بسم الله الرحمن الرحیم

دوفصلنامهٔ علمی

فقه و حقوق خانواده

دانشگاه امام صادق(علیه‌السلام)، پردیس خواهران

سال سی‌ام ـ بهار و تابستان ۱٤۰٤ ـ شمارهٔ ۸۲

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

دوفصلنامه با همکاری "انجمن علمی فقه و حقوق خانواده ایران" و "انجمن علمی حقوق پزشکی ایران" منتشر می‌شود.

دوفصلنامهٔ فقه و حقوق خانواده در پایگاه‌های زیر نمایه می‌شود:

الف: پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC): www.isc.gov.ir

ب: نظام نمایه‌سازی مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری (ایران ژورنال): www.ricest.ac.ir

ج: اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی: www.sid.ir

د: پایگاه مجلات تخصصی مجلات نور: www.noormags.ir

و: کاوشگر ویژهٔ اسناد علمی: scholar.googele.com

ه: پایگاه سیویلیکا: civilica.com

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

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

تلفن٤ـ ۲۲۰۹٤۹۰۱ ـ نمابر ۲۲۰٦٥٤۳۷ صندوق پستی ۱۱۱ـ ۱٤٦٥٥

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

Bi-quarterly Journsal
Family Law and Jurisprudence

دوفصلنامه علمی
فقه و حقوق خانواده

Vol.30/ Spring and Summer 2025/ No.82
Under the direction of the research vice president
Director-in-change: 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

شمارهٔ ۸۲ / سال سی‌ام / بهار و تابستان ۱٤۰٤
صاحب امتیاز: دانشگاه امام صادق(ع) ـ پردیس خواهران
مدیر مسئول: دکتر صدیقه مهدوی کنی
سردبیر: دکتر عباس کریمی
دبیر و مدیر داخلی این شماره: دکتر صدیقه مهدوی کنی

Editorial Board:
Mohammad Ali Ardebili
ProfessorDepartment 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'ezeh 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

هیئت تحریریه (به ترتیب رتبهٔ 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 الزهرا(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)

International Editorial Board
Nahida Jalil Abdul-Hassan Salman Al-Ghalbi / University Professor with the rank of Professor Department of Jurisprudence and its Fundamentalsin 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
Professor of Jurisprudence/ Al-Kufah University

هیئت تحریریهٔ بین‌المللی
ناهدة جلیل عبد الحسن سلمان الغالبی / استاذ قسم الفقه واصوله فی کلیة العلوم السلامیة / جامعة کربلاء
حسین علی الحاج حسن / استاذ کلیة الاداب و العلوم الانسانیه جامعة اللبنانیه
بلاسم عزیز شبیب علوش الزاملی الموسوی / استاذ الفقه/ جامعة الکوفة

Contributing Adyisors:
Dr. Hormoz Asadi Kohbad, Dr. Zahra Ale Eshagh, Dr. Reza Behrozizad, Dr. Kobra Pourabdollah, Dr. Atefe Zabihi, Dr. Sohila Rostami, Dr. Mahshid Tabaei, Dr. Azam Ghiyasi Sani, Dr. Fatemeh Falahtafti, Dr. Zahra Lamee, Dr. Mahdiyeh Mohammad Taghizadeh, Dr. Zohre Mousazadeh, Dr. Roghayeh Sadat Momen, Dr. Seyed Abolghasem Naghibi, Dr. Zahra Yousefi

متخب هیئت داوران (به ترتیب حروف الفبا):
دکتر هرمز اسدی کوهباد، دکتر زهرا آل اسحق خوئینی، رکتر رضا بهروزی زاد، دکتر کبری پورعبدالله، دکتر عاطفه ذبیحی، دکتر سهیلا رستمی، دکتر مهشید طبائی، دکتر اعظم غیاثی ثانی، دکتر فاطمه فلاح تفتی، دکتر زهرا لامع، دکتر مهدیه محمد تقی زاده، دکتر زهره موسی زاده، دکتر رقیه‌السادات مؤمن، دکتر سیدابوالقاسم نقیبی، دکتر زهرا یوسفی.

Persian Editor: Dr. Lila Khosravi
Executive Manager: Elaheh Hajian Heidari
English Editor: Dr. Ensieh Bagheri

مدیر اجرایی: الهه حاجیان حیدری
ویراستار ادبی: دکتر لیلا خسروی
ویراستار ترجمهٔ چکیدهٔ مقالات به زبان انگلیسی: دکتر انسیه باقری

The author(s) are responsible for the accuracy and completeness of the content.
The journal reserves the right to reject, accept, and edit articles.

مسئولیت صحت و سقم مطالب بر عهدهٔ نویسنده یا نویسندگان است.
دوفصلنامه حق رد یا قبول و ویراستاری مقالات را برای خود محفوظ می‌دارد.

Email: flj@isuw.ac.ir; flj@isu.ac.ir
Site:www.isuw.ac.ir www.ricest.ac.ir www.isc.gov.ir www.sid.ir http:// flj.journals.isu.ac.ir

Contents

فهرست

• **Rule-Making Custom and its Effect in Limiting the will with Emphasizing Family Rights** *Hosein Javar*/ Associate Professor of Private Law Department, College of Farabi, University of Tehran Mohaddeseh OsouliYamchi/ Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Farabi Campus, University of Tehran Mohammad Ashaiery Monfared/ Associate Professor of Translation Department, Complex of Language, Literature and Cultural Studies, Al-Mustafa International University	▪ **عرف حکمی و اثر آن در تحدید اراده با تأکید بر حقوق خانواده** حسین جاور/ دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکدگان فارابی، دانشگاه تهران محدثه اصولی یامچی/ دانش‌پژوه سطح چهارِ فقه خانواده مؤسسهٔ آموزش عالی معصومیه محمد عشایری منفرد/ دانشیار گروه مترجمی مجتمع زبان، ادبیات و فرهنگ‌شناسی جامعهٔ المصطفی العالمیهٔ	صفحه ۵-۳۵
Divorce at the Request of the Wife Based on the Payment of Alimony with Illegitimately Acquired Assets Monir Haghkhah/ Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Imam Sadeq University Farnaz Shirmohamadi/ Master's degree in Family Law from Imam Sadeq University	■ **طلاق به درخواست زوجه به استناد پرداخت نفقه با مال تحصیل شده از طرق نامشروع** منیر حق خواه / استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه امام صادق(ع) ▪ فرناز شیرمحمدی / دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خانواده دانشگاه امام صادق(ع)	صفحه ۳۷-۶۳
• **Examining the Duality of Law andEthics in Children's Access to Cyberspace** Javad Alipoor/ Assistant Prof. of Political Science, University of Tabriz Hatef Pourrashidi/ Assistant Prof. of Communication, University of Religions and Denominations	■ **بررسی دوگانگی حقوق و اخلاق در دسترسی کودکان به فضای مجازی** جواد علی‌پور / استادیار گروه علوم سیاسی دانشگاه تبریز هاتف پوررشیدی / استادیار گروه ارتباطات دانشگاه ادیان و مذاهب	صفحه ۶۵-۸۶
• **Studying the Requirements of International Human Rights Regarding the Right to Education of Migrant Children** Mahya Saffarinia/ Assistant Professor and Faculty of Law, Imam Sadiq University	■ **نگاهی به الزامات موازین بین‌المللی حقوق‌بشر در زمینه حق بر آموزش کودکان مهاجر** محیا صفاری‌نیا / استادیار گروه حقوق دانشگاه امام صادق(ع)	صفحه ۸۷-۱۲۵
• **Feasibility of Conjoined Twins in Marriage (with a Comparative view of Islamic Jurisprudence)** Reza Daryaee \ Assistant Professor in Department of Law in University of Guilan Farshid Khosravi \ PhD Student in Private Law in University of Guilan	■ **امکان‌سنجی ازدواج دوقلوهای به‌هم‌چسبیده (با نگاه تطبیقی به فقه مذاهب اسلامی)** رضا دریائی / استادیار گروه حقوق دانشگاه گیلان فرشید خسروی / دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه گیلان	صفحه ۱۲۷-۱۵۷
• **The Approach of Judicial Procedure to the Issue of Disobedience (Nushuz) in Proceedings Stage** Samira Bekdelo /Master's Degree, Department of Family Law, Imam Sadegh University (AS), Sisters Campus Roqia Al-Sadat Momin/ Assistant Professor and Faculty of Law, Imam Sadiq University Leila Al-Sadat Asadi/ Ph D in Criminal Law and Criminology, Tehran University	■ **رویکرد رویهٔ قضایی به مسئلهٔ نشوز در مرحلهٔ رسیدگی** سمیرا بیکدلو/ دانشجوی دکتری حقوق خانواده دانشگاه امام صادق(ع) رقیه‌السادات مؤمن/ استادیار گروه حقوق دانشگاه امام صادق(ع) لیلا السادات اسدی/ دکتری تخصصی حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تهران	صفحه ۱۵۹-۱۹۳

Contents

فهرست

▪ **Delegation Of Custody in the Marriage Contract with a Reflection on Iranian Jurisprudence and Law** Arezoo, Malekshah/ Assistant Professor, Department of Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University Fatemeh Hasanpoor/ Master of Private Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University	■ **تفویض حضانت در عقد نکاح با تأملی بر فقه و حقوق ایران** آرزو ملکشاه / استادیار گروه حقوق، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی فاطمه حسن پور / دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی	صفحه ۱۹۵-۲۱۹
• **A Critique and Analysis of Jurisprudential References to Verses 3 and 129 of Surah An-Nisa As to Justice Among Spouses** Mohaddese Moghimi Nejad Davarani/ Assistant Professor, Department of Theology and Islamic Studies, Faculty of Hazrat-e Narjes, Vali-e-Asr University	■ **نقد و بررسی استنادات فقهی به آیات ۳ و ۱۲۹ سوره نساء در موضوع عدالت میان همسران** محدثه مقیمی نژاد داورانی/ استادیار گروه الهیات و معارف اسلامی دانشگاه حضرت ولی عصر	صفحه ۲۲۱-۲۴۸
• **Feasibility of Exempting Foster Father from the Penalty of Theft in the Light of Islamic Jurisprudence** Sayyed Amirali Sadeghimoghaddam/ Ph.D. student in Criminal Law and Criminology in Meybod University Hamid Rostaei sadarabadi/ Assistant Professor in the Department of Islamic Law and Jurisprudence at Meybod University Abbas Kalantari Khalilabad/ Professor in the Department of Islamic Law and Legal Theory at Meybod University Mohammadmehdi barghi/ Assistant Professor of Law at Meybod University.Meybod	■ **امکان‌سنجی معافیت پدر رضاعی از حد سرقت در پرتو آموزه‌های فقهی** سید امیرعلی صادقی‌مقدم / دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه میبد حمید روستایی‌صدرآبادی / استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه میبد عباس کلانتری خلیل‌آباد / استاد گروه فقه و حقوق دانشگاه میبد محمدمهدی برغی / استادیار گروه حقوق دانشگاه میبد	صفحه ۲۴۹-۲۷۵
• **The Condition of the Couple's Agreement in Choosing Housing and the Guarantee of its Implementation** Mohammad Mehdi Hamidi/ PhD in Private Law, University of Qom	▪ **شرط توافق زوجین در انتخاب مسکن و ضمانت اجرای آن** محمدمهدی حمیدی / دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم	صفحه ۲۷۷-۳۰۲
• **Reflection on the Impacts of Climate Change on Women's Rights from the Perspective of Certain Human Rights** Ali Mashhadi/ Associate Professor, Department of Public and International Law, University of Qom Pegah Darvishi/ Master's graduate in International Law from Qom University	▪ **تأملی بر آثار تغییرات آب‌وهوایی بر حقوق زنان ازمنظر برخی حق‌های بشری** علی مشهدی/ دانشیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل دانشگاه قم پگاه درویشی/ دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل دانشگاه قم	صفحه ۳۰۳-۳۲۵
• **Jurisprudential and Legal Examination of the Competence of Minor Distinguished and Fools in Concluding Free Contracts** Somayeh Zohuri/ Assistant Professor of lawGolestan University	■ **بررسی فقهی و حقوقی اهلیت صغیر ممیز و سفیه در انعقاد عقود رایگان** سمیه ظهوری/ استادیار گروه حقوق دانشگاه گلستان	صفحه ۳۲۷-۳۴۷

Bi-quarterly Scientific Journal of Family Law and Jurisprudence Journal
Vol. 30, No. 82/ Spring & Summer 2025

Research Article

Rule-Making Custom and its Effect in Limiting the will with Emphasizing Family Rights[1]

Hosein Javar[2] Mohaddeseh OsouliYamchi[3] Mohammad Ashaiery Monfared[4]

Doi:
10.30497/flj.2025.246807.2061

Abstract

Custom may be the source of obligations and commitment in the field of creating rules, in addition to explaining and removing ambiguity from issues. "Scope of obligations", "degree" and "binding conditions of custom" and its relationship with the common and customary, as well as its conflict with regulations are important questions in the field of rule-making custom (research issue). Despite the wide scope of application of rule-making custom, due to the lack of sufficient study resource, there are many ambiguities in front of it (the necessity of research). In the light of the analysis of the content of the provisions of the custom and determining the demarcation between the types of custom and paying attention to the hierarchy of the rules (processing method) it becomes clear, aside with the criterion of being known (the material element) and its dynamism and flexibility, in the requirements related to behaviors, foundations and common and customary orders, it is necessary to include rationality and the absence of legal and religious prohibitions in it. Therefore, the provisions of the rule-making custom, if it would be optional, take precedence over the supplementary laws, and its rank is after the mandatory rules and contracts. Such a custom is objectionable and an agreement contrary to it is possible, and if the rule-making custom is mandatory, it takes precedence over the contracts and wills of individuals. Such custom is not objectionable and an agreement to the contrary is not possible. Some examples of arbitrary custom are rejected. . In case of a conflict between optional or mandatory custom with mandatory laws and Shari'a rulings, the case is considered as an example of a rejected custom. Of course, if the subject custom is according to the law, its handling will also be within the supervisory jurisdiction of the Supreme Court (research achievements).

Keywords: Create a commitment, rational concentration, Mandatory rule- making custom, optional rule- making custom, subjective custom, conventional, customary.

---

1. The present article is extracted from a level four dissertation in family jurisprudence titled *"The Application of the Principle of Respect in Family Law"* at Masoumeh Higher Education Institute in Qom.

2. (Corresponding Author) Associate Professor of Private Law Department, College of Farabi, University of Tehran, Tehran, Iran. hjavar@ut.ac.ir

3. Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Farabi Campus, University of Tehran, Tehran, Iran. m.osouli114@yahoo.com

4 . Associate Professor of Translation Department, Complex of Language, Literature and Cultural Studies, Al-Mustafa International University, Qom, Iran. m_ashayeri@miu.ac.ir

دوفصلنامهٔ علمی فقه و حقوق خانواده / *مقالهٔ پژوهشی* / دورهٔ ۳۰، شمارهٔ ۸۲ / بهار و تابستان ۱۴۰۴/ صص: ۳۵ ـ ۵

عرف حکمی و اثر آن در تحدید اراده با تأکید بر حقوق خانواده[1]

حسین جاور*[2]

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۵/۲۲؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۸/۱۹

محدثه اصولی یامچی[3]

محمد عشایری منفرد[4]

Doi: 10.30497/flj.2025.246807.2061

چکیده

عرف ممکن است درکنار تبیین و رفع ابهام از موضوعات، در ساحت حکمی، منشأ الزام و تعهد باشد. دایرهٔ تعهدات، درجه و شرایط الزام‌آوریِ عرف، و نسبت آن با معروف و متعارف و نیز موقعیت نهادیِ آن در فرض تعارض با مقررات، از پرسش‌های مهم در ساحت عرف حکمی (قاعده‌ساز) است. به‌رغم گسترهٔ چشمگیر کاربست عرف حکمی، به‌دلیل نبودِ منابع مطالعاتیِ کافی، ابهام‌های فراوانی پیش‌روی آن قرار دارد و درپرتو تحلیل محتوای مضامین عرف، تعیین مرزبندی بین اقسام عرف و توجه به سلسله‌مراتب قواعد (روش پردازش) معلوم می‌شود درکنار معیار شناخته‌بودن (رکن مادّی) و پویایی و انعطافی که دارد، در الزام‌های مربوط به رفتارها، بناها و دستورهای رایج و مرسوم، لازم است پسند عقلایی و عدم ردع و منع قانونی و شرعی در آن لحاظ شود؛ از این روی، مُفاد عرف حکمی، اگر ازنوع تخییری باشد، بر قوانین تکمیلی تقدم دارد و رتبهٔ آن بعداز قواعد امری و قرارداد است. چنین عرفی اعراض‌پذیر و توافق برخلاف آن ممکن است و اگر عرف حکمیِ آمره باشد، بر قراردادها و اراده‌های اشخاص، مقدّم خواهد بود. این عرف، اعراض‌پذیر نیست و توافق برخلاف آن، غیرممکن است. درصورت تعارض عرف تخییری یا امری با قوانین امری و احکام شرعی، مورد از مصادیق عرف تخطئه‌شده و مردود به‌شمار می‌آید؛ البته عرف موضوعی هم اگر به‌موجب قانون در امور معیّن، حاکم قرارداد داده شود، رسیدگی به آن نیز مثل عرف حکمی در صلاحیت نظارتیِ دیوان عالی کشور خواهد بود.

کلید واژه‌ها: ایجاد الزام، ارتکاز عقلایی، عرف حکمیِ آمره، عرف حکمیِ تخییری، عرف موضوعی، متعارف، معروف.

---

۱. مقالهٔ حاضر، مستخرج از رسالهٔ سطح چهارِ فقه خانواده با عنوان *«کاربست قاعدهٔ احترام در حقوق خانواده»* در مؤسسهٔ آموزش عالی معصومیهٔ قم است.

۲. (نویسندهٔ مسئول) دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکدگان فارابی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
hjavar@ut.ac.ir

۳. دانش‌پژوه سطح چهارِ فقه خانواده مؤسسهٔ آموزش عالی معصومیه، قم، ایران. m.osouli114@yahoo.com

٤. دانشیار گروه مترجمی مجتمع زبان، ادبیات و فرهنگ‌شناسی جامعة‌المصطفی العالمیة، قم، ایران.
m_ashayeri@miu.ac.ir

مقدمه

قراردادها معمولاً حقوق، تعهدات و الزاماتی را برای طرفین و حتی اشخاص ثالث ایجاد می‌کنند که منشأ اصلی آن‌ها ارادهٔ دو طرف یا حکم قانون‌گذار (شارع) است؛ درعین حال، ممکن است قانون یا طرفین رابطه، حدود تعهدات و الزامات را کاملاً روشن نکرده باشند؛ همچنین گاه به‌رغم روشن‌بودن الزامات و تعهدات، در نحوهٔ مواجهه با موضوع احکام و الزامات، ابهام‌ها و اشکال‌هایی وجود دارد یا ابهام‌ها و اختلاف‌هایی در نحوهٔ تفسیر و تبیین ابعاد موضوعی دیده می‌شود. در اینجا پرسش‌هایی بدین شرح مطرح می‌شود: اولاً راهکار برون‌رفت از ابهامات موضوعی و روش صحیح برای تحلیل و تبیین جنبه‌های موضوعیِ قرارداد، چیست؟ ثانیاً آیا جز حکم قانون و توافق طرفین، منشأ دیگری برای الزامات و تعهدات دو طرف وجود دارد؟ به دیگر سخن، آیا عرف درقلمرو تعهدات الزام‌آور ناشی از قرارداد، مؤثر است و می‌تواند دایرهٔ تعهدات الزام‌آور ناشی از قرارداد را توسعه دهد یا محدود کند؟ اگر چنین خاستگاهی وجود دارد، تأثیر و الزام‌آوریِ آن تا چه حد است؟

در روابط اشخاص و حقوق و تکلیف ناشی از ارتباط‌های اجتماعی آنان دو جهت مهم وجود دارد: یکی جهت حکمی و دیگری جهت موضوعی. ساحت احکام اصولاً و به‌طور مرسوم در صلاحیت قانون‌گذار (شارع) است و جهات موضوعی هم به‌گونه‌ای هستند که جز در موضوعات مستنبَطه که خود قانون‌گذار، عهده‌دار بیانشان شده است، مشمول دخالت قانون‌گذار نمی‌شوند. عرف موضوعی در تبیین موضوعیِ احکام، معانی الفاظ و دلالت رفتارها، ویژگی اشیا و افراد و نظایر آن، نقشی مهم ایفا می‌کند. در نسبت‌به جهات حکمی هم اگر مضمون عرف، ناظر به تعهدات اشخاص و همراه با نوعی التزام باشد، عرف حکمی (قاعده‌ساز) شکل می‌گیرد.

اصطلاح «حکمی» در ترکیب «عرف حکمی»، معنایی ویژه دارد. مضمون حکمی ممکن است مانند مضمون‌های قانونی ازنوع آمره یا تخییری باشد؛ به‌علاوه، ممکن است حسب مورد، در تنافی با مقررات امری یا تخییری قرار گیرد که باید حکم هر صورت درپرتو

تحلیل مناسب و درقبال ارادهٔ صریح و ضمنیِ اشخاص، سنخ مقررات و نیز مقررات بالادستی سنجیده شود.

عمل‌کردن به معروف را می‌توان یک اصل فقهی و حقوقی به‌شمار آورد و از آن به‌عنوان یک اصل ثابت و حاکم بر روابط و ضابطه و ملاکی برای تعیین و تشخیص تکلیف‌ها و الزام‌های اشخاص استفاده کرد؛ همان‌گونه که در تبیین و تفسیر قوانین دیگر نیز می‌توان از آن بهره گرفت (مهریزی، ۱۳۹۰، ص ۲۵۹)؛ از این روی، اصل معاشرت به معروف، قاعده‌ای کارآمد برای زندگی اجتماعی است و صرفاً به روابط خانوادگی اختصاص ندارد (طباطبایی، ۱۳۸۵، ج ٤، ص ٤٠٤). برای اینکه امری معروف و شایستهٔ حمایت باشد، باید شرایطی داشته باشد. درپی حصول شرایط و نقض مُفاد آن می‌توان واکنش مناسب را ازطرف جامعه و نظام حقوقی انتظار داشت. به‌صورت خاص، در حقوق خانواده، عرف، معروف و متعارف، هم در جنبه‌های موضوعی و هم در جهات حکمیِ حقوق و تکالیف اشخاص و ازجمله خانواده، نقش‌آفرین است.

در بحث عرف حکمی، دو نکتهٔ مهم باید مدّنظر قرار گیرد: نخست، آنکه عرف، مفهومی درکنار شرع مقدس و درعرض آن پنداشته نشود؛ زیرا درواقع، الزام‌های عرفی درطول نظر شارع مقدس (اصطلاحاً منطقة الفَراغ) و جایی هستند که شارع، حکمی ندارد یا درقلمرو برخی احکام، تجویزهایی برای پذیرش عرف می‌توان یافت[1]؛ دوم، آنکه در فرض تنافی عرف حکمی با احکام امریِ شرعی و نیز قواعد و احکام امریِ قانونی، عرف، مردود است و تخطئه می‌شود.

در این نوشتار، نخست، مفاهیم عرف و معروف، و قاعدهٔ عرف و سپس عرف حکمی و موضوعی، اقسام عرف حکمی و اثر آن بر نفوذ اراده را با تأکید بر مصادیق حقوق خانواده بررسی خواهیم کرد.

۱. مفهوم‌شناسی «عرف»، «معروف» و قاعدهٔ عرف

در آغاز بحث، لازم است معنای لغوی و اصطلاحی واژه‌های «عرف» و «معروف»،

---

۱. برای مشاهدهٔ موقعیت استقلالی عرف و نقد دیدگاه‌ها در این حوزه ر.ک: علی‌دوست، ۱۳۹۷، ص. ۱۳۷-۲۱۲.

ویژگی‌های امور معروف و جایگاه قاعدهٔ عرف را تبیین و بررسی کنیم.

۱-۱. معنا و مفهوم «عرف»

واژهٔ «عرف» در لغت، عبارت است از چیزی که بین مردم، رایج و شناخته‌شده باشد؛ مانند آداب‌ورسوم (ابن‌فارس، ١٤٠٤ق، ج ٤، ص ٢٨١؛ دهخدا، ١٣٥٨، «عرف»). در تعریفی مختصر و مفید می‌توان گفت عرف یعنی کیفیتی که درگذر زمان و به‌صورت طبیعی شکل می‌گیرد و شناسایی آن، چندان نیازمند به جست‌وجو نیست. برای دستیابی به مفهوم اصطلاحیِ عرف باید انواع آن را به‌درستی بشناسیم. انواع عرف را به‌اعتبار متعلَّقات آن، درقالب دو دسته بدین شرح می‌توان بررسی کرد:

الف) مفهوم عرف در ساحت الفاظ:

گاه متعلَّق عرف به متفاهم از الفاظ، عبارات و تفسیر آن مربوط است. در این قسم، ملاک، انس ذهنی و ارتکاز عرفی است و در این صورت، عرف به ساحت فهم و برحسب مورد، به درک و تشخیص صنفی، نوعی و عمومی مربوط می‌شود. برخی فقیهان از این‌گونه عرف به «استظهار کلامی و گفتاری» تعبیر کرده‌اند (صدر، ١٣٩٥ق، ص ١٦٨؛ خرازی، ١٣٧٤، ص ١٥٢) که به ارادهٔ گویندهٔ کلام مربوط می‌شود و می‌توان آن را با استفاده از تعبیر «فهم رایج» شناسایی و معرفی کرد. تعبیر مادهٔ ٢٢٤ قانون مدنی را که به‌موجب آن، «الفاظ عقود، محمول است بر معانی عرفیه»، درزمرهٔ همین قسم از عرف می‌توان ارزیابی کرد. درواقع، این قسم از عرف به معانی عرفی و فهم رایج، مربوط می‌شود و از اثبات شیوع این فهم می‌توان در تبیین و تفسیر الفاظ و هر چیزی که قائم‌مقام لفظ باشد (مثل کتابت و اشاره)، استفاده کرد. تمام موارد این قسم از عرف در عرف موضوعی داخل می‌شود.

ب) مفهوم عرف درحوزهٔ تلقی‌ها، رفتارها و بِناها:

گاه متعلَّق عرف به «رفتارها و بناها نسبت‌به انجام کاری یا ترک آن» مربوط می‌شود (خرازی، ١٣٧٤، ص ١٥٢) و می‌توان آن را درقالب دستورها و رویه‌های رایج و مرسوم شناسایی و معرفی کرد. این رویه‌ها ممکن است ناظر به شیوهٔ شناسایی موضوعات باشد (عرف

موضوعی) یا به دستورها و دستورالعمل‌ها و بناگذاری اشخاص در مناسبات و معاملات افراد جامعه مربوط شود (عرف قاعده‌ساز). مادهٔ ۲۲۵ قانون مدنی را که به‌موجب آن، «متعارف‌بودن امری در عرف و عادت به‌طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد، به‌منزلهٔ ذکر در عقد است»، درزمرهٔ همین قسم از عرف می‌توان ارزیابی کرد. نسبت عرف و عادت ازقبیل «إذا اجتَمَعا، إفتَرَقا وَ إذا افتَرَقا، إجتَمَعا» است؛ بدان معنا که وقتی این دو مقوله با هم در یک عبارت، به‌کار روند، در معنا تفاوت می‌یابند. عرف به‌معنای رویهٔ رایج اجتماع یا گروه معیّن است که به دو صورت خاص و عام بروز می‌کند. عادت نیز به‌معنی اخص، به رویه و عادت رفتاریِ یک یا چند شخص معیّن اطلاق می‌شود؛ اما اگر عادت به‌تنهایی به‌کار رود، به‌معنای اعم‌از عرف و عادت (به‌معنی اخص) نیز کاربرد دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۲۵۲۲). در مادهٔ ٦٧٦ قانون مدنی، یکی از کاربردهای این نکته به‌خوبی نشان داده شده است. به‌موجب این ماده، «حق‌الوکالهٔ وکیل، تابع قرارداد بین طرفین خواهد بود و اگر نسبت‌به حق‌الوکاله یا مقدار آن قرارداد نباشد، تابع عرف و عادت است. اگر عادت مسلّمی نباشد، وکیل، مستحق اجرت‌المثل است».

۱-۲. مفهوم «معروف» در خانواده، بایسته‌ها و اوصاف آن

پس‌از شناسایی مفهوم «عرف»، لازم است مفهوم «معروف» تبیین و سپس بایسته‌های امور معروف و اوصاف آن معرفی شود. در ادامه، بحث را ذیل این دو عنوان پی می‌گیریم:

۱-۲-۱. مفهوم «معروف» در خانواده

در *قرآن کریم*، در موارد متعددی به معروف امر شده است؛ مانند: «وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالمَعروف» (نساء، ۱۹)؛ یعنی: و با آنان به[شیوهٔ] معروف معاشرت کنید؛ همچنین: وَ لَهُنَّ مِثلُ الَّذی عَلَیهِنَّ بِالمَعروف وَ لِلرِّجالِ عَلَیهِنَّ دَرَجَةٌ وَ اللهُ عَزیزٌ حَکیمٌ (بقره، ۲۲۸)؛ یعنی: «و مانند همان [وظایفی] که برعهدهٔ زنان است، به‌طور شایسته به‌نفع آنان [برعهدهٔ مردان] است و مردان بر آنان درجهٔ [برتری] دارند و خدا عزیز و حکیم است». در روایات و همچنین کلمات فقیهان (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ٦، ص ٤؛ شهید ثانی، ١٤١٠ق، ج ٥، ص ٤٦)، مفسران (طباطبایی، ۱۳۸۵، ج ٤، ص ٤٠٤)، حقوق‌دانان (امامی، ۱۳۷٤، ج ٤، ص ٤٣٠) و برخی مستندات قانونی هم به عرف و معروف ارجاع داده شده است؛ مثلاً عمل‌کردن به معروف در مراحل طلاق ازجمله

درخصوص اعطای بهرهٔ مالی به زن هنگام وقوع طلاق[1] به‌منظور رعایت جانب کرامت انسانی صورت می‌گیرد که به‌نظر برخی به‌نحو استحباب، تمام زنان مطلّقه را شامل می‌شود (طباطبایی، ۱۳۹٤ق، ج ٤، ص ۲۵۹) و برخی نیز آن را درخصوص زنان بدون مَهریه، واجب دانسته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۳۷٦، ج ۲، ص ۲۱۵). این بهرهٔ مالی که از آن تحت عنوان «متاع معروف» یاد شده، به‌نوعی تکریم زن به‌منظور رفع نیازمندی‌های ضروری اوست. در آیهٔ ۲۳٦ سورهٔ بقره نیز درخصوص پرداخت مَهر المتعه به زن مطلّقه، از عبارت «متاع معروف» استفاده شده است که یعنی آنچه مرد با ملاحظهٔ توان اقتصادی خود به زن می‌پردازد؛ به‌گونه‌ای که نیاز وی را برطرف کند؛ والّا عنوان احسان بر عمل مرد صدق نخواهد کرد.

علاوه‌بر آنچه گفتیم، درخصوص رفتار با زن بعداز بازگشت به زناشویی نیز مردان به رفتار معروف امر شده‌اند (طباطبایی، ۱۳۹٤ق، ج ٤، ص ۲۵٦)؛ مانند اینکه هدف مرد از رجوع به زن، اذیت و آزار او نباشد (طبرسی، ۱٤۱۵ق، ج ۳، ص ۱۰)؛ نه چنان‌که برخی مردان صرفاً با انگیزهٔ آزاردادن و اذیت‌کردن زن، به نگهداری وی یا رجوع به او اقدام می‌کنند و هیچ‌گونه قصد خیر برای حفظ زندگی مشترکشان ندارند.

۱-۲-۲. بایسته‌ها (معیارها) و اوصاف امور معروف درقلمرو خانواده

بعداز شناسایی حدود کلی عرف و معروف، لازم است اوصاف معروف نیز شناخته شود. درخصوص این مسئله که چه مشخصاتی در عرف لحاظ می‌شود، معیارهای متعددی وجود دارد که در اینجا مهم‌ترین موارد آن‌ها را بررسی می‌کنیم.

درمیان بایسته‌های مطرح‌شده، «معیار شناسایی‌شده و انکارنشده»، برجسته‌ترین ملاک است که با «شناسایی و انس افکار عمومی جامعه» تعریف می‌شود. به‌عقیدهٔ برخی صاحب‌نظران، «عرف، هر امری است که مردم در مجتمع خود، آن را بشناسند و آن را انکار نکنند» (طباطبایی، ۱۳۹٤ق، ج ٤، ص ٤۰٤) و «معروف، آن است که افراد جامعهٔ انسانی آن را می‌شناسند؛ بدون آنکه

---

۱. «وَ لِلمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالمَعروفِ حَقًّا عَلی المُتَّقینَ» (بقره، ۲٤۱)؛ یعنی: «و فرض است بر مردان پرهیزکار که زنان طلاق‌داده‌شده را به‌شایستگی، چیزی دهند».

نسبت‌به آن، جاهل باشند یا آن را انکار نمایند» (طباطبایی، ۱۳۹٤ق، ج ٤، ص ۲۵۵)؛ به‌نحوی که «انسان‌ها آن را با ذوق اجتماعی درک می‌کنند» (طباطبایی، ۱۳۹٤ق، ج ٤، ص ۲۳۲) و نفس با آن آرامش می‌گیرد؛ زیرا طبع آدمی به‌گونه‌ای است که درصورت انکارکردن هر چیز، از آن وحشت می‌کند و به‌صورت طبیعی از آن دور می‌شود (این‌فارس، ۱٤۰٤ق، ج ٤، ص ۲۸۱)؛ بنابراین، یکی از وصف‌های معروف این است که معروف در جامعه، مجهول نیست، مردم آن را می‌شناسند و وقتی با امر به معاشرت ضمیمه می‌شود[1]، بدان معناست که باید با زنان به‌صورت مرسوم و عرف معاشرت کرد (طباطبایی، ۱۳۹٤ق، ج ۳، ص ۱۲٤).

با توجه به اینکه خداوند متعال در *قرآن کریم*، معروف را در نحوهٔ معاشرت دخالت داده است (مهریزی، ۱۳۹۰، ص ۲۵۹)، به‌نظر نمی‌رسد در اینجا به‌دست‌دادن معیاری مستقل درعرض دیگر معیارها موردنظر باشد. درواقع، آنچه انکار شود، در همان مرحلهٔ شناخته‌شدن که رکن تشکیل عرف به‌شمار می‌آید، بازمانده و به مرحلهٔ استقرار و شیوع نرسیده است تا بتوان دربارهٔ اوصاف و آثارش گفت‌وگو کرد.

«پسندیده‌بودن (ستایش‌شدن) نزد عقلای جامعه» از دیگر معیارهاست. در این حوزه، پرسشی بدین شرح مطرح می‌شود که آیا پسندیده‌بودن از اوصاف عرف است یا خیر. برسر این مطلب، بین نویسندگان، اختلاف‌نظر وجود دارد.

به‌نظر برخی (طبرسی، ۱٤۱۵ق، ج ٤، ص ۵۱۲)، پسندیده‌بودن و تأیید عقلی و اطمینان نفسانی از مُفاد آن، از اوصاف عرف به‌شمار می‌آید و چون روش عموم مردم و سیرهٔ عقلای جامعه است (طبرسی، ۱٤۱۵ق، ج ۳، ص ٦۳٤)، از مصلحت‌اندیشی سرچشمه می‌گیرد و برای حفظ فرد و جامعه نظم و سامان یافته است (صدر، ۱۳۹۵ق، ص ۱٦۸)، عرف‌های رایج و درعین حال، ناپسند را دربر نمی‌گیرد؛ از این روی، به‌عقیدهٔ برخی اندیشمندان:

> چون خداوند به انجام عرف امر کرده است (اعراف، ۹۹) [و عقلاً نمی‌توان به عرف ناپسند امر کرد]، هر عرفی را شامل نمی‌شود؛ بلکه عرفی مراد است که عقل

---

۱. «وَ عاشِروهُنَّ بِالمَعروفِ» (نساء، ۱۹).

سلیم بر آن صحه گذارد؛ پس منظور از عرف عملی، عقلاً عرفی است که از سرشت و طبیعت سالم افراد آن جامعه سرچشمه گرفته باشد؛ به بیان دقیق‌تر، معروف، همان میل و گرایش تودهٔ مردم یک اجتماع است؛ لکن اجتماعی که از سلامت فطری برخوردار است و مردم آن در محدودهٔ احکام فطری و وجدانی زندگی می‌کنند؛ از همین روی، وقتی شریعت به معروف توصیه می‌کند، به عادت‌های پسندیدهٔ مردم مسلمان که از عقل اجتماعی آنان سرچشمه گرفته، نظر دارد. برپایهٔ این شرط، بسیاری از عرف‌های قبیح و زیان‌آور که عقل عملی، آن‌ها را نمی‌پذیرد، در شناسایی معروف در جامعه هیچ نقشی نخواهند داشت (طباطبایی، ۱۳۹٤ق، ج ۲، ص ۳۲۸).

در ادامه، این دانشمند برجسته می‌افزاید: «معروف ازنظر اسلام، کاری خواهد بود که هرگاه مردم راه فطرت را بپیمایند و از حدود آن تجاوز نکنند، آن را می‌شناسند» (طباطبایی، ۱۳۹٤ق، ج ۲، ص ۳۲۸).

برخی فقیهان (خرازی، ۱۳۷٤، ص ۱۵۲) عرف را دارای مفهومی گسترده‌تر دانسته و معتقدند مفهوم قرارداد اجتماعی نیز بر معنای عرف اثر می‌گذارد. ازدیدگاه ایشان، عرف درواقع، نسبت‌به الفاظ، عبارات و معناشناسی، جنبهٔ استظهاری دارد و نسبت‌به اعمال و رفتار افراد جامعه، بنایی است که درمیان عموم مردم یا اقوام و جماعتی خاص به یکی از جهات فطرت، عقل، قرارهای اجتماعی، هواهای نفسانی و... به‌وجود آمده و رواج یافته است؛ بر این اساس، گروهی معتقدند عرف، دستوری است که عموم مردم میان خود وضع کرده‌اند و عمل‌کردن به آن را بر خویش لازم و مخالفت با آن را ناپسند می‌شمارند. گرچه ممکن است عمل‌کردن به این دستور، ناگوار و دشوار باشد، مخالفت با آن، موجب سرزنش‌شدن فرد می‌شود و از این روی، افراد در ارتکاب رفتارهای مخالف با عرف، نگران سرزنش‌های دیگران هستند. مُفاد عرف، گاه موافق با عقل و شرع، و سازگار با طبع است و گاه نه؛ همچنین گاه ازنظر مردم فهمیدهٔ جامعه، پذیرفتنی است و گاه برایشان قابل قبول نیست. حتی ممکن است عرف از هواهای نفسانی ناشی شده باشد (فیض کاشانی، بی‌تا، ص ۲۷۲؛ واسعی، ۱۳۸۷، ص ۱۹).

درمجموع به‌نظر می‌رسد بین این دیدگاه‌ها تفاوتی وجود ندارد. درواقع باید از یک سو، بین دو مفهوم عرف و معروف، تمایز قائل شد و از سوی دیگر، به مفهوم اعم و اخص عرف توجه کرد و مفهوم معروف را با مفهوم اخص عرف، منطبق دانست. ازمنظر فقیهان، عرف دو مفهوم دارد: یکی مفهوم اعم و دیگری مفهوم اخص. در مفهوم اعم، عرف مقبول، ممدوح و عقلایی درکنار عرف مردود و مذموم قرار می‌گیرد؛ اما عرف به‌معنی اخص، صرفاً گونهٔ ممدوح، مقبول و عقلایی را شامل می‌شود؛ از این روی، معروف و عرف به‌رغم داشتن قرابت معنایی با یکدیگر مترادف نیستند و نوعی رابطهٔ عموم‌وخصوص بینشان وجود دارد؛ بدین ترتیب، در موردی که مضمون عرف، پسندیده باشد، عرف و معروف بر هم منطبق می‌شوند و بر این اساس، برخی لغت‌شناسان در بیان مفهوم معروف گفته‌اند: «معروف، هر چیز خیری است که نفس به آن، شناخت پیدا کند» (ابن‌منظور، ١٤١٤ق، ج ٤، ص ٢٣٩).

از دیگر اوصاف عرف مستند و محل توجه در احکام شرعی، آن است که ازسوی شارع ردع و منع نشده باشد. به‌گفتهٔ برخی حقوق‌دانان:

> روش عقلا یا عرف به‌تنهایی مورداستناد در راه اثبات حکم قرار نمی‌گیرد؛ بلکه دلالت آن نسبت‌به حکم ازجهت تأیید ضمنیِ شارع نسبت‌به آن است. استقرار روش در روابط افراد جامعه از آن جهت می‌تواند دلیل اعتبار شرعی و فقهیِ آن باشد که شارع باوجود روش مزبور، آن را مردود اعلام نکرده است و همین وضعیت، تأیید ضمنیِ شارع را نسبت‌به آن اثبات می‌کند (شهیدی، ١٣٧٩، ص ٣٤٧).

درنتیجهٔ دو وصف اخیر، «معروف، اسمی است برای هر فعلی که خوبیِ آن به‌وسیلهٔ عقل و شرع شناخته شود» (راغب اصفهانی، ١٤١٢ق، ص ٥١٦).

از دیگر اوصافی که برای معروف بیان شده، انطباق آن با فطرت و جنبهٔ عقل عملیِ آن است. بین معروف و فطرت، ارتباطی تنگاتگ وجود دارد و همان‌گونه که فطرت، مبنای تشریع است، می‌تواند مبنای فضایل و سنت‌های نیکو هم قلمداد شود (طباطبایی، ١٣٩٤ق، ج ٤، ص ٤٠٥). معروف، حکمی است که از ذوق جامعه‌ای سرچشمه می‌گیرد که بر طریقهٔ فطرت بدون انحراف مشی می‌کند (طباطبایی، ١٣٩٤ق، ج ٢، ص ٣٢٨). در این صورت،

معروف به‌لحاظ ماهیت، نوعی عرف حکمی است که از رویهٔ خردمندان، فرزانگان و فرهیختگان جامعه به‌دست می‌آید و مستقلاً و بدون نیاز به امضای شارع، حجیت ذاتی دارد (هاشمی شاهرودی، ١٤١٧ق، ج ٤، ص ٢٤٧). برپایهٔ این دیدگاه، سیرهٔ عقلا بالذات معتبر است؛ یعنی اعتبارش مبتنی‌بر دلیل دیگری نیست (طباطبایی، بی‌تا، ج ۲، ص ٢٠٦؛ طباطبایی، ١٣٩٤ق، ج ۲، ص ۳۲۸).

از دیگر اوصاف امور معروف، پویایی و انعطاف آن‌هاست. از آنجا که تأثیر عرف در تعیین معروف، طبیعتاً تأثیر دخالت عواملی مانند عقل اجتماعی، زمان و مکان را دربر دارد، عرف عقلاییِ جامعهٔ اسلامی که بنابه فرض، در اصول آموزه‌های اسلامی ریشه دارد، به بنیادی پویا برای تنظیم روابط زوجین تبدیل می‌شود. معروف در اصطلاح علم اصول، مشتق به‌شمار می‌آید و مشتق، ظهور در فعلیت دارد؛ از این روی، در مصداق‌شناسیِ معروف باید وضعیت زمان و مکان و مناسبت‌های موجود در هر قضیه را با دقت محاسبه کرد و از پویایی و انعطاف این عنوان در تطبیق با مصادیق، غافل نشد (نوبهار و حسینی، ١٣٩٤، ص ٥٧).

۱-۳. مفهوم «متعارف»

مفهوم «متعارف» را ازجمله می‌توان با مجموع قیدهای توضیحی‌ای که در ادبیات فقیهان و حقوق‌دانان به‌کار می‌رود یا درکنار الفاظی که معادل یا مترادف آن محسوب می‌شود، به‌دست آورد. در ادبیاتی که در این حوزه، از متفاهم عرفی تبعیت می‌کند، متعارف به‌صورت گسترده با کلمات و عبارت‌هایی مثل «معمولی و متعادل» (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۸۹، ج ۳، ص ٦٩٩)، «معمول نزد مردم» (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۳۷)، «امر متعارف» «معقول»، «امر رایج متعارف» (سیفی، ١٤٢٧ق، ص ١٨١)، «معهود نزد عقلا» (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۸۹، ج ٥١، ص ٢٠٥)، «فهم متعارف» (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۸۹، ج ٤٦، ص ١٥٩)، «فرد متعارف»، «معنای متعارف به‌حسب متفاهم عرفی» (روحانی، ١٤١٢ق، ج ١٧، ص ٣٨٥)، «متعارف و معتاد» و «متعارف معمولٌ‌به» (مصطفوی، ١٤٠٢ق، ج ٥، ص ٣٤) به‌کار می‌رود و متعلَّق آن، هر چیزی می‌تواند باشد؛ اعم‌از اینکه ارتکاز عقلایی و فهم رایج درقلمرو الفاظ یا عبارت یا دیگر امور موضوعی مثل کِیل متعارف، اندازهٔ متعارف (در

نفقه)، حد متعارف (در تمکین خاص یا عام)، زمان متعارف (در رعایت فوریت اعمال خیار فسخ در نکاح) باشد یا امور حکمی مثل التزام‌های متعارف در کاستن از برخی موارد نفقه در دورهٔ عقدبستگی یا متعهدنبودن زوجه در تمکین خاص در دورهٔ عقدبستگی؛ بنابراین، امر متعارف، عندالاقتضا هم می‌تواند جهت موضوعی را شامل شود و هم جهت حکمی را. اینکه سخن از تخطئهٔ عرف به‌میان می‌آید، در غالب موارد به‌جهت حکمیِ عرف انصراف دارد.

۲. مبانی قانونی ضرورت توجه به عرف حکمی و موضوعی درقلمرو خانواده

درخصوص مستند قانونی عرف حکمی در حقوق خانواده به دو دسته مقررات می‌توان اشاره کرد: نخست، موادی از قانون مدنی که در قواعد عمومی قراردادها به‌صورت عام آمده و مستند عرف حکمی قرار گرفته است؛ دوم، مقرراتی که به‌صورت خاص در حقوق خانواده می‌تواند مستندی برای حجیت عرف حکمی قرار گیرد.

دربارهٔ حاکمیت عرف موضوعی و مستندات آن، تردیدی وجود ندارد؛ مثلاً درصورت تردید در دلالت الفاظ که به جهات موضوعیِ قرارداد مربوط است، می‌توان به مادهٔ ۲۲٤ قانون مدنی اشاره کرد که به‌موجب آن، «الفاظ عقود، محمول است بر معانی عرفیه». بررسی مبانی قانونی عرف حکمی باید با دقت بیشتری صورت گیرد.

در بخش قواعد عمومی قراردادها، به‌موجب مادهٔ ۲۲۰ قانون مدنی، «عقود نه‌فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است، ملزم می‌نماید؛ بلکه متعاملین به کلیهٔ نتایجی هم که به‌موجب عرف و عادت یا به‌موجب قانون از عقد حاصل می‌شود، ملزم می‌باشند». در این ماده، الفاظی وجود دارد که با استفاده از آن‌ها می‌توان استنادپذیری مادهٔ موردبحث را در اثبات عرف حکمی تقویت کرد. نخستین واژه ازمیان آن‌ها «نتایج» است. نتایج حاصل‌شده از قرارداد را عمدتاً درقالب تعهداتی می‌توان مشاهده کرد که متوجه دو طرف می‌شود. تعهد هم چیزی است که به‌رغم داشتن جهات موضوعی، جنبهٔ حکمی آن غلبه دارد. یکی دیگر از این قراین لفظی، فعل «ملزم می‌نماید» است. واژهٔ «ملزم»، اسم‌مفعول از مصدر «الزام» است که در درجهٔ اول، وجود حکم را نشان می‌دهد. در پایان ماده، مجدداً بر این واژه تأکید

شده است؛ بنابراین به‌نظر می‌رسد به‌موجب سیاق مادهٔ ۲۲۰ می‌توان عرف حکمی را ازجمله مصادیق عرفی دانست که عهدهٔ دو طرف قرارداد را مشغول و بدان ملتزم می‌کند و الزاماتی که منشأ عرفی دارند نیز جزو مُفاد قرارداد محسوب خواهند شد؛ بدین ترتیب، قلمرو تعهدات دو طرف قرارداد به موارد اصلی ختم نمی‌شود؛ بلکه قانون‌گذار بنابه مصالح مختلف، ممکن است تعهدات دیگری را برعهدهٔ آنان بگذارد. این بخش از تعهدات، ناشی از اختیار و ارادهٔ متعاقدین نیست؛ بلکه تحمیل آن بر دو طرف به‌لحاظ رعایت مصالحی است که با توجه به نوع قرارداد، مبنای آن الزامات تفاوت دارد. برمبنای قسمت دوم از مادهٔ ۲۲۰، تعهدات دو طرف قرارداد، ممکن است ناشی از بیان ضمنی یا صریح قرارداد و یا به‌موجب حکم قانون یا عرف باشد. تعهداتی که قانون‌گذار با عرف، خارج از موضوعات موردتوافق به آنان تحمیل می‌کند، تعهدات تبعیِ قراردادی نامیده می‌شوند.

علاوه‌بر آن، به‌موجب مادهٔ ۲۲۵ قانون مدنی، «متعارف‌بودنِ امری در عرف و عادت، به‌طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به‌منزلهٔ ذکر در عقد است». در این ماده نیز قرینه‌های لفظی برای شمول ماده بر عرف حکمی وجود دارد؛ به‌ویژه، چنان‌که پیشتر نیز گفتیم، اصطلاح «متعارف‌بودن امری» در عرف و عادت، به اطلاق خود، هم امور حکمی را شامل می‌شود و هم امور موضوعی را و بلکه شمول آن بر امور حکمی براساس ارتکازی که از واژهٔ «متعارف» وجود دارد، قوی‌تر است؛ زیرا در فهم رایج، وقتی از عبارت «امر متعارف» استفاده می‌شود، رویه‌ها، رسوم و دستورهای رایج، موردنظرند. بنابر چنین تفسیری الزام‌های متعارف و رایج نیز جزو مُفاد قرارداد محسوب خواهند شد؛ بنابراین، در جایی که قرارداد به‌حسب ظاهر، بیانی ندارد و قانون‌گذار هم حکمی بیان نکرده، ممکن است عرف در رتبهٔ قاعدهٔ حقوقی و قانون، ملاک عمل قرار گیرد؛ یعنی سکوت قانون را جبران کند و خود، متضمن قاعدهٔ حقوقی‌ای باشد که درکنار قانون قرار می‌گیرد.

ازمنظر برخی حقوق‌دانان:

قرارداد دو مبنای اساسی دارد: ارادهٔ مشترک طرف‌های آن و قانون، و تأثیر عوامل دیگر مانند عرف به‌گونه‌ای با یکی از دو مبنای اصلی مذکور ارتباط پیدا می‌کند و

خود نمی‌تواند به‌عنوان مبنای مستقل و اصیل عقد درکنار قانون و قصد مشترک انشاکنندگان عقد قرار گیرد (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۲۸).

از این دیدگاه:

حاکمیت‌بخشیدن قانون‌گذار به عرف در روابط قراردادی نیز به‌منظور آشکارشدن هرچه بیشتر مقصود انشاکنندگان قرارداد و رفع ابهام و پرکردن خلأ قراردادی است؛ نه وضع مبنای سومی برای قرارداد دربرابر قانون و ارادهٔ طرف‌های قرارداد. مُفاد مقررات تکمیلی و ازجمله عرف، اصولاً برخاسته از نظم عمومی نیست و به همین جهت، انشاکنندگان قرارداد می‌توانند از آن اعراض و برخلاف آن توافق کنند؛ هرچند که مقررات مزبور نیز خود درجهت تأمین نظم قراردادی در روابط طرف‌های قرارداد وضع گردیده است. وضع مقررات مزبور، برخاسته از نظم عمومی است؛ اما مُفاد این مقررات، مقتضای نظم عمومی نیست. در این میان، به‌اقتضای مصالح معاملاتی و انگیزهٔ نظم و سرعت‌بخشیدن هرچه بیشتر به روابط حقوقی و قضایی جامعه، قانون‌گذار استثنائاً خود را ناگزیر از دخالت و نفوذ آمرانه در پاره‌ای از زوایای اصل حاکمیت اراده دیده و از گسترش برخی از نتایج این اصل جلوگیری کرده است که این دخالت نباید یک اصل یا قاعده تلقی گردد. قانون‌گذار برخلاف اصل حاکمیت اراده، گاهی این‌گونه آثار عرفی را حتی درصورت جهل انشاکنندگان عقد نسبت‌به آن، ناشی از عقد معرفی کرده. باید پذیرفت هدف اصلی قانون‌گذار، آزادکردن دادگاه از قید رسیدگی به یک امر درونی، یعنی ناآگاهی یکی از متعاملین باوجود اَماره‌ای بر آگاهی ایشان نسبت‌به اقتضای عرف است؛ نه وضع یک مبنای بی‌ارتباط با ارادهٔ ایشان؛ همچنین می‌افزاید ناشی‌شدن حاکمیت عرف از ارادهٔ مشترک طرف‌های قرارداد، بدون تردید باید به‌عنوان قاعده پذیرفته شود و آثار آن باید در روابط طرف‌های قرارداد شناخته گردد و انصراف از این قاعده جز در موارد استثناییِ قانونی، قابل توجیه نیست؛ بنابراین، عدم تأثیر ناآگاهی طرف‌های قرارداد نسبت‌به عرف مربوط به داخل‌بودن اجزا و توابع مبیع در عقد مادهٔ ۳۵۶ ق.م. را نمی‌توان به موارد دیگر عرف مجهول تسرّی داد؛ بلکه حکم مزبور را باید منحصر به مورد این ماده و مواد دارای ملاک واحد دانست؛ هرچند ایشان در تعدیل سخن

خویش، نکته‌ای را اضافه کرده و می‌گوید برخی از این‌گونه عرف‌ها را که شرط خلاف آن، فاقد اعتبار است (مانند مادهٔ ۱۱۰۷ ق.م. که جلوه‌ای از قانون آمر دارد و در اصطلاح فقهی، حکم نامیده می‌شود)، می‌توان عرف قانونی نامید.

خالی از لطف نیست اگر در این قسمت و به‌مناسبت، این سخن دربارهٔ مبنای حاکمیت عرف به بوتهٔ نقد درآید. به‌نظر می‌رسد یافتن مبنای حاکمیت عرف بدون توجه به دسته‌بندی اقسام عرف، مصون از خطا نیست. در عرف موضوعی، درمقام تأسیس اصل می‌توان گفت جز در موارد استثنایی (مثل مادهٔ ۳۵٦ ق.م.) و در جاهایی که هدف، به‌دست‌دادن شیوه‌ای برای تعیین ملاک نهایی و قاطع در فصل خصومت است، حاکمیت عرف به حاکمیت ارادهٔ ضمنی اشخاص بازمی‌گردد؛ اما در عرف حکمی باید به اقسام این‌گونه عرف اشاره و تأثیر آن را در بحث مبنای حاکمیت به‌صورت جداگانه بررسی کرد. در عرف حکمی، برخی عرف‌ها در رتبهٔ قوانین تخییری هستند. در این قسم از عرف می‌توان از مبنای حاکمیت اراده یاد کرد؛ بدین صورت که دلیل التزام دو طرف عقد نکاح به مُفاد آن، به وجود نوعی ارتکاز ذهنی بر وجود چنین التزامی نیازمند است و بدون آن، دلیلی بر حاکمیت چنین عرف‌هایی در روابط دو طرف وجود ندارد؛ البته در این مورد هم ممکن است منطقی که درخصوص عرف موضوعی موجود در مادهٔ ۳٦۵ قانون مدنی گفته شد (مصلحت قضاییِ مبتنی‌بر سهولت در فصل خصومت)، مطرح شود که خالی از قوّت نیست. به‌طور طبیعی، این عرف، ذیل قرارداد و در رتبهٔ بعداز آن خواهد بود؛ اما درخصوص عرف حکمی الزام‌آوری که با مصالح ملزمه و مفاسد غیر قابل التزام مرتبط است، سخن‌گفتن دربارهٔ حاکمیت اراده و بازگشت حاکمیت عرف به آن، پذیرفتنی نیست و از این روی، در مبنای حاکمیت اراده باید به صِرف عرف موضوعی و عرف حکمیِ تخییری اکتفا شود. در ادامه، اقسام این دو عرف از اقسام عرف حکمی و نقش اراده در آن، ذیل تقسیم‌بندی جداگانه بررسی خواهد شد.

۳. اقسام عرف و تأثیر آن بر نفوذ اراده در ساحت خانواده

در تبیین مسئلهٔ پیشِ‌روی درپرتو عرف باید به دو تقسیم پی‌درپی توجه کرد. براساس

مضمون عرف و این مسئله که آیا آنچه در فهم رایج و تلقی متعارف وجود دارد، امور موضوعی است یا حکمی، تقسیم اول شکل می‌گیرد که شایستهٔ بررسی است. در قسم دوم از تقسیم یادشده، از عرف حکمی، اقسامی ناشی می‌شود که نفوذ اراده ذیل هرکدام از آن‌ها حکم متفاوتی دارد که در ادامه بیان خواهد شد.

۱-۳. تقسیم عرف بر دو قسم حکمی و موضوعی: مفهوم و مبانی (تقسیم اول)

بسته به اینکه مورد عرف، راجع‌به امور موضوعی باشد یا حکمی، عرف بر دو قسم حکمی و موضوعی تقسیم می‌شود. عرف موضوعی ممکن است ناظر به فهم و ارتکاز عقلای جامعه راجع‌به الفاظ، عبارات و اشاره یا موارد جایگزین این‌ها باشد (مثل سکوت درمقام بیان زوجه) یا به فهم متعارف دربارهٔ بعضی امور مثل معیوب‌بودن زن یا مرد و مالیت‌داشتن مَهریه مربوط شود؛ به‌علاوه، ممکن است عرف به رویه‌های عقلایی و دستورها و الزامات رایج، مربوط باشد. بنابر اهمیت و تأثیر این دو عنوان، در اینجا هرکدامشان را مستقلاً به شرح ذیل بررسی خواهیم کرد و به‌صورت خاص، دربارهٔ نقش توافق یا اعمال یک‌جانبهٔ اراده در این حوزه سخن خواهیم گفت.

۱-۱-۳. مفهوم عرف موضوعی و عرف حکمی

در این مبحث، لازم است نخست، مفهوم عرف موضوعی و سپس مفهوم عرف حکمی و به‌مناسبت، تفاوت اصلی آن‌ها را بررسی کنیم.

الف) مفهوم عرف موضوعی و بررسی برخی مصادیق آن در خانواده:

منظور از عرف موضوعی، عرف مربوط به موضوع حکم قانونی و به دیگر سخن، عرفی است که از آن برای شناخت موضوعات احکام استفاده می‌شود. حاکمیت عرف در امور موضوعی، منحصر به موارد مصرَّح قانون نیست؛ بلکه در مواردی نیز که قانون صریحاً آن‌ها را نام نبرده است، از عرف برای تفسیر قرارداد و غیر آن و روشن‌کردن جنبه‌های دارای ابهام استفاده می‌شود. در تشخیص قلمرو امور موضوعیِ قرارداد فقط به موارد مصرَّح ازسوی متعاملین بسنده نمی‌شود؛ بلکه اگر امری در عرف، متعارف باشد، درصورت مرتبط‌بودن با قرارداد باید آن را به‌منزلهٔ ذکر در قرارداد دانست. در این صورت، این امر عرفی نیز به امور

موضوعیِ قرارداد ملحق می‌شود.

گاه ممکن است عرف موضوعی به‌دلیل ارجاع قانون‌گذار به آن، امر حکمی قلمداد شود؛ درحالی که نباید در این مغالطه گرفتار شد. در این مورد، قانون درکنار دیگر مبانی، منشأ اعتباربخشی به عرف موضوعی در روابط قراردادیِ دو طرف است و بدان معنا نیست که لزوماً مُفاد آن هم حاوی حکم یا الزام قراردادی باشد. مسئلهٔ دیگری که برخی حقوق‌دانان به آن توجه کرده‌اند، این است که:

> چون عرف مزبور به‌وسیلهٔ قانون‌گذار در امور معیّن، حاکم قرار داده شده، پس اظهارنظر نسبت‌به امور مربوط به آن درحقیقت، اظهارنظر نسبت‌به مقررات قانونی است که به آن اعتبار بخشیده است و درنتیجه، رسیدگی نسبت‌به آن، رسیدگی درجهت قانونی و در صلاحیت دیوان عالی کشور است؛ هرچند که قانون مزبور از قوانین تفسیری یا تکمیلی است؛ نه از مقررات امری (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۳۵۱).

در این موارد، لازم است «حیث قانونی» حاکم بر مرجعیت یا دخالت عرف از «حیث ماهوی و مضمون عرف» تفکیک شود تا اختلاط موارد و پیدایش ابهام در نظریات صورت نگیرد. درپی تفکیک دلیل حکومت عرف که ممکن است به حکم قانون و ازجنبهٔ قانونی باشد و مُفاد عرف که ممکن است جهت موضوعی یا حکمی داشته باشد، می‌توان از این مغالطه عبور کرد؛ به‌علاوه، گاه، ممکن است خودِ قانون‌گذار در امور موضوعی دخالت کند که اصطلاحاً به آن‌ها موضوعات مستنبَطه گفته می‌شود. اگر بیان شرعی در این حوزه ازنوع ارشادی نباشد، الزام‌آور خواهد بود و دیگر مجالی برای مراجعه به عرف مغایر وجود ندارد (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۳٤۸). شایان ذکر است که برخی موارد در هردو جهت حکمی و موضوعی یعنی ممکن است چیزی ازجهت دخالت در تعیین قلمرو موضوعی در عرف موضوعی داخل شود؛ اما از این جهت که اولاً حکم، تابع موضوع است و ثانیاً در الزام و التزامی که تابع عرف شده، درزمرهٔ مصادیق عرف حکمی هم محسوب شود؛ مثلاً لزوم معاشرت به معروف و نظایر آن هم در عرف حکمی قابل بررسی است و هم در عرف موضوعی.

به‌منظور تبیین دقیق‌ترِ عرف موضوعی، در اینجا صرفاً برخی احکامی را که در فقه و

حقوق خانواده ازجهت موضوعی به عرف ارجاع داده شده‌اند، ذکر می‌کنیم:

مورد اول، نحوه و میزان استحقاق زن بر نفقه است. از آنجا که نفقهٔ زن ازنظر کمیت، کیفیت و قلمرو شمول، حد شرعی ندارد، به عرف موکول شده است. مهم‌ترین مستنَد این حکم، دستور قرآنیِ معاشرت به معروف (متعارَف مردم) با زنان است (علامه حلی، ١٤١٣ق-ب، ج ٧، ص ٣١٩؛ موسوی عاملی، ١٤١١ق، ج ١، ص ٤٨٦؛ میرزای قمی، ١٤١٣ق، ج ٤، ص ٤٨٧؛ مغنیه، ١٤٢١ق، ج ٥، ص ٣١٣). ازجمله مصداق‌های معاشرت به معروف، انفاق زوجه است؛ به‌گونه‌ای که شایستهٔ چنین زنی باشد (شهید ثانی، ١٤١٠ق، ج ٥، ص ٤٦٩)؛ البته ممکن است تنگ‌دستی و گشاده‌دستی بر نحوهٔ استحقاق زن و میزان نفقهٔ او اثر بگذارد؛ مثلاً به‌صورت خاص، استحقاق زن به رویهٔ پیشین وی در این حوزه و نیز شأن او در مقایسه با امثال و اقرانش بستگی دارد (طوسی، ١٣٨٧ق، ج ٦، ص ٤؛ سبزواری (محقق)، ١٤٢٣ق، ج ٢، ص ٣٠١). گاه نیز درقلمرو مصادیق نفقه و تأثیر آن بر دعاوی زوجه، اختلاف‌هایی وجود دارد که جنبهٔ موضوعیِ آن، غالب است.

مورد دوم، حق مسکن برای زوجه است. اگرچه این مورد نیز از مصادیق نفقه محسوب می‌شود، به‌دلیل اهمیت زیاد آن، فقیهان و حقوق‌دانان همواره بر آن تأکید می‌کنند. مشهور این است که زن استحقاق مسکنی را دارد که با توجه به شأن اجتماعی و متعارف حال امثال وی مناسب و شایسته‌اش باشد (سبزواری، ١٤١٣ق، ج ٢٥، ص ٣٠٠). در تأمین این نیاز مهم، مرد باید شئون عرفی زن و نیازمندی‌های روحی و عاطفی وی را نیز درنظر گیرد و اقتضائات معاشرت به معروف را در این حوزه رعایت کند؛ از این روی، «زن حق دارد منزلی مطالبه کند که در آن با غیر زوج مشارکت نداشته باشد» (محقق حلی، ١٤٠٨ق، ج ٢، ص ٢٩٣)؛ زیرا «تدارک مسکن مناسب و جداگانه از مصادیق معاشرت به معروف و نگهداری همسر به‌شایستگی است که خداوند به آن امر کرده است» (نجفی، ١٤٠٤ق، ج ٣١، ص ٣٣٩) و نوعی جمع بین برخی دلایل قرآنی مانند «أَسكِنوهُنَّ مِن حَيثُ سَكَنتُم مِن وُجدِكُم[1]» (قرآن کریم،

---

۱. یعنی: «همان جا که [خود] سکونت دارید، به‌قدر استطاعت خویش آنان را جای دهید».

طلاق، ٦) و «عاشِرو هُنَّ بِالمَعروفِ[1]» (قرآن کریم، نساء، ۱۹) هم محسوب می‌شود (علامه حلی، ١٤١٣ق-الف، ج ۳، ص ۱۰۸؛ شهید ثانی، ١٤١٠ق، ج ۵، ص ٤٧٠؛ میرزای قمی، ١٤١٣ق، ج ٤، ص ٥٦٠؛ مغنیه، ١٤٢١ق، ج ۵، ص ۳۱۲)؛ یعنی اصل اولی بر این است که مرد می‌تواند همسرش را در هر منزلی سکونت دهد؛ اما دو قید پی‌درپی را باید لحاظ کند: نخست، آنکه شئون عرفی زن را در تهیهٔ مسکن درنظر گیرد؛ دوم، آنکه اگر براساس موقعیت اجتماعی زن، شأن او داشتن مسکن اختصاصی (نه مشترک) است، وی را در محلی مستقل سکونت دهد (محقق داماد، ١٣٧٦، ص ۳۱۰).

مورد سوم، بحث عسروحرج زن به‌عنوان موضوع حکم ثانوی ناشی از قاعدهٔ نفی دشواریِ غیر قابل تحمل (لا حرج) است. به‌عقیدهٔ برخی صاحب‌نظران:

> ملاک تشخیص آنکه چه امری سوءمعاشرت است و تشخیص درجه‌ای که زن نمی‌تواند زندگانی زناشویی را ادامه دهد، به نظر عرف می‌باشد که در هر مورد با درنظرگرفتن وضعیت روحی، اخلاقی و اجتماعی زوجین و همچنین وضعیت محیط ازحیث زمان و مکان، آن را تعیین می‌نماید (امامی، ١٣٧٤، ج ۵، ص ۳۷).

برای تشخیص‌دادن عسروحرج زن در خانواده از سه ضابطهٔ شخصی، صنفی و نوعی استفاده می‌شود که به‌نظر می‌رسد ترتیب تقدم و تأخرشان به همین صورت است. در معیار شخصی، وضعیت و خصوصیات جسمی و مادّی، روحی و روانی، شخصیت خود زن و میزان مقاومت یا آسیب‌پذیری او به‌طور ویژه مدّنظر قرار می‌گیرد؛ زیرا ویژگی‌های خاص هر فرد در تحمل‌پذیریِ دشواری‌ها و مشکلات، مؤثر است و ضوابط نوعی را نمی‌توان به‌صورت یکدست درخصوص همهٔ افرادِ اعمال کرد (ارجمند دانش، ١٣٨٦، ص ۱۰۹). در معیار صنفی، وضعیت و خصوصیات یک زن متعارف در وضعیت خارجی زندگی زن موردنظر درنظر گرفته می‌شود. این سَنجه از آن جهت که در ارزیابی، به‌جای یک فرد نوعی و فارغ از عنصر جنسیت، توان و تحمل یک زن متعارف، ملاک داوری است، معیاری صنفی

---

۱. یعنی: «و با آنان به[شیوهٔ] معروف معاشرت کنید».

به‌شمار می‌آید. به‌موجب معیار موردبحث، دادگاه این مسئله را بررسی می‌کند که آیا عوامل موردادعا معمولاً و عادتاً موجب عسروحرج زنی با این وضعیت و شخصیت می‌شود یا خیر (اسدی، ۱۳۸۳، ص ۱۸۳؛ عظیم‌زادهٔ اردبیلی و محمدی آرانی، ۱۳۹۱، ص ۹). در معیار نوعی، سنجهٔ تشخیص، تحمل و طاقت انسانیِ متعارف، فارغ از جنسیت در وضعیت خارجی است. درمقام داوری و در بحث اثبات، چنانچه وضعیت شخص زن به‌گونه‌ای باشد که او نتواند موقعیت مشقت‌بار را تحمل کند، وی را باید فردی درنظر گرفت که در عسروحرج است؛ ولی اگر بتوان مشقت خصوص او را احراز کرد، باید از معیار صنفی بهره گرفت. با توجه به اینکه زنان معمولاً آسیب‌پذیرترند، درصورت احراز حرج نوعی، حرج صنفی هم به‌طریق اولی[1] محرز خواهد شد. این تحلیل، لزوماً در نسبت همهٔ جلوه‌های معیار صنفی و نوعی، صحیح نیست؛ ولی درخصوص حرج زوجه، پذیرفتنی است.

به‌عنوان دیگر مصداق موردمطالعه در عرف موضوعی می‌توان به مَهرالمثل اشاره کرد که اصطلاحاً عبارت است از مهریه‌ای که «برحسب عرف و عادت، و با توجه به وضع زن ازلحاظ سنّ، زیبایی، تحصیلات، موقعیت خانوادگی و اجتماعی، و سایر خصوصیات و صفات و همچنین با درنظرگرفتن مقتضیات زمان و مکان معیّن می‌گردد» (گرجی و دیگران، ۱۳۸٤، ص ۲۳۵). به‌موجب مادهٔ ۱۰۹۱ قانون مدنی «برای تعیین مهرالمثل باید حال زن ازحیث شرافت خانوادگی و سایر صفات و وضعیت او نسبت‌به امثال و اقران و اقارب و همچنین معمول محل و غیره درنظر گرفته شود».

معاضدت نیز ازجمله مفاهیمی است که حدود آن از عرف تبعیت می‌کند (صفایی و امامی، ۱۳۸۷، ص ۲۲۰). به‌موجب مادهٔ ۱۱۰٤ قانون مدنی، «زوجین باید در تشیید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود به یکدیگر معاضدت نمایند». مادهٔ ۱۱۰٤ ق.م. از مصادیق حُسن معاشرت (حائری شاه‌باغ، ۱۳۸۲، ص ۹٦٤) و معاشرت به معروف است.

یکی از دیگر ابعاد عرف موضوعی در خانواده، حد تمکین است که به‌موجب احکام خانواده بر زن واجب می‌شود؛ اما تمکین، چه نوع خاص (روابط زناشویی) و چه نوع عام آن به حد متعارف، محدود است و نمی‌توان موضوع این الزام‌ها را بی‌قیدوشرط و نامحدود

درنظر گرفت؛ بنابراین می‌توان درکنار قانون، حدود عرفی را نیز در کیفیت و حدود تمکین لحاظ کرد (صفایی و امامی، ۱۳۸۷، ص ١٤٦؛ کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۲۲۸)؛ بنابراین، اگر مرد با توسل به شیوه‌های نامتعارف و مذموم از همسر خویش درخواست‌های جنسی داشته باشد، به‌ویژه در موارد خلاف شرع و مغایز با اخلاق حسنه، برآورده‌کردن آن درخواست‌ها بر زن واجب نیست (صفایی و امامی، ۱۳۸۷، ص ١٤٦) و استنکاف از آن‌ها نیز باعث اثبات نشوز وی نمی‌شود؛ بر این اساس، عرف در چنین مواردی برای دو طرف، منبع حق و تعهد می‌شود و رعایت این قضاوت، تبعیض در اجرای قانون نیست؛ بلکه لازمهٔ احترام‌گزاردن به عرف است که در این‌گونه امور، از منابع حقوق به‌شمار می‌آید (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۲۲۸). بنابر ضوابط پیش‌گفته، نخست، معیار شخصی، سپس معیار صنفی و آن‌گاه معیار نوعی مدّنظر است و البته در تمام موارد، وضعیت خاص زندگی نیز لحاظ می‌شود.

شایان ذکر است که قلمرو موضوعی در قراردادها ممکن است به‌موجب توافق دو طرف یا به‌صورت ضمنی و از اوضاع و احوال و قراین دانسته شود. معمولاً در قسم دوم، عرف نقش برجسته‌تری دارد و گاه شرط ضمنی محسوب می‌شود که در رتبهٔ بعداز شروط صریح و ضمنیِ قراردادی واقع است. به‌موجب مادهٔ ۲۲۵ قانون مدنی، «متعارف‌بودن امری در عرف و عادت به‌طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به‌منزلهٔ ذکر در عقد است».

ب) مفهوم عرف حکمی (عرف قاعده‌ساز)، ارکان و مقایسهٔ آن با عرف موضوعی:

نقطهٔ مقابل عرف موضوعی، عرف حکمی است که در اینجا مفهوم و ارکان آن را بررسی می‌کنیم.

در تبیین مفهوم عرف حکمی می‌توان گفت درکنار امور موضوعی قراردادها یا ایقاعات، امور حکمی هم وجود دارند. امور حکمی ازقبیل الزام‌ها و التزامات، اصولاً در مُفاد قرارداد یا در احکام قانون‌گذار منعکس می‌شوند؛ اما گاه آنچه جنبهٔ حکمی دارد، در عرف نیز انعکاس می‌یابد و درخصوص دستورها، دستورالعمل‌ها، احکام و الزام‌های قراردادی نیز در عرف، رویه‌ها و عادت‌های رایجی وجود دارد. در این صورت، «مقصود از عرف حکمی، عرفی است

که حکمی حقوقی را برای یکی از امور مربوط به قرارداد ثابت می‌کند» (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۳۵۰). این دسته از عرف‌ها منشأ مستقیم پیدایش حکم‌اند و از این جهت، حیثیت حکمی و قانونی دارند. عرف حکمی در نیازهای اجتماعی و وجدان عمومی ریشه دارد و بدون دخالت قانون‌گذار، بین مردم، مرسوم و برایشان الزام‌آور است (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۳۵۱).

عرف حکمی و قاعدهٔ مستفاد از آن ضرورتاً بر دو رکن مادّی و معنوی متکی است. رکن مادّی، ناظر به فرایند تکوین عرف و سیر تکامل آن درمیان عادات و رسوم اجتماعی و نیز این مسئله است که آن رفتار، عادت مردم قرار گیرد؛ مثل اینکه امر یا اموری درمیان مردم، متعارف شود. رکن معنوی به عنصر التزام و الزام‌آوری آن و درواقع، به آراستن رسوم اجتماعی با لباس حقوقی مربوط می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ٤٧٦)؛ به‌نحوی که عادت مردم شود، در اذهان عمومی، تبعیت از آن، الزامی باشد و به‌صورت نوعی قاعدهٔ حقوقی درآید. در این صورت، زمینه برای استناد به عرف حکمی در جنبه‌های حکمیِ قضیه درحوزهٔ دادرسی نیز فراهم می‌شود؛ هرچند به‌موجب تغییراتی که در بعضی متون قانونی رخ داده است، برخی در این مسئله تردید کنند.

درپی مقایسهٔ عرف موضوعی و عرف حکمی درمی‌یابیم اولاً در عرف حکمی، عرف موردنظر همیشه متشکل از سه رکن موضوع حکم، متعلق حکم و حکم است؛ درحالی که در عرف موضوعی، فقط دربارهٔ موضوع سخن گفته می‌شود. ثانیاً عرف حکمی، قاعده‌ای کلی و عمومی محسوب می‌شود که تبعیت از آن، الزامی است و برای تخلف از آن، ضمانت اجرایی وجود دارد؛ درحالی که در عرف موضوعی، الزام‌آوربودن و ضمانت اجرا مطرح نیست؛ بلکه صرفاً گفته می‌شود که این موضوع چنین است. و اگر الزامی به رعایت مُفاد عرف موضوعی وجود دارد، از ناحیهٔ دیگری است؛ نه نفس عرف موضوعی. قضاوت عرف درخصوص موضوعی خاص، ممکن است منشأ اتخاذ تصمیم مقتضی برای دادرس شود. ثالثاً به عرف حکمی درنهایت به‌عنوان امور حکمیِ دعوا استناد می‌شود و دادرس بعداز احراز امور موضوعی دعوا به‌استناد همان عرف حکمی، حکم صادر می‌کند؛ درحالی که

عرف موضوعی فقط در مرحلهٔ احراز امور موضوعیِ دعوا دادرس را یاری می‌دهد.

۲-۳. تقسیم‌بندی عرف حکمی بر دو نوع تخییری و امری (تقسیم دوم)

عرف حکمی، بسته به درجهٔ الزام‌آوری آن ازمنظر عرف و مواردی ازقبیل متعلَّق عرف و ارتباط آن با نوع مصلحتی که درصدد تأمین یا حفظ آن است، به‌حسب مورد، ممکن است درقلمرو نفوذ اراده قرار گیرد که ذیل عرف تخییری واقع می‌شود؛ همچنین ممکن است به‌دلیل شدت اهتمام عرف به التزام و اهمیت مورد عرف و نظایر آن ذیل عرف حکمیِ امری قرار گیرد. در ادامه، این دو مورد را بررسی خواهیم کرد.

۳-۲-۱. عرف حکمیِ تخییری

از آنجا که اصطلاح «عرف حکمی تخییری» از نوآوری‌های نوشتار حاضر است، باید نخست، مفهوم آن شناخته و سپس برحسب مورد، نتیجهٔ تعارض مضمون آن با قرارداد یا قانون مشخص شود.

۳-۲-۱-۱. مفهوم عرف حکمی تخییری

در وزان قوانین تخییری و تکمیلی، در ساحت عرف هم می‌توان به وجود عرف‌های حکمی تخییری دست یافت. این دسته از عرف‌ها اولاً ازنوع حکمی هستند؛ چون در ماهیت، الزام‌ها و التزام‌هایی را دربر دارند که به‌تدریج و در رسوم و عادت‌های جمعی و اجتماعی شکل گرفته‌اند؛ مانند آنچه درخصوص قلمرو تعهدات مالی درحوزهٔ خانواده وجود دارد؛ مثلاً در اصطلاح، استحقاق زوجه بر نفقه، طبق مشهور فقهیِ حکم شرعی و در اصطلاح حقوقی و طبق مشهور حقوقی، قاعده‌ای امری محسوب می‌شود؛ اما ممکن است در برخی عرف‌ها درعین التزام به اصل حکم و اصل استحقاق، به‌صورت جزئی و برای مدت عقدبستگی، نوعی محرومیت یا محدودیت در این استحقاق وجود داشته باشد؛ مثلاً امروزه، عرف در زمان عقدبستگی، جز در برخی هزینه‌ها زوج را مکلف به پرداخت نفقه نمی‌داند یا زوجه را مستحق نفقه به‌نحو تمام‌وکمال قلمداد نمی‌کند. ارتکازی‌بودن این مسئله در زمان ما کمتر محل تردید است. به‌عنوان مثالی دیگر می‌توان گفت امروزه، در عرف برخی مناطق، تأمین اقلام موردنیاز برای زندگی مشترک درقالب جهیزیه برعهدهٔ زن است. در برخی مناطق

دیگر، این امر به‌صورت مشترک برعهدهٔ دو طرف است؛ یعنی بعضی اقلام را مرد و بعضی دیگر را زن تهیه می‌کند. گاه نیز همهٔ هزینه‌ها متوجه مرد است. چنانچه دو طرف در مذاکرات قبل‌از عقد، تکلیف این مسئله را روشن کنند، موضوع از دایرهٔ بحث ما خارج می‌شود؛ اما درصورتی که این مسئله به سکوت برگزار شود یا هرکدام از زوجین بدون دلیل، ادعایی را در این زمینه مطرح کنند، بحث از دخالت عرف حکمی مورداشاره در حل اختلاف و تعیین تکلیف و حدود تعهدات دو طرف و گاه کاستن از حد تعهدات یکی از آنان مؤثر خواهد بود.

این دسته از عرف‌ها بدان سبب در نوشتار پیش‌روی، عرف تخییری نامیده شده‌اند که به شیوه‌های مختلف، چه درقالب شروط بنایی، چه درقالب شروط ضمنی یا شروط ضمن‌عقد، امکان توافق برخلاف آن‌ها وجود دارد. در این صورت، بین مُفاد عرف تخییری و مُفاد ضمن‌عقد، تعارض ایجاد می‌شود. اولاً هم در عرف تخییری و هم در قرارداد، ملاک اصلی درنهایت، وابسته به ارادهٔ دو طرف است؛ ثانیاً شدت ارتباط مُفاد عقد (اعم‌از صریح و ضمنی) با ارادهٔ اشخاص از عرف که حداکثر به‌منزلهٔ ارادهٔ ضمنی است، بیشتر خواهد بود؛ بنابراین، در این مورد، مُفاد قرارداد تقدم دارد؛ زیرا عرف تخییری به‌منزلهٔ ارادهٔ ضمنی است و دربرابر اعلام ارادهٔ قراردادی، اعم‌از آنکه صریح باشد یا ضمنی، تاب مقاومت ندارد. درواقع، از یک سو، مبنای حاکمیت عرف تخییری، ارادهٔ ضمنی دو طرف قرارداد است و از سوی دیگر، مضمون عرف تخییری، اعراض‌پذیر است؛ بنابراین، اگر مُفاد صریح یا ضمنی قرارداد برخلاف مضمون عرف باشد، این مسئله به‌معنای اعراض از آن مضمون خواهد بود و دیگر نمی‌توان آن را به ارادهٔ دو طرف نسبت داد؛ بدین سبب، رویهٔ محاکمی که بدون لحاظ‌کردن این تحلیل، به محکومیت زوج برای تأمین نفقه در ایام عقدبستگی یا تعهد زوجه به تهیه‌کردن تمام یا بخشی از جهیزیه حکم می‌کنند، خالی از اشکال نیست.

۳-۲-۱-۲. تعارض عرف تخییری با مُفاد عقد و قانون

ممکن است بین عرف تخییری و مُفاد ضمنیِ عقد، تعارض به‌وجود آید. در این وضعیت به‌نظر می‌رسد مُفاد ضمنیِ عقد بر عرف، مقدّم خواهد بود. دلایل این مدعا ضمن بیان مفهوم

عرف تخییری توضیح داده شد.

تعارض دیگر، ممکن است بین عرف تخییری و قوانین تکمیلی به‌وجود آید. در این فرض:

> در هر حال، عرف مقدّم خواهد بود؛ زیرا مقررات تکمیلی، خود، الهام‌گرفته از عرف است و عرف نسبت‌به مقررات تکمیلی اصالت دارد و نتیجهٔ ارادهٔ مشترک طرف‌های قرارداد است و منشأ مستقل دیگری ندارد؛ بنابراین، عرف نسبت‌به مقررات تکمیلی اصالت دارد و روشن‌تر می‌تواند ارادهٔ مشترک طرف‌های قرارداد را نشان دهد (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۳٦۰).

این تقدم حتی جایی که عرف پس‌از وضع مقررات تکمیلی وجود یافته باشد نیز وجود دارد و به‌منزلهٔ کنارگذاشتن مقررهٔ تکمیلی توسط عرف تخییری است و از این جهت، مانعی وجود ندارد؛ زیرا تنها مانع، امری‌بودنِ مقررات است که حسب فرض در اینجا منتفی خواهد بود. چنانچه قانون مدّنظر ازنوع امری باشد، در هر حال، بر عرف تقدم دارد؛ اعم‌از اینکه عرف بر آن مقدّم باشد یا بعداز وضع قانون امری، عرف برخلاف آن شکل گرفته باشد.

۳-۲-۲. عرف حکمیِ امری

یکی دیگر از اقسام عرف حکمی، عرفی است که مضمون آن به‌دلایل گوناگون همچون شدت اهتمام عرف، ارتباط با مصلحت‌های مهم، و ارتباط با اخلاق حسنه و احساسات عمومی، جنبهٔ امری دارد؛ از این روی، لازم است مفهوم این قسم از عرف شناخته و سپس نتیجهٔ تعارض این حکم عرفی و التزام ناشی از آن با مُفاد و شروط قراردادی روشن شود. در ادامه، این دو مورد را بررسی می‌کنیم.

۳-۲-۲-۱. مفهوم عرف حکمی امری (آمره)

این‌گونه عرف را چنان‌که از نامش پیداست، می‌توان عبارت از عرفی دانست که اولاً حاوی الزام و التزام است و به‌لحاظ عنصر معنوی، کیفیتی دارد که افراد آن عرف، مُفاد آن را بر خود الزام‌آور می‌دانند؛ ثانیاً ازمنظر عرف، درجهٔ الزام‌آوری و حد التزام به مضمون آن درحدی است که عقلا عدول از آن را درقالب قرارداد و غیر آن، جایز نمی‌دانند. مبنای این التزام و شدت آن، ممکن است به‌دلیل ارتباط مُفاد برخی رویه‌ها و دستورهای عرفی، با

بنیان‌های اخلاقی و فرهنگی هر جامعه‌ای باشد که نوعی قبح شدید را در ناحیهٔ ارتکاب خلاف عرف و رویهٔ رایج در ذهن‌ها تداعی می‌کند و همین سرزنش‌پذیری فوق‌العاده‌ای که در مقام وجود دارد، رتبهٔ آن را از عرف‌های معمولی و تخییری به سطحی از التزام مؤکد و غیر قابل نقض ارتقا می‌دهد. بسیاری از این‌گونه عرف‌ها درقالب اخلاق حسنه شناخته می‌شوند و قانون‌گذاران نیز آن‌ها را به‌رسمیت می‌شناسند.

۳-۲-۲-۲. تنافی عرف حکمی امری و قانون (شرع)

عرف حکمی و مضمون الزام‌آور آن ممکن است در تنافی با قواعد امری شرعی یا قانونی قرار گیرد. اگر تنافی عرف حکم و قواعد امری شرعی، در نظام‌های دینی و مبتنی‌بر آموزه‌های شرعی، مصادیق نادری دارد، در هر حال، چون عرف، مشرِّع نیست و نمی‌تواند در عرض شارع مقدس قرار گیرد، درصورت بروز تنافی، عرف حکمی امری، توان معارضه با قواعد و احکام الزام‌آور شرعی را ندارد. به همین صورت، عرف حتی در جایی که مضمون آن، الزام‌آور تلقی می‌شود، دربرابر قواعد امری قانونی، تاب‌آوری ندارد و از درجهٔ اعتبار، ساقط است. درواقع، قلمرو حکومت عرف حکمی، منطقةالفراغ قانونی و شرعی یا جایی است که دربرابر آن، قواعد تخییری و غیرالزام‌آور وجود داشته باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۱۹۶-۱۹۷)؛ بدین ترتیب، عرف حکمی فاسد که دراثر آن، مصلحتی ازبین برود، مفسده‌ای تولید شود، حکم شرعی نقض شود یا فساد و تباهی‌ای رواج یابد (عمیر، ۱٤۳۳ق، ص ۲٦)، در تنافی بین عرف و قانون آمره، اعم‌از آنکه شرعی باشد یا قانونی، عرف نمی‌تواند منشأ الزام و التزام باشد (ساکت، ۱۳۷۱، ص ۳۵۳-۳٥٤). در این موارد می‌توان گفت عرف ازسوی قانون بالادستی تخطئه شده است؛ درنتیجه، اگر نصّی از شارع یا قاعدهٔ قطعی در شرع وجود داشته باشد، نمی‌توان برخلاف آن‌ها به عرف و عادت عمل کرد و به‌طور کلی، هرگاه عمل‌کردن به عرف، موجب تعطیلی نصّ شرعی شود، عرف از اعتبار می‌افتد (محمدی، ۱۳۷۵، ص ۲٦۰).

درخصوص نحوهٔ تنافی در این ساحت نیز می‌توان دو صورت را تصور کرد: نخست، عرف‌های امری سلبی و دوم، عرف‌های امری ایجابی که ازسوی شارع و قانون‌گذار تخطئه،

انکار، رد و منع شده‌اند؛ بدان معنا که شارع و قانون‌گذار عمداً و به‌قصد برهم‌زدن نظام عرفی سامان‌یافته و خلاف موازین قانونی و شرعی یا بلاوجه‌بودن رویهٔ موجود و بسامان‌کردن رویه‌ای جدید و جایگزین‌کردن دستوری تازه به‌جای رسم معهود عرفی، به قانون‌گذاری و وضع مقرره‌ای برخلاف عرف اقدام می‌کند. در این صورت می‌توان به تقدم امر قانونی بر امر عرفی قائل شد و برخلاف تعارضی که در عرف تخییری بیان کردیم، در این قسم، بدون تفاوت امر شرعی، مقدّم است؛ اعم‌از آنکه تاریخ امر شرعی، مقدّم بر تکوین و استقرار عرف باشد یا مؤخر بر آن.

مثلاً درخصوص عرف امری سلبی تخطئه‌شده می‌توان به ازدواج با فرزندخوانده اشاره کرد. ازدیدگاه برخی حقوق‌دانان، ازدواج با فرزندخوانده از این جهت که با اخلاق حسنه (نظم عمومی فرهنگی) منافات دارد، باطل شمرده شده؛ درحالی که تجویز ازدواج با فرزندخوانده اساساً برای طرد و ردع این عرف وضع شده است.

به‌عنوان نمونه‌ای از عرف امری ایجابی تخطئه‌شده در عصر جاهلیت می‌توان به «نکاح شغار» اشاره کرد که پیامبر اکرم (ص) آن را باطل اعلام کردند.

به‌عنوان مثالی برای عرف امری ایجابی در عصر حاضر می‌توان رسم صلح خون یا خون‌بس درمیان برخی اقوام ایرانی را ذکر کرد. این عنوان درکنار برخی جلوه‌های عرف تخییری و عرف حکمی در مباحث آتی و درضمن جلوه‌های تأثیر قواعد بر نفوذ اراده بررسی خواهد شد.

۳-۲-۲-۳. عرف حکمی امری و قرارداد

اکنون، ممکن است پرسش‌هایی بدین شرح مطرح شود: آیا می‌توان برخلاف عرف حکمی امری توافق کرد؟ آیا اراده‌ای که برخلاف این قسم از عرف جریان می‌یابد، نافذ است و می‌توان به آن ترتیب‌اثر داد؟

درمقام تأسیس اصل می‌توان گفت اصل بر حکومت عرف حکمی امری بر اراده‌های اشخاص است و نمی‌توان به صحت قرارداد مغایر با عرف حکمی الزام‌آور و آمره نظر داد؛ به‌ویژه اینکه غالب مصادیق عرف حکمی آمره در بستر اخلاق حسنه شکل می‌گیرند و با

نظم عمومی فرهنگی ارتباط دارند و التزام یا توافق برخلاف آن‌ها مطابق قواعد عمومی قراردادها و بعضی مستنندات قانونی (مثل مادهٔ ۹۷۵ قانون مدنی)، پذیرفتنی نیست؛ اما براساس آنچه درخصوص این‌گونه عرف گفته شد، اگر مضمون حکمی عرف آمره ازسوی شارع یا قانون‌گذار تخطئه شده باشد، بی‌تردید، توافق برسر چنین امری پذیرفتنی است.

یافته‌های پژوهش

الف) در ساحت عرف، مضمون‌هایی که به دستورها، دستورالعمل‌ها و بناگذاری اشخاص در مناسبات و معاملات افراد جامعه مربوط می‌شوند، صلاحیت دارند در روابط اجتماعی، به‌مثابهٔ قاعدهٔ تعهدآور مطرح شوند؛ به‌نحوی که مخالفت با آن‌ها واکنش مناسب ازطرف جامعه و نظام حقوقی را اقتضا کند.

ب) عرف، معروف و متعارف هم در جنبه‌های موضوعی و هم جهات حکمی حقوق و تکالیف اشخاص، نقش‌آفرین است و به همین مناسبت، اصل معاشرت به معروف و تعهد اشخاص به رفتار براساس این اصل، ازجمله اصول بنیادینی خواهد بود که در بناهای عرفی ریشه دارد و از آثار حاکمیت عرف حکمی و قاعده‌ساز در روابط اشخاص محسوب می‌شود و به حقوق خانواده نیز اختصاص ندارد.

ج) انس ذهنی، لحاظ‌شدن در رفتارها و مناسبات اجتماعی، پذیرش عمومی و پسند خردمندان، پذیرش فطری و ملایم طبع سالم بودن و ردع‌نشدن ازسوی شارع، ویژگی‌هایی هستند که بین عرف و معروف، هم‌گرایی ایجاد می‌کنند و فقدان هرکدام از اوصاف یادشده، نوعی واگرایی بین عرف و معروف به‌وجود می‌آورَد؛ تا آنجا که مصادیقی از عرف حکمی باوجود آنکه در نگاه اول، الزام‌آور به‌شمار می‌آیند، از دایرهٔ مصادیق معروف خارج می‌شوند و درزمرهٔ عرف‌های مردود و تخطئه‌شده قرار می‌گیرند.

د) عرف حکمی به‌لحاظ مضمون و ساحت‌هایی که به آن تعلق می‌یابد، ممکن است ازنوع تخییری یا امری باشد؛ مانند آنچه به بنیان‌های فرهنگی و اخلاقی جامعه مربوط می‌شود (اخلاق حسنه). چنانچه مضمون عرف حکمی ازنوع تخییری باشد، دربرابر قراردادهای

مغایر و قوانین امری، تاب‌آوری ندارد؛ اما عرف حکمی امری، اعراض‌پذیر و طردشدنی نیست؛ مگر آنکه عرفی باشد که ازسوی شارع، صراحتاً رد شده باشد؛ مثل ازدواج با فرزندخوانده.

ه) در ساحت عرف حکمی نباید از وجود برخی مغالطه‌ها که از خلط مفهوم عرف و معروف (عرف به‌معنی الاخص) و نیز نسبت‌هایی که از واژه‌های حکمی و موضوعی و حکم قانون حاکم ناشی می‌شود، غفلت کرد؛ ازجمله اینکه اگر معلوم شود دخالت عرف موضوعی در مناسبات اشخاص، ریشهٔ قانونی دارد، نظارت بر عملکرد دادگاه‌ها در این حوزه نیز در صلاحیت دیوان عالی کشور خواهد بود.

منابع

قرآن کریم.

ابن‌فارس، ابی‌الحسین احمد (١٤٠٤ق). *معجم مقاییس اللغة* (عبدالسلام هارون، مصحح). قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیهٔ قم.

ابن‌منظور، محمد بن مکرّم (١٤١٤ق). *لسان العرب* (جمال‌الدین میرداماد، محقق). بیروت: دار صادر.

ارجمند دانش، جعفر (١٣٨٦). *بررسی قاعدهٔ عسروحرج و کاربرد آن در طلاق*. تهران: بهنامی.

اسدی، لیلا سادات (١٣٨٣). جایگاه عسروحرج قانون و رویه. *نشریهٔ ندای صادق*، ٦(٣٤-٣٥)، ص ٩-٢٩.

امامی، سید حسن (١٣٧٤). *حقوق مدنی*. تهران: اسلامیه.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (١٣٨٨). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش.

جمعی از پژوهشگران (١٣٨٩). *فرهنگ فقه، مطابق مذهب اهل‌بیت- علیهم السلام* (سید محمود شاهرودی، زیر نظر). قم: مؤسسهٔ دایرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بیت- علیهم السلام.

جمعی از پژوهشگران (١٤١٧ق). *معجم فقه الجواهر* (سید محمود شاهرودی، زیر نظر). بیروت: الغدیر.

جمعی از مؤلفان (بی‌تا). *مجلهٔ فقه اهل‌بیت- علیهم السلام (فارسی)*. قم: مؤسسهٔ دایرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بیت- علیهم السلام.

حائری شاه‌باغ، سید علی (١٣٨٢). *شرح قانون مدنی*. تهران: گنج دانش.

حر عاملی، محمد (١٤٠٩ق). *وسائل الشیعه*. قم: مؤسسهٔ آل البیت- علیه السلام.

خرازی، سید محسن (١٣٧٤). *مصاحبه در نقش زمان و مکان در اجتهاد*. قم: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۵۸). *لغتنامه* (محمد معین و سید جعفر شهیدی، زیر نظر). تهران: دانشگاه تهران.

راغب اصفهانی، حسین (١٤١٢ق). *مفردات ألفاظ القرآن*. لبنان: دار العلم.

روحانی، سید صادق (١٤١٢ق). *فقه الصادق* (جلد ١٧). قم: دار الکتاب- مدرسهٔ امام صادق علیه السلام.

ساکت، محمدحسین (۱۳۷۱). *دیباچه‌ای بر دانش حقوق*. مشهد: نشر نخست.

سبزواری، عبدالاعلی (١٤١٣ق). *مهذب الأحکام*. قم: المنار.

سبزواری (محقق)، محمدباقر (١٤٢٣ق). *کفایة الأحکام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

سیفی، علی‌اکبر (١٤٢٧ق). *دلیل تحریر الوسیلة: المضاربة*. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (١٤١٠ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. قم: داوری.

شهیدی، مهدی (۱۳۷۹). *اصول قراردادها و تعهدات*. تهران: عصر حقوق.

شهیدی، مهدی (۱۳۹۳). *سقوط تعهدات*. تهران: مجد.

صدر، محمدباقر (۱۳۹۵ق). *المعالم الجدیدة*. تهران: مکتبة النجاح.

صفایی، سید حسین؛ و امامی، اسدالله (۱۳۸۷). *حقوق خانواده*. تهران: دانشگاه تهران.

طباطبایی، سید محمد (بی‌تا). *کتاب المناهل*. قم، مؤسسهٔ آل البیت.

طباطبایی، سید محمدحسین (١٣٦٧). *ترجمهٔ تفسیر المیزان* (محمدتقی مصباح یزدی، مترجم). تهران: بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی.طباطبایی، سید محمدحسین (۱۳۸۵). *ترجمهٔ تفسیر المیزان* (سید محمدباقر موسوی همدانی، مترجم). تهران: دار العلم.

طباطبایی، سید محمدحسین (١٣٩٤ق). *المیزان فی تفسیر القرآن*. تهران: دار الکتب الإسلامیة.

طباطبایی، سید محمدحسین (بی‌تا). *حاشیة الکفایة*. قم: بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی.

طبرسی، فضل بن حسن (١٤١٥ق). *مجمع البیان*. بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.

طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). *المبسوط فی فقه الإمامیة*. تهران: المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة.

عظیم‌زادهٔ اردبیلی، فائزه؛ و محمدی آرانی، اکرم (۱۳۹۱). نقش عرف در تفسیر حقوق غیرمالی زوجین. *فصلنامهٔ پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، ۸(۲۹)، ص۷۹-۹۶.

علامه حلی، حسن بن یوسف (١٤١٣ق-الف). *قواعد الأحکام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

علامه حلی، حسن بن یوسف (١٤١٣ق-ب). *مختلف الشیعة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.علی‌دوست، ابوالقاسم (۱۳۹۷). *فقه و عرف*. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشهٔ اسلامی.

عمیر، سلیمان (١٤٣٣ق). *مجموعة بحوث فقهیة*. عربستان: دار العالم الفوائد.

فیض کاشانی، محمدمحسن (بی‌تا). *مفاتیح الشرایع*. قم: کتابخانهٔ آیت‌الله مرعشی نجفی.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱). *حقوق مدنی خانواده*. تهران: شرکت سهامی انتشار.

گرجی، ابوالقاسم و دیگران (۱۳۸٤). *بررسی تطبیقی حقوق خانواده*. تهران: دانشگاه تهران.

محقق حلی، جعفر (۱٤۰۸ق). *شرایع الإسلام*. قم: اسماعیلیان.

محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷٦). *بررسی فقهی حقوق خانواده*. بی‌جا: نشر علوم اسلامی.

محمدی، ابوالحسن (۱۳۷۵). *مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه*. تهران: دانشگاه تهران.مصطفوی، حسن (۱٤۰۲ق). *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*. تهران: مرکز نشر.

مغنیه، محمدجواد (۱٤۲۱ق). *فقه الإمام جعفر الصادق*. قم: انصاریان.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷٦). *تفسیر نمونه*. تهران: دار الکتب الإسلامیه.

موسوی عاملی، محمد بن علی (۱٤۱۱ق). *نهایة المرام فی شرح مختصر شرایع الإسلام*. قم: جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.

مهریزی، مهدی (۱۳۹۰). *شخصیت و حقوق زن در اسلام*. تهران: علمی و فرهنگی.

میرزای قمی، ابوالقاسم (۱٤۱۳ق). *جامع الشتات فی أجوبة السؤالات*. تهران: مؤسسهٔ کیهان.

نجفی، محمدحسن (۱٤۰٤ق). *جواهر الکلام*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

نوبهار، رحیم؛ و حسینی، سیده ام‌البنین (۱۳۹٤). قاعدهٔ لزوم معاشرت به معروف در روابط زن و شوهر. *فصلنامهٔ خانواده‌پژوهی*، ۱۱(٤۱)، ۵۲-۷۲.

واسعی، سید محمد (۱۳۸۷). *جایگاه عرف در فقه*. تهران: کانون اندیشهٔ جوان.

هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱٤۱۷ق). *بحوث فی علم الأصول*. قم: مرکز الغدیر للدراسات الإسلامیة.

Bi-quarterly Scientific Journal of Family Law and Jurisprudence Journal
Vol. 30, No. 82/ Spring & Summer 2025

Research Article

Divorce at the Request of the Wife Based on the Payment of Alimony with Illegitimately Acquired Assets[1]

Monir Haghkhah[2] Farnaz Shirmohamadi[3]

DOI:
10.30497/flj.2024.246298.202

Abstract

Divorce due to hardship (subject of Article 1130 of the Civil Code), divorce due to non-payment of alimony (subject of Article 1129 of the Civil Code), and divorce resulting from the husband's breach of conditions stipulated in the marriage contract are among the grounds for divorce at the request of the wife. According to jurisprudential and legal principles, the obligation to provide alimony to the wife lies with the husband, and failure to fulfill this obligation entails both civil and criminal consequences. Moreover, this alimony must be sourced from legitimate financial means. This study seeks to answer the question of whether a husband's refusal to pay alimony from legitimately acquired wealth and the inability to compel him to fulfill his religious and legal duties, can be one of the grounds for divorce at the wife's request. Can such alimony be considered as causing hardship for the wife, thereby equating it with non-payment of alimony and entitling the wife to request a divorce? Furthermore, can such conduct be deemed a violation of the conditions stipulated in the marriage contract (specifically the first and fifth conditions), granting the wife the right to divorce herself by proxy from the husband? This article by a descriptive-analytical method seeks to answer these questions. The findings indicate that there are no explicit references to this matter in jurisprudential and legal sources, and ambiguities exist in the interpretation of the relevant laws. Nevertheless, it appears that the refusal to pay alimony derived from illegitimate means can, for various reasons, be considered as one of the grounds for divorce at the wife's request. This article also proposes the recommendations for legal reforms and clarifying ambiguities.

Key words: Wife's Alimony, hardship (Usr wa Ḥaraj), illegitimate wealth, judicial divorce.

---

1. The present article is extracted from a Master's thesis titled *"Jurisprudential-Legal Dimensions of Spending Illicit Property in the Iranian Legal System"* at Imam Sadiq (AS) University.

2. (Corresponding Author) Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Imam Sadeq University, Tehran, Iran. haghkhah@isu.ac.ir

3. Master's degree in Family Law from Imam Sadeq University, Tehran, Iran. farnazshirmohamadi@isuw.ac.ir

دوفصلنامهٔ علمی فقه و حقوق خانواده / *مقالهٔ پژوهشی* / دورهٔ ۳۰، شمارهٔ ۸۲ / بهار و تابستان ۱۴۰۴/ صص: ۶۳-۳۷

طلاق به درخواست زوجه به استناد پرداخت نفقه با مال تحصیل‌شده ازطرق نامشروع[۱]

منیر حق خواه*[۲]

تاریخ دریافت: ۱٤۰۳/۰۲/۲٤؛ تاریخ پذیرش: ۱٤۰۳/۰٦/۰٦

فرناز شیرمحمدی[۳]

Doi:10.30497/flj.2024.246298.202

چکیده

طلاق ناشی‌از عسروحرج (موضوع مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی)، طلاق ناشی‌از عدم‌پرداخت نفقه (موضوع مادهٔ ۱۱۲۹ قانون مدنی)، و طلاق ناشی‌از تخلف زوج از شروط ضمن عقد نکاح، ازجمله موجبات طلاق به درخواست زوجه است. بنابر مبانی فقهی و حقوقی، انفاق به زوجه بر عهدهٔ زوج است و تخلف از این وظیفه، ضمانت اجرای حقوقی و کیفری دارد. این انفاق باید از منابع مالی مشروع تأمین شود. پژوهش حاضر به دنبال پاسخ به این مسئله است که آیا استنکاف زوج از پرداخت نفقه با مال تحصیل‌شده ازطریق مشروع و عدم امکان الزام وی به وظیفهٔ شرعی و قانونی می‌تواند یکی از موجبات طلاق به درخواست زوجه باشد؟ آیا این انفاق می‌تواند عامل عسروحرج زوجه و به‌منزلهٔ عدم‌پرداخت نفقه تلقی شود و درنتیجه زوجه را مستحق تقاضای طلاق کند؟ آیا چنین انفاقی می‌تواند تخلف زوج از شروط ضمن عقد (شرط اول و پنجم) محسوب شود و به زوجه این حق را بدهد که به وکالت از زوج، خود را مطلقه کند؟ این مقاله با روش توصیفی ـ تحلیلی در صدد پاسخ‌گویی به سؤالات فوق است. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که منابع فقهی و حقوقی تصریحی دراین‌خصوص ندارند و دربارهٔ تفسیر قوانین مرتبط، ابهاماتی وجود دارد؛ بااین‌حال، به نظر می‌رسد می‌توان انفاق با مال تحصیل‌شده ازطریق نامشروع را بنابر دلایلی، از موجبات طلاق به درخواست زوجه دانست و برای ارتقاء قوانین و رفع ابهام پیشنهادهایی داد.

کلیدواژه‌ها: طلاق قضایی، عسروحرج، مال نامشروع، نفقهٔ زوجه.

---

۱. مقالهٔ حاضر، مستخرج از رسالهٔ کارشناسی ارشد با عنوان *«ابعاد فقهی - حقوقی انفاق به مال نامشروع در نظام حقوقی ایران»* دانشگاه امام صادق(ع) است.

۲. (نویسندهٔ مسئول) استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران. haghkhah@isu.ac.ir

۳. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خانواده دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران.

farnazshirmohamadi@isuw.ac.ir

مقدمه

التزام بر کسب روزی حلال یکی از فضائل اخلاقی است که دین اسلام بر آن تأکید فراوان دارد. آیات و روایات اسلامی، مسلمانان را به کسب درآمد حلال تشویق کرده، و برکات فراوانی برای آن بیان کرده، همچنین از کسب مال حرام برحذر داشته، و به آثار زیان‌بار آن اشاره کرده‌اند. ازطرفی، طبق مادهٔ ۱۱۰۶ قانون مدنی، در نکاح دائم، نفقهٔ زوجه به‌عهدهٔ زوج است و استنکاف از این تکلیف می‌تواند ضمانت اجرای مدنی و کیفری به‌دنبال داشته باشد. به‌موجب مادهٔ ۱۱۲۹ قانون مدنی، استنکاف زوج از پرداخت نفقه می‌تواند دلیلی برای درخواست طلاق زوجه باشد[۱]، و مادهٔ ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، درصورت وجود شرایط دیگر، حبس را برای چنین زوجی در نظر گرفته است.[۲]

قوانین به‌طور صریح به انفاق با مال مشروع اشاره نکرده‌اند؛ ولی زوج باید نفقه را از محل درآمد حلال پرداخت کند و نباید از دارایی‌های به‌دست‌آمده به‌طریق نامشروع استفاده کند؛ زیرا براساس دلایل نقلی متعدد، مصرف مال حرام آثار سوء بسیاری در زندگی فرد دارد. برخی از افراد به این موضوع توجه نمی‌کنند و نفقهٔ همسر خود را از مال نامشروع می‌پردازند و با توجه به اینکه قانون دراین‌زمینه ساکت است، مشکلات بسیاری در حوزهٔ قوانین خانواده ایجاد شده است. برای نمونه آیا می‌توان «انفاق با مال تحصیل‌شده ازطریق نامشروع» را به‌منزلهٔ عدم‌پرداخت نفقه محسوب کرد و به تبع آن، زوجه را مجاز دانست تا به وکالت از زوج، خود را مطلقه کند؟ آیا زوجهٔ مؤمنه‌ای که به پیروی از دستورات الهی و پرهیز از حرام‌خواری مقید است تا خود و خانواده‌اش را از تأثیرات زیان‌بار مال حرام مصون بدارد، می‌تواند به‌استناد آنکه

---

۱. مادهٔ ۱۱۲۹ قانون مدنی: «درصورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم‌امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقهٔ زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر را اجبار به طلاق می‌کند. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه».

۲. مادهٔ ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱: «هرکس با داشتن استطاعت مالی نفقهٔ زن خود را درصورت تمکین او ندهد یا از تأدیهٔ نفقهٔ سایر اشخاص واجب‌النفقه امتناع کند، به حبس تعزیری درجهٔ شش محکوم می‌شود. تعقیب کیفری منوط به شکایت شاکی خصوصی است و درصورت گذشت وی از شکایت در هر زمان تعقیب جزایی یا اجرای مجازات موقوف می‌شود».

ازلحاظ روحی در مشقت است، ادعای عسروحرج کند و به‌استناد مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی، تقاضای طلاق کند؟

به‌رغم اهمیت بررسی ابعاد فقهی ـ حقوقی موضوع انفاق به مال نامشروع و وجود خلأهای قانونی و سکوت قانونگذار درخصوص الزام افراد به پرداخت نفقه با مال مشروع، تاکنون تحقیق و پژوهش جامعی دربارهٔ این موضوع انجام نشده و خلأ پژوهشی کاملاً مشهود است. عمدهٔ تحقیقات موجود درزمینهٔ «تحصیل مال ازطرق نامشروع» به‌طور کلی است؛ برای مثال: ۱. معصومه فیروزنژاد در پژوهش خود باعنوان «بررسی فقهی و حقوقی تحصیل مال ازطریق نامشروع»، عناصر تشکیل‌دهندهٔ جُرم تحصیل مال ازطریق نامشروع و ابهامات موجود دربارهٔ ماهیت و قلمرو تحصیل مال ازطریق نامشروع را بررسی کرده است؛ ۲. حسین قلی‌تبار در پژوهش خود باعنوان «بررسی جرم تحصیل مال نامشروع در حقوق کیفری ایران» به‌دنبال روشن‌کردن ابهامات موجود در مادهٔ ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳٦۷ و پیشنهاد راهکاری مناسب برای حل معضلات مبتلابه است؛ ۳. مهدی شیرزادی در پژوهش خود باعنوان «بررسی تحصیل مال ازطریق نامشروع در حقوق کیفری ایران» به انطباق مادهٔ ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳٦۷ با اصل قانونی‌بودن جرم پرداخته است.

در این مقاله یکی از ابعاد فقهی ـ حقوقی انفاق با مال تحصیل‌شده ازطرق نامشروع مورد بحث واقع می‌شود و در ابتدا ضرورت ارتزاق از راه حلال و عوارض حرام‌خواری تبیین می‌شود و سپس ضمن ارائهٔ تعاریف و توضیحات مقدماتی، مسائل حقوقی مرتبط با موضوع، تحلیل، و درنهایت پیشنهادهایی برای بهبود قوانین و رویه‌های قضایی مطرح می‌شود.

مفهوم‌شناسی مصطلحات

ـ نفقه

برخی از لغویان، نفقه را از اسم مصدر «نفق» به معنای «فانی و نابود شدن» می‌دانند (فیومی، ۱٤۱۸ ق، ج ۱، ص ۳۱۸). دیگران نفقه را به‌معنای آن چیزی که اهدا می‌شود، تفسیر کرده‌اند (راغب اصفهانی، ۱٤۱۲ ق، ج ۱، ص ۸۱۹). در اصطلاح فقها، نفقه به تأمین مخارج ضروری

از قبیل خوراک، پوشاک، مسکن و غیره برای همسر و اقارب اطلاق می‌شود (محقق حلی، ۱٤۰۹ ق، ص ۳۱۹؛ علامه حلی، ۱٤۲۱ ق، ص ۲۹؛ صاحب جواهر، ۱٤۰٤ ق، ص ۳۳۰).

قانونگذار در مادهٔ ۱۱۰۷ قانون مدنی، نفقه را به‌عنوان تأمین نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن، از جمله مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل، هزینه‌های درمانی و بهداشتی و استخدام خادم درصورت نیاز به‌دلیل بیماری یا معلولیت، تعریف کرده است. حقوق‌دانان نیز نفقه را به‌عنوان تمام وسایلی تعریف کرده‌اند که زن با توجه به درجهٔ تمدن، محیط زندگی و وضع جسمی و روحی خود به آن‌ها نیازمند است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۱۸۷). وضعیت و احتیاجات متعارف زن را ملاک انفاق دانسته‌اند (صفائی و امامی، ۱۳۹٤، ص۱٤۵).

ـ عسروحرج

حرج به معنای تنگی و فشار و دشواری آمده است (راغب اصفهانی، ۱٤۱۲ ج، ص ۳۳٤) و عسر در مقابل یسر، به‌معنای تنگی و سختی است. در اصطلاح، عسروحرج به معنای آن است که اگر اجرای احکام اولیه موجب مشقت غیرقابل تحمل برای مکلف شود، آن تکلیف برداشته می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ج ۷، ص ۲۱۵). قانونگذار نیز عسروحرج را در مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی به این صورت تعریف کرده است: «عسروحرج عبارت است از وجود وضعیتی که ادامهٔ زندگی را برای زوجه با مشقت همراه سازد و تحمل آن دشوار باشد».

ـ مال نامشروع

در لغت، مال به معنای آن چیزی است که در تملک کسی باشد (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۱۳، ذیل واژهٔ مال). واژهٔ نامشروع نیز به معنای چیزی است که خلاف شرع باشد (معین، ۱۳۸۵، ج ٤، ذیل واژهٔ نامشروع). در اصطلاح حقوقی، نامشروع به اموری اطلاق می‌شود که خلاف قوانین شرعی باشند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۸۰۸). دراصطلاح فقهی، مال نامشروع به مالی گفته می‌شود که ازطریق خلاف شرع به دست آمده باشد (انصاری، ۱٤۱٦ ق، ج ۱، ص ۱۷).

ـ طلاق قضایی

طلاق در لغت به معنای رهایی، مفارقت و جدایی است (راغب اصفهانی، ۱٤۱۲ ق، ذیل واژهٔ طلاق). واژهٔ «قضاء» در لغت به معنای حکم است (ابن منظور، ۱٤۱٤ ق، ص ۱۸٦). در اصطلاح

فقهی، طلاق به معنای ازالهٔ رابطهٔ زوجیت ازطریق انشای خاص است (صاحب جواهر، ١٤٠٤ ق، ج ۲، ص ۳۲). در حقوق، طلاق به ایقاع تشریفاتی اطلاق می‌شود که مرد یا نمایندهٔ او انجام می‌دهند و به انحلال نکاح دائم منجر می‌شود. طلاق قضایی نیز نوعی طلاق است که به درخواست زوجه و به حکم دادگاه صالح صورت می‌پذیرد. این نوع طلاق زمانی اعمال می‌شود که شوهر از ادای وظایف زوجیت سر باز زند و اجبار او به انجام وظایف ممکن نباشد؛ دراین‌صورت، حاکم می‌تواند شوهر را به طلاق اجبار کند و درصورت امتناع شوهر، حاکم زن را طلاق می‌دهد (صفائی و امامی، ۱۳۹۲، ص ۲۳۲).

۱. اهمیت اجتناب از مال حرام

در دین اسلام، ارتزاق از مال حرام و اجتناب از تصرف نامشروع در اموال دیگران اهمیت زیادی دارد. دراین‌خصوص، آیات و روایات متعددی وجود دارد که به برخی از آن‌ها اشاره می‌کنیم:

۱-۱. آیات شریفه

- «إِنَّ الَّذينَ يَأْكُلونَ أَموالَ الْيَتامى ظُلْماً إِنَّما يَأْكُلونَ في بُطونِهِم ناراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعيراً» (نساء، ۱۰)؛ یعنی: آنان که اموال یتیمان را به ستمگری می‌خورند، درحقیقت در شکم خود آتش جهنّم فرو می‌برند و به زودی در آتش فروزان خواهند افتاد».

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا» (نساء، ۲۹)؛ یعنی: ای اهل ایمان، مال یکدیگر را به ناحق مخورید، مگر آنکه تجارتی باشد که از روی رضا و رغبت کرده (و سودی برید)، و یکدیگر را نکشید، که البته خدا به شما بسیار مهربان است.

خداوند متعال در این آیات، از ستم‌کردن وخوردن مال مردم نهی فرموده، و حقیقت باطنی خوردن مال یتیم را ترسیم کرده است.

۲-۱. روایات

- خداوند در حدیث قدسی فرمود: «فَمِنكَ الدُّعا و عَلَيَّ الإجابَةُ فلا تُحجَبُ عَنّي دَعوَةٌ الاّ دعوةُ آكِلِ الحَرامِ»؛ یعنی: تو دعا کن و من اجابت می‌کنم. دعایی از من محجوب نیست جز دعای حرام‌خوار» (مجلسی، ١٤٠٣ ق، ج ٦٣، ص ٣١٤). در این روایت به رابطهٔ حرام‌خواری انسان

و عدم استجابت دعاهای وی اشاره شده است.

• رسول خدا (ص) فرمود: «من أکَلَ لُقمَةَ حرام لَم تُقبَل لَه صلاة أربعینَ لیلَة»، یعنی: «کسی که لقمه‌ای حرام بخورد، نمازش تا چهل روز قبول نمی‌شود» (مجلسی، ۱٤۰۳ ق، ج ۱۰۳، ص ۱٤). در این روایت و روایات مشابه به رابطهٔ حرام‌خواری انسان و عدم‌قبولی عبادات وی اشاره شده است.

• پیامبر اکرم(ص) فرمود: «بیمناک‌ترین چیزی که بر امت خود می‌ترسم، درآمدهای حرام است» (کلینی، ۱٤۰۷ ق، ج ۵، ص ۲٤). از این روایت، آثار متعدد سوء کسب درآمد حرام و مصرف آن برداشت می‌شود.

• امام حسین (ع) پس‌از آنکه در روز عاشورا خطاب به سپاه دشمن فرمود: «فقد مُلِئَت بطونُکم من الحرام و طُبِعَ علی قلوبکم»؛ یعنی قطعاً شکم‌هایتان از مال حرام پر شده، و دل‌هایتان مهر خورده است» (مجلسی، ۱٤۰۳ ق، ج ٤۵، ص ۸). این روایت، حاکی از آن است که تصرف حرام در مال مردم و خوردن مال حرام، موجب قساوت قلب و هدایت‌ناپذیری آن می‌شود.

استناد به این آیات و روایات و دیگر ادلهٔ شرعی مشابه، اهمیت اجتناب از کسب حرام و تصرف نامشروع در اموال دیگران را نمایان می‌کند و براساس اطلاق ادله اثبات می‌شود که آثار منفی استفاده از مال حرام، تنها به فرد منفق محدود نمی‌شود، بلکه منفق علیهم را نیز شامل می‌شود و بالتبع، حق منفق علیهم بر بهره‌مندی از نفقهٔ حلال ثابت می‌شود.

۲. مبانی و قوانین ذی‌ربط

۲-۱. شرایط وجوب نفقهٔ زوجه

شرایط وجوب نفقه زوجه عبارت‌اند از: نکاح دائم و عدم‌نشوز زوجه (فخرالمحققین، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۳٤۷؛ صاحب جواهر، ۱٤۰٤ ق، ج ۳۱، ص ۳۰۳). طبق مادهٔ ۱۱۰۲ قانون مدنی، به‌محض جاری‌شدن صیغهٔ عقد، حقوق و تکالیف زوجین درقبال یکدیگر برقرار می‌شود. طبق مادهٔ ۱۱۰٦ قانون مدنی، ازجمله تکالیف زوج در نکاح دائم، پرداخت نفقه به زوجه است که مصادیق آن نیز به‌نحو تمثیلی در مادهٔ ۱۱۰۷ قانون مذکور بیان شده است.

حقوق‌دانان معتقدند از لحن مادهٔ ۱۱۰۲ استفاده می‌شود که قانونگذار تمکین را شرط استحقاق زن نمی‌داند، بلکه نشوز را مانع آن می‌شمارد؛ زیرا به‌موجب این ماده، همین که نکاح به‌طور صحیح واقع شد، رابطهٔ زوجیت بین طرفین محقق می‌شود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود. الزام مرد به دادن نفقه یکی از این تکالیف است، مگر اینکه طبق مادهٔ ۱۱۰۸ قانون مدنی، نشوز زن این الزام را از بین ببرد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۱۸٦؛ امامی، ۱۳۷۰، ص ٤٥٦).

ضمانت اجرای عدم‌پرداخت نفقه: ضمانت اجرای مدنی برای عدم‌پرداخت نفقه به زوجه شامل الزام زوج به پرداخت نفقه براساس مادهٔ ۱۱۱۱ قانون مدنی می‌شود، همچنین شامل اجبار زوج به طلاق طبق مادهٔ ۱۱۲۹ قانون مدنی است. ضمانت اجرای کیفری نیز همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، براساس مادهٔ ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، شامل حبس تعزیری می‌شود. این مقاله بیشتر بر ضمانت اجرای اجبار زوج به طلاق، تمرکز دارد.

در برخی از روایات، به ضمانت اجرای طلاق نیز اشاره شده است. امام باقر (ع) فرمود: «هر کس که زوجه‌اش را از خوراک‌وپوشاک کافی محروم سازد، بر امام است که بین آن‌ها جدایی افکند» (ابن بابویه، ١٤٠٦ ق، ص ٤٤١؛ حر عاملی، ١٤١٤ ق، ج ١٥، ص ٥٠٩). اکثر فقهای امامیه، عجز شوهر را از پرداخت نفقه، فاقد ضمانت اجرایی می‌دانند، و تنها درصورت استنکاف وی از پرداخت نفقه، حق طلاق را برای زن قائل هستند. آن‌ها معتقدند که زن درصورت عجز مالی شوهر از پرداخت نفقه، حق درخواست طلاق ندارد و باید صبر کند تا زمانی که شوهر توانایی پرداخت نفقه را پیدا کند؛ اگر در آن زمان شوهر از پرداخت نفقه خودداری کند، حاکم می‌تواند او را به طلاق ملزم کند (شهید ثانی، ١٤١٣ ق، ص ٤٠٧؛ صاحب جواهر، ١٤٠٤ ق، ج ٣٠، ص ١٠٥؛ طوسی، ١٣٨٧ ق، ص ٢١؛ ابن سعید، ١٤٠٥ ق، ص ٤٨٨).

استناد اکثر فقها به روایتی از حضرت علی (ع) است که در آن یک زن از ناتوانی مالی شوهرش نزد آن حضرت شکایت کرد و آن حضرت فرمود: «إن مع العسر یسراً». حضرت به این زن اجازهٔ جدایی نداد (نوری، ١٤٠٨ ق، ص ٢١٨). بااین‌حال، قانون مدنی با توجه به نظر

مشهور فقها، ضمانت اجرای طلاق را دربارهٔ مردی که عاجز از پرداخت نفقه است نیز پیش‌بینی کرده است.

۲-۲. جایگاه قاعده عسروحرج در فقه و قانون

طبق مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی، زن درصورت دچار شدن به عسروحرج، حق درخواست طلاق دارد. این ماده برمبنای قاعدهٔ فقهی نفی عسروحرج استوار است که براساس آن هرگاه تکلیفی دارای مشقت و دشواری شدید باشد، آن تکلیف ساقط می‌شود. یکی از مهم‌ترین مستندات این قاعده، آیهٔ شریفه «ما جعل علیکم في الدین من حرج» (حج/۷۸) است که نفی وجود حکم حرجی در اسلام را تأیید می‌کند. عموم این آیه شریفه، مجرای قاعده را به تمام احکام دینی گسترش می‌دهد: اعم‌از احکام فردی، اجتماعی، سیاسی و اقتصادی. قاعدهٔ اولیه دربارهٔ طلاق این است که اختیار آن در دست زوج است؛ بااین‌حال، به‌عنوان قاعدهٔ ثانوی، اگر ادامهٔ زندگی برای زوجه همراه با مشقت شدید باشد و زوج حاضر به طلاق نباشد، زوجه حق درخواست طلاق دارد (صفائی و امامی، ۱۳۹٤، ص ۲۰٦؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ٤٥).

ضابطهٔ تشخیص عسروحرج زوجه، معیار شخصی است و با توجه به وضعیت مادی و روحی و روانی و شخصیت زوجه احراز می‌شود (کشوری، ۱۳۷٤، ص ٦۳-٦٤؛ محقق داماد، ۱۳۷٦، ص ۷٦). بااین‌حال، در تشخیص تنگی و مشقت، نمی‌توان نظر عرف را نادیده گرفت. یکی از حقوق‌دانان توضیح می‌دهد که:

> ملاک تشخیص آنکه چه امری سوءمعاشرت است و تشخیص درجه‌ای که زن نمی‌تواند زندگی زناشویی را ادامه دهد، به‌نظر عرف است که در هر مورد با درنظرگرفتن وضعیت روحی و اخلاقی و اجتماعی زوجین و همچنین وضعیت محیط از حیث زمان‌ومکان تعیین می‌شود (امامی، ۱۳٦۸، ج۵، ص ۳۷).

بند الف نظریهٔ شمارهٔ ۷/۲۸٦٥ مورخ ۱۳۷۷/۹/۹ از اداره حقوقی قوه قضائیه معیار عسروحرج را هم شخصی و هم نوعی می‌داند، چنانچه مقرر می‌دارد:

> ملاک عسروحرج هم شخصی است و هم نوعی. شخصی بودن آن به مناسبت

تنگ‌شدن عرصه بر فرد است که به‌مناسبت تحمل و بنیه و طاقت او آستانهٔ وقوع اختلاف فرق می‌کند و از آن نظر نوعی است که عموماً نمونهٔ عنوان‌شدهٔ دادگاه، و به‌یاری کارشناس و اهل‌خبره مشخص و سنجیدنی است.

۳-۲. مصادیق تحصیل مال ازطریق نامشروع

تحصیل مال ازطریق نامشروع در فقه و قانون دارای مصادیقی است که به هریک جداگانه اشاره می‌شود:

۱-۳-۲. مصادیق تحصیل مال ازطریق نامشروع در فقه

شیخ انصاری در کتاب *مکاسب* به تفصیل، طرق کسب حرام را بیان می‌کند و در ابتدا به پنج نوع از کسب‌های حرام اشاره می‌کند:

نوع اول: تجارت با چیزهایی که عین نجس‌اند؛ مانند خریدوفروش بول، خون نجس، منی، مردار، سگ، خوک، شراب (انصاری، ١٤١٦ ق، ج ١، ص ١٧).

نوع دوم: تجارت با چیزهایی که خودشان حرام نیستند، اما به‌دلیل قصد و انگیزهٔ فروشنده و خریدار، خریدوفروش آن‌ها ممنوع است، مثل خریدوفروش بت، صلیب، آلات قمار، آلات موسیقی، ظرف‌های طلاونقره، فروش انگور به کسی که قصد دارد آن را تبدیل به شراب کند، فروش اسلحه به دشمنان دین (انصاری، ١٤١٦ ق، ج ١، ص ١٤٨).

نوع سوم: تجارت با چیزهایی که منفعت چندانی ندارند (انصاری، ١٤١٦ ق، ج ١، ص ٢٠٥).

نوع چهارم: کسب‌وکارهایی که خود آن عمل حرام است، نه چیزی که بر سر آن خریدوفروش می‌شود، مثل آرایش زنان به‌صورت فریبنده، آرایش و تزیین مردان و زنان که به‌صورت جنس مخالف به نظر برسند، منجمی، نگهداری کتاب‌های گمراه‌کننده، رشوه، دشنام‌دادن به مؤمنان، جادوگری، شعبده‌بازی، فریب در معامله، موسیقی لهوی و حرام، غیبت، قمار و غیره (انصاری، ١٤١٦ ق، ج ٢، ص ٢).

نوع پنجم: کسب درآمد از کارهایی که انجام آن‌ها بر انسان واجب است؛ مانند دریافت پول برای خواندن نماز، دفن میت و غیره (انصاری، ١٤١٦ ق، ج ٤، ص ٦٣).

بنابراین، ازمنظر فقهی، مال تحصیل‌شده ازطریق حرام، هر مالی است که از راه‌های فوق تحصیل‌شده باشد؛ هرچند جرم انگاری نشده باشد.

۲-۳-۲. مصادیق تحصیل مال ازطریق نامشروع در قانون

هرگاه زوجه مدعی اعسار ناشی‌از انفاق به مال حرام باشد، قبل‌از هرچیز باید اثبات کند که نفقهٔ وی از مالی تأمین می‌شود که براساس قانون ازطرق نامشروع تحصیل‌شده است؛ ازاین‌رو بررسی این بحث و طرح اختلاف‌نظر حقوقی آن ضروری است.

قانون تشدید مجازات مرتکبان ارتشا، اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳٦۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام، به‌منظور حمایت از اموال و مالکیت افراد و با رویکرد عدالت‌محور، تحصیل مال ازطریق نامشروع را جرم‌انگاری کرده است. مادهٔ ۲ این قانون مقرر می‌دارد:

> هرکس به‌نحوی از انحاء، امتیازاتی را که به اشخاص خاص به‌جهت داشتن شرایط مخصوص تفویض می‌شود، نظیر جواز صادرات و واردات و آنچه عرفاً موافقت اصولی گفته می‌شود، در معرض خریدوفروش قرار دهد یا از آن سوءاستفاده کند یا در توزیع کالاهایی که مقرر بوده طبق ضوابطی توزیع کند، مرتکب تقلب شود و یا به‌طور کلی مالی یا وجهی تحصیل کند که طریق تحصیل آن فاقد مشروعیت قانونی بوده است، مجرم محسوب می‌شود و علاوه‌بر رد اصل مال، به مجازات سه‌ماه تا دوسال حبس یا جریمهٔ نقدی معادل دوبرابر مال به‌دست‌آمده محکوم خواهد شد.
> تبصره ـ در موارد مذکور در این ماده درصورت وجود جهات تخفیف و تعلیق، دادگاه مکلف به رعایت مقررات تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۱ این قانون خواهد بود.

ذیل مادهٔ مذکور، مورد اختلاف حقوق‌دانان واقع شده است. ازیک‌سو، قانونگذار با ذکر عبارت «به‌طور کلی مال یا وجهی تحصیل کند که طریق آن فاقد مشروعیت قانونی بوده است» اقدام به یک جرم‌انگاری عام کرده است؛ اما ازسوی‌دیگر، مصادیق ذکرشده در ابتدای ماده این ذهنیت را به وجود می‌آورد که قانونگذار تنها قصد تأکید بر تمثیلی‌بودن این مصادیق را داشته است.

برخی از حقوق‌دانان معتقدند که این عبارت صرفاً در مقام تأکید بر تمثیلی‌بودن مصادیق رفتارهایی است که در چهارچوب شرایط صدر مادهٔ مرقوم، قابل‌تصور است و منطقاً نباید پذیرفت قانونگذار ابتدا در صدر ماده، شرایطی را با دقت تمام و منطبق با ممنوعیت عام و کلی بودن جرایم و مجازات‌ها احصا کند و سپس به‌یک‌باره در ذیل همان محدودیت‌ها، خط بطلان بر همهٔ آن‌ها بکشد و بدون توجه به محدودیت‌هایی که اصل قانونی بودن جرم و مجازات بر قوه مقننه تحمیل می‌کند، مبادرت به افتتاح بابی ورزد که مطلق تحصیل مال یا وجه به طریق نامشروع را در شمول خود قرار دهد (آقایی، ۱۳۹۰، ص ۷۲).

در مقابل، برخی دیگر از حقوق‌دانان معتقدند تحصیل مال ازطریق نامشروع عنوان عام قانونی است و تمام جرایمی را که به تحصیل مال غیر منجر می‌شوند، در بر می‌گیرد، با این قید که مواردی که به‌صورت خاص جرم‌انگاری شده‌اند، دیگر نمی‌توانند طبق مادهٔ ۲ این قانون مجازات شوند. این دیدگاه بر این اساس است که قانونگذار با وضع ماده‌ای کلی، قصد داشته کلیهٔ راه‌های سوءاستفاده از امتیازات واگذارشده را سد کند و تمامی شیوه‌های غیرقانونی به‌دست‌آوردن اموال را جرم‌انگاری کند تا هم خلأهای احتمالی صدر ماده را پوشش دهد و هم راهی برای دستگاه قضایی باز بگذارد تا با توجه به افزایش جرایم مالی، با خاطیانی که عمل آن‌ها در زیرمجموعه دیگر جرایم علیه اموال قرار نمی‌گیرد، مقابله کنند (باقرزادگان؛ و میرزایی، ۱۳۹۲، ص ۲۳).

رویهٔ قضایی نیز نظر اخیر را تأیید می‌کند؛ برای مثال، تا قبل‌از سال ۱۳۷۵ که ربا جرم‌انگاری شود، این عمل تحت‌عنوان تحصیل مال ازطریق نامشروع قرار می‌گرفت و رأی شمارهٔ ٦٤ مورخ ۱۳۷٤/۱/۲۳ شعبهٔ ۳٤ دیوان عالی کشور نیز بر همین اساس صادر شده بود؛ درحالی‌که جرم ربا نه در قالب مصادیق کلاهبرداری، اختلاس و ارتشا می‌گنجید و نه شبیه مصادیق مذکور در ابتدای مادهٔ ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبان ارتشا و اختلاس و کلاهبرداری بود. نظریهٔ مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز دراین‌خصوص بیان می‌کند: دلیلی وجود ندارد تا اطلاق عبارت « ... یا به‌طور کلی مالی یا وجهی تحصیل کند» مندرج در مادهٔ یاد شده را محدود

به مال یا وجهی کرد که متعاقب تحصیل امتیاز یا مجوزهای موضوع صدر ماده به دست می‌آید؛ بنابراین، «تحصیل مال یا وجه به‌طریق نامشروع» جز در مواردی که مشمول عنوان مجرمانه خاصی قرار گیرد، با تحقق شرایط مندرج در ذیل مادهٔ قانونی یادشده، قابلیت تعقیب و مجازات را دارد و تشخیص مصداق درهرحال برعهدهٔ مرجع رسیدگی‌کننده است.

به‌این‌ترتیب می‌توان گفت مادهٔ ۲ قانون فوق اطلاق دارد و شامل هرنوع تحصیل مالی که بدون مجوز قانونی صورت گیرد، می‌شود. اطلاق این ماده، گسترهٔ وسیعی از مصادیق را برای محاکم خانواده (و در مسئلهٔ تحقیق) تعیین می‌کند.

٤-۲. موجبات طلاق قضایی (طلاق به درخواست زوجه)

برخی از موجبات طلاق به درخواست زوجه عبارت‌اند از: طلاق ناشی‌از عدم پرداخت نفقه (موضوع مادهٔ ۱۱۲۹ قانون مدنی)، طلاق ناشی‌از عسروحرج (موضوع مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی)، طلاق ناشی‌از تخلف زوج از شروط ضمن عقد نکاح.

در مباحث آتی، هر یک از این موجبات به‌طور جداگانه توضیح داده می‌شود و ارتباط آن‌ها با انفاق با مال تحصیل‌شده ازطریق نامشروع بررسی می‌شود.

۳. انفاق با مال تحصیل‌شده ازطریق نامشروع

۱-۳. انفاق با مال تحصیل‌شده ازطریق نامشروع به‌منزلهٔ عدم‌پرداخت نفقه

براساس منابع فقهی و قانونی، زن در نکاح دائم حق دریافت نفقه دارد (فخر المحققین، ۱۳۸۹ ق، ج ۳، ص ٢٦٦؛ صاحب جواهر، ١٤٠٤ ق، ج ۳۱، ص ۳۸). مادهٔ ۱۱۰٦ قانون مدنی بر این حق تصریح می‌کند و بیان می‌دارد: «در عقد دائم، نفقهٔ زن برعهدهٔ شوهر است». همچنین مادهٔ ۱۱۲۹، مقرر می‌دارد: «درصورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم‌امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق، به حاکم رجوع کند و حاکم، شوهر را اجبار به طلاق می‌کند. همچنین است درصورت عجز شوهر از دادن نفقه». منظور از عدم‌امکان اجرای حکم محکمه در این ماده، صدور حکم به محکومیت زوج به پرداخت نفقهٔ زوجه، قطعیت آن، صدور اجرائیه و عدم‌اجرای حکم مزبور در موعد قانونی ازسوی محکوم‌علیه و عدم‌امکان اجرای حکم به طریق قانونی است. در این شرایط، زوجه می‌تواند به استناد مادهٔ

۱۱۲۹ قانون مدنی از حاکم تقاضای طلاق کند. به عبارت دیگر، زوج باید ابتدا محکوم شده، و حکم قطعی لازم‌الاجرا صادر شده باشد؛ اما محکوم‌علیه در موعد قانونی از اجرای حکم خودداری کرده، و امکان اجرا ازطریق قانونی دیگر نیز میسر نباشد؛[1] برای نمونه، در پرونده‌ای با کلاسه ۲۳۸/۷۹ شعبه نهم دادگاه عمومی قائمشهر، زوجه ابتدا با طرح دعوای حقوقی مطالبهٔ نفقه، شوهر را محکوم به پرداخت نفقه کرده است. متعاقباً، به‌دلیل عدم‌امکان اجرای حکم صادرشده دربارهٔ نفقه، با تقدیم دادخواست دیگری، تقاضای صدور گواهی عدم‌امکان سازش کرده است که دادگاه با توجه به عدم‌پرداخت نفقه ازسوی زوج، گواهی عدم‌امکان سازش صادر کرده است.

درخصوص ارتباط بحث با انفاق مال تحصیل‌شده ازطریق نامشروع، باید گفت با توجه به اهمیت ارتزاق با مال حلال و اجتناب از مصرف مال حرام که در منابع دینی و قانونی تأکید شده است و همچنین مبتنی‌بر ارتکاز عقلا، به‌طورقطع می‌توان گفت که مراد شارع و قانونگذار از «پرداخت نفقه»، انفاق از محل مال مشروع و حلال است، هرچندکه قانون صراحتاً به آن اشاره نکرده است. سؤالی که ایجاد می‌شود، این است که آیا می‌توان گفت انفاق با مال تحصیل‌شده ازطریق نامشروع به‌منزلهٔ عدم‌پرداخت نفقه تلقی می‌شود؟ به‌بیان‌دیگر، آیا می‌توان گفت درصورتی که زوج با مال تحصیل‌شده ازطریق نامشروع اقدام به پرداخت نفقه کند، گویی که تکلیف خود را در قبال زوجه انجام نداده است و همچنان نفقهٔ زوجه بر ذمهٔ وی قرار دارد؟

چنانچه پاسخ به این سؤال مثبت باشد، دادگاه ابتدا زوج را اجبار به پرداخت نفقه از محل مال مشروع می‌کند و درصورتی که اجبار وی ممکن نباشد، زوجه می‌تواند به استناد مادهٔ ۱۱۲۹ قانون مدنی تقاضای طلاق کند؛ اما چنانچه چنین عملی عدم‌پرداخت نفقه تلقی نشود، نتیجه این می‌شود که انفاق زوج حتی با مال تحصیل‌شده ازطریق نامشروع، مشمول حکم پرداخت نفقه می‌شود که بعید است چنین چیزی مدنظر قانونگذار باشد. چنین تفسیری با روح قوانین و کارکرد خانواده ناسازگار خواهد بود.

---

۱. نظریهٔ مشورتی شمارهٔ ۷/۹۷/۳۷۷ مورخ ۱۳۹۷/۰۳/۰۵ اداره کل حقوقی قوه قضائیه.

به‌هرحال، دراین‌خصوص خلأ قانونی وجود دارد که در رویهٔ قضایی نیز این خلأ جبران نشده است. بهتر بود حداقل در رویهٔ قضایی ابهامات قانونی موجود مرتفع می‌شد.

۲-۳. انفاق با مال تحصیل‌شده ازطریق نامشروع به‌عنوان عامل عسروحرج زوجه

یکی از کاربردهای قاعدهٔ نفی عسروحرج در زمان طلاق است که زوجه با اثبات عسروحرج در تداوم زندگی با زوج، می‌تواند درخواست طلاق دهد. مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی معیار عسروحرج را مفرّ و رهایی زن از زندگی مشقت‌آور معرفی می‌کند.[۱] به این معنا که چنانچه زوجه بتواند عسروحرج خود را با توجه به مصادیق مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی در دادگاه ثابت کند، حکم به طلاق قضایی وی، حسب مورد، صادر می‌شود.

۱-۲-۳. تمثیلی بودن مصادیق عسروحرج در مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی

در مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی، برخی مصادیق عسروحرج به‌طور تمثیلی ذکر شده است. مراد قانونگذار از ذکر عبارت «از مصادیق» در این ماده این است که موارد عسروحرج منحصر به موارد پیش‌گفته در ماده نیست و هر عاملی که به تشخیص عرف و دادگاه، عسروحرج محسوب شود نیز مشمول این ماده می‌شود. باوجود آنکه انفاق با مال تحصیل‌شده ازطریق نامشروع،

---

۱. مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی: «درصورتی‌که دوام زوجیت موجب عسروحرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه، و تقاضای طلاق کند. چنانچه عسروحرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و درصورتی‌که اجبار میسّر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود». در تبصرهٔ این ماده مصوب سال ۱۳۸۱ آمده است: «عسروحرج موضوع این ماده، عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامهٔ زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد و موارد ذیل درصورت احراز توسط دادگاه صالح از مصادیق عسروحرج محسوب می‌گردد: ۱. ترک زندگی خانوادگی توسط زوج حداقل به‌مدت شش‌ماه متوالی یا نه‌ماه متناوب در مدت یک‌سال بدون عذرموجه، ۲. اعتیاد زوج به یکی از انواع مواد مخدر یا ابتلای وی به مشروبات الکلی که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و امتناع یا عدم‌امکان الزام وی به ترک آن در مدتی که به تشخیص پزشک برای ترک اعتیاد لازم بوده است، ۳. محکومیت قطعی زوج به حبس پنج‌سال یا بیشتر، ٤. ضرب‌وشتم یا هرگونه سوءرفتار مستمر زوج که عرفاً با توجه به وضعیت زوجه قابل تحمل نباشد، ۵. ابتلای زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج روانی یا ساری یا هر عارضهٔ صعب‌العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید. موارد مندرج در این ماده مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسروحرج زن در دادگاه احراز شود، حکم طلاق صادر نماید».

جزء مصادیق مادهٔ ۱۱۳۰ نیامده است، بنابر استدلال ذیل، می‌توان این مورد را نیز مشمول مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی دانست.

در ابتدای همین مقاله، به برخی از آیات و روایاتی که بیانگر حکم تکلیفی و آثار وضعی مصرف مال حرام است، اشاره شد. خداوند متعال در آیات متعدد (مانند: نساء/۱۰)، از خوردن مال مردم نهی کرده است و حقیقت باطنی مصرف مال حرام را ترسیم و مجازات آن را تعیین کرده است. همچنین بنابر روایات پیش‌گفته، مصرف مال حرام موجب قبول‌نشدن نماز و دعای انسان و همچنین موجب قساوت قلب و هدایت‌ناپذیری انسان می‌شود. با اعتقاد به این مبانی و احکام، زوجهٔ مؤمنه‌ای که دربارهٔ قبولی نمازها و دعاها و زندگی معنوی و تکامل روحی خود دغدغهٔ جدی دارد، دائماً از مصرف مال حرام انفاق‌شده توسط زوج، در عسروحرج روحی است و چه‌بسا در مواردی از مصرف چنین مالی صرف‌نظر کند و ضرروحرج جسمی و مالی را نیز متحمل شود و چنان‌که گفته شد معیار، در جریان قاعدهٔ عسروحرج، حرج شخصی است و مرجع تشخیص و تأیید مصادیق مادهٔ ۱۱۳۰، عرف و دادگاه است. در مواردی که عرف یا دادگاه، تعبد و تدین زوجه را احراز کند، به‌طورقطع، ادعای عسروحرج زوجه را تأیید می‌کند و درخواست زوجه به‌عنوان مصداقی از مصادیق مادهٔ ۱۱۳۰ اثبات می‌شود؛ اما در بررسی رویهٔ قضایی و نظریات مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه در پاسخ به این سؤال که «آیا سوابق مکرر انفاق زوج از اموال نامشروع، به زوجه‌ای که به رعایت حلال‌وحرام در زندگی اهتمام دارد و ازاین‌بابت ازنظر روحی در مضیقه قرار می‌گیرد، برای احراز مشقت زن و صدور حکم طلاق کافی نیست؟» نمونه‌ای یافت نشد؛ ازاین‌رو، به نظر می‌رسد تحلیل این خلأ علمی ـ حقوقی در قوانین و رویه و دکترین حقوقی، یکی از پژوهش‌های ضروری است.

شایان ذکر است تحلیل فقهی ابعاد این مسئله نیز در پژوهشی مستقل، ضروری است. در اینجا بنابر مسئلهٔ تحقیق، برخی از فتاوایی که مبتنی‌بر استفتاء ذیل صادر شده است، تحلیل می‌شود:

پرسش: زنی که درآمد همسرش از راه نامشروع است و خودش نیز منبع درآمد مستقلی

ندارد، وظیفه‌اش چیست؟ پاسخ مراجع عظام تقلید به شرح زیر است:

- آیت‌الله خامنه‌ای: تا یقین به حرمت عین اموال موردنظر پیدا نکرده، استفاده از آن برای او اشکال ندارد. البته، اگر یقین به حرام‌بودن آنچه از اموال همسرش مصرف می‌کند، داشته باشد، استفاده از آن برای او جایز نیست؛ مگرآنکه جدایی از همسر و قطع رابطه با همسرش برای او حرجی باشد که دراین‌صورت استفاده از اموال حرام اشکال ندارد؛ ولی ضامن مال دیگران که در اموال مورد مصرفش وجود دارد، است(پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر مقام معظم رهبری).
- آیت‌الله صافی گلپایگانی: چنانچه بدانید عین مال حرام است، استفاده از آن جایز نیست(پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر حضرت آیت‌الله العظمی صافی گلپایگانی).
- آیت‌الله مکارم شیرازی: مادامی که درآمدی ندارید، مجاز هستید به مقدار نیاز از آن استفاده کنید (پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر حضرت آیت‌الله العظمی مکارم شیرازی).
- آیت‌الله نوری همدانی: درصورتی‌که بدانید مال مذکور بعینه حرام است، تصرف در آن جایز نیست (پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر حضرت آیت‌الله العظمی نوری همدانی).

در تحلیل این فتاوا و جهت اثبات مدعای تحقیق، چند نکته قابل‌تأمل است:

الف ـ بنا به نظر همهٔ مراجع، حکم اولی مصرف مال، درصورت علم زوجه به حرمت اموال انفاق‌شده، حرمت است و دراین‌خصوص فتاوای برخی از مراجع اطلاق دارد و قیدی ندارد؛ بنابراین در این فرض، عسروحرجی بودن (و حتی غیرممکن بودن) ادامه زندگی برای زوجهٔ مسلمانی که فتوای مرجع تقلیدش، حرمت استفاده از نفقه (مسکن، خوراک، پوشاک) است، بدیهی است.

ب ـ بنا بر فتوای آیت‌الله خامنه‌ای: ۱. زوجه صرفاً درصورتی مجاز به استفاده از مال حرام است که در شرایط ثانوی عسروحرج ناشی‌از جدایی از همسرش باشد و در فرض فوق، اضطرار یا عسروحرج پیش‌گفته، صرفاً نافی حکم تکلیفی است و حکم وضعی ضمان به عهدهٔ زوجه خواهد بود. حال آنکه وی در ایجاد این ضمان، مسبّب نیست و قانونگذار نیز دربارهٔ

ابعاد مسئولیت زوج ساکت است و چه‌بسا در چنین شرایطی، صرف‌نظرکردن زوجه از مصرف نفقه‌ای که برای وی ضمان‌آور است سهل‌تر باشد؛ بنابراین به‌صِرف مجازبودن زوجه در مصرف مال حرام (نفقه)، وی از عسروحرج خارج نمی‌شود و ازاین‌رو حق وی برای ارائهٔ دادخواست طلاق محفوظ است؛ ۲. بنا بر مفهوم فتوا، درصورتی‌که جدایی از همسر برای زوجه، حرج‌آفرین نباشد، حق استفاده از مال حرام را ندارد و در دوران بین مصرف مال حرام و جدایی (غیرحرجی) از زوج، جدایی مقدم است نه مصرف مال حرام. در چنین شرایطی، حرجی بودن زندگی زوجه بدیهی است؛ ۳. این فتوا در مقام بیانِ حکم حرمت یا جواز مصرف مال حرام است، نه نفی عسروحرج؛ بنابراین حکم به جواز استفاده از مال حرام هیچ منافاتی با شمولیت مادهٔ ۱۱۳۰ دربارهٔ مصادیق خود ندارد و زوجه‌ای که به‌دلیل انفاق با مال تحصیل‌شده ازطرق نامشروع در عسروحرج است، مشمول مادهٔ ۱۱۳۰ است و حق درخواست طلاق را دارد. با توجه به این مطالب می‌توان گفت اگرچه ممکن است در بدو امر به نظر برسد که به موجب این فتوا، عسروحرج زوجه‌ای که علم به حرام‌بودن مال انفاق‌شده دارد، برداشته شده است و به‌همین‌دلیل وی نمی‌تواند به استناد قانون، درخواست طلاق عسروحرجی داشته باشد؛ ولی درواقع، چنین نیست و وجود عسروحرج زوجه در مصادیق متعدد، بدیهی یا قابل‌اثبات است.

ج ـ بنا بر فتوای آیت‌الله مکارم شیرازی: در این فتوا نیز مانند فتوای قبل به دو حکم تکلیفی و در دو فرض حکم اولی و حکم ثانوی اشاره شده است و جواز استفاده، به «درآمد نداشتن زوجه» و صرفاً «در حد نیاز» مشروط شده است و عرف، درعسروحرج بودن زوجه مؤمنه، در این وضعیت را بدیهی می‌داند؛ زیرا وی در این شرایط، مانند مضطری است که درحدّ رفع‌نیاز، به اکل میته دچار شده است و تا زمانی که زوج از انفاق به مال حرام توبه نکند، باید مترصد تفکیک حلال و حرام باشد.

بنابراین، با توجه به استفتائات فوق نیز صغرای استدلال این تحقیق (حرجی‌بودن زوجه در شرایط انفاق با مال نامشروع) اثبات می‌شود و درصورتی‌که زوجه به حکم شرعی خود آگاه باشد، ازحیث روحی در تنگنا خواهد بود.

۲-۲-۳. شرایط و محدوده اعمال مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی

براساس مطالب فوق، جای این پرسش است که هرگاه انفاق با مال تحصیل‌شده ازطریق نامشروع ازسوی زوج عامل عسروحرج زوجه باشد، دراین‌صورت شرایط اعمال مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی چیست؟

شرایط اعمال مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی به شرح ذیل است:

۱-۲-۲-۳. سبب عسروحرج در زمان دادخواست طلاق موجود باشد

زوجه نمی‌تواند به‌علت آنچه سابقاً سبب عسروحرج وی از ادامهٔ زندگی زناشویی شده، و درحال‌حاضر مرتفع شده است، درخواست طلاق کند (کاتوزیان، ۱۳۸٤، ص ۲٦۲)؛ زیرا هدف ماده ۱۱۳۰ جلوگیری از حرج موجود است، نه جبران ضررهای معنوی و مادی گذشته؛ بنابراین، اگر زوج در گذشته با مال تحصیل‌شده ازطریق نامشروع نفقه را پرداخت می‌کرده است، اما درحال‌حاضر با مال تحصیل‌شده ازطریق مشروع، نفقه را می‌پردازد، عسروحرج زوجه برطرف شده است و او دیگر نمی‌تواند درخواست طلاق قضایی کند؛ گرچه لازم است ابهام و سکوت قانون دربارهٔ ابعاد مسئولیت زوج در برابر نفقه‌هایی که سابقاً از مال حرام پرداخته، و بنابر فتوای برخی از مراجع، تسبیب به ضمان زوجه کرده است، برطرف شود.

۲-۲-۲-۳. دائمی‌بودن زوجیت

مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی با ذکر واژهٔ «طلاق» حکم آن را مختص عقد نکاح دائم کرده است؛ اما مطابق با اصل ۱٦۷ قانون اساسی و مادهٔ ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، در پاسخ به این سؤال که آیا زن در نکاح موقت نیز درصورت عسروحرج می‌تواند از دادگاه الزام شوهر به بذل مدت را بخواهد، باید گفت: دادگاه می‌تواند با مراجعه به عمومات قاعدهٔ نفی عسروحرج، به الزام زوج به بذل مدت اقدام کند و قائل‌شدن تفصیل میان عقد موقت و دائم فاقد وجاهت عقلی است (اسدی، ۱۳۸۳، ص ۱۰)؛ بنابراین هرگاه در ضمن عقد موقت، نفقهٔ زوجه شرط یا عقد برمبنای آن واقع شده باشد، تمام مباحث مطرح دربارهٔ انفاق با مال حرام در عقد دائم، دراین‌باره نیز جریان خواهد داشت.

۳-۲-۲-۳. احراز و اثبات عسروحرج

براساس مبانی فقهی و اطلاق قوانین و همچنین تحلیل فتاوای برخی از مراجع عظام، عسروحرجی‌بودن زندگی زوجه‌ای که انفاق وی با مال تحصیل‌شده ازطرق نامشروع است، به تفصیل بیان شد؛ اما در مقام تطبیق خارجی و مطابق با قاعده فقهی «البینة علی المدعي»، زنی که به‌دلیل دریافت نفقهٔ نامشروع از همسر خود ادعای عسروحرج می‌کند، باید وضعیت حرجی خود را اثبات کند. بدین‌منظور وی باید ادلهٔ ارتکاب جرم تحصیل مال ازطریق نامشروع یا اشتغال زوج به مکاسب حرام و پرداخت نفقه از همان مال مکتسبه را ارائه دهد. او همچنین می‌تواند فتوای مرجع تقلید خود را نیز ضمیمه کند تا دادگاه براساس دیدگاه عرف و با توجه به وضعیت و شخصیت زن، به‌خصوص میزان التزام وی به احکام دینی به بررسی موضوع بپردازد و وجود یا عدم‌وضعیت حرجی زن را احراز کند.

۳-۲-۳. تزاحم اعمال مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی با اصل تحکیم بنیان خانواده

در نظام حقوقی اسلام و همچنین حقوق موضوعهٔ ایران، اصل بر استواری روابط زوجین و پیشگیری از طلاق است. نگرش منفی به امر طلاق، تقبیح وساطت در طلاق، و سخت‌گیری در فرایند طلاق ازجمله مؤیدات اصل طلاق حداقلی در نظام حقوقی اسلام است. برهمین‌اساس، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل دهم، بر حفظ قداست خانواده و استواری روابط خانوادگی برپایهٔ حقوق و اخلاق اسلامی تأکید کرده است.

قانونگذار در مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی، مایل است زوجه را از قید حرج رها سازد؛ اما به‌دلیل اهمیت دوام و بقای خانواده، تأکید بر انقیاد و سازش دارد. به‌عبارتی، اعمال مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی باید به‌گونه‌ای باشد که ازطرفی از حقوق زن حمایت کند و ازطرف‌دیگر تحکیم بنیان خانواده را در نظر داشته باشد. با دقت در استفتائاتی که از برخی مراجع بیان شد، این‌گونه استنباط می‌شود که به‌لحاظ اهمیت تحکیم خانواده، غالب فقها در فتاوای خود درخصوص تصرف زوجه در نفقهٔ تحصیل‌شده ازطریق حرام، به وجوب اقدام زوجه به انحلال نکاح و رهایی از اضطرار به مصرف چنین نفقه‌ای حکم نکرده‌اند؛ اما چنان‌که تحلیل شد، صرف فتوای

برخی از مراجع به جواز مصرف اضطراری نفقهٔ تحصیل‌شده ازطریق حرام، مشکلات روحی زوجه را برطرف نمی‌کند و حق وی را در ارائهٔ درخواست طلاق عسروحرجی منتفی نمی‌سازد.

بااین‌حال، به‌دلیل اهمیت بسیار زیاد اصل تحکیم و حفظ بنیان خانواده، تولید دانش فقهی و حقوقی و تمهید رفع ابهام از قوانین و همچنین زمینه‌سازی برای ارائهٔ نظریات مشورتی در فروض مختلف تزاحم ضروری است و ارائهٔ راهکارهایی برای پیشگیری از ایجاد عسروحرج یا رفع آن نیز لازم است؛ بنابراین در شرایط حاضر و فقدان دکترین حقوقی و مباحث فقه تخصصی مرتبط، باید راه‌حل‌هایی اندیشیده شود تا ابتدا به رفع عسروحرج موجود اهتمام شود و بدین طریق از فروپاشی خانواده جلوگیری به عمل آید و چنانچه راه دیگری جز طلاق نبود، حکم به طلاق صادر شود. دراین‌خصوص و در حدّ بضاعت این تحقیق می‌توان این محورها را به‌عنوان برخی از مباحث علمی و راهکارهای عملی برشمرد: شاخص‌های مصالح و سنجه‌های اهمیت، وظایف حاکم و عدول مؤمنین نسبت به تسهیل اکتساب حلال برای خانواده، وظایف حاکم و عدول مؤمنین نسبت به تحکیم خانواده‌های درحال فروپاشی، احصاء عوامل تمایل سرپرست خانواده به مشاغل حرام و راهکارهای تضعیف این عوامل، الگوی فقه حکومتی دربارهٔ تحقق واجبات نظامیه و مقدمات واجب آن در حوزهٔ اشتغال به مکاسب غیرحرام، آموزش اجباری به زوجین دربارهٔ احکام مکاسب حلال و حرام قبل‌از ازدواج و همچنین آموزش احکام تکلیفی و وضعی مصرف مال حرام در برنامه‌های توسعهٔ تعلیم‌وتربیت عمومی جامعه، کارآفرینی و توسعهٔ کسب درآمد حلال، پیش‌بینی قوانین حمایت‌کننده از زوجه‌ای که در عسروحرج است، نظیر بیمهٔ رفع ضمان زوجه در مصرف اضطراری نفقهٔ تحصیل‌شده ازطریق حرام.

بدیهی است تفصیل مباحث علمی و راهکارهای عملی این موضوع، مستلزم انجام پژوهش‌های مستقل دیگری است.

۳-۳. انفاق با مال تحصیل‌شده ازطریق نامشروع و ارتباط آن با تخلف زوج از شروط ضمن عقد

در سند نکاحیه دوازده شرط ضمن‌عقد مندرج شده است و درصورتی‌که زوج پس از امضای ذیل آن‌ها، از هر یک از شروط تخلف کند، وکالت زوجه جهت اعمال طلاق محقق می‌شود. از میان این شروط دوازده‌گانه، شرط اول و پنجم به بحث ما مرتبط است. شرط اول بدین شرح است: «استنکاف شوهر از دادن نفقه به‌مدت ٦ ماه به هر عنوان و عدم‌امکان الزام او به تأدیهٔ نفقه» و شرط پنجم عبارت است از: «عدم‌رعایت دستور دادگاه درخصوص منع اشتغال زوج به شغلی که طبق نظر دادگاه صالح منافی با مصالح خانوادگی و حیثیت زوجه باشد». شرط اول پیش‌تر در بحث عدم‌پرداخت نفقه بررسی شد؛ ازاین‌رو، در ادامهٔ بحث شرط پنجم بررسی می‌شود.

۱-۳-۳. شرط پنجم سند نکاحیه یعنی اشتغال زوج به شغل منافی مصالح خانوادگی و حیثیت زوجه

شرط پنجم سند نکاحیه مبین این است که عدم‌رعایت دستور دادگاه درخصوص منع اشتغال زوج به شغلی که طبق نظر دادگاه صالح، منافی با مصالح خانوادگی و حیثیت زوجه باشد، زوجه را وکیل در طلاق می‌کند. طبق این شرط، زوج تعهد می‌کند درصورت اشتغال به شغل منافی مصالح خانواده و حیثیت زوجه، زن بتواند به وکالت از شوهر خود را مطلقه کند. سؤالی که در ابتدا به ذهن می‌رسد، این است که عبارت شغل مندرج در این شرط، بر چه مواردی اطلاق می‌شود؟ آیا می‌توان اقدام به تحصیل مال ازطرق نامشروع مانند انجام سرقت یا قاچاق مواد مخدر را شغل محسوب کرد؟ در پاسخ باید گفت به‌طور کلی فعالیتی را می‌توان شغل نامید که وجههٔ شرعی و قانونی داشته باشد؛ بنابراین عنوان «شغل»، بر قاچاق مواد مخدر و سرقت و مانند آن اطلاق نمی‌شود و چه‌بسا عرف نیز چنین فعالیت‌های مجرمانه‌ای را شغل نمی‌داند (صفائی و امامی، ١٣٩٤، ص ١٣٨).

ازسویی، بنابر مسلمات فقهی نیز اشتغال به مکاسب محرّمه جایز نیست (انصاری، ١٤١٦ ق، ج ١، ص ٢٠) و ازاین‌رو، شأن شرعی یک خانوادهٔ مسلمان، ارتزاق از مال حلال است و

به‌طورقطع، تکلیف شرعی زوج به تأمین نفقهٔ زوجه، منحصر به اشتغال و کسب درآمد حلال است؛ بنابراین می‌توان گفت بنابر قیاس اولویت، چنانچه تحصیل مال ازطرق مشروع و قانونی و درعین‌حال منافی مصالح خانوادگی و منافی حیثیت زوجه را از موجبات تحقق وکالت زوجه به استناد شرط پنجم از سند نکاحیه بدانیم، دراین‌صورت تحصیل مال ازطرق نامشروع نیز به طریق اولی می‌تواند مصداق این بند از سند نکاحیه باشد؛ زیرا قانونگذار پس از مفروض‌دانستن اشتغال زوج به مکاسب غیرحرام، شرط عدم‌تنافی شغل وی با مصالح خانوادگی و حیثیت عرفی زوجه را پیش‌بینی کرده است.

درخصوص تحقق شرط یادشده، این فرض نیز قابل‌تصور است که ممکن است زوج دارای شغلی مشروع و حلال باشد که منافی مصالح خانواده و زوجه نیز نباشد؛ اما وی نفقهٔ زوجه و فرزندان را از محل مال نامشروع بپردازد؛ برای مثال تهیهٔ مسکن برای زوجه یکی از مصادیق نفقه براساس مادهٔ ۱۱۰۷ قانون مدنی است. حال چنانچه زوج، مسکن را از روی تعدی و غاصبانه یا به‌وسیلهٔ خیانت در امانت تهیه کرده باشد و زوجه را در آن سکنی داده باشد، از محل مال نامشروع نفقه را پرداخت کرده است، هرچند دارای شغلی مشروع و جایز باشد یا برای مثال، خوراک و پوشاک وی را ازطریق ارتکاب سرقت فراهم کرده باشد؛ درحالی‌که دارای شغلی است که در عرف و شرع، در شأن او محسوب می‌شود. در چنین حالاتی نمی‌توان به‌استناد شرط مذکور، زن را وکیل در طلاق دانست؛ لیکن زوجه طبق مباحث طرح‌شده در این تحقیق حق دارد الزام زوج به تأمین مسکن، تهیهٔ خوراک‌وپوشاک و به‌طور کلی نفقه را ازطریق اموال تحصیل‌شده ازطریق مشروع تقاضا کند و درصورت عدم‌امکان الزام زوج، تقاضای طلاق وی می‌تواند به مادهٔ ۱۱۲۹ قانون مدنی مستند شود. این مسئله، یک خلأ حقوقی است که در نظریات مشورتی یا دکترین حقوقی طرح نشده است و بنابر تحلیل فوق قابل‌ارائه است.

یافته‌های پژوهش

پرداخت نفقه به زوجه بر زوج واجب است و این تکلیف از ضمانت اجرای حقوقی و کیفری برخوردار است. ازسویی، پرداخت نفقه نباید از مال تحصیل‌شده ازطرق نامشروع صورت گیرد؛

زیرا مصرف مال حرام بنابر آیات و روایات، آثار مخربی در زندگی فرد خواهد داشت. درصورت استنکاف زوج از پرداخت نفقه با مال مشروع و عدم‌امکان الزام وی، زوجه می‌تواند به استناد قوانینی که به وی حق درخواست طلاق می‌دهد، تقاضای طلاق کند. دراین‌خصوص می‌توان مسائل زیر را از پژوهش حاضر استنتاج کرد:

۱. لزوم مشروع‌بودن نفقهٔ پرداختی: به‌رغم آنکه در قانون به‌صراحت به لزوم مشروع‌بودن نفقهٔ پرداختی زوج اشاره‌ای نشده است، بدیهی است که مراد قانونگذار، انفاق با مال تحصیل‌شده به طریق مشروع بوده است؛ بنابراین، انفاق با مال ازطریق نامشروع به‌منزلهٔ عدم‌پرداخت نفقه تلقی می‌شود و زوجه می‌تواند به‌استناد مادهٔ ۱۱۲۹ قانون مدنی، زوج را ملزم به انفاق با مال مشروع کند و درصورت عدم‌امکان، وی را مجبور به طلاق کند.

۲. عسروحرج ناشی‌از انفاق با مال نامشروع: امر انفاق با مال تحصیل‌شده ازطریق نامشروع ازسوی زوج، جزء مصادیق عسروحرج در مادهٔ ۱۱۳۰ قانون مدنی نیست؛ اما با توجه به حصری‌نبودن ماده، می‌توان آن را عاملی برای عسروحرج روحی و مشقت زوجهٔ مؤمنه دانست. ضمن اینکه عرف نیز با توجه به ادلهٔ شرعیِ حرمت مصرف مال حرام، چنین چیزی را برای زوجهٔ مقید به رعایت حلال‌وحرام و امثال وی، مشقت تلقی می‌کند. درنتیجه، زوجه می‌تواند با اثبات این امر، درخواست صدور طلاق قضایی به‌استناد عسروحرج داشته باشد.

۳. وکالت زوجه به‌استناد شرط پنجم سند نکاحیه: بنابر قیاس اولویت، چنانچه تحصیل مال ازطرق مشروع و قانونی و درعین‌حال منافی مصالح خانوادگی و منافی حیثیت زوجه را از موجبات تحقق وکالت زوجه به‌استناد شرط پنجم از سند نکاحیه بدانیم، دراین‌صورت تحصیل مال ازطرق نامشروع نیز به طریق اولی می‌تواند مصداق این بند از سند نکاحیه باشد و زوجه می‌تواند با استناد به بند مذکور، به وکالت از زوج، خود را مطلقه کند.

٤. توجه به استحکام بنای خانواده: با توجه به تأکید آموزه‌های اسلامی و قوانین، باید به استحکام بنای خانواده و حفظ آن توجه کرد. در این جهت، دولت موظف است با استفاده از تمامی ظرفیت‌های خود، با آموزش‌های لازم و تمهید شغل مناسب با درآمد حلال برای زوجی

که با مال نامشروع نفقه را می‌پردازد، مشکل را برطرف کند و تا جایی که امکان دارد، بنیان خانواده را حفظ کند. طلاق باید آخرین راه برای رفع عسروحرج در نظر گرفته شود.

۵. تصریح قانونی و مطرح‌کردن نظریات فقهی ـ حقوقی: تصریح قانون به موارد فوق و بیان تفصیلی مباحث علمی فقه استدلالی و دکترین حقوقی و عرضهٔ نظریات مشورتی دربارهٔ موضوع انفاق با مال تحصیل‌شده ازطرق نامشروع، می‌تواند سبب ارتقاء نظام حقوق خانواده در ایران شود و درعین‌حال در حل‌وفصل دعاوی خانوادگی، به ایجاد رویهٔ قضایی منجر شود.

منابع

قرآن کریم.

قانون مدنی.

آقایی، حسین (۱۳۹۰). با تفسیر رایج از قسمت اخیر مادهٔ ۲ قانون تشدید به کجا می‌رویم؟. *نشریه قضاوت*، شمارهٔ ۷۱، ص ٤٧-٤٩.

ابن بابویه، محمد بن علی (١٤٠٦ ق). *ثواب الأعمال وعقاب الأعمال*. قم: دار الشریف الرضی للنشر.

ابن سعید، یحیی بن احمد (١٤٠٥ ق). *الجامع للشرائع*. قم: مؤسسه سید الشهدا.

ابن منظور، محمد بن مکرم (١٤١٤ ق). *لسان العرب*. بیروت: دار الفکر.

اسدی، لیلا سادات (۱۳۸۳). جایگاه عسروحرج ـ قانون و رویه. *نشریه ندای صادق*، ۹ (٣٤ و ٣٥)، ص ۹-۲۹.

امامی، حسن (۱۳۷۰). *حقوق مدنی*. تهران: نشر إسلامیة.

انصاری، مرتضی بن محمدامین (١٤١٦ق). *المکاسب*. قم: دار الحکمة.

باقرزادگان، امیر؛ میرزایی، محمد (۱۳۹۲). اهداف و قلمرو جرم‌انگاری تحصیل مال ازطریق نامشروع. *نشریه کارآگاه*، ٦ (۲۳)، ص ۷۸-٩٦.

تقوی، حسین؛ کرامتی، داود (١٣٩٦). تبیین موجبات طلاق زوجه ناشی‌از عسروحرج و شرایط تحقق آن براساس حقوق و قوانین موضوعه. *نشریه مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه*، ۳ (۲/۱)، ص ۱-۱۳.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷). *ترمینولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش.

حر عاملی، محمد بن حسن (١٤١٤ ق). *وسائل الشیعة* (عبدالرحیم ربانی شیرازی، مصحح). تهران: مکتب الإسلامیة.

خمینی، روح‌الله (١٤١٤ ق). *بدائع الدور*. تهران: مؤسسه چاپ و نشر آثار امام خمینی.

دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۷). *لغت نامه*. تهران: دانشگاه تهران.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد (١٤١٢ ق). *مفردات الفاظ القرآن*. بیروت: دار الشامیة.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (١٤١٣ ق). *مسالك‌الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
شیرزادی، مهدی (۱۳۸۸). بررسی تحصیل مال ازطریق نامشروع در حقوق کیفری ایران (پایان‌نامه مقطع کارشناسی ارشد) دانشگاه قم. قم. ایران.
صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر (١٤٠٤ ق). جواهرالكلام في شرح شرائع الإسلام. بيروت: دار إحياء التراث العربي.
صفائی، حسین؛ امامی، اسدالله (١٣٩٤). *مختصر حقوق خانواده*. تهران: میزان.
طوسی، محمدبن حسن (١٣٨٧ ق). *المبسوط في فقه الامامية*. تهران: مكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
علامه حلی، حسن بن یوسف (١٤٢١ ق). *تحرير الأحكام*. قم: مؤسسهٔ آل البیت.
فخرالمحققین، محمد بن حسن (١٣٨٩ ق). *إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد*. قم: علمیه قم.
فیروزنژاد، معصومه (١٣٩٢). *بررسی فقهی و حقوقی تحصیل مال ازطریق نامشروع* (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه مازندران، مازندران. ایران.
فیومی، احمد بن محمد (١٤١٨ ق). *المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي*. قم: مؤسسة دار الهجرة.
قلی‌تبار، حسین (١٣٨٩). بررسی جرم تحصیل مال نامشروع در حقوق کیفری ایران (پایان‌نامه کارشناسی ارشد) دانشگاه مازندران، مازندران. ایران.
کاتوزیان، ناصر (١٣٧٥). *حقوق مدنی ـ معاملات معوض*. تهران: شرکت انتشار.
کاتوزیان، ناصر (١٣٧٨). *حقوق مدنی خانواده*. تهران: بهمن برنا.
کاتوزیان، ناصر (١٣٨٤). *دوره مقدماتی حقوق خانواده*. تهران: میزان.
کشوری، عیسی (١٣٧٤). *کاربرد قواعد فقه در حقوق*. بی‌جا: غیاث.
کلینی، محمد بن یعقوب (١٤٠٧ ق). *الكافي*. تهران: دار الكتب الإسلامية.
مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی (١٤٠٣ ق). *بحار الأنوار*. بیروت: دار إحياء التراث العربي.
محقق حلی، جعفر بن حسن (١٤٠٩ ق). *شرائع الإسلام*. نجف: مطبعة الاداب.
محقق داماد، مصطفی (١٣٦٧). *حقوق خانواده*. تهران: نشر علوم.
محقق داماد، مصطفی (١٣٧٦). *قواعد فقه*. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم اسلامی دانشگاه‌ها.
مرتضی زبیدی، محمد بن محمد (١٤١٤ ق). *تاج العروس من الجواهر القاموس*. بیروت: دارالفکر.
معین، محمد (١٣٨٥). *فرهنگ فارسی معین*. تهران: دانشگاه تهران.
مکارم شیرازی، ناصر (١٤١٧ ق). *القواعد الفقهية*. قم: مدرسة الإمام امير المؤمنين.
موسوی بجنوردی، محمد (١٣٧٩). *قواعد الفقهيه*. تهران،: مؤسسه چاپ و نشر عروج.

نائینی، محمدحسین (۱۳۱۸). *منیة المطالب (تقریرات شیخ موسی نجفی خوانساری)*. بی‌جا: مؤسسة النشر الإسلامي.

نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱٤۰۸ ق). *عوائد الأیام*. قم: مکتبه البصیرتی، چاپ سنگی.

نوری، حسین بن محمدتقی (۱٤۰۸ ق). *مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل*. بیروت: موسسه آل البیت.

هدایت‌نیا، فرج‌الله (۱۳۹٤). تسهیل طلاق یا طلاق‌زدایی در حقوق خانواده ایران. *حقوق اسلامی*، ۱۲ (٤۷)، ص ۵۱-۷۷.

Bi-quarterly Scientific Journal of Family Law and Jurisprudence Journal
Vol. 30, No. 82/ Spring & Summer 2025

Research Article

Examining the Duality of Law andEthics in Children's Access to Cyberspace

Javad Alipoor[1] Hatef Pourrashidi*[2]

DOI:
10.30497/flj.2024.246726.2054

Abstract

The expansion of cyberspace has created serious and fundamental legal and ethical challenges regarding children's access to this phenomenon. Concerns about access to inappropriate content, children's communication with strangers, and risks of sexual and financial abuse, as well as the violation of moral values, have led parents to impose strict restrictions on children's access to cyberspace. However, these restrictions may actually violate children's rights as outlined in international law, including the Convention on the Rights of the Child and domestic legislation. This article aims to answer the question of how the duality between rights and ethics in children's access to cyberspace can be achieved through an analytical-descriptive approach and the use of documentary data collection. The findings suggest that resolving this legal and ethical dilemma can be achieved through in the context of educating children and providing opportunities for intellectual development, particularly in media literacy. By incorporating media literacy education into public school curricula from an early age, parents' concerns can be addressed while also upholding children's rights to access cyberspace. This approach can also serve as a foundation for children's intellectual growth and development.

Keywords: Children's rights, cyberspace, media literacy.

1. Assistant Prof. of Political Science, University of Tabriz, Tabriz, Iran. alipor@tabrizu.ac.ir

2. (Corresponding Author) Assistant Prof. of Communication, University of Religions and Denominations, Qom, Iran. h.pourrashidi@urd.ac.ir

دوفصلنامهٔ علمی فقه و حقوق خانواده/ *مقالهٔ پژوهشی*/ دورهٔ ۳۰، شمارهٔ ۸۲/ بهار و تابستان ۱۴۰۴/ صص: ۸۶-۶۵

بررسی دوگانگی حقوق و اخلاق در دسترسی کودکان به فضای مجازی

جواد علی‌پور[۱]

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۲/۲۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۰۵

هاتف پوررشیدی*[۲]

Doi: 10.30497/flj.2024.246726.2054

چکیده

امروزه، گسترش حضور در فضای مجازی، چالش‌های حقوقی و اخلاقی مهمی را درخصوص دسترسی کودکان به این پدیده به‌وجود آورده است. نگرانی والدین بابت دسترسی کودکان به محتواهای نامناسب، ارتباط کودکان با افراد غیرمعمول، سوءاستفاده‌های جنسی و مالی و همچنین آسیب‌دیدن ارزش‌های اخلاقی باعث شده است والدین محدویت‌هایی اساسی را در دسترسی کودکان به فضای مجازی ایجاد کنند؛ حال آنکه درواقع، این مسئله، مغایر با حقوق مصرَّح کودکان در حقوق بین‌الملل و ازجمله *کنوانسیون حقوق کودک* و حقوق داخلی است. در این مقاله با استفاده از روش تحلیلی- توصیفی و گردآوری داده‌ها به‌روش اسنادی، درصدد پاسخ‌گویی به این پرسش بوده‌ایم که چگونه می‌توان دوگانگی حقوق و اخلاق در دسترسی کودکان به فضای مجازی را مرتفع کرد. نتایج پژوهش نشان می‌دهد حل این دوگانگی حقوقی و اخلاقی در بستر آموزش‌دهی به کودکان و فراهم‌کردن زمینه‌های توسعهٔ فکری و مخصوصاً آموزش‌دادن سواد رسانه‌ای به آنان امکان‌پذیر است. آموزش‌دادن سواد رسانه‌ای به‌صورت عمومی به کودکان از سنین کم در مدارس، ضمن برطرف‌کردن نگرانی والدین، یکی از عوامل محافظت از حقوق کودکان در دسترسی به فضای مجازی است که درعین حال، زمینه را برای رشد و توسعهٔ فکری آنان فراهم می‌کند.

کلید واژه‌ها: حقوق کودک، فضای مجازی، سواد رسانه‌ای.

---

۱. استادیار گروه علوم سیاسی دانشگاه تبریز، تبریز، ایران. alipor@tabrizu.ac.ir

۲. (نویسندهٔ مسئول) استادیار گروه ارتباطات دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران. h.pourrashidi@urd.ac.ir

مقدمه

توسعهٔ بهره‌گیری از فضای مجازی و سایبری در تمام عرصه‌های زندگی بشری، نیازمند توجه به قوانینی خاص است که عمدتاً پس‌از گسترش‌یافتن به‌کارگیری این ابزارها در جامعه مدون می‌شود و موردتوجه قرار می‌گیرد. در این حوزه، بهره‌گیری از ابزارهای فضای مجازی درخصوص موضوعات مرتبط با کودکان در بحث اطلاع‌رسانی، آموزش و تفریح، نیازمند قوانین شدیدتر و سخت‌گیرانه‌تری نسبت‌به قوانین مربوط به بزرگ‌سالان است؛ زیرا کودکان هنگام استفاده از این ابزارها اساساً آگاهی لازم را ندارند و با حقوق خود در عرصه‌های مختلف آشنا نیستند. این مسئله، موجب فراهم‌آمدن زمینه برای سوءاستفاده از آنان می‌شود و ممکن است این قشر آسیب‌پذیر را با مخاطرات اساسی مواجه کند.

در سال‌های اخیر، موارد مختلفی درخصوص سوءاستفاده از کودکان در فضای مجازی گزارش شده که تحریک و ترغیب دولت‌ها و حاکمیت‌ها در عرصه‌های ملی و بین‌المللی برای مقابله با این معضل را درپی داشته است. «مسئلهٔ کودک‌آزاری آنلاین از تهدیدهای فضای سایبری برای کودکان است که خود شامل طیفی از آزارها مانند قلدری سایبری تا سوءاستفاده‌های جنسی می‌شود» (غنی‌زادهٔ بافقی و حسین‌زادهٔ سرشکی، ۱٤۰۲، ص. ۱۹۸)؛ علاوه‌بر آن، هرزه‌نگاری و اغفال کودکان، بهره‌کشی جنسی از آن‌ها، فراهم‌کردن زمینهٔ قاچاق آنان، قاچاق اعضای بدنشان، اخاذی از آن‌ها، فیشینگ و پورنوگرافی کودکان ازجمله جرم‌هایی هستند که در فضای مجازی، آن‌ها را با مخاطرات فراوان مواجه می‌کنند. شواهد، حاکی از آن است که امروزه، در مقایسه با گذشته، کودکان در سنین پایین‌تری از اینترنت استفاده می‌کنند و بنابراین، دیجیتالی‌شدن دنیای زندگی‌شان نه‌تنها بر نحوهٔ اِعمال حقوق آنان اثر می‌گذارد؛ بلکه سؤال‌هایی را نیز درخصوص چگونگی تحقق‌یافتن حقوق آن‌ها مطرح می‌کند (European Commission, 2021, p. 3).

حضور و نفوذ اینترنت و فضای مجازی در زندگی امروزی به‌قدری بدیهی و روشن است که نمی‌توان آن را کتمان کرد و به‌آسانی از کنارش گذشت. براساس آمار بین‌المللی، در سال‌های اخیر، استفاده‌کردن کودکان از اینترنت به‌میزانی قابل توجه رشد کرده؛ به‌گونه‌ای که طی سال‌های ۲۰۱۹ تا ۲۰۲۲، هفده درصد افزایش یافته است. در این حوزه، در استفاده از شبکه‌های اجتماعی

نیز رشدی چشمگیر دیده می‌شود (Moyer, 2022)؛ از این روی می‌توان گفت در حال حاضر، اینترنت، بخشی مهم از زندگی کودکان است که بر تجربیات، ارتباطات و فرایندهای یادگیری آن‌ها اثر می‌گذارد (Shukla, Waghmode and Bhosale, 2024). این مسئله خواه‌ناخواه بر زندگی کودکان نیز بسیار مؤثر واقع شده و بعضاً چالش‌هایی را برایشان پدید آورده است.

پاندمی کرونا در سال‌های ۲۰۱۹ تا ۲۰۲۲ که عملاً سبک زندگی انسان‌ها را تغییر داد و درنتیجهٔ آن، نقش و جایگاه فضای مجازی، بیش‌از گذشته نمایان شد، کودکان را بیشتر با فضای مجازی درگیر کرد و بر اذهانشان اثر گذاشت. توسعهٔ آموزش‌های مدارس در فضای مجازی در ایام پاندمی کرونا نشان داد که به‌راحتی می‌توان کودکان را اسیر و آلودهٔ این فضا کرد و آنان را به هر سمت‌وسویی سوق داد. انتشار کلیپ‌های مختلف از کودکان درحین تعلیم‌دیدن در فضای مجازی ازسوی معلمان، والدین و حتی افراد نزدیک به آنان، شاهدی گویا بر این مقوله است که می‌توان به‌بهانهٔ مزاح و خنده، حقوق کودکان را تضییع و از ناآگاهی آنان سوءاستفاده کرد. این مسئله را می‌توان در سوءاستفاده‌های جنسی و بهره‌کشی از کودکان درحین آموزش‌های مجازی نیز مشاهده کرد که نمونه‌های متعددی از آن در فضای مجازی منتشر شده است. بازی‌های دیجیتال نیز دیگر موضوع موردمناقشه در این حوزه است که به‌میزانی چشمگیر موردتوجه واقع شده است. پیشتر، کنترل‌کنندگان اینترنت، تنها بر کودک‌آزاری یا تماس غیرقانونی مجرمان جنسی با کودکان، متمرکز بودند؛ درحالی که این مسائل به‌رغم اهمیتشان تنها عوامل نقض حقوق کودکان نیستند. درواقع، در چنین نگرش محدودی کودکان صرفاً قربانیانی آسیب‌پذیرند که حقوقشان در دسترسی به اطلاعات، حریم خصوصی و مشارکت، نادیده گرفته می‌شود (UNICEF, 2016, p. 12).

ایجاد محدودیت برای کودکان در استفاده از فضای مجازی درراستای منافع آنان و مقابله با سوءاستفاده از آن‌ها صورت می‌گیرد؛ اما ناگفته پیداست که این عمل، سبب ازبین‌رفتن زمینه‌های مشارکت کودکان در فضای مجازی و ازدست‌رفتن حقوق آنان در دسترسی به اطلاعات می‌شود؛ از این روی، ایجاد محدودیت‌های نابجا نه‌تنها امنیت را برای کودکان تأمین نمی‌کند؛ بلکه امنیت روانی آنان را به خطر می‌اندازد. طراحی سؤالاتی ازسوی کودکان، مانند اینکه چرا

به اطلاعات موردنیازشان دسترسی ندارند و چگونه می‌توانند در فضای مجازی مشارکت کنند، موجب بروز نگرانی‌ها و اختلالات روانی در آنان می‌شود؛ لذا تلاش‌های صورت‌گرفته برای استفادهٔ صحیح کودکان از فضای مجازی باید به بهبود بهره‌گیری آنان از این امکانات بینجامد. به‌نظر می‌رسد بهترین راهکار در این مسیر، استفاده از سواد رسانه‌ای است تا از این طریق، خودِ کودک درخصوص استفاده از فضای مجازی تصمیم بگیرد و شناختی نسبتاً درست و کامل از محتواهای عرضه‌شده در این بستر داشته باشد. در این مقاله با استفاده از روش اسنادی و تحلیلی- توصیفی تلاش شده است ضمن تأکید بر رعایت حقوق کودکان، به این پرسش پاسخ داده شود که چگونه می‌توان حقوق کودک را در بستر سواد رسانه‌ای تأمین کرد و اصولاً رعایت حقوق کودک و ارتقای سواد رسانه‌ای با یکدیگر چه نسبتی دارند.

۱. حقوق کودک در فضای مجازی

این مبحث از موضوعات جدیدی است که پس‌از توسعهٔ فضای سایبری و اینترنت در جهان مطرح شد. استفاده‌کردن کودکان از ابزارهای مختلف فضای مجازی و بروز برخی مشکلات در این مسیر، دولت‌ها را به تبیین و تشریح حقوق آنان در فضای مجازی ترغیب کرده است؛ زیرا هرگونه اهمال در این کار، موجب بروز مشکلات و مسائل عدیده می‌شود. درخصوص حقوق کودک در عصر حاضر، اقدامات مؤثری صورت گرفته که مهم‌ترین آن‌ها تدوین «کنوانسیون ملل متحد دربارهٔ حقوق کودک[1]» است؛ البته در «میثاق جهانی حقوق بشر» نیز به موارد متعددی در این زمینه پرداخته شده؛ اما این کنوانسیون به‌صورت واضح و روشن، حقوق کودکان را به‌رسمیت شناخته است.

در این کنوانسیون، تمام مسائل مربوط به حقوق کودک، تقریباً به‌صورت شفاف دیده شده‌اند؛ اما همان‌گونه که گفتیم، این حقوق ازنوع فراگیرند؛ نه جامع؛ بدان معنا که در تمام موقعیت‌ها و مکان‌ها همچون مدارس، باشگاه‌ها، مراکز اجتماعی و حتی فضای مجازی می‌توان آن‌ها را اِعمال کرد؛ ولی همهٔ نیازهای کودک در این عرصه‌ها را شامل نمی‌شوند. فضای مجازی ازجمله

1. United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC)

مواردی است که می‌توان این حقوق را مشتمل بر آن دانست؛ اما به‌دلیل تمایز ماهیت این بستر با دنیای واقعی و ملموس باید رویکردهای دیگری را نیز بدان افزود و از منظری جدیدتر به آن نگریست.

در این زمینه، سؤالی بدین شرح مطرح می‌شود که اساساً چرا باید حقوق کودکان در دنیای دیجیتال موردتوجه ویژه قرار گیرد. در پاسخ به این سؤال، استدلال‌هایی واضح بدین شرح بیان شده است: «اول، اینکه کودکان آسیب‌پذیر هستند و دوم، اینکه کودکان با بیشترین خطر در این زمینه مواجه‌اند» (Livingstone, 2021, p. 3). اگرچه دیگر گروه‌ها مانند زنان و اقلیت‌های قومی، جنسی و مذهبی نیز ممکن است از اینترنت و فضای مجازی آسیب ببینند، موضوع کودکان، کاملاً متفاوت است؛ چون آن‌ها از سویی دارای درک و توان کم در تحلیل و ارزیابی مسائل گوناگون هستند و از سوی دیگر، آینده در دستانشان است و آیندهٔ دیجیتال و فضای مجازی را آنان رقم می‌زنند؛ از این روی، با توجه به حضور گستردهٔ کودکان در فضای مجازی باید تحلیل‌هایی متناسب با وضعیت و توانایی‌هایشان به‌دست داده شود. از این منظر، مواجههٔ کودکان با فضای مجازی را به این اَشکال می‌توان سنجید و متناسب با آن‌ها مقررات و قوانین جدیدی وضع کرد.

ممکن است کودک با دریافت محتوای نامناسب، برقراری تماس یا رفتار نادرست، تحت تأثیر فضای مجازی قرار گیرد. دریافت محتوای نامناسب یا مضر ممکن است به طرق مختلف اتفاق بیفتد؛ مثلاً هنگام بازدیدکردن کودکان از وب‌سایت‌ها، سازمان‌های تجاری توسط کوکی‌ها یا دیگر روش‌های تبلیغاتی می‌توانند تبلیغات، هرزنامه‌ها و حمایت‌های مالی را برای آنان ارسال کنند و همچنین اطلاعات شخصی‌شان را از آن‌ها بخواهند؛ به‌علاوه، ممکن است کودکان محتواهای خشونت‌آمیز یا نفرت‌انگیز را به‌صورت آنلاین دریافت کنند و درنتیجه، نگرش پرخاشگرانه، ناخواسته به آن‌ها تلقین شود. محتوایی که کودکان به‌صورت آنلاین دریافت می‌کنند نیز ممکن است این پتانسیل را داشته باشد که نظام ارزشیِ آنان را ازطریق تشویق‌کردنشان به ارزش‌هایی مانند تعصب و نژادپرستی متزلزل کند (Sahoo, 2016, p. 8). آنچه ذکر شد،

برخی مواردی بود که کودکان در فضای مجازی با آن‌ها مواجه می‌شوند و باید به‌نحوی با مخاطرات ناشی از آن‌ها مقابله کرد.

راهبردهای حقوق کودک در فضای مجازی براساس اصول چهارگانهٔ پیمان‌نامهٔ حقوق کودک، یعنی اصل عدم تبعیض، اصل رعایت مصالح عالیهٔ کودکان، اصل حق بر حیات و رشد و بقا، و اصل مشارکت کودکان اِشعار می‌دارد که هر اقدامی در فضای مجازی و دیجیتال باید با رعایت این اصول صورت گیرد. در این راستا دولت‌ها باید امکانات لازم برای دسترسی رایگان و امن کودکان به محیط دیجیتال در مکان‌های عمومیِ اختصاص‌یافته به این کار را فراهم آورند و سیاست‌گذاری‌ها و سرمایه‌گذاری‌های خود را به‌گونه‌ای تنظیم کنند که امکان دسترسی ارزان و برابر، و استفادهٔ معقول همهٔ کودکان از محیط دیجیتال در بسترهای آموزشی و فضای خانه فراهم شود؛ همچنین دولت‌ها باید تضمین کنند که در تقنین، طراحی، مدیریت و عرضهٔ محیط دیجیتال و استفاده از آن، مصالح عالیهٔ کودکان را نخستین اولویت خود قرار دهند. براساس مُفاد کنوانسیون‌های مرتبط با این حوزه، دولت‌ها موظف‌اند تمهیدات لازم را فراهم آورند و از حق کودکان بر حیات، رشد و بقا در هر زمان و مکان به‌طور عام و در محیط دیجیتال به‌صورت خاص حمایت کنند. درکنار تمام این‌ها اصولی نظیر شنیده‌شدن و مشارکت کودکان در فضای مجازی (مرتبط با مادهٔ دوازده از پیمان‌نامهٔ حقوق کودک)، حق دسترسی به آزادی بیان و اطلاعات و آزادی ابراز عقیده طبق مادهٔ هفده از *کنوانسیون حقوق کودک*، حفظ حریم خصوصی کودک براساس مادهٔ شانزده از پیمان‌نامه و حمایت از کودکان دربرابر خشونت فضای مجازی باید موردنظر دولت‌ها قرار گیرد (صفاری‌نیا، ۱٤۰۱). هرچند روح این اصول به‌نوعی متوازن‌کننده و تقویت‌کنندهٔ یکدیگر است، اصل عدم تیعیض، و اصل حق حیات و رشد و بقا و حتی مشارکت با اصل رعایت مصالح عالیهٔ کودکان کنترل می‌شود؛ درعین حال، با توجه به وضعیت خاص کودکان، به‌رغم تأکید کنوانسیون‌های حقوقی باید برخی ملاحظات مثل آزادی بیان کودکان و حق دسترسی آزاد آنان به اطلاعات با تمرکز بر اصل رعایت مصالح عالیهٔ آن‌ها در تنقیح قوانین و مقررات تحدید شود.

دولت جمهوری اسلامی ایران در تاریخ ۱۳۷۲/۱۲/۱ با تصویب مجلس شورای اسلامی به

عضویت کنوانسیون حقوق کودک درآمد. درکنار رعایت الزام‌های این کنوانسیون، در جمهوری اسلامی ایران برای تحقق‌یافتن حقوق کودک در فضای مجازی، قوانین و مقرراتی همچون *مرجع ملی کنوانسیون حقوق کودک*، *سند ملی حقوق کودک و نوجوان*، *سند سیاست‌ها و برنامه‌های کلان و مدیریتیِ کشور درحوزهٔ کودک و نوجوان*، و دیگر اسناد و قوانین مربوط به فعالیت در فضای مجازی وجود دارد؛ همچنین در مادهٔ ٦٩ از برنامهٔ ششم توسعه بر هوشمندسازی مدارس، امکان دسترسی الکترونیک (سخت‌افزاری- نرم‌افزاری و محتوایی) به کتب درسی و کمک‌آموزشی، رفع اشکال، آزمون و مشاورهٔ تحصیلی، بازی‌های رایانه‌ایِ آموزشی، استعدادسنجی، آموزش مهارت‌های حرفه‌ای، و مهارت‌های فنی و اجتماعی به‌صورت رایگان برای کلیهٔ دانش‌آموزان شهرهایی با جمعیت کمتر از بیست‌هزار نفر و روستاها و حاشیهٔ شهرهای بزرگ تأکید شده است (مجلس شورای اسلامی، ١٣٩٦)؛ علاوه‌بر آن، وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات در سال ١٣٩٦ به تدوین سندی تحت عنوان *سند حمایتی و برنامهٔ اقدام توسعهٔ خدمات فضای مجازی کودک و نوجوان* اقدام کرد. در این سند، مأموریت وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات درحوزهٔ فضای مجازی کودک بدین صورت تعریف شده است:

> آماده‌سازی و ارائهٔ زیرساخت ارتباطی و فناوری اطلاعاتی، محتوایی و مقرراتیِ مناسب جهت دسترسی کودکان به خدمات و محتوای مناسب به‌منظور توسعهٔ زیست‌بوم فضای مجازی این دسته از کاربران و کمک به رفع موانع توسعهٔ کسب‌وکار و کاهش مخاطرات سرمایه‌گذاری در این حوزه (عابدی و ساعی، ١٤٠١، ص. ١٠٠).

از دیگر طرح‌ها، قوانین و اسناد انتشاریافته در این زمینه می‌توان به *طرح سامان‌دهی محتوای فضای مجازی: سالم، مفید، ایمن (سما)* در سال ١٣٩٣ با هدف محافظت از کودکان دربرابر محتواها و خدمات مضر، ناسالم و غیرایمن، و *سند راهبردی صیانت از کودکان و نوجوانان در فضای مجازی* با موضوع ایجاد فضای مجازی متناسب با نیازها و اقتضاهای سنّیِ کودکان و نوجوانان ازطریق کاهش‌دهی مخاطرات و فراهم‌کردن محتوا و خدمات مناسب، و نیز مصوبهٔ *ضوابط صیانت از حقوق کودکان در خدمات تلفن همراه باند پهن* کمیسیون تنظیم مقررات

ارتباطات در سال ۱۳۹۳ اشاره کرد (عابدی و ساعی، ۱٤۰۱، ص. ۱۰۲). هدف از تصویب تمام این قوانین، آن است که از حقوق متعدد کودکان در فضای مجازی صیانت شود و علاوه‌بر آن، با جرایم متعددی که علیه کودکان صورت می‌گیرد، مقابله شود.

به‌رغم تصویب قوانین و پیمان‌نامه‌های بین‌المللی در این زمینه، احقاق حقوق کودکان در فضای مجازی با چالش‌های اساسی مواجه است؛ اما علت این مسئله صرفاً خلأ قانونی موجود در این حوزه نیست. به‌نظر می‌رسد بخش عمدهٔ این چالش، ناشی از عدم تمکین دربرابر قانون باشد که موجب شده است این قوانین درحد مصوبات باقی بمانند و قابلیت اجراشدن در جامعه را نداشته باشند. درواقع، این مسئله، بحث اصلی مقاله است و خواهیم کوشید راهکاری اساسی برای حل مشکل، فراتر از الزام‌های قانونی فعلی به‌دست دهیم.

۲. سواد رسانه‌ای

سواد رسانه‌ای به‌عنوان یکی از موضوعات و مفاهیم اساسی در جامعهٔ اطلاعاتیِ امروز، در نحوهٔ بهره‌گیری از رسانه‌ها جایگاهی ویژه دارد. نهادها و سازمان‌های مختلف بین‌المللی ضمن تأکید بر این موضوع، آموزش‌دیدن آن را نیز برای تمام سنین، الزامی دانسته‌اند تا ازطریق آن بتوان از مخاطرات حاصل از دریافت و ارسال پیام‌های نامناسب، و اخبار دروغ و جعلی جلوگیری کرد. با توجه به تعاملی‌بودن ابزارهای رسانه‌ایِ مبتنی‌بر وب و اینترنت و نیز گسترش وب ۲، این نیاز بیش‌از گذشته احساس می‌شود که با رویکردهای منفی موجود در فضای مجازی، حداقل در موضوع دریافت پیام‌های نامناسب، دروغ، شبهه‌افکن و حتی ناهنجار مقابله شود. براساس تعریف کمیسیون اروپا سواد رسانه‌ای، انواع مهارت‌ها و توانایی‌های مرتبط با رسانه، تصاویر، زبان و پیام‌ها را شامل می‌شود؛ درعین حال، طبق همین تعریف، «سواد رسانه‌ای به‌عنوان توانایی دسترسی، تجزیه‌وتحلیل و ارزیابی قدرت تصاویر، صداها و پیام‌هایی است که اکنون به‌صورت روزانه با آن‌ها روبه‌رو هستیم و بخش مهمی از فرهنگ معاصر ما هستند»؛ درضمن، برقراری ارتباط شایسته با استفاده از رسانه‌های موجود به‌صورت شخصی نیز به این مقوله تسرّی می‌یابد (Tornero, 2020, p. 105).

بر این اساس می‌توان ادعا کرد مؤلفهٔ اولیه در مفهوم سواد رسانه‌ای به موضوع توانایی دریافت پیام‌های ارتباطی ازطریق رسانه‌های ارتباط جمعی و اینترنت درقالب متن، صدا، تصویر

و مولتی‌مدیا اشاره می‌کند؛ اما مؤلفهٔ دوم و مهم‌تر به نحوهٔ به‌کارگیری این پیام‌ها و چگونگی مواجهه با آن‌ها می‌پردازد؛ به عبارت دیگر، این مؤلفه «به‌عنوان توانایی درک و استفاده از محیط‌هایی است که در آن، اطلاعات تولید، ذخیره و منتقل می‌شود» (Yanarates, 2020, p. 151). صرف‌نظر از اینکه بهره‌گیری از نخستین مؤلفهٔ سواد رسانه‌ای، نیازمند آموزش‌های ویژه است، مؤلفهٔ دوم، هدف غاییِ بهره‌گیری از سواد رسانه‌ای به‌شمار می‌آید. هدف سواد رسانه‌ای این است که به مردم کمک کند تا به‌جای آنکه مصرف‌کنندگان فرهیختهٔ رسانه‌ها باشند، به شهروندانی فرهیخته در جامعهٔ اطلاعاتی تبدیل شوند که انواع رسانه‌ها قلب تپندهٔ آن است (حسینی پاکدهی و شبیری، ۱۳۹٦، ص. ۳۳). درواقع، سواد رسانه‌ای درپی آن است که شهروندانی را پروش دهد که بتوانند چگونگی مواجهه با پیام‌ها را دریابند و پیام‌ها را تجزیه‌وتحلیل کنند. سطح این تجزیه‌وتحلیل، منوط به میزان دانش و توانایی افراد است؛ اما می‌توان با عرضهٔ آموزش‌های لازم، سطحی قابل قبول از دانش نحوهٔ مواجهه با این مقوله را به آنان آموزش داد؛ درضمن، حق بر آموزش کودک، از حقوق فردی وی و ازجمله حقوق اجتماعی برای داشتن جامعهٔ سالم است (عباسی کلیمانی و اکبری، ۱٤۰۰). در فضای مجازی نیز این مسئله به‌صورتی پررنگ‌تر نمود یافته و توجه به آن، نیازمند مساعی اساسی است. در گذشته می‌شد از دریافت پیام از برخی رسانه‌ها مانند تلویزیون و رادیو در خانه ممانعت کرد؛ اما امروزه، در هر زمان و مکان، دسترسی به ابزارهای رسانه‌های دیجیتال و مبتنی‌بر اینترنت برای کودکان، میسر است و نمی‌توان با دریافت پیام از این طریق مقابله کرد. فراهم‌شدن امکان دسترسی گستردهٔ کودکان به ابزارهای رسانه‌ای، نگرانی‌هایی را به‌دنبال داشته و برای حل این مشکل، آموزش درست و حرفه‌ایِ سواد رسانه‌ای به کودکان، مدّنظر قرار گرفته است تا آنان بتوانند خود را دربرابر دریافت پیام‌های نادرست و مخرّب بیمه کنند. در حال حاضر نمی‌توان ادعا کرد این مسئله به‌صورت کامل محقق می‌شود؛ اما تحقیقات متعدد نشان داده است ارتقای

سطوح مختلف آموزش سواد رسانه‌ای، نتایج بهتری را درپی داشته است.

نتایج مثبت این رویکرد، تنها درخصوص کودکان مشاهده نمی‌شود؛ بلکه درمیان تمام آحاد

جامعه نمود می‌یابد. یکی از نتایج اصلی آموزش‌دهی سواد رسانه‌ای به کاربران وسایل ارتباط جمعی و به‌ویژه اینترنت و فضای مجازی، کاهش‌یافتن هزینه‌های ناشی از فیلترینگ و انسداد محتواهای نامناسب در فضای مجازی است. در این زمینه می‌توان ادعا کرد:

> سواد رسانه‌ای می‌تواند پـادزهری باشد درمقابل هژمونیِ رسانه‌ای و شهروندان را در مواجهه با محتوای پیام‌های رسانه‌ای واکسینه نماید؛ همچنین آموزش سواد رسانه‌ای به‌عنوان مهارتی جهت مقابله با جنگ رسانه‌ای است که منجر به افزایش ظرفیت تحلیل شهروندان در مواجهه با رسانه‌ها می‌گردد و باعث می‌شود تا آنان به‌جای آنکه آن‌ها تسلیم محتوای پیام‌های رسانه‌ای شوند و منفعلانه، هرآنچه دریافت می‌کنند را بپذیرند، تلاش نمایند تا به‌عنوان یک مخاطب فعال، معنای نهفته در پیام‌ها را درک و به رمزگشایی و ارزیابی پیام‌ها بپردازند و برخوردی فعالانه با پیام‌های رسانه‌ای داشته باشند (نصیری، بخشی و هاشمی، ۱۳۹۱، ص. ۱۵۰).

به بیان دیگر، سواد رسانه‌ای به مخاطبان کمک می‌کند تا فعال و دارای بینش نسبی به پیام‌های مخابره و دریافت‌شده باشند، بتوانند اخبار و اطلاعات گسترده در فضای مجازیِ امروز را تحلیل و ارزیابی کنند و به‌راحتی تحت تأثیر القاها، اخبار و اطلاعات نادرست قرار نگیرند؛ به دیگر سخن، نتایج آموزش سواد رسانه‌ای بیش‌از آنکه مربوط به موضوعات رسانه و حوزهٔ ارتباطات باشد، متوجه قلمرو اجتماعی و فرهنگی، و تربیت شهروندان آگاه و مسلط به امور است. بر این اساس می‌توان تأکید کرد:

> سواد رسانه‌ای به‌دنبال توانمندسازی شهروندان و تبدیل رابطهٔ منفعلانهٔ آن‌ها با رسانه‌ها به تعامل فعال و انتقادی است که می‌تواند سنت‌ها و ساختارهای فرهنگ رسانه‌ایِ تجاری و خصوصی‌شده را به چالش بکشد و راه‌های جدیدی برای گفتار و گفتمان شهروندان بیابد (Malik, 2008, p. 6).

بنابراین، سواد رسانه‌ای به فرایند درک و به‌کارگیری رسانه‌های جمعی مربوط می‌شود و در این مسیر به مردم کمک می‌کند تا درکی آگاهانه و انتقادی از ماهیت رسانه‌های جمعی، تکنیک‌های استفاده‌شده توسط آن‌ها و تأثیر این تکنیک‌ها به‌دست آورند. به‌صورت خاص‌تر، هدف آموزش

سواد رسانه‌ای این نیست که از افراد دربرابر نفوذ رسانه‌ها محافظت کند و درنتیجه، آن‌ها را به‌سمت مسائل بهتر سوق دهد؛ بلکه به آن‌ها کمک می‌کند تا تصمیمات آگاهانه بگیرند.

۳. ارتقای سواد رسانه‌ای، گامی برای تحقق حقوق کودک در فضای مجازی

گسترش فناوری‌های ارتباطی باوجود معایب آن، نتایجی قابل توجه درحوزهٔ تحقق حقوق کودکان دارد. علت این مسئله، تأکید بر جبر فناوری و شیفتگیِ صِرف دربرابر ظهور انواع فناوری‌های ارتباطی و به‌کارگیری آن‌ها نیست؛ بلکه درراستای دستیابی به اهداف واقعی استفاده از رسانه و فناوری‌های ارتباطی مطرح شده است. لاسول[1] وظایف وسایل ارتباط جمعی را درقالب سه حوزه، شامل انتقال میراث فرهنگی یا آموزش، ایجاد همبستگی اجتماعی و نظارت بر محیط دسته‌بندی کرد و بعدها کارکرد تفریحی و سرگرمی نیز به این وظایف افزوده شد. این کارکردها در رسانه‌های جدید و مبتنی‌بر اینترنت و فضای مجازی نیز حاکم‌اند (Lasswell, 1948)؛ از این روی نباید صرفاً بر تأثیر منفی فضای مجازی بر کودکان تأکید کرد. به‌رغم آثار منفی فضای مجازی بر کودکان که در بخش‌های قبل، آن‌ها را برشمردیم، بهره‌گیری از این بستر، اقدامی درراستای احقاق حقوق کودکان است و در جامعهٔ اطلاعاتی امروز نمی‌توان به‌راحتی با آن مقابله کرد. براساس تعریف یونیسف، کودک از حق آزادی بیان برخوردار است. این حق، آزادی جست‌وجو، دریافت و انتشار اطلاعات و عقاید از هر نوع، بدون توجه به مرزها، به‌صورت شفاهی، کتبی یا چاپی و هنری و یا ازطریق هر رسانه‌ای طبق انتخاب کودک را شامل می‌شود؛ از این روی تأکید می‌کنیم که رسانه‌ها و فضای مجازی می‌توانند یاری‌رسان کودک در ارتقای سطح دانش، آگاهی و درک جهان باشند. در شکل ۱، انواع کمک‌های فناوری به کودک را مشاهده می‌کنیم:

1. Lasswell

شکل ۱. کمک‌های فناوری به کودکان

موارد ذکرشده، نشان‌دهندهٔ توانایی فناوری‌های رسانه‌ایِ نوین و فضای مجازی در برآوردن خواسته‌ها و نیازهای کودکان در تمام سطوح سنّی هستند. اگرچه همهٔ این موارد را به افراد بالغ نیز می‌توان تسرّی داد، نکتهٔ مهم، نحوهٔ استفاده‌کردن کودکان از این ابزارهاست. درمجموع می‌توان کاربردی مطلوب را از این موارد انتظار داشت؛ ولی نگرش درست به این مسئله، نیازمند صورت‌گرفتن آموزش‌های لازم و در یک کلام، سواد رسانه‌ایِ مؤثر است. بدون داشتن چنین آگاهی و دانشی تمام این موارد، قابلیت تبدیل‌شدن به مضرات فضای مجازی و فناوری‌های نوین رسانه‌ای را خواهند داشت که کودکان را دربرابر این بستر و فناوری‌ها به افرادی بی‌دفاع تبدیل و به‌عنوان هدفی قابل دسترس تعریف می‌کنند. براساس اعلامیهٔ سال ۱۹۹۹ کنفرانس وین یونسکو:

> آموزش سواد رسانه‌ای در بهره‌گیری از تکنولوژی‌های نوین رسانه‌ای و فضای مجازی، مردم را قادر می‌سازد تا درک درستی از رسانه‌های ارتباطیِ مورداستفاده در جامعهٔ خود و نحوهٔ عملکرد آن‌ها به‌دست آورند و در استفاده از این رسانه‌ها برای برقراری ارتباط

با دیگران مهارت کسب کنند، و تضمین می‌کند که مردم یاد بگیرند که چگونه فکر، تحلیل و نقد کنند و متون رسانه‌ای تولید نمایند.

درضمن، افراد را در شناسایی منابع و متون رسانه‌ایِ متناسب با علایق سیاسی، اجتماعی، تجاری یا فرهنگی و زمینه‌های دلخواه و از همه مهم‌تر، توان تفسیر پیام‌ها و ارزش‌های عرضه‌شده ازسوی رسانه‌ها توانمند می‌کند (UNESCO, 1999).

براساس مطالعهٔ مارش[1] (2011)، چگونگی استفاده‌کردن کودکان از دنیای مجازی به شیوه‌های سوادآموزی برای دستیابی به احساس انسجام و هدف، وابسته است؛ از این روی، شیوه‌های سوادآموزی درحوزهٔ رسانه به کودکان هنگام استفاده از دنیای مجازی به ایجاد و حفظ نظم اجتماعی کمک می‌کند؛ زیرا سواد رسانه‌ای در فضای مجازی برای عرضهٔ واکنش‌های قابل پیش‌بینی، قابل اعتماد و خوانا به‌کار گرفته می‌شود (Misztal, 2001, p. 31). سواد رسانه‌ای بر کمک به انسجام اجتماعی نیز اثر می‌گذارد و این مسئله به‌معنای واکنش درست و منطقی کودک دربرابر مباحث مطرح در فضای مجازی است. از سوی دیگر، آموزش سواد رسانه‌ای به کودک کمک می‌کند تا دربارهٔ مکان و زمان حضور در فضای مجازی و شیوه‌های ارتباطیِ خود تصمیم درست بگیرد. در تحقیقی مشخص شد سواد رسانه‌ایِ کودکان در استفاده از فضای مجازی و دیگر ابزارهای رسانه‌ای به آنان کمک می‌کند تا بعدها بتوانند مصرف‌کنندگان بهتر و جامعه‌پذیرتری باشند و پیشرفت‌های مثبت دیگری را نیز برای خود رقم بزنند؛ به‌علاوه، این مسئله به والدین کمک می‌کند تا فرزندانشان را با رفتار و نگرش مثبت در سنین پایین‌تر پرورش دهند (Jusoff and Sahimi, 2009, p. 156)؛ اما نکتهٔ مهم، توجه به سنّ کودکان در آموزش‌دیدن سواد رسانه‌ای است. معمولاً کودکان زیر پنج سال، توانایی‌ِ لازم برای درک درست سواد رسانه‌ای به‌منظور بهره‌گیری از ابزارهای رسانه‌ای و فضای مجازی را ندارند و به همین سبب، والدین باید این مسئله را درخصوص آنان مدیریت کنند. دیگر نکتهٔ مهم در این مسیر، استفاده از توان معلمان در آموزش‌دهیِ سواد رسانه‌ای و فضای مجازی به کودکان در دوران دبستان

1. Marsh

است که نتایجی مطلوب را برای آنان در آینده دارد (Monika and Wioletta, 2017, p. 135).

با این تفاسیر، هرچقدر سواد کودکان در استفاده از فضای مجازی و رسانه‌ای، بیشتر باشد و آنان دانش کافی برای بهره‌گیری از فضای مجازی داشته باشند، حقوقشان نیز بیشتر رعایت می‌شود؛ به دیگر سخن، کودکان می‌توانند ازطریق آموزش‌دیدن سواد رسانه‌ای از حقوق خود، بهتر و بیشتر صیانت کنند و درعین تحقق‌یافتن اهداف کنواسیون حقوق کودک و قوانین و مقررات داخلی درخصوص نگرانی‌های مرتبط با مخرّب‌بودن فضای مجازی برای کودکان از یک طرف و حفظ حقوق آنان از طرف دیگر، در دسترسی به فضای مجازی و ابزارهای ارتباطی، درمعرض اجحاف و سوءاستفاده قرار نگیرند. برخوردارنبودنِ کودکان از سواد رسانه‌ای به‌منظور بهره‌گیری از فضای مجازی، ضمن ایجاد مخاطرات امنیتی و روانیِ مهم نظیر سوءاستفاده‌های جنسی و برخی امور غیراخلاقی دیگر برای آنان، موجب بروز مشکلات اساسی برای خانواده‌ها و به‌ویژه والدین می‌شود.

٤. رویکردهای اخلاقی به استفاده‌کردن کودکان از فضای مجازی

در عصر دیجیتال، کودکان به‌میزانی فزاینده به استفاده از فضای مجازی روی آورده‌اند و بنابراین، توجه به مفاهیم و رویکردهای اخلاقی در تعامل آنان با فضای مجازی اهمیت فراوان دارد؛ چون پیامدهای اخلاقی استفاده‌کردن کودکان از فضای مجازی به دغدغه‌ای مهم تبدیل شده است. درپی پیشرفت فناوری، کودکان به‌صورتی فزاینده درمعرض انبوهی از پلتفرم‌ها و برنامه‌های کاربردی آنلاین قرار می‌گیرند که بررسی کامل ملاحظات اخلاقی درخصوص تجربیات دیجیتالیِ این پلتفرم‌ها و برنامه‌ها ضرورت دارد. بسیاری از اندیشمندان معتقدند استفاده‌کردن کودکان از فضای مجازی، باعث ایجاد برخی نگرانی‌های اخلاقی می‌شود (Drenten, 2018, p. 215). این نگرانی‌ها شامل احتمال بهره‌کشی از کودکان و نقض حریم خصوصی آنان و همچنین اثرپذیرفتن رشد شناختی و عاطفی‌شان از محیط‌های مجازی است (Maloney, Freeman and Robb, 2021, p. 2).

یکی از رویکردهای اخلاقی نیازمند به توجه، احترام‌گزاردن به استقلال کودکان در فعالیت‌های

آنلاین است. در این رویکرد، چنین استدلال می‌شود که باید به کودکان، آزادی اکتشاف و بیان دیجیتالی خود در محدودهٔ راهنمایی و محتوای مناسب سنّشان داده شود. احترام‌گزاردن به خودمختاری بدان معناست که به کودکان اجازه دهیم تجربیات آنلاین خود را به‌صورت مستقل شکل دهند و اطمینان یابیم که آن‌ها از آزادی لازم برای حرکت و تعامل با دنیای مجازی، مطابق با مهارت‌ها و علایق خویش برخوردارند؛ باوجود آن، متعادل‌کردن استقلال با اطمینان از ایمنی و رفاه کودک دربرابر خطرات احتمالی، ضروری است. برای تحقق‌یافتن این مسئله، کودکان باید به‌عنوان شرکت‌کنندگان فعال در دنیای دیجیتال شناسایی و در فرایندهای تصمیم‌گیری سهیم شوند که بر تجربیات آنلاین آن‌ها اثر می‌گذارد. این کار را ازطریق درگیرکردن کودکان در بحث‌های مربوط به تجربیات آنلاین آن‌ها، جست‌وجوی نظراتشان دربارهٔ طراحی پلتفرم و تعدیل محتوا، و توانمندسازی آنان برای گزارش‌دهی هرگونه رفتار یا محتوای نامناسب مشاهده‌شده می‌توان انجام داد. به‌طور کلی، ملاحظات اخلاقی در استفاده‌کردن کودکان از فضای مجازی، مستلزم ایجاد تعادل بین محافظت از آنان دربرابر آسیب‌ها و فراهم‌آوردن فرصت‌هایی برای آن‌ها به‌منظور نشان‌دادن خلاقیت خویش و بیان دیدگاه‌ها و نظراتشان است (Dowthwaite et al., 2020, p. 2).

از سوی دیگر، در بحث امنیت اخلاقی کودکان در استفاده از فضای مجازی، از مسائلی مانند جمع‌آوری داده‌ها، تبلیغات هدفمند و پتانسیل شکارچیان آنلاین نباید غافل شد. یکی از ملاحظات اخلاقی مهم در استفاده‌کردن کودکان از فضای مجازی، احتمال اعتیاد آنان به ابزارها و محتواهای آنلاین و بیش‌ازحد استفاده‌کردنشان از این ابزارهاست که به‌نوبهٔ خود، نگرانی درخصوص تأثیر این فضا بر سلامت جسمانی، رشد اجتماعی و عملکرد تحصیلی آن‌ها را افزایش می‌دهد. برای رفع این نگرانی‌های اخلاقی، محققان و توسعه‌دهندگان باید رفاه و ایمنی کودکان در فضای مجازی را در اولویت قرار دهند. این مسئله را می‌توان ازطریق اجرای سیاست‌های سخت‌گیرانهٔ حفظ حریم خصوصی، کسب رضایت آگاهانه از فرزندان و والدین یا قیّم آن‌ها، و عرضه‌کردن اقدامات امنیتیِ کافی برای محافظت از اطلاعات شخصی تحقق بخشید.

افزون‌بر آن، یکی از ملاحظات اخلاقی اصلی در این مقوله، محافظت از کودکان دربرابر محتواهای مضری است که احتمال دارد به‌صورت آنلاین با آن‌ها مواجه شوند (Uzun, 2018, p. 37). این مسئله را می‌توان با استفاده از روش‌های مختلف همچون اِعمال محدودیت‌های سنّیِ سخت‌گیرانه و فیلترهای محتوا و همچنین آموزش‌دهیِ کودکان درخصوص خطرات احتمالی و نحوهٔ ایمن‌سازی در دنیای آنلاین تحقق بخشید؛ به‌علاوه باید اطمینان یافت که از حریم خصوصی و ایمنیِ کودکان در فضاهای آنلاین صیانت می‌شود و اهتمام اساسی برای اجرای دستورالعمل‌های موجود به‌منظور کنترل رفتارهای اخلاقی در فضای مجازی در مواجهه با کودکان صورت می‌گیرد. گزارش‌های اخیر نشان می‌دهند باید کارهای بیشتری به‌منظور حصول اطمینان از مناسب‌بودن اینترنت برای کودکان انجام شود (Dowthwaite et al., 2020, p. 6). در این راستا، ملاحظات اخلاقی مربوط به حقوق مالکیت فکریِ محتوای تولیدشده ازسوی کاربر در دنیای مجازی در مواجهه با کودکان باید موردتوجه باشد (Maloney, Freeman and Robb, 2021, p. 4)؛ همچنین عرضهٔ محتوای آموزشیِ متناسب با سنّ کودکان و مطابق با استانداردهای اخلاقی، بسیار مهم است. این رویکرد به ارتقای سواد دیجیتال و مهارت‌های تفکر انتقادی در کودکان نیاز دارد و سبب می‌شود آن‌ها بتوانند قابلیت اطمینان و اعتبار اطلاعات آنلاین را ارزیابی کنند. تضمین دسترسی به دیدگاه‌های متنوع و تشویق گفت‌وگو دربارهٔ موضوعات حساس، کودکان را به‌عنوان شهروندان دیجیتالیِ آگاه و مسئول در آینده پرورش می‌دهد.

۵. حفاظت از حریم خصوصی کودکان در فضای مجازی

اساساً برای حفاظت از حریم خصوصی کودکان در فضای مجازی نباید مرزهای وابسته به شخصیت آن‌ها را نادیده گرفت. کودکان باید آموزش ببینند که از به‌اشتراک‌گذاشتن اطلاعات شخصی‌شان بپرهیزند و در مواقع ضروری به والدین یا مربّیان خود مراجعه کنند. در این راستا، مدیریت زمان استفاده‌کردن کودکان از فضای مجازی می‌تواند به والدین کمک کند تا تعادلی مناسب بین فعالیت‌های آن‌ها در در این بستر و خارج از آن برقرار کنند. این مسئله، تعیین

زمان‌های مشخص برای استفاده‌کردن کودکان از فضای مجازی، تعامل فعال و همراهی با آنان در این فضا، و تعیین محدودیت‌هایی در استفاده از دستگاه‌های مجازی را شامل می‌شود.

وقتی کودکان وارد دنیای مجازی می‌شوند، تعاملات اخلاقی‌شان نیز به‌صورت آنلاین درمی‌آید. این تعاملات، مواردی مانند رفتار توأم با احترام، مقابله با توهین و آزار، به‌اشتراک‌گذاری مطالب مفید و مناسب، و حمایت فکری و معنوی از دیگران در مواجهه با مشکلات را دربر می‌گیرد. به‌علت ناشناس‌بودن بسیاری از کاربران در فضای مجازی، ممکن است کودکان با افرادی تعامل و ارتباط یابند که اهداف شخصی خود را دنبال نمی‌کنند و احتمال دارد به آن‌ها آسیب برسانند. در این وضعیت، توانایی تشخیص‌دادن افرادی که اخلاقیات را رعایت می‌کنند و با دیگران تعامل احترام‌آمیز دارند، بسیار حساس و حائز اهمیت است.

درنهایت، رویکرد اخلاقی برای استفاده‌کردن کودکان از فضای مجازی باید شامل همکاری و مسئولیت‌پذیریِ همهٔ ذی‌نفعان در این حوزه باشد. والدین، مربّیان، پلتفرم‌ها و رسانه‌های اجتماعی، و سیاست‌گذاران، مسئولیتی مشترک برای اطمینان‌یافتن از آسایش و رفتار اخلاقی کودکان در فضای آنلاین دارند. آن‌ها با همکاری یکدیگر می‌توانند کانال‌های ارتباطیِ شفاف را ترویج دهند و استانداردهای صنعتی را ایجاد کنند؛ همچنین منابع آموزشی‌ای را توسعه دهند که ابعاد اخلاقیِ تجربیات دیجیتالیِ کودکان را قوّت می‌بخشند. سخن‌گفتن دربارهٔ ابعاد اخلاقی در مبحث استفاده‌کردن کودکان از فضای مجازی، مستلزم بررسی دقیق و تأمل متفکرانه است. ازطریق تصدیق و ترکیب رویکردهای اخلاقیِ مختلف مانند استقلال، حریم خصوصی، دسترسی به اطلاعات، پیشگیری از بروز آسیب‌ها و مسئولیت مشترک می‌توانیم کودکان را برای حرکت‌کردن در فضای مجازی به‌صورت مسئولانه و اخلاقی توانمند کنیم. برقرارکردن تعادل بین استقلال کودکان با حمایت‌های لازم و ایجاد یک محیط دیجیتال مثبت به رشد سالم و رفاه آنان در عصر دیجیتال کمک می‌کند و بر این اساس می‌توان تعامل اخلاقی آن‌ها در فضای مجازی را طبق معیارهای زیر دسته‌بندی کرد:

الف) آموزش‌دادن احترام به دیگران: کودکان باید آموزش ببینند که چگونه با دیگران در

فضای مجازی به‌صورت احترام‌آمیز رفتار کنند و از توهین و آزار بپرهیزند.

ب) آشنایی با خطرات آنلاین: کودکان باید آموزش ببینند که چه زمان‌هایی مراقب باشند و در مواجهه با خطرات ممکن در فضای مجازی، چهارچوبی خاص را رعایت کنند.

ج) به‌اشتراک‌گذاری مطالب مفید: کودکان باید یاد بگیرند که تنها مطالب مفید و مناسب را در فضای مجازی به‌اشتراک بگذارند و از عملکردهای منفی و غیراخلاقی اجتناب کنند.

د) تشویق به حمایت از دیگران: کودکان باید به تشویق افراد دیگر در مواجهه با مشکلات در فضای مجازی و برآوردن نیازهای آن‌ها عادت کنند.

ه) آموزش‌دهیِ سواد رسانه‌ای: آموزش‌دادن نکات لازم درخصوص نحوهٔ مواجهه با برخی مفاهیم غیراخلاقی و مضر به کودکان، از آنان در فضای مجازی به‌میزانی زیاد محافظت کند.

یافته‌های پژوهش

درپی گسترش استفاده از فضای مجازی، حقوق کودک (حق دسترسی به اطلاعات، حق امنیت اجتماعی، حق آموزش و...) با چالش‌های اساسی مواجه شده است. تحقق‌یافتن اهداف و مؤلفه‌های مربوط در *کنوانسیون حقوق کودک در فضای مجازی*، نیازمند توجهات ویژه به آموزش‌دادن سواد رسانه‌ای به کودکان است. فضای مجازی در کمک‌کردن به خانواده‌ها و والدین برای آموزش‌دهی و افزایش‌دادن آگاهی کودکان درخصوص مسائل روز در حوزه‌های مختلف، نقش اساسی دارد؛ اما نحوهٔ تعامل معصومانهٔ کودکان با این فضا چالش‌هایی مهم و برگشت‌ناپذیر را مطرح می‌کند؛ از این روی، لازم است آموزش سواد رسانه‌ای برای بهره‌گیری درست از تمام ابزارهای ارتباطی مبتنی‌بر اینترنت و فضای مجازی، موردنظر خانواده‌ها و سیاست‌گذاران قرار گیرد تا از این رهگذر بتوان از حقوق کودک در این عرصه صیانت کرد. آموزش‌دهیِ این مقوله در مدارس و سنین پایین، یاریگر خانواده‌ها در کنترل نحوهٔ استفاده‌کردن کودکان از فضای مجازی و دسترسی آنان به این بستر است و اشتیاق والدین برای تعامل کودک با فضای مجازی را افزایش می‌دهد. در این زمینه، بروز مسائل اخلاقی در بهره‌گیری کودکان از فضای مجازی به نگرانی‌های گستردهٔ خانواده‌ها دامن زده است. حفاظت اخلاقی از کودکان

در این فضا نیازمند توجه به مرزهای وابسته به شخصیت آن‌هاست. در این راستا، کودکان باید آموزش ببینند که از به‌اشتراک‌گذاشتن اطلاعات شخصی‌شان با دیگران بپرهیزند و درصورت لزوم، از والدین یا مربّیانشان کمک بگیرند؛ همچنین ازطریق مدیریت‌کردن زمان استفادهٔ کودکان از فضای مجازی می‌توان تعادلی مناسب بین فعالیت‌های آن‌ها در فضای مجازی و خارج از آن برقرار کرد. درمجموع، بهره‌گیری کودکان از فضای مجازی، درگیر دوگانه‌ای به‌نام «حقوق و اخلاق» است که راه‌حل آن، چیزی نیست جز آموزش، کنترل، نظارت و به‌ویژه آموزش‌دهی سواد رسانه‌ای به کودکان.

درنتیجه، دسترسی کودکان به فضای مجازی و بهره‌مندی از آن، موضوعی چندوجهی است که توجه دقیق به دوگانهٔ «حقوق و اخلاق»، ایجاد تعادل بین آزادی دسترسی به اینترنت و کاوش در آن، و ضرورت محافظت از کودکان دربرابر آسیب‌های تهدیدکنندهٔ رشد و ایمنی‌شان را می‌طلبد. والدین و مربّیان ازطریق آموزش‌دادن رفتارهای اخلاقی آنلاین به کودکان، غنابخشیدن دانش و مهارت‌های خویش برای هدایت مسئولانه در دنیای دیجیتال، و همکاری با یکدیگر برای ایجاد یک محیط حمایت‌کننده و پرورشی می‌توانند به کودکان کمک کنند تا از تجربیات آنلاین خود به بهترین نحو استفاده کنند. درنهایت، ترویج دوگانهٔ «حقوق و اخلاق» کودکان در فضای مجازی برای پرورش‌دادن نسلی از شهروندان دیجیتالیِ مسئولیت‌پذیر و اخلاق‌مدار اهمیت فراوان دارد.

منابع

حسینی پاکدهی، علیرضا؛ و شبیری، حسنیه السادات (۱۳۹٦). آموزش سواد رسانه‌ای در فضای مجازی: مقایسهٔ وب‌سایت مدیا اسمارتس کانادا و وب‌سایت سواد رسانه‌ای ایران. *فصلنامهٔ مطالعات رسانه‌های نوین*، ۳(۹)، ۳۱-۷٦.

صفاری‌نیا، مهزاد (۱٤۰۱). حق دسترسی کودکان به فضای مجازی ازمنظر حقوق داخلی و بین‌الملل با تأکید بر نظریهٔ تفسیری شمارهٔ ۲۵ کمیتهٔ حقوق کودک. *مجلهٔ حقوق فناوری نوین*، ۳(۵)، ۱۸۳-۱۹٦.

Doi 10.22133/mtlj.2022.348900.1110

عابدی، حامد؛ و ساعی، محمدحسین (۱٤۰۱). مطالعهٔ تطبیقی اسناد، قوانین و مقررات مرتبط با حضور کودک در فضای مجازی در ایران، اتحادیهٔ اروپا و ایالات متحدهٔ آمریکا. *فصلنامهٔ مطالعات میان‌رشته‌ای ارتباطات و رسانه*، ۵(۱۸)، ۹۱-۱۳٤.

عباسی کلیمانی، عاطفه؛ و اکبری، اسما (۱٤۰۰). رویکردی بر حق تعلم کودک توسط والدین در قوانین داخلی و اسناد بین‌المللی. *دوفصلنامهٔ فقه و حقوق خانواده*، ۲٦(۷٤)، ۲۲۹-۲٤۹.

doi: 10.30497/flj.2018.71216

غنی‌زادهٔ بافقی، مریم؛ و حسین‌زادهٔ سرشکی، اسماء (۱٤۰۲). جستاری بر پدیدهٔ هرزه‌نگاری و اغفال سایبری کودکان درپرتو آموزه‌های فقه و حقوق ایران. *دوفصلنامهٔ فقه و حقوق خانواده*، ۲۸(۷۸)، ۱۹۷-۲۲۸.

Doi: 10.30497/flj.2022.242989.1793

مجلس شورای اسلامی (۱۳۹٦). *قانون برنامهٔ ششم توسعه*.

نصیری، بهاره؛ بخشی، بهاره؛ و هاشمی، سید محمود (۱۳۹۱). اهمیت آموزش سواد رسانه‌ای در قرن بیست‌ویکم. *مجلهٔ مطالعات رسانه‌ای*، ۷(۱۸)، ۱٤۹-۱۵۸.

Dowthwaite, L. et al. (2020). It's Your Private Information. It's Your Life: Young People's Views of Personal Data Use by Online Technologies. *Interaction Design and Children Conference*. https://doi.org/10.1145/3392063.3394410.

Drenten, J. (2018). When Kids Are the Last to Know: Embodied Tensions in Surprising Children with Family Vacations. *Young Consumers*, Vol. 19(2), 199-217.

European Commission (2021). *New EU Strategy to Protect and Empower Children in the Online World*.

Jusoff, K.; and Sahimi, N. N. (2009). Television and Media Literacy in Young Children: Issues and Effects in Early Childhood. *International Education Studies*, Vol. 2(3), 151-157.

Lasswell, H. D. (1948). The Structure and Function of Communication in Society. In: L. Bryson (Ed.). *The Communication of Ideas*. New York: Harper and Row.

Livingstone, S. (2021). *Realizing Children's Rights in Relation to the Digital Environment*. The British Academy.

Livingstone, S.; Carr, J.; and Byrne, J. (2016). One in Three: Internet Governance and Children's Rights. Innocent Discussion Paper No. 2016-01, UNICEF Office of Research, Florence.

Malik, S. (2008). *Media Literacy and It's Importance*. Islamabad: Society for Alternative Media and Research.

Maloney, D.; Freeman, G.; and Robb, A. (2021). Social Virtual Reality: Ethical Considerations and Future Directions for an Emerging Research Space. *Human-Computer Interaction* (cs.HC). https://doi.org/10.48550/arXiv.2104.05030.

Marsh, J. (2011). Young Children's Literacy Practices in a Virtual World: Establishing an Online Interaction Order. *Reading Research Quarterly*, 46(2), 101-118.Misztal, B. A. (2001). Normality and Trust in Goffman's Theory of Interaction Order. *Sociological Theory*, 19(3), 312-324.

Monika, F.; and Wioletta, H. (2017). *Media Literacy of a Child at an Early School Age from the Perspective of Teachers, Parents and Persons Preparing to Become Educators*. Prague: Center of Higher Education Studies.

Moyer, W. M. (2022). Kids as Young as Are Using Social Media More than Ever. https:// www.nytimes.com/2022/03/24/well/family/child-social-media-use.html.

Sahoo, A. (2016). Children's Rights in the Cyberspace. *International Journal of Research and Analysis*, Vol. 4(2), 131-160.

Shukla, M.; Waghmode, M.; and Bhosale, Y. (2024). The Digital Generation: An Analysis of the Seminal Impact of Internet Usage on Children. *Journal of Engineering Education Transformations*, Vol. 37(2), 197-206.

Tornero, J. M. P. (2020). *Media Literacy and New Humanism*. UNESCO Institute for Information Technologies in Education.

UNESCO (1999). Educating for the Media and the Digital Age. *Viena Conference.* Http://www.nordicom.gu.se/ clearinghouse.php?portal=linkdb&main=reconedu.php&

UNICEF (2016). Children's Rights in a Digital World. *UNICEF-ESSAY COLLECTION*. Netherlands: UNICEF the Netherlands.

UNICEF (2019). *Digital Literacy for Children: Exploring Definitions and Frameworks*. Office of Global Insight and Policy.

UZUN, R. (2018). *Protecting Children from Harmful Content in New Media: An Ethical Approaches*. IAMCR, Leicester/UK.

Yanarates, E. (2020). Media Literacy: A Conceptual Analysis. *Social Scientific Centered Issues*, 2(2), 89-102.

Bi-quarterly Scientific Journal of Family Law and Jurisprudence Journal
Vol. 30, No. 82/ Spring & Summer 2025

Research Article

Studying the Requirements of International Human Rights Regarding the Right to Education of Migrant Children

Mahya Saffarinia[1]

DOI:
10.30497/flj.2024.245951.1994

Abstract

Children are among the most vulnerable human groups, that it is necessary to provide specific support in accordance with international human rights standards to ensure their growth and development. Among all children, certain individuals are more susceptible to vulnerability due to specific circumstances. Migrant children and all related subcategories, including displaced children, homeless children, refugees, asylum seekers and stateless children are considered among the most vulnerable groups. International human rights standards have articulated various provisions for safeguarding the rights of these groups in various dimensions of life. This study focuses on the examination of the details of the right to education of these children, elucidating the relevant legal requirements that governments and other stakeholders worldwide must be adhered. In line with this focus, studying the general commitments of countries in the field of the right to education has also been conducted. The outcome of this study emphasizes that no country is without its challenges in this regard and introduces the international legal requirements concerning the right to education of the studied group of children. This analysis can be particularly beneficial for policymakers, governmental executives, and non-governmental organizations in our country, which hosts hundreds of thousands of immigrants. Relevant explanations regarding Iran's legal system have also been presented within the main discourse to further facilitate the realization of this important matter.

Keywords: Right to education, migrant children, International Human Rights standards, United Nations, governments commitments.

1. Assistant Professor Department of Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran.
saffarinia@isu.ac.ir

دوفصلنامهٔ علمی فقه و حقوق خانواده/ *مقالهٔ پژوهشی*/ دورهٔ ۳۰، شمارهٔ ۸۲/ بهار و تابستان ۱۴۰۴/ صص: ۱۲۵-۸۷

نگاهی به الزامات موازین بین‌المللی حقوق‌بشر درزمینهٔ حق بر آموزش کودکان مهاجر

محیا صفاری‌نیا[1]

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۱۲؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۱۹

Doi: 10.30497/flj.2024.245951.1994

چکیده

کودکان ازجمله گروه‌های آسیب‌پذیر انسانی هستند که براساس موازین بین‌المللی حقوق‌بشر لازم است حمایت‌های خاصی برای آن‌ها تدارک دید تا بتوانند به رشد و شکوفایی لازم برسند. در میان کودکان نیز برخی به‌جهت وضعیت‌های ویژه در معرض آسیب‌پذیری بیشتر قرار دارند. کودکان مهاجر و همهٔ طیف‌های تابعهٔ آن اعم‌از کودکان آواره، پناه‌جو، پناهنده، فاقد مکان، بی‌وطن ازجمله گروه‌های آسیب‌پذیرتر محسوب می‌شوند. موازین بین‌المللی حقوق‌بشر برای رعایت حقوق این گروه در ابعاد گوناگون زندگی، احکام متنوعی را بیان داشته است. واکاوی جزئیات حق آموزش این گروه از کودکان و تبیین الزامات حقوقی ذی‌ربط که دولت‌ها و دیگر بازیگران در سراسر جهان باید رعایت کنند، محور اصلی بررسی حاضر است. به‌تبع محور یادشده، مروری بر تعهدات کلی کشورها در حوزهٔ حق بر آموزش نیز انجام پذیرفته است. رهاورد این بررسی، ضمن تأکید بر اینکه هیچ کشوری دراین‌زمینه بدون انواع چالش‌ها نیست، معرفی الزامات حقوقی بین‌المللی درخصوص حق بر آموزش گروه کودکان مورد مطالعه است که می‌تواند برای سیاست‌گذاران و مجریان حاکمیتی و تشکل‌های غیردولتی کشور ما در جایگاه جامعهٔ میزبان صدها هزار مهاجر، مورد بهره‌برداری قرار گیرد؛ خصوصاً که برای امکان بیشتر تحقق این مهم، برخی توضیحات دربارهٔ نظام حقوقی ایران نیز درخلال بحث اصلی آمده است.

کلیدواژه‌ها: تعهدات دولت‌ها، حق بر آموزش، سازمان ملل، کودکان مهاجر، موازین بین‌المللی حقوق‌بشر.

---

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران. saffarinia@isu.ac.ir

مقدمه

در حقوق بین‌الملل بشر حق هر فرد بر آموزش به‌رسمیت شناخته شده است و دولت‌ها متعهد شده‌اند تا امکان بهره‌مندی تمامی کودکان واقع در قلمرو خود را از این حق فراهم آورند. آموزش، فراتر از روند تدریس و یادگیری رسمی در مدارس است و شامل طیف وسیعی از تجربیات زندگی و فرایندهای یادگیری است که افراد بشر را به‌طور فردی و جمعی قادر می‌سازد شخصیت و مهارت و توانایی‌های خود را توسعه دهند و زندگی رضایت‌بخشی داشته باشند. اهمیت مقولهٔ آموزش و برخورداری از حق بر آموزش از آنجا آشکار می‌شود که این حق پیش‌نیازی بر استیفای دیگر حقوق انسانی تلقی می‌شود؛ به‌طوری که اگر فردی در طول حیات خود، آموزش مناسب دریافت نکند، عملاً نمی‌تواند زندگی مطلوب و درخور کرامت انسانی داشته باشد (صفاری‌نیا، ۱۳۹۳، ص ۱۰۷). این در حالی است که بسیاری از کودکان در سراسر جهان از این حق بشری محروم‌اند.

به گزارش کمیساریای عالی امور پناهندگان[۱]، در میانهٔ سال ۲۰۲۳ میلادی ۱۱۰ میلیون انسان در سراسر جهان مجبور به ترک خانه‌های خود شده‌اند که ۴۳/۳ میلیون از این جمعیت، زیر سن ۱۸ سال هستند. در میان این افراد و از حدود ۱۵ میلیون کودک در سن مدرسه، با همهٔ تلاش‌ها هنوز ۵۰ درصد از آنان امکان حضور در مدرسه و فراگیری آموزش را ندارند (UNHCR, 2023, p 6)، ۷۵ درصد از افراد مجبور به ترک خانه در اقصی نقاط دنیا در کشورهای با درآمد متوسط یا پایین به سر می‌برند. مسائل فراروی حقوق مهاجران به‌طور عام و کودکان مهاجر به‌طور خاص فقط شامل کشورهای در حال توسعه نمی‌شود، بلکه در کشورهای توسعه‌یافته نیز می‌توان موارد متعددی از مشکلات و نارسایی‌ها را شناسایی کرد. یکی از

---

۱. کمیساریای عالی ملل متحد برای پناهندگان به‌موجب قطعنامهٔ شمارهٔ (V) ۴۲۸ مصوب سال ۱۹۵۰ مجمع عمومی ملل متحد و پس‌از تدوین اساسنامهٔ این نهاد ایجاد شد. در همین سال مجمع عمومی ملل متحد طی قطعنامهٔ شمارهٔ ۳۲۵ که متن کنوانسیون ۱۹۵۱ حقوق پناهندگان را دربرداشت، قواعد هنجاری بین‌المللی حوزهٔ پناهندگان را نیز تصویب کرد. کمیساریای عالی ملل متحد برای پناهندگان از سال ۱۹۵۱ کار خود را آغاز کرد و تاکنون به‌عنوان مهم‌ترین نهاد تابعهٔ سازمان ملل برای پیگیری مسائل پناهندگان در سراسر جهان فعالیت می‌کند. برای آشنایی بیشتر با این نهاد، نک: نظری تاج‌آبادی، ۱۳۶۹، ص ۶۳.

مهم‌ترین حوزه‌های حقوق مهاجران که دربارهٔ کودکانِ مهاجر نقش حیاتی دارد، حق بر آموزش آنان است. حق بر آموزش یکی از حقوق انسانی است که کودک مهاجر را توانمند می‌سازد و فرصت تصمیم‌گیری و تأثیرگذاری بر آینده و زندگی توأم با کرامت را برای وی رقم می‌زند.

تحقق حق بر آموزش کودکان مهاجر مستلزم رعایت تعهدات و همکاری دولت‌ها، جامعهٔ بین‌المللی و والدین کودکان است. پرسش‌های متعددی دراین‌زمینه قابل طرح است؛ ازجمله اینکه آیا موازین بین‌المللی حقوق‌بشر[1] اجازهٔ رویکرد متفاوت آموزشی را دربارهٔ کودکان مهاجر در مقایسه با شهروندان آن کشور می‌دهد؟ آیا می‌توان مراکز آموزشی کودکان مهاجر را در برخی نقاط کشورِ محل اقامت آن‌ها مستقر کرد و آنان را از ورود به دیگر مراکز آموزشی بازداشت؟ آیا می‌توان کمبود منابع و امکانات کشور میزبان را توجیهی برای محدودیت حق بر آموزش کودکان مهاجر دانست؟ به‌منظور پاسخ‌دهی به پرسش‌های مزبور و برخی موارد جنبی، نوشتار حاضر به بررسی موضوع کلی‌تری نیز می‌پردازد که تبیین آن روشنگر نکات مختلفی است. اینکه در نظام بین‌المللی حقوق‌بشر موازین خاصی برای آموزش کودکان مهاجر در نظر گرفته شده است یا به قواعد عام حق بر آموزش همهٔ کودکان محول شده است و درصورت وجود قواعد خاص، مهم‌ترین مؤلفه‌های آن کدام‌اند، مسئلهٔ اصلی‌ای است که در این نوشتار تجزیه‌وتحلیل می‌شود. این مقاله به روش توصیفی ـ تحلیلی و با بررسی متون و منابع و اسناد دست اول بین‌المللی، جزئیات قواعد ذی‌ربط حقوقی بین‌المللی را معرفی و تشریح می‌کند. در پایان نوشتار، با عطف توجه به کشور خودمان، پیشنهادهایی برای دست‌اندرکاران حوزهٔ سیاست‌گذاری و مدیریت و راهبری آموزشی در حوزهٔ حق بر آموزش کودکان مهاجر مطرح می‌شود.

۱. دامنهٔ نظری برخی عناوین محوری حق بر آموزش کودکان مهاجر

پیش‌از بررسی چهارچوب حقوقی بین‌المللی حمایت از حق بر آموزش کودکان مهاجر، تبیین دامنهٔ نظری برخی عناوین محوری بحث، ضروری به‌نظر می‌رسد.

۱-۱. مهاجر

درحال‌حاضر، هیچ تعریف توافق‌شدهٔ بین‌المللی‌ای درخصوص مفهوم مهاجر وجود ندارد.

---

۱. برای ملاحظهٔ ترجمهٔ فارسی طیف قابل‌توجهی از موازین بین‌المللی حقوق‌بشر، نک: انصاری، ۱۳۹۵.

عدم‌وجود تعریفی توافق‌شده، گردآوری و تجزیه‌وتحلیل داده‌ها را با مشکل مواجه می‌سازد و مهم‌تر اینکه برداشت‌ها و مباحثات عمومی درخصوص موضوع را گاه منحرف می‌کند؛ زیرا به‌جای اینکه بر مفهومی حقیقی از مهاجرت مبتنی باشد، بر تصور افراد از مهاجرت متمرکز است. در تعریف رسمی سازمان ملل، مهاجر بین‌المللی شخصی است که کشور محل اقامت معمول خود را برای حداقل مدت زمانی تغییر دهد. در این تعریف «مهاجر طولانی‌مدت» شخصی است که به مدت حداقل ۱ سال (۱۲ ماه) کشور مقصد به محل اقامت جدید و مؤثر وی تبدیل شود و «مهاجر کوتاه‌مدت» شخصی است که به مدت حداقل سه ماه و کمتر از یک سال به کشور دیگری غیر از محل زندگی معمول خود منتقل شود؛ به استثناء مواردی که انتقال به آن کشور به قصد تفریح، تعطیلات، دیدار دوستان و نزدیکان، تجارت، معالجهٔ پزشکی یا زیارت مذهبی است. در آمار مهاجرت اعلام‌شدهٔ سازمان ملل، هر نوع جابه‌جایی مبتنی‌بر معیار طول مدت و بدون درنظرگرفتن قصد، «مهاجرت» احتساب شده است.

علاوه بر تعریف یادشده، دیگر سازمان‌های بین‌المللی، مانند سازمان بین‌المللی مهاجرت[1]، تعاریف دیگری نیز مطرح کرده‌اند که مبتنی‌بر مدت اقامت فرد نیست. به‌ویژه سازمان بین‌المللی مهاجرت، تعریف کلی و موسّعی را بیان داشته است که تمامی اَشکال مهاجرت را در برمی‌گیرد و پیچیدگی‌های فاقد مکان بودن افراد را که به علل‌وعوامل مختلف روی می‌دهد، برجسته می‌سازد. در این تعریف «مهاجر هر فردی به‌دور از مکان اقامت معمولش است که از یک مرز بین‌المللی یا در داخل یک کشور عبور کرده، یا در حال عبور است، بدون در نظر گرفتن: ۱. وضعیت حقوقی فرد، ۲. داوطلبانه یا غیرداوطلبانه بودن جابه‌جایی، ۳. دلایل جابه‌جایی، و ٤. مدت زمان اقامت» (UNESCO, 2018, p 9).

مهاجرت یا داوطلبانه است، یعنی فرد جابه‌جایی را انتخاب می‌کند تا زندگی خود را بهبود بخشد یا غیرداوطلبانه/اجباری است، بدین معنا که فرد مجبور به ترک مکان اقامت خود به‌دلیل عنصر اجبار می‌شود که شامل تهدید به حیات و زندگی وی ناشی‌از عوامل طبیعی یا برساختهٔ

1. International Organization for Migration (IOM)

بشر است. روش دیگر بررسی مهاجرت، از دریچهٔ وضعیت حقوقی فرد در مکان جدید اقامتش است. این طبقه‌بندی شامل تفکیک بین مهاجران دارای اسناد و مدارک مهاجرتی یا مهاجران فاقد اسناد و مدارک مهاجرتی می‌شود. مهاجران بدون سند، مهاجرانی هستند که به یک کشور وارد می‌شوند یا در آن اقامت می‌کنند، بدون آنکه مدرک قانونی معتبر داشته باشند. این تفکیک به‌نوعی اداری و اجرایی است.

برخی اسناد بین‌المللی از اقسام خاصی از مهاجران تعاریف حقوقی دارند؛ برای مثال در مورد تعریف پناهنده، مادهٔ 1A(2) کنوانسیون وضعیت پناهندگان موسوم به کنوانسیون پناهندگان مصوب ۱۹۵۱ تصریح می‌کند:

> پناهنده فردی است که به‌دلیل ترس بنیادین از آزارواذیت، به‌دلیل نژاد، مذهب، ملیت یا عضویت در یک گروه خاص اجتماعی یا عقیدهٔ سیاسی، خارج از کشور محل تابعیت خود است و قادر نیست خود را در حمایت کشور متبوع قرار دهد یا به‌دلیل چنین ترسی، مایل به این کار نیست.[1]

براساس تعریف کمیساریای عالی امور پناهندگان، «پناه‌جویان» افرادی هستند که در جست‌وجوی حمایت، از امتداد مرزها عبور می‌کنند؛ اما درخواست پناهندگی آن‌ها هنوز درحال

---

۱. در مادهٔ اول آیین‌نامه پناهندگان مصوب ۱۳٤۲/۹/۲۵ در مجموعهٔ مقررات ایران مشابه تعریف کنوانسیون یادشده مقرر شده است: «مقصود از پناهنده فردی است که به علل سیاسی، مذهبی، نژادی یا عضویت در گروه‌های خاص اجتماعی از ترس جان و شکنجهٔ خود و افراد خانواده‌اش که تحت تکفل او می‌باشند، به کشور ایران پناهنده شود». در مادهٔ یک آیین‌نامهٔ اجرایی مادهٔ ۱۸۰ قانون برنامهٔ سوم توسعهٔ جمهوری اسلامی ایران ابلاغی۱۳۷۹/۱۲/۲۲ تعاریفی مطرح شده است که معنای موردنظر ایران از چند واژهٔ کلیدی در بحث حاضر را نشان می‌دهد: الف ـ پناهنده: به شخصی اطلاق می‌شود که به علت ترس موجه از اینکه به دلایل مربوط به نژاد یا مذهب، ملیت یا عضویت در بعضی گروه‌های اجتماعی یا داشتن عقاید سیاسی تحت شکنجه قرار گیرد. در خارج از کشور محل سکونت عادی خود به سر می‌برد و نمی‌تواند یا به‌علت ترس مذکور نمی‌خواهد خود را تحت حمایت آن کشور قرار دهد؛ ب ـ آواره: فردی است که به‌دلیل وقوع جنگ داخلی یا بین‌المللی، بدون تشریفات قانونی، کشور متبوع خود را ترک کند یا وادار به ترک آن شود؛ اما نمی‌تواند برابر کنوانسیون ۱۹۵۱ و پروتکل ۱۹٦۷ ژنو و ملحقات آن بیم موجه از اذیت‌وآزار را به اثبات برساند؛ ج ـ مهاجر: فردی است که متقاضی اقامت در جمهوری اسلامی ایران باشد و درخواست وی پذیرفته شده باشد (به نقل از سایت مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی https://rc.majlis.ir/fa/law/show/121160). سایت اداره کل امور اتباع و مهاجران خارجی وزارت کشور نیز این ضوابط را در بخش قوانین‌ومقررات خود در دسترس قرار داده است.

بررسی است. براساس اصول راهنمای ملل متحد درخصوص «افراد فاقد مکان داخلی» این افراد عبارت‌اند از: اشخاص یا گروه‌هایی از افراد که مجبور شده‌اند خانه‌ها یا مکان‌های معمول اقامت خود را ترک کنند یا از آن بگریزند، به‌ویژه به‌دلیل اجتناب از آثار منازعهٔ نظامی، وضعیت‌های خشونت گسترده، نقض حقوق‌بشر، بلایای طبیعی یا برساختهٔ بشر، و هنوز از مرز شناخته‌شدهٔ یک کشور عبور نکرده‌اند. مورد چهارم از تعاریف اسناد حقوقی دربارهٔ «افراد بی‌ملیت» است. براساس مادهٔ ۱ کنوانسیون *وضعیت افراد بی‌ملیت*، فرد بی‌وطن یا بی‌ملیت فردی است که تابعیت هیچ کشوری را براساس قوانین آن کشور ندارد. مورد پنجم، «کارگران مهاجر» هستند که براساس مادهٔ ۲/۱ از کنوانسیون *حمایت از حقوق کارگران مهاجر و اعضای خانوادهٔ آن‌ها* به فردی اطلاق می‌شود که در یک فعالیت دارای دستمزد در کشوری که تابعیت آن را ندارد، مشغول به کار است یا قرار است مشغول باشد (UNESCO, 2018, p 9-10).

۲-۱. کودک مهاجر

کنوانسیون حقوق کودک،[۱] کودک را هر فرد زیر ۱۸ سال تعریف کرده است.[۲] همان‌گونه که

---

۱. کنوانسیون حقوق کودک یکی از ۱۰ کنوانسیون مهم نظام بین‌المللی حقوق‌بشر است که در سال ۱۹۸۹ در سازمان ملل مطرح، و از سال ۱۹۹۰ لازم‌الاجرا شد و امروزه بنابر اعلام بخش مجموعه معاهدات سازمان ملل (UN Treaty Collection)، همهٔ کشورهای جهان به‌جز آمریکا بدان ملحق شده‌اند و خود را متعهد به اجرای آن اعلام داشته‌اند. جمهوری اسلامی ایران در اسفند سال ۱۳۷۲ برابر تصویب مجلس شورای اسلامی، در زمرهٔ یکی از کشورهای متعهد به سند با رعایت حق‌شرط خود درآمده، و تاکنون چند نوبت گزارش عملکرد ملی خود را به مرجع نظارتی این سند بین‌المللی تقدیم کرده است.

۲. نظام حقوقی ایران مانند اکثریت یا شاید کلیهٔ نظام‌های حقوقی جهان، تعریفی از کودک بیان نکرده است و فقط به بیان حد سنی برای برخورداری از وضعیت جدید شرعی و حقوقی پرداخته است که آن هم در موضوعات مختلف رویهٔ یکسانی ندارد و معیارهای سنی متفاوت پذیرفته شده است. در تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۱۲۱۰ قانون مدنی مقرر شده است که سن بلوغ در پسر ۱۵ سال تمام قمری و در دختر ۹ سال تمام قمری است. مطابق تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۱۲۱۰ رشد اقتصادی طفل پس‌از بلوغ تا سن ۱۸ سالگی نیاز به اثبات در دادگاه دارد که معنایش این است آثار دورهٔ کودکی در امور اقتصادی تا پایان ۱۸ سالگی ادامه دارد؛ بنابراین بلوغ جنسی و بلوغ اقتصادی (رشد) دارای دو حکم متفاوت است. در مادهٔ ۷۹ قانون کار مصوب ۱۳۶۹، پایان کودکی در دختر و پسر به‌صورت یکسان ۱۵ سالگی تعیین شده است. در قوانین انتخاباتی ایران سن دیگری برای پایان کودکی و امکان حضور در رأی‌دهی تعیین شده است. در قوانین استخدامی مراکز دولتی پایان کودکی و امکان استخدام ۱۸ سال تعیین شده است. در قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب سال ۱۳۸۱، هر فرد زیر ۱۸ سال تمام هجری قمری مشمول حمایت‌های قانون مزبور تلقی شده بود. در آخرین قانونگذاری انجام شده در کشورمان با عنوان «قانون حمایت از اطفال و نوجوانان» مصوب ۱۳۹۹

تعریف واحدی از مهاجر در حقوق بین‌الملل مطرح نشده است، از کودک مهاجر[1] نیز تعریف دقیقی موجود نیست. بااین‌حال اَشکال مختلف مهاجرت کودک برشمرده شده است؛ ازجمله همراه با خانواده، بدون همراه، بی‌قاعده، قاچاق‌شده و پناه‌جو. همهٔ این مصادیق موقعیت‌هایی هستند که کودکان ممکن است درمعرض آزارواذیت، غفلت، خشونت یا استثمار قرار گیرند. تعریف زیر در برخی متون مرتبط بیان شده است:

> کودکانی که به دلایل مختلف، داوطلبانه یا غیرداوطلبانه، درون کشورها یا بین کشورها، همراه با والدین و مراقبان اصلی یا بدون آن‌ها جابه‌جا می‌شوند و جابه‌جایی آن‌ها ممکن است آنان را درمعرض استثمار جنسی یا اقتصادی، آزارواذیت، غفلت و خشونت قرار دهد، کودک مهاجر تلقی می‌شوند (Save the Children, 2012, p 4).

کنوانسیون حقوق کودک به‌طور کلی مقررات خاصی دربارهٔ حقوق کودکان مهاجر ندارد؛ اما دارای ضوابط عامی است که شامل گروه‌های مختلفی از کودکان است؛ ازجمله کودکان پناهنده، کودکان مورد قاچاق واقع شده و کودکانی که از محیط خانوادگی خود محروم شده‌اند. افزون‌براین، نظریهٔ تفسیری شمارهٔ ٦ کمیتهٔ حقوق کودک[2] به کودکان بدون همراه و کودکان

تصریح شده است: «طفل هر فردی است که به سن بلوغ شرعی نرسیده باشد و نوجوان هر فردی زیر ۱۸ سال شمسی که به سن بلوغ شرعی رسیده است». شایان ذکر است محروم‌سازی از تحصیل، در این قانون جدید جرم تلقی شده است؛ یعنی همه باید تلاش کنند تا حق مقرر در اصل سی‌ام قانون اساسی درزمینهٔ آموزش تحقق یابد.

1. Migrant Child

۲. کمیتهٔ حقوق کودک مرجع نظارتی بین‌المللی کنوانسیون حقوق کودک است. این مرجع همانند دیگر مراجع نظارتی کنوانسیون‌های بین‌المللی حقوق‌بشر علاوه‌بر انجام وظایف نظارتی و ارزیابی گزارش‌های ادواری کشورها، درقبال مفاهیم مقرر در کنوانسیون موضوع نظارت خود، آراء تفسیری خاص (در قالب ملاحظات نهایی برگزارش کشورها) یا آراء تفسیری عام و قابل‌توجه برای همهٔ کشورها و دیگر بازیگران بین‌المللی مطرح می‌کند. این مرجع تا اگوست ۲۰۲۳ بیست و شش نظر تفسیری عام دربارهٔ مواد مختلف کنوانسیون حقوق کودک عرضه کرده است که محافل علمی در شرح و تفسیر کنوانسیون، اغلب بدان رجوع می‌کنند. نک:

https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx

در ایران نظریات تفسیری کمیتهٔ یادشده تا شماره ۲۳ (۲۰۱۷) به فارسی ترجمه شده، و در قالب کتاب نشر یافته است (نک: محبعلی، سرائی، مهیمنی، ۱۳۹۸).

جداشده[1] خارج از کشور متبوع خود می‌پردازد. در این نظریهٔ تفسیری تصریح شده است که این نظریه درخصوص کودکان بدون همراه و جداشده که خارج از کشور متبوعشان به سر می‌برند، یا اگر فاقد مکان هستند خارج از محل اقامت معمولشان هستند نیز شمولیت دارد و تأکید شده است که این نظریهٔ تفسیری شامل کودکانی نمی‌شود که از مرز بین‌المللی عبور نکرده‌اند. کودکان بدون همراه در این نظریه، کودکانی تعریف شده‌اند که از هر دو والدین یا دیگر اقوام خود جدا شده‌اند و تحت‌مراقبت بزرگسالی که ازحیث قانونی یا عرفی مسئولیت آن‌ها را برعهده دارد، نیستند. کودکان جداشده نیز کودکانی هستند که از هر دو والدین خود یا از مراقبان عرفی یا قانونی اصلی خود و نه لزوماً از دیگر اقوام جدا شده‌اند که البته شامل کودکانی نیز می‌شود که از همراهی سایر اعضای بزرگسال خانواده برخوردارند (CRC/GC/2005/6).

کمیتهٔ حمایت از حقوق همهٔ کارگران مهاجر و اعضای خانوادهٔ آن‌ها و کمیتهٔ حقوق کودک در نظریهٔ تفسیری مشترکی که در سال ۲۰۱۷ درخصوص اصول کلی حقوق کودکان در شرایط مهاجرت بین‌المللی صادر کرده‌اند، تصریح کرده‌اند که در شرایط مهاجرت بین‌المللی، ممکن است کودکان هم به‌عنوان کودک و هم به‌عنوان کودک متأثر از وضعیت مهاجرت، در وضعیت آسیب‌پذیری مضاعف قرار گیرند، درحالی‌که: الف ـ خودشان مهاجر هستند، چه به‌تنهایی و چه با خانواده‌هایشان؛ ب ـ در کشورهای مقصد از والدین مهاجر متولد شده‌اند؛ یا ج ـ در کشور مبدأ خود باقی مانده‌اند، درحالی‌که یک یا هر دو والدین آن‌ها به کشور دیگری مهاجرت کرده‌اند. آسیب‌پذیری ممکن است به‌دلیل منشأ ملی و قومی یا اجتماعی این کودکان افزایش یابد[2] (CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, para 3).

۳-۱. حق بر آموزش

اهمیت حق بر آموزش در منابع مختلف قواعد حقوق بین‌الملل بشر تأکید شده است. در منشور

---

1. Unaccompanied and Separated Children

۲. نظریهٔ تفسیری یاد شده، درواقع نظر شمارهٔ ۲۲ کمیتهٔ حقوق کودک بود که با موضوع اصول کلی حقوق کودک در وضعیت مهاجرت بین‌المللی اعلام شد. دیگر نظر تفسیری مشترک کمیته با نهاد اشاره‌شده که درواقع نظر شمارهٔ ۲۳ کمیتهٔ حقوق کودک بود و در همان سال ۲۰۱۷ مطرح شد، دربارهٔ تعهدات دولت‌ها درزمینهٔ حقوق کودک در وضعیت مهاجرت بین‌المللی در کشورهای مبدأ، ترانزیت، مقصد و بازگشت بود. CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23

ملل متحد، سازمان ملل متعهد شده است تا همکاری‌های فرهنگی آموزشی بین‌المللی درجهت روابط صلح‌آمیز و دوستانهٔ بین‌المللی را ترویج دهد. یکی از سازمان‌های تابعهٔ ملل متحد (یونسکو) هم این مهم را به‌صورت تخصصی پیگیری می‌کند. حق بر آموزش از حقوق مصرح در اعلامیهٔ جهانی حقوق‌بشر (ماده ٢٦) و میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی و فرهنگی اجتماعی (مادهٔ ۱۳) است. در این میثاق حق آموزش هر فرد به رسمیت شناخته شده است و دولت‌های عضو متعهد شده‌اند که آموزش ابتدایی اجباری و رایگان را برای عموم مهیا کنند و آموزش متوسطه به اَشکال مختلف ازطریق تحقق تدریجی برای همه موجود و در دسترس باشد. در کنوانسیون حقوق کودک مواد ۲۸ و ۲۹ نیز به حق آموزش کودکان اختصاص یافته است. در این کنوانسیون تصریح شده است که کشورهای طرف کنوانسیون، حق کودک را درزمینهٔ آموزش‌وپرورش به رسمیت می‌شناسند و برای دستیابی تدریجی به این حق مبتنی‌بر ایجاد فرصت‌های برابر، اقدامات مقتضی را معمول خواهند داشت.[1] تنها پیمان‌نامهٔ بین‌المللی که به‌طور خاص به دامنه و قلمرو مفهومی آموزش پرداخته است، کنوانسیون *منع تبعیض در آموزش مصوب سال ۱۹٦۰ یونسکو* است. براساس بند ۲ مادهٔ ا این کنوانسیون، واژهٔ آموزش شامل تمام انواع آموزش و سطوح آن شامل دسترسی به آموزش، استاندارد و کیفیت آموزش و شرایط عرضهٔ آموزش می‌شود (UNESCO, 1960, Article 1/2). درمجموع، اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای محتوای حق بر آموزش را عبارت دانسته‌اند از: آموزش پایه/ابتدایی بدون هزینه و رایگان، آموزش در مقاطع متوسطه و عالی، دسترسی به نهادهای آموزشی عمومی و برنامه‌های غیرتبعیض‌آمیز، تساوی آموزشی مطابق با اهداف به‌رسمیت شناخته‌شدهٔ بین‌المللی، تضمین انتخاب والدین درخصوص آموزش فرزندانشان بدون مداخلهٔ دولت یا اشخاص ثالث درصورت تطابق با حداقل استانداردهای آموزش (صفاری‌نیا، ۱۳۹۳، ص ۱۰۸).

درخصوص ماهیت تعهدات دولت‌ها درقبال حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی، ازجمله

---

۱. برای ملاحظهٔ آثاری دربارهٔ ماهیت تعهدات دولت‌ها درزمینهٔ حق کودک بر آموزش نک: انصاری، ۱۳۹۳، ص ۱٦۳–۲۰۸؛ نیاورانی، ۱۳۸۹.

حق آموزش، به‌موجب نظریهٔ شمارهٔ ۳ کمیتهٔ حقوق اقتصادی اجتماعی و فرهنگی اولاً تعهداتی دووجهی است؛ یعنی هم تعهد به وسیله و هم تعهد به نتیجه برعهدهٔ دولت‌ها است؛ ثانیاً دولت‌ها تعهد تدریجی به تحقق حقوق مزبور متناسب با استفادهٔ حداکثری از امکانات و منابع موجود را برعهده دارند؛ ثالثاً برخی تعهدات فوری درقبال هر حق نیز محفوظ است که باید بدون هرگونه تأخیر، اجرایی شود (اعلایی، ۱۳۹۵، ص ۷۰-۷۱).

۲. اصول کلی حاکم بر حق بر آموزش کودکان مهاجر

برای تحقق شایستهٔ حق بر آموزش کودکان مهاجر یک‌سری اصول بنیادی باید رعایت شود. بر این اصول بارها در موازین بین‌المللی و در قالب اسناد متعدد تأکید شده است. سه اصل محوری دراین‌زمینه به شرح زیر اشاره می‌شوند:

۲-۱. برابری

اصول برابری و عدم‌تبعیض نه‌تنها از مبانی حقوق بین‌المللی بشر در همهٔ موضوعات به شمار می‌روند (کریون، ۱۳۸۷، ص ۲۱۷)، بلکه در اسناد بین‌المللیِ حق بر آموزش نیز از جایگاه ویژه‌ای برخوردارند و مبنای تحقق این حق انسانی به شمار می‌روند؛ ازجمله مادهٔ ۲/۲ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی، مادهٔ ۲/۱ کنوانسیون حقوق کودک، مادهٔ ۱ کنوانسیون منع تمامی اَشکال تبعیض نژادی و مواد ۱/۱ و ۳ کنوانسیون یونسکو علیه تبعیض در آموزش به این مهم اختصاص یافته‌اند. حق بر آموزش برابر، از اصل کلی برابری حقوقی همهٔ انسان‌ها ناشی می‌شود.[۱] در بسیاری از قوانین اساسی کشورها، افزون‌بر برابری کلی، بر حق آموزش برابر نیز تأکید شده است. دلیل حمایت هدفمند و رسمی از حق آموزش آن است که نابرابری یکی از رایج‌ترین مشکلاتی است که در حوزهٔ آموزش در کشورهای مختلف بروز می‌یابد. کشورهای عضو کنوانسیون حقوق کودک، حق کودک را برای برخورداری از آموزش به رسمیت شناخته‌اند و ایجاد فرصت‌های برابر را مبنای دسترسی تدریجی به این حق دانسته‌اند (CRC, 1989, Article 28). در

---

۱. برای ملاحظهٔ توضیح مفهوم برابری ارزشی و حقوقی در گفتمان معاصر حقوق‌بشر در سطح بین‌المللی که در برخی فرهنگ‌ها هنوز پذیرفته نشده است، نک: راسخ، ۱۳۸۸، ص ۳۸۶-۳۹۳.

کنوانسیون بین‌المللی حمایت از حقوق همهٔ کارگران مهاجر و اعضای خانواده آن‌ها[1] نیز تصریح شده است که کودک یک کارگر مهاجر باید براساس برابری رفتار با اتباع کشور میزبان به آموزش‌وپرورش دسترسی داشته باشد و اعضای خانواده‌های کارگران مهاجر از تساوی رفتار با اتباع کشور میزبان دربارهٔ دسترسی به مؤسسات و خدمات آموزشی برخوردار شوند (CMW, 1990, Articles 30 & 45). سازوکارهای مختلف نظام بین‌المللی حقوق‌بشر ازجمله کمیتهٔ حقوق‌بشر، کمیتهٔ منع تبعیض نژادی، کمیتهٔ حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی و کمیتهٔ حقوق کودک بارها تأکید کرده‌اند که عنصر تابعیت نمی‌تواند عامل تبعیض در برخورداری از حقوق‌بشر ازجمله حق بر آموزش باشد (OHCHR, 25). در نظریهٔ تفسیری مشترک کمیتهٔ حمایت از حقوق کارگران مهاجر و کمیتهٔ حقوق کودک تأکید شده است که تمامی کودکان در شرایط مهاجرت بین‌المللی باید به همهٔ سطوح و ابعاد آموزش براساس برابری با اتباع کشوری که کودکان مهاجر در آن زندگی می‌کنند، دسترسی داشته باشند. این تعهد به معنای آن است که دولت‌ها بدون توجه به وضعیت مهاجرت آن‌ها (با اسناد قانونی یا بدون اسناد) باید دسترسی برابر به آموزش فراگیر و با کیفیت را برای تمامی کودکان مهاجر تضمین کنند (CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, para 59). دربارهٔ کودکان مهاجران نیز قابل ذکر است که به‌موجب مادهٔ ۸ «اعلامیه راجع به حقوق بشر افرادی که تبعه کشوری که در آن زندگی می‌کنند، نیستند» (۱۹۸۵)، تنها مهاجرانی که به‌طور قانونی در یک کشور بودند، می‌توانستند از برخی حقوق، ازجمله حق آموزش برخوردار شوند؛ اما کنوانسیون راجع‌به کارگران مهاجر و خانواده‌های آن‌ها (۱۹۹۰) تصریح کرد که کودکان کارگران مهاجر واجد حق آموزش هستند، حتی اگر والدین آن‌ها به‌طور غیرقانونی در آن کشور حضور داشته باشند (انصاری، ۱۳۹۳، ص ۱۳۳).

اصل برابری رفتار، کشورها را ملزم می‌سازد که هرگونه تبعیض دربارهٔ کودکان مهاجر را از بین ببرند و برای غلبه بر موانع آموزشی، مقررات مناسب و حساس نسبت به جنسیت یا هر عامل دیگری که ممکن است تبعیض مضاعف را دامن زند، اتخاذ کنند و درصورت لزوم،

1. International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families

اقدامات هدفمند انجام دهند. توافقات دولت‌ها در اسناد جدید بین‌المللی درخصوص آموزش، فراتر از برابری در آموزش پیش رفته، و مفهوم جدیدی با عنوان «عدالت» مطرح شده است. هدف چهارم از اهداف توسعهٔ پایدار که سازمان ملل آن را در سال ۲۰۱۵ تصویب کرد، به تضمین آموزش باکیفیت و فراگیر و عادلانه، و پیشبرد فرصت‌های آموزشی مادام‌العمر برای همه اختصاص دارد و خواستار تضمین عدالت و فراگیری جهت تضمین آموزش باکیفیت شده است. در این رویکرد، میان برابری و عدالت تفاوت وجود دارد. برابری به‌معنای رفتار یکسان با همهٔ دانش‌آموزان است و عدالت به معنای آن است که آنچه دانش‌آموزان برای موفقیت نیاز دارند، در اختیار همهٔ آنان قرار گیرد. اطمینان از دسترسی یکسان دانش‌آموزان به آموزش باکیفیت بسیار مهم است؛ اما برخی از دانش‌آموزان ممکن است به‌دلیل شرایط خاص، نیاز به حمایت بیشتری داشته باشند تا اطمینان حاصل شود که قادر به کسب موفقیت هستند. عدالت در آموزش به معنای آن است که تضمین شود شرایط شخصی یا اجتماعی مانند جنسیت، منشأ قومی یا پیشینهٔ اقتصادی مانعی برای دسترسی به آموزش نیست و همهٔ افراد به حداقل سطح پایهٔ مهارت دسترسی پیدا می‌کنند (A/72/496, 2017, para 25). رویکردهای عادلانه باید فراتر از تضمین دسترسی برابر برای همه باشد تا اطمینان حاصل شود که یادگیرندگان با توجه به شرایط فردی خود از پشتیبانی لازم برای کسب موفقیت برخوردارند.

۲-۲. عدم تبعیض

عدم تبعیض، اصلی بنیادین است که تمامی ابعاد آن دربارهٔ کودکان در وضعیت مهاجرت بین‌المللی قابلِ‌اعمال است (CRC/GC, 2005, p 6). این اصل در مواد ۱ و ۷ کنوانسیون *حمایت از حقوق تمامی کارگران مهاجر و اعضای خانواده آن‌ها* و مادهٔ ۲ کنوانسیون *حقوق کودک* موردتوجه قرار گرفته است. کمیتهٔ حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی در نظریهٔ تفسیری شمارهٔ ۲۰ خود درخصوص منع تبعیض در حقوق مصرح در این کنوانسیون خاطرنشان می‌سازد که حق تمامی کودکان بر آموزش باید کاملاً مورد حمایت قرار گیرد و تأکید می‌کند که هرگونه تفاوت در رفتار باید مبتنی‌بر هدف مشروعی باشد که مطابق با ماهیت حقوق مصرح در میثاق

است و تأکید می‌کند که حقوق مصرح در میثاق دربارهٔ تمامی افراد بدون درنظرگرفتن وضعیت حقوقی و اسناد و مدارک آن‌ها قابل‌اعمال است؛ ازجمله غیرتابعان یک کشور مانند پناهندگان، پناه‌جویان، افراد فاقد مکان، کارگران مهاجر و قربانیان قاچاق بین‌المللی (E/C.12/GC/20).

کمیتهٔ حقوق کودک نیز در نظریهٔ تفسیری شمارهٔ ٦ با عنوان «رفتار با کودکان بدون همراه و جداشدهٔ خارج از کشور موطن اصلی آن‌ها» خاطرنشان می‌سازد که بهره‌مندی از حقوق مصرح در کنوانسیون محدود به شهروندان دول عضو نیست، بلکه شامل همه کودکان ازجمله کودکان پناه‌جو، پناهنده و مهاجر بدون درنظرگرفتن ملیت، وضعیت مهاجرتی یا فاقد مکان بودن آنان می‌شود (CRC/GC/2005/6, 2005, para 12). این کمیته در نظریهٔ تفسیری شمارهٔ ۲۲ که به‌طور مشترک با کمیتهٔ حمایت از حقوق تمامی کارگران مهاجر و خانوادهٔ آن‌ها با موضوع «اصول کلی درخصوص حقوق‌بشر کودکان در شرایط مهاجرت بین‌المللی» صادر کرده است، فراتر هم می‌رود و به‌طور خاص بیان می‌دارد که اصل منع تبعیض مصرح در کنوانسیون حقوق کودک دولت‌های عضو را ملزم می‌سازد که حقوق مندرج در کنوانسیون را برای تمامی کودکان رعایت و تضمین کنند؛ اعم‌از مهاجر در وضعیت باقاعده یا بی‌قاعده، پناه‌جو، پناهنده، فاقد مکان یا قربانی قاچاق ازجمله در وضعیت‌های اخراج یا بازگشت به کشور متبوعشان بدون لحاظ ملیت والدین یا قیّم قانونی کودک، وضعیت مهاجرت یا فاقد مکان بودن (CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, para 9). همچنین می‌افزاید، دول عضو باید تضمین کنند که کودکان مهاجر و خانواده‌های آنان در جوامع پذیرنده به‌خوبی جای گرفته‌اند و حقوق‌بشر آنان در دسترسی به خدمات در شرایط برابر با اتباع کشور مزبور به‌طور مؤثر تحقق یافته است. در این نظریه تفسیری مشترک تصریح شده است: «تمامی کودکانی که درگیر یا تحت‌تأثیر مهاجرت بین‌المللی‌اند، استحقاق بهره‌مندی از حقوق را دارا هستند، صرف‌نظر از سن، جنسیت، هویت جنسیتی یا گرایش جنسی، منشأ قومی یا ملی، معلولیت، مذهب، وضعیت اقتصادی، وضعیت مهاجرتی/اسنادی، بی‌تابعیتی، نژاد، رنگ، وضعیت خانوادگی یا تأهل، وضعیت سلامت یا دیگر شرایط اجتماعی، فعالیت‌ها، عقاید ابرازشده یا باورهای کودکان، والدین آن‌ها، سرپرستان قانونی یا اعضای خانواده‌شان. در این نظریهٔ تفسیری

توصیه شده است که کشورهای عضو بر سیاست‌ها و مقررات پیشگیری از اَعمال تبعیض‌آمیز دربارهٔ کودکان مهاجر و پناهندهٔ دارای معلولیت و اجرای سیاست‌ها و برنامه‌های لازم برای تضمین برخورداری کامل کودکان مهاجر و پناهندهٔ دارای معلولیت از حقوق‌بشر و آزادی‌های اساسی به‌طور برابر با کودکانی که تبعهٔ کشورها هستند، تأکید ویژه کنند و به مفاد مندرج در کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت توجه کنند» (CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, para 21). بنا بر نظر کمیتهٔ حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی، اصل آموزش ابتدایی برای همه یکی از مفاد اصلی حق آموزش است (E/C.12, 1999, p 10, para 57). هرگونه رفتار متفاوتی که منجر به انکار یا محدودکردن دیگر جنبه‌های حق آموزش بر این اساس شود، تخلف مقدماتی آن حق محسوب می‌شود؛ مگر اینکه مبتنی‌بر معیارهای عینی و معقول باشد. دراین‌خصوص، وضعیت مهاجرت کودکان، دارای اسناد یا بدون سند، نباید مستمسک دولت‌ها برای توجیه رفتار متفاوت شود. کمیتهٔ منع تبعیض نژادی نیز در توصیهٔ عمومی شمارهٔ ۳۰ با عنوان تبعیض علیه غیرشهروندان از دولت‌های عضو خواسته است «تضمین کنند که مؤسسات آموزش عمومی در اختیار غیرشهروندان و فرزندان مهاجران بدون سند که در قلمرو یک دولت عضو ساکن هستند، قرار می‌گیرد و از مدارس مجزا و معیارهای متفاوت رفتاری با غیرشهروندان به‌دلیل نژاد، رنگ، تبار و منشأ ملی یا قومی در دبستان و دبیرستان و دسترسی به آموزش عالی خودداری می‌شود» (CERD, 2005, paras 30-31).

هدف از منع تبعیض، پرداختن به موانع عملی و قانونی است که مانع از دسترسی برخی از دانش‌آموزان به آموزش می‌شود یا در صورت حضور، موفقیت آن‌ها را مخدوش می‌سازد. برای رفع این موانع در هدف چهارم از اهداف توسعهٔ پایدار[1] مصوب سازمان ملل، کشورها متعهد به اتخاذ رویکردهای عادلانه و فراگیر شده‌اند. هدف از آموزش فراگیر، اطمینان از آن است که همهٔ یادگیرندگان فارغ‌از پیشینهٔ زبانی و فرهنگی، توانایی‌های جسمی و روحی یا دیگر ویژگی‌های فردی در محیطی حمایتی همراه یکدیگر می‌آموزند. آموزش فراگیر و شمول‌گرا

1. Sustainable Development Goals

محیط یادگیری یکسان را برای دانش‌آموزان با پیشینه‌ها و توانایی‌های متنوع، فراهم می‌کند (A/72/496, 2017, para 19).

۳-۲. منافع عالی کودک

منافع عالی کودک[1] یکی از ارزش‌های بنیادین حاکم بر کنوانسیون حقوق کودک به شمار می‌رود و هشت‌بار در متن کنوانسیون مذکور ذکر شده است.[2] در مادهٔ ۳ این کنوانسیون تصریح شده است: «در تمام اقداماتی که مؤسسات رفاه اجتماعی و عمومی یا خصوصی، دادگاه‌ها، مقامات اجرایی، یا ارگان‌های حقوقی دربارهٔ کودکان انجام می‌دهند، منافع کودک از اهّم ملاحظات است». کمیتهٔ حقوق کودک در نظریهٔ تفسیری شمارهٔ ١٤ در تبیین مفهوم منافع عالی کودک تأکید کرده است که منظور از اقدام تنها تصمیم‌گیری نیست، بلکه تمامی فعالیت‌ها، رفتارها، پیشنهادها، خدمات، رویه‌ها و دیگر تدابیر را شامل می‌شود که مستقیم یا غیر مستقیم بر کودکان اثرگذارند و تمامی افراد زیر ۱۸ سال را دربر می‌گیرند. کمیتهٔ حقوق کودک، وضعیت آسیب‌پذیری را ازجمله عواملی دانسته است که باید در برآورد و تعیین منافع عالی کودک بدان توجه کرد و کودکان پناهنده یا پناه‌جو را در وضعیت آسیب‌پذیری لحاظ کرد. کمیته تأکید کرده است که هدف از تعیین منافع عالی کودک یا کودکان در شرایط آسیب‌پذیری، تنها بهره‌مندی کامل از کلیهٔ حقوق پیش‌بینی‌شده در کنوانسیون حقوق کودک نیست، بلکه هنجارهای حقوق‌بشری دربارهٔ شرایط ویژه کودکان را نیز شامل می‌شود، مانند مواردی که در کنوانسیون حقوق افراد دارای معلولیت و کنوانسیون وضعیت پناهندگان تصریح شده است (CRC/C/GC/14, 2013). کمیته در موارد

---

1. The best interests of the child

۲. درزبان فارسی برخی محققان، منافع عالی کودک را با عنوان «مصالح عالی کودک» مطرح کرده‌اند. در مورد مفهوم این اصل نیز آراء متنوعی وجود دارد؛ چراکه خود کنوانسیون حقوق کودک آن را تعریف نکرده است. یکی از محققان دربارهٔ مفهوم این اصل می‌گوید: «معیارهای رعایت مصلحت کودک در وجدان اخلاق جمعی جامعه است که در تعامل و دادوستد بین‌الاذهانی و درنهایت محصول آن در قالب‌های قانونی دستگاه‌های تقنینی کشور در نظام‌های دموکراتیک متجلی شود. درحقیقت قانون در چنان نظام‌هایی حوزهٔ اِعمال قیمومیت جامعه یا به‌عبارت‌دیگر ساحت و حوزهٔ رعایت مصلحت تامهٔ کودکان را نشان می‌دهد. همین قانون به‌عنوان عامل هنجاری کنترل‌کنندهٔ والدین در رعایت مصلحت تامهٔ کودکان نیز ایفای نقش می‌کند». نک: قاری سیدفاطمی، ۱۳۸۸، ص ۳۵۲.

تعارض میان منافع عالی کودک و منافع دیگران تصریح کرده است که حق کودک به اینکه منافع عالی وی از اهم ملاحظات در نظر گرفته شود، بدین مفهوم است که منافع کودک فقط یکی از چند ملاحظهٔ موجود نیست، بلکه دارای اولویت بالایی است؛ بنابراین باید وزن بیشتر به منفعت کودک داده شود. کشورهای عضو سازمان ملل در سال ۲۰۱۶ طی اعلامیهٔ نیویورک راجع‌به پناهندگان و مهاجران[1] که در مجمع عمومی ملل متحد به تصویب رسید، مجدداً بر حمایت از حقوق‌بشر کودکان مهاجر با لحاظ آسیب‌پذیری آن‌ها به‌ویژه کودکان مهاجر بدون همراه و دسترسی به خدمات اولیهٔ بهداشتی و آموزشی و روان‌شناختی تأکید کردند و اطمینان دادند که منافع عالی کودک در همهٔ سیاست‌های مرتبط از اهم ملاحظات است (A/RES/71/1, 2016, para 32). کمیساریای عالی امور پناهندگان نیز از سال ۱۹۹۲ در راهبردی که برای کودکان پناهنده اتخاذ کرده است، منافع عالی کودک را به‌عنوان مهم‌ترین ملاحظات قابلِ‌اعمال در تمامی اقدامات مرتبطبا کودکان به‌عنوان اصل راهنما لحاظ کرده است (E/CN.4/1999/49, 1999).

۳. تعهدات دولت‌ها

دولت‌ها به‌طور کلی در سه حیطهٔ احترام و شناسایی، اجرا و حمایت، موظف به تحقق تعهدات خود درزمینهٔ حق آموزش هستند. تعهد به احترام و شناسایی مستلزم آن است که دول عضو از اقداماتی که مانع از بهره‌مندی از حق بر آموزش می‌شود، ممانعت به عمل آورند و جزئیات حق را در قوانین و مقررات و سیاست‌های خود شناسایی کنند. تعهد به حمایت مستلزم آن است که دول عضو، تدابیری اتخاذ کنند که اشخاص ثالث را از مداخله در بهره‌مندی از حق بر آموزش باز دارند و جلوی هر نقض حق را بگیرند و درصورت نقض، زمینهٔ رسیدگی عادلانه و جبران مؤثر را فراهم سازند، و تعهد به اجرا که شامل فراهم‌آوردن تسهیلات و عرضهٔ حق بر آموزش می‌شود، مستلزم آن است که دولت‌ها اقدامات مثبتی که افراد جامعه را قادر به بهره‌مندی از حق بر آموزش می‌کند، به عمل آورند (UNESCO, 2019, p 145-146). کشورها باید تضمین کنند که با کودکان در شرایط مهاجرت بین‌المللی در درجهٔ اول و مهم‌تر به‌عنوان

1. New York Declaration for Refugees and Migrants

کودک، رفتار مناسب با رعایت منافع عالی آن‌ها صورت می‌گیرد. دولت‌های عضو کنوانسیون‌ها وظیفه دارند مطابق با تعهدات خود و بدون درنظرگرفتن وضعیت مهاجرت و والدین یا قیّم قانونی کودک، به رعایت و حمایت و اجرای حقوق کودکان در شرایط مهاجرت بین‌المللی عمل کنند (CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, para 11).

در نظریهٔ تفسیری مشترک کمیتهٔ حمایت از حقوق مهاجران و کمیتهٔ حقوق کودک، بر تقدّم حقوق کودک در شرایط مهاجرت بین‌المللی و ضرورت گنجاندن مفاد کنوانسیون‌ها در متن چهارچوب‌ها، خط‌مشی‌ها، رویه‌ها و دیگر تدابیر ملی دربارهٔ مهاجرت توسط دولت‌ها تأکید شده است (CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, para 13). کمیته‌های یادشده، کشورهای عضو را ترغیب می‌کنند تا تضمین کنند که مقامات مسئول حقوق کودکان، در سیاست‌ها و رویه‌ها و تصمیماتی که بر حقوق کودکان درزمینهٔ مهاجرت بین‌المللی تأثیرگذارند، دارای نقش اصلی و قدرت تصمیم‌گیری هستند. همچنین باید نیازهای کودکان در شرایط مهاجرت بین‌المللی در هر مرحله از سیاست‌گذاری و اجرا به‌طور منظم ارزیابی و برطرف شود (CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, para 14). برای تحقق حقوق همهٔ کودکان در وضعیت مهاجرت بین‌المللی، عناصر زیر بخشی از سیاست‌ها و شیوه‌هایی است که باید تدوین و اجرا شود: الف ـ سیاست‌های جامع و بین سازمانی میان مسئولان دربارهٔ حمایت از کودکان و مسئولان بهزیستی و دیگر ارگان‌های مهم، ازجمله تأمین اجتماعی، بهداشت، آموزش، دادگستری و مهاجرت؛ ب ـ منابع کافی، ازجمله بودجه، با هدف اطمینان از اجرای مؤثر سیاست‌ها و برنامه‌ها؛ ج ـ آموزش مداوم و دوره‌ای مسئولان درزمینهٔ حمایت از کودک و مهاجرت درخصوص حقوق کودکان، مهاجران و پناهندگان و افراد بی‌تابعیت (CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, para 18).

به‌موجب موازین بین‌المللی حقوق‌بشر، دولت‌ها همچنین تعهد به همکاری بین‌المللی درقبال حق آموزش دارند. این مهم در بند ۳ مادهٔ ۲۸ کنوانسیون حقوق کودک، مواد۲، ۲۳ و بند ٤ مادهٔ ۱۵ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی، مادهٔ ۱۰ اعلامیهٔ جهانی آموزش برای همه، مواد ۱۰ تا ١٤ چهارچوب عمل داکار و سایر اسناد یونسکو و اعلامیه و برنامهٔ عمل

وین ۱۹۹۳ تأکید شده است. طبیعتاً این تعهد در حوزهٔ رعایت حق آموزش کودکان مهاجر به‌طور جدی‌تر باید پیگیری شود؛ چراکه وضعیت آن‌ها به کشورهای مختلف مربوط می‌شود. گزارشگر سازمان ملل درزمینهٔ حق بر آموزش، گزارش‌های سال ۲۰۱۹ و ۲۰۲۱ خود را به مجمع عمومی ملل متحد، به موضوع حق بر آموزش مهاجران اختصاص داده، و با تأکید بر مؤلفه‌های شناخته‌شدهٔ چهارگانهٔ حق بر آموزش، تعهدات دولت‌ها را تحلیل کرده است (A/76/158, 2021, para 36-37).[1] در ادامه، مروری بر مؤلفه‌های چهارگانهٔ حق برآموزش مهاجران صورت می‌گیرد:

۱-۳. موجود بودن آموزش

موجود بودن[2] یکی از اصلی‌ترین مؤلفه‌های حق بر آموزش است و بدین معنا است که آموزش باید به‌گونه‌ای باشد که قابلیت دستیابی داشته باشد و دولت‌ها به‌گونه‌ای که برای همگان مهیا باشد، این امکان را فراهم آورند. دولت‌ها وظیفه دارند اطمینان ایجاد کنند که ازنظر زیرساخت‌ها و اجزای موردنیاز برای یک نظام آموزشی، تدابیر لازم را اتخاذ می‌کنند و آموزش برای همه را عینیت می‌بخشند. موجود بودن آموزش، مستلزم سرمایه‌گذاری قابل‌توجه دولت‌ها است. فراهم‌آوردن زیرساخت‌های لازم ازجمله ساخت و احداث مدارس و مکان‌های آموزشی، پرداخت حقوق و دستمزد معلمان و پرسنل آموزشی، تهیهٔ متون آموزشی و هزینه‌های جانبی ازجمله آب آشامیدنی، تسهیلات بهداشتی، برق و وسایل گرمایش و سرمایش و بسیاری امور مرتبط دیگر، متضمن اختصاص بودجه و منابع فراوان است. سرمایه‌گذاری دولت در حوزهٔ آموزش با همیاری والدین ازطریق پرداخت هزینه‌های مرتبط با کتب آموزشی، رفت‌وآمد، تغذیه، پوشش دانش‌آموز، وسایل نوشتاری و ورزشی تکمیل می‌شود (E/CN.4/1999/49, para 51-52). در اعلامیهٔ پناهندگان و مهاجران مصوب سال ۲۰۱۶، دولت‌ها متعهد شدند که کودکان مهاجر و پناهنده در همان ماه‌های اول ورود به کشور دیگر، آموزش دریافت دارند و

---

۱. گزارشگر ویژهٔ حق بر آموزش برای نخستین‌بار در سال ۱۹۹۸ تأسیس شد. شورای حقوق بشر آخرین‌بار در سال ۲۰۲۳ آن را تحت قطعنامه ۷/۵۳ تمدید کرد.

2. Availability

جهت تسهیل، این امر در اولویت بودجه قرار گیرد. همچنین آموزش با کیفیت ابتدایی و متوسطه به تمامی کودکان پناهنده داده شود و دولت‌ها آموزش اوایل کودکی و آموزش عالی و آموزش فنی حرفه‌ای را برای کودکان مهاجر و پناهنده حمایت و ترویج کنند (A/RES/71/1, 2016, para 32 & 81). آموزش شامل وجود مؤسسات و برنامه‌های آموزشی کارآمد، باید به میزان کافی در اختیار کودکان مهاجر قرار گیرد و دولت‌ها در مدارس عمومی، مکان‌هایی را برای استقبال از مهاجران، اعم‌از بین‌المللی یا داخلی ایجاد کنند. سازمان‌ها یا مراکزی که به آموزش کودکان مهاجر اختصاص دارد، باید مجهز به تسهیلات بهداشتی، آب آشامیدنی سالم، آموزگاران متبحر و مواد آموزشی لازم باشند. افزون‌براین، درصورت ورود گستردهٔ مهاجران و حضور آن‌ها در اردوگاه‌های پناه‌جویان، دولت‌ها با همکاری جامعهٔ بین‌المللی باید مدارس موقت ایجاد کنند (UNESCO, 2018, p 21).

۲-۳. در دسترس بودن آموزش

منظور از مؤلفهٔ در دسترس بودن[1] آموزش، دسترسی آسان و سهل‌الوصول است؛ به‌نحوی که همگان بتوانند بدون تبعیض یا تحمل سختی و مشقت ناشی‌از فاصلهٔ غیرمعقول محل تحصیل تا محل سکونت خود و بدون تحمل فشارهای اقتصادی گوناگون، از آموزش بهره‌مند شوند. تحقق این مؤلفه مستلزم دسترسی فیزیکی، دسترسی اقتصادی و دسترسی بدون تبعیض است.[2] آموزش برای مهاجران نیز باید ازلحاظ فیزیکی و اقتصادی، بدون تبعیض قابل‌دسترس باشد. دولت‌ها باید از اقدامات تبعیض‌آمیز درقبال مهاجران خودداری ورزند و دسترسی آن‌ها به مدارس و دانشگاه‌ها را تسهیل کنند؛ به‌ویژه درصورت فقدان اسناد قانونی (مانند اسناد هویتی و آکادمیک) دولت‌ها باید تضمین کنند که مهاجران ازجمله کودک مهاجر در محیطی امن به‌صورت حضوری با لحاظ فاصلهٔ جغرافیایی معقول یا آموزش از راه دور، دسترسی به آموزش دارد. افزون‌براین مهاجران

---

1. Accessibility

۲. برخی مطالعات جدید بین‌المللی، آخرین آمارهای برآورد رعایت دسترسی‌پذیری آموزشی را برای همگان ازجمله کودکان مهاجر و پناهنده به‌تفکیک سطوح آموزشی مختلف آورده‌اند. نک: Right to Education Handbook, UNESCO, 2019, p 97-109

باید استطاعت مالی آموزش را نیز داشته باشند؛ بنابراین دولت‌ها متعهد به عرضهٔ آموزش ابتدایی رایگان و در روندی تدریجی آموزش متوسطه و عالی رایگان نیز هستند. حتی در برخی موارد، دولت‌ها باید حمل‌ونقل رایگان یا کمک‌های مالی نیز جهت بهره‌مندی از حق بر آموزش در اختیار خانواده‌های کم‌بضاعت مهاجر قرار دهند (UNESCO, 2018).

در عمل، گاهی کودکان پناهنده و مهاجر از دسترسی به مدرسه محروم می‌شوند؛ زیرا حق بر آموزش فقط مختص شهروندان یک کشور تلقی می‌شود؛ حال‌آنکه افزایش ثبت‌نام کودکان مهاجر در مدرسه، یکی از شاخص‌های ارتقاء دسترسی به شمار می‌رود (A/HRC/38/32). در کنوانسیون حمایت از تمامی کارگران مهاجر و خانواده‌های آن‌ها تصریح شده است که دسترسی به مدارس و مؤسسات آموزشی پیش‌دبستانی نباید به‌دلیل وضعیت بدون مدرک درزمینهٔ اقامت یا اشتغال هر یک از والدین یا به‌دلیل بی‌مدرک بودن اقامت کودک در کشور محل اشتغال، محدود یا منع شود. کمیتهٔ حمایت از حقوق کارگران مهاجر در نظریه تفسیری شماره ۲ (۲۰۱۳) اظهار داشت که مطابق ماده ۱۳ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بر این نظر است که کشورهای عضو باید برای همه، ازجمله فرزندان کارگران مهاجر، صرف‌نظر از وضعیت مهاجرت آن‌ها، آموزش ابتدایی رایگان و اجباری داشته باشند. دسترسی به آموزش متوسطه برای فرزندان کارگران مهاجر باید براساس برابری رفتار با اتباع تأمین شود. براین‌اساس، هر زمان که فرزندان تبعه، به آموزش متوسطهٔ رایگان دسترسی داشته باشند، کشورهای عضو باید صرف‌نظر از وضعیت مهاجرتی، دسترسی مساوی کودکان مهاجر را نیز تضمین کنند (CMW/C/GC/2, 2013).

۳-۳. قابل‌قبول بودن آموزش

آموزش ازلحاظ تخصصی و تجربی باید قابل‌قبول[1] باشد؛ یعنی دارای کیفیت مناسب و شایسته و متناسب با نیازهای آموزش‌گیرندگان باشد و دولت‌ها باید به آزادی افراد جهت انتخاب نوع آموزش احترام بگذارند. آموزش برای مهاجران نیز باید پذیرفتنی باشد؛ بدین‌معنا که ازلحاظ

1. Acceptability

شکلی و ماهوی ازجمله برنامهٔ آموزشی و روش‌های تدریس، باید متناسب و با کیفیت مطلوب باشد و ضروری است که دولت‌ها و جامعهٔ بین‌المللی نه‌تنها دسترسی به آموزش را برای مهاجران تضمین کنند، بلکه کیفیت مطلوب آن را نیز لحاظ کنند؛ به‌ویژه در شرایط اضطراری ازقبیل اردوگاه‌های پناه‌جویان. آموزشی که مهاجران دریافت می‌دارند به هر شکلی که باشد، باید از حداقل استانداردهای آموزشی تعیین‌شدهٔ دولت برخوردار باشد. باید آزادی والدین به اینکه بخواهند فرزندانشان مطابق با باورهای مذهبی، معنوی یا فلسفی آنان تحصیل کنند، رعایت شود؛ برای مثال امکان بهره‌مندی از آموزگاران زن برای تدریس سازگار با عقاید فرهنگی و مذهبی جوامع قابل‌توجه است. مدرسه باید دوستدار کودک باشد و شرایط را برای دریافت آموزش مناسب فراهم کند. باید به فرهنگ و زبان و باورهای مهاجران و پناهندگان احترام گذاشته شود (A/HRC/38/32).

٤-۳. قابل انطباق بودن آموزش

فشارهای متضاد جهانی‌سازی و بومی‌سازی، ضرورت انطباق‌پذیری[1] را برجسته می‌سازد. اینکه آموزش بتواند پاسخگوی واقعیت پیش‌روی کودکان در جامعهٔ خود و واقعیت‌های جهان درحال‌تغییر باشد، مسئلهٔ قرن اخیر است. باید میان مواجههٔ کودکان با جامعهٔ محلی و جامعهٔ جهانی و همچنین نیاز آن‌ها به شناخت خود تعادل برقرار شود. کمیتهٔ حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ملل متحد در شرحی بر مادهٔ ۱۳ میثاق دراین‌زمینه تأکید کرده است: «آموزش باید به‌گونه‌ای منعطف باشد که بتواند با نیازهای درحال تحول جوامع و اجتماعات گوناگون تطبیق یابد و نیازهای فراگیران آموزش را در چهارچوب پیوندهای فرهنگی و اجتماع متنوع پاسخ دهد» (CESCR G.C 13, 1999).

آموزش باید سازگار باشد تا بتواند نیازهای منحصر به فرد مهاجران را برآورده سازد. گاهی ضرورت دارد که دولت‌ها و جامعهٔ بین‌المللی برای کودکان مهاجر ساکن در اردوگاه‌ها، با توجه به ملاحظهٔ یادشده، مدارس موقتی ایجاد کنند. حتی ممکن است لازم باشد دولت‌ها کلاس‌هایی

1. Adaptability

به زبان مادری کودکان یا کلاس‌های آموزش زبان کشور میزبان برگزار کنند. افزون‌براین، اتخاذ تدابیری برای منع و جلوگیری از هر نوع تفکیک آموزشی ضروری است تا اطمینان حاصل شود که کودکان مهاجر زبان جدید را به‌عنوان ابزاری برای ادغام و همگرایی مؤثر در جامعهٔ میزبان یاد می‌گیرند. دولت‌ها باید آموزش در اوایل کودکی، حمایت روانی ـ اجتماعی، امکان یادگیری به‌طور رسمی و غیررسمی، آموزش معلمان و کلاس‌های مهارت‌های زندگی را فراهم آورند (CMW and CRC, 2017, para 62-63) و اقدامات مقتضی برای تقویت گفت‌وگوهای فرهنگی بین جوامع مهاجر و میزبان و رفع و جلوگیری از بیگانه‌ستیزی یا هرنوع تبعیض یا عدم‌تحمل کودکان مهاجر را معمول دارند. افزون‌براین، قراردادن آموزش موضوعات متنوع حقوق‌بشر ازجمله منع تبعیض، توسعهٔ مدارا و صلح، رعایت محیط‌زیست، حقوق مهاجران و حقوق کودکان در برنامه‌های درسی نظام آموزشی، به جلوگیری از بیگانه‌ستیزی یا هر نوع نگرش تبعیض‌آمیز که می‌تواند در درازمدت بر مهاجران تأثیر منفی بگذارد، یاری می‌رساند.[۱]

٤. چالش‌های پیش‌رو

به‌رغم اینکه دولت‌ها براساس حقوق بین‌الملل بشر متعهد به تحقق حق بر آموزش کودکان مهاجر هستند، بنابر ارزیابی سازمان‌های بین‌المللی ذی‌ربط، موانع اجرایی و عملی متعددی در سطح ملی کشورها فراروی تحقق این حق به چشم می‌خورد. برخی از این عوامل به شرح زیر هستند:

٤-۱. سیاست‌ها و قوانین تبعیض‌آمیز

گرچه در موازین بین‌المللی حقوق‌بشر همان‌گونه که در مباحث پیشین آمد، تصریح شده است که مهاجران بدون لحاظ وضعیت قانونی یا مهاجرتی آن‌ها[۲] حق دسترسی به آموزش بدون

---

۱. در برخی مطالعات منتشرشده، رویه‌های خوبی را که در این زمینه در عملکرد کشورهای مناطق مختلف دنیا ازحیث توجه به موضوعات متنوع رعایت حقوق انسانی در نظام آموزشی بوده است، گردآوری و معرفی کرده‌اند. نک:

Human Rights Education in the School Systems of Europe, Central Asia and North America: A Compendium of Good Practice, Council of Europe, 2009.

۲. در آیین‌نامهٔ نحوهٔ آموزش اتباع خارجی مصوب سال ۱۳۸۲ هیئت وزیران جمهوری اسلامی ایران ضمن مادهٔ ۱ مقرر شده بود: مدارک معتبر برای ثبت‌نام اتباع خارجی در مدارس آموزش‌وپرورش جهت پناهندگان و آوارگان صرفاً شامل موارد زیر

تبعیض را دارا هستند، برخی از دولت‌هایی که حتی به کنوانسیون‌های بین‌المللی مرتبط پیوسته‌اند، بعضاً از قوانین و سیاست‌گذاری‌هایی برخوردارند که در روند اِعمال این حق موردانتقاد واقع می‌شوند.[1] کودکانی که والدین خارجی دارند، به‌ویژه کودکانی که وضعیت قانونی ندارند، ممکن است با روش‌های ثبت‌نام تبعیض‌آمیز مواجه شوند؛ برای مثال گزارش شده است که در فدراسیون روسیه، ثبت‌نام کودکان مهاجر در پایه‌های ابتدایی معمولاً پس‌از ثبت‌نام کودکان روس صورت می‌گیرد؛ به‌عبارت‌دیگر، فقط درصورت وجود جای خالی امکان ثبت‌نام برای آن‌ها وجود دارد. گزارشگر ویژهٔ شورای حقوق بشر درزمینهٔ حق بر آموزش در گزارش سال ۲۰۲۱ خود مصادیق مهم و مشابه دیگری از کشورهای کرهٔ‌جنوبی، ایتالیا، مجارستان، آلمان، یونان و برخی کشورهای دیگر را برشمرده است (A/76/158, 2021, para 58). برابر برخی مطالعات، در کشورهای متعدد، بعضی از قوانین ملی دربارهٔ غیرشهروندان تبعیض‌آمیز است؛ برای‌مثال حق بر آموزش در مدارس دولتی تنها برای اتباع کشور به رسمیت شناخته شده است و غیرشهروندان از این حق محروم‌اند؛ مانند کشور چین که فقط اتباع چینی از حق بر آموزش در مدارس دولتی برخوردارند. در برخی کشورها حتی میان غیرشهروندان نیز تبعیض اِعمال می‌شود؛ مانند کشور مصر که تنها کودکان سودانی و سوریه‌ای به آموزش در مدارس عمومی دسترسی دارند (UNESCO, 2018, p 34-35). در برخی از کشورها علیه گروه

است: الف ـ کارت هویت اتباع خارجی، ب ـ دفترچهٔ پناهندگی، ج ـ برگهٔ تردد خروجی مدت‌دار، د ـ گذرنامه که دارای پروانهٔ اقامت با اعتبار شش‌ماهه است. آیین‌نامهٔ مزبور پیرو فرمان مقام رهبری در سال ۱۳۹۵ که هیچ کودک مهاجر مقیم ایران از تحصیل محروم نباشد، در مورخ ۹۵/۲/۱ در هیئت وزیران اصلاح شد تا حتی آن‌ها که وضعیت اقامت قانونی ندارند نیز از امکانات آموزشی کشور بهره‌مند شوند و اکنون بنابه اعلام رسانه‌ای آموزش‌وپرورش، بیش‌از ۶۰۰ هزار کودک از این امکان بهره‌مند می‌شوند (آمار به نقل از مسئول کمیتهٔ مدارس اتباع خارجی و بین‌المللی شورای‌عالی آموزش‌وپرورش، خبرگزاری تسنیم، ۲۹ خرداد ۱۴۰۲).

۱. همین امر موجب می‌شود که معمولاً کمیته‌های نظارتی کنوانسیون‌های بین‌المللی حقوق‌بشر پس‌از بررسی گزارش‌های ادواری کشورها تذکراتی را دراین‌زمینه خطاب به دولت مزبور اعلام کنند؛ برای مثال به ملاحظات نهایی ابلاغی کمیتهٔ حقوق کودک یا کمیتهٔ حقوق اقتصادی و اجتماعی دربارهٔ کشور پاکستان یا یونان که جدید ارائه شده است، مراجعه شود:

Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the combined fourth to sixth periodic reports of Greece, 2022, CRC/C/GRC/CO/4-6

خاصی از مهاجران تبعیض اِعمال می‌شود؛ برای مثال در بعضی از کشورهای اروپایی کودکان مهاجری که دارای اَسناد قانونی نیستند، از حق آموزش در مدارس عمومی بهره‌مند نیستند.[۱]

۲-٤. ضرورت ارائهٔ مستندات و مدارک هویتی

همان‌گونه که گزارشگران حق بر آموزش سازمان ملل بارها اظهار داشته‌اند، ضرورت ارائهٔ مدارک ملی ازقبیل شناسنامه[۲] یا مدرک اقامت قانونی هنگام درخواست آموزش پناهندگانی که از کشور خود گریخته‌اند و مهاجران بی‌قاعده، اقدامی تبعیض‌آمیز است.[۳] مدارک درخواستی معمولاً شامل شناسنامه یا دیگر اسناد هویتی، تأییدیهٔ اقامت، اسناد واکسیناسیون و مدارک آموزشی می‌شود. گاهی کشور میزبان گواهی‌های آموزشی و امتحانات سال‌های گذشته را برای تعیین سطح و ثبت‌نام کودک مطالبه می‌کند یا اینکه ممکن است برخی دولت‌ها مدارک و گواهی‌های آموزشی دیگر مناطق را معتبر ندانند. به‌طور مثال در برخی کشورهای حوزهٔ خاورمیانه بسیاری از کودکان مهاجر و پناهنده و پناه‌جو به‌دلیل فقدان مدارک شناسایی امکان بهره‌مندی از آموزش را از دست می‌دهند. در اسپانیا مهاجران، پناهندگان و افراد فاقد مکان غالباً به‌دلیل فقدان پاسپورت معتبر یا مدرک هویتی از دسترسی به تسهیلات آموزشی محروم

---

۱. تاکنون بارها سازمان‌های فعال حقوق‌بشر در سطح جهانی از کشورهای اروپایی به این خاطر انتقاد کرده‌اند. برای نمونه مواضع مکرر سازمان دیده‌بان حقوق‌بشر دراین‌خصوص قابل‌توجه است. یکی از موارد ذی‌ربط به شرح زیر است:

Children Losing Out on education in EU Migration deal, Human Rights Watch, 2018

۲. مدت‌ها این انتقاد به جمهوری اسلامی ایران وارد می‌شد که کودکان ناشی‌از ازدواج زنان ایرانی با اتباع خارجی که فاقد شناسنامه هستند، از حقوق مختلف ازجمله حق آموزش بهره‌مندی مناسبی ندارند. این معضل پس از طی فرایندهای قانونگذاری طولانی درنهایت با تصویب قانون اصلاح قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی و مردان خارجی در مهرماه ۱۳۹۸، ازحیث حقوقی رفع شد که البته روند و کیفیت اجرای قانون، ارزیابی دقیق‌تری از موضوع را در اختیار قرار می‌دهد. بعضی از گزارش‌های غیررسمی، حکایت از توقف اجرای این قانون و تلاش برای نسخ آن ازسوی قوهٔ مقننه می‌کنند.

۳. سازمان ملل مطالعهٔ مفصلی دربارهٔ ابعاد حقوقی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مهاجران در وضعیت بی‌قاعده و بدون مجوز معتبر قانونی انجام داده است که یکی از حقوق بررسی‌شده، حق بر آموزش است و نکتهٔ مزبور در آن بارها تأکید شده است. نک:

The Economic, Social and Cultural Rights of Migrants in An Irregular Situation, Office Of The High Commissioner for Human Rights, 2014, p 80-96.

می‌شوند.[۱] در برخی از کشورها حتی زمانی که در قوانین و سیاست‌گذاری‌های ملی حق بر آموزش مهاجران به‌طور جامع به رسمیت شناخته شده است، مهاجران، پناه‌جویان، پناهندگان و مهاجران فاقد مدرک معتبر، از حقوق خود مطلع نیستند و در عمل، از حق بر آموزش و دسترسی به برنامه‌ها و تسهیلات آموزشی محروم می‌شوند.

۳-٤. هزینه‌های آموزش و چالش‌های عدم‌دسترسی معقول

فقر مانع مهمی در تحصیل کودکان مهاجر و پناهنده به شمار می‌رود. در برخی کشورها به‌دلیل محدودیت ثبت‌نام در مدارس دولتی رایگان، کودکان ناگزیر به ثبت‌نام در مدارس خصوصی می‌شوند که مستلزم پرداخت شهریه است. شهریهٔ مدرسه، هزینه‌های رفت‌وآمد و دیگر هزینه‌های جانبی مانع بزرگی برای ادامهٔ تحصیل کودکان مهاجر است. یونیسف در گزارشی، عدم‌توانایی پرداخت هزینه‌های آموزش و اجبار به کار برای کسب درآمد[۲] را دو دلیل عمدهٔ عدم‌حضور کودکان پناهنده در مدارس به شمار آورده است. عامل سوم نیز هزینه‌های رفت‌وآمد است.[۳] ممکن است مدارس دور از دسترس باشند؛ چون ازلحاظ جغرافیایی در مکانی دور واقع شده یا بُعد مسافت، مخاطره‌آمیز باشد؛ برای مثال کودکان پناهنده که در اردوگاه‌ها به‌سر می‌برند، امکان حضور در مدارس خارج از اردوگاه را ندارند. زنان و دختربچه‌های مهاجر در دسترسی

---

۱. نه‌تنها اسپانیا، بلکه برابر بررسی خود اروپایی‌ها کشورهای دیگری از منطقهٔ مزبور نیز با این‌گونه عملکردهای انتقادی همراه بوده‌اند. نک:

Study on obstacles to effective access of irregular migrants to minimum social rights, Council of Europe Publishing, 2005, p 35-39.

۲. برخی محققان حقوق کودک در ایران نیز اعلام داشته‌اند: موضوع آموزش کودکان پناهنده متاسفانه اغلب تحت‌الشعاع مسایل اساسی پناهندگان قرار می‌گیرد و در نتیجه بر کیفیت زندگی آن‌ها تأثیر می‌گذارد. در اردوگاه‌های آوارگان معمولا به آموزش کودکان اهمیتی داده نمی‌شود و به جهت عدم تسهیلات آموزشی، ناچارند اولین فرصت شغلی را با آغوش باز بپذیرند که همین امر آینده آنان را با خطر مواجه می‌سازد. نک: فیروزی، ۱۳۹۳، ص ۳۳۷.

۳. یونیسف گزارش‌های متعددی دربارهٔ چالش‌های فراروی کودکان مهاجر و پناهنده تهیه و منتشر کرده، و فراخوان‌های اقدامی خطاب به دولت‌ها در این زمینه ارائه کرده است. یکی از گزارش‌های این نهاد که داده‌هایی در این زمینه ارائه کرده، عبارت است از:

Education uprooted: for every migrant, refugee and displaced child, Education, UNICEF, 2017

به آموزش با محدودیت بیشتری مواجه‌اند و در بسیاری از موارد، شرایط ویژهٔ کودک مادران در طراحی برنامه‌های آموزشی نادیده گرفته می‌شود (A/76/158, 2021, para 27). احتمال اینکه دختران پناهنده مقطع دبستان را به اتمام برسانند یا به مقطع متوسطه ورود کنند، کمتر از پسران است. در برابر هر ۱۰ پسر پناهنده در مقطع دبستان کمتر از ۸ دختر و در مقطع متوسطه کمتر از ۷ دختر در برابر ۱۰ پسر تحصیل می‌کنند. غالباً دختران مسئولیت نگهداری دیگر فرزندان یا کار خانه را برعهده دارند و بعضاً به‌دلیل حفظ امنیتشان یا مقابله با فقر وادار به ازدواج می‌شوند (A/73/262).

٤-٤. فقدان آموزگاران باتجربه و متبحر

وجود آموزگاران متبحر و آموزش‌دیده برای افزایش یادگیری دانش‌آموزان و مواجهه با چالش‌های آموزشی پناهندگان بسیار مهم است. در بسیاری از کشورها تعداد آموزگاران متناسب با نیاز آموزشی نیست، معلمان تازه‌استخدام‌شده و کم‌تجربه هستند و آمادگی تدریس در شرایط دشوار را ندارند. کمبود آموزگار متبحر مانع مهمی فراروی دسترسی به آموزش باکیفیت برای کودکان مهاجر و پناهنده و پناه‌جو است.[1] در بسیاری از کشورها، مدارس اختصاص‌یافته به دانش‌آموزان مهاجر و پناهنده بعضاً جزء محروم‌ترین مدارس ازحیث بودجه و آموزگاران باتجربه است و آموزگاران این مدارس فاقد توانمندی‌های روان‌شناختی و آموزشی و عملی لازم برای مواجهه با مسائل ناشی‌از آموزش گروه‌های تعلیم‌گیرندهٔ چندزبانی، چندفرهنگی و چندنژادی هستند (UNESCO, 2018). توانایی آموزگارانی که در اردوگاه‌ها جهت تدریس آموزش می‌بینند یا کسب تجربه می‌کنند نیز پس از بازگشت به کشور خود مورد بی‌توجهی قرار می‌گیرد (A/73/262). مکان‌های فیزیکی محدود و کمبود آموزگار موجب شده است که در برخی از کشورها از مدارس دوشیفته و آموزش‌های رادیویی و مجازی استفاده شود. البته بهره‌مندی از ابزارهای فنّاوری نو برای آموزش، امر مطلوبی است که به شرط فراهم‌شدن

---

۱. دولت‌ها موظف‌اند برنامهٔ خاصی برای آموزش کودکان محروم از آموزش رسمی، نظیر آوارگان و پناهندگان تدوین و اجرایی کنند (Tomasevski, Katarina, manual on Rights-based education, UNESCO, 2004, p.8).

زیرساخت‌های لازم و توانایی مناسب آموزش‌دهنده و آموزش‌گیرنده جهت بهره‌برداری مناسب از این ظرفیت‌ها می‌تواند مفید و اثرگذار باشد.[۱] تعیین سطح آموزشی در ابتدا و ارزیابی آموزشی پس از ارائهٔ آموزش و پویاییِ اعمال اصلاحات مستمر برای رسیدن به هدف‌گذاری‌های مناسب، مقولهٔ مهمی است که باید در تدابیرآموزشی ذی‌ربط لحاظ شود که متأسفانه در برخی کشورها رعایت نمی‌شود.

۵-٤. برنامهٔ درسی

به گفتهٔ کمیساریای عالی امور پناهندگان، انتخاب یک برنامهٔ درسی مناسب برای دانش‌آموزان پناهنده موضوعی بحث‌برانگیز و دشوار است. نکتهٔ مهمی که دارای پیامدهای مفصلی هم ازحیث بودجه و هم ازحیث برنامه‌ریزی است، این است که کودکان پناهنده باید مطالب آموزشی موطن اصلی خود یا کشور میزبان را بیاموزند. انتخاب برنامهٔ درسی می‌تواند برای دولت میزبان و کشور مبدأ پناهنده، موضوعی کاملاً سیاسی و احساسی تلقی شود که دربارهٔ هویت و فرهنگ و ارتباط با کشور مبدأ حساسیت‌هایی ایجاد کند. تصمیم‌گیری دراین‌خصوص ازآنجایی‌که امتحان و دریافت گواهی پایان دوره را نیز شامل می‌شود، هم برای کودکان پناهنده و هم برای ارائه‌دهندگان آموزش پیامدهایی را به همراه دارد. در کشورهای مختلف برای انتخاب برنامهٔ درسی در شرایط پناهندگی معمولاً از دو الگو پیروی می‌کنند: الف ـ مدل سنتی موازی که در آن پناهندگان در مدارس کمیساریای عالی امور پناهندگان یا مدارس جامعهٔ پناهندگان درس می‌خوانند و برنامهٔ درسی کشور مبدأ خود را دریافت می‌کنند؛ ب ـ مدل جدید که پناهندگان در مدارس ملی کشور میزبان ادغام می‌شوند و برنامهٔ ملی آموزش کشور میزبان را دریافت می‌کنند. درحال‌حاضر کمیساریای عالی امور پناهندگان از الگوی دوم حمایت می‌کند و منافع پایدار، امنیت دسترسی و عرضهٔ خدمات سیستم ملی را دارای ارجحیت می‌داند؛ ازجمله دسترسی به امتحانات و گواهی‌نامه‌های پایان دوره، مطالب آموزشی، تضمین کیفیت آموزش و

---

۱. سازمان ملل مطالعات متعددی در این حوزه انجام داده، و نتایج آن را به‌عنوان مصوبات اجلاس‌ها یا اسناد راهنما در اختیار کشورها قرار داده است (برای نمونه نک: Anderson, 2010; Guidelines on the development of open educational resources policies, UNESCO, 2019).

خدمات آموزشی مرتبط.[۱] البته کشورهای میزبان مهاجران که به همگرایی کودکان مهاجر با موطن اصلیشان توجه دارند، در چهارچوب تعهد مربوط به انعطاف‌پذیری آموزش و کیفیت قابل‌قبول، تدابیری را اتخاذ می‌کنند که ارتباط دانش‌آموزان مهاجر با فرهنگ و سنت‌هایشان حفظ شود.[۲]

برای کمک به کودکان پناهنده جهت تسهیل جبران سال‌های تحصیلی که از دست داده‌اند، مدل‌های آموزشی انعطاف‌پذیر پیشنهاد شده است؛ مدل‌هایی همچون آموزش پرشتاب که شامل یک برنامهٔ درسی فشرده است که طی آن دانش‌آموزان می‌توانند تنها نیمی از سال‌های مقرر در برنامهٔ معمول آموزشی را بگذرانند؛ درحالی‌که برنامهٔ درسی آن‌ها کامل محسوب می‌شود. در این مدل دانش‌آموزان با گذراندن امتحانات معتبر این امکان را می‌یابند که به سطح بعدی انتقال یابند و در کلاس‌های متناسب سن خویش شرکت کنند یا آموزش‌های فنی و حرفه‌ای را دنبال کنند. مدل پل‌زدن به دانش‌آموزان کمک می‌کند تا مطالبی را که از دست داده‌اند، به‌صورت فوق‌العاده یاد بگیرند یا دانش و مهارت‌هایی را در اختیارشان قرار می‌دهد که برای انطباق با سیستم جدید ضروری است. اجرای چنین شیوه‌هایی حاکی از خواست کشورِ میزبان به تضمین دسترسی بهتر به آموزش باکیفیت برای مهاجران و پناهندگان تلقی می‌شود.[۳]

---

۱. علاوه بر نکات یادشده، کمیساریای عالی امور پناهندگان تا سال ۲۰۳۰ راهبردهای خود را مکتوب کرده است که خروجی آن باید هدایت آموزش‌گیرندگان به‌سوی آیندهٔ توسعه یافته و پایدار باشد (نک: Refugee education 2030, A Strategy for refugee inclusion, UNHCR, 2019).

۲. احترام به باورهای این کودکان و خانواده‌های آنان، همچنین عدم‌تلاش برای محو سنت‌های فرهنگی و قومی کودکان مهاجر تحت آموزش، ازجمله مواردی است که همواره بر رعایت آن در کشور میزبان تأکید می‌شود؛ اگرچه روند کلی آموزش‌ها باید به توسعه و رشد شخصیت آموزش‌پذیر و ارتباط و همگرایی مناسب او با محیط جدید منجر شود (برای ملاحظهٔ ارزیابی کشورهای اروپایی از عملکرد خود، نک: Refugee Education: Integration Models and Practices in OECD Countries, Organization for Economic Co-operation and Development, 2019).

۳. برخی مطالعات علمی، اثر سیاست‌های متفاوت کشورها را بر کودکان مهاجر دراین‌زمینه بررسی و گزارش کرده‌اند (برای‌نمونه نک: Maurice Crul and others, How the Different Policies and School Systems affect

در شرایط بحران‌های بشردوستانه[1] که منجر به وضعیت پناهندگی کودکان در کشورهای مجاور می‌شود، بازگشت کودکان مهاجر به موطن اصلی‌شان باید در نظر گرفته شود و در متون و برنامه‌های آموزشی آنان مطالب خاصی دراین‌خصوص درج شود (A/HRC/38/32). زبان آموزش و تدریس نیز گاهی مانع بزرگی برای الحاق دانش‌آموزان مهاجر در نظام آموزشی است. تسلط بر زبان ملی یا محلی برای ادغام کودکان مهاجر و پناهنده در نظام آموزش رسمی ضروری است. کودکان در مقطع دبستان ممکن است با زبان کشور میزبان آشنا نباشند. در برخی از کشورها کودک پناهنده باید وارد مقطع و سطح مناسب گروه سنی‌اش شود، بدون اینکه مهارت زبانی لازم را کسب کرده باشد. چندزبانه بودن مدرسه، خود هزینه‌های جانبی متعددی را ایجاد می‌کند (E/CN.4/1999/49). تفاوت زبان خانه و مدرسه نیز ممکن است بر پیشرفت آموزشی تأثیرگذار باشد. باید توجه داشت که در عین حفظ زبان مادری، زبان کشور میزبان نیز آموزش داده شود.

یافته‌های پژوهش

برابر بررسی انجام‌شده، به‌خوبی می‌توان ملاحظه کرد که امروزه در موازین بین‌المللی حقوق‌بشر قواعد دقیقی در حوزهٔ حقوق کودکان به‌طور عام و حقوق کودکان آسیب‌پذیرتر مانند کودکان مهاجر، آواره، پناه‌جو و بی‌وطن، به‌طور خاص وجود دارد و سازوکارهای بین‌المللی نظارت بر رعایت موازین بین‌المللی حقوق‌بشر اعم‌از سازمان‌های بین‌الدولی یا غیردولتی بین‌المللی نیز به‌صورت مستمر وضعیت کشورها و عملکرد آنان را رصد می‌کنند و میزان رعایت یا عدم‌رعایت قواعد حقوقی ذی‌ربط را در سراسر جهان اعلام می‌دارند. همین روندهای جهانی موجب شده است که در داخل کشورها نیز حساسیت‌ها برای مطالبهٔ رعایت حقوق مزبور

---

the Inclusion of Syrian Refugees children in Sweden. Germany, Greece, Lebanon and Turkey, Comparative Studies, 7, 2019, No 10 (Open Access).

۱. موضوع ابعاد حمایت از حق آموزش در شرایط بحران‌های بشردوستانه علاوه‌بر نظام بین‌المللی حقوق‌بشر در نظام بین‌الملل حقوق‌بشردوستانه هم مطرح، و قواعد مشخصی در این زمینه ارائه شده است که جداگانه برابر موازین حقوقی مزبور نیز قابل‌بررسی است.

گسترش پیدا کند و خود دولت‌ها پیشقدم شوند تا تعهدات بین‌المللی خود را در نظام حقوق داخلی وارد سازند و به‌درستی اجرایی کنند. همچنین نهادهای مدنی و فعالان اجتماعی نیز جهت اجرای موازین حقوقی اشاره‌شده، انواع فعالیت‌ها و تلاش‌ها را به عمل می‌آورند. یکی از حق‌های موردتأکید برای عموم کودکان به‌ویژه کودکان آسیب‌پذیرتر یا درمعرض خطرهای بیشتر، حق بر آموزش و رشد فکری و فرهنگی و تربیتی است. تعهدات مربوط به رعایت این حق در نظام بین‌المللی حقوق‌بشر امروزه در پرتو پروتکل میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی (لازم‌الاجرا در ۲۰۱۳)[1] و رویه‌های قضایی گوناگون، قابلیت دادخواهی ازسوی ذی‌نفعان را نیز پیدا کرده است. با لحاظ نکات یادشده، می‌توان برخی از نتایج به دست آمدهٔ مطالعهٔ حاضر را به‌شرح زیر یادآور شد:

۱. با توجه به تعاریف خاصی که در موازین بین‌المللی حقوق‌بشر دربارهٔ کودک مهاجر، پناه‌جو، پناهنده و فاقد ملیت بیان شده است، ضروری است که دولت‌ها در هرگونه سیاست‌گذاری و برنامهٔ اجرایی و حمایتی داخلی دربارهٔ کودکان آسیب‌پذیر یادشده به دامنهٔ نظری و مفهومی هر مورد توجه کنند تا از هرگونه تعارض احتمالی تدابیر ملی با تعهدات بین‌المللی خود پیشاپیش جلوگیری کنند. همچنین لازم است منابع قاعده‌گذاری‌های بین‌المللی ذی‌ربط را که در مقایسه با مقررات داخلی هر کشور، در حکم مقررات بین‌المللی محسوب می‌شوند، با دقت بشناسند و بدانند که کدام منابع، کنوانسیون‌های لازم‌الاجرا هستند که احکام حقوقی الزامی را منعکس می‌کنند و هر دولتی که بدان‌ها ملحق شده باشد، باید دقیقاً به تعهدات مندرج در آن‌ها عمل کند (مانند کنوانسیون حقوق کودک، کنوانسیون منع تبعیض در آموزش، کنوانسیون وضعیت پناهندگی و پروتکل الحاقی آن، کنوانسیون حمایت از حقوق کارگران مهاجر و خانواده‌های آنان، کنوانسیون حمایت از افراد دارای معلولیت، کنوانسیون منع تبعیض نژادی، میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی اجتماعی و فرهنگی یا میثاق

---

۱. برای ملاحظه متن پروتکل و وضعیت الحاق دولت‌ها بدان نک:

ttps://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-international-covenant-economic-social-and.

بین‌المللی حقوق سیاسی و مدنی[۱]) و کدام منابع اسناد نرم حقوقی یا اسناد توصیه‌ای حقوقی بین‌المللی محسوب می‌شوند (مانند قطعنامه‌های مجامع بین‌المللی مختلف با اسناد پایانی کنفرانس‌های بین‌المللی یا تفاسیر و شرح و تفسیرهای مفاد کنوانسیون‌های بین‌المللی). شناخت‌های علمی ذی‌ربط علاوه‌بر اینکه از تعارضات بین عملکردهای ملی و تعهدات بین‌المللی کشورها جلوگیری می‌کند، این امکان را نیز فراهم می‌سازد تا کشورها تلاش‌های ملی خود را با ادبیات مشترک حقوقی بین‌المللی ذی‌ربط تدوین و به جهانیان معرفی کنند و بدین‌وسیله دیگران ضمن اطلاع از فعالیت‌های خوب یک جامعه، از تجربیات مثبت ذی‌ربط بهره‌برداری به عمل آورند یا به تعهدات خود درجهت توسعهٔ همکاری‌های بین‌المللی عمل کنند.

۲. برابر موازین بین‌المللی حقوق‌بشر کشورهای مختلف درقبال حق بر آموزش کودکان مهاجر و پناه‌جو و فاقدملیت و آواره باید اصول برابری و منع تبعیض و منافع عالی کودکان ذی‌ربط را رعایت کنند و در جزئیات چگونگی اجرای تعهدات خود برای تحقق حق بر آموزش همهٔ کودکان ازجمله موجودبودن آموزش، دسترسی مناسب به آموزش، قابل‌قبول بودن آموزش و پویا و انطباق‌پذیر بودن آموزش، تدابیر خاصی متناسب با وضعیت کودکان گروه مورد بررسی اتخاذ کنند. تدابیر مزبور باید به‌گونه‌ای باشد که از جداسازی این کودکان و انزوای آنان از جامعه‌ای که اکنون میزبان آن‌ها است، جلوگیری کند و زمینه‌ای فراهم آورد تا آنان بتوانند با جامعه و مردم پیرامون خویش همگرایی لازم را پیدا کنند و ضمن حفظ ریشه‌های هویتی خود پیوندهای لازم را با دیگران پیدا کنند.

۳. در روند رعایت الزامات حق بر آموزش کودکان مهاجر، پناه‌جو، پناهنده و فاقدملیت باید توجه شود که ممکن است میان آن‌ها برخی کودکان آسیب‌پذیرتر باشند که همین امر لزوم اتخاذ تدابیر حمایتی ویژهٔ آن‌ها را اولویت می‌بخشد؛ مانند کودکان مهاجر دارای

---

۱. جمهوری اسلامی ایران به همهٔ کنوانسیون‌های یادشده به‌جز «کنوانسیون حقوق کارگران مهاجر وخانواده‌های آنان» ملحق شده است و با توجه به مادهٔ ۹ قانون مدنی ایران مفاد همهٔ این عهود بین‌المللی در حکم قانون داخلی محسوب می‌شوند که طبیعتاً در مراجع قانونی مختلف ازجمله محاکم قضایی ایران نیز قابل‌استناد هستند.

معلولیت یا متعلق به خانواده‌های فقیر یا دورافتاده از والدین یا دختربچه‌ها یا کودکانی که زبان کشور محل اقامت کنونی را نمی‌دانند و نیاز به زبان‌آموزی اولیه دارند.

٤. طیف مسائلی که فراروی حق بر آموزش کودکان بررسی می‌شود، در اقصی‌نقاط جهان متفاوت است. همچنین تجربیات مثبت جاری در کشورهای مختلف نیز گوناگون است. آنچه از مجموع نقاط ضعف و قوت موجود در سطح جهانی می‌توان استنباط کرد این است که کمتر کشوری می‌تواند ادعا کند که توانسته است همهٔ الزامات حقوقی بین‌المللی ذی‌ربط را رعایت کند. امروزه شاهد هستیم که حتی توسعه‌یافته‌ترین کشورها نیز با مسائلی جدی دراین‌زمینه مواجه هستند. این واقعیت ایجاب می‌کند که همکاری بین‌المللی برای ارتقای وضعیت کودکان مهاجر و پناه‌جو و فاقد مکان جدی‌تر گرفته شود. چگونه می‌توان از کشورهایی که با مشکلات اقتصادی مختلف مواجه هستند و نمی‌توانند حتی دربارهٔ شهروندان خود آموزش مناسب را تدارک ببینند، انتظار داشت که برای مهمانان غیرتبعه نیز به حداکثر الزامات حقوقی بین‌المللی عمل کنند. دراین‌زمینه کشورهای توسعه‌یافته‌تر باید به تعهدات انسانی خود در قالب همکاری‌های بین‌المللی عمل کرده و با اختصاص منابع لازم، همیاری مناسبی داشته باشند. همچنین کشورهایی که درگیر ناامنی و عدم ثبات هستند، طبیعتاً نمی‌توانند به الزامات حقوقی دربارهٔ همهٔ کودکان مقیم کشور خود عمل کنند و منشأ مهاجرت‌ها و آوارگی‌های گسترده می‌شوند. دراین‌زمینه نیز وظیفهٔ جامعه بین‌المللی است که کمک کند تا سریع‌تر زمینهٔ منازعات و بی‌ثباتی‌ها در کشورهای مزبور رفع شود؛ برای مثال وقتی جامعهٔ بین‌المللی درزمینهٔ انواع بحران‌ها در فلسطین، سوریه، افغانستان، لیبی، یمن، اوکراین و کشورهای مشابه دیگر، اقدام مسئولانهٔ لازم را معمول ندارد، طبیعتاً حقوق همهٔ کودکان در کشورهای مزبور نقض می‌شود و هزاران کودک با تحمل سختی‌های بسیار روانهٔ دیگر مناطق مجاور یا دوردست می‌شوند. آمارهای اعلامی سازمان ملل در ۲۰ ژوئن ۲۰۲۳ روز جهانی آوارگان و پناهندگان، زنگ هشدار مهمی برای

جامعهٔ بشری است[1] که اگر با همکاری‌های بین‌المللی راهکاری برای آن اتخاذ نشود و منشأ آوارگی‌ها و پناه‌جویی‌ها رفع نشود، شاهد افزایش مشکلات خواهیم بود. جامعهٔ بین‌المللی باید تلاش کند تا با رفع منازعات و بی‌ثباتی‌ها، زمینهٔ بازگشت آوارگان به کشورهایشان فراهم شود و مردم هر کشوری با مشارکت ملی زمینهٔ توسعهٔ جامعهٔ خود را درزمینهٔ آموزش‌وپرورش و دیگر مسائل فراهم سازند.

۵. با توجه به اینکه بعضاً در کشورهای مختلف جریان‌های ملی‌گرا یا راست‌گرای افراطی رویکردهای منفی به مهاجران را دامن می‌زنند و این روندها ممکن است زمینهٔ نقض حقوق کودکان مهاجر را نیز شامل شود، دولت‌ها موظف‌اند اولاً درزمینهٔ مدیریت گرایش‌های افراطی مزبور اقدامات فرهنگی لازم را معمول دارند، ثانیاً همواره به‌نحو شایسته جنبه‌های حقوقی و انسانی عملکرد خود را دربارهٔ مهاجران به‌ویژه کودکان مهاجر توضیح و اطلاع‌رسانی کنند تا افکار عمومی همراهی لازم را برای تقویت فعالیت‌های انسانی به عمل آورد و در این مسیر مشارکت‌های مردمی مناسبی صورت گیرد. امروزه تجربهٔ فعالیت ده‌ها سازمان غیردولتی[2] برای حمایت از آموزش کودکان مهاجر، مشارکت داوطلبانه آموزگاران علاقه‌مند به آموزش کودکان مزبور، اهدای زیرساخت‌های موردنیاز برای تقویت آموزش این گروه از کودکان، مشارکت داوطلبانهٔ نیروهای فرهنگی و هنری و ادبی مختلف برای عرضهٔ برنامه‌های آموزشی جهت ارتقای روحیه و شادابی کودکان مهاجر ازجمله تجربیات موفق مشارکت مردمی است که در کشورهای مختلف ازجمله ایران مشاهده می‌شود.

---

۱. برابر اعلام سازمان ملل، آخرین آمارهای گردآوری شده نشان می‌دهد که قریب به ۱۱۰ میلیون نفر در سراسر جهان آواره یا پناه‌جو یا فاقد مکان هستند واز خانه و کاشانه خود بدور افتاده‌اند. جمعیت گسترده‌ای از این تعداد افراد را کودکان تشکیل می‌دهند. داده‌های سازمان ملل در منابع زیر اعلام شده است:

UNHCR, MID-YEAR TRENDS,2023 / –https://www.unicef.org/press-releases

https://www.unrefugees.org/news/five-takeaways-from-unhcrs-2023-education-report/

۲. برای ملاحظه نمونه‌ای از فعالیت شبکه غیردولتی جهانی که ۳۲ میلیون معلم از ۱۷۸ کشور را نمایندگی می‌کند، تجربه نهاد آموزش بین‌الملل را ببینید: https://www.ei-ie.org/en

٦. جمهوری اسلامی ایران ازیک‌سو به اکثر موازین بین‌المللی مختلف موردبحث در این مطالعه ملحق شده است؛ ازسوی‌دیگر، در روند عملکردی خود میلیون‌ها کودک مهاجر را طی ٤ دههٔ گذشته میزبانی کرده[1] و در روند عرضهٔ خدمات به آن‌ها در شرایطی که خود درگیر مسائل متنوع ازجمله جنگ تحمیلی یا فرایند سازندگی پس از جنگ و بحران‌های اقتصادی مختلف و تحمل تحریم‌های ظالمانه برخلاف حقوق بین‌الملل بوده است، تلاش کرده است تا با نگرشی دینی و انسانی مقررات و سیاست‌گذاری‌ها و برنامه‌های اجرایی خود را در حوزهٔ آموزش کودکان مهاجر ارتقا ببخشد؛ اما همچنان نمی‌توان ادعا کرد که با مسائل متنوع روبه‌رو نیست[2]. همین واقعیت ایجاب می‌کند که تلاش‌های مختلف حاکمیتی و غیردولتی برای بهبود وضعیت و تعامل مؤثر برای تبادل تجربیات موفق متقابل با دیگر کشورها و سازمان‌های بین‌المللی ذی‌ربط صورت گیرد. قانونگذاری صورت‌گرفته در ایران در سال ۱۳۹۹ با عنوان «قانون حمایت از حقوق اطفال و نوجوانان» بسیار قابل‌توجه است؛ چراکه بدون تفاوت‌گذاری بین کودک تبعهٔ ایران و دیگر کودکان مقیم کشور هرگونه

---

۱. برابر برآورد سازمان بین‌المللی مهاجرت، در سال ۱٤۰۲ شمسی حدود ٤ میلیون و پانصدهزار افغانی در ایران بهسر برده‌اند. این در حالی است که برابر آمار نهادهای رسمی ایران این عدد به بیش از ۵ میلیون می‌رسد و کودکان، تعداد قابل‌توجهی را دربر می‌گیرند که البته آمار دقیق تعداد افراد رسیده به سن تحصیل به‌راحتی قابل دستیابی نیست.

۲. مسئول کمیتهٔ مدارس اتباع خارجی و بین‌المللی شورای عالی آموزش‌وپرورش در خرداد ۱٤۰۲ اعلام کرد: «در حوزهٔ چالش‌های تحصیلی کودکان شاهد نبود وحدت‌رویه، تراکم زیاد در حاشیهٔ شهرهای بزرگ، کمبود فضای آموزشی به‌ویژه در دورهٔ ابتدایی، ناتوانی مالی خانواده‌ها برای تأمین هزینه‌ها و ضرورت اشتغال‌به‌کار کودکان برای تأمین نیاز خانواده، وجود دانش‌آموزان اتباع از فرهنگ‌های مختلف و زمینهٔ بروز چالش‌های چندفرهنگی و وضعیت بهداشتی نامناسب اکثر دانش‌آموزان اتباع در مدارس هستیم. همچنین کمبود فضای آموزشی به‌ویژه در شهرهای بزرگ مانند تهران و مشهد و جذب دانش‌آموزان در شرایط نامناسب، افزایش تراکم کلاس‌های درس و پذیرش دانش‌آموزان در نوبت دوم مدارس، کمبود معلم به‌ویژه در دورهٔ ابتدایی از مهم‌ترین مشکلات درون مدارس است». وی با تأکید بر اینکه عدم‌وجود آمار شفاف و دقیق از اتباع در سن تحصیل، قبل‌از شروع سال تحصیلی یکی از مشکلات جدی است، متذکر شد: فرایند طولانی برای ثبت اطلاعات افراد فاقد مدارک هویتی در یک دورهٔ زمانی خاص توسط دفاتر کفالت و محدودبودن فرصت ثبت‌نام و مراجعهٔ دانش‌آموزان و بالتبع جاماندن از تحصیل از سایر مسائل برای ثبت‌نام در مدارس است. به‌علاوه هم‌اکنون محتوای آموزشی مناسب برای همزیستی کودکان ایرانی و اتباع کنار هم وجود ندارد (تسنیم، ۲۹ خرداد ۱٤۰۲).

صدمه‌زنی به افراد زیر ۱۸ سال ازجمله محروم‌سازی از آموزش، جرم عمومی تلقی می‌شود که حتی بدون شکایت شاکی خصوصی قابل‌پیگرد قضایی است و با رضایت شاکی خصوصی نیز روند اجرای عدالت متوقف نمی‌شود. توجه به دیگر حقوق کودک مندرج در قانون یادشده طبیعتاً تضمین خوبی است برای اینکه حق بر آموزش نیز بهتر صیانت شود.

۷. با توجه به اینکه از ایران نیز افرادی به علل و انگیزه‌های مختلف روانهٔ خارج می‌شوند که بعضاً تعدادی از این افراد در اردوگاه‌های مهاجران و پناه‌جویان کشورهای مختلف ازجمله یونان، ترکیه، انگلیس، استرالیا در شرایط نامناسب به‌سر می‌برند و طبیعتاً کودکان آن‌ها نیز در وضعیت وخیمی هستند، جا دارد حمایت‌های لازم از آن‌ها نیز به عمل آید و دولت‌های میزبان این کودکان توجه کنند که الزام دارند تعهدات بین‌المللی ناظر به حق آموزش کودکان و دیگر حقوق آن‌ها را رعایت کنند. تدوین سند راهبردی ملی برای ارتقای حقوق کودکان مهاجر ازجمله حق بر آموزش، کمک می‌کند تا مراجع کشورمان به تمامی دغدغه‌های یادشده به‌طور مؤثرتری پاسخ دهند.

منابع

اعلایی، مصطفی (۱۳۹۵). ماهیت تعهدات تابعان حقوق بین‌الملل نسبت‌به حقوق اقتصادی اجتماعی و فرهنگی، *فصلنامه مطالعات بین‌المللی*، ۱۲ (شماره ٤).

انصاری، باقر (۱۳۹۳). *حق آموزش*. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش.

انصاری، باقر (۱۳۹۵). *اسناد بین‌المللی حقوق‌بشر*. تهران: نشر خرسندی.

تسنیم، ۲۹ خرداد ۱٤۰۲

راسخ، محمد (۱۳۸۸). *نظریهٔ حق در کتاب حقوق‌بشر در جهان معاصر: دغدغه‌ها و دیدگاه‌های حقوقدانان و فقهای ایرانی. کمیسیون حقوق‌بشر اسلامی ایران*. قم: نشر آیین احمد.

صفاری‌نیا، محیا (۱۳۹۳). خانواده در اسناد بین‌المللی: حقوق و تکالیف، دستاوردها و چالش‌ها. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

فیروزی، مهدی (۱۳۹۳). حمایت از کودکان پناهنده. *مجموعه مقالات حقوق کودک (مطالعهٔ تطبیقی در اسلام و اسناد بین‌المللی)*. قم: نشر دانشگاه مفید و یونیسف.

قاری سیدفاطمی، سید محمد (۱۳۸۸). *حقوق‌بشر در جهان معاصر*. تهران: نشر شهر دانش.

کریون، متیو. سی. آر (۱۳۸۷). چشم‌اندازی به توسعهٔ میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (م. حبیبی مجنده، مترجم). قم: نشر دانشگاه مفید.

محبعلی، امیر حسین؛ سرائی، زهره؛ مهیمنی، مریم (۱۳۹۸). *تفسیر حقوق کودک در آئینه نظریه‌های کمیتهٔ حقوق کودک سازمان ملل متحد*. تهران: نشر شهر دانش.

نظری تاج‌آبادی، حمید (۱۳٦۹). *بررسی جنبه‌های مختلف حقوقی مسئلهٔ پناهندگی*. تهران: نشر دفتر مطالعات سیاسی و بین‌المللی.

نیاورانی، صابر (۱۳۸۹). منزلت حق بر آموزش در نظام بین‌المللی حقوق‌بشر. *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳ (۱٤٤)، ص ۱۷٦-۲۰۱.

Anderson, J. (2010). ICT Transformative Education, UNESCO.

Boly Barry, K. (2021). A/76/158, The right to education of migrants, Report of the Special Rapporteur on the right to education.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights (1999). General Comment No.13, The right to education, E/C.12/1999/10.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights (2009). General Comment N0. 20, Non-discrimination in Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/GC/20.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination. (2005). General Recommendation No.30 on Discrimination Against Non-citizens.

Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (2013). General Comment No. 2 on the Rights of Migrant Workers in An Irregular Situation and Members of Their Families, CMW/C/GC/2.

Committee on the Rights of the Child. (2005). General Comment No 6, Treatment of Unaccompanied and Separated Children from Their Country of origin, CRC/GC/2005/6.

Committee on the Rights of the Child. (2013). General comment No.14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration CRC/C/GC/14.

Committee on the Rights of the Child, (2022). Concluding observations on the combined fourth to sixth periodic reports of Greece, CRC/C/GRC/CO/4-6.

Council of Europe (2009). Human Rights Education in the School Systems of Europe, Central Asia and North America: A Compendium of Good Practice.

Council of Europe Publishing (2005). Study on obstacles to effective access of irregular migrants to minimum social rights.

Human Rights Watch (2018). Children Losing Out on Education in EU Migration.

Joint General Comment No.3 of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No.22 of the Committee on the Rights of the Child on the General Principles Regarding the Human Rights of Children in the Context of International Migration (2017). CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22.

Joint General Comment No.4 of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No.23 of the Committee on the Rights of the Child on State Obligations Regarding the Human Rights of Children in the Context of International Migration in Countries of Origin, Transit, Destination and Return (2017). CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23.

Office Of The High Commissioner for Human Rights. (2014). The Economic, Social and Cultural Rights of Migrants in An Irregular Situation.

Organization for Economic Co-operation and Development (2019). Refugee Education: Integration Models and Practices in OECD Countries.

Preliminary Report of the Special Rapporteur on the Right to Education. (1999). E/CN.4/1999/49.-Report of the Special Rapporteur on the Right to Education. (2017). A/72/496.

Report of the Special Rapporteur on the Right to Education (2018). A/73/262.

Save the children (2012). Transnational Coordination Mechanisms for the Protection of Children on the Move in the Context of International Migration and the Fulfilment of their Human Rights.www.savethechildren.net.

Tomasevski, K. (2004). Manual on Rights-based Education, UNESCO.

UNESCO (1960). Convention against Discrimination in Education.

UNESCO (2018). The status of the right to education of migrants: International legal framework, remaining barriers at national level and good examples of states' implementation ED/GEMR/MRT/2018/P1/8.

UNESCO (2019). Guidelines on the development of open educational resources policies.

UNESCO (2019). Migration and education, Think piece prepared for the 2019 Global Education Monitoring Report Consultation,ED/GEMR/MRT/2019/T1/3.

UNESCO (2019). Migration, Displacement and Education: Building Bridges Not Walls, Global Education Monitoring Report.

UN General Assembly (1965). International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, General Assembly Resolution 2106 (XX).

UN General Assembly (1966). International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, General Assembly Resolution 2200A (XXI).

UN General Assembly (1989). Convention on the Rights of the Child, General Assembly Resolution 44/25.

UN General Assembly Resolution. (1990). International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, 45/158.

UN General Assembly Resolution (2016). New York Declaration for Refugees and Migrants, A/RES/71/1.

UNHCR (2014). Left behind: refugee education in crisis.

UNHCR (2018). Figures at a Glance. www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html.

UNHCR (2019). Refugee education 2030, A Strategy for refugee inclusion.

UNHCR (2023). Education Report 2023 – Unlocking Potential: The Right to Education and Opportunity.

UNICEF (2017). Education Uprooted: for every migrant, refugee and displaced child, Education.

https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-international-covenant-economic-social-and.

Bi-quarterly Scientific Journal of Family Law and Jurisprudence Journal
Vol. 30, No. 82/ Spring & Summer 2025
Research Article

Feasibility of Conjoined Twins in Marriage (with a Comparative view of Islamic Jurisprudence)

Reza Daryaee[1] Farshid Kkhosravi[2]

DOI:
10.30497/flj.2024.245607.1977

Abstract
God created humans in the best form and legislated the laws of Sharia for them. In rare cases, humans are also born as conjoined twins, which can only be separated through surgery. Due to the ambiguity in the unity and multiplicity of the personalities of these twins and their existence in this world, the possibility of their marriage has become a subject of intense disagreement among Islamic jurists. Considering the silence of laws, this present research aims to answer the legal issues related to the marriage of conjoined twins by describing and analyzing the views of Islamic jurists. The research shows that providing an accurate answer requires a legal differentiation between conjoined twins, complete conjoined twins with shared or separate sexual organs and parasitic conjoined twins. Regarding the possibility of marriage, it should be noted that if separation is not possible, unlike complete twins who have shared sexual organs, there is a possibility of marriage for parasitoid twins and fraternal twins with separate sexual organs.

Keywords: conjoined twins, fraternal twins, parasitoid twins, marriage.

1. Assistant Professor in Department of Law in University of Guilan, Rasht, Iran. reza.daryaie@guilan.ac.ir
2. (Corresponding Author) PhD Student in Private Law in University of Guilan, Rasht, Iran. farshidkhosravi2020@yahoo.com

دوفصلنامهٔ علمی فقه و حقوق خانواده/ *مقالهٔ پژوهشی*/ دورهٔ ۳۰، شمارهٔ ۸۲/ بهار و تابستان ۱۴۰۴/ صص: ۱۵۷-۱۲۷

امکان‌سنجی ازدواج دوقلوهای به‌هم‌چسبیده
(با نگاه تطبیقی به فقه مذاهب اسلامی)

رضا دریائی[۱]
تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۲۸؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۱۲
فرشید خسروی*[۲]

Doi: 10.30497/flj.2024.245607.1977

چکیده

خداوند انسان را در بهترین شکل خلق کرد و احکام شریعت را بر او تشریع داشت. در موارد نادری نیز انسان‌ها به شکل دوقلوهای به‌هم‌چسبیده متولد می‌شوند که جداکردن آن‌ها از یکدیگر تنها ازطریق عمل جراحی میسر است. با عنایت به وجود ابهام در وحدت و تعدد شخصیت دوقلوهای مذکور و با توجه به موجودیت آن‌ها در این جهان، امکان‌سنجی ازدواج آن‌ها محل اختلاف‌نظر شدید بین فقهای اسلامی است. با توجه به سکوت قوانین، پژوهش حاضر به روش توصیفی ـ تحلیلی و با نگاهی به آرای فقهای مذاهب اسلامی درصدد پاسخ‌گویی به مسائل حقوقی درزمینهٔ موضوع ازدواج دوقلوهای به‌هم‌چسبیده است. تحقیق نشان می‌دهد دادن پاسخ دقیق نیازمند تفکیک حقوقی میان دوقلوهای به‌هم‌چسبیده به دوقلوهای به‌هم‌چسبیدهٔ کامل دارای اندام جنسی مشترک یا مجزا و دو قلوه‌های به‌هم‌چسبیدهٔ انگلی است. دربارهٔ امکان ازدواج آن‌ها باید گفت اگر جداسازی امکان‌پذیر نباشد، برخلاف دوقلوهای کاملی که اندام جنسی مشترک دارند، امکان ازدواج برای دوقلوهای انگلی و دوقلوهای کاملی که دارای اندام جنسی مجزا هستند، وجود دارد.

کلیدواژه‌ها: ازدواج، دوقلوهای انگلی، دوقلوهای به‌هم‌چسبیده، دوقلوهای کامل.

---

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه گیلان، گیلان، رشت، ایران. reza.daryaie@guilan.ac.ir

۲. (نویسندهٔ مسئول) دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه گیلان، گیلان، رشت، ایران.
farshidkhosravi2020@yahoo.com

مقدمه

ازجمله پدیده‌های زیستی، تولد دوقلوهای به‌هم‌چسبیده است. این مهم همیشه برای بشر قابل‌توجه بوده است؛ به‌طوری‌که دیدگاه عموم دربارهٔ کودکان ناقص به‌شدت تحت‌تأثیر فرهنگ و باورهای مذهبی حاکم است (Rodman & Placencia, 2018, p 350). دوقلوهای به‌هم‌چسبیده دوقلوهایی هستند که بدن آن‌ها ازنظر آناتومیکی در رحم به هم متصل شده‌اند. درجهٔ چسبندگی می‌تواند از ساده (شامل پوست و غضروف) به پیچیده (ازجمله همجوشی اندام‌های حیاتی مانند جمجمه یا مغز) متفاوت باشد (Madhavan, Naik & Aurora, 1974, p 340). قدمت شناخت بشر از دوقلوهای به‌هم‌چسبیده حتی به دورهٔ بشر غارنشین برمی‌گردد که تصاویر موجود در آثار آن دوره نظیر سفال‌ها و دیوار غارها و نوشته‌ها مؤید آن است (فراهی شالچی، فاضل، و سازگار، ۱۳۸۰، ص ۲۳۵). در طول تاریخ، دوقلوهای به‌هم‌چسبیده در آثار هنری به تصویر کشیده شده‌اند که بیانگر کنجکاوی و تفسیرهای مختلف بشر از این پدیده است (Couzin, 2023, p 3-5). دوقلوهای به‌هم‌چسبیده که به نام دوقلوهای سیامی نیز شناخته می‌شوند، یک ناهنجاری نادر محسوب می‌شوند که در آن جنین‌های همسان به هم متصل هستند. دلایل دقیق شکل‌گیری دوقلوهای به‌هم‌چسبیده به‌طور کامل شناخته‌شده نیست؛ اما اعتقاد بر این است که این دوقلوها به‌دلیل ترکیبی از عوامل ژنتیکی و محیطی متولد می‌شوند (Ratner, Terrone & Cosgrove, 2006, p 3).

این مهم صرف‌نظر از ابعاد پزشکی، مسائل فقهی و حقوقی عمیقی نیز به همراه دارد؛ نظیر آنکه آیا باید آن‌ها را یک نفر محسوب کرد یا دو نفر؟ احوال شخصیهٔ آن‌ها چگونه است؟ آیا امکان ازدواج این دوقلوها وجود دارد؟ فرضیهٔ نویسندگان این است که نمی‌توان قواعد یکسانی بر جملگی دوقلوهای به‌هم‌چسبیده اعمال کرد و در این میان کامل یا انگلی بودن این دوقلوها در شناسایی پاسخ تأثیرگذار است.

فقیهان در قرون نخست اسلامی غالباً به مسئلهٔ ارث دوقلوهای به‌هم‌چسبیده توجه ویژه‌ای مبذول داشتند؛ بااین‌حال در مواردی که اعلام‌نظر کرده‌اند تمایزی بین اقسام دوقلوهای

به‌هم‌چسبیده قائل نشده‌اند. در فقه اهل‌سنت نیز احکام دوقلوهای به‌هم‌چسبیده بر انواع دوقلوهای مذکور قابل‌اعمال دانسته شده است (شربینی، ١٤٢٤ ق، ج ۲، ص ۳۸۹؛ بجیرمی، ١٤٢٧ ق، ج ۳، ص ۳۲۸). در فقه امامیه نیز بدون درنظرگرفتن اقسام دوقلوها صرفاً احکام یک قسم از دوقلوها که دارای اندام فوقانی مجزا و تحتانی واحد هستند، بیان شده است (حسینی مراغی، ١٤١٧ ق، ج ١١، ص ٥٥؛ علامه حلی، ١٤١٣ ق، ج ۳، ص ۳۹۲؛ حر عاملی، ١٤٠٨ ق، ج ٢٦، ص ۲۹۷؛ نوری، ١٤٠٨ ق، ج ١٧، ص ٢٢٧). این در حالی است که همان‌طور که خواهد آمد منطق ایجاب می‌کند نظر به تنوع شرایط فیزیکی دوقلوهای به‌هم‌چسبیده، احوال شخصیهٔ مترتب بر آن‌ها نیز متمایز باشد. شاید شایع نبودن این وضعیت زیستی یا سکوت برخی از فقیهان یا حتی بعضاً اختلاف‌نظرهای فقهی، مانع ورود قانون‌گذاران کشورهای اسلامی به این موضوع شده است. برهمین‌اساس در متون قانونی داخلی نیز قواعدی ویژه دربارهٔ احوال شخصیهٔ دوقلوهای به‌هم‌چسبیده مشاهده نمی‌شود. در تألیفات حقوقی نیز پژوهش‌های به‌عمل‌آمده دربارهٔ وضعیت دوقلوهای به‌هم‌چسبیده بسیار محدود است و غالب تحقیقات صورت‌گرفته پیرامون مباحث پزشکی و کیفری مرتبط با آن‌ها است. برهمین‌اساس پژوهش حاضر با بررسی ابعاد فقهی و حقوقی موضوع، درصدد پاسخگویی به مسائل عملی است که دوقلوهای به‌هم‌چسبیده در ازدواج با آن مواجه‌اند.

برای این مهم، ابتدا به مفهوم و اقسام دوقلوهای به‌هم‌چسبیده پرداخته می‌شود؛ زیرا شناسایی اقسام مختلف در دستیابی پاسخ‌های دقیق ضروری است. سپس ازدواج این اشخاص مطالعه و بررسی می‌شود.

پیشینهٔ پژوهش

وضعیت حقوقی دوقلوهای به‌هم چسبیده چندان موردتوجه حقوق‌دانان داخلی قرار نگرفته است؛ اما در برخی از رساله‌ها و پایان‌نامه‌ها به جنبه‌هایی از ابعاد موضوع توجه شده است؛ برای نمونه در رسالهٔ دکتری، با عنوان *بزهکاری و بزه‌دیدگی دوقلوهای به‌هم‌چسبیده ازمنظر فقه امامیه* به قلم مهدیه غنی‌زاده، نویسندهٔ محترم ضمن بیان نظریات مطرح‌شده درباب وحدت

و تعدد شخصیت دوقلوهای به‌هم‌چسبیده با تقسیم دوقلوها به سه دسته، مسئلهٔ بزهکاری و بزه‌دیدگی دوقلوهای به‌هم‌چسبیده را در حدود و جنایات و تعزیرات برمبنای فقه امامیه بررسی کرده است (غنی‌زاده، ۱۳۹۸). در پایان‌نامهٔ کارشناسی ارشد، باعنوان *بررسی فقهی و حقوقی احکام دوقلوهای به‌هم‌چسبیده* به قلم نرگس رحیمی عنا (۱٤۰۰ ش)، نویسندهٔ محترم ضمن بررسی احکام جزایی دوقلوهای به‌هم‌چسبیده، دربارهٔ موضوع ازدواج آن‌ها نیز صرفاً به ذکر فتاوی مراجع تقلید معاصر اکتفا کرده است. همچنین در پایان‌نامه کارشناسی ارشد، باعنوان *مسئولیت کیفری دوقلوهای به‌هم‌چسبیده در باب حدود در حقوق کیفری ایران* به قلم سید رضا احمدیان، نویسندهٔ محترم به بیان احکام مرتبط با نحوهٔ اجرای مجازات حدود درخصوص دوقلوهای به‌هم‌چسبیده پرداخته است (احمدیان، ۱۳۹۲). دربارهٔ احوال شخصیهٔ این افراد هم در پایان‌نامهٔ کارشناسی ارشد باعنوان *بررسی عبادات و احوال شخصیه مکلفان غیرعادی*، نویسندهٔ محترم ضمن بیان اقسام مکلفان غیرعادی، به احکام عبادی و احوال شخصیه، ازجمله ازدواج آن‌ها، صرفاً بر مبنای فقه امامیه پرداخته است (اسدی، ۱۳۹۳).

براین‌اساس می‌توان گفت بیشتر پژوهش‌های صورت‌گرفته یا در حوزهٔ حقوق کیفری است یا در آن‌ها امکان‌سنجی ازدواج دوقلوهای به‌هم‌چسبیده، آن هم ازمنظر فقه مذاهب اسلامی به‌صورت مستقل موردتوجه قرار نگرفته، و مسائل موجود در این مسیر تبیین نشده است.

۱. مفهوم دوقلوهای به‌هم‌چسبیده

بیان تعریفی دقیق از دوقلوهای به‌هم‌چسبیده از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است؛ زیرا آن‌ها را از دوقلوهای معمولی متمایز می‌کند. کلمهٔ دوقلو به دو فرزند دلالت دارد که در شکم یک مادر هستند. در زبان عربی از دوقلوهای به‌هم‌چسبیده عموماً با عبارت «التوأم المتلاصقه» یاد می‌شود (میمان، ۲۰۱۰ م، ص ۵؛ أبو البصل، ۲۰۱۰ م، ص ۷۹؛ محمد منصور علی، ۲۰۱۳ م، ص ۲۰). این اصطلاح ازنظر لغوی، مرکب از دوکلمهٔ «التوأم» و «المتلاصقه» است. اطلاق لفظ «توأم» یا «توأمان» برای نوزاد دوقلو محل اختلاف لغت‌دانان است (ازهری، ۲۰۰۱ م، ج ١٤، ص ٢٤٠؛ جوهری، ١٤٠٧ ق، ج ۵، ص ١٨٧٦؛ فیروزآبادی، ١٤١٥ ق، ج ٤، ص ١٦٠؛ ابن فارس، ۱۳۹۹ ق، ص ۸۰). برای مثال

فیروزآبادی می‌گوید: «به هر موجود جانداری که با یکی دیگر از شکم واحد خارج شود، اعم‌از آنکه هر دو مذکر یا هر دو مؤنث یا یکی مذکر و یکی مؤنث باشد، «توأم»، و به جمع (هر دو) آن‌ها «توأمان» گفته می‌شود» (١٤١٥ ق، ج ٤، ص ١٦٠)؛ اما به نظر برخی دیگر، لفظ توأم فقط دلالت بر دو نوزاد پسر دارد و توأمة برای نوزادان دختر اطلاق می‌شود (ابن سکیت، ١٤٢٣ ق، ج ١، ص ٢٣٣). گروهی دیگر از لغت‌دانان ملازمت و همراهی را بر توأم یا توأمان مترادف دانستند (ابن فارس، ١٣٩٩ ق، ص ٨٠). کلمهٔ «المتلاصقه» نیز مشتق از لصق است. لصق در لغت به معنای چسبیدن است؛ ازاین‌رو متلاصقه به‌معنای متصل‌شدن چیزی به چیزی دیگر یا چسبیدن یا به‌هم‌چسبیده است (ابن منظور، ١٤١٤ ق، ج ٣، ص ٣٦٦). با کنار هم قرارگرفتن دوکلمه «التوأم» و «المتلاصقه» در می‌یابیم دوقلوهای به‌هم‌چسبیده به‌معنای نوزاد دوقلویی است که درآن‌واحد از شکم مادر زاده می‌شوند؛ درحالی‌که اعضای بدن آن‌ها به‌هم‌چسبیده است. شایان ذکر است در برخی متون فقهی از عبارت «التوائم السیامیه» نیز برای بیان این مفهوم استفاده می‌شود. «التوائم» به معنای دوقلو و «السیامیه» به معنای چسبیده است. السیامیه منسوب به السیام (نام باستانی تایلند) است (ربیعه، ٢٠٠٩ م، ص ١٠٥)؛ و این بیان بدان خاطر است که پدیده دوقلوهای به‌هم‌چسبیده در تایلند باستان به‌وفور وجود داشت و جداشدن آن‌ها تنها با عمل جراحی ممکن بود (أبو البصل، ٢٠١٠ م، ص ٨١).

در نظر فقهای مذاهب اربعه دوقلوها، نوزادانی هستند که از یک مادر و به‌طور هم‌زمان یا در فاصلهٔ حداقل شش ماه از هم متولد می‌شوند (شمس الائمه سرخسی، ١٤٠٩ ق، ج ٧، ص ٢٠٣؛ ابن رشد، ١٤٠٨ ق، ج ٦، ص ٤٠٥؛ ابن قدامه، ١٤٠٥ ق، ج ٨، ص ٧٠؛ نووی، ١٣٤٤ ق، ج ٢، ص ٥٢٦). دوقلوهای به‌هم‌چسبیده را هم جنین‌های دوقلوی همسان ازنظر خلقت و همجنس تعریف کرده‌اند که در دوران بارداری به‌صورت غیرطبیعی به هم متصل می‌شوند و اغلب دارای اندام‌های مشترک هستند و تعدادشان از دو تن تجاوز نمی‌کند (أطبان، ٢٠١٠ م، ص ٧).

ازنظر علم پزشکی دوقلوهای به‌هم‌چسبیده در مراحل اولیهٔ رشد و درنتیجهٔ بارورشدن از تخمک واحد به وجود می‌آیند؛ ازاین‌رو به آن‌ها دوقلوهای تک‌تخمکی نیز گفته می‌شود. دربارهٔ

دوقلوهای معمولی، سلول تخم تشکیل‌دهندهٔ جنین پس از گذشت سیزده یا چهارده روز از لقاح به دو جنین جدا تقسیم می‌شود؛ اما چنانچه پیش‌از تقسیم به‌نحوکامل، روند آن متوقف شود، سلول به‌طور ناقص به رشد خود ادامه می‌دهد و دوقلوی به‌هم‌چسبیده شکل می‌گیرد (Ulrich, 2020, p 176).

بنا بر آنچه آمد، می‌توان گفت ازیک‌سو، دوقلوهای به‌هم‌چسبیده می‌توانند فقط از یک جنس باشند (دو پسر یا دو دختر) و تعداد آن‌ها نیز نباید بیش‌از دو تن باشد؛ بنابراین نمی‌توان چندقلوی به‌هم‌چسبیده را تصور کرد. ازسوی‌دیگر چسبندگی باید به‌گونه‌ای باشد که فقط با جراحی بتوان آن‌ها را جدا کرد. فهم دقیق‌تر این مفهوم در گرو شناسایی مصادیق آن است که در ادامه بیان خواهد شد.

۲. اقسام دوقلوهای به‌هم‌چسبیده

دوقلوهای به‌هم‌چسبیده را از حیث کامل یا ناقص بودن و قسمت‌های به‌هم‌چسبیدهٔ بدن می‌توان تقسیم‌بندی کرد که در ادامه به‌نحو مختصر بدان اشاره می‌شود.

۲-۱. دوقلوهای انگلی

در دوقلوهای انگلی[1] تنها یکی از دوقلوهای به‌هم‌چسبیده، سالم است که در علم پزشکی، اتوزیت[2] نامیده می‌شود و دیگری ناقص است که پارازیت[3] نام دارد (Belachew et al., 2018, p 44). جنین ناقص علایم و شرایط استمرار حیات را ندارد و ادامهٔ حیات نوزاد سالم را با مشکل روبه‌رو می‌کند. در اطلاق اسم دوقلوهای به‌هم‌چسبیده برای این نوزادها اختلاف‌نظر وجود دارد؛ چراکه تنها یکی از آن دو شرایط ادامهٔ حیات را دارد. پزشکان معتقدند که دوقلوهای انگلی نمی‌توانند به‌طور مستقل در این حالت زندگی کنند و می‌توان عضو اضافه را خارج کرد تا جنین با اندام‌های کامل خود باقی بماند (محمد منصور علی، ۲۰۱۳ م، ص ۲۱- ۲۲). یکی از موارد نادر این است که یک دوقلو در داخل یک دوقلو دیگر وجود داشته باشد و در درون

1. Heteropagus (parasitic) twins
2. Autosite
3. Parasite

جنین اصلی، شبیه به یک تومور پنهان باشد که احتمال وقوع این اتفاق یک مورد در هر میلیون تولد است (محمود إدریس، ۲۰۱۰ م، ص ۷۰).

دو نظریه درخصوص علت این امر بیان شده است، قدیم‌ترین نظریه، نظریهٔ شکافت[1] است که مطابق آن تخمک بارورشده به‌طور ناقص تقسیم می‌شود. نظریهٔ دوم که بیشتر موردقبول متخصصان است، نظریهٔ همجوشی[2] است که در آن تخمک بارورشده به‌طور کامل تقسیم می‌شود؛ اما سلول‌های بنیادی (که به‌دنبال سلول‌های مشابه هستند) نمونه‌ای از سلول‌های بنیادی را روی دوقلوی دیگر پیدا می‌کنند و با هم تولید می‌شوند (Belachew et al., 2018, p 44). این مورد به میزان یک مورد در هر ۱۸۹۰۰۰ تولد اتفاق می‌افتد که این میزان در آسیای جنوب شرقی، آفریقا و برزیل تا حدودی بالاتر است (محمد منصور علی، ۲۰۱۳ م، ص ۲۳).

۲-۲. دوقلوهای به‌هم‌چسبیدهٔ کامل

در دوقلوهای به‌هم‌چسبیدهٔ کامل[3] برخلاف دوقلوهای انگلی، هریک از قل‌ها دارای قابلیت ادامهٔ حیات است و به‌همین‌منظور از کلمهٔ کامل در اینجا استفاده می‌شود. دوقلوهای به‌هم‌چسبیدهٔ کامل، نوعی از دوقلوهای همسان هستند که به‌دلیل جداشدن دیرهنگام سلول جنینی، دوقلوهایی با یک کیسهٔ آمنیوتیک و جفت ایجاد می‌شوند. این دوقلوها به‌دلیل جدایی ناقص بین دو لوب اصلی جفت، می‌توانند به هم متصل شوند و ازحیث نواحی مشترک و تعداد نقاط مشترک به چند دسته تقسیم می‌شوند (Boer; Schepens-Franke & Oostra, 2019, p 729; Boer; Schepens-Franke; Winter & Oostra, 2021, p 850; Spencer, 2001, p 430) با توجه به اینکه ذکر تمام اقسام یادشده، موضوع این پژوهش نیست، صرفاً چند مورد شایع، بیان می‌شود؛ مانند چسبندگی از ناحیهٔ پهلو و دست و پا که در این مورد، چسبیدن نوزادان به‌هم از ناحیهٔ پهلو است، جایی‌که دوقلوها دو یا سه یا چهار دست‌وپا می‌توانند داشته باشند و

1. Fission theory
2. Fusion theory
3. Complete twins

فرایند جداسازی امکان‌پذیر است؛ اگر چه ممکن است به‌دلیل عوارض ناشی‌از عمل جراحی، با دست‌وپای مصنوعی زندگی کنند. چسبندگی می‌تواند از ناحیهٔ لگن نیز رخ دهد که در این حالت دوقلوهای به‌هم‌چسبیده معمولاً به سمت قدامی یا شکمی به‌هم‌چسبیده‌اند و دوقلوها اغلب در روده، مثانه، اندام تناسلی و کلیه مشترک هستند. میزان موفقیت در جداسازی این نوع دوقلوها و زنده‌ماندن آن‌ها بالا است، اگر چه ریسک آسیب به سیستم ادراری یا عملکرد قوای جنسی وجود دارد. همچنین امکان چسبندگی از ناحیهٔ سر نیز وجود دارد که در این حالت، چسبندگی از سمت خلفی یا جانبی سر است و امکان جداشدن دوقلوها وجود دارد، البته بروز آسیب مغزی نیز شایع است.

۳. وحدت یا تعدد شخصیت دوقلوهای به‌هم‌چسبیده

دربارهٔ شخصیت وجودی دوقلوهای به‌هم‌چسبیده یک پرسش بنیادی این است که آیا ازنظر حقوقی آن‌ها را باید یک نفر محسوب داشت یا دو نفر؟ (وجدانی فخر، ۱۳۸٤، ج ۱۲، ص ۳۳۸) معیار تشخیص این مهم چیست؟ پاسخ به این سؤال نقش تعیین‌کننده‌ای دربارهٔ احوال شخصیهٔ دوقلوهای به‌هم‌چسبیده دارد. این اهمیت از آن رو است که درصورت اعتقاد به وحدت شخصیت دوقلوها، برای نمونه، امکان ازدواج برای آن‌ها وجود دارد. بدین منظور در ادامه تلاش می‌شود تا ضوابطی که برای تشخیص وحدت یا تعدد شخصیت دوقلوهای به‌هم‌چسبیده به کار می‌رود، شناسایی و تحلیل شود.

صرف‌نظر از دیدگاه آن دسته از فقیهانی که دوقلوهای به‌هم‌چسبیده را به‌طور مطلق یک نفر در نظر می‌گیرند،[1] مطالعه نظر محققان حکایت از آن دارد که آن‌ها اصولاً برای واحد یا متعدد محسوب کردن شخصیت دوقلوهای به‌هم‌چسبیده، به عوامل و معیارهای ذیل توجه می‌کنند:

الف ــ اگر دوقلوهای به‌هم‌چسبیده در امور طبیعی از قبیل قضای حاجت و تنفس و مانند

---

۱. دراین‌خصوص برای نمونه برخی از مؤلفان به قول شافعی استناد می‌کنند که گفته است: «اگر کسی با زنی هم‌بستر شود، زن باردار شود و از شکم او، دو جنین با سرها یا بدن‌های به‌هم‌چسبیده خارج شود، آن‌ها یک نفر حساب می‌شوند» (محمد منصور علی، ۲۰۱۳ م، ص ۵۵).

این‌ها مشترک باشند، یک نفر حساب می‌شوند؛ اما اگر هر یک از آن‌ها اندام جنسی جداگانه‌ای برای قضای حاجت داشته باشند، در این صورت دو نفر حساب می‌شوند. این قاعده دربارهٔ خوابیدن آن‌ها نیز صدق می‌کند. اگر هر دو باهم خروپف کنند، یک نفر و اگر هر یک به‌طورجداگانه خروپف کنند و در خواب از خود صدا در آورند، دو نفر حساب می‌شوند (میمان، ۲۰۱۰ م، ص ۹). همچنین گفته‌اند کسی که دو سر دارد، اگر یکی از سرهایش خواب باشد و دیگری بیدار باشد، دو نفر و چنانچه برعکس باشد یک شخصیت محسوب می‌شوند (ابن سعید، ۱٤۰۵ق، ص ۲۱۱). ازجمله دلایل این معیار استناد به روایت حضرت علی (ع) است که فرمود: «آن‌ها را به حال خود رها کنید تا اینکه به خواب روند و سپس آن‌ها را بیدار کنید. اگر دو نفر با هم بیدار شدند، ارث بر یک نفر و اگر یکی بیدار شد و دیگری نشد، ارث به دو نفر خواهد رسید» (حسینی شیرازی، ۱٤۲۵ ق، ج ۲، ص ۲۲۸). از نظر سندی این روایت به‌دلیل وجود راویان مجهول (علی بن احمد بن اشیم و محمد بن قاسم جوهری) ضعیف به شمار می‌آید؛ اما با عنایت به عمل مشهور فقها به آن، ضعف سندی جبران شده است (کلینی، ۱٤۰۷ ق، ج ۷، ص ۱۵۹؛ ابن بابویه، ۱٤۱۳ ق، ج ٤، ص ۳۲۹؛ فاضل هندی، ۱٤۱٦ ق، ج ۹، ص ۵۰۹؛ نراقی، ۱٤۱۹ ق، ج ۱۹، ص ٤۵۱). ازجمله پرسش‌های قابل‌طرح درخصوص این روایت، قلمرو شمول آن است. آیا این روایت مختص ارث است یا عمومیت دارد و در تمام ابواب ازجمله ازدواج کاربرد دارد؟ سه دیدگاه در پاسخ به این پرسش ابراز شده است: عده‌ای از فقها معتقدند روایت مذکور مختص باب ارث است و برهمین‌اساس نمی‌تواند به‌عنوان ضابطه‌ای کلی برای تشخیص وحدت و تعدد شخصیت دوقلوهای به‌هم‌چسبیده مورد استناد قرار گیرد (مفید، ۱٤۱۳ ق، ص ٦۹۸؛ طوسی، ۱۳۸۷ ق، ج ٤، ص ۱۱۷). مشهور فقها بیان کرده‌اند که روایت پیش‌گفته حاکی از ضابطه‌ای کلی است؛ زیرا طبق متفاهم عرفی، طریق یادشده در روایت، طریقی است برای شناخت واقع و از این حیث خصوصیتی در میراث نیست (صاحب جواهر، ۱۳٦۲ ق، ج ۳۹، ص ۲۹۸؛ خوئی، ۱٤۱۰ ق، ج ۲، ص۳۸۰؛ حسینی سیستانی، ۱٤۱٦ ق، ج ۳، ص۳٦۰؛ روحانی، ۱٤۲۹ ق، ج ۲، ص ٤۱۳). برخی از فقیهان هم قائل به تفصیل شده‌اند؛ به این صورت که در شهادت حسب ضابطهٔ یادشده در روایت عمل می‌شود؛ یعنی اگر هر دو با هم بیدار شوند، شهادت آن‌ها شهادت

یک نفر قلمداد، و در غیر این صورت شهادت دو نفر محسوب می‌شود؛ اما در ازدواج مطلقاً واحد هستند و ضابطهٔ فوق اعمال نمی‌شود (علامه حلی، ١٤١٣ ق، ج ۳، ص ۳۹۲؛ حسینی عمیدی، ١٤١٦ ق، ج ۳، ص ٤١٨؛ شهید ثانی، ١٤١٢ق، ج ۸، ص ۲۰۷).

همچنین ابن‌قیم رخدادهای منسوب به عمر بن خطاب و علی بن ابی‌طالب را چنین نقل می‌کند که: محمد بن سهل از عبدالله بن محمد بلوی به نقل از عماره بن زید از عبدالله بن عاص از ابی سلمه ابن عبدالرحمن روایت می‌کند که دوقلویی با دو سر، چهار دست و چشم و پا، دو دهان، دو باسن و آلت تناسلی نزد عمر بن خطاب آمدند، عمر امام علی (ع) را فراخواند و پرسید: این‌ها چگونه ارث می‌برند؟ علی بن ابی‌طالب (ع) فرمود: برای فهم این مسئله، دو راه وجود دارد: راه نخست هنگام خواب آن‌ها است؛ اگر هر دو هم‌زمان خوابیدند، یک نفرند و اگر با فاصله از هم خوابیدند، دو نفر محسوب می‌شوند. حالت دوم در زمان خوردن و نوشیدن است. اگر بعداز خوردن و آشامیدن، هر دو آن‌ها با هم قضای حاجت کردند، یک نفر محسوب می‌شوند و اگر جداگانه (دستگاه دفع ادرار و مدفوع مجزا) قضای حاجت کردند، دو نفر به شمار می‌آیند (ابن قیم جوزیه، ١٤٢٨ ق، ص ١٣٤-١٣٥). سند این روایت به‌دلیل وجود محمد بن سهل، عبدالله بن محمد بلوی و عمارهٔ بن زید ضعیف است (ذهبی، ۱۳۸۲ ق، ج ٤، ص ١٨٤، ١٤١٨ ق، ج ۲، ص ۵۹۸؛ ابن حجر عسقلانی، ۱۳۹۰ ق، ج ۳، ص ۳۹۵)؛ باوجوداین، حالت اول مقرر در روایت، همان معیار مذکور در روایت قبلی است که مشهور فقها به آن استناد و عمل کرده‌اند. به‌هرروی، یکی از معیارهای مطرح‌شده در موضوع، صرف‌نظر از قوت و ضعف دلایل ابرازی آن، همین معیار است.

ب ــ اگر یکی از دوقلوها طبیعی و دیگری انگلی (ناقص یا اساساً مرده) باشد، در این موارد دوقلو یک نفر حساب می‌شود. حتی اگر قل ناقص دارای روح باشد و حرکت کند نیز آنچه آمد صدق می‌کند؛ زیرا یکی از آن دوقلوها ناقص یا حتی ممکن است مرده باشد یا ریسک عمل جداکردن آن‌ها بالا باشد. در این صورت دوقلوها یک نفر حساب می‌شوند (محمد منصور علی، ۲۰۱۳ م، ص ۵۳). شایان ذکر است اگر یکی از دوقلوها در بدن قل دیگر باشد، اعتنایی به او نمی‌شود.

ج ـ تفاوت در خلق‌وخو و وجود یا عدم وجود اختلاف‌نظر میان دوقلوهای به‌هم‌چسبیده نیز می‌تواند طریقی برای تشخیص وحدت و تعدد شخصیت دوقلوهای به‌هم‌چسبیده به شمار آید؛ برای نمونه ممکن است یکی از آن‌ها آرام و دیگری ناآرام یا یکی به کارهای عجیب دست زند و دیگری این‌گونه نباشد. دراین‌خصوص می‌توان به دوقلوهای به‌هم‌چسبیدهٔ بونکر که در سال ۱۸۱۱ در شهر سیام به دنیا آمدند و ٦٣ سال با هم زندگی کردند، اشاره داشت. بین آن‌ها اختلاف شدیدی، به‌ویژه بعداز سن بلوغ ایجاد شد و کار بدان‌جا رسید که یکی از آن‌ها مجبور شد از برادر دوقلویش به‌دلیل نوشیدن مشروبات الکلی شکایت کند. البته در این پرونده حکم به نفع برادرش صادر شد؛ چراکه منع شراب در جامعه‌ای که مصرف مشروبات الکلی در آن مجاز و قانونی است، امری دشوار و غیرممکن تلقی می‌شود؛ ازاین‌رو دادگاه صرفاً توصیه به رعایت تعادل در مصرف مشروب کرد (محمد منصور علی، ۲۰۱۳ م، ص ۵۵). همچنین ممکن است تفاوت مزاج به این صورت باشد که یکی از دوقلوها به مطالعه، و دیگری به بازی‌های رایانه‌ای علاقه داشته باشد. مانند دوقلوهای ایرانی (لاله و لادن) که لاله علاقه داشت در تهران بماند و روزنامه‌نگار شود؛ ولی لادن علاقه‌مند بود به شهرستان خودشان برگردد و به وکالت بپردازد (روزنامه هفت صبح، ١٤٠١ ش، مندرج در سایت https://7sobh.com).

د ـ معیار دیگر توجه به وحدت یا تعدد اندام‌های حیاتی است. اگر دوقلوهای به‌هم‌چسبیده در یکی از اندام‌های حیاتی بدن، مانند مغز و قلب مشترک باشند و جداسازی آن‌ها بدون ازدست‌دادن یکی از آن‌ها ممکن نباشد، باید آن‌ها را دارای شخصیت واحد به شمار آورد (محمد منصور علی، ۲۰۱۳ م، ص ٥٤). این در صورتی است که اگر دارای اعضای حیاتی جداگانه باشند، دو نفر محسوب می‌شوند و هر یک حقوق جداگانه دارند (ربیعه، ۲۰۰۹ م، ص ۲۲۲).

هـ ـ برخی قضاوت عرف را ملاک شناسایی وحدت یا تعدد می‌دانند (شثری، ۲۰۱۰ م، ص ۳۷). البته نباید از نظر دور داشت که عرف در داوری نهایی خود ناگزیر به معیارهایی نظیر آنچه در بالا بیان شد، توجه خواهد کرد.

با توجه به آنچه آمد، درخصوص اینکه دوقلوهای به‌هم‌چسبیده یک نفر به شمار می‌آیند یا دو نفر، و همچنین عوامل و معیار شناسایی این امر، اختلاف‌نظر وجود دارد. به نظر نگارندگان دیدگاه قوی‌تر توجه به سلایق است. خداوند می‌فرماید: «برای هیچ مردی در سینه دو قلب قرار ندادیم»[1]. مطابق این آیه ملاک تعدد شخصیت، تعدد قلب است. براین‌اساس اگر دوقلوها دارای یک قلب باشند، یک شخص، و اگر دارای دو قلب باشند، دو شخص محسوب می‌شوند. موسوی خوانساری در تفسیر این آیه می‌گوید:

> مراد، دو قلب متضاد است که یکی چیزی را دوست بدارد و دیگری کراهت داشته باشد یا یکی از آن‌ها قومی را دوست داشته باشد و دیگری دشمن آن‌ها باشد و ممکن است کسی که دارای دو سر است با اختلاف در خواب و بیداری، دو نفر باشند (۱۳٦٤، ج ۵، ص ۳۸۳).

درحقیقت تعدد شخصیت به تعدد روح وابسته است. برای نمونه غیرممکن است یک شخص در یک لحظه هم به موسیقی علاقه‌مند باشد، هم به مطالعه؛ ازاین‌رو این تعدد سلایق است که نشان‌دهندهٔ تعدد یا وحدت شخصیت دوقلوها است.

٤. فروض مختلف دربارهٔ ازدواج دوقلوهای به‌هم‌چسبیده

درصورتی‌که امکان جداسازی دوقلوهای به‌هم‌چسبیده وجود داشته باشد، ازدواج هرکدام از آن‌ها بعداز جدایی با مانعی روبه‌رو نیست و مشمول حکم جواز ازدواج است. همچنین در مورد دوقلوهای انگلی ازآنجایی‌که یک نفر محسوب می‌شوند و قل دیگر همانند اندام اضافی است، ازدواج فاقد اشکال است. اما این موضوع در مورد دوقلوهای به‌هم‌پیوسته کامل جای تأمل دارد. دراین‌خصوص فقیهان بین حالتی که محل چسبندگی و اشتراک دوقلوها، آلت جنسی است با حالتی که چسبندگی و اشتراک در اعضای دیگر است، فرق می‌نهند. به بیان دیگر مجزا یا مشترک بودن آلت جنسی، متغیری تأثیرگذار در شناسایی پاسخ محسوب می‌شود. ازاین‌رو در ادامه ابتدا ازدواج دوقلوهای به‌هم‌چسبیدهٔ کامل که اندام جنسی مجزا دارند بررسی، و سپس ازدواج دوقلوهای به‌هم‌چسبیدهٔ کاملی که‌اندام‌های جنسی مشترک دارند، مطالعه می‌شوند.

---

۱. «مَا جَعَلَ اللهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ» (احزاب/۴).

۱-٤. ازدواج دوقلوهای به‌هم‌چسبیدهٔ کامل دارای آلت جنسی مجزا

دراین‌خصوص میان فقیهان اختلاف‌نظر زیادی دیده می‌شود. در ادامه ابتدا گزارشی از آراء موجود بیان، و سپس آن‌ها را تجزیه‌وتحلیل می‌کنیم.

۱-۱-٤. دیدگاه فقهای امامیه

در فقه امامیه اصولاً توجه معطوف به دوقلوهایی است که اندام پایین‌تنهٔ واحدی دارند و بیشتر بر نحوهٔ ارث‌بری آن‌ها بحث می‌شود. در دورهٔ معاصر ازجمله فقهایی که دراین‌خصوص اظهارنظر کرده‌اند، شهید صدر است. ایشان معتقد است:

> هر کس دو سر داشته باشد، اگر بنابر نصوص شرعی حکم بر یک نفر بودن آن‌ها داده شود، تنظیم احکام ازدواج و طلاق و بقیهٔ اشکال معاملات تنها بر این نفر تعمیم می‌پذیرد؛ ولی اگر دو نفر حساب شوند، دو نفس با اعضایی مشترک، ازدواج آن‌ها منافی احتیاط واجب است؛ ازاین‌رو ازدواج دوقلوهای به‌هم‌پیوسته چه زن و چه مرد جایز نیست (۱۳۸٤، ص ۱٦۹).

گفتهٔ ایشان مطلق است و شامل دوقلوهای به‌هم‌چسبیده دارای آلت جنسی مشترک نیز می‌شود؛ لیکن به نظر می‌رسد در نظر ایشان، ازدواج در فرض تعدد شخصیت دوقلوها، صرف‌نظر از وحدت یا دوگانگی آلت جنسی، مانع احتیاط واجب است. درمقابل، امام خمینی دوقلوهای به‌هم‌چسبیده لاله و لادن را که از ناحیهٔ سر به‌هم‌چسبیده بودند، دو نفر محسوب، و ازدواج را برای آن‌ها با مراعات وظایف و شرایط شرعیه جایز قلمداد کرد (۱۳۹۲، ص ٤۱۹). درخصوص فتوای امام خمینی ازآنجایی‌که ناظر بر دوقلوهای کاملی است که محل چسبندگی آن‌ها از ناحیهٔ سر است، می‌توان گفت ایشان با توجه به ضرورت ازدواج، حتی اگر امکان ستر عورت نباشد، حکم به جواز کرد که به نظر می‌رسد این دیدگاه درصورت تحقق تعدد شخصیت دوقلوهای به‌هم‌چسبیدهٔ دارای آلت‌جنسی مجزا، ازحیث ضابطهٔ فقهی (خواب و بیداری) و پزشکی (داشتن اندام حیاتی مجزا) قابل دفاع به نظر می‌رسد.

برخی از فقهای معاصر نیز بر این نظرند که احتیاط آن است در جایی که دوقلوهای به‌هم‌چسبیدهٔ دارای آلت جنسی مجزا، بدون تحمل عسروحرج شدید، امکان ترک ازدواج دارند، از انجام این مهم صرف‌نظر کنند و اگر ناچار از ازدواج‌اند، آن دو دختر می‌توانند به‌نوبت به

ازدواج مرد واحدی درآیند. به‌این‌ترتیب که آن مرد یکی را به عقد خود درآورد و بعداز طلاق و گذشتن عده، دیگری را عقد کند (البته برای اینکه گرفتار مشکلات طلاق‌های متعدد نشوند می‌توانند از عقد موقت استفاده کنند). دربارهٔ دو پسر نیز احتیاط آن است که اگر ممکن است، ازدواج نکنند و درصورت ضرورت، انتخاب یک همسر در زمان واحد جایز نیست، ولی می‌توانند به طریق بالا با یک زن ازدواج کنند (پایگاه اطلاع رسانی دفتر آیت الله مکارم شیرازی، بی‌تا، مندرج در سایت https://makarem.ir). در تحلیل این فتوا می‌توان گفت ازیک‌سو ایشان به‌نحو مطلق و بدون درنظرگرفتن محل چسبندگی بین دوقلوها، با ازدواج هم‌زمان آن‌ها مخالفت کرده‌اند؛ امری که خالی از اشکال به‌نظر نمی‌رسد؛ زیرا اگر محل چسبندگی از ناحیهٔ پشت باشد، امکان ستر عورت وجود دارد؛ بنابراین نمی‌توان به‌طور مطلق و بدون لحاظ محل چسبندگی، ازدواج هم‌زمان آن‌ها را ممنوع قلمداد کرد. ازسوی‌دیگر ازدواج غیر هم‌زمان با یک مرد و زن، مشکل ممنوعیت جمع بین دو خواهر و ممنوعیت ازدواج دو مرد با یک زن را برطرف می‌کند؛ لیکن دلیلی مبنی‌براینکه باید آن‌ها به نوبت و صرفاً با یک مرد یا یک زن ازدواج موقت کنند، وجود ندارد. افزون‌براین مشخص نیست که درصورت تحقق نزدیکی و تولد فرزند در ازدواج یکی از دوقلوها، تکلیف قل دیگر چه خواهد بود؟ لذا به نظر می‌رسد این حکم در برخی موارد منتج به ضرر و عسروحرج قل دیگر خواهد شد که برخلاف قواعد لاضرر و عسروحرج است.

از دیگر فقهای امامیه که دراین‌خصوص اظهارنظر کرده‌اند، آیت الله سیستانی است. ایشان معتقد است ازدواج کلیهٔ دوقلوهای به‌هم‌چسبیده اعم‌از آنکه دارای وحدت یا تعدد آلت جنسی باشند، چون امکان ستر عورت وجود ندارد، جایز نیست (سایت اسلام کوئست، ۱۳۹۷، مندرج در سایت https://www.islamquest.net). حکم ممنوعیت ازدواج دوقلوهای به‌هم‌چسبیده به‌نحو مطلق ایراد دارد؛ زیرا در برخی از موارد امکان ستر عورت وجود دارد و توجه به محل چسبندگی موجب تمایز حکم است.

آیت الله علوی گرگانی نیز بر این نظر است که صرفاً درصورتی‌که دوقلوهای مذکور دختر

باشند، ازدواج آن‌ها با یک مرد اشکال ندارد؛ ولی ازدواج با دو مرد همراه با اشکال است (سایت اسلام کوئست، ۱۳۹۷، مندرج در سایت https://www.islamquest.net). این نظر ازآنجایی‌که قائل به جواز ازدواج دوقلوهای دختر و محرومیت ازدواج دوقلوهای پسر بدون وجود دلیل خاص و صرفاً براساس جنسیت است، حکمی تبعیض‌آمیز و قابل انتقاد به‌نظر می‌رسد. افزون‌برآن در این نظر ازدواج خواهران با یک مرد به‌طورمطلق (هم‌زمان یا با تقدم و تأخر) و برخلاف حکم ممنوعیت جمع ازدواج هم‌زمان بین دو خواهر، جایز شمرده شده است.

۲-۱-٤. دیدگاه فقهای اهل سنت

در میان فقهای اهل‌سنت هم امکان ازدواج برای این اشخاص مخالفان و موافقانی دارد و به متغیرهای مختلفی توجه شده است. عمده دلایل مخالفان بدین شرح است که مشاهدأ عورت دیگری حرام است؛ درنتیجه ازدواج این اشخاص پذیرفتنی نیست. برای نمونه مرکز پژوهش‌های دانشگاه الأزهر با توجه به موضوع حرام بودن مشاهدهٔ عورت، تمایل به حرام بودن ازدواج این اشخاص دارد. مطابق این نظر هرنوع ازدواج دوقلوهای به‌هم‌چسبیده به شرطی که امکان ستر عورت نباشد، حرام است (سنیدی، ۲۰۱۱ م، ص ۳۷۸). افزون‌برآن امکان ایفای تعهدات ناشی‌از ازدواج مانند تمکین و تصمیم‌گیری در منزل که از حقوق زوج به شمار می‌آید، وجود ندارد. ابن‌قیم با استناد به روایت امام علی (ع) که به آن اشاره شد، سخنی را از امام علی (ع) روایت می‌کند که فرمود: جماع در حالتی که چشمی دیگر نظاره‌گر آن باشد، جایز نیست و در ادامه فرمود: اگر آن‌ها (برادران دوقلو) گرفتار شهوت شوند، هر دو خیلی زود خواهند مرد. این اتفاق افتاد. دیری نگذشت که دو برادر در فاصلهٔ نه‌چندان دوری از یکدیگر درگذشتند (نک: محمد منصور علی، ۲۰۱۳ م، ص ۷۱-۷۳).

موافقان پذیرش ازدواج، دلایل مزبور را مورد مناقشه قرار داده‌اند. برای نمونه برخی از فقها نگاه منعطف‌تری به موضوع حرام بودن مشاهدهٔ عورت دیگری دارند و بر این نظر هستند که ازدواج جایز است؛ لیکن باید تاحدامکان ستر عورت صورت پذیرد (بجیرمی، ١٤٢٧ ق، ج ۳، ص ۳۲۹؛ قلیوبی، و برلسی، ١٤١٥ ق، ج ۳، ص ١٤١). همچنین برخی از فقهای متأخر مذهب

شافعی ازدواج دوقلوهای به‌هم‌چسبیده را جایز می‌دانند. این دیدگاه دار الإفتاء مصر با استناد به فتوای علامه عبدالملک سعدی است. همچنین در مقدمهٔ شرح بیجرمی به قلم علی خطیب آمده است که: ازدواج دوقلوهای به‌هم‌چسبیده فارغ‌از مرد یا زن بودن، جایز است؛ اما تاحدامکان ستر عورت رعایت شود. همچنین برخی به مجزا بودن اندام‌های تناسلی این قسم از دوقلوهای به‌هم‌چسبیده برای اثبات پذیرش امکان ازدواج آن‌ها اشاره دارند. برای نمونه علی منهاج در مقدمهٔ شرح قلیوبی می‌گوید: حتی اگر آن‌ها به‌هم‌چسبیده باشند، چون اعضای بدن و شرمگاه‌های مجزایی دارند، پس دو نفر محسوب می‌شوند و سوای اینکه مرد و زن باشند می‌توانند ازدواج کنند؛ اما اگر یکی از آن‌ها دچار نقص‌عضو بود، دراین‌صورت آن‌ها استقلال خود را از دست می‌دهند و هردو یک نفر حساب می‌شوند. اگر یکی خواب و دیگری بیدار باشد آن‌ها دو نفر حساب می‌شوند و در غیر این صورت یک نفر هستند (نک: قلیوبی، و برلسی، ١٤١٥ ق، ج ٣، ص ٧٤). برخی نیز بر همین بنیاد، امکان ازدواج را به رسمیت می‌شناسند و صرفاً رابطهٔ جنسی را همراه با اشکال می‌دانند. برای مثال از شیخ علامه اشرف تهانوی سؤال شد که اگر باوجود چسبیدگی دوقلوها از ناحیهٔ لگن، ازحیث اعضای تناسلی خود که محل آمیزش و قاعدگی است، مستقل باشند، آیا ازدواج آن‌ها جایز است؟ او فتوا داد که ازدواج مشروط به عدم‌جماع جایز است. جایز نیست که مثلاً یک نفر با یکی از دوخواهران دوقلوی به‌هم‌چسبیده جماع کند؛ چراکه جماع در حضور نامحرم جایز نیست. لذت جنسی آن‌ها تنها از راه بوسه و لمس و نگاه‌کردن به همدیگر میسر است (نک: قلیوبی، و برلسی، ١٤١٥ ق، ج ٣، ص ٧٤- ٧٥).

٣-١-٤. دیدگاه منتخب

در این میان به نظر می‌رسد باید نظر موافقان ازدواج اشخاص مزبور را تأیید کرد؛ زیرا صرف‌نظر از اینکه تمام هدف از ازدواج برقراری رابطهٔ جنسی به شمار نمی‌آید، باید گفت اگر مکلف نهایت تلاش خویش را انجام دهد، اما موفق به ستر عورت نشود، به‌دلیل عسروحرج و به حکم قاعدهٔ «ضرورات حرام را حلال می‌کند» از مجازات اخروی معاف است؛ برهمین‌اساس به این

دلیل نمی‌توان مانع استفادهٔ دوقلوهای به‌هم‌چسبیده از حق قانونی خویش شد. بنا به آنچه بیان شد، در فرضی که امکان نزدیکی بدون ضرر به قل دیگر وجود داشته باشد، نمی‌توان به‌صرف حرام بودن مشاهدهٔ عورت دیگری، حکم بر حرام بودن ازدواج دوقلوهای به‌هم‌چسبیدهٔ یادشده کرد. نباید از نظر دور داشت درصورتی‌که مکلف تمام سعی‌وتلاش خویش را درخصوص انجام تکلیف نگاه‌نکردن به عورت دیگری انجام دهد، حتی اگر موفق نشود نیز مورد عفو است و عقوبت نمی‌شود؛ زیرا همان‌طور که خداوند فرموده است: «انجام تکلیف به میزان توانایی مکلف است»[1]. افزون‌برآن بنا به قواعدی نظیر اضطرار و اهم و مهم، بین حرام بودن مشاهدهٔ عورت دیگری و افتادن به گناه زنا، اولویت جلوگیری از ارتکاب امر دوم است. حفظ عورت از حقوق الله (عدم زنا و انحرافات جنسی) و ازدواج حق بندگان خدا است؛ حق‌الناس بر حق‌الله مقدم است؛ چراکه پیشگیری از زنا یک ضرورت است. همچنین اینکه گفته شود درصورت ازدواج، زوج یا زوجهٔ دوقلو قادر به ایفای وظایف زناشویی خویش در مقابل دیگری نیست نیز پذیرفتنی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا مسلم است که ایفای وظایف زناشویی از حقوق شخص ذی‌نفع است و این حق مانند هر حق دیگری از سوی ذی‌حق قابل اسقاط است. نهایت اینکه خداوند در آیات متعددی[2] لزوم ازدواج را بیان فرموده است که این خطاب شامل کلیهٔ اشخاص ازجمله دوقلوهای به‌هم‌چسبیده است. ازیک‌سو می‌توان گفت با توجه به تعریف و ماهیت دوقلوهای مذکور و با عنایت به ضوابط فقهی و پزشکی، دوقلوهای مذکور اصولاً دارای تعدد شخصیت‌اند؛ بنابراین همان‌طور که در ارث دو نفر به شمار می‌آیند، در ازدواج نیز این قاعده جاری است. ازسوی‌دیگر حتی اگر ازدواج آن‌ها به‌دلیل ستر عورت دیگری حرام باشد، باید مواردی که امکان ستر عورت وجود دارد، مشمول حکم جواز قرار گیرد. دربارهٔ روایت ابن‌قیم از امام علی(ع) با توجه به ضعف سندی حدیث، استناد به آن برای محروم‌کردن دوقلوها از حق ازدواج، پذیرفتنی به نظر نمی‌رسد.

---

۱. «لاَ یُکَلِّفُ الله نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا» (بقره/۲۸٦).

۲. مانند آیهٔ «وَأَنْکِحُوا الأَیَامَی مِنْکُمْ وَالصَّالِحِینَ مِنْ عِبَادِکُمْ وَإِمَائِکُمْ» (نور/۳۲).

شایان ذکر است عده‌ای از فقهای اهل سنت با توجه به اینکه علت عمده برای مخالفت با ازدواج دوقلوهای به‌هم‌چسبیده مشاهدهٔ عورت دیگری است، سعی کرده‌اند با طرح شرط عدم‌نزدیکی، این دلیل را رد کنند و راهکاری برای حل این اشکال شناسایی کنند. برای این منظور باید تأثیر شرط عدم‌جماع را در ازدواج دوقلوهای به‌هم‌چسبیده بررسی کرد. تحقیق، حکایت از وجود سه دیدگاه دراین‌خصوص دارد:

دیدگاه اول، بطلان شرط و صحت عقد است. غالب فقهای حنفی (بدرالعینی، ١٤٢٠ ق، ج ٥، ص ١٦٦)، حنبلی (مرداوی، ١٣٧٤، ج ٨، ص ١٦٥) و برخی از فقهای شافعی (امام الحرمین، ١٤٢٨ق، ج ١٢، ص ٤٠٣) بر این نظرند و چنین شرطی را به‌دلیل اسقاط مالم یجب و مخالفت با مقتضای عقد باطل و غیرمبطل می‌دانند.

در **دیدگاه دوم**، افزون‌بر شرط، عقد هم باطل است. فقهای مالکی ضمن بیان این مهم، آن را با قصد طرفین منافی می‌دانند (خرشی، ١٤٢٧ ق، ج ٣، ص ٢٧٨).

دیدگاه سوم که نظر برخی از فقهای شافعی است، حسب کسی که شرط را گذاشته است قائل به تفصیل می‌شود؛ به این صورت که اگر دوقلوی به‌هم‌چسبیده به‌عنوان زوج، شرط ازدواج بدون جماع را پیشنهاد کرده باشد، چنین ازدواجی باطل است؛ لیکن اگر دوقلو به‌هم‌چسبیده به‌عنوان زوجه، چنین شرطی را پیشنهاد کرده باشد، ازدواج صحیح است (نووی، ١٤١٢ ق، ج ٧، ص ١٢٧؛ ماوردی، ١٤١٩ ق، ج ٩، ص ٥٠٧). از نظر فقهای شافعی، تفاوت بین این دو مورد در این است که قبولی شرط، مخصوص زوجه است، مانند رضایت زوجه به عنین (ناظمی‌زاده، نیک‌دوستی، ١٣٩٢، ص ٢٠٠). در رد این تفصیل می‌توان گفت در فرضی که یکی از دوقلوها بخواهد ازدواج کند، حکم موضوع چه خواهد بود؟ همچنین با توجه به عموم و اطلاق ادلهٔ وفای به شرط، تفاوتی بین زوج و زوجه دراین‌خصوص وجود ندارد.

در فقه امامیه دربارهٔ شرط پیش‌گفته، به‌طور کلی بحث شده است و به‌طور خاص در موضوع دوقلوهای به‌هم‌چسبیده به آن اشاره‌ای نشده است. درخصوص وضعیت این شرط برخی فقها نظیر علامه حلی (١٤١٧ ق، ج ٧، ص ١٦٤) و شهید ثانی (١٤١٢ ق، ج ٢، ص ٣٩٣) آن را

به‌دلیل مخالفت با مقتضای ذات عقد ازدواج، شرطی باطل و مبطل دانسته‌اند. عدهٔ قلیلی از فقها شرط مذکور را به‌دلیل مخالفت با حکم قرآن و سنت جزء شروط باطل دانسته‌اند؛ لیکن هیچ آیه یا حدیثی را جهت مستند نظریهٔ خویش ارائه نکرده‌اند یا دلیل باطل‌بودن شرط را اسقاط ما لم یجب دانسته‌اند؛ درحالی که به نظر می‌رسد با تحقق ازدواج سبب اسقاط حق فراهم است (ابن ادریس، ١٤١٠ ق، ج ٢، ص ٥٨٩) افزون‌برآن محال‌بودن اسقاط ما لم یجب از قواعد حاکم بر امور حقیقی است و شامل امور اعتباری نمی‌شود. عدهٔ کثیری از فقهای متقدم و معاصر نیز بنا به‌دلایلی، نظیر قاعدهٔ وفای‌به‌عهد و این آیه که هدف از ازدواج صرفاً ارضای غریزهٔ جنسی نیست بلکه غایت اصلی آن ایجاد کانون آرامش است[1]، به صحت شرط عدم‌نزدیکی در ازدواج قائل هستند (آل‌عصفور، ١٤٠٨ ق، ج ٢٤، ص ٣٣٢؛ طوسی، ١٣٨٧ ق، ج٤، ص ٤٧٤).

با توجه به آنچه بیان شد، به نظر می‌رسد با لحاظ جمیع جوانب و اینکه علت درج چنین شرطی رفع ممنوعیت مشاهدهٔ عورت است، باید به صحت شرط قائل بود؛ زیرا اولاً همان‌طور که برخی گفته‌اند، اگر مقتضای ذات و هدف اصلی ازدواج صرفاً رابطهٔ جنسی میان زوجین است، باید ازدواج بین اشخاصی که فاقد توانایی جنسی هستند، مثل شخص عنن و قرن باطل اعلام می‌شد؛ حال اینکه این‌گونه نیست، بلکه اغراض عقلانی و عرفی فراوانی در ازدواج مترتب است؛ مثل حصول محرمیت، وصلت با خانوادهٔ شریف که تحقق هر یک می‌تواند مصحح عقد ازدواج باشد (خمینی، بی‌تا، ج ٥، ص ٢٨٣؛ مغنیه، بی‌تا، ج ٥، ص ١٨٨). ثانیاً نزدیکی یا عدم‌نزدیکی میان زوجین از حقوق خصوصی اشخاص است و مباینتی نیز با نظم عمومی ندارد؛ بنابراین در فرض رضایت زوجین نمی‌توان قائل به بطلان آن بود (امامی، ١٣٦٣، ج ٤، ص ٣٧٧؛ صفائی، و امامی، ١٣٨٨، ص ٦٥). ثالثاً درج چنین شرطی به‌نحو شرط نتیجه (اسقاط حق نزدیکی) به‌دلیل اینکه اسقاط حق به‌نحو جزئی است، مطابق با مادهٔ ٩٥٩ قانون مدنی مشمول صحت محسوب می‌شود و به‌طریق‌اولی درج آن به‌نحو شرط فعل (تعهد به عدم نزدیکی) نیز فاقد اشکال است. رابعاً با عنایت به مشکلات جسمی دوقلوها و ضرورت امر

---

۱. «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً» (روم/٢١).

ازدواج و جلوگیری از ارتکاب گناه و ازآنجایی‌که هدف از ازدواج منحصر به نزدیکی نیست، باید شرط عدم‌نزدیکی را در زمرهٔ شروط صحیح قلمداد کرد.

۲-٤. ازدواج دوقلوهای به‌هم‌چسبیدهٔ کامل دارای آلت جنسی مشترک

اگر دوقلوهای به‌هم‌چسبیده دارای اندام جنسی مشترک باشند و به عبارتی دو بدن و دو سر روی یک کمر باشد، آیا ازدواج آن‌ها در این حالت جایز است؟ تحقیق نشان می‌دهد امکان ازدواج در این حالت هم موافقان و مخالفانی دارد.

۱-۲-٤. دیدگاه فقهای امامیه

در فقه امامیه نظر اغلب فقها این است که دوقلوهای مزبور ازحیث مرد و زن بودن درباب ازدواج، یک نفر به شمار می‌آیند. بااین‌وجود از حیث ذکر صیغهٔ عقد شرایط فرق می‌کند. صیغهٔ قبول عقد توسط هر دو قل از دوقلوی به‌هم‌چسبیده لازم است و عدم‌قبول یا سکوت یکی از آن‌ها صحت ازدواج را زیر سؤال می‌برد. درباب طلاق نیز از همین قاعده تبعیت می‌شود (شهید ثانی، ١٤١٢ ق، ج ۲، ص ٣٣٤-٣٣٥). عده‌ای از فقها مانند فاضل هندی (١٤١٦ ق، ج ۲، ص ۳۰۹) و فخر المحققین (۱۳۸۷، ج ٤، ص ٢٦٨)، روایت قضاوت امام علی (ع) را دربارهٔ دوقلوهایی که دو سر و بدن روی یک کمر دارند و در آن ملاک وحدت یا تعدد، خواب آن‌ها عنوان شده است[1] صرف‌نظر از ضعف سندی، محدود به ارث دانسته‌اند و معتقدند درباب ازدواج، دوقلوهای به‌هم‌چسبیده مطلقاً واحد تلقی می‌شوند؛ لیکن درخصوص صیغهٔ عقد باید هردو ایجاب و قبول را انشاء کنند. حتی اگر مؤنث باشند بر مردی که سه زوجه دارد، جایز است که آن‌ها را به عقد خود درآورد. علامه حلی نیز مطابق با استدلال فوق، عقیده دارد که آن‌ها در ازدواج، واحد هستند، هرچند مؤنث باشند و مشمول حکم ممنوعیت جمع ازدواج دو

---

۱. امام صادق فرمود: «لما ولي عمر أتي بمولود له رأسان وبطنان وأربعة أيد ورجلان وقبل ودبر واحد، فنظر إلى شيء لم ير مثله قط، نظر إلى أسنانه أعلاه اثنان وأسفله واحد، وقد مات أبوه، فبعضهم يقول: هو اثنان ويرث ميراث اثنين، وبعضهم يقول: واحد يرث ميراث واحد، فلم يدر كيف الحكم فيه، فقال: اعرضوه على علي بن أبي طالب (عليه السلام)، واطلبوا الحكم منه، فعرضوا عليه فقال علي (عليه السلام): «انظروا إذا رقد، ثم يصاح، فإن انتبه الرأسان جميعاً فهو واحد، وإن انتبه الواحد وبقي الآخر نائماً فاثنان». فقال عمر: لا أبقاني الله بعدك يا أبا الحسن(نوری، ١٤٠٨ ق، ج ١٧، ص ٢٦٦).

خواهر نمی‌شوند (علامه حلی، ١٤١٣ ق، ج ۳، ص ۳۹۲). کاشف الغطاء در توضیح نظر علامه می‌گوید: «منظور علامه این است که اگر هر دو زن هستند، یک نفر حساب می‌شوند، پس زوج غیر از او با سه نفر دیگر هم جایز است ازدواج کند؛ یعنی چهار زن اختیار کند و همچنین جمع بین دو خواهر اتفاق نمی‌افتد» (نک: صاحب جواهر، ۱۳۸۷، ص ٩٦). برخلاف فقهای فوق، برخی از فقها با این استدلال که ضعف سند روایتی که درخصوص ارث دوقلوها بیان شده است، به‌وسیلهٔ عمل مشهور جبران می‌شود، عقیده دارند درباب ازدواج نیز باید طبق روایت به وحدت و تعدد آن‌ها توجه شود و دلیلی ندارد که به‌طور مطلق حکم بر وحدت آن‌ها شود (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۳۸۷، ص ٤٩١). حسینی مراغی هم معتقد است که اگر هر دو مذکر یا هر دو مؤنث باشند، اشکالی در ازدواج آن‌ها نیست؛ لیکن اگر تعدد جنسیت داشته باشند، ممنوع است (١٤١٧ ق، ج ١١، ص ٧٠).

۲-۲-٤. دیدگاه فقهای اهل سنت

در میان فقهای اهل‌سنت هم صحت ازدواج در این فرض طرف‌دارانی دارد؛ برای نمونه ابن‌قیم و برخی از فقهای مالکی ازدواج این دوقلوهای به‌هم‌چسبیده را جایز می‌دانند. آن‌ها به این قول شافعی، منقول‌از امام غزالی، استناد می‌کنند که زنی با دو سر (دوقلوی به‌هم‌چسبیده) با ۱۰۰ دینار مهریه ازدواج کرد و سپس طلاق گرفت (محمد منصور علی، ۲۰۱۳ م، ص ۹۷).

اگر دوقلوهای به‌هم‌پیوسته مرد باشند، آیا ازدواج یکی از آن‌ها با یک زن یا هر دو آن‌ها با دو زن جایز است؟ آیا باید برای هریک خطبه‌ای جداگانه خواند؟ اگر ازدواج کردند در این صورت، جماع با دو خواهر و احکام بارداری و شیردادن چطور خواهد بود؟ برخی از محققان در پاسخ به این‌گونه سؤالات، توجه را به مشترک یا مستقل بودن آلت تناسلی دوقلوهای به‌هم‌چسبیده معطوف می‌کنند. اگر آلت تناسلی آن‌ها مشترک باشد، مسئولیت تولد و شیردادن با آن خواهر دوقلویی است که ازدواج کرده است؛ اما اگر دوقلوهای به‌هم‌چسبیدهٔ دختر، هرکدام واژن جداگانه‌ای داشته باشند، دراین‌صورت آن‌ها دو نفر محسوب می‌شوند و نمی‌توان هر دو آن‌ها را با یک خطبه عقد کرد؛ چراکه آن‌ها مستقل هستند. دربارهٔ بارداری و شیردادن نوزاد نیز

چنین است. پس‌از ازدواج یکی از آن‌ها، نزدیکی یا لمس بدن او توسط شوهرخواهر حرام است؛ مگر درصورت ضرورت و اضطرار. در هنگام جماع هم باید نگاه و شرمگاه خود را تاحدامکان پوشیده نگاه دارد؛ چراکه امور مترتب با طلاق و زنا و نسب در گرو وجود و عدم آلت‌تناسلی است (جواد حسین، مکی جودی و شمری، ۲۰۲۲ م، ص ۲۱۹).

در مقابل دیدگاه فوق، برخی از علمای مذهب مالکی ازجمله قاضی عیاض بر حرمت ازدواج دوقلوهای به‌هم‌چسبیدهٔ دارای اندام جنسی مشترک حکم کرده‌اند. حطاب می‌گوید قاضی عیاض و شاگردانش آن‌ها را دو خواهر به‌هم‌چسبیده می‌دانند. مرکز پژوهش‌های الأزهر نیز با استناد به سخنان أحمد الطیار معتقد است ازدواج برای دوقلوهای به‌هم‌چسبیدهٔ مرد که یک آلت تناسلی مشترک دارند، حرام است. ازسوی‌دیگر جماع هم‌زمان دو مرد با یک زن جایز نیست و به‌طورکلی این ازدواج حرام است. پس اگر جماع دو مرد با یک زن به‌طور هم‌زمان حرام است، بالتبع اگر یکی از این دوقلوهای به‌هم‌چسبیده عقد کنند، درواقع مرتکب زنا می‌شوند و این سؤال پیش می‌آید که بچهٔ حاصل از این ازدواج، متعلق به کدام‌یک از این دو برادر دوقلوی به‌هم‌چسبیده است (محمد منصور علی، ۲۰۱۳ م، ص ۲۳).

۳-۲-٤. دیدگاه منتخب

در این بخش ضمن رد نظریات مطرح‌شده، دیدگاه منتخب نگارندگان بیان می‌شود. دربارهٔ آن دسته از فقهایی که عقیده دارند باید میان ازدواج و دیگر عقود تفکیک قائل شد، می‌توان گفت این دوقلوها بالاتنهٔ مجزایی دارند؛ اما با توجه به ماهیت و آثار عقد ازدواج به‌عنوان امری مستحب، باید در مواردی که مانعی نظیر ارتکاب حرام وجود دارد، از اصل اولای جواز ازدواج دست کشید و به عدم‌جواز قائل شد. افزون‌برآن استدلال آن عده از فقهایی که قائل به جواز ازدواج به‌دلیل عسروحرج ناشی‌از عدم ازدواج هستند، صحیح به نظر نمی‌رسد. در فرض وحدت آلت جنسی، برقراری رابطهٔ جنسی موجب عسروحرج برای قل دیگر است؛ ازاین‌رو حکم جواز ازدواج بین قل‌ها، ترجیح بلامرجح به شمار می‌آید.

فرض ازدواج دوقلوهای به‌هم‌چسبیده اعم‌از مذکر و مؤنث با دو نفر، به این صورت که هر قل به‌طور مجزا امکان ازدواج با شخصی را داشته باشد، ایراد دارد؛ زیرا یکی از آثار ازدواج، رابطهٔ زناشویی است که این مهم با انعقاد ازدواج در رابطهٔ زن و شوهر به وجود می‌آید و ازآنجایی‌که عضو جنسی دوقلوها واحد است؛ ازاین‌رو با فرض نزدیکی یکی از آن‌ها، نزدیکی برای دیگری سالبه به انتفاء موضوع است؛ چراکه تمتع جنسی برای طرف مقابل است و با توجه به وحدت آلت تناسلی، طرف مقابل ازدواج با دوقلوها، نمی‌تواند دو نفر باشد. ازیک‌سو، در این فرض امکان ستر عورت وجود ندارد و می‌توان همانند ادلهٔ موافقان قائل به جواز شد؛ اما با توجه به واقعیت‌های عملی باید گفت رابطهٔ جنسی در چنین فرضی خود می‌تواند موجب عسروحرج باشد. ازسوی‌دیگر، شاید بتوان استدلال کرد که در فرض درج شرط عدم نزدیکی، ازآنجایی‌که موانعی نظیر ستر عورت و اختلاط نسب وجود ندارد و اینکه برقراری رابطهٔ جنسی جزء ذات ازدواج به شمار نمی‌آید، باید قائل به صحت ازدواج آن‌ها بود؛ لیکن در رد این استدلال می توان گفت ازطرفی، با توجه به رابطهٔ شرط و عقد، شرط نمی‌تواند موجبی برای حکم جواز نکاح قرار گیرد؛ زیرا شرط تابع عقد و فرع بر آن است و عکس آن صحیح نیست. ازطرف‌دیگر درصورت تخلف از شرط نزدیکی، وضعیت نکاح چه خواهد بود؟ بنابراین به نظر می‌رسد حتی با شرط عدم‌نزدیکی نیز ازدواج آن‌ها مشمول حکم جواز نیست.

همچنین فرض ازدواج دوقلوهای مورد بحث با یک نفر، درصورت تحقق تعدد شخصیت ازحیث ضابطهٔ فقهی و پزشکی، حتی با درج شرط عدم نزدیکی و ازدواج موقت نیز واجد ایراد است؛ زیرا دربارهٔ دوقلوهای مذکر باید گفت آن‌ها نمی‌توانند با یک زن ازدواج کنند؛ زیرا ازدواج هم‌زمان دو مرد با یک زن امکان ندارد. درصورتی‌که دوقلوها مؤنث باشند هم باید در نظر داشت ازدواج یک مرد با هردو موجب جمع بین دو خواهر می‌شود که ممنوع است. نظر آن دسته از فقهایی که مبنای حکم ممنوعیت جمع بین دو خواهر را صرفاً جلوگیری از حسادت بین خواهران دارای آلت جنسی مجزا می‌دانند (حسینی مراغی، ۱٤۱۷ ق، ج ۱، ص ۷۱)، قابل

رد است؛ زیرا با عنایت به آیهٔ قرآن[۱] این موضوع ارتباطی به رابطهٔ جنسی ندارد و مهم، ممنوعیت ازدواج با یک مرد است.

افزون‌بر مراتب فوق، به‌سادگی نمی‌توان دیدگاه آن دسته از فقیهانی را پذیرفت که برخلاف دیگر زمینه‌ها، صرفاً در باب ازدواج به‌طور مطلق به وحدت شخصیت دوقلوهای به‌هم‌چسبیدهٔ دارای آلت جنسی مشترک قائل هستند. این دوگانگی نتایج نامعقولی به همراه دارد. برای نمونه در فرض مؤنث بودن دوقلوها، نتیجه حاصله از پیروی این نظریه آن است که زوجه در ازدواج یک نفر است لیکن در تقسیم ارث دو نفر محسوب خواهد شد. همچنین اگر دوقلوها مذکر باشند، در ازدواج، یک زوج محسوب می‌شوند؛ درحالی‌که در باب ارث، سهم دو مرد را خواهند برد.

به نظر می‌رسد براساس آنچه آمد، صدور حکمی فراگیر برای همهٔ حالات دوقلوهای به‌هم‌چسبیده امری دشوار است. بهترین اقدام، مراجعه به پزشک متخصص جهت تعیین وحدت یا تعدد است. با توجه به اینکه ازنظر پزشکی داشتن اندام حیاتی مستقل حاکی از تعدد شخصیت است و نیز دوقلوهای مذکور اندام بالاتنهٔ متعددی دارند؛ بنابراین در بیشتر موارد آن‌ها دو نفر با آلت تناسلی مشترک تشخیص داده می‌شوند و ازدواج آن‌ها حرام است. ازدواج آن‌ها، یا جماع هم‌زمان دو مرد با یک زن، یا جماع یک مرد با دو خواهر به‌طور هم‌زمان است که هر دو حرام است. ازسویی، مشکلات انتساب نسب فرزند هم قابل‌تصور است و مشخص نیست فرزند منسوب به کدام‌یک از آن‌ها است. ازسوی‌دیگر حتی با درج شرط عدم نزدیکی نیز موانع نکاح (ستر عورت و اختلاط نسب) سالبه به انتفاء موضوع است و آثار و اهداف ازدواج نیز منحصر به رابطهٔ جنسی نیست؛ اما با عنایت به فرعی بودن شرط، دربارهٔ عقد نمی‌توان حکم

---

۱. «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهاتُكُمْ وَبَناتُكُمْ وَأَخَواتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخالاتُكُمْ وَبَناتُ الأَخِ وَبَناتُ الأُخْتِ وَأُمَّهاتُكُمُ اللاَّتي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَواتُكُمْ مِنَ الرَّضاعَةِ وَأُمَّهاتُ نِسائِكُمْ وَرَبائِبُكُمُ اللاَّتي في حُجُورِكُمْ مِنْ نِسائِكُمُ اللاَّتي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُناحَ عَلَيْكُمْ وَحَلائِلُ أَبْنائِكُمُ الَّذينَ مِنْ أَصْلابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلاَّ ما قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللهَ كانَ غَفُوراً رَحيماً» (نساء/۲۳).

به جواز نکاح آن‌ها داد.

یافته‌های پژوهش

تولد دوقلوهای به‌هم‌چسبیده افزون بر ابعاد پزشکی، فرهنگی، روان‌شناسی، ابعاد حقوقی گسترده‌ای نیز به‌همراه دارد. در این نوشتار امکان‌سنجی ازدواج این اشخاص مطالعه و بررسی شد که نکات برجستهٔ آن در ادامه بیان خواهد شد.

۱. در چهارچوب تعریفی که از مفهوم دوقلوهای به‌هم‌چسبیده بیان شد، مشخص شد که آن‌ها دارای صفات و جنسیت مشترک هستند و لقاح آن‌ها در تخمک مشترک انجام می‌گیرد، بدن‌های آن‌ها به‌هم‌چسبیده است و تنها ازطریق عمل جراحی جدا می‌شوند.

۲. دوقلوهای به‌هم‌چسبیده ازحیث ناقص یا کامل بودن و نواحی‌ای که به هم متصل هستند به دسته‌های مختلف تقسیم می‌شوند.

۳. دربارهٔ این مسئله که دوقلوهای به‌هم‌چسبیده یک نفر محسوب می‌شوند یا دو نفر و همچنین شناسایی معیار تشخیص این مهم، اختلاف‌نظر وجود دارد. دراین‌خصوص باید میان دوقلوهای انگلی و دوقلوهای کامل به تفکیک قائل شد. به این صورت که در دوقلوهای انگلی با توجه به اینکه عضو زائد قابلیت ادامهٔ حیات به‌طور مستقل را ندارد، باید وحدت شخصیت پذیرفته شود. دربارهٔ دوقلوهای کامل نیز اعم‌از آنکه دارای آلت جنسی واحد یا متعدد باشند، با عنایت به تعریف و ماهیت دوقلوهای یادشده و با توجه به ضابطهٔ فقهی (خواب و بیداری) وضابطهٔ پزشکی (تعدد اندام‌های حیاتی) در غالب موارد دارای تعدد شخصیت هستند. این قسم، دوقلوهای کاملی به شمار می‌آیند که صرفاً در برخی اجزا مشترک هستند و اندام حیاتی آن‌ها مستقل است.

٤. دربارهٔ حکم ازدواج دوقلوهای به‌هم‌چسبیده نمی‌توان جملگی انواع دوقلوها را مشمول حکم واحدی قرار داد. با توجه به اینکه دوقلوهای انگلی درواقع یک نفر محسوب می‌شوند و قل دیگر زائد به شمار می‌آید، ازدواج قل دیگر مشمول حکم صحت است. درخصوص دوقلوهای به‌هم‌چسبیدهٔ کامل هم باید باعنایت به اشتراک یا عدم‌اشتراک آلت تناسلی حکم

کرد؛ به این صورت که ازدواج دوقلوهای به‌هم‌چسبیدهٔ کامل دارای اندام تناسلی مجزا بنابه دلایلی نظیر اطلاق آیات قران کریم مبنی‌بر لزوم ازدواج و قواعد فقهی اضطرار و اهم و مهم مشمول حکم صحت است؛ لیکن ازدواج دوقلوهای به‌هم‌چسبیدهٔ کاملی که آلت تناسلی مشترک دارند، مشمول حکم حرمت است؛ زیرا ازدواج آن‌ها یا جماع هم‌زمان دو مرد با یک زن یا جماع یک مرد با دو خواهر به‌طور هم‌زمان است که هردو حرام است؛ ازسوی‌دیگر بحث مشکل انتساب نسب فرزند به آن‌ها نیز وجود دارد؛ افزون‌براین حتی با درج شرط عدم‌نزدیکی نیز موانع نکاح (ستر عورت و اختلاط نسب) سالبه به انتفاء موضوع است و آثار و اهداف ازدواج نیز منحصر به رابطهٔ جنسی نمی‌شود؛ اما با عنایت به فرعی‌بودن شرط، دربارهٔ عقد نمی‌توان حکم به جواز نکاح آن‌ها کرد.

تحقیق نشان داد خلأهای تقنینی جدی دربارهٔ ترسیم وضعیت حقوقی دوقلوهای به‌هم‌چسبیده وجود دارد. به این منظور پیشنهاد می‌شود قانونگذار در فصل دوم قانون مدنی و درباب موانع ازدواج، ماده‌ای به شرح ذیل اضافه کند: «ازدواج دوقلوهای به‌هم‌چسبیده، فارغ‌از جنسیت، به‌جز دوقلوهای به‌هم‌چسبیده که دارای آلت جنسی مشترک هستند، جایز است».

همچنین پیشنهاد می‌شود در جلد دوم قانون مدنی، معیاری برای تمیز واحد یا متعدد بودن دوقلوهای به‌هم‌چسبیده در قالب تبصره‌ای به شرح ذیل به مادهٔ ۹۵۶ اضافه شود: «معیار تشخیص وحدت و تعدد دوقلوهای به‌هم‌چسبیده، در مواردی که از حیث پزشکی امکان آن نباشد، تعدد روح است که می‌توان آن را با علائمی نظیر خواب‌وبیداری احراز کرد».

منابع

قرآن کریم.

آل‌عصفور، حسین بن محمد (۱٤۰۸ ق). *الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع*. قم: مجمع البحوث العلمیة.

ابن ادریس، محمد بن احمد (۱٤۱۰ ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

ابن بابویه، محمد بن علی (۱٤۱۳ ق). *من لا یحضره الفقیه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به حوزه مدرسین حوزه علمیه قم.

ابن حجر عسقلانی، احمد بن علی (۱۳۹۰ ق). *لسان المیزان*. بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.

ابن رشد، محمد بن احمد (۱٤۰۸ ق). *البیان والتحصیل*. بیروت: دار الغرب الإسلامي.

ابن سعید، یحیی بن احمد (١٤٠٥ ق). *الجامع للشرائع*. قم: مؤسسة الإمام الصادق (علیه السلام).

ابن سکیت، یعقوب بن اسحاق (١٤٢٣ ق). *إصلاح المنطق*. بیروت: دار إحیاء التراث العربي.

ابن فارس، احمد بن فارس (١٣٩٩ ق). *مقاییس اللغة*. قاهرة: دار الآفاق العربیة.

ابن قدامه، عبد اللّه بن احمد (١٤٠٥ ق). *المغني*. بیروت: دار الفکر.

ابن قیم جوزیه، محمد بن ابی بکر (١٤٢٨ ق). *الطرق الحکمیة في السیاسة الشرعیة*. القاهرة: مطبعة المدني.

ابن منظور، محمد بن مکرم (١٤١٤ ق). *لسان العرب*. بیروت: دار الفکر.

أبو البصل، عبد الناصر موسی(٢٠١٠ م). *نوازل التوائم الملتصقة الأحکام الملتعلقة بفصلها ومیراثها وزواجها*. ریاض: للمجمع الفقهی.

احمدیان، سید رضا (١٣٩٢). *مسئولیت کیفری دوقلوهای به‌هم‌چسبیده درباب حدود در حقوق کیفری ایران* (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). قابل ارزیابی از:

https://ganj.irandoc.ac.ir/viewer/ea0a0ae6eeeeade30816d71a7a3d1924?sample=1

ازهری، محمد بن احمد (٢٠٠١ م). *تهذیب اللغة*. بیروت: دار إحیاء التراث العربي.

اسدی، لیلا (١٣٩٣). *بررسی عبادات و احوال شخصیه مکلفان غیرعادی در فقه امامیه* (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). قابل ارزیابی از:

https://ganj.irandoc.ac.ir/viewer/ece69afa5ab2288691c5581e8eb12eed?sample=1

أطبان، ناصر عبدالله (٢٠١٠ م). *أحکام الفقهیة للتوائم المتلاصقة*. ریاض: للمجمع الفقهي

امام الحرمین، عبد الملک بن عبد الله (١٤٢٨ ق). *نهایة المطلب في درایة المذهب*. دمشق: دار المنهاج.

امامی، حسن (١٣٦٣). *حقوق مدنی*. تهران: کتاب‌فروشی اسلامی.

بجیرمی، سلیمان بن محمد (١٤٢٧ ق). *حاشیة البجیرمي علی شرح منهج الطلاب (التجرید لنفع العبید)*. بیروت: دار الفکر.

بدرالعیني، محمود بن احمد (١٤٢٠ ق). *البنایة شرح الهدایة*. بیروت: دار الکتب العلمیة.

جواد حسین، اثیر؛ مکی جودی، حسنین؛ و شمری، حیدر حسین (٢٠٢٢ م). أحکام الأحوال الشخصیة للتوأم السیامي المتلاصق (دراسة قانونیة استقرائیة في ضوء الفقه اسلامي). *مجله اهل بیت علیه السلام*، ١ (٣٠)، ص ٢٠٤-٢٢٥.

جوهری، اسماعیل بن حماد (١٤٠٧ ق). *الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربیة*. بیروت: دار العلم للملایین.

حر عاملی، محمد بن حسن (١٤٠٨ ق). *وسائل الشیعة*. قم: مؤسسهٔ آل البیت علیهم السلام.

حسینی سیستانی، علی (١٤١٦ ق). *منهاج الصالحین*. قم: مکتب آیة الله العظمی السید السیستانی.

حسینی شیرازی، صادق (١٤٢٥ ق). *التعلیقات علی شرائع الإسلام*. قم: استقلال.

حسینی عمیدی، عمید الدین (١٤١٦ ق). *کنز الفوائد في حل مشکلات القواعد*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزه علمیه قم.

حسینی مراغی، عبد الفتاح بن علی (١٤١٧ ق). *العناوین الفقهیة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزه علمیه قم.

خرشی، ابوعبدالله محمد (١٤٢٧ ق). *شرح مختصر خلیل*. بیروت: دار الفکر.

خمینی، روح‌اللّه (١٣٩٢). *استفتائات امام خمینی*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

خمینی، روح‌اللّه (بی‌تا). *البیع*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

خوئی، ابوالقاسم (١٤١٠ ق). *منهاج الصالحین*. قم: مدینة العلم.

ذهبی، محمد بن احمد (١٤١٨ ق). *المغنی فی الضعفاء*. بیروت: دار الکتب العلمیة.

ذهبی، محمد بن احمد (١٣٨٢ ق). *میزان الاعتدال فی نقد الرجال*. بیروت: دار المعرفة للطباعة والنشر.

ربیعه، عبد الله بن عبد العزیز (٢٠٠٩ م). *تجربتي مع التوائم السیامیة*. ریاض: مکتبة العبکان.

رحیمی عنا، نرگس (١٤٠٠ ش). *بررسی فقهی و حقوقی احکام دوقلوهای به‌هم‌چسبیده* (پایان نامه کارشناسی ارشد). قابل ارزیابی از:

https://ganj.irandoc.ac.ir/viewer/85d7e8808786fd99eefc861135774d9c?sample=1

روحانی، محمدصادق (١٤٢٩ ق). *منهاج الصالحین*. قم: اجتهاد.

سنیدی، فهد بن عبدالکریم (٢٠١١ م). *أحکام الأجنة المتلاصقة*. ریاض: مکتبة عین الجامعة.

شثری، سعد بن ناصر (٢٠١١ م). *التوأم المتلاصق السیامي*. ریاض: المجمع الفقهی اسلامی.

شربینی، محمد بن احمد (١٤٢٤ ق). *القناع في حل ألفاظ أبی شجاع*. بیروت: دار الفکر.

شمس الائمه سرخسی، محمد بن احمد (١٤٠٩ ق). *المبسوط*. بیروت: دار الفکر.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (١٤١٢ ق). *الروضة البهیة في شرح اللمعة الدمشقیة*. بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.

صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر (١٣٨٧). *أنوار الفقاهة*. قم: مؤسسه فرهنگی و اطلاع‌رسانی تبیان.

صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر (١٣٦٢ ق). *جواهر الکلام في شرح شرایع الإسلام*. بیروت: دار إحیاء التراث العربي.

صدر، محمدصادق (١٣٨٤). *منهاج الصالحین*. تهران: دار الصدر.

صفائی، حسین: و امامی، اسدالله (١٣٨٨). *مختصر حقوق خانواده*. تهران: میزان.

طوسی، محمد بن حسن (١٣٨٧ ق). *المبسوط في فقه الإمامیة*. تهران: المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة.

علامه حلی، حسن بن یوسف (١٤١٣ ق). *قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین‌حوزهٔ علمیه‌قم.

علامه حلی، حسن بن یوسف (١٤١٧ ق). *مختلف الشيعة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزه علمیه قم.

غنی‌زاده، مهدیه (۱۳۹۸). *بزهکاری و بزه‌دیدگی دوقلوهای به‌هم‌چسبیده ازمنظر فقه امامیه* (رساله دکتری). قابل ارزیابی از:

https://ganj.irandoc.ac.ir/viewer/9d688ea4d70e90b187bde8bc2ce86feb?sample=1

فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۳۸۷). *تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة – الطلاق و المواريث*. قم:. مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)

فاضل هندی، محمد بن حسن (١٤١٦ق). *كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

فخرالمحققین، محمد بن حسن (١٣٨٧ ق). *ايضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

فراهی شالچی، حسن؛ فاضل، علیرضا؛ و سازگار، قاسم (۱۳۸۰). بررسی جنینی و آناتومیک دوقلوهای به‌هم‌چسبیده توراکواومفالوپاگوس در مشهد. *مجله علوم پزشکی ایران*، ٤ (٤)، ص ٢٣٤-٢٤٠.

فیروزآبادی، محمد بن یعقوب (١٤١٥ ق). *القاموس المحيط*. بیروت: دار الکتب العلمیة.

قلیوبی، احمد بن احمد؛ و برلسی، عمیره (١٤١٥ ق). *حاشيتا قليوبي وعميرة*. بیروت: دار الفکر.

کلینی، محمد بن یعقوب (١٤٠٧ ق). *الكافي*. تهران: دار الکتب الإسلامیة.

ماوردی، علی بن محمد (١٤١٩ ق). *الحاوي الكبير*. بیروت: دار الکتب العلمیة.

محمد منصور علی، عبد الحلیم (٢٠١٣ م). *أحكام زواج التوائم السيامية دراسة فقهية مقارنة*. بحرین: المکتب الجامعی احادیث.

محمود إدریس، عبدالفتاح (٢٠١٠ م). *فصل التوأم المتلاصق وموقف الفقها ء منه*. ریاض: بحث مقدمه للمجمع الفقهی الاسلامی المنعقد في المکه المکرمه.

مرداوی، حسن (١٣٧٤). *الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف*. بیروت: دار إحیا ء التراث العربي.

مغنیه، محمد جواد (بی‌تا). *فقه امام جعفر صادق(ع)*. قم: انتشارات قدس.

مفید، محمد بن محمد (١٤١٣ ق). *المقنعة*. قم: کنگره شیخ مفید.

موسوی خوانساری، احمد (١٣٦٤). *جامعُ الْمَدارك في شَرحِ الْمُختَصَرِ النّافع*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

میمان، ناصر عبد الله (٢٠١٠ م). *ألاحكام الفقهية المتعلقة بالتوائم المتلاصقة. للمجمع الفقهي اسلامی*.

ناظمی‌زاده، محسن؛ و نیک‌دوستی، مجتبی (۱۳۹۲). شرط عدم‌نزدیکی در نکاح. *مجلهٔ حقوقی دادگستری*، ۷۷ (۸۲)، ص ۱۹۲-۲۱٦.

نراقی، احمد بن محمد مهدی (١٤١٩ ق). *مستند الشيعة في أحكام الشريعة*. مشهد: مؤسسة آل البيت لإحياء التراث.

نوری، حسین بن محمدتقی (١٤٠٨ ق). *مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل*. قم: مؤسسۀ آل بیت علیه السلام.

نووی، یحیی بن شرف (١٤١٢ ق). *المجموع شرح المهذب*. بیروت: دار الفکر.

نووی، یحیی بن شرف (١٣٤٤ ق). *روضة الطالبين*. بیروت: المكتب الإسلامي.

وجدانی فخر، قدرت الله (١٣٨٤). *الجواهر الفخرية في شرح الروضة البهية*. بیروت: الأميرة للطباعة والنشر والتوزيع.

اسلام کوئست (١٣٩٧). تاریخ بازدید: ١٤٠٢/١١/٢٧. https://www.islamquest.net

پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر آیت‌الله مکارم شیرازی (بی‌تا). تاریخ بازدید: ١٤٠٢/١١/٢٧. https://makarem.ir

روزنامه هفت صبح (١٤٠١ ش). تاریخ بازدید: ١٤٠٢/٠٨/٠٥. https://7sobh.com

Belachew et al., (2018). Sick building syndrome and associated risk factors among the population of Gondar town, northwest Ethiopia. Environ Health Prev Med,27;23(1),1-54. https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30368236/

Boer, L: Schepens-Franke, A. N & Oostra, R. J. (2019). Two is a crowd: On the enigmatic etiopathogenesis of conjoined twinning. Clinical Anatomy. 32(5), 722–741. https://www.clinicalanatomy.ca/

Boer, L: Schepens-Franke, A. N; Winter, E & Oostra, R. J. (2021). Characterizing the coalescence area of conjoined twins to elucidate congenital disorders in singletons. Clinical Anatomy, 34(6), 845–858. https://www.clinicalanatomy.ca/

Couzin,R.(2023). Conjoined Twins in Medieval Imagery. Medieval Encounters, 29(1),3-53. https://ixtheo.de/Record/1840543981

Madhavan, M: Naik, P. N: & Aurora, A. L. (1974). Conjoined twins: Report of a case of thoracopagus. The Indian Journal of Pediatrics, 41(321),340-2. https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/4448527/

Ratner, AN; Terrone D & Cosgrove FJ. (2006). Thoracopagus Conjoined Twins. Journal of Diagnostic Medical Sonography.22(1),53-55. https://journals.sagepub.com/home/JDM

Rodman E, Placencia JL. (2018). Pharmaceutical considerations with conjoined twins. InSeminars in Perinatology,42(6). https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30122608/

Spencer, R. (2001). Parasitic conjoined twins: External, internal (fetuses in fetu and teratomas), and detached (acardiacs). Clinical Anatomy, 14(6), 428–444.. https://www.clinicalanatomy.ca/

Ulrich, Meyer. (2020). Fundamentals of Craniofacial Malformations. Cham, Switzerland : Springe, 175-185.

Bi-quarterly Scientific Journal of Family Law and Jurisprudence Journal
Vol. 30, No. 82/ Spring & Summer 2025
Research Article

The Approach of Judicial Procedure to the Issue of Disobedience (Nushuz) in Proceedings Stage[1]

Samira Bekdelo[2] Roqia Al-Sadat Momin[3] Leila Al-Sadat Asadi[4]

DOI:
10.30497/FLJ.2023.245099.1944

Abstract

The issue of Disobedience or Nushuz (disobedience of sex by woman) and its brunches is raised both in jurisprudence, which originates from the word of revelation, and in the science of law, it has been considered by jurists and accordingly it is brought up in family courts by submitting a petition to compel the wife to obey or to declare and confirm the wife's Disobedience. By examining the issued opinions, it can be considered a lot of diversity and difference in jurist's opinions and views. The aim of this research is to investigate the causes of diversity and multiplicity of judicial procedure in the subject of Obedience or Tamkin and Disobedience. This research which is written in the document-library method and done by descriptive and analytical type of research, uses obedience opinions and publications issued by family courts which are collected in the national system of judicial opinions and advisory opinions of the General Legal Department of judiciary. Lawsuits related to wife's submissiveness and disobedience depend to a large extent on the inference of the judge, and this issue has led to the creation of numerous procedures. Therefore, in order to reach a unity of procedure, it is necessary to analyze the judicial procedure in this regard and examine the degree of conformity or non-conformity of the opinions issued with jurisprudential foundations as well as the subjected rights. After investigating through the opinions issued and examining jurisprudential and legal sources on the issue of obedience and non-compliance, the result is that some issues and challenges related to this issue have jurisprudential roots and are related to differences of opinion among jurists, and some are related to the legal dimension and the legislative aspect of the issue, and finally, some issues are rooted in the implementation phase of laws and their application in this field. Some of the ambiguities in this matter can also be classified according to the stages of the proceedings, i.e., the stage of filing a lawsuit, proceedings, issuing the verdict and executing the verdict. This article is only focused on the judicial proceedings stage of Obedience and Disobedience cases.

Keywords: judicial procedure, Disobedience, special Obedience, general Obedience, judicial proceedings

---

1. The present article is extracted from a Master's thesis titled *"Analysis of Iran's Judicial Procedure on the Issue of Nashiz"* conducted at Imam Sadiq (AS) University, Women's Campus.

2. PhD Student in Jurisprudence and Foundations of Islamic Law, Imam Sadiq University (AS), Tehran, Iran. bikdelu.2570@gmail.com
3. Assistant Professor and Faculty of Law, Imam Sadiq University Tehran, Iran. sadatmomen@isu.ac.ir
4 .Ph D in Criminal Law and Criminology, Tehran, Iran. leilasadat.asady@yahoo.com

دوفصلنامهٔ علمی فقه و حقوق خانواده/ *مقالهٔ پژوهشی*/ دورهٔ ۳۰، شمارهٔ ۸۲/ بهار و تابستان ۱۴۰۴/ صص: ۱۹۳-۱۵۹

رویکرد رویهٔ قضایی به مسئلهٔ نشوز در مرحلهٔ رسیدگی[۱]

سمیرا بیکدلو*[۲]

تاریخ دریافت: ۱٤۰۲/۵/۹؛ تاریخ پذیرش: ۱٤۰۲/۷/۲۵

رقیه السادات مؤمن[۳]

لیلا السادات اسدی[٤]

DOI:10.30497/FLJ.2023.245099.1944

چکیده

مسئلهٔ نشوز و فروعات آن هم در فقه که از کلام وحی نشئت گرفته، مطرح است و هم در علم حقوق، موردتوجه حقوق‌دانان قرار گرفته و به‌تبع، در دادگاه‌های خانواده با تقدیم دادخواست الزام به تمکین یا اعلام و احراز نشوز زوجه مطرح می‌شود. درپی بررسی آرای صادرشده، فراوانی تشتت آرا و اختلاف سلایق قضات اثبات می‌شود. هدف از پژوهش حاضر، بررسی علت یا علل تشتت و تعدد رویهٔ محاکم درخصوص تمکین و نشوز است. این پژوهش با استفاده از روش اسنادی- کتابخانه‌ای انجام شده و ازنوع توصیفی- تحلیلی است. برای پیشبرد تحقیق از آرای تمکین و نشوز صادرشده از محاکم خانواده بهره گرفته‌ایم که در سامانهٔ ملی آرای قضایی و نیز نظرات مشورتی ادارهٔ کل حقوقی قوهٔ قضاییه جمع‌آوری شده اند. دعاوی مربوط به تمکین و نشوز زوجه به‌میزان زیادی به استنباط قاضی بستگی دارند و همین مسئله باعث ایجاد رویه‌های متعدد شده است؛ لذا برای رسیدن به وحدت رویه، لازم است رویهٔ قضایی در این حوزه تحلیل و میزان انطباق یا عدم انطباق آرای صادرشده با مبانی فقهی و نیز حقوق موضوعه بررسی شود. پس‌از تتبع در آرای صادرشده، و بررسی منابع فقهی و حقوقی درخصوص تمکین و نشوز نتیجه می‌گیریم برخی مسائل و چالش‌های مرتبط با این موضوع، ریشهٔ فقهی دارند و به اختلاف‌نظر میان فقها مربوط می‌شوند، برخی دیگر به بُعد حقوقی و جنبهٔ قانون‌گذاری مسئله مربوطاند و درنهایت، برخی نیز در مرحلهٔ اجرای قوانین و کاربست آن‌ها در این حوزه ریشه دارند. بعضی ابهامات موجود در این موضوع را هم می‌توان با توجه به مراحل دادرسی، شامل مرحلهٔ طرح دعوا، دادرسی، انشای رأی و اجرای حکم دسته‌بندی کرد. این مقاله صرفاً بر مرحلهٔ رسیدگی قضایی به پرونده‌های تمکین و نشوز، متمرکز است.

کلید واژه‌ها: رویهٔ قضایی، نشوز، تمکین خاص، تمکین عام، رسیدگی قضایی.

---

۱. مقالهٔ حاضر، مستخرج از رساله کارشناسی‌ارشد با عنوان *«تحلیل رویه قضایی ایران در مسأله نشوز»* از دانشگاه امام صادق(ع) پردیس خواهران است.

۲. (نویسندهٔ مسئول) دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران. bikdelu.2570@gmail.com

۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران. sadatmomen@isu.ac.ir

٤. دکتری تخصصی حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تهران، تهران، ایران. leilasadat.asady@yahoo.com

مقدمه

یکی از مهم‌ترین دلایل ناتوانی رویهٔ قضایی در کشور ما این است که آرای دادگاه‌ها درمعرض دیدِ صاحب‌نظران و علمای علم حقوق قرار نگرفته‌اند و کمتر ارزیابی می‌شوند. اگر رویه‌های موجود به‌صورت قانون مدوّن درآیند، نظام قضایی از تجدیدنظرهای مکرر در قوانین، بی‌نیاز خواهد شد.

از آنجا که ذات و طبیعت قواعد حقوقی، ثبات و استواری را اقتضا می‌کند، بازبینی‌های مکرر و متعدد در آن‌ها موجب سرگردانی اصحاب حقوق می‌شود. راه‌حل رهایی از این معضل، توجه به رویهٔ قضایی است (زندی، ۱۳۸۸، ص ط).

در جامعهٔ پویا و قانونمند، آرای صادرشده از محاکم، یکی از عوامل پیشرفت و ترقی حقوق است و رویهٔ قضایی در سطوح مختلف نظام حقوقی کشور، آثار و کارکردهایی گسترده دارد؛ از این روی باید در نگارش یک اثر کامل و جامع از این منبع حقوقی نیز بهره جست و در آن تتبع و تفحص کرد.

تمکین و نشوز زوجه یکی از موضوعات مهم در روابط زوجین و محاکم خانواده است. از آنجا که امروزه، جایگاه زن در جامعه ارتقا یافته و میزان حضور زنان در بستر اجتماع بیشتر شده، شبهات بسیار زیادی درخصوص تمکین و نشوز به‌وجود آمده است.

دعاوی مربوط به تمکین و نشوز زوجه به‌میزان زیادی به استنباط قاضی بستگی دارند و همین مسئله باعث ایجاد رویه‌های متعدد شده است. برای رسیدن به وحدت رویه لازم است رویهٔ قضایی در این زمینه تحلیل و ارزیابی شود و بررسی‌ای درخصوص میزان انطباق یا عدم انطباق آرای صادرشده با مبانی فقهی و نیز قوانین موضوعه صورت گیرد.

در این حوزه، آرای فراوانی وجود دارد که نیازمند بررسی و کاوش است. در مسئلهٔ تمکین و نشوز باید دید علت و ریشهٔ ایجاد تفاوت و تهافت، چیست. در یک تقسیم‌بندی می‌توان گفت برخی مسائل و چالش‌های مرتبط با این موضوع، ریشهٔ فقهی دارند و برخی نیز مربوط به بُعد حقوقی و جنبهٔ قانون‌گذاری مسئله‌اند. درنهایت، برخی مسائل نیز در مرحلهٔ اجرای

قوانین و کاربست آن‌ها در این حوزه ریشه دارند. بعضی ابهامات موجود در این موضوع را هم می‌توان با توجه به مراحل دادرسی، شامل طرح دعوا، دادرسی، انشای رأی و اجرای حکم دسته‌بندی کرد.

مفهوم‌شناسی مصطلحات

مفاهیم بنیادین مرتبط با موضوع مقاله بدین شرح‌اند:

الف) رویهٔ قضایی:

مقصود از رویهٔ قضایی در این پژوهش، عادتی است که محاکم خانواده برای حل مسائل و موضوعات تمکین و نشوز اتخاذ می‌کنند؛ گرچه در مواردی نیز محاکم، رویه‌ای واحد را اتخاذ نکرده‌اند و در موضوع واحد، شاهد صدور آرای متفاوت و گاه متهافت هستیم و همین موضوع، سبب نگارش این مقاله شده است.

ب) تمکین:

در کتب لغت، معنای این واژه، قدرت و سلطنت‌دادن، متمکن، و صاحب قدر و منزلت ذکر شده است (راغب اصفهانی، ١٤١٢ق، ص ٧٧٣). واژهٔ «تمکین» در بحث درخصوص وظایف زوجین در *قرآن کریم* و روایات اهل‌بیت (ع) ذکر نشده است و از عناوین انتزاعی‌ای محسوب می‌شود که از واژه‌هایی نظیر «اطاعت» و نقطهٔ مقابل آن، «نشوز» اخذ شده است (انصاری و طاهری، ١٣٨٤، ص ٧٣٩).

ج) نشوز:

در *ترجمهٔ تفسیر المیزان*، نشوز به‌معنای عصیان و استکبار از اطاعت دانسته شده (طباطبایی، ١٣٦٣، ص ٣٤٧) و طبرسی این واژه را عصیان بر شوهر، استیلا بر او و مخالفت با وی معنا کرده است (طبرسی، ١٤٠٨ق، ص ١٦٩). مؤلف *جواهر الکلام* معنای نشوز را خروج هریک از زن و شوهر از انجام‌دادن وظایفشان دربرابر دیگری ذکر کرده (نجفی، ١٤٠٤ق، ص ٢٠٠) و محقق حلی گفته: «نشوز به‌معنای برخاستن و خروج از طاعت است که از زن و شوهر صادر می‌شود» (محقق حلی، ١٣٠٨، ص ٢٨١).

پیشینهٔ پژوهش

صابرماهانی (۱۳۹٤) در پایان‌نامهٔ کارشناسی ارشد خود، بعداز ذکر کلیات و مفاهیم به مبنای نفقه در فقه و حقوق پرداخته، به‌تفصیل دربارهٔ نفقه و فروعاتش سخن گفته و درنهایت، حدود تمکین و موارد مشروع عدم تمکین را تبیین کرده است.

مقنی (۱۳۹۹) در پایان‌نامهٔ کارشناسی ارشد خویش با نگاهی به گسترهٔ نشوز زوج، درپی انتقاد از رویهٔ فقهای امامیه در منحصرکردن نشوز به امتناع از انجام‌دادن واجب، یکی از مصادیق جدید نشوز زوج را سوءاستفاده از حق معرفی کرده و علاوه‌بر الزام زوج ناشز به ترک آن امر، امکان تعزیر زوج ناشز و نیز جبران خسارت درصورت وجود شرایط مسئولیت مدنی و درنهایت، طلاق قضایی را نیز از موارد ضمانت اجرای مقابله با نشوز زوج برشمرده است.

معصومی گرجی (۱۳۹۲) در پایان‌نامهٔ کارشناسی ارشد خود، صرفاً به بررسی فقهی و حقوقی پرداخته و درخصوص رویهٔ قضایی سخن نگفته است.

مؤمن (۱۳۹۲) در کتاب خویش درصدد بررسی جایگاه و محدودهٔ حقوق جنسی زوجین بوده و مشخصاً بر همین مسئله متمرکز شده است.

یاری (۱۳۹۳) در پایان‌نامهٔ کارشناسی ارشد خود، مباحثی همچون مبانی و مصادیق نشوز زوجه، راهکار مقابله با نشوز، و حقوق و وظایف زوجین را بررسی کرده و درصدد تحلیل دقیق و علمیِ آرای دادگاه‌های خانواده دربارهٔ تمکین و نشوز از دو منظر فقهی و حقوقی به‌صورت توأمان بوده است. وی درنهایت، تصویری شفاف از وضعیت رویهٔ دادگاه‌های خانوادهٔ ایران درخصوص این موضوع مهم به‌دست داده و توانسته است تاحدودی علت تفاوت صدور آرای متغایر را دریابد و ازطریق پاسخ‌گویی به این سؤال، پیشنهادهایی علمی را براساس فقه و قوانین مدون به‌منظور ایجاد وحدت رویه و جلوگیری از تشتت آرا ذکر کند.

۱. امکان‌سنجی طرح و استماع دعوای الزام به تمکین یا احراز نشوز

درخصوص امکان طرح و استماع دعوای الزام به تمکین یا احراز نشوز زوجه، در محاکم خانواده، میان صاحب‌نظران، اختلاف‌نظرهایی وجود دارد که می‌توان آن‌ها را درقالب دو بخش بدین شرح تفکیک و بررسی کرد:

۱-۱. نظریهٔ امکان طرح و استماع دعوای الزام به تمکین یا احراز نشوز زوجه

عدم استحقاق نفقه برای زوجهٔ ناشزه، یکی از موارد ضمانت اجرای عدم تمکین زوجه از زوج است که صراحتاً در مادهٔ ۱۱۰۸ قانون مدنی پیش‌بینی شده است؛ علاوه‌بر آن، امکان طرح دعوای الزام به تمکین نیز یکی دیگر از موارد ضمانت اجرای قانونی دربرابر عدم تمکین زوجه است که می‌تواند منشأ آثار و نتایجی برای زوجین باشد. رویهٔ عملی دادگاه‌ها چنین است که دعوای الزام به تمکین را می‌پذیرند و به آن رسیدگی می‌کنند. محاکم با این استدلال که خود را مرجع عام همهٔ اقسام تظلمات می‌دانند، دعوای الزام به تمکین را نیز قبول می‌کنند. اگر زوجه تکلیف قانونی خویش درقبال زوج را انجام ندهد، این دعوا به‌نوعی دادخواهی شوهر تلقی می‌شود و دادگاه‌ها رسیدگی به این مورد را وظیفهٔ خود می‌دانند. در دادخواست تمکین، خواستهٔ خواهان، الزام به تمکین است که براساس آن، زوج از دادگاه می‌خواهد زوجه را به تمکین ملزم کند. ار آنجا که الزام به تمکین، از امور حادث است، درصورت وجود مقتضی آن، یعنی رابطهٔ زوجیت و نبودِ مانع (موانع مشروع و قانونی دربرابر تمکین)، زوج در هر زمانی می‌تواند آن را درخواست کند و حقانیت زوجه درخصوص نفقهٔ زمان گذشته، مانع اقامهٔ دعوای الزام به تمکین نیست؛ مثلاً در دادنامهٔ شمارهٔ ۲۷۵۱ به‌تاریخ ۱۳۸٤/۱۱/۲٤، صادرشده از شعبهٔ ۲٤ دادگاه تجدیدنظر استان تهران آمده است:

> ... تجدیدنظرخواهی خانم... بر محکومیت وی به تمکین، وارد نیست؛ زیرا دادنامهٔ صادرهٔ دادگاه بدوی براساس مستندات موجود در پرونده صادر گردیده است و تجدیدنظرخواه ایراد و اعتراضی که موجبات نقض دادنامه را فراهم آورَد، ابراز ننموده است؛ مضافاً بر اینکه وظیفهٔ تمکین زوجه نسبت‌به زوج، امر حادث است و حقانیت وی نسبت‌به نفقه در زمان گذشته منافاتی با نشوز وی در زمان حال یا آینده ندارد... (زندی، ۱۳۸۸، ص ۹-۱۰).

۲-۱. نظریهٔ عدم امکان طرح و استماع دعوای الزام به تمکین یا احراز نشوز زوجه

درخصوص امکان طرح دعوای الزام به تمکین، عده‌ای قائل به عدم امکان طرح چنین دعوایی هستند. آن‌ها معتقدند دعوای الزام زوجهٔ غیرمتمکنه از اداکردن وظایف زوجیت, قابل طرح در

دادگاه نیست؛ زیرا طبق اصول کلی حقوقی، فقط به دعاوی‌ای رسیدگی می‌شود که دادگاه بتواند درخصوص آن‌ها اجراییه صادر و مدعیٰ‌علیه را به اجرای عمل موردتعهد ملزم کند و درصورت قرارداشتن خواسته درزمرهٔ نوع مالی و نیز تخلف و امتناع محکومٌ‌علیه از انجام‌دادن محکومٌ‌به بنابه درخواست محکومٌ‌له، اجرای اجراییه را تقاضا کنند و چنانچه محکومٌ‌به ازنوع مالی باشد، آن را مطابق مقررات اجرایی از اموال محکومٌ‌علیه استیفا و تعهداتش را به‌خرج او و به‌وسیلهٔ دیگری درصورت امکان انجام دهند؛ درحالی که صدور حکم الزام به تمکین، فاقد چنین جنبه‌ای است و بنابراین، الزام زوجه به تمکین، قابل طرح در دادگستری نیست (دیانی، ۱۳۸۳، ص ٤٥؛ مهدوی، ۱۳۹٦؛ الواری، ۱۳۹٦، ص ٤٥).

به‌عقیدهٔ این گروه، اگر تعهد زوجه به تمکین را نوعی تعهد به فعل بدانیم، نمی‌توان درصورت عدم تمکین، ضمانت اجرای تعهد به فعل را اِعمال کرد؛ زیرا همان‌گونه که گفتیم، الزام زوجه به تمکین، غیرممکن است و انجام‌شدن فعل تمکین توسط یک زن دیگر با هزینهٔ زوجهٔ متعهد به تمکین نیز منع اخلاقی دارد و حتی متعهدٌله از آخرین تیر ترکش خود در تعهدات به فعل نیز نمی‌تواند بهره جویَد؛ چون امکان فسخ عقد نکاح نیز وجود ندارد؛ بدین ترتیب اظهار شده است که محاکم ایران در قبول دعوای الزام به تمکین تحت عنوان مذکور، مرتکب اشتباه شده‌اند و دعوای مذکور با دعوای اعلام نشوز خلط شده است (مهدوی، ۱۳۹٦، ۵۵۲).

بنابراین، با توجه به اینکه تنها هدف قابل تأمین از طرح دعوای زوج در موارد عدم تمکین خاص، اثبات نشوز زوجه است تا به‌استناد آن، زوج از تکلیف پرداخت نفقه مبرا شود، دعوا با خواستهٔ الزام به تمکین در مواردی که قابلیت حمل و تعبیر به درخواست اعلام نشوز ندارد، باید غیر قابل استماع تلقی و رد شود (ذبیحی بیدگلی، ۱۳۹۹، ص ۱۲).

پذیرش این دیدگاه، اختلاف‌نظر حقوق‌دانان برسر اعلامی یا اجرایی‌بودن حکم الزام به تمکین را پایان می‌دهد؛ البته برخی نویسندگان حقوقی درمقابل این دیدگاه که درصورت اجرایی‌دانستن حکم الزام به تمکین نمی‌توان آن را اجرا کرد، چنین اظهارنظر کرده‌اند که در دعاوی‌ای که به‌عنوان عدم تمکین اقامه می‌شوند، بعضی قضات در صدور حکم تمکین به‌واسطهٔ

اینکه در اجرا با مشکل مواجه می‌شوند، خودداری می‌کنند؛ با این استدلال که عملی‌کردن موضوع تمکین، غیرممکن است؛ حال آنکه این اشکال، صحیح به نظر نمی‌رسد؛ یرا فقها تمکین را چنین معنا کرده‌اند: «اَلتَّخلیَةُ بَینَهُ وَ بَینَها»؛ پس باید به این مسئله توجه کرد که اجرای هر امر نسبت‌به کیفیت مخصوصی است که در آن امر جریان می‌توان داد؛ مثلاً در بیع که اقباض شرط است، در معاملات دیده می‌شود که صِرف تخلیهٔ سبیل را اقباض دانسته‌اند. در دعاوی مطرح‌شده درخصوص تمکین نیز سپردن زوجه به شوهر، آشتی‌دادن آن‌ها با یکدیگر و اسکان در یک خانه، کافی است و از این جهت، مانعی برای حکم و اجرای آن نخواهد بود (صدرالاشرافی، ۱۳۱۹، ص ۲۵٦).

به‌عقیدهٔ نگارندگان، به‌رغم برخی اختلاف‌نظرها در این حوزه، در رویهٔ قضایی، امکان طرح و رسیدگی به دعوای الزام به تمکین وجود دارد که به‌وفور شاهد آن هستیم. از طرفی بی‌شک، یکی از وظایف زوجه، تمکین درمقابل زوج است و واژهٔ «وظایف« در مادهٔ ۱۰۸۵ قانون مدنی به همین معناست؛ بنابراین نمی‌توان این وظیفه را که شرعاً و قانوناً برعهدهٔ زوجه قرار دارد، بدون ضمانت اجرای قانونی رها کرد؛ چون در این صورت، به وظیفهٔ اخلاقی تبدیل می‌شود؛ نه وظیفهٔ قانونی؛ البته این مسئلهٔ مهم در رویهٔ قضایی، مغفول مانده است که در پرونده‌های الزام به تمکین، مشخص نیست کدام نوع تمکین، موردنظر خواهان است.

در اینجا برای روشن‌شدن مطلب، رأی شمارهٔ ۱۲۹۰ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری درخصوص قابلیت استماع دعوای الزام به تمکین را ذکر می‌کنیم:

موضوع شکایت و خواسته: ابطال بخشنامهٔ شمارهٔ ۱/۱۷۹۲-۱۳۹۸/٦/۱۷ رئیس کل دادگستری استان گیلان

گردش کار: شاکی به‌موجب دادخواستی ابطال بخشنامهٔ شمارهٔ ۱/۱۷۹۲-۱۳۹۸/٦/۱۷ رئیس کل دادگستری استان گیلان را خواستار شده و درجهت تبیین خواسته اعلام کرده است:

با سلام

احتراماً به استحضار می‌رسانم به‌موجب بخشنامهٔ شمارهٔ ۱/۱۷۹۲-۱۳۹۸/٦/۱۷ صادره از ریاست کل دادگستری استان گیلان، دفاتر خدمات الکترونیک قضایی ضمن منع

مراجعین از ثبت دادخواست الزام به تمکین، آن‌ها را به ثبت اظهارنامه و تنظیم استشهادیه ارشاد می‌نمایند؛ این درحالی است که مادهٔ ٤ قانون حمایت خانواده، دعاویِ در صلاحیت دادگاه خانواده را احصا کرده که ازجمله آن‌ها در بند ۸ به دعوای تمکین و نشوز اشاره کرده است؛ لذا طرح دعوای الزام به تمکین در صلاحیت دادگاه خانواده بوده و اشخاص حق مراجعه به دادگاه‌های خانواده را در این خصوص دارند. به‌موجب اصل ۳٤ قانون اساسی، هیچ کس را نمی‌توان از دادگاهی که به‌موجب قانون، حق مراجعه به آن را دارد، منع کرد؛ از این رو، منع اشخاص از طرح چنین دعوایی خلاف قانون است.

فارغ از موارد فوق، با تنظیم اظهارنامه یا استشهادیه، هرچند دقیق نمی‌توان نشوز یا تمکین زوجه را اثبات نمود؛ چه اینکه اثبات نشوز و عدم تمکین به‌جهت طرح مسائل گوناگون ازجمله متناسب‌بودن منزل مسکونیِ تهیه‌شده برای زندگی مشترک با شأن زوجه و غیره نیازمند رسیدگی قضایی مستقل است. از سوی دیگر، صدور حکم لَه زوج، هرچند اعلامی باشد، موجد آثار متعددی است؛ ازجمله اینکه از موارد مؤثر در دعوای تجویز ازدواج مجدد خواهد بود که رسیدگی جداگانه و صدور حکم مستقل هرچند اعلامی را توجیه می‌نماید. هرچند که ظاهراً بخشنامهٔ فوق، جنبهٔ ارشادی داشته و به‌صراحت، مراجعین را از ثبت دعوای الزام به تمکین منع نکرده؛ لکن دفاتر خدمات الکترونیک قضایی و کلیهٔ دادگستری‌های استان به‌استناد بخشنامهٔ مذکور از ثبت چنین دادخواست‌هایی خودداری می‌نمایند. با توجه به عرایض فوق، بخشنامهٔ مذکور مبنی‌بر منع مراجعین از ثبت دعوای الزام به تمکین برخلاف مادهٔ ٤ قانون حمایت خانواده و اصل ۳٤ قانون اساسی، و برخلاف حقوق شهروندی و خارج از حدود اختیارات مرجع به‌نظر می‌رسد؛ از این رو و به‌استناد بند ۱ مادهٔ ۱۲ و مادهٔ ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، ضمن تقاضای طرح موضوع در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، صدور حکم به ابطال بخشنامهٔ مذکور را استدعا دارم.

متن مقررهٔ مورد شکایت بدین شرح است:

با توجه به بررسی موجودیِ برخی شعب محـاکم عمومی- حقـوقی مجتمع خانوادهٔ مـرکز استان، هرچند با توجه به افـزایش ورودیِ پرونده‌ها بخشـی از این روند، قابل توجیه بوده و عمـلکرد تعـدادی از شعب عمومی حقـوقی نیز مثبت ارزیابی شده، مع‌الوصف، نظر به جنبهٔ اعلامیِ برخی از احکام صادره علی‌الخصوص راجع‌به تمکین که ضرورتی به صدور اجراییه نیز نداشته، به‌جای طرح دعوا تحت عنوان «الزام به تمکین» می‌توان از ظرفیت‌های قانونیِ دیگر ازقبیل ارسال اظهارنامه، استشهادیهٔ دقیق حاکی از عدم تمیکن زوجه در پرونده‌های مطالبهٔ نفقه بهره جست؛ لذا با عنایت به موارد فوق‌الذکر، ترتیبی اتخاذ فرمایید بدواً در مرحلهٔ تنظیم دادخواست، مراجعین ازطریق مدیران دفاتر خدمات الکترونیک قضایی به‌جای طرح دعوای الزام به تمکین به‌منظور اجتناب از تحمیل هزینه و اتلاف وقت «درراستای حصول نتایج قانونی شیوهٔ اتخاذی که بعضاً ازحیث نتایج، دارای همان اثری است که در این خصوص دادخواست دارد»، ارشاد شوند.

رئیس کل دادگستری استان گیلان

در پاسخ به شکایت مذکور، رئیس کل دادگستری استان گیلان به‌موجب لایحهٔ شمارهٔ ۱۷/۱۳۵۱۳/۹۰۲۷-۱۳۹۸/۹/۱ توضیح داده است:

اولاً بنابر مندرجات متن دادخواست تقدیمی، مُفاد بخشنامهٔ شمارهٔ ۱/۱۷۹۲-۱۳۹۸/۶/۱۷ دادگستری کل استان گیلان صرفاً جنبهٔ ارشادی داشته و به هیچ وجه، تنظیم و تقدیم دادخواست الزام به تمکین را منع ننموده است؛ لذا از این حیث، با توجه به آمار پذیرش و ثبت دادخواست الزام به تمکین در سایر حوزه‌های قضایی استان، خواستهٔ خواهان مبنی‌بر «ابطال بخشنامهٔ مذکور»، فاقد وجاهت قانونی است. ثانیاً اساساً تقدیم دادخواست الزام به تمکین ازناحیهٔ شهروندان، علی‌الخصوص وکلا دارای دلایل متعدد و به‌تبع آن، آثار و تبعات حقوقی را درپی خواهد داشت که با درنظرگرفتن دلایل و جهات مختلفی که مبادرت به تقدیم دادخواست می‌شود، به‌نظر می‌رسد در مواردی که دادخواست الزام به تمکین زوجه پس‌از دادخواست مطالبهٔ مَهریه تنظیم می‌گردد، نه‌تنها به‌مصلحت نبوده؛ بلکه نتیجه‌ای جز صَرف وقت و تحمیل هزینه نخواهد داشت؛

لذا اقتضا داشته درجهت تنویر افکار شهروندان و ارشاد آنان به این موضوع و برخورداری آنان از مکانیزم‌های دیگر درجهت رسیدن به خواسته، اقدامی صورت پذیرد که این امر درقالب بخشنامهٔ شمارهٔ ۱۷۹۲/۱–۱۳۹۸/٦/۱۷ صورت پذیرفته است.

فرض اول: ۱. چنانچه قصد جدی ازسوی زوجین برای تمکین وجود داشته، در غالب موارد می‌توانند بدون نیاز به تقدیم دادخواست، ازطریق میانجیگریِ اشخاص معتمد یا مذاکره با همدیگر و حل‌وفصل موضوع، سرِ زندگی برگردند و طرح دعوا در دادگاه، موضوع را می‌تواند پیچیده‌تر بکند؛ چراکه در موارد زیادی مراجعهٔ یکی از زوجین، موجب کدورت بیشتر شده، لجبازی را باعث می‌شود و نتیجه‌ای جز پیچیده‌شدن موضوع را به‌دنبال نخواهد داشت. فقط در موارد نادری شاید دادخواست الزام به تمکین بتواند مثمر ثمر باشد. ۲. چنانچه قصد واقعی زوجه به تمکین نبوده، صدور حکم تمکین نیز نمی‌تواند تأثیرگذار باشد و همان اثری (حقوقی) که حکم تمکین دارد، دلایل دیگر ازجمله ارسال اظهارنامه، شهادت گواهان و... می‌تواند داشته باشد؛ لذا طرح دعوای الزام به تمکین، ضروری نبوده و تأثیرگذار نمی‌باشد.

فرض دوم: اگر هدف از طرح دعوای تمکین، رسیدن به اهدافی که در شِقّ دوم دلایل تقدیم دادخواست الزام به تمکین ذکر شده، باشد، حتی اگر دادخواست تمکین ازسوی زوج هم مطرح نشده باشد، زوج را نمی‌توان به تقدیم دادخواست الزام به تمکین مجبور نمود و ایشان در پروندهٔ مطرح می‌تواند مدعی عدم تمکین و درنتیجه، عدم تعلق نفقه گردد و قاضی رسیدگی‌کننده به پروندهٔ نفقه نیز الزاماً می‌بایست این بررسی (تمکین یا عدم تمکین) را انجام دهد تا امکان اتخاذ تصمیم برای نفقه (اعم‌از پروندهٔ حقوقی و کیفری) فراهم شود.

فرض سوم: در این فرض نیز مثل فرض دوم، تقدیم دادخواست اذن در ازدواج با طرح دعوای الزام به تمکین، تلازمی ندارد و زوج می‌تواند در همین پرونده (ازدواج مجدد) با ارائهٔ دلایلی عدم تمکین زوجه را ثابت و حکم ازدواج مجدد را دریافت کند؛ ولی چنانچه نتواند عدم تمکین زوجه را ثابت کند، خواسته رد خواهد شد و زوجه نیز

می‌تواند دلایل خود را درمورد تمکین‌کردن یا نکردن خویش به دادگاه ارائه دهد که در همین دادگاه، قابلیت رسیدگی دارد.

بنابه مراتب فوق، توجهاً به آمار پرونده‌های وارده به محاکم عمومی- حقوقی واحدهای قضایی استان گیلان، در مـوارد غیرضرور، تنظیم و تقدیم دادخـواست الزام به تمکین زوجه در برخی موارد، نتیجه‌ای جز صرف وقت و تحمیل هزینه نخواهد داشت. همان‌گونه که شاکی حقوقی در متن دادخواست تقدیمی به آن اشاره نموده، بخشنامهٔ فوق‌الاِشعار ضمن الزام به ارشاد و راهنمایی مراجعین قبل‌از پذیرش و ثبت دادخواست الزام به تمکین به‌لحاظ جنبهٔ عمومی آن، بیش‌از پیش بر مبنای قانونیِ خود استوار گردیده است. با توجه به اعلامی‌بودنِ آرای مربوط به تمکین، طرح دعوای الزام به تمکین، تأثیری جز اطالهٔ دادرسی و افزایش ورودیِ پرونده و صَرف وقت و هزینه برای مراجعین نخواهد داشت؛ لذا ارشاد و راهنمایی شهروندان از این حیث نه‌تنها ممنوعیت و محدودیت ندارد؛ بلکه اقرب به صواب نیز خواهد بود.

هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۳۹۹/۱۰/۹ با حضور رئیس و معاونان دیوان عدالت اداری، و رؤسا و مستشاران و دادرسان شعب دیوان تشکیل شد و پس‌از بحث و بررسی با اکثریت آرا به شرح زیر به صدور رأی مبادرت کرد:

مطابق اصل ۳٤ قانون اساسی، «هیچ کس را نمی‌توان از دادگاهی که به‌موجب قانون، حق مراجعه به آن را دارد، منع کرد»؛ همچنین مطابق بند ۸ از مادهٔ ٤ قانون حمایت خانواده، مصوب ۱۳۹۱:

رسیدگی به دعوای الزام به تمکین در صلاحیت دادگاه خانواده است؛ بنابراین، مُفاد بخشنامهٔ شمارهٔ ۱/۱۷۹۲-۱۳۹۸/٦/۱۷ رئیس کل دادگستری استان گیلان که صرفاً جنبهٔ ارشاد شاکیان به پیگیری حقوق ادعایی از دیگر طرق ممکن حقوقی دارد و قاعده‌ای متضمن ممنوعیت طرح دعوای الزام به تمکین و تقدیم دادخواست به محاکم خانواده ندارد، به‌لحاظ اینکه منعی نیز در پذیرش دادخواست در دفاتر خدمات قضایی ایجاد نکرده است، با قانون مغایرت ندارد و ابطال نشد.

۲. جهات رد دعوای الزام به تمکین یا احراز نشوز زوجه

در محاکم خانواده، درپی مطرح‌شدن دعوای الزام به تمکین، قاضی محترم رسیدگی‌کننده به پرونده موظف است برای بررسی دقیق مسئله به همهٔ جوانب موضوع توجه داشته باشد و تأثیر آن عوامل بر نتیجهٔ رأی را بررسی کند. در این قسمت به عوامل و موجباتی می‌پردازیم که می‌توانند در مسئلهٔ تمکین و نشوز، منشأ اثر باشند و بی‌توجهی به آن‌ها موجب صدور آرای متغایر یا ناصواب می‌شود.

۱-۲. خوف بروز ضرر جسمی، مالی و شرافتی به‌واسطهٔ ضرب‌وجرح

گاه زوجه در دادگاه دربرابر خواستهٔ زوج مبنی‌بر الزام او به تمکین یا احراز نشوز وی، به خوف بروز ضرر جانی، مالی یا شرافتی استناد می‌کند که منشأ آن، ضرب‌وجرح واردشده بر او ازسوی شوهر است. در این حالت، با توجه به اهمیت مسئله باید تأثیر ادعای مطرح‌شده و چگونگی تأثیر این عامل بررسی شود.

۱-۱-۲. مستند قانونی

یکی از موارد و جهات موجه عدم تمکین که در قانون مدنی به‌صراحت پیش‌بینی و درصورت تحقق‌یافتن آن، زوجه از تمکین مبرا شده، فرض تحقق‌یافتن خوف ضرر جسمی، مالی یا شرافتی برای زوجه به‌واسطهٔ سکونت در اقامتگاه مشترک با همسر است. مستند قانونی در این موضوع، مادهٔ ۱۱۱۵ قانون مدنی است که در آن مقرر شده:

> اگر بودنِ زن با شوهر در یک منزل، متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد، زن می‌تواند مسکن علی‌حده اختیار کند و درصورت ثبوت مظنهٔ ضرر مزبور، محکمه حکم بازگشت به منزل شوهر نخواهد داد و مادام که زن در بازگشتن به منزل مزبور، معذور است، نفقه برعهدهٔ شوهر خواهد بود.

خوف بروز ضرر بدنی، مالی یا شرافتی، علل و عوامل مختلفی دارد که یکی از آن‌ها ایراد ضرب‌وجرح به زوجه است؛ بنابراین در این مسئله، ماده‌قانونی صریح وجود دارد و هرگاه خوف ضرر وجود داشته باشد، می‌توان مانع صدور حکم الزام به تمکین یا احراز نشوز شد.

۲-۱-۲. مفهوم خوف ضرر جسمی، مالی و شرافتی

با توجه به اینکه ازنظر واژه‌شناسی، ضرر، مفهومی عام دارد و شامل بروز نقص در مال، نفس

و عِرض می‌شود، روشن نیست که مقصود از ضرر در تمام مقررات قانونی، همین مفهوم عام است یا خیر؛ اما در مادهٔ ۱۱۱۵ قانون مدنی، صراحتاً به تمامی جوانب ضرر اشاره و هرسه نوع نقص ذکر شده؛ همچنین مصادیق مادّی و غیرمادّی (روحی) ضرر، موردتوجه قانون‌گذار قرار گرفته است.

در مادهٔ ۱۱۱۵ قانون مدنی آمده است: «اگر بودنِ زن با شوهر در یک منزل، متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد، زن می‌تواند مسکن علی‌حده اختیار کند...». در اینجا قانون‌گذار تعریفی از ضرر ذکر نکرده؛ اما ابعاد و زوایای آن را به‌صراحت بیان کرده است. از طرفی مشخص نیست کدام نوع ضرر (نوعی یا شخصی)، مدّنظر قانون‌گذار است. مناسب یک نظام حقوقیِ هدف‌دار نیست که عناوین حقوقی را به‌صورت متنوع و هر بار با قیودی متفاوت به‌کار ببرد؛ مانند مادهٔ ۱۱۱۰ قانون مدنی که در آن به‌جای اصطلاح شناخته‌شدهٔ «نفقه» از عبارت «مخارج زندگی زوجه» استفاده شده است. بی‌تردید، این وضعیت موجب می‌شود درمقام اجرای قانون، ابهام‌های فراوانی فراروی محاکم و دیگر مجریان و مخاطبان قانون قرار گیرد و راه برای رفتارهای سلیقه‌ای باز شود. بهتر است قانون‌گذار یک بار، تعریفی روشن، دقیق و همراه با تمام قیود آن دربارهٔ عناوین حقوقی موردنیازش به‌دست دهد و سپس در تمام قانون به همان تعریف پایبند باشد؛ بدین ترتیب، او مجبور نخواهد بود هر بار، عنوان موردنیازش را همراه با وجودی متفاوت با موارد دیگر بیاورد (هدایت‌نیا، ۱۳۹۷، ص ۲۸۳).

مطابق نظریهٔ مشورتی شمارهٔ ۷/۳۰۸٦، مورخ ۱۳۸٦/۵/۱۳:

> به‌کارگیری کلمات «خوف ضرر» توسط مقنِّن قانون مدنی در مادهٔ ۱۱۱۵ این قانون از معنی لغوی آن دور نیست و منظور، ترس و بیم از ورود ضرر و زیان مادّی یا جسمی و یا شرافتی به زوجه درصورت بودنِ وی با شوهر (زوج) در یک مسکن می‌باشد.
>
> گفته‌ای که برخلاف اصول حقوقی مثل اصل عدم یا استصحاب یا برائت، و مخالف ظاهر و جریان معمول و متعارف امور است، یک «ادعا» است که بدون دلیل، قابل پذیرش نیست؛ لذا با توجه به مُفاد مادهٔ ۱۱۱۵ قانون مدنی، دادگاه پس‌از رسیدگی، تنها درصورت احراز و تشخیص خوف ضرر، حکم به عدم بازگشت زن به منزل شوهر

صادر نموده که درنتیجهٔ آن، زن، ناشزه نبوده و حق دریافت نفقه را خواهد داشت (هدایت‌نیا، ۱۳۹۷، ص ۳٤٤).

در نظریهٔ مشورتی ادارهٔ کل حقوقی قوهٔ قضاییه، مورخ ۱۳۸٤/۷/۱۰، این مطلب عیناً آمده و درپی آن اضافه شده:

... اثبات در لغت به‌معنای ثابت‌کردن وجود امری است و ثبوت به‌معنای استقرار، وجود و تحقق است؛ بنابراین، منظور قانون‌گذار در «ثبوت مظنهٔ ضرر» در مادهٔ فوق‌الإشعار این است که درصورت ثابت‌شدن موضوع ضرروزیان به‌وسیلهٔ دلایل، اَمارات و حصول علم به وجود آن، دادگاه درصورت تقاضای شوهر به بازگشت زن به منزل، با رد این تقاضا حکم به بازگشت به منزل شوهر را نخواهد داد (معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات، ۱۳۹۰، ص ۳٤٥).

۳-۱-۲. نحوهٔ اقدام دادگاه

به‌طور کلی، آرای دادگاه‌های خانواده دربارهٔ این مسئله، متشتت و متفاوت است. در اغلب موارد، محاکم درصورت وجودداشتن سابقهٔ محکومیت کیفری برای زوج، خوف ضرر را احراز می‌کنند و به دلیل استنادیِ زوجه مبنی‌بر ضرب‌وجرح وی ازسوی زوج اهمیت می‌دهند؛ ولی درصورت وجودنداشتن چنین سابقه‌ای برای زوج، ادعای زوجه مبنی‌بر وجود خوف ضرر و ایراد ضرب‌وجرح را رد و به الزام به تمکین یا احراز نشوز حکم می‌کنند؛ مثلاً در دادنامهٔ شمارهٔ ۹۱۰۰۸۳۸ مورخ ۱۳۹۱/۵/۲۸ شعبهٔ ۲٦۸ دادگاه بدوی، صِرف یک دادنامهٔ کیفری برای معافیت زوجه از تمکین، کافی دانسته نشده و با استناد به ماده‌های ۱۱۰۲ و ۱۱۱٤ قانون مدنی، زوجه به تمکین از زوج و ایفاکردن وظایف خانوادگی ملزم شده است؛ اما شعبهٔ دوم دادگاه تجدیدنظر استان تهران ضمن وارددانستن تجدیدنظرخواهی زوجه، چنین استدلال کرده است:

... تجدیدنظرخواهی وارد است؛ چراکه به‌موجب دادنامهٔ شمارهٔ ۹۱۰۰۵۵۷ مورخهٔ ۱۳۹۱/۵/۷ شعبهٔ محترم ۱۰۵۳ دادگاه جزایی تهران، زوج ازبابت ایراد ضرب‌وجرح عمدی و ترک انفاق محکوم گردیده است. هرچند که دادگاه محترم بدوی، صِرف ایراد ضرب را مناط اعتبار جهت عدم تأمین جانی زوجه تشخیص نداده‌اند و از این بابت،

استدلالشان در این باب که صِرف یک فقره ضرب‌وجرح نمی‌تواند موجبات بیم و خوف ضرر جانی برای زوجه را فراهم سازد، پذیرفته است؛ اما با درنظرگرفتن اینکه ازلحاظ کیفری، زوج به ترک انفاق نیز محکوم شده، الزام به تمکین زوجه با دادنامهٔ مذکور به‌لحاظ تقدم محکومیت کیفری و تأثیر آن در احکام حقوقی، در مباینت کامل قرار گرفته است و اساساً زوج درمقابل مطالب مطروحه ازناحیهٔ زوجه در این باب، مطلبی را در جلسهٔ دادگاه یا لوایح تقدیمی اظهار ننموده است (زندی، ۱۳۸۸، ص ۳۵).

در اینجا محکومیت کیفری در نتیجهٔ حکم، موضوعیت داشته و مانع صدور حکم الزام زوجه به تمکین شده است؛ البته نه ازجهت محکومیت ایراد ضرب‌وجرح، بلکه به‌علت محکومیت کیفری زوج به ترک انفاق. در این حالت نیز دادگاه به کمّ‌وکیف ضرب‌وجرح نظر داشته و ملاک، یعنی تحقق‌یافتن خوف ضرر را لحاظ نکرده است.

نمونه‌ای دیگر در این موضوع، دادخواست الزام به تمکین است که در آن، دادگاه بدوی با استناد به مادهٔ ۱۱۰۲ قانون مدنی، چنین استدلال کرده:

به‌استناد مادهٔ ۱۱۰۲ قانون مدنی، به‌محض وقوع عقد و استقرار رابطهٔ زوجیت، حقوق و تکالیف زوجین دربرابر یکدیگر قرار می‌گیرد؛ ازجمله تکلیف زوجه، تمکین از زوج و حضور در منزلی است که شوهر تهیه و تعیین می‌نماید؛ الّا اینکه به‌موجب شروط ضمن‌عقد، حق تعیین مسکن به زوجه داده شده باشد یا حضور در منزل مشترک، توأم با خوف ضرر جسمانی و مالی و شرافتی باشد که خوانده با حضور در دادگاه، دلیل و بیّنهٔ کافی که موجب عدم تمکین وی از خواهان باشد، به دادگاه ارائه نکرده و صِرف یک دادنامهٔ کیفری برفرض ثبوت، دلیل بر این نیست که زوجه از زوج تمکین نکند.

طبق این رأی، برای آنکه ضرب‌وجرح بتواند مانعی درمقابل درخواست الزام زوجه به تمکین باشد، باید همراه با حکم محکومیت جزاییِ زوج به ضرب‌وجرح زوجه باشد؛ بنابراین، صِرف ایراد ضرب‌وجرح، عاملی موجه برای اثبات عدم تمکین زوجه از زوج نیست و در اینجا نیز محکومیت کیفری زوج، مدخلیت دارد.

در همین راستا، رأی شمارهٔ ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۶۰۱۰۶۸ مورخ ۱۳۹۱/۶/۱۸ شعبهٔ ۲۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران اِشعار می‌دارد: «تجدیدنظرخواهی خانم نسبت‌به حکم تمکین، وارد است؛ زیرا تجدیدنظرخوانده به‌موجب دادنامهٔ دادگاه جزاییِ تهران به‌اتهام ضرب‌وجرح نسبت‌به تجدیدنظرخواه به پرداخت ۵/٤هزارم دیهٔ کامل محکوم گردیده؛ بنابراین، بودنِ زوجه با زوج در یک منزل، متضمن خوف ضرر بدنی است».

طبق این رأی، وجود محکومیت جزایی، اَماره بر وجود خوف ضرر بدنی تلقی شده است و در اینجا نیز محکومیت جزایی، مدخلیت دارد.

در شعبهٔ دو از دادگاه تجدیدنظر استان تهران درخصوص تجدیدنظرخواهی زوج در دادنامهٔ شمارهٔ ۹۱۰۱۳۸۵ مورخ ۱۳۹۱/۸/۲۰ که به‌موجب آن از دادگاه بدوی، دادخواست الزام به تمکین رد شده، ضمن وارددانستن تجدیدنظرخواهی زوج، چنین استدلال شده است:

> تجدیدنظرخواهی وارد است؛ چراکه دادگاه بدوی به‌استناد گواهی پزشکی قانونی شمارهٔ... و قرار مجرمیت دادسرای ناحیه، ... را دلیل سوءمعاشرت و مبنای صدور حکم فرض نموده که ملاحظه می‌شود کیفرخواست صادره در دادگاه طی دادنامهٔ شمارهٔ... شعبهٔ... دادگاه عمومی جزایی تهران، منجر به صدور برائت گردیده است و علاوه‌بر آن، در روابط زناشویی، صِرف ایراد ضرب به‌تنهایی، دلیل سوءمعاشرت محسوب نمی‌شود.

وجود حکم محکومیت، منشأ اثر است و می‌تواند از جهات و موجبات رد دعوای الزام به تمکین باشد؛ بنابراین، چنانچه کیفرخواست به صدور محکومیت زوج منجر شود، می‌تواند اَماره بر وجود خوف باشد و در این مورد نیز محکومیت کیفری، مدخلیت دارد.

همچنین در رأی شعبهٔ سی از دادگاه تجدیدنظر استان تهران آمده است:

> تجدیدنظرخواهی آقا به‌طرفیت خانم نسبت‌به دادنامهٔ شمارهٔ ۱۲۳۶ مورخ ۱۳۹۱/۹/۷ صادره از شعبهٔ ۲۳۱ دادگاه عمومی تهران که به‌موجب آن، دعوای زوج به‌خواستهٔ الزام زوجه به بازگشت به منزل مشترک و تمکین زوجه محکومٌ‌به اعلام شده، وارد و موجه است و رأی مذکور مطابق قانون و دلایل موجود در پرونده صادر نشده است؛ زیرا ادامهٔ

علقهٔ زوجیت دائم و برقراری حقوق متقابل اقتضا می‌کند که زوجه در منزل شوهر زندگی کرده و در تمکین کامل باشد. دلیلی نیز بر وجود عذر موجه و مانع مشروع و یا مظنهٔ خوف ضرر جانی یا شرافتی و یا مالی درصورت بازگشت زوجه به منزل مشترک وجود ندارد و ادعای زوجه درمورد ضرب‌وجرح و فحاشی هنوز اثبات نگردیده و منتهی به صدور حکم قطعی نشده است و برفرض صدور حکم قطعی، اثبات، دلیل بر مظنهٔ ضرر نیست؛ چون دلیلی ندارد که این امر در آینده نیز تکرار شود و درمورد ادعای دیگر زوجه مبنی‌بر ترک انفاق نیز اولاً این ادعا ثابت نیست؛ ثانیاً لزوم تمکین، فرع بر انفاق نیست؛ بلکه وجوب نفقهٔ زوجه بر زوج، فرع بر تمکین است؛ مضافاً به اینکه درصورت عدم تأدیهٔ نفقهٔ زوجه ازسوی زوج، او می‌تواند برابر مقررات، نفقهٔ خود را ازطریق محکمهٔ صالح مطالبه نماید؛ به‌ویژه اینکه اثر حکم به تمکین نسبت‌به آتیه و بعداز اجرا است و دلیل بر نشوز زوجه اعلام کرده است؛ لذا به‌استناد مادهٔ ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی، دادنامهٔ تجدیدنظرخواسته نقض می‌شود و به‌استناد مادهٔ ۱۱۰۲ تا ۱۱۰۵، ۱۱۰۸ و ۱۱۱٤ قانون مدنی، حکم به الزام زوجه به بازگشت به منزل مشترک و تمکین از شوهر صادر می‌گردد. این رأی قطعی است.

در رأی شمارهٔ ۹۳۰۹۹۷۰۲۲٤۰۰۲۲٦۳ دادگاه بدوی شعبهٔ ۲٤۹ دادگاه عمومی خانوادهٔ تهران، مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۲٦ درخصوص ضرب‌وجرح آمده است:

درخصوص دادخواست خواهان، آقای الف. ش. به‌طرفیت خوانده، خانم ش. ب. به‌خواستهٔ صدور حکم بر الزام خوانده به مراجعت به زندگی مشترک و تمکین از زوج، با عنایت به متن دادخواست تقدیمی و ضمایم آن، نظر به اینکه به‌موجب رونوشت سند نکاحیهٔ شمارهٔ ۱۱۹۰۵، رابطهٔ زوجیت فی‌مابین طرفین، محرز و مسلّم است و خواهان نیز اعلام نموده که خوانده از تاریخ ۹۳/٦/۷ محل اقامت را بدون اجازه ترک نموده و حاضر به بازگشت به منزل نمی‌باشد، و تقاضای الزام نام‌برده به تمکین و بازگشت به منزل را خواستار گردیده و خوانده در پاسخ اذعان داشته: «با توجه به ایراد ضرب‌وجرح خواهان در منزل، امنیت ندارم» و دلیل خود را پرونده‌های کیفری به شماره‌های ۹۲۱۰۵۸ و ۹۳۰٦۲۵ مطرح در شعبهٔ نهم بازپرسی دادسرای بعثت اعلام

نموده که دادگاه با ملاحظهٔ پرونده‌های استنادی و گواهی پزشکی قانونی که تواریخ مختلف و به فاصله‌های زیاد، منازعه مخاطره‌آمیز نبوده؛ مضافاً شخص خوانده طی اظهارنامهٔ مورخهٔ ۹۳/۷/۳، آمادگی خود را به تمکین اعلام نموده و با توجه به اینکه منزل و اثاثیه بنابه اظهارات طرفین، مهیاست و با توجه به اینکه پس‌از انعقاد علقهٔ زوجیت، تمکین زوجه لازم می‌باشد و با عنایت به اینکه اصولاً زن باید در منزلی که شوهر تعیین می‌کند، سُکنا نماید و خواندهٔ محترمه دلیل مؤثری بر عدم تمکین خود به دادگاه ارائه ننموده تا مصداق مادهٔ هزار [و] یک‌صد و پانزده قانون مدنی واقع گردد؛ بنابراین، دادگاه خواستهٔ خواهان را وارد تشخیص داده و مستنداً به مواد ۱۱۰۲، ۱۱۰۳، ۱۱۰٤، ۱۱۱٤ قانون مذکور، خوانده را به مراجعت به منزل مشترک و حُسن معاشرت و تمکین از زوج، و خوانده را به ادای وظایف زوجیت ملزم می‌نماید. رأی صادره، حضوری و ظرف بیست روز پس‌از ابلاغ، قابل تجدیدنظر در دادگاه محترم تجدیدنظر تهران می‌باشد.

در این پرونده، مستندات زوجه برای خروج از منزل، عدم تمکین عام و عدم تمکین خاص بدین شرح است: نداشتن امنیت جانی به‌دلیل ضرب‌وجرح (مادهٔ ۱۱۱۵ قانون مدنی) و با استناد به پرونده‌های کیفری ضرب‌وجرح و گواهی پزشکی قانونی در تواریخ مختلف با فاصله‌های زیاد. شعبهٔ چهلِ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز با این استدلال، رأی دادگاه بدوی را تأیید کرده است:

درخصوص دادخواست تجدیدنظرخواهی ش. ب. به‌طرفیت الف. ش. نسبت‌به دادنامهٔ شمارهٔ ۱۳۱٦ مورخ ۹۳/۷/۲۹ در پروندهٔ کلاسهٔ ۰۰۹۲۵۰ صادره از شعبهٔ ۲٤۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران که به‌موجب آن، حکم به الزام تمکین زوجه از زوج صادر گردید، نظر به اینکه برابر تحقیقات مددکاری، منزل مهیا بوده و اینکه محکومیت ایراد ضرب، جزئی بوده؛ لذا ایراد تجدیدنظرخواهی وارد نمی‌باشد؛ زیرا دادنامهٔ تجدیدنظرخواسته براساس محتویات پرونده و دلایل و مدارک ابرازی، صحیحاً و مطابق مقررات قانونی و خالی از هرگونه اشکال صادر شده و تجدیدنظرخواه در این مرحله از رسیدگی، دلیل یا مدرک قانع‌کننده و محکمه‌پسندی که نقض و بی‌اعتباریِ

دادنامهٔ معترَضٌعنه را ایجاب نماید، ابراز ننموده و لایحهٔ اعتراضیه، متضمن جهت موجه نیست و تجدیدنظرخواهی با هیچ‌یک از شقوق مادهٔ ۳٤۸ قانون آیین دادرسی مدنی مطابقت ندارد؛ لذا دادگاه ادعای تجدیدنظرخواه را وارد و محمول بر صحت تشخیص نداده، دادنامهٔ مورداعتراض را منطبق با مقررات و اصول دادرسی می‌داند [و] مستنداً به مادهٔ ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی، ضمن رد دادخواست تجدیدنظرخواهی، دادنامهٔ تجدیدنظرخواسته را عیناً تأیید می‌نماید. این رأی قطعی است.

در این پرونده، استناد به نبودِ امنیت جانی به‌دلیل ضرب‌وجرح (مادهٔ ۱۱۱۵ قانون مدنی) و نیز استناد به پرونده‌های کیفری ضرب‌وجرح و گواهی پزشکی قانونی نتوانسته است مانع صدور حکم الزام زوجه به تمکین شود و حتی محکومیت جزایی زوج نیز وجود دارد؛ ولی چون محکومیت جزایی، جزئی است، حکم به الزام به تمکین صادر شده است.

در رأی شمارهٔ ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲٤۰۰٤٦٦ مورخ ۱۳۹۳/۳/۲٦ شعبهٔ ۲۳۹ دادگاه بدوی آمده است:

درخصوص دادخواست تقدیمی ازطرف آقای... به‌طرفیت خانم... به‌خواستهٔ الزام خوانده به تمکین، دادگاه با ملاحظهٔ اوراق و محتویات پرونده ازجمله فتوکپی رونوشت سند نکاحیه که مبیّن احراز رابطهٔ زوجیت می‌باشد و خواهان نیز اعلام نموده که «خوانده منزل را بدون اجازهٔ این‌جانب ترک نموده و حاضر به بازگشت به منزل نمی‌باشد» و تقاضای الزام نام‌برده به تمکین و بازگشت به منزل را خواستار گردیده و خوانده اعلام نموده است: «من حاضر به برگشت به منزل مشترک نمی‌باشم؛ چون امنیت جانی ندارم و ایشان تهدید و فحاشی می‌کند و مرا زده است و پروندهٔ کیفری داریم که در مجتمع...، زوج، محکوم به جریمهٔ نقدی ازحیث توهین به من گردیده است و خوانده اعلام نموده ایشان محکوم به توهین شده؛ لذا قادر به بازگشت به منزل به‌دلیل عدم امنیت جانی نخواهم بود»، با عنایت به اینکه زوجه نمی‌تواند با یک رأی به‌صورت مادام‌العمر از تمکین خودداری نماید و با توجه به اینکه بیش‌از شش ماه از مدت توهین و تشکیل پروندهٔ توهین می‌گذرد؛ لذا دادگاه با توجه به مطالب معنونهٔ فوق، دادگاه دعوی خواهان را وارد تشخیص داده و مستنداً به مواد ۱۱۰۲ و ۱۱۱٤

قانون مدنی، حکم به تمکین از خواهان به‌نحو سکونت در محل سکونت زوج صادر و اعلام می‌نماید؛ ضمناً زوج، مکلف به اقدامات اجرایی جهت اسکان زوجه می‌باشد. رأی صادره به‌منزلهٔ نشوز زوجه در گذشته نمی‌باشد... .

شعبهٔ ۲٤ دادگاه تجدیدنظر نیز همین نظر را تأیید کرده است.

درمجموع، درصورت وجود شرایط و قیود ذیل، ایراد ضرب‌وجرح می‌تواند در حکم، مؤثر باشد و مانع صدور حکم الزام به تمکین یا احراز نشوز شود:

الف) ضرب‌وجرج نباید جزئی و ناچیز نباشد.

ب) محکومیت‌های زوج به‌اتهام ایراد ضرب‌وجرح، دارای فاصلهٔ زمانیِ زیاد از یکدیگر نباشد و به عبارت دیگر، در یک بازهٔ زمانی به‌شکل مستمر تحقق یابد؛ بنابراین، وجود پرونده‌های محکومیت زوج به‌اتهام ایراد ضرب‌وجرح‌های جزئی به زوجه با فاصله‌های زمانیِ زیاد، مظنه و خوف ضرر بدنی به زوجه را ایجاد نمی‌کند و موجب ترک تمکین ازناحیهٔ وی نیست.

در رأی دیگری آمده است: «درصورتی که دعوای الزام به تمکین زوج به‌دلیل احراز خوف ضرر جانی برای زوجه، محکوم به بطلان گردد، پذیرش دعوای جدید الزام به تمکین، منوط به احراز رفع خوف ضرر جانی است». در رأی شمارهٔ ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۲٦۰۱۸۸۳، دعوای الزام به تمکین زوجه از زوج، به‌استناد ایراد ضرب‌وجرح و نبودِ امنیت جانی برای زوجه، محکوم به رد دانسته و به وجود دادنامهٔ صادرشده از همین شعبه اشاره شده که قبلاً دادخواست الزام به تمکین را به بطلان محکوم کرده است. شعبهٔ ۲٦ دادگاه تجدیدنظر نیز همین رأی را تأیید کرده است. نکتهٔ جالب آن است که در این رأی به‌رغم عدم محکومیت کیفری زوج به اتهام ضرب عمدی، چنین حکمی صادر شده و خوف ضرر استصحاب شده است.

در اینجا ذکر چند نکته، خالی از لطف نیست: در اکثر پرونده‌های مربوط به الزام به تمکین، یک بار محکومیت کیفری زوج به اتهام ضرب‌وجرح عمدی نمی‌تواند مانع حکم به الزام به تمکین زوجه باشد؛ حال آنکه در این پرونده به‌رغم عدم محکومیت کیفری زوج به اتهام ضرب عمدی، چنین حکمی صادر و خوف ضرر، آن‌هم بدون وجود حکم محکومیت کیفری

استصحاب شده و همچنان زوجه مجاز به عدم تمکین به‌واسطهٔ محکومیت زوج به ضرب‌وجرح است. در این زمینه، رویه‌ای ثابت و ملاکی مشخص وجود ندارد. اگر پذیرش دعوای جدید الزام به تمکین، منوط به احراز رفع خوف ضرر است، چرا در همهٔ پرونده‌های مربوط، به این موضوع توجهی نشده است؟ چه کسی باید رفع خوف ضرر یا وجود ضرر را اثبات کند؟ طبق قواعد حاکم بر مدعی و منکِر، زوجه مدعی وجود ضرر است و باید وجود ضرر را اثبات کند. زوج نیز اگر مدعی رفع ضرر باشد، باید این مسئله را اثبات کند؛ اما زوج چگونه می‌تواند رفع مانع تمکین را اثبات کند؟ آیا وجودنداشتن پروندهٔ کیفری دیگر نمی‌تواند اَماره‌ای بر رفع ضرر باشد؟ برعکس، در پروندهٔ دیگری که قاضی استدلال کرده است معمولاً یک بار از حکم محکومیت زوج مبنی‌بر ضرب‌وجرح استفاده می‌شود، معلوم نیست تا کی مجوز عدم تمکین به‌واسطهٔ یک پروندهٔ محکومیت کیفری داده خواهد شد.

در پاسخ به این سؤالات می‌توان گفت دادگاه در هر زمان و از هر طریقی که خوف ضرر را احراز کند، باید به آن ترتیب‌اثر بدهد. احراز خوف می‌تواند به‌واسطهٔ یک یا چند بار محکومیت جزایی زوج به ایراد ضرب‌وجرح یا ناشی از عوامل دیگر باشد. این خوف ضرر تا زمانی استصحاب خواهد شد که رفع آن به طرقی برای دادگاه، محرز شود؛ مثلاً ازطریق اظهار ندامت زوج از سوءرفتارش و تعهد اخلاقی وی به تکرارنکردن عمل خود.

در اینجا نیز صرف‌نظر از نتیجهٔ حکم می‌توان گفت جزئی‌بودن ایراد ضرب، نکته‌ای است که برخی محاکم برای الزام زوجه به تمکین، به آن اشاره کرده و درواقع، کیفیت ضرب را ملاک قرار داده‌اند؛ درحالی که طبق تصریح صورت‌گرفته در مادهٔ ۱۱۱۵ قانون مدنی، ملاک باید خوف ضرر باشد؛ نه کمّ‌وکیف ضرب؛ بنابراین، در هر مورد باید مشخص شود خوف ضرر وجود دارد یا نه. خوف ضرر با استفاده از راه‌های مختلفی قابل اثبات است؛ مثلاً گاه خوف ضرر را با ایراد ضرب‌وجرح می‌توان اثبات کرد؛ اما در این حوزه نیز سخت‌گیری در احراز محکومیت کیفری، ممکن است به تضییع حقوق زوجه‌ای که ضرب‌وجرح شده، منجر شود که می‌توان گواهی پزشکی قانونی، شهادت شهود و... را جایگزین آن کرد.

٤-١-٢. تأثیر تعهد زوج به حُسن‌رفتار با زوجه در احراز خوف ضرر

در برخی موارد، دادگاه، تعهد زوج بر عدم آزار و اذیت زوجه را در صدور حکم، مؤثر می‌داند و به‌دنبال ادعای زوجه مبنی‌بر ایراد صدمهٔ بدنی و نداشتن امنیت جانی، به رد خواستهٔ خواهان مبنی‌بر الزام زوجه به تمکین حکم می‌دهد؛ مثلاً رأی شمارهٔ ٠٠٩١٤ دادگاه بدوی مورخ ١٣٩٢/٦/٣٠ شعبهٔ ٢٦٥ دادگاه عمومی خانوادهٔ تهران بدین شرح است:

> درخصوص دادخواست تقدیمی خواهان، آقای الف. س.، فرزند ع. با وکالت خانم س. پ. به‌طرفیت خوانده، خانم ز. س. به‌خواستهٔ الزام خوانده به تمکین در انجام وظایف زندگی مشترک، با توجه به اوراق و محتویات پرونده، ازجمله مُفاد دادخواست تقدیمی، تصویر مصدَّق سند نکاح، نامهٔ رسمی به‌شمارهٔ ٤٩٩٠، صادره از دفتر ازدواج شمارهٔ... حوزهٔ ثبتی تهران، وجود علقهٔ زوجیت بین طرفین به‌سبب عقد نکاح دائم، محرز می‌باشد و نظر به اینکه زوجه به شرح مُفاد صورت‌جلسهٔ این دادگاه، دلیل عدم تمکین وی از شوهرش را توجیه و اعلام داشته: «امنیت جانی ندارم»، زوج وی را مرتباً مورد ایراد صدمهٔ بدنی و آزار و اذیت قرار می‌دهد و زوج نیز به شرح مُفاد صورت‌جلسهٔ این دادگاه تعهد و اقرار نموده مِن‌بعد، زوجه را مورد آزار و اذیت و کتک‌کاری قرار ندهد. به‌نظر دادگاه، بودنِ زوجین در یک منزل، متضمن خوف ضرر بدنی و شرافتی برای زوجه می‌باشد. تا رفع مظنهٔ ضرر مزبور، زوجه می‌تواند مسکن علی‌حده اختیار کند؛ علی‌هذا به‌لحاظ عدم ثبوت، مستنداً به مادهٔ ١١١٥ قانون مدنی، به‌لحاظ عدم ثبوت، حکم به رد دعوای خواهان صادر و اعلام می‌گردد... .

در رأی شعبهٔ ٤٥ دادگاه تجدیدنظر آمده است:

> تجدیدنظرخواهی آقای الف. س. از دادنامهٔ شمارهٔ ٠٠٩١٤ مورخهٔ ٩٢/٦/٣٠ شعبهٔ محترم ٢٦٥ دادگاه خانوادهٔ تهران که به‌موجب آن درخصوص دعوی مطروحه، ایشان با وکالت پ. پ. به‌طرفیت همسرش، خانم ز. س. به‌خواستهٔ تمکین، حکم بر رد دعوی در پروندهٔ کلاسهٔ ٥٦١/٩٢ تصدیر گردیده، وارد است؛ زیرا به‌موجب قواعد آمره در این باب، به‌ویژه مواد ١١١٤ و ١١٠٢ قانون مدنی، اصل بر حضور زوجه در منزلی که زوج برای زندگی تدارک دیده...، می‌باشد؛ مگر آنکه حضور وی مخاطره‌آمیز باشد

که در این صورت، برابر مواد ۱۱۱۵ و ۱۱۱٦ ق.م.، دادگاه نمی‌بایست رأی بر تمکین دهد؛ درحالی که در ما نحن فیه، زوجه هیچ دلیلی بر مخاطره‌آمیزبودن حضورش در منزل شوهر ارائه نکرده و استدلال دادگاه به تعهد زوج، توجیه‌پذیر نیست؛ زیرا تعهد به حُسن‌رفتار در آینده، دلیل بر سوءرفتار در گذشته نیست؛ تا چه رسد به اینکه از تعهد، مفهوم اقرار برداشت شود! بنابه مراتب، دادگاه ضمن وارددانستن اعتراض معترض و اینکه دادنامهٔ معترَضٌ‌عنه برخلاف مبانی حقوقی و قانونی صادر شده، با استناد به صدر مادهٔ ۳۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، مصوب ۷۹/۱/۲۱ در امور مدنی، آن را نقض و حکم به تمکین زوجه به‌شرط تهیهٔ مسکن مناسب و اثاث‌البیت که به تأیید مددکار محترم دایرهٔ مددکاری اجتماعی نیز خواهد رسید، صادر و اعلام می‌دارد رأی دادگاه به‌موجب مادهٔ ۳٦۵ همین قانون، قطعی است. دادگاه متقابلاً زوج را به حُسن‌رفتار با همسرش و حفظ نهاد مقدس خانواده و جلوگیری از فروپاشی آن و احساس مسئولیت درقبال آن‌ها توصیه می‌نماید.

در این پرونده، صرفاً به‌علت ادعای زوجه مبنی‌بر نداشتن امنیت جانی، دادگاه بدوی دادخواست الزام به تمکین را رد کرده است و هیچ اثری از محکومیت کیفری زوج به ایراد ضرب دیده نمی‌شود؛ کما اینکه در رأی دادگاه تجدیدنظر به این مطلب اشاره شده که زوجه هیچ دلیلی بر مخاطره‌آمیزبودن حضورش در منزل شوهر ذکر نکرده است؛ بنابراین، ادعای زوجه بر وجود خوف ضرر باید همراه با دلیل باشد. از طرفی تعهد و اقرار زوج مبنی‌بر اینکه من‌بعد، زوجه را آزار نمی‌دهد و کتک نمی‌زند، به‌عنوان یکی از دلایل رد دادخواست الزام به تمکین لحاظ شده که مورد تأمل است؛ کما اینکه در رأی دادگاه تجدیدنظر به این مطلب اشاره شده و آمده است: «... استدلال دادگاه به تعهد زوج، توجیه‌پذیر نیست؛ زیرا تعهد به حُسن‌رفتار در آینده، دلیل بر سوءرفتار در گذشته نیست؛ تا چه رسد به اینکه از تعهد، مفهوم اقرار برداشت شود!...»؛ بنابراین، صرفاً براساس تعهد زوج به خوش‌رفتاری با زوجه نمی‌توان سوءرفتار وی در گذشته را اثبات کرد.

در تقویت رأی دادگاه بدوی می‌توان گفت احتمال می‌رود اوضاع‌واحوال حاکم بر پرونده

در مرحلهٔ بدوی به‌نحوی بوده که قاضی صادرکنندهٔ رأی را قانع کرده است به رد دعوای الزام به تمکین حکم کند. به‌نظر می‌رسد این مسئله که زوج در صورت‌جلسهٔ این دادگاه تعهد داده و اقرار کرده است من‌بعد، زوجه را آزار ندهد و کتک نزند، مؤیدی است بر ادعای زوجه مبنی‌بر ضرب‌وحرج و کتک‌کاری؛ والا دلیلی ندارد زوجی که خودش دادخواست الزام به تمکین تقدیم دادگاه کرده است، چنین تعهدی بدهد؛ بنابراین نباید از تأثیر تعهد زوج بر حُسن‌رفتار با زوجه در احراز خوف ضرر، غافل شد. نمونهٔ این مسئله را در حکم ذیل می‌توان مشاهده کرد:

> طبق دادنامهٔ شمارهٔ ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۰۰۲۱۶۳ تاریخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۳ شعبهٔ ۲۳۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران درخصوص دادخواست تقدیمی خواهان، به‌موجب معرفی‌نامهٔ شمارهٔ ۸۳/۲٤۱/۵۵۵م مورخ ۱۳۹۱/۸/۳ ازسوی دفتر حمایت حقوقی و قضایی ایثارگران به‌طرفیت خانم... به‌خواستهٔ الزام خوانده به تمکین از خواهان، دادگاه با توجه به اوراق و محتویات پرونده و بنابه دلایلی خواسته و دعوای خواهان الزام به تمکین را وارد و ثابت ندانسته که یکی از دلایل، اقرار صریح و کاشف از واقع خواهان در جلسهٔ رسیدگی، مبنی‌بر کتک‌کاری و مشاجرهٔ لفظی نسبت‌به زوجه است که با توجه به نظریهٔ پزشکی قانونی، قرار و کیفرخواست صادره ازسوی دادسرای ناحیهٔ دوازده تهران که مؤید ادعای زوج است، مع‌الوصف با عنایت به دلیل معنونهٔ فوق‌الذکر مستند به مادهٔ ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی و توجه به قاعدهٔ «اَلبَیِّنَةُ عَلی المُدَّعی»، حکم به رد خواسته و دعوای خواهان صادر و اعلام می‌گردد.

۵-۱-۲. رابطهٔ سوءمعاشرت و احرازخوف ضرر

مسئلهٔ مهم در موجبات موجههٔ عدم تمکین زوجه از زوج، بررسی رابطهٔ سوءمعاشرت زوج با اثبات خوف ضرر است؛ به عبارت دیگر، ملاک قانون‌گذار در مادهٔ ۱۱۱۵ قانون مدنی، اثبات خوف ضرر بدنی، مالی یا شرافتی است. در این ماده، سوءمعاشرت زوج، محلی از اعراب ندارد؛ بدین صورت که نمی‌توان برای جهات موجههٔ تمکین به‌دنبال اثبات سوءمعاشرت زوج بود. موجب و مجوز عدم تمکین زوجه، خوف ضرر بدنی، مالی یا شرافتی برای زوجه است و

وجود خوف ضرر برای مانعیت تمکین کفایت می‌کند؛ لذا نباید درصدد اثبات سوءمعاشرت بود. ضرب‌وجرح نه‌تنها خوف ضرر بدنی را به‌دنبال دارد؛ بلکه خود ضرر است؛ بنابراین، استدلال برخی محاکم مبنی‌بر اینکه «در روابط زناشویی، صِرف ایراد ضرب به‌تنهایی، دلیل سوءمعاشرت محسوب نمی‌شود» (دادنامهٔ شمارهٔ ۹۱۰۱۳۸۵، مورخ ۱۳۹۱/۸/۲۰، شعبهٔ دو از دادگاه تجدیدنظر استان تهران)، دلیل و منطق درستی ندارد. سوءمعاشرت، دارای قلمرو معناییِ گسترده‌ای است و آنچه در مادهٔ ۱۱۱۵ قانون مدنی موضوعیت دارد، خوف ضرر مالی، بدنی یا شرافتی است؛ نه سوءمعاشرت زوج؛ چون در برخی آرای صادرشده از محاکم خانواده، گواهی پزشکی قانونی هم نمی‌تواند دلیل بر خوف ضرر باشد. استدلال دادگاه تجدیدنظر در این رأی که گفته است: «در روابط زناشویی، صِرف ایراد ضرب به‌تنهایی، دلیل سوءمعاشرت محسوب نمی‌شود»، مستند به چه قاعده و قانونی است؟ طبق مادهٔ ۱۱۱۵ قانون مدنی، خوف ضرر، مجوزی برای عدم تمکین است. عنوان و مفهوم سوءمعاشرت در قانون نیامده است که برای اثبات آن، علت لازم باشد و در دادگاه‌ها باید به‌دنبال احراز خوف ضرر بود؛ نه اینکه بر ضرب‌وجرح و کمّ‌وکیف آن تکیه و تأکید شود.

درپی بررسی پرونده‌های مطرح‌شده نتیجه می‌گیریم در اغلب موارد، قطعیت حکم محکومیت کیفری زوج برای رد دعوای الزام به تمکین، ضروری دانسته شده است؛ مانند رأی شعبهٔ دو از دادگاه تجدیدنظر استان تهران به‌شمارهٔ ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۲۰۱۹۵۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۹ که با نقض رأی دادگاه بدوی، ایراد ضرب را به‌تنهایی، دلیل مثبت سوءمعاشرت محسوب نکرده و حکم قطعی را لازم دانسته است؛ همچنین گواهی پزشکی قانونی و قرار مجرمیت دادسرا را نیز کافی نشمرده و تصریح کرده است: «چون کیفرخواست صادره در دادگاه عمومی جزایی تهران منجر به صدور برائت شده؛ نه محکومیت؛ بنابراین نمی‌تواند دلیل بر سوءمعاشرت زوج باشد».

در مواردی نیز رویهٔ قضایی بدین صورت است که معیار الزام به تمکین، نبودِ خوف ضرر مالی، بدنی یا شرافتی برای زوجه دانسته شده و وجود محیط امن و امنیت روانی زوجه به‌عنوان شرط تمکین، ضروری قلمداد شده است. درواقع، در این موارد، حُسن‌معاشرت زوجین با

یکدیگر، مؤثر واقع شده است؛ مانند دادنامهٔ شمارهٔ ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۱۰۱۸۶۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۷ در رأی شعبهٔ ۲۳۲ دادگاه عمومی خانوادهٔ تهران که در آن آمده است:

> با عنایت به اینکه از شرایط مهم تمکین، داشتن امنیت روحی و روانی است که این امنیت در حال حاضر برای دادگاه ازناحیهٔ زوج برای زوجه محرز نمی‌گردد و نظر به اینکه خواهان جهت اثبات موارد ادعاییِ خود در اثبات عدم تمکین خوانده، دلیل موجه و قانع‌کننده‌ای که موجبات اقناع وجدانی را فراهم آورَد، ابراز ننموده و با توجه به سایر قراین و دلایل موجود، خواستهٔ خواهان، غیرموجه تشخیص و مستنداً به مادهٔ ۱۱۱۵ قانون مدنی، حکم به بی‌حقی و رد دعوای مطروحه صادر و اعلام می‌گردد.

در همین راستا شعبهٔ یازده از دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز ضمن تأیید رأی دادگاه بدوی، تجدیدنظرخواهی زوج را رد کرده است. نکتهٔ حائز اهمیت در این رأی، آن است که مستند به قانون، داشتنِ امنیت روانی، صراحتاً شرط تمکین نیست؛ اما از آنجا که نبودِ خوف ضرر از شرایط و مقدمات الزام به تمکین به‌شمار می‌آید، می‌توان گفت داشتنِ امنیت روانی در مفهوم نبودِ خوف ضرر وجود دارد و درواقع، شرط عقلایی برای تمکین است که به تصریح قانون‌گذار نیازی ندارد.

در رأی شمارهٔ ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۱۰۱۴۷۶ مورخ ۱۳۹۳/۸/۲۸ شعبهٔ یازده از دادگاه تجدیدنظر استان تهران با این استدلال که غرض شارع در تشریع مقررات حاکم بر روابط خانوادگی، ایجاد محیط امن برای زوجین است و درصورت آشفتگی و متزلزل‌بودن روابط زوجین، بدان سبب که الزام به تمکین، موجب تشدید بحران می‌شود، امکان آماده‌سازی فضای امن و صمیمانه، منتفی خواهد بود، دعوای الزام به تمکین رد شده است؛ بنابراین، کلیهٔ عوامل مخلّ امنیت جسمی، روحی، روانی و شرافتی زوجه را می‌توان از موانع تمکین قلمداد کرد.

درمجموع، در ارزیابی و جمع‌بندی رویکرد قضات می‌توان گفت قانون‌گذار در بیان موانع تمکین به خوف ضرر تصریح کرده مبنا وجود یا نبودِ خوف ضرر است؛ نه ضرب‌وجرح؛ بنابراین، پرداختن به ضرب‌وجرح و کمّ‌وکیف آن صرفاً باید مؤیدی بر وجود خوف ضرر قلمداد شود؛ نه مبنایی برای صدور حکم.

بر این اساس، وجود حکم قطعی بر ایراد ضرب‌وجرح ازسوی زوج باید دلیل مثبت تحقق عنوان ضرر باشد که در این صورت، تضییع حق زوجه و چه بسا به‌خطرافتادن سلامت وی را نیز درپی نخواهد داشت.

در تأیید این مطلب، در نظریهٔ مشورتی شمارهٔ ۱٤۰٤/۹۸/۷ مورخ ۱۳۹۸/۹/۲٤ ادارهٔ کل حقوقی قوهٔ قضاییه، بدین صورت به این نکته تصریح شده است:

> استعلام در رسیدگی به دعوای الزام به تمکین:
> زوجه با ارائهٔ یک فقره گواهی پزشکی قانونی و با بیان اینکه در حال حاضر به‌علت ایراد صدمهٔ بدنی از زوج، شاکی و پرونده در دادسرا درحال تحقیق و رسیدگی است، ادعای خوف ضرر جانی یا حیثیتی را مطرح می‌نماید. در این صورت، آیا دادگاه خانواده مجاز به صدور قرار توقف رسیدگی تا تعیین تکلیف پروندهٔ کیفری می‌باشد یا خیر؟ در پاسخ، چنین استدلال کرده است: «در فرضی که در دعوای تمکین، زوجه درمقام دفاع اعلام داشته که به‌لحاظ خوف ضرر بدنی یا شرافتی و مالی، حاضر به تمکین از زوج نمی‌باشد و درجهت اثبات ادعایش به شهادت شهود و پروندهٔ مطروحه در دادسرا که در جریان رسیدگی است، استناد نموده است، دادگاه رسیدگی‌کننده به دعوای تمکین، مستنداً به مادهٔ ۱۹۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی می‌تواند رأساً با استماع شهادت شهود و... درراستای بررسی دلیل یا دلایل توجیه عدم تمکین ازسوی زوجه اقدام نماید و تکلیفی به توقیف رسیدگی به دعوای تمکین به‌منظور روشن‌شدن نتیجهٔ پروندهٔ مطروحه در مرجع کیفری در اجرای مادهٔ نوزدهِ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ندارد؛ زیرا چنانچه اقدام زوج نسبت‌به زوجه که موجب خوف ضرر بدنی و... شده، مشمول یکی از عناوین کیفری هم باشد، حتی درصورت صدور حکم برائت از دادگاه کیفری نسبت‌به اقدامات زوج به‌طور کلی، منافاتی با اقدام دادگاه خانواده جهت تحقیق پیرامون موجبات عدم تمکین زوجه ندارد؛ زیرا ممکن است بنابه دلایلی رأی به محکومیت زوج در پروندهٔ کیفری صادر نشود؛ ولی خوف ضرر بدنی یا شرافتی و مالی برای زوجه احراز گردد».

در استعلام صورت‌گرفته از ادارهٔ کل حقوقی قوهٔ قضاییه به‌شمارهٔ ۱۳۵۲/۹۸/ا و شمارهٔ پروندهٔ

۲۵۳۱-۶۷-۸۹ مورخ ۱۳۹۸/۹/۱۱ سؤال شده است:

زوج، فاقد شغل و درآمد و یا تعهدات مالی او بیشتر از حقوق و درآمدش است. با توجه به اینکه یکی از تکالیف مرد، پرداخت نفقهٔ همسرش (موضوع مادهٔ ۱۱۰۷ قانون مدنی) است، آیا در دو فرض مذکور، زوج می‌تواند زوجه را به تمکین از خود دعوت کند؟ آیا در موارد بالا زوجه می‌تواند با عذر خوف ضرر بدنی از تمکین استنکاف نماید؟

در پاسخ می‌توان گفت اولاً وفق مادهٔ ۱۱۰۷ این قانون، نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن، ملاک تعهد زوج به پرداخت نفقه است و وضعیت زوج و میزان توانایی مالی وی ملاک عمل نیست؛ لذا در فرض سؤال، فقدان شغل یا درآمد ناکافی زوج و یا افزون‌بودن تعهدات مالی وی بر میزان حقوق و درآمدش مانع استحقاق زوجه بر نفقهٔ متعارف و متناسب با وضعیت وی با لحاظ مادهٔ ۱۱۰۸ آن قانون نیست؛ ثانیاً تشخیص این مسئله که تمکین زوجه از زوج، متضمن خوف ضرر بدنی، مالی یا شرافتی (موضوع مادهٔ ۱۱۱۵ قانون مدنی) است یا خیر، با توجه به رفتار زوج، وضع خانوادگی، موقعیت و شخصیت زوجه، و دیگر اوضاع‌واحوال برعهدهٔ دادگاه رسیدگی‌کننده است.

در اینجا ذکر چند نکته ضروری است: در موجبات موجههٔ عدم تمکین، اثبات سوءمعاشرت زوج، مدّنظر نیست. آنچه موجب و مجوزی برای عدم تمکین زوجه محسوب می‌شود، خوف ضرر بدنی، مالی یا شرافتی است. ضرب‌وجرح نه‌تنها خوف ضرر بدنی را به‌دنبال دارد؛ بلکه خود، ضرر است. چرا گواهی پزشکی قانونی هم نمی‌تواند دلیل بر خوف ضرر باشد؟

استدلال دادگاه تجدیدنظر در این رأی که گفته است: «در روابط زناشویی، صِرف ایراد ضرب به‌تنهایی، دلیل سوءمعاشرت محسوب نمی‌شود»، مستند به چه قاعده و قانونی است؟ طبق مادهٔ ۱۱۱۵ قانون مدنی، خوف ضرر، مجوز عدم تمکین است. عنوان و مفهوم سوءمعاشرت در قانون نیامده است که برای اثبات آن، علت لازم باشد. درواقع، مسئلهٔ مهم این است که در دادگاه‌ها باید به‌دنبال احراز خوف ضرر بود؛ نه اینکه بر ضرب‌وجرح و کمّ‌وکیف آن تکیه و تأکید شود.

درپی بررسی پرونده‌های مطرح‌شده نتیجه می‌گیریم در اغلب موارد، قطعیت حکم محکومیت کیفری زوج برای رد دعوای الزام به تمکین، ضروری دانسته شده است؛ مانند رأی شعبهٔ دو از دادگاه تجدیدنظر استان تهران به‌شمارهٔ ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۲۰۱۹۵ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۹ که با نقض رأی دادگاه بدوی، ایراد ضرب را به‌تنهایی، دلیل مثبت سوءمعاشرت محسوب نکرده و حکم قطعی را لازم دانسته است؛ همچنین گواهی پزشکی قانونی و قرار مجرمیت دادسرا را کافی ندانسته و چون کیفرخواست صادرشده در دادگاه عمومی جزایی تهران به صدور برائت منجر شده است (نه محکومیت)، نمی‌تواند دلیل بر سوءمعاشرت زوج باشد.

در مواردی نیز رویهٔ قضایی این گونه است که معیار الزام به تمکین، نبودِ خوف ضرر مالی، بدنی یا شرافتی برای زوجه دانسته و وجود محیط امن و امنیت روانی زوجه، شرط تمکین قلمداد شده است؛ مثلاً در دادنامهٔ شمارهٔ ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۱۰۱۸۶۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۷، رأی شعبهٔ ۲۳۲ دادگاه عمومی خانوادهٔ تهران بدین صورت آمده است:

> با عنایت به اینکه از شرایط مهم تمکین، داشتن امنیت روحی و روانی است که این امنیت در حال حاضر برای دادگاه ازناحیهٔ زوج برای زوجه محرز نمی‌گردد و نظر به اینکه خواهان جهت اثبات موارد ادعاییِ خود در اثبات عدم تمکین خوانده، دلیل موجه و قانع‌کننده‌ای که موجبات اقناع وجدانی را فراهم آورَد، ابراز ننموده و با توجه به سایر قراین و دلایل موجود، خواستهٔ خواهان، غیرموجه تشخیص و مستنداً به مادهٔ ۱۱۱۵ قانون مدنی، حکم به بی‌حقی و رد دعوای مطروحه صادر و اعلام می‌گردد.

در همین راستا، شعبهٔ یازده از دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز ضمن تأیید رأی دادگاه بدوی، تجدیدنظرخواهی زوج را رد کرده است.

نکتهٔ حائز اهمیت در این رأی، آن است که با استناد به قانون، امنیت روانی داشتن، صراحتاً شرط تمکین نیست؛ اما از آنجا که نبودِ خوف ضرر از شرایط و مقدمات الزام به تمکین است، می‌توان گفت امنیت روانی داشتن در مفهوم نبودِ خوف ضرر وجود دارد. درواقع، امنیت روانی داشتن، شرط عقلایی برای تمکین است که در آن، نیازی به تصریح قانون‌گذار وجود ندارد.

در رأی شمارهٔ ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۱۰۱۴۷۶ مورخ ۱۳۹۳/۸/۲۸ شعبهٔ یازده از دادگاه تجدیدنظر

استان تهران با این استدلال که غرض شارع در تشریع مقررات حاکم بر روابط خانوادگی، ایجاد محیط امن برای زوجین است و درصورت آشفتگی و متزلزل‌بودنِ روابط زوجین، امکان آماده‌سازی فضای امن و صمیمانه منتفی خواهد بود، از این جهت که الزام به تمکین، موجب تشدید بحران می‌شود، دعوای الزام به تمکین رد شده است؛ بنابراین، کلیهٔ عوامل مخلّ امنیت جسمی، روحی و روانی، و شرافتی زوجه را می‌توان از موانع تمکین به‌شمار آورد.

در ارزیابی و جمع‌بندی رویکرد قضات می‌توان گفت قانون‌گذار در بیان موانع تمکین به خوف ضرر تصریح کرده است. مبنا وجود یا نبودِ خوف ضرر است؛ نه ضرب‌وجرح؛ بنابراین، پرداختن به ضرب‌وجرح و کمّ‌وکیف آن، صرفاً باید مؤیدی بر وجود خوف ضرر قلمداد شود؛ نه مبنای صدور حکم؛ بر این اساس، وجود حکم قطعی بر ایراد ضرب‌وجرح ازسوی زوج باید دلیل مثبت تحقق عنوان ضرر باشد که در این صورت، تضییع حق زوجه و چه بسا به‌خطرافتادن سلامت زوجه را نیز درپی نخواهد داشت.

در نظریهٔ شمارهٔ ۱٤۰٤/۹۸/۷ مورخ ۱۳۹۸/۹/۲٤ ادارهٔ کل حقوقی قوهٔ قضاییه، بدین صورت به این نکته تصریح شده است:

> استعلام در رسیدگی به دعوای الزام به تمکین زوج با ارائهٔ یک فقره گواهی پزشکی قانونی و با بیان اینکه در حال حاضر به‌علت ایراد صدمهٔ بدنی از زوج، شاکی و پرونده در دادسرا درحال تحقیق و رسیدگی است، ادعای خوف ضرر جانی یا حیثیتی را مطرح می‌نماید. در این صورت، آیا دادگاه خانواده مجاز به صدور قرار توقف رسیدگی تا تعیین تکلیف پروندهٔ کیفری می‌باشد یا خیر؟

نظریهٔ مشورتی ادارهٔ کل حقوقی قوهٔ قضاییه:

> در فرضی که در دعوای تمکین، زوجه درمقام دفاع اعلام داشته که به‌لحاظ خوف ضرر بدنی یا شرافتی و مالی، حاضر به تمکین از زوج نمی‌باشد و درجهت اثبات ادعایش به شهادت شهود و پروندهٔ مطروحه در دادسرا که در جریان رسیدگی است، استناد نموده است. دادگاه رسیدگی‌کننده به دعوای تمکین، مستنداً به مادهٔ ۱۹۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی می‌تواند رأساً با استماع شهادت شهود و... درراستای بررسی دلیل یا دلایل توجیه عدم تمکین ازسوی زوجه اقدام نماید

و تکلیفی به توقیف رسیدگی به دعوای تمکین به‌منظور روشن‌شدن نتیجهٔ پروندهٔ مطروحه در مرجع کیفری در اجرای مادهٔ نوزدهِ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ندارد؛ زیرا چنانچه اقدام زوج نسبت‌به زوجه که موجب خوف ضرر بدنی و... شده، مشمول یکی از عناوین کیفری هم باشد، حتی درصورت صدور حکم برائت از دادگاه کیفری نسبت‌به اقدامات زوج به‌طور کلی منافاتی با اقدام دادگاه خانواده جهت تحقیق پیرامون موجبات عدم تمکین زوجه ندارد؛ زیرا ممکن است بنابه دلایلی رأی به محکومیت زوج در پروندهٔ کیفری صادر نشود؛ ولی خوف ضرر بدنی یا شرافتی و مالی برای زوجه احراز گردد.

نظر مشورتی ادارهٔ حقوقی در رابطه با سؤالات ذیل را اعلام فرمایید:

۱. درصورت تقدیم دادخواست واخواهی، آیا دادگاه درمقام رسیدگی الزاماً می‌بایستی مبادرت به تعیین وقت رسیدگی و دعوت از طرفین نماید یا اینکه چنانچه دلایل واخواه را کافی نداند، می‌تواند بدون دعوت از اصحاب دعوا رأی واخواسته را تأیید نماید؟

۲. در رسیدگی به دعوای الزام به تمکین زوجه با ارائهٔ یک فقره گواهی پزشکی قانونی و با بیان اینکه در حال حاضر به‌علت ایراد صدمهٔ بدنی از زوج، شاکی و پرونده در دادسرا درحال تحقیق و رسیدگی است، ادعای خوف ضرر جانی یا حیثیتی را مطرح می‌نماید. در این صورت، آیا دادگاه خانواده مجاز به صدور قرار توقف رسیدگی تا تعیین تکلیف پروندهٔ کیفری می‌باشد یا خیر؟

پاسخ ادارهٔ کل حقوقی قوهٔ قضاییه:

۱. مقطع واخواهی، بخشی از مرحلهٔ نخستین است و با توجه به اصول کلی و عمومات قانونی مربوط به دادرسی نخستین، رسیدگی به واخواهی، مستلزم تشکیل جلسهٔ رسیدگی و دعوت طرفین جهت حضور در این جلسه است؛ بنابراین، در رسیدگی به درخواست واخواهی محکومٌ‌علیه، هرچند واخواهی متکی به دلیل و مدرکی نباشد، ضرورت دارد که دادگاه وقت رسیدگی تعیین و طرفین را به رسیدگی دعوت نماید. درخصوص امور کیفری، مادهٔ ٤٠٧ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به این امر تصریح نموده است.

۲. در فرضی که در دعوای تمکین، زوجه درمقام دفاع اعلام داشته که به‌لحاظ خوف ضرر بدنی، شرافتی و مالی، حاضر به تمکین از زوج نمی‌باشد و درجهت اثبات ادعایش به شهادت شهود و پروندهٔ مطروحه در دادسرا که در جریان رسیدگی است، استناد نموده است، دادگاه رسیدگی‌کننده به دعوای تمکین، مستنداً به مادهٔ ۱۹۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی می‌تواند رأساً با استماع شهادت شهود و... درراستای بررسی دلیل یا دلایل توجیه عدم تمکین ازسوی زوجه اقدام نماید و تکلیفی به توقیف رسیدگی به دعوای تمکین به‌منظور روشن‌شدن نتیجهٔ پروندهٔ مطروحه در مرجع کیفری در اجرای مادهٔ نوزدهِ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ندارد؛ زیرا چنانچه اقدام زوج نسبت‌به زوجه که موجب خوف ضرر بدنی و... گردیده، مشمول یکی از عناوین کیفری هم باشد، حتی درصورت صدور حکم برائت از دادگاه کیفری نسبت‌به اقدامات زوج، به‌طور کلی منافاتی با اقدام دادگاه خانواده جهت تحقیق پیرامون موجبات عدم تمکین زوجه ندارد؛ زیرا ممکن است بنابه دلایلی رأی به محکومیت زوج در پروندهٔ کیفری صادر نشود؛ ولی خوف ضرر بدنی یا شرافتی و مالی برای زوجه احراز گردد.

یافته‌های پژوهش

پس‌از تتبع در آرای صادرشده و بررسی منابع فقهی و حقوقی و نظرات مشورتی ادارهٔ کل حقوقی قوهٔ قضاییه و مذاکرات قضات در نشست‌های قضایی درخصوص مسئلهٔ تمکین و نشوز، مسائل ذیل روشن شد:

الف) برخی مسائل و چالش‌های موجود در رویهٔ قضایی، ریشهٔ فقهی دارند و مربوط به اختلاف‌نظر میان فقها یا سکوت ایشان هستند. برخی نیز مربوط به بُعد حقوقی و جنبهٔ قانون‌گذاری مسئله‌اند و درنهایت، برخی مسائل هم در مرحلهٔ اجرای قوانین و کاربست آن‌ها در این حوزه ریشه دارند. بعضی ابهامات موجود در این موضوع را هم می‌توان با توجه به مراحل دادرسی، یعنی مرحلهٔ طرح دعوا، دادرسی، انشای رأی و اجرای حکم دسته‌بندی کرد.

ب) مقررات مربوط به نشوز در قوانین، مجمل، مبهم و ناقص است؛ زیرا مفهوم آن به‌درستی معلوم نیست، موانعش احصا نشده و ضابطه‌ای برای آن تعیین نشده است. با توجه به اهمیت

مسئله و کاربرد گستردهٔ آن در دعاوی خانواده لازم است متنی جامع به‌شکل قانون و آیین‌نامه‌های مربوط، در تعریف نشوز تنظیم شود و تبیین مفصّل مسائل مربوط به مصادیق، موانع و آثار آن در آیین‌نامهٔ اجرایی صورت گیرد.

ج) ابهامات و نواقص موجود در فقه باید براساس ظرفیت و استعداد موجود در فقه که پویایی و زنده‌بودن از ویژگی‌های مهم آن است، برطرف شود.

د) ابهامات و نواقص موجود در قانون مانند تعاریف تمکین و نشوز، گسترهٔ نشوز، ضوابط نشوز، آثار نشوز و موانع تمکین باید برطرف شود.

ه) برخی علل تفاوت آرا نیز به مرحلهٔ اجرا و دادرسی بازمی‌گردد که شایسته است با تدوین دقیق متنی به‌عنوان آیین‌نامه‌های اجرایی، از صدور آرای متهافت جلوگیری شود.

منابع

الواری، زهرا (۱۳۹٦). *رویکرد رویهٔ قضایی نسبت‌به مانعیت نشوز یا سببیت تمکین نسبت‌به استحقاق نفقهٔ زوجه.* (پایان‌نامهٔ کارشناسی ارشد). دانشگاه قم، قم، ایران.

انصاری، مسعود؛ و طاهری، محمدعلی (۱۳۸٤). *دانشنامهٔ حقوق خصوصی* (جلد ۲) (چاپ ۱). تهران: محراب فکر.

دیانی، عبدالرسول (۱۳۸۳). رابطهٔ تمکین و نشوز و ضمانت اجرای عدم تمکین. *مجلهٔ دادرسی*، ٤٥، ۱۰-۱۵.

ذبیحی بیدگلی، عاطفه (۱۳۹۹). *الزام به تمکین در رویهٔ قضایی* (چاپ ۱). تهران: پژوهشگاه قوهٔ قضاییه.

راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد (۱٤۱۲ق). *المفردات فی غریب القرآن* (چاپ ۱). بیروت: دار العلم-الدار الشامیة.

زندی، محمدرضا (۱۳۸۸). *رویهٔ قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در امور خانواده: تمکین، ازدواج مجدد (۳)* (چاپ ۱). تهران: جنگل.

سامانهٔ ملی آرای قضایی. www.ara.jri.ac.ir

سایت ادارهٔ کل حقوقی قوهٔ قضاییه. edarehoquqy.eadl.ir

سایت پژوهشکدهٔ قوهٔ قضاییه. www.ijri.ir

صابرماهانی، محیا (۱۳۹٤). *بررسی حدود تمکین زوجه در فقه امامیه و حقوق ایران.* (پایان‌نامهٔ کارشناسی ارشد). دانشگاه شهید باهنر کرمان، کرمان، ایران.

صدرالاشرافی، حسین (۱۳۱۹). تمکین و نشوز و اثرات قضایی آن‌ها در وجوب انفاق. *مجموعهٔ حقوقی*، ۱۵۵، ۲۵۶-۲۵٤.

طباطبایی، سید محمدحسین (۱۳٦۳). *ترجمهٔ تفسیر المیزان* (محمدباقر موسوی همدانی، مترجم) (جلد ٤). تهران: اسلامی.

طبرسی، فضل بن محمد (۱٤۰۸ق). *مجمع البیان فی تفسیر القرآن* (چاپ ۲). بیروت: دار المعرفة.

محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۳۰۸). *شرایع الإسلام* (جلد ۲) (چاپ ۲). قم: مؤسسهٔ اسماعیلیان.

معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات (۱۳۹۰). *مجموعهٔ قانون مدنی* (عباسعلی رحیمی اصفهانی، تدوین و تنقیح‌کننده) (چاپ ۸).

معصومی گرجی، خدیجه (۱۳۹۲). *بررسی تمکین زوجین ازنگاه فقه و حقوق اسلامی*. (پایان‌نامهٔ کارشناسی ارشد). دانشگاه پیام نور مازندران، مازندران، ایران.

مقنی، محمد (۱۳۹۹). *مفهوم و آثار نشوز زوج و ضمانت اجراهای آن با مطالعهٔ تطبیقی در فقه امامیه و حقوق ایران*. (پایان‌نامهٔ کارشناسی ارشد). دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران.

مؤمن، رقیه سادات (۱۳۹۲). *جایگاه و محدودهٔ حقوق جنسی زوجین در فقه امامیه و حقوق ایران*. تهران: دانشگاه امام صادق (ع).

مهدوی، ابراهیم (۱۳۹٦). آیا دعوی التزام به تمکین، قابل استماع است؟. *سایت معاونت آموزش دادگستری استان تهران*: http://www.ghavanin.ir/PaperDetail.asp=۵۵۲

نجفی، محمدحسن (۱٤۰٤ق). *جواهر الکلام* (محمود قوچانی، محقق و تعلیقه‌نویس) (جلد ۳۱) (چاپ ۷). بیروت: دار الإحیاء التراث العربی.

هدایت‌نیا، فرج‌الله (۱۳۹۷). *نشوز زوجین در فقه و نظام حقوقی ایران*. تهران: پژوهشکدهٔ فرهنگ و اندیشهٔ اسلامی.

یاری، نازیلا (۱۳۹۳). *تبیین نشوز زوج و زوجه در فقه و حقوق موضوعه*. (پایان‌نامهٔ کارشناسی ارشد). دانشگاه ارومیه، آذربایجان شرقی، ایران.

Bi-quarterly Scientific Journal of Family Law and Jurisprudence Journal
Vol. 30, No. 82/ Spring & Summer 2025

Research Article

Delegation Of Custody in the Marriage Contract with a Reflection on Iranian Jurisprudence and Law

Arezoo Malekshah[1] Fatemeh Hasanpoor[2]

DOI:
10.30497/FLJ.2025.246230.2015

Abstract

The role of the family in the care and nurturing of children is undeniable because children need the support of their parents because of their inability to meet their physical psychological and financial needs. The society also assigns this duty to parents based on the belief that parents are the most appropriate for maintenance and nurturing. Accordingly, many rights for children in the legal system of the world as well as the legal system Of Iran have been reserved, including the right to custody. The right aspect of the legal custody body has received much attention from jurists and lawyers. While the discussion of the agreement on assignment and delegation of custody to another has been remained silent and ignored by most authors. In this regard, this research has been formulated to investigate and answer to the questions regarding the basic ambiguities regarding custody such as the couples ' agreement on the transfer of custody and the possibility of losing children's custody and transferring of it. This study is theoretical in terms of objective and analytical in nature, also gathering information based on library method and discussing the views of jurists. The findings of the study show that custody is apparently the mother's right and the father's right and duty. However, there is a possibility of agreement between the spouses regarding the transfer of custody to each other at the time of dissolution of the marriage. In other words, according to the interest of the child, the wife can entrust the custody of the child to the husband, and on the contrary, the husband can entrust the custody of the child to the wife.

Keywords: Right, ruling, child custody, delegation of custody.

1. (Corresponding Author) Assistant Professor, Department of Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. a.malekshah@iau.ac.ir
2. Master of Private Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. fatemeh.hasanpoor122@gmail.com

دوفصلنامهٔ علمی فقه و حقوق خانواده/ *مقالهٔ پژوهشی*/ دورهٔ ۳۰، شمارهٔ ۸۲/ بهار و تابستان ۱۴۰۴/ صص: ۲۱۹-۱۹۵

تفویض حضانت در عقد نکاح با تأملی بر فقه و حقوق ایران

آرزو ملکشاه* [1]

فاطمه حسن‌پور [2]

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۱۶؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۳۰

Doi: 10.30497/flj.2025.246230.2015

چکیده

جایگاه خانواده در سرپرستی و پرورش کودکان انکارناپذیر است؛ زیرا کودکان به‌دلیل ناتوان‌بودن در تأمین نیازهای جسمی و روحی و مالی خود نیازمند حمایت والدین خود هستند. جامعه نیز براساس این اماره که والدین کودکان، مناسب‌ترین افراد برای نگهداری و پرورش آن‌ها هستند، این وظیفه را متوجه والدین می‌کند؛ ازاین‌رو، حقوق بسیاری برای کودکان در نظام حقوقی ایران درنظر گرفته شده است که از بین آن‌ها می‌توان به حق حضانت اشاره کرد. بسیاری از فقها و حقوق‌دانان به جنبهٔ حق و تکلیفی بودن نهاد حقوقی حضانت توجه کرده‌اند؛ درحالی‌که بیشتر نویسندگان دربارهٔ توافق درزمینهٔ واگذاری و تفویض آن به دیگری، سکوت کرده، و به آن توجهی نکرده‌اند. این پژوهش قصد دارد به ابهامات اساسی دربارهٔ حضانت، تراضی زوجین برخلاف قواعد حضانت، امکان اسقاط حق حضانت فرزند و واگذاری آن پاسخ دهد. روش پژوهش این مقاله با توجه به هدف، از نوع نظری، و با توجه به ماهیت از نوع توصیفی ـ تحلیلی است و گردآوری اطلاعات برپایهٔ روش کتابخانه‌ای است. برهمین‌اساس، یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که ظاهراً حضانت برای مادر حق، و برای پدر حق و تکلیف است و زوجین می‌توانند دربارهٔ واگذاری حضانت به یکدیگر در زمان انحلال نکاح توافق کنند؛ به‌عبارت‌دیگر، هر دو می‌توانند با رعایت مصلحت طفل، حضانت فرزند را به دیگری واگذار کنند.

کلیدواژه‌ها: تفویض حضانت، حضانت طفل، حق بودن حضانت، خانواده.

---

۱. (نویسنده مسئول) استادیار گروه حقوق، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

a.malekshah@iau.ac.ir

۲. دانش‌آموختهٔ کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

fatemeh.hasanpoor122@gmail.com

مقدمه

از آن جهت که در «حضانت» به نحوهٔ نگهداری و مراقبت از کودکان، چه در بعد جسمانی و چه در بعد روحی، توجه می‌شود و این امر نقش اساسی و مؤثری در تربیت کودکان دارد، بسیارحائز اهمیت است و به‌تبع آن مسئلهٔ توافق در زمینهٔ واگذاری و تفویض آن به دیگری، از مسائل مهم این حوزه است. سرپرستی و حضانت از فرزندان در دوران زندگی مشترک و پس‌از آن، ازجمله مباحث مهمی است که قانونگذاران نیز به‌نوبهٔ خود سهم بسزایی در تنظیم مقررات قانونی برای قاعده‌مند ساختن روابط فرزندان با والدین و نحوهٔ ایفای نقش والدین درخصوص نگهداری و تربیت کودکان داشته‌اند. معمولاً حقوق‌دانان دربارهٔ شرط سلب حق حضانت و ارتباط آن با نظم عمومی، قوانین آمره را مطرح کرده‌اند و با بررسی منابع فقهی و فتاوای فقهای بزرگ که موردتوجه تدوین‌کنندگان قانون مدنی ایران در بحث حضانت بوده است، منابع فوق را بر رعایت مصلحت کودک متمرکز دانسته‌اند تا اصلاحات و تغییرات درجهت انطباق بیشتر قوانین با موازین اسلامی صورت گیرد و زمینهٔ استفاده از معیارهای منطقی‌تر در هر دعوای حضانت با در نظرگرفتن همهٔ عوامل مؤثر بر شرایط رشد و پیشرفت کودک فراهم شود. با توجه به ابهاماتی که درزمینهٔ امکان یا عدم‌امکان تفویض حضانت درضمن عقد نکاح وجود داشت، پژوهش پیش‌رو با هدف بررسی حدود و تأثیر ارادهٔ زوجین جهت تعیین یا تغییر احکام حضانت در ضمن عقد نکاح و صحت یا بطلان چنین شرطی تدوین شده است؛ ازاین‌رو، این مقاله در مقام پاسخ به سؤالات ذیل است:

۱. مبانی تفویض حضانت در فقه و حقوق ایران چیست؟

۲. اگر زن‌وشوهر در ضمن عقد ازدواج شرط کنند که یکی از آن‌ها از حضانت اطفال خود برخوردار نباشد، آیا چنین شرطی ازنظر حقوقی نافذ و معتبر است؟

۳. در دوران ازدواج، والدین ازلحاظ حضانت با یکدیگر برابرند؟

پیشینهٔ پژوهش

دربارهٔ حقوق خانواده و مسائل آن، به‌ویژه تفویض حضانت، تاکنون تحقیقاتی صورت گرفته است؛ اما دربارهٔ موضوع خاص مقالهٔ حاضر به‌شکل همه‌جانبه کار نشده است. بااین‌حال مقالاتی

وجود دارند که می‌توان به آن‌ها استناد کرد و از دستاوردهای آن‌ها بهره جست؛ این مقالات عبارت‌اند از:

۱. «بررسی تأثیر اراده در حضانت»، به قلم نیوشا مصلی‌نژاد (۱۳۹۰): مقالهٔ حاضر ضمن تشریح دیدگاه فقها و حقوق‌دانان دربارهٔ ماهیت حضانت و اشخاص عهده‌دار آن و تأثیر اراده در حضانت، بر آن است که نشان دهد که آیا حضانت به‌موجب قرارداد قابلِ‌اسقاط و واگذاری است یا خیر؟ و به این نتیجه رسیده است که سلب حق امکان‌پذیر است؛ مگرآنکه قانون آن را منع کرده باشد و حضانت از فرزندان، حق و امتیازی است که قانون به اشخاص داده است.

۲. «توافقات راجع‌به حضانت با تأکید بر رویهٔ قضایی»، به قلم سجاد محمدی جوزانی و فردین عوض‌پور هیبت‌لو (۱٤۰۱ ش): این مقاله به‌طور اجمال دربارهٔ اعراض از حق حضانت، واگذاری حق حضانت، توافقات راجع به این حق، امکان اعطای حضانت به شخص ثالث و سرنوشت توافق والدین پس‌از دخالت دادگاه سخن می‌گوید و به این نتیجه می‌رسد که با تأکید بر رویهٔ قضایی و در دکترین حقوقی توافق راجع‌به حضانت بین والدین طفل صحیح و لازم‌الاجرا است.

۳. «واکاوی وضعیت حقوقی واگذاری حضانت درمقابل بذل مهر یا طلاق، رفع چالش قضایی با تأکید بر آموزه‌های فقه خانواده»، به قلم امین سلیمان کلوانق (۱٤۰۳ ش): در این مقاله نویسنده می‌نویسد: دسته‌ای حضانت را مطلقاً خواه ازطرف پدر، خواه ازطرف مادر اسقاط‌ناپذیر، و توافق متضمن واگذاری آن را باطل می‌دانند. دسته‌ای نیز حضانت را به‌طور مطلق اسقاط‌پذیر، و ازاین‌رو توافق موجب واگذاری آن را صحیح می‌دانند. برخی نیز حضانت را ازطرف مادر اسقاط‌پذیر، ولی ازطرف پدر اسقاط‌ناپذیر می‌دانند.

علاوه‌بر این مقالات، پایان‌نامهٔ مژگان ندرتی (۱۳۹۵) باعنوان *وضعیت حقوقی توافق زوجین در حضانت* فرزند نیز به این موضوع پرداخته است. پژوهش حاضر با هدف امکان توافق زوجین دربارهٔ واگذاری حضانت تدوین شده است.

اغلب پژوهش‌های پیشین درخصوص توافقات زوجین درزمینهٔ حضانت، عمدتاً با تمرکز بر اصل حاکمیت اراده، بر اعتبار این توافقات به‌عنوان ابزار کاهش تنش‌های پس‌از طلاق تأکید

کرده‌اند، بدون آنکه به‌صورت نظام‌مند نسبت این توافقات را با قواعد آمره و نظم عمومی و مصلحت کودک تحلیل کرده باشند. تمایز اساسی پژوهش حاضر در آن است که با رویکردی جامع‌نگر، فراتر از ارادهٔ طرفین، به بررسی دقیق‌تر قلمرو مداخلهٔ قواعد آمره و نقش دادگاه در سنجش مصلحت طفل پرداخته، و نشان داده است که توافق والدین، تنها درصورتی‌که از صافی مصلحت کودک عبور کند و با نظم عمومی مغایرت نداشته باشد، واجد اعتبار حقوقی خواهد بود. همچنین برخلاف بسیاری از پژوهش‌ها که رویکردی ایستا و نظری دارند، این مطالعه با تحلیل تطبیقی و بررسی آرای قضایی، چهارچوبی عملی برای داوری قضات دربارهٔ اعتبار یا عدم‌اعتبارتوافقات والدین ارائه می‌دهد.

روش پژوهش

روش تحقیق در این مقاله با توجه به هدف از نوع نظری، و با توجه به ماهیت از نوع توصیفی ـ تحلیلی است. گردآوری اطلاعات نیز بر پایهٔ روش کتابخانه‌ای است و محقق برای دستیابی به اهداف تحقیق به متون فقهی و کتاب‌های حقوقی مراجعه کرده است.

تبیین مفهوم حضانت

۱. مفهوم لغوی حضانت

حضانت در لغت واژه‌ای عربی است که به ادبیات فقهی و حقوقی راه یافته است و از ریشهٔ حَضَنَ و در باب فعل یفعل است. امکان دارد مصدر باشد یا اسم مصدر که در معانی متعددی به کار رفته است؛ مانند: سینه، بازوان، مابین بازوان، جنب و پهلو، زیر بغل تا نشیمنگاه (مرادخانی و هاشمی‌نژاد، ۱۳۹۲، ص ۱۳۶–۱۳۷). حضانت به فتح و کسر حاء به‌تصریح همهٔ لغت‌پژوهان از کلمهٔ حضن مشتق شده، و در لغت حضانت مصدر حاضن و حاضنه است که به زن‌ومردی می‌گویند که امر سرپرستی و نگهداری و تربیت کودک را برعهده دارند (امامی، ۱۳۷۵، ص۱۸۷؛ افخمی مهرجردی، ۱۳۹۳، ص۹–۱۰)؛ بنابراین در معنای لغوی حضانت، آنچه محور و محل توجه است، مسئلهٔ نگهداری و حفاظت و صیانت از کودک بوده است و رسیدگی به ابعاد معنوی و تربیت طفل، ازقبیل تعلیم و آموزش حرفه‌ای یا اتخاذ تدابیر مقتضی جهت ایجاد ارتباط طفل با دنیای خارج و با اشخاص مختلف، برای معنای حضانت وضع نشده است

(نظری توکلی، ۱۳۹۱، ص ۱۵۸). هرچند ممکن است نگهداری و حفاظت و برآورده‌کردن نیازهای مادی کودک، در چگونگی تربیت او نیز مؤثر افتد (امین املشی، ۱۳۹٤، ص ۲-۳).

۲. مفهوم اصطلاحی حضانت

حضانت یکی از آثار قرابت نسبی است. حضانت در معنی اصطلاحی عبارت است از نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۲۱٦). حضانت، نگاهداری کودک و تربیت او با در نظر گرفتن مصلحتش و بازداشتن او از مضار است و تا سن معینی دربارهٔ کودک قابل‌اعمال است (افضل‌آبادی، ۱۳۹٦، ص ۷ -۱۱). می‌توان حضانت را به دو عنصر نگاهداری و تربیت طفل تجزیه کرد. این دو عنصر در عمل به‌دشواری جدا از هم تصور می‌شوند؛ زیرا شیوهٔ نگاهداری کودک در پرورش استعدادهای او مؤثر است و زمینهٔ آموزش به او را نیز فراهم می‌سازد. باوجوداین، آنچه به‌طور مستقیم ناظربه پذیرفتن کودک و پرستاری و تأمین نیازهای مادی و معنوی او است، مانند تهیهٔ غذا و مسکن و پوشاک، در زمرهٔ کارهای مربوط به نگاهداری است؛ ولی هدایت او در شناسایی محیط، آموختن تجربهٔ زندگی، عادات و رسوم آن، تأمین وسیلهٔ تحصیل و مانند این‌ها در شمار تکالیف مربوطبه تربیت کودک است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۳۹؛ افشاری‌پور، ۱٤۰۰ ق، ص ۲۱-۲۲).

در قانون مدنی ایران و قانون حمایت خانواده، کلمهٔ حضانت تعریف نشده است؛ اما با توجه به باب دوم از کتاب هشتم قانون مدنی ایران در نگاهداری و تربیت طفل و همچنین ذکر کلمهٔ حضانت در بعضی موارد در این باب، معلوم می‌شود که حضانت ازمنظر قانون مدنی ایران، عبارت است از نگاهداری و تربیت اطفال (مدنی کرمانی، ۱۳۹٤، ص ۲۰۳؛ جان‌نثاری، ۱۳۹۹، ص ۸). از ذکر کلمهٔ حضانت در برخی از موارد، معلوم می‌شود که حضانت عبارت است از پرداختن به امور جسمی ومعنوی (تربیتِ) طفل. مادهٔ ۱۱٦۸ قانون مدنی فقط حق و تکلیف پدرومادر را بیان کرده، و تعریفی ازحضانت به دست نداده است؛ بنابراین بهتر است دربارهٔ مادهٔ ۱۱٦۸ قانون مدنی بگوییم: «حضانت عبارت است از پرداختن به امور جسمی و معنوی و تربیت روحی و اخلاقی طفل به‌قدر متعارف مطابق مصلحت وی، و آن حق و تکلیف ابوین است». بدین‌ترتیب در این تعریف هم حضانت طفل تعریف شده، و هم مصلحت وی در نظر

گرفته شده است (گرجی، ۱۳۸٤، ص ٤٦).

۳. مفهوم فقهی حضانت

فقهای بزرگ حضانت را این‌گونه تعریف کرده‌اند: سلطه و اقتدار بر کودک برای تربیت و مصالحی که مربوط به آن است؛ مانند حفظ و نگهداری از او، قراردادنش در تخت و بلندکردنش از آن، سرمه‌کشیدن او، نظافت‌کردن او، شستن کهنه و لباسش و مانند آن (صمیمی، ۱۳۸۵، ص ٦-۷). در اینجا حضانت تعبیر به ولایت شده است. علامه حلی در *قواعد الأحکام* (۱٤۱۳ ق، ص ۱۰۱) و شهید ثانی در *مسالک‌الأفهام* (۱٤۱۰ ق، ص ٤٥۸)، و به‌تبع ایشان، فاضل مقداد (۱٤۰٤ ق، ص۲۷۱) حضانت را به ولایت بر نگهداری کودک تعریف کرده‌اند. صاحب جواهر در ماهیت حضانت و تعبیر آن به ولایت اشکال کرده، و فرموده است: اگر مقصود این است که حضانت مثل دیگر ولایات قابل‌اسقاط نیست و بر مادر واجب است که آن را مراعات کند و حتی حق گرفتن اجرت را نیز ندارد، باید گفت در لسان ادلّه نه‌تنها دلیلی که مقتضی این معنی باشد وجود ندارد، بلکه قرائنی در ادلّه است که خلاف آن را اقتضا می‌کند؛ مثل تعبیر به احقیّت یا واگذارکردن پذیرش مسئولیت حضانت به خواست و رأی مادر (۱۳۷٤ ق، ص ۲۸۳-۲۸٤). هرجا از «حق» تعبیر به «ولایت» شده است، مقصود ولایت به معنی‌الاعم است که برگشت آن به تولیت و تفویض است (بحرالعلوم، ۱٤۱۳ ق، ص ۲۱۱). عده‌ای از فقهای امامیه نیز معنای ولایت را از حضانت نفی کرده، و آن را به نگهداری و تربیت کودک تعریف کرده‌اند (فاضل موحدی لنکرانی، ۱٤۲۱ ق، ص ٥٥٦؛ صمیمی، ۱۳۸٥، ص٦-۷).

۱. حق یا حکم بودن حضانت

در این قسمت به بررسی نظریاتی که در حوزهٔ حق یا تکلیف بودن حضانت است، می‌پردازیم.

۱-۱. نظریهٔ نخست: حق محض

حضانت، حقی فردی است که قابلیت نقل‌وانتقال یا اسقاط دارد و زوجه می‌تواند این حق را عوض در طلاق خلع قرار بدهد و نمی‌توان دارندهٔ حق حضانت را ملزم به نگهداری فرزند کرد، مگر اینکه حضانت به‌وسیلهٔ شخص دیگر ممکن نباشد؛ بنابراین مادر می‌تواند در ازای حضانت، اجرت مطالبه کند؛ اما اگر ترک حضانت طفل مستلزم تلف‌شدن او بشود و شخص

ثالثی نگهداری طفل را برعهده نگیرد، از نظر اینکه طفل ازجمله مضطرین قرار می‌گیرد و نباید حق او ضایع شود، پدرومادر را ملزم به نگهداری او می‌کنند (صفائی و امامی، ۱۳۸۲، ص ۳۳٤؛ توکلی بنیزی، ۱۳۹۷، ص ۱۹). مهم‌ترین دلیل کسانی که قائل به حق بودن حضانت هستند، استناد به برخی روایات است. این روایات عبارت‌اند از:

الف ـ روایت ایوب بن نوح از امام کاظم(ع): یکی از اصحاب امام کاظم (ع) نامه‌ای به آن حضرت نوشت و درخصوص حضانت طفل پرسید. امام درجواب نوشت: زن به فرزند تا هفت‌سالگی سزاوارتر است، مگر اینکه زن نخواهد. در این روایت، حضانت معلق به خواست و مشیت مادر شده، و امام تعبیر احق را به کار برده است؛ بنابراین می‌توان گفت حضانت بر او واجب نیست و مادر می‌تواند این حق را اسقاط کند یا درعوض آن اجرت بگیرد (ابن بابویه، ۱٤۱۳ ق، ص ٤۳۵).

ب ـ در روایتی دیگر ایوب بن نوح از امام هادی(ع) پرسید: اگر مردی ازدواج کند، سپس صاحب فرزندی شود و آنگاه از همسرش جدا شود، چه زمانی بر او واجب است فرزند خود را از زن بگیرد؟ امام(ع) در پاسخ فرمود: «هرگاه طفل به سن هفت‌سالگی برسد، مرد می‌تواند طفل را از زن بگیرد یا اینکه او را ترک کند». از این روایت این‌گونه برداشت می‌شود که حق حضانت بر پدر الزامی (واجب) نیست، بلکه او مختار در استفاده از این حق است (حر عاملی، ۱٤۱۲ ق، ص ٤۷۲؛ توکلی بنیزی، ۱۳۹۷، ص ۱۹).

۲-۱. نظریهٔ دوم: هم حق، هم تکلیف

مطابق دیدگاه دیگر در فقه امامیه، حضانت هم حق است و هم تکلیف؛ بنابراین دارندهٔ حضانت نمی‌تواند آن را منتقل یا اسقاط کند. به‌عقیدهٔ شهید ثانی، حضانت علاوه بر اینکه حقی برای پدرومادر است، به وجوب کفایی، تکلیف آنان هم خواهد بود. او معتقد است که: «حضانت، ولایت است و مادر درمقابل حضانت حق اخذ اجرت ندارد» (شهیدثانی، ۱٤۱٦ ق، ج ۸، ص ٤۲۲). از ظاهر کلام برخی دیگر از فقیهان نیز چنین بر می‌آید که حضانت را علاوه‌بر حق بودن، تکلیف نیز می‌دانند. سبزواری از فقیهان معاصر، از این دسته به شمار می‌رود که حضانت را ازجمله حقوقی می‌داند که منشأ طبیعی دارد و خداوند به‌منظور اتمام نعمت خود، آن را برای

فرزند قرار داده است. ایشان در ادامه برای اثبات واجب بودن اصل حضانت، به قرآن، سنت، اجماع و عقل تمسک کرده است (سبزواری، ١٤١٣ ق، ص ٢٧٦). در قانون مدنی مادهٔ ١١٦٨، همین قول پذیرفته شده است؛ یعنی ازمنظر حقوقی، حضانت برای والدین حق است و درصورت تمرد یکی از والدین، طرف دیگر حق دارد به‌وسیلهٔ حاکم آن را بخواهد و متخلف را به انجام آن مجبور سازد. همچنین کسی حق مزاحمت آنان را ندارد و نمی‌تواند آنان را از نگهداری فرزندشان منع یا فرزند را از آن‌ها بگیرد و جدا کند. حضانت تکلیف هم است؛ تکلیفی که برعهدهٔ والدین گذاشته شده است، به این معنا که پدرومادر نمی‌توانند حضانت را نپذیرند؛ بنابراین حضانت هم حقی است به نفع پدرومادر، و هم تکلیفی است به ضرر آن‌ها و به نفع طفل (توکلی بنیزی، ۱۳۹۷، ص ۲۰-۲۱).

۳-۱. نظریهٔ سوم: حق مادر و تکلیف پدر

حضانت بازنمایی از حق و حکم است و جنبه‌های نگهداری و تربیت کودک توسط حاضن است و قابل‌اسقاط نیست، حتی اگر هریک از زوجین این استحقاق را از خود سلب کنند (نوحی، ۱۳۹۰، ص ۱۲۵؛ توکلی بنیزی، ۱۳۹۷، ص ۲۱-۲۲). همچنین حضانت در امور تربیتی و آموزشی هم حق و هم تکلیف ابوین است که طبق قوانین، حضانت فرزند تا رسیدن طفل به سن بلوغ (در دختران ۹ سالگی و در پسران ۱۵سالگی) به‌عهدهٔ والدین است؛ یعنی برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوین او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن حضانت کودک با پدر است. همچنین پس‌از هفت سالگی درصورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه است و قانون جز در موارد استثنایی نمی‌تواند آنان را از این حق محروم کند. در مواردی، پدرومادر می‌توانند به نفع یکدیگر از حق حضانت خود صرف نظرکنند؛ بنابراین قراردادهای بین والدین دربارهٔ حق حضانت درصورتی‌که برخلاف مصلحت طفل نباشد، معتبر و لازم‌الاجرا است (هاشمی، ۱۳۹۵، ص ۱۱۳). بر این اساس حضانت طفل پس از هفت سالگی به‌طور مطلق به پدر واگذار نمی‌شود، بلکه هرگاه بین پدرومادر طفل دربارهٔ حضانت او اختلاف شود، معیار تعیین‌کنندهٔ حضانت صرفاً مصلحت طفل است. چه‌بسا به‌رغم عدم‌وجود عیب‌ونقصی در پدر،

به تشخیص دادگاه مصلحت طفل ازجمله در وابستگی‌های شدید طفل و مادر و اثر سوء جدائی آن‌ها از یکدیگر اقتضاء کند که حضانت او برعهدهٔ مادرش باشد. پس‌از رسیدن طفل به سن بلوغ، دادگاه خود را از رسیدگی درخصوص حضانت فارغ می‌داند و فرزندان حق انتخاب ادامهٔ زندگی نزد یکی از والدین را خواهند داشت، که درهرصورت، تأمین مخارج زندگی با پدر خواهد بود (معاونت آموزش قوهٔ قضائیه، ۱۳۸۸، ص ۱۲۷). اگر پدر از دادن فرزندان زیر هفت‌سال به مادر خودداری کند، مادر می‌تواند با مراجعه به دادگاه، اولاً الزام زوج را به پرداخت نفقهٔ فرزند بخواهد، ثانیاً برای صدور دستور موقت مبنی‌بر استرداد فرزند درخواست دهد. با توجه به اینکه قانون، حضانت را با مادر دانسته است، نیازی نیست که امری را در دادگاه اثبات کند و دادگاه بدون رعایت تشریفات قانونی و خارج از نوبت، حکم استرداد طفل را صادر می‌کند و این حکم فوراً قابل‌اجرا است تا مادر بتواند با پرداخت نفقه ازسوی خود یا به شرط مطالبهٔ بعدی از زوج به وظیفه حضانت درقبال طفل یا اطفال خود عمل کند. البته چنانچه مادر در ضمن سند رسمی طلاق متقبل حضانت و نگهداری فرزند مشترک با هزینهٔ شخصی خود شده باشد، نمی‌تواند به موجب دادخواست بعدی از خود سلب تکلیف کند. چنین درخواستی پذیرفتنی نیست. ازدواج مجدد مادر حق حضانت وی را به نفع پدر ساقط می‌کند؛ اما در مواردی که پدر فوت کرده باشد، ازدواج مجدد مادر موجب سقوط حق حضانت وی نخواهد شد (محمدی، ۱۳۸۳، ص ۱٤۳). بنابراین طبق این نظر حضانت مادر، حق محض و حضانت پدر تکلیف است؛ به این معنی که اگر مادر از نگهداری طفل امتناع ورزد، حضانت به پدر واگذار می‌شود و اگر هر دو خودداری کنند، پدر مجبور به آن می‌شود. طبق نظر شهید اول، اگر مادر از نگهداری کودک امتناع کند، پدر اولویت پیدا می‌کند و اگر وی هم امتناع کند، اجبار می‌شود (شهید اول، بی‌تا، ص ۳۹٦). صاحبان این نظریه چنین استدلال کرده‌اند که مراد از حق حضانت مادر، صرف اولی بودن او بر دیگران برای شیردادن به طفل است، که قابلیت اسقاط این حق از طرف او وجود دارد؛ اما حق حضانت برای پدر به معنای ولایت بر طفل است که غیرقابل‌اسقاط است (فیاض، ۱۳۷۸، ص ٦۹؛ توکلی بنیزی، ۱۳۹۷، ص ۲۱-۲۲).

٤-١. نظریهٔ برگزیده

فایدهٔ بحث از حق یا حکم بودن حضانت این است که اگر حضانت را حق بدانیم، دراین‌صورت کمترین اثر حق آن است که قابل‌اسقاط است (صمیمی، ۱۳۸۵، ص ١٤)؛ اما چنانچه حضانت را حکم بدانیم، دراین‌صورت سرپرستی و نگهداری از فرزند واجب است و درصورت امتناع از پذیرش مسئولیت، حاکم شرع می‌تواند او را به این امر وادار کند و دراین‌باره سه نظریه وجود دارد: نظریهٔ اول، حق محض بودن حضانت؛ نظریهٔ دوم، هم حق و هم تکلیف بودن حضانت؛ نظریهٔ سوم، حق مادر و تکلیف پدر بودن حضانت. با توجه به اینکه یکی از مهم‌ترین مصالح طفل، سرپرستی و نگهداری او به‌طور صحیح است و ازآنجاکه مناسب‌ترین گزینه برای انجام این مسئولیت مهم، والدین طفل هستند، می‌توان گفت انجام امور سرپرستی کودک بر والدین واجب است و دراین‌زمینه تفاوتی میان پدرومادر وجود ندارد؛ زیرا در هر دوره‌ای نیاز طفل به یکی از والدین بیشتر احساس می‌شود و امتناع پدر یا مادر از سرپرستی و تربیت او موجب ضرر طفل است که به‌موجب قاعدهٔ لاضرر نفی شده است (توکلی بنیزی، ۱۳۹۷، ص ۲۲-۲۳). قانون مدنی نیز نظریهٔ دوم را پذیرفته است؛ زیرا در مادهٔ ١١٦٨ این قانون مقرر می‌دارد: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوین است» و مادهٔ ۱۱۷۲ قانون مدنی نیز مقرر می‌دارد: «هیچ‌یک از ابوین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به‌عهدهٔ آن‌ها است، از نگاهداری او امتناع کند. درصورت امتناع یکی از ابوین، حاکم باید به تقاضای دیگری یا به تقاضای قیم یا یکی از اقرباء و یا به تقاضای مدعی‌العموم، نگاهداری طفل را به هریک از ابوین که حضانت به‌عهدهٔ اوست، الزام کند و درصورتی‌که الزام، ممکن یا مؤثر نباشد، حضانت را به خرج پدر، و هرگاه پدر فوت شده باشد، به خرج مادر تأمین کند». حضانت طفل با پدرومادر است؛ ولی قانون برای اینکه بین آنان بر سر انتخاب روش لازم برای نگهداری و تربیت کودک اختلافی رخ ندهد، چاره‌ای اندیشیده است که به‌سبب آشنابودن به طرز نگهداری، مادر را بر پدر مقدم داشته است. هر عملی که مادر برای نگهداری طفل لازم بداند، انجام خواهد داد و پدر نمی‌تواند او را منع، یا روش دیگری را بر او تحمیل کند؛ بنابراین، نه‌تنها اشکالی نیست که حضانت،

ولایت باشد، بلکه مصلحت خود کودک نیز اقتضا می‌کند که تنها، صرف حقی نباشد که قابل‌اسقاط باشد و باید تکلیف لازم‌الاجرایی باشد که از ولایت و اقتداری نشأت گرفته، که شارع متعال به مصلحت طفل تشریع کرده است و برای مصالح فردی و اجتماعی جامعه، قابل‌اسقاط نباشد و نیز نتوانند از عمل به آن خودداری کنند، چنان‌که از این وظیفه خودداری کنند، موجب هرج‌ومرج و آسیب‌های اجتماعی و موجب ضایع‌شدن کودک خواهد شد (امامی، ۱۳۹۰، ص ۱۹۱).

۲. حضانت و شرط مخالف آن

سرپرستی و حضانت فرزندان در دوران زندگی مشترک و پس‌ازآن، ازجمله مباحث مهمی است که موضوع بحث از دیدگاه‌های مختلف است و قانونگذاران نیز به‌نوبهٔ خود سهم بسزایی در تنظیم مقررات قانونی برای قاعده‌مند ساختن روابط فرزندان با والدین و نحوهٔ ایفای نقش والدین درخصوص نگهداری و تربیت کودکان داشته‌اند (ربوبیت، ۱۳۸۸، ص ٦٨). در مادهٔ ۱۱٦۹ قانون مدنی آمده بود: «برای نگهداری طفل، مادر تا دو سال از تاریخ ولادت او اولویت خواهد داشت، پس از انقضای این مدت، حضانت با پدر است، مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آن‌ها با مادر خواهد بود». این ماده که مطابق نظر مشهور فقها بود در تاریخ ۱۳۸۱/۳/۸، توسط مجلس شورای اسلامی، این‌گونه اصلاح شد: «برای حضانت و نگاهداری طفل، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس‌ازآن، درصورت حدوث اختلاف، با رعایت مصلحت کودک و به تشخیص تأیید دادگاه می‌باشد». البته شورای نگهبان، این مصوبه را خلاف شرع اعلام کرد. درنتیجه این مصوبه در تاریخ ۱۳۸۲/۹/۸ توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام به شرح زیر اصلاح و تصویب شد: «برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوین او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا هفت سالگی اولویت دارد و پس‌ازآن با پدر است. تبصره: بعداز هفت سالگی در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد».

با توجه به روشن‌شدن مفهوم و ماهیت حضانت، اکنون می‌خواهیم بررسی کنیم که زن‌وشوهر

می‌توانند ضمن عقد نکاح یا پس‌ازآن شرط واگذاری یا اسقاط حضانت کنند؟ به‌گونه‌ای که از همان ابتدا شرط کنند که یکی از طرفین هیچ مسئولیتی در نگهداری و مراقبت از طفل نداشته باشد و وی حق حضانت خود را به دیگری واگذار کند؟

۱-۲. شرط مخالف با حضانت پدرومادر در ضمن عقد نکاح

همان‌طور که گفته شد، حضانت برعهدهٔ پدرومادر است و آن دو به‌طور مشترک وظیفهٔ نگهداری و مراقبت از اطفال خود را برعهده دارند. البته با توجه به آراء مختلف درخصوص تفاوت ماهیت حضانت دربارهٔ پدرومادر می‌توان شرط مخالف با حضانت را به دو صورت شرط مخالف با حضانت پدر و شرط مخالف با حضانت مادر، بررسی کرد. دربارهٔ شرط مخالف با حضانت پدر باید این‌طور بیان کرد که حضانت برای پدر، افزون‌بر حق بودن، تکلیف نیز است؛ اما حق تقدم پدر بر مادر برای حضانت بیشتر در مرحلهٔ پس‌از سنین کودکی طفل است؛ یعنی در سنی که از احتیاج شدید کودک به حضور مادر، کاسته شده باشد. بنابر قول مشهور فقهای امامیه، مادر تا دو سال دربارهٔ اولاد ذکور و تا هفت سال دربارهٔ اولاد اناث بر پدر اولویت و حق‌تقدم دارد و عقیدهٔ دیگر این است که مادر تا هفت‌سالگی کودک اولویت دارد، اعم‌از اینکه کودک، پسر یا دختر باشد (صاحب جواهر، ۱۳۷٤ ق، ص ۲۹۰). در فقه اهل سنت برای فرزند پسر هفت و تا نه سال هم بیان شده، و برای فرزند دختر، نه تا یازده سال هم بنابر مصلحت طفل، مجاز شناخته شده است؛ اما این بدان معنا نیست که پدر در این سنین هیچ‌گونه وظیفه‌ای به‌عهده ندارد، بلکه گویند پدر موظف است در دوران زندگی مشترک، درخصوص حضانت به مادر کمک کند و با او همکاری داشته باشد (صفائی و امامی، ۱۳۸۲، ص ۳۳۵). حال اگر زن‌وشوهر ضمن عقد، برخلاف حضانت پدر که تکلیف او نیز است، شرط کنند، یعنی پدر حضانت خود را به مادر واگذار کند یا درعوض واگذاری آن وجهی دریافت کند، ازآنجایی‌که این تکلیف برای پدر همراه با الزام بیشتری است، به‌طوری که گفته شد، چنانچه مادر از حضانت طفل خودداری کند، حضانت به‌عهدهٔ پدر خواهد بود و چنانچه به این وظیفه عمل نکند، حاکم او را الزام خواهد کرد؛ بنابراین شرط مخالف حضانت پدر، با توجه به اهمیت موضوع دارای

اشکال خواهد بود و باطل و بی‌اثر است (ربوبیت، ۱۳۸۸، ص ۷۳).

دربارهٔ شرط مخالف با حضانت مادر باید این‌گونه بیان کرد که بسیاری دربارهٔ ماهیت حضانت مادر قائل به حق بودن آن هستند، به‌طوری که گویند توسط مادر قابل‌اسقاط است. امامیه و حنابله و شافعیه بر حق بودن آن اتفاق‌نظر دارند و گویند مادر می‌تواند از این حق خود بگذرد و اجبار او نیز ممکن نیست؛ زیرا حضانت را همانند شیردادن به طفل دانسته‌اند (مغنیه، ۱۹۸۲ م، ص ۳۸۲)؛ بنابراین درخصوص ملاک حضانت، باید مهم‌ترین حکمت حضانت را، حمایت و رعایت غبطه و مصلحت طفل دانست؛ زیرا به‌طور طبیعی، کودک از زمان تولد به کسی احتیاج دارد که دربارهٔ تربیت، نگهداری و پرورش وی و برآوردن احتیاجاتش اقدام کند تا زمانی که خود بتواند مستقلاً نیازهایش را برآورده کند و به نظر می‌رسد سزاوارترین شخص برای حضانت طفل در دوران کودکی او، مادر است. همان‌گونه که بعضی از فقها بیان کرده‌اند که حضانت نوعی از ولایت و سلطنت است که زنان به‌دلیل زیادت مهربانی و شفقت و صبر بر تربیت، بر آن شایسته‌ترند تا اینکه طفل به سن معینی برسد و پس‌از آن نوبت به حق مردان در تربیت و حضانت می‌رسد؛ زیرا آن‌ها برحمایت و نگهداری طفل تواناترند. ایشان زن را در حضانت کودک، اعم‌از دختر و پسر، تا رسیدن به سن معینی شایسته‌تر می‌دانند و پس‌از آن مرد را در حضانت تواناتر می‌بینند؛ اما برخی از فقها، زن را برای حضانت دختر شایسته‌تر از مرد تلقی می‌کنند و دلیل آن را شفقت و مهربانی زن در خلقت اصلی او می‌دانند و ازاین‌جهت او را آماده و مهیای پرورش و نگهداری کودک می‌دانند (شهید ثانی، ١٤١٦ ق، ص ٤٢١). برخی نیز از اطلاق آیهٔ «لاتضار والده بولدها» (بقره/۲۳۳) استنباط کرده‌اند که دورکردن طفل از دامن پرمِهر مادر، ضررزدن به کودک است و اطلاق نهی آیه آن را در بر می‌گیرد. به نظر می‌رسد که هیچ عامل خارجی‌ای نتواند حقی را که پدرومادر در نگاهداری از فرزند خود دارند، از بین ببرد. مصلحت طفل مهم‌ترین هدف قانونگذار است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۱۷۰). چون قانونگذار در مادهٔ ١١٦٨ تفاوتی میان پدرومادر در نگهداری فرزندان قائل نشده، و آن را حق و تکلیف مشترک والدین دانسته است، به نظر می‌رسد شرط مخالف با حضانت مادر که مطابق

آن مادر از حق خود صرف‌نظر کند یا آن را واگذار کند، معتبر نباشد (ربوبیت، ۱۳۸۸، ص ۷٤). مطابق نظر مشهور فقها، حضانت برای مادر حق محسوب می‌شود و درصورت امتناع مادر، پدر به آن ملزم می‌شود؛ اما قانون مدنی بین این دو تفاوتی قائل نشده است. به نظر می‌رسد حتی اگر شرط مخالف با حضانت والدین را بپذیریم، دربارهٔ مادر، با توجه به حق بودن ماهیت حضانت برای وی، به استناد نظر مشهور فقها، شرط مخالف با آن نامشروع نیست. با توجه به مادهٔ ۱۱٦۸ قانون مدنی و درنظر گرفتن آن به‌عنوان قانون امری، چنین شرطی را باید مخالف قوانین آمره و نظم عمومی دانست. مادهٔ ۱۱۰٤ قانون مدنی، زوجین را مکلف به معاضدت و همکاری در تربیت اولاد دانسته است؛ زیرا دربارهٔ شرط سلب حق حضانت، معمولاً حقوق‌دانان، بحث ارتباط آن با نظم عمومی و قوانین آمره را مطرح کرده‌اند و گفته‌اند: کسی که ولایت یا حضانت با او است نمی‌تواند از آن بگذرد یا امتیازی را که قانون به او داده است به دیگری واگذار کند و به‌دلیل ارتباط حضانت با نظم عمومی، شوهر نمی‌تواند در روابط میان خود با دیگران با توافقات و قرارداد خصوصی تجاوز کند؛ زیرا سلطهٔ پدر بر تربیت و نگهداری کودک به‌منظور حمایت از او است و ازاین‌جهت با نظم عمومی در ارتباط است و مصلحت طفل مهم‌ترین هدف قانونگذار است و دربارهٔ انصراف از حق حضانت توسط والدین، انصراف زن براساس حق‌بودن حضانت برای وی است و انصراف مرد خلاف نظم عمومی است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۱۳٦).

۲-۲. وضعیت حقوقی شرط مخالف حضانت

به‌دلیل ارتباط حضانت با نظم عمومی، زن‌وشوهر نمی‌توانند در روابط میان خود یا روابط با دیگران، با قرارداد خصوصی تجاوز کنند؛ زیرا سلطهٔ پدرومادر بر تربیت و نگاهداری کودک به منظور حمایت از او است و ازاین‌جهت با نظم عمومی در ارتباط است و مصلحت طفل مهم‌ترین هدف قانونگذار است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۱۳٦). برخی نیز این حق را سلطه‌ای قانونی می‌دانند که جز با وجود جهت قانونی و مشروع نمی‌توان از والدین سلب کرد (ربوبیت، ۱۳۸۸، ص ۷۵). برخی نیز این‌گونه شروط را که در آن زن بر شوهر شرط کند که

حق حضانت یا ولایت بر اطفال خود را نداشته باشد، ازجمله شروط نامشروع و مخالف قواعد آمره به حساب آورده، و باطل دانسته‌اند (صفائی و امامی، ۱۳۸۲، ص ۵۹). همان‌گونه که در فقه اهل سنت نیز بیان شده است، سزاوارتر است که حضانت، حق طفل در نظرگرفته شود تا حق والدین او، که درآن‌صورت اسقاط حضانت مجاز نیست و مصالحه طرفین بر ترک حضانت نیز صحیح نیست و چنین شروطی باطل است (مغنیه، ۱۹۸۲ م، ص ۳۸۳). حضانت از روی تسامح، تعبیر به حق شده، و درواقع تکلیفی است که ازطرف قانونگذار به پدرومادر تحمیل شده است و درنتیجه قابل‌اسقاط و واگذاری نیست و نمی‌توان به‌موجب قرارداد منتقل کرد یا شرط ضمن عقد خارج لازم، آن را ساقط یا منتقل کرد، بلکه تکلیفی است که قانونگذار به‌جهت حفظ مصلحت طفل و جامعه برعهدهٔ والدین او گذاشته، و جز در مواردی مانند انحرافات اخلاقی و ثبوت عدم لیاقت آن‌ها که قانونگذار معین کرده است، این حق را نمی‌توان از آن‌ها سلب کرد (ملک‌محمدی، ۱۳۹۵، ص ۲۷)؛ بنابراین هیچ‌کدام از والدین نمی‌توانند از حق حضانت خود، که قانون، حق و تکلیف آنان دانسته است، صرف‌نظر کنند و آن را به دیگری بسپارند و درخصوص سرنوشت طفلی که خداوند و جامعه به دست آنان، به ودیعه سپرده است، معامله کنند؛ بنابراین پذیرفتن اینکه مثلاً در زمان عقد، مردوزن بتوانند حق حضانت خود را کلاً اسقاط کنند، بسیار سخت به نظر می‌رسد؛ زیرا ممکن است یکی قبل‌از دیگری فوت کند و آنکه حق حضانت خود را اسقاط کرده است، فوت کند، تکلیف این کودک و سرپرستی از او چه خواهد شد؟ اما به نظر می‌رسد والدین بتوانند درخصوص به عهده گرفتن حضانت کودک خود برای زمان انحلال عقد و جدایی، توافقاتی را با یکدیگر بکنند؛ مثلاً زن‌ومرد درضمن عقد نکاح، شرط کنند که حق حضانت طفل درصورت جدایی آن‌ها و داشتن فرزند در آن زمان، با یکی از آن‌ها باشد. باید توجه داشت آنچه مهم است در نظر گرفتن مصلحت طفل و سلامت و تربیت او است نه صرف توافقاتی که بین پدرومادر دربارهٔ کودک انجام می‌گیرد. با توجه به مادهٔ ۱۱۶۸ق. م و ماهیت دو وجهی حق و تکلیف بودن حضانت در قانون ایران، بعضی از حقوق‌دانان بی‌اعتباری قرارداد راجع‌به واگذاری یا اسقاط یا مطالبهٔ دستمزد

درقبال حضانت را از نتایج تکلیفی‌بودن حضانت دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۷۱٦).

۳. اعتبار تراضی حضانت از کودک از نظر قانون و نظم عمومی و اخلاق حسنه

دراین قسمت، اعتبار تراضی دربارهٔ حضانت از کودک ازنظر قانون و نظم عمومی و اخلاق حسنه بررسی می‌شود.

۳-۱. قانون

بنابر اصل حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادها قانونگذار در مادهٔ ۱۰ قانون مدنی قاعده‌ای را بنا نهاد تا با استفاده از آن اشخاص در جامعه با توجه به نیازهای مختلفی که در تعاملات اجتماعی خود با دیگران دارند، بتوانند انواع مختلفی از قراردادها را منعقد کنند که به دلایل مختلفی همچون نیازهای جدید و نوظهور این موضوعات را نمی‌توان با عقود معین قانون مدنی هماهنگ کرد؛ بنابراین می‌توان گفت توافق راجع به حضانت از عقود نوپیدا و جدیدی است که دارای قواعد و آثار مخصوص‌به‌خود است. حال که آن را عقد غیرمعین دانستیم باید گفت با توجه به اصل لزوم قراردادها به نظر می‌رسد که باید قرارداد راجع‌به حضانت را قراردادی لازم‌الوفا دانست و بتوان طرف مقابل را الزام به رعایت مفاد آن کرد. دراین‌خصوص نظریهٔ شمارهٔ ۳٤٤۱/۷ به تاریخ ۱۳۸٦/۰۵/۲۷ اعلام می‌کند: توافق والدین درخصوص حضانت فرزندان حتی به‌صورت دائم وفق مادهٔ ۱۰ قانون مدنی لازم‌الوفا است. البته این توافقات در صورتی لازم‌الوفا هستند که مصلحت کودک به‌درستی رعایت شده باشد؛ چراکه حق حضانت از حقوق و تکالیف والدین است؛ اما در اصل با حق کودک بر داشتن فضای مناسبی برای رشدونمو هم در ارتباط است و درحقیقت حاضن باید محیطی مناسب را برای رشدوتربیت طفل فراهم کند و اگر دراین‌باره کم‌کاری کند یا توانایی فراهم‌کردن این شرایط را نداشته باشد، دادگاه طبق مادهٔ ۱۱٦۹ قانون مدنی و مادهٔ ٤۱ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱ به موضوع ورود می‌کند و تصمیم مقتضی می‌گیرد (محمدی جوزانی، و عوض‌پور هیبت‌لو، ۱٤۰۱ ش، ص ٤۲۰-٤۲۱).

۳-۲. نظم عمومی

دولت باید در انجام وظایف خود از قواعد خاصی پیروی، و نظم را رعایت کند، مانند نظم در اساس سیاست، امور اداری، خانواده، و زندگی اقتصادی. پس، وقتی می‌گویند قاعده‌ای دربارهٔ

نظم عمومی است، مقصود این است که آن قاعده درشمار اصولی است که مسیرحرکت دولت را در این راه تعیین می‌کند. طبیعی است که در جامعه‌ای منظم، اشخاص نباید توانایی آن را داشته باشند که با تراضی خود، به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم، این نظم را برهم زنند؛ بنابراین، در بیان یکی از مهم‌ترین اوصاف نظم عمومی، می‌توان گفت: نظامی است که رعایت آن به پیروی همگان وابسته است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۵۹). سلطهٔ پدرومادر بر تربیت و ادارهٔ اموال کودک برای حمایت از او است و به‌همین‌جهت، به نظم عمومی ارتباط دارد؛ بنابراین، زن‌وشوهر در روابط میان خود با دیگران، نمی‌توانند به وسیلهٔ قرارداد خصوصی به قواعد آن روابط تجاوزکنند، یا بابت خدماتی که در اجرای تکالیف خود انجام می‌دهند، دستمزد بخواهند و کسی که ولایت یا حضانت با او است، نمی‌تواند از آن بگذرد یا امتیازی را که قانون به او داده است، به دیگری واگذارکند. باوجوداینکه تربیت کودک به نظم عمومی ارتباط دارد، این سؤال پیش می‌آید که تراضی زوجین دربارهٔ واگذاری حضانت فرزند مشترکشان به یکی از آن‌ها، مغایر با نظم عمومی است یا اینکه این تراضی تعارضی با نظم عمومی ندارد و مطابق با قانون است و دادگاه نیز مکلف به ترتیب‌اثر دادن به آن توافق، خواهد بود؟ این موضوع از ادارهٔ حقوقی قوهٔ قضائیه استعلام شد و این اداره به‌موجب نظریهٔ مشورتی شمارهٔ ۷/۱۳٤۷ مورخ ۱۳٦۰/٤/۱چنین پاسخ داد: «به‌موجب مادهٔ ۱۱٦۸ قانون مدنی حضانت و نگاهداری اطفال برای ابوین هم حق است و هم تکلیف، قابل اسقاط یا مصالحه نیست؛ زیرا حقوقی را که مقنن و شارع برای طفل پیش‌بینی کرده، جنبهٔ امری برای مکلف دارد و ارادهٔ فردی نمی‌تواند چنین حکمی را تغییر دهد». این نظریه، قابل‌تأمل است؛ زیرا با توجه به اینکه حضانت از حقوق مدنی افراد تلقی می‌شود، حقی است که به‌موجب مادهٔ ۹۵۹ قانون مدنی، کسی نمی‌تواند آن را به‌طور کلی از خود سلب کند؛ به‌ویژه آنکه درقبال آن تکلیفی قرار دارد. مادهٔ مزبور، صراحتاً بیان می‌دارد که «هیچ‌کس نمی‌تواند به‌طور کلی حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب نماید» (مصلی‌نژاد، ۱۳۹۰، ص ۸۵–۸٦). ادارهٔ حقوقی پس‌از چندی با عدول از نظریهٔ خویش در پاسخ به این سؤال برآمد که آیا حق حضانت قابل‌اسقاط است یا خیر و آیا درقبال اسقاط حق حضانت، احدی از زوجین می‌تواند مابازاء اخذ کند یا خیر؟ این

اداره به‌موجب نظریهٔ مشورتی شمارهٔ ۷/۳۱۲۳ مورخ ۱۳۷۰/٦/۳۱چنین پاسخ داد: «با عنایت به مادهٔ ۱۱٦۸ قانون مدنی که نگاهداری اطفال را هم حق و هم تکلیف ابوین دانسته است، کما اینکه مادهٔ ۱۱۷۳ قانون مدنی نیز در شرایطی خاص، امر حضانت را متغیر تلقی کرده است، به نظر می‌رسد درقبال حق حضانت، یکی از زوجین می‌تواند مابازاء اخذ کند. همچنین به‌موجب نظریهٔ مشورتی ادارهٔ حقوقی به شمارهٔ ۷/۳۵٦۳ مورخ ۱۳۸۰/٤/۱۳ مقرر می‌دارد: هریک از ابوین که دارای حق حضانت هستند، می‌توانند با تنظیم توافق‌نامه، اعم‌از عادی و رسمی، این حق را به دیگری تفویض کنند (پورنگ‌نیا، ۱۳۸۲، ص ۷۹-۸۱). به‌نظر برخی از حقوق‌دانان، طبق مواد ۱۰، ۹۵۹، ۹٦۰، ۹۷۵ قانون مدنی و در چهارچوب موازین و اصول حقوقی، سلب حق امکان‌پذیر است. حضانت از فرزندان نیز امتیازی است که ازطرف قانونگذار به افراد داده شده است و ازطرف یکی از زوجین به یکی از آن‌ها قابل‌اسقاط و واگذاری است، مگراینکه مستنبط از مواد مذکور بتوان اسقاط آن را منع کرد (مصلی‌نژاد، ۱۳۹۰، ص ۸۷).

۳-۳. اخلاق حسنه

به‌موجب مادهٔ ۹۷۵ قانون مدنی: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطهٔ جریحه‌دارکردن احساسات جامعه یا به علت دیگر، مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجراء گذارد. اگرچه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد». مادهٔ ٦ قانون آیین دادرسی مدنی نیز دراین‌باره چنین مقرر می‌دارد: «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد، در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست». اخلاق حسنه چهرهٔ خاصی از نظم عمومی است. با اینکه منظور نهایی اخلاق، ساختن انسانی منزه و پارسا است و حقوق به برقراری عدالت و برابری نظردارد، نظام حقوقی هیچ‌گاه بی‌نیاز از اخلاق نبوده است؛ زیرا در بسیاری از موارد، برای حفظ عدالت اجتماعی، دولت ناگزیر است که پاره‌ای از قواعد اخلاقی را حمایت کند. به‌همین‌جهت، باید اخلاق را بی‌گمان یکی از منابع مهم حقوق دانست. رابطهٔ میان اخلاق حسنه و نظم عمومی را به‌اصطلاح منطقی، باید عموم و خصوص مطلق دانست. به این صورت که آنچه با اخلاق حسنه منافات دارد، با نظم عمومی نیز مخالف است؛ ولی این امکان وجود دارد، قراردادی که

با نظم عمومی در تعارض است، ازنظر اخلاقی، ناپسند به نظر نیاید (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۸۱). مخالفت اخلاق با قرارداد، ممکن است دراثر تعارض موضوع آن با قوانین اخلاقی باشد، مانند قرارداد راجع‌به خودفروشی یا پیمان مربوط‌به ادارهٔ قمارخانه. در بطلان چنین قراردادهایی تردیدی نیست. ممکن است موضوع قرارداد مشروع باشد؛ ولی هدف از انعقاد آن، نقض قوانین اخلاقی باشد؛ مانند اینکه مالکی، خانهٔ خود را برای ایجاد قمارخانه یا فاحشه‌خانه، اجاره می‌دهد یا می‌فروشد، قراردادی که موضوع آن مشروع است؛ اما اهداف آن غیراخلاقی است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۱۸٤–۱۸۵). مشخص است که تربیت کودک به نظم عمومی ارتباط دارد و این نظم، واگذاری حق حضانت کودک به شخص ثالث را ممنوع می‌کند؛ اما واگذاری و تفویض حق حضانت فرزند به یکی از زوجین که اغلب مادر است، علاوه براینکه مغایرتی با نظم عمومی ندارد، با اخلاق حسنه نیز درتعارض نیست؛ زیرا اخلاق جامعه و خردمندان، چنین توافقی را مذموم نمی‌دانند. درنتیجه، این تراضی نافذ است و دادگاه نیز باید به آن ترتیب‌اثر بدهد. ضمن آنکه گاهی ممکن است والدین بنابه دلایلی صلاحیت نگهداری از کودک را نداشته باشند و دادگاه حضانت کودک را به ثالث واگذار کند (ندرتی، ۱۳۹۵، ص ۷۱–۷۳).

یافته‌های پژوهش

با توجه به اهمیت نهاد خانواده و درنتیجه حساسیت درج هرگونه شروط ضمن عقد نکاح، این شروط باید با نهایت دقت و ظرافت و پس‌از بررسی بسیار انجام پذیرد. به‌دلیل اهمیت موضوع، شرط تفویض حضانت درضمن عقد نکاح، باطل و بی‌اثر است؛ مگرآنکه برای دوران پس‌از انحلال نکاح باشد که یکی از طرفین این حق را به دیگری واگذار کند که پذیرفتنی است و میان واگذاری و تفویض حضانت توسط یکی از زوجین به دیگری با تفویض آن به شخص ثالث تفاوت وجود دارد؛ به‌این‌صورت که زوجین نمی‌توانند برخلاف قواعد حضانت تراضی، و حضانت فرزند خود را ساقط، و به شخص ثالثی واگذار کنند؛ اما امکان توافق بین زوجین دربارهٔ واگذاری حضانت به یکدیگر پس از انحلال نکاح وجود دارد. تراضی حضانت از کودک، عقدی لازم شمرده می‌شود که هیچ‌یک از طرفین نمی‌توانند به‌طور یک‌جانبه آن را فسخ کنند؛ زیرا این تراضی، برمبنای مادهٔ ۱۰ قانون مدنی توجیه‌پذیر است. تراضی حضانت از کودک، از

قواعد عمومی قراردادها تبعیت می‌کند و برطبق این قواعد، اصل بر لزوم قراردادها است. ازآنجایی‌که خلاف این اصل دربارهٔ تراضی حضانت از کودک مشاهده نمی‌شود، درنتیجه، باید این تراضی را قراردادی لازم دانست؛ اما استثنائی که بر لازم‌بودن این تراضی وارد است، فوت حضانت‌کننده و کودک است که موجب از بین رفتن توافق می‌شود. همچنین، این نوع توافق در مادهٔ ٤١ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۲ نیز به‌صراحت پیش‌بینی شده است.

عبارت زیر به‌خوبی اعتبار این نوع تراضی را نشان می‌دهد: «هرگاه دادگاه تشخیص دهد توافقات راجع‌به حضانت، نگهداری و سایر امور مربوط به طفل، برخلاف مصلحت او است یا درصورتی‌که مسئول حضانت از انجام تکالیف مقرر خودداری کند و یا مانع ملاقات طفل تحت حضانت با اشخاص ذی حق شود، می‌تواند درخصوص اموری ازقبیل واگذاری امر حضانت به دیگری یا تعیین شخص ناظر با پیش‌بینی حدود نظارت وی با رعایت مصلحت طفل تصمیم مقتضی اتخاذ کند». چنانچه پس‌از وقوع تراضی میان زوجین دربارهٔ واگذاری حضانت، حاضن به بیماری جنون مبتلا شود، یا فوت کند، یا کافر شود، یا مادر ازدواج مجدد کند یا اینکه کودک تحت‌حضانت فوت کند، تراضی خودبه‌خود منفسخ می‌شود و اعتبارخود را از دست می‌دهد. به‌موجب نص صریح مادهٔ ۱۱۷۵ قانون مدنی، حق انحصاری مذکور در این ماده، درصورت وجود علت قانونی، از بین می‌رود و دادگاه اجازه می‌یابد تا برطبق مصلحت کودک رفتار کند. دربارهٔ اعتبار تراضی حضانت نیز باید گفت که صرفاً ارادهٔ پدرومادر دخالت ندارد، بلکه معیار اصلی در این امر، رعایت مصلحت طفل است. پس، هرگاه مصلحت طفل برخلاف توافق پدرومادر باشد، این توافق نمی‌تواند عملی شود؛ اما هرگاه توافق به مصلحت طفل باشد، دادگاه می‌تواند مطابق با این توافق عمل کند و حکم به تغییر حضانت‌کننده صادر کند.معیار و مبنایی که دادگاه طبق آن دربارهٔ مصلحت طفل درحضانت تصمیم‌گیری می‌کند، از مادهٔ ۱۱۷۳ قانون مدنی به دست می‌آید؛ بنابراین، دو معیار برای تشخیص رعایت مصلحت طفل در حضانت از این ماده برداشت می‌شود: عدم‌مواظبت از طفل و انحطاط اخلاقی پدر یا مادر. این دو معیار درصورتی قابل‌استناد است که صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل را درمعرض خطر قرار

دهند، در غیر این صورت، حضانت به حال خود باقی خواهد ماند.

پیشنهادها

دراین‌باره مشخص شد که به‌رغم ویژگی‌های بارزی که در قوانین موجود دربارهٔ حمایت از اطفال وجود دارد و قانون، نهایت تلاش خود را برای تحقق عدالت می‌کند، خلأ و کمبودهایی نیز در این میان وجود دارد که باید در تنظیم قوانین به آن‌ها توجه شایسته‌ای کرد؛ بنابراین پیشنهاد می‌شود:

۱. با وجود اهمیت نقش والدین در تربیت کودک، لازم است وظایف و تکالیف زوجین به‌صورت دقیق مشخص شود تا احتمال سوءاستفادهٔ احتمالی بعضی از والدین سهل‌انگار فراهم نشود. برای مثال در مادهٔ ۱۱۷۸ قانون مدنی به واژه‌هایی همچون «در حد توانایی»، «برحسب مقتضی»، «نباید آن‌ها را مهمل بگذارند» اشاره شده است که تمام این واژه‌ها مجمل‌اند و تعاریف دقیق و خاصی از آن‌ها نشده است و امکان سوءاستفاده از آن نیز در فرار از ادای تکلیف وجود دارد. همچنین قانونگذار به‌صراحت، قواعد مربوط به تراضی دربارهٔ حضانت از کودک را مورد توجه قرار نداده است و به‌صورت دقیق و جامع، قواعد آن را تشریع نکرده است. درحالی‌که بهتر بود این قواعد به‌صورت دقیق و جامع وضع می‌شد.

۲. در حقوق خانواده، علاوه‌بر چهرهٔ قانونی و منطقی قواعد، جنبهٔ عاطفی و اخلاقی نیز حکومت دارد. این خصلت در تنظیم قوانین راجع‌به اطفال، به مقدار زیادی موردغفلت واقع شده است. در مواد قانونی، همه‌چیز رنگ‌وبوی تکلیف دارد و ازآنجایی‌که طبع خانواده، با قواعد و احکام آمرانه در تمام موارد سازگارنیست، باید قبل‌از هرچیز، پدرومادر با مسئولیت‌های اخلاقی و اجتماعی آشنا، و بدان ملزم شوند. این مهم در متون حقوقی، با همیاری اساتید و اندیشمندان حقوق امکان‌پذیر است.

۳. با توجه به حساسیت موضوع حضانت، به نظر می‌رسد باید به مصلحت و تمایل کودک بیشتر توجه کرد و ضمانت اجرایی محکم‌تری در نظر گرفت. درزمینهٔ اجرای قانون، تشکیلات منظمی نداریم. در قانون مشخص شده است که دادستان باید در مقام مدعی‌العموم پیگیر مسائل

کودک باشد؛ ولی عملاً با توجه به حجم پرونده‌های ارجاع‌شده به محاکم، به این مسائل رسیدگی نمی‌شود. در برخی از کشورها که سیستم مددکاری، دارای جایگاه تعریف‌شده است، وقتی حضانت به یکی از والدین سپرده می‌شود، مددکار اجتماعی بر چگونگی حق ملاقات و مراقبت از کودک نظارت دارد؛ امّا سیستم مددکاری در قوهٔ قضائیهٔ ایران جایگاهی که باید داشته باشد، ندارد و در بحث حضانت عملاً نمی‌توان چنین حمایت و پشتیبانی‌ای را از کودک دید. پیشنهاد می‌شود دولت مسئولیت نظارت بر اجرای حضانت را به دایرهٔ مددکاری واگذارکند و بحث مددکاری را به‌عنوان قانون تکمیل‌کننده وارد، و جایگاه آن را مشخص کند.

منابع

قرآن کریم.

ابن بابویه، محمد بن علی (١٤١٣ ق). *من لا یحضره الفقیه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.

افخمی مهرجردی، محسن (١٣٩٣). حضانت *اطفال و مسئولیت‌های ناشی از آن درفقه امامیه وحقوق ایران* (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه آزاد اسلامی واحد تفت، یزد، ایران.

افشاری‌پور، ندا (١٤٠٠ ش). *ابعاد حقوقی توافق زوجین راجع به حضانت فرزندان با بررسی رویهٔ قضایی ایران* (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه پیام نور، مشهد، ایران.

افضل‌آبادی، ابوالفضل (١٣٩٦). *بررسی تطبیقی حضانت فرزند از دیدگاه فقه امامیه با حقوق کانادا و آمریکا* (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه حکیم سبزواری، سبزوار، ایران.

امامی، حسن (١٣٩٠). *حقوق مدنی*. تهران: انتشارات اسلامیة.

امین املشی، محسن (١٣٩٤). *ماهیت وآثار قراردادهای راجع به حضانت درحقوق موضوعه ایران وفقه امامیه* (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه رازی، کرمان، ایران.

بحرالعلوم، محمد بن محمد تقی (١٤١٣ ق). *بلغة الفقیه*. تهران: منشورات مکتبة الصادق.

پورنگ‌نیا، اکرم (١٣٨٢). *حضانت و فقه*. بی‌جا: نشر مادر.

توکلی بنیزی، مریم (١٣٩٧). *حدود آزادی اراده زوجین در حضانت کودک* (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه میبد یزد، یزد، ایران.

جان‌نثاری، ریحانه (١٣٩٩). *مبانی حضانت فرزندان طلاق، نامشروع، بی‌سرپرست و بدسرپرست در فقه و حقوق موضوعه ایران* (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه رفاه، تهران، ایران.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲). *ترمینولوژی حقوق*. تهران: کتابخانه گنج دانش.

حر عاملی، محمد بن حسن (١٤١٢ ق). *تفصیل وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة*. قم: مؤسسهٔ آل بیت.

ربوبیت، ریحانه (۱۳۸۸). جایگاه شروط ضمن عقد در ارتباط با آثار غیرمالی و انحلال نکاح در حقوق موضوعه ایران و فقه اسلامی (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه تبریز، تبریز، ایران.

سبزواری، عبد الاعلی (١٤١٣ ق). *مهذّب الأحکام*. قم: مؤسسة المنار.

سلیمان کلوانق، امین (١٤٠٣ ش). واکاوی وضعیت حقوقی واگذاری حضانت درمقابل بذل مهر یا طلاق، رفع چالش قضایی با تأکید بر آموزه‌های فقه خانواده. *فصلنامه مطالعات زن و خانواده*، ٤ (۳۲)، ص ۱۳۵–۱۵۸.

شهید اول، محمد بن مکی (بی‌تا). *القواعد والفوائد* (عبدالهادی حکیم، مترجم). قم: مکتبة مفید.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (١٤١٠ ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. قم: انتشارات داوری.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (١٤١٦ ق). *مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام*. قم: مؤسسة معارف اسلامی.

صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر (١٣٧٤ ق). *جواهر کلام فی شرح شرائع الإسلام*. تهران: دار الکتب الإسلامیة.

صفائی، حسین؛ امامی، اسدالله (۱۳۸۲). *مختصر حقوق خانواده*. تهران: میزان.

صمیمی، سید محمد (۱۳۸۵). *مسئله حضانت درفقه اسلامی* (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه شهید چمران، اهواز، ایران.

علامه حلی، حسن بن یوسف (١٤١٣ ق). *قواعد الأحکام فی معرفة الحلال والحرام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.

فاضل مقداد، مقداد بن عبد الله (١٤٠٤ ق). *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

فاضل موحدی لنکرانی، محمد (١٤٢١ ق). *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة،النکاح*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.

فیاض، محمد اسحاق (۱۳۷۸). *منهاج الصالحین*. قم: مکتب آیة الله العظمی محمد اسحق الفیاض.

قانون حمایت خانواده، مصوب ۱۳۹۱.

قانون مدنی.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). *حقوق مدنی خانواده*. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). *حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*. تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). *دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی خانواده*. تهران: میزان.

گرجی، ابوالقاسم (۱۳۸٤). *بررسی تطبیقی حقوق خانواده*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۳). *مبانی استنباط حقوق اسلامی*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

محمدی جوزانی، سجاد؛ و عوض‌پور هیبت‌لو، فردین (۱٤۰۱ ش). توافقات راجع‌به حضانت با تأکید بر رویهٔ قضایی. *پژوهش‌های حقوقی*، ۲۱ (۵۰)، ص ٤۰۵-٤۳۳.

مدنی کرمانی، عارفه (۱۳۹٤). *دعاوی خانوادگی*. تهران: مجد.

مرادخانی، احمد؛ هاشمی‌نژاد، سید طوبی (۱۳۹۲). حضانت اطفال از دیدگاه فقه امامیه. *مطالعات فقهی* و فلسفی، ٤ (۱۳۷)، ص ۱۳۵-۱۵۲.

مصلی‌نژاد، نیوشا (۱۳۹۰). بررسی تأثیر اراده در حضانت. دوفصلنامهٔ *فقه و حقوق خانواده*. ۱٦ (۵۵)، ص ۷۰-۹۰.

معاونت آموزش قوه قضائیه (۱۳۸۸). *رویهٔ قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های خانواده*. تهران: جنگل.

مغنیه، محمد جواد (۱۹۸۲ م). *الفقه علی مذاهب الخمسة*. قم: مؤسسه الصادق.

ملک‌محمدی، محبوبه (۱۳۹۵). *تحلیل سن حضانت و نقش آن در مسئولیت‌های فردی و اجتماعی در آرای فقهی امام خمینی و قانون مدنی ایران* (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه آزاد اسلامی واحد دماوند، تهران، ایران.

ندرتی، مژگان (۱۳۹۵). *وضعیت حقوقی توافق زوجین در حضانت فرزند* (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه آزاد واحد بندر عباس، بندر عباس، ایران.

نظری توکلی، سعید (۱۳۹۱). *حضانت کودکان در فقه اسلامی*. تهران: سمت.

نوحی، امیدرضا (۱۳۹۰). *قواعد فقهی در آثار امام خمینی*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

هاشمی، محمد (۱۳۹۵). *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*. تهران: میزان.

Bi-quarterly Scientific Journal of Family Law and Jurisprudence Journal
Vol. 30, No. 82/ Spring & Summer 2025

Research Article

A Critique and Analysis of Jurisprudential References to Verses 3 and 129 of Surah An-Nisa As to Justice Among Spouses

Mohaddese Moghimi Nejad Davarani[1]

DOI:
10.30497/flj.2025.246697.2051

Abstract

Although the principle of justice among spouses is a mandatory obligation in the Islamic religion, its specific boundaries are subject to debate. Verses 3 and 129 of Surah An-Nisa, which address the issue of polygyny and justice among women, constitute a part of the Shia jurists' evidence on this matter. Given the fundamental role of the Quran as a source of Islamic law and the inadequacies of some jurists' arguments based on these verses, the present study employs a descriptive-analytical method to critique and analyze these references. The findings indicate that verse 3 emphasizes the necessity of providing mandatory alimony for all wives, while verse 129 prohibits disregarding women's emotional and sexual needs. Some jurists' arguments that verse 3 supports the desirability of equal distribution of alimony among wives or linking this verse to the obligation of equal division of nights are subject to criticism. Furthermore, the argument of some jurists that verse 129 does not necessitate equality in alimony or the right of nights, or even in heartfelt affection, is not acceptable.

Keywords: justice among spouses, polygyny, surah An-Nisa, Shia jurisprudence, husband's duties, women's rights.

---

1. Assistant Professor, Department of Theology and Islamic Studies, Faculty of Hazrat-e Narjes, Vali-e-Asr University, Rafsanjan, Iran. m.moghimi@vru.ac.ir

دوفصلنامهٔ علمی فقه و حقوق خانواده/ *مقالهٔ پژوهشی*/ دورهٔ ۳۰، شمارهٔ ۸۲/ بهار و تابستان ۱۴۰۴/ صص: ۲۴۸-۲۲۱

نقد و بررسی استنادات فقهی به آیات ۳ و ۱۲۹ سوره نساء در موضوع عدالت میان همسران

محدثه مقیمی نژاد داورانی[۱]

تاریخ دریافت: ۱٤۰۳/۰٤/۳۰ تاریخ پذیرش: ۱٤۰۳/۰۸/۲٦

Doi: 10.30497/flj.2025.246697.2051

چکیده

رعایت عدالت میان همسران، از واجبات دین مبین اسلام است که تعیین حدود آن محل گفت‌وگوست. آیات ۳ و ۱۲۹ سورهٔ نساء که در موضوع چندهمسری و عدالت میان زنان نازل شده است، بخشی از مستندات فقهای شیعه را در این موضوع تشکیل می‌دهد. با توجه به نقش اساسی قرآن کریم به‌عنوان منبع شریعت ازسویی، و ناتمام‌بودن استدلال برخی از فقها به آیات فوق ازسویی‌دیگر، پژوهش حاضر با روش توصیفی ـ تحلیلی به نقد و بررسی این استنادات می‌پردازد. نتایج بررسی حاکی از دلالت آیهٔ ۳ بر لزوم پرداخت حق نفقهٔ واجب همهٔ زنان و دلالت آیهٔ ۱۲۹ بر نهی از بلاتکلیف رهاکردن زنان در جنبه‌های عاطفی و جنسی است. استناد برخی از فقها به آیهٔ ۳ در اثبات استحباب رعایت مساوات در نفقه یا ارتباط‌دادن این آیه به حق قسم قابل‌نقد است. همچنین استناد برخی از ایشان به آیهٔ ۱۲۹ در اثبات عدم‌لزوم رعایت مساوات در نفقه و حق قسم، یا عدم لزوم رعایت مساوات در محبّت قلبی پذیرفتنی نیست.

کلیدواژه‌ها

عدالت میان همسران، تعدد زوجات، چندهمسری، سورهٔ نساء، فقه شیعه، وظایف مرد، حقوق زن.

---

۱. استادیار گروه الهیات و معارف اسلامی دانشگاه حضرت ولی عصر، رفسنجان، ایران. m.moghimi@vru.ac.ir

مقدمه

عقد ازدواج دائم وظایف متعددی را در ابعاد فقهی و اخلاقی برای مردان و زنان ایجاب می‌کند. سرپرستی زنان (نساء، ۳٤)، پرداخت نفقه (نساء/۳٤)، مهریه (نساء،۲٤ـ۲۵)، برآوردن نیازهای جنسی (بقره/۲۳۱)، و حسن معاشرت با زنان (نساء/۱۹)، از مهم‌ترین وظایف مردان درقبال همسرانشان است که در قرآن کریم بدان تصریح شده است.

رعایت حقوق زنان در آنجا که مرد چند همسر دارد، اهمیت بیشتری می‌یابد. براساس نص قرآن کریم مردان مجازند حداکثر چهار همسر اختیار کنند.[۱] مردی که بیش‌از یک همسر اختیار می‌کند، وظیفه‌ای دیگر بر وظایف او در برابر همسرانش افزوده می‌شود: «عدالت بین همسران». در دو آیه از آیات قرآن کریم، موضوع عدالت میان همسران مطرح شده است. در قرآن کریم آمده است: «وَ إِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ فِی الْیَتَامَی فَانکِحُواْ مَا طَابَ لَکُم مِنَ النِّسَاء مَثْنَی وَ ثُلاَثَ وَ رُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَکَتْ أَیْمَانُکُمْ ذَلِکَ أَدْنَی أَلاَّ تَعُولُواْ» (نساء، ۳)؛ یعنی: «و اگر بترسید که مبادا دربارهٔ یتیمان (ازدواج با دختران یتیم) عدل را مراعات نکنید، پس آن کس از زنان را به نکاح خود درآورید که شما را نیکو (و مناسب با عدالت) است: دو یا سه یا چهار (نه بیشتر) و اگر بترسید که (چون زنان متعدّد گیرید) راه عدالت نپیموده، به آن‌ها ستم می‌کنید، پس تنها یک زن اختیار کنید و یا چنانچه کنیزی دارید به آن اکتفاء کنید، که این به عدالت و ترک ستمکاری نزدیک‌تر است». در جای دیگر آمده است: «وَلَنْ تَسْتَطِیعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَیْنَ النِّساء وَ لَوْ حَرَصْتُمْ فَلا تَمِیلُوا کُلَّ الْمَیْلِ فَتَذَرُوها کَالْمُعَلَّقَةِ وَ إِنْ تُصْلِحُوا وَ تَتَّقُوا فَإِنَّ اللهَّ کانَ غَفُوراً رَحِیماً» (نساء، ۱۲۹)؛ یعنی: «و شما هرگز نمی‌توانید میان زنان عدالت کنیدُ هرچند [بر عدالت] حریص باشید. پس به یک‌طرف یکسره تمایل نورزید تا آن [زن دیگر] را سرگشته [بلا تکلیف] رها

---

۱. ناگفته پیداست جایزشمردن چندهمسری مردان، همچون دیگر احکام الهی مصالحی دارد که درصورت رعایت صحیح حدود و شروط آن، محقق می‌شود؛ درهرصورت، با توجه به اهمیت رضایتمندی زوجین از زندگی مشترک، در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، پیش‌بینی‌هایی برای جلوگیری از ازدواج مجدد مردان بدون رضایت همسر اول وجود دارد که پرداختن به آن خارج از حیطهٔ این نوشتار است.

کنید و اگر سازش کنید و پرهیزگاری کنید، یقیناً خدا آمرزندهٔ مهربان است». درک مصداق عدالت در این دو آیه، نیازمند دقت در سیاق، سبب نزول و روایات تفسیری مرتبط است.

افزون‌بر قرآن کریم، در روایات نیز به موضوع عدالت میان همسران توجه شده است. آنچه از روایات برداشت می‌شود، آن است که رعایت عدالت بین همسران دربارهٔ دو حق زنان یعنی تقسیم شب‌ها و پرداخت نفقه قابل طرح است و در این میان، به تقسیم شب‌ها بیشتر توجه شده است (طوسی، ١٤٠٧ ق، ج ٧، ص ٤١٨).

نظر به جایگاه اساسی روایات در دانش فقه، در بسیاری از کتب فقهی باب جداگانه‌ای با عنوان «قسم» وجود دارد که فروعات متعدّدی ذیل آن مطرح شده است. «قَسَم» مصدر فعل «قسمت الشيء فانقسم» است و به‌معنای تقسیم زمان بین همسران است (فاضل مقداد، ١٤٠٤ ق، ج ٣، ص ٢٥٠). دیدگاه غالب آن است که مردی که چند همسر دارد، موظف است از هر چهار شب، یک شب را نزد هر یک از همسرانش بیتوته کند (فاضل مقداد، ١٤٠٤ ق، ج ٣، ص ٢٥٠؛ فاضل مقداد، ١٤٢٥ ق، ج ٢، ص ٢١٦؛ ابن براج، ١٤٠٦ ق، ج ٢، ص ٢٢٥). فروعات متعدّدی ذیل موضوع حق قسم مطرح شده است که مورد گفت‌وگوی علما است. برخی از این فروعات عبارت است از:

الف ـ حق مضاجعت (همبستری) جزء حق قسم است یا نه؟

ب ـ آیا یک زوجه هم دارای حق قسم است یا خیر؟

ج ـ آیا شروع حق قسم با قرعه بین همسران تعیین می‌شود یا خیر؟ (حلی، ١٤٢٨ ق، ج ٢، ص ٢٤؛ شبیری زنجانی، ١٤١٩ ق، ج ٢٤، ص ٧٥٥٣؛ قادری، ١٤٠٠ ق، ص ١١٥؛ مکارم شیرازی، ١٤٢٤ ق، ج ٦، ص ١٣١)؛

د ـ آیا حق قسم بلافاصله پس‌از عقد به وجود می‌آید یا شرط آن شروع بیتوته نزد یکی از همسران است؟ (شبیری زنجانی، ١٤١٩ ق، ج ٢٤، ص ٧٤٩٨).

غیر از حق قسم، در آراء فقهی، به چگونگی عدالت میان همسران در پرداخت نفقه نیز توجه شده است (نراقی، ١٤٢٢ ق، ج ١، ص ٣٣؛ شبیری زنجانی، ١٤١٩ ق، ج ٢٤، ص ٧٥٢٦).

غالب مستندات فقها در تبیین مفهوم و مصداق عدالت، روایات هستند؛ امّا برخی از فقها، برای مستندکردن فتاوای خود علاوه‌بر روایات، به آیات ۳ و ۱۲۹ سورهٔ نساء نیز استناد کرده‌اند. بررسی دیدگاه‌های فقهای شیعه دربارهٔ آیات فوق، تفاوت‌هایی را در نحوهٔ استناد آنان به این آیات نشان می‌دهد که بعضاً قابل نقدند. نظر به جایگاه رفیع قرآن کریم در استنادات فقهی، در این مقاله برآنیم به نقد و بررسی دیدگاه فقهای شیعه در استناد به این آیات، بپردازیم.

ظاهر الفاظ این دو آیه چه آیهٔ ۳ که تأکید بر رعایت عدالت دارد، و چه آیهٔ ۱۲۹ که برقراری عدالت یا نوعی از عدالت را غیرممکن دانسته است، هیچ‌یک ارتباطی با حق قسم ندارند. بااین‌حال بیشترین استنادات فقها به آیات مذکور در موضوع حق قسم بوده است. هم کسانی که حق قسم را دربارهٔ یک زوجه نیز قابل طرح دانسته‌اند و هم مخالفانشان، هم کسانی که قائل به لزوم رعایت مساوات در حق قسم بوده‌اند و هم مخالفانشان، به این آیات استناد کرده‌اند. همچنین گرچه آیهٔ ۳ به قرینهٔ سیاق، با موضوع نفقه مربوط است، در آیهٔ ۱۲۹ این ارتباط دیده نمی‌شود. بااین‌حال استنادات مکرری به این آیات در موضوع نفقه وجود دارد. غالب این استنادات از سوی کسانی بوده که آیات را دالّ بر عدم لزوم رعایت مساوات دربارهٔ حق نفقه دانسته‌اند؛ ازاین‌رو این سؤال قابل طرح است که میزان دلالت هر یک از این آیات بر موضوع نفقه و حق قسم چگونه است و فتاوای بعضاً متعارضی که به این آیات مستند شده‌اند، با توجه به این آیات چگونه ارزیابی می‌شوند؟

موضوع دیگر آنکه برخی از فقها که قائل به عدم‌ارتباط آیهٔ ۱۲۹ با موضوع نفقه و حق قسم هستند، به مباحث تفسیری پیرامون این آیه ورود پیدا کرده‌اند که بررسی آراء ایشان، اختلافاتی را بین دیدگاه‌هایشان نشان می‌دهد. در این مقاله به مناسبت طرح این مباحث در کتب فقهی به این موضوع ورود پیدا کرده‌ایم. ممکن‌نبودن مساوات در برقراری محبت قلبی و ممکن‌نبودن مساوات در ابراز محبت و میل به نزدیکی، آرائی هستند که در این زمینه ابراز شده‌اند. این سؤال مطرح است که درصورت عدم ارتباط این آیه با موضوع نفقه و حق قسم، کدام‌یک از این دیدگاه‌ها قابل دفاع هستند و تفسیر صحیح آیه چیست؟

تأکید بر این مهم لازم است که در این پژوهش اختلاف فتاوا و ادلهٔ هریک و ترجیح فتاوا در موضوع حقوق زنان در خانواده چند همسری بررسی نمی‌شود که این مهم مجالی گسترده‌تر می‌طلبد؛ بلکه تنها نحوهٔ استنادات فقها به آیات قرآن نقد و بررسی شده است.

پیشینه

در آثار متعددی به موضوع عدالت میان همسران توجه شده است. غیراز کتب مبسوط فقهی، مقالات و پایان‌نامه‌هایی نیز دراین‌باره نگاشته شده است؛ ازآن‌جمله:

الف ـ مقالهٔ سید ابوالقاسم نقیبی (۱۳۸۷) باعنوان «تعهد به اجرای عدالت بین همسران؛ التزام حقوقی یا اخلاقی»: نویسنده در این مقاله ضمن تفسیر آیات ۳ و ۱۲۹ سورهٔ نساء، در عین تأکید بر عدالت، عدالت در مودت را ناممکن دانسته است. سپس با تفکیک میان مصادیق مختلف حقوق زنان، اجرای عدالت در موضوع نفقه و اوقات معاشرت را در توان مرد و یک الزام حقوقی دانسته، که درصورت استنکاف زوج، قابل پیگیری است؛ اما عدالت واقعی در محبت قلبی را امری ناممکن دانسته، و عدالت در این امور را نوعی تعهد اخلاقی در تلاش برای توسعه علاقه به همسران شمرده است که قابل پیگیری حقوقی نیست. مقالهٔ مذکور عدالت را به‌معنی مساوات دانسته است. تفاوت مقالهٔ حاضر با مقالهٔ یادشده در این است که در اینجا نویسنده می‌کوشد دربارهٔ هر آیه عدالت را با توجه به شواهد موجود در آیه معنا کند و به بررسی و نقد استنادات متفاوت فقهای شیعه به این آیات بپردازد، درحالی‌که در مقالهٔ نقیبی به این نکات پرداخته نشده است.

ب ـ مقالهٔ مسعود امامی (۱۳۹۲) با عنوان «رعایت عدالت در تعدد زوجات»: نویسنده در این مقاله تأکید می‌کند غالب فقها، عدالت در فقه و آیهٔ ۳ سورهٔ نساء را به‌معنی مساوات می‌دانند و تنها مصداق واجب آن را مساوات در حق قسم می‌دانند. سپس امامی در مقام نقد این استدلال، با تحلیل لغوی عدالت، آن را به‌معنی میانه‌روی و دوری از ستم گرفته، و آن را شامل همهٔ حقوق زنان دانسته است. وی در مقام بیان ارتباط آیه با آیهٔ ۱۲۹، آیهٔ اخیر را نوعی تخفیف در اجرای عدالت متناسب با توان مردان دانسته است. در مقالهٔ یادشده، شواهدی که دلالت کند

مراد از عدالت در آیهٔ ۳ به‌صورت مشخص دربارهٔ نفقه است، لحاظ نشده است. همچنین شواهدی که دلالت کند دو آیهٔ ۳ و ۱۲۹ هیچ‌یک ارتباط روشنی با موضوع حق قسم ندارد، اقامه نشده است. ازسوی‌دیگر آراء فقها دربارهٔ دلالت آیه ۱۲۹ بر محبت یا ابراز مودت بررسی نشده است. در مقالهٔ حاضر به موضوعات اخیر پرداخته شده است. در برخی از نگارش‌ها، به‌صورت خاص موضوع حق قسم (تقسیم شب‌ها بین همسران) مورد توجه قرار گرفته است.

ج ـ مقالهٔ «جایگاه حق قسم در تحکیم کیان خانواده»، نوشتهٔ کبری پورعبدالله و صدیقه محمد حسنی (۱۳۹٦): در این مقاله نویسندگان فواید مترتب بر حکمت تشریع حق قسم همچون استیناس و آرامش زوجین را برشمرده‌اند. سپس برخی از احکام آن همچون عدم‌تأثیر بیماری زوجین در اجرای این حق را مطرح کرده‌اند. در ادامه به برخی خلأهای قانونی همچون لزوم جرم‌انگاری امتناع زوج از اجرای حق قسم زوجه پرداخته‌اند. در این مقاله گرچه اشارهٔ مختصری به موضوع عدالت در سورهٔ نساء شده است، اما اساساً نویسنده درصدد اثبات حق قسم با استناد به آیات سوره نساء و بیان فتاوای فقها در این جهت نیست. مقالهٔ پیش‌رو عهده‌دار آن است که ارتباط آیات ۳ و ۱۲۹ را با موضوع حق قسم روشن کند و به نقد و بررسی فتاوای موجود در این زمینه بپردازد.

د ـ «پژوهشی فقهی در مسائل حق قسم (مضاجعه)»: محمد علی قادری (۱٤۰۰ ش) در این مقاله از جنبه‌های مختلف به موضوع حق قسم پرداخته است. ازجمله اینکه حق قسم به زوجهٔ واحده تعلق نمی‌گیرد، این حق در متعه وجود ندارد، به‌عنوان یک حق قابل انتقال و فروش است و احتیاط واجب رعایت مساوات در این حق است. برای اثبات مورد اخیر به آیهٔ ۳ سوره نساء استناد شده است. تفاوت مقالهٔ پیش‌رو با این مقاله آن است که در مقالهٔ پیش‌رو نویسنده درصدد ارائهٔ شواهدی است که نشان دهد آیهٔ ۳ مشخصاً دربارهٔ حق نفقه است و ارتباط روشنی با موضوع حق قسم ندارد.

هـ ـ سید مهدی نقیبی و صدیقه محمد حسنی (۱٤۰۰ ش) در مقالهٔ «نقد و بررسی تعریف حق قسم در آرای فقهای امامیه» به ماهیت «قسم» به‌مثابهٔ یک حق که قابلیت انتقال دارد، توجه

کرده، و پس‌از بیان احکامی همچون عدم‌وجوب نزدیکی در اجرای حق قسم وکیفیت اجرای آن، به تعاریف مختلف «حق قسم» پرداخته‌اند. آنان پس از ذکر فواید حق قسم، برخی موارد قانونی مرتبط با آن را بررسی کرده‌ند. تفاوت مقالهٔ پیش‌رو با مقالهٔ پیش‌گفته آن است که مقالهٔ حاضر جنبهٔ حقوقی ندارد؛ اما در بعد قرآنی دلالت آیات ۳ و ۱۲۹ سوره نساء را بر فتاوای مستند به آن‌ها ارزیابی کرده است.

دربارهٔ موضوع عدالت بین همسران، پایان‌نامه‌های فقهی متعدّدی نیز به نگارش درآمده است که ازآن‌جمله باید به آثار ذیل اشاره کرد:

الف ـ طاهره خواجه‌کلایی (۱۳۸٦) در فصل چهارم پایان‌نامهٔ خود باعنوان *چالش‌های تفسیری در آیات مربوط به زنان (آیه ضرب و عدالت در تعدد زوجات)* به موضوع آیات عدالت پرداخته است. نویسنده عدالت را در آیه ۳ به‌معنای مساوات، و دلالت آن را عام و شامل موارد غیر از نفقه دانسته، و سیاق درونی آیه را بررسی نکرده، و به آراء فقهی و استناد فقها به آیات نپرداخته است. در مقالهٔ پیش‌رو ضمن توجه به سیاق درونی و بیرونی آیه به تفسیر عدالت در آیه ۳ پرداخته شده است. همچنین بررسی آراء فقهی و استنادات فقها به آیات مبنای کار بوده است.

ب ـ عالیه‌سادات میرحسینی (۱۳۹٦) در پایان‌نامهٔ خود باعنوان *تحلیل ماهوی عدالت در تعدد زوجات در فقه و حقوق ایران با تأکید بر دیدگاه قرآنی*، به سابقهٔ تاریخی تعدد زوجات، ادلهٔ مشروعیت آن، سنت معصومین علیهم السلام در این موضوع و تبیین برخی از موارد حقوقی آن پرداخته، و دربارهٔ اهمیت حق قسم در تحکیم خانواده توضیحاتی داده، و به‌صورت گذرا به موضوع عدالت در آیات ۳ و ۱۲۹ سوره نساء پرداخته است؛ اما بررسی ارتباط این آیات با آراء فقهی مستند به آن‌ها مدنظر نویسنده نبوده است. در مقالهٔ حاضر به این امر پرداخته شده است.

ج ـ نرگس زهری (۱۳۹۷) در پایان‌نامهٔ خود باعنوان *تبیین تأثیر عدالت در تعدد زوجات*، دربارهٔ شرایط تعدد زوجات در فقه و حقوق سخن گفته و یکی از این شرایط را اجرای عدالت بین همسران برشمرده شده است. در قسمتی از پایان نامه، نویسنده در تفسیر آیات ۳ و ۱۲۹

سوره نساء در پرتو روایات، عدالت را به دو قسم تقسیم کرده است: عدالت ظاهری، باطنی. عدالت ظاهری به‌معنای پرداخت نفقه و رعایت حق قسم و عدالت باطنی به‌معنی عدالت در علاقه قلبی است که خارج از توان مرد است. تفاوت پایان نامهٔ مذکور با اثر پیش‌رو آن است که اولاً در آن پایان‌نامه عدالت به‌معنی مساوات از عدالت به‌معنی ادای حق واجب تفکیک نشده است؛ ثانیاً آراء فقهی مستند به آیات، نقد و بررسی نشده است؛ ثالثاً تفسیر قابل قبولی از مفهوم عدالت ناممکن در آیهٔ ۱۲۹ ارائه نشده است. اثر پیش‌رو حاوی موارد پیش‌گفته است.

د ـ سیده فاطمه کریمی (۱۳۹۸) در پایان‌نامهٔ خود باعنوان *بررسی شرط عدالت در ازدواج مجدد ازمنظر فقه امامیه و حقوق ایران*، به پیشینه، دلایل جواز، احکام فقهی و حقوقی چند همسری پرداخته است و سپس به تبیین جایگاه عدالت میان همسران و ملاک تشخیص آن به لحاظ حقوقی توجّه کرده است. مشخصاً در این پایان‌نامه تبیین قرآنی عدالت و بررسی استنادات فقهی براساس آن، مدنظر نویسنده نبوده است. درحالی‌که اساس کار در مقالهٔ پیش‌رو، بررسی مستندات فقهی بر پایهٔ آیات قرآن است.

۱. واژه شناسی

الف ـ عدالت: در آیات ۳ و ۱۲۹ سوره نساء، مصدر «عدل» به کار رفته است. برخی از لغت‌شناسان عدل را به‌معنای مساوات دانسته‌اند. راغب اصفهانی «عدالت» را لفظی دانسته است که اقتضای مساوات و برابری دارد (۱٤۱۲ ق، ص ۵۵۱، همچنین نک: طریحی، ۱۳۷۵، ج ۵، ص ٤۲۱). برخی نیز عدالت را به‌معنای میانه‌روی در امور و مقابل جور دانسته‌اند (ابن فارس، ۱٤۰٤ ق، ج ٤، ص ۲٤۷؛ فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۹٦)؛ یکی از مواضع اختلاف فتاوا نیز آن است که برخی، عدالت میان همسران را به‌معنای مساوات (صدر، ۱٤۲۰ ق، ج ٦، ص ۱٦٤-۱٦٦) و برخی ادای حق واجب همهٔ همسران و خودداری از ستم در حق هر یک از آن‌ها دانسته‌اند (امامی، ۱۳۹۲، ص ۱۰).

ب ـ قسط: عدالت (ابن منظور، ۱٤۱٤ ق، ج ۷، ص ۳۷۷؛ قرشی بنابی، ۱۳۷۱، ج ٦، ص ٦)، بهرهٔ عادلانه (عسکری، ۱٤۰۰ ق، ص ۱٦۰).

ج ـ عول: ستم در حکم (خلیل بن احمد، ١٤٠٩ م، ج٢، ص ٢٤٨)، ستم و انحراف از حق (قرشی بنابی، ۱۳۷۱، ج ۵، ص ٦٩) ترک‌کردن نصف با گرفتن قسمت بیشتر (راغب اصفهانی، ١٤١٢ ق، ص ٥٩٧).

د ـ میل: عدول از وسط به یک‌طرف. در جوروستم به کار می‌رود (راغب اصفهانی، ١٤١٢ ق، ص ٧٨٣؛ طریحی، ۱۳۷۵، ج ۵، ص ٤٧٦؛ قرشی بنابی، ۱۳۷۱، ج ٦، ص ۳۲۵).

هـ ـ معلّقه: اسم مفعول از مصدر تعلیق است، به‌معنای زنی که نه شوهر دارد و نه مطلّقه است (طریحی، ۱۳۷۵، ج ۵، ص ۲۱۷). زنی که نه همسرش به او نفقه می‌دهد و نه طلاقش می‌دهد؛ بنابراین نه مجرد است و نه شوهر دارد (ازهری، ۲۰۰۱ م، ج ۱، ص ١٦٢).

۲. عدالت در آیهٔ ۳ سورهٔ نساء

«وَ إِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ فِي الْيَتَامَى فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِنَ النِّسَاء مَثْنَى وَ ثُلاَثَ وَ رُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ»؛ یعنی: «و اگر بترسید که مبادا دربارهٔ یتیمان (ازدواج با دختران یتیم) عدل را مراعات نکنید، پس آن کس از زنان را به نکاح خود درآورید که شما را نیکو (و مناسب با عدالت) است: دو یا سه یا چهار (نه بیشتر) و اگر بترسید که (چون زنان متعدّد گیرید) راه عدالت نپیموده، به آن‌ها ستم می‌کنید، پس تنها یک زن اختیار کنید و یا چنانچه کنیزی دارید به آن اکتفاء کنید، که این به عدالت و ترک ستمکاری نزدیک‌تر است».

۱-۲. شأن نزول و سیاق

در شأن نزول این آیه آرائی چند ذکر شده است که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

الف ـ آیه دربارهٔ ازدواج سرپرستان یتیمان با آنان است. در این آیه به سرپرستان یتیمان گفته شده است: اگر می‌ترسید در صورت ازدواج با دختران یتیم، دربارهٔ مهریه آنان عدالت را رعایت نکنید، با زنان دیگر ازدواج کنید. همان‌گونه که از عدم‌رعایت عدالت دربارهٔ یتیمان بیم دارید، از عدم‌رعایت عدالت بین زنان نیز بترسید و بیش از چهار زن را به همسری خود نگیرید و

درصورت بیم از عدم‌رعایت عدالت میان آن‌ها به یک زن اکتفا کنید (طبری، ١٤١٢ ق، ج ٤، ص ١٥٥-١٥٦؛ طوسی، بی‌تا، ج ۳، ص ۱۰۳؛ طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۳، ص ۱۱-۱۲).

ب ـ آیه جهت تشویق به ازدواج به‌جای زنا نازل شده است. آیه می‌فرماید: همان‌گونه که از سرپرستی یتیمان و خوردن اموال آنان بیم دارید، از زنا هم دوری کنید و با زنان ازدواج کنید (طوسی، بی‌تا، ج ۳، ص ۱۰۳؛ طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۳، ص ۱۱؛ سیوطی، ١٤٠٤ ق، ج ۲، ص ۱۱۸).

ج ـ اگر می‌ترسید دربارهٔ یتیمی که در خانهٔ شما پرورش یافته است، عدالت را رعایت نکنید، با دو یا سه یا چهار نفر از یتیمان خویشاوندانتان ازدواج کنید.

د ـ همان‌گونه که از خوردن مال یتیمان دوری می‌کنید، از ازدواج‌های متعدد و رعایت‌نکردن عدالت بین زنان نیز بترسید و به تعدادی ازدواج کنید که از جور و ستم در امان باشید (طوسی، بی‌تا، ج ۳، ص ١٠٤؛ طبرسی، ۱۳۷۲، ج ۳، ص ۱۱).

نگاهی به غالب شأن‌نزول‌هایی که برای آیه ذکر شده است (به‌صورت مشخص مورد ۱، ۳ و نشان می‌دهد قسمت اول آیه دربارهٔ رعایت عدالت مالی درمورد دختران یتیم است. توجه به محتوای آیهٔ ۲ نیز، حاکی از دلالت آیهٔ ۳ بر رعایت عدالت مالی است. در آیهٔ ۲ آمده است: «وَءَاتُواْ الْيَتَامَى أَمْوَالَهَمْ وَلاَ تَتَبَدَّلُواْ الخْبِيثَ بِالطَّيِّب وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلىَ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيراً»؛ یعنی: «و اموال یتیمان را به آنان [باز] دهید، و [مال] پاک و [مرغوب آنان] را با [مال] ناپاک [خود] عوض نکنید؛ و اموال آنان را همراه با اموال خود مخورید که این گناهی بزرگ است» (فولادوند، ١٤١٨ ق).

قسمت اول آیه دربارهٔ رعایت عدالت مالی درمورد دختران یتیم است: «وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ فِي الْيَتَامَى» در بخش دوم آیه دربارهٔ لزوم رعایت عدالت بین همسران سخن گفته شده است: «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً»؛ یعنی: «درصورت ترس از عدم رعایت عدالت، به یک همسر بسنده کنید». برمبنای وحدت سیاق، مراد از عدالت میان همسران نیز، رعایت عدالت مالی بین آنان است. روایتی از امام صادق (ع) که عدالت را در آیهٔ ۳ این سوره به‌معنای عدالت در پرداخت

نفقه دانسته، تصدیق‌کنندهٔ این برداشت است (کلینی، ١٤٢٩ ق، ج ١٠، ص ٦٧٤). عدالتی که در این آیه دربارهٔ آن سخن گفته شده است، در درجه‌ای از اهمیت قرار دارد که مردان مأمورند درصورت ترس از عدم‌رعایت این عدالت، به یک همسر اکتفا کنند.

۲-۲. دیدگاه فقها دربارهٔ عدالت در پرداخت نفقه در این آیه

در حد جست‌وجوی نگارنده، در بین فقها کسی قائل به لزوم رعایت مساوات در پرداخت نفقه به همسران نیست؛ بلکه کسانی که عدالت را در این آیه مربوط‌به پرداخت نفقه دانسته‌اند، عدالت را به‌معنی رعایت حقوق واجب مالی هر یک از همسران دانسته‌اند، نه رعایت مساوات در پرداخت نفقه. به‌عبارت‌دیگر مرد با ازدواج مجدد موظف است حقوق واجب مالی همه همسرانش را اعم‌از خوراک و پوشاک و مسکن و وسایل ضروری تأمین کند؛ اما زائد بر حقوق واجب، اگر خواست می‌تواند به یکی بیشتر نفقه دهد (نراقی، ١٤٢٢ ق، ج ١، ص ٣٣؛ شبیری زنجانی، ١٤١٩ ق، ج ٢٤، ص ٧٥٢٦).

براساس دیدگاه مشهور فقها، معیار تعیین‌کننده در میزان نفقه، شأن زن است. شأن به‌معنای موقعیت اجتماعی زن به لحاظ وضع خانوادگی، جایگاه شغلی و اوصاف شخصی مانند تحصیلات و غیره است (نیازی، و رمضانی، ۱۳۹۵، ص ۱۳۳). برخی معتقدند مراد از شأن زن اعم‌از شأن خانوادگی پدری، شأن اجتماعی مستقل خود زن و شأن خانوادگی کنونی او است (آیت‌اللهی، ۱۳۷۹، ص ۱۲۰).

شیخ طوسی در موضوع استخدام خادم برای زن این نظر را ابراز داشته است که اگر زن سابقاً خدمتکار داشته است، لازم است برای او خدمتکار گرفته شود (طوسی، ۱۳۸۷ ق، ج ٦، ص ٧). همچنین بسیاری از فقها بر رعایت شأن زن در مصادیق مختلف نفقه تأکید کرده‌اند.[1] این فتوا که رعایت مساوات بین همسران در نفقه واجب نیست، مبتنی‌بر تفاوت شأن زنان است.

---

۱. با عباراتی نظیر «علي قدر الزوجة» (سلار دیلمی، ١٤٠٤ق، ص ١٥٤) و «تبعاً لعادة أمثالها» (شهید اول، ١٤١٠ ق، ص ١٩٠؛ فاضل مقداد، ١٤٢٥ ق، ج ٢، ص ٢١٩؛ مغنیه، ١٤٢١ ق، ج٢، ص ٣٩٢؛ کاظمی، و اسدی، ١٤١٣ ق، ج ٨، ص ٤٥٥).

دربارهٔ عدم وجوب رعایت مساوات در پرداخت نفقه، دلایل نقلی و عقلی متعدّدی اقامه شده است؛ ازجمله دلایل نقلی باید به روایتی از امام کاظم (ع) اشاره کرد. براساس این روایت، از امام کاظم (ع) دربارهٔ مردی که دو زن دارد، سؤال شد که می‌خواهد یکی از آن‌ها را در لباس و بخشش به دیگری ترجیح دهد. می‌تواند این کار را انجام دهد؟ فرمود: اشکال ندارد؛ اما باید در برقراری عدل بین آن دو تلاش کند.[1]

دلیل عقلی‌ای که در موضوع جواز تفاوت در نفقه اقامه شده است، تفاوت نیاز به نفقه در بین همسران مختلف است؛ برای مثال اگر مردی دو همسر دارد که یکی از آن دو دارای رتبهٔ بالای اجتماعی است و دیگری رتبهٔ پایینی دارد، برای او واجب نیست که برای دومی به‌اندازهٔ اولی هزینه کند. همچنین اگر یکی از همسران مرد، بیمار باشد و نیاز به هزینهٔ بیشتری داشته باشد (صدر، ۱٤۲۰ ق، ج ٦، ص ١٦٥).

دقت در سیاق نیز بیانگر آن است که در اینجا مراد از عدالت، مساوات نیست؛ چراکه بخش اول آیه دربارهٔ رعایت عدالت مالی دربارهٔ دختران یتیم است. پرواضح است مراد از این عدالت، برقراری مساوات بین آن‌ها در پرداخت‌های مالی نیست؛ بلکه لازم است حق هر یتیم، به‌اندازهٔ خودش پرداخت شود.

آیت الله اراکی دربارهٔ روایت امام صادق (ع) که در جواب هشام، مراد ازعدالت در آیه ۳ را عدالت مالی دانسته است، می‌گوید این روایت به‌دنبال اثبات وجوب یا استحباب رعایت عدالت در پرداخت نفقه نیست و دیگر اخبار، دالّ بر استحباب عدالت در نفقه است. ایشان معتقد است هدف امام، دفع اعتراض خصم به همان شکلی است که او بدان معترف است؛ یعنی هشام ممکن‌بودن رعایت عدالت مالی را درک می‌کرد و برایش پذیرفتنی بود (١٤١٩ ق، ص ٧٤١).

---

۱. «أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدِ بنِ عِيسَى عَنْ عَلِيِّ بنِ الْحَكَمِ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بنِ عُتْبَةَ الْهَاشِمِيِّ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ عَنِ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ امْرَأَتَانِ يُرِيدُ أَنْ يُؤْثِرَ إِحْدَاهُمَا بِالْكِسْوَةِ وَ الْعَطِيَّةِ أَيَصْلُحُ ذَلِكَ؟ قَالَ لاَ بَأْسَ بِذَلِكَ وَاجْتَهَدَ فِي الْعَدْلِ بَيْنَهُمَا» (طوسی، ١٤٠٧ ق، ج ٧، ص ٤٢٢).

براساس این قول، آیت الله اراکی عدالت را به‌معنای مساوات بین زنان دانسته، و عدالت در این آیه و روایت تفسیری ناظر به آن را با توجّه به قرائن دیگر، به‌معنای استحباب رعایت مساوات بین همسران دانسته است. ناگفته پیداست تأکیدی که در این آیه بر رعایت عدالت وجود دارد، به‌طوری که مردان را درصورت عدم‌رعایت عدالت، ملزم به ترک تعدّد زوجات کرده است، فراتر از بحث استحباب است. نظر به دلایل عقلی و نقلی اقامه‌شده، باید گفت عدالت به‌معنای رعایت مساوات بین همسران در پرداخت نفقه، واجب نیست؛ امّا عدالت به‌معنی پرداخت حق واجب همهٔ زنان اعم‌از خوراک، پوشاک، مسکن و مایحتاج زندگی در حد شئونات زن (خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۰۲) واجب قطعی است. از آیه فهمیده می‌شود مردی که نتواند مایحتاج زندگی چند زن را برآورده کند، لازم است از ازدواج مجدّد خودداری کند. هرچند به فتوای برخی از فقها اصل ازدواج و استمتاع بدون رعایت عدالت حرام نیست و در هر صورت عقد منعقد می‌شود (یزدی، محمد، ١٤١٥ ق، ج ۳، ص ۱۸)؛ امّا مسلّماً دراین‌صورت ازدواج مجدد مقدمهٔ حرامی است که عبارت است از عدم‌رعایت عدالت.

۳-۲. دیدگاه فقها دربارهٔ دلالت آیه بر عدالت در تقسیم شب‌ها

برخی از فقها مراد از عدالت را در این آیه رعایت مساوات میان همسران در تقسیم شب‌ها دانسته‌اند و تنها مصداق عدالت واجب را همین دانسته‌اند (صدر، ١٤٢٠ ق، ج ٦، ص ١٦٤-١٦٦). برخی از فقها ظهور آیه را دالّ بر این دانسته‌اند که همان‌گونه که کنیز (ملک یمین) حق قسم ندارد، زوجه واحده هم حق قسم ندارد؛ چراکه آیه می‌گوید: اگر می‌ترسید عدالت پیشه نکنید، یک زن بگیرید یا به کنیزانتان اکتفا کنید (سیفی مازندرانی، ١٤٢٩ ق، ص ٥٩). برعکس برخی فقها احتمال دلالت آیه بر لزوم رعایت حق مضاجعت دربارهٔ یک همسر را مطرح می‌کنند. بنا بر این احتمال، آیه دلالت بر این دارد که ازدواج با یک همسر برای رعایت حق واجب زنان در زمینهٔ مضاجعت (یک شب از چهار شب) بهتر است (شبیری زنجانی، ١٤١٩ ق، ج ٢٤، ص ٧٥٢٦- ٧٥٢٧).

دربارهٔ این استنادات باید گفت: اولاً از سیاق (آیهٔ قبل) و اسباب نزول، دلالت آیه بر لزوم

رعایت عدالت مالی درمورد دختران یتیم فهمیده می‌شود و با درنظرگرفتن پیوستگی عبارات آیه، قسمت دوم نیز، دلالت بر لزوم رعایت عدالت اقتصادی میان همسران می‌کند و سخنی از تقسیم شب‌ها نیست؛ ثانیاً با آنکه روایات متعدّدی از ائمه علیهم السلام دربارهٔ حق قسم وارد شده است (طوسی، ۱٤۰۷ ق، ج ۷، ص ٤۱۸)، در هیچ‌یک به آیهٔ ۳ سورهٔ نساء استناد نشده است و این خود قرینه‌ای است بر اینکه آن حضرات، موضوع آیهٔ ۳ را متفاوت دانسته‌اند.

نقدهای جداگانه‌ای نیز، به برخی از این دیدگاه‌ها وارد است. دربارهٔ دیدگاه اول باید گفت: اگر فرضاً تطبیق این آیه بر حق قسم، صحیح باشد، عدالت در این آیه به‌معنای مساوات نیست. اگر به این معنا بود، در وهلهٔ اول باید از رعایت مساوات در پرداخت نفقه سخن گفت. در حالی که این موضوع به دلایل عقلی و نقلی منتفی است. دربارهٔ دیدگاه دوم باید گفت: اگر فرضاً تطبیق آیه بر حق قسم ممکن باشد، دلالت اولیهٔ آیه لزوم برقراری عدالت به‌معنی رعایت حقوق واجب مالی همهٔ همسران است. مسلّماً این مفهوم از عدالت در ازدواج با یک همسر نیز وجود دارد. نمی‌توان در تطبیق، ملازمات آیه را نادیده گرفت. تطبیق آیه بر حق قسم، مستلزم آن است که این حق را در ازدواج با یک همسر نیز مطرح کنیم؛ در غیر این صورت تطبیق ناقص است و به تفسیر به رأی منجر خواهد شد. نتیجه آنکه ارتباط این آیه با موضوع حق قسم که در لسان بسیاری از فقها به انحاء مختلف تکرار شده است، با توجه به قراین درونی آیه و عدم ذکر این ارتباط در روایات و قابل نقد بودن تعدادی از این آراء، روشن نیست.

۳. عدالت در آیهٔ ۱۲۹ سورهٔ نساء

در آیه ۱۲۹ سورهٔ نساء امکان رعایت عدالت کامل بین همسران منتفی دانسته شده است و از تکلیفی حداقلی در ادای حق زنان سخن به میان آمده است. غالب فقها عدالت را در این آیه به‌معنای مساوات دانسته‌اند و «لن تستطیعوا» را به‌معنی عدم امکان برقراری مساوات دانسته‌اند. حق مطلب نیز همین است. چراکه اگر برقراری عدالت به‌معنی ادای حق واجب هر یک از زنان، به‌طورکلی از توان مردان خارج بود، از ابتدا چندهمسری تشریع نمی‌شد. عبارت «بین النساء» نیز قرینه دیگری بر این معنا است. دربارهٔ مصداق این عدالت، دیدگاه‌های مختلفی ابراز

شده است که ذیلاً بدان‌ها پرداخته می‌شود.

۱-۳. عدالت مطلق

همان‌طور که گذشت، یکی از موضوعات مورد بحث میان علمای شیعه، لزوم یا عدم‌لزوم رعایت مساوات میان همسران متعدد است. در بین حقوق مختلف، این بحث دربارهٔ حق نفقه و بیتوته بیشتر مورد توجه قرار گرفته است (برای بررسی تفصیل ادله در این قضیه، نک: نراقی، ١٤٢٢ ق، ج ۱، ص ۳۷؛ اراکی، ١٤١٩ ق، ص ۷۳؛ مکارم شیرازی، ١٤٢٤ ق، ج ٦، ص ١٢٩-١٣٤). عموم فقهای شیعه معتقدند رعایت مساوات بین زنان در هیچ‌کدام از شئون همسری ازجمله نفقه و بیتوته واجب نیست (اراکی، ١٤١٩ ق، ص ۷۳؛ صدر، ١٤٢٠ ق، ج ٦، ص ١٦٥). دربارهٔ ادلهٔ عدم‌وجوب مساوات در نفقه مواردی گذشت؛ اما دربارهٔ لازم‌نبودن رعایت مساوات در بیتوته به روایاتی استناد می‌شود.

براساس یکی از این روایات، فردی از امام صادق (ع) سؤال می‌کند کسی که دو زن دارد و یکی را بیش‌از دیگری دوست دارد، می‌تواند یکی را بر دیگری ترجیح دهد؟ حضرت فرمود: بله. می‌تواند سه شب را نزد یکی باشد و یک شب را نزد دیگری؛ چراکه او می‌توانست چهار زن اختیار کند؛ بنابراین اکنون دو شب باقیمانده از آنِ خود اوست که هرکجا خواست بگذراند ... (طوسی، ١٤٠٧ ق، ج ۷، ص ٤١٩)[1].

البته با توجه به ورود روایات مخالف و در مقام جمع آن‌ها، غالب فقها حکم به استحباب مساوات دربارهٔ حقوق گوناگون زنان داده‌اند و بعضاً دربارهٔ لزوم رعایت مساوات احتیاط کرده‌اند (آل‌عصفور، بی‌تا، ج ۱۰، ص ۱۰؛ طباطبائی کربلائی، ١٤١٨ ق، ج ۱۲، ص ۹۰). برخی هم رعایت مساوات دربارهٔ حق قسم را واجب دانسته‌اند (آل‌عصفور، بی‌تا، ج ۱۰، ص ۹). لازم

---

۱. حُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ بنِ يَحْيَى عَنْ عَبْدِ الله بنِ مُسْكَانَ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ قَالَ قَالَ أَبو عَبْدِ الله (ع): ... سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ الْمَرْأَتَانِ وَ إِحْدَاهُمَا أَحَبُّ إِلَيْهِ مِنَ الأُخْرَى أَ لَهُ أَنْ يُفَضِّلَهَا بِشَيْءٍ قَالَ نَعَمْ لَهُ أَنْ يَأْتِيَهَا ثَلاَثَ لَيَالٍ وَ الأُخْرَى لَيْلَةً لأَنَّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ فَلْيَلْتَبِهِ يَجْعَلُهُمَا حَيْثُ شَاءَ ... (طوسی، ١٤٠٧ ق، ج ۷، ص ٤١٩؛ همچنین نک: ابن بابویه، ١٤١٣ ق، ج ۳، ص ٤٢٨؛ طوسی، ١٣٩٠ ق، ج ۳، ص ٢٤٢).

به ذکر است در این بخش مقاله درصدد بررسی ادله این فتاوا و نفی و اثبات لزوم مساوات دربارهٔ حقوق بانوان نیستیم و تنها استناد فقها به آیات را بررسی می‌کنیم.

یکی از استنادات فقهایی که به عدم‌لزوم رعایت مساوات فتوا داده‌اند، قسمت دوم آیه ۱۲۹ سورهٔ نساء است: «فَلا تَميلوُا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوها كَالْمُعَلَّقَة». از دیدگاه ایشان براساس این آیه مردان موظف‌اند از معلّق رهاکردن یکی از همسران خود خودداری کنند؛ امّا مأمور به برقراری مساوات کامل هم نیستند. صاحب کتاب *مسالك‌الأفهام* می‌نویسد: «مساوات بین زنان در نفقه و حسن معاشرت و جماع و مقدمات آن واجب نیست، به دلیل این آیه (نساء/۱۲۹). این گرایش به یک سمت است؛ امّا كُلَّ الْمَيْل نیست» (نک: کاظمی، اسدی، ۱٤۱۳ ق، ج ۸، ص ۳۳٦).

همچنین آیت الله اراکی نوشته است: «دربارهٔ حق قسم از چهار شب، یک شب به هرکدام از زنان اختصاص دارد. کسی که دو زن دارد، سهم هر کدام یک شب است. دو شب دیگر می‌تواند زنی را که بیشتر دوست دارد، ترجیح دهد» (۱٤۱۹ ق، ص ۷۳). ایشان در ادامه برای اثبات این جواز به آیهٔ ۱۲۹ سورهٔ نساء استناد می‌کند (دراین‌باره، نک: فاضل مقداد، ۱٤۲۵ ق، ج ۲، ص ۲۱٦؛ طباطبائی کربلائی، ۱٤۱۸ ق، ج ۱۲، ص ۹۰؛ نراقی، ۱٤۲۲ ق، ج ۱، ص ۳٤).

در نقد این نوع استناد باید گفت: در ابتدای عبارت آیه «فاء تفریع» آمده است؛ یعنی این موضوع که تمام تمایل را متوجه یک‌سو نکنید، فرع بر عبارت قبل است که امکان رعایت کامل مساوات برای مردان وجود ندارد (وَلَنْ تَسْتَطيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّساءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ). به عبارت دیگر، اصل بر اجرای کامل مساوات است؛ ولی حالا که در توان شما نیست، حداقل یک‌طرف را معلّقه نگذارید. بین حقوق مختلف زنان تفاوت وجود دارد و نمی‌توان همهٔ حقوق را یکسان فرض کرد. آن حقی که رعایت مساوات دربارهٔ آن ممکن نیست، ابراز محبت و معاشقه و میل به آمیزش است؛ ولی مساوات در نفقه و تقسیم شب‌ها ممکن، و در توان مرد است؛ بنابراین نظر به اینکه قسمت اول آیه که امکان رعایت مساوات را نفی کرده است، ارتباطی به نفقه و حق قسم ندارد، از قسمت دوم هم که فرع بر قسمت اول است، نمی‌توان نتیجه‌گیری خاصی دربارهٔ جواز برقرار نکردن مساوات در نفقه و حق قسم داشت. نتیجتاً آنکه با استناد به این آیه

نمی‌توان توانایی مردان را در رعایت مساوات دربارهٔ همه حقوق زنان ازجمله نفقه و بیتوته نفی کرد. توجه به این قرینهٔ مهم نیز لازم است که با آنکه روایاتی دربارهٔ عدم وجوب مساوات در نفقه و بیتوته از معصومین علیهم السلام وارد شده است، اما در هیچ‌یک به این آیه استناد نشده است. همین موضوع بهترین دلیل در اثبات عدم‌ارتباط این آیه با حق نفقه و بیتوته است. ذکر این نکته لازم است که باوجود امکان برقراری مساوات در نفقه وبیتوته، براساس ادله نقلی و عقلی که در ذیل آیهٔ ۳ گذشت، برقراری مساوات در نفقه واجب نیست و نقد و بررسی ادله دربارهٔ لزوم برقراری مساوات در بیتوته، خارج از موضوع این مقاله است.

۲-۳. تقیید عدالت به محبت قلبی

بسیاری از فقها، براساس روایتی از امام صادق (ع) مراد از عدالتی را که مردان قادر به رعایت آن نیستند، عدالت در برقراری محبت قلبی دانسته‌اند (فاضل هندی، ١٤١٦ق، ج ١٠، ص ٤٧؛ آل‌عصفور، بی‌تا، ج ١٠، ص ١٠؛ صدر، ١٤٢٠ ق، ج ٦، ص ١٦٦).

براساس این روایت ابن ابی العوجاء از هشام بن حکم سؤال کرد: مگر نه این است که خدای تعالی حکیم است؟ هشام گفت: بله او از هر حکیمی، حکیم‌تر است، ابن ابی العوجاء گفت: اگر چنین است پس بگو ببینیم چگونه از یک‌طرف فرموده است: «فَانْكِحُوا ما طابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ مَثْنى وَ ثُلاثَ وَ رُباعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَواحِدَةً»، مگر گرفتن دو زن و سه زن و چهار زن حکم شرعی او نیست؟ گفت: آری، پرسید: پس چرا با اینکه در این آیه می‌فرماید: اگر ترسیدید که نتوانید عدالت را برقرار کنید، فقط به یک زن اکتفاء کنید؟ در آیه‌ای دیگر فرموده است: «وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّساءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوها كَالْمُعَلَّقَةِ»؟ آن کدام حکیم است که این‌طور سخن بگوید، از یک‌طرف گرفتن زنان متعدد را برای کسانی که بتوانند عدالت را رعایت بکنند، تجویز کند و از سوی دیگر بگوید: اصلا شما نمی‌توانید عدالت را برقرار سازید؟ هشام نتوانست جواب بدهد، ناگزیر به مدینه رفت و به حضور امام صادق (ع) شرفیاب شد. حضرت پرسید: چطور در غیر موسم حج به مدینه آمده‌ای؟ عرضه داشت: بله فدایت شوم مسئلهٔ مشکلی پیش آمد، ابن ابی العوجاء سؤالی از من کرد که در جوابش ماندم،

امام (ع) پرسید: آن سؤال چه بود؟ هشام قصه را باز گفت. امام صادق (ع) فرمود: آیهٔ «فَانْكِحُوا ما طابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ مَثْنى وَ ثُلاثَ وَ رُباعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَواحِدَةً»، دربارهٔ نفقه است. خداوند می‌فرماید: اگر نمی‌توانید نفقهٔ چند همسر را به‌طور مساوی بدهید، به یک زن اکتفاء کنید. آیهٔ شریفه «وَ لَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّساءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوها كَالْمُعَلَّقَةِ»، دربارهٔ میل درونی و محبت به زنان است که هیچ‌کس نمی‌تواند محبت درونی خود را میان چند همسر به‌طور مساوی تقسیم کند. راوی می‌گوید: همین‌که هشام این جواب را برای ابن ابی العوجاء آورد، او گفت: به خدا سوگند این پاسخ از خودت نیست (کلینی، ۱٤۲۹ ق، ج ۱۰، ص ٦٧٤؛ موسوی، ۱۳٧٤، ج ٥، ص ۱٧۳)[۱].

براساس این روایت، امام (ع) برقراری عدالت را در «مودت» غیرممکن دانسته، و مراد از آیهٔ «وَ لَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّساءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ» را نیز همین نوع عدالت شمرده است. بسیاری از فقها، «مودّت» را مساوی با حبّ قلبی دانسته‌اند و روایت را دالّ بر این دانسته‌اند که برقراری مساوات در محبت قلبی بین همسران ممکن نیست. آنچه در استناد به این روایت از آن غفلت شده است، آن است که مسلماً صرف محبت بیشتر به یک زن، سبب معلّقه ماندن زن دیگر نمی‌شود. محبت امری قلبی و درونی است. چنانچه مردی یکی از همسران خود را بیش از دیگر همسرانش دوست داشته باشد، سبب بلاتکلیفی و معلّقه ماندن همسران دیگرش نمی‌شود.

۳-۳. تقیید عدالت به ابراز محبّت

دیدگاه برخی از فقها آن است که مراد از عدالت ناممکن در این آیه، عدالت در ابراز محبت است. آیت‌الله اراکی می‌نویسد: «مراد از «فلا تَميلُوا» آثار خارجی این محبّت است و آثار محبّت بین زوج‌ها در امور مخصوصی است که بین آن‌ها متداول است؛ اعم‌از: هم‌بستری، انس‌گیری

---

۱. فَقَالَ لَهُ أَبُو عَبْدِ اللهِ عليه السلام: أَمَّا قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: «فَانْكِحُوا ما طابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ مَثْنى وَ ثُلاثَ وَ رُباعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَواحِدَةً» يَعْنِي فِي النَّفَقَةِ، وَأَمَّا قَوْلُهُ: «وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّساءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوها كَالْمُعَلَّقَةِ»؛ يَعْنِي فِي الْمَوَدَّةِ. (کلینی، ۱٤۲۹ ق، ج ۱۰، ص ٦٧٤).

و امثال این‌ها ... » (١٤١٩ ق، ص ٧٣٨). نویسندهٔ *فقه الصادق* می‌نویسد: «مودّت قلبی از امور غیراختیاری است که نهی از آن صحیح نیست و آنچه نهی شده است، ترتیب اثر خارجی است» (روحانی، ١٤١٢ ق، ج ٢٢، ص ٢٢٨؛ همچنین نک: مفید، ١٤١٣ ق، ص ٥١٧؛ جزیری، غروی، و مازح، ١٤١٩ ق، ج ٤، ص ٣٠٩). قول دقیق همین است.

برای درک بهتر روایت امام صادق (ع)، لازم است در معنای لفظ «مودّت» بیشتر تأمّل کنیم. لفظ «مودّت» که در حدیث امام صادق(ع) از آن یاد شده است، لفظی قرآنی است که بر علقه و روابط دوستانهٔ میان همسران اطلاق شده است: «وَ جَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً» (روم،٢١). مودّت به‌معنای دوست‌داشتن چیزی است (طریحی، ١٣٧٥، ج ٣، ص ١٥٩)؛ اما از دیدگاه برخی از مفسّران در سورهٔ روم دوست‌داشتن صرف مطرح نیست. بلکه دوست‌داشتنی است که در عمل ظاهر شود. حسن بصری این واژه را کنایه از آمیزش دانسته است (ابن ابی حاتم، ١٤١٩ ق، ج ٩، ص ٣٠٩٠؛ طباطبائی، ١٣٩٠ ق، ج ١٦، ص ١٦٦؛ صادقی تهرانی، ١٤٣٢ ق، ص ٢٣). همچنین این کلمه را به‌معنای محبتی دانسته‌اند که اثر آن در عمل ظاهر شود. علامه طباطبائی در ادامه می‌نویسد: «نسبت مودّت به حبّ همچون نسبت خضوع است به خشوع. خضوع در عمل ظاهر می‌شود؛ اما خشوع نوعی تأثّر نفسانی است» (١٣٩٠ ق، ج ١٦، ص ١٦٦).

بررسی آیهٔ ١٢٩ سورهٔ نساء نیز خود اثبات‌کنندهٔ آن است که لفظ «مودّت» در تفسیر امام از آیه، به‌معنی محبّت قلبی صرف نیست؛ چراکه در این آیه، پس‌از ذکر اینکه مردان از برقراری عدالت کامل میان زنان ناتوان هستند، دستور «فلا تمیلوا» صادر شده است. به حکم عقل «لا تمیلوا» تکلیف لایطاق نیست. درحالی‌که محبّت قلبی بیشتر یا کمتر به زنان، خارج از حوزهٔ اختیار مردان است؛ بنابراین مراد ترتیب‌اثر دادن به محبّت است که تا حدّی در اختیار آنان است.

آنچه سبب معلّقه‌ماندن یک زن می‌شود، ترتیب‌اثر دادن افراطی به محبّت قلبی است. ممکن است مرد به‌حسب وظیفه نزد زن بیتوته کند؛ امّا از ابراز محبت و نزدیکی با وی خودداری کند و همهٔ محبت خود را نثار دیگری یا دیگران کند. این است که سبب بلاتکلیفی زن می‌شود؛ بنابراین مراد از مودّت در این روایت تفسیری، اظهار محبّت است.

یکی از مفسّران در بیان جامعی از ممکن‌نبودن مساوات در ابراز محبّت نوشته است: «برابر داشتن ایشان در جمیع حالات از مجامعت و معانقت و ملایمت و مجالست و تعظیم و تقبیل و محبت و غیر آن، و شک نیست که رعایت عدالت برین وجه میان ایشان متعذر است یا متعسر» (جرجانی، ۱۳٦۲، ج ۲، ص ۳٤۷).

۱-۳-۳. دلایل صحّت تقیید عدالت به ابراز محبّت

«فلن تستطیعوا ... » اشاره به مودت است؛ یعنی آثار محبت قلبی. در نتیجه «فلاتمیلوا کلّ المیل» هم به این معنی است که مرد ازنظر ابراز محبت و ارتباط جنسی با یک زن به‌طورکلی او را رها نکند. دلیل صحّت این معنا آن است که ازسویی مرد توانایی برقراری عدالت در این موضوع را ندارد (لن تستطیعوا أن تعدلوا)؛ و ازسوی‌دیگر، صحیح است که زن به‌دلیل ترک کامل این موضوع معلّقه نامیده شود (فتذروها کالمعلّقة)، یعنی با هر دو عبارت آیه سازگار است. اگر بگوییم مراد از مودت «محبت قلبی» است، با عبارت دوم سازگار نیست و یک زن را به‌صرف محبّت کمتر نمی‌توان معلّقه دانست و اگر براساس دیدگاه رایج فقهی، ««فلاتمیلوا کلّ المیل» را مجوزی برای عدم‌رعایت مساوات در تقسیم شب‌ها بدانیم، با عبارت اول آیه که از عدالتی غیرممکن سخن گفته است، سازگار نیست، چراکه مساوات در تقسیم شب‌ها ممکن است. آیت‌الله مصباح یزدی عبارت «لن تستطیعوا ان تعدلوا ... » را به‌معنای محبت قلبی و آثار آن دانسته است؛ اما عبارت «فلاتمیلوا کل المیل» را به‌معنای رعایت‌نکردن حقوق قانونی زن دانسته است (۱۳۸۸، ج ۳، ص ۷۳). این تفسیر نوعی نادیده‌گرفتن سیاق و پیوستگی عبارت است.

محبت قلبی میان همسران به‌صورت گفتاری و رفتاری بروز می‌یابد؛ اما به‌صورت خاص در قالب رابطهٔ جنسی نمود پیدا می‌کند. در روایات متعدّدی از صحابه و تابعین مراد از عدالت در این آیه، محبّت و میل به آمیزش دانسته شده است (طبری، ۱٤۱۲ ق، ج ۵، ص ۲۰۲). براساس این معنا، زنان درصورتی‌که از عشق‌بازی و آمیزش با همسران خود محروم شوند، حتی درصورت دریافت نفقه و مهریه و حق قسم، باز هم معلّقه هستند.

ذکر این نکته لازم است که براساس قول مشهور فقها، حق واجب زن در میزان آمیزش، یک‌بار در هر چهار ماه است (فاضل مقداد، ١٤٠٤ ق، ج ۳، ص ۲۵۲؛ شهید ثانی، ١٤١٣ ق، ج ۸، ص ۳۱۹؛ خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۰۳). برخی فقها تصریح کرده‌اند درصورتی‌که میل جنسی زن زیاد باشد و احتمال وقوع او در معصیت باشد، احتیاط واجب این است که پیش‌از پایان چهار ماه با او نزدیکی داشته باشد (یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، ١٤٠٩ ق، ج ۲، ص ۸۱۰)؛ اما حق مطلب آن است که برمبنای دلالت عام آیهٔ شریفه «وعاشروهن بالمعروف» درصورتی‌که زن تمایل به نزدیکی داشته باشد و مرد مشکلی در ارتباط نداشته باشد، اخلاق اسلامی اقتضا می‌کند مباشرت با وی را ترک نکند.

غیر از آیهٔ ۱۲۹ سورهٔ نساء، در آیات دیگری از قرآن کریم نیز زنان از بلاتکلیف رهاشدن در مسائل جنسی نهی شده‌اند. این آیات می‌توانند قرینه‌ای بر این معنا باشند که مراد از معلّقه در آیه ۱۲۹ نیز همین معنا است.

۲-۳-۳. نهی قرآن کریم از بلاتکلیف گذاشتن زنان در مسائل جنسی

آیات متعدّدی دلالت بر این موضوع دارند که در ذیل به آن‌ها اشاره می‌شود:

الف ـ آیات ۱ و ۲ سورهٔ مجادله

«قَدْ سَمِعَ اللهُ قَوْلَ الَّتي تُجادِلُكَ في زَوْجِها وَ تَشْتَكي إِلى الله وَ اللهُ يَسْمَعُ تَحاوُرَكُما إِنَّ الله سَميعٌ بَصيرٌ. الَّذينَ يُظَاهِرُونَ منكُم مِّن نِّسَائِهِم ما هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ اللاَّئي وَلَدْنَهُمْ وَ إِنَّهمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا منَ الْقَوْلِ وَ زُورًا وَ إِنَّ اللهَ لَعَفُوٌ غَفُورٌ» (مجادله،۲). آیات از زنی سخن می‌گوید که شوهرش قسم یاد کرده است که با او نزدیکی نکند. ازآنجاکه این زن، نه همچون زن مطلّقه، برای ازدواج مجدد آمادگی دارد و نه همچون زن همسردار است، قرآن با این رسم جاهلی مقابله کرده است.

ب ـ آیهٔ ۲۳۱ سوره بقره

«وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسكُوهُنَّ بمعْرُوف أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بمعْرُوف وَ لاَ تمُسكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُواْ وَ مَن يَفْعَلْ ذَلكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَ لاَ تَتَّخذُواْ ءَايَات الله هُزُوًا وَ اذْكُرُواْ نعْمَتَ الله عَلَيْكُمْ وَ مَا أَنزَلَ عَلَيْكُم منَ الْكتَابِ وَ الْحكْمَة يَعظُكمُ بِهِ وَ اتَّقُواْ اللهَ وَ اعْلَمُواْ أَنَّ اللهَ بكلُ شيَءٍ عَليمٌ»

(بقره،۲۳۱). در این آیه نیز از بلاتکلیف نگه‌داشتن زنان پس‌از اتمام زمان عده در خانهٔ شوهران نهی شده، و این کار سبب زیان آنان و ظلم و تجاوز به آنان دانسته شده است.

ج ـ آیهٔ ۲ سورهٔ طلاق

«فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوف أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوف وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْل مِّنكُمْ وَأَقِيمُواْ الشَّهَادَةَ لله ذَالِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِالله وَ الْيَوْمِ الاَخِرِ وَمَن يَتَّقِ الله يجْعَل لَهُ مخَرَجا» (طلاق، ۲). در این آیه هم دستور داده شده است پس‌از اتمام زمان عده یا باید به‌نیکی به زنان رجوع کرد یا به‌نیکی از آن‌ها جدا شد و درهرصورت بلاتکلیف رهاکردن زن ممنوع است.

نتیجهٔ مطلب آن است که در آیهٔ ۱۲۹ نساء، عدالت به‌معنی برقراری مساوات میان زنان در مودت و ابراز علاقه تکلیف لایطاق دانسته شده، و از مردان ساقط شده است؛ اما درعین‌حال به ادای حق واجب زنان در ارتباط زناشویی تأکید شده است. دراین‌صورت عدالت به‌معنی ادای حق واجب محقق می‌شود؛ اما عدالت به‌معنی مساوات که در آیه نفی شده است، محقق نخواهد شد. همچنین با توجه به اینکه مودت شامل همه نوع ابراز عواطف است، درعین‌حال که بر ناممکن‌بودن رعایت مساوات در این مسائل تصریح شده، تأکید شده است که مردان هیچ‌کدام از همسرانشان را از ابراز محبت و مودت محروم نکنند.

٤. سخنی در ارتباط آیات با هم

در آیهٔ اول به‌طورکلی از لزوم رعایت عدالت سخن به میان آمده، و بر آن تأکید شده است؛ اما موضوع عدالتِ خواسته‌شده در این آیه مجمل است. در آیه دوم عدالتی که در توان مرد نباشد، از شمول عدالت واجب، خارج شمرده شده است. با درنظرگرفتن دلالت آیه ۱۲۹ باید گفت در آیه ۳ سوره نساء نیز، مراد از عدالت خواسته‌شده، با همهٔ تأکیدی که بر آن صورت گرفته است، عدالتی است که در توان مرد باشد. اگر براساس آیهٔ ۳ برخی از مسلمانان تصوّر کرده باشند که عدالت به‌معنای رعایت مساوات است و این مساوات دربارهٔ همهٔ حقوق زنان، حتی در محبت قلبی و آثار آن لازم است؛ با نزول آیهٔ ۱۲۹دریافته‌اند خداوند تکلیف لایطاق از آنان نخواسته است و رعایت چنین مساواتی بر آن‌ها واجب نیست.

یافته‌های پژوهش

عدالت در میان همسران که در آیهٔ ۳ سورهٔ نساء تأکید شده است، با درنظرگرفتن سیاق درونی و بیرونی آیه، روایات شأن نزول، روایات تفسیری و فقهی و دلایل عقلی به‌معنای پرداخت حقوق واجب مالی هریک از همسران است؛ بنابراین نه دلالتی بر لزوم رعایت مساوات بین زنان دارد و نه شامل حقوق غیرمالی آنان است و استدلال برخی از فقها به این آیه در اثبات استحباب مساوات بین همسران یا رعایت حق قسم، وجهی ندارد.

به‌رغم استنادات متعدد برخی از فقها، ارتباط آیهٔ ۳ با موضوع حق قسم، با توجه به قراین درونی آیه و عدم ذکر این ارتباط در روایات، و قابل نقد بودن تعدادی از این آراء، روشن نیست.

با توجه به اینکه قسمت آغازین آیه ۱۲۹، دربارهٔ عدالتی ناممکن سخن گفته است، استناد برخی از فقها به عبارت «فَلا تَمیلُوا کُلَّ الْمَیْلِ فَتَذَرُوها کَالْمُعَلَّقَة» برای اثبات عدم وجوب رعایت مساوات بین زنان دربارهٔ حق قسم و نفقه خطاست؛ چراکه رعایت مساوات در این موارد در توان مردان است (هر چند واجب نباشد). استناد برخی از فقها به آیه ۱۲۹، در جهت اثبات واجب‌نبودن مساوات در محبّت قلبی بین زنان، ناشی از بی‌توجهی به التزامات آیه است. با توجه به قرائن درونی آیه ۱۲۹ و روایت تبیین‌کننده آن، قول آن گروه از فقهایی تأیید می‌شود که دلالت آیه را ناممکن‌بودن رعایت مساوات در ابراز محبّت به زنان دانسته‌اند.

برخی از آیاتی که با توجه به نتیجهٔ قبل بررسی شدند، نشان می‌دهند از دیدگاه قرآن کریم زنی که با همسرش در یک خانه زندگی می‌کند، اما از محبت و ارتباط جنسی با همسرش بی‌بهره است، معلّقه است. قرآن کریم صریحاً از بی‌توجهی به این حقوق طبیعی زن نهی کرده است.

مردی که چند همسر دارد، لازم است حق واجب همهٔ آن‌ها را در زمینهٔ نفقه و بیتوته و آمیزش ادا کند. دربارهٔ نفقه، خوراک، پوشاک، مسکن، مایحتاج زندگی در حد شأن هر زن مصادیقی است که برای نفقهٔ واجب ذکر شده است (نک: خمینی، ۱٤۲۵ ق، ج ۲، ص ۳۰۲).

دربارهٔ بیتوته برخی قائل به وجوب مساوات هستند و برخی در این زمینه احتیاط کرده‌اند. حداقل مطلب آن است که مرد از هر ٤ شب، یک شب را نزد هر یک از همسرانش بیتوته کند. دربارهٔ آمیزش حداقل مقداری که گفته شده است ۱ بار در ٤ ماه است.

مردی که قصد دارد بیش از یک همسر اختیار کند، لازم است دو شرط را در نظر داشته باشد: الف ـ به لحاظ نفقه و تقسیم شب‌ها و آمیزش باید عدالت را رعایت کند و حق واجب هر یک از همسران را ادا کند؛ ب ـ اگر ازدواج مجدد او، سبب بی‌مهری و بی‌رغبتی کامل او به همسر اول می‌شود و نمی‌تواند به مضمون «فلا تمیلوا کل المیل» عمل کند، لازم است از ازدواج مجدد خودداری کند.

منابع

قرآن کریم.

آل‌عصفور، حسین بن محمد (بی‌تا). *الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع*. قم: مجمع البحوث العلمیة.

آیت اللهی، زهرا (۱۳۷۹). نگاهی فقهی به ماده‌های قانونی نفقهٔ زوجه. *نشریه فقه*، ۹ (۲۳)، ص ۹۳-۱٤۸.

ابن ابی حاتم، عبدالرحمن بن محمد (۱٤۱۹ ق). *تفسیر القرآن العظیم*. ریاض: مکتبة نزار مصطفی الباز.

ابن بابویه، محمد بن علی (۱٤۱۳ ق). *من لا یحضره الفقیه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

ابن براج، عبدالعزیز بن نحریر (۱٤۰٦ ق). *المهذب*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.

ابن فارس، احمد بن فارس (۱٤۰٤ ق). *معجم مقاییس اللغة*. قم: مکتب الإعلام الإسلامي.

ابن منظور، محمد بن مکرم (۱٤۱٤ ق). *لسان العرب*. بیروت: دار صادر.

اراکی، محمد علی (۱٤۱۹ ق). *کتاب النکاح*. قم: نور نگار.

ازهری، محمد بن احمد (۲۰۰۱ م). *تهذیب اللغة*. بیروت: دار إحیاء التراث العربي.

الهی قمشه‌ای، مهدی (۱۳۸۰). *ترجمه قرآن*. قم: فاطمة الزهرا.

امامی، مسعود (۱۳۹۲). رعایت عدالت در تعدد زوجات. *نشریه کاوشی نو در فقه اسلامی*، ۲۰ (۷۸)، ص ٤-۲۲.

پورعبدالله، کبری؛ محمد حسنی، صدیقه (۱۳۹٦). جایگاه حق قسم در تحکیم کیان خانواده. *نشریه فقه و حقوق خانواده*، ۲۲ (٦٦).

جرجانی، ابوالفتح بن مخدوم (۱۳٦۲). *آیات الأحکام*. تهران: نوید.

جزیری، عبد الرحمن؛ غروی، سید محمد؛ و مازح، یاسر (۱٤۱۹ ق). *الفقه علی المذاهب الأربعة ومذهب أهل البیت علیهم السلام*. بیروت: دار الثقلین.

حلّی، نجم‌الدین جعفر بن زهدری (۱٤۲۸ ق). *إیضاح ترددات الشرائع*. قم: انتشارات کتابخانه آیة‌الله مرعشی نجفی.

خلیل بن احمد (۱٤۰۹ ق). *العین*. قم: مؤسسة دار الهجرة.

خمینی، روح‌اللّه (۱٤۲٥ ق). *تحریر الوسیلة*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

خواجه کلایی، طاهره (۱۳۸٦). چالش‌های تفسیری در آیات مربوط به زنان: آیه ضرب و عدالت در تعدد زوجات (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه قم، قم، ایران.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱٤۱۲ ق). *مفردات ألفاظ القرآن*. بیروت: دار الشامیة.

روحانی، محمد صادق (۱٤۱۲ ق). *فقه الصادق علیه السلام*. قم: دار الکتاب ـ مدرسه امام صادق علیه السلام.

زهری، نرگس (۱۳۹۷). تبیین تأثیر عدالت در تعدد زوجات (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشکده رفاه، تهران، ایران.سلار دیلمی، حمزة بن عبدالعزیز (۱٤۰٤ ق). *المراسم فی الفقه الامامی*. قم: منشورات الحرمین.

سیفی مازندرانی، علی‌اکبر (۱٤۲۹ ق). *أحکام الاسرة (دلیل تحریر الوسیلة للإمام الخمینی قدس سره)*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(س).

سیوطی، عبدالرحمن بن ابی‌بکر (۱٤۰٤ ق). *الدر المنثور فی التفسیر بالمأثور*. قم: کتابخانه عمومی حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی.

شبیری زنجانی، موسی (۱٤۱۹ ق) .*کتاب نکاح*. قم: مؤسسه پژوهشی رای‌پرداز.

شهید اول، محمد بن مکی (۱٤۱۰ ق). *اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة*. بیروت: دار التراث ـ الدار الإسلامیة.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱٤۱۳ ق). *مسالك الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام*. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة.

صادقی تهرانی، محمد (۱٤۳۲ ق). *الفرقان فی تفسیر القرآن بالقرآن و السنة*. قم: فرهنگ اسلامی.

صدر، سید محمد (۱٤۲۰ ق). *ماورا ء الفقه*. بیروت: دار الأضواء للطباعة والنشر والتوزیع.

طباطبائی کربلائی، علی بن محمدعلی (۱٤۱۸ ق). *ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام*. قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.

طباطبائی، محمد حسین (۱۳۹۰ ق). *المیزان فی تفسیر القرآن*. بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.

طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۷۲). *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*. تهران: ناصر خسرو.

طبری، محمد بن جریر (۱٤۱۲ ق). *جامع البیان فی تفسیر القرآن (تفسیر الطبری)*. بیروت: دار المعرفة.

طریحی، فخرالدین بن محمد (۱۳۷٥). *مجمع البحرین*. تهران: مکتبة المرتضویة.

طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق). *المبسوط في فقه الإمامية*. تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
طوسی، محمد بن حسن (۱۳۹۰ ق). *الإستبصار فيما اختلف من الأخبار*. تهران: دار الكتب الإسلامية.
طوسی، محمد بن حسن (۱٤۰۷ ق). *تهذيب الأحكام*. تهران: دار الكتب الاسلامية.
طوسی، محمد بن حسن (بی‌تا). *التبيان في تفسير القرآن*. بيروت: دار إحياء التراث العربي.
عسکری، حسن بن عبدالله (۱٤۰۰ ق). *الفروق في اللغة*. بيروت: دار الآفاق الجديدة.
فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله (۱٤۰٤ ق). *التنقيح الرائع لمختصر الشرائع*. قم: انتشارات کتابخانه آیةالله مرعشی نجفی.
فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله (۱٤۲٥ق). *كنز العرفان في فقه القرآن*. قم: انتشارات مرتضوی.
فاضل هندی، محمد بن حسن (۱٤۱٦ ق). *كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
فولادوند، محمدمهدی (۱٤۱۸ ق). *ترجمه قرآن*. تهران: دفتر مطالعات تاریخ و معارف اسلامی.
فیومی، احمد بن محمد (بی‌تا). *المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي*. قم: منشورات دار الرضي.
قادری، محمد علی (۱٤۰۰ ق). پژوهشی فقهی در مسائل حق قسم. *دستاوردهای نوین در مطالعات علوم انسانی*، ٤ (٤۲)، ص ۱۱۳– ۱۲۲.
قرشی بنابی، علی اکبر (۱۳۷۱). *قاموس قرآن*. تهران: دار الكتب الإسلامية.
کریمی، سیده فاطمه (۱۳۹۸). *بررسی شرط عدالت در ازدواج مجدد ازمنظر فقه امامیه و حقوق ایران*. دانشگاه آزاد اسلامی واحد بهشهر، بهشهر، ایران.
کلینی، محمد بن یعقوب (۱٤۲۹ ق). *الكافي*. قم: دارالحديث.
کاظمی، فاضل؛ و اسدی، جواد بن سعد (۱٤۱۳ ق). *مسالك الأفهام إلى آيات الأحكام*. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
مصباح، محمد تقی (۱۳۸۸). *اخلاق در قرآن*. قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
مغنیه، محمد جواد (۱٤۲۱ ق). *الفقه على المذاهب الخمسة*. بيروت: دار التيار الجديد ـ دار الجواد.
مفید، محمد بن محمد (۱٤۱۳ ق). *المقنعة*. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
مکارم شیرازی، ناصر (۱٤۲٤ ق). *كتاب النكاح*. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
موسوی، محمد باقر (۱۳۷٤). *ترجمه تفسير الميزان*. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه، دفتر انتشارات اسلامی.
میرحسینی، عالیه سادات (۱۳۹٦). تحلیل ماهوی عدالت در تعدد زوجات در فقه و حقوق ایران با تأکید بر دیدگاه قرآنی. قم: مؤسسه آموزش عالی طلوع مهر.
نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱٤۲۲ ق). *رسائل و مسائل*. قم: کنگره نراقیین ملا مهدی و ملا احمد.

نقیبی، ابوالقاسم (۱۳۸۷). تعهد به اجرای عدالت بین همسران. *التزام حقوقی یا اخلاقی*، ٤ (١٦).

نقیبی، سید مهدی؛ و محمد حسنی، صدیقه (١٤٠٠ ش). نقد و بررسی تعریف حق قسم در آرای فقهای امامیه. *نشریه پژوهشنامه حقوق اسلامی*، ٢٢ (٥٤).

نیازی، قدرت الله؛ رمضانی، علی (۱۳۹۵). معیار نفقه زوجه. *نشریه فقه و حقوق خانواده*، ۲۱ (٦٥)، ص ۱۳۱–١٤٧.

یزدی، محمد (١٤١٥ ق). *فقه القرآن*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم (١٤٠٩ ق). *العروة الوثقی*. بیروت: مؤسسة الأعلمي للمطبوعات.

Bi-quarterly Scientific Journal of Family Law and Jurisprudence Journal
Vol. 30, No. 82/ Spring & Summer 2025

Research Article

Feasibility of Exempting Foster Father from the Penalty of Theft in the Light of Islamic Jurisprudence1

Sayyed Amirali Sadeghimoghaddam[2] Hamid Rostaei sadarabadi[3]
Abbas Kalantari Khalilabad[4] Mohammadmehdi barghi[5]

Doi:
10.30497/flj.2025.246558.2040

Abstract

a Foster kinship is established through the breastfeeding of the child, as stipulated in Article 1046 of the Civil Code, when a child is breastfed by a woman who is not the child's biological Mother. This kinship prohibits marriage between foster relatives and does not entail the legal consequences of a blood relationship such as inheritance or maintenance. Following the Islamic Penal Code and according to Shiite jurisprudence, theft is punished by amputation. Although kinships are generally not exempt from this punishment, Article 268 of the Islamic Penal Code exempts a father from the Hadd punishment for stealing from his child. The use of the general word of "father" in both legal and jurisprudential texts raises the fundamental question that if the of whether a foster father, who shares a milk kinship with the child, would also be exempt from the punishment of hand amputation if he steals from the property of his foster child and would be committed in all circumstances? This descriptive-analytical study based on the library research examines the reasons behind this exemption and compares them with the other jurisprudential and legal rules concluded that the legislator tends to interpret the rule of dirā' in a broad manner by establishing Articles 120 and 121 of the Islamic Penal Code and with referring to the hadith "And you are the owner of the property," which refers to the obligation to respect the father, includes kinship resulting from breastfeeding which refers to the obligation to respect the father, also includes kinship resulting from breastfeeding. The studies show that a foster father, like a biological father, is also entitled to respect and is exempt from the punishment of Hand amputation for stealing from his foster child. The Quranic verse on theft is not absolute, and Islamic traditions also emphasize the obligation of respecting one's father, regardless of whether the relationship is biological or foster.

Keywords: Paternal theft, foster child, the rule of Dirā', Islamic Penal Code.

---

1. The present article is extracted from a doctoral dissertation titled *"The Epigenetic Effects on the Emergence of Criminal Behavior and Criminal Responsibility"* at the University of Meybod Yazd.

2. Ph.D. student in Criminal Law and Criminology in Meybod University, Meybod, Yazd, Iran. Sadeghimoghaddam1369@gmail.com
3. (Corresponding Author) Assistant Professor in the Department of Islamic Law and Jurisprudence at Meybod University.Meybod. Yazd. Iran. rostaei@meybod.ac.ir
4. Professor in the Department of Islamic Law and Legal Theory at Meybod University, Meybod.Yazd, Iran. abkalantari@meybod.ac.ir
5. Assistant Professor of Law at Meybod University.Meybod, Yazd, Iran. barghi@meybod.ac.ir

دوفصلنامهٔ علمی فقه و حقوق خانواده / *مقالهٔ پژوهشی* / دورهٔ ۳۰، شمارهٔ ۸۲ / بهار و تابستان ۱۴۰۴/ صص: ۲۷۵-۲۴۹

امکان‌سنجی معافیت پدر رضاعی از حد سرقت در پرتو آموزه‌های فقهی[1]

سید امیرعلی صادقی‌مقدم[2]
تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۰۴؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۲۴

حمید روستایی‌صدرآبادی*[3]

عباس کلانتری خلیل‌آباد[4]

محمدمهدی برغی[5]

Doi: 10.30497/flj.2025.246558.2040

چکیده

قرابت رضاعی با شیرخوردن طفل، برحسب شرایط مندرج در مادهٔ ۱۰۴۶ ق.م، از زنی ایجاد می‌شود که مادر واقعی طفل نباشد. این قرابت، مانع ازدواج میان خویشاوندان رضاعی می‌شود و آثار قرابت ناشی‌از نسب، مانند ارث و انفاق، در آن مطرح نمی‌شود. قانون مجازات اسلامی به پیروی از فقه شیعه، سرقت مستوجب حد را موجب قطع عضو می‌داند و صرف خویشاوندی را موجب سقوط مجازات حدی نمی‌شمارد؛ اما مجازات حد قطع در سرقت مالِ فرزند توسط پدر را براساس بند «ج» مادهٔ ۲۶۸ ساقط کرده است. به کار بردن واژهٔ کلی «پدر» در فقه و قانون، این سؤال اساسی را به ذهن متبادر می‌سازد که اگر سرقت توسط پدر از مال فرزند رضاعی صورت گیرد و جامع تمام شرایط موجب حد باشد، می‌توان بر سقوط حد قطع از پدر رضاعی قائل بود؟ جستار حاضر به روش توصیفی ـ تحلیلی مبتنی‌بر منابع کتابخانه‌ای، با تتبع و بررسی دقیق ادلهٔ اربعه دربارهٔ سرقت حدیِ پدر و تطبیق آن با دیگر قواعد فقهی و قانونی، به این نتیجه رسیده است که قانونگذار با وضع مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی بر تفسیر موسع از قاعدهٔ درأ گرایش دارد و حدیث «أنت ومالك لأبيك» نیز که دلالت بر وجوب احترام به پدر دارد، شامل قرابت ناشی‌از رضاع نیز می‌شود و برای جلوگیری از قطع رحم، از سرایت حکم عام در آیه می‌کاهد که براساس تلازم احکام عقل و شرع، همچنین تسالم اصحاب بر قاعدهٔ درأ و اهتمام شارع بر احتیاط در دماء در جرائم مستوجب حد، شبههٔ مصداقیه‌ای در گسترهٔ آیهٔ سرقت ایجاد می‌شود که بر پدر رضاعی سرایت می‌کند و معافیت از مجازات قطع عضو در مادهٔ ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی بر پدر سارق از مال فرزند رضاعی را دارای وجاهت شرعی و قانونی نشان می‌دهد.

کلیدواژه‌ها: سرقت توسط پدر، فرزند رضاعی، قاعدهٔ درأ، قانون مجازات اسلامی.

---

۱. مقالهٔ حاضر، مستخرج از رساله دکتری با عنوان *«تأثیرات اپی ژنتیک در بروز رفتار مجرمانه و مسولیت کیفری»* از دانشگاه میبد یزد است.

۲. دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه میبد، یزد، ایران. Sadeghimoghaddam1369@gmail.com

۳. (نویسنده مسئول) استادیار گروه فقه و حقوق دانشگاه میبد، یزد، ایران. rostaei@meybod.ac.ir

۴. استاد گروه فقه و حقوق دانشگاه میبد، یزد، ایران. abkalantari@meybod.ac.ir

۵. استادیار گروه حقوق دانشگاه میبد، یزد، ایران. barghi@meybod.ac.ir

مقدمه

یکی از قدیم‌ترین جرائم علیه اموال که شاید از همان ابتدای پیدایش مفهوم مالکیت در جوامع بشری، برخی مرتکب آن می‌شدند و در ادیان و قبایل و جوامع مختلف مجازات سختی برای آنان، در نظر گرفته شده بود، جرم سرقت است. مجمع‌القوانین حمورابی، یکی از قدیم‌ترین قوانین مدون بشری، برای این جرم در مادهٔ ۲۲، مجازات قتل را لحاظ کرده بود (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۲، ص ۲٤۱). برای مبارزه با این جرم، کشورها با لحاظ شرایط و موقعیت‌های خاص به وضع مجازات‌های متناسب اقدام کرده‌اند؛ اما سرقت پدر از مال فرزند در باور گروهی از فقها، با اتکا به عموم آیهٔ سرقت[1]، مشمول حد قطع است. بیشتر فقهای شیعه به سقوط مجازاتِ حدی از پدر در سرقت از مال فرزند، البته منحصراً شامل پدر و جد پدری، عقیده دارند (صاحب جواهر، ۱۳٦۳، ج ٤۱، ص ٤۸۸؛ خمینی، ۱٤۰۳ ق، ج ۲، ص ۵۲۱). ناگفته نماند برخی همانند علامه حلی، مصرانه اعتقاد دارند که به‌دلیل تکلیف فرزندان بر رعایت احترام به والدین به‌نحو تساوی، حکم سقوط حد سرقت نیز دربارهٔ والدین مجری است و اختصاص و انصراف بر پدر ندارد (علامه حلی، ۱٤۱۳ ق، ص ۵۵۵). برخی به مقابله با این عقیده برخاسته، و آن را استحصانی قلمداد کرده‌اند که موجب تعطیلی حق‌الله شود (محمدی گیلانی، ۱۳۸۵، ص ۲۰۱). در سرقت دیگر خویشاوندان از یکدیگر، مانند سرقت زن و شوهر از همدیگر، عده‌ای گمان می‌کنند که بین آن‌ها حد اجرا می‌شود (محقق حلی، ۱٤۰۸ ق، ج ٤، ص ۱۷٤). عده‌ای نیز نظرشان بر عدم‌اجرای حد است و عده‌ای دیگر نیز مبنا را بر نفقه قرار داده‌اند و اعتقاد دارند قطع باید درخصوص زوج اجرا شود؛ اما درخصوص زوجه به‌دلیل محق‌بودن زوجه در مال زوج از باب تکلیف زوج بر انفاق زوجه، حد قطع از زوجه ساقط است؛ اما این شبهه دربارهٔ زوج در سرقت از مال زوجه ایجاد نمی‌شود (بهنسی، ۱۹۸۰ م، ص ۲۹). البته برخی از فقهای اهل تسنن عقیده دارند چون این افراد به حرز متعلق بر یکدیگر

---

۱. «والسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ الله ... » (مائده، ۳۸)؛ یعنی: دست زن‌ومرد دزد را درقبال کیفر رفتارشان قطع کنید، این مجازاتی است که خدا مقرر کرده است.

هرچند بدون اذن، ورود پیدا کرده‌اند، اجرای حد ممکن نیست؛ زیرا موجب قطع رحِم می‌شود. این گروه به آیهٔ ٦١ سورهٔ نور تمسک جسته‌اند (عوده، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۷۹؛ بهنسی، ۱۹۸۰ م، ص ۳۰).

قانونگذار ایران به پیروی از نظر بیشتر فقهای شیعه، حکم سقوط حد سرقت در فرض یادشده را در بند «ج» مادهٔ ٢٦٨ ق.م.ا، تنها شامل پدر و جد پدری می‌داند؛ فارغ‌ازاینکه دیگر موارد سرقت را موجب تعزیر، و سرقت حدی را موجب قطع عضو می‌داند. البته در فقه شیعه، صرف خویشاوندی موجب معافیت از مجازات حد نمی‌شود (طوسی، ١٤٤٣ ق، ص ۷۳۷؛ صاحب جواهر، ١٣٦٣، ج ٤١، ص ٤٩٢؛ خوئی، ١٣٦٨، ج ۲، ص ۱۲۰). آنچه دربارهٔ موارد سقوط حد سرقت بدان اشاره شد از باب شبهه‌ای است که ایجاد می‌شود؛ اما در سرقت پدر از مال فرزند رضاعی و وجوب اجرای حد قطع یا سقوط آن، پرسش اساسی این است که گسترهٔ حد قطع بر پدر و جد پدری تا چه‌اندازه است؟ اگر پدر از مال فرزند رضاعی خود، که هیچ ارتباط ژنتیکی با او ندارد، سرقت کند و جامع تمام شرایط سرقت موجب حد باشد، می‌توان بالملازمه قائل بر سقوط حد قطع از پدر رضاعی بود؟

پیش‌از این پژوهش، تحقیقاتی دربارهٔ ولایت پدر بر فرزند نگاشته شده است:

اسحاقی (۱۳۹۲) در مقاله‌ای با عنوان «بررسی مجازات سرقت از مال فرزند» به این نتیجه رسیده است که پدر از مجازات سرقت از مال فرزند معاف است؛ اما می‌توان مادر را نیز همچون پدر، از مجازات معاف کرد.

احمدوند و تال (۱۳۹۹) در مقاله‌ای با عنوان «بررسی ابعاد فقهی و حقوقی حدیث أنت ومالكَ لأبيك» به این نتیجه رسیده‌اند که ولایت بر فرزند از آنِ پدر و جد پدری او است و آن‌ها می‌توانند در حد ضرورت و نیاز از اموال فرزند بردارند.

تحقیقات سابق در نوع خود ارزشمند هستند؛ اما آثار قرابت ناشی‌از رضاع را در مسئلهٔ سرقت حدی بررسی نکرده‌اند. در پژوهش حاضر تلاش شده است تا انگیزهٔ شارع در سقوط حد سرقت و مبانی تسری آن بر پدر رضاعی در ارتکاب این جرم واکاوی شود؛ بنابراین با

جست‌وجو در منابع استنباط احکام قرآن، سنت، اجماع و عقل، مبانی و رویکردهای ایجادشونده در سقوط قطع از پدر در سرقت از اموال فرزند بررسی می‌شود و سپس به مطابقت آن با دیگر قواعد فقهی و حقوقی در این زمینه می‌پردازد و در نتیجهٔ آن، تکلیف دادرس در صدور حکم به سقوط یا عدم‌سقوط حکم قطع ید از پدر در سرقت از مال فرزند رضاعی، به دست می‌آید.

مدعای اصلی این است به‌اندازهٔ کافی ادله‌ای وجود دارند که اجازهٔ استناد به نهاد ارفاقی بند «ج» مادهٔ ۲٦۸ ق.م.ا، در سقوط حد سرقت از پدر رضاعی را می‌دهند و وجاهت آن را اثبات می‌کنند.

۱. موضوع‌شناسی: اثبات نسب و آثار آن

قرابت رضاعی قرابتی است که با شیرخوردن طفل از زنی که مادر واقعی طفل نباشد، ایجاد می‌شود. چنین قرابتی موجب ممنوعیت ازدواج با خویشاوندان رضاعی می‌شود؛ اما آثار قرابت نسبی، همچون ارث و انفاق در آن مطرح نمی‌شود (صفائی، و امامی، ۱۳۹۷، ص ۲۷٤-۲۷۵). طبق آیهٔ قرآن[۱]، ازدواج با مادر و خواهر رضاعی جایز نیست؛ لکن احادیث و اخبار دربارهٔ چنین ممنوعیتی، گسترهٔ بستگان رضاعی را گسترش داده است؛ برای نمونه حدیث «یحرم من رضاع، ما یحرم من نسب»، به عمو و عمه و دایی و خاله و اجداد و نوادگان هم سرایت دارد (شهید اول، بی‌تا، ص ۳۲۸). البته شیرخوردن نوزاد از این زن تابع شرایطی است که مادهٔ ۱۰٤٦ قانون مدنی به آن اشاره دارد. در اهمیت چنین قرابتی باید توجه داشت شیر دادن طفل بر طبق مادهٔ ۱۰٤٦ ق.م که موجب رشد آن طفل می‌شود به‌نوعی رابطهٔ طبیعی را همچون قرابت نسبی ایجاد می‌کند که شناخت آن در حقوق مبتنی‌بر فطرت است (صفائی، و امامی، ۱۳۹۷، ص ۲۷٦). مادهٔ ۱۰٤٦ به تبع فقه شیعه برای چنین قرابتی، این شرایط را بیان می‌کند:

۱.«حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهاتُكُمْ وَبَناتُكُمْ وَأَخَواتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخالاتُكُمْ وَبَناتُ الْأَخِ وَبَناتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهاتُكُمُ اللاَّتي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَواتُكُمْ مِنَ الرَّضاعَةِ...» (نساء۲۳)؛ یعنی: ازدواج مادران و دختران و خواهران و عمّه‌ها و خاله‌ها و دختران برادر و دختران خواهر و مادران رضاعی و خواهران رضاعی... بر شما حرام است.

۱. شیر زن از حمل مشروع حاصل آید؛ ۲. شیر باید مستقیماً از پستان مکیده شود؛ ۳. نوزاد باید شیر کامل را حداقل یک شبانه‌روز یا ۱۵ دفعهٔ متوالی خورده باشد؛ ٤. مکیدن شیر توسط طفل، پیش‌از اتمام دوسالگی او صورت گیرد؛ ۵. شیری که توسط طفل مکیده می‌شود، از زن و شوهر واحدی باشد.

بنابراین اولاً چنین قرابتی مقید به شرایطی است و شیرخوردن نوزاد در غیر از این شرایط، موجبات قرابت رضاعی را فراهم نمی‌کند؛ ثانیاً: تأثیر چنین قرابتی تا جایی نمایان است که مادهٔ ۱۰٤۷ ق.م، ازدواج با ارحام رضاعی همسر را مانند قرابت ناشی‌از نسب منع می‌کند؛ بدان‌معناکه کسی نمی‌تواند با مادر رضاعی همسر خود یا زنی که سابقاً همسر پدر رضاعی او بوده است مزاوجت کند. اگر فرزندی از یک زن و شوهر باشد فرزند واقعی آن‌ها به شمار می‌رود و ازنظر نسب به پدر ملحق است و تمام آثار میان پدر و فرزند ازجمله ارث و انفاق در آن مطرح می‌شود و بالتبع سقوط حد قذف و سقوط قصاص و سقوط حد قطع بر چنین پدری لحاظ می‌شود.

قانونگذار در مواد ۱۱۸۰ و ۱۱۸۱ قانون مدنی برای ولایت قهری بر فرزندان، پدر و جد پدری را صالح می‌داند. به اعتقاد برخی از حقوق‌دانان، ولیّ قهری برخلاف وصی و قیم، حق مطالبهٔ اجرت نیز ندارد (صفائی، و امامی، ۱۳۹۷، ص ۳۸۱). مادر هم از شمول مواد مذکور خارج است؛ اما براساس مواد ۱۱٦۸ و ۱۱٦۹ قانون مدنی و مادهٔ ٤۳ قانون حمایت خانواده، برای حضانت طفل شرایطی مقرر شده، و حضانت، حق و نیز تکلیف والدین دانسته شده، و خلاف این موارد، در مادهٔ ۱۱۷۳ قانون مدنی و مادهٔ ٥٤ قانون حمایت خانواده، سبب ضمانت اجرای قانونی دانسته شده است؛ در مجموع «أُم» [=والده]، به‌عنوان یکی از والدین از شمول کسانی که ولایت قهری بر طفل دارند، خارج، و ولیِّ قهری صرفاً شامل پدر و جد پدریِ نسبی می‌شود؛ اما جالب است ازمنظر معنای لفظی و منطوقی «أب» به معنای «والد» است؛ هر آنچه منجر به ظهور و ایجاد و رشد چیزی شود، مانند سخن پیامبر دربارهٔ امام علی (ع): «أنا وأنت أبواه هذه الأمة»، نسبت به آن «أب» محسوب می‌شود (راغب اصفهانی، ۱٤۱۲ ق، ص ۵۷). تاجایی‌که بعضی از اندیشمندان معتقدند واژهٔ «أب» بر پدر نسبی، مَجاز است و منظور از آن

همان جنبهٔ سببیت در ایجاد و پرورش و صلاح است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ٢٤٤) و انصراف امروزی در استعمال بر معنی پدر نسبی، نمی‌تواند مانع الغای خصوصیت در بهره‌مندی از برخی امتیازات و آثار شرعی بر دیگر موارد مشتبه شود؛ حتی در اغلب کتاب‌های لغت نیز معانی گسترده‌ای از واژهٔ «أب»، مانند «من له ولد»، بیان شده است (معلوف، ١٩٨٦ م، ج ۱، ص ۱۷۸). این گستردگی در معنای لغوی «أب»، در قرآن نیز مشاهده می‌شود؛ مثلاً در آیهٔ «وَ قَالَ يَا أَبَتِ هٰذَا تَأْوِيلُ رُؤْيَايَ» (یوسف، ۱۰۰)، «أب» به‌معنای «پدر» آمده است و در آیات دیگری مانند آیهٔ «فِي آبَائِنَا الْأَوَّلِين» (مؤمنون، ٢٤) در معنای «جد» آمده است و در آیات: «قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَلْفَيْنَا عَلَيْهِ آبَاءَنَا» (بقره/۱۷۰) و «مَا وَجَدْنَا عَلَيْهِ آبَاءَنَا» (مائده، ١٠٤) در معنایی اعم‌از «پدر و جد» به‌کار رفته است و در آیهٔ «قَالُوا نَعْبُدُ إِلٰهَكَ وَإِلٰهَ آبَائِكَ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَ إِسْحَاقَ» (بقره، ۱۳۳)، «أب» در معنای «عمو» نیز به‌کار رفته است؛ زیرا حضرت یعقوب برادرزادهٔ حضرت اسماعیل است (کوثری، ١٣٩٤، ج ۱، ذیل واژهٔ أب). به‌این‌ترتیب هرچند پدر رضاعی ازنظر ژنتیکی به فرزند رضاعی ارتباطی ندارد، ازمنظر اپی‌ژنتیکی[1] یا ورای ژنتیک [=تأثیر محیط و اجتماع بر فرزند] در برخورداری پدر از برخی آثار ناشی‌از چنین قرابتی، درحکم پدر واقعی قرار می‌گیرد که الغای خصوصیت از پدر نسبی را در بحث حاضر تقویت می‌کند؛ بنابراین آثار محیطی در رشدوپرورش فرزند در حیطهٔ ارتباط خانوادگی می‌تواند تکالیف شرعی را همچون احترام به والدین، برعهدهٔ فرزندان بگذارد. در ادامه برای تقویت مدعا، مبانی ایجادکنندهٔ حقوق ناشی‌از چنین قرابتی و رویکردهای شاخص در سقوط کیفر حد از پدر رضاعی بررسی می‌شود.

۲. مبانی تحقیق

برای تسریع در آشکارسازی الغای خصوصیت از مبانی سقوط حد از واژهٔ «أب»، بحث حاضر را با بررسی مبانی موجود جهت سقوط مجازات قطع عضو از پدر ادامه می‌دهیم:

---

۱. Ep-Genetic: تأثیرات محیط و اجتماع (مانند خانواده و تغذیه) که به خاموش یا روشن‌شدن توالی ژن‌ها می‌انجامد و متعاقب آن، بر رشد و شکل‌گیری شخصیت اجتماعی افراد مؤثر واقع می‌شود (Guerrero-Bosagna & Skinner, 2012, p 3-8).

مبنای اول: آیهٔ «والسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ الله ... » (مائده، ۳۸)، معروف به آیهٔ سرقت است که در آن مجازات قطع دست عنوان شده است. فقها و مفسران معتقدند که این آیه به‌صورت عام وارد شده است؛ اما عده‌ای معتقدند شأن نزول آیهٔ مذکور فقط دربارهٔ فردی به نام طعمة بن اُبَیرَق است (سمرقندی، ١٤١٦ ق، ج۱، ص۳۸۷) که طعمة بن اُبَیرَق، زره قتادة بن نعمان را از خانهٔ او برداشت و در کیسهٔ آرد گذاشت و دزدید. سپس آن را نزد زید بن سمیر یهودی گذاشت؛ اما گویی کیسهٔ آرد او سوراخ بود! با گرفتن رد آرد، به خانهٔ طعمة رسیدند. طعمة قسم خورد و رها شد. آن‌ها به‌دنبال ردّ آردِ به زمین ریخته‌شده، به خانهٔ زید رسیدند. زید گفت: طعمة زره را دزدیده است. مسلمانان این قضیه را به استحضار پیامبر (ص) رساندند. اطرافیان طعمة برای حفظ آبروی قبیله، با صحنه‌سازی نزد پیامبر(ص)، درصدد تبرئه طعمة برآمدند. در همین هنگام آیهٔ ۳۸ سورهٔ مائده و آیاتی دیگر نازل شد و پیامبر (ص) براساس کتاب خدا و آنچه بر ایشان وحی شد، علیه منافق داوری فرمود (شبستری، ۱۳۷۹، ص ۵۳۳). ورای این اختلاف‌نظر، ذکر این نکته شایسته است که دربارهٔ کلمهٔ «جزاء» که در آیه وجود دارد، عده‌ای معتقدند قطع دست، کیفر عمل سارق است. چنین کیفری از سوی خدا وضع شده، و در معنای عذاب خداوند است؛ اما «نکالاً»، عذاب مذکور را محدود می‌کند؛ به‌این‌صورت که عذاب باید به‌گونه‌ای باشد که فرد از عمل خود دست بردارد (طباطبائی، ۱۳۹۰، ج ۵، ص ۳۲۸). بنابراین زمانی که واژهٔ «نکالاً» بر «جزاء» وارد شده است، عبارت «فمن تاب من بعد ظلمه... و اصلح... فان‌الله یتوب علیه...» (مائده/۳۹) بیانگر این نکته است که اگر فردی توبه کند و اصلاح شود، خداوند توبه‌پذیر است؛ به‌عبارت‌دیگر، آیه در صدد بیان این نکته است که مجازات‌ها باید جنبهٔ پیشگیرانه داشته باشند نه انتقام‌جویانه (قرائتی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۲۹۱). البته عده‌ای از فقها نیز در تفسیر آیه بیان داشتند با توجه به اهمیت خانواده و تعاون و بستگان در اسلام، باید قبل‌از بریدن دست به اهمیت این موارد توجه کرد (قطب، ١٤١٢ ق، ج ۲، ص ۲۹۱)؛ اما آنچه دربارهٔ احکام آیه است، باید در فقه بحث و جست‌وجو شود که به آن خواهیم پرداخت.

مبنای دوم: روایت «أنتَ وَمالُك‌لأبيك» است که این روایت، از روایات موجود در منابع شیعه و سنی است (فاضل هندی، ١٤١٦ ق، ج١٠، ص٥٨٥؛ مجلسی، ١٤٠٣ ق، ج ١٠٠، ص ٧٤). مشهور فقها دلیل سقوط حد را از پدر، رابطهٔ ابوت مطرح کرده‌اند و در تبیین عقیدهٔ خود به این حدیث پیامبر (ص) متمسک شده‌اند که: «أنتَ وَمالُك‌لأبيك» (مجلسی، ١٤٠٣ ق، ج ١٠٠، ص ٧٤). از ظاهر روایت «أنتَ وَمالُك‌لأبيك»، برمی‌آید که گویا مال فرزند در حکم مال پدر است. اگر در تعریف سرقت بنگریم که ربودن مال متعلق به دیگری است، حدیث پیش‌گفته وانمود می‌کند که اجرای حد بر پدر معنا ندارد؛ اما با ورود روایات دیگر آشکار می‌شود که این روایت، بر مالکیت اشاره ندارد و مال فرزند از آنِ پدر نیست. در روایتی معتبر ابوحمزه ثمالی نقل می‌کند که امام باقر (ع) فرمود: «قال رسول الله (ص) لرجل: أنت ومالك‌لأبيك». سپس امام فرمود: «وما احب له أن يأخذ من مال ابنه الا ما يحتاج إليه مما لا بد منه ان‌الله عزّ وجلّ لا يحب الفساد» (کلینی، ١٤٠٧ ق، ج ٥، ص ١٣٤؛ قطب راوندی، ١٤٢٥ ق، ج ٢، ص ٣١).

عبارت «یحتاج الیه» در روایت پیامبر(ص) نشان از آن دارد که پدر درصورت ضرورت و حاجت، حق برداشتن از اموال فرزند خود را دارد و زیاده بر آن به فساد حمل شده است و دارای حرمت و شایستهٔ مجازات است؛ هرچند آن مجازات از نوع حد نباشد. در روایتی دیگر از محمد بن مسلم نقل شده است که امام صادق (ع) در پاسخ به این سؤال که چه چیزی از مال پسر برای یک مرد حلال است؟ فرمود: «يأكل منه ما شاء من غير سرف»؛ یعنی: مرد می‌تواند درصورت نیاز به اندازهٔ هزینهٔ زندگی از مال پسر استفاده کند، بدون اینکه زیاده‌روی کند. سپس امام به این سخن رسول خدا اشاره فرمود که: «أنت ومالك‌لابيك»؛ (کلینی، ١٤٠٧ ق، ج ٥، ص ١٣٦).

در این روایت به عبارت «يأكل منه ما شاء من غير سرف» اشاره شده است و مشخص نیست هر آنچه بخواهد می‌تواند استفاده کند و اسراف نکند یا اینکه مقید به احتیاج پدر شده است؟ که روایت صحیح السند از سعید بن یسار وارد شد که ظاهراً پدر می‌تواند از مال فرزند صغیر خود حج بگزارد! با این مضمون:

محمد بن الحسن بإسناده عن موسى بن القاسم عن صفوان عن سعيد بن يسار قال: قلت لأبي

عبد الله (ع) الرجل یحج من مال ابنه وهو صغیر. قال: نعم، یحج منه حجة الاسلام. قلت و ینفق منه قال إن مال الولد لوالده ان رجلاً اختصم هو و والده الی النبی (ص) فقضی ان المال والولد للوالد (طوسی، ١٤٠٧ ق، ج ٥، ص ١١).

به نظر می‌رسد همچنان باید قائل بر این بود که عبارت «یأکل منه ما شاء من غیر سرف» مقید بر احتیاج است؛ زیرا وجوب حج بر پدرِ نیازمند به نفقه، دور از ذهن است؛ همان‌گونه که برخی از فقها مانند حر عاملی را اعتقاد است «جایزبودن اخذ هزینهٔ حج از مال فرزند، بر اخذ آن به‌عنوان قرض حمل می‌شود؛ به‌گونه‌ای که حج نیز بر والد، واجب شده باشد» (حر عاملی، ١٤١٦ ق، ج ١٧، ص ٢٦٤). با ورود چنین روایاتی، قیودی همچون: احتیاج، تأمین معاش و... به روایت نبوی وارد می‌شود و اقوی می‌نمایاند که روایت مذکور نشان از مالکیت پدر بر مال فرزند ندارد و با وجود قید «لا یحب الفساد» در روایت ابوحمزه ثمالی، حد ساقط است؛ اما حرمت از آن مرتفع نمی‌شود و براساس «تعزیر لکل عملٍ حرام» شایستهٔ عقاب است. حال اگر روایت بر مالکیت پدر اشاره داشت، ربودن مال توسط پدر، حمل بر فساد نمی‌شد. برای مشخص‌شدن میزان تخصیص روایت بر آیهٔ سرقت در مباحث آتی به آن می‌پردازیم.

۳. رویکردهای شاخص

دربارهٔ شمول حکم قطع ید در آیهٔ سرقت، دو رویکرد کلی را می‌توان از مبانی واردشده ارائه داد:

رویکرد نخست: در این رویکرد، صرفاً پدر و اجداد پدر نسبی از مجازات قطع ید معاف هستند که در آن به باور برخی از فقها عدم‌اجرای حد بر پدر در سرقت از اموال فرزندِ خود، براساس روایت «أنت ومالُك لأبيك»، استثناء آیهٔ سرقت است و اگر دلیل قطعی بر عدم‌اجرای حد قطع به دیگر موارد نباشد، نمی‌توان اقدام به تسری حکمِ سقوط حد کرد (طوسی، ١٤٠٧ ق، ج ٥، ص ٤٩٩؛ شهید ثانی، ١٤١٢ ق، ج ٢، ص ٣٧٧). در این رویکرد اعتقاد بر این است که روایات زیادی دربارهٔ عدم‌تعطیلی حدود وارد شده، و در آن‌ها بر قطعیت در اجرای حدود و خودداری از شک‌های بی‌مورد در اجرای آن اشاره شده است. به‌عبارت‌دیگر، تردیدهای ناموجه نباید موجب تعطیلی و تضییع چنین عقوبتی شود؛ عقوبتی که شارع دربارهٔ آن‌ها چنان با قاطعیت سخن گفته، و موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای آن را خود مشخص کرده، و درصورت

اثبات، هیچ تخفیفی برای آن قائل نشده، شفاعت و کفالتی را در آن قبول نکرده، و راه فرار جز توبه، آن‌هم تحت شرایط خاص برای آن قرار نداده است، لابد در آن نفعی برای اجتماع وجود دارد. دراین‌صورت ما برای سامان‌بخشیدن به نظم و امنیت در جامعه، عبرت‌آموزی و تحقق عدالت و جلوگیری از ارتکاب جرم توسط افراد دارای حالت خطرناک و به عبارت دیگر مجرمان بالقوه، باید به چنین مجازات‌هایی متوسل شویم؛ برای مثال از حضرت علی(ع) در مرسلهٔ صدوق این‌گونه آمده است: « چنانچه در اجرای حد، اما و اگر راه پیدا کند، موجب تعطیلی آن می‌شود» (ابن بابویه، ١٤٠٤ ق، ج ٤، ص ٥٠). حتی عده‌ای تأکید دارند باید در تمام جرائم حق‌اللهی شهادت داوطلبانه را پذیرفت؛ در غیر این صورت با تعطیلی حدود روبه‌رو می‌شویم (ابن ادریس، ١٤١٠ ق، ج ٣، ص ٤٩١). در این رویکرد به روایتی که اجرای یک حد را بر چهل شبانه‌روز باران، برتری داده است، استناد می‌شود (کلینی، ١٣٨٧، ج ٧، ص ١٦٧). همچنین می‌توان به روایات دیگر، مانند روایت امام صادق (ع) در مرسلهٔ برقی (نک: حر عاملی، ١٤١٦ ق، ج ١٨، ص ٢٣١)، روایت یزید کناسی به نقل از امام باقر(ع) (نک: کلینی، ١٣٨٧، ج ٧، ص ١٩٨)، روایت حلبی به نقل از امام صادق (ع) (نک: کلینی، ١٣٨٧، ج ٧، ص ١٦٧) اشاره کرد که بررسی آن‌ها مجال و مقال دیگری را می‌طلبد؛ اما اشاره به این نکته ضروری است که در این رویکرد، استناد به قاعدهٔ درأ، ناموجه تلقی می‌شود. چون مستند قاعدهٔ درأ، روایت «تدرأ الحدود بالشبهات»، در کتاب *من لا یحضره الفقیه* از قول پیامبر(ص) (ابن بابویه، ١٤٠٤ ق، ج ٤، ص ٧٤) و در کتاب *مقنع*، از قول امیرالمومنین علی(ع) آورده شده است (ابن بابویه، ١٤١٥ ق، ص ١٤٧)؛ چون شیخ صدوق مشخص نکرده است که از چه افرادی روایت مذکور را از قول پیامبر(ص) یا حضرت علی(ع) نقل می‌کند، بنابراین، این روایت، مرسل محسوب می‌شود که ازنظر برخی فقها همچون مرحوم خوئی (١٣٩٦، ج ١، ص ١٦٨– ١٦٩)، قاعدهٔ یادشده، غیرمعتبر است. مخالفان این قاعده معتقدند ادعای اجماع بر قاعدهٔ درأ که طرفداران به آن استناد می‌کنند، غیرقابل‌دفاع است؛ زیرا از حدیث مرسلِ شیخ دربارهٔ قاعدهٔ درأ که یک‌بار آن را از قول پیامبر (ص) و بار دیگر از حضرت علی (ع) بازگو می‌کند، قاعدهٔ درأ نمی‌تواند خبر معصوم

باشد و به‌نظر، قاعده‌ای مستنبط از جمیع احادیث است و اعتقاد به اطلاق چنین قاعده و گسترش قلمرو آن، صحیح نیست و نمی‌توان با ارائه تفاسیر موسع از این قاعده، از اجرای حدود طفره رفت و موجبات تعطیلی آن را فراهم ساخت (خوئی، ۱۳۹٦، ج ۱، ص ۳۳۳).

برخی از فقها نیز معتقدند دربارهٔ سقوط حد قطع از پدر نسبی، اجماع (البته از نوع محصل و منقول) وجود دارد (صاحب جواهر، ۱۳٦۳، ج ٤۱، ص ٤۸۸) و با استناد به قیاس اولویت، در سقوط مجازات قتل و قذفِ فرزند از پدر «لانه لو قتله لا یقتل به، فلا یقطع یده بیده، فکیف یقطع یده بماله» به طریق اولی به سقوط حد سرقت معتقدند (فاضل موحدی لنکرانی، ۱٤۰٦ ق، ص ٤۹۸). ناگفته نماند برخی از فقها مانند ابن جنید، مخالف سقوط حد از پدر هستند. از کلام دیگر فقهای امامیه فهمیده می‌شود که آنان موافق سقوط حد هستند؛ اما صرفاً بر سقوط حد از پدر نسبی اصرار دارند و قول خلاف، مانند عقیدهٔ ابن جنید را نافی اجماع نمی‌دانند (صاحب جواهر، ۱۳٦۳، ج ٤۱، ص ٤۸۸). آن‌ها در توجیه استناد بر قیاس اولویت به حدیث صحیح از محمد بن مسلم، به نقل از امام باقر(ع) اشاره کرده‌اند که «در آن کسی از امام پرسیده بود: اگر شخصی دیگری را قذف کند و نسبت زنا به او دهد، حد می‌خورد؟ آیا پدری که فرزندش را قذف کند و نسبت زنا به او دهد، حد می‌خورد و پسر می‌تواند اجرای حد قذف را بر پدرش تقاضا کند؟ امام در جواب فرموده بود: «پدر را به قتل فرزند قصاصی نیست، چگونه می‌شود به‌سبب قذفِ فرزند، پدر را شلاق زد!» (حر عاملی، ۱٤۱٦ ق، ج ۲۸، ص ۱۹٦). این دسته از فقها عقیده دارند ذکر قذف در این روایت، خصوصیتی نداشته، و صرفاً در جواب سؤال موردبحث آمده است و عمومیت حکم، بر سقوط حد سرقت از پدر نیز دلالت دارد (خوئی، ۱۳۹٦، ج ۱، ص ۳۵۱).

به‌این‌ترتیب در این رویکرد شاید به نظر رسد زمانی که دست مادر نسبی قطع می‌شود، به طریق اولی باید پدر رضاعی را مشمول عمومیت آیه و قطع عضو دانست؛ زیرا اشاره شد اگر پدر نَسَبی چیزی از اموال فرزند را سرقت کند، حد قطع از او ساقط است و این استثنا، جد پدری (و هرچه بالا رود) را شامل می‌شود (طوسی، ۱٤۰۷، ج۵، ص٤٤) که درصورت سرایت عدم‌قطع ید بر اجداد رضاعی، گسترهٔ سقوط حد، افزایش

می‌یابد؛ پس نمی‌توان پدر رضاعی را از حکم عام آیه، خروج موضوعی داد؛ زیرا دراین‌باره صرفاً شبهۀ مصداقیه مخصص مربوط به روایت «أنتَ وَمالُك‌لأبيك» است که خاصی به ما هو خاص است. به عبارت دیگر، این شبهه مربوط به خود مخصص است نه مربوط به آیۀ عام؛ مثلاً درخصوص«لأبيك»، ما شک می‌کنیم این عبارت را برای کسی که پدر رضاعی فردی محسوب می‌شود، سرایت دهیم یا صرفاً پدر نسبی او را شامل می‌شود؟ دراین‌صورت، خاص شمولیتی بر مورد مشکوک پیدا نمی‌کند؛ همان‌گونه که برخی از علما معتقدند عام، موضوع برای خود درست نمی‌کند و به‌عبارت دیگر کبرا قضیۀ صغرا برای خود ایجاد نمی‌کند؛ چراکه شمول کبرا بر صغرا در صورتی است که صغرا درخارج محقق باشد (انصاری، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۹۲). پس به عمومیت عام هیچ‌گونه اجمال و خدشه‌ای وارد نمی‌شود و سرایت عام صحیح است!

رویکرد دوم: در این رویکرد، سقوط مجازات از تمام اقربا جایز است که در آن عده‌ای از فقها شمولیت حدیث را گسترش داده‌اند و باور دارند اگر شخصی از دیگری که آن‌ها را با هم رابطۀ محرمیت باشد، سرقت کند، چه اینکه محرمیت ناشی‌از نسب باشد، چه غیر از آن، حکم قطع دربارۀ آن‌ها مجرا نیست؛ چراکه هرکدام از این افراد می‌تواند بدون اذن دیگری وارد خانۀ او شود. پس عنوان حرز بر چنین مکان‌هایی صادق نیست و اجرای حکم قطع در چنین مواردی تالی فاسد است؛ زیرا منتج‌به قطع رحم می‌شود (با استناد به نور/٦١) و از این مقدمۀ حرام، ذی‌المقدمه حرام حاصل‌آید (کاسانی، ۱۹۸۲ م، ج ۷، ص ۵۷). برخی علاوه بر اینکه سرقت از مال فرزند را مشمول حد نمی‌دانند، سرقت از مال والدین را نیز از شمول آیۀ سرقت، خارج می‌دانند (بهنسی، ۱۹۸۰ م، ص ۲۹-۳۰).

در این رویکرد، اعتقاد بر اطلاق آیه نقد می‌شود. عده‌ای بیان داشته‌اند: «وظاهر الآية العموم في كل سارق، وليس كذالك‌لقوله (ع): لا تقطع يد السارق الا في ربع الدينار فصاعداً» و معتقدند آیۀ سرقت باوجود بعضی از احادیث پیامبر (ص)، مانند «ولايقطع الأبوان بسرقة مال ابنهما لقوله (ع): أنت ومالك‌لأبيك» تعمیم نسبی دارد (قرطبی، ١٤٠٥ ق، ج ٦، ص ١٧٠-١٦٠) و با تأکید بر اینکه

«إن الآية في مقام بيان أصل الحكم فلا يؤخذ بإطلاقها ولا أقلّ من الشبه الدرائة» (مرعشی، ١٤٢٤ ق، ص ۱۳۷) باور دارند که آیه در شأن تشریع نازل شده، و اعتقاد بر اینکه آیه در جایگاه بیان، وارد شده است وجاهت ندارد و با تسری شبهه نمی‌توان بر اطلاق آن مُصر بود و با توجه به مقیدبودن حکم بریدن دست بر شروط متعدد، اعتقاد بر اطلاق آیه صحیح نیست (موسوی خوانساری، ١٤٠٥ ق، ج ۷، ص ١٤٥). براساس این دیدگاه، دو مورد جلب توجه می‌کند:

۱. ازمنظر حقوقی و تفسیر قانونگذار از قاعدهٔ درأ است. در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ اشاره‌ای به قاعدهٔ درأ نشده بود و قضات می‌بایست براساس اصل ١٦٧ قانون اساسی حکم قضیه را صادر می‌کردند؛ اما در سال ۱۳۹۲ قانونگذار با درج مادهٔ ۱۲۰ ق.م.ا، قائل بر پذیرش تفسیر موسع قاعدهٔ درأ است؛ بنابراین شرایط سختی را برای اثبات جرائم حدی تعیین کرده است؛ مانند تعداد و قیود شهادت بر وقوع برخی جرائم و اقرار در آن‌ها و اینکه برای جنبهٔ غیرکیفری جرائم، یک‌بار قرار کافی است؛ اما برای اثبات جنبهٔ کیفری جرائم، گاه مقید به شهادت چهار شاهد مرد عادل که با چشم، عمل ارتکابی (مثلاً جرم لواط) را مشاهده کنند، مؤید این مطلب است که اهتمام قانونگذار بر احتیاط در آسیب‌های جسمی و جانی است. بنا بر اهمیت احتیاط در دماء در جرائم حدی و مبنی‌بودن حدود بر تخفیف، تا حدامکان از ورود برخی اصول عقلایی محدودکننده به قلمرو اصل احتیاط نیز جلوگیری می‌شود. برای مثال می‌دانیم اصل بر عدم اشتباه و سهو است؛ اما اگر متهم به جرم حدی ادعای سهوی بودن داشته باشد، با توجه به قاعدهٔ درأ، اصل عدم بر گفتهٔ متهم تسری نمی‌یابد؛ در غیر این صورت ملازمه با عدم پذیرش قاعدهٔ درأ می‌انجامد و نفوذ قاعدهٔ درأ را عملاً غیرممکن می‌سازد. قانونگذار در وضع مادهٔ ۱۲۰ ق.م.ا، متفطن این موضوع بوده است؛ ولی روزنه برای نفوذ برخی از اصول شرعی گشوده می‌شود؛ اصولی که خداوند در گسترهٔ قرابت و خانواده وضع می‌کند، مانند «اصل احترام» که از آیات و روایات پیش‌گفته برداشت می‌شود، که از آن به «اصول اساسی

الهی» یاد می‌شود (محمدقلی‌ها، مهدوی‌کنی، تقی‌زاده‌خواجکینی، ۱٤۰۱ ش، ص ۵۱-۷۷)؛ و نگاه تک‌بعدی به چنین اصولی در مسائل مربوط به پیوند خانوادگی نوعی غفلت از اهتمام خداوند بر احترام به والدین است؛ چنین اصولی ایجاب می‌کند که تعیین مجازات مجرمان در حیطهٔ وابستگی خانوادگی با دیگر حوزه‌ها نیز متفاوت باشد؛ زیرا در سیاست کلانِ خانواده، اهدافی دنبال می‌شود که علاوه بر رعایت اصول شرعی مانند رعایت احترام در حیطهٔ خانواده، باید تأثیرات اجتماعی رشد کودکان نیز کانون توجه باشد تا فرزندان، دارای شخصیت اجتماعی سالم و متعادلی شوند. خداوند نیز در قرآن، انسان را به انتخاب شایسته‌ترین روش‌ها، همچون روش شایسته در استفاده از کمینهٔ کیفر، سفارش می‌کند؛ پس نمی‌توان در صورت تعارض اصول شرعی با قوانین جزئی، بی‌اعتنای این اصول شد (مهدوی‌کنی، ۱۳۹۲، ص ۵-۳۲). قانونگذار نیز بر التفات به چنین اصولی (اصل احترام) تأکید دارد (مادهٔ ۱۱۷۷ ق.م).

۲. آیاتی از قرآن کریم نیز جلب توجه می‌کند: «وَإِنْ جَاهَدَاكَ عَلَى أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلاَ تُطِعْهُمَا وَ صَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً ... » (لقمان، ۱۵)؛ برخی از فقها همچون مکارم شیرازی دربارهٔ این آیه عقیده دارند که هرگز نباید رابطهٔ انسان با پدرومادرش، مقدم بر رابطهٔ او با خدا باشد و عواطف خویشاوندی نباید ضرری به اعتقاد دینی او بزند؛ اما این موضوع، نشان از این ندارد که فرد بتواند دربرابر پدرومادر کافر خویش به بی‌حرمتی دست زند. عدم‌اطاعت از آن‌ها در مسئلهٔ کفروشرک، دلیل بر قطع رابطهٔ مطلق با آن‌ها نیست و باید با آن‌ها به‌طرز شایسته رفتار کنند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۸، ج ۱۷، ص ٤۹) و آیات دیگر همچون «وَ بِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً ... ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ» (انعام، ۱۵۱)؛ «وَ وَصَّيْنَا الإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْناً» (عنکبوت، ۸)؛ «وَ وَصَّيْنَا الإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْناً عَلَى وَهْنٍ وَ فِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَ لِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ» (لقمان، ١٤)؛ « وَ وَصَّيْنَا الإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَاناً» (احقاف، ۱۵)؛ « وَ قَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُوا إِلاَّ إِيَّاهُ وَ بِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً ... » (إسراء، ۲۳)؛ با توجه به تأکید خداوند بر احترام به والدین و ارتباط خانوادگی نزدیک میان فرزندان و آن‌ها، همان‌گونه که فقهای عامه نیز اشاره

کرده‌اند به‌دلیل جلوگیری از قطع رحم (کاسانی، ۱۹۸۲ م، ج ۷، ص ۷۵)، فرزند دربرابر پدر، حق درخواست قصاص و حد قذف ندارد. البته دربارهٔ حد سرقت نیز همین‌طور است. اینکه عقل، یکی از مبانی استنباط احکام اسلامی است ایجاب می‌کند تلازم بین احکام شرعی و عقلی وجود داشته باشد؛ بنابراین قاعده‌ای باعنوان تلازم بین احکام عقلی و شرعی به میان می‌آید که بیان می‌کند: «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع و کل ما حکم به الشرع حکم به العقل» (محمدی، ۱٤۰۲ ش، ص ۲۷۰). اهمیت بحث در این است که درصورت شک در مکلفٌبه بر وجوب قطع دست پدر رضاعی در جایی که دو احتیاط معارض هم قرار می‌گیرند، باید به کمک احکام عقلی، حکم مسئله را پیدا کرد. دراین‌باره به قاعدهٔ «قبح عقاب بلابیان» هم‌سو با آیهٔ «و ما کنا معذبین حتی نبعث رسولاً» (إسراء/۱۵) استناد می‌شود که به‌موجب‌آن هیچ فعل یا ترک فعل تا زمانی که برای آن ازقبل مجازات تعیین نشده باشد، جرم محسوب نمی‌شود؛ زیرا یکی از احکام مستقل عقل، حسن عدل و قبح ظلم است و بیشتر امور بد یا خوب تحت عنوان عدل و ظلم، حکم به خوبی و بدی بر خود خواهند گرفت و اقتضاء دارد به حکم عقل، مجازات‌ها به‌صورت دقیق اجرا شود تا منجر به دفع ضرر محتمل شود. اگر انسان در هر موردی احتمال ضرر دهد، دفع ضرر محتمل واجب است. آنچه در بحث احتیاط نیز بررسی می‌شود جایگاه قاعدهٔ دفع ضرر محتمل انکارنشدنی است؛ زیرا مبنای اصلی احتیاط برای دفع ضرر محتمل است (خوئی، ۱۳٦۸، ج ۲، ص ۱۸٦). در این رویکرد اگر به هر دلیلی، برای ما یقین به رضایت شارع در به‌کارگیری مجازات‌های حدی حاصل نشود، اذن در استعمال آن ازسوی شارع، کشف نمی‌شود؛ زیرا دربارهٔ دماء و نفس، از روایات و تسالم و تمایل شارع، صرفاً مراعات احتیاط یقینی است که باید به آن عمل شود (موسوی بجنوردی، ۱٤۰۱ ق، ج ۱، ص ۱۸٤). حتی سیاست کیفری اسلام درخصوص جرائم حدی نیز مبنی‌بر تخفیف و مسامحه است (حر عاملی، ۱٤۱٦ ق، ج ۲۸، ص ٤٦). اینکه راه‌های اثبات جرائم حدی بسیار پیچیده است، بیانگر اهتمام شارع در حفظ نفوس است و زمانی که مکلف، علم به وجود تکلیف و الزام به آن دارد، اما در مکلفٌبه تردید دارد، دراین‌صورت اگر شرایط جریان اصل احتیاط وجود داشته باشد، باید آن را رعایت کند (مظفر، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۷۲-۲۷۱؛ حیدری، ۱٤۱۲ ق، ص ۲۳۹-۲٤۰) و اگر مجازاتی (اعم‌از

مرحلهٔ ثبوت و اثبات) به جهاتی مورد تردید باشد، اصل برائت و قاعدهٔ درأ در چنین شرایطی مانع مجازات می‌شوند. البته اکثر فقهای امامیه نیز با این اعتقاد که اصولاً قوانین جزایی، مبنی بر تسامح و تخفیف است بر روایات مبنی بر تخفیف در حدود، عمل و حکم کرده‌اند (حر عاملی، ١٤١٦ ق، ج ٢٨، ص ٤٦؛ شمس الائمه سرخسی، ١٤٠٦ ق، ج ٩، ص ٩٦) و در اثبات جرائمی مانند زنا و لواط، چهار مرتبه اقرار را شرط می‌دانند و یک‌بار اقرار را مثبِت چنین حدودی نمی‌دانند و معتقدند در چنین فرضی شارع، راه گریزی برای اقرارکننده قرار داده است که نشان از اهتمام شارع مقدس بر احتیاط در ورود آسیب‌های جسمی و جانی است (علامه حلی، ١٤٢٠ ق، ج ٥، ص ٢٦٦). هرچند مبنای قاعدهٔ درأ، روایت مرسل به نقل از شیخ صدوق است، عده‌ای از فقها به خبر واحد عمل نمی‌کنند، مانند طباطبائی کربلائی (١٤٢٢ ق، ج ١٣، ص ٦١٢-٦١١) که این روایات را نص متواتر می‌داند و معتقد است: «الأولی، التمسك بعصمة الدم الاّ في موضع اليقين، عملاً بالنص المتواتر به دفع الحد بالشبهات» (١٤٢٢ ق، ج ٢، ص ٤٩٥) و مُصرانه تلاش کرده است تا مدلل کند مرحوم صدوق به گفتهٔ خود ایشان، از یادآوری سند برخی احادیث خودداری کرده است؛ ولی او صحت آن احادیث را باور دارد و آن‌ها را مبنای حکم خود قرار داده است که احادیث مرسل از او بسانِ احادیث مسند، اعتبار و نفوذ روایات معتبر را دارد (موسوی بجنوردی، ١٤٠١ ق، ج ١، ص ١٥٣-١٥٢) و اگر فقها براساس حدیثی عمل کرده، و مطابق آن حکم داده باشند، به صدور خبر ازجانب معصوم، اطمینان حاصل می‌شود و شهرت عملی آن نیز محرز می‌شود (موسوی بجنوردی، ١٤٠١ ق، ج ١، ص ٣٥٣). بنابراین در این رویکرد، از قاعدهٔ درأ به‌عنوان قاعده‌ای که با اصل تفسیر به نفع متهم وحدت مجرا دارد، یاد کرده‌اند و آن را تفسیر موسع کرده، و شامل تمام شبهات و تمام جرائم دانسته‌اند (محقق داماد، ١٤٠١ ش، ج ٤، ص ٤٣) و بر پایهٔ اصل «لا ولاية لأحدٍ على أحد» اصل بر عدم‌ترتب آثار حکم است، مگر آنکه دلیلی قطعی بر نفوذ حکم باشد (صادقی‌مقدم، ١٣٩٨، ص ٦١).

٤. اندیشهٔ منتخب

پیش‌از انتخاب رویکرد موردنظر، شایسته است سیاست فقه جزایی در تمایز سرقت حدی از تعزیری مشخص شود. در اهمیت سرقت حدی باید توجه داشت فقها نوعی خاصی از ربایش

را که جامع شرایط موردنظر باشد، سرقت نام نهاده، و برای آن مجازات معین قائل‌اند و از ربودن در دیگر موارد، تحت‌عنوان استیلاب، اختلاس، اخذ بالسوم و ... یاد کرده‌اند؛ و معتقدند اگر ربایش، علنی و به‌صورت آشکارا و قهری صورت بگیرد، مشمول مجازات معین قرار نمی‌گیرد و با این بیان: «لوهتك‌الحرزقهراً ... و ُخذ... لم یقطع؛ لکونه‌غاصباً؛ لاسارقاً» (صاحب جواهر، ۱۳٦۳ ق، ج ٤۱، ص ٤۸۷) رباینده را سارق نمی‌نامند؛ اما برمبنای قاعدهٔ «تعزیرلکل عمل‌حرام»، طبق نظر امام تعزیر می‌شود.

درهرصورت سرقت‌های حدی تفات‌های زیادی در آثارِ قبل‌از اثبات و بعداز اثبات با دیگر ربایش‌ها دارند؛ ازجمله می‌توان اشاره کرد که سرقت‌هایی که مشمول مجازات معین قرار می‌گیرند، مجازات سنگینِ بریدن دست را به دنبال دارند که قابلیت تخفیف، تبدیل، شفاعت و کفالت را ندارند تا همچون سرقت‌های تعزیری دارای مجازات‌هایی شوند که بر حسب شرایط جسمانی و زمانی و مکانی مؤثر در ارتکاب جرم، طبق نظر حاکم، فردی‌سازی شوند. به اعتقاد ما چنین مجازات‌های خشونت‌آمیزی، مخالف مقتضای توبه و اعادهٔ حیثیت سارق است و مانع جدی در پیوند مجدد مجرم به اجتماع محسوب می‌شود؛ زیرا عضوِ قطع‌شده، برچسب مجرمانه‌ای بر سارق وارد می‌کند که تا پایان عمر او، قابلیت زدودن ندارد؛ بنابراین باید در صدور چنین احکامی جوانب احتیاط رعایت شود و به‌قدر متیقن اکتفا شود تا آثار سوء ملی و فراملیتی آن به حداقل برسد. ازسوی‌دیگر سرقت حدی قبل‌از اثبات، حق‌الناس است؛ یعنی گذشت در آن از موجبات سقوط است؛ اما بعداز اثبات، گذشت تأثیری در آن ندارد؛ حال آنکه در تعزیرات چنین موردی مطرح نمی‌شود و گذشت شاکی، در جرائم غیرقابل‌گذشت [از موجبات تخفیف] و در جرائم قابل‌گذشت [در سقوط مجازات] مؤثر است (طوسی، ۱٤۰۳، ج۳، ص۱۹۷). این شدت برخورد در حدود بعداز اثبات جرم تا جایی است که اگر شرایط عامه تکلیف ازجمله بلوغ احراز نشود هرچند عدم بلوغ برحسب حدیثِ رفع، از موارد رافع مسئولیت کیفری است؛ اما برخی فقها معتقدند باید تعذیب صورت گیرد و حتی تکرار سرقت را در مرحلهٔ پنجم توسط صغیر ممیز مشمول حد می‌دانند (طوسی، ۱٤٤۳ ق، ص۷۳۵) و در

صورت سقوط حد از بزرگسال حتی در غیر از موارد جنون، تأدیب را توصیه می‌کنند (خمینی، ۱٤۰۳، ج۲، ص٤۸۱) و اگر حدی ثابت شود هرچند جنون بعداز اثبات جرم، عارض شود حد ساقط نمی‌شود (شهید ثانی، ۱٤۱۲ ق، ج۵، ص۱۷۲)؛ اما جالب است فقها قبل‌از اثبات سرقت، بنا را بر تخفیف می‌گذارند؛ مثلا اثر توبه نیز قبل‌از اثبات جرم بر اساس روایت در صحیحهٔ عبدالله ابن سنان عن ابی عبدالله(ع): «السارق‌اذ جاءمن‌قبل نفسه تائباً... فلاقطع‌علیه» حد سرقت را ساقط می‌کند (حر عاملی، ۱٤۱٦ ق، ج ۱۸، ص ۳۰۲) یا اینکه اگر مال مسروقه قبل‌از اثبات جرم، تحت ید مالک قرار گیرد از موجبات سقوط حد است (صاحب جواهر، ۱۳٦۳ ق، ج ٤۱، ص ۵۵۲). این در حالی است که عناصر جرم، محقق گشته است و اساساً بازگرداندن مال نباید تأثیری در مجازات معین داشته باشد. پس اصل بر عدم مجازات‌گرایی در سرقت‌های حدی قرار می‌گیرد.

دربارهٔ آیهٔ سرقت ما را عقیده بر آن است که زمانی به آیات کلی قرآن مبین عمل می‌کنیم که قصور فحص از وجود تخصیص مرتفع باشد. اکنون تخصیص یادشده برپایهٔ روایتی در سنت پیامبر (ص) یکی از منابع استنباط احکام است که در نوعِ خود، حکم عامی را بیان می‌کند و کلی است؛ زیرا مشخص نیست با توجه به مناقشات موجود در خود آیه و واژهٔ «أب»، حکم «لایقطع‌الأبوان» مشمول چه کسی است! درست است که مخصص در اینجا دارای اجمال است؛ اما این اجمالِ خاصه نیست، بلکه چنین اجمالی در مصداق، مربوط به عام در آیهٔ سرقت نیز می‌شود و از نفوذ حکم عام در آیه می‌کاهد تا نتوان حکم عام بریدن دست را بر مصادیق مشتبه تسری داد؛ زیرا اگر در روایت به مالکیت پدر بر اموال فرزند معتقد باشیم، قیود واردشده به وسیلهٔ روایات دیگر مانند بیان اندازه بی‌معنا است و روایت نیز در تلاش است تا تسامح مدنظر باشد (خوئی، ۱۳٦۸، ج ۲، ص ۱٦٦). در روایت «الرجل یأخذ من مال ولده ...» (طوسی، ۱٤۰۷ ق، ج ٦، ص ۳٤۵) نیز با توجه به عبارات کلی «رجل و ولد»، شبههٔ مصداقیهٔ موردبحث درخصوص پدر رضاعی تقویت می‌شود؛ همان‌گونه که منظور از واژهٔ «ولد» در روایت ابن‌سنان ازمنظر برخی فقها واژه‌ای همگانی است. ابن‌سنان می‌گوید: «سألته عن أبا عبد الله (ع) ماذا یحل الوالد في مال ولد؟

قال: اما إذ انفق علیه ولده بأحسن النفقه، فلیس له أن یأخذ من ماله شیئاً» (حر عاملی، ١٤١٦ ق، ج ١٢، ص ١٩٥). والد نیز می‌تواند معنای کلی و فراگیر داشته باشد و شامل پدر رضاعی شود و خصوصیتی از آن برداشت نمی‌شود. این در حالی است که یکی از فقهای عامه نیز دراین‌باره معتقد است: «وجود نسب و قرابت، مانع پذیرش شهادت بین فرزندان و والدین به نفع یکدیگر است؛ به طریق اولی حد قطع بر آن‌ها سرایت نمی‌کند» (بهوتی، ١٤٠٢ ق، ج ٦، ص ١١٧). واضح است از بررسی جمیع روایات چنین برمی‌آید که روایت «أنت ومالک لأبیک» بر بیان مذاق شارع به لزوم احترام به منزلت چنین افرادی (اعم‌از پدر نسبی و رضاعی) که پیامبر(ص) از واژهٔ «أبیک» در پاسخ به مخاطب استفاده کرده است، صراحت دارد و غیر از این برداشت نمی‌شود و ترجیح در آن از دید نویسندگانِ پژوهش، بلا مرجح است.

ناگفته نماند در خروجِ پدر نَسَبی از مجازات قطع عضو در سرقت از مال فرزند با توجه به دلایل، ما را میل به ستیز نیست؛ اما استناد به قیاس اولویت در مسئله، جای بس تأمل و درنگ دارد:

اولاً، براساس این اعتقاد، در کبرای قضیه، پدر را بر قتل فرزند قصاصی نیست. اصولاً در صغرای قضیه در برداشتن مال فرزند، حد قطع از او ساقط می‌شود. به نظر می‌رسد چنین مقایسه‌ای و تسری آن صرفاً بر پدر نسبی (فارغ‌از پدر رضاعی) قیاس مع‌الفارق است؛ زیرا جرائم مشمول مجازات حد را با جرائم مشمول مجازات قصاص، چه در اقتضای مجازات و مناط آن و چه در متصف‌شدن بر حق‌الله و حق‌الناس، تفاوت بسیار است. فقهای امامیه نیز در چهارچوب قاعدهٔ «قبح عقاب بلابیان» و اصل «احتیاط» و با استناد به این روایت از امام علی(ع) که «اگر هزاران گناهکار مجازات نشوند، بهتر از آن است که فردی بر خلاف حق، مجازات شود»، حساسیت بر حفظ کرامت انسانی و پرهیز از مجازات‌های ناروا دارند و با به‌کارگیری عباراتی همچون «حدود مبنی علی تخفیف وفیه إحتیاط في حفظ دماء» (آبی، ١٤١٧ ق، ج ٢، ص ٥٤٩؛ صاحب جواهر، ١٣٦٣، ج ٤١، ص ٢٩٨)، «إنّ الشبهة تدرأ الحدود وهي مبني علی تخفیف» (فاضل هندی، ١٤١٦ ق، ج ١٠، ص ٦١٦)، و «إنّ الحدود مبني علی تخفیف وتسامح» (منتظری، بی‌تا، ص ١٥٨)، بر این مورد مهم تأکید دارند که اقتضای حدود مبنی‌بر تخفیف و مسامحه

است، تاجایی‌که برای اثبات مجازات از جرائم حدی، شارع بر پرده‌پوشی اهتمام دارد؛ زیرا خداوند بی‌نیاز از حق است؛ بنابراین عِقاب آن جز در موارد استثنایی، اثبات‌پذیر نیست و اصل نیز بر برائت است. حال آنکه پذیرش تام فحوای اولویت به این شیوه در چنین جرائمی، می‌تواند آثاری به‌مراتب غیرقابل پذیرش ازلحاظ عقلی و شرعی و قانونی به دنبال داشته باشد که نقطهٔ پایان و مفارقت از آن بسیار دشوار است.

ثانیاً، محدودکردن گسترهٔ معافیت از مجازات، صرفاً به پدر نسبی با استناد به اجماع، مبهم است و اعتباری ندارد. با توجه به اشارهٔ برخی از فقها به اجماع منقول، باید توجه داشت چنین اجماعی ملحق به مطلق ظنون است و معتبر نیست. نمی‌توان به این اتفاق‌نظر فقها که مبتنی‌بر قیاس است، استناد کرد. چنین اجماعی ماهیتاً مدرکی است و قوهٔ استناد ندارد؛ اما دربارهٔ اختلاف در استناد به قاعدهٔ درأ، باید توجه داشت فقها اعم‌از امامیه و عامه به این قاعده استناد کرده، و با عباراتی نظیر «لأنه من الشبهة الدرائه» قائل بر عدم مجازات در مسائل جزایی، به‌ویژه حدود شده‌اند که ارزش این تسالم اصحاب به عقیدهٔ برخی از فقها از اجماع نیز بالاتر است (محقق داماد، ۱٤۰۱ ش، ج ٤، ص ٤۸).

دربارهٔ تسالم اصحاب باید خاطرنشان کرد که ضعفِ حجیت روایاتی هرچند مرسل را که مستند قاعدهٔ درأ باشند، می‌توان با سنجش و مطابقت آن احادیث با راهکار ارائه‌شدهٔ فقها، حسب مورد جبران کرد؛ همان‌طور که برخی از اندیشمندان تصریح داشته‌اند، شیخ صدوق، برخی از روایات را به‌صورت مرسل نقل می‌کند. ازآنجایی‌که ایشان با آن منزلت علمی و تقوا، روایات را به‌صورت صریح از پیامبر (ص) یا حضرت علی(ع) نقل می‌کند، مسلماً ناقلانی که به‌دلیل رعایت اختصار از ذکر نامشان اجتناب شده است، موردوثوق بوده‌اند و به تعبیر خودِ شیخ صدوق، گاهی از عبارات کلی «قال رسول الله (ص)» یا «عن امیر المؤمنین (ع)» یاد کرده‌اند. روایت مرسل نیز همچون روایات مسند معتبر است (محقق داماد، ۱٤۰۱، ج ٤، ص ٤۷).

دراین‌باره که قاضی تا چه‌اندازه مجاز به تسری حکم مندرج در بند «ج» مادهٔ ۲٦۸ بر پدر رضاعی است، باید اشاره شود شرط تنجیز مجازات‌ها، با احراز حکم و موضوع آن فراهم

می‌شود؛ زیرا نسبت حکم با موضوع، نسبت معلول به علت آن است؛ بنابراین اگر اجزای علت در خارج، موجودیت پیدا نکند معلول نیز ایجاد نخواهد شد. زمانی که موضوع محرز شود و جزئیاتش روشن شود، حکم تجویز می‌شود (محقق داماد، ۱٤۰۱، ج ٤، ص ٤۸)؛ اما گاهی مدلول یک قانون در چهارچوب مفهومی آن حبس است که از سرایت آن به موارد سکوت و اجمال خودداری می‌شود. اصل قانونی‌بودن جرائم و مجازات‌ها بیانگر این است که تفسیر در قوانین جزایی باید به‌گونه‌ای باشد تا موضوع آن قانون، به همان شکلی که هست، به‌طورصحیح به اجرا درآید. نمی‌توان کلمات را به بازی گرفت و برای رسیدن به مقصود خود از آن‌ها استفاده کرد (نوربها، ۱۳۹۲، ص ۱۵۳).

آیا باید بند «ج» مادهٔ ۲٦۸ ق.م.ا را تفسیر مضیق در معنای لفظی کرد و آن را صرفاً شامل پدر نسبی دانست؟ یا اینکه می‌توان با تفسیر مساعد و به نفع متهم هرچند موسع، آن را شامل قرابت رضاعی دانست؟ در پاسخ به این سؤالات باید گفت به اعتقاد ما قاعدهٔ تفسیر مضیق در معنای واقعی خود، قابل‌انتقاد به نظر می‌رسد و نمی‌تواند پاسخگوی واقعیت‌های امروزی باشد. عدالت، زمانی به‌نحو درست قابل‌ایفا است که قضات در تحلیل قواعد و قوانین حقوقی، البته در چهارچوب قانون، از آزادی مناسب بهره‌مند باشند. در برخی از کشورها نیز تفسیر مضیق را منحصراً به جنبه‌های منفی سرایت قانون محدود می‌کنند (Desportes; Gunches, 1996, p 149) و به نظر می‌رسد عقیده‌ای منطبق با صواب است و مفهوم چنین تفسیری را باید به ممنوعیت جرم‌انگاری و عدم‌مراجعه به منابع مجهول در قانون برای جرم‌شناختن اعمالی که در قانون، نامعین هستند، محدود کرد و نباید تفسیر مضیق را در معنای برخورد تحت‌اللفظی با قانون، دانست. باید زمینه‌های تاریخی در وضع مواد قانونی و مدلول متعارف الفاظ را نیز در نظر داشت؛ مثلاً عبارتی از قانونِ پلیس فرانسه صریحاً مقرر کرده بود که پایین‌آمدن از قطار در محلی غیر از ایستگاه و هنگامی که ترن کاملاً متوقف شده، ممنوع است (نوربها، ۱۳۹۲، ص۱٥٦) با ملاحظهٔ این عبارت، مبرهن است تفسیر مضیق در کلام فوق، کاربردی ندارد و باید با مدلول التزامی کلام، عقیدهٔ قانونگذار را درک کرد. مدلول التزامی کلام فوق این است زمانی

که قطار کاملاً متوقف شد، باید از آن پیاده شد، نه در غیر آن. بنابراین تفسیر باید منطقی باشد و همان‌گونه که از نام آن پیدا است برمبنای کشف مراد قانونگذار صورت گیرد. دراین‌باره دادرس می‌تواند قوانین را به‌صورت موسع نیز تفسیر کند؛ بنابراین آنچه در تفسیر قوانین، اهمیت دارد این است که علاوه‌بر سود و زیان بزه‌دیده، باید به صلاح متهم و جامعه نیز توجه کرد. به‌همین‌سبب قوانین هم به‌صورت موسع و هم به صورت مضیق، سزاوار تفسیر است (عبد الملک بک، بی‌تا، ج ۵، ص ٥٦٥؛ عبید، ۱۹۷۹ م، ص ١١٤). نظر شورای نگهبان در پاسخ استعلامی ازناحیهٔ ریاست‌جمهوری دربارهٔ تفسیر قانون چنین است: «ریاست محترم جمهوری اسلامی ایران با سلام؛ نامهٔ شمارهٔ ۷۸۱۰۸ مورخ ۲۲/ ۱۳۷۳/۱۲ در جلسهٔ ۱۳۷٦/۷/۳ شورای نگهبان طرح شده، نظریهٔ تفسیری شورا به این شرح اعلام می‌شود: مقصود از تفسیر، بیان مراد مقنن است» (نوربها، ۱۳۹۲، ص۱۵۸). هویدا است دیوان کشور ایران را میل محدودساختن خود در قلمرو تفسیر مضیق نیست؛ هرچند رسالت تفسیر مضیق را به‌هنگام کشف مراد مقنن در دفاع از آزادی‌های مشروع و حقوق و آزادی‌های فردی نباید نادیده انگاشت.

یافته‌های پژوهش

در بررسی ملاک و اقوال فقها دربارهٔ حکم پدر و تتبع در منابع فقهی و قانونی و قرآنی، نتایج ذیل حاصل آمد:

۱. از قدر متیقن ادلهٔ واردشده حاصل می‌آید که ثبوت قطع، جز با دلیل قطعی امکان ندارد و در موارد مشکوک، قاعدهٔ درأ جاری می‌شود. با توجه به ماهیت جرم مورد بحث در پژوهش حاضر و شک در دلالت مفهوم «أب» بر پدر رضاعی به‌عنوان مصداق خاص از مادهٔ ٢٦٨ ق.م.ا با ایجاد شبههٔ مصداقیه، از دیدگاه کسانی که با بیان تفسیر موسع از قاعدهٔ درأ، صرف احتمال را برای تحقق شبهه، کافی می‌دانند (نظر اقوی و موردقبول پژوهش) می‌توان قاعدهٔ درأ را مسری و نهاد ارفاقی موجود در مادهٔ ٢٦٨ ق.م.ا را شامل پدر رضاعی نیز دانست. گرایش قانونگذار نیز بر اطلاق قاعدهٔ درأ است. اصل نیز بر عدم مجازات‌گرایی در سرقت‌های مشمول حد است و باید به قدر متیقن در به کارگیریِ قطع دست اکتفا کرد.

۲. اهمیت جریان احتیاط بر دماء در جرائم حدی و مبنی‌بودن حدود بر تخفیف ایجاب می‌کند اگر به هر دلیلی یقین بر وجوب حد، حاصل نشود، فاقد مجوز اجرا از سوی شارع است؛ زیرا از آیات و روایات، آنچه مسلم است گرایش شارع بر محافظت از جان شهروندان است. از کلام فقها در تفاوت سرقت حدی با سایر ربایش‌ها نیز برداشت می‌شود که مجازات در سرقت باید پیشگیرانه باشد نه انتقام‌جویانه.

۳. روایت نبوی «أنتَ وَمالُك‌لأبيك»، نشان از مالکیت پدر بر فرزند و اموال او ندارد. آنچه روایت درصدد بیان است، به‌سبب وجوب رعایت حرمت شأن والد، تسامح است. اقوی به نظر می‌رسد شأن نزول حدیث، اهتمام شارع به لزوم تکریم منزلت پدر، اعم‌از نسبی و رضاعی است و اعتقاد به اینکه ملاک حکم سقوط قطع درخصوص«والد»، با توجه به قاعدهٔ درأ که شامل پدر نسبی و رضاعی می‌شود، احسن و اقوی است.

٤. این اعتقاد که آیهٔ سرقت درخصوص قطع ید، به‌صورت عام وارد شده است، صحیح نیست. آیه در مقام تشریع و اصل حکم است و کیفیت و جزئیات در قطع را بیان نکرده است؛ بنابراین در حکم سرقت پدر رضاعی، بی‌اشکال است اگر به عام متوسل نشویم؛ زیرا براساس مادهٔ ۱۲۰ و ۱۲۱ ق.م.ا، از باب قاعدهٔ فقهی درأ، عنوان مخصص برای مورد مشکوک صادق است و زمانی که مخصص موجود باشد و بخواهد آن را از عام خارج کند عام، استثناءپذیر است و می‌پذیرد.

پیشنهاد راهبردی

زیبندهٔ قانونگذار محترم است که اقدامات لازم را درجهت پیشنهاد ذیل، مبذول فرماید:

چون اجرای قطع دست، برای سرقت خاص با شرایط خاص ازسوی باری‌تعالی وضع شده است، پس حق الهی محسوب می‌شود و چون خداوند، بی‌نیاز از حق است و اصولاً با سقوط حد، تعزیر جهت اصلاح و درمان و پیشگیری صورت می‌گیرد و با توجه به معافیت پدر از مجازات سرقت حدی در بند «ج» مادهٔ ٢٦٨ قانون مجازات، به‌سبب تأکید شارع بر احترام به شأن والدین و شمولیت واژهٔ کلی «أب» بر والدین، باید در وضع مواد قانونی حدود، جوانب

احتیاط را مدنظر قرار دهد و به قدر متیقن اکتفا کند و اقداماتی نظیر درج تبصره به مادهٔ ۲٦۸ ق.م.ا، درجهت محدودسازی گسترهٔ حد سرقت به عمل آورد تا فراگیری گسترهٔ معافیت به موارد مشکوک، در حمایت از والدین، اعماز نسبی و رضاعی صورت پذیرد.

منابع

قرآن کریم.

آبی، حسن بن ابی طالب (١٤١٧ ق). *کشف الرموز فی شرح مختصر النافع*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

ابن ادریس، محمد بن احمد (١٤١٠ ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

ابن بابویه، محمد بن علی (١٤١٥ ق). *المقنع*. قم: مؤسسهٔ امام هادی.

ابن بابویه، محمد بن علی (١٤٠٤ ق). *من لا یحضره الفقیه*. قم: مؤسسهٔ نشر اسلامی.

احمدوند، خلیل‌الله؛ تال، حسن (١٣٩٩). بررسی ابعاد فقهی ـ حقوقی حدیث أنت ومالك لأبیك *مجله حقوق قضایی*، ١ (٢)، ص ١٥٣-١٧٠.

اسحاقی، محمد (١٣٩٢). بررسی مجازات سرقت از فرزند. *مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی*، ٤٦ (٢)، ص ١٦١-١٨١.

انصاری، مرتضی بن محمدامین (بی‌تا). *مطارح‌الانظار*. بی‌جا: بی‌نا.

بهنسی، احمد فتحی (١٩٨٠م). *مدخل الفقه‌الجنائی‌الإسلامی*. بیروت: دار الشرق.

بهوتی، منصور بن یونس (١٤٠٢ ق). *کشاف القناع عن متن الإقناع*. بیروت: دار الکتب العلمیة.

حر عاملی، محمد بن حسن (١٤١٦ ق). *تفصیل وسائل الشیعة إلی تحصیل مسائل الشریعة*. قم: آل البیت.

حیدری، سید علی‌نقی (١٤١٢ ق). *اصول استنباط*. قم: شورای مدیریت حوزهٔ علمیهٔ قم.

خمینی، روح‌اللّه (١٤٠٣ ق). *تحریرالوسیلة*. قم. دار العلم.

خوئی، ابوالقاسم (١٣٦٨ ق). *اجود التقریرات*. قم: کتابفروشی مصطفوی.

خوئی، ابوالقاسم (١٣٩٦). *مبانی تکملة‌المنهاج*. قم: کتابفروشی مصطفوی.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد (١٤١٢ ق). *مفردات‌الفاظ قرآن*. بیروت: دار العلم.

سمرقندی، نصر بن محمد (١٣١٤ ق). *تفسیر سمرقندی*. لبنان: دار الفکر.

شبستری، عبدالحسین (١٣٧٩). *اعلام‌القرآن*. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

شمس الائمه سرخسی، محمد بن احمد (١٤٠٦ ق). *المبسوط*. بیروت: دار المعرفه.

شهید اول، محمد بن مکی (بی‌تا). *اللمعة‌الدمشقیة*. بیروت: دار العالم الإسلامی.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (١٤١٢ ق). *الروضة‌البهیة فی شرح اللمعة‌الدمشقیة*. قم: دفترتبلیغات اسلامی.

صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر (١٣٦٣ ق). *جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام*. تهران: دارالكتب الإسلامية.
صادقی‌مقدم، سید امیرعلی (۱۳۹۸). *بررسی رد رسیدگی از سوی دادرس به استناد علم از راههای غیر معتبر* (پایان‌نامه کارشناسی ارشد) دانشگاه میبد. میبد. ایران.
صفائی، حسین؛ امامی، اسدالله (۱۳۹۷). *مختصر حقوق خانواده*. تهران: میزان.
طباطبائی، محمدحسین (۱۳۹۰). *تفسیر المیزان*. بیروت: الأعلمی.
طباطبائی کربلائی، علی بن محمدعلی (١٤٢٢ ق). *ریاض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل*. قم: مؤسسهٔ نشر اسلامی.
طوسی، محمد بن حسن (١٤٠٧ ق). *الخلاف*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
طوسی، محمد بن حسن (١٤٤٣ ق). *النهاية في مجرد الفقه والفتاوي*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
عبد الملك‌بك، جندي (بی‌تا). *الموسوعة الجنائية*. بيروت: دار إحياء التراث العربي.
عبيد، رئوف (١٩٧٩ م). *مبادي القسم العام من التشريع العقابي*. قاهره: دار الفكر.
علامه حلی، حسن بن یوسف (١٤٢٠ ق). *تحرير الأحكام الشريعة على مذهب الإسلامية*. قم: مؤسسه امام صادق.
علامه حلی، حسن بن یوسف (١٤١٣ ق). *قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام*. قم: انتشارات اسلامی.
عوده، عبدالقادر (بی‌تا). *التشريع الجنايي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي*. بيروت: مؤسسة الرسالة.
فاضل موحدی لنکرانی، محمد (١٤٠٦ ق). *تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
فاضل هندی، محمد بن حسن (١٤١٦ ق). *كشف اللثام وابهام عن قواعد الأحكام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
قرائتی، محسن (۱۳۸۳). *تفسیر نور*. تهران: مرکز فرهنگی درس‌هایی از قرآن.
قرطبی، محمد بن احمد (١٤٠٥ ق). *الجامع لأحكام القرآن*. تهران: ناصر خسرو.
قطب، سید (١٤١٢ ق). *تفسير في ضلال القرآن*. بيروت: دار الشرق.
قطب راوندی، سعید بن هبةالله (١٤٢٥ ق). *فقه القرآن*. قم: کتابخانه مرعشی نجفی.
کاسانی، علاءالدین (١٩٨٢ م). *بدايع الصنايع في الترتيب الشرايع*. بيروت: دار الكتب.
کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۸۷). *الفروع من الكافي*. تهران: دار الكتب الإسلامية.
کلینی، محمد بن یعقوب (١٤٠٧ ق). *الكافي*. تهران: دارالكتاب الإسلامية .
کوثری، عباس (١٣٩٤). *فرهنگنامه تحلیلی وجوه و نظائر در قرآن*. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی (١٤٠٣ ق). *بحار الأنوار*. دار إحياء التراث.
محقق حلی، جعفر بن حسن (١٤٠٨ ق). *شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام*. (جلد ٤) قم: اسماعیلیان.
محقق داماد، مصطفی (١٤٠١). *قواعد فقه (بخش جزایی)*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی

محمدقلی‌ها، فاطمه؛ مهدوی‌کنی، صدیقه ؛ تقی‌زاده‌خواجکینی، محدثه (۱٤۰۱). روش‌شناسی تأصیل اصول حاکم بر خانواده با تطبیق بر روش اکتشاف شهید صدر. *مجله فقه و حقوق خانواده*. ۲۷ (۷۷). ص ۵۱-۷۷.

محمدی، ابوالحسن (۱٤۰۲). *مبانی استنباط حقوق اسلامی*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

محمدی گیلانی، محمد (۱۳۸۵). *حقوق کیفری در اسلام*. تهران: سایه.

مرعشی، شهاب‌الدین (۱٤۲٤ ق). *السرقه علی ضوءالقرآن والسنه*. قم: کتابفروشی مرعشی.

مروارید، علی اصغر (۱۳۷۹). *سلسلة الینابیع الفقهیه*. بیروت: مؤسسه فقه شیعه.

مظفر، محمدرضا (بی‌تا). *اصول فقه*. قم: اسماعیلیان.

معلوف، لویس (۱۹۸٦ م). *المنجد*. بیروت: دار المشرق.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۸). *تفسیر نمونه*. تهران: دار الکتب الإسلامیة.

منتظری، حسینعلی (بی‌تا). *کتاب الحدود*. قم: دار الفکر.

موسوی بجنوردی، محمد (۱٤۰۱ ق). *قواعد الفقهیة*. تهران: مؤسسه عروج.

موسوی خوانساری، احمد (۱٤۰۵ ق). *جامعُ الْمَدارك فی شَرحِ الْمُختَصَرِ النّافع*. قم: اسماعیلیان.

مهدوی‌کنی، صدیقه (۱۳۹۲). اصول حاکم بر روابط اعضای خانواده در نظام معرفتی اسلام. *مجله فقه و حقوق خانواده*، ۱۸ (۵۸)، ص ۵-۳۲.

میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۲). *جرائم علیه اموال و مالکیت*. تهران: میزان.

نوربها، رضا (۱۳۹۲). *زمینه حقوق جزای عمومی*. تهران: گنج دانش.

Desportes, F.; Le Gunches, F. (1996). *Le Noueau Droit Penal*, Paris.

Guerrero-Bosagna, C. , & Skinner, M. K. (2012). Environmentally induced epigenetic transgenerational *inheritance of phenotype and disease*. Molecular and cellular endocrinology, Chicago, 354 (1-2), p 3-8..

Bi-quarterly Scientific Journal of Family Law and Jurisprudence Journal

Vol. 30, No. 82/ Spring & Summer 2025

Research Article

The Condition of the Couple's Agreement in Choosing Housing and the Guarantee of its Implementation

Mohammad Mehdi Hamidi[1]

DOI:
10.30497/flj.2025.246620.2047

Abstract

Choosing a suitable housing for cohabitation is considered one of the rights and duties of the man. However, it may be stipulated in an agreement during the contract or in a separate contract that the choice of home is delegated to the wife or that it is selected with the agreement and cooperation of the couple. If the couple has agreed to the condition for choosing housing, it is not clear whether, in the event of no agreement, this condition will be eliminated and the husband's leadership in unilaterally choosing housing will return, or, like any other binding contract, the court must be consulted for its implementation. In this regard, conflicting judicial opinions have also been issued, and some judges have believed that the condition will be abolished and the husband's leadership in choosing housing will return, while some have believed that the condition will continue. On the other hand, after the couple agreed and chose the house, the nature of this agreement, its provisions, and its effects have not been discussed. In this article, by accurately describing the legal relationships established between couples in each of the different assumptions and using various jurisprudential and legal sources and analyzing opinions and ideas and applying them to existing issues, it was concluded that a contract or condition that makes the choice of housing subject to the agreement of the couples is considered a condition or contract that must be fulfilled, which, like other contracts, must be implemented and requires its own specific performance guarantees. On the other hand, consent and choice of housing is also a binding contract and its dissolution requires rescission or termination by the couples.

Keywords: Shared housing, delegation of housing choice, agreement on choosing shared housing, condition of not leaving the house home.

1 . PhD in Private Law, University of Qom, Qom, Iran. mmahdihamidi67@gmail.com.

دوفصلنامهٔ علمی فقه و حقوق خانواده / *مقالهٔ پژوهشی* / دورهٔ ۳۰، شمارهٔ ۸۲ / بهار و تابستان ۱۴۰۴/ صص: ۳۰۲ ـ ۲۷۷

شرط توافق زوجین در انتخاب مسکن و ضمانت‌اجرای آن

محمدمهدی حمیدی[۱]

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۱۵؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۲۴

Doi: 10.30497/flj.2025.246620.2047

چکیده

انتخاب مسکن مناسب برای زندگی مشترک از حقوق و تکالیف زوج به شمار می‌رود؛ لکن ممکن است در ضمن عقد یا قراردادی مستقل، انتخاب مسکن به زوجه تفویض شود، یا شرط شود که با توافق و همکاری زوجین انتخاب شود. درصورت اشتراط تراضی بین زوجین بر انتخاب مسکن، ضمانت اجرای عدم‌حصول این تراضی روشن نیست که آیا این شرط زائل می‌شود و درنتیجه ریاست شوهر در انتخاب یک‌جانبهٔ مسکن برمی‌گردد یا مانند هر قرارداد الزام‌آور دیگری برای اجرای آن می‌توان از دادگاه استمداد کرد؟ دراین‌خصوص آرای قضایی متضادی نیز صادر شده است و برخی از قضات قائل به زوال شرط و بازگشت ریاست شوهر در انتخاب مسکن شده‌اند و برخی قائل به استمرار شرط. ازسوی‌دیگر پس‌از توافق و انتخاب مسکن توسط زوجین، از ماهیت توافق، احکام و آثار آن نیز بحث نشده است. این مقاله با توصیف دقیق روابط حقوقی ایجادشده میان زوجین در هر یک از فروض مختلف و با استفاده از منابع مختلف فقهی و حقوقی و تحلیل آراء و اندیشه‌ها و تطبیق آن بر مسائل موجود، به این نتایج رهنمون شد که قرارداد یا شرطی که انتخاب مسکن را منوط‌به توافق زوجین می‌کند، شرط یا قراردادی لازم‌الوفاء به شمار می آید که همانند دیگر قراردادها باید به مورد اجرا گذارده شود و ضمانت‌اجراهای خاص خود را می‌طلبد و ازسوی‌دیگر، تراضی و انتخاب مسکن نیز یک قرارداد الزام‌آور است و تغییر مسکن انتخابی، نیازمند فسخ یا اقاله آن عقد از جانب زوجین است.

کلیدواژه‌ها: انتخاب مسکن مشترک، تراضی بر مسکن، تغییر مسکن مشترک، تفویض اختیار انتخاب.

---

۱. دانش‌آموختهٔ دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم، قم، ایران. mmahdihamidi67@gmail.com

مقدمه

مطابق نظر مشهور در فقه[1] و نص قانون، حق سکنی یا انتخاب محل سکونت با شوهر است؛ یعنی تعیین مسکن از آثار ریاست شوهر بر خانواده به حساب می‌آید و قسمت اول مادهٔ ۱۱۱٤ قانون مدنی به این موضوع اختصاص یافته است. در این ماده آمده است: «زن باید در منزلی که شوهر تعیین می‌کند، سکنی نماید»؛ بنابراین اختیار تعیین محل سکونت با شوهر است و هر منزلی را که شوهر انتخاب کند و ازحیث نفقه مناسب با شأن زوجه باشد، زوجه موظف به اقامت در آن خواهد بود؛ اما طرفین می‌توانند ضمن عقد، شرط کنند که اختیار تعیین مسکن با زوجه باشد؛ همان‌طور که بند اخیر مادهٔ ۱۱۱٤ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مگر آنکه اختیار تعیین منزل به زن داده شده باشد». از این ماده بر می‌آید که امکان احالهٔ تعیین مسکن به توافق طرفین نیز وجود دارد؛ درواقع این امر حدوسطی است میان قسمت اول مادهٔ ۱۱۱٤ که این اختیار را به مرد می‌دهد، و قسمت دوم همان ماده که اختیار را به زن می‌دهد؛ پس درخصوص شرط تعیین مسکن می‌توان حداقل دو صورت را در نظر گرفت و به‌صورت مستقل بررسی کرد: اعطای اختیار تعیین مسکن به زوجه و شرط توافق بر مسکن مناسب توسط زوجین. درواقع هر یک از این دو شرط، مستقل از هم، و دارای احکام و آثار مجزایی هستند. درخصوص این شرط یا قرارداد، کتاب یا مقاله‌ای مستقل نگاشته نشده، حتی مبحث مستقلی نیز در آن‌ها به این موضوع اختصاص نیافته است. معمولاً فقها و حقوق‌دانان شرط تفویض اختیار تعیین مسکن به زوجه را مطرح و مشروعیت یا عدم‌مشروعیت آن را بررسی می‌کنند. ازحیث مشروعیت، شرط توافق بر مسکن نیز مبتنی‌بر امکان تفویض اختیار به زوجه است؛ اما خودش مبحثی مستقل و دارای احکام و آثار مهم و کاربردی‌ای است که نیازمند بررسی است که این نوشته عهده‌دار آن شده است. در مبحث اول حق و تکلیف زوج در انتخاب مسکن و در مبحث دوم

---

۱. به مقتضی این سخن خداوند متعال که فرمود: «أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ» (انصاری، ۱٤۱۵ ق، ج ٦، ص ۳۰؛ حسینی شیرازی، ۱۳۸۵، ج ۱٤، ص ۱۹۱).

شرط تفویض اختیار به زوجه بررسی شده است؛ زیرا چنان‌که گذشت مشروعیت یا عدم‌مشروعیت شرط توافق مبتنی‌بر شرط تفویض است و فقها مستقلاً به شرط توافق نپرداخته‌اند. در مبحث سوم، شرط توافق زوجین، احکام و آثار و ضمانت‌اجرای آن بحث شده است. در فرض شرط توافق بر سر مسکن، مباحث مبهمی وجود دارد که نیازمند بررسی است؛ مثلاً درصورتی‌که طرفین به توافق نرسند، تکلیف زندگی مشترک چیست؟ آیا این مذاکرات نافرجام به امید رسیدن به توافق ادامه خواهد داشت؟ آیا این توافق ساقط می‌شود و باید به اصل که اختیار زوج در تعیین مسکن است، برگشت یا امکان رجوع به دادگاه برای تعیین مسکن بدل از توافق زوجین وجود دارد؟ این‌ها پرسش‌های پژوهشی است که لازم به بررسی است. درنهایت توافق بین زوجین اجراء، و مسکن مشترک انتخاب شده است؛ ازاین‌رو در مبحث چهارم باید دید ماهیت این انتخاب چیست؟ قرارداد است یا صرفاً اجرای توافق سابق (شرط توافق) است و ضمانت‌اجرای آن چیست؟ اگر یکی از زوجین حاضر به حضور در مسکن انتخابی نشد تکلیف چیست و چه آثاری در پی دارد؟

۱. مسکن مشترک، حق و تکلیف تهیهٔ آن

تعیین مسکن یکی از حقوق و البته تکالیف زوج در زندگی مشترک است و جزء حقوق او به شمار می‌آید؛ یعنی اختیار تعیین مسکن مناسب و مطابق با شأن زوجه برعهدهٔ زوج است و در شرایط عادی ازحیث قانونی برای زوجه حقی برای انتخاب مسکن مشترک یا مستقل از شوهر وجود ندارد. این حق برای زوج از نتایج ریاست[1] او بر خانواده نشئت می‌گیرد و مقنن در مادهٔ ۱۱۱٤ قانون مدنی[2] به آن تصریح کرده است. انتخاب مسکن برای زوج از تکالیف او نیز به شمار می‌آید؛ زیرا تهیهٔ مسکن مناسب برای زندگی مشترک ازجمله تعهدات زوج به شمار

---

۱. مادهٔ ۱۱۰۵ قانون مدنی: در روابط زوجین ریاست خانواده از خصایص شوهر است.

۲. «اَلرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى اَلنِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اَللَّهُ بَعضَهُم عَلَى بَعض وَبِمَا أَنفَقُواْ مِن أَموَلِهِم» (نساء/۳٤). بسیاری از متفکران و مفسران چون شأن مرد را شأن مدیریت خانواده دانسته‌اند، از مفهوم قوّامون با عناوینی چون سرپرستی و قیمومت (طباطبائی، ۱۳۹۳ ق، ج ٤، ص ۳٤۳؛ قرشی بنابی، ۱۳۷۵ ق، ج ۲، ص ۳٥٤)، ولایت (مغنیه، ۱٤۲٤ ق، ج ۲، ص ۳۱٥؛ فاضل مقداد، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۲۱۱)، سلطه (طبرسی، ۱۳۷۲ ق، ج ۳، ص ٦۸) و حاکمیت مرد بر زن (فیض کاشانی، ۱٤۱۸ ق، ج ۱، ص ٤٤۸و ۲۰۷) یاد کرده‌اند.

می‌آید و یکی از مصادیق نفقه‌ای[1] است که به‌نفع زوجه برعهدهٔ زوج قرار می‌گیرد و یکی از تکالیف او به شمار می‌آید و فقها بر این امر اجماع دارند (ابن ادریس، ۱٤۱۰ ق، ج ۲، ص ٦٥٥) و درخصوص وجوب نفقه روایاتی داریم: ۱. از امام صادق (ع) دربارهٔ حق زن بر همسرش که اگر آن را انجام دهد، محسن به شمار آید، سؤال شد. حضرت فرمود: «این است که او را سیرکند و بپوشاند و اگر خطایی از او سر زد، او را ببخشد» (حر عاملی، ۱٤۱٦ ق، ج ۲۱، ص ٥۱۰)؛ ۲. امام باقر (ع) فرمود: کسی که زوجه‌ای داشته باشد و او را از برهنگی نپوشاند و به او غذای کافی ندهد، بر امام ثابت است که بین آن‌ها جدایی و طلاق ایجاد کند» (ابن‌بابویه، ۱۳٦۳ق، ج۳، ص٤٤۱). در حدیث دوم حتی درصورت عدم‌تأمین نفقه از امکان جدایی آن‌ها سخن رفته است.

ازحیث قانونی، مقنن ایرانی در مادهٔ ۱۱۰۷ قانون مدنی دراین‌خصوص تصریح دارد: «نفقه عبارت است از همهٔ نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن ازقبیل مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه‌های درمانی و بهداشتی و خادم درصورت عادت یا احتیاج به‌واسطهٔ نقصان یا مرض».

۲. تفویض اختیار تعیین مسکن مشترک به زوجه و طرق آن

مسکن یکی از موارد مهم شروع و ادامهٔ زندگی مشترک و یکی از تکالیف مهم زوج به شمار می‌رود. اختیار مسکن مشترک، جدا از اینکه جزء تکالیف زوج به شمار می‌رود، جزء حقوق او و از خصائص ریاست او بر خانواده نیز است؛ اما در انتخاب این امر به‌صورت مطلق آزادی ندارد و باید مسکنی انتخاب کند که مناسب زوجه و زندگی مشترک آن‌ها باشد؛ زیرا مسکن مشترک جزء نفقهٔ زوجه محسوب می‌شود و نفقه باید مناسب با شأن زوجه تهیه شود؛ ازاین‌رو این بحث به میان می‌آید که آیا امکان اعطای حق انتخاب مسکن به زوجه وجود دارد تا زوجه خود اقدام به انتخاب مسکن مشترک کند تا زوج آن را بخرد یا اجاره کند. این اعطای حق

---

۱. برای نمونه، نک: شهید ثانی، ۱٤۱۳ ق، ج ۸، ص ٤٥٥، ۱٤۱٤ ق، ج ۳، ص ۲٤۸؛ موسوی عاملی، ۱٤۱۱ ق، ج ۱، ص ٤۸٦.

انتخاب از چه طریق به زوجه قابل‌اعطا است و باید دید ماهیت آن چیست؛ ازاین‌رو در مطلب اول مشروعیت این انتقال و تفویض بحث، و در مطلب دوم طرق این تفویض بررسی می‌شود.

۱-۲. مشروعیت تفویض اختیار تعیین مسکن مشترک به زوجه و ماهیت آن

در فقه معمولاً مسئله بدین صورت مطرح نشده، بلکه ذیل عنوان شرط عدم‌اخراج زوجه از بلد یا شرط عدم‌اخراج زوجه از منزل بحث شده است (ناظمی‌زاده، و محقق داماد، ۱٤۰۰ ش، ص ۱۲۹)؛ اما این دو مسئله با مسئلهٔ امکان تفویض اختیار مسکن به زوجه دارای وحدت ملاک است و حکم مسئله در دو فرض مطرح‌شده در فقه هرچه باشد، در تفویض اختیار تعیین مسکن به زوجه یا شرط توافق با او نیز جاری می‌شود.

فقها ازحیث صحت یا بطلان این دو شرط اختلاف‌نظر دارند. برخی از فقها قائل به بطلان چنین شرطی هستند؛ اما مشهور فقها قائل به صحت آن هستند. فقهایی که مخالف چنین شرطی هستند، به دلایل مختلفی استناد کرده‌اند؛ مثل مخالفت این شرط با تبعیت زوجه از زوج و حق استمتاع زوج از زوجه؛ ازاین‌رو این شرط را مخالف با اصول مذهب دانسته‌اند (ابن ادریس، ۱٤۱۰ ق، ج ۲، ص ۵۸۹). همچنین این شرط را مخالف مقتضای عقد نکاح دانسته‌اند که استحقاق استمتاع مرد از زن در هر زمان و مکانی است[1]؛ زیرا با این‌گونه شروط در این استمتاع

---

۱. دراین‌باره که رابطهٔ زناشویی مقتضای ذات نکاح باشد، اجماعی نیست و فقها و حقوق‌دانان نظرهای متفاوتی بیان کرده‌اند. بسیاری از فقیهان امامیه علقهٔ زوجیت را مقتضای ذات عقد نکاح یا همان اثر اصلی نکاح می‌دانند و معتقدند: دیگر آثار نکاح، مانند حلیت وطی و وجوب نفقه و توارث، درپی ایجاد علقهٔ زوجیت حاصل می‌شود (شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵، ج ۳، ص ۵۷٤؛ خوانساری، ۱٤۰۵ ق، ج ۱، ص ۱۵٦؛ شبیری زنجانی، ۱٤۱۹ ق، ج ۸، ص ۲۷-۲٦). حتی فقیهان آثار دیگر نکاح را دائرمدار علقهٔ زوجیت می‌دانند و معتقدند: «حلیت وطی دائرمدار علقهٔ زوجیت است. اگر علقهٔ زوجیت موجود باشد، حلیت وطی و تمتعات جنسی دیگر موجود خواهد بود» (شهید ثانی، ۱٤۱۰ ق، ج ۱۰، ص ۲۰۱). برخی دیگر نیز علقهٔ زوجیت را مقتضای ذات، اثر بدون واسطه و حقیقت عقد نکاح می‌دانند که با طلاق زائل می‌شود (ایروانی، ۱٤۰٦ ق، ج ۲، ص ٦٤؛ حسینی شیرازی، ۱٤۲۵ ق، ج ۱، ص ۵۵٦). بسیاری از حقوق‌دانان نیز علقهٔ زوجیت را مقتضای ذات عقد نکاح معرفی می‌کنند و معتقدند: اگر طرفین در ضمن عقد شرط کنند که رابطهٔ مزبور ایجاد نشود، این شرط خلاف مقتضای ذات عقد است (امامی، ۱۳۷۷، ج ٤، ص ۳٦۹؛ محقق داماد، ۱٤۰٦ ق، ج ۲، ص ۷۲)؛ بنابراین، شرط عدم‌تحقق علقهٔ زوجیت در ضمن عقد نکاح (اعم‌از دائم یا موقت)، باطل و مبطل آن عقد

محدودیت ایجاد می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷ ق، ج ٤، ص ۳۰۳؛ علامه حلی، ١٤١٠ ق، ج ۲، ص ۵۹۰)؛ اما اکثریت فقها قائل بر صحت شرط هستند (طباطبایی حائری، ١٤٠٩ ق، ج ۲، ص ۳۹۱؛ علامه حلی، ١٤٢٠ ق، ج ۳، ص ٥٦٠؛ محقق سبزواری، ١٤٢٣ ق، ج۲، ص۲٤٠؛ صاحب جواهر، ١٣٦٢، ج ۳۱، ص ۱۰۱). استدلال موافقان این شرط اغلب مبتنی‌بر نص روایات معصومان (ع) است (موسوی عاملی، ١٤١١ ق، ج ۱، ص ٤٠٦؛ صاحب جواهر، ١٣٦٢، ج ۳۱، ص ۱۰). اصل آزادی شروط قراردادی و عمومات «المؤمنون عند شروطهم» و «أوفوا بالعقود» نیز موافق چنین شروطی هستند؛ زیرا مخالفتی با شرع ندارند. درواقع این شروط در شرط عدم‌اخراج به‌صورت شرط ترک فعل ظاهر می‌شوند و در شرط اعطای حقِ تعیین مسکن به زوجه یا شرط توافق به‌صورت شرط نتیجه تحقق می‌پذیرند و درواقع این شروط ممکن است محدودیتی در حق استمتاع زوج ایجاد کنند؛ اما باعث سقوط آن نمی‌شوند و به‌عبارتی چنین محدودیت‌هایی درواقع لازمهٔ تصرفات زوج در حق خود است که به تعبیری سلطنت زوج است و این‌گونه شروط را باید از لوازم اجرای این حق و سلطنت دانست و یکی از مصادیق تسلط صاحب حق بر حق خود را می‌توان در نحوهٔ استفاده از آن و در تفویض وکالت یا اعطای آن به دیگری دانست.

احادیثی نیز درخصوص صحت شرط عدم‌اخراج آمده است. ابن ابی عمیر گوید از امام صادق (علیه السلام) دربارهٔ مردی سؤال شد که با زنی ازدواج کرده، و آن زن شرط کرده است که مرد او را از شهرش خارج نکند. حضرت فرمود: آن مرد باید به عهد خودش وفا کند؛ یا فرمود: وفای به این شرط بر او لازم است (کلینی، ١٤٠٧ ق، ج ۵، ص ٤٠٢؛ فیض کاشانی، ١٤٠٦ ق، ج ۲۲، ص ۵). در حدیث دیگر از همان شخص نقل شده است که می‌گوید من به جمیل بن دراج گفتم: مردی با زنی ازدواج کرده، و برای او شرط شده است که زن در میان اهلش (پدرومادرش) یا در یک شهر معینی اقامت کند؛ جمیل می‌گوید: اصحاب ما از ائمه

خواهد بود و برخلاف دو مورد دیگر، در مبطل‌بودن چنین شرطی هیچ تردیدی نیست. برای دیدن تفاصیل نظرها، نک: دهقان‌نژاد، محمدی، پور لطف‌الله، ۱۳۹۷، ص ۱۰۱-۱۲٦.

(علیهم السلام) روایت کردند که این شرط برای زن صحیح است و مرد زمانی که چنین شرطی را قبول کند، همسرش را از میان اهلش نباید خارج کند.

به‌بیان‌دیگر باید گفت امتیاز و حق زوج در انتخاب مسکن مناسب برای زندگی مشترک در دسته‌بندی حق و حکم بودن، جزء حقوق به شمار می‌آید و حکم محسوب نمی‌شود و به‌عبارتی از قواعد مربوط به نظم عمومی نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۳۰)؛ به‌همین‌سبب نیز امکان اعطای این اختیار به زوجه[1] در قسمت دوم مادهٔ ۱۱۱٤ قانون مدنی پیش‌بینی شده است: «مگر آنکه اختیار تعیین منزل به زن داده شده باشد». ازحیث حقوقی با وجود نص مادهٔ ۱۱۱٤ قانون مدنی دراین‌خصوص اختلافی نیست و تفویض اختیار انتخاب مسکن به زوجه صحیح است. ازحیث فقهی نیز بین فقها دراین‌خصوص اختلاف وجود دارد و برخی از فقها قائل به عدم‌صحت چنین شرطی هستند؛ ولی نظر مشهورتر چنان‌که گذشت بر جواز چنین شروطی است.[2]

اعطای حق یا تفویض اختیار تعیین مسکن به زوجه با اعطای وکالت به او برای انتخاب آن متفاوت است. ممکن است مثلاً زوج در حبس باشد و به زوجه وکالت دهد که مسکنی مناسب برای اجاره یا خرید پیدا کند و به وکالت از او عقد را منعقد کند. در اینجا زوجه وکیل است و باید طبق اذن عمل کند و مصلحت موکل خود را که زوج است، در نظر بگیرد. البته وکالت، عقدی جایز است که موکل هر زمان که بخواهد می‌تواند وکیل را عزل، و عقد وکالت را فسخ کند؛ مگر اینکه وکالت یا عدم‌عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد؛ اما در دادن حق اختیار مسکن یا تفویض اختیار آن به زوجه این‌گونه نیست. این یک شرط لازم‌الوفاء ازجانب زوج است و او نمی‌تواند این شرط را نادیده بگیرد؛ مگر اینکه زوجه خود از این شرط صرف‌نظر

---

۱. چون حق نوعی سلطنت و ملکیت است، مهم‌ترین تمایز حق و حکم، اسقاط‌پذیر بودن حق ازسوی صاحب آن و اسقاط ناپذیر بودن حکم است (حکیم، بی‌تا، ج ۱، ص ۸).

۲. اشتراط أن لا یخرج بالزوجة إلی بلد آخر، فإنّهم اختلفوا في جوازه، والأشهر علی الجواز وجماعةٌ علی المنع من جهة مخالفته للشرع من حیث وجوب إطاعة الزوج وکون مسکن الزوجة ومنزلها باختیاره (انصاری، ۱٤۱۵ق، ج ٦، ص ۳۰)، جماعة علی المنع من جهة مخالفته للشرع من حیث وجوب اطاعة الزوج والشرط لا یرفع الحکم الواجب، کما لا یرفع وجوب الصلاة (و) من حیث (کون مسکن الزوجة و منزلها باختیاره) والأحکام الوضعیة لا ترفع بالشرط، کما لا ترفع بالشرط الحریة والرقیة والزوجیة الأجنبیة ـ بان تصبح الاجنبیة زوجة بالشرط مثلاً (حسینی شیرازی، ۱۳۸۵، ج ۱٤، ص ۱۹۱).

کند.

۲-۲. طرق تفویض اختیار تعیین مسکن مشترک به زوجه

امکان تفویض اختیار انتخاب مسکن به زوجه بنابر نص قانون مدنی و نظر مشهور فقهی مجود دارد. حال باید دید زوجه از چه طریقی می‌تواند این حق را برای خود اکتساب کند. شایع‌ترین راه اکتساب این امر، اشتراط آن در ضمن عقد نکاح است و چون عقد نکاح، عقد لازم به شمار می‌آید، این شرط در ضمن آن نیز لازم‌الوفاء است. امکان اینکه تفویض اختیار در ضمن عقد لازم دیگری نیز صورت پذیرد، وجود دارد؛ مثلاً در ضمن عقد لازم بیع که بین زوجین منعقد می‌شود، زوجه شرط کند اختیار انتخاب مسکن نیز با او باشد. ممکن است این تفویض به‌صورت مستقل تحقق پذیرد نه به‌صورت شرط در ضمن عقد لازمی مانند خود نکاح یا عقد لازم دیگری، بلکه به‌صورت قرارداد مستقلی باشد که برمبنای اصل آزادی قراردادی و مادهٔ ده قانون مدنی صحیح و لازم‌الوفاء باشد.

التزام زوجه در تفویض اختیار می‌تواند به‌صورت شرط نتیجه یا شرط فعل باشد. شرط نتیجه بدین صورت که به‌محض اشتراط، تفویض صورت می‌پذیرد و زوجه حق انتخاب مسکن را به دست می‌آورد؛ اما در شرط فعل، تفویض بدواً تحقق نمی‌یابد، بلکه زوج متعهد می‌شود مثلاً این حق را با حضور در دفتر اسناد رسمی به زوجه منتقل کند. آیا عمل اعطای حق در دفتر اسناد رسمی را باید یک ایقاعی بدانیم که برای ایفای تعهد (شرط فعل) صورت می‌پذیرد و نیازی به قبول زوجه ندارد؟ آیا این عمل شبیه به قولنامه و بیع‌نامه نیست؟ بایع قول داده است در دفتر اسناد رسمی حاضر شود و مال خود را با بیع منتقل کند. در این حالت، انتقال مال را که ایفای تعهد موجود در قولنامه است باید ایقاع دانست یا عقد بیع؟ مسلماً عقد و نیازمند ایجاب و قبول است؛ ازاین‌رو باید عمل زوج در دفتر اسناد رسمی را هم قراردادی دانست که نیازمند قبول است و در دفترخانه باید قبول زوجه نیز احراز شود تا این عمل حقوقی تحقق یابد؛ زیرا تفویض اختیار، اذن نیست که بگوییم امکان تحقق آن بدون قبول نیز میسر است. به نظر برخی از حقوق‌دانان بزرگ، برخلاف قراردادها که آزادی انعقاد آن‌ها پس‌از گفت‌وگوها و تحول فراوان استقرار یافته است (مادهٔ ۱۰ قانون مدنی)، وجود چنین شرطی در

ایقاع به‌شدت مورد تردید است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ٦٧) و تفویض اختیار انتخاب مسکن به زوجه جزء هیچ‌کدام از ایقاعات شناخته‌شده نیست.

زوجه در انتخاب مسکن باید شروط قراردادی را که بین او و زوجه است، رعایت کند؛ زیرا ممکن است اعطای این اختیار به زوجه مشروط به رعایت شروطی باشد که برای زوجه رعایت آن‌ها در اختیار مسکن لازم‌الوفاء است. درصورت اطلاق قرارداد یا شرط اعطای حق تعیین مسکن مشترک به زوجه دربارهٔ اوصاف خانه مانند قیمت آن، چه باید کرد؟ آیا زوجه اختیار تام دارد که هرخانه‌ای، ولو مازاد از معیار نفقهٔ او باشد، و در هر شهری اقدام به انتخاب مسکن کند؟ زوجه باید اوضاع و احوال زوج و محل کار او را ازحیث شهر در نظر بگیرد و درخصوص اوصاف مسکن نیز دربارهٔ مازاد از میزان نفقهٔ خود (که مناسب با شأن اجتماعی و خانوادگی او است)، میزان متعارف را رعایت کند و درصورت اختلاف باید قاضی دراین‌خصوص به‌صورت موردی تصمیم‌گیری کند و اختلاف را حل‌وفصل کند.

۳. توافق زوجین برای انتخاب مسکن مشترک با مشارکت همدیگر

در این فرض زوجین متعهد می‌شوند که هر زمان که در آینده خواستند مسکنی انتخاب کنند، این انتخاب با تراضی همدیگر صورت پذیرد. درخصوص مشروعیت چنین شرطی نص قانونی وجود ندارد؛ ازاین‌رو باید دید چنین شرطی صحیح است یا نه و از چه طرقی تحقق می‌پذیرد. البته ضمانت‌اجرای آن نیز باید بررسی شود.

۳-۱. مشروعیت توافق زوجین برای انتخاب مسکن مشترک با مشارکت همدیگر

مطابق نظر مشهورتر در فقه (نک: انصاری، ١٤١٥ ق، ج ٦، ص ۳۰؛ حسینی شیرازی، ۱۳۸۵، ج ١٤، ص ۱۹۱). و نص مادهٔ ١١١٤ قانون مدنی، حق سکنی یا انتخاب محل سکونت که از آثار ریاست زوج بر خانواده است با خود او است؛در این ماده آمده است: «زن باید در منزلی که شوهر تعیین می‌کند سکنی نماید»؛ بنابراین اختیار تعیین محل سکونت با شوهر است؛ اما طرفین می‌توانند طبق طرقی که پیش‌تر اشاره شد، شرط کنند که اختیار تعیین مسکن با زوجه باشد؛ چنان‌که بند اخیر مادهٔ ١١١٤ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مگر آنکه اختیار تعیین منزل به زن داده شده باشد». از حکم این ماده می‌توان برداشت کرد که امکان شرط توافق بر مسکن

توسط زوجین نیز وجود دارد؛ زیرا زوج که ازحیث جنبهٔ ریاستی دارای این حق است، می‌تواند آن را به زوجه تفویض کند. پس به طریق اولی، امکان اشتراط توافق زوجین بر سر انتخاب مسکن مشترک نیز وجود دارد؛ یعنی وقتی قانونگذار طبق نظر مشهورتر در فقه این اذن را داده است که اختیار انتخاب مسکن به زوجه داده شود و زوج دراین‌خصوص استقلالی نداشته باشد و تابع زوجه باشد، پس به طریق اولی یک درجه پایین‌تر از این اختیاری که به زوجه داده شده است نیز صحیح خواهد بود؛ یعنی به‌جای اینکه تمام اختیار انتخاب مسکن به زوجه داده شود، تنها مشورت کردن و لحاظ نظر او موردنظر باشد؛ ازاین‌رو این فرض را نیز برمبنای اصل تسلیط[1] و ادلهٔ عام وفای به عهد باید صحیح و لازم‌الوفاء دانست. در این مورد، حتی نظر فقهایی هم که قائل به عدم‌امکان تفویض این حق به زوجه هستند، مثبت است؛ زیرا در این فرض حق به زوجه منتقل نمی‌شود و فقط نظر او نیز لحاظ می‌شود. البته در عرف کنونی، بدون هیچ شرط و قراردادی، معمولاً تاحدودی نظر زوجه مدنظر قرار می‌گیرد.

۲-۳. طرق توافق زوجین برای انتخاب مسکن مشترک با مشارکت همدیگر

شایع‌ترین راه تحقق توافق زوجین برای انتخاب مسکن مشترک، اشتراط آن در ضمن عقد نکاح است و چون عقد نکاح، عقد لازم به شمار می‌آید، شرط ضمن آن نیز لازم‌الوفاء است یا ممکن است شرط توافق در ضمن عقد لازم دیگری مثل بیع صورت پذیرد که در هر دو صورت یک شرط فعل برای انجام یک عمل حقوقی در آینده است (انتخاب و تراضی بر مسکن)[2] و درنهایت ممکن است این توافق به‌صورت مستقل تحقق پذیرد[3] و قراردادی مستقل باشد که مشمول عمومات ادلهٔ وفای به عقد قرار گیرد.

---

۱. اصل تسلیط یعنی حق انتخاب مسکن حق زوج است و او مسلط بر این حق است. از لوازم این تسلیط اعطای آن به دیگری نیز می‌تواند باشد. برخی از فقیهان معتقدند که قاعدهٔ تسلیط، علاوه‌بر اموال، حقوق را نیز در بر می‌گیرد؛ زیرا روایت نبوی مشهور فقط تسلط بر اموال را بیان کرده است؛ اما به طریق اولی شامل حقوق نیز می‌شود و بنای عقلا هم دلالت بر تسلط مردم بر حقوق خویش دارد (صاحب جواهر، ۱۳٦۲، ج ۲۵، ص ۲۲۸؛ مکارم شیرازی، ۱٤۱٦ ق، ج ۲، ص ۳٦؛ محقق داماد، ۱۳۷٦، ج ۲، ص ۱۰۵ـ۱۰٦).

۲. برخلاف شرط تفویض که می‌تواند شرط نتیجه یا شرط فعل باشد.

۳. بعداز عقد نکاح زوجین توافق می‌کنند که مسکنشان را با تراضی و توافق یکدیگر انتخاب کنند.

۳-۳. ضمانت‌اجرای به توافق نرسیدن زوجین و انتخاب مسکن

درصورتی‌که زوجین دربارهٔ انتخاب مکان مناسب برای زندگی به توافق نرسند، قانونگذار درخصوص تعیین تکلیف قضیه، حکم صریحی ندارد و حقوق‌دانان نیز متذکر این امر نشده‌اند. این عدم‌حصول توافق ممکن است ناشی‌از عدم‌همکاری یکی از زوجین باشد یا ممکن است بینشان مذاکراتی برای انتخاب مسکن صورت پذیرفته باشد؛ اما نتوانسته باشند به توافق برسند. درواقع عدم‌حصول توافق[1] نقض شرط یا قراردادی است که طرفین را ملزم به حصول توافق می‌کند؛ ازاین‌رو باید دید تکلیف این شرط یا قراردادی که مشمول ادلهٔ الزام به وفای عهد می‌شود، چیست.

ممکن است گفته شود شرط توافق بر سر مسکن به نفع زوجه است و درصورتی‌که زوجه حاضر به مذاکره و رسیدن به توافق نباشد، دراین‌صورت باید این امر را انصراف از شرطی دانست که به نفع او شده است؛ ازاین‌رو حق یک‌جانبهٔ زوج برای انتخاب مسکن در او متعین شده است و اکنون او باید مستقلاً دراین‌خصوص تصمیم بگیرد و تبعیت از این تصمیم زوج بر زوجه نیز لازم است؛ اما تلقی مشروط له بودن زوجه در این شرط و عدم‌تصور منفعت برای زوج می‌تواند محل تأمل باشد. درصورتی‌که توافقی بین زوجین بر سر انتخاب مسکن وجود نداشته باشد، زوج باید مسکن را انتخاب کند؛ اما معیار انتخاب او همان معیار نفقهٔ زوجه است که باید در شأن او باشد و ممکن است برای زوج هزینه‌بر و مشقت‌بار باشد؛ اما درصورتی‌که بین زوج و زوجه دربارهٔ انتخاب مسکن قراردادی باشد، ممکن است زوج در این قرارداد زوجه را راضی کرده باشد که در مسکن نسبتاً ارزان‌تری سکونت کنند و چون این قرارداد است برای زوجه لازم‌الوفاء است. درواقع اگرچه اصل تکلیف زوج بر انفاق زوجه حکم به شمار می‌رود (علامه حلی، ۱٤۱۹ ق، ص ۷۷) و اسقاط‌پذیر نیست؛ اما توافق الزام‌آور زوجین در مقدار و کیفیت آن درصورتی‌که به حدی نباشد که حکمت، تشریع آن را از بین برد، باید قابل‌قبول دانسته شود.

---

۱. باید این شرط را التزام به حصول نتیجه توصیف کرد والا فایدهٔ عملی نخواهد داشت.

درصورتی‌که برای حصول توافق بین زوجین مدتی شرط شده باشد و بنای طرفین بر این باشد که با انقضای این مدت شرط زائل شود، باید به این نظر قائل باشیم که این شرط با انقضای مدت از بین می‌رود و با زوال آن، حق زوج در اختیار مسکن به مبنای عمومات و نص قانون برمی‌گردد و از این تاریخ به بعد، اختیار انتخاب مسکن مناسب با شوهر خواهد بود؛ اما درصورتی‌که چنین مدتی وجود نداشته باشد، تکلیف چیست؟ آیا این شرطی مستمر است و تا زمانی که به توافق نرسیده باشند، جاری است و باید زوجین این مذاکرات را ولو تا آخر عمر ادامه دهند تا به نتیجهٔ موردِپسند خودشان برسند یا اینکه پس‌از عدم‌حصول توافق، باید به زوال شرط یا قرارداد قائل شویم و ریاست زوج را به انتخاب مسکن بازگردانیم؟ دراین‌خصوص محاکم دو نظر مختلف صادر کرده‌اند.

۱-۳-۳. زوال توافق و بازگشت حق یک‌جانبهٔ زوج در انتخاب مسکن

درصورتی‌که زوجین دربارهٔ انتخاب محل زندگی مشترک به توافق نرسند، باید به سقوط شرط توافق قائل شد و آن را کأن لم یکن تلقی کرد؛ ازاین‌رو باید طبق نص مادهٔ ۱۱۱٤ قانون مدنی این حق را به زوج داد تا بتواند مسکن متناسب را به‌دلیل ریاستی که بر خانواده دارد، انتخاب کند و زوجه ملزم به قبول این انتخاب و حضور در منزل مشترک برای ادامهٔ زندگی است و درصورت امتناع، ناشزه تلقی می‌شود و احکام آن بر ایشان بار می‌شود[1].

این شرط، یا مشروط له واحد دارد که زوجه است (عادتاً نیز همین‌طور است) یا اینکه زوج

---

۱. متن رأی دادگاه تجدیدنظر استان تهران: اگرچه در عقدنامه درمورد انتخاب محل زندگی به توافق طرفین شرط شده است؛ ولی درصورت عدم‌امکان حصول توافق، کان لم یکن تلقی شده، موضوع تحت شمول عمومات قرار گرفته، با استناد به مواد ۱۱۰۲ و ۱۱۰۵ و ۱۱۱٤ قانون مدنی زن ازحیث انتخاب محل سکونت و زندگی تابع مرد خواهد بود و مورد ما نحن فیه از مصادیق مادهٔ ۱۱۱۵ نیست تا نوبت به اعمال مادهٔ ۱۱۱٦ برسد؛ لذا با استناد به مادهٔ ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن پذیرش تجدیدنظرخواهی دادنامهٔ مذکور نقض می‌شود و با استناد به مواد ۱۱۰۲ تا ۱۱۰۵ و ۱۱۰۸ و ۱۱۱٤ قانون مدنی، حکم به الزام زوجه به بازگشت به منزل شوهرش و تمکین از وی صادر می‌شود و درصورت امتناع ناشزه محسوب می‌شود و مستحق نفقه نخواهد بود. رأی شعبهٔ ۳۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، شمارهٔ دادنامهٔ قطعی ۹۵۰۹۹۷۰۲۲۳۰۰۰۱۵۸ و تاریخ دادنامهٔ قطعی ۱۳۹۵/۲/۵ است (پژوهشگاه قوهٔ قضائیه، سامانهٔ ملی آراء قضایی: https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/31189).

نیز از این شرط نفعی می‌برد[۱]؛ ازاین‌رو هر دو طرف، مشروط له این شرط هستند. اگر مشروط له این شرط زوجه باشد، این نظر عملاً نادیده‌انگاشتن نظر زوجه در شرط توافق برای انتخاب مسکن مشترک است. با این دیدگاه، عملاً فایده‌ای از این شرط برای زوجه باقی نخواهد ماند؛ زیرا زوج می‌تواند به‌گونه‌ای مذاکره کند و دست بالا را در آن داشته باشد که عملاً توافقی حاصل نشود تا بتواند از این طریق اندک امتیازی که برای زوجه در انتخاب مسکن لحاظ شده بود، زائل شود؛ ازاین‌رو باید به‌دنبال راهکار دیگری بود تا جمع بین دو حق شود و فایدهٔ شرط توافق برای انتخاب مسکن عملاً بی‌فایده نشود.

شرط توافق چنان‌که گذشت یا ممکن است به‌صورت شرط اصطلاحی و در ضمن یک عقد مندرج شود یا به‌صورت مستقل و قراردادی نامعین تحقق پذیرد؛ ازاین‌رو دلیل این دیدگاه روشن نیست؛ آیا انحلال شرط توافق یا قرارداد برای مسکن به دلیل وجود شرط فاسخی بود که در حین انشای این شرط انشاء شده است؟ یعنی عدم‌حصول توافق به‌عنوان شرط فاسخ در نظر گرفته شده، یا اینکه عدم‌حصول توافق به منزلهٔ عدم‌امکان اجرای شرط یا قرارداد، و درنتیجه سبب انفساخ آن شده است؟

تلقی از عدم‌حصول توافق در زمان مناسب عرفی به‌عنوان شرط فاسخ باید به نوعی به ارادهٔ طرفین از این شرط برگردد؛ اما ظاهر از شرط انتخاب مسکن به تراضی، دائمی بودن آن است و با یک‌بار انجام‌شدن نیز امتثال صورت نمی‌گیرد. احراز ارادهٔ طرفین ممکن است از شرط صریح آن‌ها یا ضمنی یا تبانی باشد؛ ولی به‌هرحال باید اثبات شود، در غیر این صورت انتفای شرط با این دلیل دفاع‌کردنی نیست.

استدلال این رأی ممکن است عدم‌امکان اجرای شرط و رسیدن آن‌ها به توافق باشد که آن را به‌منزلهٔ انتفای موضوع شرط و سبب انتفای آن دانسته است؛ ولی این رأی و نظر پذیرفتنی

---

۱. مسکن به‌عنوان نفقهٔ زن باید در شأن او باشد؛ ازاین‌رو، ممکن است ایجاب کند که محل آن بالای شهر باشد که طبیعتاً قیمت زیادی دارد یااینکه زوجه قبول می‌کند که در پایین شهر با زوج زندگی کند؛ اما به شرطی که این مسکن را با توافق همدیگر انتخاب کنند. دراین‌صورت این توافقی است که هم زوجه در آن منتفع است هم زوج.

نیست و ضمانت‌اجرای عدم‌رسیدن به توافق را انتفای شرط دانستن تضییع حقوق مشروط له او لهما است و نظری بدونِ دلیل است و پذیرفتنی نیست و احتمالاً باید بر این نظر بود که این، شرط و توافقی دائمی است؛ یعنی تا زمانی که علقهٔ زوجیت بین زوجین باقی است ملتزم به این شرط هستند و مسکن مشترک باید با تراضی یکدیگر انتخاب شود و با یک‌بار انتخاب نیز این التزام زائل نمی‌شود و درصورت تغییر مسکن، باید برای مسکن جدید نیز بین زوجین توافق صورت پذیرد. پس در صورت عدم‌حصول توافق نیز این تعهد تا زمانی که علقه زوجیت وجود دارد ادامه خواهد داشت الا اینکه به یکی از طرق قانونی فسخ یا اقاله شود یا درصورتی‌که شرط به نفع یکی از آن‌ها باشد و ایشان ازاین حق خود صرف نظر کند.

۲-۳-۳. ابقای شرط و رجوع به دادگاه برای حل مشکل

برمبنای این نظر درصورتی‌که زوجین به توافق نرسند، این شرط پابرجا است و آثار حقوقی خود را در بر خواهد داشت؛ مثلاً زوج نمی‌تواند مستقلاً پس‌ازاینکه به توافق نرسیدند، مسکنی را تهیه، و الزام به تمکین زوجه را از دادگاه تقاضا کند[1] یا درصورتی‌که زوجه از حضور در مسکن انتخابی زوج امتناع کند، ناشزه محسوب نمی‌شود و نفقه‌اش ساقط نمی‌شود[2]؛ علاوه‌بر این زوج نمی‌تواند از دادگاه تقاضای ازدواج مجدد کند. زوجه نیز نمی‌تواند درصورت عسروحرج آن را اثبات، و درخواست طلاق کند؛ زیرا یک قرارداد لازم‌الوفاء برای تعیین مسکن مشترک ازسوی زوجین وجود دارد و دارای آثار قانونی پیش‌گفته است؛ مگر اینکه به هر دلیلی این تعهد زائل شود؛ مثلاً درصورتی‌که این شرط امتیازی خاص برای زوجه باشد و زوجه از

---

۱. دادنامهٔ شمارهٔ ٤٨٢ مورخهٔ ١٣٩٤/١١/١٧ صادره از شعبهٔ ٢٥٦ دادگاه خانواده تهران: نظر به اینکه تعیین محل سکونت مطابق شرط ضمن عقد نکاح باید با توافق صورت پذیرد و درواقع، زوجه عدم‌توافق و تراضی خودش را جهت زندگی در منزل مورد ادعای خواهان اعلام کرده است؛ فلذا دادگاه بنابه مراتب فوق دعوی خواهان (الزام به تمکین) را قبل‌از تهیهٔ منزل مناسب و با تراضی زوجه غیرقابل پذیرش دانسته و مستنداً به مادهٔ ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی حکم به بطلان دعوی مشارالیه صادر [می‌کند] و اعلام می‌دارد (پژوهشگاه قوهٔ قضائیه، سامانهٔ ملی آراء قضایی: https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/31189).

۲. در این دوره زوجیت برقرار است و باید زوج نفقهٔ همسر را پرداخت کند؛ زیرا امتناع زن از زندگی مشترک با شوهر، ناشی‌از حقی است که زن با تراضی با شوهر به دست آورده است و این امتناع، قانونی است و نشوز محسوب نمی‌شود که مسقط حق نفقه باشد.

آن صرف‌نظر کرده باشد یا بر این باور باشیم که با عدم‌حصول توافق، این شرط منفسخ می‌شود و زوج دوباره اختیار پیدا می‌کند تا محل زندگی مشترک را تعیین کند یا اینکه مانند هر تعهد دیگری باید برای الزام طرف دیگر به دادگاه رجوع کند و درنهایت درصورت عدم‌امکان اجرای مفاد تعهد، طرف مقابل امکان فسخ آن را به دست بیاورد که در زیر هر یک از این فروض بررسی می‌شود.

درصورت عدم‌توافق زوجین درخصوص مسکن در مدت معقول و عرفی، باید قائل بر این باشیم که زوجین بتوانند برای انتخاب مسکن به دادگاه مراجعه کنند. در این فرض ممکن است عدم‌حصول توافق در اثر عدم‌رسیدن به تفاهم بین زوجین بر سر مسکن مشترک باشد یا عدم‌همکاری طرف دیگر دراین‌خصوص که در هر دو صورت، حل اختلاف را می‌توان از محکمه درخواست کرد.

در فرض عدم‌همکاری یکی از زوجین در انتخاب مسکن مشترک، طبق مادهٔ ۲۳۷ قانون مدنی، دادگاه ابتدا باید از ایشان برای اجرای این توافق درخواست کند؛ ولی اجبار او به اینکار ممکن نیست؛ لکن امکان اجرای مفاد این شرط توسط یکی از طرفین دعوی که زوجین هستند وجود دارد؛ ازاین‌رو می‌توان در این فرض حکم مادهٔ ۲۳۸ قانون مدنی را جاری کرد[1]: «هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیرمقدور ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد حاکم می‌تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند». در اینجا شخص دیگری که در این ماده به آن اشاره شده است یکی از خود زوجین می‌تواند باشد پس در این صورت می‌توان این اختیار را به هر یک از زوجین حاضر در جلسه داد تا اقدام به انتخاب منزل مشترک طبق شروط مقرر بین طرفین کند. لازم به ذکر است در شرطی که انتخاب مسکن را منوط به حصول توافق کرده‌اند ممکن است مثلاً قید شده باشد: زوجین متعهد می‌شوند مسکن مشترک را در شهر قم به توافق انتخاب کنند یا ممکن است شهر از قرائن و امارات قابل استنباط باشد؛ ازاین‌رو طرفی که پس‌از امتناع دیگری با اذن محکمه

---

۱. حکم مادهٔ ۲۳۹ قانون مدنی که اختیار فسخ را به مشروط له می‌دهد، جاری نمی‌شود.

باید مسکن را انتخاب کند باید این امور را در انتخاب خود لحاظ کند.

فرض دیگر این است که طرفین اقدام به انتخاب مسکن کرده‌اند؛ اما به توافق نرسیده‌اند. در این فرض نیز می‌توان حل مشکل را از دادگاه تقاضا کرد. دادگاه باید در این صورت طرفین را برای حصول توافق ترغیب و الزام کند (یزدی، ۱۳۹٦، ص ٤٤١) و درصورتی‌که باز توافقی حاصل نشد دادگاه برای حل نزاع، مکان ادعایی هر یک، ادلهٔ طرفین و میزان سودوزیان دربارهٔ منافع طرفین را با توجه به تشیید بنیادهای خانواده در نظر می‌گیرد و محل یا مسکن مناسبی را برای زندگی آن‌ها معین می‌کند.[1]

٤. تراضی و توافق زوجین بر مسکن مشترک و انتخاب آن

زوجین در این فرض به تعهد سابق خود مبنی‌بر انتخاب مسکن با تفاهم و توافق همدیگر عمل کرده، و بر سر یک مسکن با همدیگر به توافق رسیده‌اند[2]. در اینجا لازم است ماهیت این توافق را بررسی کنیم که آیا این تراضی بر سر منزل مشترک، یک عقد است یا تنها اجرای مادی تعهد سابق است که التزام به انجام مشورت و دیدن محل و ... برای رسیدن به تراضی برای انتخاب مسکن مشترک بود. مطلب دیگری که لازم است بحث شود، عدم‌حضور زوجین در این مسکن مشترک است و اینکه چه ضمانت‌اجرایی در پی دارد.

٤-١. ماهیت توافق زوجین در انتخاب مسکن مشترک

باید دید انتخاب یک مسکن با توافق زوجین خودش یک قرارداد به شمار می‌آید یا نه. سابقاً شرط یا قراردادی وجود داشت که زوجین را ملزم می‌کرد برای انتخاب مسکن باهمدیگر توافق کنند. چنانچه این توافق حاصل شد و مسکن با تراضی انتخاب شد، آیا این انتخاب که به تراضی است، خودش نیز یک عقد است یا فقط یک عمل مادی و اجرای توافق سابق به شمار

---

۱. نظریهٔ مشورتی ادارهٔ حقوقی قوهٔ قضائیه: در مواردی که شرط توافق در محل انتخاب سکونت برای زوجه مقرر شده است و چنین توافقی حاصل نشود، تعیین تکلیف با دادگاه خواهد بود. بعداز تعیین محل به‌وسیلهٔ دادگاه، اگر زوجه در محل تعیین شده سکونت نکند، ناشزه خواهد بود. نظریهٔ شمارهٔ ۷/۱۰۱۷٦ مورخهٔ ۱۳۷۱/۱۰/۲۳.

۲. در عنوان شمارهٔ چهار، زوجین توافق کرده‌اند که انتخاب مسکن با تراضی همدیگر صورت پذیرد. در عنوان شمارهٔ پنج این تراضی تحقق یافته است. به‌عبارت‌دیگر مثل رابطهٔ قولنامه (شماره چهار) با بیع (شماره پنج) است.

می‌آید؟ آنچه پذیرفتنی‌تر است این است که آن را نیز یک قرارداد و عقد بدانیم؛ زیرا به‌هرحال نیازمند یک توافق بر سر انتخاب هستیم، ولو اینکه این عمل خودش مبتنی‌بر یک قرارداد دیگری باشد (مثلاً شرط توافق بر مسکن در ضمن عقد نکاح). درواقع در اینجا طرفین بایکدیگر مذاکره، و بین گزینه‌های مختلف درنهایت به یک گزینه تراضی می‌کنند. این تراضی باید در صحت عقلی کامل و با قصد و اراده حاصل شود و کسی دراین‌خصوص تردیدی نداشته باشد. پس چنان‌که می‌بینیم همهٔ ارکان یک قرارداد را دارا است؛ حال باید دید یک عقد نامعین است یا اینکه این امر شبیه به عقد صلح برای رفع نزاع سابق یا نزاع احتمالی بین زوجین در آینده به شمار می‌رود؟ بین قرارداد نامعین و عقد صلح ازحیث احکام و آثار تفاوت وجود دارد و تشخیص اینکه این عمل قرارداد است یا عقد صلح، دارای احکام و آثار متفاوتی خواهد بود. به نظر در اینجا باید بررسی شود این توافق برای حل نزاعی موجود بوده است یا برای جلوگیری از بروز نزاعی احتمالی در آینده؟ درصورتی‌که بین طرفین نزاعی بوده باشد، تلقی این تراضی به‌عنوان سازش و حل اختلاف بر سر انتخاب مسکن مناسب به صواب نزدیک‌تر است؛ مخصوصاً زمانی که شرط توافق بر مسکن بین زوجین به‌عنوان قرارداد مستقل و بعداز ازدواج صورت گرفته باشد؛ مثلاً طرفین به اختلاف برخورده‌اند و در حین حل اختلافات تصمیم[1] گرفته‌اند که خانه را هم به توافق انتخاب کنند؛ اما درصورتی‌که شرط توافق بر انتخاب مسکن در ضمن عقد نکاح صورت گرفته باشد، چون هنوز نزاعی فعلی وجود ندارد تلقی قرارداد انتخاب مسکن به عنوان عقد نامعین قابل قبولتر است؛ اما مشکل اینجاست که حل و پیشگیری از نزاع احتمالی در آینده هم صلح به شمار می‌رود و صلح ابتدائی نیز به رسمیت شناخته شده است. به نظر در این موارد باید به ارادهٔ طرفین توجه کرد که قصد سازش و صلح دارند یا نه یا حداقل درجه و احتمال وجود نزاع را در آینده درنظر گرفت و در هر مورد ماهیت حقوقی قرارداد را بررسی کرد.

---

۱. حل اختلافات ممکن است خود عقد صلح باشد و در ضمنِ آن توافق کرده باشند بعداً در انتخاب مسکن نیز با همدیگر سازش کنند.

۲-٤. آثار توافق حاصل شده و ضمانت‌اجرای عدم‌حضور زوجین در مسکن انتخابی

تراضی زوجین بر یک مسکن مشترک، قراردادی است که آثار و تعهداتی در پی دارد. در این بخش از مقاله این آثار و تعهدات ناشی‌از آن و سپس ضمانت عدم‌التزام به این تعهدات بحث و بررسی می‌شود.

۱-۲-٤. آثار تراضی زوجین بر مسکن مشترک (انتخاب مسکن توسط زوجین)

ممکن است در عقد نکاح یا خارج از آن شرط شود که زن‌وشوهر در انتخاب منزل مناسب به توافق برسند. این شرطی قانونی و دارای منفعت عقلایی است که مشمول آیه[1] و حدیث[2] وفای به عهد و شرط می‌شود و مشروط له آن هر یک از زوجین که باشد (معمولاً زوجه است) می‌تواند طبق مادهٔ ۲٤٤ قانون مدنی از این شرط صرف‌نظر کند؛ ولی پس‌از اینکه توافق بین زوجین حاصل شد، ماهیت آن می‌تواند عقد صلح یا قراردادی لازم‌الوفاء طبق مادهٔ ده قانون مدنی باشد که برای طرفین الزام‌آور است؛ مگر اینکه به یکی از طرق قانونی فسخ یا اقاله شود (مادهٔ ۲۱۹ قانون مدنی). به‌عبارت‌دیگر ممکن است شرط توافق برای انتخاب مسکن در ابتدا به نفع مثلاً زوجه باشد؛ اما پس‌از حصول توافق باید قائل بر این امر باشیم که برای طرفین لازم‌الوفاء است و هیچ‌یک از آن‌ها مستقلاً نمی‌تواند آن را فسخ کند، مگراینکه شرط خیار شده باشد یا زمینهٔ اجرای یکی از خیارات قانونی در این قرارداد الزام‌آور وجود داشته باشد.

تحقق توافق میان زوجین و انتخاب مسکن، مثل حالتی است که انتخاب مسکن با زوج بوده، و او مسکن را انتخاب کرده باشد که این خود آثاری در پی دارد؛ ازاین‌رو بر هر یک از زوجین واجب است که در این مسکن حاضر شوند و زندگی کنند. تکلیف تمکین زوجه برای زوج تحقق پیدا می‌کند و حق مضاجعه و مبیت زوجه برعهدهٔ زوج قرار می‌گیرد (صاحب جواهر، ۱۳٦۲، ج ۳۱، ص ۱۵۱). درصورتی‌که زوجه حاضر به سکونت در آن نباشد، ناشزه محسوب می‌شود و احکام آن بر او جاری می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹، ص ۲۱۰). در این حالت،

---

۱. «یا أیهَا الَّذینَ آمَنُوا أوفُوا بِالعُقُودِ» (مائده/۱).

۲. «المؤمنون (المسلمون) عند شروطهم». اخبار مختلفی مضمون این حدیث شریف را نقل کرده‌اند (نوری، ۱٤۰۸ ق، ج ۱۳، ص ۳۰۰).

زوجه حق نفقه ندارد و زوج می‌تواند از دادگاه برای ازدواج مجدد نیز اذن بگیرد و درصورتی‌که زوج حاضر به حضور در آن منزل نباشد، ولی زوجه حاضر باشد، نشوز ازجانب زوج است و بر او لازم است نفقهٔ زوجهٔ خود را پرداخت کند و از تکلیف مبیت و مضاجعه نیز سر برتابد و چون از تکلیف مبیت و مضاجعه نیز امتناع کرده است، گناهکار به شمار می‌رود و درصورتی‌که عدم‌حضور زوج از اسباب عسروحرج برای زوجه به شمار رود، امکان طلاق ازسوی زوجه نیز دور از انتظار نیست.

۲-۲-٤. ضمانت‌اجرای عدم‌حضور هر یک از زوجین در مسکن انتخابی

درصورت حصول توافق انتخاب مسکن بین زوجین و عدم‌اجرای آن توسط یکی از زوجین درصورت حصول توافق انتخاب مسکن بین زوجین و عدم‌اجرای آن توسط یکی از آنها، برخی ضمانت‌اجراهای آن گذشت؛ اما این توافق یک قرارداد و عقد به شمار می‌آید و الزام‌آور است؛ ازاین‌رو باید دید به‌غیر از ضمانت‌اجراهای پیش‌گفته امکان الزام ممتنع از حضور در منزل وجود دارد یا نه؟ و درنهایت امکان فسخ این قرارداد برای طرفین نیز میسر است یا خیر؟

توافق صورت‌گرفته چنان‌که گذشت یک قرارداد کامل با آثار الزام‌آور خود است و هر متعهدی درصورت عدم‌ایفای تعهد خود، ملزم به وفای به آن می‌شود، همان‌طور که مادهٔ ۲۳۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد؛ اما اجبار فیزیکی در اینجا کارساز نیست[1] و موردتوافق نیز ازجمله اعمالی نیست که دیگری بتواند ازجانب مشروط علیه انجام دهد (مادهٔ ۲۳۹)؛ ازاین‌رو درنهایت امکان فسخ این اتفاق برای خواهان دعوی امکان‌پذیر است.

در اینجا این سؤال مطرح است که: آیا شرطی که طرفین را ملزم به توافق بر سر مسکن می‌کرد با یک‌بار به توافق رسیدن و انتخاب مسکن امتثال شده است و درصورتی‌که قراردادی که مسکن را انتخاب کرده بودند، بعداً فسخ یا اقاله شود، ریاست زوج ازحیث انتخاب محل زندگی نیز برمی‌گردد یا اینکه آن شرط هنوز باقی است و زوجین باید دوباره برای انتخاب

---

۱. سالیان دراز است که دادگاه‌ها حکم الزام به تمکین را صادر می‌کنند؛ ولی نمی‌توانند آن را مانند دیگر احکام به موقع اجرا گذارند؛ زیرا چگونه ممکن است زنی را به‌زور اجرائیه و پاسبان و ژاندارم به اطاعت از شوهر یا همبستر شدن با او مجبور کرد؟ (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۳۰).

مسکن جدید به توافق برسند؟[۱] دراین‌خصوص، درصورتی‌که شواهد و قرائنی چون شروط صریح یا ضمنی یا تبانی، نیز وجود داشته باشد، بر طبق آن عمل می‌شود؛ اما درصورتی‌که دراین‌خصوص چنین قرائنی وجود نداشته باشد، تکلیف روشن نیست[۲] ولی ظاهراً مراد زوجین از این شرط در زندگی مشترک این است که مسکن مشترک را بالاتفاق مشخص کنند و ممکن است حتی بارها مسکن خود را تغییر دهند و مسکن جدیدی را انتخاب کنند و این تغییر مسکن که به تراضی صورت می‌گیرد، درواقع اقالهٔ قراردادی است که با آن مسکن سابق را انتخاب کرده بودند و تعیین مسکن جدید نیز انعقاد قراردادی جدید دراین‌خصوص است و وقتی پس‌از اقالهٔ قرارداد، قائل به لزوم توافق جدید زوجین بر سر تعیین مسکن هستیم، باید در فسخ نیز قائل بر این نظر باشیم؛ زیرا در اقاله از مره یا تکراری بودن توافق[۳] خصوصیت ممتازی وجود ندارد که بگوییم در اقاله باید دوباره بر سر انتخاب مسکن توافق حاصل شود؛ اما در فسخ خیر؛ مخصوصاً درصورتی‌که طرف ممتنع زوج باشد و زوجه فسخ‌کننده باشد؛ زیرا فسخ سبب اعادهٔ حق تعیین مسکن به زوج می‌شود و فایدهٔ شرط توافق بر مسکن مشترک را بی‌ثمر می‌کند.

---

۱. یک شرط یا قرارداد (قرارداد اولی) وجود دارد که زوجین در آن مکلف شده‌اند تا پس‌از عروسی و شروع زندگی مشترک، مسکن مشترکشان را با تراضی انتخاب کنند نه با تصمیم یک‌طرفهٔ زوج. حال خانه را انتخاب کرده‌اند و چون با تراضی است یک قرارداد است (قرارداد دوم). حال تصمیم گرفته‌اند خانه را تغییر بدهند (اقالهٔ قرارداد دوم) یا مستأجر بوده‌اند و اجاره برای یک‌سال، و توافقشان یک‌ساله بود (انفساخ قرارداد دوم)، یعنی قرارداد خودبه‌خود منفسخ می‌شود. حال برای انتخاب خانهٔ جدید هم باید توافق داشته باشند؟ اگر جواب آری است، قائل بر این هستیم که قرارداد اولی هنوز پابرجاست و با یک‌بار انتخاب مسکن به اتمام نرسیده است و درواقع اجرای آن نیازمند تکرار است نه مره، و هر دفعه باید برای انتخاب مسکن به توافق برسند.

۲. در اصول فقه مباحثی باعنوان مره و تکرار در بحث الفاظ مطرح می‌شود که هرگاه امری از مولا صادر شود و قرینه‌ای بر تعیین مراد او وجود نداشته باشد، آیا یک‌بار امتثال کفایت می‌کند یا تکرار آن در حدّ توان واجب است؟ مسئله اختلافی است (مظفر، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۷۵-۷٤).

۳. در شرط یا قراردادی مستقل، انتخاب مسکن متوقف بر تراضی زوجین شده است؛ اجرای این شرط یا قرارداد با انتخاب مسکن به‌صورت توافقی بین زوجین انجام می‌پذیرد؛ اما آیا با یک‌بار اجرای مفاد آن شرط یا توافق، آن قرارداد موضوع خود را از دست می‌دهد و ساقط می‌شود (مره بودن)، یا اینکه در هربار تغییر مسکن باید دوباره برای انتخاب مسکن جدید تراضی صورت بگیرد؟

درصورتی‌که قائل به تکرار توافق بر سر تعیین مسکن مشترک توسط زوجین پس‌از فسخ یا اقاله باشیم، دراین‌صورت آیا فسخ قرارداد پیشین (قراردادی که در آن مسکن مشترک انتخاب شده است) برای زوج یا زوجه فایده و ثمرهٔ عملی به همراه خواهد داشت؟ زوج یا زوجه قرارداد سابق را فسخ می‌کنند؛ چون امکان الزام طرف مقابل در آن وجود ندارد. دراین‌صورت فایدهٔ فسخ و توافق جدید در چیست؟ زوج یا زوجه فسخ می‌کنند تا دوباره توافق کنند؟ ممکن است در توافق جدید نیز حاضر به حضور نباشد و باید این بازی به‌صورت تسلسل ادامه داشته باشد؟

درخصوص اینکه فسخ قرارداد سابق و تعیین منزل جدید با قرارداد جدید فایده دارد یا نه، باید بگوییم بدون فایده هم نیست؛ مثلاً ممکن است در توافق سابق، خانه و محل زندگی گران‌قیمتی برای زندگی انتخاب شده باشد که به ضرر زوج است؛ ازاین‌رو تصمیم می‌گیرد در انتخاب جدید برای خانهٔ مناسب ازحیث قیمت، با زوجه چانه‌زنی کند[1] یا ممکن است منزلی کوچک در یک محلهٔ دوردست موردِتوافق بوده باشد که به ضرر زوجه است و به نفع او است که این قرارداد تغییر کند و آن‌ها بر سر مسکن مناسبی تراضی و توافق کنند. درخصوص تسلسل دعوی و اینکه تا چه زمانی قابل‌اجرا است[2]، باید گفت داشتن حق لزوماً به‌معنای اجرای آن نیست و انتخاب مسکن که سابقاً انجام شده، آثار خود را بر جای گذارده است و درصورتی‌که امکان اجرای توافق وجود نداشته باشد، درنهایت امکان طلاق وجود دارد.

یافته‌های پژوهش

۱. مطابق شرع و قانون حق سکنی یا انتخاب محل سکونت با شوهر است؛ یعنی تعیین مسکن از آثار ریاست شوهر بر خانواده به حساب می‌آید؛ اما این امر حکم نیست، بلکه حقی است که قانونگذار به رئیس خانواده داده است و امکان واگذاری آن به زوجه یا انتخاب مسکن با حصول توافق وجود دارد.

---

۱. حال که می‌بیند زوجه حاضر به حضور در این منزل نیست، از این فرصت استفاده می‌کند و عقد را بر هم می‌زند تا مسکن ارزان‌تری انتخاب شود.

۲. یعنی هر دفعه انتخاب کنند؛ ولی یکی در آن مسکن نیاید و دوباره فسخ شود و دوباره انتخاب شود و به‌همین‌ترتیب.

۲. درصورتی‌که این اختیار به زوجه واگذار شده باشد، مشمول آیهٔ وفای به عهد و حدیث الزام به شرط است و بر مرد تحمیل می‌شود. شرط توافق زوجین برای انتخاب مسکن نیز یک شرط قانونی و دارای منفعت عقلایی است؛ ازاین‌رو بر طرفین تحمیل می‌شود و باید بر سر انتخاب مسکن مشترک به توافق برسند.

۳. درصورتی‌که زوجین نتوانند به توافق برسند و مسکن مناسبی را برای زندگی مشترک تعیین کنند، حق زوج بر مبنای ریاست او بر خانواده در انتخاب یک‌طرفهٔ مسکن اعاده نمی‌شود و راهکار عملی این است که هر یک از طرفین به دادگاه مراجعه کنند و درخواست الزام به توافق کنند. دادگاه در این فرض طرفین را برای رسیدن به توافق ترغیب و راهنمایی می‌کند؛ اما درصورتی‌که چنین توافقی حتی در محکمه نیز حاصل نشد، باید قائل بر این نظر باشیم که دادگاه می‌تواند با توجه به مکان ادعایی هر یک و بررسی سودوزیان آن برای طرفین و تشیید مبانی خانواده، محل یا مسکن مناسبی را تعیین کند و بر زوجین نیز الزام‌آور است و آثار حقوقی از تمکین و نفقه بر آن بار خواهد شد؛ مگراینکه زوجین خود متفقاً تمایلی به اجرای آن نداشته باشند؛ اما یکی از آن‌ها نمی‌تواند از این رأی استنکاف کند. درصورت استنکاف یکی از طرفین برای انتخاب مسکن باید گفت قاضی ازطرف ممتنع[1] و مدعی، می‌تواند بر انتخاب مسکن توافق کند و این نیز یک قرارداد است.

٤. پس‌از انتخاب مسکن توسط زوجین، این توافق، قراردادی الزام‌آور می‌شود که ماهیت آن می‌تواند عقد صلح، یا یک قرارداد مستقل برمبنای مادهٔ ده قانون مدنی باشد. زمانی که میان زوجین توافق تحقق یافت و مسکن انتخاب شد، مثل صورتی است که انتخاب مسکن با زوج بوده، و او مسکن را انتخاب کرده باشد؛ ازاین‌رو بر هر یک از زوجین واجب است که در این مسکن حاضر شوند و زندگی کنند. تکلیف تمکین زوجه برای زوج تحقق پیدا می‌کند و حق مضاجعه و مبیت زوجه برعهدهٔ زوج قرار می‌گیرد. درصورتی‌که زوجه حاضر به سکونت در آن نباشد، ناشزه محسوب، و احکام آن بر او جاری می‌شود. دراین‌حالت، زوجه حق نفقه ندارد

---

۱. «الحاکم ولی الممتنع».

و زوج می‌تواند با گرفتن اذن از دادگاه برای ازدواج مجدد اقدام کند؛ ولی اگر زوج به‌رغم حضور زوجه در آن منزل، حاضر به حضور در آنجا نباشد، نشوز از جانب زوج است و بر او لازم است نفقهٔ زوجه خود را پرداخت کند. دراین‌حالت زوج از تکلیف مبیت و مضاجعه نیز سر برتافته، و گناهکار است و درصورتی‌که عدم‌حضور زوج از اسباب عسروحرج زوجه به شمار رود، امکان طلاق ازسوی زوجه نیز دور از انتظار نیست.

۵. توافق زوجین بر مسکن مشترک یک عقد و لازم‌الوفاء است و درصورتی‌که امکان اجبار طرف مقابل برای اجرای این قرارداد وجود نداشته باشد، امکان فسخ عقد نیز میسر است.

٦. توصیه می‌شود مقنن در تقنیناتی که برای خانواده مقرر می‌دارد به این امر نیز اشاره کند و تکلیف آن را روشن کند تا محل اختلاف آراء نباشد. او باید ابتدا مشروعیت توافق را به رسمیت بشناسد و بعد احکام و آثار و ضمانت‌اجرای آن را معین کند و نیز خود تراضی بر مسکن را که یک قرارداد است بیان، و احکام و آثار آن را مشخص کند.

پیشنهادها

۱. انتخاب مسکن مناسب مطابق با شأن زوجه از حقوق و تکالیف زوج به شمار می‌آید که می‌تواند خود اختیار کند یا به شخص دیگری، ازجمله زوجه، در انتخاب مسکن و عقد قرارداد نیابت دهد.

۲. زوج می‌تواند طبق شرط ضمن عقد یا قراردادی مستقل، حق انتخاب مسکن را به زوجه واگذار کند و این حق، ملتزم به انتخاب زوجه شود. این شرط ظهور در حق دائمی زوجه در این انتخاب است که با یک‌بار انتخاب از بین نمی‌رود و هربار که منزل بنابه دلایلی ازجمله استیجاری بودن و ... تغییر کند، باز هم انتخاب مسکن با زوجه خواهد بود.

۳. زوجین می‌توانند با یکدیگر توافق کنند که انتخاب مسکن به تراضی هر دو باشد؛ دراین‌صورت تراضی آن‌ها بر یک منزل، قرارداد الزام‌آوری است که طرفین ملتزم به آن هستند و عدم‌حضور در مسکن انتخابی به‌منزلهٔ نشوز است و آثار آن را در پی خواهد داشت و تغییر خانه جز با تراضی (اقالهٔ قرارداد) یا فسخ آن درصورت وجود یا تحقق حق فسخ یا

انفساخ آن امکان‌پذیر نیست و بعداز انحلال عقد، امر انتخاب مسکن جدید دوباره باید طبق تراضی آن‌ها صورت گیرد.

منابع

قرآن مجید.

ابن ادریس حلی(١٤١٠). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی،قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.

ابن بابویه، محمد بن علی (١٤١٣ ق). *من لا یحضره الفقیه(جلد٣)*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.

امـامی، حسن(١٣٧٧). حقوق مدنی(جلد٤)،تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیه.

انصاری، مرتضی بن محمدامین (١٤١٥ ق). *کتاب المکاسب(جلد٦)*. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

حر عاملی، محمد بن حسن (١٤١٦ ق). *تفصیل وسائل الشیعهٔ إلی تحصیل مسائل الشریعهٔ(جلد٢١)*. قم: مؤسسهٔ آل البیت (علیهم السلام) لإحیاء التراث.

حسینی شیرازی، صادق (١٣٨٥). *إیصال الطالب إلی المکاسب(جلد١٤)*. تهران: منشورات اعلمی.

حکیم، محسن(بیتا). نهج‌الفقاهة، قم: انتشارات ٢٢ بهمن.

خوانساری نجفی، موسی (١٤٠٥ ق). *منیهٔ الطّالب فی شرح المکاسب(جلد١)، تقریرات درس آیت‌اللّه نائینی*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.

دهقان‌نژاد، رضا؛ محمدی، سجاد؛ پورلطف‌اله، حسن (١٣٩٧). بازپژوهی مقتضای ذات عقد نکاح ازمنظر فقه فریقین و حقوق مدنی ایران. *فقه*، ٢٥ (٩٤)، ص ١٠١-١٢٦.

رضی، پوریا؛ رامشی، میثم (١٣٩٦). بررسی فقهی حقوقی لزوم سکونت زوجین در منزل مشترک. دوفصلنامهٔ *فقه و حقوق خانواده*، ٢٢ (٦٧)، ص ٥-٢٩.

شبیری زنجانی، موسی (١٤١٩ ق). *کتاب نکاح*. قم: موسسهٔ پژوهشی رأی‌پرداز.

شهید ثانی، زین الدین بن علی (١٤١٤ ق). *حاشیهٔ الإرشاد(جلد٣)*. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیهٔ قم.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (١٤١٣ ق). *مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام*(جلد٨). قم: مؤسسهٔ المعارف الإسلامیهٔ.

شهیدی تبریزی، میرزا فتاح (١٣٧٥). هدایهٔالطالب إلی أسرار المکاسب(جلد٣). تبریز: چاپخانهٔ اطلاعات.

صاحب جواهر، محمدحسن (١٣٦٢). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*(جلد٢٥). بیروت: دار احیاء التراث العربی.

طباطبایی حائری، سید علی بن محمد (١٤٠٩ ق). الشرح الصغیر فی شرح مختصر النافع(جلد٢). قم: انتشارات کتابخانهٔ آیت الل مرعشی نجفی.

طبرسی، فضل بن حسن(١٣٧٢ق). مجمع البیان فی تفسیر القرآن،(جلد٢). بیروت،دارالمعرفه.

علامه حلی، حسن بن یوسف (١٤١٩ ق). *قواعد الأحکام*. قم: مؤسسهٔ النشر الإسلامی.

فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله (١٣٧٣). *کنز العرفان(جلد٢)*. تهران: مرتضوی.

قرشی بنابی، علی اکبر (١٣٧٧). *احسن الحدیث*(جلد٢). تهران، بنیاد بعثت.

طباطبائی، محمدحسین (١٣٩٣ ق). *المیزان فی تفسیر القرآن(جلد٤)*. بیروت: مؤسسهٔ الأعلمی للمطبوعات.

شهید ثانی(١٤١٠ق).الروضهٔ البهیهٔ فی شرح اللمعهٔ الدمشقیهٔ،قم:انتشارات داوری.

کاتوزیان، ناصر (١٣٨٥). *حقوق خانواده*. تهران: شرکت سهامی انتشار.

فیض کاشانی،محمد(١٤١٨ق). تفسیر صافی(جلد١).تهران: مکتبه الصدر.

محقق داماد، مصطفی (١٤٠٢ ش). *قواعد فقه(جلد٢)*. تهران: سمت.

سبزواری، محمد باقر(١٤٢٣ق). کفایه الاحکام(جلد٢). قم: الموسسه النشر الاسلامی لجماعه المدرسین.

مظفر، محمدرضا (١٣٧٠). *اصول الفقه*. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیهٔ قم.

مغنیه، محمدجواد (١٤٢٤ ق). *الکاشف(جلد٢)*. قم: دار الکتاب الإسلامی.

مکارم شیرازی، ناصر (١٣٨٩). *احکام خانواده*. قم: انتشارات امام علی بن ابی‌طالب (علیه السلام).

مکارم شیرازی، ناصر (١٤١٦ ق). *القواعد الفقهیهٔ(جلد٢)*. قم: مدرسهٔ الإمام علی بن ابی طالب (علیه السلام).

مکارم شیرازی، ناصر (١٤٢٤ ق). *کتاب النکاح*. قم: انتشارات مدرسهٔ امام علی بن ابیطالب (علیه السلام).

موسوی عاملی، محمد بن علی (١٤١١ ق). *نهایهٔ المرام فی شرح مختصر شرائع الإسلام(جلد١)*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.

ناظمی‌زاده، محسن؛ محقق داماد، مریم‌السادات (١٤٠٠ ش). شرط عدم‌اخراج زوجه از بلد در نگاه فقهی ـ حقوقی و فروعات آن. *فقه و حقوق خانواده*، ٢٦ (٧٥)، ص ١٢٧-١٠٣.

نوری، حسین بن محمدتقی (١٤٠٨ ق). *مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل(جلد١٣)*. قم: مؤسسهٔ آل البیت علیهم السلام لإحیاء التراث.

یزدی، امید (١٣٩٦). *خانواده در نظم حقوقی کنونی* (حسین صفائی، مقدمه‌نویس). تهران: کتاب آوا.

پژوهشگاه قوه قضائیه، سامانه ملی آراء قضایی:

https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/31189

Bi-quarterly Scientific Journal of Family Law and Jurisprudence Journal
Vol. 30, No. 82/ Spring & Summer 2025

Promotional Article

Reflection on the Impacts of Climate Chage on Women's Rights from the Perspective of Certain Human Rights

Ali Mashhadi[1] Pegah Darvishi[2]

DOI:
10.30497/flj.2024.246215.2013

Abstract

Climate change has numerous impacts on women and girls. Due to their physical conditions and certain societal restrictions, they are more vulnerable to the consequences of climate change compared to other groups. This article employs an analytical and descriptive methodology, utilizing library resources, to examine the effects of climate change on women's rights from a human rights perspective. The central question is: *How does climate change affect women's rights?* The fundamental assumption of this article in addressing this question is that climate change can negatively impact a wide and diverse range of women's rights. The study focuses on some of the most significant rights, including the right to life and health, the right to work, economic rights, the right to access water and food, the right to a healthy environment, economic rights and gender inequality, and climate-induced violence.

Keywords: climate change, women's rights, human rights, environmental law

1. (Corresponding Author) Associate Professor, Department of Public and International Law, University of Qom, Qom, Iran. Droitenviro@gmail.com
2 . Master's graduate in International Law from Qom University, Qom, Iran.
pegahdarvishi1997@gmail.com

دوفصلنامهٔ علمی فقه و حقوق خانواده / *مقالهٔ ترویجی* / دورهٔ ۳۰، شمارهٔ ۸۲ / بهار و تابستان ۱۴۰۴/ صص: ۳۲۵-۳۰۳

تأملی بر آثار تغییرات آب‌وهوایی بر حقوق زنان ازمنظر برخی حق‌های بشری

علی مشهدی*[1]

تاریخ دریافت: ۱٤۰۳/۲/۱٤ تاریخ پذیرش: ۱٤۰۳/۵/۲۳

پگاه درویشی[2]

Doi: 10.30497/flj.2024.246215.2013

چکیده

تغییرات آب‌وهوایی بر زنان و دختران آثار متعددی می‌گذارد و آنان به‌دلیل وضعیت جسمانی و وجود برخی محدودیت‌ها در جامعه، بیش‌از دیگر گروه‌ها درمعرض عواقب این تغییرات قرار می‌گیرند. در این مقاله کوشیده‌ایم با استفاده از روش توصیفی- تحلیلی و برمبنای منابع کتابخانه‌ای، آثار این تغییرات بر حقوق زنان را ازمنظر حق‌های بشری بررسی کنیم. سؤال اصلی مطرح در پژوهش، این است که تغییرات آب‌وهوایی بر حقوق زنان چه اثرهایی می‌گذارند. فرض اساسی در پاسخ به این پرسش، آن است که تغییرات موردبحث بر طیفی وسیع از مصادیق حقوق زنان اثر منفی می‌گذارند که برخی از مهم‌ترین‌هایشان را بدین شرح بررسی می‌کنیم: حق حیات و سلامتی، حق کار، حقوق اقتصادی، حق دسترسی به آب و غذا، حق بر محیط‌زیست سالم، حقوق اقتصادی، نابرابری جنسیتی و خشونت ناشی از تغییرات اقلیم.

کلید واژه‌ها: تغییرات آب‌وهوایی، حقوق زنان، حقوق بشر، حقوق محیط‌زیست.

---

۱. (نویسندهٔ مسئول) دانشیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشگاه قم، قم، ایران.droitenviro@gmail.com

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشگاه قم، قم، ایران. pegahdarvishi1997@gmail.com

مقدمه

تغییرات آب‌وهوایی به‌علت تأثیرات بی‌شمار آن بر حیات بشری به‌عنوان اهمّ دغدغه‌ها، از زوایای مختلف موردتوجه قرار گرفته است. برای حمایت از زنان دربرابر این تغییرات، معاهدات مهمی ازقبیل *کنوانسیون تغییرات اقلیمی* و *توافقنامهٔ پاریس* شکل گرفته و در سازمان ملل متحد نیز سازوکارهایی مانند برنامهٔ محیط‌زیست ملل متحد، شورای حقوق بشر و نهاد زنان ملل متحد، درراستای وظایف و مسئولیت‌های خود، از برنامه‌های جنسیتی مرتبط با محیط‌زیست و تغییر اقلیم مرتبط با حقوق زنان حمایت می‌کنند. زنان اغلب به‌دلیل وضعیت جسمی، نداشتن مهارت‌های شغلیِ خاص و همچنین مراقبت از کودکان، قادر به پیمودن مسیرهای کوتاه‌تری هستند و به مکان‌هایی که از وضعیت تغییرات اقلیم، چندان بی‌نصیب نیستند، نقل‌مکان می‌کنند؛ بنابراین، تغییر وضعیت اقلیمی باعث تنزل وضعیت و امکانات محیطی، و موجب جابه‌جایی بیشتری می‌شود و اوضاع نابسامان اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و مشکلاتی مانند فقر، تبعیض و مدیریت نامطلوب ساکنان مناطق جدید، اوضاع را وخیم‌تر می‌کند. امروزه، پژوهشگران و حقوق‌دانان به این موضوع می‌پردازند که چگونه تغییرات اقلیم بر حقوق زنان اثر می‌گذارد (Maarawi, Moreira, Petitbon, Lorioux-Chevalier and Pereira-Nunes, 2021)؛ از این روی، تحقیق حاضر را با هدف تبیین حمایت حقوق زنان دربرابر تغییرات اقلیم انجام داده‌ایم. موضوع سؤال اصلی پژوهش، حمایت حقوقی از زنان به‌عنوان بزرگ‌ترین قربانیان آثار تغییرات اقلیمی است؛ بنابراین، پرسش اساسی آن است که تغییرات آب‌وهوایی بر حقوق زنان چه اثری می‌گذارند. روش پژوهش ازنوع توصیفی- تحلیلی با مطالعهٔ منابع کتابخانه‌ای و منابع به‌روز و در دسترس است. فرض اساسی مقاله آن است که تغییرات آب‌وهوایی بر طیفی وسیع از مصادیق حقوق زنان اثر منفی می‌گذارند.

بررسی پیشینهٔ پژوهش نشان می‌دهد در برخی منابع به‌صورت گذرا به این موضوع پرداخته شده است که ازجمله آن‌ها موارد ذیل را می‌توان برشمرد: مصفا و مختارزاده (۱۳۹۵) در مقاله‌ای نشان داده‌اند زنان می‌توانند از جهات مختلف، قربانی تغییرات اقلیمی باشند و

نظام حقوقیِ بین‌المللی در این زمینه، دچار کاستی است؛ همچنین مشهدی و کرمی (۱٤۰۱) در مقاله‌ای ضمن تعریف خشونت اکولوژیک به این موضوع مهم پرداخته‌اند که خشونت اکولوژیک علیه زنان می‌تواند با از میدان به‌دربردن آنان به‌عنوان پاسداران محیط‌زیست و منابع طبیعی، موجب تخریب اساسی‌ترِ آن شود. از منابع خارجیِ منتشرشده در این حوزه می‌توان مقالهٔ تانی و رحمان (2016) با محوریت آسیب‌پذیری زنان درنتیجهٔ تغییرات آب‌وهوایی در بنگلادش را نام برد که در آن، وضعیت مردم فقیر این کشور و به‌ویژه زنان دچار معضل فقر تحت تأثیر تغییرات آب‌وهوایی بررسی شده است. استون، بلین و اسپنسر (2022) در مقاله‌ای اثرپذیریِ سلامت روان زنان از تجربیات منفی نامناسب آن‌ها در رویدادهای مرتبط با تغییرات آب‌وهوایی را بررسی کرده‌اند که حوزهٔ تحقیقاتی‌ای با توسعه‌یافتگیِ کمتر محسوب می‌شود.

در این مقاله، ازمنظر مفاهیم اساسی حقوق بشر به آثار تغییرات اقلیم بر وضعیت زنان می‌پردازیم و بدین منظور، حقوق ذیل را بررسی می‌کنیم:

۱. حق حیات و سلامتی

حق حیات، اولین و بنیادی‌ترین حق بشر، و فصل آغازین کتب حقوق بشر در همهٔ نظام‌های حقوق‌بشری است؛ چنان‌که می‌توان گفت وجود دیگر حقوق پیش‌بینی‌شده در اسناد بین‌المللی حقوق بشر به وجود این حق وابسته است؛ زیرا بدون زندگی، بقیهٔ حقوق، هیچ ارزش و کاربردی ندارند. کمیتهٔ حقوق بشر درمقام ناظر بر حُسن اجرای میثاق بین‌الملل حقوق مدنی و سیاسی، این حق را «حقوق برتر» خوانده است (مظاهری، ۱۳۹٤، ص. ٤٤). حیثیت و منزلت انسانی باوجود طبیعی و خدادادی‌بودن آن درمعرض تهدیدها و فشارهای جنایت‌آمیز بیرونی و در فضای نامتعادل اجتماعی، همواره آسیب‌پذیر است و اتخاذ تدابیر حمایتیِ شایسته و سازمان‌یافتهٔ جمعی در مقابله با جنایات ضد صلح و امنیت، مسئله‌ای ضروری و اجتناب‌ناپذیر به‌شمار می‌آید (هاشمی، ۱۳۸٤، ص. ۲۵). وقوع تغییرات اقلیمی، بهره‌مندی از حق حیات را به‌صورت مستقیم یا غیرمستقیم به خطر می‌اندازد. خطر مستقیم برای حق حیات، زمانی متصوَّر است که انسان‌ها براثر طوفان یا سیل ناشی از گرمایش زمین،

جان خود را ازدست می‌دهند. این مسائل، بیشتر در کشورهای درحال‌توسعه اتفاق می‌افتند؛ اما حوادث شدید اقلیمی در ایالات متحده و اروپا در سال‌های اخیر نشان می‌دهند خطرات در دیگر نقاط جهان نیز درحال افزایش‌یافتن هستند. از سوی دیگر، حق حیات، زمانی به‌صورت غیرمستقیم به خطر می‌افتد که حق بر سلامت، غذا و آب سالم براثر افزایش سطح آب دریاها، سیل یا پدیده‌های شدید اقلیمی بر سلامت و وضعیت زندگی انسان‌ها بهره‌مندی از حق حیات را به خطر بیندازد (کیریکو و بومقار، ۱۳۹۹، ص. ۱٤۸).

تغییرات آب‌وهوایی بر کیفیت حیات انسانی هم اثر می‌گذارند و در این فرایند، سلامتی و حیات زنان و دختران، آسیب‌پذیرتر است؛ مثلاً زمانی وقوع طوفان آیدای و بارش شدید باران در بخش‌هایی وسیع از موزامبیک، مالاوی، زیمبابوه و ماداگاسکار، باعث بروز سیل گسترده شد و به ساختمان‌ها، زیرساخت‌ها و محصولات زراعی خسارت‌هایی چشمگیر زد (USAID, 2019). این طوفان، موجب طغیان رودخانه‌ها و متعاقباً مرگ‌ومیر انسان‌ها، و تخریب معیشت و املاک شد. براساس آمار به‌دست‌آمده، ۵۲ درصد از تلفات این حادثه، زنان بودند (OCHA, 2019). در حادثه‌هایی از این دست، درک تفاوت‌های جنسی می‌تواند جان بسیاری از انسان‌ها را نجات دهد. شواهد قابل توجه نشان می‌دهند نداشتن مهارت‌های فیزیکی مانند توان بالارفتن از درختان یا شناکردن، یکی از عوامل مؤثر در افزایش تلفات ناشی از بلایای طبیعی درمیان زنان است (IPCC, 2007).

زنان، اغلب پس‌از بروز فاجعه، به مراقبت‌های بهداشتی برای زایمان دسترسی ندارند؛ همچنین تمام انسان‌ها و ازجمله زنان و دختران در این موقعیت، با خطر ابتلا به بیماری‌های مقاربتی مانند ایدز مواجه هستند که این مسئله می‌تواند ناشی از افزایش روابط جنسی ناخواسته، دسترسی‌نداشتن به وسایل پیشگیری از بارداری یا خشونت جنسی (تجاوز) باشد. در آمریکا نیز درپی وقوع طوفان کاترینا که ایالات متحده را تحت تأثیر قرار داد، بیشترین افراد آسیب‌دیده، زنان و به‌ویژه آنانی بودند که قومیت آفریقایی- آمریکایی داشتند (Lachlan, Burke, Spence and Griffin, 2009, p. 295-309). به‌دلیل کمبود امکانات و مراقبت‌های

بهداشتی هنگام وقوع بلایای طبیعی، زنان علاوه‌بر آزار جنسی و خانگی، دربرابر مشکلات سلامت باروری و جنسی نیز آسیب‌پذیرند (Nishat and Rahman, 2019, p. 641-656)؛ بنابراین، درک عوامل علت‌ومعلولی برای کاهش تأثیرات منفی بحران‌های آینده بر جمعیت‌های آسیب‌پذیر ضرورت و اهمیت فراوان دارد (Belsey-Priebe, Lyons and Buonocore, 2021). در دعوای زنان هوآسکو علیه دولت شیلی[1] در ۲۵ نوامبر ۲۰۲۱، ساکنان هوآسکو به‌سرپرستی گروهی از زنان، شکایتی را علیه دولت شیلی مطرح کردند و خواستار تعطیلیِ دو واحد نیروگاه ترموالکتریک شدند. به‌گفتهٔ شاکیان، شیلی یکی از طرف‌های توافقنامهٔ پاریس است و اخیراً توافقنامه‌ای را برای کربن‌زدایی نیروگاه‌های زغال‌سنگ تصویب کرده؛ اما همچنان انتشار گازهای گلخانه‌ایِ نیروگاه‌ها بر سلامت ساکنان و همسایگان هواسکو اثر منفی می‌گذارد و حقوق اساسی‌شان برای زندگی‌کردن در محیطی عاری از آلودگی و تساوی دربرابر قانون را نقض می‌کند. دولت شیلی در پاسخ به این شکایت، با این استدلال که حقوق اساسی شاکیان نقض نشده است، خاطرنشان کرد مصوبهٔ وزارت نیرو مبنی‌بر تصویب موافقتنامهٔ کربن‌زدایی، یک قانون اداری است که دائماً به‌روزرسانی می‌شود و علاوه‌بر آن، تصمیم‌گیری برای تعطیل‌کردن نیروگاه به مجموعه‌ای از عوامل بستگی دارد. در دوم مه ۲۰۲۲، دادگاه استیناف، این ادعا را به دلایل رویه‌ای رد کرد و آن را خارج از صلاحیت خود دانست؛ ولی این شکایت، رویه‌ای مناسب را درخصوص ارتباط میان تغییرات اقلیم و حقوق بشر به‌وجود آورد.

در دعوایی دیگر، انجمن زنان سالمند سویس برای حفاظت از آب‌وهوا درمقابل دپارتمان فدرال محیط‌زیست حمل‌ونقل، انرژی و ارتباطات[2] در سال ۲۰۱۶ علیه شورای فدرال، حمل‌ونقل، انرژی و ارتباطات DETEC، ادارهٔ فدرال محیط‌زیست و ادارهٔ فدرال انرژی شکایت

1. Women from Huasco and Others v. the Government of Chile, Ministry of Energy, Environment and Health, Court of Appeal of Copiapo, No. 323-2021, 7 May 2022 (Chile).
2. Association of Swiss Senior Women for Climate Protection v. Federal Department of the Environment Transport, Energy and Communications (DETEC) and Others, Federal Supreme Court of Switzerland, Case No. A-2992/2017, 26 November 2020 (Switzerland).

کردند و مدعی شدند این نهادهای دولتی با اِهمال در کاهش‌ندادن انتشار گازهای گلخانه‌ای، از اجرای تعهدات طبق قانون اساسیِ سویس و کنوانسیون اروپاییِ حقوق بشر کوتاهی کرده‌اند. درخواست‌کنندگان ادعا کردند دولت مواد ۱۰ (حق زندگی)، ۷۳ (اصل پایداری) و ۷٤ (حفاظت از محیط‌زیست) قانون اساسی سویس و نیز مواد دوم و هشتم کنوانسیون اروپاییِ حقوق بشر را نقض کرده است. آنان اذعان داشتند گروه جمعیتی‌شان (زنان) به‌ویژه دربرابر امواج گرمای ناشی از تغییرات آب‌وهوایی، آسیب‌پذیر است. زنان عضو این انجمن از پارلمان سویس و آژانس‌های فدرال مربوط خواستند رویکردی نظارتی را برای چندین بخش ایجاد کنند تا انتشار گازهای گلخانه‌ای کاهش یابد. این درخواست، ابتدا ازسوی نهادهای مربوط (با این استدلال که شاکیان، فاقد اعتبار قانونی برای ذکر چنین درخواستی هستند) و سپس ازجانب دادگاه اداری فدرال سویس در مرحلهٔ تجدیدنظر (با این توجیه که زنان سویسیِ بالای ۷۵ سال به‌طور انحصاری تحت تأثیر تغییرات آب‌وهوایی قرار نمی‌گیرند) رد شد.

در ژانویهٔ ۲۰۱۹ شاکیان علیه این حکم به دادگاه عالی سویس اعتراض کردند. در بیستم مه ۲۰۲۰ دادگاه عالی این درخواست را نپذیرفت و اعلام کرد حقوق موردادِعای شاکیان با شدت کافی تحت تأثیر قرار نگرفته است و خواستهٔ آن‌ها باید از راه سیاسی (نه قضایی) حاصل شود. نهایتاً در ۲٦ نوامبر ۲۰۲۰ پس‌از پایان‌یافتن تمام راه‌حل‌های حقوقیِ موجود در سویس، مدعیان شکایتی را به دادگاه اروپاییِ حقوق بشر با این مضمون عرضه کردند که سیاست‌های آب‌وهواییِ نامناسب دولت سویس، حق زندگی و سلامت زنان را مطابق مواد دوم و هشتم از کنوانسیون حقوق اروپایی حقوق بشر نقض می‌کند. این دادگاه پرونده را پذیرفت و به دولت سویس ابلاغ کرد بدان منظور که تا تاریخ ۲۵ مارس ۲۰۲۱ به آن پاسخ دهد.

۲. حق بر محیط‌زیست سالم

پس‌از شکل‌گیری و گسترش بحران محیط‌زیست، موضوعات زیست‌محیطی، ابعاد حقوق‌بشری یافتند (مشهدی و حامدی، ۱٤۰۲، ص. ۱۵۰). در همین راستا اثرهای ناشی از تغییرات اقلیم می‌تواند

زمینه را برای نقض حق بر محیط‌زیست زنان، بیش‌از مردان فراهم کند؛ مثلاً در پروندهٔ شکایت ماریا خان و همکاران علیه دولت پاکستان[1]، ائتلافی ازسوی زنان پاکستانی علیه این دولت صورت گرفت که ادعا می‌کنند انفعال دولت فدرال درخصوص تغییرات آب‌وهوایی، حقوق اساسی آن‌ها ازجمله حقِ داشتنِ محیط‌زیست سالم و پاک و نیز آب‌وهوایی که بتواند کیفیت زندگی‌شان را تضمین کند، نقض کرده است. این بیان و ادعا درواقع، حق بر محیط‌زیستی است که در بیانیهٔ استکهلم ۱۹۷۲ شناسایی شد؛ همچنین براساس استدلال شکات، از آنجا که تغییرات آب‌وهوایی بر اقشار آسیب‌پذیر جامعه و به‌ویژه زنان به‌گونه‌ای نامتناسب اثر می‌گذارد، صورت‌نگرفتن اقدامات اقلیمی ازسوی دولت، حقوق شاکیان را برای حمایتِ برابر تحت قانون و تبعیض قائل‌نشدن براساس جنسیت نقض می‌کند. بنابر اظهارات شاکیان، دولت پاکستان در اولویت‌بندی پروژه‌های انرژی پاک شکست خورده است. این شکست در کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای، تعهدات دولت پاکستان براساس توافقنامهٔ پاریس و همچنین حقوق اساسی این کشور (مواد چهارم و نهم قانون اساسی پاکستان) را مبنی‌بر اینکه حقوق اساسی انسان‌ها مانند حق حیات و امنیت، شامل حق برخورداری از محیط‌زیست سالم و پاک و نیز برخورداری از کرامت انسانی مثل حق برابری اجتماعی و اقتصادی و سیاسی (مادهٔ چهاردهم قانون اساسی پاکستان) است، نقض می‌کند. این گروه خاطرنشان کردند که دکترین اعتماد عمومی و اصل برابریِ بین‌نسلی و مفهوم عدالت اقلیمیِ توسعه‌یافته ازسوی دولت نقض شده است. شاکیان به‌دنبال نتایجی مبنی‌بر این مسئله بودند که دولت باید از پروژه‌های انرژیِ تجدیدپذیر حمایت کند و موافقتنامهٔ پاریس را به‌صورت محوری در اقدامات زیست‌محیطی و سیاست‌های اقلیمی‌اش بگنجاند.

۳. حقوق اقتصادی مرتبط با تغییرات آب‌وهوایی

به‌طور کلی، تغییرات آب‌وهوایی، نابرابری‌های اجتماعی و اقتصادی را وخیم‌تر می‌کند و بر

1. Maria Khan et al. v. Federation of Pakistan et al.

نهاد اقتصادی و اجتماعی زنان، بسیار اثرگذار است (Beaumier and Ford, 2010, p. 550-559). تأثیرات و نابرابری‌های ناشی از این تغییرات در اَشکال تاریخی و معاصر استعمار، نئولیبرالیسم و تخریب زیست‌محیطی متعاقب آن ریشه دارد (Cameron, 2021, p. 103-114). انتظار می‌رود تغییرات آب‌وهوایی، باعث بروز شوک‌های اقتصادی و افزایش ناامنی غذایی، بالاآمدن سطح آب دریاها، کاهش تولید محصولات کشاورزی و شیلات، وقوع رویدادهای شدید آب‌وهوایی مانند سیل و طوفان، و اثرگذاری بر سلامت جسمی و روحی انسان‌ها شود که همگی، اثرات مخربی بر اقتصاد جهانی خواهند داشت (Burke, Hsiang and Miguel, 2015, p. 235). دیگر اثر اقتصادیِ این فرایند را بر معیشت زنان می‌توان مشاهده کرد. تغییرات آب‌وهوایی و کاهش منابع به‌صورتی فزاینده، معیشت و ارتباطات اجتماعی زنان را به‌خطر می‌اندازد؛ مثلاً زنان در مکزیک به‌دلیل گرمای هوا و کمبود آب، قادر به کسب و کنترل درآمد حاصل از فرآوری برخی میوه‌ها و سبزی‌ها نظیر آلو، زردآلو، انجیر و زیتون نیستند (Buechler, 2009, p. 51-66)؛ همچنین در این کشور، خشکسالیِ طولانی‌مدت، بیشترین فشار اقتصادی را بر زنان مجرد و بیوه با فرزندانی که به‌شدت ازنظر منابع، محدودند، اِعمال می‌کند. در این وضعیت سخت، برخی از این زنان به فروش دام‌های کوچک خود روی آوردند که درنهایت، باعث کاهش‌یافتن سرمایهٔ مالی آن‌ها شده است (Biskup and Boellstorff, 1995, p. 80). برخی تحقیقات نشان می‌دهند در بولیوی، تغییرات آب‌وهوایی به فقر زنان منجر شده است (Escalante Ochoa, 2022).

دیگر مسئلهٔ اقتصادی قابل توجه، تأثیر بر قیمت کالاهای ضروری است؛ مثلاً خشکسالی یا سیل ناشی از تغییرات آب‌وهوایی می‌تواند قیمت مواد غذایی را کاهش دهد و برای کسانی که از فروش مواد غذایی امرارمعاش می‌کنند، عواقبی بس ناخوشایند داشته باشد (Lama and Wester, 2019). در این میان، اگر زنان، شانس نابرابری برای برخورداری از درآمد جایگزین داشته یا فاقد حقوق مالکیت زمین باشند و یا همسرانشان را ازدست بدهند، احتمال دارد بیشترین ضرر و آسیب اقتصادی را متحمل شوند (Lama and Wester, 2019). در جوامع

آفریقایی از زنان انتظار می‌رود بر نیازهای خانگیِ خانواده متمرکز شوند و مردان، تنها به تأمین درآمد نقدیِ خانواده کمک می‌کنند؛ باوجود آن، حتی اگر مردم نتوانند از وقوع بلایا جلوگیری کنند، می‌توان ازطریق برنامه‌ریزی‌های دقیق و منطبق بر جنسیت، تأثیر تلفات و فجایع اکولوژیک را کاهش داد. این تلاش‌ها برای پیشبرد برابریِ جنسیتی باید در درجهٔ اول بر بهبود وضعیت زنان و دختران در جوامع، متمرکز شود؛ مثلاً ازطریق انجام‌دادن برخی اقدامات خاص، اطمینان حاصل شود که نظرات، نیازها و اولویت‌های زنان به‌میزان کافی و به‌صورت مستقیم در کمیته‌های مدیریت بلایا تشدید می‌شود (Chitongo et al., 2019, p. 30-44).

٤. تأثیر بر حق کار زنان

تحقیقات نشان می‌دهد تغییرات آب‌وهوایی به‌میزانی قابل توجه بر کار بدون دستمزد زنان در سراسر کشورهایی نظیر کانادا اثر می‌گذارد. این فرایند از طرق متعدد و به‌هم‌پیوسته‌ای رخ می‌دهد که سیاست تجارت نئولیبرالیِ جهانی و تغییرات آب‌وهوا را با الگوهای رفتاری محلی و جنسیتی، و هنجارهای اجتماعی پیرامون نقش‌های سنتی زنان مرتبط می‌کند (Williams, Fletcher, Hanson, Neapole and Pollack, 2018). در بسیاری از کشورهای درحال‌توسعه، سنت‌های فرهنگی، زنان را به جمع‌آوری آب مجبور می‌کنند؛ حتی زمانی که این کار، مستلزم ساعات طولانی کار فیزیکی سنگین یا سفر به مکان‌های دور باشد. زنان روستایی در اکثر کشورهای درحال‌توسعه نیز مسئول تأمین سوخت‌هایی مانند چوب، زغال‌چوب و ضایعات کشاورزی هستند که برای مصارف خانگی مانند پخت‌وپز، جوشاندن آب یا گرم نگه‌داشتن، موردنیاز است (Goh, 2012). براساس پژوهش‌های انجام‌شده، مشارکت زنان در فعالیت‌های مختلف سازگاری همچون استفاده از فناوری‌های نوین و محصولات سبز[1] به افزایش‌یافتن بهره‌وری و درآمد در مناطق پرخطر اقلیمی منجر خواهد شد (Khatri-Chhetri, Regmi, Chanana and Aggarwal, 2020, p. 29-42). نقش‌های پرزحمتی که زنان در کارهای

1. GM

کشاورزی، از کاشت و وجین تا برداشت محصول برعهده دارند، نشان‌دهندهٔ ماهیت و شدت تأثیر تغییرات اقلیمی بر آنان است. این پدیده با ایجاد اختلال در سلامت و معیشت زنان (FAO, 2011)، به آسیب‌پذیرترشدن آن‌ها به‌ویژه در جوامع درحال‌توسعه همچون ایران منجر می‌شود؛ چون کشاورزی، منبع اصلی معیشت در بسیاری از مناطق روستایی در این‌گونه کشورهاست (گلی، امیدی نجف‌آبادی و شهرآرا، ۱٤۰۰، ص. ۷۵). شایان ذکر است که در جنوب آسیا زنان تقریباً هفتاد درصد از نیروی کار کشاورزی را تشکیل می‌دهند. زنان روستایی در این مناطق، بیشتر از مردان به منابع طبیعی وابسته‌اند؛ زیرا بیشتر کارهای کشاورزی را انجام می‌دهند (Terry, 2009).

۵. حق بر آرامش و سلامت روانی[1]

رویدادهای آب‌وهوایی به شکل‌هایی متفاوت بر سلامت روان زنان و مردان اثر می‌گذارد؛ مثلاً زنان در یک منطقهٔ تحت تأثیر خشکسالی، بیشتر از مردان مضطرب هستند و این مسئله ممکن است ناشی از مشکلاتی باشد که زنان برای اجرای نقش‌های خود با آن‌ها مواجه‌اند (Coelho, 2004, p. 95). بنابر تعریف سازمان بهداشت جهانی، سلامت روان، وضعیتی است که در آن، فرد توانایی‌های خود را تحقق می‌بخشد و به‌رغم فشارهای زندگی، عملکردی مفید دارد و قادر است به جامعهٔ خود کمک کند. طبق این تعریف، سلامت روان، هردو جنبهٔ احساسات مثبت و عملکرد مثبت را دربر می‌گیرد. هنجارهای اجتماعی و فرهنگی و جنسیتی، تقسیم‌کار جنسیتی، و سطوح مختلف دسترسی به منابع تولیدی و پول نقد، نه‌تنها زنان را آسیب‌پذیرتر می‌کند؛ بلکه بر توانایی آنان برای پاسخ‌گویی به تأثیرات و شوک‌های آب‌وهوایی، و انطباق با آن‌ها اثر می‌گذارد (Alston, 2014, p. 287). براساس تحقیقات صورت‌گرفته در حوضهٔ رودخانهٔ گانگا در هند نتیجه گرفته شد در جایی که اثرات روانی-اجتماعی سیل برای زنانی که علاوه‌بر پریشانی و رابطه‌های حمایتی خود (خانواده) مجبور

1. Mental Health

بودند از دیگران حمایت کنند، شدیدتر است. از آنجا که مقابله با تغییرات آب‌وهوایی، یکی از اصلی‌ترین ملزومات توسعهٔ پایدار و استفادهٔ محتاطانه از منابع موجود است، زنان به‌ویژه در کشورهای درحال‌توسعه و مخصوصاً در مباحث پایداری و حفظ محیط‌زیست، یکی از عناصر اصلی توسعه به‌شمار می‌آیند (Varmazyari, Imani and Eghbali, 2019, p. 1-20). زنان در بسیاری از کشورهای متأثر از تغییرات آب‌وهوایی همچون منطقهٔ ساحلی جنوب غربی بنگلادش ازنظر روانی به حاشیه رانده شده و به منابع دولتی یا مالی محدود، وابسته‌اند؛ بنابراین، امنیت روانی آن‌ها دراثر تغییرات آب‌وهوایی به‌تدریج آسیب می‌بیند (IPCC, 2014)؛ به‌علاوه، موقعیت‌های اجتماعی زنان، مبتنی‌بر نهادهای اجتماعی، قومیت و هویت جنسیتی است؛ نه براساس توانایی‌های شخصی آنان؛ از این روی، ویژگی‌های جنسیتی و هنجارهای مردسالارانه، موانع اجتماعی‌ای هستند که کار را برای زنان دشوار می‌کنند و بدین ترتیب، ویژگی‌های آسیب‌پذیری، مبتنی‌بر جنبه‌های فیزیکی، اجتماعی، اقتصادی و محیطی هستند که حساسیت فردی و اجتماعی به خطرها را افزایش می‌دهند (Sams, 2019, p. 57). آرورا جانسون نیز در پژوهشی مشابه، بر اهمیت تعامل زنان با منابع طبیعی محلی خود در سراسر جهان تأکید کرده و رابطه میان فضیلت و ارتباط اخلاقی زنان با محیط‌زیست و آسیب‌پذیری را با توجه به تغییرات آب‌وهوایی، برجسته نشان داده است (Arora-Jonsson, 2011, p. 477).

٦. حق بر غذا و آب

حق بر غذا، نخستین بار در بند اول از مادهٔ ۲۵ اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر در سال ۱۹٤۸ در اولین مجمع عمومی ملل متحد تصویب و در بستر حق بر بهره‌مندی از استاندارد مناسب زندگی به‌رسمیت شناخته شد. پس‌از آن، کنوانسیون ۱۹٤۸ ژنو صراحتاً حق بر آب و غذا را به‌رسمیت شناخت و کمی بعد، حق بر غذا در مادهٔ یازدهم از میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ۱۹٦٦ درج شد (کیریکو و بومقار، ۱۳۹۹، ص. ۱٥٤). تغییرات آب‌وهوایی مستقیماً بر این حق اثر می‌گذارد و تأثیر آن بر حق موردبحث درخصوص زنان، مشهودتر است. بررسی‌ای نظام‌مند برای ارزیابی ناامنی غذایی خانوارهایی که عمدتاً در

قاره‌های آمریکا و اروپا زندگی می‌کنند، نشان می‌دهد زنان، چهل درصد بیشتر از مردان، ناامنی غذایی را تجربه می‌کنند و زنان سرپرست خانوار ۷۵ درصد بیشتر از مردان سرپرست خانوار درمعرض خطر ناامنی غذایی قرار دارند (Jung, de Bairros, Pattussi, Pauli and Neutzling, 2017, p. 902)؛ به‌علاوه، خانوارهای آمریکاییِ دارای فرزند نسبت‌به خانواده‌های بدون فرزند، ناامنی بیشتری دارند و از آنجا که زنان، بیشتر سرپرست خانواده‌های تک‌والد هستند، بیشتر هم درمعرض خطر قرار دارند (Coleman-Jensen, 2019, p. 47). به‌دنبال شیوع بیماری‌های همه‌گیر نظیر کووید ۱۹ و بدترشدن وضعیت تغییرات آب‌وهوایی، شکاف دستمزدهای جنسیتی نیز در آمریکا افزایش یافت، فقر زنان شدیدتر شد و عواملی مانند افزایش خشونت مبتنی‌بر جنسیت و مسئولیت‌های خانوادگی، درآمد و توانایی زنان برای تهیه‌کردن غذاهای سالم را تحت فشار قرار داد (Nadler, Voyles, Cocke and Lowery, 2016, p. 623). بحران‌های جهانی مانند فقر، بیماری‌های فراگیر و تغییرات آب‌وهوایی بر اقتصاد، سامانه‌های غذایی و روابط خانوادگی فشار وارد می‌کنند؛ به‌گونه‌ای که ناامنی غذایی زنان را افزایش می‌دهند. درپی مرور مختصر تاریخ درمی‌یابیم انواع شوک‌های اقتصادی ناشی از تغییرات آب‌وهوایی به‌صورتی نامتناسب بر پتانسیل درآمد زنان اثر می‌گذارد (Biddle and Hamermesh, 2013, p. 7). از آنجا که مسئولیت اصلی تهیه و آماده‌سازی غذای اصلی خانواده برعهدهٔ زنان است، آنان در تلاطم ناشی از این تغییرات، نگران امنیت غذایی اعضای خانواده و به‌ویژه کودکان و سالمندان نیز هستند (گلی، امیدی نجف‌آبادی و شهرآرا، ۱٤۰۰، ص. ۸۵). تغییرات اقلیمی بر وجود منابع آب و غذا اثر منفی می‌گذارد و گزارش ارزیابی پنجم منتشرشده در سال ۲۰۱٤ در مجمع عمومی بین‌المللی تغییرات اقلیمی ملل متحد، تهدید محدودیت در دسترسی به غذا و آب براثر تغییرات اقلیمی را تأیید می‌کند. تحقیقات نشان می‌دهد به‌موازات افزایش دما به‌میزان یک درجه، تولید محصولات کشاورزی، پنج درصد کاهش می‌یابد؛ چنان‌که محصولات ذرت، گندم و دیگر غلّات بین سال‌های ۱۹۸۱ تا ۲۰۰۲ درنتیجهٔ افزایش دما، سالانه چهل مگاتن کم شده است (IPCC, 2014).

۷. نابرابری و تبعیض جنسیتی

گزارش ویژهٔ گرمایش ۱/۵ درجهٔ سانتی‌گرادی‌ای که هیئت بین‌الدُوَلِ تغییرات آب‌وهوایی منتشر کرده، نشان‌دهندهٔ وقوع پدیدهٔ تغییر اقلیم در مناطق مختلف کرهٔ زمین است (Field, 2014; Masson-Delmotte et al., 2018) که بر جمعیت و واکنش‌های افراد، وضعیت اقتصادی، زیرساخت‌ها، سازوکارهای دولتی و نیز جنبه‌های ژئوفیزیکی، بیولوژیکی و اجتماعی مانند جنبه‌های خاص جنسیتی اثر می‌گذارد (Adger et al., 2007, p. 717; Hahn, Riederer and Foster, 2009, p. 74; Hlahla, Nel and Hill, 2019, p. 1089-1107) و همچنین می‌تواند مشکلات بسیار زیادی مثل فقر و نابرابری جنسیتی را به‌وجود آورَد (Dankelman, 2002, p. 21-29). تغییرات آب‌وهوایی، نابرابری‌های جنسیتی را تشدید می‌کند و آسیب‌پذیری‌های پیشین زنان روستایی در کشورهای درحال‌توسعه (مانند شکاف جنسیتی در کشاورزی) را افزایش می‌دهد (Huyer and Partey, 2020, p. 1-12). امروزه، تغییر اقلیمی به‌عنوان یک مسئلهٔ خاص جنسیتی تا آنجا پیش رفته و گسترش یافته که بر نقش‌های اجتماعی زنان اثر گذاشته، فقر و تبعیض جنسیتی را قوّت بخشیده و برای زنان و به‌ویژه زنان روستایی‌ای که در محیط‌های کشاورزی، علاوه‌بر وظایف داخل خانه، مسئولیت رسیدگی به محصولات زراعی و حیوانات کوچک، بهبود بهره‌وری کشاورزی و ایجاد امنیت غذایی را برعهده دارند، چالشی بزرگ ایجاد کرده است (Habtezion, 2013).

دیگر وجه تبعیض جنسیتی در مواجهه با آثار ناشی از تغییرات اقلیم، با توانایی‌های متفاوت زنان و مردان مرتبط است. زنان در زمان‌های قبل و بعداز وقوع بلایا مسئولیت‌هایی اضافه بر وظایف خویش مانند ذخیره‌کردن آب و غذا، و مراقبت از کودکان و سالمندان را برعهده می‌گیرند (IPCC, 2020)؛ مثلاً در سال ۱۹۹۱ بنگلادش درنتیجهٔ وقوع طوفانی ویرانگر آسیب دید و بسیاری از مردم دراثر جاری‌شدن سیل کشته شدند. از آنجا که مردان می‌توانستند آزادانه حرکت کنند و با هم ارتباط بگیرند، به یکدیگر درخصوص وقوع این فاجعه هشدار دادند؛ اما تعداد زیادی از زنان، از خطری که پیشِ‌رویشان بود، مطّلع نشدند و

به‌دلیل نداشتن اطلاعات کافی در این زمینه، مرگ‌ومیر آنان به‌میزان پنج برابر مردان افزایش یافت. میزان زیاد مرگ‌ومیر زنان در طوفان ۱۹۹۱ دو علت اصلی داشت: نخست، آنکه زنان در منطقه ماندند تا همراه با مردان خود به مکانی امن‌تر مهاجرت کنند؛ دوم، آنکه در بسیاری از کشورهای آسیایی و به‌ویژه بنگلادش، بیشتر زنان شناکردن بلد نیستند؛ همچنین بسیاری از آنان به‌سبب نبودِ یک محرم درکنارشان، از شدت خون‌ریزی جان خود را ازدست دادند (IPCC, 2022). هنجارهای فرهنگی مرتبط با نقش‌های جنسیتی، توانایی زنان در پاسخ‌گویی یا تصمیم‌گیری سریع در مواجهه با رویدادهای آب‌وهوایی را محدود می‌کنند؛ مثلاً هنگام جاری‌شدن سیل، نوع لباسی که آن‌ها می‌پوشند یا مسئولیتشان در مراقبت از کودکان کوچک، موجب ایجاد محدودیت در توانایی آنان برای دویدن یا رفتن به ارتفاع‌های بالاتر برای مصونیت از خطر می‌شود (Neumayer and Plümper, 2007, p. 551). به‌عنوان شاهدی برای تأیید این مطلب، از نمونه‌های اخیر طرد زنان کانادایی و ملاحظات جنسیتی در راهبردها و اقدامات مرتبط با تغییرات آب‌وهوایی، دو مورد را می‌توان ذکر کرد: نخست، آنکه به‌رغم چندین سال انجام‌شدن تحقیقات آب‌وهوایی و ابتکارات مرتبط، هیچ‌گونه تجزیه‌وتحلیل مبتنی‌بر جنسیت در گزارش‌ها و راهبردهای مرتبط با تغییرات اقلیم در شهرداری‌های کانادا وجود ندارد (Thompson and Joseph, 2011)؛ دوم، آنکه در مارس ۲۰۱۶، انجمن زنان بومی کانادا از یک نشست ملی بزرگ درخصوص تغییرات آب‌وهوایی در ونکوور حذف شد (Lavell-Harvard, 2016).

گفتمان‌های تغییر اقلیم و جهان‌بینی‌ها بر ذهنیت‌های زنان و مردان، و ظرفیت‌های زنان برای کاهش اثرات و انطباق با تغییر اقلیم، عمیقاً اثر می‌گذارد. شواهد نشان می‌دهد زنان مانند همتایان مرد خود گرفتار شده‌اند و تاحدودی متفاوت، گفتمان‌ها و باورهای اروپایی‌محور و مردسالارانه را بازتولید می‌کنند که نابرابری‌های جنسیتی در تغییرات آب‌وهوا را تداوم می‌بخشد (Williams, Fletcher, Hanson, Neapole and Pollack, 2018). پژوهش‌ها نشان می‌دهند انتشار کربن در کشورهایی که زنان، موقعیت سیاسی بالاتری دارند، کمتر است.

براساس یافته‌های موجود، زنان باید در تصمیم‌گیری‌های اقلیمی مشارکت داشته باشند؛ زیرا آنان دیدگاه‌ها، دانش و تجربه‌های متفاوتی را ارمغان می‌آورند که به خروجی‌های سیاسی متفاوتی می‌انجامد؛ بنابراین، به‌عقیدهٔ محققان، تغییرات آب‌وهوایی درواقع، دارای اثر جنسیتی است و از آنجا که زنان، بخشی مهم از فقیرترین افراد جامعه را تشکیل می‌دهند، درزمرهٔ آسیب‌پذیرترین افراد براساس موقعیت اجتماعی، قانونی و اقتصادی قرار خواهند داشت (Morrow, 2017, p. 31).

۸. حق بر زندگی خانوادگی

فجایع زیست‌محیطی بر زندگی خانوادگی هم اثرات مخرب می‌گذارند و باعث تنهاشدن تعداد زیادی از زنان به‌دلیل مرگ والدین یا همسرانشان می‌شوند. در این میان، ارزش‌ها و تابوهای جنسیتی- اجتماعی[1]، این گروه از زنان را برای رهایی‌یافتن از تنهایی یا ناامنی به ازدواج‌های شتاب‌زده[2]، تحمیلی[3] یا ترتیب‌داده‌شده مجبور می‌کنند که به‌دلیل شوک ناشی از فاجعه، ملاک‌های استاندارد انتخاب همسر در آن‌ها لحاظ نمی‌شود و درنهایت، به ایجاد پیامدهای روانی و اجتماعی ناخوشایندی برای فرد، خانواده و جامعه می‌انجامد. ازدواج اجباری بر ابعاد روانی، اجتماعی و اقتصادی زندگی این گروه از زنان اثر می‌گذارد. زنانی که قربانی ازدواج اجباری می‌شوند، خود را کاملاً جدا از جامعه و خانواده می‌دانند، به تحمل‌کردن سوءاستفاده‌های مداوم درطول عمر خود مجبور می‌شوند و این موضوع، تبعاتی را در زندگی اجتماعی، اقتصادی و تحصیلی و نیز علایق شخصی‌شان دارد. آنچه موجب صورت‌گرفتن ازدواج اجباری می‌شود و به بیان دیگر، از شرایط علّیِ این پدیده به‌شمار می‌آید، اقسام بلایای طبیعی نظیر زلزله، سیل، خشکسالی، شیوع بیماری و یخبندان، و تبعات مستقیم و غیرمستقیم ناشی از این رویدادها مانند مرگ سرپرست خانواده و پدر یا مادر،

1. Gender-Social Taboos
2. Early Marriage
3. Forced Marriage

ازدست‌دادن خانه و سرپناه، بروز آسیب‌های جسمانی، بیکاری پدر یا سرپرست خانواده و تلاش برای بقاست که باعث می‌شود خانواده یا خویشاوندان، ازدواج زنان را راهکاری برای برون‌رفت از مشکلات ناشی از تأثیرات مخرب این‌گونه حوادث بدانند.

۹. خشونت علیه زنان

تخریب محیط‌زیست و گسترش آن درکنار بلایای طبیعیِ زیست‌محیطی و تغییرات آب‌وهواییِ منجر به خشکسالی، بیماری، قحطی، کمبود آب و نظایر آن، زنان را دربرابر خشونت و بهره‌کشی آسیب‌پذیرتر می‌کند. جابه‌جایی سرزمینی، فشارهای روحی- روانی و ضربه‌هایی که بازماندگان بلایای طبیعی تجربه می‌کنند، موجب تشدید عوامل خطر می‌شود. برخی تحقیقات نشان داده‌اند که چگونه تغییرات اقلیمی به خشونت علیه زنان می‌انجامد (مشهدی و کرمی، ۱٤۰۱، ص. ۱۸۲). تغییر اقلیم، باعث تنزل وضعیت و امکانات محیطی و همچنین جابه‌جایی بیشتر می‌شود و اوضاع نابسامان اجتماعی، اقتصادی و سیاسی، و مشکلاتی مانند فقر، تبعیض، مدیریت نامطلوب اردوگاه‌ها، و درگیری‌ها و مخاصمات مسلحانه، اوضاع را وخیم‌تر می‌کند. این مسائل در کشورهای آفریقایی، موجب پدیدارشدن تعداد زیادی پناهنده، مهاجر و آواره شد که هشتاد درصد آنان را زنان تشکیل می‌دهند و به دلایل انسانی و جنسیتی، محتاج حمایت حقوقیِ خاص هستند (مصفا و مختارزاده، ۱۳۹۵، ص. ۲۱). افزایش‌یافتن ازدواج دختران زیر سن قانونی هم پس‌از وقوع بلایای طبیعی، زیاد رخ می‌دهد (Gomez, 2006). ازدواج کودکان، یک عمل خشونت‌آمیز جنسیتی است که در جوامع مختلف به‌عنوان ابزاری برای مقابله با مشکلات درصورت وقوع فاجعه به‌کار گرفته می‌شود؛ مثلاً در بنگلادش، اتیوپی و کنیا ازدواج کودکان، راهی برای تأمین مالی یا دارایی‌ها و جبران خسارات ناشی از بلایای مرتبط با آب‌وهوا مانند خشکسالی، سیل و طوفان شدید است. امروزه ثابت شده است که تغییرات اقلیمی، باعث افزایش‌یافتن خطر تجاوز جنسی و خشونت خانگی علیه زنان، کاهش زمان صرف‌شده برای تعلیم‌وتربیت در مدرسه و درنتیجه، کم‌شدن توانایی زنان برای دستیابی به استقلال مالی می‌شود (United Nations Development Programme, 2021)؛ مثلاً

در بسیاری از نقاط جهان و به‌ویژه قارهٔ آفریقا زنان وظیفهٔ آوردن آب به خانه را برعهده دارند. به‌دنبال افزایش‌یافتن شدت خشکسالی، زنان و دختران برای رسیدن به منابع آبی باید مسافتی طولانی‌تر را طی کنند و همین مسئله، خطر تجاوزات جنسی به آنان را افزایش می‌دهد (Scholarship, 2021)؛ به‌علاوه، این افزایش زمان برای طی‌کردن مسافت، موجب کاهش‌یافتن مدت حضور دختران در مدرسه می‌شود. بلایای مربوط به تغییرات آب‌وهوا فشارهای روحی-روانی بر خانوارهای آفریقایی درخصوص ازبین‌رفتن محصولات زراعی، تلفات دامی، ازدست‌دادن دارایی منجر به ضرر مالی و کمبود مواد غذایی را شدت می‌بخشد (Camey, Sabater, Owren and Boyer, 2020)؛ علاوه‌بر آن، درطول دوره‌های استرس‌زای اقتصادی، معمولاً مصرف الکل افزایش می‌یابد که این مسئله مستقیماً با افزایش خشونت خانگی مرتبط است (Gillum, Doucette, Mwanza and Munala, 2018)؛ زیرا هنگامی‌که خانوارها تحت تأثیر تغییرات نامطلوب آب‌وهوایی قرار می‌گیرند، ممکن است مردان با اِعمال خشونت‌های عاطفی، فیزیکی یا جنسی علیه شریک زندگی‌شان اضطراب و ناامیدی خود را ابراز کنند. در تونگا[1] جست‌وجوهای اینترنتیِ مربوط به خشونت علیه زنان در بازهٔ زمانیِ دسامبر ۲۰۲۰ تا ژوئیهٔ ۲۰۲۱ افزایش یافته است که نشان می‌دهد در این مدت، چندین بحران مانند طوفان، بارندگی شدید و لانینا در این منطقه رخ داده است (United Nations Development Programme, 2021).

یافته‌های پژوهش

به‌عنوان هودهٔ اساسی این پژوهش می‌توان گفت تغییرات آب‌وهوایی، زمینه را برای نقض حقوق انسانیِ زنان فراهم می‌کند و بر طیفی متنوع از حقوق بشری و شهروندی این قشر از جامعه اثر منفی می‌گذارد. در پرسش اصلی این پژوهش، مسئلهٔ حقوق زنان و تغییرات آب‌وهوایی مطرح شد و بر این مبنا می‌توان نتیجه گرفت آثار ناگوار این تغییرات، طیفی گسترده از حقوق زنان را تحت تأثیر قرار می‌دهد. درواقع، اجرا، تضمین و ارتقای بخشی از

---

۱. مجموعه‌ای از ۱۷۰ جزیره در شرق استرالیا در اقیانوس آرام

حقوق زنان با مسئلهٔ تغییرات اقلیمی گره خورده و حق حیات و سلامتی، و نابرابری جنسیتی ناشی از این تغییرات، مهم‌ترینِ این موارد است؛ هرچند چنان‌که دیدیم، دیگر حقوق انسانیِ مرتبط با زنان نیز به‌نوعی با تغییرات آب‌وهوایی، ارتباط وثیق دارند؛ بنابراین، با توجه به فرض اساسی‌ای که ابتدا در پاسخ به سؤال اصلی تحقیق مطرح کردیم، با استناد به مثال‌های متعدد می‌توان نتیجه گرفت این فرضیه طی تحقیقات صورت‌گرفته می‌تواند تأیید شود. در همین راستا پذیرش و درک عمیق مناسبات میان تغییرات آب‌وهوایی و نقض حقوق انسانیِ گروه‌های مختلف می‌تواند تصویری واقعی از این مناسبات را به دولت‌ها نشان دهد تا اقدامات حمایتیِ لازم را درخصوص گروه‌های آسیب‌پذیر انجام دهند.

منابع

باقری، شهلا؛ و ملکشاه، آرزو (۱۳۹۰). مطالعهٔ تطبیقی حق حیات زن ازدیدگاه اسلام و غرب با تأکید بر اسناد بین‌المللی. *پژوهشنامهٔ زنان*، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، ۲(۲)، ۱-۲۲.

کمال‌الدینی، معصومه؛ و ازکیا، مصطفی (۱۳۹۵). مطالعهٔ پدیدهٔ ازدواج اجباری زنان در فجایع طبیعی: پیامدهای اجتماعی فاجعه در زنان بازماندهٔ زلزلهٔ ۱۳۸۲ بم. *نامهٔ انسان‌شناسی*، ۱٤(۲۵)، ۱٦۹-۲۰۲.

کیریکو، اتاویو؛ بومقار، مولود (۱۳۹۹). *تغییرات اقلیمی و حقوق بشر*. تهران: علمی و فرهنگی.

گلی، ایمانه؛ امیدی نجف‌آبادی، مریم؛ و شهرآرا، فرهاد (۱٤۰۰). طراحی الگوی رفتار سازگاری دربرابر تغییرات اقلیم: مطالعهٔ موردی زنان شالی‌کار استان مازندران. *روستا و توسعه*، ۲٤(۹٦)، ۷۱-۱۱۰.

مشهدی، علی؛ و حامدی، ریحانه (۱٤۰۲). سبزشدن حقوق بشر: تأملی بر شکل‌گیری و تحول حقوق بشر زیست‌محیطی. *پژوهشنامهٔ حقوق تطبیقی*، ۷(۲)، ۱۵۰-۱۷۵.

مشهدی، علی؛ و کرمی، موسی (۱٤۰۱). خشونت اکولوژیک علیه زنان: تأملی حقوقی بر تأثیر تخریب محیط‌زیست بر افزایش خشونت علیه زنان. *دوفصلنامهٔ فقه و حقوق خانواده*، ۲۷(۷٦). ۱٦۹-۱۹۱.

مصفا، نسرین؛ و مختارزاده، سعیده (۱۳۹۵). بررسی حمایت حقوقی از زنان قربانی آثار تغییرات اقلیمی با مطالعهٔ اسناد منطقه‌ایِ آفریقا. *حقوق بشر*، ۱۱(۱)، ۲۱-٤٤.

مظاهری، کیمیا (۱۳۹٤). *بررسی رابطهٔ تروریسم و نقض حیات*. (پایان‌نامهٔ کارشناسی ارشد). دانشگاه تهران، تهران، ایران.

هاشمی، محمد (۱۳۸٤). *حقوق بشر و آزادی‌های اساسی*. تهران: میزان.

Adger, W. N. et al. (2007). *Assessment of adaptation Practices, Options, Constraints and Capacity*. Climate Cambridge University Press, Cambridge, UK, 717-743.

Alston, M. (2014). Gender Mainstreaming and Climate Change. *Womens Stud Int Forum*, 47, 287–294.

Arora-Jonsson, S. (2011). Virtue and Vulnerability: Discourses on Women, Gender and Climate. *Global Environmental Change*, 21(2), 744-751.

Beaumier, M. C.; and Ford, J. D. (2010). Food Insecurity among Inuit Women Exacerbated by Socio-Economic Stress and Climate Change. *Canadian Journal of Public Health*, 101(3), 196-201.

Beaumier, M. C.; Ford, J. D.; and Tagalik, S. (2014). The Food Security of Inuit Women in Arviat, Nunavut: The Role of Socio-Economic Factors and Climate Change. *Polar Record*, 51(5), 550–559.

Belsey-Priebe, M.; Lyons, D.; and Buonocore, J. J. (2021). COVID-19′ SImpact on American Women's FoodInsecurity Foreshadows Vulnerabilities to Climate Change. Int. J. Environ. Res. Public Healt.

Biddle, J. E.; and Hamermesh, D. S. (2013). Cycles of Wage Discrimination. *J. Labor Policy*, 2, 7.

Biskup, J. L.; and Boellstorff, D. L. (1995). The Effects of a Long-Term Drought on the Economic Roles of Hacendado and Ejidatario Women in a Mexican Ejido. Nebraska Anthropologist. Paper 80.

Buechler, S. (2009). Gender, Water, and Climate Change in Sonora, Mexico: Implications for Policies Andprogrammes on Agricultural Income-Generation. *Gender and Development*, 17(1), 51-66.

Burke, M.; Hsiang, S. M.; and Miguel, E. (2015). Global Non-Linear Effect of Temperature on Economic Production. *Nature*, 527, 235-239.

Cameron, E. (2021). Securing Indigenous Politics: A Critique of the Vulnerability Andadaptation Approach to the Human Dimensions of Climate Change in the Canadian Arctic. *Global Environmental Change*, 22(1), 103-114.

Camey, I.; Sabater, L.; Owren, C.; and Boyer, A. (2020). Gender-Based Violence and Environment Linkages. In: *The Violence of Inequality*. Wen, J. (Ed.). IUCN: Gland, Switzerland.

Chitongo, L. et al. (2019). Gendered Impacts of Climate Change in Africa: The Case of Cyclone Idai, Chimanimani, Zimbabwe, March 2019. *The Fountain: Journal of Interdisciplinary Studies*, 3.1, 30-44.

Coêlho, A. E. L. (2004). Psychological Responses to Drought in North-Eastern Brazil. *Inter-American Journal of Psychology*, 38(1), 95-103.

Coleman-Jensen, A. (2019). Household Food Security in the United States in 2018: Food Security in the U.S. United States Department of Agriculture-Economic Research Service: Washington DC. USA. p. 47.

Dankelman, I. (2002). Climate Change: Learning from Gender Analysis and Women's Experiences of Organising for Sustainable Development. *Gender and Development*, 10(2), 21-29.

Escalante Ochoa, L. E. (2022). *L'impact du Changement Climatique sur la Pauvreté des Femmes: Application à la Bolivie*. Doctoral Dissertation. Normandie.

FAO (2011). *State of Food and Agriculture: Women in Agriculture, Closing the Gender Gap for Development*. Rome: Food and Agriculture Organization (FAO).

Field, C. B. (2014). *Climate Change 2014-Impacts, Adaptation and Vulnerability: Regional Aspects*. Cambridge University Press.

Gillum, T. L.; Doucette, M.; Mwanza, M.; and Munala, L. (2018). Exploring Kenyan Women's Perceptions of Intimate Partner Violence. *J. Interpers*, 13, 2130-2154.

Goh, A. H. X. (2012). *A Literature Review of the Gender-Differentiated Impacts of Climate Change on Women's and Men's Assets and Well-Being in Developing Countries*. CAPRi Working Paper No. 106. Washington DC: International Food Policy Research Institute.

Gomez, S. (2006). *Guidelines for Gender Sensitive Disaster Management: Practical Steps to Ensure Women's Needs Are Met and Women's Human Rights are Respected and Protected*. Asia Pacific Forum on Women, Law and Development.

Habtezion, S. (2013). *Overview of Linkages between Gender and Climatechange*. Policy Brief. United Nations Development Programme, New York, 20. and Field, C. B. (2014). *Climate Change 2014-Impacts, Adaptation and Vulnerability: Regional Aspects*. Cambridge University Press.

Hahn, M. B.; Riederer, A. M.; and Foster, S. O. (2009). The Livelihood Vulnerability Index: A Pragmatic Approach to Assessing Risks from Climate Variability and Change (A Case Study in Mozambique). *Global Environmental Change*, 19(1), 74-88.

Hlahla, S.; Nel, A.; and Hill, T. (2019). Assessing Municipal-Levelgovernance Responses to Climate Change in KwaZulu-Natal, South Africa. *Journal of Environmental Planning and Management*, 62(6), 1089-1107.

Huyer, S.; and Partey, S. (2020). *Weathering the Storm or Storming the Norms? Moving Gender Equality forward in Climate-Resilient Agriculture*. Vol. 158, pp. 1-12. Springer.

IPCC (2007). *Climate Change 2007: Impacts, Adaptation and Vulnerability*. Contribution of Working Group II to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Summary for Policy Makers. Cambridge: Cambridge University Press.

IPCC (2020). *The Physical Science Basis: Fifth Assessment Report*. Cambridge University Press: Cambridge, UK; New York, NY, USA, 2014. Available in: http://www.ipcc.ch/report/ar5/wg1/#.Um-xf_mcfTp. Accessed on January 1st 2020.

IPCC (2022). *Impacts, Adaptation and Vulnerability*. Contribution of Working Group II to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Cambridge University Press: Cambridge, UK, 2007.

Jung, N. M.; de Bairros, F. S.; Pattussi, M. P.; Pauli, S.; and Neutzling, M. B. (2017). Gender Differences in the Prevalence of Household Food Insecurity: A Systematic Review and Meta-Analysis. *Public Health Nutr.*, 20, 902-916.

Khandekar, N.; Gorti, G.; Bhadwal, S.; and Rijhwani, V. (2019). Perceptions of Climate Shocks and Gender Vulnerabilities in the Upper Ganga Basin. *Environ. Dev.*, 97-109. [CrossRef] and Kabeer.

Khatri-Chhetri, A.; Regmi, P. P.; Chanana, N.; and Aggarwal, P. K. (2020). Potential of Climate-Smart Agriculture in Reducing Women Farmers' Drudgery in High Climatic Risk Areas. *Climatic Change*, 158(1), 29-42.

Lachlan, K. A.; Burke, J.; Spence, P. R.; and Griffin, D. (2009). *Risk Perceptions, Race, and Hurricane Katrina*. Howard. J. Commun (2009). 20, 295-309 and Rahman, M. W.; Tanny, N.; Islam, M. S. Piloting the FAO Gender and Rural Advisory Services Assessment Tool in Bangladesh Component: Enabling Environment.

Lama, P.; and Wester, M. (2019). Women as Agents of Change?: Reflections on Women in Climate Adaptation and Mitigation in the Global North and South. In: *Climate Hazards, Disasters, and Gender Ramifications*. Routledge: London, UK.

Lavell-Harvard, D. (2016). Official Statement from Dawn Lavell-Harvard on the Exclusion of the Native Women's Association of Canada from March 2016 First Ministers Meeting in Vancouver, British Columbia.

Maarawi, E.; Moreira, V.; Petitbon, F.; Lorioux-Chevalier, Z.; and Pereira-Nunes, E., (2021). June. Atelier "Le Changement Climatique a-t-il des Effets Genrés?". In: *12e Rencontres de l'Action Internationale des Collectivités Territoriales (AICT) 2021*.

Masson-Delmotte, V. et al. (2018). Global Warming of 1.5°C. Intergovernmental Panelon Climate Change: Summary for Policymakers.

Morrow, K. (2017). Integrating Gender Issues into the Global Climate Change Régime. In: Buckingham, S.; and Le Masson, V. (Eds.). *Understanding Climate Change through Gender Relations*. London: Routledge, pp. 31-44.

N. Resources (1999). Agency, Achievements: Reflections on the Masurement of Women's Empowerment. *Dev. Chang*, 30, 435-464.

Nadler, J. T.; Voyles, E. C.; Cocke, H.; and Lowery, M. R. (2016). Gender Disparity in Pay, Work Schedule Autonomy and Job Satisfaction at Higher Education Levels ProQuest. *North Am. J. Psychol*, 18, 623-642.

Neumayer, E.; and Plümper, T. (2007). The Gendered Nature of Natural Disasters: The Impact of Catastrophic Events on the Gender Gap in Life Expectancy (1981-2002). *Ann Assoc Am Geogr*, 97, 551-566.

Nishat, K. J.; and Rahman, M. S. (2019). Disaster, Vulnerability, and Violence against Women: Global Findings and a Research Agenda for Bangladesh. In: *Social Issues Surrounding Harassment and Assault: Breakthroughs in Research and Practice*. IGI Global: Hershey, PA, USA; pp. 641-656.

OCHA (2019). Zimbabwe: Floods Flash Update No. 1. 17 March 2019.

Sams, I. S. (2019). Impacts of Climate Change Induced Migration on Gender: A Qualitative Study from the Southwest Coastal Region of Bangladesh. *Int'l J. Soc. Sci. Stud*, 7, 57.

Scholarship (2021). Access to Water in a Nairobi Slum: Women's Work and Institutional Learning. Available in: https://escholarship.org/uc/item/7h52n89v. Accessed on June 10th 2021.

Stone, K.; Blinn, N.; and Spencer, R. (2022). Mental Health Impacts of Climate Change on Women: A Scoping Review. *Current Environmental Health Reports*, 9(2), 228-243.

Tanny, N.; and Rahman, M. W. (2016). Climate Change Vulnerabilities of Woman in Bangladesh. *The Agriculturists*, 14(2), 113-123.

Terry, G. (2009). No Climate Justice without Gender Justice: An Overview of the Issues. *Gend. Dev*, 17, 5-18.

Thompson, D.; and Joseph, S. A. (2011). *Building Canada's Green Economy: The Municipal Role*. Ottawa: Federation of Canadian Municipalities.

United Nations Development Programme (2021). Why Climate Change Fuels Violence against Women?. Available in: https://undp.org/blogs/why-climate-change-fuels-violence-against-women. Accessed on January 16th 2021.

USAID (April 12th 2019). Fact Sheet #7, op cit. and prior USAID Cyclone Idai Fact Sheets Cited above. (n.d.).

Varmazyari, H.,; Imani, B.; and Eghbali, J. (2019). Analysis of Factorsaffecting the Willingness of Rural Businesses Owners to Develop Economicactivities in Rural Areas. *Village and Development*, 22(1), 1-22. (In Persian)

Williams, L.; Fletcher, A.; Hanson, C.; Neapole, J.; and Pollack, M. (2018). Women and Climate Change Impacts and Action in Canada: Feminist, Indigenous and Intersectional Perspectives. https://www.criaw-icref.ca/wp-content/uploads/2021/04/Women-and-Climate-Change_FINAL.pdf.

Bi-quarterly Scientific Journal of Family Law and Jurisprudence Journal
Vol. 30, No. 82/ Spring & Summer 2025

Promotional Article

Jurisprudential and Legal Examination of the Competence of Minor Distinguished and Fools in Concluding Free Contracts

Somayeh Zohuri[1]

Doi:
10.30497/flj.2024.246425.2031

Abstract

The civil law in many articles emphasizes the need for the competence of parties to the transaction and prohibits incompetent persons from concluding the transaction. Among the unqualified persons are minor (Saghir child) distinguished and fools who because they do not have the ability to distinguish their profits and losses, their transactions and possessions in financial affairs are considered invalid. However, despite this general ruling, the legislator has allowed them to acquire property without compensation in the final part of articles 1212 and 1214. The main reason for this ruling is that in accepting ownership without compensation, no harm will be done to the minor. Of course, this exceptional ruling is only valid for acquisition free contracts, and in non-acquisition free contracts, minor distinguished and fools are not eligible to accept the contract, because they may cause losses to themselves due to their lack of knowledge and awareness. On the other hand, if the contract of free acquisition includes the condition of exchange or obligation, minor distinguished and fool are no longer qualified to accept the contract. Because accepting this contract will lead to their involvement in their property and requires the involvement of their guardian. Therefore, this research, with a descriptive and analytical method, and with a jurisprudential and legal approach, deals with the expression of the eligibility of minors distinguished and fools in free contracts and states their eligibility or ineligibility.

Keywords: Eligibility, minor distinguished, fool, property without compensation, free contract.

1. Assistant Professor of lawGolestan University, Gorgan, Iran. sozohuri@gmail.com

دوفصلنامهٔ علمی فقه و حقوق خانواده / *مقالهٔ ترویجی* / دورهٔ ۳۰، شمارهٔ ۸۲ / بهار و تابستان ۱۴۰۴/ صص: ۳۴۷ ـ ۳۲۷

بررسی فقهی و حقوقی اهلیت صغیر ممیز و سفیه در انعقاد عقود رایگان

سمیه ظهوری[1]

تاریخ دریافت: ۱٤۰۳/۰۵/۲۲؛ تاریخ پذیرش: ۱٤۰۳/۰۸/۱۹

Doi: 10.30497/flj.2024.246425.2031

چکیده

قانون مدنی در مواد متعدد به لزوم وجود اهلیت برای طرفین معامله تأکید می‌کند و اشخاص فاقد اهلیت را از انعقاد معامله منع می‌کند. ازجمله اشخاص فاقد اهلیت، صغیر ممیز و سفیه هستند که چون قدرت تشخیص سود و زیان خویش را ندارند، معاملات و تصرفاتشان در امور مالی، غیر نافذ دانسته شده است؛ اما به‌رغم این حکم کلی، قانونگذار در قسمت پایانی مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱٤ به آن‌ها اجازهٔ تملک بلاعوض را داده است. علت اصلی این حکم آن است که در قبول تملک بلاعوض هیچ‌گونه ضرری به صغیر ممیز و سفیه نمی‌رسد. البته این حکم استثنایی صرفاً درخصوص عقود رایگان تملیکی جاری است و در عقود رایگان غیر تملیکی، صغیر ممیز و سفیه، اهلیت پذیرش عقد را ندارند؛ زیرا ممکن است به‌دلیل دانش و آگاهی کم، باعث ورود زیان به خود گردند. ازطرفی اگر عقد رایگان تملیکی، متضمن شرط عوض یا تعهدی باشد، دیگر صغیر ممیز و سفیه اهلیت قبول عقد را ندارند، چون قبول این عقد منجر به دخالت آنان در اموال خود می‌شود و دخالت ولیّ یا قیم آن‌ها را می‌طلبد؛ ازاین‌رو این پژوهش با شیوهٔ توصیفی ـ تحلیلی و با رویکردی فقهی و حقوقی به بیان اهلیت صغیر ممیز و سفیه در عقود رایگان می‌پردازد و موارد اهلیت یا عدم اهلیت آنان را بیان می‌دارد.

کلیدواژه‌ها: اهلیت، تملک بلاعوض، سفیه، صغیر ممیز، عقد رایگان.

---

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه گلستان، گرگان، ایران. sozohuri@gmail.com

مقدمه

ازجمله شرایط اساسی صحت معامله که در بند ۲ مادهٔ ۱۹۰ قانون مدنی بیان شده، اهلیت دوطرف معامله است. مادهٔ ۲۱۰ قانون مدنی نیز بر لزوم وجود اهلیت در متعاملین تأکید می‌کند. منظور از اهلیت در این مواد اهلیت استیفا[۱] است؛ زیرا طبق مادهٔ ۹۵٦ قانون مدنی هر شخصی پس‌از زنده متولدشدن برای داراشدن حقوق، اهلیت تمتع[۲] دارد. اصولاً هر شخصی از حق تمتع برخوردار است؛ ولی چون وجود حق با اجرای آن ملازمه ندارد، همهٔ اشخاص توانایی به کار بردن و اجرای این حق را ندارند. مادهٔ ۹۵۸ قانون مدنی دراین‌باره مقرر می‌دارد: «هر انسان متمتع از حقوق مدنی خواهد بود، لیکن هیچ‌کس نمی‌تواند حقوق خود را اجرا کند، مگر اینکه برای این امر اهلیت قانونی داشته باشد». منظور قانونگذار از اهلیت قانونی در این ماده اهلیت استیفا است. اهلیت استیفا به‌موجب مادهٔ ۲۱۱ قانون مدنی دارای سه رکن بلوغ و عقل و رشد است و درصورتی‌که یکی از این ارکان وجود نداشته باشد، فرد فاقد اهلیت خواهد بود. به این اشخاص اصطلاحاً «محجور»[۳] می‌گویند. مادهٔ ۱۲۰۷ قانون مدنی اشخاص محجور را به سه دسته (: صغار و غیررشید و مجانین) تقسیم می‌کند و آن‌ها را از تصرف در اموال خود منع می‌کند.

به‌موجب مواد ۱۹۱ و ۱۹۵ قانون مدنی وجود قصد برای انعقاد عقود ضرورت دارد و درصورت فقدان قصد، معاملهٔ انجام‌شده باطل است. مجنون و صغیر غیرممیز چون قدرت اراده و قصد انشاء عمل حقوقی را ندارند، معاملاتشان به‌دلیل فقدان قصد باطل است؛ اما سفیه و صغیر ممیز[٤] برخلاف آن‌ها دارای اراده و قصد هستند؛ ولی نمی‌توانند سود و زیان خود را

---

۱. اهلیت استیفا «به‌معنای شایستگی شخص برای انعقاد معاملات مربوط‌به اموال خویش یا دیگر اعمال حقوقی در ارتباط با خویشتن است» (محقق داماد، قنواتی، وحدتی شبیری، و عبدی‌پور، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۱۷۲).

۲. توانایی قانونی شخص برای دارا شدن حق را اهلیت تمتع یا تملک گویند (صفائی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۹٤).

۳. محجور از واژهٔ حجر گرفته شده، و حجر به منع و بازداشتن شخص از تصرف در مالش معنا شده است. فقها به کسی که از تصرف در مالش شرعاً ممنوع شده است، «محجور علیه» یا «محجور» می‌گویند (صاحب جواهر، ۱٤۰٤ ق، ج ۳، ص ۲٦).

٤. مادهٔ ۱۲۱۲ قانون مدنی معاملات صغیر را باطل شمرده، اما پذیرش بطلان معاملات صغیر ممیز منطقی نیست؛ زیرا صغیر ممیز برخلاف صغیر غیرممیز دارای قصد و قوهٔ درک و تمیز است و می‌تواند عمل حقوقی را اراده کند. به‌همین‌دلیل

به‌درستی تشخیص دهند و مصلحت خود را رعایت کنند، به‌همین‌علت معاملات آن‌ها غیرنافذ تلقی شده است تا از ضررزدن به آنان جلوگیری شود. بااین‌حال مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱٤ قانون مدنی در برخی امور آن‌ها را دارای اهلیت دانسته، و به ایشان اجازه داده است تا به‌تنهایی آن اعمال حقوقی را منعقد کنند.

اصولاً در بیشتر نوشته‌های حقوقی و مقالات، فقط اهلیت محجوران یا اثر فقدان اهلیت آنان در معاملات و بحث‌هایی دربارهٔ عدم نفوذ یا بطلان معاملات صغیر ممیز که به‌طور مستقل منعقد شده، بررسی شده است (عالی‌پناه، شفیع‌زاده خولنجانی، و صادقی، ۱۳۹۲، ص ۱۱۸). دربارهٔ این موضوع که صغیر ممیز و سفیه در انعقاد چه عقودی دارای اهلیت هستند، یا اصولاً سخنی گفته نشده، یا آنکه به‌طور گذرا و مختصر به چند عقد اشاره شده است (صفائی، و قاسم‌زاده، ۱٤۰۰ ش، ص ۲٦۹ـ۲۷۰؛ امامی، ۱۳٦٤، ص ۱۸۳؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۲۲؛ محمدی، و محمدی، ۱٤۰۰ ش، ص ٤۲۳ـ٤۲۹)؛ ازاین‌رو این پژوهش با رویکردی جدید به‌دنبال بررسی این موضوع است که اهلیت صغیر ممیز و سفیه در انعقاد چه عقودی است، آیا آن‌ها صرفاً قادر به قبول تملکات بلاعوض به نفع خویش هستند یا آنکه در قبول همهٔ عقود رایگان از اهلیت برخوردار هستند؟ آیا اگر تملک بلاعوض به نفع ایشان متضمن شرط عوض یا تعهدی باشد، باز هم قادر به قبول آن عقد هستند؟ آیا سفیه و صغیر ممیز می‌توانند عقود رایگان برای اموال خود منعقد کنند، مثلاً وصیت و وکالت یا دیگر قراردادهای رایگان را مستقلاً انشا کنند؟ درصورت پاسخ مثبت به این سؤال، آیا می‌توانند شرط عوض به نفع خود را در این عقود بر قرار کنند؟ در ادامه، پس‌از بیان مفهوم صغیر ممیز و سفیه، سؤالات پیش‌گفته بررسی می‌شوند.

۱. مفهوم صغیر ممیز از منظر فقه و حقوق

صغیر که ازنظر لغوی به‌معنی خرد و کوچک است (معین، ۱۳۸۵، ص ۷۷۷)، در فقه به کودکی گفته می‌شود که اسباب بلوغ شرعی در او ظاهر نشده (مروج، ۱۳۷۹، ص ۳۱۰)، و به سن بلوغ نرسیده

نویسندگان حقوقی، معاملات صغیر ممیز را غیرنافذ می‌دانند (شهیدی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۲۵۵؛ عالی‌پناه، شفیع‌زاده خولنجانی، و صادقی، ۱۳۹۲، ص ۱۰۹).

است. دربارهٔ سن بلوغ میان فقها اختلاف وجود دارد. براساس نظر مشهور فقهای امامیه، سن بلوغ در دختر، نه، و در پسر، پانزده سال تمام قمری است (شهید ثانی، ١٤١٣ ق، ج ٤، ص ١٤٤؛ صاحب جواهر، ١٤٠٤ ق، ج ٢٦، ص ١٦)؛ اما برخی فقها، سن بلوغ را در دختر، ده سال نیز ذکر کرده‌اند (طوسی، ١٣٨٧ ق، ج ٢، ص ٢٨٤) و حتی به نظر آیت الله محمد اسحاق فیاض، سن بلوغ در دختر، بعداز اتمام سیزده‌سال تمام قمری است (https://fa.alfayadh.org). درخصوص سن بلوغ در پسران نیز، بعضی فقها سن بلوغ را سیزده یا چهارده سال بیان کرده‌اند (مقدس اردبیلی، بی‌تا، ج ٩، ص ١٩٠؛ بحرانی، ١٣٦٣، ج ٢٠، ص ٣٤٩).

قانون مدنی به تبعیت از نظر مشهور فقها، سن بلوغ را در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری بیان می‌کند (تبصرهٔ ١، مادهٔ ١٢١٠). صغیر در فقه و حقوق به دو دسته تقسیم می‌شود: صغیر غیرممیز، صغیر ممیز. صغیر غیرممیز شخص نابالغی است که قوهٔ درک و تمیز ندارد. صغیر ممیز نیز صغیری است که به حد بلوغ شرعی نرسیده؛ ولی دارای قوهٔ درک و تمیز نسبی است و ضرر و زیان خود را تشخیص می‌دهد و حرف خوب را می‌فهمد و جواب می‌دهد (صفائی، و قاسم‌زاده، ١٤٠٠ ش، ص ٢٢٥؛ مروج، ١٣٧٩، ص ٣٠٨) . دربارهٔ سن تمیز میان فقها اختلاف وجود دارد و برخی سن هفت یا هشت سال را برای تمیز ذکر کرده‌اند (مقدس اردبیلی، بی‌تا، ج ٨، ص ٢٥٩؛ طباطبایی، بی‌تا، ص ٣٢٤؛ اعرجی، ١٤١٦ ق، ج ٢، ص ٥٣٠) و بعضی دیگر نیز ده سالگی را سن تمیز دانسته‌اند (علامه حلی، ١٤١٤ ق، ج ٤، ص ٣٣٥).

۲. مفهوم سفیه از منظر فقه و حقوق

سفیه به‌معنای نادان، احمق و کم‌عقل (معین، ١٣٨٥، ص ٦٧٩)، در فقه به کسی گفته می‌شود که حالتی در او نیست که موجب حفظ مال او شود. او اموالش را در موقعیت نامناسب مصرف می‌کند و در معاملاتش توجهی به کسب سود و حفظ مال خود از ضرر ندارد (صافی، ١٤١٦ ق، ص ١١٨). در فقه، به شخص سفیه، غیررشید نیز می‌گویند (طوسی، ١٣٨٧ ق، ج ٤، ص ٦٠؛ طباطبایی، بی‌تا، ص ٩٢). قانون مدنی نیز شخص سفیه را غیررشید می‌نامد و به پیروی از فقه در مادهٔ ١٢٠٨ در تعریف آن مقرر می‌دارد: «غیررشید کسی است که تصرفات او در اموال و

حقوق مالی خود عقلایی نباشد». ازمنظر حقوق، سفیه یا غیررشید کسی است که دارای قوهٔ تمیز و درک است؛ ولی غالباً تصرفاتش در امور مالی، عاقلانه نیست و باعث می‌شود به خودش ضرر برساند؛ به‌همین‌دلیل او از دخالت در امور مالی خود منع شده است.

۳. اهلیت صغیر ممیز و سفیه در قبول تملکات بلاعوض

به عقیدهٔ برخی از فقها کلیهٔ تصرفات صغیر و سفیه در انجام معاملات، برمبنای آیات قرآنی و احادیث اهل بیت (علیهم السلام)، باطل است. آنان دراین‌باره ادعای اجماع نیز کرده‌اند (میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۲۵۲). اما به‌نظر عده‌ای دیگر، هرچند برمبنای روایات، تصرفات صغیر ممیز و سفیه در اموال خود، به‌طور مستقل، به‌صورت بیع و خرید و غیره، تا زمانی که به رشد برسند، صحیح نیست؛ ولی بااین‌حال، مانعی در صحت و جواز آن دسته از تصرفات آنان، که عرفاً تصرف مالی به شمار نیاید و افزایش‌دهندهٔ دارایی آنان باشد، مانند حیازت مباحات و احیاء موات، وجود ندارد؛ پس حکم به صحت این دسته از اعمال می‌شود (انصاری، ١٤٢٩ ق، ج ۷، ص ۱۵۱؛ خوئی، ١٤٢٩ ق، ج ۲، ص ٢٤١؛ هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲ ق، ج ۳، ص ۲۲۹).

در حقوق نیز به تبعیت از فقه، صغیر ممیز و سفیه اهلیت انعقاد استقلالی عقود را ندارند؛ ولی در بخش اخیر مواد ۱۲۱۲ و ١٢١٤ قانون مدنی، به صغیر ممیز و غیررشید اجازهٔ انجام تملکات بلاعوض داده شده است. براساس مادهٔ ۱۲۱۲، «صغیر ممیز می‌تواند تملک بلاعوض کند؛ مثل قبول هبه و صلح بلاعوض و حیازت مباحات». مادهٔ ١٢١٤ نیز دربارهٔ سفیه مقرر داشته است: «... معذلک تملکات بلاعوض از هر قبیل که باشد، بدون اجازه هم نافذ است». به‌موجب حکم مواد پیش‌گفته، صغیر ممیز و سفیه می‌توانند بدون نیاز به اذن یا اجازهٔ ولیّ یا قیم خود، تملکات بلاعوضی را که به نفع آن‌ها برقرار شده است، قبول کنند. پس برخلاف حکم عام مادهٔ ۲۱۰ قانون مدنی، که لزوم وجود اهلیت برای انعقاد هر قراردادی ضروری است، درخصوص تملکات بلاعوضی که به نفع صغیر ممیز و سفیه است، نیازی به وجود اهلیت کامل نیست؛ زیرا آن‌ها می‌توانند مستقلاً این عقود را قبول کنند. علت تغییر حکم قانونگذار در این مورد بخصوص آن است که انعقاد استقلالی این عقود خطری برای اموال صغیر ممیز و

سفیه ندارد و ضرری از بابت انجام آن به ایشان نمی‌رسد؛ بلکه با انعقاد این عقود، صرفاً سود و نفع عاید آن‌ها می‌شود. به‌علاوه باید توجه کرد که دادن مجوز انجام این اعمال تنها به صغیر ممیز و سفیه نمایانگر این مطلب است که آن‌ها برخلاف دیگر محجوران دارای قصد انشا هستند و می‌توانند ارادهٔ حقوقی برای انعقاد عقود داشته باشند؛ زیرا درصورت فقدان قصد انشاء، معاملات آن‌ها اگرچه کاملاً به سود ایشان باشد، باطل است (مستنبط از مواد ۱۹۱ و ۱۹۵ قانون مدنی)؛ ازطرفی مادهٔ ٦٦٢ قانون مدنی مقرر می‌کند: «وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را به‌جا آورد» و ازآنجاکه سفیه و صغیر ممیز در قبول تملکات بلاعوض دارای اهلیت هستند، می‌توانند برای انعقاد این عقود به دیگری وکالت دهند تا به نیابت از آن‌ها، تملکات بلاعوض را قبول کند. همچنین آن‌ها می‌توانند در این امور، به وکالت ازطرف دیگران، تملک رایگان را قبول کنند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۲). به‌عقیدهٔ مؤلفان حقوقی، سفیه به‌دلیل محجوربودن در امور مالی، نمی‌تواند برای انعقاد امور مالی وکیل دیگران شود (صفائی، و قاسم‌زاده، ۱٤۰۰ ش، ص ۲٤۷؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۷۱)؛ اما برخی دیگر از نویسندگان، این نظر را صحیح نمی‌دانند و عقیده دارند که سفیه می‌تواند در امور مالی وکیل دیگران شود؛ زیرا اولاً، عنصر سازندهٔ عقد، قصد انشاء است و رضا شرط نفوذ عقد است و آنچه سفیه فاقد آن است، رضا است نه قصد انشاء. وکیل به‌اعتبار رضای موکل، اقدام به انشاء عقد می‌کند و چون معامله برای موکل است، هر نفع‌وضرر معامله نیز برای اوست؛ ثانیاً، سفیه چون برای خود معامله نمی‌کند، اجازهٔ ولیّ او در انعقاد قرارداد شرط نیست؛ ثالثاً، وکیل‌شدن سفیه در امور مالی دیگران، مستلزم تصرف در اموال او نیست؛ ازاین‌رو عمل او غیرنافذ نیست و نیازمند اجازهٔ ولیّ یا قیم نیست؛ رابعاً، مادهٔ ٦٨٢ قانون مدنی شامل وکالت سفیه نمی‌شود. منظور از محجوریت وکیل در این ماده، که مانع از اقدام وکیل شود، مجنون‌شدن وکیل است؛ زیرا همان‌طور که بیان شد، سفیه درای قصد انشاء است و در معاملات او در سمت وکالت، عنصر رضا نیز موجود است؛ پس اعمال حقوقی سفیه در سِمَت وکیل صحیح است (محمدی، و محمدی، ۱٤۰۰ ش، ص ٤۲٤ـ٤۲۷)؛ اما این نظر با مادهٔ ٦٨٢ قانون مدنی منافات دارد؛ زیرا

از مفاد این ماده، لزوم اهلیت وکیل استنباط می‌شود. اگر مقصود ازبین‌رفتن صلاحیت انشاء بود، مادهٔ ٦٨٢ اعلام می‌کرد که جنون وکیل عقد را باطل می‌کند؛ درحالی‌که واژهٔ حجر به کار رفته، و حجر نیز اعم‌از سفاهت و جنون است. علاوه‌برآن، این استدلال نیز که سفیه صرفاً از تصرف در امور مالی خود منع شده است، نه از تصرف در امور مالی دیگران، در قانون مدنی پذیرفته نشده است؛ زیرا به موجب مادهٔ ٦٦٢ قانون مدنی «وکیل باید کسی باشد که برای انجام آن امر اهلیت داشته باشد»، درحالی‌که سفیه در امور مالی دارای اهلیت نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۷۰ـ۷۱).

٤. اهلیت صغیر ممیز و سفیه در عقود بلاعوض غیرتملیکی

با بررسی عقود مندرج در قانون مدنی درمی‌یابیم که بسیاری از این عقود در زمرهٔ عقود رایگان قرار می‌گیرند. حال با توجه به مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱٤ قانون مدنی، این سؤال مطرح می‌شود که آیا اهلیتی که قانونگذار برای صغیر ممیز و سفیه در قبول تملک بلاعوض درنظر گرفته است، فقط ناظر به پذیرش عقود تملیکی رایگان است یا در دیگر عقود بلاعوض نیز جاری است و صغیر ممیز و سفیه می‌توانند بدون نیاز به اذن یا اجازهٔ ولیّ و قیم خود آن عقود را قبول کنند؟

دراین‌خصوص برخی نویسندگان حقوقی بیان کرده‌اند که قانونگذار تنها اجازهٔ تملک بلاعوض را به صغیر ممیز و سفیه داده است؛ ولی با استفاده از وحدت ملاک مواد مزبور می‌توان گفت که تعهد بلاعوض به‌نفع صغیر ممیز و سفیه مانند تملک بلاعوض به‌نفع آن‌ها است. به‌علاوه آن‌ها می‌توانند وقف خاص و حق انتفاع را نیز قبول کنند؛ زیرا با قبول آن‌ها بر دارایی خویش می‌افزایند، بدون اینکه در اموال و حقوق مالی خود تصرف کنند (امامی، ۱۳٦٤، ج ٤، ص ۱٥٤ـ ۱٥٥؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۲). مطابق این نظر، چون در قبول دیگر عقود رایگان مانند عقود رایگان تملیکی، ضرری به صغیر ممیز و سفیه نمی‌رسد، دادن اجازهٔ قبول این عقود به خود آنان ایرادی ندارد؛ پس نباید تنها به حدود نص مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱٤ اکتفا شود و باید از وحدت ملاک این مواد در دیگر عقود رایگانی که ملکیت یا حقی به سود صغیر ممیز و سفیه ایجاد می‌کنند، استفاده شود.

به‌طورکلی، فقها تصرفات مالی سفیه و صغیر، چه ممیز و چه غیرممیز را باطل می‌دانند (موسوی خوانساری، ۱۳۵۵ ق، ج ۳، ص ۷۳)؛ ولی برخی از آنان، استثنائاً وصیت و رساندن هدیه ازسوی صغیر ممیز را صحیح دانسته‌اند (علامه حلی، ١٤١٤ ق، ج ١٤، ص ١٨٥). درخصوص وصیت صبی، به‌نظر فقها روایات دلالت بر صحت وصیت کودکی دارند که به ده‌سالگی رسیده است (بحرانی، ١٣٦٣، ج ٢٠، ص ٣٤٤)؛ اما دربارهٔ جواز رساندن هدیه ازسوی صغیر ممیز، به عقیدهٔ شیخ انصاری، ایصال هدیه ازسوی صغیر، عملی نیست که به صغیر نسبت داده شود، به‌نحوی که دارای اثر باشد؛ بلکه درحقیقت، تصرف مرسِل هدیه است و صغیر فقط وسیله‌ای برای رساندن آن است؛ مثل اینکه هدیه را روی حیوان یا وسیلهٔ بی‌جانی بگذارند و برای مهدی الیه بفرستند. پس استثناء ایصال هدیه، درواقع مصداق آن‌چنانی برای تصرف صغیر نیست و کشف می‌شود که صغیر به‌طریق‌اولی در همهٔ تصرفات، چه قولی و چه فعلی ممنوع و محجور است (١٤١٥ ق، ج ٧، ص ٣٣٤). برخی از فقها نیز ظاهراً قبول عاریه ازسوی سفیه را جایز دانسته‌اند (علامه حلی، ١٤١٣ ق، ج ٢، ص ١٩٢؛ فخر المحققین، ١٣٨٧ ق، ج ٢، ص ١٢٥؛ عاملی غروی، ١٤١٩ ق، ج١٧، ص٣٧٧؛ مغنیه، ١٤٢١ ق، ج ٤، ص ٢١٤)؛ زیرا آن‌ها در بیان شرایط مستعیر، صرفاً عاریهٔ مجنون و کودک را باطل اعلام کرده‌اند و درخصوص سفیه چیزی بیان نکرده‌اند، که این امر می‌تواند دلالت بر امکان قبول عاریه توسط سفیه ازمنظر آنان باشد؛ زیرا ازنظر اراده، میان صغیر ممیز و سفیه تفاوتی نیست و اگر صغیر ممیز که هنوز به سن بلوغ نرسیده است، امکان انعقاد این عقود را داشته باشد، باید به‌طریق‌اولی، سفیه نیز که بالغ شده است، توانایی انعقاد چنین عقودی را دارا باشد؛ اما پذیرش اهلیت قبول صغیر ممیز و سفیه، در دیگر عقود رایگان با این ایراد روبه‌رو است که در قبول عقود رایگان تملیکی هیچ‌گونه ضرر و مسئولیتی متوجه صغیر ممیز و سفیه نمی‌شود. به‌این‌ترتیب حتی اگر مال به تقصیر صغیر ممیز یا سفیه تلف یا ناقص شود، آن‌ها مسئول نیستند؛ زیرا با قبول تملک، مال به ملکیت آن‌ها درمی‌آید و تلف و نقص در مال خود آن‌ها اتفاق می‌افتد؛ ولی در عقود رایگان غیر تملیکی مثل عاریه یا حق انتفاع، صغیر ممیز و سفیه، مالک مال نمی‌شوند و تنها در استفاده و حق

بهره‌برداری از مال اذن می‌یابند و مال در دست آنان امانت است و متعهد به حفظ آن هستند. آنان علاوه‌بر امکان انتفاع از مال، به حفظ و رد مال نیز تعهد می‌یابند؛ ازاین‌رو اگر مرتکب تقصیر شوند و در نگهداری مال کوتاهی کنند و مال تلف یا ناقص شود، آن‌ها مسئول تلف یا نقصان مال هستند و باید این ضرر را پرداخت کنند. شاید به‌همین‌علت قانونگذار باآنکه در مقام بیان بوده، صرفاً تملکات بلاعوض سفیه و صغیر ممیز را جایز دانسته، و درخصوص دیگر عقود رایگان چیزی بیان نکرده است.

برخی از مؤلفان حقوقی نیز با این استدلال که چون سفیه در امور مالی خود محجور است، در امور مالی دیگران نیز حق دخالت ندارد؛ بنابراین سفیه نمی‌تواند عقود وکالت و ودیعه و عاریه را قبول کند؛ زیرا قبول این عقود، مستلزم تصرف در اموال دیگران است، درحالی‌که او در امور مالی دارای حجر است (صفائی، و قاسم‌زاده، ١٤٠٠ ش، ص ٢٦٩ـ٢٧٠)؛ ولی بعضی از حقوقدانان این ایراد را نپذیرفته، و گفته‌اند سفیه همان‌طور که می‌تواند هبه و صلح بلاعوض را قبول کند، اهلیت قبول عاریه را نیز دارد؛ زیرا با قبول آن در امور مالی خود تصرف نمی‌کند (امامی، ١٣٦٤، ج ۲، ص ۱۸۳، ج ۵، ص ۲۵۸). برخی دیگر از نویسندگان حقوقی این ایراد را درخصوص عقد عاریه پذیرفته، و بیان کرده‌اند که سفیه و صغیر ممیز نمی‌توانند عاریه‌ای را که به نفع آن‌ها منعقد می‌شود، قبول کنند؛ زیرا با قبول عقد عاریه، آن‌ها امین فرض می‌شوند و تقصیرشان در حفظ مال موجب ایجاد مسئولیت برایشان خواهد شد؛ ولی دربارهٔ حق انتفاع، حق ارتفاق و وقفی که برای صغیر ممیز و سفیه ایجاد می‌شود، معتقدند که آن‌ها اهلیت قبول عقد را دارند؛ زیرا در این عقود تعهدی برای آن‌ها ایجاد نمی‌شود و ادارهٔ مال دیگران، به‌وسیلهٔ سرپرست صغیر ممیز و سفیه و با نظارت او انجام می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۲)؛ یعنی چون آن‌ها در این عقود تعهدی به حفظ مال ندارند، قبول این عقود ازسوی آنان بلامانع است.

احتمال دارد دلیل تفکیک انجام‌شده میان عاریه با حق انتفاع و وقف این باشد که در عاریه فقط اذن در استفاده و انتفاع از مال بری مستعیر ایجاد می‌شود و محجور برای استفاده از مال لزوماً باید آن را در اختیار داشته باشد و الّا قادر به انتفاع از مال نخواهد بود و به‌همین‌دلیل مسئولیت

حفظ مال نیز فقط بر خود او است. در قرارداد واگذاری حق انتفاع و وقف، محجور عقد را قبول می‌کند و حق برای او ایجاد می‌شود؛ اما مال به ولیّ یا قیم آن‌ها داده می‌شود و آن‌ها امین و مسئول نگهداری از مال هستند، یعنی می‌توان میان مسئول حفاظت از اصل مال و صاحب حق تفکیک کرد. این درحالی است که در عاریه اگر اصل مال در دست ولی باشد و او مسئول حفظ آن باشد، محجور قادر به انتفاع نخواهد بود؛ ولی به‌رغم این توجیه به نظر می‌رسد، از نظر مسئولیت دربرابر حفظ مال تفاوتی میان عاریه با حق انتفاع و وقف نباشد؛ زیرا همانند حق انتفاع و وقف، در عقد عاریه نیز می‌توان پذیرفت که عقد را محجور قبول کند، ولی مسئولیت حفظ مال برعهدهٔ سرپرست محجور باشد و او بر نحوهٔ استفاده محجور نظارت داشته باشد. بااین‌حال به نظر می‌رسد، بهتر است در موضع شک، به اصل پناه برد و با توجه به اصل عدم‌نفوذ معاملات صغیر ممیز و سفیه (که برای حمایت از آن‌ها وضع شده است) اختیار و اهلیت آنان را در انجام معاملات به‌طور مستقل، تنها محدود به نص دانست، که صرفاً قبول تملک بلاعوض است، و در دیگر عقود رایگان آن‌ها را فاقد اهلیت شمرد؛ ازاین‌رو سفیه و صغیر ممیز در دیگر عقود رایگان نمی‌توانند مستقلاً عقد را قبول کنند، بلکه نیاز به اذن یا اجازهٔ ولیّ یا قیم خویش دارند.

۵. انعقاد عقد رایگان با شرط عوض به‌وسیلهٔ صغیر ممیز و سفیه

گفته شد که مطابق مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱٤ قانون مدنی، صغیر ممیز و سفیه می‌توانند تملکات بلاعوضی مثل هبه و وصیت و صلح را که به نفع آن‌ها بر قرار می‌شود، قبول کنند؛ اما اگر این عقود متضمن شرط عوض باشند، آیا صغیر ممیز و سفیه باز هم اهلیت قبول عقد را دارند؟

قانونگذار در قسمت اخیر مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱٤ تنها تملک بلاعوض را که هیچ ضرری برای صغیر ممیز و سفیه ندارد و تعهدی برای آنان ایجاد نمی‌کند، جایز دانسته است؛ اما تصرفات آن‌ها را در مال خود غیرنافذ می‌داند و اجازهٔ ولیّ و قیم آنان را لازم می‌شمارد. براین‌اساس چنانچه تملک بلاعوض مال به سفیه و صغیر ممیز متضمن ایجاد تعهدی هرچند جزئی و ناچیز برای آن‌ها باشد، انعقاد این عقد باعث دخالت صغیر و سفیه در مال خود خواهد شد؛ ازاین‌رو دخالت ولیّ یا قیم آن‌ها ضروری به نظر می‌رسد؛ زیرا صغیر ممیز و سفیه هنوز توانایی تشخیص سود و زیان ناشی‌از اعمال حقوقی را ندارد و ممکن است به ضرر خویش اقدامی کند (کاتوزیان،

۱۳۸۲، ص ۹٦، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۲)؛ بنابراین سفیه و صغیر ممیز می‌توانند تملکات بلاعوضی را که به نفعشان می‌شود، قبول کنند؛ اما درصورتی‌که این تملکات متضمن تعهدی برای آنان باشد، چون قبول عقد منتج به اجرای آن تعهد و دخالت آن‌ها در اموالشان خواهد شد، ازاین‌رو آنان از اهلیت قانونی برای انعقاد چنین عقدی برخوردار نیستند و اجازهٔ سرپرست آن‌ها برای ایجاد و نفوذ عقد لازم است. به‌علاوه درصورت درج شرط عوض ضمن تملک بلاعوض به نفع صغیر ممیز و سفیه، آنان دیگر نمی‌توانند برای قبول تملک بلاعوض وکیل بگیرند؛ زیرا مطابق مادهٔ ٦٦٢ باید در امری وکالت داده شود که موکل خود بتواند آن را انجام دهد. به‌این‌ترتیب، چون خود صغیر ممیز و سفیه اهلیت قبول عقد بلاعوض با شرط عوض را ندارند، قادر نیستند برای قبول این عقد وکیلی انتخاب کنند.

٦. انعقاد برخی عقود رایگان توسط صغیر ممیز و سفیه نسبت به اموال خودشان

گفته شد که صغیر ممیز و سفیه قادرند تملک بلاعوضی را که به نفعشان بر قرار می‌شود، قبول کنند؛ اما این سؤالات مطرح می‌شود که: آیا آن‌ها می‌توانند دربارهٔ اموال خود نیز عقد رایگان منعقد کنند؟ درصورتی‌که آن‌ها اهلیت این کار را نداشته باشند، آیا ولیّ یا قیم آنان می‌توانند این عقود را منعقد کنند؟ درصورت عدم‌امکان اگر این عقود متضمن شرط عوض باشد، آیا صغیر ممیز و سفیه و ولیّ و قیّمشان توانایی انشاء چنین عقودی را دارند؟ در این قسمت به این سؤالات پاسخ داده می‌شود.

٦-۱. اهلیت صغیر ممیز و سفیه نسبت به انعقاد عقد رایگان در مال خویش

برخی از فقها در کتاب *وصیت* گفته‌اند که وصیت و وقف و صدقهٔ طفل ده‌ساله و سفیه در راه خیر و معروف درست است و نیازی به اجازهٔ ولی ندارد؛ اما وصیت آن‌ها در آنچه از راه خیر و معروف خارج است، جایز نیست؛ افزون‌براین هبهٔ آنان نیز صحیح نیست (مفید، ١٤١٣ ق، ص ٦٦٧ـ٦٦٨). بعضی دیگر معتقدند که اگر طفل ده‌ساله و سفیه، وصیت و هبه در راه خیر کنند، درست است (سلار دیلمی، ١٤٠٤ ق، ص ۲۰۳). عده‌ای هم بیان کرده‌اند که وصیت و صدقه و هبهٔ طفل ده‌ساله در وجوه خیر و معروف صحیح است (طوسی، ١٤٠٠ ق، ص ٦١١؛ کیدری، ١٤١٦ ق، ص ٣٥٤). برخی دیگر تنها وصیت و صدقه طفل ده‌ساله در وجوه خیر و

معروف را صحیح دانسته‌اند (ابن سعید، ۱٤۰۵ ق، ص ٤۹۳). گروهی نیز تنها وصیت طفل ده‌ساله را در راه خیر و معروف درست دانسته‌اند (انصاری، ۱٤۱۵ ق، ص ٦۱؛ حسینی شیرازی، ۱٤۲۵ ق، ج ۱، ص ٤۸۲). چون برخی روایات[۱] وجود دارند که دلالت بر جواز وصیت طفل ده‌ساله می‌کنند و در حقیقت این روایات مخصص روایاتی است که دلالت بر عدم‌نفوذ کارهای کودک دارد (خوئی، بی‌تا، ج ۳، ص ۲٦٦؛ جزایری، ۱٤۱٦ ق، ج ٤، ص ۵۹)؛ یعنی اصل عدم‌جواز و عدم‌نفوذ تصرفات طفل است؛ ولی وصیت صغیر، به‌سبب برخی از روایات خاص، از این حکم کلی خارج شده است. در مقابل تعداد دیگری از فقها در موصی بلوغ، کمال عقل و جایزالتصرف بودن را شرط دانسته‌اند و به‌همین‌دلیل وصیت طفل ده‌ساله و سفیه را صحیح نمی‌دانند (علامه حلی، ۱٤۱۳ ق، ج ۲، ص ٤٤۷؛ حلی، ۱٤۲٤ ق، ج ۱، ص ۵٦٦، شهید ثانی، ۱٤۱۳ ق، ج ٦، ص ۱٤۲؛ نجفی، ۱٤۲۷ ق، ص ۲۱۹).

با توجه به همهٔ نظرهای بالا مشخص می‌شود که نظر مشهور فقهای امامیه بر این است که وصیت طفل ده‌ساله درست است؛ اما قانون مدنی از نظر مشهور تبعیت نکرده است و در مادهٔ ۸۳۵ مقرر کرده است: «موصی باید نسبت به مورد وصیت جایزالتصرف باشد». منظور از جایزالتصرف بودن این است که شخص بتواند مستقلاً در مال خود تصرف کند و کسی دارای این استقلال است که کبیر و عاقل و رشید باشد؛ بنابراین اگر موصی ازنظر قانونی جایز به تصرف در مال خود نباشد، وصیت او باطل است[۲]. همان‌طور که برخی از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۷۹) نیز گفته‌اند باید توجه کرد که باطل‌دانستن وصیت صغیر صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا

---

۱. روایات بسیاری دراین‌خصوص وجود دارد؛ ازجملهٔ آن‌ها روایت صحیح ابی‌بصیر از امام صادق (ع) که فرمود: «إِذَا بَلَغَ الْغُلَامُ عَشْرَ سِنِينَ فَأَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ فِي حَقٍّ جَازَتْ وَصِيَّتُهُ»؛ و همچنین روایت صحیح زراره از امام صادق (ع) که فرمود: «إِذَا أَتَى عَلَى الْغُلَامِ عَشْرُ سِنِينَ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ فِي مَالِهِ مَا أَعْتَقَ أَوْ تَصَدَّقَ أَوْ أَوْصَى عَلَى وَجْهٍ مَعْرُوفٍ وَ حَقٍّ فَهُوَ جَائِزٌ» و همین‌طور روایت حاذم از امام صادق (علیه السلام) که فرمود: «سَأَلْتُهُ عَنْ وَصِيَّةِ الْغُلَامِ هَلْ تَجُوزُ قَالَ إِذَا كَانَ ابْنَ عَشْرِ سِنِينَ جَازَتْ وَصِيَّتُهُ» (طوسی، ۱٤۰۷ ق، ج ۹، ص ۱۸۱ـ۱۸۲).

۲. علت بطلان وصیت صغیر ممیز برخلاف دیگر تصرفات مالی او این است که در دیگر تصرفات مالی ولیّ یا قیم صغیر نمایندهٔ وی محسوب می‌شوند و به‌موجب قانون اختیار انجام آن را شخصاً دارند و درصورتی هم که صغیر آن را انجام داده باشد، می‌توانند آن را تنفیذ یا رد کنند؛ اما در وصیت چون عملی رایگان محسوب می‌شود، ولی یا قیم به موجب

وصیت عملی حقوقی است که برای بعد از فوت موصی اثر می‌گذارد و تأثیری در اوضاع مالی صغیر در زمان حیات وی ندارد؛ بنابراین به‌دلیل آنکه با انجام وصیت ضرری به صغیر در دوران حیات وی نمی‌رسد، دلیلی برای بطلان این عمل وجود ندارد. پس باید به ارادهٔ او احترام گذاشت و درصورتی‌که دیگر شرایط در عقد وصیت رعایت شده باشد، آن را نافذ دانست.

وضعیت سفیه نیز مشابه صغیر ممیز است و وصیت او را نیز باید به‌دلیل محجور بودن وی باطل دانست؛ زیرا به‌موجب مادهٔ ۸۳۵ قانون مدنی موصی باید جایزالتصرف باشد و محجوران جایزالتصرف نیستند؛ اما به‌نظر می‌رسد بهتر باشد قانونگذار درخصوص وصیت صغیر ممیز و سفیه تجدیدنظر کند و از نظر مشهور فقهای امامیه پیروی کند؛ زیرا با قبول امکان انجام وصیت توسط آنان هیچ ضرری به آن‌ها وارد نمی‌شود، چراکه عمل حقوقی وصیت بعد از فوت شخص اثر می‌گذارد.

دربارهٔ عقد هبه و وقف نیز که برخی از فقها به صحت انجام آن به‌وسیلهٔ طفل ده‌ساله قائل شده‌اند، قانون مدنی نظری خلاف آن را پذیرفته است و در مواد ۷۹۶ و ۵۷[1] بیان کرده است که واهب و واقف باید دارای اهلیت معتبر در معاملات باشند؛ ازاین‌رو صغیر و سفیه حق انعقاد این عقود را ندارند؛ زیرا با انعقاد این عقود مالکیت آن‌ها بر مال مورد هبه و وقف از بین می‌رود؛ بنابراین حمایت از صغیر و سفیه اقتضاء دارد که آن‌ها قادر به انجام چنین اعمالی نباشند.

با توجه به قانون مدنی باید گفت که صغیر ممیز و سفیه نمی‌توانند برای مال خود عقد رایگان برقرار کنند؛ زیرا انعقاد این عقود اصولاً به ضرر آن‌ها و خلاف غبطه و مصلحت آن‌ها است. بااین‌همه ممکن است درخصوص ودیعه گذاشتن مال صغیر ممیز یا سفیه تردید حاصل شود؛

مادهٔ ۱۲۱۷ قانون مدنی حق انجام چنین معامله‌ای را ندارند؛ زیرا صلاحیت آنان تنها ادارهٔ اموال محجور است و وصیت مشمول آن نمی‌شود. بنابراین آن‌ها نه شخصاً می‌توانند درمورد مال صغیر وصیت کنند و نه صلاحیت تنفیذ وصیت صغیر را دارند، پس درنتیجه وصیت صغیر باطل است.

۱. به موجب مادهٔ ۷۹۶ «واهب باید برای معامله و تصرف در مال خود اهلیت داشته باشد». مطابق مادهٔ ۵۷ «واقف باید ... دارای اهلیتی باشد که در معاملات معتبر است».

زیرا عقد ودیعه جزء عقود رایگان محسوب می‌شود و مستودع دربرابر نگهداری مال، اجرتی دریافت نمی‌دارد و مودع از خدمت مجانی مستودع سود می‌برد. حال این پرسش مطرح می‌شود که: آیا سفیه یا صغیر ممیز قادر هستند مال خود را به ودیعه بگذارند؟

در فقه بسیاری از فقها تنها ودیعهٔ انجام‌شده توسط صغیر و مجنون را باطل دانسته‌اند؛ زیرا آن دو فاقد اهلیت و کمال هستند؛ اما درخصوص سفیه بحثی نکرده‌اند (شهید ثانی، ١٤١٣ ق، ج ٥، ص ٩٢؛ صاحب جواهر، ١٤٠٤ ق، ج ٢٧، ص ١١٦؛ صافی، ١٤١٦ ق، ج ٢، ص ٢٤؛ ترحینی عاملی، ١٤٢٧ ق، ج ٥، ص ٢٩٠). برخی دیگر از فقها به‌رغم باطل‌شمردن ودیعهٔ کودک و مجنون، ودیعهٔ انجام‌گرفته ازسوی سفیه را به‌صراحت نافذ بیان کرده‌اند (کاشف الغطاء، ١٤٢٢ ق، ص ٩). درمقابل گروهی دیگر از فقها در عقد ودیعه جایزالتصرف بودن متعاقدان را شرط می‌دانند و ازاین‌رو ودیعهٔ سفیه را صحیح نمی‌دانند (علامه حلی، ١٤١٤ ق، ج ١٦، ص ١٥١؛ حسینی سیستانی، ١٤٢٢ ق، ص ٣٦٥).

قانون مدنی نیز در مادهٔ ٦١٠ ازنظر اخیر تبعیت کرده، و مقرر کرده است «در ودیعه طرفین باید اهلیت برای معامله داشته باشند و اگر کسی مالی را از کس دیگر که برای معامله اهلیت ندارد، به‌عنوان ودیعه قبول کند، باید آن را به ولی او رد کند و اگر در ید او ناقص یا تلف شود، ضامن است». در این ماده وجود اهلیت در طرفین قرارداد برای انعقاد ودیعه لازم شمرده شده است و مطابق مادهٔ ٢١١ قانون مدنی نیز کسانی دارای اهلیت هستند که بالغ و عاقل و رشید باشند؛ بنابراین چون صغیر ممیز و سفیه فاقد اهلیت هستند، به‌صراحت مادهٔ ٦١٠ نمی‌توانند به‌طور استقلالی عقد ودیعه را منعقد کنند. همان‌طور که برخی از حقوقدانان گفته‌اند، دلیل صحیح‌نبودن ودیعهٔ صغیر ممیز و سفیه این است که آن‌ها چون دارای تجربه کافی نیستند و ارزش مال را نمی‌شناسند، بنابراین ممکن است در انتخاب امین شایسته و دلسوز اشتباه کنند و مال خود را درمعرض خطر و تلف قرار دهند؛ ازاین‌رو حمایت از آنان اقتضا دارد که ودیعهٔ انجام‌شده توسط خود آن‌ها صحیح نباشد (کاتوزیان، ١٣٨٥، ج ٤، ص ٣٥).

۲-٦. اهلیت ولیّ یا قیم صغیر ممیز و سفیه نسبت به انعقاد عقد رایگان در مال آنان

گفته شد که صغیر ممیز و سفیه اهلیت انعقاد قرارداد بلاعوض را دربارهٔ مال خویش ندارند، حال آیا ولیّ یا قیم آن‌ها می‌توانند دربارهٔ مال آنان چنین معاملاتی را انجام دهند؟

نه‌تنها صغیر ممیز و سفیه اهلیت انعقاد عقد رایگان دربارهٔ اموال خود را ندارند، ولیّ و قیم آن‌ها نیز نمی‌توانند به ولایت یا قیمومت ازطرف محجور اموال آن‌ها را وقف یا هبه کنند؛ زیرا اختیار ولیّ و قیم ناظر به عقودی است که به مصلحت محجور باشد و وقف و هبهٔ مال اصولاً برخلاف مصلحت محجور است؛ زیرا از دارایی محجور می‌کاهد، بدون آنکه چیزی نصیب او شود. البته برخی مؤلفان حقوقی بیان کرده‌اند که وقف مال محجوران توسط ولیّ یا قیم موافق غبطه آن‌ها نیست؛ ولی در برخی مواقع نادر آن را صحیح می‌دانند؛ مانند موردی که انتزاع ملک از غاصب یا جلوگیری از غصب‌شدن مال تنها با وقف‌کردن آن ممکن باشد (حائری شاه باغ، ۱۳۸۲، ج۱، ص۳۰). علی‌القاعده چون وقف مال یا هر عقد رایگان دیگری با مصلحت و غبطهٔ محجور منافات دارد، بنابراین نه‌تنها خود محجور بلکه ولیّ و قیم نیز صلاحیت انجام آن را ندارند.

فقها ودیعهٔ مال صغیر توسط ولیّ، نزد شخص قابل اطمینان را درصورتی‌که مصلحت و غبطه صغیر در آن باشد، جایز دانسته‌اند؛ مثلاً اگر ولیّ ارادهٔ سفر کند، می‌تواند مال صغیر را نزد شخص مطمئن و ثقه‌ای به امانت بگذارد (علامه حلی، ١٤١٤ ق، ج ۲، ص ٥٤٥؛ رحمان ستایش، ١٤٢٥ ق، ص ٢٦٩). قانون مدنی دراین‌خصوص چیزی بیان نکرده است؛ ولی همان‌طور که فقها گفته‌اند می‌توان به ولیّ درصورت وجود ضرورت، اجازهٔ به ودیعه گذاشتن مال محجور را داد. اثبات وجود ضرورت هم برعهدهٔ خود ولیّ است.

در عقد عاریه نیز از کلام برخی از فقها، که به نفوذ عاریهٔ صغیر در مالش درصورت اذن ولیّ و رعایت مصلحت صغیر حکم داده‌اند (محقق حلی، ١٤٠٨ ق، ج ۲، ص ١٣٥؛ علامه حلی، ١٤٢٠ ق، ج ۳، ص ٢١٠)، فهمیده می‌شود که درصورتی‌که مصلحت و غبطهٔ صغیر اقتضاء کند، ولیّ می‌تواند مال صغیر را به عاریه دهد. در اینجا باید دقت کرد که چون عاریه

دادن اصولاً به ضرر و خلاف غبطهٔ صغیر است، ازاین‌رو ولیّ نمی‌تواند چنین‌کاری را انجام دهد، مگرآنکه بتواند مصلحت صغیر را در عاریه‌دادن مال وی به اثبات برساند. برخی از حقوقدانان درخصوص هبهٔ مال محجور توسط ولیّ این موضوع را مطرح کرده، و گفته‌اند که چون هبه اصولاً به زیان واهب است و اختیار ولیّ قهری نیز محدود به رعایت مصلحت است، ازاین‌رو ولیّ قهری نمی‌تواند مال او را هبه کند، مگرآنکه بتواند وجود غبطه و مصلحت استثنائی محجور را در هبه‌دادن مال او در دادگاه اثبات کند. به‌علاوه از مفاد مادهٔ ۱۲۱۷ قانون مدنی که مقرر می‌دارد «ادارهٔ اموال صغار و مجانین و اشخاص غیر رشید به عهدهٔ ولیّ یا قیم آنان است» فهمیده می‌شود که حدود نمایندگی ولیّ قهری تنها در ادارهٔ اموال محجور است؛ ازاین‌رو اعمالی که در عرف لازمهٔ ادارهٔ اموال نیست و اموال محجور را درمعرض تلف قرار می‌دهد، داخل در نمایندگی ولیّ قرار نمی‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸٤، ج ۳، ص ٦۱، ۱۳۸۹، ص ٤۱۱).

۳-٦. اهلیت صغیر ممیز و سفیه در انعقاد عقد رایگان با شرط عوض نسبت به اموالشان

صغیر ممیز، سفیه و ولیّ و قیم آن‌ها نمی‌توانند دربارهٔ مال آنان عقد رایگان منعقد کنند؛ اما ممکن است این سؤال مطرح شود که اگر عقد رایگانی که دربارهٔ مال محجور منعقد می‌شود، متضمن شرط عوض به نفع محجور باشد، آیا دراین‌صورت محجور یا ولیّ و قیم او توانایی انعقاد آن را دارد؟

سفیه و صغیر ممیز مطابق مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱٤ اهلیت دخالت در امور مالی خود را ندارند؛ بنابراین حتی اگر عقد رایگان همراه با شرط عوض نیز باشد باز هم آن‌ها فاقد اهلیت هستند و نمی‌توانند مستقلاً چنین عقدی را منعقد کنند. درخصوص اینکه آیا ولیّ یا قیم می‌توانند چنین عقدی را انشاء کنند، باید بیان کرد که این فرض با حالتی که تنها مالی از محجور به دیگری منتقل می‌شد و چیزی عائد محجور نمی‌شد، تفاوت دارد و شبیه به عقود معوض است؛ ازاین‌رو باید برای ولیّ یا قیم اختیار انجام چنین عقدی را قرار داد (کاتوزیان، ۱۳۸٤، ج ۳، ص ٦۰)؛ ولی داشتن این اختیار مانند دیگر معاملاتی که ولیّ یا قیم انجام می‌دهند، منوط‌به رعایت غبطه و مصلحت محجور است. پس اگر ارزش عوض معادل یا بیشتر از موضوع عقد رایگان باشد،

شکی در صحت عمل حقوقی انجام‌شده توسط ولیّ یا قیم نیست؛ چون هیچ ضرری برای محجور متصور نیست؛ اما درصورتی‌که عوض ارزشی کمتر از مال موضوع عقد داشته باشد، به‌سبب عدم‌رعایت نفع و غبطه محجور در قرارداد، می‌توان بطلان عقد را از دادگاه خواست.

یافته‌های پژوهش

اهلیت صغیر ممیز و سفیه تنها در قبول تملکات بلاعوض است و آن‌ها در دیگر عقود رایگان اهلیت قبول ندارند؛ زیرا ممکن است به‌دلیل نداشتن تجربه و تقصیر در نگهداری و حفظ مال، آن را در معرض نقص یا تلف قرار دهند و دربرابر مالک مسئول و ضامن شوند؛ بنابراین باید حکم کلی عدم‌نفوذ تصرفات صغیر ممیز و سفیه را در تمامی معاملات آن‌ها اعمال کرد، مگر در مواردی که نص صریح بر صحت تصرف استقلالی آن‌ها وجود داشته باشد.

صغیر ممیز و سفیه تنها اهلیت قبول تملک بلاعوضی را دارند که در آن تعهد و شرط عوضی درج نشده باشد. درصورت وجود تعهد ضمن تملک بلاعوض، دیگر صغیر ممیز و سفیه دارای اهلیت نیستند؛ زیرا قبول تملک در این فرض موجب دخالت در دارایی و اموال خودشان نیز می‌شود؛ بنابراین اجازهٔ ولیّ یا قیم ضروری است.

مشهور فقهای امامیه وصیت کودک ده‌ساله را پذیرفته‌اند؛ ولی قانون مدنی به‌صراحت در وصیت جایزالتصرف بودن موصی را شرط دانسته است؛ ازاین‌رو صغیر ممیز و سفیه چون نمی‌توانند در اموال خود تصرف کنند، بنابراین قادر به وصیت مال خود نیز نیستند. اما به نظر می‌رسد درخصوص وصیت چون ناظر به بعد از فوت موصی است، دخالت صغیر ممیز و سفیه در اموال خود، ضرری برایشان در پی نداشته باشد؛ زیرا اثر این وصیت بعد از موت شخص ایجاد می‌شود.

نه‌تنها خود صغیر ممیز و سفیه حق انعقاد عقد رایگان دربارهٔ مال خویش را ندارند، حتی ولیّ و قیم نیز نمی‌تواند مال مولی علیه را به‌رایگان به دیگری منتقل کند؛ زیرا ولایت و اختیار ولیّ و قیم در مال مولی علیه تنها ناظر به ادارهٔ اموال است و واگذاری رایگان مال آن‌ها از مفهوم اداره خارج است و خلاف غبطه و مصلحت صغیر ممیز و سفیه است.

منابع

ابن سعید، یحیی بن احمد (١٤٠٥ ق). *الجامع للشرائع*. قم: مؤسسة سید الشهداء العلمیة.

عمیدی، عمیدالدین (١٤١٦ ق). *کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد*. قم: مؤسسة النشر الإسلامي.

امامی، حسن (١٣٦٤). *حقوق مدنی*. تهران: انتشارات اسلامیة.

انصاری، قدرت‌الله (١٤٢٩ ق). *موسوعة أحکام الأطفال وأدلتها*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).

انصاری، مرتضی بن محمدامین (١٤١٥ ق). *رسالة فی الوصایا*. قم: کنگرهٔ جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

بحرانی، یوسف بن احمد (١٣٦٣ ق). *الحدائق الناضرة فی أحکام العترة الطاهرة*. قم: مؤسسة النشر الإسلامي.

ترحینی عاملی، محمد حسن (١٤٢٧ ق). *الزبدة الفقهیه فی شرح الروضة البهیة*. قم: دار الفقه للطباعة والنشر.

جزایری، محمد جعفر (١٤١٦ ق). *هدی الطالب فی شرح المکاسب*. قم: مؤسسه دار الکتاب.

حائری شاه باغ، علی (١٣٨٢). *شرح قانون مدنی*. تهران: کتابخانه گنج دانش.

حسینی سیستانی، علی (١٤٢٢ ق). *المسائل المنتخبة*. قم: دفتر حضرت آیه الله سیستانی.

حسینی شیرازی، صادق (١٤٢٥ ق). *التعلیقات علی شرائع الإسلام*. قم: استقلال.

حسینی شیرازی، سید محمد (١٤٢٥ ق). *تعلیقات علی شرائع الاسلام*. (ج١). قم: انتشارات استقلال.

حلی، شمس الدین محمد (١٤٢٤ ق). *معالم الدین فی فقه آل یاسین دورة فقهیة کاملة علی وفق مذهب الإمامیة*. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

خوئی، ابوالقاسم (١٤٢٩ ق). *محاضرات فی الفقه الجعفری*. قم: مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي.

خوئی، ابوالقاسم (بی‌تا). *المکاسب ـ مصباح الفقاهه*. قم: مکتبه الداوری.

رحمان ستایش، محمد کاظم (١٤٢٥ ق). *رسائل فی ولایة الفقیه*. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیهٔ قم.

سلار دیلمی، حمزة بن عبدالعزیز (١٤٠٤ ق). *المراسم العلویة والأحکام النبویة*. قم: منشورات حرمین.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (١٤١٣ ق). *مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الاسلام*. قم: مؤسسة المعارف الإسلامي.

شهیدی، مهدی (١٣٨٨). *حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات*. تهران: مجد.

صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر (١٤٠٤ ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*. بیروت: دار احیاء التراث العربي.

صافی، لطف‌الله (١٤١٦ ق). *هدایة العباد*. قم: دار القرآن الکریم.

صفائی، حسین (١٣٩٣). *اشخاص و اموال*. تهران: میزان.

صفائی، حسین؛ و قاسم‌زاده، سید مرتضی (١٤٠٠ ش). *حقوق مدنی اشخاص و محجورین*. تهران: سمت.

طباطبایی، محمد بن علی (بی‌تا). *المناهل*. قم: مؤسسه آل البیت (علیهم السلام) لإحیاء التراث.

طوسی، محمد بن حسن (١٤٠٧ ق). *تهذیب الأحکام*. تهران: دار الکتب الإسلامیة.

طوسی، محمد بن حسن (١٣٨٧ ق). *المبسوط فی فقه الإمامیة*. تهران: مکتبة المرتضویة.

طوسی، محمد بن حسن (١٤٠٠ ق). *النهایة فی مجرد الفقه والفتاوی*. بیروت: دار الکتاب العربی.

عالی‌پناه، علیرضا؛ شفیع‌زاده خولنجانی، مصطفی؛ و صادقی، محمد (١٣٩٢). *اهلیت استیفای محجوران در قانون مدنی. آموزه‌های فقه مدنی*، ٥ (٧)، ص ٩٥-١٢٠.

عاملی غروی، جواد بن محمد (١٤١٩ ق). *مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلاّمة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

علامه حلی، حسن بن یوسف (١٤٢٠ ق). *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة*. قم: مؤسسه امام صادق علیهم السلام.

علامه حلی، حسن بن یوسف (١٤١٤ ق). *تذکرة الفقهاء (ط-الحدیثه)*. قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.

علامه حلی، حسن بن یوسف (١٤١٣ ق). *قواعد الأحکام فی معرفة الحلال والحرام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.

فخر المحققین، محمد بن حسن (١٣٨٧ ق). *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

کاتوزیان، ناصر (١٣٧٩). *حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها*. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (١٣٨٤). *دورهٔ عقود معین (٣) حقوق مدنی: عطایا هبه، وقف، وصیت*. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (١٣٨٥). *دورهٔ عقود معین (٤) حقوق مدنی: عقود اذنی ـ وثیقه‌های دین*. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (١٣٨٤). *دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی ـ اعمال حقوقی- قرارداد- ایقاع*. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (١٣٨٩). *دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی ـ حقوق خانواده*. تهران: میزان.

کاتوزیان، ناصر (١٣٨٢). *وصیت در حقوق مدنی ایران*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

کاشف الغطاء، حسن (١٤٢٢ ق). *انوار الفقاهة ـ کتاب الودیعة*. نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء.

کیدری، محمد حسین (١٤١٦ ق). *اصباح الشیعة بمصباح الشریعة*. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

محقق حلی، جعفر بن حسن (١٤٠٨ ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

محقق داماد، مصطفی؛ قنواتی، جلیل؛ وحدتی شبیری، سید حسن؛ و عبدی‌پور، ابراهیم (١٣٨٩). *حقوق قراردادها در فقه امامیه*. تهران: سمت.

محمدی، غفار؛ و محمدی، پوران (۱٤۰۰ ش). بررسی وضعیت وکالت صغیر ممیز و سفیه. *نشریه مطالعات حقوق شهروندی*، ۵ (۲۳)، ص ٤۱۵-٤۲۳.

مروج، حسین (۱۳۷۹). *اصطلاحات فقهی*. قم: بخشایش.

معین، محمد (۱۳۸۵). *فرهنگ فارسی جیبی*. تهران: راه رشد.

مغنیه، محمد جواد (۱٤۲۱ ق). *فقه الامام الصادق علیه السلام*. قم: مؤسسه انصاریان.

مفید، محمد بن محمد (۱٤۱۳ ق). *المقنعة*. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید رحمه الله علیه.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (بی تا). *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*. قم: جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه بقم.

موسوی خوانساری، احمد (۱۳۵۵ ق). *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*. تهران: مکتبة الصدوق.

میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۳۷۱). *جامع الشتات*. تهران: کیهان.

نجفی، بشیر حسین (۱٤۲۷ ق). *مصطفی الدین القیم*. نجف اشرف: دفتر حضرت آیه الله نجفی.

هاشمی شاهرودی، محمود (۱۳۸۲ ق). *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*. قم: مؤسسة دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).

https://fa.alfayadh.org/questions_category

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.30 / Spring and Summer 2025 / NO.82

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; flj@isu.ac.ir

Site: www.isuw.ac.ir www.ricest.ac.ir www.isc.gov.ir www.sid.ir
http:// flj.isu.ac.ir