

## ضرورت تغییر موادی از قانون مدنی

علی علی آبادی

دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران

### چکیده:

این مقاله با استناد به قرآن، سنت، علم روانشناسی و عرف، ابتدا به بحث درباره حقایق بلوغ و رشد و زمان پیدایش آنها پرداخته، سپس ضمن مقایسه واقعیت دو ماهیت مذکور با نمود آن در قانون مدنی ایران و اثبات عدم تطبیق مقررات قانونی با احکام اسلامی و واقعیت خارجی، حسب مورد اصلاح یا حذف ماده یا تبصره‌ای را پیشنهاد کرده است.

کلید واژه‌ها: بلوغ، احتلام، اشد، رشد، اهلیت، جنون، حجر، حد، حُلْم، حیض، سفه، عدم نفوذ، عقد، عقل، فساد، کبر، مصلحت، نکاح.

### مقدمه

اهلیت تمتع یا حق بهره‌مندی طبق ماده ۹۵۶ قانون مدنی به شرحی که خواهد آمد، عام و مطلق است و همه انسانها را بدون هیچ قیدی شامل می‌شود، و برای متمتع شدن از آن زنده بودن کافی است؛ یعنی انسان تا زنده است این حق نیز برای او مسلم است.

مواردی مثل «حق تمتع حمل» که تا انعقاد نطفه، سیر قهقرایی می‌کند، و مصادیقی مثل وقف که اهلیتی بالقوه است نیز با زنده متولد شدن فعلیت می‌یابند. این حقیقت را مقنن در ماده ۹۵۶ قانون مدنی بدین گونه بیان کرده است:

«اهلیت برای دارا بودن حقوق، با زنده متولد شدن انسان شروع می‌گردد و با مرگ او

تمام می شود».

بنابراین اصل، چون حق تمتع همزمان با طلیعه حیات مستقل انسان شروع می شود و تا واپسین دم زندگی تداوم می یابد، وجود آن حقیقتی است مسلم و نیاز به بحث ندارد. اما نیل به اهلیت قانونی، یعنی شایستگی اجرای حق تمتع - که در فقه «کمال» نامیده شده است - مشروط به وقوع بلوغ و پیدایش رشد است. اگر چه در لزوم این دو شرط تردیدی نیست، ولی زمان پیدایش این دو، مباحث و نظریه های مختلفی را پدید آورده است. این نیز پیداست که دیگر عنصر تکامل انسان، یعنی عقل، اگر به وجود نیاید، رشد هم ایجاد نخواهد شد؛ زیرا شخص مجنون، فاقد عقل است و شخص فاقد عقل، قابلیت رشد ندارد. بنا بر این می توان وجود عقل را در واژه رشد مستتر دانست، ولی عکس آن مصداق ندارد. به همین دلیل با این که فقها علاوه بر بلوغ و رشد، عقل را نیز در شرایط متعاقبین لحاظ کرده اند (امام خمینی، البیع، ۲/۲۳-۲۲)، این مقاله از شرط عقل چشم پوشیده و به شرط رشد بسنده کرده است.

تکامل انسان در فقه و به تبع آن در حقوق ایران، بر دو پایه بلوغ و رشد استوار است (شهیدی، ۳۶). قرآن کریم می فرماید:

«وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ؛ یتیمان را امتحان کنید تا زمانی که به سن نکاح برسند. در این موقع اگر رشدی از آنان دیدید، اموالشان را به آنها برگردانید» (نساء / ۶).

به منظور پیروی از قرآن و سنت معصومین علیهم السلام، ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی مقرر داشته است: «هیچ کس را نمی توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود، مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد». این ماده، به همراه دو تبصره آن که سن بلوغ پسر را ۱۵ سال تمام قمری و دختر را ۹ سال تمام قمری اعلام و تصریح می کند «اموال صغیری را که بالغ شده است در صورتی می توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد»، درباره سن بلوغ و رشد و کاربرد هر یک به نحوی که شرح آن خواهد آمد، مرتکب اشتباه و در خصوص اماره نبودن بلوغ برای رشد، دچار اضطراب شده است. زیرا در متن ماده، بلوغ، اماره رشد تلقی شده و در تبصره دوم اماره بودن آن از بین رفته است و در عین حال به طوری که خواهد آمد، هر دو مورد یعنی نظر

## ضرورت تغییر موادی از قانون مدنی / ۶۷

اعمال شده در متن ماده و روش مورد عمل در تبصره آن دچار اشکال است. از همین رو، اولاً آرائه بینه در ماده به عهده منکر رشد و در تبصره به عهده مدعی رشد محول شده است که با قاعده فقهی «البینه والیمین» مستفاد از حدیث شریف نبوی: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَ الْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» (محمدی، ۲۲۳؛ مکارم شیرازی، ۳۳۵/۲؛ موسوی بجنوردی، ۵۹/۳) مغایرت دارد.

ثانیاً چون ذات واحدی را در آن واحد و موضوع واحد به دو مبدأ متناقض رشد و سفه متلبس دانسته است، هر گاه دعوایی از طرف فرد مذکور یا علیه او طرح شود و مصادیق ماده و تبصره هر دو را شامل گردد، در بخشی از دعوا رشید و در بخش دیگر، سفیه تلقی خواهد شد و آثار غیر قابل قبولی را در پی خواهد داشت. به عنوان مثال در دعوی طلاق، او در دفاع یا درخواست طلاق رشید خواهد بود، ولی در گرفتن مهر، محجور؛ اگر در امر مذکور رشید شناخته شود، نتیجه چنین می شود که ۵۰۰ سکه فرضی مهر را می تواند دریافت کند، اما ربع سکه امانی خود را نمی تواند بازستاند و اگر فرض بعدی این باشد که آن ربع سکه را نیز می تواند دریافت نماید، تبصره دوم ماده ۱۲۱۰ بلااثر خواهد شد.

اشکالات مشابهی نیز در خصوص حکم ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی قابل طرح است؛ زیرا در آنجا نیز تمکین، از اختیارات دختر بالغ است و اگر مهر او حال باشد، «می تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد، امتناع کند...» ولی مهر را نمی توان به او تسلیم کرد و اگر امکان تسلیم به او فراهم باشد، باید ارتباط آن با ربع سکه فرض قبلی مقایسه شود و یا مهر را دیگری دریافت نماید و دستور تمکین صادر کند.

در مورد تعیین سن بلوغ و رشد به حکایت ماده ۱۲۱۰، هر دو پدیده، حسب مورد، در همان سنین ۹ و ۱۵ سالگی واقع می شود که مغایر با واقعیت و اشتباه است و به حکایت تبصره آن، زمان وقوع رشد معلوم نیست و پس از سنین مذکور باید واقع، کشف و اثبات شود که از لحاظ روش قانونگذاری اشتباه و برخلاف شیوه معمول است؛ زیرا باید با استفاده از روشهای آماری و ...، سنی به عنوان اماره رشد تصویب و ابلاغ می شد تا آزمایش و اثبات رشد همه لازم نیاید. در ادامه این نوشتار، تسری اشکال ماده ۱۲۱۰ به ماده ۱۰۴۱ و تبصره آن نیز مدنظر واقع خواهد شد.

## کمال یا اهلیت در شرع مقدس اسلام

عموم فقها کمال را شامل سه عنصر بلوغ، عقل و رشد دانسته‌اند که در این مقاله - چنانکه گذشت - فقط بلوغ و رشد محل بحث است؛ لذا چون بلوغ به تنهایی ملاک توجه احکام شرعی تکلیفی است و به همراه رشد، شرط لزوم احکام وضعی شرعی و اهلیت تصرف یا استیفا از نظر عرفی است، به ویژگیهایی از هر یک اشاره می‌شود:

### معنی لغوی و حقیقت شرعی بلوغ

«بلوغ» از نظر لغوی به معنی «رسیدن» است و «بالغ» به معنی «رسیده»... (جعفری لنگرودی، ۸۸۲/۲). برخی نیز در تعریف خود نوشته‌اند: «بلوغ عبارت است از شروع نضج جنسی در زمانی که اعضای تناسلی بتوانند وظایف خود را انجام دهند و این را سن همراهه گویند که در دختران از ۱۲ تا ۱۴ سالگی پدید می‌آید و با پدید آمدن حیض و رشد پستانها همراه است اما در پسران از سن ۱۲ تا ۱۶ سالگی به تأخیر می‌افتد و با خروج منی و تغییر صدا و شروع نمو موی محاسن همراه است»<sup>۱</sup> (شفیق غربال، ۴۰۳). معنی شرعی بلوغ نیز همان معنی لغوی، یعنی رسیدن به مرحله آمادگی جسمی برای تولید مثل است. خداوند می‌فرماید:

«...وَابْتَالُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...» (نساء/۶). این نکته را مفسران و نویسندگان کتب آیات الاحکام نیز نقل کرده‌اند. چنانکه قرطبی (۳۴/۵) عبارت «بَلَّغُوا النِّكَاحَ» را احتلام معنی، و به آیه ۵۹ سوره نور استناد کرده و معتقد است، خداوند رحمان عبارت «وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ...» را به معنی بلوغ و مستعد شدن برای نکاح به کار برده است. شیخ طوسی نیز معتقد است منظور از عبارت «إِذَا بَلَغَ النِّكَاحَ» رسیدن ایتم به حدی است که بتوانند به گونه‌ای به زنان نزدیک شوند که انزال صورت گیرد، و توضیح می‌دهد که مراد از عبارت

۱. «بدء النضج الجنسي، حين تصبح الاعضاء التناسلية قادرة على تأدية وظائفها، ويسمى سن المراهق و يحدث في الاناث من الثانية عشرة الى الرابعة عشرة، يقترن بظاهرة الحيض و بنهوض الثديين، اما في الذكور فيتأخر ما بين الثانية عشرة، والسادسة عشرة ويصاحبه افراز المنى و خروجه و تغيير الصوت و بدء نمو شعر اللحية.»

مذکور، احتلام نیست؛ زیرا هستند کسانی که محتلم نمی‌شوند یا احتلام ایشان به تأخیر می‌افتد (تبیان، ۱۱۶/۳).

به نظر می‌رسد در تبیین اخیر که ملاک بلوغ را قدرت بر احتلام قرار داده، نه وقوع آن، دقت و ظرافت بیشتری وجود دارد. خلاصه این که لفظ «بلغ» و مشتقات آن ۶۵ بار در ۳۲ سوره از قرآن مجید به کار رفته است، ولی فقط ۹ مورد آن اشاره به بلوغ در معنای مورد نظر ما دارد که عبارتند از: نساء/ ۶، که دلالت بر رسیدن به نکاح دارد و شرح آن مذکور افتاد و نور/ ۵۸ و ۵۹ که حاکی از رسیدن به حلم است و انعام/ ۱۵۳، یوسف/ ۲۲، اسراء/ ۳۶، کهف/ ۱۸، قصص/ ۱۳ و احقاف/ ۱۴ که هر شش آیه رسیدن به «اشد» را ملاک قرار داده‌اند.

امعان نظر در آیات فوق مسلم می‌نماید که در قرآن، بلوغ ظرف زمانی خاصی ندارد و این حقیقتی است که با واقعیت، یعنی مصداق خارجی خود، انطباق دارد. چون بلوغ پدیده‌ای تکوینی است و ضمن اینکه عوامل متعددی می‌تواند در تقدیم و تأخیر آن مؤثر واقع شود، هیچ اراده‌ای در وقوع آن ذی مدخل نیست و تنها با فراهم شدن عوامل لازم و پیدایش همه شرایط در ظرف زمانی خاص خود، موجود می‌شود و قرآن کریم نیز همین حقیقت را ابلاغ کرده است. نکته دوم این که حلم و احتلام به معنی امکان نزدیکی همراه با انزال، با «بلغ النکاح» مآلایک معنا را بیان می‌کنند، چنان که احتلام را در لغت به معنی جماع در خواب، و در اصطلاح خروج منی مقرون به تخیلات و حرکات غیر ارادی که در خواب روی می‌دهد، دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱/۱۷۷). معنای مذکور مورد تأیید صاحب جواهر نیز هست (۲۲/۲۶۰). همین معنا در لسان العرب (ابن منظور، ۳/۳۰۴) نیز مضبوط است.

با توجه به مطالب فوق باید نظری هم به معنای «اشد» نمود:

«اشد» را برخی به استناد آیه ۱۵۳ سوره انعام به «غایت نیرو، غایت جوانی و قوت» معنا کرده‌اند و اشد انسان را از ۱۵ تا ۴۰ سالگی دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱/۴۰۰). اقوال در خصوص معنای اشد بسیار است ولی عموماً اشد را به معنای «قدرت و توانایی» گرفته‌اند؛ گرچه برخی اشد را همان بلوغ دانسته‌اند. لغت نامه دهخدا رسیدن به بلوغ را قول مشهور می‌داند.

یکی از بزرگان پس از بررسی آیات مربوط سرانجام می‌نویسد: «نکته‌ای که از آیات مذکور استفاده می‌شود این است که در هیچ کدام از آنها سنی به عنوان بلوغ ذکر نشده و ملاک بلوغ را رسیدن به حدنکاح و حلم و اشد قرار داده است و هر کدام از این عناوین سه‌گانه در آیات مورد بررسی و مانند آنها، با یکدیگر متلازم می‌باشند. بدیهی است که تحقق این عناوین برای انسان، عناوین واقعی و نفس‌الامری می‌باشند و هیچ‌گونه جنبه تبعیدی ندارند بلکه به هیچ وجه معقول نخواهد بود که بلوغ به حد نکاح و حلم و اشد را امر تبعیدی بدانیم» (مرعشی، ۱۶).

بدین ترتیب از لحاظ قرآن کریم، نفس بلوغ جسمی، همان پیدایش استعداد حلم است. لکن این واقعیت گاهی رسیدن به نکاح یا اشد نیز تعبیر شده است، با توجه به این نکته، برخی، از جمله علامه طباطبایی تصریح کرده‌اند که اشد هنگامی مصداق دارد که شخص، واجد هر دو بلوغ جسمی و روحی باشد تا در تصرف اموالش محتاج تدبیر ولی یا دیگران نباشد (طباطبایی، ترجمه موسوی همدانی، ۲۵۹/۴). همین معنی مورد تأیید قدما از جمله شیخ طوسی (تبیان، ۴۷۶/۶) نیز هست. علامه در جای دیگر اشد را رسیدن به ۱۸ سالگی معنا کرده است (۲۰۳/۳۱).

به هر صورت با توجه به آنچه نقل شد، بلوغ همراه با رشد، قدر متیقن اقوال است و برای هر سه لفظ مورد بحث در معانی منتخب، استدلال‌های جامعی نیز ارائه شده است. لذا به همین مقدار بسنده و تأکید می‌کند که قرآن کریم سن معینی را برای رسیدن به بلوغ تشریح نکرده و ملاک صرفاً فعلیت یافتن استعداد حلم است که پدیده‌ای تکوینی است نه تشریحی. بویژه چنانکه خواهد آمد، امام ششم (ع) در صحیح‌ه هشام از بلوغی تعبیر به اشد فرموده است که همراه با رشد باشد که با صحت انتساب، می‌تواند حجت تلقی گردد. این معنی در احادیث دیگر و نیز در تفاسیر تکرار شده است، ولی هیچ‌یک محدود به سن معینی نیست و اکثریت قریب به اتفاق، حلم را ملاک بلوغ دانسته‌اند و بعضی هم غیر حلم و گاهی سن را غایت قرار داده‌اند. مثلاً:

۱. صحیح‌ه هشام به نقل از امام ششم (ع) می‌گوید: «پایان یافتن کودکی کودک با احتلام صورت می‌پذیرد که همان اشد اوست و اگر محتلم شد و ایناس رشد از او نگرید و سفیه یا ضعیف بود، ولی او مالش را نگه می‌دارد و در اختیار او قرار نمی‌دهد.»

(مرعشی، ۱۷).<sup>۱</sup>

به طوری که ملاحظه می شود در این حدیث منحصرأ وقوع احتلام ملاک بلوغ دانسته شده است، لکن برای رفع حجر، ایناس رشد را نیز لازم می داند. بنابراین بلوغ بدون رشد قابل تصور است، و نه عکس آن یعنی رشد بدون بلوغ؛ زیرا در آن صورت حداکثر، صغیر ممیز مصداق پیدا می کند نه بیشتر، بنابر این استقلال این دو پدیده از یکدیگر نیز مسلم است.

۲. در صحیحہ علی بن جعفر چنین آمده است: «از حضرت موسی بن جعفر (ع) پرسیدم که کودک در چه زمانی یتیم نیست؟ حضرت فرمود: وقتی که محتلم گردد و برگرفتن و عطا (دادوستد) آشنا شود» (حر عاملی، ۳۱/۱، ح ۲) <sup>۲</sup>.

این حدیث در ملاک بلوغ، لزوم رشد برای خروج از حجر، استقلال و ترتب بلوغ و رشد، با صحیحہ هشام منطبق است.

۳. حدیث نبوی منقول از امام ششم (ع): «ای علی پس از احتلام عنوان یتیم مصداق پیدا نمی کند» (حر عاملی، ۳۲/۱، ح ۹) <sup>۳</sup>. آیت الله مرعشی معتقد است: «کلمه یتیم که در این روایت آمده است کسی را می گویند که پدر خود را از دست داده و به حد احتلام نرسیده باشد و وقتی به حد احتلام یا اشد رسید از یتیم بودن خارج می گردد. چنانکه پیداست، این روایات، ملاک بلوغ را رسیدن به حد احتلام و اشد دانسته و به هیچ وجه سنی از برای آن در نظر نگرفته و تشخیص آن را به عهده مخاطب قرار داده اند» (مرعشی، ۱۷).

۴. در خیر دیگر چنین نقل شده است: «بر کودک، حسب مورد با احتلام یا حیض،

۱. «انقطاع یتیم بالاحتلام و هواشده وان احتلم ولم یؤنس منه رشده و کان سفیهاً او ضعيفاً فلیمسک عنه ولیه ماله» (حر عاملی، ۱۳/۱۴۱ ح ۲۳۹۴۱؛ ذوالمجدین، ۷۲)

۲. عبدالله بن جعفر الحمیری فی قرب الاسناد عن عبدالله بن حسن، علی بن جعفر عن اخیه موسی بن جعفر (ع) قال: «سألته عن الیتیم متى ینقطع یتمه قال (ع): اذا احتلم و عرف الاخذ و العطا».

۳. محمد بن علی بن الحسین، عن حماد بن عروة و انس بن محمد عن ابیه جمیعاً، عن جعفر بن محمد (ع)، عن ابیه (ع) عن آبائه علیهم السلام، فی وصیة عن النبی (ص) لعلی (ع) قال: «یاعلی، لایتم بعد الاحتلام».

و جوب روزه توجه پیدا می‌کند»<sup>۱</sup> بنابر این، برای اثبات وقوع بلوغ و ختم دوره کودکی فقط بلوغ و حیض موضوعیت دارند نه چیز دیگر.

۵. خبر دیگر: امام اول (ع) یکی از سه گروهی که مسؤولیتی بر دوششان نیست را «کودکان تا زمانی که محتلم نشده‌اند» معرفی می‌کند<sup>۲</sup> (همو، ۳۲/۱، ح ۱۱؛ شیخ انصاری، ۳۳۷/۱). به طوری که ملاحظه می‌شود حدیث شماره ۳، عنوان یتیم به فرد پدرمرده را به قبل از احتلام اختصاص می‌دهد و حدیث شماره ۴، توجه و جوب روزه و حدیث شماره ۵ مسؤولیت جزایی را به بعد از وقوع احتلام محول می‌کند و چگونگی دلالت در حدیث اول و دوم نیز قبلاً تشریح شد. پس در هر پنج حدیث ملاک بالغ شدن، صرفاً وقوع احتلام اعلام شده است و هیچ اشاره‌ای به سن معینی وجود ندارد و نتیجه همان است که از آیات قرآن به دست آمد.

احادیث دیگری که حکایت از موضوعیت احتلام یا حیض برای بلوغ دارند یا آن دو را نشانه‌ای در کنار سایر نشانه‌ها به حساب آورده‌اند، بسیار زیاد است، از جمله نک: حر عاملی، ۳۰/۱-۳۲ احادیث ۱، ۲، ۶، ۹، ۱۰، ۱۱، ۱۲؛ ۱۶۲/۷ احادیث ۷ و ۱۲؛ ۳۰/۸ احادیث ۱ و ۲؛ ۳۱/۸ حدیث ۲؛ ۲۶۸/۱۲ احادیث ۱، ۲، ۳؛ ۳۲۱/۱۳ حدیث ۳؛ ۱۸۳/۱۵ حدیث ۵؛ ۵۲۴/۱۸ احادیث ۶ و ۹ و احادیث دیگر. در این خصوص توجه به چند نکته زیر ضروری می‌نماید:

اول: احادیث مربوط، منحصر به شماره‌های مذکور نیست بلکه احادیث بیشتری قابل استناد و دال بر منظور هستند که برای رعایت اختصار به همین مقدار بسنده شده است.

دوم: در برخی از احادیث، معصوم (ع) ابتدا سنّ مناسبی را اعلام و سپس فرموده است مگر اینکه قبل از آن محتلم (یا حیض) شود که این مشعر به دو نکته است:

۱. موضوعیت حسب مورد، متعلق به احتلام یا حیض است و سن صرفاً ظرف موضوع است و بدون مظروف (در خصوص مورد نظر) معنایی ندارد.

۲. مشروط کردن سن به مسبوق بر احتلام نبودن از ناحیه معصوم (ع) به دلیل اهمیت

۱. «علی الصبی اذا احتلم الصیام و علی المرأة اذا حاضت الصیام» (همو، ۳۲/۱، ح ۱۰).

۲. فقال علی (ع): «اما علمت ان القلم یرفع عن الثلاثة عن الصبی حتی یحتلم...».



مسائل عبادی است؛ زیرا بلوغ تنها، برای توجه تکالیف عبادی موضوعیت دارد، نه برای مسائل معاملی که از طرفی برای رسیدن به شایستگی لازم آن، علاوه بر بلوغ، پیدایش رشد نیز ضروری است و از طرف دیگر احتیاط لازم در عبادات یعنی تکالیفی که مبنای توجه آنها پیدایش بلوغ است، با احتیاط در معاملات که مبنای صحت آنها وجود توأمان بلوغ و رشد می‌باشد، مغایرت دارد که چگونگی آن از نظر خواهد گذشت.

البته احادیثی نیز در کنار سایر نشانه‌ها به سن اشاره دارند و یا حتی سن را به تنهایی ملاک دانسته یا آن را علت غایی قرار داده‌اند که به دلایلی مانند مختلف بودن سن مذکور در احادیث، مشروط کردن سن به عدم وقوع احتلام، دلالت دسته‌ای از احادیث و آیات قرآن که موضوعیت را صرفاً به احتلام و حیض می‌دهند و...، چنین استنباط می‌شود که سن صرفاً از باب غلبه افرادی مورد اشاره واقع شده است؛ به همان شکلی که در حال حاضر قانونگذاران عمل می‌کنند و در سنی وقوع بلوغ را قطعی می‌دانند. چون افراد در صورت تداوم حیات، حتماً بالغ می‌شوند، به خلاف رشد. به همین دلیل این اقدام در خصوص رشد و سفه انجام نشده است، چون هستند افرادی که در حال سفه باقی می‌مانند و این مورد با واقعیت‌های علمی و خارجی قابل انطباق است و با تعمق در مطلب، نتیجه متحصّل از آیات قرآن، از احادیث (سنت) نیز به خوبی قابل تحصیل است. و فی الجمله آنچه مسلم می‌نماید این است که در منابع فقه (قرآن، سنت، اجماع و عقل) سن معینی برای بلوغ اعلام نشده است، حال آن که فقها سنین ۹ و ۱۰ سال قمری را برای بلوغ دختر و ۱۵ سالگی را برای بلوغ پسر ملاک دانسته‌اند. این اختلاف در فقه اهل سنت از ۱۵ تا ۱۹ سالگی است و این اضطراب به دلیل موضوعیت نداشتن سن، حادث شده است. حقیقت مذکور با توجه به فتوای اخیر بعضی از فقهای شیعه، که سنی مغایر با سنین اعلام شده از سوی سایر فقها را برای بلوغ دختران اعلام نموده‌اند (صانعی، ص ۳۶۸، مسأله ۲۲۵۴) از وضوح بیشتری برخوردار شده است. صرف نظر از اینکه مبنای فتوای مذکور واقعیت خارجی یا منابع فقه یا هر دو باشد، ویژگی آن با توجه به موثقه عمارساباطی اهمیت بیشتری می‌یابد: «از امام صادق (ع) پرسیدم: چه وقت نماز بر پسران واجب می‌شود؟ فرمود: وقتی به ۱۳ سالگی برسند و اگر قبل از ۱۳ سالگی محتمل شوند، همان موقع نماز برایشان واجب می‌گردد و قلم تکلیف نسبت به ایشان جریان

می‌یابد و دختر مانند پسر است؛ هرگاه به سن ۱۳ سالگی برسد و یا قبل از ۱۳ سالگی حیض گردد نماز بر او واجب می‌شود و قلم تکلیف نسبت به او جریان می‌یابد» (طوسی، تهذیب، ۳۸۱/۲، استبصار، ۴۰۸/۱)؛<sup>۱</sup> استفاد از این روایت که مرحوم مجلسی در ملاذالاجبار آن را موثقه دانسته، این است که پسر و دختر هر دو در سن ۱۳ سالگی بالغ می‌شوند و اگر پسر قبل از این سن محتلم یا دختر حیض شود، نیز احتلام و حیض علامت بلوغ آنان است. ثانیاً ملاک در بلوغ، رسیدن به سنی است که در آن سن یک تکامل غریزی و جنسی برای پسران و دختران به وجود می‌آید و این یا از راه رسیدن به سن ۱۳ سالگی و یا از راه احتلام و حیض معلوم می‌گردد (مرعشی، ۱۸).

از این روایت و روایات دیگری که مجال نقل آنها نیست به خوبی استفاده می‌شود که احادیثی که سن بلوغ دختر را ۹ سال اعلام می‌کند منصرف به موردی است که دختر در آن سن حیض شود وگرنه صرف سن ۹ سالگی، ظرف فاقد مظروف و خالی از حقیقت است.

### لزوم تعیین سن بلوغ

از آنجا که در قرآن و سنت برای بلوغ، سنی تعیین نشده و اجماع مستند نیز - چون اصالت، متعلق به سند است - ارزش استنادی ندارد و همچنین با توجه به و فور ادله نوبت به عقل هم نمی‌رسد و قانونگذار نیز باید بتواند تعیین موضع کند و از طرف دیگر نمی‌توان به طور مداوم افراد را مورد آزمایش قرار داد؛ به علاوه اگر جنایتی برای مدتی مکتوم بماند و سپس مجرم دستگیر شده و نو جوان باشد، با توجه به اینکه آزمایش بعدی نمی‌تواند مؤید بلوغ قبل از آزمایش یعنی زمان وقوع جرم باشد، صدور حکم را متعسر می‌سازد، بنا بر این ناچار برای تعیین سن بلوغ باید به سراغ موضوع آن رفت و از لحاظ تجربی ظرف پیدایش بلوغ را کشف، تصویب و ابلاغ کرد. در این خصوص سه جدول زیر قابل ارائه است:

۱. «عن ابی عبدالله (ع) قال: سألته عن الغلام متى تجب علیه الصلوة؟ قال: اذا اتى علیه ثلاث عشرة سنة، فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت علیه الصلوة و جرى علیه القلم و الجارية مثل ذلك. اذا اتى لها ثلاث عشرة سنة او حاضت قبل ذلك فقد وجبت علیها الصلوة و جرى علیها القلم».

(ج)			(ب)			الف		
جدول سن بلوغ جنسی در پسران و دختران			بررسی شروع قاعدگی در دانش آموزان آموزشگاه‌های بهیاری تهران (بررسی و تحقیق از خانم اختر نبوی)			بررسی شروع قاعدگی دختران در دبیرستانهای تهران (تنظیم از خانم فرشته مجلسی)		
دختران	پسران	سن	فراوانی درصد	سن قاعدگی	درصد	فراوانی	سن قاعدگی	درصد
۰	۰	۸	۱	۹-۹/۹۹	۰/۷۸۷	۳	۹-۹/۹۹	
۰	۰	۹	۰/۷۵	۱۰-۱۰/۹۹	۵/۲۴	۲۰	۱۰-۱۰/۹۹	
۲	۰	۱۰	۳/۳۴	۱۱-۱۱/۹۹	۱۳/۳	۵۱	۱۱-۱۱/۹۹	
۱۰	۲	۱۱	۱۲/۲۲	۱۱-۱۱/۹۹	۳۷/۵	۱۴۳	۱۲-۱۲/۹۹	
۳۸	۵	۱۲	۱۹/۷۰	۱۲-۱۲/۹۹	۲۷/۸	۱۰۶	۱۳-۱۳/۹۹	
۷۲	۱۴	۱۳	۲۵/۴۴	۱۳-۱۳/۹۹	۸/۹	۳۴	۱۴-۱۴/۹۹	
۸۱	۴۸	۱۴	۱۸/۷۰	۱۵-۱۵/۹۹	۱/۳	۵	۱۵-۱۵/۹۹	
۹۴	۷۸	۱۵	۹/۴۸	۱۶-۱۶/۹۹	۰/۲۶	۱	۱۶-۱۶/۹۹	
۹۷	۹۳	۱۶	۲/۷۴	۱۷-۱۷/۹۹	۴/۷	۱۸	قاعده نشده	
۹۹	۹۸	۱۷	۶/۷۳	ذکر نشده	۱۰۰	۳۸۱	جمع	
۱۰۰	۱۰۰	۱۸	۱۰۰	جمع				

نقل از مرعشی، کتاب دیدگاه‌های نو / نقل از مرعشی، دیدگاه‌های نو / نقل از پارسا، رشد کودک

در حقوق کیفری اسلام، ص ۲۷ / در حقوق کیفری اسلام، ص ۲۸ / و نوجوان، ص ۲۲۰

در خصوص این جدولها نکات زیر قابل توجه است:

۱. با این که سنین مذکور در جدولها همگی به سال خورشیدی، یعنی اندکی طولانی‌تر از سال قمری است، سن بلوغ دختران در هر سه جدول، بالاتر از ۹ سال است.
۲. جدولها عموماً یا مربوط به گذشته دور یا جوامع خاص است. بنا بر این آمارگیری‌های دقیق‌تر و وسیع‌تر و همگانی‌تر برای تعیین سن بلوغ و گنجاندن آن در قانون ضروری است.

۳. علاوه بر موارد فوق، به نظر می‌رسد پیچیدگی‌های زندگی، چرخش فعالیت‌های

انسانی از اعمال یدی به نوع فکری، طول تحصیلات و دیگر عوامل، هماهنگ با افزایش طول عمر بشر، با حرکتی کند ولی مناسب با عوامل مؤثر، بر طول کودکی انسانها نیز می‌افزاید. این نیز مسأله‌ای است قابل بررسی.

۴. همان طوری که احادیث بیان می‌کنند و جدولهای مذکور نشان می‌دهند، ممکن است سن بلوغ دختر و پسر اندکی متفاوت باشد که بررسی آماری می‌تواند پاسخ مناسب هر دو مورد را تعیین کند. با اینهمه بلوغ دارای علایم زیادی است که می‌تواند برای کشف توجه تکالیف الهی توسط شخص مکلف مورد توجه قرار گیرد. لکن این امر در معاملات نمی‌تواند مرعی باشد بلکه باید قانونگذاران به منظور راهبرد جامعه، سن معین مناسبی را به عنوان اماره بلوغ و رشد، به طور مستقل، تصویب و اعلام کنند.

از مطالب گذشته و واقعیت متجلی در سه جدول مذکور، حقیقت مسلم عدم انطباق سن بلوغ مندرج در تبصره اول ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی با حقایق شرعی و واقعیت‌های خارجی به خوبی روشن است. از این رو انتظار می‌رود زعمای مسؤول در پی اصلاح آن بر آیند، زیرا بدون تردید سن بلوغ دختران بیشتر از ۹ سال قمری است.

در خصوص تعیین زمان پیدایش بلوغ، آزمایش عموم افراد برای تشخیص بلوغ نه به مصلحت است و نه ممکن؛ زیرا نمی‌توان همه لحظات زندگی یک کودک همراهی را از آزمایش پر کرد تا لحظه پیدایش بلوغ و توجه تکالیف الهی تعیین گردد. از طرف دیگر اهمیت تعیین لحظه بلوغ، مانع عبور از آن است. زیرا بر لحظه بلوغ، آثار زیادی مترتب است که برای آنها باید به کتب فقهی مراجعه کرد. ولی نشانه‌های بسیار آن در کتب فقهی می‌تواند مانع اقتحام گردد و نیازی به تصویب ندارد.

## ب. حقیقت رشد و جایگاه قانونی آن

به طوری که ملاحظه شد قانونگذار در ماده ۱۲۱۰، بلوغ تشریحی خود را اماره رشد تکوینی نیز قرار داده و در نتیجه روشی خلاف واقعیت برگزیده است که اگرچه در تبصره این نقص از بین رفته ولی شیوه‌ای مغایر روش قانونگذاری برگزیده و موجبات اثبات رشد یک یک افراد را فراهم نموده است که می‌تواند سبب بروز مشکلات و اختلال در نظام گردد.

مکاتبات بین کمیسیون استفتاءات و مشاورین حقوقی شورای عالی قضایی و نیز رأی شماره ۳۰ مورخ ۱۳۶۴/۱۰/۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور که به منظور ایجاد وحدت رویه بین شعب مختلف دادگاه‌ها در خصوص مورد صادر گردید نیز مشکلی را حل نکرد، بلکه تأییدی شد بر ماده مذکور و تبصره آن، که مبین اصل خود ساخته تقارن رشد با بلوغ است، مگر در خصوص تحویل اموال که اصل، عدم تقارن رشد با بلوغ دانسته شده است و در نتیجه باید بدو رشد فرد بالغ ثابت شود تا امکان تحویل اموال به او فراهم گردد.

خلاصه اینکه طبق ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی، اصل، رشید بودن بالغین است. در صورتی که تبصره آن با اتخاذ موضعی خلاف ماده، به ظاهر مخصص ماده شده و فقط تسلیم اموال فرد بالغ را منوط به اثبات رشد او کرده است. بنا بر این پسر و دختر پس از رسیدن به سن بلوغ، صالح برای هر عمل حقوقی هستند مگر برای تصرف آن دسته از اموالشان که در اختیار دیگری قرار دارد که لازم است رشدشان ثابت شود (شهادی، ۲۷).

بدین ترتیب رشد به شکل عارضه موقت جلوه گر شده و دچار اشکال است و در نتیجه گاهی انسان واجد اهلیت و زمانی فاقد آن متصور است. این امر ناشی از این است که ماده ۱۲۱۰ بلوغ را اماره رشد قرار داده، در حالی که بر اساس عموم آیات قرآن و احادیث مربوط، به شرحی که گذشت، رشد پدیده‌ای مستقل از بلوغ است. همین واقعیت مستلزم عبارت دوم آیه ششم سوره نساء «... فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشِدًا فَأَدِّعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» یعنی احراز دوم شده است و الا با همان اثبات بلوغ به شکل معلول در متن ماده، اموال هم می‌توانست رد شود. حال آنکه حقیقت چیز دیگری است، زیرا اطفال علاوه بر اینکه از لحاظ جسمی و امکان تولید مثل که کاشف از بلوغ است آزمایش می‌شوند، باید به لحاظ آمادگی دماغی یعنی رشد فکری هم آزمایش شوند. این مرحله مرحله تنمیمی شایستگی تصرف یا اهلیت استیفاست و اگرچه قبل از بلوغ هم احتمال وقوع دارد، ولی وقوع قبل از بلوغ به دلایل زیر اعتباری ندارد:

۱. در صورت وقوع، حداکثر می‌تواند معرف صغیر ممیز باشد نه بیشتر، همانطور که بلوغ بدون رشد، معرف سفیه است. ملاک شایستگی وجود توأمان بلوغ با رشد است

بدون آنکه هیچ یک اماره دیگری باشد. همین واقعیت است که عموم دانشمندان در کنار عقل و بلوغ، رشد را نیز برای متعاقبین لازم دانسته و توضیح داده‌اند که کمال یا شایستگی یا اهلیت، مرکب از عقل، بلوغ و رشد است و بندرت می‌توان موردی را یافت که اشاره به رشد نشده باشد (علامه حلی، ۱۵۱/۸).

۲. تمیز در حد صغیر ممیز نیز می‌تواند تحت الشعاع بحران بلوغ واقع شود، لذا حتماً باید پس از بلوغ رشد احراز گردد.

در هر حال شرط لازم بودن سه عنصر عقل، بلوغ و رشد برای رسیدن به اهلیت، بدیهی است و نیاز به بررسی ندارد. بنا بر این مدار بحث را دو محور بلوغ و رشد تشکیل می‌دهند که اولی تکامل جسمی و ملاک توجه احکام تکلیفی و ... و دومی تکامل روحی و ملاک پیدایش شایستگی ایقاع احکام وضعی است و علاوه بر این که دو پدیده یاد شده مستقل از هم هستند و ناچار هر یک در ظرف زمانی خاص خود به وجود می‌آیند، به دلیل دوگانگی احتیاط لازم برای هر یک، نمی‌توان هر دو پدیده را مظروف یک ظرف زمانی دانست. لذا قبل از ورود بیشتر به مطالب رشد، لازم است چگونگی ممتاز بودن احتیاط در دو پدیده بلوغ و رشد که می‌تواند مستلزم جدایی آن‌ها نیز باشد، بررسی شود.

### تمایز دو احتیاط

چون در عبادات، جنبه اخروی نسبت به جنبه دنیوی قوی‌تر و به هدف شارع نزدیک‌تر است، در نتیجه مسؤولیت ناشی از تخطی در انجام عبادات، معنوی و اخروی و خطیر است و به طوری که می‌دانیم، اتیان عبادات قبل از بلوغ یعنی قبل از توجه حکم، نه تنها موجب ضرر نیست که مقبولیت و آثار مثبت هم دارد. به عنوان مثال چون بلوغ مبدأ احکام زیادی از قبیل توجه تکالیف یومیه است، تأخیر در توجه به آن و در نتیجه عدم اجرای واجبات یا ارتکاب محرمات، عواقب و مشکلاتی را در پی خواهد داشت که یا جبران‌پذیر نیست و یا جبران آن مشکل است. در حالی که اگر مدتی قبل از پیدایش بلوغ، وظایف فرد بالغ اتیان شود، هیچ ضرری متصور نیست ولو اینکه نفعی هم متصور نباشد، که هست. بنا بر این به حکم عقل برای جلوگیری از عوارض ناشی از عدم اجرای

احکام تکلیفی باید اندکی زودتر، یا حداقل با بروز اولین نشانه‌های بلوغ، وظایف فرد بالغ انجام شود. البته این تعجیل نباید از حد معقول تجاوز کند. این همان احتیاط در عبادات است که مبنای آن رعایت حداقل سن بلوغ است نه حداکثر آن. وظیفه فقها نیز مزاوت و ممارست در دستیابی به حکم حقیقی شارع است لذا نمی‌توان به منظور احتیاط، حکم خدا را با سهل گرفتن، غلط اعلام کرد و یا فردی را با تجاهل به عبادت واداشت.

اما در مسائل معاملی، مسؤولیت در اتیان آن است. یعنی اگر شخص فاقد شایستگی بدان پردازد، معاملات و تصرفات این قبیل اشخاص، حسب مورد، باطل یا غیر نافذ است و نمی‌تواند سبب نقل و انتقال شرعی و به طور کلی تصرف مشروع به حساب آید، لذا اندکی تأخیر در اجرای آنها، موجب اطمینان بیشتر به صحت خواهد شد. در این خصوص نیز نمی‌توان به عنوان احتیاط، حکم خدا را نادرست اعلام و یا فرد شایسته‌ای را از حق خود محروم نمود و موجب تضییع حقوق و یا تضرر مادی او شد؛ زیرا چنانکه ریختن خون مسلمان گناهی عظیم بود، بردن مالش نیز گناهی عظیم است (قاضی قضایی، ۶۴). از این رو باید نهایت کوشش در جهت استنباط و ابلاغ حکم واقعی شارع به کار رود با این توجه که برای صحت معاملات، علاوه بر بلوغ، وقوع رشد نیز شرط است (امام خمینی، *تحریر الوسیله*، ۲۳۸/۳ - ۲۳۹؛ *البیع*، ۱۲/۲ به بعد) لذا اگر در معاملات نیز همانند احکام عبادی، صرفاً بلوغ ملاک می‌بود - که چنین نیست - چون تعیین لحظه دقیق پدیده یاد شده، غیر ممکن یا متعسر است، اعمال احتیاط به شرحی که گذشت، مانع انطباق زمان منظور برای پیدایش شایستگی در هر دو دسته احکام عبادی و معاملی می‌شد و علی‌الاصول باید دو سن مختلف مد نظر قرار می‌گرفت؛ زیرا اگر لحظه بلوغ صفر فرض شود چون تعیین دقیق این لحظه بنا بر آنچه گفته شد ممکن نیست، عقل مؤید به روش اعمال شده از ناحیه معصوم (ع) حکم می‌کند از لحظه «صفر» منهای مدت احتیاط» وظایف بالغ یعنی احکام تکلیفی اتیان شود ولی حکم عقل در معاملات، عکس مدت فوق است. لذا این لحظه باید «صفر + مدت احتیاط» اعلام شود. در نتیجه زمان توجه تکلیف «-۱»، زمان شایستگی انجام معاملات «+۱» خواهد بود که این دو زمان نمی‌توانند بر هم منطبق شوند. بر خلاف وضع موجود در ماده ۱۲۱۰، که دو

پدیده مختلف را در یک ظرف ریخته است. نتیجه اینکه حتی اگر بلوغ اماره رشد باشد - که نیست - زمان اعمال آن دو نمی‌تواند بر هم منطبق باشد و بناچار در دو زمان متفاوت کاربرد پیدا می‌کند. این پدیده نیز مثبت نادرستی حکم ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی است.

## رشد

رشد حالتی است که با خروج از حالت تحیر ناشی از تغییرات دوران بلوغ، به عبارت دیگر به راه آمدن از بیراهه شروع می‌گردد؛ چنانکه در آیات زیادی از قرآن کریم، «الغی» یعنی حالت مقابل رشد به معنی جهل و غفلت ناشی از اعتقاد فاسد، یا حالت انسانی بی‌اعتقاد که نه صالح است نه فاسد و نیز به معنی گمراهی ... استعمال شده است (راغب، ۳۸۰) و رشد را به استناد «قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ...» (بقره، ۲۵۸) خلاص شدن از «غی» نیز معنی کرده‌اند (راغب، ۲۰۱) بنا بر این باید پذیرفت که به هنگام بلوغ، انسان در «غی» قرار می‌گیرد و این همان حالتی است که در تداول علم روانشناسی، مراحل بلوغ یا بحران دوران بلوغ نامیده می‌شود (شکیباپور، ۱۲۹ به بعد). موضوع رشد مسأله‌ای پذیرفته شده است، هرچند که ممکن است در علوم مختلف زیر عناوین متفاوت بدان اشاره شود. ولی در هر حال حقیقت آن به طوری که در آیات قرآن، اخبار مروی از معصومین (ع)، علم روانشناسی و ... به دست می‌آید، از یافته‌های بدیهی بشر است و خروج از حالت قبل از آن که اغلب مستلزم ورود به رشد هست، مورد توجه عموم اولیا و موجب تدارک شیوه فراخور برای برخورد با فرزندان در دوران بلوغ است و امری نیست که بتواند وجود آن مورد انکار یا حتی تردید واقع شود. این نیز مسلم است که عامل آن همان تغییرات ناشی از بلوغ است که از جهتی بحران آفرین و از جهت دیگر تکامل‌زا است. بنا بر این مسأله مورد بحث صرفاً زمان خروج از این بحران است نه وقوع بحران.

نکته مسلم دیگر اینکه بحران و وضعیت غیر عادی، مراقبت بیشتری را می‌طلبد و طبیعی است که بدان اقدام نیز شود و به نظر می‌رسد یکی دیگر از مبانی لزوم احراز دوم مذکور در آیه شریفه مورد بحث، حمایت از فرد در طول همین بحران و تمهیدی برای



حفظ منافع او تا هنگام خروج از بحران است. این حقیقت در حدی از بداهت قرار دارد که همه پدران و مادران در برخورد با جوان در این دوران، جانب احتیاط را ملحوظ می‌دارند.

این نکته نیز نباید از نظر دور بماند که قانون مدنی ایران حقیقت دو ماهیت مستقل بودن بلوغ و رشد و ترتب آنها را به طور کلی ترگ نگفته و بدان توجه داشته است. به همین دلیل در تبصره دوم ماده ۱۲۱۰ چنین مقرر داشته است: «اموال صغیری را که بالغ شده است در صورتی می‌توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد». ظاهراً مقنن با توجه به قسمت اخیر آیه ششم سوره نساء یعنی عبارت «فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...» حکم آیه را مختص به مال دانسته است، زیرا علی الظاهر منطوق و مفهوم آیه هم بیش از این دلالتی ندارد که هر گاه دو پدیده بلوغ و رشد احراز شد و یا به قول مفسرین، پس از بلوغ و ایناس رشد باید اموال ایتمام به ایشان برگردانده شود و الا هر گاه یک یا هر دو پدیده در فردی واقع یا احراز نشود، بنا بر مفهوم آیه، اموال او باید نگهداری گردد. اما با امعان نظر در حاق مطلب، واقعیت‌های موجود و روش‌های متداول در جوامع، حقایق بیشتری از آیه قابل تحصیل است. از جمله اینکه:

اولاً: غیر از اعیان و اموالی که عینیت دارد، چیز دیگری قابل تحویل و تحول یا تسلیم و تسلیم به معنای عرفی آن نیست. بلکه کافی است شخص مسلط رفع سلطه کند. به عبارت دیگر کافی است عملی انجام نشود، یعنی از مداخله در امور دیگری خودداری گردد. خلاصه اینکه رفع ید از اموال و تحویل آن به صاحبش، هم تحویل حق است (حق مالکیت) هم تحویل متعلق حق یعنی مال. بنا بر این حکم آیه شریفه شامل هر دو بخش حق و مال و به همین ترتیب منافع هست و بر همین اساس مداخله افراد در حقوق مادی و دنیوی نیز همانند دریافت اموالشان متوقف به رشد است و تصرفات افراد غیر رشید به لحاظ شرعی و عرفی محکوم به عدم نفوذ است و این همان حقیقتی است که اکثر فقها بدان پرداخته‌اند و تصرفات افراد را معلق به کمال کرده‌اند و کمال را شامل عقل، بلوغ و رشد دانسته‌اند و چون رشد، یک واقعیت بسیط بیشتر نیست و فقط به اعتبار متعلق خود می‌تواند متعدد شود و اداره اموال هم یک ماهیت است؛ لذا یا فرد، رشید است و در همه امور مالی خود می‌تواند دخالت کند و یا رشید نیست و در هیچ یک از امور معاملی

نمی‌تواند مستقلاً مداخله کند. این حقیقت را علامه طباطبایی از دقایق حقوق اسلامی دانسته و مطالبی دارد که ترجمه آن را از زبان دانشمند محترم آقای محمد رضا صالحی کرمانی می‌خوانیم: «باید دانست که نظر اسلام درباره بلوغ به دو نحو است. یکی آن که در فصل عبادات و همچنین در فصولی نظیر حدود و دیات، رسیدن به سن شرعی (سنی که صلاحیت از برای ازدواج پیدا می‌کند) شرط شده است.

دوم: نفوذ تصرفات مالی و اقرار و نظایر اینها که در فقه به طور مفصل بیان شده است که علاوه بر این (بلوغ) رشد را نیز لازم دانسته‌اند. این از لطایف دقیقی است که اسلام در مرحله قانونگذاری خود جداً آن را رعایت کرده است چه آنکه بدیهی است که اگر موضوع رشد را در باب تصرفات مالی و نظایر آن نادیده می‌گرفت، موجب می‌شد که نظام اجتماعی مختل شده و از بین برود. اگر اسلام بدون در نظر گرفتن مسأله رشد، تصرفات و اقرار ایتام (بالغین) را نافذ و مؤثر شمرده بود، این خود موجب می‌شد که عده‌ای در صدد گول زدن ایتام (بالغین) برآمده و با زبان بازی و وعده‌های فریبنده و معاملات غرری، اموال آنها را از چنگشان برابند. بنا بر این چاره‌ای نبود جز اینکه در این گونه امور به مسأله رشد توجه شده، آنرا شرط نفوذ تصرفات وی قرار دهند.

و اما در ابواب مربوط به عبادت، محتاج چنین شرطی نمی‌باشیم. زیرا مفسده‌ای که بر عدم اشتراط آن در تصرفات مالی پیش‌بینی می‌گردید، در امر عبادی پیش‌بینی نمی‌شود و همچنین در حدود و دیات نیز رشد را شرط ندانسته است، چه آنکه درک قبح این جنایات و معاصی و لزوم خودداری از آنها محتاج رشد نیست و انسان حتی قبل از رشد هم زشتی و قباح امور را که از نظر شرعی حد و دیه بر آنها مترتب است، درک می‌کند و در این درک، تفاوتی بین حال قبل از رشد و بعد از رشد نمی‌باشد» (طباطبایی، ۲۹۱/۷-۲۹۲).

در خصوص مطالب منقول، نکاتی قابل توجه است که به برخی از آنها اشاره می‌شود:

۱. به طوری که قبلاً ملاحظه شد، منظور از صلاحیت نکاح، ایقاع آن نیست بلکه صرفاً استعداد جسمانی تولید مثل مد نظر است که مترجم کلام علامه طباطبایی به جای کلماتی از قبیل احتلام، حیض، حلم و... در توضیح «سن شرعی» که در بیان علامه

هست، عبارت مذکور را به کار گرفته است.

۲. هر تصرف مالی اعم از اینکه مورد آن عین، منفعت یا حق باشد، نیاز به رشد دارد و رشد اختصاص به تحویل اموال ندارد.

۳. قبل از استحقاق، یا به عبارت بهتر قبل از انتقال حق، تحویل متعلق آن غیر ممکن است، چون شرعی نیست و حداقل ضمانت‌ناپذیر است و دریافت‌کننده را در جایگاه ضامن قرار می‌دهد.

۴. ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی همه مطالب فوق و موارد مذکور در بحث مرحوم علامه و ظرافت‌های مورد اشاره در آن را به کلی زایل کرده و این امر صرفاً نتیجه اتخاذ موضع نادرست آن بوده و تنها چاره، اصلاح ماده مذکور بر اساس موازین شرعی است. این امر مسلم است که رشد ماهیتی مستقل از بلوغ دارد و کاربرد آن نیز ممتاز از بلوغ است. حقایقی از این دست موجب نگارش مطلب زیر توسط یکی از دانشمندان شده است: «رشد جسمی (منظور بلوغ است) ملازم با قوه مدرکه نیست و چه بسا فردی به سن پنجاه سالگی برسد، مع ذلک رشد فکری نداشته باشد و مناط در صحت نفوذ معامله، رشد فکری است نه جسمی» (حایری (شاهباغ)، ۱۱۲/۸).

بنا بر این پیدایش رشد فکری برای شایستگی یا اهلیت جهت مداخله مستقیم در احکام وضعی و امور معاملی باید به پس از بحران بلوغ محول شود و با اعمال آزمایش، با عنایت به غلبه افرادی پس از لحاظ احتیاط لازم، سن رشد تعیین و احکام مربوط را بر فرد واجد آن بار کرد و اعمال حقوقی افراد در فاصله بلوغ تا رشد را متزلزل یا غیر نافذ تلقی و نفوذ آن را به اذن یا اجازه ولی یا قیم محول نمود.

این حقیقت نه تنها از برداشته‌های فقهی دور نیست که مورد عنایت فقها نیز هست؛ چنانکه در توصیف رشد نوشته‌اند: رشد عبارت است از کیفیتی نفسانی که انسان را از فساد در آنچه متعلق به اوست باز می‌دارد و به طرف صلاح می‌برد. چنین انسانی «رشد» نامیده می‌شود. این کیفیت نفسانی یا ملکه، با اختلاف متعلق خود مختلف می‌شود. مثلاً رشد در مال عبارت است از حفظ و نگهداری و کوشش در تزئین آن به شکل تصرفات و سیره عقلی؛ در نکاح موجب اعمال روش عقلا در همسری بر حسب مورد است و خلاصه اینکه رشد، حقیقت عرفیه است و ارتباطی با حقایق شرعیه و متشرعه ندارد و به

طوری که گذشت در این خصوص، میزان عرف است. یعنی هر طوری که عرف حکم کند همان را باید ملاک قرارداد و شرط لزوم بودن آن (رشد) اتفاقی و قدر متیقن کلام خدا در آیات ششم (که قبلاً نقل شد) و پنجم سوره نساء است که می‌فرماید: «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا» یعنی: اموالی را که خداوند باعث قوام زندگیتان قرار داده به سفیهان مدهید، خوراک و پوشاکشان را تأمین کنید و با آنها به خوبی سخن گوید. در سنت نیز از جمله مستند به حدیث هشام بن سالم از ابی عبدالله است (ذوالمجدین، ۷۱-۷۲) که قبلاً به عنوان صحیح، متن و معنای آن نقل شده است.

مطالب فوق برداشت از متاجر (المکاسب) شیخ انصاری و تعلیقات و حواشی آن است که از قویترین نظریه‌های فقهی محسوب می‌گردد و دارای نکات برجسته‌ای است. از جمله اینکه رشد به عنوان یکی از پایه‌های مسلم شایستگی تصرف یا اهلیت و کمال است که با نفوذ احکام وضعی، لازم و ملزوم می‌باشند و به علت تکوینی بودن، قابلیت تشریح ندارد و چون حقیقت شرعی و متشرعه نیست و در حد حقیقت عرفیه باقی مانده، مهم‌ترین و بلکه ملاک منحصر آن سیره عقل است که این سیره را می‌توان با امعان نظر در رفتار مردم و شایستگی‌های مضبوط در قوانین کشورها به دست آورد. مثلاً در ایران رشد لازم برای اخذ گواهی رانندگی پایه دوم و اول به ترتیب ۱۸ و ۲۳ سال تمام است. همین طور نمایندگی مجلس شورای اسلامی، استخدام در کادر کشوری و لشکری و ... هر یک رشد معینی را می‌طلبد که در قوانین مربوط، مصوب است.

با دقت در قوانین مختلف ایران و نیز خارج از ایران و رفتار مردم، موردی که منطبق با حکم ماده ۱۲۱۰ باشد به نظر نمی‌رسد، به جز مورد ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی ایران که به همین مناسبت مورد بررسی قرار خواهد گرفت ولی قبل از آن، یک بار دیگر تأکید می‌نماید که مغایرت ماده ۱۲۱۰ و تبصره‌های آن با عرف نیز مسلم است؛ همان طوری که با منابع حقوق اسلامی و روش قانونگذاری از جهات مختلف مغایرت دارد و اصلاح آن ضرورتی حتمی است.

### ج. نقد ماده ۱۰۴۱

قبل از ورود به موضوع، لازم به یادآوری است که تبصره ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی که شرح آن خواهد آمد، موجبی بود تا چندی قبل، مقاله‌ای تطبیقی - انتقادی تحت عنوان «تجویز تزویج صغار» در دفتر ۶۳ مقالات و بررسیها به چاپ برسد و لزوم اجرای مقررات بین‌المللی را تبیین کند. نوشتار حاضر، مطالعه تطبیقی با مقررات بین‌المللی را مد نظر ندارد بلکه صرفاً در پی مقایسه ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی با منابع فقه و حقوق اسلامی است که به طور استطرادی، ماده ۱۰۴۱ نیز مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

ماده ۱۰۴۱ با بیان «نکاح قبل از بلوغ ممنوع است» رشد را برای نکاح لازم ندانسته و در حقیقت ازدواج را جزو عبادات یا تابع احکام آن دانسته است، چنانکه یکی از حقوق‌دانان می‌نویسد: «نکاح... نزد ما عبادت است» (جعفری لنگرودی، ۳۶۷۲/۵). لکن علاوه بر عقد نکاح، عقود وقف، قرض، صدقه و... نیز عبادت‌اند و در همه آنها کمال شرط است. بنا بر این جنبه عبادی داشتن مانع لزوم رشد نمی‌تواند باشد، اگرچه موضوع، جای بحث بسیار دارد ولی فعلاً به همین مقدار بسنده کرده و یادآوری می‌نماید که تبصره ماده ۱۰۴۱ با بیان «عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی و به شرط رعایت مصلحت مولی علیه صحیح می‌باشد»، موجب تبادر و مبین حکم فقدان مرز سنی برای نکاح در قانون مدنی ایران است. بنا بر این هر مردی با هر سنی می‌تواند با هر زنی حتی دختر چند روزه با اذن ولی او ازدواج کند و بدین ترتیب اهلیت در حقوق ایران به این شرح خلاصه می‌شود که هر دختر دارای ۸ سال و ۹ ماه خورشیدی و هر پسر دارای ۱۴ سال و ۷ ماه خورشیدی، واجد اهلیت قانونی هستند و همه حقوق خود را می‌توانند رأساً اعمال کنند، به استثنای استرداد اموالی که در اختیار دیگران قرار دارد که برای دریافت آن باید رشد خود را به اثبات برسانند و ولی می‌تواند علاوه بر متعلقات مولی - علیه، بر خود او نیز بدون محدودیت اعمال اراده کند مشروط به رعایت مصالح مولی علیه که مفهومی است غیر منضبط و چون محول به تشخیص ولی است باید گفت انگیزه اصلی را نیز مصلحت خود ولی ایجاد خواهد کرد نه مصلحت مولی علیه. این در حالی است که نکاح، همان طوری که متن ماده ۱۰۴۱ تأکید می‌کند و همه فقها نیز بر این باورند، عقد است و عقد به طوری که در *المیزان* و نظر ذوالمجدین مطالعه شد، حقیقت



عرفیه است و عرف، ازدواج در سن مزبور را تأیید نمی‌کند و در زمان ما بعید است چنین واقعه‌ای وجود داشته باشد و اگر موجود باشد بسیار نادر است. در نتیجه نمی‌تواند ملاک قانونگذاری واقع شود. اصولاً وقتی کودک با شروع هفتمین سال خورشیدی سن خود، قابل تعلیم تشخیص داده می‌شود و قبل از آن، او را در مدرسه نمی‌پذیرند، چگونه در همان زمانی که صلاحیت تعلیم ندارد و حتی قبل از آن به اراده ولی و در ۲ سال و ۷ ماه بعد شخصاً، می‌تواند طرف عقدی که از معاوضات (ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی، جواهرالکلام، ۳/۳۱) و خود هم عاقد و هم معقود است، قرار بگیرد و عهده‌دار وظایف سنگین مادری و راهبری اقتصاد خانواده و ... شود؟ و دامن خود را معراج انسانها قرار دهد تا مصداق «الجنة تحت اقدام امهاتکم» شود؟ آیا نباید برای رسیدن به چنین جایگاه رفیعی بدو خود به رشد رسیده باشد تا بتواند مرشد دیگران شود؟ آیا ازدواج زودرس، مانع رشد طبیعی او و محرومیت جامعه از مزایای مقدر نمی‌شود؟ آیا مشکلات ازدواج مانع بالندگی و سبب باز ایستادن او از رشد طبیعی و موجب محرومیت جوامع کوچک و بزرگ از نعمتی که باید، نمی‌گردد؟

به راستی بعید است که مرجع این همه انتظار و امید، همان کودکی باشد که مورد اشاره ماده ۱۰۴۱ و تبصره آن است.

آنچه گذشت مختصری بود از واقعیت‌های مرتبط با ماده ۱۰۴۱ و تبصره آن که در مقایسه با عقیده روانپزشک عضو هیئت علمی دانشگاه و مسؤول مرکز مشاوره دانشجویی گویاتر می‌شود: «صلاح است سن مناسب ازدواج را در ارتباط با عوامل مهم و مؤثر در رشد و بلوغ جسمی، روانی، اجتماعی و حتی معنوی، برای هر کس جداگانه مشخص کنیم. هر چه رشد درونی ابعاد پیش گفته بیشتر باشد، ازدواج می‌تواند زودتر اتفاق افتد. از طرف دیگر بدیهی است که عوامل مؤثر یک ازدواج موفق برای هر کس، باید مورد نظر باشد. موانع اقتصادی، اجتماعی، خانوادگی و تحصیلی می‌تواند سن ازدواج را در مورد خاص به تأخیر بیندازد. به طور کلی صلاح است سن ۱۸-۲۵ سالگی را سن مناسب، پایین‌تر از ۱۸ سالگی را سن آسیب‌پذیر و ۲۵-۳۵ سالگی را سن تأخیر برای ازدواج به شمار آوریم. بدیهی است که سن بالای ۳۵ سالگی مشکل یا مانع مهمی برای ازدواج ایجاد نمی‌کند» (بوالهروی، ۷۹).

بنا بر آنچه گذشت، مدلول ماده ۱۲۱۰ و تبصره ۱ آن که در ماده ۱۰۴۱ نیز تبلور یافته، چون بر خلاف احکام اسلامی است، برای انطباق با احکام اسلام و تبصره دوم آن برای گسترش به همه تصرفات و انطباق باروش قانونگذاری، نیاز به اصلاح دارد. توجه شود که در حال حاضر به استناد تبصره دوم ماده ۱۲۱۰ دریافت مال متوقف به اثبات رشد و طرح دعوی برای اثبات رشد نیز متوقف به رشد است و آثار و عوارض سوء دیگری که فعلاً مجال پرداختن بدانها نیست. به علاوه این ماده همه حقایق و موارد لازم را در بر ندارد و در نتیجه فرد واحد را متبعض می‌کند. زیرا گاهی او را رشید و گاهی سفیه تلقی می‌نماید که این، با احکام اسلامی و کرامت انسانی و عرف و روش قانونگذاری سازگار نیست. به امید روزی که با اصلاح موارد مذکور بتوانیم به آرمان بلند، فطری و منطبق با نیاز روز بشر که از خصوصیات احکام اسلامی است دست یابیم. در پایان این بحث، نظر دانشمند دیگری را در این خصوص مرور می‌کنیم. که معتقد است: «مرحله دوم نوجوانی از ۱۶ سالگی آغاز می‌شود و تا پایان ۱۹ سالگی ادامه دارد و باید آن را مرحله قبل از بزرگسالی نامید. در واقع نوجوانی دوم، آخرین مرحله برای ورود به زندگی بزرگسالی است که بدون هیچ مراسم و تشریفات انجام می‌شود» (پارسا، ۲۳۳).

این نظر نیز می‌تواند به خوبی مبین زمان پیدایش رشد باشد. با توجه به آنچه گذشت، مسلماً ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی نیز از دو جهت با احکام اسلامی مغایرت دارد:

الف. متن ماده با بیان «نکاح قبل از بلوغ ممنوع است» در بلوغ، تابع ماده ۱۲۱۰ می‌باشد که نادرستی آن اثبات شد. بنا بر این به تبعیت از آن غلط خواهد بود که از این لحاظ در صورت اصلاح ماده ۱۲۱۰، مغایرت از بین می‌رود.

ب. نکاح عقد، و عقد، حقیقت عرفیه است و آن طور که ملاحظه شد، اصولاً از بدیهیات جامعه می‌باشد. بنا بر این صحت آن نیاز به رشد متعاقدين دارد که در متن ماده، رشد لحاظ نشده است. این اشکال با فرض اصلاح سن بلوغ هم باقی خواهد ماند و اگر در این اصلاح سن، رشد نیز اعمال گردد، در آن صورت اشکال رفع خواهد شد و ماده ۱۰۴۱ نیز موضوعیت خود را از دست خواهد داد. مگر این که با توجه به اهمیت نکاح که همه فقها و حقوقدانان، از طرفی آن را جزو عقود معین به حساب می‌آورند و از جهت دیگر، این عقد و آثار آن را به طور مستقل بررسی می‌کنند، قانونگذار برای رعایت

بعضی از مصالح اجتماعی کشور در پناه احکام متنوع اسلامی، تمایل به اعمال امتیاز و سن خاصی برای این عقد داشته باشد که در آن صورت ماده ۱۰۴۱ می‌تواند حاکی از آن امتیاز باشد نه وضعیت معکوس فعلی یا معادل مقررات کلی.

تبصره ماده مزبور علاوه بر زائد بودن با بیان «عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی به شرط رعایت مصلحت مولی علیه صحیح می‌باشد» واجد مغایرتی آشکار است که حذف آن ضرورت بیشتری دارد. زیرا:

الف. این تبصره انسان را به جرم ضعیف بودن تا حد کالا تنزل داده است و رعایت مصلحت او را به تشخیص ولی که او نیز انسان و نگران منافع خویشتن است، واگذار کرده و این ضابطه بسیار غیر منضبط و به دلیل اصطکاک منافع ولی و مولی علیه، آسیب‌پذیر است.

ب. تبصره موجب سقوط مانع مذکور در ماده نیز هست.

ج. احکام دخول قبل از بلوغ و آثار افضاء از طرفی و فسخ عقد توسط معقود غیر بالغ پس از بلوغ از طرف دیگر، حاکی از نافذ نبودن چنین عقدی است و مغایرت آن با احکام اسلام یا حداقل کراهی بودن این عقد را، (کره آن در سنت نیز مورد اشاره قرار گرفته است نک: حر عاملی، ۷۲/۱۵، ح ۱) نشان می‌دهد و تسهیل در جهت اعمال اعمال کراهی غیر ضرور، مستحسن نیست.

د. احادیث بسیاری حاکی از حرام یا مکروه بودن نزدیکی قبل از بلوغ است و نکاحهای مربوط به محرم شدن نیز ثبت نمی‌شود و نیاز به تصویب مقنن ندارد. بنا بر این حکم تبصره مذکور، غیر ضرور و صرفاً تابلویی است برای نمایشی زشت از احکام متین اسلامی.

ه. موارد مذکور در منابعی که بحث از رشد ندارند بیشتر مربوط به جاریه‌هایی است که در موضوع تشکیل خانواده دخالت ندارد. چنانکه در خصوص نکاح بیوه که ولایت از او برداشته شده، در موقع مقتضی به شرط عدم سفاهت اشاره دارد که مفهوم آن مؤید لزوم رشد است و احتمالاً نفوذ این قبیل ازدواجها با اعمال ولایت ولی تأمین می‌شود؛ ولی در ازدواج غیر بالغ، اعمال ولایت کافی نیست و به همین دلیل قابل فسخ است.

آنچه گفته شد و حتی بیشتر از آن را عملاً عرف رعایت می‌کند و کسی عامل به



مدلول ماده یا تبصره مورد بحث نیست که این خود، سند نادرستی آن می باشد. همین طور است در مغایرت با رفتار و مقررات جاری عموم کشورهای اسلامی که به نمونه هایی از قوانین این دسته از کشورها اشاره می شود.

### د. نمونه هایی از سن ازدواج در قوانین کشورهای اسلامی

احکام مضبوط در کتب فقهی و قوانین سایر کشورهای اسلامی، بیانگر اهمیت عقد نکاح است و امعان نظر در قوانین آنها نشان می دهد که مقنن ما چگونه با عمل معکوس خود، از اهمیت نکاح کاسته است.

«بر طبق مواد ۵ و ۶ مقررات احوال شخصیه تونس، سن بلوغ قانونی برای دختر ۱۵ سال تمام و برای پسران ۱۸ سال تمام در نظر گرفته شده است و اگر دختر یا پسری قبل از رسیدن به سن قانونی بخواهد ازدواج کند، به شرط آنکه به بلوغ طبیعی رسیده باشد، می تواند با اجازه ولی و با موافقت دادگاه، ازدواج نماید. اگر ولی از دادن اجازه امتناع نماید، دادگاه باید در این زمینه نیز تصمیم لازم را اتخاذ کند. سن بلوغ قانونی در سوریه برای پسران ۱۸ سال تمام و برای دختران ۱۷ سال تمام است و اگر پسری قبل از ۱۸ سالگی ادعا کند که بالغ شده است، به شرط آنکه ۱۵ سال تمام داشته باشد و همچنین دختر بعد از رسیدن به ۱۳ سال تمام اگر ادعای بلوغ طبیعی کند و میل به ازدواج داشته باشد، دادگاه پس از بررسی و احراز صلاحیت جسمی و پیدایش آثار بلوغ، گواهی معافیت از شرط سن و اجازه ازدواج صادر خواهد کرد و ازدواج در این سنین باید با اجازه ولی صورت گیرد. البته دادگاه تناسب سنی و مصلحت را در صدور گواهی و اجازه نکاح در نظر خواهد گرفت (مواد ۱۵ تا ۲۵ قانون احوال شخصیه سوریه).

در مراکش پسران در سن ۱۸ سال تمام و دختران در سن ۱۵ سال تمام، اهلیت برای نکاح پیدا می کنند و در کمتر از این سن با موافقت ولی طفل، ازدواج امکان پذیر است و اگر ولی از دادن اجازه امتناع نماید، دادگاه می تواند تصمیم لازم در این زمینه را اتخاذ کند. (مواد ۷ تا ۱۰ قانون احوال شخصیه مراکش).

در عراق سن اهلیت برای ازدواج دختر و پسر ۱۸ سال تمام است و از این جهت فرقی بین آنان قائل نشده اند و اگر دختر یا پسری بعد از سن ۱۶ سالگی بخواهد ازدواج

کند و قابلیت جسمی داشته باشد و به بلوغ طبیعی رسیده باشد، می تواند با موافقت ولی خود و یا رأی دادگاه، ازدواج کند و اگر ولی بدون دلیل اجازه ندهد و با ازدواج چنین کسی موافقت نکند، اتخاذ تصمیم در این زمینه با دادگاه خواهد بود (مواد ۷ و ۹ قانون احوال شخصیه عراق) (صفایی و امامی، ۱/۷۶).

در مصر سن بلوغ قانونی، ۲۱ سالگی است (وهبة الزحیلی، ۴/۲۹۶۰).

حداقل چهار نکته در مقایسه قوانین کشورهای مسلمان مذکور با قانون مدنی ایران چشمگیر و حایز توجه است:

۱. سن بلوغ در عموم کشورهای عرب مسلمان بالاتر از سن بلوغ مصوب قانون در کشور ماست و عموماً به سن واقعی رشد توجه دارند و با توجه به این که سنین یاد شده در قوانین کشورهای عربی به سال خورشیدی است، در مواردی این تفاوت در خصوص شایستگی دختران به بیش از دو برابر می رسد.

۲. در کشورهای مصر، مراکش، تونس، سوریه و عراق، ازدواج قبل از بلوغ طبیعی به کلی ممنوع است ولو این که با اجازه ولی همراه باشد و فقط در فاصله بلوغ تا سن قانونی امکان ازدواج با شرایط مربوط، فراهم است.

۳. عموم کشورها، سن قانونی ازدواج را بالاتر از سن بلوغ اعلام کرده اند که می تواند جانشین رشد باشد و قاعده کلی تنفیذ اعمال غیر رشید در این مورد نیز اعمال شده است و فرد در فاصله بلوغ طبیعی تا صلاحیت قانونی، می تواند با کسب نظر ولی و دادگاه در موارد خاص، ازدواج کند.

۴. تشخیص مصلحت جسمی و تناسب سنی با رعایت جایگاه و حرمت ولی، در اختیار دادگاه قرار گرفته که اولاً این دو (ولی و دادگاه) تا حدودی تعدیل کننده یکدیگرند و ثانیاً تشخیص مصلحت از دست ولی که می تواند در مسأله ذی نفع باشد یا تحت فشار قرار گیرد، خارج است در حالی که تبصره ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی ایران، نه تنها اذن ازدواج اطفال و اطفال رضیع، که اذن ازدواج صغار را در اولین روز تولد صادر کرده و کاملاً غیر معمول است و معلوم نیست چگونه می توان برای طفلی که مهمترین حق انتخاب طول عمرش از او سلب می شود، تصور مصلحت کرد در حالی که ناچار باید به جای بازی های کودکانه و عروج روحی - ملکوتی و یا اشتغال به تحصیل آغوش به روی

دیگران بگشاید و با دشواریهای زندگی دست به گریبان شود. نکته دیگر این که اصولاً مسئله سرپرستی، ولایت، قیمومت و... در جای خود ذیل عناوین مربوط، در قوانین حسبی مطرح شده و قاعده‌ای کلی است که اگر استثنایی لازم باشد، باید در همان مبحث بیان شود و هیچ دلیلی برای بیان مستقل آن نیست. بنابراین بهتر است که اگر در عقد نکاح چنین اجباری هست، مسأله به همان قاعده کلی واگذار شود، در ضمن، سن ازدواج نیز می‌تواند با توجه به اوضاع و احوال، مصالح جامعه، مبانی رشد، پیچیدگیها و مسائل اجتماعی، کنترل جمعیت، طول تحصیل و... افزایش یابد.

در مقاله «تجویز تزویج صغار» ظاهراً عقیده بر این است که چون اعمال تبصره مورد بحث با قوانین بین‌المللی مغایرت دارد، باید اصلاح شود. ولی نگارنده هرگز بر این عقیده نبوده و نیست که قوانین بین‌المللی می‌تواند حاکم و مبنای اصلاح قوانین ایران که اسلامی، الهی و جهانی است، باشد؛ لکن بر این عقیده پا می‌فشارد که برای قوانین متعالی و انعطاف‌پذیر اسلامی، قالب خوبی در نظر گرفته نشده و قالب بد همانند تابلوی بد موجب نمایش بد شده است و الا قوانین اسلامی با مؤلفه‌های کلیت و احکام اولیه و ثانویه (فیض، ۱) می‌تواند در هر عصری جوابگوی نیازهای بشر و هادی او به سوی مصالح حتمی باشد.

ازدواج زیر سن بلوغ که بدون ضرورت در تبصره مورد بحث گنجانیده شده، استثنایی است نادر که کرهی بودن آن مستقیماً بر لسان معصوم (ع) جاری شده (حر عاملی، ۷۲/۱۵، ح ۱) و احادیث متعددی به طور غیر مستقیم مشعر بر آن است که به عنوان نمونه می‌توان به احادیث ۵، ۶، ۷، ۸ و مسائل الشیعه (۷۱/۱۵) استناد کرد. با توجه به همین واقعیت‌ها و مستندات است که علمای حقوق عقیده دارند «برای استقلال در امر ازدواج، تنها رسیدن به بلوغ در فقه امامیه کافی نیست بلکه علاوه بر آن دختر و پسر باید رشید باشند...» (صفایی و امامی، مختصر حقوق خانواده، ۷۰). به علاوه چون ضرورت‌های تشریح چنین ازدواج‌هایی مسائل اقتصادی یا خانوادگی بوده که با مداخله دولتها و اعمال بیمه اجباری و وجود مؤسسات خیریه (از قبیل کمیته امداد امام (ره)، طرح شهید رجایی و...) از بین رفته است و نیازهای اجتماعی که مبنای مؤده سازی

اعراب جاهلی بود (تکویر / ۷ و ۸) با قوانین اسلامی برچیده شد و...، باید آن را نیز خلاف اسلام و خلاف اصل دانست و در محل خود محدود شود که محل نیز از بین رفته است و علاوه بر احکام پیش گفته، کره یا حرمت دخول قبل از بلوغ، امکان فسخ عقد صغار، انحصار این اجازه به ولی و... همگی حکایت از نامطلوب و خطرناک بودن یا معقول و مشروع نبودن چنین ازدواجی دارد، بویژه سیره معصومین نیز چنین عملی را تأیید نمی‌کند و تقریباً همه احکام موجود در سنت مربوط به جاریه‌هایی است که مفعول واقع شده‌اند و در نتیجه، حکم واقعه اعلام شده و نمی‌تواند مبنای ازدواج قرار گیرد و موارد فاقد عنوان جاریه باید به همان اکثر حمل شود که این عمل نیاز به بررسی عمیقتری دارد. در پایان، فهرست پیشنهادهای خود را تقدیم می‌دارد:

۱. ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی با تفکیک سن بلوغ از سن رشد اصلاح شود.
  ۲. سن بلوغ واقعی با استفاده از روشهای آماری یا هر روش عملی دیگر تعیین و در تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰، گنجانده شود.
  ۳. تبصره دوم ماده ۱۲۱۰ در جهت تسری به همه تصرفات مالی و تعیین سنی برای اماره رشد، اصلاح گردد.
  ۴. برای احراز صحت احکام وضعی شرعی که نکاح نیز یکی از آنهاست، قابلیت همراه با رشد اعلام شود که در آن صورت یقیناً سن بالاتری ملاک قرار خواهد گرفت.
  ۵. تبصره غیر ضرور ماده ۱۰۴۱ به کلی حذف شود، چون ازدواج در آن سن هیچ مصلحتی را در بر ندارد و اگر شرعی باشد قاعده‌ای است خلاف اصل که باید در جای خودش محدود شود. بخصوص به طوری که گذشت، با عرف سازگار نیست و هیچ کاربردی هم ندارد.
- توجه به این نکته نیز حایز کمال اهمیت است که گاهی ممکن است افرادی تحت عنوان صیغه محرمیت یا نکاح منقطع، به علت ضرورتی، به منظور محرم شدن با مادر معقود، صیغه نکاح جاری کنند که:
- اولاً: اگر این عقد صحیح باشد چون ثبت نمی‌شود و صرفاً محرم شدن منظور است، نیازی به درج آن در قوانین نیست.
- ثانیاً: باید در خصوص درستی چنین ازدواجی نیز تحقیق شود. زیرا عقود عموماً و

ضرورت تغییر موادی از قانون مدنی / ۹۳

عقد نکاح خصوصاً، صرفاً با طیب نفس واقع می‌شود و در ازدواج مورد بحث اصلاً قصد و طیب نفس به ازدواج یا نکاح تعلق نمی‌گیرد. به همین دلیل نمی‌توان به صحت آن چندان دل بست. زیرا در این قبیل اعمال، قصد هر دو طرف، صرف ایجاد حرمت است نه ازدواج که این (حرمت) نمی‌تواند مقتضای عقد نکاح باشد بلکه با اندکی دقت، به شرط تبانی یا ضمنی خلاف مقتضای عقد خواهیم رسید که از شروط مفسد است و با وقوع آن عقد و شرط هر دو باطل می‌شوند.

### کتابشناسی

#### قرآن مجید

— ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب.

امیدی، جلیل، «تجویز تزویج صغار»، مقالات و بررسیها، شماره ۶۳، تابستان ۱۳۷۷، صص ۸۳-۱۰۰.

— انصاری، شیخ مرتضی، المكاسب، قم، ۱۳۷۴.

بوالهروی، جعفر، «ازدواج»، برگ فرهنگ، شماره ۲، دی ۱۳۷۸، صص ۷۹-۸۰.

پارسا، محمد، روانشناسی کودک و نوجوان، تهران، ۱۳۷۴.

پیاژه، ژان، زندگی و پرورش کودک، ترجمه عنایت الله شکیبایپور، تهران، بی تا.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، ۱۳۷۸.

حایری (شاهباغ)، سید علی، شرح قانون مدنی، تهران، ۱۳۲۸.

— حسین بن محمد بن مفضل، (راغب اصفهانی)، معجم مفردات الفاظ قرآن، قم، ۱۳۹۲ق.

— حلّی، علامه حسن بن یوسف، ارشاد الاذهان الی احکام الایمان ضمن مجمع الفائدة والبرهان، قم، ۱۴۱۳ق.

— خمینی (امام) ← مصطفوی.

دهخدا، علی اکبر، لغت نامه.

— ذوالمجدین، زین العابدین، خلاصه متاجر شیخ انصاری و تعلیقات و حواشی آن، تهران، ۱۳۳۷.

راغب اصفهانی ← حسین بن محمد.

شهیدی، مهدی، حقوق مدنی سه (جزوه درسی)، تهران، ۱۳۷۳.

- شفیق غربال، محمد [سر ویراستار]، الموسوعة العربية الميسرة. صانعی، یوسف، رساله توضیح المسائل، قم، بی تا.
- صفایی، حسین و امامی، اسد...، حقوق خانواده، تهران، ۱۳۷۴.
- همان دو، مختصر حقوق خانواده، تهران، ۱۳۷۸.
- طباطبایی، سید محمد حسین، تفسیر المیزان، ترجمه سید محمد باقر موسوی، تهران، ۱۳۵۳.
- طوسی، شیخ ابی جعفر محمد بن حسن، الاستبصار...، تهران، ۱۳۹۰ق.
- همو، تهذیب الاحکام...، بیروت، ۱۴۰۱ق - ۱۹۸۵م.
- همو، التبیان فی تفسیر القرآن، بیروت، بی تا.
- فیض، علیرضا، مبادئ فقه و اصول، تهران، ۱۳۷۴.
- محمد بن احمد الانصاری (قرطبی)، الجامع لاحکام القرآن، بیروت، ۱۹۸۵م.
- محمد بن حسن (حر عاملی)، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، تهران، ۱۳۷۶.
- محمد بن سلامه بن جعفر (قاضی قضاة)، شهاب الاخبار، تهران، ۱۳۶۱.
- محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، تهران، ۱۳۷۴.
- مذکور، ابراهیم، المعجم الوسیط، تهران، بی تا.
- مرعشی، محمد حسن، دیدگاههای نو در حقوق کیفری اسلام، تهران، ۱۳۷۴.
- مصطفوی (امام خمینی ره)، روح الامم، البیع، قم، ۱۴۱۵ق.
- همو، تحریر الوسیله، ترجمه سید محمد باقر موسوی همدانی، قم، ۱۳۶۹.
- مکارم شیرازی، ناصر، قواعد فقهیه، قم، ۱۴۱۰ق.
- موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن، قواعد فقهیه، قم، بی تا.
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، ۱۹۸۱م.
- وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی وادلتہ، دمشق، ۱۹۹۷م.