

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

دوفصلنامه علمی

## فقه و حقوق خانواده

دانشگاه امام صادق (علیه السلام)، پردیس خاوران

سال بیست و هشتم - پاییز و زمستان ۱۴۰۲ - شماره ۷۹

دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده در آخرین ارزیابی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری حائز امتیاز "الف" شده است.

دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده در پایگاه‌های زیر نمایه می‌شود:

الف: پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC): [www.isc.gov.ir](http://www.isc.gov.ir)  
ب: نظام نمایه‌سازی مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری (ایران ژورنال): [www.ricest.ac.ir](http://www.ricest.ac.ir)  
ج: اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی: [www.sid.ir](http://www.sid.ir)  
د: پایگاه مجلات تخصصی مجلات نور: [www.noormags.ir](http://www.noormags.ir)  
و: کاشنگر ویژه اسناد علمی: [scholar.google.com](http://scholar.google.com)  
ه: پایگاه سیویلیکا: [civilica.com](http://civilica.com)

با توجه به راه‌اندازی سامانه ویژه دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده به نشانی <http://flj.isu.ac.ir> ضروری است که علاقه‌مندان جهت هرگونه ارتباط با این مجله صرفاً از طریق سامانه مزبور اقدام کرده، موارد مربوط را پیگیری نمایند. مقالاتی که به روش دیگر ارسال شود، قابل پیگیری نخواهد بود.

تهران - شهرک قدس - بلوار شهید فرحزادی - خیابان شهید طاهرخانی دانشگاه امام صادق (علیه السلام) پردیس خاوران

تلفن ۴-۲۲۰۹۴۹۰۱ - شماره ۲۲۰۶۵۴۳۷ صندوق پستی ۱۱۱-۱۴۶۵۵

Email: [flj@isuw.ac.ir](mailto:flj@isuw.ac.ir); [flj@isu.ac.ir](mailto:flj@isu.ac.ir)

Website: [flj.isu.ac.ir](http://flj.isu.ac.ir)

[www.isuw.ac.ir](http://www.isuw.ac.ir) [www.ricest.ac.ir](http://www.ricest.ac.ir) [www.isc.gov.ir](http://www.isc.gov.ir) [www.sid.ir](http://www.sid.ir)

## دوفصلنامه علمی

### فقه و حقوق خانواده

شماره ۷۹ / سال بیست و هشتم / پاییز و زمستان ۱۴۰۲

صاحب امتیاز: دانشگاه امام صادق (ع) - پردیس خواهران

مدیر مسئول: دکتر صدیقه مهدوی کنی

سردبیر: دکتر عباس کریمی

دبیر و مدیر داخلی این شماره: دکتر مریم‌السادات محقق داماد

هیئت تحریریه (به ترتیب رتبه علمی و حروف الفبا)

محمدعلی اردبیلی / استاد گروه جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی

گودرز افتخار جهرمی / استاد گروه حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی

عباس کریمی / استاد گروه حقوق خصوصی دانشگاه تهران

سید مصطفی محقق احمدآبادی / استاد گروه حقوق اسلامی دانشگاه شهید بهشتی

حسین مهرپور محمدآبادی / استاد گروه حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی

حسین میرمحمدصادقی / استاد گروه جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی

فریبا حاجیعلی / دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه الزهراء (س)

سید محمد حسینی / دانشیار گروه حقوق دانشگاه تهران

فائزه عظیم‌زاده اردبیلی / دانشیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق (ع)

علی‌اکبر فرحزادی / دانشیار گروه حقوق اسلامی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری

محمدعلی قانع / دانشیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق (ع)

هیئت تحریریه بین‌المللی

ناهدة جلیل عبدالحسن سلمان العالی / استاذ قسم الفقه واصوله فی کلیة العلوم السلامیة / جامعة کربلا .

حسین علی الحاج حسن / استاذ کلیة الآداب و العلوم الانسانیة جامعة اللبنانیة

بلاسم عزیز شیبب علوش الزاملی الموسوی / استاذ الفقه / جامعة الکوفة

منتخب هیئت داوران (به ترتیب حروف الفبا)

دکتر مهرزاد ابدالی، دکتر زهرا بابازاده، دکتر کبری پورعبدالله، دکتر لیلا ثمنی، دکتر زهره خانی، دکتر محمدهادی ساعی، دکتر عاطفه ذبیحی، دکتر محمود عباسی،

دکتر عاطفه عباسی کلیمانی، دکتر فائزه عظیم‌زاده اردبیلی، دکتر اعظم غیاثی ثانی، دکتر مهری قاسمی، دکتر زهرا لامع، دکتر مریم‌السادات محقق داماد، دکتر

زینب محمدزاده، دکتر بشری محمدی فرد، دکتر محبوبه ملکی، دکتر صدیقه مهدوی کنی، دکتر رقیه‌السادات مؤمن، دکتر المیرا تقی‌زاده، دکتر زهرا یوسفی.

مدیر اجرایی: الهه حاجیان حیدری

ویراستار ادبی: محمداسماعیل دهقان طررجانی

ویراستار ترجمه چکیده مقالات به زبان انگلیسی: دکتر انسیه باقری

مسئولیت صحت و سقم مطالب بر عهده نویسنده یا نویسندگان است.

دوفصلنامه حق رد یا قبول و ویراستاری مقالات را برای خود محفوظ می‌دارد.

دریافت نسخ چاپی منوط به پرداخت وجه از سوی نویسندگان می‌باشد.

Email: flj@isuw.ac.ir; flj@isu.ac.ir

Website: flj.isu.ac.ir

www.isuw.ac.ir www.ricest.ac.ir www.isc.gov.ir www.sid.ir

## راهنمای نگارش مقالات

۱. مقالات دربردارنده پژوهش‌های مسئله‌محور، مقایسه‌ای و میان‌رشته‌ای در گستره فقه و حقوق خانواده و در پاسخ‌گویی به شبهات، چالش‌ها و نیازهای موجود در این گستره باشد.
۲. مطالب به‌صورت ابتکاری، مستدل، به‌روز و با استفاده از منابع اصیل و معتبر و با رعایت اصول نگارشی تألیف گردد.
۳. زبان نشریه فارسی است و نقل‌قول‌های داخل متن باید به زبان فارسی بیاید؛ مگر آنکه صورت یک عبارت در زبان دیگر موضوعیت داشته باشد.
۴. چکیده‌های فارسی و انگلیسی ۲۰۰ تا ۳۰۰ واژه شامل بیان مسئله و مهم‌ترین یافته‌های پژوهش و همراه با واژگان کلیدی (حداکثر ۷ واژه) حداکثر در یک صفحه A4 باشد.
۵. عناوین اصلی و فرعی مقاله مرتبط با موضوع و دارای ارتباط منطقی با یکدیگر باشد.
۶. ارجاعات مقاله پس از نقل‌قول یا مطلب استفاده‌شده، درون متن و داخل پرانتز به‌صورت زیر بیاید:  
(نام خانوادگی مؤلف، سال نشر، شماره جلد، صفحه)  
۷. توضیحات تکمیلی در صورت لزوم در پاورقی بیاید.
۸. فهرست منابع در پایان مقاله به‌صورت الفبایی و به ترتیب زیر تنظیم گردد:  
کتاب: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال نشر). عنوان کتاب. مترجم. محل نشر: ناشر، نوبت چاپ.  
مقاله مندرج در مجلات، مجموعه مقالات و دایره‌المعارف‌ها: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال نشر).  
«عنوان مقاله». نام نشریه، شماره چاپ.
۹. ترجمه انگلیسی و عربی عنوان مقاله، چکیده و واژگان کلیدی همراه مقاله ارسال شود (در صورت عدم ارسال هزینه ترجمه دریافت خواهد شد).
۱۰. حجم مقاله با احتساب تمامی بخش‌های آن، حداقل ۱۵ صفحه و حداکثر ۲۰ صفحه ۳۰۰ کلمه‌ای باشد و در محیط WORD 2003، با قلم ۱۲ BYAGUT حروف‌چینی گردد (اطلاعات تکمیلی در سامانه نشریه، راهنمای نویسندگان قابل دسترسی است).
۱۱. ارسال آخرین مدرک تحصیلی، خلاصه‌ای از سوابق علمی، پژوهشی، حکم استخدامی، نشانی و شماره تلفن نویسنده یا نویسندگان مقاله نیز الزامی است.
۱۲. مقاله ارسالی نباید هم‌زمان به نشریات دیگر فرستاده شده باشد.
۱۳. مقالات دانشجویان دوره دکتری با همراهی استاد دارای رتبه علمی درج خواهد شد.

## فهرست

- ۵..... **■ امکان سنجی توارث نوه‌ها بعد از فوت ابوبن آنها در صورت وجود بطن اول**  
شیرین شاهی / دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی  
سحر کریمی / استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی  
سیدحامد حسین حسینی / استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه شاهد
- ۱۱۰۳..... **■ دیدگاه علامه طباطبایی در معنای «معروف» و تأثیر آن بر قلمرو قاعده معاشرت به معروف و تفسیر ماده ۱۱۰۳**  
قانون مدنی.....  
سعيد سيدحسينی / استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه شاهد
- ۵۳..... **■ تأثیر تحول ساختار قدرت در خانواده بر حقوق زوجه**  
فرزانه شمیعی‌زاده / دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خانواده دانشگاه امام صادق<sup>(ع)</sup>  
کبری پور عبدالله / استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق<sup>(ع)</sup>  
مریم السادات محقق داماد / استادیار گروه حقوق دانشگاه امام صادق<sup>(ع)</sup>
- ۸۳..... **■ کار کودک در نظام حقوق خانواده ایران از منظر ایجابی و سلبی**  
عاطفه عباسی کلیمانی / استادیار گروه حقوق دانشگاه امام صادق<sup>(ع)</sup>  
فاطمه عباسیان آرانی / دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خانواده دانشگاه امام صادق<sup>(ع)</sup>  
محمدحسین شهبازی / دانشجوی دکتری علوم قرآن و حدیث دانشگاه امام صادق<sup>(ع)</sup>
- ۱۰۹..... **■ بازپژوهی دیدگاه‌های سه‌گانه فقها در ماهیت عقد نکاح و تأثیر دیدگاه‌ها در مسایل باب نکاح**  
منصور امیرزاده جیرگلی / استادیار گروه آموزشی فقه و مبانی حقوق اسلامی واحد تربت حیدریه دانشگاه آزاد اسلامی
- ۱۳۹..... **■ مرجحات غیرمنصوص و کاربرد آن در حقوق خانواده**  
خدیجه مرادی / استادیار گروه حقوق دانشگاه رازی  
عائمه قاسم زاده / پژوهشگر دوره پسداکتري دانشگاه مازندران
- ۱۵۷..... **■ تبیین و بازخوانی اقوال و ادله فقهای اهل سنت در حکم جراحی ترمیم پرده بکارت**  
سیده عاطفه ابراهیمی / دانش‌آموخته کارشناسی ارشد فقه شافعی دانشگاه کردستان  
سهیلا رستمی / دانشیار گروه فقه شافعی دانشگاه کردستان  
فرزاد پارسا / دانشیار گروه فقه شافعی دانشگاه کردستان
- ۱۸۹..... **■ ارائه راه‌حلی برای تبیین حقوق جنسی بانوان بر اساس رویکردهای حقوقی و اخلاقی**  
مریم قوجانی خامنه / دانش‌آموخته سطح ۴ تفسیر تطبیقی مؤسسه آموزش عالی حوزوی معصومیه  
محمدرضا سالاری فر / دانشیار گروه خانواده پژوهشگاه حوزه و دانشگاه
- ۲۱۳..... **■ بررسی تأثیر عارضه بارداری بر احکام جزایی مادران باردار در فقه و حقوق اسلامی**  
فراست محمدی بلبان آباد / دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فنی و حرفه‌ای دختران سنندج
- ۲۳۹..... **■ نهاد خانواده در پرتو اصالت اجتماع**  
سیدابوالقاسم نقیعی / استاد گروه فقه و حقوق دانشگاه شهید مطهری  
معصومه شهریاری / دانشجوی دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق<sup>(ع)</sup>
- ۲۶۷..... **■ مناقشات فقهی تشکیل بانک اسپرم**  
محمد حسین رحمتی / سطح چهار فقه خانواده حوزه علمیه قم  
نرجس نظری نوله / دانش‌آموخته کارشناسی ارشد فیزیولوژی جانوری دانشگاه آزاد اسلامی
- ۲۹۵..... **■ بررسی حقوق مالی زن و مرد در پرتو فقه پویا**  
خلیل‌اله احمدوند / استادیار گروه الهیات دانشگاه رازی  
لیلا آزادمنش / دانش‌آموخته کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه رازی
- 5..... **■ ترجمه چکیده مقالات به زبان انگلیسی**

## امکان سنجی توارث نوه‌ها بعد از فوت ابوبین آنها در صورت وجود بطن اول

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۲۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۳/۲۶

شیرین شاهی<sup>۱</sup>

سحر کریمی<sup>۲\*</sup>

سید حامد حسین حسینی<sup>۳</sup>

DOI: 10.30497/FLJ.2023.244283.1891



### چکیده

موضوع ارث نوه‌ها در صورت فوت ابوبین و وجود بطن اول، از مواردی است که علی‌رغم اهمیت بالای آن، به‌ویژه در جلوگیری از ایجاد مشکلات خانوادگی و مالی، مورد غفلت قانون‌گذار قرار گرفته است. در حال حاضر، بر اساس قاعده‌الاقرب، زمانی که فردی زودتر از والدین خود فوت نماید، در صورتی که هنگام فوت وی، هریک از خواهر یا برادر او زنده باشند، فرزندان او از ارث پدری یا مادری محروم خواهند ماند. سؤالی که مطرح می‌شود، این است که با توجه به اینکه فقه امامیه برای توارث نوادگان، قائل به قائم‌مقامی است، آیا می‌توان گفت که این امر در صورت وجود بطن اول نیز ممکن است. با بررسی و تأمل در آیات و روایات و منابع فقهی، روشن شد که هیچ‌یک از مواردی که به نظر می‌رسید با فرض قائم‌مقامی نوه به‌جای پدر یا مادر متوفی خود در صورت وجود بطن اول، معارض باشند، در واقع تعارضی ندارند و می‌توان این قائم‌مقامی را برای نوه در این حالت نیز در نظر گرفت. همچنین در رفع تعارض با قاعده‌الاقرب باید گفت که اعمال قاعده‌الاقرب بر اساس قاعده‌الاولویت دارد. در نتیجه می‌توان با اولویت بخشیدن بر اعمال قاعده‌الاقرب نسبت به قاعده‌الاقرب، ابتدا نوه‌ها را قائم‌مقام پدر یا مادر متوفی خودشان قرار داده، سپس بر اساس قاعده‌الاقرب، به ارث‌بری این نوه‌ها در کنار سایر فرزندان متوفی، یعنی بطن اول، حکم کرد.

### کلیدواژه‌ها

ارث، نوه، قائم‌مقامی، اولاد، قاعده‌الاقرب، اجماع.

shirinshahi.7173@gmail.com

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران.

karimi\_sahar@khu.ac.ir

۲. نویسنده مسئول) استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران.

sh.hosseini@chmail.ir

۳. استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه شاهد، تهران، ایران.

## مقدمه

مسأله ارث که در نظام حقوقی ما مبتنی بر فقه است، از اهمیت بالایی برخوردار بوده و قواعد آن از نظام خاصی پیروی می‌کند که در هیچ‌یک از عقود و ایقاعات دیده نمی‌شود. برای تحقق ارث، باید شرایطی از جمله موت مورث، وجود وارث و وجود ترکه موجود باشد تا قواعد ارث جاری شود. وارث در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران، به دو دسته نسبی و سببی تقسیم می‌شود. وارث سببی شامل زوجیت و ولاء (عتق، ضمان جریره و امامت) است و وارث نسبی را عموماً در سه طبقه به این ترتیب جای می‌دهند: طبقه اول: پدر و مادر و اولاد (هرچه پایین‌تر رود)؛ طبقه دوم: جد و جده (هرچه بالاتر رود)، خواهر و برادر و فرزندانشان (هرچه پایین‌تر رود)؛ طبقه سوم: اعمام و احوال و فرزندانشان (هرچه پایین‌تر رود). قاعده‌ای که بر این طبقات حاکم است، قاعده اقرب می‌باشد؛ به این معنی که با وجود هر یک از افراد طبقه قبل، نوبت به طبقات بعدی و دورتر نمی‌رسد. جایگاه نوه‌ها در این طبقات در طبقه اول است و لفظ اولاد و هرچه پایین‌تر، نوه‌ها را نیز در بر می‌گیرد. در نظام حقوقی ایران بر اساس فقه امامیه، مطابق مواد ۹۱۰ تا ۹۱۲ قانون مدنی، اولاد اولاد تنها در صورتی که اولاد بلاواسطه وجود نداشته باشد، جزء وارث حساب می‌شوند. با این حال، درباره این مسئله که اگر یکی از اولاد صلبی زودتر از پدرش فوت کند و در عین حال، فرزند هم داشته باشد و سایر اولاد صلبی هم زنده باشند، تکلیف ارث بردن نوه‌ها (فرزندان اولاد صلبی که فوت شده است) از پدر بزرگ چگونه خواهد بود، صحبتی نشده و در عمل در این موارد، نوه‌ها از ارث پدر بزرگ محروم خواهند ماند. موضوع اخیر موجب بروز مشکلاتی در جامعه گردیده است که بعضاً با وصیت به نفع نوه‌ها هم حل‌شدنی نیست. در راستای یافتن راه‌حلی برای موضوع اخیر، در سایر کشورها روش‌های مختلفی به کار گرفته شده و برای مثال، در نظام حقوقی افغانستان که مبتنی بر مبانی شرع اسلام است، راه‌حل این موضوع با عنوان وصیت اجباری به نفع نوه‌ها در نظر گرفته شده است؛<sup>۱</sup> اما در حقوق ایران، راه‌حلی در این رابطه

وجود ندارد. در این پژوهش با بررسی متون فقهی و آیات و روایات وارده در این موضوع، به امکان سنجی توارث نوه‌ها بعد از فوت ابویین و در صورت وجود بطن اول پرداخته می‌شود. در این راستا، ابتدا مفهوم نوه و جایگاه آن به‌عنوان اولاد، مطالعه شده است (مبحث نخست) و سپس با طرح شیوه‌های مطرح در رابطه با توارث نوادگان در صورت فوت ابویین، شیوه قابل اعمال مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

### ۱. مفهوم و دایره شمول نوه و اولاد

در راستای رسیدن به اهداف پژوهش، مبحث حاضر ابتدا مفهوم نوه و همچنین اولاد را بررسی کرده است تا روشن شود چه کسانی در زمره واژگان فوق قرار می‌گیرند و پس از بیان این مفاهیم و تبیین واژه اولاد از منظر قرآن و فقه، جایگاه نوه به‌عنوان اولاد تبیین خواهد شد.

#### ۱.۱. مفهوم نوه و اولاد

در زبان فارسی، از واژه «نوه» برای بیان بطن بعدی پس از فرزندان استفاده می‌شود. این در حالی است که در ادبیات عرب، چنین تقسیم‌بندی‌ای وجود ندارد و به‌طور کلی، واژه اولاد به کار می‌رود. این امر در قانون مدنی ایران نیز انعکاس داشته و قانون‌گذار از لفظ «اولاد اولاد» استفاده کرده است. با توجه به این امر و از آنجا که فقه امامیه منبع قوانین فعلی می‌باشد، ابتدا لازم است مفاهیم نوه (الف) و اولاد (ب) به تفصیل بررسی شوند که بند حاضر به این موضوع اختصاص یافته است.

#### ۱.۱.۱. مفهوم نوه

۱. ماده ۲۱۸۲ قانون مدنی افغانستان: هرگاه متوفی برای فرع ولد خود، که در زندگی او فوت شده یا با متوفی یکجا حقیقتاً یا حکماً وفات نموده باشد، به مثل آنچه ولد مذکور اگر در وقت مرگ او زنده می‌بود، در متروکه او مستحق

میراث می‌گردید، وصیت نکرده باشد، برای فرع مذکور در ترکه به اندازه استحقاق ارث مذکور در حدود ثلث ترکه وصیت واجب می‌گردد، مشروط بر اینکه فرع غیروارث بوده و متوفی در حیات خود، بلاعوض به او مالی را طریق تصرف دیگری به اندازه حصه واجبه نداده باشد و در صورتی که مال را به او اعطا کرده باشد، مگر از اندازه واجبه کمتر باشد به اندازه که حصه مذکور را تکمیل نماید به طریق وصیت واجبه مستحق می‌گردد.

نوه به معنای فرزندِ فرزند یا فرزندزاده می‌باشد (معین، ۱۳۸۴، ص ۱۰۹۹). این معنا تنها بطن بعدی از فرزندان بلاواسطه را شامل می‌شود و برای بطن‌های بعدی عناوین دیگری همچون نتیجه، نیره و ... به کار می‌رود.

### ۱.۱.۲. مفهوم اولاد

واژه اولاد جمع ولد و به معنای فرزندان است. این واژه به صورت مطلق و بدون وجود قرینه‌ای در کنار آن، شامل جمیع فرزندان می‌شود و امکان تفکیک بدون قرینه میان اولاد طبقه اول یا طبقات بعدی وجود ندارد. در احکام ارث، در طبقه اول از وراثت در کنار پدر و مادر، اولاد و هرچه پایین‌تر برای توارث وجود دارند. جهت روشن شدن اینکه اولاد به چه کسانی اطلاق می‌شود، ابتدا به بررسی آیاتی از قرآن پرداخته می‌شود.

### الف. اولاد از منظر قرآن

این واژه در آیات قرآن، هم به صورت مفرد (ولد) و هم به صورت جمع آمده است و در غالب موارد، حتی در جایی که از این واژه به صورت مفرد استفاده شده، منظور تمامی طبقات اولاد (اعم از ولد بلاواسطه یا باواسطه) است. اما برای دستیابی قطعی به این مفهوم که از منظر قرآن، اولاد به چه کسانی اطلاق می‌شود، باید علاوه بر آیات الاحکام ارث، آیات مرتبط دیگر با اولاد نیز بررسی شود. آیه ۱۱ سوره نساء<sup>۱</sup> بیانگر کیفیت توارث اولاد است؛ بدین نحو که هر یک پسر به اندازه سهم دو دختر ارث می‌برد. واژه اولاد در این آیه، به صورت عام و مطلق آمده است و شامل اولاد باواسطه و بی‌واسطه می‌شود. همچنین در انتهای این آیه، بیان شده است که میزان ارث پدر و مادر متوفی به وجود فرزند برای وی بستگی دارد.<sup>۲</sup> چنانچه فرزند داشته باشد، سهم هریک از آنها یک‌ششم و چنانچه فرزند نداشته باشد، کیفیت آن به نحو دیگری است. واژه ولد در این آیه فقط فرزند بلاواسطه را شامل نشده و منظور هر ولدی اعم از صلبی یا غیر صلبی است؛ زیرا کیفیت توارث ابویان در کنار نوه‌ها مانند کیفیت توارث آنها در کنار اولاد صلبی می‌باشد.

۱. یُوصِيكُمُ اللّٰهُ فِيْ اَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْاُنثٰى.

۲. ... فَاِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَتْهُ اَبَوَاهُ ...



همچنین از آنجا که واژه اولاد شامل فرزندان ذکور و اناث است، در آیه ۲۳ سوره نساء و آیه ۳۱ سوره نور، احکامی بیان شده که هم اولاد باواسطه و هم اولاد صلبی را در بر می‌گیرد. در آیه ۳۱ سوره نور که به زنان مؤمن توصیه‌هایی مبنی بر آشکار نساختن زینت خود جز برای افراد خاص می‌کند، از واژه «ابنائهن» استفاده می‌نماید و به دلیل صدق عرفی واژه ولد بر ولد و آیه فوق مشمول پسر پسر و پسر دختر هم می‌شود. همچنین در آیه ۲۳ سوره نساء که خداوند در این آیه می‌فرماید: این اشخاص بر شما حرام هستند که از جمله آنها «بناتکم» است و بر این اساس، دختران و دختر دختر و دختر پسر، همگی شامل این حکم می‌شوند. آنچه از این آیات برداشت می‌شود، این است که لفظ اولاد عام بوده و شامل ولد و ولد نیز می‌شود و همچنین احکامی که بر اولاد بار می‌شود، نوه را هم در بر می‌گیرد. در حقیقت، به نظر می‌رسد که از منظر قرآن، احکام ولد و ولد با ولد تفاوت چندانی ندارد.

#### ب. نظرات فقها در خصوص مفهوم اولاد

در خصوص مفهوم اولاد و این مطلب که اولاد به چه کسانی اطلاق می‌شود، میان فقها اختلاف نظر است. برخی قائل‌اند که اسم ولد حتی بر ولد دختر و ولد پسر هم دلالت می‌نماید و دلایلی چون آیه ۱۱ سوره نساء را بیان می‌کنند. بر این اساس، ولد پسر و ولد دختر و هرچه پایین‌تر مشمول اسم ولد بوده و کاربرد اسم ولد برای آنها حقیقی است. دلیل دیگر آیه ۲۳ سوره نساء و اجماع بر این موضوع است که بر اساس این آیه، دختران اولاد و هرچه پایین‌تر بر شما حرام هستند. علاوه بر این، ایشان به مفاد آیه ۳۱ سوره نور و اجماع بر این مطلب که نوادگان پیامبر (امام حسن<sup>(ع)</sup> و امام حسین<sup>(ع)</sup>) را به نام فرزندان رسول خدا<sup>(ص)</sup> می‌خوانند، اشاره می‌کنند (شریف مرتضی، ۱۴۰۵ق، ص ۲۶۴؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ص ۲۴۰).

در مقابل، برخی دیگر به‌رغم صحیح دانستن استدلال‌های فوق، بر این باورند که در باب ارث، لفظ اولاد تنها شامل اولاد بلاواسطه می‌شود. در واقع به این دلیل که در اینجا ادله خاص وجود دارد، عمومیت موارد مذکور مانند آیه ۱۱ سوره نساء را تخصیص می‌زند و در نهایت، خاص بر عام مقدم می‌شود (عاملی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۰۵). همچنین بر این مبنا معتقدند که منظور از اولاد در این آیه، اولاد صلبی است و نوه‌ها را شامل نمی‌شود و اولاد اولاد جایگزین اولاد

هستند (صدوق قمی، ۱۴۱۸ق، ص ۳۳۱؛ مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۶۸۸). ادله خاصی که ایشان به آن استناد می‌کنند، دو روایت<sup>۱</sup> صحیح با یک مفهوم است که به نظر می‌رسد دلالت این ادله بر این موضوع دشوار باشد؛ چرا که این روایات در مقام بیان اصل ارث اولاد اولاد است (فیض کاشانی، بی تا، ص ۳۲۲) و موردی را بیان می‌کند که وارث منفرد و یکی باشد که کل مال برای اوست. در این صورت، این روایات منافاتی با نظر اول ندارد (عاملی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۰۶؛ سبزواری، ۱۴۲۳ق، ص ۸۲۷).

در رابطه با آیه «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ»، گروهی به وجود اجماعی در خصوص صدق واژه اولاد تنها بر اولاد بلاواسطه در آیه مذکور قائل هستند که شیخ مرتضی با آوردن این مطلب، با این استدلال مخالفت کرده است و آن را ناشی از اشتباه در تفسیر می‌داند (شریف مرتضی، ۱۴۰۵ق، ص ۲۶۱ و ۲۶۲). بنابراین علاوه بر اینکه چنین اجماعی به فرض وجود نیز، به جهت منقول بودن، دارای حجیت نیست، اساساً به سبب وجود مخالفانی از جمله خود سید مرتضی با آن موضوع، باید گفت که اجماعی تشکیل نشده است. در مقابل، گروهی بر این عقیده‌اند که لفظ اولاد در آیه فوق، شامل نوه‌ها و هرچه پایین تر می‌شود و در نتیجه، در تقسیم میراث میان نوه‌ها، همان‌طور که برای اولاد بر اساس حکم آیه «لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ» است، در خصوص اولاد اولاد هم، همین حکم جاری است (همان‌جا). بنابراین استعمال واژه اولاد بر نوه‌ها حقیقی بوده و به صواب نزدیک‌تر است و در نتیجه، با توجه به آیه «لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ» باید در کنار اولاد، برای نوه‌ها نیز ارث در نظر گرفته شود.

علاوه بر این، اگر از این نظر که اولاد شامل اولاد باواسطه هم می‌شود، عدول شود، در حقیقت، از آیه قرآن بدون دلیل صرف‌نظر شده است که در این خصوص، نه سنت قطعی و نه اجماعی وجود دارد. روایات این باب هم خلاف این نظر را مبنی بر اینکه ولد و ولد، ولد حقیقی

۱. عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الْأَوَّلِ (ع) قَالَ: بَنَاتُ الْأَبْنَةِ يُقَمَّنَنَّ مَقَامَ الْبَنَاتِ - إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ بَنَاتٌ وَلَا وَارِثٌ غَيْرُهُنَّ - وَبَنَاتُ الْأَبْنِ يُقَمَّنَنَّ مَقَامَ الْأَبْنِ - إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ أَوْلَادٌ وَلَا وَارِثٌ غَيْرُهُنَّ. وَعَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: بَنَاتُ الْأَبْنَةِ يُقَمَّنَنَّ مَقَامَ الْأَبْنَةِ - إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ بَنَاتٌ وَلَا وَارِثٌ غَيْرُهُنَّ - وَبَنَاتُ الْأَبْنِ يُقَمَّنَنَّ مَقَامَ الْأَبْنِ - إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ وَلَا وَارِثٌ غَيْرُهُنَّ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۱۶).

است، ثابت نمی‌کند و اینکه کسانی که در مقابل هستند، تعدادشان زیاد است، دلیل و حجت تلقی نمی‌شود و چه بسا دلیل با کسانی باشد که تعدادشان قلیل است؛ چرا که حجت قول امام است و به همین خاطر است که نزد امامیه، اجماعی حجت و دلیل است که قول مخالفی با آن وجود نداشته باشد که اگر چنین باشد، دیگر صحت اجماع قطعی نیست و در این مسئله، به دلیل نیاز است (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ص ۲۴۰).

### ج. نظر مختار در خصوص مفهوم اولاد

با توجه به آنچه بیان شد، چنین به نظر می‌رسد که لفظ اولاد دلالت عرفی بر اولاد با واسطه (نوه‌ها) دارد و ایشان را نیز در بر می‌گیرد. عموم آیه «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ» تخصیص نخورده و با توجه به احکامی که در آیات قرآن بر اولاد بار شده است و این احکام بر دختران و پسران و هرچه پایین‌تر جاری است و با در نظر داشتن این نکته که ادله خاصی که مطرح شده، بر این موضوع دلالت ندارد، چنین به نظر می‌رسد که اولاد اولاد، اولاد حقیقی هستند و منظور از واژه اولاد، مطلق اولاد است.

### ۱.۲. جایگاه نوه به‌عنوان اولاد

در خصوص اینکه اصولاً نوه به‌عنوان اولاد چه جایگاهی دارد، باید به بحث ولی قهری به‌عنوان پدر پرداخته شود و این موضوع که بعد از فوت پدر، ولی قهری (پدربزرگ) چه وظایفی دارد و این رابطه به چه صورت خواهد بود، بررسی شود. هرچند این نکته در ولایت ناشی از تفاوت نقش پدر و مادر است، تبیین نقش پدر و در عرض بودن آن با نقش جد پدری، به روشن شدن جایگاه نوه به‌عنوان اولاد منجر می‌شود. ولایت به معنای عام، سلطه‌ای است که شخص بر مال و جان دیگری پیدا می‌کند و شامل ولایت پدر و جد پدری و پیامبر و حاکم نیز می‌شود. اما این ولایت در روابط خانوادگی، به معنای اقتداری است که قانون‌گذار به‌منظور اداره کردن امور مالی و گاه تربیت کودک به پدر یا جد پدری اعطا کرده است. این ولایت که اصطلاحاً به آن ولایت قهری (اجباری) گفته می‌شود، در قانون مدنی در مواد ۱۱۸۰ تا ۱۱۹۴ آمده است.

در فقه امامیه، اصطلاح ولایت قهری به کار نرفته و از انواع ولایت (از جمله ولایت پدر، ولایت جد پدری، ولایت وصی، ولایت حاکم و ولایت عدول مؤمنین)، به تفصیل سخن گفته‌اند و گاهی تصریح کرده‌اند که ولایت پدر و جد پدری «ولایت اجباری» است (صفایی، ۱۳۹۳، ص ۴۱۴). در قانون مدنی، جد نیز با پدر در ولایت شریک است و هریک از این دو، به‌طور مستقل می‌تواند به نمایندگی صغیر، دربارهٔ اموال او تصمیم بگیرد؛ اما امروزه در عرف تا زمانی که پدر زنده است، اصولاً جد پدری دخالتی در امور صغیر نمی‌کند (کاتوزیان، ۱۳۹۶، ص ۳۵۵). لذا اگرچه این حق امروزه در عرف اعمال نمی‌شود، دلیلی بر عدم آن نیست و این موضوع که در حیات پدر، هریک از جد پدری و پدر می‌تواند به‌صورت مستقل اعمال نمایندگی کنند، نشان‌دهندهٔ نزدیک بودن این حقوق به یکدیگر و یکسان بودن رابطهٔ آنان است. به‌علاوه، اینکه حدود اختیارات آنان نیز یکسان است و از اختیارات گسترده‌ای برخوردارند و تنها محدودیت آن عدم رعایت غبطهٔ مولیٰ علیه است، مؤید دیگری برای یکسانی این دو رابطه می‌باشد.

از جمله موارد دیگری که می‌توان برای تأیید جایگاه نوه به‌عنوان اولاد به آن اشاره کرد، بحث اذن ولی قهری برای ازدواج است. در صورتی که پدر دختر فوت شده باشد، برای ازدواج دختر نیاز به اذن پدر بزرگ است که در فقدان پدر، اذن پدر بزرگ کفایت می‌کند. بنابراین تمام وظایف یک پدر (اعم از ادارهٔ اموال فرزند، نگهداری و تربیت او و سایر موارد) بعد از او به پدر بزرگ منتقل می‌شود. لذا این موضوعات می‌تواند بیان‌کنندهٔ این نظر باشد که نوه به‌نوعی اولاد محسوب می‌شود که این مسئله در صورتی که ابوین نوه فوت شده باشند، پررنگ‌تر خواهد شد. بنابراین می‌توان گفت در جایی که شارع مقدس به ولایت قهری اشاره می‌کند، تفاوتی بین فرزند و نوه برای پدر و جد پدری قائل نشده و گویا این دو را در مقامی یکسان در نظر گرفته است.

## ۲. شیوه‌های مطرح در رابطه با توارث نوادگان در صورت فوت ابوین

عبارات فقها در خصوص ارث اولاد اولاد، غالباً با این عنوان مطرح می‌شود که اولاد اولاد در صورت نبودن ابوین، جایگزین آنها می‌شوند. در حقیقت، تمام فقها بر این عقیده‌اند که بعد از بطن اول که اولاد بلاواسطه‌اند، اولاد اولاد جایگزین آنها می‌شوند؛ اما در اینکه نحوهٔ ارث بردن

آنها به چه صورت است و اصولاً با چه کسانی ارث می‌برند، اختلاف دارند. در این قسمت، ابتدا قواعد کلی موجود در توارث نوادگان در عبارات فقها تبیین می‌شود و سپس به بررسی وراثت هم‌عرض با نوه‌ها پرداخته می‌شود.

### ۲.۱. بررسی کلی قواعد موجود در توارث نوادگان در صورت فوت ابویین

نظرات فقها درباره کیفیت و چگونگی ارث بردن نوه‌ها متفاوت است. ریشه این اختلاف هم به تعبیر آنها از مفهوم اولاد برمی‌گردد. همان‌طور که بیان شد، برخی از فقها قائل‌اند که اولاد شامل اولاد باواسطه هم می‌شوند و برخی دیگر واژه اولاد را فقط درباره اولاد صلبی صادق می‌دانند. بر همین مبنا دو شیوه برای توارث نوه‌ها مطرح شده است: ۱. قائم‌مقامی؛ ۲. به‌عنوان ولد حقیقی.

### الف. توارث نوادگان به‌عنوان قائم‌مقام فرزندان

طبق اتفاق نظری که وجود دارد، اولاد اولاد جایگزین پدرانشان می‌شوند و تقسیم فرایض آنها مانند تقسیم فرایض پدرانشان است (مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۶۸۸). شیخ طوسی (۱۴۰۰ق، ص ۶۳۴) در *النهایه* چنین آورده است: «ولد ولد در صورتی که ولد صلبی وجود نداشته باشد، جایگزین ولد می‌شود و هر کدام جایگزین کسی می‌شود که به‌واسطه او به میت می‌رسد. اگر وراثت میت یک پسر دختر و یک دختر پسر باشند، برای دختر پسر، دو ثلث و برای پسر دختر، یک ثلث است. اگر وراثت شامل فرزندان پسر و فرزندان دختر (چه مؤنث و چه مذکر) باشند، برای فرزندان پسر، دو ثلث و سهم مذکر دو برابر مؤنث و برای فرزندان دختر، یک ثلث که طبق نظر برخی مذکر و مؤنث با هم مساوی هستند؛ اما بر اساس نظر من اینان هم طبق *«لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى»* تقسیم می‌کنند». در واقع بر اساس این شیوه، فرزند پسر جایگزین پسر می‌شود، چه این فرزند مؤنث باشد و چه مذکر، و فرزند دختر جایگزین دختر می‌شود، چه دختر و چه پسر باشد و مال بینشان به‌صورت مذکر دو برابر مؤنث تقسیم می‌شود. به عبارت دیگر، فرزندان نصیب کسی را می‌برند که به‌واسطه او به متوفی می‌رسند. در واقع، بر اساس آنچه از فقها ذکر شده است، نظر مشهور این است که اولاد اولاد قائم‌مقام آباء خود می‌شوند (سبزواری، ۱۴۲۳ق، ص ۸۲۵).

دلایلی که این گروه از فقها به آن استدلال می‌کنند، دو روایت صحیح<sup>۱</sup> است. مفاد این روایات چنین است: زمانی که میت اولادی نداشته باشد و وارث به غیر از آنها نباشد، دختران دختر جایگزین دختر و دختران پسر جایگزین پسر می‌شوند (عاملی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۰۵). به عبارت دیگر، ایشان بیان می‌دارند که با توجه به این روایات، ولد و قائم‌مقام ولد است و به قائم‌مقامی از پدران خود، سهم کسی را که اگر زنده بود، ارث می‌برد، به ارث می‌برد. در دلالت این روایات، برخی اشکال کرده‌اند که روایات بیانگر اصل ارث اولاد اولاد است نه کیفیت توارث آنها (به نقل از عاملی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۰۵). همچنین بیان می‌کنند که این دو روایت در مطلوب غیر صریح است و ممکن است در آنها وارث یک دختر تنها یا یک پسر تنها باشد (سبزواری، ۱۴۲۳ق، ص ۸۲۷). به این معنی که متوفی فقط یک دختر دارد که آن دختر فرزندان دارد و اکنون هم نیست؛ در این صورت، وارث فقط دختران دختر یا پسران دختر هستند و دیگر این حالت دلالتی بر نظر قائم‌مقامی ندارد. تمام این فروض بستگی به تفسیر «لا وارث غیرهن» در روایات مطرح شده دارد که در این مورد، اختلاف است که بدان پرداخته خواهد شد.

در پاسخ به اشکالی که این روایات را در بیان اصل ارث می‌دانست، چنین بیان می‌شود: آنچه دلالت بر این نظر دارد، تنزیل این مقام برای اولاد، هم در اصل ارث و هم در کیفیت ارث است؛ چرا که اگر غیر از این بود، به یک جمله مختصر، مانند اینکه اولاد اولاد همانند اولاد ارث می‌برند، کفایت می‌شد؛ در حالی که در روایات وارده مشاهده می‌شود که چنین نیست و به تفصیل بیان شده است؛ از جمله آنهاست: «بَنَاتُ الْأَبْنَةِ يَرِثُنَّ»<sup>۲</sup> که در اینجا سخن اختصاصی درباره دختران پسر است و در روایت دیگر<sup>۳</sup> بیان می‌دارد که پسر پسر در مقام پدرش است.

۱. عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الْأَوَّلِ (ع) قَالَ: بَنَاتُ الْأَبْنَةِ يَقُومَنَّ مَقَامَ الْبَنَاتِ - إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ بَنَاتٌ وَلَا وَارِثٌ غَيْرُهُنَّ - وَبَنَاتُ الْأَبْنِ يَقُومَنَّ مَقَامَ الْأَبْنِ - إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ أَوْلَادٌ وَلَا وَارِثٌ غَيْرُهُنَّ. وَعَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: بَنَاتُ الْأَبْنَةِ يَقُومَنَّ مَقَامَ الْأَبْنَةِ - إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ بَنَاتٌ وَلَا وَارِثٌ غَيْرُهُنَّ - وَبَنَاتُ الْأَبْنِ يَقُومَنَّ مَقَامَ الْأَبْنِ - إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ وَلَا وَارِثٌ غَيْرُهُنَّ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۱۶).

۲. عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: بَنَاتُ الْأَبْنَةِ يَرِثُنَّ إِذَا لَمْ يَكُنْ بَنَاتٌ كُنَّ مَكَانَ الْبَنَاتِ (طوسی، ۱۳۹۰، ص ۱۶۶).

۳. عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: ابْنُ الْأَبْنِ يَقُومُ مَقَامَ أَبِيهِ (کلینی، ۱۴۲۹ق، ص ۵۴۷).

همچنین روایت دیگر<sup>۱</sup> که بیان می‌دارد: دختران دختر جایگزین دختر و دختران پسر جایگزین پسر می‌شوند. آخرین روایتی هم که به صورت واضح این جایگزینی را بیان می‌کند، از امام باقر (ع) و امام صادق (ع) نقل شده و عبارت است از: «و كَانَ وَلَدُ الْوَلَدِ ذَكَوْرًا أَوْ إِنَاثًا فَآنَهُمْ بِمَنْزِلَةِ الْوَلَدِ، وَ وُلْدُ الْبَنِيْنَ بِمَنْزِلَةِ الْبَنِيْنَ يَرْتُوْنَ مِيْرَاثَ الْبَنِيْنَ، وَ وُلْدُ الْبَنَاتِ بِمَنْزِلَةِ الْبَنَاتِ يَرْتُوْنَ مِيْرَاثَ الْبَنَاتِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ص ۱۳۲). در نهایت، بیان این جزئیات شایسته نیست مگر اینکه هدف، تنزیل در اصل ارث و کیفیت آن با هم باشد (سبحانی، ۱۴۱۵ق، ص ۱۸۵).

با این اوصاف، شاید بتوان پذیرفت که بر اساس روایت دیگر (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ص ۱۳۲) غیر از دو روایت صحیح که بیان شد، اولاد اولاد به منزله اولاد هستند و قائم مقام آنها هم در اصل ارث و هم در کیفیت آن می‌شوند. اما دلالت دو روایت صحیح که عموم فقها به آن استناد می‌کنند، در این خصوص مشکل است.

#### ب. توارث نوادگان به عنوان ولد حقیقی

در مقابل نظر قائم مقامی اولاد اولاد، برخی دیگر از فقها با توجه به این نکته که اولاد اولاد را اولاد حقیقی می‌دانند، در توارث آنها هم به این نظر معتقدند که بعد از بطن اول اولاد، بطن دوم به عنوان ولد ارث می‌برند نه به عنوان قائم مقام کسانی که به واسطه آنها به متوفی می‌رسند. سید مرتضی این نظر را مطرح کرده و کسانی مانند ابن ادریس و معین‌الدین مصری با او هم عقیده هستند. عمده استدلال این گروه همان دلایلی است که در خصوص مفهوم اولاد بیان شد و به طور خلاصه چنین آورده‌اند: «مستند آنها این است که اینها اولاد حقیقی می‌باشند و در عموم آیه **يُوصِيكُمُ اللّٰهُ فِيْ اَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْاُنثٰى** داخل می‌شوند. مفاد آیه ۲۳ سوره نساء و ۳۱ سوره نور هم مؤید این مطلب است. علاوه بر این، اجماع وجود دارد بر اینکه همان‌طور که ولدِ حاجبِ زوجه و ابویین از بردن فرض اعلی می‌شود، ولد و ولد هم همین‌طور است.

۱. عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الْأَوَّلِ (ع) قَالَ: بَنَاتُ الْأَبْنَةِ يَقْمُنُ مَقَامَ الْبَنَاتِ - إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ بَنَاتٌ وَلَا وَارِثٌ غَيْرُهُنَّ - وَبَنَاتُ الْأَبْنِ يَقْمُنُ مَقَامَ الْأَبْنِ - إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ أَوْلَادٌ وَلَا وَارِثٌ غَيْرُهُنَّ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۱۶).

بنابراین ولد و ولد نیز مصداق ولد است و چطور در یکجا قائلیم که طبق للذکر مثل حظ الانثیین، می‌برند و در جای دیگر، قائلیم که سهم آبائشان را می‌برند؟» (شریف مرتضی، ۱۴۰۵ق، ص ۲۶۱؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ص ۲۳۸).

لذا بر مبنای این نظر، نباید تفاوتی میان اولاد و اولاد اولاد باشد و همگی داخل در عموم آیه «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ» هستند. شهید ثانی در مقابل این دلایل می‌گوید: «این توجیهاات برای اولاد حقیقی بودن خوب است؛ اما شواهدی نیز وجود دارد که فرزندان دختر، فرزند واقعی نیستند؛ زیرا این امر در زبان و عرف ثابت شده است و بر اساس صحت سلب که نشانه مجاز است، این دلیل آخر دلالت بر این دارد که لفظ اولاد بر فرزندان پسر مجاز است؛ چرا که شخص زمانی که می‌گوید این فرزندم نیست و فرزند فرزندم است، این طور به ذهن متبادر می‌شود که اطلاق ولد تنها بر ولد صلبی است و تنها در این صورت، حقیقت است و در غیر آن مجاز است» (عاملی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۲۶). برخی دیگر هم پذیرفته‌اند که اینها اولاد حقیقی هستند، اما در ارث بردن مانند اولاد صلبی ارث نمی‌برند (فاضل آبی، ۱۴۱۷ق، ص ۴۴۸). در نهایت، با توجه به تمام دلایل مطرح شده به نظرمی‌رسد که اولاد اولاد در حکم اولاد حقیقی می‌باشند؛ اما قواعد حاکم بر ارث بردن آنها متفاوت خواهد بود.

### ج. توارث نوادگان به عنوان وراث هم‌عرض

در خصوص اینکه نوه‌ها با چه کسانی جزء وراث محسوب می‌شوند، میان فقها اختلاف نظر است. بنابر عموماً و اینکه اولاد اولاد مانند ولد حقیقی هستند، باید قائل شد که نوه‌ها با همان کسانی ارث می‌برند که اولاد صلبی با آنها ارث می‌برند (مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۶۸۸)؛ در واقع این نظر مشهور امامیه است. به عبارت دیگر، نوه‌ها با زوج یا زوجه و پدر و مادر متوفی ارث می‌برند. اما برخی از فقها در این خصوص، نظرات متفاوتی دارند. شیخ صدوق در این باره معتقد است که ولد و ولد با ابویین ارث نمی‌برد (صدوق قمی، ۱۴۱۸ق، ص ۳۳۱) و ابویین حاجب نوه‌ها می‌شوند. اهل سنت هم مانند امامیه، ولد و ولد را مانند ولد صلبی می‌دانند؛ مگر در حالتی



که ولد ولد، و ولد دختر باشد (سبحانی، ۱۴۱۵ق، ص ۱۷۹). در واقع، ریشه اختلاف به نحوه تفسیر این دو روایت است. این دو روایت عبارت‌اند از:

- عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الْأَوَّلِ (ع) قَالَ: بَنَاتُ الْأَبْنَةِ يَقْمَنَ مَقَامَ الْبَنَاتِ - إِذَا كَمَ يَكُنُ لِلْمَيِّتِ بَنَاتٌ وَلَا وَاثِرٌ غَيْرُهُنَّ - وَبَنَاتُ الْأَبْنِ يَقْمَنَ مَقَامَ الْأَبْنِ - إِذَا كَمَ يَكُنُ لِلْمَيِّتِ أَوْلَادٌ وَلَا وَاثِرٌ غَيْرُهُنَّ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۱۶).

- عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: بَنَاتُ الْأَبْنَةِ يَقْمَنَ مَقَامَ الْأَبْنَةِ - إِذَا كَمَ يَكُنُ لِلْمَيِّتِ بَنَاتٌ وَلَا وَاثِرٌ غَيْرُهُنَّ - وَبَنَاتُ الْأَبْنِ يَقْمَنَ مَقَامَ الْأَبْنِ - إِذَا كَمَ يَكُنُ لِلْمَيِّتِ وُلْدٌ وَلَا وَاثِرٌ غَيْرُهُنَّ (همان‌جا).

به این دو صحیح در موارد متعددی، فقها استناد کرده‌اند؛ اما آنچه سبب تفاوت نظرات می‌شود، مفهوم «لا وارث غیرهن» است. بعضی از فقها قائل‌اند که منظور از لا وارث غیرهن، پدر و مادر متوفی است و بر همین مبنا می‌گویند ولد و ولد با ابویین در ارث شریک نمی‌شوند و در صورتی که والدان نباشند، نوه‌ها ارث می‌برند و ابویین را اقرب از نوه‌ها می‌دانند (صدوق قمی، ۱۴۰۹ق، ص ۱۴۶). برخی دیگر از فقها بر این باورند که منظور از لا وارث غیرهن، فقط فرزندان صلبی است و نوه‌ها به همراه پدر و مادر میت ارث می‌برند (به نقل از کلینی، ۱۴۲۹ق، ص ۵۴۸). فیض کاشانی در کتاب الوافی بیان می‌دارد که «لا وارث غیرهن» هم شامل فرزندان و هم پدر و مادر میت می‌شود (فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ص ۷۹۰). در معنای «لا» در عبارت «لا وارث غیرهن» برخی می‌گویند این احتمال وجود دارد که «لا» در عبارت لا وارث غیرهن، «لا»ی نفی جنس باشد نه «لا»ی تأکید برای جمله قبل که اولاد را شامل شود و به این معنی است که هیچ وارثی وجود نداشته باشد یا حتی ممکن است به این معنی باشد که بنات‌الابنه یا بنات‌الابن اگر وارث دیگری (اولاد و ابویین) نباشد، کل مال را به ارث می‌برند و دیگر شراکتی وجود ندارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ص ۱۲۱).

در مجموع، با توجه به ادله بیان‌شده و سیاق روایات، این‌طور به نظر می‌رسد که منظور از «لا وارث غیرهن» این معنی است که هیچ وارثی وجود نداشته باشد و برای تأکید جمله قبل نیست. بر اساس این تعبیر، این روایات در مقام بیان این مطلب است که اگر وراثتی غیر از

بنات‌الابنه و بنات‌الابن وجود نداشته باشند و فقط اینان باشند، اینان وارث محسوب می‌شوند. به عبارت دیگر، بیانگر وارث بودن ایشان به صورت منفرد است. همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، برخی از فقها نیز چنین نظری داشتند (عاملی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۰۶؛ سبزواری، ۱۴۲۳ق، ص ۸۲۷). لذا این‌طور به نظر می‌رسد که این دو روایت بیانگر این است: زمانی که هیچ وارثی نباشد و تنها بنات‌الابنه باشند یا تنها بنات‌الابن باشند، آنها وارث محسوب می‌شوند. حتی می‌توان چنین گفت که لا وارث غیرهن به معنای اینکه هیچ وارثی غیر از آنها نباشد، است و مرجع ضمیر «هن» بنات‌الابن و بنات‌الابنه می‌باشد که در این صورت، مؤید این نظر خواهد بود.

## ۲.۲. بررسی اختصاصی نظریه قائم‌مقامی نوه‌ها در صورت فوت ابوبین و وجود بطن اول

قائم‌مقامی عبارت است از اینکه اگر جایگاه ارثی از وجود وارث و عنوان ارثی به علتی خالی باشد، وارث دیگر که با این جایگاه ارتباط نزدیک دارد، جایگزین شده، از سهم‌الارث و حقوق و درجه آن بهره‌مند می‌گردد. بنابراین سیستم قائم‌مقامی در جایی قابلیت اجرا دارد که وارث نزدیک‌تری به متوفی در همان درجه وجود نداشته باشد (مصلحی عراقی، ۱۳۸۴، ص ۸۳).  
 قاعده قائم‌مقامی (یا قاعده تنزیل) که برگرفته از حدیث «كُلُّ ذِي رَحْمٍ بِمَنْزِلَةِ الرَّحْمِ الَّذِي يُجْرَأُ بِهِ أَلَّا أَنْ يَكُونَ وَأَرْتًا أَقْرَبُ مِنْهُ...» است به این معناست که هر صاحب قرابتی که مع‌الواسطه خویشاوند است و زیر عنوان قانونی معینی (مانند پدر، مادر و زوج و ...) ارث نمی‌برد، به قائم‌مقامی وارث بلاواسطه‌ای که تحت عنوان خاص قانونی خود، ارث می‌برد، ارث خواهد برد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص ۱۸۹). در این باره که قاعده قائم‌مقامی برگرفته از حدیثی است که بیان شد، برخی از فقها قائل‌اند که این دست از روایات صرفاً برای اولاد اعمام و احوال و اولاد اخوه است که برای آنها فرض مشخصی در نظر گرفته نشده است (شریف مرتضی، ۱۴۰۵ق، ص ۲۶۲) و برای تعیین نحوه توارث آنها از این گونه احادیث استفاده می‌شود. با این حال، نکته‌ای که وجود دارد این است که حتی اگر پذیرفته شود که این دست از روایات قاعده قائم‌مقامی را اثبات نمی‌کنند، روایتی<sup>۱</sup> که به‌طور صریح بیان می‌دارد که فرزندان

۱. وَوَلَدُ الْبَنِينِ بِمَنْزِلَةِ الْبَنِينِ يَرْتُونَ مِيرَاثَ الْبَنِينِ وَوَلَدُ الْبَنَاتِ بِمَنْزِلَةِ الْبَنَاتِ يَرْتُونَ مِيرَاثَ الْبَنَاتِ.

پسر به منزله پسر، ارث او را می‌برند و فرزندان دختر به منزله دختر، ارث او را می‌برند، می‌تواند بیانگر قاعده قائم‌مقامی یا تنزیل باشد. ممکن است این نوع قائم‌مقامی که سید مرتضی بیان کرده است، در این روایات، مربوط به اولاد اعمام و احوال و اخوه باشد؛ چرا که برای آنها فرضی در نظر گرفته نشده است، با این قائم‌مقامی نوادگان در طبقه اول که برگرفته از روایتی دیگر است، متفاوت باشد که این تفاوت در قواعد حاکم بر آن نوع قائم‌مقامی آشکار می‌شود. البته در خصوص این قاعده، برخی از حقوق‌دانان معتقدند این که قائم‌مقامی فرزندان از نسلی که در صورت حیات وارث به حساب می‌آیند، مبتنی بر فرض وجود آن نسل واسطه است، قاعده‌ای است که در هر سه طبقه اعمال می‌شود و آن را نباید استثنائی بر اصل تقدم وارث نزدیک‌تر و محروم ماندن خویشان دورتر شمرد و یا از فروع حجب دانست (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۷۰). لذا این دسته از حقوق‌دانان قائل‌اند که این قائم‌مقامی در هر سه طبقه اعمال می‌شود. به نوعی بیان می‌شود که این قائم‌مقامی در هر سه طبقه ممکن است، اما به دلیل تفاوت منشأ و سایر شرایط خاص طبقه اول، احکام این قائم‌مقامی‌ها با یکدیگر متفاوت است.

این قاعده امروزه در تمامی طبقات، به این نحو اعمال می‌شود که اگر نسل واسطه، همگی نباشند، فرزندان آنها به قائم‌مقامی نسل قبل ارث می‌برند و اگر شخصی اقرب به میت باشد، آنها را از ارث محروم می‌کند. این موضوع در ماده ۸۹۹ قانون مدنی و سایر طبقات هم تأکید شده است. بنابراین اگر پدری دو فرزند داشته باشد و هریک از این فرزندان هم دارای فرزند باشند، سپس یکی از این دو فرزند (طبقه اول) فوت کند و دیگری زنده باشد، فرزندان آن ولدی که فوت شده است، حق ارث بردن از پدر بزرگ خود را ندارند. این موضوع به یک دغدغه و مشکل بدل شده است که جای خالی راه‌حل آن در قانون ما به چشم می‌خورد.

در این باره، برخی حقوق‌دانان بر این باورند: «این وضعی که در قانون ما وجود دارد، موافق با قاعده تقدم خویشان نزدیک است و از نظر منطقی ترجیح دارد، ولی داوری دل آن را نمی‌پذیرد و عادلانه نمی‌بیند که نواده‌ها بدین جرم ناکرده که پدرشان زودتر از پدر بزرگ مرده است، از میراث او محروم بمانند» (همان، ص ۷۲). در سایر کشورها مانند قوانین مدنی فرانسه، در تعریف قائم‌مقامی چنین آمده است: «فرض قانونی است که به موجب آن، گروهی از

خویشان جانشین حقوق ارثی نسل واسطه خود با متوفی قرار می‌گیرند» و نسل قبلی مانع جانشینی آنان نمی‌شود. برای حل این مسئله در کشورهای دیگر، موضوع وصیت اجباری مطرح شده است که آن هم اشکالات خود را خصوصاً در مرحله اجرا خواهد داشت (انتظاری نجف‌آبادی و قیاسی، ۱۳۹۷، ص ۲۲۷).

در نهایت، به نظر می‌رسد قاعده قائم‌مقامی که در فقه برای طبقه اول خصوصاً برای اولاد و هرچه پایین‌تر مطرح می‌شود، برگرفته از آن حدیث معمول نیست؛ چرا که اگر نوادگان به عنوان ولد حقیقی در نظر گرفته شوند، نوه‌ها داخل در وراثی می‌شوند که تحت عنوان قانونی معینی ارث می‌برند (اولاد) و از شمول این قاعده (که بنابر نظر برخی از فقها، مخصوص اولاد اعمام و احوال و اخوه می‌باشد)، مستثنی می‌شوند و دیگر جایگاهی برای این قاعده در طبقه اول باقی نمی‌ماند؛ اما همان‌طور که بیان شد، روایتی دیگر به‌طور صریح، این تزیل را تبیین می‌کند.

با این اوصاف، برای دستیابی به این مطلب که آیا امکان قائم‌مقامی نوه‌ها در صورت فوت ابوبین و وجود بطن اول هست یا خیر، باید مواردی که به نظر می‌رسد معارض با قائم‌مقامی نوه‌ها در این فرض باشد، تبیین و بررسی شود. لذا مواردی که لازم است در این مقال بررسی شود، عبارت است از: روایات، اجماع، قاعده الاقرب.

### الف. روایات

در خصوص روایات، تلاش شده است که تمامی روایاتی که در بحث توارث نوه‌ها وجود دارد، بررسی شود. بدین منظور، پس از غور در این روایات، مشخص شد که یافته‌ها حاکی از آن است که در هیچ‌یک از روایات این باب، روایتی مبنی بر اینکه نوه‌ای که پدر یا مادرش فوت کرده است، نمی‌تواند سهمی از ارث پدربزرگ یا مادربزرگ داشته باشد، دیده نشد. به عبارت دیگر، می‌توان گفت که منعی برای این امر در روایات فوق نیامده است و به عبارتی، می‌توان در صورتی که باقی دلایل به امکان چنین امری دلالت نمایند، این امر را ممکن دانست. همچنین می‌توان روایات را در پنج بخش جای داد:

۱. روایاتی که بیان می‌دارد در صورتی که برای میت فرزندی نباشد و وارثی غیر از نوه‌ها وجود نداشته باشد، نوه‌ها جایگزین پدران و مادرانشان می‌شوند؛ به عبارت دیگر اگر وارثان فقط نوه‌ها

باشند، آنها جایگزین آباء خود می‌شوند.

- عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الْأُولَى (ع) قَالَ: بَنَاتُ الْأَبْنَةِ يَقُومْنَ مَقَامَ الْبَنَاتِ إِذَا كُنَّ يَكُنَّ لِلْمَيِّتِ بَنَاتٌ وَلَا وَارِثٌ غَيْرُهُنَّ وَبَنَاتُ الْأَبْنِ يَقُومْنَ مَقَامَ الْأَبْنِ إِذَا كُنَّ يَكُنَّ لِلْمَيِّتِ أَوْلَادٌ وَلَا وَارِثٌ غَيْرُهُنَّ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۱۶).
- عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: بَنَاتُ الْأَبْنَةِ يَقُومْنَ مَقَامَ الْأَبْنَةِ إِذَا كُنَّ يَكُنَّ لِلْمَيِّتِ بَنَاتٌ وَلَا وَارِثٌ غَيْرُهُنَّ وَبَنَاتُ الْأَبْنِ يَقُومْنَ مَقَامَ الْأَبْنِ إِذَا كُنَّ يَكُنَّ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ وَلَا وَارِثٌ غَيْرُهُنَّ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۱۶).
- عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: أَبْنُ الْأَبْنِ إِذَا كُنَّ يَكُنَّ مِنْ صُلْبِ الرَّجُلِ أَحَدًا قَامَ مَقَامَ الْأَبْنِ - قَالَ وَأَبْنَةُ الْأَبْنَةِ - إِذَا كُنَّ يَكُنَّ مِنْ صُلْبِ الرَّجُلِ أَحَدًا قَامَتْ مَقَامَ الْأَبْنَةِ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ص ۱۱۲).
- عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: بَنَاتُ الْأَبْنَةِ يَرِثْنَ إِذَا كُنَّ يَكُنَّ بَنَاتٌ تُكُنَّ مَكَانَ الْبَنَاتِ (همان، ص ۱۱۰).

۲. روایاتی که بیان می‌دارد نوه‌ها جایگزین پدر یا مادرانشان می‌شوند، بدون اینکه سخنی از وارثان دیگر (خصوصاً فرزندان بلاواسطه) به میان آورد.

- عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: أَبْنُ الْأَبْنِ يَقُومُ مَقَامَ أَبِيهِ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۱۷).
- عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَجَّاجِ قَالَ: بَنَاتُ الْأَبْنِ يَرِثْنَ مَعَ الْبَنَاتِ (همان، ص ۳۱۸).

۳. روایاتی که در خصوص نحوه ارث پدر و مادر متوفی و نوه‌ها در صورتی که با هم باشند، بیان شده است.

- عَنْ أَبِي الْحَسَنِ مُوسَى (ع) قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ بَنَاتِ الْأَبْنَةِ وَجَدْتُ فَقَالَ لِلْجَدِّ السُّدُسُ وَالْبَاقِي لِبَنَاتِ الْأَبْنَةِ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ص ۱۱۳).

۴. روایاتی که در آن درباره میزان قرابت نوه‌های دختری و پسری صحبت به میان آمده است.

- عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَجَّاجِ قَالَ: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (ع) بِنْتُ الْأَبْنِ أَقْرَبُ مِنْ أَبْنِ الْأَبْنَةِ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص ۳۱۸).

- عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ أَبِي نَصْرٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ (ع) عَنْ ابْنِ بِنْتٍ وَبِنْتِ ابْنٍ قَالَ إِنَّ عَلِيًّا كَانَ لَا يَأْلُو أَنْ يُعْطِيَ الْمِيرَاثَ الْأَقْرَبَ قَالَ قُلْتُ: فَأَيُّهُمَا أَقْرَبُ قَالَ ابْنَةُ الْإِبْنِ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ص ۱۱۳).

۵. دسته‌ای دیگر از روایات هستند که فقها از آن، برای قائم مقامی استفاده می‌کنند. این دسته از روایات با عنوان «بَابُ أَنْ مَنْ تَقَرَّبَ بِغَيْرِهِ فَلَهُ نَصِيبٌ مَنْ يَتَقَرَّبُ بِهِ» آمده است که بنابر نظر سید مرتضی این روایات درباره اولاد اخوه و اولاد اعمام و احوال است که درباره آنها فرضی مشخص نشده است.

- عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ إِنَّ فِي كِتَابِ عَلِيِّ عَ أَنْ كُلَّ ذِي رَحِمٍ بِمَنْزِلَةِ الرَّحِمِ الَّذِي يُجْرِي بِهِ - إِلَّا أَنْ يَكُونَ وَارِثٌ أَقْرَبَ إِلَيَّ الْمَيِّتِ مِنْهُ فَيُحْجَبُ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ص ۶۸).
- عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ كَانَ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ (ع) يَقُولُ إِذَا كَانَ وَارِثٌ مِمَّنْ لَهُ فَرِيضَةٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِالْمَالِ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ص ۶۸).
- عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: إِذَا تَنَقَّتِ الْقَرَابَاتُ فَالسَّابِقُ أَحَقُّ بِمِيرَاثِ قَرِيبِهِ - فَإِنْ اسْتَوَتْ قَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَقَامَ قَرِيبِهِ (همان، ص ۶۹).

لذا این روایات نیز علی‌رغم نظر برخی از فقها که از آن در بحث قائم مقامی نوه‌ها استفاده می‌کنند، بر اساس نظر سید مرتضی، در خصوص اولاد اخوه و اولاد اعمام و احوال است که درباره ایشان فرضی مشخص نشده است.

تا اینجا روایات به‌طور صریح، مانع قائم مقامی نوه‌ها در این فرض نیستند؛ اما یک روایت دیگر در این خصوص وجود دارد که ممکن است در مقصود ما مشکل ایجاد کند؛ روایت طولانی است و بنابراین فقط قسمت مورد نظر بیان می‌شود که عبارت است از:

- عَنْ زُرَّارَةَ قَالَ: هَذَا مِمَّا لَيْسَ فِيهِ اخْتِلَافٌ عِنْدَ أَصْحَابِنَا..... وَلَا يَرِثُ أَحَدٌ مِنْ خَلْقِ اللَّهِ مَعَ الْوَالِدِ - إِلَّا الْأَبَوَانِ وَالزَّوْجُ وَالزَّوْجَةُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَكَلْدٌ - وَكَانَ وَكَلْدُ الْوَالِدِ ذَكَورًا أَوْ إِنَاثًا - فَأَيُّهُمْ بِمَنْزِلَةِ الْوَالِدِ - وَوَلَدُ الْبَنِينِ بِمَنْزِلَةِ الْبَنِينِ يَرِثُونَ مِيرَاثَ الْبَنِينِ - وَوَلَدُ الْبَنَاتِ بِمَنْزِلَةِ الْبَنَاتِ يَرِثُونَ مِيرَاثَ الْبَنَاتِ - وَيُحْجَبُونَ الْأَبَوَيْنِ وَالزَّوْجَيْنِ عَنْ سَهَامِهِمُ الْأَكْثَرِ - وَإِنْ سَقَلُوا

بِطَنِّينَ وَكُلَّائِمَةٍ وَكَأَكْثَرَ - يَرْتُونَ مَا يَرِثُ وَكُلِّ الصُّلْبِ - وَيَحْجُبُونَ مَا يَحْجُبُ وَكُلِّ الصُّلْبِ (حر  
عاملی، ۱۴۰۹ق، ص ۱۳۲).

روایت بیان می‌کند کسانی که با ولد ارث می‌برند، شامل پدر و مادر و زوج و زوجه است. آنچه از سیاق روایت به نظر می‌رسد، این مطلب است که روایت در مقام بیان مورد ارث ولد در کنار نوه نیست؛ بلکه در مقام ارث‌بری صنف دیگر طبقه اول و عدم ارث‌بری طبقات بعدی است. در واقع روایت بیان می‌دارد که در طبقه اول، دو صنف وجود دارد که یکی پدر و مادر و دیگری اولاد هستند که با وجود ایشان، احدی از طبقات بعدی ارث نمی‌برد. نکته‌ای که درباره نوه‌ها مطرح شده است نیز، در همین راستاست؛ بدین صورت که چنانچه در طبقه اول ولد نباشد و ولد ولد باشد، او به منزله ولد است و در همان صنف، اولاد در طبقه اول، جزء وراثت به حساب می‌آیند و نوبت به طبقات بعدی نمی‌رسد.

در واقع روایت در مقام بیان جایگاه ارث بردن پدر و مادر و اولاد در معنای عام است. در این روایت، بیان شده است که اگر هیچ اولادی نباشد، نوبت به بطن بعدی خواهد رسید؛ اما در خصوص این مسئله که اگر یکی از اولاد فوت کند، فرزندانش از بردن سهم الارث والد خود محروم می‌شوند، سخنی به میان نیامده است. چه‌بسا که با عبارت «فانهم بمنزله ولد» آن نوه را به منزله ولد دانسته و قائل است که سهم واسط خود را می‌برد. در حقیقت، روایت با فرض مورد بحث، متعارض به نظر نمی‌رسد و صرفاً در مقام بیان دو نکته اصلی که اولاً در طبقه اول، دو صنف وجود دارد که یکی پدر و مادر و دیگری اولاد می‌باشند؛ ثانیاً اولاد اولاد به منزله همان ولد می‌باشند و در همان صنف، جزء وراثت محسوب می‌شوند و درباره فرض ما که به‌عنوان یک استثناست، بیانی مطرح نشده است و نمی‌توان آن را به‌عنوان یک روایت معارض بیان کرد. در واقع این مسئله مورد پذیرش ما نیز می‌باشد که تا زمانی که اولاد طبقه اول باشند، دیگر اولاد ایشان جزء وراثت محسوب نمی‌شوند و علی‌الاصول نوه‌ها با ابویین خود شریک نمی‌شوند. اما مسئله ما در جایی است که اگر یکی از اولاد صلبی فوت شود، با فوت او در این موقعیت با توجه به بیان روایت که پس از اولاد، اولاد اولاد اولاد به منزله ولد هستند، فرزندش به‌عنوان ولد

محسوب می‌شود و این ولد در کنار سایر اولاد، جزء وراث قرار می‌گیرد. با این تفاوت که نوه‌ای که در اینجا به‌عنوان ولد است، سهم‌الارث والدش را می‌برد نه اینکه مستقلاً وارث شود. با این تفسیر، فرزندان ولدیه که فوت شده است، ولد هستند و خارج از عنوان ولد قرار نمی‌گیرند که در مقابل بگویند: نوه در کنار ولد ارث نمی‌برد. در واقع نوه‌ای در کنار اولاد بلاواسطه جزء وراث قرار داده می‌شود که والدش (رابط متصل او) فوت شده باشد و به‌عنوان ولد جایگزین ابوی خود شده‌اند نه نوادگانی که والدین آنها زنده هستند. لذا اگر هریک از این اولاد به‌عنوان یک شاخه متصل به والد در نظر گرفته شود و هریک از این اولاد دارای فرزند باشد، در صورت فوت یکی از اولاد، در آن شاخه، فرزندانش جایگزین او شده، به‌عنوان ولد، وارث محسوب می‌شوند؛ با این تفاوت که سهم‌الارث والد متوفای خود را می‌برند.

### ب. اجماع

اجماعی که در این خصوص وجود دارد، اجماعی است که سید مرتضی به‌عنوان اولین شخص، آن را مطرح کرده و مفاد اجماع به این صورت است که در صورت وجود بطن اول، بطن بعدی ارث نمی‌برد و توارث به‌صورت بطناً بعد بطن می‌باشد (شریف مرتضی، ۱۴۰۵ق، ص ۲۶۱ و ۲۶۲). در خصوص حجیت این اجماع چنین بیان کرده‌اند که نمی‌توان این اجماع را به‌دلیل فاصله زیادی که ناقل اجماع با معصوم دارد، اجماع کشفی دانست و روشن است که اجماع محصل هم نیست و می‌توان آن را تنها یک اجماع منقول به حساب آورد (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۸۳، ج ۲۸). این در حالی است که در خصوص حجیت اجماع منقول اختلاف است. برخی حجیت اجماع منقول را مانند خبر واحد می‌دانند (کاظمی خراسانی، بی‌تا، ص ۱۴۶) و اعتبار چندانی برای آن قائل نیستند. حتی به عقیده برخی، به‌طور کلی، اجماع منقول در فقه امامیه حجیت ندارد (صدر، ۱۴۰۶ق، ص ۱۷۴).

علاوه بر حجیت نداشتن اجماع منقول، فرض پژوهش حاضر با مفاد اجماع نیز متفاوت به نظر می‌رسد. موضوع اجماع سید مرتضی این است که اولاد اولاد با پدرانشان و بطن قبلی شریک نمی‌شوند. فی‌الواقع ابتدا بطن اول ارث می‌برد، سپس بطن بعدی و اگر هر دو بطن با



هم باشند، با یکدیگر شریک نمی‌شوند. آنچه از مفاد این اجماع به نظر می‌رسد، این نکته است که با توجه به نظر سید مرتضی دربارهٔ اولاد حقیقی بودن نوادگان و صدق اسم ولد بر آنان، برای جلوگیری از این مسئله که اگر نوادگان هم ولد حقیقی دانسته شوند، آنگاه باید در توارث اولاد بلاواسطه، آنان نیز شریک باشند و در واقع برای جلوگیری از این ایراد و ایجاد یک اصل و قاعده، این موضوع مطرح شده است.

با این حال، این قاعده و اصل کلی که در قالب اجماع منقول مطرح شده، در برخی از فروع همچون فرض ما، راهگشا نیست و استثنائاتی بر این اصل مطرح است؛ همان‌طور که ممکن است در سایر اصول و قواعد مترتب بر ارث، استثنائاتی مطرح شود.<sup>۱</sup> چنان‌که اگر یکی از اولاد صلبی زودتر از پدرش فوت کند، آنگاه فرزندان اولاد صلبی که به‌نوعی ولد پدر بزرگ محسوب می‌شوند، می‌توانند به‌عنوان وارث سهم‌الارث والد متوفی خود را ببرند. به عبارت دیگر، در این موارد، ابتدا قائم‌مقامی خاص اعمال می‌شود و سپس بر اساس قاعدهٔ الاقرب، درجهٔ نخست از هر شاخه از فرزندان، سهم‌الارث خود را دریافت خواهند کرد. به بیان دیگر، این فرض به‌عنوان یک استثنا با مفاد اجماع منقول سید مرتضی، متفاوت است و این اجماع منقول اگرچه از نظر برخی معتبر نیست — حتی در فرض پذیرش حجیت آن بنا بر نظر کسانی که برای اجماع منقول سید مرتضی اعتبار قائل‌اند — نمی‌تواند معارض با این استثنا و قائم‌مقامی نوادگان در صورت فوت ابویین و وجود بطن اول باشد. به عبارت دیگر، گویی آن فرزند زنده است و سهم خودش را می‌برد؛ با این تفاوت که اکنون همان سهم‌الارث به اولادش داده می‌شود.

### ج. قاعدهٔ الاقرب

قاعدهٔ الاقرب که به آن حجب حرمانی نیز گفته می‌شود، به این معناست که وارث نزدیک‌تر وارث دورتر را از ارث محروم می‌کند. در این خصوص، برخی چنین بیان می‌کنند: «وارث

۱. برای مثال، در خصوص قاعدهٔ الاقرب به‌عنوان یک قاعدهٔ کلی که بیان می‌دارد هرکسی که نزدیک‌تر باشد، شخص دورتر را مانع می‌شود، مگر دربارهٔ عموی ابی و پسر عموی ابویینی، یک استثنا وجود دارد و آن اینکه پسر عموی ابویینی حاجب عموی ابی می‌شود.

نزدیک‌تر وارث دورتر را از ارث محروم نمی‌کند؛ واقع این است که خویش دورتر با وجود خویشان نزدیک‌تر، وارث نیست. بنیان نظریه حجب، اختلاط خویشانی است که قابلیت ارث بردن از متوفی را دارند (وارثان بالقوه) و به‌طور نوعی در گروه وارثان قرار می‌گیرند با وارثان واقعی پس از اعمال قاعده تقدم خویش نزدیک‌تر (وارثان بالفعل)» (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۶۰). در ماده ۸۸۸ قانون مدنی چنین آمده است: «ضابطه حجب از اصل ارث، رعایت اقربیت به میت است. بنابراین هر طبقه از وراثت، طبقه بعد را از ارث محروم می‌کند، مگر در مورد ماده ۹۳۶ و موردی که وارث دورتر بتواند به سمت قائم‌مقامی ارث ببرد که در این صورت، هر دو ارث می‌برند». بر این اساس، قاعده الاقرب خویش دورتر را از ارث محروم می‌کند، مگر در خصوص ماده ۹۳۶ که این ماده بیان می‌کند اگر وراثت تنها یک پسرعموی ابوینی و یک عمومی ابی باشد، اینجا قاعده اعمال نمی‌شود و پسرعموی ابوینی وارث محسوب می‌شود. مورد دیگری که در ماده ۸۸۸ قانون مدنی از شمول این قاعده خارج شده است، جایی است که وارث دورتر به قائم‌مقامی ارث ببرد که در اینجا، اقرب و ابعد، هر دو ارث می‌برند.

از جمله مصادیق این مورد، ارث بردن نوه به همراه پدر و مادر متوفی است. چنین بیان می‌کنند که علی‌رغم اینکه نوه دو بطن فاصله دارد اما پدر و مادر یک بطن، در اینجا هر دو با یکدیگر ارث می‌برند. همین مورد در خصوص فرض ما هم صادق است؛ به این نحو که اگر یکی از فرزندان فوت کند، اولاد او به قائم‌مقامی اش می‌توانند در کنار بطن اول، سهم‌الارث والد خود را ببرند و این موضوع به رغم وجود دو بطن فاصله است، آن هم در حالی که اولاد بلاواسطه یک بطن فاصله دارند. لذا در اینجا نیز قاعده الاقرب اعمال نمی‌شود. علاوه بر این، احتمال دیگری نیز در این خصوص متصور است؛ بدین صورت که قاعده الاقرب در طبقه اول در میان اولاد و هرچه پایین‌تر به صورت شاخه‌ای اعمال بشود. به عبارت دیگر، اگر هر ولد و اولادش یک شاخه در نظر گرفته شود، این قاعده در همان شاخه به صورت طولی اعمال خواهد شد و مانع اشتراک فرزند با ابوین خود خواهد شد. لذا این قاعده با این تفسیر، معارض با قائم‌مقامی نوادگان در صورت فوت ابوین و وجود بطن اول نخواهد بود.

تفسیر دیگری که می‌توان از این قاعده بیان کرد، این است که با توجه به این نکته که قاعده الاقرب برگرفته از آیه «**أَوْلُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ**» (نساء، ۷) است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص ۱۱۷) و بر اساس یک تقسیم‌بندی، وراثت دو دسته هستند: ۱. وراثت بالتسمیه: وراثتی که فرض آنها مشخص شده است (پدر، مادر، زوج، زوجه، اولاد، اجداد و اخوه)؛ ۲. وراثتی که تحت عنوان اولوالارحام قرار می‌گیرند که اولوالارحام عموماً شامل طبقه سوم و اولاد اخوه که میراث آنها مشخص نشده است، هستند. لذا این‌طور به نظر می‌رسد که این قاعده بیشتر برای مشخص کردن میراث این گروه بیان شده است. با توجه به اینکه میزان و کیفیت سهم الارث سایر وراثت مشخص شده است و تنها کیفیت توارث اولوالارحام به صورت «بعضهم اولی ببعض» است، می‌توان چنین بیان کرد که این قاعده برای بیان نحوه ارث بردن اعمام و احوال و اولاد آنها با وجود یک استثنا (پسرعموی ابوینی و عموی ابی) است.

برخی دیگر قائل‌اند که قاعده الاقرب قاعده‌ای عقلی است (مصلحی عراقی، ۱۳۸۴، ص ۸۰) و با وجود طبقه نزدیک، طبقه دورتر از ارث محروم خواهد شد و این موضوعی است که عقل به آن حکم خواهد داد. در خصوص درجات هم به همین نحو است؛ اما در طبقه اول، در فرض مورد بحث این قاعده صرفاً نسبت به هریک از رابط‌هایی که به متوفی متصل می‌شود، به صورت طولی، جاری است؛ به این نحو که پدر بر اساس این قاعده، حاجب فرزندش از ارث پدر بزرگ خواهد شد و چنانچه پدر فوت کند، فرزندش به قائم‌مقامی او وارث محسوب می‌شود. در واقع، ابتدا قائم‌مقامی اعمال می‌شود و پس از مشخص شدن درجات مختلف هر زیرشاخه (در فرض حاضر، هریک از فرزندان یا در صورت فوت، فرزندان آنها)، بر اساس قاعده الاقرب، اولین درجه از هر شاخه ارث خواهد برد. در این حالت، دیگر سایر اولاد با واسطه امکان حاجب شدن بر اساس این قاعده را نخواهند داشت؛ چرا که در این فرض با فوت پدر، قاعده قائم‌مقامی مطرح می‌شود و قاعده الاقرب پس از اعمال قاعده قائم‌مقامی اعمال خواهد شد. همچنین در روایات وجود دارد که پسر پسر جایگزین پدرش می‌شود، بدون اینکه صحبتی از سایر وراثت به میان آید یا روایت دیگری بیان می‌دارد که دختر پسر در کنار دختران ارث می‌برد.

به عبارت دیگر، در خصوص تلاقی قاعده الاقرب و قائم‌مقامی، می‌توان چنین گفت: اعمال

قاعده قائم مقامی بر اعمال قاعده الاقرب اولویت دارد و در نتیجه باید ابتدا قاعده قائم مقامی اعمال شود و سپس نوبت به اعمال قاعده الاقرب برسد. علاوه بر این با توجه به تفاوت قائم مقامی در طبقه اول و سایر طبقات، به نظر می‌رسد توجیه این نظر در طبقه اول سهل‌تر باشد؛ هرچند مانع از امکان طرح چنین امری در طبقات دیگر نیست، ولی اساساً این موضوع از محدوده پژوهش حاضر خارج است. در واقع، به این جهت که اولاً در طبقه اول، اطلاق واژه اولاد شامل اولاد با واسطه نیز خواهد شد، ثانیاً نوه‌ها بعد از فوت ابویین می‌توانند در جایگاه اولاد قرار بگیرند که احکام ولی قهری مؤید این مطلب بود و ثالثاً در هیچ‌یک از نصوص مطرح شده، منعی درباره این موضوع که فرزندان ولدیه که فوت شده، نمی‌توانند از پدر بزرگ خود ارث ببرند، وجود ندارد، می‌توان محکم‌تر به اولویت اعمال قاعده قائم مقامی بر قاعده الاقرب حکم داد.

لذا قاعده قائم مقامی بدین نحو استنباط می‌شود که پیش از قاعده الاقرب در فرضی که یکی از اولاد بلاواسطه فوت کرده باشد، اعمال می‌گردد و فرزندان این ولد متوفی به عنوان قائم مقام متوفی در کنار سایر اولاد طبقه اول، سهم الارث او را دریافت می‌کنند. در حقیقت تا قبل از فوت پدر، قائم مقامی فرزندان بالقوه وجود داشته است و با فوت او، این قائم مقامی فعلیت می‌یابد. در نهایت با تمام این دلایل و عدم وجود نص صریحی که مخالف این فرض باشد، به نظر می‌رسد که قاعده الاقرب معارضی برای قائم مقامی نوه‌ها در صورت فوت ابویین و وجود بطن اول نخواهد بود، بلکه صرفاً اعمال آن پس از اعمال قاعده قائم مقامی است.

### یافته‌های پژوهش

واژه اولاد با توجه به احکامی که شارع در آیات قرآن بر آن بار کرده است و با توجه به اجماعی که در این خصوص وجود دارد، شامل نوه‌ها و اولاد بلاواسطه نیز می‌شود. درباره توارث نوه‌ها در میان فقها اصولاً دو نظر وجود دارد که منشأ تفاوت در این نظرات، به حقیقی دانستن واژه اولاد، درباره اولاد بلاواسطه برمی‌گردد. در حقیقت، کسانی که قائل‌اند نوه‌ها همچون اولاد حقیقی هستند، در توارث آنها نیز معتقدند که مانند اولاد بلاواسطه ارث می‌برند و اگر پسر هستند، دو سهم و اگر دختر هستند، یک سهم را می‌برند. در واقع، فارغ از اینکه واسط آنها به

متوفی مذکر یا مونث باشد، ارث می‌برند.

در مقابل، گروه دیگری از فقها نظریه قائم‌مقامی را پذیرفتند و معتقدند که هریک از نوه‌ها سهم واسطه‌ای را که از طریق او به متوفی وصل شده است، می‌برد. نظر مشهور فقها هم قائم‌مقامی نوادگان است. البته این قائم‌مقامی بعد از بطن اول امکان‌پذیر است. در خصوص فرض این پژوهش، مواردی همچون روایات، اجماع، قاعده‌الاقرب و قاعده‌قائم‌مقامی که به نظر می‌رسید معارض با این موضوع باشد، بررسی شد. در هیچ‌یک از روایات، نصی که به صورت صریح، مخالف با قائم‌مقامی نوه‌ها در صورت فوت ابویین و وجود بطن اول باشد، دیده نشد.

در بحث اجماع، سید مرتضی در قرن چهارم، اجماعی را مطرح کرده است مبنی بر اینکه هنگام وجود بطن اول، بطن بعدی ارث نمی‌برند و نوه‌ها با ابویین شریک نمی‌شوند. در این صورت، امکان شراکت بطن اول با بطن دوم وجود ندارد. با این حال، علاوه بر اینکه اجماع منقول اساساً در فقه امامیه بنابر نظر اکثریت دارای حجیت نمی‌باشد، فرض مسئله نیز از اساس متفاوت با مفاد این اجماع است؛ چرا که در این فرض چنین گفته نمی‌شود که تمام نوادگان (بطن دوم) با بطن اول ارث ببرند؛ بلکه تنها فرزندان آن ولدی که متوفی شده، سهم پدر خود را در کنار سایر وراث بطن اول می‌برند و گویی که همان پدر زنده است و سهم‌الارث خود را می‌گیرد.

در قاعده‌الاقرب نیز با بیان سه نوع تحلیل از این قاعده، مشخص شد که این قاعده نیز با این فرض در تعارض نبوده است. قاعده قائم‌مقامی برگرفته از حدیث «كُلُّ ذِي رَحِمٍ بِمَنْزِلَةِ الرَّحِمِ الَّذِي يُجْرَأُ بِهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ وَارِثًا أَقْرَبُ مِنْهُ ...» است. در خصوص تلاقی قاعده‌الاقرب و قائم‌مقامی نیز باید گفت که تعارضی میان این دو قاعده وجود ندارد؛ چرا که در حقیقت، قاعده‌الاقرب بر هریک از شاخه‌وراث به صورت عرضی حاکم خواهد شد. به عبارت دیگر، می‌توان گفت که اعمال قاعده قائم‌مقامی در اولویت نخست است و پس از اعمال آن و مشخص شدن سرشاخه‌های مختلف (هر فرزند و در صورتی که در قید حیات نباشد، فرزند آن)، سهم‌الارث بر اساس قاعده‌الاقرب به اولین درجه از هر شاخه خواهد رسید. در نتیجه، با حصول شرایط

قائم‌مقامی (فوت پدر)، فرزندان او به‌عنوان جایگزین پدرشان، جزء وراث محسوب می‌شوند و سایر اولاد نمی‌توانند به استناد قاعده‌ی الاقرب، حاجب آنها شوند؛ چرا که اگر حاجب باشند، دیگر محلی برای اعمال اصل قائم‌مقامی باقی نخواهد ماند. به عبارت دیگر، اعمال قاعده‌ی قائم‌مقامی بر اعمال قاعده‌ی الاقرب اولویت دارد و تنها پس از تعیین ورثه یا قائم‌مقام خاص آنهاست که قاعده‌ی الاقرب جاری خواهد شد.

بدین منظور این مسئله در قالب یک ماده‌ی قانونی جهت اعمال در قانون مدنی پیشنهاد می‌شود:  
 ✓ هرگاه متوفی اولادی داشته باشد که برخی از آنها پیش از او فوت شده باشند، اولاد اولادی که فوت شده‌اند، به قائم‌مقامی از ابوین خود در کنار سایر اولاد بلاواسطه، وارث محسوب شده، سهم‌الارثی را که پدر یا مادر متوفی خود در صورت حیات داشتند، به قائم‌مقامی و با رعایت درجات، به ارث خواهند برد.

### منابع

- قرآن کریم.
- ابن ادریس (حلی)، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، جلد ۳. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- انتظاری نجف‌آبادی، علیرضا و قیاسی، سیامک (۱۳۹۷). «وصیت واجب در احوال شخصیه کشورهای اسلامی». *دوفصلنامه فقه مقارن*. ۶(۱۲).
- جعفری لنگرودی، محمدجواد (۱۳۹۲). *ارث*، جلد ۱. تهران: گنج دانش.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعه*، جلد ۲۶. قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.
- حسینی خامنه‌ای، سید علی (۱۳۸۳). *درس خارج فقه (المکاسب المحرمه)*. بی‌جا: بی‌نا.
- سبحانی، جعفر (۱۴۱۵ق). *نظام الارث فی الشریعه الاسلامیه الغراء*. قم: مؤسسه امام هادی (ع).
- سبزواری، محمدباقر (۱۴۲۳ق). *کفایه الاحکام*، جلد ۲. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- شریف مرتضی، علی بن حسین (۱۴۰۵ق). *رسائل الشریف المرتضی*، جلد ۳. قم: دار القرآن الکریم.
- صدر، محمدباقر (۱۴۰۶ق). *دروس فی علم الاصول*، جلد ۲. بیروت: دار الکتب اللبنانی.
- صدوق قمی، محمد بن علی (۱۴۱۸ق). *الهدایه فی الاصول و الفروع*. قم: مؤسسه امام هادی (ع).
- \_\_\_\_\_ (۱۴۰۹ق). *من لا یحضره الفقیه (ترجمه)*، جلد ۶. مترجم: علی‌اکبر غفاری. تهران: نشر صدوق.

- صفایی، حسین (۱۳۹۳). مختصر حقوق خانواده. تهران: میزان.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰). النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی (کتاب الموارث). بیروت: دار الکتب العربی.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۰۷). تهذیب الاحکام، جلد ۹. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۰). الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، جلد ۴. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین (۱۴۱۰ق). روضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة (محصای کلاتر)، جلد ۸ قم: کتابفروشی داوودی.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، جلد ۱۳. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- فاضل‌آبی، حسن (۱۴۱۷ق). کشف الرموز فی شرح مختصر المنافع، جلد ۲. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- فیض کاشانی، محمد (بی‌تا). مفاتیح الشرایع، جلد ۳. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۰۶ق). الوافی، جلد ۲۵. اصفهان: کتابخانه امیرالمومنین علی(ع).
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹). درس‌هایی از شفعه وصیت ارث. تهران: دادگستر.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۶). دوره مقدماتی حقوق خانواده. تهران: میزان.
- کاظمی خراسانی، محمدعلی (بی‌تا). فوائد الاصول، جلد ۳. مؤسسه نشر اسلامی.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۲۹ق). الکافی، جلد ۱۳. قم: دار الحدیث للطباعة و النشر.
- مصلحی عراقی، علی حسین (۱۳۸۴). حقوق ارث. تهران: سمت.
- معین، محمد (۱۳۸۴). فرهنگ فارسی معین (تک‌جلدی). تهران: گلی.
- مفید (عکبری بغدادی)، محمد بن نعمان (۱۴۱۳ق). المقنعه. بی‌جا: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- نجفی، محمدحسن (صاحب جواهر) (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۳۹. بیروت: دار احیاء التراث العربی.





## دیدگاه علامه طباطبایی در معنای «معروف» و تأثیر آن بر قلمرو قاعده معاشرت به معروف و تفسیر ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی

سعید سیدحسینی\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۱۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۰۵

DOI: 10.30497/FLJ.2023.244109.1878



### چکیده

منبع اصلی قاعده معروف امر قرآنی «و عاشروهنّ بالمعروف» است. علامه طباطبایی واژه «معروف» را که چندین بار در قرآن به کار رفته، به معنی رفتار متعارف دانسته است. آنچه این برداشت را تأیید می‌کند، تقابلی است که در قرآن میان رفتار به معروف و رفتار ضراری برقرار شده است. نتیجه این دیدگاه آن است که در زندگی زناشویی، ایجاد ضمانت‌اجرائی و مسئولیت حقوقی ترک معاشرت به معروف، مشروط به معاشرت غیرمتعارف یا همان معاشرت ضراری است. همچنین چنانچه مبنای ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی قاعده مزبور باشد، تکلیف مندرج در آن تنها زمانی تکلیفی قانونی و دارای ضمانت‌اجرا می‌باشد که ترک حسن معاشرت به رفتار ضراری و غیرمتعارف یا به نشوز عام منتهی شود. در این پژوهش، با هدف ارائه دیدگاه علامه طباطبایی درباره واژه معروف و آثار فقهی و حقوقی آن، پس از گردآوری منابع به شیوه کتابخانه‌ای، با روش توصیفی-تحلیلی به بررسی مفهومی داده‌ها پرداخته شده است.

### کلیدواژه‌ها

معروف، معاشرت به معروف، رفتار ضراری، علامه طباطبایی.

### مقدمه

بسیاری از پژوهشگران مبنای ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی را که می‌گوید: «زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگرند»، امر قرآنی «عاشروهنّ بالمعروف» می‌دانند (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۲۸۵). حقوق‌دانان حسن معاشرت را «زندگی همراه با خوشرویی و مسالمت و مهربانی و پرهیز از مجادله و اعمالی که منجر به ایجاد کینه و غم و اندوه فراوان در دیگری شود» (امامی، ۱۳۷۷، ج ۴، ص ۳۳۰؛ کاتوزیان، ۱۳۹۴، ص ۲۱۹)، معنا کرده‌اند. با توجه به این معنا، این پرسش برای پژوهشگران مطرح شده است که آیا تکلیف مندرج در ماده مزبور تنها جنبه اخلاقی دارد یا تکلیفی قانونی و دارای مسئولیت حقوقی است. همچنین در صورت قانونی بودن این تکلیف، ضمانت اجرای آن چیست؟

در قرآن، واژه «معروف» بارها تکرار شده است. مرحوم علامه طباطبایی در تفسیر *المیزان* با تحلیل معنای «معروف» آن را به معنی «متعارف و متداول» دانسته و معاشرت به معروف را به «رفتار متعارف و مطابق عرف» معنا کرده است. این معنا که آشکارا با بیان حقوق‌دانان متفاوت است، آثاری فقهی و حقوقی به دنبال دارد. به منظور تحلیل این نظریه و آثار آن، ابتدا به بررسی معنای معروف در تفسیر *المیزان* و سپس بیان ثمره فقهی و حقوقی آن می‌پردازیم. بنابراین هدف اصلی این پژوهش تبیین دیدگاه علامه طباطبایی در معنای «معروف» و تأثیر آن بر قلمرو قاعده معاشرت به معروف و تفسیر ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی است.

### پرسش‌های پژوهش

- معنای معروف در *المیزان* چیست؟
- تأثیر این تعریف بر تعیین مسئولیت ناشی از ترک معاشرت به معروف چیست؟

### پیشینه پژوهش و نوآوری

درباره اصل «معاشرت به معروف»، پژوهش‌های متعددی چه به صورت مستقل و چه در ضمن مباحث فقه و حقوق خانواده، به انجام رسیده که از آن جمله است: مقاله «مبانی حسن معاشرت به معروف در نظام حقوقی خانواده از منظره قرآن کریم» نگاشته عظیم‌زاده اردبیلی (۱۳۸۶) و «قاعده لزوم معاشرت به معروف در روابط زن و شوهر» نوشته نوبهار و حسینی (۱۳۹۴) و

مقاله «معناشناسی معروف در قرآن و رابطهٔ آن با حقوق زن در خانواده» تألیف اکبری راد و ملک‌زاده (۱۳۸۸).

امتیاز و نوآوری پژوهش حاضر، بررسی معنای معروف از دیدگاه علامه طباطبایی است که از این منظر، معاشرت به معروف با حسن معاشرت مورد نظر حقوق‌دانان و پژوهش‌های گذشته در معنا و آثار، تفاوت دارد. بر اساس این دیدگاه، معاشرت به معروف معاشرت متعارف و غیرضراری و دارای ضمانت‌اجرایی است.

### ۱. تحلیل واژگانی «معروف»

واژهٔ معروف که محور اصلی «قاعدهٔ معروف» و عبارت قرآنی «وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» است، کاربرد فراوانی در قرآن دارد. از این رو، بهترین و معتبرترین منبع برای شناخت و تحلیل واژگانی این کلمه، خود قرآن است. کثرت استعمال این کلمه در قرآن به قدری است که محقق را از ورود به متون دیگر نظیر روایات و اشعار هم‌عصر نزول قرآن، بی‌نیاز می‌کند؛ ضمن اینکه چه بسا خروج از قرآن و پرداختن به سایر متون، ما را از دریافت معنای مورد نظر آیه، دورتر نماید. لذا در ذیل، ابتدا به اختصار به بررسی معنای لغوی واژهٔ معروف می‌پردازیم و سپس آیاتی را که واژهٔ معروف در آنها به کار رفته است، از دیدگاه علامه طباطبایی مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

#### ۱-۱. معروف در لغت

معروف اسم مفعول از «ع، ر، ف» به معنای «شناختن» و معنای اسم مفعولی آن «شناخته‌شده» می‌باشد. اگرچه اصل معنای «عرف»، شناختن است، تغییرات لفظی و صرفی‌ای که بر آن اعمال می‌شود، معانی مختلفی را حاصل می‌نماید. این معانی اکثراً صورت کنایی داشته، با معنای «شناختن» قرابت‌هایی دارد. راغب در *مفردات*، «عرف» را به معنای «ادراک شیء با تأمل و تفکر» می‌داند، سپس می‌گوید: معروف اسم است برای هر عملی که حُسن آن نزد عقل یا شرع شناخته شده است (راغب، ۱۴۱۲ق، ص ۵۶۱). در واقع، اگرچه معروف به معنای «شناخته‌شده» می‌باشد، گاهی به معنای «امر نیکو و حسن» به کار می‌رود؛ به این اعتبار که آن عمل نزد عقل یا شرع به نیکویی شناخته شده است. به همین جهت، به هر امر نیکو، «معروف» اطلاق می‌شود

که در برابر آن، «منکر» یعنی ناپسند است. لذا هر جا معروف در برابر منکر استعمال گردید، به معنای فعل پسندیده و نیک است.

معروف در بسیاری از موارد، به معنای «عمل و رفتار معمول و متعارف» است؛ یعنی رفتاری که نزد عقلا شناخته شده و مقبول است و کسی از انجام آن عمل در آن موقعیت، دچار شگفتی و تعجب نمی‌شود. علامه طباطبایی می‌گوید: «کلمه معروف به معنای هر امری است که مردم در مجتمع خود آن را بشناسند و آن را انکار نکنند و بدان جاهل نباشند» (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۴، ص ۴۰۴). لذا مرحوم علامه در موارد متعددی، لفظ معروف را در قرآن، «متعارف» معنا کرده است.

### ۱.۲. واژه معروف در تفسیر المیزان

مرحوم علامه طباطبایی در تفسیر المیزان برای تبیین و تفسیر آیاتی که واژه «معروف» در آنها به کار رفته، به تحلیل واژگانی این کلمه پرداخته است. ایشان در تفسیر آیه کریمه ۱۸۰ سوره بقره که خداوند در آن، امر به «وصیت به معروف» نموده است، می‌گوید: مراد از معروف، رفتار نیک شناخته شده و متداول است (طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۴۴۰). ایشان همچنین در تفسیر عبارت قرآنی «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (بقره، ۲۳۳) که درباره لزوم پرداخت نفقه زوجه می‌باشد، می‌گوید: مراد از رزق و لباس معروف، مقدار «متعارف» از آنها به تناسب وضعیت و حال زوج و زوجه است (طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۴۰). مرحوم علامه در تفسیر آیه ۳۲ سوره احزاب که در آن به همسران پیامبر امر شده است که با نامحرم «قول معروف» را رعایت نمایند، می‌گوید: یعنی سخن معمول و بدون کنایه‌ای که شرع و عرف اسلامی آن را می‌شناسد (همان، ج ۱۶، ص ۳۰۹). همچنین در تبیین آیه کریمه ۱۵ سوره لقمان که امر به «مصاحبت به معروف» با پدر و مادر فرموده است، می‌گوید: بر انسان واجب است که در امور دنیوی با پدر و مادر مصاحبت معروف و معاشرت متعارف داشته باشد؛ یعنی با رفق و نرم‌خویی مراعات حال آنها را بنماید (همان، ص ۲۱۷). در نهایت، مرحوم علامه در ذیل آیه کریمه ۲۲۸ سوره بقره که بیانگر حقوق و تکالیف زوجین به‌ویژه در مسأله طلاق است،

تحلیل واژگانی جامعی درباره واژه قرآنی معروف ارائه نموده و می‌گوید: «معروف» آن عملی است که مردم با ذوق حاصل از نوع زندگی اجتماعی متداول میانشان، آن را درک می‌کنند و می‌شناسند. خداوند در آیات مربوط به طلاق در سوره بقره، دوازده بار واژه «معروف» را تکرار نموده تا نشان دهد طلاق و احکام مربوط به آن باید بر اساس روش فطری و به‌طور سالم انجام گیرد. از آنجا که اسلام شریعت خود را بر مبنای فطرت و خلقت استوار ساخته، معروف نیز در دین اسلام، آن عملی است که مردم اگر بر مسلک فطرت رفتار کنند و از شیوه خلقت تجاوز نکنند، آن عمل نزدشان معروف و شناخته‌شده خواهد بود (طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۳۲). ایشان بر مبنای همین تحلیل، درباره عبارت قرآنی «و عاشروهن بالمعروف» نیز معتقد است که منظور از «معاشرت به معروف» آن معاشرتی است که انسان‌ها در زندگی اجتماعی خود آن را می‌شناسند و نسبت به آن بیگانه نیستند و معاشرتی که مردم آن را می‌شناسند و میان آنها متعارف می‌باشد، آن است که هریک از آنها جزء مقوم جامعه باشد و در تشکیل جامعه بشری نقش ایفا کند (همان، ج ۴، ص ۲۵۶).

چنان‌که ملاحظه شد، آنچه در کلام مرحوم علامه در تبیین و تفسیر واژه «معروف» مشترک است، معنای «متعارف و متداول» می‌باشد. به عبارت دیگر، ایشان در هر آیه‌ای که رفتار و عملی متصف و مقید به معروف شده، مانند «وصیت به معروف»، «قول معروف» و «مصاحبت به معروف»، آن را به معنای «معمول و متعارف» تفسیر نموده است.

مطلب دیگری که مورد توجه علامه طباطبایی بوده، تقابل «رفتار به معروف» با «رفتار ضراری» است. ایشان در تفسیر آیه کریمه ۲۲۹ سوره بقره که می‌فرماید: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» می‌گوید: نگه داشتن زوجه و بازگشت به رابطه زوجیت، گاه برای اضرار به زوجه است که این رفتاری غیرمعروف و منکر است. مانند اینکه با نیت ایذا و اضرار به زوجه، او را بارها طلاق دهد و دوباره رجوع کند که این در شریعت اسلام، شناخته‌نشده و «غیرمعروف» و «موجب اضرار» است ... بنابراین اینکه امساک را به معروف مقید ساخته، منظور نفی امساک است که به‌نحو ضراری واقع می‌گردد؛ همان‌گونه که در آیه ۲۳۱ نیز فرموده

است: «وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا» (طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۳۳). همچنین در ذیل آیه کریمه ۶ سوره طلاق که مرد و زن را مورد خطاب قرار داده و فرموده است که در امور فرزند با یکدیگر مشورت کنند، می‌گوید: مرد و زن باید بر اساس معروف با هم توافق کنند؛ یعنی مرد از جهت زیادی مبلغ نفقه و زن از جهت کمی نفقه متضرر نشوند (همان، ج ۱۹، ص ۳۱۷). بنابراین در تحلیل واژگانی علامه طباطبایی درباره‌ی واژه معروف، دو نکته قابل برداشت است: نخست اینکه مراد از «معروف» در قرآن، رفتار متعارف و متداول انسان‌ها مطابق با فطرت سلیم بشری است.

دوم اینکه رفتار به معروف همان رفتار غیرضرری و ضراری است و میان رفتار متعارف و رفتار ضرری تقابل و تضاد برقرار است.

### ۱.۳. تقابل «رفتار به معروف» با «رفتار ضراری»

در قرآن با آیاتی مواجهیم که «رفتار به معروف» را در مقابل «رفتار ضرری یا ضراری» قرار داده و چنان‌که دیدیم، علامه طباطبایی نیز به آن توجه ویژه نموده است. این تقابل فهم ما را نسبت به معنای معاشرت به معروف در قرآن و در نتیجه، قاعده معروف و کاربرد آن بیشتر می‌کند. لذا در ذیل، آیاتی را که در آنها این تقابل مشهود است، مرور می‌کنیم. در سه آیه نخست، مرحوم علامه طباطبایی تقابل رفتار به معروف با عمل ضراری را مورد تصریح قرار داده که بر همین ملاک، آیات دیگری از قرآن نیز قابل احصاست.

- آیه ۲۳۱ بقره: «وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلِّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا...» (و هنگامی که زنان را طلاق دادید و به پایان عده خویش نزدیک شدند، یا آنان را به معروف نگه دارید یا به معروف رهاشان کنید و آنان را برای زیان رساندن نگه مدارید تا به آنان تعدی کنید).

در صدر این آیه، خداوند متعال به مردان امر می‌فرماید که تا زمان اتمام عده طلاق، یا به همسران خود رجوع کنند و به‌طور متعارف آنان را نگه دارند یا با ترک رجوع، آنان را رها کنند و از آنان جدا شوند. سپس می‌فرماید: نباید رجوع و نگه داشتن این همسران به‌نحو «ضرار»

باشد. در واقع، پس از امر به «امساک به معروف» از ضد آن، یعنی «امساک ضراری» نیز به‌طور خاص نهی می‌کند و به این ترتیب، ضد خاص امساک به معروف را امساک ضراری معرفی کرده و از آن نهی می‌نماید که علامه طباطبایی نیز، چنان‌که پیش‌تر گفته شد، این تقابل را تصریح کرده است (طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۳۳).

- آیه ۲۳۳ بقره: *وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا أَلْتُضَارُّ وَالِدَةَ بِرِكَالِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِرِكَالِهِ...: «تأمین خوراک و پوشاک مادران شیردهنده به‌طور معروف بر عهده پدر است. هیچ‌کس جز به اندازه توانش تکلیف نمی‌شود. نباید مادری به‌خاطر فرزندش زیان ببیند و نه پدری برای فرزندش دچار ضرر شود».*

این آیه نیز پس از اینکه پرداخت نفقه مادر طفل شیرخوار را در دوره رضاعت از وظایف پدر می‌شمارد، تصریح می‌کند که این نفقه به مقدار متعارف است؛ زیرا هیچ‌کس بیش از وسع خود تکلیف ندارد. آنگاه برای تأکید بر اینکه این وظیفه در حد متعارف است، می‌افزاید که نباید پدر از این جهت متضرر شود و رابطه‌ای ضراری میان مادر و پدر و طفل از ناحیه این حکم برقرار گردد. به این ترتیب، میان «نفقه معروف» و «نفقه ضراری» تقابل برقرار می‌سازد. علامه طباطبایی نیز در ذیل این آیه، بر غیرمضار بودن این رابطه تأکید دارد (طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۴۱).

- آیه ۶ طلاق: *«أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٍ فَانْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمُّوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ: «همان‌جا که [خود] سکونت دارید، به قدر استطاعت خویش آنان را جای دهید و به آنها آسیب [و زیان] مرسانید تا عرصه را بر آنان تنگ کنید و اگر باردارند، خرجشان را بدهید تا وضع حمل کنند و اگر برای شما [بچه] شیر می‌دهند، مزدشان را به ایشان بدهید و به معروف میان خود به مشورت پردازید».*

در این آیه نیز، تقابلی میان رفتار با زنان مطلقه به‌صورت ضراری و معاشرت و مشورت به معروف وجود دارد و مرحوم علامه نیز بر آن تصریح دارد (طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ج ۱۹، ص ۳۱۷).

بر همین ملاک، دو آیه زیر را نیز می‌توان افزود:

- آیه ۱۸۰ سوره بقره: **كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ**. «بر شما لازم شد چون یکی از شما را مرگ در رسد، اگر مالی از خود بر جا گذاشته است، برای والدین و خویشان به معروف وصیت کند». آیه ۱۲ نساء: **... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ غَيْرِ مَضَارٍّ ...** «... [تقسیم ارث] پس از انجام وصیت یا پرداخت دین به‌نحو غیرضرری است».

چنان‌که ملاحظه گردید، قرآن در آیه ۱۸۰ سوره بقره، وصیت را مقید به معروف نمود و در سوره نساء به‌جای قید معروف، قید «غیر مضار» را برای وصیت قرار داده است و در حقیقت «وصیت به معروف» را ضد «وصیت مضار» تلقی کرده، میان آن دو تقابل و تضاد برقرار نموده است.

- آیه ۶ نساء: **وَأْتَلُوا أَيْتَامِي حَتَّىٰ إِذَا بُلُّغُوا النَّكَاحَ فَإِنِ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبُرُوا وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ**: «یتیمان را بیازمایید تا آنگاه که به حد ازدواج برسند، پس اگر در آنان رشدی یافتید، اموالشان را به آنان بدهید و آن را به اسراف و شتابزدگی - از ترس اینکه بزرگ شوند - مخورید. سرپرست اموال اگر توانگر است، کارمزدی نگیرد و آنکه نیازمند است، به قدر متعارف از آن بخورد».

در این آیه، سرپرستان ایتام این اجازه را یافته‌اند که در صورت نیاز، به قدر متعارف از اموال ایتام مصرف کنند و این حکم را با تعبیر «اکل به معروف» بیان نموده است که در برابر نهی از «اکل به اسراف و بدار» (زیاده‌روی و شتابزدگی) است. در این آیه، اگرچه معروف به‌صراحت در برابر ضرر و ضرار قرار نگرفته، یکی از انواع رفتار ضرری که متناسب با موضوع غبطه در اموال یتیم است، ذکر گردیده و بر آن تأکید شده است. لذا به‌جای «اکل ضرری و ضراری» از تعبیر «اکل اسرافی و بداری» استفاده شده است.

از مجموع آیات بیان‌شده می‌توان چنین نتیجه گرفت که کاربرد واژه معروف در قرآن، به‌ویژه در مواردی که با آیات یادشده قرابت موضوعی و معنایی دارد، در مقابل واژه ضرر و ضرار



است و در این موارد، امر قرآن به رفتار به معروف، در واقع امر به رفتار غیرضرری و غیرضراری است. در نتیجه، عبارت قرآنی «و عاشروهَنّ بالمعروف» به معاشرت غیرضرری و غیرضراری امر می‌کند. چنان‌که در مورد وصیت نیز، یک‌بار امر به وصیت به معروف می‌نماید و بار دیگر امر به وصیت غیرمضار؛ یا به‌عنوان یکی از مصادیق معاشرت به معروف، از یک سو، امر به امساک زوجه به معروف می‌کند و از سوی دیگر، نهی از امساک ضراری.

## ۲. ملاک مسئولیت در ترک معاشرت به معروف

در بخش قبل، مشخص شد که از دیدگاه مرحوم علامه طباطبایی، در برابر امر به معاشرت به معروف، آنچه مورد نهی شارع قرار گرفته، رفتار ضراری است. از این رو، آنچه موجب تحقق مسئولیت می‌شود، ترک معاشرت به معروف به معنی داشتن «معاشرت ضراری» با همسر است. لذا جهت درک معنای معاشرت ضراری، به بررسی معنای واژه «ضرار» می‌پردازیم.

### ۲.۱. معنای ضرار

یکی از مباحثی که فقیهان و نویسندگان قواعد فقه، ذیل قاعده لاضرر و در تبیین حدیث مشهور «لاضرر و لاضرار» مورد مذاقه و بررسی قرار داده‌اند، تحلیل معنای ضرار و تفاوت آن با واژه ضرر است. می‌توان مجموع معانی‌ای را که برای ضرار بیان شده است، در دو دسته زیر خلاصه کرد.

- کسانی که ضرار را به همان معنای ضرر دانسته‌اند و میان این دو کلمه تفاوت آن‌چنانی قائل نشده‌اند. این گروه که مشهور فقها هستند و اکثریت را به خود اختصاص داده‌اند، برای ضرار این معانی را بیان کرده‌اند: ضرر رساندن متقابل، ضرر در برابر نفع، ضرر مؤکد، ضرر رساندن به تلافی ضرر واردشده (محقق داماد، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۱۴۳)، استمرار و دوام ضرر (سیستانی، ۱۳۹۳، ص ۱۲۹).

- معدودی از فقیهان نظیر امام خمینی<sup>(ره)</sup> به استناد آیات و روایات و با تحلیل واژگانی و کاربردی این کلمه در متون اصیل، نتیجه گرفته‌اند که «غالب استعمالات ضرر و اضرار و مشتقات آنها در ضرر مالی و جانی است؛ به خلاف ضرار و مشتقات آن که کاربرد شایع آن در

تضییق و حرج و سختی و کلفت است. بنابراین قالب کاربرد ضرار (باب مفاعله) در معانی مذکور است نه در معنی ضرر مالی و جانی» (موسوی خمینی، ۱۳۸۷، ص ۶۵).

نتیجه اینکه «ضرار» مورد نهی که در برابر امر به معاشرت به معروف قرار گرفته، بر اساس نظر مشهور، امر به ترک «معاشرت ضرری» و بر طبق نظر امام خمینی، «معاشرت حرجی» است.

## ۲.۲. تطبیق دیدگاه علامه و حقوق دانان درباره رفتار ضرری

چنان که در تحلیل واژه معروف از دیدگاه مرحوم علامه بیان شد، معاشرت به معروف، داشتن رفتار متعارف در زندگی زناشویی است و معاشرت ضرری خروج از رفتار متعارف و داشتن رفتار غیرمتعارف با همسر است. نکته حائز اهمیت آن است که در پژوهش‌ها و تحقیق‌های حقوقی نیز، چنان که خواهیم دید، آنچه در مورد رفتار ضرری و حرجی ملاک مسئولیت قرار گرفته، صدور رفتار نامتعارف از سوی فرد ضررزننده است. از این رو، ماده ۱۳۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود، مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا دفع ضرر از خود باشد». حقوق دانان در تحلیل ماده مذکور، ملاک تحقق مسئولیت مدنی در موارد اعمال حق و اجرای قاعده لاضرر را خروج از رفتار متعارف دانسته‌اند (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲، ص ۱۸۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۳۱۳).

حقوق دانان اسلامی برای تحقق مسئولیت در باب اتلاف، وجود تقصیر را ضروری نمی‌دانند و ارکان مسئولیت را منحصر در فعل زیان‌بار (ضرر) و رابطه سببیت می‌دانند (محقق داماد، ۱۳۸۰، ص ۱۱۵). این دیدگاه که برگرفته از پیشینه فقهی بحث ضمان قهری است، امروزه طرفدارانی در میان حقوق دانان غربی نیز یافته و قائلان به مسئولیت بدون تقصیر رو به تزاید است؛ زیرا «در مسئولیت مدنی، هدف اصلی، داوری کردن درباره نیکی و زشتی رفتار اشخاص نیست. هدف این است که زیان‌های ناروا جبران شود و آثار کارهای ناشایسته از بین برود» (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۳۶۲). اما در جایی که ضررزننده در جهت ایفای حق مشروع خود عمل می‌کند، ایجاد مسئولیت و ضمان مشروط به رفتار نامتعارف و خارج از عرف است. «تمییز

سوءاستفاده از حق تنها به تقصیر مالک محدود نمی‌شود. ... همین‌که زیان‌دیده تجاوز از حدود متعارف را ثابت کند، دادگاه او را از کار مضر باز می‌دارد. تجاوز از حدود متعارف تعبیر دیگری از تجاوز از رفتار انسان متعارف است» (همان، ص ۴۲۰). از این رو، برخی از فقیهان در مسأله روشن کردن آتش در ملک شخصی، معتقدند اگر عرف و عادت چنین اقتضا کند که افروختن آتش موجب سرایت به ملک دیگری است، این کار تجاوز از فعل مأذون شرعی و موجب ضمان است (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۲، ص ۱۶۷). بنابراین کسی که در راستای ایفای حقوق زناشویی یا در خلال زندگی مشترک به‌گونه‌ای معاشرت می‌کند که رفتار او خروج از رفتار انسان متعارف به حساب می‌آید و از حدود متعارف تجاوز می‌نماید و چنین معاشرتی موجب ایراد ضرر یا ایجاد تنگنا و حرج برای همسر است، قانون‌گذار از رفتار او ممانعت به عمل می‌آورد و چنان‌که خواهیم دید، ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی در صدد اجرای همین ممانعت است. به این ترتیب، تحلیل واژگانی علامه طباطبایی که بر اساس آیات قرآن، رفتار به معروف و متعارف را در برابر رفتار ضرری و ضراری قرار داده، با بیان حقوق‌دانان در مسئولیت مدنی منطبق است.

### ۲.۳. مسئولیت معاشرت ضراری

چنان‌که بررسی شد، بر اساس نظر مرحوم علامه میان رفتار متعارف و رفتار ضرری ضدیت و تقابل وجود دارد. لذا در قاعده معاشرت به معروف نیز، معاشرتی که غیر معروف باشد و یکی از زوجین را دچار ضرر و ضرار نماید، از سوی شارع و قانون‌گذار ممنوع دانسته شده است. مستند این منع، ممکن است قاعده لاضرر باشد؛ اما در اینکه قاعده مذکور می‌تواند علاوه بر منع و جلوگیری از ضرر، حکم جدیدی را ایجاد نماید و مثلاً به قاضی اختیار طلاق قضایی یا اجبار زوج بر طلاق را بدهد، تردیدهایی وجود دارد. ریشه این تردیدها اختلاف نظری است که نویسندگان قواعد فقه نسبت به حکم‌ساز بودن قاعده لاضرر دارند. به عبارت دیگر، آیا قاعده لاضرر تنها نفی احکام ضرری می‌کند و نقش بازدارنده دارد یا علاوه بر آن، اگر ضرر از

ناحیه خلاً قانونی باشد، می‌تواند وضع حکم نماید و نقش سازنده ایفا نماید (محقق داماد، ۱۳۸۰، ص ۱۶۵).

مبنای اجبار زوج بر طلاق یا اجرای طلاق قضایی در شرایط معاشرت و رفتار ضراری، منحصر در قاعده لاضرر نیست؛ بلکه در خصوص مسأله مورد نظر، روایات خاصه‌ای وارد شده است که چه‌بسا ما را از قاعده لاضرر بی‌نیاز کند؛ چنان‌که برخی از فقها نیز معتقدند بحث از حکم‌ساز بودن یا نبودن لاضرر بحثی صغروی است که ثمره چندان‌ی ندارد؛ زیرا در سراسر فقه، هیچ مسئله‌ای نیست که فقدان حکم ایجاد ضرر کرده باشد و تنها لاضرر بتواند برای آن مورد حکم بسازد و هیچ دلیل دیگری وجود نداشته باشد (خویی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۵۶۰؛ سیستانی، ۱۳۹۴، ص ۲۶۶).

از جمله روایاتی که در اینجا می‌تواند مورد استناد قرار گیرد، روایت ابوبصیر از امام باقر<sup>(ع)</sup> است که می‌فرماید: **مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ امْرَأَةٌ فَلَمْ يَكْسُهَا مَا يُوَارِي عَوْرَتَهَا وَيُطْعِمُهَا مَا يَتَقِيمُ صَلْبَهَا كَانَ حَقًّا عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا**: «هرکس که زنی دارد ولی لباس و غذای او را تأمین نمی‌کند، حاکم حق دارد میان آن دو جدایی اندازد» (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۴۴۱).

در روایت صحیح دیگری، امام صادق<sup>(ع)</sup> درباره آیه **«وَمَنْ قَدَّرَ عَلَيْهِ رِزْقَهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ»**، می‌فرماید: **«إِنْ أَنْفَقَ عَلَيْهَا مَا يَتَقِيمُ ظَهْرَهَا مَعَ كِسْوَةِ رِأْسِهَا وَرِزْقِ بَيْنَهُمَا**: «اگر مرد نفقه زوجه را به گونه‌ای پرداخت کند که زن سرپا بماند و پوشاک او را نیز تهیه کند [وظیفه خود را ادا کرده است] و آلاً میان آن دو جدایی انداخته می‌شود» (همان‌جا).

به استناد این روایات، حتی اگر قاعده لاضرر نیز نتواند حکم‌ساز باشد، حاکم شرع می‌تواند در صورت درخواست زوجه، طلاق را جاری نماید؛ چنان‌که مرحوم سید یزدی نیز در مواردی که زوج نفقه زوجه را به دلیل مفقودالثر بودن یا محبوس بودن یا معسر بودن پرداخت نمی‌کند، جواز طلاق توسط حاکم شرع را بعید نمی‌داند و مستند این حکم را علاوه بر قاعده نفی حرج و ضرر، روایات مذکور می‌داند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۸۵).

قانون‌گذار ایران نیز در تنظیم ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، اجبار بر طلاق و طلاق قضایی را مورد پذیرش قرار داده است. در جریان اصلاح ماده مزبور در سال ۱۳۶۱، فقهای شورای نگهبان اشکالاتی را مطرح کردند که در نامه این شورا به امام خمینی<sup>(ره)</sup> منعکس شده است: «محضر مبارک رهبر عالی قدر انقلاب اسلامی ایران حضرت آیت‌الله‌العظمی امام خمینی، پس از سلام و اهدای تحیات، پاره‌ای از مسائل در شورای نگهبان مورد اختلاف قرار می‌گیرد و بالنتیجه نظر شریف متبع است؛ من جمله از این مسائل موادی است از قانون مدنی که اخیراً مورد بررسی و اصلاح قرار گرفته است که یکی از مواد مربوط به طلاق این است: در صورتی که ادامه زندگی زناشویی برای زن موجب عسر و حرج باشد، زن می‌تواند با مراجعه به حاکم شرع تقاضای طلاق کند و حاکم شرع پس از بررسی و ثبوت موضوع، شوهر را اجبار به طلاق کند و چنانچه مرد از طلاق ابا کند، حاکم شخصاً اقدام به طلاق نماید.

در اینجا بعضی از فقهای شورای نگهبان نظر منفی دارند و می‌گویند آنچه مستلزم حرج است، لزوم عقد در نکاح است و بر فرض که ادله حرج در اینجا حاکم باشد، می‌تواند لزوم عقد را بردارد و برای زن حق فسخ ایجاد کند و با توجه به اینکه موارد فسخ اجماعاً محدود است و این مورد جزء آن موارد نیست، حق فسخ قهراً منتفی می‌شود. عده‌ای از فقها می‌گویند که علت حرج در اینجا تنها لزوم عقد نیست؛ بلکه انحصار طلاق به دست مرد منشأ حرج است و ما به ادله حرج این انحصار را برمی‌داریم و با مراجعه به حاکم احتیاطاً و ثبوت موضوع در نزد حاکم، مرد مجبور به طلاق می‌شود و یا حاکم طلاق می‌دهد. با توجه به این نظرات، نظر مبارک را مرقوم فرمایید».

امام خمینی<sup>(ره)</sup> در پاسخ چنین فرموده‌اند: «طریق احتیاط آن است که زوج را با نصیحت و الا با الزام وادار به طلاق نماید و در صورت میسر نشدن، به اذن حاکم شرع، طلاق داده شود و اگر جرئت بود مطلب دیگری بود که آسان‌تر است» (مهرپور، ۱۳۸۸، ص ۳۰۱).

پس از این استفتا، ماده ۱۱۳۰ بدین شکل نوشته شد: «در مورد زیر، زن می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید: در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت

موجب عسر و حرج است، می‌تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج، زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورت میسر نشدن، به اذن حاکم شرع، طلاق داده می‌شود». این ماده در سال ۱۳۷۱ با حفظ ساختار کلی به این نحو اصلاح گردید: «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند. چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود».

به این ترتیب، قاعده نفی حرج و لاضرر حکم‌ساز تلقی شده است و در جایی که قاعده «الطلاق بید من اخذ بالساق» موجب ضرر زوجه باشد، به حاکم شرع اذن طلاق چنین زنی را داده است.

### ۳. تأثیر دیدگاه علامه در تفسیر ماده ۱۱۰۳

بر اساس دیدگاه علامه طباطبایی، دانستیم که ملاک و معیار معاشرت به معروف، رفتار متعارف و مطابق با عرف است. از سوی دیگر، آنچه در برابر رفتار متعارف مورد نهی قرار گرفته، رفتار ضرری و حرجی است. مسئولیت مترتب بر ترک معاشرت به معروف نیز به سبب خروج از رفتار متعارف، یعنی وجود معاشرت ضراری ایجاد می‌شود.

حقوق‌دانان معاشرت به معروف را با عنوان «حسن معاشرت» که در قانون مدنی به آن اشاره شده است، به یک مفهوم دانسته‌اند. منبع اصل «حسن معاشرت» ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی است که می‌گوید: «زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگرند». برخی شارحان قانون مدنی، درباره حسن معاشرت مورد تکلیف این ماده گفته‌اند: از جمله تکالیفی که زن و شوهر نسبت به یکدیگر دارند، حسن معاشرت است که این تکلیف با صراحت کامل در عبارت قرآنی «و عاشروهنَّ بِالْمَعْرُوفِ» آمده است (امامی، ۱۳۷۷، ج ۴، ص ۴۳۱؛ طاهری، ۱۳۷۶، ج ۳، ص ۱۹۵؛ محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۲۸۵).

حقوق‌دانان درباره معنای حسن معاشرت معتقدند: مراد ماده ۱۱۰۳ این است که سلوک زن و مرد باید با خوشرویی و مسالمت و مهربانی آمیخته باشد. این دو باید از اعمالی که سبب ایجاد نفرت و کینه و غم و اندوه فراوان در دیگری است، بپرهیزند (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۲۰۲).

امامی می‌گوید: «منظور ماده از حسن معاشرت زوجین با یکدیگر، در حدود عرف زمان و مکان می‌باشد تا بدین وسیله، محیط آرام خانوادگی به وجود آید. بنابراین زن و شوهر باید با خوشرویی و مسالمت با یکدیگر زیست نمایند و بدون داد و فریاد و یا ناسزا و مجادله، روزگار بگذرانند» (امامی، ۱۳۷۷، ج ۴، ص ۴۳۰).

برخی دیگر گفته‌اند: هر رفتاری که همراه با خوشرویی و مسالمت و صمیمیت باشد، از مصادیق حسن معاشرت است (صفایی و امامی، ۱۳۹۱، ص ۱۲۲).

چنان‌که ملاحظه شد، حقوق‌دانان و شارحان قانون مدنی حسن معاشرت را با عناوینی همچون خوشرویی، مسالمت، صمیمیت، مهربانی و ... تفسیر کرده‌اند. با وجود این، اکثر آنان معتقدند حسن معاشرت از سایر حقوق و تکالیفی که زوجین در برابر یکدیگر دارند، جدا نمی‌باشد؛ بلکه سایر موادی که بیانگر لزوم معاضدت در تشدید خانواده، پرداخت نفقه، ادای وظایف زوجیت، منع زن از اشتغال به برخی شغل‌ها و ... می‌باشد نیز، در صدد تعیین مصادیق حسن معاشرت است. بر مبنای همین دیدگاه است که دکتر امامی حُسن معاشرت را دارای ضمانت‌اجرائی می‌داند و می‌گوید: «مادهٔ مزبور اگرچه در ظاهر ارشادی و اخلاقی است، ولی از قواعد حقوقی به شمار می‌رود و ضمانت‌اجرای حقوقی دارد؛ زیرا چنانچه زن سوءخلق و بدرفتاری نسبت به شوهر خود نمود و شوهر به وسیلهٔ نصیحت و منع او از بدرفتاری، نتوانست او را به حسن معاشرت وادار نماید، زن ناشزه می‌شود و حق نفقهٔ او برای مدت نشوز، ساقط می‌گردد. در صورتی که شوهر با زن خود بدرفتاری نماید و از خود سوءخلق نشان دهد و نصایح و منع زن، او را وادار به حسن معاشرت نکند، قانون چاره‌نیندیشیده، مگر آنکه سوءمعاشرت شوهر به حدی برسد که ادامهٔ زندگی زن را غیرقابل تحمل کند که در این صورت، به دستور مادهٔ ۱۱۳۰ ق.م. زن می‌تواند از دادگاه درخواست کند که شوهر او را اجبار به طلاق بنماید» (امامی، ۱۳۷۷، ج ۴، ص ۴۳۰).

به پیروی از این دیدگاه، اکثر حقوق‌دانان تکلیف مندرج در مادهٔ ۱۱۰۳ ق.م. را الزام‌آور و ترک حسن معاشرت را موجب ایجاد مسئولیت حقوقی می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۲۰۳).

این برداشت با آنچه تا کنون دربارهٔ دیدگاه مرحوم علامه بیان گردید، از جهاتی متفاوت است

که در ذیل به آن می‌پردازیم.

### الف. عدم تطبیق معاشرت به معروف با حسن معاشرت

چنان‌که پیش از این معلوم شد، حقوق‌دانان حسن معاشرت در ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی را به معنی داشتن صفا و صمیمیت، خوشرویی، مهربانی و از این قبیل صفات دانسته‌اند و این با معنایی که علامه طباطبایی به استناد آیات قرآن درباره معروف و معاشرت به معروف بیان نموده، متفاوت است؛ زیرا در برابر امر معاشرت به معروف، نهی از رفتار ضراری قرار گرفته و به وسیله آن، تحدید و تعریف شده است. بر این اساس، صفا و صمیمیت و خوشرویی در زندگی زناشویی، اگرچه رفتاری پسندیده و نیکو است، ترک آن تا زمانی که موجب پدید آمدن حرج یا ضرر در طرف دیگر نشود، از دایره امر به معاشرت به معروف و قاعده معروف خارج است. اگر این خروج از قاعده معروف را به این استناد بدانیم که نهی از ضرار، ماهیت قاعده معروف را محدود نموده و آن را تعریف کرده است، در این صورت خروج تخصصی است و چنانچه قائل شویم خوشرویی و مهربانی ماهیتاً در دایره تعریف معاشرت به معروف قرار دارد، ولی به وسیله نهی از معاشرت ضراری از آن خارج شده، این خروج تخصصی یا به حکومت است. بنابراین حسن معاشرتی که حقوق‌دانان تعریف کرده‌اند، با تعبیر قرآنی معاشرت به معروف در تعیین دایره مسئولیت تفاوت جدی دارد.

### ب. عدم تقابل سوء معاشرت و حسن معاشرت

بسیاری از حقوق‌دانان حسن معاشرت را مقابل سوء معاشرت پنداشته‌اند و بدین ترتیب معتقدند هرکس حسن معاشرت ندارد، لزوماً دارای سوء معاشرت است (عاملی، ۱۳۵۰، ص ۶۸). آنان معتقدند حدود مفهوم حسن معاشرت بر حسب زمان و مکان تغییر می‌کند، ولی اجمالاً می‌توان گفت تمام اموری که از نظر اجتماعی توهین محسوب می‌شود یا اموری که با عشق به کانون خانواده منافات دارد، از مصادیق سوء معاشرت در خانواده به حساب می‌آید (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۲۰۲). همین برداشت دلیلی برای تحقق مسئولیت حقوقی در صورت ترک حسن معاشرت شمرده شده است؛ زیرا تمامی حقوق و تکالیف زوجین از لوازم حسن معاشرت به حساب می‌آید و نقض هریک از این تکالیف اقدامی بر خلاف حسن معاشرت و مصداق



سوء معاشرت است (خدادادپور، ۱۳۸۸، ص ۲۳۸).

به نظر می‌رسد از نگاه حقوق‌دانان، رابطه تقابل میان «سوء معاشرت» و «حسن معاشرت» به لحاظ منطقی، رابطه تناقض یا عدم ملکه است؛ به گونه‌ای که با نفی حسن معاشرت، اثبات سوء معاشرت و بالعکس لازم آید. در حالی که بالوجدان می‌توان دریافت که برخی زوجین در زندگی مشترک خود دارای حسن معاشرت نیستند، اما نمی‌توان به آنها سوء معاشرت را نیز منتسب دانست؛ مثلاً مردی را که کلیه وظایف قانونی زناشویی را انجام می‌دهد، اما رابطه صمیمی و توأم با مهر و محبت با همسر خود ندارد، نمی‌توان دارای سوء معاشرت دانست؛ مگر اینکه به تحقیر و توهین و ضرب و شتم منجر شود. در واقع، میان حسن معاشرت و سوء معاشرت تقابل عدم و ملکه نیست که به صرف نفی سوء معاشرت زوجین، حسن معاشرت آنان ثابت شود؛ بلکه زوجین علاوه بر ممنوعیت نسبت به سوء معاشرت، مکلف به حسن معاشرت می‌باشند. این مفاهیم ایجابی هستند که زوجین باید با رفتارهای انسانی و اخلاق حسنه آن را به اثبات برسانند (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۲۸۶). بنابراین در روابط میان زوجین گاهی رابطه ضرری و ضراری برقرار است که به آن «نشوز» گفته می‌شود و بر اثر سوء معاشرت به وجود می‌آید و گاهی میان آن دو، حسن معاشرت حاکم است و گاهی نیز وضعیت سومی برقرار است: نه رابطه ضرری و سوء معاشرت حاکم است و نه رابطه حسن معاشرت؛ بلکه رابطه‌ای غیر صمیمی و به دور از انس و الفت برقرار است. مؤید این برداشت، آیه «وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا...» (نساء، ۱۲۸) است که در آن، دو گونه رفتار موجب خوف زوجه شمرده شده است: یکی «نشوز» مرد و دیگری «اعراض» او. مفسران در ذیل این آیه، مصادیق نشوز زوجه را عدم پرداخت نفقه و توهین و ضرب و ایذای زوجه و مصادیق اعراض را رویگردانی و ترک همنشینی و مؤانست و هم‌کلامی بیان کرده‌اند (طبرسی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۲۹۲).

### ج. عدم تساوی حسن معاشرت با وظایف قانونی

بسیاری از حقوق‌دانان معتقدند که تمامی تکالیف زوجین چون معاضدت در تشیید مبانی خانواده، تربیت فرزندان، وفاداری، تمکین زن از شوهر و پرداخت نفقه، بیانگر حسن معاشرت مندرج در ماده ۱۱۰۳ می‌باشد. در واقع، حسن معاشرت از سایر حقوق و تکالیف زوجین که در سایر مواد بیان گردیده است، جدا نیست. بر همین مبنا، ضمانت‌اجراهای بیان‌شده در مواد

۱۱۰۸ (محرومیت از نفقه) و ۱۱۳۰ (اجبار به طلاق) را ضمانت اجرای ترک حسن معاشرت تلقی کرده‌اند. اما به نظر می‌رسد عنوان «امتناع از وظایف زوجیت» در ماده ۱۱۰۸ معادل واژه نشوز در فقه است و ضمانت اجرای بیان شده در ماده مزبور (یعنی زوال استحقاق نفقه) به سبب نشوز است. بنابراین ترک حسن معاشرت تا به حد نشوز زوجه نرسد، ضمانت اجرا و مسئولیت حقوقی در پی ندارد (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۲۸۷). از سوی دیگر، طلاق قضایی و اجبار به طلاق، ضمانت اجرای رفتار ضرری و قرار گرفتن زوجه در شرایط عسر و حرج در صورت ادامه زوجیت است. بنابراین ترک حسن معاشرت مرد با همسرش تا وقتی به حد معاشرت ضرری و حرجی نرسیده باشد، ضمانت اجرای حقوقی ندارد؛ هرچند ضمانت اخلاقی دارد. از این رو، مدلول ماده ۱۱۰۳ حکم ارشادی است و تخلف از آن، اثر حقوقی و جزایی ندارد؛ مگر سوءمعاشرت تشدید شده، منجر به نشوز گردد (حائری شهاباغ، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۹۶۵).

### یافته‌های پژوهش

۱. بر اساس تحلیل علامه طباطبایی، واژه معروف در عبارت قرآنی «و عاشروهنّ بالمعروف» که منبع اصلی قاعده معروف می‌باشد، به معنای «معمول و متعارف» است.
۲. مراد از معاشرت به معروف در قرآن، داشتن رفتار متعارف و ترک معاشرت ضراری است.
۳. در زندگی زناشویی، ایجاد ضمانت اجرایی و مسئولیت حقوقی ترک معاشرت به معروف، مشروط به «معاشرت غیرمتعارف» یا همان معاشرت ضراری است.
۴. تکلیف مندرج در ماده ۱۱۰۳ قانون مدنی درباره داشتن حسن معاشرت، در صورتی که حسن معاشرت به معنای معاشرت به معروف و غیرضرری باشد، علاوه بر ضمانت اجرایی اخلاقی، الزام آور و دارای ضمانت اجرایی حقوقی نیز خواهد بود که برخی از آنها در مواد ۱۱۰۸، ۱۱۱۱، ۱۱۱۵، ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ بیان شده است.

### منابع

- قرآن کریم
- اکبری راد، طیبه و ملک‌زاده، فهیمه (۱۳۸۸). «معناشناسی معروف در قرآن و رابطه آن با حقوق زن در خانواده». مجله فقه و حقوق خانواده، ۱۴(۵۱): ۵۱.

- امامی، سید حسن (۱۳۷۷). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامی.
- حائری شاهباغ، علی (۱۳۷۶). شرح قانون مدنی. تهران: گنج دانش.
- خدادادپور، منیره (۱۳۸۸). مسئولیت مدنی در روابط زوجین. تهران: نشر مرکز امور زنان و خانواده ریاست جمهوری.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۳ق). مصباح الأصول. قم: کتابفروشی داوری.
- راغب اصفهانی، حسین (۱۴۱۲ق). المفردات فی غریب القرآن. بیروت: دارالعلم
- سیستانی، سید علی (۱۳۹۳). قاعده لاضرر و لاضرار. مترجم اکبر نایب‌زاده. تهران: خرسندی.
- صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۳ق). من لایحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله (۱۳۹۱). مختصر حقوق خانواده. تهران: میزان.
- صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۲). مسئولیت مدنی. تهران: انتشارات سمت.
- طاهری، حبیب‌الله (۱۳۷۶). حقوق مدنی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طباطبایی، سید محمدحسین (۱۳۷۴). تفسیر المیزان، ترجمهٔ محمدباقر موسوی همدانی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۷ق). المیزان فی تفسیر القرآن. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۱۴ق). تکمله العروه الوثقی. قم: کتابفروشی داوری.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۷۷). تفسیر جوامع الجامع. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- عاملی، باقر (۱۳۵۰). حقوق خانواده. تهران: مدرسهٔ عالی دختران.
- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام. قم: مؤسسهٔ معارف اسلامی.
- عظیم‌زاده اردبیلی، فائزه (۱۳۸۶). مبانی حسن معاشرت به معروف در نظام حقوقی خانواده از منظر قرآن کریم، مجله فقه و حقوق خانواده، سال ۱۳، ش ۴۸.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶). مقدمهٔ علم حقوق. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۰). مسئولیت مدنی - الزام های خارج از قرارداد. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۴). دورهٔ حقوق مدنی خانواده. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۰). قواعد فقه - بخش مدنی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۷). بررسی فقهی حقوق خانواده. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مهرپور، حسین (۱۳۸۸). مجموعه نظریات شورای نگهبان. تهران: دادگستر.

- موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۳۸۷). *بدايع الدرر في قاعده نفی الضرر*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- نوبهار، رحیم و حسینی، سیده‌ام‌البنین (۱۳۹۴). «قاعده لزوم معاشرت به معروف در روابط زن و شوهر». *مجله خانواده‌پژوهی*، ۱۱(۴۱).

## تأثیر تحول ساختار قدرت در خانواده بر حقوق زوج

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۱۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۲/۲۰

فرزانه شفیق زاده<sup>۱</sup>\*

کبری پور عبدالله<sup>۲</sup>

مریم السادات محقق داماد<sup>۳</sup>

DOI: 10.30497/FLJ.2021.240579.1642



### چکیده

براساس مطالعات جامعه‌شناسی، ساختار قدرت در غالب خانواده‌های ایرانی از شکل اقتدارگرا (مردسالاری) به نیمه‌دموکراتیک تحول یافته است. این تحول تمام ابعاد خانواده، خصوصاً بعد حقوقی آن را از جهت حقوق اعضا تحت تأثیر قرار داده است. یکی از مهم‌ترین حقوق متأثر از این تحول نیز، حقوق مربوط به زوج می‌باشد. بر این اساس، در پژوهش حاضر بر آن شدیم تا تأثیر تحول صورت‌گرفته بر حقوق زوج را مورد بررسی قرار دهیم. در این راستا، از طریق روش توصیفی - تحلیلی و گردآوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای، به این نتیجه دست یافتیم که چون مقتضیات زمان و مکان، انطباق قوانین با تحولات را ضروری می‌سازد، قانون‌گذار نیز متناسب با تحول در ساختار قدرت در خانواده، به وضع قوانین جدید یا اصلاح قوانین سابق در خصوص حق مهریه، حق نفقه، حق نحل و اجرت‌المثل، حق اشتغال و اختیار طلاق اقدام نموده است. با این حال، همچنان اموری مرتبط با حقوق زوج در زمینه حق مهریه، حق اشتغال، حق جنسی، حق فسخ نکاح و اختیار طلاق وجود دارند که تحت تأثیر تحول در ساختار قدرت تغییر یافته، ولی مورد توجه قانون‌گذار قرار نگرفته‌اند و در نتیجه، خلأهای قانونی را به وجود آورده است؛ لذا تغییر قوانین سابق یا وضع قوانین جدید با استفاده از ظرفیت‌های فقهی در خصوص آنها پیشنهاد می‌شود.

### کلیدواژه‌ها

ساختار قدرت، خانواده، حقوق زوج.

۱. نویسنده مسئول) دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خانواده دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران.

Farzan.shafie@gmail.com

Poorabdollah@isu.ac.ir

M.mohaghegh@isu.ac.ir

۲. استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران.

۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران.

## مقدمه

خانواده ایرانی با گذشت زمان و به دنبال تغییرات تدریجی حاصل از مدرنیته در جامعه، از نظر ساختار و روابط درونی خانواده و حتی معنا و مفهومی که در این نوع روابط حاکم بوده، با تحولات گسترده‌ای روبرو بوده است (لبیبی، ۱۳۹۲، ص ۳۲). یکی از مهم‌ترین این تحولات، که عاملی عمده در تغییر مفهوم خانواده و شکل‌گیری خانواده به معنای امروزی شده است، تحول در ساختار قدرت در خانواده می‌باشد. در توضیح بیشتر، باید گفت که در ایران تا چند دهه گذشته، الگوی قدرت تصمیم‌گیری در رفتار سنتی جامعه، مردسالاری بوده است؛ یعنی مرد در رأس هرم قدرت قرار داشت و به تنهایی و بدون توجه به سایر اعضا، تصمیمات مربوط به امور خانواده را اتخاذ و دیگران را به اطاعت و انجام آنها وادار می‌نمود (بهنام، ۱۳۵۲، ص ۱۴؛ بستان، ۱۳۹۰، ص ۸۴؛ ملکی، ۱۳۸۷، ص ۳۴-۳۵)؛ اما پژوهش‌های متعدد نشان می‌دهند که طی چند دهه گذشته این شکل از ساختار قدرت براساس عوامل مختلف، در غالب خانواده‌های ایرانی تحول یافته است و همانند گذشته کاملاً عمودی و به صورت مردسالارانه نمی‌باشد؛ بلکه در حال حاضر، به طور متوسط ساختار قدرت در غالب خانواده‌های ایرانی تاحدی دموکراتیک شده و در شیب ملایمی از بالا به پایین قرار گرفته است (صبوری، ۱۳۷۵، ص ۸۰). بر این اساس، می‌توان گفت که ساختار قدرت در خانواده‌های کنونی ایرانی، به الگوی اسلامی نزدیک شده است؛ زیرا از دیدگاه اسلام، نه الگوی اقتدارگرا مورد پذیرش است که در آن، تنها مرد صاحب اختیار و تصمیم‌گیری است و نه الگوی دموکراتیک که در آن زن و مرد هر دو به صورت مساوی دارای قدرت هستند؛ بلکه الگوی ساختار قدرت در خانواده از دیدگاه آموزه‌های اسلامی، الگوی پدر مرکزی دموکراتیک است که در آن، رابطه نیمه‌افقی - نیمه‌عمودی میان زن و شوهر در خانواده برقرار است (زارعی توپخانه، ۱۳۹۲، ص ۱۱۰). بنابراین می‌توان تحول به وجود آمده در حوزه ساختار قدرت در اغلب خانواده‌های ایرانی را مثبت ارزیابی کرد؛ زیرا تحقیقات متعدد در این حوزه نشان داده‌اند که در ساختار مردسالارانه، هرچند ممکن است خانواده در ظاهر به حیات

خود ادامه دهد، خانواده دارای چنین ساختاری، علاوه بر اینکه ناکارآمد بوده و روابط عاطفی میان اعضای آن سست و ضعیف است، موجب عدم اجرای مقررات متعالی اسلامی در رابطه با تحکیم خانواده می‌شود. همان‌طور که در عمل نیز، با وجود گذشت صدها سال از ورود اسلام به ایران، به دلیل وجود نظام پدرشاهی، جامعه ایران نتوانست از مقررات اسلامی به‌خوبی استفاده کند و لذا جامعه ایران از نظر سیمای معنوی، همان بود که از یک جامعه مردسالاری عقب‌مانده انتظار می‌رفت؛ جامعه‌ای که اعضای خانواده‌های آن، به‌ویژه زنان و دختران، برخلاف دیدگاه اسلامی از نازل‌ترین حقوق برخوردار بودند؛ درحالی‌که امروزه و در جامعه کنونی ایران، باتوجه به تحول صورت‌گرفته در ساختار قدرت و نزدیک شدن به الگوی اسلامی، امکان اجرای قوانین و مقررات اسلامی در حوزه حقوق خانواده فراهم شده است.

پس بدون تردید، تحول صورت‌گرفته در ساختار قدرت در خانواده، تمام ابعاد خانواده به‌ویژه بعد حقوقی آن را از جهت حقوق اعضا تحت تأثیر قرار داده است؛ چنان‌که مطالعات تاریخی در این حوزه نیز حاکی از آن هستند که همواره میان ساختار قدرت در خانواده و چگونگی حقوق اعضا ارتباط مستقیم وجود دارد (شفیع‌زاده، ۱۳۹۶، ص ۳۶). یکی از مهم‌ترین حقوق متأثر از تحول در ساختار قدرت در خانواده نیز، حقوق مربوط به زوجه می‌باشد. اما سؤال مهمی که در این راستا وجود دارد، آن است که تحول در ساختار قدرت در خانواده، چه تأثیری بر حقوق زوجه داشته است. این سؤال از این جهت اهمیت دارد که پارادایم مسلط در جامعه گذشته ایران مردسالاری و تسلط کامل زوج بر تمام شئون زندگی زوجه بوده است (ر. ک. بهنام، ۱۳۵۲، ص ۱۴؛ بستان، ۱۳۹۰، ص ۸۴)؛ به‌گونه‌ای که زوج در برابر زوجه از حقوق مطلق برخوردار بود که زوجه تاب مقاومت در برابر آن را نداشت؛ لذا مسلماً تغییر تدریجی این پارادایم، حقوق زوجه را نیز تحت تأثیر قرار داده است. اما به نظر می‌رسد ابعاد و چگونگی این تأثیر در عصر کنونی، در حاله‌ای از ابهام قرار دارد؛ چراکه ظاهراً هیچ تبعی که به‌صورت نظری یا تجربی تأثیر این تحول در خانواده را بر حقوق زوجه از نقطه نظر فقهی و حقوقی مورد

مداقه قرار دهد، وجود ندارد. بنابراین آنچه انجام این پژوهش را ضروری می‌سازد، آن است که تأثیر این تحول را بر حقوق زوجه با استفاده از یافته‌های جامعه‌شناسی در رابطه با تحول ساختار قدرت در خانواده و با تکیه بر متون فقهی و حقوقی، مورد تحلیل و بررسی قرار دهیم. روش تحقیق حاضر توصیفی - تحلیلی است که گردآوری اطلاعات در آن به صورت کتابخانه‌ای، مطالعات اسنادی و فیش‌برداری انجام شده است. لازم به ذکر است، در این پژوهش در رابطه با حقوق زوجه، مباحثی مبنای بحث و بررسی قرار گرفته‌اند که قانون مدنی (در فصل مربوط به اشخاص) و قانون حمایت خانواده بیان داشته‌اند.

### مفهوم‌شناسی مصطلحات

#### - قدرت در خانواده

در لغت، «قدرت» را در مفاهیم «توانستن» و «توانایی داشتن» به کار برده‌اند (دهخدا، ۱۳۷۳، ج ۱۰، ص ۱۵۳۹۹؛ عمید، بی‌تا، ص ۸۹۴؛ معین، ۱۳۵۳، ج ۲، ص ۲۶۴۴). «قدرت» افزون‌بر مفهوم لغوی، مفاهیم اصطلاحی گوناگونی نیز دارد. اما آنچه در این پژوهش به تناسب موضوع آن، مورد تبیین قرار می‌گیرد، ابتدا اصطلاح خاص این واژه در جامعه‌شناسی و حقوق به‌طور کلی و سپس در چارچوب خانواده است.

#### - مفهوم اصطلاحی قدرت در جامعه‌شناسی و حقوق به‌طور کلی

به‌طور کلی معنایی که جامعه‌شناسان برای تعریف «قدرت» به کار گرفته‌اند، برگرفته از اندیشه وبر<sup>۱</sup> است. وبر، «قدرت» را فرصتی در چارچوب رابطه اجتماعی می‌داند که فرد در موقعیتی قرار می‌گیرد که می‌تواند خواست و اراده‌اش را حتی علی‌رغم مقاومت دیگران، بر آنان تحمیل کند (وبر، ۱۳۶۷، ص ۱۳۹).

در حقوق و علوم سیاسی نیز، «قدرت»، توانایی دارنده آن برای واداشتن دیگران به تسلیم در برابر خواست خود به هر شکلی است (آشوری، ۱۳۷۶، ص ۲۴۷)؛ بنابراین در جامعه‌شناسی و حقوق و علوم سیاسی، قدرت به یک معنا به کار رفته است و می‌توان هسته اصلی آن را در «وادار کردن به رفتار علی‌رغم میل فرد» بیان کرد.

---

1. Weber



## ۲. مفهوم اصطلاحی قدرت در جامعه‌شناسی خانواده و حقوق خانواده

**الف: مفهوم اصطلاحی قدرت در جامعه‌شناسی خانواده:** جامعه‌شناسان به‌طور خلاصه، مفهوم قدرت در خانواده را در سه بعد مورد ملاحظه قرار داده و معتقدند با ادغام این سه بعد، می‌توان به میزان قدرت مردان در خانواده (دموکراتیک بودن خانواده‌ها) دست یافت (سروش، ۱۳۷۷، ص ۳۸). این سه بعد عبارت‌اند از:

– **حوزه قدرت:** به حوزه قدرت داخل و خارج خانه تقسیم می‌شود و دارای قلمروهایی نظیر قدرت تصمیم‌گیری در امور اقتصادی، امور اجتماعی، تربیت فرزندان و تعیین مولید است (همان، ص ۳۷).

– **ساخت قدرت:** عبارت از الگوهای روابط قدرت حاکم بر خانواده است که به چهار الگوی حاکمیت شوهر، حاکمیت زن، تشریک در تصمیم‌گیری‌ها به وسیله زوجین و حوزه‌های مشخص و جداگانه تصمیم‌گیری‌ها تقسیم می‌شود (مهدوی و صبوری خرمشاهی، ۱۳۸۲، ص ۴۱).

– **شیوه اعمال قدرت:** به استراتژی برخورد زن و شوهر در تصمیم‌گیری‌ها اشاره دارد و به دو شیوه «مجاب‌سازی» و «مجبورسازی» تقسیم می‌شود. در شیوه «مجاب‌سازی»، مکانیسم‌های عمده دادن اطلاعات و استدلال برای رفتار و در شیوه «مجبورسازی»، مکانیسم‌های عمده اجبار به رفتار و عدم پذیرش انتقاد برجسته می‌باشد (سروش، ۱۳۷۷، ص ۳۸).

**ب. مفهوم اصطلاحی قدرت در حقوق خانواده:** در حقوق خانواده به تبعیت از فقه، واژه قدرت به کار برده نمی‌شود؛ بلکه آنچه مستعمل است، واژه‌های ولایت، ریاست و قوامیت است؛ لذا اگر بخواهیم تعریفی از مفهوم قدرت در فقه و حقوق خانواده ارائه دهیم، به‌ناچار باید به تعریف واژه‌های ریاست (قوامیت) و ولایت رجوع نماییم.

## ۱. تأثیر تحول ساختار قدرت در خانواده بر حقوق زوجه در قوانین موجود

یکی از مهم‌ترین مبانی بازنگری در قوانین، مقتضیات زمان و مکان است که یکی از راه‌های فقه شیعه برای اجتهاد محسوب می‌شود و مراد از آن، شرایط و خصوصیات و ارتباطات جدیدی است که در اثر مرور زمان و تغییر مکان‌ها بر افراد و جامعه حاکم می‌شود (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۴،

ج ۳، ص ۶۰). بر این اساس، می‌توان گفت که تحول تدریجی صورت گرفته در ساختار قدرت در خانواده از شرایط و موضوعات جدید و اجتناب‌ناپذیری در عصر حاضر محسوب می‌شود که مقتضی مفهوم زمان و مکان بوده و بر حقوق اعضای خانواده، به‌ویژه حقوق زوجه، و احکام آن تأثیر گذاشته است و بالطبع، تغییر و اصلاح احکام و بازنگری در قوانین مربوطه را ضروری می‌سازد. سیر تحول قوانین مختلف مربوط به حقوق زوجه در ایران قبل و بعد از انقلاب اسلامی نیز، نشان می‌دهد که قانون‌گذار بر مبنای مقتضیات زمان و مکان، سعی نموده است تا قوانین را با توجه به پارادایم مسلط در ساختار قدرت و با استفاده از ظرفیت‌ها و قواعد فقهی، مورد بازنگری قرار دهد.

لازم به ذکر است، بعضی از قوانینی که در اینجا به‌عنوان قوانین متأثر از تحولات عصر کنونی ذکر می‌شوند، سابقه فقهی دارند و در کتب فقهی به آنها پرداخته شده است؛ اما از آنجا که جامعه ایران اسلامی به دلیل حاکمیت نظام پدرشاهی و فئودالی، عملاً نتوانست از این مقررات فقهی استفاده کند و لذا با وجود چنین مقرراتی و نیز عدم وجود مرجعی که بتواند اجرای این مقررات را تضمین نماید، حقوق زوجه به سبب ریاست بی‌چون و چرای مردان به راحتی نادیده گرفته می‌شد. بنابراین وضع تدریجی این قوانین بر مبنای مقتضیات زمان و با توجه به تحولات تدریجی صورت گرفته در ساختار قدرت در خانواده، تحول مهمی در جهت حمایت از حقوق زوجه محسوب شده و می‌شود؛ زیرا با اینکه مقررات فقهی و شیوه اجرای آنها شکل قانونی یافت و برای بسیاری از آنها مطابق فقه، ضمانت اجرا تعیین گردید، با تأسیس دادگاه‌ها، مرجعی نیز برای رسیدگی و تضمین این قوانین قرار داده شد. در زیر به بررسی این قوانین می‌پردازیم.

### ۱.۱. حق استقلال مالی

بر اساس قوانین اسلامی زن دارای استقلال مالی است؛ بدین معنا که همانند مرد، شایستگی مالکیت و اداره اموال خود را دارد و می‌تواند نسبت به اموالی که مالک شده است، هرگونه

تصرفی را بدون اجازه از کسی داشته باشد. آیات ۷<sup>۱</sup> و ۲۳۲ سوره نساء و نیز روایاتی<sup>۳</sup> بر این مهم دلالت دارد

اما این حق زن نیز در طول تاریخ بعد از اسلام همچون سایر حقوق وی، تحت تأثیر جامعه مردسالار ایرانی نادیده گرفته می‌شد؛ تا آنکه در پی آغاز تحولات تدریجی در ساختار قدرت در خانواده، قانون‌گذار در سال ۱۳۱۳، به موجب ماده ۱۱۱۸ قانون مدنی، استقلال مالی زن را بر اساس تعالیم اسلامی تنقیح نمود و بیان داشت: «زن مستقلاً می‌تواند در دارایی خود هر تصرفی را که می‌خواهد بکند» و بدین ترتیب، سعی نمود مانع دخالت یا سوءاستفاده زوج نسبت به اموال زوجه گردد.

## ۱.۲. حق مهریه

در نظام حقوقی اسلام، یکی از حقوق مسلم زوجه در برابر زوج، حق مهریه است. قانون‌گذار در راستای حمایت از زنان، مطابق با فقه، حق زنان بر مهریه را در سال ۱۳۱۳ مورد پیش‌بینی قرار داد و در ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی مقرر نمود: «به مجرد عقد، زن مالک مهر می‌شود و می‌تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بنماید».

هرچند قانون‌گذار در ابتدا ضمانت‌اجرایی برای تضمین حق زنان بر مهریه و الزام زوج به پرداخت آن تعیین ننمود، اما از آنجا که به محض نکاح، زوجه مالک مهریه می‌شود و پرداخت آن به‌عنوان دین بر ذمه زوج قرار می‌گیرد، لذا ضمانت‌اجرای آن نیز مشمول مقررات سایر دیون مالی بر اساس قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ قرار می‌گرفت. با تصویب این قانون، زوجه می‌توانست برای الزام زوج به پرداخت مهریه تا هر میزان، به دادگاه مراجعه کند و در صورتی که شوهر از پرداخت مهریه استنکاف می‌ورزید، ضمانت‌اجرای حقوقی آن توقیف و

۱. «لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا.»

۲. «... لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ...»

۳. عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ: «إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ مَالِكَةً أَمْرَهَا تَبِيعُ وَتَشْتَرِي وَتُعْتَقُ وَتُشْهَدُ وَتُعْطَى مِنْ مَالِهَا مَا شَاءَتْ فَإِنَّ أَمْرَهَا جَائِزٌ تَزَوَّجُ إِنْ شَاءَتْ بَعِيرٍ إِذْنٍ وَلِيَّهَا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ فَلَا يَجُوزُ تَزْوِجُهَا إِلَّا بِأَمْرِ وَلِيِّهَا» (طوسی، ۱۴۰۷ ق، ج ۷، ص ۳۷۸).

ضبط مال در دسترس زوج به میزان مهریه بود و در صورت عدم دسترسی به اموال زوج، اگر وی با وجود توانایی مالی از پرداخت مهریه خودداری می‌کرد، دادگاه به تقاضای زوج، وی را تا زمان تأدیه مهریه حبس می‌نمود که این خود ضمانت اجرای مؤثری در تضمین حق زنان بر مهریه و جلوگیری از سوءاستفاده مردان محسوب می‌شد؛ تا اینکه قانون‌گذار در سال ۱۳۹۱ با تصویب ماده ۲۲ قانون حمایت خانواده از طرفی به صورت خاص بر ضمانت اجرای کیفری ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی<sup>۱</sup> در رابطه با مهریه تأکید نمود و از طرف دیگر، در راستای کاهش توقیف و حبس اشخاص در قبال دین مدنی مهریه، تنها عدم تأدیه مهریه تا سقف ۱۱۰ سکه بهار آزادی را مشمول ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی نمود؛ لذا نسبت به مازاد ۱۱۰ سکه، زوج فقط می‌تواند از طریق مدنی و با مراجعه به دادگاه و اثبات ملائت زوج، حق خود را استیفا کند. در هر حال، تعیین ضمانت اجرای حقوقی و کیفری برای مهریه از سوی قانون‌گذار نشان‌دهنده این است که وی سعی نموده با توجه به مقتضیات زمان، از حق زنان بر مهریه حمایت نموده، مانع از سوءاستفاده مردان از قدرت خود در جهت عدم پرداخت مهریه شود.

### ۱.۳. حق نفقه

فقه‌های امامیه بر اساس آیات و روایات متواتر بر وجوب پرداخت نفقه زوج توسط زوج اتفاق نظر دارند (نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۳۱، ص ۳۰۱؛ عاملی، ۱۴۱۳ ق، ج ۸، ص ۴۳۸). اما از آنجا که در جامعه مردسالار گذشته ایران، مقررات فقهی به خوبی اعمال نمی‌شد، این امکان وجود داشت که این حق زن نیز همانند سایر حقوق وی نادیده گرفته شود. بر این اساس، قانون‌گذار در راستای حمایت از زنان، ابتدا در سال ۱۳۱۰ در ماده ۹ قانون راجع به ازدواج و سپس در سال ۱۳۱۳ در ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی، به پیروی از فقه‌های امامیه، پرداخت نفقه به زوج را از آثار نکاح و از تکالیف اصلی شوهر در برابر زوج به حساب آورد و مقرر داشت: «در عقد نکاح دائم، نفقه زن به عهده شوهر است».

۱. در سال ۱۳۹۴، با تصویب قانون جدید اجرای محکومیت‌های مالی، ماده ۲ قانون سابق منسوخ و ماده ۱ و ۳ قانون جدید در بیان ضمانت اجرای حقوقی و کیفری در امور مالی جایگزین آن شد.

به‌علاوه در راستای حق زن بر نفقه، قانون‌گذار اولاً، برای جلوگیری از سوءاستفاده مردان، مصادیق نفقه را بیان نمود و در ماده ۱۱۰۷ مصوب ۱۳۱۳ چنین مقرر داشت: «نفقه عبارت است از مسکن و البسه و غذا و اثاث‌البیت که به‌طور متعارف با وضعیت زن متناسب باشد و خادم در صورت عادت زن به داشتن خادم یا احتیاج او به‌واسطه مرض یا نقصان اعضا». این درحالی است که براساس نظر اکثر فقها، نفقه منحصر به این موارد نمی‌باشد؛ بلکه هرآنچه زوجه به آن نیاز داشته باشد، تهیه آن بر زوج لازم است (محقق حلی، ۱۴۰۸ ق، ج ۲، ص ۲۹۳)؛ اما ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی به‌گونه‌ای تنظیم شده بود که موهم حصر بود؛ زیرا بیان می‌نمود: «نفقه عبارت است از ...». از این رو، در رابطه با عنوان نفقه و واجب بودن آن در مورد برخی هزینه‌های مرتبط با زن، از جمله هزینه‌های درمان که مطابق عرف و عادت محسوب می‌شد، اختلاف به وجود می‌آمد. قانون‌گذار در راستای حمایت از زنان برای رفع این ابهام، این ماده را در سال ۱۳۸۱، به این صورت اصلاح نمود: «نفقه عبارت است از همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن، از قبیل مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه‌های درمانی و بهداشتی و خادم در صورت عادت یا احتیاج به‌واسطه نقصان یا مرض». براساس این اصلاحیه، دیگر تردیدی باقی نمی‌ماند که موارد ذکر شده فقط به‌عنوان نمونه می‌باشد و نفقه شامل تمام نیازهای زن با وصف متعارف و متناسب بودن آن با وضعیت زوجه است.

ثانیاً، به‌منظور تضمین این حق زن، طبق قاعده «لاضرر»، برای آن ضمانت‌اجرای حقوقی (مواد ۱۱۱۱، ۱۲۰۵ و ۱۱۲۹ قانون مدنی) و کیفری (ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱) قرار داد و بدین ترتیب نیز، بر مبنای مقتضیات زمان، از اقتدار مطلق مردان کاسته و مانع از سوءاستفاده آنها در تضييع حقوق زنان شد.

ثالثاً، در ماده ۱۲۰۶ قانون مدنی مقرر نمود: «زوجه در هر حال می‌تواند برای نفقه زمان گذشته خود اقامه دعوی نماید ...». بر این اساس، قانون‌گذار در راستای حمایت از زنان، نفقه زمان گذشته آنان را نیز در صورت عدم تأدیة زوج، قابل مطالبه دانست تا بدین وسیله، مردانی که مدت زیادی از پرداخت نفقه زن خودداری نمودند، خود را از تأدیة آن معاف ندانند.

رابعاً، هرچند براساس فقه و قانون، ضمانت اجرای نشوز زن عدم پرداخت نفقه توسط زوج است، براساس ماده ۱۱۱۵ قانون مدنی، «اگر بودن زن با شوهر در یک منزل متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد، زن می‌تواند مسکن علی‌حده اختیار کند و در صورت ثبوت مظنه ضرر مزبور، محکمه حکم بازگشت به منزل شوهر نخواهد داد و مادامی که زن در بازگشتن به منزل مزبور معذور است، نفقه بر عهده شوهر خواهد بود». بدین ترتیب، قانون‌گذار برای تضمین حقوق زن و جلوگیری از سوءاستفاده مردان، عدم تمکین زن را، در صورت تحقق شرایط ماده ۱۱۱۵، مجاز دانسته، وی را همچنان مستحق نفقه می‌داند. خامساً، از آنجا که پرداخت نفقه و تأمین هزینه‌های زندگی تنها بر عهده زوج است، قانون‌گذار در ماده ۳۰ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، در جهت حمایت از زنان مقرر می‌دارد: «در مواردی که زوجه در دادگاه ثابت کند به امر زوج یا اذن وی از مال خود برای مخارج متعارف زندگی مشترک، که برعهده زوج است، هزینه کرده و زوج نتواند قصد تبرع زوجه را اثبات کند، می‌تواند معادل آن را از وی دریافت نماید».

#### ۱.۴. حق اجرت‌المثل و نحله

یکی از مهم‌ترین تحولاتی که در روابط مالی زن و شوهر در سال‌های پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران رخ داد، تصویب قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق در سال ۱۳۷۱ توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام است. این قانون در تبصره ۶ خود، برای اولین بار در حقوق ایران، دو تأسیس حقوقی اجرت‌المثل ایام زناشویی و نحله را ابداع نمود و بدین ترتیب، اصطلاح اجرت‌المثل در روابط زوجین و نحله به‌طور خاص وارد ادبیات حقوقی کشور گردید (احمدی، ۱۳۹۱، ص ۳۷). البته قانون‌گذار در سال ۱۳۸۵ نیز، با الحاق یک تبصره به ماده ۳۳۶ قانون مدنی، حق اجرت‌المثل را برای زوجه پیش‌بینی نمود. هرچند قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ به‌موجب ماده ۵۸ خود، تبصره ۶ قانون اصلاح مقررات طلاق را در خصوص اجرت‌المثل منسوخ نمود، این قانون در صدر ماده ۲۹ خود، اجرت‌المثل را براساس حکم تبصره الحاقی به ماده ۳۳۶ قانون مدنی مورد پذیرش قرار داد. در نهایت می‌توان گفت که هدف

قانون‌گذار در برقراری حق دریافت اجرت‌المثل برای زوجه بر مبنای مقتضیات زمان، از یک طرف، ایجاد مانع برای مردانی است که بدون دلیل موجه زن خود را طلاق می‌دهند تا بدین وسیله مانع از سوءاستفاده آنها از حق خویش شود و از طرف دیگر، جبران خسارت ناشی از طلاق و بهبود شرایط مالی زن پس از جدایی است؛ چنان‌که در مشروح مذاکرات مجلس آمده است که هدف از به رسمیت شناختن امکان مطالبه اجرت‌المثل ایام زوجیت در نظام حقوقی ایران، حمایت از زنانی بوده است که به ناحق توسط شوهرانشان طلاق داده می‌شوند و پشتوانه اقتصادی و عاطفی خویش را از دست می‌دهند (صورت مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، دوره سوم، اجلاس چهارم، جلسه چهارصد و هفتاد و یکم، ۱۳۷۰، ص ۲۸).

با وجود نسخ قانون اصلاح مقررات طلاق بر اساس قانون حمایت خانواده در سال ۱۳۹۱، بند «ب» تبصره ۶ آن در خصوص نحله همچنان به قوت خود باقی است؛ لذا در صورتی که امکان مطالبه اجرت‌المثل نباشد، نحله جایگزین آن می‌شود. البته نحله موضوع این قانون، یک حق مالی جدید است که در فقه و نیز حقوق سابقه ندارد و لذا اقدام قانون‌گذار در تصویب آن، اقدامی نو و تأسیسی است. این تبصره مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام است. هدف از تصویب آن نیز باتوجه به قاعده مصلحت، حمایت مالی از زوجه مطلقه بوده است؛ چراکه اگر پس از سال‌ها زندگی مشترک، مرد همسرش را بدون دلیل موجه طلاق دهد، با وجود آنکه مرد صاحب سرمایه‌ای است که زن در تحصیل آن نقش داشته است، زن سهمی در آن ندارد. لذا قانون‌گذار با توجه به وضعیت زنان مسلمان ایرانی، که غالباً خانه‌دارند و شاغل نمی‌باشند، آنان را نیازمند حمایت دانسته و در این راستا به تصویب این قانون اقدام کرده و بر مبنای مصلحت، مردان را ملزم کرده است که بخشی از سرمایه‌های خود را تحت عنوان بخشش، به همسران خود پردازند (هدایت‌نیا، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۶۵) و بدین وسیله مانع سوءاستفاده مردان از حق خویش گردد.

### ۱.۵. حق اشتغال

یکی از موانع جدی که بر اشتغال زنان در جامعه مردسالار ایران وجود داشت، تسلط بی‌چون و چرای مرد بر شئون زندگی زن بود؛ به گونه‌ای که مرد حتی به خود اجازه می‌داد، به‌طور

مطلق از خروج زن از خانه جلوگیری کند، چه رسد به اینکه به وی اجازه اشتغال دهد؛ درحالی که باتوجه به تحولات به وجود آمده، زنان این مانع را بر نمی تافتند و خواستار حمایت و وضع قوانین به نفع خود در این زمینه بودند. البته با توجه به اینکه جامعه ایرانی یک جامعه مسلمان بوده و هست، وضع قوانین در این خصوص می بایست در چارچوب اسلام و اصول و قواعد فقهی انجام می گرفت. در اسلام بر حق اشتغال زن تأکید شده و در این خصوص، بر سایر مکاتب نیز سبقت گرفته است. از این رو، فقها، اعم از فقهای متقدم و متأخر، این حق را با شرایطی مورد پذیرش قرار داده اند. اما براساس نظر مشهور فقها، یکی از آثار قوامیت (ریاست) شوهر، لزوم اذن زوج برای خروج زوجه از منزل است (عاملی، ۱۴۱۳ ق، ج ۸، ص ۳۰۸؛ نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۳۱، ص ۳۰۶؛ قواعد الاحکام، ۱۴۱۳ ق، ج ۳، ص ۹۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ ق، ج ۲، ص ۲۸۰؛ موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۳۰۵؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۲۸۹). از آنجا که اشتغال زن در بسیاری موارد ملازم با خروج وی از خانه است، زن برای اشتغال باید از شوهر اذن بگیرد و در مقابل شوهر این حق را دارد که با اشتغال زن در بیرون از خانه مخالفت نماید. البته فقها در مورد مطلق یا مقید بودن لزوم اذن شوهر اختلاف نظر دارند؛ به این صورت که برخی از فقها معتقدند زن باید مطلقاً برای خروج از منزل از شوهرش اذن بگیرد (عاملی، ۱۴۱۳ ق، ج ۸، ص ۳۰۸؛ نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۳۱، ص ۳۰۶؛ حلی، ۱۴۱۳ ق، ج ۳، ص ۹۵؛ حلی، ۱۴۰۸ ق، ج ۲، ص ۲۸۰؛ موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۳۰۵؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۶ ق، ص ۴۳۳؛ بهجت، ۱۴۲۸ ق، ص ۳۸۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ص ۳۹۶)؛ درحالی که برخی دیگر اذن شوهر را در صورتی واجب می دانند که خروج زن از منزل مخالف حق استمتاع شوهر یا مصالح خانوادگی باشد (شمس الدین، ۱۴۲۱ ق، ص ۳۳؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۲۸۹؛ جناتی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۵۳۷). در این رابطه، قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳ از نظر فقهای اخیر پیروی نمود و در ماده ۱۱۱۷ خود، مخالفت شوهر با اشتغال زن را به مصالح خانوادگی مقید کرد.



سال ۱۳۱۳ از جمله آغازین سال‌های شروع تحولات تدریجی در ساختار خانواده و روابط مبتنی بر قدرت تحت تأثیر مدرنیته است (ر. ک. آصفی، ۱۳۵۲، ص ۱۲۴؛ آزاد ارمکی، ۱۳۸۶، صص ۶۵ و ۶۶؛ بهنام، ۱۳۵۲، ص ۱۰) و تصویب ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی در این سال‌ها، نشان‌دهنده توجه قانون‌گذار به این تحولات و تمایل به محدود کردن قدرت مطلق بوده است که مردان در اختیار داشتند و در بیشتر موارد، از آن سوءاستفاده می‌کردند. بنابراین می‌توان گفت ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی از موارد تقیید ریاست مطلق مرد بر خانواده در جهت حمایت از حقوق زنان است. البته از آنجا که این ماده قانونی، مرجع تشخیص مصلحت را مشخص نکرده بود، شوهر به تشخیص خود می‌توانست زن را از اشتغال منع نماید و در صورت اختلاف زوج و زوجه نسبت به مخالفت شغل زن با مصالح خانواده نیز، شوهر از اقامه دلیل بی‌نیاز بود و زن باید ادعای خود را ثابت می‌کرد (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۲۳۴). لکن قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶ در ماده ۱۱۵ قید «با تأیید دادگاه» را به ابتدای ماده افزود و از این جهت نیز، اختیار مرد را محدود نمود. بدین ترتیب، قانون‌گذار با تصویب این قانون، گام دیگری در کاهش سلطه و اقتدار مرد در مقابل همسرش برداشت. افزون بر این، در سال ۱۳۵۳، قانون‌گذار با تصویب ماده ۲۱۸ قانون حمایت خانواده، علاوه بر آوردن قید «با تأیید دادگاه» در ممانعت از اشتغال، برای زن و شوهر در رابطه با ممانعت از اشتغال، حقوق مشابهی برقرار نمود که این امر نشان‌دهنده تمایل وی به کم‌رنگ شدن مرزهای جنسیتی میان زن و مرد در زمینه اشتغال، با توجه به تحولات تدریجی صورت گرفته است. بدین ترتیب، شاید از لحاظ نظری، در عصر حاضر دیگر نتوان اختیار شوهر درباره منع زن از مشاغل منافی مصالح خانواده را از آثار ریاست

---

۱. «شوهر می‌تواند با تأیید دادگاه زن خود را از اشتغال به هر شغلی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد منع کند».

۲. «شوهر می‌تواند با تأیید دادگاه زن خود را از اشتغال به هر شغلی که منافی مصالح خانوادگی خود یا زن باشد، منع کند. زن نیز می‌تواند از دادگاه چنین تقاضایی را بنماید. دادگاه در صورتی که اختلالی در امر معیشت خانواده ایجاد نشود، مرد را از اشتغال به شغل مذکور منع می‌کند».

او بر خانواده دانست (همان، ص ۲۳۷؛ صفایی و امامی، ۱۳۸۸، ص ۱۲۹)، پرهیز از این گونه مشاغل و رعایت حیثیت همسر در زمره تکالیف متقابل طرفین است و تجاوز از آن به دیگری حق می‌دهد که برای اجبار متخلف، به دادگاه رجوع کند (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۲۳۷).

### ۱.۶. اختیار طلاق

در حقوق اسلام، اختیار طلاق به دست مرد داده شده است و زن اصالتاً فاقد حق طلاق است، ولی با اثبات دلایل خاص<sup>۱</sup>، امکان جدایی برای وی فراهم می‌شود. با وجود این، باید اعتراف کرد که قواعد فقه خانواده در اجتماعی نتایج دلخواه را به بار می‌آورد که مردم به اخلاق مذهبی معتقد باشند و اساس آن بر مبانی اسلامی استوار باشد. اگر اخلاق مذهبی از احکام طلاق جدا شود، سوءاستفاده‌ها و زورگویی‌ها نیز آغاز می‌شود (همان، ص ۳۰۸). آنچه به نظر می‌رسد در جامعه مردسالار ایران وجود داشته است و در آن، علاوه بر اینکه برخی از مردان از این حق خود سوءاستفاده می‌کردند، بدون هیچ دلیلی زنان را طلاق می‌دادند. در عین حال، زنان، با وجود اینکه مقررات اسلام در برخی موارد امکان طلاق را به آنها می‌داد، به دلیل حاکمیت تفکر و سنت‌های ناشی از جامعه مردسالار، نمی‌توانستند خود را با وجود شرایط سخت و طاقت‌فرسا از قید زوجیت آزاد سازند. اما قانون‌گذار ایرانی در طول سال‌های اخیر با تصویب قوانین مختلف، از جمله قانون مدنی و قانون حمایت خانواده، و با بهره‌گیری از ظرفیت عناوین ثانوی و قاعده شروط، به دو روش تقنینی و قراردادی، موجبات طلاق به درخواست زن را گسترش داد و بدین ترتیب، سعی نمود تفاوت حقوقی زن و مرد در امر طلاق را کاهش دهد. در روش تقنینی، قانون‌گذار با بهره‌گیری از عناوین «لاضرر» و «لاخرج» شرایطی ایجاد نمود تا زوجه امکان بیشتری برای طلاق داشته باشد؛ از جمله: مفقودالآثر بودن شوهر به مدت چهارسال (ماده ۱۰۲۹)، شرط وکالت ضمن عقد نکاح (ماده ۱۱۱۹)، استنکاف یا عجز شوهر از دادن نفقه (ماده ۱۱۲۹)، اثبات عسر و حرج (ماده ۱۱۳۰)، طلاق خلع (ماده ۱۱۴۶) و مبارات

۱. مانند غیبت شوهر تا چهار سال، استنکاف و عجز شوهر از پرداخت نفقه، عسر و حرج، کراهت از شوهر (طلاق خلع).

(ماده ۱۱۴۷)، ازدواج مجدد زوج بدون رضایت زوجه (بند ۱۰ ماده ۸ و مواد ۱۶ و ۱۷ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳).

در روش قراردادی نیز، قانون‌گذار با بهره‌گیری از قاعده شرط، ۱۲ بند را به‌عنوان شرط در اسناد نکاحیه درج نمود<sup>۱</sup> تا در صورت تحقق آن شرایط، زن وکیل در طلاق باشد و بدین وسیله، خلأ قانونی و در نتیجه آن، مشکلات عدیده‌ای را که از حق یک‌طرفه مرد در طلاق و عدم آشنایی زوجه به حقوق خود در وضع شروط ضمن عقد نکاح به وجود آمده بود، از میان برد (اسدی، ۱۳۸۲، ص ۱۶۴).

## ۲. خلأهای قانونی ناشی از تأثیر تحول ساختار قدرت در خانواده بر حقوق زوجه و راهکارهای مربوط به آن

در رابطه با حقوق زوجه، همچنان اموری وجود دارند که تحت تأثیر تحول صورت گرفته، تغییر کرده، ولی مورد عنایت قانون‌گذار قرار نگرفته‌اند و لذا خلأهای قانونی را در این زمینه به وجود آورده است که توجه قانون‌گذار به آنها بسیار ضروری است؛ چراکه اگر در خانواده‌های گذشته، حقوق زوجه براساس ریاست مطلق مرد در خانواده تعریف می‌شد. با تغییر در معنا و مفهوم این ساختار، حقوق زوجه نیز باید به شکل جدیدی بازتعریف شود. در غیر این صورت، مقررات سابق خانواده نمی‌تواند پاسخگویی وضع جدید باشد و در صورتی که این روند بدون بسترسازی لازم ادامه یابد، خانواده ایرانی را با چالش و تنش‌های زیادی مواجه می‌کند. بر این اساس، در زیر به بیان خلأهایی در رابطه با حقوق زوجه می‌پردازیم که بازخوانی و تجدیدنظر قانون‌گذار در قوانین مربوط به آنها بر مبنای مقتضیات زمان و مکان و با استفاده از ظرفیت‌های فقهی، از جمله لاضرر، لاجرح، شرط، عدالت و مصلحت، با توجه به ارزیابی مثبت تحول در ساختار قدرت، ضروری است.

---

۱. شورای عالی قضایی در سال ۱۳۶۲، متن قبالة نکاح را که متضمن دو شرط به‌عنوان شرط ضمن عقد نکاح یا عقد خارج لازم بود، تصویب نمود. شرط اول در خصوص حقوق مالی زوجه‌ای است که زوج بدون دلیل موجهی وی را مطلقه می‌سازد و شرط دوم ناظر به وکالت در طلاق در موارد دوازده‌گانه مذکور در سند ازدواج است.

## ۲.۱. حق مهریه

همان‌طور که در قسمت قبل گفته شد، قانون‌گذار با تصویب ماده ۲۲ قانون حمایت خانواده در سال ۱۳۹۱، در راستای کاهش توقیف و حبس مردان در قبال دین مدنی مهریه، تنها عدم تأدیه مهریه تا سقف ۱۱۰ سکه بهار آزادی را مشمول ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی<sup>۱</sup> نمود و نسبت به مازاد آن مقرر داشت که زوج فقط می‌تواند از طریق مدنی و با مراجعه به دادگاه و اثبات ملائت زوج، حق خود را استیفا کند. همچنین به موجب ماده ۲ قانون قبلی نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷، اثبات اعسار در هر صورت بر عهده محکوم علیه به عنوان مدعی اعسار بود، ولی در ماده ۷ قانون جدید نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴ در کلیه دعاوی مطالبه مهریه، ادعای اعسار زوج مطابق اصل بوده و مادامی که زوج خلاف آن را ثابت نکرده است، به هیچ وجه، موجبی برای بازداشت او به عنوان ممتنع وجود نخواهد داشت. بنابراین از یک طرف، مطالبه مهریه چه بیشتر از ۱۱۰ سکه تمام بهار آزادی یا معادل آن (به موجب ماده ۲۲ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱) و چه کمتر از این میزان (به موجب ماده ۷ قانون جدید نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴) باشد، منوط به اثبات توانایی مالی زوج توسط زوج است و از طرف دیگر، با اصل قرار دادن عدم استطاعت مالی زوج در همین ماده ۷ قانون جدید نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، حبس ناشی از محکومیت مالی مقرر در ماده ۳ این قانون به جهت عدم پرداخت محکومیت به هر میزان از مهریه، منتفی شده است و صرفاً برای مهریه کمتر از میزان ۱۱۰ سکه تمام بهار آزادی یا معادل آن، نسبت به تقسیط پرداخت مهریه با لحاظ توانایی مالی زوج اقدام می‌شود. این در حالی است که نسبت به بیشتر از این میزان مقرر، در صورت ناتوانی زوج در معرفی اموال زوج، حتی همین تقسیط در پرداخت نیز امکان‌پذیر نیست. بدین ترتیب، می‌توان گفت که سیر تغییرات قانونی

۱. البته در سال ۱۳۹۴، با تصویب قانون جدید اجرای محکومیت‌های مالی، ماده ۲ قانون سابق منسوخ و ماده ۳ قانون جدید جایگزین آن شد.

در رابطه با مهریه، منجر به تضعیف امکان وصول مهریه توسط زوجه شده و لذا به شدت مورد نقد مدافعان حقوق زنان قرار گرفته است.

آنها معتقدند که قانون‌گذار با تصویب این مواد قانونی، اندک حمایت‌هایی را نیز که در جهت احقاق حقوق زنان پیش‌بینی شده بود، از بین برده است. تصویب این مواد در واقع باعث تضعیف نهاد مهریه و حاکمیت مهریه عندالاستطاعه در روابط مالی زوجین است و همچنین باعث کم‌رنگ شدن توافق زوجین بر مهر و در نهایت مخالف آزادی اراده زوجین و آزادی قراردادها (ماده ۱۰ قانون مدنی) است. تا پیش از تصویب این قانون، زوجه حتی با وجود عندالمطالبه بودن مهریه، امکان دریافت آن را بنابه دلایل متعددی نداشت یا موفق به وصول واقعی مهر خود نمی‌شد؛ اما با وجود این ماده و عندالاستطاعه بودن مهریه و نیز با اصل قرار گرفتن اعسار زوج، علاوه بر اینکه کار برای زوجه دشوار شده، راه برای سوءاستفاده زوج و عدم تأدیه مهریه به عنوان حق زن نیز تسهیل شده است (ر. ک. عباسی فرد و همکاران، ۱۳۹۵، صص ۶۲ و ۶۳). البته برخی نیز در مقابل معتقدند که با تصویب قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی در کنار ماده ۲۲ قانون حمایت خانواده، میزان زندانیان مهریه به شدت تقلیل می‌یابد و این اقدام مقنن امری مثبت و درخور تقدیر است (کاویار و همکاران، ۱۳۹۴، ص ۱۱۷). اما هرچند در عصر حاضر، حبس‌زدایی امری مطلوب می‌باشد، به هر حال آنچه واضح است، آن است که سیر قوانین نیز منجر به غیرقابل وصول‌تر شدن مهریه و در نتیجه تضييع حق زنان شده که نیازمند توجه قانون‌گذار و اصلاحات قانونی توسط اوست؛ به گونه‌ای که علاوه بر اینکه آسیب‌ها و مشکلات ناشی از حبس مردان را از میان ببرد، حق زنان را نیز برای وصول به مهریه، که یکی از حقوق مسلم آنهاست، تأمین نماید؛ زیرا این سؤال پیش می‌آید که چگونه است که قانون‌گذار از یک طرف، حقی برای زن قائل شده و از طرف دیگر، راه رسیدن به این حق را به درستی فراهم ننموده است؟ در این راستا، به عنوان یک راهکار قانونی، می‌توان از لزوم ضمانت تضامنی خویشان دارای ملائت مالی زوج بهره جست تا به هنگام تعیین مهریه، ملائت واقعی و اعتبار حقیقی زوج مدنظر قرار گیرد و زوج و خویشان احساس مسئولیت بیشتری نمایند.

## ۲.۲. حق اشتغال

یکی از حقوق به رسمیت شناخته شده زوجه در اسلام و بالطبع، قوانین و اسناد بالادستی در ایران، حق وی بر اشتغال است. اما گاهی این حق برای زنان متأهل به سبب ریاست شوهر در خانواده با مانع روبرو می شود که این امر نشان دهنده وجود خلأ قانونی در این حوزه بوده است و ضرورت اصلاح یا وضع قوانین را در این زمینه به وجود می آورد.

در این راستا، باید گفت که در عرف جامعه ایران، عدم مشارکت مساوی مردان در کارهای خانه داری و نگهداری فرزندان از نتایج طبیعی تلقی کردن این کارها توسط زنان در چارچوب فرهنگ مردسالاری است (علویون، ۱۳۸۱، ص ۴۹). از آنجا که در تشخیص مصالح خانوادگی و حیثیت زوجین به عرف مراجعه می شود (امامی، ۱۳۸۴، ج ۴، ص ۵۲۰؛ صفایی و امامی، ۱۳۸۸، ص ۱۲۸)، دادگاهها معمولاً در رویه عملی خود، به استناد اینکه اشتغال زن مانع از اداره امور خانه و تربیت فرزندان توسط وی است، اشتغال زن را خلاف مصلحت خانوادگی تشخیص داده، حکم به منع اشتغال وی می دهند. دکترین نیز در تعیین مصلحت به عرف مراجعه کرده و بیان داشته است: «گرفتاری های شغلی زوجه نباید مانع اداره خانه و نگهداری و تربیت فرزندان باشد» (کاتوزیان، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۲۳۳). همچنین گروهی دیگر اداره امور خانه را نیز به جهات موجه برای منع اشتغال افزوده اند (صفایی و امامی، ۱۳۸۸، ص ۱۲۹؛ گرجی و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۱۹۱). این در حالی است که رویه قضایی و دکترین، که براساس عرف شکل گرفته اند، مسئولیتی بیش از آنچه شرع و قانون برای زن در نظر گرفته است، بر او بار نموده اند؛ زیرا مطابق ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی، «زوجین باید در تشدید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود به یکدیگر معاضدت نمایند». همچنین براساس ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی، «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است». بنابراین زن و شوهر به یک اندازه تکلیف در حضانت و تربیت طفل دارند و لذا تربیت فرزند صرفاً بر عهده مادر نیست. به علاوه اینکه زن در شرع و قانون تکلیفی در انجام کارهای منزل ندارد. حال اگر گفته شود که زن از باب تشدید مبانی خانواده باید انجام امور منزل را برعهده بگیرد، باید گفت تشدید مبانی خانواده تنها تکلیف زوجه نیست و زوج نیز به اندازه زن در تشدید مبانی خانواده تکلیف دارد.

بر این اساس، تکلیف دانستن انجام کارهای منزل فقط برای زن، بار کردن تکلیفی بیش از قانون بر زن است. بنابراین از آنجا که اگر واژه مصلحت با در نظر گرفتن مسئولیت‌های قانونی و شرعی زن در منزل مورد تفسیر قرار گیرد، به‌سختی می‌تواند حکم به بی‌کاری زوجه دهد. بنابراین به نظر می‌رسد که بهتر است قانون‌گذار بر مبنای مقتضیات زمان، برای حمایت از زنانی که به‌ضرورت و متناسب با نیاز جامعه در زمینه‌های علمی، پژوهشی و تخصصی اشتغال دارند، به تعریف مصلحت در ذیل این قانون پرداخته، مانع از تفسیرهای موسع قضات دادگاه‌ها از مصلحت شود؛ زیرا در غیر این صورت، با توجه به اینکه تفاسیر متعددی از واژه مصلحت می‌شود و سلیقه قضای نقش مهمی در تشخیص آن دارد، نتایج متعدد و متناقضی از اجرای ماده ۱۱۱۷ به دست می‌آید که به ضرر زوجه است و امکان سوءاستفاده زوج را فراهم می‌کند.

ضمن اینکه هرچند همه مواد قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ از جمله ماده ۱۸، که مربوط به اشتغال زن است، نسخ نشده‌اند (مهرپور، ۱۳۷۹، ص ۳۹)، از آنجا که ممکن است در اعتبار آن تردید شود، شایسته است متن ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی، مطابق با ماده ۱۸ قانون حمایت خانواده اصلاح و نکات ذیل به آن ملحق گردد: ۱. حق زن در مخالفت با شغل شوهر در صورت منافات داشتن شغل با مصالح و حیثیات خانوادگی؛ ۲. لزوم تأیید دادگاه پس از درخواست تغییر شغل از سوی زوج یا زوجه؛ ۳. الحاق قید عدم اخلال در معیشت خانواده در مورد الزام زوج به تغییر شغل زوج و زوجه؛ چراکه اولاً، قرار دادن حق ممانعت از اشتغال، تنها برای مرد ناشی از تفکر مردسالاری است که با تحولات کنونی منطبق نمی‌باشد؛ لذا اگر هدف حفظ قداست خانواده است، زن هم باید بتواند با مراجعه به دادگاه، شوهرش را از شغل منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات مرد یا زن منع نماید. ثانیاً، اختیار مرد در منع همسرش باید از طریق مراجعه به دادگاه باشد و با دخالت محکمه و تأیید آن این امر صورت گیرد؛ در غیر این صورت، ممکن است مرد از این حق خود سوءاستفاده نماید و به ناحق زن را از اشتغال منع نماید.

### ۲.۳. حق جنسی

فقها در باب نشوز مردان، به پیروی از آیات و روایات، احکامی ذکر نموده‌اند، ولی در باب

تمکین، تنها از تمکین زوجه سخن به میان رفته و قانون مدنی نیز در مورد تمکین زوج ساکت است. این در حالی است که در نظام قانون گذاری اسلام، در برابر هر حقی تکلیفی نهفته می باشد و در نتیجه وظایف و تکالیف زوجین، طرفینی و متقابل بوده و هر دو باید در برابر قوانین الهی خاضع باشند. بنابراین اگر آمادگی برای تمتع جنسی جزء وظایف اصلی زوجه مطرح می شود، در مقابل باید ارضای جنسی زوجه نیز جزء وظایف مرد، قرار داده شده باشد (بقره، ۳۲۸). لذا گرچه در فقه و حقوق، تمکین ناشی از خصیصه ریاست مرد بر خانواده دانسته شده و صرفاً به زن حمل گردیده، وظایف جنسی زوج نیز نادیده گرفته نشده است (مؤمن، ۱۳۹۲، صص ۱۶۰ و ۱۶۱). بر این اساس، در شرع مقدس اسلام مقرر شده است که شوهر نمی تواند بیش از چهار ماه، نزدیکی با همسر دائم خود را ترک گوید و اگر وی بدون هیچ عذر موجهی، نزدیکی را ترک کند، گناه نموده و حق زوجه را ضایع کرده است و مصداق نشوز می باشد. این مسئله میان فقها مشهور و معروف بوده و بر آن ادعای اجماع شده است (عاملی، ۱۴۱۳ ق، ج ۷، ص ۶۶؛ بحرانی، ۱۴۰۵ ق، ج ۲۳، ص ۸۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ ق، ج ۲، ص ۸۱۰). حقوق دانان نیز به پیروی از نظر فقها، معتقدند در صورتی که شوهر از روابط جنسی با زوجه اش امتناع نماید، برخلاف وظیفه حسن معاشرت عمل کرده است و ناشز محسوب می شود (ر. ک. صفایی و امامی، ۱۳۸۸، صص ۱۲۲ و ۱۳۲). البته فقها تنها به شناسایی نشوز توسط زوج اکتفا نکرده و برای آن ضمانت اجرا نیز مقرر نموده اند. آنها بر این عقیده اند که در صورت نشوز زوج، چنانچه زوجه نخواهد بر این امر صابر باشد، می تواند به حاکم مراجعه نماید و حاکم نیز مرد را به رعایت حقوق زن فرا می خواند. اگر زوج با الزام حاکم، به تکالیف شرعی و قانونی خود عمل کرد که مقصود حاصل شده است؛ اما اگر دخالت حاکم و دستور وی برای احقاق حقوق زوجه مثمر ثمر واقع نشد، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد: برخی از فقها معتقدند زن حق دارد (بدون قید عسر و حرج زوجه) برای طلاق به حاکم مراجعه کند؛ حاکم ابتدا زوج را ملزم به رعایت حقوق زوجه می کند و اگر این امر ممکن نشد، وی را امر به طلاق می نماید و در صورت امتناع زوج از طلاق، حاکم به عنوان ولی ممتنع از طرف شوهر



زن را طلاق می‌دهد (حلی، حسین، ۱۴۱۵ ق، صص ۱۸۵ - ۲۰۰؛ مطهری، ۱۳۸۷، صص ۲۷۵ - ۲۸۰). اما برخی دیگر از فقها نیز معتقدند که در چنین مواردی شوهر تنها براساس نظر حاکم مستحق تعزیر است (عاملی، ۱۴۱۰ ق، ج ۵، ص ۴۲۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۳۱، ص ۲۰۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵ ق، ج ۲۴، ص ۶۱۹؛ موسوی الخمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۰۶؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ ق، ص ۴۸۹). این در حالی است که متأسفانه قانون نه تنها از حق جنسی زوجه صحبتی به میان نیاورده، بلکه در رابطه با ضمانت اجرای نشوز زوج نیز، ساکت است و در ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی تنها ضمانت اجرای نشوز زوجه را پیش‌بینی کرده که خود نشان‌دهنده حاکمیت تفکر مردسالاری در وضع یک‌طرفه این ماده قانونی است. بر این اساس، با توجه به مقتضیات زمان و تحولات به‌وجودآمده در ساختار قدرت در خانواده، افزودن متن زیر به انتهای ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی پیشنهاد می‌شود: هرگاه زوج بدون مانع مشروع از عمل زناشویی امتناع ورزد، دادگاه او را ملزم به انجام وظیفه می‌نماید و در صورت امتناع، دادگاه به درخواست زن، زوج را مجبور به طلاق می‌نماید.

#### ۲.۴. اختیار طلاق

هرچند قانون‌گذار براساس فقه، راهکارهایی را برای درخواست طلاق زوجه در نظر گرفته است، همچنان مشکلات و موانع زیادی برای پذیرش این درخواست زنان وجود دارد؛ چراکه اولاً، اثبات تحقق شرایط عسر و حرج بسیار دشوار است و ثانیاً، هرچند براساس ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، مصادیق عسر و حرج حصری نیست، غالباً قضات مصادیق دیگر عسر و حرج مانند کراهت را مورد پذیرش قرار نمی‌دهند. این در حالی است که با توجه به تحولات صورت گرفته در ساختار قدرت در خانواده، این موضع نابرابر زنان در مقابل مردان که بدون هیچ دلیلی می‌توانند زوجه خویش را طلاق دهند، توسط زنان عصر حاضر که از حقوق خود آگاهی یافته‌اند و زور و اجبار به زندگی را بر نمی‌تابند، مورد پذیرش نمی‌باشد؛ زیرا این امر موجبات سوءاستفاده مردان از زنانی را فراهم می‌آورد که با وجود رنج زیاد، امکان اثبات شرایط عسر و حرج خود را ندارند؛ در صورتی که لاقلاً در عصر کنونی، که مقتضیات زمان و مکان با توجه به تحول ساختار قدرت،

تغییر کرده است، چنین مسئله‌ای برخلاف عدالت شمرده می‌شود.

از این رو، به نظر می‌رسد بر مبنای مقتضیات زمان و مکان، با توجه به تحول صورت گرفته در ساختار قدرت، علاوه بر اینکه باید موجبات طلاق به درخواست زن افزایش یابد، باید شرایط آن نیز تسهیل گردد. چنان‌که عده‌ای از صاحب‌نظران در این راستا، دو راهکار را پیشنهاد می‌کنند:

۱. کراهت شدید به مصادیق عسر و حرج موضوع ماده ۱۱۳۰ اضافه شود؛ به این صورت که هرگاه زوجه از زوج و دوام زندگی کراهت دارد، می‌تواند از دادگاه درخواست جدایی کند، حاکم موظف است به نحو دقیقی سبب درخواست کراهت را بررسی کند و اگر بیم عدم اجرای وظایف شرعی برای حاکم محرز گردید، ابتدا برای مصالحه داور تعیین کند و چنانچه صلح امکان‌پذیر نشد، زوج را امر به طلاق نماید (محقق داماد، مریم‌السادات، ۱۳۹۱). ۲. با توجه به آیات و روایات مربوط، در صورت کراهت شدید زوجه، همانند مرد، به وی اختیار طلاق داده شود تا بتواند با مراجعه به دادگاه و اثبات کراهت خود، از زوج جدا شود (ر. ک. همان). البته پیشنهاد افزایش موجبات طلاق به درخواست زن و نیز تسهیل شرایط مربوط بدان، نیازمند بررسی و مذاقه بیشتر فقهی و حقوقی است که از حوصله این پژوهش خارج است.

## ۲.۵. حق فسخ نکاح

قانون مدنی با الهام گرفتن از فقه امامیه، موجبات فسخ نکاح را به دو دسته تقسیم نموده است: ۱. عیوب موجب فسخ نکاح؛ ۲. فسخ به علت تدلیس یا تخلف از شرط وصف. در رابطه با تخلف از شرط صفت و تدلیس، وضع زن و مرد در قانون مدنی یکسان است، اما در مورد عیوب منجر به فسخ نکاح، وضع متفاوتی بین زن و مرد وجود دارد. توضیح آنکه در قانون مدنی، بعضی از عیوب منجر به فسخ نکاح میان زن و مرد مشترک است؛ مانند جنون که طبق ماده ۱۱۲۱ قانون مدنی، به شرط استقرار آن اعم از مستقر و ادواری، برای طرف مقابل حق فسخ ایجاد می‌نماید. بعضی دیگر از عیوب طبق ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی، مختص مرد است و در نتیجه آن به زن حق فسخ می‌دهد؛ مانند خصاء، عنن و مقطوع بودن آلت تناسلی. بعضی از این عیوب نیز بر اساس ماده ۱۱۲۳، اختصاص به زن دارد و در صورت تحقق، به مرد حق

فسخ می‌دهد؛ مانند قرن، جذام، برص، افضاء، زمین‌گیری و نابینایی از هر دو چشم. اما با مقایسه مواد قانون مدنی راجع به حق فسخ، تبعیض ناروا در خصوص فسخ نکاح کاملاً مشخص است؛ زیرا پاره‌ای از عیوب ذکر شده در ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی، از بیماری‌های ویژه زنان نیست و می‌تواند در مردان نیز وجود داشته باشد و از جهت زیان‌آور بودن نیز، تفاوتی میان آن دو نیست؛ مانند بیماری برص، جذام، زمین‌گیری و نابینایی از هر دو چشم. به نظر می‌رسد قانون مدنی در این زمینه از قول مشهور فقها پیروی نموده است (کرکی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۳، ص ۲۶۸) که آنها هم علاوه بر اصالت‌اللزوم، به استناد روایات وارده در این باب (کلینی، ۱۴۲۹ ق، ج ۵، ص ۴۰۶؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ ق، ج ۲۱، ص ۲۰۹)، به این ترتیب فتوا داده‌اند. اما در این رابطه، برخی از فقیهان استنباط و نظر متفاوتی دارند. این فقیهان عیب مشترک میان زن و مرد را محصور در یک مورد، یعنی جنون نمی‌دانند؛ بلکه در مبحث عیوب مشترک، علاوه بر جنون، از برص و جذام و حتی نابینایی نیز یاد می‌کنند (حلی، ۱۴۰۳ ق، ج ۲، ص ۲۳۱؛ حلی، قواعد الاحکام، ۱۴۱۳ ق، ج ۳، ص ۶۸؛ نجفی، ۱۳۵۹ ق، ج ۲، ص ۲۹؛ عاملی، ۱۴۱۳ ق، ج ۸، ص ۱۱۱). عمده‌ترین دلایلی که فقهای قائل به اشتراک برص و جذام در زن و مرد ذکر نموده‌اند، عبارت‌اند از: ۱. عموم روایت صحیح حلی ۱ که شامل مرد و زن می‌شود (عاملی، ۱۴۱۳ ق، ج ۸، ص ۱۱۰؛ حلی، مختلف الشیعه، ۱۴۱۳ ق، ج ۷، ص ۱۹۶)؛ ۲. قاعده اولویت و قیاس عقلی؛ چراکه زن نمی‌تواند از راه طلاق به خواسته انحلال نکاح دست یازد (عاملی، ۱۴۱۳ ق، ج ۸، ص ۱۱۱؛ حلی، ۱۴۱۳ ق، ج ۷، ص ۱۹۶؛ محقق داماد، مصطفی، ۱۳۹۰، ص ۳۵۲)؛ ۳. قاعده لاضرر (عاملی، ۱۴۱۳ ق، ج ۸، ص ۱۱۱؛ حلی، قواعد الاحکام، ۱۴۱۳ ق، ج ۳، ص ۶۸؛ محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۳۵۲)؛ ۴. منافات برص و جذام با مقصود ازدواج (عاملی، ۱۴۱۳ ق، ج ۸، ص ۱۱۱؛ حلی، مختلف الشیعه، ۱۴۱۳ ق، ج ۷، ص ۱۹۶).

به نظر می‌رسد براساس این ادله، حکم تبعیض‌آمیز موجود در قانون مدنی در زمینه حق فسخ

۱. عن ابی عبدالله (ع) قال: «انما یرد النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل» (کلینی، ۱۴۲۹ ق، ج ۵، ص ۴۰۶).

نکاح به استناد عیوب، ناشی از تفکر مردسالاری است که قابل توجیه نمی‌باشد؛ زیرا علاوه بر نداشتن دلیل عقلی و منطقی، دلایل نقلی مبنای این نوع حکم و مقررات نیز، علی‌رغم نظر مشهور فقها، به لحاظ سندی و متنی جایگاه محکمی ندارد (ر. ک. عاملی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۱۱۱). چگونه می‌توان پذیرفت، شریعت اسلامی و به خصوص مقررات فقه شیعه و قانون مدنی، که تحقق عقد نکاح را جز با ایجاب و قبول و قصد و رضای زن و مرد و دو طرف عقد نمی‌پذیرد، در مقام انحلال از یک سو، اختیار طلاق را در دست مرد قرار دهد و از سوی دیگر، امکان فسخ را به نحو بهتر و بارزتری به او بدهد؛ به گونه‌ای که مثلاً اگر مردی پس از عقد متوجه شد زنش دارای یکی از عیوب، مثلاً جذام یا نابینایی یا زمین‌گیری، است، هم بتواند او را طلاق دهد و هم قادر باشد نکاح را فسخ کند؛ ولی زنی که مواجه با شوهر جذامی یا نابینا یا زمین‌گیر می‌شود، نه بتواند از حق طلاق استفاده کند و نه حق داشته باشد به استناد وجود این عیوب، نکاح را فسخ نماید. این یک بی‌عدالتی ناشی از تفکر مردسالاری است که هرگز با مذاق اسلامی نمی‌خواند. بنابراین بهتر است که مواد ۱۱۲۱ و ۱۱۲۳ قانون مدنی را اصلاح نمود و همان‌گونه که در قوانین کشورهای اسلامی آمده است، عیوب مهمی چون جنون، جذام، برص و احیاناً برخی عیوب دیگر را به‌عنوان عیوب مشترک بین زن و مرد و قابل فسخ برای هریک اعلام نمود.

### یافته‌های پژوهش

تغییر ساختار قدرت در خانواده کنونی ایرانی و نیمه‌دموکراتیک شدن آن، حقوق اعضای خانواده را تحت تأثیر قرار داده است. اما از جمله این اعضا، زوجه می‌باشد که بدون تردید تغییر صورت‌گرفته، حقوق وی را تحت تأثیر قرار داده است؛ به گونه‌ای که اگر در گذشته به دلیل وجود پارادایم مردسالاری مطلق در جامعه، حقوق زوجه مورد توجه قرار نمی‌گرفت، در عصر کنونی به دلیل تحول در این پارادایم، حقوق زوجه نیز بر مبنای مقتضیات زمان و مکان، ضرورتاً به شکل جدیدی بازتعریف می‌شود؛ چنان‌که مطالعه سیر قوانین در زمینه حقوق زوجه، نشان می‌دهد که قانون‌گذار نیز سعی نموده است تا تحت تأثیر تحول صورت‌گرفته در ساختار قدرت

در خانواده و بر مبنای مقتضیات زمان و مکان، به تطبیق برخی از حقوق زوجه با تحول صورت گرفته پردازد؛ بدین ترتیب که یا در رابطه با آن حقوق، قوانین جدید وضع کند یا قوانین موجود را مورد اصلاح و بازنگری قرار و بدین صورت، کم‌وکیف حقوق زوجه را در قوانین تغییر دهد. این قوانین عبارت‌اند از: ۱. قرار دادن ضمانت‌اجرای حقوقی و کیفری برای امکان وصول مهریه توسط زوجه؛ ۲. قرار دادن ضمانت‌اجرای حقوقی و کیفری برای امکان وصول نفقه توسط زوجه؛ ۳. تأسیس دو نهاد حقوقی اجرت‌المثل و نحله برای حمایت از زنان در برابر سوءاستفاده مردان؛ ۴. مشروط نمودن مخالفت زوج با اشتغال زوجه به مصالح خانوادگی با تشخیص دادگاه صالح و قرار دادن حق مشابه برای زوجه؛ ۵. افزایش موجبات طلاق به درخواست زن به دو روش تقنینی و قراردادی.

اما از طرف دیگر، برخی از امور مربوط به حقوق زوجه هستند که تحت‌تأثیر تغییر صورت گرفته در ساختار قدرت در خانواده، تحول یافته‌اند، اما مورد توجه قانون‌گذار قرار نگرفته و لذا در رابطه با آنها، با توجه به مقتضیات زمان و مکان، خلأهای قانونی وجود دارد که نیازمند اصلاح قانون سابق یا وضع قانون جدید است. این خلأها عبارت‌اند از: ۱. غیرقابل‌وصول‌تر شدن مهریه با وضع قوانین جدید؛ ۲. عدم تعیین قلمرو مصلحت در ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی در رابطه با اشتغال زوجه؛ ۳. عدم شناسایی حق جنسی برای زوجه و بالطبع نشوز زوج و ضمانت‌اجرای آن؛ ۴. دشوار بودن اثبات شرایط مربوط به عسر و حرج زوجه برای درخواست طلاق و محدود بودن مصادیق عسر و حرج؛ ۵. تبعیض در بیان عیوب منجر به فسخ نکاح.

وجود این خلأها بازخوانی قوانین و ارائه راهکارهای فقهی و حقوقی را بر مبنای مقتضیات زمان و مکان از طریق قواعد لاضرر، لاجرح، شروط، مصلحت و عدالت ضروری می‌سازد؛ به‌خصوص آنکه تحول صورت گرفته بر اساس الگوی اسلامی نیز، مثبت ارزیابی می‌شود. در این راستا، راهکارهای پیشنهادی عبارت‌اند از: ۱. لزوم ضمانت تضامنی خویشان زوج دارای ملائت مالی برای تسهیل در وصول مهریه؛ ۲. تبیین معنای مصالح خانوادگی مندرج در ماده

۱۱۱۷ قانون مدنی و اصلاح متن ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی مطابق با ماده ۱۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳؛ ۳. الزام زوج به ایفای وظایف زناشویی در صورت امتناع از عمل زناشویی بدون مانع مشروع و قرار دادن ضمانت اجرا برای آن؛ ۴. افزایش موجبات درخواست طلاق زوج و تسهیل شرایط اثبات آن؛ ۵. قرار دادن عیوب مهمی چون جذام و برص و احیاناً برخی عیوب دیگر، به عنوان عیوب مشترک در ایجاد حق فسخ نکاح برای زوج و زوجه.

البته در پایان باید خاطر نشان کرد که برای بهبود وضعیت خانواده، با توجه به تحول صورت گرفته در ساختار قدرت در خانواده و تأثیر آن بر حقوق زوج، تنها راهکارهای قانونی کارساز نیست؛ بلکه مهم تر از آن، فرهنگ سازی و آموزش عمومی مبنی بر تقدم اخلاق بر حقوق در حوزه خانواده توسط متصدیان است.

### منابع

- قرآن کریم
- آزاد ارمکی، تقی (۱۳۸۶). *جامعه‌شناسی خانواده ایرانی*. تهران: سمت.
- آشوری، داریوش (۱۳۷۶). *دانشنامه سیاسی*. تهران: مروارید.
- آصفی، آصفه (۱۳۵۲). *خانواده و تربیت در ایران*. تهران: انتشارات انجمن ملی اولیا و مربیان.
- احمدی، عباس (۱۳۹۱). *نحله و اجرت‌المثل کارهای زوجه با بررسی آخرین تغییرات قانونی*. تهران: اندیشه عصر.
- اسدی، لیلا (۱۳۸۲). «تحلیل قوانین حقوقی زنان از تصویب تا اجرا؛ شروط ضمن عقد». *مطالعات راهبردی زنان*، ش ۲۱، صص ۱۵۹ - ۱۹۶.
- امامی، حسن (۱۳۸۴). *حقوق مدنی*. ج ۴، تهران: اسلامیه.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ ق). *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*. ج ۲۵. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمی قم.
- بستان، حسین (۱۳۹۰). *جامعه‌شناسی خانواده با نگاهی به منابع اسلامی*. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- بهجت، محمدتقی (۱۴۲۸ ق). *رساله توضیح المسائل*. قم: شفق.
- بهنام، جمشید (۱۳۵۲). *ساخت‌های خانواده و خویشاوندی در ایران*. تهران: خوارزمی.
- جناتی، محمدابراهیم (۱۳۸۱). *رساله توضیح المسائل*. قم: انصاریان.
- حرعاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ق). *وسائل الشیعه*. ج ۲۱. قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت<sup>(ع)</sup>.

- حلبی، تقی‌الدین بن نجم‌الدین (۱۴۰۳ ق). *الکافی فی الفقه*. ج ۲. اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین (ع).
- حلّی، حسین (۱۴۱۵ ق). *بحوث فقهیه*. قم: مؤسسه المنار.
- حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ ق). *قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام*. ج ۳. قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳ ق). *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*. ج ۷. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۳). *لغت‌نامه*. ج ۱۰. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- دیانی، عبدالرسول (۱۳۷۸). *حقوق خانواده*. تهران: میزان.
- زارعی توپخانه، محمد (۱۳۹۲). «بررسی ساختار توزیع قدرت در خانواده از منظر متون اسلامی در مقایسه با نظریه‌های روان‌شناسی و جامعه‌شناسی». *معرفت*، ش ۱۸۶، صص ۹۹ - ۱۱۴.
- سروش، سهیلا (۱۳۷۷). *بررسی جامعه‌شناختی تغییر قدرت در خانواده*. پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه الزهراء.
- شفیع‌زاده، فرزانه (۱۳۹۶). *تأثیر تحول ساختار قدرت در خانواده بر حقوق اعضای آن در نظام حقوقی ایران*. پایان‌نامه کارشناسی ارشد. دانشگاه امام صادق (ع)، تهران.
- شمس‌الدین، محمدمهدی (۱۴۲۱ ق). *مسائل حرجه فی فقه المرأه - حقوق الزوجه*. بیروت: دارالملاک.
- صوری، حبیب (۱۳۷۵). *بررسی ساختار توزیع قدرت در خانواده*. پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، تهران.
- صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله (۱۳۸۸). *مختصر حقوق خانواده*. تهران: میزان.
- صورت مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی (۱۳۷۰). *دوره سوم، اجلاس چهارم، جلسه چهارصد و هفتاد و یکم، تصویب اصلاح کمیسیون امور قضایی و حقوقی در خصوص طرح قانونی اصلاح مقررات طلاق*.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۰۹ ق). *العروه الوثقی*. ج ۲. بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ ق). *تهذیب الاحکام*. ج ۷. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- عاملی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ ق). *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*. ج ۵. قم: کتابفروشی دآوری.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳ ق). *مسالك الأفهام الی تنقیح شرایع الاسلام*. ج ۱۵. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- عباسی‌فرد، محمدرضا و همکاران (۱۳۹۵). «تحولات و نوآوری‌های قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ در مورد مهریه». *مبانی فقهی حقوق اسلامی*. ش ۱۸، صص ۵۷ - ۶۹.

- علویون، سید محمدرضا (۱۳۸۱). *کار زنان در حقوق ایران و حقوق بین‌المللی*. تهران: روشنگران و مطالعات زنان.
- عمید، حسن (بی‌تا). *فرهنگ عمید*. تهران: جاویدان.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ ق). *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - النکاح*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار<sup>(ع)</sup>.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۷۴). «زمان و مکان و علم فقه». مندرج در مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی حضرت امام خمینی<sup>(ره)</sup> نقش زمان و مکان در اجتهاد، ج ۳. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی<sup>(ره)</sup>.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۶ ق). *رساله توضیح المسائل*. قم: بی‌جا.
- قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۸۶). *الزامها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد*. تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵). *حقوق مدنی خانواده*. ج ۱. تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کاویار، حسین و مردای، سیرالله و نم‌نات، الهام (۱۳۹۴). «تحلیل ماده ۲۲ قانون حمایت خانواده (مصوب ۱۳۹۱ در فرض اعسار و ایسار زوج با توجه به قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴)».
- *فقه و حقوق خانواده*. ش ۶۳، ۹۵ - ۱۲۰.
- کرکی، علی بن الحسین (۱۴۱۴ ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. ج ۱۳. قم: مؤسسه آل‌البیت<sup>(ع)</sup>.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۲۹ ق). *الکافی*. ج ۵. قم: دارالحدیث للطباعة و النشر.
- گرجی، ابوالقاسم و همکاران (۱۳۸۴). *بررسی تطبیقی حقوق خانواده*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- لیبی، محمد مهدی (۱۳۹۲). «نگرشی نوین به تحول ارزش‌های خانوادگی در ایران». *کتاب ماه علوم اجتماعی*. ش ۶۴. صص ۳۲ - ۳۹.
- مؤمن، رقیه‌سادات (۱۳۹۲). *جایگاه، محدوده و حقوق جنسی زوجین در فقه امامیه و حقوق ایران*. تهران: دانشگاه امام صادق<sup>(ع)</sup>.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ق). *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. ج ۲. قم: اسماعیلیان.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۰). *بررسی فقهی حقوق خانواده نکاح و انحلال آن*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، مریم‌السادات (۱۳۹۱). *نظریه خلع یک‌جانبه در فقه با مطالعه تطبیقی در حقوق کشورهای اسلامی*. رساله دکتری. مدرسه عالی شهید مطهری. تهران.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۷). *نظام حقوق زن در اسلام*. تهران: صدرا.
- معین، محمد (۱۳۵۳). *فرهنگ فارسی*. ج ۲. تهران: امیرکبیر.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ ق). *کتاب النکاح*. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی‌طالب<sup>(ع)</sup>.



- ملکی، حسن (۱۳۸۷). مدیریت و برنامه‌ریزی امور خانواده. زنجان: دانش.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله (بی‌تا). تحریر الوسیله. ج ۲. قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۶۸). صحیفه نور. تهران: سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ ق). منهاج الصالحین. ج ۲. قم: مدینه العلم.
- مهدوی، محمدصادق و صبوری خرمشاهی، حبیب (۱۳۸۲). «بررسی ساختار توزیع قدرت در خانواده»، مطالعات اجتماعی - روان‌شناختی زنان. ش ۲. صص ۲۷ - ۶۸.
- مهرپور، حسین (۱۳۷۹). مباحثی از حقوق زن از منظر حقوق داخلی، مبانی فقهی و موازین بین‌المللی. تهران: اطلاعات.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. ج ۳۱. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نجفی، محمدحسین بن علی (۱۳۵۹ ق). تحریر المجله. نجف: المكتبة المرتضویه.
- وبر، ماکس (۱۳۶۷). مفاهیم اساسی جامعه‌شناسی. ترجمه احمد صدراتی. تهران: نشر مرکز.
- هدایت‌نیا، فرج‌الله (۱۳۸۶). فلسفه حقوق خانواده - نقد و بررسی قوانین خانواده در ایران. تهران: شورای فرهنگی - اجتماعی زنان.



## کار کودک در نظام حقوق خانواده ایران از منظر ایجابی و سلبی<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۲۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۱۱

عاطفه عباسی کلیمانی<sup>۲</sup>

فاطمه عباسیان آرانی<sup>۳\*</sup>

محمدحسین شهبازی<sup>۴</sup>

DOI: 10.30497/FLJ.2023.244272.1887



### چکیده

مصلح طفل اقتضای حمایت مادی و معنوی کامل از وی را از سوی دولت و والدین می‌طلبد. پژوهش حاضر ضمن بررسی علل و پیامدهای کار کودک و ابعاد سلبی کار کودک، به جنبه نوآورانه کار کودک در بعد ایجابی نیز می‌پردازد. هدف اصلی این پژوهش بررسی افتراقی پدیده «کودک کار» از «کار کودک» می‌باشد: بعد سلبی ممنوعیت پدیده کودک کار که در قوانین داخلی، بین‌المللی، منابع و آرای فقهی نهی شده و بعد ایجابی کار کودک به طوری که در صورت رعایت مصلحت طفل جایز است او را در مشاغل مناسب، جهت آموزش و درآمدزایی به کار گمارد. این پژوهش با روش توصیفی از نوع تحلیل کیفی و با استناد به منابع کتابخانه‌ای، درصدد پاسخ به این پرسش است که آیا نظام حقوقی ایران ممنوعیت مطلق کار کودکان را پذیرفته یا ملاک فقهی-حقوقی «ضرر» مورد توجه نظام حقوقی ایران بوده است؛ چرا که به موجب قانون حمایت از اطفال، بهره‌کشی اقتصادی در صورتی است که گماردن طفل به کاری باشد که از لحاظ جسمی، روانی، اخلاقی یا اجتماعی برای وی مضر یا خطرناک باشد. مستنبط از منابع قانونی و فقهی موجود، به کار گماردن طفل یا نوجوان در جایی که برای او مضر نباشد، جایز است.

### کلیدواژه‌ها

کار کودک، دولت، خانواده، نفقه، بهره‌کشی اقتصادی.

۱. این مقاله برگرفته از پایان‌نامه مقطع کارشناسی‌ارشد حقوق خانواده دانشگاه امام صادق(ع) با عنوان کار کودک در نظام حقوق خانواده ایران می‌باشد.

۲. استادیار گروه حقوق دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران. Atefehabbasi.isu.ac.ir

۳. نویسنده مسئول) دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خانواده دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران. f.abbasian731@gmail.com

۴. دانشجوی دکتری علوم قرآن و حدیث دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران. hossein.shahbazi.68@gmail.com

## مقدمه

فرایند طبیعی رشد جسمی، ذهنی، عاطفی و اجتماعی کودکان کار در معرض مخاطره جدی است (اقلیما و همکاران، ۱۳۸۷، ص ۱۹۰). این‌گونه کودکان از ابتدایی‌ترین حقوق خود، که حق بر سلامت جسمانی، روانی، تحصیل و آموزش، تفریح و... است، محروم‌اند. علی‌رغم وجود قوانین متعدد، وضعیت کودکان کار ساماندهی نشده است. کودکان به‌واسطه آسیب‌پذیری و به‌ویژه ضعف جسمانی و دیگر کاستی‌های خود، یکی از قشرهایی به شمار می‌روند که در معرض اعمال انواع خشونت قرار می‌گیرند (کرمی و همکاران، ۱۴۰۲).

در کنار پدیده کودک کار که جنبه سلبی دارد و در تمام قوانین و مقررات و همچنین معاهدات بین‌المللی به‌علت عدم رعایت مصلحت و حقوق کودک منع شده، توجه به بُعد ایجابی کار کودک که نه‌تنها موجب ضرر کودکان و نوجوانان نیست، بلکه باعث پیشرفت آنها و سبب بروز و ظهور استعدادها و کمک به پیشرفت اجتماعی آنهاست، مغفول مانده است. یکی از وظایف مهم والدین در قانون، بحث «حضانت و تربیت» می‌باشد. کودکی که با رعایت تمام شرایط سنی و بدون آسیب به سلامت جسم و روان و ضمن رعایت مصلحت، صرفاً جهت حرفه‌آموزی و انجام فعالیت و پرورش استعداد و توانایی خود، به اشتغال و انجام فعالیتی زیر نظر والدین می‌پردازد، نه‌تنها مورد سوءاستفاده و بهره‌کشی قرار نگرفته، بلکه با پرورش استعداد و مهارت، تربیت شده است و این امر به امرار معاش او در آینده کمک شایانی خواهد کرد. طبق نظر اکثریت فقهای شیعه، کودکی که ولی او معسر از پرداخت نفقه به اوست یا توانایی تکسب و اشتغال دارد، به‌علت سلب وجوب پرداخت نفقه توسط ولی، خود موظف به تکسب و درآمدزایی است. فلذا موضوع کار کودک و کودک کار دو مقوله از هم جدا با دو رویکرد سلبی و ایجابی است.

پژوهش حاضر ضمن بررسی ابعاد ایجابی ذیل قوانین و مقررات و همچنین مراجعه به منابع فقهی، به بررسی سازمان‌های ناظر بر کودکان در قوانین و به‌خصوص آیین‌نامه اجرایی ماده ۶ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان، که در آن وظایف سازمان‌های مذکور در خصوص حمایت

از کودکان و نوجوانان ذکر شده است، می‌پردازد.

هر کودکی برای ورود به جامعه جهت ادامه زندگی خود از دوران نوجوانی با مهارت‌های گوناگون آشنا می‌شود تا اشتغال آتی را تسهیل نماید؛ اما باید توجه داشت که آشنایی کودک از طریق شناساندن محیط کار، با «واداشتن» و «مشاغل سخت و ممنوع» و «بهره‌کشی اقتصادی» از او تفاوت بسیاری دارد. پژوهش پیش‌رو به دنبال آن است که با عنایت به کلیات بیان‌شده و نظر به جایگاه و اهمیت حقوق کودک در خانواده و حمایت از کودکان در نظام حقوقی ایران و وظایف حکومت اسلامی و خانواده در قبال کودکان، و نیز لحاظ قوانین و مقررات داخلی و معاهدات، ظرفیت‌های قوانین و مقررات نظام حقوقی ایران در ارتباط با کار کودک را بررسی نماید و ضمن واکاوی وظایف دولت و خانواده در مقابل کودکان، به بیان وجوه ایجابی کار کودک همراه با علت‌های آن بپردازد.

### مفهوم‌شناسی اصطلاحات

#### - کودک

کودک در لغت به معنای صغیر و بچۀ خردسال انسان و فرزندى که به حد بلوغ نرسیده، است (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۱۶۴۸۱؛ معین، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۳۱۱۷). در اصطلاح فقهی، به فرزند انسان از زمان تولد تا ابتدای بلوغ، کودک اطلاق می‌شود. به دلیل اینکه حقوق کشور ما بر مبنای فقه نوشته شده، پایان کودکی در قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی رسیدن به سن بلوغ است (اسدی، ۱۳۸۶، ص ۱۴ و ۱۵).

از منظر قانون کار، سن کودکی فارغ از جنسیت کارگر، ۱۵ سال است و کارگران بین ۱۵ تا ۱۸ سال نیز «کارگر نوجوان» به حساب می‌آیند که شرایطی متمایز از کارگران بزرگسال دارند. با تصویب قانون جدید حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹، مطابق ماده ۱ و ۲ این قانون، تمام افرادی که به سن ۱۸ سال تمام شمسی نرسیده‌اند، کودک محسوب شده و مشمول این قانون می‌باشند. شایان ذکر است مطابق با ماده ۲ سند ملی حقوق کودک و نوجوان، منظور از کودک، انسانی است که به سن بلوغ نرسیده باشد و منظور از نوجوان، فرد بالغ است که بر اساس قانون، به رشد عقلی متناسب با حق و تکلیف ویژه خود نرسیده است.

### - کودک کار

صندوق کودکان ملل متحد (یونیسف) کودکان کار را کودکانی تعریف می‌کند که فعالیت شغلی آنها بر سلامت و تحصیل آنها اثر منفی می‌گذارد و نیز او را از گذراندن طبیعی دوران کودکی محروم کرده، موجب سوءاستفاده و استثمار او توسط دیگران می‌شود. کودکان کار به دلیل وجود شرایط خانوادگی، اجتماعی، اقتصادی و...، ساعاتی از شبانه‌روز را به کار کردن در کارخانه، کارگاه، ساختمان، خیابان و منازل جهت کارگری و ... می‌گذرانند که بسیاری از آنها کمک خرج خانواده و برخی دیگر خود به تنهایی عهده‌دار مخارج خانواده هستند (ماندگار، ۱۳۹۶، ص ۱۲۹) و این امر سلامت روحی و جسمی آنها را تهدید می‌کند و به همین علت، از عمده حقوق اولیه مثل آموزش و پرورش و تغذیه، بهداشت مناسب و... دور می‌مانند که این باعث افزایش امکان بزهکاری و بزه‌دیدگی آنان در آینده خواهد شد.

### - کار کودک

تعریف یونیسف از کار کودک عبارت است از «گستره‌ای از کار مخرب و زیان‌بخش تا کاری که سبب رشد و تقویت جسمی و فکری کودک می‌شود و به تحصیل و تفریح او ضرر نمی‌رساند». تعریف مزبور لزوماً مبین بهره‌کشی از کودک نیست (پیوندی، ۱۳۹۰، ص ۳۶۹). در هر صورت، کار کودکان جنبه‌های منفی و مثبت اقتصادی و اجتماعی قابل توجهی دارد. فلذا شرکت کودکان در فعالیت‌هایی که به منظور کسب مهارت و تجربه است و بر سلامت و تحصیل آنان تأثیر منفی نمی‌گذارد، کار سلبی تلقی نمی‌شود (شکوری، ۱۳۹۳، ص ۳۷).

به نظر می‌رسد که در قانون کار، شرایط و مقررات قانونی برای کار کودکان و نوجوانان مطرح شده و اساساً کار کردن کودکان، یعنی افراد زیر ۱۵ سال، به رسمیت شناخته نشده است؛ اما از طرف دیگر، افراد بین رده سنی ۱۵ تا ۱۸ سال طبق شرایط خاصی که در قانون ذکر شده است، می‌توانند بدون وجود مشکل قانونی به اشتغال پردازند. حتی به نظر می‌رسد برای آماده‌سازی نوجوانان، یعنی افراد بالای ۱۵ سال، برای ورود به جامعه و آشنایی با شرایط کار و اشتغال و همچنین کسب تجربه و مهارت‌های متفاوت، اشتغال داشتن به کاری پاره‌وقت و مناسب، صحیح باشد. نکته دیگر این است که در غالب موارد، این اشتغال با رضایت نوجوان

انجام می‌گیرد و دستمزد وی نیز به خود او تعلق دارد. این اشتغال با سایر حقوق وی در تعارض نیست و نوجوان در ایام سال تحصیلی به مدرسه می‌رود و از آموزش و پرورش برخوردار است و صرفاً در کنار درس خود و برای کسب تجربه و مهارت بیشتر و پر کردن ایام فراغت، این نوع اشتغال را برگزیده است. رویکرد ایجابی نسبت به کار کودک، در فقه اسلامی تحت عنوان تکسب و اشتغال صغار یاد شده است و از این جهت، مدنظر شارع بوده و ادله متعددی به اعتبار آن دلالت دارد و از دیدگاه شارع، در زمره وظایف ولی قهری است؛ البته ولی قهری مشروط به رعایت غبطه و مصلحت طفل، جایز است کودک را در مشاغل مناسب، هم به جهت آموزش و هم جهت درآمدزایی به کار گمارد.

### - بهره‌کشی اقتصادی

رویکرد سلبی کار کودک تحت عنوان بهره‌کشی اقتصادی ذیل بند «ث» ماده ۱ قانون حمایت از اطفال درج شده که به معنی به‌کارگیری غیرقانونی طفل و نوجوان یا وادار کردن یا گماردن او به کار یا خدمتی است که از لحاظ جسمی، روانی، اخلاقی یا اجتماعی با نظر به وضعیت طفل و نوجوان برای وی مضر یا خطرناک باشد. به‌کارگیری غیرقانونی به معنی بهره‌برداری از کودک در مواردی حتی با رضایت خود وی بوده و وادار کردن به معنی اجبار کودک به انجام کاری است.

در بهره‌کشی اقتصادی، کار باید از لحاظ اخلاقی و جسمی و روانی با شرایط کودک مطابقت نداشته باشد و آسیبی بالفعل یا بالقوه به وی برساند. در واقع بهره‌کشی اقتصادی نوعی کودک‌آزاری است که در لغت، هر نوع فعل یا ترک فعل عمدی آسیب‌رسان به کودک را در بر می‌گیرد (صالحی و اسماعیل‌پور، ۱۳۹۳، ص ۱۳۲).

### ۱. ابعاد سلبی کار کودک در پرتو قانون

با توجه به وضعیت حساس روحی و جسمی کودکان، وضع مقرراتی در زمینه حمایت از آنان از امور ضروری است. در این راستا مطابق بند ۴ اصل ۴۳ قانون اساسی، اجبار به کار معین و بهره‌کشی از دیگری ممنوع اعلام شده است. بند ۵ ماده ۹ سند ملی حقوق کودک و نوجوان بیان می‌دارد که اشتغال کودک قبل از رسیدن به سن قانونی کار ممنوع می‌باشد و نوجوان بعد

از رسیدن به سن قانونی کار، متناسب با سن، جنسیت و توانایی با اذن ولی و سرپرست قانونی، از حق اشتغال برخوردار است. اشتغال او در هرگونه کار خطرناک یا هر کاری که از تحصیل ممانعت کند یا مضر به سلامتی رشد جسمی یا روانی او باشد، ممنوع است و او باید از شرایط کار مناسب و دریافت دستمزد عادلانه برخوردار باشد.

به موجب ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی، هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی<sup>۱</sup> پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند (فروزان، ۱۳۹۰، ص ۲۰۱). فلذا سوءاستفاده از اطفال در تکدی‌گری توسط والدین یکی از مصادیق عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی والدین تلقی می‌شود و دادگاه مجاز است بر مبنای تقاضای اقرбай طفل یا قیم وی یا رئیس حوزه قضایی، تصمیم مقتضی در خصوص طفل، از جمله سلب حضانت از والدین مرتکب را اتخاذ نماید.

یکی از موارد به‌کارگیری کودک، تکدی‌گری است که در این رابطه، ماده ۷۱۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ مقرر می‌دارد: «هرکس طفل صغیر یا غیررشدیدی را وسیله تکدی قرار دهد یا افرادی را به این امر بگمارد، به سه ماه تا دو سال حبس و استرداد کلیه اموالی که از این طریق به دست آورده است، محکوم خواهد شد». قانون‌گذار در این ماده برای افرادی که با سوءاستفاده از اطفال، به جمع‌آوری امکانات مردمی اقدام نمایند، مجازات سنگین‌تری را نسبت به وضعیت کسی که خود شخصاً اقدام به تکدی می‌کند، پیش‌بینی کرده است.

علاوه بر این مطابق ماده ۷۹ قانون کار، به کار گماردن افراد کمتر از ۱۵ سال تمام ممنوع است. کارفرمایانی که افراد کمتر از ۱۵ سال را به کار گمارند، علاوه بر رفع خلاف، به‌ازای هر کارگر به پرداخت جریمه نقدی محکوم خواهند شد. همچنین به موجب ماده ۸۰ کارگر نوجوان سنین ۱۵ تا ۱۸ سال تمام، در بدو استخدام باید توسط سازمان تأمین اجتماعی مورد

۱. بند ۴- سوءاستفاده از طفل یا اجبار او به ورود در مشاغل ضد اخلاقی مانند فساد و فحشا، تکدی‌گری و قاچاق.



آزمایش‌های پزشکی قرار گیرد و این آزمایش‌ها حداقل سالی یک‌بار باید تجدید شود و مدارک مربوط در پرونده استخدامی وی ضبط شود. مطابق ماده ۸۳، ارجاع کارهای سخت و زیان‌آور و خطرناک نظیر حمل بار با دست بیش از حد مجاز و بدون استفاده از وسایل مکانیکی برای کارگر نوجوان ممنوع است.

تصویب قانون حمایت از اطفال و نوجوانان مصوب ۱۳۹۹، تغییرات چشمگیری در حمایت از کودکان در نظام حقوقی ایران به وجود آورد. مطابق با ماده ۳ قانون مزبور، مواردی که طفل یا نوجوان را در معرض بزه‌دیدگی یا ورود آسیب به سلامت جسمی، روانی، اجتماعی، اخلاقی، امنیت یا وضعیت آموزشی وی قرار دهد، مخاطره‌آمیز محسوب شده، موجب مداخله و حمایت قانونی از کودک و نوجوان می‌شود. همان‌گونه که مشخص است، به‌کارگیری کودکان با جنبه سلبی که همان بهره‌کشی اقتصادی از آنها نامگذاری شده است، کودک و نوجوان را در معرض بزه‌دیدگی و ورود آسیب به سلامت جسمی، روانی، اجتماعی، اخلاقی و امنیت و آموزش قرار می‌دهد. علاوه بر این، وفق تبصره ۳ بند «ب» ماده ۳ قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت غیرمجاز می‌کنند، استفاده از صغیر برای فعالیت‌های غیرمجاز موضوع این قانون موجب اعمال حداکثر مجازات‌های مقرر برای عامل خواهد بود. گفتنی است مطابق قانون حمایت از کودکان و نوجوانان ۱۳۹۹ نیز، ذیل بندهای ۶، ۷ و ۸ ماده ۱۰، سوءاستفاده از وی در تهیه، تولید و تکثیر آثار سمعی و بصری مستهجن مستوجب کیفر است.

در کنار قوانین و مقررات فوق، از منظر بند ۱ ماده ۱۹ کنوانسیون حقوق کودک، کشورهای عضو باید تمام اقدامات قانونی، اجرایی، اجتماعی و آموزشی را در جهت حمایت از کودک در برابر تمام اشکال خشونت‌های جسمی و روحی، آسیب‌رسانی یا سوءاستفاده، بی‌توجهی یا رفتار سهل‌انگارانه، بدرفتاری یا استثمار از جمله سوءاستفاده‌های جنسی در هنگامی که کودک تحت مراقبت والدین یا قیم‌های قانونی یا هر شخص دیگری قرار دارد، به عمل آورد (ایروانیان و همکاران، ۱۳۹۰، ص ۲۰۱). مطابق بند ۱ ماده ۳۲، کشورهای طرف کنوانسیون، جهت مورد حمایت قرار گرفتن کودک در برابر استثمار و هرگونه کار زیان‌بار برای بهداشت جسمی،

روحی، معنوی، اخلاقی یا پیشرفت اجتماعی وی یا توقف در آموزش او، حقوق وی را به رسمیت می‌شناسند.

در ماده ۳ کنوانسیون، بدترین اشکال کار کودک معرفی می‌شوند. گفتنی است که این کنوانسیون و توصیه‌نامه مکمل آن در سال ۱۳۸۰ به تصویب دولت جمهوری اسلامی ایران رسید و بر اساس آن، مقرر شده است تا اشخاصی که کودکان را به کارهای مضر موضوع بند «ت» ماده ۳ کنوانسیون می‌گمارند، به مجازات مقرر در ماده ۱۷۲ قانون کار و لغو موقت پروانه کار محکوم گردند (ایروانیان، ۱۳۹۰، ص ۲۰۱ و ۲۰۲).

ماده ۹ میثاق حقوق مدنی و سیاسی نیز اشعار می‌دارد: «هیچ‌کس را نباید در بردگی و انقیاد نگه داشت یا ملزم کرد که به کار تحمیلی و اجباری پردازد». از عموم اطلاق واژه «هیچ‌کس» در ماده، حمایت از حقوق کار اطفال استنباط می‌گردد و لذا مطابق این میثاق بردگی و کار تحمیلی و اجباری و واداشتن به کار در خصوص اطفال ممنوع اعلام گردیده (حافظیان، ۱۳۷۶، ص ۲۹). دولت ایران نیز سال ۱۳۵۴ طی قانون «اجازه الحاق دولت ایران به میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی» به این میثاق ملحق شده است (بیگی، ۱۳۸۴، ص ۷۲).

همچنین میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به دولت‌های عضو توصیه می‌کند که افراد جوان را از بهره‌کشی اقتصادی و اشتغال به کارهای زیان‌آور برای اخلاقیات تندرستی یا زندگی‌شان و نیز از کارهایی که احتمالاً مانع رشد طبیعی آنها می‌شود، محافظت نمایند. همچنین میثاق، دولت‌ها را متعهد می‌سازد که محدودیت‌های سنی وضع نمایند تا اشتغال کارآموزی کودکان پایین‌تر از آن سن ممنوع و طبق قانون، قابل مجازات گردد. بند «۳» ماده ۱۰ میثاق اعلام می‌دارد: «اطفال باید در مقابل استثمار اقتصادی و اجتماعی حمایت شوند. واداشتن اطفال به کارهایی که برای جهات اخلاقی یا سلامت آنها زیان‌آور است یا زندگی آنها را به مخاطره می‌اندازد یا مانع رشد طبیعی آنان می‌گردد، باید به موجب قانون، قابل مجازات باشد» (ناصرزاده، ۱۳۷۸، ص ۵۱).

علاوه بر این، اصل نهم اعلامیه حقوق جهانی کودک در خصوص حمایت از حقوق کار

اطفال مقرر داشته است که «کودک باید در برابر هرگونه غفلت، ظلم و استعمار حمایت شود». کودک نباید به هر شکل وسیله مبادله قرار گیرد. کودکان نباید قبل از رسیدن به حداقل سن مناسب، به استخدام درآیند و نباید به هیچ وجه، امکان استخدام یا اجازه استخدام کودک در کارهایی داده شود که به سلامتی و روند آموزش وی لطمه زند و باعث اختلال رشد بدنی، فکری و اخلاقی گردد (باهر، بی تا، ص ۲۹).

نکته قابل توجه دیگر ماده ۱۹ پیش‌نویس کنوانسیون سازمان همکاری اسلامی در مورد حقوق کودک می‌باشد که مطابق با آن، هر کودک باید در مقابل همه اشکال بهره‌برداری اقتصادی و انجام هر کاری که ممکن است خطرناک باشد یا در پیشرفت جسمی، روانی، معنوی، اخلاقی اجتماعی کودک اختلال ایجاد کند یا حق آموزش را از وی سلب کند، محافظت شود. دولت‌های عضو موظف‌اند اقداماتی همچون تعیین حداقل سن کار و شرایط و ساعت کار برای پذیرش کودکان در شغل، ترویج انتشار اطلاعات در مورد خطرات کار کودکان و ارائه آموزش و مهارت‌آموزی مناسب برای مقابله با کار کودکان و نیز تعیین مجازات‌های مناسب یا مجازات‌های دیگر برای اطمینان از اجرای مؤثر این ماده را به عمل آورند.

علی‌الاصول، عمده حمایت‌های حقوقی کاری اطفال را در سطح بین‌الملل، سازمان بین‌المللی کار به عمل آورده و اسناد مربوط به حداقل سن استخدام و شروع به کار، اسناد مربوط به کارهای خطرناک و زیان‌آور، اسناد مربوط به ضرورت آزمایش‌های پزشکی و اسناد مربوط به ممنوعیت کار در شب حاصل تلاش‌های نهاد مزبور است.

## ۲. ابعاد سلبی کار کودک در فقه امامیه

### ۲.۱. وظایف حضانتی و تربیتی والدین نسبت به طفل

بسیاری از حقوق کودکان که در ذیل حقوق معنوی جای دارند، مورد اشاره متون فقهی نیز بوده‌اند؛ به‌عنوان مثال، ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی در باب «حضانت» طفل که جنبه معنوی آن غلبه دارد و ماده ۱۱۷۸ قانون درباره «تربیت» که یکی از وظایف والدین محسوب و جزء حقوق معنوی به شمار می‌آید؛ اسلام نیز توجه ویژه‌ای به امر تعلیم و تربیت اطفال دارد. به گفته صاحب موسوعه، اطفال نزد پدران و مادرانشان امانتی هستند که مراقبت از آنها و توجه به آنها نیازمند تلاش بسیاری

است (انصاری، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۳۲۱). همچنین در تعریف حضانت آمده است که حضانت، ولایت بر طفل است به سبب تربیت او (طباطبایی، بی تا، ج ۱۲، ص ۱۴۴). در نتیجه، پدر که ولایت طفل را نیز بر عهده دارد، باید جهت انجام صحیح وظیفه خود، یعنی حضانت و تربیت، شرایط و محیط مناسبی جهت رشد کودک در ابعاد گوناگون جسمی، معنوی، اخلاقی، ایمانی و تربیتی فراهم کند. لذا با در نظر گرفتن ابعاد بسیار گسترده‌ای از تربیت که فقه بر عهده ولی طفل گذاشته است، ولی قهری حق ندارد کودک را در قالب پدیده کودک کار، به کار گماشته، از او بهره‌کشی کند؛ زیرا این کار بر خلاف وظیفه‌ای است که فقه و قانون بر عهده او می‌گذارند. به بیانی دیگر، می‌توان نتیجه گرفت که اصل در ملاحظات فقهی، وظایف والد-فرزندی و تأمین مالی طفل توسط ولی است و هر نوع سرکشی از این وظیفه و به کار گماردن طفل که منتج به ضرر و آسیب جسمی، روانی و رشدی قابل توجه به طفل گردد، مصداق سرپیچی از انجام وظیفه شرعی است و فعل ولی در چنین مواردی، وجاهت شرعی ندارد.

## ۲.۲. وظایف حاکم در دفع فساد

یکی از وظایفی که حکومت اسلامی بر عهده حاکم گذاشته، دفع تمامی مصادیق فساد از جامعه اسلامی است. از طرفی، به کار گماردن کودکان (در قالب پدیده کودک کار) طوری که منجر به ضرر آنهاست، به وضوح به عنوان یکی از مصادیق فساد عمومی شناخته می‌شود که حاکم اسلامی موظف است با آن برخورد و در جهت کاهش آن، قوانین و مقرراتی وضع نماید. لذا با رویکرد الزام شارع به دفع کلیه مصادیق فساد در ابعاد فردی و اجتماعی مردم، دفع به کار گماردن کودکان که منتج به چنین فساد است، از وظایف حاکم می‌باشد. مهم‌ترین گامی که خداوند در جهت مبارزه با فساد در جوامع مختلف برداشته، ارسال انبیای الهی است. عدم آگاهی افراد از مصادیق فساد، منشأ پیدایش اولین مراحل فساد در جامعه است. از این رو، ارسال انبیای الهی از سوی خداوند متعال، یکی از مراحل مهم مبارزه با فساد به شمار می‌رود. لذا حاکم اسلامی به عنوان جانشین پیامبران و امامان، امروزه وظیفه دفع فساد در جامعه اسلامی را بر عهده دارد.

## ۳. ابعاد ایجابی کار کودک در پر تو قانون

در قوانین جمهوری اسلامی ایران، پدر و مادر هر دو در مقابل فرزند خود مسئولیت‌هایی دارند

و همچنین از حقوقی نیز برخوردار هستند. ماده ۱۱۷۸ قانون مدنی نیز با اعلام این امر که ابویین مکلف هستند که در حدود توانایی خود، به تربیت اطفال خویش بر حسب مقتضی اقدام کنند، این عقیده را که سلطه پدر و مادر بر فرزندان حق آنان است، به صراحت رد می‌کند. لذا در این قانون، منظور از حق، توانایی است که قانون برای اجرای تکالیف خویش به پدر و مادر در برابر دیگران اعطا کرده است (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص ۳۲۸). یکی از مواردی که قانون برای پدر و مادر به‌عنوان وظیفه برشمرده است، حضانت و تربیت طفل می‌باشد. حضانت عبارت است از اقتداری که قانون به‌منظور نگهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنها اعطا کرده که در آن، حق و تکلیف به هم آمیخته است. عنصر «نگهداری» و «تربیت» طفل به‌دشواری جدای از هم تصور می‌شوند؛ زیرا شیوه نگهداری کودک در پرورش استعدادهای او مؤثر است و زمینه آموزش به او را نیز فراهم می‌کند. با وجود این، آنچه به‌طور مستقیم ناظر به پذیرفتن کودک و تأمین نیازهای مادی و معنوی اوست، در زمره کارهای مربوط به نگهداری است؛ ولی هدایت طفل در شناسایی محیط، آموختن تجربه زندگی و عادات و رسوم آن، تأمین وسیله تحصیل و مانند اینها در شمار تکالیف مربوط به تربیت کودک است (همان، ص ۳۳۴). همان‌گونه که گفته شد، والدین باید فرزند خود را برای زندگی اجتماعی آماده کنند و بر رفتار و معاشرت‌های او نظارت مستمر داشته باشند. نکته قابل توجه آن است که والدین در عین حال که حق انتخاب شیوه تربیت فرزند خود را دارند، مکلف‌اند او را چنان تربیت کنند که مهمل‌نماند و استعدادهايش به هدر نرود. ماده ۱۱۷۸ قانون مدنی در مقام قاعده کلی تکلیف پدر و مادر مقرر می‌دارد: «مکلف هستند که در حدود توانایی خود به تربیت اطفال خویش بر حسب مقتضی اقدام کنند و نباید آنها را مهمل بگذارند» (همان، ص ۳۳۹ - ۳۴۰).

با توجه به موارد گفته‌شده، درمی‌یابیم که تربیت فرزند - که یکی از مصداق‌های آن، پرورش استعدادها و توانایی‌هاست - از وظایف والدین به شمار می‌رود و یکی از راه‌های تشخیص استعداد و توانایی طفل و به‌کارگیری آن در بزرگسالی و پرورش مهارت او، واگذاری کارها و فعالیت‌های متفاوت به کودک جهت تشخیص مهارت اوست. نکته قابل توجه آن است که

فعالیت و کار تعریف شده برای کودکان باید بر خلاف مصلحت او نبوده، به سلامت جسمی و روانی و اخلاقی کودک آسیب نرساند. همچنین باید در جهت رشد استعداد و تشخیص توانایی‌های کودک و با رعایت غبطه و مصلحت کودک باشد.

همان‌طور که گفته شد، هرکس برای شناخت استعدادها و مهارت‌های خود، به کسب تجربه در انجام فعالیت‌های گوناگون نیاز دارد. در این خصوص، قانون کار، ضمن ممنوعیت اشتغال کودکان زیر ۱۵ سال، اجازه کار کردن را به کارگر نوجوان (۱۵ تا ۱۸ سال) در ماده ۸۰ مشروط به رعایت شرایطی، داده است. خوشبختانه با تصویب این مواد، انجام کار به صورت قانونی برای نوجوانان با شرایطی خاص پیش‌بینی شده است که همان‌طور که پیش‌تر نیز اشاره شد، با وجود نظارت خانواده‌ها و رضایت شخصی کارگر نوجوان، می‌تواند به رشد و کسب مهارت او کمک بسیاری کند. در نتیجه، طبق مواد ۸۰ و ۸۱ قانون کار، کارگران ۱۵ تا ۱۸ سال کارگران نوجوانان هستند و در بدو استخدام و همچنین به‌طور سالیانه باید تحت آزمایش‌های پزشکی قرار گیرند. همچنین به موجب ماده ۵۱ قانون کار، ساعت کار کارگران نباید از ۸ ساعت در روز تجاوز کند. مطابق با ماده ۸۲ قانون فوق‌الذکر، اعلام شده است که ساعت کار نوجوانان باید نیم ساعت کمتر از ساعت کار کارگران معمولی باشد و مطابق با ماده ۸۳ نیز، هرگونه کار و انجام کار در شب و ارجاع کارهای سخت و زیان‌آور و حمل بار بیش از حد مجاز بدون استفاده از وسایل مکانیکی برای کارگر نوجوان ممنوع است. اجرای هر نوع کار اضافی و انجام کار در شب برای کارگر نوجوان ممنوع می‌باشد. لذا قانون کار در چنین شرایطی مخالف کار نوجوان نیست.

مطابق با بند «الف» ماده ۶ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان نیز، توانمندسازی اطفال و نوجوانان یکی از وظایف سازمان بهزیستی کشور می‌باشد. وفق بند ۱۱ ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی ماده ۶ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان، «توانمندسازی» عبارت است از مجموعه خدماتی که با هدف رشد و تکامل همه‌جانبه، تحقق زندگی شایسته با حداقل وابستگی به منابع حمایتی و ارتقای توانایی‌ها و مهارت‌های آموزشی، اجتماعی و حرفه‌آموزی به طفل و نوجوان، خانواده یا اشخاص تأثیرگذار بر وی ارائه می‌شود. همچنین مطابق بند ۱۰ ماده ۲ قانون مذکور، آیین‌نامه

توسعه توانمندی‌ها و مهارت‌های فردی، آموزشی، اجتماعی و حرفه‌ای طفل و نوجوان نیز از اصول مهم جهت دستیابی به اهداف این قانون است. گفتنی است اگر به کار کودک از جنبه رشد و پیشرفت او و بروز استعدادها و توانایی‌های او نگاه کنیم، به طوری که رشد، امنیت و سلامت جسمی، روانی و معنوی کودک تحت تأثیر عوامل مخرب واقع نشود و کودک مهارت و استعدادهای کافی و لازم را جهت اشتغال کسب کند، به گونه‌ای که تکسب جنبه ایجابی برای او داشته باشد، نه تنها مصلحت طفل به خطر نمی‌افتد، بلکه یادگیری مهارت‌ها و بروز استعدادها در جهت رعایت مصلحت اوست؛ ولی در غیر این صورت، مصلحت او به خطر می‌افتد. لذا می‌توان گفت جهت توانمندسازی اطفال و نوجوانان و پرورش استعدادها و مهارت‌ها و با رعایت غبطه و مصلحت طفل و نوجوان، می‌توان آنها را جهت انجام فعالیت‌هایی به مشاغل گوناگون به کار گذاشت.

#### ۴. ابعاد ایجابی کار کودک در فقه امامیه

همان‌گونه که گفته شد، قوانین کار کودک دارای ابعاد ایجابی نیز می‌باشد که اعم است از پرورش استعدادها و توانایی کودک و در نتیجه رشد و تربیت او در جایی که خلاف مصلحت و غبطه و سلامت جسمی و روانی او نباشد. در منابع و آرای فقهی نیز، تکسب صبیان و کار کودک دارای خاستگاه‌هایی در بُعد ایجابی می‌باشد.

##### ۴.۱. نفقه کودک

از جمله حقوق هر فرزند جهت رفع نیازهایی که بالذات برای رشد دارد، نفقه است که خوراک، پوشاک، مسکن و هزینه‌های متعارف زندگی، از مصادیق آن می‌باشد. از نظر جمیع فقهای شیعه و اهل تسنن، علل وجوب نفقه فرزند اعم‌اند از کتاب، سنت، اجماع و عقل (انصاری، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۳۸۸). در نظر گرفتن استطاعت مالی منفق، علاوه بر شرایط نفقه‌گیرنده و در نظر گرفتن توان کار کردن فرزند، بعد از سن بلوغ، جهت تعلق نفقه، از شرایط نفقه فرزند در قانون و فقه است (همان، ص ۴۰۲). نفقه کودک نه تنها شامل موارد رفع نیازهای اساسی او مثل آموزش، بهداشت و تفریح است، بلکه فراهم کردن شرایطی را که کودک بتواند در آن به خوبی از جهت روانی و جسمی رشد کند نیز، شامل می‌شود.

مطابق نظر فقها، نفقه فرزند در صورت وجود پدر و ایسار وی، بر عهده پدر و در صورت عدم وجود پدر یا اعسار او، بر عهده جد پدری و در صورت عدم وجود او، بر اساس قاعده الاقرب فالاقرب، هرچه بالاتر روند. همچنین در صورت عدم وجود اجداد پدری یا اعسار آنها، بر عهده مادر است و در شرایطی که مادر نیز وجود نداشته باشد یا مُعسر باشد، بر عهده اجداد مادری اوست (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۲۰؛ حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۳۷؛ عاملی، بی تا الف، ج ۵، ص ۴۷۷؛ طباطبایی کربلایی، ۱۴۱۸ق، ج ۷، ص ۳۷۳). بر اساس ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی، اولویت در پرداخت نفقه فرزند بر عهده پدر بوده و پس از او، بر عهده اجداد پدری و سپس مادر و اجداد مادری است. گفتنی است نفقه دادن به فرزند و رفع نیازهای اقتصادی او مانع از این امر نیست که در سن مناسب و بدون آنکه سلامت جسمی و روانی کودک به خطر افتد، کارهایی متناسب با سن کودک و شرایط جسمی او، به طوری که مصلحت و غبطه کودک لحاظ گردد، به او سپرده شود. همان گونه که گفته شد، این امر نه تنها بر خلاف مصلحت کودک و نوجوان نیست، بلکه شرایط کشف استعداد و مهارت کودک و نوجوان را فراهم می کند و باعث می شود او مسیر و اهداف آینده خود را دقیق تر و با شناخت بیشتری دنبال کند. همچنین آموختن حرفه ای که کودک و نوجوان به آن مشغول می شود، در شرایطی که به جسم و روان او آسیب نزنند و بیشتر جنبه تفریحی و آموزشی داشته باشد، می تواند به افزایش روحیه اعتماد به نفس در کودک و نوجوان و همچنین استقلال و خودکفایی او کمک شایانی داشته باشد. لذا چنین کاری مطلقاً تعارضی با سلامت جسمی و روانی کودک و نوجوان نخواهد داشت و عنوان بهره کشی، به کار گماردن و سوءاستفاده را ندارد.

#### ۴.۲. نفقه و اشتغال

وقتی صحبت از کار کودک به میان می آید، لزوماً بهره کشی از کودک مطرح نمی شود و در شرایطی که کار کودک مغایر با مصالح جسمی، جنسی، اخلاقی و روانی کودک نیست، صدق عنوان بهره کشی از کودک صحیح نیست و اتفاقاً این نوع کار رشددهنده و به مصلحت کودک می باشد. لذا سؤالی که مطرح می شود، این است که آیا ولی قهری طفل می تواند جهت تأمین نفقه، او را مجبور به اشتغال، تکسب و درآمدزایی کند.



در پاسخ باید گفت که در وجه ایجابی، با رعایت مصلحت<sup>۱</sup> طفل و با لحاظ شرایط کار متناسب با سن و بدون اضرار به کودک، پاسخ به این سؤال مثبت است و در وجه سلبی، به علت عدم وجود مصلحت و شرایط مقتضی و احراز عنوان بهره‌کشی و سوءاستفاده، پاسخ منفی است. همان‌گونه که پیش از این ذکر شد، منفق بر اساس شرایط مالی و استطاعت خود، ملزم به پرداخت نفقه است (انصاری، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۴۰۷؛ طوسی، ۱۳۶۳، ج ۶، ص ۳۵؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۱، ص ۳۷۴؛ طرابلسی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۳۴۹). پس اگر منفق مُعسر باشد، تکلیف انفاق از او برداشته می‌شود و در این صورت، فرزند قاعدتاً راهی به‌جز اشتغال و درآمدزایی جهت تأمین معاش خود نخواهد داشت. گفتنی است که کودک تنها زمانی مستحق دریافت نفقه از دیگری است که ملائت مالی نداشته باشد؛ زیرا از شرایط منفق<sup>۲</sup> علیه، فقیر، مُعسر و محتاج بودن اوست (انصاری، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۴۰۷). لذا اگر کودک اموالی داشته باشد، پدر می‌تواند اموال را فروخته، از محل اموال، نفقه<sup>۳</sup> کودک را به او پرداخت کند (طوسی، ۱۳۶۳، ج ۶، ص ۳۰؛ عاملی جبعی، بی تا، ج ۸، ص ۴۸۵). یکی دیگر از شرایط منفق<sup>۴</sup> علیه که در کتب فقهی بدان اشاره شده، عاجز بودن فرزند از اکتساب است (انصاری، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۴۰۸) که البته این امر در بین فقها اختلافی است. عده‌ای<sup>۲</sup> به لزوم شرط عدم قدرت اکتساب قائل هستند و عده‌ای وجود این شرط را لازم نمی‌دانند.<sup>۳</sup> به‌طور کلی، لزوم این شرط درست‌تر به نظر می‌رسد؛ زیرا کسی که قادر به کسب و اشتغال است، شرعاً غنی و بی‌نیاز محسوب می‌شود (همان، ص ۴۰۸). بنابراین مطابق آرای اکثریت فقها در کتاب موسوعه، و جوب پرداخت نفقه توسط ولی به فرزند مشروط به فقر فرزند و ناتوانی او از کسب و اشتغال است؛ ولی اگر طفل به حد سنی اکتساب و اشتغال رسید (حتی اگر به سن بلوغ نرسیده باشد)، نفقه<sup>۴</sup> او در کسب اوست؛ چرا که مکتسب شرعاً در حکم فرد غنی و بی‌نیاز است (همان، ص ۴۱۷). به همین دلیل، در کتاب ریاض و جواهر نیز

۱. مستند به ماده ۴۵ قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱

۲. محقق حلی در شرایع الاسلام، فاضل هندی در کشف اللثام، علامه حلی در قواعد الاحکام.

۳. نجفی در جواهر الکلام

گفته شده است که اگر طفل به سنی رسید که یادگیری حرفه یا اکتسابی برای او ممکن بود، ولی باید او را به حرفه‌ای بگمارد و از کسب خود طفل، نفقه او را پرداخت کند (طباطبایی، بی تا، ج ۷، ص ۲۷۰؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳، ص ۱ و ۳۷۲).

پرسش قابل توجه این است که آیا ولی می‌تواند زمانی که طفل به توانایی و حد اکتساب رسید، او را مجبور به اکتساب کند. ظاهر از بیان برخی از فقها همچون صاحب ریاض، این است که ولی اجازه چنین کاری را ندارد؛ لیکن به نظر می‌رسد وقتی که پدر ولایت در نکاح برای صغیره را دارد (حر عاملی، ۱۳۶۷، ج ۱۴، ص ۲۰۷)، به طریق اولی، اجبار طفل به تکسب نیز، زمانی که تکسب مطابق با مصلحت طفل باشد، برای پدر جایز به نظر می‌رسد. همچنین به نقل از کتاب موسوعه، به نظر می‌رسد این کار مصداقی از تأدیب و تربیت طفل باشد (انصاری، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۴۱۸) و به این دلایل است که در کشف‌الثام گفته شده است: اگر فرزند قادر به کسب بود، ولی طفل می‌تواند او را به این کار اجبار کند؛ زیرا این کار نوعی از تأدیب است و نفقه کودک از پدر ساقط شده است؛ زیرا او غنی است، فارغ از اینکه دختر است یا پسر (اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۷، ص ۶۰۰).

به‌طور کلی، اگر شرایط زیر وجود داشته باشد، شخص ملزم به پرداخت نفقه فرزند است:

۱. شخص مستحق نفقه باید فاقد اموال کافی برای گذراندن معاش باشد؛ یعنی اموال و درآمدی نداشته باشد؛ به شکلی که حتی نیازهای اولیه وی مانند خوراک، پوشاک و مسکن و ... تأمین نباشد.

۲. مستحق نفقه قدرت اشتغال نداشته باشد؛ یعنی نتواند به وسیله اشتغال به شغلی، وسایل معیشت خود را فراهم کند؛ اعم از اینکه این عدم مقدوریت ناشی از ناتوانی و ازکارافتادگی باشد یا آنکه ناشی از عدم وجود شغل در جامعه باشد و قانون‌گذار در خصوص فرزندى که به دنبال تکسب نبوده یا حقیقتاً ناتوان از انجام کار بوده نیز، فرقی قائل نشده است. در ماده ۱۱۹۷ قانون مدنی، صراحتاً به این مسئله بدین شکل اشاره شده است: «کسی مستحق نفقه است که ندار بوده و نتواند به وسیله اشتغال به شغلی، وسایل معیشت خود را فراهم سازد».

۳. شخصی که قرار است نفقه را بپردازد، متمکن از دادن نفقه باشد؛ یعنی بتواند بدون اینکه دچار مضیقه شود، نفقه بدهد. ماده ۱۱۹۸ قانون مدنی این مسئله را به طرز روشنی بیان کرده است. «کسی ملزم به انفاق است که متمکن از دادن نفقه باشد؛ یعنی بتواند نفقه بدهد، بدون اینکه از این حیث، در وضع معیشت خود دچار مضیقه گردد. برای تشخیص تمکن باید کلیه تعهدات و وضع زندگانی شخصی او در جامعه در نظر گرفته شود» (انصاری، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۴۲۷).

### ۴.۳. آینده معیشتی کودک

یکی از مهم‌ترین وظایف والدین در مقابل فرزندان، حضانت آنهاست. طبق تعریف فقها، حضانت، ولایت و سلطنت بر تربیت طفل است (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۵؛ عاملی، بی تا ب، ج ۸، ص ۴۲۱؛ طباطبایی کربلایی، ۱۴۱۸ق، ج ۷، ص ۲۴۰). همچنین ولایت جهت تأمین مصالح کودک تشریح شده است. تدبیر شئون فرزندان و تربیت آنها از جمله وظایف ولی نسبت به فرزند است (انصاری، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۳۰۵). اطلاق ادله تربیت و عمومیت موضوع مصلحت، شامل حال و آینده فرزندان می‌باشد. همچنین توانمندسازی اطفال و نوجوانان به جهت بروز مهارت‌ها و توانایی‌های آنها یکی از وظایف مهم سازمان‌های دولتی است. به‌طور کلی، مهم‌ترین وظیفه خانواده و دولت در مقابل کودک علاوه بر حفظ سلامت جسمی و معنوی در سنین کودکی و نوجوانی، فراهم کردن بستری جهت داشتن آینده‌ای مناسب برای آنهاست. آینده شغلی و معیشتی کودکان در گرو یافتن استعدادها و مهارت‌های آنها در کودکی و نوجوانی است و این امر محقق نمی‌شود جز با انجام دادن فعالیت‌های گوناگون توسط کودک و نوجوان. لذا یکی از آسیب‌هایی که در خصوص جوانان با آن روبرو هستیم، مسأله بیکاری و اشتغال جوانان و فقدان توان مالی آنان جهت گردش امور زندگی است که پیامد عدم کسب مهارت لازم جهت اشتغال در زمان کودکی و نوجوانی است. سرپرستی که در کودکی و نوجوانی زمینه‌ای را برای یافتن استعداد و توانایی‌های کودک خود فراهم نکرده است، به‌درستی به مقتضای ولایت خود نیز عمل نکرده و قصور دارد؛ زیرا اگر بستر لازم و مقتضای مصلحت برای فرد تحت سرپرستی خود در زمان کودکی و نوجوانی فراهم می‌نمود تا کودک با انجام فعالیت مناسب در آن بستر، پی به مهارت و توانایی خود ببرد، در جوانی نیز، با رشد این مهارت

می‌توانست آینده مناسبی برای خود رقم بزند و این‌گونه است که کار کودک در بُعد ایجابی و جاهت پیدا خواهد کرد. لذا یکی از خاستگاه‌های ابعاد ایجابی کار کودک بحث مهم آینده معیشتی کودک می‌باشد؛ زیرا یکی از راه‌های برون‌رفت از پدیده بیکاری جوانان و تأمین مصلحت عمومی جامعه اسلامی در خصوص تأمین آینده جوانان کشور، این است که در کودکی و نوجوانی با رعایت غبطه، به فعالیت و حرفه‌آموزی و تکسب روی آورند؛ چرا که مبحث مصلحت عمومی چنان می‌تواند موضوعیت داشته باشد که در مسأله اعمال حاکمیت هم ورود کند (منصورنژاد، ۱۳۷۸، ص ۱). در واقع می‌توان گفت تأمین آینده معیشتی کودک که مصلحتی فردی در چهارچوب اجتماع کوچکی به نام خانواده است، رویکرد همین مصلحت در ابعاد کلان و عامه، در حیطة وظایف حکومت اسلامی است که زیرساخت‌های اشتغال و تأمین آینده معیشتی را فراهم کند و به‌گونه‌ای ظرفیت‌های قانونی ایجاد کند که اگر ولی و سرپرست، فرزند خود را مشروط به رعایت مصلحت، به انجام کار جهت حرفه‌آموزی گمارد، خلاف مصلحت کودک معرفی نشود و سلب صلاحیت حضانت از او صورت نگیرد.

#### ۴.۴. حسن ذاتی کار کردن

یکی دیگر از خاستگاه‌های ابعاد ایجابی کار کودک، وجود حسن ذاتی کار کردن است. کارایی انسان در حوزه‌های مختلف زندگی فردی و اجتماعی و فعال‌سازی توانایی افراد دارای حسن ذاتی است. حسن و قبح عقلی امری بدیهی است (حلی، ۱۴۳۰ ق، ص ۲۸۱). عبارت «آراءِ محموده» در لغت به معنی اندیشه‌های پسندیده و در اصطلاح اهل منطق به معنی عقاید مشهوری است که از لحاظ مصالح جامعه، پسندیده و مقبول باشد (طوسی، ۱۳۵۵، ص ۳۴۷). همچنین در کتاب‌های منطقی، آرای محموده از «مشهورات» محسوب شده است. مقصود از مشهورات قضایایی است که موجب اعتقاد به آنها شهادت همگان یا همه دانشمندان یا افاضل ایشان است در آنچه مخالف رأی جمهور نباشد (ابن سینا، ۱۳۵۷ ق، ص ۱۱۸). در نتیجه، آرای محموده قضایایی است که اگر انسان را از جهت عقل نظری و حس و وهم به خود واگذارند و او را به قبول آن قضایا تأدیب و تربیت نکرده باشند، انسان پس از دقت و تأمل، آن قضایا را باور کند یا نکند (طوسی، ۱۳۵۵، ص ۲۲۰؛ قطب‌الدین شیرازی، ۱۳۲۰، ج ۲، ص ۱۵۷)؛ مانند

قضیه نیکی عدل و بدی ظلم (مظفر، ۱۳۸۸ق، ص ۲۸۳).

نکته قابل توجه دیگر بحث مستقلات عقلیه است که از انواع ملازمات عقلی و عبارت است از یک سلسله احکام عقلی که عقل به تنهایی و بدون کمک شرع، آنها را درک می‌کند. در این خصوص، عده‌ای قائل هستند که مستقلات عقلیه از مشهورات و آرای محموده‌اند. به عنوان نمونه، مرحوم مظفر دلیل خود در تسمیه مستقلات عقلیه به مشهورات را این‌گونه بیان می‌کند: «چون مشهورات، قضایایی هستند که تنها پشتوانه قابل اعتماد در باور به آنها، شهرت و اذعان عموم است، مانند خوبی عدل و بدی ظلم». آنگاه به عنوان یکی از اقسام مشهورات، تأدیبات صلاحیه (آرای محموده) را معرفی می‌کند: «تأدیبات صلاحیه - که محمودات یا آرای محموده هم نامیده می‌شوند - چیزهایی هستند که نظرها - به خاطر اقتضای مصلحت عموم برای حکم به آنها - بر آن اتفاق دارند، به اعتبار اینکه به سبب آنها نظام حفظ می‌شود و نوع بشر باقی می‌ماند؛ مانند قضیه نیکی عدل و بدی ظلم. معنای حسن عدل آن است که فاعل آن را نزد عقلا می‌ستایند و معنای بدی ظلم آن است که فاعل آن نزد ایشان نکوهش می‌شود». پس حسن و قبح از آرای محموده و قضایای مشهوره‌ای هستند که آرا در مورد آنها یکسان است به خاطر تأدیبات صلاحیه که در آنهاست و واقعیتی غیر از تطابق آرا ندارند (مظفر، ۱۳۸۸ق، ص ۲۸۳ و ۲۸۴).

با عنایت به موارد فوق‌الذکر، درمی‌یابیم مستقلات عقلیه به کمک آرای محموده نوشته می‌شوند؛ لذا می‌توان گفت که کار کردن و داشتن فعالیت و همچنین فایده‌رسانی عمومی از طریق اشتغال توسط اشخاص، عقلاً خوب است و عقل فطری و بدیهی انسان، به وضوح به حسن کار کردن حکم می‌نماید؛ بنابراین مسئله کار کودک در بُعد ایجابی، و مسئله اشتغال که موضوعی فرازمانی، فرامکانی و فراسنی است، در همه امکانه و ازمنه و سنین، مستحسن است. در آرای محموده نیز اشتغال و همچنین اشتغال کودک در صورت عدم تعارض با مصلحت او، مستحسن است حسن ذاتی دارد. از این رو، به قسمتی از روایات ارزشمند اهل بیت<sup>(ع)</sup> که بر اهمیت اشتغال و راهنمایی‌هایی برای کسب روزی حلال مسلمانان تأکید دارد اشاره شده است: - روایتی از پیامبر اکرم<sup>(ص)</sup> که هرگاه حضرت به مردی نظر می‌کرد و از او خوشش می‌آمد، سؤال می‌کرد که آیا شغل و حرفه‌ای دارد یا خیر؟ پس اگر می‌گفت: نه، می‌فرمود: از چشم من

افتاد و در نظر من ارزش و جایگاهی ندارد (بروجردی، ۱۳۴۰، ج ۲۲، ص ۱۷۴).

- روایتی از امام باقر<sup>(ع)</sup> که فرمودند: دشمن دارم مردی را که نسبت به امر دنیای خود تنبلی کند؛ چون هرکس نسبت به امر دنیای خود تنبلی کند، نسبت به امر آخرت خود هم تنبلی خواهد کرد (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۸۵).

- همچنین پیامبر اکرم<sup>(ص)</sup> می‌فرمایند: ملعون است و از رحمت خدا دور است کسی که بتواند کار کند، ولی سربار جامعه باشد (همان، ج ۴، ص ۱۲).

### ۵. نقش دولت و خانواده در کار کودک

پیدایش کودک کار ناشی از نبود عدالت اجتماعی، تفاوت طبقاتی و میزان فقر خانواده‌ها و عوامل خانوادگی (مانند پایین بودن سطح درآمد خانواده‌ها، پیری و ازکارافتادگی والدین، مرگ والدین، عدم پرداخت هزینه تحصیل اطفال توسط والدین، عدم حضانت یا سوءحضانت اطفال به‌ویژه پس از جدایی والدین از یکدیگر و فقر خانواده)، عوامل اجتماعی (مثل مهاجرت، بیکاری، فقدان امنیت اجتماعی و افزایش جمعیت) (خیرخواهان، ۱۳۷۸)، عوامل آموزشی (از قبیل کم‌سوادی والدین، بی‌توجهی والدین نسبت به آینده اطفال و نگرش منفی آنها نسبت به تحصیل و همچنین عدم دسترسی به فرصت‌های آموزشی و ناتوانی آموزش و پرورش در جذب اطفال، پایین بودن کیفیت تعلیمات آموزشی، عدم پرداخت یا ناتوانی پرداخت هزینه‌های تحصیل) و نیز عوامل قانونی و اجرایی (اعم از نارسایی قانون کار در برخورد جدی با کار اطفال و عدم اجرای قوانین موجود و عدم حساسیت مراجع قانونی و قضایی در قبال جرایم اقتصادی، نگرش سطحی و ضعیف مسئولان قضایی اجرایی و اداری نسبت به پدیده زیان‌بار اشتغال اطفال) و ... (عظیم‌زاده اردبیلی، ۱۳۷۲، ص ۱۴۴-۱۴۷) به آن دامن می‌زند.

کار کودک پیامدهای منفی فراوانی بر وی باقی می‌گذارد. پیامدهای جسمانی مزبور رشد جسمی کودک را معمولاً به‌صورت مستقیم دچار نقصان می‌نماید. بروز مشکلات تنفسی و قلبی و عروقی، قوای جسمانی، کم‌خونی، ضعف بدن، خواب و استراحت ناکافی از پیامدهای دیگر است (حافظیان، ۱۳۷۶، ص ۲۷).

تکسب، بسیاری از اطفال را از بهره‌گیری از آموزش و پرورش، متوقف و گرفتار پیامد ادراکی

می‌کند. در راستای تداخل اشتغال اطفال با تحصیل و آموزش آنها، قانون اساسی در اصل ۳۰ و قانون تأمین وسایل و امکانات تحصیل اطفال و جوانان ایرانی مصوب ۱۳۵۳ در ماده ۲ تحصیل و آموزش آنها را رایگان و اجباری اعلام کرده (عظیم‌زاده اردبیلی، ۱۳۷۲، ص ۱۵۱). محیط‌های کاری فشارآور باعث می‌شود که اطفال از زیان روانی بسیاری رنج ببرند؛ تا جایی که ممکن است به اختلال‌های روانی مبتلا شوند. سازمان بهداشت جهانی نیز در سال ۱۹۸۷م در گزارش خود فشار روانی، پیری زودرس، افسردگی، اعتمادبه‌نفس پایین و درد را نشانه‌های معمول در بین مستخدمان کم‌سن‌وسال اعلام کرده است (همان، ص ۱۴۰). علاوه بر این، اطفال به‌لحاظ ورود زودرس و نابه‌هنگام به موقعیت‌های شغلی نامناسب، از نظر اخلاقی و اجتماعی در معرض بهره‌کشی قرار می‌گیرند و در محیط‌های نامناسب شغلی، توان تمیز بین درست و نادرست آنها به تدریج کاهش می‌یابد و ممکن است در معرض سوءاستفاده بزهکاران حرفه‌ای و باندهای قاچاق قرار بگیرند (طالبی، بی تا، ص ۱۱). کودکانی که به اشتغال می‌پردازند، از لحاظ مهارت اجتماعی و درک متقابل نیز دچار ضعف هستند. ماندن کودک از طی مراحل جامعه‌پذیری و رشد اجتماعی یکی دیگر از زیان‌های روانی و اجتماعی ناشی از کار کودک است (فطرس و فتحی، ۱۳۹۹، ص ۱۸۶).

در نهایت، آنکه بسیاری از کودکان کار برای تأمین هزینه‌های خود و کمک به اقتصاد خانواده به کار زودهنگام روی بیاورند؛ لیکن کار زودهنگام کودک معمولاً کمک به بهبود وضعیت اقتصادی خانواده در طولانی‌مدت نخواهد کرد و کودکانی که در سنین پایین، وارد نیروی کار می‌شوند، قادر به کسب درآمد بالاتری در آینده نخواهند بود.

جهت کاهش پیامدهای مزبور، راهکارهای چندی وجود دارد که برخی از این راهکارها عبارت‌اند از: «راهکارهای اقتصادی» که بر بهبود اقتصاد جامعه و خانواده تأکید کرده، در تلاش برای فراهم آوردن امکانات اقتصادی و اشتغال برای تمامی افراد جامعه و خانواده هستند؛ مثل سیاست‌های ایجاد اشتغال، ایجاد کارگاه‌های اشتغال و آموزش، ایجاد اردوگاه‌های کار در جامعه، کاهش فاصله طبقاتی و میزان فقر در جامعه؛ «راهکارهای آموزشی و پژوهشی» برای مشخص شدن وضعیت دقیق متکدیان؛ مثل برآوردهای آماری از وضعیت متکدیان کشور

به منظور برنامه‌ریزی اصولی و اساسی، استفاده از توان علمی و اجرایی تشکل‌های غیردولتی برای سازماندهی متکدیان، فضا سازی فرهنگی و فراهم نمودن بستر فرهنگی و آموزشی یکسان برای خانواده و کودکان؛ راهکارهای مطرح در سطح عوامل اجتماعی و قانونی در قالب تصویب قوانین لازم در راستای فعالیت‌های سازمان‌های غیردولتی، نظارت و برنامه‌ریزی و ایجاد هماهنگی میان سازمان‌ها، همچنین «راهکارهای دینی و فرهنگی» که بر ارزش‌های کار و وجدان کاری تأکید دارند، مثل ایجاد اعتماد نسبت به سازمان‌ها و نهادهای حمایتی دولتی مانند کمیته امداد و بهزیستی، گسترش حمایت از نهاد خانواده (بیات، بی‌تا، ص ۱۴۴-۱۴۶).

## ۶. نقش دولت در حمایت از کودک کار

وفق ماده ۴۰ آیین‌نامه اجرایی قانون حمایت از اطفال، وزارت بهداشت مکلف است تا خدمات درمانی و بهداشتی رایگان به اطفال و نوجوانانی که از سوی سازمان بهزیستی معرفی شده‌اند، ارائه کند و نسبت به پوشش کامل بیمه سلامت برای تمام اطفال و نوجوانان ساکن ایران به‌ویژه اطفال و نوجوانان در معرض خطر یا تهدید اقدام نماید. همچنین ماده ۴۲ آیین‌نامه ظرفیت بسیار خوبی را جهت ارائه آموزش و اطلاعات همگانی خصوصاً به اطفال و نوجوانان و خانواده آنها در خصوص حقوق آنها و جلوگیری از بهره‌کشی و سوءاستفاده از کودکان فراهم کرده است. سازمان بهزیستی نیز مسئولیت اصلی حمایت از اطفال و نوجوانان در معرض خطر و بزه‌دیده را بر عهده دارد و مکلف است با مشارکت و همکاری تمامی دستگاه‌های اجرایی و همچنین سایر نهادهای حمایتی و با استفاده از مددکاران اجتماعی، نسبت به شناسایی، پذیرش، حمایت، نگهداری و توانمندسازی اطفال و نوجوانان موضوع قانون اقدام کند. طبق مواد ۲، ۴ و ۵ آیین‌نامه، این سازمان موظف به انجام اموری جهت ساماندهی کودکان کار شده است. سازمان‌های مردم‌نهاد نیز که در زمینه حمایت از حقوق کودکان، از جمله کودکان کار فعالیت می‌کنند، طبق ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری و قانون حمایت از اطفال و نوجوانان، تکالیفی برای آنان در نظر گرفته شده است. امروزه سازمان‌های مردم‌نهاد خدمات و کمک‌های بسیار وسیعی در اختیار کودکان کار قرار می‌دهند؛ از جمله می‌توان به کمک‌های حقوقی مانند حمایت‌های تقنینی برای تصویب قوانین حمایتی، ارائه مشاوره‌های حقوقی به کودک و نوجوان



برای آگاه‌سازی آنها از قوانین و مقررات و نیز حمایت‌های پزشکی-اجتماعی مانند حمایت روان‌پزشکی و عاطفی از بزه‌دیدگان برای ترمیم و بازسازی روحیه‌شان اشاره کرد (میرکمالی و سروی سرمدانی، ۱۴۰۰، ص ۱۶). نیروی انتظامی نیز مکلف است نسبت به شناسایی اطفال و نوجوانان در وضعیت مخاطره‌آمیز در موارد مراجعه یا معرفی آنان به نیروی انتظامی یا مواجه شدن با آنان در حین اجرای وظیفه یا شکایت از آنان، حسب مورد برای معرفی به سازمان بهزیستی کشور یا مراجع قضایی و انجام حمایت‌های مورد نیاز اقدام کند. همچنین وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی موظف به نظارت مؤثر بر اماکن کار جهت پیشگیری و مقابله با آزار و بهره‌کشی از اطفال و نوجوانان است. این وزارت موظف شده است که با معرفی سازمان بهزیستی، نسبت به ارائه آموزش‌های رایگان مهارت‌های شغلی به نوجوانان بالای ۱۵ سال و خانواده اطفال و نوجوانان موضوع قانون از طریق بخش‌های دولتی، غیردولتی و سازمان فنی-حرفه‌ای اقدام نماید و این عمل می‌تواند موجب جلوگیری از بهره‌کشی‌های اقتصادی از کودکان و نوجوانان شود.

#### **یافته‌های پژوهش**

بررسی‌ها نشان داده است که اطفال در تمام طیف‌های سنی قربانیان پدیده کودک کار هستند. متأسفانه امروزه شاهد روند روبه‌رشد این پدیده هستیم و برای پیشگیری و جمع‌آوری و ساماندهی این عارضه، قوانین و مقررات داخلی و بین‌المللی متعددی وضع شده است و سازمان‌های دولتی و مردم‌نهاد گوناگونی مکلف به حسن اجرای قوانین حمایت‌کننده از حقوق کودکان و نوجوانان شده‌اند. همچنین منابع و آرای فقهی نیز مؤید ممنوعیت و مذموبیت پدیده کار کودک که برخلاف مصلحت و سلامت جسمی و روحی طفل است، می‌باشد. از طرفی، کار کودک جنبه دیگری نیز دارد که فقه و قانون موافق با آن هستند و آن فعالیت کودک به‌گونه‌ای است که خلاف مصلحت او نباشد و باعث حرفه‌آموزی و رشد استعدادهای او شود و مانع رشد جسمانی و روانی او نگردد. مع‌الوصف مطابق نظر اکثریت فقها، یکی از شروط تعلق نفقه به فرزند، عدم توانایی تکسب فرزند می‌باشد. لذا کودکی که با رعایت غبطه، بتواند تکسب و درآمدزایی کند، نفقه‌اش از اموال خودش تأمین می‌گردد. این رویکرد جنبه جدیدی از کار کودک

را مطرح می‌کند. نتایج مطالعات صورت‌گرفته در پژوهش نشان‌دهنده این است که فقه و نظام حقوقی ایران نسبت به پدیده کودک کار که معضل اجتماعی است، نگاهی منفی و نسبت به کار کودک در ابعاد ایجابی و حرفه‌آموزی، نگاه مثبتی دارد. با توجه به تدوین و تصویب قوانین و مقررات پیرامون کار کودک و پیوستن به معاهدات بین‌المللی در این زمینه و همچنین وجود آموزه‌های فراوان در منابع اسلامی، وظایف بسیار مهمی بر گردن دولت و خانواده در قبال کودکان و در جهت رشد و تربیت آنان وجود دارد. لذا ماده ۶ قانون حمایت از اطفال و نوجوانان نهادهایی را مکلف دانسته است تا علاوه بر نظارت مؤثر بر اماکن کار، جهت پیشگیری و مقابله با آزار یا بهره‌کشی اقتصادی از کودکان، اقداماتی انجام دهد. متأسفانه عدم وجود نظارت کافی و ضمانت‌اجرایی بازدارنده در حمایت از کودکان کار و وجود خلأهایی در اجرای قوانین و ناهماهنگی دستگاه‌های ذی‌ربط، باعث پیدایش این معضل اجتماعی شده است.

#### منابع

- قرآن کریم
- ابن سینا، ابوعلی حسین بن عبدالله (۱۳۵۷ق). النجاه. مصر: مطبعة السعادة.
- اسدی، لیلا سادات (۱۳۸۶). «بررسی مفهوم کودک با رویکردی به حوزه کیفی». فصلنامه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، ۱۴ (۴۵ و ۴۶)، ص ۵۸-۳۴.
- اصفهانی (فاضل هندی)، محمد (۱۴۱۶ق). کشف اللثام عن القواعد الاحکام. قم: جامعه مدرسین حوزه علمی قم.
- اقلیما، مصطفی و همکاران (۱۳۸۷). «کودکان کارگر خیابانی و سیاست‌های اجتماعی بایسته». فصلنامه مطالعات سیاسی و اقتصادی، شماره‌های ۲۵۱ و ۲۵۲، ص ۱۸۸-۱۹۵.
- انصاری، قدرت‌الله (۱۳۸۶). موسوعه احکام الاطفال و ادلتها: قارنه تفصیلیه بین مذهب الامامیه و المذاهب الاخری. قم: مرکز فقه ائمه اطهار علیهم السلام.
- ایروانیان، امیر و همکاران (۱۳۹۰). کودک‌آزاری: از علت‌شناسی تا پاسخ‌دهی. تهران: خرسندی.
- باهر، حسین (بی‌تا). «نکاتی پیرامون حقوق جهانی کودک و نوجوان». ماهنامه دادرسی، ۱ (۵ و ۶)، ص ۲۶-۳۲.
- بروجردی، حسین (۱۳۴۰). جامع احادیث الشیعه. تهران: مطبعة المساحه.
- بیات، بهرام (بی‌تا). فراتحلیل آسیب‌های اجتماعی و جرائم. تهران: معاونت اجتماعی اداره تبلیغات.
- بیگی، جمال (۱۳۸۴). بزهدیدگی اطفال در حقوق ایران. تهران: میزان.

- پیوندی، غلامرضا (۱۳۹۰). حقوق کودک. تهران: نشر پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- حافظیان، محمدحسین (۱۳۷۶). «کار کودکان». ماهنامه کار و جامعه، شماره ۲۳، ص ۲۳-۳۰.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۳۶۷). تفصیل وسائل الشیعه فی تحصیل مسائل الشریعه. قم: مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث.
- خیرخواهان، جعفر (۱۳۷۸). کار کودکان: هدر رفتن سرمایه‌های انسانی. روزنامه نشاط، ۲۵ مرداد.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷). لغت‌نامه، انتشارات دانشگاه تهران.
- شکوری، علی (۱۳۹۳). «بررسی نقش سازمان‌های مردم‌نهاد در توانمندسازی کودکان کار خیابانی؛ مطالعه موردی منطقه ۱۲ تهران». فصلنامه مطالعات توسعه اجتماعی فرهنگی، ۳(۳)، ص ۳۳-۶۰.
- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی (بی تا، الف)، مسالک الافهام. تهران: مؤسسه معارف اسلامی.
- \_\_\_\_\_ (بی تا، ب)، اللمعه الممشقیه. نجف: مجمع الفکر اسلامی.
- صالحی، حمیدرضا و اسماعیل پور، مائده (۱۳۹۳). «تأملاتی در کودک‌آزاری با رویکردی بر قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۸۱». مجله فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، ۱۹(۶۱)، ص ۱۱۷-۱۴۲.
- طالبی، محمدرضا (بی تا). «محدودیت نسبی کار اطفال در نظام کار». روزنامه اطلاعات، شماره ۲۱.
- طباطبایی، سید علی (بی تا). الشرح الصغیر، قم: اهل بیت.
- طباطبایی کربلایی، علی بن محمدعلی (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالادلة. قم: مؤسسه آل‌البیت.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۶۳). المبسوط. تهران: مکتب المرتضویه.
- طوسی، نصیرالدین محمد بن حسن (۱۳۵۵). اساس الاقتباس. تهران: دانشگاه تهران.
- عظیم‌زاده اردبیلی، فائزه (۱۳۷۲). «پدیده کودکان خیابانی و راهکارهای مقابله با آن». مجله فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، شماره ۳۱.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ق). ارشاد الاذهان. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۳۰ق). کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- فروزان، فرناز (۱۳۹۰). حقوق کودک در ایران. تهران: جهاد دانشگاهی.
- فطرس، شیما و فتحی، مرتضی (۱۳۹۹). «بررسی معضلات ناشی از کار کودکان در ایران». نشریه مطالعات حقوق کودک، شماره ۴، ص ۱۸۱-۱۹۲.
- قطب‌الدین شیرازی، محمود بن مسعود (۱۳۲۰). درة التاج. تهران: مشکات.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸). دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده. تهران: میزان.
- کرمی، موسی؛ زرنشان، شهرام و زندی، ریحانه (۱۴۰۲). «نکاشی در نسبت میان برخورداری از حق بر آموزش، کسب مهارت‌های زندگی و کاهش خشونت علیه کودکان». مجله فقه و حقوق خانواده، ۲۸(۷۸)، ص ۲۲۹-۲۵۶.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- ماندگار، سهراب (۱۳۹۶). «بررسی جنبه حقوقی وضعیت کودکان کار، خیابانی و دستفروش و بی سرپرست». مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، ۳(۲/۲)، ص ۱۶۷-۱۷۳.
- مظفر، محمدضا (۱۳۸۸ق). المنطق. قم: اسماعیلیان.
- معین، محمد (۱۳۷۱). فرهنگ معین. انتشارات امیرکبیر، چاپ هشتم.
- منصورنژاد، محمد (۱۳۷۸). «بررسی تطبیقی مفهوم مصلحت از دیدگاه امام خمینی و اندیشمندان غربی». مجله حکومت اسلامی، شماره ۱۲، ص ۱۳۸-۱۷۴.
- میرکمالی، علیرضا و سروی سرمیدانی، امید (۱۴۰۰). «نقش سازمان‌های مردم‌نهاد در حمایت از بزه‌دیدگان با تأکید بر کودکان بزه‌دیده». فصلنامه علمی دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۲۶(۹۵)، ص ۱-۲۰.
- ناصرزاده، هوشنگ (۱۳۷۸). اعلامیه جهانی حقوق بشر. تهران: جهاد دانشگاهی.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲). جواهر الکلام. قم: جامعه مدرسین قم.
- قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۹۲.
- قانون حمایت از کودکان و نوجوانان، مصوب ۱۳۹۹.
- قانون کار، مصوب ۱۳۶۹.
- قانون مدنی.
- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
- قانون اجازه الحاق دولت ایران به میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مصوب ۱۳۵۴.
- قانون اجازه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون حقوق کودک، مصوب ۱۳۷۲.
- قانون تصویب کنوانسیون ممنوعیت و اقدام فوری برای محو بدترین اشکال کار کودک و توصیه‌نامه مکمل آن، مصوب ۱۳۸۰.
- قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲.

## بازپژوهی دیدگاه‌های سه‌گانه فقها در ماهیت عقد نکاح و تأثیر دیدگاه‌ها در مسائل باب نکاح

منصور امیرزاده جیرکلی\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۰۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۳۰

DOI: 10.30497/FLJ.2023.244090.1875



### چکیده

یکی از موضوعات مهم در بحث نکاح، ماهیت عقد نکاح است. سه دیدگاه معروف بین فقهای امامیه و حتی حقوق‌دانان در خصوص ماهیت نکاح، ارائه گردیده است. برخی از فقها ماهیت عقد نکاح را «معاوضی» می‌دانند. در مقابل، عده‌ای قائل به غیرمعاوضی بودن عقد نکاح هستند. بزرگانی مانند نایینی، عقد نکاح را عقد «شبه‌معاوضی» می‌دانند. برخی از حقوق‌دانان عقد نکاح را عقد مشارکت می‌دانند. نگارنده نکاح را «عقد خاص» می‌داند. به نظر می‌رسد اختلاف‌نظرها ریشه در تشخیص جنبه‌های عقد نکاح، یعنی جنبه قراردادی و جنبه عبادی و اخلاقی دارد. هدف پژوهش حاضر بررسی دیدگاه‌های سه‌گانه فقها درباره ماهیت عقد نکاح است. در همین راستا، پس از بررسی مبانی دیدگاه‌های مذکور، تأثیر این دیدگاه‌ها در برخی از مسائل باب نکاح از قبیل نکاح معاطاتی، حق حبس زوجه و شرط خیار فسخ نکاح، با روش کتابخانه‌ای و به روش توصیفی-تحلیلی، بررسی شده است. مهم‌ترین نتایج تحقیق عبارت‌اند از: نکاح، عقد معاوضی نیست و «عقد خاص» است؛ قائلین به معاوضی بودن نکاح، احکام عقود معاوضی را بر اکثر مسائل باب نکاح از قبیل نکاح معاطاتی و اسباب انحلال عقد، جاری نمی‌کنند. تشریح حق حبس زوجه متأثر از دیدگاه مشهور فقهای امامیه در خصوص ماهیت نکاح مبنی بر معاوضی بودن آن است.

### کلیدواژه‌ها

ماهیت عقد نکاح، معاوضی، شبه‌معاوضی، مشارکت، آزادی اراده، لزوم حکمی.

---

استادیار گروه آموزشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تربت‌حیدریه، دانشگاه آزاد اسلامی، تربت‌حیدریه، ایران.

## مقدمه

در این پژوهش، که در مقام گردآوری داده‌های فقهی از روش کتابخانه‌ای در آن استفاده گردیده و در مقام تدوین و ارائه مطالب، پژوهش حاضر به شیوه توصیفی-تحلیلی نوشته شده است، درصدد هستیم تا نظر و دلیل فقها را درباره موضوع بحث (مسأله «ماهیت عقد نکاح»)، به بوتۀ نقد و بررسی بگذاریم. به همین منظور، پس از طرح اقوال مختلف و ادله فقها در این موضوع، تأثیر و تأثر دیدگاه‌ها، به‌ویژه تأثیر دیدگاه مشهور فقهای امامیه، بر برخی از مسائل باب نکاح، مورد مذاقه و بررسی قرار خواهد گرفت.

تاکنون تحقیقاتی مرتبط با موضوع مورد بحث ما در کتب و مقالات، پایان‌نامه‌های کارشناسی ارشد و رساله‌های دکتری به انجام رسیده است که ذیلاً به چند مقاله علمی اشاره می‌شود: «ماهیت نکاح و بررسی شروط ضمن عقد احکام و آثار آن در نکاح» (وائقی، ۱۳۹۳)؛ «بازپژوهی مقتضای ذات عقد نکاح از منظر فقه فریقین و حقوق مدنی ایران» (دهقان‌نژاد و همکاران، ۱۳۹۷، ص ۱۰۱-۱۲۵)؛ «ماهیت و جایگاه عقد نکاح در میان عقود معاوضی و غیرمعاوضی» (صادقی‌مقدم و همکاران، ۱۳۹۵، ص ۷۸-۵۳)؛ «اجاره‌انگاری ازدواج موقت و چالش‌های فقهی آن» (محمدزاده و نظری توکلی، ۱۴۰۰، ص ۱۶۷-۱۸۲)؛ «مشتري‌انگاری زوج در احادیث باب نکاح و پیامدهای آن در آرای فقهای امامیه»<sup>۱</sup> (امیرزاده جیرگلی، ۱۴۰۱، ص ۲۹-۵۴).

به نظر می‌رسد مزیت و نوآوری این مقاله در مقایسه با سایر تحقیقات انجام‌شده، آن است که در سایر تحقیقات پیشین، فقط در خصوص ماهیت یا آثار عقد نکاح، مقتضای ذات عقد نکاح و جایگاه نکاح در میان عقود معاوضی و غیرمعاوضی سخن گفته شده، اما در این مقاله، افزون بر تبیین دیدگاه‌های سه‌گانه فقهای امامیه و دیدگاه برخی از حقوق‌دانان درباره موضوع بحث، تأثیر این دیدگاه‌ها بر برخی از مسائل باب نکاح، ولو به‌اجمال، تبیین شده است و لذا تحقیق پیش‌رو از این حیث، نسبت به تحقیقات گذشته، جنبه نوآوری و پژوهشی دارد. فهم صحیح و موضع‌گیری

۱. در مقاله «مشتري‌انگاری ...»، وعده داده بودم که در آینده، مقاله مستقلی درباره دیدگاه‌های فقها در خصوص ماهیت عقد نکاح نوشته خواهد شد و اینک مقاله حاضر تقدیم خوانندگان می‌گردد.

درست، مستلزم تحلیل فقهی مسأله مورد بحث و بررسی اقوال فقها و دلایل طرفداران و مخالفان می‌باشد که در ادامه، بیان خواهد شد. شایان ذکر است: به‌لحاظ هم‌خوانی محتوای مقاله با عنوان، در قسمت دوم مقاله، در مبحث اول، مسأله نکاح معاطاتی، در مبحث دوم، مسأله حق حبس زوجه و در مبحث سوم، مسأله شرط خیار فسخ در عقد نکاح با همین رویکرد (تأثیر دیدگاه فقها ...)، بررسی و برای تبیین بیشتر موضوع، این تأثیر و تأثر بیان شده است.

### مفهوم‌شناسی مصطلحات

#### - نکاح

غالب فقهای امامیه نکاح را تعریف نکرده‌اند (عاملی، بی‌تا، ج ۵، ص ۸۵). صاحب جواهر می‌نویسد: «عقد نکاح چیزی جز نقل و تسلیط زوج بر بضع (آلت زنانگی) و اثبات سلطنت و قدرت بر آن (بضع) نیست (نجفی، بی‌تا، ج ۲۹، ص ۷). در قانون مدنی نیز، نکاح تعریف نشده است. یکی از حقوق‌دانان در تعریف نکاح می‌نویسد: «نکاح رابطه‌ای است حقوقی-عاطفی که با عقد بین زن و مرد حاصل می‌شود و به آنها حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کنند و مظهر بارز این رابطه، حق تمتع جنسی است» (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۲۴).

#### - حق حبس زوجه

مراد از حق حبس زوجه آن است که زن حق دارد از ایفای وظایف زناشویی و تمکین، امتناع کند تا مهر به او تسلیم شود.

### ۱. دیدگاه‌های سه‌گانه فقها درباره ماهیت عقد نکاح

فهم صحیح و موضع‌گیری درست، مستلزم تحلیل فقهی مسأله مورد بحث و بررسی اقوال فقها و دلایل طرفداران و مخالفان و منتقدان از آن می‌باشد که در ادامه، بیان خواهد شد. به اعتباری، عقد به عقد معاوضی و عقد غیرمعاوضی تقسیم می‌شود. در تقریرات نایینی در بحث اقسام عقود آمده است: «قسم یتضمن الإعطاء والأخذ من الطرفين وهو العقود المعاوضیة... وجامعها ما يحتاج إلى أخذ وعطاء من كل منهما فيتوقف على الإلزام والالتزام من الطرفين» (نایینی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص ۲۴۷): عقود معاوضی عقودی است که متضمن اخذ و اعطاء (داد و ستد) از طرفین باشد و متضمن الزام و التزام از طرفین نیز باشد.

عقد معاوضی مانند عقد بیع یا عقد اجاره، دارای دو ویژگی است که هر کدام از آنها اگر نباشد، عقد، معاوضی نخواهد بود: ۱. میان تعهدات دو طرف، حالت «تقابل» وجود دارد؛ بدین معنا که تعهد هر یک از طرفین، در مقابل تعهد دیگری است؛ ۲. تعهد موضوع این عقود، جنبه «مالی» دارد؛ یعنی هر یک از دو طرف به نفع دیگر، مالی را از دست می‌دهد یا تعهدی می‌کند که موضوع آن، مال است (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۱، ج ۱، ص ۱۷۲).

در برابر عقد معاوضی، دسته دیگری از عقود هستند که در آنها دادوستد یا مبادله وجود ندارد، مانند هبه غیرموضه و وقف. به این گونه عقود، عقود غیرمعاوضی می‌گویند. در این عقود، یا صرفاً تعهد از سوی یک طرف وجود دارد یا اگر هر دو طرف متعهد هستند، میان تعهد آنان، «تقابل» وجود ندارد. معیار اصلی برای تشخیص عقود معاوضی از غیرمعاوضی، دو چیز است: ۱. وجود دو تعهد؛ ۲. وجود تقابل میان تعهدات طرفین.

#### ۱.۱. دیدگاه‌های سه‌گانه فقها در ماهیت عقد نکاح

وجود نهادهایی از قبیل مهریه، نفقه و حق حبس زوجه در عقد نکاح و همچنین ارتباط آنها با عقود معاوضی، باعث اختلاف بین فقها شده است تا جایی که درباره ماهیت عقد نکاح و معاوضی بودن یا غیرمعاوضی بودن عقد نکاح، بین فقهای امامیه نه تنها تردید ایجاد شده است، بلکه سه دیدگاه معروف در این زمینه وجود دارد:<sup>۱</sup> دیدگاه اول: نکاح، عقد معاوضی است؛ دیدگاه دوم: نکاح، عقد غیرمعاوضی است؛ دیدگاه سوم: نکاح، عقد «شبه‌معاوضی» است.

##### ۱.۱.۱. دیدگاه اول: نکاح، عقد معاوضی است

مشهور فقهای امامیه<sup>۲</sup> با توجه به جریان برخی از احکام معاوضات، مانند حق حبس زوجه و وجود نهادهای مالی از قبیل مهریه و نفقه، عقد نکاح را در زمره عقود معاوضی شمرده‌اند (نایینی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص ۲۴۸). در سخنان برخی از فقها، عقد نکاح در زمره عقود معاوضی

۱. در خصوص ماهیت برخی از نهادهای فقهی مربوط به قبل از تشکیل عقد نکاح، به مقاله «نقدی حقوقی بر ماهیت کنونی جهیزیه در ایران» (محقق داماد، ۱۳۹۹، ص ۱۰۳-۱۲۵) مراجعه شود.

۲. فقهای حنفی عقد نکاح را به‌طور جدی عقد معاوضه می‌دانند؛ یعنی تعویض بین منافع بضع و صدق (جزیری، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص ۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵ الف، ج ۵، ص ۱۵۳).



شمرده شده است. شیخ طوسی صریحاً می‌گوید: «*إذا تزوج الرجل امرأة بمهر معلوم ملكت المهر عليه بالعقد و ملك هو البضع... لأنه عقد معاوضة*»؛ اگر مردی، زنی را با مهریه معلوم، به ازدواج خود درآورد، زن مالک مهر می‌گردد و مرد، مالک بضع...؛ زیرا عقد نکاح، عقد معاوضه محسوب می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۱۰).

صاحب جواهر عقد نکاحی را که در آن مهر ذکر شده است، یک عقد معاوضی و مهر را عوض «بضع» می‌داند و می‌نویسد: «*فكما أن المشتري يملك المبيع بالعقد والبائع بالثمن به، فكذلك النكاح الذي لا ريب في ملك الزوج البضع به...*» (نجفی، بی تا، ج ۳۱، ص ۱۰۷): همان‌طور که در بیع، مشتری مالک مبیع و بایع، مالک ثمن می‌شود، در عقد نکاح نیز، زوج مالک بضع [و زوجه، مالک مهریه] می‌شود.

طبق این دیدگاه که ناشی از دیدگاه فقیه به انسان و زندگی می‌باشد، ازدواج کانونی برای التذاذ و کامجویی زوج از زوجه است و اهداف والای شارع و نگاه قرآنی ازدواج، از قبیل سکون و آرامش و انسان‌سازی، مد نظر این فقها نیست و پس از وقوع عقد نکاح، زوجه نفس خویش را به زوج اعطا می‌نماید و زوج نیز با قبول زوجیت، بدل از اعطای نفس زوجه، مهریه را اعطا می‌نماید (نابینی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص ۲۴۸) و مهریه عوض بضع (بهره‌وری جنسی از آلت زنانگی) است.

### ۱.۱.۲ دیدگاه دوم: نکاح، عقد معاوضی نیست (غیرمعاوضی)

در مقابل دیدگاه مشهور فقها، گروهی از فقها معتقدند که عقد نکاح، عقد معاوضی نیست. علامه حلی نیز نکاح را جزء معاوضات محض نمی‌داند (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۲۰۷). در جامع المقاصد گوید: «*أما النكاح فإنه يكون ضرباً من ضروب العبادة*» (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۸۶). ایشان در جای دیگر می‌فرماید: نکاح معاوضه محض نیست و احکام خاصی آن را از سایر معاوضات جدا می‌کند (همان، ج ۵، ص ۲۶۵). گروهی از فقها نکاح را عقد غیرمعاوضی می‌دانند (عاملی، ۱۳۸۷، ج ۸، ص ۲۰۲؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ب، ص ۸۴؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۴۲۴).

در کلام برخی از فقهای معاصر، با تغییراتی در عبارت و نحوه استدلال، عقد نکاح جزء عقود

غیر معاوضی معرفی شده است. ایشان پس از بیان تفصیلی ضعف منشأ قول صاحب جواهر، معتقدند که حقیقت نکاح، معاوضه بین مهریه و بضع نیست؛ بلکه حقیقت نکاح این است که مرد، شوهر زن و زن، همسر مرد است و اینکه مقابله مابین مهریه و سرپرستی مرد نسبت به زن است (شبیبری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۷، ص ۵۳۴۴-۵۳۴۹ و ج ۲۵، ص ۷۹۹۳ و ۷۹۹۴). از نظر ایشان، حقیقت نکاح، معاوضه بین مهریه و بضع نیست و به نظر می‌رسد مقابله بین اخذ مهریه از سوی زوجه و سرپرستی زوج است.

### ۱.۱.۳. دیدگاه سوم: نکاح، عقد «شبه معاوضی» است

میرزای نایینی پس از بیان تعریف عقود معاوضی، از عقد نکاح به «شبه عقد معاوضی» تعبیر می‌کند و می‌فرماید: «و مایشبهها کالنکاح» (نایینی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص ۲۴۷). در جای دیگر، صریحاً گوید: «شبه المعاضات کالنکاح» (همان، ج ۱، ص ۱۷۷). برخی از فقهای معاصر نیز با این استدلال که «ممکن است زمان تعیین مهر، بعد از عقد نکاح باشد، در حالی که در عقود معاوضی، عوضین باید حین العقد معلوم باشد»، نکاح را «برزخ بین معاوضه و عبادت» دانسته‌اند (سبحانی، بی تا، ج ۲، ص ۲۰۲ و ۲۰۷).

### ۱.۱.۴. دیدگاه جعفری لنگرودی

جعفری لنگرودی در کتاب الفارق، ماهیت عقد نکاح را از «مشاركات» دانسته است و عمده مطالب بحث نکاح را بر مبنای «مشارکت» تبیین می‌نماید (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵ الف، ج ۵، ص ۱۹۸ و ج ۳، ص ۲۳۵) و می‌نویسد: «معاوضه عنصر عقد نکاح نیست». ایشان در ادامه آورده است: «السبکی می‌گوید: ازدواج از مقوله مشارکات است نه معاوضات. سخنی است پخته که دیگران نگفته‌اند» (همان، ج ۵، ص ۲۱۹). جعفری لنگرودی چگونگی این مشارکت را تابع تحول عرف‌ها می‌داند (همان، ج ۵، ص ۱۹۸) و در جای دیگر، صراحتاً می‌گوید: «نکاح عقد مشارکت است و التزام طرفین در عقد نکاح، آنان را متعهد به رعایت شئون و طواری مشارکت می‌کند. هر شریک زندگی در برابر شریک خود، تعهداتی دارد...» (همان، ج ۵، ص ۲۰۵ و ۲۰۶).

### تحقیق در مسئله

ماهیت عقد نکاح، عقد معاوضی محض نیست، هرچند موضوع آن تعهد زوجین در قبال

یکدیگر می‌باشد؛ زیرا بین تعهدات زوجین، رابطه «تقابل» وجود ندارد. نکاح دائم بر خلاف عقد بیع، یک عقد غیرمالی و غیرمعاوضی است و اغلب قواعد قراردادهای مالی در مورد نکاح، قابل اجرا نیست. آثار مالی نکاح دائم و وجود نهادهای مالی از قبیل مهر و نفقه و ارث، نکاح را از صورت یک قرارداد غیرمالی خارج نمی‌کند (امامی، ۱۳۶۸، ج ۴، ص ۳۷۸؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۲۵) و نمی‌توان عقد نکاح را مانند بیع، عقد معاوضی در نظر گرفت.

این استدلال که چون در عقد نکاح، ایجاب از سوی زوجه و قبول از سوی زوج می‌باشد، فلذا زوجه بضع خویش را در قبال صداق به زوج تسلیم می‌نماید، استدلالی غیرموجه است. بیع ارتباط بین دو مال است و مربوط به روابط مالی و خصوصی اشخاص می‌باشد، اما ازدواج معاهده طرفینی است که هر کدام از زوجین، همسر دیگری می‌شود و هر کدام بر دیگری حقوقی دارد، بدون اینکه بیع و شراء در کار باشد (سبحانی تبریزی، بی تا، ج ۱، ص ۱۲۱).

اگرچه در قانون مدنی، صریحاً در خصوص ماهیت عقد نکاح سخنی گفته نشده است، به نظر می‌رسد دیدگاه میرزای نایینی (شبه‌معاوضی) مورد توجه نویسندگان قانون مدنی بوده است. از باب تأیید مدعا، متن ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی عیناً نقل می‌گردد: «همین که نکاح به طور صحت واقع شد، روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود».

نگارنده بر این باور است که عقد نکاح «عقد خاص» است و دارای دو جنبه یا دو بُعد می‌باشد: ۱. جنبه اصلی یا جنبه معنوی نکاح که علقه زوجیت بین زوجین است؛ ۲. جنبه فرعی یا جنبه مالی نکاح که مصداق بارز آن، مهریه است. نکته قابل ذکر این است که «در عقد نکاح، هرچند مهر مالیت دارد، اما عوض مالی در برابر آن قرار ندارد» (شهیدی، ۱۳۸۸ الف، ص ۱۱۷). فلذا بهتر آن است که از نکاح به «عقد خاص» تعبیر نماییم.

## ۱.۲. مؤیداتِ درستی بیع بودن نکاح و نقد آنها

نظر فقهای امامیه نوعاً مشعر به بیع بودن عقد نکاح می‌باشد. معاوضه‌انگاری یا بیع‌انگاری نکاح در کلام برخی از فقها تصریح شده است. با تتبع در عبارات و متون فقهی می‌توان گفت: در دیدگاه غالب فقهای امامیه، عقد نکاح و نهاد ازدواج متأثر از نهاد بیع و تجارت و معاوضه است؛

برای نمونه، شیخ الطائفه نکاح را عقد معاوضه می‌داند و می‌نویسد: «إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ امْرَأَةً بِمَهْرٍ مَعْلُومٍ مَلَكَتِ الْمَهْرَ عَلَيْهِ بِالْعَقْدِ وَ الْمَلِكُ هُوَ الْبُضْعُ ...، لَأَنَّهُ عَقْدٌ مَعَاوِضَةٌ» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۱۰). به نظر می‌رسد «پدیده معاوضه‌انگاری یا بیع‌انگاری نکاح پس از شیخ طوسی به‌طور صریح وارد گفتمان شیعی گردیده و بعداً در کلام فقها استعمال شده است» (امیرزاده جیرکلی، ۱۴۰۱، ص ۳۱).

با توجه به وجود بعضی جهات مشترک بین بیع و نکاح (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ص ۲۰۰)، در این قسمت، به چند مورد از مؤیدات درستی بیع بودن نکاح اشاره می‌نمایم و اجمالاً مورد نقد و بررسی قرار می‌دهیم.

### ۱.۲.۱. تعبیر ثمن برای مهریه در نکاح دائم (أغلی الثمن)

در غالب کتب حدیثی و فقهی، عبارت «أغلی الثمن» در جمله «یشتريها بأغلی الثمن» به «مهریه» تفسیر شده (نجفی، بی تا، ج ۲۹، ص ۶۴؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۱۶۵) و فلسفه «جواز نظر مرد به زن در خواستگاری» پرداخت مهریه به زوجه معرفی گردیده است. این تفسیر مؤید آن است که می‌توانیم مهریه را به منزله ثمن معامله بدانیم؛ زیرا در بیع، خریدار با پرداخت ثمن، مالک مبیع می‌شود و در مانحن‌فیه، بنابر قول مشهور نیز، زوج با پرداخت مهر، مالک زوجه یا حداقل مالک بضع می‌گردد، آن‌گونه که صاحب جواهر گوید: «فكما أن المشتري يملك المبيع بالعقد والبائع بالثمن به، فكذلك النكاح الذي لا ريب في ملك الزوج البضع به ...» (نجفی، بی تا، ج ۳۱، ص ۱۰۷).

این استدلال که چون در عقد نکاح، ایجاب از سوی زوجه و قبول از سوی زوج می‌باشد، فلذا زوجه بضع خویش را در قبال صداق، به زوج تسلیم می‌نماید، استدلالی غیرموجه است. بیع ارتباط بین دو مال است و مربوط به روابط مالی و خصوصی اشخاص می‌باشد، اما ازدواج معاهده طرفینی است که هر کدام از زوجین، همسر دیگری می‌شود و هر کدام بر دیگری حقوقی دارد، بدون اینکه بیع و شراء در کار باشد (سبحانی تبریزی، بی تا، ج ۱، ص ۱۲۱).

دلایل و قراین متعددی وجود دارد که اثبات می‌کند جملات و تعبیراتی مانند «یشتريها بأغلی الثمن»، در معنای حقیقی و معنای مصطلح معاوضی استعمال نشده است؛ بلکه این‌گونه تعبیر

به نحو مجاز و مسامحه می‌باشد. از باب نمونه، در آیه شریفه «إِنَّ اللَّهَ إِشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ...» (توبه، ۱۱۱)، کلمه «إشتری» در معنای حقیقی و معنای تعاملی مالی استعمال نشده است؛ بلکه در معنای ارزشی و معنوی به کار رفته است. در این باره در قسمت دوم مقاله توضیح خواهیم داد.

### ۱.۲.۲. تغییر از زوجه به مستأجره در عقد منقطع

افزون بر تشبیه نکاح دائم به بیع، در برخی از روایات معصومین<sup>(ع)</sup>، نکاح منقطع «اجاره» تلقی شده و به جای مهریه، «اجرت» ذکر گردیده و زوجه به‌عنوان «مستأجره» معرفی شده است. ذیلاً فقط متن دو روایت را از کتاب وسائل‌الشیعه نقل می‌کنیم: ۱. «لَا تَكُونُ مَنَعَةً إِلَّا بِأَمْرٍ، أَجَلٌ مُسَمًّى وَأَجْرٌ مُسَمًّى»؛ ۲. «فِي الْمُنْعَةِ لَيْسَتْ مِنَ الْأَرْبَعِ لِأَنَّهَا لَا تَطْلُقُ وَلَا تَرْتُّ وَإِنَّمَا هِيَ مُسْتَأْجِرَةٌ» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۱، ص ۱۸ و ج ۲۱، ص ۲۲).

صاحب جواهر در باب نکاح عقد منقطع، روایات مذکور را که در آنها شخص زوجه (متمتع بها) «مستأجره» خوانده شده است، نقل می‌کند و پس از ذکر آنها می‌نویسد: «هُوَ شِبْهُ الْإِجَارَةِ، وَلِذَا كَانَ الْمَهْرُ فِيهَا كَالْعَوَضِ فِي الْإِجَارَةِ شَرْطًا فِي الصَّحَّةِ»: نکاح منقطع شبیه اجاره است. به همین لحاظ، مهر در نکاح منقطع، به‌منزله عوض در اجاره می‌باشد و مهر شرط صحت نکاح منقطع است (نجفی، بی تا، ج ۳۰، ص ۱۶۲).

در آرای برخی از فقهای امامیه در باب نکاح، مواردی مشاهده می‌شود که با اصول اولیه انسانی و ارزش‌های اخلاقی، مغایر به نظر می‌رسد. تعبیر و تشبیه از نکاح منقطع به اجاره در روایات و متون فقهی<sup>۱</sup>، به نحو حقیقت نیست؛ بلکه تعبیر مجازی است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ص ۶۸) و این به‌دلیل وجود برخی مشابهات در این دو عقد می‌باشد و به نظر می‌رسد نمی‌توان تمام احکام و آثار عقد اجاره و موجر را بر زوجه جاری کرد.

در مباحث بعدی، درباره تشبیه نفقه زوجه به هزینه مورد اجاره در نکاح دائم، سخن خواهیم

۱. مانند تعبیر به اشتراء یا تشبیه نکاح دائم به بیع، در روایات باب جواز نظر به مخطوبه؛ ن.ک. امیرزاده، ۱۴۰۱، ص ۳۵-۴۰.

گفت. بنابه نقل شیخ طوسی در کتاب «مبسوط»، در باب نفقهٔ زوجه، فقهای امامیه مرد را به کرایه‌کنندهٔ خانه (مکتری) و زن را به کرایه‌دهنده (مکری) تشبیه کرده‌اند: «و شَبَّهَ الْفَقَهُاءُ الزَّوْجَ بِالْمَكْتَرِيِّ وَالزَّوْجَةَ بِالْمَكْرِي دَاراً... وَإِنَّمَا يَخْتَلِفَانِ فِي شَيْءٍ وَاحِدٍ، وَهُوَ أَنَّ مَا يَحْفَظُ الْبَيْتَ عَلَى الدَّوَامِ وَهُوَ الْإِطْعَامُ فَعَلِيهِ دُونَهَا فَفِي هَذَا يَفْتَرِقَانِ، وَفِي مَا عَدَاهُ يَتَّفِقَانِ» (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۶، ص ۸): فقهای امامیه مرد را به کرایه‌کنندهٔ خانه و زن را به کرایه‌دهنده (مکری) تشبیه کرده‌اند... و این دو عقد (اجاره و نکاح) فقط در یک مورد با همدیگر اختلاف دارند: در عقد اجاره، آنچه برای حفظ و بقای مورد اجاره لازم می‌باشد، مانند تعمیر اساسی، بر عهدهٔ مالک (موجر) است، ولی در عقد نکاح، آنچه برای بقای حیات زن لازم می‌باشد، یعنی نفقه، استثنائاً بر عهدهٔ شوهر است و در سایر موارد، اجاره و نکاح با یکدیگر فرقی ندارند. یکی از حقوق‌دانان می‌نویسد: «شیخ در مبسوط، از نظر اجرای قواعد حقوقی، نفقهٔ زن را تشبیه به هزینهٔ مورد اجاره نموده و شوهر را به مستأجر و زن را به موجر تشبیه کرده است» (امامی، ۱۳۶۸، ج ۴، ص ۴۳۴).

### ۱.۳. مقتضای ذات عقد نکاح

در خصوص مقتضای ذات عقد نکاح دائم، سه قول بین فقهای امامیه و حقوق‌دانان وجود دارد: ۱. استمتاع جنسی به معنای خاص؛ یعنی وطی و نزدیکی (انصاری، ۱۴۱۵ق ب، ص ۲۶۶)؛ ۲. تشکیل خانواده (فاضل لنکرانی، بی‌تا، ص ۱۲۹؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۲۰)؛ ۳. علقهٔ زوجیت (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۸، ص ۲۷۲۶؛ امامی، ۱۳۶۸، ج ۴، ص ۳۶۹).

عقد نکاح دائم به‌منظور تشکیل خانواده صورت می‌گیرد و جنبهٔ عبادی و عاطفی آن و حیثیت اخلاقی و مذهبی اشخاص بر جنبهٔ خصوصی و مالی برتری دارد. از آیات قرآن، از جمله آیهٔ «وَلِهِنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (بقره، ۲۲۸)، آشکار می‌گردد که نکاح علقهٔ بین دو شخص و ارتباط بین دو انسان است. همچنین در آیهٔ دیگری، در خصوص ازدواج حضرت موسی<sup>(ع)</sup> با دختر حضرت شعیب<sup>(ع)</sup>، خداوند از قول حضرت شعیب<sup>(ع)</sup>، می‌فرماید: «إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ...» (قصص، ۲۷-۲۸): شعیب<sup>(ع)</sup> به موسی<sup>(ع)</sup> گفت:

می‌خواهم یکی از این دو دخترانم را به نکاح تو درآورم در برابر هشت یا ده سال خدمت چوپانی. موسی پاسخ داد: هر یک از این دو مدت را بگذرانم، کافی باشد. در صدر این آیه نیز، تفوق جنبه اخلاقی نکاح بر جنبه مالی آن مشهود است و تشریح عقد نکاح به منظور ایجاد رابطه زوجیت بین دو انسان است؛ اگرچه از انتهای آیه، معاوضی بودن نکاح قابل برداشت است.

نگارنده با بررسی آیات قرآن، ادله و مبانی دیدگاه‌های فقها در خصوص ماهیت عقد نکاح و همچنین مواد ۱۰۳۵ و ۱۱۰۲ قانون مدنی، در بین اقوال راجع به مقتضای ذات عقد نکاح، قول سوم (عَلَقَةُ زَوْجِيَّةٍ) را اختیار کرده است. طبق قول مختار، نکاح به‌عنوان یک پدیده اجتماعی و به‌منظور ایجاد رابطه زوجیت و زناشویی با تأکید بر نهاد خانواده مطرح می‌شود و ذیل آن، احکام فردی زوجین تبیین می‌گردد؛ اما در نظریه اول، عنوان فردی نکاح (وطی یا عقد بین دو شخص) و انتفاع مشروع زوج از لذا ید بضع زوجه که فعل مکلف است، مورد نظر فقها می‌باشد.

## ۲. تأثیر دیدگاه‌های سه‌گانه فقها در مسائل باب نکاح

با توجه به تقدم و تأخر زمانی مسائل مطرح شده در عقد نکاح بر یکدیگر، مسائل و احکام مربوط به نکاح را ذیل سه مبحث (تشکیل، آثار و انحلال) می‌آوریم و ذیل هر مبحث، درباره ماهیت عقد نکاح، تأثیر دیدگاه فقها را بر برخی از مسائل مطروح، ذکر می‌نماییم.

### ۲.۱. تشکیل عقد نکاح

در این قسمت، برخی از مقررات و قواعد راجع به شکل‌گیری و انعقاد عقد نکاح آورده می‌شود.

#### ۲.۱.۱. عقد لفظی و عقد معاطاتی

ایجاب و قبول از ارکان مهم عقود و قراردادها می‌باشد. ایجاب و قبول گاهی «لفظی» و گاهی «فعلی» است. به ایجاب و قبول «فعلی»، اصطلاحاً «معاطات» گفته می‌شود. فقها معتقد هستند عقود و معاملات و قراردادها هم با لفظ و هم بدون لفظ تحقق می‌یابند. در عقود و قراردادها، معاطات مورد قبول قرار گرفته است. قانون‌گذار ذیل ماده ۳۳۹ قانون مدنی،

مقرر می‌دارد: «... ممکن است بیع به دادوستد نیز واقع شود».

اگر عقد نکاح را عقد معاوضی بدانیم، نکاح معاطاتی نیز مانند بقیه عقود، صحیح خواهد بود؛ اما نکاح معاطاتی از نظر شرعی و فقهی، صحیح نیست. نکاح معاطاتی به نکاحی گفته می‌شود که صرفاً به تراضی طرفین انجام شود و ایجاب و قبول «لفظی» در میان نباشد. نایینی چنین نکاحی را «زنای به تراضی» نامیده و نکاح بدون لفظ و صیغه و به تعبیر دیگر، نکاح فعلی را مصداق ضد نکاح، یعنی زنا و سفاح، معرفی کرده است (نایینی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص ۱۸۸-۱۸۹).

با توجه به ماهیت نکاح و نوع لزوم عقد نکاح (لزوم حکمی)، نکاح معاطاتی باطل است. نکاح به ایجاب و قبول لفظی احتیاج دارد و بدون آن، رابطه زوجیت ایجاد نمی‌شود و اثری بر آن مترتب نمی‌گردد. فقها عقیده دارند که به واسطه اعتبار لفظ در تشکیل عقد نکاح، نکاح از زنا و سفاح جدا می‌گردد (طوسی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۱۹۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۳، ص ۱۵۶؛ نایینی، ۱۴۳۱ق، ج ۱، ص ۱۸۸).

ماده ۱۰۶۲ ق.م. مقرر می‌دارد: «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید». قانون‌گذار صرف بیان اراده طرفین را در انعقاد نکاح کافی نمی‌داند؛ بلکه ایجاب و قبول با الفاظ صریح را لازم دانسته است. به تعبیر یکی از حقوق‌دانان: «اگر لفظ در بین نباشد، می‌گویند تراضی حاصل است نه عقد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴، ص ۴۵۴).

برخی از فقهای معاصر معتقدند که عقد ازدواج به هر زبانی که باشد، درست است و اگر هم بدون لفظ ویژه‌اش، یعنی «انکحت» یا نکاح کردم، باشد، در صورتی که جریانی میان زن و مرد انجام گیرد، چه با نوشتن یا گفتن یا اشاره یا هر طور دیگر که به روشنی دلالت بر انجام ازدواج کند، کافی است. اگر کفش روی کفش گذاردن یا شیرینی به یکدیگر تعارف کردن یا هر اشاره و عملی دیگر که در عرف آنان، دلیل انجام ازدواج می‌باشد، کافی است و دیگر صیغه‌ای چه به عربی و چه به زبان دیگر، لازم ندارد. عمده این است که معلوم باشد قضیه



رفیق‌بازی و زنا در کار نیست؛ بلکه مقصود زناشویی و تشکیل زندگی جدید است، چه دائم و چه موقتش (صادقی تهرانی، بی تا، ص ۱۷۳).

در پرونده‌ای، شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور با قبول نکاح معاطاتی و اعمال اصل برائت و قاعده «درأ»، حکم زنا را نقض کرد و با صدور حکم برائت هر دو نفر، در رأی صادرشده آورده است: «با توجه به محتویات پرونده در رابطه با زنا، نظر به اینکه طرفین از ابتدا قصد ازدواج داشته‌اند و اظهار ندامت نموده‌اند و حسب نظر برخی از فقهای عظام، نکاح به الفاظ فارسی مورد تصدیق هست، حتی بعضی از بزرگان نکاح معاطاتی را صحیح دانسته‌اند، اجرای حد زنا نسبت به هر دو، مشکل و مورد شبهه است و الحدودُ تُدرأُ بالشُّبهات، لذا رأی صادره نقض می‌گردد» (بازگیر، بی تا، ص ۱۴۱).

به نظر می‌رسد رأی فوق بر مبنای اصل برائت و اعمال قاعده «درأ» صادر گردیده و قول برخی از فقها (بدون ذکر نام) در خصوص صحت نکاح معاطاتی، از باب مؤید بیان شده است. طبق دیدگاه قائلان به معاوضی بودن عقد نکاح، در نگاه اولیه، می‌توان معاطات را در نکاح مانند بقیه عقود معاوضی صحیح دانست؛ در حالی که به اجماع فقهای امامیه یا حداقل طبق قول مشهور فقها، نکاح معاطاتی صحیح نیست. با توجه به علت بطلان نکاح معاطاتی که بیان شد و همچنین موارد دیگری که در ادامه خواهد آمد، از قبیل عدم انعقاد عقد نکاح با لفظ بیع و کاربست واژه «علی» در صیغه نکاح، نتیجه‌گیری می‌شود که فقهای قائل به معاوضی بودن نکاح، احکام و آثار عقود معاوضی را بر اکثر مسائل باب نکاح، از قبیل نکاح معاطاتی و شخصیت طرف مقابل، مترتب نمی‌کنند.

#### ۲.۱.۲. عدم انعقاد عقد نکاح با لفظ بیع و تملیک

از نظر فقهی، عقد نکاح با لفظ بیع منعقد نمی‌شود. در خلاف گوید: «لا ینعقد النکاح بلفظ البیع ولا التملیک... فلو قال بعثکها أو ملککها... لا یصح» (طوسی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۲۸۸). اگر نکاح، بیع باشد، پس باید بتوان به جای آنکحت، لفظ بعث یا ملکت را به کار برد، در حالی که به اجماع فقها، چنین عملی صحیح نیست (نجفی، بی تا، ج ۲۹، ص ۱۴۲). اگر زن در صیغه ایجاب بگوید: بعثک نفسی یا ملکت نفسی، با این الفاظ، نکاح منعقد نمی‌شود. «نکاح را نمی‌توان با لفظ اشتراء

ایجاد کرد. نکاح اگر با «بعث» توسط عروس و «إشتریت» توسط داماد خوانده شود، اجماع داریم که باطل است. این نشان می‌دهد که حقیقت آن، بیع و شراء نیست» (مکارم شیرازی، ۱۳۹۶؛ همو، ۱۴۲۲ق، ص ۲۰۰) و استعمال الفاظ معاملات در صیغه نکاح صحیح نمی‌باشد.

مذاهب اربعه اهل سنت به جز حنفیه، اتفاق نظر دارند که نکاح با الفاظ عقود مفید تملیک عین، مانند بیع یا شراء یا تملیک، صحیح نیست. در این مورد، حنفیه مخالفت نموده، قائل به صحت چنین نکاحی هستند. طبق این نظر، اگر زن یا ولی او گفت که فروختم و مرد قبول کرد، ازدواج صحیح است؛ زیرا فروختن شخص آزاد صحیح نیست؛ فلذا معنای مجازی فروش، یعنی نکاح، اراده می‌شود (جزیری، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص ۱۴ و ۲۴).

### ۲.۱.۳. کاربست واژه «علی» در صیغه نکاح

با مذاقه در قواعد مربوط به تشکیل عقد نکاح و ساختار صیغه عقد نکاح در متون فقهی، مبرهن می‌گردد که عقد نکاح و مهریه با حرف «استعلاء» (حرف جرّ «علی») انشا شده است (علی الصّداق المعلوم) نه با حرف «باء» که برای «مقابله» می‌آید و مفید عوض است.

قزوینی گوید: «يَتَعَدَى صِيغَةُ "أَنْكَحْتُ وَ زَوَّجْتُ" بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمَهْرِ بِكَلِمَةِ الْإِسْتِعْلَاءِ لِثَنِيهِ عَلِي الشَّرْطِيَّةِ، لَا بِكَلِمَةِ الْمَقَابَلَةِ الْمَفِيدَةِ لِلْعَوَضِيَّةِ» (موسوی قزوینی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۷۲۶): صیغه «أَنْكَحْتُ وَ زَوَّجْتُ» با حرف جرّ «علی» متعدی می‌شود. این کلمه که بر استعلاء دلالت دارد، برای بیان این مطلب است که مهریه در نکاح، شبیه شرط است. از اینکه الفاظ صیغه نکاح، با لفظ «باء» متعدی نشده‌اند، بدین دلیل است که مهریه در مقابل بضع (بهره‌وری جنسی از زوجه) نمی‌باشد. آیت‌الله مکارم معتقد است: «معاوضه‌ای بین مهر و بضع نیست؛ بلکه مهر شبیه «شرط» است و اگر نباشد، نکاح باطل نمی‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۶، ص ۳۰).

فقها در تعریف برخی از عقود معاوضی، از جمله بیع، غالباً حرف «باء» را آورده‌اند که به معنای مقابله و مفید عوضیت می‌باشد. در مکاسب، در تعریف «بیع» می‌نویسد: «إِنْشَاءُ تَمْلِيكِ عَيْنٍ بِمَالٍ» (انصاری، ۱۴۱۵ق (الف)، ج ۳، ص ۱۱). قانون مدنی در ماده ۳۳۸ مقرر می‌دارد: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». بنابراین یکی از دلایل تمایز ماهوی عقد نکاح با عقود معاوضی، مانند عقد بیع، تفاوت در استعمال الفاظ صیغه انعقاد عقد نکاح با سایر عقود است.

#### ۲.۱.۴. ارکان عقد بیع و عقد نکاح (فرق جوهری بیع و نکاح)

قوام عقد بیع به ثمن و مئمن (مبیع) است. چنانچه هر کدام از این دو رکن وجود نداشت، عقد بیع واقع نمی‌شود. بایع به شخصی گفته می‌شود که «مالی را که مبیع و معوض خوانده می‌شود در برابر بها و ثمن، به طرف مقابل منتقل می‌کند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵ ب، ج ۲، ص ۸۱۰). مشتری صاحب ثمن و قبول‌کننده عقد بیع است. اصطلاحاً به بایع، «موجب» و به مشتری، «قابل» گفته می‌شود.

ارکان عقد بیع ثمن و مئمن است، ولی در عقد نکاح، هر کدام از زوجین (زوج و زوجه) «رکن» عقد محسوب می‌گردند و «مهریه» رکن عقد نیست (عاملی، ۱۳۸۷، ج ۸، ص ۲۰۲). ارکان عقد نکاح، طرفین عقد، یعنی زوجه و زوج می‌باشند. طرف ایجاب در عقد نکاح، زوجه است و طرف قبول، زوج می‌باشد. شهید ثانی می‌نویسد: «إِنَّ الزَّوْجَيْنِ فِي النِّكَاحِ رُكْنَانِ بِمِثَابَةِ الثَّمَنِ وَالْمُئْمِنِ فِي الْبَيْعِ...» (همو، بی تا، ج ۵، ص ۱۲۰).

صاحب جواهر گوید: «... إِبْتِئَارُ تَشْخِصِ الزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ فِي النِّكَاحِ عَلَى وَجْهِ يَحْصُلُ بِهِ التَّمْيِيزُ» (نجفی، بی تا، ج ۲۹، ص ۱۵۳): تشخیص و تمییز هر کدام از زوجین در نکاح، معتبر است و الا در صورت عدم تعیین شخص، عقد نکاح باطل است (همان، ص ۱۵۶).

زوج و زوجه در نکاح، به منزله ثمن و مئمن در عقد بیع نیستند؛ گرچه گاهی زوجین به ثمن و مئمن تشبیه می‌شوند. به تعبیر یکی از فقهای معاصر: «اگر ما خواستیم تشبیه کنیم، باید بگوییم وزانِ زوج و زوجه در عقد نکاح، وزانِ ثمن و مئمن است نه اینکه وزانِ مهر در عقد نکاح، وزانِ ثمن باشد؛ چون اگر اصل «مهر» ذکر نشود، باز عقد نکاح صحیح است و تبدیل می‌شود به مهرالمثل» (جوادی آملی، ۱۳۹۴، <https://www.eshia.ir>). ایشان در ادامه، در خصوص فرق جوهری بین بیع و نکاح، تصریحاً می‌گوید: «در عقد بیع، ثمن یا مئمن می‌تواند «کلی فی الذمه» یا «کلی فی المعین» باشد، اما در عقد نکاح، إلاً و لأبداً، زوج و زوجه باید شخص باشد و خارجی، بدون کلیت، بدون ابهام، بدون تردید...؛ در مسأله زوج و زوجه، نه کلی فی المعین» درست است نه «کلی فی الذمه». باید شخص معین خارجی باشد» (جوادی آملی، ۱۳۹۴، <https://www.eshia.ir>).

اگرچه برخی از فقها مورد عقد نکاح را مهر و بضع تعبیر کرده، مهر را عوض بضع دانسته‌اند (نجفی، بی تا، ج ۳۱، ص ۱۰۷)، با مذاقه در احکام و آثار عقد نکاح، از قبیل حقوق و تکالیف متقابل زوجین نسبت به یکدیگر<sup>۱</sup>، این تعبیر موجه به نظر نمی‌رسد و مهر، عوض بضع نیست.

### ۲.۱.۵. خصوصیت «خطاب» در بیع و نکاح

«در حقیقت، فارق اصلی بین بیع و نکاح این است که در خطاب بعث و اِشتریت<sup>۲</sup>، بر خلاف نکاح، غالباً اعم از اصیل و غیراصیل مراد است. به بیان دیگر، در بیع و امثال آن، انشای بایع بر انتقال و تملیک عین به طرف مقابل تعلق می‌گیرد و فرقی ندارد که مشتری اصیل باشد یا غیراصیل مانند ولی یا وکیل؛ اما در نکاح، غیراصیل (اعم از ولی یا وکیل یا فضولی) چه حقیقتاً و چه مجازاً، نمی‌تواند زوج برای زن قرار بگیرد» (شیری زنجانی، ۱۳۹۳. <https://www.eshia.ir>).

اوصاف اساسی اشخاص علت عمده عقد نکاح می‌باشد و طبق ماده ۲۰۱ قانون مدنی، اشتباه در اوصاف اساسی طرف نکاح، موجب بطلان عقد نکاح است (صفایی و امامی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۴۶). شخصیت هر یک از زوجین برای دیگری اهمیت اساسی دارد و هرکس به لحاظ شخصیت ویژه با طرف خویش ازدواج می‌کند. طبق صریح ماده ۱۰۶۷ قانون مدنی: «تعیین زن و شوهر به نحوی که برای هیچ‌یک از طرفین در شخص طرف دیگر، شبهه نباشد، شرط صحت نکاح است» و شخصیت زوجین در عقد نکاح، اعتبار دارد.

### ۲.۲. آثار و احکام عقد نکاح

با لحاظ قواعد عمومی عقود و قراردادها و همچنین ماهیت عقد نکاح، برخی از آثار و احکام عقد نکاح در ذیل ذکر می‌گردند.

۱. حقوق و تکالیف زوجین به اعتبار اشتراک یا اختصاص، بر سه دسته هستند: ۱. حقوق و تکالیف مشترک بین زوجین مانند حسن معاشرت (ماده ۱۱۰۳)، معاضدت در تشیید مبانی خانواده و تربیت فرزند (مواد ۱۱۰۴ و ۱۱۷۸ قانون مدنی) و ...؛ ۲. حقوق و تکالیف زوج از قبیل حق ریاست خانواده (ماده ۱۱۰۵)، حق طلاق، حق انتخاب محل سکونت یا وظیفه تهیه مسکن، پرداخت نفقه زوجه دائمی و ...؛ ۳. حقوق و تکالیف زوجه مانند تمکین از شوهر، حق تصرف در اموال شخصی و ... .

### ۲.۲.۱. حق حبس زوجه

حق حبس زوجه خلاف اصل است و یک موضوع استثنایی در باب نکاح محسوب می‌شود.<sup>۱</sup> حق حبس اساساً در معاوضات جریان دارد. مطابق ماده ۳۷۷ قانون مدنی، «هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود...». در این ماده، روابط دوطرفه در یک تعهد در عقود معاوضی، قانون‌گذاری شده است.

قانون مدنی به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه، برای حمایت از حقوق زن، در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی، حق حبس را برای زوجه به رسمیت شناخته است. مشهور فقهای امامیه فتوا داده‌اند که زن حق دارد از ایفای وظایف زناشویی و تمکین امتناع کند تا مهر به او تسلیم شود؛ اما برخی از فقها معتقدند که هر کدام از زوجین به ایفای وظایف زناشویی خویش مکلف است. ایشان حق حبس زوجه را قبول ندارند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۴، ص ۴۵۹؛ آشتیانی، ۱۴۲۵ق، ص ۲۹۰ و ۲۹۱؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۴۲۵). به عقیده آنان، «مبنای حق حبس این است که نکاح در فقه اسلامی، یک عقد معاوضی یا شبه‌معاوضی به شمار آمده است» (صفایی و امامی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۱۹۴).

آیت‌الله مکارم شیرازی در پاسخ به استفتای دادستان کل کشور، استدلال کرده‌اند: «... اصل حق حبس دلیل روشنی ندارد و مقایسه ازدواج با خرید و فروش، و مهریه و بضع با ثمن و مثنی، یک مقایسه صوری است و قطعاً ازدواج ماهیت بیع ندارد...» (به نقل از همان، ص ۱۹۷). اگر نکاح از باب بیع و شراء باشد، چنانچه زوج از دادن مهر امتناع کند، زوجه باید حق فسخ داشته باشد، در حالی که زوجه حق فسخ ندارد؛ اما در عقد بیع، اگر مشتری ثمن را ندهد، بایع می‌تواند بیع را فسخ کند» (مکارم شیرازی، ۱۳۹۶، مندرج در [www.eshia.ir](http://www.eshia.ir)).

نگارنده نکاح را عقد خاص می‌داند نه عقد معاوضی. متعلق حق حبس در نکاح، «شخص

۱. در خصوص حق حبس و مشروعیت یا عدم مشروعیت آن در فقه، مقالات متعددی وجود دارد؛ از قبیل مقاله «حق حبس در نظام حقوقی خانواده در اسلام» تألیف عظیم‌زاده اردبیلی (۱۳۹۰)، «نقد رویه قضایی در اعمال حق حبس زوجه در پرتو سابقه فقهی» نوشته یوسف فروتن و همکاران؛ اما به دلیل اینکه بحث تفصیلی درباره آن، خروج موضوعی دارد، فلذا به همین مقدار بسنده می‌کنیم.

زوجه» است، در حالی که متعلق حق حبس در بیع، «عین» می‌باشد. نگارنده بر این باور است که احکام ویژه عقود معوض، مثل حق حبس را در عقد نکاح نباید جاری کرد؛ زیرا ماهیت دو عقد مذکور با یکدیگر متفاوت است و به تبع آن، آثار و احکام آنها نیز متفاوت خواهد بود. در صورت تسری حق حبس به نکاح، شخص زوجه به شیء و کالا تنزل پیدا می‌کند و این تنزل با شخصیت انسانی و کرامت زوجه ناسازگار است.

### ۲.۲.۲. عدم تملک زوج نسبت به زوجه

فقهای بزرگی مانند شیخ الطائفه، صریحاً عقد نکاح را عقد معاوضه می‌دانند و می‌نویسند: «إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ امْرَأَةً بِمَهْرٍ مَعْلُومٍ مَلَكَتِ الْمَهْرَ عَلَيْهِ بِالْعَقْدِ وَ الْمَلِكُ هُوَ الْبُضْعُ...، لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۱۰)؛ اما با تتبع در کتب فقهی، به دست می‌آید که فقها در عقد نکاح، به تملک زوج فتوا نداده‌اند و مالکیت بضع توسط زوجه را می‌توان از باب کنایه از بهره‌وری و استمتاع جنسی و حق برخورداری زوج از ارتباط با زوجه توجیه کرد.

فقهای امامیه تصریحاً فتوا داده‌اند که عقد نکاح با لفظ تملیک منعقد نمی‌گردد. اگر زن بگوید: فروختم یا تملیک کردم، صحیح نیست: «... فَلَوْ قَالَ: بَعَثْتُهَا أَوْ مَلَكَتُهَا... لَا يَصِحُّ» (همان، ص ۲۸۸). صاحب جواهر نیز قائل به عدم انعقاد نکاح با لفظ تملیک می‌باشد و آن را در عرف متشرعه، امری ناپسند و منکر می‌داند (نجفی، بی تا، ج ۲۹، ص ۱۴۲).

نکاح بر خلاف عقد بیع که جزء عقود مالی است، عقد غیرمالی محسوب می‌شود و به محض وقوع عقد نکاح، رابطه زوجیت بین زن و شوهر برقرار می‌شود. به موجب آیه «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» (نساء، ۳۴) و ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی، ریاست خانواده به زوج واگذار شده است؛ فلذا باید مهریه و نفقه زوجه را پرداخت کند. طبق حکم شرعی «قیمومت»، زن تحت قیمومت شوهر قرار دارد و در مواردی باید از شوهر اجازه بگیرد (شیرازی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۱، ص ۶۵۹۷)؛ اما ماهیت عقد نکاح با عقد بیع متفاوت است. در خرید و فروش، انسان، مبیع را به قصد تملک به دقت بررسی می‌کند و پس از طی مراحل اولیه روانی (مرحله خطور و تصور، مرحله سنجش، مرحله رضا و تصمیم)، تصمیم خود را اجرا و به اصطلاح، قصد انشا

می‌نماید (شهیدی، ۱۳۸۸ ب، ص ۱۲۹ و ۱۳۰) و سپس به خرید آن اقدام می‌کند. از آثار بیع صحیح، آن است که مشتری، مالک مبیع و بایع، مالک ثمن می‌شود.

از ظاهر برخی از متون فقهی به دست می‌آید که وقتی مهریه معلوم شد، به تبع آن، زن مالک مهر و مرد مالک بضع می‌شود. همان‌طور که قبلاً بیان شد، شیخ طوسی صریحاً گوید: «إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ امْرَأَةً بِمَهْرٍ مَعْلُومٍ مَلَكَتِ الْمَهْرَ عَلَيْهِ بِالْعَقْدِ، وَمَلَكَ هُوَ الْبُضْعَ...، لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ»: اگر مردی زنی را با مهریه معلوم، به ازدواج خود درآورد، زن مالک مهر می‌گردد و مرد مالک بضع...؛ زیرا عقد نکاح عقد معاوضه محسوب می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۱۰). اگرچه از ظاهر عبارات فقها، نوعی از مالکیت در خصوص بضع برداشت می‌شود، در ازدواج، مرد مالک زن نمی‌شود و نمی‌توان گفت که با وقوع عقد نکاح، مرد، زن را خریده است. در عقد نکاح، زوج مالک زوجه نمی‌شود و این یکی از تمایزات عقد نکاح با عقد بیع است.

مشهور فقها فتوا داده‌اند که زن باید از شوهرش اطاعت کند؛ مثلاً بدون اجازه شوهر از منزل خارج نشود (موسوی خمینی، ۱۳۶۳، ج ۲، ص ۲۷۲). در صورت تخلف زوجه، وی هم مرتکب گناه شده است و هم ناشزه محسوب می‌شود و مستحق نفقه نخواهد بود (عاملی، بی تا، ج ۵، ص ۴۲۷؛ نجفی، بی تا، ج ۳۱، ص ۲۰۰). اطاعت از شوهر به معنای تملک یا سلطه زوج بر زوجه نمی‌باشد؛ بلکه زن از کرامت و ارزش انسانی برخوردار است و از حالت «شیء» بودن، خارج می‌باشد.

### ۲.۲.۳. وضعیت انتقال عوض در عقود

وجود عوض مقتضای ذات بیع است (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۳۷). عوض در عقود مالی و عقود معاوضی از قبیل بیع، قابل انتقال به دیگری است.

در عقود مالی نظیر بیع، «اثر عقد که در موضوع عقد محقق می‌شود، عبارت است از: انتقال مالکیت مال یا پیدایش تعهد و تکلیف حقوقی نسبت به آن مال یا انجام کار یا ترک عمل» (شهیدی، ۱۳۸۸ ب، ص ۲۷۶)؛ اما در معاملات غیرمالی مانند نکاح، رابطه حقوقی زوجیت به‌عنوان «اثر عقد» بین طرفین به وجود می‌آید.

بضع و استمتاع جنسی در نکاح، اولاً عوض مهریه نمی‌باشد و ثانیاً قابل انتقال به غیر نیست (عاملی، بی تا، ج ۵، ص ۱۲۱؛ حسینی شیرازی، بی تا، ج ۵، ص ۱۰). بجنوردی گوید: «الْبُضْعُ مِنْ

**مَنَافِعُهَا وَكَيْسَتْ عَيْنًا كِي يَصِحَّ بَيْعُهُ** (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۲۴): «بُضْع» از منافع زوجه است و عین محسوب نمی‌گردد تا بیع آن صحیح باشد.

آیت‌الله جوادی آملی در تفسیر آیه **«وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً»** (نساء، ۴) گوید: تعبیر لطیف «صداق» و «نحله» نشان ادب و حیا در کلام الهی و نیز تکریم و تجلیل زنان و ناموس آنان است تا کسی نپندارد امر مقدس ازدواج نوعی خرید و فروش است و زن خود را در ازای مهریه در اختیار شوهر می‌گذارد...؛ در باب نکاح، زن چیزی را به شوهرش تملیک نمی‌کند تا مهریه عوض آن باشد... . إلتذاذ و کامیابی جنسی، تشکیل خانواده و فرزند داشتن، همگی میان زن و مرد مشترک است» (جوادی آملی، ۱۳۸۸، ج ۱۷، ص ۳۰۵ و ۳۱۲).

#### ۲.۲.۴. محدود شدن آزادی اراده در عقد نکاح

طبق ماده ۱۰ قانون مدنی ایران، «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». فلذا اصل حاکمیت اراده در قراردادها نقش اساسی را ایفا می‌کند. اصل آزادی اراده یا اصل حاکمیت اراده در عقد نکاح، اهمیت چندانی ندارد و محدود می‌گردد و اراده افراد نمی‌تواند آثار عقد نکاح را تغییر دهد. به بیان دیگر، «هر قانون امری اراده فرد را در حدود مربوط به خود محدود می‌کند، ولی در خارج حریم قانون امری، آزادی اراده محفوظ است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۳۰).

از نظر موازین فقهی، زوجین نمی‌توانند با توافق یکدیگر، ریاست خانواده را به زوجه واگذار کنند؛ زیرا طبق آیه **«الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ»** (نساء، ۳۴)، «حکم» قیمومت، فتوای فقها و ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی، «در روابط زوجین، ریاست خانواده از خصایص شوهر است» و زوجه مکلف به اطاعت و تبعیت از زوج در امور مربوط به زوجیت و زناشویی است.

همچنین از نظر فقهی، اختیار و تسلط بر طلاق از طرف شارع به دست شارح (زوج) واگذار نشده است. طلاق، حکم است<sup>۱</sup> و طبق موازین فقهی، در دست مرد می‌باشد و شوهر نمی‌تواند

۱. در صفحات آینده بیان خواهد شد که لزوم عقد نکاح «لزوم حکمی» است و به همین دلیل، شرط خیار فسخ و اقاله در آن دخالت ندارد. طلاق نیز «حکم» است و تشریفات شرعی باید رعایت شود. به حکم شارع و قانون‌گذار، طلاق در دست مرد است و عقد نکاح بر حسب قرارداد طرفین، قابل اقاله نیست.



حق طلاق را به زن واگذار نماید و بدین لحاظ، آزادی اراده اشخاص در عقد نکاح محدود می‌گردد.

### ۲.۳. انحلال عقد نکاح

«مراد از انحلال عقد نکاح، قطع رابطه زوجیت است در محلی که اقتضا ادامه داشته باشد» (محقق داماد، ۱۳۹۷، ص ۳۲۸).

#### ۲.۳.۱. اسباب انحلال

انحلال عقود و قراردادهای اسباب متعددی دارد که عقد موجود را بر هم می‌زند. اسباب انحلال نکاح با سایر عقود، متفاوت است. اسباب انحلال عقود و قراردادهای عبارت‌اند از: ۱. اقاله؛ ۲. فسخ؛ ۳. انفساخ.

انحلال عقد به تراضی طرفین را اقاله می‌گویند. به بیان دیگر، اقاله «به معنای بر هم زدن عقد لازم است به تراضی یکدیگر» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴، ص ۶۸). نام دیگر اقاله، تقایل یا تفاسخ است.

نکاح دائم با طلاق و فسخ و بعضاً با انفساخ منحل می‌شود. در ماده ۱۱۲۰ ق.م. آمده است: «عقد نکاح به فسخ یا به طلاق ... منحل می‌شود». قانون‌گذار به تبعیت از شرع، به دلیل مشکلاتی که در جامعه به سبب «اقاله» به وجود خواهد آمد و باعث هرج و مرج و از هم پاشیدن خانواده‌ها می‌شود، اقاله را جزء اسباب انحلال عقد نکاح نیاورده است.<sup>۱</sup> مصلحت خانواده و اجتماع اقتضا می‌کند که نکاح به اقاله منحل نگردد. «اقاله نسبت به همه عقود، ممکن است واقع شود، مگر عقد نکاح» (شهیدی، ۱۳۸۸ ب، ص ۱۱۶). عقد نکاح از این جهت کاملاً با سایر عقود متفاوت می‌باشد.

#### ۲.۳.۲. شرط خیار فسخ در عقد نکاح

شرط خیار فسخ در معاوضات جریان دارد. مراد از شرط خیار فسخ، آن است که متعاقدین در ضمن عقد، شرط کنند که تا مدت معین برای احد طرفین یا هر دو یا شخص خارجی،

---

۱. اقاله در نکاح راه ندارد. در تحلیل فقهی، طلاق توافقی، اقاله محسوب نمی‌شود؛ اگرچه با توافق زوجین، طلاق و جدایی صورت گیرد. در مواد ۲۵ و ۲۶ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، کلمه طلاق توافقی آمده است، اما در فقه، اصطلاحی تحت عنوان طلاق توافقی نداریم. طلاق یا بائن است یا رجعی.

اختیار فسخ وجود داشته باشد. طبق ماده ۳۹۹ قانون مدنی، دخول شرط خیار فسخ در عقود از جمله عقد بیع، صحیح است. شیخ انصاری گوید: دخول خیار شرط در عقود، منوط به صحت و مشروعیت اقاله (تقایل) می باشد (انصاری، ۱۴۱۵ق ب، ج ۲، ص ۲۵۹ و ۲۶۰).

قانون گذار به تبعیت از شرع، به دلیل مشکلاتی که در جامعه به سبب «اقاله» به وجود خواهد آمد و باعث هرج و مرج و از هم پاشیدن خانواده ها می شود، اقاله را جزء اسباب انحلال عقد نکاح نیاورده است. مصلحت خانواده و اجتماع اقتضا می کند که نکاح به اقاله منحل نگردد. «اقاله نسبت به همه عقود ممکن است واقع شود، مگر عقد نکاح» (شهیدی، ۱۳۸۸ ب، ص ۱۱۶). از آنجایی که اقاله در نکاح راه ندارد، درج شرط خیار شرط در نکاح نیز باطل است. محقق کرکی با این استدلال که «نکاح ملحق به انواع عبادات است نه معاوضات»، اشتراط خیار در نکاح را باطل می داند (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۸۶).

فقهایی که قائل به معاوضی بودن عقد نکاح هستند، دخول شرط خیار فسخ را در نکاح، باطل می دانند. به نظر می رسد دیدگاه فقها در خصوص ماهیت عقد نکاح در مبحث «انحلال عقد نکاح» تأثیری ندارد و با توجه به لزوم حکمی عقد نکاح، اسباب انحلال آن نیز توقیفی و به حکم شارع است.

مسئله: شرط خیار فسخ در عقد نکاح علاوه بر اینکه خود باطل است، آیا موجب بطلان عقد نکاح نیز می شود؟

مشهور فقها علاوه بر بطلان شرط خیار در نکاح، به بطلان عقد نکاح نظر داده اند (همانجا؛ عاملی، بی تا، ج ۵، ص ۱۱۹ و ۱۲۰). هرچند قانون مدنی ایران معمولاً از آرای مشهور فقهای امامیه پیروی نموده است، در این مسئله در ماده ۱۰۶۹، اگرچه به صراحت حکم مسئله را بیان نکرده است، به نظر می رسد که قول مخالف مشهور را ترجیح داده و «مستنبط آن است که عقد نکاح را باطل ندانسته» است (محقق داماد، ۱۳۹۷، ص ۱۸۲).

### ۲.۳.۳. لزوم حقی - لزوم حکمی

عقد نکاح و عقد بیع، هر دو عقد لازم هستند، اما نوع لزوم آنها با یکدیگر فرق دارد. لزوم بیع، لزوم حقی و لزوم نکاح، لزوم حکمی است. مراد از لزوم حقی آن است که طرفین عقد

حق دارند که عقد لازم را به هم بزنند، مانند لزوم عقد بیع. اما «هرگاه طرفین یک عقد لازم نتوانند در آن شرط خیار کنند، لزوم حکمی است، مانند لزوم عقد نکاح و عقد ضمان» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴، ص ۵۸۸).

هم تشکیل و هم انحلال عقد نکاح به حکم شارع است. طلاق زوجه یا فسخ نکاح هم طبق موازین شرعی و فقهی صورت می‌گیرد و تابع قرارداد طرفین نیست. البته مورد اعطای وکالت زوج به زوجه در طلاق، از بحث ما خروج موضوعی دارد.

در تحلیل فقهی، لزوم عقد نکاح لزوم حکمی است و به همین دلیل، شرط خیار فسخ و اقاله در عقد نکاح دخالت ندارد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۱۶۳). محقق حلی در شرایع می‌گوید: «الأصل أن النكاح عصمة مستفادّة من الشرع لا تقبل التّفايل» (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۸): نکاح عصمتی است مستفاد از شرع و تفایل (اقاله) را قبول نمی‌کند.

#### ۲.۳.۴. حق طلاق یا حکم طلاق؟

طبق قاعده طلاق، «الطلاقُ بیدٍ من أخذَ بالساق» (ابن ماجه، بی تا، ج ۱، ص ۶۷۲؛ عاملی، ۱۳۸۷، ج ۹، ص ۱۱): اختیار طلاق با شوهر است. اگرچه در عرف، از طلاق به‌عنوان حق طلاق نام برده می‌شود، در تحلیل فقهی، طلاق «حکم» است نه حق. «حکم از قوانین آمره است و برای برقراری نظم اجتماعی تأسیس شده» (امامی، ۱۳۶۸، ج ۴، ص ۶۹) و از اموری است که تحت اختیار مکلف نیست (نایینی، ۱۴۳۱ق، ج ۳، ص ۱۹۶).

از ویژگی‌های «حکم»، مانند «اختیار طلاق»، آن است که اولاً قابل اسقاط نیست، ثانیاً قابل انتقال نیست و ثالثاً قابل توریث نیست (انصاری، ۱۴۱۵ق الف، ج ۵، ص ۱۲؛ حسینی شیرازی، بی تا، ج ۱۱، ص ۶ و ج ۱۴، ص ۱۶۸). اما «اسقاط حق در مواردی که حق وابسته به ملک و در اختیار مالک است، صحیح می‌باشد» (شهیدی، ۱۳۹۱، ص ۱۳۴)؛ مانند شرط اسقاط خیارات در بیع که در اختیار متبایعین است.

#### ۲.۳.۴.۱. شرط واگذاری حق طلاق (شرط انتقال)

اگر زوجه در قالب شرط ضمن عقد، شرط کند که زوج حق طلاق را به زوجه انتقال دهد (شرط انتقال حق طلاق به زوجه)، این شرط باطل و بلااثر می‌باشد؛ زیرا خلاف شرع محسوب

می‌شود. از نظر شرعی، طلاق حکم است و در دست مرد می‌باشد و قابل انتقال و واگذاری از طرف شوهر نیست.

#### ۲.۳.۴.۲. شرط اسقاط حق طلاق

اگر شرط شود که زوج حق طلاق زوجه را ندارد (شرط اسقاط حق طلاق)، این شرط نیز باطل و فاسد است؛ زیرا شرط نامشروع می‌باشد. دلیل نامشروع بودن این شرط آن است که طلاق حکم است و حکم قابل اسقاط نیست؛ یعنی اشخاص با اراده خویش نمی‌توانند آن را اسقاط کنند. از نظر فقهی، زوج می‌تواند در ضمن عقد نکاح یا ضمن عقد خارج لازم، به زوجه وکالت دهد خود را مطلقه نماید. امروزه غالباً در دفاتر اسناد رسمی، سند وکالت بلاعزل را ضمن عقد خارج لازم تنظیم می‌نمایند.

#### ۲.۳.۵. حق طلاق زوجه در رویه قضایی

به حکایت پرونده حقوقی زوجین، رسیدگی شده در دادگستری استان تهران: واگذاری حق طلاق توسط زوج به زوجه ضمن عقد نکاح، شرط گردید. متن شرط مندرج در صفحه ۱۵ سند نکاحیه، بدین شرح می‌باشد: «زوجه شرط نمود که حق طلاق با زوجه باشد. زوج قبول نمود».

پس از دادخواهی زوجه مبنی بر تنفیذ شرط ضمن عقد و صدور گواهی عدم امکان سازش، دادگاه بدوی (شعبه ۲۶۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران) در دادنامه شماره ۱۱۴۶ مورخه ۱۳۹۱/۰۷/۳۰، با استناد به متن شرط مندرج در سند نکاحیه، رأی به اجازه اجرای صیغه طلاق و ثبت آن توسط زوجه به وکالت از زوج را صادر نمود.

متن رأی بدوی:

«در خصوص دادخواست خانم ل.ح. فرزند ع. با وکالت ز.الف. به طرفیت آقای ح.پ. فرزند ج. با وکالت ح.ک.، به خواسته صدور گواهی عدم امکان سازش جهت طلاق ... رابطه زوجیت بین طرفین محرز و مسلم است. زوجه به شرط ضمن عقد مندرج در سند ازدواج مبنی بر اینکه «زوجه شرط نمود که حق طلاق با زوجه باشد و زوج قبول نمود»، تمسک نموده است. دادگاه با توجه به جامع محتویات پرونده و اظهارات وکیل خواهان و دفاعیات وکیل خوانده مبنی بر اینکه طلاق حق مرد است و شرط مذکور با عبارت فوق اساساً صحیح نیست، چرا که حق طلاق

قابل واگذاری و انتقال نمی‌باشد، لیکن دادگاه شرط مذکور را مبتنی بر ارادهٔ زوج بر وکالت طلاق به زوجه تلقی می‌نماید و اعمال شرط مذکور را حق زوجه می‌داند و لذا دعوی خواهان را وارد دانسته و در اجرای ماده واحدهٔ قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق... دادگاه با توجه به مراتب و مستنداً به ماده واحدهٔ فوق‌الذکر و مادهٔ ۱۱۱۹ قانون مدنی و با توجه به شرط ضمن عقد، گواهی عدم امکان سازش بین زوجین را صادر و اعلام می‌نماید... این رأی حضوری ... است. رئیس شعبهٔ ۲۶۳ دادگاه عمومی خانوادهٔ تهران - ح».

متعاقب تجدیدنظرخواهی زوج، دادگاه تجدیدنظر استنباط و استدلال و استناد قانونی دادگاه بدوی را نپذیرفت و رأی بدوی را نقض نمود. متن رأی شعبهٔ ۳۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به شمارهٔ دادنامهٔ ۱۸۶۱۰۲۳۳۰۰۹۹۷۰۹۱۰ مورخهٔ ۱۳۹۱/۱۰/۱۱ ذکر می‌شود:

«تجدیدنظرخواهی آقای ح.پ. (زوج) با وکالت آقای ح.ک. به طرفیت خانم ل.ح. نسبت به دادنامهٔ شمارهٔ ۱۱۴۶ مورخهٔ ۱۳۹۱/۰۷/۳۰ صادرشده از شعبهٔ ۲۶۳ دادگاه عمومی تهران، وارد و موجه است و رأی مذکور مغایر با قانون و موازین شرعی و دلایل موجود در پرونده می‌باشد؛ زیرا شرط ضمن عقد مندرج در صفحهٔ ۱۵ عقدنامهٔ طرفین، شرط باطلی است؛ چون حق طلاق از حقوق مرد است و با شرط ضمن عقد نیز قابل واگذاری به زن نیست و بر خلاف استنباط و استدلال دادگاه محترم بدوی، عبارت «زوجه شرط نمود که حق طلاق با زوجه باشد و زوج قبول نمود» اعطای وکالت در طلاق نیست؛ بلکه واگذاری حق طلاق است که باطل است. بنابراین اجازهٔ اجرای صیغهٔ طلاق خلع و ثبت آن به زوجه به وکالت از طرف زوج، با استناد به شرط مذکور، خلاف بین شرع و قانون است. به همین سبب با استناد به مادهٔ ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی، دادنامهٔ تجدیدنظرخواسته نقض می‌شود و با استناد به مفهوم مخالف مادهٔ ۱۱۳۳ قانون مدنی و تبصرهٔ ذیل آن، به لحاظ مخالفت زوج با طلاق و عدم انطباق خواستهٔ زوجه با مواد ۱۱۱۹، ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ قانون مذکور و مادهٔ ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی، حکم به بطلان دعوی زوجه (به خواستهٔ تنفیذ شرط ضمن عقد - حق طلاق زوجه - و صدور گواهی عدم امکان سازش) صادر و اعلام می‌گردد. این رأی قطعی است و ظرف بیست روز

از تاریخ ابلاغ، قابل فرجام‌خواهی در دیوان عالی کشور می‌باشد» (پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۴۰۱، مندرج در سایت <https://ara.jri.ac.ir>)

تحلیل رأی: اولاً استدلال دادگاه بدوی، مخدوش و رأی نیز به درستی نقض شده است؛ زیرا طلاق «حق» نیست؛ بلکه «حکم» است و لذا قابل واگذاری نیست. ثانیاً تلقی دادگاه بدوی از شرط واگذاری طلاق مبتنی بر اراده زوج بر وکالت در طلاق، استنباط درستی نیست. ثالثاً دادگاه تجدیدنظر در رأی اصداری، بین واگذاری حق طلاق و وکالت در طلاق، تفاوت قائل شده است. اگر در ضمن عقد نکاح، شرط شود که حق طلاق توسط زوج به زوجه، منتقل یا واگذار گردید، از نظر فقهی، چنین شرطی «باطل» است و نمی‌توان آن را وکالت در طلاق تلقی کرد.

### یافته‌های پژوهش

۱. ماهیت عقد نکاح، عقد معاوضی محض نیست. نکاح «عقد خاص» است و دارای دو جنبه می‌باشد: جنبه اصلی که علقه زوجیت و حیثیت معنوی اشخاص است؛ جنبه فرعی یا جنبه مالی.
۲. فقهای که ماهیت عقد نکاح را معاوضی می‌دانند، احکام عقود معاوضی را بر اکثر مسائل باب نکاح، از قبیل نکاح معاطاتی و اسباب انحلال عقد، جاری نمی‌کنند.
۳. تشریح حق حبس زوجه متأثر از دیدگاه مشهور فقهای امامیه در خصوص ماهیت نکاح مبنی بر معاوضی بودن آن است. از نظر نگارنده، حق حبس زوجه مشروع به نظر نمی‌رسد.
۴. لزوم عقد نکاح لزوم حکمی است. اصل حاکمیت اراده در نکاح اهمیت چندانی ندارد.
۵. شرط خیار فسخ نکاح و اقاله در عقد نکاح دخالت ندارد.
۶. شرط واگذاری طلاق از سوی زوج به زوجه، شرط نامشروع می‌باشد؛ اما وکالت در طلاق، صحیح است.

### منابع

- قرآن کریم.
- آشتیانی، میرزا محمود (۱۴۲۵ق). کتاب النکاح. مشهد: بی‌جا.
- ابن ماجه، محمد بن یزید (بی‌تا). سنن ابن ماجه. تحقیق محمدفؤاد عبدالباقی. بیروت: دار الفکر.
- امامی، سید حسن (۱۳۳۸). حقوق مانعی. تهران: کتابفروشی اسلامیة، چاپ پنجم.

- امیرزاده جبرگلی، منصور (۱۴۰۱). «مشتري‌انگاری زوج در احاديث باب نکاح و پیامدهای آن در آرای فقهای امامیه». مجله فقه و اصول، ۵۴ (۱۳۱)، ص ۲۹-۵۴.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب المحرمه و البيع و الخيارات. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۵ق). کتاب النکاح. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- بازگیر، یدالله (بی تا). علل نقض آرای کیفری در دیوان عالی کشور. تهران: نشر حقوق دان.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق). الحقائق المناضره فی احکام العترة الطاهره. قم: دارالکتب الإسلامیه.
- پژوهشگاه قوه قضائیه (۱۴۰۱). سامانه ملی آرای قضایی:

تاریخ بازدید: <https://ara.jri.ac.ir.۱۴۰۱/۱۲/۱۸>

- جزیری، عبدالرحمن (۱۴۰۶ق). ألفقه علی المذاهب الاربعه. بیروت: دار الثقلین.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷). تأثیر اراده در حقوق مدنی. تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ دوم.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۷۴). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش، چاپ هفتم.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۵). الفارق (الف). تهران: گنج دانش، چاپ سوم.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۵). مبسوط در ترمینولوژی حقوق (ب). تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ هفتم.
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۴). درس خارج فقه. مبحث نکاح. تاریخ تشکیل درس: ۱۳۹۴/۱۱/۲۴، مندرج در سایت مدرسه فقهت:

تاریخ بازدید: <https://www.eshia.ir.۱۴۰۱/۱۲/۱۸>

- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۶). درس خارج فقه. مبحث نکاح. تاریخ تشکیل درس: ۱۳۹۶/۰۹/۲۷، مندرج در سایت مدرسه فقهت:

تاریخ بازدید: <https://www.eshia.ir.۱۴۰۱/۱۲/۱۸>

- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۸). تسنیم. قم: إسرائ.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴ق). تفصیل وسائل الشیعه إلی تحصیل مسائل الشریعه. قم: مؤسسه آل‌البت (ع) لإحياء التراث، چاپ دوم.
- حسینی شیرازی، سید محمد (بی تا). ایصال الطالب إلی المکاسب. تهران: منشورات الأعلمی.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). تادکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل‌البت (ع).
- حلی (محقق)، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. تصحیح علی‌اکبر غفاری. قم: مؤسسه

اسماعیلیان، چاپ دوم.

- دهقان‌نژاد، رضا؛ محمدی، سید سجاد و پورلطف‌الله، حسن (۱۳۹۷). «بازپژوهی مقتضای ذات عقد نکاح از منظر فقه فریقین و حقوق مدنی ایران». *مجله فقه (کاوئشی نور در فقه)*، (۲)۲۵، ص ۱۰۱-۱۲۵.
- سبحانی تبریزی، جعفر (بی تا). *نظام النکاح فی الشریعه الإسلامیه العراء*. قم: بی نا.
- شبیری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ق). *کتاب نکاح*. قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، چاپ اول.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۳). *خارج فقه. مبحث نکاح*. تاریخ تشکیل درس: سال ۱۳۹۳، قم، سایت مدرسه فقاهت:

تاریخ بازدید: <https://www.eshia.ir> ۱۴۰۱/۱۲/۱۸

- شهیدی، مهدی (۱۳۸۸ الف). *اصول قراردادهای و تعهدات*. تهران: انتشارات مجد، چاپ پنجم.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۸ ب). *تشکیل قراردادهای و تعهدات*. تهران: انتشارات مجد، چاپ هفتم.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۱). *حقوق مدنی ۶ - عقود معین ۱ (بیع و...)*. تهران: انتشارات مجد، چاپ پانزدهم.
- صادقی تهرانی، محمد (بی تا). *رساله توضیح المسائل نوین*. قم: انتشارات فرهنگ اسلامی.
- صادقی مقدم، محمدحسن؛ صادقی، محمد و امیری سرارودی، سید رضا (۱۳۹۵). «ماهیت و جایگاه عقد نکاح در میان عقود معاوضی و غیرمعاوضی». *آموزه‌های فقه مدنی*، شماره ۱۳، ص ۷۸-۵۳.
- صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله (۱۳۹۳). *حقوق خانواده*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سیزدهم.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *کتاب الخلاف*. قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الإمامیه*. تهران: مکتبه المرتضویه، چاپ دوم.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (بی تا). *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة*. تصحیح و تعلیق سید محمد کلانتر. بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۷). *مسالك الإیفهام إلی تفتیح شرائع الإسلام*. قم: بنیاد معارف اسلامی، چاپ چهارم.
- عظیم‌زاده اردبیلی، فائزه (۱۳۹۰). «حق حبس در نظام حقوقی خانواده در اسلام». *فقه و حقوق خانواده*، (۵۴)۱۶، ص ۲۷-۵.
- فاضل لنکرانی، محمد (بی تا). *احکام پزشکان و بیماران*. بی جا: بی نا.
- فروتن، یوسف و همکاران (۱۳۹۹). «نقد رویه قضایی در اعمال حق حبس زوجه در پرتو سابقه فقهی». *نشریه فقه و حقوق خانواده*، (۷۳)۲۵، ص ۱۸۵-۲۱۱.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶). *حقوق خانواده*، جلد ۱. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۲). *عقود معین*. تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم.



- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۷). بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن). تهران: نشر علوم اسلامی، چاپ شانزدهم.
- \_\_\_\_\_ و همکاران (۱۳۹۱). حقوق قراردادها در فقه امامیه. تهران: انتشارات سمت.
- محقق داماد، مریم‌السادات (۱۳۹۹). «نقدی حقوقی بر ماهیت کنونی جهیزیه در ایران». نشریه فقه و حقوق خانواده، شماره ۷۳، ص ۱۰۳-۱۲۵.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل‌البیت<sup>(ع)</sup> لإحياء التراث، چاپ اول.
- محمدزاده، زینب و نظری توکلی، سعید (۱۴۰۰). «اجاره‌انگاری ازدواج موقت و چالش‌های فقهی آن». فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۵۴(۱)، ص ۱۶۷-۱۸۲.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۶). خارج فقه. مبحث نکاح. تاریخ تشکیل درس: سال ۱۳۹۶، قم. سایت مدرسه فقهت: <https://www.eshia.ir> تاریخ بازدید: ۱۴۰۱/۱۲/۱۸.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۲۴ق). کتاب النکاح. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی‌طالب.
- موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن (۱۴۱۰ق). القواعد الفقهیه. نجف: مطبعه الآداب.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۳۶۳). تحریر الوسیله. قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
- موسوی قزوینی، سید علی (۱۴۲۴ق). ینابیع الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- نایینی، محمدحسین (۱۴۳۱ق). منیه الطالب فی شرح المکاسب. تقریر شیخ موسی نجفی خوانساری. قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ سوم.
- نجفی، محمدحسن بن محمدباقر (بی‌تا). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. تحقیق و تعلیق محمود قوچانی. بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.
- واتقی، محسن (۱۳۹۳). ماهیت نکاح و بررسی شروط ضمن عقد، احکام و آثار آن در نکاح. قم: کنگره بین‌المللی فرهنگ و اندیشه دینی.



## مرجحات غیرمنصوص و کاربرد آن در حقوق خانواده

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۳۰

خدیدجه مرادی<sup>۱</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۱/۲۷

عاتکه قاسم‌زاده<sup>۲</sup>\*

DOI: 10.30497/FLJ.2023.243660.18355



### چکیده

یکی از موضوعات اختلافی در اصول فقه ذیل مبحث تعادل و تراجیح، مسأله تعدی یا عدم تعدی به مرجحات غیرمنصوص است که تأثیر بسزایی در اجتهاد خواهد داشت. در این میان، قول مشهور اصولیون بر تعدی به مرجحات غیرمنصوص قرار گرفته است. با نظر به وابستگی فقه و اصول فقه و همین‌طور تعامل و همبستگی فقه امامیه و نظام حقوقی ایران و با توجه به اهمیت بنیادی خانواده به‌لحاظ فردی و اجتماعی و اشکالات و خلأهای قانونی در این زمینه، در این مقاله، سعی بر تبیین کاربردی این مسأله اصولی در فقه و حقوق خانواده شده است. به این ترتیب که در این تحقیق به روش توصیفی-تحلیلی، پس از بررسی وضعیت ترجیح به مرجحات غیرمنصوص، تأملی بر کاربردهایی که ممکن است در حقوق خانواده داشته باشد، صورت گرفته و سپس برای پر کردن خلأهای موجود طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، به مباحث فقهی پرداخته شده است. گفتنی است که مرجحات غیرمنصوص در اصول، برای ترجیح میان دو خبر استعمال می‌شود، اما در فقه و حقوق و به‌طور خاص، فقه و حقوق (ماهوی) خانواده، برای تمییز و تشخیص موضوع، مورد نظر واقع می‌گردد.

### کلیدواژه‌ها

ترجیح، مرجحات منصوص، مرجحات غیرمنصوص، اصول فقه، حقوق خانواده.

Kh.moradi@razi.ac.ir

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه رازی، کرمانشاه، ایران.

۲. (نویسنده مسئول) پژوهشگر دوره پسادکتری دانشگاه مازندران، مازندران، بابلسر، ایران.

U.ghasemzade@gmail.com

## مقدمه

«تعدی از مرجحات منصوص» یکی از مباحث اصولی است که در بحث تعادل و ترجیح مطرح می‌گردد. ما در این مقاله برآنیم تا پس از بیان اجمالی استدلال قول مشهور از اصولیون مبنی بر صحت تعدی از مرجحات منصوص، بر فرض قبول امکان تعدی به مرجحات غیرمنصوص از مبنای این بحث، برای تشخیص و استنباط حکم مسائل مشکل غیرمنصوص استفاده نماییم.

به‌عنوان مقدمه، لازم به ذکر است که در باب تعادل و ترجیح، دو بحث مطرح است: ۱. مقتضای قاعده اولیه؛ ۲. مقتضای قاعده ثانویه. مراد از قاعده اولیه حکم عقل است با قطع نظر از ادله خاصه و اخبار علاجیه و منظور از قاعده ثانویه حکمی است که از دلیل خاص و اخبار علاجیه به دست می‌آید (محمدی خراسانی، ۱۳۹۱، ج ۳، ص ۳۹۹). تا زمانی که با اخبار علاجیه، وضعیت متعارضان روشن می‌شود، نوبت به حکم عقل نمی‌رسد (همان، ص ۴۱۰). اخبار علاجیه خود بر چهار دسته‌اند: ۱. اخبار تخییر؛ ۲. اخبار توقف؛ ۳. اخبار احتیاط؛ ۴. اخبار ترجیح (خراسانی، ۱۴۲۵ق، ص ۵۰۲ و ۵۰۳) که مشهور اخبار ترجیح را پذیرفته‌اند.

طبق نظر برخی از اصولیون، در زمان تعارض خبرین فقط باید به مرجحات منصوص رجوع نمود (نایینی، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص ۷۷۴؛ موسوی خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص ۴۵۳ و ۴۵۴) و برخی دیگر قائل به ترجیح مرجحات غیرمنصوص نیز هستند (انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۷۸۰). بنابه نقل برخی علما (سیستانی به نقل از شب‌زنده‌دار، ۱۳۹۲، <http://mfeb.ir>)، عامه و خاصه تا قرن یازدهم هجری به مرجحات غیرمنصوص عمل می‌کرده‌اند؛ یعنی تا زمانی که مرحوم استرآبادی قول مخالف مبنی بر عدم جواز تعدی از مرجحات منصوص را اعلام نمود (استرآبادی، ۱۴۲۶ق، ص ۲۷۳).

گفتنی است که نباید این بحث را با مباحثی همچون قیاس منصوص‌العله یا احکام منصوص و غیرمنصوص و مرجحات باب تزاحم اشتباه گرفت. آنچه در این مقاله مدنظر قرار گرفته، مرجحات غیرمنصوص است، از این باب که موجبات ترجیح را برای یکی از دو خبر یا یکی از دو حکم فراهم می‌آورند.

به‌لحاظ پیشینه موضوع مذکور می‌بایست اذعان نمود که پژوهشی با این عنوان تا به حال صورت نگرفته و فقط در کتب اصول فقه، پیرامون تعریف مرجحات غیرمنصوص و صحت تعدی یا عدم تعدی به این دسته از مرجحات، بحث شده است و در خصوص کاربرد مرجحات مذکور در تشخیص موضوعی و حکمی حقوق خانواده، تحقیقی به عمل نیامده است.

### ۱. جایگاه تعدی از مرجحات منصوص<sup>۱</sup> در اصول فقه

در رابطه با این سؤال که «آیا ترجیح به مرجحات غیرمنصوص<sup>۲</sup> واجب است یا خیر؟»، سه نظر وجود دارد: ۱. وجوب اکتفا بر مرجحات منصوص؛ ۲. تفصیل بین تعدی به مرجحات غیرمنصوص در صفات راوی و عدم تعدی به مرجحات منصوص در سایر مرجحات؛ ۳. وجوب ترجیح به مرجحات غیرمنصوص (مظفر، ۱۳۷۰، ج ۳، ص ۲۶۱ و ۲۶۲) که در ذیل، بیان هریک از این سه قول آمده است.

#### ۱.۱. وجوب اکتفا به مرجحات منصوص

طبق این قول، فقط باید به مرجحات منصوص عمل نمود و هرگونه تجاوز از مرجحات منصوص جایز نیست. از جمله قائلان به این نظر، می‌توان به مرحوم آخوند<sup>۳</sup> (۱۴۲۵ق، ص ۴۴۵)، شیخ کلینی (۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۸ و ۹)، محقق نایینی (۱۴۲۱ق، ج ۴، ص ۷۷۴)، محقق اصفهانی (۱۴۰۴ق، ص ۴۳۶)، محقق عراقی (به نقل از شب‌زنده‌دار، ۱۳۹۲)، مرحوم خویی<sup>۴</sup> (۱۴۱۸ق، ج ۷، ص ۳۱۷)، موسوی خمینی (۱۳۷۵، ص ۲۱۱)، محقق اراکی (۱۳۷۵، ج ۲، ص ۴۶۳) و آیت‌الله

۱. مرجحات منصوص مرجحاتی است که سبب اقربیت یکی از دو خبر به واقع یا اقربیت صدور آن می‌شود و در اخبار و روایات به آنها تصریح شده است، مانند مرجحاتی که در مقبوله «عمر بن حنظله» آمده است. مرجحات منصوص از نظر اصولی‌ها عبارت‌اند از: ۱. احديث (جدیدتر بودن) روایت؛ ۲. صفات راوی؛ ۳. شهرت؛ ۴. موافقت با کتاب؛ ۵. مخالفت عامه.

۲. مرجحات غیرمنصوص مقابل مرجحات منصوص است و به مرجحاتی گفته می‌شود که در اخبار و روایات، به «مرجح» بودن آنها اشاره نشده، مانند موافقت با اصل یا موافقت با اجماع منقول.

۳. لازم به ذکر است که مرحوم آخوند در اصل قبول ترجیح یا تخییر، به تخییر مطلق قائل است و این مطلب را بر فرض قبول ترجیح مطرح می‌نماید.

۴. «لَا وَجَهَ لِلتَّعَدِيِّ عَنِ الْأَوْصَافِ الْمَنْصُوصَةِ إِلَى غَيْرِهَا سِوَى الظَّنِّ وَ الْاِسْتِحْسَانِ وَ هُمَا مِمَّا لَا يُمَكِّنُ الْاِعْتِمَادَ عَلَيْهِمَا».

شیبیری زنجانی (۱۴۱۹ق، ج ۸، ص ۲۸۰۶) اشاره نمود. شایان ذکر است که این کلام لازمه کلام اخباریون نیز می‌باشد (مظفر، ۱۳۷۰، ج ۳، ص ۲۶۲؛ خراسانی، ۱۴۲۵ق، ص ۴۴۵).

شیخ کلینی در این زمینه می‌فرماید: هیچ کسی در تشخیص چیزی که اختلاف روایت در آن وجود دارد، در وسعت نیست، مگر به آنچه عالم علیه‌السلام به قول ذیل آن را بیان نموده است: *قوله عليه السلام: «اعرضوها على كتاب الله فما وافى كتاب الله عز وجل فخذوه، وما خالف كتاب الله فرددوه»* و *قوله عليه السلام: «دعوا ما وافق القوم فإن الرشد في خلافهم»* و *قوله عليه السلام «خذوا بالمجمع عليه، فإن المجمع عليه لا ريب فيه»* و سپس متذکر شدند: ما چیزی به احتیاط نزدیک‌تر و وسیع‌تر از رد علم آن به تمامه به عالم علیه‌السلام نیافتیم (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۹۸).

### ۱.۲. تفصیل میان مرجحات صفات راوی و سایر مرجحات

این نظر بر این مطلب قرار دارد که در مرجحات صفات راوی، اجازه تعدی به مرجحات غیرمنصوص وجود دارد، اما در سایر مرجحات، حق تعدی وجود ندارد (مظفر، ۱۳۷۰، ج ۳، ص ۲۶۲).

### ۱.۳. وجوب ترجیح به مرجحات غیرمنصوص

در رابطه با ترجیح به مرجحات غیرمنصوص، چهار قول وجود دارد: ۱. برخی از فقها در تعدی به مرجحات غیرمنصوص، این مرجحات را هر آن چیزی می‌دانند که نوعاً موجبات نزدیک‌تر شدن به واقع را فراهم نماید (انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۷۸۰)؛ ۲. برخی نیز مرجحات غیرمنصوص را به هر آن چیزی که سبب مزیت گردد، تفسیر نموده‌اند، حتی اگر افادهٔ اقریبیت به واقع و صدور از معصوم ننماید؛ ۳. بعضی ملاک را ظن فعلی به واقع و صدور دانسته‌اند؛ ۴. محقق قمی ملاک را ظن فعلی به اقریبیت به واقع می‌داند، مگر اینکه ظن فعلی در میان نباشد که در این صورت، ملاک ظن نوعی خواهد بود (یزدی، ۱۴۲۶ق، ص ۴۳۹). بنابه قول برخی از اصولیون (خراسانی، ۱۴۲۵ق، ص ۵۰۹؛ یزدی، ۱۴۲۶ق، ص ۴۳۹؛ مظفر، ۱۳۷۰، ج ۳، ص ۲۶۲)، نظر نخست، قول مشهور اصولی هاست (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۷۸۰؛ حر عاملی، ۱۴۰۳ق،

۱. شیخ حر عاملی در کتاب *فوائد طوسیه*، در تفاوت میان اصولیون و اخباریون به‌طور خلاصه، به این مطلب اشاره نموده است که اصولیون به جواز ترجیح به مرجحات غیرمنصوص و اخباریون به عدم جواز ترجیح به مرجحات غیرمنصوص قائل هستند.

ص ۴۴۷؛ عراقی<sup>۱</sup>، ۱۳۸۰، ص ۳۸۲). با توجه به شهرت نظر نخست و فرض مقاله، به بررسی این قول پرداخته خواهد شد.

برخی از فقها و اصولیون در این زمینه، به تفصیل اظهار نظر نکرده‌اند و فقط متذکر شده‌اند که اصولیون امامیه به لزوم تعدی از مرجحات منصوصه قائل هستند، اما اخباریون ضمن رد این نظر، تنها ترجیح به مرجحات منصوص را صحیح می‌دانند (موسوی زنجانی، ۱۳۰۸ق، ص ۸۰؛ حر عاملی، ۱۴۰۳ق، ص ۴۴۷). در این مقاله، این گروه از اصولیون، قائلان به قول مشهور فرض شده‌اند.

در راستای اثبات قول تعدی به مرجحات غیرمنصوص، به منابع و همچنین در باب متعارضان، به مبانی استناد شده است که در ذیل خواهد آمد.

### ۱.۳.۱. استدلال قائلان به وجوب تعدی به مرجحات غیرمنصوص

در این بخش از مقاله، ادله مختلف قائلان به وجوب تعدی به مرجحات غیرمنصوص بررسی شده است.

#### ۱.۳.۱.۱. روایات

در استدلال به وجوب تعدی به مرجحات غیرمنصوص به سه فراز از اخبار علاجیه استناد شده است.

الف. در مقبوله<sup>۲</sup>، ملاک ترجیح اصدق بودن معرفی شده و در مرفوعه<sup>۳</sup>، ملاک، اوثق بودن است. تحلیل و ریشه‌یابی این دو روایت، یک مناط و ملاک کلی را به ارمغان می‌آورد. اصدق از

۱. «لَوْ حَصَلَ الْمَعَارَضَةُ وَقُلْنَا فِي الْأَخْبَارِ الْعَلَاجِيَّةِ مِنَ التَّعْدِي مِنَ الْأَخْبَارِ إِلَى كُلِّ دَلِيلٍ وَلَوْ أَصْلًا وَ إِلَى كُلِّ مُرْجِحٍ وَ لَوْ غَيْرِ الْمَنْصُوصَةِ».

۲. قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ كُلُّ رَجُلٍ يَخْتَارُ رَجُلًا مِنْ أَصْحَابِنَا، فَرَضِيَا أَنْ يَكُونَ النَّاطِرِينَ فِي حَقِّهِمَا، فَاخْتَلَفَا فِي مَا حَكَمَا، وَكَلَاهُمَا اخْتَلَفَا فِي حَدِيثِكُمْ؟ قَالَ: الْحَكْمُ مَا حَكَمَ بِهِ أَعْدَلُهُمَا وَأَفْقَهُهُمَا وَأَصْدَقُهُمَا فِي الْحَدِيثِ وَأَوْرَعُهُمَا. وَلَا يَلْتَفِتُ إِلَى مَا يَحْكُمُ بِهِ الْآخِرُ.

۳. مرفوعاً إلى زرارة قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) فقلت: جعلت فداك يأتي عنكم الخبران أو الحديثان المتعارضان فبأيتهما أخذ؟ فقال: «يا زرارة خذ بما اشتهر بين أصحابك ودع الشاذَّ النادر». فقلت: يأسیدی إنيهما معاً مشهوران مروياناً مأثوران عنكم، فقال: «خذ بما يقول أعدلها عندك وأوثقها في نفسك».

ریشه صدق است. صدق به معنی مطابقت خبر با واقع و اصدق کسی است که احتمال چنین مطابقتی در خبر او، قوی تر و احتمال مطابقت آن با واقع افزون است. از این روی، ملاک، اقرب بودن یک خبر به واقع است.

اوثق از ماده و ثوق است. ثقه کسی است که گفتارش اطمینان آور باشد و انسان مطمئن شود که راست می گوید. در واقع، اوثق کسی است که گفتارش اطمینان بیشتری ایجاد می کند (محمدی خراسانی، ۱۳۶۹، ج ۵، ص ۲۹۲).

ذکر این نوع از مرجحات که تمام تمرکزشان بر نزدیک تر بودن محتوای یک گزارش و خبر به واقع است، می تواند منجر به تنقیح مناط گردد. بدین ترتیب، نمی توان پذیرفت که اینها را معصوم<sup>(ع)</sup> تعبداً ذکر کرده است؛ بلکه حتماً ملاک خاصی مدنظر بوده که همان نزدیک تر بودن یک حدیث به واقع است. از این رو، پس از تنقیح مناط، می توانیم علت را تعمیم دهیم و بگوییم: هر مزیتی که سبب نزدیک تر شدن یک طرف به واقع و حق و صدق و صدور باشد، همان طرف رجحان دارد و همان مزیت، ملاک است.

ب. در بخشی از مقبوله آمده است که حدیثی را که شهرت روایی دارد اخذ کن و آن را که شاذ است، رها کن و در تبیین آن، استدلال می فرماید که «فان المجمع علیه (ای الشهور) لا ریب فیه»؛ مراد از این استدلال این نیست که در خبر مشهور، ریب و شکی نیست و صد درصد و از هر جهت مقطوع است (همان، ص ۲۹۳)؛ بلکه با این استدلال، این نتیجه حاصل می شود که در این روایت، «نفی ریب» به معنای حقیقی کلمه از خبر مشهور مدنظر نیست و «نفی ریب» اضافی و نسبی منظور نظر است.<sup>۱</sup> در واقع، حدیث مشهور نسبت به حدیث شاذ اطمینان آور است و شک و ریب و تزلزل را می زداید. حال که تقدیم خبر مشهور بر شاذ بر این مناط شد، می توان گفت که هر عاملی که سبب شود حدیثی نسبت به معارضش، «لا ریب فیه» باشد، موجب رجحان است و اختصاصی به شهرت روایی ندارد؛ بلکه علت مزبور که

۱. یعنی روایات مشهور در مقایسه با روایت شاذ، ریبی در آن نیست و لو خودش فی نفسه، هزار و یک ایراد داشته باشد (سنداً ظنی باشد یا به لحاظ دلالتی ظنی باشد و ...).



منصوص هم می‌باشد، موجب تعمیم است. بنابراین شهرت عملی هم می‌تواند مرجح حدیثی بر حدیث دیگر باشد.

ج. در فرازی از مقبوله می‌فرماید که روایت مخالف عامه را مورد عمل قرار بده و موافق آنها را رد کن. سپس این‌گونه تعلیل می‌کند که «فان الرشد فی خلافهم». پر واضح است که عبارت قضیه «الرشد فی خلافهم» یک قضیه دائمی نیست؛ چرا که دائماً و در همه موضوعات، رشد و حق در جانب مخالف عامه نیست؛ بلکه گاهی هم حق در جانب موافق عامه است.<sup>۱</sup> بنابراین این مطلب یک قضیه غالبی است نه دائمی؛ یعنی غالباً حق بر خلاف آنهاست و غلبه موجب ظن است و بر طبق این مناط، خبر مخالف عامه رجحان دارد و علت موجب تعمیم است (همان، ص ۲۹۴)؛ یعنی در هر متعارضینی که اماره مذکور بود و غلبه ظن بر حقانیت یک طرف بود، همان رجحان پیدا می‌کند و در بند مرجحات منصوص نیستیم.

#### ۱.۳.۱.۲. اجماع

برخی اصولیون مانند علامه حلی در نه‌نامه (بی‌تا، ج ۵، ص ۳۳۳) و سید در مفاتیح‌الاصول (۱۲۹۶، ص ۷۱۴)، در خصوص لزوم تعدی به مرجحات غیرمنصوص، ادعای اجماع نموده‌اند و به مخالفت عده کمی از اخباریون توجهی ننموده‌اند (طباطبایی یزدی، بی‌تا، ص ۴۴۰). اجماع (قطع نظر از مخالفت اخباریون)، در صورتی که متقدمین و متأخرین به مرجحات به‌طور مطلق عمل کرده باشند، غیرقابل انکار است، اما حق این است که نمی‌توان به جرئت در چنین مسئله‌ای ادعای اجماع نمود؛ چرا که از روش متقدمین، جز در برخی موارد اندک، اطلاعی در دسترس نیست (موسوی زنجانی، ۱۳۰۸ق، ص ۸۳). لذا اجماع در این مقام جایگاهی ندارد.

#### ۱.۳.۱.۳. عقل

بر اساس عقل، اگر اخذ به راجح واجب نباشد، سه صورت قابل تصور است: یا عمل به

۱. فقه عامه تماماً باطل و ناحق نیست؛ بلکه خیلی جاها خلاف واقع است.

مرجوح واجب خواهد بود یا نمی‌دانیم کدام را اخذ کنیم و یا باید دلیل متقدم بین متعارضین را انتخاب کنیم. از آنجا که این سه صورت باطل‌اند،<sup>۱</sup> نوع چهارم، یعنی وجوب اخذ به مرجح صحیح است (موسوی زنجانی، ۱۳۰۸ق، ص ۸۴). بنابراین حتی اگر مرجح، منصوص نباشد، اخذ به آن بنا به حکم عقل، ضروری خواهد بود.

#### ۱.۳.۱.۴. بنای عقلا

بنای عقلا بر عمل به هر مزیتی است که به نزدیک شدن به واقع منجر گردد (مظفر، ۱۳۷۰، ج ۳، ص ۲۶۳). پس طبق بنای عقلا نیز، مرجح غیرمنصوص اگر موجبات رسیدن یا نزدیک شدن به واقع را فراهم آورد، مورد تبعیت قرار می‌گیرد.

#### ۱.۳.۱.۵. استدلال به مبانی در باب متعارضین

اگرچه این قسم از استدلال به طور کلی بحث می‌کند، در نهایت، قول وجوب تعدی به مرجحات غیرمنصوص را تأیید می‌نماید. لذا کل این استدلال در این مقام قرار گرفت.

#### الف. مبانی تساقط در مقتضای قاعده اولیه<sup>۲</sup>

بر اساس اینکه مقتضای قاعده اولیه در متعارضین تساقط باشد (همان، ص ۲۶۱)، هیچ‌یک از دو خبر بر دیگری رجحان پیدا نکرده، هر دو کنار گذاشته می‌شوند؛ مگر آنکه دلیل خاصی بر مرجح بودن امری که در یکی از خبرین موجود است، دلالت نماید و سبب رجحان گردد. حال سؤال این است که آیا این دلیل و مرجح خارجی باید یک دلیل خاص مربوط به باب تعارض باشد یا اینکه همان ادله حجیت امارات کفایت می‌کند؟ (محمدی خراسانی، ۱۳۶۹، ج ۳، ص ۲۴۰).

اگر ادله حجیت امارات را کافی بدانیم، حکم می‌شود به اینکه اکتفا به مرجحات منصوص

۱. اولی باطل است؛ چرا که عقل استقلالی در قبح ترجیح مرجوح بر راجح ندارد و این نوع ترجیح به دلیل خاص نیاز دارد. صورت دوم باطل است؛ چرا که بعد از ثبوت تکلیف در خصوص عمل به یکی از دو دلیل، اخذ چنین نظری مخالفت قطعی است. همچنین دلیل بیان‌شده در صورت سوم، به موارد دیگری اختصاص دارد که قابل تعمیم به اینجا نیست و برای عقل، هیچ مسرحتی در این خصوص وجود ندارد (موسوی زنجانی، ۱۳۰۸ق، ص ۸۴).

۲. قول به تساقط در صورتی است که متعارضین از تمام جهات، متکافئین باشند. اما اگر یکی از آنها از جهتی از جهات، دارای رجحانی است که اقرب به واقع باشد، همان دلیل مقدم می‌شود (محمدی خراسانی، ۱۳۶۹، ج ۳، ص ۳۴۲).

لازم نیست، بلکه اخذ کردن هر امری که سبب اقریبیت حدیث به واقع می‌شود، جایز است (مظفر، ۱۳۷۰، ج ۳، ص ۲۶۱). سرّ مطلب این است که مهم‌ترین دلیل در باب حجیت امارات، بنای قطعیه عقلائییه است و عقلای عالم میان مرجحات منصوص و غیرمنصوص، تفاوتی قائل نیستند و در مقام عمل، اگر یکی از متعارضین رجحان داشت، راجح را اخذ نموده، سراغ مرجوح نمی‌روند. از سوی شارع نیز، ردعی نسبت به بنای عقلای مذکور وجود ندارد. پس مورد قبول شارع مقدس است و نیازی به هیچ دلیل خاص دیگری نیست (محمدی خراسانی، ۱۳۶۹، ج ۳، ص ۳۴۰ و ۳۴۱).

اگر ادله حجیت امارات را کافی ندانیم، نیازمند دلیل خاص خواهیم بود که به دو صورت زیر است:

۱. اگر از ادله خاص ترجیح، عمومیت استنباط شود، به این معنا که این ادله خصوصیتی ندارند، بلکه امام(ع) این موارد را از باب مثال ذکر فرموده‌اند و معیار کلی همان اقریبیت الی الواقع است؛ در این صورت نیز، باز اجازه تعدی به مرجحات غیرمنصوص وجود دارد (همان، ص ۳۴۱). مرحوم شیخ انصاری (۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۷۸۱) همین مطلب را از روایات علاجیه استنباط کرده است.

۲. اگر از روایات علاجیه، خصوص موارد مذکور در آنها، یعنی اوثق بودن یا اصدق بودن، استنباط شود، همچنان‌که نظر مرحوم آخوند خراسانی (۱۴۲۵ق، ص ۴۴۵) بر آن تعلق گرفته است، تعدی از مرجحات منصوص مجاز نخواهد بود<sup>۱</sup> (محمدی خراسانی، ۱۳۶۹، ج ۵، ص ۲۹۴).

بنابراین با اینکه در این بخش، یک مورد تعدی به مرجحات غیرمنصوص مجاز دانسته

---

۱. ثقه و صادق بودن یا اوثق و اصدق بودن و مانند اینها نظر به واقع دارند و جنبه کاشفیت از واقع و جهت ارائه واقع در آنها هست، ولی چنین نیست که تمام مناط و علت تامه حجیت خبر ثقه و صادق همان ارائه و انکشاف و طریقت باشد تا کسی بگوید که پس قیاس هم این جهت را دارد و حجت است؛ یا تمام مناط مرجح بودن اصدقیت و اوثقیت همان جهت ائه و نشان دادن واقع باشد تا کسی بگوید که پس اضبط بودن هم این مناط را دارد و می‌تواند مرجح باشد؛ بلکه احتمال قوی می‌دهیم که خصوصیت داشته باشد؛ یعنی خبر ثقه یا صادق که طریق و کاشف است، حجت است.

نشد، باز هم کفه عمل به مرجحات غیرمنصوص، سنگین تر است.

### ب. مبنای تخییر در مقتضای قاعده اولیه

بر اساس این مبنا بدون نیاز به دلیل، تعدی به مرجحات غیرمنصوص واجب است؛ زیرا بنابر این مبنا، دوران امر بین تخییر و ترجیح می شود که در دوران امر میان این دو، هر دلیلی که احتمال تعیین در آن داده می شود، مقدم می گردد؛ چرا که اگر با این تقدم، راجح اخذ شود و مطابق با واقع درآید، منجز است و اگر مخالف واقع باشد، معذر خواهد بود. اما اگر طبق مرجوح عمل شود و مطابق واقع نباشد، معذر نخواهد بود؛ زیرا با وجود دلیل راجح، معلوم نیست که دلیل مرجوح معذر باشد. بنابراین عمل به مرجوح جایز نیست (همان، ج ۳، ص ۳۴۱).

### ج. مبنای تخییر در مقتضای قاعده ثانویه (مشهور)

چنانچه مقتضای قاعده ثانویه تخییر باشد، باید به روایات رجوع نمود.

۱. اگر از روایات، تخییر مطلق<sup>۱</sup> استنباط شود، هیچ مرجحی اعتبار نخواهد داشت، چه منصوص چه غیرمنصوص. این قسم، مختار مرحوم آخوند خراسانی است (همانجا؛ خراسانی، ۱۴۲۵ق، ص ۵۱۰).

۲. اگر از روایات تخییر، قول به تخییر فقط در صورت تعارض متکافئین استفاده شود، باید از خود روایات باب مرجحات استفاده کرد که آیا مقتضای روایات، مرجحیت هر امری است که موجب اقریبیت به واقع است (انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۷۸۰) یا مقتضای روایات اکتفا بر مرجحات منصوص است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۸-۹). پس تعدی از مرجحات منصوص جایز نیست (محمدی خراسانی، ۱۳۶۹، ج ۳، ص ۳۴۱-۳۴۲).

### د. مبنای توقف در مقتضای قاعده ثانویه (مرحوم مظفر)

چنانچه مبنا در مقتضای قاعده ثانویه توقف باشد، نتیجه آن با مبنایی که مقتضای قاعده اولیه را تساقط می داند، یکی می شود (محمدی خراسانی، ۱۳۶۹، ج ۳، ص ۳۴۱)؛ یعنی جواز تعدی به مرجحات غیرمنصوص.

۱. چه مرجحی باشد چه مرجحی نباشد.

## ۲. کاربرد مرجحات غیرمنصوص در فقه و حقوق

همچنان‌که در کتب اصولی، ذیل عنوان تعادل و ترجیح، بحث مرجحات منصوصه و غیرمنصوصه مطرح می‌شود، در کتب فقهی، ذیل مباحث مختلفی سخن از مرجحات منصوصه و غیرمنصوصه به میان می‌آید؛ اما نه برای ترجیح یک خبر بر خبر دیگر؛ بلکه برای ترجیح یک موضوع بر موضوع دیگر در جایی که تشخیص یا پاسخ به مسئله‌ای که به‌طور منصوص در روایات مطرح نشده است. با توجه به اینکه در مسائل فقهی نیز، ما به دنبال کشف حکم واقعی هستیم، به نظر می‌رسد که در این زمینه نیز، بعضی فقها معتقد به ترجیح مرجحات غیرمنصوصه هستند و در برخی مواقع از باب اقرب‌الی‌الواقع بودن مرجح به آن استناد نموده‌اند. نکته دیگری که در رابطه با این مطلب به نظر می‌رسد، این است که شاید بتوان کلام مشهور علمای اصول در باب تعادل و ترجیح مبنی بر تعدی به مرجحات غیرمنصوص به‌طور مطلق (عدم فصل میان صفات راوی و غیرصفات) را تأییدی بر استدلال به این مرجحات در مباحث فقهی دانست.

با توجه به سبقه کاملاً اصولی و فقهی این موضوع، می‌توان گفت که کتب حقوقی سخن ویژه‌ای برای طرح در این زمینه ندارند. لذا فقط باید دید که رویکرد نظام حقوقی ایران به این مطلب چگونه است. با نظر به اینکه بحث حقوقی در این زمینه، منتهی به مباحث فقهی می‌گردد و مباحث فقهی فصل‌الخطاب خواهند بود، در ذیل، ابتدا به بحث حقوقی پرداخته خواهد شد.

### ۲.۱. کاربرد مرجحات غیرمنصوص در حقوق خانواده

در ابتدای امر باید متذکر شد که معنای مرجحات غیرمنصوص در حقوق با فقه متفاوت است؛ به این معنا که در حقوق، مرجح غیرمنصوص به مواردی اطلاق می‌شود که در قانون مطرح نشده است، در حالی که مرجح غیرمنصوص در فقه، به اموری اطلاق می‌گردد که در منابع فقهی، یعنی کتاب و سنت، صریحاً مطرح نشده باشد.

با تأملی بر مطالب حقوق خانواده، شاید بتوان چنین ادعا نمود که بحث کاربرد مرجحات

غیرمنصوص در حقوق باید در دو بخش، مورد مذاقه قرار بگیرد: یکی مسائل ماهوی و دیگری مسائل شکلی که در ذیل آمده است.

### ۲.۱.۱. کاربرد مرجحات غیرمنصوص در مسائل ماهوی حقوق خانواده

بخشی از مطالبی که در زمینه مرجحات غیرمنصوص در حقوق می‌تواند مورد توجه قرار گیرد، مسائلی است که در فقه امامیه مطرح شده و طبق مرجحات غیرمنصوص به آن پاسخ گفته شده است و این موضوعات در قوانین موضوعه ما مطرح نشده‌اند، اما موارد مذکور مسائلی هستند که مورد ابتلا قرار می‌گیرند و باید به آنها پاسخ داده شود که با نظر به سکوت قوانین و طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی که مقرر می‌دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین بیابد و اگر نیابد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت، نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد»، همان منابع اسلامی و فتاوی معتبر مجرا خواهد بود.

موارد مذکور در رابطه با مذهب جعفری اثنی‌عشری قابل اجرا خواهد بود. نظام حقوقی ایران در زمینه احوال شخصیه، حقوق ویژه‌ای را برای سایر مذاهب غیرشیعی و حتی ادیان دیگر در نظر گرفته است. طبق اصل ۱۲ قانون اساسی، احوال شخصیه (و دعاوی مربوط به آنها) در سایر مذاهب اسلامی، اعم از حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدی، به رسمیت شناخته و بر اساس آن، در دادگاه‌ها حکم داده می‌شود.<sup>۱</sup>

با نظر به اینکه طبق اصل ۱۳ قانون اساسی، ادیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی تنها اقلیت‌های دینی‌ای هستند که به رسمیت شناخته می‌شوند و در موضوعات خانواده و احوال شخصیه بر

۱. اصل ۱۲: «دین رسمی ایران، اسلام و مذهب جعفری اثنی‌عشری است و این اصل الی‌الابد غیرقابل تغییر است و مذاهب دیگر اسلامی، اعم از حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدی، دارای احترام کامل می‌باشند و پیروان این مذاهب در انجام مراسم مذهبی، طبق فقه خودشان آزادند و در تعلیم و تربیت دینی و احوال شخصیه (ازدواج، طلاق، ارث و وصیت) و دعاوی مربوط به آن در دادگاه‌ها رسمیت دارند و در هر منطقه‌ای که پیروان هر یک از این مذاهب اکثریت داشته باشند، مقررات محلی در حدود اختیارات شوراها بر طبق آن مذهب خواهد بود، با حفظ حقوق پیروان سایر مذاهب».

طبق آیین خود عمل می‌کنند<sup>۱</sup> و همچنین بنابر اصل ۱۴ قانون اساسی که مقرر می‌دارد: «دولت جمهوری اسلامی موظف است که نسبت به غیرمسلمانان، به قسط و عدل اسلامی عمل نماید و حقوق انسانی آنان را رعایت نماید»،<sup>۲</sup> به نظر می‌رسد که احوال شخصیه غیرصاحبان ادیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی در ایران، همان احوال شخصیه حاکم بر کشور است و تفاوتی میان آنان و سایر مسلمانان شیعه نخواهد بود. بنابراین همان فتاوی فقهای امامیه در رابطه با آنان مجرا خواهد بود. لذا کاربرد مرجحات غیرمنصوص با استناد به اصل ۱۴ قانون اساسی مبتنی بر این است که در خصوص احوال شخصیه ایرانیان پیرو ادیان و مذاهب غیررسمی، مطابق دین و مذهب خودشان در محاکم عمل شود.

نکته دیگری که در رابطه با مرجحات غیرمنصوص شاید بتوان در حقوق به آن متذکر شد، این است که بحث مرجحات غیرمنصوص در اصول و فقه را به مباحث حقوقی تسری دهیم؛ به این ترتیب که در مواردی که نص قانون یا رویه وجود ندارد، اما مرجحاتی وجود دارد که اطمینان به اقرب به واقع بودن را تأمین می‌کنند، آن مرجحات لحاظ شوند.

#### ۲.۱.۲. کاربرد مرجحات غیرمنصوص در مسائل شکلی حقوق خانواده

به نظر می‌رسد با توجه به مسائل خانواده، خصوصاً در رابطه با آیین دادرسی و ادله اثبات دعوا، در حوزه مسائلی که در چارچوب خانواده اتفاق می‌افتد و اموری مثل شهادت شهود، نمی‌تواند کارگشا باشد، شاید بتوان از مرجحات غیرمنصوصه‌ای که اقرب به واقع بودن را واضح می‌نمایند، استفاده کرد و بعضی از خلأهای قانون‌گذاری را پر نمود. گفتنی است که نباید باب مرجحات غیرمنصوص را آن‌قدر باز گذاشت که موجبات اعمال

۱. اصل ۱۳: «ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی تنها اقلیتهای دینی شناخته می‌شوند که در حدود قانون، در انجام مراسم

دینی خود آزادند و در احوال شخصیه و تعلیمات دینی بر طبق آیین خود عمل می‌کنند».

۲. اصل ۱۴: «به حکم آیه شریفه "لاینهاکم الله عن الدین لم یقاتلکم فی الدین و لم یخرجکم من دیارکم ان تبرهّم و تقسطوا الیهم ان الله یحب المقسطین"، دولت جمهوری اسلامی ایران و مسلمانان موظف‌اند نسبت به افراد غیرمسلمان با اخلاق حسنه و قسط و عدل اسلامی عمل نمایند و حقوق انسانی آنان را رعایت کنند. این اصل در حق کسانی اعتبار دارد که بر ضد اسلام و جمهوری اسلامی ایران توطئه و اقدام نکنند».

نظر شخصی قضات یا عدم رعایت قوانین و حقوق افراد را فراهم آورد. به عنوان نمونه، نباید همانند برخی اصولیون که به مرجحات غیرمنصوص به نحو مطلق نظر دارند، معتقد شد؛ بلکه ملاک اقرب‌الی‌الواقع بودن را باید مدنظر قرار داد و اصول و چارچوب ویژه‌ای نیز برای آن تدارک نمود؛ چرا که قوانین بر پایه ضابطه‌مند بودن مستقر هستند و باز گذاشتن حوزه مرجحات غیرمنصوصه تا جایی که غیراقرب‌الی‌الواقع را نیز در بر بگیرد، هرج و مرج‌آفرین خواهد بود.

## ۲.۲. کاربرد مرجحات غیرمنصوص در فقه خانواده

این بحث یک بحث فرضی و بنایی است؛ به این معنا که در صورتی که به ترجیح به مرجحات غیرمنصوص در فقه قائل گردیم، این مباحث نیز صحیح خواهد بود و الا فلا. در کتب فقهی، علاوه بر کاربرد اصلی مرجحات غیرمنصوص در ترجیح اخبار (و حکم بر اساس خبر مرجح)، در برخی از مسائل فقه خانواده نیز، به مرجحات غیرمنصوص به عنوان تعیین‌کننده حکم، استدلال شده است که به شرح ذیل است.

### ۲.۲.۱. ارث خنثی

در روایات برای تعیین ارث خنثی از این باب که ارث زن به او تعلق می‌گیرد یا ارث مرد، اماراتی بیان شده است. در برخی کتب فقهی، به این مطلب اذعان شده است که چنانچه بتوان از طریق امارات غیرمنصوص نیز غلبه زن بودن یا مرد بودن فرد خنثی را به دست آورد، طبق آن عمل خواهد شد. در صورتی که از طریق این امارات نیز، امکان تشخیص نبود، بر اساس قرعه یا اینکه به میزان نصف سهم مرد و نصف سهم زن به شخص خنثی ارث تعلق می‌گیرد (نجفی، ۱۳۱۸، ج ۳۹، ص ۲۲۰؛ الجبعی العاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۸، ص ۱۹۴؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص ۴۸۱). البته در این میان، فقهای همچون مرحوم خوانساری (۱۴۰۵ق، ج ۵، ص ۳۷۸) و مرحوم خوئی (۱۴۱۸ق، ج ۷، ص ۳۱۷) ترجیح به علایم مرجح غیرمنصوص را بلاوجه می‌دانند.

مطلب دیگری که در این مقام می‌توان بیان نمود، این است که برخی از علما در مباحث



اصولی، ترجیح به مرجحات غیرمنصوص را نپذیرفتند، اما در کتب فقهی خود برای تشخیص وضعیت ارث خنتی، به مرجحات غیرمنصوص و «العلائم الموجبه للاطمئنان» استناد نموده‌اند (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۹۹-۴۰۰).

### ۲.۲.۲. شیاع و استفاضه<sup>۱</sup> در اثبات زوجیت

یکی از ادله اثبات دعوی در فقه، شیاع یا استفاضه است که در خصوص اثبات امور یا دعاوی ویژه‌ای کاربرد دارد. محقق حلی در شرایع (۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۳۴) همراه با مشهور فقهای شیعه، ولایت قاضی، نسب، مالکیت مطلق، موت، نکاح، وقف و عتق را از مواردی دانسته است که با استفاضه به اثبات می‌رسند (جبعی عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۳۵). در شیاع باید کثرت قائلین به حدی باشد که گمان خلاف نرود؛ یعنی همان‌طور که شیخ محمدحسن نجفی (۱۳۱۸، ص ۲۲۰) فرموده است: «الاستفاضه التي تسمى بالشیاع الذی يحصل غالباً منه سکون النفس و اطمئنانها بمضمونه خصوصاً قبل حصول مقتضی الشک هی السیره المشتهره الجاریه»، باید شیاع مفید اطمینان نفس به مضمون خبر باشد؛ به‌خصوص قبل از اینکه مقتضی شک پیش بیاید، این سیره مشهور و جاری است.

ثبت در دفترخانه و تنظیم سند رسمی یا حتی عادی و همچنین شهادت شهود از شرایط ماهوی صحت ازدواج به شمار نمی‌روند. لذا برای اثبات رابطه زوجیت می‌توان به شیاع یا استفاضه استناد نمود. لازم به ذکر است که در شیاع، مخبرین بر اصل رابطه زوجیت شهادت نمی‌دهند؛ زیرا اگر ایشان شاهد اصل وقوع رابطه زوجیت باشند، با دو شاهد نیز می‌توان رابطه زوجیت را به اثبات رساند. در شیاع، قائلین به وقوع رابطه زوجیت اطمینان پیدا کرده‌اند، ولی مستند علم آنها «علم حسی» که از مشاهده یا استماع وقوع عقد به دست آمده باشد،

۱. کسانی که در حجیت استفاضه علم را شرط نمی‌دانند، پاره‌ای موارد را که با استفاضه ثابت می‌شود، ذکر کرده‌اند؛ لیکن در شمار آن اختلاف نظر دارند. برخی آن را در سه چیز: نسب، مرگ و ملک مطلق منحصر کرده و برخی دیگر تا ۲۲ مورد برشمرده‌اند؛ از جمله: رضاع، نکاح، وقف، اسلام، کفر، دین، اعسار، ولایت، عزل و تضرر زوجه. ولی اگر در استفاضه علم را شرط بدانیم، حجیت آن به موارد یادشده منحصر نخواهد بود؛ بلکه در هر موردی که علم حاصل شود، حجیت است.

نیست؛ بلکه ایشان از وجود برخی آثار زوجیت، به وقوع این رابطه پی برده‌اند. استفاضه نیز به معنای شیاع است. در علم حدیث و درایه، استفاضه به کار می‌رود که ناظر به یک وضعیت وسط بین خبر واحد و خبر متواتر می‌باشد که موجب می‌شود نه روایت ارزشی در حد خبر واحد داشته باشد و نه در حد خبر متواتر معتبر دانسته شود. بنابراین اگر عده‌ای از ثقات و عدول مؤمنین بدون حضور در مجلس عقد و شهادت به وقوع آن، علم خارجی پیدا کرده باشند که عقد واقع شده است، در اینجا نیز می‌توان به وقوع رابطه زوجیت مطمئن شد. به هر حال، شیاع نیز که در آن، تعدادی از عدول خبر می‌دهند ولی متعلق خبر به حد یقین و تواتر نرسیده است، می‌تواند یکی از ادله اثبات رابطه زوجیت به شمار رود.

### ۲.۲.۳. مرجح بودن اصل در ادله متعارض

یکی از مباحثی که شاید بتوان آن را ذیل مرجحات غیرمنصوص قرار داد، مرجح بودن اصل است.<sup>۱</sup> مراد از ادله متعارض، بینه‌های اثبات دعوی متعارض است؛ به‌عنوان مثال، در یک اختلاف، مردی ادعای زوجیت زنی را دارد و آن زن انکار می‌کند. اما زن دیگری که همسری هر دو نسبت به آن مرد شرعاً صحیح نیست، ادعای زوجیت آن مرد را دارد؛ به‌عنوان مثال، زن‌ها خواهر یکدیگر یا مادر و دخترند یا آن مرد سه زن دیگر دارد که اگر زوجیت این دو زن هم با او صحیح باشد، مجموعاً پنج زن خواهد شد که شرعاً صحیح نیست. در این میان، دو بینه متعارض حاضر شده‌اند. اگر نظر بر مرجح بودن اصل عملی باشد، بینه سابق با توجه به استصحاب بر بینه لاحق ترجیح می‌یابد (ر.ک. شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۰، ص ۳۶۹-۳۷۰).

### یافته‌های پژوهش

۱. در تعارض دو دلیل یا دو روایت، هرچند در خصوص تعدی از مرجحات منصوص به مرجحات غیرمنصوص، نظریات متفاوتی بین علمای اصول وجود دارد، از آنجایی که ملاک در عمل به اخبار رسیدن به واقع است، لذا هر امری که مستلزم وجود مزیتی در

۱. مراد از غیرمنصوص دانستن اصل در این مقام، غیرمنصوص بودن ذیل موضوع ما نحن فیه است.

روایتی باشد که اقریب‌الی‌الواقع را به دنبال داشته باشد (هرچند که آن مزیت، منصوص هم نباشد)، می‌تواند مرجح محسوب شود. لذا تعدی از مرجحات منصوص به غیرمنصوص از این جهت مورد پذیرش (مشهور) است.

۲. تفاوت مرجحات غیرمنصوص در فقه با حقوق این است که مرجحات غیرمنصوص در فقه، به اموری اطلاق می‌گردد که در منابع فقهی (کتاب و سنت) مطرح نشده است، ولی مرجحات غیرمنصوص در حقوق، مشتمل بر مواردی است که در قانون مورد تصریح مقنن قرار نگرفته‌اند.

۳. یکی از مصادیق مرجحات غیرمنصوص که در فقه خانواده می‌توان به آن اشاره نمود، بحث ارث خنثی است که در آن می‌توان از طریق امارات غیرمنصوص، خصوصیات غلبه مذکر یا مونث بودن شخص را استخراج و سپس طبق آن، سهم‌الارث مرد یا زن را برای وی معین کرد. همچنین در بحث اثبات رابطه زوجیت، می‌توان به شیاع به‌عنوان یک مرجح غیرمنصوص استناد جست. در ادله اثبات دعوایی که متعارض هستند نیز، امکان رجوع به اصل، ذیل مرجح غیرمنصوص قابل تعریف است.

#### منابع

- اراکی، محمدعلی (۱۳۷۵). *أصول الفقه*، جلد ۲. قم: بی‌نا، چاپ اول.
- استرآبادی، محمدامین (۱۴۲۶ق). *فوائد المدنیة*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه للجماعه المدرسین.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۶ق). *فوائد الاصول*. قم: بی‌نا. چاپ پنجم.
- جبعی‌العاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین (۱۴۱۰ق). *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة*. قم: کتابفروشی داوری، چاپ اول.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۳ق). *الفوائد الطوسیة*. قم: چاپخانه علمیه، چاپ اول.
- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (بی‌نا). *نهایه الوصول الی علم الاصول*. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- حلّی (محقق)، ابوالقاسم نجم‌الدین (۱۴۰۸ق). *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. تهران: انتشارات استقلال.
- خراسانی (آخوند خراسانی)، محمدکاظم (۱۴۲۵ق). *کفایه الاصول*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ نهم.

- خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵ق). *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، جلد ۵. قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
- شبیری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ق). *کتاب نکاح*. قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، چاپ اول.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (بی تا). *التعارض*. قم: محلاتی.
- عراقی، عبدالنبی نجفی (۱۳۸۰). *المعالم الزلفی فی شرح العروة الوثقی*. قم: المطبعة العلمیه. چاپ اول.
- غروی اصفهانی (محقق اصفهانی)، محمدحسین (۱۴۰۴ق). *بحوث فی الاصول*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ق). *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - الطلاق، الموارث*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، چاپ اول.
- کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). *الکافی*. تهران: دار الکتب الإسلامیه، چاپ چهارم.
- مجاهد، سیدمحمد (۱۲۹۶ق). *مفاتیح الاصول*، قم، موسسه آل البيت لاحیاء التراث، چاپ اول.
- محمدی خراسانی، علی (۱۳۶۹). *شرح اصول فقه*، جلد ۳. بی جا: مرکز نشر فرهنگ رجاء، چاپ اول.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۱). *شرح کفایه الاصول*، جلد ۳. قم: الامام الحسن ابن علی، چاپ سوم.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۷۰). *اصول الفقه*، جلد ۳. قم: انتشارات اسلامی، چاپ پنجم.
- موسوی خمینی، روح الله (بی تا). *تحریر الوسیله*، جلد ۲. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، چاپ اول.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۷۵). *التعادل و الترجیح*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ اول.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق). *موسوعه الإمام الخوئی*. قم: مؤسسه احیای آثار امام خویی، چاپ اول.
- موسوی زنجانی، محمد بن ابوالقاسم (۱۳۰۸ق). *ایضاح السبل فی الترجیح و التعادل*. تهران: بی نا، چاپ اول.
- نجفی (صاحب الجواهر)، محمدحسن (۱۳۱۸). *نجاه العباد*. بی جا: بی نا، چاپ اول.
- نایینی، محمدحسین (۱۴۲۱ق). *فوائد الاصول*. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- یزدی، محمدکاظم (۱۴۲۶ق). *التعارض*. قم: بی نا، چاپ اول.

## تبیین و بازخوانی اقوال و ادله فقهای اهل سنت در حکم جراحی ترمیم پرده بکارت

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۰۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۳/۰۶

سیده عاطفه ابراهیمی<sup>۱</sup>

سهیلا رستمی\*<sup>۲</sup>

فرزاد پارسا<sup>۳</sup>

DOI: 10.30497/FLJ.2023.244308.1897



### چکیده

هایمنوپلاستی نوعی عمل جراحی برای بازسازی پرده بکارت غیرموجود یا زایل شده در اثر عوامل مختلف است و هدف از آن بازگرداندن توانایی خونریزی هایمن در اولین نزدیکی (شب زفاف) و ایجاد وضعیتی است که منجر به خونریزی در اولین آمیزش جنسی شود. فقهای معاصر اهل سنت درباره این عمل، سه دیدگاه: حرام مطلق، جواز مطلق و قول به تفصیل را بیان نموده‌اند. در این پژوهش که به روش توصیفی-تحلیلی انجام شده است، پس از استقرا و بررسی دلایل هر سه گروه، با توجه به قابل پذیرش و ملموس تر بودن ادله قائلان به ترمیم، در نظر گرفتن اقتضائات زمان، روند روبه رشد عمل ترمیم در میان جوامع مسلمان و غیرمسلمان، مصالح موجود در انجام عمل ترمیم پرده بکارت، جلوگیری از خشونت و ترتب ظلم و آزارهای اجتماعی و عدم تحقق عدالت در حق دخترانی که به هر سببی پرده بکارتشان آسیب دیده و نیز با توجه به این مسئله که اهمیت جنسیتی پرده بکارت برگرفته از عرف و باورهای اجتماعی می باشد و هیچ گونه هماهنگی و سنخیتی با باورهای اسلامی و فقهی ندارد، می توان گفت که عمل ترمیم بکارت به دلیل جلب منفعت و ایجاد مصلحت و ترسیم فضایی آرام و بدون ترس طرد شدن از خانواده و اجتماع و ترک ازدواج برای ابد، البته به شرط آنکه ترمیم جهت ستر زنا یا تدلیس در نکاح نباشد، راجح است.

### کلیدواژه‌ها

پرده بکارت، جراحی، ترمیم، فقه اهل سنت.

۱. دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه شافعی دانشگاه کردستان، سنندج، ایران.

atefebrahimi6973@gmail.com

s.rostami@uok.ac.ir

۲. نویسنده مسئول) دانشیار گروه فقه شافعی دانشگاه کردستان، سنندج، ایران.

f.parsa@uok.ac.ir

۳. دانشیار گروه فقه شافعی دانشگاه کردستان، سنندج، ایران.

## مقدمه

از انواع جراحی‌هایی که امروزه انجام می‌شود و محل بحث و مناقشه بسیاری از علما قرار گرفته، جراحی هایمنوپلاستی یا عمل ترمیم پرده بکارت با استفاده از تکنیک‌های پزشکی و فناوری روز است. هایمنوپلاستی نوعی عمل جراحی برای بازسازی پرده بکارت است و هدف از آن بازگرداندن توانایی خونریزی هایمن در اولین نزدیکی (شب زفاف) و ایجاد وضعیتی است که منجر به خونریزی در اولین آمیزش جنسی شود (بسامی، ۱۳۸۹، ص ۱۳۵؛ رباط‌جزی و همکاران، ۱۳۹۶، ص ۱۰۴؛ نظری توکلی و جوانمرد فرخانی، ۱۳۹۴، ص ۲۰۲؛ گلزار، ۱۳۹۸، ص ۱۵۸؛ شریفی راد و زرگوش‌نسب، ۱۳۹۱).

دختران باکره معمولاً در اولین رابطه زناشویی خود در ازدواج، دچار خونریزی ناشی از پارگی پرده بکارت می‌شوند. همین امر سبب شده است تا این خونریزی در بسیاری از جوامع، نشانه باکرگی و عدم سابقه رابطه جنسی و نشان پاکدامنی محسوب شود؛ اما گاهی از اوقات برخی از دختران ممکن است در اثر بیماری یا عمل جراحی یا انجام حرکات سنگین ورزشی و حتی فقدان مادرزادی پرده بکارت و ...، این نشان باکرگی را نداشته باشند و همین امر سبب طرد ایشان از جامعه و حتی مانعی برای ازدواجشان گردد. سؤال اصلی مقاله حاضر آن است که آیا چنین افرادی جواز انجام عمل ترمیم پرده بکارت خویش را دارند و اینکه انجام این عمل تا چه حد ضروری و مورد نیاز است و تلاش برای بکرنمایی و پاکدامن نشان دادن دختر مرمّم تا چه حد مورد قبول شارع است. پاسخ به سؤالات فوق و پرسش‌هایی نظیر آن از دیدگاه فقهای اهل سنت سبب تدوین این مقاله می‌باشد.

در سال‌های اخیر که عمل هایمنوپلاستی به دلایل فراوانی از جمله افزایش روابط جنسی قبل از ازدواج (رفیعی هنر و بیات، ۱۳۷۹) و در نتیجه، ازاله بکارت به صورت نامشروع، رواج گسترده‌ای پیدا کرده است. این عمل بیشتر برای اهداف غیرمربوط به پزشکی همچون جلوگیری از بروز خشونت علیه زنان به دلیل رفتارهای غیرمجاز و ترس از عواقب ناشی از عدم باکرگی صورت می‌گیرد؛ چرا که باکره نبودن یا حتی عدم خونریزی به دلایل طبیعی (مانند نوع پرده و

... در شب زفاف، در این جوامع با عوارضی مانند شرم، طرد شدن از خانواده و جامعه، طلاق و حتی مرگ برای حفظ آبروی خانواده همراه است. این مسئله در حالی است که بحث از باکرگی و خونریزی پرده بکارت در شب زفاف، از موضوعاتی است که علت آن وجود عرف و رسوم و باورهای اجتماعی‌ای است که در بسیاری از جوامع از دیرباز حاکم بوده و به فرهنگ، اندیشه و اعتقاداتی برمی‌گردد که بیشترین افراطها و تفریطها را در خود جای داده است و بستری را فراهم آورده که به موجب آن، از یک سو، باکره بودن دختران پیش از ازدواج یک ارزش محسوب گردد و از سوی دیگر، وجود پرده بکارت به‌عنوان نماد آن قرار داده شود و این در حالی است که این قضیه هیچ‌گونه سنخیتی با باورهای اصیل اسلامی و فقهی ندارد و معلول ناآگاهی، کج‌فهمی و درآمیختگی برخی از فرهنگ‌های بومی، منطقه‌ای و بیگانه با متن زلال و گوارای اندیشه، احکام و آموزه‌های دینی است که نتیجه ارزش‌گذاری به این مسئله، قتل دختران بی‌گناه یا اقدام به خودکشی در اثر افترا، تهمت و فشارهای روانی جامعه و ترک ازدواج برای همیشه است؛ اما از آنجا که فقه اسلامی فقهی پویا و کارآمد است، می‌طلبد که همواره پاسخگوی نیازهای جامعه و مسائل نوپیدا باشد؛ زیرا در سایه وجود فقهی پویا و کارآمد و با تکیه بر اصول و مبانی فقهی و کلامی است که در باب هر یک از مسائل مستحدث اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی و... می‌توان اظهارنظر کرد و راه‌حلی مبتنی و سازگار با تعالیم اسلامی و دینی ارائه کرد و اکنون که مسأله عمل ترمیم پرده بکارت به‌صورت یک مشکل مبتلا به جامعه درآمده، شایسته است پاسخی درخور درباره حکم شرعی انجام این عمل برای آن ارائه گردد. پس از بررسی‌های به‌عمل‌آمده، مشخص شد که در زمینه عنوان مورد پژوهش مقاله حاضر، تا کنون به‌صورت اختصاصی و در فقه مذاهب اهل سنت و به زبان فارسی، بررسی‌ای صورت نگرفته است؛ هرچند که پژوهش پیرامون این موضوع، خالی از سابقه نیست که در زیر بدان‌ها اشاره می‌شود.

۱- مقاله «بکرنامایی از منظر فقه پزشکی» نوشته سید عباس سادات حسینی (۱۳۸۸) مندرج

در فصلنامه فقه پزشکی.

۲- مقاله «مبانی فقهی جراحی بکارت» نوشته علی اصغر شریفی راد و عبدالجبار زرگوش نسب (۱۳۹۱) مندرج در مجله تحقیقات نظام سلامت.

۳- مقاله «بررسی احکام ترمیم بکارت و بررسی تکلیف پزشک معالج» نوشته عبدالجبار زرگوش نسب (۱۳۸۷) مندرج در فصلنامه فقه و مبانی حقوق.

محورهای عمده پژوهش‌های موجود، روش تحقیق و دستاوردهای آنها نشان می‌دهد که مباحث ترمیم پرده بکارت که در این پژوهش‌ها بررسی شده است، اولاً به همه دیدگاه‌ها و آرای فقها پرداخته نشده و ثانیاً دیدگاه‌ها و دلایل اهل سنت نیز به صورت کامل و جامع بیان نشده است و اکثر پژوهش‌هایی که در این حوزه وجود دارد، به بیان آرا و دیدگاه‌های فقهای امامیه پرداخته است. پژوهش پیش‌رو تلاش می‌کند به پشتوانه دیدگاه و آرای فقهای متقدم اهل سنت و بیان جامع دیدگاه عالمان معاصر، به مطالعه تحلیلی حکم شرعی عمل ترمیم پرده بکارت بپردازد و با بازخوانی دقیق‌تری از مبانی فقهی در این خصوص و بررسی شرایط و توجه به اقتضائات زمان، سد ذرایع، استحسان و نیز در نظر گرفتن مصالح و مفاسد این امر، رأی راجح را در این زمینه ارائه نماید.

پژوهش حاضر کیفی و به شیوه توصیفی-تحلیلی و بر پایه تحلیل محتواست. محتوای پژوهش با بررسی متون اصیل فقهی و حقوقی فقها و علمای متقدم و متأخر اهل سنت در خصوص عمل ترمیم پرده بکارت تدوین شده است که پس از دسته‌بندی مطالب و جمع‌بندی آرا و دیدگاه‌های متعدد، به ارزیابی، نقد، بررسی و توصیف دیدگاه‌های مختلف در این زمینه بر اساس نصوص فقهی و حقوقی و دلایل عقلی اقدام و در نهایت، دیدگاه راجح تبیین شده است.

روش گردآوری اطلاعات در این پژوهش کتابخانه‌ای و اسنادی و با به‌کارگیری ابزار فیش است. پس از مراجعه به کتابخانه و جستجو و تحقیق در منابع فقهی و پزشکی معتبر و پژوهش در زمینه پرسمان مورد بحث مقاله، یافته‌های مورد نظر در برگه‌های فیش گردآوری و پس از دسته‌بندی مطالب، به صورت نوشتار حاضر سامان داده شده است. بر این اساس، عناوین اصلی و کلیات بحث توصیف شده و درون مایه آنها در یک فرایند کیفی مورد تحلیل و ارزیابی قرار



گرفته است. استقرای آرای فقهی بیانگر آن است که در میان علمای معاصر اهل سنت، به صورت کلی، سه دیدگاه حرمت مطلق، جواز مطلق و قول به تفصیل درباره عمل ترمیم پرده بکارت بیان شده است. در پژوهش حاضر، برای بررسی و تبیین دقیق تر موضوع، ابتدا به بیان مفهوم‌شناسی واژه بکارت و ترمیم، سپس دیدگاه علمای اهل سنت درباره عمل ترمیم پرده بکارت و در پایان، رأی راجح در این باره، پرداخته خواهد شد.

### مفهوم‌شناسی مصطلحات

#### - مفهوم بکارت و باکرگی

بکارت واژه کلیدی و محوری در این پژوهش است که تبیین مفهوم آن جهت درک مسأله پژوهش و ترتب احکام بر آن بسیار ضروری است. لذا در اینجا معنای لغوی و اصطلاحی آن بیان خواهد شد.

#### الف. بکارت در لغت و معیارهای شناخت آن از دیدگاه لغت‌شناسان

واژه «بِکارة» از ریشه «بَکَر» در زبان عرب عبارت است از: ۱. آغاز و ابتدای یک چیز؛ ۲. قرار داشتن در آغاز یک فرآیند و جریان یک کار یا یک امر که هنوز رخ نداده یا واقع نشده است<sup>۱</sup> (ابن فارس، ۱۴۳۸ق، ص ۱۱۸؛ ابن منظور، بی تا، ج ۴، ص ۷۶؛ راغب اصفهانی، بی تا، ج ۱، ص ۵۷؛ معلوف، ۱۳۸۶، ص ۹۶ و ۹۷؛ تفتازانی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۱۵۸)؛ ۳. صادر شدن یک شیء از اصل خود به گونه‌ای که آن شیء نخستین چیزی از جنس خود باشد که صادر می‌شود، مانند صادر شدن فرزند از پدر و مادر برای اولین بار (حسن حسن جبل، ۲۰۱۰م، ج ۱، ص ۱۶۱ و ۱۶۲). البته این سه مفهوم متفاوت نیستند و دو مورد آخر در حقیقت همان معنای اول را افاده می‌کنند. لغت‌شناسان در کنار بیان معنای لغوی واژه «بَکَر» با استفاده از مفهوم واژه «ثیب» که ضد آن است، معیارهایی چون ازدواج، دخول، دخول و ازدوج هر دو با هم، وجود یا عدم وجود پرده بکارت یا عذرة و ازاله بکارت با دخول زوج را جهت تشخیص مفهوم بکر و بکارت از «ثیب» به کار برده‌اند (فیومی، بی تا، ج ۱، ص ۳۵۶ و ج ۲، ص ۴۵؛ مطرزی، ۱۹۷۹م،

۱. بر اساس این معنا، «البکر» برای خانمی به کار می‌رود که هرگز یا هنوز رابطه جنسی برقرار نکرده یا پرده بکارت او از بین نرفته باشد و در مقابل واژه «ثیب» قرار می‌گیرد (راغب اصفهانی، بی تا، ج ۱، ص ۵۸؛ ابن اثیر، ۱۳۹۹، ج ۱، ص ۲۳۱).

ج ۱، ص ۲۶؛ ابن درستویه، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۳۱۴.<sup>۱</sup>

### ب. بکارت و باکرگی در اصطلاح پزشکی

پرده بکارت در علم پزشکی یک چین غشایی نامنظم با ضخامت متغیر است که مدخل واژن را به طور نسبی می پوشاند و از کف پیشابراه تا حفره ناوی شکل امتداد می یابد و معمولاً در ۲/۵ الی ۴ سانتی متری دهانه مهبل واقع شده و ممکن است از نوع کامل (سوراخ نشده)، ناکامل یا غربالی شکل بوده یا اصلاً وجود نداشته باشد (برکوویتز و دونایف، ۱۳۸۵، ص ۹۳؛ گودرزی و کیانی، ۱۳۸۷، ص ۲۸۳) که معمولاً با ورود آلت تناسلی یا جسم خارجی آسیب می بیند. پرده بکارت بعد از سالها طبقه بندی به عنوان یک غشای سروزی آناتومیک<sup>۲</sup> نظیر پریکاردیوم<sup>۳</sup> و پریتونوم<sup>۴</sup> برای اولین بار توسط آندریاس واسیلیوس<sup>۵</sup> پدر آناتومی مدرن به عنوان بخشی از ساختار آناتومیک دستگاه تناسلی زنانه معرفی شده است (رباط جزئی و همکاران، ۱۳۹۶، ص ۷). درباره مفهوم باکرگی از منظر علمی و پزشکی دو احتمال بیان شده است که در زیر بیان می شوند.

الف. عده ای از پزشکان به دختری باکره می گویند که پرده بکارتش سالم باشد. بنابراین حتی اگر پرده وی به هر علتی، حتی علل طبیعی و بدون دخول آلت، مانند وارد شدن یک شیء در واژن به صورت تصادفی پاره شود، آن شخص دیگر باکره نخواهد بود. به عکس، اگر دختری مورد دخول جنسی مکرر قرار گرفته، اما هایمن او آسیب ندیده باشد، چنین شخصی باکره است (میرزاده اهری، ۱۳۹۵، ص ۸۱). بنابراین از نظر این دیدگاه، ملاک و معیار باکرگی در پزشکی، «سلامت پرده بکارت» است.

ب. در مقابل، دسته ای دیگر معتقدند که «باکره فردی است که تا کنون دخول جنسی نداشته

۱. جوهری، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۹۵ و ج ۲، ص ۷۳۸؛ ابن سیده، ۲۰۰۰م، ج ۱۰، ص ۲۰۳؛ زبیدی، بی تا، ج ۲، ص ۱۱۵ و ج ۱۲، ص ۵۵۱ و ۵۵۲؛ ابن فارس، ۱۴۳۸ق، ص ۱۱۸؛ فراهیدی، بی تا، ج ۵، ص ۳۶۴ و ج ۲، ص ۹۵ و ج ۸، ص ۲۴۹؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۲۴۸؛ راغب اصفهانی، بی تا، ج ۱، ص ۳۲۸؛ ابن اثیر، ۱۳۹۹، ج ۳، ص ۱۹۶؛ ثعالی، بی تا، ص ۱۸۶

2. Anatomical serous membrane
3. Pericardium
4. peritoneum
5. Andreas Vesalius

است». بر این اساس، باکرگی عبارت است از عدم ورود آلت تناسلی مردانه به واژن. مطابق این دیدگاه در بسیاری از موارد، از جمله مواردی که پرده بکارت از نوع قابل اتساع است، باکره بودن با سالم بودن پرده بکارت ارتباطی ندارد و حالت طبیعی در دهانه مهبل و دهلیز و مهبل باریک (تنگ با دیواره‌های چین‌دار) است که حاکی از علایم دوشیزگی می‌باشد (همان، ص ۸۲). مع الوصف، این دو احتمال مورد نقد بنیاد پزشکی پالوآلتو<sup>۱</sup> آمریکا قرار گرفته است و گفته شده که باکرگی تعریف مشخصی ندارد.

### ج. ترمیم پرده بکارت در قوانین ایران

هرچند به دلیل عدم ثبت رسمی، سابقه عمل جراحی ترمیم پرده بکارت در ایران مبنای تاریخی مشخصی ندارد، در سال‌های اخیر، جراحی هایمنوپلاستی رشد قابل توجهی داشته است (همان، ص ۱۵۶-۱۵۹) و از آنجا که مسأله ترمیم پرده بکارت تأثیری مستقیم در مهم‌ترین رابطه حقوقی میان انسان‌ها از منظر اسلام، یعنی ازدواج دارد، توجه به آن در قوانین حقوقی لازم و ضروری است. عمل ترمیم پرده بکارت از نظر مواد قانونی مطرح در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، در عناوین سه‌گانه موجبات فسخ نکاح، یعنی عیب، تدلیس و تخلف از شرط صفت، قابل بحث و بررسی است که در ادامه، به صورت مختصر خواهد آمد.

الف. عیب: ماده ۱۱۲۱ که مقرر می‌دارد: «جنون هریک از زوجین به شرط استقرار، اعم از اینکه مستمر یا ادواری باشد، برای طرف مقابل موجب حق فسخ است» و نیز ماده ۱۱۲۳ که مقرر می‌دارد: «عیوب ذیل در زن موجب حق فسخ برای مرد خواهد بود: قرن، جدام، برص، إفضاء، زمین‌گیری و نابینایی از هر دو چشم»، مشخص می‌نماید که نبود یا ناسالمی پرده بکارت یا ترمیمی بودن آن در زیرمجموعه عیوب موجب فسخ نکاح قرار نمی‌گیرد.

ب. تدلیس: فریب و تدلیس در نکاح از مباحث قابل توجه در حوزه حقوق خانواده می‌باشد؛ اما با وجود این، در قانون مدنی، ماده‌ای با عنوان «تدلیس در نکاح» ذکر نشده و قانون‌گذار در بند ۸ ماده ۳۹۶ ق.م. و نیز مواد ۴۳۸ الی ۴۴۰ ق.م.، به طرح خیار تدلیس و قواعد عمومی و

شرایط آن پرداخته است که شمول آن تدلیس در نکاح را نیز در بر می‌گیرد. شرایط مذکور برای تدلیس عبارت‌اند از: ۱. تدلیس موجب فریب طرف عقد شود؛ ۲. تدلیس‌کننده طرف عقد باشد؛ ۳. کار فریبنده نامتعارف باشد؛ ۴. عقد به نحو اشتراط یا ابتناء بر وصف مدنظر واقع شده باشد. بر اساس آنچه در مواد مذکور بیان شده است، هرگاه تمامی ارکان و شرایط پیش‌گفته درباره تدلیس محقق شود، آن عمل تدلیس قانونی خواهد بود؛ اما سؤال اینجاست که آیا عمل جراحی ترمیم واجد تمامی شرایط مذکور است یا نه. بررسی و دقت در شرایط فوق حاکی از آن است که هرچند از دیدگاه برخی از فقها و حقوق‌دانان، عمل جراحی ترمیم می‌تواند از مصادیق تدلیس مذکور در قانون باشد، انجام عمل مزبور در تمامی حالات، موجب تحقق تدلیس مدنی به شمار نمی‌آید.

ج. تخلف از شرط صفت: به این معنا که وجود صفتی در دختر شرط شده باشد، اما بعد از عقد، معلوم شود که وی فاقد صفت مذکور بوده است. ماده ۱۱۲۸ ق.م. مقرر می‌دارد: «هرگاه در یکی از طرفین، صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود؛ خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبایناً بر آن واقع شده باشد». بررسی این ماده قانونی حاکی از آن است که قانون‌گذار در مورد تخلف از شرط صفت فقط به حکمی کلی اکتفا نموده و مصادیق آن را که یکی از آنها به‌عنوان مثال، بحث از پرده بکارت باشد، بیان نکرده است.

بنابراین بر اساس آنچه گذشت، هرچند در میان حقوق‌دانان، «باکره نبودن» عیب محسوب نمی‌شود، قابلیت انطباق با تدلیس یا تخلف از شرط صفت را دارا می‌باشد و با وجود خلأ قانونی در بحث ترمیم پرده بکارت، حقوق‌دانان نیز همچون فقها در این زمینه وحدت رویه ندارند و در حقوق موضوعه ایران درباره آن، نظر قاطع یا ماده‌ای قانونی بیان نشده است.

#### د. بکارت و باکرگی از منظر فقها

فقها درباره واژه بکارت مفهوم اصطلاحی واحدی را بیان نموده‌اند؛ اما پس از بررسی متون

فقهی، نکات زیر جهت تشخیص مفهوم فقهی بکارت و باکرگی قابل طرح است.

(۱) گروهی از فقها به جای بیان معنای بکارت، به تعریف و تبیین واژه «ثیب» پرداخته، معتقدند که ثیوبت و زوال حکم بکارت صرفاً مبتنی بر از بین رفتن پرده بکارت با نزدیکی و دخول شوهر است؛ حتی اگر این دخول در نتیجه وطی به شبهه یا نکاح فاسد باشد (ابن نجیم، بی تا، ج ۳، ص ۱۲۴؛ حصکفی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۶۳؛ عدوی، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۷۹-۸۰).<sup>۱</sup> بر اساس این تعریف، زانیه باکره تلقی می شود؛ زیرا زوج از وی ازاله بکارت نکرده است.

(۲) برخی از فقها صرفاً مقاربت مهملی را ملاک باکرگی دانسته، باکره را کسی می دانند که مقاربت جنسی مهملی حرام یا حلال انجام نداده باشد (ابن قدامه، بی تا، ج ۷، ص ۴۶ و ۳۸۸؛ بهوتی، ۱۹۹۶م، ج ۲، ص ۶۳۶؛ شربینی، بی تا، ج ۴، ص ۲۴۷). بر اساس این رویکرد، صرف انجام عقد ازدواج و وطی در دبر مزیل بکارت نخواهند بود.

(۳) گروهی از فقها معیار بکارت را عقد ازدواج دانسته، معتقدند که صرف عقد ازدواج سبب و علت زوال عنوان بکر و در نتیجه، عدم جریان احکام بکارت می گردد؛ هرچند که نزدیکی صورت نگرفته باشد و پرده بکارت نیز باقی باشد. همچنین از نظر این گروه، خانمی که ازدواج کرده است، اما شوهرش قبل از دخول وفات یافته یا او را طلاق داده، باکره تلقی نمی شود (نفرای، بی تا، ج ۵، ص ۵۲).

(۴) گروهی از فقها زوال بکارت در اثر هر نوع دخولی را معیار رفع باکرگی می دانند. بر مبنای این قول، وطی شوهر، وطی به شبهه، وطی در نکاح فاسد، زنا و وطی غیرآدمی صفت باکرگی از زن را زائل می کند (شربینی، بی تا، ج ۴، ص ۲۴۷؛ رملی، ۱۴۰۴ق، ج ۶، ص ۲۲۹-۲۳۰؛ نووی، بی تا، ج ۱۶، ص ۱۷۰).<sup>۲</sup>

۱. نک: فاسی، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص ۲۷۲؛ ابن انس مالک، بی تا، ج ۲، ص ۱۰۱؛ شافعی، ۱۳۹۳، ج ۶، ص ۱۵۴؛ ماوردی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۱۹۷؛ دسوقی، بی تا، ج ۴، ص ۳۲۱؛ رملی، ۱۴۰۴ق، ج ۶، ص ۲۳۰؛ صاوی، بی تا، ج ۲، ص ۳۵۴؛ سرخسی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۱۰.

۲. نک: صاوی، بی تا، ج ۲، ص ۳۵۴؛ دسوقی، بی تا، ج ۲، ص ۲۸۱؛ ابن قدامه، ۱۴۰۵ق، ج ۹، ص ۷۷؛ کاسانی، ۱۹۸۲م، ج ۷، ص ۳۴۸؛ حصکفی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۶۳؛ شربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۴۱۶.

۵) برخی از فقها معیار ثبوت را زوال پرده بکارت در اثر هر عاملی چون پریدن، حوادث، وطی، زنا، بیماری، تعنيس و طولانی شدن تجرد، وقوع جنایت، عمل جراحی و ... بیان می کنند (نفرای، بی تا، ج ۵، ص ۵۲؛ خرسی، بی تا، ج ۲۳، ص ۱۹۶؛ نووی، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۵۵؛ حصکفی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۶۳).

بر اساس تعاریف فوق، می توان در جمع بندی مفهوم باکره گفت که باکره سه نوع است:  
 ۱. باکره حقیقی: یعنی دختری که هیچ گونه رابطه جنسی اعم از ایلاج، تفخید و ... نداشته باشد. بنابراین معیار باکرگی حقیقی علاوه بر عدم دخول در قبل و دبر، عدم روابط جنسی دیگر مانند تفخید و روابط جنسی غیرمعمول است.

۲. باکره حکمی: دختری است که از راه قبل - اعم از مشروع یا نامشروع - مورد آمیزش واقع نشده باشد؛ اما سایر روابط از جمله ایلاج، تفخید یا وطی در دبر و ... را داشته است. چنین شخصی حقیقتاً باکره نخواهد بود؛ بلکه زیرمجموعه باکره حکمی قرار می گیرد.

۳. باکره جعلی (مدخوله): دختری که در ازدواج شرعی و به وسیله شوهرش مورد آمیزش از راه قبل واقع نشده باشد، باکره جعلی یا قراردادی است؛ یعنی حتی اگر توسط غیرشوهر از راه قبل وطی گردد، هر چند نه حقیقتاً باکره است و نه حکماً، اما تنها از این جهت که اذن ولی برای ازدواج چنین کسی ساقط نمی شود، جعلاً باکره فرض می شود (میرزاده اهری، ۱۳۹۵، ص ۹۲).

#### - مفهوم ترمیم پرده

لفظ ترمیم به اصلاح و روبه راه کردن چیزی که از بین رفته یا دچار فساد شده است، اطلاق می گردد. به سخن بهتر، بازسازی و دوباره نشان دادن و اعاده وضع سابق با استفاده از یک سری عملیات را «ترمیم» گفته اند. بنابراین «ترمیم بکارت» یا «رتق غشاء بکاره» یا «عملية الترقيع» در اصطلاح فقهی، یعنی اعاده و بازنشانی پرده بکارتی که به هر علت، دچار زوال گردیده است (خالد منصور، ۱۴۱۹ق، ص ۲۱۱؛ یاسین، ۱۴۰۸ق، ص ۸۳؛ نجار، ۱۴۳۰، ص ۱۰؛ ممدوح سعد، ۱۴۳۰ق، ص ۷۴). از منظر علم پزشکی، ترمیم پرده بکارت نوعی عمل جراحی برای بازسازی پرده بکارت است. این عمل به طور کلی در پزشکی زنان جایگاهی ندارد؛ اما برخی مراکز جراحی پلاستیک به ویژه در اروپای غربی، امریکا و ژاپن، آن را به عنوان یک عمل سرپایی انجام

می‌دهند (میرزاده اهری، ۱۳۹۵، ۱۲۸).

### ۱. حکم شرعی جراحی ترمیم پرده بکارت

بحث بکارت و ترمیم آن یکی از ملموس‌ترین مسائل مطرح در حوزه زنان است؛ اما با وجود اهمیت این موضوع و از آنجا که پدیده‌ای نوظهور و مستحدث است، در متون فقهی و فتاوی فقهای متقدم، بحثی درباره حکم شرعی آن به میان نیامده است؛ بلکه علمای معاصر آن را به بحث و چالش کشیده‌اند. در ادامه، نظر ایشان به صورت مستدل و با تفصیل خواهد آمد.

#### ۱.۱. دیدگاه قائلان به تحریم

الف. دیدگاه نخست قائل به حرمت ترمیم پرده بکارت است. از جمله قائلان این قول عزالدین خطیب تمیمی، محمد مختار شنقیطی، محمد خالد منصور، حسام‌الدین ابن موسی عفانه، نصر فرید واصل، امیره محمد مغازی محمود، نعیم یاسین و احمد ممدوح سعد (رئیس اداره بحوث شرعی دارالافتای مصر) می‌باشند که جراحی ترمیم پرده بکارت را تحت هر عنوان و توجیهی، مطلقاً ممنوع و حرام می‌دانند (شنقیطی، ۱۴۱۵ق، ص ۴۳۲؛ عفانه، بی‌تا، ج ۵، ص ۱۵۹؛ ابوجزر، ۱۴۲۹ق، ص ۵۶؛ خالد منصور، ۱۴۱۹ق، ص ۲۲۸؛ محمد مغازی محمود، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۰۴۱؛ یاسین، ۱۴۰۸ق، ص ۱۱۱؛ ممدوح سعد، ۱۴۳۰ق، ص ۷۵). این گروه در تأیید رأی خود به دلایل زیر استناد دارند.

۱) استناد به آیه ۳ سوره نور که می‌فرماید: «مرد زناکار حق ندارد جز با زن زناکار یا با زن مشرک ازدواج کند، همان‌گونه هم زن زناکار حق ندارد جز با مرد زناپیشه یا با مرد مشرک ازدواج کند؛ چرا که چنین (ازدواجی) بر مؤمنان حرام شده است»<sup>۲</sup> بر اساس این آیه، ازدواج مرد مؤمن با زن زناکار و ازدواج مرد زناکار با زن مؤمن جایز نیست و باید بین آنها جدایی حاصل شود (قرطبی، ۱۴۲۳ق، ج ۱۲، ص ۱۶۹؛ طبری، ۱۴۲۰ق، ج ۱۹، ص ۹۶؛ فخر رازی، بی‌تا، ج ۱، ص ۳۲۷۹). قائلان به تحریم معتقدند که تجویز این جراحی موجب تعطیلی مفاد آیه فوق

1. [www.jamila-qatar.com](http://www.jamila-qatar.com)

۲. الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرْمٌ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ.

می‌شود؛ زیرا احتمال اینکه فردی زانی نیز اقدام به عمل ترمیم پرده بکارت و اخفای جرم خود نماید، زیاد است و در نتیجه، شریک زندگی وی، از حق شرعی خود (که ازدواج با شخصی پاکدامن است) محروم می‌شود (ابوجزر، ۱۴۲۹ق، ص ۵۸).

۲) استناد به حدیث پیامبر<sup>(ص)</sup> که می‌فرماید: «*من غشنا فلیس منا*» (مسلم، ۱۴۴۰ق، ج ۱، ص ۲۶۵-۲۶۷)؛ توجیه و توضیح ایشان چنین است که جراحی ترمیم پرده بکارت مصداق غش و تدلیس و احتمالاً فریب شوهر آینده فرد خواهان عمل ترمیم است؛ زیرا خواستگار وی به ظن باکره بودن او و بی‌اطلاع از عمل جراحی مذکور، به خواستگاریش می‌رود و این در حالی است که پیامبر<sup>(ص)</sup> ما را از غش و فریب بر حذر داشته است. علاوه بر این، اخفای آسیب به پرده بکارت از دیدگاه فقها مصداق تدلیس در عقد ازدواج است و فقها بر این باورند که اگر شوهر شرط بکارت کند و بعداً ثابت شود که زوجه پیش از عقد باکره نبوده است، زوج می‌تواند نکاح را به استناد غش و فریب و خوف از اختلاط انساب، فسخ کند (دسوقی، بی‌تا، ج ۸، ص ۱۶۱؛ خرسی، ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص ۲۳۹؛ دردیر، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۸۵؛ ابن قدامه، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۴۷؛ شنقیطی، ۱۴۱۵ق، ص ۴۳۲؛ خالد منصور، ۱۴۱۹ق، ص ۲۱۴؛ عفانه، بی‌تا، ج ۵، ص ۱۶۰؛ یاسین، ۱۴۰۸ق، ص ۹۱).

۳) استناد به قاعده «الضرر لا یزال بالضرر» (ابن رجب حنبلی، ۱۳۹۱، ج ۱، ص ۷۳؛ زرکشی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۳۲۱؛ سیوطی، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۸۶)؛ این گروه معتقدند انجام این عمل مصداق ضرر و ضرار است؛ چرا که بر اساس این قاعده، اولاً هیچ‌کس نباید به‌منظور دفع ضرر از خود به دیگری ضرر بزند و ثانیاً بر انسان واجب نیست که به‌منظور دفع ضرر از دیگری به خود زیان برساند و بنابراین ضرر با ضرر رفع نمی‌شود و در نتیجه، برای هیچ مادری یا دختری جایز نیست که برای دفع ضرر و زیان از خویش و دور کردن ضرر و تهمت، واقعیت را کتمان کند و موجب اضرار به همسر آینده آن دختر شود (شنقیطی، ۱۴۱۵ق، ص ۴۳۰؛ خالد منصور، ۱۴۱۹ق، ص ۲۱۴؛ عفانه، بی‌تا، ج ۵، ص ۱۶۰؛ ابوجزر، ۱۴۲۹ق، ص ۶۳).

۴) بر اساس دو قاعده فقهی «*إذا تعارضت مفسدتان روعی اعظمهما ضرراً بارتکاب أخفهما*» و



**قاعدة «درء المفسد اولی من جلب المصلح»** (ابن نجیم، ۱۴۰۰ق، ج ۱، ص ۹۰؛ سیوطی، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۸۷؛ ابوالحارث الغزی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۳۵۹)، در صورت اجتماع مصلح و مفسد در امری و امکان ترجیح مصلح بر مفسد، مجتهد باید مصلح را بر مفسد ترجیح داده، موضوع را جایز بداند؛ اما اگر درء مفسد و ترجیح مصلح امکان‌پذیر نبود و مفسد مهم‌تر و بارزتر از مصلح باشد، چاره‌ای جز کنار گذاشتن و چشم‌پوشی از مصلح نداریم. این گروه بر اساس قواعد مذکور و با در نظر گرفتن مصلح و مفسد موجود در جراحی ترمیمی بکارت و رجحان مفسد این جراحی، معتقدند عدم جواز و تحریم جراحی ترمیم پرده بکارت راجح است (شنقیطی، ۱۴۱۵ق، ص ۴۲۹؛ خالد منصور، ۱۴۱۹ق، ص ۲۱۴؛ عفانه، بی‌تا، ج ۵، ص ۱۶۰؛ ابوجزر، ۱۴۲۹ق، ص ۶۳).

۵) این گروه معتقدند از نظر عقلی، جراحی مذکور می‌تواند موجب اختلاط در نسب باشد؛ زیرا ممکن است یکی از اقدام‌کنندگان به این عمل شخص زانیه‌ای باشد که بعد از حاملگی ناشی از زنا اقدام به ترمیم پرده نموده باشد و سپس با وجود حمل، مجدداً ازدواج کرده و در نتیجه، نسب ولدالزنا عامدانه به فردی غافل از واقعیت منتسب گردد (شنقیطی، ۱۴۱۵ق، ص ۴۲۹-۴۳۰؛ خالد منصور، ۱۴۱۹ق، ص ۲۱۳؛ عفانه، بی‌تا، ج ۵، ص ۱۶۰؛ محمد خالد، ۱۴۱۹ق، ص ۲۱۴، خطیب التیمی، ۱۴۰۷ق، ص ۵۷۱-۵۷۳).

۶) همچنین به حکم عقل، عمل جراحی ترمیم بکارت موجب اشاعه فحشا و رواج بی‌بندوباری، هتک حرمت‌ها، تسهیل زمینه فحشا و ارتکاب به زنا برای افرادی می‌گردد که التزام به دین ندارند؛ زیرا این افراد با اطمینان به اینکه در صورت وقوع زنا و آسیب به پرده بکارت، می‌توانند نقص موجود و نشانه گناه را ترمیم و پنهان کرده، خود را همچنان باکره بنمایانند، با خاطری آسوده مرتکب زنا می‌شوند و به انتشار منکرات کمک می‌نمایند. بنابراین از باب سدذریعه، حکم به تحریم این جراحی قابل توجیه است (شنقیطی، ۱۴۱۵ق، ص ۴۲۹؛ خالد منصور، ۱۴۱۹ق، ص ۲۱۳؛ عفانه، بی‌تا، ج ۵، ص ۱۶۰؛ یاسین، ۱۴۰۸ق، ص ۹۲؛ شنقیطی، ۱۴۱۵ق، ص ۴۳۰؛ محمد خالد، ۱۴۱۹ق، ص ۲۱۴).

۷) این گروه همچنین معتقدند گام اول برای ترمیم پرده بکارت، کشف، رؤیت و لمس عورت است و این در حالی است که فقهای مذاهب به اتفاق، کشف عورت را حتی در مقابل همجنس و بدون ضرورت برای پزشک زن نیز حرام می‌دانند (۲۶۸/۱۰؛ ابن قدامه، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۲۶۳؛ نووی، بی تا، ج ۱، ص ۲۹۷؛ ابن عبدالسلام، بی تا، ج ۱، ص ۹۸ و ج ۲، ص ۱۴۱). بنابراین معتقدند به علت استلزام مفسده مذکور از جراحی ترمیم، این فعل حرام است (خالد منصور، ۱۴۱۹ق، ص ۲۱۵؛ عفانه، بی تا، ج ۵، ص ۱۶۱؛ محمد مغازی محمود، بی تا، ج ۱، ص ۱۰۴۲؛ یاسین، ۱۴۰۸ق، ص ۹۲؛ ابوجزر، ۱۴۲۹ق، ص ۶۲؛ محمد شنیطی، ۱۴۱۵ق، ص ۴۳۴؛ محمد خالد، ۱۴۱۹ق، ص ۲۲۵ و ۲۲۶).<sup>۱</sup>

۸) عمل ترمیم از یک جهت موجب اطلاع پزشک از گناه دختر مرّم و در نتیجه، عدم ستر گناه و افشای آن می‌گردد و از جهت دیگر، اقدام پزشک معالج و جراح، همکاری و معاونت در گناه و معصیت و تلاش جهت قلب واقیعت تلقی خواهد شد (شنیطی، ۱۴۱۵ق، ص ۴۲۹؛ خالد منصور، ۱۴۱۹ق، ص ۲۱۳؛ عفانه، بی تا، ج ۵، ص ۱۶۰).

۹) تجویز جراحی ترمیم سبب فتح باب دروغگویی و کتمان و قلب واقیعت در میان دختران و خانواده‌های ایشان می‌شود و در نتیجه هر دختری با هر دلیلی، خواهد توانست به سادگی عدم بکارت خود و سبب ازاله آن را کتمان نماید (همان، ص ۴۳۰؛ همان، ص ۲۱۴؛ همان، ص ۱۶۰). به علاوه این کار راه را برای سقط جنین‌های متولد از زنا آسان خواهد نمود (همان‌جا). همچنین قائلان به این قول می‌گویند که هرچند درست است که این جراحی می‌تواند راهی آسان و سهل الوصول برای حفظ آبرو و باکره نمایاندن دخترانی باشد که بکارت خود را بدون معصیت و در اثر بیماری و ... از دست داده‌اند، باید گفت که برای اثبات پاکدامنی، راه‌های مشروعی چون شهادت پزشک یا حاضران در محل وقوع حادثه وجود دارد و می‌توان از این طُرُق، پاکدامنی دختر را اثبات و افترا و تهمت را از وی دفع نمود و در نتیجه، عمل ترمیم

1. <https://islamqa.info/ar/answers/844/> محمد صالح المنجد

روش مناسبی برای حفظ آبرو نیست و جنبه فریب آن بیشتر است (خالد منصور، ۱۴۱۹ق، ص ۲۱۵). آرا و دیدگاه‌های مذکور در ادامه مقاله مورد نقد و بررسی قرار خواهد گرفت.

## ۱.۲. دیدگاه قائلان به جواز

دیدگاه دوم به جواز مطلق ترمیم پرده بکارت نظر دارد؛ به گونه‌ای که حتی آن را برای مشتهرین به زنا نیز جایز می‌داند (نجار، ۱۴۳۰ق، ص ۳۴). قائلان به این قول به دلایل زیر استناد می‌نمایند.

۱) خداوند متعال در آیه «بی‌گمان کسانی که دوست می‌دارند گناهان بزرگی (همچون زنا) در میان مؤمنان پخش گردد، ایشان در دنیا و آخرت، شکنجه و عذاب دردناکی دارند. خداوند می‌داند (عواقب شوم و آثار مرگ‌بار اشاعه فحشاء را) و شما نمی‌دانید (ابعاد مختلف پخش گناهان و پلشتی‌ها را)» (نور، ۱۹)،<sup>۱</sup> کسانی را که در جامعه اسلامی اشاعه فحشا نموده، سبب بی‌آبرویی انسان مسلمانی می‌شوند، تهدید کرده است. این گروه معتقدند از آنجا که احتمال علم به عدم بکارت در زمان ازدواج و فاش شدن این راز برای افراد طمعکار و در نتیجه، ایجاد فتنه و مفسده و اتهام و ارتکاب به اعمال منافی عفت و اشاعه فحشا وجود دارد، جواز ترمیم اولاً سبب کاهش مفسده می‌گردد و ثانیاً موجب جلوگیری از شکسته شدن حرمت گناه و بی‌پروایی وی برای انجام مجدد عمل ترمیم خواهد بود (نجار، ۱۴۳۰ق، ص ۲۳).

۲) همچنین این گروه معتقدند از صحابه آثار متعددی دال بر پوشاندن و ستر گناه مرتکبین به زنا روایت شده است؛ از جمله:

الف. شعبی می‌گوید: «مردی نزد عمر بن خطاب آمد و گفت: ای امیرالمومنین، در دوران جاهلیت دخترم را در چاهی زنده به گور کردم، سپس او را از چاه بیرون آوردم و نجات دادم. بعد از آن او همراه ما مسلمان شد؛ اما مرتکب حدی از حدود خداوند - زنا - گردید. ناگهان او را دیدم که چاقویی به دست گرفته و به قصد خودکشی خودش را زخمی کرده است و می‌خواست گردن خودش را ببرد. او را نجات دادم، معالجه‌اش نمودم. پس از آن، او توبه کرد

۱. إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ.

و اصلاح شد. حالا شخصی به خواستگاریش آمده است. آیا عملی (زنایی) را که مرتکب شده به خواستگارش بگویم؟ عمر گفت: اگر راز او را فاش کنی، چنان تو را مجازات می‌کنم که آوازه تو به گوش مردم سایر شهرها نیز برسد. برو و او را همانند سایر دختران پاکدامن شوهر بده» (صنعانی، ۱۴۰۳ق، ج ۶، ص ۲۴۶).<sup>۱</sup> بر اساس این روایت، پوشاندن گناه زنا واجب است؛ زیرا عمر بن خطاب به ولی آن دختر گفته است که در صورت افشای گناه دخترش، او را به شدت مجازات خواهد کرد (نجار، ۱۴۳۰ق، ص ۲۶؛ ابوجزر، ۱۴۲۹ق، ص ۶۹).

ب. از طارق بن شهاب روایت شده که از مردی دخترش را خواستگاری کردند؛ اما دختر وی قبلاً مرتکب زنا شده بود. آن مرد نزد عمر بن خطاب رفت و ماجرا را برایش تعریف نمود. عمر از او پرسید: [بعد از آن ماجرا] نظرت در مورد او چیست (آیا وی مرتکب کار بد و زشتی شده است)؟ آن مرد گفت: جز خیر و خوبی چیزی از او ندیده‌ام. [سپس بعد از این سؤال و جواب] عمر به او گفت: او را شوهر بده و رازش را برای کسی فاش نکن» (صنعانی، ۱۴۰۳ق، ج ۶، ص ۲۴۶).<sup>۲</sup> قائلان به جواز معتقدند که اولاً این روایت دال بر وجوب ستر گناه افرادی است که در گذشته مرتکب زنا شده‌اند. ثانیاً در این روایت، عمل ستر به صورت عام ذکر گردیده است و بنابراین هر وسیله‌ای را که منجر به ستر و پوشاندن گناه شود، از جمله عمل جراحی ترمیم، در بر می‌گیرد (نجار، ۱۴۳۰ق، ص ۲۷).

ج. در روایات آمده است که «مردی از شخصی خواهرش را خواستگاری نمود. برادر آن خانم به خواستگار گفت که خواهرش قبلاً (مدت‌ها پیش) مرتکب زنا شده است. خبر این ماجرا به عمر بن خطاب رسید. [نقل شده است که] عمر برادر آن دختر را کتک زد یا نزدیک بود به خاطر

۱. جَاءَ رَجُلٌ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَقَالَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، إِنِّي وَأَدْتُ ابْنَةَ لِي فِي أَصَابَتْ حَدًّا مِنْ حُدُودِ الْإِسْلَامِ، فَلَمْ نَفْجَأْهَا إِلَّا وَقَدْ أَخَذَتِ السَّكِينِ تَدْبِيحَ نَفْسِهَا، فَاسْتَفْقَدْتُهَا، وَقَدْ خَرَجَتْ نَفْسُهَا فِدَاؤِ بَيْتِهَا حَتَّى بَرَأَ كَلِمَهَا، فَأَقْبَلْتُ إِقْبَالًا حَسَنًا، وَإِنَّهَا خَطَبَتْ إِلَيَّ فَأَذْكَرُ مَا كَانَ مِنْهَا، فَقَالَ عُمَرُ: «هَاهُ، لَئِنْ فَعَلْتَ لِأَعَابِيكَ عَقُوبَةً»، قَالَ أَبُو فَرُوقَةَ: «يَسْمَعُ بِهَا أَهْلُ الْوَبْرِ، وَأَهْلُ الْوُدَمِ»، قَالَ إِسْمَاعِيلُ، يَتَحَدَّثُ بِهَا أَهْلُ الْأَمْصَارِ، أَنْكَحَهَا نِكَاحَ الْعَفِيفَةِ الْمُسْلِمَةِ.

۲. طارق بن شهاب می‌گوید: «أَنَّ رَجُلًا خَطَبَ إِلَيْهِ ابْنَةَ لَهُ، وَكَانَتْ قَدْ أَحْدَثَتْ لَهُ، فَجَاءَ، إِلَى عُمَرَ فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ فَقَالَ عُمَرُ: «مَا رَأَيْتَ مِنْهَا؟» قَالَ: مَا رَأَيْتُ إِلَّا خَيْرًا قَالَ: «فَرَوْجَهَا وَلَا تُخْبِرْ».

این کار، او را بزند» (ابن انس، بی تا، ج ۲، ص ۵۴۷؛ ابن حزم، بی تا، ج ۱۰، ص ۲۸).<sup>۱</sup> بر اساس این روایت، اولیای دختران از افشای راز ایشان برای خواستگاران منع گردیده‌اند و این روایت بر این مسئله دلالت دارد که اگر افشای راز واجب می‌بود، قطعاً عمر بن خطاب به این کار امر یا حداقل تشویق و ترغیب می‌نمود، نه اینکه با شدت با آن برخورد نماید و یا حتی برای آن مجازات تعزیری در نظر بگیرد (نجار، ۱۴۳۰ق، ص ۲۷).

۳) صحابه معتقدند که ارتکاب به زنا و حتی بارداری در نتیجه آن نیز مانع از ازدواج شخص زانیه نیست؛ زیرا عمر بن خطاب در حضور صحابه، ازدواج خانمی را که به سبب زنا باردار شده بود، مباح و جایز دانست و هیچ‌یک از صحابه با وی در این نظر مخالفت نمودند و این به منزله اجماع [سکوتی] در این مسئله است (ابن حزم، بی تا، ج ۱۰، ص ۲۸). حال با توجه به آنچه گفته شد، از آنجا که ازدواج زانیه جایز است، عمل ترمیم نیز با قیاس بر ازدواج برای وی، جایز و بلا مانع است و زمانی که این عمل برای شخص زانیه جایز باشد، پس به طریق اولی، برای سایرین جایز خواهد بود (نجار، ۱۴۳۰ق، ص ۲۸).

۴) قائلان به جواز مطلق معتقدند که انجام عمل ترمیم مصالح فراوانی دارد؛ از جمله: الف. حفظ آبروی دختر مرّم و خانواده‌اش به واسطه انجام این عمل (یاسین، ۱۴۰۸ق، ص ۸۵)؛ در شریعت اسلام و در آیات و روایات فراوانی بر ستر گناه و عدم فاش نمودن راز مسلمانان تأکید و تأیید شده است، مانند: «هرکس گناه مسلمانی را بپوشاند، خداوند در دنیا و قیامت گناهانش را می‌پوشاند» (بخاری، ۱۴۲۲ق، ج ۳، ص ۱۲۸)،<sup>۲</sup> «هر مؤمنی عیب یا عورتی از برادر دینی‌اش ببیند و آن را بپوشاند، خداوند متعال او را به بهشت وارد می‌کند» (طبرانی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۱۳۱)،<sup>۳</sup> «هرکس عیب شخص دیگری را بپوشاند، مانند آن است که دختر

۱. ان رجلا خطب إلى رجل أخته فذكر أنها قد كانت أحدثت فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فضربه أو كاد يضره.

۲. مَنْ سَتَرَ مُسْلِمًا سَتَرَهُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ.

۳. لَا يَرَى مُؤْمِنٌ مِنْ أَخِيهِ عَوْرَةً فَيَسْتُرُهَا عَلَيْهِ إِلَّا أَدْخَلَهُ اللَّهُ الْجَنَّةَ.

زنده به گوری را زنده کرده باشد» (طبرانی، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۱۸۹)<sup>۱</sup> و این روایت که «مردی به نام هزال که از زناى شخصى به اسم ماعز اطلاع پیدا کرده بود، ماعز را تشویق نمود که نزد پیامبر (ص) برود و به گناهش اعتراف کند. ماعز نزد پیامبر (ص) آمد و چهار بار به عمل ناشایست خود اقرار نمود. رسول خدا (ص) به هزال فرمود: اگر با پیراهنت او را می پوشاندی، برای تو بهتر بود» (ابوداود، بی تا، ج ۴، ص ۲۳۳).<sup>۲</sup> بنابراین از آنجا که مفهوم ویژه روایات مذکور ستر گناه و مخفی نگاه داشتن جرم افراد است و به آن پاداش تعلق می گیرد (شریبینی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۴۶۱؛ ماوردی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۲۳۲ و ج ۱۶، ص ۱۹۲؛ ابن عبدالسلام، بی تا، ج ۱، ص ۱۶۰؛ بخاری، ۱۴۲۲ق، ج ۸، ص ۲۰). پس مخفی نگاه داشتن عیب دختری که بی اراده و بدون ارتکاب معصیت و گناه، بکارتش زایل گشته، به طریق اولی واجب است و از این جهت که عمل ترمیم به مصلحت حفظ آبرو و جلوگیری از خشونت و آسیب و آزارهای اجتماعی ناشی از زوال بکارت می انجامد، جایز می باشد (نجار، ۱۴۳۰ق، ص ۲۴؛ یاسین، ۱۴۰۸ق، ص ۸۵؛ ابوجزر، ۱۴۲۹ق، ص ۶۷).

ب. جلوگیری از ایجاد سوءظن و بدگمانی نسبت به دختر مرمم؛ سوءظن و تهمت بی دلیل به افراد از سویی با «اصل برائت» و «لزوم حسن ظن» در تضاد است و از سوی دیگر، انجام عمل ترمیم راهکاری مناسب برای عدم اطلاع دیگران از فقدان سلامت پرده بکارت و در نتیجه جلوگیری از بدگمانی، تهمت و افترا به شخص مرمم است (نجار، ۱۴۳۰ق، ص ۲۴ و ۲۹؛ یاسین، ۱۴۰۸ق، ص ۸۶؛ شتیطی، ۱۴۱۵ق، ص ۴۳۱؛ ابوجزر، ۱۴۲۹ق، ص ۶۷).

ج. حفظ کیان خانواده پدری و نیز زندگی زناشویی دختر مرمم؛ از یک جهت، اگر اطرافیان نسبت به عدم سلامت پرده اطلاع یابند، چه بسا خود و خانواده اش در معرض تهمت و افترا قرار گیرند و احترام و آبروی اجتماعی ایشان مصون نخواهد بود و احتمال درگیری و نزاع وجود خواهد داشت و از جهت دیگر، در صورت سکوت و رضایت داماد به این امر، در

۱. مِنْ سَتْرٍ عَوْرَةٍ فَكَأَنَّمَا أَحْيَا مُؤَدَّةً مِنْ قَبْرِهَا.

۲. أَنْ مَاعِزًا أَتَى النَّبِيَّ (ص) فَأَقْرَعَ عِنْدَهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فَأَمَرَ بِرَجْمِهِ وَقَالَ لَهُزَالٍ «لَوْ سَتَرْتَهُ بِثَوْبِكَ كَانَ خَيْرًا لَكَ».

زندگی مشترک، مشکلاتی از جمله شک، بی‌اعتمادی و سستی روابط زوجین و اعضای خانواده را در پی خواهد داشت، در حالی که تأکید اسلام بر حفظ وحدت و گرمی کانون خانواده است (یاسین، ۱۴۰۸ق، ص ۸۶؛ ابوجزر، ۱۴۲۹ق، ص ۷۴؛ شنقیطی، ۱۴۱۵ق، ص ۴۳۱؛ خالد منصور، ۱۴۱۹ق، ص ۲۲۱).

د. جنبه آداب و رسومی و عرفی مسأله بکارت و نه جنبه اسلامی آن؛ در قوانین اسلامی دختری که آسیب به پرده بکارتش آشکار می‌شود، مادامی که چهار شاهد عادل وجود نداشته باشند یا آن دختر خودش به زنا اقرار ننماید، از نظر احکام دنیایی برای وی مجازاتی در نظر گرفته نشده است (یاسین، ۱۴۰۸ق، ص ۸۷؛ رملی، ۱۴۰۴ق، ج ۶، ص ۲۳۰؛ ابن نجیم، بی‌تا، ج ۵، ص ۲۴ و ج ۳، ص ۱۲۴)؛ اما این در حالی است که در بسیاری از مناطق و جوامع به دلیل رواج سنت‌ها و عرف‌های غلط و نابجا، مجازات‌هایی سخت برای آنان در نظر گرفته شده است. لذا به نظر می‌رسد انجام عمل ترمیم برای جلوگیری از چنین عرف‌های فاسد و قوانین مغایر با شریعت اسلامی و پیامدهای خشن آن راه‌حلی مناسب است (یاسین، ۱۴۰۸ق، ص ۸۸؛ شنقیطی، ۱۴۱۵ق، ص ۴۳۱؛ نجار، ۱۴۳۰ق، ص ۲۹).

هـ. بازخوردهای تربیتی عمل ترمیم بکارت؛ از جمله ۱. ستر معصیت و عدم آشکار نمودن آن — همان‌طور که غزالی بیان می‌دارد: «گناه و معصیت پنهانی فقط به صاحبش ضرر می‌رساند، اما اگر آشکار گردد و مورد انکار مردم قرار نگیرد، به عموم مردم ضرر می‌رساند» (غزالی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۱۱)<sup>۲</sup> — بازخورد فردی آن بیشتر از ضررهای زیان‌باری است که احتمالاً جامعه به آن دچار خواهد شد. ۲. با عمل ترمیم باب توبه به‌روی شخص زانی باز می‌گردد و در نتیجه به اصلاح و تغییر وی و شروع یک زندگی جدید کمک خواهد نمود (نجار، ۱۴۳۰ق، ص ۳۰؛ یاسین، ۱۴۰۸ق، ص ۸۹-۹۰).

۱. کاسانی، ۱۹۸۲م، ج ۷، ص ۴۶ و ج ۲، ص ۲۴۴؛ ابن قدامه، ۱۴۰۵ق، ج ۱۰، ص ۱۶۰ و ۱۶۳؛ نووی، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۵۴؛ ابن قدامه، بی‌تا، ج ۷، ص ۴۰۵؛ حصکفی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص ۶۳؛ فاسی، ۱۴۲۰ق، ج ۱، ص ۲۷۲؛ ابن انس مالک، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۰۱.  
۲. إن المعصية إذا أخفيت لم تضر إلا صاحبها فإذا اعلنت ولم تغير اضرت بالعامه.

### ۱.۳. دیدگاه قائلان به تفصیل

دیدگاه سوم درباره عمل ترمیم پرده بکارت قائل به تفصیل است. قائلان این قول با رویکردی مصلحتی و از باب سد ذرایع و با بررسی جزئیات به بیان این مسئله پرداخته‌اند و همین امر سبب ایجاد تفاوت‌هایی در دیدگاه‌های مطرح‌شده از جانب ایشان گشته است که در ادامه، اقوال آنها با ذکر جزئیات خواهد آمد.

۱) قائلان به جواز ترمیم برای صغیره نابالغ: قائلان به این قول معتقدند در صورتی که ازاله بکارت غیرارادی و بدون اختیار و به سببی غیر از جماع باشد، ترمیم پرده فقط برای دختر صغیره‌ای که به شهادت پزشک معالج به سن جماع نرسیده و توانایی وطی و رابطه زناشویی نداشته باشد، جایز است، اما در سایر موارد حرام است. این گروه به عدم وجود اختیار شخص در ازاله پرده بکارت استناد نموده‌اند (خالد منصور، ۱۴۱۹ق، ج ۲۱۱ و ۲۱۵).

۲) قائلان به جواز ترمیم در صورت تمایل و اطلاع زوج: این گروه می‌گویند که در صورت تمایل زوج به انجام عمل ترمیم و حضور وی در اتاق عمل یا انجام عمل توسط خود وی به‌عنوان پزشک مرمم، عمل ترمیم جایز است (همان، ۲۱۱). به نظر می‌رسد مسأله حضور زوج در اتاق عمل به‌عنوان همراه یا پزشک مرمم جهت انتفای مفسده غش و فریب و مفسده کشف عورت است و به همین دلیل، قائلان به این قول عمل ترمیم را در این حالت جایز دانسته، در سایر موارد معتقد به ممنوعیت آن هستند.

۳) قائلان به جواز ترمیم به دلیل تجاوز به عنف، اکراه یا دلایل غیرارادی: گروهی همچون توفیق واعی و هانی بن عبدالله بن محمد بن جبیر معتقدند که اگر ازاله بکارت به سبب تجاوز به عنف یا اکراه به زنا (حتی در خواب یا در حالت بیهوشی) یا عدم وجود پرده به صورت مادرزادی یا دلیلی غیرارادی مانند خارج کردن تومور یا غده از شکم یا رحم، عمل جراحی کورتاژ تشخیصی، شدت حیض، بیماری، پرش، تصادف یا ورود شی‌ای خارجی یا در اثر ورزش و فعالیت‌های سنگین اتفاق افتاده باشد، ترمیم جایز است (خالد منصور، ۱۴۱۹ق، ص ۲۱۲؛ ابوجزر، ۱۴۲۹ق، ص ۵۶؛ ممدوح سعد، ۱۴۳۰ق، ص ۷۶ و ۸۱؛ نجار، ۱۴۳۰ق، ص ۱۷؛ یاسین، ۱۴۰۸ق، ص ۹۶).



۴) قائلان به جواز ترمیم با در نظر گرفتن شرایط مکانی و محل سکونت دختر مرّم: این گروه خود به دو دسته تقسیم می‌شوند: الف) برخی معتقدند چنانچه دلیل ازاله بکارت ارتکاب به زنا نباشد و ازاله بکارت غیرارادی باشد، اما دختر مورد بحث در جامعه‌ای زندگی کند که در اثر نداشتن پرده بکارت، جانش به خطر بیفتد، عمل جراحی نه تنها جایز، بلکه واجب هم خواهد بود (یاسین، ۱۴۰۸ق، ص ۹۶ و ۱۱۲؛ ابوجزر، ۱۴۲۹ق، ص ۷۵؛ نجار، ۱۴۳۰ق، ص ۱۷).  
 ب) گروهی هم معتقدند چنانچه ازاله بکارت غیرارادی و در اثر حادثه یا ارتکاب فعلی غیر از معصیت یا به وسیله زنا غیرمشهور واقع شده باشد و دختر مذکور در جامعه‌ای زندگی کند که احتمالاً در اثر نداشتن پرده بکارت، جانش هم به خطر نیفتد، در این حالت نیز، عمل جراحی برای وی جایز است (یاسین، ۱۴۰۸ق، ص ۱۱۲).

۵) قائلان به جواز به شرط توبه شخص زناکار: برخی نیز معتقدند که چنانچه سبب ازاله بکارت زنا باشد و دختر نیز مشهور به زنا باشد، اگر توبه کند و راه عفت و سلامت را در پیش گیرد و خود را اصلاح نماید، عمل ترمیم جایز است (ممدوح سعد، ۱۴۳۰ق، ص ۷۹). بنابراین مفهوم این قول آن است که چنانچه سبب ازاله بکارت ارتکاب به زنا با رضایت باشد و دختر مشهور به زنا هم نباشد و توبه نکند، ترمیم جایز نیست.

#### ۱.۴. دلایل قائلان به تفصیل

قائلان به تفصیل برای توجیه دیدگاه خود، به دلایل زیر استناد نموده‌اند. گفتنی است که تعدادی از دلایل قائلان به تفصیل همان دلایل مذکور قائلان به جواز است که از ذکر آنها جهت عدم اطاله کلام خودداری می‌شود و به بیان ادله اختصاصی ایشان پرداخته خواهد شد.

- عدم رعایت عدالت و انصاف در صورت صدور حکم یکسان برای اسباب مختلف زوال بکارت: قائلان به تفصیل می‌گویند: صدور حکم یکسان برای دختری که به سبب زنا غیراکراهی (با رضایت) پرده بکارتش آسیب دیده و دختری که پرده بکارتش غیرارادی و در اثر یک حادثه و بدون معصیت، آسیب دیده، خلاف عدل و انصاف است (ابوجزر، ۱۴۲۹ق، ص ۷۵)؛ زیرا شخص مکروه، کودک، نائم و مغمی‌علیه در برابر فعل انجام‌شده، هیچ‌گونه مسئولیت و تکلیف شرعی‌ای بر عهده ندارند (یاسین، ۱۴۰۸ق، ص ۹۴؛ ممدوح سعد، ۱۴۳۰ق، ص ۷۶ و ۸۱). با

استناد به آیه ۱۰۶ سوره نحل که می‌فرماید: «کسانی که پس از ایمان آوردن نشان کافر می‌شوند - به غیر از آنان که (تحت فشار و اجبار) وادار به اظهار کفر می‌گردند و در همان حال، دل‌هایشان ثابت بر ایمان است»<sup>۱</sup> و حدیث پیامبر (ص) که می‌فرماید: «از سه نفر سلب مسئولیت و رفع قلم شده است: از کسی که خواب است تا بیدار شود؛ از کودک تا اینکه به حد بلوغ برسد و از دیوانه تا اینکه عاقل گردد» (ابن ماجه، ۱۴۳۳ق، ج ۲، ص ۵۱۲)<sup>۲</sup> و نیز حدیث «خداوند متعال [گناه کارهای انجام گرفته از روی] خطا و نسیان و [انجام شده در اثر] اکراه را از امت من برداشته است» (ابن ماجه، ۱۴۳۳ق، ج ۲، ص ۵۱۳ و ج ۲، ص ۵۱۴).<sup>۳</sup>

- تعلیل به وارونه جلوه دادن حقیقت در مواردی صدق نمی‌کند: فردی که مرتکب زنا با رضایت می‌شود، گناهکار و متجاوز است و توصیه شرع مقدس برای پوشاندن و مستور نگه داشتن گناه وی به معنای جواز انجام عمل ترمیم برای او نیست؛ زیرا این کار سبب قلب حقیقت و فریب مردم می‌گردد؛ اما دختری که پرده بکارتش غیرارادی آسیب دیده است، گناهکار و متجاوز نبوده و جواز عمل ترمیم برای وی به هیچ وجه به منزله تغییر در حقیقت و وارونه جلوه دادن حقیقت نیست (ابوجزر، ۱۴۲۹ق، ص ۷۵؛ نجار، ۱۴۳۰ق، ص ۱۷).

- تحقق مصالح و انتفای مفسد ترمیم در صورت زوال بکارت با اسباب غیرارادی: مفسد عمل ترمیم پرده بکارت غالباً در مورد کسی صادق است که وی با اراده و رضایت خویش مرتکب زنا شده باشد و با این اندیشه و فکر که پرده‌اش را ترمیم خواهد نمود، به خود جرئت و جسارت انجام گناه و زنا را می‌دهد؛ اما درباره دخترانی که بدون ارتکاب به معصیت و غیرارادی پرده بکارتشان را از دست داده‌اند، مصلحت‌های ترمیم پرده بکارت به صورت راجح در حق ایشان صدق پیدا می‌کند؛ زیرا با انجام عمل ترمیم، چنین دخترانی بر اخلاق و سلوک عفیفاً و پاک خویش که از قبل بر آن بودند، پایداری می‌کنند و تشویق می‌شوند که همچون

۱. مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ.

۲. رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ الثَّائِمِ حَتَّى يَسْتَقِظَ وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ.

۳. إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنِ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ.

قبل، پاک و عفیف بمانند و در نتیجه، اغلب مفاسدی که علما آنها را درباره ترمیم پرده بکارت مطرح کرده‌اند، برای چنین دخترانی متنفی می‌گردد (شنقیطی، ۱۴۱۵ق، ص ۴۳۱؛ خالد منصور، ۱۴۱۹ق، ص ۲۱۶-۲۱۷؛ نجار، ۱۴۳۰ق، ص ۱۶؛ ممدوح سعد، ۱۴۳۰ق، ص ۷۶؛ یاسین، ۱۴۰۸ق، ص ۹۹؛ ابو جزر، ۱۴۲۹ق، ص ۷۶).

• جواز کشف عورت در حالت ضرورت: واضح و مبرهن است که مفسده کشف عورت بدون شک در زمان عمل ترمیم پرده بکارت (سبب ازاله پرده هرچیزی که باشد) واقع می‌شود و این در حالی است که فقها معتقدند کشف عورت حرام است؛ اما در زمان وجود ضرورت یا مصلحت راجح (مثلاً کشف عورت سبب دفع مفسده‌ای بزرگ‌تر باشد)، به اتفاق فقها نه تنها کشف عورت حرام نیست، بلکه با استناد به قاعده «الضرورات تبيح المحظورات»، جایز هم می‌باشد (زرقا، بی تا، ج ۱، ص ۱۰۹؛ سرخسی، ۱۴۲۱ق، ج ۱۰، ص ۲۶۸؛ ابن قدامه، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۲۶۳؛ نووی، بی تا، ج ۱، ص ۲۹۷؛ ابن عبدالسلام، بی تا، ج ۱، ص ۹۸ و ج ۲، ص ۱۴۱)؛ زیرا در صورت وجود چنین شرایط و مصالحی و نیز در زمانی که این احتمال وجود داشته باشد که دختری در جامعه به سبب آسیب پرده بکارت، مورد ظلم و آزار قرار بگیرد و ترمیم پرده بکارت بتواند مفاسد اجتماعی و عرفی‌ای را که در انتظار وی است، دفع نماید، مفسده کشف عورت به علت وجود مصلحت مذکور، قابل اغماض است (ممدوح سعد، ۱۴۳۰ق، ص ۸۶؛ یاسین، ۱۴۰۸ق، ص ۹۹).

• وجود رسوم و تقالید اجتماعی و عرفی غیرمشروع: قائلان به تفصیل معتقدند سکوت و اجتناب از افشای راز دختری که پرده بکارت وی زایل شده است، کافی نیست؛ زیرا این سکوت و اجتناب از عدم افشای گناه وی نوعی ستر است، اما ستری موقتی است و پس از ازدواج، راز وی فاش می‌گردد و در جوامعی که وجود پرده بکارت در شب زفاف به مثابه ارزش قلمداد می‌گردد، عدم وجود بکارت سبب تحمیل آزار و ظلم‌های اجتماعی به وی خواهد شد و در نتیجه، انجام عمل ترمیم در این حالت توسط پزشک، بعد فعلی ستر گناه محسوب می‌شود و سبب رفع عیب و نقص وی و عواقب بعد از آن خواهد شد. عمل مذکور در این حالت، مقابله با رسوم اجتماعی و عرف‌های فاسدی است که جنبه شرعی نداشته، مخالف نصوص

است (ممدوح سعد، ۱۴۳۰ق، ص ۹۴؛ یاسین، ۱۴۰۸ق، ص ۱۰۰).

## ۲. نقد و بررسی اقوال و دیدگاه‌های سه گانه مذکور

بررسی و استقرای آرای موافقان، مخالفان و قائلان به تفصیل، این نتیجه را آشکار می‌کند که دلایل هر سه گروه و آرای مطرح شده از جانب ایشان به نوبه خود قابل توجیه و تأمل و صحیح به نظر می‌رسد؛ چرا که همه با استناد به دلایل نقلی و عقلی، به ارائه دیدگاه خود پرداخته‌اند. اما پس از بررسی و دقت نظر در دلایل مطرح شده و بررسی همه جانبه و مقایسه آنها با یکدیگر، به نظر می‌رسد اقوال و دلایل ایشان خالی از نقد و اشکال نباشد که در ادامه بدان پرداخته خواهد شد.

### ۲.۱. نقد و بررسی دیدگاه مخالفان عمل ترمیم

قول مخالفان عمل ترمیم از این جهت قابل نقد است که با وجود امکانات انجام این عمل در عصر حاضر و شیوع روزافزون آن، به خصوص در میان جوامع غیردینی و اشخاص و پزشکانی که تقید دینی ندارند، حکم مطلق به حرمت انجام این عمل، موجب اضرار به دختران عفیف و پاک دامنی می‌شود که آسیب به پرده ایشان در اثر حوادث غیرارادی یا حتی تجاوز به عنف اتفاق افتاده است؛ اما خود را ملزم به تبعیت از احکام دینی و رأی علمای دین می‌نمایند. بنابراین احتمال دارد که این دختران یا جهت حفظ آبروی خانوادگی و فردی‌شان برای همیشه تصمیم به ترک ازدواج بگیرند یا اینکه خود را موظف بدانند که در زمان خواستگاری، راز عدم وجود پرده بکارشان را بازگو نمایند که این مسئله علاوه بر اینکه امری سخت و عذاب‌آور است، موجب بروز مشکلاتی از جمله ایجاد بدبینی و سوءظن نسبت به آن دختر پاکدامن خواهد گردید. از سوی دیگر نیز، چنانچه زوال پرده را کتمان نماید، به احتمال زیاد راز وی در شب زفاف فاش خواهد شد و سبب بروز زمینه‌های بدگمانی، سوءظن، افترا و نیز انحلال نظام خانواده و ریختن آبروی آن دختر و حتی خانواده وی خواهد شد. بنابراین می‌توان از این دستاورد علوم جدید به عنوان وسیله‌ای برای نجات جان و آبرو و حفظ حیثیت دختران پاکدامن و عفیف استفاده کرد؛ زیرا در زمان‌های گذشته به سبب عدم آگاهی عمومی از فرامین و قوانین شرع مقدس اسلام و عدم اطلاع از علم پزشکی مرتبط با پرده بکارت، مفهوم عدالت در حق

ایشان تحقق نیافته و مورد تهمت و آزار و ظلم و خشونت قرار گرفته‌اند و حتی در مواردی منجر به قتل آنها نیز شده است.

### ۲.۲. نقد و بررسی دیدگاه قائلان به جواز مطلق

قول موافقان جواز نیز از این جهت قابل نقد است که حکم به جواز مطلق ترمیم پرده بکارت به معنای جواز شرعی انجام این عمل حتی در مواردی است که هیچ مصلحت و دلیل موجهی برای آن وجود ندارد و این در حالی است که مفاسد انجام این عمل غیرقابل انکار است؛ به عنوان مثال، انجام عمل ترمیم توسط دختر مشتهر به زنا یا دختری که حد زنا بر او جاری شده و توبه هم کرده باشد، هیچ مصلحت موجهی ندارد؛ زیرا عموم مردم از عدم بکارت آنها اطلاع دارند و مفسده رسوایی و آبروریزی در این مبحث نه تنها موضوعیتی ندارد، بلکه منتفی است.

### ۲.۳. نقد و بررسی دیدگاه قائلان به تفصیل

- از میان اقوال قائلان به تفصیل، قول اول به این صورت قابل نقد است که تخصیص عمل ترمیم به دختران صغیره نیازمند دلیل موجه است و این در حالی است که از یک سو، قائلان به آن دلیل قابل قبولی بیان نکرده‌اند و از سوی دیگر، وجود مصادیقی از میان زنان بالغ، که بدون ارتکاب به معصیت، بیش از دختران صغیره خواهان ترمیم پرده بکارت‌اند، حاکی از عدم موجه بودن این دیدگاه و عام بودن دایره انجام این عمل جراحی است.
- در مورد قول دوم قائلان به تفصیل نیز باید گفت که اولاً حالت حضور زوج، چه در اتاق عمل و چه به عنوان پزشک مرمم، عملاً هیچ مصلحت قابل پذیرشی ندارد و نمی‌تواند مفاسد غیرقابل انکار این عمل را کم‌رنگ و توجیه کند. ثانیاً علاوه بر این مفاسد، جواز چنین عمل‌هایی در جامعه بیشتر از مصالح آن است؛ زیرا علاوه بر اینکه زمینه‌ساز ایجاد بدعت و سبب ابتدال و هرج و مرج در جامعه خواهد گردید، موجب اختلاط نسب در افرادی که اعتقاد و ایمان راسخ و محکمی ندارند، خواهد شد. ثالثاً چنین قولی پیشنهادی مناسب است، البته برای زمانی که در اثر حاکمیت غلط عرف و رسوم و سنت‌های اجتماعی دختری آسیب ببیند و در این هنگام، فردی با اطلاع از عفت آن دختر و توبه وی، راضی به رواداشت ظلم و آزار اجتماعی علیه وی نشود و با او قرار ازدواج بگذارد و جهت حفظ آبروی خود و همسرش

راضی به انجام عمل ترمیم گردد که در این صورت، چون رضایت و رغبت و حضور زوج هست، مفسده غش و فریب نیز ملغی می‌گردد؛ اما در واقع وجود چنین مردان آگاه و روشنفکری در بستر چنین جوامعی محدود است و پیشنهاد این گروه و راه‌حل آنها را عملاً نمی‌توان به‌عنوان قول راجح برگزید.

- قول پنجم از اقوال قائلان به تفصیل نیز قابل نقد است؛ زیرا از جانب ایشان دلیل موجهی اظهار نشده است و این قول کامل و جامع نیست و به تمامی زوایای این مسئله اشاره نکرده است.
- تعلیق ترمیم به توبه نیز محل نقد است؛ زیرا فردی که مرتکب گناه و عصیان می‌شود، صرف عدم اصرار بر گناه و عدم تکرار آن و امتناع از اشاعه گناه و فحشا در میان مردم از نظر شرعی دال بر توبه و پشیمانی اوست و بر اساس احادیث، ستر گناه و عدم مجازات وی واجب است. علاوه بر اینها توبه امری قلبی است و اطلاع دیگران از آن ممکن نیست؛ زیرا توبه امری مابین بنده و پروردگارش است و نمی‌توان حکم عمل ترمیم را به توبه که امری ظاهری نیست، وابسته نمود و امکان اظهار نظر یقینی درباره آن نیست.

- در مورد زنا غیرمشهور و پنهانی علاوه بر ادله مطرح شده در اقوال مذکور، از متون برخی فقهای متقدم برداشت می‌شود که ستر گناه فردی که مشهور به زنا نمی‌باشد، مورد تأکید شارع است. در نتیجه می‌توان گفت که عمل ترمیم پرده برای وی جایز می‌باشد؛ البته مشروط به اینکه به قصد تدلیس، این کار را انجام نداده باشد. به‌عنوان مثال، در متون فقهی ذکر شده است: دختری که پرده بکارتش غیرارادی یا به‌واسطه عمل جراحی یا حتی در اثر زنا پنهانی که حد بر او جاری نشده است و آن را تکرار ننموده، زائل شده باشد، در زمان عقد نکاح حکماً باکره به شمار می‌آید؛ زیرا مردم او را باکره می‌دانند<sup>۱</sup> (ابن عابدین، ۱۴۲۱ق، ج ۳، ص ۶۳؛ ابن نجیم، بی تا، ج ۳، ص ۱۲۴، سرخسی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۱۲).

۱. گفتنی است که در این زمینه، میان علمای متقدم اختلاف نظر وجود دارد (خرشی، بی تا، ج ۳، ص ۱۷۶؛ ابواسحاق، ۱۴۲۳ق، ج ۷، ص ۲۴؛ کاسانی، ۱۹۸۲م، ج ۲، ص ۲۴۴).

### ۳. رأی برگزیده اقوال سه‌گانه مذکور

نقد و بررسی اقوال سه‌گانه مذکور و دلایل ایشان این مسئله را برای ما روشن می‌نماید که با اندکی تسامح، قول چهارم از میان اقوال قائلان به تفصیل قابل پذیرش تر است؛ زیرا همان‌طور که گذشت، چنانچه دلیل ازاله بکارت عدم فعل زنا و غیرارادی باشد و دختر خواهان ترمیم در مناطقی که وجود پرده بکارت عرف است و ضرورت دارد، زندگی کند و احتمال خطر جانی برای وی زیاد باشد، عمل ترمیم نه تنها جایز، بلکه واجب هم می‌باشد.

#### یافته‌های پژوهش

با استقرای آرای فقهی، مشخص شد که در خصوص تعریف بکارت اختلاف نظر وجود دارد و گویی تعاریف فقها با مورد توجه قرار دادن تفاسیر اهل لغت صورت گرفته است و شاید عدم بیان مفهومی دقیق و واحد از طرف فقها، به دلیل رواج معنای عرفی و تحت‌اللفظی واژه بکارت باشد که آن را «اظهر من الشمس» نموده است؛ به این صورت که تحقق ثبوت در معنای تحت‌اللفظی مساوی است با زوال بکارت. با جمع‌بندی اقوال و دیدگاه‌های لغت‌شناسان و فقها درباره واژه بکر و ثیب این نتیجه حاصل می‌شود که صفت بکر (باکره حقیقی) برای خانمی به کار می‌رود که مورد دخول (اعم از ایلاج، تفخیز و ...) واقع نشده باشد و در واقع، پرده بکارت اماره آن است.

درباره حکم شرعی عمل ترمیم پرده بکارت، فقهای اهل سنت سه دیدگاه حرمت، جواز و قول به تفصیل را بیان نموده‌اند و هر گروه برای اثبات دیدگاه خود به دلایل نقلی و عقلی استناد کرده‌اند. از میان اقوال مذکور، با توجه به قابل‌پذیرش و ملموس‌تر بودن ادله قائلان به ترمیم، در نظر گرفتن اقتضائات زمان، روند روبه‌رشد عمل ترمیم در میان جوامع مسلمان و غیرمسلمان، مصالح موجود در انجام عمل ترمیم، جلوگیری از خشونت و ترتب ظلم و آزارهای اجتماعی و عدم تحقق عدالت در حق دخترانی که به هر سببی پرده بکارتشان آسیب دیده است و همچنین با توجه به این مسئله که اهمیت جنسیتی پرده بکارت برگرفته از عرف و باورهای اجتماعی می‌باشد و هیچ‌گونه هماهنگی و سنخیتی با باورهای اسلامی و فقهی ندارد، قول به جواز عمل ترمیم با در نظر گرفتن و مقایسه مفاسد و مصالح آن راجح است؛ البته به شرط آنکه

ترمیم جهت تدلیس در نکاح نباشد؛ زیرا در این صورت جایز نیست و علاوه بر ایجاد حق فسخ نکاح و رجوع به مهریه (سقوط مهریه) برای زوج، جرم محسوب می‌شود و مستوجب مجازات است.

گفتنی است که داشتن پرده بکارت همیشه نشانه باکرگی نیست و از دیگر سو، نداشتن پرده بکارت نیز همواره دلیل بر عدم باکرگی نیست و پرده بکارت به‌خودی‌خود در این راستا موضوعیتی ندارد؛ بلکه تنها از این حیث که می‌تواند اماره‌ای بر دوشیزگی واقعی (باکرگی حقیقی) باشد و به اصطلاح طریقت دارد، درخور اهمیت دانسته شده است (میرزاده اهری، ۱۳۹۵، ص ۱۵۴).

علاوه بر اینها، بررسی و استقرای آرای هر سه گروه مبین آن است که ترمیم بکارت به‌خودی‌خود حرام نیست؛ بلکه اگر حرمتی در میان باشد، به دلیل ملازمات آن مانند نمایاندن شرمگاه و لمس و نظر حرام است و به نظر می‌رسد که هرگاه پای جان یا آبروی دختر خواهان ترمیم بکارت در میان بوده و ضرورتی برای انجام آن در بین باشد، عمل یادشده برای وی مجاز است و از جهت ملازمات حرام، برای وی منعی وجود نخواهد داشت. علاوه بر این با بررسی متون پزشکی، نمایان می‌شود که تا کنون هیچ‌گونه دلیل بیولوژیکی قطعی برای وجود پرده بکارت در دختران کشف نشده است.

گفتنی است که در همین راستا در سال ۲۰۰۷ میلادی در مجمع فقه اسلامی جده، مصوبه‌ای به این شرح بیان گردید که «چنانچه زوال پرده بکارت به سبب حادثه، تجاوز یا اکراه واقع شده باشد، عمل جراحی ترمیم جایز است و در مواردی که پرده بکارت به سبب فحشا (زنا) زایل شده باشد، به دلیل سدذریعه فساد و تدلیس، انجام این عمل شرعاً جایز نیست. قابل ذکر است که این حکم استثنائاتی نیز دارد؛ به این صورت که چنانچه ظن غالب بر آن باشد که عدم جواز انجام عمل ترمیم منجر به مفسده‌ای بزرگ‌تر شود، عمل ترمیم جایز است؛ همان طور که در عرف و جوامع ما در حال حاضر جاری و ساری است و چنانچه در شب زفاف، علم به عدم بکارت دختر (عروس) حاصل شود، منجر به طلاق، ایجاد مفسده، بی‌آبرویی و رسوایی وی و خانواده‌اش می‌شود و حتی در مواردی به قتل آن دختر می‌انجامد. بنابراین با در نظر گرفتن این



مسائل، برای دفع مفسده بزرگ تر، اخذ مفسده اقل، البته با رعایت شروط ذیل، جایز است: ۱. اطمینان از برائت رحم جهت جلوگیری از اختلاط نسب؛ ۲. مراجعه به پزشک زن مسلمان معتمد و امین جهت انجام عمل و در صورت فقدان چنین شخصی، در صورت لزوم به ترتیب مراجعه به پزشک زن غیرمسلمان امین یا پزشک مرد مسلمان امین یا پزشک مرد غیرمسلمان امین نیز جایز است؛ ۳. نگاه پزشک در زمان عمل ترمیم باید فقط به موضع و محل عمل ترمیم باشد؛ ۴. همراهی خانمی امین و معتمد در حین انجام عمل (قرارات و توصیات مجمع الفقه الاسلامی التابع لمنظمه المؤتمر الاسلامی، بی تا، قرار رقم ۱۷۳، ص ۳۱۵).

### منابع

- قرآن کریم.
- ابن اثیر، مجدالدین مبارک بن محمد (۱۳۹۹ق). *النهايه في غريب الاثر*. بيروت: المكتبة العلميه.
- ابن انس، ابو عبدالله مالک (بی تا). *الموطأ امام مالک روایت یحیی اللیثی*. مصر: دار احیاء التراث العربی.
- \_\_\_\_\_ (بی تا). *المدونه الکبری*. لبنان: دار الکتب العلمیه.
- ابن حزم اندلسی، علی بن احمد (بی تا). *المحلی بالآثار شرح المجلی باختصار*. بیروت: دار الفکر.
- ابن جبیر، هانی بن عبدالله ابن محمد (۱۴۰۰). *فتوا*. تاریخ بازدید از سایت آبان ۱۴۰۰، مندرج در سایت: <http://alsaha.fares.net/sahat>
- ابن رجب حنبلی، عبدالرحمن (۱۳۹۱ق). *القواعد فی الفقه الاسلامی*. مصر: مکتبه کلیات الازهریه.
- ابن سیده، علی (۲۰۰۰م). *المحکم و المحيط الاعظم*. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- ابن عابدین، محمد (۱۴۲۱ق). *حاشیه رد المختار علی الدر المختار*. بیروت: دار الفکر للطباعه و النشر.
- ابن عبدالسلام، عزالدین (بی تا). *قواعد الاحکام فی مصالح الانام*. بیروت: دار المعارف.
- ابن فارس، احمد (۱۴۳۸ق). *مقیس اللغه*. قاهره: دار الآفاق العربیه.
- ابن قدامه مقدسی، عبدالله بن احمد (۱۴۰۵ق). *المغنی*. بیروت: دار الفکر.
- ابن قدامه، عبدالرحمن (بی تا). *شرح الکبیر*. بیروت: دار الکتب العربی للنشر و التوزیع.
- ابن ماجه، ابو عبدالله محمد (۱۴۳۳ق). *سنن ابن ماجه*. بیروت: دار المعرفه.
- ابن مفلح، ابراهیم (۱۴۲۳ق). *المبدع شرح المقنع*. ریاض: دار عالم الکتب.
- ابن منظور، محمد (بی تا). *لسان العرب*. بیروت: دار صادر.
- ابن نجیم حنفی، زین الدین (بی تا). *بحر الرائق شرح کنز الدقائق*. بیروت: دار المعرفه.
- ابن نجیم، زین العابدین بن ابراهیم (۱۴۰۰ق). *الاشباه و النظائر*. بیروت: دار الکتب العلمیه.

- ابوالحارث الغزی، محمد صدقی (۱۴۲۴ق). موسوعه القواعد الفقهیه. بیروت: موسسه الرساله.
- ابو جزر، ابراهیم موسی (۱۴۲۹ق). اثر سقوط العذره و البکاره علی الزواج. غزه: کلیه شریعه و القانون فی الجامعه الاسلامیه.
- ابوداود سجستانی، سلیمان بن اشعث (بی تا). سنن ابی داود. بیروت: دار الکتب العربی.
- ابن درستویه، ابومحمد عبدالله (۱۴۱۹ق). تصحیح الفصحیح و شرحه. قاهره: المجلس الاعلی للشئون الاسلامیه.
- انصاری عربانی، محمد (۱۳۸۳ش). «تدلیس در ازدواج از ناحیه زوجه». نشریه دادرسی، شماره ۴۴.
- بخاری، ابوعبدالله محمد (۱۴۲۲ق). صحیح البخاری. بیروت: دار طوق النجاه.
- برکوویتز، رایان و دونایف، باربیری (۱۳۸۵). اصول بیماری‌ها و بهداشت زنان کیستنر. ترجمه دکتر بهرام قاضی جهانی و روشنگر قطبی. تهران: گلبان.
- بسامی، مسعود (۱۳۸۹). «هایمنوپلاستی؛ ضمان بیمار و پزشک معالج». نشریه حقوق پزشکی. ۴(۱۵)، ص ۱۲۹-۱۶۰.
- بهوتی، منصور بن یونس (۱۹۹۶م). شرح منتهی الارادات. بیروت: عالم الکتب.
- تفتازانی، سعدالدین (۱۴۱۱ق). مختصر المعانی. بیروت: دار الفکر.
- ثعالبی، عبدالملک بن محمد (بی تا). فقه اللغه. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- جوهری، ابونصر (۱۴۰۷ق). الصحاح تاج اللغه و صحاح العربیه. بیروت: دار العلم للملایین.
- حسن حسن جبل، محمد (۲۰۱۰م). المعجم الاشتقاقی المؤصل لألفاظ القرآن الکریم. قاهره: مکتبه الآداب.
- حصکفی، محمد بن علی (۱۳۸۶ق). در المختار. بیروت: دار الفکر.
- خالد منصور، محمد (۱۴۱۹ق). احکام الطیبه المتعلقه بالنساء. اردن: دار النفاث.
- خرسی، محمد بن عبدالله (بی تا). شرح مختصر خلیل للخرشی. بیروت: دار الفکر.
- خطیب التمیمی، عزالدین (۱۴۰۷ق). رتق غشاء البکاره من منظور اسلامی. أبحاث ندوه الرؤیه الإسلامیه لبعض الممارسات الطیبه. کویت: المنظمه الإسلامیه للعلوم الطیبه.
- دردیر، احمد بن محمد العدوی (بی تا). الشرح الکبیر. بیروت: دار الفکر.
- دسوقی، محمد عرفه (بی تا). حاشیه الدسوقی علی شرح الکبیر. بیروت: دار الفکر.
- راغب اصفهانی، حسین (بی تا). المفردات فی غریب القرآن. لبنان: دار المعرفه.
- رباط جزی، مهتری؛ جعفری، آسیه و قره داغی، جابر (۱۳۹۶). بکارت و معاینه بکارت از دیدگاه پزشکی، فقهی و حقوقی. تهران: مرکز تحقیقات پزشکی قانونی.
- رفیعی هنر، حمید و بیات، علی (۱۳۹۷). «بررسی فقهی پنهان کاری و اظهار خلاف اسرار پیشازدواج در فرایند خواستگاری». دوفصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده، ۲۳(۶۹). ص ۷۸-۵۳.

- رملی، شمس‌الدین (۱۴۰۴ق). *نهایه المحتاج*. بیروت: دار الفکر.
- زبیدی، محمد بن محمد (بی‌تا). *تاج العروس من جواهر القاموس*. بیروت: دار الهدایه.
- زرقا، احمد بن محمد (بی‌تا). *شرح القواعد الفقهیه*. دمشق: دار القلم.
- زرکشی، محمد (۱۴۰۵ق). *المشور فی القواعد*. کویت: وزاره الاوقاف و الشئون الاسلامیه.
- زیدان، عبدالکریم (۱۴۱۹ق). *الوجیز فی اصول الفقه*. تهران: دار احسان.
- سرخسی، ابوبکر محمد (۱۴۲۱ق). *المبسوط*. بیروت: دار الفکر.
- سیوطی، عبدالرحمن (۱۴۰۳ق). *الاشباه و النظائر*. بیروت: دار الکتب العلمیه.
- شافعی، محمد بن ادريس (۱۳۹۳ق). *الام*. بیروت: دار المعرفه.
- شربینی، محمد (۱۴۱۵ق). *الافتاح فی حل الفاظ ابی شجاع*. بیروت: دار الفکر.
- \_\_\_\_\_ (بی‌تا). *معنی المحتاج*. بیروت: دار الفکر.
- شنیطی، محمد مختار (۱۴۱۵ق). *احکام الجراحه الطبیه و الآثار المترتبه علیها*. جدّه: مکتبه الصحابه.
- صاوی، احمد بن محمد (بی‌تا). *حاشیه الصاوی علی شرح الصغیر - بلغه السالک لاقرب المسالک*. بیروت: دار المعارف.
- صنعانی، عبدالرزاق (۱۴۰۳ق). *مصنف عبدالرزاق*. بیروت: مکتبه الاسلامی.
- طبرانی، ابوالقاسم سلیمان بن احمد (۱۴۱۵ق). *معجم الاوسط*. قاهره: دار الحرمین.
- طبری، محمد بن جریر (۱۴۲۰ق). *جامع البیان فی تأویل القرآن*. بیروت: مؤسسه الرساله.
- عدوی، علی الصعیدی (۱۴۱۲ق). *حاشیه العدوی علی شرح کفایه الطالب الربانی*. بیروت: دار الفکر.
- عفانه، حسام‌الدین بن موسی محمد (۱۴۲۷-۱۴۳۰ق). *فتاویٰ یسنلونک*. مکتبه دندیس: المکتبه العلمیه و دار الطیب.
- غزالی، ابوحامد محمد (بی‌تا). *احیاء علوم الدین*. بیروت: دار المعرفه.
- فاسی، محمد بن احمد (۱۴۲۰ق). *شرح میاره*. لبنان: دار الکتب العلمیه.
- فخر رازی، ابو عبدالله محمد (بی‌تا). *تفسیر فخر رازی*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- فراهیدی، خلیل (بی‌تا). *کتاب العین*. بیروت: دار و مکتبه الهلال.
- فرید واصل، نصر (۱۴۰۰). فتوا. بازدید از سایت در تاریخ آذر ماه ۱۴۰۰. مندرج در سایت: [www.jamila-qatar.comtj](http://www.jamila-qatar.comtj)
- فیومی، احمد (بی‌تا). *مصباح المنیر*. بیروت: مکتبه العلمیه.
- *قرارات و توصیات مجمع الفقه الاسلامی التابع لمنظمه المؤتمر الإسلامی (بی‌تا)*. جدّه: مجمع البحوث الاسلامیه.
- قرطبی، شمس‌الدین (۱۴۲۳ق). *جامع لاحکام القرآن*. ریاض: دار عالم الکتب.

- کاسانی، علاءالدین (۱۹۸۲م). *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*. بیروت: دار الکتب العربی.
- گلزار، شقایق (۱۳۹۸). «ترمیم بکارت: مصلحت یا مفسده». *فصلنامه حقوق پزشکی*. ۱۳(۵۰). ص ۱۵۵-۱۶۷.
- گودرزی، فرامرز و کیانی، مهرزاد (۱۳۸۷). *پزشکی قانونی برای دانشجویان رشته حقوق*، تهران: سمت.
- ماوردی، علی بن محمد (۱۴۱۴ق). *الحاوی فی فقه الشافعی*. لبنان: دار الکتب العلمیه.
- محسنی، محمد آصف (بی تا). *الفقه والمسائل الطبیه*. تبریز: انتشارات یاران.
- محمد مغازی محمود، امیره (بی تا). *احکام الرتق من منظور اسلامی*. اسکندریه: کلیه الدراسات الاسلامیه والعربیة للبنات.
- مسلم نیشابوری، ابی الحسن مسلم. (۱۴۴۰ق). *صحیح مسلم*. ایران: اولوالباب.
- مطرزی، ناصرالدین (۱۹۷۹م). *المغرب فی ترتیب المعرب*. حلب: مکتبه اسامه بن زید.
- معلوف، لویس (۱۳۸۶ش). *المنجد فی اللغة و الاعلام*. (ترجمه: محمد بندر ریگی). تهران: انتشارات ایران.
- ممدوح سعد، احمد (۱۴۳۰ق). «رتق غشاء البکاره». *مجله دار الافتاء المصریه*. عدد الاول.
- میرزاده اهری، مرتضی (۱۳۹۵). *ترمیم بکارت از منظر فقه و حقوق*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، چاپ اول.
- نجار، عبدالله مبروک (۱۴۳۰ق). *حکم الشرعی لجراحه اصلاح غشاء البکاره*. مؤتمر مجمع البحوث الاسلامیه. *مجله مجمع الفقه الاسلامی*. مجمع البحوث الاسلامی: مصر. العدد ۱۳. ص ۱-۴۰.
- نظری توکلی، سعید و جوانمرد فرخانی، ابراهیم (۱۳۹۴). «امکان استناد به قاعده حرمت تعاون بر اثم در اثبات عدم مشروعیت بکرنمایی». *فصلنامه فقه پزشکی*. ۴(۲۴-۲۵)، ص ۱۹۹-۲۲۱.
- نفرآوی، احمد بن غنیم (بی تا). *فواکه الدوانی علی رساله ابن ابی زید القيروانی*. قاهره: مکتبه الثقافه الدینیة.
- نووی، محی الدین یحیی بن شرف. (۱۴۰۵ق). *روضه الطالبین و عملده المفتین*. بیروت: مکتب الاسلامی.
- \_\_\_\_\_ (بی تا). *المجموع شرح المهدب*. بیروت: دار الفکر.
- یاسین، محمدنعیم (۱۴۰۸ق). «عملیه الرتق العذری فی میزان المقاصد الشرعیة». *مجله الشریعه و الدراسات الاسلامیه*، (۱۰)، ص ۸۳-۱۲۴.

## ارائه راه‌حلی برای تبیین حقوق جنسی بانوان بر اساس رویکردهای حقوقی و اخلاقی

مریم قوجائی خامنه\*<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۱۳

محمد رضا سالاری فر<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۰۹

DOI: 10.30497/FLJ.2023.244116.1880



### چکیده

در نظام جنسی دین مبین اسلام، ارضای میل جنسی در مسیر هدفمند و حرکت به سوی کمال، یک اصل محسوب می‌شود که به جهت دارا بودن کارکرد تأمین آرامش جسمی و روانی، این غریزه در آموزه‌های اسلامی دارای ارزش است. ارضای نیاز جنسی همسر از وظایف مشترک زن و مرد است که مستندات متعددی در خصوص حق و تکلیف هر دو طرف وجود دارد. آنچه در بین حقوق جنسی زن و مرد متمایز به نظر می‌آید، حق بهره‌مندی از استمتاع (رابطه) جنسی از حیث زمان است که در مقابل مطلق و بلامنازع بودن حق مرد در این مسئله، حق زن مقید به چهار ماه یک‌بار شده است. در ادبیات اسلامی موجود، دو رویکرد حقوقی و اخلاقی به چشم می‌خورد که هر کدام ادله‌ای دارد. در پژوهش حاضر با روش تبیینی-تحلیلی، ادله هر دو رویکرد بررسی شده است. نتایج تحقیق نشان می‌دهد که ادله رویکرد حقوقی قابل نقد است و ادله رویکرد اخلاقی از اتقان بیشتری برخوردارند. در نتیجه، دیدگاه مشهور، یعنی محق بودن زن نسبت به حق جنسی هر چهار ماه یکبار، «حکم اولی شرعی» و بالاترین حد زمانی است که شارع تعیین کرده و ناظر به شرایط عادی است و با وجود اموری مانند جوانی، تمایلات و نیاز جنسی زن، مرد نمی‌تواند خود را نسبت به این نیاز، غیرمسئول بداند. همچنین با توجه به فتاوای فقهای معاصر، جایگاه عرف در امور جنسی زوجین، تقدم اخلاق بر حقوق در روابط خانوادگی و حساسیت روانی بانوان، رویکرد اخلاقی یعنی همان بهره‌مندی زن از رابطه جنسی در کمتر از چهار ماه و به هنگام نیاز، تقویت می‌شود.

### کلیدواژه‌ها

حقوق جنسی، تمکین، نشوز، استمتاع زوجه، رویکرد حقوقی، رویکرد اخلاقی.

۱. (نویسنده مسئول) دانش‌آموخته سطح ۴ تفسیر تطبیقی مؤسسه آموزش عالی حوزوی معصومیه، قم، ایران.

m.ghojaei.kh@gmail.com

Msalarifar@rihu.ac.ir

۲. دانشیار گروه خانواده پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم، ایران.

## مقدمه

جعل و اعتبار حق و تکلیف در امور جنسی، به وجود غریزه در دو جنس زن و مرد بازمی‌گردد که در مورد چگونگی ارضای آن، سه دیدگاه کلی تفریطی (راسل، ۱۳۶۵، ج ۱، ص ۵۰۸)، افراطی (توکلی، ۱۳۷۸، ص ۴۲؛ استور، ۱۳۷۵، ص ۲۶) و متعادل (دیدگاه اسلام) وجود دارد. در دیدگاه متعادل، هر دو رویکرد تفریطی و افراطی مورد مخالفت قرار می‌گیرند و آنچه مورد توجه است، اعتدال در پاسخگویی به نیاز جنسی است که در واقع دیدگاه اسلام است. در نگاه اسلامی، ارضای میل و رفتار جنسی در مسیر هدفمندش، یک اصل محسوب می‌شود (عباسی، ۱۳۹۶، ص ۵۰).

آیات قرآن بر کارکرد تأمین آرامش روانی و سکون نفس غریزه جنسی دلالت دارند که انسان را در طریق حرکت به سوی کمال یاری می‌دهد (مؤمن، ۱۳۹۲، ص ۶۷). در روایات نیز آمده است که لذت جسمانی ناشی از رابطه جنسی، سبب رفع افسردگی، بروز نشاط در فرد، برطرف شدن سستی و تسکین برخی دردهای بدن او می‌شود<sup>۳</sup> (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۱۰۰، ص ۲۹۱). امر کردن به ازدواج، جواز و عدم قبح اخلاقی آمیزش شرعی جنسی با همسر و کنیزان، دور

۱. من غلب شهوته ظهر عقله (تمیمی آمدی، ۱۳۶۶، ص ۵۸۸).

من زادت شهوته قلت مروته (تمیمی آمدی، ۱۳۶۶، ص ۵۹۲).

طاعة الشهوة تفسد الدين (تمیمی آمدی، ۱۳۶۶، ص ۴۳۴).

و روي عن رسول الله صاته وصف القيامة لأصحابه يوماً و بالغ في إنذارهم فرقوا فاجتمعت جماعة من الصحابة في بيت عثمان بن مظعون و اتفقوا على أن لا يزالوا صائمين قائمين و أن لا يأكلوا اللحم و لا يناموا على الفراش و لا يقربوا النساء و الطيب و يرفضوا لذات الدنيا و يلبسوا المسوح أي الصوف و يسبحوا في الأرض أي يسبوا فبلغ رسول الله ص ذلك فقال إني لم أؤمر بذلك إن لا نفسكم عليكم حقاً فصوموا و أفطروا و قوموا و ناموا فإني أقوم و أنام و أصوم و أفطر و أكل اللحم و الدسم فمن رغب عن سني فلنيس مني (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۶۲، ص ۱۱۲).

۲. و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة إن في ذلك لآيات ليعرفون (روم، ۲۱). هو الذي خلقكم من نفس واحدة و جعل منها زوجها ليسكن إليها... (اعراف، ۱۸۹).

۳. إذا كان بأحدكم أو جاع في جسده و قد غلبته الحرارة فعليه بالفراش قيل للباقر ع يا ابن رسول الله ما معنى الفراش قال غشيان النساء فإنه يسكنه و يطفه؛ «اگر کسی از شما احساس کوفتگی در بدن داشت و حرارت بدنش بالا رفته بود، بر اوست که هم‌بستر شود».

ظسنگاه داشتن خویشتن از حرام<sup>۱</sup> از اصول اسلام در این زمینه است. در نگاه آیات و روایات، لذت‌بری جنسی حلال و مشروع، از برترین لذات (دنیوی و اخروی) و زینت‌های دنیایی<sup>۲</sup> شمرده شده که دارای استحباب شرعی و موجب رشد و کمال و جلب رحمت خاص خداوند است. ارزش‌گذاری نسبت به این گزینه و نظر مثبت آموزه‌های اسلامی تا حدی است که برای روابط زناشویی پاداش‌های بسیاری<sup>۳</sup>، از جمله آمرزش گناهان و ثوابی معادل جهاد، در نظر گرفته شده است<sup>۴</sup> (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۴۹۶).

ارضای نیاز جنسی همسر از وظایف مشترک زن و مرد است که مستندات متعددی در خصوص حق و تکلیف هر دو طرف وجود دارد.<sup>۵</sup> (همان، ص ۵۰۷؛ ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۴۰۵). بررسی مسأله حقوق جنسی زن و ادله آن از منظر فقه امامیه، هدف اصلی این نوشتار است. به عبارتی، سؤال اصلی در این بحث این است که در دیدگاه اسلام، در حق جنسی زن و مرد از حیث کمیت و کیفیت، تفاوتی وجود دارد یا خیر و در منابع اسلامی و تحقیقات و تألیفات، چه رویکردهایی نسبت به حقوق جنسی بانوان وجود دارد.

با بررسی و مطالعات انجام‌شده، پیشینه موضوع را در مقالات ذیل چنین می‌توان گزارش نمود:

- «بازخوانی ادبیات فقهی حاکم بر روابط جنسی زوجین با رویکرد تحقق سلامت جنسی در ازدواج» نوشته شکیبا امیرخانی و محمود ویسی (۱۳۹۸): در این مقاله، ادبیات فقهی

۱. وَالَّذِينَ هُمْ لِغُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (مؤمنون، ۶۵).

۲. زَيْنٌ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَيْتِ... وَاللَّهُ عِنْدَهُ حُسْنُ الْمَآبِ (آل عمران، ۱۴) - الذَّالِيَّاتُ مَبَاضِعُهُ النِّسَاءُ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۳۲۱).

۳. مَا تَلَدَّدَ النَّاسُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ بِلَدَّةِ أَكْثَرِهِمْ مِنَ لَدَّةِ النِّسَاءِ، (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۳۲۱).

۴. أَنْتَ أَهْلَكَ تُؤَجِّرُ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ آتَيْتُهُمْ وَأُوجِرُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَكَمًا أَلَيْكَ إِذَا آتَيْتَ الْحَرَامَ أُرِزْتَ فَكَذَلِكَ إِذَا آتَيْتَ الْحَالَكَ أُوَجِّرْتَ فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع لَا تَرَىٰ أَنَّهُ إِذَا خَافَ عَلَىٰ نَفْسِهِ فَأَتَى الْحَالَكَ أُوَجِّرُ.

۵. أَمَّا إِتْيَانُهُ إِذَا أَقْبَلَ أَكْتَفَهُ مَلِكًا فَكَانَ كَالشَّاهِرِ سَيْفُهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَإِذَا هُوَ جَامِعٌ تَحَاتُّ عَنْهُ الدُّنُوبُ كَمَا يَتَحَاتُّ وَرَقُ الشَّجَرِ فَإِذَا هُوَ اعْتَسَلَ أَنْسَلَخَ مِنَ الدُّنُوبِ.

۶. لَا تَمْنَعُهُ نَفْسُهَا وَإِنْ كَانَتْ عَلَى ظَهْرِ قَتَبٍ (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۵۰۷) - قَالَ إِذَا تَرَكَهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ كَانَ آتِمًا بَعْدَ ذَلِكَ (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۴۰۵).

حاکم بر روابط جنسی زوجین مورد بازخوانی قرار گرفته است تا میزان ورود و تأثیر استنباطات فقهی در تأمین «سلامت جنسی» همسران سنجیده شود.

- «تبیین حق جنسی زوجین در بستر متون فقهی و حقوقی» نوشته مرضیه شعرافچی زاده و همکاران (۱۳۹۹): در این مقاله، به تشابه و تفاوت نشوز زوج و زوجه در فقه و قانون مدنی و قوانین حامی خانواده پرداخته شده است تا فقدان نشوز زوج در قوانین و عدم ضمانت‌اجرائی در پاسخ‌گویی نیاز جنسی زوجه اثبات گردد. گفتنی است که مقاله «نشوز زوج، تزلزل در سلامت جنسی زوجه، وضعیت فراموش شده در قوانین ایران» نوشته محمدمهدی داداشی چکان و حمید آشنا (۱۳۹۷)، نیز درصدد اثبات همین مطلب است.

- «قلمرو حقوق همسر در روابط زناشویی از منظر فقه و حقوق خانواده» نوشته سعید نظری توکلی و فاطمه کراچیان ثانی (۱۳۹۷): در این نوشتار، به دوسویه بودن حقوق جنسی همسران اشاره شده و پاسخ‌گویی به نیاز جنسی همسر با معیار نیاز جنسی واجب دانسته شده است نه با حکم محدود بودن به هر چهار ماه یک‌بار.

برخی مقالات نیز به ترجیح اخلاق بر حقوق در روابط همسران پرداخته‌اند؛ مانند:

- «اخلاق‌گرایی نه قانون‌گذاری سهم اخلاق در پهنه خانواده» تألیف مصطفی مظفری و علیرضا پوراسماعیلی (۱۳۹۰).

- «مقایسه رویکرد معروف‌گرا و حقوق‌گرا در انعطاف‌بخشی به روابط همسران و حقوق زنان (با تأکید بر آیه ۲۲۸ سوره بقره)» نوشته معصومه حافظی و طیبیه حسام‌پور (۱۳۹۸).

در مقاله «کارکردهای اصل عفاف در حقوق خانواده» نوشته فرج‌الله هدایت‌نیا (۱۳۹۵) نیز محقق با استناد به لزوم رعایت عفاف، بر این باور است که اگر خطر به ضرر افتادن زوجه پیش از چهار ماه وجود داشته باشد، برقراری ارتباط جنسی بر مرد واجب است تا عفت زن حفظ شود. با توجه به عنایت پژوهشگران حوزه زن و خانواده به مسأله حقوق جنسی زوجین و زنان به‌طور خاص، مقالات متعددی با رویکردهای مختلف به چاپ رسیده است که در این مقال، فرصت پرداختن به آنها وجود ندارد. در نوشتار حاضر با روش تبیینی-تحلیلی، دو رویکرد



اخلاقی و حقوقی موجود در گزاره و ادبیات فقهی موجود، بررسی خواهد شد تا حکم مشهور حق بهره‌مندی زن از رابطه جنسی در بازه زمانی چهار ماه یک‌بار نقد و بررسی شود.

### ۱. جعل و اعتبار حقوق جنسی برای همسران در اسلام

بر اساس رابطه تلازمی حق و تکلیف (توسلی، ۱۳۷۷، ص ۷۰-۷۲)، همچنان که زن تکالیفی جنسی در مقابل شوهر به عهده دارد و موظف به تمکین می‌باشد، از حقوقی نیز برخوردار است؛ هرچند تفاوت‌هایی در کمیت و کیفیت این حقوق در جانب زن و شوهر وجود داشته باشد. همان‌گونه که از معنای تحت‌اللفظی «رابطه جنسی» برمی‌آید، استمتاع جنسی امری کاملاً دوجانبه است و هرگونه نیاز به ارضای جنسی در فرد، پاسخی به صورت وظیفه و تکلیف در همسر او دارد. در مورد حق جنسی شوهر، بحث بلامنازع است؛ به این معنا که بدون هیچ اختلافی، زن باید امکان بهره‌گیری جنسی را (در حد متعارف) برای شوهرش بدون هیچ‌گونه محدودیت زمانی یا مکانی فراهم کند (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۴۳۹؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص ۶۴ و ۶۵؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۴، ص ۱۱۲ و ۱۱۷). به عبارتی، اسلام حق بهره‌گیری جنسی از زن را مهم‌ترین حق شوهر بر زن دانسته و با صرف‌نظر از برخی استثناءها، محدودیت قابل توجهی برای این حق در نظر نگرفته است و از طرفی، ضمانت‌های قانونی برای استیفای این حق در اختیار مرد قرار داده شده است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۲۰۷). روایات متعددی نیز در امر به پاسخگویی زنان به نیاز جنسی شوهر و نکوهش کوتاهی در آن وجود دارد.<sup>۱</sup> اما در مورد حق جنسی زن، ادله فقهی-اخلاقی متعددی بر حقوق جنسی وی دلالت دارند که به رویکردهای

---

۱. برای هیچ زنی روا نیست که بخواهد مگر اینکه خودش را به شوهرش عرضه کند، جامه هایش را درآورد، در بستر او درآید و پوست خود را بر پوست او بچسباند؛ اگر چنین کند، پس خود را عرضه نموده است (طبرسی، ۱۳۷۲، ص ۲۳۳). هرگاه مرد زنش را برای نیازش فراخواند و او خودداری کند و شوهرش آن شب را با ناراحتی از او بگذراند، تا صبح فرشتگان آن زن را لعنت می‌کنند (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص ۱۶۵). پیامبر فرمود: خدا زنان تعلق‌کننده را لعنت کرده است ... زنی که شوهرش او را به بستر خویش فراخواند و او بگوید بعداً تا اینکه شوهرش را خواب ببرد (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص ۱۶۵). هرگز نماز خود را طول ندهید تا اینکه شوهرانتان را از خود بازدارید (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص ۱۶۴).

متفاوتی در این زمینه منتج می‌شوند. گفتنی است که غیر از حق بهره‌مندی زن از استمتاع جنسی، مصادیق دیگری همچون حق قَسَم و حق مضاجعه وجود دارد که از موضوع این نوشتار خارج است و غرض نگارنده بررسی حق جنسی زن در خصوص استمتاع جنسی (رابطه جنسی کامل) است.

## ۲. جعل و اعتبار اصل پذیرش حق جنسی برای زن

اصل وجود حق جنسی برای زن امری مسلم و پذیرفته‌شده در فقه اسلامی است؛ به این معنا که اسلام حق ارضای جنسی را برای زن به رسمیت شناخته و با وضع دستورات حقوقی و توصیه‌های استحبابی به شوهران، شدت اهتمام خود به موضوع را ارائه نموده است. دلایل این مطلب به قرار زیر است.

### ۲.۱. دلایل قرآنی

آیات متعددی وجود دارد که مبین اصل وجود حق (و نیاز) جنسی برای زنان است:

#### ۲.۱.۱. آیه ایلاء

«لَاذِينَ يُؤَلِّقُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصًا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَأَوْ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ \* وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ» (بقره، ۲۲۶-۲۲۷).<sup>۱</sup>

ایلاء سوگند شوهر بر ترک آمیزش با همسر دائمی است که به قصد زیان رساندن به وی صورت می‌گرفت و با این کار، او را هم از حق استمتاع جنسی و هم از حق ازدواج با دیگری محروم می‌کرد و گاه پس از پایان مدت، باز سوگند را تکرار می‌کرد (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۳۳۸؛ فخر رازی، ۱۴۲۰، ج ۶، ص ۸۵؛ قرطبی، ۱۳۶۴، ج ۳، ص ۱۰۳؛ عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۰، ص ۱۳۴ و ۱۳۵؛ فاضل مقداد، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۲۹۳). در این آیه، برای مردانی که با توسل به قَسَم از ادای حق جنسی زنان خود، سر باز می‌زنند، فرصت چهار ماهه تعیین شده

۱. کسانی که زنان خود را «ایلاء» می‌نمایند [سوگند یاد می‌کنند که با آنها، آمیزش جنسی ننمایند]، حق دارند چهار ماه انتظار بکشند [و در ضمن این چهار ماه، وضع خود را با همسر خویش، از نظر ادامه زندگی یا طلاق، روشن سازند]. اگر [در این فرصت] بازگشت کنند، [چیزی بر آنها نیست؛ زیرا] خداوند آمرزنده و مهربان است.

است تا تکلیف همسر خود را مشخص و به ادای حق جنسی واجب وی (هر چهار ماه یکبار) اقدام کنند. در چنین وضعیتی، حاکم موظف به برخورد قضایی با مرد است؛ یعنی در صورتی که شوهر بنای نافرمانی و تمرد داشته باشد و امکان حبس وی نیز منتفی باشد، حاکم می‌تواند زن را طلاق دهد که این کار در راستای حمایت از حقوق زن انجام می‌شود (نجفی، بی‌تا، ج ۳۳، ص ۳۱۱-۳۱۵).

#### ۲.۱.۲. آیه‌ی ظهار

«الَّذِينَ يَظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُؤٌ غَفُورٌ» (مجادله، ۲).

«ظهار» از کارهای ناپسند جاهلیت بود که در پی آن، زن برای همیشه بر شوهر حرام می‌شد و حتی نمی‌توانست همسر دیگری انتخاب کند! اسلام این سنت را محکوم و دستور کفاره برای آن صادر نمود و در ضمن، زن می‌تواند با مراجعه به حاکم شرع، مرد را موظف به طلاق رسمی یا رجوع به زناشویی کند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۱، ج ۲۳، ص ۴۱۷). بلا تکلیف ماندن زن بعد از ظهار، مانع از ادای حق جنسی زن است.

#### ۲.۱.۳. دستور به عدالت در بین زنان متعدد

«وَكُنْ تَسْتَبِيحُوا أَنْ تَعْلَمُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَكُنْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمَعْلُوقَةِ وَإِنْ تَصَلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا» (نساء، ۱۲۹).

در آیه مذکور، در راستای سفارش عدالت به مردانی که همسران متعدد دارند، ایشان را از رهاسازی و بلا تکلیف گذاشتن یکی از زنان نهی کرده است. به این معنا که نه با او رابطه جنسی برقرار می‌کنند و نه او را رها می‌کنند که زناشویی دیگری را آغاز کند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۱، ج ۴، ص ۱۵۳).

علاوه بر آیات مذکور که دلالت بر نیاز و حق جنسی بانوان دارد، آیاتی نیز دلالت غیر صریح به مسأله جنسی دارند. آیاتی با موضوعاتی همچون امر به ازدواج مردان و زنان بی‌همسر<sup>۱</sup>، امر

۱. وَاتَّخِذُوا الْآيَامَ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَانِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ (نور، ۳۲).

به عفاف (استعفاف) به هر دوی زن و مرد در صورت عدم وجود شرایط لازم برای ازدواج<sup>۱</sup>، کارکرد ازدواج در آرامش گرفتن همسران از یکدیگر<sup>۲</sup> و تحفظ از گناه و ناپاکی برای یکدیگر<sup>۳</sup> (طبرسی، ۱۳۷۲ق، ج ۷، ص ۲۱۹؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۶۵۰ و ج ۱۴، ص ۴۵۷؛ صادقی تهرانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲۳، ص ۱۳۴)؛ اهمیت ازدواج و بهره‌مندی جنسی را برای زن و مرد می‌رسانند.

## ۲-۲. دلایل روایی

روایاتی وجود دارند که در آنها به حق جنسی زنان به صورت اجمالی و بدون تفصیل پرداخته شده است؛ مانند روایات ذیل:

الف. از امام علی علیه‌السلام در مورد زنی سؤال شد که ادعا می‌کند که شوهرش با او رابطه جنسی ندارد و در مقابل، شوهرش خلاف آن را ادعا می‌کند. حضرت فرمود: آن مرد قسم داده می‌شود و سپس رها می‌شود (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۵، ص ۵۴۷؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۸، ص ۸) که دلالت بر رسیدگی قضایی به دادخواست زن درباره محرومیت جنسی وی به دلیل ناتوانی یا خودداری شوهر دارد و نشانه پذیرش حق جنسی اوست.

ب. روایتی صحیح‌السند از امام صادق علیه‌السلام درباره مردی که یک سال از بستر همسر خود دوری کرده است که می‌فرماید: بر او واجب است با همسر خود ارتباط جنسی داشته باشد<sup>۴</sup> (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۱۳۰).

ج. روایتی دیگر از امام صادق علیه‌السلام که می‌فرماید: مردی که با تعدادی زن ازدواج کند،

۱. وَ لَيْسَتْ عَفْفُ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ (نور، ۳۳).

۲. «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ» (روم، ۲۱).

۳. «... هُنَّ لِبَاسٍ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ...» (بقره، ۱۸۷).

۴. خطیب، ۱۴۲۴ق، ج ۱۱، ص ۴۹۷؛ ابن عاشور، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۱۷۹؛ قمی مشهدی، ۱۳۳۸ق، ج ۲، ص ۲۵۲؛ طباطبایی،

۱۳۷۴، ج ۲، ص ۴۴؛ فخر رازی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۲۷۰

۵. سَأَلَتْ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنِ الرَّجُلِ يَهْجُرُ امْرَأَتَهُ مِنْ غَيْرِ طَلَاقٍ وَلَا يَمِينٍ سَنَةَ لَمْ يَقْرَبْ فِرَاشَهَا قَالَ لِيَأْتِ أَهْلَهُ.

اما با آنها رابطه جنسی نداشته باشد و یکی از آنها زنا کند، پس گناه زنا بر آن مرد خواهد بود»<sup>۱</sup> (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۴، ص ۱۹۹). بر اساس این روایت، مسئولیت انحراف جنسی زن شوهردار که ناشی از عدم ارضای جنسی وی در خانواده باشد، بر عهده شوهر است.

### ۲.۳. دلیل فقهی - حقوقی

از دیدگاه حقوق اسلامی که برگرفته از روایات فقهی است، در صورت اختلالات جنسی مرد، زن به جهت عدم برخورداری از عمل جنسی، امکان فسخ عقد ازدواج دارد (حق فسخ ازدواج توسط زن) (نجفی، بی تا، ج ۳۰، ص ۳۲۶؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۴، ص ۳۴۶).

### ۳. تبیین و بررسی رویکردها و ادله مرتبط

در مورد حق زن در بهره‌مندی از رابطه جنسی، دو رویکرد حداقلی (حقوقی) و استحبابی (اخلاقی) متصور است. مراد از رویکرد حداقلی همان نظر مشهور فقهی است که از جهت زمان بهره‌مندی از رابطه جنسی، هر چهار ماه یکبار را برای زن مقرر کرده است و چون این حق، حداقل حق واجب است، این رویکرد را حداقلی نامیده‌ایم. اما در رویکرد دوم با تغییر نگاه و ترجیح اخلاق بر حقوق و همچنین استفاده از قواعد فقهی، به تبیین دیگری در باب حق جنسی بانوان می‌رسیم و آن اینکه گذشته از فتوای مشهور، می‌توان با اقتضائات دیگری، زوج را به ادای حق جنسی زن در کمتر از چهار ماه ملزم کرد و چون در این رویکرد، از دستورات اخلاقی بیشتر از الزامات فقهی بهره برده‌ایم و این رویکرد الزام فقهی رویکرد قبلی را از جهت فتاوی رایج ندارد، رویکرد استحبابی یا اخلاقی نامیده شده است. البته این به آن معنا نیست که در رویکرد دوم، از قواعد فقهی الزام‌آور استفاده نشده است.

### ۳-۱. رویکرد حداقلی (نگاه حقوقی)

در برخی از منابع فقهی و حقوقی زنان، اشاراتی بر رویکرد حداقلی وجود دارد. به‌طور مثال، در باب «تمکین»، تنها از تمکین زوجه سخن به میان رفته و وظیفه وی در مقابل شوهر دانسته شده است. این در حالی است که خود فقها در باب نشوز مردان به تبعیت از آیات و روایات،

۱. مَنْ جَمَعَ مِنَ النِّسَاءِ مَا لَا يَنْكِحُ فَرَزْنَا مِنْهُنَّ شَيْءٌ، فَإِنَّهُنَّ عَلَيْهِ.

احکامی ذکر نموده‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۴، ص ۶۱۹) یا اینکه در حدود زمانی حق استمتاع زوجه گفته شده است که ترک آمیزش با همسر بیش از چهار ماه صحیح نیست (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۸، ص ۲۷۱). روی دیگر این سخن این است که مطابق نظر مشهور فقهای امامیه، زن بیش از مواقعه هر چهار ماه یکبار، حقی بر گردن زوج ندارد (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۴۸۲؛ ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۲۳۳؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۰۶؛ حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۱۴). حتی شیخ مفید از این هم فراتر می‌رود و در کتاب *احکام النساء*، نامی از این حق بین حقوق زنان به میان نمی‌آورد (ر.ک. شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۱۴۰۸).

در نفی استحقاق زوجه در کمتر از چهار ماه، میان زوجه جوان و سالمند یا حاضر و مسافر و غیر آن تفاوتی گذاشته نشده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۸۱۰). در واقع ترک رابطه جنسی با زوجه در مدت کمتر از چهار ماه، به‌طور مطلق مجاز است. گذشته از حق مواقعه در شرایط معمول، در مواردی مانند فقدان شوهر یا عارض شدن ناتوانی جنسی بر وی بعد از ازدواج نیز، این رویکرد دیده می‌شود؛ یعنی زن از کمترین حق جنسی برخوردار است. به‌طور نمونه، در حالتی که مرد مفقود شده است، به جهت اطلاع یافتن از سرنوشت شوهر، زن باید تا چهار سال انتظار بکشد یا در صورت وجود اختلالات جنسی مرد، زن نمی‌تواند از این حق خود بهره‌مند شود و باید به‌منظور معالجه شوهر، تا یک سال صبر کند (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۲۲۹) که در این صورت، حق جنسی زن در بُعد زمان، به کمینه نهایی خود می‌رسد یا در اختلال «عنن» در فرض اینکه عارضه بعد از عقد و نزدیکی (ولو یک مرتبه) حادث شده باشد، اکثر فقها قائل به عدم جواز فسخ ازدواج توسط زن می‌باشند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۴، ص ۳۸۴) که در این صورت، زن به‌طور کلی تا هنگامی که در عقد این مرد باشد، از حق جنسی خود محروم می‌شود. دلیل فقها در این مسئله، اصل استصحاب و اصل «لزوم در عقود» است (فهرستی، ۱۳۹۰، ص ۱۳۷).

اگرچه این حکم و استدلال مربوط به آن، مورد توافق بسیاری از فقها قرار گرفته است، در عین حال، خالی از تأمل نیست. به‌طور نمونه، تعارض روایات در *مسالك الافهام*، به‌خوبی

قابل مشاهده است (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۱۰۵). دو روایت خاص وجود دارد که یکبار وطی را کافی می‌داند تا حق فسخ به زن تعلق نگیرد.<sup>۱</sup> (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۴۱۰). در مقابل، روایاتی وجود دارد که می‌گوید: فرقی بین هیچ و یکبار نیست. شهید ثانی از قول شیخ مفید و جماعتی دیگر این دیدگاه را مطرح کرده است. روایات مطلقاً هم داریم که به زن خیار داده شده و تفصیل داده نشده است (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۱۰۵).

در این مسئله، جای تأمل و پرسشی حقوقی وجود دارد. با این توضیح که زنی که تنها در دوران زناشویی یکبار با او آمیزش شده است، قطعاً نیازش از نظر جسمی و روانی تأمین نخواهد شد و ادامه چنین وضعیتی عواقب ناگواری برای او به دنبال خواهد داشت (فهرستی، ۱۳۹۰، ص ۱۳۷).

### ۳.۱.۱. ادلة دیدگاه حداقلی

#### ۳.۱.۱.۱. ادلة قرآنی

##### آیه ایلاء

مهم‌ترین مستند قرآنی رویکرد حداقلی، آیه ایلاء است که در بحث از اصل حق جنسی زوجه، شرح و تبیین آن گذشت. روایات متعددی در رابطه با ایلاء در ذیل آیه مطرح شده است (قمی، ۱۳۶۸ق، ج ۱، ص ۷۴) که حاکی از برخورد قضایی حاکم با مسئله ایلاء است و غایت صبر زن چهار ماه دانسته شده است (حویزی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۲۱۹؛ بحرانی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۴۶۸).

##### بررسی آیه ایلاء

خداوند اصل ایلاء را حذف نکرده است، اما برای آن حد معقولی قرار داده است. حرمت ایلاء به جهت مخالفت قرآن با مسئله قصد اضرار به زن است. از سویی، این مستند قرآنی

۱. عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: فِي الْعَيْنِ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ عَيْنٌ لَا يَأْتِي النَّسَاءَ، فُرِّقَ بَيْنَهُمَا وَإِذَا وَقَعَ عَلَيْهَا وَقَعَةٌ وَاحِدَةٌ لَمْ يُفْرَقْ بَيْنَهُمَا وَالرَّجُلُ لَا يُرَدُّ مِنْ عَيْبٍ.  
عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ ابْنِ مُسْكَانَ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع - عَنْ امْرَأَةٍ ابْتَلَى زَوْجَهَا فَلَا يَقْدِرُ عَلَى الْجَمَاعِ أَوْ تَفَارِقَهُ قَالَ نَعَمْ إِنْ شَاءَتْ قَالَ ابْنُ مُسْكَانَ وَفِي حَدِيثٍ آخَرَ تَنْتَظِرُ سَنَةً فَإِنْ آتَاهَا وَإِلَّا فَارْقَتْهُ فَإِنْ أَحْبَبَتْ أَنْ تُقِيمَ مَعَهُ فَلْتَقِمِ.

مربوط به یک فرهنگ جاهلی است که شوهر در صورت تنفر (یا به قصد تنبیه)، به هم‌بستر نشدن با زن (صادقی تهرانی، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص ۱۳) سوگند یاد می‌کرد و اسلام با تحدید اثر آن به چهار ماه یا حکم طلاق پس از آن، راضی به استمرار چنین وضعی نشده است (توجهی، ۱۳۸۹، ص ۲۳۸-۲۴۵). نکته دیگر اینکه نمی‌توان چهار ماه را به تمام زنان تسری داد؛ چرا که زنان در مقابل غریزه جنسی متفاوت‌اند؛ همچنان که مردان متفاوت‌اند (فضل‌الله، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۲۷۳). به عبارتی، چهار ماه مذکور در صورتی است که زن بر اثر طول مدت به گناه نیفتد و لذا در مورد زنان جوان که بیم گرفتاری در گناه باشد، لازم است این فاصله کمتر شود. این مطالب مبتنی بر ادله نفی ضرر و حرج و حکم ثانوی است که در رویکرد اخلاقی، بیشتر به آن پرداخته خواهد شد.

### ۳.۱.۱.۲. ادله روایی

آنچه از روایات برمی‌آید، این است که شوهر نباید بدون عذر شرعی ارتباط جنسی با همسرش را بیش از چهار ماه ترک کند. گفتنی است در روایات به هیچ حد دیگری اشاره نشده است. مستند این دیدگاه مفهوم‌گیری از روایت صفوان بن یحیی از امام رضا علیه‌السلام (مهم‌ترین دلیل این دیدگاه) است که راجع به مردی پرسیده شده که همسر جوانی دارد و شوهر موقعه با او را چند ماه یا یک سال ترک می‌کند، نه به این دلیل که به وی ضرر برساند و مورد آزار قرار دهد؛ بلکه به خاطر اینکه مرد مصیبت دیده است؛ آیا مرد مرتکب معصیت شده است؟ امام<sup>(ع)</sup> در پاسخ صفوان فرمود: اگر بیش از چهار ماه موقعه با او را ترک کند، معصیت کرده است، مگر اینکه با اجازه همسرش باشد (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص ۱۴۱؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۴۱۹).

### بررسی روایت

علی‌رغم استناد همه فقیهان به روایت صفوان، برخی از فقیهان به دلالت روایت اشکال کرده‌اند؛ مثلاً آیت‌الله شبیری زنجانی معتقد است که این روایت حداکثر زمان مجاز ترک رابطه جنسی را برای شوهری که چنین عذری دارد، بیان می‌کند. جواز مذکور شامل کسی که عذر ندارد و می‌خواهد به زن ضرر برساند، نمی‌شود؛ یعنی به غیر این مصداق (مصیبت‌زده)، مفهوم



ندارد؛ چون موضوع آن در مورد شخص مصیبت‌زده‌ای است که قصد اضرار به زن هم نداشته، ولی چون مشکل (مصیبت‌دیدگی) داشت، حضرت می‌فرماید این شخص حداکثر تأخیری که می‌تواند در مباشرت بیندازد، چهار ماه است؛ ولی از این استفاده نمی‌شود که همه افراد می‌توانند تا چهار ماه ضرر به زن بزنند و تأخیر بیندازند و از ادله ضرر هم استفاده می‌شود که جایز نیست» (شیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۱۴۸۳).

در ادامه بحث، باید به رویکرد اخلاقی و ادله آن نیز پردازیم تا مشخص شود ادله این رویکرد به تقویت جمع‌بندی حاضر می‌رسد یا خیر.

### ۳-۲. رویکرد استجابی (نگاه اخلاقی)

تفاوت در مبنای اخلاقی و حقوقی، وضعیت حق جنسی بانوان را تغییر خواهد داد. به این معنا که معیار در حق جنسی زن از حیث زمان، چهار ماه نیست؛ بلکه معیار نیاز و حاجت زن است که بالتبع پاسخگویی به نیاز زن را امری فردی خواهد کرد و در موارد متعددی در کمتر از چهار ماه لازم خواهد نمود.

#### ۳.۲.۱. ادله رویکرد استجابی

رویکرد اخلاقی نیز همچون رویکرد حقوقی، ادله‌ای را برای اثبات خود دارد و قائلان به رویکرد استجابی و دیدگاه اخلاقی در روابط همسران ادله متعدد قرآنی، روایی و فقهی برای دفاع از دیدگاه خود مطرح می‌کنند.

##### ۳.۲.۱.۱. ادله قرآنی

#### الف. اصل مماثلت در حق و تکلیف

بنابر اصل مماثلتِ «وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (بقره، ۲۲۸)، در حقوق واجب بین زوجین مماثلت وجود دارد (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۲۷۸؛ طوسی، بی تا، ج ۲، ص ۲۴۱؛ طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۱، ص ۳۲۷؛ صادقی تهرانی، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص ۳۹) که حق جنسی نیز مصداقی از این حقوق است؛ یعنی همچنان که لازم است زن به نیاز مرد پاسخ بگوید، لازم است مرد نیز پاسخگویی نیاز زن باشد؛ به‌ویژه آن‌گاه که زن بترسد به حرام افتد (فضل الله، ۱۳۸۳، ص ۱۱۴).

### ب. دستور معاشرت به معروف

اصل معاشرت به معروف: «وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (نساء، ۱۹) دلالت بر مفهومی کلی و مجموعه رفتارهای مناسب دارد و دایره وسیعی از رفتارهای متقابل بین زوجین (به خصوص مردان) را شامل می‌شود. حداقل لازم حسن معاشرت در روابط زوجین، رعایت حقوق واجب (از جمله حقوق جنسی) و برآوردن نیازهای یکدیگر به جهت دستیابی به رضایت‌مندی زناشویی است (احمدیه، ۱۳۸۰، ص ۴۳). برخی از فقها با استناد به این آیات، التذاذ طرفینی در استمتاع را مطرح نموده‌اند<sup>۱</sup> (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۶، ص ۱۳).

#### ۳.۲.۱.۲. ادله روایی

روایات متعددی مرتبط با عبارت «لَا تُضَارُّ وَالِدَةَ بَوْلِكَهَا وَلَا مَوْلُودَ لَهٗ بَوْلِكَ» (بقره، ۲۳۳) وجود دارد که همسران را از اینکه به بهانه وجود فرزند شیرخوار یا بارداری زن، پاسخگوی میل جنسی یکدیگر نباشند، نهی کرده‌اند و تعبیر «وارد کردن ضرر و زیان» را به کار برده‌اند (بحرانی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۴۸۴؛ حویزی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۲۲۷). آیه مذکور و روایات مؤید آن به نحوی تعبیری از قاعده «لا ضرر» هستند.

#### ۳.۲.۱.۳. ادله فقهی

گذشته از ادله قرآنی و روایی، قواعد فقهی متعددی نیز در تأیید رویکرد اخلاقی وجود دارد. - قاعده نفی ضرر: اقتضای قاعده نفی ضرر در مسأله حاضر این گونه است که زن در اثر خودداری شوهر از برقراری ارتباط جنسی به «ضرر و مشقت» بیفتد، هرچند این امر به ارتکاب گناه منجر نشود. به این معنا که اگر زن به خاطر میل و شهوت زیاد تا چهار ماه نمی‌تواند صبر کند و وضعیتش طوری است که اگر شوهرش با او نزدیکی نکند، دچار ضرر (گناه) می‌شود، احتیاط این است که شوهرش قبل از تمام شدن چهار ماه، با وی نزدیکی نماید یا اینکه طلاق

۱. و إذا كان الزوج عظيم الخلق، كبير البدن، غليظ الذكر، وكانت ضعيفة نحيفة نضو الخلق، عليها في جماعة شدة ضرر ولا تأمن الجنایة عليها بإفضا، أو غيره، منع من جماعها لقوله تعالى «وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» ومن المعروف أن يكون الجماع على صفة يلتذان بها.

داده، راهش را باز کند<sup>۱</sup> که در چنین فرضی، بر شوهر واجب است نیاز جنسی همسرش را ارضا کند (شبییری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۱۰).

**- قاعده نفی حرج:** قاعده مذکور را در این بحث، این‌گونه می‌توان تقریر نمود که اگر شوهر به ارضای جنسی همسرش اقدام نمی‌کند یا انحراف و اختلال جنسی در او وجود دارد، اگر زن به حرج و مشقت بیفتد، به حکم قاعده نفی حرج، تحمل این وضعیت بر زن وجوب شرعی ندارد. بنابراین می‌تواند به حاکم اسلامی مراجعه کند تا او شوهر را الزام کند که یا نیاز جنسی همسرش را برآورده سازد یا وی را طلاق دهد (بستان، ۱۳۸۳، ص ۲۹). شهید ثانی بر این اعتقاد است که چون مردان که حق طلاق به دست آنهاست، به راحتی می‌توانند زن بیمار خود را طلاق دهند، پس به طریق اولی، زنانی که هیچ راهی برای نجات خود ندارند (در صورت وجود عسر و حرج)، باید حق فسخ را داشته باشند (عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۳۸۳).

**- قاعده دفع و نهی از منکر:** با استناد به ادله وجوب نهی از منکر می‌توان چنین گفت که هرگاه زن در معرض ارتکاب گناه جنسی باشد، شوهر موظف است با ارضای نیاز جنسی وی، از وقوع گناه جلوگیری کند. لزوم دور نگه داشتن اعضای خانواده از ارتکاب معصیت جنسی، طرف مقابل را موظف به نهی از منکر می‌کند (امامی راد و همکاران، ۱۳۹۸، ص ۴۸). در واقع می‌توان این‌گونه گفت که آنچه در اینجا کاربرد دارد، قاعده وجوب دفع منکر است که متضمن حرمت اقدام به زمینه‌سازی ارتکاب منکر از سوی دیگران و وجوب اقدام به پیشگیری از ارتکاب منکر به وسیله آنها می‌باشد (حاجی ده‌آبادی و اکرمی، ۱۳۹۶، ص ۹۹). از مهم‌ترین مستندات این قاعده، آیه وقایه<sup>۲</sup> (تحریم، ۶) است.

### ۳.۳. نقد و بررسی دو رویکرد

با توجه به ادله هر دو رویکرد، هرچند حکم مشهور حق زن بر رابطه جنسی در محدوده زمانی چهار ماه یک‌بار، برگرفته از روایت امام رضا<sup>(ع)</sup> و الهام‌گرفته از آیه ایلاء است، این حکم،

۱. ضمن اینکه این زن بعد از طلاق هم باید عده طلاق (۴ ماه) را رعایت کند و مجاز به ازدواج نیست.

۲. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ...».

«حکم اولی شرعی» است که ناظر به شرایط عادی است. در نتیجه اگر نیاز جنسی زن به دلایلی همچون جوانی یا میل بیشتر به رابطه جنسی، بیش از دیگران باشد، به نحوی که ترک رابطه برای وی حرجی باشد و ممکن است وی را در معرض معصیت و آلودگی اخلاقی قرار دهد، بر زوج لازم است تا به نیاز همسرش توجه کند یا وی را رها سازد (طلاق دهد) (هدایت‌نیا، ۱۳۹۵، ص ۵۰) و با توجه به خطابات قرآنی، از جمله اصل «معاشرت به معروف» و «مماثلت در حقوق»، می‌توان چنین گفت که بر مرد واجب است هر زمان که زن نیاز جنسی داشت، نیاز وی را پاسخ گوید؛ همچنان که در طرف مقابل چنین است.

این مطلب در کتاب‌های فقهی و فتاوی‌ای معاصر نیز جلب توجه می‌کند. «هرگاه زن قادر به صبر تا چهار ماه نباشد، به طوری که مرد خوف داشته باشد وی در حرام واقع شود، پس احتیاط آن است که به همبستری با وی قبل از چهار ماه، مبادرت ورزد یا وی را طلاق داده و آزادش گذارد» (حسینی سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص ۱). در ادامه بحث، به نمونه‌هایی از آن اشاره خواهد شد. بنابر اصل دفع منکر از خانواده، این نظریه تقویت می‌شود؛ به این معنا که هر مؤمنی وظیفه دارد مانع خود و اعضای خانواده‌اش از آتش جهنم شود که به طور حتم، یکی از مصادیق آیه وقایه، حفظ خود و خانواده از شهوت جنسی است (موسوی خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۲، ص ۱۲؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۱، ج ۲۴، ص ۲۸۶).

در جمع‌بندی می‌توان این گونه گفت که این چهار ماه بالاترین حد زمانی است که شارع تعیین کرده و برای زمان‌های خاصی همچون ایلاء، مصیبت یا سفر است نه برای شرایط عادی و به عبارتی نیاز است که وجوب را تعیین می‌کند و چهار ماه یک‌بار حداقل حق است و از قانون حق قسَم برای زنان، این‌طور به نظر می‌رسد که تأکید بر ایجاد یک فضای مناسب در دوره‌های حداکثر چهار روز یک بار است تا زمینه وجود لذت همیشگی فراهم باشد. با توجه به اینکه فلسفه ازدواج برای مرد و زن هر دو، نگهداری نفس و عفت جنسی است (فضل‌الله، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۲۷۸)، مرد نمی‌تواند خود را غیرمسئول و مبرا بداند؛ چنان‌که در این موارد، فقها نیز مبادرت به آمیزش قبل از چهار ماه را لازم دانسته‌اند (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ص ۷۶). قابل توجه است که این

رویکرد با روایاتی که مرد را مسئول محافظت جنسی از همسرانش می‌داند، متعارض است (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۸، ص ۲۹۴). به همین جهت، برخی از فقها فاصله چهار ماه را مخصوص مواردی دانسته‌اند که زن در اثر طول مدت به گناه نیفتد. در غیر این صورت، به‌خصوص در مورد زنان جوان، تقلیل فاصله یادشده را تا حدی که نیاز جنسی زن تأمین گردد، لازم دانسته‌اند<sup>۱</sup> (توجهی، ۱۳۸۹، ص ۲۳۸-۲۴۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۸۱۰).

در توضیح این رویکرد اخلاقی، توجه به اصل «منع امساک اضرائی» (همسررداری همراه با امتناع از ادای حقوق و آزار و اذیت) رهگشاست. مردی که چنین شیوه‌ای دارد، در حقیقت از اختیار خود در حق طلاق، سوءاستفاده کرده است (مطهری، ۱۳۹۱، ج ۱۹، ص ۲۸۷) که قرآن از این شیوه همسررداری نهی می‌کند.

#### ۴. آرای بزرگان فقه در تأیید رویکرد استحبابی

فتاوی متعددی از فقها در تأیید رویکرد دوم (اخلاقی) وجود دارد؛ هرچند برخی از آنها با عبارت «احتیاط واجب» بیان شده‌اند که در زیر، به برخی از آنها اشاره می‌شود.

آیت‌الله سید محمدکاظم طباطبایی یزدی و آیت‌الله مرعشی نجفی: زمانی که زوجه به جهت شدت نیاز جنسی، قادر بر صبر کردن بر چهار ماه نباشد، به‌گونه‌ای که به گناه بیفتد، پس احتیاط مبادرت به نزدیکی قبل از چهار ماه یا طلاق و رها کردنش است<sup>۲</sup> (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۸۱۰؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۲۰۸).

آیت‌الله خویی: بر شوهر واجب است که با زن گرم مزاجش در کمتر از چهار ماه هم نزدیکی کند تا او را از واقع شدن در معصیت حفظ نموده، راه گناه را بر او ببندد (موسوی خویی، بی‌تا، ج ۳۲، ص ۱۲۲).

---

۱. إذا كانت الزوجة من جهة كثرة ميلها و شبقها لا تقدر على الصبر إلى أربعة أشهر بحيث تقع في المعصية إذا لم يواقعها فالأحوط المبادرة إلى مواععتها قبل تمام الأربعة أو طلاقها و تخلية سبيلها.

۲. «إذا كانت الزوجة من جهة كثرة ميلها و شبقها لا تقدر على الصبر إلى أربعة أشهر بحيث تقع في المعصية إذا لم يواقعها فالأحوط المبادرة إلى مواععتها قبل تمام الأربعة أو طلاقها و تخلية سبيلها».

آیت‌الله مکارم شیرازی: «مرد نمی‌تواند بیش از چهار ماه، نزدیکی با همسر دائمی خود را ترک کند؛ بلکه اگر زن جوان باشد و در این مدت، بیم آن برود که به گناه بیفتد، احتیاط واجب آن است که طوری رفتار کند که به گناه نیفتد» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۹ق، ص ۳۹۹).

آیت‌الله شبیری زنجانی: «چهار ماه را شارع از باب ضرر نوعی ملاحظه و تشریح نموده است، ولی ضرر شخص را هم ملاحظه می‌نماید؛ همان‌طور که شارع در مورد پوشاک و نفقه گفته باید به میزان متعارف باشد، در اینجا هم باید به گونه‌ای باشد که خرج زن رفع شود. حتی لازم نیست که زن به زنا و معصیت بیفتد تا وظیفه مرد مباشرت باشد؛ بلکه حتی بدون معصیت، فقط برای زن سخت است، باز هم مرد نباید بگذارد به او سخت بگذرد و بعید نیست که فرض عسرت و سختی هم وظیفه مرد تأمین آن باشد» (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۱۴۸۳).

#### ۵. تبیین مؤلفه‌های مؤثر در الگوی مطلوب حقوق جنسی بانوان

در راستای تبیین الگوی مطلوب در حقوق جنسی بانوان، توجه به چند امر ضروری است:

##### ۵.۱. توجه به جایگاه عرف در امور جنسی زوجین

یکی از موارد تأثیرگذار در حقوق همسران، توجه به عرف است که بی‌توجهی به آن سبب به وجود آمدن چالش‌های بنیادی در جامعه می‌شود. در قانون نیز در تدوین بسیاری از مسائل مربوط به خانواده، عرف و عادت مسلم مبنای نظر قرار گرفته است و بسیاری از قوانین خانواده از جمله روابط همسران را نمی‌توان بدون در نظر گرفتن عرف تفسیر کرد (امامی، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۴۹۷).

از آنجا که بسیاری از عرف‌های رایج بین مردم از تسامح و بی‌اعتنایی آنها به دین نشئت گرفته است، توجه به ملاک‌های شرعی و قانونی عرف ضروری است (رفائی، ۱۳۹۷، ص ۸۸). به عبارتی، عرف باید شروط معتبر شرعی و قانونی را (بر اساس شاخصه‌های رضایت جنسی اسلامی) داشته باشد تا قابلیت استناد داشته باشد (عظیم‌زاده اردبیلی و محمدی آرانی، ۱۳۹۱، ص ۷۹). به‌طور نمونه، اقدام مرد به آمیزش در مواردی که زن تمایلی به آن نداشته باشد، در حقوق غرب از مصادیق تجاوز به عنف شمرده می‌شود؛ در حالی که در حقوق اسلامی، چنین موردی حق شوهر است تا زمانی که زن عذر موجه شرعی نداشته باشد.

ارتباط این بحث با حقوق جنسی بانوان این است که آیا محق ساختن زن به بهره‌مندی از رابطه جنسی چهار ماه یکبار با عرف جامعه کنونی سازگار است و عرف عاقل متشرع آن را برطرف‌کننده نیازهای جنسی زن امروز می‌داند.

برخی از حقوق‌دانان در پاسخ به این سؤال چنین گفته‌اند که برآوردن نیازهای جنسی همسر به صورت نیکو و متعارف و توأم با عدل و انصاف، مورد نظر شارع بوده است (صفایی و امامی، ۱۳۷۲، ص ۱۳۷).

### ۵.۲. توجه به تقدم رویکرد اخلاقی (استحبابی) بر رویکرد حقوقی (حداقلی)

اخلاق در مقایسه با حقوق، نفوذ و سلطه بیشتری در خانواده دارد و بیش از آن می‌تواند روابط زوجین را تنظیم کند. برخورداری از روابط جنسی و لذت‌رسانی به شکل متعارف، نوعی معاشرت نیکو و تعامل حسنه به شمار می‌آید.

اصل «معاشرت به معروف» هرچند در ظاهر یک حکم اخلاقی است، در نظام حقوقی خانواده نیز به‌عنوان یک اصل فقهی-حقوقی مورد توجه است و ضابطه و ملاکی برای تعیین حقوق و تکالیف قرار می‌گیرد (عظیم‌زاده اردبیلی، ۱۳۸۶، ص ۴) و این امر در واقع حاکمیت اخلاق در حقوق را می‌رساند.

### ۵.۳. چشم‌پوشی از حقوق در مقابل مصالح خانوادگی

وضع حقوق و تکالیف زناشویی به‌طور عام و حقوق جنسی به‌طور خاص به‌منظور حفظ کيان خانواده و در راستای عدالت استحقاقی زن و شوهر است. اما گاهی شرایط خاصی پیش می‌آید که دستیابی به حقوق و انجام وظایف مقدور نیست و به‌منظور مصالح خانواده، باید از آنها چشم‌پوشید. در موضوع مورد بحث هم، تعیین مدت چهار ماه به‌عنوان یک حکم شرعی (بر اساس رویکرد حقوقی) یا در مدت کمتر (بر اساس رویکرد اخلاقی) منافاتی با این مطلب ندارد که در برخی شرایط استثنایی که محرومیت جنسی زن ناشی از کوتاهی شوهر نیست، به‌دلیل مصالح خانوادگی، زن از این حق برخوردار نشود که نمونه بارز این شرایط استثنایی، عروض ناتوانی جنسی بر شوهر پس از ازدواج و نیز مفقود شدن اوست.

در این دو وضعیت خاص به دلیل آنکه احتمال معالجه و بهبودی شوهر ناتوان و نیز احتمال

پیدا شدن شوهر مفقود در کار است، ارضای جنسی زن تحت الشعاع مصالح مهم‌تر خانوادگی قرار گرفته است؛ یعنی با توجه به اهتمام اسلام به بقای خانواده و جلوگیری از گسست آن، احکام ویژه‌ای در فروع مختلف این دو مسئله بر خلاف قاعده پیشین مقرر شده است که از جمله می‌توان به لزوم انتظار کشیدن زن تا یک سال به منظور معالجه شوهر (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۲۲۹) و لزوم انتظار کشیدن همسر شخص مفقود تا چهارسال به منظور اطلاع یافتن از سرنوشت وی اشاره کرد (همان، ج ۲۲، ص ۱۵۷).

#### ۵.۴. توجه به حساسیت روانی بانوان

درباره نیاز و غریزه جنسی زنان باید به حساسیت روحی ایشان نیز توجه داشت؛ انحصار پاسخگویی به نیاز جنسی زن متأهل توسط شوهر و تأثیرات منفی روحی و روانی عدم توجه به این نیاز در زنان، آسیب‌های متعددی بر ایشان وارد خواهد ساخت.

نگاه به این نیاز از دریچه حق مرد و تکلیف زن، وضع حقوق حداکثری و تکلیف حداقلی برای مرد و حقوق حداقلی و تکلیف حداکثری را برای زن موجب شده است. این در حالی است که در نظر گرفتن آن به صورت حق و تکلیف توأمان می‌تواند از بروز آثار بد روحی و روانی در زنان جلوگیری کند و رضایت از زندگی را در آنان افزایش دهد (شعربافچی زاده و همکاران، ۱۳۹۹، ص ۸۹). نهایتاً اینکه اقتضای احسان و انصاف در روابط زناشویی آن است که مرد هم بر خود به لحاظ اخلاقی، لازم بداند که اگر زنش صرفاً از روی سرخوشی و لذت‌طلبی نیازمند رابطه جنسی بود، مرد او را ارضا کند؛ حتی اگر خوف گناه و ضرر و حرج نباشد، چنان‌که زن همین کار را می‌کند.

#### یافته‌های پژوهش

در بسیاری از احکام زناشویی و روابط جنسی زوجین، ملاک پیشگیری از ضرر است. با تسری ملاک عدم ضرر در روابط، رویکرد اخلاقی تقویت خواهد شد. بنابراین نظریه احتیاط درباره لزوم نزدیکی در کمتر از چهار ماه در صورت خوف ضرر قابل دفاع است. این مطلب در زمان ما اهمیت مضاعفی دارد. تفاوت زمان حاضر با گذشته در فراوانی محرک‌های جنسی و آلودگی‌های محیطی است. هرچند زنان به خودداری نگاه و نفس مکلف‌اند، شوهر نیز نسبت



به صیانت از همسر در قبال آسیب‌های احتمالی مسئولیت دارد. لذا وجوب آمیزش برای شوهر در کمتر از چهار ماه خالی از توجیه نیست.

در نهایت، باید به این نکته اشاره کنیم که با استناد به دلایل فوق، درصدد اثبات مطلبی بر خلاف قول مشهور فقهی نیستیم؛ بلکه مقصود از توجه به رویکرد اخلاقی، عنایت به نیاز و غریزه جنسی همسر در کمتر از چهار ماه و پیشگیری از متضرر شدن و در عسر و حرج واقع شدن به جهت نیاز جنسی است.

### منابع

- قرآن کریم
- ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۳ق). *من لایحضره الفقیه*. تحقیق و تصحیح علی‌اکبر غفاری. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ابن براج طرابلسی، عبدالعزیز (۱۴۰۶ق). *المهذب*. تحقیق و تصحیح جمعی از محققین و مصححین تحت اشراف جعفر سبحانی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- ابن عاشور، محمدطاهر (۱۴۲۰ق). *تفسیر التحریر و التنویر*. بیروت: مؤسسه التاریخ العربی، چاپ اول.
- ابن ادریس (حلی)، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
- احمدیه، مریم (۱۳۸۰). «حقوقی کردن اخلاق در خانواده». *مطالعات راهبردی زنان*، (۱۲).
- استور، آنتونی (۱۳۷۵). *فریاد*. تهران: طرح نو.
- امامی راد، احمد و همکاران (۱۳۹۸). «قواعد عمومی جاری در ساحت تربیت جنسی در فقه تربیتی». *دوفصلنامه مطالعات فقه تربیتی*، ۶(۱۲).
- امامی، سیدحسن (۱۳۷۸). *حقوق مدنی*. تهران: کتابفروشی اسلامی.
- امیرخانی، شکیبیا و ویسی، محمود (۱۳۹۸). «بازخوانی ادبیات فقهی حاکم بر روابط جنسی زوجین با رویکرد تحقق سلامت جنسی در ازدواج». *فقه پزشکی*، ۱۱(۴۰-۴۱)، ص ۶۸-۵۹.
- بحرانی، هاشم بن سلیمان (۱۴۱۵ق). *البرهان فی تفسیر القرآن*. قم: واحد تحقیقات اسلامی، چاپ اول.
- بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵ق). *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*. تحقیق و تصحیح محمدتقی ایروانی و سید عبدالرزاق مقرر. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.

- بستان (نجفی)، حسین (۱۳۸۳). اسلام و جامعه‌شناسی خانواده. قم: پژوهشکده حوزه و دانشگاه.
- تمیمی آمدی، عبدالواحد بن محمد (۱۳۶۶). غرر الحکم و درر الکلم. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- توجهی، عبدالعلی (۱۳۸۹). «لزوم جرم‌انگاری نشوز زوج». *مطالعات راهبردی زنان*، شماره ۴۸.
- توسلی، حسین (۱۳۷۷). «تحلیل حق». *مجله حقوق اسلامی*، شماره ۷.
- توکلی، غلامحسین (۱۳۷۸). *خاستگاه دین از نگاه فروید*. تهران: سهروردی.
- حاجی‌ده‌آبادی، محمدعلی و اکرمی، روح‌الله (۱۳۹۶). «کاربست قاعده دفع منکر در قلمرو خانواده با کاوشی در دلالت آیه وقایه». *فقه و حقوق اسلامی*، ۴(۷).
- حافظی، معصومه و حسام‌پور، طیبه (۱۳۹۸). «مقایسه رویکرد معروف‌گرا و حقوق‌گرا در انعطاف‌بخشی به روابط همسران و حقوق زنان (با تأکید بر آیه ۲۲۸ سوره بقره)». *مطالعات اسلامی زنان و خانواده*، شماره ۱۱، ص ۲۵-۴۳.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعه*. تصحیح محمد بن محمد الحسین القائینی. قم: مؤسسه معارف اسلامی امام رضا علیه‌السلام.
- حسینی سیستانی، سید علی (۱۴۱۷ق). *منهاج الصالحین*. قم: دفتر آیت‌الله سیستانی، چاپ پنجم.
- حلی (محقق)، نجم‌الدین ابوالقاسم جعفر بن حسن بن یحیی (۱۴۰۸ق). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. تحقیق عبدالحسین محمدعلی بقال. قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
- حویزی، عبدالعلی بن جمعه (۱۴۱۵ق). *تفسیر نور الثقلین*. تصحیح هاشم رسولی. قم: اسماعیلیان.
- خطیب، عبدالکریم (۱۴۲۴ق). *التفسیر القرآنی للقرآن*. بیروت: دار الفکر العربی.
- داداشی چکان، محمدمهدی و آشنا، حمید (۱۳۹۷). «نشوز زوج، تزلزل در سلامت جنسی زوجه، وضعیت فراموش‌شده در قوانین ایران». *مطالعات حقوق شهروندی*، شماره ۹، ص ۳۵-۵۴.
- راسل، برتراند (۱۳۶۵). *تاریخ فلسفه غرب*. تهران: پرواز.
- رفائی، سلیمه (۱۳۹۷). «نقش عرف در تفسیر قوانین خانواده در نظام حقوقی ایران». *مطالعات علوم سیاسی حقوق و فقه*، شماره ۱.
- شبیری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ق). *کتاب نکاح*؛ تصحیح مؤسسه پژوهشی رای‌پرداز. قم: مؤسسه پژوهشی رای‌پرداز، چاپ اول.
- شعرافچی‌زاده، مرضیه؛ صادقی فسایی، سهیلا؛ آذری، هاجر و میرخانی، عزت‌السادات (۱۳۹۹). «تبیین حق جنسی زوجین در بستر متون فقهی و حقوقی». *فصلنامه فرهنگی-تربیتی زنان و خانواده*، ۱۴(۵۰).
- صادقی تهرانی، محمد (۱۴۰۶ق). *الفرقان فی تفسیر القرآن بالقرآن و السنه*. قم: فرهنگ اسلامی.

- صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله (۱۳۷۲). حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن (فسخ و طلاق). تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۲۲ق). العروة الوثقی. شرح سید روح‌الله موسوی خمینی. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طباطبایی، محمدحسین (۱۳۷۴). ترجمه تفسیر المیزان. ترجمه محمدباقر موسوی. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طباطبایی حکیم، سید محسن (۱۴۱۶ق). مستمسک العروة الوثقی. قم: مؤسسه دارالتفسیر، چاپ اول.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۷۲ق). مجمع البیان فی تفسیر القرآن. تصحیح فضل‌الله یزدی طباطبایی و هاشم رسولی. تهران: ناصر خسرو.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیه. تحقیق و تصحیح سید محمدتقی کشفی. تهران: المكتبة المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، چاپ سوم.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۰۰ق). النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دار الكتاب العربی، چاپ دوم.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۰۷ق). تهذیب الأحکام. تحقیق سید محمد مهدی خراسان. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- \_\_\_\_\_ (بی تا). التبیان فی تفسیر القرآن. تصحیح احمد حبیب عاملی. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. تحقیق و تصحیح گروه پژوهش مؤسسه معارف اسلامی. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، چاپ اول.
- عباسی، مهدی و پسندیده، عباس (۱۳۹۶). الگوی تنظیم رفتار جنسی با رویکرد اسلامی. قم: دار الحدیث.
- عظیم‌زاده اردبیلی، فائزه (۱۳۸۶). «مبانی حسن معاشرت به معروف در نظام حقوقی خانواده از منظر قرآن کریم». ندای صادق، شماره ۴۸.
- عظیم‌زاده اردبیلی، فائزه و محمدی آرانی، اکرم (۱۳۹۱). «نقش عرف در حقوق غیرمالی زوجین». فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲۹.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله (۱۳۷۳ق). کنز العرفان فی فقه القرآن. تصحیح محمدباقر شریف‌زاده و محمدباقر بهبودی. تهران: مرتضوی.
- فخر رازی، محمد بن عمر (۱۴۲۰ق). التفسیر الکبیر (مفاتیح الغیب). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- فضل‌الله، محمدحسین (۱۳۸۳). دنیای زن. تهران: دفتر پژوهش و نشر سهروردی.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۹ق). من وحی القرآن. بیروت: دار الملائک.

- فهرستی، زهرا (۱۳۹۰). «بررسی حقوق جنسی زوجین و چالش‌های مرتبط با آن (مطالعه موردی: فسخ نکاح و عیوب مجوز آن)». فقه و تاریخ تمدن ملل اسلامی، شماره ۲۸.
- قرطبی، محمد بن احمد (۱۳۶۴ق). الجامع الأحكام القرآن. تهران: ناصر خسرو.
- قمی مشهدی، محمد بن محمدرضا (۱۳۶۸). تفسیر کنز الدقائق و بحر الغرائب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان چاپ و انتشارات.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). اصول کافی. تهران: چاپ اسلامی، چاپ چهارم.
- مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی (۱۴۰۳ق). بحار الأنوار. بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ دوم.
- مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین (۱۴۰۶ق). منهاج المؤمنین. گردآوری سید عادل علوی. قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، چاپ اول.
- مطهری، مرتضی (۱۳۹۱). اخلاق جنسی در اسلام و جهان غرب. تهران: صدرا.
- مظفری، مصطفی و پوراسماعیلی، علیرضا (۱۳۹۰). «اخلاق‌گرایی نه قانون‌گذاری: سهم اخلاق در پهنه خانواده». خانواده‌پژوهی، شماره ۲۷، ص ۲۶۷-۲۸۰.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۱). تفسیر نمونه. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۲۹ق). رساله توضیح المسائل. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی‌طالب علیه‌السلام، چاپ پنجاه و دوم.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق). منهاج‌الصالحین. قم: مدینه العلم، چاپ بیست‌وهشتم.
- \_\_\_\_\_ (بی‌تا). التنقیح فی شرح العروه. قم: مؤسسه الخوئی الإسلامیه.
- مؤمن، رقیه سادات (۱۳۹۲). جایگاه و محدوده حقوق جنسی زوجین در فقه امامیه و حقوق ایران. ویراستار علمی: صدیقه مهدوی کنی. تهران: دانشگاه امام صادق علیه‌السلام.
- نجفی، محمدحسن (بی‌تا). جواهر الکلام. تحقیق محمود القوچانی. بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.
- نظری توکلی، سعید و کراچیان ثانی، فاطمه (۱۳۹۷). «قلمرو حقوق همسر در روابط زناشویی از منظر فقه و حقوق خانواده». مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱۹، ص ۳۷۸-۳۵۹.
- هدایت‌نیا، فرج‌الله (۱۳۹۵). «کارکردهای اصل عفاف در حقوق خانواده». حقوق اسلامی، شماره ۵۱، ص ۷۰-۴۱.

## بررسی تأثیر عارضه بارداری بر احکام جزایی مادران باردار در فقه و حقوق اسلامی

فراست محمدی بلبان‌آباد\*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۲/۲۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۵/۰۱

DOI: 10.30497/FLJ.2023.244556.1916



### چکیده

بارداری یا حاملگی وضعیتی است که رحم زن دارای جنین است و مدت زمان نه ماه به طول می‌انجامد و با زایمان به اتمام می‌رسد. این دوران تأثیراتی بر خلق و خو و روان زن باردار دارد که این امر در حوزه علم زنان و زایمان و همچنین روان‌شناسی بررسی می‌شود و به تبع، بر احکام جزایی و کیفری او تأثیرگذار است. تحقیق حاضر با عنوان بررسی تأثیر عارضه بارداری بر احکام جزایی زنان باردار در فقه و حقوق اسلامی، به بررسی نظرات فقها و قوانین موضوعه می‌پردازد و با رویکرد توصیفی-تحلیلی به این یافته‌ها می‌رسد که در صورت باردار بودن زن، در فقه و حقوق اسلامی، اجرای حدود و قصاص به‌خاطر بیم از آسیب و هلاک جنین و با استناد به آیات ۳۳ سوره اسرا و ۱۶۴ سوره انعام و روایات و اجماع و عقل، به تأخیر می‌افتد. دوران بارداری همواره اختلالات خلقی و روانی را برای زن به همراه دارد و افسردگی و اضطراب شدید و اختلال تمرکز را موجب می‌شود؛ البته این مهم در صدور و وضع احکام و قوانین برای او لحاظ نشده است. با توجه به علل رافع مسئولیت کیفری و عوامل مخففه جرم، بارداری می‌تواند باعث کاهش مسئولیت کیفری و تخفیف مجازات برای زن باردار شود.

### کلیدواژه‌ها

بارداری، اختلال روانی، مجازات، فقه، حقوق اسلامی.

## مقدمه

بارداری یک حادثه فیزیولوژیک و برای زن و خانواده‌اش دوره‌ای منحصر به فرد و استثنایی است و به‌عنوان یک دوران مهیج و لذت‌بخش در زندگی زنان در نظر گرفته شده است؛ اما این دوران همواره همراه با استرس و اضطراب برای مادر باردار می‌باشد. بنابر اهمیت و ضرورت امر، علم زنان و زایمان تدوین شده است تا به بررسی و بحث و کنکاش در مورد این عارضه قابل توجه طبیعی بپردازد تا هم اسرار آن را برملا کند و هم بانوان را در طی مسیر، کمک و همیار باشد. در دوران حاملگی، ممکن است مادر دچار اختلالات خلقی و روانی شود. در قوانین جامعه اسلامی، حمایت‌های مالی و جنایی از زنان در دوره بارداری به دلیل حمل و جنین او صورت گرفته است و در حمایت از او با تعیین و لحاظ کردن نفقه و همچنین تأخیر در اجرای احکام عقوبتی او، قوانینی مصوب شده است؛ اما با وجود این، به دلیل خود مادر و وضعیت ویژه او، حمایت‌های لازم هنوز به وقوع نپیوسته است و مسیر برای این خدمات باید باز و هموار شود. هدف از تحقیق حاضر بررسی قوانین و آرای حقوق‌دانان و فقها در زمینه احکام و قوانین عقوبتی و مجازات زن باردار است تا روشن گردد نسبت به شرایط خاص او چه قوانینی تقنین شده است. همچنین پژوهش حاضر در پی پاسخگویی به مسأله تأثیر عارضه حاملگی بر قوانین و احکام جزایی زنان باردار بنابر وضع موجود آنهاست.

در ضرورت بحث می‌توان بیان کرد که با توجه به اینکه زن‌ها عضو جامعه بشری‌اند و رسالت سنگین انتقال نسل به عهده آنها می‌باشد و برای انجام و اتمام این رسالت که بسی سخت و دشوار است، از جان خویش مایه می‌گذارند، باید ابعاد لازم برای پشتیبانی و فراهم کردن شرایط رفاهی تا اتمام این دوره برای این اشخاص لحاظ شود و همچنین در صدور و اجرای احکام و قوانین برای این قشر خاص، شرایط ویژه آنها لحاظ شود تا در حق آنها ظلم و اجحاف نشود و هم در تصویب و تقنین و اجرای درست احکام کوشا بوده باشیم.

در رابطه با احکام بانوان و دوران بارداری، کتب و مقالاتی نگاشته شده است؛ مانند کتاب معارف و احکام بانوان نوشته حسینعلی منتظری (بی تا) و مقاله «احکام المرأة الحامل» نوشته یحیی بن عبدالرحمن الخطیب (بی تا) و مقاله «ضوابط شرعی در جلوگیری از بارداری» نوشته فاطمه فغند (۱۳۹۸) و برخی کتب و مقالات دیگر. آرا و نظرات در زمینه اجرای احکام جزایی بر بانوان باردار در کتب قدیم و جدید فقهی بخش جنایات و همچنین غالب کتب حقوقی جزایی وجود دارد، اما در رابطه با موضوع تحقیق به طور خاص، تا کنون مقاله و کتابی نگاشته نشده است. روش تحقیق کتابخانه‌ای و توصیفی-تحلیلی است.

### مفهوم‌شناسی مصطلحات

#### - مادر باردار

مادر باردار زنی است که دچار عارضه بارداری شده است. حاملگی یا بارداری به حالتی اطلاق می‌شود که رحم زن در خود دارای جنین یا رویان باشد. به دوران بارداری «دوره آبستنی» هم می‌گویند. این دوران با به دنیا آمدن نوزاد، یعنی زایمان، به اتمام می‌رسد. دوره بارداری طبیعی در انسان نزدیک به ۳۸ هفته از زمان بادر شدن طول می‌کشد. اگر مدت این دوره از آخرین قاعدگی زن باردار محاسبه شود، مدت زمان طبیعی آن حدوداً ۴۰ هفته خواهد بود. نطفه در حال رشد انسان در هفته‌های اول بارداری رویان و پس از این دوره تا پایان بارداری، جنین نامیده می‌شود. انسان معمولاً در هر بار بارداری تنها یک جنین در رحم دارد؛ هرچند موارد چندقلویی هم چندان نادر نمی‌باشد. سازمان بهداشت جهانی مدت زمان معمولی برای حمل را بین ۳۷ تا ۴۲ هفته تعیین کرده است (معین، ۱۳۷۵، ص ۷۶؛ کانیکهام، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۱۵۱؛ جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۵، ص ۷).

#### - احکام جزایی

احکام جزایی مجموعه قوانین همگانی و همیشگی است که شریعت اسلام برای جلوگیری از وقوع جرم و تأمین سلامت و حفاظت از مردم و اقامه عدالت و حفظ نظم و امنیت در جامعه به وسیله قرآن و سنت اسلامی تعیین نموده است. به عبارتی دیگر، مقررات کیفری اسلام که شارع مقدس آنها را در این دنیا برای گناهکارها یا جنایتکارها مقرر کرده است، اعم از اینکه

مرتبط با گناہانی که کیفر خاصی دارد باشد یا به گناہان دیگر و اعم از اینکه مجازات جنایت، بدنی یا مالی باشد، حقوق جزای اسلامی می‌نامند (گلدوزیان، ۱۳۷۸، ص ۵۲). در تعریف جرم و مجرم می‌توان گفت: هر شخصی که رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل انجام دهد که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است، مجرم محسوب می‌شود. هیچ شخصی را نمی‌توان مجازات کرد، مگر به موجب قانونی که قبل از ارتکاب فعل و عمل مورد اتهام، عمل انجام شده را جرم شناخته باشد. به‌طور واضح‌تر، هر عملی که در مخالفت از احکام قانون انجام شود، جرم است و هر فاعلی که عمل خلاف قانون را انجام دهد، مجرم است و مجازاتی که قانون آن را برای مجرم تقدیر و تعیین کرده، «جزا» است.

در کتاب‌های فقهی برای گناہان اسلامی کیفرهای زیر مقرر شده است:

- حدود: جرایم و گناہان مهمی که شارع اسلام برای آنها جزا (کیفر) لحاظ نموده است و عبارت‌اند از: زنا، نوشیدن مسکرات، سحر، قیاده، قذف، دزدی، ارتداد، محاربه.

- تعزیرات: مجازات‌هایی که کم‌وکیف آنها از جانب شارع اسلام مقرر نشده است و به حاکم

شرع اجازه داده شده است که بنابه مصلحت خویش، مرتکب گناه را تأدیب نماید.

- قصاص: انتقام بدنی از شخصی که جنایتی را به وجه عمد و عدوان مرتکب شده است.

- دیات (جمع دیه): شخص مرتکب در جنایت‌ها و صدمه‌های غیرعمدی باید غرامت و

خسارت مالی بپردازد. به این غرامات، دیات می‌گویند (همان، ص ۱۲).

با توجه به اینکه مجازات‌های از نوع دیات و برخی تعزیرات بیشتر جنبه مالی دارند و در

قانون مجازات اسلامی، مرتکب جرم‌هایی که جنبه مالی دارند (صرف نظر از وضعیت و حالت

روانی مجرم)، می‌بایست از عهده آن برآید، این تحقیق مجازات‌های حدی را در رابطه با مادران

باردار در فقه و حقوق مورد بررسی قرار می‌دهد.

### ۱. مجازات‌های حدی مادران در فقه و حقوق اسلامی

ارتکاب جرم از ممنوعات و محظوراتی است که در صورت وقوع، شخص مرتکب به موجب

آن مستحق مجازات می‌شود. در فقه و حقوق اسلامی، شخص مرتکب جرایم تعریف شده،

یعنی جرایم حدی و تعزیری است که مورد عقوبت مقرر قرار می‌گیرد.



زنان باردار هم می‌توانند از جمله مرتکبان جرایم باشند که به نسبت وضعیتی که در آن قرار دارند، یعنی حامل بودن، مقرراتی را به خود اختصاص داده‌اند که در زیر، بررسی می‌شوند.

### ۱-۱. قانون مجازات اسلامی

در قانون مجازات اسلامی در صورت ارتکاب جرایم از سوی زن باردار، در صورت احراز جرم، زن متهم می‌شود و باید مجازات شود؛ اما برخی مجازات‌ها نسبت به او به تعویق می‌افتد. حد قتل و رجم در مورد زنان باردار در زمان بارداری اجرا نمی‌شود و پس از وضع حمل هم، اگر نوزاد کفیل نداشته باشد، حد بر او جاری نمی‌شود. حد تازیانه نیز بر زن باردار و شیرده در صورتی که بیم ضرر برای حمل یا نوزاد شیرخوار باشد، به تأخیر می‌افتد. در ماده ۴۳۷ قانون مجازات در مورد قصاص زن باردار آمده است: «زن حامله که محکوم به قصاص نفس است، نباید پیش از وضع حمل قصاص شود. اگر پس از وضع حمل نیز، بیم تلف طفل باشد، تا زمانی که حیات طفل محفوظ بماند، قصاص به تأخیر می‌افتد». بنابر ماده ۴۴۳ قانون مجازات اسلامی، در مورد قصاص عضو هم همین حکم قابل‌اجراست و اگر زن باردار محکوم به قصاص عضوی از اعضایش باشد و پیش یا پس از وضع حمل، ترس هلاک یا آسیب طفل برود، قصاص تا زمانی که این بیم برطرف شود، به تأخیر می‌افتد. در ماده ۹۲ قانون مجازات اسلامی آمده است: هرگاه در اجرای حد جلد بر زن باردار یا شیرده، احتمال بیم ضرر برای حمل یا نوزاد شیرخوار باشد، اجرای حد تا رفع بیم ضرر به تأخیر می‌افتد.

قانون مجازات اسلامی در رابطه با قوانین جزایی مادران باردار، به همین سه ماده اکتفا نموده است. البته در رابطه با جرم علیه زن باردار، می‌توان به ماده ۶۲۲ قانون مجازات بخش تعزیرات اشاره کرد: هرکس عالماً و عامداً به واسطه ضرب یا اذیت و آزار زن حامله، موجب سقط جنین وی شود، علاوه بر پرداخت دیه یا قصاص، حسب مورد به حبس از یک تا سه سال محکوم خواهد شد. در رابطه با شکایت از شوهر بابت ضرب و شتم نیز، این قانون برقرار است. رکن قانونی بزه کتک زدن زن حامله ماده ۶۲۲ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات است. بر اساس این قانون، چنانچه شخص از روی عمد، اقدام به ضرب و جرح نماید، علاوه بر پرداخت

دیه، ملزم به تحمل یک تا سه سال حبس خواهد شد. در صورتی که زن باردار باشد و توسط همسر مورد ضرب و جرح قرار گیرد و در نتیجه این ضرب و جرح، جنین آسیب دیده، از بین برود، بر اساس نظر پزشکی قانونی و اینکه جنین چند ماهه بوده است، شخص بایستی به صورت جداگانه، دیه جنین را پرداخت نماید. همچنین جرم از جنبه عمومی نیز با توجه به نظر قاضی، یک تا سه سال حبس خواهد داشت.

طبق ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی، ضرب و شتم همسر در دوران بارداری جرم است و مجازات ضرب و جرح زن باردار شامل حبس از ۹۱ روز تا ۶ ماه و شلاق از ۱۱ تا ۳۰ ضربه می باشد. طبق ماده ۶۱۴ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۵، چنانچه هر شخصی عمداً به دیگری جرح یا ضربی وارد آورد که موجب نقصان یا شکستن یا از کار افتادن عضوی از اعضا یا منتهی به مرض دائمی یا فقدان یا نقص یکی از حواس یا منافع یا زوال عقل مجنی علیه شود، در مواردی که قصاص امکان نداشته باشد، چنانچه اقدام وی موجب اخلال در نظم و صیانت و امنیت جامعه یا بیم تجری مرتکب یا دیگران شود، به ۲ تا ۵ سال حبس محکوم خواهد شد و در صورت درخواست مجنی علیه، مرتکب به پرداخت دیه نیز محکوم می شود (شعبانی، ۱۴۰۱، ص ۲).

## ۲.۱. فقه اسلامی

### ۲.۱.۱. حدود

علما متفق اند که تازیانه به دلیل سرما و گرمای شدید، حمل و بیماری ای که امید بهبودی در آن است، تا اعتدال جو، بهبود مریض و وضع حمل به تأخیر می افتد (جمعی از نویسندگان، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۵۴۰۲). پس حد بر زن حامله اجرا نمی شود. حال اگر حمل ناشی از زنا باشد یا مشروع و همچنین موجب حد قبل از بارداری باشد یا بعد آن باشد، در این زمینه فرقی ندارد و مانع تأخیر مجازات نمی شود. این حدود شامل رجم، شلاق و قطع می باشد. دلیل این تأخیر حفظ حیات جنین است تا اعمال حد بر مادر منجر به از بین رفتن جنین نشود (لنکرانی، ۱۴۲۵ق، ص ۴۹۰).

### - دلایل عدم اجرای حد -

- قرآن: خداوند می فرماید: «وَلَا تَنْزِرُوا زُرَّةَ وَزُرَّةَ الْاُنْحَرَى» (انعام، ۱۶۴). بنابر استدلال به این آیه،

اگر به خاطر جنایتی، حدی بر مادر اجرا شود، قطعاً به حمل ضرر می‌رساند و ممکن است او را هلاک کند؛ در حالی که جنین کاری انجام نداده که متحمل عقوبت مادرش باشد و این ظلم به حمل است و این آیه این مسئولیت را نفی می‌کند (شیرازی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص ۱۶۶).

**- روایات:** «*كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم في حد الغامدية*»؛ مستند این تأخیر حدیثی در مورد رجم زن غامدی است که زنا کرده بود. «گفت: ای رسول خدا، پاکم کن. پیامبر فرمود: وای بر تو! برگرد و خدا را استغفار کن و به‌سوی او توبه کن. زن گفت: می‌خواهی من را مانند ماعز بن مالک مردد کنی. پیامبر به زن گفت: تا زمانی که وضع حمل کنی. مردی از انصار کفالت او را تا وضع حمل بر عهده گرفت. پیامبر آمد و گفت: غامدی وضع حمل کرد؛ ولی او را رجم نمی‌کنیم به‌خاطر فرزند کوچکش. رهایش می‌کنیم؛ چون کسی نیست او را شیر دهد. مردی از انصار گفت: رضیع او نزد من است. پیامبر فرمود: پس رجمش کنید» (نسائی، ۱۴۲۴ق، ج ۶، ص ۴۲۶). دو روایت از امام علی<sup>(ع)</sup> نیز وجود دارد که حد زن حامله را تا وضع حمل به تأخیر انداخت (حر عاملی، بی‌تا، ج ۲۸، ص ۱۰۸؛ نوری، بی‌تا، ج ۱۸، ص ۵۵).

**- اجماع:** زن حامل تا وضع حملش رجم نمی‌شود، هرچند حملش از زنا و غیره باشد و این رأی اجماعی است تا جنین از بین نرود. همچنین تازیانه نمی‌خورد تا وضع حمل بنا بر اجماع (خطیب، بی‌تا، ص ۲۸). زن حامله قصاص نمی‌شود هرچند که حمل از زنا باشد و در این زمینه، اختلاف نظری وجود ندارد حتی در کتاب *كشاف اللثام «يؤخر استيفاء القصاص منها في النفس اتفاقا إلى أني ضع»* (فاضل هندی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۴۶۹). این رأی متفقاً علیه خوانده شده است؛ زیرا قصاص زن حامله اسراف در قتل است؛ همان‌گونه که از روایت حدود مشخص است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴، ص ۳۲۲). با توجه به اینکه فقها در اعلام اجماع، شاهد از روایات آورده‌اند، به نظر می‌رسد در این زمینه اجماع مدرکی صورت گرفته باشد.

**- حد عقوبت:** واجب، معین و حق خداوند است و منظور از عقوبت معین و مقدر این است که کم و زیاد نمی‌پذیرد و معنی حق خداوند بودن این است که بعد از اثبات، عفو و اسقاط ندارد و قابل تبدیل به عقوبت دیگری نیست؛ چرا که با ادله قطعی ثابت شده است. پس تعدی و اسراف

در آن جایز نیست و در این زمینه، اختلاف نظری بین فقها وجود ندارد و بر عدم اجرای حد بر حامله تصریح دارند؛ زیرا موجب هلاک و از بین رفتن جنین به ناحق است که این بدون شک اسراف است (شیرازی، ۱۴۲۹ ق، ج ۵، ص ۲۲۲۰؛ زحیلی، بی تا، ج ۷، ص ۵۳۸۶).

- بنابر اعتبار عقل: جلد و رجم حامل موجب ضرر غیرمستحق، یعنی حمل می شود و این جایز نیست و راهی برای مجازات در دوران حمل نمی باشد (اردبیلی، ۱۴۲۷ ق، ج ۱، ص ۵۱۴).

### ۲.۱.۲. قصاص

اجرای قصاص بر حامل جایز نیست. ائمه اتفاق دارند که اگر بر زن حامله قصاص نفس یا عضو واجب گردد و مجنی علیه خواستار حبس او باشد، تا زمان وضع حمل حبس می شود و قصاص نفس و عضو تا وضع حمل و رضاعت طفل و انقضای نفاس به تأخیر می افتد (عاملی، ۱۴۱۳ ق، ج ۱۵، ص ۲۵۲؛ ماوردی، ۱۴۱۹ ق، ج ۱۲، ص ۱۱۵؛ بهوتی، بی تا، ج ۵، ص ۵۳۶؛ جزیری، ۱۴۲۴ ق، ج ۵، ص ۳۱۹-۳۲۰). تنفیذ قصاص و حد بر زن حامله صورت نمی گیرد تا وقتی که وضع حمل کند و بچه اش را شیر دهد و تا زمانی که دیگر طفل نیازی به مادر نداشته باشد. در این زمینه، فرقی بین قصاص نفس و عضو وجود ندارد و تا پایان دوره حمل و همچنین شیرخوارگی، هر دو مجازات (قصاص نفس و قصاص عضو) اجرا نمی شود. اگر حامل قتل عمدی انجام داد، اجماعاً تا وضع حمل قصاص نمی شود. چه قبل از صورت گرفتن جنایت حامله باشد یا بعد از آن و احراز جرم و چه قصاص نفس باشد یا قصاص عضو یا طفل حلال زاده باشد یا حرام زاده و یا اینکه حاملگی قبل از وجوب عقوبت باشد یا بعد از آن، در تأخیر عقوبت، فرقی نمی کند (خویی، ۱۴۲۲ ق، ج ۴۲، ص ۱۶۸؛ مرعشی نجفی، ۱۴۱۵ ق، ج ۲، ص ۴۳۹؛ عاملی، ۱۴۲۷ ق، ج ۹، ص ۵۴۳).

### ۲.۱.۳. دلیل فقها بر عدم قصاص حامل

- وجه استدلال در عدم قصاص نفس حامل، آیه ۳۳ سوره اسراء: «فلا یسرف فی القتل» است که قتل حامل، قتل غیرقاتل یعنی جنین است و اسراف در قتل می شود و این نیز حرام است «لا تزر وازرة وزر أخری» (جمعی از نویسندگان، ۱۴۰۴ ق، ج ۵، ص ۲۱۹).

- در حدیث آمده است: «إذا قتلت المرأة عمداً لم تقتل حتى تضع ما فی بطنها إن كانت حاملاً، و

حتی تکفل ولدها (مرعشی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۴۴۵): اگر مرتکب قتل عمد شد اگر حامله بود تا زمان وضع حمل و کفل فرزندش قصاص نمی‌شود.

- اجماع: بر عدم قصاص حامل تا وضع حمل، اجماع وجود دارد (خطیب، بی تا، ص ۲۹). علت جامع در تأخیر تا وضع حمل، حفظ حیات حمل است.

در بالا، آرا و نظرات و مواد قانونی در رابطه با حد و قصاص زن باردار بیان شد. در زیر، به تحلیل و توضیح بیشتر مسئله پرداخته می‌شود. قانون مجازات اسلامی و همچنین اتفاق آرای فقهای اسلامی، اجرای حدود و قصاص بر زن باردار را تا زمان وضع حمل و اتمام رضاعت به تأخیر انداخته است و زن مستوجب حد و قصاص در صورت منجز بودن حمل برای او، تا اتمام بارداری عقوبت نمی‌شود. علت این تأخیر بنابر قانون مجازات اسلامی، بیم از تلف و هلاک جنین و ضرر و آسیب به طفل اعلام شده است. در فقه اسلامی نیز با استناد به آیات (انعام، ۱۶۴؛ اسراء، ۳۳)، روایات (حر عاملی، بی تا، ج ۲۸، ص ۱۰۸؛ نوری، ج ۱۸، ص ۵۵)، اجماع و دلیل عقلی، عقوبت زن باردار به تأخیر افتاده است.

آنچه در این زمینه مستلزم بیان می‌باشد، این است که در آرای فقها و همچنین مواد قانونی مجازات موضوعه، وضعیت ویژه مادر باردار به عنوان شخصی که در شرایط خاص قرار دارد، اصلاً مورد توجه نیست و در وضع قوانین و بیان آرا، به لحاظ کردن این امر اهتمام نشده است و هیچ بحث و بررسی‌ای در این زمینه صورت نگرفته که آیا عارضه حمل می‌تواند در وقوع جرم تأثیر داشته باشد تا مستوجب قوانین مختص به خود باشد یا نه و تنها حمایت جزایی، که به ظاهر مرتبط با دوران حمل می‌باشد، تأخیر اجرای حدود است که علت آن هم متوجه طفلی است که حمل می‌کند نه خود او. اگرچه ادله فقها در تأخیر اجرای حد بر مادر باردار کاملاً قابل پذیرش و ادله نقلی و عقلی بیان شده در این زمینه بسیار استوار است، لحاظ کردن شرایط ویژه مادر در ایام بارداری برای صدور حکم و تصویب قانون نیز کاملاً ضروری است. برای تفهیم بیشتر مطلب، در ادامه، به برخی شرایط روحی و خلقی‌ای که زن در دوران بارداری گرفتارش می‌شود، اشاره می‌گردد.

## ۲. شرایط و وضعیت روانی و خلقی دوران حمل

دوران بارداری و پس از زایمان به خودی خود، آن قدر تنش‌زا هستند که می‌توانند باعث ایجاد بیماری روانی شوند. این بیماری‌ها ممکن است حملات عود یا شعله‌وری یک اختلال روانی باشد که از قبل وجود داشته و یا ممکن است شروع یک بیماری جدید باشد (کنینگهم و سایرین، ۱۳۹۳، ص ۱۴۳۳). عوامل بیوشیمیایی (از جمله آثار هورمونی) و عوامل استرس‌زای زندگی می‌تواند بر بیماری‌های روانی (شروع بیماری یا تشدید آن) تأثیر چشمگیری داشته باشد. در نتیجه، حاملگی نیز باید تعدادی از اختلالات روانی هم‌زمان را تشدید کند. در واقع، تغییرات مرتبط با حاملگی بر میزان استروئیدهای جنسی و نوروترانسمیترهای مونوآمینی، اختلال عملکرد محور هیپوتالاموس (هیپوفیز) فوق کلیه، اختلال عملکرد تیروئید و تغییرات پاسخ ایمنی، تأثیر می‌گذارد که همگی با افزایش اختلالات خلقی در ارتباط هستند (همان‌جا). از طرف محققان، اختلالاتی نظیر دپرسیو، دوقطبی، اضطرابی، اسکیزوفرنی، تغذیه و شخصیت برای دوران حاملگی مطرح شده‌اند (کنینگهم و سایرین، ۱۳۹۳، ص ۱۴۳۳). در این میان، افسردگی و اضطراب شایع‌تر است. در زیر، به برخی از این اختلالات اشاره می‌شود.

- حاملگی بی‌شک یکی از عوامل استرس‌زای مهم زندگی است که می‌تواند سبب تسریع یا تشدید زمینه ایجاد افسردگی باشد (همان، ص ۱۴۳۷). افسردگی اساسی از اختلالات روان‌پزشکی دوران بارداری است؛ حالتی که با خلق پایین و فقدان لذت و علاقه مشخص می‌شود و می‌تواند همراه علائم زیر باشد: اختلال خواب، تغییر اشتها، اشکال در تمرکز، برانگیختگی یا کندی، کاهش انرژی، احساس گناه، بی‌ارزش بودن، افکار مرگ یا خودکشی. از آنجایی که در طی حاملگی طبیعی، اختلالات خواب، افزایش وزن و کاهش اشتها وجود دارد، تشخیص افسردگی در این دوران ممکن است مشکل‌تر شود (رنجبر کوچکسرایی، ۱۳۸۹، ص ۲) و این به خاطر دخالت استروژن‌ها در افزایش ساخت سروتونین، کاهش تجزیه سروتونین و تعدیل گیرنده‌های سروتونین است (همان‌جا).

- اختلالات اضطرابی در دوران باروری زنان شیوع نسبتاً زیادی دارد (همان، ص ۱۴۴۱). بسیاری

ب از زنان در دوران بارداری به دلیل تغییرات هورمونی و سایر عوامل، دچار افسردگی بارداری می‌شوند. به طور کلی، افسردگی نوعی اختلال خلقی است که در آن، فرد عدم لذت و رضایت از زندگی و احساسات منفی را تجربه می‌کند. تقریباً ۱۴ الی ۲۳ درصد زنان افسردگی بارداری را تجربه می‌کنند. علاوه بر دردهای جسمی، اضطراب و استرس مداوم نیز در این دوره، مادر را با شرایط دشواری مواجه می‌کند. افسردگی بارداری ممکن است با احساس غم و اندوه، افکار خودکشی، تغییر در عادات غذایی، تغییر در الگوی خواب و ... همراه باشد. زنان در دوران بارداری ممکن است به طور طبیعی و به دلیل تغییرات هورمونی، گاه دچار غم و اندوه یا تغییراتی در خلق و خو شوند. اما باید بدانید گاهی این تغییر در خلق و خو نشانه‌هایی از افسردگی بارداری است. افسردگی برای زنان باردار ممکن است به دلیل شرایط خاصی که دارند، دشوارتر از سایر افراد باشد. این نوع افسردگی بر جنبه‌های مختلف زندگی مادر باردار و همسر او اثر زیادی می‌گذارد. پس افراد باید این موضوع را جدی بگیرند و هرچه سریع‌تر برای درمان آن اقدام کنند. گزارش‌ها نشان می‌دهند که نیمی از زنان مبتلا به افسردگی تحت درمان قرار نمی‌گیرند و این مسئله می‌تواند به مرور زمان، باعث پیشرفت افسردگی در فرد، بروز مشکلات جدی و نیز میل به آسیب زدن به خود یا فرزند شود (تحریریه افق سلامت، ۱۴۰۰، ص ۲).

- علاوه بر این، در سرتاسر مدت حاملگی و در اوایل دوره نفاس، زنان اغلب مشکلات را در زمینه توجه، تمرکز و حافظه (یادآوری) گزارش می‌کنند. در یک مطالعه طولانی بر روی وضعیت حافظه زنان حامله، متوجه شدند که کاهش حافظه در سه ماهه سوم حاملگی رخ می‌دهد (کنینگهم و سایرین، ۱۳۹۳، ص ۹۲). این تغییرات و بدخلقی‌های ناشی از بارداری در حدود هفته ششم تا دهم به اوج خود می‌رسد. در سه ماهه دوم بارداری افت می‌کند؛ در حالی که در ماه‌های آخر بارداری، بار دیگر ظهور خواهد کرد (ترکمنی، ۱۳۹۸، ص ۲).

با توجه به موارد مذکور می‌توان بروز و شدت یافتن این موارد را در زمره اختلالات روانی قرار داد؛ همان‌طور که در کتب تخصصی در این زمینه نیز بیان شده است (رنجبر کوچکسرایبی، ۱۳۸۹، ص ۲؛ کنینگهم و سایرین، ۱۳۹۳، ص ۱۴۳۷).

### ۳. تأثیر اختلال روانی بر ثبوت جرم و مجازات

#### ۳.۱. تأثیر اختلال روانی بر ثبوت جرم و مجازات قانون مجازات

در تعریف اختلال روانی می‌توان گفت که اختلال روانی نوعی بیماری به همراه تظاهرات رفتاری و روان‌شناختی و همچنین آشفتگی می‌باشد که ممکن است در اثر یک بیماری جسمانی، روان‌شناختی، اجتماعی، شیمیایی یا ژنتیکی باشد که در بیمار، نشانه‌ای به‌خصوص را ایجاد می‌کند. اختلال روانی عمیقاً بر توانایی‌های تفکر، احساس و عمل یک شخص تأثیر می‌گذارد (Barondes, 1999, P.559). اختلال‌های روانی دایره گسترده‌ای دارند و شناختن هر کدام از آنها به‌طور جداگانه برای بهبود مجازات افراد مبتلا به این اختلال‌ها امری ضروری است؛ زیرا برخی از اختلال‌های روانی اراده را کاملاً مخدوش می‌کنند؛ در صورتی که برخی دیگر تنها قسمتی از آن را از بین می‌برند. بدین ترتیب، در هنگام صدور حکم باید آثار و جوانب هرگونه اختلال روانی در شخص، مورد بررسی دقیق قرار بگیرد تا عدالت در مورد شخص متهم، بهتر اجرا شود.

بعضی از کارکردهای عقلانی مبتلایان به بیماری‌ها و اختلالات روانی (به‌دلیل نقص در سیستم دماغی و ...)، همانند اشخاص عادی و متعارف جامعه نمی‌باشد. در زیر، موارد نقص در قوای ادراکی آمده است:

الف. ادراک: در اصطلاح جزایی، قدرت فهم ماهیت افعال و درک تبعات و آثار آن و توانایی تشخیص اعمال خوب از بد و مباح از ممنوع را ادراک و تمیز می‌خوانند (میرسعیدی، ۱۳۹۰، ص ۱۱۵). درک «ماهیت رفتار» یعنی فرد بتواند بین افعال مختلفی که از او صادر می‌شود، تفکیک و تمیز قائل شود؛ اما درک «آثار طبیعی» یعنی شخص اثر مادی‌ای را که رفتار از خود به جای می‌گذارد و همچنین محل ورود این اثر را درک نماید و درک «قیح اجتماعی» یعنی درک خسارت یا خطری که از جانب این رفتار، متوجه حقوق و مصالح مشروع دیگران می‌شود (میرسعیدی، ۱۳۹۰، ص ۱۲۱). پس ادراک یکی از ارکان تشکیل‌دهنده مسئولیت کیفری در مفهوم بالقوه است و این عنصر با عقل ارتباط تنگاتنگی دارد.

در فرهنگ لغت، عقل در معانی مختلفی از جمله دریافت کردن، فهمیدن، هوش، خرد و



شعور ذاتی آمده است (دهخدا، ۱۳۶۷، ص ۲۵۱). در مفهوم کلامی و فلسفی، به قوه و نیرویی در باطن هر انسان گفته می‌شود که از یک طرف، مایه امتیاز او از دیگر جانداران است و از طرف دیگر، ملاک تکلیف، امر و نهی، منبع درک روابط میان امور و اشیا و فهم حسن و قبح رفتارها به شمار می‌آید (شیرازی، بی‌تا، ص ۲۱۹). علوم مختلفی چون روان‌پزشکی و عصب‌شناسی ثابت نموده‌اند که مغز انسان دارای کارکردهای مختلفی است که یکی از آنها تعقل است و این به معنی داشتن بینش واقع‌گرایانه بر حسب عوامل متفاوتی چون سن، باورهای اجتماعی، میزان تحصیلات و ... می‌باشد (فدایی، ۱۳۷۹، ص ۵۲). پس می‌توان گفت که عقل یعنی قوه درک عمل و آثار مترتب بر عمل و هرکس که این قوه را ندارد یا این قوه او دچار اختلال شده است، عملش بی‌اعتبار و اثری هم بر آن مترتب نمی‌گردد.

ب. اختیار: اختلالات روانی بر اراده، اختیار و آزادی عمل شخص تأثیر می‌گذارد. اختیار در لغت به معنای انتخاب کردن و برگزیدن است (ابن منظور، ۱۴۰۸ق، ص ۱۵). قدرت بر انجام کار به اراده خویش در مقابل اجبار و اضطرار، آزادی عمل نام دارد (دهخدا، ۱۳۶۷، ص ۸۹) و در مفهوم فلسفی، به معنی حالت فاعل به نحوی است که اگر بخواهد، فعلی را انجام می‌دهد و اگر نخواهد، آن فعل را انجام نمی‌دهد (طوسی، ۱۴۰۵ق، ص ۳۲۶؛ حلی، بی‌تا، ص ۲۴۰). بنابر این تفسیر، اختیار دارای دو صفت نزد فاعل است: «اراده» و «قدرت». قدرت یعنی اینکه فعل و ترک فعل در مقایسه با یک فاعل خاص، نسبت برابر و مساوی داشته باشند؛ یعنی فعل به همان اندازه از او صحیح است و به وجود آورنده صفتی اقتضایی و شأنی در فاعل، و به عبارتی «قدرت» است که باعث ترک آن فعل می‌باشد. بنابراین فعل و ترک فعل بنابر وضعیت فاعل، توأمان «شأنیت» و «اقتضا» دارند (دهخدا، ۱۳۶۷، ص ۱۵۰۲). پس اگر فاعل قدرت نداشته باشد، به طریق اولی، اراده نیز نخواهد داشت و اگر قدرت داشته، اما اراده نداشته باشد، فعل او اختیاری محسوب نخواهد شد. اراده نوعی عمل نفسانی می‌باشد که توأم با شعور است و به صورت مستقیم، منشأ بروز رفتار مجرمانه اعم از فعل و ترک فعل می‌باشد. اصولاً زمانی عنصر مادی جرم منتسب به مرتکب خواهد شد که برخاسته از اراده او بوده باشد؛ زیرا در غیر

این وجه، نمی‌توان آن را به وی انتساب داد و شخص هنگامی از لحاظ کیفری مسئول است که علاوه بر توانایی و قدرت در انجام یا عدم انجام، بتواند اراده خود را در مسیر انجام یا خودداری از انجام فعل ممنوع، به کار بگیرد و اگر شرایط پیرامونی اراده فاعل را آن‌چنان محدود نماید که هیچ جایگزینی برای فعل ارتكابی باقی نماند، به نظر می‌رسد اگر بگوییم انتخابی در کار داشته است، معنادار نباشد و اگر نتوان گفت که انتخابی در کار بوده، نمی‌توان به هیچ وجه منصفانه‌ای، فاعل را سزاوار مجازات دانست (تبیث، ۱۳۸۶، ص ۲۰۱).

می‌توان گفت در ارتباط با ماهیت جرم در رابطه با اختلالات روانی، به‌طور کلی، به مفهوم جرم بستگی دارد. برای مجرم بودن ارتكاب جرم لازم است. در قانون، ارتكاب هر نوع فعل زیان‌آور به جامعه به‌عنوان جرم مطرح نمی‌باشد؛ بلکه فقط عملی که در قانون مجازات به‌عنوان جرم معرفی شده است و به موجب قانون کیفر دارد، یعنی ماده ۱ قانون مجازات اسلامی، جرم می‌باشد و خارج از تعریف قانون‌گذار، جرمی که مستوجب کیفر باشد، مطرح نیست. برای تحقق جرم، در جوار عنصر مادی جرم باید یک عنصر معنوی هم وجود داشته باشد. لذا جرم زمانی محقق می‌شود که اعمال مادی تشکیل‌دهنده آن جرم، یعنی عنصر مادی آن، توسط موجودی ارتكاب یافته باشد که دارای اراده، ادراک و قوه تشخیص و تمییز باشد. امروزه با پیشرفت‌های وسیع علم روان‌پزشکی، تأثیر خیلی از ناهنجاری‌ها بر آسیب‌ها در کارکرد روانی افراد مشخص شده است که طیف وسیعی از این ناهنجاری‌ها را اختلالات روانی تشکیل داده‌اند. شخص دچار اختلال روانی شدید، قدرت انطباق درست ذهنی یا عملی خود را با هنجارهای پذیرفته‌شده اجتماعی ندارد و ارتباط او با واقعیت‌ها یا کم یا کاملاً قطع شده است و به‌خاطر نبود درک صحیح از دستورهای قانون‌گذار، این شخص با هنجارهای پذیرفته‌شده اجتماعی، سرسبز دارد و این ناسازگاری برای او و جامعه مشکل‌آفرین خواهد شد. فرد باید ویژگی‌هایی داشته باشد تا مورد خطاب قانون‌گذار کیفری قرار بگیرد و این ویژگی‌ها در همه افراد یافت نمی‌شود. فرد باید چهار رکن اساسی عقل، بلوغ، قصد و اختیار را دارا باشد تا او را مخاطب حقوق کیفری قرار دهیم و حتی اگر در یکی از این چهار رکن، اختلالی وارد آید،

نمی‌شود حتی بالقوه فرد را دارای مسئولیت کیفری به حساب آورد؛ زیرا با خلل در یکی از این چهار رکن، دیگر نمی‌توان فرد را صاحب قدرت در فهم خواسته‌های اجتماعی از خود دانست. بنابراین می‌توان گفت زن باردار که بر حسب عارضه بارداری، دچار اختلالات روانی شده، توانایی درک واقعیات وی ضعیف شده است و نمی‌تواند به قواعد اجتماعی و نقض آنها فکر کند و همواره مغشوش اوضاع خویشتن است و این نشان‌دهنده قطع ارتباط بیمار با واقعیت می‌باشد و به همین دلیل است که بررسی وقوع جرم از طرف بیمار روانی و چگونگی مسئولیت کیفری او، دارای اهمیت زیادی است. پس باید رابطه سببیت بین عمل مجرمانه او و اختلال روانی او کشف شود؛ شاید عمل مجرمانه ارتكابی هیچ ارتباطی با اختلالی که به آن مبتلاست، نداشته باشد که اگر ارتباط داشته باشد، باید به صورت قانونی، اختلال روانی او رفع‌کننده مسئولیت کیفری باشد. در وضعیت‌های شدید روانی، بیمار واقعیات را آن‌طوری که هست، در نمی‌یابد. او قدرت فهم خطاب‌های قانون‌گذار را ندارد و همین‌جاست که بسیاری از حقوق‌دانان بر این باورند که مشکل فرد مبتلا به اختلالات روانی در حیطه مسئولیت کیفری بالقوه می‌باشد و اساساً در چنین فردی مسئولیت شکل نمی‌گیرد.

### ۳.۲. تأثیر اختلال روانی بر ثبوت جرم و مجازات در فقه

از جمله شروط تلکیف بر شخص مکلف در فقه اسلامی، تکامل عقل شخص مکلف است (حلی، بی تا، ج ۲، ص ۶۴۸؛ عاملی، بی تا، ج ۶، ص ۱۳۸)؛ چنان‌که اگر در تکامل عقل شخص، شبهه‌ای وجود داشته باشد، چه از لحاظ مدنی و چه از لحاظ جزایی، تلکیف (غیرمالی) از او ساقط است. حال با توجه به ادله پزشکی مذکور، اختلال روانی در زن حامله در برخی موارد قابل اثبات است و همان‌گونه که بیان شد، این اختلال جرح در قوه تعقل و اراده این شخص ایجاد می‌کند و با این وضعیت، در ثبوت جرم و اجرای مجازات نسبت به این شخص، شبهه ایجاد می‌شود. فقهای اسلامی شخصی را که در عقل او اختلال ایجاد شده است، ملکف مخصوصاً مکلف جزایی، نمی‌دانند (ر.ک. اجرای حدود و قصاص مجانین). در مواردی که در موضع حکم، شبهه‌ای وجود داشته باشد نیز، حکم به درأ حدود داده‌اند. از جمله مواردی که

می تواند بر قاتل بودن شخص، شبهه ایجاد کند، حامله بودن شخص متهم (در صورت زن بودن متهم) می باشد.

در روضه المتقین چنین آمده است: «واژه الحدود عام است و دربرگیرنده حد و تعزیر و قصاص است و مقصود از شبهات هر چیزی است که مشتبه شود؛ حتی اگر این اشتباه به دلیل تعارض ادله یا به خاطر نبود دلیل باشد» (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۰، ص ۲۲۹). در بیان مفاد این قاعده، محقق داماد بیان داشته است: «مفاد اجمالی قاعده در آن است که در مواردی که وقوع جرم یا انتساب آن به متهم یا مسئولیت و استحقاق مجازات متهم، به دلیلی مشکوک و محل تردید باشد، بر طبق این قاعده باید جرم و مجازات را منتفی دانست» (محقق داماد، ۱۳۸۳، ج ۴، ص ۴۳). مفاد اجمالی قاعده این است که با شبهه حدود برداشته می شوند و مجازات حدی فقط در صورتی جاری می شود که هیچ نوع شک و شبهه ای در بین نباشد» (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۴، ص ۳۴).

اگر برای اثبات جرم، شرایط لازم وجود داشته باشد، ولی موارد دیگری عدم تحقق جرم را ثابت کند، مورد از موارد شبهه است؛ مثلاً اگر زنی به زنا متهم باشد و چهار مرد هم شهادت به ارتکاب زنا از جانب او دهند، ولی آن زن ادعا کند که باکره است و چهار نفر زن شهادت بر باکره بودن او دهند، نظر نجفی در جواهر، شیخ طوسی در المبسوط، محقق حلی در شرایع الاسلام، شهید ثانی در مسالک الافهام، طباطبایی در ریاض المسائل و امام خمینی در تحریر الوسیله، این است که به دلیل قاعده در آن، حد زنا از این زن ساقط می شود (محقق داماد، ۱۳۹۱، ج ۴، ص ۶۴-۶۳). فقهای امامیه می گویند که احتمال وجود شبهه برای سقوط مجازات کافی می باشد، بنابر دلایل زیر:

۱. در روایتی از امام باقر (ع): «**إِنَّ عَلِيًّا أُمِّي بَامْرَأَةٍ مَعَ رَجُلٍ فَجَرَّ بِهَا فَقَالَ اسْتَكْرَهَنِي وَاللَّهِ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، فَدَرَّ عَنَّا الْحَدَّ**» (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۸، ص ۳۸۲). بنابر این روایت، زانیه ادعا می کند که اجبار به زنا شده است و لذا با توجه به عدم اختیار، مسئولیت کیفری ندارد؛ ولی با یک سوگندش، در مسئولیت کیفری او شبهه ایجاد شده است. با توجه به عدم امکان اثبات

عنصر روانی، امام<sup>(ع)</sup> این مورد را از موارد شبهه تشخیص داده و تنها احتمال صدق گفتار زن را سندی برای براءت او منظور نموده‌اند.

۲. با توجه به متون روایی، این نکته دارای اهمیت است که شارع با توجه به ذهنی بودن عنصر روانی و همچنین بعضی شرایط مسئولیت کیفری و عینی نبودن آنها و بالتبع عدم امکان اثبات آن، فقط احتمال وجود شبهه و درستی ادعای مدعی را برای اجرای قاعده در اکتفا دانسته است. روایات نیز مؤید همین نکته است.

۳. در حدود الهی که از احکام شرعی می‌باشند، از یک جهت مسامحه و امتنان پذیرفته شده و از جهتی دیگر، در مورد این احکام، بر خلاف دیگر احکام شرعی، اصول فقهی مثل اصل عدم جاری نیست؛ زیرا با پذیرفتن اصل عدم در حدود الهی، باید برای اثبات وقوع اکراه یا نسیان یا جهل، دلیل متقن آورده شود و این امور ثابت شود و لذا قاعده در اکتفا به طور کلی، بلااستفاده و عبث خواهد بود. پس در حدود الهی تنها با احتمال صدق شبهه می‌شود به در اکتفا، حکم داد (ساداتی، ۱۳۹۵، ص ۱۳۷).

با توجه به این امور و همچنین با جریان اصل احتیاط، عدم تحقق عمد در جرم و عدم اجرای مجازات راجح است.

#### ۴. جرم و مجازات با توجه به شرایط خلقی و روانی دوران حمل

موضوع علم حقوق جزا، اعمال مجرمانه شهروندان و واکنش جامعه در قبال آنهاست که غالباً در قالب مجازات و بعضاً در قالب اقدام‌های تأمینی و تربیتی تجلی می‌یابد. جرم تشکیل شده از عناصر سه‌گانه‌ای است که با فقدان هر یک از آنها، پدیده مجرمانه منتفی است. با وجود این، ارتکاب هر جرمی لزوماً به اعمال واکنش‌های اجتماعی منجر نمی‌شود؛ بلکه برای این امر، ابتدا باید مسئولیت متهم احراز شود؛ چون مجازات اشخاص غیرمسئول بی‌فایده و ناعادلانه است. در مواردی هم علی‌رغم وقوع جرم و وجود شرایط مسئولیت در مجرم، او در قبال همکاری با ضابطان و دادرسان در کشف جرم یا دستگیری دیگر متهمان، از مجازات معاف می‌شود یا در مجازات وی تخفیف داده می‌شود. بنابراین سه دسته از عوامل، یعنی عوامل موجهه جرم، عوامل

رافع مسئولیت کیفری و معاذیر قانونی، مانع از مجازات هستند، اما این صورت مشترک، یعنی مانعیت از مجازات، صور اختلاف آنها را نمی‌پوشاند. معاذیر قانونی چندان بحث ماهوی ندارد؛ زیرا در اینکه جرم با تمام عناصر و ارکان آن واقع شده و مرتکب دارای شرایط مسئولیت کیفری است، تردید وجود ندارد. آنچه در مجازات او تأثیرگذار است، فقط لزوم اتخاذ یک سیاست کیفری سنجیده توسط مقنن است که مجرمان را به همکاری با مأمورین، برای کشف جرم و پیشگیری از وخامت آن تشویق می‌کند (حبیب‌زاده و فخر بناب، ۱۳۸۴، ص ۵).

ماهیت عوامل رافع مسئولیت کیفری، مسئولیت «الترام به تقبل عواقب و آثار افعال مجرمانه» یا تحمل مجازاتی می‌باشد که سزای افعال سرزنش‌آمیز بزهکار محسوب می‌شود؛ لیکن صرف ارتکاب جرم نمی‌شود که بار مسئولیت را یک‌باره بر دوش مقصر گذاشت؛ بلکه قبل از آن باید نخست بتوان او را سزاوار تحمل این بار سنگین از تقصیری که مرتکب شده است، دانست و سپس او را مؤاخذه کرد. توانایی پذیرفتن بار تقصیر را در اصطلاح حقوق‌دانان «قابلیت انتساب» می‌نامند و آن را برخوردار فاعل از قدرت ادراک و اختیار تعریف نموده‌اند. پس اگر مجرم مُدْرک یا مختار نباشد، مسئول اعمال خود نمی‌باشد و برای اینکه مسئولیت جزایی به معنای اخص کلمه وجود داشته باشد، باید مجرم مرتکب تقصیری شده (مجرمیت) و این تقصیر قابلیت استناد به او را داشته باشد.

عوامل رافع مسئولیت عبارت است از: شرایط و خصوصیاتی در شخص فاعل جرم که مانع از قابلیت انتساب رفتار مجرمانه به وی می‌گردد و به عدم مسئولیت و مجازات او منجر می‌شود. به باور حقوق‌دانان در عوامل رافع مسئولیت جزایی، رفتار مجرمانه همچنان وصف مجرمانه خود را حفظ می‌نماید؛ اما به علت عدم امکان اسناد جرم به اراده خودآگاه مجرم، او را نمی‌توان مسئول شناخت و از مجازات او انتظار اصلاح یا اجرای عدالت را برآورده نمود؛ مانند مأموری که به حکم قانون و به دستور آمر قانونی، محکوم‌علیه را اعدام می‌کند (ماده ۵۶ ق.م.ا. یا مدافعی که با رعایت شرایط قانونی، مهاجم را از پای درمی‌آورد (ماده ۶۱ و ۶۲۵-۶۳۲). عوامل رافع مسئولیت کیفری هم را شامل کودکی، جنون، اجبار، اشتباه، مستی، خواب و بیهوشی

دانسته‌اند (نوربها، ۱۳۶۹، ص ۲۳۵). در چنین شرایطی، به دلیل رشدنیافتگی جسمی یا روانی یا حدوث عارضه‌ای گذرا، فاعل جرم فاقد ادراک یا اختیار یا هر دو است و از این رو، رفتار ارتكابی قابل انتساب به وی نیست.

بعضی از حقوق‌دان‌ها معتقدند در عوامل رافع مسئولیت کیفری، جرم با تمام عناصر تشکیل دهنده آن به طور کامل واقع می‌شود، ولی به علت فقدان ادراک یا اختیار یا هر دو، مسئولیت کیفری تحقق نمی‌یابد (گلدوزیان، ۱۳۷۶، ص ۷۲؛ استفانی، ۱۳۷۷، ص ۴۸۸؛ سلیمی، ۱۳۷۶، ص ۱۴۹). بعضی دیگر میان عوامل مختلف رافع مسئولیت جزایی تفکیک قائل شده، نوشته‌اند: «بعضی‌ها فقط اراده مرتکب را زائل می‌کنند (اجبار و اشتباه) که چیزی را که انجام می‌دهد، خوب می‌فهمد؛ بر عکس، در یکی از آنها مرتکب جرم نتوانسته است بخواند، زیرا فرض این است که اختلال روانی وی مانع تشخیص خوب از بد است. در این حالت اخیر، شخص به حداقل قابلیت اسناد نمی‌رسد، در حالی که در موقعیت‌های دیگر، تنها اراده در حد مقتضیات قانونی نیست و در نتیجه، عنصر معنوی جرم وجود ندارد (استفانی، ۱۳۷۷، ص ۵۱۵).

همچنین ماده ۳۶ ق.م.ا. بیان می‌دارد: هرگاه آشکار شود که مرتکب جرم حین ارتكاب به عوامل مادرزادی یا عارضی، فاقد شعور بوده یا به اختلال تام قوه تمییز یا اراده دچار باشد، مجرم محسوب نمی‌شود. حال اگر زن باردار بنا بر عارضه بارداری، دچار اختلالات خلقی و روانی شود و این اختلالات گذرا که با وضع حمل از بین می‌رود، توسط پزشکان و روان‌پزشک‌ها محرز گردد و درجه آن تعیین گردد که آیا در قوای ادراکی و ارادی زن باردار مؤثر بوده است، اگرچه از طرف قانون‌گذار به‌عنوان عامل موجه جرم احصا نشده، اما می‌تواند از موارد رافع مسئولیت کیفری باشد؛ چرا که عنصر معنوی جرم را تحت تأثیر قرار داده است. اختلالات اضطراب، افسردگی و عدم تمرکز حواس باعث تزلزل عنصر معنوی جرم خواهد بود؛ چرا که اگر میزان اختلالات نیز به حدی نباشد که قوای تمییز و اراده را به طور کامل از بین ببرد، اختلال ایجاد می‌نماید، ولو به صورت ناقص. پس می‌تواند تعدیل‌کننده مسئولیت کیفری زن باردار باشد و مسئولیت کیفری او را کاهش دهد.

در جرایم عمدی، بند «الف» ماده ۲۹۰ ق.م.ا. مهم‌ترین شرط لازم برای تحقق عنوان عمد را «قصد» مجرم بیان نموده است؛ یعنی اگر شخص قصد ایراد جنایت نداشته باشد، شامل بند «الف» نخواهد بود و فرقی نمی‌کند مرتکب، اختلال روانی داشته باشد یا نه. اما بند «ب» و «پ» برای عمدی بودن جنایت، آگاهی و توجه مرتکب را لازم دانسته است؛ بدین معنی که اگر عدم آگاهی و توجه مرتکب ثابت شود، جنایت عمدی محسوب نخواهد شد؛ چرا که مقنن اصل را بر آگاهی شخص قرار داده است. بند «پ» نیز ناظر به وقوع جنایت از طرف اشخاص با وضعیت‌های خاص است و بدون قصد جنایت است. پس در این صورت نیز باید قصد شخص برای ارتکاب جنایت ثابت شود که اگر ثابت نشود، جنایت عمد نخواهد بود (میرسعیدی و غلامی، ۱۳۹۷، ص ۳۰).

حال با توجه به موارد ذکرشده در رابطه با شرایط روحی و خلقی زن باردار که این عوامل در بسیاری از زن‌های حامله شکل می‌گیرد (اگرچه میزان آن می‌تواند متفاوت باشد)، نمی‌توان شرایط موجود برای او را عادی فرض کرد و در تمام احکام و قوانین، زن باردار را به مانند یک فرد با شرایط عادی به شمار آورد و این مقتضی بررسی و توجه و نهایتاً تخفیف و کاهش در قوانین و احکام، به‌ویژه در قوانین مربوط به جرم و مجازات در رابطه با زن باردار است. البته این توجه و تخفیف نه از باب مادر بودن برای طفلی و به‌خاطر جنین او، بلکه به‌خاطر خودش و شرایط سختی که با مشقت و انواع تنش‌ها در حال سپری کردن آن است، می‌باشد. قرآن کریم نیز به این سختی و مشقت اشاره نموده است: «حَمَلْتَهُ أُمَّهُ وَهَنَّا عَلَيَّ وَهْنٌ» (لقمان، ۱۴): مادرش او را با زحمت بر روی زحمت حمل کرد. پس خداوند سختی و مشقت و خاص بودن این دوران را تأیید نموده که این خود نیازمند توجه، ملاحظت و تخفیف در حق زن باردار است. البته با وجود سختی و مشقت در امور تکلیفی و شرعی گشایش نیز قرار داده شده است. آیه ۲۲ سوره حج می‌فرماید: «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» که قاعده امتنانی نفی حرج برگرفته از آن است، امتنان به معنای سهولت در جعل برخی احکام شرعی، نوع خاصی از لطف است و با اینکه بر خداوند واجب نیست، بر اساس تفضل الهی به برخی از احکام اختصاص پیدا کرده است. حکم



امتنانی آسان‌تر و ساده‌تر جعل شده و ارفاق و امتنانی نسبت به مکلفان و برای رعایت حال ایشان است (میرزایی، ۱۴۰۱، ص ۸). در قانون مجازات اسلامی، عوامل رافع مسئولیت کیفری، عوامل موجهه جرم و معاذیر قانونی، مانع از مجازات هستند. عوامل موجهه جرم عبارت از اوضاع، شرایط و احوالی عینی است که وصف مجرمانه را از رفتاری که در شرایط عادی جرم است، برداشته، صورتی غیرقابل سرزنش به آن می‌دهد (گلدوزیان، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۷؛ اردبیلی، ۱۳۷۹، ص ۱۷۳).

افسردگی، اضطراب و اختلال در تمرکز و حافظه که از عوارض بارداری است، منجر به اختلال‌های روانی در این دوره برای زنان باردار می‌شود که خود مستلزم درمان است. با وجود علم این افراد به ممنوعیت موضوع ارتکاب، اگر در مقام عمل به‌خاطر اختلال در تمرکز، دچار غفلت شوند و عمل را انجام دهند، اثبات عمد بودن آن به‌خاطر چنین اختلالاتی مشکل است؛ زیرا عمد بودن جنایت در ارتکاب توسط افراد با اختلالات روانی، متزلزل است و چون نمی‌توان قصد و اراده آنها را در ارتکاب جرم ثابت کرد، از دایره عمد خارج است. رأی پزشکان و روان‌پزشک‌ها در این زمینه می‌تواند دلیل مؤید بر اختلال در توجه و آگاهی این افراد باشد؛ چرا که بنابر مشاهدات صورت‌گرفته، برخی زنان باردار به‌خاطر وضعیتشان، دچار اضطراب و افسردگی شدید و نقض در تمرکز شده‌اند که همگی محل توجه و آگاهی شخص می‌شود و عمدی بودن اعمالشان را ساقط می‌کند. پس در صورت احراز اختلالات مذکور توسط پزشکان در مادر بارداری که مرتکب جنایتی شده است، می‌تواند تعدیل‌کننده مسئولیت کیفری او شود و از جهاتی، تخفیف‌دهنده مجازات باشد. ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، جهات تخفیف را در ۸ بند احصا نموده است. بند «ث» این ماده «ندامت، حسن سابقه یا وضع خاص متهم از قبیل کهولت یا بیمار» را از عوامل مخففه مجازات می‌داند. این بند وضع خاص متهم را به‌عنوان یکی از جهات تخفیف عنوان نموده است. بارداری مخصوصاً بارداری با اختلالات خلقی و روانی، می‌تواند از مصادیق این بند باشد. همچنین بیماری‌ای که در این بند ذکر شده است نیز، شامل بارداری که به‌خاطر اختلالات پیش‌آمده ناشی از بارداری تحت درمان هستند

و بنا بر نظر پزشک جهت مداوا تحت درمان قرار گرفته‌اند یا حتی بعد از ارتکاب جرم، خاص بودن شرایطش احراز گردیده، خواهد بود و از مصادیق تخفیف مجازات به شمار می‌آید.

### یافته‌های پژوهش

در فقه و حقوق اسلامی، اتفاق نظر بر عدم اجرای حد و قصاص بر زن باردار تا زمان وضع حمل و اتمام رضاعت است تا جنین و طفل او به‌خاطر اجرای حد و قصاص، آسیب نبیند یا هلاک نشود و در اجرای حدود اسرافیه صورت نگیرد. در آرای فقها و همچنین مواد قانونی قانون مجازات موضوعه، وضعیت ویژه مادر باردار به‌عنوان شخصی که در شرایط خاص قرار دارد، اصلاً مورد توجه قرار نگرفته است و در وضع قوانین و بیان آرا به لحاظ کردن این امر اهتمام نشده است و هیچ بحث و بررسی‌ای در این زمینه صورت نگرفته است.

بارداری برای زنان همواره به‌همراه تغییرات اساسی در خلق و روان آنهاست؛ به‌طوری که اختلالات دپرسیو، دوقطبی، افسردگی و اضطراب و اختلال در تمرکز و حافظه از عوارض بارداری و از اختلالات روانی مختص به این دوران است؛ به‌گونه‌ای که عمد و قصد و قدرت انطباق اعمال و رفتار را بر واقع به‌شدت تحت تأثیر قرار می‌دهد. تا جایی که احتمال وقوع رفتارهایی را که خالی از قصد و عمد و بدون فکر، تمرکز، اختیار و ادراک از جانب زن باردار است، افزایش می‌دهد. قصد، عمد و اختیار شخص مجرم در قانون مجازات اسلامی بیانگر عنصر روانی و معنوی جرم و از پایه‌ها و ارکان اثبات مجرمیت و تعیین‌کننده مسئولیت کیفری هستند که با عدم آنها، عدم مسئولیت کیفری نیز باید احراز گردد. قانون مجازات اسلامی حمل را به‌عنوان عارضه‌ای که می‌تواند بر ارتکاب جرم مؤثر باشد، لحاظ ننموده است، اما با توجه به اثبات علمی وقوع این اختلالات در دوران حمل و فقدان عنصر روانی در وقوع جرم، می‌بایست از عوامل کاهش و رافع مسئولیت کیفری و مخففه جرم باشد. همچنین با استناد به مفاد قاعده درأ (که اگر وقوع جرم یا انتساب آن به متهم یا مسئولیت و استحقاق مجازات متهم به دلیلی مشکوک و محل تردید باشد، بر طبق این قاعده باید جرم و مجازات منتفی باشد)، احراز احوال و اوضاع زن باردار دال بر اختلال روانی ناشی از حمل، که وقوع عمدی جرم از

جانب او را مشکوک و متزلزل می‌کند، محل اعمال این قاعده می‌باشد.

### پیشنهادها

بنابر مطالب مذکور، موارد ذیل پیشنهاد می‌شود.

۱. از طرف وزارت بهداشت، علاوه بر پروندهٔ مراقبت دوران بارداری در مراکز بهداشت، پروندهٔ سلامت روان جداگانهٔ این افراد نیز برای معاینات و مشاورهٔ منظم از لحاظ روحی و روانی تشکیل شود.

۲. برگزاری کلاس‌ها و همایش‌های آموزشی از طرف رسانه‌های ملی و وزارت بهداشت برای آمادگی و آشنایی و معرفی این عوارض در حین بارداری و نحوهٔ برخورد فرد و خانواده باردار، مخصوصاً همسران آنها در مواجهه با این عوارض و کنترل آن برای پیشگیری از تشدید این عوارض و منجر شدن به وقوع جرم.

۳. بارداری در بانوان به‌عنوان عامل مخدوش‌کنندهٔ عنصر روانی جرم و به‌تبع، رافع و کاهندهٔ مسئولیت کیفری و مخفف مجازات‌های کیفری، به نظر و تصویب مقنن برسد و در این راستا، قانون و لایحه تصویب و اجرا شود.

۴. ایجاد مراکز مشاورهٔ روانی و رفتاری مختص دوران حمل از طرف وزارت بهداشت، قوهٔ قضائیه و حتی بخش خصوصی به انضمام بخش مشاورات حقوقی که علاوه بر ارائهٔ مشاوره و کمک فکری و عملی به بانوان باردار و دارا بودن بار معنوی، می‌تواند خود ایجاد اشتغال و کارآفرینی برای متخصصان و فارغ‌التحصیلان رشته‌های پزشکی زنان، روان‌پزشکی، روان‌شناسی و حقوق باشد.

### منابع

- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۰۸ق). *لسان العرب*، جلد ۱. بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۷۹). *حقوق جزای عمومی*، جلد ۱. تهران: نشر میزان.
- اردبیلی، سید عبدالکریم موسوی (۱۴۲۷ق). *فقه الحدود و التعزیرات*، ۴ جلد. قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید، چاپ دوم.

- گاستون، استفانی؛ لواسور، ژرژ و بولک، برنار (۱۳۷۷). *حقوق جزای عمومی*، جلد ۱. ترجمه حسن دادبان. تهران: دانشگاه علامه طباطبایی.
- بهوتی الحنبلی، منصور بن یونس بن صلاح‌الدین ابن حسن بن ادریس (بی‌تا). *کشاف القناع عن متن الإقناع*. ناشر: دار الکتب العلمیه.
- پورافکاری، نصرت‌اله (۱۳۸۸). *بیماری اختلال روانی*. تهران: انتشارات آزاده.
- تیت، مارک (۱۳۸۶). *فلسفه حقوق*. ترجمه حسن رضایی خاوری. مشهد: انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی، چاپ دوم.
- تحریریه افق سلامت، (۱۴۰۰/۱۲/۰۴) «افسردگی بارداری و هرآنچه درباره آن باید بدانید»: <https://ofoghsalamat.com>
- الجزیری، عبدالرحمن بن محمد عوض (۱۴۲۴ق). *الفقه علی المذاهب الأربعة بیروت*. لبنان: دار الکتب العلمیه، الطبعة الثانية.
- جمعی از نویسندگان (۱۴۰۴ق - ۱۴۲۷ق). *الموسوعه الفقهیه الكويتیه*. الكويت: صادر عن وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامیه.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر و فخر بناب، حسین (۱۳۸۴). «مقایسه عوامل موجه جرم و عوامل رافع مسئولیت کیفری». *ماهنامه دادرسی*، ۹(۵۴)، ص ۱۱-۳.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، جلد‌های ۱۲ و ۲۸. قم: مؤسسه آل‌البیت، چاپ سوم.
- حر عاملی، محمد بن حسن (بی‌تا). *وسائل الشیعه*. قم: مؤسسه آل‌البیت لإحياء التراث.
- حلی، جمال‌الدین (بی‌تا). *کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد*. قم: انتشارات ایران.
- خطیب، یحیی بن عبدالرحمن (۲۰۱۹). «*أحكام المرأة الحامل*». نشر: جامع الکتب الاسلامیه
- خوبی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۲۲ق). *مبانی تکمله المنهاج*، ۲ جلد. قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی، چاپ اول.
- دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۶۷). *لغتنامه*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم.
- زحیلی، وهبه بن مصطفی (۲۰۰۷م). *فقه الاسلامیه و ادلته*. دمشق: دار الفکر.
- ساداتی، محمد مهدی (۱۳۹۵). «شرایط اعمال قاعده درأ در فقه امامیه و قانون مجازات اسلامی». *مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ۸(۱۴)، ص ۱۱۳-۱۴۶.
- سلیمی، صادق (۱۳۷۶). *پدیده مجرمانه و مسئولیت کیفری در حقوق بین‌المللی و حقوق کیفری ایران*. تهران: انتشارات خیام.

- شعبانی، مهسا (۱۴۰۱). «مجازات ضرب و جرح زن باردار». مندرج در سایت [iranlaw.net](http://iranlaw.net).
- شیرازی، قدرت‌الله انصاری و همکاران (۱۴۲۹ق). موسوعه أحكام الأطفال و أدلتها، ۴ جلد. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، چاپ اول.
- شیرازی، محمد (بی تا). شرح اصول کافی. تهران: مؤسسه مطالعات و تحقیقات فرهنگی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۵ق). تلخیص المحصل المعروف بنقد المحصل. بیروت: دارالاضواء، چاپ دوم.
- عاملی، سید محمدحسین ترحینی (۱۴۲۷ق). الزیاده الفقهیه فی شرح الروضه البهیة، ۹ جلد. قم: دار الفقه للطباعة و النشر.
- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ۱۵ جلد. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۰۵). کشف اللثام. قم: منشورات مکتبه آیة الله العظمی المرعشی النجفی.
- فدایی، فرید (۱۳۷۹). روان‌پزشکی برای همه (روان‌پزشکی، انسان و جامعه). تهران: انتشارات بزرگمهر، چاپ اول.
- فغند، فاطمه (۱۳۹۸). «ضوابط شرعی در جلوگیری از بارداری». ششمین همایش دانشجویی بررسی فرهنگ سلامت از منظر قرآن و حدیث. تهران: دانشگاه علوم پزشکی ارتش.
- کنیگهم، گری و همکاران (۱۳۹۳). بارداری و زایمان ویلیامز. ترجمه بهرام قاضی جهانی و همکاران. تهران: نشر گلبان.
- گلدوزیان، ایرج (۱۳۷۶). حقوق جزای عمومی ایران، جلد ۲. تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی، چاپ چهارم.
- لنگرانی، محمد فاضل موحدی (۱۴۲۵ق). جامع المسائل، ۱ جلد. قم: انتشارات امیر قلم، چاپ اول.
- ماوردی، ابوالحسن علی بن محمد بن محمد (۱۴۱۹ق). الحاوی الکبیر فی فقه مذهب الإمام الشافعی و هو شرح مختصر المزنی. بیروت: دار الکتب العلمیه، الطبعة الأولى.
- ترکمنی، محبوبه (۱۳۹۸). «تغییرات خلق و خو در دوران بارداری». مندرج در سایت: [www.manodeliar.com](http://www.manodeliar.com).
- مجلسی، محمد تقی (۱۴۰۶ق). روضه المتقین، جلد ۱۰. قم: مؤسسه فرهنگی-اسلامی کوشانپور.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۳). قواعد فقه (بخش قضایی)، جلد ۳. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۱). قواعد فقه (بخش جزایی)، جلد ۴. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ بیست و پنجم.

- مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین (۱۴۱۵ق). *القصاص علی ضوء القرآن و السنه*، ۳ جلد. قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، چاپ اول.
- نوری، میرزا حسین (بی‌تا). *مستدرک الوسائل*. قم: نشر ال‌بیت ل‌احیاء التراث
- میرزایی، کوثر؛ حدادی دلاور، آسیه؛ جهانیان، فهیمه و زارعان، منصوره (۱۴۰۲ق). «چالش‌های قانونی‌فقهی فاعلیت مادر در فرآیند درمان سقط جنین سندرم داون بر اساس قاعده الحر». *دوفصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده*، ۲۸(۷۸)، ص ۵۶۳.
- میرسعیدی، سید منصور (۱۳۹۰). *مسئولیت کیفری*. تهران: انتشارات میزان، چاپ سوم.
- میرسعیدی، منصور و نبی‌اله غلامی (۱۳۹۷). «اختلال شخصیت دوقطبی از منظر حدود مسئولیت کیفری». *مجله پژوهش حقوق کیفری*، ۶(۲۲)، ص ۳۹-۳.
- نجف‌آبادی، حسینعلی منتظری (۱۴۲۷ق). *معارف و احکام بانوان*. قم: انتشارات مبارک، چاپ دوم.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*. بیروت: دار احیاء تراث العربی.
- نسائی، أبو‌عبدالرحمن أحمد بن شعیب بن علی الخراسانی (۱۴۲۱ق). *السنن الکبری*، بیروت: مؤسسه الرساله، الطبعة الأولى.
- نوریها، رضا (۱۳۶۹). *زمینه حقوق جزای عمومی*. تهران: کانون وکلای دادگستری مرکز.
- Barondes SH (1999). . *Report of the National Institute of Mental Health's Genetics Workgroup: Introduction*. Biol Psychiatry. Elsevier. 45(5).

## نهاد خانواده در پرتو اصالت اجتماع

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۱/۲۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۲۳

سید ابوالقاسم نقیبی<sup>۱</sup>

معصومه شهریاری<sup>۲\*</sup>

DOI: 10.30497/FLJ.2023.244281.1890



### چکیده

در نگرش به نهاد اصیل خانواده، سه نظریه اصالت فرد، اصالت اجتماع و اصالت فرد و اجتماع وجود دارد. در دیدگاه اصالت فرد، احکام، تکالیف و حقوق زوجین، والدین و فرزندان نسبت به یکدیگر مورد مطالعه قرار گرفته و ماهیت جمعی خانواده مغفول واقع شده است. در دیدگاه اصالت اجتماع، خانواده بما هو خانواده، موضوع مطالعه قرار می‌گیرد و اعضا به‌طور مستقل مورد بحث نیستند. هدف اصلی این نگرش حفظ نهاد خانواده از گزند خودخواهی‌ها به بهای کاستی از آزادی‌های فردی است. در رویکرد اصالت فرد و اجتماع، بعد فردی و اجتماعی خانواده توأمان حائز اهمیت است و علاوه بر اهمیت اعضا، ماهیت جمعی آن نیز مورد توجه قرار گرفته است. در این دیدگاه، آثار مهمی چون حیات مستقل از حیات فردی، قواعد و سنت‌های مستقل و استقلال عمل افراد بر خانواده مترتب می‌شود. با مراجعه به کتب و قوانین مربوط به خانواده درمی‌یابیم که تا کنون نگرش تک‌جانبی حاکم بوده است؛ لیکن این نگرش آثار سوئی همچون تسریع از بین رفتن استقلال خانواده‌ها در تمدن جدید، کاهش جمعیت، ادغام نقش‌های خانواده در اجتماع، برداشته شدن مرز خانه و جامعه و تجزیه خانواده را در پی دارد. در آثار حقوق‌دانان متأخر، سازمانی بودن خانواده طرفدار پیدا کرده و با کم‌رنگ شدن تنوری فردگرایی، بیشتر تنوری‌ها معطوف به مصلحت خانواده شده است که در آن نقش‌های زوجیتی و والدینی محو در یک کل منسجم می‌شود. پژوهش حاضر با روش تحلیلی-توصیفی و جمع‌آوری اطلاعات به‌صورت کتابخانه‌ای، مترصد بررسی حقوقی نهاد خانواده در پرتو اصالت اجتماع است. نتیجه این رویکرد نوین در مطالعات حقوقی، تحول حقوق خانواده خواهد بود.

### کلیدواژه‌ها

اصالت اجتماع، اصالت فرد و اجتماع، ماهیت مستقل خانواده، هویت اجتماعی خانواده.

da.naghbi@motahari.ac.ir

۱. استاد تمام گروه فقه و حقوق دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران.

۲. نویسنده مسئول (دانشجوی دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران.

M.shahriari@isuw.ic.ir

## مقدمه

خانواده مابه‌الاشتراک فرد و جامعه است که هرگاه از آن غفلت شده، مشکلات غیرقابل جبرانی را به دنبال داشته است. در اهمیت نهاد خانواده همین بس که انسان اجتماعی خلق شده است و فطرت او ایجاب می‌نماید که زندگی اجتماعی داشته باشد. لذا قدیمی‌ترین و مهم‌ترین گروه اجتماعی خانواده است. تا جایی که در قرآن از آن به پیمان محکم تعبیر شده است (نساء، ۲۱؛ هدایت‌نیا، ۱۳۹۸، ص ۱۱۸۷). در واقع خانواده بستر آرامش زن و مرد و کانون امنیت، رشد جسمی، عاطفی و معنوی کودکان و مرکز تربیت اجتماعی آنهاست. اسلام نیز که یک مکتب انسان‌ساز است، در تعالیم و آموزه‌های خود به نهاد مقدس خانواده توجه ویژه‌ای دارد و آن را کانون تربیت و مهد مودت و رحمت می‌شمارد و سعادت و شقاوت جامعه انسانی را منوط به صلاح و فساد این بنا می‌داند (مقدمه قانون اهداف و اصول تشکیل خانواده و سیاست‌های تحکیم و تعالی آن؛ روشن و صادقی، ۱۳۹۵، ص ۳۵۰).

در تعریف‌های موجود از خانواده، دیدگاه‌های متفاوتی ارائه شده است. نویسنده‌ای چنین گفته که خانواده عبارت است از: «پیوند قانونی دو جنس مخالف بر پایه روابط پایا، تقدس مذهبی و روابط عمیق عاطفی که با نوعی قرارداد اجتماعی و آثار مهم فرهنگی همراه است» (Engels, 1973 P.171-205 به نقل از روحانی، ۱۳۸۹، ص ۸). در تعریف دیگر آمده است: «ازدواج فرایندی از کنش متقابل دو فرد است که با شرایط قانونی و طی مراسمی تشکیل می‌شود و به‌طور کلی عمل آنان مورد پذیرش قانون قرار گرفته است» (Karlsson, 1963, P.31 به نقل از روحانی، ۱۳۸۹، ص ۸). مرداک خانواده را این‌چنین تعریف می‌کند: «خانواده گروهی اجتماعی است با اقامتگاه مشترک، همکاری اقتصادی و تولیدمثل» (به نقل از بستان نجفی، ۱۳۹۳، ص ۴۷). به هر حال، خانواده گذشته از واقعیت‌های بیرونی، در اذهان دانشمندان و مردم تعریفی روشن دارد (همان، ص ۴۳) و با هر رویکرد علمی که تعریف شود، در عرف جوامع بشری از تعاریفی که جامعه‌شناسان، روان‌شناسان و حقوق‌دانان برای آن ذکر کرده‌اند، شناخته‌شده‌تر است و تعریفی حقیقی به حد و رسم که منطقیون می‌گویند: «معرف باید اجلی



از معرّف باشد» (ابن سینا، ۱۴۰۳ق، ص ۱۰۵-۱۱۰)، برای اصطلاح خانواده نمی‌توان یافت (اسعدی، ۱۳۸۷، ص ۵۷).

با مراجعه به کتب و قوانین مربوط به خانواده، درمی‌یابیم که در بحث خانواده تا کنون نگرش تک‌جانبی حاکم بوده است؛ بدین معنی که همواره آنچه مدنظر قانون‌گذار و علمای حقوقی بوده، احکام، تکالیف و حقوق زوجین و فرزندان نسبت به یکدیگر است. به عبارت دقیق‌تر، دیدگاه اصالت فرد در بررسی این نهاد اجتماعی مورد توجه قرار گرفته است؛ در حالی که در دیدگاه اسلام، اصالت جامعه در کنار اصالت فرد مهم تلقی شده است؛ همان گونه که با امعان نظر در مفاهیمی چون عیال، اهل، ذریه، ذوی‌القربی، اولی‌الارحام می‌توان به شناسایی هویت خانواده و اصالت آن در تعالیم اجتماعی اسلام اذعان نمود (نقیبی، ۱۳۹۰، ص ۱۲). تفاوت نگرش اسلام با نظام‌های مادی و کاپیتال در قائل شدن اصالت برای فرد این است که در نظام دینی، حق را به فرد می‌دهند تا ایثار کند و روحیهٔ ایثارگری را در او تقویت نمایند؛ اما مکاتب مادی، اولویت را به فرد می‌دهند تا استیثار<sup>۱</sup> کند؛ به‌عنوان نمونه، در پرداختن به حقوق خانواده، دیدگاه اسلام همواره بر گذشت، فداکاری و ارتقای سطح اخلاقی زوجین و فرزندان است و خانواده سهم عمیق و گسترده‌ای در پیشرفت و تکامل فردی و اجتماعی انسان‌ها دارد تا جایی که قرآن زن و شوهر را لباس یکدیگر معرفی می‌کند (بقره، ۱۸۷) و پوشیدن عیوب دیگری را از جمله نقش‌های اصلاحی برای زوجین می‌داند. به عبارتی، مبنای اسلام در اولویت‌بخشی به حقوق فردی، بر مصالح و حقوق اجتماعی، احیای روحیهٔ فداکاری و از خودگذشتگی است: «وَيُؤْتِرُونَ عَلَيْهَا أَنْفُسَهُمْ وَكُلَّ كَانٍ بِهِمْ خَصَاصَةٌ» (حشر، ۹). بدین روی، انسان هرچند به چیزی نیازمند باشد، باز دیگران را بر خود مقدم می‌دارد. لیکن در فرهنگ‌های مادی‌نگر که در آن، فرد از اولویت ویژه‌ای برخوردار است، به محض وقوع اختلاف نظر و با کمترین اختلال در آسایش و آرامش روان شخص، حفظ منافع و مصالح فرد مقدم بر حفظ نهاد خانواده دانسته شده و در این نوع نگرش، ایثار و گذشت و

۱. استیثار به معنی به‌خودی‌خود پرداختن به چیزی است.

فداکاری در روابط زوجیتی جایگاهی ندارد و اساس بر اصالت میل فرد است و به تبع، می‌توان دریافت که منافع افراد به شکل فردی مطرح است (رشیدی و همکاران، ۱۴۰۰، ص ۲۵).

کاتوزیان در مقدمه کتاب *حقوق خانواده*، در یک صفحه به موضوع «گرایش به اصالت حقوق خانواده» پرداخته است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۱۰-۱۲). نقیبی در پژوهشی تحت عنوان «قاعده لاضرر و جبران خسارت معنوی به خانواده» در بخش اول مقاله با عنوان «اصالت خانواده در تعالیم اجتماعی اسلام» به موضوع نگرش جمعی به نهاد خانواده اشاره کرده است (نقیبی، ۱۳۹۰). آن نقص و کمبودی که در تمامی این پژوهش‌ها مشهود است، بحث تحلیل نهاد اصیل خانواده در پرتو اصالت اجتماع و آثار ناشی از این کل‌نگری است. روش پژوهش تحلیلی-توصیفی بوده و روش جمع‌آوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای است؛ یعنی ابزار گردآوری اسنادی بوده و شامل کتب، پایان‌نامه‌ها، تقریرات، مقالات، نرم‌افزارهاست. در ابتدا، نظریات اصالت فرد و اجتماع و آثار مترتب بر آن در نهاد خانواده مورد مذاقه قرار گرفته است و ضرورت به‌کارگیری نظریه اصالت اجتماع در کنار اصالت فرد تبیین خواهد شد که نتیجه این رویکرد نوین، استنباط لزوم نگرش نظام‌مند و اصالت جامعه در کنار اصالت فرد در مطالعات فقه و حقوق به نهاد خانواده است که در نهایت، به تحول حقوق خانواده می‌انجامد.

### ۱. نظریه‌های اصالت فرد و اجتماع

در بین جامعه‌شناسان، فلاسفه و حقوق‌دانان، این سؤال همواره مطرح است: «آیا فرد اصیل است و جامعه وجودی انتزاعی، اعتباری و ساختگی دارد یا اینکه جامعه حقیقی است و فرد وجود تبعی دارد؟». در پاسخ به این سؤال، سه نظریه عمده مطرح است. برخی معتقدند که جامعه واقعی جدای از افراد جامعه ندارد (گلاور و همکاران، ۱۳۸۳، ص ۴۸۲). عینیت و اصالت از آن فرد است و جامعه و ترکیب افراد با یکدیگر اعتباری است و نیاز به جامعه صرفاً برای دفع شر و عوامل بیرونی است (آریلاستر، ۱۳۷۶، ص ۱۹). در یک کلام، قائلین این نظریه معتقدند که جامعه‌ها و امت‌ها هیچ واقعیتی ندارند؛ بلکه فقط انسان‌های منفرد وجود دارند که به مجموع آنها «جامعه» گفته می‌شود و واجد مشخصات متمایزی از فرد نیست (فروند، بی‌تا، ص ۱۲۱). دکارت

قائل است که «جامعه به‌خودی‌خود هویتی ندارد و در واقع تشکیل‌شده از مجموع افراد و مناسبات، ارتباطات، حقوق و تکالیف آنها نسبت به یکدیگر است». در این دیدگاه، حتی زمانی که از «تأثیر جامعه بر فرد» سخن می‌گوییم، در واقع، منظور تأثیرگذاری افراد جامعه بر دیگر افراد است.

در مقابلِ قائلین به اصالت فرد، عده‌ای به حقیقی بودن جامعه و اصالت جامعه متمایل هستند و معتقدند که «افراد پیش از گرد هم آمدن حقیقتی ندارند و فرد مجرد از جامعه بی‌فکر و بی‌زبان است» (صدر، ۱۳۸۱، ص ۱۰۹-۱۱۰). فرد هنگام قرار گرفتن در گروه‌ها، فردیت خود را تا حد زیادی از دست می‌دهد و وجدان و اراده او تابع وجدان و اراده جمعی می‌گردد. بنابراین هر گروهی از اشخاص یک وضع روحی دسته‌جمعی ایجاد می‌نمایند که از لحاظ وصف، از جمع حالات روحی تک‌تک افراد متفاوت است. تعابیری که بعضی از جامعه‌شناسان به کار می‌برند، همچون روح جمعی، خواست و اراده جمعی، وجدان جمعی و شعور جمعی حاکی از همین تفکر است. هواداران این تئوری اعتقاد دارند که هیچ چیزی جدای از کل حقیقت ندارد (راسل، ۱۳۵۳، ص ۴۱۹). انسان پیش از ورود به حیات اجتماعی، انسانی بالقوه است نه بالفعل و انسان تنها در اجتماع است که می‌تواند فردیت و ماهیت اخلاقی خود را تکامل بخشد (مصباح یزدی، ۱۳۷۹، ص ۷۵). به نظر این دسته، فرد وجود ندارد مگر به‌وسیله جامعه و فرد بدون جامعه بی‌زبان و بی‌فکر خواهد بود و افراد بی‌زبان و بی‌فکر اگر وجود داشته باشند، انسان نخواهند بود.

سومین نظریه دیدگاه تلفیق یا آشتی است. این دیدگاه در واقع می‌کوشد تا با جمع میان اصالت فرد و اصالت جامعه، کشمکش و تناقض ظاهری بین این دو را به حداقل برساند؛ چرا که انسان دارای دو خود است: یک خود فردی و یک خود اجتماعی. انسان از نظر زیستی، یک فرد است و یک «من» احساس می‌کند که من فردی و شخصی است و از نظر اجتماعی، من دیگری احساس می‌کند که «من جمعی» است. به اعتقاد این دسته، افراد بعد از ترکیب، یک خود و یک واقعیت فرهنگی به وجود می‌آورند که واقعاً وجود دارد و واقعاً آدمی این من را

احساس می‌کند (گلاور و همکاران، ۱۳۸۳، ص ۵۵۳). مهم‌ترین متفکران معاصر که به ترویج این دیدگاه پرداخته‌اند، دورکیم (پدر علم جامعه‌شناسی) و مارکس از میان متفکران غربی و از میان اندیشمندان اسلامی، علامه طباطبایی<sup>(ره)</sup> و شهید مطهری<sup>(ره)</sup> هستند. تحلیلی که علامه در باب من جمعی دارد، همانند تحلیل دورکیم است. مارکس می‌گوید: «فرد انسانی محصول جامعه و تاریخ است و جامعه و تاریخ هم محصول انسان‌اند» (به نقل از مصباح یزدی، ۱۳۷۹، ص ۶۷).

به نظر می‌آید که عقیده درست در این مورد آن باشد که بگوییم: ترکیب اجتماع یک ترکیب منحصربه‌فرد است و برای آن شبیه و نظیر نمی‌توان یافت؛ به دیگر سخن، ترکیب جامعه از افراد یک ترکیب اعتباری نیست؛ بلکه یک ترکیب طبیعی است که شخصیت فرد مستهلک در شخصیت جامعه باشد و یک نوع ترکیب طبیعی و حقیقی مخصوص به خود است. در این ترکیب، تن‌ها و اندام‌ها یکی نمی‌شوند؛ بلکه روح‌ها و اندیشه‌ها و عاطفه‌ها و اراده‌ها و خواسته‌ها یکی می‌گردند؛ به‌عنوان مثال، اگر دو اتم که هر کدام خاصیتی دارند، با یکدیگر ترکیب شوند، جسم جدید به وجود می‌آید که دارای خاصیت جدیدی است و به‌هیچ‌وجه شباهتی با اجسام اولیه قبل از ترکیب خویش ندارد (ضیاء ابراهیمی، ۱۳۳۳، ص ۲۵). جامعه نیز چنین است. همان‌گونه که شخص از ترکیب و اجتماع اشخاص حقیقی ایجاد شده است؛ اما نفساً دارای حیات و روح است.

به نظر می‌رسد اسلام نیز راه تعادل را اتخاذ کرده و با این نظریه همسو است؛ چرا که با عنایت به استدلال‌های علامه طباطبایی و شهید مطهری به قرآن و احادیث، از طرفی انسان مسئول اعمال خود است و در جای دیگر از سرنوشت مشترک، وحدت واقعی، اجل، حیات، نامه عمل مشترک، فهم و شعور و طاعت و عصیان و قوانین و سنت مستقل از افراد و وجود صفاتی چون فهم و شعور، طاعت یا عصیان برای جامعه صحبت شده است (طباطبایی، ۱۴۱۲ق، ج ۴، ص ۹۶؛ مطهری، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۳۳۵) که این مطلب بیانگر اصالت اجتماع است. مع‌هذا موارد مذکور از باب تشبیه و تمثیل نیست؛ بلکه واقعیتی است که ذات حق از آن پرده برداشته

است. از این موارد و موارد موجود دیگر درمی‌یابیم که می‌توان بین دو نظریه، تلفیق و آشتی برقرار نمود و فرد و اجتماع را توأمان اصیل انگاشت؛ زیرا همان‌گونه که در اسلام، فرد اهمیت دارد، اجتماع نیز حایز اهمیت است و به نظر می‌رسد که اصیل انگاشتن فرد و اجتماع منافاتی با هم ندارد تا مجبور به انتزاعی دانستن یکی از آنها شویم.

## ۲. نظریه‌های اصالت فرد و اجتماع در نگرش به نهاد اصیل خانواده

خانواده کوچک‌ترین واحد جامعه است که سه دیدگاه اصالت فرد و اجتماع در نگرش به این نهاد اصیل وجود دارد. هر کدام از این دیدگاه‌ها آثار مرتبط با خود را در پی دارد؛ به عبارتی، در صورت تشبیه خانواده به یک اندام، مطالعات دو گونه می‌شود: گاهی خصوصیات هر اندام را جداگانه بررسی می‌نماییم و گاه مجموعه اندام‌ها یا اجزای آن را از حیث اینکه جزء اندام است، بررسی می‌کنیم. مطالعات از نوع دوم فلسفی است (حکمت‌نیا، ۱۳۹۰، ص ۳۳). بررسی حقوق و تکالیف هریک از اعضای خانواده به‌طور مستقل و جداگانه با دیدگاه اصالت فرد هماهنگ است که این نوع مطالعه شبیه به بررسی هریک از اندام‌های بدن به‌طور مستقل است؛ چنان‌که گرایش به اصالت خانواده با دیدگاه دوم قابل توجیه است.

### ۲-۱. خانواده در پرتو اصالت فرد

طبق نظریه اصالت فرد، فقط انسان‌های منفرد وجود دارند که به مجموع آنها جامعه گفته می‌شود. این دسته برای اجتماع، حقیقتی جز حقیقت افراد قائل نیستند. حال اگر خانواده را صرفاً به اعضا و افراد تشکیل‌دهنده آن محدود کنیم و آن را فراتر از زوج، زوجه و فرزندان ندانیم، دیدگاه اصالت فرد را به کار گرفته‌ایم. همان‌گونه که اندیشمندان این نظریه، جسم را چیزی فراتر از الکترون‌ها، پروتون‌ها و نوترون‌ها که درون یک اتم تأثیر و تأثر متقابل دارند و یکدیگر را جذب یا دفع می‌کنند، نمی‌دانند و صرفاً اتم را عامل جذب یا دفع ذرات پنداشته‌اند، در نظر آنان خانواده نیز حقیقتی سواى از زوج، زوجه و فرزندان (و شاید چند فرد دیگر) ندارد و حقوق و تکالیف خانواده چیزی جز حقوق و تکالیف افراد نسبت به دیگر اعضای خانواده نیست. به عقیده آنان، وظیفه شخص در خانواده عبارت است از وظیفه او نسبت به همسر و فرزندان و لاغیر؛ به‌عنوان مثال، سرپرستی خانواده بر عهده پدر است. از این رو، تأمین نفقه

همسر و فرزندان (با شرایطی)، تنظیم امور و ساماندهی روابط اعضای خانواده، توسعه دادن خانواده در مسکن و نیز هزینه‌های جاری زندگی و تلاش برای گشایش دادن به خانواده بر عهده پدر است. حتی کراهت خوردن گوشت عقیقه و ممنوعیت بردگی گرفتن اعضای خانواده را که از احکام خانواده دانسته‌اند، حاصل نگرش اصالت فرد به این نهاد اجتماعی است (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ق، ص ۴۲۱). به عبارت دیگر، در دیدگاه اصالت فرد، تمایل انسان به اجتماع از باب وسیله است نه هدف (خلیلی، ۱۳۸۷، ص ۱۱۶). بنابراین خانواده که وسیله‌ای برای رسیدن افراد به اهداف خود محسوب می‌شود، ارزش بقایی بسیار مهمی برای فرد و نوع انسان پیدا می‌کند (به نقل از مظاهری و همکاران، ۱۳۸۲، ص ۵۳؛ به نقل از Herbert, 1988) که اهمیت آن از جهت تأمین یا تخریب سلامت روانی افراد است. لذا فردگرایی در مطالعات خانواده این است که افراد تنها بر مبنای خواسته‌های شخصی و نیازهای فردی عمل می‌کنند و هیچ انگیزه‌ای نیرومندتر از این در زندگی آنان وجود ندارد و با همین نگرش، محققان معتقدند که نهاد خانواده جنسیت، طبقه اجتماعی، مذهب و جزمیت خود را تا حد زیادی از دست داده است.

تعابیری مانند رابطه جنسی منعطف و عشق سیال در نظریه‌های فردگرایی به‌وفور دیده می‌شود تا نشان دهد که در جوامع معاصر، انسان‌ها در قیدوبند سنت‌ها نیستند و هیچ رابطه دائمی را به‌عنوان ساختاری از پیش تعیین شده نمی‌پذیرند و در واقع این گروه به تحول و سنت‌زدایی به‌شدت اصرار دارند؛ تا جایی که برخی افراد نوشته‌اند: «در فرایند نوسازی، انشقاق، گسستگی و تضعیف در بین عوامل هم‌بسته اجتماعی به وجود می‌آید و افراد به‌صورت اتم‌های مجزا به نظر می‌رسند که به دنبال حداکثر سود و منفعت فردی و شخصی خود هستند؛ یعنی دغدغه‌های شخصی بر مصالح جمعی و قومی اولویت می‌یابد و تغییر در ایده افراد به‌سمت سکولاریزه، مادی‌گرایی، فردگرایی و انزوایلی صورت می‌گیرد و خانواده‌محوری به فردمحوری تبدیل می‌شود» (عباسی شوازی و صادقی، ۱۳۸۴، ص ۲۸). البته باید افزود این نگرش فردی به احکام و موضوعات به معنی نگاه اومانستی اسلام نیست؛ بلکه اسلام همواره به تأمین کمال و سعادت انسانی تأکید و از تقویت سبعت و درنده‌خویی و استثمار نهی کرده

است؛ در حالی که در نظام‌های غیرالهی و مکاتب مادی، تقدم حقوق فرد بر جامعه در جهت منفعت طلبی، سودگروی و برتری‌جویی در مسیر تحقق امیال و خواسته‌های شخصی است؛ زیرا مبنای اعتقادی و اخلاقی آنان چنین است: «ما باید کاری انجام دهیم که تحقیقاً یا احتمالاً بیشترین خیر را برای خودمان به وجود آورد؛ زیرا اگر چنین فرض کنیم، بیشترین خیر عمومی حاصل می‌شود» (ویلیام کی، ۱۳۷۶، ص ۵۷). باتلر با تبلیغ اصل «خودگروی» معتقد است: «وظیفه یگانه و اساسی شخص این است که بیشترین غلبه ممکن خیر را برای خودش فراهم آورد» (همان، ص ۵۳). دلیل او «حب به ذات» است که تنها اصل اساسی در سرشت آدمی است (همان، ص ۵۷).

این دیدگاه اصالت فرد که جزءنگر است، بر قوانین موضوعه ایران حاکم است؛ به طوری که ابواب قانون حمایت از خانواده (که یک قانون مرجع در زمینه خانواده به حساب می‌آید) به دادگاه خانواده، مراکز مشاوره خانوادگی، ازدواج، طلاق، حضانت و نگهداری اطفال و نفقه، حقوق، وظیفه و مستمری و مقررات کیفری محدود شده است؛ در حالی که نهاد خانواده فارغ از اعضای آن مغفول واقع شده و صرفاً تکالیف و وظایف زوجیتی و والدینی در آن مورد توجه قرار گرفته است. در زمان تدوین قانون مدنی نیز، همین اعتقاد و روح فردگرایی حاکم بوده است. همچنین در قانون مدنی فرانسه که الگوی قانون‌گذاری بود، این دیدگاه رواج داشته است. بنابراین در تمامی مواد قانونی، سخن از حقوق زن به شوهر و تکالیف فرد در برابر همسر و فرزندان بوده است، عنوان‌ها به نکاح، طلاق، اولاد و نسب ختم می‌شد، مصالح خانواده فراتر از حق و تکلیف اعضا نادیده گرفته می‌شد و لذا ماهیت جمعی خانواده همواره مورد غفلت قرار می‌گرفت.

## ۲-۲. خانواده در پرتو اصالت اجتماع

در دیدگاه نظام‌مند و اندام‌وار، خانواده بماهو خانواده، موضوع مطالعه قرار می‌گیرد و اعضا و افراد مستقلاً مورد بحث نیستند. در این نگرش، خانواده مورد مطالعه علوم مختلف قرار گرفته است. به عنوان مثال، خانواده در علم اقتصاد یک واحد مصرفی و در علوم آموزشی کانون انتقال فرهنگ و مسائل آموزشی به شمار می‌رود. لذاست که برخی در تعریف خانواده، هدایت اخلاقی

و تربیتی فرزندان را هدف اصلی نهاد خانواده دانسته‌اند (حکمت‌نیا، ۱۳۹۰، ص ۷)؛ تا جایی که السن و همکاران نتیجه‌گیری کرده‌اند که بیشتر مشکلاتی که افراد دارند، یا از خانواده شروع می‌شود یا به خانواده ختم می‌شود (Olson, 1983). در واقع هدف اصلی این نگرش حفظ نهاد خانواده از گزند خودخواهی‌ها به بهای کاستی از آزادی‌های فردی است. بنابراین اگر افراد از اختیار خود درون خانواده سوءاستفاده کنند، از امتیاز قانونی خود منع و در قبال فرد زیان‌دیده، مسئولیت مدنی پیدا می‌کنند. لذا مصالح خانوادگی بر خواسته‌های اعضای آن همواره مقدم است؛ ماده ۱۱۰۵ ق.م. مقرر می‌دارد: «در روابط زوجین، ریاست خانواده از خصایص شوهر است». قانون‌گذار در این ماده، ضمن شناسایی نهاد خانواده، ریاست آن را به شوهر واگذار کرده است.

خانواده یک نهاد ممتاز اجتماعی است که نقش مهمی در قوام جامعه ایفا می‌کند و لذا جنبه تکلیف اجتماعی شوهر (دیدگاه اصالت اجتماع) در اعمال ریاست بر خانواده بر جنبه حق شخصی (دیدگاه اصالت فرد) او غلبه دارد. وی نمی‌تواند از آن سوءاستفاده نماید یا به اختیار خود و ضمن قرارداد خصوصی از موقعیت خویش صرف‌نظر کند؛ زیرا ریاست او بر خانواده از امور مربوط به نظم عمومی به شمار می‌آید. او موظف است که تمامی توان خود را برای تعمیق روابط عاطفی و ارتقای سطح کیفی تعاون و همبستگی اعضا و اعتبار و حیثیت معنوی خانواده به کار گیرد (نقیبی، ۱۳۹۰، ص ۱۱). بنابراین مسئولیتی که قانون‌گذار برای زوج در نظر گرفته، ناظر به روح جمعی و کل‌نگر به نهاد خانواده است و این حکم صرفاً بایستی در راستای منافع جمعی خانواده تحقق پیدا کند. لذا در جایی که وی بخواهد از این حق خود سوءاستفاده شخصی نماید، قانون از حدود اختیارات او می‌کاهد. از طرف دیگر، اعضای شکل‌دهنده خانواده موظف به تشدید مبانی خانواده هستند؛ چنان‌که ماده ۱۱۰۴ ق.م. ز و شوهر را بدان مکلف دانسته است. این امر بیانگر اصالت خانواده در نزد قانون‌گذار است (نقیبی، ۱۳۹۰، ص ۱۰-۱۲) و در آن، خانواده با دید جمعی مورد توجه بوده است. اصل دهم قانون اساسی نیز ناظر به همین دیدگاه جمع‌نگری در حوزه خانواده است که در آن، حقوق خانواده اصالت می‌یابد و مصالح جمعی بر منافع فردی رجحان پیدا می‌کند (حکمت‌نیا، ۱۳۹۰، ص ۲۹ و ۳۰). در این



ماده، خانواده واحد بنیادی جامعه اسلامی دانسته شده است که همه قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد.

گرچه در دیدگاه سنتی، جمع‌انگاری و سازمانی پنداشتن خانواده نکته‌ای است که نویسندگان و متفکران حوزه خانواده از آن غافل بوده‌اند و این غفلت پیامدهای ناخوشایندی در بر داشته است، در آثار حقوق‌دانان متأخر، این سازمانی بودن خانواده طرفدار پیدا کرده است که در آن، بعضی با تأثیرپذیری از اصالت اجتماع، خانواده را سازمانی مستقل می‌دانند (همان، ص ۱۷۳). به هر حال با نظر به کمرنگ شدن تئوری فردگرایی، بیشتر تئوری‌ها معطوف به مصلحت خانواده شده است؛ همچنان که برخی به نادرستی نظریه فردگرایانه خانواده تصریح کرده‌اند و صرف تبیین تکالیف اعضای خانواده نسبت به یکدیگر را کافی ندانسته و در نهایت، اذعان داشته‌اند که خانواده اهداف بلندتری دارد که برای تبیین این اهداف، قالب‌ها و دیدگاه‌های کنونی کفایت نمی‌کند و نگرش جمعی لازم است (همان‌جا).

وجود گرایش‌هایی همچون خانواده‌گرایی، خانواده‌درمانی و جامعه‌شناسی خانواده، حاکی از نگرش اصالت اجتماع به این نهاد است. در خانواده‌گرایی<sup>۱</sup> توجه به نیازهای کلی خانواده و نادیده گرفتن نیازهای فردی اعضای خانواده مدنظر است و اساس آن بر پدیده اخلاقی کردن احساس و از خودگذشتگی فرد در برابر نیازهای خانواده شکل می‌گیرد. مبنای حقوقی خانواده‌گرایی قوانین حفاظت و صیانت از نهاد خانواده است. خانواده‌درمانی<sup>۲</sup> شکلی از درمان است که برخی از مددکاران اجتماعی و روان‌درمانگران هوادار آن هستند؛ در این نوع درمان، رفع مشکلات از فرد به خانواده (به‌عنوان یک نظام) معطوف می‌شود. درمان شامل تحلیل و تفسیر پویایی‌های مشاهده‌شده در درون خانواده است. برخی معتقدند که این روش، نابرابری در قدرت دو جنس را نادیده می‌گیرد و به این ترتیب، به انقیاد زنان دامن می‌زند (مارشال،

---

1. familialism  
2. family therapy

۱۳۸۸، ص ۴۰۱). جامعه‌شناسی خانواده<sup>۱</sup> حوزه‌ای در جامعه‌شناسی است که موضوع آن خانواده به‌عنوان گروه اجتماعی دارای قواعد اجتماعی خاص است. جامعه‌شناسی خانواده از اواسط قرن نوزدهم و هم‌زمان با طرح مسأله چگونگی پیدایش و تحول خانواده شکل گرفت. پژوهش‌های جامعه‌شناسانی که به تحقیق درباره اقوام و چگونگی ساختار خانواده در بین آنان و مقایسه این ساختارها با ساختار خانواده در جوامع صنعتی علاقه داشتند، سبب رونق این حوزه از جامعه‌شناسی شد. در حال حاضر، رهیافت‌های نظریه نهاد کارکردگرایی ساختاری و نظریه کنش متقابل در عرصه جامعه‌شناسی خانواده دارای اهمیت است (راسخ، ۱۳۹۱، ص ۳۷۲).

### ۲-۳. خانواده در پرتو اصالت فرد و اجتماع

در این رویکرد، بُعد فردی و اجتماعی با هم مورد توجه است و علاوه بر پذیرش وجود و اصالت فرد، جامعه را نیز دارای وجود مستقل و اصالت می‌دانند (گلاور و همکاران، ۱۳۸۳، ص ۵۵۴)؛ همانند بدن انسان که از موجودات زنده و سلول‌های فراوانی ساخته شده، ولی این مجموعه مستقل از سلول‌های سازنده آن است، هر اجتماعی نیز چنین است و دارای خاصیت و روحی مخصوص به خود است. در واقع، هم فرد و هم جامعه خاصیت‌ها و ویژگی‌های خاص خود را دارا هستند و زمانی که خواسته جامعه و فرد در تعارض قرار گیرد، فرد مقهور جامعه خواهد شد. اراده فرد نمی‌تواند حاکم بر اراده جامعه شود و فرهنگ و رسوم اجتماعی بسیار قدرتمندتر از افکار و رفتار تک‌تک افراد هستند. امیل دورکیم معتقد است آنچه از شعور یا وجدان جمعی تراوش می‌کند، با اعتقادات و داوریه‌های فردی یکسان نیست و نمی‌توان آن را مجموعه‌ای یا ترکیبی از وجدان‌های افراد دانست. وی چنین می‌نویسد: «همان‌گونه که در علوم طبیعی، به‌آسانی پذیرفته شده و همه نیز به تجربه دریافته‌اند، ماده‌ای که از ترکیب چند عنصر به وجود می‌آید، اوصاف ویژه خود را مرهون ترکیب است و عناصر تشکیل‌دهنده آن. پس چرا این قاعده ساده را در امور اجتماعی نمی‌پذیریم؟ همان‌گونه که از ترکیب اکسیژن و

هیدروژن، مایعی به نام آب به وجود می‌آید که غیر از خود آنهاست با خاصیت و حیات تازه‌ای، وجدان جمعی نیز از ترکیب شوره‌های فردی به وجود می‌آید، ولی بنیادی مستقل دارد» (دورکیم، ۱۳۴۳، ص ۱۰۶). در یک کلام، ایشان وجدان اجتماعی را اصیل می‌داند و فرهنگ را محصول شعور جمعی می‌خواند (همان، ص ۱۱۷-۱۱۸). به‌عنوان مثال، کلر گاز خطرناک و سدیم نیز سم شدیدی است. اما از ترکیب این دو با یکدیگر، مرکب جدیدی به نام نمک طعام حادث می‌گردد که هویت و خاصیت تازه‌ای دارد. شهید مطهری معتقد است که اجتماع مثل یک مخلوط نیست که تنها افراد کنار یکدیگر قرار گرفته باشند؛ مثل مقداری نخود و لوبیا که با هم مخلوط کرده‌ایم. در این ترکیب، حالت نخود و حالت لوبیا به قوت خود باقی است و فقط با هم مخلوط شده‌اند؛ از این حیث اجتماع شبیه مرکب‌هاست؛ بدین ترتیب که هنگام قرار گرفتن دو یا چند عنصر کنار یکدیگر، تأثیر و تأثر آنها از یکدیگر شروع می‌شود و یک قسم سوم به وجود می‌آید؛ مثلاً آب یک مرکب متشکل از دو عنصر اکسیژن و هیدروژن است. وقتی که این دو پهلوی یکدیگر قرار گرفتند، مایعی به وجود می‌آید که خاصیتی مغایر با خاصیت هر یک از اجزا دارد. لذاست که فرد و اجتماع هر دو دارای حق هستند و عدالت از اینجا پیدا می‌شود که حق هر فردی به او داده شود؛ عدالت نیز رعایت همین حقوق است (مطهری، ۱۳۸۷، ص ۵۴).

در نگرش به نهاد خانواده نیز همین مطالب وجود دارد؛ بدین معنی که در مطالعه خانواده، علاوه بر اهمیت اعضا و افراد، نهاد خانواده نیز باید مورد توجه ویژه قرار گیرد و با اصیل دانستن یکی از این دو، نباید از توجه و التفات به دیگری غافل شد. بنابراین مطالبی را که در گرایش اصالت فرد و اصالت اجتماع آورده شد، بایستی توأمان مورد ملاحظه قرار داد. لذا خانواده در عین حال که متشکل از جمع زوج، زوجه، فرزندان و احتمالاً افراد دیگر است، ماهیتی جدا از ماهیت تک‌تک افراد نیز دارد که این ماهیت دارای هویت مستقل، احکام متفاوت از احکام اعضا، سنت و قوانین و مقررات مخصوص به خود است. به همین دلیل است که در عین به رسمیت شناختن حریم خصوصی اعضای خانواده در مناسبات و روابط خانوادگی، نهاد

خانواده نیز دارای حریم خصوصی می‌باشد (نقیبی، ۱۳۸۹، ص ۵) که وجدان عمومی نقض آن را توسط اشخاص حقیقی و حقوقی بر نمی‌تابد (نقیبی و شهریار، ۱۴۰۱، ص ۵۹). در قوانین و مقررات نیز، این تعادل بایستی رعایت شود و همان‌گونه که به افراد و اعضای خانواده پرداخته شده است، ماهیت جمعی آن نیز مورد التفات قرار گیرد. به‌عنوان نمونه، در کتاب هفتم قانون مدنی از خواستگاری، مهریه، حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر و انحلال نکاح و در کتاب نهم قانون مدنی که به‌طور خاص، مربوط به خانواده است، صرفاً از الزام به انفاق سخن گفته شده که موارد مزبور جملگی ناظر به حق و تکلیف افراد نسبت به یکدیگر می‌باشد و در آن، دیدگاه اصالت فرد ظهور بارزی دارد؛ در صورتی که اگر دیدگاه اصالت اجتماع در کنار اصالت فرد در تقنین به کار گرفته می‌شد، از مباحثی همچون وظایف افراد نسبت به خانواده و وظایف خانواده نسبت به جامعه، حریم خصوصی نهاد خانواده، حیثیت معنوی نهاد خانواده و ... به‌صراحت یاد می‌شد و علاوه بر تکالیف زوجیتی و والدینی، وظایف جامعه نسبت به این نهاد اجتماعی و بالعکس، وظایف خانواده نسبت به جامعه مورد توجه قرار می‌گرفت.

در قانون حمایت از خانواده (مصوب ۱۳۹۱) نیز، به‌عناوینی همچون دادگاه خانواده، مراکز مشاور خانوادگی، ازدواج، طلاق، حضانت و نگهداری اطفال و نفقه، حقوق وظیفه و مستمری و مقررات کیفری بسنده شده است که در بیشتر موارد، بحث آیین دادرسی در دعاوی خانوادگی مدنظر بوده و احکام و مباحث ناظر بر تکالیف و حقوق تک‌تک اعضای خانواده مطابق با دیدگاه اصالت فرد و در اغلب مواد آن، بدون در نظر گرفتن ماهیت جمعی این نهاد اجتماعی است. با این حال، با گذشت زمان و دریافت اهمیت نگرش جمعی، در قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت (مصوب ۱۴۰۰) به نهاد خانواده با دیدگاه اصالت اجتماع نگریسته شده است. در قانون مزبور، حمایت‌های ویژه‌ای از خانواده‌های دارای فرزند برای شخص یا اشخاصی نیست؛ بلکه اعضای خانواده در یک کل منسجم تعریف شده‌اند که امتیازات به مجموع افراد تعلق می‌گیرد؛ به‌عنوان مثال، اهدای مسکن با توجه به شرایط مندرج در مواد ۶۲ قانون مزبور یا تعلق وام‌های فرزندآوری (ماده ۱۰) مختص به مادر یا پدر خانواده نمی‌باشد؛ بلکه هر

خانواده‌ای به‌عنوان یک اجتماع واحد در نظر گرفته شده است که بسته‌های حمایتی بدان تعلق می‌گیرد.

### ۳. ضرورت و اهمیت به‌کارگیری دیدگاه اصالت اجتماع در نگرش به نهاد خانواده

ضرورت و اهمیت نگرش جمعی به خانواده در امر تقنین و فهم قوانین و مقررات کاربرد دارد. همان‌گونه که اشاره شد، در قوانین و مقررات ناظر به خانواده، اغلب دیدگاه اصالت فرد مورد توجه قرار گرفته است که به نظر می‌رسد ادامه این رویه به وقوع مشکلاتی منجر شود. لذا بازنگری قوانین مرتبط خانواده با ایجاد بسترهای لازم جهت نگرش جمعی به این نهاد حقوقی، وجیه می‌نماید که برای این امر بایستی راهکارهای عملیاتی در زمینه بازتاب آثار و احکام مترتب بر نهاد خانواده اندیشیده شود و خانواده در آن موضوعیت پیدا کند.

#### ۳-۱. ضرورت به‌کارگیری اصالت اجتماع در فهم قوانین و مقررات مرتبط با خانواده

ماده ۲۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی-سیاسی در تعریف خانواده چنین آورده است: «خانواده عنصر طبیعی و اساسی جامعه است و استحقاق حمایت جامعه و حکومت را دارد». ماده ۱۰ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز رویکرد جمع‌گرایی را نسبت به نهاد خانواده در نظر گرفته است. در بند نخست این ماده، چنین مقرر شده: «خانواده که عنصر طبیعی و اساسی جامعه است، باید از حمایت و مساعدت به حد اعلی ممکن برخوردار گردد؛ به‌ویژه برای تشکیل و استقرار آن و مادام که مسئولیت نگاهداری و آموزش و پرورش کودکان خود را به عهده دارد». در این بند، تعهدات دولت‌ها برای حمایت از تشکیل، استقرار و تداوم خانواده آمده است؛ بدین معنا که دولت‌ها موظف‌اند به تمامیت حیات خانوادگی احترام بگذارند، امکان تشکیل خانواده طبیعی را فراهم آورند و در جهت تقویت و استحکام آن، به‌ویژه در زمان نگهداری و پرورش اطفال، بکوشند.

برخی ماهیت حق بر حیات خانوادگی و بالتبع حق انسجام و همبستگی خانواده را فردی-نهادی می‌دانند و علت فردی بودن را حق تک‌تک اعضای آن پنداشته و از یک منظر این حق انسجام و همبستگی نهادی خانواده را متعلق به مجموعه خانواده و هویت حقوقی آن دانسته‌اند؛ چرا که دولت‌های عضو را متعهد می‌کند تا اولاً در قالبی سلبی، از هرگونه مداخله

و نقض حریم خانواده و بر هم زدن نظم آن اجتناب کنند و ثانیاً در قالبی ایجابی، زمینه تداوم و بقای آن را فراهم یا حتی الامکان تسهیل نمایند. بدین ترتیب، چارچوب حمایتی منشور از نهاد خانواده ماهیتی دوگانه دارد و متضمن تشکیل، حفظ، استمرار و بقای این نهاد است. متأثر از همین چارچوب حمایتی، سایر اسناد بین‌المللی از جمله کنوانسیون مربوط به وضعیت پناهندگان (۱۹۵۱م) و کنوانسیون حقوق کودک (۱۹۸۹م)، حق بر انسجام و همبستگی خانواده را به رسمیت شناخته است (Human Right Council, ۲۰۱۶) به نقل از خمایی و شهبازی، (۱۴۰۰، ص ۱۹۰).

از منظر قانون‌گذار، خانواده دارای قداست است. لذا یک پدیده اجتماعی ارزشی تلقی می‌گردد که استحکام جامعه بدان مبتنی می‌باشد و نقش حکومت و دولت تنها حمایت از تشکیل و پاسداری از قداست آن و تضمین قواعد اخلاقی و مذهبی حاکم بر آن است. بدین جهت، قانون‌گذار قانون اساسی با الهام از تعالیم اجتماعی اسلام در اصل ۱۰ قانون اساسی، به روشنی بر اصالت و نقش زیربنایی خانواده در استحکام جامعه اسلامی تأکید می‌ورزد و قوای مقننه، مجریه و قضائیه را بر حمایت از تشکیل و پاسداری از قداست آن مکلف می‌نماید. بدین جهت، خانواده را نباید گروه انسانی ساده‌ای دانست که به راحتی قابل گسستن باشد؛ بلکه گروهی است که از روابط عمیق عاطفی، اخلاقی، حقوقی و معنوی برخوردار است. پیوستگی اخلاقی و حقوقی اعضای خانواده ایجاب می‌نماید که از آموزه‌های حقوقی و اخلاقی اسلامی برای استحکام آن بهره گرفته شود. آموزه‌های اخلاقی و حقوقی فراوانی در تعلیمات اجتماعی اسلام وجود دارد که بر بنیان‌گذاری و استواری خانواده تأکید دارد. قانون‌گذار قانون اساسی تبدیل این آموزه‌ها به قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی برای تقویت بنیان خانواده و پاسداری از سرمایه‌های معنوی را از تکالیف حکومت تلقی نموده است.

در قانون مدنی، بیان شده است: «شوهر می‌تواند زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد، منع کند» (ماده ۱۱۱۷ ق.م.). ماده ۱۸ قانون حمایت خانواده سال ۱۳۵۳ به زوجه نیز چنین اختیاری را داده است. در این مواد قانونی، اگر جنبه شخصی و اصالت فرد را مورد توجه قرار دهیم، منجر به کشمکش و جدال‌هایی خواهد

شد و در مواردی به انحلال کانون خانواده می‌انجامد؛ چرا که ممکن است هریک از زوجین با معیارهای شخصی و بی‌جهت با شغل دیگری مخالفت ورزد؛ لیکن به نظر می‌رسد قانون‌گذار با آوردن کلمه «منافی مصالح خانوادگی»، از این حدود و اختیارات تام تا حدی کاسته است. لذا در جایی که فردی بخواهد از این ماده بدون دلیل موجه استفاده نماید، قانون‌گذار مانع از اعمال آن خواهد شد و در موارد اختلاف، بایستی مصلحت خانواده را بر مصلحت افراد ترجیح داد و در جهت حفظ منافع جمعی و نگه داشتن کانون خانواده، از آزادی افراد کاست؛ چرا که در نگرش کل‌نگر و اصالت جمعی، اعضای خانواده در یک واحد کل محو شده‌اند و آنچه اهمیت پیدا کرده است، منافع و مصالح جمع و خانواده است.

ذکر مقوله‌هایی همچون پشتیبانی و ارتقای سطح معیشت و اقتصاد خانواده، حمایت، تقویت و تحکیم جامعه خانواده‌محور و تقویت و تحکیم و تعالی خانواده و کارکردهای اصلی آن با رعایت شاخص‌های الگو و سبک زندگی اسلامی-ایرانی، مقابله فعال و هوشمند با جنگ نرم در عرصه خانواده و منع نشر برنامه‌های مخل ارزش‌ها و برنامه‌سازی در ۱۰۲ قانون برنامه ششم توسعه و حفظ حرمت خانواده به‌عنوان محورهای اصلی سبک زندگی اسلامی-ایرانی در ماده ۱۰۴ این قانون و قوانینی همانند لزوم پزشک خانواده (ماده ۷۴ قانون برنامه ششم توسعه)، بیمه و تأمین اجتماعی خانواده (مقدمه قانون حقوق و مسئولیت‌های زنان در نظام جمهوری اسلامی) و امکان وجود سلامت مادی و معنوی خانواده به‌عنوان اصلی‌ترین نهاد جامعه (اصول و مبانی منشور حقوق و مسئولیت‌های زنان در نظام جمهوری اسلامی) را تنها با دید اصالت جمع می‌توان توجیه نمود. به عبارت صریح‌تر، قوانین مزبور بیانگر نگرش جمعی به نهاد خانواده است که در آن نقش‌های زوجیتی و والدینی محو در یک کل منسجم شده و این ماهیت مستقل را دارای حق حمایت از جامعه و حکومت دانسته است. بنابراین در منظومه حقوق بین‌المللی بشر، خانواده موضوع حق قرار گرفته است (Cates & McIntosh, 2001, p.88) و با دیدگاه تک‌بعدی و اصالت فرد قابل توجیه نیست. این امر بیانگر دید سیستماتیک و نظام‌مند به نهاد اصیل خانواده است.

همچنین حمایت اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، حیثیتی و حریم خصوصی خانواده منوط به نگرش کلی و نظام‌مند به نهاد خانواده است. در صورت نگرش به خانواده برای مسائل اقتصادی آن می‌توان تدابیری عملیاتی اندیشید. در واقع، اگر بتوان خانواده را رسماً یک نهاد مستقل از اعضای آن دانست، تحول عظیمی در قوانین و مقررات مرتبط با خانواده رخ خواهد داد؛ بدین صورت که خانواده در جایگاهی قرار می‌گیرد که دارای حقوق و تکالیفی است؛ به‌عنوان نمونه، حیثیت معنوی آن به رسمیت شناخته شود و برای خدشه وارد نمودن به آن، تعزیر یا حتی مجازات در نظر گرفت.

با نگرش جمعی به نهاد خانواده، حمایت‌های اجتماعی و فرهنگی از آن معنی و مفهوم می‌یابد. بر اساس چنین تلقی از نهاد خانواده، قوانین مرتبط با حمایت از این نهاد اجتماعی معنی پیدا می‌کند و اصول قانون اساسی مفهوم می‌یابد.

### ۲-۳. ضرورت به‌کارگیری اصالت اجتماع در تقنین قوانین مرتبط با خانواده

در اسناد بالادستی، به‌صورت ویژه به خانواده پرداخته شده است و الزام قانونی برای اینکه ظرفیت‌های حکمرانی در خدمت خانواده قرار گیرد، وجود دارد. این گفتمان غالب در رویکردهای حکمرانی است؛ به‌عنوان نمونه، در ۱۰ بند از مجموع ۱۶ بند سیاست‌های کلی خانواده ابلاغی مقام معظم رهبری سال ۱۳۹۳ و در سیاست‌های کلی جمعیت (بند ۴) و برنامه ششم توسعه، اصول ۱۰ و ۲۱ قانون اساسی و قانون اهداف و اصول تشکیل خانواده و سیاست‌های تحکیم و تعالی آن، هویت مستقل خانواده به‌خوبی مورد توجه واقع شده و یک جمع فراتر از اعضای آن شناخته شده است (نقیبی و شهریاری، ۱۴۰۱، ص ۲۲۱). اصل ۱۰ همه قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌ها را معطوف بر آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی دانسته و در اصل ۲۱ قانون اساسی نیز، دولت را موظف به ایجاد دادگاه صالح برای حفظ کیان و بقای خانواده کرده است. شورای فرهنگی-اجتماعی زنان بر اساس بند ۳ شرح وظایف خود مبنی بر «سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی جهت تقویت نهاد مقدس خانواده بر مبنای آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری



از قداست آن و استوار ساختن روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی» و در جایگاه سیاست‌گذاری، بایستی در راستای حفظ این اجتماع اصیل تلاش کند.

در مقدمه قانون اهداف و اصول تشکیل خانواده و سیاست‌های تحکیم و تعالی آن، چنین آورده شده است: «ضروری است کلیه برنامه‌ریزی‌ها و سیاست‌گذاری‌ها در تمام سطوح، حق‌مدارانه و ملهم از نگرش توحیدی و در راستای تعالی و مصالح خانواده باشد». در این قانون، اعضای خانواده به‌ویژه والدین را نسبت به حفظ حرمت و صیانت خانواده از آفات و آسیب‌ها و توانا نمودن اعضا در ابعاد شناختی و رفتاری جهت هدایت آنها در مسیر الهی الله و حصول به حیات طیبه مسئول دانسته و برای اهداف خود راهبردها و سیاست‌های اجرایی را پیش‌بینی کرده است. این اهداف عبارت است از: تحقق دیدگاه اسلام در خصوص اهمیت جایگاه، منزلت و کارکردهای خانواده در نظام اسلامی؛ حمایت از تشکیل، تحکیم و تعالی نهاد خانواده و پیشگیری از تزلزل و فروپاشی آن؛ ارتقای سطح فرهنگی و تربیتی اعضای خانواده به‌منظور ایفای نقش آن در سلامت و بهبود فرهنگی جامعه؛ هم‌گرایی و هماهنگی در کلیه سیاست‌ها و برنامه‌ریزی‌ها در موضوع خانواده به‌منظور بهبود وضعیت تشکیل، تحکیم و تعالی خانواده؛ آگاهی افراد خانواده نسبت به حقوق و وظایف یکدیگر و زدودن نگرش‌های غلط جامعه؛ گسترش و تعمیق ارزش‌های اصیل اسلامی در خانواده برای تربیت نسل سالم، باایمان، مسئول و مؤثر در رشد خود، خانواده و جامعه؛ ایمن‌سازی خانواده از آسیب و بحران‌های اجتماعی و حمایت از خانواده‌های آسیب‌دیده.

اگرچه سیاست‌گذاری‌های قوانین و اسناد بالادستی در عین رعایت دیدگاه فردی، به خانواده به‌عنوان یک کل منسجم و نظام‌مند نگریده‌اند، قوانین مزبور کافی نمی‌باشد؛ زیرا در حوزه اسناد بالادستی اشباع هستیم و نیاز به سند جدید نداریم و آنچه حایز اهمیت است، بازتاب مفاد اسناد مزبور در قوانین خرد و موضوعه می‌باشد. بنابراین با توجه به رویکرد اسناد بین‌المللی و اسناد بالادستی نظام جمهوری اسلامی ایران در نگرش جمعی به نهاد خانواده (که ماهیت مستقل خانواده در آن مورد توجه واقع شده است)، به نظر می‌رسد قوانین خرد و موضوعه نیز بایسته است که علاوه بر پرداختن به حقوق و تکالیف زوجیتی و فرزند و در کنار دیدگاه

فردی، به ماهیت خانواده به عنوان یک جمع کل نگریسته، حقوق و تکالیف مترتب بر آن را به رسمیت بشناسند و در جهت پیشبرد اسناد بالادستی در دفاع و حمایت از آن، عملاً اقدام به اصلاح قوانین و حمایت‌های ملموس از این نهاد اجتماعی نمایند و آنها را از حالت شعاری به عملیاتی تبدیل کنند.

از جمله آثار سوء تسلط گفتمان فردگرایانه و چیره شدن نظریه‌های اصالت فرد و روح فردگرایی و توجه صرف به تکالیف و وظایف زوجیتی، والدینی و فرزنددی در قوانین، می‌توان به تسریع از بین رفتن استقلال خانواده‌ها در تمدن جدید، کاهش جمعیت در ایران (رفیع‌پور، ۱۳۸۰، ص ۱۴۷-۴۷۵) و کشورهای غربی (غمامی، ۱۳۹۳، ص ۱۴۵)، ادغام نقش‌های خانواده در اجتماع، برداشته شدن مرز خانه و جامعه و تجزیه خانواده اشاره نمود. لذا با دید کل‌نگر به اجتماع خانواده و اصالت‌بخشی به حقوق خانواده و لحاظ ضرورت حفظ و نگهداری از آن، اصالت‌بخشی به حقوق خانواده معنا می‌یابد و ضرورت لزوم بازنگری در قوانین، بر اساس دیدگاه جمعی و جاهت پیدا می‌کند. به عنوان نمونه، قانون مدنی و قانون حمایت از خانواده (مصوب ۱۳۹۱) به عنوان دو مرجع اصلی در حوزه حقوق خانواده، بایستی بر اساس دیدگاه کل‌نگر به حمایت‌های راهبردی و عملیاتی از نهاد خانواده پردازد و در امر تقنین، مصلحت حفظ نظام خانواده را در اولویت قرار دهد و در مواردی نیز، از حدود اختیارات فردی و در برخی موارد در راستای منافع جمعی خانواده بکاهد و تمرکز خود را به اسناد بالادستی که ناظر به کل‌نگری به نهاد خانواده هستند، معطوف کند. به کار گرفتن این دیدگاه در قوانین و مقررات مربوط به خانواده، در نهایت موجب تحول عظیم خواهد شد که در آن، خانواده به عنوان یک ماهیت مستقل از اعضا اهمیت ویژه‌ای می‌یابد و حدود اختیار افراد در حمایت، پاسداری و تعالی ارزش‌ها و اهداف خانواده به کار گرفته می‌شود.

#### ۴. آثار مترتب بر اصالت جامعه در زمینه شناسایی هویت اجتماعی خانواده

در صورت اصیل دانستن جامعه (بر مبنای نظریه اصالت جامعه و گرایش تلفیق)، آثاری بر آن مترتب می‌شود؛ از جمله این آثار می‌توان به حیات مستقل از حیات فردی، قواعد و سنت‌های مستقل و استقلال عمل افراد اشاره نمود. حال بدین نکته پرداخته می‌شود که در صورت قبول

اصالت جامعه در کنار اصالت فرد، بر خانواده به عنوان یک نهاد اجتماعی، کدام یک از آثار سه گانه ذکر شده را می توان مترتب نمود؟

#### ۴-۱. حیات مستقل از حیات فردی اعضای خانواده

جامعه از نوعی حیات مستقل از حیات فردی برخوردار است؛ اگرچه این حیات در بین افراد جامعه پراکنده شده و در آنان حلول می نماید. انسانها نیز محو در کل و تابع کل هستند و هم از نوعی استقلال در مقابل کل برخوردار و بهره مندند. لذا جزء می تواند کل خودش را تغییر دهد. انسان قادر است محیط خودش را تغییر دهد و در عین حال، تحت تأثیر و محکوم محیط خویش است.

قرآن نیز برای امت، حیات مستقل قائل است. تعبیر قرآن درباره حیات مستقل جمعی و اجتماعی امتها، غیر از حیات فردی آحاد امت است. بنابراین یک تعبیر شاعرانه و از باب تشبیه و تمثیل نیست؛ بلکه یک حقیقت است؛ چنانکه مرگ جمعی یک حقیقت است. این بدان جهت است که از نظر قرآن، اجتماعی بودن انسان در متن خلقت و آفرینش او پی ریزی شده است. اجتماعی بودن یک انسان یک غایت کلی و عمومی است و به اصطلاح فلاسفه، از نوع غایات طبیعی است که طبیعت انسان بالفطره سوی او روان است (مطهری، ۱۳۷۷، ص ۱۰۳؛ طباطبایی، ۱۳۸۸، ص ۵-۱۳). در آیه ۵ سوره غافر، سخن از تصمیم و اراده ناشایسته اجتماعی برای مبارزه بیهوده با حق است و سخن در این است که کیفر چنین آهنگ و تصمیم اجتماعی عذاب عمومی و اجتماعی است. پرودن می گوید: «اجتماع، موجود زنده، با فعالیت و هوش خاص و مستقل از فرد است و قوانینی بر آن حکومت می کند که جز با مشاهده و تجربه نمی توان بر آنها دست یافت. اگر می خواهید انسان را بشناسید، اجتماع را مطالعه کنید و اگر در پی شناختن جامعه هستید، انسان را مطالعه کنید. انسان و جامعه متقابلاً و در برابر هم به منزله موضوع و صاحب آن هستند». سن سیمون سوسیالیست معروف فرانسوی اعتقاد دارد که اجتماع انسانها، موجود مستقلی به وجود می آورد که هر دو جنبه مادی و روحی را داراست (طباطبایی، ۱۳۸۸، ص ۱۹۰). آلبر یمو سالها پیش از دورکیم اعلام کرد که اجتماع انسانها خود یک موجود واقعی است. بعضی از علمای جامعه شناسی، به خصوص پیروان مکتب تحقیقی آگوست کنت و امیل دورکیم

نیز، عقیده دارند که از اتحاد افراد در اجتماع، موجودی مادی شبیه یک شخص به وجود می‌آید که ممتاز از وجود افراد و برای اعضای مستقل است. پاره‌ای از آنها تا جایی پیش رفته‌اند که تمام سازمان‌های دولتی را به یکی از اعضای بدن انسان تشبیه کرده‌اند؛ مثلاً قوه مقننه را عقل و قوه مجریه را بازوان اجتماعی دانسته‌اند و حتی بعضی از آنها همچون بلون چلی، وزیر کشور را گوشه‌ای از اجتماع می‌داند (همان، ص ۱۰۱).

این حیات مستقل را در نهاد خانواده نیز می‌توان به‌خوبی تصور نمود؛ بدین معنی که نهاد خانواده با ازدواج، حیات پیدا می‌کند و با پراکنده شدن اعضای آن، فوت پدر و مادر یا در صورت جدایی آنها از یکدیگر و با فوت تمامی اعضا پایان می‌پذیرد. در این راستا، برخی اندیشمندان بیان کرده‌اند که حیات سه گونه است: حیات فردی، حیات اجتماعی و حیات خانوادگی و اسلام نیز عملاً این تقسیم را پذیرفته است؛ زیرا برای فرد، خانواده و اجتماع، حقوق، تکالیف و مجازات‌های مخصوص و متغایر با یکدیگر قرار داده است (مطهری، ۱۳۸۹، ص ۷۳؛ کرمانی و سلگی، ۱۳۹۲، ص ۱۲۶ و ۱۲۷). بنابراین خانواده به‌مثابه جامعه، دارای حیات مستقل از حیات افرادش است. این حیات در بین افراد آن پراکنده است و ضمن آنها حلول پیدا می‌کند، لیکن با فوت پدر به‌تنهایی، مادر به‌تنهایی یا فوت فرزندان، کسی نمی‌گوید که خانواده از بین رفته است. البته فوت تمامی اعضای خانواده همانند فوت یک‌دفعه تمامی افراد یک جامعه است که در این صورت، جامعه و خانواده نیز به‌تبع، پایان می‌پذیرد که این مسئله یک امر پذیرفته‌شده از سوی جامعه‌شناسان می‌باشد و کسی به آن اشکالی وارد نکرده است. در فقه و حقوق، گزاره‌هایی قابل مشاهده است که از حیات این نهاد اجتماعی، حمایت می‌کند و در آنها، در جهت تعالی خانواده، تدابیری اندیشیده شده که این امر نشانگر اهمیت زیاد آن است. همچنین آداب و احکام بسیاری که در زمینه نکاح (رابطه حقوقی مبنی بر تشکیل خانواده) و سخت‌گیری‌هایی که جهت انحلال آن وجود دارد، جملگی دلالت بر اهمیت حیات این نهاد اجتماعی دارد.

## ۲-۴. قواعد و سنت‌های مستقل نهاد خانواده

شاید اولین فرد که به‌صراحت از سنن و قوانین حاکم بر امت‌ها، مستقل از اصول و قوانین حاکم بر افراد، یاد کرده است، عبدالرحمان بن خلدون باشد که در مقدمه العبر معروف به مقدمه

ابن خلدون به تفصیل به بحث و گفتگو راجع به آن پرداخته است. سخن از قواعد و سنن حاکم بر امت دلیل بر پذیرش وجود عینی امت می‌باشد که در قرآن نیز، بدان اشاره شده است. آیه ۸ سوره اسرا که درباره قوم بنی اسرائیل نازل شده است، مخاطب خود را امت قرار داده و نه فرد (طباطبایی، ۱۳۸۸، ص ۵-۱۳). در این راستا، شهید مطهری می‌فرماید: «قرآن کریم تصریح دارد که امت‌ها و جامعه‌ها از این نظر که امت و جامعه‌اند - نه صرفاً افراد جامعه - سنت‌ها، قانون‌ها، اعتلاها و انحطاط‌هایی طبق آن سنت‌ها و قانون‌ها دارند. "سرنوشت مشترک داشتن" به معنای سنت داشتن جامعه است». پاره‌ای از اندیشمندان حوزه خانواده معتقدند: «برخی از سنت‌ها آدابی هستند که در خانواده نهادینه شده‌اند و مرجع آنها نهاد خانواده است و اصولاً بدون خانواده، امکان تحقق آنها وجود نخواهد داشت. لذا حفظ این سنت‌ها بستگی به حفظ ظرف آنها، که نهاد خانواده است، دارد» (روشن، ۱۳۹۵، ص ۴۳). بنابراین در دیدگاه اصالت اجتماع در کنار اصالت فرد، علاوه بر رسمیت شناختن اعضا، خانواده بما هو خانواده، یک ماهیت مستقل از افراد و اعضای خود به شمار می‌رود که دارای قواعد و سنت‌های مستقلی می‌باشد و تنها ظرف ظهور و بروز این قواعد و سنت‌ها نهاد خانواده است.

### ۳-۴. استقلال عمل افراد در نهاد خانواده

در صورت پذیرفتن دیدگاه «اصالت جامعه و فرد»، می‌توان گفت که اگرچه اعضای یک جامعه همچون اعضای یک اندام بدن، همه ذیل یک حیات واحد قابل تعریف هستند، نمی‌توان این گونه استنباط کرد که آنان حیات و اصالت مستقلی از روح واحد (جامعه) ندارند؛ بلکه افراد نیز می‌توانند استقلال عمل داشته باشند و منشأ اثر واقع شوند. این مطلب بر خلاف نظریه ماشینی است که اعضای یک نهاد یا تأسیس، استقلال خود را (هرچند به طور نسبی) از دست می‌دهند و افراد جامعه حالت اندام‌وار پیدا می‌کنند؛ بلکه در نظریه اصالت جامعه، همگام با پذیرش اجتماعات به مثابه یک حقیقت مستقل، افراد نیز از استقلال نسبی برخوردارند. در این دیدگاه، استقلال عمل از اعضای خانواده سلب نخواهد شد؛ بلکه آنان مستقلاً دارای ابتکار عمل هستند و آزادانه می‌توانند برای امور خود تصمیم‌گیری نمایند. به عبارت واضح‌تر باید گفت که

خانواده به‌مثابه یک شرکت نیست که زوج، رئیس آن و بقیه اعضا مرئوس آن پنداشته شوند و در این صورت، چنانچه کارفرمای زوجه حقوق او را نپرداخت، زوج حق شکایت و اعتراض به آن را داشته باشد؛ بلکه زوجه خود یک فرد مستقل و باراده است که می‌تواند آزادانه برای کارهای خود تصمیماتی اتخاذ کند و طبق اصل آزادی عمل افراد نیز، هیچ فردی نمی‌تواند مانع او شود. بنابراین در خانواده همانند جامعه، حق استقلال افراد محفوظ باقی می‌ماند. بالاتر از آن، هر فرد درون خانواده نیز حریم خصوصی دارد که نقض آن توسط سایر اعضا منع شده است (نقیبی، ۱۳۸۹، ص ۵). بنابر مطالب مزبور، خانواده در دیدگاه اصالت اجتماع در کنار اصالت فرد، یک واقعیت، ماهیت و حقیقتی متمایز از اعضای خود دارد و بر آن آثاری غیر از آثار نگرش فردی مترتب می‌شود. لذا همان‌گونه که دریا ماهیت و آثاری غیر از قطرات خود دارد یا آب ماهیتی سوای از هیدروژن و اکسیژن دارد و اقیانوس نیز که از اتم‌های هیدروژن و اکسیژن به وجود می‌آید، آثاری غیر از اتم‌ها دارد، خانواده نیز حقیقتی مستقل از اعضای خود دارد. پس در مطالعه آن بایسته است که این ماهیت جمعی لحاظ شود و قوانین این نهاد اجتماعی بر اساس اصالت‌بخشی به جمع خانواده مورد بازبینی قرار گیرد.

### یافته‌های پژوهش

۱. در نگرش به نهاد اصیل خانواده، سه نظریه اصالت فرد، اصالت اجتماع و اصالت فرد و اجتماع وجود دارد. در دیدگاه سنتی، نگرش اصالت فرد غالب است؛ بدین معنی که همواره آنچه مدنظر قانون‌گذار و علمای حقوقی بوده، احکام، تکالیف و حقوق زوجین و فرزندان نسبت به یکدیگر است. در دیدگاه اصالت اجتماع، خانواده بماهوی خانواده، موضوع مورد مطالعه قرار می‌گیرد و اعضا و افراد به‌طور مستقل مورد بحث نیستند. در رویکرد اصالت فرد و اجتماع، بُعد فردی و اجتماعی خانواده توأمان دارای اهمیت است و علاوه بر اهمیت اعضا و افراد، ماهیت جمعی آن نیز مورد توجه ویژه قرار گرفته است. هدف اصلی این نگرش حفظ نهاد خانواده از گزند خودخواهی‌ها به بهای کاستی از آزادی‌های فردی است. بنابراین اگر افراد از اختیار خود درون خانواده سوءاستفاده کنند (همانند ماده ۱۱۰۵ ق.م.م.)، از امتیاز قانونی خود منع و در قبال فرد زیان‌دیده مسئولیت مدنی پیدا می‌کنند. لذا در بسیاری از موارد، مصالح

خانوادگی بر خواسته‌های اعضای آن تقدم پیدا می‌کند. در آثار حقوق‌دانان متأخر، این نوع نگرش و سازمانی بودن خانواده طرفدار پیدا کرده است. با نظر به کم‌رنگ شدن تئوری فردگرایی، بیشتر تئوری‌ها معطوف به مصلحت خانواده شده است که در آن، نقش‌های زوجیتی و والدینی محو در یک کل منسجم شده است و این ماهیت مستقل را دارای حق حمایت از جامعه و حکومت دانسته است. در دیدگاه مزبور، بر خانواده آثاری مترتب می‌شود که از جمله آن می‌توان به حیات مستقل از حیات فردی، قواعد و سنت‌های مستقل و استقلال عمل افراد اشاره نمود.

۲. ضرورت و اهمیت نگرش جمعی به خانواده در امر تقنین و فهم قوانین و مقررات کاربرد دارد. در اسناد بالادستی این نگرش جمعی به‌خوبی قابل مشاهده است؛ لیکن قوانین مزبور کافی نمی‌باشد؛ زیرا در حوزه اسناد بالادستی اشباع هستیم و نیاز به سند جدید نداریم و خلأ اساسی در این زمینه، فاصله قانون‌گذار در بازتاب مفاد اسناد مزبور در قوانین خرد و موضوعه می‌باشد؛ چرا که قوانین موضوعه ناظر به روح فردگرایی و اصالت فرد است و در بیشتر موارد، مصلح خانواده را جدا از مصلحت اعضا ندانسته و ماهیت جمعی خانواده همواره مورد غفلت قرار گرفته است. از جمله آثار سوء تسلط گفتمان فردگرایانه و چیره شدن نظریه‌های اصالت فرد و روح فردگرایی در قوانین، می‌توان به تسریع از بین رفتن استقلال خانواده‌ها در تمدن جدید، کاهش جمعیت، ادغام نقش‌های خانواده در اجتماع، برداشته شدن مرز خانه و جامعه و تجزیه خانواده اشاره نمود. بر این اساس، بازنگری قوانین مرتبط خانواده با ایجاد بسترهای لازم جهت نگرش جمعی به این نهاد حقوقی، وجیه می‌نماید که برای این امر، بایستی راهکارهای عملیاتی در زمینه بازتاب آثار و احکام مترتب بر نهاد خانواده اندیشید. خانواده باید به‌عنوان یک نهاد اصیل اجتماعی محسوب گردد و حقوق و تکالیف آن به رسمیت شناخته شود و در جهت پیشبرد اسناد بالادستی در دفاع و حمایت از آن، عملاً اقدام به اصلاح قوانین و حمایت‌های ملموس از این نهاد اجتماعی نمود و آنها را از حالت شعاری به عملیاتی تبدیل کرد؛ به‌عنوان نمونه، قانون مدنی و قانون حمایت از خانواده (مصوب ۱۳۹۱)، به‌عنوان دو مرجع اصلی در حوزه حقوق خانواده، بایستی بر اساس دیدگاه کل‌نگر به حمایت‌های راهبردی و عملیاتی از نهاد خانواده پردازد و در امر تقنین، مصلحت

حفظ نظام خانواده را در اولویت قرار دهد و در مواردی نیز، از حدود اختیارات فردی در برخی موارد در راستای منافع جمعی خانواده بکاهد و تمرکز خود را معطوف به اسناد بالادستی مبنی بر انسجام نهاد خانواده نماید. به کار گرفتن این دیدگاه در قوانین و مقررات مربوط به خانواده، در نهایت موجب تحول عظیم خواهد شد.

### منابع

- قرآن کریم
- آریلاستر، آنتونی (۱۳۷۶). *لیبرالیسم غرب: ظهور و سقوط*. ترجمه عباس مخبر. تهران: نشر مرکز.
- اسعدی، سید حسن (۱۳۸۷). *خانواده و حقوق آن*. مشهد: انتشارات آستان قدس رضوی.
- ابن خلدون، ابوزید ابورحمان بن محمد (بی تا). *مقدمه ابن خلدون*. ترجمه محمد پروین گنابادی. تهران: بنگاه ترجمه و نشر کتاب.
- ابن سینا، ابوعلی حسین بن عبدالله (۱۴۰۳ق). *الاشارات و التنبیها*، مع الشرح لنصیرالدین طوسی و شرح الشرح لقطب الدین رازی. قم: نشر البلاغه.
- اخوان الصفا (بی تا). *رسائل اخوان الصفا*. بیروت: انتشارات دار صادر للطباعة والنشر؛ دار بیروت للطباعة والنشر.
- بستان نجفی، حسین (۱۳۹۳). *جامعه‌شناسی خانواده با نگاهی به منابع اسلامی*. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- توکل، محمد (۱۳۸۳). *جامعه‌شناسی معرفت*. قم: پژوهشکده حوزه و دانشگاه.
- جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۶ق). *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت*. زیر نظر آیت الله سید محمود هاشمی شاهرودی. قم: مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).
- حسینی خامنه‌ای، سیدعلی (۱۳۹۲). پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر مقام معظم رهبری به نشانی [leader.ir](http://leader.ir).
- حسینی دشتی، سید مصطفی (۱۳۸۵). *معارف و معاریف دایرةالمعارف جامع اسلامی*. تهران: مؤسسه فرهنگی آرایه.
- حکمت‌نیا، محمود (۱۳۹۰). *حقوق زن و خانواده*. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- خلیلی، مصطفی (۱۳۸۷ش). «اصالت فرد یا جامعه؟ چالش فلاسفه». *مجله معرفت*، شماره ۳ (۱۲۶)، ص ۱۱۱-۱۲۸.
- دورکیم، امیل (۱۳۴۳). *قواعد روش جامعه‌شناسی*. ترجمه دکتر علی محمد کاردان. تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- راسخ، کرامت‌الله (۱۳۹۱). *فرهنگ جامع جامعه‌شناسی و علوم انسانی*. جهرم: انتشارات دانشگاه آزاد اسلامی واحد جهرم.



- راسل، برتراند (۱۳۵۳). تاریخ فلسفه غرب. ترجمه نجف دریابندری. تهران: انتشارات شرکت سهامی کتاب‌های جیبی.
- روشن، محمد و صادقی، محمد (۱۳۹۵). دانشنامه حقوقی خانواده. تهران: انتشارات جنگل جاودانه.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۱). حقوق خانواده. تهران: انتشارات جنگل جاودانه.
- رفیع‌پور، فرامرز (۱۳۸۰). توسعه و تضاد: کوششی در جهت تحلیل انقلاب اسلامی و مسائل اجتماعی ایران. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- رشیدی، شعیب؛ حسینی، سید حسام‌الدین و شهریاری، موسی (۱۴۰۰). «بررسی تطبیقی مفهوم و کارویژه‌های خانواده در الگوی اسلامی و غربی». مجله علوم اجتماعی (دانشگاه آزاد اسلامی واحد شوشتر)، ۱۱۵(۱)، ص ۲۵-۴۱.
- روحانی، حسن (۱۳۸۹). «خانواده، سرمایه خانواده و چالش‌های فراروی جامعه ما». فصلنامه راهبرد، ۱۹(۵۷)، ص ۳۳-۷.
- صدر، سید محمدباقر (۱۳۸۱). سنت‌های تاریخ در قرآن. ترجمه سید جمال‌الدین موسوی اصفهانی. تهران: انتشارات تفاهیم.
- ضیاء ابراهیمی، عیسی (۱۳۳۳). «کیفیت وجودی شخصیت حقوقی از منظر مکتب اجتماعی». کانون وکلا، شماره ۳۹.
- طباطبایی، سید محمدحسین (۱۴۱۲ق). المیزان فی تفسیر القرآن. قم: انتشارات اسماعیلیان.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۸). روابط اجتماعی در اسلام. ترجمه محمدجواد حجتی کرمانی. تهران: انتشارات اطلاعات.
- عباسی شوازی، محمدجلال و صادقی، رسول (۱۳۸۴). «قومیت و الگوی ازدواج در ایران». زن در توسعه و سیاست، ۳(۱)، ص ۲۵-۴۷.
- غمامی، سید محمد مهدی و عزیزی، حسین (۱۳۹۳). «بایسته‌های تغییر سیاست‌های تقنینی جمعیتی جمهوری اسلامی ایران». مطالعات راهبردی زنان، شماره ۶۶، ص ۱۱۷-۱۵۶.
- فروند، ژولین (بی تا). جامعه‌شناسی ماکس وبر. ترجمه عبدالحسین نیک‌گهر. تهران: نشر نیکان.
- کرمانی، طوبی و سلگی، فاطمه (۱۳۹۲). «تحلیل حیات خانوادگی (منزلی) انسان در حکمت عملی با تأکید بر آرای ابن‌سینا». مجله فلسفه و کلام اسلامی، شماره ۲، ص ۱۲۳-۱۴۲.
- گلاور، دیوید؛ استرابریج، شیلاف و توکل، محمد (۱۳۸۳). جامعه‌شناسی معرفت و علم. ترجمه شاپور بهبیان و همکاران. قم: انتشارات پژوهشکده حوزه و دانشگاه.
- مارشال، گوردن (۱۳۸۸). فرهنگ جامعه‌شناسی. ترجمه حمیرا مشیرزاده. تهران: نشر میزان.
- مجموعه قوانین جمهوری اسلامی ایران.
- مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۷۹). جامعه و تاریخ از دیدگاه قرآن. تهران: شرکت چاپ و نشر بین‌المللی.

- مقدمی خمایی، نیلوفر؛ شهبازی، آرامش (۱۴۰۰). «بررسی ماهیت فلسفی و حقوقی نهاد خانواده در منشور بین‌المللی حقوق بشر»، *مجله مطالعات راهبردی زنان*، ۲۴(۹۳)، ص ۲۸۷.
- مطهری، مرتضی (۱۳۷۶). *مجموعه آثار*. تهران: انتشارات صدرا.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۷). *اسلام و نیازهای زمان*. تهران: انتشارات صدرا.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۹). *یادداشت‌های استاد مطهری*. تهران: انتشارات صدرا.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۷۷). *جامعه و تاریخ*. تهران: انتشارات صدرا.
- نقیبی، سید ابوالقاسم (۱۳۹۰). «قاعده لاضرر و جبران خسارت معنوی به خانواده». *پژوهش‌نامه فقه و حقوق اسلامی*، ۴(۷)، ص ۲۴-۹.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۹). «حریم خصوصی در مناسبات و روابط اعضای خانواده». *مجله فقه و حقوق خانواده*، ۱۵(۵۲)، ص ۲۵-۵.
- \_\_\_\_\_ و شهریاری، معصومه (۱۴۰۱). «مفهوم، مصادیق و مستندات فقهی و حقوقی حریم خصوصی خانواده». *دوفصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده*، ۲۷(۷۶)، ص ۲۷-۵.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۰۱). «واکای ماهیت نهاد خانواده در فقه امامیه و حقوق ایران». *مجله خانواده‌پژوهی*، ۱۸(۲)، ص ۲۲۸-۲۰۹.
- ویلیام کی، فرانکنا (۱۳۷۶). *فلسفه اخلاق*. ترجمه هادی صادقی. قم: انتشارات طه.
- هدایت‌نیا، فرج‌الله (۱۳۹۸). *ظرفیت حقوق در تحکیم خانواده*. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- Engels, F. (1973). *The Origin of the Family, Private Property and the State*, New York: International Publishers
- Karlsson, G. (1963). *Adaptability and Communication in Marriage*, Ottawa: (N.J) Bedminster Press, 2nd edition
- Cates, Cynthia L. and Wayne, J. Mcintosh. (2001) 'Law and the Web of Society'. Georgetown: Georgetown University Press.
- Herbert, M. (1988). *Working with children and their families*. London: British Psychological Society.
- Olson, D.; H. McCubbin, H. II.; Barnes, H. L.; Larsen, A. S.; Muxen, M. J. & Wilson, M. A. (1983). *Families what makes them work*. London: sage.
- Human Right Council. (2016) 'Protection of the Family: Contribution of the Family to the realization of the right to an adequate standard of living for its members', Agenda, Geneva: United Nations High Commissioner for Human Rights.

## مناقشات فقهی تشکیل بانک اسپرم

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۱۷

محمدحسین رحمتی<sup>۱</sup>\*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۲۳

نرجس نظری نوله<sup>۲</sup>

DOI: 10.30497/FLJ.2023.243742.1849



### چکیده

امروزه ذخیره‌سازی اسپرم در بانک‌های مخصوص این کار به منظور اهدای آن به زوج‌های نابارور یا به منظور بهره‌گیری آن برای صاحب اسپرم در زمان بروز حوادثی که درصد باروری وی کاهش می‌یابد، تشکیل می‌شود. ایجاد و فعالیت این بانک‌ها در کشورهای اسلامی، مورد مذاقه و مناقشات فقهی از سوی برخی اندیشمندان قرار گرفته است؛ از جمله آنکه آیا دادوستد اسپرم، با توجه به نجاست و عدم مالیت آن و دریافت مبالغ فراوان در قبال واگذاری آن به این بانک‌ها، صحیح است؟ آیا اهدای اسپرم بیگانه به زوج‌های نابارور، موجب تضییع حق هویت و از بین رفتن نسب کودکان متولد از این اسپرم‌ها نیست؟ ذخیره‌سازی اسپرم و تزریق آن به رحم بیگانه یا تزریق آن به رحم همسر، بعد از وفات صاحب اسپرم، آیا با اصول و قواعد حاکم در فقه شیعه سازگاری دارد؟ پژوهش حاضر که با روش تحلیلی و توصیفی به بررسی این مناقشات پرداخته، چنین نتیجه گرفته است که اولاً با وجود منافع محله و عقلایی در اهدای اسپرم، مانعی در دادوستد آن نیست، همان‌طور که اهدای آن به زوج‌های نابارور سبب گم شدن نسب کودکان متولد از این روش‌ها و نیز تضییع حق هویت آنان نمی‌باشد. ثانیاً تزریق اسپرم به رحم بیگانه یا رحم همسر بعد از وفات صاحب اسپرم، حرمت تکلیفی ندارد و هیچ‌یک از مناقشات پیش‌گفته به لحاظ فقهی، مانعی برای ایجاد بانک اسپرم و بهره‌وری از آن نمی‌باشد.

### کلیدواژه‌ها

دادوستد اسپرم، بانک اسپرم، اسپرم بیگانه، حق هویت.

۱. (نویسنده مسئول) دانش‌آموخته سطح چهار فقه خانواده حوزه علمیه قم، قم، ایران.

mh.rahmati1364@gmail.com

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد فیزیولوژی جانوری، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قم، قم، ایران.

mn.nazari1364@gmail.com

## مقدمه

هم‌زمان با گسترش و پیشرفت‌های دانش بشری و ظهور تکنولوژی‌های جدید در حوزه علوم تجربی، مسائل و پرسش‌های پیچیده و فراوان فقهی در این زمینه پدیدار گشته است که راه‌حلی مناسب و قوانین و مقررات خاصی را می‌طلبد تا مانع بروز هرج و مرج در اجتماع انسانی گردد. یکی از این موضوعات نوپیدا که محصول بسط و تعالی دانش پزشکی در عصر کنونی است، تشکیل بانک اسپرم می‌باشد. بانک اسپرم مکانی برای نگهداری و ذخیره‌سازی اسپرم به صورت منجمد برای مدت طولانی است. با افزایش میزان ناباروری، استفاده از فناوری‌های مربوط به باروری همچون لقاح مصنوعی و «آی وی اف»<sup>۱</sup> از سوی زوج‌ها، به‌منظور دستیابی به رؤیای بچه‌دار شدن، هر روز بیشتر می‌شود. تقاضای روزافزون نسبت به این فناوری‌ها منجر به افزایش بانک‌های اسپرم و ذخیره‌سازی اسپرم شده است.

بانک اسپرم که به آن سایروبانک نیز گفته می‌شود، تجهیزاتی است که اسپرم انسان را جمع‌آوری، منجمد، ذخیره و نگهداری می‌کند. اسپرمی که در بانک اسپرم نگهداری می‌شود، یا به منظور اهدا به زوج‌های نابارور و استفاده در روند لقاح مصنوعی به کار گرفته می‌شود، یا به‌منظور استفاده‌های آتی خود فرد، ذخیره می‌گردند. مواجهه فقیه با انواع این روش‌ها سبب برانگیخته شدن پرسش‌های متفاوت و مناقشات فقهی فراوانی گردیده است؛ از جمله این مناقشات عبارت است از: قرارداد اهدای اسپرم به زوج‌های نابارور به‌لحاظ حقوقی از چه ماهیتی برخوردار است؟ رویکرد فقها به موضوع اهدای اسپرم و تشکیل بانک اسپرم چگونه است؟ مبانی مشروعیت و مستندات جواز تشکیل چنین بانک‌هایی چیست؟ نیز تشکیل بانک و نگهداری اسپرم برای استفاده همسر یا دیگران از نظر فقهی چه حکمی دارد؟ در مواردی که عملیات باروری نیازمند اسپرم شخص دیگری است، آیا دادوستد اسپرم در این صورت جایز است یا خیر؟ باروری غیرطبیعی و تولد بر اساس دریافت اسپرم از این بانک‌ها، با توجه به اصول و قواعد فقهی، پذیرفتنی است یا خیر؟

با توجه به پرسش و مناقشات یادشده، تبیین مبانی فقهی تشکیل بانک اسپرم و نیز مبانی مشروعیت استفاده از اسپرم موجود در این بانک‌ها در روش‌های نوین فرزندآوری، جهت آگاهی از دیدگاه اندیشمندان فقه و نیز آگاهی از مشروعیت و عدم آن برای افرادی که خواستار استفاده از این شیوه‌ها هستند، ضرورت دارد. گفتنی است با توجه به اینکه این موضوع در مباحث کتب فقیهان متقدم طرح نشده و از موضوعات مستحدثه عصر حاضر است، طبیعی به نظر می‌رسد که حل این معضل با کشف اصول و قواعد منطبق بر این دستاورد جدید علمی، میسر خواهد بود تا بتوان از افول زندگی همسران نابارور و از گسستن حلقه عاطفی آنها جلوگیری کرد و از نتایج حاصل، در جهت وضع قوانین بهره جست.

در انجام این مهم، مقالات و کتبی از سوی اندیشمندان حوزه فقه و مطالعات اسلامی پدیدار شده است که به‌عنوان نمونه، می‌توان به بررسی فقهی تلقیح مصنوعی نوشته محمدجواد فاضل لنکرانی و نیز مشکلات مهم تلقیح مصنوعی اثر آیت‌الله مکارم شیرازی اشاره کرد. همچنین مقاله «باروری مصنوعی» اثر عباس نایب‌زاده و «آثار حقوقی تلقیح مصنوعی» نوشته سید علی قزوینی و آثار بسیار دیگری به بعد و جنبه خاصی از موضوع محل بحث پرداخته‌اند. اما موضوع تشکیل بانک اسپرم را فقط سید محسن مرتضوی در مقاله «نگهداری اسپرم و بهره‌برداری از آن در فقه امامیه» به رشته تحریر درآورده است که براهین وی در حرمت شرعی انتقال اسپرم بیگانه به رحم زن و برخی مستندات او در پاسخ به مناقشات تشکیل بانک اسپرم، مورد پذیرش نویسنده مقاله حاضر نیست.

نوشتار پیش‌رو پس از بیان چرایی عملیات فریز اسپرم در بانک‌های اسپرم، ایرادات فقهی تشکیل بانک اسپرم را (که مربوط است به بیع اسپرم، حق هویت کودکان متولد از اسپرم‌های ذخیره‌شده در این بانک‌ها و نیز حرمت تکلیفی استفاده از اسپرم بیگانه یا استفاده از آن برای همسر پس از وفات صاحب اسپرم) ذکر می‌کند و با استفاده از اصول و قواعد مورد استفاده در استنباط احکام، به بررسی و پاسخ به مناقشات و پرسش‌های یادشده خواهد پرداخت.

### ۱. فریز اسپرم

فریز مؤثرترین روش نگهداری طولانی‌مدت اسپرم است (نصر اصفهانی، ۱۳۹۶، ص ۱۱) امروزه فریز اسپرم — به‌ویژه در افراد مبتلا به سرطان (روستا، ۱۳۹۹)، گونه‌های جانوری در معرض

انقراض، تکنیک‌های کمک باروری، حفظ باروری و فعالیت‌های تحقیقاتی — استفاده می‌شود (احمدی، ۱۳۹۹، ص ۱۵). فریز اسپرم با هدف ذخیره‌سازی اسپرم‌ها به‌عنوان یکی از فناوری‌های درمانی به‌روز برای آقایانی که به هر دلیلی لازم است قدرت باروری‌شان حفظ شود، در نظر گرفته می‌شود.

باروری مردان از سوی عوامل مختلفی تهدید می‌شود. در واقع، ذخیره اسپرم این اطمینان را به فرد می‌دهد که در صورت بروز هرگونه اتفاقی، او می‌تواند در زمانی که تمایل دارد، پدر شود (رضایی، ۱۳۹۹، ص ۳). به‌عنوان نمونه، سن یکی از عوامل اصلی در کاهش تعداد اسپرم و کیفیت اسپرم است. به همین دلیل، برخی از مردان اسپرم خود را در هنگام جوانی ذخیره می‌کنند تا مطمئن شوند با گذشت زمان، همچنان اسپرم سالم دارند و نیز برخی از سرطان‌ها و درمان‌های مربوط به آن، کیفیت اسپرم و باروری را تهدید می‌کند. بنابراین آن مردانی که با این مشکلات مواجه هستند، می‌توانند پیش از انجام عمل جراحی یا شروع شیمی‌درمانی و پرتودرمانی، اسپرم خود را در بانک اسپرم ذخیره کنند (قطمیری، ۲۰۱۷، ص ۱۰). ذخیره‌سازی اسپرم برای زوج‌هایی که قصد بارداری از طریق فناوری‌های باروری دارند، بسیار مفید و کمک‌کننده است. ذخیره‌سازی اسپرم در بانک اسپرم این اطمینان را ایجاد می‌کند که در هنگام انجام روند باروری، اسپرم کافی برای استفاده وجود خواهد داشت.

## ۲. بررسی مناقشات

پس از ذکر چرایی تشکیل چنین بانک‌هایی، به نقل و بررسی آرای فقهای پرداخته می‌شود که ایجاد و فعالیت این مکان‌ها را در کشورهای اسلامی مغایر با اصول و قوانین فقهی دانسته، با استناد به آیات و روایات، مناقشاتی را بیان می‌نمایند که در زیر، عنوان می‌شوند.

### ۲-۱. بیع اسپرم

مناقشه اول: اولین مناقشه در مورد تشکیل بانک اسپرم، موضوع بیع اسپرم، نجاست منی (علم‌الهدی، ۱۴۱۵ق، ص ۹۶) و حرمت تکلیفی معامله با اعیان نجسه است. این نوع معاملات که به تصریح فقها، باطل و اخذ ثمن در قبال آن سحت می‌باشد (مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۵۸۹؛ موسوی خمینی، ۱۳۹۱، ص ۳۱۳)،

حرمت تکلیفی نیز دارند؛ به این معنا که نفسِ دادوستد اعیان نجسه، امری منهی و مخالف فرامین الهی است. شیخ انصاری در کتاب مکاسب می‌نویسد: ایرادی در حرمت خرید و فروش منی به لحاظ نجاستش نمی‌باشد (۱۳۹۲، ص ۲۹).

در پاسخ به مناقشه فوق، باید گفت: مجرد اینکه مبیع از اعیان نجس باشد، سبب فساد دادوستد نیست و نجاست به‌خودی‌خود، مانع صحت معامله نمی‌گردد (اردبیلی، ۱۳۷۹، ج ۸، ص ۳۵؛ محسن حکیم، بی‌تا، ج ۲، ص ۶)؛ بلکه صحت آن دایر مدار وجود منفعت عقلایی محلل است. از این رو، اگر مبیع دارای منافع عرفی یا شرعی باشد، معامله آن صحیح است و در غیر این صورت، اکل مال به باطل به شمار می‌آید (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۵). شیخ انصاری نیز با اینکه ابتدا هر آنچه را که بخشی از مصارف آن مورد نهی قرار گرفته، سبب حرمت دادوستد آن شیء معرفی نموده است (۱۳۹۲، ج ۱، ص ۷) و نجاست را به دلیل نهی از اکل و شرب یا برخی دیگر منافع آن، مانع صحت بیع دیده، سرانجام به این نتیجه رسیده که مجرد نجاست نمی‌تواند مانع صحت بیع گردد؛ چرا که وجود منفعت محلله برای صحت بیع کافی است (۱۳۹۲، ج ۱، ص ۴۴).

برداشت امام خمینی نیز از کلمات فقها در این رابطه آن است که حرمت معامله اعیان نجسه، دایر مدار عدم جواز انتفاع و بهره‌برداری از آن است (موسوی خمینی، ۱۳۷۳، ص ۴۱). لذا اگر منفعت محلله و عقلایی در اعیان نجسه قابل تصور بود، دادوستد آن جایز است (خزائلی، ۱۴۰۰، ص ۶)؛ همان‌طور که در عصر حاضر، در مورد بسیاری از اعیان نجسه (مثل خون و فضولات انسانی)، بهره‌مندی از این منفعت عقلایی امکان دارد. بنابراین ممنوعیت معامله اشیا به‌طور مطلق نیست و در مواردی، ادله حرمت و ممنوعیت ناظر به منفعت و استفاده متعارف و رایج آن زمان بوده است و این ادله شامل منافع و استفاده‌هایی که در زمان‌های بعدی و در زمان حاضر از آن اشیا می‌شود، نمی‌گردد (خویی، ۱۳۷۵، ص ۱۵۰) و در نتیجه، هرگاه شیئی دارای منفعت یا منافی باشد و بتوان از آن منافع، منتفع شد، مادامی که شارع صراحتاً منفعت یا منافع مزبور را ممنوع اعلام نکرده باشد، خرید و فروش آن به لحاظ آن منافع، منع شرعی ندارد و در

این امر، نیازی به احراز عدم منع شارع وجود ندارد؛ بلکه همین مقدار که فقیه با فحص و یأس، به نبود منع شرعی اطمینان حاصل نماید، صحت بیع مزبور را تصحیح می‌نماید؛ چرا که وجود عموماًتی مانند «*احل الله البيع*» (بقره، ۲۷۵)، «*الا ان تکون تجارة عن تراض*» (نساء، ۲۹) و «*الناس مسلطون علی اموالهم*» (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۱۱۶)، برای صحت و برقراری عقد بیع کافی است.

مناقشه دوم: از شرایط دادوستد، مالیت مبیع است (انصاری، ۱۳۹۲، ص ۱۱۰؛ مامقانی ۱۳۱۶، ج ۳، ص ۴۲۴)؛ یعنی بیع در صورتی صحیح است که مثنی، مال و ارزش معاوضه در برابر شیء دیگری را داشته باشد؛ در حالی که اولاً شارع اسپرم را به دلیل نجاست از مالیت خارج نموده و حکم شارع در مورد نجاست شیئی، ملازم با عدم احتساب آن به عنوان مال از سوی شارع و عرف متشرعه است (نجفی، ۱۳۹۲، ص ۱۷؛ نایینی، ۱۳۷۳، ص ۳۳۹)؛ ثانیاً ارزش یک شیء به عنوان مال و مالیت آن، بستگی به اعتبار آن نزد عرف و عقلاً دارد (شهید اول، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۹۴) و از آنجا که اسپرم در نزد ایشان مالیت ندارد، نمی‌توان به صحت دادوستد آن حکم نمود.

پاسخ: اولاً باید توجه کرد که این مناقشه در واقع همان اشکال اول است که از جهت دیگری، مورد تدقیق قرار گرفته. در مناقشه اول به خود نجس بودن مبیع توجه شده و در مناقشه دوم ملازم این عنوان مورد عنایت بوده است.

ثانیاً حکم شارع به نجاست برخی اشیا ملازم با خروج آنها از مالیت عرفی نیست؛ درست است که استفاد از اعیان نجسه و کاربرد آنها در جهت منافی که شارع منع نموده، حرام و معامله آن باطل است، اما معنای این سخن آن نیست که مالیت اشیا متوقف بر آن است که تمام منافع و موارد استفاده آن شیء، حلال باشد؛ چه بسا برخی اشیا نجس که دارای بسیاری کاربردهای حلال‌اند. لذا نجس بودن شیئی سبب انتفای مالیت و استفاده در جهت حلال آن نیست (خویی، ۱۳۷۳، ص ۴؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ص ۹).

ثالثاً اعتبار مالیت به ارزش آن نزد تمام عقلاً نیست؛ بلکه مالیت آن نزد متبایعین، سبب اعتبار



و صحت معامله است (ایروانی، ۱۳۸۴، ص ۵). بنابراین مفهوم مال و مالیت به اوضاع و احوال جوامع و نیازها، انگیزه‌ها، امیال و رغبت‌های مردم بستگی دارد و قلت و کثرت منفعت مورد معامله فی نفسه تأثیری در جواز و عدم جواز بیع ندارد. چه بسا فردی حاضر است در قبال برگه کوچکی که نوشته پدرش در آن است و حکم یادگاری پدر از دست رفته‌اش را دارد، مبلغ بسیار بالایی صرف کند؛ اگرچه این برگه برای دیگران ارزشی ندارد و پرداخت هزینه در برابر آن را مصداق اتلاف مال بدانند (ابن عابدین، ۱۴۲۳ق، ج ۴، ص ۵۰۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰، ص ۱۳؛ کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۵، ص ۱۴۰). بنابراین مالیت شیء به اعتبار منافع محله مقصوده شیء است و نه مطلق منافع و نه به لحاظ فواید محرمه‌ای که مورد نظر واقع نمی‌شوند (انصاری، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۱۹). از این رو، اگر فرض کردیم که در شیئی هیچ فایده محلل و مشروعی که در مالیتش منظور گردد، وجود ندارد، بیعش به طور مطلق نباید جایز باشد (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۴۶۵)؛ زیرا اطلاق منصرف است به اینکه ثمن در مقابل منافع مقصود از آن بذل شده است؛ در حالی که حسب فرض، منافع مقصوده این شیء، حرام هستند، در نتیجه، گرفتن مال در قبال این گونه منافع، اکل مال به باطل می‌باشد؛ چنان‌که می‌توان بیع را به قصد منفعت نادره محله واقع ساخت و ثمن را در قبال آن بذل کرد (فاضل، ۱۳۹۶، ص ۲۸۹)؛ زیرا قصد این گونه از منافع، موجب آن است که آن شیء مال محسوب شود. بنابراین به نظر می‌رسد دلیلی بر اعتبار مالیت و اینکه معامله تنها در صورتی صحیح است که مبیع از نظر عقلا مال باشد، نداریم؛ بلکه ملاک، عنوان معاوضه است؛ به این معنا که کالایی مشخص تا این زمان، انتساب به بایع داشت، اما اکنون آن را در مقابل شیئی که به مشتری انتساب دارد، معاوضه می‌کند و در معاوضه، مالیت عوض و معوض اعتبار ندارد (خویی، ۱۳۷۵، ص ۴ و ۵).

رابعاً: از آنجا که مالیت یک اعتبار عقلایی است، به حسب تغییر امکان و ازمنه، تغییر می‌کند (حکیم، بی تا، ص ۳۲۵) چه بسا آب باران در مناطق باران خیز، ارزشی نداشته باشد، اما در مناطق خشک و کم آب در مقابل آن بهایی بسیار پرداخته می‌شود. اسپرم نیز در همه امکانه دارای بار

مالی نیست؛ بلکه ارزش آن در آزمایشگاه‌ها و مراکز ناباروری معلوم می‌شود که زوجین خواهان فرزند، حاضر به پرداخت هزینه‌ای بالا برای خرید آن می‌باشند (منتظری، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۲۹۲). مناقشه سوم: مورد معامله باید متضمن منفعت مشروع باشد (نجفی، ۱۳۹۲، ج ۲۲، ص ۸) و از آنجا که استفاده اسپرم مرد بیگانه برای باروری زن اجنبی جایز نیست،<sup>۱</sup> بر خرید و فروش آن منفعت، حلالی مترتب نبوده و لذا معامله اسپرم باطل و اخذ ثمن در قبال آن حرام است (شافعی‌پور، ۱۳۹۶).

پاسخ: در مورد منفعت محلله اسپرم، دو مبنا وجود دارد: برخی استفاده اسپرم مرد بیگانه را برای بارداری جایز ندانسته‌اند (موسوی خمینی، ۱۳۶۸، ص ۵۹۲؛ گلپایگانی، ۱۴۰۹ق، ص ۱۷۷؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳، ص ۶۰۲؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۱ق، ص ۷۷۰). لذا بر خرید و فروش آن منفعت حلالی مترتب نیست و با نفی منفعت مقصوده که همان تزریق در رحم اجنبی باشد، خرید و فروش آن باطل خواهد بود. اما برخی دیگر استفاده از آن را برای تزریق در رحم زن بیگانه جایز می‌شمارند (یزدی، ۱۳۷۷، ص ۹۹). در چنین حالتی و با فرض منفعت محلله، خرید و فروش آن برای هریک از زوجین جایز است. درست است که اگر خریدار اسپرم، مرد باشد، انتساب طفل به او منتفی است (خویی، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۲۷؛ روحانی، ۱۳۹۲، ج ۲۱، ص ۲۱۷) و از این جهت، منفعتی برای او متصور نیست، اما منفعت منحصر در نسب و طفل حقیقی داشتن نیست؛ بلکه وجود فرزند و تحکیم روابط خانوادگی یکی از مهم‌ترین اهداف فرزندآوری است و این مقصود برای مرد نیز حاصل می‌شود. در مورد زن نیز، حس مادری که از طریق تزریق اسپرم حاصل می‌شود، منفعت عقلایی است که خرید اسپرم بیگانه را توجیه می‌کند.

مناقشه چهارم: اشکال دیگری که در دادوستد اسپرم اجنبی متصور است، آن است که منی و اسپرم از فضولات انسان محسوب می‌شود و انسان مالک آنها نیست (مرتضوی، ۱۳۹۸)؛ در حالی که از شرایط بیع، آن است که مبیع، ملک فروشنده باشد (نجفی، ۱۳۹۲، ص ۳۴۳) و با

۱. خمینی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۶۲۱؛ خویی، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۲۷ و ۴۲۸؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۷۱۷۶؛ روحانی، ۱۴۱۴ق، ص ۸؛ زین‌الدین، بی‌تا، ج ۴، ص ۴۵۳؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۴ق، ص ۵۷۲؛ سیستانی، ۱۴۳۱ق، ص ۴۳۲.

نفی ملکیت نسبت به اسپرم، خرید و فروش آن نیز باطل خواهد بود.

پاسخ: اولاً منی از اجزای منفصله انسان به شمار می‌آید که دانشمندان در کتب فقهی خویش به دادوستد این‌گونه از اشیا و معیار صحت آن اشاره نموده‌اند؛ به‌عنوان نمونه، شیخ طوسی (بی‌تا، ج ۳، ص ۱۸۷ و ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۱۶۷)، محقق حلی (۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۱۶) و ... در رابطه فروش شیر انسان که از اجزای منفصله اوست، قائل به صحت آن هستند. همچنین فقهای عامه نیز پیرامون آن سخن رانده‌اند و برخی فروش آن را جایز و برخی حرام می‌دانند (ابن قدامه، ۱۳۸۸ق، ج ۳، ص ۳۰۴؛ ابن مبارک، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۵۴) در عبارات ایشان صحت معامله این اجزا و نیز انکار آن بر مبنای تحقق یا عدم تحقق منفعت حلال می‌باشد. افرادی که این قبیل دادوستد را حرام دانسته‌اند، بدان سبب است که فایده‌تی در اجزای منفصله نمی‌دیده‌اند و فقهایی که حکم به جواز نموده‌اند، به اعتبار منفعت و تحقق مالیت در این اجزا بوده است. چنانچه شیخ طوسی چرایی حرمت خرید و فروش اجزای منفصله مانند ناخن و براق را نداشتن فایده‌ای در آنها اعلام می‌نماید (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۱۶۷). فقهای عامه نیز معیار در این رابطه را برخورداری مبیع از منافع حلال معرفی کرده‌اند (الجزیری، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۲۳۲)؛ مقصود آنکه مالکیت این اجزا در نظر این اندیشمندان، مفروع‌عنه واقع شده است و ایشان تنها به بود و نبود منفعت محله برای صحت مبادله این اشیا اشاره نموده‌اند.

ثانیاً صرف اینکه منی از فضولات بدن انسان محسوب می‌شود، مانع از مالکیت آن توسط صاحبش نمی‌شود. شاهد این مالکیت بنای عاقل بر تسلط فرد بر خود، شئون و توابع او و عدم اجازه دیگران برای مزاحمت با او در این امور است و اگر مالکیت انسان نسبت به این امور پذیرفته نشود، لاقلاً یک نحوه اختصاصی برای آن ثابت است و انسان با رفع ید از حق اختصاص خود، می‌تواند در قبال آن ثمن دریافت کند (خویی، ۱۳۷۵، ص ۲۳۵)؛ همان‌طور که فقها به جای تعبیر از حق مالکیت، از عباراتی مانند حق اولویت یا حق اختصاص پیرامون رابطه انسان با اندام خویش بهره برده‌اند (آقابابایی، ۱۳۸۵، ص ۷۰).

## ۲-۲. حق هویت کودکان ناشی از دریافت اسپرم بیگانه

هویت جهت دسترسی به اینکه افراد چه ماهیت و شخصیتی دارند، چه تفکر و اندیشه

و باورهایی دارند، تمایلات و آرزوهایشان چیست، چه کارهایی انجام می‌دهند، چه محدودیت‌هایی دارند، چه اعمال و رفتاری دارند و از چه حسب و نسبی برخوردارند، ایفای نقش می‌کند و لازم و ضروری می‌باشد. هویت جزء لاینفک زندگی همه انسان‌ها در همه فرهنگ‌هاست که از لحظه تولد تا مرگ ادامه می‌یابد. می‌توان هویت را این‌گونه تعریف کرد: آنچه باعث شناختن خود از خود، خود از دیگران و دیگران از خود می‌شود (معینی فر، ۱۳۹۱، ص ۱۱۸).

اسلام در بحث حقوق کودک، یکی از نظام‌های پیشرفته حقوقی است. در نظام حقوقی اسلام، پیش از آنکه حقوق والدین و کودکان در تراحم با هم قرار گیرند، به والدین گوشزد می‌نماید که طفل از حقوقی ویژه برخوردار است.<sup>۱</sup> پس والدین نمی‌توانند به صلاح‌دید خود، منافع خویش را بر منافع کودکان خود مقدم دارند.

از جمله مباحث مربوط به حقوق کودک، بحث هویت اوست که اسلام با قوانین ویژه خود مانع از هتک حرمت و تجاوز به این حق شده است.<sup>۲</sup> حق هویت اموری از جمله نسب و اعتراف به آن، تابعیت، حضانت و نیز تحریم روابط نامشروع را در بر می‌گیرد (معینی فر، ۱۳۹۱، ص ۱۳۰). از این میان، مسأله اثبات نسب فرزند به پدر و انکار آن از اهمیت بالاتری برخوردار است و به همین دلیل، احکام زیر درباره نسب تشریح شده است: هرکس کودکی را که در اصل فرزند او نیست، به خودش نسبت دهد، مرتکب حرام شده است (قائمی، ۱۴۳۰ق، ص ۳۸۸). ادعای نسب غیرواقعی حرام است. نفی نسبی که واقعی است، حرام است (همان‌جا). هر کاری که موجب اختلاط نسب شود و نسب واقعی شخص را محو و مخفی نماید، حرام است (همان، ص ۳۹۱). با بیان مقدمه فوق، مناقشه دیگری که در رابطه با تشکیل بانک اسپرم و اهدای آن به زوج‌های نابارور وجود دارد، نادیده‌انگاری حق هویت کودک ناشی از این روش‌ها و نیز اشتباه انساب

۱. به‌عنوان نمونه: مجلسی، ۱۳۸۶، ج ۱۰، ص ۳۶۹ و ج ۱، ص ۳۸۷ و ج ۹۳، ص ۳۵۷؛ سیوطی، ۱۴۲۹ق، ج ۱، ص ۲۱۴ و ج ۱، ص ۶۱۶؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ج ۱، ص ۳۸۶؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۸، ص ۳۷۳؛ انصاری، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۸۹-۴۹۱.  
 ۲. به‌عنوان نمونه: طوسی، بی‌تا، ج ۹، ص ۳۵۲؛ فیض کاشانی، ۱۴۱۶ق، ج ۵، ص ۵۴؛ ابوحیان اندلسی، ۱۴۲۰ق، ج ۸، ص ۱۱۵؛ سمرقندی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۳۲۹.

خواهد بود؛ چرا که در این تصویر که اسپرم از بانک‌های مخصوص این امر تهیه گردد، پدر طفل، صاحب اسپرم خواهد بود (خامنه‌ای، ۱۴۰۰، ج ۲، ص ۷۰ و ۷۱؛ منتظری، ۱۳۸۱، ص ۴۸۳) و لذا استفاده زوج نابارور از اسپرم‌هایی که در بانک‌های مخصوص این کار تهیه شده، در حالی که اهداکننده آنها معلوم نباشد، منجر به معلوم نبودن نسب کودک در ناحیه پدر می‌شود که از نظر شارع، مبعوض است که خود دلیلی مستقل در عدم جواز استفاده از این شیوه‌ها برای باروری زوجین خواهان فرزند است. شاهد این مبعوضیت روایاتی است که حکمت جعل عده برای زن را اجتناب از مجهول ماندن نسب و اختلاط میاه برمی‌شمارد و نیز روایاتی که از جمله علل حرمت زنا و قذف را از بین رفتن نسب بیان می‌کند (حر عاملی، بی‌تا، ۲۳۴، ۳۹۸، ۴۳۲، ۱۷۴، ۲۵۲). علاوه بر روایات، می‌توان ارتکاز متشرعه را نیز در زمره ادله مبعوضیت اختلاط نسب ذکر نمود؛ چرا که در ارتکاز ایشان، حفظ نسب و معلوم بودن اینکه شخص به چه افرادی منتسب است، از امور لازم و واجب‌الرعايه تلقی می‌گردد و بی‌هویتی شخص به لحاظ انتساب به پدر یا مادر، سبب از بین رفتن آبرو و عرض وی می‌شود. با توجه به سخنان ائمه<sup>(ع)</sup> و نیز ارتکاز متشرعه در رابطه با حفظ نسب، می‌توان گفت این امر مورد اهتمام شارع بوده و هر آنچه موجب از بین رفتن آن گردد، حرام و مبعوض شارع است (اعراف، ۱۳۸۸).

پاسخ: برای پاسخ به این مناقشه، ابتدا باید مراحل دریافت اسپرم در بانک‌های اسپرم و مراکز ناباروری توضیح داده شود تا معلوم گردد تا چه میزان، احتمال بی‌هویتی کودک به لحاظ انتساب به پدر یا مادر وجود دارد.

روش‌های کمک‌باروری اغلب با استفاده از تخمک خود زن و اسپرم همسرش انجام می‌گیرد؛ اما در صورتی که مشکلات شدیدی در تخمک یا اسپرم وجود داشته باشد و سلول‌های جنسی فرد به هیچ‌وجه توانایی باروری نداشته باشند، می‌توان از تخمک، اسپرم یا جنین‌های اهدایی برای درمان ناباروری افراد استفاده کرد (نیکزاد، ۱۳۸۴). سوابق فردی و پزشکی فرد اهداکننده از قبل باید تأیید شده باشد. فرد اهداکننده اسپرم نمونه اسپرم را به بانک اسپرم یا مراکز ناباروری تحویل می‌دهد و در اکثر بانک‌های اسپرم یا مراکز ناباروری، مشخصات فرد اهداکننده اسپرم

به صورت ناشناس و محرمانه باقی می ماند (ابراهیمی، ۱۳۹۹). در صورتی که کلیه تست ها و ارزیابی های فرد اهداکننده اسپرم با موفقیت انجام شد، فرد جهت درمان یا مشاوره ارجاع داده خواهد شد و پس از انجام غربالگری های لازم، ضروری است تا فرم رضایت نامه را فرد تکمیل کند و ضمن آن، متعهد شود که هیچ گونه بیماری جنسی یا ژنتیکی ندارد و در صورتی که اسپرم های فرد اهداکننده دارای کیفیت مطابق با استانداردها باشند، فرد مورد نظر به عنوان اهداکننده اسپرم انتخاب می شود (گنجی، بی تا).

پس از آن، معاینه جسمی و آزمایش های متعددی برای اهدای اسپرم در نظر گرفته شده است. آزمایش نمونه مایع منی و خون از اهداکننده اسپرم از مهم ترین آزمایش ها برای اهداکننده است که نتایج حاصل باید در پرونده فرد درج شود تا در زمان اهدای اسپرم، این روند سریع تر طی شود. این آزمایش های مخصوص اهدای اسپرم، بیش از یک بار انجام می شود تا اطمینان حاصل شود که نتایج دقیق اند. آزمایش اول وقتی گرفته می شود که فرد تقاضای اهدای اسپرم دارد. پس از شش ماه و منجمد شدن نمونه ها، آزمایش مجدد نیز انجام می شود. همچنین مایع منی از لحاظ تعداد سلول های اسپرم، تحرک سلول های اسپرم روبه جلو و مورفولوژی طبیعی اسپرم، تجزیه و تحلیل می شود. اهداکننده از نظر بیماری های عفونی مانند ایدز، هپاتیت ب، هپاتیت ث و ... آزمایش می شود. گروه خونی فرد مشخص می شود. آزمایش ژنتیکی برای فیروز کیستیک انجام می شود. علاوه بر آن، متقاضیان قبل از اهدای اسپرم، مراحل غربالگری را دقیق طی می کنند (سوشا، بی تا). غربالگری اهداکنندگان شامل مصاحبه های جامع در مورد رفتارهای جنسی، پیشینه خانواده و دلایل شرکت در برنامه اهدای اسپرم از فرد متقاضی اهدای اسپرم است و نیز درباره تاریخچه گسترده خانوادگی او (در برخی موارد، سه نسل) سؤال می شود و تاریخچه فرد مورد ارزیابی قرار می گیرد. همچنین این غربالگری شامل غربالگری خون، غربالگری نمونه ها، تجزیه و تحلیل ژنتیکی و ارزیابی فیزیکی نیز می باشد (همان جا).

با توضیحات بالا، آشکار می گردد که در استفاده از روش های کمک باروری که مشخصات فردی شخص اهداکننده اسپرم بسیار سخت گیرانه ثبت می شود، احتمال اشتباه شدن نسب و

هویت شخص به لحاظ انتساب به پدر یا مادر بسیار پایین یا شاید غیرممکن در خارج باشد. حتی در فرض بروز اشتباه و معلوم نبودن پدر یا مادر کودک و مشتبه شدن آن میان چند فرد، آزمایش‌های دقیق ژنتیکی معلوم‌کننده هویت کودک خواهد بود.<sup>۱</sup>

### ۳-۲. حرمت استفاده از اسپرم بیگانه

بنابر عللی همچون ناتوانایی و نابارور بودن اسپرم مرد، زن برای آبستنی نیاز به دریافت اسپرم از شخص اجنبی دارد. در این صورت، اسپرم‌ها در محیط آزمایشگاه به رحم زن منتقل می‌شوند؛ در حالی که انجام این عملیات را بسیاری از فقها مردود شناخته، دارای حرمت تکلیفی می‌دانند (سیستانی، ۱۴۳۱ق، ص ۴۳۳). برخی از محققان بر این باورند که رحم زوجه تنها پذیرنده نطفه زوج خود است و نمی‌تواند رحم خود را محلی برای نطفه مرد اجنبی قرار دهد (طباطبایی، بی‌تا، ج ۱۰، ص ۲۵۴) و با وجود نهي از ارتکاب چنین عملی، یکی از مهم‌ترین کارکردهای تشکیل بانک اسپرم ملغاً می‌شود و از بین خواهد رفت.

به منظور پاسخ به مناقشه فوق، مستندات قائلین به حرمت بهره‌گیری از اسپرم بیگانه در

۱. با توجه به اهمیت نسب در حفظ نظام خانواده و ثبات نسل‌ها، اهتمام شارع همواره بر حفظ آن در سایه تقنین بوده است. از این رو، فقه امامیه برای اثبات نسب، دلایل متعددی مانند قاعده فراش، اقرار، شهادت، استفاضه و ... را تعیین کرده است و حتی در فرض نبودن دلایل قوی‌تر به لحاظ کشف واقع، قائل به قابلیت استناد به ضعیف‌ترین ادله همچون قرعه است. در این میان با توجه به عدم حصری بودن ادله اثبات نسب و نحوه عملکرد شارع در این حوزه، جایگاه روش‌های دقیق علمی چون آزمایش «دی‌ان‌ای» (تجزیه و تحلیل ژن‌های موجود در ژنوم) که از اهم موارد کاربرد آن در علم ژنتیک، اثبات نسب و تعیین رابطه ابوت می‌باشد، روشن می‌شود؛ چرا که با قطعیت و اطمینان بالای آزمایش «دی‌ان‌ای» می‌توان رابطه ابوت را تعیین نمود. درباره این آزمایش‌ها باید گفت که انجام آن نتیجه بالای ۹۹ درصد را به دنبال دارد و برای رسیدن به نتیجه ۱۰۰ درصد لازم است کل مردان جهان مورد آزمایش واقع شوند تا بتوان به نتیجه یقینی دست یافت. با این حال احتمال بالاتر از ۹۹ درصد بیانگر آن است که امکان وجود رابطه بین کودک و شخص مورد نظر دیگری غیر از پدر احتمالی با این مقدار تقریب ژنتیکی تقریباً محال است. در واقع نسبت شباهت «دی‌ان‌ای» کودک با فرد احتمالی و مورد بررسی ۱۰۰ درصد است؛ هرچند در مقایسه با کل افراد جهان، احتمال اینکه «دی‌ان‌ای» فردی در کل جهان به کودک مورد نظر شباهت داشته باشد و بین آنها رابطه وجود داشته باشد، درصدی از آن به‌عنوان احتمال کاسته می‌شود و این میزان احتمال، به اثبات نسب، خللی به قابل اطمینان بودن آزمایش وارد نمی‌کند.

عملیات باروری، نقل و به تفصیل بررسی خواهد شد.

### ۳. مستندات حرمت بهره‌گیری از اسپرم بیگانه

#### ۳-۱. آیات

آیه اول: «وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ...» (نور، ۳۱):

به زنان باایمان بگو نگاه خویش را بپوشانند و فرج‌های خود را حفظ کنند.

#### - تقریب استناد به آیه

در فقرة «يَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ» متعلق «حفظ» در عبارت بیان نشده، حذف متعلق نیز بر عموم دلالت داشته و لازمه چنین عمومی آن است که زن‌ها باید فروج خود را از هر چیزی محفوظ دارند (مشهدی، ۱۳۶۷، ج ۱۳، ص ۴۳؛ طبرسی، ۱۴۱۵ق، ج ۷، ص ۱۷۷)، حفظ از نگاه، لمس، آمیزش و ... . گستره اطلاق حفظ شامل مسئله محل بحث که حفظ فرج از نطفه بیگانه است نیز، خواهد بود و لذا بر زن، حفظ فرج از نطفه غیرهمسراش مطلقاً واجب می‌باشد (قزوینی، ۱۳۷۴، ص ۱۷۰). حتی در مواردی که نطفه را با دستگاه‌های آزمایشگاهی داخل فرج می‌کنند (عذراپی، ۱۳۸۸، ص ۱۱۱).

#### - بررسی استناد به آیه

اولاً دلالت حذف متعلق بر عموم پشتوانه ندارد و از امور مشهوری است که مبنایی هم ندارد و دلیلی بر وجود چنین ادعایی نیست؛ علاوه بر آنکه در استعمالات عرب، موارد نقض فراوانی برای آن وجود دارد (همدانی، ۱۴۱۶ق، ج ۸، ص ۳۵۷، خمینی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۳۸۵، صدر، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۱۸۰، شاهرودی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۱۲۸، فاضل، ۱۳۸۷، ص ۹۰). ثانیاً در این آیه، قطعاً نمی‌توان این چنین عموم و اطلاقی را پذیرفت؛ چرا که اگر گفته شود در این آیه، متعلق حذف شده و این حذف دلیل بر عموم است، معنای آیه این می‌شود که باید چشم را از ابتدا تا آخر عمر، بر همه چیز ببندد. به عبارت دیگر، در آیه که گفته شده است: «يَغْضُوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ»، چون متعلق ذکر نشده و مشخص نیست که این چشم‌پوشی از چیست، پس طبق قاعده، این دلالت بر عموم می‌کند و در نتیجه نباید هیچ‌گاه به هیچ چیزی نگاه کند! در حالی که کاملاً روشن است که این معنا قطعاً مقصود نیست.



ثالثاً در مواردی که متعلق محذوف است، به قرینه مناسبت حکم و موضوع می‌توان متعلق را تشخیص داد. در رابطه با آیه محل بحث نیز، مناسبت حکم و موضوع مقتضی آن است که متعلق حفظ فرج از نگاه، لمس، آمیزش و امثال آن باشد و لذا دلالتی بر حفظ فرج در مورد بحث ندارد (محسنی، ۱۴۲۶ق، ص ۸۹).

رابعاً تمسک به آیه برای حرمت و حفظ فرج از نطفه غیرهمسر، تمسک به عام در شبهه مصداقیه است؛ چرا که حرمت تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه محل شک می‌باشد و لذا نمی‌توان با استناد به عموم یا اطلاق آیه شریفه، حرمت مورد بحث را ثابت نمود.

خامساً به فرض وجود عموم در آیه مبارکه، باید گفت این آیه نسبت به مواردی که خود زن یا زن دیگری در محیط آزمایشگاه، نطفه اجنبی را در رحمش تزریق می‌کند، ساکت است و ظهور آن شامل این مورد نمی‌شود (نایب‌زاده، ۱۳۸۰، ص ۴۷). در واقع اگر هم مناقشه پیش‌گفته پذیرفته شود، باز مثال نقض دارد و اخص از مدعاست.

سادساً در برخی احادیث که در ذیل تفسیر این آیه بیان شده، امام<sup>(ع)</sup> فرموده که در هر آیه‌ای از قرآن که واژه فرج آمده، مراد زناست؛ اما در این آیه، منظور نگاه کردن است.<sup>۱</sup> در این صورت،

۱. روایت اول: قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ: وَ سَأَلَ الصَّادِقُ عَنْ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ بَعْضُوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَ يَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ، فَقَالَ كُلُّ مَا كَانَ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنْ ذِكْرِ حِفْظِ الْفَرْجِ فَهُوَ مِنَ الزَّنَا إِلَّا فِي هَذَا الْمَوْضِعِ فَإِنَّهُ لِلْحِفْظِ مِنْ أَنْ يُنْظَرَ إِلَيْهِ (حر عاملی، بی‌تا، ص ۳۰۰). شیخ صدوق می‌گوید: از امام صادق علیه‌السلام درباره این سخن خدای عزوجل پرسیدند که فرمود: «به مؤمنان بگو چشم‌های خود را از نگاه به نامحرمان فروگیرند و دامان خود را حفظ کنند، این برای آنان پاکیزه‌تر است»؛ فرمود: تمامی مواردی که در قرآن از حفظ و نگهداری فرج سخن به میان آمده، منظور خودداری از زناست، جز در اینجا که آیه مربوط به حفظ از نظر کردن به آن است.

روایت دوم: مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ بَكْرِ بْنِ صَالِحٍ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ يَزِيدَ عَنْ أَبِي عَمْرِو الرِّبْرِیِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ فِي حَدِيثٍ طَوِيلٍ قَالَ... فَقَالَ تَبَارَكَ وَ تَعَالَى: قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ بَعْضُوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَ يَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ، أَنْ يَنْظُرُوا إِلَى عَوْرَاتِهِمْ وَ أَنْ يَنْظُرَ الْمَرْءُ إِلَى فَرْجِ أَخِيهِ وَ يَحْفَظَ فَرْجَهُ أَنْ يَنْظَرَ إِلَيْهِ وَ قَالَ: قُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ بَعْضُنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَ يَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ. مِنْ أَنْ تَنْظُرَ إِحْدَاهُنَّ إِلَى فَرْجِ أُخْتِهَا وَ تَحْفَظَ فَرْجَهَا مِنْ أَنْ يَنْظَرَ إِلَيْهَا وَ قَالَ: كُلُّ شَيْءٍ فِي الْقُرْآنِ مِنْ حِفْظِ الْفَرْجِ فَهُوَ مِنَ الزَّنَا إِلَّا هَذِهِ الْآيَةُ فَإِنَّهَا مِنَ النَّظْرِ (حر عاملی، بی‌تا، ص ۱۶۴): خدای تبارک و تعالی فرماید: «به مؤمنان بگو چشم‌های خود را از نگاه به نامحرمان

استدلال به آیه مبارکه صحیح نخواهد بود؛ چرا که در موارد تزریق اسپرم با مصنوعات بشری، هرچند ممکن است نگاه به عورت زن اتفاق افتد، این نگاه اولاً حرام نیست؛ چون فرض آن است که ضرورت، وجود چنین عملی را مباح نموده و ثانیاً چون موضوع بحث جواز یا عدم جواز قرار دادن اسپرم مرد بیگانه در رحم زن می‌باشد و نه نگاه به عورت، آیه مبارکه ارتباطی با محل بحث نخواهد داشت؛ چرا که ممکن است تزریق اسپرم با ایجاد روزنه‌ای در ناحیه شکم انجام پذیرد و نه از طریق محل وطی.

آیه دوم: «قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ الَّذِينَ هُمْ فِي صَلَاتِهِمْ خَاشِعُونَ... وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ» (مؤمنون، ۷-۱): بی‌گمان مؤمنان کامیاب‌اند. همانان که در نماز خویش فروتن هستند ... و آنان که شرمگاه خویش را حفظ می‌نمایند، جز در رابطه همسر یا ملک یمین که در بهره‌بری از آنان سرزنش نمی‌شوند و کسانی که جز این را طلب کنند، تجاوزگرند.

#### تقریب استناد به صدر آیه

در ابتدای این آیات می‌فرماید: «والذین هم لفروجهم حافظون»؛ در این آیه نیز، متعلق حفظ فرج حذف شده است و به همان تقریبی که در آیه قبل بیان شد، می‌توان به عموم استناد کرد

---

فروگیرند و دامان خود را حفظ کنند»، آنها را نهی کرد از اینکه به عورات خود بنگرند یا مردی به شرمگاه برادر خود نگاه کند و باید شرمگاه خود را از نظر دیگران نگهدارد و فرمود: «بگو به زن‌های مؤمن که دیده‌های خود را فروبندند و فرج خود را حفظ کنند» از اینکه به فرج همدیگر نگاه کنند و نیز از اینکه دیگری به فرج آنها نگاه کند، فرمود: هرچه آیه در قرآن درباره حفظ فرج است، منظور از آن حفظ از زناست، جز این آیه که مقصودش حفظ از نگاه است. روایت سوم: حَدَّثَنِي أَبِي عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عَمِيرٍ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: كُلُّ آيَةٍ فِي الْقُرْآنِ فِي ذِكْرِ الْفُرُوجِ فِيهَا مِنَ الرِّبَا إِلَّا هَذِهِ الْآيَةُ؛ فَإِنَّهَا مِنَ النَّظَرِ، فَلَا يَجِلُّ لِرَجُلٍ مُؤْمِنٍ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى فَرْجِ أَخِيهِ، وَلَا يَجِلُّ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَنْظُرَ إِلَى فَرْجِ اخْتِهَا (قمی، ۱۴۰۴ق، ص ۱۰۱): امام صادق علیه‌السلام فرمود: هر آیه‌ای در قرآن که در آن صحبت از [حفظ] عورت‌ها شده، مقصود حفظ آنها از زناست، مگر این آیه که مقصود حفظ آنها از نگاه است. بنابراین بر هیچ مرد یا یمانی روا نیست که به عورت برادر خود نگاه کند و بر هیچ زنی نیز حلال نیست که به عورت خواهر خود بنگرد. بر اساس این روایات، آیه مورد استناد مربوط به نگاه است و شامل محل بحث نیست.

و در نتیجه گفت: بر مرد لازم است که از همه امور حرام، حتی تزریق اسپرمش در رحم زن بیگانه به وسیله دستگاه، خودداری نماید.

### - تقریب استناد به ذیل آیه

در پایان این آیات، چنین آمده است: «فمن ابتغی وراء ذلک فاولئک هم العادون»؛ در استناد به ذیل، به اطلاق عبارت «وراء ذلک» تمسک می‌شود؛ به این معنا که افرادی که غیر از طریق ازدواج و ملک یمین، شیوه دیگری را اراده کنند، از تجاوزکاران محسوب می‌شوند و روشن است که قرار دادن اسپرم مرد در رحم زن بیگانه از مصادیق «وراء ذلک» است (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۷، ص ۹۶). بدین ترتیب، این شکل از تلقیح مصنوعی که با اسپرم بیگانه انجام می‌شود، تحت شمول آیه خواهد بود و به اثبات می‌رسد که در اختیار قرار دادن نطفه مرد برای افرادی که می‌خواهند آن را به داخل رحم زن بیگانه تزریق نمایند، حرام است (جمعی از نویسندگان، ۱۴۲۸ق، ص ۱۱۷).

### - بررسی استناد به آیه

استناد به این آیه شریفه مورد خدشه است؛ چرا که مقصود از حفظ فرج در این آیه، به قرینه استثنای همسر و کنیز، حفظ آن از زناست و عبارت «ما وراء ذلک» نیز به بهره‌بری نامشروع به شیوه مقاربت جنسی با غیرهمسر و کنیز اشاره دارد؛ چرا که ارتباط مرد با همسر و کنیز خود به شیوه مقاربت و لمس می‌باشد نه به اشکال دیگر. لذا مقصود از «وراء

ذلک» نیز نزدیکی نامشروع از طریق شیوه‌های متعارف است (محسنی، ۱۴۲۶ق، ص ۸۹).

مناقشه: اگرچه در مورد ادخال نطفه اجنبی در رحم، عنوان زنا صادق نیست، در نگاه متشرعه و سیره ایشان، این عمل از جهاتی همانند زناست؛ زیرا در این گونه موارد، عرف متشرعه الغای خصوصیت می‌کند و برای دخول آلت مردانه، موضوعیتی قائل نیست؛ بلکه سبب نهی را مربوط به ورود اسپرم به رحم بدون پیوند ازدواج می‌داند؛ حتی اگر از این طریق فرزندی منعقد نشود (مکارم شیرازی، ۱۳۹۴، ص ۳۱).

پاسخ: اولاً وجود چنین سیره‌ای مشکوک بلکه منتفی است. ثانیاً از آنجا که تلقیح مصنوعی و انواع متنوع آن از موضوعات مستحدثه عصر کنونی است که با توجه به اقتضائات زمانه به

وجود آمده، می‌توان گفت دیدگاه متشرعه امروز هنگامی از حجیت برخوردار است که نظر وی متصل به عصر معصوم<sup>(ع)</sup> باشد. در غیر این صورت، بنای ایشان از اعتبار برخوردار نیست (مظفر، ۱۳۷۰، ج ۲، ص ۱۶۱) و حال آنکه این اتصال در مورد این سیره مشاهده نمی‌شود. البته در اخبار وارده، مسائلی مطرح شده که شبیه تلقیح مصنوعی است، مانند مساحقه که نطفه مرد اجنبی از طریق عملی حرام، وارد رحم زن شده است (صیمری بحرانی، بی تا، ج ۴، ص ۳۲۹). بنابراین تنها دلالتی که این احادیث دارند، نهی از شیوه‌های حرام ادخال منی به رحم است، اما اینکه نهادن اسپرم با روش تلقیح مصنوعی در مهبل زن نیز حرام باشد، از این اخبار استنباط نمی‌گردد؛ زیرا تمسک به روایات در این موارد، تمسک به عام در شبهه مصداقیه خواهد بود که مورد انکار اصولیون واقع شده است (مظفر، ۱۳۷۰، ص ۱۳۹).

### ۲-۳. روایات

روایاتی که برای عدم جواز باروری پزشکی بدان استدلال شده است، دو دسته می‌باشند.

#### دسته اول: روایات حرمت قرار دادن نطفه بیگانه در رحم

در روایتی امام صادق<sup>(ع)</sup> می‌فرماید: سخت‌ترین عذاب را در روز قیامت، آن مردی دارد که نطفه خود را در رحمی که بر وی حرام است، جای دهد (عاملی، بی تا، ص ۳۱۷) و نیز شیخ صدوق به صورت مرسله نقل می‌کند که پیامبر<sup>(ص)</sup> فرمود: آدمیزاد هیچ کاری (گناهی) نکرده که نزد خداوند تبارک و تعالی، سنگین‌تر از این باشد که پیامبری یا امامی را بگشاید یا کعبه را که خداوند قبله بندگان خود قرار داده است، ویران کند یا به حرام، آبش را در زحم زنی بریزد (حر عاملی، بی تا، ص ۳۱۸). در نقلی دیگر، اسحاق بن عمار نقل می‌نماید: به امام صادق<sup>(ع)</sup> عرض کردم: زنا زشت‌تر است یا شرب می و چرا شراب‌خواری سبب هشتاد تازیانه است، اما فجور صد تازیانه؟ حضرت فرمود: یا اسحاق! حد یکسان است؛ اما حد زنا به این دلیل بیشتر است که نطفه را ضایع می‌کند و از بین می‌برد و آن را در غیر مکانی که خداوند فرمان داده است، قرار می‌دهد (حر عاملی، بی تا، ص ۳۵۲). همچنین در روایتی دیگر، رسول خدا<sup>(ص)</sup> فرمود: هیچ گناهی نزد خدای تبارک و تعالی بعد از شرک، بزرگ‌تر از نطفه‌ای نیست که به حرام در رحم زنی که برایش حلال نیست، قرار داده شود (نوری، ۱۳۶۸، ص ۳۳۵). مطابق نقلی نیز،

رسول خدا<sup>(ص)</sup> در حدیثی فرمود: سخت‌ترین عذاب را در روز قیامت، کسی دارد که نطفه‌ای را در رحمی که بر وی حرام است، جای دهد (نوری، ۱۳۶۸، ص ۳۳۶).

### تقریب استناد به روایات دسته اول

اولاً مقصود از نطفه همان صورت ترکیب‌شده منی مرد و تخمک زن است (مؤمن، ۱۴۱۵ق، ص ۸۴) و لذا شامل مواردی که اسپرم مرد با تخمک زن آمیخته شود و در رحم بیگانه قرار گیرد نیز، می‌شود. ثانیاً استقرار نطفه در رحم زن بیگانه که محکوم به شدت عذاب است، اطلاق دارد و مواردی را که استقرار نطفه با دستگاه‌های آزمایشگاهی نیز صورت می‌پذیرد، در بر می‌گیرد (قزوینی، ۱۳۸۷). به عبارت دیگر، فرض روایت تنها شامل زنا و مقاربت نیست؛ بلکه ملاک حرمت و معصیت قرار دادن نطفه در رحم بیگانه است و لذا گستره روایت فوق، انواع و صور تلقیح مصنوعی را در بر گرفته، بر حرمت این عمل دلالت می‌کند. قائلین به حرمت تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه، به فقره «أفرغ ماء فی امرأه حراماً» استناد نموده‌اند. این عده می‌گویند: واژه «أفرغ» در خبر، مطلق است و هر نوع ورود اسپرم مرد بیگانه به رحم زن را شامل می‌شود؛ خواه به نحو مقاربت باشد و خواه با دستگاه‌های آزمایشگاهی این عمل انجام پذیرد (ری‌شهری، ۱۳۹۸).

### ارزیابی استناد به روایات دسته اول

اولاً از نظر برخی صاحب‌نظران در قرآن، کلمه «نطفه» با «أمشاج» به معنای ترکیب‌شده، توصیف شده است: ﴿مِنْ نُّطْفَةٍ أَمْشَاجٍ﴾ (انسان، ۲). لذا این کلمه به منی، قبل از تلقیح اطلاق می‌شود نه پس از آن. در همین روایت نیز، «نطفه» به «مرد» استناد داده شده است؛ همان‌طور که در عبارت آمده است: رَجُلًا أقرَّ نُطْفَتَهُ و درک عرف از این کلمات، تلقیح و حاصل از اسپرم و تخمک زن و مرد نیست (ری‌شهری، ۹۸).

ثانیاً در روایات فوق‌الذکر، استقرار به مرد نسبت داده شده است و لذا اگر اطلاق خبر را هم بپذیریم و آن را به مباشرت و مقاربت مقید نماییم، همچنان نمی‌توان در رابطه با مواردی که مرد اطلاعی از انجام این عملیات ندارد یا در موردی که خود زن یا خانوم دیگری به انجام این

عمل مبادرت نموده است، معتقد به اطلاق روایت شد و آن را پذیرفت (همان‌جا).  
 ثالثاً احتمال دارد روایت برای استقرار ناشی از آمیزش و مقاربت، خصوصیتی قائل باشد و این فرض میان گوینده و مخاطب مفروغ واقع شده است و همین احتمال اگرچه در حد ظهور نباشد، سبب می‌گردد نتوانیم اطلاق و معیار کلی از این روایت استنباط نماییم (جمعی از نویسندگان، ۱۴۲۸ق، ج ۳، ص ۱۲۱)؛ چرا که این احتمال سبب منتفی شدن ظن مخاطب نسبت به ظهور اطلاق کلام است و آن را از حجیت ساقط می‌نماید (مظفر، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۴۹۵) و اساساً عرف از عبارت یادشده، چنین اطلاقی را درک نمی‌کند و همان افراغ به نحو معمول و از طریق وطی را برداشت می‌نماید.

رابعاً در برخی روایات مذکور، افراغ مقید به قید «حراماً» شده و با وجود این قید نمی‌توان تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه را منهی و حرام دانست؛ زیرا حرمت چنین عملی مشکوک است و نمی‌توان با تمسک به این روایت؛ حرمت آن را اثبات نمود؛ چرا که تمسک به روایت برای اثبات حرمت، تمسک به عام در شبهه مصداقیه خواهد بود که مورد پذیرش علمای اصول نیست (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۷، ص ۸۲).

### دسته دوم: روایات حکمت زنا

از جمله ادله‌ای که در مقام استدلال بر حرمت باروری پزشکی بدان استناد شده، روایاتی است که حکمت تحریم زنا را بیان کرده‌اند. در زیر به دو نمونه از آنها اشاره می‌گردد.  
 ابومنصور طبرسی به صورت مرسل از امام صادق<sup>(ع)</sup> نقل کرده است: شخص زندیقی از ایشان پرسید: چرا خدا فجور را حرام کرده است؟ حضرت<sup>(ع)</sup> فرمود: چون سبب فساد و نابودی ارث و میراث و گسستگی نسل است. در فحشا، زن آگاه نیست که چه شخصی او را حامله کرده است و فرزند نمی‌داند پدرش کیست؛ نه نسب‌ها پیوسته است و نه خویشاوندی‌ها معلوم است (حر عاملی، بی‌تا، ص ۳۳۲).

نیز «محمد بن سنان» از امام رضا<sup>(ع)</sup> طبق نامه‌ای که در جواب سؤالاتش دریافت کرده بود، روایت کرده است که فرمود: خداوند زنا را به خاطر مفاسدی که در بر دارد، مانند قتل نفس

(سقط جنین)، از بین رفتن و مخدوش شدن اصل و نسب، ترک تربیت کودکان، تباه شدن موضوع ارث و میراث و ...، حرام نموده است (حر عاملی، بی تا، ص ۳۱۱).  
 برخی از مفاسد و مشکلاتی که در این روایات برای تحریم زنا برشمرده شده است، در تلقیح مصنوعی نیز وجود دارد؛ مثلاً «فساد الموارث» یا نامعلوم بودن پدر در صورتی که معلوم نباشد منی متعلق به کیست، خصوصاً در مواردی که اسپرم مرد از بانک اسپرم گرفته می شود و اصلاً معلوم نیست پدر این فرزند کیست. بنابراین تلقیح مصنوعی نیز مطابق این حدیث و علت حرمت فحشا که در آن به صراحت آمده است، دارای حرمت خواهد بود (مؤمن قمی، ۱۴۱۵ق، ص ۸۷).

#### ارزیابی استناد به روایات دسته دوم

به نظر، استناد به روایات فوق نیز صحیح نیست؛ زیرا اولاً ممکن است هر یک از این موارد به تنهایی علت تحریم نباشد؛ بلکه مجموع آنها علت باشد؛ چرا که در روایت دوم، عبارت «ما اشبه ذلک» آمده بود (ری شهری، ۱۳۹۸). ثانیاً این موارد، حکمت هستند نه علت تامه؛ زیرا مثلاً قتل نفس در بسیاری از موارد زنا وجود ندارد. ثالثاً حکمت در صورتی می تواند حکم را تعمیم دهد که در واقع، همه مصالح را بیان کرده باشد و با توجه به اینکه احراز این معنا ممکن نیست، حکم تحریم را نمی توان به مورد بحث تعمیم داد (جمعی از نویسندگان، ۱۴۲۸ق، ص ۱۲۹).

#### د. تزریق اسپرم بعد از وفات

از دیگر مناقشاتی که در تشکیل بانک اسپرم وجود دارد، ذخیره سازی اسپرم شخص و بهره گیری از آن برای باروری همسرش بعد از وفات وی می باشد. اندوختن اسپرم و انجماد آن در زمان حیات و هنگام وجود علقه زوجیت و بهره گیری از آن برای آبستنی زن پس از وفات صاحب اسپرم جایز نیست؛ چرا که رابطه زوجیت میان صاحب اسپرم و همسر او با وفات یکی از طرفین عقد، از بین می رود (حکیم، بی تا، ج ۴، ص ۸۵؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۶۴) و با نبود هیچ گونه رابطه محرمیتی میان دو طرف، تزریق اسپرم شوهر سابق در رحم زن جایز نخواهد بود (طباطبایی سید حکیم، ۱۴۲۰ق، ص ۵۰، فضل الله، ۱۴۱۶ق، ص ۲۷۰).

پاسخ: انقطاع زوجیت با وفات یکی از طرفین عقد حکمی است که در آن، دو دیدگاه کلی وجود دارد. برخی از فقها همچون سید محسن حکیم (بی تا، ص ۸۵) قائل به نفی رابطه زوجیت و برخی مانند صاحب جواهر (نجفی، ۱۳۹۲، ج ۴، ص ۵۳) و مرحوم خوئی (به نقل از غروی، ۱۳۷۷، ص ۱۲۲) تصریح به بقای زوجیت بعد از وفات یکی از طرفین عقد نموده‌اند. لذا نمی‌توان به استناد حکمی که مورد اختلاف فقهاست، از شکل‌گیری بانک اسپرم که منافع بسیاری را در عصر کنونی به همراه دارد، ممانعت نمود.

### یافته‌های پژوهش

مواجهه فقیه با تشکیل و فعالیت بانک‌های اسپرم سبب برانگیخته شدن مناقشات فقهی فراوانی گردیده است؛ از جمله آنکه خرید و فروش اسپرم به جهت نجاست، عدم مالیت، نداشتن منفعت محلله و نیز از آن جهت که از فضولات انسانی است، قابلیت بیع را ندارد و اخذ ثمن در مقابل آن حرام می‌باشد. علاوه بر این، اهدای اسپرم بیگانه به زوج‌های نابارور موجب تزییع حق هویت و از بین رفتن نسب کودکان متولد از این اسپرم‌هاست؛ همان‌طور که ذخیره‌سازی اسپرم و تزریق آن به رحم بیگانه یا تزریق آن به رحم همسر بعد از وفات صاحب اسپرم، با اصول و قواعد حاکم در فقه شیعه سازگاری ندارد.

در پاسخ به ایرادات فوق باید گفت که اولاً مجرد اینکه مبیع از اعیان نجس باشد، سبب فساد دادوستد نیست و نجاست به‌خودی‌خود مانع صحت معامله نمی‌گردد؛ بلکه صحت آن دایر مدار وجود منفعت عقلایی محلل است. ثانیاً حکم شارع به نجاست برخی اشیا ملازم با خروج آنها از مالیت عرفیه نیست؛ همان‌طور که اعتبار مالیت به ارزش آن نزد تمام عقلا نیست، بلکه مالیت آن نزد متبایعین سبب اعتبار و صحت معامله است. ثالثاً برخی استفاده از اسپرم را برای تزریق در رحم زن بیگانه جایز می‌شمارند. در چنین حالتی و با فرض منفعت محلله عقلایی، خرید و فروش آن برای هر یک از زوجین جایز است. رابعاً صرف اینکه منی از فضولات بدن انسان محسوب می‌شود، مانع از مالکیت آن توسط صاحبش نمی‌شود و اگر مالکیت انسان نسبت به این امور پذیرفته نشود، لاقلاً یک نحوه اختصاصی برای آن ثابت است و انسان با



رفع ید از حق اختصاص خود، می‌تواند در قبال آن ثمن دریافت کند. خامساً در استفاده از روش‌های کمک باروری که مشخصات فردی شخص اهداکننده اسپرم بسیار سخت‌گیرانه ثبت می‌شود، احتمال اشتباه شدن نسب و هویت شخص به‌لحاظ انتساب به پدر، بسیار پایین یا شاید غیرمحقق در خارج باشد و حتی در فرض بروز اشتباه و معلوم نبودن پدر و مشتبه شدن آن میان چند فرد، آزمایش‌های دقیق ژنتیکی معلوم‌کننده هویت کودک خواهد بود. سادساً تمامی مستندات فقهایی که تزریق اسپرم بیگانه در رحم زن را جایز ندانسته‌اند، مخدوش است و قابل استناد نمی‌باشد. سابقاً در مورد تزریق اسپرم به رحم همسر بعد از وفات صاحب اسپرم، دو دیدگاه کلی وجود دارد که به تصریح برخی فقها، انجام این عمل جایز می‌باشد. لذا نمی‌توان به استناد حکمی که مورد اختلاف فقهاست، از شکل‌گیری بانک اسپرم که منافع بسیاری را در عصر کنونی به همراه دارد، ممانعت کرد.

#### منابع

- آسا، الهام؛ احمدی، رحیم؛ محمودی، مینو و محمدنیا، عبدالرضا (۱۳۹۹). «بررسی اثرات آسیب‌زای فرایند انجماد بر ویژگی‌های عملکردی و مولکولی اسپرم مردان نابارور دچار آستنوتراتوزواسپریمیا». *مجله دانشگاه علوم پزشکی قم*، ۱۴(۳)، ص ۶۴-۷۳.
- آقابابایی، اسماعیل (۱۳۸۵). *پیوند اعضا از بیماران فوت‌شده و مرگ مغزی*. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- ابراهیمی، حبیب (۱۳۹۹). «اسپرم اهدایی؛ درصد موفقیت، روش انتقال و شرایط». مندرج در سایت رادینا سلامت به نشانی <https://raadinahealth.com/fa/blog/using-a-sperm-donor>
- ابن زهره، حمزه بن علی (۱۷۴۱ق). *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*. قم: مؤسسه الامام الصادق(ع).
- ابن عابدین، محمدامین (۱۴۲۳ق). *حاشیه ردالمحتار علی الدر المختار*. ریاض: دار عالم الکتب.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد (۱۳۸۸ق). *مغنی*. قاهره: مکتبه القاهره.
- ابن مبارک، عبدالله (بی‌تا). *نظریه الضروره الشرعیه*. بی‌جا: بی‌نا.
- ابوحنیفه اندلسی، محمد بن یوسف (۱۴۲۰ق). *البحر المحیط فی تفسیر القرآن*. بیروت: دار الفکر.
- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۳۷۹). *مجمع الفائده و البرهان*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۳۷۵). *کتاب المتاجر*. تبریز: بی‌نا.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۲). *مکاسب محرمه، جلد ۱ و ۲*. قم: دار الحکمه.

- \_\_\_\_\_ (بی تا). کتاب النکاح. قم: تراث الشيخ الأعظم.
- ایروانی، علی (۱۳۸۴). حاشیه المکاسب. تهران: کیا.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق). *حداثق الناصره*. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- الجزیری، عبدالرحمان (۱۴۲۴ق). *الفقه علی المذاهب الأربعة*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- جمعی از نویسندگان (۱۴۲۸ق). *حاشیه موسوعه احکام الاطفال و ادکتها، جلد ۳*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار<sup>(ع)</sup>.
- حر عاملی، محمد بن الحسن (بی تا). *وسائل الشیعه*. قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام لإحیاء التراث.
- حسنی شیرازی، سید محمد (بی تا). *المسائل الاسلامیه*. انتشارات مؤسسه فکر اسلامی.
- حسینی عاملی، محمد بن جواد (بی تا). *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- حکیم، محسن (بی تا). *نهج الفقاهه* قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
- \_\_\_\_\_ (بی تا). *مستمک العروه الوثقی، جلد ۴*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- \_\_\_\_\_ (بی تا). *منهاج الصالحین*. تعلیق سید محمدباقر صدر. بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
- حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ق). *نهایه الاحکام*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- حلّی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خامنه‌ای، سید علی (۱۴۰۰). *اجوبه الإستفتائات*. تهران: انتشارات انقلاب اسلامی.
- خزائی، احمدرضا (۱۴۰۰). «مبانی معامله خون در اندیشه فقهای امامیه». *فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی*، ۱۷(۶۸)، ص ۱۵۸-۱۴۲.
- خویی، ابوالقاسم (۱۳۷۵). *مصباح الفقاهه*، جلد ۱ و ۲. قم: مؤسسه انصاریان.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۰). *معجم الرجال*، جلد ۱۳. قم: مرکز نشر الثقافه الاسلامیه فی العالم.
- \_\_\_\_\_ (بی تا). *منهاج الصالحین*. مؤسسه الخوئی الإسلامیه.
- رضایی، حلیمه (۱۳۹۹). «نگاهی گذرا بر ناباروری و شیوه‌های نوین درمان». *فصلنامه آزمایشگاه و تشخیص*، ۱۲(۴)، ص ۵۳-۴۶.
- روحانی، سید صادق (۱۳۹۲). *فقه الصادق(ع)*. قم: آیین دانش.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۴ق). *المسائل المستحلته*. قم: مؤسسه دار الکتاب.
- زین‌الدین، محمدامین (بی تا). *کلمه التقوی*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- سمرقندی، نصر بن محمد (۱۴۱۶ق). *تفسیر بحر العلوم*. بیروت: بی جا.
- سایت دکتر سوشا (۱۴۰۱). «اهدای اسپرم: نحوه اهدای اسپرم از ابتدا تا انتها». *مجله اینترنتی پزشکی و سلامت*، مندرج در سایت <https://www.drsosha.com>

- سيستاني، سيد علي (۱۴۳۱ق). الفتاوى الميسره. قم: دار الزهراء(س).
- سيوطي، عبدالرحمان بن ابي بكر (۱۴۲۹ق). الجامع الصغير في احاديث البشير النذير. بيروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع.
- شافعي پور، ايوب (۱۳۹۶). «مطالعة تطبيقية بيع اسپرم در فقه مذاهب اسلامي». مباني فقهية حقوق اسلامي، ۱۰(۱۹)، ص ۹۶۷-۹۴۱.
- صافي گلپايگاني، لطف الله (۱۴۱۴ق). توضيح المسائل. قم: القرآن الكريم.
- صيمري بحراني، مفلح (بي تا). غايه المرام. قم: دار الهادي.
- طباطبائي، سيد تقى (بي تا). مباني منهاج الصالحين. قم: منشورات قلم الشرق.
- طباطبائي سيد حكيم، محمد سعيد (۱۴۲۰ق). فقه الاستنساخ البشري و فتاوى الطبيه. بي جا: بي نا.
- طباطبائي يزدي، محمد كاظم (۱۴۲۰ق). حاشيه المكاسب. قم: مؤسسه اسماعيليان.
- طبرسي، فضل بن حسن (۱۴۱۵ق). مجمع البيان. بيروت: مؤسسه الأعلمي للمطبوعات.
- طوسي، محمد بن حسن (بي تا). التبيان في تفسير القرآن. بيروت: احياء التراث العربي.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۷ق). المبسوط. قم: المكتبه المرتضويه لإحياء الآثار الجعفريه.
- \_\_\_\_\_ (بي تا). الخلاف. مؤسسه النشر الإسلامى.
- عاملى (شهيد ثاني)، زين الدين بن علي (۱۴۱۹ق). مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام. قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه.
- عذارى، سعيد كاظم (۱۳۸۸). التلقيح الصناعى بين العلم و الشريعه. قم: مركز بين المللى ترجمه و نشر المصطفى.
- علم الهدى، سيد مرتضى (۱۴۱۵ق). الانتصار. قم: انتشارات اسلامى.
- غروى، على (۱۳۷۷). التلقيح في شرح العروه الوثقى، جلد ۸. قم: مؤسسه احياء آثار امام خويى.
- فاضل، محمد جواد (۱۳۸۷). بررسى فقهية تلقيح مصنوعى. قم: مركز فقهية ائمه اطهار(ع).
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۶). مكاسب محرمة، جلد ۲. قم: مركز فقهية ائمه اطهار(ع).
- فاضل لنكراني، محمد (۱۳۸۳). جامع المسائل، جلد ۱. قم: امير.
- فضل الله، محمد حسين (۱۴۱۶ق). المسائل الفقيهيه. بيروت: دار الاعتصام.
- فيض كاشاني، ملا محسن (۱۴۱۶ق). تفسير الصافى. قم: مؤسسه الهادى.
- قاننى، محمد (۱۴۳۰ق). المبسوط مسائل طبيه، جلد ۱. قم: مركز فقهية ائمه اطهار(ع).
- قزوينى، سيد علي (۱۳۷۴). «آثار حقوقى تلقيح مصنوعى». نشریه نامه مفيد، ۱(۳)، ص ۱۶۵-۱۹۶.

- قلمیری، نادر، تأثیر درمان سرطان بر باروری مردان، ترجمه مقاله از انجمن سرطان آمریکا: <https://cnin.ir/Cancer-Treatment.aspx?302>
- قمی، علی بن ابراهیم (۱۴۰۴ق). تفسیر قمی، جلد ۲. قم: دارالکتاب.
- کاسانی، ابوبکر بن مسعود (۱۴۰۶ق). بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع. قم: دارالکتب العلمیه.
- گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۰۹ق). مجمع المسائل. قم: دارالقرآن الکریم.
- مامقانی، محمدحسن (بی تا). غایه الآمال فی شرح کتاب مکاسب. قم: مجمع الذخائر الإسلامیه.
- مجلسی، محمدباقر (۱۳۸۶). بحار الانوار. تهران: اسلامیه.
- محسنی، محمدآصف (۱۴۲۶ق). الفقه و المسائل الطبیه. قم: بوستان کتاب.
- \_\_\_\_\_ (بی تا). الفقه و المسائل الطبیه. تهران: یاران.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق). قواعد فقهیه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- جمیل، محمد بن مبارک (بی تا). نظریه الضروره الشرعیه، بیروت: دارالوفاء للطباعه و النشر.
- مرتضوی، محسن و نوروزی، مجتبی (۱۳۹۸). «نگهداری اسپرم و بهره برداری از آن در فقه امامیه». مجله فقه پزشکی، ۱۱ (۳۸ و ۳۹)، ص ۲۰-۷.
- مشهدی، میرزا محمد (۱۳۶۷). کنز الدقائق. وزاره الثقافه و الإرشاد الإسلامی. تهران: مؤسسه الطبع و النشر.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۷۰). اصول الفقه. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- معینی فر، محدثه (۱۳۹۱). «بررسی حق کودک بر هویت در اسلام و اسناد بین المللی». نشریه فقه و حقوق خانواده، ۱۷ (۵۶)، ص ۱۱۷-۱۴۲.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۴). مشکلات مهم تلقیح مصنوعی. قم: انتشارات امام علی بن ابی طالب (ع).
- مکی (شهید اول)، محمد (۱۴۱۱ق). اللعه الدمشقیه. به کوشش علی کورانی. قم: بی نا.
- موسوی خمینی، روح الله (۱۳۶۸). تحریر الوسیله، جلد ۱. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۷۳). مکاسب. جلد ۱. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۱). توضیح المسائل. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۲۱ق). کتاب البیع، جلد ۳. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- منتظری، حسینعلی (۱۴۱۵ق). دراسات فی مکاسب. قم: تفکر.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۱). توضیح المسائل. تهران: انتشارات سرایی.
- موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۰۹ق). مجمع المسائل. قم: دارالقرآن الکریم.
- مؤمن، محمد (۱۴۱۵ق). کلمات سدیده فی مسائل جدیده. قم: جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه.
- نایب زاده، عباس (۱۳۸۰). بررسی حقوقی روش های نوین باروری مصنوعی. تهران: مجله.

- نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳). منیه الطالب، جلد ۱. تهران: المكتبة المحمدیه.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۹۲). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۲. تهران: اسلامیه.
- نصر اصفهانی، محمدحسین (۱۳۹۶). «تازه‌های فریز اسپرم انسانی در درمان ناباروری». نشریه سلول و بافت، ۸(۴)، ص ۳۳۲-۳۵۳.
- نوری، حسین (۱۳۶۸). مستدرک الوسائل، جلد ۱۴. قم: مؤسسه آل‌البیت(ع).
- نیکزاد، عباس (۱۳۸۴). «بررسی احکام تکلیفی اهدای گامت». مجله علوم پزشکی بابل، ۸(۵)، ص ۱۱۱-۱۱۹.
- وحید خراسانی، حسین (۱۴۲۱ق). توضیح المسائل. قم: مدرسه باقرالعلوم علیه‌السلام.
- یزدی، محمد (۱۳۷۷). ثلاث رسائل فقهیه. قم: پیام مهدی.



## بررسی حقوق مالی زن و مرد در پر تو فقه پویا

خلیل اله احمدوند<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۰۶

لیلا آزادمنش<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۱۲

DOI: 10.30497/FLJ.2023.243636.1830



### چکیده

بسیاری از حقوق و تکالیف، پیش از اسلام وجود داشته و شارع بر مصلحت وجودی آنها صحه نهاده است. حقوق مالی زن و مرد نیز از جمله مواردی است که آن را شارع امضا کرده و برای هر یک، حد و حدودی تعیین و احکامی صادر نموده است. از آنجایی که احکام تابع مصالح و مفاسد هستند و این موارد نیز بر موضوعات تعلق می‌گیرند، شرایط زمانی و مکانی و شیوه‌های زندگی بر تغییرات آنها تأثیرگذارند و امکان تبدیل در احکام را ایجاد می‌نمایند. مواردی از حقوق مالی زن و مرد که در این مقاله بررسی شده‌اند، عبارت‌اند از: مباحث دیه، مهریه، نفقه و اذن در تصرفات مالی. در این پژوهش، سعی بر این است تا با روش توصیفی-تحلیلی، به بررسی احکام شرعی مربوط به حقوق مالی زن و مرد پرداخته شود؛ اینکه حقوق مالی زن و مرد تبعیدی یا تابع متغیرهای عارضی‌اند، اینکه تأثیر شرایط زمان و مکان در حقوق مالی زنان چگونه است و اینکه آیا حقوق مالی زن و مرد در اسلام با مصلحت امروزه زنان سازگارند، به‌نحوی که با عدالت سازگارتر و موجب حمایت بیشتر از حقوق زنان گردد. با نتایجی که از این پژوهش حاصل می‌گردد، می‌توان احکامی مبنی بر برابری برخورداری از حقوق مالی را برای زنان در نظر گرفت؛ از جمله تساوی در میزان دیه بر نفس و اعضا، برخورداری از نفقه متناسب با شأن و منزلت زن با توجه به پیشرفت‌های زندگی امروزی، عدم پرداخت مازاد بر مهریه در طلاق خلع و همچنین عدم شرط اذن در تصرفات مالی با توجه به استقلال مالی که زنان در عصر امروز دارند.

### کلیدواژه‌ها

حقوق مالی زن و مرد، نفقه، مهریه، دیه، فقه پویا.

۱. (نویسنده مسئول) استادیار گروه الهیات دانشگاه رازی، کرمانشاه، ایران. ahmadvand@razi.ac.ir

۲. دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه رازی، کرمانشاه، ایران.

Leila.azadmanesh98@gmail.com

## مقدمه

حق به معنای «ثبوت چیزی بر عهده دیگری» آمده است. اصولاً تعریف حق بدون اثبات تکلیف و تعهد امکان‌پذیر نیست (عمید زنجانی، ۱۳۸۴، ص ۷)؛ یعنی هر شخص علاوه بر اینکه می‌تواند از حقوق و امتیازات در نظر گرفته شده در اجتماع استفاده کند، در مقابل دیگران نیز، وظایف و تکالیف متقابل دارد. زن و شوهر با قرارداد ازدواج، حقوق و تکالیف مختلفی نسبت به یکدیگر پیدا می‌کنند. در حقوق اسلام و ایران، اصل استقلال مالی زوجین مبنای روابط مالی زوجین است و هر یک از زن و شوهر در اکتساب و تصرف اموال خود استقلال کامل دارد. حقوق و وظایف متقابل زوجین از اموری است که دین مبین اسلام برای تحکیم خانواده و رشد و بالندگی آن وضع نموده است.

دیدگاه‌های جدید برخی فقها در زمینه حقوق زنان، نشان‌دهنده آن است که احکام شرعی می‌تواند متأثر از برخی متغیرها، در طول زمان بازنگری شود. به‌عنوان مثال، می‌توان به فتوای آیت‌الله مکارم شیرازی ناظر به جواز تحصیل زنان بدون رعایت حجاب اسلامی در دانشگاه‌های غیراسلامی اشاره نمود. البته این نظر و فتوا مربوط به مقام ضرورت است که شاید نتوان از آن در موارد غیرضرورت استفاده کرد، ولی نشان‌دهنده آن است که احکام شریعت قابل توسعه هستند و تمام جوانب زندگی انسان را مورد شمول و تعمیم قرار می‌دهند. در این فتوا آمده است:

«با توجه به اینکه اگر دختران مسلمان و متدین دروس عالی را نخوانند، تنها افراد بی‌بندوبار و لامذهب پست‌های مهم را اشغال می‌کنند، به افراد متدین اجازه داده می‌شود که حجاب را در خصوص مواردی که ضرورت دارد، رعایت نکنند؛ ولی در غیر موارد، حتماً مراعات نمایند»<sup>۱</sup> ایشان در توضیح بیشتر می‌فرمایند:

«شک نیست که حجاب بانوان در اسلام، از ضروریات این دین مبین است و حتی غیرمسلمانان نیز می‌دانند که این مسئله از احکام مسلم اسلام است و لذا در بسیاری از موارد،

1. <https://makarem.ir/main.aspx?typeinfo=21&lid=0&catid=46793&mid=261835>



خود را ملزم می‌بینند که با آن کنار بیایند. البته هر حکمی می‌تواند در مقام ضرورت، استثنایی داشته باشد؛ مثلاً اگر بانویی بیمار شد و پزشک همجنس حضور نداشت، ضرورت اقتضا می‌کند که به پزشک غیرهمجنس مراجعه کند و معاینات او ممکن است بدون ترک حجاب، میسر نشود. در چنین موردی از باب ضرورت و به مقدار ضرورت، اجازه کشف حجاب به آن بانوی مسلمان داده می‌شود و همچنین در مورد تحصیلات لازم، که اگر نداشته باشد، با مشکلات مهمی (خودش یا جامعه اسلامی) مواجه می‌شود، به‌عنوان ضرورت، اجازه ترک حجاب داده می‌شود، آن هم به مقدار ضرورت؛ یعنی در خصوص آنجا که الزام قطعی بر ترک حجاب است، تا محل درس با حجاب می‌رود و در محوطه درس که الزام به ترک حجاب است، ترک می‌کند و در بازگشت، بلافاصله حجاب را حفظ می‌کند»<sup>۱</sup>.

فتوای آیت‌الله مکارم شیرازی از باب ضرورت است نه در شرایط عادی و غیرضرورت. همچنین می‌توان به فتوای آیت‌الله مکارم شیرازی ناظر به صحت عقد باکره رشیده در سن مشخصی بدون اذن ولی اشاره نمود.<sup>۲</sup> این موارد اهمیت بازنگری در احکام با توجه به تأثیر متغیرها بر زندگی کنونی را نشان می‌دهد.

دو مثال فوق بنابر حالت ضرورت و بیانگر حکم اضطراری‌اند؛ اما در ارتباط با نمونه‌هایی که بیانگر حکم واقعی و اولیه است، می‌توان به دیدگاه‌های فقهای معاصر و متقدم اشاره داشت که به‌طور متیقن، اکثریت قائل به تصرف مستقل زنان در اموال خویش (به‌استثنای نذر) هستند. برای نمونه، می‌توان به موارد ذیل استناد نمود:

محقق قمی پیرامون جواز تصرف زن در اموال خویش قائل است که «زن آزاد است و شخص آزاد مالک منافع خود است» (قمی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۴۶۲). همچنین آیت‌الله خوئی چنین عنوان نموده است: «لأنَّ عِدَّةَ مِنْ مَذْكَورَاتٍ لَا اشْكَالَ فِي عَدَمِ تَوْفُّقِهَا عَلَى اِذْنِ الزَّوْجِ كَالصَّدَقَةِ مِنْ مَالِهَا وَنَحْوِ ذَلِكَ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ فِي اَمْوَالِهَا الشَّخْصِيَّةِ وَكَمْ يَلْتَزِمُ اِحْتِبَارُ اِذْنِ الزَّوْجِ فِي صِحَّةِ

1. <https://makarem.ir/main.aspx?typeinfo=4&lid=0&mid=3942721>

۲. سایت استفتانات معظم له به نشانی [www.makarem.ir](http://www.makarem.ir)

*التصرف*) (خویی، بی تا، ج ۱، ص ۳۷۵ و ۳۷۶)؛ از نظر ایشان، تا کنون احدی در اموری که ذکر گردید، قائل به اذن زوج نبوده و بدان فتوا نداده است. صاحب حدائق نیز مطلب فوق را تصریح نموده است (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۴، ص ۲۰۰). نتیجه استفتا از اغلب فقهای معاصر نیز، جواز تصرف زن در حقوق مالی است (روح‌بخش و امینی، ۱۳۹۹، ص ۷۹ و ۸۰).

با توجه به اهمیت نقش زنان در جامعه و شبهاتی که در زمینه حقوق زن و مرد مطرح می‌شود، این پژوهش در صدد است تا با روش توصیفی-تحلیلی، به بررسی احکام شرعی مربوط به حقوق مالی زن و مرد بپردازد. در این پژوهش به‌طور خاص حقوق مالی نفقه، دیه، مهریه، اذن در نذر و تصرفات مالی مورد واکاوی فقهی قرار خواهد گرفت. در این پژوهش، ابتدا متغیرهای مؤثر بر حقوق مالی زن و مرد تبیین می‌شود، سپس مروری بر پژوهش‌های انجام‌شده در زمینه مسأله پژوهش صورت می‌گیرد، حقوق مالی زن و مرد در دیه، فدیه (مهریه)، نفقه و اذن در تصرفات مالی مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد و در نهایت، نتایج تحلیل ارائه می‌شود.

### ۱. مبانی نظری و پیشینه پژوهش

#### ۱-۱. متغیرهای مؤثر بر حقوق مالی زن و مرد

برخی متغیرها در طول زمان می‌توانند بر حقوق مالی زن و مرد تأثیر بگذارند که در ادامه، بدان‌ها اشاره می‌گردد. بعد از ذکر متغیرهای مؤثر در احکام، به تأثیر متغیرها بر حقوق مالی زن و مرد پرداخته می‌شود. با توجه به اینکه نظرات مختلف و متفاوتی در رابطه با هر یک از حقوق وجود دارد، آن دسته از نظرات بیان می‌شوند که طبق بررسی‌ها با متغیرهای مقتضیات زمان و مکان، سبک زندگی و مصلحت ارتباط مستقیم دارند.

#### الف. مقتضیات زمان و مکان

جایی که از زمان صحبت می‌کنیم، مراد ما دگرگونی است که در تمامی ابعاد زندگی اجتماعی و در یک مقطع خاص از زمان و تحت تأثیر عواملی، در فقه راه یافته و می‌یابد و انگیزه اصلی این دگرگونی در فقه این است که هر پرسشی که در جامعه و در آن برهه از زمان مطرح می‌شود، باید پاسخ مناسب خود را دریافت کند. مکان نیز در این راستا نقش

بسزایی دارد. مکان در واقع، همان جایی است که انسان‌ها در آن زندگی می‌کنند و این محیط همواره در دگرگونی فقه اثر داشته است. به همین دلیل است که فقه مدینه تحت تأثیر خاستگاه خود، رنگ ویژه‌ای به خود می‌گیرد؛ چنان‌که وقتی فقه شیعه از قم به بغداد انتقال یافت، در محیط جدید با چارچوب نو و تحت تأثیر فرهنگ و آداب جدید بر اثر نیازها و خواسته‌های دیگر، رنگ تازه‌ای به خود گرفت (فیض، ۱۳۷۴، ص ۱۲۴ و ۱۲۵).

احکام الهی در یک تقسیم‌بندی کلی، به دو بخش عبادات و معاملات تقسیم می‌شوند. قسمت عبادات رابطه انسان و خدا را شامل می‌شود و موضوعاً و حکماً تغییرپذیر نیست. نماز، روزه، حج و دیگر عبادات اسلامی برای همه کس و در هر وقت، واجب‌اند و این احکام ثابت هستند و با تحولات حیات بشری، دچار دگرگونی نمی‌شوند. اصل در تکلیف و مشروعیت یک عبادت بایستی از جانب شارع رسیده باشد و بنابراین گذشت زمان و تحولاتی که در زندگی انسان روی می‌دهد، تأثیری در روند عبادات ندارد. اما دگرگونی‌های بشر در بخش معاملات، مؤثرند و می‌توانند این دسته از احکام را که مربوط به نظام زندگی و جامعه هستند، تغییر دهند؛ چرا که اولاً در باب معاملات، تعیین موضوع با عرف است و ثانیاً بیشتر مصادیق معاملات، امضایی است نه تأسیسی؛ به این معنی که قبل از ظهور اسلام، بین مردم وجود داشته‌اند و اسلام آنها را به همان صورت تأیید کرده است. لذا از مقتضیات زمانی و مکانی متأثر می‌شوند (معرفت، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۳۲۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۴۲۷).

#### **ب. سبک زندگی**

تغییر و تحول در شرایط زندگی و مناسبات اجتماعی می‌تواند عاملی در تغییر حکم باشد؛ زیرا احکام به مصالح و مفاسد افعال نسبت داده می‌شوند و ممکن است که حکمی خاص در زمان و مکانی برای افرادی به گونه‌ای و در زمان و مکان دیگر به گونه‌ای دیگر باشد (جمعی از مؤلفان، بی‌تا، ج ۴۳، ص ۶۸-۷۳). شهید اول در کتاب خود می‌نویسد: جایز است که با دگرگون شدن عادت‌ها در جوامع، احکام هم دگرگون شوند. همان‌طوری که ما این دگرگونی را در پول‌های رایج در زمان‌های مختلف و یا تغییر وزنه‌های لندازه‌گیری می‌بینیم، این دگرگونی در هزینه‌ها و مخارج همسران و خویشاوندان نیز وجود دارد و تابع عادت‌ها و روش‌های زمانی

است که در آن قرار داریم و در واقع، از عرف همان مکان و زمان پیروی می‌کند. به همین صورت، تصرف در اشیایی که به عاریه گرفته می‌شود، به‌حسب زمان و مکان، تفاوت پیدا می‌کند. تغییر و تحول عادات در زمان‌های مختلف، موردی را که زوج مالی به زوجه می‌پردازد نیز، شامل می‌گردد (علوی، ۱۳۸۱، ص ۱۴۴ و ۱۴۵).

تأثیری که شرایط اجتماعی می‌تواند بر احکام داشته باشد، در نظرات فقیهان قابل مشاهده است. محقق اردبیلی در کتاب *مجمع‌الفوائد* می‌گوید: هیچ حکمی کلی نیست؛ بلکه احکام با توجه به مشخصات، شرایط، زمان‌ها، مکان‌ها و افراد متفاوت است و تفاوت فقها با دیگران از همین طریق آشکار می‌شود که آنها این اختلافات را استخراج نموده، آنها را بر مصادیق شرعی تطبیق می‌دهند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۴۳۶). امام خمینی<sup>(ره)</sup> می‌فرماید: «من به فقه رایج میان فقیهان و اجتهاد به شیوه مرحوم صاحب جواهر اعتقاد دارم. این نوع فقه و اجتهاد اجتناب‌ناپذیر است. اما این بدان معنا نیست که فقه اسلامی بر نیازهای زمان منطبق نیست؛ بلکه عنصر زمان و مکان در اجتهاد مؤثر است. چه‌بسا یک واقعه در یک زمان دارای حکمی باشد، اما همین واقعه در پرتو اصول حاکم بر جامعه و سیاست و اقتصادش، حکمی دیگر پیدا کند» (موسوی خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۱، ص ۹۸).

### ج. مصلحت (اجتماعی - حکومتی)

مصلحت مشتق از ماده اصلاح به معنای نقیض تباه کردن (فساد) است و از لحاظ وزن و معنا، مانند منفعت است (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۵۱۵؛ جوهری، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۳۸۳). «المصلحه ما یترب علی الفعل و یبعث علی الاصلاح» (الخوری الشرتونی، ۱۴۰۳، ص ۲۷۳): مصلحت آن چیزی است که به‌سوی عمل بهبودبخش و مفید برمی‌انگیزاند. بحث مصلحت در فقه شیعه، با عنوان ابتدای احکام شرعی در مصالح و مفاسد و ملازمه حکم عقلی و شرعی بیان شده است. فقها اموری را که مصلحت در حفظ آنها جریان دارد، نفس، دین، عقل، نسل و مال برمی‌شمرند و محل و دلیل نزول شرع را با حکم قطعی در حفظ این موارد می‌دانند (عاملی، ۱۳۷۲، ص ۳۸). مصلحت هم جنبه فردی دارد و هم اجتماعی و از جهتی دیگر، حکومتی که برای هر یک می‌توان نمونه‌های فراوانی را بیان کرد. برای نمونه، اگر فرد در حالت اضطرار قرار

گرفت، می‌تواند از مال دیگری به‌قدر نیاز بخورد یا در موضوع زوجه که در عسر و حرج قرار گرفته باشد، قاضی می‌تواند ولایتاً حکم طلاق را صادر نماید و ... اما مصلحت در سوی دیگر، می‌تواند به‌صورت گسترده‌تر بیان شود و در حقیقت، مصالح اجتماع و حکومت را شامل شود. در لسان فقها، این‌گونه از احکام را در شاخه‌ای تقسیم‌بندی می‌کنند که به آن احکام حکومتی گفته می‌شود. به نظر می‌رسد شیخ مفید نخستین فقیه شیعه است که صدور حکم حکومتی را منوط به مصلحت دانسته است (مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۲۸۸). امام خمینی نیز چنین می‌فرماید: حکومت که شعبه‌ای از ولایت رسول‌الله است، از احکام اولیه و مقدم بر احکام فرعی نماز و روزه و حج است. در مورد حج که از فرایض بااهمیت الهی است، حکومت می‌تواند در مواقعی که آن را مخالف مصلحت کشور اسلامی بداند، از انجام آن ممانعت به عمل آورد (موسوی خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۰، ص ۱۷۰).

## ۱.۲. پیشینه پژوهش

با توجه به اهمیت جایگاه زنان و افزایش فعالیت این قشر در اجتماع، پژوهش‌هایی مرتبط با مسأله حقوق زنان صورت گرفته است؛ از جمله جوریزی (۱۳۹۲) در پایان‌نامه‌ای با عنوان «نقد و بررسی نظریه تساوی دیه زن و مرد»، به این نتیجه رسیده است که با توجه به اطلاق آیات و برخی روایات، می‌توان قائل به تساوی دیه بین زن و مرد شد. لذا در پرداخت خون‌بهای زن و مرد تفاوتی نیست. شاهعلی (۱۳۹۴) در مقاله «بررسی فقهی ماهیت وجودی نفقه و کمیت و کیفیت آن در مذاهب خمسسه»، به بررسی آیات و روایات نفقه و اینکه نفقه تملیک است یا امتناع و بررسی دیدگاه‌ها در این باره پرداخته است. بهمنی (۱۳۹۵) در پایان‌نامه «تحلیل حقوق مالی زوجه در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه با تأکید بر نظریات آیت‌الله هاشمی شاهرودی» به بررسی حقوق مالی زوجه، از جمله نفقه، اجرت‌المثل ایام زوجیت، ارث، مهریه، نحله و جهیزیه پرداخته است. همچنین عسگری (۱۳۹۶) در پایان‌نامه «امکان‌سنجی محرومیت همسر از ارث در فقه و حقوق موضوعه»، به اختلاف نظرات در ارتباط با نحوه ارث زوجه پرداخته است. در پژوهش‌هایی که تا کنون صورت گرفته، به‌صورت جزئی، به مورد خاصی از حقوق مالی زن اشاره شده است. اما در این پژوهش با

روش توصیفی—تحلیلی، سعی بر این است تا به بررسی احکام شرعی مربوط به حقوق مالی زن و مرد پرداخته شود؛ اینکه تعبدی‌اند یا تابع متغیرهای عارضی، اینکه کدام حقوق مالی زن و مرد در اسلام با مصلحت امروزه زنان سازگارند، اینکه تأثیر شرایط زمان و مکان در حقوق مالی زنان با نگرش در فقه پویا چیست. با نتایجی که از این پژوهش حاصل می‌گردد، می‌توان به ارتقای جایگاه اجتماعی زنان و دستیابی به حقوق زنان، که مورد اهتمام دادگاه‌ها و مراکز قضایی است، اشاره نمود.

## ۲. تحلیل فقهی حقوق مالی زن و مرد

شارع مقدس بسیاری از قوانین و حقوقی را که در جامعه دوران بعثت پیامبر وجود داشت، بنابر مصلحتی که در آنها نهفته بود، امضا کرد و برای آنها حدودی معین کرد. از جمله این موارد، حقوق مالی زن و مرد است که خداوند آنها را تأیید کرد و علاوه بر آن، در آیات خود به صورت جداگانه برای زنان، سهمی همانند مردان برشمرد. از جمله حقوقی که برای زنان در نظر گرفته شد، قصاص، دیه، سهم ارث، مهریه، نفقه و حق مالکیت در حاصل دسترنج و اموال و حق تصرف در آنها بود. در این پژوهش، به بررسی حقوق مالی دیه، نفقه و اذن در تصرفات مالی پرداخته خواهد شد.

### ۲.۱. دیه

مقدار دیه در نظر فقها برای زن و مرد متفاوت است و بسیاری از فقها دیه زن را نصف دیه مرد تعیین کرده‌اند و فقط دیه در جراحات تا نصاب یک‌سوم را با دیه مرد مساوی دانسته‌اند و دلیل این حکم را در آیات و روایات و اجماع ثابت می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳، ص ۳۲). در بین فقها، برخی به تساوی دیه بین زن و مرد فتوا داده‌اند و برخی نیز به صورت اجمالی به آن اشاره کرده‌اند و به اجماعی که در نابرابری دیه زن و مرد بر آن ادعا شده است، تردید کرده و آن را مانند اخبار دانسته‌اند با این عبارت: «كَأَنَّ دَلِيلَهُ الْإِجْمَاعَ وَالْأَخْبَارَ وَقَدْ مَرَّتْ، فَتَدْرُكُ» (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۳۲۲).

از فقهای معاصر، آیت‌الله صانعی به تساوی دیه بین زن و مرد فتوا داده است و می‌گوید: «به نظر اینجانب، دیه خطا و شبه‌عمد زن با مرد مساوی است: *قضاء لا طلاق ادلة الدية* و عدم دلیل بر

تقیید» (صانعی، ۱۳۷۷، ص ۵۱۵) و در رد دلایل فقهایی که حکم به عدم تساوی دیه زن و مرد داده‌اند، می‌نویسد: «قرآن کریم بر لزوم پرداخت اصل دیه دلالت دارد و تفاوتی میان زن و مرد نگذاشته است. روایاتی که بر تشریح دیه در آیین اسلام دلالت می‌کنند، همانند قرآن، تبعیضی میان زنان و مردان نمی‌گذارند. اصول و قواعد کلی اسلامی نیز برابری دیه زن و مرد را اقتضا دارند. بر این پایه، روایت‌هایی که مخالف این ادله و قراین و شواهد باشند، نمی‌توانند مستند رأی فقهی قرار گیرند» (صانعی، ۱۳۸۳، ص ۱۹-۳۲). در کتب فقهی، به استناد روایات خاص و اجماع، بر نابرابری دیه زن و مرد، مسلمان و غیرمسلمان تأکید شده است.

قرآن کریم بر اصل تشریح دیه دلالت دارد، ولی نسبت به مقدار آن ساکت است. «هیچ مؤمنی نباید هیچ مؤمنی را جز به اشتباه بکشد و هرکسی مؤمنی را به خطا بکشد، خون‌بهای او را به خانواده او بدهد و علاوه بر آن، بنده مؤمنی را به‌عنوان کفار، آزاد نماید؛ مگر آنکه اولیای دم بکشند. اگر مقتول از قومی باشد که دشمن شما هستند، فقط بنده مؤمن را به‌عنوان کفار، آزاد نماید و اگر مقتول از قومی باشد که بین شما و ایشان پیمانی هست، قاتل باید خون‌بها را به خانواده او بپردازد و برده مؤمن را آزاد کند و اگر برده نیافت، بلید دو هاه پی‌درپی روزه بگیرد. این توبه‌پذیری خداوند است و خداوند دانای فرزانه است» (نسا، ۹۲). این آیه از بیان مقدار دیه ساکت است، ولی هیچ‌گونه تفاوتی میان قتل انسان مؤمن و کسی که خونش احترام دارد، نمی‌گذارد. ادعای ما این است که ادله‌ای که بر اصل تشریح دیه دلالت دارند و نیز اصول و قواعد کلی اسلامی بر برابری دیه زن و مرد دلالت می‌کنند که به بررسی این دو دلیل می‌پردازیم.

### أ. روایات تشریح دیه

روایات باب دیه دلالتشان بر مقدار دیه روشن است و تفاوتی بین مقدار دیه زن و مرد و مسلمان و غیرمسلمان در آنها دیده نمی‌شود. این روایات جمعاً چهارده روایت است که به دو مورد اشاره می‌کنیم. شیخ حر عاملی در کتاب *وسائل‌الشیعه* در اول باب دیات، آنها را نقل کرده است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۱۹۳-۱۹۹):

۱. عبدالرحمن بن حجاج می‌گوید: شنیدم که ابن ابی‌لیلی می‌گفت: «دیه در دوران جاهلیت یکصد شتر بود. رسول خدا<sup>(ص)</sup> همان را امضا کرد. سپس بر

گاو داران، دویست گاو و بر گوسفند داران، یکصد گوسفند و بر صاحبان طلا، هزار دینار و بر صاحبان درهم، ده هزار درهم و بر مردمان یمن، دویست حله [قطعه پارچه] مقرر کرد» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۱۹۳).

۲. روایت زیر صحیح است و مشایخ ثلاثه آن را نقل کرده‌اند: رسول خدا (ص) در سفارش خود به امام علی (ع) فرمود: «ای علی، به راستی که عبدالمطلب پنج سنت را در دوران جاهلیت بنا نهاد که خداوند آنها را در دوران اسلام نیز اجرا کرد. عبدالمطلب برای قتل، یکصد شتر مقرر کرد و خداوند هم همان را در دوران اسلام جاری ساخت» (همان، ص ۱۹۸).

گفتنی است در بین چهارده حدیث، فقط از دو روایت ممکن است اختصاص این مقدار دیه به مرد یا مسلمان استفاده شود: یکی واژه دية الرجل در روایت دوازدهم و دیگری واژه دية المسلم در روایت دوم که به بحث و بررسی این دو واژه می‌پردازیم:

۱. حدیث دوازدهم: و باسناده، عن محمد بن احمد بن یحیی عن ابراهیم عن ابی جعفر عن علی بن ابی حمزه عن ابی بصیر: «دیه مرد یکصد شتر است و اگر شتر نباشد، به اندازه بهای یکصد شتر، گاو پرداخت گردد و اگر آن هم ممکن نباشد، هزار قوچ پرداخت شود. این [مقدار] در قتل عمدی است و در قتل خطایی مانند [قتل] عمد، هزار گوسفند پرداخت می‌شود» (همان، ص ۱۹۷).

ممکن است کسی بگوید دية الرجل شامل دیه زن نمی‌شود. لذا به این روایت برای اثبات مقدار دیه زن نمی‌شود استناد کرد و از این روایت، فقط مقدار دیه مرد استفاده می‌شود؛ ولی این حرف مردود است؛ زیرا واژه رجال از باب غلبه بیان شده است و اختصاص به مردان ندارد؛ روایت مرسله است؛ ابوبصیر مشترک بین ثقه و ضعیف است و قرینه‌ای وجود ندارد و همچنین ابراهیم و ابی جعفر هم ضعیف هستند و قابل استناد نیستند. دلالت روایت بر ترتیب بین صد شتر، گاو و گوسفند می‌باشد و در این ترتیب، با سایر روایات تعارض دارد. در ضمن، فقها از این روایت اعراض کرده‌اند.



۲. حدیث دوم: ابوبصیر گوید: «از امام صادق<sup>(ع)</sup> درباره دیه پرسیدم؛ فرمود: دیه مسلمان ده هزار نقره و [یا] هزار مثقال طلا و [یا] هزار گوسفند سه ساله و [یا] یکصد شتر و [یا] دویست گاو می باشد» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۱۹۶).

ممکن است از کلمه «المسلم» استفاده شود که این اندازه از دیه به مسلمان اختصاص دارد و شامل غیرمسلمان نمی شود؛ لیکن حقیقت آن است که نمی توان از این روایت چنین اختصاصی را استفاده کرد؛ زیرا اولاً لقب مفهوم ندارد و اثبات حکمی برای مسلمان، نفی آن حکم از غیرمسلمان نیست و عدم بیان حکم غیرمسلمان به جهت عدم ابتلا بدان بوده است. ثانیاً بر فرض آنکه قبول کنیم این حلیث مفهوم دارد و این مقدار دیه را از غیرمسلمان نفی می کند، ولی مفهوم اطلاق ندارد و گوینده جمله مفهوم دار در مقام بیان منطوق است نه در مقام بیان مفهوم تا اطلاق داشته باشد و در مقام بیان، بودن مفهوم و اطلاق آن محتاج به قرینه است که در مورد این روایت و غالب جمله های مفهوم دار، چنین دلیلی دیده نمی شود. بنابراین فی الجمله مفهوم روایت بر بیش از تفاوت داشتن دیه غیرمسلمان (همانند غیرمسلمانی که مؤتمن و محترم و معاهد نباشد) با مسلمان دلالتی ندارد و همه غیرمسلمانان را شامل نمی شود. ثالثاً اگر قبول کنیم که مفهوم در این حدیث اطلاق دارد، گرچه خلاف تحقیق می باشد، این اطلاق نسبت به ذمی، بالفعل و بالقوه، به وسیله روایات وارد شده در تساوی دیه ذمی با مسلمان تقیید می شود و آن روایات عبارت اند از:

۱. سماعه می گوید: از امام صادق<sup>(ع)</sup> درباره کشتن ذمی پرسیدم. فرمود: [پاسخ این پرسش] سخت است و مردم آن را تاب نمی آورند. باید به خانواده وی، دیه مسلمان را پرداخت - تا از کشتن مردم عراق و اهل ذمه دست بردارد - سپس فرمود: اگر مسلمانی بر کافر ذمی خشمگین گردد و بخواهد او را بکشد و زمین وی را بستاند و آنگاه به خانواده او هشتصد درهم بپردازد، کشتن اهل ذمه رواج یابد! (همان، ج ۲۹، ص ۲۲۱).

۲. امام صادق<sup>(ع)</sup> فرمود: «دیه یهودی، مسیحی و زردشتی همانند دیه مسلمان است» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۲۲۱).

ذمی در این روایت ها با الغای خصوصیت و تنقیح مناط، خصوصیتی ندارد و هر غیرمسلمانی

را که مال و جانش محترم است، شامل می‌شود؛ زیرا مناط دیه در ذمی همان احترام است که امری عقلایی است و شرع نیز همان را امضا کرده و عقلا دیه را در جایی که خون محترم باشد، به‌عنوان جبران خسارت می‌پذیرند، بدون آنکه در دیانت مقتول، فرقی قائل شوند و اگر در این روایت‌ها، سخن از ذمی است، به‌جهت آن است که مورد ابتلای مسلمانان، غیرمسلمانان ذمی بوده‌اند.

### ب. اصول و قواعد کلی اسلامی

در موضوع برابری دیه، علاوه بر این روایات، می‌توان به آیات و روایاتی که بر برابری آدم‌ها در انسانیت دلالت دارند، استناد جست. به دیگر سخن، اصول و مسلمات اسلامی به برابری دیه دلالت دارند. در ذیل، به شرح برخی آیات و روایات می‌پردازیم:

قرآن کریم نسل فعلی بشریت را فرزندان آدم و حوا می‌داند که مبدأ آفرینش آنها یکی است. «ای مردم، بترسید از پروردگارتان که شما را از یک نفس خلق کرد و همسرش را از او خلق کرد و از آن دو، مردان و زنان زیادی را گستراند» (نساء، ۱). آیه دیگری فضیلت انسان را به تقوا می‌داند: «ای مردم، شما را به‌صورت زوج خلق کردیم و شما را به هیئت اقوام و قبایل درآوردیم تا همدیگر را شناسایی کنید. به تحقیق گرامی‌ترین شما نزد خدا، باتقواترین شماست» (حجرات، ۱۳). همچنین روایت‌های مؤید برابری دیه زن و مرد، اینها هستند: رسول خدا(ص) فرمود: «ای مردم، به‌راستی ربّ شما یکی و پدرتان یکی است. همه فرزندان آدم هستید و آدم از خاک است. به تحقیق گرامی‌ترین شما نزد خداوند باتقواترین شماست. عربی را بر عجم فضیلتی نیست جز به تقوا» (ابن‌شعبه حرانی، ۱۴۰۴ق، ص ۳۴؛ مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۷۳، ص ۳۵۰). رسول خدا(ص) فرمود: «همه انسان‌ها اعم از عرب و عجم، سفید و سیاه، پدرشان آدم است و آدم از خاک آفریده شده است و محبوب‌ترین مردم در پیشگاه خداوند در قیامت، فرمانبردارترین و باتقواترین آنهاست» (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۲۲، ص ۱۱۸).

کلیات روایات باب دیه و اصول و قواعد کلی شریعت، برابری دیه مرد مسلمان و غیرمسلمان را به اثبات می‌رساند.

یکی از فقهای معاصر در مورد امکان اثبات تساوی دیه زن و مرد در قرآن می‌گوید: «با توجه

به جایگاه زنان در دوره معاصر، حاکمیت می‌تواند بر اساس مصلحت عموم مردم، برابری دیه زن و مرد را در قانون مطرح کند و بسان برابری دیه غیرمسلمان با مسلمان عمل کرد» (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۱).

در ماده ۵۵۰ قانون مجازات اسلامی، طبق نظر مشهور فقها، دیه زن نصف دیه مرد است و در ماده ۵۶۰ نیز آمده: دیه زن و مرد در اعضا و منافع تا به ثلث نرسیده، مساوی است؛ چنانچه به ثلث یا بیشتر برسد، دیه زن نصف می‌شود. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تبصره‌ای به ماده ۵۵۱ به شرح ذیل افزودند: دیه خنثای ملحق به مرد، دیه مرد و دیه خنثای ملحق به زن، دیه زن و دیه خنثای مشکل، نصف دیه مرد به علاوه نصف دیه زن است.

ماده ۵۵۱: دیه خنثای ملحق به مرد، دیه مرد و دیه خنثای ملحق به زن، دیه زن و دیه خنثای مشکل، نصف دیه مرد به علاوه نصف دیه زن است. تبصره: در کلیه جنایاتی که مجنی علیه مرد نیست، معادل تفاوت دیه تا سقف دیه مرد از صندوق تأمین خسارت‌های بدنی پرداخت می‌شود. در این تبصره، تأمین میزان دیه به حد کامل، به عهده صندوق تأمین خسارت‌های بدنی گذاشته شد و در اصل حکم نابرابری دیه، تغییری ایجاد نشده است. با توجه به مواردی که بیان شد، می‌توان با بررسی مجدد ادله، حکم به تساوی دیه زن و مرد داد؛ زیرا هم اطلاق آیات مؤید این نظر است و هم روایاتی که دیه را به‌طور مطلق بیان نموده‌اند و همگی به این مسئله اشاره دارند که زن و مرد در نظام خلقت از حرمت برابر برخوردارند.

## ۲.۲. فدیة (مهریه)

در عقد ازدواج، مهریه به عهده مرد خواهد بود و زن به مجرد عقد، مالک آن می‌شود (عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۳۵۳). مبانی فقهی این حکم را در آیات قرآن کریم و روایات به‌صراحت می‌توان یافت: «و مهر زنان را [به‌طور کامل] به‌عنوان یک بدهی [یا یک عطیه] به آنها پردازید و اگر آنها با رضایت خاطر، چیزی از آن را به شما ببخشند، آن را حلال و گوارا مصرف کنید» (نسا، ۴)؛ «اگر پیش از مباشرت، طلاق دادند، نصف مهر معین را بدهند؛ مگر آنکه زنان آن نیمه را ببخشند یا کسی که سررشته نکاح در دست اوست، مهریه را به تمامی بدهد. گذشت به تقوا نزدیک‌تر است. در بین خودتان، بزرگواری را از یاد نبرید؛ خداوند از کار و کردار شما آگاه است

(بقره، ۲۳۷). «و فرض است بر مردان پرهیزگار که زنان طلاق داده شده را به شایستگی چیزی دهند» (بقره، ۲۴۱).

در روایات بسیاری نیز، به تعیین مهریه در عقد ازدواج اشاره شده است که همگی به اهمیت این مسئله اشاره دارند. به عنوان نمونه، رسول گرامی اسلام می فرمایند: خداوند هر گناهی را در روز قیامت می بخشد به جز گناه نپرداختن مهریه زن توسط مرد (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۴۶۷). همچنین امام صادق (ع) می فرمایند: سه دسته سارق وجود دارد: کسی که زکات نمی دهد، کسی که مهر زن را بر خود حلال می شمرد و کسی که نیت پرداختن دینی را که بر ذمه اش است، نداشته باشد (همان، ص ۴۶۸). در آیات و روایات ذکر شده، حکم وجوب مهریه به خوبی دریافت می شود. همچنین به این مورد اشاره دارد که در طلاق باید مهریه توسط مرد پرداخت شود. طلاق در شرع مقدس به دو شکل رجعی و بائن می باشد. در طلاق رجعی، پس از جاری ساختن صیغه طلاق، مرد می تواند در مدت عده رجوع کند و زندگی زناشویی از سر گرفته شود. طلاق به صورت بائن نوعی از طلاق است که امکان رجوع در مدت عده برای زوج وجود ندارد. طلاق خلع و مبارات از موارد طلاق بائن می باشند. در طلاق خلع و مبارات، زوج می تواند با بذل مهریه (فدیه) یا درخواست افزون بر آن، از زوج بخواهد تا وی را طلاق دهد (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۳۸۶؛ صدوق، ۱۴۱۳ق، ص ۳۴۹). در طلاق خلع به جهت کراهتی که زوج نسبت به زوج دارد، میزان بذل می تواند به اندازه مهریه یا بیشتر باشد و در طلاق مبارات، که کراهت از سمت هر دو طرف است، بذل مهریه می تواند معادل مهریه یا حتی کمتر از آن باشد. فقها مستند طلاق خلع و مبارات را آیات و روایاتی بیان می کنند که در ادامه خواهد آمد.

امام صادق (ع) در روایتی می فرمایند: «زن مختلعه ای که برای شوهرش بگوید: مرا طلاق بده و من آنچه را از تو گرفتم، برمی گردانم؛ سپس حضرت فرمود: برای مرد آن چیزی را که از زن می گیرد، حلال نیست، مگر اینکه زن بگوید: قسم به خدا، به سوگند تو اعتنا نمی کنم، در هیچ امری تو را فرمان نمی برم، در خانه تو دیگران را بدون اذنت راه می دهم، هرآینه بسترت را با دیگران زیر پا می گذارم. وقتی زن این عمل را انجام داد، مرد آنچه را از آن زن در مقابل خلع می گیرد، حلال است» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۲، ص ۲۸۰).

در روایتی که از امام صادق(ع) صادر شده است، در حقیقت، حضرت به بیان میزان بذل مهریه در طلاق خلع و مبارات می‌پردازند و دلیل بذل زیاده بر میزان مهریه را در طلاق خلع، دور از ادب بودن سخن زوجه می‌دانند. همچنین به این مسئله اشاره می‌کنند که در طلاق مبارات، فدیة کمتر از میزان مهریه خواهد بود (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۵۲۰).

طلاق خلعی که مال از طرف زن داده می‌شود، بر سه قسم است:

۱. چون زن پیر یا زشت است، از این رو، شوهر او را اذیت می‌کند تا مالی به شوهر داده طلاق بگیرد. در این صورت، بر مرد جایز نیست که چیزی از زن بگیرد، چنان‌که خداوند می‌فرماید: «اگر قصد دارید زنی به‌جای زنتان اختیار کنید و قنطاری هم به او داده‌اید، نباید چیزی از آن را بگیرید» (نساء، ۲۰).

۲. مرد زن خود را گناهکار و زشت‌کار می‌بیند و لذا او را اذیت می‌کند تا زن طلاق گیرد و مالی بدهد. در این صورت، مال گرفتن از زن جایز است، چنان‌که قرآن می‌فرماید: «بر شما حلال نیست که به زنان سخت بگیرید که قسمتی از مهری را که به آنها داده‌اید، بازگیرید، مگر اینکه عمل زشتی از آنها آشکار شود» (نساء، ۱۹).

۳. هر دو بترسند که در اثر بداخلاقی یا عدم قدرت مالی شوهر برای نفقه و مانند آنکه به احکام و دستورهای خداوند عمل نکنند، در این صورت، برای هر کدام جایز است که چیزی بدهند و طلاق واقع شود (طبرسی، ۱۳۶۳، ج ۳، ص ۱۵ و ۱۶).

نکاتی که به دست می‌آید:

۱. آیه ۲۲۹ سوره بقره به‌طور صریح به طلاق خلع و مبارات نپرداخته و میزانی برای فدیة بیان نکرده است. در تفسیر آیه شریفه در اینکه آیا فقط در مقام بیان اصل مشروعیت طلاق خلع است یا اینکه علاوه بر بیان اصل مشروعیت، در مقام بیان مقدار فدیة‌ای که زوجه باید به زوج پرداخت کند نیز، می‌باشد، بین مفسران و فقها اختلاف نظر وجود دارد. اما روایات و اخبار در بیان مقدار فدیة دو دسته‌اند:

الف. دسته اول دلالت بر نامحدود بودن فدیة دارند؛ به این معنی که هر مقدار مالی را زوج از زوجه مطالبه کند، حتی بیشتر از مهریه، زوجه باید پرداخت کند که نمونه‌هایی

از آنها در مقاله حاضر ذکر شده است؛ به عنوان نمونه، زراره از امام باقر<sup>(ع)</sup> روایت می‌کند: مرد در مبارات می‌تواند کمتر از مهریه را از زن بگیرد، ولی در خلع، هر مقداری که خواست، می‌تواند از زن بگیرد یا آنچه را که دو طرف بر آن تراضی نمودند؛ چه به اندازه مهریه و چه بیشتر از آن (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۱۴۲؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۸، ص ۱۰۱). غیر از روایت زراره، روایات دیگری نیز وجود دارد که از اطلاق آنها جواز خلع به بیش از مهر قابل استنباط است؛ مانند روایت امام صادق<sup>(ع)</sup> که در پاسخ پرسشی از سماعه بن مهران فرمود: هنگامی که زن به مرد گفت: آنچه خداوند در رابطه با تو به من دستور داده، انجام نمی‌دهم، بر مرد جایز است هرآنچه از زن یافت نمود، از او بگیرد [و او را طلاق دهد] (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۳۱۶).

ب. دسته دوم بر محدود بودن فدیة دلالت دارند؛ به این معنی که زوج حق ندارد فدیةای بیشتر از مهریه از زوجه مطالبه کند که ظاهراً تنها یک روایت از دسته دوم داریم که از رسول گرامی اسلام است که بر عدم جواز دریافت بیش از مهر در طلاق خلع دلالت دارد. ثابت بن قیس باغی را مهر همسرش کرده و او را به نکاح خود درآورده بود. زن نزد رسول خدا<sup>(ص)</sup> آمد و عرض کرد: من از ثابت متنفرم و دوست دارم از او جدا شوم. رسول خدا پرسید: آیا حضری باغی را که از وی گرفته‌ای، برگردانی؟ زن گفت: آری! و بیش از این نیز حاضریم از مالم به ثابت بپردازم تا طلاق بگیرم. رسول خدا<sup>(ص)</sup> فرمود: بیش از باغ نه و فقط باغ! پیامبر امر کرد که ثابت باغ را بگیرد و همسرش را طلاق دهد. این روایت با مضامین متفاوت در صحاح اهل سنت آمده است (ر.ک. دارقطنی، ۱۴۲۴ق، ج ۳، ص ۱۷۸؛ متقی هندی، ۱۴۰۹ق، ج ۶، ص ۱۸۵). صاحب *حلائق* می‌نویسد: ظاهراً مأخذ اصلی این روایت منابع اهل سنت است و در منابع شیعی، دیده نشده است (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۵، ص ۵۵۶).

روایت فوق بر عدم جواز خلع به بیش از مهر دلالت ندارد؛ زیرا شوهر بیش از باغ را مطالبه نکرده و به استرداد آن رضایت داده است. زوجه خود گفت که من به بیش از آن نیز راضی به طلاق هستم، ولی پیامبر<sup>(ص)</sup> به او فرمود: بیش از باغ نیازی نیست.

محل نزاع جایی است که شوهر با زوجه به توافق نرسد و خواهان بیش از مهر باشد؛ در نتیجه روایت برای محل نزاع، قابل استناد نیست (شریف مرتضی، ۱۴۱۵ق، ص ۳۵۴؛ فاضل جواد، ۱۳۶۵، ج ۴، ص ۸۹). برخی اشکال دیگری مطرح کرده‌اند و گفته‌اند: «بر فرض که حدیث مزبور، خلع به زیادی را نهی کرده باشد. نهی در معاملات، دلالت بر فساد ندارد» (فاضل جواد، ۱۳۶۵، ج ۴، ص ۸۹).

اخبار و ادله‌ای که بر نامحدود بودن فدیة در خلع دلالت دارند، هم تعدادشان بیشتر است و هم دلالت قوی‌تری دارند که نمونه‌هایی از آنها ذکر شد و نظر مشهور فقها هم همین است. بنابراین حتی در مقام تعارض هم، روایات دسته اول مقدم خواهند بود و به همین دلیل، مشهور فقها مطابق آنها فتوا داده‌اند.

۲. با توجه به تقسیم‌بندی‌ای که صاحب مجمع‌البیان در طلاق خلع بیان نموده است، باید بین این موارد تفکیک قائل شد؛ به‌عنوان نمونه، مورد اول که زوج موجبات آزار و اذیت زوجه را به‌جهت نپرداختن مهریه به او در صورت طلاق از سوی خود می‌پردازد تا زوجه مجبور به بذل مهریه شود و درخواست طلاق نماید. این مورد با توجه به متغیرهای مؤثر بر احکام، می‌تواند تحت عنوان طلاق بر مبنای عسر و حرج قرار گیرد: حق طلاق برای زوج است و اوست که می‌تواند زوجه را طلاق دهد و این موضوع از مسلمات در فقه اسلامی است و مبنای نظر فقها مستند به این حدیث پیامبر گرامی اسلام<sup>(ص)</sup> است که با این عبارت بیان شده است: «الطلاق بید من اخذ بالساق» (یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۷۵). اما در مواردی که در شرع مقدس و قانون مدنی که به تبعیت از فقه توسط قانون‌گذار وضع شده است، زوجه می‌تواند درخواست طلاق دهد؛ اما در این صورت نیز، این مرد است که باید بپذیرد و صیغه طلاق را جاری کند. حال در هنگامی که زوج از طلاق دادن زوجه امتناع می‌کند، چه باید کرد؟ از جمله آن موارد، حالتی است که زوجه در عسر و حرج قرار دارد و با توجه به این مطلب که طلاق توسط مرد صورت می‌گیرد، اگر امر طلاق توسط حاکم شرع یا قاضی انجام شود، صورتی پیدا می‌کند که به آن، طلاق قضایی گفته می‌شود. در قانون، طلاق طبق برخی

از مواد قانونی، به این دلیل که توسط حاکم شرع یا قاضی صورت می‌گیرد، به طلاق قضایی تعبیر شده و مبنای آن در شرع، مستند به روایات متعددی است؛ از جمله روایتی که امام<sup>(ع)</sup> می‌فرماید: «هرگاه امام مسلمین مرد را به طلاق امر نمود و مرد از طلاق دادن خودداری ورزید، امام می‌تولند به دلیل خودداری، گردن او را بزنند». مفهوم این روایت به اختیارات حاکم اشاره دارد؛ از جمله در اجبار مرد در طلاق که موجب سختی زوجه گردیده است (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۵۲۵). در زمینه طلاق قضایی، می‌توان به فرموده امام خمینی اشاره کرد: «از شئون فقه است که اگر چنانچه مردی با زن خودش بدرفتاری کند، فقیه او را اولاً نصیحت می‌کند و ثانياً تأدیب می‌کند. اگر دید ادب نمی‌شود، اجرای طلاق می‌کند» (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص ۲۵۷). همچنین آیت‌الله لنکرانی می‌گوید: پس از احراز موضوع و عدم نشوز زن، حاکم شرع و دادگاه زوج را ملزم به رعایت وظایف شرعیه یا طلاق می‌کند و اگر امتناع کرد، حاکم شرع و دادگاه با تقاضای زوجه، وی را مطلقه می‌کند (لنکرانی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۴۰۹). از جمله مستندات می‌توان در رابطه با طلاق قضایی بیان نمود، آیه ۲۲۹ سوره بقره است: «به‌طور شایسته و متعارف نگه دارید یا به نیکی رها کنید» (یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۵۵۷). همچنین است آیه «آنان را برای آزار رساندن نگه ندارید تا بر آنان ستم کنید» (بقره، ۲۳۱). این آیه در مقام بیان مشروع نبودن نگهداری ضرری و آن چیزی است که موجب ضرر رسیدن به زوجه می‌شود؛ حال این ضرر به هر شکلی که می‌خواهد باشد (حلی، ۱۴۱۵ق، ص ۱۸۷). بر همین مبنا، زوج بین دو واجب تخییری باید یکی را انتخاب نماید یا حقوق زوجه را رعایت نماید یا اینکه او را به نیکی طلاق دهد. در همین رابطه، آیت‌الله خوئی نیز مسئله‌ای را بیان نموده‌اند که درباره طلاق در صورت عدم اتفاق توسط زوج است؛ اما به نظر می‌رسد می‌توان آن را به طلاق بر مبنای عسر و حرج نیز تسری داد که چنانچه زوج در موردی غیر از نفقه نیز، وظیفه خود در قبال زوجه را انجام ندهد، دادگاه می‌تواند زوجه را طلاق دهد (خوئی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۸۹). از جمله اولین فقهای که قاعده عسر و حرج را مبنای درخواست طلاق



توسط زوجه می‌داند، طباطبایی یزدی است که در *ملحقات عروه‌التوقی* چنین آورده است: «اگر مردی نفقه زن خود را پرداخت نکند، باید او را طلاق دهد؛ به این دلیل که از روایات، این‌گونه استدلال می‌شود که در صورت عدم پرداخت نفقه، زوج به طلاق زوجه اجبار می‌گردد. بر همین اساس، به طریق اولی در حالتی که بقای زوجیت موجب به معصیت و حرام افتادن زن باشد، حاکم شرع باید اختیار طلاق او را داشته باشد» (یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۷۵). در این مورد، قاعده کلی و عمومی نیز در فقه وجود دارد با این عبارات: «الحاکم ولی الممتنع»؛ به این نحو که اگر شخصی از انجام وظایف و ادای حق و حقوق دیگران امتناع ورزید، حاکم پس از اثبات امتناع او به‌منظور جلوگیری از تضييع حقوق دیگران و همچنین مصلحت نظام و جامعه اسلامی و به‌جهت اجرای عدالت عمومی خود اقدام می‌نماید. قاعده الحاکم ولی الممتنع قاعده قضایی به شمار می‌رود و از همین قاعده، در رسیدگی به دادخواست دعاوی خانوادگی استفاده گردیده است؛ از جمله در دادخواست طلاق بر مبنای عسر و حرج که موضوع ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی است.

۳. با توجه به اینکه متن آیات و روایات به این مطلب اشاره دارند که طلاق از سمت مرد صورت می‌گیرد، پرداخت مهریه نیز از سمت اوست و مطلبی درباره پرداخت افزون بر میزان مهریه وجود ندارد. از کلام خداوند متعال برمی‌آید که مهریه باید از روی محبت و صداقت باشد و با توجه به اینکه زوجه در حالتی درخواست طلاق می‌کند که از زوج کراهت دارد، شایسته به نظر نمی‌رسد هدیه‌ای که از طرف زوج داده شده است، به مقداری بالاتر از او پس گرفته شود.

۴. اگر مرد بخواهد زن را بنا بر هر دلیلی طلاق بدهد، فقط مقدار مهرالمسمی یا مهرالمثل را پرداخت می‌کند نه بیشتر.

۵. با توجه به موارد بیان‌شده، به نظر می‌رسد که بذل افزون بر مهریه در طلاق خلع، توجیهی نداشته باشد و این مسئله با بخش ابتدایی آیه ۲۲۹ سوره بقره که به نیکی رها کردن اشاره دارد، سازگار نخواهد بود.

## ۲.۳. نفقه

نفقه یعنی تأمین مایحتاج زن در زندگی که به عهده زوج است که شامل خوراک، پوشاک، مسکن و ... می‌شود و فقها به آن اشاره کرده‌اند. بر زوج واجب است برای آنچه زن واجب‌النفقة‌اش به آن نیاز دارد، بنابر عادت امثال آن زن در همان شهری که در آنجا زندگی می‌کند، اقدام کند؛ از قبیل غذا، روغن، لباس، مسکن، خادم، وسایل نظیف مثل شانه، کرم و صابون به غیر از سرمه و عطر و حمام مگر آنکه به آن احتیاج داشته باشد، مثلاً به دلیل سرما و غیر آن (حکیم، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۳۰۳). نفقه یکی از حقوق مالی است که توسط مرد تأمین می‌شود. فقهای شیعه بر وجوب نفقه، ادعای اجماع دارند (ابوزهره، بی تا، ص ۲۹۶).

در بحث تأمین نفقه والدین توسط مرد به‌عنوان فرزند و همچنین تأمین نفقه فرزندان خود، اعم از دختر و پسر، اختلافی وجود ندارد. بحث در جایی است که مرد به‌عنوان همسر، مسئول تأمین نفقه زوجه قرار داده شده است. در کلام فقها، نفقه با مصادیق گوناگونی بیان شده است. یکی از فقها می‌گوید: نفقه شامل غذا، لباس، مسکن، خادم و وسایل آشپزی است که به‌طور متعارف و با توجه به وضعیت زوجه در آن شهر متناسب باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۳۳۰). در کلام فقیه دیگری مصادیق نفقه به این شکل آمده است: آنچه زن به آن نیازمند است و در شأن چنین زنی در آن شهر است (حلی، بی تا، ج ۲، ص ۴۷). حکم وجوب نفقه و همچنین واگذاری مصادیق آن به عرف در آیات مربوط به این بحث بیان شده است.

خداوند در آیات ۶ و ۷ سوره طلاق می‌فرماید: «آنان را از منزل خود در صورت امکان بیرون کنید و به آنها آسیب نرسانید که عرصه را بر آنان تنگ بگیرد. اگر باردارند تا موقع زایمان هزینه آنها را بدهید. اگر فرزند شما را شیر می‌دهند، اجرتشان را بپردازید. در میان خود به نیکی رایزنی کنید؛ اگر توافق نشد، زن دیگری نوزاد را شیر بدهد. توانگر به اندازه توان خود هزینه کند و کسی که تنگدست است، به اندازه امکان؛ خداوند افزون بر توان کسی را تکلیف نمی‌کند». همچنین در آیه ۲۳۳ سوره بقره می‌فرماید: «مادران در صورتی که بخواهند دوره شیرخوارگی را به اتمام برسانند، دو سال کامل به نوزادان شیر بدهند. خوراک و پوشاک آنان در حد متعارف، به عهده پدر است. هیچ‌کس افزون بر توان خود تکلیف ندارد. هیچ مادری

به‌خاطر فرزندش نباید رنجه شود و نیز نباید پدر به‌خاطر فرزندش رنجه شود. قیم نیز همین حکم را دارد. پس اگر برای باز گرفتن نوزاد از شیر توافق کردند، گناهی بر آنان نیست. اگر برای فرزندان دایه گرفتید، در صورتی که دستمزد را بپردازید، گناهی بر شما نیست. تقوا پیشه کنید و بدانید خداوند از کردار شما آگاه است.

با توجه به موارد گفته‌شده و تفاوت در مصادیق ذکرشده توسط فقها، نفقه یک مفهوم عرفی است که با توجه به مقتضیات زمان و مکان می‌تواند دارای تزییق یا توسعه در مصداق باشد. واگذاری مصادیق نفقه به عرف از نظر فقها، با «وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» در آیه ۱۹ سوره نساء بیان شده است.

ملاک تعیین مقدار نفقه در کلام فقها، به صورت‌های گوناگونی بیان شده است. به‌طور کلی طبق قول مشهور، تعیین مقدار نفقه با توجه به وضعیت زوجه صورت می‌گیرد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۳۳۰). اما طبق نظر غیرمشهور که منطبق بر آیه ۷ سوره طلاق می‌باشد، ملاک تعیین نفقه وضعیت زوج است که این قول ضعیفی است (فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۹۹). یکی از فقها می‌نویسد: نفقه از نظر شرعی مقدار معینی ندارد؛ بلکه ضابطه برآوردن نیازهای زن است و عرف زنان مانند او در آن سرزمین باید رعایت شود (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۳۱۶). با توجه به کلام فقها و متن آیه، این مطلب به دست می‌آید که میزان نفقه با عرف و وضعیت زوجه تعیین می‌شود و متغیر زمان و مکان بر آن تأثیرگذار است.

در روایات نیز، به تأمین مایحتاج زن اشاره شده و کسی که نیاز همسر خود را تأمین نکند، مورد لعن قرار گرفته است و مواردی را به‌عنوان مصادیق نفقه برشمرده‌اند، از جمله خوراک، پوشاک و مسکن. همچنین تصریح شده است که تأمین نفقه باید به‌طور شایسته و مناسب حال زن صورت بگیرد (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۵۹ و ۵۱۲ و ج ۱۵، ص ۲۳۰ و ۲۵۱). مصادیق نفقه در کلام فقها با موارد متعددی بیان شده است. در برخی سه، در بعضی شش و در نهایت، در برخی هشت مورد ذکر شده است (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۹۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۳۳۱). موارد اختلاف به‌سبب تعیین نفقه با توجه به عرف زمان و مکان است. به همین دلیل، در کلام فقها مصادیق مختلف دیده می‌شود. مصادیق نفقه با توجه به

مواردی که در بیان فقها آمده است، شامل خوراک، لباس، فراش، مسکن، وسایل تنظیف و خدمتکار می‌باشد. یکی از فقها درباره ضابطه در مقدار نفقه می‌نویسد: دلیل بر عدم مقدار برای نفقه آیه «و عاشروهن بالمعروف» است؛ یعنی آنچه متعارف بین مردم می‌باشد (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۶۵۵).

با توجه به مواردی که بیان شد، به نظر می‌رسد موارد نفقه و مایحتاج زن با توجه به اطلاق آیه و واگذار کردن مصادیق آن به عرف و همچنین مواردی که در روایات بیان شده و مستند نظرات فقها قرار گرفته است، نمی‌تواند به صورت انحصاری در مصادیق بیان شده باشد. یکی از موارد مهمی که می‌تواند از مصادیق نفقه محسوب شود، مسأله هزینه درمان می‌باشد. یکی از فقها در این باره می‌نویسد: در امراض عادی، هزینه مداوا جزء نفقه است، اما در امراض صعب‌العلاج که مستلزم هزینه‌های سنگین است، تردید نموده‌اند (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۳۱۷).

با بررسی دلایل مطرح شده در باب وجوب نفقه زوجه، این‌گونه به دست می‌آید که تأمین نیازهای زن بر مرد واجب است و مسائل آن هم با توجه به زمان و مکان مختلف، متفاوت می‌باشد و هر فقیه مصادیق مربوط به عصر خود را بیان فرموده است و موارد بیان شده جنبه انحصاری ندارد. بنابر آنچه ذکر شد، معیار و ملاک شرعی این مسئله همانا تحت عنوان معاشرت به معروف قرار می‌گیرد و شامل برآوردن همه نیازهای ضروری زن بر طبق عرف و عادت جامعه‌ای است که زن در آن زندگی می‌کند. سبک زندگی در عصر حاضر اقتضا دارد که موارد نفقه به مواردی تسری یابد که اکنون جزئی از ضروریات زندگی زنان می‌باشد؛ مانند هزینه تحصیل که در عرف جامعه، به‌عنوان امری عادی و بدیهی برای هر فرد تلقی می‌شود و نپرداختن به این مقوله، عملی نامتعارف به نظر می‌رسد.

#### ۲.۴. اذن در نذر و تصرفات مالی

بنابر نظر برخی از فقیهان، از جمله حقوقی که برای مرد در عقد ازدواج در نظر گرفته شده است، اذن می‌باشد؛ به این معنا که زن برای انجام برخی از امور، باید از شوهر خود اذن داشته باشد؛ از جمله خروج از منزل، عبادات مستحبی، تصرفات مالی، نذر و ... (موسوی خمینی، ۱۳۹۲،

ج ۲، ص ۱۱۷؛ حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۶، ص ۲۵۲). در این پژوهش، حقوق مالی مدنظر می‌باشد؛ از این رو، به بررسی لزوم یا عدم لزوم اذن در تصرفات مالی و نذر و صدقات برای زن پرداخته می‌شود. در بین فقها، نظرات مختلفی در مورد لزوم یا عدم لزوم اذن در بحث نذر و تصرفات مالی زن بیان شده است. در حقیقت، نظرات ایشان به دو گروه منقسم می‌شود: گروهی از فقها قائل به شرط دانستن اذن زوج در تصرفات مالی و نذر زوجه هستند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۴، ص ۱۹۸) و گروهی دیگر قائل به عدم لزوم اذن زوج در تصرفات مالی و نذر زوجه می‌باشند (شیرازی، بی تا، ص ۱۶۱۵). ادله‌ای که فقها در این زمینه بدان استناد می‌کنند، آیات، روایات و اجماع فقها می‌باشد؛ از جمله آیه ۳۴ سوره نساء و ۲۲۸ سوره بقره که به ترتیب از عبارات «... الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ...» و «... وَاللِّرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ...»، این معنا را به دست آورده‌اند که مرد به دلیل برتری‌ای که نسبت به زن دارد، بر امور اقتصادی زن هم احاطه دارد و تصرف مالی و نذر زن را مشروط به اذن شوهر دانسته‌اند. نظرات متفاوتی در تفسیر آیات مورد نظر وجود دارد که در اینجا نظراتی بیان می‌شوند که با اهداف این پژوهش سازگاری دارند. در تفسیر عبارت «... الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ...» آمده است: مردان سرپرست و خدمتگزار زنان هستند. اگرچه به این مطلب در قرآن تصریح شده است، این سخن به معنای خودرأی بودن و ستم کردن و از حد گذشتن مردان نیست؛ بلکه مقصود مدیریتی با شکلی ساخت یافته با عنایت به تکالیف و مشورت‌های لازم می‌باشد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۳۶۹ و ۳۷۰).

صاحب مجمع‌البیان در تفسیر آیه «... وَاللِّرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ...» نظر ابن عباس، صحابی پیامبر را بیان می‌دارد: هدف، جایگاه و موقعیتی است که از ملاحظه و محترم شمردن حقوق زن برای مردان حاصل می‌شود؛ به گونه‌ای که با رعایت و به‌جا آوردن حقوق زنان برای خود فضیلتی به دست بیاورند (طبرسی، ۱۳۶۳، ج ۳، ص ۸). آقای صانعی از فقهای معاصر می‌گوید: «الرِّجَالُ يُقِيمُونَ بِأَمْرِهِنَّ»: مردان برای انجام امور زنان ایستاده‌اند. همچنین آیت‌الله بجنوردی می‌نویسد: «این شبهاتی که برخی القا می‌کنند که این آیه شریفه می‌گوید مرد زعیم است و رئیس و فرمان را او باید بدهد و ریاست زن را در شئون خانه بر عهده دارد، در حالی که

این آیه هیچ دلالتی بر آن ندارد به واسطه اینکه برهان عقلی خلاف آن است. رئیس به معنای آقا و افضل نیست؛ «سید القوم خادمهم»: رئیس گروه خدمت گذار آنان است. در یک خانواده، وقتی می‌گویند: آقا، پدر، شوهر و مرد این خانواده! مسئولیت انفاق با تو است، نباید بگوییم مرد افضل و اعقل افراد خانواده است؛ بلکه این چیزی عقلانی و عرفی است و من اعتقاد دارم این آیه شریفه جدا از حکم عقلا نیست. شما از هر عربی که ذهنیت ندارد، معنای آیه شریفه را پرسید، می‌گوید که مردان به کارهای زنان در امر نفقه و تأمین معاش می‌پردازند» (مهریزی، ۱۳۸۲، ص ۲۳۸ و ۲۳۹).

روایاتی که مستند شرط دانستن اذن می‌باشند، از این قرارند: روایتی از امام محمد باقر<sup>(ع)</sup> که حضرت می‌فرماید: زنی که همسر دارد، بدون اذن شوهر نمی‌تواند برده‌ای آزاد کند یا به انجام کار نیکی پردازد (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص ۲۲۲). امام صادق<sup>(ع)</sup> می‌فرماید: زنی که دارای همسر است، بدون اذن همسر نمی‌تواند برده‌ای را آزاد کند؛ تدبیر یا صدقه بدهد، هبه و نذری از مالش داشته باشد مگر با اذن شوهر (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۵۰۷). بنابراین به نظر می‌رسد نمی‌توان با استناد به یک یا دو روایت، استقلال اقتصادی زوجه را گرفت. در ارتباط با ملاک اخلاقی بودن می‌توان از آیات و روایاتی که به مسأله استقلال مالی زن و مرد می‌پردازند، بهره جست. مستندات قرآنی زیر بیانگر استقلال مالی افراد است.

- همان‌گونه که برای مردان از چیزی که پدر و مادر و نزدیکان به جای می‌گذارند، بهره‌ای است، برای زنان نیز چنین خواهد بود؛ چه آن مال اندک باشد، چه زیاد. این بهره معین و قابل پرداخت است (نساء، ۷). در این آیه، به مسأله ارث اشاره گردیده و برای زن و مرد، سهم جداگانه‌ای از اموال در نظر گرفته شده است. از ذکر واژه «نساء» در کنار واژه «رجال» به‌طور مستقل و نیز «لام» اختصاص که بر هر دو داخل شده و بر مالکیت دلالت می‌کند، استفاده می‌شود که در حق مالکیت زن و مرد تفاوتی وجود ندارد و زن نیز همچون مرد، مالک اموالی است که از طریق کسب و تلاش مادی به دست می‌آورد یا از طریق مهریه و ارث و نفقه عایدش می‌گردد (یوسفیان، بی‌تا، ص ۲۱).

- فضیلتی را که خداوند برای برخی از شما نسبت به دیگری مقرر داشته، درخواست نکنید؛ مردان از آنچه حاصل دسترنجشان است، بهره‌ای دارند و زنان هم از آنچه حاصل دسترنجشان است، بهره‌ای و از خدا بخواهید، خدا به هر چیز داناست (نساء، ۳۲). در این آیه، خداوند هر یک از زن و مرد را مالک دسترنج خویش می‌داند.

- آیه ۴ سوره نساء: مهر زنان را به‌عنوان یک بدهی به آنها پردازید و اگر آنها با رضایت خاطر، چیزی از آن را به شما ببخشند، آن را حلال و گوارا مصرف کنید. ذیل وجوب حکم مهریه، خداوند زن را ملوک مهر می‌داند که می‌تولند از مهریه خود را به شوهر ببخشند.

بنابراین زنان مانند مردان بر اموال خود مسلط‌اند و همانند مردان، مجاز به هرگونه تصرفات مباح در اموال خود هستند. درست است که خداوند متعال مردان را رئیس و سرپرست خانواده خود قرار داده و اطاعت آنان را بر همسرانشان واجب کرده است، اما این ریاست مردان در خانواده به معنای سروری و برتری در همه جهات نیست و به این معنا نیست که تصرفات زن در اموال و دارایی و درآمد خود نافذ نباشد. مردان تنها از آن جهت که مسئول حفظ مصالح خانواده، انجام وظایف خانوادگی و صیانت از حریم خانواده هستند، در مسائل زناشویی و خارج شدن زنان از منزل باید اطاعت شوند.

برای مؤید بحث می‌توان به تفسیر علامه طباطبایی در ارتباط با این آیه اشاره نمود: «سرپرستی مرد نسبت به همسر خود به این معنا نیست که اراده زن و تصرفاتش در آنچه مالک آن است، نافذ نباشد. همچنین به این معنا نیست که زن در حفظ حقوق فردی و اجتماعی خود و دفاع از آن و رسیدن به آن، با مقدماتی که دارد، مستقل نباشد؛ بلکه معنایش این است ... که باید زنان در هرچه مربوط به کامجویی جنسی و بهره‌مندی زناشویی است، مطیع شوهران خود باشند و در غیاب آنها، به ایشان خیانت نکنند و حریم عفاف خویش را پاس دارند و نسبت به اموال و هرچه در زندگی زناشویی در اختیار آنهاست، امین و درستکار باشند و سوءاستفاده‌ای از آنها نکنند».

لذا اگر این روایات را اخلاقی ندانیم، با این آیات و روایات فوق در تعارض خواهد بود.

با توجه به مطالب بالا، به این نتیجه می‌رسیم که زوج برای تصرف در اموال شوهر، اجازه نیاز دارد، در حالی که برای تصرف در اموال خود، به اجازه نیاز ندارد (ایمانی، ۱۳۸۹، ص ۱۵۳). در مورد اجماع نیز، با توجه به نظرات متفاوتی که فقها دارند، نمی‌توان اجماع را در این زمینه ثابت دانست. لزوم اذن شوهر برای تصرفات مالی و نذر توسط زن با استقلال مالی هریک از زوجین و اجازه هرگونه تصرف در اموال سازگاری ندارد و در ارتباط با اینکه روایات فوق غیرالزام‌آورند، می‌توان به استفتائات فقها در این باره اشاره کرد: همه مراجع عظام بر این باورند که زن می‌تواند هرگونه تصرفی در اموال خود انجام دهد و اجازه شوهر لازم نیست؛ هرچند اجازه بگیرد، بهتر است (تبریزی، ۱۳۸۵، ج ۵، ص ۵۱۸).

با توجه به آیات ذکر شده و همچنین اصل تسلیط که برگرفته از سخن منسوب به پیامبر (ص) است (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۲، ص ۲۷۲)، زوج نیز اجازه هرگونه تصرف در اموال خویش را داراست. این مورد بیانگر مالکیت زن است و برای روشن شدن دلیل بحث، به روایات مجزایی در ارتباط با مسائلی که نیازمند اذن زوج برای زوج نیست، اشاره می‌گردد:

اول: النَّاسُ مُسَلِّطُونَ عَلَىٰ أَمْوَالِهِمْ (ابن ابی جمهور، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۲۲۲ و ۴۵۷): «ناس» به معنای مردم و «ال» آن برای دلالت بر عمومیت و جنس است. بنابراین همه انسان‌ها را شامل می‌شود و حکم آن برای همه انسان‌هاست، نه مخصوص مردها. بنابراین زنان نیز از طریق عموم لفظ، داخل در حکم این روایت هستند. زنان نیز بر اموال خود مسلط و نسبت به هرگونه تصرف در آن، آزادند و به اذن، نیاز ندارد. این روایت هرچند به لحاظ سند، مخدوش است، مورد عمل و استناد بسیاری از فقیهان در ابواب فقهی قرار گرفته است که این امر می‌تواند وجهی برای صحت استناد به آن باشد.

دوم: زراره می‌گوید: امام باقر (ع) فرمود: زنی که بالغ و رشید است، می‌تواند خرید و فروش کند، برده آزاد کند، شهادتش قبول است و برای هرگونه تصرفی در اموالش مجاز است (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۳۴).

سوم: ابن ابی حمزه از امام صادق (ع) پرسید: زنی حج واجب انجام نداده است و همسرش به او اجازه رفتن به مراسم حج نمی‌دهد. این شخص به مسافرت رفته و همسرش را از حج نهی



کرده است. امام در جواب وی فرمود: شوهر در حج واجب، بر زن خود حق طاعت ندارد؛ اگر خواست برود (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۲۸۲).

در روایت دیگری، زراره از امام باقر<sup>(ع)</sup> همانند این مسئله را پرسید و گفت: شوهر به او اجازه نمی‌دهد. امام فرمود: باید برود، حتی اگر شوهر اجازه ندهد (همان‌جا).

از این روایات، به دست می‌آید که دو زن مورد سؤال مستطیع بوده‌اند؛ زیرا فرض سؤال راوی در حج واجب است و حج واجب مشروط به استطاعت است و لازمه استطاعت مالکیت و استقلال اقتصادی است؛ زیرا غیرمالک همچون برده و کنیز، هیچ‌گاه مستطیع نمی‌شود. علاوه بر آن، اجازه امام به این زن برای انجام فریضه حج به معنای مجاز بودن وی به تصرف در اموالش است. بنابراین آیات و روایاتی که این‌گونه تکالیف را برای زنان ثابت می‌کنند، خود دلیل هستند بر اینکه اسلام استقلال اقتصادی زن را پذیرفته است. اگر جنس زن مالک نبود یا حق تصرف در اموال خود را نداشت، اشتراک در این تکالیف بی‌معنا بود.

نتیجه‌ای از مجموع مطالب یادشده به دست می‌آید که زن نیز همانند مرد، شایستگی مالکیت و اداره اموال خود را دارد و می‌تواند نسبت به اموال و املاکی که از طریق کار و تلاش اقتصادی یا ارث یا مهر و نفقه، مالک شده است، هرگونه تصرفی از قبیل خرید و فروش، اجاره، رهن، مزارعه، مساقات، هبه صلح، مضاربه و قرض داشته باشد و نیاز به اجازه گرفتن از کسی، حتی از شوهر، ندارد. فقیهان بزرگ شیعه و برخی از طوایف اهل سنت به این امر فتوا داده و گفته‌اند: زن بالغ رشید برای هرگونه تصرفی در اموال خود مجاز است، خواه شوهر داشته باشد یا نه (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۲۸۵). زن بالغ رشید برای هرگونه عقدی، اعم از بیع و نکاح و غیر آنها، مجاز است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۱۶۲). شیخ طوسی گفته است: اگر مرد فقیر و همسرش ثروتمند باشد، زن می‌تواند از باب سهم فقرا، به مرد زکات پرداخت کند (همان، ج ۱، ص ۲۵۹).

با بررسی روایات و استفتائات، می‌توان به استقلال و جواز تصرفات مالی زن، به‌جز در نذر، قائل شد؛ چرا که نذر به‌عنوان یک عمل عبادی، استثنا بر عام (کل تصرفات مالی) است و همان‌گونه که از مباحث اصولی برداشت می‌شود، دلیل خاص (روایات پیرامون نذر) منحصص

عام قرار می‌گیرد.

مرحوم صاحب جواهر مسلم گرفته است که زن می‌تواند در اموالش تصرف کند. ایشان در بحث نذر، روایت عبدالله بن سنان را نقل کرده، در ادامه می‌فرماید: **كَمَا أَنَّهُ لَا يُنَافِيهِ جَوَازُ تَبَرُّعِهَا فِي مَالِهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ إِذْ كَعَلَّ لِلْإِزَامِ (نذر) حُكْمًا يَخَالِفُ التَّبَرُّعَ**؛ روایت می‌گوید که نذر بدون اذن نکن، نه اینکه نتواند در مال خود تصرف کند. مرحوم صاحب جواهر این را مسلم گرفته است و معلوم می‌شود که تصرف زن در اموالش مسلم بوده و بحثی نداشته است؛ پس روایات آمر به استیذان، معمول‌بها نیست و نمی‌توانیم با استفاده از آن حکم کنیم و فتوا دهیم که زن حق ندارد در اموالش تصرف کند و شارع نذر را به خاطر الزاماتی که بر عهده زن می‌گذارد، به اذن شوهر منوط کرده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۶، ص ۱۲۶).

روایت عبدالله بن سنان از روایات خوب این باب بود و می‌تواند قرینه بر بحث ما باشد؛ چون ذیل روایت می‌فرماید: **«إِلَّا فِي حَجِّ أَوْ زَكَاةٍ أَوْ بَرٍّ وَالِدَيْهَا أَوْ صِلَةِ رَحِمِهَا»** (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۵۱۶). بر والدین حتماً به معنای نفقه واجب نیست و روایت می‌گوید حتی در بر والدین هم، زوجه می‌تواند بدون اذن شوهر، تصرف کند و از اینجا معلوم می‌شود که زوجه می‌تواند بدون اذن در موارد دیگر هم در اموال خود تصرف کند. پس معنای آن این است که نیکی کردن مستحب به والدین، اجازه زوج نمی‌خواهد. حال اگر این مستحب اجازه نخواهد، مستحبات دیگر هم چنین خواهد بود؛ به‌خصوص که کلمه «بر» غالباً در مستحبات استعمال می‌شود. لذا تنها نذر مالی زن را مشروط به اجازه شوهر کرده است، در حالی که فتوای مشهور آن است که نذر زن به‌طور مطلق، به اجازه شوهر منوط است. در نتیجه، اگر این فتوا مستند به این روایت باشد، دلیل اخص از مدعا خواهد بود (طاهری‌نیا، ۱۳۸۴).

برخی فقها معتقدند با بلوغ دختر و رشد او، اموالش تحویلش می‌گردد و او مجاز است که هر نوع تصرفی در آن معمول دارد؛ چه شوهر داشته باشد چه نداشته باشد. در صورت داشتن شوهر هم، تصرف زن در اموال خویش نیاز به اذن شوهر ندارد (طوسی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۲۸۶). همچنین برخی از فقها معتقدند: اختلافی میان فقها نیست که زن پس از بلوغ، حق تصرفات مالی را دارد و آنچه در برخی روایات آمده است که باید از شوهر اذن بگیرد، اصحاب

آن را بر استحباب حمل کرده‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۳۵۱).

چنان‌که بیان شد، با توجه به متن آیات و روایات و نظرات مختلف فقها و همچنین اثبات استقلال مالی هریک از زوجین در اسلام و اصل تسلیط بر اموال، به نظر می‌رسد قول فقهای که نظر به عدم لزوم اذن شوهر در تصرفات مالی زن دارند، به صواب نزدیک‌تر است و با عدالت سازگاری دارد. ضمن اینکه تصرف در اموال با توجه به شرط اذن، نقض غرض با اصل مالکیت خواهد داشت. همچنین سبک زندگی زنان در عصر حاضر، که اکثریت به کار و پیشه مشغول می‌باشند، ایجاب می‌کند که نظراتی از فقها ملاک قوانین مدنی قرار گرفته شوند که استقلال مالی زنان را به رسمیت شناخته، حق تصرف در اموال آنها را به خودشان واگذار نماید.

### یافته‌های پژوهش

از مجموعه مطالبی که بیان شد، چنین نتایجی به دست می‌آید:

- عوامل گوناگونی که همگی برگرفته از شرع و شریعت می‌باشند، می‌توانند در دگرگونی احکام نقش داشته باشند. برخی، متغیرهای احکام اولیه به احکام اولیه دیگر هستند که در این خصوص، شناخت موضوعات در اثبات حکم، نقش کلیدی را بر عهده دارد. همچنین در بخش متغیرهای احکام اولیه و ثانویه نیز، به‌خوبی دریافت شد که مصلحت و مقتضیات زمان و مکان، عامل اصلی و بنیادی در تغییر احکام می‌باشند؛ زیرا در تمامی عناوین ذکر شده، مصلحت و دفع مفسده و همچنین قرار گرفتن در شرایط زمانی و مکانی و به‌اصطلاح سبک و شیوه زندگی، از جمله مهم‌ترین مواردی هستند که در وضع احکام جدید مؤثر می‌باشند.
- احکامی که در دسته‌بندی معاملات قرار می‌گیرند، اغلب به‌دلیل امضایی بودن، قابلیت تأثیرپذیری بسیاری نسبت به متغیر سبک زندگی، مصلحت اجتماعی و شرایط زمان و مکان دارند.
- حقوق مالی زن و مرد از جمله مواردی است که همواره با توجه به تأثیرپذیری از متغیرها، دچار دگرگونی‌هایی در اعصار مختلف شده است.
- حقوق مالی که در این پژوهش بررسی شد، با توجه به اطلاق آیات و همچنین وجود

روایت‌های گوناگون و به تبع آن، نظرات مختلف فقها در این زمینه، می‌توان احکامی مبنی بر برابری برخورداری از حقوق مالی را برای زنان در نظر گرفت؛ از جمله تساوی در میزان دیه بر نفس و اعضا، برخورداری از نفقه متناسب با شأن و منزلت زن با توجه به پیشرفت‌های زندگی امروزی، عدم پرداخت مزاد بر مهریه در طلاق خلع و همچنین عدم شرط اذن در تصرفات مالی با توجه به استقلال مالی که زنان در عصر امروز دارند.

• در زمینه حقوق مالی قوانینی وضع شود که در جهت حمایت زنان در عصر حاضر باشد. به این دلیل که شرایط زنان در عصر حاضر بسیار متفاوت با زمان صدر اسلام و سبک زندگی عصر معصومین<sup>(ع)</sup> می‌باشد؛ به این بیان که اکنون زنان دارای موقعیت‌های ویژه در اجتماع هستند؛ بر خلاف عصر معصومین که زنان به‌عنوان شهروند درجه دو محسوب می‌شدند که دلیل آن، عادات و شیوه‌های مرسوم زندگی در آن عصر بوده است.

### منابع

- قرآن کریم
- ابن ابی‌جمهور، محمد بن زین‌الدین (۱۴۰۵ق). *عوالی اللئالی العزیزیه*. قم: دار سیدالشهداء للنشر.
- ابن شعبه حرانی، حسن بن علی (۱۴۰۴ق). *تحف العقول*. قم: جامعه مدرسین.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). *لسان العرب*. بیروت: دارالفکر للطباعة و نشر و توزیع.
- ابوهریره، محمد (بی‌تا). *محاضرات فی عقد الزواج و آثاره*. قاهره: دارالفکر العربی
- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق). *مجمع الفائده و البرهان فی شرح اِرشاد الأذهان*. قم: انتشارات اسلامی.
- ایمانی، مینا (۱۳۸۹). *بررسی تطبیقی اذن زوجه از زوج در فقه و حقوق موضوعه*. تهران: دانشگاه پیام نور.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق). *الحدائق الناضره فی أحكام العترة الطاهره*. تحقیق محمدتقی ایروانی. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- بهمنی، میلاد (۱۳۹۵). *تحلیل حقوق مالی زوجه در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه با تأکید بر نظریات آیت‌الله هاشمی شاهرودی*. پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه عدالت تهران. ایران.
- تبریزی، میرزاچواد (۱۳۸۵). *صراط النجاه فی أجوبة الاستفتاءات*. قم: دارالصدیقه الشهدید
- جمعی از مؤلفان (بی‌تا). *مجله فقه اهل بیت<sup>(ع)</sup>*. قم: مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت<sup>(ع)</sup>.
- کاظمی، جواد بن سعدالله (۱۳۶۵ق). *مسالك الافهام الی آیات الاحکام*. تهران: نشر مرتضوی.
- جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ق). *الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیه*. لبنان: دار العلم للملایین.

- جوریزی، صغرا (۱۳۹۲). *نقد و بررسی نظریه تساوی دیه زن و مرد*. پایان‌نامه کارشناسی ارشد. دانشگاه پیام‌نور بهشهر. ایران.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعه*. قم: مؤسسه آل‌البت (ع).
- حکیم، سید محسن طباطبایی (۱۴۱۰ق). *منهاج الصالحین*. بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۴ق). *تذکره الفقهاء*. قم: مؤسسه آل‌البت (ع).
- حلی، ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: انتشارات اسلامی.
- حلی، حسین (۱۴۱۵ق). *بحوث فقهیه*. قم: مؤسسه المنار.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (بی‌تا). *تحریر الأحکام الشرعیه علی مذهب الإمامیه*. مشهد: مؤسسه آل‌البت (ع).
- \_\_\_\_\_ (۱۴۰۸ق). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خوری شرتونی، سعید (۱۴۰۳ق). *اقترب الموارد*. قم: انتشارات آیت‌الله مرعشی.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ق). *منهاج الصالحین*. قم: نشر مدینه العلم.
- \_\_\_\_\_ (بی‌تا). *کتاب الحج*. قم: منشورات مدرسه دارالعلم.
- دارقطنی، علی بن عمر (۱۴۲۴ق). *سنن الدارقطنی*. لبنان: مؤسسه الرساله.
- روحبخش‌فعلی، زهره و امینی، اعظم (۱۳۹۹). «بررسی فقهی انفاق زن بدون اذن شوهر». *فصلنامه علمی مطالعات فقه اقتصادی*، ۲(۳)، ص ۷۳-۸۴.
- شاهعلی، حسن (۱۳۹۴). *بررسی فقهی ماهیت وجودی نفقه و کمیت و کیفیت آن در مذاهب خمسسه*. فصلنامه *جبل المتین*، ۴(۱۳)، ۸۰-۶۶.
- شریف مرتضی، علی بن حسین بن موسی (۱۴۱۵ق). *الانتصار*. قم: مؤسسه اسلامی.
- شیرازی، سید محمد حسینی (بی‌تا). *الفقه: کتاب الجعاله، الايمان و النذر*. قم: مدرسه الامام المهدي (ع).
- صانعی، یوسف (۱۳۷۷). *برابری دیه زن و مرد مسلمان و غیرمسلمان*. قم: فقه الثقلین.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۳). *فقه و زندگی (کتاب القصاص)*. قم: فقه الثقلین.
- صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۳ق). *من لا یحضره الفقیه*. قم: انتشارات اسلامی.
- طاهری، حبیب‌الله (۱۴۱۸ق). *حقوق مدنی*. قم: انتشارات اسلامی.
- طاهری‌نیا، احمد (۱۳۸۴). «زن و استقلال اقتصادی». *نشریه معرفت*، شماره ۸۹.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۶۳). *تفسیر مجمع البیان*. ترجمه حسین نوری همدانی. تهران: فراهانی.
- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن (۱۳۹۰). *الاستبصار فیما اختلف من الأخبار*. تهران: دار الکتب الإسلامیه.

- \_\_\_\_\_ (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم: انتشارات اسلامی جامعه مدرسین قم.
- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۰ق). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة. قم: داوری.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۳۷۲). القواعد و الفوائد. تهران: مکتبه المفید.
- عسگری، آسیه (۱۳۹۶). امکان سنجی محرومیت همسر از ارث در فقه و حقوق موضوعه. (پایان نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه پیام نور. تهران. ایران.
- علوی، سید محمدتقی (۱۳۸۱). «تأملی بر جایگاه "عرف" و "عادت" در فقه و حقوق موضوعه ایران». زیان و ادب فارسی (نشریه سابق دانشکده ادبیات دانشگاه تبریز)، ۴۵(۱۸۲)، ص ۱۳۵-۱۶۸.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۴). قواعد فقه سیاسی (مصاحف). تهران: امیرکبیر.
- فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی (بی تا). مفاتیح الشرائع. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.
- فیض، علیرضا (۱۳۷۴). مبادی فقه و اصول. تهران: دانشگاه تهران.
- قمی، ابوالقاسم (۱۳۸۷). جامع الشتات. تهران: دانشگاه تهران.
- کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷). فلسفه حقوق. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- لنگرانی، محمد فاضل (۱۳۸۳). جامع المسائل. قم: امیر العلم.
- متقی هندی، علاء‌الدین علی بن حسام (۱۴۰۹ق). کنز العمال فی سنن الاقوال و الافعال. بیروت: مؤسسه الرساله.
- مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی (۱۴۰۳ق). بحار الأنوار. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- موسوی بجنوردی، محمدکاظم (۱۳۸۱). «مصاحبه با آیت الله موسوی بجنوردی». روزنامه همشهری، چهارشنبه یک آبان، شماره ۲۸۷۶.
- معرفت، محمدهادی (۱۳۷۴). «نقش زمان و مکان در روند اجتهاد». مجموعه مقالات اجتهاد و زمان و مکان مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی. جلد ۳.
- مفید (شیخ)، محمد بن محمد بن نعمان عکبری (۱۴۱۳ق). المقنعه. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۱). تفسیر نمونه. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۲۴ق). کتاب النکاح. قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).
- مهریزی، مهدی (۱۳۸۲). شخصیت و حقوق زن در اسلام. تهران: علمی فرهنگی.
- موسوی خمینی، سید روح الله موسوی (۱۳۸۹). صحیفه نور. تهران: تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۲). *تحریر الوسيله*. قم: مطبوعات دار العلم.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- یزدی، سید محمدکاظم طباطبایی (۱۴۱۹ق). *العروه الوثقی (المحشی)*. قم: انتشارات اسلامی.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۴ق). *تکمله العروه الوثقی*. قم: داورى.
- یوسفیان، نعمت الله (بی تا). *احکام اقتصادی خانواده*. تهران: سپاه پاسداران انقلاب اسلامی.





# **Abstracts**

## **Examining the Financial Rights of Men and Women in the Light of Dynamic Jurisprudence**

*Khalilullah Ahmadvand*<sup>1</sup>  
Leila Azadmanesh<sup>2</sup>

Received: 28/08/2022  
Acceptance: 03/03/2023

### **Abstract**

Many rights and duties have been existed before Islam, and the legislator has confirmed them. Financial rights of men and women are also among the things that have been approved by the legislator, and the certain limits have been determined and decrees have been issued for each of them. Since rulings are subject to interest and corruption, and these matters are also assigned to topics; Therefore, the temporal and spatial conditions and lifestyles are affected to their changes and create the possibility of changes in rulings. Some of the financial rights of men and women that have been examined in this article are included: the topics of blood price, dowry, alimony and permission in financial possessions. In this research, an attempt is made to investigate the Shari'a rulings related to the financial rights of men and women with a descriptive-analytical method. That the financial rights of men and women are religious or subject to temporary variables, that the effect of time and place on women's financial rights and that the financial rights of men and women in Islam are compatible with the expediency of women today, in a way that is more compatible with justice and causes more protection for women's rights be made with the results obtained from this research, it is possible to consider rulings on the equal enjoyment of financial rights for women; Including equality in the price of blood on the soul and organs, having alimony commensurate with the dignity of women considering the progress of today's life, not paying excess dowry in divorce's khol`a and also not requiring permission in financial seizures considering the financial independence that women have at the present time.

**Keywords:** financial rights of men and women, alimony, dowry, blood price, dynamic jurisprudence.

---

1. (Corresponding author) Assistant Professor of Theology Department, Razi University, Sanandaj, Kermanshah, Iran  
ahmadvand@razi.ac.ir  
2. Master Student of Jurisprudence and Islamic Law Fundamental, Razi Kermanshah, Iran  
Leila.azadmanesh98@gmail.com

## **Jurisprudential Controversies of Establishing Sperm Bank**

*Mohammad Hossein Rahmati*\*1  
Narjes Nazari Nouleh<sup>2</sup>

Received: 28/08/2022  
Acceptance: 03/03/2023

### **Abstract**

Today, sperm is stored in special banks in order to donate it to infertile couples or to use it for the owner of the sperm, when incidents occur that reduce his fertility. The establishment and activity of these banks in Islamic countries have been the subject of jurisprudential debates by some scholars, including whether it is correct to trade sperm, considering its impurity and lack of wealth and receiving large sums of money for handing it over to these banks? Does not donating foreign sperm to infertile couples violate the right to identity and destroy the lineage of children born from these sperms? Is storing sperm and injecting it into a stranger's womb or injecting it into the wife's womb after the death of the sperm owner compatible with the ruling principles and rules in Shia jurisprudence? This research, which is done by descriptive- analytical method, has been analyzed these controversies and concluded that first, despite the local and rational benefits of sperm donation, there is no obstacle in its trade, just as donating it to infertile couples does not cause the loss of the lineage of the children born from these methods and does not violate their right to identity. Secondly, injecting sperm into a stranger's womb or the wife's womb after the death of the owner of the sperm does not have any obligation and none of the aforementioned disputes is an obstacle to establishing a sperm bank and using it from a jurisprudential point of view.

**Keywords:** sperm trade, sperm bank, alien sperm, right to identity.

---

1. (Corresponding author) Graduated Student from Fourth Level of Qom Seminary, Family Jurisprudence, Qom, Iran mh.rahmati1364@gmail.com  
2. Master of Animal Physiology, Islamic Azad University, Qom branch mn.nazari1364@gmail.com

## **The Family Institution in the Light of Community Authenticity**

Seyed Abolqasem Naghibi<sup>1</sup>  
Masoumeh Shahriari\*<sup>2</sup>

Received: 14/02/2023  
Acceptance: 13/05/2023

### **Abstract**

In the attitude towards the original institution of the family, there are three theories: individual authenticity, community authenticity and individual and community authenticity. In the perspective of the individual authenticity, the rulings, duties and rights of spouses, parents and children to each other are studied and the collective nature of the family is neglected; In the perspective of community authenticity, the family is studied as the subject and the members are not discussed independently. The main goal of this attitude is to protect the family institution from the sting of selfishness at the cost of reducing individual freedoms. In the approach of individual and community authenticity, both of individual and social dimensions of the family is important, and in addition to the importance of the members, its collective nature is also considered. In this view, works such as independent life from individual life, independent rules and traditions, and the independence of individual's actions on the family are arranged. By referring to the books and laws related to the family, we find out that until now, the one-sided attitude has prevailed; However, this attitude leads to bad effects such as accelerating the loss of independence of families in the new civilization, reducing the population, integrating the roles of the family in society, removing the boundary between home and society, and breaking up the family. In the works of late jurists, the organizational nature of the family has found its supporters, and with the weakening of the theory of individualism, most of the theories have been directed to the benefit of the family, where the roles of marriage and parents are integrated into a whole. This research, with analytical-descriptive method and by collecting library data, deals with the legal examination of the family institution in the light of community authenticity. The result of this new approach in legal studies will be the evolution of family law.

**Keywords:** the authenticity of the community, the authenticity of the individual and the community, the independent nature of the family, the social identity of the family.

---

1. Full Professor of Shahid Motahari University, Department of Jurisprudence and Law, Tehran, Iran  
Da.Naghibi@yahoo.com

2. (Corresponding author) PhD student in Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Imam Sadiq University (AS), Department of Jurisprudence and Islamic Law, Tehran, Iran  
Masoumeh.shahriari@yahoo.com

## **Studying the Effect of Pregnancy Condition on Criminal Sentences of Pregnant mothers in Islamic Law and Jurisprudence**

*Ferasat Mohammadi Bolbanabad*<sup>\*1</sup>

Received: 19/05/2023  
Acceptance: 20/08/2023

### **Abstract**

Pregnancy is a condition in which a woman has a fetus in her womb that lasts for 9 months and ends with childbirth. This period has effects on the mood and psyche of the pregnant woman that has been investigated in the field of obstetrics and gynecology as well as Psychology and can be effective in her criminal and penal sentences. This research, entitled the "studying the effect of pregnancy condition on the criminal sentences of pregnant women in Islamic law and jurisprudence, which has been done by descriptive-analytical method, examined the views of jurists and relevant laws on this scope and concluded If a woman is pregnant, in Islamic jurisprudence and law, the implementation of hudud and Qeṣās is delayed due to the fear and destruction of the fetus, citing verses 33 of Surah Esra and 164 of Surah An'am, narrations and consensus and reason. Pregnancy always causes mood and mental disorders for a woman and causes depression, severe anxiety and impaired concentration, although these matters have no effect in issuance of rules and regulations for her. Due to the reasons for eliminating of criminal responsibility and mitigating factors of crime, pregnancy can reduce criminal responsibility and mitigate punishment for pregnant women.

**Keywords:** Pregnancy, Mental Disorder, Punishment, Jurisprudence, Islamic Law.

---

1. PhD in Jurisprudence and Fundamental of Islamic Law, Department of Islamic Studies, Technical and Vocational University, Girls's Technical and Vocational School, Sanandaj, Kurdistan  
f.muhamadi@gmail.com

## **Providing a Solution for Explaining Women's Sexual Rights based on Legal and Ethical Approaches"**

Maryam Ghojaei Khamenehz\*<sup>1</sup>  
Mohammad Reza Salarifar<sup>2</sup>

Received: 03/01/2023  
Acceptance: 19/05/2023

### **Abstract**

Satisfying the sexual desire in a purposeful way and moving towards perfection is considered a principle in the sexual rights of Islam, which has been valued in Islamic teachings for its function of providing physical and mental peace. Satisfying the sexual needs of the spouse is one of the joint duties of men and women, and there are many documents regarding the rights and duties of both parties. What seems to be distinct in the sexual rights of men and women is the right to enjoy sexual intercourse in terms of time, in contrast to the absolute and undisputed right of a man in this matter, the right of a woman is limited to once every four months. In the existing Islamic literature, there are two legal and ethical approaches, each of which has its own arguments. In this research, the evidence of both approaches has been examined with explanatory-analytical method. The results show that the arguments of the legal approach can be criticized, and the arguments of the ethical approach are more sophisticated; As a result of the popular opinion - that a woman has the right to have sex every 4 months - it is the "first rule of Shar' " and the highest time limit that is determined by legislator (or Share') and is related to normal conditions and man cannot be irresponsible towards this need despite things like; woman's youth, desires and sexual needs. Also, according to the decree of contemporary jurists, the situation of custom in the sexual affairs of couples, the precedence of ethic over law in family relationships and the psychological sensitivity of women, the moral approach - the benefit of a woman from sexual intercourse in less than four months and when needed - is strengthened.

**Keywords:** sexual rights, compliance, non- compliance, enjoyment of wife, legal approach, ethical approach.

---

1. (Corresponding author) Seminary graduate in 4th level of comparative interpretation, Higher Education Institute-Masumieh Seminary, Qom, Iran      m.ghojaei.kh@gmail.com  
2. Associate Professor, Department of Family, Research Institute of Seminary and university, Qom, Iran      Msalarifar@rihu.ac.ir

## **Explanation and Re-reading of Sayings and Proofs of Sunni Jurists about the Verdict of Hymen Surgery**

Sayede Atefee Ebrahimi<sup>1</sup>  
Soheila Rostami\*<sup>2</sup>  
Farzad Parsa<sup>3</sup>

Received: 22/02/2023  
Acceptance: 27/05/2023

### **Abstract**

Hymenoplasty is a type of surgery to reconstruct the non-existent or lost hymen due to various factors, and its purpose is to restore the ability of the hymen to bleed during the first intercourse after wedding (Zafaf night), and to create a condition that leads to bleeding during the first sexual intercourse. Contemporary Sunni jurists have expressed three views about this act: absolute prohibition, absolute permission and said in detail. In this research, which has been carried out by descriptive-analytical method, after induction and examination of the reasons of all three groups, considering the acceptability and concreteness of the arguments of those who say for restoration, as well as considering the requirements of time and the growing process of restoration among Muslim societies and non-Muslims, as well as the resources available in carrying out this act and preventing violence and the order of oppression and social harassment and the lack of justice for girls whose hymens have been damaged for any reason, also considering the fact that the gender significance of the hymens is derived from social customs and beliefs and has no harmony and tradition with Islamic and jurisprudential beliefs, concluded that the act of restoring one's virginity is desirable and can be preferable because of gaining benefits and creating expediency and creating a peaceful atmosphere without fear of being rejected from the family and society and leaving the marriage forever, of course, it would not be done for the purpose of adultery or adultery.

**Keywords:** surgery, repair, hymen, Sunni jurisprudence.

- 
1. Master's student of Shafi'i Jurisprudence, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran  
atefeebrahimi6973@gmail.com
  2. (Corresponding author) Associate professor, Department of Shafi'i Jurisprudence, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran  
s.rostami@uok.ac.ir
  3. Associate Professor, Department of Shafi'i Jurisprudence, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran  
f.parsa@uok.ac.ir

## **Unwritten Preferences and their Application in Family Law**

Khadijah Moradi<sup>1</sup>  
Ateke Ghasemzade<sup>\*2</sup>

Received: 21/05/2022  
Acceptance 16/04/2023

### **Abstract**

One of the controversial issues in the principles of jurisprudence under the topic of balance and preference is the possibility of using or non- using of unwritten preferences, which will have a significant effect on Ijtihad. The famous saying of fundamental scholars in jurisprudence (named Osulion) is based on using unwritten preferences. Regarding the dependence of jurisprudence and the principles of jurisprudence (Osul Fiqh), as well as the interaction and correlation of Imami Fiqh with the legal system of Iran and considering the fundamental importance of the family in terms of individual and social, and the problems and legal gaps in this field, this article has an attempt to provide a practical explanation in this context. In this research, firstly, the use of unwritten preferences in the principles of jurisprudence has been investigated, then the applications that may exist in family law have been discussed. Finally, in order to fill the existing gaps, in Article 167 of the Constitution Law, jurisprudence sources have been referred to. It is necessary to mention that unwritten preferences are used in the principles (Osul) to prefer between two narrations, but in jurisprudence and law, especially family law, it is considered to distinguish the issue.

**Keywords:** preference, written preferences, unwritten preferences, principles of jurisprudence (Osul Fiqh), family law.

---

1. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, Razi University, Kermanshah, Iran Kh.moradi@razi.ac.ir  
2. (Corresponding author) Post-Doctoral Student in Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Mazandaran University, Mazandaran, Babul Sar, Iran U.ghasemzade@gmail.com



## **Re- Examining Three Theories Presented by Jurisprudents on the Nature of Matrimony Contract and the Effects of Views on Marriage Issue**

*Mansour Amirzadeh Jirkoli*<sup>1</sup>

Received: 25/12/2022  
Acceptance: 20/05/2023

### **Abstract**

One of the main issues on matrimony contract is the nature of this contract. Three well-known theories have presented among Shi'a jurisprudents, and even Jurists in this regard. While some jurisprudents consider it as mutual interest contract, some others consider it as non-mutual interest contract. However, the great men, such as Na'eini, knew it semi-mutual interest nature. Also, some jurists describe it as partnership contract. The writer argues that it is a "special contract". It seems that the differences between these theories are rooted in various aspects of marriage, i.e. contractual aspect and devotional and ethical aspect. The purpose of this research is to critically examine the above-mentioned theories. In this regard, first the theoretical bases of these theories are examined, then the effect of these views on certain marriage issues such as "contract by conduct", "The wife's right of lien", and "option of cancellation of marriage" has been studied by descriptive- analytical method and by collecting data from library. The most important findings are the following: matrimony is not a mutual interest contract; it is a "special contract". Those who believe in the former do not exercise the decrees related to most marriage related issues including contract by deed, and means of marriage cancellation. The legislation of the wife's right of lien, affected by the famous theory by Shi'a jurisprudents on the nature of matrimony contract, considers it a mutual interest contract.

**Keywords:** nature of matrimony contract, mutual interest contract, non-mutual interest contract, semi-mutual interest contract, partnership contract, freedom of will, judicial necessity.

---

1. Assistant Professor in Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law,  
Torbat-e Heydarieh Branch, Islamic Azad University, Torbat-e Heydarieh, Iran  
amirzadehj@yahoo.com

## **Child Labor in Iran's Family Legal System in Positive and Negative Dimension**

Atefe Abbasi Koleymani<sup>1</sup>

Fateme Abbasian Arani<sup>\*2</sup>

Mohammad Hossein Shahbazi<sup>3</sup>

Received: 12/02/2023

Acceptance: 01/05/2023

### **Abstract**

The interests of the child require full material and spiritual support from the government and parents. This research, while examining the causes and consequences of child labor and the negative dimensions of child labor, also deals with the innovative aspect of child labor in a positive aspect. The main goal of this research is to investigate the difference between the phenomenon of "child labor" and "working child"; The negative aspect of banning the phenomenon of child labor, which is prohibited in domestic and international laws, sources and jurisprudential opinions, and the positive aspect of child labor, in which it is permissible to employ the child in suitable jobs for education and earning income, if the interest of the child is respected. This research with descriptive- analytical method and by citing library resources aims to answer the question of whether Iran's legal system has accepted the absolute prohibition of child labor, or whether the jurisprudential-legal criterion of "damage" has been considered by Iran's legal system? Because according to the Child Protection Law, economic exploitation is when a child is assigned to work that is physically, psychologically, morally or socially harmful or dangerous for him. Based on existing legal and jurisprudential sources, it is permissible to employ a child or teenager in a place that is not harmful for him.

**Keywords:** child labor, government, family, alimony, economic exploitation.

---

1. Assistant Professor in Family law faculty of Imam Sadiq University. Tehran, Iran

atefehabbasi@isu.ac.ir

2. (Corresponding author) Master Student in Family Law Department, Faculty of Imam Sadiq University. Tehran, Iran

f.abbasian731@gmail.com

3. Ph. D Student in Quran and hadith faculty of Imam Sadiq University. Tehran, Iran

hossein.shahbazi.68@gmail.com

## **The Effect of the Change in the Structure of Power in Family on Wife's Rights**

Farzaneh Shafiezadeh\*<sup>1</sup>  
Kubra Poorabdollah<sup>2</sup>  
Maryamsadat Mohaghegh Damad<sup>3</sup>

Received: 30/12/2020  
Acceptance: 10/05/2021

### **Abstract**

According to sociological studies, the **structure of power** in most Iranian families has evolved from authoritarian (patriarchal) to semi-democratic. This transformation has affected all aspects of the family, especially its legal dimension, in terms of the rights of members. One of the most important rights affected by this change is the wife's right. Therefore, in this research which has been done by descriptive-analytical method and collection of library information, we examined the impact of the transformation on the wife's right, and concluded that since the requirements of time and place necessitate the adaptation of laws to change, the legislature, in proportion to changes in the structure of power in the family, enacts new laws or amends old laws regarding the right of dowry, the right of alimony, the right of work, the right of Nehleh and fair equivalent remuneration (Ojratulmtsl) and the right to divorce. However, there are still issues related to the wife's rights in the field of dowry, employment rights, sexual rights, the right to dissolve marriage and the right to divorce, which have changed due to changes in the structure of power, but have not been considered by the legislature, Therefore, changing the old laws or enacting new laws is proposed by using the jurisprudential capacities.

**Keywords:** the structure of power , family, wife's rights.

- 
1. (Corresponding author) Graduate of Family Law, Imam Sadegh (AS) University Sisters Campus, Tehran, Iran  
Farzan.shafie@gmail.com
  2. Assistant Professor and Faculty Member of Imam Sadegh (AS) University - Sisters Campus, Tehran, Iran  
Poorabdollah@isu.ac.ir
  3. Assistant Professor and Faculty Member of Imam Sadegh (AS) University - Sisters Campus, Tehran, Iran  
M.mohaghegh@isu.ac.ir

## **Allam Tabatabai's Point of View about the Meaning of "MA 'roof" and its Effect on the Rule of MA 'roof Behavior and the Interpretation of Article 1103 of the Civil Code**

*Saeid Seiedhosseini*\*<sup>1</sup>

Received: 31/12/2022  
Acceptance: 26/06/2023

### **Abstract**

The main source of the rule of "MA 'roof" in Qur'an is the Qur'anic order of "Wa Ashruhan Ba-MA 'roof" meaning "live with MA 'roof". The word of "MA 'roof" which is used several times in the Qur'an, had been considered to mean conventional behavior by Allam Tabatabai. What confirms this view is the contrast established in the Qur'an between MA 'roof behavior and Z̄erari or (harmful) behavior. The result of this point of view is that in marital life, creating an executive guarantee and legal responsibility for leaving the MA 'roof behavior and good behavior is conditional on an unconventional behavior or Z̄erari behavior. So, according to the above rule of Article 1103 of the Civil Code, the obligation contained in this rule would be a legal obligation and has a guarantee of execution only when the abandonment of good behavior leads to harmful and unconventional behavior or to Noshouz. In this research, based on the view of Allam Tabatabai about the MA 'roof word and its jurisprudential and legal works, after collecting the sources in a library style, the conceptual analysis of the data has been done with a descriptive method.

**Keywords:** MA 'roof, MA 'roof behavior, Z̄erari (harmful) behavior, Good behavior, Allam Tabatabai.

---

<sup>1</sup> Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Humanities, Shahid University, Tehran, Iran  
Iran s.hosseini@shahed.ac.ir

## **Feasibility of Grandchildren's Inheritance after the Death of Grandparents if there is a first heir**

Shirin Shahi<sup>1</sup>  
Sahar Karimi\*<sup>2</sup>  
Seyed Hamed Hosseini<sup>3</sup>

Received: 15/02/2023  
Acceptance: 06/05/2023

### **Abstract**

The issue of grandchildren's inheritance in case of grandparent's death and the existence of the first heir is one of the cases that has been neglected by the legislator despite its high importance especially in preventing family disputes and financial problems. Currently, based on the rule of closer relative, when a person dies earlier than her/his parents, her/his children will be deprived of their grandparents' inheritance if the grandparents have any other children which are alive at the time of their death. Although Imāmī jurisprudence accepts the inheritance of grandchildren as the successors of their parents or *Qaem Maqam*, in order to respond to this question whether *Qaem Maqam* is being able to inherit in case of the existence of their aunts or uncles, this research has been done based on hadiths and jurisprudential sources and indicated that none of the evidence is in the contrary with the assumption of avoidance of grandchildren's inheritance along with the other heirs, in case of the death of one of their parents. Therefore, such inheritance could be considered for them.

**Keywords:** inheritance, grandchild, *Qaem Maqam* (successor), children, rule of closer relatives, consensus.

---

1. PH. D Student, Department of Private Law, Kharazmi University, Tehran, Iran.

shirinshahi.7173@gmail.com

2. (Corresponding author) Assistant Professor, Department of Private Law, Kharazmi University, Tehran, Iran.

karimi\_sahar@khu.ac.ir

3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Shahid University, Tehran, Iran.

sh.hosseini@chmail.ir

# Contents

- ❖ **Easibility of Grandchildren's Inheritance after the Death of Grandparents if there is a first heir.....5**  
*Shirin Shahi, Sahar Karimi, Seyed Hamed Hosseini*
- ❖ **Allam Tabatabai's Point of View about the Meaning of “MA 'roof” and its Effect on the Rule of MA 'roof Behavior and the Interpretation of Article 1103 of the Civil Code.....33**  
*Saeid Seiedhosseini*
- ❖ **The Effect of the Change in the Structure of Power in Family on Wife's Rights.....53**  
*Farzaneh Shafiezadeh, Kubra Poorabdollah, Maryamsadat Mohaghegh Damad*
- ❖ **Child Labor in Iran's Family Legal System in Positive and Negative Dimension...83**  
*Atefe Abbasi Koleymani, Fateme Abbasian Arani, Mohammad Hossein Shahbazi*
- ❖ **Re- Examining Three Theories Presented by Jurisprudents on the Nature of Matrimony Contract and the Effects of Views on Marriage Issue.....109**  
*Mansour Amirzadeh Jirkoli*
- ❖ **Unwritten Preferences and their Application in Family Law.....139**  
*Khadijah Moradi, Ateke Ghasemzade*
- ❖ **Explanation and Re-reading of Sayings and Proofs of Sunni Jurists about the Verdict of Hymen Surgery.....157**  
*Sayede Atefee Ebrahimi, Soheila Rostami, Farzad Parsa*
- ❖ **Providing a Solution for Explaining Women's Sexual Rights based on Legal and Ethical Approaches".....189**  
*Maryam Ghojaei Khameneh, Mohammad Reza Salarifar*
- ❖ **Studying the Effect of Pregnancy Condition on Criminal Sentences of Pregnant mothers in Islamic Law and Jurisprudence.....213**  
*Ferasat Mohammadi Bolbanabad*
- ❖ **The Family Institution in the Light of Community Authenticity.....239**  
*Seyed Abolqasem Naghibi, Masoumeh Shahriari*
- ❖ **Jurisprudential Controversies of Establishing Sperm Bank.....267**  
*Mohammad Hossein Rahmati, Narjes Nazari Nouleh*
- ❖ **Examining the Financial Rights of Men and Women in the Light of Dynamic Jurisprudence.....295**  
*Khalilullah Ahmadvand, Leila Azadmanesh*
- Abstract English.....5**

## **Family Law and Jurisprudence Journal**

Vol.28/ Fall and Winter 2023 / No.79

Under the direction of the research vice president

**Director-in-charge:** Imam Sadiq(P.) University, Girls' College

**Managing Director:** Dr. Seddigheh Mahdavi Kani

**Editor-in-chief:** Dr. Abbas Karimi

**Associate Editor:** Dr. Maryam al Sadat Mohaghegh Damad

**Editorial Board:**

**Mohammad Ali Ardebili**

Professor Department of Law and Criminology, Shahid Beheshti University

**Godarze Aftekhar Jharomi**

Professor Department of Law, Shahid Beheshti University

**Abbas Karimi**

Professor Department of Law, Tehran University

**Seyyed Mostafa Mohaghegh Ahmad Abadi**

Professor Department of Law, Tehran University

**Hossein Mehr Pour Mohammad Abadi**

Professor Department of Private Law, Shahid Beheshti University

**Hossein Mir Mohammad Sadeqi**

Professor Department of Law and Criminology, Shahid Beheshti University

**Fariba Haji Ali**

Associate Professor Group jurisprudence and principles of Islamic law, Al-Zahra University

**Seyyed Mohammad Husseini**

Associate Professor Department of Law, Tehran University

**Fa'eze Azimzadeh Ardebili**

Associate Professor Department of Islamic law and jurisprudence, Imam Sadiq(P.) University

**Ali Akbar Farhzadi**

Associate Professor Department of Private Law, Judicial Sciences and administrative Service University

**Mohammadali Ghane**

Associate Professor, Department of Islamic Studies and Guidance, Imam Sadegh University

**International Editorial Board**

**Nahida Jalil Abdul-Hassan Salman Al-Ghalbi / University Professor with the rank of**

Professor Department of Jurisprudence and its Fundamentals in the College of Peace Sciences /  
University of Karbala

**Hussein Ali Al-Haj Hassan**

Staz of all the etiquettes and humanities of the Lebanese society

**Blasim Aziz Shabib Aloush Al-Zameli Al-Musawi**

Comprehensive master of all jurisprudence Editorial Board:

**Contributing Advisors:**

Dr. Mehrzad Ebdali, , Dr. Kobra Pourabdollah, Dr. Lila Samni, Dr. Zohre Khani, Dr. Mohamadhadi Saei,  
Dr. Atefeh Zabihi, Dr. Mahmoud Abbasi, Dr. Atefeh Abbasi Kalimani, Dr. Fa'eze Azimzadeh Ardebili,  
Dr. Azam ghyiasi Sani, Dr. Mehri Ghasemi, Dr. Zahra Lamee, Dr. Zinab Mohammadzadeh, Dr. Boshra  
Mohamamdifard, Dr. Mahboobe Maleki, Dr.Seddigheh Mahdavi Kani, Dr. Maryam Sadat  
Mohagheghdamad, Dr. Roghayeh Sadat Momen, Dr. Almira Naghizadeh, Dr. Zahra Yousefi.

**Persian Editor:** Mohammad Esmael Dehghn Tazerjani

**Executive Manager:** Elaheh Hajian Heidari

**English Editor:** Dr. Ensieh Bagheri

Email: [flj@isuw.ac.ir](mailto:flj@isuw.ac.ir); [flj@isu.ac.ir](mailto:flj@isu.ac.ir)

Site: [www.isuw.ac.ir](http://www.isuw.ac.ir) [www.ricest.ac.ir](http://www.ricest.ac.ir) [www.isc.gov.ir](http://www.isc.gov.ir) [www.sid.ir](http://www.sid.ir)

[http:// flj.isu.ac.ir](http://flj.isu.ac.ir)

**In the Name of Allah the Compassionate the Merciful**

**Bi-quarterly Journal of  
Family Law and Jurisprudence**

**Women's Collage of the University of Imam Sadiq**

**VOL.28 / Fall and Winter 2023 / NO.79**

**Address:** Women's Collage of Imam Sadiq University, Shahid Taherkhani,  
St. Farahzadi Boulevard, Shahrak Qudes, Tehran, Islamic Republic of Iran

**P.O.Box:** 14655-111

**Fax:** 22065437 **Tel:** 22094901-4

Email: [flj@isuw.ac.ir](mailto:flj@isuw.ac.ir); [flj@isu.ac.ir](mailto:flj@isu.ac.ir)

Site: [www.isuw.ac.ir](http://www.isuw.ac.ir) [www.ricest.ac.ir](http://www.ricest.ac.ir) [www.isc.gov.ir](http://www.isc.gov.ir) [www.sid.ir](http://www.sid.ir)  
[http:// flj.isu.ac.ir](http://flj.isu.ac.ir)