



مصلحت در نکاح اطفال و ضمانت اجرای آن

وکیل دکتر محمد عابدی *

وکیل هادی طاهری **

چکیده



در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی اصلاحی ۸۱، حق ازدواج برای اطفال و نوجوانان کمتر از ۱۵ یا ۱۳ سال، با اذن ولی و تشخیص مصلحت به وسیله دادگاه، شناخته شده است. شناخت مفهوم مصلحت و تمایز آن از عدم مفسدت و رابطه مصلحت با کفایت و مرجع تشخیص مصلحت در نکاح اطفال به لحاظ تبعات حقوقی و اجتماعی آن، اهمیت بسزایی دارد. همچنین مطالعه فقهی و حقوقی ضمانت اجرای اذن ولی و مصلحت در نکاح و مهر و نیز سرنوشت نکاحی که بدون اجازه دادگاه انعقاد یافته باشد، به دلیل اختلاف در فتاوی و اجمال نص قانونی، یک ضرورت است.

این مقاله در صدد آن است که ثابت نماید مصلحت اعم از عدم مفسدت و کفایت است و در نکاح صغار، مصلحت خود صغیر باید لحاظ شود و بر مبنای غلبه، فرض عدم مصلحت وجود دارد و اعلام می‌کند که نکاح صغیر بدون اذن ولی و یا اجازه دادگاه غیر نافذ است و در هر حال به دلیل ماهیت حسبی و تلقی رأی دادگاه به عنوان تصمیم، برای صغیر حق اعتراض به تصمیم دادگاه بعد از بلوغ و رشد وجود دارد.

واژگان کلیدی

عقد ازدواج، نکاح ولایی، مصلحت، مهر، نکاح اطفال.

* - استادیار گروه حقوق دانشگاه فردوسی - nazaninn@um.ac.ir

** - دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه فردوسی - ht.1365@yahoo.com



در فقه اسلامی اختیار ولی قهری و گاه حاکم و وصی در تزویج صغیر مورد تصدیق قرار گرفته است و در خصوص ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت صغیر در امر نکاح و یا مهر و نیز وجود حق فسخ نکاح برای صغیر بعد از بلوغ و رشد اختلاف نظر است.

قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳ و قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳، تزویج نوجوانان ۱۳ تا ۱۸ ساله را با اجازه دادگاه و احراز مصلحت مجاز می‌دانستند. لیکن ماده ۱۰۴۱ اصلاحی سال ۶۱ و ۷۰ با بازگشت به فقه اسلامی مجدداً بر تزویج ولایی صغیر ممیز و غیر ممیز، به شرط رعایت مصلحت مهر تأیید زد، اقدامی که انتقادات بسیاری را به دنبال داشت. سرانجام مجمع تشخیص مصلحت نظام با تعدیل مصوبه مجلس، جواز عقد نکاح پسر کمتر از ۱۵ سال و دختر کمتر از ۱۳ سال را، با اذن ولی و تشخیص مصلحت به وسیله دادگاه، تصویب کرد و در مسیر اعتدال گام نهاد. هرچند به نظر می‌رسد «مصلحت خانواده» با مصوبه مجمع تشخیص دهنده‌ی «مصلحت» به نحو شایسته تأمین نشده است و برداشتن گام اصلاحی بعدی برای پاسخگویی به انتظارات داخلی و بین‌المللی دور از انتظار نیست.^۱

در هر حال ماده ۱۰۴۱ اصلاحی ۸۱، از حیث معیار مصلحت و مقایسه آن با عدم مفسدت و کفایت^۲ و مرجع تشخیص مصلحت و بار اثبات آن و همچنین ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت صغیر در عقد نکاح و مهر و عدم تحقق شرایط نکاح صغیر از حیث اذن ولی و اجازه دادگاه و قابلیت اعتراض به تصمیم دادگاه و ماهیت رأی دادگاه در خصوص صدور اجازه نکاح، قابل مطالعه است که به ترتیب ابتدا مفهوم و جایگاه مصلحت در نکاح اطفال (۱) و سپس ضمانت اجرای شرایط نکاح اطفال (۲) مورد بررسی واقع می‌شود.

۱: مفهوم و جایگاه مصلحت در نکاح اطفال

ازدواج اطفال و یا اعطای معافیت از شرط سن قانونی نکاح، در حقوق موضوعه ایران، همیشه به رعایت مصلحت مشروط بوده است. در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی اصلاحی ۸۱ نیز، ازدواج صغیر یا نوجوان کمتر از ۱۳ سال (دختر) و ۱۵ سال (پسر) منوط به اذن ولی و مقید به «شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح» شده است. حال این پرسش مطرح می‌شود که مفهوم مصلحت و معیار آن چیست؟ (بند ۱-۱) آیا وجود مصلحت لازم است یا صرف فقدان ضرر و مفسدت کفایت می‌کند؟ (بند ۱-۲) مرجع تشخیص مصلحت کیست؟ (بند

۱. لازم به ذکر است در قانون جدید حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱ بر خلاف قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳ اشاره‌ای به حداقل سن ازدواج و شرایط نکاح صغیر نشده است. بنابر این در حال حاضر با عنایت به قانون مدنی هم‌چنان حداقل سن ازدواج برای دختر ۱۳ سال و پسر ۱۵ سال در نظر گرفته می‌شود.

۲. کفایت یا کفویت در لغت به معنای همتایی است و در اصطلاح برابری زوج و زوجه در سبب، نسب، دین، موقعیت اجتماعی و مالی و... می‌باشد (دبائی؛ ۱۳۸۷، ۸۶).



۳-۱) همچنین بار اثبات آن با چه کسی است؟ (بند ۱-۴) معیار مصلحت در کنار معیار کفایت چه جایگاهی دارد و این دو چه رابطه‌ای با یکدیگر دارند؟ (بند ۱-۵)

۱-۱: مفهوم و معیار مصلحت در نکاح اطفال

اختیار پدر و جد پدری در تزویج دختر و پسر صغیر از احکام مسلم فقهی است که متکی به روایات متعدد و فتاوی فقها است. قبل از اسلام اشخاص متعددی مانند برادر، عمو، عموزاده مدعی ولایت بر زنها و داشتن حق تزویج آنها بودند. اسلام از دو جهت محدودیت ایجاد کرد: یکی اینکه ولایت را محدود به ولی قهری یعنی پدر و جد پدری کرد. ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی نیز مبتنی بر نظر مشهور فقهاست؛ دوم اینکه اختیار ولی قهری را مشروط به رعایت مصلحت مولی علیه نمود. پس حرکت اسلام در جهت محدود کردن ولایت بر غیر و گسترش قلمرو اصل عدم ولایت بوده است (رجبیان، ۱۳۸۰، ۶۸).

فقه‌ها در تبیین قلمرو مصلحت احکام خاصی را مقرر نموده‌اند. از جمله اینکه تزویج صغار قبل از بلوغ کراهت دارد (طباطبایی یزدی؛ ۱۳۸۷، ۶۳۳). نزدیکی جنسی (وطی) قبل از رسیدن به بلوغ جایز نمی‌باشد و در صورت تخلف ضمانت اجراهای سنگینی مانند حرمت ابدی میان زوجین و ضمان دیه افضاء و سایر عیوب و تکلیف شوهر به پرداخت نفقه زن تا زمان حیات وی، در انتظار شوهر است (همان؛ ۶۴۵-۶۴۴؛ محقق حلی؛ ۱۳۷۲، ۴۳۷؛ اراکی؛ ۱۳۷۳، ۲۷۰؛ شهید ثانی؛ ۱۳۸۰، ۳۷۹) همچنین برای ولی جایز نیست مولی علیه را به شخصی تزویج کند که عیب داشته باشد، خواه از عیوب مجوز فسخ نکاح باشد یا خیر، مانند شرب خمر یا معصیت کار بودن یا بد دهن بودن (موسوی خمینی؛ بی تا، ۳۹۴).

مصلحت مفهوم متغیر و امر موضوعی است و با قرار دادن فرد متعارف در شرایط ویژه صغیر ارزیابی صورت می‌گیرد. یعنی معیار ارزیابی جنبه شخصی و نوعی دارد. به عنوان مثال ممکن است تزویج دختر صغیری که پس از مرگ پدر و مادر دچار تألم روحی شدید شده است و وابستگی عاطفی به پسر از خویشان داشته باشد به مصلحت تشخیص داده شود تا سلامت روانی خود را باز یابد. همچنین پدری که دچار فقر مالی شدید است و مجبور به منع فرزندان از ادامه تحصیل و واداشتن آنان به کار باشد، به واسطه نکاح فرزند صغیر خود با فرزند یک خانواده متمول، ادامه تحصیل و دوری از مفسدت کار اجباری را تأمین کرده باشد.

از آیات قرآن استفاده می‌شود که هدف ازدواج کسب آرامش روحی و مودت و محبت است و برخلاف تصرفات مالی، هدف اصلی نکاح، سود و منفعت مادی نیست؛ بلکه

۱. آیه ۱۸۹ سوره اعراف: «هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا...» و آیه ۲۱ سوره روم: «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ»



علاوه بر بقاء نسل، ایجاد انس و الفت و ارضای غریزه جنسی از راه صحیح و پر کردن خلاءهای روحی و عاطفی است. بنابراین مصلحت در نکاح صغیر باید در راستای تحقق اهداف ازدواج باشد. به نظر می‌رسد در نکاح اطفال، به دلیل عدم بلوغ جسمی و فکری غالباً این اهداف محقق نمی‌شود. در صحیح هاشم بن حکم آمده است که، به امام صادق (ع) عرض شد، ما فرزندانمان را در سن طفولیت تزویج می‌نماییم، امام (ع) فرمودند: «در این صورت بعید است که با هم انس گیرند و با هم مهربان باشند» (غیائی ثانی و موسوی بجنوردی؛ ۱۳۸۷، ۱۲).

مسئله دیگر که باید در مفهوم مصلحت لحاظ شود این است که ازدواج ولایی صغیر، وی را از مهم‌ترین حق انتخاب سرنوشت خود محروم می‌کند و مغایر با اصل مرتقی عدم ولایت است که مورد قبول فقهاست. بنابراین دلایل و عوامل موجهه مصلحت، باید به اندازه کافی قوی و مؤثر باشد تا بتوان اقدام به تزویج صغیر کرد. به همین دلیل است که اختیار تزویج صغیر محدود به ولی قهری شده است، اشخاصی که در شفقت و خیرخواهی آنان تردیدی نیست و خلاف آن استثناء است؛ مضافاً آنکه ضرر ناشی از نکاح ولایی بدون مصلحت، به ویژه از طرف زن، قابل جبران نیست و نباید نکاح با امور مالی مقایسه شود (شهید ثانی؛ ۱۴۱۶ق، ۱۲۹).

مصلحت مورد استناد برای تزویج صغیر ممکن است جسمی یا اخلاقی یا عاطفی یا شرایط خانوادگی باشد. به عنوان مثال، ممکن است پسر ۱۴ ساله‌ای، به دلیل رسیدن به سن بلوغ و تمایل شدید به ازدواج و فراهم بودن شرایط مالی و خانوادگی برای او، تزویج وی مصلحت‌آمیز تشخیص داده شود و یا دختر ۱۲ ساله بالغی به دلیل روابط نامشروع و زوال بکارت، رعایت اصول اخلاقی اقتضاء می‌کند که ازدواج کند؛ یا کودک صغیری که پدر و مادر وی فوت کرده و پدر بزرگ او دچار بیماری صعب‌العلاج است، با تزویج او با دختری از خویشان، مشکلات ناشی از یتیمی وی، به ویژه در دوره فقدان ولی قهری، ترسیم یابد.

در خصوص لزوم مصلحت در زمان عقد نکاح یا لزوم استمرار آن برای ایام آینده، یکی از فقها معتقد است: «در عقد مولی علیه رعایت مصلحت او به طور دایم در عقد نکاح دایم و رعایت مصلحت به طور موقت در عقد موقت یعنی به قدر مدت عقد لازم است و با نبودن آن عقد باطل است» (صانعی؛ ۱۳۸۱، ۴۳۴). اگر مقصود از این فتوی آن باشد که نکاح صغیر با توجه به روال متعارف و پیش‌بینی یک فرد متعارف از آینده زوجین، باید مصلحت‌آمیز به نظر آید، قابل تأیید است. ولی اگر منظور این است که اگر، به رغم وجود مصلحت در زمان عقد نکاح و استمرار آن در آینده طبق روال متعارف، به دلیل وقوع حوادث غیر قابل پیش‌بینی، بقای رابطه زوجیت در آینده به مصلحت نباشد، عقد را باطل یا غیر نافذ تلقی کنیم یا خیار فسخ برای صغیری که اکنون رشید شده است قائل شویم، به نظر قابل پذیرش نیست، زیرا در هر عقد نکاحی و در مورد افراد رشید هم، احتمال شکست



ازدواج و کشف به مصلحت نبودن انعقاد نکاح از ابتدا، وجود دارد و این امر مقتضای عجز بشری و جهل او به آینده است و تکلیف تضمین مصلحت آینده تکلیف ما لایطاق است.

۱-۲: وجود مصلحت یا کفایت دفع مفسدت

ظاهراً مشهور فقها تزویج ولایی را مشروط به عدم مفسدت کرده‌اند و رعایت مصلحت صغیر لازم نیست. کافی است که نکاح برای صغیر زینانی در پی نداشته باشد، هرچند از نکاح نفعی عاید وی نشود. سید محمد کاظم طباطبایی تصریح می‌کند «در صحت تزویج پدر و جد و نفوذ آن عدم مفسدت شرط است و الا عقد فضولی است...» (طباطبایی یزدی؛ ۱۳۸۷، ۷۰۱) امام خمینی نیز همین امر را تکرار می‌کند، هرچند هر دو احتیاط را در مراعات مصلحت می‌دانند (موسوی خمینی؛ بی تا، ۳۹۳). آیت‌الله خویی نیز بر کفایت عدم مفسدت در زمان وقوع نکاح در نزد عقلاء تأکید می‌کند (خویی؛ ۱۳۹۴ ه. ق، ۲۶۹). فقها در توجیه آن به قاعده لاضرر و پاره‌ای از روایات مانند صحیحہ فضل بن عبدالمالک، صحیحہ عبید بن زرارہ و صحیحہ ابو حمزہ ثمالی استناد کرده‌اند. (رجیان؛ همان، ۵۶-۵۴)

در مقابل، مشهور در بین متقدمان تزویج ولایی را مشروط به مصلحت کرده‌اند و با الحاق تزویج به تصرفات مالی، ادله اعتبار مصلحت را به مسأله تزویج نیز تعمیم داده‌اند. به عبارت دیگر، مصلحت اعم از جلب منفعت و دفع مفسدت است. یعنی هم دارای جنبه ایجابی و هم واجد وجه سلبی باشد (امیدی؛ ۱۳۷۷، ۸۷). علامه حلی پس از بیان اینکه تزویج مولی علیه به مجنون خلاف مصلحت است، می‌گوید: «وقتی تصرف در مال برخلاف مصلحت صحیح نباشد در امر نکاح به طریق اولی جایز نخواهد بود.» (علامه حلی؛ ۱۳۸۵، ۲۵۶) غالب فقهای که ولایت حاکم و یا وصی را در امر تزویج صغیر پذیرفته‌اند، آن را مشروط به مصلحت یا ضرورت کرده‌اند (شهید ثانی؛ ۱۳۸۰، ۳۸۴؛ خویی؛ همان، ۲۶۹؛ طباطبایی یزدی؛ همان، ۷۰۵). این نظر با آیه ۱۵۲ سوره شریفه انعام نیز مطابق است (وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ).

قانون مدنی نه تنها در مورد سایر نمایندگی‌های قانونی و قراردادی به ضرورت اقدام مطابق غبطه یا مصلحت تصریح کرده است^۱، بلکه در ماده ۱۰۴۱ مصوب ۱۳۱۳ و ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳، معافیت از شرط سن وقتی اعطاء می‌شود که مصالحی اقتضاء کند و در ماده ۱۰۴۱ اصلاحی ۶۱ و ۷۰ نیز نکاح قبل از بلوغ به شرط رعایت

۱. ماده ۶۶۷ قانون مدنی: «وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات نماید و از آنچه که موکل بالصراحه به او اختیار داده یا بر حسب قرائن و عرف و عادت داخل اختیار اوست تجاوز نکند.» ماده ۱۰۷۴ ق.م. «حکم ماده فوق در موردی نیز جاری است که وکالت بدون قید بوده و وکیل مراعات مصلحت موکل را نکرده باشد.» ماده ۱۲۴۱ ق.م. «قیم نمی‌تواند اموال غیر منقول مولی علیه را بفروشد و یا رهن گذارد یا معامله کند که در نتیجه آن خود مدیون مولی علیه شود مگر با لحاظ غبطه مولی علیه و تصویب مدعی العموم. در صورت اخیر شرط حتی تصویب مدعی العموم ملالت قیم می‌باشد و نیز نمی‌تواند برای مولی علیه بدون ضرورت و احتیاج قرض کند مگر با تصویب مدعی العموم.»



مصلحت مولی علیه تجویز شده بود. در ماده ۱۰۴۱ اصلاحی ۸۱ نیز اذن ولی در نکاح اشخاص کمتر از ۱۳ سال (دختر) و ۱۵ سال (پسر) وقتی میسر است که به تشخیص دادگاه صالح به مصلحت باشد. بدین ترتیب، قانون‌گذار در مطلق نمایندگی‌ها و از جمله نکاح صغار از نظر غیر مشهور فقها تبعیت کرده و دفع مفسدت را کافی نمی‌داند، بلکه نکاح صغیر باید به مصلحت او باشد تا این اختیار استثنایی قابل اعمال باشد.

۱-۳: مرجع تشخیص مصلحت

در فقه اسلامی، که اختیار ولی قهری در تزویج صغیر پذیرفته شده است، تشخیص مصلحت یا عدم مفسدت برای صغیر نیز به ولی واگذار شده است و حاکم صلاحیت در امر ولایت ندارد. تنها ضمانت اجرای تکلیف ولی به رعایت مصلحت عدم نقوذ نکاح ولایی است که از حدود مصلحت مولی علیه تجاوز شده است و شخص اخیر اختیار رد یا تنفیذ نکاح را بعد از بلوغ و رشد خواهد داشت (خویی؛ همان، ۲۹۶؛ موسوی خمینی؛ همان، ۳۹۳ و ۳۹۴).

ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی اصلاحی ۶۱ و ۷۰ نیز ظاهر در آن بود که تشخیص مصلحت به عهده ولی قهری است و از دخالت یا اجازه دادگاه سخنی به میان نیاورده بود و بر نظر فقها حمل می‌شد.

اختیار مطلق و بدون نظارت ولی قهری در تزویج صغار ممیز و غیر ممیز گاه موجب سوء استفاده می‌شد و راه را برای فروش دختران به وسیله اولیاء فاقد صلاحیت به نام مهر و نکاح باز می‌گذاشت؛ مضافاً آنکه اثبات فقدان مصلحت پس از بلوغ و رشد نه تنها دشوار بلکه بی‌فایده و بی‌اثر بود و جبران گذشته دردناک و بازگشت آب رفته به جوی امکان‌پذیر نبود.

این اشکالات و انتقادات ناشی از آن موجب شد تا قانون‌گذار با تغییر مرجع تشخیص مصلحت، احراز آن را به عهده دادگاه صالح قرار دهد، راهکاری که در ماده ۱۰۴۱ مصوب ۱۳۱۳ و ماده ۲۳ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳ اتخاذ شده بود در سایر نظام‌های حقوقی نیز اعمال شده است. مانند رومانی (ماده ۱۴۵ اصلاحی قانون مدنی مصوب ۱۹۷۰)، آلمان (ماده ۳۳۰ قانون مدنی)، عراق (ماده ۷ و ۸ قانون احوال شخصیه مصوب ۱۹۵۴)، مراکش (ماده ۷ تا ۱۰ قانون احوال شخصیه مصوب ۱۳۷۷ هجری قمری)، لبنان (مواد ۵ و ۶ قانون حقوق خانواده) و سوریه (ماده ۱۸ قانون احوال شخصیه) (گرجی؛ ۱۳۸۴، ۹۴-۸۶)، که قانون‌گذار در این موارد ابتدا شرط سنی نکاح را مقرر کرده و سپس نکاح قبل از رسیدن به سن قانونی ازدواج را مشروط به اجازه دادستان یا دادگاه کرده است.

از ظاهر ماده ۱۰۴۱ اصلاحی ۱۳۸۱، که نکاح دختر کمتر از ۱۳ سال و پسر کمتر از ۱۵ سال را منوط به اذن ولی و رعایت مصلحت به تشخیص دادگاه کرده است، ممکن است استفاده شود که قلمرو اختیار دادگاه صرفاً احراز مصلحت صغیر در عقد نکاح است.



همانگونه هم که در عمل مشاهده می‌شود، دادگاه صرفاً با ملاحظه وضعیت جسمانی صغیر و کسب آگاهی از دلایل تزویج بوسیله ولی، اجازه نکاح صادر می‌کند، بدون اینکه طرف عقد نکاح و شرایط عقد و مقدار مهر مورد توجه و بازرسی قرار گیرد. این رویه و استنباط از چند جهت قابل انتقاد است: اول اینکه احراز قابلیت جسمی صغیر برای نکاح و یا کهنولت سن والدین صرفاً ممکن است مؤید عدم مفسدت در نکاح باشد بدون اینکه ملازمه با وجود مصلحت داشته باشد؛ ثانیاً، ممکن است اصل نکاح با مصلحت طفل مغایر نباشد، لیکن نکاح با شخص مقابل یا با شرایط راجع به مهر و شروط ضمن عقد نکاح برخلاف مصلحت طفل باشد و لازم است، دادگاه در مورد تمام امور مالی و غیر مالی نکاح و شخصیت و اوصاف شخص مقابل نیز تحقیق مقتضی انجام دهد و در صدور اجازه نکاح به قدر متیقن اکتفا کند؛ زیرا نکاح صغار حکمی خلاف قاعده و استثناست. ثالثاً این احتمال اقوی است که، با توجه به تشخیص مصلحت به وسیله دادگاه صالح، صغیر قانوناً نتواند بعد از بلوغ و رشد مدعی فسخ نکاح بشود و یا به استناد عدم رعایت مصلحت، ادعای عدم نفوذ نکاح را داشته باشد. در این صورت شخص ناگزیر به تن دادن به ازدواجی می‌شود که بدون اراده او و بدون لحاظ مصلحت او، از حیث امور مالی و غیر مالی، منعقد شده است.

۴-۱: بار اثبات مصلحت

در فقه امامیه و ماده ۱۰۴۱ اصلاحی ۶۱ و ۷۰، که تزویج ولایی مشروط به مصلحت شده بود، به عنوان امر بدیهی و مسلم فرض بود که اقدام ولایی پدر و جد پدری در تزویج صغیر موافق با مصلحت صغیر است، زیرا ولایت آنان از نوع ولایت اجبار و شرعی است و وصف ذاتی دارد. حاکم از اختیار دخالت در امور ولی ممنوع است، به علاوه فرض می‌شود که پدر و جد پدری به دلیل شفقت و علاقه ذاتی اقدامی بر خلاف مصلحت انجام نمی‌دهد (رجبیان، ۱۳۸۰، ۳۴)، بنابراین در فقه اتفاق نظر وجود دارد که صغیر به عنوان مدعی پس از بلوغ و رشد می‌تواند با اثبات عدم رعایت مصلحت، فضولی بودن اقدام ولی را احراز کند و اختیار رد و بطلان نکاح سابق را داشته باشد. امری که علاوه بر دشوار بودن بار اثبات، تبعات منفی و جبران ناپذیری بر زندگی و سرنوشت شخص مقابل وارد می‌کند و معلوم نیست چرا باید شخص مقابل (زوج یا زوجه) بار قصور یا تقصیر ولی همسرش را به دوش بکشد؟

ماده ۱۰۴۱ ق.م. مصوب ۱۳۱۳ و ماده ۲۳ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳، با تعیین سن قانونی نکاح، معافیت از شرط سن را موکول به وجود مصالحی می‌کرد که بار اثبات آن ظاهراً به دوش دادستان بود که از باب حفظ حقوق عمومی پیشنهاد معافیت از سن دادگاه را پیشنهاد می‌کرد. در ماده ۱۰۴۱ اصلاحی سال ۸۱ نیز به نظر می‌رسد بار اثبات وجود مصلحت به دوش ولی باشد که می‌خواهد اقدام به تزویج ولایی کند یا اذن در ازدواج صغیر را صادر می‌کند، زیرا اولاً طبق بند اول ماده ۱۰۴۱ ق.م. سن قانونی نکاح ۱۳ و ۱۵ سال تعیین شده است؛ لذا منطقی است که اثبات تحقق شروط حکم استثنایی به عهده ولی باشد،



زیرا مدعی شخصی است که خلاف اصل سخن می‌گوید. ثانیاً از ماده ۱۰۴۱ ق. م و روح قانون مدنی از فقه امامیه به روشنی اصل عدم ولایت استنباط می‌شود و تزویج ولایت صغیر مغایر با اصل عدم ولایت و استثناء بر آن است. ثالثاً واقعیت‌های اجتماعی و پزشکی نشان می‌دهد که نکاح در سنین پایین، علاوه بر پیامدهای ناگوار جسمی و روانی، موجب می‌شود صغیر موقعیت‌های اجتماعی مانند موقعیت تحصیلی، مهارت‌های شغلی، و موقعیت اقتصادی را غالباً از دست بدهد. پیامدهای بارداری در سنین پایین مانند مرده‌زایی، سقط جنین، کمبود رشد، عقب ماندگی ذهنی کودکان، افزایش زایمان غیر طبیعی از لحاظ پزشکی قابل انکار نیست. اقدام مقنن در تزویج نکاح صغیر به عنوان حکم خلاف قاعده نشانی از رعایت همین ملاحظات است. دختر و پسر در سنین کودکی و قبل از بلوغ نه از لحاظ روحی به همسر نیاز دارد و نه از نظر جسمی. روحیه کودکانه او بیشتر به مهر و محبت والدین و بازی‌های کودکانه نیازمند است نه زیستن در کنار یک همسر. هدف نکاح سکونت روح و آرامش روان، تولید نسل سالم و تربیت فرزند صالح و ارضای مشروع غریزه جنسی است و با ازدواج در سنین کودکی هیچ یک از این اهداف محقق نمی‌شود. بنابراین اعمال این ولایت معمولاً خالی از مفسدت نیست به خصوص که در شرایط کنونی معیار انتخاب همسر نسبت به گذشته دگرگون شده و عواملی از قبیل سطح تحصیلات، اعتقادات، بینش و تفکر فردی و اجتماعی نوع شغل و سایر عوامل، معیارهای عمده گزینش همسر به شمار می‌روند (غیاثی ثانی و موسوی بجنوردی؛ همان ۱۰ و ۱۱) به لحاظ همین جهات است که یکی از مراجع تقلید (مکارم شیرازی) معتقد است: «با توجه به این که ولایت پدر منوط به مصلحت صغیر است و در عصر و زمان ما غالباً غبطه و مصالح صغیر در ازدواج نمی‌باشد بنابر این پدران جز در موارد استثنایی حق ندارند صغیر یا صغیره را به عقد کسی درآورند» (به نقل از: معاونت آموزش قوه قضاییه؛ ۱۳۸۷، ۳۳۴).

بدین ترتیب، در نکاح صغیر و اشخاص کمتر از سن قانونی، بر مبنای غلبه، فرض عدم مصلحت وجود دارد و ولی قهری باید به عنوان مدعی و با ارایه دلایل مثبت وجود مصلحت در نکاح برای خود صغیر، خلاف این فرض را در دادگاه ثابت کند.

۵-۱: جایگاه کفالت در معیار مصلحت در نکاح اطفال

کفالت یا کفویت در لغت به معنای همتایی است و در اصطلاح برابری زوج و زوجه در سبب، نسب، دین، موقعیت اجتماعی و مالی و... می‌باشد (دیانی؛ همان، ۸۶) از آیات قرآن، مانند منع ازدواج مؤمن با مشرک در آیه ۲۲۱ سوره مبارکه بقره و لزوم ازدواج مردان و زنان پاک با یکدیگر در آیه ۲۶ سوره نور، اصل ضرورت کفالت استنباط می‌شود. همچنین ضرورت کفالت در امر نکاح و پاره‌ای از مصادیق کفالت در روایات بیان شده است (ایزدی فر؛ ۱۳۸۲، ۱۵).

در فقه اسلامی کفالت در نکاح را شرط صحت عقد قرار داده‌اند (همان؛ ۱۷؛ شهید ثانی؛ همان، ۳۸۴ و ۳۹۲) لیکن در خصوص مصادیق و معیار کفالت اختلاف نظر شدید وجود دارد.



در فقه عامه مصادیق کفائت متعدد است: حنفی‌ها وجود برابری مرد و زن را برای تحقق کفائت ۶ امر دانسته اند: نسب، اسلام، شغل، آزادی، ایمان و مال؛ شافعی‌ها معتقدند که معیار کفائت همانندی در نسب، دین، آزادی و شغل است و حنبلی‌ها کفائت را در دین، شغل، مال، یسار، آزادی و نسب دانسته اند (دیانی؛ همان، ۸۷).

در فقه شیعه نیز ضرورت کفائت در نکاح و کفائت در اسلام مورد اتفاق است و کفر از موانع نکاح به شمار می‌رود. لیکن در کفائت در ایمان اختلاف نظر وجود دارد و مشهور آن را شرط نمی‌داند. سیره ائمه نیز این امر را تأیید می‌کند (همان؛ ۲۰ و ۱۸). همچنین هرچند برخی از فقها، تمکن مالی و انفاق ولو بالقوه را شرط کفائت در نکاح دانسته و به برخی روایات و قاعده لاضرر استناد کرده‌اند (حاجعلی؛ ۱۳۸۷، ص ۶۹)، لیکن مشهور فقها به استناد کتاب (آیه ۳۲ سوره نور) و احادیث و قاعده نفی عسر و حرج، تمکن مالی را در کفائت مندرج نمی‌دانند (همان؛ ۶۸).

در قانون مدنی کفائت در هیچ متنی جزو شرایط صحت نکاح نیست و صرفاً کفر به عنوان مانع نکاح در ماده ۱۰۵۹ ق. م بیان شده و ازدواج زن مسلمان با مرد کافر باطل اعلام شده است. لیکن برخی حقوقدانان (دیانی؛ همان، ۹۱ و ۸۷)، معتقدند که با توجه به الزام مرد به پرداخت نفقه زوجه مطابق شأن وی و اختیار مرد در منع زن از شغل مخالف مصالح (ماده ۱۱۱۷ ق.م.) و امکان فسخ نکاح به علت پاره‌ای از عیوب ظاهری و ناتوانی جنسی، می‌توان ادعا نمود که قانون مدنی به نوعی از کفائت اقتصادی، شغلی و ظاهری و جنسی در بخشی آثار نکاح سخن به میان آورده است. در برابر برخی دیگر، (ایزدی فرد؛ همان، ۲۰) معتقدند که کفائت صرفاً در نکاح و اخلاق نیکو شرط است اما تساوی در حسب، نسب، مال، زیبایی، علم و حرفه معیار کفائت نیست.

به نظر می‌رسد با توجه به نظر مشهور فقها و ظاهر قانون مدنی که صرفاً کفر را از موانع نکاح شمرده است، در حقوق ایران کفائت از شرایط صحت نکاح نیست و صرفاً کفر از موانع صحت نکاح می‌باشد. با وجود این به نظر می‌رسد در نکاح صغیر و نوجوانان کمتر از ۱۳ یا ۱۵ سال، که ولی قهری باید وجود مصلحت را اثبات کند، وجود کفائت در امور اقتصادی، اجتماعی، ظاهری و جنسی از لوازم مصلحت باشد، هرچند معیار مصلحت اعم از معیار کفائت است. زیرا از یک طرف لزوم وجود شرایط کفائت غالباً بدون اثبات عدم مفسدت به کار می‌آید نه احراز مصلحت. از طرف دیگر علاوه بر ضرورت کفائت، باید وجود مصالحی در خود صغیر از قبیل مصلحت جسمی، روانی، مالی، شرافتی یا اوضاع و احوال خانوادگی و اجتماعی نکاح صغیر را توجیه کند.

جانانان رابینسون، روانشناس معروف آمریکایی، می‌گوید: «عوامل تحقق صمیمیت در یک زندگی مشترک عبارتند از: تأیید، یعنی درک احساسات همسر و توجه به حرفهای او، ستایش، یعنی هنر گفتگو یا شریک زندگی، به این معنا که بتوانید آنچه را که در او تحسین



می‌کنید به زبان بیاورید و پذیرش، یعنی دوست داشتن شریک زندگی، همانگونه که هست نه آن گونه که می‌خواهی یا عشق بدون قید و شرط (به نقل از: ایزدی فرد؛ همان، ۲۴ و ۲۳). بدیهی است این عوامل محقق نمی‌شود مگر کفایت و مشابهت در سن و تفکر و اندیشه، اخلاق و ایمان وجود داشته باشد؛ و ملاک‌هایی مانند اصالت خانوداگی، توازن و تناسب جسمی و جنسی، جمال و زیبایی، علم و سواد به عنوان شرط کمال در بهتر شدن و دوام در زندگی مشترک تأثیر عمده دارند و باید در معیار مصلحت لحاظ شوند.

۲. ضمانت اجرای شرایط نکاح اطفال

با توجه به اینکه یکی از شرایط صحت نکاح اطفال رعایت مصلحت مولی علیه از سوی ولی یا تشخیص دادگاه صالح می‌باشد، ضروری به نظر می‌رسد ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت در نکاح مورد بررسی قرار گرفته (بند ۲-۱) و همچنین فروضی را که ولی در تعیین مهر، مصلحت را مراعات نموده، بررسی شود (بند ۲-۲).

۲-۱: ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت در مورد نکاح اطفال

نماینده ام از اینکه قانونی یا قضایی و یا قراردادی باشد، باید در حدود اختیارات و مصلحت موکل و یا منوب عنه اقدام کند. در صورت تجاوز نماینده از حدود اختیارات و مصلحت، عمل وی فضولی تلقی شده و غیر نافذ است.

در خصوص عدم رعایت مصلحت منوب عنه از جانب نماینده چند فرض است: گاه نماینده مرتکب خیانت شده و به عمد مصلحت را زیر پا می‌گذارد. در این صورت در فضولی بودن عمل او تردیدی نیست. ارتکاب تقصیر سنگین نیز در حکم عمد است یعنی عملی که در آن قصد اضرار نیست اما ظن ورود ضرر نوعاً وجود دارد. گاه نماینده در جهت حفظ مصلحت موکل تلاش کرده، لیکن مصلحت تحقق نیافته است. در این فرض عمل نماینده نافذ است زیرا تعهد او به حفظ مصلحت از مصادیق تعهد به وسیله و مواظبت است و نه تعهد به نتیجه، به علاوه، در انجام معامله به وسیله موکل نیز احتمال عدم تحقق مصلحت وجود دارد. در فقه نیز برخی از فقها (موسوی خمینی؛ همان، ۳۹۴) صحت نکاح را در صورت جهد ولی قهری در احراز مصلحت بعید ندانسته‌اند ولو مصلحت صغیر تحقق نیافته باشد. البته موکل اختیار فسخ معامله را به دلیل وجود پاره‌ای از خیارات مانند غبن، در صورت جمع شرایط، خواهد داشت. گاه نماینده نیز در اجرای نیابت بی‌مبالاتی می‌کند و در نتیجه تقصیر او مصلحت محقق نمی‌شود. در فقه امامیه تمایل به عدم نفوذ عقد بیشتر است (کاتوزیان؛ ۱۳۷۶، ۱۸۲)، زیرا اختیار نماینده محدود به رعایت غبطه موکل است. مفاد ماده ۱۰۷۴ قانون مدنی نیز در مبحث نکاح این استنباط را تأیید می‌کند (کاتوزیان؛ ۱۳۶۹، ۷۷)، لیکن برخی از استادان (همان؛ ۷۷) معتقدند، حفظ استواری و امنیت معاملات اقتضا می‌کند که قائل به نفوذ قرارداد باشیم، مضافاً بر آنکه معنای اعطای نیابت آن است که تمیز نماینده در رعایت مصلحت برای اصیل اعتبار دارد و اراده نماینده در باره اصیل الزام آور باشد. به علاوه،



تحمیل ضرر به موکل، که خود اقدام به انتخاب وکیل کرده، اولی بر تحمل ضرر از طرف معامله است که با وکیل معامله کرده است. این دیدگاه با احکام نظریه وکالت ظاهری سازگار است.

در فقه امامیه، نسبت به ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت صغیر در نکاح انعقاد یافته به وسیله ولی، اختلاف نظر است: بطلان نکاح، عدم نفوذ آن، خيار فسخ به صورت مطلق یا در فرض عدم رعایت مصلحت و تفکیک میان نکاح پسر صغیر و دختر صغیر اقوال مذکور در کتاب فقهاست، مشهور فقها قائل به عدم نفوذ است. (شهید ثانی؛ همان، ۳۹۱؛ اراکی؛ ۱۳۷۲، ۲۷۰؛ خویی؛ همان، ۲۶۹؛ طباطبایی؛ همان، ۷۰۱).

در ماده ۱۰۴۱ ق.م. اصلاحی ۸۱، علاوه بر تکلیف ولی قهری در اذن توأم با مصلحت، وجود مصلحت از سوی دادگاه صالح احراز شود و این پرسش را مطرح می‌سازد که در نظام حقوقی کنونی آیا ادعای یکی از زوجین، بعد از رسیدن به بلوغ یا رشد، مبنی بر بطلان نکاح به علت عدم رعایت مصلحت مسموع است یا خیر؟

ممکن است ادعا شود، عدم نفوذ نکاح صغیر به جهت عدم رعایت مصلحت، ناظر به فرضی است که ولی قهری از باب ولایت در نکاح و بدون دخالت دادگاه اقدام به تزویج صغیر کرده است، لیکن در ماده ۱۰۴۱ اصلاحی ۸۱ ادعای عدم نفوذ نکاح و عدم رعایت مصلحت مسموع نیست زیرا دادگاه صالح تشخیص ولی قهری در رعایت مصلحت را تأیید کرده و تصمیم دادگاه از اعتبار امر قضاوت شده برخوردار است و مصلحت خانواده ایجاب می‌کند پس از نظر مصلحت آمیز ولی قهری و نظارت استصوابی دادگاه بر آن، ادعای مخالف آن مسموع نباشد و پیوند نکاح را سست ننماید. علاوه بر آن در حکم جدید عقد نکاح متناسب به اراده‌ی خود صغیر است و قیاس آن با ماده ۱۰۴۱ ق.م. اصلاحی ۶۱ و ۷۰ فقه امامیه که مبتنی بر ولایت در نکاح است صحیح نیست. همچنین گفته شده در مواردی که نکاح ولایی مورد تأیید دادگاه قرار می‌گیرد وجود رضایت مفروض است یعنی رضایت ولی قائم مقام رضایت طفل می‌شود و برای انعقاد عقد کافی بوده و عقد واقع شده صحیح و غیر قابل اعتراض است (دیانی؛ همان، ۷۳).

لیکن برای پاسخ درست لازم است ابتدا بررسی شود که تصمیم دادگاه در تأیید اقدام ولی و احراز مصلحت، که قاعدتاً به شکل صدور اجازه نکاح صادر می‌شود، آیا یک عمل ترافیعی است یا عمل حسبی و اگر عمل حسبی است حکم تلقی می‌شود یا تصمیم؟

به نظر می‌رسد تصمیم مقام قضایی از مصادیق عمل حسبی باشد زیرا با توجه به ماده یک قانون امور حسبی، عمل حسبی وقتی از دادگاه صادر می‌شود که علی‌القاعده اختلاف و نزاعی وجود ندارد و وجود طرف مقابل لازم نیست، لیکن در عین حال نظارت و مداخله قاضی لازم است (شمس؛ ۱۳۸۱، ۲۷۰ و ۲۷۱). نحوه نگارش ماده ۱۰۴۱ اصلاحی ۸۱ نشان می‌دهد که ولی قهری در هرحال و بدون لزوم وقوع اختلاف و بدون ضرورت تعیین طرف مقابل، باید تأیید مقام قضایی را در تشخیص مصلحت صغیر تحصیل کند و اجازه نکاح دریافت کند.



همچنین به نظر می‌رسد، تصمیم دادگاه صالح در صدور اجازه نکاح در قالب «تصمیم» باشد نه حکم، توضیح آنکه از یک سو طبق ماده ۲۷ قانون امور حسبی، «تصمیم دادگاه در امور حسبی قابل پژوهش و فرجام نیست جز آنچه در قانون تصریح شده است». پس قابلیت پژوهش و فرجام در امور حسبی که به موجب نص قانون قابل پژوهش هستند حکم اطلاق می‌شود. بنابراین صدور اجازه نکاح مشمول اصل قرار گرفته و در قالب «تصمیم» می‌باشد و نتیجتاً قابل تجدیدنظر و فرجام نیست، از سوی دیگر، تصمیماتی که دادگاه به عنوان ناظر به حقوق عامه می‌گیرد و غرض دادرس حفظ منافع عمومی است نه فصل خصومت، از حاکمیت امر مختوم برخوردار نیستند (کاتوزیان؛ ۱۳۵۴، ۹۰)، مضافاً آن که مطابق مواد ۴۰ و ۴۴ و مفهوم ماده ۴۱ قانون امور حسبی، دادگاه می‌تواند تصمیم خود در امور حسبی را رأساً یا به موجب تذکر یا بر حسب اعتراض شخص ثالث تغییر دهد، یعنی با کشف دلایلی که نادرستی تصمیم را مدلل می‌کند، با عدول از رأی سابق خطای تصمیم خود را جبران کند.

از مطالب بالا نتیجه می‌شود که اجازه نکاح صادر شده از دادگاه عمل حسبی است که به آن تصمیم اطلاق می‌شود و قابل تجدید نظر و فرجام نیست و صغیر می‌تواند پس از بلوغ یا رشد، مدعی عدم رعایت مصلحت خود در اصل نکاح یا مهر شود و به عنوان ثالث و مستند به ماده ۴۴ قانون امور حسبی به تصمیم دادگاه اعتراض کند. بدیهی است رأی دادگاه در خصوص پذیرش یا رد اعتراض صغیر بعد از بلوغ یا رشد جنبه توافقی داشته و رأی صادره حکم تلقی می‌شود و قابلیت تجدید نظر دارد و از اعتبار امر مختوم برخوردار است. البته ادعای این که به علت انتساب عقد نکاح به اراده صغیر ممیز، ادعای عدم رعایت مصلحت از صغیر بالغ شده، مسموع نیست موجه نمی‌باشد. زیرا اذن ولی شرط مقدم یا اجازه او شرط متأخر تکمیل کننده علت تامه زوجیت است و بدون آن نکاح اصولاً نفوذ حقوقی ندارد و این اذن یا اجازه باید مقید به وصف مصلحت باشد و الا ضمانت اجرای عدم مصلحت، عدم نفوذ نکاح است.

در پایان این قسمت به مناسبت شایسته است بدین سؤال پاسخ داده شود که با فرض رعایت مصلحت در نکاح اطفال آیا امکان فسخ نکاح از سوی وی پس از دوران صغر وجود دارد یا خیر؟

هرچند اصل تزویج ولایی صغار در فقه مسلم است، لیکن در خصوص لزوم یا عدم لزوم نکاح منعقد شده به وسیله ولی، نسبت به مولی علیه پس از بلوغ و رشد، اختلاف نظر وجود دارد. مشهور فقها (خمینی؛ همان، ۳۹۳؛ اراکی؛ ۱۳۷۳، ۲۷۰؛ طباطبایی یزدی؛ همان، ۷۰۱) با استناد به اصل لزوم عقود و اطلاق ادله و روایات و شمول آن بر امور مالی و غیر مالی و پاره‌ای از روایات مانند صحیحہ حلبی، برای پسر بعد از بلوغ اختیار فسخ قائل نیستند. در مقابل برخی دیگر از فقها با استناد به روایت یزید الکناسی و اینکه تزویج پسر به اثبات مهر و نفقه بر عهده او می‌انجامد و اثبات چنین تعهدی برای پسر بدون ضرورت پذیرفتنی نیست، قائل به خیار فسخ نکاح برای پسر شده‌اند (قاری سید فاطمی؛ ۱۳۷۴، ۱۳۹-۱۳۶).



در مورد تزویج دختر اختلاف کمتر است و نسبت به عدم خیار فسخ برای دختر بعد از بلوغ ادعای اجماع شده است. اصل لزوم و اصل استصحاب و پاره‌ای از اخبار مانند صحیحہ عبدالله بن صلت و علی بن یقطين استناد شده است که بر صراحت بر نفی خیار فسخ دختر تأکید شده است. لیکن در برابر روایاتی وجود دارد که صریحاً با مدلول دو روایت گذشته منافات دارد: یکی صحیحہ محمد بن مسلم و دیگری روایت یزید الکناسی (همان؛ ۱۳۵-۱۳۱)، مضافاً اینکه تفکیک و تبعیض میان دختر و پسر معقول نیست. زیرا اصل مهر و الزام به پرداخت نفقه طبق شأن زوجه تکلیف قانونی است و در مورد مقدار مهر نیز قانوناً باید مصلحت دختر و پسر هر دو رعایت شود و ادامه همسری بدون میل و رغبت خود ضرری است (محقق داماد؛ ۱۳۷۳، ۴۹) که خیار فسخ برای دختر را توجیه می‌کند. به ویژه آنکه پسر با داشتن حق طلاق می‌تواند از ادامه زوجیت نادرست رها شود، اما دختر جز در موارد خاص از چنین اختیاری برخوردار نیست.

در هر حال در ماده ۱۰۴۱ مصوب ۱۳۱۳ و ماده ۲۳ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۵۳، به جهت انعقاد نکاح با اراده زوجین و فقدان نهاد ولایت در نکاح، بحث خیار فسخ بعد از بلوغ و رشد منتفی بود. اما با اصلاح ماده ۱۰۴۱ در سالهای ۶۱، ۷۰ و ۸۱ که تزویج صغیر با ولایت و اذن ولی مجدداً احیاء شده است، مجدداً این پرسش مطرح می‌شود که آیا دختر یا پسر می‌تواند پس از بلوغ و رشد اقدام به فسخ نکاح کند یا خیر؟

به نظر می‌رسد همگام با مشهور فقها، باید قائل به فقدان خیار فسخ عقد نکاح برای دختر و پسر بود. زیرا اولاً اصل حصری بودن موارد انحلال و فسخ نکاح اقتضاء می‌کند که جز در موارد منصوص امکان انحلال نکاح وجود نداشته باشد. ثانیاً با تردید در وجود یا فقدان حق فسخ اصل بر لزوم عقد نکاح و استصحاب اعتبار آن و اصل بر عدم خیار است. ثالثاً مقنن به اختلاف نظر فقها و قول مشهور در فقه آگاه بوده است و سکوت مقنن در مقام بیان حاکی از آن است که اعتقادی به فسخ نکاح نداشته است و اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز تبعیت از مشهور فقها را به عنوان فتاوی معتبر الزامی می‌کند. رابعاً بسیاری از فقهای متأخر نیز بر لزوم عقد نکاح نسبت به دختر و پسر تصریح کرده‌اند (طباطبایی یزدی؛ همان، ۷۰۱؛ موسوی خمینی؛ همان، ۳۹۳؛ خویی؛ همان، ۲۶۹؛ اراکی؛ همان، ۲۷۰). خامساً مبنای خیار یا نفی ضرر است یا رعایت تراضی و با فرض اینکه عدم رعایت مصلحت ثابت نشود، ضرری متوجه مدعی خیار نیست تا حق فسخ داشته باشد، مضافاً آنکه اعمال خیار فسخ موجب ضرر معنوی و تبعات ناگوار اجتماعی برای همسر اوست که دلیلی بر تحمیل ضرر به او وجود ندارد.

۲-۲: ضمانت اجرای عدم رعایت مصلحت در مهر

ممکن است در خصوص رعایت مصلحت در اصل نکاح اختلافی وجود نداشته باشد، لیکن دختر صغیر پس از رشد مدعی عدم رعایت مصلحت و کمتر بودن مهرالمسمی از



مهرالمثل باشد یا پسر صغیر پس از رشد با ادعای بیشتر بودن مهرالمسمی از مهر المثل نسبت به عدم رعایت مصلحت خود معترض باشد، در این صورت پرسش این است که آیا مدعی عدم رعایت مصلحت بر فرض ثبوت آن، حق رد یا فسخ مهر و عقد نکاح را توأماً دارد (محقق حلی؛ ۱۳۷۲، ۵) و نظریه وحدت مطلوب حاکم است یا اینکه فقط از حق فسخ یا رد توافق راجع به مهریه برخوردار است و نکاح لازم الاتباع است (موسوی خمینی؛ همان، ۳۹۴؛ شهید ثانی؛ همان، ۳۹۱) و نظریه تعدد مطلوب مجری است یا اینکه نه در عقد نکاح و نه در مهر هیچ کدام حق رد یا فسخ ندارد؟ (همان؛ ۳۹۲).

در فقه امامیه هر کدام از سه نظر فوق طرفدارانی دارد و مشهور فقها قائل به تفکیک مهر از اصل نکاح بوده و معتقد است توافق راجع به مهر غیر نافذ است (همان؛ ۳۹۲-۳۹۱؛ موسوی خمینی؛ همان، ۳۹۴-۳۹۳). در نظام قانون مدنی ممکن است از وحدت ملاک با نکاح از طریق وکالت استدلال کرد که چون مطابق ماده ۱۰۷۳ ق.م. «اگر وکیل از آنچه موکل راجع به مهر معین کرده تخلف کند صحت عقد منوط بر تنفیذ موکل خواهد بود.» بنابراین، مقنن نظریه وحدت مطلوب را پذیرفته و مهر و عقد هر دو غیر نافذ است. لیکن از مجموع مواد ۱۰۸۷، ۱۰۸۹، ۱۰۹۰، ۱۰۹۳، ۱۱۰۰ قانون مدنی استنباط می‌شود که عقد نکاح و توافق راجع به مهر دو مطلوب جداگانه بوده و عدم نفوذ مهر تأثیری در اصل نکاح نخواهد داشت و ماده ۱۰۷۳ ق.م. حکم خلاف قاعده بوده و به جهت مغایرت با استحکام و مصلحت خانواده قابل انتقاد است.

اینجا پرسشی قابل طرح است که در صورت صحت نکاح و عدم نفوذ مهر، پرداخت مهرالمثل به عهده چه کسی است؟ خود صغیر یا ولی قهری؟

ممکن است به استناد پاره‌ای از فتاوی در خصوص تجاوز وکیل از حدود اختیارش در تعیین مهر، که مقرر کرده‌اند، وکیل باید مابه‌التفاوت مهرالمثل با مهر اعلام شده از جانب موکل را پرداخت نماید اگر مهر المثل از مهر المسمی بیشتر باشد و زوجه از حدود اختیار وکیل آگاه نباشد (میرزای قمی؛ ۱۳۷۱، ۵۳۰-۵۲۵)، گفته شود که، مابه‌التفاوت مهرالمسمی و مهرالمثل به عهده ولی قهری است، مضافاً آنکه در فقه در نکاح صغیر فاقد مال مهر به عهده ولی اوست (موسوی خمینی؛ همان، ۴۳۸، ۴۳۹). بدین ترتیب در صورت عدم رعایت مصلحت دختر در تعیین مهر کمتر از متعارف و شأن او ولی دختر ضامن مابه‌التفاوت است و در صورت تعیین مهر مازاد بر متعارف در نکاح پسر صغیر، ولی قهری پسر ضامن مابه‌التفاوت مهرالمسمی و مهرالمثل در برابر دختر است.

لیکن به نظر می‌رسد، با توجه به مواد ۱۰۸۸، ۱۰۸۷، ۱۰۹۹ و ۱۱۰۰ قانون مدنی، در صورت بطلان مهر به دلیل رد آن احکام تفویض بضع مجری باشد. بدین ترتیب که در صورت مواقعه، مهرالمثل، و در صورت طلاق قبل از مواقعه، مهرالمتمعه، و در صورت فسخ نکاح یا فوت قبل از مواقعه زوجه مستحق مهری نباشد. در هر حال این احکام مانع از توافق



زوجین در خصوص مهر بعد از انعقاد نکاح و حصول بلوغ و رشد نیست و ایراد عدم اعتبار شرط الحاقی یا عدم اعتبار تعهدات ابتدایی وارد نمی‌باشد. مضافاً آنکه در آیه ۲۴ سوره نساء^۱ بر صحت توافقی بعدی در مورد مهر تصریح شده است.

میرزای قمی در خصوص پاسخ به سؤالی در مورد تجاوز وکیل از حدود اختیاراتش نسبت به مهر و اینکه آیا عقد صحیح است و یا باطل یا موقوف بر اجازه، و بر فرض صحت آیا زیادتی مهر را چه کسی باید بدهد و هرگاه او را قبل از دخول طلاق دهد، چه باید کرد، پاسخ داده است که از کلام علامه حلی در تحریر استفاده می‌شود، «در صورت مذکور عقد صحیح و لازم است و لیکن زیادتی که مهر کرده بر موکل لازم نیست و موقوف است به اجازه یعنی اجازه مهر و نه عقد. پس اگر اجازه نکند و راضی نشود پس در آن اشکال است و احتمال دارد که زوجه مستحق مهرالمثل باشد از زوج و ممکن است آن زیادتی مهر را از وکیل بگیرد و گمان حقیر این است که وجه صحت عقد این است که در عقد دائم از ارکان نکاح است و به فساد آن نکاح فاسد نمی‌شود.» (میرزای قمی؛ همان، ۵۲۵)، سپس اضافه می‌کند: «بلی اگر تصریح کند که تو وکیل من هستی در تزویج به این شرط که مهر ده تومان باشد و اگر راضی نشود، عقد مکن و وکیل نیستی در عقد پس در این صورت عقد لازم نیست مگر با اجازه» (میرزای قمی؛ همان، ۵۲۶).

در فقه در خصوص تزویج زنی برای شخصی به ادعای وکالت و انکار وکالت از موکل، اختلاف است که مهر در ذمه کیست و چقدر است، سه قول وجود دارد: قول اول بر وکیل لازم است که تمام مهر را بدهد (شیخ در نهاییه) و اگر طلاق قبل از دخول باشد مهر تنصیف می‌شود. قول دوم بر وکیل نصف مهر لازم است. چنانکه صحیح‌ه ابو عبیده دلالت بر آن دارد؛ و این قول مشهور فقهاست و اقوی است به جهت آنکه وجوب تمام مهر به عقد در صورتی است که عقد صحیحی باشد و زوجیت ثابت باشد و در اینجا حکم به زوجیت نمی‌شود (میرزای قمی؛ همان، ۵۲۷). قول سوم نکاح در ظاهر باطل است و مهری نیست (میرزای قمی؛ همان، ۵۲۸).

نتیجه

الف: هر چند در فقه امامیه مشهور معتقد است که در تزویج ولایی صغیر عدم مفسدت کفایت می‌کند لیکن حقوق موضوعه ایران از ابتدا تا کنون، در قانون مدنی و قانون حمایت خانواده، وجود مصلحت و احراز آن را برای تزویج صغار لازم دانسته است و مصلحت اعم از عدم مفسدت و کفایت است. به علاوه، مصلحت با لحاظ مفهوم نسبی و عرفی آن، باید نسبت به وضعیت خود صغیر سنجیده شود نه ولی.

^۱ «وَلَا جُنَاحَ عَلَیْكُمْ فِیمَا تَرَاضَیْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِیضَةِ»



ب: با وجود آنکه احراز مصلحت به تشخیص دادگاه صالح واگذار شده است ماهیت حسبی عمل دادگاه و تصمیم تلقی شدن آن اقتضاء می‌کند که صغیر بتواند پس از بلوغ و رشد به تصمیم دادگاه در همان مرجع اعتراض کند و رأی صادر شده پس از اعتراض قابلیت تجدید نظر خواهی دارد.

ج: نکاح صغیر بدون اجازه دادگاه هر چند با اذن ولی غیر نافذ است و صلاحیت دادگاه در بررسی درخواست نکاح صغیر، محدود به فرضی است که مؤخر بر اذن ولی قهری در نکاح باشد و درخواست استقلالی صغیر یا نوجوان کمتر از ۱۵ یا ۱۳ سال، یا اذن شخصی جز ولی قهری، نمی‌تواند مجوز رسیدگی دادگاه و صدور اجازه نکاح صغیر باشد.

د: تجربه چندین بار قانون‌گذاری و افراط و تفریط در این راه نشان می‌دهد که ماده ۱۰۴۱ ق.م. مصوب ۱۳۱۳، که سن نکاح را برای پسر ۱۸ سال و برای دختر ۱۵ سال تعیین کرده و استثنائاً برای پسر بالای ۱۵ و دختر بالای ۱۳ سال معافیت از شرط سن پیش‌بینی کرده بود، با قابلیت جسمی نکاح و بلوغ طبیعی در ایران و مصلحت خانواده بیشتر سازگار باشد.

منابع

(الف) منابع فارسی

۱. امیدی، جلیل؛ «تجویز تزویج صغار»، مجله مقالات و بررسی‌ها، ۱۳۷۷، شماره ۶۳.
۲. ایزدی‌فر، علی اکبر؛ «معیار کفایت در نکاح»، مجله مقالات و بررسی‌ها، ۱۳۸۳، دفتر ۷۴.
۳. حاجعلی، فریبا؛ قدرتی، فاطمه؛ «مبانی فقهی و بحث حقوقی اذن ولی در نکاح دختر بالغه رشیده»، مجله پژوهش زنان، دوره ۶، ۱۳۸۷، ش. ۴.
۴. دینانی، عبدالرسول؛ حقوق خانواده، تهران، نشر میزان، چ اول، ۱۳۸۷.
۵. رجیبیان، زهره؛ آیت‌اللهی، زهرا و گدازگر، مریم؛ سن ازدواج دختران، تهران، نشر سفیر صبح، چ اول، ۱۳۸۰.
۶. شمس، عبدالله؛ آیین دادرسی مدنی، تهران، نشر میزان، چ اول، ج اول، ۱۳۸۱.
۷. صائعی، یوسف؛ مجمع المسائل، نشر میثم تمار، چ اول، ج ۲، ۱۳۸۱.
۸. علامه حلی؛ تبصره المتعلمین، ترجمه و شرح فارسی ابوالحسن شعرانی، انتشارات اسلامی، ۱۳۸۵.
۹. غیاثی ثانی، اعظم؛ موسوی بجنوردی، محمد؛ «سن ازدواج دختران در مبانی حقوق اسلامی»، فصلنامه ندای صادق، ۱۳۸۷، شماره ۴۸.
۱۰. قاری سید فاطمی، سید محمد؛ «تزویج کودکان»، فصلنامه مفید، ۱۳۷۴، شماره ۲.



۱۱. کاتوزیان، ناصر؛ عقود معین، تهران، نشر سهامی انتشار، ج دوم، ج ۴، عقود اذنی و وثیقه های دین، ۱۳۷۶.

۱۲. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، تهران، نشر بهنشر، ج دوم، ج دوم، ۱۳۶۹.

۱۳. کاتوزیان، ناصر؛ اعتبار قضیه محکوم بها در امور مدنی، تهران، انتشارات مدرسه عالی بیمه ایران، ج سوم، ۱۳۵۴.

۱۴. گرجی، ابوالقاسم و همکاران؛ بررسی تطبیقی حقوق خانواده، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ج اول، ۱۳۸۴.

۱۵. محقق حلی؛ شرایع الاسلام، ترجمه ابوالقاسم ابن احمد یزدی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ج ششم، ج ۲، ۱۳۷۲.

۱۶. محقق داماد، سید مصطفی؛ حقوق خانواده، تهران، نشر علوم اسلامی، ج چهارم، ۱۳۷۲.

۱۷. معاونت آموزش قوه قضائیه؛ رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه های خانواده، تهران، نشر جنگل، ج اول، ج ۱، ۱۳۸۷.

ب) منابع عربی

۱. اراکی، محمد علی؛ زبده الاحکام، قم، نشر مکتب الاعلام الاسلامی، ج سوم، ۱۳۷۳.

۲. خویی، سید ابوالقاسم؛ منهاج الصالحین المعاملات، نجف اشرف، نشر الاراب، ج سوم، ج ۲، ۱۳۹۴ ه. ق.

۳. شهید ثانی، زین الدین بن علی؛ الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، نشر واریان، ج اول، ج ۲، ۱۳۸۰.

۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی؛ مسالک الافهام، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ج اول، ج ۷، ۱۴۱۶ ه. ق.

۵. قمی، میرزا ابوالقاسم؛ جامع الشتات، تصحیح مرتضی رضوی، تهران، انتشارات کیهان، ج اول، ج ۳، ۱۳۷۵.

۶. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم؛ العروه الوثقی، قم، نشر دار التفسیر، ج هشتم، ج دوم، ۱۳۸۷.

۷. موسوی خمینی، روح الله؛ تحریر الوسیله، تهران، مکتب العلمیه الاسلامی، ج ۲، بی تا.