

۱۴۴۸۸۱۷

بحثی تطبیقی و انتقادی درباره
ازدواج و ولایت بر تزویج

دکتر حلال المیدی
دانشیار دانشگاه تهران



سرشناسه	امیدی، جلیل، ۱۳۴۲ -
عنوان قراردادی	ایران. قوانین و احکام Iran. Laws, etc
عنوان و نام پدیدآور	بحثی تطبیقی و انتقادی درباره ازدواج و ولایت بر تزویج / جلیل امیدی
مشخصات نشر	تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵
مشخصات ظاهری	۱۴۴ ص.
فروست	علوم اجتماعی: ۱۰۱۲.
شابک	978-964-511-811-0
وضعیت فهرست نویسی: فیبا	
یادداشت	کتابنامه: ص. (۱۴۱) - (۱۴۳): همچنین به صورت زیر نویس
موضوع	زنانشویی - قوانین و مقررات - ایران
موضوع	ازدواج کودکان - قوانین و مقررات - ایران
موضوع	Child marriage -- Law and legislation -- Iran
موضوع	اذن (حقوق) (Law) Permission
موضوع	قیم و مولی علیه (فقه) Guardian and ward (Islamic law)
موضوع	زنانشویی (فقه اهل سنت) Marriage (Islamic law, Sunnites)
موضوع	زنانشویی (فقه) - مطالعات تطبیقی
موضوع	marriage (Islamic law) -- Comparative studies
موضوع	زنانشویی - قوانین و مقررات - مطالعات تطبیقی
موضوع	marriage Law -- Comparative studies
رده بندی کنگره	۵۴۲/الف۸۳: KMH
رده بندی دیویی	۳۶/۵۰۱۶
شماره کتابشناسی ملی	۰۴۵۹۸

هرگونه تکثیر (اعم از چاپ، کپی، فایل الکترونیکي ...) از این اثر بدون اخذ مجوز از ناشر خلاف قانون بوده و پیگرد قانونی دارد.
لطفاً در صورت مشاهده، موارد را به نشر میزان اطلاع دهید.

۱۰۱۲

نشر میزان

بحثی تطبیقی و انتقادی درباره
ازدواج و ولایت بر تزویج

دکتر جلیل امیدی
چاپ اول: زمستان ۱۳۹۵

قیمت: ۱۱۰۰۰ تومان
شماره: ۱۰۰۰ نسخه

شابک: ۹۷۸-۹۶۴-۵۱۱-۸۱۱-۰

دفتر مرکزی: خ شهید بهشتی، بعد از چهارراه سهروردی، خ کاوسی فر، کوچه نکبسا، پلاک ۳۲. تلفن ۸۸۵۴۹۱۳۱
فروشگاه مرکزی: خ انقلاب، روبروی درب اصلی دانشگاه تهران، ابتدای خ فخررازی، پلاک ۸۳. تلفن ۶۶۴۶۷۷۷۰
واحد پخش و فروش: خیابان سمیه، بین مفتح و فرصت، پلاک ۱۰۲. تلفن ۸۸۳۴۹۵۲۹-۳۱
پست الکترونیک: mizannasher@yahoo.com وب سایت: www.mizan-law.ir

فهرست مطالب

مقدمه	۹
-------------	---

بخش اول: مسائل مقدماتی

فصل اول: اهمیت اهداف ازدواج و خانواده	۱۶
مبحث اول: از منظر دین، شرع	۱۶
مبحث دوم: از دیدگاه جامعه‌شناسی	۲۲
مبحث سوم: از دیدگاه سیاست	۲۴
مبحث چهارم: از دیدگاه حقوق اساسی و حقوق بشر	۲۹
فصل دوم: شرایط اساسی و قابلیت صحتی برای ازدواج	۳۲
مبحث اول: قصد و رضای طرفین	۳۲
مبحث دوم: اهلیت طرفین	۳۶
مبحث سوم: مشروعیت جهت نکاح	۳۸

بخش دوم: ولایت بر ازدواج به‌طور کلی

فصل اول: فقه امامیه و قانون مدنی ایران	۴۳
مبحث اول: ولایت بر نکاح افراد بزرگسال	۴۳
الف - اقوال فقهی	۴۳
ب - مقررات قانون مدنی	۴۶
ج - اوصاف اذن ولی	۵۰
د - ضمانت اجرای عدم رعایت ضوابط قانونی	۵۲
مبحث دوم: ولایت بر نکاح صغار	۵۴

الف - ولایت ولی قهری	۵۴
ب - ولایت وصی	۵۵
ج - ولایت قیم	۵۶
د - ولایت حاکم	۵۷
هـ - اوصاف ولی	۵۷
و - محل اعمال ولایت	۵۸
ز - صغر و صغیر	۵۸
فصل دوم: فقه اهل سنت	۶۲
مبحث اول: طبقات و ترتیب اولیا	۶۲
الف - مذهب شافعی	۶۳
ب - مذهب حنفی	۶۵
ج - مذهب مالکی	۶۷
د - مذهب حنبلی	۶۷
هـ - مذهب ظاهری	۶۸
مبحث دوم: اوصاف اولیا	۶۹
الف - عقل	۶۹
ب - حریت	۷۰
ج - اتحاد دین	۷۰
د - عدالت	۷۰
هـ - ذکوریت	۷۱
و - رشد	۷۲
مبحث سوم: حقوق و مسئولیت‌های ولی	۷۲
فصل سوم: ادله فقهی ثبوت ولایت بر نکاح	۷۷
الف - کتاب	۷۷
ب - سنت	۷۸
ج - اجماع	۷۹
د - عقل	۷۹

بخش سوم: تفصیل مسائل ولایت بر تزویج صغار

فصل اول: فتاویٰ فقه امامیه.....	۸۲
مبحث اول: شرط اعمال ولایت؛ انتفای مفسده یا اقتضای مصلحت؟.....	۸۲
مبحث دوم: ضمانت اجرای تخلف از شرط اعمال ولایت.....	۸۵
مبحث سوم: لزوم و جواز تزویج صغار.....	۸۸
فصل دوم: قوانین و مقررات موضوعی ایران.....	۹۱
مبحث اول: قوانین پیش از انقلاب.....	۹۱
الف - ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳.....	۹۱
ب - قانون حمایت از خانواده مصوب سال ۱۳۵۳.....	۹۲
مبحث دوم: مقررات پس از انقلاب.....	۹۳
الف - اصلاحات سال‌های ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰.....	۹۳
ب - اصلاحیه‌ی سال ۱۳۸۱.....	۹۷
مبحث سوم: ضمانت اجرای کیفری تخلف از مقررات ناظر به تزویج کودکان.....	۹۹
الف - کیفرهای پیش از انقلاب.....	۹۹
ب - تعزیرات پس از انقلاب.....	۱۰۱
ج - احکام و پی‌آمدهای فقهی.....	۱۰۵
فصل سوم: مذاهب فقهی اهل سنت و مقررات قانونی بعضی از کشورهای اسلامی.....	۱۰۷
مبحث اول: مذاهب فقهی اهل سنت.....	۱۰۷
الف - اقوال فقهی اهل سنت درباره‌ی ولایت بر تزویج صغار.....	۱۰۷
ب - تقسیم ولایت به اجباری و اختیاری.....	۱۱۱
ج - شروط اعمال ولایت اجباری.....	۱۱۲
د - سن بلوغ در فقه اهل سنت.....	۱۱۷
مبحث دوم: مقررات قانونی بعضی از کشورهای اسلامی.....	۱۱۸
فصل چهارم: اسناد بین‌المللی و مقررات بعضی از کشورهای غربی.....	۱۲۶
مبحث اول: اسناد بین‌المللی؛ هنجارها.....	۱۲۶
الف - برابری حقوق زن و مرد.....	۱۲۶
ب - شخصی بودن ازدواج.....	۱۲۷

۸ □ بحث تطبیقی و انتقادی درباره ازدواج و ولایت بر تزویج

- ج - آگاهی و مسئولیت در تشکیل و تنظیم خانواده ۱۲۸
- د - بی اعتباری نامزدی کودکان و انعقاد عقد برای آنان ۱۲۹
- ه - ضرورت حفظ منافع عامه‌ی کودکان و لزوم مراقبت‌های ویژه از آنان ۱۳۰
- مبحث دوم: مقررات بعضی از کشورهای غربی ۱۳۱
- خاتمه ۱۳۵
- فهرست منابع ۱۴۱

www.ketab.ir

مقدمه

خانواده ابتدایی‌ترین و کوچک‌ترین نهاد اجتماعی است که تحت تأثیر تمایلات طبیعی و غریزه‌ی غیرخواهی^۱ و فرزند دوستی و همراه با انگیزه‌ی بقای نسل بشر، تشکیل می‌شود. این نهاد کوچک از سوی دانش‌های گوناگون مورد ملاحظه و مطالعه واقع شد و فواید فردی و عواید عمومی آن از زوایای مختلف تحقیق و بررسی شده است.

از دیدگاه شرعی، ایت خانواده و ضرورت سازماندهی اخلاقی و حقوقی آن به اندازه‌ای است که به اعتقاد بعضی از محققان، غالب احکام تفصیلی و عملی قرآن و سنت ناظر به این گروه کوچک اجتماعی است و اسباب تشکیل و طرق تشدید و تنظیم حقوق و تکالیف و روابط اعضای آن شش از هر تأسیس اجتماعی دیگر مورد عنایت شریعت واقع شده است.^۲

از منظر جامعه‌شناسی خانواده یکی از عوامل اساسی اجتماعی کردن فرد و کانون حفظ و انتقال و استمرار سنن ملی و قواعد اخلاقی، محیط رشد و توسعه‌ی عواطف انسانی و تعمیق روح تعاون و همبستگی و مهیا شدن برای مشارکت در محیط‌ها و گروه‌های بزرگ‌تر محسوب می‌شود. نقش خانواده در اقتصاد ملی و اقتصادی هم از نظر دور نمانده است. تا آنجا که بعضی از صاحب‌نظران آسیب‌شناسان دولت را ناشی از آسیب‌دیدگی خانواده دانسته‌اند.^۳

از دیدگاه سیاست جنایی چنان‌که خواهد آمد، خانواده از راه نظارت و کنترل و آموزش، رفتار فرزندان خود را سازماندهی و به سمت تطابق و هماهنگی با هنجارهای اجتماعی هدایت می‌کند و از این طریق در پیشگیری اجتماعی از ارتکاب جرم که امروز از مسائل کلان اجتماعی و مستلزم بسیج عزم و امکانات ملی محسوب می‌شود، مشارکت می‌نماید.

1. Alturisme

2. Heiner Bielefeldt, Muslim voices in the human rights debate, p. 14.

۳. ژوسران، حقوق مدنی، ج ۱، ش ۶۷۶ نقل از ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، خانواده، ج ۱، ص ۷.

حقوق بشر و قوانین اساسی هم هر کدام از زاویه‌ی نگاه خود، بر اهمیت نهاد خانواده و ضرورت حمایت و تقویت و تسهیل تشکیل آن تأکید می‌کنند. در مباحث آتی اندکی مبسوط‌تر در باره این دیدگاهها و موقعیت و اهمیت خانواده در آنها بحث خواهیم کرد.

بنیادی با این همه اهمیت و کارکردهای مثبت، خود معلول نهادی اساسی‌تر یعنی ازدواج است. از دیدگاه حقوقی ازدواج، قراردادی است میان مرد و زن که با رعایت شرایط و موانع مخصوص تشکیل می‌شود و منشأ آثار و الزامات مشخصی می‌گردد. ازدواج از این دیدگاه یک عمل حقوقی صرف است ولی اگر این عمل حقوقی از زیر سلطه سنگین حقوق و قانون خارج شود و از زوایای روشن‌تر و واقع‌بینانه‌تر ملاحظه گردد، سهم عشق، عاطفه و قواعد اخلاقی و عقاید مذهبی و سنت‌ها و ضرورت‌های اجتماعی در تکمیل آن بیش از پیش آشکار خواهد شد. سهم عوامل و انگیزه‌های غیرحقوقی در تشکیل خانواده و تثبید مبانی و تحصیل اهداف آن به اندازه‌ای است که قانون‌گذاران و حقوقدانان خود به فاست، ضرورت کاستن از مداخله‌ی دولت و قانون و حقوق در مسائل آن را دریافته‌اند و آن را اعتراف کرده‌اند.^۱

دخالت دولت و قوانین موضوعه آن، در خانواده تنها زمانی قابل توجیه است که به منظور تضمین قواعد اخلاقی و ضوابط مذهبی و بدی حل و فصل اختلافات اعضا و حمایت از افراد ضعیف آن، به عمل آید. یکی از مظاهر مداخله‌ی قانون و قانون‌گذار در خانواده حمایت از آزادی اراده طرفین و به تبع آن تعیین این ازدواج خانواده است. در کشور ما براساس آموزه‌های مذهبی تزویج کودکان به دست اربابان امری آنان تجویز می‌شود ولی به واسطه‌ی دگرگونی عادات اجتماعی و تلطیف عواطف و حلاق عمومی، قانون‌گذار تمایلی به تبعیت از این آموزه‌ها ندارد و به اقتضای وظیفه خود در حمایت از خانواده، می‌خواهد آغاز تشکیل این نهاد اجتماعی مبتنی بر اراده‌ی آزاد و استعداد جسمی و روحی و اجتماعی زن و مرد بوده و سرانجام آن، تربیت فرزندان شایسته و به‌طور کلی برآوردن اهداف و کارکردها و مسؤولیت‌های اجتماعی خانواده باشد.

نویسندگان قانون مدنی ایران کوشیده بودند مصالح اجتماعی را با ملاحظات فردی درهم آمیزند و راهی معقول و میانه در پیش گیرند. این نویسندگان در موضوع ولایت

بر نکاح و خصوصاً مسأله‌ی تزویج صغار، سوابق تاریخی و زمینه‌های اجتماعی و فرهنگی را در کنار هنجارهای دنیای هم‌عصر خود، بناهم در نظر گرفته بودند و در مجموع مقرراتی نسبتاً قابل قبول پدید آورده بودند. در مقابل قانون‌گذار جمهوری اسلامی برای مدتی این واقعیت‌ها و حزم و احتیاط‌ها را به فراموشی سپرد و تحت تأثیر آموزه‌ها و انگیزه‌های فقهی، تزویج صغار را به دور از هرگونه نظارت و بازرسی اجتماعی تنها با قید مبهم «رعایت مصلحت» جایز تلقی کرد ولی بعدها توجه به واقعیات و بازخوانی موازین فقهی سبب شد تا مسأله مورد بازنگری مجدد واقع شود و مجالس ری نظارت و ارزیابی جامعه ایجاد گردد.

اگر بخواهیم در سن مقدمه اندکی بازتر و روشن‌تر در این باره بحث کنیم باید بگوییم که ولایت بر نکاح و سن ازدواج در قوانین ایران دگرگونی‌های بسیار به خود دیده است. ولایت بر نکاح دختران بالغه سه بار در ماده‌ی ۱۰۴۳ قانون مدنی مورد حکم واقع شده است. یک بار در ۱۳۱۳ ماده‌ی مرقوم، ازدواج دختری را که شوهر نکرده بدین شرح منوط به اذن ولی مردان کرده بود: «نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده اگر چه به سن ۱۸ سال رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او است. هر گاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند دختر می‌تواند با معرفی کامل مردی که می‌خواهد به او شوهر کند و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده به دفتر ازدواج مراجعه و به توسط دفتر مزبور مراتب را به پدر یا جد پدری اطلاع دهد و بعد از آن روز از تاریخ ابلاغ، دفتر مزبور می‌تواند نکاح را واقع سازد. ممکن است اطلاع مزبور به سبب دلایل دیگری غیر از دفتر ازدواج به به پدر یا جد پدری داده شود ولی باید اطلاع مزبور مسلم شود».

حکم ماده‌ی فوق در سال ۱۳۶۱ اصلاح و مقرر شد نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او گردد. یعنی سن ۱۸ سال که سن کبر بود، لغو و سن بلوغ که در همان سال در ماده‌ی ۱۲۱۰ نه سال تمام قمری مقرر شده بود، جایگزین آن شد. در سال ۱۳۷۰ ماده‌ی مورد بحث مجدداً بازنگری و به شرح زیر اصلاح شد: «نکاح دختر باکره اگر چه به سن بلوغ رسیده باشد موقوف به اجازه پدر یا جد پدری او است و هر گاه پدر یا جد پدری بدون علت موجه از دادن اجازه مضایقه کند اجازه او ساقط و در این صورت

دختر می تواند با معرفی کامل مردی که می خواهد با او ازدواج نماید و شرایط نکاح و مهری که بین آنها قرار داده شده پس از اخذ اجازه از دادگاه مدنی خاص به دفتر ازدواج مراجعه و نسبت به ثبت ازدواج اقدام نماید.

سن ازدواج هم بر همین قیاس در معرض اصلاح و بازنگری بوده است. ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳ چنین سنی را برای دختران ۱۵ و برای پسران ۱۸ سال تمام پیش‌بینی کرده و در موارد مستثنی به اقتضای مصلحت اعطای معافیت از شرط سن را به دختران ۱۳ و پسران ۱۵ ساله تجویز نموده بود. در سال ۱۳۵۳ قانون حمایت از خانواده ازدواج زنان پیش از رسیدن به ۱۸ سال و ازدواج مردان پیش از رسیدن به سن ۲۰ سال را ممنوع اعلام کرد. این قانون هم استثنائاً در صورت اقتضای مصلحت و استعداد جسمی و روانی به تشخیص دادگاه، به زنان دارای ۱۵ سال معافیت از شرط سن اعطا می‌کرد. اصلاحات سال ۱۳۶۱ این وضعیت را دوباره دگرگون کرد. ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی به استناد بایریت با فتاوی فقهی اصلاح و نکاح پیش از بلوغ ممنوع اما عقد نکاح پیش از بلوغ با اجازه، اولیا و رعایت مصلحت، صحیح تلقی شد.

اصلاحیه‌ی سال ۱۳۶۱ خاصه نگاه فقهی داشت. روایات و فتاوی فقه امامیه همچون دیگر مذاهب فقه اسلامی با پیروی از عرف و عادات زمان صدور خود، تزویج صغار را تجویز کرده‌اند. انتقادات وارد بر این اصلاحیه سبب شد تا قانون‌گذار در صدد تغییر وضع موجود برآید. ولی این بار به دلیل وقوع اختراعات و میان مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان مسأله به مجمع تشخیص مصلحت رسیده و غالباً با تکیه بر مصلحت نظام و منطق زمان از موازین فقهی و اصول قانون اساسی عدول می‌نماید. ارجاع شد. مجمع مزبور در سال ۱۳۸۱ عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال شمسی را منوط به اذن ولی و منوط به رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح نمود.^۱ ابتکار مجمع تحولی تازه تلقی می‌شود ولی این تصمیم ابتکاری هم، از دیدگاه حقوقی، جامعه‌شناختی و جرم‌شناختی قابل انتقاد است و با معیارهای بین‌المللی و مقررات ملی دولت‌های مرفعی هم مغایرت تمام دارد. از این رو ارزیابی انتقادی و پیشنهاد اصلاح آن ضروری است. در موضوع اخیر، پیشنهاد

۱. ماده ۱۰۴۱: «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».

خاص نگارنده بازگشت به وضعیت پیش از اصلاح قانون مدنی یعنی حکم ماده‌ی ۱۰۴۱ مصوب سال ۱۳۱۳ است.

در هر حال مقررات مدنی مورد اشاره همیشه از پشتوانه‌های کیفری برخوردار بوده‌اند. تخلف از مقررات مدنی ناظر به تعیین شرط سن ازدواج، سابقاً مستوجب مجازات‌های مقرر در قانون ازدواج سال ۱۳۱۰ و اصلاحات بعدی آن در سال ۱۳۱۶ و در فاصله سالهای ۱۳۷۵ تا ۱۳۹۱ مشمول حکم ماده‌ی ۶۴۶ قانون مجازات اسلامی بود و فی الحال با نسخ مقررات مرقوم، محکوم به حکم ماده‌ی ۵۰ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۱/۱ است.^۱

فقه اهل سنت، قانون کشورهای عربی، اسناد بین‌المللی و مقررات کشورهای غربی هم در این زمینه حکام خصوصی دارند. در فقه اهل سنت نیز از سویی بحث ولایت مردان بر نکاح زنان مطرح است و از سویی دیگر نظیر آنچه در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران مطرح است، اسناد عقد نکاح برای کودکان به توسط اولیا، تحت شرایطی تجویز می‌شود. قوانین موضوعه کشورهای عربی با فاصله گرفتن از فتاوی فقهی و استقبال از منطق زمان و به اقتضای مصلحت کودکان، غالباً با تعیین سن ازدواج، انعقاد چنین عقدی را پیش از سن قانونی مشخص ممنوع می‌شمارند. در این میان اسناد بین‌المللی با تکیه بر برخی اصول و معیارهای حقوق بشری، ازدواج را امری شخصی و تابع اراده‌ی آزاد طرفین و خارج از کنترل دیگران اعلام می‌کند و خصوصاً در جهت حمایت از کودکان و رعایت مصالح خاص آنان، ازدواج کودکان و نوجوانان را مردود می‌دانند. در کشورهای اروپایی که به‌طور کلی تمایل عامی به ازدواج‌های دیررس وجود دارد، صحت انعقاد عقد نکاح موکول به وجود شرایطی از جمله شرط رسیدن به سن قانونی است. بنابراین در این کشورها تزویج کودکان و نوجوانان قبل از رسیدن به سن مقرر در قانون ممنوع است.

۱. ماده ۵۰: «هرگاه مردی برخلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی ازدواج کند، به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. هرگاه ازدواج مذکور به موقعی منتهی به نقص عضو یا مرض دائم زن منجر گردد، زوج علاوه بر پرداخت دیه به حبس تعزیری درجه پنج و اگر به موقعی منتهی به فوت زن منجر شود، زوج علاوه بر پرداخت دیه به حبس تعزیری درجه چهار محکوم می‌شود.
تبصره - هرگاه ولی قهری، مادر، سرپرست قانونی یا مسؤول نگهداری و مراقبت و تربیت زوجه در ارتکاب جرم موضوع این ماده تأثیر مستقیم داشته باشند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شوند. این حکم در مورد عاقد نیز مقرر است.»

به طور کلی تحقیقات انجام شده نشان می دهد که میان سن ازدواج و درجهی توسعه یافتگی جوامع نسبتی مستقیم وجود دارد. در کشورهای توسعه یافته سن ازدواج بالاتر و در کشورهای عقب مانده یا در حال توسعه پایین تر است.

کتاب حاضر در سه بخش به ترتیب به بررسی مفاهیم مقدماتی، ولایت بر نکاح به طور کلی و تفصیل مسائل فقهی و حقوقی تزویج صغار می پردازد. هر بخش مشتمل بر چند فصل و هر فصل متضمن چند مبحث است. در این فصول و مباحث، مسائل مربوط به ولایت بر نکاح و تزویج صغار به صورت تطبیقی مطالعه می شوند و با جمع بندی و نتیجه گیری نهایی، کار به سرانجام می رسد.

www.ketab.ir