

## رویکردهای قضائی به تشخیص مصلحت در ازدواج کودکان

هاجر آذری<sup>۱</sup>، منیره میراحمدی<sup>۲</sup>

تاریخ دریافت: ۹۷/۷/۳۰ صص: ۲۸-۱ تاریخ پذیرش: ۹۸/۹/۱۲

### چکیده

این پژوهش با هدف تحلیل و بررسی تفاسیر قضات از «مصلحت» در ازدواج کودکان و چگونگی احراز آن توسط قضات صورت گرفته است. بدین ترتیب در راستای اجرای ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی، معیارها و شاخص‌های تشخیص مصلحت در محاکم، بررسی و تحلیل و سپس جنبه حمایتی این ماده در راستای حمایت از کودکان مورد ارزیابی قرار گرفته است. بدین منظور با به کارگیری روش کیفی، بررسی میدانی، مصاحبه عمیق با قضات و مطالعه رویه قضائی موجود، پرونده‌های قضائی (در مجموع ۵۰ پرونده) مرتبط با ازدواج کودکان زیر سن قانونی مورد بررسی قرار گرفت و پس از گردآوری داده‌ها با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی، رویه قضایی موجود در خصوص نحوه چگونگی احراز مصلحت و مصادیق عینی مصلحت در نگاه و آراء قضات مورد نقد و ارزیابی قرار گرفت. یافته‌های تحقیق حاکی از آن است که به دلیل ابهام موجود در متن قانونی، قضات در رسیدگی به پرونده‌های مربوط به ازدواج کودک طبق ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی، غالباً بدون توجه به مصلحت شخصی طفل و با توجه بیش از اندازه به مصلحت نوعی، به صرف تحقق دو معیار رضایت پدر و (گاه‌ها) بلوغ جسمی کودک، ازدواج را به مصلحت کودک دانسته و رای اذن ازدواج را صادر نموده‌اند. عدم به کارگیری قضات مشاور زن در پرونده‌هایی از این نوع، امکان تشخیص واقعی مصلحت کودک دختر را در ازدواج به حداقل می‌رساند. در واقع به دلیل تعارض میان قوانین عرفی و مذهبی با قوانین رسمی در خصوص سن قانونی ازدواج، ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی نه تنها تاثیر قابل توجهی در کاهش ازدواج کودکان و حمایت از آنان نداشته است بلکه به دلیل ابهامات موجود در متن ماده، عدم تعیین گزاره‌ها و معیارهای مشخص و عینی در جهت احراز مصلحت توسط قضات محاکم و ابهام در مفهوم و قلمرو ولایت یا اذن، موجبات تشتت، عدم انسجام و سردرگمی در آراء قضایی در خصوص این ماده را فراهم ساخته و به نوعی امکان قانونی ازدواج کودکان را فراهم و تسهیل نموده است. بدین ترتیب در پایان این پژوهش اصلاح دیدگاه قانونگذار و به تبع آن، اصلاح ماده قانونی ۱۰۴۱ قانون مدنی-پیشنهاد می‌شود.

**واژه‌های کلیدی:** ازدواج کودکان، مصلحت، رویه قضایی، ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی.

<sup>۱</sup> نویسنده مسوول مقاله: استادیار گروه مطالعات زنان، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه تربیت مدرس، تهران:

h.azari@modares.ac.ir

<sup>۲</sup> دانش آموخته کارشناسی ارشد گروه مطالعات زنان، دانشگاه تربیت مدرس

## مقدمه

کودک- همسری پدیده ای شایع است که از گذشته در تمام نقاط دنیا رایج بوده است و روند آن به زمان کنونی نیز رسیده است. در برخی ممالک به علت عرف و عادات، ازدواج کودک به عنوان ضرورتی اجتماعی تلقی می‌شد و به پدیده‌ایی مرسوم تبدیل گشت. اما با گذشت زمان به دلیل آسیب‌هایی که از ازدواج کودکان دامنگیر شخص کودک و جامعه شد، قانونگذاری کشورها تمایل خود را به سمت افزایش سن ازدواج نشان دادند تا محدودیتی فراهم نموده و از افراط در تزویج کودکان کاسته شود. بدین ترتیب مقنن با توجه به عرف و عادات و دین مرسوم در هر کشوری، حداقل سنی را برای ازدواج تعیین نمود. از جمله مواد قانونی که در حقوق ایران به مساله ازدواج کودکان پرداخته است ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی است.

در حقوق ایران از زمان تصویب جلد دوم قانون مدنی در سال ۱۳۱۳، سن قانونی نکاح و ازدواج اطفال، با تحولات زیادی مواجه بوده است. قانونگذار در سال مذکور با در نظر گرفتن اهمیت ازدواج، آثار فردی و اجتماعی آن و زبانی که از لحاظ جسمی، روحی و تولد فرزند متوجه کودک بوده است، ازدواج در سنین پایین را ممنوع نمود و سن ازدواج را ۱۵ و ۱۸ سال تمام در نظر گرفت. اما علی‌رغم آن، در شرایطی کاملاً استثنائی به دختران و پسرانی که به سن ۱۳ و ۱۵ سال تمام رسیده بودند، در صورتی که مصلحت آن‌ها اقتضا می‌کرد، اجازه داده شد تا با اجازه‌ی دادگاه ازدواج کنند (Safae, Emami, 2007). مصلحتی که قانونگذار برای معافیت از شرط سن در نظر گرفته بود، اعم از مصالح جسمی، روانی، حیثیتی، مالی و معنوی کودک بود. برای مثال اگر برای درمان بیماری، رهایی از مشکلات خانوادگی یا فساد اخلاقی ازدواج به نفع کودک بود با کسب نظر پزشکی قانونی، دادگاه با این تقاضا موافقت می‌کرد. (katozian, 1999). دکتر امامی مصالح مقتضی را شامل مصالح اجتماعی و پزشکی می‌دانستند. ایشان مصالح اجتماعی را اینگونه تعریف کرده‌اند: «مصالح اجتماعی عبارت از مصالحی است که از نظر اخلاق و عادات مورد رعایت قرار می‌گیرد» (Emami, 2007) و در ادامه مثال آن را در خصوص دختری می‌آورند که قبل از ۱۵ سالگی از جانب مرد اجنبی باردار شده و به جهت حفظ حیثیت و شئون خانوادگی می‌توانست درخواست معافیت از شرط سن و ازدواج با آن مرد را داشته باشد و در خصوص پسر زیر ۱۸ سال هم بالعکس که اگر زنی را باردار کند می‌توانست درخواست ازدواج با آن زن را بدهد. ایشان مصالح پزشکی را شامل وضعیت مزاجی و روحی دختر یا پسر زیر سنین مقرر می‌دانستند که باید توسط پزشک تشخیص داده می‌شد (ibid). ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳، حدود ۴۰ سال به حیات خود ادامه داد تا آنکه با تصویب ماده‌ی ۲۳ قانون حمایت خانواده در سال ۱۳۵۳ نسخ گردید. به نظر می‌رسید استثنای مذکور در ماده‌ی ۱۰۴۱ پیشین موجب افزایش ازدواج‌های زیر سنین ۱۵ و ۱۸ و گستردگی موارد

استثنا بر اصل شده بود (Asadi, 2013)، بدین ترتیب قانونگذار تصمیم گرفت تا سن ازدواج را افزایش دهد. بدین ترتیب قانونگذار سیر صعودی افزایش سن را به ترتیب برای دختر و پسر از ۱۵ به ۱۸ و از ۱۸ به ۲۰ سال به تصویب رسانید که انتقادهای زیادی را عمدتاً از جهت عدم انطباق با عرف و اوضاع اجتماعی و شرایط زندگی جامعه روستایی در پی داشت (Safaei, Emami, 2007).

به دلیل مطابق نبودن ماده‌ی ۲۳ قانون حمایت خانواده با فقه و موازین اسلامی، قانونگذار پس از انقلاب مجدداً ماده را اصلاح نموده و موجب نسخ ماده‌ی پیشین شد. بدین ترتیب ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی سال ۱۳۶۱ مقرر می‌داشت: «نکاح قبل از بلوغ ممنوع است». تبصره‌ی خود ماده‌ی ۱۰۴۱، منع قانونی موجود در ماده را با ذکر رعایت مصلحت کودک، به نوعی برطرف نمود. تبصره‌ی این ماده بیان می‌داشت: «عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه‌ی ولی صحیح است به شرط رعایت مصلحت مولی علیه». این تبصره در سال ۱۳۷۰ بدین شرح اصلاح نگارشی گردید: «عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه‌ی ولی به شرط رعایت مصلحت مولی علیه صحیح می‌باشد». قوانین سال‌های ۱۳۵۳ و ۱۳۶۱ هر دو از جهاتی مورد انتقاد هستند. قانونگذار در قانون حمایت خانواده‌ی ۱۳۵۳ با توجه به نتایجی که از ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی پیشین حاصل شده بود، سن ازدواج را افزایش داد بدون آنکه به آسیب‌هایی که ممکن بود در پی آن به جامعه وارد شود، توجهی داشته باشد. از طرف دیگر تصویب ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی در سال ۱۳۶۱ راه‌گیزی شد برای والدینی که به بهانه‌ی مصلحت و بدون دخالت دادستان اقدام به تزویج کودکان خود کنند. با انتقادهایی که متوجه ماده‌ی ۱۰۴۱ و تبصره‌اش بود، بار دیگر قانونگذار در صدد اصلاح آن برآمد. در طرح اصلاحی ماده‌ی ۱۰۴۱ دلایلی همچون تاثیر منفی این ماده بر ایجاد نابهنجاری در کانون خانواده به خصوص بر سلامت جسمی زوجین، زیر سوال رفتن ایران در محافل بین‌المللی، سوء استفاده‌ی برخی افراد از اصل اختیار و تحمیل ازدواج‌های اجباری به کودکان و در نتیجه آثار سوء آن بر زوجین مطرح گردید (Shokri, 2008). مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۷۹/۹/۲۷ طرحی را تصویب کرد که با مخالفت شورای نگهبان روبرو شد، فلذا به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع داده شد. نهایتاً مجمع در تاریخ ۱۳۸۱/۴/۱ ماده واحده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی را اصلاح کرد. بدین ترتیب حداقل سن ازدواج به ۱۳ و ۱۵ سال تمام شمسی افزایش یافت و تبصره‌ی ماده‌ی پیشین با اختلاف در احراز مصلحت توسط دادگاه صالح، در متن ماده‌ی اصلاحی گنجانده شد. بنابراین طبق آخرین اصلاحی ماده‌ی ۱۰۴۱ که به حداقل سن ازدواج اختصاص دارد، نکاح دختر و پسر زیر سن قانونی، تنها با اذن ولی به شرط رعایت مصلحت و البته به شرط احراز مصلحت توسط دادگاه صالحه میسر شده است، بدون آنکه تعریفی مشخص و معیار دقیقی از «مصلحت» ارائه دهد. مجهول بودن مصلحت در قانون مسئله‌ای است که همچنان امکان سوء استفاده را برای ولی فراهم می‌کند و عدم وضوح در تعریف و تعیین

معیارها در تشخیص مصلحت، این امکان را به ولی داده است تا با ارائه‌ی هرگونه دلیلی مبنی بر مصلحت طفل، درخواست صدور اذن ازدواج را به محکمه ارائه نماید. از طرفی دیگر، مصلحت مندرج در ماده‌ی ۱۰۴۱ ق.م.ا.ز آن دست مفاهیم کلی و انتزاعی است که مصادیق متعدد و متنوعی را در بر می‌گیرد و قضات را در احراز مصلحت دچار سردرگمی می‌کند به ویژه اینکه اینک مصلحت تابع عوامل مختلف فرهنگی، اقتصادی و اجتماعی احراز می‌شود، دارای اجمال بوده و می‌تواند زمینه‌ی سوء استفاده از کودکان و تضییع حقوق آنان را فراهم سازد. برای مثال مقصود از مصلحت، مصلحت شخص طفل است یا مصلحت ولی، خانواده و حتی اجتماع هم می‌تواند ملاک باشد. آیا صرف عدم موجود مفسده کفایت میکند یا وجود منفعت هم باید احراز شود. (Omidi, 1998). ملاک‌های قانون باید کلی و در عین حال عینی باشند، مفاهیم نیز باید شفاف و صریح باشند؛ لیکن این ماده از جمله مواد قانونی است جدای از جواز رسمی و قانونی ازدواج زیر سن قانونی، بدان جهت که از مفهوم واژه‌ی مصلحت چند معنی برداشت و فهمیده می‌شود، دارای اجمال است و تفسیر قاضی از دایره‌ی شمول مصلحت و محدود کردن آن به عدم مفسده‌ی صرف یا گسترش آن به سایر مصادیق عام‌تر مصلحت، موجب تشتت آرای محاکم در تشخیص مصلحت طفل شده است.

### ۱- اهداف پژوهش

هدف پژوهش حاضر تبیین و تحلیل مصادیق و معیارهای عینی تشخیص مصلحت توسط محاکم در صدور آراء مربوط به ازدواج کودکان می‌باشد تا مشخص نماید که تا چه اندازه در صدور گواهی ازدواج، مصلحت کودک و واقعیت‌های شخصی و نوعی وی مورد توجه دادگاه صالح قرار گرفته است.

### ۲- روش پژوهش

روش تحقیق: این پژوهش با روش کیفی، مطالعه میدانی، تحلیل رویه‌قضایی موجود و مصاحبه عمیق با قضات صورت پذیرفته است و پس از گردآوری داده‌ها با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی، رویه‌قضایی موجود در خصوص نحوه چگونگی احراز مصلحت و مصادیق عینی مصلحت در نگاه و آراء قضات مورد نقد و ارزیابی قرار گرفت.

جامعه آماری: این پژوهش دو منطقه متفاوت کشور یعنی خراسان رضوی (به سبب مهاجرنشینی) و گلستان (به سبب چند قومیتی بودن) انجام گرفته است. همچنین ضمن مصاحبه با قضات، ۵۰ پرونده از محاکم خانواده در مراکز استان‌های فوق‌الذکر مرتبط با ازدواج کودکان زیر سن قانونی مورد تحلیل و بررسی قرار گرفت. انتخاب قضات و سایر مشارکت‌کنندگان مانند افراد درگیر در پرونده، بر اساس تمایل آنان به مشارکت و برحسب پرونده‌های تحت رسیدگی در خصوص

ازدواج کودکان توسط محکمه مربوطه صورت گرفته است. با توجه به اینکه پایگاه و اطلاعات آماری مشخص و منسجمی راجع به ازدواج کودکان وجود ندارد، تنها امکان مصاحبه با قضاتی فراهم بود که صدور چنین آرایبی در سابقه کاری آنان وجود داشت و چنانچه ایشان مایل به مصاحبه بودند، چنین مصاحبه‌ایی صورت می‌گرفت. با توجه به ویژگی‌های خاص مشارکت کنندگان و حساسیت‌های موضوع مانند تمایل اطرافیان پرونده به محرمانه ماندن اطلاعات پرونده و دسترسی بسیار سخت به قضات، انتخاب نمونه به صورت در دسترس انجام شد.

شیوه تحلیل آماری: مصاحبه از نوع عمیق و باز صورت گرفت و ضمن طرح یک یا دو پرسش اصلی در خصوص پرونده مانند "علت صدور رای جواز ازدواج" و یا "ویژگی‌های خواهان و خوانده" آغاز می‌شد. در واقع شاخص اصلی در مصاحبه از قضات و سایر مشارکت کنندگان، عمدتاً مربوط به تحلیل ویژگی‌های کودک و متقاضی ازدواج، علت تصمیم قاضی بر صدور رای بر ازدواج و ویژگی‌های غالب فرهنگی و مذهبی محیط بوده است. سپس قضات و سایر مشارکت کنندگان، در طرح و تفصیل مساله آزاد گذاشته می‌شدند. مصاحبه‌های انجام شده پیاده‌سازی، کدگذاری و درنهایت پس از گردآوری داده‌ها با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی، حسب مورد، رویه قضائی و مصادیق عینی مصلحت در حوزه معیارهای احراز مصلحت و وضعیت نوعی و شخصی طفل را که منجر به صدور اجازه ازدواج شده است مورد نقد و تحلیل قرار گرفت. از آنجایی که در این پژوهش با قضات تمامی شعبی که پرونده‌ها استخراج گردید، مصاحبه به عمل آمده است و از آنجایی که آراء مربوطه عمدتاً با نگرش قضات هم‌سو بوده است به نظر می‌رسد که درصد خطای این پژوهش بسیار کمتر از سایر پژوهش‌هایی باشد که به مطالعه‌ی صرف پرونده‌ها اکتفا نموده‌اند.

## ۱- یافته‌های پژوهش

### ۱-۳- رویکردهای قضایی تشخیص مصلحت

#### ۱-۱-۳ جلب منفعت یا عدم وجود ضرر؟

یکی از مهم‌ترین چالش‌های مربوط به مصلحت مندرج در ماده ۱۰۴۱ مربوط به دامنه‌ی شمول مصلحت از صرف عدم وجود مفسده تا وجود منفعت و سود برای کودک می‌باشد، که اختلاف نظر فقها و متعاقبا قضات در این خصوص نیز منجر به آشفتگی و تشتت در صدور آراء و جواز ازدواج کودک شده است. نقطه‌ی اصلی اختلاف نظر در این خصوص به این مساله معطوف است که آیا در بحث تزویج کودک توسط ولی، صرف عدم وجود ضرر و مفسده- که البته برخی از آن به مصلحت

سلبی تعبیر کرده اند (Kazemi, 2016)<sup>۱</sup> - محقق میشود یا وجود سود و منفعت نیز ضروری است؟ برخی از قضات، با تامل بیشتر بر مفاد پرونده نه تنها قائل به عدم وجود مفسده هستند بلکه معتقدند مصلحت مندرج در ماده چیزی فراتر از مصلحت سلبی است و تنها در صورتی می‌توان جواز ازدواج کودک را صادر نمود که سود و منفعتی برای کودک قابل تصور باشد. قائلان به مصلحت سلبی، ولایت را در حدیث " تو و اموالت به پدرت تعلق دارید"<sup>۲</sup> و مستند به آیهی ۲۰۵ سورهی بقره به معنای مالکیت می‌دانند (Hore Ameli, 290)، یعنی ولی هر اقدامی را که اراده نمود می‌تواند انجام دهد زیرا اختیاردار تام فرزندش است، حتی می‌تواند به او ضرر هم برساند و عقد دارای مفسده باشد، زیرا آن را امتیازی برای پدر در نظر گرفته‌اند ( Makarem Shirazi, 2001). دسته‌ای دیگر از فقها که عمدتاً جزء متاخرین هستند، معتقدند رعایت مصلحت ایجابی (سود و منفعت) در ازدواج صغیر لازم و ضروری می‌باشد و صرف عدم مفسده کافی نیست و حتی در صورت تردید بین دو مصلحت، باید مصلحت اقوی را برای کودک در نظر گرفت که امروزه -حتی بر طبق ماده ۳ کنوانسیون حقوق کودک- به رعایت منافع عالی‌هی کودک مشهور است (Hashemi, 2015). برای مثال در بین متاخرین موسوی خمینی عنوان عدم مفسده را از عنوان مصلحت جدا کرده‌اند؛ شرط صحت تزویج را عدم مفسده دانسته و رعایت مصلحت را احتیاط در این امر می‌دانند، بدین معنا که واژه‌ی مصلحت دلالت بر سود و منفعت دارد که همان مصلحت ایجابی اس<sup>۳</sup> (Mosavi Khomeini, 1984) و به نظر می‌رسد در سایر فتاوی، فقها نیز واژه‌ی مصلحت را به معنای مصلحت ایجابی در نظر گرفته و در جایی که مصلحت سلبی مد نظر آن‌ها بوده است، از خود عنوان عدم مفسده استفاده کرده‌اند.<sup>۴</sup> مطابق با این

<sup>۱</sup> کاظمی، علی، رئیس اداره مطالعات حقوقی و قضایی قوه قضاییه، مصاحبه با خبرگزاری ایسنا،

<https://www.isna.ir/news/95032917137/%D8%A7%D8%B2%D8%AF%D9%88%D8%A7%D8%AC-%D8%AF%D8%AE%D8%AA%D8%B1%D8%A8%DA%86%D9%87-%D9%87%D8%A7-%D8%A7%D8%B2-%D9%86%DA%AF%D8%A7%D9%87-%DB%8C%DA%A9-%D9%82%D8%A7%D8%B6%DB%8C>

<sup>۲</sup> اُنت و مالک لأبیک

<sup>۳</sup> «شرط صحت تزویج صغیر توسط پدر و جد پدری، عدم مفسده است، در غیر اینصورت عقد فضولی است مانند عقدی که اجنبی انجام داده و صحت عقد منوط به اجازه‌ی صغیر بعد از بلوغ است، بلکه احتیاط مراعات مصلحت است»

<sup>۴</sup> آیت الله فاضل لنکرانی نیز می‌فرمایند: «مقتضای احتیاط لزومی این است که در نکاح صغار، مصلحت رعایت شود زیرا به حکم استصحاب در صورت عدم رعایت مصلحت، عقد نکاح محقق نمی‌شود» (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ ق: ۱۰۵). مکارم شیرازی نیز فرموده‌اند: «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، بنابراین پدران جز در موارد استثنایی حق ندارند صغیر یا صغیره را به عقد کسی درآورند» (مکارم شیرازی، ۱۳۸۸: ۱۶۵). محقق خوبی با اشاره به این نکته که در هیچ یک از نصوص اعتبار مصلحت یافت نمی‌شود، آن را شرط صحت ازدواج نمی‌داند اما احتیاط را در رعایت مصلحت صغار می‌داند (پورعبدالله، ۱۳۹۵: ۲۸۴) برخی از متاخرین نیز با استناد به آیهی ۱۵۲ سورهی انعام «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» معتقدند که ازدواج بر تصرفات مالی اولویت دارد و مصلحت را به نکاح نیز تعمیم داده‌اند (مکارم

نظر، مقصود از ولایت آن است که پدر به عنوان دلسوزترین فرد برای فرزندش، سود و منفعت او را در نظر بگیرد، یعنی ولایت امتیازی برای فرزند در نظر گرفته شود، نه برای پدر یا جد او؛ که در این صورت صرف عدم مفسده کافی نیست و باید مصلحت (سود و منفعت) او را هم در نظر گرفت (ibid). طبق فرمایش دکتر مهریزی، غرض از ولایت، حمایت از مولی علیه است تا ناتوانی او را جبران کند، نه اینکه صرفاً امتیازی به پدر بدهد تا هر تصمیمی که خواست در خصوص فرزندش اتخاذ کند. همچنین ولایت امری عقلایی است و نزد عقلا عنصر اساسی ولایت، رعایت مصلحت است (Mehrizi, 2003). و البته نظر ایشان رعایت مصلحت ایجابی است.

تفاسیر و نظرات فقهی متفاوت و متعارض در این خصوص، بالتبع در آرای صادره از قضات نیز منعکس شده است. طبق آراء مطالعه شده، غالب پرونده‌ها و مصاحبه‌های انجام شده، مؤید همین نظر بوده است و نشان می‌دهد که قاضی، ولی را مالک فرزند دانسته و به رضایت پدر اکتفا می‌کنند، بدون آنکه دلایل پدر مبنی بر وجود مصلحت در ازدواج بررسی شود. برای مثال در پرونده‌های ۴۵ تا ۳۷ آراء به شکل مشابهی تکرار شده است<sup>۱</sup>. در این ۹ پرونده صرفاً رضایت لفظی پدر مطرح می‌شود و قضات (بر اساس مصاحبه انجام شده) با در نظر داشتن مفهوم مالکیت از حدیث «تو و اموال به

شیرازی، ۱۳۸۰: ۳۴-۳۳). همچنین در میان متقدمین اعتبار وجوب مصلحت در تصرفات مالی مشهور است، برای مثال علامه حلی می‌فرماید: «حفظ مال طفل بر ولی طفل واجب است، زیرا خداوند او را ولی طفل و ناظر در مصالح و تحصیل منافع و دفع مفاسد او قرار داده است، پس واجب است تا مصلحت طفل را در حفظ مال او و مصون نگهداشتن آن از اسباب تلف، مراعات نماید و واجب است که در صورت امکان، مال طفل را در جهتی که به او سودی برساند به کار اندازد تا اصل مال در راه نفقه و سایر هزینه‌ها خرج نگردد» (رجیبیان، ۱۳۸۰: ۶۳؛ به نقل از علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۲، کتاب النکاح، ص ۶۰۹). فلذا فقها از مجموع روایاتی که به مصلحت در امور مالی اشاره دارد، مصلحت در ازدواج را استخراج کرده و بدین دلیل استناد کرده‌اند که از آنجایی که نکاح بر تصرفات مالی اولی است و علاوه بر آن امور مالی در مقایسه با ازدواج قابل جبران نیز می‌باشد، فلذا رعایت مصلحت در نکاح به طریق اولی شرط است، هرچند که برخی از فقها در این خصوص تردید کرده‌اند (همان: ۵۷؛ به نقل از حکیم، سید محسن، مستمسک العروه الوثقی، ج ۱۲، ۲۸۲؛ خوئی، سید ابوالقاسم، مستند العروه الوثقی، ج ۲، ص ۲۸۱). علامه حلی نیز در تذکره در جهت موافقت با این استدلال، تزویج مولی علیه به مجنون را باطل اعلام می‌کند و اینگونه استدلال می‌فرماید که: «... زیرا این تزویج بر خلاف مصلحت است و وقتی تصرف در مال بر خلاف مصلحت صحیح نباشد، در امر نکاح نیز به طریق اولی جایز نخواهد بود»<sup>۲</sup> (همان: ۵۸-۵۷). مستند دوم حدیث صحیح از فضل بن عبدالملک است که از امام صادق (ع) نقل می‌کند: «إِنَّ الْجَدَّ إِذَا زَوَّجَ ابْنَهُ ابْنَهُ وَ كَانَ أَبُوهَا حَيًّا وَ كَانَ الْجَدُّ مَرَضِيًّا جَازٌ...»<sup>۳</sup>، در اینجا صحت عقد را مشروط به رضایت جد می‌کنند و رضایت وی به معنای عدم مفسده نیست بلکه به معنای رعایت مصلحت از جانب جد مولی علیه است. پس در صورت عدم رعایت مصلحت عقد باطل است (مکارم شیرازی، همان: ۳۵).

۱ اطلاعات و جداول مربوط به پرونده‌ها در قسمت نتیجه گیری منعکس شده است.

پدرت تعلق دارید<sup>۱</sup>» پدر را مالک فرزند خویش دانسته و بدین ترتیب صرف رضایت ولی را جهت احراز مصلحت کافی می‌داند و دلایل را احراز نمی‌کند. برای نمونه به دو پرونده اشاره می‌شود؛ اظهارات پدر در پرونده‌ی ۳۹: «... من نیز حاضر هستم که دختر سیزده ساله ام را به عقد دائم با آقای... درآورم». در متن رأی آمده است: «... با این توضیح که خواهان ۱۳ سن داشته و ولی وی که خواننده (پدر) باشد راضی به ازدواج خواهان با آقای... می‌باشد، لذا تقاضای اذن ازدواج و ثبت ازدواج در محضر رسمی را داشته. با عنایت به اظهارات خواهان و اقرار پدر به راضی بودن خواهان با ازدواج دائم با فرد مورد نظر، دعوی خواهان را وارد به استناد م ۱۰۴۱ ق. م، به خواهان اجازه می‌دهد با اذن پدر با آقای... متولد ۱۳۷۱ ازدواج دائم نموده و به ثبت رسمی رساند».

در پرونده‌ی شماره‌ی ۴۰ نیز همین روند طی شده است؛ صورتجلسه‌ی پرونده: «... خواننده اظهار می‌دارد با توجه به اینکه فرزندم چند ماه از سیزده سال کوچکتر می‌باشد و می‌خواهد با آقای... ازدواج نماید و من ولی فرزندم می‌باشم و مصلحت فرزندم را رعایت می‌کنم و صلاح بر این داشته با پسر بردارم ازدواج نماید و من هم راضی هستم، لذا تقاضای اذن ازدواج را دارم». رأی پرونده: «... نظر به اینکه خواهان متولد ۸۳/۸/۲۱ می‌باشد و خواننده‌ی ردیف اول پدر و ولی قهری وی می‌باشد و رعایت مصلحت فرزند خود را دارد و خواننده‌ی ردیف دوم فرزند برادر خواننده‌ی ردیف اول می‌باشد، به استناد م ۱۰۴۱ ق. م به ولی خواهان اجازه می‌دهد تا با رعایت مصلحت، فرزند خود را (خواهان) به عقد دائم خواننده‌ی ردیف دوم درآورد». در این پرونده پدر به این دلایل استناد کرده است: ۱. "من ولی هستم" ۲. "مصلحت را رعایت می‌کنم" ۳. "مصلحت این است که با پسرعمویش ازدواج کند". قاضی نیز دلایل را پذیرفته و عینا همان الفاظ را در رأی تکرار می‌کند و مستند رأی خود را دلایل پدر به شرح فوق بیان می‌کند. فلذا علت ازدواج مشخص نمی‌شود، به ویژه آنکه اظهارات قاضی در رأی به گونه‌ای است که علنا رعایت مصلحت را دوباره به شخص ولی واگذار می‌کند بدون آنکه مشخصا به عنوان قاضی دلیل مصلحت‌آمیز متفاوتی از ادله‌ی ولی عنوان نماید. در این قبیل پرونده‌ها ملاحظه می‌گردد که قاضی بر ولایت پدر تاکید دارد و صرف رضایت ولی را جهت ازدواج کافی می‌داند و حتی دلایل پدر را بررسی نمی‌کند.

بر اساس تحقیقات میدانی نگارنده، پرونده‌های مورد مطالعه نشان می‌دهد قضات صرف عدم وجود مفسده را برای ازدواج کودک کافی دانسته‌اند. برای مثال در پرونده‌های شماره‌ی ۶، ۲۵، ۲۸، ۲۹ و ۳۴ قاضی صرفا بلوغ جسمی و ذهنی کودک را احراز و اذن ازدواج را صادر کرده است؛ گویی صرف نرسیدن ضرر جسمی و فکری به کودک، برای ازدواج کفایت می‌کند و نیازی به وجود مصلحت



و منفعت در ازدواج نیست؛ (Taheri, 2014). به عنوان نمونه، در پرونده‌ی شماره‌ی ۲۵ قاضی با استناد به بلوغ جسمی کودک اذن به ازدواج می‌دهد: «... چون در مصاحبه به عمل آمده از خواهان بنظر می‌رسد مشارالیه‌ها از رشد جسمی و فکری کافی جهت ازدواج برخوردار است دارای صفات بلوغ نیز می‌باشد. پدر با ازدواج وی موافق است. دادگاه با رعایت مصلحت خواهان مستنداً به ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی و ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده حکم بر اذن در ازدواج صادر می‌نماید...». در پرونده‌ی ۲۸ نیز به همین دلیل استناد شده است: «... با توجه به اینکه در مصاحبه به عمل آمده از خواهان به نظر می‌رسد خواهان از رشد ذهنی و جسمی کافی جهت ازدواج برخوردار است و پدر با ازدواج موافق است مستنداً به مواد ۱۰۴۱ قانون مدنی و ۴۵ قانون حمایت خانواده حسب در نظر گرفتن مصلحت خواهان حکم بر اذن در ازدواج خواهان صادر می‌نماید...».

در پرونده‌های مذکور ملاحظه می‌گردد که قضات عمدتاً به مصلحت سلبی تکیه دارند، در حالی که به نظر میرسد مصلحت مندرج در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی به مصلحتی فراتر از "صرف عدم مفسده" اشاره دارد و تجویز ازدواج کودکان به صورت قانونی نیازمند وجود مصلحتی فراتر از مصلحت سلبی و تضمین وجود منفعت برای کودک به انضمام دفع ضرر از وی چه در زمان حال و چه در زمان آینده است. در واقع دفع ضرر یا جلب منفعت بایستی نه تنها ناظر بر حال که بر آینده طفل نیز باشد. مصلحت مورد نظر در حقوق کودک نیز به معنای «رعایت و تضمین بهترین منافع» است که امروزه در حقوق کودک با عنوان «منافع عالی‌ه‌ی کودک»<sup>۱</sup> تعبیر شده است و فراتر از صرف عدم وجود مفسده است (Hashemi, 2015). دکتر کاتوزیان نیز در خصوص شرط رعایت مصلحت در ازدواج کودک در ماده‌ی ۱۰۴۱ پیشین اشاره داشتند بر اینکه ماده به مصلحت مولی علیه مشروط شده است یعنی عدم مفسده در زناشویی اجباری کودک کفایت نمی‌کند، بلکه مصلحت کودک باید در نظر گرفته شود. تزویج کودک او را از «طبیعی‌ترین حق مشروع خود» محروم می‌سازد و به طفل آسیب می‌رساند. بنابراین فرض ضرر در تزویج کودک توسط ولی وجود دارد و در صورتی این فرض از بین می‌رود که ضرورت و مصلحت نکاح در دادگاه توسط ولی ثابت شود (Katozian, 1999). با این وجود تعدد آراء، منجر به تفاسیر متفاوت قضات از مصلحت شده و در غالب پرونده‌ها احراز عدم مفسده را در تزویج کودک کافی دانسته‌اند و موردی که مصلحت ایجابی مد نظر محکمه باشد در میان آرای مورد بررسی نگارنده، مشاهده نشد.

<sup>۱</sup> The Best Interest of the Child.

### ۳-۱-۲- مصلحت نوعی یا شخصی

مصلحت از جهت اینکه چه کسی یا کسانی را مخاطب قرار میدهد به دو قسمت مصلحت نوعی و شخصی تقسیم بندی می شود. قانونگذار در مقام قانونگذاری عمدتاً مصلحت کلی را در نظر می گیرد و مصلحت شخصی غالباً در احکام ثانویه مد نظر است (Saber, 2005). به عنوان مثال عسر و حرج مندرج در متن ماده‌ی ۱۱۳۰ قانون مدنی<sup>۱</sup> حکم ثانوی تلقی نموده و آن را شخصی و نه نوعی- در نظر گرفته‌اند و این نوع از طلاق برای حاکم اسلامی به رسمیت شناخته شده است (Hashemi, 2015) در خصوص ازدواج کودک آنچه قانونگذار به عنوان اصل منع ازدواج کودک مد نظر قرار داده است مبتنی بر مصلحت نوعی است و مشروط کردن ازدواج کودک به شرط رضایت پدر و مصلحت دادگاه، مبتنی بر مصلحت از نوع شخصی است. بنابراین حکم تزویج کودک ناظر بر مصلحت شخص طفل بوده و نمی‌توان در جهت رسیدن سود و منفعت به غیر، با تزویج کودک در دادگاه موافقت شود. اما آنچه که در رویه رخ میدهد صدور آرای متعددی است که غالباً بر مبنای مصلحت شخص طفل نبوده و عمدتاً سود و منفعت غیراز کودک در آن لحاظ شده است. برای مثال در پرونده‌ی شماره‌ی ۲۱، پدر دلیل نکاح دخترش را انتقال سربازی طرف عقد نکاح مطرح می‌کند. ولی صریحاً عنوان می‌کند که زوج پسرعموی اوست و از طریق ازدواج با دخترش، ایشان می‌تواند به شهر خودشان انتقالی بگیرد: «... خواهان می‌گوید: قصد ازدواج با پسرعموی پدرم را دارم. سرباز است. می‌خواهد سربازی‌اش به مشهد منتقل شود. نوزدهم اردیبهشت سال ۹۶ به سربازی اعزام شده است. بیشتر بخاطر سربازی‌اش عجله داریم به مشهد بیاید. بالغ هستیم. تقاضای اذن ازدواج دارم. سپس خوانده اظهار داشت: قبول دارم فرزندم هنوز رشد کافی ندارد اما با ازدواج ایشان موافق هستیم. بهتر است هم مشکل پسر عمویم حل شود و هم دخترم ازدواج کند...». در این پرونده، اگرچه پدر طفل، عدم رشد دخترش را قبول دارد اما به جهت منفعت دیگری، قصد نکاح کودکش را دارد و مصلحت شخص دیگری را برای نکاح در نظر گرفته است. هرچند این دعوی به جهت عدم رشد فکری و جسمی کودک رد می‌شود اما مصاحبه با قاضی مشاور این پرونده نشان می‌دهد که در صورتی که کودک بالغ باشد، امکان اذن ازدواج به دلیل مسبوق وجود دارد. ایشان اظهار داشتند که اغلب کسانی که مراجعه می‌کنند طرف عقد نکاح سرباز است و جهت گرفتن انتقالی و سایر مزایا اقدام به ازدواج می‌کنند. ایشان در پاسخ به این سوال که آیا با دانستن قصد پدر، اذن به ازدواج می‌دهید، گفتند: «ما اصلاً به قصد کاری نداریم، فقط وضعیت دختر و رضایت پدر مهم است و در ماده ۱۰۴۱ هم

<sup>۱</sup> «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند، چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود».

عنوان نشده است». بنابراین در موارد مشابه امکان اذن ازدواج به دلیل وجود مصلحت برای شخص دیگری جز کودک توسط قضات وجود دارد زیرا به نقل از قضات، در ماده‌ی ۱۰۴۱ ق. م. ق. و نیت طرف مقابل و پدر عنوان نشده است. در صورتی که ازدواج باید برای شخص کودک دارای سود و منفعت باشد و در واقع قصد پدر، یکی از نشانه‌های مصلحت یا عدم مصلحت در ازدواج است. نکته دیگری که عمدتاً موجب صدور رای بر ازدواج کودک می‌شود، مساله عرف و عادت و فرهنگ حاکم بر منطقه یا قومیت خاص متقاضی صدور اجازه ازدواج است البته تردیدی وجود ندارد که قاضی از لحاظ کردن مساله عرف و عادت و شرایط زمانی و مکانی، در صدور احکام گریزی ندارد، تاثیر اوضاع فرهنگی، اقتصادی و اجتماعی که در تزویج کودک قابل انکار نبوده و غالباً ولی به یکی از دلایل مذکور و تحت تاثیر عرف و عادات اقدام به نکاح فرزند خویش می‌کند. اما از آنجایی که ازدواج کودک تبعات غیر قابل جبرانی در بردارد، همچنین به دلیل صعوبت اثبات عدم رعایت مصلحت و به دنبال آن عدم امکان فسخ نکاح از جانب کودک، صرف اتکای بر عرف و عادت و شرایط فرهنگی منطقه کفایت بر صدور اجازه ازدواج نمی‌کند. آنچه در مستند آرای قضات به چشم می‌خورد، تاثیر جدی عرف در حکم قاضی به اذن در ازدواج کودک بدون در نظر گرفتن سایر گزینه‌ها و به عنوان یکی از مهترین فاکتورها و علل اصلی صدور رای است. برای مثال در دو پرونده‌ی ۲۴ و ۲۷، علت ازدواج کودک عادات خانوادگی یا آداب مرسوم روستا مطرح شده است و قاضی نیز استناد به عرف را مقبول دانسته و اذن ازدواج را صادر کرده است. در پرونده‌ی ۲۴ آمده است: «... حدود ۱۲ ساله هستم. در روستا زندگی می‌کنیم با یکی از هم روستایی‌هایمان قصد ازدواج دارم. با مهریه‌ی ۹۵ سکه بهار آزادی. عادت ماهیانه می‌شوم و از صفات بلوغ برخوردارم. سپس خواننده اظهار داشت: با ازدواج دخترم موافق هستم چون رسم داریم دخترها را کوچک عروس کنیم، عروس‌هایمان نیز همینطوری کم سن و سال هستند، مصلحت دخترم را در نظر گرفته‌ام». در این پرونده پدر تنها دلیل ازدواج دخترش را عرف و عادات خانوادگی مطرح کرده است، و نتیجه‌ی پرونده نیز صدور اجازه ازدواج توسط قاضی مبتنی بر رضایت ولی است. در پرونده‌ی ۲۷ نیز خود دختر اظهار می‌دارد که مطابق رسم روستا باید ازدواج کند و پدر نیز رضایت خود را اعلام داشته و البته تاکید می‌کند که مصلحت طفل را در نظر گرفته است، هرچند دلیل خاصی مبنی بر وجود مصلحت ارائه نمی‌شود. در این پرونده قاضی مشابه پرونده‌ی سابق با توجه به عرف روستا با نکاح موافقت می‌نماید؛ در حالی که یقیناً عرف و عادات تنها دلیل برای مصلحت کودک نمی‌باشد. در مصاحبه با قاضی شماره ۵، ایشان در خصوص جواز ازدواج طفل اظهار داشتند که معمولاً اگر کودک نامادری داشته باشد برای رهایی از فضای منزل یا مواردی مشابه اذن ازدواج داده می‌شود. هرچند به نظر می‌رسد این قاضی، ملاک شخصی را مد نظر داشته است اما در صورتی می‌توان گفت که این ملاک درست است

که یقیناً سود و منفعتی از ازدواج، متوجه کودک شود و با در نظر گرفتن مشخصه‌ها و معیارهایی که در ادامه مطرح می‌گردد، تمامی جوانب برای ازدواج او در نظر گرفته شود. تا زمانی می‌توان از عرف در رویه قضایی بهره گرفت که به برقراری عدالت کمک کند. در خصوص ازدواج کودکان، تفسیر قاضی از مصلحت، صرفاً در معنای عرفی آن موجب ضرر به کودک است و علی‌رغم این که عرف در نظر قضات تاثیر خود را خواهد گذاشت اما این تاثیر نباید در خصوص موادی که تفسیر مضیق شده و در قانون استثنای بر اصل شده‌اند لحاظ شود. به همین دلیل در این پژوهش آنچه مورد تاکید است تعریف دقیق مصلحت توسط قانونگذار است تا هم تعریف دقیقی از مصلحت مشروط در تزویج کودک ارائه شود و هم معیارهای تشخیص آن برای قضات محاکم مشخص گردد و در آن وحدت معنا صورت گیرد، هرچند این گزاره‌ها باید به صورت فردی برای هر پرونده مورد بررسی قرار گیرد.

### ۳-۲- معیارهای عینی قضایی در تشخیص مصلحت

یکی از ایرادات جدی که ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی با آن مواجه است نه تنها در عدم ارائه تعریف مشخص و متقنی از مصلحت بلکه در عدم ارائه معیارهای عینی در مصلحت ازدواج کودک است. در این مبحث با توجه به مطالعات میدانی انجام شده توسط نگارنده، معیارهای عینی احراز مصلحت در آراء قضات بررسی می‌گردد.

با توجه به مطالبی که تاکنون مطرح گردید و با عنایت به پرونده‌های بررسی شده، معیارهای تشخیص مصلحت نکاح که توسط محاکم اتخاذ می‌شود را می‌توان در ۴ دسته طبقه‌بندی نمود: ۱- بلوغ جسمی و فکری کودک؛ ۲- رضایت و آگاهی کودک به ازدواج؛ ۳- صلاحیت طرف عقد نکاح؛ ۴- تشخیص مصلحت بودن نکاح توسط ولی

### ۳-۲-۱- احراز بلوغ جسمی و عقلی کودک

یکی از شرایط صحت نکاح اهلیت داشتن است و یکی از نشانه‌های آن، قابلیت جسمی و بلوغ است. «بلوغ» با قابلیت جسمی برای زناشویی تحقق می‌یابد و نشانه‌هایی که در اخبار آمده و فقیهان به آن تصریح کرده‌اند، اماره و راه وصول و کشف این واقعیت است» (Katozian, 1999). همچنین برای درک زندگی زناشویی و مسئولیت‌های ناشی از آن، علاوه بر بلوغ، تجربه و رشد عقلی نیز نیاز است (ibid). لذا بلوغ جسمی و رشد عقلی هر دو لازمه‌ی ازدواج کودکان است. با این وجود در خصوص احراز بلوغ در ازدواج کودکان، قضات آراء متفاوتی صادر کرده‌اند. برخی از قضات صرفاً بلوغ جسمی کودک را مورد توجه قرار داده و برای احراز آن نیز گروهی از قضات به پزشکی قانونی ارجاع

داده و برخی شخصا از طریق پرسش یا مشاهده‌ی وضعیت جسمانی دختر پی به بلوغ کودک برده‌اند و تعداد معدودی از قضات علاوه بر بلوغ جسمی، بلوغ فکری را نیز مهم دانسته است. از مجموع ۵۰ پرونده‌ی بررسی شده، صرفاً در ۲ مورد، پرونده‌های شماره ۹ و ۱۲، به جهت احراز بلوغ جسمی - و نه ذهنی - به پزشکی قانونی ارجاع داده شده‌اند. در پرونده‌ی شماره ۹ کودک به پزشکی قانونی معرفی شده و قاضی در نامه خطاب به کمیسیون سوال می‌کند که «آیا ازدواج برای ایشان مناسب است و خطری ندارد یا خیر؟» پاسخ پزشکی قانونی به این شرح است: «نامبرده معاینه شد، اگرچه علائم بلوغ در وی ظاهر شده است اما طبق مصاحبه‌ی روانپزشکی به عمل آمده با توجه به اینکه ازدواج نیازمند رشد کامل عقلانی و پختگی روانی فرد می‌باشد و رشد عقلانی وی متناسب با سن تقدیمی نامبرده است، در حال حاضر از لحاظ روانپزشکی ازدواج به مصلحت وی نمی‌باشد». از آنجایی که قاضی صرفاً بلوغ جسمی و نه بلوغ فکری را مد نظر داشته است، لذا نظر پزشکی قانونی را در رأی اعمال نمی‌کند و صرفاً با توجه به سن خواهان که سه ماه کمتر از ۱۳ سال شمسی است و نظر پزشکی قانونی مبنی بر عدم وجود خطر در ازدواج، رأی بر جواز ازدواج صادر می‌نماید. علی‌رغم اقدام قاضی در ارجاع امر به متخصص و ارجاع کودک به کمیسیون پزشکی قانونی و نظر این مرجع مبنی بر عدم احراز رشد عقلانی، دادگاه در صدور رأی به این نظر توجهی نداشته است. در پرونده‌ی شماره ۱۲ قاضی جهت احراز بلوغ جسمی کودک را به پزشکی قانونی ارجاع می‌دهد و از آنجایی که پزشکی قانونی رشد جسمانی کودک را جهت آمادگی ازدواج مورد تایید قرار می‌دهد، قاضی اذن به ازدواج می‌دهد. لذا تنها در دو پرونده از پرونده‌های مورد مطالعه، قاضی جهت احراز صرف بلوغ جسمی، کودک را به پزشکی قانونی ارجاع می‌دهد. نحوه‌ی احراز بلوغ توسط محاکم نیز چالش دیگری در خصوص نحوه و مستند تشخیص مصلحت است. اینکه قاضی امر را به کارشناس و متخصص ارجاع دهد یا خیر؟ و در متن ارجاع به متخصص دقیقاً چه امری مورد سوال قرار گرفته باشد؟ و در نهایت اینکه چگونه قاضی راساً و شخصاً بلوغ را احراز میکند و با استناد به چه دلیلی؟ از سوالات اساسی است که مبنا و مستند تشخیص مصلحت توسط دادگاه را به چالش میکشد. در ۴۶ پرونده از مجموع ۵۰ پرونده مورد مطالعه، صلاحیت کودک جهت ازدواج، منحصر در بلوغ جسمی کودک و توسط شخص قاضی، راساً در دادگاه و بدون ارجاع امر به کارشناسی یا پزشکی قانونی مورد تایید قرار گرفته است. به عنوان مثال در چهار پرونده (پرونده‌های شماره ۱، ۱۱، ۲۰ و ۳۳) قاضی بدون ارجاع امر به متخصص، شخصاً بلوغ جسمی کودک را با چند سوال شفاهی از کودک در محکمه احراز می‌نماید. در پرونده‌ی شماره‌ی ۱ در متن دادخواست با توجه به اقرار طفل مبنی بر بلوغ زنانه، قاضی بلوغ جسمی را احراز و رأی بر ازدواج طفل می‌دهد؛ رأی دادگاه به این شرح است: «... با توجه به اینکه خواهان از نظر جسمی رشید و بالغ بوده و قابلیت نکاح را دارد...». در پرونده‌ی شماره‌ی

۱۱ نیز قاضی بدون ارجاع امر به پزشکی قانونی، با توجه به ظاهر کودک، بلوغ جسمی وی را تأیید کرده و اجازه ازدواج را صادر می‌کند. متن رأی بدین شرح است: «در خصوص دعوی... به خواسته اذن در ازدواج... و خواهان متولد ۱۳۸۲/۱۱/۲۳ می‌باشد که بالغ شده ولی هنوز ۱۳ سال وی تمام نشده است...». البته با توجه به تأکید محاکم مبنی بر احراز بلوغ جسمی، در مواردی نیز که بلوغ جسمی احراز نمی‌شود دادگاه مستند به عدم وجود مصلحت در ازدواج کودک نابالغ، اجازه‌ی ازدواج صادر نمی‌نماید. در پرونده‌ی شماره ۳۳، به جهت عدم رشد جسمی کودک دعوی رد می‌شود. در واقع از مجموع پرونده‌هایی که قضات بلوغ جسمانی را احراز نموده‌اند، تنها پرونده‌ای که ازدواج کودک به دلیل ناتوانی جسمی و عدم بلوغ رد شده بود، پرونده‌ی شماره‌ی ۳۳ می‌باشد. در متن صورتجلسه، کودک اظهار به عدم بلوغ جسمی و برخوردار نبودن از صفات بلوغ زنانه نموده (خواهان می‌گوید هنوز عادت ماهیانه نمی‌شوم). متن رأی بدین شرح است: «... چون در مصاحبه‌ی به عمل آمده از خواهان، به نظر می‌رسد هنوز خواهان از رشد جسمی و ذهنی کافی جهت ازدواج برخوردار نیست و برخی از صفات بلوغ را ندارد، گرچه پدر با ازدواج خواهان موافق است، دادگاه ازدواج را به مصلحت خواهان نمی‌داند و مستنداً به مفهوم ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی و ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده حکم به رد دعوی صادر می‌نماید». از طرفی در پرونده‌ی شماره‌ی ۶ و ۲۵، قاضی صرفاً مستند به اظهارات طفل مبنی بر بلوغ شرعی و قانونی، بلوغ کودک را احراز و رأی بر اجازه ازدواج می‌دهد. در هر دو پرونده هیچ مستندی دال بر نحوه‌ی احراز بلوغ و یا ارجاع امر به متخصص وجود ندارد و متن صورتجلسه فاقد مصاحبه با کودک است و مشخص نیست که آیا صرف اقرار کودک به بلوغ (آن هم بلوغ جسمی)، برای قاضی کافی به مقصود بوده است؟ در ۱۵ پرونده از مجموع ۵۰ پرونده، (پرونده‌های ۴، ۲۰، ۱۵-۱۳، ۱۷ و ۴۵-۳۷)، نه در متن دادخواست اشاره‌ای به بلوغ کودک شده است و نه قاضی بلوغ کودک را احراز می‌کند، گویا محکمه اساساً نه تنها بلوغ عقلی، بلکه بلوغ جسمی را هم لازمه‌ی برقراری نکاح ندانسته است. طی مصاحبه با قضات پرونده‌های ۴۵ تا ۳۷، ایشان اظهار داشتند که تنها معیار مصلحت، دلایل پدر بوده و نیازی به احراز بلوغ عقلی کودک نمی‌باشد، زیرا اصل بر سلامت است و وقتی فرد به سنی می‌رسد رشید محسوب می‌شود و احراز بلوغ روانی زمانی است که از لحاظ روحی و روانی مشکل داشته باشد. وی معتقد بود احراز بلوغ جسمی توسط پزشکی قانونی و ارجاع امر به متخصص نیز صرفاً زمانی است که کودک از نظر جسمی ضعیف باشد. در هیچ یک از پرونده‌های این شعبه، بلوغ عقلی و بلوغ جسمی مستنداً احراز نشده است ولی جواز ازدواج کودک صادر شده است.

نکته حایز اهمیت در این مبحث مساله احراز بلوغ جسمی کودک دختر توسط قاضی مرد است. احراز بلوغ دختر توسط قاضی مرد امری به دور از واقعیت است زیرا اگرچه ظاهر کودک می‌تواند تا

حدودی گواه رشد جسمانی باشد اما تمامی آثار بلوغ را نشان نمی‌دهد.<sup>۱</sup> از مجموع ۴۸ پرونده، در پرونده‌های شماره ۲۳-۲۱ و ۴۹-۴۶، قاضی مشاور زن حضور داشته و در این پرونده‌ها، محکمه با در نظر داشتن نظر مشاور زن شعبه دال بر رد دعوی به دلیل عدم بلوغ جسمی و عقلی کودک، رأی بر عدم جواز ازدواج صادر می‌نماید. در مصاحبه با قاضی مشاور زن این شعبه، ایشان در خصوص علت رد دعاوی مذکور بیان کردند که غالباً کودکان بلوغ جسمی و جنسی نداشته‌اند. (متن مصاحبه در پاورقی).<sup>۲</sup> حضور یک قاضی زن و دیدگاه متفاوت آنان راجع به آسیب‌های واقعی ازدواج زود هنگام و نشانه‌ها و آثار بلوغ به لحاظ زن بودن آنان، می‌تواند به محکمه در یافتن حقایق و اتخاذ تصمیم صحیح موثر باشد.

پیشتر ذکر شد که در برخی موارد محکمه جهت احراز بلوغ، گواهی رشد صادر نموده است. از مجموع ۵۰ پرونده‌ی مطالعه شده، در دو پرونده‌ی ۱۸ و ۱۹ ملاحظه گردید که قاضی ضمن صدور حکم رشد، با ازدواج کودک موافقت می‌نماید. در واقع در برخی موارد قضات، رشد فرد را اماره بر بلوغ لحاظ کرده و با صدور گواهی رشد و مبتنی بر آن اجازه ازدواج را صادر مینمایند. جدای از این امر که صدور گواهی رشد مورد اشاره در ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی، که عمدتاً مربوط به تصرفات مالی صغیر است با بلوغ جسمی و عقلی و اهلیت مورد نیاز با ازدواج متفاوت است و نیازمند مستندات متفاوتی است (Taheri, 2014)، اما سوالات مطروحه در جلسه‌ی دادگاه و نحوه احراز رشد توسط دادگاه، قطعاً پاسخگو و مستند کافی در خصوص احراز رشد کودک و اهلیت صحی نکاح نمی‌باشد. سوالات پرسیده شده از کودک جهت احراز رشد عمدتاً حول مساله میزان مهریه و سایر امورات مالی است. به عنوان نمونه در مصاحبه با رییس شعبه نیز ایشان در خصوص چگونگی احراز رشد فکری و نحوه‌ی سوالات پاسخ دادند: «بیشتر سوالات در خصوص امور مالی و اجتماعی است، مثلاً در

<sup>۱</sup> در این خصوص به ذکر واقعه‌ای از زبان یکی از مدیر دفتران شعبه ی در دادگاه خانواده‌ی مشهد اشاره می‌کنیم: «خیرا پدر و دختری به دادگاه خانواده آمده بودند، جلسه ی دادگاه دختر خانم بود که همسرش درخواست الزام به تمکین داده بود. خانمی بود با هیکل درشت که چادر به سر داشت. پدر دختر گفت که داماد ماهانه به سفر خارجه می رود و مدت کمی در ایران در کنار دخترش به سر می برد. وقتی چادر دختر کمی کنار رفت، عروسکی در دستش دیدم و متعجب شدم، چون هیکل درشتی داشت و متوجه شدم که ۱۴ سال بیشتر ندارد ولی دختر به دلیل سن کم درکی از تمکین نداشت. و حالا به دلیل ازدواج زود هنگام ملزم به تمکین شده بود. به پدر گفتم چرا دختر کوچکت را شوهر دادی که پدر تنها اظهار پشیمانی کرد و چیزی نتواست بگوید».

<sup>۲</sup> ایشان اظهار داشتند: «می‌دانید که لگن دختر معمولاً در سن ۱۵ سالگی رشد کامل می‌کند و معمولاً تا ۱۸ سالگی هم به طول می‌انجامد و پسرها معمولاً تا ۲۱ سالگی رشد کامل دارند. به همین دلیل اگر دختر از رشد کافی جسمی برخوردار نباشد، آسیب جبران‌ناپذیری در مسائل جنسی می‌بیند. در برخی از کشورها ازدواج زیر ۱۵ سال و در برخی دیگر حتی زیر ۱۸ سال ممنوع شده. از طرفی ایران به کنوانسیون حقوق کودک ملحق شده است. همچنین در ماده ۴۵ قانون حمایت خانواده نیز رعایت غبطه و مصلحت کودک و نوجوانان الزام آور ذکر شده است. برخی از مراجع نیز ازدواج زیر ۱۵ سال را حرام می‌دانند. پس باید بلوغ احراز شود. معمولاً از خود دختر سوال می‌شود که مثلاً حاضض می‌شود یا نه و یا اندامش رشدی داشته‌اند یا نه».

خصوص مهریه می‌پرسیم یا سوال دیگری که مطرح می‌شود این است که اگر شب برات ۲۰ تا مهمون بیاد چیکار می‌کنی؟». در پرونده‌ی شماره‌ی ۱۸ و ۹ سوالاتی که قاضی جهت مشخص شدن رشد یا عدم رشد کودک مطرح می‌کند در دو سوال ساده خلاصه می‌گردد: «۱. قاضی: چرا به دادگاه مراجعه کرده‌اید؟ دختر: برای گرفتن حکم رشد جهت ازدواج ۲. قاضی: تحصیلات در چه مقطعی است؟ دختر: اول راهنمایی می‌باشم. پدر متقاضی حاضر و اظهار می‌دارد با تقاضای دخترم موافقم» و در ادامه قاضی اظهار می‌دارد: «دادگاه پس از استماع اظهارات متقاضی و پاسخ‌های وی در قبال سوالات دادگاه که مبین توانایی و رشد وی در انجام تکالیف قانونی می‌باشد و از نظر ظاهری و جسمی نیز از رشد کافی برخوردار است و نیازی به کسب نظر کارشناسان نمی‌باشد بنابراین دادگاه... به شرح ذیل مبادرت به صدور رای می‌نماید: در خصوص... خواسته‌ی صدور حکم رشد با توجه به مفاد درخواست نامبرده و مستندات ابرازی و به اظهارات وی در جلسه دادگاه و پاسخ مشارالیه‌ها در قبال سوالات دادگاه که مبین رشد عقلی و توانایی وی در انجام تکالیف قانونی می‌باشد و از نظر ظاهری و جسمی نیز از رشد کافی برخوردار است. بنابراین با قبول درخواست نامبرده و مستنداً به م ۱۲۱۰ قانون مدنی و تبصره‌ی ذیل آن حکم به ثبوت رشد و اجازه ازدواج متقاضی مزبور صادر و اعلام می‌گردد. رای صادره حضوری و قطعی است». در این پرونده که خواسته اذن ازدواج بوده است، قاضی به دلایل نامعلوم به صدور گواهی رشد با سوالات ساده اقدام می‌کند و بدون توجه به ماده‌ی ۱۰۴۱ ق. م که باید مصلحت دختر احراز شود، به ماده‌ی ۱۲۱۰ ق. م استناد می‌کند که در خصوص رشد در امور مالی است و در نتیجه دلایل موافقت پدر پرسیده نمی‌شود و مصلحت احراز نمی‌گردد و به صرف احراز رشد در امور مالی اجازه ازدواج کودک صادر می‌شود.

با توجه به مطالب پیش گفته و بر اساس ارزیابی‌های انجام شده، در غالب پرونده‌ها صدور اجازه ازدواج تنها منحصر به احراز بلوغ جسمی کودک است و حتی برخی قضات بلوغ جسمانی را لازمه نکاح نمی‌دانند و گاهی علی‌رغم اقرار کودک به عدم بلوغ جسمی قاضی اقدام به صدور اذن ازدواج می‌نماید. بدین ترتیب ابهام موجود در متن ماده‌ی ۱۰۴۱ ق. م و عدم الزام قضات به ضرورت احراز بلوغ اعم از عقلی و جسمی، به شکل فوق در آرائی قضات منعکس شده است.

### ۳-۲-۲- رضایت و آگاهی کودک در نکاح

در عقد نکاح دو شرط قصد و رضای طرفین و اهلیت داشتن در بحث از شروط صحی نکاح مطرح است. در قصد و رضا، یک معنای آن قصد و رضای باطنی است یعنی زن و شوهر هم قصد نکاح داشته باشند و هم بدان نکاح راضی باشند. در خصوص لزوم یا عدم لزوم رضایت کودک به ازدواج نظرات متعدد و متفاوتی ارائه شده است که به ابهام در ماهیت نقش ولی و اختلاف نظر در مورد



نقش ولایی یا ذنی وی، در ماده ۱۰۴۱ مرتبط می شود. زیرا اگر عقد (صغیر ممیز) به اذن ولی به مفهوم پذیرش نقش ولایی وی منعقد شود رضایت کودک شرط نیست اما اگر ماهیت رضایت ولی، اذن باشد رضایت کودک لازم است و نقش ولی تنفیذ اجازه وی یا اجازه بعدی است.<sup>۱</sup> پرداختن به این مساله خارج از این نوشتار است اما رویه دادرسی موجود در خصوص ماده‌ی ۱۰۴۱ به این نحو است که این کودک است که باید خواهان دعوی باشد، اما همچنان این ابهام وجود دارد که قانونگذار ایران قائل به کدام نظر بوده است؟ آیا احراز رضایت طفل را لازم دانسته است یا خیر و اگر رضایت طفل ملاک است این رضایت به چه نحوی احراز می‌گردد.

از مجموع ۵۰ پرونده مورد مطالعه، صرفاً در ۱ پرونده (پرونده‌ی ۲۶) نارضایتی کودک آن هم در صورت جلسه دادگاه، صریحاً مکتوب شده بود. در این مورد کودک صراحتاً نارضایتی خود را از ازدواج بیان می‌کند و ضمن اذعان به عدم بلوغ زنانه، تصریح می‌کند که به علت اصرار و اجبار والدین راضی به ازدواج شده است.<sup>۲</sup> اما در متن رأی قاضی اشاره‌ای به نارضایتی کودک وجود ندارد. در دو پرونده دیگر نیز (پرونده‌های ۳۲ و ۳۶) کودک اساساً نسبت به موضوع و علت حضور در دادگاه آگاهی ندارد. در این پرونده طفل در پاسخ به سوال قاضی در خصوص علت حضورش در دادگاه، با اشاره به پدرش از وی می‌خواهد که علت حضور را توضیح دهد. در سایر پرونده‌ها (۴۷ مورد از ۵۰ پرونده مورد مطالعه) هیچگونه نشانه‌ای دال بر رضایت کودک یا اساساً توجه قاضی به رضایت وی، وجود نداشت. فلذا حضور کودک در دادگاه، همیشه به معنای رضایت و آگاهی او به ازدواج نیست و اطمینان یافتن از هر دو مورد توسط قضات ضرورت دارد. از طرفی از ظاهر لفظ رضایت‌آمیز کودک نمی‌توان برداشت مثبت و مساعد بر ازدواج داشت و آن را دلیل بر صحت واقعی نکاح بدانیم زیرا با توجه به سن کودک و در مواردی عدم آگاهی او به تزویجی که قرار است صورت بگیرد<sup>۳</sup> و یا دل بستن به ظواهر فریبنده‌ی ازدواج<sup>۴</sup>، رضایت لفظی از او گرفته می‌شود. همچنین از آنجایی که اساساً در مستند آراء قضات، رد دعوی به دلیل نارضایتی یا ناآگاهی کودک به ازدواج صورت نمی‌گیرد لذا اینگونه به نظر میرسد که

<sup>۱</sup> جهت اطلاعات بیشتر به مقاله عابدی ۱۳۹۳ مراجعه بفرمایید.

<sup>۲</sup> صورتجلسه پرونده ۲۶: «خواهان اظهار می‌دارد قصد ازدواج با یکی از آشنایان را دارم. نمی‌دانم چقدر سکه قرار است مهریه‌ام باشد. پس دادگاه خطاب به خواهان: آیا از صفات بلوغ برخوردار هستید؟ خیر از برخی برخوردار نیستیم، عادت ماهیانه نمی‌شوم، سینه‌هایم رشدی نداشته است. مدرسه نمی‌روم. ۱۲ ساله هستم. پدر و مادرم اصرار به ازدواج دارند، منم راضی شده‌ام ازدواج کنم. پنج کلاس درس خوانده‌ام. خواننده بیان داشت با ازدواج دخترم موافق هستیم. داماد هنوز در سربازی است.»

<sup>۳</sup> پرونده‌های ۳۲ و ۳۶ ناظر بر همین موضوع است.

<sup>۴</sup> در تحقیقی که در خصوص ازدواج زودهنگام دختران آران بیدگل صورت گرفته بود، یکی از زنانی که در ۱۴ سالگی ازدواج کرده بود رضایت خود به ازدواج را اینگونه بیان کرده بود: «چهارده سالم بود، به من گفتن می‌خواهی فلانی شوهرت شود؟ داشتم عروسک- بازی می‌کردم. نه. گفتن لباس عروس می‌پوشی، برایت انگشتر می‌خرن و... گفتم بله. این بله‌ی عقد من شد...» (صفوی و مینایی، ۱۳۹۴، تجربه زیسته دختران نوجوان در نقش همسر (مطالعه ازدواج زودهنگام دختران آران بیدگل)، ص ۱۰۱).

رضایت و آگاهی مورد توجه محاکم قرار نگرفته است. اگرچه آگاهی یا رضایت کودک نمی‌تواند به عنوان ملاک قاطع جهت تشخیص مصلحت طفل باشد اما قاضی باید علاوه بر رضایت، اطمینان حاصل نماید که آیا کودک اساساً آگاه به امر ازدواج و آثار مترتب بر آن می‌باشد یا خیر و رضایت یا آگاهی کودک به عنوان حداقلی برای صدور اجازة‌ی ازدواج می‌تواند حایز اهمیت باشد.

### ۳-۲-۳- احراز صلاحیت طرف عقد نکاح

هر چند احراز صلاحیت طرف عقد نکاح، حضور زوج در دادگاه و مصاحبه با وی نمی‌تواند تنها شاخص تعیین کننده در تشخیص مصلحت طفل باشد به ویژه در جایی که سن کودک یا عدم بلوغ وی و سایر معیارهای مطرح شده دلالت بر عدم وجود مصلحت در ازدواج کودک دارند، لیکن بررسی صلاحیت فکری، روحی- روانی و جسمی زوج و احراز آن خواه از طریق تحقیق محلی و یا احضار وی و مصاحبه دقیق با او یا ارجاع به متخصص و کارشناس توسط دادگاه در کنار سایر ادله قابل بررسی و بحث است. مطالعات میدانی انجام شده در این تحقیق حاکی از عدم توجه قضات به این مساله بوده و البته در مواردی که قضات حضور یا عدم حضور زوج یا صلاحیت وی را مد نظر قرار داده بودند، ابزارها و سوالات دادگاه برای تشخیص صلاحیت طرف مقابل در جای خود قابل توجه و نقد است. از ۵۰ پرونده‌ی مورد مطالعه، در ۲۰ مورد آن هیچ‌گونه توصیفی از زوج و بلوغ جسمی و ذهنی و صلاحیت وی وجود نداشت. در ۳۰ مورد از ۵۰ مورد صرفاً به سن و در بهترین مورد تنها به شغل، درآمد و نسبت طرفین اکتفا شده بود، در موارد ذکر شده نیز تنها وضعیت شغلی زوج به عنوان دلیل موجه و مصلحت در نکاح، مستند قضات قرار می‌گیرد بدون اینکه هیچ‌گونه پرسشی در خصوص وضعیت و صلاحیت روانی، اخلاقی، شخصیتی، خانوادگی و ... از طرف عقد مطرح شده باشد. به عنوان نمونه در پرونده‌ی شماره‌ی ۲۴ در متن دادخواست تنها به شغل زوج و میزان درآمد وی (شغل کشاورز با درآمد ماهیانه ۶/۰۰۰/۰۰۰ ریال) اشاره شده بود. در مصاحبه با قاضی پرونده-های ۴ و ۶، علی‌رغم اظهارنظرایشان در خصوص ضرورت شناخت زوج، بررسی صفات داماد در جلسه دادگاه و در صورت نیاز انجام تحقیق محلی، اما در هیچ یک از دو پرونده‌ی مذکور اساساً هیچ اشاره‌ای حتی به نام، شغل، مهریه و سایر ویژگی‌های زوج و متعاقباً مساله تحقیق محلی نشده بود. از میان پرونده‌های بررسی شده، تنها ۴ مورد از مجموع ۵۰ پرونده، زوج در دادگاه حاضر شده و تنها نسبت فامیلی طرفین و شغل زوج مورد سوال و توجه قاضی قرار گرفته است.<sup>۱</sup> در پرونده‌ی ۱۵

۱ به عنوان نمونه پرونده‌ی شماره‌ی ۹ طرفین (زوج و زوجه) در دادگاه حاضر شده و قاضی با پرسش‌هایی از دو طرف، اجازه‌ی ازدواج را صادر مینماید. رأی دادگاه بدین شرح است: «... دخترخاله و پسرخاله هستند و داماد هم فردی طلبه و مورد اعتماد است و پدر به عنوان ولی قهری دختر، این ازدواج را کاملاً به مصلحت دخترم می‌دانم و نظر به اینکه خواننده‌ی ردیف دوم (داماد مورد

۱۷ زوج در دادگاه حضور یافته و سوالاتی از او به عمل می‌آید که در نوع خود قابل توجه است. سوالات قاضی محدود به نام و آدرس و میزان پایبندی فرد با انجام وظایف دینی و عدم اعتیاد به مواد مخدر بود.<sup>۱</sup> در پرونده‌هایی شماره‌ی ۴۱، ۴۵، ۴۸ و ۳۷ زوج در دادگاه حضور یافته، اما قاضی از وی سوالی نمی‌کند و صرفاً به عنوان خوانده‌ی ردیف دوم در متن رأی به او اشاره می‌کند. پرونده‌ی شماره‌ی ۱۶ تنها پرونده‌ای بود که قاضی به جهت عدم حضور زوج دعوی را رد کرده است. متن رأی پرونده‌ی شماره‌ی ۱۶: «... نظر به اینکه دادگاه مصاحبه‌ی کفو مورد نظر خواهان را ضروری دانسته و به خواهان اخطار نموده تا مشارالیه را در دادگاه حاضر نماید، لیکن علیرغم ابلاغ، وی را حاضر ننموده و بدون انجام مصاحبه‌ی اشاره شده، رعایت مصلحت ذیل مطابق ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی برای دادگاه میسر نگشت، فلذا در این مرحله خواسته خواهان را موجه تشخیص نداده و مردود اعلام می‌دارد». پرونده شماره ۸ مستند به ماده‌ی ۱۰۴۴ ق. م بوده و خواهان آن دختری ۱۷ ساله بوده است که درخواست اذن ازدواج داشته و به جهت مفقود بودن پدر، دادگاه جهت احراز شایستگی طرف عقد نکاح طی نامه‌ای خطاب به پاسگاه انتظامی، دستور به انجام تحقیق محلی جامع در جهت شناخت وی صادر کرده بود. بنابراین علی‌رغم آنکه شأنیت ماده‌ی ۱۰۴۴ قانون مدنی که راجع به اختیار محکمه در تزویج دختر فاقد ولی است، اما می‌توان از ملاک آن در خصوص گسترش وظایف محکمه در احراز مصلحت ازدواج استفاده نمود.

در مجموع به نظر می‌رسد در ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی که قانونگذار صراحتاً احراز مصلحت طفل را به محکمه واگذار نموده است، شایسته است تا قاضی مطابق با آن، شناخت از زوج پیشنهادی را به عنوان یکی از نکات قابل تامل در جهت تشخیص مصلحت طفل در دستور کار خود قرار دهد و به گونه‌ای عمل کند تا شناخت کافی از طرف عقد نکاح را حاصل نماید؛ زیرا قانونگذار احراز مصلحت معرفی شده از جانب ولی را بر عهده‌ی او گذاشته است و عملکرد ضعیف قضات در این حوزه می‌تواند موجب آسیب به کودک و متعاقب آن جامعه شود. (ibid). فلذا وقتی سخن از احراز مصلحت به میان می‌آید بدین معناست که تمامی زوایای نکاح از طریق شناخت بهتر کودک، شناخت زوج و مصلحتی که حقیقتاً پیش روی کودک قرار دارد توسط دادگاه مورد بررسی قرار گیرد.

نظر خواهان) در جلسه اعلام داشته کاملاً رعایت مصلحت و وضعیت زوجه را می‌نمایم، دو سال در عقد هستیم، سپس عروسی خواهیم کرد؛ لذا دادگاه با خواسته‌ی خواهان موافقت نموده...».

۱ صورتجلسه‌ی پرونده شماره ۱۵ بدین شرح است: «... سوال از داماد: چند سال داری؟ آدرست کجاست؟ تحصیلات چیست؟ جواب: ... هستم به آدرس...، شاغل هستم، سوپرمارکت دارم، مال خودم است. سوال: رابطه‌ی شما با وظائف دینی‌ات چطور است؟ جواب: متوسطه است، می‌خوانم اما ممکن است اول وقت نباشد، اما می‌خوانم. سوال: رابطه‌ی شما با دود و مواد مخدر چگونه است؟ جواب: رابطه‌ای ندارم و به فضل خدا نخواهم داشت. حاضرین می‌گویند که مهریه بر عهده‌ی زوج است و به تعداد ۱۵۰ سکه تمام بهار آزادی.».

### ۳-۲-۴- تشخیص مصلحت نکاح طبق دلایل ولی

یکی از مهمترین ادله دادگاه در احراز مصلحت کودک، اجازه پدر و تشخیص مصلحت توسط ولی می باشد اما اینکه آیا صرف رضایت ولی یا ادله وی به اندازه کافی مثبت وجود مصلحت می باشد یا خیر، قابل بحث و بررسی است. یکی از دلایلی که معمولاً ولی به آن اشاره دارد، استناد به عرف منطقه، ازدواج زودهنگام دختران در منطقه‌ی محل زندگی و حفظ حرمت و آبروی دختر در آن منطقه می باشد، به عنوان مثال در پرونده‌ی شماره‌ی ۱ علی‌رغم اینکه پدر به پایین بودن سن دخترش (زیر ۱۳ سال) برای ازدواج اذعان دارد، اما برای حفظ آبرو در روستا خواهان تزویج کودکش است: «خواهان، دخترم است. می‌دانم که ازدواج با توجه به سن او زود است اما همدیگر را می‌خواهند و یک سال است دوست شده‌اند. ما هم آبرو داریم، در روستا زندگی می‌کنیم. از طرفی او بزرگ شده و قابل به شوهر است، چاره‌ای نداریم. با ازدواجشان موافق هستم و مخالفتی ندارم. از دادگاه می‌خواهم با توجه به خواسته‌ی خواهان حکم صادر کند. من حرفی ندارم. بالاخره حرفشان در روستا پیچیده است. بهتر است تا اتفاقی نیفتاده زودتر جمع شود. باز هم می‌گویم با توجه به این شرایط من مخالفتی ندارم، دخترم بالغ شده و عقلش می‌رسد و حواسش جمع است». قاضی نیز با اشاره به بلوغ دختر و با استناد به دلایل و اجازه‌ی ولی، اجازه‌ی ازدواج را صادر می‌نماید.<sup>۱</sup> در مصاحبه با قاضی مشاور زن این شعبه در خصوص پرونده‌ی مذکور اظهار داشتند که قاضی صرف بلوغ و دلیل پدر مبنی بر حفظ آبروی خانوادگی را کافی دانسته است و به عبارتی مصالح پدر و دختر هر دو در نظر گرفته شده است. صدور حکم ازدواج کودک بر اساس ادله‌ی «ولی» مستند به عدم امنیت جامعه و محیط نیز نکته‌ی قابل توجهی در پرونده‌های بررسی شده بود. در پرونده‌های ۱۳ و ۵۰ دلیل ولی مبنی بر بی‌اعتمادی به جامعه است که ممکن است سلامتی معنوی فرزندش را به مخاطره بیندازد، فلذا از طریق ازدواج کودک قصد حفظ او را از شرایط ناامن جامعه دارد.

یکی دیگر از دلایل پدرازدواج سابق کودک بوده است. در پرونده‌ی شماره‌ی ۲۰ کودک پیشتر در نکاح موقت با زوج بوده است و اکنون برای ثبت نکاح دائم، پدر درخواست صدور اذن ازدواج می‌دهد. علی‌رغم اینکه دختر اذعان به عدم بلوغ دارد تنها به دلیل اینکه سابقاً بنا به موافقت پدر

<sup>۱</sup> پرونده‌ی شماره‌ی ۱: «... با این توضیح که خواهان اظهار داشته که متولد ۸۲/۵/۱۲ و سیزده ساله است و قصد ازدواج دارد، بالغ شده (عادت ماهیانه می‌شود) و آمادگی ازدواج دارد ولی چون سنش کمتر از ۱۳ سال است نیاز به اجازه دادگاه دارد. از آنجا که پدر خواهان (خواننده دعوی) ازدواج دخترش را اجازه داده و با آن اعلام موافقت کرده و در شرایطی که تعریف کرده و در پرونده مضبوط است ازدواج را به مصلحت خواهان گرچه در سن کم دانسته است، با توجه به این که خواهان از نظر جسمی رشید و بالغ بوده و قابلیت نکاح را دارد، دادگاه درخواست مطروحه را پذیرفته و مستنداً به م ۱۰۴۱ قانون مدنی ازدواج خواهان را علی‌رغم آنکه سنش به ۱۳ سال تمام شمسی بالغ نگردیده است، با توجه به اجازه و رضایت ولی قهری و تشخیص مصلحت وی تجویز می‌نماید.»

صیغه محرمیت بین وی و زوج خوانده شده، درخواست صدور اجازه ازدواج برای ثبت نکاح را می نماید. رای قاضی نیز به شرح ذیل هست: «... به استناد م ۱۰۴۵ ق. م ... اظهارات خواهان که متولد ۱۳۸۴/۱/۱۳ است و آقای... متولد ۱۳۷۴، عقد شرعی نموده است ولی هنوز ثبت نشده است و با اجازه‌ی پدرش بوده، با توجه به اظهارات خوانده که با ازدواج دخترش موافق بوده است و به مصلحت است، نظر به اینکه از پرونده مذکور و پرونده‌های مشابه که عقد شرعی خوانده می‌شود طرفین جهت اخذ وام ازدواج و ثبت واقعه ازدواج به مشکل بر می‌خورند و جهت حل مشکل خود دادخواست تقدیم می‌کنند لذا با توجه به مراتب فوق که خواهان نزدیک ۱۲ سال شمس‌ی است و سن بلوغ رسیده است و به سن رشد نرسیده است و با اجازه‌ی پدرش ازدواج نموده است، اجازه دادگاه تحصیل حاصل است و از طرفی مصلحت دختر خود را بهتر می‌داند...». قاضی برای صدور رأی خویش به دلایلی چون ثبت واقعه، حل شدن مشکل وام ازدواج و اجازه‌ی پدر اشاره می‌کند. هرچند به نظر می‌رسد مقصود از صیغه‌ی محرمیت، عقد موقت بوده است و تنها علت ارائه دادخواست، ثبت واقعه و ثبت نکاحی است که سابقاً بدون اجازه دادگاه و در قالب صیغه محرمیت و نکاح موقت حادث شده است. و البته در این مورد بدون نیاز به احراز رشد و به صرف ازدواج سابق و رضایت پدر به آن، اجازه ازدواج و ثبت آن صادر می‌شود.

در پرونده‌های ۲۹ و ۵۰ دلیل پدر برای نکاح کودک صرفاً مناسب بودن وضعیت طرف عقد نکاح و شاغل بودن وی است و دادگاه صرفاً مستند به آن رای بر اجازه ازدواج را صادر می‌نماید. در پرونده‌ی ۲۹ با توصیفی که پدر از شغل و موقعیت داماد دارد (تعمیر کار خودرو و احتمال استخدام وی در سپاه)، وضعیت داماد را برای نکاح با کودکش مناسب میدانند. در پرونده ۵۰، ضمن ازدواج موقت پیشینی بین طرفین، علت ثبت نکاح، امکان انتقال محل کار زوج به واسطه ثبت ازدواج، مطرح می‌شود که قاضی نیز مستند بدان رای مثبت صادر می‌کند.

نکته مهم‌تر اینکه در غالب پرونده‌ها صرفاً با لفظ رضایت‌آمیز پدر مواجه هستیم و ولی دلیلی جهت اثبات مصلحت اقامه نمی‌کند و صرفاً موافقت خود را اعلام نموده و قاضی نیز صرف رضایت پدر را برای تزویج کافی دانسته و اجازه‌ی ازدواج را صادر می‌کند. به عنوان نمونه در پرونده‌های ۴ و ۱۰، ۱۵ و ۱۷ نه در متن دادخواست و نه در متن رأی علت مصلحت در ازدواج قید نشده است و قاضی صرفاً با استناد به موافقت پدر و بدون اینکه دلیلی از جانب پدر ابراز شده باشد یا حتی در صورت ارائه دلیل، بدون اینکه دلایل ابرازی پدر احراز و اثبات گردد، اجازه‌ی ازدواج را صادر می‌کند. در این پرونده‌ها نه تنها بلوغ جسمی و فکری دختر و سلامت طرف مقابل عقد احراز نمی‌شود، بلکه پدر نیز دلیلی قید نمی‌کند. قاضی نیز صرف رضایت پدر را در این امر کافی می‌داند و صرفاً اشاره می‌کند که پدر این ازدواج را به مصلحت دانسته است، اما دلایل مصلحت‌آمیز، مطرح و احراز نشده

است. در پرونده‌ی شماره‌ی ۱۴ نیز پدر دلیلی برای تزویج کودکش بیان نمی‌کند و صرفاً رضایت خود را با آدای سوگند بیان می‌کند و دادگاه بدون احراز هیچ معیار دیگری به صرف رضایت و سوگند پدر مبنی بر مصلحت آمیز بودن ازدواج دخترش، اجازه ازدواج را صادر میکند. در پرونده‌های شماره ۳۷-۴۶ با آرای مشابهی مواجه هستیم که قاضی صرفاً با استناد به رضایت ولی، در کنار سایر دلایل نظیر وجود نسبت فامیلی و قید میزان مهریه، اجازه ثبت واقعه ازدواج دائم و ثبت واقعه ازدواج در دفاتر اسناد رسمی را صادر میکند. متن رأی در پرونده شماره ۳۹ بدین شرح است: «... با این توضیح که خواهان ۱۳ سن داشته و ولی وی که خواننده (پدر) باشد راضی به ازدواج خواهان با آقای... می باشد، لذا تقاضای اذن ازدواج و ثبت ازدواج در محاضر رسمی را داشته. با عنایت به اظهارات خواهان و اقرار پدر به راضی بودن خواهان با ازدواج دائم با فرد مورد نظر، دعوی خواهان را وارد به استناد م ۱۰۴۱ ق. م، به خواهان اجازه می‌دهد با اذن پدر با آقای... متولد ۱۳۷۱ ازدواج دائم نموده و به ثبت رسمی رساند». در مصاحبه با قضات پرونده‌های ۴ و ۶ و قضات پرونده‌های ۴۵ تا ۳۷ ایشان اظهار داشتند که برای محکمه صرف رضایت پدر و اظهار به وجود مصلحت در ازدواج، برای صدور اذن نکاح کفایت می‌کند زیرا پدر مصلحت فرزند خویش را بهتر از قاضی می‌داند. با مصاحبه‌های انجام شده مشخص شد که در واقع قضات با در نظر داشتن حدیث «تو و اموات به پدرت تعلق دارند»<sup>۱</sup> پدر را مالک فرزند خویش دانسته و ولایت را امتیازی برای پدر در نظر گرفته‌اند نه فرزند، و بدین ترتیب صرف رضایت ولی را جهت احراز مصلحت کافی می‌دانند و نیازی به احراز صحت ادله ولی یا احراز سایر دلایل نمی‌بینند. این در حالی است که اگر قانونگذار صرف رضایت پدر را برای تزویج صغیر کافی می‌دانست نیازی به اصلاحیه‌ی ماده‌ی پیشین و اضافه کردن قید تشخیص مصلحت توسط دادگاه نبود. اگر صرف رضایت پدر و تشخیص مصلحت توسط خود او کافی بود، در این صورت هدف قانونگذار از واگذاری احراز مصلحت به قاضی و اصلاح ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی چه بوده است؟

#### ۴- بحث و نتیجه‌گیری

مطابق آخرین اصلاحات ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی، قانونگذار ازدواج کودکان را به تشخیص مصلحت از جانب محاکم مشروط نموده است؛ اما مصلحت مندرج در ماده به دلیل عدم تعریف دقیق و واضح نبودن معیارهای تشخیص آن، موجب تشتت آراء در محاکم و متعاقباً تضییع حقوق کودکان شده است. مشخص نبودن معیارهای مصلحت و اساساً جواز ازدواج کودکان در زیر سن قانونی موجب شده است تا ازدواج کودکان در ایران همچنان از فراوانی بالایی برخوردار باشد و استثنائی که بر

۱ آنت و مالک لائیک

ماده وارد شده، نتوانسته است سیر نزولی قابل توجهی را در آمار نکاح اطفال ایجاد کند. این پژوهش در مقام پاسخ به دو سوال اصلی صورت گرفته است: نخست آنکه در صدور آراء مربوط به ازدواج اطفال، مصلحت تابع چه معیارهایی احراز می‌شود؟ و دوم آنکه قضات تا چه اندازه مصلحت شخصی کودک را برای صدور اذن ازدواج در نظر می‌گیرند؟ است.

قبل از ورود به بحث نتیجه‌گیری نهایی پژوهش، جدول زیر خلاصه‌ای از اطلاعات پرونده‌های مورد بررسی نگارنده که با خواسته صدور رای مبنی بر اجازه ازدواج و بعضاً توأم با خواسته گواهی رشد طرح شده‌اند و همچنین سایر اطلاعات نظیر تعداد پرونده، خواهان و خوانده و رای نهایی صادر شده را ترسیم می‌نماید. سپس به بحث نهایی نتیجه‌گیری پرداخته می‌شود.

مشخصات پرونده‌ها								
شماره پرونده	خوانده	سن دختر	سن پسر	گواهی پزشکی قانونی	مشاور زن	رای صادره	زمان	مکان
۱	پدر	۱۲	۱۵	ندارد	دارد	تایید	۱۳۹۴	گرگان
۲	پدر	۱۲	۱۷	ندارد	دارد	رد	۱۳۹۴	گرگان
۳	پدر	۱۴	۲۳	ندارد	دارد	تایید	۱۳۹۴	گرگان
۴	پدر	۱۲	۲۵	ندارد	ندارد	تایید	۱۳۹۱	گرگان
۵	پدر	۱۴	۱۹	ندارد	دارد	تایید	۱۳۹۴	گرگان
۶	پدر	۱۲	۲۲	ندارد	ندارد	تایید	۱۳۹۳	گرگان
۷	پدر	۱۵	۲۰	ندارد	ندارد	تایید	۱۳۹۰	گرگان
۸	پدر	۱۷	۲۰	ندارد	دارد	تایید	۱۳۹۵	گرگان
۹	پدر/ داماد	۱۲	۲۲	دارد	ندارد	تایید	۱۳۹۵	مشهد
۱۰	پدر	۱۲	۲۲	ندارد	ندارد	تایید	۱۳۹۵	مشهد
۱۱	دادستان	۱۲	۲۱	ندارد	ندارد	تایید	۱۳۹۴	مشهد
۱۲	مادر	۱۲	۱۸	دارد	ندارد	تایید	۱۳۹۴	مشهد
۱۳	پدر	۱۲	۲۰	ندارد	ندارد	تایید	۱۳۹۴	مشهد
۱۴	پدر	۱۲	۲۶	ندارد	ندارد	تایید	۱۳۹۶	مشهد
۱۵	پدر	۱۲	۲۱	ندارد	ندارد	تایید	۱۳۹۵	مشهد
۱۶	پدر	۱۲	۱۵	ندارد	ندارد	رد	۱۳۹۵	مشهد
۱۷	پدر	۱۲	۲۲	ندارد	ندارد	تایید	۱۳۹۵	مشهد
۱۸	پدر	۱۲	۲۶	ندارد	ندارد	تایید	۱۳۹۴	مشهد
۱۹	پدر	۱۲	۱۸	ندارد	ندارد	تایید	۱۳۹۴	مشهد

مشهد	۱۳۹۵	تایید	ندارد	ندارد	۲۱	۱۱	پدر	۲۰
مشهد	۱۳۹۶	رد	دارد	ندارد	۲۰	۱۲	پدر	۲۱
مشهد	۱۳۹۶	رد	دارد	ندارد	۲۳	۱۲	پدر/ داماد	۲۲
مشهد	۱۳۹۶	رد	دارد	ندارد	۲۲	۱۲	پدر	۲۳
مشهد	۱۳۹۵	تایید	ندارد	ندارد	۱۸	۱۲	پدر	۲۴
مشهد	۱۳۹۵	تایید	ندارد	ندارد	۲۲	۱۲	پدر	۲۵
مشهد	۱۳۹۵	رد	ندارد	ندارد	۲۱	۱۲	پدر	۲۶
مشهد	۱۳۹۵	تایید	ندارد	ندارد	۲۵	۱۲	پدر	۲۷
مشهد	۱۳۹۵	تایید	ندارد	ندارد	۲۱	۱۲	پدر	۲۸
مشهد	۱۳۹۵	تایید	ندارد	ندارد	۱۹	۱۲	پدر	۲۹
مشهد	۱۳۹۵	تایید	ندارد	ندارد	۱۵	۱۲	پدر	۳۰
مشهد	۱۳۹۵	تایید	ندارد	ندارد	۱۴	۱۲	پدر	۳۱
مشهد	۱۳۹۵	رد	ندارد	ندارد	۱۷	۱۲	پدر	۳۲
مشهد	۱۳۹۵	رد	ندارد	ندارد	۱۵	۱۲	دادستان	۳۳
مشهد	۱۳۹۵	تایید	ندارد	ندارد	۱۸	۱۲	پدر	۳۴
مشهد	۱۳۹۵	تایید	ندارد	ندارد	۱۴	۱۲	پدر	۳۵
مشهد	۱۳۹۵	رد	ندارد	ندارد	۲۱	۱۱	پدر	۳۶
مشهد	۱۳۹۶	تایید	ندارد	ندارد	۲۰	۱۲	پدر	۳۷
مشهد	۱۳۹۶	تایید	ندارد	ندارد	۲۲	۱۲	پدر	۳۸
مشهد	۱۳۹۶	تایید	ندارد	ندارد	۲۵	۱۲	پدر	۳۹
مشهد	۱۳۹۵	تایید	ندارد	ندارد	۲۰	۱۲	پدر/ داماد	۴۰
مشهد	۱۳۹۵	تایید	ندارد	ندارد	۲۵	۱۲	پدر/ داماد	۴۱
مشهد	۱۳۹۴	تایید	ندارد	ندارد	۲۵	۱۲	پدر	۴۲
مشهد	۱۳۹۴	تایید	ندارد	ندارد	۲۳	۱۱	پدر	۴۳
مشهد	۱۳۹۴	تایید	ندارد	ندارد	۱۸	۱۲	پدر	۴۴
مشهد	۱۳۹۴	تایید	ندارد	ندارد	۱۵	۱۱	پدر	۴۵
مشهد	۱۳۹۶	رد	دارد	ندارد	۲۱	۱۲	پدر/ داماد	۴۶
مشهد	۱۳۹۶	رد	دارد	ندارد	۲۱	۱۲	پدر/ داماد	۴۷
مشهد	۱۳۹۶	رد	دارد	ندارد	۲۳	۱۲	پدر/ داماد	۴۸
مشهد	۱۳۹۶	رد	دارد	ندارد	۱۷	۱۲	پدر	۴۹
مشهد	۱۳۹۵	تایید	ندارد	ندارد	۱۹	۱۲	پدر	۵۰



به منظور تبیین اصل مصلحت در رویه‌ی قضایی، در ابتدا دو ملاک اصلی جهت تشخیص مصلحت محاکم مورد بررسی قرار گرفت. بررسی‌های میدانی انجام شده، نشان‌دهنده آن است که قضات غالباً عدم مفسده (مصلحت سلبی) را کافی برای صدور اجازه‌ی ازدواج می‌دانند. این در حالی است که پرونده‌ای در خصوص لحاظ کردن مصلحت ایجابی به معنای «عدم وجود مفسده به اضافه وجود منفعت شخصی برای طفل» (حداقل در حوزه‌ی مورد مطالعه‌ی نگارنده) یافت نشد. در خصوص روند محاکم برای لحاظ مصلحت نوعی و شخصی، بررسی‌های میدانی حاکی از آن بود که قضات غالباً مصلحت نوعی و عرفی را نیز مد نظر قرار داده و مصلحت شخصی طفل غالباً تحت الشعاع مصالح دیگر قرار می‌گیرد. قضات در عمل جهت تشخیص مصلحت، ۴ معیار بلوغ جسمی و فکری، رضایت و آگاهی کودک به ازدواج، صلاحیت طرف عقد نکاح و ادله ولی (پدر) را مد نظر قرار می‌دهند. غالب قضات تنها رضایت پدر و بلوغ جسمی کودک (و غالباً با صرف اقرار طفل بدون ارجاع به مرکز مشاوره یا پزشکی قانونی) را مد نظر قرار داده و رضایت و آگاهی طفل و بلوغ فکری وی لحاظ نگردیده است. در اکثر پرونده‌های مورد مطالعه هیچگونه نشانه‌ای از کسب رضایت کودک یا اطمینان از علم و آگاهی طفل نسبت به ماهیت ازدواج و آثار آن وجود نداشت. شناسایی صلاحیت طرف عقد نکاح به عنوان شخصی که قرار است حال و آینده و زندگی مادی و معنوی کودک را تضمین نماید، به عنوان سومین معیار در پرونده‌ها مورد بررسی قرار گرفت. در اکثر پرونده‌ها (۲۰ مورد) هیچ‌گونه توصیفی از زوج و بلوغ جسمی و فکری و صلاحیت وی برای ازدواج وجود نداشت و در ۳۰ پرونده‌ی دیگر تنها به سن و در بهترین مورد، صرفاً به تحصیلات یا شغل، درآمد و یا نسبت زوج با زوجه اکتفا شده بود. اثبات دلایل ولی در دادگاه مبنی بر مصلحت‌سنجی در نکاح، به عنوان آخرین معیار مورد بررسی قرار گرفت. طبق ماده‌ی ۱۰۴۱، ولی طفل باید مصلحت را در ازدواج کودک رعایت کند و احراز آن نیز به محکمه واگذار شده است. اما با بررسی پرونده‌ها مشخص شد که در غالب محاکم اساساً ماهیت دلایل پدر جهت اثبات وجود مصلحت توسط قضات مورد تجزیه و تحلیل قرار نمی‌گیرد و قضات صرف رضایت پدر را کافی دانسته‌اند؛ دلایلی که بعضاً توسط ولی در محاکم مطرح شده است شامل: حفظ آبرو، عدم اعتماد به جامعه و محیط، ازدواج سابق کودک، ثبت ازدواج دائم و مناسب بودن وضعیت زوج می‌باشد. در حالیکه موافقت پدر، صرفاً در حد قرینه‌ای بر وجود مصلحت کودک در ازدواج است که بایستی توسط دادگاه نیز احراز گردد. به عبارت دیگر یکی از ابهامات مشهود در روند دادرسی و رویه‌ی قضایی ناظر بر ماده ۱۰۴۱، اختلاف نظر راجع به ماهیت ادنی یا ولایی ولی می‌باشد. با توجه به رویه‌ی دادرسی محاکم که کودک خواهان دعوی بوده و ولی در جایگاه خوانده قرار دارد و همچنین مشروط شدن ازدواج به احراز مصلحت توسط محاکم، همگی حاکی از این است که از منظر قانونگذار در واقع جایگاه ولی بیشتر ناظر بر اذن است تا ولایت.

همچنین اگر صرف رضایت پدر در ازدواج طفل کافی بود، ماده‌ی ۱۰۴۱ پیشین به نحو کنونی تغییر نمی‌یافت. در واقع جایگاه ولی در ماده در جهت حمایت از کودک است نه آنکه به عنوان حقی برای ولی شناخته شده باشد ولیکن رویه عملی محاکم و قضات به همان سبک سنتی و پیشین، پذیرش ماهیت ولایی پدر است و به همین دلیل است که صرف رضایت ولی را برای ازدواج کودک کافی دانسته و قضات عملاً نقش منفعلانه‌ای را در اینگونه پرونده‌ها ایفا مینمایند.

از دیگر ابهامات در رویه‌ی قضایی، تشتت افکار قضات در خصوص ولی کودک است که در برخی موارد قضات آن را غیر از پدر و جد پدری در نظر گرفته‌اند. از بین ۵۰ پرونده‌ی مطالعه شده، در یک پرونده مادر، در جایگاه خواننده قرار داشته؛ در ۲ پرونده، دادستان؛ در ۷ پرونده (زوج یا متقاضی ازدواج) و در مابقی یعنی ۴۰ پرونده‌ی دیگر خواننده‌ی دعوی پدر بوده است. در پرونده‌ای که مادر خواننده‌ی دعوی بود، دادگاه اذن به ازدواج را به طرفیت مادر صادر کرده است، در حالی که ظاهر ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی صرفاً ناظر بر پدر و جد پدری است. در دو پرونده‌ای که خواننده‌ی دعوی دادستان بوده است، در یک مورد علی‌رغم مخالفت دادستان با ازدواج، قاضی اجازه‌ی ازدواج را صادر کرده است. نکته قابل توجه در پرونده‌ها، پذیرش زوج به عنوان خواننده دعوا است که در نوع خود خلاف صریح قانون و شرع می‌باشد و رویه قضایی در این خصوص قابل نقد و از نظر قانونی قابل پیگیری است.

تاثیر مثبت قاضی مشاور زن در محاکم نیز مساله قابل ذکر دیگری است. حضور قاضی مشاور زن تاثیر بسزایی در عملکرد صحیح قضات در صدور آراء مربوط به نکاح اطفال داشته است. در ۹ مورد پرونده‌ای که کودک زیر ۱۳ سال بوده و قاضی مشاور زن در محکمه حضور داشته است، ۸ مورد آن به دلیل عدم بلوغ فکری و جسمی کودک رد شده است و نشان‌دهنده‌ی تاثیر مثبت حضور قاضی مشاور زن در محاکم خانواده و بالاخص در پرونده‌های ازدواج کودکان می‌باشد.

در پایان این‌که، آمار بالای ازدواج کودکان در زمان کنونی، آمار طلاق زوجینی که در سنین کودکی ازدواج کرده‌اند و تعارض بین قوانین عرفی یا مذهبی با قوانین رسمی در خصوص سن ازدواج کودکان، حاکی از آن است که ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی نتوانسته است نقش بازدارندگی در ازدواج کودکان ایفا نماید. اساساً ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی به نوعی ازدواج کودکان را مشروع و قانونی ساخته و با ابهاماتی که در متن قانونی وجود دارد اعم از ابهام در معنا و مفهوم مصلحت، ولی، اذن و ولایت و حد سن قانونی لحاظ شده توسط قانونگذار و .... زمینه، فرصت و امکان قانونی برای ازدواج کودکان را فراهم و تسهیل ساخته است و از این جهت نیازمند بازنگری اساسی در دیدگاه قانونگذار و به تبع آن در اصلاح ماده قانونی می‌باشد.

نظارت جدی بر رویه قضایی و اصلاح دیدگاه و عملکرد قضات، تبیین دقیق واژه های «اذن»، «ولی» و «مصلحت»، به رسمیت شناختن جایگاه کارشناسان، روانپزشکان و متخصصان امر و پزشکی قانونی، الزامی نمودن حضور مشاوران زن، به رسمیت شناختن جایگاه طفل و جدی گرفتن آگاهی و رضایت طفل، تجزیه و تحلیل دقیق ادله ولی مبنی بر رضایت به ازدواج و بررسی صلاحیت متقاضی ازدواج، همگی از مواردی است که پس از اصلاح دیدگاه قانونگذار راجع به حد سن قانونی ازدواج، جهت اصلاح عملکرد سیستم قضایی در خصوص این نوع ازدواجها، ضروری به نظر می رسد.

### **References**

- Abedi, Mahammad, Taheri, Hadi, (2013), The interest in of the child marriage and the guarantee of its implementation, Lawyer Journal, 8, 15- 31. (Persian)
- Ahmadi, Kamil, (2017), Echoes of silence, Journal of Humanities and Islamic Strategic Studies, 11(2), 1-37. (Persian)
- Albouti, Mohamad Saeed Ramazan, (2005), Expediency and Sharia: Principles, criteria and place of expediency in Islam (Asghar Eftekhari), Game No, Tehran. (Persian)
- Ashori, Mohammad, Shahla, Moazami, (2002) Phenomenon of wife killing in Fars Province, 58, 11-32. (Persian)
- Asadi, Leila, (2013), Family criminal law, Mizan. (Persian)
- Asadollahi gholami, Akram, (2013), Jurisprudential legal review of child marriage and its comparison with human rights, Master Thesis, Azad University, Tehran. (Persian)
- Davoodi, Homa, (2007), Relationship of Family Law and Judicial Procedures with Family issues, Journal of jurisprudence and family law, 47, 61-75. (Persian)
- Ebrahimi, Habibeh, Sirus, Fakhraee, (2013), The study of social factors associated with early marriage in Naghadeh, 31, Journal of sociology studies, 21, 93-110. (Persian)
- Etedal, Mohammad, (2000), The validity and importance of judicial procedure, Navid publication, Shiraz. (Persian)
- Eftekhar zadeh, Zahra, (2015), Lived Experiences of women in early marriage, Research Journal on Social Work 3(1), 108-156. (Persian)
- Emami, Seyyed Hassan, (1989), Civil law (4), Eslamiye.Tehran.
- Gorji, Abolghasem, (2013), Comparative analysis of family law, 3, Tehran University, Tehran.
- Hashemi, Seyyed Hassan, (2014), The conceptualization of expediency and its place in family law, The Quarterly Journal of Islamic government, 75.
- Katozian, Naser, (1999), Family law (marriage and divorce), 5, Dadgostar, Tehran. (Persian)
- Katozian, Naser, (2013), Introduction to law, 89, Dadgostar, Tehran. (Persian)
- Makarem shirazi, Naser, (2001), Marriage Book, Imam Ali School. Qom.
- Makarem Shirazi, Naser, (2009), Family rules in the light of Islamic jurisprudence, Imam Ali School. Qom. (Persian)

- 
- Musavi Khomeini, Rohollah, (1984), Tahri Al vasileh, Islamic publication, Qom. (Persian)
  - Mehrizi, Mehdi, (2003), Women's identity and rights in Islam, scientific and cultural publication, Tehran. (Persian)
  - Nazarzadeh, Abdollah, (2013), Expediency and its role in deducing religious and state rules, The Quarterly Journal of transcendent policy.1. (Persian)
  - Omidi, Jalil, (1998), Permission for child marriage (comparative study and critical evaluation of article 1041 of the Civil Code, Journal of Papers and Reviews, 63, 83-100. (Persian)
  - Rajabian, Zohreh, Ayatollahi, Zahra, Godazgar, Maryam, (2001), Legal age of Marriage: Article 1041 and 1210 civil law), Safir Sobh, Tehran. (Persian)
  - Saffaee, Hossein, (2014), Family law, 40, Mizan, Tehran. (Persian)
  - Shokri, Farideh, (2008), Legal analysis of the age of marriage and the growth of girls, The Quarterly journal of women's strategic studies, 40, 131-156. (Persian)
  - Taheri, Hadi, (2014), Child marriage in jurisprudence and Iranian law, Master thesis, Ferdousi University, Mashhad. (Persian)
  - Violet, Katrine, (2008), French legal system, (Beigzadeh, Safar), Samt, Tehran. (Persian)