



Analysis of the Guardian Council's Sharia Supervisory Process over Family-Related Legislation¹

Kherollah parvin² Nader Mirzadeh Kohshahi³ Atie sadat safavi sohi⁴

DOI:

10.30497/FLJ.2026.247347.2124



Abstract

The legislative system of the Islamic Republic of Iran, grounded in various constitutional principles, is recognized as a religious system. To uphold the ideal that all affairs are firmly based on Islamic law, the jurists of the Guardian Council have task to adopt that legislation passed by the Islamic Consultative Assembly aligns with the rulings of Shi'a Islam. A significant challenge in this context is the multiplicity of Fatwas among Shi'a jurists, because it is not clear exactly based on which Fatwa the Guardian Council adopts the laws with Sharia. According to the Guardian Council's interpretative view, the criterion for Sharia compliance is the Fatwa of its own jurists; however, this approach has not always been consistently applied in practice. This study examines the performance of the Guardian Council in the field of family law to clarify which Fatwas have been used to confirm the Sharia compliance of legislation. The findings indicate that there is no clear or unified standard for selecting a reference Fatwa, and the Guardian Council's jurists have relied on various fatwas in different cases. This research has been conducted by an analytical-descriptive method and by using library sources.

Keywords: Criterion Fatwa, Supreme Leader, personal Fatwa, family Law.

1. The present article is extracted from the doctoral dissertation entitled "The Impact and Status of Multiple Fatwas in the Legislative System of the Islamic Republic of Iran," submitted to Alborz Campus, University of Tehran.

2. (Corresponding author) Professor, Department of Public Law, University of Tehran, Tehran, Iran.
kh.parvin@ut.ac.ir

3. Associate Professor, Department of Public Law, University of Tehran, Tehran, Iran.
mirzaadeh@ut.ac.ir

4. PhD candidate in Public Law, Alborz Campus, University of Tehran, Tehran, Iran.
as.safavi@ut.ac.ir

تحلیل فرایند نظارت شرعی شورای نگهبان بر قوانین مربوط به خانواده^۱

دریافت: ۱۴۰۴/۰۳/۱۱، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۴/۱۱

خیراله پروین*^۲

نادر میرزاده کوهشاهی^۳

عطیه سادات صفوی سهی^۴

Doi: 10.30497/FLJ.2026.247347.2124

چکیده

نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران، با تکیه بر اصول متعدد قانون اساسی، نظامی دینی شناخته می‌شود. برای حفظ آرمان این نظام که استحکام همه امور بر مبنای شرع است، فقهای شورای نگهبان وظیفه دارند قوانینی را که مجلس شورای اسلامی تصویب می‌کند با احکام اسلام (شیعه) تطبیق دهند. یکی از مسائل بحث‌برانگیز در این زمینه، تعدد فتاوی فقهای شیعه است؛ زیرا مشخص نیست شورای نگهبان دقیقاً بر اساس کدام فتوا قوانین را با شرع تطبیق می‌دهد. مطابق نظر تفسیری شورای نگهبان، معیار تطبیق شرعی، فتوای خود فقهای شورای نگهبان است؛ اما این رویکرد همیشه در عمل اجرا نشده است. این پژوهش عملکرد شورای نگهبان را در حوزه قوانین خانواده بررسی کرده است تا روشن شود که کدام فتوا برای تأیید شرعی بودن قوانین استفاده شده است. نتیجه نشان می‌دهد که هیچ معیار روشن و واحدی برای انتخاب فتوای معیار وجود نداشته و در موارد مختلف فقهای شورای نگهبان بر اساس فتاوی مختلف اعلام نظر کرده‌اند. این پژوهش به شیوه تحلیلی - توصیفی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای انجام شده است.

کلیدواژه‌ها: فتوای شخصی، فتوای معیار، قوانین خانواده، ولی فقیه.

۱. مقاله حاضر، از رساله دکتری با عنوان اثر و جایگاه تعدد فتاوا در نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران، پردیس البرز دانشگاه تهران استخراج شده است.

۲. نویسنده مسئول) استاد گروه حقوق عمومی دانشگاه تهران، تهران، ایران. kh. parvin@ut.ac.ir

۳. دانشیار گروه حقوق عمومی دانشگاه تهران، تهران، ایران. mirzadeh@ut.ac.ir

۴. دانشجوی دکتری حقوقی عمومی پردیس البرز دانشگاه تهران، تهران، ایران. as. safavi@ut.ac.ir

مقدمه

با توجه به جایگاه شرع در جمهوری اسلامی ایران، قوه قانونگذاری، نظامی ساده و بسیط نیست و از دو رکن متمایز یعنی مجلس و شورای نگهبان تشکیل شده است. هر دو رکن در انتخاب فتوای معیار در قانونگذاری مؤثرند؛ زیرا مجلس با تصویب قانون و شورای نگهبان با انطباق آن با شرع در گزینش این فتوا مؤثرند. از آنجاکه نمایندگان مجلس لزوماً مجتهد نیستند و در انتخاب فتوای معیار تخصص ندارند و در مقابل، فقهای شورای نگهبان از مجتهدان هستند و وظیفه بررسی تخصصی فقهی را برعهده دارند؛ از این رو در این پژوهش صرفاً نقش شورای نگهبان در انتخاب فتوای معیار بررسی می‌شود.

مطابق اصل ۹۲ قانون اساسی، شش فقیه که از ناحیه ولایت فقیه (رهبر) منصوب شده‌اند، وظیفه نظارت پیشینی بر قوانین را برعهده دارند که بر مبنای رأی اکثریت به تطبیق مصوبات مجلس با شرع اقدام می‌کنند. به‌رغم ملاک قرار گرفتن نظر اکثریت فقهای عضو، در نحوه عملکرد این شورا ابهاماتی وجود دارد و مشخص نیست که فقهای شورای نگهبان در اعلام نظر خویش استقلال دارند یا باید بر مبنای نظر فقهای دیگر به تشخیص شرعی بودن قوانین بپردازند. نظریات گوناگونی برای حل این معضل پیشنهاد شده است که هر کدام گزینه‌ای را جهت فتوای معیار معرفی کرده، و دلایلی برای آن آورده‌اند که بر هر کدام نیز نقدهایی وارد است. به‌رغم این بحث‌ها، شورای نگهبان از طریق نظریه‌ای تفسیری، موضع قانونی خود را مشخص کرده، و فتوای شخصی فقهای عضو را به‌عنوان فتوای معیار پذیرفته است (خانجانی موقر، ۱۳۸۵، ص ۲۲۴). بر این اساس، فقهای شورا بدون توجه به نظر دیگر فقهای شیعه، به اجتهاد شخصی می‌پردازند و نظر خود را درباره شرعی بودن قوانین اعلام می‌کنند و نتیجه نهایی براساس نظر اکثریت به مجلس اعلام می‌شود؛ اما عملکرد شورای نگهبان نشان داده است که فقها از این نظریه تفسیری در عمل عدول کرده‌اند.

هدف اصلی این پژوهش تحلیل و بررسی چگونگی انتخاب فتوای معیار توسط شورای نگهبان در حوزه قوانین خانواده جمهوری اسلامی ایران است. این مطالعه تلاش دارد تا با بررسی موردی قوانین خانواده، عملکرد شورا را در این حوزه تحلیل کند و نشان دهد که شورای نگهبان

به‌طور غالب چه معیاری را انتخاب کرده است. سؤال اصلی پژوهش این است که شورای نگهبان چه فتوایی را فتوای معیار در حوزه قوانین خانواده شمرده است؟ فرضیه این پژوهش این است که شورای نگهبان در زمینه تطبیق قوانین حوزه خانواده با شرع، روال ثابتی را در انتخاب فتوای معیار نداشته، و قوانین را گاهی بر مبنای نظر مشهور و گاهی بر مبنای نظر ولی فقیه، از حیث شرعی مورد نظارت و بررسی قرار داده است. این پژوهش با هدف شفاف‌سازی نقش فتوای معیار در قوانین خانواده انجام شد. تحلیل دقیق این موضوع می‌تواند به بهبود فرایند قانونگذاری و ارتقاء حقوق خانواده در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران کمک کند.

مفهوم‌شناسی اصطلاحات

- فتوای معیار

این اصطلاح در حقوق جدید امروزی به کار گرفته شده، و پس از به کارگیری «فتوا» به‌عنوان یکی از مبانی قانونگذاری بدان توجه شده است. این اصطلاح به‌دلیل عدم قانونگذاری مدون اسلامی در فقه شیعه سابقه طولانی مدتی نداشته، و پس از انقلاب اسلامی ایران مورد توجه قرار گرفته است. «فتوای معیار» فتوایی است که نهادهای رسمی مانند شورای نگهبان در بررسی شرعی بودن یا نبودن اموری همچون مصوبات مجلس، آن را ملاک رسمی شمرده‌اند. به‌عبارت‌دیگر مقصود از این عبارت، نظام‌مندسازی فتاوی موجود در فقه امامیه و معتبرشناختن فتوایی است که ملاک انتخاب قوانین و نیز بررسی شرعی بودن آن‌ها قرار می‌گیرد. فتوای معیار، اعلام موضع واحد مرجع رسمی مانند شورای نگهبان، در مواردی است که میان فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد. گزینه‌های مختلفی برای فتوای معیار قابل طرح و بررسی است که از جمله آن‌ها فتوای ولی فقیه و فتوای شخصی فقهای شورای نگهبان است.

- ولی فقیه

ولایت فقیه، به‌معنای تصدی امور دینی و سیاسی جامعه اسلامی در عصر غیبت امام معصوم (عج) توسط فقیه جامع‌الشرایط است. ولایت در اینجا به‌معنای ولایت تشریحی و حق فرمان و اطاعت است، نه وضع و جعل شریعت (شهرکانی، ۱۴۳۰ق، ص ۸۵). فقیه جامع‌الشرایط در عصر غیبت، نایب امام معصوم علیه السلام بوده و علاوه بر مرجعیت در فتوا، دارای اختیارات حکومتی

و قضاوت و اجرای حدود و تعزیرات نیز است. این جایگاه فراتر از صرف صدور فتوا و اجتهاد و داشتن مرجعیت است و به نوعی ریاست عامه دینی و اجتماعی محسوب می شود. عبارت «ولایت فقیه عادل» که در مقدمه قانون اساسی ذکر شده است، به بالاترین مقام در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران اشاره دارد؛ مقامی که در دیگر اصول قانون اساسی مانند اصل پنجم و یکصد و دهم از آن به عنوان «رهبر» یاد شده است.

- فتوای شخصی

در معنای لغوی، فتوا به این تعبیر آمده است: «فرمان فقیه و مفتی»، «آنچه عالم در موضوع حکم شرعی می نویسد» و «رأی فقیه در حکم شرعی فرعی» (دهخدا، ۱۳۷۳، ج ۱۰، ص ۱۴۹۷۲). در فرهنگ‌های عربی نیز مشابه همین تعریف آورده شده است (معلوف، ۱۳۷۱، ص ۵۶۹). در اصطلاح فقهی، «فتوا» عبارت است از رأی و نظر مجتهد در احکام شرعی؛ به عبارت دیگر، حکم شرعی‌ای که مجتهد آن را به عنوان نظر و رأی خود اظهار می کند، «فتوا» نامیده می شود. در منابع فقهی بیان شده است که: «رأی استنباط شده فقیه در وقایع و قضایا» همان فتوا است (مروج، ۱۳۷۸، ص ۳۸۰). مقصود از «فتوای شخصی» همان «نظر فتوایی فقهای شورای نگهبان» است که در نظریه تفسیری شورای نگهبان مورخ (۱۳۶۳/۱۰/۱۱) به کار رفته است و مقصود از آن فتوایی است که به اعتبار قدرت اجتهاد و استنباط فقیه عضو شورای نگهبان صادر می شود.

د - قوانین خانواده

مجموعه قوانینی که در حال حاضر در نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران لازم‌الاجرا شناخته می شود و درباره تنظیم روابط خانوادگی، مانند ازدواج و طلاق و حضانت و نفقه است. این قوانین در شاخه‌های مختلف مدنی و کیفری و حمایتی مطرح شده است. بخش عمده‌ای از احکام مدنی خانواده در قانون مدنی ذکر شده است. همچنین عمده ضمانت‌های اجرائی کیفری در حوزه قوانین خانواده نیز در کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) مصوب ۱۳۷۵/۳/۲ بیان شده‌اند. قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱ نیز به بیان احکام آیین دادرسی ویژه خانواده می پردازد. قانون حمایت از کودکان

و نوجوانان نیز بخشی از قوانین حمایتی را شامل می‌شود. علاوه بر این موارد، در دیگر قوانین نیز به صورت پراکنده احکام خانواده پیش‌بینی شده است.

پیشینه پژوهشی

در حوزه فتوای معیار در نظام قانونگذاری پژوهش‌های بسیاری انجام شده است که در برخی از آن‌ها رویکرد فقهی شورای نگهبان نقد و بررسی شده است. در مقاله «نظریه تخییر در انتخاب فتاوا در مقام قانونگذاری» به قلم عبدالله حیدری و محمدجواد ارسطا و حسنعلی علی‌اکبریان (۱۴۰۲ش) مطرح شده است که با توجه به حجیت تمامی فتاوی فقهای امامیه و اعتبار هر یک از آن‌ها، در فرایند وضع قوانین منطبق با شرع می‌توان به فتوای هر یک از این فقها استناد کرد و در این زمینه محدودیتی وجود ندارد. نتیجه‌ای که از نظریه تخییر به دست می‌آید، افزایش انعطاف‌پذیری در تدوین قوانین مطابق با شرع است.

در مقاله «آسیب‌شناسی و بررسی وضع مطلوب نظارت شرعی با تأملی در اعتبار فتاوی شرعی فقهای شورای نگهبان» از محمدرضا فارسیان (۱۴۰۲) به جایگاه «فقه الحکومه» و ویژگی‌های آن برای انتخاب فتوای معیار توجه شده است. برای کارآمدتر شدن نظارت شرعی بر مصوبات مجلس، در این مقاله پیشنهاد شده است که جایگاه ولی فقیه در قانونگذاری تقویت شود و از دانش بشری و علم نخبگان در این زمینه استفاده شود تا زمینه برای جریان یافتن فقه حکومتی فراهم شود.

محمدجواد ارسطا در چندین مقاله از جمله «بررسی کارآمدی فتوای در قانونگذاری» (۱۳۹۸)، (۱۳۹۹) با توجه به وجوب حفظ نظام و حرمت اختلال آن بر انتخاب فتوای کارآمد به عنوان فتوای معیار تأکید دارد. همچنین معتقد است که یک فقیه واحد نباید مرجع صدور فتوای معیار باشد؛ بلکه لازم است تا شورایی از فقهای عالی‌رتبه این مأموریت مهم را انجام دهند.

در مقاله «فتوای معیار در قانونگذاری؛ انطباق با مصالح الزامی» به قلم محسن جهانگیری و محمدعلی بنایی خیرآبادی (۱۴۰۰) نیز به جایگاه مصلحت در انتخاب فتوای معیار اشاره، و در این زمینه به نظریه شهید صدر استناد شده است.

وحید حیدری و محمدرضا اصغری شورشستانی (۱۴۰۲) در مقاله «مرجحات اتخاذ فتوای ولی فقیه به‌عنوان فتوای معیار در تقنین، با تأکید بر نظرات شورای نگهبان» آورده‌اند که فتوای رهبری با توجه به نقش ولی فقیه در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، فتوای معیار معرفی شده است. آن‌ها همچنین به رویه شورای نگهبان و مصادیقی اشاره کرده‌اند که فقهای شورا، فتوای ولی فقیه را معیار بررسی قرار داده‌اند. به گفته آن‌ها، انتخاب فتوای ولی فقیه به‌عنوان معیار، موجب انسجام بیشتر در نظام قانونگذاری و جلوگیری از تعارض قوانین می‌شود.

مقاله «معیار ترجیح فتوا به‌عنوان میزان شرعی در قانونگذاری با تطبیق بر قوانین خانواده» از فریبا علاسوند (۱۳۹۴) به بررسی معیارهای صحیح برای انتخاب فتوای فقهی مناسب در فرایند قانونگذاری با تمرکز بر حوزه قوانین خانواده می‌پردازد. در این پژوهش بیان شده است که وجود اختلاف نظر فقهی در مسائل خانواده مانند ازدواج موقت، شرط ضمن عقد و خسارات ناشی از برهم زدن نامزدی و وعده ازدواج موجب شده است که قانونگذار با معضل مواجه شود. این مقاله اشاره دارد که فتوای معیار در همه امور به‌ویژه مسائل خانواده باید دارای الگویی روشن باشد و بدین سبب پیشنهاد می‌کند در مرحله نخست، فتوای ولی فقیه، در مرحله دوم، فتوای اعلم و در مرحله سوم فتوای هر یک از فقهای امامیه به‌عنوان فتوای معیار مدنظر قرار گیرد.

همان‌طور که درباره مقالات پیش گفته اشاره شد، پژوهش‌های این حوزه بیشتر بر این متمرکز هستند که انتخاب کدام فتوا به‌عنوان معیار مناسب‌تر است و تاکنون بررسی موردی و جزئی درباره عملکرد شورای نگهبان در این زمینه صورت نگرفته است. البته مقاله «مرجحات اتخاذ فتوای ولی فقیه به‌عنوان فتوای معیار در تقنین، با تأکید بر نظرات شورای نگهبان» به بررسی رویه شورای نگهبان پرداخته؛ اما این پژوهش صرفاً بر استدلالات فقهای شورای نگهبان متمرکز بوده، و آرای سایر فقها را بررسی نکرده است. مقاله «معیار ترجیح فتوا به‌عنوان میزان شرعی در قانونگذاری با تطبیق بر قوانین خانواده» نیز به نقد فتوای معیار در حوزه قوانین خانواده پرداخته، ولی رویکرد آن کلی بوده، و به بررسی مصادیق مشخص در این زمینه پرداخته است.

نوآوری این پژوهش در آن است که با بررسی جامع آرای فقهای امامیه در موضوعات مختلف در حوزه قوانین خانواده نشان می‌دهد که شورای نگهبان فتوای کدام یک از فقها را

به‌عنوان معیار نظارت شرعی خود انتخاب کرده، و آیا در این زمینه از نظریه تفسیری خود مبنی بر معیار قرار دادن نظر شخصی فقها پیروی کرده است یا خیر.

روش‌شناسی

در این پژوهش ابتدا گزینه اصلی فتوای معیار یعنی ملاک قرار دادن نظر شخصی فقهای شورای نگهبان بررسی می‌شود؛ سپس به‌صورت موردی در خصوص برخی از قوانین حوزه خانواده عملکرد شورای نگهبان در تأیید یا رد مصوبات مجلس از لحاظ شرعی مورد توجه قرار خواهد گرفت تا روشن شود که در عمل، شورا چه فتوایی را به‌عنوان فتوای معیار انتخاب کرده است. این پژوهش با روش کتابخانه‌ای و از طریق بررسی اسناد قانونی انجام شده است.

مقاله حاضر با توجه به اینکه به واکاوی مبانی فقهی و قانونی فتاوی شورای نگهبان در زمینه قوانین خانواده پرداخته است و قصد تحلیل اصول و معیارهای شرعی حاکم بر این تصمیمات را دارد، تحقیقی بنیادی یا نظری محسوب می‌شود. همچنین از آنجاکه این مطالعه به گردآوری و تحلیل اطلاعات موجود درباره عملکرد شورای نگهبان و فتاوی آن در زمینه قوانین خانواده می‌پردازد، ماهیتی توصیفی دارد.

۱. بررسی فتوای معیار در نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران

فرایند استخراج حکم در فقه، در برخی موارد به دلیل تعارض موجود بین مستندات و ادله با پیچیدگی همراه است و علت اصلی تعدد فتاوا نیز وجود همین تعارضات است. البته تفاوت مبانی فقهی فقها و نگرش‌های متفاوت ایشان در اصول فقه نیز منجر به صدور آرای متفاوت فقهی از ناحیه ایشان می‌شود (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، ص ۶۷). این مشکل هنگام تطبیق مصوبات مجلس شورای اسلامی با شرع، به صورت جدی‌تری بروز خواهد کرد؛ زیرا فقهای شورای نگهبان باید معیاری برای گزینش یکی از چند فتوا داشته باشند. برای برون‌رفت از این مشکل چندین گزینه احتمالی آورده شده است. قانونگذاری عمومی در فقه شیعه سابقه ندارد؛ بنابراین تمام نظرهای بیان‌شده، به‌دنبال ایجاد نوعی ترجیح در انتخاب فتوا هستند. البته پیش از انقلاب اسلامی ایران، قانونگذاری بر مبنای فقه صورت می‌گرفت؛ ولی سازوکار مشخصی در خصوص به‌کارگیری شرع در قوانین وجود نداشت و به‌رغم وجود اصل دوم متمم قانون اساسی، نظارت

شرعی بر قوانین نیز اجرایی نشد؛ از این رو این تجربه قانونگذاری در بررسی فتوای معیار قابل استفاده نخواهد بود.

بنابر برخی از نظریات مطرح شده، شخص فتوادهنده محور انتخاب فتوای معیار است؛ مانند ملاک قرار دادن فتاوی ولی فقیه، فتاوی شخصی فقهای شورای نگهبان و فتاوی فقیه اعلم و فتاوی شورایی متفاوت از شورای نگهبان و در گروه دیگری از نظرها، فتوای معیار براساس ویژگی یک فتوا یا به دلیل شرایط جامعه انتخاب می شود؛ مانند فتوای مشهور فقهای امامیه، فتوای مبتنی بر مصلحت، فتوای اسهل و فتوای مبتنی بر احتیاط.

راهکار فعلی، که در نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران دارای پشتوانه قانونی و قابل بحث از حیث قوانین بالادستی است، ملاک قرار دادن فتوای شخصی فقهای شورای نگهبان به عنوان «فتوای معیار» است. مطابق این نظر هر یک از فقهای شورای نگهبان بر مبنای فتوای شخصی، نظر فقهی خود را اعلام می کنند و پس از آن در رأی گیری میان شش فقیه شورای نگهبان، نظر اکثریت «ملاک برگزیده» می شود.

در قانون اساسی به طور صریح و شفاف به موضوع فتوای معیار اشاره نشده است؛ اما برخی از قرائن موجود در اصول قانون اساسی این نظریه را تأیید می کنند؛ از جمله این شواهد، شرط «فقاہت» برای اعضای فقیه شورای نگهبان است. این شرط که دلالت بر دانش عمیق در فقه و حقوق دارد، در ذات خود حامل مفهوم استقلال نظر نیز است؛ چراکه تقلید برای فقیه جایز نیست و او باید براساس اجتهاد و نظر شخصی خود فتوا صادر کند؛ بنابراین، وجود این شرط در قانون اساسی نه تنها بر اهمیت دانش فقیه تأکید دارد، بلکه استقلال نظر او را نیز تأیید می کند. به علاوه در مواردی که نظر فقهی وجود ندارد و موضوع از مسائل مستحدث است، حضور یک کارشناس کافی نخواهد بود؛ بنابراین قانونگذار به عمد واژه «فقیه» را ذکر، و از وی کارویژه «فقاہت» را طلب کرده است؛ نه صرف بیان فتاوی دیگر فقها. قرینه دیگر توجه به ساختار

شورایی این نهاد و تصمیم‌گیری بر مبنای نظر اکثریت است که در اصل ۹۶ قانون اساسی^۱ به آن اشاره شده است (هدایت‌نیا، و کاویانی، ۱۳۸۰، ص ۱۳۲).

دلیل مهم دیگر، نظریه تفسیری شورای نگهبان مورخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱ است: «تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین با موازین اسلامی به‌طور نظر فتوایی با فقهای شورای نگهبان است». از آنجایی که یگانه مرجع تفسیر قانون اساسی خود شورای نگهبان است، این نظریه تفسیری صریح‌ترین دلیل برای معیار قرارداد نظر شخصی فقهای شورای نگهبان است. نظریه تفسیری شورای نگهبان همپای قانون اساسی به شمار می‌رود؛ اما این امر مانع بررسی انتقاداتی که به این نظریه از حیث علمی وارد است، نخواهد شد (ارسطا، ۱۳۹۸، ص ۶۳).

برخی از انتقادات وارد شده، ناظر به پاسخ به قرائن مطرح شده در قانون اساسی است؛ به این صورت که قرائن موجود در اصل ۹۱ قانون اساسی^۲ با ملاک قرار دادن نظر شخصی فقهای شورای نگهبان ملازمه ندارد؛ بلکه وصف فقاہت در این اصل تنها به این دلیل آمده که دستیابی به فتاوی فقهای در موضوعات گوناگون و شیوه تحلیل آن‌ها و بررسی سرفصل‌ها، صرفاً از طریق یک فقیه امکان‌پذیر است (جهانگیری، و بنایی خیرآبادی، ۱۴۰۰، ص ۹۶)؛ از این رو ایشان در جایگاه کارشناسان خبره که به تمامی فتاوی فقهای شیعه و مستندات ایشان علم دارند، موظف‌اند فتاوی را که برخلاف اصول و روش قابل قبول صادر شده‌اند، کنار بگذارند و از بین مابقی فتاوا معیار صحیح را انتخاب کنند. ساختار شورایی نیز بر همین اساس قابل بررسی است، چنان‌که تمام نظرها در شورا بحث و بررسی می‌شود و در نهایت محکم‌ترین فتوا که مناسب جامعه باشد، بر اساس اکثریت آراء انتخاب می‌شود.

۱. اصل ۹۶ قانون اساسی: «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آن‌ها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است.»
 ۲. اصل ۹۱ شورای نگهبان: «به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با آن‌ها، شورایی به نام شورای نگهبان با ترکیب زیر تشکیل می‌شود: ۱. شش نفر از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز. انتخاب این عده با مقام رهبری است؛ ۲. شش نفر حقوقدان، در رشته‌های مختلف حقوقی، از میان حقوقدانان مسلمانی که به وسیله رئیس قوه قضاییه به مجلس شورای اسلامی معرفی می‌شوند و با رأی مجلس انتخاب می‌گردند.»

از دیگر انتقادات این است که فقهای شورای نگهبان نه تنها اعلم نیستند، بلکه میان ایشان و دیگر فقها نیز ترجیحی وجود ندارد که نشان دهد احتمال رسیدن به حکم واقعی خداوند از طریق ایشان میسرتر است (ارسطا، ۱۳۹۸، ۱۳۹۹، ص ۱۸۱)، بلکه ملاک قراردادن نظر شخصی ایشان معایی دارد؛ زیرا ممکن است موجب حاکم شدن فتاوی مبتنی بر دیدگاه‌های شخصی شود؛ چنان‌که گاهی با توجه به تغییر فقهای شورای نگهبان در طول زمان، ثابت شده است که آرای متفاوت به‌عنوان معیار در نظر گرفته شده است. مقصود از فتوا دادن براساس دیدگاه‌های شخصی این نیست که فقهای شورای نگهبان آرائی بدون بنیان و پایه مطرح می‌کنند، بلکه منظور این است که فرایند اجتهاد و استخراج احکام از منابع شرعی با اصول و قواعد مشخص و ضابطه‌مند انجام می‌شود و هیچ فقیهی نظر شخصی خود را به‌عنوان حکم دینی مطرح نمی‌کند؛ اما تأثیر دیدگاه‌های فردی در انتخاب اصول، قواعد و دلایل اجتناب‌ناپذیر است؛ به‌ویژه در مواردی که ادله یک فتوا ظنی است و درباره نتیجه نهایی اطمینان کامل وجود ندارد، نمی‌توان تأثیر این عوامل را نادیده گرفت، به‌علاوه در اینجا تفاوت نگاه فقه حکومتی و فردی نیز مطرح است. حاکم شدن دیدگاه‌های شخصی، می‌تواند به بی‌نظمی و هرج‌ومرج منجر شود؛ زیرا ممکن است در نظر دیگر مراجع تقلید، فتوا برگزیده فاقد وجه شرعی باشد و در نتیجه اجرای قانون در عمل با مشکل روبه‌رو شود؛ برای مثال، ماده ۹۱ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲/۵/۱۸ کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس^۱ در خصوص قصاص برای سقط جنین، که توسط برخی مراجع مانند آیت‌الله مکارم شیرازی خلاف شرع شناخته شد. ایشان می‌فرماید: با توجه به روایات متعددی که درباره سقط جنین وارد شده است و در این روایات (که بعضی از آنها در مورد [سقط] عمد می‌باشد) چیزی جز دیه وجود ندارد و با توجه به مدارک دیگری که از کلمات فقها در دست است، قصاص در مورد جنین

۱. ماده ۹۱: «اگر زن حامله برای سقط جنین به طبیب و یا قابله مراجعه کند و طبیب هم عالماً عامداً مباشرت به اسقاط جنین بنماید، دیه جنین بعهدۀ اوست و اگر روح در جنین دمیده شده باشد، باید قصاص شود و اگر او را به وسائل اسقاط جنین راهنمایی کند به شش ماه تا سه سال حبس محکوم می‌شود.»

مطلقاً منتفی است و تنها دیه تعلق می‌گیرد و باید فقهای محترم شورای نگهبان را در جریان این مسئله گذاشت تا قانون را اصلاح نمایند (۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۴۰۳).

علاوه بر تمامی انتقادات مطرح شده، عدم وجود رویه ثابت در عملکرد شورای نگهبان در خصوص فتوای معیار، محل توجه است و حتی این بحث مطرح شده است که شورای نگهبان به صورت عملی از نظریه تفسیری خود عدول کرده، و فتاوای دیگری مانند فتوای رهبری را ملاک شرعی بودن قوانین قرار داده است (کعبی، ۱۳۹۴، ص ۴۹۵). این عدول عملی شورای نگهبان، بستر بررسی انتقادات وارد بر این نظریه را بیش از پیش فراهم کرده، و موجب شده است که نظریه فوق، دیگر قاعده‌ای تخطی‌ناپذیر تلقی نشود و به آراء دیگری، همچون فتوای کارآمد یا فتوای مبتنی بر مصلحت نیز توجه شود (ارسطا، ۱۳۹۸ و ۱۳۹۹، ص ۱۸۵).

۲. بررسی عملکرد شورای نگهبان

در این پژوهش، تغییر در عملکرد فقهای شورای نگهبان در حوزه خانواده بررسی شده است؛ زیرا یکی از حوزه‌هایی است که اختلاف نظر فقها در آن زیاد به چشم می‌خورد و در سال‌های اخیر به دلیل تلاش فعالان حقوق زن، درخواست‌های بیشتری برای تغییر قوانین آن مطرح شده است. در این بررسی هفت مصداق مورد توجه قرار گرفته است:

الف - اذن پدر در نکاح دختر باکره رشیده

اذن پدر در ازدواج دختر باکره رشیده از جمله موضوعات مسئله‌برانگیز در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران است. مجلس شورای ملی در تاریخ ۱۳۱۴/۱/۲ در ماده ۱۰۴۲ اعلام کرد که ازدواج دختران ۱۵ تا ۱۸ ساله با اجازه ولی، ممکن است و در ماده ۱۰۴۳ تعیین کرد که حتی دختران بالای ۱۸ سال نیز نیازمند اذن پدر هستند و فقط در صورت عدم وجود دلیل موجه برای امتناع پدر، دختر پس از طی مراحل مشخصی می‌تواند ازدواج کند. بعد از پیروزی انقلاب اسلامی در ۱۳۶۱/۱۰/۸ کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی با استفاده از فرایند اصل ۸۵ قانون اساسی و به منظور انطباق کامل قانون مدنی با فقه امامیه اصلاحاتی را انجام داد که برای پنج سال لازم‌الاجرا شناخته شد.

به موجب این قانون ماده ۱۰۴۲ قانون مدنی حذف، و ماده ۱۰۴۳ اصلاح شد و با تغییر سن ازدواج به سن بلوغ، به دختر باکره رشیده اجازه داده شد تا برای ازدواج با فرد مورد نظر خود که پدرش از دادن اجازه ازدواج با وی امتناع می کند، به جای مراجعه به دفتر ازدواج به دادگاه مدنی خاص مراجعه کند. شورای نگهبان نیز در تاریخ ۱۳۶۱/۱۱/۴ مصوبه را خلاف شرع ندانست. این قانون به مدت نه سال اجرا شد و پس از آن در سال ۱۳۷۰، فقهای شورای نگهبان همان متن را دارای ایراد شرعی دانستند. این مسئله می تواند نمونه ای واضح از عملکرد متفاوت شورای نگهبان در سالیان مختلف باشد.

ایرادات شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۷۰/۶/۶، بر دو محور استوار بود: نخست در خصوص لزوم استفاده از اصطلاح «دختر باکره» به جای «دختری که هنوز شوهر نکرده» و دیگر غیرشرعی خواندن الزام دختر در مراجعه به دادگاه و گرفتن اذن از آن (نظر شورای نگهبان در خصوص لایحه اصلاح موادی از قانون مدنی موجود در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان).

مجلس برای رفع ایراد شورای نگهبان اولاً عبارت «دختر باکره» را اصلاح کرد؛ ثانیاً مرحله انتظار پانزده روزه و لزوم پاسخ از ناحیه ولی را حذف نمود و ثالثاً تصریح کرد که پس از مضایقه پدر، اجازه او ساقط می شود. شورای نگهبان پس از انجام این اصلاحات در تاریخ ۱۳۷۰/۸/۲۱ این مصوبه را تأیید نمود. به رغم تفاوت عملکرد فقهای شورای نگهبان در سال های ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰، به نظر می رسد که در هر دو مصوبه موضع مجلس و شورای نگهبان در خصوص اصل اجازه ولی در ازدواج دختر باکره تغییر نکرده است. برای بررسی این موضوع در آرای فقهای امامیه باید گفت در خصوص ازدواج دختر باکره رشیده در فقه شیعه پنج نظر وجود دارد که مهم ترین آن ها سه مورد است:

۱. ولایت از حین بلوغ ساقط می شود و اختیار نکاح مطلقاً در دست خود دختر است و نیازی به اجازه پدر یا جد پدری نیست (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۱۲؛ میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۴، ص ۵۲۹؛ صاحب جواهر، بی تا، ج ۲۹، ص ۴۶۰).

۲. مادامی که دختر باکره است، ولایت پدر یا جد پدری استمرار دارد (طوسی، ۱۴۰۰ق،

ص ۴۶۴).

۳. ولایت دختر و ولی او مشترک است؛ یعنی هریک می‌توانند اقدام به نکاح بکنند و چنانچه هرکس به‌تنهایی اقدام کرد، نکاح صحیح، و نفوذ آن موقوف بر اجازه دیگری است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۱۲۰؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۶، ص ۱۰۵؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۲۸).
 اختلاف دیدگاه فقها در این موضوع از تفاوت روایات نشئت می‌گیرد. بر همین اساس، بسیاری از فقها با توجه به اهمیت این مسئله و دشواری در استنباط قاطع از روایات، برای حفظ احتیاط، نظریه سوم را انتخاب کرده‌اند (نقیبی، ۱۳۸۷، ص ۹۷). از میان فقهای معاصر نیز امام خمینی قائل به احتیاط شده‌اند (خمینی، ۱۳۸۳، ج ۳، ص ۴۵۳؛ محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۵۲؛ کیایی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۳۶۹).

استاد مطهری از جمله محققانی بود که امکان تغییر این قانون را محتمل می‌دانست؛ زیرا اذن پدر برای ازدواج دختر باکره از قدیم محل اختلاف فقها بوده، و جزء موارد مسلم اسلامی نیست (۱۳۹۰، ج ۱۹، ص ۲۹). در حال با وجود اختلاف نظر فقها، قانونگذار چه پیش از انقلاب و چه پس از آن مبنای احتیاطی را انتخاب کرده، و براساس آن مصوبه مجلس را در حقیقت تأیید کرده است، با آنکه عده بی‌شماری از فقها نظر مخالف آن را داشته‌اند و امکان انتخاب نظر آن‌ها به‌عنوان مبنای قانونگذاری وجود داشته است.

ب - اهدای جنین به زوجین نابارور

در قانون «نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور» امکان اهدای جنین به زوجینی که صاحب فرزند نمی‌شوند، مطرح شد. موضوع این قانون انتقال جنین‌های حاصل از تلقیح خارج از رحم زوج‌های قانونی و شرعی، به رحم زنانی که پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی ناباروری آن‌ها به اثبات رسیده، است. مجلس شورای اسلامی نخستین مصوبه خود در خصوص این قانون را در تاریخ ۱۳۸۱/۶/۵ به شورای نگهبان ارسال کرد. شورای نگهبان در دو مرحله (۱۳۸۱/۶/۲۸، ۱۳۸۲/۱۲/۲۸)، ایراداتی را به حقوق و تکالیف اولاد و زوجین گیرنده مطرح کرد؛ اما در همان مرتبه نخست به‌صراحت اعلام کرد که: «اصل عمل انتقال جنین خلاف شرع و قانون اساسی تشخیص داده نشد؛ لکن این انتقال نباید همراه با لمس و نظر حرام انجام پذیرد».

این اقدام شورای نگهبان در حالی است که این موضوع محل اختلاف فقهای امامیه است و برخی از فقها به سبب عدم وجود رابطه زوجیت میان مردی که جنین حاصل از نطفه وی است و زنی که صاحب رحم است، با این موضوع مخالفت کرده‌اند. در آراء مجمع مشورتی فقهی شورای نگهبان نیز به وجود اختلاف نظر میان مراجع عظام تصریح شده است؛ اما با این حال نظر نهایی خلاف شرع نبودن انتقال جنین‌های حاصل از تلقیح خارج از رحم زوج‌های قانونی و شرعی به رحم زن دیگر بوده است:

الف - خلاف شرع بودن انتقال جنین‌های حاصله از تلقیح خارج از رحم زوج‌های قانونی و شرعی به رحم زن دیگر احراز نشد (۵ نفر) و یک نفر آن را خلاف شرع دانستند و یک نفر نظرشان بر این است که خالی از اشکال نیست؛

ب - فتاوی مراجع عظام در این مسئله مختلف است. برخی قائل به جواز می‌باشند و برخی قائل به حرمت (اتفاق آراء)؛

ج - قید با رعایت شرایط مندرجه در این قانون چون شامل موانع شرعی از قبیل لمس و نظر نمی‌شود کافی نیست؛ بنابراین اطلاق ماده اول شامل مواردی می‌شود که مستلزم ارتکاب محرم است؛ بنابراین خلاف شرع است (اتفاق آراء) (گزارش ۵۶، ۵۷، ۵۸ جلسه مجمع مشورتی فقهی مورخ ۱۶، ۱۷ و ۱۳۸۱/۶/۱۸، نظر مجمع مشورتی فقهی در خصوص طرح نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور موجود در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان).

پیش از پرداختن به آراء فقهای امامیه در این خصوص، ذکر این نکته لازم است که این مباحث به‌طور خاص در آیات قرآن و روایات اسلامی مطرح نشده است؛ چون از مسائل مستحدث محسوب می‌شود و با استفاده از اطلاقات و عمومات ادله، فتوای شرعی آن صادر شده است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳، ص ۱۲۴). در میان فقهای معاصر به نظر می‌رسد که اکثریت، قائل به جواز اهداء جنین حاصل از تلقیح میان زن و شوهر قانونی به زوجین نابارور هستند؛ اما همان‌طور که در نظریه مجمع مشورتی شورای نگهبان ذکر شده است، برخی از فقها مخالف آن هستند. آیات عظام مکارم شیرازی، حسینی سیستانی، خامنه‌ای و روحانی از جمله کسانی هستند که

برای این موضوع حرمت شرعی قائل نیستند؛ اما در میان ایشان در این باره که مقدمات حرام مانند استمناء یا نگاه و لمس حرام مجاز است یا خیر اختلاف نظر وجود دارد. آیت الله خامنه‌ای لقاح آزمایشگاهی را صحیح می‌شمارد و حتی در موردی که از نطفه مرد اجنبی و تخمک زن استفاده شود، نیز اشکال شرعی را وارد نمی‌داند؛ اما معتقدند که باید از مقدمات حرام اجتناب شود (۱۳۹۵، ج ۲، ص ۳۳-۳۴). آیت الله روحانی نیز معتقد است این موضوع با رعایت جهات دیگر جایز است که مقصود ایشان از این عبارت فقدان مقدمات حرام است (۱۳۸۳، ج ۱، ص ۳۵۲)؛ اما در مقابل عده‌ای معتقدند که در صورت ضرورت، مقدمات حرام منع شرعی ندارد و در حد ضرورت ممکن است. آیت الله مکارم شیرازی معتقد است:

مشکلات حاشیه‌ای وجود دارد؛ از جمله اینکه گاه لازم است نطفه مرد را از طریق استمناء به دست آورند یا تخمک زن را از داخل رحم بگیرند که اولین مستلزم فعل حرام و دومی مستلزم نگاه و لمس حرام است. البته اگر ضرورت مهمی در کار باشد، مثل اینکه زندگی آن دو همسر بر اثر فقدان فرزند متلاشی می‌شود و به طلاق می‌انجامد یا یکی از آن دو همسر یا هر دو گرفتار افسردگی شدید و بیماری روانی می‌شوند یا مشکلات دیگری از این قبیل به وجود می‌آید، این حواشی از باب ضرورت مجاز می‌شود. همان‌گونه که در تمام بیماری‌ها هنگامی که مستلزم نظر و لمس حرام و مانند آن باشد، از باب ضرورت مراجعه به طبیب اجازه داده می‌شود (۱۳۹۴، ص ۱۷).

آیت الله حسینی سیستانی نیز می‌فرماید:

اگر تخمک زن و اسپرم مرد، هر چند نامحرم، گرفته شود و تخمک با اسپرم در خارج از فضای رحم و مهبل (مثلاً در آزمایشگاه) بارور شود، سپس نطفه بارور شده (رویان)، در رحم همان زن یا زن دیگر قرار داده شود، این عمل با رعایت شرایط ذیل اشکال ندارد:

الف. از تمام امور حرام (مثل آشکار نمودن عورت یا لمس و نگاه به آن حتی تو سط پزشک همجنس) پرهیز شود؛ البته در صورت وجود مشقت فوق‌العاده زیاد که معمولاً

تحمل نمی شود (حرج) یا خوف ضرر قابل توجه برای وی و نبودن راه مشروع دیگر برای رهایی از آن، اقدام به هر یک از آن امور به مقدار رفع ضرورت، برای او و نیز پزشکی که تلقیح مصنوعی توسط وی انجام می شود، جایز است ... (۱۳۹۳، ص ۵۷۵، مسئله ۷۱۰).

در نخستین پاسخ شورای نگهبان به مجلس شورای اسلامی تصریح شده بود که «این انتقال نباید همراه با لمس و نظر حرام انجام پذیرد»؛ اما در مصوبه دوم مجلس شورای اسلامی این عبارت درج نشد و به رغم این موضوع، شورای نگهبان با مصوبه مخالفت نکرد.

چنان که گفته شد، برخی از فقهای معاصر مخالف اهدای جنین حاصل از تلقیح نطفه و منی زن و شوهر قانونی به زوجین نابارور دیگر هستند. از جمله آیت الله فاضل لنکرانی که معتقد است: «در صورتی که جنین به وجود آمده از تلقیح اسپرم و تخمک زن و شوهر را در رحم زن دیگری قرار دهند، حرام است» (۱۳۸۹، ص ۱۳۹). همچنین آیت الله تبریزی نیز معتقدند: «وارد کردن منی مرد در رحم غیر همسرش جایز نیست؛ هر چند وارد کردن منی بعد از لقاح خارجی و انعقاد نطفه باشد» (۱۳۸۵، ص ۴۵۶). آیت الله بهجت نیز در پاسخ به حکم شرعی روش های بارداری از راه تزریق بر این عقیده بود که: «اگر مستلزم لمس یا نظر حرام نباشد و از راه استفاده از نطفه یا تخمک دیگری نباشد، جایز است» (<https://bahjat.ir>).

چنان که مشاهده می شود میان فقهای امامیه در این زمینه اختلاف نظر وجود دارد؛ اما با وجود این، شورای نگهبان مصوبه مجلس را مغایر شرع اعلام نکرد. ظاهراً بر اساس فتوای عده ای از فقها که شرعاً انتقال جنین حاصل از تلقیح میان زن و شوهر قانونی را به زوجین نابارور، تأیید کرده بودند (مانند مقام معظم رهبری)، شورای نگهبان در مرتبه سوم در تاریخ ۱۳۸۲/۵/۹ اعلام کرد که مصوبه مجلس با توجه به اصلاح به عمل آمده مغایر موازین شرع و قانون اساسی شناخته نشد (نظر شورای نگهبان در خصوص طرح نحوه اهداء جنین به زوجین نابارور در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان).

پ - اولویت مادر برای حضانت فرزند پسر در صورت جدایی والدین

در قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ مدت حضانت مادر برای فرزندان پسر دو سال و برای فرزندان

دختر هفت سال بود. پس از انقلاب اسلامی مجلس شورای اسلامی تصمیم گرفت که حضانت مادر را چه برای فرزند پسر و چه برای فرزند دختر هفت سال قرار دهد. شورای نگهبان این مصوبه را خلاف شرع دانست و پس از دو مرتبه رفت و برگشت مصوبه مجلس به شورای نگهبان و اعلام غیرشرعی بودن آن، با اصرار مجلس، تصویب این ماده به عهده مجمع تشخیص مصلحت نظام گذاشته شد که در نهایت در تاریخ ۱۳۸۲/۹/۱۰ به تصویب این مجمع رسید (نظر شورای نگهبان در خصوص طرح اصلاح ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی موجود در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان).

در نظر مجمع مشورتی فقهی شورای نگهبان در بیان علت غیرشرعی بودن این مصوبه، بیان شده بود: «طرح اصلاح ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی، خلاف فتوای حضرت امام ره و فتوای مشهور است» (نظر مجمع مشورتی فقهی در خصوص طرح اصلاح ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی موجود در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان).

فتوای امام خمینی ره در این زمینه چنین است که مادر تا دو سال برای حضانت فرزند (پسر و دختر) سزاوارتر است و اگر مدت شیر دادن تمام شود، پدر سزاوارتر به پسر و مادر شایسته تر به دختر است تا اینکه به هفت سال برسد (خمینی، ۱۳۸۳، ج ۳، ص ۵۵۷). این نظر، همان نظر مشهور فقهای امامیه و آیت الله خامنه‌ای است (صاحب جواهر، بی تا، ج ۳۱، ص ۲۹۰؛ خامنه‌ای، بی تا، ج ۲، ص ۷۱).

برخی معتقدند که این فتوا از حد شهرت بالاتر است، بلکه به اجماع می‌رسد (طباطبائی کربلائی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۱۶۲؛ میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۴، ص ۴۵). شهید ثانی ادعای عدم خلاف را درباره حضانت مادر تا دو سال می‌داند و معتقد است بین فقهای شیعه، در حضانت بعد از دو سال، اختلاف وجود دارد. علت این امر دلالت متفاوت روایات است. در بعضی از روایات مادر مطلقاً تا زمانی که ازدواج نکرده است، در حضانت فرزند اولویت دارد. در برخی دیگر از روایات، مادر تا هفت سال مطلقاً، و در بعضی دیگر از آنها تا نه سال سزاوار حضانت است. در بعضی از روایات نیز پدر احق دانسته شده است؛ ولی در این باب خبر صحیحی وجود ندارد و همه یا ضعیف، یا مرسل یا موقوف هستند؛ اما نکته مهم اینکه در هیچ یک از روایات بین پسر و

دختر فرقی وجود ندارد (شهید ثانی، ۱۳۴۱ق، ج ۸، ص ۴۲۱). علت تفاوت حکم حضانت دختر و پسر نزد برخی از فقها، این است که ایشان در جمع بین اخبار مختلف ناچار شده‌اند به تناسب توجه کنند؛ به عبارت دیگر پدر درباره حضانت پسر به جهت تأدیب و تعلیم احق است و مادر نیز درباره حضانت دختر از جهت تربیت شایسته‌تر است. اخبار رسیده درباره هفت سال نیز به جهت کثرت و شهرت بیشتر، ترجیح دارند (صاحب جواهر، بی تا، ج ۳۱، ص ۲۹۰).

میان فقیهان سرشناس نیز برخی فتوایی متفاوت از فتوای مشهور دارند، مانند شیخ طوسی (۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۳۱) و شیخ صدوق (ابن بابویه، ۱۴۱۵ق، ص ۳۶۰) که معتقدند تا زمان سن تمیز، مادر در حضانت فرزند چه دختر و چه پسر سزاوارتر است و زمانی که به سن هفت یا هشت برسد تا زمان بلوغ، حضانت پسر با پدر است و تا زمان ازدواج حضانت دختر با مادر است. شیخ مفید نیز حضانت دختر را تا نه سال با مادر می‌داند (۱۴۱۰ق، ص ۵۳۱). به نظر می‌رسد بسیاری از فقها که قائل به سنین بالاتری در خصوص احق بودن مادر به حضانت هستند، به عنصر «مصلحت» توجه کرده‌اند. با عنایت به اینکه تغییر سن حضانت برای مادر با فتوای برخی از فقها موافق است؛ امکان قانونگذاری بر مبنای آن وجود داشته است (کاظمی، ۱۳۹۳، ص ۱۴).

بر اساس آنچه گذشت، روشن می‌شود همان‌طور که در نظریه مجمع مشورتی فقهی مطرح شده است، دلیل غیرشرعی خواندن حضانت مطلق مادر برای فرزندان (دختر و پسر) تا هفت سال، قول مشهور و فتوای امام خمینی است. در حالی که مصوبه مجلس موافق نظر با برخی از فقها است و امکان تأیید شرعی آن وجود داشته است.

ت - اولویت مادر برای حضانت فرزندان نسبت به جدپدیری در صورت فوت پدر

پیش از انقلاب و طبق ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴، قانونگذار مادر را نسبت به جدپدیری در اولویت حضانت فرزندان قرار داده بود. در تاریخ ۱۳۶۰/۱۰/۱۵ مجلس از طریق کمیسیون امور قضایی و حقوقی قانون «واگذاری حق حضانت فرزندان صغیر یا محجور به مادران آنها» را تصویب کرد. این قانون در عمل تغییر خاصی ایجاد نکرد و صرفاً به حضانت فرزندان محجور تصریح شد و نکاتی در خصوص هزینه حضانت بیان شد. همچنین مقرر شد

که در موارد عدم صلاحیت مادر، حضانت از وی سلب خواهد شد. این نکته اخیر موجب شد که دامنه حضانت مادران بعد از فوت پدر نسبت به قانون قبل کمی محدود شود؛ زیرا مطابق ماده ۱۱۷۱ قانون مدنی هیچ نکته‌ای درخصوص سلب حق حضانت مادر تصریح نشده بود. شورای نگهبان همچنین اعلام کرد که این مصوبه با شرع و قانون اساسی مغایرتی ندارد. این قانون در ابتدا به صورت آزمایشی و برای سه سال تصویب شد؛ اما هرگز تصمیمی برای دائمی شدن آن اخذ نشد و تا زمانی که قانون حمایت خانواده تصویب شد، به صورت موقت حاکم بود. در قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱/۱۲/۱۹ نیز همچنان دامنه حضانت مادران بعد از فوت پدر محدود ماند و به موجب ماده ۴۳، به دادگاه این اختیار داده شد تا در صورت درخواست ولی قهری یا دادستان و در مواردی که به مصلحت فرزند است، حضانت از مادر سلب شود. با این همه به اولویت مادر در حضانت تصریح شد و نکته‌ای دال بر مانع بودن ازدواج مادر در حضانت فرزندانش مطرح نشد. فقهای شورای نگهبان از این ماده ایراد شرعی نگرفتند. مطابق دیدگاه مشهور فقها، پس از فوت پدر، مادر بر هر شخصی، اعم از خویشاوندان ذکور و غیر آنها، درباره حضانت فرزندش (پسر و دختر) اولویت دارد (طوسی، ۱۳۶۳، ج ۳، ص ۳۲۰). ایشان دلیل این فتوا را ظهور آیه «لا تضار»^۱، اصل عدم جدایی ابویین از فرزندان و مرسل ابن ابی عمیر و خیر داود بن حصین^۲ برمی‌شمارند (صاحب جواهر، بی تا، ج ۳۱، ص ۲۹۳) نظر امام خمینی نیز همانند نظر مشهور فقهاست (۱۳۸۳، ج ۳، ص ۵۵۷).

در میان فقهای امامیه از سایر اموری که ممکن است بر حضانت مادر اثرگذار باشد نیز سخن گفته شده است؛ مانند تأثیر ازدواج مادر و وجود شرط سنی برای فرزندان. درخصوص ازدواج مادر، بیشتر فقهای شیعه معتقدند که مادر با وجود ازدواج نیز احق به حضانت است (صاحب جواهر، بی تا، ج ۳۱، ص ۲۹۳)؛ اگرچه برخی نظر مخالف دارند و معتقدند در صورت

۱. «لَا تُضَارُّ وَالِدَةٌ بَوْلِدَهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهٗ بِوَالِدِهِ» (بقره، ۲۳۳).

۲. مرسل ابن ابی عمیر: «عن زرارة عن الباقر عليه السلام المتقدم سابقاً «و ليس للوصي أن يخرج من حجرها حتى يدرك و يدفع اليه ماله» (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۲۱، ص ۴۵۶).

خبر داود بن الحصین: «فاذا مات الأب فالأم أحق به من العصبه» (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۲۱، ص ۴۵۶).

ازدواج مادر، اولویت حضانت به جدپدیری می‌رسد (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۶، ص ۴۱). در خصوص محدودیت شرط سنی فرزندان در فقه امامیه، قاعده بر این است که حضانت مادر تا پایان سن بلوغ ادامه دارد؛ اما برخی از فقهای معاصر نظر متفاوتی دارند و معتقدند که حق حضانت مادر پس از وفات پدر برای پسر به دو سال و برای دختر به هفت سال محدود است (منتظری، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۴۱۸). برخی نیز معتقدند اگر ولایت مادر در حضانت به مصلحت طفل تمام نشود، حاکم باید در این خصوص تصمیم‌گیری کند (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۹، ج ۳، ص ۴۳۹). چنان‌که مشاهده شد، قانونگذار (مجلس در مقام انشای قانون و شورای نگهبان در مقام تأیید شرعی قانون) در اعطای حق حضانت به مادر پس از فوت پدر از نظر مشهور فقها تبعیت کرده است و همان‌طور که بیان شد، نظر امام خمینی مشابه نظر مشهور است.

ث - شناسایی عسرو حرج زوجه به‌عنوان موجبی برای طلاق به درخواست زن

در قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴، قانونگذار در دو ماده، حکم طلاق به درخواست زنان را تعیین کرده بود. در ماده ۱۱۲۹ به دلیل عدم پرداخت نفقه و در ماده ۱۱۳۰ به دلیل عسرو حرج زن، اجبار شوهر به طلاق از سوی حاکم مطرح شده بود. برای طلاق به واسطه عسرو حرج سه دلیل مطرح شده بود: عدم ایفای حقوق واجبه زن، سوء معاشرت شوهر به شرط غیرقابل تحمل بودن ادامه زندگی، امراض مسری و صعب‌العلاج شوهر به شرط وجود مخاطره.

پس از انقلاب در اصلاح قانون مدنی توسط کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس در ۱۳۶۱/۱۰/۸، حکم ماده ۱۱۳۰ تغییر کرد و به جای ذکر سه مصداق مشخص، به صورت کلی به «عسرو حرج» به‌عنوان موجبی برای طلاق زوجه اشاره شد و معین شد که اگر امکان اجبار زوج وجود نداشت، حاکم شرع با اذن خود زوجه را طلاق دهد. مجلس در سال ۱۳۷۰، صرفاً در ماده ۱۱۳۰ برخی اصلاحات نگارشی را اعمال کرد. شورای نگهبان نیز در هیچ‌یک از اصلاحیه‌های ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ درباره این ماده ایراد شرعی وارد ندانست.

در تاریخ ۱۳۷۹/۲/۲۰، مجلس شورای اسلامی، جهت رفع ابهام و بیان مصادیقی از عسرو حرج زوجه، یک تبصره به ماده ۱۱۳۰ اضافه کرد که شورای نگهبان آن را واجد ایراد

شرعی اعلام کرد. این تبصره پس از تعریف عسرو حرج، نه مورد را از مصادیق عسرو حرج معرفی کرد که عبارت بودند از: ترک عمدی همسر برای شش ماه، اعتیاد، عدم پرداخت نفقه، ابتلا به بیماری صعب‌العلاج، عقیم بودن، سوءرفتار، ازدواج مجدد، محکومیت به حبس و اشتغال به شغلی که دادگاه منع کرده باشد. شورای نگهبان به این دلیل که عناوین مذکور، خودبه‌خود مساوی با عسرو حرج نیست، مصوبه را خلاف شرع اعلام کرد.

مجلس شورای اسلامی در ۱۳۷۹/۴/۱۹ مصوبه را بدون تغییر مجدداً به شورا تقدیم کرد و شورای نگهبان اعلام کرد که ایراد شرعی کماکان به قوت خود باقی مانده است. پس از آن با اصرار مجلس مصوبه به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال شد. مجمع در ۱۳۸۱/۴/۲۹ چهارمورد از مصادیق مورد نظر مجلس را حذف کرد که یک مورد تکرار ماده ۱۱۲۹ و سه مورد دیگر عبارت بود از: اختیار همسر دیگر، عقیم بودن زوج، عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال به کار. همچنین عبارتی به انتهای تبصره اضافه کرد تا روشن شود که موارد ذکر شده صرفاً مصادیقی از عسرو حرج هستند.

در فقه امامیه در خصوص طلاق از ناحیه حاکم شرع، دو مطلب مورد توجه است: ۱. طلاق به سبب عدم پرداخت نفقه، ۲. طلاق به سبب وجود عسرو حرج برای زن. طلاق به سبب عدم پرداخت نفقه بیشتر مورد توجه قرار گرفته است. این موضوع در ماده ۱۱۲۹ و نیز مواد ۱۱۱۱ و ۱۱۱۲ قانون مدنی ذکر شده است که نیازی به اثبات عسرو حرج در آن نیست و خود سببی مجزا برای طلاق به درخواست زوجه محسوب می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۳۷۲). گروهی از فقها یگانه دلیل طلاق را عدم انفاق می‌دانند (روحانی، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۱۲۱، ۲۶۷؛ تبریزی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۳۷۶)؛ اما عده‌ای دیگر معتقدند که در زمان عسرو حرج زوجه، قاضی جامع‌الشرايط می‌تواند شوهر را وادار به طلاق کند و اگر این امر ممکن نبود، خود قاضی اقدام به طلاق زن می‌کند (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۲۵ق، ص ۴۰۷؛ منتظری، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۲۰۸). باین حال در شناسایی مصادیق عسرو حرج میان ایشان اختلاف نظر وجود دارد، برخی در این خصوص به قدر متیقن اکتفا می‌کنند؛ زیرا همه روایات وارد شده در خصوص عدم انفاق

است و اگر بنا باشد طلاق به دلیل عسرو حرج رخ دهد، باید محدود باشد (یزدی، ۱۴۲۳ق، ج ۶، ص ۱۱۶). بعضی در این خصوص نگاهی موسع دارند و معتقدند که هرگونه مشقت و سختی که عادتاً برای شخص تحمل پذیر نباشد و عرف آن را تأیید کند، مصداق عسرو حرج است؛ اما در هر حال تشخیص نهایی با قاضی است (منتظری، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۳۸۹). برخی نیز معتقدند که با تصدیق دو کارشناس عادل در خصوص وجود حرج، امکان طلاق از ناحیه حاکم وجود دارد (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۴۵۸).

یکی از مواردی که در نگاه موسع مصداق عسرو حرج شناخته می شود، نشوز زوج است؛ اما در دیدگاه مضیق، نشوز زوج دلیلی برای طلاق زوجه نیست. صاحب جواهر معتقد است که اگر زوج از ادای حقوق واجب زن نشوز کرد، زوجه می تواند به حاکم مراجعه کند و وی می تواند مرد را مجبور به ادای حقوق کند و اگر امکان آن نبود، حاکم می تواند زوج را تعزیر کند (بی تا، ج ۳۱، ص ۲۰۰)؛ اما ایشان اشاره ای به امکان طلاق از سوی حاکم در این خصوص نمی کند. مطابق این دیدگاه صرف نشوز موجب طلاق نیست؛ مگر اینکه موجب عسرو حرج شدید زن شود (علوی گرگانی، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۲۶۸). امام خمینی در این خصوص دیدگاه مضیق را برگزیده است و فقط درباره غایب مفقود الاثر که زوجه اش به رغم تأمین مالی خود، از جهت نداشتن شوهر در حرج است، حاکم را مجاز می داند که پس از گذشت چهار سال زوجه را طلاق دهد. حاکم را مجاز می داند که پیش از گذشت چهار سال زوجه را طلاق دهد (۱۳۹۲، ج ۹، ص ۴۷۴).

با ملاحظه آراء فقهای شیعه، به نظر می رسد که روایات و ادله، دلالت بر طلاق حاکم درباره عدم پرداخت نفقه دارند؛ اما برخی از فقها با استناد به قاعده کلی عسرو حرج طریق گریزی ایجاد کرده اند تا امکان طلاق زوجه فراهم شود. شورای نگهبان در تأیید صدر ماده ۱۱۳۰، از نظر این عده از فقها پیروی کرده، و طلاق به سبب عسرو حرج را پذیرفته است، با اینکه این موضع برخلاف نظر امام خمینی و عده زیادی از فقها است. به نظر می رسد که در این خصوص فقهای شورای نگهبان از طریق احتیاط دور شده اند.

در خصوص مصادیق عسرو حرج، فقهای شورای نگهبان ظاهراً روش مضیق را پذیرفته اند؛

مطابق مشروح مذاکرات فقهای شورای نگهبان، ایراد شرعی ایشان بر تبصره ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی بر همین موضوع استوار بوده است:

اطلاق مصادیقی که بیان شده درست نیست و بعضی از آن‌ها عسروحرجی و بعضی نیست و باید اینها بر اساس تشخیص قاضی باشد، بنا بود در جلسه کمیسیون که عبارت «در صورت احراز توسط دادگاه صالح» اضافه شود و ما قبول کردیم که در این حالت مشکل شرعی حل می‌شود اما گویا مجلس بر مصوبه خود اصرار کرده است. با اینکه مجلس عبارت «در صورت احراز توسط دادگاه صالح» را در تبصره الحاقی به کار برده، و اعلام کرده بود که این موارد صرفاً مصادیقی از موجبات عسروحرج است؛ اما شورای نگهبان مجدداً آن را غیرشرعی اعلام کرد و مصوبه مجلس به ناچار جهت تصویب به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع شد. مجمع نیز با حذف برخی از مصادیق موسع همچون ازدواج مجدد و عقیم بودن زوج، عبارتی را به انتهای مصوبه اضافه کرد تا روشن شود که نمونه‌های ذکرشده جهت تمثیل است و امکان شناسایی عسروحرج در موارد دیگر نیز وجود دارد. براین اساس می‌توان گفت که شورای نگهبان در شناسایی مصادیق عسروحرج دیدگاه مضیق را انتخاب کرده، و به طریق احتیاط نزدیک شده است.

ج - سن ازدواج دختران

در قانون مدنی ۱۳۱۴، سن ازدواج دختران ۱۵ سال معرفی شده بود؛ سپس در ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵ این سن تا ۱۸ سال افزایش یافت. ازدواج در پایین‌تر از آن نیز درباره دختران ۱۵ تا ۱۸ سال و در صورت وجود مصلحت و استعداد جسمی و روانی برای زندگی زناشویی مجاز دانسته شد. قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ هیچ وقت صریحاً نسخ نشد؛ اما ماده مذکور با اصلاحیه ماده ۱۰۴۳ قانون مدنی در سال ۱۳۶۱ به صورت ضمنی نسخ شد. طبق این اصلاحیه، سن ازدواج به سن بلوغ کاهش یافت و نکاح پیش از بلوغ نیز در صورت اجازه ولی و رعایت مصلحت مولی‌علیه جایز دانسته شد. در سال ۱۳۷۰ نیز ماده ۱۰۴۳ صرفاً اصلاح عبارتی صورت گرفت و نه سال بعد از آن، در تاریخ ۱۳۷۹/۸/۱۴، مجلس تصمیم گرفت

که مجدداً این مصوبه را اصلاح کند. مجلس در این مصوبه، سن ازدواج دختران را به ۱۵ سال افزایش داد و ازدواج پیش از آن را نیز منوط به اجازه دادگاه دانست؛ اما شورای نگهبان در ۱۳۷۹/۸/۱۹ اعلام کرد که مصوبه مذکور خلاف شرع است. پس از اصرار مجلس بر مصوبه خود و ارجاع امر به مجمع تشخیص مصلحت نظام در تاریخ ۱۳۷۹/۹/۲۷ و پس از گذشت نزدیک به یک سال و نیم، مجمع براساس مصلحت نظام سن نکاح دختران را به سیزده سال افزایش داد. ازدواج پیش از این سن نیز منوط به «إذن ولی» و احراز مصلحت به تشخیص دادگاه صالح شد.

در فقه امامیه، اصولاً برای انجام هر عمل حقوقی از جمله عقد نکاح، اهلیت یعنی داشتن بلوغ و عقل الزامی است. مطابق نظر مشهور فقهای امامیه سن بلوغ دختران نه سالگی و سن بلوغ پسران ۱۵ سالگی است. چنان که صاحب جواهر اعلام می کند این نظر در فقه امامیه استقرار یافته است و حتی می توان بر آن ادعای اجماع نیز کرد. مستند اصلی این فتوا نیز اخبار و روایات است. اگرچه روایات مخالفی هم وجود دارد که سن بلوغ دختران را بالاتر از نه سال نشان می دهند (بی تا، ج ۲۶، ص ۳۸). برخی از فقهای معاصر، سن بلوغ را برای نکاح کافی نمی دانند و معتقدند از آنجایی که نشانه های ذکر شده برای بلوغ مانند «رویدن موی خشن بر اندام تناسلی»، «خروج منی برای پسران» و «رسیدن به سن خاص» طریقی برای کشف بلوغ و نشانه هایی برای بلوغ جنسی هستند، بنابراین نمی توان ادعا کرد که به صرف رسیدن به سن خاص، نشانه های مذکور در تمامی افراد حادث می شود؛ از این رو باید درباره هر فرد به صورت خاص، سن بلوغ سنجیده شود (محقق داماد، قنواتی، وحدتی شبیری، و عبدی پورفرد، ۱۳۸۹ ج ۲، ص ۱۷۴؛ مرعشی شوشتری، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۲۹؛ موسوی رکنی، ۱۳۸۰، ص ۱۰۹). چنان که علامه حلی می فرماید: «غالباً خروج منی از مردان با رسیدن به سن پانزده سالگی اتفاق می افتد و زنان با رسیدن به سن نه سال حائض می شوند، پس اگر نشانه ها با هم مطابقت داشته باشند، دلالت می کند که بلوغ در آن سن به دست آمده است» (۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۱۹۸)؛ از این رو نمی توان به صورت کلی بیان کرد که نه سال سن بلوغ نکاح در دختران است و ممکن است آمادگی توالد و تناسل و حیض برای دختری در این سن حادث نشده باشد.

آیت‌الله مکارم شیرازی نیز معتقد است که لزوماً نه سال سن مناسب برای ازدواج نیست:

« سن نه سالگی سن تکلیف است و الزاماً سن ازدواج نیست. توضیح اینکه: ازدواج در صورتی جایز است که دختر رشد جسمانی کافی برای ازدواج داشته باشد و در صورتی که کارشناسان به‌طور خاص یا به‌طور عام تأیید کنند که فلان دختر یا عموم دختران در محیط ما، در فلان سن، رشد جسمانی کافی برای ازدواج ندارند، ازدواج در چنان سنی حرام است. به‌تعبیر دیگر، بلوغ به حسب ادله شرع، چهار مرحله دارد:

الف - بلوغ به معنای سن تکلیف و رعایت واجب و حرام؛

ب - بلوغ به معنای آمادگی برای روزه؛

ج - بلوغ برای ازدواج، به طوری که دختران از نظر جسمی آمادگی کافی داشته باشند و خطر إفضاء و نقائص دیگری در کار نباشد؛

د - بلوغ و رشد برای مسائل اقتصادی (۱۴۲۸ق، ص ۲۰۶).

به‌علاوه مطابق نظر برخی مفسران، صرف آمادگی جسمی برای ازدواج کافی نیست و آمادگی روحی نیز اهمیت دارد، چنان‌که در تفسیر آیه ۶ نساء برخی از مفسران معتقدند که در «اذا بلغوا النکاح» کمال بلوغ جسمی و روحی مدنظر است، به‌گونه‌ای که امکان تشکیل خانواده و انجام وظایف خانوادگی برای فرد وجود داشته باشد و این واژگان تنها رساننده مفهوم احتلام نیست؛ زیرا احتلام به‌تنهایی دلیل بر رشد کامل نیست. براین اساس بحث رشد خاص نکاح مطرح شده است (طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۳، ص ۱۶)؛ از این رو در نظر گرفتن سن متفاوت بلوغ، برای نکاح سابقه فقهی دارد و برخی از فقهای سرشناس مانند آیت‌الله مکارم آن را مطرح کرده‌اند و میان فقهای امامیه این مطلب سابقه دارد که بلوغ تشریحی را منطبق با بلوغ تکوینی یا بلوغ جنسی می‌دانند و این مطلب با قرآن مجید نیز همسو و هم‌راستا است (غیائی ثانی و موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷، ص ۹۶). به‌علاوه فقهای شورای نگهبان با در نظر گرفتن مقتضیات زمانی و با توجه به اینکه بلوغ عادتاً در سنینی غیر از نه‌سالگی رخ می‌دهد، می‌توانستند مصوبه مجلس را به‌لحاظ شرعی تأیید کنند؛ اما ایشان تصمیم به پیروی از نظر مشهور فقها گرفتند و

سن ۱۳ سال مطابق مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام سن ازدواج دختران شناخته شد.

چ - سقط جنین

در نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران، به موجب مواد ۶۲۳ و ۶۲۴ کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) مصوب ۱۳۷۵/۳/۲ هرگونه سقط جنین جرم شناخته می‌شد و مرتکب، حسب‌مورد به حبس و پرداخت دیه محکوم می‌شد؛ مگر آنکه ثابت می‌شد که این اقدام برای حفظ حیات مادر بوده است. پس از آن مجلس در ۱۳۸۴/۱/۲۴ مصوبه‌ای را تقدیم شورای نگهبان کرد که به موجب آن سقط جنین درمانی مجاز شناخته می‌شد و با تشخیص قطعی سه پزشک متخصص و تأیید پزشکی قانونی مبنی بر بیماری جنین که پس از ولادت به علت عقب‌ماندگی موجب حرج والدین یا طفل می‌شود یا بیماری مادر که با تهدید جانی مادر توأم باشد قبل از ولوج روح (چهارماه) با رضایت زن و شوهر امکان سقط جنین فراهم می‌شد.

شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۸۴/۲/۱۴ سقط جنین را در مواردی که پس از ولادت به علت عقب‌ماندگی موجب حرج والدین شود، خلاف موازین شرع شناخت؛ زیرا اگر فقط طفل دچار حرج شود و والدین مصون از حرج باشند، رفع تکلیف والدین براساس این قاعده نادرست است و نمی‌توان به استناد حرج طفل، تکالیف والدین را لغو کرد (نظر شورای نگهبان درخصوص طرح سقط درمانی موجود در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان). جهت رفع ایراد شورای نگهبان، در مصوبه مورخ ۱۳۸۴/۲/۱۶ مجلس عبارت «عقب‌ماندگی» به «عقب‌افتادگی» اصلاح و عبارت «حرج والدین یا طفل» به «حرج مادر» تغییر یافت. پس از آن شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۸۴/۳/۲۵ اعلام کرد که مصوبه موردنظر مغایرتی با شرع ندارد. این قانون تا سال ۱۴۰۰ اجرایی بود و پس از آن با تصویب «قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت» نسخ شد.

در نخستین مصوبه مجلس برای تصویب «قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت» مقرر شده بود که موارد سقط درمانی مطابق دستورالعملی تعیین شود که به تصویب شورایی متشکل از سه فقیه مجتهد متجزی در فقه پزشکی به تعیین رئیس قوه قضائیه، سه نفر متخصص

مرتبط با معرفی ریاست سازمان پزشکی قانونی، و یک نفر قاضی دیوان عالی کشور به پیشنهاد رئیس قوه قضائیه برسد و رأی اکثریت شورا به انضمام نظر موافق دو نفر از فقیهان ملاک اعتبار آن دستورالعمل قرار گرفت؛ اما شورای نگهبان در تاریخ ۱۴۰۰/۲/۴ اعلام کرد که اطلاق شرعی دانستن آن دستورالعمل با رأی دو فقیه، مغایر با اصل ۴ قانون اساسی است؛ از این رو در مصوبه اصلاحی مجلس تلاش کرد تا ضوابط سقط جنین را رأساً در قانون تعیین کند.

بدین منظور سقط‌درمانی مشروط به وجود تهدید جدی برای حیات مادر یا حرج شدید و تحمل ناپذیر برای مادر در صورت وجود قطعی صددرصدی ناهنجاری جنینی درمان‌ناپذیر شد. ضمناً اعلام شد که سقط جنین منوط به شرایط زیر است: فقدان امکان جبران و جایگزینی برای حرج مادر، فقدان نشانه‌ها و امارات ولوج روح، کمتر از چهار ماه بودن سن جنین. در این مصوبه مقرر شده بود که پس از اعلام رضایت مادر، موضوع باید در کمیسیون مرکب از یک قاضی ویژه، یک پزشک متخصص متعهد و یک متخصص پزشکی قانونی بررسی شود و در نهایت، رأی قاضی ملاک عمل قرار گیرد و در هر حال رعایت اصل عدم جواز سقط در موارد مشکوک الزامی شد.

در تاریخ ۱۴۰۰/۵/۹، شورای نگهبان شرایط مربوط به تشخیص اطمینان‌بخش درباره تهدید جدی حیات مادر را مبهم توصیف کرد. مجلس شورای اسلامی در اصلاحیه دوم جهت رفع ابهام، اعلام کرد که سقط به دلیل تهدید جدی جان مادر، مشروط به عدم ولوج روح و کمتر از چهار ماه بودن سن جنین است. همچنین مقرر شد در صورتی که پس از ولوج روح، روشن شود که اگر جنین سقط نشود، مادر و جنین هر دو فوت می‌کنند و راه نجات مادر منحصر در اسقاط جنین است، سقط جنین مجاز است. در نهایت شورای نگهبان اعلام کرد این مصوبه مغایر شرع نیست.

در مقایسه‌ای بین قانون سقط‌درمانی و قانون حمایت از جوانی جمعیت و خانواده، می‌توان گفت که قانونگذار در قانون جدید با هدف حمایت از افزایش جمعیت، تمایل به سخت‌تر کردن شرایط سقط جنین داشته است. در قانون سقط‌درمانی، صرفاً نظر سه پزشک متخصص

و تأیید پزشکی قانونی برای تأیید وجود بیماری جنین یا بیماری مادر کافی بود؛ اما در قانون حمایت از جوانی جمعیت و خانواده، به‌رغم بررسی موضوع در کمیسیون مرکب از یک قاضی، یک پزشک و یک متخصص پزشکی قانونی، ملاک اعتبار رأی قاضی شناخته شده، و به وضوح بیان شده است که عدم جواز سقط در شرایط مشکوک اولویت دارد. علاوه بر این در خصوص ناهنجاری‌های جنینی نیز بر برخی مسائل در خصوص حرج مادر تأکید شده است؛ مانند عدم امکان جبران سختی و حرج بر مادر و تحمل ناپذیر بودن حرج؛ اما در یک مورد قانون حمایت از جوانی جمعیت و خانواده رویکرد منعطف‌تری را برگزیده است و آن جواز سقط جنین در موردی است که ادامه بارداری منجر به فوت هر دو (مادر و جنین) شود و نجات جان مادر بدون سقط جنین ممکن نباشد.

سقط جنین درمانی سابقه کمی در بحث‌های فقهی دارد و از جمله مسائل نوظهور و مستحدث است؛ زیرا پس از پیشرفت علم امکان بررسی مشکلات جنین مقدور شده است. بر این اساس در کتب فقهی پیشین مطلب ویژه‌ای در این خصوص وجود ندارد، جز اینکه: اولاً به عقیده تمامی فقهای امامیه سقط جنین حرام است؛ ثانیاً در صورت سقط جنین، ادای دیه الزامی است (صاحب جواهر، بی تا، ج ۴۳، ص ۳۵۶؛ خمینی، ۱۳۸۳، ج ۴، ص ۴۳۱).

به نظر برخی از فقهای معاصر، سقط جنین پس از استقرار آن در رحم مادر، در هر مرحله‌ای از رشد، اصولاً ممنوع است و ناقص‌الخلقه بودن جنین، دلیل قابل قبولی برای اقدام به سقط محسوب نمی‌شود. با این حال، اگر به‌طور قطعی مشخص شود که بیماری جنین جدی است و مراقبت از وی موجب حرج والدین خواهد شد، پیش از دمیده شدن روح، سقط آن مجاز دانسته، و پرداخت دیه جنین نیز بنابر احتیاط، واجب اعلام شده است. همچنین، اگر ادامه بارداری حیات مادر را به خطر اندازد، سقط جنین پیش از ولوج روح امکان‌پذیر است. علاوه بر این، اگر حتی پس از دمیده شدن روح مشخص شود که جان مادر و جنین هر دو در خطر است و امکان نجات جنین نیست، اما با سقط آن می‌توان جان مادر را نجات داد، سقط جنین مجاز است (خامنه‌ای، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۶۵؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۲۹۴-۲۹۶). آیت‌الله حائری

موافق این نظر است؛ اما هیچ فرضی را درباره سقط جنین بعد از ولوج روح مطرح نکرده است (۱۳۸۲، ص ۲۲۶). آیت الله فاضل لنکرانی نیز سقط جنین را به دلیل ناقص الخلقه بودن، در صورت عدم ولوج روح و اطمینان زن از عسرو حرج تحمل ناپذیر بعید نمی داند (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۵ق، ص ۴۴۷). آیت الله خوئی نیز فتوای جواز سقط جنین به دلیل بیماری مادر را با اقدام خود مادر در این خصوص، مانند خوردن دارو مجاز شناخته است. البته ایشان به یک مورد جواز سقط اشاره کرده است که فقهای دیگر آن را بیان نکرده اند و آن وقتی است که حملی به سبب تجاوز به عنف ایجاد شده باشد و ادامه بارداری موجب حرج شدید زن شود (خوئی، و تبریزی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۲۴۱). برخی از فقهای معاصر نیز مخالف سقط جنین هستند (طباطبائی حکیم، ۱۴۳۳ق، ص ۳۴۷)؛ اما می توان گفت بیشتر فقهای معاصر در سه صورت پیش گفته، سقط جنین را جایز می شمارند.

براین اساس به نظر می رسد قانون جوانی جمعیت و خانواده که شورای نگهبان و مجلس آن را تصویب کرده اند، با نظر اکثریت فقهای معاصر همخوانی دارد و نظر آیت الله خامنه ای نیز مشابه این قانون است. منتها اکثریت فقها به ادای دیه نیز اشاره کرده اند (خامنه ای، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۶۵؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۲۹۴-۲۹۶؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۵ق، ص ۴۴۷) که در قانون عنایتی به آن نشده است. باین حال، با توجه به پیچیده تر شدن شرایط سقط جنین، می توان گفت قانونگذار به سمت احتیاط بیشتر گرایش پیدا کرده است.

ح - ارث زوجه از زمین

در ماده ۹۴۶ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ بیان شده بود که زوجه صرفاً از اموال منقول و از ابنیه و اشجار (صرفاً اعیانی نه عرصه) ارث می برد. پس از گذشت سالها از اجرای این قانون، طرحی جهت اصلاح آن در مجلس ششم مورخ ۱۳۸۳/۲/۲۱ به تصویب رسید و مطابق آن مقرر شد که زوجین از تمامی اموال یکدیگر ارث ببرند؛ اما شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۸۳/۳/۹ این طرح را مغایر شرع اعلام کرد. فرایند اصلاح مصوبه جهت رفع ایراد شورای نگهبان به مجلس هشتم کشیده شد و در نهایت در ۱۳۸۷/۶/۱۱ مقرر شد که زوجه در صورت فرزنددار بودن زوج،

یک‌هشتم از عین اموال منقول و یک‌هشتم از قیمت اموال غیرمنقول اعم از عرصه و اعیان را ارث می‌برد و در صورتی که زوج هیچ فرزندی نداشته باشد، سهم زوجه یک‌چهارم از کلیه اموال به ترتیب فوق است.

در ابتدا مطابق نظر مجمع مشورتی فقهی شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۸۷/۱۱/۱۵، این مصوبه به دلیل مخالفت با نظر مراجع معاصر از جمله امام خمینی و آیات عظام گلپایگانی، خوئی، اراکی، تبریزی، فاضل، سیستانی، بهجت، زنجانی، وحید، مکارم و صافی گلپایگانی خلاف شرع قلمداد شد و اعلام نظر نهایی به نظر فقهای شورای نگهبان موکول شد. شورای نگهبان نیز پس از یک وعده مهلت خواستن، در نهایت نظر خود را در مهلت مقرر اعلام نکرد؛ در نتیجه با توجه به اصول ۹۴ و ۹۵ قانون اساسی، مصوبه مجلس منطبق با شرع تلقی شد.

علت اصلی اختلاف میان فقهای امامیه در ارث زوجه از اموال غیرمنقول، این است که به‌رغم اطلاق قرآن کریم که دلالت بر ارث بردن زنان از کل اموال شوهر خود دارد، روایات زیادی وجود دارد که به محرومیت زوجه از اموال غیرمنقول اشاره کرده است؛ اما میان این روایات اختلاف بسیاری وجود دارد و در هر کدام به مصادیق و اموال متفاوتی اشاره شده است که همین امر به برداشت‌های متفاوت فقها و فتاوی مختلف ایشان منجر شده است.

در میان فقهای امامیه تنها ابن‌جنید اسکافی معتقد به وجود تساوی میان زوج و زوجه، در ارث بردن از اموال غیرمنقول، است. او باور داشت که همه زنان اعم از اینکه از همسر خود دارای فرزند باشند یا خیر، حق ارث‌بردن از همه اموال را دارند (ابن جنید اسکافی، ۱۴۱۶ق، ص ۳۳۶). سیدمرتضی نیز فتوای منحصر به فردی دارد و اگرچه حرمان زوجه از عین رباع (عرصه خانه) را صحیح می‌داند؛ اما معتقد است که زوجه از قیمت آن ارث می‌برد و در این خصوص تفاوتی میان زن ذات‌ولد و غیر او نیست (علم‌الهدی، ۱۴۱۶ق، ص ۵۸۵). آیت‌الله خامنه‌ای نیز مشابه همین نظر را اتخاذ کرده‌اند (خامنه‌ای، بانکی پور فرد، ۱۳۹۸، ص ۸۸).

برخی از فقها به‌طور کلی زوجه را چه از همسر خود دارای فرزند باشد یا نباشد، از ارث بردن از عین و قیمت اموال غیرمنقول (رباع) محروم می‌دانند و معتقدند که او فقط از قیمت

اعیان مانند درختان و بناها ارث می‌برد. شیخ مفید از جمله این فقهاست (مفید، ۱۴۱۰ق، ص ۶۷۸). فقهای دیگر نیز تا حدودی مشابه این فتوا را صادر کرده‌اند؛ اگرچه در مصادیق اموال غیرمنقول اختلاف نظر داشته‌اند (محقق‌حلی، ۱۳۷۳، ص ۳۹۳؛ اراکی، بی‌تا، ص ۳۰۷). امام خمینی نیز مشابه همین فتوا را صادر کرد (۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۶۷).

مطابق قول مشهور میان زوجه ذات‌ولد و غیر او تفاوت وجود دارد و زوجه غیر ذات‌ولد فقط از اموال منقول و از قیمت ابنیه، آلات، نخیل و اشجار ارث می‌برد؛ اما زوجه‌ای که از همسر متوفای خود دارای فرزند است، از جمیع اموال شوهرش ارث می‌برد (عاملی غروی، بی‌تا، ج ۸، ص ۱۷۹؛ علامه‌حلی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۳۳۲؛ طوسی، ۱۳۸۸ق، ج ۴، ص ۱۲۶؛ سبحانی، بی‌تا، ص ۳۱۵). محکم‌ترین دلیل این فتوا، روایتی مقطوعه است که به عقیده شهیدثانی مستند آن صرفاً این روایت است و مابقی اخبار، با آن تخصیص زده شده است. با این همه شهیدثانی ایرادی در عقیده تفصیل نمی‌بیند؛ اما تساوی زوجه ذات‌ولد و غیر او را اقوی می‌داند (محقق حلی، شهید ثانی، ۱۳۶۹، ص ۱۴۵). صاحب جواهر روایت مقطوعه را حجت نمی‌داند و ضعف آن را نیز به دلیل عدم وجود شهرت جبران‌پذیر نمی‌داند؛ زیرا بسیاری از فقها هستند که به مسئله تفصیل قائل نیستند. کثرت روایات مطلق که به هفتاد خبر می‌رسد نیز نشان می‌دهد که نباید میان زوجه‌ای که از همسر متوفای خود دارای فرزند است، با غیر او تفاوت قائل شد (صاحب جواهر، بی‌تا، ج ۳۹، ص ۲۱۱-۲۱۲).

براساس ماده ۹۴۶ قانون مدنی، زوجه چه دارای فرزند باشد و چه نباشد، از عین اموال منقول و همچنین قیمت اموال غیرمنقول شامل عرصه و اعیان ارث می‌برد. این مصوبه با نظر آیت‌الله خامنه‌ای و سیدمرتضی همخوانی داشته، و بر همین اساس تدوین شده است. سکوت شورای نگهبان در این خصوص به معنای تأیید قطعی شرعی این مصوبه نیست؛ بلکه به دلیل انطباق آن با فتوای مقام معظم رهبری بوده است. هرچند چنین دیدگاهی در بین فقهای امامیه نادر است، تطابق آن با نظر رهبری باعث شده است تا شورای نگهبان مخالفتی با این مصوبه نداشته باشد؛ بنابراین، نمی‌توان سکوت شورای نگهبان را نشان‌دهنده اجماع یا تأیید کامل

فقه‌های معاصر در این زمینه قلمداد کرد.

یافته‌های پژوهش

تعیین فتوای واحد به‌عنوان معیار شرعی بودن مصوبات مجلس توسط شورای نگهبان، در سال‌های اخیر توجه بسیاری را جلب کرده است. در قوانین خانواده به‌دلیل افزایش مطالبات اجتماعی برای اصلاح مقررات و تنوع دیدگاه فقها در این زمینه، به این موضوع به‌صورت جدی‌تری توجه شده است. عملکرد شورای نگهبان در حوزه قوانین خانواده، عدم‌یکنواختی فتاوی متخ‌ب جهت نظارت در قانونگذاری را نشان می‌دهد. شورا براساس نظر تفسیری خود اعلام کرده که فتوای شخصی فقهای آن ملاک است؛ اما در عمل به این معیار پایبند نبوده است. تحلیل هفت مورد از قوانین خانواده، نشان‌دهنده انتخاب فتاوی متنوع به‌عنوان معیار تطبیق مصوبات مجلس با شرع است.

ازیک‌سو می‌توان ادعا کرد که این وضعیت با رویکرد انتخابی شورای نگهبان در نظریه تفسیری، همخوانی دارد؛ زیرا نشان می‌دهد معیار مشخصی برای انتخاب فتوا وجود ندارد و تصمیم‌گیری براساس نظر شخصی فقهای عضو شورای نگهبان صورت می‌گیرد که ممکن است با یکی از فتاوی موجود هماهنگ باشد؛ اما الزاماً به‌معنای پیروی از یک فتوای خاص نیست؛ ازسوی دیگر، از آنجایی که فقهای شورای نگهبان در برخی موارد به‌صراحت به نظر آیت‌الله خامنه‌ای، امام خمینی (ره) یا فتوای مشهور یا فتوای فقهای معاصر در رد مصوبات مجلس اشاره کرده‌اند، نشان می‌دهد آنان فقط بر فتوای شخصی خود تکیه نکرده، و فتاوی مختلفی را براساس شرایط و اوضاع، ملاک قرار داده‌اند.

با توجه به عملکرد شورا در این هفت مصداق می‌توان گفت هر جا که نظر آیت‌الله خامنه‌ای متفاوت از نظر دیگر فقها بوده، نظر ایشان و در غیر این صورت، نظر امام خمینی و مشهور فقها یا نظر فقهای معاصر ملاک تصمیم‌گیری قرار گرفته است؛ بنابراین می‌توان ادعا کرد که رویکرد شورا عمل بر مبنای احتیاط بوده است و صرفاً در مواردی که آیت‌الله خامنه‌ای نظر متفاوتی داشت، از طریق احتیاط فاصله گرفته است. البته روشن است که پایش عملکرد کلی

شورای نگهبان با بررسی هفت مصداق در حوزه قوانین خانواده ممکن نیست؛ اما این بررسی نشان می‌دهد که: اولاً نظریه تفسیری شورای نگهبان مبنی بر معیار بودن فتوای شخصی فقهای شورا به عنوان قاعده‌ای کلی مورد تردید است، ثانیاً این عملکرد نشان‌دهنده عدم ثبات شورا در انتخاب فتوای معیار است. این رویکرد ممکن است انتقاداتی را به همراه داشته باشد؛ زیرا عدم وجود ملاک ثابت به ابهام در تشخیص شرعی بودن قوانین منجر خواهد شد. این مسئله نه تنها مشکلاتی برای مجلس و مردم ایجاد می‌کند، بلکه قاعده ثبات در قانونگذاری را نیز زیر سؤال می‌برد؛ چراکه با پیوستن فقهای جدید به شورای نگهبان، ممکن است ملاک انتخاب فتوا تغییر کند و احتمال عمل بر اساس دیدگاه‌های شخصی بیشتر شود.

شورای نگهبان معیار ثابتی در بررسی مصوبات نداشته است؛ اما این رویکرد به معنای عمل بر مبنای مقتضیات روز جامعه تلقی نمی‌شود؛ زیرا شورای نگهبان صرفاً در مواردی که فتوای رهبری وجود داشته، از طریق احتیاط فاصله گرفته است. در حالی که بر اساس رهنمودهای امام خمینی^۱ لازم است که شورای نگهبان با دیدگاه فقه حکومتی و متناسب با پیچ‌وخم‌های اقتصادی، نظامی، اجتماعی و سیاسی تصمیم‌گیری کند. البته این مطلب به معنای ایجاد قدرت قانونگذاری برای شورای نگهبان نیست؛ بلکه منظور آن است که در مواجهه با مصوباتی که مجلس شورای اسلامی بر اساس شرایط روز جامعه ارائه می‌کند، این شورا در صورت وجود فتوای موافق میان فقهای شیعه، آن را تأیید کند و در این خصوص مقتضیات روز را در نظر بگیرد. این رویکرد انعطاف بیشتری را برای پاسخ‌گویی به نیازهای اجتماعی در این زمینه فراهم می‌آورد.

پژوهش‌های آتی با بررسی مسائل جدید جامعه و تأثیر انتخاب فتوا در برآورده شدن اهداف

۱. «تذکری پدرانه به اعضای عزیز شورای نگهبان می‌دهم که خودشان قبل از این گیرها، مصلحت نظام را در نظر بگیرند؛ چراکه یکی از مسائل مهم در دنیای پر آشوب کنونی نقش زمان و مکان در اجتهاد و نوع تصمیم‌گیری‌ها است ... این بحث‌های طلبگی مدارس که در چهارچوب تئوری‌هاست نه تنها قابل حل نیست که ما را به بن‌بست‌هایی هم می‌کشاند که منجر به نقض ظاهری قانون اساسی می‌گردد ... شما درعین‌اینکه باید تمام توان خودتان را بگذارید که خلاف شرعی صورت نگیرد و خدا آن روز را نیاورد، باید تمام سعی خودتان را بنمایید که خدای ناکرده اسلام در پیچ‌وخم‌های اقتصادی، نظامی، اجتماعی و سیاسی متهم به عدم قدرت اداره جهان نگردد» (خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۱، ص ۲۱۷).

اجتماعی می‌تواند زمینه را برای انتخاب فتوای کارآمد یا فتوای مبتنی بر مصلحت اجتماعی به‌عنوان فتوای معیار مهیا سازد. علاوه بر این توجه به تجربه دیگر کشورها در این زمینه می‌تواند راهکارهای جدیدی را آشکار کند؛ زیرا مبنای دیگر کشورهای اسلامی فقه شیعه نیست؛ اما با توجه به اینکه قانونگذاری واحد چه در میان اهل سنت و چه در میان شیعه سابقه نداشته است، می‌توان ادعا کرد که این امر از جمله امور تجربی است و از این حیث می‌توان از تجربه آن‌ها در انتخاب مبنای واحد برای قانونگذاری در مواردی که میان فقها اختلاف نظر وجود دارد، استفاده کرد؛ هر چند بدیهی است صرفاً در صورت تأیید آن روش در فقه شیعه می‌توان شیوه پیشنهادی را به کار گرفت.

منابع

- ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۵ق). *المفنع*. قم: پیام امام‌هادی (ع).
- ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد (۱۴۱۶ق). *مجموعه فتاوی ابن جنید (علی پناه اشتهاردی، محقق)*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ارسطا، محمدجواد (۱۳۹۸). *فتوای معیار در قانونگذاری*. فقه حکومتی، ۴(۷)، ص ۵۵-۸۱.
- ارسطا، محمدجواد (۱۳۹۸ و ۱۳۹۹). *بررسی کارآمدی فتوا در قانونگذاری*. *مطالعات فقه معاصر*، ۵(۹۸)، ص ۱۶۳-۱۹۰.
- تبریزی، جواد (۱۳۸۵). *استفتائات*. قم: سرور.
- جهانگیری، محسن؛ بنایی خیرآبادی، محمد علی (۱۴۰۰). «فتوای معیار در قانونگذاری؛ انطباق با مصالح الزامی». *آموزه‌های فقه مدنی*، ۱۳(۲۳)، ص ۹۱-۱۱۸. Doi: 10.30513/cjd.2021.1123.1216
- حائری، کاظم (۱۳۸۲). *الفتاوی الممتحبه*. قم: دار التفسیر.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). *تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیه السلام) لإحياء التراث.
- حسینی سیستانی، علی (۱۳۹۳). *توضیح المسائل*. قم: بی‌نا.
- حسینی سیستانی، علی (۱۴۱۵ق). *منهاج الصالحین*. قم: مکتب آیه الله العظمی السید السیستانی.
- حیدری، عبدالله؛ ارسطا، محمدجواد؛ علی اکبریان، حسنعلی (۱۴۰۲). «نظریه تخیر در انتخاب فتاوا در مقام قانونگذاری». *دانش حقوق عمومی*، ۱۲(۲)، ص ۱-۲۸. DOI: 10.22034/qjplk.2022.938.1093
- حیدری، وحید؛ اصغری شورستانی، محمدرضا (۱۴۰۲). «مرجحات اتخاذ فتوای ولی فقیه به‌عنوان فتوای معیار

در تقنین، با تأکید بر نظرات شورای نگهبان». پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۲۴(۲)، ص ۳۸۵-۴۰۶.

Doi: 10.30497/law.2023.244070.3344

- خامنه‌ای، علی (۱۳۹۵). احکام پزشکی. تهران: انتشارات انقلاب اسلامی.
- خامنه‌ای، علی (۱۴۲۰ق). *أجوبة الإستفتاءات*. لبنان: الدار الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع.
- خامنه‌ای، علی (بی تا). *أجوبة الإستفتاءات*. تهران: دار الکتب الإسلامية.
- خامنه‌ای، علی؛ و بانکی پور فرد، امیرحسین (۱۳۹۸). جایگاه و مسائل زنان در فرهنگ اسلام و تجدد. تهران: انتشارات انقلاب اسلامی.
- خانجانی موقر، حسن (۱۳۸۵). *قانون اساسی در آیینۀ انظار*. تهران: دانشجو.
- خمینی، روح‌الله (۱۳۸۳). *تحریر الوسیله*. محمد قاضی‌زاده و علی اسلامی (مترجم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- خمینی، روح‌الله (۱۳۸۹). *صحیفه نور*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس.
- خوئی، ابوالقاسم؛ تبریزی، جواد (۱۴۲۷ق). *فقه المؤمنات من صراط النجاة*. قم: دار الصدیقه الشهیده.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۳). لغت نامه. تهران: روزنه.
- روحانی، محمد صادق (۱۳۸۳). *استفتاءات*. قم: حدیث دل.
- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۸۹). *استفتاءات*. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- سبحانی تبریزی، جعفر (بی تا). *نظام الإرث فی الشریعه الإسلامیه الغراء* (رضا پیغمبریور کاشانی، مقرر). قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- شهرکانی، ابراهیم اسماعیل (۱۴۳۰ق). *معجم المصطلحات الفقهیه*. قم: ذوی القربی.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*. بیروت: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر (بی تا). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- طباطبائی حکیم، محمد سعید (۱۴۳۳ق). *الفتاوی*. قم: دار الهلال.
- طباطبائی کربلائی، علی بن محمد علی (۱۴۰۴ق). *ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام باللائل*. قم: مؤسسه آل‌البيت علیهم السلام لإحياء التراث.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۷۲). *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*. تهران: انتشارات ناصر خسرو.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۶۳). *الاستبصار فیما اختلف من الأخبار*. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). *کتاب الخلاف*. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الإمامیه*. قم: مکتبه المرتضویه.

طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق). *النهاية في مجرد الفقه والفتاوى*. بيروت: دار الكتب العربي.
عاملی غروی، جواد بن محمد (بی تا). *مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة*. بيروت: دار احیاء التراث العربی.
علاسوند، فریبا (۱۳۹۴). معیار ترجیح فتوا به عنوان میزان شرعی در قانونگذاری با تطبیق بر قوانین خانواده.
مطالعات اسلامی زنان و خانواده، ۲۱(۲)، ص ۷-۲۲.

علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). *قواعد الأحكام*. قم: مؤسسه انتشارات اسلامی.
علم‌الهدی، علی بن حسین (۱۴۱۶ق). *الانتصار في إفرادات الإمامية*. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
علوی گرگانی، محمدعلی (۱۳۸۴). *أجوبة المسائل*. قم: دفتر آیت الله علوی گرگانی.

غیاثی ثانی، اعظم و موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۸۷). «سن ازدواج دختران در مبانی حقوق اسلامی».
فقه و حقوق خانواده، ۱۳(۴۸)، ص ۹۱-۱۰۵.
Doi: 10.30497/flj.2008.67994

فارسیان، محمدرضا (۱۴۰۲). «آسیب شناسی و بررسی وضع مطلوب نظارت شرعی با تأملی در اعتبار فتاوی
شرعی فقهای شورای نگهبان». *مجلس و راهبرد*، ۳۰(۱۱۴)، ص ۸۵-۱۰۹.

Doi: 10.22034/mr.2022.5003.4820
فاضل لنکرانی، محمدجواد (۱۳۸۹). *تلقیح مصنوعی*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.

فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۴۲۵ق). *جامع المسائل*. بی جا: یاران.
کاظمی، زهره (۱۳۹۳). جایگاه مصلحت در اولویت حضانت مادر. *فقه و حقوق خانواده*، ۱۹(۶۱)، ص ۵-۱۸.
کیایی، عبدالله (۱۳۸۷). *قانون مدنی و فتاوی امام خمینی ره*. تهران: سمت.

Doi: 10.30497/flj.2014.49260
محقق حلی، جعفر بن حسن؛ شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۳۶۹). *ارث* (ابوالحسن محمدی، مترجم).
تهران: مرکز نشر دانشگاهی.

محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۴). *بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
محقق داماد، مصطفی؛ قنواتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، حسن؛ عبدی پورفرد، ابراهیم (۱۳۸۹). *حقوق قراردادهای
در فقه امامیه*. تهران: سمت.

مرعشی شوشتری، محمد حسن (۱۴۲۷ق). *دیدگاه‌های نو در حقوق*. تهران: میزان.
مروج، حسین (۱۳۷۸). *اصطلاحات فقهی*. قم: بخشایش.

مطهری، مرتضی (۱۳۹۰). *مجموعه آثار*، ج ۱۹: *نظام حقوق زن در اسلام*. تهران: صدرا.
معلوف، لوئیس (۱۳۷۱). *المنجد في اللغة*. قم: اسماعیلیان.

مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۰ق). *المقنعة*. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق). *احکام بانوان*. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق). استفتاءات جدید. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۰). بحوث فقهیه هامة. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۳). حیلہ های شرعی و چاره جویی های صحیح. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۴). مشکلات مهم تلقیح مصنوعی. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
منتظری، حسینعلی (۱۳۸۴). استفتاءات. تهران: سایه.
موسوی رکنی، علی اصغر (۱۳۸۰). «نگرشی فقهی اصولی بر جرم و مجازات». فصلنامه علمی پژوهشی مدرس،
(۴)، ص ۱۰۵-۱۲۴.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۳۷۱). جامع الشتات. تهران: کیهان.
نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵ق). مستند الشیعه فی احکام الشریعه. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.
نقیبی، ابوالقاسم (۱۳۸۷). «استقلال دختر در ازدواج و آراء مربوط به آن». فقه و حقوق خانواده، ۱۳(۴۹)، ص ۸۶-
Doi: 10.30497/flj.2009.67927 ۱۰۶

هدایت‌نیا، فرج‌اله (۱۳۸۷). شورای نگهبان، پرسش‌ها و پاسخ‌ها. تهران: کانون اندیشه جوان.
یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم (۱۴۲۳ق). العروة الوثقی. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
نظرات شورای نگهبان در خصوص مصوبات مجلس در زمینه سامانه جامع نظرات شورای نگهبان در پایگاه
اینترنتی: <http://nazarat.shora-rc.ir/Forms/frmMosavabat.A.spx>
<https://bahjat.ir>