۱- نابآوری شارحین ناهمدل با مشهور

با این همه پس از اصلاحات سال ۱۳۸۱ حتی شارحین مخالف مرحله چهارم نیز چنین تفسیری نداشته اند که ازدواج صغیر به کلی ممنوع باشد. یکی از برجسته‌ترین شارحین این دوره، مرحوم دکتر کاتوزیان است. چرا وی چنین تفسیری از ماده ۱۰۴۱ نداشته است؟ به باور او، ماده ۱۰۴۱ از همان ابتدای تدوین، بعبارة آخری، راجع به سن بلوغ بوده است. با این تفاوت که در مرحله نخست، اماره‌ای تغییرپذیر برای بلوغ بوده و در مرحله چهارم، تبدیل به قاعده‌ای موضوعی و ثابت راجع به بلوغ شده است. (کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، ۱۳۸۲، ص. ۶۵-۶۸) با این حال ایشان ملتفت این معنا بوده که صغیر، اهلیت تمتع برای نکاح ندارد و حکم تبصره ماده ۱۰۴۱ در مرحله چهارم را به درستی «استثنایی» برای این عدم اهلیت می‌خواند. (کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، ۱۳۸۲، ص. ۶۸) و باز به درستی به لازمه این استثنایی بودن اشاره می‌کند که حتی وصی نیز نمی‌تواند چنین نکاحی را کارسازی کند. (کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، ۱۳۸۲، ص. ۶۹) اما وقتی متن مصوب در مرحله پنجم را تفسیر می‌کند یکی از دو نتیجه ماده ۱۰۴۱ در مرحله پنجم را آن می‌داند که نکاح دختر و پسر نابالغ اگرچه با تشریفات، مجاز است. (همان)

این استنتاج - به زعم نگارنده - متصرفانه در اراده قانون‌گذار در حالی صورت گرفته است که ایشان نکته سنجانه ملتفت کلمه اذن شده و یادآوری کرده اند «ولی قهری نکاحی را باید اذن دهد که همسران جوان می‌خواهند در آن شرکت کنند، انتخاب همسر از طبعی‌ترین حقوق هر انسان و از لوازم احترام به شخصیت او است و به ولایت نمی‌توان

خصوصی‌ترین چهره زندگی را بر او تحمیل کرد. پس، باید پذیرفت که کودک مأذون نیز باید به سن تمیز برسد تا بتواند طرف عقد نکاح شود و این پیمان مهم اخلاقی و اقتصادی را اراده کند». (کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، ۱۳۸۲، ص. ۷۰) این همه آن چیزی است که راجع به نکاح در نظم حقوقی کنونی وجود دارد و با چنین قوی، دیگر نمی‌توان قائل به امکان نکاح پیش از بلوغ شد. مگر پیش از بلوغ، اراده‌ای اصیل برای همسران جوان وجود دارد؟

شگفت‌انگیز است که نتیجه نهایی مرحوم کاتوزیان تا این حد نزدیک به آن چیزی است که ما ظاهر نظم قانونی در مرحله پنجم می‌خوانیم، اما ایشان به جای استدلال به ظاهر نظم قانونی و سرتافتن از تفسیر مشهور، در این تفسیر از ماده ۱۰۴۱ مناقشه نکرده و به روح نهاد ازدواج متوسل شده است. چرا تفسیر مختار از نظر ایشان دور مانده است؟ به نظر این تفسیر که ماده ۱۰۴۱ را از ابتدای حیاتش متضمن سن بلوغ می‌دانسته یکی از دلایل عدم عنایت ایشان به ظاهر قانون مدنی بوده است. حال آن که این وجیز نشان داد که اراده نویسندگان قانون مدنی از تألیف ماده ۱۰۴۱ چنان نبوده. ماده ۱۰۴۱ از روز نخست نوشته شد تا از تعیین تکلیف سن بلوغ طفره رفته و در عین حال محدوده سنی برای ازدواج تعیین کند.

احتمالاً ریشه دیگر تفسیر نادرست ایشان، ناباوری این موضوع بوده است که قانون مدنی چنان گسستی از مبادی خود را تجربه کرده باشد. مرحوم کاتوزیان از مرحله چهارم به عنوان «شاخه‌ای از ولایت که گستره تازه‌ای یافته» یاد می‌کند و آن را میراثی از فقه می‌داند که در قانون مدنی رسوخ کرده است. (کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، ۱۳۸۲، ص. ۷۱) شاید از نظر ایشان چنین عدولی جز با یک دگرگونی سیاسی عمده ممکن نمی‌شده است. حقوق‌دان دیگری نیز در زمان حکومت مرحله چهارم از غیر شخصی تلقی شدن ازدواج انتقاد کرده و خواهان بازگشت به وضعیت پیش از مرحله چهارم می‌شود، اما این امر را با توجه به «ادله منقول و سوابق فقهی مسئله، اندکی دشوار» می‌یابد. (امیدی، ۱۳۷۷، ص. ۹۹) با این حال این گسست قانون مدنی نباید عجیب به نظر بیاید، چرا که برخی مطالعات پشتیبان اصلاح مرحله پنجم، چنین دلالتی دارند. به عنوان مثال تحقیقی در شورای فرهنگی-اجتماعی زنان (از توابع شورای عالی انقلاب فرهنگی) انجام شد که پیشنهاد آن حذف تبصره ماده ۱۰۴۱ برای ممنوعیت ازدواج

پیش از بلوغ بود. (رجبیان، آیت‌اللهی، & گدازگر، ۱۳۸۰، ص. ۷۱) در بخش دوم مقاله بیشتر در این زمینه کنج‌کاوی خواهیم کرد.

۱-۶- اثر ازدواج ممنوع

این یک قاعده رایج است که تصمیم‌گیری سیاسی از طریق تعویق و طفره، به معنای تصمیم‌گیری راجع به سازکارهای تصمیم‌گیری، و تفویض اختیار به نهادی دیگر است. طفره‌روی داهیانه نویسندگان قانون مدنی از تعیین تکلیف نسبت نکاح با سن بلوغ، اگرچه یک ترفند سیاسی موفق علیه قاعده فنی جامعیت در قانون‌نویسی بود، اما این ایجاد ابهام در متن، پیامدهای ناخواسته‌ای نیز داشت. نویسندگان قانون در واقع حل و فصل این مسئله را که تکلیف نکاح‌های خارج از قلمرو ماده ۱۰۴۱ چیست، به شارحین و قضات سپرده بودند. مرحوم سیدعلی حائری (شاهباغ) (متوفای ۱۳۵۴ ه.ش.) که در مرحله دوم^۱ به شرح قانون مدنی دست زده بود، ماده ۱۰۴۱ را قانونی وضع شده از نقطه نظر بهداشت می‌داند و معنای آن را بطلان ازدواج قبل از این سن نمی‌داند. (حائری (شاهباغ)، ۱۳۷۶، ص. ۸۹۲) ایشان به رغم تمسک به نظر فقها راجع به سن بلوغ، (حائری (شاهباغ)، ۱۳۷۶، ص. ۸۹۳-۸۹۴) تمایزی بین قبل از سن بلوغ با فاصله سن بلوغ تا سن ماده ۱۰۴۱ نمی‌گذارد که استنباط خود را مربوط به مرحله دوم بدانند. همان‌گونه که گفته شد این از تبعات طفره‌روی از تفصیل قانون است که دست شارحین را برای شرح خلاف مقصود نویسنده گشوده می‌کند.

با این وصف نمی‌توان چنین شرحی را پذیرفت. قانون مدنی فقرات دیگری نیز دارد. بلکه می‌توان ادعا کرد ازدواج پس از بلوغ و بدون رعایت تشریفات ماده ۱۰۴۱ مشمول ممنوعیت انتظامی است، نه اثر وضعی بطلان.^۲ اما بدون تردید ازدواجی که طرفین اصیل

۱ در کتاب، متنی از ماده برای شرح بر لوحه شده که متعلق به مرحله دوم است. وانگهی چنان که در مقدمه چاپ جدید اثر آمده است این شرح به دعوت وزیر دادگستری وقت، مرحوم دکتر سید محمد سجادی، به عمل آمده است. دکتر سجادی در کار راه طولانی خود، تنها در فاصله سال‌های ۱۳۲۷ تا ۱۳۲۹ عهده‌دار وزارت دادگستری بوده است. افزون بر این که مرحله سوم در سال ۱۳۵۳ آغاز شد، یعنی سالی پیش از فوت مرحوم حائری که احتمال بازنگری متناسب با مرحله سوم را منتفی می‌کند.

۲ اگرچه در این زمینه نظر مخالفی وجود دارد که رعایت نکردن اذن دادگاه را به موجب قواعد عمومی قراردادها، موجب عدم نفوذ عقد نکاح می‌داند. (قاسم‌زاده، ۱۳۹۲، ص. ۸۴) اما به نظر می‌رسد در این جانیز نوعی پیش رفتن از حدود

یا وکلای ایشان انشا نکرده باشند، عقد صحیحی نیست یا اساساً عقدی که پیش از حصول اهلیت برای طرفین عقد منعقد شده باشد، نمی‌تواند صحیح قلمداد شود و تابع عموماً فقدان شرایط صحت عقد است. در مورد نکاح، نهاد استثنایی «وطی به شبهه» چاره‌اندیشی برای رفع گرفتاری‌های ناشی از عمل بر پایه تصور صحت عقد نکاح باطل است. نهادهای که ریشه در خصوصیات عمل نکاح دارد.

۱-۷- تفاوت نظم حقوقی مرحله پنجم با مراحل پیشین

ثمره نخست این بحث که روشن است: کسی نمی‌تواند با نیابت قانونی دیگری را مزدوج کند. ثمره دوم آن است که پس از بلوغ، علی‌الاصول کسی هم نمی‌تواند فرد را از مزدوج شدن باز دارد. دقت به این ثمره دوم است که وضعیت ماده ۱۰۴۱ در پنجمین مرحله را به کلی از وضعیت آن در همه مراحل پیشین متمایز می‌کند. در مراحل پیشین می‌توانستیم وجهی برای اذن ولی یا قیم در نکاح افراد غیر رشید - اعم از مذکر و مؤنث - بیابیم. چنان‌که مرحوم دکتر سید حسن امامی در زمان حکومت مرحله سوم ماده ۱۰۴۱ استدلال می‌کند که اگرچه نکاح بدون مهریه ممکن است، اما نکاح بدون نفقه ممکن نیست و چون نفقه به هر حال امری مالی است، اصل نکاح مذکر غیر رشید محتاج تنفیذ ولی خاص یا قیم است (امامی، حقوق مدنی، ۱۳۶۳، ص. ۲۸۲) اما در زمان حکومت مرحله پنجم - زمان نگارش مقاله - علی‌القاعده چنین اذنی نیاز نیست، چرا که مرحله پنجم مقارن اصلاحی در ماده ۱۲۱۰ است که بلوغ را ملازم رشد می‌داند، پس در حال حاضر هیچ احتیاجی به اذن ولی برای نکاح وجود ندارد. البته چنان‌که گفتیم بر این قاعده استثنایی هست که در متمم این بخش از مقاله آن استثنا را خواهیم گفت.

استدلال مرحوم دکتر سید حسن امامی در زمان حکومت مراحل اول تا سوم راجع به ذکور، درست بود، اما همین استدلال راجع به اناث محل تأمل است. چه این که ازدواج زن مستلزم تصرفی در اموال نیست، مگر آن که مسئله را به ممیز نبودن زن نسبت دهیم (امامی، حقوق مدنی، ۱۳۶۳، ص. ۲۸۳) که تملک بلاعوضش نیز نافذ نیست (امامی، حقوق مدنی، ۱۳۶۴، ص. ۲۰۵) یا از عموم اذن ولی در نکاح باکره رشیده - و نه

الفاظ قانون‌گذار وجود دارد چرا که در شرایط صحت نکاح، رعایت تشریفات قانونی، خواه اذن دادگاه باشد، خواه دریافت گواهی صحت مزاج درج نشده است.

طبق استنباط مرحوم امامی به طریق اولویت (امامی، حقوق مدنی، ۱۳۶۳، ص. ۲۸۳) - استفاده کنیم که آن هم برای قیم معنا ندارد. و الا این نظر که دختر زیر هجده سال را به مناسبت صغر سن و احتیاج به نگاه‌داری، و با استفاده از ماده ۱۲۳۵ محتاج اذن قیم برای نکاح بدانیم، خلاف مفاد قانون مدنی است که حدود ولایت ولی را در امور مالی دانسته است، چه رسد به قیم. کسی که ازدواج می‌کند نظراً - و نه طبیعتاً - از همان لحظه می‌تواند مسئولیت تربیت و نگاه‌داری یک طفل یک‌روزه را به عهده بگیرد، چگونه از حکمت قانون‌گذار برمی‌آید همین فرد، خود، یک آن قبل‌تر، محتاج نگاه‌داری و استصلاح دیگری برای ازدواج بوده است؟ چنین فرضی از حکمت قانون‌گذار بعید است. پیچیدن به آرای شارحین متقدم این حسن را دارد که با ذهنیت ایشان آشنا شویم. از همین ذهنیت برمی‌آید که نکاح سفیه بدون اذن ولی - حتی در جنبه‌های غیر مالی خود - به دشواری صحیح دانسته می‌شود. (یثربی قمی، ۱۳۸۷، ص. ۳۲) این همان ذهنیتی است که خود را به ظاهر قانون مدنی تحمیل می‌کند. و الا ما کجا و مناقشه در آرای بزرگان کجا، اگر حجتی نداشته باشیم که کدام سوگیری آن‌ها را به تفسیری - به نظر کمترین - نادرست واداشته است.

۲- بخش دوم: چرا این تفسیر از ماده ۱۰۴۱ مشهور نیست؟

نگارنده معتقد است متن کنونی قانون مدنی به روشنی دلالت بر بطلان نکاح پیش از بلوغ دارد. اما چرا هیچ یک از شارحین به این قول التفات نکرده است؟ اگرچه در روش دکترینال پس از شرح و سازگار کردن اجزای نظم حقوقی در یک تفسیر متلائم، چنین کوششی مرسوم نیست، اما به نظر می‌رسد هر قول نادری محتاج چنین توضیحی است. چرا که حقوق، معرفتی است بین‌الذهانی. مرز حقوق با جهان‌های داستانی در همین است که انتزاعی مشترک راجع به جهان واقع است، در نتیجه ارتکاز حقوق دانان را، ولو ناسازگار با اصول و قواعد شناخت دکترین باشد، باید جدی گرفت و آن را توضیح داد. چنان‌که در این فقره ما نیز معتقدیم ارتکاز حقوق دانان در تفسیر ماده ۱۰۴۱ صحیح نیست، اما بدون توضیحی هم‌دلانه راجع به دلایل تفسیر مشهور، به هر تفسیر شاذی، از جمله این قول نگارنده می‌توان به دیده تردید نگریست.

۲-۱- ولایت قهری یک نهاد عمومی است، نه خصوصی

اصلی‌ترین ایراد تفسیر مشهور، که به نوعی درکل دانشکده ایرانی حقوق جریان دارد، دقت نکردن به تمایز عمومی و خصوصی است. اگرچه برخی اساتید حقوق خصوصی تقسیم‌بندی حقوق به عمومی و خصوصی را جز به عنوان ابزاری برای مطالعه و تعلیم حقوق ندانسته و به آن ارزش ذاتی نمی‌دهند (علیزاده، ۱۳۸۷، ص. ۳۰۵)؛ و برخی اساتید حقوق عمومی «این» تقسیم‌بندی رایج در ایران را جز برای تسهیل آموزش حقوق ندانسته اند، (زرگوش، ۱۳۹۲، ص. ص) اما اظهار این نظرات سبب التفات به مسئله اساسی تقسیم حقوق به عمومی و خصوصی نشده است و چنین تقسیمی به رغم آن که آثار خود را در اثر ممارست طولانی مدت با هر یک از دو حوزه، در ذهنیت حقوق دانان و لاجرم تفاسیر ایشان نشان می‌دهد، نادیده انگاشته می‌شود. این تقسیم، دارای ارزشی دکترینال است که حقوق دان را بسته به این که نهاد مورد تحلیل او دارای خصلتی عمومی باشد یا خصوصی، تابع روشی متفاوت می‌کند. پیش از این که راجع به جمله اخیر توضیح دهم، لازم است مناقشه خود را در آن چه مسامحه حقوق دانان ایرانی می‌خوانم، تفصیل دهم.

در روش رایج، هر چه به دولت یا حکومت مربوط است، عمومی؛ و هر چه به افراد مربوط است، خصوصی انگاشته می‌شود. و برپیش تر بعضی از دشواری‌های ناشی از اتکا به چنین تعریفی را نشان داده است؛ (Weber, ۱۹۷۸, pp. ۶۴۱-۶۴۴) این تعریف -اگرچه با مسامحه- در کلیات خود درست است، اما چون تهی از دقت است، نمی‌تواند در جزئیات به پاسخی دقیق بینجامد. این پرسش‌ها درباره تعریف رایج از امر عمومی و خصوصی در نوشتگان فارسی فاقد پیشینه نیست. (علیزاده، ۱۳۸۷، ص. ۱۰۳) در همین مناقشه سابقه دار پیش رفته و می‌گویم با چند پرسش جدلی نارسایی چنین تعریفی را نشان دهم: آیا قانون در کلیت خود محصول عمل دولت نیست؟ پس امری ناع عمومی در حقوق نداریم. آیا قانون آیین دادرسی مدنی راجع به کیفیت عمل تشکیلات حکومتی نیست؟ پس آیین دادرسی مدنی متعلق به ساحت حقوق عمومی است. آیا متعلق حق‌های اساسی فردی، جز اشخاص خصوصی اند؟ پس حق‌های اساسی موضوع مطالعه حقوق خصوصی است. مناقشه را در همین جا متوقف می‌کنم. کمتر کسی ملتزم به نتایج هر این سه پرسش جدلی است، در حالی که این پرسش‌ها از جایی برخاسته اند جز همان

تعریفی که عموم حقوق دانان بر آن متفق اند.

دقیق تر آن است که بگوییم حقوق عمومی راجع به امر عمومی است. سعی می‌کنم منظور خود از امر عمومی را در حوصله مقاله حاضر روشن کنم. امر عمومی عبارت از امری است که از طریق «انتخاب‌های جداگانه افراد» با تعبیر موجز «انتخاب خصوصی» بسامان نمی‌شود. کارویژه حقوق عمومی، در حفظ حق‌های فردی (شهابی، ۱۳۹۶، ص. ۳۷۶) - یا به تعبیر این مقاله، خصوصی - نباید دست کم گرفته شود، به طور بنیادین نفس ایجاد حکومت و چهارچوب همکاری جمعی واجد کارکرد اساسی ترجیح کم‌هزینه‌تر مبادله بر دزدی و ملاً راه‌اندازی بازار - یعنی نهاد مبادله - است. (Ulen & Cooter, ۲۰۱۱, pp. ۷۸-۷۹) بلی، هرکد قانونی در نفس موجودیت خود عمومی است، اما قوانینی که غرض محتوای آن‌ها امکان‌پذیر کردن انتخاب‌های خصوصی است، متعلق به ساحت حقوق خصوصی بوده و باید روش خصوصی را در تحلیل آن‌ها به کاربرد.

زمانی که از انتخاب خصوصی سخن می‌گوییم باید تعریفی موسع‌تر از ترجیحات شخصی را در نظر آورده و به لوازم تحقق این ترجیحات نیز نظر کنیم. به همین خاطر، پیش‌شرط‌ها و لوازم یک انتخاب صحیح و عقلایی^۱ نیز جزئی از قوانین خصوصی است. انتخاب عقلایی حاصل ترکیب «ترجیحات» و «باورها»ی انتخاب‌گراست که هر دو وابسته به «اطلاعات» تا جای ممکن جامع و صحیح انتخاب‌گراست. (Elster, ۲۰۱۵, p. ۲۳۶) به همین خاطر قوانین خصوصی از یک سو حد اعلای آزادی فردی را در انتخاب‌گری فراهم می‌آورند و از سوی دیگر از جریان درست «اطلاعات» با خیاراتی مثل تدلیس و غبن حمایت کرده؛ یا از شکل‌گیری «باورهای عقلایی» با وضع قواعدی مانند قوانین راجع به حجر، اطمینان حاصل می‌کنند. چنان که الستر می‌گوید برای انتخاب عقلایی، در نظر گرفتن ترجیح شخصی شرط لازم است، اما شرط کافی، وجود باورهای عقلایی در انتخاب‌گر برای تحقق آن ترجیح شخصی است. (Elster, ۲۰۱۵, p. ۲۴۴) زمینه بروز انتخاب‌های خصوصی، بازار است؛ یعنی بدون بازار، انتخاب‌های خصوصی افراد متفاوت

1 Rational Choice.

برخی اقتصاددانان این اصطلاح را به انتخاب عقلانی ترجمه می‌کنند، با این حال اهل حقوق که پیوند بهتری با سنت علمی ایران دارند ملتفت تفاوت عقلانی و عقلایی در این سنت هستند. البته تفاوتی بین اقتصاددان و حقوق‌دان در مفهوم نیست و هر دو طایفه نیک می‌دانند معاملات دارای جهت عقلایی اما غیر عقلانی نیز باید مشروع باشند. حقوق دانان به خاطر فرمالیته حاکم بر رشته، فرض عقلایی بودن اعمال انسان فی‌الجمله عقلایی را نیز در نظر می‌گیرند.

-ایجاب ها و قبول ها- با یکدیگر جفت نمی شوند و انتخابی که جفت یا اثر نیابد با نبود انتخاب فرقی ندارد.

بازار- که خود یک کالای عمومی است- نفع خصوصی را در خدمت منافع جامعه ساماندهی می کند و متکی به تکتیری از انتخاب ها و امکانات انتخاب است. همان گونه که بازار- حتی در نگرش آدام اسمیت- یک کالای عمومی است، (Barbalet, ۲۰۱۲, p. ۴۱۵) قوانین خصوصی که مقتضیات شکل گیری بازار- یعنی ممکن کردن انتخاب های عقلایی و کم هزینه تر کردن مبادله از دزدی- را فراهم می کنند نیز فی نفسه عمومی اند و از این منظر امری ناعومی نداریم. در این نقطه است که فقیه سیاسی نیز ملتفت همان ایده هابز می شود که وجود دولت را یک ضرورت اولیه؛ و اصل اولی عدم ولایت را مردود می شمارد. (منتظری، ۱۳۹۶، ص. ۴۹) بالاتر دید این نکته که خالی از بصیرت نیست، فاقد ثمره عملی برای تفکیک عمومی از خصوصی است. با این دقت، در می یابیم که مسئله عمومی یا خصوصی بودن راجع به شکل قوانین یا مجری آن ها نیست، بلکه راجع به محتوای آن ها است. در قوانین خصوصی نیز دولت حضور دارد، اما مبتکر تصمیمات نیست، بلکه داور منازعات و ضامن اجرای توافقات است. وقایع درون زمین بازی و سیر جریان آن موکول به انتخاب های خصوصی بازیکنان و مربیان است. داور بازی «تنظیم گر» است. کیفیت رانندگی، وسیله نقلیه، مقصد و مسیر رسیدن به آن، همه در گرو انتخاب های رانندگان است. این پلیس راهنمایی و رانندگی نیست که خودروها را به مقصد می رساند. پلیس راهنمایی و رانندگی، «پلیس اداری» است.^۱

ضرورت امر عمومی در جایی است که تصمیم گیری از طریق تکتیر انتخاب های اشخاص خصوصی عملی نمی شود یا دست کم این انتخاب های خصوصی، بهینه نیستند. پس به جای انتخاب خصوصی، نیاز به نوعی دیگر از انتخاب داریم. در این انتخاب یا یکی به جای همه افراد تصمیم می گیرد (در حالت نتیجه بخش نبودن انتخاب خصوصی) یا

۱ این طور که به نظر می رسد و خود محتاج تحقیق مستقلی است پلیس اداری و تنظیم گیری دو نامند برای یک چیز، فرضیه ام این است که تفاوت در تعابیر ربط مستقیمی با نظام حقوقی مورد علاقه نویسندگان فارسی-فرانسه یا ایالات متحده- دارد. همان گونه که حقوق اقتصاد [بخش] عمومی با حقوق مالیه عمومی (اگر مضاف بودن حقوق در اینجا درست باشد که به نظرم عمیقاً غلط است، کما این که حقوق اقتصاد خرد نداریم و نامش همان حقوق خصوصی است) نیز یک چیز است. حوصله بحث این جا نیست که توضیح دهم تا چه حد اصطلاح «حقوق عمومی اقتصادی» غلط است.

ترجیحات شخصی درانتخاب خصوصی محدود می‌شود (در حالت نابهینه بودن انتخاب خصوصی). این همان چیزی است که انتخاب اجتماعی^۱، انتخاب عمومی^۲، یا انتخاب جمعی^۳ نام دارد: «فرآیند تجمیع ترجیحات فردی در ترجیحات اجتماعی به منظور انجام یک انتخاب اجتماعی (یا جمعی) از میان مجموعه‌ای از گزینه‌ها». (Choice Collective, ۲۰۱۷) با این وصف در انتخاب خصوصی که هدف آشکارسازی ترجیحات شخصی و نیل بدان‌هاست، «قاعده اهلیت شخص» و آزادی انتخاب‌گری اشخاص وضع شده است. در مقابل انتخاب عمومی یک انتخاب کمینه است که یا محدود به راه‌اندازی بازار می‌شود - به تعبیر حقوق دانان پلیس اداری یا تنظیم‌گری - یا محدود به تصمیم‌گیری در موارد عجز انتخاب خصوصی، که اقتصاددانان این موارد را در دو دسته ناقصی‌های بازار و شکست‌های بازار - به تعبیر حقوق دانان خدمات عمومی - تقسیم‌بندی می‌کنند. این ضرورت کمینگی انتخاب عمومی، حکمت «قاعده عدم صلاحیت مقام عمومی» است.

پس از این مقدمه طولانی به مسئله ولایت قهری بازگردیم، مسئله حضانت و تربیت کودکان، یک مسئله عمومی است، با این استدلال ساده که - به دلیل محجوریت - از طریق انتخاب خصوصی خود شخص بسامان نمی‌شود. به همین خاطر است که دولت در محتوای تصمیمات زید تا زمانی که راجع به اموال خود باشد، مداخله‌ای نمی‌کند اما همین که زید بخواهد راجع به اموال فرد محجور تصمیم بگیرد، تابع تشریفات خاصی می‌شود. با شرحی که تا کنون داده ایم ملفتتیم ملاک عمومی بودن مجری قانون یا شکل قانون نیست. پس اگر حکومت خود متولی امری نیست، دلیل غیر عمومی بودن آن نیست. برای عمومی بودن تربیت کودکان می‌توان استدلال دیگری بر پایه پیامد خارجی نیز فراهم کرد. این کوششی است که میلتون فریدمن لیبرترین پیش‌تر کرده است (Friedman, ۱۹۵۵) البته به نظر استدلال ساده نگارنده به تنهایی چنان قدرتی دارد که محتاج دلیل یا مؤید نیست، اما ارجاع به فریدمن، برای اسکات خصوصی‌گرایان افراطی مناسب است؛ چه این که به قول میرزا حبیب خراسانی: «آن‌جا که عقاب پر بربزد، از پشه

1 Social Choice.

۲ در واقع آن‌چه به عنوان مکتب انتخاب عمومی شهره شده است، تحلیلی از عواقب و نتایج ناخواسته انتخاب یکی به جای همه است.

3 Collective Choice.

لاغری چه خیزد».

تأمین کالاهای عمومی راه‌های مختلفی دارد که تنها یک راه آن عرضه مستقیم از سوی حکومت است. برای یک نمونه دارای سنخیت با موضوع مقاله می‌توان از قانون تملک آپارتمان‌ها یاد کرد که نه تنها اداره امور مشترک محلی را به مدیر ساختمان می‌سپارد بلکه با ذی‌صلاح کردن او برای قطع دسترسی واحد مدیون به خدمات مشترک، اختیار اجراپذیر کردن تأدیه دیون این واحدها را نیز به مدیر می‌دهد.^۲ در اینجا قاعده انحصار زور مشروع به دولت از بین نرفته است، بلکه مدیر ساختمان یک مقام عمومی است که البته حدود اختیارات او به عنوان مدیر ساختمان نیز تابع قاعده عدم صلاحیت مقام عمومی است نه قاعده اهلیت شخص. روشن است که قائل به تفکیک صوری بین عمومی و خصوصی - که آن را مردود دانستیم - برای هر مقام اداری به دنبال حکم مقام صالح است، اما ممکن است بخشی از وظایف اداره به صورت قانونی به شخصی سپرده شود که هیچ‌گاه در روال‌های اداری یا سیاسی‌گزینش مقامات عمومی برگزیده نشده است. مهم آن است که بدانیم اختیارات شخص در چنین مقامی، یک اختیار شخصی و خصوصی نیست.

درست است که وضعیت‌های موجد صلاحیت، ممکن است ناشی از اهلیت شخص باشند؛ اما این منشأ، تکلیف روش تحلیل نهاد جدید روشن را نمی‌کند. این که اهلیت فرد برای نکاح، با چند واسطه به وضعیت ابوت انجامیده است، برای این که ولی قهری را در مقام اعمال اختیارات ناشی از اهلیت خود بر کودک ببینیم، استدلال موجهی نیست. اگرچه هر فردی می‌تواند بر اساس اهلیت خود، اختیارات جدید ایجاد کند، چنان که درخواست فرد برای خدمت در اداره مبتنی بر اهلیت اوست؛ اما این که در وضعیت جدید طبق چه قواعدی رفتار می‌کند بستگی به این دارد که این وضعیت برای او اختیار انتخاب شخصی ایجاد کرده است (مثل مالکیت) یا صلاحیت انتخاب عمومی (مثل ولایت). در صورت اول، قاعده اولی اهلیت و در صورت دوم قاعده اولی عدم صلاحیت فرد است.

1 Enforceable.

۲ لایحه قانونی اصلاح قانون الحاق ماده ۱۰ مکرر و دو تبصره به قانون تملک آپارتمان‌ها، مصوب ۱۷ خرداد ۱۳۵۹، شورای انقلاب، ماده واحد.

اختیارات ولی قهری از شئون شخصی او نیست، بلکه ناشی از صلاحیت اوست. چرا که این اختیارات نه راجع به خود ولی قهری که راجع به دیگری است. اختیارات خصوصی، در وهله اول مطلقاً شخصی است، نه عمومی. از نظر دور نگاه داشتن این نکته، منجر به تبعیت نادرست از روش حقوق خصوصی در تحلیل اختیارات ولی قهری شده و نتیجتاً در تحلیل قانون مدنی به جای آن که اختیارات ولی قهری را بجویم، به دنبال محدودیت‌های او هستیم و چون جایی نمی‌بینیم که ولی صریحاً از به تزویج دادن طفل منع شده باشد، آن را جزئی از اختیارات او می‌پنداریم؛ این بنیاد ارتکاز مشهور در تفسیر ماده ۱۰۴۱ بوده است. برخلاف این، درست آن است که برای اختیار ولی در ازدواج کودکان پی‌دلیلی باشیم؛ چنان‌که برای هر تصمیم رهبر یا رئیس جمهوری یا هر مقام دیگر بخش عمومی نیز به دنبال مبنا و مستند صلاحیت ایشان می‌گردیم. مستندی که در فاصله سال‌های ۱۳۶۱ تا ۱۳۸۱ هجری خورشیدی برای ولی قهری در تزویج صغیر وجود داشت و از سال ۱۳۸۱ تاکنون دیگر در دست نیست.

۲-۲- تعطیل وفق مصلحت حکم اولی، منطبق با اصل چهارم قانون اساسی

است

شاید یکی از دلایل برنرسیدن این مفاد قانون مدنی به نوع تصور شارحین از قانون اساسی جمهوری اسلامی بازگردد. در بخش نخست مقاله از ناباوری شارحین ناهمدل با مشهور سخن گفته شد؛ اینک جای تفصیل بیشتری برای آن بحث است تا توضیح دهیم؛ که نظم حقوقی ایران التزامی به شهرت فتوایی ندارد، اگر به تشخیص قانون‌گذار آن رأی از تأمین مصلحت عمومی ناتوان باشد. با این فهم، بهتر می‌توان ناباوری شارحین ناهمدل با مشهور را درک کرد، آن‌ها جمهوری اسلامی را مخلوق گرفتار فقه فردگرا تصور می‌کردند و شأن و مرتبه ضرورت‌ها و مصلحت‌ها را برای یک نظام سیاسی دینی تشکیل شده در عصر غیبت معصوم در نیافته بودند.

اصل چهارم قانون اساسی انطباق قوانین با احکام شریعت را در مد نظر دارد و هیچ تفاوتی نمی‌کند که این قانون با حکم ثانوی منطبق باشد یا حکم اولی. در این باره بنیان‌گذار فقید کشمکش چند ساله با نخستین دبیر شورای نگهبان داشت. شرح این کشمکش نظری در مقاله ارجمند جناب آقای دکتر مهرپور منعکس است (مهرپور، ۱۳۸۷،

ص. ۴۸-۶۶). خلاصه موضع بنیان‌گذار فقید در این اختلاف نظری، در نامه ۲۵ مهر ۱۳۶۰ به مرحوم آیت‌الله العظمی گلپایگانی، مرجع وقت تقلید بیان شده است:

«تلگراف محترم مبنی بر نگرانی جنابعالی در اختیاراتی که به مجلس داده شده است واصل؛ اختیارات مذکور تشخیص موضوع است که در عرف و شرع به عهده عرف است و مجلس نماینده عرف، و نمایندگان خود از عرف هستند؛ و اگر در حکم خلافتی شد، نظارت بر آنها هست و شورای نگهبان در این امری که به عهده آنها است حق دخالت دارند، اگر در حکم ثانوی یا اولی خطایی صادر شود. لکن شورای نگهبان حق تشخیص موضوعات به حسب قانون ندارند». (موسوی خمینی، صحیفه امام، ۱۳۸۹، ص. ۳۱۰-۳۱۱)

تشخیص موضوعات ثانوی به عهده مجلس شورای اسلامی (در مقام نماینده اراده دولت اسلامی به عنوان مکلف احکام شریعت) است و شورای نگهبان (به عنوان فقیه جامع الشرایط) تنها مرجع بیان احکام اعم از اولی و ثانوی است. این مهم که برای اثبات ادعای وجود مصلحت یا ضرورت تنها رأی نمایندگان مجلس کفایت می‌کند در نامه سال ۱۳۶۷ راجع به تأسیس مجمع تشخیص مصلحت نظام که رهبر فقید در مقام بیان چرایی نارضایتی از این تصمیم خود بود، نیز انعکاس یافته است. (موسوی خمینی، صحیفه امام، ۱۳۸۹، ص. ۲۱۷-۲۱۸) الغرض، تصمیم مجلس شورای اسلامی که به تأیید شورای نگهبان یا مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده باشد، ناقض اصل چهارم قانون اساسی نیست.

اصل چهارم دلالتی راجع به لزوم تفسیر قانون، منطبق با شهرت فتوایی نیز در خود ندارد. در جریان اصلاح قانون مدنی و امکان ارث بردن زوجه از قیمت زمین یکی از فقها، قانون‌گذاری در زمینه احکام فقهی را خارج از حدود صلاحیت مجلس دانست. (سبحانی، ۱۳۸۷) اعتراض این مرجع در واقع ناظر به فتوای مشهور بود که طبق آن زوجه از زمین ارث نمی‌برد. رئیس وقت مجلس شورای اسلامی، مستند تصمیم مجلس را فتوای رهبری خواند؛ (لاریجانی، ۱۳۸۷) و با اشاره ضمنی به نقش شورای نگهبان، تلویحاً همین نکته را مطرح کرد که با وجود شورای نگهبان جایی برای چند و چون در شرعی بودن مصوبه باقی نمی‌ماند. این نامه نشان می‌دهد ممکن است مجلس از شهرت فتوایی نیز

تخطی کند. البته بحث پیرامون فتوای معیار در قانون‌گذاری فراوان است، (ارسطا، ۱۳۹۸) شورای نگهبان نیز هیچ‌گاه این مسئله را تفسیر نکرده است، و تنها در یک نظریه مشورتی ملاک را فتوای فقهای شورا دانسته است.^۱ در نظر و عمل تشتت در این باره فراوان‌تر از آن است که فتوای خاصی بتواند تفسیر قانون را تحت الشعاع قرار دهد. وانگهی آن‌چه که بدان نسبت شهرت داده می‌شود در احکام اولی است. باید خاطر نشان شد که تصویب آخرین اصلاحیه ماده ۱۰۴۱ در مجمع تشخیص مصلحت نظام به روشنی‌گواه خلاف حکم اولی بودن تصمیم مجمع تشخیص مصلحت نظام است. اتفاقاً اینجا قرینه‌ای صارفه در بین است که ما را از تفسیر قانون مدنی منطبق با شهرت حکم اولی باز می‌دارد، چه این که مجمع تشخیص مصلحت نظام نسبت به عناوین ثانوی مسئول است.

آیا با این اوصاف ممکن است تجویز نشدن تزویج پیش از بلوغ در قانون مدنی از مصادیق فقدان حکم موضوع اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی دانسته شود؟ باید دقت داشت که آن دسته از دعاوی را می‌توان با رجوع به فقه حل و فصل کرد که حکمی در قانون نداشته باشند، نه این که قانون‌گذار تلویحاً یا تصریحاً حکم به نفی امری داده باشد. گمان شارحین موافق با تفسیر مشهور ماده ۱۰۴۱ آن است که قانون مدنی مسئله ازدواج پیش از بلوغ را به کلی مغفول گذاشته است. اما اینک با عنایت به بحث‌های قبلی، می‌توان متوجه شد که چرا قانون مدنی حکم به نفی تزویج پیش از بلوغ داده است. اگرچه از نظر فن قانون‌نویسی «ماده» عنصر بنیادین هر متن قانونی است و این گونه توقع می‌رود که هر ماده قانون بر پای خویش بایستد، اما هر متن قانونی منسجم، آرایه‌ای از مواد است و نمی‌توان به ارتباطات درونی یک قانون بی‌توجهی کرد. به همین دلیل است که ماده ۱۰۴۱ را نمی‌توان بدون توجه به مواد ۲۱۱، ۱۲۱۰ و ۱۱۸۳ همین قانون تحلیل کرد. بلوغ از جمله اجزای اهلیت و شرط صحت انعقاد کلیه عقود است، مگر در مواردی که قانون مستثنا کرده باشد. ولی قهری به عنوان نایب قانونی طفل می‌تواند حق‌های وی در امور مالی را استیفای کند، اما در امور غیر مالی تنها قادر به تربیت و حضانت طفل است. بنابراین ولی قهری تنها می‌تواند نسبت به انعقاد عقود مالی برای طفل پرداخته و در امور غیر مالی باید به قدر متیقن تحقق تربیت و حضانت اکتفا کند. التفات قانون مدنی به تعیین حدود صلاحیت ولی در امور مالی و غیر مالی به روشنی دلالت بر این دارد که

۱ نامه شورای نگهبان خطاب به ریاست محترم مجلس شورای اسلامی، به شماره ۲۴۳۷، مورخ ۱۱ دی ۱۳۶۳.

قانون نویس نکاح ولایی را مغفول نگذاشته، بلکه آن را ممنوع کرده است. در این جا قانون فاقد حکم نیست، بلکه حکم آن ممنوعیت نکاح پیش از بلوغ است.



برآمد

معنای ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی این نیست که در صورت رعایت تشریفات این ماده، ازدواج کودکان در هر سنی مجاز است. سن مندرج در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی، کران پایینی سن بلوغ را در تقدیر خود دارد، چرا که شرط اهلیت در قانون مدنی بلوغ است و سن بلوغ در تبصره ماده ۱۲۱۰ روشن شده است. قانون مدنی به طور استثنایی، انجام امور مالی به نیابت را توسط نهادهای بیان نایبانه اراده (نظیر ولایت و قیمومت و وصایت) ممکن دانسته است و در امور غیر مالی تنها در حد تربیت و نگاهداری این نهادها را صالح دانسته است. اصل عدم صلاحیت نتیجه می‌دهد که راجع به ازدواج افراد پیش از بلوغ اختیاری وجود ندارد و پس از بلوغ نیز، ازدواج تصمیمی کاملاً شخصی است. این قاعده در انسجام کامل با الفاظ ماده ۱۰۴۱، قرار دارد که این استثنا را برمی‌سازد که پس از سن بلوغ و پیش از رسیدن به سنین مندرج در ماده ۱۰۴۱ این اراده اشخاص بالغ برای ازدواج، محتاج اذن ولی، رعایت مصلحت و تشخیص دادگاه صالح است.

تفسیر کنونی که ازدواج افراد در هر سنی، یا ازدواج افراد به ابتکار اولیای ایشان را آزاد می‌انگارد به وضوح خلاف قانون مدنی است، و به نظر می‌توان دو زمینه برای آن شناسایی کرد، نخست آن که ولایت قهری از شئون اهلیت ولی دانسته می‌شود، حال آن که صلاحیتی است که دولت برای وی تأسیس کرده و به همین خاطر طبق قاعده اولی عدم صلاحیت مقامات عمومی، اختیار ولی برای تزویج صغیر محتاج تنصیصی متنی است. دوم آن که گمان می‌شود سلب اختیار قانون مدنی از ولی قهری برای تزویج صغیر خلاف شریعت است، حال آن که با توجه به فرآیند تصویب ماده ۱۰۴۱ در مرحله پنجم، این حکم به عنوان ثانوی صادر شده است و ناسازگاری آن با فتوای مشهور، به دلیل وجود عنوانی ثانوی است که تصویب آن را بدین صورت لازم آورده است و تفسیر پیشنهادی این مقاله از ماده ۱۰۴۱ را نمی‌توان ناسازگار با شریعت قلمداد کرد.

با این اوصاف اجازه استثنایی ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی تنها راجع به فاصله سن بلوغ دختر (۹ سال قمری) تا سن مجاز این ماده (۱۳ سال شمسی) و سن بلوغ پسر (۱۵ سال قمری) تا سن مجاز این ماده (۱۵ سال شمسی) است و تشریفات را برای نکاحی که ایشان در این فاصله سنی ابتکار می‌کنند پیش می‌نهد تا مصالح ایشان را تأمین کند. متن کنونی ماده ۱۰۴۱، برای

پس از بلوغ، دوره موقتی از مراقبت خصوصی-اداری را برای ازدواج پیش روی نمی‌نهد.

منابع

الف) فارسی

- ارسطا، م. (۱۳۹۸). فتوای معیار در قانون‌گذاری. فقه حکومتی، ۴(۷)، ۵۵-۸۱.
- امامی، س. (۱۳۶۳). حقوق مدنی (نسخه چاپ دوم، جلد ۴). تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- امامی، س. (۱۳۶۴). حقوق مدنی (نسخه چاپ چهارم، جلد ۱). تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- امیدی، ج. (۱۳۷۷، تیر). تجویز تزویج صغار (مطالعه تطبیقی و ارزیابی انتقادی تبصره ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی). مقالات و بررسی‌ها، ۶۳(۱۱۴۳)، ۸۳-۱۰۰.
- حائری (شاهباغ)، س. (۱۳۷۶). شرح قانون مدنی (نسخه جدید). تهران: گنج دانش.
- رحبیان، ز.، آیت‌اللهی، ز.، & گدازگر، م. (۱۳۸۰). سن ازدواج دختران: (مواد ۱۰۴۱ و تبصره ماده ۱۲۱۰ ق.م. تهران: شورای فرهنگی-اجتماعی زنان.
- روشن، م. (۱۳۹۰). حقوق خانواده. تهران: انتشارات جنگل، جاودانه.
- زرگوش، م. (۱۳۹۲). حقوق اداری مسئولیت مدنی دولت و کارکنان آن قواعد اختصاصی. تهران: جنگل؛ جاودانه.
- سبحانی، ج. (۱۳۸۷، بهمن ۹). آیت‌الله العظمی سبحانی در نامه‌ای خطاب به لاریجانی: تبیین احکام شرعی بر عهده فقهاست نه مجلس - ایسنا. بازیابی در تیر ۱۴۰۲، ۱۱، از خبرگزاری دانشجویان ایران «ایسنا»: <https://news.ir.isna.www/>؛ ۵۷۷۹-۸۷۱۱.
- شاپگان، س. (۱۳۳۹). حقوق مدنی ایران (نسخه چاپ پنجم). تهران: چاپخانه رنگین.
- شهابی، م. (۱۳۹۶). فلسفه حقوق (مبانی نظری تحول نظام حقوقی از حقوق سنتی تا حقوق مدرن). تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- صفائی، س.، & امامی، ا. (۱۳۹۲). مختصر حقوق خانواده (نسخه چهارم). تهران: میزان.
- صفائی، س.، & قاسم‌زاده، س. (۱۳۹۴). حقوق مدنی: اشخاص و محجورین

(نسخه پنجم). تهران: سمت.

عاملی، ب. (۱۳۵۰). حقوق خانواده. تهران: مدرسه عالی دختران ایران.
 علیزاده، ع. (۱۳۸۷). مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق؛ جستاری در نظریه‌های جامعه‌شناسی حقوق و بنیادهای حقوق ایران. تهران: سمت و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

قاسم‌زاده، س. (۱۳۹۲). اهلیت برای ازدواج. در: ا. گرجی، بررسی تطبیقی حقوق خانواده (ص. ۷۷-۱۱۹). تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.
 قنواتی، ج. (۱۳۹۴). سیرتاریخی حقوق زن در قوانین موضوعه ایران. در: ح. بای، زن و خانواده مباحث حقوقی (ص. ۴۱-۷۸). تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

کاتوزیان، ن. (۱۳۸۲). دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده. تهران: میزان.
 کاتوزیان، ن. (۱۳۸۷). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی (نسخه سوم). تهران: نشر میزان.

لاریجانی، ع. (۱۳۸۷). بهمن ۱۱. لاریجانی در پاسخ به نامه آیت‌الله العظمی سبحانی: درباره ارت بردن زن از زمین مجلس عین فتوی مقام معظم رهبری را تصویب کرد- ایسنا. بازیابی در تیر ۱۱، ۱۴۰۲، از خبرگزاری دانشجویان ایران «ایسنا»: <https://www.irsna.ir/news/8711-6522>.

منتظری، ح. (۱۳۹۶). مبانی مردم‌سالاری در اسلام. (ب. شجاعی، مترجم) تهران: سرایی.

موسوی خمینی، س. (۱۳۸۹). صحیفه امام (جلد ۱۵). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س).

موسوی خمینی، س. (۱۳۸۹). صحیفه امام (جلد ۲۱). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

مهرپور، ح. (۱۳۸۷). مجمع تشخیص مصلحت نظام و جایگاه قانونی آن. در: ح. مهرپور، دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی (ص. ۴۵-۸۰). تهران: انتشارات اطلاعات.
 یثربی قمی، س. (۱۳۸۷). حقوق خانواده (در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران). تهران: سمت.

اسناد و قوانین

قانون ازدواج، ۲۳ مرداد ۱۳۱۰، مصوب مجلس شورای ملی.
قانون مدنی، ۱۳۰۷-۱۳۱۴ مصوب مجلس شورای ملی. با اصلاحات بعدی تا ۱۳۸۱.

لایحه قانونی اصلاح قانون الحاق ماده ۱۰ مکرر و دو تبصره به قانون تملک آپارتمان‌ها، مصوب ۱۷ خرداد ۱۳۵۹، شورای انقلاب.
مشروح مذاکرات مجلس شورای ملی، دوره ۹، جلسه ۱۲۹، ۲۱ اسفند ۱۳۱۳.
نامه شورای نگهبان خطاب به ریاست محترم مجلس شورای اسلامی، به شماره ۲۴۳۷، مورخ ۱۱ دی ۱۳۶۳.

(ب) انگلیسی

Barbalet, J. (2012). Self-interest and the Theory of Action. The British Journal of Sociology 412-429, (53)3, .

Collective Choice. (2017). In J. Black, N. Hashimzade, & G. Myles, A Dictionary of Economics (Fifth ed.). Oxford University Press.

Cooter, R., & Ulen, T. (2011). Law and Economics (6th ed.). Addison-Wesley.

Elster, J. (2015). Explaining Social Behavior (More Nuts and Bolts for the Social Sciences) (Revised ed.). Cambridge: Cambridge University Press.

Friedman, M. (1955). The Role of Government in Education. In R. Solo, Economics and the Public Interest (pp. 123-144). New Brunswick, N.J.: Rutgers University Press.

Weber, M. (1978). Economy and society: An outline of interpretive sociology., 1978. (Vol. 2). (G. Roth, C. Wittich, Eds., E. Fischhoff, H. Gerth, A. M. Henderson, F. Kolegar, C. W. Mills, T. Parsons, . . . C. Wittich, Trans.) Berkeley: University of California press.