



Conditions for exercising guardianship over minor marriages (condition of absence of corruption or existence of expediency)

Fatemeh Bazokar¹, Fateme Sadat Hosseini*²

¹. PhD Student in Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran,
Email: bazokar.f@ut.ac.ir

^{2*}. Corresponding Author : Assistant Professor, Department of Law, Refah Non-Profit Faculty, Tehran, Iran,
Email: hosseini@refah.ac.ir

Article Info

Article type:
Research Article

Article History:
Received 9 May 2025
Received in revised form 06 July 2025
Accepted 6 August 2025
Available online 19 September 2025

Keywords:
Forced guardianship, marriage of minors, guardianship over promotion, conditionality of non-corruption, conditionality of expediency..

ABSTRACT

Research Objective: To investigate the legal authority over the marriage of minors in jurisprudence and civil law with the aim of finding a solution to protect children and determining the conditions and limitations of the exercise of this authority by a compulsory guardian.

Research Method: This research was conducted using a descriptive-analytical method. Thus, by studying and examining jurisprudential sources (such as narrations and other evidence) and legal regulations (such as Article 1041 of the Civil Code), the principles and theories related to the authority over the marriage of minors were described and then analyzed.

Findings:

- The jurisprudential reasons for the authority over the marriage of minors are definite, and this is also explicitly foreseen in the Iranian Civil Code (Article 1041).
- The exercise of this authority by a compulsory guardian is not absolute and conditions must be observed.
- Given social changes such as lifestyle and customs, the marriage of minors in the present era is not only undesirable, but in many cases causes irreparable harm to the child.
- According to jurisprudential principles, the exercise of guardianship over a minor's marriage is subject to two basic conditions: first, the absence of a corrupting factor for the child, and second, the determination of his/her best interests by experts.

Conclusion: As a result, if a forced guardian in a minor's marriage does not respect his/her best interests, the annulment of the marriage is a ruling that is consistent with jurisprudential principles and defensible. This condition of determining best interests is proposed by experts as a legal solution to prevent possible harm and protect the rights of children.

Cite this article: Bazokar, Hosseini, Fatima, Fatima Sadat (2025) Conditions for exercising guardianship over minor marriages (condition of absence of corruption or existence of expediency), *New Research in Islamic Humanities Studies*, Volume 4, Issue 7, 209- 221, <http://doi.org/10.22034/api.2025.729631>



© The Author(s).

DOI: <http://doi.org/10.22034/api.2025.729631>

Publisher: University of Lorestan.

1. Introduction

The guardianship (Wilayah) of the father and paternal grandfather over the marriage of their minor children is a well-established principle in Islamic jurisprudence (Fiqh), grounded in textual evidence from narrations. While historically accepted due to prevailing socio-cultural norms, this practice is now widely criticized and identified as a form of "child marriage," raising concerns about its physical and psychological harms. This has led to calls for its prohibition. The core research problem lies in the jurisprudential disagreement over the precise conditions for exercising this guardianship, specifically whether the mere **absence of detriment (Mafsadah)** is sufficient, or if the active **consideration of the minor's best interest (Maslahah)** is required. Furthermore, there is a dispute regarding the legal consequence if this condition is violated.

1-1. Research Questions

This study seeks to answer the following questions:

1. In Imami jurisprudence, is the validity of a guardian's arrangement of a minor's marriage contingent solely on the absence of detriment, or must the guardian actively establish the minor's best interest?
2. What is the legal consequence (e.g., invalidity or non-enforceability) of a marriage contract conducted without adhering to the required condition (either absence of detriment or presence of best interest)?

2. Literature Review

The topic of child marriage and paternal guardianship is a persistent and contentious issue in the Iranian legal system. Previous research includes works such as "A Legal and Jurisprudential Study of Child Marriage" (2017), which analyzes its social and legal damages. Seyed Mostaghim Mohaqqueq Damad, in "A Jurisprudential Analysis of Early Marriage in Imami Jurisprudence" (2018), has attempted to reconcile classical juristic principles with modern societal needs. Furthermore, researchers like Abbasi and Salehi Nejad, in their work on the necessities of prohibiting marriage for individuals under eighteen in the Iranian legal system, have argued for distinguishing the age of religious duty from the age for social and civil rights, proposing 18 as the legal age for marriage. This study builds upon and engages with these existing discourses to clarify the specific juristic conditions and their legal enforcement.

3. Methodology

This research employs a descriptive-analytical method based on library sources. It conducts a critical analysis of classical and contemporary Imami juristic texts to investigate the two primary viewpoints regarding the conditions for guardianship. It then systematically examines the arguments for different legal consequences (non-enforceability vs. nullity) of violating these conditions. Finally, the study analyzes the reflection of these jurisprudential debates in the Iranian legal system, including the Civil Code and relevant court procedures.

4 .Results

- **On Conditions:** The study identifies a major juristic divide. The **majority opinion** holds that the **absence of detriment** is sufficient for the guardian to validly contract a marriage for a minor. This view is supported by arguments from the principle of "La Darar" (No Harm), the understanding of the religious community, and consensus. The **minority, yet strong, opinion** argues that the mere absence of harm is insufficient; the guardian must actively

establish that the marriage serves the minor's best interest and welfare (Maslahah and Ghalbah). This view is supported by reasoning from the "first priority" (Awla) based on Quranic verses concerning the property of orphans, specific narrations, and the principle of precaution (Ihtiyat).

- **In Iranian Law:** The Iranian legal system, through Article 1041 of the Civil Code, has adopted the **best interest (Maslahah) standard**. It permits the marriage of minors (girls under 13 and boys under 15 solar years) only with the permission of the guardian and the **approval of a court**, which must ascertain the minor's best interest. This legal framework aligns with the juristic opinion that emphasizes Maslahah and empowers a judicial body to prevent potential abuse by guardians.

5. Conclusion

This research concludes that while the principle of paternal guardianship over the marriage of minors is uncontested in Imami jurisprudence, its application is fraught with debate. The study finds that the opinion requiring the guardian to establish the **active best interest (Maslahah)** of the minor is more robust and better aligned with the protective spirit of guardianship, the importance of marriage, and contemporary legal and ethical standards. Regarding legal consequences, although the non-enforceability of the contract is the more commonly held juristic view, the arguments for its **nullity** are compelling, especially in the modern context where such marriages are increasingly seen as inherently lacking in Maslahah.

Author Contributions

All authors contributed equally to the conceptualization of the article and writing of the original and subsequent drafts.

Data Availability Statement

Data available on request from the authors.

Acknowledgements

The authors would like to thank the anonymous reviewers for their insightful comments and constructive feedback, which significantly improved the quality of this manuscript. We also extend our gratitude to our colleagues for their valuable discussions and technical support throughout this research.

Ethical Considerations

The authors strictly adhered to the highest standards of research integrity. The authors avoided data fabrication, falsification, plagiarism, and any other form of scientific misconduct.

Funding

This research did not receive any specific grant from funding agencies in the public, commercial, or not-for-profit sectors.

Conflict of Interest

The authors declare no conflict of interest.

شرایط اعمال ولایت بر نکاح صغار (شرطیت عدم وجود مفسده یا وجود مصلحت)

فاطمه بازوکار^۱، فاطمه سادات حسینی^{۲*}

^۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران، ایمیل: bazokar.f@ut.ac.ir

^۲ * استادیار، گروه حقوق دانشکده غیر انتفاعی رفا، تهران، ایران، ایمیل: hosseini@refah.ac.ir

چکیده

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

هدف پژوهش: بررسی حقوقی ولایت بر تزویج صغار در فقه و قانون مدنی با هدف یافتن راهکاری برای حمایت از کودکان و تعیین شرایط و محدودیت‌های اعمال این ولایت توسط ولی قهری.

روش پژوهش: این پژوهش به روش توصیفی-تحلیلی انجام شده است. بدین ترتیب که با مطالعه و تدقیق در منابع فقهی (مانند نصوص روایی و سایر ادله) و مقررات قانونی (مانند ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی)، مبانی و نظریات مربوط به ولایت بر تزویج صغار توصیف و سپس به صورت تحلیلی مورد بررسی قرار گرفته است.

یافته‌ها:

- دلایل فقهی ولایت بر تزویج صغار قطعی است و در قانون مدنی ایران (ماده ۱۰۴۱) نیز این امر صریحاً پیش‌بینی شده است.

- اعمال این ولایت توسط ولی قهری، مطلق نیست و باید شرایطی رعایت شود.

- با توجه به تغییرات اجتماعی مانند سبک زندگی و عرف، تزویج صغیر در عصر حاضر نه تنها پسندیده نیست، بلکه در بسیاری از موارد باعث آسیب‌های جبران‌ناپذیر به کودک می‌شود.

- مطابق مبانی فقهی، اعمال ولایت بر نکاح صغیر مشروط به دو شرط اساسی است: اول، عدم وجود مفسده برای کودک و دوم، احراز غبطه و مصلحت او توسط اهل خبره.

نتیجه‌گیری: در نتیجه، اگر ولی قهری در نکاح صغیر، غبطه و مصلحت وی را رعایت نکند، بطلان نکاح حکمی است که با مبانی فقهی سازگار و قابل دفاع می‌باشد. این شرطیت احراز مصلحت توسط کارشناسان، به عنوان راهکاری حقوقی برای پیشگیری از آسیب‌های احتمالی و حمایت از حقوق کودکان پیشنهاد می‌شود.

کلیدواژه‌ها:

ولایت قهری، نکاح صغار، ولایت

بر تزویج، شرطیت عدم مفسده،

شرطیت مصلحت

استناد: بازوکار، حسینی، فاطمه، فاطمه سادات (۱۴۰۴) شرایط اعمال ولایت بر نکاح صغار (شرطیت عدم وجود مفسده یا وجود مصلحت)، پژوهش‌های نوین در مطالعات

علوم انسانی اسلامی، جلد ۴، شماره ۷، ۲۰۹-۲۲۱

<http://doi.org/10.22034/api.2025.729631>



© نویسندگان.

ناشر: دانشگاه لرستان.

۱- مقدمه

اعمال ولایت بر تزویج صغار توسط پدر و جدپدری آنان از مسلمات فقهی است که مبتنی بر نص روایت است. در گذشته این امر به سبب فرهنگ و عرف حاکم بر جامعه مورد پذیرش بوده، اما امروزه این موضوع نه تنها مورد پذیرش نیست بلکه به واسطه تغییر اوضاع و احوال جامعه از آن به عنوان یکی از مصادیق کودک همسری یاد شده و مورد تقبیح است. همین امر سبب شده تا برخی با استناد به آسیب‌های روحی و جسمی این موضوع برای صغار، آن را مورد انتقاد قرار داده و خواستار وضع مقرره‌ای جهت ممنوعیت آن باشند.

پیشینه تحقیق نیز نشان می‌دهد که موضوع تزویج صغار و اعمال ولایت بر این نوع ازدواج همواره یکی از مسائل مهم و بحث‌برانگیز در نظام حقوقی ماست. در سال‌های اخیر، پژوهش‌های متعددی در این زمینه انجام شده است، از جمله مقاله «بررسی حقوقی و فقهی کودک همسری» که در سال ۱۳۹۶ در مجله مطالعات حقوقی منتشر شده و به تحلیل آسیب‌های اجتماعی و حقوقی ازدواج زودهنگام پرداخته است. سیدمصطفی محقق داماد در پژوهشی با عنوان «تحلیل فقهی ازدواج زودهنگام در فقه امامیه» که در سال ۱۳۹۷ نگاشته، به تطبیق اصول فقهی با نیازهای جامعه امروز پرداخته است. پژوهشگران دیگری چون عباسی و صالحی نژاد در مقاله‌ای با موضوع بایسته‌های نظام حقوقی ایران در منع ازدواج افراد زیر هجده سال، به شناسایی ظرفیت‌های نظام حقوقی ایران مشتمل بر فقه، قوانین و مقررات داخلی، اسناد بین‌المللی و آرای محاکم قضایی در منع ازدواج افراد زیر هجده سال پرداخته و با استفاده از آن، لزوم تفکیک سن مسؤولیت عبادی از سن بهره‌مندی از حقوق اجتماعی و مدنی را اثبات کرده و هجده سالگی را به دلیل رسیدن کودک به رشد، به عنوان سن قانونی ازدواج پیشنهاد داده است.

به هرروی آسیب‌های جسمی و روحی که به واسطه نکاح زودهنگام به کودکان وارد می‌گردد، قابل انکار نیست اما دلایل بر این موضوع چنان قطعی است که ادعایی خلاف و حکم به ممنوعیت آن اجتهاد در مقابل نص است. از همین رو تحقیق و تدقیق در فقه و بررسی مجدد شرایط اعمال ولایت بر تزویج صغار ضروری به نظر می‌رسد تا بتوان با رعایت کامل کلیه شرایط اعمال ولایت بر تزویج، این امر را محدود به موارد خاص و استثنائی نمود و در صورت عدم رعایت شرایط با اعمال ضمانت اجرایی بازدارنده از آسیب‌های جسمی و روحی آن بر صغار جلوگیری نمود.

از میان شروط اعمال ولایت بر تزویج صغار، یکی از شروط و ضمانت اجرای مترتب بر آن محل اختلاف نظر و تعدد آراست. این اختلاف ناظر بر این امر است که آیا ولی قهری برای اعمال ولایت بر تزویج صغار می‌بایست مصلحت و غبطه صغیر را مدنظر قرار دهد و یا صرف عدم وجود مفسده برای صحت تزویج کفایت می‌نماید؟ همچنین در صورت عدم رعایت این شرط (مطابق نظر برخی عدم رعایت مصلحت و مطابق نظر برخی دیگر وجود مفسده) آیا باید قائل به عدم نفوذ نکاح صورت گرفته بود و یا نکاح واقع شده محکوم به بطلان است؟

حال با توجه به توضیحات فوق تحقیق و تدقیق در فقه و تعیین نظر اقوی به صحت، به کاهش آسیب‌های حاصل از این نوع نکاح کمک‌کننده است. از همین رو در پژوهش پیش‌رو که در سه بخش تنظیم گردیده است، ابتدا در بخش نخست شرایط اعمال ولایت بر تزویج صغار را مورد بررسی قرار خواهیم داد و سپس در بخش دوم ضمانت اجرای عدم رعایت این شروط را بررسی می‌نماییم و در انتها به بررسی قوانین و رویه قضایی نظام حقوقی ایران خواهیم پرداخت.

۲- شرایط اعمال ولایت بر تزویج صغار :

اعمال ولایت بر تزویج صغار بدون قید و شرط نیست و فقها رعایت چندین شرط را ضروری دانسته‌اند که تمامی آن شروط مورد اتفاق نظر است جز شرط عدم وجود مفسده یا رعایت مصلحت. برخی از فقها صرف عدم وجود مفسده را جهت تزویج صغار کافی دانسته اما برخی دیگر معتقدند صرف عدم وجود مفسده کفایت نمی‌کند و در تزویج صغار باید وجود مصلحت و غبطه صغیر احراز گردد والا نکاح صورت گرفته نافذ نخواهد بود. از همین رو ذیل این عنوان ابتدا به شناسایی صغیر و مفهوم ولایت می‌پردازیم در ادامه شرط عدم مفسده یا وجود مصلحت را به عنوان یکی از شرایط اعمال ولایت بر تزویج صغیر مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۲-۱- شناسایی صغیر و صغیره

صغیر در لغت از ریشه صغر، به معنای کوچک و خرد است و در اصطلاح به کسی می‌گویند که به سن بلوغ شرعی نرسیده باشد. (لنگرودی، ۱۳۹۸: ۴۵۹) براساس نظر مشهور فقها سن بلوغ شرعی در پسران پانزده و در دختران نه سال تمام قمری است. موضوعی که در بدو امر اشاره به آن ضروری است تا گستره و محدوده‌ی بحث روشن گردد، آن است که گرچه مشهور فقها سن بلوغ شرعی را برای دختران ۹ سال و برای پسران ۱۵ سال تمام قمری می‌دانند اما این سن در واقع سن خروج از صغر جهت انجام تکالیف شرعی همانند نماز و روزه و... است نه سن خروج از صغر جهت آمادگی برای ازدواج. از همین روست که در بحث ولایت بر تزویج صغار به ویژه در خصوص دختران، ولایت بر صغار زیر ۱۳ سال و یا حتی ۱۵ سال مطرح است. به عبارت دیگر همانطور که سن بلوغ از سن رشد متمایز است و شخص بالغ به دلیل عدم رشد، حق دخل و تصرف در امور مالی خود را ندارد، در بحث نکاح نیز سن بلوغ جهت انجام تکالیف شرعی و دخل و تصرف در امور غیرمالی متمایز از سن بلوغ و آمادگی جهت ازدواج است. برای تأیید این نظر می‌توان به بیانات آیت‌الله مکارم شیرازی اشاره نمود که ایشان از ادله‌ی شرعی، چهار مرحله از بلوغ را استنباط نمودند: ۱- بلوغ به معنای سن تکلیف، ۲- بلوغ به معنای آمادگی روزه گرفتن، ۳- بلوغ برای ازدواج که متکی بر آمادگی جسمی است و ۴- بلوغ برای مسایل اقتصادی. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق: ۳۷۶) بنابراین همانطور که مشخص گردید سن خروج از صغر جهت آمادگی برای ازدواج متفاوت از سن خروج از صغر جهت انجام تکالیف شرعی است.

در پایان ذکر این نکته ضروری به نظر می‌رسد که سن ۱۳ سال و یا ۱۵ سال تمام قمری که به عنوان سن خروج از صغر و آمادگی جهت ازدواج بیان شده، صرفاً یک اماره نوعی است، همانند سن ۱۸ سال که اماره نوعی برای احراز رشد است. بنابراین خلاف این اماره قابل اثبات است و می‌توان سنی کمتر و یا بیشتر از ۱۳ و ۱۵ سال قمری را به عنوان سن خروج از صغر و آمادگی جهت ازدواج اثبات نمود.

۲-۲- ولایت پدر و جدپدری بر تزویج صغیر و صغیره:

ولایت در زبان فارسی به معنی سلطنت و حکومت است واژه ولایت از کلمه ولی گرفته شده، ولی در لغت عرب به معنای آمدن چیزی در پی چیز دیگر است، بدون این که فاصله‌ای میان این دو باشد که لازمه چنین ترتیبی، قرب و نزدیکی آن دو به یکدیگر است. از این رو این واژه با هیئت‌های مختلف (با فتحه و کسره) در معانی، حب و دوستی، نصرت و یاری، متابعت و پیروی و سرپرستی، استعمال شده است که وجه مشترک همه این معانی، همان قرب معنوی است. (اصفهانی، بی‌تا: ۸۸۵) در کتاب لسان العرب آمده است: «به کسی که تدبیر امور یتیم به دست اوست و آن را انجام می‌دهد، ولی می‌گویند.» (ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۴۰۷) خلاصه آن که تدبیر امور و حق تصرف در جان و مال دیگری را در لغت، ولایت نامیده‌اند. اما مقصود از ولایت در اصطلاح شرعی، سلطه و سلطنت است و به عبارت دیگر، قدرت شرعی و قانونی است که شارع آن را به اصالت، مانند ولایت پدر و جدپدری بر صغار و یا ولایت عرضی (بالعرض)، مانند ولایت وصی و یا عدول از مؤمنین جعل نموده است و به صاحب آن اجازه می‌دهد در امور دیگری (اعم از جان یا مال و یا هر دو) دخالت نماید. (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق: ۴۱۳)

از جمله اموری که ولی حق مداخله در آن را دارد، ولایت بر نکاح است. از نظر صاحب جواهر و محقق حلی (محقق حلی، ۱۴۰۹ق: ۵۰۱) شخصی غیر از پدر و جدپدری در باب نکاح صغار ولایت ندارد. بسیاری از فقها اعم از گذشتگان (علامه حلی، ۱۳۷۸: ۱۵ و شهیدثانی، ۱۴۱۳ق: ۱۱۸) و معاصرین (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۸۹ و فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق: ۸۹) به این امر تصریح کرده‌اند. و صاحب جواهر در خصوص این موضوع ادعای اجماع نیز می‌نماید. (نجفی، ۱۳۹۲: ۱۳۷) بنابراین اعمال ولایت بر تزویج صغار مختص ولی قهری و یا به عبارت دیگر پدر و جدپدری است و سایر اولیای قضایی و یا قراردادی فاقد چنین اختیاری می‌باشند.

۲-۳- شرایط ولی در اعمال ولایت:

در فقه برای اعمال ولایت بر تزویج صغار، شرایطی ذکر نموده‌اند. تعبیر محقق حلی در خصوص این شرایط آن است که وجود آن‌ها مانع است (محقق حلی، ۱۴۰۹ق: ۵۰۴)، به بیانی دیگر در صورتی ولی می‌تواند در باب ازدواج صغیر اعمال ولایت نماید که این شرایط مفقود باشد. اما برخی دیگر مانند علامه حلی در قواعد الاحکام (علامه حلی، ۱۳۷۸: ۱۰۴) و محقق ثانی (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق: ۱۰۴) عدم وجود آن شرایط را مسقط ولایت دانسته‌اند، به هر صورت چه این موارد شرط باشند چه مانع، عبارت‌اند از: بلوغ، عقل، رشد و کمال، اسلام و رعایت مصلحت یا به تعبیر برخی از فقها عدم وجود مفسده. فقها در خصوص تمامی این شروط

اتفاق نظر دارند جز شرط رعایت مصلحت و یا عدم وجود مفسده که مورد اختلاف است و برخی از فقها معتقدند همین که در نکاح صغیر مفسده‌ای وجود نداشته باشد، نکاح صحیح است اما گروهی دیگر از فقها بر این عقیده‌اند که صرف عدم وجود مفسده جهت صحت نکاح کافی نیست و باید احراز گردد که نکاح مزبور برای صغیر دارای مصلحت و غبطه است. که در ادامه به تشریح این اختلاف خواهیم پرداخت.

۲-۳-۱- عدم وجود مفسده:

مفسده، خلاف مصلحت است. (ابن منظور، بی تا: ۳۳۵) ازدواجی که برای کودک، زیان بار و تباهی آور باشد، آسیب مادی یا معنوی بر کودک وارد سازد، «پیمان زناشویی مفسده‌زا» شمرده می‌شود. برخی از فقها بر این عقیده‌اند که در تزویج صغار، صرف نبودن ضرر و مفسده کافی است. به بیانی دیگر اگر برای ولی قهری محرز گردد که تزویج صغیر یا صغیره زیان بار نیست، می‌تواند او را به تزویج درآورد و نکاح صورت گرفته صحیح خواهد بود. از تعبیر صاحب مفتاح الکرامه، شهید ثانی و بعضی دیگر استفاده می‌شود که اشتراط عقد ولی قهری به عدم المفسده، اجماعی است. اما با مراجعه به کتب و نظریات علما معلوم می‌گردد که چنین اجماعی در کار نیست. (شیرازی، ۱۳۸۳: ۱۴۷۸) بلکه مشهور فقها چنین نظری دارند که از جمله آنان می‌توان به: شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ۱۵۵)، شیخ مرتضی انصاری (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۱۶۸)، سید یزدی (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق: ۸۶۶)، سید سبزواری (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳ق: ۲۶۸)، امام خمینی (امام خمینی، ۱۳۷۲: ۲۷۴)، سید محسن حکیم (حکیم، ۱۳۷۴: ۴۵۵)، ملا احمد نراقی و... اشاره نمود. این گروه از فقها برای نظر خویش دلایلی را مطرح نموده‌اند که این دلایل به قرار ذیل است:

الف-عمومات قاعده لاضرر و لاضرار: بنابر تحلیل یکی از فقیهان، در ماجرای سَمْرَه بن جُنْدَب، رسول اسلام (ص)، دو قاعده (لاضرر و لاضرار) را بیان کرده و از ضرر (زیان مادی: کاستی در مال یا جان) و ضرار (زیان معنوی: آزار و به دشواری افکندن دیگری و کاستی در آبرو) بازداشته‌اند. (امام خمینی، ۱۳۹۲: ۵۲۷) بنابراین قاعده لاضرر علاوه بر ضرر و زیان مادی، ضررهای معنوی را نیز نفی می‌کند. در مورد ازدواج صغار نیز ازدواجی که برای طفل مفسده و ضرری به همراه داشته باشد، چه ضرر از نوع جسمی و مادی باشد و چه از نوع روحی و روانی، به واسطه قاعده لاضرر مورد نفی قرار می‌گیرد. البته نکته‌ای که در اینجا قابل طرح می‌باشد این است که برخی بیان می‌دارند: بین عمومات ولایت پدر و جدپدری و عموم قاعده لا ضرر تعارض است. به عبارت دیگر عموم ولایت پدر و جدپدری مقید به قید مصلحت و یا عدم مفسده نیست و قاعده لاضرر نیز نسبت به نکاح و غیر نکاح عمومیت دارد. اما در پاسخ باید گفت: عمومات لا ضرر دلیل حاکم است، به بیان دیگر لاضرر عنوان ثانوی است و عنوان ثانوی با عنوان اولیه تعارض نمی‌کند و همواره عنوان ثانویه حاکم می‌گردد. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق: ۳۲)

ب-فهم متشرعه: فهم دینداران از ولایت قهری بر ازدواج صغیر آن است که در این پیوند، دست کم زبانی برای کودک نباشد. یعنی پدر و جد ولایت نیافته‌اند که بر کودک زبانی وارد سازند. ادله‌ی ولایت از آغاز بر غیر موارد ضرر انصراف یافته است. (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳ق: ۲۶۸)

ج-اجماع: برخی از فقها بر شرطیت عدم وجود مفسده ادعای اجماع نمودند (حکیم، ۱۳۷۴: ۴۵۵) و بیان نمودند که عقد دارای مفسده باطل است. گرچه به نظر می‌رسد اجماع از نوع اجماع مدرکی است اما به عنوان تاییدی بر نظر خویش به آن اشاره نموده‌اند.

د-انصراف: عمومات ولایت پدر و جدپدری بدون استناد به قاعده لا ضرر هم منصرف به صورتی است که مفسده‌ای نباشد. افزون بر دلایل فوق، به اصل عدم ترتب اثر یا اصل عدم ولایت در حالت مفسده نیز استناد کرده و بیان نمودند: با چشم‌پوشی از احتیاط در کودک‌همسری، «فقدان مفسده» کافی است و در هیچ‌یکی از نصوص، وجود مصلحت بر ولایت پدر و جد اعتبار نگردیده، بنابراین هرگاه پدر یا جدپدری، کودک خود را به ازدواج کسی درآورد، و در آن مفسده‌ای نباشد، ازدواج به نحو صحیح تشکیل یافته است. (خویی، ۱۴۱۸ق: ۲۳۱)

۲-۳-۲- شرطیت مصلحت:

برخی معتقدند در تزویج صغار علاوه بر عدم وجود مفسده، لازم است مصلحت طفل نیز رعایت گردد. مقصود از مصلحت، برتری ازدواج صغیر بر عدم آن است و مراد مطلق مصلحت (مالی و غیر مالی) در مطلق زناشویی (دایم و موقت) است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق: ۱۰۵-۱۰۶)، به بیانی دیگر ازدواج طفل نه تنها برای وی مفسده‌ای نداشته باشد بلکه خیر و صلاح، نفع و آسایش

وی در این ازدواج باشد. سید یزدی در این باره می‌نویسد: «تزویج صغار که توسط پدر و جد پدری انجام می‌شود، در صورتی صحیح و نافذ است که عاری از مفسده باشد و به احتیاط واجب باید با رعایت مصلحت همراه باشد.» (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق: ۶۱۷) بسیاری از فقهای معاصر نیز بر رعایت این شرط تاکید کرده‌اند. (حکیم، ۱۳۷۸: ۴۵۶)

آیت الله مکارم شیرازی در پاسخ به این سوال که آیا برای تزویج صغار صرف عدم وجود مفسده کفایت می‌کند و یا وجود مصلحت ضروری است؟ بیان می‌دارد: «باید دید نگاه ما به عنوان «ولایت» چگونه است؟ در این مسئله دو دیدگاه وجود دارد: ۱- اگر نگاه ما به ولایت، «مالکیت» باشد، (انت و مالک لایبیک) پدر هر کاری بخواهد، می‌تواند انجام دهد. زیرا مالش می‌باشد و اختیارش را دارد، در این صورت مفسده‌اش هم اشکال ندارد، حتی لا ضرر هم نمی‌تواند جلوی او را بگیرد (ولایت امتیاز به پدر است).

۲- اگر نگاه ما به عنوان ولایت این است که دلسوزترین فرد برای دختر، پدر و جدپدری است، برای اینکه منافع او را تأمین می‌کنند، در این صورت شارع مقدس نمی‌خواهد امتیازی به پدر بدهد بلکه امتیازی است برای دختر، که در این صورت مصلحت مولی علیه را باید در نظر گرفت و عدم مفسده کافی نیست.» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق: ۳۳) که ایشان خود طرفدار نظر دوم است. طرفداران این دیدگاه برای اثبات نظر دلایلی را ارائه می‌دهند که در ادامه به بیان این دلایل خواهیم پرداخت.

الف- دلیل اولویت: آیه «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»^۱ تصرفات در اموال یتیم را منوط به رعایت مصلحت کرده است.

گرچه این آیه در باب مال یتیم است و ممکن است این ایراد مطرح گردد که موضوع بحث ما تزویج صغار توسط ولی است نه شخص یتیم. اما در پاسخ به این ایراد باید گفت؛ صغیری که پدر خود را از دست داده است اما جدپدری بر وی ولایت دارد، یتیم است. پس هنگامی که تصرفات جدپدری منوط به رعایت مصلحت است به واسطه عدم وجود تفاوت، تصرفات پدر نیز منوط به رعایت مصلحت خواهد بود. همچنین برخی از فقهای امامیه در خصوص رعایت مصلحت در تصرفات مالی ولی، ادعای عدم خلاف نمودند. (حکیم، ۱۳۷۸: ۴۵۷) حال از آنجا که تصرفات مالی پدر و جدپدری منوط به رعایت مصلحت طفل است، بنابراین به طریق اولی در تزویج صغار که از اهمیت بیشتری برخوردار است، مصلحت باید رعایت گردد.

ب- روایاتی که دلالت بر رعایت مصلحت دارند: فضل بن عبد الملک، از امام صادق (ع) نقل نموده است: «لا تستأمر الجارية أتی بین ابویها اذا اراد ابوها ان یزوجها، هو انظر لها.» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق: ۳۴) عبارت «هو انظر لها» به منزله تعلیل است. زیرا روایت می‌گوید: چون پدر رعایت مصلحت می‌کند نظر او بر نظر دختر مقدم است. حال ممکن است برخی اشکال نمایند که روایت در مقام بیان حکمت است نه علت. که در پاسخ باید گفت؛ در صورتی که بپذیریم حکمت است بازهم مویدی بر ادعاست. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق: ۳۴)

در روایتی دیگر فضل بن عبد الملک، از امام صادق (ع) نقل می‌کند که ایشان فرمودند: «إِنَّ الْجَدَّ إِذَا زَوَّجَ ابْنَهُ ابْنَهُ وَكَانَ أَبُوهُ حَيًّا وَكَانَ الْجَدُّ مَرْضِيًّا...» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق: ۳۵) در این روایت نیز عرف از قرار گرفتن «وَوَ كَانَ الْجَدُّ مَرْضِيًّا» در متن روایت، «رعایت مصلحت» را می‌فهمد.

همچنین روایتی عبید بن زراره نقل می‌کند: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية يريد ابوها ان یزوجها ... فقال: الجدّ أولى بذلك ما لم یکن مضار...» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق: ۳۵) گرچه ظاهر این روایت بر عدم مفسده دلالت دارد اما در جایی که رعایت مصلحت ممکن است، عدم رعایت آن و اکتفا به صرف نبود مفسده خود مصداق ضرر است.

ج- استصحاب: مقتضای احتیاط این است که در تزویج صغار، مصلحت رعایت شود. زیرا به حکم استصحاب در صورت عدم رعایت مصلحت عقد نکاح محقق نمی‌گردد. (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق: ۱۰۵) در واقع پیش فرض این دیدگاه آن است که وجود ولایت ولی منوط به رعایت مصلحت است و اگر مصلحت رعایت نگردد اصلاً ولایتی وجود نخواهد داشت.

^۱ آیه ۱۵۲ سوره انعام و آیه ۳۴ سوره اِسرائ.

در نهایت می‌توان گفت با وجود آنکه شرط "عدم وجود مفسده" نظر مشهور است اما به نظر می‌رسد شرط "رعایت مصلحت" در تزویج صغار توسط ولی از یک جانب با اهمیت نهاد نکاح سازگاری بیشتری دارد و از جانب دیگر در نظر عرف و عقلا پسندیده‌تر است. چه بسا آنکه گروه اول که عدم وجود مفسده را برای تزویج صغیر توسط ولی کافی می‌دانستند، در نهایت بیان داشته‌اند که جانب احتیاط آن است که در مسئله نکاح مصلحت صغیر توسط ولی رعایت گردد. (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ق: ۸۶۶)

۳- ضمانت اجرای عدم رعایت شرط مصلحت در اعمال ولایت بر تزویج صغار:

پس از بررسی شرط اعمال ولایت بر تزویج صغار این بحث مطرح است که اگر پدر و یا جدپدری، طفل را به تزویج درآورند در حالی که این ازدواج فاقد مصلحت و غبطه‌ای برای طفل باشد، و یا بنا بر نظر کسانی که صرف عدم موجود مفسده را کافی می‌دانند، نکاح صورت گرفته دارای مفسده و ضرری باشد، وضعیت این نکاح به چه صورت خواهد بود؟ در پاسخ به این پرسش به طور کلی دو نظر مطرح گردیده است؛ گروهی از فقها نظر به عدم نفوذ نکاح صورت گرفته دارند و عده‌ای دیگر معتقد به بطلان هستند. از همین رو در ذیل این عنوان ابتدا بررسی نظر عدم نفوذ پرداخته و در ادامه نظریه بطلان را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۳-۱- عدم نفوذ نکاح فاقد مصلحت:

مشهور فقها معتقدند در صورتی که پدر و یا جدپدری اقدام به تزویج صغیر نمایند در حالی که آن نکاح برای صغیر دارای مفسده‌ای است (بنابر نظری که عدم وجود مفسده را شرط می‌دانست) و یا مصلحت صغیر در آن لحاظ نشده است، در این حالت عقد نکاح فصولی و غیرنافذ است تا زمانی که صغیر، بالغ گردد و در مورد تنفیذ و یا رد آن اعلام اراده نماید. زیرا پدر و جدپدری در باب نکاحی که دارای مفسده است و یا مصلحت صغیر رعایت نگردیده است، ولایت ندارند. (نجفی، ۱۳۹۲: ۲۲۰) همانند شخصی که بدون داشتن اختیار اقدام به انعقاد عقدی برای دیگری می‌نماید. همچنین این گروه از فقها در پاسخ به این نظر که؛ هرگاه پدر یا جد پدری با استفاده از فرصت ولایت قهری، بر نکاح زبان‌آمیز برای صغیر اقدام نمود یا مصلحت وی را رعایت نکرد، باید نکاح باطل باشد، نه غیر نافذ، گفته‌اند: ادله‌ی لازم، لزوم عقد را زایل می‌کند، زیرا لزوم وفای به عقد ضرر است، نه بطلان از اصل. به علاوه، در این استفاده‌جویی، ارتکاب حرام صورت گرفته که تأثیری بر حکم وضعی (بطلان عقد نکاح ضرری) نخواهد داشت. (سیفی، ۱۳۸۶: ۱۰۰) آیت ... ناصر مکارم شیرازی نیز، در پاره‌ی نوشته‌های استدلالی پیشین‌شان، تصریح دارند که عقد نکاح کودک از سوی ولی قهری حتی با وجود مفسده برای مولی‌علیه، در زمره‌ی عقود فصولی قرار می‌گیرد، عقد از ریشه باطل نیست، بلکه فضولیت تا بلوغ طفل استمرار می‌یابد. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ق: ۳۲۰)

۳-۲- بطلان نکاح فاقد مصلحت:

در مقابل برخی از فقها که در اقلیت هستند، در صورت عدم وجود مصلحت و یا وجود مفسده (بنابر اعتقاد گروهی که صرف عدم وجود مفسده را کافی می‌دانند) در نکاح صغار، ادعای بطلان نمودند. که از جمله آن‌ها می‌توان به ملا احمد نراقی (فاضل نراقی، ۱۴۱۵: ق: ۱۶۷) و سید محمد موسوی عاملی (موسوی عاملی، ۱۴۱۳: ق: ۸۹)، اشاره نمود. همچنین آیت الله مکارم شیرازی نیز در سخنان اخیر خویش بیان داشتند: «هرگاه ازدواج دختری قبل از بلوغ مصلحت نداشته است، از اول عقد باطل بوده است». (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ق: ۲۰۹) دلایلی برای توجیه این نظر وجود دارد که در ادامه مورد اشاره قرار می‌گیرد:

الف- اجماع بر بطلان: بر بطلان عقدی که دارای مفسده است ادعای اجماع شده است. از کسانی که ادعای اجماع کرده‌اند مرحوم نراقی در کتاب مستند است. (فاضل نراقی، ۱۴۱۵: ق: ۱۶۷) آیت الله مکارم شیرازی نیز در کتاب النکاح به این مسئله اشاره نموده است. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ق: ۳۳)

ب- تغییر موضوع تزویج صغار: آیت الله مکارم شیرازی بیان می‌دارد: «در زمان ما مصلحتی در عقد صغیر و صغیره نیست. گرچه حکم ولایت عوض نشده، ولی موضوع ولایت بر صغیر و صغیره مع المصلحه و عدم المفسده عوض شده است و کمتر اتفاق می‌افتد که برای صغیر و صغیره ازدواجی واقع شود و بعد از کبیر شدن مخالفتی صورت نگیرد، اگر هم مخالفت نشود، لااقل خوف مخالفت هست و این خوف مخالفت، مفسده است، پس باید بگذاریم تا کبیر شوند تا اختلافی پیش نیاید، پس ما که در نکاح صغیر و صغیره طرفدار مصلحت هستیم، در زمان خودمان اجازه نمی‌دهیم، حتی مشهور هم که قائل به عدم مفسده هستند، باید در زمان

ما عقد صغیر و صغیره را اجازه ندهند، چون مفسده دارد. باید توجه کرد که در این جا حکم عوض نشده است بلکه موضوع عوض شده و با تغییر موضوع، حکم آن نیز عوض می‌شود.» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۳۵)

ج-عدم وجود اهلیت جهت تنفیذ و یا رد عقد: عقد در جایی فضولی و غیرنافذ است که اصیل هنگام انعقاد قرارداد توانایی تنفیذ و یا رد آن را داشته باشد. بنابراین در خصوص نکاح صغار چون در هنگام انعقاد عقد صغیر توانایی رد و یا تنفیذ معامله را ندارد بنابراین عقد از اصل باطل است. همانطور که مرحوم سیدمحمد کاظم یزدی بیان می‌دارد: «و یحتمل البطلان و لو مع الإجازة بناء علی اعتبار وجود المجیز فی الحال» (طبایبایی یزدی، ۱۴۰۹ق: ۸۶۶)

د-عدم وجود اهلیت تمتع: دلیل دیگری که به نظر می‌رسد آن است که حق و یا به عبارت دیگر اهلیت تمتع ولی قهری جهت تزویج صغیر وابسته به عدم وجود مفسده و یا وجود مصلحت است، حال اگر در تزویج صغیر مفسده‌ای وجود داشته باشد و یا مصلحت رعایت نگردد، ولی اهلیت تمتعی جهت انعقاد آن عقد ندارد، بنابراین یکی از ارکان عقد که وجود اهلیت است، مفقود بوده و عقد محکوم به بطلان است.

ه-شرط باطل و مبطل عقد: همانطور که اشاره نمودیم از شروط اعمال ولایت ولی جهت تزویج صغیر، عدم وجود مفسده و یا رعایت مصلحت است. به عبارت دیگر یکی از شرایط صحت نکاح صغیر آن است که ولی غبطه و مصلحت مولی علیه خود را رعایت نماید و یا عقد عاری از مفسده باشد. حال در بحث شروط بیان می‌گردد که «الشرط جزء من العوضین» یعنی شرط جزئی از عوضین است که البته عوضین در خصوص عقود مالی مصداق دارد اما در خصوص عقود غیرمالی می‌توان بیان نمود که شرط جزئی از ارکان است و زمانی که شرط مفقود باشد، ارکان عقد به طور کامل محقق نمی‌گردد و عقد باطل خواهد بود. بنابراین همانطور که مشخص گردید، آنچه در فقه امامیه مشهور است، آن است که وجود مفسده و یا عدم وجود مصلحت در نکاح صغار، موجب فضولی شدن و عدم نفوذ عقد خواهد شد. اما بنابر دلایلی که ذکر گردید، بطلان عقد در صورت عدم رعایت این شرط چندان دور از ذهن نیست و می‌توان با توجه به مبانی مطرح شده ضمانت اجرای بطلان را در صورت عدم رعایت مصلحت در تزویج صغار در نظام حقوقی پیش‌بینی نمود.

۴- بررسی رویه و نظام حقوقی ایران در باب اعمال ولایت بر تزویج صغار:

در خصوص پذیرش اعمال ولایت پدر و جدپدری بر تزویج صغار توسط نظام حقوقی ایران هیچ تردیدی وجود ندارد و ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی این امر را صریحاً پیش‌بینی نموده است.^۲ البته قانون‌گذار در تنظیم این ماده نظر فقهایی را برگزیده است که رعایت غبطه و مصلحت صغار را شرط صحت تزویج توسط اولیای قهری می‌دانند، از همین رو تزویج دختران زیر سن ۱۳ سال شمسی و پسران زیر سن ۱۵ سال شمسی را با اذن ولی و تشخیص مصلحت از جانب دادگاه بلامانع دانسته است.

در این راستا، ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی نیز نقش مهمی ایفا می‌کند. این ماده به‌طور مستقیم اختیار ولی قهری را محدود به رعایت مصلحت مولی علیه کرده و مقرر می‌دارد که اگر ولی قهری مصلحت صغیر و صغیره را رعایت نکند، دادگاه می‌تواند او را از انجام وظایف خود منع کند. این مقرر نشان‌دهنده آن است که رعایت مصلحت طفل حتی در مواردی که ولی به‌صورت قانونی حق تصمیم‌گیری دارد، شرطی ضروری و الزامی است.

از سوی دیگر، نظریات حقوق‌دانان برجسته نیز به‌خوبی اهمیت نظریه مصلحت‌محوری را نشان می‌دهد. دکتر ناصر کاتوزیان در کتاب "حقوق مدنی: خانواده" تأکید دارد که اذن ولی شرط لازم است اما کافی نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۶۸). به اعتقاد وی، دادگاه باید مصلحت طفل را احراز کند، زیرا ممکن است ولی در تشخیص مصلحت اشتباه کند یا از اختیارات خود سوءاستفاده نماید. این دیدگاه به‌طور مستقیم بر اهمیت تشخیص مصلحت توسط مرجع قضایی تأکید دارد.

دکتر صفایی و امامی نیز در کتاب "حقوق خانواده" بر لزوم احراز مصلحت طفل توسط دادگاه تأکید کرده‌اند و بر این باورند که این امر از سوءاستفاده‌های احتمالی جلوگیری کرده و کودک را از آسیب‌های ازدواج زودهنگام محافظت می‌کند (امامی و

^۲ ماده‌ی ۱۰۴۱ قانون مدنی: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه است.»

صفایی، ۱۳۹۳: ۷۶). به نظر ایشان، اذن ولی اگرچه از نظر قانونی لازم است، اما نمی‌تواند به تنهایی ضامن حفظ منافع کودک باشد. در همین راستا، دکتر شمس‌الدین مجتهد شبستری در کتاب "نکاح صغار در فقه و حقوق ایران" نظریه مصلحت‌محوری را به تفصیل مورد بحث قرار داده و بر لزوم مداخله دادگاه در کنار اذن ولی برای احراز مصلحت کودک تأکید کرده است. وی معتقد است که مصلحت کودک باید به عنوان یک اصل محوری در تمامی مراحل عقد نکاح مورد توجه قرار گیرد.

بنابراین همانطور که واضح است در نظام حقوقی ایران، نه تنها رعایت غبطه و مصلحت صغیر را ضروری است بلکه احراز وجود این مصلحت و غبطه نه برعهده ولی بلکه برعهده دادگاه (یا به عبارت فقهی، اهل خبره) قرار دارد تا از تصمیم‌گیری و اعمال نظر شخصی توسط اولیای قهری جلوگیری شود. در همین راستا می‌توان به آرای قضایی اشاره نمود که دادگاه ازدواج صغیر را در راستای مصلحت وی تشخیص نداده است و اجازه‌ی نکاح را صادر ننموده است. به عنوان نمونه می‌توان به رای صادره از شعبه یک دادگاه عمومی-حقوقی شهرستان کبودرآهنگ در تاریخ ۱۴۰۱/۰۴/۰۲ اشاره نمود که: "دادگاه با ملاحظه وضعیت جسمانی صغیره و فاصله سنی زیاد بین صغیره و خواستگار ایشان و عدم احراز هم‌کفو بودن و همچنین عدم احراز مصلحت این نکاح برای دادگاه به استناد ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی حکم به بطلان دعوای خواهان (ولی صغیره) صادر می‌نماید..."

نکته دیگری که در این زمینه مطرح می‌شود، اختلاف نظر حقوق دانان در خصوص وضعیت عقد نکاح بدون اذن ولی است. برخی از حقوق دانان، از جمله دکتر کاتوزیان، عقد نکاح بدون اذن ولی را غیرنافذ می‌دانند و معتقدند که این عقد با اجازه بعدی ولی می‌تواند تنفیذ شود. این دیدگاه براساس اصول کلی حقوق قراردادها در قانون مدنی ایران شکل گرفته است که مطابق آن، معاملات افراد فاقد اهلیت با اجازه ولی نافذ می‌شوند. در مقابل، برخی دیگر از حقوق دانان، مانند دکتر امامی، معتقدند که عقد نکاح بدون اذن ولی باطل است، زیرا فقدان اذن ولی موجب بی‌اعتباری عقد می‌شود و این نقض اساسی را نمی‌توان با اجازه بعدی رفع کرد.

از دیدگاه نظریه مصلحت‌محوری، احراز مصلحت کودک نه تنها در مرحله انعقاد عقد بلکه در تمامی مراحل پس از آن نیز ضروری است. به عبارت دیگر، اگر پس از انعقاد عقد مشخص شود که مصلحت کودک رعایت نشده است، دادگاه می‌تواند این عقد را بی اعتبار اعلام کند. این رویکرد از یک سو حقوق کودکان را به عنوان گروهی آسیب‌پذیر در جامعه تضمین می‌کند و از سوی دیگر از سوءاستفاده احتمالی ولی یا دیگر اشخاص جلوگیری می‌کند.

در مجموع، نظریه مصلحت‌محوری در حقوق ایران به عنوان یک اصل کلیدی برای حمایت از حقوق کودکان در نکاح صغار شناخته می‌شود. این نظریه با استناد به قوانین مدنی و اصول قانون اساسی، اذن ولی را به عنوان شرطی لازم اما نه کافی معرفی می‌کند و بر ضرورت احراز مصلحت کودک توسط دادگاه تأکید دارد. از این رو، نظریه مذکور با ایجاد توازن میان اختیارات ولی و حقوق کودک، گامی مؤثر در جهت حمایت از منافع کودکان و جلوگیری از ازدواج‌های زود هنگام و آسیب‌زا به شمار می‌رود.

۵- نتیجه:

ولایت قهری که عبارت است از ولایت پدر و جدپدری بر صغار و محجورینی که حجر آنان متصل به ایام صغر است، نهادی حقوقی است که شارع مقدس به جهت حمایت، حفاظت و اداره امور اشخاص مذکور وضع نموده است. از جمله این امور بحث تزویج صغار است که مبتنی بر نص روایت و قانون است و در اصل موضوع هیچ تردیدی راه ندارد. اما در خصوص شرایط اعمال ولایت بر تزویج صغار و ضمانت اجرای عدم رعایت این شروط اتفاق نظری به چشم نمی‌خورد. مشهور فقها بر این اعتقادند که صرف عدم وجود مفسده در نکاح صغیر برای صحت عقد واقع شده، کفایت می‌نماید، اما گروهی دیگر صرف عدم وجود مفسده را برای صحت نکاح صغیر کافی ندانسته و معتقدند که اعمال ولایت بر تزویج صغیر در صورتی صحیح است که عقد واقع شده برای طفل نه تنها مفسده و ضرری به همراه نداشته باشد بلکه مصلحت و غبطه حال و آینده صغیر در این ازدواج باشد. زیرا اولاً ولایت دو چهره دارد، به عبارت دیگر ولایت گرچه حقی برای اولیاست اما تکلیف نیز می‌باشد، تکلیف به محافظت و تأمین منافع هم در امور مالی و هم در امور غیرمالی. ثانیاً اعمال ولایت بر امور مالی صغیر بدون رعایت غبطه و مصلحت وی سبب عدم نفوذ اعمال صورت گرفته خواهد شد، بنابراین به طریق اولی در امر ازدواج نیز که مسئله‌ای به مراتب مهم‌تر از امور مالی است، رعایت مصلحت ضرورت دارد. ثالثاً روایت متعددی وجود دارد که بر این مهم دلالت می‌نماید.

حال در خصوص ضمانت اجرای عدم رعایت شرط مصلحت نیز وحدت رویه‌ای وجود ندارد و برخی قائل به عدم نفوذ نکاح واقع شده، بوده و معتقدند در صورتی که ولی، مصلحت طفل را در نکاح مدنظر قرار ندهد، نکاح واقع شده عقود فضولی تا زمان کبیرشدن

طفل غیرنافذ است و پس از آن خود فرد در باب تنفیذ و یا رد نکاح تصمیم خواهد گرفت. اما برخی دیگر به طور کلی چنین تزویجی را محکوم به بطلان دانسته و معتقدند در وضعیت فعلی هیچ مصلحتی برای تزویج صغار قابل تصور نیست، مضاف بر اینکه عقد در جایی فضولی و غیرنافذ است که اصیل هنگام انعقاد قرارداد توانایی تنفیذ و یا رد آن را داشته باشد، در غیر این صورت عقد باطل است. همچنین اهلیت تمتع ولی قهری جهت تزویج صغیر وابسته به وجود مصلحت است، حال اگر در تزویج صغیر مصلحت رعایت نگردد، ولی اهلیت تمتعی جهت انعقاد آن عقد ندارد، بنابراین یکی از ارکان عقد که وجود اهلیت است، مفقود بوده و عقد محکوم به بطلان است. بنابراین همانطور که مشخص است، حکم به بطلان تزویج صغار در صورت عدم رعایت مصلحت چندان دور از ذهن نیست.



منابع و مأخذ:

۱. ابن منظور، محمد. (۱۴۱۴). *لسان العرب*. بیروت: دار صادر.
۲. اصفهانی، راغب. (بدون تاریخ). *المفردات فی غریب القرآن*، جلد ۱. قم: دار القلم.
۳. امام خمینی، روح الله. (۱۳۷۲). *تحریر الوسیله*، جلد ۲. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۴. امام خمینی، روح الله. (۱۳۹۲). *کتاب البیع*، جلد ۵. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۵. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). *کتاب النکاح*. قم: المؤتمر العالمی.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۹). *ترمیمولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش.
۷. حکیم، سید محسن. (۱۳۷۴). *مستمسک العروه الوثقی*، جلد ۱۴. قم: دار التفسیر.
۸. خوئی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۸). *موسوعه*، جلد ۳۳. قم: موسسه احیای آثار امام خوئی.
۹. سیفی، علی اکبر. (۱۳۸۶). *دلیل تحریر الوسیله (النکاح)*، جلد ۲. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۱۰. شبیری زنجانی، سید موسی. (۱۳۸۳). *کتاب نکاح*، جلد ۱۲. قم: موسسه پژوهشی رای پرداز.
۱۱. شهید ثانی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۳ق). *مسالك الافهام*، جلد ۷. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۱۲. صفایی، حسین و امامی، اسدالله. (۱۳۹۳). *حقوق خانواده*. تهران: انتشارات سمت.
۱۳. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۰۹). *العروه الوثقی*، جلد ۲. بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
۱۴. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۳۷۸). *قواعد الاحکام*، جلد ۳. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۵. فاضل لنگرانی، محمد. (۱۴۲۱ق). *تفصیل الشریعه (النکاح)*. قم: مرکز فقه الأئمه الأطهار.
۱۶. فاضل نراقی، احمد. (۱۴۱۵ق). *مستند الشیعه فی الاحکام الشریعه*، جلد ۱۶. قم: موسسه آل البيت.
۱۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۴). *حقوق مدنی: خانواده (چاپ یازدهم)*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۸. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۹ق). *شرائع الاسلام*، جلد ۲. تهران: انتشارات استقلال.
۱۹. محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد*، جلد ۱۲. قم: موسسه آل البيت.
۲۰. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷ق). *استفتاءات*، جلد ۱. قم: مدرسه الامام الاعلی.
۲۱. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۴ق). *کتاب النکاح*، جلد ۲. قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب.
۲۲. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۹۰). *أنوار الفقاهه (النکاح)*، جلد ۱. قم: دارالنشر الامام علی.
۲۳. موسوی عاملی، محمد. (۱۴۱۳ق). *نهایه المرام*، جلد ۱. قم: موسسه النشر الاسلامی.
۲۴. موسوی سبزواری، عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). *مذهب الأحکام*، جلد ۴. قم: السید عبد الاعلی.
۲۵. نجفی، محمدحسن. (۱۳۹۲). *جواهر الکلام*، ترجمه اکبر نائب زاده، جلد ۴. تهران: انتشارات گنج دانش.