**چكيده:**

**ـ تزويج ولائى كودكان نابالغ توسط اولياء از جمله مسائل حقوقى است كه مورد توجه فقه، حقوق ايران و اسناد بين الملل قرار گرفته است.**

**ـ منطق حقوقى و قواعد اوليه فقهى اقتضا مى‏كند كودك بدليل فقدان اهليت نتواند طرف عقد نكاح قرار گيرد و يا حداقل پس از رسيدن به سن بلوغ اختيار فسخ و يا پذيرش عقد را داشته باشد.**

**ـ حقوقدانان و تنظيم كنندگان اسناد بين المللى حقوق زنان و حقوق كودكان بر منع تزويج كودكان مصرّند.**

**ـ اصل اينچنين ازدواجى در فقه فريقين مورد پذيرش قرار گرفته است.**

**پس از رسيدن به سن بلوغ نيز عده قابل توجهى از فقهاء براى پسر و مشهور آنها براى دختر اختيار فسخ و يا پذيرش عقد را نپذيرفته‏اند.**

**ـ در اين مقاله كوشش شده است با تكيه بر مبانى فقهى خيار فسخ براى كودك (اعم از دختر و پسر) پس از رسيدن به سن بلوغ اثبات شود.**

**ـ همچنين رعايت عنصر مصلحت صغير در عقد، نسبى بودن مفهوم مصلحت و بطلان عقد بى مصلحت به اثبات رسيده است.**

**ـ ممنوعيت نزديكى با دختر قبل از قابليت صحّى وى (بدليل امكان عقلائى معيوب شدن او) با تكيه بر مبانى فقهى مورد توجه دسته اول قرار گرفته است.**

**ـ بنظر مى‏رسد اصرار حقوقدانان و تنظيم كنندگان اسناد بين المللى فوق الذكر بر ممنوعيت ازدواج كودكان با كمال به امكان آسيب ديدن آنها در صورت ازدواج باز مى‏گردد. بنابراين فقه، حقوق كلاسيك و اسناد بين المللى بر اين محور واحد اتفاق نظر دارند.**

**بعنوان مقدمه:**

**اهليت(2) طرفين قرار داد از اصول عمومى و پذيرفته در سيستمهاى حقوقى ملتهاى متمدن است(3) افروزدن بر اصول عمومى، هر قراردادى ممكن است به اقتضاى ماهيت خاص خود شرايط ويژه‏اى براى صحت و نفوذ آن لحاظ شده باشد. بر هيمن مبنا گروهى از حقوقدانان، در عقد نكاح علاوه بر اهليتهاى عمومى قراردادها، قابليت صحى طرفين عقد را نيز افزوده‏اند.(4)**

در مباحث آتى خواهيم گفت كه عقد ازدواج الزاما مشروط به قابليت صحى طرفين نيست؛ چه، عقد مزبور آثار و پيامدهاى متفاوتى دارد كه تمام آنها وابسته و مشروط به قابليت صحى نيست؛ از همين رو فقها ضمن پذيرش صحت تزويج كودكان و افتاء به «لزوم آن»، صريحا به ممنوعيت انجام عمل جنسى و نزديكى با كودكان به ازدواج در آمده، فتوى داده‏اند(5) از سوى ديگر در مورد زنان، زنان رشيده‏اى كه بدليل برخى بيماريهاى روحى و جسمى قابليت صحى براى تكمين جنسى ندارند هم فقها و هم حقوقدانان نظر به صحت عقد نكاح با آنان دارند. بر خلاف آنچه برخى پنداشته‏اند(6) مشكل اصلى در تزويج كودكان، نداشتن قابليت صحى نيست؛ بلكه مشكل فقدان دو ركن اساسى از شرايط عمومى قراردادها، يعنى اهليت و اختيار است؛ چه؛ كودك در هنگام انعقاد عقد به دليل صغر سن، يكى از پايه‏هاى اهليت يعنى بلوغ(7) را فاقد است. و پس از رسيدن به سن بلوغ نيز بنا به فتواى مشهور اختيار رد يا پذيرش عقد منعقد شده توسط ولى خود را ندارد.(8)

اين مقاله كوششى است ناچيز در جهت نزديك كردن سه باور و فضاى ارزشى، فقه، حقوق كلاسيك و اسناد بين المللى حقوق بشر.

**بخش اول**

**مبانى فقها تزويج كودكان**

**1ـ طرح موضوع**

**بنا به فتواى مشهور و بلكه اجماع فقهاى اماميه و فقهاى اهل سنت و جماعت پدر و جد پدرى مى‏توانند دختر نابالغ خود را به تزويج ديگرى در آورند و دختر پس از رسيدن به سن بلوغ اختيار فسخ يا امضاء آن را ندارد. در مورد پسران نابالغ گرچه مسأله مورد اتفاق و اجماع نيست اما بيشتر فقها آنها را نيز همانند دختران دانسته اند.(9)**

بنابراين مسأله را د ردو بحث تزويج دختران نابالغ و تزويج پسران نابالغ بررسى و آنگاه برخى مسائل مرتبط با اين موضوع را پى مى گيريم.

**2ـ تزويج دختران نابالغ**

**1ـ2ـ ديدگاههاى فقهاء**

**مسئله تزويج دختران نابالغ از جمله مسائلى است كه از گذشته تاكنون بين فقها مطرح بوده است.**

**ـ شيخ مفيد (336ـ413 ه.ق) مى نويسد:**

**«در صورتى كه پدر دختر صغيرش را شوهر داد، در هنگام بلوغ اختيار فسخ عقد را ندارد.»(10)**

شيخ طوسى (385ـ460 ه.ق) مى نگارد:

**«پدرى مى‏تواند دختر صغيرش را بدون كسب اجازه از او شوهر دهد و پس از بلوغ اختيار فسخ ندارد.»(11)**

ابن براج (400ـ481ه.ق) نيز براى پدر و جد پدرى، حق تزويج دختر صغيره را مى پذيرد و تصريح مى‏كند كه دختر پس از رسيدن به سن بلوغ حتى اگر از عقد مزبور رضايتى نداشته باشد، اختيار فسخ ندارد.»(12)

ابن زهرة (511ـ585 ه.ق) ضمن بيان حكم فوق عدم خلاف بين اصحاب در اين مسأله را ادعا مى‏نمايد.(13)

ـ همچنين با مراجعه به حواشى و شروح نگاشته شده بر كتاب عروة الوثقى اثر سيد يزدى مى‏توان به پذيرش حكم فوق توسط فقهاى دهه‏هاى اخير پى برد. ضمن آنكه در بين فقهاى اخير ادعاى اجماعى‏بودن و نفى خلاف و اعراض از اخبار معارض با حكم فوق شده است.(14)

ـ فقهاى اهل سنت و جماعت نيز، چنانكه گذشت در اين مسأله ديدگاهى شبيه فقهاى شيعه دارند.(15)

**2ـ2ـ دلايل اقامه شده بر اين ديدگاه:**

**پيش از ذكر و نقد و بررسى ادّله فوق، لازم است مقتضاى اصل اولى در اين مقوله را بيان نمائيم، تا در موارد شك به آن تمسّك شود.**

**اصل اوليه، آن است كه احدى بر ديگران ولايت نداشته، هر انسانى مى‏تواند مستقل از ديگران، نسبت به خويش و ما تبع خود، اعمال سلطه كند. چرا كه همه افراد از نظر خلقت انسانى، برابر هستند. خروج از اين اصل عقلانى و عقلائى، نيازمند دليل قوى و يا تصريح شارع است.(16) بنابراين در مسأله فوق اگر دليل قطعى بر ولايت تزويج نسبت به كودكان نابالغ و هم چنين سلب اختيار از آنان پس از رسيدن به سن بلوغ نداشته باشيم، مرجع نهائى اصل پيش گفته خواهد بود.**

**و اما دلائل اقامه شده بر ديدگاه فوق:**

**الف ـ اجماع**

**چنانچه گذشت در كلام فقها بر حكم فوق ادعاى اجماع شده است؛ افزون بر آن بررسى كلام قدماى فقها، اجماعى‏بودن مسأله را روشن مى‏كند. بنابراين ادعاى هر دو قسم اجماع (محصل و منقول ) بر حكم فوق، ادعاى گزافى نيست. ليكن بايد توجه داشت اجماع از ديدگاه فقهاى شيعه، منبع مستقلى براى استنباط احكام شرعيه، در كنار كتاب و سنت نمى‏باشد، بلكه ابزارى براى كشف نظر معصوم(ع) است؛ لذا اگر در موردى مستند اجماع را ندانيم، به آن اجماع، از آن جهت كه كاشف و نمايانگر سنت معصوم(ع) است، عمل مى‏كنيم و آن را مستند حكم شرعى قرار مى‏دهيم؛ ولى اگر مدرك اجماع را بدانيم، آن اجماع ارزش خود را از دست مى‏دهد و مستقيما به همان مدرك و مستند مراجعه مى‏كنيم؛ از همين رو، فقهاى عظام اجماعات مدركى و يا حتى اجماعاتى كه احتمال مدركى بودن داشته باشد را حجت نمى‏دانند.(17)**

در اين مسأله نيز رواياتى با دلالت صريح و اسناد صحيح وجود دارد كه بيقين فقهاء به استناد آن روايات فتوا داده‏اند. از اين رو، اجماعات ادعا شده و حتى تحصيل شده در اين مسأله نمى‏تواند بعنوان مستند حكم فوق مورد توجه قرار گيرد، بلكه مستقيما به رواياتى كه علماء در اين مسأله به آنها اعتماد كرده‏اند مراجعه مى‏كنيم.

**ب) اخبار و روايات**

**مستند اصلى ديدگاه فوق رواياتى است كه فقها به استناد آنها فتوا داده‏اند؛ از جمله دو صحيحه ذيل:**

**صحيحه عبدالله بن صلّت:**

**عبدالله بن صلّت گفته است از امام صادق(ع) در مورد دختر صغيره‏اى كه پدرش او را به ازدواج ديگرى درمى‏آورد سئوال كردم كه آيا پس از بلوغ اختيارى دارد؟ فرمود: خير، با وجود پدر وى نظر و اختيارى ندارد.(18)**

صحيحه على بن يقطين:

**على بن يقطين مى‏گويد از امام كاظم(ع) سئوال كردم كه: آيا دختر و پسر سه ساله را مى‏توان به ازدواج ديگران در آورد و كمترين حدى كه كودكان در آن به ازدواج در مى‏آيند كدام است؟ اگر دختر بالغ شده و راضى نبود چه وضعيتى دارد؟ فرمود: «اگر پدر و يا ولى او راضى‏اند اشكالى ندارد.»(19)**

دو روايت فوق از نظر سندى بى اشكال بوده، اصطلاحا «صحيحه» هستند و بلحاظ دلالت نيز در حكم مذكور ظهور دارند.

**در مقابل رواياتى وجود دارد كه صريحا با مدلول دو روايت گذشته منافات دارد؛ از جمله محمدبن‏مسلم كه از ياران فقيه امام پنجم(ع) است در روايتى صحيحه چنين آورده است كه: از امام باقر(ع) درباره پسر نابالغى كه با دختر نابالغى ازدواج مى‏كند سئوال كردم حضرت فرمود: «اگر پدرانشان آنها را به ازدواج يكديگر در آورده‏اند بى اشكال است و ليكن آن دو پس از بلوغ اختيار (رد يا پذيرش عقد را) دارند.(20)**

همچنين يزيد كناسى(21) از امام باقر نقل مى‏كند: «در صورتيكه دختر قبل از بلوغ تزويج شود، پس از بلوغ اختيار (رد يا پذيرش عقد را) دارد»(22)

**نقد و بررسى:**

**روايت اول از نظر سلسله سند بى اشكال و صحيحه است سند روايت كناسى، نظر به ثابت نشدن وثاقت يزيد الكناسى، در بدو امر مخدوش بنطر مى‏رسد، ليكن با تأمل، اين احتمال قويا به ذهن مى‏آيد كه مراد از يزيد الكناسى همان يزيد ابوخالد القماط باشد.(23) و بخشى از متن، اين احتمال را تاييد مى‏كند و اگر ثابت شود يزيد الكناسى همان يزيد ابوخالد القماط باشد، اين را وى توسط نجاشى، رجالى بزرگ شيعى، و همچنين علامه، توثيق شده است.(24) بعضى از فقها راه ديگرى براى تقويت وثاقت راوى پيش گرفته‏اند كه عبارت از وجود بزرگانى چون احمدبن‏محمدبن عيسى و حسن‏بن‏محبوب و ابوايوب الخزاز در سند روايت است كه به گفته اينان وجود اين بزرگان در سلسله روايانِ حديث كناسى، اشعار بر وثاقت را وى دارد.(25) بنظر مى‏رسد افزون بر نقل اين روايت در جوامع معتبر روايى، همچنين وجود بزرگان در سلسله اسناد روايات كناسى، كثرت نسبى روايت را وى كه حاكى از شهرت وى است، قرائنى است كه انسان را به اين روايت مطمئن مى‏كند.**

**بررسى دلالت اين دو روايت:**

**پيش از بررسى دلالت اين دو روايت، ذكر دو نكته ضرورى است:**

**1ـ روايت‏هاى دسته دوم (دو روايتى كه به دختر پس از رسيدن به سن بلوغ اختيار فسخ يا پذيرش مى‏داد) همه از امام پنجم(ع) صادر شده‏اند و حال آنكه روايتهاى دسته اول از امام صادق(ع) و امام كاظم(ع) نقل شده‏اند و در مقام تعارض ممكن است بعضى روايت‏هاى امام متأخر را بر روايات صادره از امام متقدم ترجيح دهند.**

**2ـ وجود عنصر تقيّه در روايتهاى دسته اول قويا محتمل است، چه اينكه روايتهاى مذكور هماهنگ با فتاواى اكثر فقهاى اهل سنت و جماعت است.(26) و روايتهاى دسته دوم مخالف با فتاواى آنان، لذا روايتهاى دسته دوم از اين جهت ترجيح دارند.**

**پس از ذكر اين دو نكته، دلالت دو روايت اخير را بررسى مى‏كنيم:**

**صحيحه محمد بن مسلم بر اختيار دختر نابالغ پس از رسيدن به سن بلوغ بر پذيرش و يا رد عقد تصريح مى‏كند، البته در روايت اين فرض كه شوهر نيز پسر نابالغ باشد آمده، ليكن بنظر مى‏رسد نابالغ بودن شوهر در اين حكم دخالت ندارد، آنچه مورد عنايت بوده عدم بلوغ دختر هنگام انعقاد عقد است. به عبارت ديگر اگر روايت مورد عمل قرار گيرد تفصيل بين بالغ و نابالغ بودن شوهر بسيار بعيد و محل تأمل و اشكال است. چنانچه تحفظ بر تزويج و لائى پدر و در نتيجه سلب اختيار از دختر در صورت تزويج جد نيز، همين اشكال را دارد. زيرا پذيرش اين مطلب بسيار مشكل است كه بگوئيم اگر پدر آن دو را به ازدواج هم در آورده پس از بلوغ اختيار فسخ يا پذيرش دارند، ولى اگر جد پدرى به ازدواج در آورده باشد، چنين اختيارى ندارند. بهر روى بنظر مى‏رسد روايت در مقام بيان اين بعد و جنبه مسأله نيست، و آنچه مورد عنايت بوده تأكيد بر اختيار نابالغى است كه قبل از رسيدن به سن بلوغ، ولايةً براى او همسر تزويج شده است.**

**چنانچه گذشت در بخشى از روايت كناسى با تصريح بيشترى، اختيار فسخ يا پذيرش را پس از رسيدن كودك نابالغ به سن بلوغ، پذيرفته است. ليكن اشكالى كه بر اين روايت وارد شده اين است كه حديث متضمن حكمى غير قابل التزام است؛ چه اين روايت بين دختر نابالغ و دختر بالغ تفصيل داده است؛ به اين معنى كه در مورد دختر نابالغ اختيار فسخ يا پذيرش را پس از رسيدن به سن بلوغ پذيرفته، ليكن در مورد دختر بالغى كه پدر بدون اجازه او را به ازدواج ديگرى در آورده است، چنين اختيارى را نپذيرفته است.(27)**

بنظر مى‏رسد اين اشكال چندان وارد نباشد؛ چه اگر روايتى متضمن چند حكم بوده، بعضى قابل التزام، و پاره‏اى غير قابل التزام باشد، آن بخش معمول تحت تأثير قسمت غير معمول از حجيت و ارزش استنادى ساقط نمى‏گردد و بهر روى وجود دو دسته روايت متعارض، جمع بين آنها را مشكل كرده است. روايتهائى كه مورد عمل و فتواى مشهور و بلكه اجماع قرار گرفته هماهنگ با فتواى فقهاى اهل سنت و جماعت، بر خلاف قاعده سلطه بر نفس(28) و اصل مسلم حقوقى حاكميت اراده در قراردادها است. دسته دوم از روايات گرچه موافق با اصل اولى عدم ولايت، و اصطلاحا على القاعده، و از سوى ديگر مخالف فتواى فقهاى اهل سنت و جماعت مى‏باشد، ليكن مورد اعراض فقهاء شيعه قرار گرفته است.

**بنظر نگارنده اگر شهرت عظيمه و بلكه اجماع فقهاء از گذشته تا به حال بر وفق مدلول روايات دسته اول وجود نداشته باشد، عمل به روايات دسته دوم وجيه‏تر و مطابق صناعت فقهى است. و بهمين خاطر است كه بعضى از فقهاى بى اعتناى به شهرت(29) در مقام جمع بين دو دسته روايت متحير مانده، در نهايت راه احتياط كه بهر حال نزديكتر به صواب است را برگزيده است البته بايد توجه داشت مصبّ احتياط ايشان، متأثر از ظاهر صحيحه محمد بن مسلم(30)، جائى است كه هر دو طرف عقد نكاح نابالغ بوده و تزويج ولائى توسط پدرانشان صورت گيرد.(31) پيش از اين گفتيم صغير بودن شوهر، و پدر بودن ولى، موضوعيت نداشته ملاك نابالغ بودن طرف عقد نكاح است، بنابراين بنظر نگارنده مصّب احتياط جائى است كه نابالغى توسط ولى تزويج ولائى شود؛ حال چه طرف ديگر كبير باشد، چه صغير؛ و خواه ولى، پدر باشد يا جد پدرى؛ در هر صورت پس از بلوغ اختيار فسخ و يا پذيرش عقد را دارد. و الله العالم.**

**3ـ تزويج پسران نابالغ:**

**چنانچه در ابتدا گذشت، اصل حق تزويج پسران توسط ولى مورد اتفاق فقهاء است آنچه مورد اختلاف قرار گرفته، اختيار فسخ يا پذيرش آن پس از رسيدن به سن بلوغ است مشهور فقهاء در مورد پسر نيز همانند دختر نابالغ، منكر اختيار فسخ شده‏اند.**

**دلايل اقامه شده براى نفى اختيار پس از رسيدن به سن بلوغ عبارتند از:**

**الف) اصالة اللزوم**

**اصل اوليه در عقود، لزوم آنها است. حق فسخ در هر عقد، استثناء و خلاف اصل و قاعده است. در اين مسأله نيز فرض بر اين است كه عقدى صحيح منعقد شده است، بنابراين بايستى لازم الوفاء باشد و امكان فسخ آن مخالف اين اصل است.**

**بنظر مى‏رسد اين استدلال خالى از اشكال نباشد؛ چه؛ تمسك به اصالة اللزوم در عقودى كه بطور طبيعى و با رعايت تمام ضوابط عمومى قرار دادها منعقد گرديده، ميسر است؛ نه عقدى كه اصلى‏ترين عنصر تحقق هر قرارداد، يعنى اراده طرفين اصيل عقد در آن لحاظ نشده است.**

**ب ـ اطلاقات ولايت پدر و جد پدرى**

**گفته‏اند ادله‏اى كه براى پدر و جد پدرى ولايت بر طفل صغير را بيان كرده، مطلق بوده و اختصاص به امور مالى ندارد.**

**در پاسخ به اين استدلال مى‏توان گفت ادلّه عامه ولايت پدر و جد پدرى منصرف بر تصرفات مالى در اموال صغير، آنهم با رعايت غبطه و مصلحت است؛ ولايت بر جان و نفس صغير و تزويج او بدون اراده و رضايتش خلاف اصل بوده، دليل قوى و مستقل مى‏طلبد.**

**ج ـ روايات خاصه:**

**اصلى‏ترين و مهمترين دليل بر اين حكم خلاف قاعده و اصل، رواياتى است كه برخى از فقهاء گمان كرده‏اند بر اين مدعا دلالت دارند.**

**مرحوم شيخ يوسف بحرانى مؤلّف كتاب الحدائق الناظره، به صحيحه حلبى استناد كرده است. حلبى روايت كرده است:**

**«به امام صادق(ع) عرض كردم پسر بچه ده ساله‏اى را پدرش در ده سالگى تزويج مى‏كند، آيا در همان ده سالگى طلاقش جايز است؟ فرمود: تزويج صحيح است و اما نسبت به طلاقش سزاوار است همسرش را براى او نگه دارند تا اينكه به سن بلوغ برسد.»(32)**

روايت فوق از نظر سندى بى اشكال و صحيحه است لكن بلحاظ دلالى تعبير حضرت به صحيح بودن اين تزويج، دلالتى بر سلب اختيار كودك پس از رسيدن به سن بلوغ ندارد و به گفته مؤلف مستمسك العروة، موضوع اين اختيار صحت عقد سابق است.(33)

از جمله رواياتى كه مورد استناد جانبازان اين ديدگاه قرار گرفته، صحيحه محمد بن مسلم است.

**«محمد بن مسلم نقل مى‏كند درباره پسر نابالغى كه دختر نابالغى را به همسرش در مى آورند از امام باقر (سئوال شد) آيا آن دو از يكديگر ارث مى‏برند»؟! حضرت فرمود: اگر پدرانشان آنها را به همسرى يكديگر در آورده‏اند، بلى(34)**

روايت فوق از نظر سندى بى اشكال و صحيحه است، و اما از نظر دلالت: ممكن است از اين روايت چنين استفاده شود كه توراث آن دو بمعناى تحقق نكاح صحيح، كامل و لازم الوفاء است. بر اين استدلال نيز اشكالى شبيه اشكال قبل وارد است؛ چه، توارث از تبعات نكاح صحيح است و فرض اين است كه نكاح ولائى نيز ازدواجى صحيح است؛ امااين حكم بمعناى نفى اختيار كودك نابالغ، پس از رسيدن به سن بلوغ نمى‏باشد. بنابراين بنظر مى‏رسد دليل محكمى كه بتوان به استناد آن اين حكم خلاف قاعده، يعنى سلب اختيار صغير پس از رسيدن به سن بلوغ را ثابت كرد، وجود ندارد. به همين جهت فقيهانى همچون شيخ طوسى، ابن براج، ابن حمزه و ابن ادريس قائل به اختيار فسخ و يا امضاء براى پسر صغير پس از رسيدن به سن بلوغ شده‏اند.(35)

بر اين نظر چنين استدلال شده است:

**الف ـ صحيح محمد بن مسلم:**

**در بحث تزويج دختران متن اين روايت را آورديم، در آنجا ديديم كه فقهاء در مورد دختران به اين روايت عمل نكرده، از آن اعراض كرده‏اند، اكنون اين سوال مطرح است كه اگر اين روايت حجت است و اطمينان به صدور آن از سوى معصوم(ع) داريم، چرا در مورد دختران نابالغ آن را رها نمائيم، ولى در ارتباط با پسران نابالغ، به آن عمل كنيم؟ از همين رو آيت الله خوئى تفكيك مزبور را خوشايند نمى‏بيند و تصريح مى‏كند اگر قرار است به اين روايت عمل شود، به هر دو بخش آن عمل مى‏كنيم. چرا فقط در مورد پسران نابالغ به آن استناد كنيم؟(36)**

**ب ) روايت يزيد الكناسى:**

**در بخشى از اين روايت چنين آمده است كه:**

**«پسر نابالغ، اگر پدرش او را تزويج كند پس از بلوغ اختيار (فسخ يا پذيرش را) دارد.»(37)**

چنانچه گذشت بخش اثبات كننده اختيار براى دختر مورد اعراض و رويگردانى فقهاء قرار گرفته است، تفكيك مزبور چندان رضايت بخش بنظر نمى‏رسد؛ چه ملاك اختيار، در هر دو يكى است و آن، عدم بلوغ هنگام انعقاد عقد و در نتيجه فقدان عنصر اراده در اين گونه قرار داد است. كوته سخن آنكه روايات بين دختر و پسر تفكيك نمى‏نهد ياهر دو پس از رسيدن به سن بلوغ اختيار دارند و يا هيچكدام چنين اختيارى ندارند.

**ج ـ اثبات مهر و نفقه بر ذمه پسر**

**گفته‏اند تفاوت بين دختر و پسر كه مصحّح تفكيك مذكور مى‏باشد، آن است كه تزويج پسر، به اثبات مهر و نفقه بر عهده او مى‏انجامد و حال آنكه در مورد دختر، چنين التزام و تعهدى مطرح نيست؛ و اثبات چنين تعهدى بر عهده پسر بدون ضرورت، پذيرفتنى نيست.(38)**

چنين بنظر مى‏رسد كه اصل استدلال راجع به پسر، استدلالى معقول، و مطابق با اصول و ضوابط حقوقى است؛ ليكن تفكيك بين دختر و پسر چندان پسنديده نيست، چرا كه گر چه عقد نكاح التزامات مالى و جانى برعهده زوج مى آورد، اما پيامدهاى حقوقى و التزامات جانى آن نسبت به زوجه نيز شايان توجه است؛ و چه بسا در قبال تعهدات مالى زوج سنگين‏تر باشد، بنابراين دليل منع تحميل تعهدات غير ضرورى بر عهده پسر نابالغ، تماما نسبت به دختر نابالغ نيز جارى است.(39)

**4ـ عنصر مصلحت در تزويج كودكان نابالغ و قلمرو آن.**

**1ـ4ـ طرح موضوع:**

**گروهى از فقهاء وجود مصلحت را شرط صحت عقد نكاح ولائى دانسته جمعى ديگر به نبود مفسده بسنده كرده‏اند؛ اين بزرگان، نمونه‏ها و مصاديقى را بعنوان عقد بى مصلحت يا داراى مفسده ذكر كرده‏اند.(40) بنابراين در اين زمينه سه بحث اصلى وجود دارد:**

**آيا وجود مصلحت شرط صحت نكاح است يا نبود مفسده كفايت مى‏كند؟**

**عدم رعايت مصلحت و يا مفسده دار بودن، به بطلان عقد منجر مى‏شود يا به غير نافذ بودن آن؟**

**مفهوم و قلمرو مصلحت كدام است؟**

**2ـ4 مصلحت بعنوان شرط صحت تزويج ولائى:**

**در بين فقهاى متقدم، صحت و تصرف ولائى، مشروط به رعايت مصلحت بوده است و گويا اين امر براى آنان مسلم تلقى شده است. چنانچه شيخ طوسى(ره) تصرفاتى كه بدون رعايت مصلحت صورت گرفته است را باطل مى‏شمرد؛ چه، اينگونه تصرفات را بر خلاف آنچه ولى براى آن منصوب شده، مى‏دانسته است.(41)**

دلائل اقامه شده بر اين مدعا:

**الف ـ اجماع: (42)**

بررسى كلمات فقهاى اماميه وجود شهرت را نمايان مى‏كند و بالاتر اينكه، ادعاى اجماع نيز شده است. نكته قابل توجه اين است به احتمال زياد اجماع فوق و همچنين مستند شهرت فقهاى متقدم ادله‏اى است كه ذيلاً به بعضى از آنها اشاره خواهيم كرد. و پيش از اين گفتيم كه اجماع مدركى و يا حتى محتمل المدركة، ارزش استنادى ندارد و حداكثر مى‏تواند بعنوان مؤيد يك ديدگاه مطرح شود، چه بجاى استناد به اجماع، مستقيما مستند و مدرك اجماع مورد مراجعه قرار مى‏گيرد؛ و چه بسا جز آنكه مشهور و يا مجمعين از آن دليل برداشت و استنباط كرده‏اند، بدست آيد افزون بر اشكال فوق مصب اجماع، لزوم رعايت مصلحت ولى در تصرفات مالى است و با كمك الحاق تزويج به تصرفات مالى، اجماع را به اين مسأله سرايت داده‏اند، و حال آنكه بگفته مؤلف محقق بلغة الفقيه حكم بر خلاف قاعده تزويج كودكان دليل مستقلى دارد كه عارى از قيد ولايت مصلحت است.(43)

**ب) رعايت مصلحت بعنوان شرط ارتكازى:**

**نگارنده بر اين باور است كه قيد مصلحت بصورت شرط ارتكازى در تمامى تصرفات ولائى، اعم از مالى و غير مالى، وجود دارد. به عبارت ديگر ادله ولايت، همگى منصرف به رعايت مصلحت است.**

**ج) اكتفا به قدر متيقنّ:**

**قيد «قدر متيقّن» توسط فقهاء معمولاً نسبت به احكامى كه مستند آنها ادله لبّى است مطرح مى‏شود، و مسأله تزويج كودكان روايات مطلقه‏اى دارد كه حلّ آنها بر قدر متقين مشكل است؛ ليكن از آنجا كه تصرف ولائى خلاف اصول اوليه و برخلاف قواعد مسلم حقوقى و فقهى است، محدود كردن قلمرو اين تصرفات به قيود عقلانى، چندان هم بر خلاف صناعت فقهى نيست.**

**در مسأله ما، محدود كردن تزويج ولائى به رعايت مصلحت از اين باب، عقلانى و خردپسندانه است.**

**3ـ4ـ بطلان عقد در صورت عدم رعايت مصلحت:**

**گفتيم ولى اجبارى در محدوده رعايت مصلحت صغير، حق تصرفات ولائى در مال و نفس صغير دارد؛ بنابراين تزويج ولائى بدون رعايت مصلحت مولّى عليه، باطل است، نه غير نافذ؛ و چنانچه ديديم شيخ طوسى نيز به اين مطلب تصريح كرده بود.**

**ـ دليل اين مدعا اين است كه تصرفات ولى بدون رعايت مصلحت جايز نيست و فرض آن است كه متصرف هنگام انعقاد قرارداد، بايستى جايز التصرف باشد.**

**ممكن است گفته شود غاية الامر چنين عقدى همانند عقد فضولى غير نافذ است و دليلى بر بطلان آن نداريم.**

**در پاسخ خواهيم گفت: اين، قياسى است مع الفارق، چه، طفل در هنگام عقد قرارداد بخاطر عدم بلوغ، امكان حقوقى رد يا پذيرش عقد را ندارد. و از سوى ديگر حكم به صحت عقد پيامدهاى حقوقى از قبيل نفقه، ارث و... دارد. به عبارت ساده‏تر، عقد ولائى غير مصلحتى از دو ناحيه مشكل دارد: اولاً ولى اجبارى با ناديده انگاشتن مصلحت طفل، صلاحيت تزويج ولائى را از دست داده است بنابراين هنگام انعقاد قرارداد، فاقد حق تزويج ولائى كودك است. ثانيا كودك نيز به دليل نداشتن اهليت، صلاحيت تنفيذ يا رد عقد را ندارد. تقريرى ديگر بر فساد عقد:**

**در تزويج ولائى غير مصلحتى صحت و فساد عقد، مورد شك و ترديد است، نه لزوم و جواز آن. و در جاى خود به اثبات رسيده كه در صورت شك در صحت يا فساد قراردادى به مقتضاى استصحاب عدم حدوث حالت جديد (زوجيت در عقد نكاح انتقال ملك در بيع و...) اصالة الفساد در معاملات جارى و محكم است.(44)**

**4ـ4ـ مفهوم و قلمرو مصلحت:**

**فقهاء مواردى را بعنوان مصاديق فاقد مصلحت يا مفسده‏دار بودن تزويج ولائى، ذكر كرده‏اند: در صورت وجود دو خواستگار، كه يكى از حيث شرافت و بزرگى بر ديگرى برتر باشد و ولى پست‏تر را بر برتر ترجيح دهد صاحب عروة الوثقى صحت اين تزويج را مشكل مى‏داند؛ همچنين دو خواستگارى كه يكى مهر بيشترى مى‏پردازد و نسبت به پسر نابالغ، دو همسر كه يكى مهر كمترى طلب مى‏كند؛ از نظر او، نسبت به دختر مهر بيشتر اصلح است، و نسبت به پسر مهر كمتر. اكنون اين سئوال مطرح است آيا مصلحت مصاديقى جز اينها ندارد؟ بى ترديد مصلحت، مفهومى نسبى است، و آنچه در كلمات فقيهان آمده نمونه‏ها و مصاديقى براى اين مفهوم كلى نسبى است. با توجه به اين مقدمه سؤال ديگرى مطرح مى‏شود؛ و آن اين كه مرجع تشخيص مصلحت و تبيين قلمرو آن كيست؟**

**بنظر مى‏رسد عرف و عقلاء جامعه مرجع تشخيص مصلحت‏دار بودن اينگونه قراردادها هستند؛ و روشن است كه عرف در جوامع گوناگون و در زمانهاى مختلف، متفاوت است. چه بسا در عرف جامعه و در زمانى مهر زياد نسبت به دختر رعايت مصلحت بحساب آيد و در جامعه‏اى ديگر، چيز ديگرى.**

**پرسشى ديگر: در صورتى كه كودك نابالغ پس از رسيدن به سن بلوغ و توجه به پيامدهاى اين تزويج آنچنان از نكاح ناخشنود باشد كه احتمال عقلائى پيامدهاى ناگوارى كه حداقل آن ارتكاب اعمال حرام و خلاف عفت بخاطر نارضايتمندى از آن نكاح باشد، باز هم مى‏توان گفت در اين تزويج ولائى مصلحت رعايت شده است؟!!**

**و چه شكفت انگيز و باور نكردنى است اين كلام شيخ الطائفه در كتاب خلاف كه:**

**«پدر مى‏تواند دختر نابالغش را به ديوانه و يا جزامى و يا برده، شوهر دهد و در مقابل استدلالى از شافعى كه در اين قول با او مخالف است چنين دليل مى‏آورد كه گفته‏ايم همتايى و كفويت به چنين اوصافى نيست، و اصل نيز اباحه است، و منع دليل مى‏خواهد.»!!!(45)**

چرا كه پيشتر ديديم شيخ طوسى از جمله فقيهانى بود كه عدم رعايت مصلحت در عقد ولائى را موجب بطلان آن عقد مى‏دانست شايد از نظر او مصلحت مفهوم خاصى دارد!

**5ـ چه كسانى ولايت بر تزويج دارند؟**

**اولياء عقد در تزويج ولائى عبارتند از پدر و جد پدرى(46). بنابراين، مادر، جد مادرى، حاكم شرع، برادر و عمو و دائى و اولاد آنها و ... هيچكدام ولايت بر تزويج ندارند.(47)و(48)**

اصل ولايت پدر و جد پدرى صرف نظر از قلمرو و شرايط آن مورد اتفاق و اجماع فقهاء است و اگر اختلاف نظرى وجود دارد در فروع، شرايط، قلمرو و احكام آن است.

**روايات صحيحه متعددى بر اين مطلب دلالت دارند كه نمونه‏هايى از آنها در مباحث قبل گذشت، در «باب ششم ابواب عقد النكاح كتاب وسائل الشيعه» روايات ديگرى كه دال بر اين مضمون باشند آورده شده كه جهت رعايت اختصار از ذكر آنها خوددارى مى‏كنيم.**

**نفى ولايت نسبت به ساير اقارب موافق اصل عدم ولايت، و على القاعده است بنابراين احتياجى به دليل ندارد. گرچه نقل شده كه ابن جنيد براى مادر و اجداد مادرى، قائل به ولايت بوده است.(49)**

مسأله فوق بين فقهاى اهل سنت و جماعت بطور گسترده مطرح بوده است، شافعى براى پدر و جد پدرى ولايت اجبار را پذيرفته است و ثورى نيز همين ديدگاه را دارد، احمد حنبل و ابن ابى ليلى فقط براى پدر، و نه جد، ولايت اجبار قائل هستند. مالك نيز نسبت به صغيره همين نظر را دارد. اما ابوحنيفه، اولياء اجبارى را فراتر برده و برادران و فرزندانشان همچنين عموها و فرزندانشان را نيز داراى چنين حقى دانسته است، با اين تفاوت كه تزويج پدر و جد پدرى، براى دختر نابالغ اختيار فسخ باقى نمى‏گذارد، ولى تزويج ديگران اختيار فسخ و يا پذيرش وى را از بين نمى‏برد.(50)

**6ـ آثار و پيامدهاى حقوقى تزويج ولائى كودكان نابالغ:**

**پيش از اين اشاره كرديم كه كودكان به ازدواج در آمده ملتزم به تمامى پيامدها و احكام ازدواج عادى و طبيعى يعنى ازدواج‏هاى بالغين نمى‏باشند.**

**دختران نابالغ شوهر داده شده، نه تنها مكلف به تمكين جنسى نيستند كه به تصريح فقهاء به پيروى از نصوص روايات نزديكى با آنها ممنوع است(51) افزون بر رواياتهاى صحيح السند و صريح الدلالة، بر اين حكم ادعاى اجماع شده است.(52) البته تحصيل چنين اجماعى با مراجعه به كتب و آثار فقهى چندان دشوار نيست.**

**زوجى كه از حكم فوق سر باز زند، در موارد خاصى مجازاتهائى كه بيشتر ماهيت جبران خسارتى دارند بر عهده او مستقر خواهد شد.(53)**

روايتهائى كه نزديكى با دختر نابالغ شوهر داده شده را منع كرده‏اند بر سه دسته‏اند(54):

بعضى حد سنى ممنوعيت را نه سالگى دختر دانسته‏اند، و پاره‏اى اين حد را ده سالگى، و بعضى ديگر نه تا ده سالگى بيان كرده‏اند.

**در تحليل اين سه سته روايت، فقهاء سن نه سالگى را حد رفع ممنوعيت، و رعايت ده سالگى را مستحب، و كمتر از آن را مكروه دانسته اند.(55)**

توجيه و ترسيم معناى محصل، دقيق و قابل عرضه‏اى براى حكم استجاب بسى دشوار بوده، چندان قابل تصور نيست. استحباب در اين حكم چه معنى مى‏دهد؟!

**آيا يكى از مستحباب شريعت اسلام ترك مجامعت زوجه در نه سالگى و آغاز آن از ده سالگى است. و چه شگفت‏انگيز كه بعضى فقهاء چنين برداشت از مجموع سه دسته روايت را جمع عرفى بين آنها دانسته اند.(56)**

نگارنده بر اين باور است كه سن 9 يا 10 سالگى موضوعيت نداشته بلكه ملاك قابليت صحى زوجه براى تمكين جنسى است، طبيعى است شرايط اقليمى و زمانى در اين مسأله نقش اساسى ايفا مى‏كند.

**اختلاف روايات نيز بيانگر همين تفاوتها است. صاحب جواهر با توجه به همين معنى روايات 9 و 10 را چنين توجيه مى‏كند(57). تحفظ فقهاء بر عدد مذكور در نص روايات حاكى از بينش بشدت نص گرايى آن بزرگواران است. تهديد تعليل‏گونه وارده در ذيل بعضى روايتها مؤيد توجيهى است كه نگارنده از جمع بين روايتها دارد. چه اينكه حضرت(ع) در ذيل روايتى فرمود:**

**«اگر پيش از اين سن، نزديكى كرد، و دختر معيوب شد، ضامن است».(58)**

ذيل اين روايت نمايانگر آن است كه علت اصلى منع، امكان عقلائى معيوب شدن آنها در كمتر از آن سن بوده است. بنابراين محور اصلى، قابليت صحى دختران براى تمكين جنسى است، نه رسيدن به سن خاصى. حال اگر به خاطر شرايط اقليمى و يا زمانى دختران در سنين بالاترى چنين قابليتى پيدا كنند و كمتر از آن به گواهى كارشناسان و خبرگان مورد اطمينان، خطر معيوب شدن آنها برود، آيا هيچ فقيهى مى‏تواند على رغم اطمينان عرفى حاصل شده از نظر كارشناسى مبنى بر معيوب شدن دختر در صورت نزديكى در سن 9 سالگى باز هم به صراحت فتواى به جواز مقاربت دهد؟!

**ساير احكام و آثار حقوقى عقد زوجيت از قبيل توراث، محروميت، مهر، نفقه و ... بر ازدواج كودكان نابالغ همانند ازدواج بالغين بار خواهد شد.(59)**

**7ـ نتيجه بحث**

**از مجموع آنچه گذشت نتايج ذيل بدست مى‏آيد:**

**1ـ تزويج ولائى كودكان بر خلاف قاعده بوده براى حكم به صحت، نفوذ و همچنين سلب اختيار كودك پس از رسيدن به سن بلوغ نيازمند دليل هستيم.**

**2ـ اصل تزويج ولائى كودكان مورد پذيرش فقهاى اسلام قرار گرفته و در اين زمينه افزون بر اجماع، ادله عامه و روايات خاصه‏اى وجود دارد.**

**3ـ مشهور فقهاى اماميه فتواى به سلب اختيار از دختر نابالغى كه ولايةً از سوى پدر و جدپدرى به تزويج در آمده است داده‏اند (و بلكه ادعاى اجماع نيز شده است).**

**ليكن با وجود بعضى روايتهاى معارض، پذيرش اين فتواى خلاف قاعده دشوار است؛ بنابراين احتياط به جلب رضايت وى پس از رسيدن به سن بلوغ و يا فسخ نكاح در صورت رد آن بجا و موافق صناعت فقهى است.**

**4ـ در مورد پسر نابالغى كه ولايةً برايش همسر انتخاب شده كثيرى از فقها قائل به سلب اختيار از او پس از رسيدن به سن بلوغ شده‏اند و عده قابل توجهى از بزرگان براى وى اين اختيار را پذيرفته اند. بنظر مى‏رسد تفصيل بين دختر و پسر خلاف مقتضاى ادله است. بنابراين به همان دليلى كه براى دختر احتياطا اختيار را پذيرفتيم براى پسر نابالغ نيز مى پذيريم.**

**5ـ در مورد تزويج ولائى كودكان نابالغ برخى از فقهاء رعايت مصلحت و گروهى عدم وجود مفسده را شرط دانسته‏اند و در صورت رعايت نكردن اين شرط گروهى عقد مزبور را باطل و بعضى غير نافذ دانسته‏اند كه پس از رسيدن به سن بلوغ زوج يا زوجه مى‏توانند آن را تنفيذ كنند.**

**در اين مقال ثابت كرديم رعايت مصلحت شرط تزويج ولائى است و عدم رعايت آن موجب بطلان عقد است.**

**6ـ در مورد مفهوم مصلحت، تحديد خاصى در فقه اماميه ديده نمى‏شود بلكه به ذكر نمونه‏هائى اكتفا شده است.**

**در اين مقال به اين نتيجه رسيديم كه مصلحت، مفهومى نسبى است، كه قلمرو آن با توجه به اوضاع و احوال، همچنين شرايط زمانى و مكانى متفاوت است.**

**7ـ همچنين در اين مقال آورده شد كه حق تزويج ولائى اختصاص به پدر و جدپدرى (پدر پدر هر چه بالا رود) دارد، و ديگر خويشاوندان، و حتى حاكم شرع نيز چنين اختيارى ندارند.**

**8ـ در مورد پيامدهاى حقوقى تزويج ولائى گفته شد كه اين تزويج تمام آثار حقوقى ازدواج طبيعى را دارد، مگر در مورد مواقعه كه دختران نابالغ نه تنها مكلف به تمكين جنسى نيستند، بلكه عمل زناشوئى با آنان مطلقا ممنوع و مجازاتهايى در پى دارد.**

**در مورد سن رفع ممنوعيت بر خلاف نظر بعضى فقهاء، گفتيم سن 9 و 10 مذكور در روايات موضوعيت نداشته و به قرينه ذيل بعضى از آن روايات، ملاك قابليت صحى دختران براى تمكين جنسى است.**

**بخش دوم:**

**تزويج كودكان در حقوق ايران**

**1ـ سير تحول**

**1ـ1ـ قانون مدنى 1313 متأثر از دستاوردهاى جديد حقوقى بويژه حقوق سوئيس و فرانسه(60) تزويج كودكان را ممنوع كرده بود. براساس ماده 1041 قانون مزبور:**

**«نكاح اناث قبل از رسيدن به سن 16 سال تمام و نكاح ذكور قبل از 18 سال تمام ممنوع است. معذالك در مواردى كه مصالحى اقتضا كند با پيشنهاد مدعى العلوم و تصويب محكمه ممكن است استثناءا معافيت از شرط سن اعطا شود؛ ولى در هر حال اين معافيت نمى‏تواند به اناثى داده شود كه كمتر از 13 سال تمام و به ذكورى شامل گردد كه كمتر از 15 سال تمام دارند.»**

**2ـ1ـ ماده 3 قانون ازدواج مصوب 1310 مجازاتهائى را در جهت تكميل و پشتيبانى از ماده فوق مقرر مى‏دارد:**

**«هر كس بر خلاف مقررات ماده 1041 قانون مدنى با كسى كه هنوز به سن قانونى براى ازدواج نرسيده است مزاوجت كند به شش ماه الى دو سال حبس تأديبى محكوم خواهد شد. در صورتى كه دختر به سن سيزده سال تمام نرسيده باشد لااقل به دو الى سه سال حبس تأديبى محكوم مى‏شود و در هر مورد ممكن است علاوه بر مجازات حبس به جزاى نقدى از دو هزار ريال الى 20 هزار ريال محكوم گردد و اگر در اثر ازدواج بر خلاف مقررات فوق مواقعه منتهى به نقص يكى از اعضاء يا مرض دائم زن گردد، مجازات زوج از پنج سال الى ده سال حبس با اعمال شاقه است و اگر منتهى به فوت زن شود مجازات زوج حبس دائم با اعمال شاقه است. عاقد و خواستگار و ساير اشخاصى كه شركت در جرم داشته‏اند نيز به همان مجازات يا مجازاتيكه براى معاون جرم مقرر است محكوم مى‏شوند.»**

**3ـ1ـ ماده 23 قانون حمايت خانواده مصوب 1353 ماده 1041 قانون مدنى را نسخ مى‏كند براساس ماده 23 قانون مزبور:**

**«ازدواج زن قبل از رسيدن به سن 18 سال تمام و مرد قبل از رسيدن به 20 سال تمام ممنوع است معذالك در مواردى كه مصالحى اقتضا كند استثناءا در مورد زنى كه سن او از 15 سال كمتر نباشد و براى زندگى زناشوئى استعداد جسمى و روانى داشته باشد و به پيشنهاد دادستان و تصويب دادگاه شهرستان، ممكن است معافيت از شرط سن اعطا شود. زن يا مردى كه بر خلاف مقررات اين ماده با كسى كه هنوز سن قانونى براى ازدواج نرسيده مزاوجت كند حسب مورد به مجازاتهاى مقرر در ماده 3 قانون ازدواج مصوب 1316 محكوم خواهد شد.».**

**افزايش سن مجاز ازدواج براى زن به 18 و مرد به 20 سال و همچنين اختصاص معافيت از شرط سن به زن (از 18 سال به 15 سال) از موارد اختلاف ماده 23 قانون مذكور با ماده 1041 قانون مدنى است.**

**4ـ1ـ در سال 1361 كميسيون امور قضائى مجلس موادى از قانون مدنى را اصلاح و به تأييد شوران نگهبان رسانيد. قانون مزبور براى مدت 5 سال به صورت آزمايشى قابل اجرا بود.(61)**

در سال 1370 اصلاحيه آزمايشى كميسيون مزبور به تصويب نهايى مجلس رسيد و به صورت قانون قطعى در آمد(62) ماده 1041 در قانون آزمايشى به شرح ذيل اصلاح و در سال 1370 به صورت قانون قطعى در آمد.

**ماده 1041 «نكاح قبل از بلوغ ممنوع است»**

**تبصره: عقد نكاح قبل از بلوغ با اجازه ولى صحيح است بشرط رعايت مصلحت مولى عليه».**

**2ـ تجزيه و تحليل ماده 1041 قانون مدنى مصوب 1370**

**1ـ2ـ ماده فوق نكاح قبل از بلوغ را ممنوع دانسته است براساس تبصره ماده 1210 قانون مدنى «سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمرى و در دختر نه سال تمام قمرى است».**

**هر دو ماده 1041 و 1210 بر مبناى فتواى مشهور فقهاى اماميه تنظيم شده است.**

**بنابراين در تجزيه و تحليل آنها بويژه ماده 1041 ق.م توجه به مباحث فقهى بخش اول مقاله ضرورى است.**

**2ـ2ـ تبصره ماده 1041 مقرر مى‏داشت كه «عقد نكاح قبل از بلوغ با اجازه ولى و بشرط رعايت مصلحت مولى عليه صحيح مى‏باشند»**

**الف) مصلحت:**

**مفهوم مصلحت در ماده مذكور و همچنين مرجع تشخيص مصلحت تبيين نشده است. در مباحث قبل توضيح داديم مصلحت مفهومى نسبى است كه با توجه به اوضاع و احوال و شرايط گوناگون، جنبه‏هاى مختلف به خود مى‏گيرد. با عنايت به همين نسبيت مفهوم مصلحت است كه اهميت تعيين مرجع و حدود صلاحيت مرجع مذكور آشكار مى‏شود. افزون بر روشن نبودن مفهوم مصلحت و معلوم نبودن مرجع تشخيص و تبيين آن، جاى اين سؤال باقى است كه عدم رعايت مصلحت، به بطلان عقد نكاح منجر مى‏شود و يا به عدم نفوذ آن؟**

**شايد بتوان گفت تعليق حكم صحت در ماده مذكور بشرط رعايت مصلحت، مشعر به بطلان عقد در صورت انتفاى آن شرط مى‏باشد، چه اينكه حكم مشروط، به انتفاى شرط، منتفى مى‏شود. بنابراين توهم(63) عدم نفوذ عقد و نه بطلان آن، مطابق با منطق حقوقى نيست و استناد آن نظر به قول مشهور فقهاء ناشى از عدم تتبع در كلام آن بزرگواران است.**

**ب) صحت عقد ولائى:**

**عبارت «صحيح است» در تبصره ماده 1041 هم با لزوم عقد سازگار است، و هم جواز آن؛ زيرا اين سؤال باقى مى‏ماند كه آيا پس از رسيدن نابالغ به سن بلوغ، عقد نكاح نسبت به او لازم است، و اختيار فسخ را ندارد، چنانچه مشهور فقهاء بر اين نظرند، و يا اينكه پس از سن بلوغ داراى اختيار است، چنانچه ظاهر روايت محمد بن مسلم و يزيد كناسى بر اين مفهوم دلالت دارد؟**

**عبارت ياد شده با هر دو ديدگاه مى‏تواند سازگار باشد، منطق حاكم بر اصول عمومى قراردادها و روح مواد قانون مدنى با تثبيت خيار فسخ پس از رسيدن نابالغ به سن بلوغ، سازگارتر است زيرا عقد مزبور فاقد اساسى‏ترين عناصر شكل‏گيرى قراردادها است؛ چه، همانگونه كه پيش از اين گفتيم طفل در هنگام انعقاد قرارداد، اهليت طرفيت عقد را نداشته و پس از رسيدن به سن بلوغ فاقد قصد و اراده جدى نسبت به مفاد قرارداد است. و اگر براى تفسير و رفع اجمال از ماده مزبور به فتاوى مشهور متوسل شويم و به مقتضاى اصل 167 قانون اساسى كه فتاواى معتبر فقهاء را در طول قانون ارزشى استنادى داده است(64) اجمال مزبور را تفسير نمائيم، نتيجه: سلب اختيار از طفل پس از رسيدن به سن بلوغ است.**

اين نتيجه بر اين مبنا حاصل مى‏شود كه مراد از فتاواى معتبر، فتواى مشهور فقهاء باشد و الاّ چنانچه در بخش فقهى مقاله ديديم روايات معتبرى دال بر اختيار طفل پس از رسيدن به سن بلوغ وجود دارد و همين روايات منشأ احتياط بعضى فقهاء شده است.

**3ـ نقد ماده 1041 قانون مدنى**

**ديديم كه ماده 1041 قانون مذكور از جنبه‏هاى مختلفى مجمل است، و ناگزيريم براى تبيين آن به فتاوى مشهور فقهاى اماميه متوسل شويم.**

**افزون بر اجمال فوق، مسأله تزويج كودكان نابالغ، در قانون مدنى بدليل عدم تشريح پيامدها، نتايج و احكام آن بطور ناقص مطرح شده است. همانطور كه گفتيم فقهاى عظام در كتاب النكاح صريحا به ممنوعيت مواقعه با دختران نابالغ به ازدواج در آمده فتوا مى‏دهند و نسبت به متخلف از اين حكم، مجازاتهائى را منظور كرده‏اند. قانون مدنى در ماده 1041 به پيروى از فتواى مشهور فقهاء اصل جواز ازدواج با كودكان نابالغ را تثبيت كرده است، ليكن حكم مهم و غير قابل اغماضى ممنوعيت مواقعه با آنها را مطرح نكرده است.**

**اين در حالى است كه قوانين گذشته، بويژه ماده 3 قانون ازدواج مصوب 1310 مجازاتهائى را براى زوجهائى كه با كودكان نابالغ نزديكى مى‏كنند، در نظر گرفته بود.**

**ممكن است چنين توهم شود كه قانونگذار مسأله ممنوعيت مواقعه قبل از بلوغ را در صدر مسأله پيش بينى كرده و (65) مقرر نموده «نكاح قبل از بلوغ ممنوع است» و عبارت تبصره ماده فوق كه آمده است «عقد نكاح قبل از بلوغ با اجازه ولى بشرط رعايت مصلحت مولى عليه صحيح مى‏باشد» قرينه بر اين است كه مراد از ممنوعيت نكاح صدر ماده، ممنوعيت مواقعه است.**

**ليكن با اندك تأملى اين توهم منتفى است؛ چه، اينكه: اولاً: مواقعه قبل از بلوغ نسبت به دختر ممنوع است، در واقع آنچه ممنوع شده دخول به زوجه صغيره است و نسبت به زوج، فقهاء حكمى مبنى بر ممنوعيت نياورده‏اند. ثانيا ممنوعيت مزبور، فرعى از فروع ازدواج كودكان بوده، بعيد است در مورد مسأله، ابتدا فرع مزبور ذكر شود و آنگاه اصل مسأله مورد تعرض قرار گيرد.**

**بنظر مى‏رسد مراد از ممنوعيت مذكور در صدر ماده 1041 منع نكاح بالمباشره غير بالغين است بدنى معنى كه اصل اوليه آن كه كودكان نابالغ نمى‏توانند همچون افراد بزرگسال اقدام به ازدواج نمايند و در تبصره ماده مزبور تزويج ولائى را نسبت به آنان تجويز كرده است.**

**4ـ پيشنهادهائى در جهت رفع نواقص ماده مزبور**

**الف) ضمانت اجراى عدم رعايت مصلحت در تزويج كودكان بتصريح بيان شود.(66)**

ب) مرجع مشخص و ذيصلاحى براى تعيين و تأييد وجود مصلحت تعيين مى‏شود، و ولى صغير پيش از اقدام به تزويج ولائى، رسما از مرجع مذكور كسب اجازه نمايد.

**ح) ممنوعيت مواقعه با زوجه نابالغ بتصريح در قانون اعلام گردد و مجازاتهاى لازم در اين زمينه بطور مشخص بيان شود.**

**5ـ نتيجه بحث**

**1ـ قوانين ايران پيش از انقلاب اسلامى تحت تأثير حقوق كشورهاى غربى و احتمالاً اسناد بين المللى حقوق بشر ازدواج كودكان نابالغ را بشدت منع نموده، مجازاتهاى نسبتا سنگينى براى متخلف در نظر گرفته بود.**

**2ـ در سال 1361 كميسيون امور قضائى مجلس (بصورت آزمايشى) و در سال 1370 بصورت قطعى ماده 1041 را تصويب كرد. اين ماده به پيروى از فتواى مشهور فقهاى اماميه تزويج ولائى كودكان نابالغ را تجويز مى‏كند.**

**3ـ ماده مزبور از جهت گوناگون اجمال و ابهام دارد از جمله مفهوم مصلحت و همچنين پيامد عدم رعايت آن.**

**4ـ افزون بر ابهامات فوق، قانون مدنى از مسئله ممنوعيت مواقعه با دختران نابالغ به ازدواج در آمده و مجازاتهاى آن سخنى به ميان نياورده است.**

**5ـ در پايان اين بخش پيشنهاداتى جهت رفع نواقص و اصلاح ماده مزبور ارائه شده است.**

**بخش سوم:**

**مسأله تزويج كودكان در اسناد بين المللى**

**1ـ موضوع:**

**مسائل حقوقى كودكان در اسناد بين المللى حقوق بشر مورد توجه خاص قرار گرفته است.**

**تدوين و تصويب اعلاميه‏ها و كنوانسيون ويژه‏اى در زمينه‏هاى مربوط به حقوق كودك از قبيل: «برخوردارى از آموزش رايگان و اجبارى، منع استخدام و بكارگيرى كودكان، حمايت از كودكان در برابر ظلم، شقاوت و استثمار و برخوردارى از امكانات لازم جهت پرورش فكرى و بدنى و...» نمايانگر اين توجه است.**

**فضاى كلى اين اسناد بين‏المللى، همانند ساير اسناد حقوق بشرى، فضاى حمايتى از اين طيف‏هاى ضعيف اجتماعى است. چه كودكان ممكن است بگونه‏هاى متفاوتى مورد بى مهرى، ستم و سوء استفاده قرار گيرند. بكارگيرى كودكان در مشاغل سخت و بالاتر از تحمل آنها، جلوگيرى از تحصيل و اشتغال به يادگيرى آنان، نمونه‏هائى از اين قبيل بى مهرى‏ها است كه در اسناد بين‏المللى از آنها منع شده است.(67) تزويج زودرس كودكان نيز يكى از همين بى مهرى‏ها است كه ممكن است دامنگير آنها شود.**

**2ـ منع تزويج كودكان در اسناد بين المللى:**

**اسناد بين المللى حقوق بشرى در پى آنند كه فضاى حقوقى لازم جهت جلوگيرى از تحقق چنين صحنه‏هائى را بوجود آورند.**

**بعضى از مصوبات، صريحا و پاره‏اى ديگر، با اشاره به اين مسأله پرداخته‏اند.**

**1ـ2ـ براساس بند دوم كنوانسيون رفع كليه تبعيضات بر عليه زنان(68):**

«نامزدى و ازدواج فرزند از نظر قانون داراى قدرت اجرائى نمى‏باشد و كليه اقدامات ضرورى من جمله وضع قانون براى تعيين حداقل سن مناسب براى ازدواج بايد بعمل آيد و ازدواج در دفاتر رسمى بايد ثبت گردد.»

**در متن فوق دو نكته اساسى مورد تصريح قرار گرفته است.**

**الف) منع تزويج فرزندان: زيرا ازدواج پيوندى است كه اراده طرفين در آن دخيل است، نامزدى و ازدواج فرزند بمعناى در نظر نگرفتن اراده و قصد اوست.**

**ب) حداقل سن مناسب براى ازدواج: امروزه اكثريت قريب باتفاق كشورهاى جهان، حداقل سن ازدواج را بطور طبيعى سن بلوغ تعيين مى‏كنند. آنچه مورد اختلاف است، خود سن بلوغ است كه در كشورهاى متفاوت، متغير است.**

**2ـ2ـ در اصل نهم اعلاميه جهانى حقوق كودك(69) چنين آمده است:**

«كودك بايد در برابر هر گونه غفلت، ظلم، شقاوت و استثمار حمايت شود. كودك نبايد به هر شكلى وسيله مبادله قرار گيرد. كودك نبايد قبل از رسيدن به حداقل سن مناسب به استخدام در آيد و نبايد به هيچ وجه امكان و يا اجازه استخدام كودك در كارهائى داده شود كه به سلامت يا آموزش وى لطمه زده و يا باعث اختلال رشد بدنى فكرى و يا خلاقى وى گردد.»

**گرچه مسأله تزويج كودكان نابالغ در اعلاميه حقوق كودك مورد تعرض قرار نگرفته است ليكن روح كلى اين اعلاميه، مبارزه شديد با اينگونه برخوردها با كودكان است. حتى بنظر مى‏رسد وجه عدم تعرض اعلاميه مذكور نسبت به تزويج كودكان، وضوع ممنوعيت آن بگونه‏اى كه تدوين كنندگان اعلاميه ذكر آن را نيز ضرورى نمى‏دانسته‏اند.**

**روح كلى اصل نهم منع مطلق از تمام كارهائى است كه مضر به سلامت روحى و جسمى كودك است. روشن است كه كودكان به ازدواج درآمده به طور جدى در معرض آسيب‏هاى شديد روحى و جسمى هستند. حتى پيش‏بينى مجازاتهائى در فقه، خود، نمايانگر امكان عملى بروز پيامدهاى ناگوار جنسى است. بنظر مى‏رسد تجويز نهادهاى حقوقيى كه در عمل، زمينه هايى براى آسيب ديدن كودك را فراهم سازد با پيام كلى اعلاميه مذكور منافات دارد.**

**3ـ2ـ اعلاميه جهانى حقوق بشر(70) در ماده 16 خود چنين پيش بينى كرده است:**

«1ـ هر زن و مرد بالغى حق دارند بدون هيچ گونه محدوديت از نظر نژاد، مليت، تابعيت يا مذهب با همديگر زناشوئى كنند و تشكيل خانواده دهند.

**در تمام مدت زناشوئى و هنگام انحلال آن، زن و شوهر در كليه امور مربوط به ازدواج داراى حقوق مساوى مى‏باشند.**

**2ـ ازدواج بايد با رضايت كامل و آزادانه زن و مرد واقع شود.»**

**ماده مذكور تصريح مى‏كند حق ازدواج پس از وصول به سن بلوغ محقق مى‏شود. همچنين اراده آزادانه طرفين در تحقق ازدواج را مورد تأكيد قرار مى‏دهد. بنابراين از نظر ماده مزبور ازدواجى مورد پذيرش است كه اولاً سن بلوغ در آن رعايت شده باشد و ثانيا با اراده آزاد طرفين محقق شده باشد.**

**2ـ4ـ در ماده نسبتا طولانى دهم ميثاق بين المللى حقوق اقتصادى اجتماعى و فرهنگى(71) چنين آمده است:**

كشورهاى طرف اين ميثاق اذعان دارند كه:

**1ـ خانواده كه عنصر طبيعى و اساسى جامعه است بايد از حمايت و مساعدت بحد اعلاى ممكن برخوردار گردد بويژه براى تشكيل و استقرار آن و مادام كه مسئوليت نگاهدارى، آموزش و پرورش كودكان خود را برعهده دارند ازدواج بايد با رضايت آزادانه طرفين كه قصد آنرا دارند واقع شود.**

**همچنين در بخشى از بند سوم همين ماده آمده است كه:**

**3ـ ...«واداشتن اطفال به كارهايى كه براى جهات اخلاقى يا سلامت آنها زيان‏آور است يا زندگى آنها را به مخاطره مى اندازد يا مانع رشد طبيعى آنان مى‏گردد بايد به موجب قانون قابل مجازات باشد».**

**2ـ5ـ بر اساس ماده 23 ميثاق حقوق مدنى سياسى(72)**

1ـ ....

**2ـ حق نكاح و تشكيل خانواده براى زنان و مردان از زمانى كه به سن ازدواج مى‏رسند به رسميت شناخته مى‏شود.**

**3ـ هيچ نكاحى بدون رضايت آزادانه و كامل طرفين آن منعقد نمى‏شود.**

**با توجه به آنچه در شماره‏هاى قبل گذشت تحليل حقوقى مفاد دو ميثاق مزبور و كيفيت استناد به آن روشن مى‏شود.**

**3ـ نتيجه بحث:**

**از بررسى مجموع اسناد بين‏المللى در اين زمينه چنين بدست مى‏آيد كه:**

**تزويج ولائى كودكان نابالغ به دلايل زير ممنوع است:**

**الف ـ فقدان اراده آزاد طرفين عقد**

**ب - فقدان بلوغ**

**ج ـ ايجاد زمينه‏اى كه عملاً ممكن است منجر به آسيبهاى روحى و جسمى براى كودك شود.**

**4ـ ذكر يك نكته مهم**

**آنچه در اين اسناد آمده و مورد منع قرار گرفته، ازدواجى است طبيعى با تمام پيامدهاى حقوقى آن از جمله جواز نزديكى و انجام اعمال جنسى و حال آنكه ديديم فقها صريحا فتوى به ممنوعيت مواقعه با كودكان نابالغ به ازدواج در آمده، داده‏اند.**

**\* Mariage des enfants**

**ـ\*La capacite**

**1- براى آگاهى بيشتر ر.ك: امامى، سيد حسن. حقوقى مدنى، ج 1، ص 203 به بعد. و كاتوزيان، ناصر. حقوقى مدنى، قواعد عمومى قرار دادها، ج 2، ص 2 به بعد.**

**2- رك، همان، ج 4، ص 278 به بعد؛ حقوق خانواده ـ نكاح و انحلال آن. سيد حسين صفائى و اسدالله امامى. ص 79 به بعد.**

**3- در مباحث آتى بتفصيل به آن خواهيم پرداخت.**

**4- رك: امامى، سيد حسن. همان و سيد حسن صفائى و اسدالله امامى. همان.**

**×- La Majorite**

**5- در اين زمينه در مباحث آتى بتفصيل ديدگاههاى فقها را نقل خواهيم كرد.**

**6- لاخيار للصغيرة اذا زوجّها الاب اوالجد بعد بلوغها و رشدها بل هو لازم عليها و كذا الصغير على الاقوى و القول بخياره فى الفسخ و الامضاء ضعيف.**

**يزدى، سيد محمد كاظم. عروة الوثقى. مسأله 4 فصل فى اولياء العقد. همچنين رك به حواشى فقهاء بر عروه، ذيل همين مسأله. در مورد نظر فقهاى عامه رك: طوسى، محمد بن الحسن. كتاب الخلاف. مسأله 16 كتاب النكاح؛ الجريرى عبدالرحمن. الفقه على المذاهب الاربعة، ج 4، ص 29 به بعد.**

**7- مفيد، ابى‏عبدالله محمدبن لقمان. المقنعه فى الفروع و الاصول. سلسله يناييع الفقهيه. ج 18، ص 39.**

**8- طوسى، محمد بن الحسن. النهايه فى مجرد الفقه و الفتاوى. همان، ص 105.**

**9- ابن براج طرابلسى، عبدالعزيز. المهذب. همان، ص 167.**

**10- ابن زهرة، حمزة بن على. غنية النزوع. همان ص 274.**

**11- يزدى، سيد كاظم. عروة الوثقى. مسأله 4 فصل فى اولياء العقد. براى نمونه ر.ك به حاشيه بر عروة حضرات آيات، بروجردى، خوانسارى، نائينى، عراقى، حجت كوه‏كمره‏اى، رفيعى قزوينى، گلپايگانى و امام خمينى و...**

**12- ر.ك: طوسى. كتاب الخلاف. و الفقه على المذاهب الاربعة همان.**

**13- ر.ك: مراغى، ميرعبدالفتاح، العناوين. طبع قديم، ص 353. انصارى، شيخ مرتضى. المكاسب طبع جديد، ج 2، ص 54.**

**منتظرى. حسينعلى. الدراسات فى ولاية الفقيه و فقه الدولة الاسلامية، ج 1، ص 29.**

**14- فان الاتفاق اذا كان فى مورده اصل مسلم او قاعدة مسلمة او دليل فى المسألة بحيث يمكن اتكان المجمعين عليه فلايمكن كشف الحجة المعتبرة منه كما هو واضح و لذا ترى ان القدماء اتفقوا على تنجس ماءالبئر زعما منهم دلالة الاخبار على ذلك و قد اطبق المتأخرين على خلافه لعدم تمامية دلالة تلك الاخبار عندهم عليه ر.ك: خويى، سيد ابوالقاسم. اجودالتقريرات، ج 2، ص 99. (تقرير مباحث اصولى محمد حسين نائينى).**

**15- عن عدة من اصحابنا، عن احمد بن محمد، عن الحسين بن سعيد، عن عبدالله بن الصلت: قال سألت اباعبدالله(ع): عن الجارية الصغيرة يزوجها ابوها، لها امر اذا بلغت؟ قال ليس لها مع ابيها امر... وسائل الشيعه، باب 6 من ابواب عقد النكاح و اولياء الصغر، حديث 3.**

**16- محمد بن الحسن باسناده عن احمد بن عيسى، عن الحسن بن على بن يقطين، عن اخيه عن على بن يقطين قال: سألت اباالحسن(ع) اتزوج الجارية و هى بنت ثلاث سنين او يزوج للغلام و هو ابن ثلاث سنين؟ و ما ادنى حد ذالك الذى يزوجان فيه؟ اذا بلغت الجارية فلم ترض فما حالها؟ قال لابأس بذالك اذا رضى ابوها او وليها. همان كتاب و همان باب، حديث 7.**

**17- محمد بن الحسن باسناده عن احمد بن محمد بن عيسى عن الحسن بن محبوب، عن العلاء. عن محمد بن مسلم قال: سألت اباجعفر(ع) عن الصبى يتزوج الصبية قال(ع): ان كان ابواهما اللذان زوجاهما فنعم جائز و لكن لهما الخيار اذا أدركا. همان كتاب و همان باب، حديث 8.**

**18- در نسخه مطبوع وسائل بريد الكناسى نقل است و حال آنكه صحيح يزيد الكناسى است چنانچه در مصادر اصلى حديث يعنى دو كتاب تهذيب و استبصار چنين آمده.**

**19- عن الحسن بن محبوب، عن ايوب الخزاز، عن يزيد الكناسى قال: قلت لابى‏جعفر(ع) متى يجوز للاب ان يزوج ابنته و لا يستأمرها؟ قال(ع) اذا جازت تسع سنين، فان زوجها قبل بلوغ التسع سنين كان الخيار لها اذا بلغت تسع سنين.**

**20- براى آگاهى بيشتر در مورد راوى ر.ك: اردبيلى الغروى. جامع الرواة، ج1، ص117ـ116؛ و ج 2، ص341.**

**21- ر.ك: رجال نجاشى، ص 430، رقم 1224. و خاتمه وسائل الشيعه در ترجمه راوى مزبور.**

**22- ر.ك: حكيم، سيد محسن. مستمسك العروه، ج 14، ص 455.**

**23- ر.ك: الفقه على المذهب الاربعه. ج 4، ص 49؛ و كتاب الخلاف شيخ طوسى مسأله 16. كتاب النكاح.**

**24- ر.ك: خوئى، سيد ابوالقاسم، كتاب النكاح مستند العروة تقريرات درس معظم له. ج2، ص 277.**

**25- بر اساس قاعده سلطنت هر انسانى بر جان و مال خود اختيار دارد، اختيار و سلطنت ديگران خلاف اصل عقلى است و به گفته بعضى فقهاى معاصر سلطنت و اختيار نسبت به اموال از پيامدهاى اختيار و سلطنت بر جان است. يعنى چون انسان اختيار خود را دارد، اختيار اموالش را نيز دارد. ر.ك: منتظرى، حسينعلى. ولايت الفقيه و فقه الدولة الاسلاميه، ج 1، ص 495.**

**26- ر.ك: خوئى، سيد ابوالقاسم، مصباح الاصول تقريرات مباحث اصولى معظم له، ج2، ص 146ـ141.**

**ان الشهرة الفتوائية مما لم يقم دليل على حجيتها. همچنين ايشان در شرح مسأله مذكور از عروة الوثقى چنين آورده‏اند: ... قد عرفت مرارا ان اعراض المشهور عن الرواية المعتبرة لا يوجب وهنها و سقوطها عن الحجية. مستند العروة، ج 2، كتاب النكاح، ص 278.**

**27- ... ان كان ابواهما اللذان زوجاهما فنعم جائز و لكن لهما الخيار اذا أدركا، وسائل الشيعة، باب 6 من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد، حديث8.**

**28- محقق مذكور (قدس سره) ذيل مسأله مزبور عروة‏الوثقى چنين حاشيه زده‏اند:**

**هذا هو المعروف، بل ادعى عدم الخلاف، الا ان فى رواية صحيحة ثبوت الخيار لها و للصغير بعد بلوغها فيما اذا زوجها ابواهما حال الصغير، فالا حتياط فى هذه الصورة لا يترك.**

**29- صدوق بأسناه عن الحسن بن محبوب، عن على بن الحسن بن رباط، عن ابن مسكان عن الحلبى قال: قلت لأبى‏عبدالله(ع): الغلام له عشر سنين، فيزوجه ابوه فى صغره أيجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين؟ قال فقال: اما تزويجه فهو صحيح، و اما طلاقه فينبغى ان تحبس عليه أمراته حتى يدرك... وسائل الشيعه، باب 11، ابواب ميراث الازواج، حديث 4.**

**30- حكيم، سيد محسن. مستمسك العروة، ج 14، ص 454.**

**31- محمد بن الحسن بأسناد، عن احمد بن عيسى عن محمد بن ابى عمير، عن صفوان عن علاء عن محمد بن مسلم عن ابى جعفر(ع): فى الصبى يتزوج الصيبة يتوارثان؟ فقال اذا كان ابواهما اللذان زوجاهما فنعم. وسائل الشيعه، باب 12، من ابواب عقد النكاح، حديث 1.**

**32- ر.ك: طوسى، محمد بن الحسن، النهاية فى مجرد الفقه و الفتاوى. سلسلة الينابيع ص 105؛ ابن براج طرابلسى، عبدالعزيز. المهذب. همان 167؛ سيد محسن، حكيم، مستمسك العروة، ج 14، ص 455.**

**33- ر.ك: خوئى، سيد ابوالقاسم. مستند العروة تقريرات درس معظم له، ج 2، كتاب النكاح، ص 280. فان كان فى المقام خيار وجب ان يثبت لهما و ان لم يكن فهو غير ثابت لهما ايضا.**

**34- ... ان الغلام اذا زوجه ابوه و لم يدرك كان بالخيار اذا أدرك و بلغ خمسة عشرة سنة او يشعر فى وجهه أو ينبت فى عانته. وسائل الشيعه، باب 6 از ابواب عقد النكاح، حديث 9.**

**35- ر.ك: حكيم، سيد محسن، مستمسك العروة، ج 14، ص 455.**

**36- ر.ك: خوئى، سيد ابوالقاسم. مستند العروة، ج 2، كتاب النكاح، ص 280.**

**37- يشترط فى صحة تزويج الاب و الجد و نفوذه عدم المفسدة و الا يكون العقد فضوليا كالاجنبى و يحتمل عدم الصحة بالاجازة ايضا. بل الاحوط مراعاة المصلحة بل يشكل الصحة اذا كان هناك خاطبان احدهما اصلح من الآخر بحسب الشرف أو من أجل كثرة المهر او قلته بالنسبة الى الصغير فاختار الاب غير الاصلح لتشتهر نفسه» يزدى، سيد محمد كاظم، كتاب النكاح عروة الوثقى، مسئله 6، فصل اولياء العقد.**

**38- ر.ك: آل بحر العلوم، سيد محمد. بلغة الفقيه، ج 3، ص 27.**

**39- ... ان المشهور بين المتقدمين اعتبار المصلحة فى نفوذ تصرف الولى الاجبارى فى المال بل قد يستظهر من حجر التدكرة، دعوى نفى الخلاف فيه بين المسلمين و قد صرح به جماعة كثيرة فيتعدى منه الى المقام فيلحق المقام به ... حكيم، سيد حسن. مستمسك العروة، ج 14، ص 456.**

**40- آل بحر العلوم، سيد محمد. بلغة الفقيه، ج3، ص 27.**

**41- منتظرى، حسينعلى. تقريرات مباحث مكاسب المحرمه، در حوزه علميه قم سال 1373.**

**42- مسأله 49، كتاب النكاح خلاف، ص 212: «للأب ان يزوج ابنته الصغيرة بعبد او مجنون او مجذوم او ابرص أو خصىّ و قال الشافعى ليس له ذالك دليلنا: انه قد بيّنا ان الكفاية ليس من شرطها الحرية و لا غير ذالك من الاوصاف فعلى هذا يسقط الخلا و ايضا الاصل الاباحة و المنع يحتاج الى دليل» مسأله 50 اذا زوجها من واحد ممن ذكرنا صح العقد... دليلنا ماقلناه فى المسألة الاولى.**

**43- مراد از جد پدرى، پدر پدر تا هر چه بالاتر رود مى‏باشد.**

**44- ر.ك: يزدى، سيد محمد كاظم. عروة الوثقى، فصل فى اولياء العقد.**

**45- لا ولاية لغير الاب و ابائه من قبل الاب من الاقارب ـ مطلقا ـ بالنص و الاجماع و القول بثبوتها لبعض منهم ـ كما عن بعض شاذ لايلتفت اليه ـ ر.ك: يزدى، همان، سيد محمد و آل بحرالعلوم، بلغة الفقيه، ج3، ص 270.**

**46- ر.ك: حكيم، سيد محسن. مستمسك العروة، ج 14، ص 435 به بعد.**

**47- ر.ك: طوسى، محمد بن الحسن، كتاب النكاح كتاب الخلاف مسأله 16؛ و الفقه على المذاهب الاربعه، ج 4، ص 28 به بعد.**

**48- ر.ك: نجفى، محمد حسن. جواهر الكلام، ج 29، ص 414؛ و يزدى، سيد محمد كاظم، كتاب النكاح، فصل فى الاحكام الدخول.**

**49- همان؛ سيد محسن حكيم، مستمسك العروة، ج 14، ص 78.**

**50- ر.ك: نجفى، محمد حسن. همان ص 416 و سيد محمد كاظم يزدى همان، مسأله 2.**

**51- ر.ك: وسائل الشيعه، باب 45. من ابواب مقدمات النكاح.**

**52- ر.ك: نجفى، محمد حسن؛ سيد محسن حكيم همان؛ و وسائل الشيعه، همان، ذيل حديث 7.**

**53- حكيم، سيد محسن. همان.**

**54- نجفى، محمد حسن. همان، ص 414.**

**55- وسائل الشيعه، باب 45 ابواب مقدمات النكاح: عن محمد بن يحيى، عن غياث بن ابراهيم عن جعفر(ع) عن ابيه(ع) عن على(ع) قال: لاتوطأ جاريه لأقل من عشر سنين فان فعل فعيبت فقد ضمن حديث 6 و 7 ـ محمد بن خالد عن ابن ابى عمير، عن حمّاد، عن الحلبى عن ابى عبدالله(ع) قال: من وطى امرأته قبل تسع سنين فاصابه عيب فهو ضامن / حديث 5 و 9.**

**56- براى آگاهى بيشتر ر. ك: نجفى، محمد حسن، جواهر الكلام ـ كتاب النكاح و سيد ابوالقاسم خوئى. مستند العروة كتاب النكاح، سيد محسن، حكيم مستمسك العروة، كتاب النكاح، ج14.**

**57- ر.ك: امامى، سيد حسن، حقوق مدنى، ج 4، ص 288.**

**58- ر.ك: مجموعه قوانين 1361، نشريه روزنامه رسمى جمهورى اسلامى ايران، ص163.**

**59- همان، 1370، همان 523.**

**60- ر.ك: صفائى، سيد حسين و اسدالله امامى. حقوق خانواده، ج 1، ص 88.**

**61- اصل 167 ق. 1. ج 1: «قاضى موظف است كوشش كند حكم هر دعوا را در قوانين مدونه بيابد و اگر نيابد با استناد به منابع معتبر اسلامى يا فتاواى معتبر، حكم قضيه را صادر نمايد و...».**

**62- ر.ك: كاتوزيان، ناصر، حقوق مدنى / خانواده، ج 1، ص 75.**

**63- در مباحث گذشته ثابت كرديم عقد ولائى كه بدون رعايت مصلحت منعقد شود، باطل است.**

**64- ر.ك: كنوانسيون حقوق كودك 1989 ضميمه كتاب حقوق كودك، شيرين عبادى، ص 212 به بعد.**

**65- اين كنوانسيون در سال 1979 به تصويب مجمع عمومى سازمان ملل متحد رسيده است.**

**ر.ك: ناصرزاده، هوشنگ. اعلاميه‏هاى حقوق بشر گردآورنده.**

**66- اعلاميه جهانى حقوق كودك در سال 1959 به تصويب مجمع عمومى سازمان ملل متحد رسيده است همچنين در سال 1989 كنوانسيون حقوق كودك به تصويب مجمع عمومى سازمان ملل متحد رسيد، ر.ك: عبادى، شيرين. حقوق كودك، ص 207 به بعد.**

**67- اعلاميه مذكور در سال 1948 به تصويب مجمع عمومى سازمان ملل متحد رسيده است.**

**ر.ك: متين دفترى، احمد. حقوق بشر و حمايت بين المللى آن ص 11 و ص 298.**

**68- اين ميثاق در سال 1966 به تصويب مجمع عمومى سازمان ملل متحد رسيد.**

**ر.ك: متين دفترى، احمد. حقوق بشر، ص 20، متن ميثاق مزبور، همان، ص 360.**

**69- اين ميثاق نيز مصوب 1966 مجمع مزبور است. ر.ك: همان، متن ميثاق مزبور، همان ص 335.**