



دوفصلنامه علمی

فقه و حقوق خانواده

دانشگاه امام صادق (علیه السلام)، پردیس خاوران

سال سی ام - پاییز و زمستان ۱۴۰۴ - شماره ۸۳

دوفصلنامه فقه و حقوق 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 می شود.

دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده در پایگاه های زیر نمایه می شود:

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

ب: نظام نمایه سازی مرکز منطقه ای اطلاع رسانی 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 ویژه اسناد علمی: scholar.google.com

ه: پایگاه سیولیکا: civilica.com

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

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

تلفن: ۰۲۲-۲۲۰۹۴۹۰۱ - شماره ۲۲۰۶۵۴۳۷ صندوق پستی ۱۱۱-۱۴۶۵۵

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

Website: flj.isu.ac.ir

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

Vol.30/ Spring and Summer 2025/ No.83
Under the direction of the research vice president
Director-in-charge: Imam Sadiq(P.) University, Girls' College
Managing Director: Dr. Seddigheh Mahdavi Kani
Editor-in-chief: Dr. Abbas Karimi
Associate Editor: Dr. Seddigheh Mahdavi Kani

شماره ۸۳ / سال سی ام / پاییز و زمستان ۱۴۰۴
صاحب امتیاز: دانشگاه امام صادق(ع) - پردیس خواهران
مدیر مسئول: دکتر صدیقه مهدوی کنی
سرمدیر: دکتر عباس کریمی
دبیر و مدیر داخلی این شماره: دکتر صدیقه مهدوی کنی

Editorial Board:

Mohammad Ali Ardebili/ Professor Department of Law and Criminology, Shahid Beheshti University
Godarze Aftekar Jharomi/ Professor Department of Law, Shahid Beheshti University
Fariba Haji Ali/ Associate Professor Group jurisprudence and principles of Islamic law, Al-Zahra University
Seyyed Mohammad Hussein/ Associate Professor Department of Law, Tehran 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 Sadeq University
Fa'ezeh Azimzadeh Ardebili/ Associate Professor Department of Islamic law and jurisprudence, Imam Sadiq(P.) University
Abbas Karimi/ Professor Department of Law, Tehran University
Seyyed Mostafa Mohaghegh Ahmad Abadi/ Professor Department of Law, Tehran University
Hossein Mir Mohammad Sadeqi/ Professor Department of Law and Criminology, Shahid Beheshti University
Hossein Mehr Pour Mohammad Abadi/ Professor Department of Private Law, Shahid Beheshti University
Seddigheh Mahdavi Kani/ Associate Professor Department of Islamic law and jurisprudence, Imam Sadiq(P.) University

International Editorial Board

Nahida Jalil Abdul-Hassan Salman Al-Ghalbi/ University Professor with the rank of Professor Department of Jurisprudence and its Fundamentals in the College of Peace Sciences / University of Karbala

Hussein Ali Al-Haj Hassan/ Staz of all the etiquettes and humanities of the Lebanese society

Blasim Aziz Shabib Aloush Al-Zameli Al-Musawi/ Professor of Jurisprudence/ Al-Kufah University

Contributing Advisors:

Dr. Mohammadrasoul Ahangaran, Dr. Hourmoz Asadi kohbad, Dr. Narges Bagheri, Dr. Kobra Pourabdollah, Dr. Soheila Pirouzfard, Dr. Reyhaneh Jahani, Dr. Maryam Hosseini Ahag, Dr. Monireh Haqqkhah, Dr. Zohreh Khani, Dr. Ghafour Khoeini, Dr. Ebrahim Delshad, Dr. Eftekhār Daneshpour, Dr. Homa Davoodi, Dr. Niku Dyalameh, Dr. Reza Dehqannejad, Dr. Zahra Rasti, Dr. Shahram Rahmani, Dr. Fatemeh Sharifi, Dr. Sajjad Safari, Dr. Mahya Safariniya, Dr. Mahzād Safariniya, Dr. Ayyoub Hojjat Azizollahi, Dr. Fa'ezeh Azimzadeh Ardabili, Dr. Azam Ghiyasi Thani, Dr. Ali Akbar Farahzadi, Dr. Mohsen Fattahi, Dr. Mona Faridi Khorshidi, Dr. Fatemeh Fallah Tafti, Dr. Soha Karsaz, Dr. Abbas Karimi, Dr. Sahar Karimi, Dr. Esmat Golshani, Dr. Zahra Lame', Dr. Seddigheh Mahdavi Kani, Dr. Mohaddesh Mocinifar, Dr. Mahdieh Mohammadzadeh, Dr. Ezzatossadat Mirkhani, Dr. Fazeleh Mirhafourian, Dr. Roghieh Sadat Momen, Dr. Masoumeh Mozaffari, Dr. Saeed Nazari Tavakkol, Dr. Elmira Naqizadeh, Dr. Seyyed Abolqasem Naqibi, Dr. Ansieh Nourahmadi, Dr. Zahra No'mati, Dr. Raziye Sadat Hashemi Aliya

Executive Manager: Elaheh Hajian Heidari

Persian Editor: Dr. Lila Khosravi

English Editor: Dr. Ensieh Bagheri

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

هیئت تحریریه (به ترتیب رتبه علمی و حروف الفبا)

محمدعلی اردبیلی / استاد گروه جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی
گودرز افتخار جهرمی / استاد گروه حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی
فریبا حاجیعلی / دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه الزهراء(س)

سید محمد حسینی / دانشیار گروه حقوق دانشگاه تهران
علی اکبر فرحزادی / دانشیار گروه حقوق اسلامی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری

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

عباس کریمی / استاد گروه حقوق خصوصی دانشگاه تهران
سید مصطفی محقق احمدآبادی / استاد گروه حقوق اسلامی دانشگاه شهید بهشتی

حسین میرمحمدصادقی / استاد گروه جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی

حسین مهرپور محمدآبادی / استاد گروه حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی

صدیقه مهدوی کنی / دانشیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق(ع)

هیئت تحریریه بین‌المللی

ناهده جلیل عبد الحسن سلمان الغالبی / استاذ قسم الفقه و اصوله فی کلیة العلوم السالمة / جامعة کربلا،

حسین علی الحاج حسن / استاذ کلیة الاداب و العلوم الانسانیة جامعة اللبانیة
بلاسم عزیز شیب علوش الزاملی الموسوی / استاذ الفقه / جامعة الکوفة

منتخب هیئت داوران (به ترتیب حروف الفبا):

دکتر محمد رسول آهنگران، دکتر هرمز اسدی کوهباد، دکتر نرگس باقری، دکتر کبری پورعبدالله، دکتر سهیلا پیروزفر، ریحانه جهانی، دکتر مریم حسینی آهق، دکتر منیر حق‌خواه، دکتر زهره خانی، دکتر غفور خوئینی، دکتر ابراهیم دلشاد، دکتر افتخار دانش‌پور، دکتر هما داوودی، دکتر نیکو دیالمه، دکتر رضا دهقان‌نژاد، زهرا راستی، دکتر شهرام رحمانی، دکتر فاطمه شریفی، دکتر سجاد صفری، دکتر محیا صفاری‌نیا، دکتر مهزاد صفاری‌نیا، دکتر ایوب حجت عزیزاللهی، دکتر فائزه عظیم‌زاده اردبیلی، دکتر اعظم غیانی ثانی، دکتر علی‌اکبر فرحزادی، دکتر محسن فتاحی، مونا فریدی خورشیدی، دکتر فاطمه فلاح نفتی، سها کارساز، دکتر عباس کریمی، دکتر سحر کریمی، دکتر عصمت گلشنی، دکتر زهرا لامع، دکتر صدیقه مهدوی کنی، دکتر محدثه معینی‌فر، دکتر مهدیه محمدنقی‌زاده، دکتر عزت‌السادات میرخانی، دکتر فاضله میرغفوریان، دکتر رقیه سادات مومن، دکتر معصومه مظاهری، دکتر سعید نظری توکل، دکتر المیرا نقی‌زاده، دکتر سیدابوالقاسم نقیبی، دکتر انسیه نوراحمدی، دکتر زهرا نعمتی، دکتر راضیه سادات هاشمی علیا

مدیر اجرایی: الهه حاجیان حیدری

ویراستار ادبی: دکتر لیلا خسروی و دکتر مژگان اصغری طرقي

ویراستار ترجمه چکیده مقالات به زبان انگلیسی: دکتر انسیه باقری

مسئولیت صحت و سقم مطالب بر عهده نویسندگان 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.isuw.ac.ir

Contents

فهرست

■ Evaluating the Legitimacy of a Husband's Opposition to His Wife's Employment Despite the Stipulation of Her Right to Work in the Marriage Contract Javad Sarkhosh/ Associate Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Al-Zahra University Fatemeh Mohammadi/ M.A. Graduate in Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Al-Zahra University, Tehran, Iran. Fatemeh Tayefi/ PhD student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law at Imam Sadiq University	■ ارزیابی مشروعیت مخالفت زوج با اشتغال با وجود شرط حق اشتغال وی ضمن عقد نکاح جواد سرخوش/ دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه الزهرا فاطمه محمدی/ دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه الزهرا فاطمه طایفی/ دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق(ع)	صفحه ۵-۳۰
■ Examples of Conflict between Wife's Employment and Marital Duties and its Solution Fatemeh shekari/ Graduated from Level 4 of Family Jurisprudence, Fatima Al-Zahra Specialized Seminary, Semnan Azam foadiyan/ Graduated from the 3rd level of Islamic Theology at Fatima Al-Zahra Specialized Seminary Semnan	■ مصادیق تراحم اشتغال زوج و تکالیف زوجیت و راه حل آن فاطمه شکری/ دانش آموخته سطح ۴ فقه خانواده مدرسه علمیه تخصصی فاطمه الزهرا(س) اعظم فوادیان/ دانش آموخته سطح ۳ کلام اسلامی مدرسه علمیه تخصصی فاطمه الزهرا(س)	صفحه ۳۱-۴۹
■ Legal and Jurisprudential Analysis of the Applicability of the Rule Concerning the Payment of Muta'a of Divorce to divorced women Hamze Ali Bahrame/ Associate Professor, Department of Islamic Studies, University of Isfahan Mehrosadat Mahmoudian/ Master's degree graduate in Textual Interpretation, University of Isfahan	■ واکاوی فقهی حقوقی شمول حکم پرداخت مته طلاق به زنان مطلقه حمزه علی بهرامی/ دانشیار گروه معارف اسلامی دانشگاه اصفهان مهرالسادات محمودیان/ دانش آموخته کارشناسی ارشد تفسیر اثری دانشگاه اصفهان	صفحه ۵۱-۸۴
■ Evaluating of Granting Conditional Agency in Divorce by Reviewing Judicial Decisions Seyed Mohamad Erfan Farhani/ Master's graduate in Jurisprudence and Private Law from the University of Judicial Sciences and Administrative Services Mahdi montazerqaem/ Associate Professor, Department of Islamic Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services	■ صحت سنجی و کالت معلق در طلاق با نگاهی به آراء قضایی سیدمحمدعرفان فرهانی/ دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری مهدی منتظر قائم/ دانشیار گروه حقوق اسلامی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری	صفحه ۸۵-۱۰۹
■ A Critical Analysis of Fair Equivalent Remuneration (Ojrat al Mesl) of Marriage Perids for Wives in Iranian Law Negin Gholami/ Assistant Professor, Department of Private Law, University of Kurdistan	■ تحلیل انتقادی اجرت المثل ایام زوجیت در حقوق ایران نگین غلامی/ استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه کردستان	صفحه ۱۱۱-۱۳۶
■ Abuse of Family Rights in Couples' relationships Shahin Rezaie/ Ph.D. Candidate in Private Law and Faculty Member, Payame Noor University Abbas Karimi/ Professor of the Private Law and Political Sciences, University of Tehran Ibrahim Taghizadeh/ Professor of the Private Law Department, Faculty of Social Sciences, Payam Noor University Ramin Pour Saeed/ Assistant professor of private law at Islamic Azad University	■ سوءاستفاده از حقوق خانوادگی در روابط زوجین شاهین رضایی/ دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی عضو و هیئت علمی دانشگاه پیام نور عباس کریمی/ استاد گروه حقوق خصوصی دانشگاه تهران ابراهیم تقی زاده/ استاد گروه حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور رامین پورسعید/ استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور	صفحه ۱۳۷-۱۶۷

Contents

فهرست

■ Re-Analysis of the Ruling on a Woman's Gaze at a Non-Mahram Man Without Lustful Intention from the Perspective of Imamiyyah Jurisprudence Hassan Delavari / Higher Level Lecturer at Qom Seminary Kazem Ebrahimzadeh Bakhtabad/ Senior Lecturer at Khorasan Seminary, Mashhad Seyyed Mohammad Hosseini Hadak/ PhD Student in Quran and Hadith Sciences, Razavi University	■ باز تحلیل حکم نگاه غیر شهوانی زن به مرد نامحرم از منظر فقه امامیه حسن دلاوری/ مدرس سطح عالی حوزه علمیه قم کاظم ابراهیم زاده بخت آباد/ مدرس سطح عالی حوزه علمیه خراسان سیدمحمد حسینی هداک/ دانشجوی دکتری علوم قرآن و حدیث دانشگاه رضوی	صفحه ۱۶۹-۱۹۱
■ The Initial Endowment for the Fetus Nasrin Karimi/ Associate Professor Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic law, Qom Branch, Islamic Azad University Fateme Ahmadi/ Educational Instructor of the Law Department at Islamic Azad University, Qom Branch, Islamic Azad University	■ وقف ابتدایی بر جنین نسرین کریمی/ دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قم فاطمه احمدی/ مربی آموزشی گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قم	صفحه ۱۹۳-۲۱۶
■ The Right to a Child's Name in Iranian and American Law Mahdi Mollaei/ Assistant Professor, Department of Economics, Faculty of Management and Industries, Shahrud University of Technolog	■ حق بر نام کودک در حقوق ایران و امریکا مهدی ملائی/ استادیار گروه اقتصاد دانشگاه صنعتی شاهرود	صفحه ۲۱۷-۲۴۵
■ A Critique of the Book: <i>The Women's Presence in Stadiums</i> Zohre Hajian Forushani Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Shahid Chamran University of Ahvaz	■ نقد کتاب حضور زنان در ورزشگاه زهره حاجیان فروشانی / استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه شهید چمران اهواز	صفحه ۲۴۷-۲۷۷
■ Possibility of Satisfying the Wife's Right to Alimony from the Husband's Illicit Assets Fateme Mashayekhi/ PhD student in Jurisprudence and Fundamental Islamic Law, Imam Sadeq (AS) University- Sister Campus Kubra Poorabdollah/ Associate Professor, Department of Jurisprudence and Islamic Law, Imam Sadeq University	■ امکان تأمین حق نفقه توسط زوجه از دارایی‌های نامشروع زوج فاطمه مشایخی/ دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه امام صادق (ع)، کبری پورعبدالله/ دانشیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه امام صادق (ع)	صفحه ۲۷۹-۳۰۶
■ The Powers and Duties of the Prosecutor in Ensuring the Rights and Freedoms of Women Accused of not Wearing the Hijab to be naked Saeed Mehranfar/ Master of Criminal Law and Criminology, South Tehran Payam Noor University Mahmoud Ashrafi/ Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Isfahan (Khorasgan) Branch, Islamic Azad University	■ اختیارات و وظایف دادستان جهت تأمین حقوق و آزادی‌های زنان متهم به بی‌حجابی سعید مهرانفر/ دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی محمود اشرفی/ استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی	صفحه ۳۰۷-۳۳۴



Evaluating the Legitimacy of a Husband's Opposition to His Wife's Employment Despite the Stipulation of Her Right to Work in the Marriage Contract

Javad Sarkhosh¹ Fatemeh Mohammadi² Fatemeh Tayefi³

DOI:

Doi: 10.30497/flj.2021.240815.1657



Abstract

One of the issues that has received only superficial attention in family law is the stipulation of the wife's right to work within the marriage contract. Assuming the validity of this condition, the question arises whether the husband's obligation to it is absolute, or whether, in certain cases, he may still lawfully prevent his wife from working despite the stipulation. Ultimately, if the husband objects to the wife's employment without a valid justification, what right accrues to the wife? A critical yet underexplored point is that, if the condition granting the wife the right to work is invalid, no obligation is imposed on the husband to fulfill it, and no right arises for the wife from his noncompliance. A non-exhaustive review of the literature reveals that most authors have regarded this condition as unconditionally valid. However, the present article demonstrates, through a reasoned analysis of the rationale for fulfilling stipulated conditions, that such a condition—and any cause leading to a ruling contrary to the primary substantive legal norm—must be limited to a defined duration in order to be valid. Previous authors have confined the husband's legitimate opposition to his wife's employment exclusively to the cases enumerated in Article 1117 of the Civil Code. In contrast, this article establishes that general stipulations of the right to work and specific stipulations do not carry the same legal ruling, and that the restriction of permissible opposition under Article 1117 applies solely to the former. In situations where the husband's opposition to the wife's employment is prohibited, the right accruing to the wife depends on determining which category of conditions—among those set forth in Article 234 of the Civil Code—the stipulation exemplifies. Unlike earlier studies, this article provides evidence-based analysis on this point.

Keywords: Obligation, Commitment, Primary substantive legal norm, Inversion of essence, Condition of outcome (Sharṭ al-Natījah)

1. (Corresponding Author) Associate Professor, Department of Islamic Law, faculty of Theology, Alzahra University, Tehran, Iran j.sarkhosh@alzahra.ac.ir

2. M.A. Graduate in Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Al-Zahra University, Tehran, Iran. mohammadifatemeh1000@yahoo.com

3. Ph.D. Candidate in Islamic Jurisprudence and the Principles of Islamic Law, Faculty of Theology, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. ftayefi77@gmail.com

ارزیابی مشروعیت مخالفت زوج با اشتغال زوجه باوجود شرط حق اشتغال وی ضمن عقد نکاح

جواد سرخوش^۱*

فاطمه محمدی^۲

فاطمه طایفی^۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۱/۳۱؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۵/۳۱

Doi: 10.30497/flj.2021.240815.1657

چکیده

یکی از مسائلی که در حقوق خانواده به طور سطحی به آن نگریسته، و پرداخته شده است، مسئله اشتراط حق اشتغال زوجه ضمن عقد نکاح است. بر فرض صحت این شرط، این مسئله مطرح می شود که آیا وفاء به آن شرط بر شوهر مطلقاً واجب است یا در مواردی وی حق دارد باوجود شرط یادشده از اشتغال زوجه جلوگیری کند؟ و بالاخره اگر زوج بدون حجتی معتبر با اشتغال زوجه مخالفت کند چه حقی برای زوجه ثبوت می یابد؟ نکته مهمی که به آن توجه درخوری نشده این است که اگر شرط حق اشتغال زوجه فاسد باشد، در این صورت، الزامی متوجه زوج نمی شود تا وفاء به شرط بر او واجب باشد و حقی برای زن از عدم التزام زوج به مفاد شرط حاصل شود. آنچه با استقراء غیر تام در آثار منتشرشده آشکار می شود، این است که نویسندگان آن ها شرط مذکور را مطلقاً صحیح دانسته اند؛ اما در مقاله حاضر با تبیین دلیل وجوب وفاء به شرط، به روشی برهانی، اثبات شد که این شرط و هر سببی مانند آن، که مستلزم ثبوت حکمی مغایر با حکم واقعی اولی یک شیء است، باید به مدت مضبوطی مقید شود تا وصف صحت بر آن عارض شود. نویسندگان یادشده موارد جواز مخالفت شوهر با اشتغال همسرش را به طور مطلق در موارد مذکور در ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی منحصر دانستند؛ اما در مقاله اثبات می شود که مخالفت با اشتغال زوجه در صورت اشتراط حق اشتغال مطلق با اشتراط حق اشتغال خاص، حکم یکسان ندارد و انحصار جواز مخالفت به موارد یادشده در ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی به صورت اول اختصاص دارد. در موارد حرمت مخالفت شوهر با اشتغال همسرش، حقی که برای زوجه ثبوت می یابد تابع آن است که معلوم شود شرط پیش گفته، مصداق کدام قسم از اقسام شرط یادشده در ماده ۲۳۴ قانون مدنی است. در آثار یادشده به این امر پرداخته نشده؛ ولی در این مقاله با اقامه دلیل، این مهم انجام شده است.

کلیدواژگان: اشتغال زوجه، شرط ضمن عقد، شرط فعل حقوقی، عقد نکاح.

۱. (نویسنده مسئول) دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه الزهراء، تهران، ایران.

j.sarkhosh@alzahra.ac.ir

۲. دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه الزهراء، تهران، ایران.

mohammadifatemeh1000@yahoo.com

ftayefi77@gmail.com

۳. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران.

مقدمه

بیان مسئله پژوهش

برخورداری از کار و اشتغال، از آن‌رو که در قریب به اتفاق موارد ابزاری برای کسب درآمد و خوداتکایی است، اهمیتی انکارناپذیر نزد همگان دارد. این اهمیت نزد زنان شدت بیشتری می‌یابد؛ به‌ویژه از آن‌رو که راهکاری قانونی برای تأمین هزینه‌های زندگی زنان، در صورت وقوع طلاق، وجود ندارد. توجه به این واقعیت‌ها انگیزه‌ساز بسیاری از زنان است، برای آنکه ضمن عقد نکاح دائم داشتن حق اشتغال را شرط کنند. پر واضح است که این اشتراط بر این تلقی استوار است که مرد به موجب و مقتضای نکاح این حق را می‌یابد که از اشتغال زوجه خود جلوگیری کند و آلا برای برخورداری از حق اشتغال بعد از نکاح دائم به اشتراط یادشده نیازی نیست؛ اما چون شرط یادشده برخی از حقوق شوهر را که به موجب نکاح دائم برای او ثبوت یافته است، محدود می‌سازد، پرسش‌هایی درخصوص آن پدیدار می‌شود:

آیا شرط یادشده صحیح است تا وفای به آن واجب باشد؟ از آن‌رو که شرط فاسد هیچ الزامی را متوجه «مشرط علیه» نمی‌کند.

بر فرض صحت این شرط، آیا صحتش مطلق است یا آنکه به امر یا اموری مقید است؟
بر فرض صحت این شرط، اگر شوهر آن را ضمن عقد نکاح پذیرفته باشد، آیا حق مخالفت با اشتغال همسرش را مطلقاً از دس می‌دهد یا آنکه با شروط یا قیودی مخالفتش با اشتغال زوجه معتبر می‌شود؟ مثل آنکه شرط اشتغال زوجه به فعالیتی خاص مقید بوده است؛ اما وی بعد از نکاح بخواهد به شغل دیگری بپردازد.

ضرورت پژوهش

تفاوت آراء در پاسخ به این مسئله و مورد ابتلاء بودن آن اقتضا می‌کند پژوهشی در این باره، مبتنی بر ادله و در پرتو شعاع دلالت آن‌ها صورت گیرد تا ابهام‌ها زدوده شود و مجالی برای موضع‌گیری‌ها و پاسخ‌گویی‌های احساسی باقی نماند.

پیشینه پژوهش

درباره مسئله اصلی این پژوهش، یعنی اعتبار یا عدم اعتبار مخالفت زوج با اشتغال زوجه در صورت پذیرش شرط اشتغال زوجه ضمن عقد نکاح، پژوهش‌هایی انجام شده است که به اختصار به بررسی چند مورد می‌پردازیم:

اسدی در مقاله «اشتغال زن در خانواده» مسئله اشتغال زوجه را از منظر فقه و قانون بررسی، و به حق زوج در منع اشتغال زوجه اشاره می‌کند. او یکی از مبانی حق یادشده را ریاست مرد در خانواده و وظیفه تمکین زوجه می‌داند. وی معتقد است این وظیفه ایجاب می‌کند که زوجه برای خروج از منزل که مقدمه انجام کار است، اذن زوج را داشته باشد و برای تعدیل بین حق اشتغال زوجه و حق مرد بر مخالفت با خروج زوجه معتقد است شرط حق اشتغال زوجه ضمن عقد نکاح، لازم الاجراء است (۱۳۸۵، ص ۷۰-۷۳).

افتخار جهرمی و داودی نیز در مقاله «اشتغال زن و نقش اجازه شوهر در آن» آراء فقیهان و حقوق‌دانان را در این باره بررسی کرده‌اند. آن‌ها شرط حق اشتغال زوجه را ضمن عقد نکاح، شرطی معتبر می‌دانند و اظهار می‌کنند که به سبب اختلاف نظرهایی که درباره حق شوهر برای منع از اشتغال زوجه وجود دارد، بهتر است که ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی با اصلاحاتی همراه شود و با توجه به اصل آزادی اشتغال زن، محدودیت‌های اشتغال وی را به وجود و اثبات شرایط خاص در دادگاه منحصر کند (۱۳۹۰، ص ۱۸-۱۹).

رضایی‌فر در مقاله «تحلیل فقهی و حقوقی شروط سند نکاحیه» شروطی را که ضمن عقد نکاح معتبر و مندرج می‌شوند و در صورت تخلف از آن‌ها، زوجه می‌تواند از دادگاه تقاضای صدور حکم طلاق کند، بررسی کرده است (۱۳۹۸، ص ۲۶-۲۹).

پدیدآورندگان مقاله حاضر، با ارج نهادن به پژوهش‌های انجام‌شده بر این باورند که در برخی از آن‌ها بین حقوق زن، اولاً و بالذات، یعنی زن با عنوان اولی انسان و بین حقوق و تکالیف زن، ثانیاً و بالعرض، یعنی زن با عنوان ثانوی زوجه، به صورت کافی، تمیز صورت نگرفته است؛ از این رو نمی‌توان برخی از نتایج آن‌ها را مقتضای ادله عقلی یا نقلی موجود در این مسئله

دانست. در برخی از این پژوهش‌ها به ماهیت نکاح دائم و لوازم آن نیز توجه کافی نشده است؛ ازاین‌رو از محدودیت‌هایی که زوجه با اختیار و اراده خویش با تملیک یا اختصاص دادن مادام‌العمر حق تمتع جنسی خود به زوج، پذیرای آن می‌شود، غفلت شده است؛ بنابراین در این پژوهش برآنیم که ضعف‌های یادشده را در پاسخ‌گویی به مسئله بزداایم.

مفهوم‌شناسی مصطلحات

- عقد

عقد در لغت به معنای عهد و پیمان است (ابن فارس، ۱۳۹۹ ق، ج ۴، ص ۸۶؛ ابوحیب، ۱۴۰۸ ق، ج ۱، ص ۲۵۵؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ ق، ج ۱، ص ۵۷۶؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ ق، ج ۳، ص ۲۹۷-۲۹۶؛ خلیل بن احمد، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۴۱). شایسته ذکر است که معنای عهد و عقد با هم تفاوت دارند؛ زیرا عقد، تنها با توافق دو اراده دو طرف آن انشا می‌شود؛ اما عهد با یک اراده نیز تحقق می‌یابد (طریحی، بی‌تا، ج ۳، ص ۱۰۳). معنای اصطلاحی آن در قانون مدنی چنین آمده است: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری کنند و مورد قبول آن‌ها باشد» (ماده ۱۸۳). برخی از حقوق‌دانان بر این باورند که عقد نامیدن تعهد یادشده، اشتباه است؛ زیرا تعهد، اثر عقد است نه خود آن (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۱، ص ۱۶)؛ اما پدیدآورندگان مقاله در رد این استدلال می‌گویند: تعریف یک شیء با عرض خاص یا لوازمش تعریفی متعارف است^۱؛ لیکن اگر عرض یا لازم به کار گرفته شده در تعریف یک شیء به قسمی از آن شیء اختصاص داشته باشد، سبب می‌شود تعریف شیء، دیگر اقسام آن را فرا نگیرد. برای مثال اگر در تعریف کلمه در زبان عربی گفته شود لفظی است که مجرور می‌شود، این تعریف ناقص خواهد بود؛ زیرا دو قسم از اقسام کلمه، یعنی فعل و حرف را که در زبان عربی مجرور نمی‌شوند، فرا نمی‌گیرد؛ بنابراین در تبیین اشکال وارد بر ماده ۱۸۳ قانون مدنی باید گفت: آنچه در این ماده در تعریف عقد آمده، درحقیقت ویژگی عقد عهدی است؛

۱. اینکه رسم، یک قسم از تعریف در منطق دانسته شده، مهر تأییدی بر نظر پدیدآورندگان مقاله است (مظفر، ۱۴۰۰ ق، ج ۱، ص ۹۸-۱۰۰).

یعنی اثر اولاً و بالذات آن است؛ ازاین‌رو چون اثر ذات عقد تملیکی یا اذنی، تعهد نیست، پس تعریف مذکور آن‌ها را فرا نمی‌گیرد. حال می‌گوییم: اینکه در کلام دکتر کاتوزیان، تعهد، اثر مطلق عقد دانسته شده است، اشتباه است؛ زیرا اثر ذات هر عقدی تعهد نیست؛ اگرچه تعهد می‌تواند از لوازم اثر ذات عقد باشد. به دیگر بیان، تعهد، فقط اثر ذات عقود عهدی است و نباید آن را اثر ذات جمیع عقود، ازجمله عقود تملیکی دانست؛ زیرا آنچه در عقود تملیکی با انشاء عقد احداث می‌شود، یک نسبت اعتباری مالکیت است. برای مثال در عقد بیع، آنچه با عقد انشاء می‌شود و اثر اولاً و بالذات عقد و مقصود از آن است، یک نسبت اعتباری مالکیت بین خریدار و مبیع است. این اثر ذات عقد بیع لوازمی دارد، مثل وجوب تسلیم مبیع به خریدار؛ زیرا به تبع صحت و نفوذ عقد، خریدار مالک مبیع می‌شود؛ پس حق دارد در مال خود تصرف و منافع آن را استیفاء کند؛ اما چون این بهره‌مندی، بر سلطه یافتن بر مبیع متوقف است، فروشنده وظیفه دارد مبیع را به خریدار تسلیم کند. این تعهد فروشنده از لوازم اثر ذات عقد بیع است نه خود اثر ذات عقد.

برخی از فقهاء عقد را این گونه تعریف کرده‌اند: عقد دو انشاء متلازم ایجاب و قبول است که هر کدام از آن‌ها به دیگری در ظرف اعتبار گره می‌خورد و هر کدام از آن‌ها تمام نمی‌شود و اثر نمی‌گذارد مگر با دیگری (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۳۷۷).

از نظر ما این تعریف نیز خالی از اشکال نیست؛ مثل اینکه در عقد وکالت، متلازم بودن ایجاب و قبول، شرط صحت یا نفوذ وکالت نیست؛ ازاین‌رو توکیل فرد غایب صحیح است (شهید اول، ۱۴۰۶ ق، ص ۱۶۵). پس به کار گرفتن قید تلازم در این تعریف عقد، مستلزم عدم جامعیت آن است.

به علت اشکال‌های یادشده، ما با ذکر مقدمه‌ای کوتاه به تعریف عقد همت می‌گماریم. عقد، عملی حقوقی است. هر عمل حقوقی‌ای عملی انشائی است که مقصود از آن، احداث یک نسبت اعتباری و به رسمیت شناخته شدنش در عالم اعتبار و نزد شارع است. اگر آن نسبت مقصود از عمل حقوقی به یک انشاء برآمده از یک اراده، قائم باشد آن عمل حقوقی ایقاع است

و اَلَا عقد است؛ به عبارت دیگر، عقد آن عمل حقوقی است که در احداث و به رسمیت شناخته شدن نسبت اعتباری مقصود از آن، دو انشاء برآمده از دو اراده متوافق با یکدیگر، معتبر است.

- شرط

شرط در لغت دو کاربرد اسمی و مصدری دارد: در کاربرد اسمی به معنی عهد و پیمان و در کاربرد مصدری به معنی گرو بستن، لازم گردانیدن، لازم گرفتن چیزی در بیع و امثال آن به کار می‌رود (دهخدا، ۱۳۴۱، ج ۲۶، ص ۳۱۳). ابن منظور در تعریف شرط آورده است: «الشرطُ الزامُ الشيء والتزامه فی البیع ونحوه (ابن منظور، ۱۴۰۵ ق، ج ۷، ص ۳۲۹).

الزام از ماده لزوم (به معنی صحبت یعنی همراهی کردن) اخذ شده است. الزام مصدری است که دو «مفعول به» می‌گیرد. «مفعول به» اول آن کسی یا چیزی است که امر دیگری را با او همراه می‌کنیم و «مفعول به» دوم آن، همان چیزی است که آن را با شخص یا شیء همراه می‌سازیم. در کلام ابن‌منظور مصدر الزام، به «مفعول به» دوم خود اضافه شده، و «مفعول به» اولش از باب «حذف ما يُعلمُ جائز» (ابن عقیل، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۴۳-۲۴۴) آورده نشده است؛ بنابراین مراد از «الزامُ الشيء» چیزی را با کسی همراه کردن یعنی آن را بر عهده او نهادن است. «التزامُ الشيء» نیز چون التزام از باب افتعال است و این باب برای افاده مطاوعه به کار می‌رود؛ پس معنایش همراهی چیزی را پذیرفتن است که مراد از آن، بر عهده گرفتن آن چیز است.

در معنای عرفی شرط شیخ انصاری تعریف پیش‌گفته را از ابن‌منظور، جامع افراد شرط نمی‌داند؛ ولی با وجود این می‌پذیرد که الزام یا التزام یکی از دو معنای عرفی شرط است و معنای عرفی دیگر آن را چیزی می‌داند که از عدمش، عدم شیئی دیگری لازم آید، خواه از وجودش، وجود آن شیئی دیگر لازم شود، خواه نه. شرط در این معنا جامد است نه مصدر (انصاری، ۱۳۷۰، ص ۲۷۵-۲۷۶). شیخ انصاری بر این امر تصریح کرده است که در کاربردهای عرفی از کلمه شرط، یا معنای مصدری اراده شده است یا معنای اسم جامد؛ پس بر اراده هرکدام قرینه‌ای قائم شد، همان متعین می‌شود و اگر قرینه‌ای وجود نداشت، لفظ، مجمل باقی می‌ماند (سرخوش، ۱۳۷۴، ص ۲۲).

۱- تبیین چگونگی تأثیر عقد لازم بر اعتبار شروط ضمن آن

اگر عقد لوازمی داشته باشد، خواه آن‌ها عرفی باشند، خواه شرعی، آن لوازم با نفوذ عقد فعلیت می‌یابند؛ بنابراین واضح است که معتبر بودن آن لوازم به این نیاز ندارد که آن‌ها ضمن عقد، به‌عنوان شرط اخذ شوند. برای مثال، عقد نکاح دائم لوازمی دارد، مانند وجوب پرداخت هزینه‌های زندگی زوجه بر زوج و وجوب تمکین زوج بر زوجه؛ بنابراین نیازی نیست که زن ضمن عقد نکاح دائم پرداخت نفقه خود را شرط کند و در ایجاب نکاح بگوید: من خودم را در برابر مهر معلوم به نکاح تو در آوردم و این خواسته را نیز به‌عنوان شرط ضمن عقد دارم که پرداخت نفقه من بر عهده شما (زوج) باشد، یا مرد نکاح زوجه را قبول کند با این شرط ضمن عقد که زوجه از او تمکین کند؛ بنابراین شروط ضمن عقد اموری است که خود عقد، اولاً و بالذات، مقتضی ثبوت آن‌ها نیست؛ از این‌رو اگر طرفی از عقد، خواستار ثبوت آن‌ها و ملزم ساختن طرف دیگر به آن‌ها باشد، آن امور را ضمن عقد شرط می‌کند تا از قوت عقد برای اعتباردهی به آن‌ها بهره گیرد؛ یعنی استمرار لزوم عقد را به تحقق هریک از شروط ضمن عقد پیوند می‌زند. بدین شکل که تخلف هریک از شروط، بستر ثبوت حق فسخ را برای شرط‌گذارنده فراهم می‌آورد؛ بنابراین طرف دیگر عقد، برای جلوگیری از پیدایش حق یادشده، انگیزه لازم را برای تحقق هریک از شروط ضمن عقد خواهد داشت. اذن زوج برای اشتغال زوجه امری نیست که به موجب و مقتضای عقد نکاح بر زوج واجب باشد؛ از این‌رو، زنانی که خواستار داشتن چنین حقی هستند، اذن زوج را برای اشتغال خود ضمن عقد نکاح شرط می‌کنند.

۲- دلیل وجوب وفا به شرط ضمن عقد

برخی برای اثبات وجوب وفاء به شرط ضمن عقد، به آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده/۱) تمسک کرده‌اند، با این حجت که شرط از مصادیق مفهوم عقد است، پس دلیل وجوب وفاء به هر عقدی، شروط ضمن عقد را نیز فرا می‌گیرد؛ اما فقیهان بیش از این آیه، برای اثبات وجوب وفا به شرط ضمن عقد، به حدیث «فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَّالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا» (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۷، ص ۴۶۷) و حدیث‌های دیگری استناد می‌کنند

که نزدیک به همین معنی را افاده می‌کنند (نک: کلینی، ۱۴۰۷ ق، ج ۵، ص ۴۰۴؛ طوسی، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۳۲؛ حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۲، ص ۳۵۳).

۲-۱- تبیین ساختار حدیث و چگونگی دلالت آن بر وجوب

حدیث یادشده، برحسب ظاهر آن، جمله‌ای خبری است. در بین عرب زبانان شایع و متعارف است که برای اینکه خبر دهند بر سر وعده (قول) خویش هستند، می‌گویند: «أنا عند وعدي»؛ بنابراین مدلول مطابقی حدیث یادشده، اخبار از استواری و ایستادگی مسلمانان بر شروطشان است؛ اما نکته مهم این است که این حدیث برای انشاء تکلیف بر عهده مسلمانان، از امام علی ۸ صادر شده است. این شکل اظهار طلب عالی، به همین یک مورد اختصاص ندارد؛ یعنی موارد دیگری هم وجود دارد که امام ۸ به جای امر به مطلوب، از وقوع آن ازسوی مکلف خبر می‌دهد. برای مثال از امام صادق ۸ درباره مردی پرسیده شد که هنگام ادرار کردن اندکی از آن به رانش برخورد می‌کند؛ ولی فراموش می‌کند که آن را بشوید تا اینکه نماز می‌خواند و پس از آن به یاد می‌آورد که بدون تطهیر بدن از آن نجاست نماز خوانده است. امام فرمود: آن را می‌شوید و نمازش را اعاده می‌کند (طوسی، ۱۳۶۵، ج ۲، ص ۳۵۹؛ حر عاملی، ۱۳۹۸ ق، ج ۲، ص ۱۰۶۴). واضح است که امام ۸ در مقام تعیین تکلیف، به جای به‌کارگیری صیغه امر غایب «لِیَغْسِلْ» و «لِیُعِدْ»، یعنی به جای آنکه بگوید: باید جای برخورد نجاست را بشوید و پس از آن نماز را دوباره به جا آورد، از شستن آن محل و اعاده نماز ازسوی مکلف خبر می‌دهد.

حال این پرسش رخ می‌نماید که آیا این جمله‌های خبریه به صورت مجازی در انشاء طلب به کار رفته‌اند یا اینکه استعمال آن‌ها حقیقی بوده است؟ آخوند خراسانی می‌فرماید: این جمله‌های خبریه در معنای حقیقی خود یعنی خبر به کار رفته‌اند؛ لیکن علت غایی به‌کارگیری آن‌ها، به حرکت در آوردن مکلف به سمت انجام مطلوب است (۱۴۱۸ ق، ص ۹۲-۹۳).

دلالت چنین جمله‌هایی بر وجوب، واضح‌تر از دلالت صیغه امر بر وجوب است؛ زیرا عالی با خبر دادن از وقوع مطلوبش به جای امر به آن، اظهار می‌کند که جز به تحقق مطلوبش به چیز دیگری راضی نیست (آخوند خراسانی، ۱۴۱۸ ق، ص ۹۲-۹۳). بدیهی است که چنین اخباری،

تنها در صورتی معقول و موجه است که احتمال عصیان شخص مأمور صفر تصور شود. این تصور یا ناشی از آن است که عالی، مأمور را داری معرفت و بصیرتی می‌داند که وی را از عصیان باز می‌دارد یا او را کوچک‌تر از آن می‌داند که جرأت عصیان داشته باشد. در حدیث مورد بحث نیز به‌کارگیری عنوان «المسلمون» نشانه آن است که قانونگذار هر مسلمانی را برخوردار از معرفت و نگرشی می‌داند که در اثر آن به شروطش وفادار و استوار می‌ماند؛ مگر شرطی که حرامی را حلال، یا حلالی را حرام گرداند.

از طرفی دو کلمه «المسلمون» و «شروط» در حدیث، جمع معرفه‌اند که یکی با «ال» و دیگری با اضافه به ضمیر، معرفه شده‌اند. جمع معرفه، عموم را افاده می‌کند؛ از این رو معنای حدیث این است: هر مسلمانی باید به هر شرطی که پذیرفته است، ملتزم باشد و به آن وفا کند؛ مگر شرطی که حرامی را حلال سازد یا حلالی را حرام گرداند.

۲-۲- تبیین و تحدید مفاد حدیث مذکور

در پرتو آنچه گذشت معلوم شد مقصود اصلی از حدیث یادشده، انشاء وجوب ایستادگی بر سر شروط بوده، که البته شرط خلاف مشروع از آن مستثنی شده است؛ اما شرط، همان‌طور که از ابن‌منظور نقل شد، هم بر الزام و هم بر التزام اطلاق می‌شود، لیکن در حدیث از شرط، معنای الزام اراده نشده است؛ یعنی از مسلمانان خواسته نشده است که اگر چیزی را بر عهده کسی نهادید، باید بر سر الزام خویش بایستید و آن را از وی مطالبه کنید؛ زیرا انشاء چنین تکلیفی بر عهده مسلمانان با امر الهی به احسان (نحل/۹۰) و گذشت نسبت به انسان‌ها (آل عمران/۱۳۴) تنافی دارد؛ از این رو معلوم می‌شود معنایی که در این حدیث از شرط اراده شده، «التزام» است. از التزام نیز یا خود مصدر اراده شده است، یعنی خود بر عهده گرفتن چیزی، یا از آن متعلق تعهد یعنی آنچه به آن تعهد شده (مُلْتَزِمٌ به) مراد است (انصاری، ۱۳۷۰، ص ۲۷۵-۲۷۶).

اما فرق این دو احتمال چیست؟ بنابر احتمال نخست نباید خود تعهد یعنی بر عهده گرفتن چیزی، خلاف مشروع باشد، در حالی که بنا بر احتمال دوم نباید متعلق تعهد، خلاف مشروع باشد. پر واضح است که اگر متعلق تعهد خلاف مشروع باشد، تعهد به آن نیز جایز نخواهد

بود؛ اما مواردی وجود دارد که متعلق تعهد خلاف مشروع نیست؛ لیکن تعهد ابدی به آن خلاف شرع است. برای آشکارتر شدن تفاوت، برای هر یک از دو احتمال مثالی ذکر می‌شود:

اگر در فروش انگور این شرط، ضمن عقد صورت گیرد که فروشنده باید انگورها را به خمر مبدل سازد و خمر حاصل را به خریدار تسلیم کند، در این صورت متعلق تعهد حرام است؛ در نتیجه التزام به حرام نیز قطعاً حرام خواهد بود.

اگر ضمن عقد نکاح دائم، اختیار نکردن زوجه دوم بر زوج شرط شود، این شرط امر مباحی است و بسیاری از شوهرها حتی بدون آنکه با ایشان ضمن عقد نکاح چنین شرطی شده باشد تا آخر عمر زوجه دومی اختیار نمی‌کنند؛ اما تعهد مادام‌العمر به ترک یک مباح به معنای حرام گردانیدن همیشگی آن است؛ یعنی تحقق ماهیتی را که شارع مباح اعتبار کرده، شوهر با تعهد ابدی به ترکش، آن را برای خویش به حرام ابدی مبدل ساخته است. از نظر پدیدآورندگان مقاله تعهد یادشده نیز یکی از مصادیق حرام گردانیدن حلال است و در نتیجه این شرط فاسد است.

تمام احکام شرعی با علت غائی تحقق مصالح واقعی یا اجتناب از مفساد واقعی تشریع شده‌اند. شارع اختیار کردن زوجه دوم را مباح اعتبار کرده است؛ این مسئله نشان می‌دهد که تحقق این ماهیت اقتضای تحریم گشتن را ندارد و الا خود شارع، حکم واقعی اولی آن را حرام اعتبار می‌کرد. پس واضح است تحقق این ماهیت - اولاً و بالذات - یا مفسده‌ای بر آن مترتب نیست یا مفسده‌اش با مصلحت مترتب بر آن هم‌سنگ است؛ اما وجود یافتن ماهیتی، مستحق تحریم ابدی است که مفسده مترتب بر آن به قدری بزرگ باشد که قابل نادیده گرفتن و چشم‌پوشی نباشد و این خلاف فرض مباح بودن متعلق تعهد، نزد شارع است؛ از این رو اگر مراد از شرط در حدیث مورد بحث، خود التزام باشد، در آن صورت شرط زوجه دیگری را اختیار نکردن در نکاح دائم، چنانچه به قید «هرگز» و مانند آن مقید باشد یا مطلق، انشا شده باشد، خلاف مشروع خواهد بود؛ اما اگر آن شرط به زمانی محدّد و معین، مقید باشد، خلاف مشروع نیست. آنچه ذکر شد بسیار مهم است؛ اما کمتر به آن پرداخته شده است؛ از این رو در

مبحث بعد بر صحت آن، اقامه دلیل خواهیم کرد.

۲-۱-۲- تنقیح مراد از مخالفت شرط با مشروع

در دلیل وجوب وفاء به شرط، دو چیز از عموم آن مستثنی شده است: ۱. شرطی که حلالی را حرام گرداند؛ ۲. شرطی که حرامی را حلال سازد. حرام دو مصداق روشن دارد: یکی انجام کاری که اولاً و بالذات ازسوی شارع محرم اعلام شده است؛ دیگری ترک کاری که انجامش اولاً و بالذات نزد شارع واجب بوده است.

پرواضح است که مکلفان حق ندارند بدون آنکه ضرر یا حرجی متوجه آنها باشد یا بدون آنکه تحت اکراه یا اضطراری قرار گرفته باشند، حرام را مرتکب شوند یا واجب را ترک گویند (سرخوش، ۱۳۹۵، ص ۳۷)؛ ازاین رو هر شرطی که یکی از این دو الزام شرعی را نفی کند، آن شرط، فاسد خواهد بود؛ زیرا مصداق حلال گرداندن حرام خواهد بود. مثل آنکه موجر ضمن عقد اجاره این شرط را قرار دهد که مستأجر ولو یکبار همسایه مجاور آپارتمانش را اذیت کند یا این شرط را ضمن عقد بگنجانند که مستأجر ولو یکبار، عامدانه و بدون عذر پاسخ به سلام همسایه اش را ترک گوید؛ پس به اختصار می‌گوییم با شرط نمی‌توان امر الزامی شرعی را غیرالزامی گردانید.

آنچه به بیان و توضیح بیشتر نیاز دارد، حرام گردانیدن حلال است. حلال چهار مصداق دارد: واجب، مستحب، مکروه و مباح با معنای اخص آن. از این امور، واجب، حلالی الزامی است؛ یعنی حق ترک آن برای مکلف تشریع نشده است؛ ازاین رو مشمول بحث قبلی است. در نتیجه آنچه را مصداق حرام‌سازی حلال است، باید در سه امری که حکم واقعی اولی آنها غیر الزامی است، جست‌وجو کرد؛ زیرا انجام یا ترک مستحب و مکروه و مباح با آنچه در شرع قانونگذاری شده است، منافاتی ندارد؛ اما واجب گردانیدن مادام‌العمر مستحب، مستلزم نفی همیشگی حق ترکی است که شارع نسبت به آن داده است. همچنان که حرام گردانیدن مادام‌العمر مستحب نیز مستلزم نفی دائمی حق انجامی است که شارع نسبت به مستحب اراده کرده است. این سخن نسبت به مکروه و مباح نیز جاری است؛ ازاین رو واجب یا حرام گردانیدن مادام‌العمر هر یک

از سه امر یادشده، یعنی الزامی ساختن همیشگی انجام یا ترک مستحب یا مکروه یا مباح به سبب شرط یا هر سبب دیگری مثل نذر، مستلزم پذیرش تبدل ماهیت آن‌ها است و با آنچه شارع برای آن‌ها لحاظ و اعتبار کرده است، منافات دارد؛ زیرا اگر تحقق ماهیت هر یک از مستحب یا مکروه یا مباح، الزامی بودن همیشگی آن را اقتضا می‌کرد، خود شارع آن را الزامی اعتبار می‌نمود و به‌عنوان واجب یا حرام معرفی می‌کرد. پس به شرطی که تعهد مادام‌العمر را به انجام یا ترک هر یک از سه امر مذکور به دنبال داشته باشد، مصداق حرام‌سازنده حلال شرعی است؛ از این‌رو خلاف شرع و فاسد است. اینکه نباید شرط یا هر سبب دیگری، حکم واقعی اولی شیء را به‌طور همیشگی نفی کند، به احکام تکلیفی اختصاص ندارد و احکامی را نیز که اولاً و بالذات تکلیفی نیست، فرا می‌گیرد. برای شفاف‌سازی آنچه گذشت شاهدی را می‌آوریم: عقد اجاره را شارع برای هر دو طرف عقد، لازم اعتبار کرده است؛ یعنی شارع فسخ اجاره را بدون تراضی به رسمیت نمی‌شناسد؛ با وجود این، فقیهان شرط داشتن حق فسخ را ضمن عقد اجاره صحیح می‌دانند (شهید اول، ۱۴۰۶ ق، ص ۱۶۲-۱۶۳)؛ اما بزرگانی چون شهید ثانی تصریح می‌کنند که اشتراط خیار ضمن عقد اجاره باید به مدت مضبوطی مقید باشد (بی‌تا، ج ۴، ص ۲۳۱-۲۳۲)؛ یعنی در غیر این صورت شرط مذکور فاسد است و اثری بر آن مترتب نمی‌شود. شهید ثانی علتی را برای بایستی این تقیید ذکر نکرده است؛ اما از نظر پدیدآورندگان این مقاله، منقح ساختن آن علت، خوانندگان ارجمند مقاله را در دستیابی به درک درستی از شرط خلاف مشروع یاری می‌رساند؛ از این‌رو به تبیین آن علت می‌پردازیم: شرط برخورداری همیشگی از حق فسخ، ضمن عقد اجاره و مقید نکردن آن به مدتی محدود و معین، مستلزم پذیرش تبدل ماهیت عقد اجاره است؛ یعنی عقدی که اقتضا می‌کرده است شارع آن را لازم اعتبار کند، به سبب این اشتراط به ماهیتی دیگر تبدل یافته باشد که مقتضی جواز است؛ اما اگر تبدل ماهیت همراه با بقاء اسمش ممکن نیست، پس تردیدی باقی نمی‌ماند که اشتراط داشتن همیشگی حق فسخ ضمن عقد اجاره برخلاف حکمی است که شارع برای آن تشریع کرده است. برای توضیح بیشتر می‌گوییم: هر عقدی که اگر آن را یک طرف، بدون

حصول تراضی فسخ کند، توجه ضرر به طرف دیگرش محتمل باشد، شارع برای جلوگیری از آن، عقد را لازم اعتبار می‌کند تا بدین شکل مانع پیدایش بستری برای نزاع و خصومت بین مؤمنان شود. عقود مملک معوض چنین اقتضایی دارند و درست از همین رو است که شارع عقد اجاره را - اولاً و بالذات - عقد لازم اعتبار کرده است. با وجود این، شارع در عقود مملک معوض، اشتراط حق فسخ را برای مدتی محدود و معین به رسمیت شناخته است تا از این رهگذر ترس از لزوم عقد، مانع از شکل‌گیری بسیاری از معاملات مردم نشود؛ زیرا به سبب شرط یادشده آسوده‌خاطرند که تا انقضای مدت توافق‌شده می‌توانند معامله را در صورت پشیمانی فسخ کنند؛ اما از سوی شارع این اذن به متعاقدان داده نشده است که در عقد لازم، داشتن حق فسخ را به‌طور همیشگی شرط کنند تا همواره حق داشته باشند بدون حصول تراضی آن را فسخ کنند؛ زیرا معتبر شمردن چنین شرطی با اعتبار شرعی لزوم عقد منافات دارد و مصلحتی را که اقتضا می‌کرده است تا برحسب آن، شارع عقد اجاره و مانند آن را عقد لازم اعتبار کند، نقض می‌کند؛ بنابراین، اشتراط برخورداری همیشگی از حق فسخ ضمن هر عقد لازمی خلاف مشروع است و از این رو شرطی فاسد است. پس این قاعده از بحث ما حاصل می‌شود که هر امری اعم از شرط یا نذر و غیر آن‌ها که پذیرش اعتبارش مستلزم تغییر دائمی یک حکم شرعی واقعی اولی باشد، نامشروع است و از این رو فاسد است. حال بر این اساس، موافقت یا مخالفت شرط اذن برای اشتغال زوجه با شرع، ارزیابی می‌شود.

۳- ارزیابی مشروعیت شرط اذن برای اشتغال زوجه

در دلیل وجوب وفاء به شرط، تنها شرط خلاف مشروع از شمول آن استثنا شده بود؛ بنابراین اگر از لفظ شرط در دلیل یادشده متعلق التزام اراده شده باشد، چون اشتغال زوجه خارج از خانه - اولاً و بالذات - مباح است پس اذن شوهر برای آن نیز مباح خواهد بود؛ بنابراین شرط اذن برای اشتغال زوجه با مشروع سازگار است و با آن مخالفتی ندارد؛ اما اگر از لفظ شرط، خود تعهد و التزام اراده شده باشد، در این صورت باید گفت: التزام ابدی زوج به دادن اذن به زوجه برای اشتغال بدین معنی است که رفتاری مباح، یعنی ترک اذن برای اشتغال زوجه، را

به‌طور مادام‌العمر بر خود حرام می‌گرداند؛ اما تحریم ابدی یک رفتار که نزد شارع - اولاً و بالذات - مباح است، مصداق آشکار حرام گردانیدن حلال است. پس این شرط، خلاف مشروع و فاسد است؛ از این رو باید پذیرش شرط اذن برای اشتغال زوجه ضمن نکاح دائم به قید زمان مضبوطی مقید شود، اگرچه آن قید زمان وسیع باشد؛ مثل آنکه مرد متعهد شود تا فرا رسیدن زمان بازنشستگی زوجه، به وی اذن برای اشتغال بدهد.

با تبیینی که صورت گرفت نه‌تنها به مسئله پاسخ داده شد، بلکه در پرتو آن مبنای فقهی ماده ۹۵۹ قانون مدنی نیز به‌وضوح آشکار شد. در این ماده آمده است: «هیچ‌کس نمی‌تواند به‌طور کلی حق تمتع و یا حق اجراء تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند.» همچنین علت این امر مشخص می‌شود که چرا با وجود مدلول مطابقی ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی که شرط کردن هر امری را که مخالف مقتضای نکاح نباشد، برای طرفین عقد نکاح جایز می‌شمارد؛ برخی از حقوق‌دانان تصریح کرده‌اند که دو طرف نمی‌توانند ضمن عقد نکاح حق زن گرفتن دوباره را از شوهر سلب کنند (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۱، ش ۱۵۵، ۱۳۸۱، ص ۶۹۲).

۴- برخورداری شرط مورد بحث از دیگر امور معتبر برای صحت شرط

شیخ انصاری هشت امر را برای صحت شرط معتبر می‌شمارد:

الف - مقدور بودن

ب - سائغ بودن

ج - ترتب فایده‌ای مورد قبول و اعتناء عقلاً بر آن

د - مخالف کتاب نبودن

ه - منافات نداشتن شرط با مقتضای عقد

و - مجهول نبودن شرط به گونه‌ای که مستلزم جهل به عوضین باشد

ز - مستلزم محالی نبودن

ح - مذکور بودن شرط در ضمن عقد (۱۳۷۰ ق، ص ۲۷۵-۲۷۶).

جناب میرزای نائینی به حق معتقد است لزوم سائغ بودن شرط یعنی جایز و روا بودن آن، به مخالف مشروع نبودن شرط برمی گردد. پس امر مستقلى در عرض مخالف کتاب نبودن شرط نیست، بلکه از مصادیق آن است (خوانساری، ۱۳۷۶ ق، ج ۲، ص ۱۰۳). از آنجاکه اذن، عملی انشائی است و تنها به اراده و اظهار آن نیاز دارد، پرواضح است که شرط اذن زوج به زوجه برای اشتغال، شرط امری است که - اولاً و بالذات - مقدور است. همچنین تحقق این شرط برای زوجه بی فایده نیست؛ زیرا زوجه با اشتغال می تواند از جایگاه اجتماعی متناسب با شایستگی های خود برخوردار باشد. علاوه براین، به موجب و مقتضای پذیرش شرط مذکور ضمن عقد، ترک تمکین خاص در اوقات اشتغال نه مستلزم خلاف شرع است و نه زوجه را از حق نفقه محروم می سازد. مراد از کتاب در کلام شیخ انصاری، «مکتوب» یعنی «مشروع» است؛ خواه طریق اعلام آن، قرآن باشد خواه سنت (خوانساری، ۱۳۷۶ ق، ج ۲، ص ۱۰۳). درباره چگونگی مشروع بودن شرط مذکور به طور مشروح سخن گفته شد؛ اما دو شرط است که قانون مدنی آن ها را هم باطل و هم مبطل عقد اعلام کرده است: یکی شرط خلاف مقتضای عقد و دیگری شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود (قانون مدنی، ماده ۲۳۳).

قانونگذار در این ماده بین مقتضای ذات عقد و مقتضای اطلاق عقد فرقی نگذاشته است؛ از این رو اطلاق کلام قانونگذار، عموم را افاده می کند؛ یعنی خواه شرط، خلاف مقتضای ذات عقد باشد، خواه خلاف مقتضای اطلاق عقد، باطل و مبطل خواهد بود؛ اما حقیقت چیز دیگری است که به تبیین تفاوت این دو امر نیاز دارد.

۴-۱- مقتضای اطلاق عقد

برخی از حقوق دانان در تعریف مقتضای اطلاق عقد آورده اند: «اثری از آثار عقد که هرگاه در عقد نسبت به آن ذکری به میان نیاید عقد، موجب حصول آن اثر باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ص ۶۷۷). از نظر پدیدآورندگان مقاله این تعریف ناقص است؛ از این رو در تعریف آن می گوئیم مقتضای اطلاق عقد، اثری از آثار عقد است که هرگاه در عقد درباره نفی آن ذکری

به میان نیاید و قرینه‌ای نیز بر توافق بر نفی آن قائم نباشد، عقد موجب ثبوت آن اثر باشد. شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد به منزله تقیید عقد است و پرواضح است که هر مطلق را می‌توان با قید یا قیودی مقید ساخت، بدون آنکه اصل مطلوب و مراد نفی شود. رویه عقلا در تفاهم نیز چنین است که در تنافی مطلق و مقید، به تساقط آن‌ها حکم نمی‌کنند، بلکه مطلق را بر مقید حمل می‌کنند (مظفر، ۱۴۰۵ ق، ج ۱، ص ۱۷۴-۱۷۵). شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد نیز چون مقصود اصلی را از انشاء عقد نفی نمی‌کند، شرط صحیح است؛ برای مثال مقتضای اطلاق عقد بیع آن است که خریدار، ثمن معامله را به صورت نقدی بپردازد؛ اما اگر خریدار ضمن عقد بیع شرط کند که ثمن را مدت‌دار و در طول دوازده قسط یک‌ماهه پرداخت کند و فروشنده آن را بپذیرد، آنچه با این شرط نفی شده، مقتضای اطلاق بیع از حیث نحوه پرداخت ثمن است؛ یعنی معامله به نسیه بودن مقید شده، و بدین سبب، اطلاق و مقتضایش نفی شده است؛ لیکن مقصود اصلی از انشاء عقد بیع را که حدوث اعتباری مالکیت مبیع برای خریدار و مالکیت ثمن برای فروشنده بود، نفی نمی‌کند؛ از این رو شرط مذکور مفسد عقد نیست.

۴-۲- مقتضای ذات عقد

برخی از حقوق‌دانان در این باره آورده‌اند:

مقتضای ذات عقد، امری است که عقد برای پیدایش آن منعقد می‌شود و می‌توان آن را مقصود اصلی و اساسی از عقد دانست. هر نوع از عقود، مقتضای مخصوصی دارد که مستقیم به سبب آن حاصل می‌شود. چنان‌که مقتضای عقد بیع، ملکیت مبیع برای مشتری و ملکیت ثمن برای بایع می‌باشد (امامی، ۱۳۳۵، ج ۱، ص ۲۷۸). از نظر پدیدآورندگان مقاله، این تعریف، ماهیت امری را که عقد برای پیدایش آن منعقد می‌شود و مقصود اصلی از آن است تبیین نمی‌کند؛ زیرا هر عقدی برای احداث یک نسبت اعتباری و به رسمیت شناخته شدنش در عالم اعتبار انشاء می‌شود. از این نسبت اعتباری با اثر ذات عقد یا مقتضای ذات عقد، یاد می‌شود؛ اما نسبت‌ها اعم از واقعی یا اعتباری، ادراکشان به‌طور مستقل ممکن نیست. از آن رو که هر نسبتی قائم به اطراف آن است و تا اطراف آن تصور

نشوند و با یکدیگر سنجیده نشوند، پیوند آن‌ها که از آن با نسبت آن‌ها تعبیر می‌شود، ادراک و تعقل نمی‌شود؛ پس نباید نسبت‌ها را از مصادیق جوهر یا عرض به حساب آورد؛ زیرا تقسیم ماهیت به جوهر و عرض، به اعتبار وجود خارج از ذهن جوهر و عرض است. درحالی‌که جوهر و عرض، هر دو، قابل ادراک استقلالی هستند و وجود ذهنی آن‌ها قائم به دیگر وجودهای ذهنی نیست. درست از همین رو گفته می‌شود معانی بر حسب وجود ذهنی به دو دسته قابل تقسیم‌اند: معانی‌ای که به طور مستقل قابل ادراک‌اند و معانی‌ای که ادراک و وجود ذهنی آن‌ها قائم به وجود پیوند بین چند معنای مستقل و سنجش آن‌ها با یکدیگر است (سرخوش، ۱۳۹۵، ص ۶۷-۷۰).

در پرتو آنچه ذکر شده فهم درستی از قصد در ماده ۱۹۰ قانون مدنی به دست می‌آید. یعنی مراد از قصد به عنوان یکی از شروط صحت عقد این است که متعاقدان با انشاء عقد باید خواستار حصول نسبت اعتباری مذکور باشند؛ از این رو معاملات هازل (شهید اول، ۱۴۰۶ق، ص ۱۰)، و اشخاص مانند وی مثل شخص بیهوش یا مست یا به خواب رفته فاسد است (ماده ۱۹۵ قانون مدنی)؛ زیرا ایشان با انشاء عقد، خواستار حدوث آن نسبت مذکور نیستند.

برای صحت بیع، فروشنده باید خواستار آن باشد که با انشاء بیع، نسبت مالکیت بین خریدار و مبیع در عالم اعتبار حادث و به رسمیت شناخته شود. این قصد بایع، مستلزم آن است که نسبت مالکیت بین بایع و مبیع، هم‌زمان با حدوث نسبت مقصود بایع، در عالم اعتبار ازاله شود؛ اما فردی که قصدش شوخی کردن با خریدار است از انشاء بیع خواستار حدوث مالکیت برای خریدار و زائل شدن مالکیت خودش نیست؛ از این رو بیع شخص هازل فاسد است و اثری بر آن مترتب نمی‌شود.

شارع تکالیف یا حقوقی را بر نسبت اعتباری مقصود از عمل حقوقی مترتب دانسته است که برخی از آن‌ها خود اموری واقعی‌اند؛ مثل پرداخت نفقه که امری واقعی است و شارع آن را از لوازم شرعی نسبت اعتباری زوجیت دانسته است. بدین صورت که آن را تکلیفی بر عهده زوج و حقی برای زوجه جعل کرده، همان‌طور که تمکین خاص را که امری واقعی است

تکلیفی بر زوجه و حقی برای زوج جعل و قانونگذاری کرده است. نکته حائز اهمیت این است که لوازم شرعی اثر ذات عقد را باید به منزله اثر ذات عقد دانست؛ یعنی همان طور که شرط نفی اثر ذات عقد، کاشف از فقدان قصد گذارنده شرط است، شرط نفی همیشگی جمیع لوازم شرعی اثر ذات عقد یا نفی همیشگی برخی از آن ها نیز بر متنفی بودن قصد شارط دلالت می کند؛ زیرا نفی همیشگی لازم جز با نفی ملزوم تحقق نمی یابد؛ برای مثال اگر ماجر ضمن عقد اجاره این شرط را بگنجانند که مستأجر در تمام مدت عقد اجاره در عین مستأجره سکونت نکند و آن را به صورت تخلیه نگه دارد، شرط وی فاسد و مفسد عقد اجاره است؛ زیرا اثر ذات عقد اجاره در صورت تحقق شروط صحت و نفوذ عقد، حدوث نسبت مالکیت بین مستأجر و منافع عین مستأجره است. اگر مالکیت مستأجر در عالم اعتبار حادث شده، پس حق وی برای تصرف در عین مستأجره و استیفاء منافع نیز ثبوت یافته است. ماجر که این لوازم را برای مستأجر خواستار نیست، چه بداند و ملتفت باشد، چه نداند و توجه نداشته باشد، درحقیقت خواستار ملزوم یعنی خواستار تحقق اثر ذات عقد نیست؛ پس او هنگام انشاء اجاره فاقد قصد معتبر برای صحت عقد است و از این رو شرط ضمن عقد وی، عقد را نیز فاسد می کند.

مقصود اصلی از انشاء عقد نکاح، پیدایش نسبت اعتباری زوجیت بین طرفین عقد است تا با صدق دو عنوان زوج و زوجه بر آن ها، حقوق و تکالیف حاصل از نکاح معتبر شود. حال اگر زن ضمن عقد نکاح دائم این شرط را بگنجانند که هرگز نسبت به زوج تمکین خاص نداشته باشد، پس وی درحقیقت نفی همیشگی یکی از لوازم اثر ذات عقد نکاح دائم را خواستار شده است. این شرط مستلزم نفی اثر ذات عقد است که جز با نفی ملزوم تحقق نمی یابد. پس معلوم می شود زن هنگام انشاء عقد نکاح فاقد قصد معتبر برای صحت نکاح است که در نتیجه، شرط یادشده فاسد و عقد را نیز فاسد می گرداند.

چند نکته حائز اهمیت که از نوآوری های این مقاله است، عبارت است از:

الف - علت فساد شرطی که تمام لوازم اثر ذات عقد یا یکی از آن ها را به طور همیشگی نفی می کند، این است که چنین شرطی درحقیقت خلاف مشروع است؛ یعنی آنچه را که شارع

به عنوان لوازم عقد معتبر شمرده است، برای همیشه نفی می‌کند؛ از این رو مخالفتش با اراده شارع بین و مستغنی از استدلال است.

ب - هر شرط فاسدی در صورتی عقد را فاسد می‌گرداند که یکی از شروط صحت عقد را نفی کند و با تحقق آن منافات داشته باشد. شرط خلاف مقتضای اثر ذات عقد نیز قصد شارط را برای اثر مقصود از عقد، نفی می‌کند و با وجود آن منافات دارد.

حال در پرتو تفصیلی که بین شرط مخالف مقتضای اطلاق عقد و شرط منافی اثر ذات عقد بیان شد، معلوم می‌شود که شرط برخورداری زن از حق اشتغال بعد از نکاح، شرطی صحیح است؛ زیرا این شرط هیچ‌یک از لوازم اثر ذات عقد نکاح دائم را به طور همیشگی نفی نمی‌کند و تنها برخی از مقتضیات اطلاق عقد نکاح را محدود می‌سازد.

۵- ارزیابی اعتبار شرعی مخالفت زوج با اشتغال زوجه

بنابر مفاد ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی، زن و مرد با نکاح دائم، تکالیفی را بر خود و حقوقی را برای همسر خویش به رسمیت می‌شناسند که برخی از آن‌ها محدودیت‌هایی را برای ایشان به دنبال دارد. زن به موجب نکاح دائم، ریاست زوج را بر خانواده طبق مفاد ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی، و تکلیف تمکین خاص زوج را طبق ماده ۱۱۰۸ همان قانون پذیرفته است. وجوب این تمکین خاص بر زوجه اقتضا می‌کند هر آنچه با آن منافات پیدا می‌کند، نامعتبر شود. پس حق اشتغالی که زن با عنوان اولی یعنی با عنوان انسان از آن برخوردار است با اختیار خود او با ایجاب نکاح، محدود و مقید به آن می‌شود که با حقی که خودش برای زوج احداث کرده است، یعنی با حق تمکین خاص، منافات نداشته باشد؛ از این رو زوجه باید هر زمان شوهرش خواستار بهره‌مندی جنسی از او باشد، وی را بر تمتع از خویش قادر گرداند؛ اگرچه مطالبه وی طبق فرموده پیامبر ۲ بر پشت شتری باشد (کلینی، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۵۰۶). حال در پرتو آنچه گذشت ارزیابی اعتبار شرعی مخالفت زوج با اشتغال زوجه سهل‌تر می‌شود؛ از این رو می‌گوییم: اگر برخورداری زوجه از حق اشتغال به عنوان شرط، ضمن عقد درج نشده باشد، در آن صورت، مرد به مقتضای اطلاق عقد نکاح، این حق را خواهد داشت که با اشتغال زوجه مخالفت کند؛ با این حجت که اشتغال زوجه با این که زوج بتواند هر زمان که به تمکین خاص نیاز دارد، حق خویش را استیفاء کند،

منافات دارد؛ اما چنانچه حق اشتغال زوجه به عنوان شرط، ضمن عقد نکاح آورده شده باشد، حکم مسئله تابع آن خواهد بود که حق مذکور متعلقی خاص داشته، یا به صورت مطلق درباره آن توافق صورت گرفته باشد؛ از این رو اگر مرد ضمن عقد نکاح، شرط اشتغال به کاری خاص را پذیرفته باشد و زوجه بخواهد بعد از نکاح به همان کار اشتغال ورزد، زوج به سبب پذیرش شرط، بنابر دلیل وجوب وفاء به شرط، حق ندارد مانع اشتغال همسر خویش شود؛ اگرچه اشتغال زوجه مانع تمکین خاص وی شود؛ زیرا لازمه قبول شرط اشتغال زوجه ضمن عقد نکاح این است که مرد حق تمکین خاص خود را به خارج از بازه زمانی اشتغال زوجه محدود و مقید سازد؛ اما چنانچه زن بعد از نکاح بخواهد به شغل دیگری غیر از شغلی که آن را ضمن نکاح، شرط کرده بود، بپردازد، باید از زوج استئذان کند و مرد مکلف و ملزم نیست که با آن موافقت کند؛ زیرا آنچه زن بعد از نکاح خواستار آن است همان شغلی نیست که ضمن عقد مورد توافق بوده است؛ اما اگر زن حق اشتغال مطلق را شرط قرار داده بوده در آن صورت، زوج مکلف خواهد بود به هر کار مشروعی که زوجه بعد از نکاح اختیار می کند، در صورت عدم منافات با شئون زوجه یا زوج یا مصالح خانوادگی، اذن دهد.

۵-۱- جایگاه وجوب مخالفت زوج با اشتغال زوجه

در ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی، در مواردی مخالفت زوج با اشتغال زوجه و منع وی از آن برای شوهر جایز شمرده شده است: «شوهر می تواند زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیت خود یا زن باشد منع کند». واژه «می تواند» در این ماده بر جواز منع زوجه از اشتغال در موارد یاد شده دلالت می کند. اطلاق آن ماده از حیث اشتراط یا عدم اشتراط حق اشتغال زوجه ضمن عقد نکاح، عموم را به صورت مدلول التزامی افاده می کند؛ یعنی برای زوج در موارد یاد شده حق منع از اشتغال زوجه ثبوت می یابد، حتی اگر وی حق اشتغال زوجه را به عنوان شرط ضمن عقد نکاح پذیرفته باشد.

از نظر پدید آورندگان مقاله، اگر منافات اشتغال زوجه با مصالح خانوادگی به گونه ای باشد که بستر فروپاشی اعتماد و زوال حسن ظن زوجین را به یکدیگر فراهم می آورد، منع از اشتغال زوجه نه تنها برای زوج جایز است، بلکه تکلیف شرعی او است در جهت حفظ بقاء خانواده

از ادامه اشتغال زوجه جلوگیری کند. برای مثال اگر وضعیت اشتغال زوجه به گونه‌ای است که وی باید در یک اتاق با همکار مرد نامحرم، تنها باشد و در پاره‌ای از اوقات نیز تحت هر عنوانی مانند وقت ناهارخوری، درب آن اتاق بسته باشد، در آن صورت زوج باید به محض آگاهی از این وضعیت از مدیران مرتبط خواستار تغییر فوری آن وضعیت باشد؛ اما اگر تغییری در وضعیت کاری زوجه ممکن نباشد در آن صورت بر زوج واجب است که زوجه را از ادامه اشتغال منع کند؛ زیرا استمرار این وضعیت حیثیت زوجه را خدشه‌دار می‌کند و خانواده را به سمت سستی پیوندها و فروپاشی سوق می‌دهد.

۵-۲- موارد حرام بودن مخالفت زوج با اشتغال زوجه بعد از نکاح

در موارد ذیل مخالفت زوج با اشتغال زوجه و جلوگیری از آن حرام است:

الف - شرط حق اشتغال زوجه به صورت مقید به شغل خاص، ذیل عقد نکاح آورده شده باشد و زوجه نیز بعد از نکاح خواستار اشتغال به همان شغل خاص باشد، درحالی‌که آن شغل نه با حیثیات وی و نه با مصالح خانواده منافاتی داشته باشد.

ب - شرط حق اشتغال زوجه به صورت مطلق ضمن عقد نکاح مذکور شده باشد و زوجه بعد از نکاح خواستار اشتغال به کاری باشد که از مصادیق مذکور در ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی نباشد. حرام بودن مخالفت زوج با اشتغال همسرش در موارد یادشده از آن رو است که شرط مذکور شرطی صحیح است که مرد آن را ضمن عقد پذیرفته، و بعد از نکاح هم امری که مستلزم عدم اعتبار آن باشد، عارض نشده است؛ بنابراین التزام به آن شرط و وفا کردن به آن به موجب دلیل وجوب وفا به شرط بر مرد واجب است و تردیدی در حرمت ترک واجب وجود ندارد.

۵-۲-۱- حقوق زوجه در صورت عدم التزام زوج به شرط یادشده

اگر زوج در موارد یادشده به وظیفه خود عمل نکند، چه حق یا حقوقی برای زوجه ثبوت می‌یابد؟ پاسخ قانونی و مستدل به این پرسش نیازمند آن است که معلوم سازیم شرط حق اشتغال زوجه از مصادیق کدام قسم مذکور از اقسام شرط در ماده ۲۳۴ قانون مدنی است؛ از آن رو که در آن ماده، شرط به سه قسم شرط صفت، شرط نتیجه و شرط فعل یا ترک فعل مادی یا حقوقی تقسیم شده؛ اما ثبوت حق فسخ برای «مشرط له» در صورت تخلف آن‌ها یکسان قانونگذاری و معتبر نشده

است. بدیهی است شرط یادشده از مصادیق شرط صفت نیست تا مشمول ماده ۲۳۵ قانون مدنی شود و به صرف تخلف شرط، خیار برای زوجه ثبوت یابد. درخصوص شرط نتیجه، قانون مدنی نه تعریف جامع و طاردی از آن بیان کرده و نه وجهی را برای نام گذاری این قسم معرفی کرده است. در ماده ۲۳۶ قانون مدنی آمده است: «حصول نتیجه اگر به سبب خاصی نیاز نداشته باشد، به نفس اشتراط حاصل می شود.» مفهوم مخالف این ماده این است که اگر حصول نتیجه به سبب خاصی نیاز داشته باشد، به صرف اشتراط حاصل نمی شود. پس بدین شکل قانونگذار اعتراف کرده است که این گونه نیست که هر نتیجه ای به صرف اشتراط حاصل شود؛ از این رو قانونگذار را مخاطب قرار می دهیم و می گوئیم: عرب زبانان آنگاه که شتر نر، ناقه را باردار می کند، آن را «ناتج» و ناقه را «منتوجه» و ولد را «نتیجه» نامند (انیس، متتصر، صوالحی و خلف الله احمد، ۱۳۷۴، ص ۸۹۹)؛ بنابراین جای تردید ندارد که به بیرون آورده شده و ثمره و حاصل کار، نتیجه گفته می شود (معین، ۱۳۸۲، ص ۱۱۰۴؛ سیاح، ۱۳۳۰، ج ۴، ص ۱۵۵۹). حاصل کار، چه آن کار مادی باشد چه حقوقی، بدون آن کار تحقق نمی یابد؛ از این رو نمی توان نتیجه هیچ عمل حقوقی را مستقل از آن به عنوان شرط نتیجه، ضمن عقد معتبر شمرد؛ اما اگر گفته شود ذکر نتیجه به عنوان شرط ضمن عقد، از باب ذکر لازم و اراده ملزوم است، خواهیم گفت: پس آنچه شرط قرار گرفته، نتیجه عمل حقوقی نیست، بلکه خود عمل حقوقی است؛ بنابراین در موارد یادشده شرط نتیجه از مصادیق شرط فعل است و سزاوار نیست قسمی در عرض دیگر اقسام شرط به حساب آید. حال در پرتو بحث انجام شده می گوئیم: آنچه زن با شرط حق اشتغال، ضمن عقد از مرد طلب می کند، شرط انجام یک عمل حقوقی است؛ از این رو شرط مذکور از مصادیق شرط فعل است؛ زیرا از نظر ما اذن یک عمل حقوقی است و مانند هر عمل حقوقی، نیازمند انشاء است. انشاء اذن برای اشتغال زوجه، مانع اعتباری شرعی را برای اشتغال وی ازاله می کند. چنانچه زوج بعد از نکاح به شرط مذکور وفا نکند، یعنی بدون داشتن حجتی شرعی یا عرفی یا قانونی از انشاء اذن امتناع کند، زوجه طبق ماده ۲۳۷ قانون مدنی می تواند از حاکم بخواهد که همسرش را به انجام شرط ملزم کند؛ اما اگر زوج از الزام حاکم تبعیت نکرد، در آن صورت، طبق ماده ۲۳۸ قانون مدنی، حاکم می تواند خود به انشاء اذن برای اشتغال زوجه اقدام کند. تا این مراحل طی نشده باشد، حق فسخ نکاح برای زوجه ثبوت

نمی‌یابد. اگر پیمودن آن مراحل، مانع عملی مرد را برای اشتغال زوجه رفع نکرد، تنها در این صورت، طبق ماده ۲۳۹ قانون مدنی برای زوجه خیار ثبوت پیدا می‌کند.

۶- یافته‌های پژوهش

آنچه در ذیل می‌آید برخی از نتایجی است که در مقاله حاضر بر درستی هر یک از آن‌ها دلیل اقامه شده است:

۱. شرط ضمن عقد، تنها برای الزامی ساختن امری است که حکم واقعی اولی آن الزامی نبوده و عقد نیز مقتضی الزامی گشتن آن نیست.
۲. شرطی که امری غیر الزامی را به طور مادام‌العمر الزامی گرداند فاسد است.
۳. شرطی که تمام لوازم شرعی اثر ذات عقد یا یکی از آن‌ها را به‌طور همیشگی نفی می‌کند فاسد است؛ زیرا آنچه را که شارع به عنوان لوازم اثر ذات عقد معتبر شمرده به‌طور ابدی نفی می‌کند.
۴. شرط فاسد در صورتی عقد را فاسد می‌گرداند که با تحقق یکی از شروط صحت عقد هنگام انشائش منافات داشته باشد.
۵. شرط برخورداری زن از حق اشتغال بعد از نکاح، تنها برخی از مقتضیات اطلاق عقد نکاح را محدود می‌سازد و هیچ یک از لوازم شرعی اثر ذات عقد نکاح دائم را به‌طور همیشگی نفی نمی‌کند.
۶. شرط اذن برای اشتغال زوجه چنانچه به مدت مضبوطی مقید باشد، چه از لفظ شرط در دلیل وجوب وفاء به شرط خود التزام اراده شده باشد و چه «ملتزم به» شرطی صحیح و لازم‌الوفاء است.
۷. مشروعیت مخالفت زوج با اشتغال همسرش با وجود اشتراط حق اشتغال زوجه ضمن عقد نکاح، تابع آن است که حق مذکور مطلق بوده یا متعلقی خاص داشته باشد.
۸. شرط اشتغال زوجه از مصادیق شرط فعل حقوقی است؛ از آن‌رو که زن با اشتراط یاد شده خواستار اذن شوهر بعد از نکاح برای اشتغال او است.
۹. برخلاف آنچه در قانون مدنی آمده شرط نتیجه را نباید در عرض شرط فعل به عنوان یکی از اقسام شرط محسوب نمود. از آن‌رو که نتیجه هر عمل حقوقی قائم به خود آن است.

۱۰. در مواردی که به موجب اشتراط ضمن عقد مخالفت زوج با اشتغال همسرش بر او حرام است چنانچه وی از اذن به اشتغال زوجه امتناع کند و الزام او از طرف حاکم شرع ممکن نباشد حق فسخ نکاح برای زوجه ثبوت می‌یابد.

منابع

قرآن کریم.

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین (۱۴۱۸ ق). *کفایه الأصول*. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- ابن عقیل، عبدالله بن عبدالرحمن (بی‌تا). *شرح ابن عقیل علی الفیء الامام ابی عبدالله محمد بن مالک*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ابن فارس، احمد بن فارس (۱۳۹۹ ق). *معجم مقانیس اللغة*. قم: منشورات مکتب التبلیغ الإسلامی التابع للحوزة العلمیة فی قم.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۰۵ ق). *لسان العرب*. قم: آدب الحوزة.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ ق). *لسان العرب*. بیروت: دار الصادر.
- ابوحیب، سعدی (۱۴۰۸ ق). *القماموس الفقهی لغته واصطلاحاً*. دمشق: دار الفکر.
- اسدی، لیلا سادات (۱۳۸۵). *اشتغال زنان در خانواده. ماهنامه دادرسی*، ۱۰ (۵۵)، ص ۶۸-۷۳.
- افتخار جهرمی، گودرز؛ و داودی، مجید (۱۳۹۰). *اشتغال زن و نقش اجازه شوهر در آن*. مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۸ (۲۶)، ص ۹-۲۰.
- امامی، حسن (۱۳۳۵). *حقوق مدنی*. تهران: دانشگاه تهران.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۳۷۰). *المکاسب*. قم: چاپخانه امیرالمؤمنین (ع).
- انیس، ابراهیم؛ منتصر، عبدالحلیم؛ صوالحی، عطیة؛ و خلف الله احمد، محمد (۱۳۷۴). *المعجم الوسیط*. تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
- جمعی از نویسندگان (۱۳۸۷). *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)* (محمود هاشمی شاهرودی، ناظر). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۳۹۸ ق). *وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة* (عبدالرحیم ربانی شیرازی، محقق). تهران: المکتبة الإسلامیة.
- حر عاملی، محمد بن حسن (بی‌تا). *وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- خلیل بن احمد (بی‌تا). *العین*. لبنان: دار و مکتبة الهلال.

خوانساری، موسی (۱۳۷۶ ق). *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*، تقریرات درس محمد حسین نائینی. قم: مکتبه المحدثی.

دهخدا، علی اکبر (۱۳۴۱). *لغتنامه دهخدا* (محمد معین، ناظر). تهران: دانشگاه تهران.
 راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ ق). *المفردات فی غریب القرآن*. دمشق: دار القلم.
 رضایی فر، حمید (۱۳۹۸). تحلیل فقهی و حقوقی شروط سند نکاحیه. *فصلنامه مطالعات حقوق*، ۳ (۳۱)، ص ۲۱-۳۸.
 سرخوش، جواد (۱۳۷۴). شروط صحت شرط. *مجله علمی پژوهشی علوم انسانی دانشگاه الزهراء*، ۵ (۱۵-۱۶)، ص ۵۲-۱۹.

سرخوش، جواد (۱۳۹۵). *معیار استنتاج فقهی حقوقی*. تهران: بهنامی.
 سیاح، احمد (۱۳۳۰). *فرهنگ بزرگ جامع نوین*. تهران: کتابفروشی اسلام.
 شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۰۶ ق). *اللمعة الدمشقیة*. قم: دار الناصر.
 شهید ثانی، زین الدین بن علی (بی تا). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. نجف: منشورات جامعه النجف الدینیة.
 طریحی، فخرالدین بن محمد (بی تا). *مجمع البحرین*. تهران: مرتضوی.
 طوسی، محمد بن حسن (۱۳۶۵). *تهذیب الأحکام فی شرح المقنعة للشیخ المفید*. تهران: دار الکتب الإسلامیة.
 طوسی، محمد بن حسن (بی تا). *الاستبصار فیما اختلف فیہ من الأخبار*. تهران: دار الکتب الإسلامیة.
 کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱). *دوره حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
 کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱). *قانون مدنی در نظم حقوق کنونی*. تهران: میزان.
 کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ ق). *الکافی* (علی اکبر غفاری و محمد آخوندی، محققان). تهران: دار الکتب الإسلامیة.

کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۷۵). *الفروع من الکافی*. تهران: دار الکتب الإسلامیة.
 مظفر، محمدرضا (۱۴۰۵ ق). *أصول الفقه*. قم: دانش اسلامی.
 مظفر، محمدرضا (۱۴۰۰ ق). *المنطق*. بیروت: دار التعارف.
 معین، محمد (۱۳۸۲). *فرهنگ فارسی*. تهران: سرایش.



Examples of Conflict between Wife's Employment and Marital Duties and its Solution¹

Fatemeh shekari²

Azam foadiyan³

DOI:

10.30497/FLJ.2025.246811.2060



Abstract

Islam values the financial independence of women, and for this reason, it accepts the wife's employment if it does not conflict with the husband's rights; But, in some cases, there is a conflict between the wife's employment and the husband's rights which should be examined the solutions that jurisprudence provides to overcome this conflict. Therefore, in order to preserve the family center and strengthen its foundation, the author has decided to investigate the ways to overcome the conflict between the wife's employment and the husband's rights, by using a descriptive - analytical method and collecting library data. Women's employment is divided into mandatory, Mustahab, Makruh, and permissible, and the types of wife's duties are subservient to the matrimonial bed, the request for withdrawal, and the exclusiveness of enjoyment. In these cases, which is interpreted as conflict, the rational, religious and tradition-based rule for solving the conflict should be defined between the more important and the less important and the more important should be precedence over the less important. With this rule, the values such as family which is fundamental institution in Islam, would be preserved. Sometimes there is a situation where the wife cannot perform the two duties of employment and submission at the same time and has to sacrifice one. In these cases, she should sacrifice the important thing according to the type of wife's duty and type of employment; It means to perform a task that is more important and leave the other task. In this context, it is necessary to pay attention to the individual differences of women, such as the physical and mental capabilities of the wife, the family differences of women, such as the beliefs and convictions governing the husband's intellectual system regarding the type and duty of the wife, as well as the social differences of women, such as the level of efficiency and effectiveness of their jobs.

Keyword: Employment, wife, duties, conflict, come over.

1. Taken from the Level 4 dissertation titled Jurisprudential Principles of Threatening the Right of Spouses in Imamiyya Jurisprudence, Fatima Al-Zahra (PBUH) Specialized Seminary, Semnan, Semnan, Iran.

2. (Corresponding author) 4th level Student of Family Jurisprudence, Fatemeh Al-Zahra Specialized Theological School, Semnan, Semnan, Iran. f. shekari1356@gmail. com

3. Graduated from the 3rd level of Islamic Theology, Fatima Al-Zahra Specialized Theological School, Semnan, Semnan, Iran. aezamfoad@gmail. com

مصادیق تراحم اشتغال زوجه و تکالیف زوجیت و راه حل آن^۱

فاطمه شکری^۲*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۲۵؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۱۴

اعظم فوادیان^۳

DOI: 10.30497/FLJ.2025.246811.2060

چکیده

اسلام برای استقلال مالی زنان ارزش قائل شده است و به همین دلیل اشتغال زوجه را در صورتی که منافاتی با حقوق شوهر نداشته باشد، می‌پذیرد؛ اما در برخی موارد بین اشتغال زوجه و حقوق زوج تعارض به وجود می‌آید که باید راهکارهایی که فقه برای برون‌رفت از این تعارض بیان کرده است، بررسی شود؛ از این رو نگارنده برای حفظ کانون خانواده و تحکیم بنیان آن بر آن شده است تا به شیوه توصیفی و تحلیلی و روش کتابخانه‌ای به بررسی راهکارهایی برای برون‌رفت از تعارض اشتغال زوجه و حقوق زوج بپردازد. اشتغال زنان به واجب، مستحب، مکروه و مباح تقسیم می‌شود و انواع تکالیف زوجه در بستر زوجیت تمکین، استیذان خروج و انحصار استمتاع است که گاه بین گونه‌های اشتغال و تکالیف زوجه تراحم پیش می‌آید که قاعده عقلی و شرعی و نقلی برون‌رفت از تراحم میان اهم و مهم، این است که اهم، مقدم بر مهم شود. با همین قاعده، ارزش‌هایی مثل نهاد خانواده که در اسلام اهمیتی بنیادین دارد، حفظ می‌شود. گاه نیز موقعیتی پیش می‌آید که زوجه نمی‌تواند دو وظیفه اشتغال و تمکین خاص را هم‌زمان با هم انجام دهد و ناچار است یکی را فدا کند. در این موارد که از آن به تراحم تعبیر می‌شود، باید با توجه به نوع تکلیف زوجه و گونه اشتغال، مهم را فدای اهم کند؛ یعنی وظیفه‌ای را انجام دهد که اهمیت بیشتری دارد و وظیفه دیگر را ترک کند. در این زمینه لازم است به تفاوت‌های فردی بانوان، مثل توانمندی جسمی و روحی زوجه، تفاوت‌های خانوادگی زنان، مانند باورها و اعتقادات حاکم بر نظام فکری زوج درباره نوع و حکم تکلیفی زوجه و همچنین تفاوت‌های اجتماعی زنان همچون میزان کارآمدی و اثر بخشی شغل آن‌ها، توجه شود.

کلید واژه‌ها: اشتغال زوجه، تراحم تکالیف، تکالیف زوجه، حقوق زوج.

۱. برگرفته از رساله سطح ۴ با عنوان مبانی فقهی تهدید حق استمتاع زوجین در فقه امامیه، مدرسه علمیه تخصصی

فاطمه الزهرا^(س) سمنان، سمنان، ایران.

۲. (نویسنده مسئول) دانش‌آموخته سطح ۴ فقه خانواده، مدرسه علمیه تخصصی فاطمه الزهرا^(س)، سمنان، سمنان،

f. shekari1356@gmail.com

ایران.

۳. دانش‌آموخته سطح ۳ کلام اسلامی، مدرسه علمیه تخصصی فاطمه الزهرا^(س)، سمنان، سمنان، ایران.

aezamfoad@gmail.com

مقدمه

یکی از مهم ترین ارکان جامعه خانواده است، چنان که از نظر رسول گرامی اسلام (ص) نیز هیچ بنیانی در اسلام، محبوب تر از ازدواج و تشکیل خانواده نیست؛ با وجود این، همواره مسائلی وجود دارد که این نهاد حساس و با اهمیت را با فرازونشیب هایی مواجه می سازد و گاه موجودیت آن را تهدید می کند. از طرفی، تغییر موقعیت اجتماعی زنان پس از پیروزی انقلاب اسلامی و حضور گسترده آنان در جایگاه بخشی از جمعیت فعال جامعه در عرصه های مختلف اقتصادی، فرهنگی، اجتماعی، سیاسی و... یکی از مهم ترین مسائلی است که امروزه خانواده و اعضای آن را با مسائل پیچیده ای مواجه ساخته است؛ از طرف دیگر، توجه دین مبین اسلام به همه زوایای زندگی بشر و تأکید آموزه های دینی بر اهتمام مسلمانان به امور جامعه، مستلزم حضور زنان در صحنه جامعه است. در بعضی مواقع، اشتغال زن به فعالیت های اجتماعی با برخی از حقوق ناشی از زوجیت مانند حق استمتاع مرد و دیگر مسئولیت های زن مانند نظارت بر تربیت فرزندان و مواردی که احتمالاً در تحکیم روابط زوجین مؤثر است، در تعارض قرار می گیرد. به تبع عقد نکاح بین زوجین یک سری حقوق و تکالیف در ضمن عقد مورد توجه قرار می گیرد که با فعالیت های اجتماعی و سیاسی و اقتصادی زوجه در تزامم قرار می گیرد. پژوهش حاضر درصدد است به رفع تزامم این دو مسئله بپردازد.

پیشینه تحقیق

مقالاتی با عناوین مشابه با مقاله پیش رو انجام شده است که در ذیل به آنها اشاره می شود:

۱. مقاله «حق اشتغال زوجه و چگونگی تزامم آن با حق تمکین زوج در متون تاریخی فقهی»، نوشته آقایان حمیدرضا ناظمی هرنندی و داود نصیران و سید محمد هادی مهدوی (۱۴۰۲ ش): در این مقاله مسئله اشتغال زن در اسناد بین المللی و قوانین داخلی و فقه، و ارتباط آن با حق تمکین مرد بررسی، و بیان شده است که در اسلام و قوانین موضوعه ازسویی استقلال مالی در کسب و کار زن پذیرفته شده، و ازسوی دیگر ریاست زوج بر خانواده و حق تمکین او محدودیتی برای زوجه در اشتغال ایجاد کرده است. اشتغال زن به ویژه اشتغال او در خارج از

خانه، مستلزم خروج زن از منزل است؛ درحالی که این مسئله ممکن است با تمکین او از شوهر و حفظ مصالح خانواده مغایرت پیدا کند.

۲. مقاله «شرط تعدیل تمکین زوجه شاغل از زوج در فقه امامیه» نگاشته آقای بهنام قنبرپور (۱۴۰۰)؛ در این مقاله به این مسئله پرداخته شده است که از آنجایی که تمکین به عنوان حقی از حقوق زوج در ذات عقد نکاح لحاظ نشده است؛ بنابراین زوجه شاغل با عنایت به شرایط شغلی خود می تواند مقدار تعهد خود را به تمکین در حین عقد به صورت شفاف مطرح کند و با استفاده از شرط ضمن عقد، انتظارات زوج را در این امر تعدیل کند.

۳. مقاله «چالش های انگاره مطلق بودن تمکین زوجه: موردکاوی تمکین زنان شاغل ازمنظر فقه امامیه»، نوشته مرضیه اسماعیلی فلاح و طوبی شاکری گلپایگانی و نهله غروی نایینی (۱۴۰۱)؛ این مقاله با بهره گیری از راهبرد موردکاوی، بازخوانی جدیدی از نصوص دینی با چشم اندازی زنانه دارد و ضمن عدم جمود بر قرائت های مرسوم، به بازشناسی زمینه ها و ظرفیت های موجود در منابع دینی می پردازد و بیان می کند که با توجه به امضایی بودن بسیاری از احکام خانواده و تأیید مبانی عقلایی توسط شارع، با تغییر سبک زندگی و حضور اجتماعی زنان، بنا به اصول اباحه، صحت و قواعدی مانند سلطنت، عدالت، حفظ نظام، معاشرت به معروف، لاضرر و لاجرح و...، امکان خروج متعارف و معقول زوجه از منزل وجود دارد و حدود اختیار زوج در امر تمکین و اذن خروج، محاط حقوق و تکالیف الهی و انسانی زن است.

وجه افتراق منابع مشابه با مقاله پیش رو در این است که در مقالات یادشده تنها به یکی از انواع تکالیف زوجیت اشاره، و راه حل آن در تراحم با اشتغال زوجه بیان شده است؛ اما در این نوشتار سعی شده است تا تمامی گونه های اشتغال و تألیف زوجیت و مصادیق آن بیان شود و همچنین راه حل تراحم هریک جداگانه بحث شود.

۱. بازشناسی گونه های برون رفت از تراحم

نخستین راهکار برون رفت از تراحم دو حکم، جمع آنهاست. هرگاه بتوان دو حکم را جمع کرد، تراحم حقیقی اتفاق نیفتاده است (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ ق، ج ۲، ص ۸۰). در صورت

عدم امکان جمع (جریان تزامم)، قاعده اصلی، عمل به تکلیف اهم است. دیگر راهکارها که از آن‌ها با عنوان مرجحات باب تزامم یاد می‌شود، هیچ‌یک محدودکننده این قاعده نیستند (علیدوست، ۱۳۸۸). بلکه به بیان جهات و منشأهای متفاوتی که کاشف از اهم هستند، می‌پردازند. اهل اصول، مرجحات گوناگونی را برای تشخیص اهم بیان کرده‌اند که برخی از آن‌ها عبارت‌اند از: بدل نداشتن، فوریت داشتن (مضیق در مقایسه با موسع)، وقت مشخص داشتن، لحاظ نبودن قدرت شرعی در وجوب، تقدیم زمانی در وجوب، اهمیت و مصلحت بیشتر (حفظ نظام بر دیگر واجبات، حق الناس بر حق الله، حفظ نفس و فروج بر دیگر واجبات، اولویت بیشتر نزد شارع، تقدم واجب عینی بر کفایی، تقدم واجب بر احکام دیگر (مستحب، مکروه، مباح)، در تزامم دو مستحب، تقدم مستحبی که خیر و نفع بیشتری به دنبال دارد (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ص ۳۰۸-۳۴۷).

۲. بازشناسی گونه‌های حکم شرعی اشتغال زنان

مصادیق اشتغال زنان با عناوین فقهی، عقود مانند اجاره نفس و عمل، جعاله یا بیع مطرح می‌شود. حکم اولی عقود و مصادیق آن در اسلام اباحه است (کلینی، ۱۳۶۷، ج ۵، ص ۹۰). بنابر ادله شرعی، زن بالغ عاقل رشید می‌تواند مباشرتاً به این امور اقدام کند (طوسی، بی تا، ج ۳، ص ۲۳۴). از آنجاکه هیچ‌یک از فقها به حرمت اشتغال زنان حکم نداده‌اند، حکم شرعی اولی در اشتغال زنان اباحه به معنی اعم است؛ زیرا اباحه به معنی اعم به معنای جواز فعل بدون حرمت ترک آن است.

۲-۱. اشتغال واجب

دلیل شرعی مبنی بر وجوب اولی اشتغال برای زنان وجود ندارد. به طور کلی، وجوب شغل به عنوانی ثانوی یا از باب وجوب مقدمه واجب (آخوند خراسانی، ۱۴۱۳ ق، ص ۱۲۶)، یا از باب وجوب ایفاء عقد (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۳۵۶) یا از باب وجوب حفظ نظام است (روحانی، ۱۳۷۲، ج ۱۴، ص ۲۴)؛ از این رو مشاغل واجب زنان در سه دسته کلی قرار می‌گیرد که عبارت‌اند از:

۲-۱-۱. واجب عقلی

کسب و کار (در صورت امکان انجام) برای کسی که مخارج خود و افراد واجب‌النفعه‌اش را ندارد،

به دلیل وجوب مقدمه برای ذی‌المقدمه واجب است (یزدی، ۱۴۲۰ ق، ج ۶، ص ۴۹۵)؛ اما چون زنان متأهل، واجب‌النفقة همسر خود هستند، چنین وجوبی برای آنها مطرح نیست؛ بلکه در صورت اعسار یا ترک انفاق زوج در شرایطی که زن راه مشروع دیگری برای تأمین مخارج زندگی خود نداشته باشد، کسب و کار عقلاً واجب است؛ یعنی عقل به طور مستقل و بدون کمک گرفتن از شرع به وجوب آن حکم می‌کند (سبزواری، ۱۴۱۷ ق، ج ۲، ص ۱۴۶). اشتغال به معنای پیش‌گفته می‌تواند یکی از مصادیق این واجب عقلی باشد.

۲-۱-۲. واجب عقدی

زن عاقل و بالغ و رشید مباشرتاً اهلیت انعقاد قرارداد دارد؛ پس انعقاد انواع عقود صحیح برای زن مجاز است و زن می‌تواند در ضمن عقد شرط اشتغال را منعقد کند و از آنجاکه بنابر عمومات، وفای به عهد واجب است؛ این شکل از مشاغل تحت عنوان ثانوی عقد صحیح، واجب می‌شود؛ اما از آنجاکه اشتغال با شرایط پیش‌گفته، ممکن است منافی حق استمتاع زوج باشد، شغل واجب زنان متأهل براساس قرارداد شغلی و ارتباط آن با اذن زوج به چهار حالت است:

نخست، زنی که پیش از ازدواج شاغل بوده است و درقبال استمرار شغلش به دلیل واجب‌الوفا بودن شرط بنایی برای زوج (صاحب‌جواهر، ۱۳۶۲، ج ۲۳، ص ۱۹۸) تعهد شرعی دارد (یزدی، ۱۴۲۰ ق، ج ۵، ص ۱۰۶)؛

دوم، زنی که در ضمن عقد نکاح، اشتغال به کار را شرط کرده، و پیش یا پس از ازدواج، شاغل شده است و به دلیل واجب‌الوفا بودن شرط ضمن عقد در برابر آن تعهد شرعی دارد (حلی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۳۰)؛

سوم، زنی که پس از ازدواج با رضایت همسرش تعهد شغلی بدهد. شرط ابتدایی الزام آور نیست و به دلیل لازم‌الوفاء نبودن (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ج ۶، ص ۵۵)، وفای زوج به آن واجب نیست؛ اما برخی از فقها معتقدند چون قرارداد شغلی زن براساس اذن همسر صورت پذیرفته، عقد صحیح بوده، و انجام تعهد به این شغل نیز بر زن واجب است و مرد نمی‌تواند تا پایان قرارداد شغلی از اذن خود برگردد (نرم‌افزار گنجینه آرای فقهی - قضایی، سؤال ۵۷۶۰)؛

چهارم، گونه‌های دیگر اشتغال از منظر حکم تکلیفی (واجب کفایی، مکروه، مستحب، مباح)

نیز، که پس از این شرح داده خواهد شد، چنانچه طی قرارداد صحیحی منعقد شوند، با عنوان ثانوی، واجب شناخته می شوند (طباطبائی کربلایی، ۱۴۱۸ ق، ج ۸، ص ۱۸۱).

۳-۱-۲. واجب کفایی

صورت سوم موردی است که اشتغال به کار بانوان در برخی مشاغل مورد نیاز جامعه از جمله مشاغلی که به امور زنان اختصاص دارد (آن گونه که برخی از مراجع تقلید به آن فتوا داده اند) از مصادیق صناعات الواجبه و واجب کفایی شناخته شود (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ج ۱، ص ۱۳).

۲-۲. اشتغال مستحب

دلیلی شرعی مبنی بر استحباب اشتغال زنان یا دست کم برخی از مصادیق آن وجود ندارد. به دلایل مختلف از جمله ضرورت حضور زنان در مشاغل مرتبط با نیازهای خاص آنان و سیره عقلا در واگذاری این امور به متخصصان هم جنس، احتمال وقوع ضرر و مفسده در مراجعه به اجنبی و ضرورت عقلی دفع ضرر محتمل، تکفل این مشاغل توسط زنان، حسن عقلی دارد و براساس قاعده ملازمه حکم عقل و شرع، اگر وجوب کفایی مطرح نباشد، استحباب شرعی پرداختن به این امور دور از ذهن نیست؛ اما دلیل شرعی یا فتوایی مبنی بر استحباب شغل یا نوع خاصی از آن، برای زنان موجود نیست. همچنین براساس عموم ادله، می توان اشتغال زنان را مانند اشتغال مردان در مواردی که به منظور انجام امور مستحب مانند رفع نیاز مؤمنین یا کسب درآمد برای مصرف در امور مستحب صورت می پذیرد، بنابر استحباب مقدمه مستحب در فرض ملازمه و جواز اخذ اجرت در شغل مستحب (خوئی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۴۶۷) مستحب دانست، مشروط بر اینکه طی قرارداد، واجب نشده باشد (طباطبائی کربلایی، ۱۴۱۸ ق، ج ۸، ص ۱۸۱).

۳-۲. اشتغال مکروه

دلیل شرعی که با دلالت مستقیم بتوان از آن کراهت اشتغال زنان را استنباط کرد، وجود ندارد؛ هر چند استنباط چنین حکمی از شمول عام احادیث متعدد، با عناوین «فضیله البيت علی المسجد للمرأة» (ابن بابویه، ۱۴۱۳ ق، ج ۱، ص ۳۷۴) و «تحصین فی البیوت» (کلینی، ۱۳۶۷، ج ۵، ص ۵۳۵) بعید نیست. صاحب عروه بر مبنای همین روایات، خانه نشینی زنان را جز در موارد ضرورت، مستحب دانسته است (یزدی، ۱۴۲۰ ق، ج ۵، ص ۴۸۳). فقهای که بر عروه

حاشیه نوشته‌اند نیز تعلیقی در باب این حکم اضافه نکرده‌اند که بیانگر پذیرش حکم است. براین اساس و بنا بر قول به کراهت ترک مستحب، اشتغال زنان در مشاغلی که به‌خوبی از عهده مردان برمی‌آید و ضرورت اجتماعی مبنی بر حضور بانوان در آن مشاغل احساس نمی‌شود و نیز ضرورت فردی مانند نیاز مالی هم وجود ندارد، محکوم به کراهت خواهد بود و این موارد هم به دلیل ضرورت از ذیل عنوان کراهت خارج می‌شوند و (مغیر عنوان اولی کراهت نیستند) و همچنین براساس عموم ادله حاکی از کراهت برخی مشاغل، مصادیق شغل مکروه برای زنان نیز کراهت دارد.

۴-۲. اشتغال مباح

دیگر مشاغلی که در عناوین سه‌گانه فوق نمی‌گنجند و فقط به قصد کسب درآمد صورت می‌پذیرند، مباح است (یزدی، ۱۴۲۰ ق، ج ۵، ص ۴۸۳). منظور از قصد کسب درآمد این است که نیت تقرب در آن‌ها اخذ نشده است که ذیل عنوان شغل مستحب قرار گیرند؛ ازاین‌رو، انگیزه‌های هم سطح مانند سرگرمی، کسب جایگاه اجتماعی و... هم مشعر به اباحه بودن حکم تکلیفی این‌گونه مشاغل هستند. حکم تکلیفی اباحه، بیانگر تساوی دو طرف ترک یا فعل نزد شارع و عدم رجحان شرعی یک طرف بر طرف دیگر است و مکلف در فعل یا ترک آن منخیر است؛ اگرچه فرض ثبوت حکم کراهت اشتغال زنان از باب استحباب جلوس در خانه، به طرح کلی این صورت از حکم تکلیفی اشتغال زنان منجر خواهد شد؛ بدین معنا که اگر کراهت اشتغال زنان مطرح باشد، طرف ترک نزد مولا ارجح است و حکم تکلیفی اباحه مجال بروز نمی‌یابد.

۳. بازشناسی گونه‌های تکالیف زنان در بستر زوجیت

زوجیت که با عقد نکاح برقرار می‌شود از احکام وضعی است که حقوق و تکالیفی را برای هریک از زوجین ایجاد می‌کند. برخی از این حقوق و تکالیف، مقتضای ذات عقد، و برخی مقتضای اطلاق عقدند و برخی دیگر بدون ارتباط با عقد مدنظر شارع قرار گرفته‌اند. از آنجاکه فقها از منظر حکم وضعی ازدواج و حقوق و تکالیفی که تحت تأثیر عقد زوجیت برای زوجین موضوعیت می‌یابد، به این احکام نگریسته‌اند، برخی گونه‌های احکام تکلیفی در آرای فقهی از

نگاه آنان مغفول مانده است؛ از این رو مناسب است احکام تکلیفی الزامی و غیرالزامی که در بستر زوجیت متوجه زنان است، بازشناسی شوند.

۳-۱. تمکین خاص

تمکین در لغت به معنی قدرت دادن از طریق فراهم کردن امکانات (عسکری، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۱۴۲) و در فقه به معنی در اختیار شوهر قرار دادن خود، جهت استمتاع و عدم ممانعت و محدود کردن آن به زمان یا مکان و کیفیت خاص، جز در مواردی است که مانع عقلی یا شرعی وجود دارد (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳۱، ص ۳۰۳). اصطلاح تمکین، موضوع ادله شرعی نیست و کاربرد آن ابداع فقهاست؛ اما ادله شرعی وجود دارد که وجوب تمکین را نزد فقها مسلم و مورد اجماع قرار داده است (صاحب جواهر، ۱۳۶۲، ج ۳۱، ص ۳۰۳).

۳-۲. تمکین عام

تمکین عام، اصطلاحی حقوقی است که در فقه سابقه دیرینه‌ای ندارد و در ادله شرعی نیز موضوع حکم قرار نگرفته است؛ اما مفهوم آن به معنای اطاعت عام از زوج و قوامیت زوج است که از قرآن کریم (نساء/۳۴) اخذ شده است و در روایات نیز سابقه دارد (نک: حر عاملی، ۱۳۷۲، ج ۱۴، ص ۲۴۳-۱۱۲). اگرچه در بیشتر کتب فقهی، حدود اطاعت واجب و مستحب از زوج خلط شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ج ۶، ص ۱۱۷)، اطاعت زن از شوهر در اموری که منافی استمتاع نیست، وجوبی ندارد (صاحب جواهر، ۱۳۶۲، ج ۱۷، ص ۱۳۲) و ادله شرعی موجود مبتنی بر امر ارشادی است و حمل بر استحباب می‌شود (روحانی، ۱۳۷۲، ج ۴، ص ۴۶۲).

۳-۳. استیذان خروج

عدم خروج از منزل تنها با اذن شوهر نیز از جمله تکالیف مبتنی بر زوجیت است که بسیاری از فقها با استناد به روایات متعدد (نک: کلینی، ۱۳۶۷، ج ۵، ص ۵۰۶؛ مجلسی، ۱۴۰۵ ق، ج ۱۸، ص ۳۵۱) رأی به وجوب آن داده‌اند. درباره وجوب استیذان دو دیدگاه واجب فقهی وجود دارد: در دیدگاه نخست، استیذان از زوج برای خروج از منزل را مطلقاً واجب می‌داند (صاحب جواهر، ۱۳۶۲، ج ۳۱، ص ۱۴۷)؛ اما در دیدگاه دوم، وجوب استیذان منحصر در حالت تنافی خروج از منزل با حق استمتاع زوج است (خوئی، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۲۸۹). محدوده وجوب

استیذان در دیدگاه دوم قدر مشترک دو دیدگاه است.

۳-۴. انحصار استمتاع به زوج

از جمله تکالیف واجب بر مبنای زوجیت، انحصار حق استمتاع جنسی در همه سطوح آن به همسر است. در منابع فقهی به این تکلیف واجب اشاره‌ای نشده است که به نظر می‌رسد دلیل آن، بداهت مسئله باشد؛ اما در این باب، ادله شرعی مصرح به قدر کفایت وجود دارد که نیاز به ذکر را مرتفع می‌سازد.

۴. تبیین راهکارهای برون‌رفت از تراحم میان اشتغال و تکالیف زوجه

۴-۱. تراحم شغل واجب با احکام مبتنی بر زوجیت

۴-۱-۱. تمکین خاص

در مواردی که جمع بین شغل و تمکین وجود دارد، تراحم جریان ندارد. در فرض تراحم، امتثال یکی از دو حکم متراحم می‌تواند به ترک حکم دیگر، به‌طور کلی یا موقت، منجر شود (میرسلیم، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۳۵۱۷)؛ بنابراین، تراحم بین شغل واجب و تکلیف تمکین را می‌توان به دو صورت کلی و موقت در نظر گرفت:

الف - تراحم کلی، به‌طوری که اصل شغل واجب با تمکین در تراحم است. این فرض زمانی ممکن است که شغل یا پیامدهای آن به سقوط کلی تمکین منجر شود که بسته به علت وجوب شغل، اهم در تراحم مشخص می‌شود:

- در موردی که زوجه به دلیل اعسار زوج و نداشتن نفقه مجبور به کار کردن است، اگرچه تکلیف تمکین باقی است (حلی، ۱۴۲۰ ق، ج ۲، ص ۳۷؛ حلی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۲)، به دلیل تقدم حفظ نفس بر دیگر واجبات، شغل واجب اهم است.
- در موردی نیز که زوجه به دلیل ترک انفاق که از مصادیق نشوز زوج است، مجبور به کار کردن است، اگرچه تکلیف تمکین باقی است، حق درخواست طلاق زوجه از امام محفوظ است. برخی عسرو حرج زن را که مصداق ضرار در آیه ۲۳۱ بقره است، دلیل حق درخواست طلاق زن عنوان کرده‌اند (حر عاملی، ۱۴۱۴ ق، ج ۲۱، ص ۵۰۹؛ صاحب جواهر، ۱۳۶۲، ج ۳۰، ص ۱۰۵). بدیهی است وقتی زوجه به دلیل عسرو حرج

می تواند درخواست طلاق دهد، به دلیل تقدم حفظ نفس بر دیگر واجبات نیز می تواند شغل واجب را بر تمکین مقدم کند. فتوای قاطبه فقهای معاصر مبنی بر عدم وجوب اطاعت از زوج در مواردی که زن مجبور است برای کسب نفقه خود کار کند، گویای همین تقدم است (اصولی، و بنی هاشمی خمینی، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۴۸۸).

- در موردی که شغل براساس وجوب ایفای به عقود واجب شده است (براساس دیدگاه صاحب عروه و معلقین) در تزامم کلی شغل با تمکین خاص، براساس رجحان سبقت زمانی، تکلیفی که زودتر واجب شده باشد، اهم شناخته می شود (یزدی، ۱۴۲۰ ق، ج ۵، ص ۱۰۶)؛ بنابراین، اگر ازدواج قبل از شغل واقع شده، تمکین خاص تکلیف اهم است و اگر شغل زودتر واجب شده، مقدم است.

- در موردی که شغل وجوب کفایی دارد، براساس مرجحات واجب عینی بر واجب کفایی (ولایی، ۱۳۸۷، ص ۱۴۳)، تمکین بر شغلی که واجب کفایی است، مقدم است. ب - تزامم موقت، به طوری که امثال هیچ یک از دو تکلیف به طرح کلی تکلیف دیگر منجر نمی شود. این گونه از تزامم در زمان اختصاصی هریک از تکالیف، قابل برپایی است که ممکن است به چهار حالت اتفاق بیفتد:

حالت نخست: وقتی زوجه در ساعت اختصاصی شغل در مکان شغل حاضر است و با درخواست تمکین همسر مواجه می شود، در صورت امکان مرخصی، شغل واجبی بدل پذیر و موسع خواهد بود. تکلیف تمکین می تواند دارای قید فوریت شود که لزوم توجه به این فوریت در روایات تأکید شده است (کلینی، ۱۳۶۷، ج ۵، ص ۵۰۷). در این فرض، بنابر مرجحات، تمکین خاص که واجبی فوری است در مقایسه با شغل که موسع است، اهم شناخته می شود؛ اما بدون امکان اخذ مرخصی، شغل واجب اهم است؛ زیرا در منابع فقهی، عدم منع شرعی و عقلی در وجوب تمکین خاص لحاظ شده است (صاحب جواهر، ۱۳۶۲، ج ۳۱، ص ۳۰۳) و ترک شغل واجب، منعی شرعی محسوب می شود. همچنین در این فرض عقلاً امکان استمتاع وجود ندارد؛ از این رو تمکین، واجب نیست و تزامم ساقط می شود (موسوی عاملی، ۱۴۲۹ ق، ج ۷، ص ۹۴).

حتی در فرض عدم سقوط تمکین، در مقایسه طرفین این تراحم، تمکین، واجبی موسع و بدل‌پذیر است و شغل، واجبی مضیق و دارای وقت اختصاصی است که براساس مرجحات، واجب دارای وقت اختصاصی در وقت خود مقدم شناخته می‌شود.

حالت دوم: در فرضی که زن هنوز خانه را به قصد شغل ترک نکرده است و با درخواست تمکین مواجه می‌شود، تراحم میان واجب دارای وقت خاص (شغل) و واجب بدون وقت خاص (تمکین) برقرار است که براساس مرجحات، واجب دارای وقت خاص در وقت خودش مقدم و اهم است. سیدمحمدصادق روحانی در تشریح شقوق مختلف تراحم تمکین و تکلیف اجاره، تکلیف شغلی را در وقت مختص اجاره واجب، بر تمکین مقدم می‌داند؛ زیرا این زمان مختص شغل است و زوج حق استمتاع در این زمان را ندارد (۱۳۷۲، ج ۱۹، ص ۱۲۳). در اینجا زوج عالم‌اً حق خود را تحدید کرده است و به دلیل تلازم حق و تکلیف، تکلیف زن نیز به همین نسبت محدود می‌شود. این فرض نیز با در نظر گرفتن امکان و عدم امکان اخذ مرخصی شغلی قابل تفصیل است؛ بدین صورت که تکلیف شغلی بر فرض عدم امکان اخذ مرخصی مقدم می‌شود؛ زیرا حق مرد براساس رضایت خودش در زمان مختص شغل محدود شده است و تکلیفی متوجه زن نیست؛ اما در صورت امکان اخذ مرخصی، تراحم میان واجبی موسع و بدل‌پذیر (شغل) و واجبی فوری (تمکین) برقرار است که واجب فوری اهم است؛ بنابراین، در این فرض باید تمکین را بر شغل مقدم کرد.

حالت سوم: فرض دیگر، تراحم تمکین و تکلیف شغلی در زمان غیرمختص شغل است؛ مانند زمانی که زوجه در منزل به سر می‌برد و مشغول انجام وظیفه شغلی است، تردیدی نیست که در صورت طلب استمتاع زوج در این زمان، تمکین، اولی و اهم است؛ زیرا صاحب جواهر، در این حالت از تراحم به ضرورت حق زوج تصریح کرده است: «در زمان طلب استمتاع از طرف مرد، برای زن آشپزی و مثل آن جایز نیست؛ چراکه مرد حق استمتاع بر زن دارد و شکی در بطلان آن نیست» (صاحب جواهر، ۱۳۶۲، ج ۲۷، ص ۲۹۷).

۲-۱-۴. استیذان خروج

این فرض از تزامم در صورت عدم اذن زوج، میان دو واجب، به طوری که امتثال یکی به طور کلی یا موقت مانع از امتثال دیگری شود، برقرار می شود؛ زیرا در صورت اذن زوج، جمع دو تکلیف ممکن است.

الف - تزامم کلی: زمانی است که شغل واجب است؛ اما زوج به طور کلی با خروج زوجه از منزل مخالفت می کند. در موردی که زن به دلیل اعسار یا ترک انفاق همسر مجبور است کار کند، تزامم میان واجب عقلی (شغل) و واجب شرعی (استیذان) برقرار می شود که به دلیل ضرورت عقلی (روحانی، ۱۳۷۲، ج ۲۳، ص ۶۶) تقدم حفظ نفس بر دیگر واجبات شغل اهم است. اگر بنابه نظر علامه حلی، سقوط حق حبس زوجه توسط زوج مطرح باشد، تنها تکلیف شغلی باقی می ماند و تزاممی در میان نیست. درباره شغلی که براساس وجوب ایفای عقد واجب شده است، مشهور فقها اذن خروج را برای امر واجب لازم نمی دانند. همچنین صاحب عروه، اذن را در واجبات دارای وقت مشخص شرط نمی داند (محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۳، ص ۵۶۹؛ یزدی، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۴۵۱). براین اساس اذن خروج به صورت کلی درباره مشاغل واجب که زمان مشخصی دارند، واجب نیست؛ چه اینکه اذن زوج در وجوب شغل مؤثر بوده، و زوج به اختیار خود حقش را در این زمینه تحدید کرده است؛ از این رو، زوج در این موارد حق شرعی مبنی بر ممانعت ندارد و تکلیفی نیز متوجه زوجه نیست و تزاممی واقع نمی شود. اطلاق ذی حق نبودن زوج در ممانعت زن از امتثال شغل واجب در فتاوی برخی فقها مؤید این مطلب است (خمينی، ۱۳۶۹، ج ۹، ص ۳۲۴، ج ۱۰، ص ۷۵۷).

ب - تزامم موقت: این تزامم در صورتی برقرار می شود که زوج در کل با خروج زوجه از منزل به قصد عزیمت به مکان شغل مخالف نیست؛ اما در مقطع زمانی خاصی اذن خروج نمی دهد. در این فرض، چنانچه امکان مرخصی گرفتن وجود داشته باشد، شغل واجب موسع شناخته می شود و براساس رأی به شرطیت اذن خروج در واجبات موسع تکلیف استیذان مستقر و اهم است؛ ولی اگر امکان مرخصی گرفتن وجود ندارد، اگرچه اذن زوج مزاحم تکلیف

واجب نیست (یزدی، ۱۴۲۰ ق، ج ۴، ص ۴۵۱) در واجب عقدی، زوج حق خود را ضمن رضایت تحدید می‌کند و در اینجا حقی ندارد که ملازم تکلیف زوجه شود. همچنین درباره شغلی که وجوب کفایی دارد، استیذان زوج مقدم است؛ زیرا واجب عینی بر واجب کفایی تقدم دارد (ولایی، ۱۳۸۷، ص ۱۴۳).

۳-۱-۴. انحصار استمتاع به زوج

پس از تبیین بازشناسی گونه‌های مختلف تکالیف زنان، به رفع تراحم در این حالت پرداخته می‌شود. انحصار استمتاع به زوج نیز ممکن است به یکی از صور زیر با شغل واجب تراحم پیدا کند:

الف - امکان استمتاع غیر به اشکال مختلف آن از شروط ضمن قرارداد باشد. از آنجاکه مخالفت نداشتن شروط قرارداد با احکام الهی از جمله شرایط نفوذ و اعتبار قرار داده است، هر نوع قرارداد شغلی که تعدی از حدود الهی در مفاد آن لحاظ شده باشد، شرعاً نامعتبر است (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ج ۶، ص ۲۲)؛ بنابراین، در این فرض، تراحمی واقع نمی‌شود و تکلیف انحصار استمتاع به زوج باقی است.

ب - در برخی موارد، تعدی از حدود الهی در حیطة این تکلیف در ضمن قرارداد لحاظ نشده است؛ اما از عوارض و لوازم شغل است و برای هر مکلفی واقع می‌شود. صاحب عروه، اباحه منفعت را شرط صحت اجاره می‌داند و لزوم ارتکاب فعل حرام در اثنای اجاره را به دلیل حرمت منفعت، مبطل اجاره دانسته است (یزدی، ۱۴۲۰ ق، ج ۵، ص ۱۱). همچنین مرحوم اصفهانی در تشریح مفاد قاعده فوق، تعذر شرعی عام را از عوامل ابطال شرعی قرارداد عنوان کرده است؛ زیرا علاوه بر جواز شرعی فعل در زمان اجاره، جواز شرعی در اثنای عمل را نیز شرط صحت اجاره می‌داند (غروی اصفهانی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۲۶۶-۲۶۷). بنابراین، در این فرض نیز وجوب شغل ساقط می‌شود و تراحمی واقع نمی‌شود.

ج - در فرض سوم، تعدی از حدود الهی در حیطة تکلیف انحصار استمتاع به زوج نه از شروط عقد و نه از عوارض و لوازم قطعی آن است و ممکن است فقط برای مکلف خاصی

واقع شود. در این صورت، تعذر شرعی خاص به شمار می‌آید؛ یعنی شغل فی نفسه جایز است؛ اما درباره مکلف خاص، ارتکاب حرام مقدمه ایفای به عقد است. در چنین فرضی تزامم ظاهری میان وجوب انحصار استمتاع به زوج و وجوب شغل برقرار است که به دلیل تقدم حفظ فروج بر دیگر واجبات و اولویت دفع مفسده تکلیف انحصار استمتاع به زوج مقدم است، اگرچه به لزوم جبران خسارت طرف قرارداد منجر شود.

۲-۴. تزامم شغل مکروه با احکام مبتنی بر زوجیت

بنابر فرض کراهت اشتغال یا برخی از مصادیق آن برای بانوان، میان شغل مکروه و احکام الزامی (واجب) و غیرالزامی (مستحب) مبتنی بر زوجیت، تزاممی برقرار نیست و در همه موارد، تکالیف مبتنی بر زوجیت اعم از واجب و مستحب به دلیل تقدمشان بر فعل مکروه (غروی اصفهانی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۲۶۶-۲۶۷) اولی و اهم هستند.

۳-۴. تزامم شغل مباح با احکام مبتنی بر زوجیت

بر فرض اباحه شغل نیز، میان شغل مباح و احکام الزامی و غیرالزامی مبتنی بر زوجیت در حقیقت تزاممی برقرار نیست و همه تکالیف پیش گفته اولی هستند (غروی اصفهانی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۲۶۶-۲۶۷).

۴-۴. تزامم شغل مستحب با احکام مبتنی بر زوجیت

اجماع بر این است که مستحب نمی‌تواند در مقام تزامم با واجب وارد شود؛ بنابراین، شغل مستحب در مقابل تکالیف واجب مبتنی بر جنسیت، در مقام تزامم نیست و بدون تردید تکالیف واجب اعم از تمکین و استیذان خروج و عدم امکان استمتاع به غیر، مستقر هستند؛ زیرا مستحبی که ملازم با ترک واجبی شود، رجحان شرعی ندارد (سبحانی تبریزی، ۱۴۳۴، ج ۴، ص ۴۸۲). از آنجاکه تزامم میان دو امر مستحب قابل وقوع است، شغل مستحب می‌تواند در فرض عدم امکان یا ناتوانی در جمع با تمکین عام و خانه‌داری و فرزندخواهی مزاحمت داشته باشد؛ اگرچه در صورت امکان جمع میان این تکالیف غیرالزامی با قبول مشاغل مستحب اجتماعی، اولی جمع است. این اولویت در میان پاسخ به استفتائات فقهای متأخر از جمله امام خمینی (ره) تصریح شده است (خمینی، ۱۳۶۹، ج ۱۰، ص ۷۰۲). نکته دیگر اینکه جمع شغل مستحب با

تکالیف مستحب مبتنی بر زوجیت از جمع شغل واجب با تکالیف واجب مبتنی بر زوجیت آسان‌تر است؛ زیرا در همه تکالیف واجب، اعم از تمکین خاص و استیذان و عدم امکان استمتاع به غیر، وجوب نفسی این تکالیف مدنظر شارع است و امکان واگذاری به غیر وجود ندارد؛ اما در برخی تکالیف مستحبی که در مقام تراحم با شغل مستحب برآمده‌اند، مثل خانه‌داری، استحباب نفسی نیست و اگر بتوان خانه‌داری را از طریق واگذاری به غیر انجام داد، جمع آن با شغل مستحب میسر است. در صورت ناتوانی یا عدم امکان جمع، بنابر دیدگاه شیخ انصاری، مستحبی که خیر و نفع بیشتری به دنبال دارد، اولی است. شیخ، مرجع را در تشخیص خیر و نفع بیشتر دانسته است؛ اما تشخیص اهم را متناسب با حالات و اوضاع مکلف متغیر می‌داند. او برای مثال در تراحم علم‌آموزی با کار کردن، معتقد است گاهی علم‌آموزی برای کسی فایده زیادی ندارد و او می‌تواند با [درآمد حاصل از] کار کردن، صدقه بپردازد و از این طریق به خیر بیشتری دست پیدا کند؛ اما فرد دیگر می‌تواند با علم‌آموزی فنون علم دین را احیا کند، درحالی‌که با کار کردن به رزق اندکی دست می‌یابد و علم‌آموزی برای این شخص نفع معنوی بیشتری به دنبال دارد (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ج ۴، ص ۳۷۴). براین اساس، چون تشخیص اولی به عهده مکلف است، ارزیابی صحیح از نفع معنوی نوع شغل و نوع تکلیف مبتنی بر زوجیت و شناخت تکلیف اهم شخصی، راهکار اصلی خروج از تراحم محتمل است. این دیدگاه در پاسخ به استفتاء برخی از فقها نیز دیده می‌شود (خمینی، ۱۳۶۹، ج ۱۰، ص ۷۰۹). برای مثال، گاه شغل مستحب زن در مرتبه‌ای از تأثیر است که می‌تواند در پیشبرد اهداف اجتماعی دین مؤثر باشد یا به ساخت دارویی منجر شود که علاوه بر نجات جان بیماران در ارتقای اعتبار علمی کشور اسلامی در سطح دنیا نقش جدی داشته باشد؛ اما درعین حال با تمکین عام در تراحم باشد. این، بدین معنا است که زوج با شغل زوجه مخالفت جدی، که بیانگر عدم اذن خروج او باشد، ندارد؛ اما رضایت کامل هم ندارد و عدم اشتغال زوجه نزد او راجح است یا شغل زوجه با خانه‌داری که تکلیفی مستحب است، در تراحم است یا به تحدید فرزندآوری منجر می‌شود. در تمام این حالات، ضمن مدیریت صحیح امکان جمع نیز وجود دارد؛ اما در فرض تراحم، بنا به دیدگاه شیخ انصاری، اهم دانستن شغل مستحب بنا به نفع و خیر بیشتر

دور از ذهن نیست. همین تراحم در فرضی که شغل زن در عین استحباب، چنین جایگاهی را به لحاظ نفع اجتماعی ندارد و برای مثال با نیت اکتساب برای انفاق مستحب صورت می‌گیرد یا با نیت کمک به آسایش‌گاه سالمندان یا مثال‌های متعدد از این دست که در تراحم با تمکین عام و دیگر تکالیف غیرالزامی مبتنی بر زوجیت، نفع معنوی این تکالیف بیشتر است، تردیدی نیست که این تکالیف اهم و اولی هستند. این اهمیت درحالتی که شغل مستحب با چندین تکلیف مستحب مبتنی بر زوجیت تراحم پیدا کند، قوی‌تر هم می‌شود.

یافته‌های پژوهش

اشتغال که یکی از مهم‌ترین عرصه‌های فعالیت زنان و زمینه‌ساز رشد و شکوفایی استعداد ایشان و همواره موردعنایت و تأکید آموزه‌های اسلام است، گاه در تراحم با برخی از حقوق ناشی از زوجیت قرار می‌گیرد و نهاد خانواده را متزلزل می‌کند. این نوشتار جهت رفع موانع و تراحم، گونه‌های اشتغال و تکالیف زوجیت و راهکار برون‌رفت از تراحم هریک را به تفصیل بررسی کرده، و به این نتیجه رسیده است که: اگر میان تکالیف اهم و مهم، تراحم پیدا شد، از نظر شرعی و عقلی و نقلی، اهم مقدم بر مهم است. گاه نیز موقعیتی پیش می‌آید که شخص نمی‌تواند دو وظیفه را هم‌زمان با هم انجام دهد و ناچار است یکی را فدا کند. در این موارد که از آن به تراحم تعبیر می‌شود، عقل حکم می‌کند که مهم را فدای اهم کند؛ یعنی وظیفه‌ای را انجام دهد که اهمیت بیشتری دارد و وظیفه دیگر را ترک کند. یافته‌های حاصل از پژوهش حاضر به شرح ذیل است: تقریباً با مدیریت و تدبیر صحیح و درست، تمام تکالیف متراحم، قابل جمع هستند که در این صورت تراحم جریان نخواهد داشت. برای مثال از جمله تدابیر پیشگیرانه از جریان تراحم با حق استمتاع زوج، تفاهم زوجین بر اشتغال زوجه در ضمن عقد نکاح است. در بیان راهکارهای خروج از تراحم میان اشتغال و تکالیف زوجه، نمی‌توان نسخه واحدی را برای همه زنان پیچید. برای تشخیص اهم و تعیین ملاک آن در جمع میان تکالیف و اشتغال زوجه، لازم است به تفاوت‌های فردی بانوان مثل توانمندی جسمی و روحی زوجه، تفاوت‌های خانوادگی زنان مانند باورها و اعتقادات حاکم بر نظام فکری زوج درباره نوع و حکم تکلیفی زوجه و همچنین تفاوت‌های اجتماعی زنان همچون میزان کارآمدی و اثربخشی شغل آن‌ها توجه شود.

از دیگر نتایج به دست آمده از تحلیل گونه‌های تراحم میان اشتغال و تکالیف زوجه، این است که دایره ارزشمندی و برتری شغل مستحب و جواز شغل مباح زوجه را تا جایی وسعت می دهد که موجب ترک تکالیف واجب نقش همسری نشود اما اگر پرداختن به این مشاغل، منجر به ترک تکالیف واجب زن در قبال همسرش شود، آن شغل فاقد ارزش الهی خواهد بود.

منابع

قرآن کریم.

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین (۱۴۱۳ ق). *کفایه الأصول*. قم: مؤسسه آل البيت.
- ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۳ ق). *من لا یحضره الفقیه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- اسماعیلی فلاح، مرضیه؛ شاکری گلپایگانی، طوبی؛ و غروی نایینی، نهمه (۱۴۰۱). چالش های انگاره مطلق بودن تمکین زوجه: موردکاوی تمکین زنان شاغل از منظر فقه امامیه. *دوفصلنامه مطالعات تطبیقی فقه و اصول* ۲۶۵-۲۳۸، ص ۲۵، (۲).
- اصولی، احسان؛ بنی هاشمی خمینی، محمدحسن (۱۳۸۳). *رساله توضیح المسائل* مراجع. قم: اسلام.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۵ ق). *المکاسب*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴ ق). *تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*. قم: آل البيت.
- خمینی، روح الله (۱۳۶۹). *استفتائات امام خمینی (ره)*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- خوئی، ابوالقاسم (۱۳۷۷). *مصباح الفقاهه*. نجف: المطبعة الحیدریه.
- روحانی، محمد صادق (۱۳۷۲). *فقه الصادق ۸*. قم: دار الکتاب.
- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۳۴ ق). *المبسوط فی أصول الفقه*. قم: مؤسسه امام صادق.
- سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۷ ق). *تهذیب الأصول*. بیروت: مؤسسه المنار.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر (۱۳۶۲). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- طباطبائی کربلائی، علی بن محمدعلی (۱۴۱۸ ق). *ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالادلة*. قم: مؤسسه آل البيت.
- طوسی، محمد بن حسن (بی تا). *الاستبصار فیما اختلف من الأخبار*. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- عسکری، حسن بن عبدالله (۱۳۹۰). *الفروق فی اللغة*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (بی تا). *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیه*. مشهد: مؤسسه آل البيت.
- علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۸). *فقه پدیده های نوپیدا*. قم: اشراق حکمت.

- غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۳۷۹). *البحوث فی الفقه*. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق). *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- قنبرپور، بهنام (۱۴۰۰ ش). شرط تعدیل تمکین زوجه شاغل از زوج در فقه امامیه. *مبانی فقهی حقوق اسلامی* (پژوهش نامه فقه و حقوق اسلامی)، ۱۴ (۲۷)، ص ۱۷۵-۱۹۲.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۷). *الکافی*. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی (۱۴۰۵ ق). *بحار الأنوار الجامعه لدرر أخبار الأئمه الأطهار*. تهران: المکتب الإسلامیه.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۹ ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*. تهران: استقلال.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۲۹ ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*. قم: مؤسسه آل البيت.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ ق). *کتاب النکاح*. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب.
- میرسلیم، مصطفی (۱۳۷۵). *دانشنامه جهان اسلام*. تهران: بنیاد دائرة المعارف اسلامی.
- ناظمی هرندی، حمیدرضا؛ نصیران، داود؛ مهدوی، سیدمحمد هادی (۱۴۰۲ ش). حق اشتغال زوجه و چگونگی تزامم آن با حق تمکین زوج در متون تاریخی فقهی «نرم افزار گنجینه آرای فقهی - قضایی، دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی معاونت آموزش قوه قضائیه، سؤال ۵۷۶۰.
- ولایی، عیسی (۱۳۸۷). *فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول*. تهران: نی.
- یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم (۱۴۲۰ ق). *العروة الوثقی فیما تعم به البلوی*. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.



Legal and Jurisprudential Analysis of the Applicability of the Rule Concerning the Payment of Muta'a of Divorce to divorced women

Hamze Ali Bahrame¹ Mehrosadat Mahmoudian²

DOI:

10.30497/flj.2025.246584.2045



Abstract

“Muta'a of divorce” is a financial institution that the Islamic law system has established as a gift for divorced women. The most fundamental question in the issue of Muta'a of divorce is whether this applies to all divorced women or a specific group. This article argues, contrary to the common Fatwa that only obligates Mut'a for divorced virgin women without dowry, that its payment should be obligatory for all divorced women. Therefore, this research uses a critical analytical method to weaken the arguments of those who believe the payment of Mut'a should be limited to a specific group and, on the other hand, it proposes a view that it should be paid to all divorced women, supporting this view with jurisprudential evidence such as verses, narrations, the conduct of religious leaders, and reason. The findings suggest that Muta'a of divorce can be absolutely obligatory, with legal and jurisprudential consequences, including potentially lower dowries. Ultimately, the article proposes establishing a new institution called “Muta'a of divorce” in the family protection section of the country's civil law, based on strong jurisprudential support for securing the financial rights of divorced women in Islamic law and existing legal evidence in the Family Protection Law in the Islamic Republic system.

Keyword: Matā, The Muta'a of divorce, divorced woman, Mofavazat'beze, divorced virgin woman, Verse 241 of Surah Al-Baqarah, dowry.

1. (Corresponding Author) Associate Professor, Department of Islamic Studies, University of Isfahan, Isfahan, Iran. bahrame1918@gmail.com

2. Master's degree graduate in Textual Interpretation, University of Isfahan, Isfahan, Iran. mehrimahmoudian@gmail.com

واکاوی فقهی حقوقی شمول حکم پرداخت متعه طلاق به زنان مطلقه

حمزه علی بهرامی*^۱

مهرالسادات محمودیان^۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۱۵؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۲/۰۵

Doi: 10.30497/flj.2025.246584.2045

چکیده

متعه طلاق نهادی مالی است که نظام قانونگذاری اسلام در هنگام طلاق برای زن مطلقه به عنوان هدیه وضع کرده است. اساسی‌ترین سؤال در موضوع متعه طلاق این است که متعلق حکم، مطلق مطلقه است یا قسم خاصی از آن؟ این مقاله خلاف فتوای مشهور فقها که حکم متعه را فقط برای مفوضه غیرمدخوله واجب می‌دانند، پرداخت آن را برای عموم مطلقات واجب می‌شمارد؛ از این رو پژوهش حاضر با روش تحلیلی - انتقادی از طرفی به تضعیف ادله افرادی می‌پردازد که قائل به انحصار پرداخت متعه در یک قشر خاص از مطلقات هستند و از طرف دیگر به طرح دیدگاهی مقابل دیدگاه مشهور اشاره دارد که قائل به وجوب پرداخت متعه به کلیه مطلقات است و در تلاش است دیدگاه خود را به کمک ادله فقهی محکم از جمله آیات، روایات، سیره پیشوایان دینی و عقل به اثبات رساند. یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد متعه طلاق به صورت مطلق می‌تواند واجب باشد و آثار فقهی حقوقی چندی نیز بر آن مترتب شود که از مهم‌ترین آن‌ها پایین آمدن مبلغ مهریه است و در نهایت با اثبات پشتوانه فقهی محکم جهت احقاق حقوق مالی زنان مطلقه در شرع مقدس اسلام و با وجود ادله حقوقی موجود در قانون حمایت خانواده در نظام جمهوری اسلامی، ایجاد نهادی جدید را به نام «متعه طلاق» در قانون مدنی کشور در بخش قانون حمایت خانواده پیشنهاد می‌کند.

کلیدواژه‌ها: آیه ۲۴۱ بقره، زن مطلقه، متاع، متعه طلاق، مطلقه غیرمدخوله، مفوضه البضع، مهریه.

۱. (نویسنده مسئول) دانشیار گروه معارف اسلامی دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران. bahrame1918@gmail.com

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد تفسیر اثری دانشگاه اصفهان. اصفهان، ایران.

mehrimahmoudian@gmail.com

مقدمه

براساس قرآن کریم، هنگام طلاق، بهره مالی به اسم «متعه طلاق» به زنان مطلقه تعلق می‌گیرد: «وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّعِينَ» (بقره، ۲۴۱). این آیه به همراه دلایل فقهی دیگر، به تعریف نهاد متعه طلاق به عنوان یکی از حقوق مالی زن مطلقه در نظام قانونگذاری اسلام منجر شده است. در کل بین فقهای اسلام در اصل مشروعیت پرداخت متعه طلاق اختلاف نظری وجود ندارد.^۱ آنچه مورد اختلاف است، شمولیت پرداخت این متعه به صورت مطلق یا به صورت مقید است. سؤال این جاست که متعلق حکم این متعه، مطلق مطلقه است یا قسم خاصی از آن؟ و اگر مطلق است، پرداخت آن واجب است یا مستحب؟ نظر مشهور فقها در این زمینه چیست؟ ادله دیدگاه مشهور چیست؟ آیا دیدگاه دیگری را در این زمینه می‌توان اثبات کرد؟ با چه ادله‌ای می‌توان نظریه مشهور را نقد کرد؟ و در نهایت وجوب پرداخت متعه از لحاظ حقوقی و قانونی چه دستاوردی در جهت کمک به احقاق حقوق مالی زنان مطلقه خواهد داشت؟

دیدگاه مشهور فقها در حوزه متعه طلاق، حکم آن را تنها برای زن غیرمدخوله‌ای که مهر برایش تعیین نشده است، محدود می‌کند (مهریزی، ۱۳۸۷، ص ۸۶). نگارندگان این نوشتار ابتدا مبانی فقهی دیدگاه مشهور را بیان، سپس این مبانی را نقد کرده‌اند. پس از آن دیدگاه دیگری را به عنوان دیدگاه مختار مطرح خواهند کرد که حکم پرداخت متعه را برای عموم مطلقات به صورت مطلق فرض می‌داند و بعد از آن دلایل فقهی و حقوقی خود را جهت اثبات شرح می‌دهند و در نهایت با هدف حمایت مالی قانونگذار از زن مطلقه، پیشنهاد می‌کنند نهاد جدیدی به نام «متعه طلاق» در قانون حمایت خانواده مطرح شود.

اهمیت و ضرورت بررسی مسائل خانواده و ازدواج و طلاق همواره موجب نگرش تحقیقات و طرح‌ها و تحلیل‌های فراوان در این حوزه بوده است. آمار طلاق یکی از مهم‌ترین موضوعات آمار جهانی است و نشان‌دهنده فرهنگ و وضعیت اجتماعی و موقعیت خانواده در کشورهاست. این آمار همواره از دغدغه‌های جامعه‌ها بوده و هست. طبق آخرین آماری که

۱. دلایل مشروع بودن متعه طلاق به صورت مبسوط در مقاله «متعه طلاق در مذاهب فقهی اسلامی» نوشته مرتضی رحیمی و محمد هاشم پورمولا بیان شده است (۱۳۹۴، ص ۱۳۳-۱۵۵).

آمارفکت از سازمان ثبت‌احوال ایران به دست آورده، در سال ۱۴۰۰، تقریباً از هر ۱۰۰ ازدواج، ۳۴ طلاق رخ داده، و تعداد کل طلاق‌های ثبت‌شده به حدود میزان ۱۴۴,۰۰۰ مورد رسیده است. این آمار شامل طلاق‌هایی است که در دیوان عدالت و نیز در سازمان ثبت‌احوال ثبت شده‌اند (<https://amarfact.com/note/divorce-statistics-in-iran>) و به همین میزان جمعیت فعال زن سرپرست خانوار طی سال‌های ۹۰ تا ۹۸ رشد ۲۳/۶ درصدی داشته است (<https://donya-e-eqtasad.com>). مطابق پژوهش مرکز آمار تعداد زنان سرپرست خانوار در سال ۱۴۰۰ به بیش از سه میلیون و ۵۰۰ هزار نفر در کل کشور رسیده است که تقریباً معادل ۲۰ درصد رشد سالانه است (<https://www.behzisti.ir/news/106523>)؛ بنابراین موضوع طلاق و کمک مالی به زن مطلقه بالاخص در شرایط فعلی جامعه ما که مشکلات فروپاشی خانواده‌ها در آن کم نیست، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.

خداوند متعال نیز در قوانین اسلام از حمایت زن مطلقه غافل نبوده است. اسلام بر حفظ استحکام خانواده تأکید می‌کند و طلاق را آخرین راهکار در زندگی زوج تلقی می‌کند. قرآن کریم (نساء، ۳۵) به همسران توصیه می‌کند حتی با دخالت خانواده‌ها، اختلافات را به‌صورت صلح‌آمیز حل کنند. طلاق از مبغوض‌ترین حلال‌هاست (کلینی، ۱۴۱۱ ق، ج ۶، ص ۵۴)؛ اما در مباحث اجتماعی گریزی از آن نیست. «پس از طلاق دگرگونی‌هایی در گستره شرایط اقتصادی زنان مطلقه به وجود می‌آید» (کاظمی، و میرخانی، ۱۳۸۹ ب، ص ۱۵۰؛ مهریزی، ۱۳۸۷، ص ۱۴۲). قرآن به طلاق پسندیده با نام «سراح جمیل»، که شئونات و عدالت اسلامی در آن رعایت می‌شود، اشاره می‌کند (احزاب، ۲۸، ۴۹). یکی از مصادیق سراح جمیل، کمک مالی به زن مطلقه است. امام باقر (ع) درباره آیه ۴۹ احزاب می‌فرماید: «آن‌ها را با هدیه‌ای متعارف و در حد توان زینت داد و آراسته و نیکو گردانید؛ چون آن‌ها با حزن و دلی شکسته و ترس و اندوهی بزرگ و سرکوفت و شادی دشمنانشان برمی‌گردند» (حر عاملی، ۱۴۱۲ ق، ج ۲۱، ص ۳۱۰، ح ۶؛ طوسی، ۱۴۰۷ ق ب، ج ۸، ص ۱۴۱؛ ابن بابویه، ۱۴۱۳ ق، ج ۳، ص ۳۲۷). با توجه به اینکه زن مطلقه به‌نوعی دچار شکست در زندگی می‌شود، باید با احترام و تجلیل و

حفظ آبرو به صورت آبرومندانه طلاق داده شود. در بعضی موارد پول هم می تواند مصداق تجلیل باشد (شیری زنجانی، ۱۳۸۳).

نظام قانونگذاری اسلام مانند دیگر مسائل حوزه زنان، در اینجا نیز جهت کاهش مشکلات اقتصادی به وجود آمده از طلاق چاره‌ای تحت عنوان نهاد «متعه طلاق» اندیشیده و مسلماً آنچه شارع بیندیشد بهترین مسیر جهت کاهش مشکلات خانواده و جامعه خواهد بود. صادقی تهرانی در تفسیر *الفرقان* حکمت پرداخت متعه طلاق را چنین بیان می‌کند: «همان‌طور که به هنگام ازدواج هدیه دادن مرسوم است و شارع مهریه را به عنوان هدیه مقرر کرده است، در اینجا نیز این متاع را به عنوان هدیه جدایی تعیین کرده است. پس با متاع بالمعروف، خاطر مطلقات تسکین می‌یابد و فضای حاکم بر نکاح، وفاق و دوستی خواهد شد» (۱۴۰۶ ق، ج ۴، ص ۱۱۳).

از منظر حقوقی تصویب قانون اصلاح مقررات طلاق در سال ۱۳۷۱، از تحولات بسیار خوب جهت حمایت‌های مالی از زوجه و بر مبنای فقه اسلامی بوده است و سپس وجود خلأهای موجود در آن موجب تصویب قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۹۱ شد؛ اما همچنان مشکلات عدیده در حوزه حقوق مالی زوجه گریبان‌گیر زنان مطلقه و دادگاه‌های خانواده است که رفع مشکلات جاری مستلزم اصلاح قانون در این زمینه است و به همین علت پژوهش‌های متعدد سال‌های جاری، خواستار اصلاح در قانون و رفع خلأهای موجود در موضوع حقوق مالی زنان مطلقه هستند.

پیشینه پژوهش

صاحب‌نظران در سال‌های اخیر توجه ویژه‌ای به موضوع متعه طلاق داشته‌اند و پژوهش‌هایی در این حوزه انجام داده‌اند؛ از جمله: «طلاق و سهم زن از زندگی مشترک بررسی تبصره ۶ ماده اصلاحی مقررات مربوط به طلاق»، نوشته مرتضی محمدی (۱۳۸۳)، «متعه الطلاق»، نوشته مهدی مهریزی (۱۳۸۷)، «متعه طلاق در مذاهب فقهی اسلامی» نوشته مرتضی رحیمی و محمد هاشم پورمولا (۱۳۹۴) و «بررسی فقهی نهاد حقوقی نحله در نظام حقوقی ایران»، نوشته مریم مهاجری و احمد رضا موسوی (۱۳۹۹)، پایان‌نامه‌های «مفهوم‌شناسی متاع مطلقه (مهرالمتعه)، گستره و احکام آن از منظر فقه شیعه و اهل سنت»، نوشته خدیجه بیدی (۱۳۹۳) و «متعه طلاق در مذاهب

اربعه»، نوشته ایمن محمودی (۱۴۰۱) و کتاب‌های گام‌به‌گام با حقوق خانواده، نوشته جواد حبیبی تبار (۱۳۸۰) و جایگاه متعه طلاق در نظام قانونگذاری اسلامی برگرفته از پایان‌نامه زهره کاظمی و عزت‌السادات میرخانی (۱۳۸۹) از جمله آن‌هاست. در تفسیر الفرقان (۱۴۰۶ ق) ذیل آیات متعه طلاق، مبانی تفسیری خوبی جهت اثبات اطلاق آیات متعه آمده است. جامع‌تر از همه، درس خارج فقه آیت‌الله سیدموسی شبیری زنجانی (۱۳۸۳) با موضوع کتاب نکاح و موضوع کلی مهریه در نکاح و موضوع جزئی متعه در طلاق است که در آن، استاد پس از بررسی تمامی آیات و روایات این مبحث، به صراحت عمومیت دستور متعه برای تمام مطلقات را نتیجه می‌گیرد. محققان در بیشتر پژوهش‌های صورت گرفته تا به امروز به نحوی کوشش خود را در اثبات شمولیت تعلق متعه طلاق به مطلق مطلقه انجام داده‌اند؛ اما به نظر می‌رسد هیچ‌کدام از لحاظ فقهی برای شرعی و قانونی شدن نهاد متعه، توان مقابله با نظریه مشهور را ندارند و بنابراین نمی‌توانند شورای نگهبان را در این حوزه قانع کنند.

پژوهش حاضر با استناد به استدلال‌های فقیه بزرگی چون آیت‌الله شبیری زنجانی که در علم فقه و رجال در عصر حاضر شهره است، قدرت تردید در نظریه مشهور را دارد و با آوردن مبانی فقهی قوی بر دیدگاه مختار، خواستار تصویب نهاد «متعه طلاق» در متن قانون و تعلق آن به کلیه مطلقات است. ضمن اینکه تصویب چنین نهادی به کاهش مهریه نیز کمک خواهد کرد که در کشور ما یکی از معضلات شروع ازدواج است.

روش پژوهش

روش پژوهش حاضر، ترکیب دو روش تحلیلی و انتقادی است. طبق کتاب روش‌شناسی مطالعات دینی، مطالعه تحلیلی غالباً در دو مرحله فهم و نقد انجام می‌شود که اصل، تقدم فهم بر نقد است و مهم پرداختن به فهم دقیق یک دیدگاه قبل از نقد آن است. روش تحلیلی صرفاً با توجه به مطالعه دیدگاه‌ها در پرتو تحلیل مبانی، ساختار و لوازم منطقی آن‌ها شکل می‌گیرد و با تحلیل منطقی و نه با مشاهده و تجربه عینی به شناخت می‌انجامد (فرامرزی قراملکی، ۱۳۹۵، ص ۲۵۸-۲۵۹). نگارندگان در این نوشتار با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و به روش تحلیلی به بررسی موضوع متعه طلاق پرداخته، و نظر مشهور فقها را بیان کرده‌اند؛ سپس با استفاده از روش انتقادی

مبانی فقهی و استدلال‌های ایشان را نقد و بررسی کرده، و در نهایت با روش تحلیلی - انتقادی به معرفی دیدگاه مختار و بیان ادله فقهی و تشریح نقاط قوت و ضعف آن پرداخته‌اند.

۱. متعه طلاق

اصطلاح «متعه طلاق» از عبارت «وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ» (بقره، ۲۴۱) گرفته شده است. کلمات «متاع» و «متعه» به معنای «آنچه قابل انتفاع است» هستند؛ اما این انتفاع، اندک و ناپایدار و موقتی است و پس از مدتی از بین می‌رود. این معنا در همه اقسام متعه، از جمله متعه نکاح، به چشم می‌خورد (ثعالبی، بی‌تا، ص ۳۲۸). «متعه طلاق» در اصطلاح یعنی مالی که شوهر به حسب توانگری و فقر خود پس از طلاق همسر خویش به وی می‌دهد تا در مدت عده از آن استفاده کند (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ ق، ص ۷۵۷-۷۵۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۷، ص ۱۲۵). واژه «بالمعروف» یعنی به صورتی که در شرع و قانون خوب و خوشایند به نظر آید (زمخشری، ۱۴۰۷ ق، ص ۲۸۵). «معروف» یعنی کمیت و کیفیت متاع و اعطای متاع به زنان مطلقه بدون منت و اذیت حتی با گفتن کلمه‌ای یا اشاره‌ای انجام گیرد (صادقی، ۱۴۰۶ ق، ج ۴، ص ۱۱۲). «مفوضه غیرمدخوله» زنی است که پیش از نزدیکی جدا شود و در زمان عقد نکاح مهریه‌ای برایش تعیین نشده باشد. علامه حلی می‌نویسد: «ذکر مهریه در شرط صحت نکاح دائم نیست و به چنین زنی "المرأه مفوضه البضع" بکسر الواو وفتحها گفته می‌شود» (۱۴۲۰ ق، ص ۱۳۲).

۲. حکم متعه طلاق در منابع فقهی

«متعه طلاق» مالی است که طبق منابع فقه اسلام هنگام طلاق به زن تعلق می‌گیرد. قرآن کریم در ۴ آیه (بقره، ۲۳۶، ۲۴۱؛ احزاب، ۲۸، ۴۹) و روایات فراوان به متعه طلاق اشاره کرده است. مشهور فقها (مهریزی، ۱۳۸۷، ص ۸۶) حکم پرداخت این متعه را برای عموم مطلقات واجب ندانسته، و طبق بررسی‌هایی که در نوشتار حاضر انجام شده است، ایشان با کمک دسته‌ای از آیات و روایات و ادعای اجماع، معتقد به وجوب پرداخت متعه فقط برای مطلقه مفوضه غیرمدخوله شده‌اند. به نظر آیت‌الله شبیری زنجانی، «در صورت جدایی قبل از دخول در مفوضه البضع اگرچه از بین عامه، مالک قائل به استحباب آن شده، ولی به اتفاق امامیه و مشهور بین عامه، متعه مذکور واجب است» (۱۳۸۳). امام خمینی (ره) می‌فرماید: «اگر عقدی بدون مهر

واقع شد، زن معقوده قبل از دخول مستحق چیزی نیست؛ مگر اینکه او را طلاق دهند که در این صورت چیزی به عهده مرد است که برحسب توانایی و وضع زندگی اش و دارایی و فقرش به او می دهد؛ از دینار و درهم و جامه یا حیوان یا غیر این ها که اصطلاحاً متعه گویند نه مهریه» (۱۴۰۷ ق، ص ۲۶۷). اکثر فقهای امامیه و اهل سنت به غیر از شافعی نیز به این دیدگاه معتقد هستند و حکم وجوب برای عموم مطلقات را با دلایلی مانند استحباب، تخصیص، تقیید، و نسخ منتفی می دانند.

۳. بررسی مبانی و استدلال های دیدگاه مشهور

به صورت خلاصه می توان استدلال های مشهور فقها جهت اثبات اختصاص پرداخت متعه برای مفوضه غیرمدخوله را به شرح ذیل بیان کرد:

۱-۳. آیات

حکم پرداخت متعه برای مفوضه غیرمدخوله به صراحت در آیه ۲۳۶ بقره^۱ و به طور کلی در آیه ۴۹ احزاب^۲ اثبات می شود؛ ولیکن شمولیت پرداخت متعه به دیگر مطلقات به صورت مطلق با استناد به دلایل و قواعد و اصول ذیل منتفی است و فقط در مفوضه غیرمدخوله خلاصه می شود:

– استحباب: این احتمال وجود دارد که حکم مزبور، همه زنان مطلقه را شامل شود، منتها درباره مفوضه غیرمدخوله جنبه واجب دارد و در موارد دیگر مستحب است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۱، ص ۲۱۵). آیه ۲۴۱ بقره درباره تمام مطلقات است؛ اما چون حکم را وابسته به صفت تقوا کرده است، استفاده می شود که حکم وجوبی نیست، بلکه استحبابی است (طباطبائی، ۱۳۷۴، ج ۲۰، ص ۳۷۱). با توجه به آنکه الف و لام در «المطلقات» در آیه ۲۴۱ بقره، الف و لام عهد است، وجوب متعه به مطلقه معهوده، یعنی مطلقه اشاره شده در آیه ۲۳۶ بقره محدود است؛ اما در دیگر موارد دادن متعه مستحب است (رحیمی، و پورمولا، ۱۳۹۴، ص ۱۴۵). اگر

۱. «لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ.»

۲. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسِرَّوَهُنَّ سِرًّا جَمِيلًا.»

مهریه تعیین نشده باشد، متعه واجب است و اگر تعیین شده باشد، نصف مهر بر مرد لازم است و در این صورت پرداخت متعه مستحب است (طوسی، ۱۴۰۷ ق الف، ج ۸، ص ۳۵۱). طبرسی نیز لزوم پرداخت متعه در صورت مطلق یا در غیر صورت تعیین صدق را به استحباب حمل کرده است (۱۴۱۵ ق، ج ۲، ص ۱۲۳).

- **تقیید:** اطلاق حکم آیه ۲۴۱ بقره به قیود آیات ۲۳۶ و ۲۳۷ همین سوره و آیه ۴۹ احزاب که درباره مفوضه غیرمدخوله است، تقیید خورده است؛ بنابراین وجوب پرداخت متعه برای دیگر مطلقات متفی است (کاظمی، و میرخانی، ۱۳۸۹ ب، ص ۱۵۰؛ مهریزی، ۱۳۸۷، ص ۶۷).
- **تخصیص:** عمومیت حکم آیه ۲۴۱ بقره با آیات ۲۳۶ و ۲۳۷ همین سوره تخصیص خورده؛ بنابراین وجوب پرداخت متعه برای دیگر مطلقات متفی است (فاضل جواد، ۱۳۶۵، ج ۳، ص ۲۵۵).

- **تأکید:** ظاهر آیه ۲۴۱ بقره، همه زنان مطلقه را شامل می‌شود؛ ولی به قرینه آیه ۲۳۶ این حکم درباره زانی است که مهری برای آن‌ها به هنگام عقد قرار داده نشده است و قبل از آمیزش طلاق داده می‌شوند و درحقیقت تأکیدی است (امین اصفهانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۴۴؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۱، ص ۲۱۵).

- **نسخ:** از نظر زمان نزول، ابتدا آیه ۲۴۱ بقره، پس از آن آیات ۲۳۶ و ۲۳۷ این سوره نازل شده، و سپس آیه ۲۴۱ بقره منسوخ شده است (فاضل جواد، ۱۳۶۵، ج ۳، ص ۲۵۵).

- **برائت ذمه:** مشغول‌الذمه بودن نیازمند دلیل است و قول خداوند به صورت عبارت «لا جناح» هم ذمه مرد را از پرداخت متعه خالی می‌کند و دلالت می‌کند که برای مدخوله و نیز غیرمدخوله‌ای که مهری برایش تعیین شده، متعه‌ای نیست (طوسی، ۱۴۰۷ ق ب، ص ۴۰۸-۴۲۰).

- **تقدیر در آیه:** عبارت «لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً» (بقره، ۲۳۶) در آیه ۲۴۱ بقره در تقدیر است؛ بنابراین عمومیت به همه مطلقات ندارد و درواقع تکرار و تأکیدی بر حکم آیه ۲۳۶ همین سوره است (ابوالفتوح رازی، ۱۴۰۸ ق، ص ۳۰۶).

- **مفهوم و منطوق در آیه:** پرداخت متعه به مطلقه پیش از نزدیکی و تعیین مهر به وسیله منطوق آیه

واجب است و به وسیله مفهوم آیه وجوب برای دیگر مطلقات منتفی است. از منطوق آیه ۲۳۷ بقره برمی آید که در طلاق زن مباشرت نشده دارای مهرمعین در متن عقد، شوهر ضامن پرداخت نصف مهریه اوست و مفهوم آیه دلالت دارد که در طلاق زن مباشرت شده دارای مهرمعین در متن عقد، شوهر باید تمام مهر را به او پرداخت کند (جوادی آملی، ۱۳۹۷، ج ۱۱، ص ۴۳۹).

- پرداخت نفقه دوران عده: منظور از متعه، حکم مالی جدید برای زوج نیست، بلکه مقصود همان پرداخت های مالی دوران عده طلاق است (فضل الله، ۱۴۱۹ ق، ص ۲۰۰؛ کاظمی و میرخانی، ۱۳۸۹ ب، ص ۱۵۱). این احتمال داده شده که منظور از آن، نفقه است که بسیار احتمال ضعیفی است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۱، ص ۲۱۵). شایسته است مردی که نفقه همسر خویش را در طول زندگی مشترک برعهده داشته است و حالا به سببی می خواهد از او جدا شود، متناسب با نیازهای اساسی او وسایلی مهیا کند که او حداقل هم زمان با جدایی از مرد دچار مشکل نشود (عظیم زاده اردبیلی، ۱۳۸۷، ص ۱۷).

- پرداخت مهریه: برخی متعه طلاق را با مهریه یکی دانسته اند (صادقی تهرانی، ۱۴۰۶ ق، ج ۴، ص ۱۱۳).

۲-۳. روایات

حکم پرداخت متعه برای مفوضه غیرمدخوله در روایات معتبر مثل روایت امام رضا (ع) (مجلسی، ۱۳۶۳، ج ۱۰۰، ص ۳۵۶) اثبات می شود؛ ولیکن با استناد به دلایل و قواعد و اصول ذیل، شمولیت حکم روایات متعه به صورت مطلق برای عموم مطلقات منتفی است و در مفوضه غیرمدخوله محدود می شود:

- تقیید: روایات مطلق با روایات خاصه مقید شود. به خصوص که در شأن نزول آیه چنین آمده است که برخی از صحابه گفتند اگر خواستیم متعه را پرداخت می کنیم و اگر نخواستیم نمی کنیم. پس از این سخن آیه ۲۴۱ بقره نازل شد که اهل تقوا چنین می کنند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ ق، ج ۳۱، ص ۵۸).

- استحباب: روایت شده است که متعه طلاق برای همه زنان مطلقه است؛ ولی این عمومیت استحبابی است (طوسی، ۱۴۱۳ ق، ج ۲، ص ۲۶۹؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ ق، ج ۳۱، ص ۵۸).

- تقیه: روایات مطلق حمل بر تقیه می‌شود؛ چون رأی گروهی از اهل سنت، مانند سعید بن جبیر و زهری و شافعی چنین است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ ق، ص ۵۸).
- نسخ: روایات مطلق با آیه متعه نسخ شده است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ ق، ج ۳۱، ص ۵۸).
- پرداخت نفقه دوران عده: مراد از متعه در روایات عام، نفقه است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ ق، ج ۳۱، ص ۵۸).

۳-۳. اجماع

موسوی خوانساری در این زمینه به دلیل اجماع اشاره کرده، و از قول صاحب جواهر گوید: «در مورد اختصاص وجوب متعه به زن مطلقه مفوضه البضع که مدخوله نبوده و مهریه تعیین نشده، اجماع وجود دارد» (۱۴۰۵ ق، ج ۴، ص ۳۹۹).

۴. نقد مبانی و استدلال‌های دیدگاه مشهور

اکنون به نقد مبانی و استدلال‌های مورد استفاده مشهور فقها در این زمینه پرداخته می‌شود:

۴-۱. آیات

در تفسیر و بررسی آیات متعه، عبارات و ادله ضدونقیضی در کلام فقها مشاهده می‌شود که نتیجه‌گیری ایشان درباره محدود کردن پرداخت متعه به یک قشر خاص از مطلقات را دچار تردید می‌کند:

- طلاق پیش از نزدیکی که در صورت تعیین مهر، نصف مهر را به مطلقات واجب می‌کند، در آیه ۲۳۶ بقره، منافاتی با واجب بودن متاع به مطلقات دیگر ندارد (صادقی تهرانی، ۱۴۰۶ ق، ج ۴، ص ۱۱۲).

- دیدگاه مشهور عبارت «حقاً علی المتقین» در آیه ۲۴۱ بقره را دلیل بر استحباب گرفته؛ ولی عبارت مشابه «حقاً علی المحسنین» در آیه ۲۳۶ همان سوره را دلیل بر وجوب دانسته است. آیت‌الله شبیری زنجانی (۱۳۸۳) به استدلال شیخ طوسی در الخلاف مناقشه وارد می‌کند که در جایی به سبب وجود واژه «علی» که از حروف وجوب است، مسئله وجوب متعه در مفوضه غیرمدخوله، و در عبارت مشابه استحباب را نتیجه گرفته است و می‌فرماید جای تعجب است که این گونه تناقضی از ایشان واقع شده است.

- شیخ طوسی در تفسیر تبیان از قول سعید بن مسیب گفته است که آیه ۲۳۶ بقره که به لزوم پرداخت متعه برای مفوضه غیرمدخوله اشاره دارد، به وسیله آیه ۲۳۷ نسخ شده؛ بنابراین حکم متعه کلاً برداشته شده است. سپس شیخ طوسی از قول بلخی جواب می‌دهد که این استدلال صحیح نیست؛ چون نسخ در جایی است که حکم دو آیه یکسان باشد و در این دو آیه صحبت از دو حکم است (طوسی، ۱۴۱۳ ق، ج ۲، ص ۲۷۲). نظر نسخ در این آیه سست و بی‌اساس است. چگونه ممکن است آیه لاحق، ۲۴۱ بقره، با آیه قبلش، ۲۳۶ بقره، منسوخ شود (صادقی تهرانی، ۱۴۰۶ ق، ج ۴، ص ۱۴۱-۱۴۲)؟

- حکم متعه طلاق، حکمی جداگانه از مهریه و نفقه است؛ وگرنه به همان اسم در آیات قرآن بیان می‌شد.

۲-۴. روایات

با توجه به نکات و دلایل زیر، ادله روایی جهت تأیید نظریه مشهور در پرداخت متعه طلاق تضعیف می‌شود:

- در روایات اهل سنت، مطلبی از پیامبر (ص) در تخصیص متعه طلاق منقول نیست و تمامی منقولات برداشت‌های صحابه از آیات قرآنی است. در روایات شیعی نیز تا زمان امام صادق (ع) روایتی بر تخصیص در دست نیست و روایات منقول از امیرالمؤمنین (ع) و امام باقر (ع) به عمومیت دلالت دارد. تنها در روایات منقول از امام صادق (ع) این تخصیص به چشم می‌خورد که روایات آن حضرت نیز به صورت متعارض به دست ما رسیده است (مهریزی، ۱۳۸۷، ص ۸۱).

- بررسی روایات نشان می‌دهد غالب آن‌ها دلالت بر عمومیت متعه طلاق دارد و تنها سه روایت است که در وسائل الشیعه به عنوان مخالف آورده، و ممکن است از آن اختصاص فهمیده شود. اولاً این سه روایت را مرحوم کلینی در کافی نقل نکرده است و این خود جای تأمل دارد؛ ثانیاً از این سه روایت، روایت نخست خلاف رأی مشهور است و این روایت نه برای مشهور استناد می‌شود و نه برای غیرمشهور. دو روایت دیگر با روایات دیگر مخالفت آشکار دارد؛ چون در آن‌ها به صراحت در تمامی صور طلاق پیش از وقوعه و پس از وقوعه لزوم تمتیع بیان شده، و این دو روایت با آن ناسازگار است و پس از معارضه هر دو ساقط می‌شوند و آیات

قرآنی و روایات دیگر که بر عمومیت دلالت دارند، به عنوان مرجح باقی می ماند (مهریزی، ۱۳۸۷، ص ۸۰).

- به گفته صاحب جوهر (۱۴۰۴ ق) نیز روایات صحیح بسیاری دال بر عمومیت متعه وجود دارد؛ ولی نباید به عمومیت آن ها ملتزم شد، بلکه باید آن ها را با تقیید، نسخ، تقیه و غیره چاره جویی کرد و این سخن ما را به عمومیت پرداخت متعه نزدیک تر می سازد.

- طبق قاعده «اثبات شیء نفی ما عدا نمی کند»، وجود روایاتی که به پرداخت متعه برای مطلقه غیرمدخوله اشاره می کند، دلیلی برای عدم وجوب پرداخت متعه برای دیگر مطلقات نیست؛ چون ممکن است از معصوم (ع) درباره این نوع خاص از طلاق سؤال شده باشد یا تفسیر آیات راجع به طلاق غیرمدخوله باشد.

- اگر طبق گفته مرحوم صاحب جوهر (۱۴۰۴ ق، ج ۲، ص ۵۸) روایات مطلق حمل بر تقیه شود، در جواب گفته می شود این حمل بر تقیه صحیح نیست؛ چراکه در بین عامه وجوب، شهرت نداشته است که نیاز به تقیه باشد. مضافاً به اینکه «التقیة تقدر بقدرها» یعنی در موارد تقیه به مقداری که تقیه با آن تحقق پیدا کند، مجاز و معمول است؛ درحالی که در این روایات علاوه بر بیان حکم به لزوم، استدلال به آیات نیز آمده است، باینکه تحقق تقیه توقفی بر این استدلال زائد نداشته است (شیری زنجانی، ۱۳۸۳).

۳-۴. اجماع

جهت بررسی وجود یا عدم وجود اجماع در اختصاص پرداخت متعه به مفوضه غیرمدخوله، به آراء تعدادی از متقدمان شیعه اشاره می شود:

۳-۴-۱. شیخ کلینی

ایشان در فروع کافی در بابی با عنوان متعه الطلاق، به پنج حدیث اشاره می کند. تمامی این احادیث دلالت بر لزوم متعه در همه انواع طلاق دارد و هیچ روایتی را به مخالفت نقل نکرده است (مهریزی، ۱۳۸۷، ص ۷۷). فتوای او به ظاهر، وجوب متعه برای عموم است.

۳-۴-۲. شیخ صدوق (ابن بابویه)

ایشان در من لایحضره الفقیه تنها روایاتی را نقل می کند که دلالت بر وجوب متعه در مدخوله

می‌کنند (۱۴۱۳ ق، ص ۵۰۵). روایاتی که کلینی در *اصول کافی* در این زمینه نقل کرده، تفصیل در مدخوله را نقل نکرده است؛ ولی یکی از روایات آن راجع به ثبوت متعه در غیرمدخوله را تفصیل داده است. به هر حال فتوای شیخ به حسب ظاهر کتاب او، وجوب متعه برای عموم است (شبیری زنجانی، ۱۳۸۳).

۴-۳-۳. طبرسی

ایشان در *مجمع البیان* در ذیل آیه ۲۳۶ بقره، قول به وجوب مطلق یا وجوب در غیرصورت تعیین صدق را به عنوان «قیل» آورده، و خود لزوم پرداخت متعه را در این صورت به استحباب حمل کرده است (طبرسی، ۱۴۱۵ ق، ج ۲، ص ۱۲۳).

۴-۳-۴. سید مرتضی (علم الهدی)

ایشان در *ناصریات* که مسئله را عنوان کرده، اصلاً حکم مدخوله را مطرح نکرده است (۱۴۱۷ ق، ص ۳۳۴)؛ از این رو ممکن است ایشان هم با کلینی موافق باشد (شبیری زنجانی، ۱۳۸۳).

۴-۳-۵. علامه حلی

علامه حلی به وجوب دادن متعه به همه زنانی که به اسبابی مانند طلاق، لعان، ارتداد، فسخ، موت زوج، رضاع، از همسر خود جدا می‌شوند، گرایش نشان داده است (۱۴۱۸ ق، ج ۷، ص ۱۶۱).

۴-۳-۶. شیخ طوسی

به نظر می‌رسد شیخ طوسی در *المبسوط* به دیدگاه وجوب مطلق متعه گرایش دارد. ایشان از آیه ۲۴۱ بقره وجوب متعه برای عموم مطلقات را نتیجه گرفته است؛ اما در کتاب *الخلاف* از تفصیل مزبور دست کشیده و به دیدگاه مشهور گرایش یافته است (۱۴۰۷ ق ب، ص ۴۰۸-۴۲۰).

۴-۳-۷. فیض کاشانی

ایشان طبق آیه ۲۴۱ بقره و حدیث «متعة النساء واجبة دخل بها أولم يدخل بها ويمتع قبل أن يطلق» حکم متعه را برای همه مطلقات واجب می‌داند و این آیه را تعمیم بعد از تخصیص معرفی می‌کند (فیض کاشانی، ۱۴۱۵ ق، ج ۱، ص ۲۷۰).

۸-۳-۴. شیخ حر عاملی

ایشان در *وسائل الشیعه* سه باب را به این مسئله اختصاص داده، و مانند دیدگاه مشهور لزوم متعه را مستحب می‌داند؛ اما بررسی روایاتی که ایشان ذکر کرده است، نشان می‌دهد غالب آن‌ها دلالت بر عمومیت متعه طلاق دارد و تنها سه روایت است که در *وسائل الشیعه* به عنوان مخالف آورده است و ممکن است از آن‌ها اختصاص فهمیده شود (مهریزی، ۱۳۸۷، ص ۷۷).

۹-۳-۴. شیخ بحرانی

مرحوم صاحب *حدائق* درباره مدخوله در فتوا دادن توقف کرده است (بحرانی، ۱۴۲۳ ق، ج ۲۴، ص ۴۷۹).

۱۰-۳-۴. کاشف الغطاء

ایشان می‌گوید: «بعضی از فقهای ما متعه را برای هر نوع فسخی که تنها از ناحیه زوج یا هر دو نفر زوجین ایجاد شده باشد، واجب دانسته‌اند؛ اما این دیدگاه، ضعیف است» (کاشف الغطاء، ۱۴۱۲ ق، ص ۲۲۲).

۱۱-۳-۴. نجفی (صاحب جواهر)

ایشان خبر زراره از امام صادق (ع) صحیح حلی، روایت دیگر حلی از امام صادق (ع)، صحیح حفص، روایت بنظی و حدیث جابر از امام باقر (ع) را دلالت بر عمومیت متعه دانسته است؛ ولی می‌گوید نمی‌توان به این عمومیت ملتزم شد، بلکه باید آن را با تقیید، نسخ، تقیه و غیره چاره‌جویی کرد (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ ق، ج ۳۱، ص ۵۷)؛ ولی در جایی دیگر می‌گوید: چه بسا دادن متعه به زنی که هر دو سبب جدایی هستند، مانند خلع و نیز زنی که به سبب فرد سوئی از شوهرش جدا شده، نیز واجب است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ ق، ج ۳۱، ص ۵۸).

۱۲-۳-۴. نوری

ایشان در کتاب *مستدرک الوسائل* روایاتی در باب متعه طلاق آورده است؛ از جمله روایت ابی جعفر که ظهور در عمومیت وجوب متعه برای کلیه مطلقات دارد: «متعه زنان واجب است، چه با آن‌ها نزدیکی شده باشد چه نشده باشد» (نوری، ۱۴۱۱ ق، ص ۸۸-۹۱)؛ بنابراین با توجه به وجود آراء مخالف در بین قداما، ادعای اجماع بر عدم لزوم متعه برای مدخوله زیرسؤال است

و در صورت طلاق پس از دخول ظاهراً اجماعی در مسئله وجود ندارد (شیرازی زنجانی، ۱۳۸۳). شاید بتوان گفت با توجه به آراء فقهای متقدم که در اینجا اشاره شد، اجماعی که موسوی خوانساری (۱۴۰۵ ق، ج ۴، ص ۳۹۹) از قول صاحب جواهر مطرح کرده است، فقط اختصاص به حکم وجوب تعلق متعه به مفوضه غیرمدخوله داشته، نه به عموم مطلقات، و در این زمینه خلط مبحث شده است. فقیه از آیات و روایات وجوب پرداخت متعه برای عموم مطلقات را نتیجه می‌گرفته؛ اما حرمتی که به نظر مشهور در ذهنش وجود داشته، مانع از فتوا خلاف مشهور شده است.

در مجموع طبق نقدهای موجود بر مبانی فقهی دیدگاه مشهور از جمله آیات و روایات و اجماع، هر سه مبنا محل تردید است؛ بنابراین ممکن است خلاف نظر مشهور فقها، حکم فقهی پرداخت متعه فقط مختص به مفوضه غیرمدخوله نباشد و شاید بتوان شمولیت پرداخت آن را به کلیه مطلقات هم سرایت داد.

۵. دیدگاه مختار

در مقابل نظریه مشهور با استفاده از آیات، روایات، سیره پیشوایان دینی، عقل و با بررسی قانون حمایت خانواده در نظام جمهوری اسلامی، شاید بتوان حکم متعه طلاق را از انحصار در مفوضه غیرمدخوله خارج کرد و به وجوب پرداخت متعه برای کلیه مطلقات حکم داد. همان‌گونه که در بیان دیدگاه مشهور گذشت در وجوب پرداخت متعه به مفوضه غیرمدخوله اختلاف نظری وجود ندارد. مشکل اصلی در اثبات وجوب پرداخت متعه طلاق «مدخوله» است. جهت اثبات این دیدگاه از ادله فقهی و حقوقی زیر کمک گرفته می‌شود:

۶. اثبات دیدگاه مختار

۱-۶. آیات

به نظر می‌رسد اصلی‌ترین دلیل بر رد دیدگاه مشهور، آیات قرآنی است؛ چراکه از آیه مرتبط، دو آیه هیچ‌گونه قیدی ندارد و دلیلی هم ندارد که از ظاهر آیات، که داخل در عمومیت مطلقات است، دست کشیده شود. آیه ۲۴۱ بقره پرداخت متعه را به صورت مطلق بیان می‌دارد و حکمی که در آیه ۲۳۶ همین سوره اشاره شده، راجع به اذن شارع در طلاق مفوضه غیرمدخوله است؛ نه

اینکه بخواهد متعه را فقط برای این دسته خاص محدود کند. حکم آیه ۴۹ احزاب هم درصدد بیان عدم وجود عده طلاق برای زن غیرمدخوله است نه اینکه بخواهد متعه را فقط به این دسته خاص محدود کند؛ به همین دلیل سخنی هم از تعیین مهریه و عدم آن هم در میان نیست.

در آیه ۲۸ احزاب، مخاطب زنان پیامبرند (ص) که مدخوله بودند؛ بنابراین حکم متعه تنها اختصاص به مفوضه غیرمدخوله ندارد؛ جز آنکه این آیه را دستور خاص پیامبر (ص) و همسران ایشان بدانیم که قرینه‌ای مانند عبارت «خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ» (احزاب، ۵۰) یا عبارت «يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِنَ النِّسَاءِ» (احزاب، ۳۲) نیز در این آیه مشاهده نمی‌شود و علی‌الظاهر مخاطب عموم جامعه است. والله اعلم. آیت‌الله شبیری زنجانی (۱۳۸۳) پس از بررسی آیات متعه طلاق در قرآن کریم می‌فرماید: «اگر ما بودیم و آیات قرآنی مذکور و با صرف نظر از روایات، باید حکم می‌کردیم به وجوب متعه برای عموم مطلقات». از جمله اختلافات مهم در به وجود آمدن دیدگاه‌های مختلف در تفسیر آیات متعه می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

۱-۶. معانی مختلف واژه «أَوْ» در آیه ۲۳۶ بقره

برخی مفسران ملاحظه کرده‌اند که در صورت گرفتن معنای ظاهری حرف «أَوْ» در عبارت «مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً» (بقره، ۲۳۶)، مدلول آیه با اختصاص لزوم متعه به صورت عدم فرض و عدم دخول که مقتضای مذهب است، ناسازگار می‌شود و از این رو یا «أَوْ» را به معنای «و» (ابوالفتوح رازی، ۱۴۰۸ ق، ص ۳۰۶) یا به معنای «أَلَا أَنْ» (زمخشری، ۱۴۰۷ ق، ۲۸۴؛ کاشانی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۳۸) گرفته‌اند؛ اما برخی تفاسیر دیگر حرف «أَوْ» را به معنای خودش یعنی «تقسیم» گرفته‌اند؛ زیرا اراده معانی دیگر، خلاف ظاهر است و قرینه‌ای بر آن نیست (طوسی، ۱۴۱۳ ق، ص ۲۶۹؛ طبرسی، بی‌تا، ص ۴۵؛ صادقی تهرانی، ۱۴۰۶ ق، ص ۴؛ جوادی آملی، ۱۳۹۷، ج ۱۱، ص ۴۳۹). در نتیجه اگر «أَوْ» به معنای ظاهری خودش در نظر گرفته شود، آیه شامل سه صورت خواهد بود:

الف - عدم دخول با تعیین مهر،

ب - عدم دخول با عدم تعیین مهر،

ج - عدم تعیین مهر با دخول؛

بنابراین آیه در همه حالات اطلاق دارد و در هر صورت قائل به لزوم متعه است.

۲-۱-۶. وجوب عمومیت حکم در آیه ۲۴۱ بقره به صورت مطلق

از جمله دلایل اختلاف نظر در متعه این است که آیا حقیقت فعل «متعوهن» در آیات دال بر وجوب است یا استحباب؟ عبارات «حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ» و «حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ» این تصور را ایجاد کرده است که دادن متعه در فرض مزبور مستحب است نه واجب؛ حال آنکه از طرفی جملات مزبور با وجوب متعه منافاتی ندارند؛ زیرا حرف جرّ «عَلَى» کلمه وجوب است؛ از طرف دیگر جملات مزبور برای تحریک مردم برای انجام کارهای نیک و خیرخواهانه از جمله متعه بیان شده‌اند و منافی وجوب متعه نیستند (رحیمی، و پورمولا، ۱۳۹۴، ص ۱۵۲). تفسیر الفرقان قائل شدن به این امر را که احسان می‌تواند امر مستحبی باشد، رد می‌کند؛ چنان‌که احسان به والدین هم واجب است (صادقی تهرانی، ۱۴۰۶ ق، ج ۴، ص ۱۱۳). واژه «حَقًّا» نشان وجوب پرداخت متاع است نه استحباب آن، چنان‌که عُرف از جمله «حقّی برعهده فلانی است»، بدهکار بودن او را می‌فهمد (جوادی آملی، ۱۳۹۷، ج ۱۱، ص ۵۱۴-۵۲۲).

۳-۱-۶. بررسی مدلول عبارت «لاجناح» در آیه ۲۳۶ بقره

آیه در صدد بیان این نکته است که حکم طلاق حتی درباره ازدواجی که دخولی صورت نگرفته، یا مهری تعیین نشده، هم اشکال ندارد. به گفته مهریزی (۱۳۸۷، ص ۷۶) قیود ذکر شده در آیه برای محدود ساختن تمتیع نیست؛ چراکه آن قیود در ذیل نفی جناح از این گونه طلاق است و حکم تمتیع حکم دیگری است که در ادامه بیان شده است؛ بنابراین اثبات تمتیع در این گونه طلاق، نافی صور دیگر نیست که در آیه ۲۴۱ بقره بدان تصریح شده بود. به نظر آیت‌الله جوادی آملی (۱۳۹۷، ج ۱۱، ص ۵۱۷)، مراد از نفی جناح در آیه، نفی حکم تکلیفی حرمت است نه نفی آثار مالی آن، و به نظر آیت‌الله شبیری زنجانی (۱۳۸۳) دلالت آیه بر مفهوم شرط در آیه ۲۳۶ بقره وجود ندارد؛ چراکه آیه شریفه ثبوت متعه برای مطلقات را با ادوات شرط، به یک یا چند شرط مشروط نکرده است تا اینکه مفهوم شرط برای حکم به متعه درست شود؛ یعنی عدم دخول و عدم فرض مهر به صورت جمعی، شرط برای متعه قرار نگرفته‌اند تا اینکه اختصاص متعه برای صورت مذکور ثابت بشود؛ بلکه در واقع آیه در صدد نفی جناح و گناه از

طلاق است و از این رو منافاتی با آیه دال بر متعه برای همه مطلقات ندارد.

۶-۲. روایات

همان گونه که بیان شد در وجوب پرداخت متعه به مطلقه غیر مدخوله اختلاف نظری وجود ندارد و مشکل اصلی درباره اثبات وجوب پرداخت متعه طلاق به «مدخوله» است. آیت الله شبیری پس از بررسی روایات صحیحه وارد شده در متعه طلاق در دو بخش روایات غیر مدخوله و مدخوله می فرماید:

در بررسی روایی، هیچ روایت تامی که معارض با روایات دلالت کننده بر وجوب متعه برای مطلقه مدخوله باشد، وجود ندارد. مقتضای قاعده در خود روایات این است که مدخوله هم مهر و هم متعه دارد. البته برخی روایات هم به عنوان معارض با این روایات وارد شده است؛ لکن یا از حیث سند یا از جهت دلالت مورد خدشه اند.^۱

۶-۲-۱. روایات وجوب پرداخت متعه در مدخوله

– صحیحه فضیل بن یسار: الحسن بن محبوب عن جمیل بن صالح عن الفضیل بن یسار قال سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل قال لامرأته قد جعلت الخيار إليك فاختارت نفسها قبل أن تقوم قال يجوز ذلك عليه فقلت فلها متعة قال نعم قلت فلها ميراث إن مات الزوج قبل أن تنقضي عدتها قال نعم وإن ماتت هي ورثتها الزوج (حر عاملی، ۱۴۱۲ ق، ج ۲۲، ص ۹۷، ح ۲۸۱۱۹-۱۷): دلالت روایت با توجه به فرض عده در ذیل روایت، صورت مدخوله بودن زن حتماً مشمول حکم به متعه است و نمی توان گفت که مورد سؤال در ذیل روایت غیر از مورد سؤال در صدر است؛ چرا که همه ضمایر به او برمی گردد.

– روایت حلبی: أحمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي عن عبد الكريم عن الحلبي عن أبي عبد الله (ع) في قول الله عز وجل (وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَمِّينَ) قَالَ مَتَاعُهَا بَعْدَ مَا تَنْقُضِي عِدَّتَهَا (عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ) وَكَيْفَ لَا يُمْتَعُهَا وَهِيَ فِي عِدَّتِهَا تَرْجُوهُ وَيَرْجُوها وَيُحْدِثُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ بَيْنَهُمَا مَا يَشَاءُ وَقَالَ إِذَا كَانَ الرَّجُلُ مُوسِعًا عَلَيْهِ مَتَعَ امْرَأَتَهُ بِالْعَبْدِ وَالْأَمَةِ وَالْمُقْتِرِ يُمْتَعُ بِالْحَنِطَةِ وَالشَّعِيرِ وَ

۱. در اینجا فقط به ذکر چند روایت درباره مدخوله که از نظر آیت الله شبیری از حیث دلالت و سند صحیح است، بسنده شده است.

الزَّيْبِ وَالثَّوْبِ وَالدَّرَاهِمِ وَإِنَّ الْحَسَنَ بْنَ عَلِيٍّ عَمَّ مَتَّعَ امْرَأَةً لَهُ بِأَمَةٍ وَلَمْ يُطْلَقِ امْرَأَةً إِلَّا مَتَّعَهَا (بروجردی، ۱۳۸۰ ق، ج ۲۶، ص ۵۶۸، ح ۸۹۱-۳۹۱۷۲)، دلالتش با توجه به مطرح کردن مسئله عده و قرار دادن مطلقه مذکور در تحت شمول آیه «وللمطلقات متاع» روشن است که شامل مدخوله است. علاوه بر اینکه متعارف مطلقات هم مطلقات مدخوله اند.

– صحیحہ علی بن رثاب: عن زرارة عن ابي جعفر (ع) قال مُتَّعَةُ النِّسَاءِ وَاجِبَةٌ دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا وَيُمْتَعُ قَبْلَ أَنْ يُطْلَقَ (بروجردی، ۱۳۸۰ ق، ج ۲۶، ص ۵۷۰، ح ۸۹۵-۳۹۱۷۶): این روایت هم از حیث سند و هم از جهت دلالت خوب است و دلالت آن بر متعه در مدخوله و غیر مدخوله بالصراحه است.

۲-۲-۶. روایات معارض با وجوب پرداخت متعه در مدخوله

چند روایت در بین اخبار است که ممکن است معارض با روایات قبلی باشند:^۱

– صحیحہ حفص بن البختری: علی ابن ابراهیم عن ابيه عن ابن ابی عمیر عن حفص بن البختری عن ابي عبدالله (ع) فِي الرَّجُلِ يُطْلَقُ امْرَأَتَهُ أَيْمَتُّهَا قَالَ نَعَمْ أَمَّا يُحِبُّ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْمُحْسِنِينَ أَمَّا يُحِبُّ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْمُتَّقِينَ (بروجردی، ۱۳۸۰ ق، ج ۲۶، ص ۵۶۲، ح ۸۷۲-۳۹۱۵۳). استدلال عدم وجوب در مدخوله: جواب امام (ع) مطابق با استحباب است؛ چون تعبیر به «أما يحب» یعنی آیا دوست ندارد، در آن آمده است و با استحباب می خواند و قهراً به واسطه این روایت از ظهور روایات قبلی در وجوب متعه رفع ید می شود. جواب استدلال: اولاً التزام به این معنا توقف دارد بر اینکه دو عبارت «حقاً علی المحسنين» و «حقاً علی المتقين» را ظاهر در استحباب بدانیم؛ درحالی که فقط بعضی از اهل سنت قائل به آن هستند و خود این آقایان، آن را قبول ندارند؛ ثانیاً اگر گفته شود «آیا دوست نداری از آتش رهایی یابی» آیا این جمله ظاهر در استحباب است؟ چنین نیست؛ همان طور که نمی توان گفت آیه «أَلَا تُحِبُّونَ أَنْ يَغْفِرَ اللَّهُ لَكُمْ» (نور، ۲۲) ظهور در استحباب طلب غفران الهی دارد؛ چون واجب است انسان تحصیل غفران کند؛ پس این گونه تعبیر متعارف است و منافاتی با وجوب ندارد.

۱. در اینجا فقط به ذکر چند روایت که از نظر آیت الله شبیری از حیث دلالت و سند صحیح است، بسنده شده است.

— روایت فقه الرضا: کل من طلق امرأته من قبل أن يدخل بها فلا عدة عليها منه فان كان سمي لها صداقاً فلها نصف الصداق فان لم يكن سمي لها صداقاً فلا صداق لها ولكن يمتعها بشيء قل او كثر على قدر يساره و يقرأ الآية (علي بن موسی، ۱۳۸۹، ص ۲۴۲). استدلال اختصاص به غیرمدخوله: چون کتاب مذکور یک کتاب فتوایی است و کتاب فتوایی باید موارد وجوب متعه را بیان کند، از اینکه در یک جا وجوب متعه را بیان کرده است و درباره مورد یا موارد دیگری سکوت کرده است، معلوم می شود مورد واجب را منحصر به صورت مذکور می داند. جواب استدلال: کتاب فقه رضوی تألیف امام معصوم نیست و یک شاهدش این است که باینکه بسیاری از فتاوی شیخ صدوق و پدرش مطابق با فقه رضوی است؛ ولی حتی در یک جا هم آن فتوا را به امام رضا (ع) نسبت نداده اند.

در نتیجه آیت الله شبیری زنجانی (۱۳۸۳) با توجه به تام بودن سند و دلالت برخی از روایات بر لزوم متعه مطلقه به نحو مطلق، خصوصاً صحیحہ علی بن رثاب که تصریح بر مدخوله و غیرمدخوله داشت و نظر به اینکه آن مقداری که مدلول روایات مفصله بین فرض مهر و عدم فرض مهر در غیرمدخوله بود، عدم متعه در صورت فرض مهر و تعلق نصف مهر بود؛ بنابراین، این یک صورت را از تحت عمومات و مطلقات مذکور خارج کرده است و در غیر آنکه صورت مدخوله بودن و صورت عدم ذکر مهر با عدم دخول است، به اقتضاء روایات، حکم به لزوم متعه به صورت احتیاط و جویی می دهند که البته این حکم درباره مفوضه غیرمدخوله از مسلمات است.

۳-۶. سیره پیشوایان دینی

از شواهد اثبات پرداخت متعه به کلیه مطلقات، مواردی از سیره معصومان علیهم السلام منقول است. در سیره پیامبر (ص) و امام حسن (ع) این مطلب گزارش شده است که هرگاه طلاق صورت گرفته، همراه تمتیع بوده است (مهریزی، ۱۳۸۷، ص ۸۱-۸۲).^۱

۴-۶. عقل

دین، از یک طرف تأمین هزینه های زندگی زنان را بر عهده مردان گذاشته، و از طرف دیگر حکم اصلی مهریه، نقداً در ابتدای ازدواج بوده است؛ بنابراین زن بعد از طلاق، به چه نحوی باید

۱. پنج روایت در این خصوص در مقاله «متعه الطلاق» (۱۳۸۷) ذکر شده است.

مسائل اقتصادی خود را تأمین کند؟ آیا شریعت جامع اسلامی چاره‌ای نیندیشیده است؟ همچنین از لحاظ عقلی اگر جبران بخشی از خسارت زن مطلقه از حکمت‌های پرداخت متعه طلاق دانسته شود، این امر درباره مطلقه مدخوله اهمیت بیشتری دارد؛ چون زن مدخوله در مقایسه با زن غیرمدخوله آسیب بیشتری را متحمل شده است؛ بنابراین اگر حکم پرداخت متعه برای غیرمدخوله واجب باشد، به دلیل اولی پرداخت آن برای مدخوله نیز حکم وجوب را خواهد داشت. اگر علت حکم پرداخت متعه از جانب شارع را تألیف قلوب و جبران خسارت زن مطلقه بگیریم، پس از طریق تنقیح مناط به این نتیجه می‌رسیم که چون همه زنان مطلقه در حین طلاق از لحاظ معنوی و مادی دچار خسران می‌شوند و فرقی بین مطلقه مدخوله و غیرمدخوله نیست؛ بنابراین حکم به پرداخت متعه مربوط به کلیه مطلقات است و نه فقط یک دسته از زنان مطلقه (کاظمی، و میرخانی، ۱۳۸۹، ص ۱۵۱). صاحب جواهر نیز به تنقیح مناط در این زمینه اشاره کرده است (۱۴۰۴ ق، ۵۸/۳۱).

۵-۶. ادله حقوقی

در کشور ما براساس مقررات دین مبین اسلام، ماده واحده قانون اصلاح مقررات طلاق مصوب ۱۳۷۱، زوجی را که خواهان طلاق است، مکلف به پرداخت حقوق مالی زوجه شامل مهریه، نفقه، جهیزیه و تنصیف اموال کرد و سپس وجود خلأهای موجود در آن باعث تصویب قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۹۱ شد و از این طریق دو نهاد «نحله» و «اجرت‌المثل» به حقوق مالی زوجه افزوده شد که مطابق تبصره ماده ۳۳۶ قانون مدنی تعیین، و به زوجه پرداخت شد. از عمده‌ترین دلایلی که در معاملات، عامل را مستحق دریافت اجرت‌المثل می‌داند «قاعده احترام» است و به این معناست که اگر عملی را مسلمانان انجام دهند، آن عمل محترم است و اجرت آن باید پرداخت شود (مصطفوی، ۱۴۱۲ ق، ص ۴۵). این قاعده نه تنها در صورت توافق طرفین، بلکه حتی در صورت فساد معامله نیز با اعتقاد به احیای حقوق مستحق، پرداخت اجرت‌المثل را لازم می‌داند (احمدیه، ۱۳۸۳، ص ۲۹۲-۳۱۹). آنچه از کلام فقها به دست می‌آید، تعلق اجرت‌المثل به خدماتی است که زن در منزل شوهر انجام داده است و جزو وظایف شرعی

و قانونی او نیست. این دیدگاه از این حیث که در ایران مبنای قانونی پیدا کرده است، در حال حاضر در سیستم حقوقی کشورمان لازم‌الاتباع است (خاتونی، و همتی حاجی پیرلو، ۱۴۰۰، ص ۷). درباره «نحله» در بند (ب) تبصره ۶ قانون اصلاح مقررات راجع به طلاق که نسخ نشده، چنین آمده است: «با توجه به سنوات زندگی مشترک و نوع کارهایی که زوج در خانه شوهر انجام داده و وسع مالی زوج، دادگاه مبلغی را از باب بخشش، نحله، برای زوج تعیین می‌نماید». از لحاظ حقوقی مبنای نحله را می‌باید در قواعد مسئولیت مدنی جست‌وجو کرد و در صورت عدم تعلق اجرت‌المثل به زوج مطلقه، مبلغ آن برحسب سنوات زندگی مشترک و نوع کارهای زوج و وضعیت مالی زوج محاسبه می‌شود (ابهری و دیگران، ۱۴۰۱، ص ۱۱). مبنای فقهی نحله، همان مبنای فقهی متعه طلاق است.

براساس ماده ۱۱۰ قانون مدنی «زن و شوهر مکلف به حسن‌معاشرت بایکدیگرند» که به معنای خوش‌رفتاری و برخورد شایسته و متعارف بوده و بدرفتاری زوجین اقدامی خلاف قانون و ضد دین اسلام و مغایر اخلاق حسنه تلقی می‌شود. این قانون برگرفته از جمله «عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (نساء، ۱۹) است. از مصادیق «اصل معروف» در نظام حقوقی خانواده می‌توان تأمین نفقه زوج و طفل، عمل به معروف و رعایت حسن‌معاشرت توسط زوج و زوج و رعایت معروف در حین طلاق شامل پرداخت کالا به زن، متعه، و نگه داشتن زن یا جدا شدن از وی بدون اذیت‌وآزار را نام برد (عظیم‌زاده اردبیلی، ۱۳۸۷، ص ۵، ۱۲، ۱۶).

طبق دیدگاه مشهور فقها در قانون کشور ما پرداخت متعه طلاق به نام نهاد «مهرالمتعه» فقط برای مفوضه غیرمدخوله الزامی است که در حال حاضر یکی از انواع مهریه به حساب می‌آید. مورد تأدیه مهرالمتعه تنها در صورتی است که همه این شرایط باهم محقق شود: ۱. در عقد نکاح مهر معین نشود یا عدم مهر شرط شده باشد یا مهریه به دلیل مجهول‌بودن یا مالیت نداشتن باطل باشد؛ ۲. به واسطه طلاق بین زوجین جدایی حاصل شود نه به واسطه فسخ یا انفساخ نکاح یا فوت؛ ۳. طلاق قبل از مباشرت بین زوجین رخ دهد؛ ۴. طلاق از جانب مرد باشد، یعنی مرد همسر خود را طلاق دهد؛ ۵. مهرالمتعه مختص ازدواج دائم است (توکلی، ۱۳۶۲، ج ۲، ص ۵۲-۵۳).

یافته‌های پژوهش

«متعۀ طلاق» یک نهاد مالی است که نظام مقدس اسلام برای زن مطلقه قائل شده است. در پژوهش حاضر شمولیت وجوب پرداخت آن برای عموم زنان مطلقه بررسی شد. ابتدا مبانی فقهی دیدگاه مشهور که حکم به پرداخت متعه به صورت مقید فقط برای مفوضه غیرمدخوله دارد، بیان شد، سپس این مبانی نقد شد. پس از آن دیدگاه مختار که حکم پرداخت متعه را برای عموم مطلقات به صورت مطلق فرض می‌داند، بیان شد و نهایتاً این دیدگاه به کمک آیاتی مانند آیه ۲۴۱ بقره^۱، روایاتی مانند «إن متعۀ المطلقۀ فریضه» (طوسی، ۱۴۰۷ ق الف، ج ۸، ص ۱۴۱)، سیره پیشوایان دینی، عقل و با بررسی قانون حمایت خانواده، به اثبات رسید. در مجموع در مبحث عمومیت حکم پرداخت متعه طلاق نتایج زیر حاصل شد:

۱. آیت الله شبیری زنجانی، ادله فقهی مورداستفاده دیدگاه مشهور (شامل آیات و روایات و اجماع) را به این صورت نقد فرمود: در بررسی آیات وارد شده در موضوع، اگر ما باشیم و آیات قرآنی مذکور و با صرف نظر از روایات، حکم به وجوب متعه برای عموم مطلقات داده می‌شود. در بررسی روایات وارد شده در این زمینه باید گفت هیچ روایت تامی که معارض با روایات دلالت کننده بر وجوب متعه برای مطلقه مدخوله باشد، وجود ندارد تا اینکه از دلالت آن‌ها بر وجوب دست کشیده شود. بنابراین اگر از ناحیه فتاوی اشکال وارد نباشد، مقتضای قاعده در خود روایات این است که مدخوله، مهر و متعه را همزمان دارد. و درباره اجماع وارد شده به عدم وجوب پرداخت متعه به تمامی مطلقات باید گفت با توجه به وجود نظر مخالف در قدمای امامیه در این زمینه ادعای اجماع بی اساس است.

۲. بنابراین ادله فقهی دیدگاه مشهور تضعیف می‌شود.

۳. ادله فقهی شامل آیات و روایات، سیره پیشوایان و عقل، پرداخت متعه را از حالت استصحاب، تخصیص، تقیید، نسخ، تقدیر و... خارج می‌کند و حکم وجوب آن برای عموم مطلقات به اثبات می‌رسد.

۱. «وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّعِينَ»

۴. در نتیجه پس از واکاوی‌های فقهی در ادله موجود، حکم پرداخت متعه طلاق به کلیه زنان مطلقه قابل برداشت است.

و در نهایت با وجود پشتوانه فقهی محکم جهت احقاق حقوق مالی زنان مطلقه در قانون اسلام و با وجود ادله حقوقی موجود در قانون حمایت خانواده در این حوزه در کشور ما، ایجاد نهاد جدیدی به نام «متعه طلاق» در قانون مدنی کشور در بخش قانون حمایت خانواده پیشنهاد می‌شود که در نهایت کاهش مهریه‌ها از آن منتج خواهد شد.

پیشنهاد

با وجود تصویب قوانین متعدد در خصوص حمایت از نهاد مقدس خانواده، همچون قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ و قوانین دیگر، باز هم مشکلات عدیده‌ای در زمینه حقوق مالی زنان مطلقه وجود دارد. به نظر برخی محققان، «قانونگذار ما در حقوق خانوادگی قانونی از جمله حق طلاق، حق ریاست مرد بر خانواده و تاحدودی حق بر هم زدن نامزدی، بیشتر طرف مرد را گرفته است، و همین باعث سوءاستفاده زوج از اعمال یا عدم اعمال حق شده است» (رضایی، کریمی، تقی‌زاده، و پورسعید، ۱۴۰۲، ش، ص ۲۸).

شرایط جامعه در مقایسه با قبل تغییر کرده است و بسیاری از زنان شاغل هستند و بخشی از وظایف مرد را نیز برعهده گرفته‌اند و شاید از این حیث مشکلات جسمی و روحی بیشتری در مقایسه با زنان خانه‌دار متحمل می‌شوند؛ از این رو شایسته است در قوانین راجع به طلاق، شرایط این گروه بیشتر مورد دقت قرار گیرد و لااقل حقوق مالی ایشان ضایع نشود. «در محاسبه اجرت‌المثل زنان شاغل، فرض این است که زنان شاغل بیشتر در خارج از خانه‌اند؛ بنابراین برای رسیدگی به امور خانه زمان کمتری صرف می‌کنند؛ بنابراین کارشناسان حقوقی، حق‌المثل کمتری در مقایسه با زنان خانه‌دار برای ایشان مقرر می‌کنند» (محمدی‌فرد، جعفری، و میرزمانی، ۱۴۰۳، ص ۳۱۴).

بسیاری از زنان مطلقه، سرپرست خانوار هستند و رفع مشکلاتشان از دغدغه‌های مسئولان کشور است؛ بنابراین حمایت‌های بیشتری از ناحیه قانونگذار در این حوزه احساس می‌شود و به همین علت پژوهشگران متعددی در سال‌های اخیر، خواستار اصلاح در قانون و رفع خلأهای موجود در موضوع حقوق مالی زنان مطلقه هستند. شاید با ایجاد نهادی به نام «متعه طلاق» در

متن قانون و ضمانت پرداخت آن به مطلق مطلقات بتوان چنین مشکلاتی را تا حد زیادی کاهش داد.

در قانون جمهوری اسلامی هر نهاد جدیدی جهت به رسمیت شناخته شدن نیازمند بررسی مبانی فقهی است. در این مقاله مبنای فقهی شمولیت پرداخت نهاد متعه طلاق به زنان مطلقه بررسی و بازبینی شد. در حال حاضر طبق نظر مشهور فقهای امامیه پرداخت متعه طلاق به کلیه مطلقات وجوبی ندارد؛ بنابراین در تصویب قانون قابل استناد نیست. این پژوهش با ضمیمه کردن استدلال‌های فقهی متقن آیت‌الله شبیری که در علم فقه و رجال در عصر حاضر بی‌بدیل هستند، در رد نظریه مشهور، مبنای فقهی تعلق متعه به کلیه مطلقات را تقویت کرده است. تعیین میزان متعه و ضمانت اجرای آن توسط مقام قضایی با حفظ عدالت اسلامی و رعایت میزان حال زوج و زوجه و با توجه به شرایط زیر تعیین و اعمال می‌شود:

- در نظر گرفتن وضعیت مالی مرد در هنگام طلاق،
- عرف جامعه،
- سنوات زندگی مشترک،
- میزان مهریه زوجه،
- تعداد فرزندان،
- علت جدایی زوجین،
- موقعیت اشتغال زوجه در ایام زوجیت و قبل از آن،
- شأن زوجه،
- میزان تحصیلات دو طرف،
- سن زوجه و زوج و امکان ازدواج مجدد ایشان،
- وضعیت جسمانی زوج و زوجه،
- سابقه دریافت مهریه و متعه و دیگر حقوق مالی توسط زوجه در صورت ازدواج‌های قبلی،

- عدم دریافت دیون مالی توسط زوجه طبق قوانین طلاق در دیگر کشورها،
- متناسب بودن درخواست طلاق از ناحیه زوج یا زوجه.

با تصویب چنین قانونی، مشکل مهریه‌های سنگین نیز تا حدود زیادی رفع خواهد شد؛ چراکه با پرداخت متعه به زن مطلقه، نگرانی خانواده دختر در ابتدای ازدواج درباره پیش‌بینی مشکلات ناشی از طلاق قابل رفع است. طبق گفته صادقی تهرانی «متعه طلاق امری زاید بر مهرالمثل و مهریه است و از آن روست که زن به کمک آن زندگی جدیدی را آغاز کند. چنان‌که ازدواج دو زندگی را بر پایه دوستی یکی می‌کند، طلاق نیز جدایی براساس محبت است تا رنج و نگرانی زن از بین رود» (۱۴۰۶ ق، ج ۲۴، ص ۱۷۳-۱۷۴). درضمن طبق ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی که بیان می‌دارد: «در صورت جهل زن به فساد نکاح و وقوع نزدیکی، زن مستحق مهرالمثل است»، می‌توان مقرر داشت اگر مهریه‌ای به زن پرداخت شده است، در صورت اثبات زنا از او مسترد شود.^۱ حجیت مفهوم این ماده اشاره به نفی استحقاق مهرالمثل یا عوض وطی به زانیه دارد (میرکمال، و کاظمی، ۱۳۹۶، ص ۹۱). مفاد قاعده فقهی «لامهر لبغی» می‌گوید اگر زنی با طوع و رضایت و با جمع شرایط عمل زنا، مرتکب زنا شود، مستحق هیچ نوع مهری نیست و اگر مهری نیز پرداخت شده، باید مسترد شود (میرکمال، و کاظمی، ۱۳۹۶، ص ۷۹).

با ایجاد نهاد متعه طلاق در قانون مدنی، میزان مهریه کاهش می‌یابد و می‌تواند به صورت نقدی در ابتدای ازدواج پرداخت شود و این نقدینه بودن مهریه کمک‌خرج خرید جهیزیه برای خانواده دختر خواهد بود؛ در نتیجه هم خانواده دختر و هم خانواده پسر، هر دو طرف از تصویب چنین قانونی منتفع خواهند شد.

نتایج مثبت و منفی پیشنهاد قانونی

الف - نتایج مثبت پیشنهاد قانونی

ایجاد نهاد متعه طلاق در قانون مدنی دارای دستاوردها و نتایج مثبت زیر است:

۱. از آیه ۵ نساء نیز این موضوع برداشت می‌شود: «وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ أَحْدَاہُمْ فَنُطَارَ أَفَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا»: و اگر خواستید همسری دیگر به جای همسر پیشین جایگزین کنید و به همسر پیشین مال فراوانی [به عنوان مهریه] پرداخته‌اید، چیزی از آن را پس نگیرید. آیا آن را با تکیه به تهمت و گناهی آشکار پس می‌گیرید؟

- میزان مهریه کاهش می‌یابد و زوج می‌تواند آن را به صورت نقدی در ابتدای ازدواج پرداخت کند.^۱ اگر این ازدواج به جدایی منجر شود، زوج از متعه طلاق بهره‌مند می‌شود و خانواده‌ها از دغدغه مهریه سنگین در ابتدای ازدواج طیب‌خاطر پیدا خواهند کرد؛ بنابراین مشکلات حاصل از مهریه‌های سنگین به تدریج مرتفع خواهد شد.
- نقدینه بودن مهریه کمک‌خرج خرید جهیزیه برای خانواده دختر به عنوان عرف جامعه خواهد بود.
- پایین آمدن مهریه و کمک‌خرجی جهیزیه، کم‌کم به افزایش رشد آمار ازدواج در جامعه خواهد انجامید.
- بار منفی مهریه در زمان طلاق به بار مثبت آن در زمان ازدواج تبدیل می‌شود. دین مبین اسلام، نهاد مهریه را به عنوان صداقت در عشق در ابتدای ازدواج به زن پرداخت می‌کند که متأسفانه امروزه این سنت پسندیده به پدیده‌ای وحشت‌آور تبدیل شده است که با تصویب قانون متعه، این بار مثبت دوباره به مهریه برمی‌گردد.
- در این طرح مبنای پرداخت مالی، میزان حال مرد در زمان طلاق است نه در هنگام ازدواج. در حالی که مهریه‌نامه، پیش‌بینی وضعیت اقتصادی مرد در آینده و زمان جدایی است؛ مانند مردی که در زمان ازدواج تمکن مالی خوبی دارد و مهریه سنگین امضا کرده است؛ ولی در زمان طلاق، آن توانایی مالی را ندارد و بالعکس.
- با تصویب قانون متعه میزان سوءاستفاده زوج و زوجه تا حد امکان کاهش می‌یابد؛ چون معیارهای تعیین متعه برای دستگاه قضایی مشخص است و ضمانت اجرایی آن را نیز همان مقام قضایی تعیین می‌کند و نقص موجود در قانون فعلی را که بار ضمانت اجرای آن بیشتر با زوجه است، جبران می‌کند.
- در این طرح سعی شده است تا با تعیین ریزفاکتورهای مشخص، میزان ابتکار عمل مقام قضایی و اعمال نظریات شخصی وی به حداقل برسد تا امکان سوءاستفاده‌هایی که اکنون

۱. با توجه به شرایط، مهریه می‌تواند قسط‌بندی شود و در همان سال‌های ابتدای ایام زوجیت پرداخت شود.

گریبان‌گیر دادگاه‌های خانواده است تا میزان زیادی کاسته شود.

- زوج‌هایی که در کشورهای دیگر زندگی می‌کنند و قوانین طلاق مانند تنصیف اموال بر زندگی آن‌ها مترتب است، دوباره طبق قانون کشورهایی مانند ایران نیز مجبور به پرداخت مهریه‌های سنگین هستند. با تصویب نهاد متعه طلاق، این افراد از بار پرداخت مهریه‌های سنگین در هنگام جدایی رهایی می‌یابند.

- در قانون فعلی تعداد زیادی از زنان به حق خود از مهریه نمی‌رسند یا مبلغ چندانی دریافت نمی‌کنند و برای گرفتن این مقدار هم باید هزینه‌های هنگفت به وکیل یا مشاوران حقوقیپردازند؛ اما در قانون جدید همه زنان مطلقه مشمول دریافت متعه خواهند بود و ضمانت اجرایی آن نیز به عهده دستگاه قضایی است نه خود زوجین.

- در حال حاضر متن قانون درباره مهریه یا مهرالمتعه زن غیربازگشتی که ازدواج مجدد می‌کند و قبل از برقراری رابطه جنسی با همسر جدید خود جدا می‌شود، دارای اجمال است و باعث اختلاف در رویه قضایی شده است. در قانون جدید این زن، اگر مهریه برایش تعیین شده باشد، تنها مستحق نصف مهریه است و اگر مهریه‌ای برایش تعیین نشده باشد، مستحق متعه طلاق می‌شود.

- در قانون فعلی اگر درخواست طلاق از ناحیه زن باشد، بسیاری از حقوق مالی زن، مانند تنصیف اموال، سلب می‌شود و به همین دلیل در موارد زیادی شاهد سخت‌گیری زوج بر زوجه هستیم تا خود زوجه درخواست طلاق دهد؛ اما در قانون جدید چه درخواست طلاق از ناحیه زوج باشد و چه از ناحیه زوجه، مانع استحقاق وی از متعه طلاق نخواهد شد، فقط در میزان متعه مؤثر خواهد بود.

- تعلق گرفتن متعه طلاق به همه زنان حتی در طلاق توافقی.

- در فقه اسلامی پرداخت مهریه از دیون مهم و با اولویت بالا برای مرد است که با تصویب چنین قانونی این مهم حاصل خواهد شد و از این به بعد چنین بدهی سنگین شرعی‌ای گریبان‌گیر مردان مسلمان نخواهد بود.

- در این شرایط زوجی که هیچ‌گاه زندگی‌اش به طلاق نمی‌انجامد نیز دینش را به همسرش پرداخت می‌کند و بار منفی مهریه‌های سنگین زندگی او را تحت‌الشعاع قرار نمی‌دهد.
- با تصویب چنین قانونی دیگر نیاز نیست به راهکارهای برون دینی و قوانین کشورهای دیگر مانند تنصیف اموال در هنگام طلاق متوسل شد و می‌توان مشکل را با راهکار درون دینی و مبانی اسلامی مانند متعه طلاق که در متن قرآن و روایات وجود دارد، حل کرد.
- از همه مهم‌تر تصویب نهاد متعه طلاق و نقدینه شدن مهریه در ابتدای ازدواج، الگوگیری از ازدواج حضرت زهرا (س) و عمل به حکم خداوند متعال است و رضوان من الله اکبر.

ب - نتایج منفی پیشنهاد قانونی

- ایجاد نهاد متعه طلاق در قانون مدنی نیازمند طی شدن دوران گذار خود است تا محاسن آن در مقایسه با قوانین فعلی برای همگان مشخص شود. بنابراین ممکن است در ابتدای امر با پیامدهای زیر مواجه باشیم:
- سوءاستفاده زوج یا زوجه از این قانون
 - نارضایتی مردان به علت پرداخت مهریه در ابتدای ازدواج (چون قبل از این قانون، مهریه در ابتدای ازدواج پرداخت نمی‌شد و به زمان طلاق موکول می‌شد).
 - شاید در ابتدا این گونه به نظر رسد که زوج در قانون فعلی فقط یک بار به نام مهریه پرداخت مالی دارد ولی در قانون جدید دو بار به نام مهریه و متعه (ولی این دو مبلغ جمعاً به اندازه مهریه‌های سنگین امروزی هم نیست).
 - نارضایتی زوج‌هایی که از تمکن مالی بالایی برخوردارند.
 - عدم شفافیت اموال در ایران.
 - در این طرح نیز مانند بسیاری از قوانین موجود، شاید دستگاه قضایی نتواند حق واقعی زوج یا زوجه را به ایشان بازستاند و با وجود تلاش در اجرای عدالت، باز هم حقوق زن یا مرد به طور کامل ادا نشود.

• رسیدن به نتایج مثبت طرح نیازمند طی شدن دوران گذار آن است تا به تدریج آسیب‌های جامعه که ناشی از قوانین قبلی است، حل شود و بتوان به شرایط مطلوب رسید. شاید در ابتدا چندان تفاوتی بین تصویب این قانون با نبود آن مشخص نباشد و علی‌الظاهر به نظر رسد متعه طلاق همان مهریه است اما به تدریج محاسن و تفاوت‌های آن هویدا خواهد شد.

منابع

قرآن کریم.

ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۳ ق). من لا یحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

ابوالفتح رازی، حسین بن علی (۱۴۰۸ ق). روض الجنان و روح الجنان فی تفسیر القرآن (محمد مهدی ناصح و محمد جعفر یاحقی، مصحح). مشهد: آستان قدس رضوی، بنیاد پژوهشهای اسلامی.

ابهری، حمید؛ طالقان غفاری، مهدی؛ ایوبی، ستاره؛ و نعمتی، احسان (۱۴۰۱ ش). واکاوی فقهی حقوقی نهاد نحله در پرتو رویه قضایی کشور ایران. فصلنامه فقه و حقوق نوین، ۳ (۹)، ۷-۲۸.

احمدیه، مریم (۱۳۸۳). حق اجرت‌المثل و نحله در یک بررسی حقوقی. فصلنامه شورای فرهنگی اجتماعی زنان، ۲۵، ص ۲۹۲-۳۱۹.

امین اصفهانی، سیده نصرت بیگم (بی‌تا). مخزن العرفان. اصفهان: کتابفروشی ثقفی.

بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۲۳ ق). الحقائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة. بیروت: دار الأضواء.

بروجردی، حسین (۱۳۸۰ ق). جامع احادیث الشیعة فی احکام الشریعة. تهران: مطبعة المساحة.

بیدی، خدیجه (۱۳۹۳). مفهوم‌شناسی متاع مطلقه (مهرالمتعه)، گستره و احکام آن از منظر فقه شیعه و اهل سنت (پایان نامه کارشناسی ارشد). قابل‌بازبایی از گنج. پایگاه اطلاعات علمی ایران (ایرانداک ش).

(<http://ganj.irandoc.ac.ir/articles/691297>).

توکلی، محمد مهدی (۱۳۶۲). آموزش جامع حقوق مدنی. تهران: مکتوب آخر.

ثعالبی، عبدالملک بن محمد (بی‌تا). فقه اللغة. بیروت: دار الکتب العلمیة.

جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۷). تفسیر تسنیم. قم: مرکز نشر اسراء.

حبیبی تبار، جواد (۱۳۸۰). گام به گام با حقوق خانواده. تهران: خرم.

حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۲ ق). تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة. قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام لاحیاء التراث.

- خاتونی، زهرا؛ و همتی حاجی پیرلو، ناهید (۱۴۰۰ ش). *محدوده اجرای مفاد قاعده احترام در مقررات قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱*. پنجمین کنفرانس بین‌المللی مطالعات جهانی در علوم انسانی، مدیریت و کارآفرینی (شناسه ملی 1448798.CNCCCONF05_011، <https://civilica.com/doc/1448798>)
- خمینی، روح‌الله (۱۴۰۷ ق). *تحریر الوسیله*. طهران: مکتبه اعتماد الکاظمینی.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ ق). *مفردات الفاظ القرآن* (صفوان عدنان داوودی، به کوشش). بیروت: دارالشمیه؛ دمشق: دارالقلم.
- رحیمی، مرتضی؛ و پورمولا، محمدهاشم (۱۳۹۴). *متعه طلاق در مذاهب فقهی اسلامی*. دوفصلنامه فقه مقارن، ۳ (۵)، ۱۵۵-۱۳۳.
- رضایی، شاهین؛ کریمی، عباس؛ تقی‌زاده، ابراهیم؛ و پورسعید، رامین (۱۴۰۲). *سوءاستفاده از حقوق خانوادگی در روابط زوجین*. دوفصلنامه فقه و حقوق و خانواده، انتشار آنلاین ۱۴ آبان مقالات آماده انتشار..
- زمخشری، محمود بن عمر (۱۴۰۷ ق). *الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل وعیون الأقاویل فی وجوه التأویل* (جلد ۱، مصطفی حسین احمد، مصحح). لبنان- بیروت: دارالکتب العربی.
- شبییری زنجانی، موسی (۱۳۸۳). *تقریرات درس حضرت آیت‌الله شبیری زنجانی* (کتاب نکاح). قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز، (کتابخانه نور، کد کنگره ۲۷۱۸۹، BP۱/x8BO2، <https://noo.rs/x8BO2>).
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ ق). *الروضه البهیة فی شرح الممعة الدمشقیة*. قم: کتابفروشی دآوری.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر (۱۴۰۴ ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- صادقی تهرانی، محمد (۱۴۰۶ ق). *الفرقان فی تفسیر القرآن بالقرآن والسنة*. قم: نشر فرهنگ اسلامی.
- طباطبائی، محمدحسین (۱۳۷۴). *ترجمه تفسیر المیزان* (محمد باقر موسوی، مترجم). قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- طبرسی، فضل بن حسن (بی‌تا). *ترجمه تفسیر مجمع البیان* (حسین نوری همدانی، مترجم). تهران: نشر فراهانی.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۱۵ ق). *مجمع البیان* (لجنة من العلماء، به کوشش). بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۱۳ ق). *التبیان فی تفسیر القرآن*. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ ق الف). *التهذیب الأحکام*. تهران: دار الکتب الإسلامیة.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ ق ب). *الخلاف*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- عظیم‌زاده اردبیلی، فائزه (۱۳۸۷). *مبانی حسن معاشرت به معروف در نظام حقوقی خانواده از منظر قرآن کریم*. دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده، ۱۳ (۴۸)، ۲۷-۵.

علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ ق). *تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیة*. قم: مؤسسه امام صادق (ع).

علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۸ ق). *مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة*. قم: مؤسسه النشر الإسلامی. علم الهدی، علی بن حسین (۱۴۱۷ ق). *المسائل الناصریات*. تهران: رابطه الثقافة و العلاقات الإسلامیة. علی بن موسی (۱۳۸۹). *فقه الرضا*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. فاضل جواد، جواد بن سعید (۱۳۶۵). *مسالك الأفهام إلى آیات الاحکام*. تهران: کتابفروشی مرتضوی. فرامرز قراملکی، احد (۱۳۹۵). *روش شناسی مطالعات دینی*. مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی. فضل الله، محمد حسین (۱۴۱۹ ق). *من وحی القرآن*. بیروت: دارالملاک. فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی (۱۴۱۵ ق). *تفسیر الصافی*. تهران: مکتب الصدر. کاشانی، فتح الله بن شکرالله (۱۳۷۹). *منهج الصادقین فی إلزام المخالفین*. تهران: کتابفروشی اسلامیة. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر (۱۴۱۲ ق). *أنوار الفقاهة* (کتاب النکاح). نجف: مؤسسه کاشف الغطاء. کاظمی، زهره؛ و میرخانی، عزت السادات (۱۳۸۹ الف). *جایگاه متعه طلاق در نظام قانون گذاری اسلامی* (پایان نامه مقطع کارشناسی ارشد). دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران. کاظمی، زهره؛ و میرخانی، عزت السادات (۱۳۸۹ ب). *متعه الطلاق بررسی مبانی فقهی بند ب تبصره ۶ ماده واحده اصلاح مقررات طلاق*. فصلنامه علمی *مطالعات اجتماعی روان شناختی زنان*، ۸ (۳)، ص ۱۴۱-۱۵۸.

کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۱۱ ق). *اصول الکافی*. بیروت، دارالتعارف للمطبوعات. محمدی، مرتضی (۱۳۸۳). *طلاق و سهم زن از زندگی مشترک بررسی تبصره ۶ ماده اصلاحی مقررات مربوط به طلاق*. *دوفصلنامه نامه مفید*، ۱۰ (۴۳)، ص ۳۱-۶۰. محمدی فرد، بشری؛ جعفری، سارا؛ و میرزمانی، امین (۱۴۰۳ ش). *رویکردی بر مسائل و ضرورت های حقوق مالی زنان درپرتو آموزه های فقهی و حقوق ایران*. *دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده*، ۲۹ (۸۱)، ص ۲۹۵-۳۲۲.

مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی (۱۳۶۳). *بحار الأنوار*. تهران: اسلامیة. محمودی، ایمن (۱۴۰۱ ش). *متعه طلاق در مذاهب اربعه* (پایان نامه کارشناسی ارشد). قابل بازیابی از گنج پایگاه اطلاعات علمی ایران (ایرانداک ش).

<https://ganj.irandoc.ac.ir/#/articles/326b28aa138f0be66b9923141659a98d>

مصطفوی، محمد کاظم (۱۴۱۲ ق). *مائه قاعدة فقهیة*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه للجماعة المدرسین. مکارم شیرازی، ناصر و دیگران (۱۳۷۱). *تفسیر نمونه*. تهران: دار الکتب الإسلامیة.

موسوی خوانساری، احمد (۱۴۰۵ ق). جامع المدارک فی شرح المختصر النافع. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
مهاجری، مریم؛ و موسوی، احمد رضا (۱۳۹۹). بررسی فقهی نهاد حقوقی نحله در نظام حقوقی ایران. دوفصلنامه مطالعات فقهی حقوقی زن و خانواده، ۳ (۵)، ص ۹۹-۱۱۸.
مهریزی، مهدی (۱۳۸۷). متعة الطلاق. الهیات و حقوق، ۸ (۱)، ص ۶۵-۸۴.
میرکمال، سیدعلیرضا؛ و کاظمی، مهدی (۱۳۹۶). تبیین قاعده «لامهر لبغی» در نظام حقوقی ایران. دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده، ۲۲ (۶۶)، ص ۷۳-۹۸.
نوری، حسین بن محمدتقی (۱۴۱۱ ق). مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل. بیروت: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.

<https://amarfact.com/note/divorce-statistics-in-iran>

<https://www.behzisti.ir/news/106523>

<https://donya-e-eqtesad.com>



Evaluating of Granting Conditional Agency in Divorce by Reviewing Judicial Decisions

Seyed Mohamad Erfan Farhani*¹

Mahdi montazerqaem²

DOI:

10.30497/flj.2024.245218.1947



Abstract

One of the functional divisions of contract and unilateral legal act is the division into definitive and conditional. Conditional contracts refer to contracts whose creation or effect is suspended by circumstances external to the contract. It is intended by the parties in a conditional contract to create a contract, but its effect will not take place until an external circumstance occurs in the future. In conditional agency in divorce, the husband appoints the wife as an agent in the divorce matter, but the agency will not be effective until some external circumstance arises, such as the husband's drug addiction. This conditional agency contract may be concluded in the form of a corollary condition as an integral part of the marriage contract or separately. In Imamiyyah jurisprudence, there is consensus regarding the stipulation of unconditionality in all contracts, particularly agency contracts and unilateral legal acts of divorce. In spite of this, some jurists have objected to the stipulation of unconditionality by virtue of consensus. Other rational reasons are cited in jurisprudence books for the stipulation of unconditionality, all of which can be contested. This fundamental research, by using a descriptive- analytical method, concludes that considering the generality and absoluteness of the evidence for the obligation to fulfill contracts and impossibility of the obstacles that some jurists have raised, the conditional contract should be considered valid. Civil law also explicitly considers unconditionality as a necessary condition in some contracts such as guarantee, marriage, and unilateral legal acts, such as divorce, while being silent about others. The judicial procedure accepts conditional agencies and conditional contracts in general. The legal solution for rectification of the conditional agency and in general the conditional contract and postponed unilateral legal action is to distinguish between the suspension of creation of the contract and the suspension in the creature (effect) of the contract. Suspension of creation is logically impossible, and suspension in the creature of contract and unilateral legal act is valid and it is located in the outside world and is widely used in people's legal affairs.

Keywords: conditional agency, postponed unilateral legal act, jurisprudence, divorce, unconditionality, suspension of creation, suspension in creature.

1. (Corresponding author) Master's graduate in Jurisprudence and Private Law from the University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.

sme.farhani@yahoo.com

2. Associate Professor, Department of Islamic Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.

montazer@ujsas.ac.ir

صحت سنجی و کالت معلق در طلاق با نگاهی به آراء قضایی

سید محمد عرفان فرهانی^۱*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۷/۰۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۵/۱۷

مهدی منتظر قائم^۲

Doi: 10.30497/flj.2024.245218.1947

چکیده

یکی از تقسیمات کاربردی عقد و ایقاع، تقسیم به منجز و معلق است. عقد معلق به معنای عقدی است که ایجاد یا اثر آن متوقف بر امر دیگری خارج از عقد باشد. قصد طرفین در عقد معلق این است که عقد ایجاد شود؛ ولی اثر آن موکول به رخداد امر دیگری در آینده باشد. در وکالت معلق در طلاق، زوج زوجه را وکیل در امر طلاق می‌کند؛ لکن وکالت اثر اجرایی ندارد تا زمانی که معلق علیه، مثل اعتیاد زوج به مواد مخدر، محقق شود. این عقد وکالت معلق، ممکن است در قالب شرط نتیجه ضمن عقد نکاح یا به طور مستقل منعقد شود. در فقه امامیه اجماع بر اشتراط تنجیز در همه عقود و به طور خاص عقد وکالت و ایقاع طلاق وجود دارد؛ لکن بعضی از فقها در اشتراط تنجیز به استناد اجماع خدشه وارد کرده‌اند. دلایل عقلی دیگری نیز در اشتراط تنجیز در کتب فقهی ذکر شده، که همه آن‌ها خدشه‌پذیر است. این تحقیق بنیادی با روش توصیفی - تحلیلی به این نتیجه می‌رسد که با توجه به عمومات و اطلاعات ادله و جوب وفای به عقود و عدم قابلیت موانعی که برخی از فقها مطرح کرده‌اند، می‌توان عقد معلق را صحیح دانست. قانون مدنی نیز تنجیز در بعضی از عقود مثل ضمان و نکاح و ایقاعات را مثل طلاق به صراحت شرط دانسته، و در خصوص بعضی از عقود ساکت است. در رویه قضایی نیز وکالت معلق و به طور کلی عقد معلق پذیرفته شده است. راهکار حقوقی تصحیح وکالت معلق و به طور کلی عقد و ایقاع معلق، تفصیل بین تعلیق در انشاء (ایجاد) عقد و تعلیق در منشأ (اثر) عقد است. تعلیق در انشاء عقلاً محال است و تعلیق در منشأ عقد و ایقاع با توجه به ناتمام بودن ادله بطلان آن و با استناد به ادله عام عقود امضایی صحیح است.

کلیدواژه‌ها: ایقاع معلق، تعلیق در انشاء، تعلیق در منشأ، تنجیز، طلاق، فقه، وکالت معلق.

۱. (نویسنده مسئول) دانش‌آموخته کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری،

sme.farhani@yahoo.com

تهران، ایران.

montazer@ujsas.ac.ir

۲. دانشیار گروه حقوق اسلامی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.

مقدمه

همه عقود و ایقاعات و به تعبیر جامع‌تر همه اعمال حقوقی یا به‌طور قطعی تشکیل می‌شود و از لحظه تشکیل عقد دارای اثر است یا اینکه ایجاد و اثر آن متوقف بر امر دیگری است و معلق بر حصول معلق علیه است. در بعضی از موارد به سبب انگیزه‌های متفاوت شخصی، اراده طرفین عقد یا طرف ایقاع، به این تعلق می‌گیرد که ایجاد و انشاء ساختمان عقد یا ایقاع یا ایجاد آثار و مقتضیات آن را بعد از تحقق و تشکیل و ایجاد، موکول و منوط به امر دیگری خارج از مفاد عقد کنند. با توجه به اینکه اختیار طلاق زوجه حق اختصاصی زوج است و به دلایل مختلف از جمله فرهنگ حاکم بر جامعه یا حراست از بنیان خانواده، زوج به صورت تمام و کمال این اختیار را به زوجه اعطا نمی‌کند و زوجه نیز میل به داشتن اختیار طلاق در موارد عسرو حرج با انگیزه ایجاد برابری در رابطه نکاح دارد، در کشمکش این جدال حقوقی بین زوجین، عقد یا ایقاع معلق می‌تواند راهگشا باشد. به این صورت که زوج در قالب یک عقد وکالت معلق، زوجه را در صورت حصول معلق علیه مثل محکومیت به حبس کیفری یا ازدواج مجدد، به عنوان وکیل در امر طلاق انتخاب کند. همچنین بر فرض صحت قانونی زوج می‌تواند در قالب طلاق معلق (ایقاع معلق) زوجه را در صورت حصول معلق علیه مطلقه کند و زوجه با اثبات وقوع معلق علیه در دادگاه، وقوع طلاق را اثبات کند.

بنابراین، این پژوهش بنیادی که به روش توصیفی - تحلیلی و با ابزار کتابخانه انجام گرفته، در صدد پاسخ به این پرسش است که: اولاً ادله صحت وکالت معلق زوج به زوجه برای اجرای صیغه طلاق چیست؟ ثانیاً با استناد به کدام دلیل می‌توان صحت طلاق معلق را اثبات کرد؟

درباره عقود معلق پژوهش‌های مختلفی صورت گرفته است؛ از جمله: «درباره وکالت در طلاق: وکالت زوجه در طلاق» (صفائی، ۱۳۶۰، ص ۷۷-۹۹)؛ «تعلیق در عقود و ایقاعات» (حسینی مقدم، سید عسکری، ۱۳۸۲، ش ۳۶، ص ۲۵۱-۱۸۷)؛ «بطلان یا صحت تعلیق در اعمال حقوقی» (امامی نمینی، ۱۳۸۳، ۶۳، ص ۱۱-۴)؛ «عقد معلق در قانون مدنی» (علی آبادی، ۱۳۹۳، ش ۱۱، ص ۱۹۱-۲۱۰) «تبیین فقهی و حقوقی طلاق زوجه ناشی از وکالت» (تقوی، ۱۳۹۶، ش ۲، ص ۱۴۱-۱۴۹). با مطالعه اجمالی این مقالات به دست می‌آید که هیچ‌کدام از آنها درباره وکالت معلق زوجه در طلاق بحث نکرده‌اند.

درباره طلاق معلق نیز مقالاتی نوشته شده است. از جمله: «طلاق معلق و سوگند بر طلاق»، (سبحانی، ۱۳۸۹، ۶۲، ۲۶-۴۶)؛ «ایقاع، تعلیق و شرط فاسخ» (فهیمی، ۱۳۹۳، ش ۸۶، ص ۱۴۱-۱۶۳)؛ «تعلیق در ایقاعات (قائمی، ۱۳۹۶، ش ۱۶، ص ۶۹-۸۳)؛ «طلاق مشروط از منظر فقه فریقین» (غلامعلی زاده، ۱۳۹۹، ص ۱۱۶۲ - ۱۱۷۱). با بررسی این مقالات نیز چنین مشخص می شود که عمده بحث نویسندگان در امکان سنجی طلاق معلق به عنوان یک ایقاع و بررسی ادله بطلان و صحت آن است و بحث مستقل در خصوص وکالت معلق در طلاق منجز ندارند.

۱. توضیح مفاهیم

۱-۱. تعلیق

تعلیق از ریشه «ع ل ق» است و کلمات علق و علائق و تعلق و معلق از همین ریشه است (فیومی، بی تا، ج ۲، ص ۴۲۵). در معنای لغوی به معنای وابسته بودن شیئی یا امری به شیء یا امر دیگری است؛ به طوری که برای متعلق فی نفسه قوامی نباشد (مصطفوی، ۱۴۰۲، ج ۸، ص ۲۰۳). در اصطلاح فقهی نیز تعلیق به معنای وابسته کردن مفاد عمل حقوقی (عقد یا ایقاع) به امر دیگری است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۵۳۹)؛ مانند اینکه زوج به زوجه بگوید: «اگر محکومیت کیفری پیدا کردم، تو وکیل در اجرای صیغه طلاق هستی» که در این صورت به آن عقد یا ایقاع «معلق» و به امر دیگر خارج از عقد و ایقاع «معلق علیه» گفته می شود. همچنین گویند که تعلیق به معنای ارتباط حصول مضمون یک جمله به حصول مضمون جمله ای دیگر است (ابو جیب، ۱۴۰۸، ص ۲۶۰). نقطه مقابل تعلیق و نقیض منطقی آن تنجیز است. تنجیز به معنای تعجیل و تثبیت یک امر است، بدون اینکه متوقف و منوط بر امر دیگر باشد (مشکینی اردبیلی، ۱۴۳۴، ص ۱۷۰). در علم حقوق و قوانین موضوعه نیز تعلیق و تنجیز به تبعیت از فقه به همان معنای مصطلح استفاده شده است.

۱-۲. وکالت

وکالت از ریشه «و ک ل» است و کلمات وکیل، موکل و موکول از همین ریشه است (مرتضی زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۱۵، ص ۷۸۵). وکالت در لغت به معنای تفویض و واگذاری است (خلیل بن احمد، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۴۰۵). همچنین گویند به معنای سپردن و اعتماد کردن

در امری به دیگری است. وکالت از لحاظ علم صرف، اسم مصدر از مصدر توکیل و به همان معنا است (طریحی، ۱۴۱۶ ق، ج ۵، ص ۴۹۴). در اصطلاح فقهی نیز وکالت به معنای استنباه در تصرف توسط شخص دیگر است و در حقیقت وکالت جانشینی شخصی به جای دیگری است؛ به طوری که گویی عمل وکیل همان عمل موکل است (مشکینی اردبیلی، ۱۴۳۴ ق، ص ۵۷۰). در حقوق و قانون مدنی نیز وکالت با الهام از همان معنای فقهی تعریف شده است. در ماده ۶۵۶ قانون مدنی، وکالت به عقدی گفته شده است که یکی از طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌کند.

۳-۱. طلاق

طلاق از ریشه «ط ل ق» است. کلمه طالق و مطلقه و تطلیق نیز از همین ریشه است (فیومی، بی تا، ج ۲، ص ۳۷۶) و از لحاظ صرفی اسم مصدر از مصدر تطلیق است و در همان معنا استفاده می‌شود. طلاق در لغت به معنای آزادی و رهایی و رفع قیدوبند است. در اصطلاح فقهی نیز طلاق به معنای صفت حکمی است که موجب رفع حلیت تمتع زوج از زوجه است (عبد الرحمن، ۱۴۱۹ ق، ج ۲، ص ۴۲۹). همچنین گویند ازاله عقد نکاح و رفع حلیت تمتع زوجین است (عاملی، ۱۴۱۳ ق، ص ۱۳۱). در حقوق نیز طلاق به همان معنای فقهی تعریف شده است و در قانون مدنی نیز تعریفی از طلاق به عنوان یک ایقاع نشده است.

۲. تعلیق در وکالت و طلاق

۱-۲. محل نزاع

همه رفتارهای انسان یا دارای وصف حقوقی است؛ مثل معامله کردن، یا فاقد آن است؛ مثل فعل پیاده روی. همه افعال انسانی که واجد وصف حقوقی باشد یا با اراده یک شخص تحقق می‌پذیرد یا نیاز به اراده دو طرف دارد. در اصطلاح حقوقی به اولی ایقاع و به دومی عقد می‌گویند؛ از این رو مقسم عقد و ایقاع عمل حقوقی است (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ص ۲۰). همه عقود و ایقاعات و به تعبیر جامع تر همه اعمال حقوقی یا منجز هستند یا معلق. به این معنا که یا تعلیق در آنها راه دارد یا اینکه خالی از قید تعلیق هستند. در خصوص اعمال حقوقی منجز به سبب نزدیک بودن به ذهن و پذیرش عرفی و شیاع، بحث خاصی در تصور و وجود خارجی

و حکم به صحت آن وجود ندارد؛ اما درباره اعمال حقوقی معلق دقیقاً به سبب سه عامل فوق یعنی بعد ذهنی و عدم پذیرش عرفی و عدم شیاع یعنی گستردگی استفاده، اختلافاتی در تصور و وجود خارجی و حکم به صحت آن وجود دارد. تعلیق در اعمال حقوقی به این معنا است که طرفین عقد یا طرف ایقاع، ایجاد و انشاء بن سازه عقد و ایقاع یا ایجاد آثار و مقتضیات آن را بعد از تشکیل و ایجاد، موکول و منوط به امر دیگری خارج از مفاد عقد کنند؛ مثل اینکه زوج به زوجه بگوید: «تو وکیل من در صیغه نکاح یا طلاق هستی، اگر من از کشور ایران خارج شوم» یا بگوید «تو مطلقه هستی، اگر به کشور دیگری مهاجرت کنم». مثال اول تعلیق در عقد وکالت و مثال دوم تعلیق در ایقاع طلاق است.

۲-۲. تعلیق در عقد وکالت و طلاق از نظر فقها

۲-۲-۱. بطلان تعلیق در عقد وکالت و طلاق

جمع بندی کلمات فقهای امامیه این است که تعلیق در عقود و ایقاعات به طور کلی و تعلیق در عقد وکالت و ایقاع طلاق به طور خاص باطل است و اعمال حقوقی باید به طور منجز انشاء شوند. دلایل این دیدگاه شامل اجماع فقها، غیرمعقول بودن و غیرمتصور بودن تعلیق در عقود، عدم شمول عمومات صحت عقود بر عقد معلق، توقیفی بودن اسباب عقود و ایقاعات، انصراف عمومات صحت عقود به عقود منجز و عدم صدق عناوین عقود و ایقاعات بر عقود و ایقاعات معلق است که در ذیل بررسی می شود.

۲-۲-۲. ادله فقهی بطلان تعلیق وکالت و طلاق

۲-۲-۲-۱. اجماع

عمده دلیل فقها بر بطلان عقد تعلیقی، اجماع است (انصاری، ق، ج ۳، ص ۱۷۰؛ خوئی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۷۰). اجماع به این معنا است که همه فقهای یک عصر یا همه اعصار بر موضوعی اتفاق نظر داشته باشند. این اتفاق نظر یا از بررسی نظر همه فقها حاصل می شود یا از لسان یکی از فقها نقل می شود. ظاهراً اجماع دال بر بطلان عقد معلق هم اجماع منقول است و هم اجماع محصل. همچنین گفته شده هیچ مخالفی در برابر اجماع وجود ندارد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ ق، ج ۲، ص ۲۰۴-۲۰۵). برخی از فقها به طور کلی در همه عقود و ایقاعات تنجیز را

شرط دانسته‌اند و هرگونه تعلیق را باطل دانسته‌اند و بر این امر ادعای اجماع کرده‌اند. انصاری نقل کرده است که فقها ادعای اجماع دارند بر اینکه عقود در صورتی صحیح‌اند که منجز باشند (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ج ۳، ص ۱۶۳). به تبع او نیز نائینی همین ادعای اجماع بر اشتراط تنجیز در عقود را نقل کرده است (۱۳۷۳ ق، ج ۱، ص ۱۱۲، ۱۴۱۳ ق، ج ۱، ص ۲۸۷). همین ادعای اجماع با قید حجیت اجماع ادعاشده در کتب فقهای معاصر نیز تکرار شده است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ ق، ج ۲، ص ۲۰۵). اجماع مذکور درخصوص بطلان تعلیق در عقود با عبارت «عدم مناقشه در مسئله» و از «زمره مسلمات بودن» در کتاب *مستمسک عروة الوثقی* نیز نقل شده است (حکیم، ۱۴۱۶ ق، ج ۱۳، ص ۲۶۰). آیت‌الله خوئی نیز ادعای اجماع را با بیان تأملی در حجیت چنین اجماعی نقل کرده است (۱۳۷۷، ج ۳، ص ۶۶).

حسب آنچه از کلمات فقها گذشت، وجود اجماع در مسئله اشتراط تنجیز در عقود و بطلان تعلیق مسلم است. فقهای دیگر نیز بدون ذکر اشتراط کلی تنجیز و بطلان تعلیق در همه عقود و ایقاعات در ابواب پراکنده فقهی به این موضوع با ذکر ادعای اجماع یا بدون آن پرداخته‌اند که بررسی آن‌ها خارج از موضوع این نوشتار است.

همین اشتراط تنجیز و بطلان تعلیق در دیگر عقود و ایقاعات، درخصوص عقد وکالت نیز در کتب فقهی دیده می‌شود. برخی از فقها تعلیق در عقد وکالت را به استناد اجماع باطل دانسته‌اند و تنجیز در وکالت را شرط صحت آن شمرده‌اند. شهید ثانی با قید عبارت «عند علمائنا» شرط وکالت را وقوع منجز آن دانسته، و بیان داشته است که اگر عقد وکالت بر شرط متوقع الحصولی یا صفتی که وقوع آن در آینده محقق الحصول است، مثل طلوع آفتاب، معلق شود، صحیح نیست (۱۴۱۳ ق، ج ۵، ص ۲۳۹). ادعای اجماع بر بطلان عقد وکالت معلق به شرط متوقع الحصول یا وقت نزدیک، با قید عبارت «عند جمیع علمائنا» در لسان فقهای دیگر نیز یافت می‌شود (محقق کرکی، ۱۴۱۴ ق، ج ۸، ص ۱۸۰). از فقهای معاصر نیز اجماع بر بطلان وکالت معلق و نیز بطلان دیگر عقود جایز و لازم با عبارت «لا یصح عند الإمامیه» نقل شده است (عاملی غروی، بی‌تا، ج ۷، ص ۵۲۶). لکن برخی از فقهای دیگر بدون استناد به اجماع، تعلیق در وکالت را غیر صحیح دانسته‌اند. شیخ طوسی بدون ادعای اجماع، تعلیق در

عقد وکالت را مثل اینکه شخصی بگوید: «اگر حجاج آمدند، تو را وکیل کردم» باطل دانسته است (۱۳۸۷ ق، ج ۲، ص ۳۹۹، ۱۴۰۷ ق، ص ۳، ص ۳۵۵). ابن ادریس نیز بدون ادعای اجماع در کتاب *سرائر* وکالت معلق را مثل اینکه شخصی بگوید: «وقتی اول ماه شد من تو را وکیل کردم» غیر صحیح دانسته، و به عدم انعقاد چنین عقد وکالتی اظهار نظر کرده است (۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۹۹). محقق حلی نیز شرط عقد وکالت را منجز بودن آن دانسته است (محقق حلی، ۱۴۰۸ ق، ج ۲، ص ۱۵۱). بعد از ایشان علامه حلی بدون ادعای اجماع، تنجیز در وکالت را شرط دانسته، و تعلیق وکالت را به هر شرطی، باطل دانسته است (۱۴۱۰ ق، ج ۱، ص ۴۱۷، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۵، ص ۱۳-۱۴). در خصوص تعلیق در عقد وکالت در فقه جمهور دو نظر نقل شده است. محقق کرکی جواز وکالت معلق را به گروهی از عامه نسبت داده است (۱۴۱۴ ق، ج ۸، ص ۱۸۰). همچنین از قول شافعی عدم صحت وکالت معلق بر شرط، و از قول ابوحنیفه جواز وکالت معلق بر شرط نقل شده است (ابن قدامه، ۱۳۸۸ ق، ج ۵، ص ۶۸).

درباره تعلیق در طلاق، نخستین فقیهی که به تعلیق در طلاق اشاره کرده است، سید مرتضی است. ایشان ضمن اینکه طلاق معلق را حتی بر فرض تحقق شرط باطل دانسته، این موضوع را از خصائص فقه امامیه شمرده، و با بیان عبارت «إجماع الطائفة» بر این موضوع ادعای اجماع کرده است (علم الهدی، ۱۴۱۵ ق، ص ۲۹۸). فقهای پس از ایشان نیز با ذکر ادعای اجماع، طلاق مشروط را غیر صحیح دانسته اند (ابن براج، ۱۴۰۶ ق، ج ۲، ص ۲۷۰؛ ۱۴۱۱ ق، ص ۱۸۲). همچنین گویند تجرید صیغه طلاق از هر شرط و صفتی صریح کلام اصحاب (بدون هیچ اختلافی) است (بحرانی، ۱۴۰۵ ق، ج ۲۵، ص ۲۳۱). در حال حاضر و با تعدیل آراء سابق می توان گفت که شرط وکالت معلق در ضمن طلاق صحیح است و اشتراط وکالت زوجه در طلاق هیچ گونه منافات و مخالفتی با مقتضیات ذات نکاح، که عبارت است از زوجیت و تشکیل خانواده، نخواهد داشت (روحانی شهرکی، علوی وثوقی، و راغبی، ۱۴۰۰ ش، ص ۲۶۶).

۲-۲-۲. غیر معقول و غیر متصور بودن تعلیق در عقود

انشاء و ایجاد عقد در عالم خارج رخ داده، و عقد ایجاد شده است. عقلاً هم نمی توان تصور کرد که عقد ایجاد شده اکنون بر امر دیگری متوقف و منوط باشد (خوئی، بی تا، ج ۳، ص ۶۶)؛

چراکه ممکن‌الوجود (مثل عقد) هم اقتضای عدم دارد و هم اقتضای وجود؛ پس وقتی مقتضی وجود یعنی انشاء به‌وسیلهٔ ایجاب و قبول و دیگر شرایط اساسی صحت موجود باشد، عقد در عالم خارج ایجاد می‌شود و نمی‌توان گفت که اکنون عقد هم به‌عبارتی موجود است و هم معدوم است. به‌ناچار باید یا ایجاد شده باشد یا معدوم باشد، پس تعلیق که به‌معنای ایجاد بدون اثر است، تصورکردنی نیست. همچنین در توضیح این دلیل گفته شده است که الفاظ عقود که از آن الفاظ معنای انشاء عقد فهمیده می‌شود، مثل «وکالت دادم» عبارت است از: ایجاد اثر عقد مقصود، به‌طوری‌که آن لفظ علت تامهٔ ایجاد عقد باشد. پس اگر اثر عقد بدون حصول معلق علیه ایجاد شود که این موضوع منافی با مقصود در عقد (تعلیق در عقد) است و اگر بعد از وصول معلق علیه ایجاد شود، به‌معنای تخلف معلول از علت تامه است که عقلاً محال است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ ق، ج ۲، ص ۲۵). همچنین گویند که انشاء از قبیل ایجاد است و همان‌طور که ایجاد حقیقی، یعنی به وجود آمدن واقعی یک موجود مثل نمو یک گیاه اناطه و تعلیق را قبول نمی‌کند، انشاء اعتباری هم اناطه و تعلیق را قبول نمی‌کند (حکیم، بی‌تا، ص ۱۰۸).

۲-۲-۳. عدم شمول عموماً صحت عقود بر عقد معلق

یکی از تقسیمات احکام، تقسیم به احکام تأسیسی و امضایی است. همین تقسیم در قوانین موضوعه هم جاری است. احکام تأسیسی احکامی است که مسبوق به سابقه‌ای نیست و از سوی شارع مقدس اسلام تأسیس شده است؛ مانند غالب احکام عبادی همچون نماز و روزه. در مقابل احکام امضایی، احکامی است که در میان عقلا و اهل عرف وجود داشته، و آنجا که موافق مصالحی بوده است، اسلام و سایر ادیان آسمانی آن را پذیرفته‌اند؛ مانند خرید و فروش، اجاره، هبه، وصیت، صلح و حتی نکاح و طلاق (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ ق، ص ۵۶۱). در واقع الفاظ عقود و ایقاعات و از جمله لفظ عقد وکالت پیش از ظهور اسلام نیز وجود داشته است. پس از ظهور اسلام شارع مقدس، وکالت را امضا کرده است. امضای شارع دو گونه است: اول اینکه شارع با سکوت خود آن را می‌پذیرد؛ به این معنا که نوعی قرارداد اجتماعی یا سنتی در میان مردم و در محیط زندگی امامان معصوم رایج بوده است و آنان نهی نکرده‌اند، به‌طوری‌که از

این سکوت رضایت و امضای آن عمل، فهمیده می‌شود. این عدم‌ردع دلیل بر امضا است و بسیاری از احکام امضایی به همین شکل تحقق یافته است؛ دوم اینکه شارع صریحاً آن را می‌پذیرد؛ مثلاً درباره کل قراردادها و عقود می‌فرماید: «ای مؤمنین، به عقود وفا کنید»^۱ یا درباره بیع می‌فرماید: «خداوند بیع را حلال کرد»^۲ (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ ق، ص ۵۶۳). ظاهر عمومات امضای عقود، یعنی مدلول همین آیات فوق‌الذکر شامل عقد معلق نمی‌شود؛ چراکه حکم به وجوب وفا به عقد زمانی صحیح است که موضوع عقد در عالم خارج محقق و ایجاد شده باشد. در نتیجه عقد معلق که موضوع عقد از خود عقد در خارج منفک است، مشمول حکم وجوب وفا نیست. دلیل دیگری نیز که مقتضی وجوب وفا به عقود معلق باشد، وجود ندارد؛ از همین رو چنین عقودی باطل است (خوئی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۶۷). همچنین گفته شده که ادله نقلیه مذکور دلالت بر ترتب مسبب عقد در حال وقوع عقد دارد و نمی‌توان بین تحقق عقد و تحقق اثر فاصله انداخت؛ چراکه این فاصله با عمومات مذکور مخالف است. (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ج ۳، ص ۱۷۰). برخی از علما نیز دلیل بطلان عقد معلق را عدم صدق عناوین عقود و ایقاعات بر عقود و ایقاعات معلق دانسته‌اند (نائینی، ۱۳۷۳ ق، ج ۱، ص ۱۱۲).

۴-۲-۲. انصراف عمومات و عدم شمول اطلاعات صحت عقود به عقود منجز

در توضیح این دلیل گویند: اولاً عموم مردم از عقود منجز استفاده می‌کنند و عقود معلق بین مردم جایی ندارد؛ مثلاً اگر شخصی قصد اعطای وکالت به دیگری دارد، منجزاً او را وکیل خود می‌کند نه اینکه اعطای وکالت را منوط به امر دیگری بکند. ثانیاً عمومات و اطلاعات امضاکننده صحت عقود و ایقاعات مثل حکم وجوب وفا به عقود، انصراف به عقود قطعی و منجز دارد و شامل عقود معلق نمی‌شود (خوئی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۶۹-۷۰). انصراف به این معنا است که هنگام شنیدن لفظ مطلق، معنایی معین در ذهن، حاضر می‌شود؛ در حالی که لفظ دارای معنایی فراگیر و شامل افراد متعدد است. در ما نحن فیه چون عقد معلق بین مردم استفاده نمی‌شود، پس کثرت استعمال عقد، در عقد منجز سبب شده است که هرگاه لفظ عقد را می‌شنویم،

۱. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده/۱).

۲. «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (بقره/۲۷۵).

از جمله در حکم وجوب وفا به عقد، ذهن ما به سمت عقد منجز می‌رود و به سمت عقد معلق که به کار نمی‌رود، سوق پیدا نکند. همین انصراف ذهنی نشانه این است که مراد شارع از وجوب وفا به عقود، وجوب وفا به عقود منجز است و شامل عقود معلق نمی‌شود؛ بنابراین عقود معلق باطل است. همچنین گویند ادله عقود با همه انواع و اصناف آن منصرف بر چیزی است که نزد همه مردم به عنوان عقد شناخته می‌شود و عقد معلق با آنچه مردم به عنوان عقد می‌شناسند، متفاوت است؛ پس باطل است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ ق، ج ۲، ص ۲۰۵).

۲-۲-۲-۵. توقیفی بودن اسباب عقود و ایقاعات

اسباب عقود و ایقاعات امور توقیفی هستند؛ به این معنا که شارع الفاظ خاصی را برای عقود و ایقاعات پیش‌بینی کرده است و نباید پا را فراتر از این الفاظ عقود گذاشت و باید بر همان‌ها اکتفا کرد. (خوئی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۶۹). در واقع شارع وجود و عدم حکمی را دایرمدار وجود یا عدم آن الفاظ قرار داده است؛ مثلاً لفظ «وکالت دادم» سبب شرعی اعطای وکالت به دیگری است و نمی‌توان عبارت دیگری را جای آن به کار برد و اگر سبب مفقود شود، مسبب یعنی عقد وکالت نیز منتفی است. از ویژگی اسباب شرعی این است که زمام سبب شرعی تنها به دست شارع است و توقف بر اسباب شرعی، واجب است و تعدی از آن‌ها جایز نیست؛ از همین رو نباید عقد دیگری اختراع کرد یا شرایط جدیدی را به عقود اضافه کرد؛ چراکه این مصداق عدم اقتصار به الفاظ توقیفی است. عقد معلق هم عقد جدیدی است که مصداق عبور از اجازه شارع و پای فراتر گذاشتن از این امر توقیفی است. پس عقد و ایقاع معلق مثل وکالت معلق، سبب شرعی مورد تأیید شارع نیست، تا مسبب آن (اعطای نیابت) شرعاً ایجاد شود. در نتیجه عقد معلق شرعاً باطل است.

۲-۳. تعلیق در عقد وکالت و طلاق از نظر قوانین و دکترین حقوقی

۲-۳-۱. تعلیق در عقد وکالت

در قانون مدنی وکالت معلق دارای حکم منصوص نیست؛ از این رو برای استنباط حکم وکالت معلق نیاز به رجوع به عمومات عقود است. مقنن قانون مدنی بعد از اینکه عقد را در ماده ۱۸۴ قانون مدنی به منجز و معلق تقسیم کرده، در ماده ۱۸۹ قانون مدنی عقد منجز را تعریف کرده،

و سپس عقد معلق را نیز در ذیل ماده با تعریف به نقیض شرح داده است؛ لکن در ماده ۱۹۰ قانون مدنی در مقام بیان شرایط اساسی صحت معاملات ذکر از اشتراط تنجیز نکرده است. مقنن قانون مدنی در ماده ۶۹۹ درخصوص ضمان معلق، و در ماده ۱۰۶۸ درباره نکاح معلق، و در ماده ۱۱۳۵ طلاق معلق به باطل بودن تعلیق در این عقود رأی داده است. در نتیجه به طور کلی حکم عقد معلق در قانون مدنی مجمل باقی مانده است. شاید دلیل این عدم تصریح به بطلان یا صحت عقد معلق، قصد نویسندگان قانون مدنی در عدم مقابله صریح با اجماع علمای شیعه یا حداقل نظر مشهور ایشان در بطلان عقد معلق ازسویی و عدم پذیرش دلایل بطلان مطرح شده در کتب فقهی ازسوی دیگر بوده است.

برخلاف قانون مدنی، در قانون تجارت عقد معلق به صراحت صحیح دانسته شده است. در ماده ۳۵۰ قانون تجارت حکم به صحت معامله مشروط به شرط تعلیقی با توجه به پذیرفتن اثر معامله معلق کرده است. در این ماده استحقاق اجرت توسط دلال در معامله معلق، بعد از حصول معلق علیه صحیح دانسته شده است.

در ماده ۱۸۵ از قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ تعهدات و گذشت‌های طرفین در هنگام تراضی به سازش در صورت عدم تحقق سازش لازم الرعایه دانسته نشده است. صحیح بودن تعهدات و گذشت‌های معلق بر شرطی یا معلق بر حصول نفس سازش از ماده پیش گفته استخراج می‌شود. همچنین در ماده ۱۰۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و تبصره ۱ این ماده گذشت، مشروط و معلق صحیح دانسته شده، و ترتب آثار گذشت بر آن مشروط به تحقق شرط یا معلق علیه شده است. مقنن قانون مجازات اسلامی علاوه بر صحیح دانستن گذشت تعلیقی، برای این رابطه تعلیقی ایجاد شده تا قبل از حصول معلق علیه یک حق و امتیاز قانونی، ثابت دانسته است؛ بدین شرح که تا زمان عدم تحقق معلق علیه اجرای مجازات ممکن نیست، اگرچه مانع تعقیب و رسیدگی و صدور حکم نیست. با صرف نظر از تفسیر حقوقی ماهیت گذشت و اعلام رضایت مذکور در قانون مجازات اسلامی

که مطابقت با عقد صلح دارد یا ایقاع ابراء است، استنباط می‌شود که مقنن قانون مجازات، عقد یا ایقاع معلق را صحیح و ترتیب‌اث‌پذیر دانسته است.

از جمع همه مواد قانونی فوق چنین فهمیده می‌شود که عمل حقوقی معلق در قوانین موضوعه صحیح دانسته شده است و آثار آن بعد از حصول معلق علیه ثابت و محقق است. در میان حقوق‌دانان نیز تردیدی در خصوص صحت عقد معلق وجود ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۱، ص ۵۹). همچنین برخی از حقوق‌دانان به صراحت صحت عقد معلق را با توجه به ذکر آن در اقسام عقود اعلام کرده‌اند و جز در موارد تصریح به بطلان عقد معلق مثل ضمان، عقد معلق را صحیح دانسته‌اند. مؤید این مطلب را وجود شرایط اساسی صحت معاملات (ماده ۱۹۰ قانون مدنی) در عقد معلق و مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی مبنی بر نافذ بودن قراردادهای خصوصی غیر مخالف با قانون و نبود دلیل صریح بر بطلان عقد معلق در قانون مدنی دانسته‌اند (امامی، ۱۳۴۷، ج ۱، ص ۱۶۷).

۲-۳-۲. تعلیق در ایقاع طلاق

با توجه به نص ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی در خصوص بطلان طلاق معلق به شرط، بحثی در خصوص صحت یا بطلان طلاق معلق مطرح نیست و در این خصوص اتفاق نظر وجود دارد. حقوق‌دانان با توجه به مبنای فقهی این ماده و ادله فقهی شرط منجز بودن طلاق، گفته‌اند: طلاق، انحلال سلول اولیه اجتماع است و تأثیر عمیقی در نظم اجتماعی دارد و نباید دستخوش تزلزل و انتظار زوجین قرار بگیرد؛ از این رو اراده طلاق‌دهنده بر رهایی زن باید منجز و قطعی انجام گیرد. تعلیق در طلاق تا زمان حصول معلق علیه با ثبات و استقرار سازمان خانواده منافات دارد (امامی، ۱۳۴۷، ج ۵، ص ۲۷)؛ لکن به نظر می‌رسد این استدلال از جهت کبرای قیاس خدشه‌پذیر است. این ادعا که طلاق معلق، موجب تزلزل بنیان خانواده است و ازدواج را در حالت انتظار قرار می‌دهد، برای اشتراط تنجیز در طلاق کافی نیست. از زمان وقوع طلاق معلق تا زمان حصول معلق علیه، هرگاه که معلق علیه ایجاد شد، طلاق معلق اثر خود را می‌گذارد و مفارقت بین زوجین حاصل می‌شود. اثبات وقوع معلق علیه، با خواسته اثبات وقوع طلاق در محاکم خانواده قابل رسیدگی است. همچنین تا قبل از وقوع معلق علیه، وضعیت سابق عقد

نکاح و حلّیت آن جاری است و در مقام شک در وقوع معلق علیه، می‌توان استصحاب بقای حلّیت عقد نکاح را جاری کرد.

۴-۲- تعلیق در عقد وکالت و طلاق از نظر رویه قضایی ایران

در رویه قضایی دادگاه‌های ایران هم مطلبی وجود ندارد که موجب این توهم باشد که عقد یا ایقاع معلق به‌طور کلی باطل است، بلکه به‌عکس آراء صریحی مبنی بر صحت عقد و ایقاع معلق غیر از موارد صراحت قانونی بر بطلان وجود دارد. در نظریات مشورتی متعدد اداره کل حقوقی قوه قضائیه وکالت در امر طلاق با تخلف از شروط ضمن عقد نکاح صحیح دانسته شده است؛ از جمله در نظریات شماره ۷/۹۶/۱۷۵۲ و ۷/۹۶/۱۸۵۰ و ۷/۱۴۰۰/۸ به صحت وکالت معلق به شرط ضمن عقد نکاح اشاره شده است. در نشست‌های قضایی نیز «شرط ذکری از نوع شرط نتیجه معلق منفی» صحیح دانسته شده است؛ مانند اینکه بخشی از ثمن معامله به‌صورت چک وعده‌دار پرداخت شود و در قرارداد قید شود. اگر چک پرداخت نشد، معامله منفسخ است (سامانه نشست‌های قضایی، ۱۳۹۷، ماهیت حقوقی شرط انفساخ در بیع^۱ و اقاله معلق (سامانه نشست‌های قضایی، ۱۳۹۸، شرط فاسخ در عقد صلح معوض^۲، و عقد معلق (سامانه نشست‌های قضایی، ۱۳۹۹، مشخص کردن نوع شرط فسخ در فرض عدم پرداخت ثمن معامله از طرف خریدار^۳ و هبه معلق با تعلیق در منشأ و نه انشاء (سامانه نشست‌های قضایی، ۱۳۸۰، اثر طلاق در استرداد هدایای مربوط به زوجین)^۴ و صلح معلق (سامانه نشست‌های قضایی، ۱۴۰۱ ش، وضعیت حقوقی عقد صلح ضمن طلاقی که اجرا نشده است)^۵، همچنین در آراء صادره از محاکم دادگستری نیز صحت عقد معلق مورد تأیید قرار گرفته است؛ از جمله در دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۰۹۰۷۶۰۰۷۰۵

1. <https://www.neshast.org/Home/GetPublicJSessionTranscript/۵۲c۰f۰۱d-۵۷c۴۸۰e-۰۱۱۱-۷۰۸d۵e۶۱۲۳۰۸۷>

2. <https://www.neshast.org/Home/GetPublicJSessionTranscript/۸۰۳۴۹d۷f-۹d۵-۴۸۶۵-۹۲cbc-۰۸d۷۶cbef۹bb>

3. <https://www.neshast.org/Home/GetPublicJSessionTranscript/۹bfa۲a۹۱-f۴۴۸-۸۵۰b-۵۵fb-۰۸d۸۴d۶f۸۷۴e>

4. <https://www.neshast.org/Home/GetPublicJSessionTranscript/c۰۸۵f۴۸-۶۳۱۲-۷۹۸fa-۳۸۲۲-۰۸d۶۰۶c۲۹۹۲f>

5. <https://www.neshast.org/Home/GetPublicJSessionTranscript/۱۷۹۲۱e۴-۹۳۱۴-۱۳d۹b-cf۱c-۰۸db۱a۷۴df۳a>

(سامانه ملی آرای قضایی، ۱۳۹۴، تأخیر در اعمال وکالت در طلاق از ناحیه زوجه)^۱ شعبه شانزدهم دیوان عالی کشور، اعمال وکالت در طلاق با تحقق شرط ضمن عقد نکاح صحیح دانسته شده است. در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۱۴۷۶ (سامانه ملی آرای قضایی، ۱۳۹۲، اثر شرط فاسخ در قرارداد)^۲، و دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۱۰۱۴۶۸ (سامانه ملی آرای قضایی، ۱۳۹۲، نحوه انحلال قرارداد به موجب شرط فاسخ)^۳، انفساخ عقد بعد از حصول معلق علیه صحیح دانسته شده است. همچنین در دادنامه شماره ۹۵۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۳۰۱ (سامانه ملی آرای قضایی، ۱۳۹۵، الزام به تنظیم سند رسمی در عقد معلق)^۴ با تحلیل موضوع پرونده به عقد معلق، به صحیح بودن عقد معلق و ایجاد آثار آن پس از حصول معلق علیه تصریح شده است.

۳. صحت‌سنجی تعلیق در وکالت و طلاق

برای بررسی حکم تعلیق در اعمال حقوقی نمی‌توان حکم یکسان کلی برای همه اقسام تعلیق در عقود و ایقاعات صادر کرد. در واقع حکم کلی به بطلان یا صحت تعلیق، شایسته نیست؛ از این رو به ناچار باید در آغاز تقسیمی صحیح و کاربردی از تعلیق در اعمال حقوقی ارائه داد و در هر قسم، موارد صحت و بطلان را دقیقاً بررسی کرد. در خصوص تعلیق در کتب فقهی و حقوقی تقسیمات متفاوتی ذکر شده است. مثل تقسیم تعلیق به «تعلیق بر شرط» و «تعلیق بر وصف» (عاملی، ۱۴۱۳ ق، ص ۴۶-۴۷) و تقسیم تعلیق به «تعلیق بر شرط حالی و شرط استقبالی ممکن الوقوع و محقق الوقوع» و تعلیق به آنچه صحت عقد متوقف بر آن است و آنچه صحت عقد متوقف بر آن نیست (خوئی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۶۱) و تقسیم تعلیق به تعلیق صریح و ضمنی (خوئی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۵۸) و تقسیم تعلیق و اعتبار معلق علیه به معلق علیه محتمل التحقق و معلوم التحقق (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ج ۳، ص ۱۶۶). اما به نظر می‌رسد این تقسیمات صرفاً دارای جنبه نظری و بحث تقدیری و اعتباری در خصوص تعلیق در عقود و ایقاعات است و فایده عملی ندارد. برخی از حقوق‌دانان نیز در بیان تعلیق‌های باطل اشاره به تعلیق بر

1. <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/29971>

2. <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/5166>

3. <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/5167>

4. <https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/32487>

شرایط اساسی صحت معامله یا تعلیق بر شرایط ذات عقد یا شرایط طرفین معامله یا تعلیق بر شرط نامشروع و مخالف نظم عمومی کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۱، ص ۵۹-۶۰). به نظر می‌رسد این تقسیم نیز صحیح نیست؛ زیرا تعلیق در این گونه موارد به دلیل جهات مصرحه در قانون مدنی باطل است و ارتباطی به صحت و بطلان اصل عقد یا ایقاع به جهت معلق بودن به امر دیگری ندارد. در صحت‌سنجی تعلیق در اعمال حقوقی، معقد بحث جایی است که تعلیق بماهو، یعنی توقف ایجاد اصل عمل حقوقی یا توقف اثر عقد بر امر دیگر خارج از عقد، موجب بطلان یا صحت باشد.

تقسیم باید به نحوی باشد که در اعمال حقوقی بین مردم دارای ثمره عملی باشد. همچنین نزدیک به عرف حقوقی جامعه باشد. در این صورت است که می‌تواند در مقام رسیدگی در محاکم دادگستری نیز در آثار و موضوعات و ملحقات عقود معلق مثرمتر باشد؛ از این رو ما تقسیم جدیدی از تعلیق در عقود و ایقاعات را به عنوان یک تقسیم مستقل مطرح می‌کنیم که ردپایی از آن در آثار فقهی و حقوقی موجود است (نائینی، ۱۴۱۳، ق، ج ۱، ص ۲۹۱؛ کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۱، ص ۵۴-۵۵)؛ اما هیچ‌گاه به عنوان یک تقسیم مستقل دارای آثار ذکر نشده است. در این تحقیق، تقسیم مورد نظری که هم از جهت نظری و هم از جهت عملی و کاربردی، دارای اثر است، تقسیم تعلیق به تعلیق در انشاء (ایجاد عقد) و تعلیق در منشا (آثار عقد) است. آثار این تقسیم از جهت نظری عبارت است از: تشخیص زمان تشکیل عقد و بررسی آثار اراده‌ها در تشکیل عقد. آثار این تقسیم از جهت کاربردی نیز عبارت است از: تشخیص محل وقوع عقد از حیث صلاحیت محلی مرجع رسیدگی و کاشف بودن زمان وقوع عقد پس از حصول معلق علیه و بررسی مالکیت نمائات در زمان ایجاد رابطه معلق تا حصول معلق علیه و اثر قانون بر آتیه از جهت تعیین قانون حاکم بر قرارداد با توجه به زمان تشکیل عقد.

۳-۱. اقسام تعلیق

۳-۱-۱. تعلیق در انشاء

تعلیق در انشاء به این معنا است که طرفین در عقد یا طرف ایقاع، ایجاد و تشکیل بن سازه این

عمل حقوقی را موکول و منوط به امری خارج از عقد بکنند؛ مانند اینکه موکل به وکیل بگوید: تو وکیل من هستی، اگر من به تحمل حبس کیفری محکوم بشوم. با توجه به اینکه بعد از قطعیت حکم محکومیت به حبس نمی‌توان متصور شد که در همان لحظه در ذهن موکل و وکیل قصد و اراده و رضا پیرو ایجاب و قبول سابق محقق بشود، پس وقوع تعلیق در انشاء غیر ممکن است. ایجاد عقد امری اعتباری و ذهنی است؛ اما امور اعتباری هم، تابع قواعد و ضوابطی است و قواعد صحت عقلی باید در آن‌ها هم لحاظ شود؛ اگرچه دقت عقلی و فلسفی در آن لازم نیست.

درواقع به کار بردن اصطلاح «عقد» برای عقد معلق با تعلیق در انشاء صحیح نیست؛ چراکه در تعلیق در انشاء اصولاً عقدی محقق نمی‌شود و انشاء عقد هنوز تکمیل نشده، و چیزی ایجاد نشده است تا به آن «عقد» گفته شود. ذکر عبارت عقد معلق بر عقدی که ایجاد آن به امر دیگری معلق و مشروط شده است، غیردقیق و از باب مسامحه و با غض بصر از این دقت پیش‌گفته است؛ به‌همین دلیل در این تحقیق، در تقسیم تعلیق، مقسم «تعلیق» و نه «عمل حقوقی معلق» قرار گرفت. توضیح بیشتر اینکه به‌طور منطقی و عقلی درخصوص تحقق عمل حقوقی معلق می‌توان سه حالت را متصور شد:

۱. منکر ایجاد عمل حقوقی در زمان تعلیق در انشاء شد و فرض کرد که با تعلیق در انشاء، درواقع هنوز عقدی ایجاد نشده است.
۲. ایجاد عقد در حالت تعلیق در انشاء را قبول کرد و فرض کرد که با تعلیق در انشاء نیز عقد ایجاد می‌شود.
۳. انشاء را نه منکر شد و نه ایجاد آن را قبول کرد، بلکه انشاء را در حالتی فریز شده برای آینده موکول رخداد خارجی دانست.

به عبارت دیگر برای تعلیق انشاء لاجرم باید یکی از سه حالت را تصور کرد. در صورت اول اصلاً عقدی تشکیل نشده که بتوان دربارهٔ ایجاد آن و آثار صحت آن صحبت کرد و این همان حالت تعلیق در انشاء است. در صورت دوم که عقد و نیز آثار آن ایجاد شده است، عقد منجز است. صورت سوم که عقد ایجاد شده، اما اثری نداشته، و ایجاد آثار عقد موجود، موکول و منوط به امر دیگری خارج از عقد شده است، همان عقد معلق با تعلیق در منشأ است؛ یعنی

عقدی که ایجاد شده اما به امر دیگری معلق است و درواقع آثار آن بر امر دیگری معلق است و گرنه خود عقد امکان ندارد که معلق بر امر دیگر باشد؛ در نتیجه حالت چهارمی که ایجاد اصل عقد معلق به امر دیگری باشد، قابل تصور نیست؛ از همین رو تعلیق در انشاء عقلاً محال، و شرعاً باطل است.

۲-۱-۳. تعلیق در منشأ

تعلیق در منشأ به این معنا است که طرفین در عقد یا طرف ایقاع، عمل حقوقی را ایجاد کنند؛ ولی آثار آن را موکول و منوط به امری خارج از عقد بکنند. درواقع عقد با تمام شرایط صحت آن و قصد و رضا و ایجاب و قبول و دیگر شرایط صحت اساسی معاملات ایجاد می‌شود و متعاقدين با اراده مشترک خود اثر عقد را نه فوراً و معجلاً بلکه با واسطه و غیرمستقیم و موکول و منوط بر امر دیگر مقید به زمان خاص یا غیرمقید به زمان خاص در آینده اراده می‌کنند. وکالت در طلاق که در حین عقد نکاح ذیل شروط عقدنامه یا خارج از آن به صورت مستقل به صورت شرط نتیجه، ازسوی زوج به زوجه قید می‌شود، چهره‌ای از عقد معلق با تعلیق در انشاء است. درواقع قصد نهایی متعاقدين از ایجاد تعلیق در عقد (آثار عقد) ایجاد آثار عقد در زمان خاص یا با حصول شرط خاص است. بعد از ایجاد عقد هر یک از طرفین می‌توانند برای تحقق یا عدم تحقق شرط معلق علیه تلاش و اقدام کنند؛ مثل زوجی که از اعتیاد به مواد مخدر دوری می‌کند تا شرط وکالت در طلاق ضمن عقد نکاح مبنی بر اعطای وکالت ازسوی زوج به زوجه در صورت داشتن اعتیاد به مواد مخدر فعال نشود. درواقع نکته مهم بحث اینجا است که فقها می‌گویند نمی‌شود عقد محقق شده باشد، ولی اثر آن محقق نشده باشد. مثل اینکه وکالت محقق شود، اما اثر آن یعنی تفویض اختیار محقق نشود. اما حقوق دانان معتقدند می‌توان عقد بدون اثر را تصور کرد. درواقع فقها اثر عقد را معلول آن می‌دانند و تخلف معلول از علت را غیرممکن تلقی می‌کنند؛ اما حقوق دانان با قبول عدم تخلف معلول از علت، فاصله زمانی بین معلول و علت را غیرممکن نمی‌دانند. شاید بتوان چنین توجیه کرد که تحلیل فقها منطقی و تحلیل حقوق دانان عرفی است و حقوق که علمی متکی به اعتبار است، باید عرفی تفسیر شود. با توجه به اعتباری بودن اعمال حقوقی هیچ مانعی ندارد که طرفین عقد در عالم اعتبار اثر اراده

خود را موکول به امر دیگری خارج از اراده فعلی خود کنند. این موضوع نه عقلاً و نه عرفاً ممنوع نیست؛ بلکه از لحاظ عرفی نیز امری پذیرفته شده است و مقرون به اذهان است. در اعمال حقوقی بین مردم نیز امور معلق بسیار مشاهده می‌شود. علاوه بر اینکه بیشتر احکام شرعی و حقوقی به نحو قضیه حقیقیه انشاء شده‌اند و معلق به تحقق موضوع‌اند که پس از حصول معلق علیه و تحقق موضوع، حکم شرعی یا قانونی مستقر و ثابت خواهد شد. موضوع تعلیق در منشأ با مباحث مفهوم شرط در علم اصول نیز شباهت بسیار دارد.

علم حقوق باید قواعد خود را به زندگی حقوقی مردم نزدیک کند. قواعد حقوقی نباید به شکلی تفسیر و تحلیل شود که عامه مردم اعمال حقوقی خود را انجام بدهند و حقوق دانان در کتب، قواعد ذهنی خود را تحلیل کنند. دورتر شدن تفسیر و تحلیل قواعد حقوقی از عرف حقوق عامه مردم، سبب تضییع حقوق ایشان و مشقت دادرسی خواهد شد.

۲-۳. نقد ادله بطلان تعلیق

همان‌طور که گذشت، تعلیق در انشاء عقلاً محال است؛ اما تعلیق در منشأ عقلاً ممکن است و در عرف نیز بسیار مشاهده می‌شود. حال در تعلیق در منشأ که امتناع عقلی ندارد، با ادله فقهی بطلان تعلیق روبه‌رو هستیم؛ لکن به نظر می‌رسد ادله فقهی بطلان تعلیق از خدشه در امان نیست. ادله بطلان تعلیق در فقه، در ذیل نقد و بررسی می‌شود.

۱-۲-۳. نقد اجماع

عمده دلیل بطلان تعلیق در فقه، اجماع است. اجماع محصل و منقول که از کلمات فقهایی پیشین در ابواب مختلف فقهی و در بعضی از موارد با ذکر کلیت در همه عقود و ایقاعات ذکر شده، خدشه‌پذیر است (یزدی، ۱۴۲۱ ق، ج ۱، ص ۹۱)؛ چراکه طبق نظر اصولیان، اجماع بما هو اجماع ارزش علمی ندارد تا زمانی که کاشف از قول معصوم باشد (مظفر، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۱۹۲). با توجه به اینکه به نظر می‌رسد ادعای اجماع مستند به دلایل دیگر بطلان عقد معلق است؛ از این رو اجماع یادشده در کتب فقهی خدشه‌پذیر است (نائینی، ۱۴۱۳ ق، ج ۱، ص ۲۹۵-۲۹۴؛ خوئی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۶۶). چون دلیل اجماع، دلیلی عقلی و عرفی است و اجماع مستند به این دلیل است، از این رو این اجماع یک «اجماع مدرکی» است. اجماع مدرکی یعنی

اینکه اجماع مستند معلوم و مشخص مثل دلیل نقلی داشته باشد. در مقابل اجماع مدرکی، اجماع تبعدی است که به معنای اتفاق علما در مسئله‌ای است که درباره آن دلیل یا اصلی وجود دارد و علم یا احتمال آن هست که اتفاق‌کنندگان به آن دلیل یا اصل به عنوان مدرک نظر خود استناد کرده باشند. اعتبار و ارزش اجماع مدرکی بسته به اعتبار مدرک و مستند آن است؛ یعنی اگر مدرک و مستند اجماع اعتبار داشت، براساس آن عمل می‌شود. به عبارت دیگر هرگاه مستند اجماع معلوم باشد، اجماع مدرکی است و این اجماع نه کاشف از قول معصوم است و نه کاشف از دلیل معتبری که به دست فقهای سابق رسیده باشد و به دست ما نرسیده باشد و اتفاق ایشان چیزی به علم ما اضافه نمی‌کند (سبحانی تبریزی، ۱۴۳۳ ق، ص ۱۷۰). از همین رو اجماع خدشه‌پذیر، و اعتبار آن مخدوش است. دلیل این مطلب آن است که اجماع‌کنندگان یا بدون دلیل بر بطلان عقد معلق اتفاق کرده‌اند یا دلیل داشته‌اند. اینکه دلیل نداشته باشند، عادتاً در حتی فقهای عظام محال است؛ اما اگر دلیل داشته باشند، دلیل ایشان منحصر در ادله اربعه است. در این صورت دلیل مجمعین نمی‌تواند قرآن کریم باشد؛ چراکه در قرآن کریم حکمی در خصوص عقد معلق وجود ندارد. سنت نیز نمی‌تواند دلیل ایشان باشد؛ زیرا در هیچ‌یک از آراء خود به چنین موضوعی اشاره نکرده‌اند. خود اجماع هم مستند ایشان نیست؛ چراکه مستند اجماع نمی‌تواند خود اجماع باشد، به سبب اینکه موجب دور منطقی است. لاجرم دلیل عقلی می‌ماند که در کتب فقهی ذکر شده است و وقتی آن دلیل عقلی بی اعتبار باشد، اجماع هم اعتبار خود را از دست می‌دهد.

۲-۳. نقد دلیل غیر معقول و غیر متصور بودن تعلیق در عقود

استدلال غیر معقول و غیر متصور بودن تعلیق در عقود، در تعلیق در انشاء صحیح است؛ اما در تعلیق در منشأ خدشه‌پذیر است؛ چراکه اولاً عقود معلق بین مردم وجود دارد و در خارج ایجاد می‌شود و مردم از آن استفاده می‌کنند؛ ثانیاً شارع و مقنن ردع و منعی در برابر این نوع عقود ندارند، بلکه تعلیق به نحو موجب جزئی در بسیاری از عقود مثل وصیت و نذر و عهد و یمین وجود دارد. همان‌طور که پیش‌تر گفته شد حتی می‌توان گفت همه احکام شرعی و قانونی به نحو معلق انشاء شده است. این موضوع به قدری گسترده بود که اصولی‌ها بحث حجیت

مفهوم شرط را بسط دادند. هر امری که بین مردم متداول باشد و شارع و مقنن به دلیل مصلحتی از آن منع نکرده باشد، صحیح است و باید به سمت صحت آن متمایل شد و حکم داد. اینکه برای در بطلان استدلال فوق از فقه‌های سابق نقل شده است که تعلیق در منشأ صحیح نیست غیر قابل قبول است؛ چراکه منشأ امر معلق است و مانعی از تعلیق در منشأ عقلاً و عرفاً نیست (یزدی، ۱۴۱۵ ق، ص ۲۳۰).

۳-۲-۳. نقد دلیل عدم شمول عمومات صحت عقود بر عقد معلق

آنچه موضوع حکم عام و جوب وفای به عقد در آیه شریفه قرار گرفته است، عموم عقد است. عموم عقد شامل عقد منجز و عقد معلق است. همان‌طور که وفای به عقد منجز با خصوصیات آن فوراً و تعجیلاً واجب است، وفای به عقد معلق هم بعد از حصول معلق علیه واجب است. حکم عام و جوب وفا به عقد در آیه شریفه بیان شده است. بعضی از افراد این عام مثل عقود غرری و عقود مخالف نظم عمومی به وسیله مخصص‌های منفصل از شمول این حکم عام خارج شده است. حال شک در مسئله این است که آیا حکم عام و جوب وفا به عقد به باقیمانده افراد عام و در ما نحن فیه هم این عقد معلق شمول دارد و عام در این افراد حجت است یا خیر؟ چون اعتقاد ما به پیروی از اهل اصول (مظفر، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۲۵۷) این است که عام مخصص در باقیمانده افراد عام به نحو حقیقی (نه مجاز) به کار رفته است؛ از این رو حکم عام در مابقی افراد عام نیز حجت است و در هنگام شک، در فرد باقیمانده (عقد معلق در این مقاله) حکم به صحت عقد معلق به سبب شمول حکم عام و جوب وفای به آن می‌شود.

۳-۲-۴. نقد دلیل انصراف عمومات و اطلاعات صحت عقود به عقود منجز

در نقض این استدلال باید گفت که از اطلاعات و عمومات صحت عقود و حکم و جوب وفای به عقود چنین فهمیده می‌شود که هر چیزی که عقد شناخته شود، مشمول اطلاعات و عمومات مذکور است و دلیلی دال بر تخصیص عمومات مذکور یا تقیید اطلاعات مذکور و اخذ قدر متیقن به عقود منجز وجود ندارد؛ چراکه اولاً عقود معلق هم بین مردم وجود دارد و مردم از آن استفاده می‌کنند و به همان اندازه که عقد منجز وجود دارد عقد معلق هم وجود دارد و استفاده می‌شود؛ از این رو ادعای انصراف اطلاعات به جهت کثرت استعمال صحیح نیست و

اطلاقات شامل عقود معلق هم می‌شود. دربارهٔ عمومات هم چون عمومیت عمومات به سبب وضع الفاظ عموم است و برخلاف اطلاق نیازی به مقدمات حکمت ندارد، از این رو ادعای تخصیص به نوع خاصی از این عمومات (عقد منجز) وجهی ندارد و ادعای تخصیص عمومات با دلیل دیگر نیز وجهی ندارد؛ چراکه دلیل مخصص موجود نیست (خوئی، ۱۳۷۷، ج ۳، ص ۷۰).

۵-۲-۳. نقد دلیل توقیفی بودن اسباب عقود و ایقاعات

ادعای توقیفی بودن اسباب عقود و ایقاعات پذیرفته نیست؛ چراکه اولاً الفاظ عقود به همان معانی عرفیه هستند و این الفاظ حقیقت شرعیه یا متشرعه ندارند و شارع، عقود موجود بین مردم عصر خودش را امضا کرده است و آن امضا تابع جعل الفاظ عقود نزد مردم است؛ ثانیاً هرگاه احکامی که از عمومات و اطلاقات ادله و قواعد کلی شرع که جنبه امضایی داشته باشد، استنباط شود، پس فروع آن نیز امضایی است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ ق، ص ۵۶۹)؛ از همین رو شرایط و قلمرو و مفاد آن حکم را باید دقیقاً از مطالعه چگونگی اعتقاد مردم و نحوه اجرای حکم در زمان امضای آن، استنباط کرد؛ ثالثاً مردم نیز از عقد معلق استفاده می‌کنند و عرف این عقد را پذیرفته است، پس عقد معلق هم مشمول امضای شارع و حکم وجوب وفا با خصوصیات خود است.

یافته‌های پژوهش

صحت تعلیق در عقد وکالت و طلاق به طور خاص و تعلیق در عقود و ایقاعات به طور کلی، به ماهیت و تعریف و شرایط آن عقود و ایقاعات ارتباطی ندارد. همهٔ عقود و ایقاعات و از جمله وکالت و طلاق تعلیق‌پذیر هستند. دلیل معتبری مبنی بر بطلان تعلیق وجود ندارد و همهٔ ادله ذکر شده مبنی بر بطلان تعلیق از اجماع منقول تا ادله عقلی و عرفی بطلان همان‌طور که گذشت خدشه‌پذیر است. همچنین هیچ‌یک از عقود و ایقاعات ویژگی خاصی ندارند که به سبب آن ویژگی، تعلیق در آن‌ها باطل باشد؛ حتی طلاق که آن را مرتبط با نظم عمومی می‌دانند، تعلیق‌پذیر است. تنها ملاک برای بررسی صحت و بطلان تعلیق، تفکیک بین تعلیق در انشاء و تعلیق در منشأ، به سبب محال بودن عقلی تعلیق در انشاء است. تعلیق در انشاء (ایجاد) عمل

حقوقی به‌طور کلی باطل، و تعلیق در اثر عمل حقوقی به‌طور کلی صحیح است؛ به‌همین سبب علمای متأخر، اعطای وکالت در امر طلاق را به‌نحو تعلیق در منشأ با معلق علیه عدم انفاق صحیح دانسته‌اند و صحت وکالت معلق را از دیگران نقل کرده‌اند.

پیشنهاد

پیشنهاد این نوشتار این است که مواد ۶۹۹ و ۱۰۶۸ و ۱۱۳۵ قانون مدنی ملغی شود و در ذیل ماده ۱۸۹ یا ۱۹۰ قانون مدنی، تعلیق در انشاء به‌طور کلی باطل و بی‌اثر، و تعلیق در منشأ در همه عقود و ایقاعات، از جمله وکالت و طلاق، صحیح و دارای اثر اعلام شود.

منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد (۱۴۱۰ ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن براج، عبدالعزیز بن نحریر (۱۴۰۶ ق). *المهذب*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن براج، عبدالعزیز بن نحریر (۱۴۱۱ ق). *جواهر الفقه - العقائد الجعفریه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن قدامه، عبد الله بن احمد (۱۳۸۸ ق)، *المغنی*. قاهره: مکتبه القاهره.
- ابوحیب، سعدی (۱۴۰۸ ق). *القاموس الفقهی لغة واصطلاحاً*. دمشق: دار الفکر.
- امامی نمینی، محمود (۱۳۸۳). بطلان یا صحت تعلیق در اعمال حقوقی. *نشریه مطالعات اسلامی*، (۶۳)، ص ۱۱-۴۱.
- امامی، حسن (۱۳۴۷). *حقوق مدنی*. تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ ق). *کتاب المکاسب*. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- تقوی، سیدحسین؛ کرامتی، داود (۱۳۹۶). تبیین فقهی و حقوقی طلاق زوجه ناشی از وکالت. *مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه*، (۲)، ص ۱۴۱-۱۴۹.
- حسینی مقدم، سید عسکری (۱۳۸۲). تعلیق در عقود و ایقاعات. *کاوشی نو در فقه اسلامی*، (۳۶)، ص ۲۵۱-۱۸۷.
- حسینی مراغی، عبد الفتاح بن علی (۱۴۱۷ ق). *العناوین الفقهیة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- حکیم، محسن (۱۴۱۶ ق). مستمسک العروة الوثقی. قم: مؤسسه دار التفسیر.
- حکیم، محسن (بی تا). نهج الفقاهه. قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
- خلیل بن احمد (۱۴۱۰ ق). کتاب العین. قم: هجرت.
- خوئی، ابوالقاسم (۱۳۷۷). مصباح الفقاهه (المکاسب). قم: مکتبه الداوری.
- روحانی شهرکی، زینب؛ علوی وثوقی، یوسف؛ راغبی، محمدعلی (۱۴۰۰ ش). توجیه فقهی طلاق پس از نکاح تحلیل. دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده، ۲۶ (۷۴)، ص ۲۵۱-۲۷۱.
- سبحانی، جعفر (۱۳۸۹). طلاق معلق و سوگند بر طلاق. نشریه فقه اهل بیت علیهم السلام، ۱۶ (۶۲)، ص ۲۶-۴۶.
- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۳۳ ق). الموجز فی أصول الفقه. قم: مؤسسه امام صادق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- صفائی، سیدحسین (۱۳۶۰). درباره وکالت در طلاق: وکالت زوجه در طلاق. نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۲۲ (۲)، ص ۷۷-۱۰۰.
- صفائی، سیدحسین (۱۳۶۰). وکالت زوجه در طلاق و تفویض حق طلاق به او. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۲۲ (۰)، ص ۷۷-۹۹.
- طریحی، فخرالدین بن محمد (۱۴۱۶ ق). مجمع البحرین. تهران: کتابفروشی مرتضوی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق). المبسوط فی فقه الإمامیه. تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ ق). الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- عاملی غروی، جواد بن محمد (بی تا). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- عاملی، یاسین عیسی (۱۴۱۳ ق). الاصطلاحات الفقهيّة فی الرسائل العمليّة. بیروت: دار البلاغۃ للطباعة والنشر والتوزيع.
- عبد الرحمان، محمود (۱۴۱۹ ق). معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهيّة. قاهره: دار الفضیله.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ ق). إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ ق). تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- علم الهدی، علی بن حسین (۱۴۱۵ ق). الإیتصار فی انفرادات الإمامیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- علی آبادی، علی (۱۳۹۳). عقد معلق در قانون مدنی، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۶ (۱۱)، ص ۱۹۱-۲۱۰.

- غلامعلی زاده کجوا، محمد؛ اسماعیل، رضایی (۱۳۹۹). طلاق مشروط از منظر فقه فریقین. مجموعه مقالات نهمین همایش ملی پژوهش‌های مدیریت و علوم انسانی در ایران، ص ۱۱۶۲ - ۱۱۷۱.
- فهیمی، عزیزالله؛ شاهی، احد (۱۳۹۳). ایقاع، تعلیق و شرط فاسخ. مجله حقوقی دادگستری، ۷۸ (۸۶)، ص ۱۴۱ - ۱۶۳.
- فیومی، احمد بن محمد (بی‌تا). *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی*. قم: منشورات دار الرضی.
- قائمی، لیلا (۱۳۹۶). تعلیق در ایقاعات. نشریه مطالعات حقوق، ۲ (۱۶)، ص ۶۹ - ۸۳.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴). *اعمال حقوقی قرارداد - ایقاع*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸). *دوره حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها*. تهران: گنج دانش.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد (۱۴۱۴ ق). *تاج العروس من جواهر القاموس*. بیروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- مشکینی اردبیلی، علی (۱۴۳۴ ق). *مصطلحات الفقه*. قم: دار الحديث.
- مصطفوی، حسن (۱۴۰۲ ق). *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*. تهران: مرکز الكتاب للترجمة والنشر.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۹۰). *اصول فقه* (محسن غرویانی و علی شیروانی، مترجمان). قم: دار الفكر.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ ق). *دائرة المعارف فقه مقارن*. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳ ق). *منیة الطالب فی حاشیة المکاسب*. تهران: المکتبه المحمدیه.
- نائینی، محمدحسین (۱۴۱۳ ق). *المکاسب والبیع*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۶ ق). *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم (۱۴۱۵ ق). *سؤال و جواب*. تهران: مرکز نشر العلوم الإسلامی.
- یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم (۱۴۲۱ ق). *حاشیة المکاسب*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.



A Critical Analysis of Fair Equivalent Remuneration (Ojrat al Mesl) of Marriage Perids for Wives in Iranian Law

Negin Gholami¹

DOI:

10.30497/flj.2025.247048.2086



Abstract

Supporting women and trying to empower them is one of the essential requirements in any society. In this regard, in 2006, the legislator added a note to Article 336 of the Civil Code, giving the wife the right to demand remuneration from her husband for the work she has done during their life together in the common home. In this study, which is done by a descriptive-analytical method and based on library studies, the author believes that the common wage as a financial right that was added to our legal texts in the opinion of the legislator and many legal writers in order to protect women, is the subject of much criticism from various legal and social aspects. So that not only cannot it fulfill the protective function intended by the legislator in practice, but also it is even contrary to the dignity and status of women. Therefore, while proposing the elimination of such Article, the alternative solutions such as mandatory insurance for housewives are proposed, which, while preserving the dignity of the wife, provides the necessary support for women and causes less tension between couples.

Keywords: Fair equivalent remuneration, note to Article 336 Civil Code, the wife's financial rights, the wife's Sharia duties.

1. Assistant Professor, Department of Private Law, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran.
n.gholami@uok.ac.ir

تحلیل انتقادی اجرت‌المثل ایام زوجیت در حقوق ایران

نگین غلامی^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۷/۳؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۰۶

Doi: 10.30497/flj.2025.247048.2086

چکیده

حمایت از زنان و تلاش برای توانمندسازی آن‌ها یکی از بایسته‌های ضروری در هر جامعه‌ای است؛ ازاین‌رو، قانونگذار در سال ۱۳۸۵ با الحاق یک تبصره به ماده ۳۳۶ ق م، این حق را به زوجه داد تا بابت کارهایی که در طول زندگی مشترک در منزل مشترک انجام داده است، از زوج اجرت مطالبه کند. نگارنده در این پژوهش که با روش توصیفی - تحلیلی و با اتکا بر مطالعات کتابخانه‌ای صورت گرفته، بر این عقیده است که اجرت‌المثل حقی مالی است که به زعم قانونگذار و بسیاری از نویسندگان حقوقی در جهت حمایت از زنان به متون قانونی ما اضافه شد، از جنبه‌های گوناگون حقوقی و اجتماعی محل نقد بسیار است؛ به‌طوری که نه تنها نمی‌تواند کارکرد حمایتی موردنظر قانونگذار را در عمل محقق سازد، بلکه حتی خلاف شأن و منزلت زنان نیز هست؛ ازاین‌رو ضمن پیشنهاد حذف چنین مقرره‌ای، راهکارهای جایگزینی نظیر بیمه اجباری زنان خانه‌دار پیشنهاد می‌شود که در آن، ضمن حفظ شأن زوجه، هم حمایت مقتضی از زنان به عمل می‌آید و هم باعث بروز تنش کمتری بین زوجین می‌شود.

کلیدواژه‌ها: اجرت‌المثل، تبصره ماده ۳۳۶ ق م، حقوق مالی زوجه، وظایف شرعی زوجه.

مقدمه

حقوق زنان، حمایت از بانوان، توانمندسازی زنان و عباراتی از این قبیل، مدت‌هاست کلیدواژه هر بحث و مقالی است که با موضوع زنان برگزار می‌شود. حمایت از زنان به‌عنوان نیمه تأثیرگذار جامعه، ضرورتی انکارناپذیر است؛ اما چگونگی این حمایت‌ها اهمیت زیادی دارد و مرز بین شعار و تلاش مجدانه و تأثیرگذار برای تحقق این مهم را مشخص می‌سازد.

ایجاد هر نوع تغییر مثبتی در جامعه امری چندجانبه است: بخشی از آن از طریق انجام کار فرهنگی برای فرهنگ‌سازی در جامعه میسر می‌شود؛ بخشی از طریق آموزش مستقیم به اشخاص، و بخشی دیگر از طریق قانونگذاری و تصویب قوانین حمایتی صورت می‌گیرد. از بین قلمروهای گوناگون، آنچه موضوع بحث پژوهش حاضر است، حمایت تقنینی از زنان است. با این توضیح که قانونگذار ایران در سال ۱۳۸۵ با الحاق یک تبصره به ماده ۳۳۶ قانون مدنی، به‌منظور حمایت بیشتر از زنان، علاوه بر حق مهریه و نفقه‌ای که از قبل برای ایشان در قانون وجود داشت، نوعی حق مالی جدید با عنوان اجرت‌المثل ایام زوجیت ایجاد کرد که بر مبنای آن زوجه می‌تواند با اثبات چند شرط، بابت کارهایی که در منزل شوهر انجام داده است، از وی مطالبهٔ مزد و اجرت کند. به این ترتیب، به‌زعم قانونگذار، زحمات زنان در طی زندگی مشترک بی‌اجر نمی‌ماند و در سایهٔ حمایت قانون قرار می‌گیرد.

نویسندگان حقوقی در آثار متعددی به تبیین این تبصره از جهات گوناگون، مانند شرایط تعلق اجرت‌المثل به زوجه و مبانی فقهی این تبصره، پرداخته‌اند. آثاری که پیش از این تحقیق در این زمینه نگارش شده است، عبارت است از: «بررسی حقوق مالی زن و مرد در پرتو فقه پویا»، نوشتهٔ خلیل‌اله احمدوند و لیلا آزادمنش (۱۴۰۲ ش)؛ «اجرت‌المثل کارهای زوجه و نقد آرای محاکم در این زمینه»، اثر محمدعلی انصاری‌پور و محمدحسن صادقی‌مقدم (۱۳۸۴)؛ «مبانی فقهی و حقوقی اجرت‌المثل خانه‌داری و بررسی وظایف شرعی زوجه در فقه»، اثر کبری پورعبدالله و فاطمه سرخ‌حصاری (۱۳۹۴)؛ «اجرت‌المثل ایام زوجیت و نحله با نگرشی بر قانون حمایت خانواده مصوب اسفند ۱۳۹۱»، نوشتهٔ علی‌اصغر حاتمی و سیده‌فاطمه زبرجد (۱۳۹۴)؛ مقالهٔ «اجرت‌المثل زوجه در فقه و حقوق ایران، با نظر به قانون حمایت از خانواده ۱۳۹۱»،

نوشته خدیجه مرادی و عاتکه قاسم‌زاده (۱۳۹۴)؛ «قاعده جاودانگی احکام و تحول زمان»، اثر عابدین مؤمنی و سیدمحمد صدری و علی پیردهی (۱۳۹۶)؛ و نیز مقاله «واکاوی فقهی - حقوقی میزان اجرت‌المثل زنان شاغل»، نوشته زهرا السادات میرهاشمی و هلیا اقدامی (۱۴۰۲).

وجه مشترک آثار منتشرشده در این موضوع، نگاه تأییدی و مثبت نویسندگان به اجرت‌المثل ایام زوجیت برای زوجه است. این در حالی است که ازدیدگاه نگارنده این پژوهش، تبصره الحاقی یادشده به شکل کنونی آن نمی‌تواند حمایتی را که موردنظر مقنن بوده است، برای زنان فراهم آورد و فراتر از آن حتی شأن و جایگاه زنان در زندگی مشترک را تنزل داده است؛ ازاین‌رو، وجه متمایز این اثر با آثار پیشین درباره موضوع موردبحث، این است که نگارنده در این پژوهش، دیدگاه نقادانه و منفی به موضوع اجرت‌المثل زوجه داشته و با بیان دلایلی، ناکارآمدی چنین نهادی در حقوق ایران را تبیین می‌کند و درنهایت و با طرح راهکارهای جایگزین، پیشنهاد حذف مستند قانونی آن را می‌دهد.

مقاله حاضر سه بخش دارد: بخش نخست به بیان مفهوم و پیشینه تقنینی اجرت‌المثل و شروط تحقق آن در قانون اختصاص دارد؛ بخش دوم، به نقد شروط مقرر قانونی برای استحقاق اجرت‌المثل زوجه پرداخته، و ضمن بیان تحلیل‌های حقوقی، اساساً تعلق اجرت‌المثل به زوجه، سالبه به انتفای موضوع می‌شود و حذف تبصره ماده ۳۳۶ قانون مدنی و در کل اجرت‌المثل زنان پیشنهاد می‌شود؛ بخش سوم به بیان راهکارهای دیگری برای تحقق حمایت مالی از زنان در زندگی مشترک پرداخته می‌شود.

۱. مباحث مقدماتی درخصوص اجرت‌المثل ایام زوجیت

۱.۱. مفهوم اجرت‌المثل

اجرت‌المثل یکی از اصطلاحات حقوقی است که درمقابل اجرت‌المسمی به کار می‌رود. منظور از اجرت‌المسمی، اجرتی است که به‌موجب یک عقد و با توافق طرفین برای استفاده از مال یا بهره‌مندی از کار دیگری مقرر می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵، ص ۱۱). حقوقدانان، اجرت‌المثل را به بدل اجرت منافی که بدون وجود عقد پرداخت می‌شود، تعریف کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۲۸۲). به عبارتی، اگر شخصی بدون وجود عقد یا در نتیجه عقدی باطل

از مال یا عمل دیگری منتفع شود، باید اجرت و بهای عرفی را که برای آن عمل یا انتفاع از مال وجود دارد، بپردازد. به این نوع اجرت که با در نظر گرفتن اجرت کار یا مالی در شرایط مشابه تعیین می‌شود، اجرت‌المثل می‌گویند (هاشمی شاهرودی و همکاران، ۱۴۲۳ ق، ج ۵، ص ۲۴۹).

انجام کار غیرتبرعی برای دیگری و عدم توافق بین عامل و آمر درخصوص اجرت، معیارهایی هستند که به صورت مکرر در تعریف «اجرت‌المثل» در کتب فقهی مختلف به آن‌ها اشاره شده است (یزدی، ۱۴۰۹ ق، ج ۲۰، ص ۵۸۹؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ ق، ج ۲، ص ۱۴۲؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ ق، ج ۲۷، ص ۲۴۶).

اجرت‌المثل ایام زوجیت برای زوجه از حیث تعریف، تابع تعریف کلی اجرت‌المثل است و تعریف مجزایی ندارد. اساساً به همین دلیل است که قانونگذار، مقررۀ قانونی اجرت‌المثل کارهایی را که زوجه در زندگی مشترک انجام داده، به صورت تبصره ذیل ماده ۳۳۶ قانون مدنی که راجع به اجرت‌المثل به صورت کلی است آورده است. در نتیجه، باید گفت منظور از اجرت‌المثل ایام زوجیت، تعلق اجرت به زوجه بابت انجام کارهایی است که شرعاً بر عهده وی نبوده؛ ولی او بنا به دستور یا درخواست مرد و بدون قصد تبرع، آن‌ها را انجام داده است.

۱.۲. پیشینه تقنینی اجرت‌المثل زوجه

در زمان تصویب جلد دوم و سوم قانون مدنی در سال‌های ۱۳۱۳ و ۱۳۱۴ شمسی، موضوع اجرت‌المثل و مزد دادن به زن بابت انجام کارهایی که در منزل مشترک انجام می‌دهد، طرح نشده بود. قانونگذار در مقام بیان حقوق مالی زوجه است؛ اما تنها به مهریه و نفقه اکتفا کرده، و از اجرت‌المثل بحثی نشده است. در قوانین حمایت خانواده قبل از انقلاب مصوب سال‌های ۱۳۴۶ و ۱۳۵۳ نیز بحثی از اجرت‌المثل به میان نیامده بود.

تعلق گرفتن اجرت به کارهای زن در منزل مشترک، برای نخستین بار در قانون اصلاح مقررات طلاق مصوب ۱۳۷۱ که متشکل از یک ماده و هفت تبصره بود، مطرح شد. در تبصرۀ شش این ماده واحده و بند الف آن، به صراحت حق مطالبۀ اجرت‌المثل برای زوجه در صورت درخواست او پیش‌بینی شده است. تبصرۀ ۶ و بند (الف) آن چنین مقرر می‌دارد:

پس از طلاق، در صورت درخواست زوجه مبنی بر مطالبه حق الزحمه کارهایی که شرعاً به عهده وی نبوده است، دادگاه بدو از طریق تصالح در خصوص تأمین خواسته زوجه اقدام می‌کند و در صورت عدم امکان تصالح، چنانچه ضمن عقد یا عقد خارج لازم، در خصوص امور مالی شرطی شده باشد، طبق آن عمل می‌شود. در غیراین صورت، هرگاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد و نیز تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوءاخلاق و رفتار وی نباشد، به ترتیب زیر عمل می‌شود: الف - چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده، به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت‌المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه، و به پرداخت آن حکم می‌نماید.

حتی فراتر از این و در صورت عدم مطالبه زوجه، مستند به بند (ب) تبصره ۶ «با توجه به سنوات زندگی مشترک و نوع کارهایی که زوجه در خانه شوهر انجام داده و وسع مالی زوج، دادگاه مبلغی را از باب بخشش (نحله) برای زوجه تعیین می‌نماید».

براین اساس، مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۸۱ قانون الحاق یک تبصره به ماده ۳۳۶، قانون مدنی را به تصویب رساند که به دلیل اختلاف نظر با شورای نگهبان، در نهایت مجمع تشخیص مصلحت نظام در تاریخ ۱۳۸۵/۱۰/۲۳ آن را تأیید و تصویب کرد. این تبصره که از این سال به ماده ۳۳۶ قانون مدنی الحاق شد، چنین مقرر می‌دارد: «چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده، و عرفاً برای آن کار اجرت‌المثل باشد، به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت‌المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌نماید». همان گونه که ملاحظه می‌شود متن تبصره الحاقی به ماده ۳۳۶ قانون مدنی تا حدود زیادی تکرار متن بند الف تبصره ۶ ماده واحده اصلاح مقررات مربوط به طلاق است؛ اما دلیل اینکه قانونگذار با وجود مقرر سابق در قانون اصلاح مقررات طلاق، به تصویب این تبصره با متن کاملاً مشابه با مقرر قبلی اقدام کرد، این است که در قانون اصلاح مقررات طلاق، گرفتن اجرت‌المثل منوط به درخواست طلاق از جانب زوج و عدم نشوز زوجه بود. این در حالی است که مستفاد از اطلاق تبصره ماده ۳۳۶ قانون مدنی، زن

می‌تواند در هر صورت چه طلاق از جانب مرد باشد چه از جانب زن و چه اساساً طلاق مطرح شده باشد یا نشده باشد، اجرت‌المثل خود را مطالبه کند. قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ نیز اجرت‌المثل را در ردیف دیگر حقوق مالی زن مانند مهریه و نفقه پذیرفته است. با توجه به اینکه قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱، قانون اصلاح مقررات طلاق را به استثنای بند (ب) تبصره ۶ که دربارهٔ نحله است، منسوخ اعلام کرده است؛ از این رو در حال حاضر مستند قانونی حق زن در اجرت‌المثل ایام زوجیت، صرفاً تبصره ماده ۳۳۶ قانون مدنی و نیز ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ است.

۱.۳. مبانی فقهی اجرت‌المثل ایام زوجیت

اجرت‌المثل کارهایی که زوجه در منزل مشترک انجام می‌دهد از حیث ماهیت و مبنا از اجرت‌المثل در معنای کلی تبعیت می‌کند و مبنای ویژه‌ای که اختصاص به شرایط زوجه داشته باشد، ندارد. بحث اجرت‌المثل در متون فقهی و حقوقی ذیل مبحث استیفا از مال یا عمل غیر، یکی از منابع ضمان قهری و مسئولیت مدنی مطرح می‌شود؛ بنابراین برای دریافت مبانی فقهی اجرت‌المثل زوجه، باید مبانی اجرت‌المثل در متون فقهی بررسی شود.

فقها احترام به مال یا عمل دیگری، استیفا از عمل یا مال دیگری، بنای عقلا (محقق داماد، ۱۴۰۶ ق، ج ۱، ص ۲۱۳) و برخی از روایات را که حرمت مال مسلمان را مانند حرمت خون او می‌دانند (حرعاملی، ۱۴۰۳ ق، ج ۱، ص ۶۱۰) از مبانی اجرت‌المثل معرفی کرده‌اند (بجنوردی، ۱۴۱۹ ق، ج ۷، ص ۲۹۳، فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۲۴ ق، ص ۵۳۱؛ مصطفوی، ۱۴۱۷ ق، ص ۱۷)؛ از این رو براساس این مبانی فقهی، زن نیز می‌تواند بابت کارهایی که در منزل مشترک انجام می‌دهد، از شوهر اجرت مطالبه کند.

۱.۴. شرایط استحقاق زوجه نسبت به اجرت‌المثل

در خصوص شرایط استحقاق اجرت‌المثل برای زوجه در کتاب‌ها و مقالات مختلف به تفصیل توضیح داده شده است؛ از این رو در این قسمت صرفاً به صورت مختصر به بیان این شروط می‌پردازیم. نقد این شروط و دیدگاه‌های مختلف در خصوص آن‌ها به صورت مستدل در قسمت بعدی مقاله ارائه می‌شود؛ اما شروط استحقاق زوجه نسبت به اجرت‌المثل عبارت‌اند از:

۱.۴.۱. انجام کارهایی که شرعاً بر عهدهٔ زوجه نیست

برای دانستن اینکه از نظر شرعی چه کارهایی وظیفهٔ زوجه است، باید به منابع فقهی مراجعه کرد. در بحث مصادیق وظایف زوجه در قبال زوج، فقها تنها سه وظیفه را جزو وظایف شرعی زن بر شمرده‌اند: اطاعت از زوج، عدم خروج از منزل بدون اذن زوج، و اذن گرفتن از زوج برای تصرف در اموال او (ابن بابویه، ۱۴۱۳ ق، ج ۳، ص ۴۳۸-۴۴۰). در نتیجه، انجام کارهای منزل مانند آشپزی و نظافت و شیردادن به فرزند جزو وظایفی نیست که شرعاً بر عهدهٔ زن باشد (سیستانی، ۱۴۱۷ ق، ج ۳، ص ۱۰۳؛ طباطبائی قمی، ۱۴۲۳ ق، ج ۵، ص ۳۷۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ج ۶، ص ۱۱۷؛ نراقی، ۱۴۲۲ ق، ج ۱، ص ۲۱۳).

۱.۴.۲. انجام کارها به دستور زوج صورت گرفته باشد

منظور از دستور در این زمینه الزاماً فرمان دادن به معنای خاص کلمه نیست. بلکه همان‌گونه که فقها اشاره کرده‌اند انجام کار به درخواست مرد هم موجب استحقاق زن نسبت به اجرت‌المثل می‌شود. در نتیجه کارهایی که زن در خانه همسر بنا به درخواست صریح یا ضمنی، قولی یا فعلی مرد انجام می‌دهد و خارج از وظایف شرعی اوست باعث تعلق اجرت‌المثل به زوجه می‌شود (خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۳۰۵؛ یزدی، ۱۴۲۴ ق، ج ۵، ص ۱۱۲؛ صاحب جواهر، ۱۳۶۶، ج ۳۱، ص ۳۳۵) با این وصف، اگر زوج، دستور صریح خود به زوجه برای انجام کارهای منزل را انکار کند، دستور ضمنی یا تقاضای فعلی و قولی را نمی‌تواند انکار کند (انصاری‌پور، صادقی‌مقدم، ۱۳۸۴، ص ۹-۱۰).

۱.۴.۳. عدم قصد تبرع زوجه در انجام امور منزل

به‌طور کلی در مبحث استیفا از مال یا عمل غیر، اصل بر غیرتبرعی بودن است، مگر اینکه امر اثبات کند که عامل یا صاحب مال، قصد تبرع داشته است (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۴۹۴). این قاعده در ماده ۳۳۶ و ۳۳۷ قانون مدنی نیز انعکاس یافته است؛ اما در بحث اجرت‌المثل زوجه، قانونگذار اصل مفروض در انجام کارها توسط زن را اصل تبرع دانسته، و اثبات خلاف آن را بر عهدهٔ زوجه قرار داده است. دلیل این تغییر در رویکرد قانونگذار به احتمال زیاد، اتکا به ظهور عرفی حاکم بر جامعه ایرانی مبنی بر انجام دادن کارهای منزل و نگهداری از فرزندان

توسط زن خانه به صورت تبرعی و بدون انتظار عوض و مزد است. البته برخی از نویسندگان، ظهور عرفی مبنی بر تبرعی بودن کارهای صورت گرفته از سوی زوجه را خلاف واقع دانسته و معتقدند زن چنین کارهایی را در جهت درست کردن آینده زندگی مشترک انجام می‌دهد و تبرعی بودن آن‌ها باید همراه با قرینه و دلیل خاصی باشد. حتی صرف اینکه زوجه کارهای منزل را از باب تعاون و اظهار محبت به زوج انجام می‌دهد هم منافاتی با استحقاق او نسبت به اجرت‌المثل ندارد. کمااینکه مانع مطالبه دیگر حقوق مالی مانند نفقه و مهریه هم نمی‌شود (محمدی، ۱۳۸۳، ص ۴۳ - ۴۴).

۱.۴.۴. اجرت داشتن کارها در عرف

بدیهی است وقتی از اجرت‌المثل صحبت می‌شود، عرف یک منبع مهم برای تعیین آن است؛ چراکه برای تعیین میزان اجرت‌المثل مال یا عمل، باید به موارد مشابه آن در عرف (خاص یا عام) مراجعه کرد. طبیعی است اگر انجام بعضی از کارها در عرف، بدون عوض باشد، بحث اجرت‌المثل درخصوص آن منتفی است؛ اما با توجه به اینکه کارهایی نظیر آشپزی، نظافت منزل، شست‌وشوی لباس‌ها، پذیرایی از مهمان، پرستاری و مراقبت از کودکان هر یک موضوع مشاغل مقبول و مشروع در جامعه هستند؛ بنابراین می‌توان گفت عرف برای چنین کارهایی اخذ اجرت را شناسایی می‌کند و بالطبع، می‌توان بابت انجام چنین کارهایی در منزل توسط زوجه به بحث و بررسی اجرت‌المثل پرداخت.

۲. نقد نگارنده بر شروط قانونی اجرت‌المثل ایام زوجیت

قانونگذار با هدف تأمین حمایت بیشتر از زنان، اقدام به الحاق یک تبصره به ماده ۳۳۶ کرده است؛ اما اولاً شروطی که در این تبصره برای استحقاق زن نسبت به اجرت‌المثل مقرر شده است، به گونه‌ای است که در عمل نه تنها نمی‌توان حمایتی را که مبنای تصویب چنین قانونی بوده است، محقق کرد، بلکه فراتر از آن می‌توان گفت اگر چنین مقرره‌ای نبود، شاید حمایت موردنظر، راحت‌تر میسر می‌شد؛ ثانیاً تعیین اجرت‌المثل به شیوه کنونی نه تنها حمایت درخور از زنان به عمل نمی‌آورد، بلکه به نوعی موجبات کسر شأن آنان را فراهم می‌کند. در ادامه، دلایل این نقد تشریح می‌شود.

۲.۱. نقد شرط انجام کارهایی که شرعاً بر عهده زوجه نیست

پیش از این در خصوص مصادیق انجام کارهایی که شرعاً بر عهده زن نیست، توضیح داده شد و بیان شد که از نظر شرعی، انجام کارهای منزل از جمله نظافت و آشپزی و نیز نگهداری و مراقبت از فرزندان جزو وظایف شرعی زوجه نیست. سؤال مطرح در این زمینه این است که در جوامع صدر اسلام که بسیاری از احکام شرعی بر مبنای فرهنگ حاکم بر آن زمان شکل گرفته است، انجام این وظایف اگر بر عهده زن نبوده، پس جزو وظایف چه کسی بوده است؟

یکی از احتمالاتی که در این زمینه به نظر می‌رسد این است که با توجه به رواج برده‌داری در جوامع پیش از اسلام و صدر اسلام، کارهای منزل را عمدتاً کنیزان و غلامان انجام می‌دادند. با توجه به فراوانی جنگ‌ها و منازعات بین قبایل، به غنیمت گرفتن اموال و اسارت گرفتن افراد بسیار روی می‌افتاده، و بالطبع، داشتن برده (چه از نوع زن یا مرد) امری رایج بوده، و در انحصار خانواده‌های اشرافی و ثروتمند نبوده است. در نتیجه بر مبنای فرهنگ حاکم بر آن زمان، از یک سو با وجود کنیز، زن آزاد از نظر اخلاقی و عرفی مکلف به انجام کارهای منزل نبوده است؛ از سوی دیگر، بسیاری از احکام شرعی در زمینه روابط اجتماعی در اسلام، احکام امضایی هستند که سنت و روال معمول بین مردم آن زمان را تأیید و تنفیذ کرده است. به عبارت دقیق‌تر، آن احکام شرعی بر مبنای عرف معمول آن زمان صادر شده‌اند؛ از این رو وقتی صحبت از کارهایی می‌شود که شرعاً بر عهده زوجه نیست، با لحاظ این پیشینه تاریخی و فرهنگی، شاید سخن گزافی نباشد اگر بگوییم منظور کارهایی بوده، که عرفاً بر عهده زوجه نبوده است. از یک سو، در زمان کنونی که برده‌داری مدت‌هاست نه تنها منسوخ شده، بلکه بسیار مذموم و غیرانسانی تلقی می‌شود، دیگر از کنیز و غلام برای انجام امور منزل خبری نیست. از سویی، توان مالی اغلب خانواده‌ها در این کشور به گونه‌ای نیست که بتوانند خدمتکار و پرستار استخدام کنند. حال در چنین شرایطی که اوضاع و احوال جامعه در این خصوص دچار تحولات اساسی شده، آیا منطقی است که قانونگذار تعیین حدود وظایف زوجه را به شرعی احاله دهد که خود برگرفته از عرف زمانی گذشته دور است؟ آیا حدود شرعی وظایف زوجه جزو احکام تبعدی است که نتوان از تغییر آن بر مبنای اوضاع و احوال جامعه سخن گفت؟

در پاسخ به این سؤالات باید گفت این گونه نیست که تمام احکام شرعی، ثابت و تغییرناپذیر باشند، بلکه در موارد متعددی مانند تغییر در موضوعات و ملاکات و مقتضیات، امکان تغییر حکم وجود دارد (مؤمنی صدری، و پیردهی، ۱۳۹۶، ص ۱۴۷-۱۶۱)؛ بنابراین عواملی نظیر مقتضیات زمانی و مکانی، تغییر سبک زندگی، تغییر عرف حاکم بر جوامع، مصلحت و دفع مفسده باعث می‌شوند که یا حکم شرعی کلاً تغییر کند یا مصادیق آن دگرگون شود؛ مثال برای تغییر حکم برحسب شرایط زمانی و مکانی، بحث فروش سلاح به کفار و مشرکان است که برحسب اقتضای زمان و مصالح جامعه گاهی بیع سلاح با آن‌ها حرام و گاهی فروش یا فراتر از آن مجانی دادن سلاح به آن‌ها، نه تنها جایز که لازم هم می‌شود (خمینی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۱۵۳). در بحث تغییر مصداق حکم، می‌توان به مثال قمار اشاره کرد که در گذشته چون شطرنج مصداقی از قمار بود، مشمول حکم حرمت بود؛ ولی در زمان فعلی کاربرد شطرنج در قمار از بین رفته، و نوعی ورزش است؛ ازاین‌رو مشمول حکم جواز قرار گرفته است (مؤمنی صدری، و پیردهی، ۱۳۹۶، ص ۱۵۰).

با توجه به این توضیحات می‌توان گفت این امر که فقها در یک بازه زمانی سه مصداق را از وظایف شرعی زوجه در برابر زوج برشمرده‌اند، به این معنی نیست که الی‌الابد همین سه مصداق باید جزو وظایف زن باشد. به عبارتی، مصادیق اموری که شرعاً بر زوجه واجب است، با تغییر زمان و مکان می‌تواند تغییر کند. امروزه رسم اذن گرفتن زن از شوهر برای خروج از منزل تا حدود زیادی منسوخ شده است. زنان در روز به‌دفعات و به دلایل گوناگون از منزل خارج می‌شوند، بدون اینکه اذنی از شوهر بگیرند و بدون اینکه مردان با این موضوع مشکلی داشته باشند. حتی فراتر از این، جامعه درباره مردی که ورود و خروج زن را کنترل کند، دید مثبتی ندارد و آن را نوعی بیماری می‌داند. گرفتن پول بابت شیر دادن به نوزاد توسط مادر از پدر طفل، نه تنها معمول و مرسوم نیست که حتی از دید اکثریت جامعه امری مذموم است. همان‌طور که در سطور قبل اشاره شد، داشتن خدمتکار و پرستار کودک، رسم معمول بین غالب مردم نیست و اختصاص به خانواده‌های متمول دارد. در چنین شرایطی، انجام امور منزل بر عهده خود زوجین است که برحسب توافق صریح یا ضمنی بین ایشان توسط زن یا مرد یا با

همکاری هر دو انجام می‌گیرد. به‌طور معمول توافق صریحی در این موضوع بین زوجین صورت نمی‌گیرد و انجام این کارها را نوعی تقسیم کار برای اداره بهتر زندگی مشترک می‌دانند که البته خود هم در آن سهم دارند.

به نظر نگارنده، با توجه به توضیحات فوق، اگر بخواهیم حدود وظایف زنان را در زندگی مشترک تبیین کنیم، باید به عرف حال حاضر در جامعه ایرانی که بر مبنای روال معمول اغلب خانواده‌ها شکل گرفته است، رجوع کنیم. در این عرف غالب، چه مطلوب ما باشد چه نباشد، انجام کارهای منزل و نگهداری و مراقبت از فرزندان، جزئی از وظایف زن در زندگی مشترک تلقی می‌شود. این عرف به قدری در روابط طرفین مسلم است که در ابتدای زندگی درخصوص اینکه چه کسی عهده‌دار انجام امور منزل شود، بین زوجین صحبت و توافقی نمی‌شود و اساساً بدون نیاز به دستور یا درخواست مرد، زنان از باب معاضدت و همکاری لازم در زندگی مشترک و نیز از روی صمیمیت و علاقه و از آن مهم‌تر احساس مسئولیتی که در برابر همسر و فرزندان خود دارند، خود را متکفل انجام این امور می‌دانند. در چنین مواردی اگر اختلافی بین زوجین درخصوص حدود وظایف ایشان به وجود بیاید، مانند هر اختلاف حقوقی دیگری در صورت نبود توافق صریح باید به عرف مراجعه کرد و عرف غالب حال حاضر جامعه ایرانی انجام امور داخلی منزل را جزو وظایف زنان می‌داند. بعضی از فقها نیز با این تعبیر که کار کردن زن در منزل از شروط ارتکازی^۱ عقد نکاح است و جزو وظایف زن به شمار می‌رود، معتقدند زن برای انجام آن‌ها نمی‌تواند اجرت‌المثل بگیرد (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۸، ص ۳۵۲). شروط ارتکازی قسمی از شروط ضمنی هستند که در قرارداد بدان تصریح نشده است؛ ولی قصد مشترک طرفین درباره آن محرز است (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۲۸۴). توضیح آنکه مفهوم مستتر در شرط ضمنی یا برگرفته از عقل و بدهت یا قانون یا عرف و عادت است. بر همین مبنا، اقسام شروط ضمنی عبارت‌اند از: شروط ضمنی عرفی، قانونی، واقعی (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۲۲-۱۲۴). شروط واقعی بیان دیگری از شرط ارتکازی است که برگرفته از

۱. منظور از ارتکاز «اندیشه ثابتی است که در ذهن رسوخ و نفوذ پیدا کرده، به گونه‌ای که دست برداشتن از آن دشوار است؛ حتی اگر دلیلی برخلاف آن حاصل شود» (حسینی سیستانی، بی‌تا، ص ۲۵۰).

عقل و بدهت برای طرفین است.

با توجه به توضیحات فوق، سؤال اساسی در این زمینه این است که آیا انجام امور منزل توسط زن در زندگی مشترک، شرط ضمنی عرفی است یا شرط ضمنی ارتکازی؟ با توجه به مفهوم شرط ضمنی عرفی و شرط ضمنی ارتکازی که یکی برگرفته از عرف رایج زمان و دیگری برگرفته از عقل و بدهت است، به نظر نمی‌رسد که انجام کارها توسط زوجه در زندگی مشترک به التزام عقلی ثابت شود و خلاف آن امری غیرعقلایی و غیروجدانی باشد؛ ازاین‌رو می‌توان فرمایش آیت‌الله سیستانی را از این حیث نقد کرد. آنچه باعث می‌شود در زندگی مشترک، زوجه متکفل انجام امور منزل باشد، ناشی از عرف و روالی است که در طی سال‌ها در بین خانواده‌های ایرانی (و البته در بسیاری از کشورهای دیگر) شکل گرفته است که در آن زنان عهده‌دار امور منزل و مردان عهده‌دار امور بیرون از منزل هستند. عرفی که با تغییر زمان یا شرایط (ازجمله شاغل شدن زنان در بیرون از منزل) امکان تغییر دارد.

دراین خصوص باید به مقررات قانون مدنی در بحث خانواده نیز توجه کرد. در مواد ۱۱۰۳ و ۱۱۰۴ ق م، زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت و حسن معاضدت با یکدیگر شده‌اند. برخی از حقوق‌دانان معتقدند:

معاضدت زوجین با یکدیگر مفهوم عرفی است و حدود آن با توجه به عرف و عادت و مقتضیات زمان و مکان تعیین می‌شود؛ مثلاً ممکن است بنابه مقتضیات زمان و مکان، خرید لوازم و نیازمندی‌های خانه بر عهده مرد یا زن باشد. یا زن مکلف به اداره امور داخلی منزل باشد. تکلیف معاضدت اقتضا می‌کند که هیچ‌یک از زن و شوهر نتواند برای کارهایی که در مقام ایفای وظیفه انجام داده است، مزد مطالبه نماید. اگر مرد یا زن برای رفاه و تشدید مبانی خانوادگی و تربیت اولاد کاری انجام می‌دهد، وظیفه اخلاقی و حقوقی خود را ایفا کرده و ازاین‌رو نباید مستحق اجرت باشد (صفائی و امامی، ۱۳۹۲، ص ۱۳۳).

۲.۲. نقد شرط اثبات عدم تبرعی بودن انجام کارها توسط زوجه

یکی دیگر از شروطی که قانونگذار برای استحقاق زن نسبت به اجرت‌المثل ایام زوجیت مقرر

داشته، اثبات عدم تبرعی بودن کارهایی است که زوجه در زندگی مشترک انجام داده است. این در حالی است که در غیر روابط زوجین و در مواردی که کسی برحسب درخواست یا دستور دیگری کاری برای او انجام می‌دهد، مستند به ماده ۳۳۶ ق م، اصل بر عدم تبرعی بودن انجام کار و در نتیجه استحقاق فاعل نسبت به اجرت‌المثل عمل خویش است؛ اما قانونگذار به‌رغم اینکه تبصره ماده ۳۳۶ را با هدف حمایت از زنان به این ماده الحاق کرده، در روالی برخلاف هدف و مبنای تصویب این مقرره، شرایط استحقاق زوجه نسبت به اجرت‌المثل را دشوارتر از حالت معمول قرار داده است.

مبنای درج شرط اثبات عدم تبرع از سوی زوجه در تبصره الحاقی مبتنی بر نوعی اماره و ظهور عرفی مبنی بر تبرعی بودن کارهایی است که زنان در زندگی مشترک برای همسر و فرزندان خویش در منزل انجام می‌دهند. در بیشتر مواقع، زنان بابت کارهایی که در منزل همسر انجام داده‌اند، هیچ‌گونه تصور و انتظار دریافت مزد ندارند و حتی فراتر از آن، این تلقی از کارهای خود را کسر شأن خود می‌دانند. قانونگذار هم بر مبنای همین غلبه عرفی، اثبات خلاف این اماره یعنی غیرتبرعی بودن را بر عهده زوجه گذاشته است. استفتائات صورت گرفته از بعضی از فقها نظیر آیت‌الله خامنه‌ای، آیت‌الله فاضل لنکرانی، آیت‌الله سیستانی، و آیت‌الله نوری همدانی نیز مؤید این دیدگاه است.

البته اداره کل حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۳۶۴/۷/۱۴۰۰ مورخ ۱۴۰۰/۰۷/۲۱ در پاسخ به این استعلام که: «با توجه به عرف جامعه که اساساً بنای زندگی بر عشق و مودت است، آیا زوجه می‌باید قصد عدم تبرع یا فقدان قصد را در دادگاه ثابت کند یا آنکه بار اثبات تبرعی بودن اعمال زوجه بر عهده زوج است؟» چنین مقرر داشته که: «اولاً، از آنجایی که زوجه با هدف تداوم زندگی مشترک و استحکام بخشیدن به آن، امور منزل را انجام می‌دهد، سکوت وی در خصوص اجرت‌المثل در زمان انجام این کارها را نمی‌توان به منزله قصد تبرع وی تلقی کرد؛ ثانیاً، قانونگذار در تبصره ماده ۳۳۶ قانون مدنی (الحاقی ۱۳۸۵/۱۰/۲۳) در مقام تغییر مدعی و منکر و تحمیل بار اثبات بر زوجه نبوده است. عبارت «با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود» مندرج در تبصره یادشده به این معنا نیست که بار اثبات بر

عهده‌ی زوجه است و از آنجایی که قانونگذار عبارت «اثبات کند» را به کار نبرده است و وفق عموماً، نافی را نفی کافی است، اثبات هر ادعایی، از جمله ادعای تبرعی بودن اقدامات فرض سؤال تابع عموماً و بر عهده‌ی مدعی (زوج) است. این اداره در نظریه‌ی شماره‌ی ۷/۱۴۰۱/۵۶۱ مورخ ۱۴۰۱/۰۶/۱۲ نیز مجدداً همین موضع را تکرار کرده است.

نگارنده ضمن تأیید برداشت قانونگذار از عرف حاضر در جامعه‌ی ایرانی درخصوص فرض تبرعی بودن انجام کارهای منزل توسط زوجه، نظریات اداره‌ی کل حقوقی قوه‌ی قضائیه درخصوص تبرعی نبودن انجام امور منزل توسط زوجه و ارجاع به عموماً حقوقی را قابل نقد می‌داند؛ زیرا در مناسبات خانوادگی که مبتنی بر مفاهیمی چون عشق و صمیمیت است، اعضای خانواده اگر کاری برای عضو دیگر یا به‌طور کلی در زندگی مشترک انجام دهند، با قصد گرفتن اجرت و مزد از همسر یا فرزندان نیست. واقعیت آن است که بسیاری از عموماً حقوقی را نمی‌توان در فضای روابط خانوادگی به همان شکل اعمال کرد. همان‌طور که درباره‌ی مردی که هر روز همسرش را به دانشگاه یا محل کار می‌رسانده و بعد از وقوع اختلاف، با ادعای عدم قصد تبرع در آن زمان، از زوجه مطالبه‌ی اجرت‌المثل دارد، نمی‌توان حکم به اجرت‌المثل داد؛ زیرا در روابط زوجین فرض بر آن است که چنین کارهایی از باب دوستی و معاضدت به یکدیگر و با قصد تبرع و بدون چشمداشت مالی بوده است. همین استدلال را درخصوص کارهای انجام‌گرفته‌ی زوجه در منزل مشترک نیز می‌توان ذکر کرد.

۲.۳. نقد شرط انجام کارها به دستور زوج

قانونگذار یکی از شروط استحقاق زوجه نسبت به اجرت عمل خویش را انجام کار به دستور زوج مقرر داشته است. این موضوع در نگاه نخست تداعی‌کننده‌ی رابطه‌ی کارگر - کارفرمایی بین زوجین است. اینکه بعضی از اساتید حقوق، این دستور را به درخواست تعبیر کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۲۸۸) نیز ایراد این مقرر را از بین نمی‌برد؛ زیرا این نقد بر قانونگذار وارد است که چرا از الفاظی در انشای قانون استفاده کرده، که موجب تنزل جایگاه زن، از مقام رکن رکن خانواده، شده است.

یکی دیگر از نقدهایی که به اجرت‌المثل زوجه وارد است و از لحاظ حقوقی اطلاق این

عنوان بر این حق را با ایراد مواجه می‌کند، این است که اجرت‌المثل استیفا از عمل غیر، قاعدتاً در جایی است که کسی بنا به دستور یا درخواست دیگری کاری را برای آمر و به نفع او انجام دهد. در چنین مواردی نفع کار عامل به آمر می‌رسد و خود عامل در نفع کار شریک نیست. این در حالی است که زوجه اگر در منزل مشترک با زوج، کارهایی نظیر آشپزی و نظافت انجام می‌دهد، یکی از منتفعان اصلی خود اوست. حتی در بسیاری از خانواده‌ها که زنان خانه‌دار هستند، مردها تنها چند ساعت پایانی روز در منزل هستند و عمده ساعات روز را زوجه در منزل است و از امکانات آن استفاده می‌کند. این نکته‌ای است که در مقالات و پژوهش‌هایی که با نگاه مثبت به اجرت‌المثل زوجه در صدد توجیه و تبیین ضرورت وجود چنین مقرره‌ای در قانون هستند مغفول مانده است که اگر عامل انجام یک کار، با آمر در منافع حاصل از کار صورت گرفته شریک باشد و خود از آن منتفع باشد، صحبت از اجرت‌المثل و جاهتی نخواهد داشت. زن در تمام سال‌هایی که در منزل مشترک آشپزی کرده، این غذا را تنها مرد استفاده نکرده، و زن نیز از آن غذا تناول کرده است. اگر منزل را نظافت کرده، خود او هم از این وضع منتفع شده است. فرزندان مشترک نیز تنها متعلق به پدر نیستند که مادر خانواده بابت نگهداری و تربیت آن‌ها خواهان اجرت باشد.

۲.۴. نقد ادعای کارکرد حمایتی اجرت‌المثل برای زنان

صرف‌نظر از نقدهای وارد بر شروط مصرح قانونی در بحث اجرت‌المثل ایام زوجیت، بحث اجرت‌المثل زوجه به این دلیل باعث کسر شأن زنان است که در عمل و پس از عبور از مرحله سخت اثبات استحقاق، دادگاه‌ها موضوع را برای تعیین اجرت‌المثل به کارشناس ارجاع می‌دهند. کارشناس نیز با در نظر گرفتن عواملی نظیر طول مدت زندگی مشترک، تعداد فرزندان، شاغل یا خانه‌دار بودن زن، داشتن یا نداشتن وسایل و امکانات رفاهی و... به صورت کلی و سالیانه (البته با لحاظ نرخ تورم در سال‌های مختلف) مبلغی را جهت اجرت‌المثل برای زن تعیین می‌کند؛ مثلاً در بهترین حالت، سالی هفت یا هشت یا حداکثر ده میلیون تومان. ایراد این نحو از تعیین اجرت‌المثل این است که همان‌گونه که از نام این حق برمی‌آید و تعریفی که از اجرت‌المثل بیان شد، برای تعیین اجرت‌المثل کارهایی که زن در منزل مشترک انجام داده، و به تصریح قانون برای آن کارها در عرف

اجرت مقرر است، باید با ملاحظه همان عرف، اجرت را تعیین کرد. در نتیجه به تصریح قانون مثلاً برای آشپزی، نظافت، پرستاری و مراقبت از فرزندان که زن هر روز انجام می‌دهد، باید دستمزد آشپز، مستخدم برای نظافت، پرستار بچه‌ای که تمام وقت بچه کار می‌کند، مبنا قرار گیرد. با یک حساب ساده می‌بینیم که اگر حداقل دستمزد یک آشپز و یک پرستار و یک خدمتکار برای کار منزل در یک ماه را محاسبه کنیم، به‌طور قطع بیش از ده میلیون تومان خواهد بود؛ چه برسد به مجموع دستمزد اینان در کل سال! پس چرا برای زوجه‌ای که همه این کارها را با هم انجام می‌دهد، در بهترین حالت ممکن مثلاً سالی ده میلیون تومان در نظر گرفته می‌شود؟ این چگونه اجرت‌المثل است که از حداقل اجرت امثال شاغلان آن کار در عرف بسیار بسیار پایین‌تر است؟

ممکن است گفته شود اگر قرار باشد قیمت واقعی و عرفی کارهای انجام‌شده زن محاسبه شود، مبالغ بسیار گزافی خواهد شد که پرداخت آن از توان اکثریت مردهای جامعه خارج است. این مورد، توجیه قانع‌کننده‌ای نیست؛ زیرا اگر بخواهیم به زنان بابت کارهایی که در منزل انجام داده‌اند، اجرت‌المثل بپردازیم، باید معیارهای حقوقی را در تعیین آن لحاظ کنیم؛ اما اگر با هر توجیه دیگری توان پرداخت اجرت عرفی و واقعی کارها را نداریم، پس چرا آن را اجرت‌المثل نامیده‌ایم؟ چرا به همان نحله بسنده نکردیم؟ چرا این مقرر را ذیل ماده ۳۳۶ ق م آورده‌ایم که درباره اجرت‌المثل به معنای واقعی و حقوقی آن است؟ درواقع، در تعیین اجرت‌المثل زوجه، که قرار است در جهت حمایت از زنان باشد، با لحاظ کردن منافع مردان، معیارهای فنی و حقوقی در تعیین آن را کنار می‌زنیم و اجرتی بسیار ناچیزتر از قیمت عرفی و واقعی اجرت کارهای صورت گرفته به زنان پرداخت می‌کنیم. اینکه اجرت کاری که زن خانه به‌عنوان شریک زندگی در منزل مشترک انجام می‌دهد، بسیار کمتر از اجرتی است که برای همان کار به یک خدمتکار پرداخت می‌شود، آیا باعث تنزل جایگاه زوجه نمی‌شود؟ ابتدا روابط بین زوجین را که عمده‌تأ مبتنی بر عوامل غیرمالی مانند عواطف و احساسات، تعهد، همکاری و معاضدت است، با رابطه مادی و مالی کارگر - کارفرمایی مقایسه و مانند می‌کنیم و سپس در حد همان حقوق کارگری که آن کار را انجام می‌دهد هم به زن پرداخت نمی‌کنیم!

ماحصل نقد نگارنده در این بند این است که حمایت از زنان جامعه نباید به نحوی باشد که کرامت ایشان را زیر سؤال ببرد. قانونگذار ابتدا با انگیزه حمایت بیشتر از زنان این تبصره را به ماده ۳۳۶ الحاق کرده است؛ اما اثبات شرایط استحقاق زن نسبت به این حق را سخت گیرانه تر از حالت معمول قرار داده است. سپس در مرحله اجرا آنچه برای زن محاسبه، و به او پرداخت می شود، بسیار کمتر از اجرت المثل واقعی است و به عبارتی تنها نام اجرت المثل را بر خود دارد و الا از نظر حقوقی شباهتی با آن ندارد.

۳. ارائه راهکارهای جایگزین اجرت المثل

پس از بیان نقد و استدلال برای اثبات ناکارآمدی اجرت المثل، به نظر نگارنده راهکارهایی که بهتر می تواند حمایت از بانوان جامعه را با حفظ کرامت آنها در عمل محقق سازد، به شرح زیر است. امید است که دست اندرکاران امر به این پیشنهادها توجه فرمایند.

۳.۱. اجباری ساختن بیمه زنان خانه دار

استفاده از ظرفیت بیمه ها یکی از راهکارهای مؤثر در حمایت از زنان است. اینکه با پرداخت حق بیمه به صورت مبلغی یکجا در ابتدای قرارداد بیمه در بیمه های مستمری، به زنان خانه دار به صورت ماهانه حقوق پرداخت شود یا اینکه با پرداخت حق بیمه به صورت ماهانه در بیمه های بازنشستگی و از کارافتادگی زنان خانه دار، پس از یک بازه زمانی به آنها حقوق بازنشستگی و از کارافتادگی تعلق گیرد، ابزاری بسیار کارآمدتر از حقوق مالی نظیر اجرت المثل است. در بخش نامه ۶۶۴ سازمان تأمین اجتماعی آمده است:

زنان خانه دار با شرایط مقرر در بیمه صاحبان حرف و مشاغل آزاد می توانند به صورت خوداظهاری و به عنوان خانه دار، با انعقاد قرارداد و پرداخت حق بیمه از تعهدات قانونی برخوردار شوند. زنان خانه دار با انتخاب یکی از این سه گزینه می توانند خود را بیمه کنند: ۱. نرخ چهارده درصد (دوازده درصد سهم بیمه شده + دو درصد سهم دولت) شامل بازنشستگی و فوت بعد از بازنشستگی؛ ۲. نرخ شانزده درصد (چهارده درصد سهم بیمه شده + دو درصد سهم دولت شامل بازنشستگی و

فوت قبل و بعد از بازنشستگی؛ ۳. نرخ بیست درصد (هجده درصد سهم بیمه شده +

دو درصد سهم دولت) شامل بازنشستگی، فوت و ازکارافتادگی.

این بخش‌نامه از یک سو، به دلایلی، کارآمدی و تأثیرگذاری لازم را در زمینه بیمه زنان خانه‌دار ندارد؛ چون: الف - همان‌گونه که به‌صراحت در متن مقرر آمده، این بیمه اختیاری است؛ ب - سهم زنان خانه‌دار در پرداخت حق بیمه در مقایسه با سهم هفت درصدی کارگران از حق بیمه خصوصاً با عدم وجود درآمد زنان خانه‌دار یکی از عوامل مهم عدم اقبال به اخذ چنین بیمه‌ای است؛ از سوی دیگر، بعضی از بیمه‌های خصوصی نیز بیمه زنان خانه‌دار را عرضه می‌کنند که بنا به دلایلی که در خصوص بیمه تأمین اجتماعی زنان خانه‌دار گفته شد، از جمله اختیاری بودن و پرداخت تمام مبلغ حق بیمه توسط بیمه‌گزار بین مردم چندان شایع نیستند؛ از این رو نتوانستند تأثیر مثبت و چشمگیری درباره حمایت از بانوان داشته باشند.

در عرصه قانونگذاری نیز مقرراتی جهت اجباری شدن بیمه زنان خانه‌دار تصویب شده است؛ اما این مقررات چون از یک سو، شامل همه زنان خانه‌دار نمی‌شود و از سوی دیگر، حتی در همین حد هم به مرحله اجرا در نیامده، و متأسفانه نتوانسته است تأثیرگذاری مثبتی در این زمینه داشته باشد؛ برای مثال در بند (ب) ماده ۱۰۳ قانون پنج‌ساله ششم اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۵/۱۲/۱۴ چنین مقرر شده است:

«وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی مکلف است در راستای سیاست‌های تحکیم خانواده ظرف شش ماه از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، بررسی، و طرح لازم برای ایجاد بیمه اجتماعی زنان خانه‌دار حداقل دارای سه فرزند را فراهم، و جهت تصمیم‌گیری قانونی ارائه کند.»

ماده ۲۱ قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت مصوب ۱۴۰۰/۰۷/۲۴ نیز چنین مقرر می‌دارد که: «دولت مکلف است در راستای اجرای بند (ب) ماده ۱۰۳ قانون پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، حداکثر شش ماه پس از لازم‌الاجرا شدن این قانون، با تقویت صندوق بیمه اجتماعی کشاورزان، روستاییان و عشایر نسبت به بیمه مادران خانه‌دار دارای سه فرزند و بیشتر به شرح ذیل اقدام کند:

الف - درخصوص مادران غیرشاغل دارای سه فرزند و بیشتر ساکن مناطق روستایی و عشایری صد در صد حق بیمه توسط دولت پرداخت شود.

ب - با تولد فرزند چهارم و پنجم به ازای هر فرزند، دو سال به سوابق بیمه‌ای بیمه‌گذار افزوده شود.»

ملاحظه می‌شود که ایجاد الزام قانونی برای نهادهای ذی‌ربط جهت بیمه کردن زنان خانه‌دار در قانون پنج‌ساله ششم توسعه تنها شامل زنان خانه‌دار دارای سه فرزند است و دیگر بانوانی که این شرط را نداشته باشند، مشمول این حمایت نمی‌شوند. در ادامه ماده ۲۱ قانون حمایت از خانواده و جوانی جمعیت هم صرفاً به بحث بیمه اجتماعی زنان خانه‌دار دارای سه فرزند و بیشتر می‌پردازد که ساکن مناطق روستایی و عشایری هستند و درخصوص زنان خانه‌دار فاقد شرایط فوق، مقرره‌ای ندارد. بدین ترتیب همان‌گونه که ملاحظه می‌شود مصوبات قانونی مقررات جامعی درخصوص بیمه زنان خانه‌دار به صورت فراگیر ندارند و صرفاً به لزوم بیمه اجتماعی بعضی مصادیق زنان خانه‌دار پرداخته‌اند که البته همین مقررات و در همین حد هم در عمل اجرایی نشده است.

با توجه به مراتب فوق، بیمه زنان خانه‌دار به شکل کنونی آن در عمل نتوانسته است به نحو مؤثری در کاهش مشکلات زنان جامعه نقش داشته باشد. در نخستین قدم با الزامی کردن این بیمه باید استفاده از آن امری مهم و حیاتی قلمداد شود و مانند بیمه شخص ثالث در جامعه جا بیفتد. سپس در مرحله عمل و با عیان شدن کم‌وکاستی‌های آن اقدام به برطرف کردن آن نقایص کرد.

یکی از پیشنهادهای ما در پی اجباری شدن این نوع بیمه‌ها، جایگزینی آن با حقوق مالی دیگر نظیر اجرت‌المثل یا حتی مهریه زنان است؛ یعنی به جای پرداخت این حقوق، زوج مکلف به پرداخت حق بیمه زوجه و بیمه کردن او بشود.

ممکن است ایراد بگیرند که پرداخت حق بیمه به صورت یکجا یا ماهانه برای بسیاری از مردها در شرایط فعلی دشوار است یا اساساً ممکن است زوج فاقد شغل و درآمد باشد. در چنین شرایطی اگر قرار بر اجباری بودن چنین بیمه‌هایی باشد، یکی از پیامدهای آن، وارد کردن

فشار مالی مضاعف بر خانواده‌هاست. پاسخی که به چنین ایرادی می‌توان داد، این است که آیا فقر مالی مرد، نداشتن شغل یا کم‌درآمد بودن وی دلیل و توجیه قانونی برای عدم پرداخت حقوق مالی فعلی زوجه نظیر نفقه و اجرت‌المثل هست؟ آیا در شرایط فعلی، برای تعیین اجرت‌المثل کارهایی که زوجه در خانه شوهر انجام داده است، وضعیت مالی مرد ملاک است یا اینکه به‌صرف جمع شدن شرایط قانونی تعلق اجرت‌المثل، کارشناس میزان آن را با توجه به عرف و صرف‌نظر از وضعیت مالی مرد تعیین می‌کند. پاسخ سؤالات فوق، استحقاق زن جهت دریافت حقوق مالی قانونی خویش، صرف‌نظر از وضعیت مالی زوج است؛ پس ایراد عدم استطاعت مردان برای رد پیشنهاد اجباری کردن بیمه زنان پذیرفتنی نیست. فراتر از این بحث، حتی می‌توان گفت اخذ اجباری بیمه مستمری و بازنشستگی برای زوجه توسط زوج، به نفع مردان هم هست؛ زیرا پرداخت مبالغ حق بیمه به‌صورت ماهانه و حتی یکجا، در مقایسه با پرداخت حقوق مالی دیگر، نظیر مهریه با مبالغ گزافی که امروزه دارد یا اجرت‌المثلی که بابت سنوات گذشته زندگی مشترک باید به زن پرداخت شود، فشار مالی کمتری برای مردان خواهد داشت.

ایراد بعدی این است که الزامی کردن اخذ بیمه برای زنان خانه‌دار توسط شوهرانشان، یکی از عواملی است که با زیاد کردن هزینه‌های ازدواج برای مردان، می‌تواند بر رغبت و تمایل آن‌ها به ازدواج و تشکیل خانواده تأثیر منفی بگذارد و درنهایت به کاهش آمار ازدواج منجر شود؛ پیامدی که با سیاست‌های کلی نظام درباره تشکیل خانواده و فرزندآوری در تضاد است. در پاسخ به این ایراد باید گفت هزینه بیمه کردن زنان و حق بیمه پرداختی توسط مردان در مقایسه با دیگر تکالیف مالی مردان درمقابل همسرانشان، ازجمله مهریه و اجرت‌المثل بسیار ناچیز است. به‌عبارتی، تأثیری که مهریه و اجرت‌المثل ایام زوجیت در کاهش رغبت جوانان به تشکیل خانواده داشته است، بسیار بیش‌از الزام ایشان به اخذ بیمه برای همسرانشان است. درخصوص خانواده‌های بسیار فقیر جامعه نیز می‌توان از ظرفیت‌های کمیته امداد برای عملی ساختن این پیشنهاد استفاده کرد تا ضمن کمک به مردان در انجام این وظیفه، حمایت درخوری نیز از زنان به عمل بیاید.

نکته دیگری که در این خصوص باید یادآور شد، این است که اگر بنا باشد که استفاده از ظرفیت بیمه زنان خانه‌دار جایگزین اجرت‌المثل شود، باید به بیمه‌ها نیز دستور داده شود که پوشش‌های مالی گسترده‌تر و متنوع‌تری داشته باشند. اگر این بیمه اجباری شود با افزایش تعداد متقاضیان این بیمه قطعاً برای شرکت‌های بیمه نیز توجیه اقتصادی و مالی برای گسترش پوشش بیمه و افزایش مبالغ پرداختی به زنان به وجود می‌آید.

۳.۲. تعریف مبالغی با عنوان حق پرستاری و حق الزحمه خدماتی در فیش حقوقی زنان شاغل

اینکه گفته شود زنان شاغل مسئولیتی دو برابر زنان خانه‌دار دارند، سخن گزافی نیست؛ زیرا علاوه بر امور خانه‌داری و مراقبت از فرزندان، مسئولیتی اجتماعی نیز در قالب یکی از مشاغل بر عهده دارند. نکته مهم‌تر اینکه از حیث معیشتی و امور مالی نیز کمک و همراه همسر هستند؛ زیرا علاوه بر اینکه از طریق حقوق و درآمد خود کمک خرج خانواده می‌شوند، با بر عهده گرفتن انجام امور منزل و رسیدگی به کارهای فرزندان، پولی که بابت گرفتن نیروی خدماتی و پرستار بچه و... باید پرداخت شود، در سبد معیشتی خانوار باقی می‌ماند. نکته مهم آنکه در مسئله اجرت‌المثل بعضی از دادگاه‌ها زنان شاغل را مستحق این حق نمی‌دانند. این در حالی است که اغلب زنان شاغل نیز مانند زنان خانه‌دار نظافت و آشپزی و... را خود انجام می‌دهند و به صرف اینکه ساعاتی از روز در منزل نیستند، نباید باعث تمایز ایشان از زنان خانه‌دار شود. اگر بنا باشد حق مالی اجرت‌المثل را از زنان بگیریم، بهترین جایگزین آن برای زنان شاغل این است که قانونگذار پرداخت مبالغی تحت عنوان حق پرستاری یا نگهداری و حق الزحمه خدماتی را برای زنان شاغل تصویب کند.

ممکن است گفته شود این پیشنهاد، بار مالی زیادی برای دولت‌ها یا کارفرمایان بخش خصوصی دارد و اساساً چرا پرداخت این هزینه از عهده همسر زن برداشته، و بر عهده کارفرما گذاشته می‌شود؟ پاسخ نگارنده به این ایراد این است که سهم دولت‌ها (در معنای عام) در ایجاد عدالت و توازن در روابط زناشویی و توانمندسازی زنان نباید تنها در حد شعار و توصیه باقی بماند؛ بلکه ضمن تصویب قوانین کارآمد در این زمینه باید خود نیز وارد گود شوند و بخشی از هزینه‌هایی را که برای اجرای عدالت و انصاف لازم است، متقبل شوند. اگر با پرداخت

چنین مبالغی به زنان، بتوان توازنی نسبی در حقوق زن و شوهر ایجاد کرد و از تقابل آن‌ها جلوگیری کرد، پس با قاطعیت می‌توان گفت چنین هزینه‌هایی نه تنها بار مالی مضاعف محسوب نمی‌شوند، بلکه جزو هزینه‌های ضروری هستند. ایراد دیگر ممکن است این باشد که در صورت تصویب الزام به پرداخت چنین هزینه‌هایی به بانوان، تمایل کارفرمایان برای استخدام و به‌کارگیری زنان متأهل کمتر می‌شود و به‌منظور نپرداختن چنین مبالغی به زنان، یا اساساً بانوان را جذب نمی‌کنند یا در صورت نیاز به نیروی کار زن، زنان مجرد در اولویت قرار می‌گیرند. در پاسخ باید گفت: اولاً آیا این امر که کارفرمایان مکلف‌اند به مردان متأهل حق عائله‌مندی پرداخت کنند باعث عدم رغبت به استخدام این مردان در مقایسه با مردان مجرد یا زنان شده است؟ یا اینکه برعکس، همان‌گونه که در عمل می‌بینیم متأهل بودن در بسیاری از مشاغل اتفاقاً یک امتیاز برای جذب و استخدام محسوب می‌شود. مضاف بر آنکه این مبالغ مانند هزینه عائله‌مندی برای مردان، مبلغ سنگین و کمرشکنی نیست و درصد کمی از حقوق را به خود اختصاص می‌دهد. همچنین با تأثیر دادن معیارهایی نظیر کم‌بودن میزان مهریه و تعداد سنوات زندگی و تعداد فرزندان، در میزان مبلغ پرداختی، می‌توان به تحقق دیگر سیاست‌های حوزه خانواده نظیر سیاست جوانی جمعیت و تشویق به تعیین مهریه‌های سبک نیز کمک کرد.

یافته‌های پژوهش

الحاق یک تبصره به ماده ۳۳۶ قانون مدنی با موضوع تعیین اجرت‌المثل برای زوجه درازای کارهایی که در منزل مشترک انجام می‌دهد، به‌رغم نگاه تأییدی و مثبت بسیاری از نویسندگان و حقوقدانان دارای ایرادهای اساسی است. ازجمله تعریف روابط زن و شوهر در قالب رابطه آمر و عامل در مسئولیت مدنی بدون توجه به ملاحظات خاص روابط خانوادگی، مبهم بودن حدود وظایف زوجه در زندگی مشترک به‌دلیل تفاوت در برداشت عرفی و قرائت فقهی از این وظایف، و الزام زوجه به اثبات قصد عدم تبرع که با سخت کردن شرایط اثبات حق در تضاد با کارکرد حمایتی این مقرره قرار گرفته است.

این دلایل و دلایلی ازاین‌قبیل باعث می‌شود که در مجموع وجود حقی مانند اجرت‌المثل برای زنان نه تنها مفید و مؤثر نباشد که حتی با پایین آوردن شأن و منزلت زنان و ایجاد سردی

در روابط زوجین آثار مخربی نیز داشته باشد؛ از این رو نگارنده حذف چنین مقرره‌ای را پیشنهاد می‌کند.

پیشنهاها

گزینه‌های مناسب‌تر و کارآمدتر زیر جهت حمایت از بانوان در زندگی مشترک پیشنهاد می‌شود. این راهکارهای جایگزین عبارت‌اند از:

۱. الزام قانونی زوج به اخذ بیمه مستمری و بیمه بازنشستگی و ازکارافتادگی برای زوجه.
۲. اضافه شدن دو ردیف با عناوینی نظیر حق پرستاری و حق الزحمه خدماتی به حقوق زنان شاغل.

منابع

- ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۳ ق). *من لا یحضره الفقیه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- احمدوند، خلیل‌اله؛ آزادمنش، لیلا (۱۴۰۲). بررسی حقوق مالی زن و مرد در پرتو فقه پویا. *دوفصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده*، ۲۸ (۷۹)، ص ۲۹۵-۳۲۷.
- انصاری‌پور، محمد علی؛ و صادقی مقدم، محمد حسن (۱۳۸۴). اجرت‌المثل کارهای زوجه و نقد آرای محاکم در این زمینه. *فصلنامه مدرّس علوم انسانی - پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، ویژه‌نامه (۴۱)، ص ۱-۲۴.
- بجنوردی، حسن (۱۴۱۹ ق). *التقواعد الفقهیه*. قم: الهادی.
- پورعبدالله، کبری؛ سرخ‌حصاری، فاطمه (۱۳۹۴). مبانی فقهی و حقوقی اجرت‌المثل خانه‌داری و بررسی وظایف شرعی زوجه در فقه. *دوفصلنامه علمی - ترویجی فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)*، ۲۰ (۶۳)، ص ۶۹-۹۴.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۵). *ترمیم‌ولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش.
- حاتمی، علی اصغر؛ و زیرجد، سیده فاطمه (۱۳۹۴). اجرت‌المثل ایام زوجیت و نحله با نگرشی بر قانون حمایت خانواده مصوب اسفند ۱۳۹۱. *مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز*، ۷ (۱)، ص ۵۹-۹۸.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۳ ق). *وسائل الشیعه*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- حسینی سیستانی، علی (بی‌تا). *قاعده لا ضرر ولا ضرار*. قم: دفتر آیت‌الله سیستانی.
- حسینی سیستانی، علی (۱۴۱۷ ق). *منهاج‌الصالحین*. قم: دفتر حضرت آیت‌الله سیستانی.
- خمینی، روح‌الله (۱۳۷۹). *تحریر الوسیله*. قم: دار العلم.
- خمینی، روح‌الله (۱۳۸۱). *مکاسب محرمة*. قم: مطبعة العلیم.

- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۸۸). رساله توضیح المسائل. مشهد: هاتف.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر (۱۳۶۶). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر (۱۴۰۴ ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- صفائی، حسین؛ امامی، اسدالله (۱۳۹۲). مختصر حقوق خانواده. تهران: میزان.
- طباطبائی قمی، تقی (۱۴۲۳ ق). الدلائل فی شرح منتخب المسائل. قم: کتابفروشی محلاتی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). حقوق خانواده. تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: میزان.
- فاضل موحدی لنگرانی، محمد (۱۴۲۴ ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة؛ الإجارة. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۹۰). بررسی فقهی حقوق خانواده. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، مصطفی (۱۴۰۶ ق). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۸). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمدی، مرتضی (۱۳۸۳). طلاق و سهم زن از زندگی مشترک بررسی تبصره ۶ ماده اصلاحی مقررات مربوط به طلاق. فصلنامه حقوق تطبیقی، ۶۰ (۴۳)، ص ۳۱-۶۰.
- مرادی، خدیجه؛ و قاسم‌زاده، عاتکه (۱۳۹۴). اجرت‌المثل زوجه در فقه و حقوق ایران، با نظر به قانون حمایت از خانواده ۱۳۹۱. فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۴۸ (۲)، ص ۳۰۱-۳۱۷.
- مصطفوی، محمد کاظم (۱۴۱۷ ق). القواعد. قم: مؤسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ ق). کتاب النکاح. قم: مدرسه علی بن ابیطالب.
- مؤمنی، عابدین؛ صدری، سید محمد؛ پیردهی، علی (۱۳۹۶). قاعده جاودانگی احکام و تحول زمان. فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۱۳ (۴۸)، ص ۱۴۳-۱۷۰.
- میرهاشمی، زهرا السادات؛ و اقدامی، هلیا (۱۴۰۲). واکاوی فقهی - حقوقی میزان اجرت‌المثل زنان شاغل. مطالعات راهبردی زنان، ۲۵ (۱۰۰)، ص ۱۱۵-۱۳۶.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۲۲ ق). رسائل و مسائل. قم: کنگره بزرگداشت محققان ملا مهدی و ملا احمد نراقی.

هاشمی شاهرودی، محمود؛ و همکاران (١٤٢٣ ق). موسوعه الفقه الاسلامی طبق مذهب أهل البيت. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.

یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم (١٤٠٩ ق). العروة الوثقی. بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.

یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم (١٤٢٤ ق). العروة الوثقی. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.



Abuse of Family Rights in Couples' relationships

Shahin Rezaie^{*1}

Abbas Karimi²
Ramin Pour Saeed⁴

Ibrahim Taghizadeh³

DOI:

10.30497/flj.2023.245208.1946



Abstract

Family is the most fundamental social institution which the relations governing it are based on ethics, faith, rights and duties among its members. Despite the love and affection between the couples, sometimes one of them uses their position to the detriment of the other due to the privilege and position which is given to him/ her by the law, in other words, they abuse their rights. In this research, which has been conducted in a descriptive and analytical method, moreover, to explain the family rights in couples' relationship, aims to deal with the couples' legal rights, either exclusive or joint, as well as to represent examples and solutions to prevent the abuse of these rights, especially, among these rights, the right of divorce and the right of a man such a head of family are abused more, therefore, the solutions such as limiting the authority to implement rights, judicial divorce and the requirement of trust in divorce (attorney appointing) are discussed in this research. Moreover, the contractual rights between the couples which cause the pre-written conditions included in the contract (standard conditions) or the conditions specified by them in the contract (supplementary conditions) are analyzed here. Finally, the documents drawn up after the marriage contract or the conditions agreed upon after the marriage contract, as well as their validity or invalidity as an independent agreement or conditions included in the contract - if they do not be in contradict with the public order, good morals and the popular opinion based on Article no. 10 Civil Law, can be validated. The results indicate that the legislator should create legal articles with executive guarantee in the family law in order to prevent possible abuses of family rights.

Keywords: family rights, couples' legal and contractual rights, non- harmful rule, stipulation.

1. Ph.D. Candidate in Private Law and Faculty Member, Payame Noor University, Tehran, Iran
. Sh.rezayir@pnu.ac.ir

2. Professor of the Private Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran.
abkarimi@ut.ac.ir

3. Professor of the Private Law Department, Faculty of Social Sciences, Payam Noor University, Tehran, Iran.
eb.taghizadeh@pnu.ac.ir

4. Assistant professor of private law at Islamic Azad University, Tehran, Iran.
r.poursaeid@yahoo.com

سوءاستفاده از حقوق خانوادگی در روابط زوجین^۱

شاهین رضائی*^۲

عباس کریمی^۳

ابراهیم تقی زاده^۴

رامین پورسعید^۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۷/۰۲، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۱۴

Doi: 10.30497/flj.2023.245208.1946

چکیده

خانواده بنیادی‌ترین نهاد اجتماعی است که روابط حاکم بر آن، مبتنی بر اخلاق، ایمان، حقوق و تکالیف متقابل میان اعضای خانواده است. به‌رغم وجود مهر و عاطفه میان زوجین، گاه یکی از زوجین به‌جهت امتیازی که قانون به او بخشیده است، از موقعیت خود به‌ضرر دیگری استفاده می‌کند، به عبارتی مطابق قاعده لاضرر از حق خویش سوءاستفاده می‌کند. این پژوهش که با روش توصیفی - تحلیلی انجام شده است، سعی دارد ضمن تبیین حقوق خانوادگی در روابط زوجین به حقوق قانونی زوجین اعم از اختصاصی یا مشترک، به همراه مصادیق و راهکارهای مقابله با سوءاستفاده از این حقوق بپردازد. در میان این حقوق، حق طلاق و حق ریاست مرد بر خانواده بیش از دیگر حقوق مورد سوءاستفاده قرار گرفته است که جهت جلوگیری از این سوءاستفاده، به راهکارهایی می‌توان اشاره کرد؛ ازجمله: محدودکردن صلاحیت اعمال حق، طلاق قضایی و شرط توکیل در طلاق. سپس حقوق قراردادی میان زوجین که موجب شروط ازپیش مکتوب و درج‌شده در قرارداد (شروط استاندارد) یا شروطی که زوجین در قرارداد قید کرده‌اند (شروط تکمیلی) تحلیل و واکاوی شده است. درنهایت، اسناد تنظیمی پس از عقد نکاح یا شروط توافق‌شده پس از عقد نکاح و اعتبار و عدم اعتبار آن‌ها به‌عنوان توافق مستقل یا شروط ضمن عقد، درصورت عدم مخالفت با نظم عمومی، اخلاق حسنه و نظر مشهور، به‌استناد ماده ۱۰ قانون مدنی می‌تواند معتبر باشد که همراه با رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نقد و بررسی شده است. نتایج حاکی از آن است که قانونگذار باید برای جلوگیری از تضییع حقوق خانوادگی، مواد قانونی با ضمانت اجرایی در قانون خانواده ایجاد کند.

کلیدواژه‌ها: حقوق خانواده، حقوق قانونی و قراردادی زوجین، شرط پس از عقد، قاعده لاضرر.

۱. این مقاله برگرفته از رساله دکتری اینجانب با عنوان «سوءاستفاده از حقوق خانوادگی در روابط زوجین»، دانشگاه تهران است.

۲. (نویسنده مسئول) دانشجوی دکتری حقوق خصوصی و عضو هیئت علمی و دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

Sh.rezayir@pnu.ac.ir

abkarimi@ut.ac.ir

۳. استاد گروه حقوق خصوصی دانشگاه تهران، تهران، ایران.

eb.taghizadeh@pnu.ac.ir

۴. استاد گروه حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

r.poursaeid@yahoo.com

۵. استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

مقدمه

در حقوق اسلام، به‌ویژه فقه امامیه، ممنوعیت سوءاستفاده از حق، امری بدیهی است که بسیار بدان تأکید شده است و بسیاری از آیات قرآنی و روایات از پیامبر (ص) و ائمه اطهار (ع) مؤید این مطلب است. فقها با استنباط از آیات و روایات، قاعده‌ای جامع‌الاطراف به نام «لاضرر» مطرح کرده‌اند. با توجه به مفهوم این قاعده و دایره اثر و شمول آن به نظر می‌رسد مبنای اصلی و منبع سوءاستفاده از حق در حقوق اسلام همین قاعده باشد. در همه نهادهای حقوقی برای سوءاستفاده از حق راهکارهایی ارائه شده است. در حقوق ما نیز برای یک‌سری موضوعات، مقرراتی به‌صورت جداگانه وضع شده است که جلوی سوءاستفاده از حق را می‌گیرد؛ ازجمله به قانون حمایت از مصرف‌کنندگان، قانون پیش‌فروش و قانون خصوصی‌سازی می‌توان اشاره کرد. در سوءاستفاده از حق گاه از موقعیت برتر خود و گاه از ضعف طرف سوءاستفاده می‌شود و گاه سوءاستفاده در حقوق قانونی و گاه در حقوق قراردادی واقع می‌شود؛ بنابراین به نظر می‌رسد قاعده سوءاستفاده از حق در حقوق ما با قاعده لاضرر در قلمرو و معیار و ضمانت اجرا انطباق‌پذیر است که به‌صورت مقدر حکم ضرری را برمی‌دارد. منظور از ضرر، ضرر غیرمستعارف است. این قاعده صرفاً پوشش و ظاهر حق را برمی‌دارد و دارای ضمانت اجرای طبیعی است؛ لیکن برای اثبات مسئولیت مدنی باید به دیگر قواعد حقوق رجوع کرد. برای تشخیص اینکه آیا از حق سوءاستفاده شده است یا خیر، باید معیاری را انتخاب کرد که در صورت استفاده و اجرای این حق باعث ضرر غیرمستعارف شود؛ چنین استفاده‌ای از حق درواقع سوءاستفاده از حق است. محدوده و قلمرو سوءاستفاده از حق به حق قانونی و حق قراردادی تقسیم می‌شود که در این جستار، حقوق خانوادگی در روابط زوجین دارای دو منشأ است: ۱. منشأ قانونی که از قانون سرچشمه گرفته است، ۲. منشأ قراردادی که از اراده و توافق طرفین نشأت گرفته است. ازجمله حقوق خانوادگی قانونی که زوجین در روابط خود از آن سوءاستفاده کرده‌اند، عبارت‌اند از: ۱. حقوق قانونی مختص مرد، مانند حق طلاق و حق ریاست بر خانواده؛ ۲. حقوق قانونی مختص زن، مانند حق حبس؛ ۳. حقوق قانونی مشترک بین زوجین، مانند حق

به هم زدن نامزدی.

از این حقوق قانونی گاه در مرحله انشاء و گاه در مرحله اجراء سوءاستفاده می شود که در این پژوهش، مصادیق و محدوده و راهکارهای آن بررسی شده است: از جمله محدود شدن صلاحیت اعمال حق، طلاق قضایی، شرط توکیل در طلاق و ضمانت اجرای سوءاستفاده از حق.

نکته مهمی که در حقوق خانوادگی قراردادی از آن سوءاستفاده می شود، این است که اصل قرارداد متضمن ضرر نیست؛ لیکن شروط قراردادی، متضمن ضرر است و گاه در خود شرط سوءاستفاده نشده؛ ولی در اجرای آن سوءاستفاده شده است. به هر حال بعضی از این حقوق قراردادی در سند نکاحیه یا قبالة نکاح به صورت شرط مکتوب یا شروط از پیش درج شده (شروط استاندارد) است که از جمله این شروط می توان به شرط وکالت زوجه از زوج در طلاق در بند (ب) سند نکاح، و شرط تنصیف دارایی ایجادشده مرد پس از نکاح در بند (الف) قبالة نکاح اشاره کرد. بعضی دیگر شروط تکمیلی هستند که زوجین با توافق خود در سند نکاحیه درج می کنند. در پایان نیز به اسناد تنظیمی پس از عقد نکاح تحت عنوان شروط پس از عقد نکاح و میزان اعتبار و عدم اعتبار این شروط به عنوان توافق مستقل یا شروط ضمن عقد همراه با رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری پرداخته شده است.

اساساً این پژوهش درصدد پاسخگویی به دو سؤال زیر است:

۱. مبانی و مصادیق سوءاستفاده از حقوق قانونی و قراردادی در روابط زوجین و راهکارها و ضمانت های اجرایی جهت جلوگیری از آنها کدام است؟
۲. رویکرد قانونگذار ایران نسبت به مسئله سوءاستفاده از حقوق در رابطه با اعتبار شروط استاندارد و تکمیلی در سند نکاحیه و پس از عقد چگونه است؟

پیشینه پژوهش

درخصوص سوءاستفاده از حقوق، آثار و مقالات متعددی به رشته تحریر درآمده است؛ اما براساس تحقیق و بررسی های نویسندگان این جستار، تاکنون پژوهش مستقلی درباره سوءاستفاده از حقوق خانوادگی در روابط زوجین نگاشته نشده است؛ بنابراین در این پژوهش علاوه بر تبیین گستره مصادیق سوءاستفاده از حقوق در روابط زوجین، راهکارهای جلوگیری از این انحراف

اجتماعی نیز تحلیل و واکاوی شده است. برخی از پژوهش‌های نزدیک به موضوع که نگارندگان این مقاله به اقتضای موضوع و به فراخور نیاز از آن‌ها استفاده کرده‌اند، به شرح ذیل است:

۱. مقاله «منع سوءاستفاده از حقوق خانواده»: در این مقاله نویسندگان، پروین اکبرینه، با استفاده از روش تحلیلی - توصیفی به تفکیک، مبانی قانونی در خصوص منع سوءاستفاده از حقوق خانواده را تبیین کرده است. نتایج نشانه این واقعیت است که معیارهای تشخیص سوءاستفاده از حق در قانون تعیین نشده است و ضروری است این مسئله در قانون مدنی بازنگری شود.

۲. مقاله «سوءاستفاده از حق ریاست شوهر در منع اشتغال همسر»: به بیان احمد دیلمی و منیره خدادادپور، به موجب قانون، کار و فعالیت، از حقوق قانونی و مشروع زن و مرد محسوب می‌شود؛ اما شغلی که منافعی مصالح خانوادگی یا حیثیات زن و شوهر باشد، حق اشتغال آن دو را محدود می‌سازد.

۳. مقاله «شیوه‌های پیشگیرانه سوءاستفاده زوج از حقوق خود»: محمدحسن نجاری و شهناز وزیری‌پور در این مقاله که با روش توصیفی - تحلیلی به رشته تحریر درآمده است، بیان می‌کنند که ضمانت‌های اجرایی کنونی در جلوگیری از سوءاستفاده زوج از حقوق خود عملاً کافی نیستند.

۴. مقاله «سوءاستفاده از حق در حقوق خانواده از منظر فقه امامیه و حقوق ایران»: ابوالقاسم نقیعی در این مقاله، حق را عاملی دانسته است که برای کنترل کیفیت اعمال حق و منع سوءاستفاده از حق «نظریه لاضرر و لاضرار فی اسلام» پیش‌بینی شده است. وی عقیده دارد نظریه منع سوءاستفاده از حق را به‌روشنی شناسایی کرده است.

۱. سوءاستفاده از حقوق خانوادگی قانونی در روابط زوجین

زوجین هرکدام در روابط خود با یکدیگر دارای حقوقی هستند که منشأ این حقوق، یا قانونی است یا قراردادی. آن دسته از حقوقی که منشأ آن‌ها قانونی است (ازجمله حق طلاق، حق ریاست مرد بر خانواده، حق حبس، حق نامزدی) مربوط به مبحث اول هستند که این حقوق برخی به مرد و برخی به زن اختصاص دارند و برخی نیز میان زوجین مشترک‌اند.

۱-۱. سوءاستفاده از حقوق خانوادگی قانونی اختصاصی مرد

به‌طور اختصاصی دو نمونه از حقوق قانونی اختصاصی مرد که شامل حق طلاق و حق ریاست

مرد بر خانواده است، در این قسمت تحلیل، و سوءاستفاده‌های مرد از اعمال این حقوق یا عدم اعمال این حقوق بررسی می‌شود.

۱-۱-۱. سوءاستفاده مرد از حق طلاق

طلاق درحقیقت عملی حقوقی و یک‌جانبه است که با اعلام اراده یک‌طرفه مرد یا نماینده او واقع می‌شود؛ به عبارتی به استناد ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی طلاق اصولاً در دست مرد است. فقط این محدودیت وضع شده است که مرد مستقلاً نمی‌تواند برای طلاق دادن همسر خود اقدام کند؛ زیرا «لزوم رجوع او به دادگاه و عدم امکان اجرای تصمیمش حداقل تا صدور گواهی عدم امکان سازش از سوی دادگاه، محدودیت‌هایی بر اراده گسترده او در امر طلاق است» (مهرپور، ۱۳۷۹، ص ۱۲۳).

چنین حرمتی (طلاق بدون دلیل)، فقط حرمت تکلیفی است و با حرمت وضعی ملازمی ندارد؛ مگر اینکه اعمال حق طلاق بدون دلیل، نوعی سوءاستفاده از حق طلاق شمرده شود که در صورت ورود ضرر به زوجه به موجب قاعده «لاضرر»، زوج مسئول است تا خسارت وارد شده بر زوجه را جبران کند.

منظور از این ضرر نیز ضرر جبران نشده و غیرمتدارک است که این ضرر به موجب قاعده «لاضرر» نفی شده است؛ از این رو دارای ضمانت اجرای حقوقی نیز خواهد بود (انصاری، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۱۵۱).

در آیات و روایات هم بر منع سوءاستفاده از حق طلاق به شدت تأکید شده است؛ از جمله «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» (بقره/۲۲۹) یا حدیث معروف «ابغض الحلال عند الله الطلاق» (کلینی، ۱۴۰۷ ق، ج ۵، ص ۳۲۸) نیز مؤید همین مسئله است.

الف - مصادیق سوءاستفاده از حق طلاق

وظیفه قانونگذار است که تاحدممکن، شیوه‌های سوءاستفاده از این حق طلاق را بررسی، و راهکارهای معقولی را جهت جلوگیری از چنین سوءاستفاده‌ای اتخاذ کند. سوءاستفاده از حق طلاق عمدتاً به دو شکل واقع می‌شود:

۱. مرد با سوءاستفاده از حق طلاق، همسر خود را بدون دلیل موجه طلاق

می‌دهد و باعث می‌شود کانون خانواده از هم بپاشد و زن بی‌پناه رها شود.
۲. زوج با استفاده از حربۀ طلاق و اختیار خود، زوجه را ملزم به ادامه رابطه زناشویی می‌کند که جز مشقت و صدمات روحی چیزی برای زن ندارد.

ب - راهکارهای مقابله با سوءاستفاده از حق طلاق

سلب اثر مدنظر سوءاستفاده‌کننده از حق طلاق در ماده ۹۴۴ قانون مدنی از مصادیق این ضمانت اجرا است. به موجب این ماده، طلاق حق شوهر است؛ ولی از آنجا که طلاق در مرض متصل به فوت زوج، حکایت از قصد اضرار بر زوجه تلقی می‌شود و در صورت فوت زوج از تاریخ طلاق به مدت یک سال، زوجه از او ارث می‌برد. با اجرای این ماده، زن از شوهر ارث می‌برد و اثر سوء این طلاق از بین می‌رود.

به این ترتیب، با توجه به این ماده و دیگر موادی که چنین ضمانت‌اجراهایی دارند، باید از وحدت ملاک آن‌ها در خصوص سوءاستفاده از حق طلاق استفاده کرد و در صورتی که اثبات شود طلاق بدون دلیل یا با قصد اضرار به زوجه صورت پذیرفته است و در صورت جمع بودن تمام ارکان سوءاستفاده از حق، می‌توان طلاق واقع شده را اقلاً در برخی آثار بی‌اعتبار دانست (عراقی، ۱۳۸۳، ص ۱۲۹).

جبران خسارات سوءاستفاده از حق طلاق، یکی دیگر از راهکارهای مقابله با اعمال ظالمانه حق طلاق است که این جبران خسارت از مصادیق مسئولیت مدنی است که معمولاً ضمانت اجرای آن پرداخت غرامت و متوقف کردن اعمال زیانبار است.

در حقوق اسلام به‌ویژه فقه امامیه ضمانت اجرای سوءاستفاده از حق، تنها جبران خسارت یا پرداخت عوض نیست، بلکه ضمانت اجرای آن به تناسب مورد، می‌تواند جایز شدن عقد لازم و برقراری حق فسخ یا حق مراجعه به دادگاه برای انحلال عقد باشد (بهرامی احمدی، ۱۳۷۰، ۱۳۷۷ ص ۹۶).

به موجب ماده واحده قانون اصلاح مقررات طلاق، چنانچه طلاق از سوی زوج باشد، علاوه بر تعهدات مالی درقبال زوجه، در صورتی که در اثر طلاق ظالمانه خسارتی مادی یا معنوی به زن

وارد شود، زن می‌تواند خسارات وارد شده را به موجب قانون مسئولیت مدنی خصوصاً ماده ۳ مطالبه کند.

البته برخی از حقوقدانان نیز معتقدند الزام شوهر به پرداخت نحله نیز دنباله همان فکر جبران خسارت در مورد سوءاستفاده شوهر از اختیار طلاق است، پس آنچه به زن داده می‌شود حق اوست نه بخشش (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۷۲).

ج - راهکارهای مقابله با عدم اعمال سوءاستفاده از حق طلاق

جهت مقابله با عدم اعمال سوءاستفاده از حق طلاق به دو صورت استدلال شده، و دو راهکار پیشنهاد داده شده است:

۱. از سیاق آیات قرآن کریم و روایات متعددی که در زمینه طلاق وارد شده است این قاعده کلی برمی‌آید که مرد در زندگی خانوادگی باید دو راه در پیش گیرد: یا وظایف خود را در قبال زن به خوبی انجام دهد (فامساک بمعروف)؛ یا زن را رها سازد (تسریح باحسان) (بحرالعلوم، ۱۳۹۳، ص ۲۳۲)؛ بنابراین اگر شوهر به وظایف خود در برابر زن عمل نکند و یا نتوان او را وادار به اداء حقوق زن کرد، اجبار به طلاق می‌شود و در صورت امتناع از طلاق، حاکم شرع به عنوان ولی ممتنع، حکم به جدایی آن‌ها خواهد داد.

طلاق قضایی یا طلاق به حکم دادگاه راه‌حلی قانونی برای جلوگیری از سوءاستفاده شوهر از حق طلاق است. در این طلاق اراده مرد مداخلیتی ندارد و برای جلب رضایت او به طلاق، مالی به او داده نمی‌شود، بلکه زن مستقیماً از دادگاه تقاضای طلاق می‌کند (موسوی خوشدل، ۱۳۷۸، ص ۷).

در مواد ۱۱۲۹-۱۱۳۳ قانون مدنی در سه مورد طلاق قضایی واقع می‌شود: ۱. مفقودالاثر شدن شوهر، ۲. ترک نفقه از سوی زوج، ۳. عسر و حرج.

راه حل دیگر برای جلوگیری از سوءاستفاده مرد از عدم اعمال ظالمانه حق طلاق، طلاق خلع است که زن به واسطه کراهتی که از شوهر خود دارد در مقابل مالی که به شوهر می‌دهد، طلاق می‌گیرد (موسوی خوشدل، ۱۳۷۸، ص ۸).

روش دیگر در جلوگیری از سوءاستفاده از حق طلاق و عدم اعمال نابجای آن، استفاده از راه قراردادی است که عبارت است از شرط توکیل طلاق در ضمن عقد که این شرط می‌تواند به صورت مطلق یا مشروط باشد (خمینی، ۱۳۹۹، ص ۱۵۲).

۲. راهکار مقابله با زوجی که قصد ادامه زندگی ندارد؛ لیکن زوجه را طلاق نمی‌دهد تا او را وادار به اعراض از حقوق خود کند و تنها ظاهری از زندگی زناشویی باقی بماند. مرد می‌تواند به راحتی با انعقاد عقد موقت و حتی عقد دائم، زندگی خانوادگی دیگری ایجاد کند؛ اما زن را ملزم به ماندن در حصار خانه و پایمال کردن حقوق قانونی او کند که این اختیار نسبتاً مطلق را قانونگذار در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی به مرد داده است. اصل چهارم قانون اساسی بیان می‌کند: «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر قرار دهد»؛ از این رو به استناد این اصل که بر تمامی قوانین موضوعه حاکمیت دارد و به موجب قاعده «لاضرر» که بر دیگر ادله حاکمیت دارد، زوجه می‌تواند برای طلاق به حاکم شرع رجوع کند. ضمن اینکه به موجب سند نکاحیه، نخستین شرط در قباله‌های نکاح، شرط تنصیف اموال حاصل پس از ازدواج است، آن هم مشروط به اینکه طلاق به درخواست زوجه نباشد که در این صورت نیز مرد از حق طلاق خود سوءاستفاده می‌کند و این شرط نیز از وی ساقط می‌شود. در همه این موارد، علاوه بر راهکارهای قسمت (الف) زن می‌تواند با توجه به مصادیق عسرو حرج تقاضای طلاق کند.

۲-۱-۱. سوءاستفاده مرد از حق ریاست بر خانواده

ریاست شوهر بر خانواده، به موجب ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی از اختیارات شوهر است؛ اما امکان سوءاستفاده از این حق یا تجاوز از حدود آن در مرحله اجراء و اعمال نیز وجود دارد که حق ریاست مرد بر خانواده و تدبیر امور یکی از این حقوق است (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۱۵۱). این ریاست، نه یک حق صرف، بلکه آمیزه‌ای از حق و تکلیف است که در کنار حقوقی که برای مرد ایجاد می‌کند، تکالیف و وظایف سنگینی را نیز بر دوش او می‌گذارد، افزون بر آنکه ریاست با قیودی نظیر مصالح خانواده و در محدوده روابط زوجین محدود شده است و در واقع

مرد موظف است در عین مصلحت‌اندیشی و صلاح‌جویی مصالح خانواده به حقوق و آزادی‌های مشروع و قانونی زن احترام بگذارد و از تعدی‌های مردسالارانه به حقوق زن خودداری کند.

الف - محدوده ریاست مرد بر خانواده

ریاست مرد در خانواده و اموری که اشتغال زن از جمله آن‌ها محسوب می‌شود، امری مطلق نیست و با قیودی محدود شده است. مطابق ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی، شوهر می‌تواند زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد، منع کند. حقوق‌دانان ایران به موجب ماده ۱۱۰۵ قانون مدنی، اشتغال زن را در قلمرو آثار ریاست مرد بر خانواده ب می‌دانند.

منظور از شغل منافی مصالح خانوادگی و حیثیات خود یا زن، در ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی، شغلی است که باعث سستی بنیان خانواده، اخلال در نگهداری و تربیت فرزندان، اخلال در حیثیت اجتماعی زن و شوهر یا به هم زدن نظم اقتصادی خانواده است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۱۳۴)؛ بنابراین اشتغال برای زنان عملی اختیاری و انتخابی است و از حقوق آنان به شمار می‌آید؛ از این رو شوهر نباید به بهانه حق ریاست سوءاستفاده کند و زن را از استیفای این حق محروم کند.

برای رفع تعارض میان این دو حق، شوهر می‌تواند زن را از اشتغال منافی با مصالح خانوادگی یا منافی با وظایف همسری و مادری باز دارد؛ اما برخی از فقهای متقدم بر اطلاق حق ریاست تأکید می‌ورزند. شهید ثانی می‌گوید: «از حقوق شوهر بر زن این است که بدون اذن وی از منزل خارج نشود؛ اگرچه نزد خانواده‌اش برود تا بیماران خانواده را عیادت کند یا در تشیع جنازه آنان حاضر شود و برای تسلیت‌گویی ایشان برود» (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۵۳۴). برخی از حقوق‌دانان معتقدند که زن در امور خارج از تکلیف زناشویی، آزاد است و می‌تواند به کار اشتغال ورزد و حرفه و صنعتی مانند بافندگی، دوزندگی، گلدوزی و نقاشی اختیار کند؛ اما چنانچه این امور ایجاب کند که زن از منزل خارج شود، باید از شوهر خود اجازه بگیرد،

زیرا دور از حسن معاشرت است که زن بدون اجازه شوهر از منزل خارج شود یا اشخاصی را به منزل خود بخواند (صفائی و امامی، ۱۳۸۷، ص ۲۲۱).

پرواضح است که در صورت نافرمانی، زوجه ناشزه است؛ اما اگر هنگام ازدواج، زن شاغل بوده، و عقد همسر بر مبنای آن انجام گرفته، یا ضمن عقد شرط شده باشد، زوج نمی‌تواند او را از ادامه شغلش منع کند (محقق داماد، ۱۳۶۵، ص ۳۷۱).

ب - راهکارهای مقابله با سوءاستفاده از حق ریاست بر خانواده

قانونگذار در ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی مقرر کرده است: ۱. شوهر می‌تواند زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد، منع کند؛ بنابراین حق مرد در ممانعت از اشتغال همسر مطلق نیست، بلکه نسبی است و مرجع تشخیص آن عرف است. ماده ۱۸ قانون حقوق خانواده برای جلوگیری از سوءاستفاده مرد از حق ریاست، دادگاه را مرجع تشخیص شغل منافی مصالح خانواده دانسته است؛ بنابراین شوهر با تأیید دادگاه، می‌تواند زن خود را از اشتغال به هر شغلی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد، منع کند. در ماده ۱۴ آیین‌نامه قانون حقوق خانواده در زمینه کیفیت اجرای ماده ۱۸ مقرر داشته است: «کارفرما (اعم از حقوقی یا حقیقی) هنگامی می‌تواند به استناد ماده ۱۵ قانون حقوق خانواده به خدمت زن شوهردار که در استخدام اوست، خاتمه دهد که دادگاه قبلاً به درخواست شوهر مبنی بر اینکه شغل زن منافی با حیثیات خانوادگی است، رسیدگی کرده، و نظر موافق داده باشد». همچنین زوجه می‌تواند در ضمن عقد نکاح، این حق را به صورت شرط ضمن عقد محدود کند. علاوه بر این، ازدواج مرد با زنی که شاغل است، حتی اگر اشتغال زوجه ضمن عقد، شرط نشود، ازدواج به صورت شرط ضمنی منعقد شده است؛ بنابراین باید اذعان کرد که ریاست شوهر در این زمینه محدود است.

براساس ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی، «زن باید در منزلی که شوهر تعیین می‌کند سکنی نماید، مگر آنکه اختیار تعیین منزل به زن داده شده باشد»؛ از این رو مرد نمی‌تواند زوجه را در منزلی که متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی است سکنی دهد؛ بنابراین اگر از نظر عرف، محلی که شوهر برگزیده، با شئون زن مناسب نباشد، مانند سکونت مشترک با زن دیگر، زن

می تواند از رفتن به آن خانه امتناع کند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۳۰۱).

۱-۲. سوءاستفاده از حقوق خانوادگی غیر اختصاصی مرد

بخش دیگری از حقوق خانوادگی، مربوط به حقوقی است که مختص به مرد نیست، بلکه بعضی از این حقوق بین زوجین مشترک است؛ همانند به هم زدن نامزدی و بعضی از حقوق فقط مختص به زوج است؛ همانند حق حبس زوج، که هر یک را جداگانه شرح می دهیم.

۱-۲-۱. سوءاستفاده از حق قانونی مشترک زوجین (وعده ازدواج)

نامزدی از جمله حقوق قانونی است که به استناد ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی مطرح شده است. در این ماده آمده است: «وعده ازدواج ایجاد علقه زوجیت نمی کند، اگرچه تمام یا قسمتی از مهریه که بین طرفین برای موقع ازدواج مقرر گردیده، پرداخته شده باشد؛ بنابراین هر یک از زن و مرد مادام که عقد نکاح جاری نشده، می تواند از وصلت امتناع کند و طرف دیگر نمی تواند به هیچ وجه او را مجبور به ازدواج کرده، و یا از جهت صرف امتناع از وصلت مطالبه خسارتی نماید». نامزدی مقدمه ازدواج است که هیچ یک از آثار نکاح بر آن بار نمی شود. وعده ازدواج تعهدی الزام آور تلقی نمی شود؛ ولی نامزدی را نمی توان صرفاً یک تعهد اخلاقی دانست، بلکه در صورتی که یکی از نامزدها در به هم زدن نامزدی مقصر باشد، نامزد دیگر می تواند با رعایت حدود، مطالبه خسارت کند؛ لیکن هیچ یک از نامزدها نمی توانند از طریق قضایی نامزد دیگر را مجبور به ازدواج کنند.

به این ترتیب، وعده ازدواج، قرارداد جایزی است که الزام آور نیست. قانونگذار در ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی از آوردن واژه قرارداد نیز مضایقه کرده، و به وعده ازدواج بسنده کرده است. گاهی در این دوران، پسر با وعده ازدواج به دختر، با وی رابطه جنسی آزاد و کامل برقرار می کند. دختر نیز به دلیل اطمینان، خود را به صورت کامل در اختیار پسر قرار می دهد؛ اما پس از اندک زمانی که این رابطه عادی می شود، پسر بنابه دلایلی از ازدواج سرباز می زند. گاهی نیز دختری به دلایل مختلف با ایجاد رابطه جنسی با دیگری، از حالت باکره بودن خارج می شود و این مسئله را چون رازی حفظ می کند؛ سپس در دوران نامزدی بدون جاری شدن صیغه عقد دائم و پس از انجام رابطه جنسی به بهانه آنکه توسط طرف خود از حالت باکرگی خارج شده

است، طرف مقابل را به ازدواج با خود وادار می‌سازد که این نیز سوءاستفاده از این دوران است.

الف - ضمانت اجرای سوءاستفاده از حق به هم زدن نامزدی

شارحان قانون مدنی تقصیر و سوءاستفاده نامزد پشیمان را که خود تقصیر است مبنای الزام وی به جبران خسارت دانسته‌اند نه برهم زدن نامزدی را، زیرا کسی که اجرای حق می‌کند نباید بابت اجرای آن خسارت بپردازد (امامی، ۱۳۶۸، ج ۴، ص ۱۲۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۵۳، ص ۷۰۲). برای اینکه سوءاستفاده از حق برهم زدن نامزدی دارای ضمانت اجرا باشد، لازم است روشن شود که نامزدی وعده ازدواج است یا تعهد به ازدواج، و آیا الزامی ایجاد می‌کند یا خیر؟ از نظر حقوقی دلیلی بر لزوم وفای به وعده صرف وجود ندارد و آنچه اصولاً لازم‌الوفاء به شمار آمده، عقود و تعهدات است. درباره نکاح، قانونگذار وعده ازدواج را الزام‌آور ندانسته است. حقوقدانان در این باره اختلاف نظر دارند.

آیا تعهد به ازدواج از دیدگاه فقهی الزام‌آور است یا خیر؟ نظری مبنی بر الزام‌آور نبودن تعهد مزبور ملاحظه نشد. بنابر نظری، الزام‌آور بودن تعهد به ازدواج در قالب شرط ضمن عقد لازم نیز روشن است. قاعده «المؤمنون عند شروطهم» مؤید این ادعا است. تعهد به ازدواج در قالب توافق مستقل مبنی بر الزام‌آور بودن آن اجماعی نیست. هرچند چنانچه توافقی از نظر عرفی شکل عقد به خود گیرد و در بردارنده ارکان و شرایط لازم برای یک عقد باشد، مشمول ادله صحت و لزوم وفای به عهد می‌شود و لازم‌الوفاء است؛ هرچند با یکی از عقود معین منطبق نباشد (محقق داماد، ۱۳۶۵، ص ۲۹۴).

از نظر حقوقی تعهد به ازدواج اگر در قالب تعهد مستقل قرار گیرد، الزام‌آور نیست؛ اما اگر تعهد به ازدواج در قالب صلح، شرط ضمن عقد یا قرارداد نامعین صورت گیرد، میان حقوقدانان اختلاف است و منشأ اختلاف ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی است که میان وعده ازدواج و تعهد به ازدواج تفکیک کرده است و حقوقدانان تعهد به ازدواج در قالب قراردادی لازم را الزام‌آور دانسته‌اند (محقق داماد، ۱۳۶۵، ص ۲۹۴؛ امامی، ۱۳۷۹، ص ۱۳۱). برخی نیز چنین تعهدی را منشأ هیچ التزامی نمی‌دانند (گرچی و همکاران، ۱۳۸۷، ص ۱۳۵).

ب - سوءاستفاده از حق قانونی اختصاصی زوجه (حق حبس)

اکثر فقهای اهل تشیع و تسنن این حق را قبول داشته، و عدول زن را پیش از تمکین، به قصد وصول مهریه خویش جایز دانسته‌اند. به استناد ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی، اعمال حق حبس، موکول به حال بودن مهریه است. ضمناً وجه اشتراک حق حبس در عقد بیع و نکاح حال بودن آن است.

ج - موارد سوءاستفاده از حق حبس

مشهور فقهای امامیه بر این عقیده‌اند که زوجه در مقام اجرایی حق حبس تنها می‌تواند از آمیزش خودداری کند. فقهای معاصر در تفسیر عبارت «ایفای وظایفی که زن درمقابل شوهر دارد» در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی، هم‌عقیده نیستند (صاحب جواهر، ۱۳۶۶، ج ۳، ص ۳۰۶). در این میان برخی از فقها از جمله آیات بهجت، سیستانی، موسوی اردبیلی بر این باورند که حق حبس زوجه منحصر به آمیزش است. درمقابل برخی دیگر از آیات، از جمله فاضل لنکرانی، ناصر مکارم شیرازی و نوری همدانی حق حبس را به حق امتناع از دخول و سایر استمتاعات جنسی منصرف دانسته‌اند و معتقدند این حق به دیگر وظایف زوجیت ناظر نیست. گروه سوم حق حبس را به حق استنکاف از تمکین عام ناظر می‌دانند. ایشان چنین حقی را به حق امتناع از آمیزش، حق امتناع از دیگر استمتاعات جنسی و نیز حق استنکاف از سایر وظایف زناشویی منصرف می‌دانند؛ آیات صافی گلپایگانی و خامنه‌ای پیرو این نظر هستند (نک. درویش، ۱۳۷۴، ص ۱۱۹-۱۳۲).

حقوقدانان نیز در تفسیر عبارت «ایفای وظایفی که درمقابل شوهر دارد» در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی نظرهای گوناگونی را بیان کردند. در نگاه اول به این ماده بدون ملاحظه مبانی فقهی گفته‌اند که زن می‌تواند برای اجبار شوهر به پرداخت مهریه، از ایفای تمام وظایفی که درمقابل شوهر دارد و در اصطلاح تمکین عام، خودداری کند؛ لکن بیشتر نویسندگان حقوقی تصریح کرده‌اند که تنها نزدیکی با شوهر مشمول حق امتناع است (امامی، ۱۳۷۹، ج ۴، ص ۴۰۳؛ صفائی و امامی، ۱۳۸۷، ص ۲۲۲). برخی نیز در این خصوص عقیده دارند که ظاهراً ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی دلالت بر این دارد که زن می‌تواند در مقام استفاده از حق حبس از تمکین عام امتناع کند؛

ولی از سابقه تاریخی ماده مذکور و به‌ویژه قرینه موجود در ماده ۱۰۸۶ قانون مدنی چنین برمی‌آید که قانونگذار به تمکین خاص نظر داشته است (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۱۴۱).
به نظر می‌رسد رویه قضایی بیشتر به نظریه آخر توجه دارد. اداره حقوقی قوه قضائیه نیز در نظریه شماره ۷/۶۴۶۲ مورخ ۱۳۷۸/۹/۱۴ چنین اظهار نظر کرده است: «با توجه به مواد ۱۱۰۲، ۱۱۰۸ و ۱۰۸۵ قانون مدنی، زنی که مهر او حال باشد، می‌تواند تا پیش از اخذ مهریه خود از ایفای کلیه وظایفی که در مقابل شوهر دارد، اعم از روابط یا تکالیف ناشی از زوجیت خودداری کند»؛ بنابراین عدم تمکین، اعم از تمکین خاص و عام است.
در رأی وحدت رویه شماره ۷۱۸ مورخ ۱۳۹۰/۲/۱۳ آمده است: «مستفاد از ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی این است که زن در صورت حال بودن مهر می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده است، از ایفاء مطلق وظایفی که شرعاً و قانوناً در برابر شوهر دارد، امتناع نماید».

د - ضمانت اجرای سوءاستفاده از حق حبس

مطابق ماده ۲۲۵ قانون مدنی «متعارف بودن امری در عرف و عادت به‌طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به‌منزله ذکر در عقد است». در عقد نکاح این نکته ذکر نشده است که مهریه زوجه بر ذمه زوج است تا زوج بتواند به‌صورت تدریجی و به‌قدر توان خود آن را بپردازد. به‌حدی این امر روشن است که حداقل درباره ایرانیان عادت متداول است و در موضوع ازدواج و مهریه بدون قید در اسناد توافق‌شده زوجین قرار می‌گیرد و به‌استناد ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی که از عرف متداول و رایج تأسی کرده است، به محض وقوع عقد نکاح تکالیف زوجین نسبت به هم آغاز می‌شود. این ماده قانونی نشأت گرفته از عرف حاکم بر جامعه است و بر طبق عرف جاری شدن صیغه عقد و ثبت در دفاتر رسمی به منزله شروع زندگی مشترک است.

مطابق ماده ۲۲۰ قانون مدنی، آنچه مسلم است در ضمن عقد نکاح، زوج هرگز در حین وقوع عقد به‌صراحت اعلام نمی‌کند که زوجه باید پس از عقد نکاح بلاقید و شرط تمکین کند؛ چراکه تمکین از اصلی‌ترین اهداف زوجین در نکاح به شمار می‌آید؛ اما زوجه‌ای که قصد دارد برخلاف جهت عرف حاکم، تا زمان حصول مهریه تمکین نکند، باید به این مسئله در حین

نکاح به‌طور واضح اشاره کند؛ چراکه در زمان کنونی متعارف نیست زن پیش از وصول مهریه تمکین نکند و پرداخت مهریه با شرایط حاکم بر جامعه ما پس از عروسی و تمکین خاص زوجه از زوج و معمولاً به‌صورت تدریجی است. ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی که صرفاً یک قاعده تکمیلی است، به زوجه حق داده است تا وصول مهریه از انجام تکالیف زناشویی خودداری کند؛ اما در واقع اراده حقوقی اکثریت زوجین در نکاح هرگز مبتنی بر این قاعده غیرموجه حقوقی نیست. با مطالعه دو ماده ۲۲۰ و ۲۳۵ و مطابقت آن‌ها با ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی استنباط می‌شود که تمامی آن قواعد و مواد قانونی که جنبه آمره دارند، درمقابل قاعده‌ای تکمیلی قرار گرفته‌اند و باید به حکم عقل و مصلحت از قربانی شدن چند حکم آمره برای قاعده‌ای تکمیلی دوری کرد؛ بنابراین به حکم ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی جمع قانون درجایی که ممکن است، تفریق پذیرفتنی نیست. مضاف بر اینکه به‌استناد اصل چهارم قانون اساسی «هیچ کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد» که حاکم بر قوانین عادی است و حق حبس در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی با توجه به منع سوءاستفاده از حق درباره مطلق تمکین معتبر نیست. همچنین استفاده از حق حبس در نکاح و ممانعت از حداقل موارد الزامات اخلاقی پیمان زناشویی، مانند لزوم سکونت زوجه در منزل زوج، حسن معاشرت، تشدید مبانی اخلاقی و به‌رسمیت شناختن زوج به‌عنوان مدیر خانواده، همگی ناشی از قواعد آمره نظم عمومی است که در مواد ۱۱۰۲، ۱۱۰۳، ۱۱۰۴ آمده است و استیفای حق هرگاه همراه با ستم در حق غیر باشد، طبق آیات و روایات متعددی که دال بر حرمت اضرار به غیرند، با تجویز این حرمت، اکثریت فقها حکم به عدم اطلاق آزادی تصرف شخص در حقوق خویش داده‌اند. براین‌اساس وقتی از اعمال حقوق مشکوک که از مصادیق بارز آن حق حبس است، به خانواده و اخلاق عمومی صدمه وارد شود، نمی‌توان سکوت کرد.

۲. سوءاستفاده از حقوق خانوادگی قراردادی در روابط زوجین

طبق ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی «طرفین عقد می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند؛ مثل اینکه شرط شود زن وکیل، و

وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه نهایی خود را مطلقه سازد». زوجین می‌توانند توافق کنند که شروطی را در سند نکاح ثبت کنند. این شروط گاه در سند نکاح مکتوب و مندرج است و گاه زوجین آن را در ضمن سند نکاح تنظیم و درج می‌کنند. همچنین بر سر یک‌سری از شروط یا اسناد تنظیمی پس از عقد نکاح توافقاتی می‌کنند که ممکن است زوجین نسبت به این حقوق قراردادی سوء استفاده احتمالی کنند.

۱-۲. سوء استفاده از حقوق خانوادگی قراردادی مندرج در سند نکاح

در سند ازدواج یا نکاح شروطی استاندارد به صورت مکتوب درج شده است که طبق عرف و معمول، زوجین درباره آن‌ها به توافق می‌رسند و ذیل هر کدام از آن شروط را دو طرف عقد امضا می‌کنند؛ از جمله این شروط: شرط وکالت زوج به زوجه در طلاق، شرط تنصیف دارایی حاصل شده پس از عقد نکاح میان زوجین.

۱-۱-۲. سوء استفاده از حق وکالت زوجه از زوج در طلاق

یکی از روش‌های جلوگیری از سوء استفاده شوهر از حق طلاق، شرط توکیل زن در طلاق در ضمن عقد نکاح یا عقد لازم خارج است. حال ممکن است زوجه از حق وکالت در طلاق سوء استفاده کند که وکالت زوجه در طلاق ممکن است به طور مطلق یا به صورت مشروط باشد.

الف - موارد وکالت زوجه از زوج در طلاق

شروط ضمن عقد نکاح بر مبنای روابط جنسی و عاطفی زن و مرد ایجاد شده است؛ از این رو شروط دوازده‌گانه مندرج در سند نکاحیه به زوجه حق داده است که در صورت تحقق آن‌ها و اثبات تخلف از شرط، از دادگاه تقاضای طلاق کند. این شروط هم دارای پشتوانه فقهی است و هم قدم مثبتی در جهت حمایت از حقوق زنان است. ضمناً تمامی شروط دوازده‌گانه جزء شروط مصرحه در متن سند نکاحیه است.

سند ازدواج چنانچه طبق مقررات به ثبت برسد، سند رسمی و لازم‌الاجرا است و تمام محتویات و امضاهای مندرج در آن معتبر خواهد بود (شایگان، ۱۳۷۵، ص ۱۲۱). زن و شوهر غالباً در ضمن عقد نکاح خواسته‌های خود را می‌آورند و به ندرت در این باره، قرارداد مستقل و جداگانه‌ای منعقد می‌کنند. قانونگذار ایران در این زمینه امکان توافق زوج و زوجه را پیش‌بینی

کرده، و در ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی چنین مقرر داشته است: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هرشرطی که مخالف مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند». از سال ۱۳۶۰ به بعد، شرط وکالت زوجه در طلاق به صورت چاپی و به این صورت در سند نکاح آمده است: «ضمن عقد نکاح/عقد خارج لازم، زوج به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل غیر داد که در مورد مشروحه زیر با رجوع به دادگاه و اخذ مجوز از دادگاه پس از انتخاب نوع طلاق، خود را مطلقه نماید ...».

مواردی که زن می‌تواند تقاضای صدور اجازه طلاق کند، عبارت‌اند از:

۱. استنکاف شوهر از دادن نفقه به مدت شش ماه: به موجب ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی نیز در چنین صورتی و عدم امکان اجرای حکم و الزام مرد به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر را به طلاق اجبار کند. همچنین استنکاف شوهر از دادن نفقه از مصادیق نشوز زوج است. با توجه به اینکه در چنین شرایطی زن در حالت عسرو حرج قرار می‌گیرد، به استناد ماده مذکور پس از تقاضا، دادگاه طلاق قضایی می‌دهد درحالی‌که براساس شرط مندرج در قبالة نکاح، زن خودش وکالت در اجرای صیغه دارد.

۲. سوء معاشرت: لوازم حسن معاشرت را نمی‌توان به طور دقیق معین کرد؛ زیرا تابع عواملی از جمله عادات و رسوم اجتماعی در میان هر قومی است. در صورتی که سوء معاشرت مرد چنان ادامه یابد که ادامه زندگی برای زن تحمل‌ناپذیر شود، زن می‌تواند به وکالت از همسر، خود را مطلقه سازد. سپس به استناد ماده ۱۱۰۳ با اثبات سوء معاشرت مرد طلاق قضایی صادر می‌شود.

۳. ابتلای شوهر به بیماری‌های صعب‌العلاج: در خصوص این بند نیز سه شرط وجود دارد:

۱. باید بیماری مسری باشد، ۲. صعب‌العلاج باشد، ۳. ادامه زناشویی برای زن پرمخاطره باشد.

تشخیص این شرایط با پزشکی قانونی است.

۴. جنون در زمانی که فسخ نکاح شرعاً ممکن نیست: اخلاق، رهاکردن همسری را که دیوانه شده است و بیش از هر زمانی به پرستاری و همدمی نیاز دارد، مذمت می‌کند. حقوق نیز به جهت همراهی با اخلاق، دست‌کم جنونی را در زمره موجبات طلاق آورده است که فوق طاعت متعارف باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۱۳۰)؛ بنابراین رویه قضایی نیز صدور حکم به طلاق

را ویژه مواردی می‌سازد که جنون شوهر مستقر، و ادامه زندگی برای زن تحمل‌ناپذیر باشد.

۵. **شغل منافی مصالح خانوادگی با حیثیت زن:** عبارت از اموری است که موجب سستی بنیاد خانواده یا اخلال در نگهداری و تربیت فرزندان یا آسیب‌زدن به حیثیت اجتماعی زوجه یا برهم‌زدن نظم اقتصادی خانواده باشد. در مقابل این شرط، ماده ۱۱۱۷ قانون مدنی حق طلاق را به مرد داده است؛ ازاین‌رو زن می‌تواند خود را مطلقه سازد، در صورتی که مرد نتواند از شغل خود دست بکشد.

۶. **محکومیت قطعی به حبس طولانی:** حبس‌های طولانی باعث درهم‌ریختن بنیاد خانواده می‌شود. آگاهی از حق طلاق از بسیاری فسادها و تباهی‌ها جلوگیری می‌کند؛ اما انصاف آن است که مدت پنج‌سال حبس برای اینکه مستند انحلال خانواده قرار گیرد، کم است.

۷. **اعتیاد زوج:** اعتیادی مستند درخواست طلاق قرار می‌گیرد که دارای سه شرط باشد: ۱. مضر باشد، ۲. به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد کند، ۳. ادامه زندگی زناشویی را غیرممکن سازد. دراین‌باره، زن به‌استناد قاعده «عسرو حرج» نیز می‌تواند تقاضای طلاق دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۱۳۱).

۸. **ترک غیرموجه زندگی خانوادگی:** اگر زوج به‌عمد و بدون عذر موجه زندگی مشترک را رها کند، یکی از مستندات درخواست طلاق زن خواهد بود. این شرط ازجمله شروطی است که به‌سهولت نمی‌توان استفاده کرد؛ چون شامل محدودیت‌هایی است که گاه تحقق شرط را تعلیق به محال کرده است؛ چراکه اثبات ترک زندگی توسط شوهر، تعریف روشنی در قانون ندارد؛ برخلاف ترک خانه توسط زن که به عدم تمکین تعبیر می‌شود؛ اما درخصوص مرد، این موضوع به دادگاه سپرده شده است.

۹. **محکومیت قطعی مرد به ارتکاب جرایم منافی حیثیت زن:** تشخیص این نوع جرائم، جنبه نوعی و کلی ندارد و داوری دادگاه بستگی به اوضاع و احوال و موقعیت طرفین دارد. قانونگذار معیار عرفی و شخصی را درهم آمیخته است.

۱۰. **عقیم‌بودن مرد:** ارضای حس مادری از عمیق‌ترین کشش‌هایی است که در نهاد زن وجود

دارد؛ براین اساس قانونگذار یأس از فرزنددارشدن را از عوامل به کارگیری حق وکالت در طلاق می‌شمارد. درواقع، به یکی از عالی‌ترین عواطف انسانی احترام گذارده است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۱۳۲). این وضعیت با رجوع به پزشکی قانونی روشن می‌شود.

۱۱. مفقودالاثر شدن زوج: غیبت مرد بیش از چهارماه تأمل برانگیز است و جزء مصادیق عسرو حرج برای زن (به جهت برقراری روابط زناشویی) به‌شمار می‌رود.

۱۲. ازدواج مجدد: برخی از فقها و حقوقدانان این شرط را باطل دانسته‌اند. درباره این شرط تنها ضمانت اجرایی که در سند نکاح درج شده، دادن وکالت در طلاق به زوجه است. برخی نیز به عدم مغایرت این شرط با کتاب و سنت و مقتضای عقد نظر داده‌اند (نراقی، ۱۴۰۸ ق، ص ۱۷۸). دراین باره که زوجه پس از ازدواج موقت زوج، حق طلاق دارد یا خیر، دو نظر وجود دارد:

نخست اینکه، در عقد موقت، حقوق و تکالیف زوجین تفاوت‌هایی با عقد دائم دارد و لفظ ازدواج انصراف به ازدواج دائم دارد؛ ازاین رو چنین حقی برای زن ثابت نیست.

دوم اینکه، لفظ ازدواج به صورت عام به کار رفته، و شامل هر دو نوع ازدواج است؛ ازاین رو محدودکردن این حق به ازدواج دائم صحیح نیست.

به نظر می‌رسد راهکارهای مقابله با سوءاستفاده از حق طلاق مرد درخصوص حق وکالت زوجه در طلاق نیز جاری است.

ب - ضمانت اجرای سوءاستفاده از موارد وکالت زوجه از زوج در طلاق

شرط وکالت زوجه در طلاق علاوه بر حاکمیت اصول اخلاقی دارای مستندات فقهی است که جزء شروط صحیح تلقی شده است. مهم‌ترین قواعد فقهی دراین باره، قاعده «لاضرر» و قاعده «لا حرج» و دستورات کلی قرآن کریم مبتنی بر معاشرت نیکو با زنان (عاشروهن بالمعروف) است؛ بنابراین همه این دوازده بندی که زن و مرد ضمن عقد نکاح امضا می‌کنند، درحقیقت برای ازدواج امضا نمی‌کنند، بلکه برای طلاق امضا می‌کنند.

این پرسش‌ها مطرح می‌شود که آیا صرف عمل کردن مرد به هر یک از این شرایط می‌تواند

دلیلی برای زن محسوب شود تا بر مبنای آن درخواست طلاق کند؟ آیا همه مراحل قانونی طلاق باید مانند دیگر موارد، عادی طی شود؟ در جواب باید گفت: با تحقق یکی از شرایط دوازده‌گانه و اثبات آن در دادگاه، زن می‌تواند با استفاده از وکالت ضمن عقد با مراجعه به دادگاه خانواده و طی تشریفات قانونی به اجرای طلاق اقدام کند.

۲-۱-۲. سوء استفاده از حق مالکیت نصف دارایی حاصل شده مرد پس از نکاح

نخستین شرط مندرج در سند نکاح، شرط تنصیف اموال حاصل پس از ازدواج است که به شرح ذیل است:

ضمن عقد نکاح / خارج لازم، زوج شرط نمود هرگاه طلاق بنابه درخواست زوجه نباشد و طبق تشخیص دادگاه، تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نبوده، زوج موظف است تا نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشویی با او به دست آورده یا معادل آن را طبق نظر دادگاه بلاعوض به زوجه منتقل نماید.

شرط مذکور غیر از مسئله اجرت‌المثل و نحله موضوع بندهای تبصره ۶ ماده واحده قانون اصلاح مقررات طلاق مصوب تشخیص مصلحت نظام است. به عبارتی درخواست اجرت‌المثل با انتقال نیمی از دارایی جمع نمی‌شود و انتقال نصف دارایی براساس شرطی که جنبه قراردادی دارد، پذیرفته شده است. ضمناً عبارت «تا نصف دارایی موجود» در متن شرط، باعث سوء استفاده طرفین و اختلاف نظر دادگاه درباره تعیین دارایی در خصوص درصد نصف دارایی خواهد بود و باعث سوء استفاده احتمالی است.

الف - تبیین مشروعیت شرط تملیک نصف دارایی حاصل شده مرد پس از نکاح

شرط را می‌توان التزام و تعهدی تبعی و ضمن عقد دانست که در مانحن‌فیه اولاً به دلیل لزوم توافق زوجین بر آن، دارای ماهیتی قراردادی است؛ ثانیاً از نوع شرط فعل حقوقی موضوع بند ۳ ماده ۲۳۴ قانون مدنی «تعهد انتقال و تملیک بلاعوض تا نصف دارایی تحصیل شده زوج در زمان زوجیت به زوجه» است.

شرط مذکور پیشینه مذهبی ندارد و تقلیدی ناشیانه از فرهنگ غربی است که عامل نزاع را

در خانواده‌ها فراهم کرده است. به هر حال نه تنها نفوذ شرطی که موضوع آن در آینده مبهم است و شراکتی که به سرمایه نامعلوم تشکیل می‌شود، به شدت محل تردید است و اجرای آن نیاز به دخالت قانون و اداره نهاد حقوقی دارد و با صرف گنجاندن شرط اشتراک در سند نکاح، دردی درمان نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۱۵۱)؛ لیکن به نظر می‌رسد اولاً علت باطل و مبطل بودن شرط مجهول، سرایت جهل به عقد و ایجاد غرر است. درحالی که چنین ملاکی در نکاح به دلیل غیرمعاوضی بودن نیست و مجهول بودن شرط در عقود مبتنی بر مسامحه و غیرمعاوضی موجب غرری شدن معامله نمی‌شود و ثانیاً، بطلان عقد نکاح در قانون مدنی محدود به موارد خاص است؛ ثالثاً دارایی موجود زوج در زمان طلاق و درواقع زمان جمع شرایط تحقق، قابل تشخیص است و دادگاه مقدار دارایی قابل انتقال را معلوم می‌کند؛ درنتیجه شرط مزبور مجهول نیست.

ب- شرایط اجرای سوءاستفاده از حق مالکیت نصف دارایی حاصل شده پس از نکاح

شرط تنصیف دارای محدودیت‌هایی است و زوج در هر شرایطی ملزم به انتقال نیمی از دارایی خود به زوجه نیست، بلکه این تعهد دارای برخی شرایط به شرح زیر است:

۱. پذیرفتن این شرط الزامی نیست؛ درنتیجه در صورتی که اثبات شود زوج در قبول این شرط رضایت نداشته یا قاصد نبوده است، شرط باطل یا غیرنافذ است.
۲. مطابق شرایط مکتوب، تعهد زوج منوط به اجرای طلاق است.
۳. طلاق به تقاضای زوجه نباشد.
۴. در صورت درخواست طلاق، وجود دارایی برای زوج تأیید شده باشد. (مقصودی، ۱۳۹۱:

ص ۴۵)

۲-۲. سوءاستفاده از شروط توافق شده زوجین خارج از شروط استاندارد نکاح

به چنین شروطی می‌توان شروط تکمیلی نیز گفت؛ چراکه مواردی که در سند نکاحیه مندرج و مکتوب است، بسیار محدود است و همگی مشروط به مواردی شده‌اند که گاه اثبات آن برای زنان بسیار دشوار است و وارد شدن زنان به استناد ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی به وادی عسرو حرج و اثبات آن، باعث اتلاف وقت زنان یا سوءاستفاده احتمالی شوهر می‌شود. موارد حیاتی مثل

خروج از کشور، حضانت فرزندان، اشتغال، تحصیل، حق انتخاب مسکن از اولویت‌های زنان امروز است که جایی در شروط مندرج در قبالة نکاح ندارد. به استناد ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی موارد دیگر جنبه تمثیلی دارد و زوجین می‌توانند هر شرط دیگری نیز برای حق طلاق زن تعیین کنند؛ بنابراین در صورت درج چنین شروطی به صورت صریح و واضح راه سوء استفاده از این شروط بسته می‌شود.

۲-۱. دلایل اعتبار شروط توافق شده زوجین خارج از شروط استاندارد نکاح

به استناد ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند»؛ از این رو شرطی که مخالف مقتضای عقد نباشد، معتبر است و زوجین می‌توانند با توافق همدیگر آن را در ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر درج کنند.

شروطی که به استناد ماده ۲۳۲ قانون مدنی مقدور و مفید و مشروع باشند، جزء شروط صحیح هستند؛ لیکن به استناد ماده ۲۳۳ قانون مدنی اگر شرطی خلاف مقتضای عقد یا مجهول باشد، شرط و عقد هر دو باطل می‌شوند؛ از این رو شرط خلاف مقتضای ذات عقد آن‌چنان اثری است که عقد بدون وجود این اثر محقق نمی‌شود و این اثر را ماهیت عقد ایجاد می‌کند. شرطی که مخالف با اثر ذات عقد یا مقتضای ذات عقد باشد، به علت تلازم مقتضا با ذات عقد در حقیقت، با ماهیت معامله نیز مخالف است؛ به عبارتی از طرفی ماهیت عقد انشاء می‌شود؛ از طرف دیگر با درج شرط، مانعی در راه تحقق عقد ایجاد می‌شود و نتیجه این وضعیت عدم تحقق عقد است (شهیدی، ۱۳۹۳، ج ۴، ص ۱۱۰).

۲-۳. سوء استفاده از حقوق خانوادگی مندرج در اسناد تنظیمی پس از عقد نکاح

زن و شوهر غالباً خواسته‌های خود را ضمن عقد نکاح می‌آورند و به ندرت درباره نکاح قرارداد مستقلی منعقد می‌کنند؛ لیکن آوردن این شروط در اسناد تنظیمی پس از عقد نکاح دور از ذهن و عمل نیست؛ از این رو باید درباره ماهیت حقوقی این شروط و اعتبار آن‌ها تحقیق و بررسی کرد. شرطی که طرفین پس از عقد نکاح، به عقد نکاح متصل می‌کنند، شرط الحاقی است؛ بنابراین شرط الحاقی، شرطی است که پس از تشکیل عقد، طرفین الحاق آن را به عقد انشاء شده

قبلی اراده می‌کنند (شهیدی، ۱۳۹۳، ج ۴، ص ۱۱۱).

۲-۳-۱. میزان اعتبار شروط توافق‌شده پس از عقد نکاح

فقها و حقوقدانان درباره اعتبار یا عدم اعتبار شروط توافق‌شده پس از عقد نکاح اختلاف نظر دارند. گروهی از فقها به‌خاطر عموم (المؤمنون عند شروطهم) قائل به اعتبار آن هستند؛ لیکن عده‌ای دیگر بر عدم اعتبار آن اعتقاد دارند. در میان حقوقدانان اجماعی وجود ندارد؛ لیکن به نظر نگارندگان این جستار، می‌توان شروط توافق‌شده پس از عقد نکاح را در صورتی که شرایط صحت شرط را داشته باشند، در جایگاه قراردادی مجزا معتبر دانست.

۲-۳-۲. عدم اعتبار شروط توافق‌شده پس از عقد نکاح

معنای شرط این است که وجودی مستقل ندارد و باید در ضمن امر دیگری ذکر شود تا شرط بر آن صدق کند. شیخ طوسی در نهاییه تفصیل داده است بین شرطی که پیش از نکاح است و شرطی که پس از نکاح است. اگر پیش از نکاح باشد، کأن لم یکن است؛ ولی اگر شرط پس از نکاح باشد، اجراشدنی و لازم‌الوفاست. دلیل ایشان این روایت از ابن‌بکیر است که: «قال ابو عبد الله (ع) إذا إشتراطت علی المرأة شروط المتعة فرضیت به وأوجبت التزویج فاردد علیها شرطک الاول بعد النکاح فإن أجازته فقد جاز وإن لم تجزه فلا یجوز علیها ما کان من الشرط قبل النکاح» (طوسی، ۱۴۰۰: ج ۳/۱۵۴). در این روایت فقط به بطلان شرط پیش از نکاح اشاره شده است؛ پس معلوم می‌شود که اگر شرط پس از عقد باشد، صحیح است. در جامع المقاصد این فرمایش شیخ طوسی را توجیه می‌کند و می‌فرماید: «و یمکن أن یرید الشیخ بالنکاح الإیجاب مجازاً، فلا یكون مخالفا لما سبق وعلیه تحمل الروایة» (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۷۲/۱۰). شاید مراد از کلمه نکاح که شیخ فرموده است، شرط پیش از نکاح باطل، و پس از آن صحیح است. مجموع صیغه که مرکب از ایجاب و قبول است، نیست بلکه مرادش از نکاح فقط ایجاب است؛ در نتیجه مراد ایشان از صحت شرط پس از عقد، شرط پس از ایجاب و پیش از قبول است؛ از این رو شیخ هم مخالف مشهور نیست. حر عاملی (۱۳۹۱ش، ۱۷۸)، روایت ابن‌بکیر را همین‌گونه حمل کرده است: «بعد قولها انکحتک نفسی فتکون الشروط داخله فی الإیجاب وتصیر لازمة لا بعد القبول»؛ ایشان فرموده است مراد از نکاح در (انکحت) صیغه نکاح است پس شروط

داخل در صیغه عقد است و لازم‌الوفاء است، نه اینکه مراد پس از قبول و مجموع صیغه عقد باشد. صاحب جواهر قول مشهور را قول اول می‌داند؛ (نجفی، ۱۳۶۶: ج ۱۰۲/۳) اما قول دوم به شیخ طوسی نسبت داده شده است. برای قول مشهور استدلال به عموم «المؤمنون عند شروطهم» کرده‌اند که این مؤمنون اشاره به این روایت دارد.

درباره قول شیخ طوسی (قول دوم)، استدلال کرده‌اند که شرط پیش از عقد اثری ندارد و باید پس از عقد تکرار شود. بر این قول اشکال گرفته‌اند که: اولاً مفاد روایت شرط پیش از قبول است نه شرطی که ضمن ایجاب و قبول بیان شده است، پس مورد روایت شرط ضمن عقد نیست، بلکه شرط پیش از عقد است. (طوسی، ۱۴۰۰: ۱۵۰) گذشته از این جواهر می‌فرماید: «و کیف کان فهو منافی لقواعد المذهب و فتاوی الأصحاب». مختار ما همین است که اعاده شرط لازم نیست؛ بنابراین شرطی لازم‌الوفاء است که در ضمن عقد بیان شود و جزء آن محسوب شود نه شرط سابق و نه شرط لاحق و شرطی که در ضمن عقد بیان می‌شود. لازم نیست که پس از عقد دوباره تکرار شود به‌خاطر عموم «المؤمنین عند شروطهم». صاحب جواهر فرمود: شرطیت معنایی است که به‌طور مستقل تحقق نمی‌پذیرد؛ زیرا شرط نیاز به مشروط دارد؛ از این رو باید همراه صیغه باشد تا لازم‌الاجرا شود (نجفی، ۱۳۶۶: ج ۱۰۷/۳).

به موجب رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۴۸۸ مورخه ۱۳۸۸/۶/۱۵ با موضوع و خواسته ابطال قسمت (ب) بند ۱۵۱ مجموعه بخش‌نامه‌های ثبتی شاکی اعلام داشته، سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در قسمت (ب) بند ۱۵۱ بخش‌نامه‌های ثبتی مقرر داشته است، چنانچه به علل مختلف زوج در مقام ازدیاد مهریه زوجه برآید، این عمل باید به موجب اقرارنامه رسمی صورت گیرد و در دفترخانه اسناد رسمی به ثبت رسد. دفاتر اسناد رسمی به‌استناد همین بخش‌نامه با تنظیم اقرارنامه ثبتی به طور غیرشرعی مهریه‌ها را افزایش می‌دهند که اغلب موجب تزلزل ارکان خانواده و ارزش‌های آن می‌شود. با عنایت به اینکه مهریه از فروع عقد است و براساس قوانین شرع مقدس اسلام، هرگونه افزایش در میزان مهریه مستلزم فسخ نکاح و جاری‌شدن مجدد صیغه عقد دائم و تحقق ایجاب و قوانین طرفین

است، بخش نامه مذکور مغایر موازین شرعی است؛ از این رو به علت این مغایرت تقاضای ابطال آن را دارد. سرپرست دفتر حقوقی و امور بین الملل سازمان ثبت اسناد و املاک کشور در پاسخ به شکایت مذکور طی نامه شماره ۸۷/۱۲۹۷۰۳ مورخ ۱۳۸۷/۱۲/۱۹ ضمن ارسال تصویر نامه شماره ۸۷/۱۱۶۳۰۱ مورخ ۱۳۸۷/۱۱/۳۰ اداره کل امور اسناد و سردفتران اعلام کرده است، با عنایت به مفاد نامه مذکور و همچنین قسمت (ب) از بند ۱۵۱ مجموع بخش نامه های ثبتی تا اول مهرماه سال ۱۳۶۵ که اشعار می دارد، «چنانچه به علل مختلف زوج در مقام ازدیاد مهریه زوج برآید، این عمل باید به موجب اقرارنامه رسمی صورت گیرد که در دفترخانه اسناد رسمی به ثبت می رسد ...» و مستنداً به ماده ۱۹۰ قانون مدنی قصد طرفین و رضایت آنها جهت کاهش یا افزایش مهریه اقدام کنند.

در نامه اداره کل امور اسناد و سردفتران سازمان ثبت نیز چنین آمده است، قسمت (ب) بند ۱۵۱ مجموعه بخش نامه های ثبتی، ماهیتاً براساس اصل آزادی اراده انسان ها و قاعده «الناس مسلطون علی أموالهم» با در نظر گرفتن اینکه مهریه در عقد دائم از ارکان عقد نیست و همچنین با رعایت شرایط ماده ۱۹۰ قانون مدنی تنظیم شده است و نه در جهت حکم به افزایش مهریه پس از تنظیم عقدنامه، کما اینکه زوجین با استفاده از همین اصل و قاعده، بعضاً در جهت کاهش میزان مهریه قبالة خود پس از عقد نیز اقدام می کنند و منع و جلوگیری از اعمال چنین حقوق مسلمی، مغایر با مبانی محرز و شناخته شده مذکور است، هرچند این حقوق را می توان به نحو بیع یا صلح هم اعمال کرد؛ بنابراین قسمت (ب) بند ۱۵۱ مجموعه بخش نامه های ثبتی با قوانین و مقررات موضوعه مغایرت ندارد. دبیر محترم شورای نگهبان در خصوص ادعای خلاف شرع بودن قسمت (ب) بند ۱۵۱ مجموعه بخش نامه های ثبتی، طی نامه شماره ۸۸/۳۰/۳۵۰۷۹ مورخ ۱۳۸۸/۵/۱۲ اعلام کرد که مهریه شرعی همان است که در ضمن عقد واقع شده است و ازدیاد مهریه پس از عقد شرعاً صحیح نیست و ترتیب آثار مهریه بر آن خلاف موازین شرع شناخته شده است. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در تاریخ فوق با حضور رؤسا و مستشاران و دادرسان علی البدل شعب دیوان تشکیل شد و پس از انجام مشاوره با اکثریت آراء به شرح آتی،

به صدور رأی مبادرت ورزید.

به شرح نظریه شماره ۳۵۰۷۹/۳۰/۸۸ مورخ ۱۳۸۸/۵/۱۲ فقهای محترم شورای نگهبان «مهریه شرعی همان است که در ضمن عقد واقع شده است و ازدیاد مهر پس از عقد شرعاً صحیح نیست و ترتیب آثار مهریه بر آن خلاف موازین شرع شناخته شد». بنابراین جزء (ب) از قسمت ۱۵۱ بخش نامه‌های ثبتی که نتیجتاً مبین امکان افزایش مهریه به شرط تنظیم سند رسمی است، مستقیماً به قسمت دوم اصل ۱۷۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۴۱ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ ابطال می‌شود؛ بنابراین به استناد این رأی افزایش مهریه پس از عقد نکاح، صحیح نیست.

۲- الف. اعتبار شروط توافق شده پس از عقد نکاح

پس از اینکه گروهی از فقها و حقوقدانان قائل به اعتبار شروط توافق شده پس از عقد نکاح شدند، عده‌ای از حقوقدانان شروط پس از عقد نکاح را جزء شروط پس از عقد نکاح ملحوظ کردند و بیان کردند که این شروط عقد سابق را مقید کرده است. عده‌ای دیگر این شروط پس از عقد نکاح را قرارداد و توافقی مستقل لحاظ کردند که در ذیل هرکدام از این دو نظر بررسی می‌شوند.

۲-۱- الف. اعتبار شروط توافق شده پس از نکاح به عنوان شروط ضمن عقد

اگر شرط پس از عقد نکاح را شرطی الحاقی یا بعدی بدانیم که پس از تشکیل عقد، طرفین الحاق و انضمام آن را به عقد انشاء شده قبلی اراده می‌کنند؛ در این صورت منظور از شرط الحاقی انشاء مستقل ماهیت حقوقی صرفاً مرتبط با عقد دیگر مانند انشاء قرارداد درباره نحوه اجرای مفاد عقد تشکیل یافته قبلی نیست؛ بلکه مقصود انشاء انضمام شرطی به عقد منعقد شده قبلی است؛ به گونه‌ای که مانند شرط مندرج در ایجاب و قبول آن عقد دارای آثار حقوقی باشد؛ اما اگر مقصود صرفاً درج شرطی ضمن عقد انشاء شده قبلی به صورت ماهیت وابسته به عقد قبلی یعنی منشأ باشد، تحقق چنین شرطی با لحاظ اعتباری بودن عقد و شرط و نیز مکانیسم ارتباطی شرط و عقد، ممکن نخواهد بود؛ زیرا از یک سو عقد قبلاً به طور مطلق بدون شرط انشاء شده و تحقق یافته، و فرض این است که مجدداً به صورت مشروط انشاء نمی‌شود تا شرط منضم به

آن شود و از سوی دیگر، اگر عقد مجدداً همراه شرط انشاء شود، در این صورت، عقد مطلق سابق به عقد مشروط مبدل شده است و الحاق شرط به عقد قبلی منتفی، و این صورت خارج از فرض خواهد بود (شهیدی، ۱۳۹۳، ج ۴، ص ۱۱۹)؛ بنابراین مقبولیت و معقولیت نظریه اعتبار شروط توافق شده پس از عقد نکاح به عنوان شروط ضمن عقد ضعیف است، به همین دلیل شرط مزبور نمی تواند دارای اعتبار شروط ضمن عقد باشد.

۲-۲-الف. اعتبار شروط توافق شده پس از عقد نکاح به عنوان توافق مستقل

اگر مفاد شرط با انشاء جداگانه به وجود آید، ماهیتاً شرط ضمن عقد نخواهد بود و آثار و احکام شرط ضمن عقد در برابر آن ثابت نخواهد بود؛ هرچند به گونه ای با آن مرتبط باشد و از حیث ارتباط عقد تشکیل شده قبلی آثار و احکام خاصی داشته باشد، اما اگر منظور از شرط الحاقی قرارداد جدیدی باشد که با عقد پیش مرتبط باشد، مانند قرارداد چگونگی اجرای عقد سابق، این قرارداد در حدود رعایت شرایط قانون معتبر خواهد بود؛ اما چنین قراردادی نمی تواند شرط ضمن عقد و احکام و آثار آن را داشته باشد؛ زیرا فرض این است که چنین قراردادی همراه با عقد و به طور قید و وابسته به آن انشاء نشده است تا از جهت ماهوی و آثار حقوقی بتوان آن را شرط ضمن عقد تلقی کرد (شهیدی، ۱۳۹۳، ج ۴، ص ۱۲۰).

یافته های پژوهش

۱. نظریه سوءاستفاده از حق و منع سوءاستفاده از حق در حقوق اسلام، از جمله روایت «لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام»، و حقوق ایران به ویژه قانون اساسی و قانون مدنی مطرح شده، و به روشنی سوءاستفاده از حق منع شده است.

۲. قانونگذار ما در حقوق خانوادگی قانونی از جمله حق طلاق، حق ریاست مرد بر خانواده و تا حدودی حق برهم زدن نامزدی بیشتر طرف مرد را گرفته، و همین باعث سوءاستفاده زوج از اعمال یا عدم اعمال حق شده است. گاهی زوجین در حقوق خانوادگی قراردادی نیز اعم از شروط استاندارد (مکتوب)، از جمله شرط تنصیف دارایی یا شروط تکمیلی، سوءاستفاده هایی کرده اند.

۳. درباره شروط تنظیمی پس از عقد نکاح نیز پیشنهاد می شود اگر این شروط به عنوان قرارداد

مستقل مطرح باشد، به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی، در صورت عدم مخالف با نظم عمومی و اخلاق حسنه، منعی نداشته باشد؛ هر چند رأی بعضی از فقها و رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری مخالف این نظر است.

۴. راهکارهایی جهت جلوگیری از سوءاستفاده از حق قانونی زوجین، از جمله سلب اثر مدنظر سوءاستفاده کننده از حق، جبران خسارت، محدود شدن صلاحیت اعمال حق، طلاق قضایی و شرط توکیل در طلاق نیز پیشنهاد شده است.

۵. در خصوص ضمانت اجرای سوءاستفاده از حق قانونی یا قراردادی می توان علاوه بر ضمانت اجرای طبیعی، از جمله به استناد مسئولیت مدنی، مسئولیت کیفری «تعزیر» انحلال اعمالی که باعث سوءاستفاده از حق شده است، از محدودیت صلاحیت اعمال حق نام برد.

۶. در پایان پیشنهاد می شود قانونگذار ما به طور صریح و روشن درباره سوءاستفاده از حقوق خانوادگی با تدبیری ویژه و درج ماده ای در مقررات خانواده مانع این سوءاستفاده از اعمال یا عدم اعمال حق شود.

منابع

- اکبرینه، پروین (۱۳۹۰). منع سوءاستفاده از حقوق خانواده. زن و مطالعات خانواده، ۴ (۱۳)، ص ۱۳-۲۶.
- امامی، حسن (۱۳۸۷). حقوق مدنی. تهران: کتابفروشی اسلامی.
- انصاری، مرتضی (۱۳۷۴). مکاسب. جلد ۳، چاپ اول، قم: مؤسسه باقری.
- بجنوردی، حسن (۱۳۹۱ ق). القواعد الفقهية. نجف: بی نا.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۷۰). سوءاستفاده از حق (مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظام های حقوقی). تهران: انتشارات اطلاعات.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۵). حقوق خانواده. تهران: چاپخانه حیدری.
- جهانگیری، محسن؛ یزدانی، غلامرضا (۱۳۹۱). تاریخچه و قلمرو حق حبس در فقه امامیه. آموزه های فقه مدنی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، (۶)، ص ۴۶-۶۳.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۳۹۱). وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة. بیروت: دار إحياء التراث العربیة.
- حشمتی، ابوالفضل (بی تا). جایگاه حقوقی و اعتباری حق حبس در قوانین موضوعه ایران. تهران: ۹۹۹۹ بی جا.
- خمینی، روح الله (۱۳۹۹). تهذیب الاحکام، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- خوئی، ابوالقاسم (۱۴۱۰ ق). منهاج الصالحین. بیروت: دار الزهراء.

- درویش، بهرام (۱۳۷۴). دامنه حق حبس زوجه در رویه دیوان عالی کشور، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۲، صص ۱۱۹-۱۳۲.
- دیلمی، احمد؛ خدادادپور، منیره (۱۳۸۸). سوءاستفاده از حق طلاق و راهکارهای قانونی مقابله با آن. فصلنامه خانواده پژوهی، ۵ (۷)، صص ۹۲-۷۳.
- دیلمی، احمد؛ خدادادپور، منیره (۱۳۹۱). سوءاستفاده از حق ریاست شوهر در منع اشتغال همسر. مطالعات زنان، ۶ (۲)، صص ۱۱۱-۱۲۶.
- ره‌پیک، سیامک؛ جانباز سوادکوهی، علی (۱۳۹۱). اثر تمکین عام در سقوط حق حبس زوجه. فصلنامه نقد رأی، ۱ (۱)، صص ۱-۳۱.
- شایگان، علی (۱۳۷۵). حقوق مدنی. تهران: چاپخانه مجلس.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ ق). مسالک‌الافهام فی شرح شرائع الإسلام. بی‌جا: مؤسسة المعارف الإسلامية.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۳). حقوق مدنی (شروط ضمن عقد). تهران: نشر میزان.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر (۱۳۶۶). جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام. تهران: مکتبه‌الاسلامیه.
- صفائی، حسین (۱۳۸۸). بررسی تطبیقی حقوق خانواده. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- صفائی، حسین (۱۳۸۶). مجموعه مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی. تهران: نشر میزان.
- صفائی، حسین؛ و امامی، اسدالله (۱۳۸۶). حقوق خانواده. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- صفائی، حسین؛ و امامی، اسدالله (۱۳۸۷). مختصر حقوق خانواده. تهران: نشر میزان.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ ق). نهاية المرام فی شرح مختصر شرائع الإسلام. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- عراقی، محمد (۱۳۸۳). سوءاستفاده از حق طلاق (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- عظیم‌زاده اردبیلی، فائزه (۱۳۹۰). حق حبس در نظام حقوقی خانواده در اسلام. دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده، ۱۶ (۵۴)، صص ۲۷-۵.
- فاضل موحدی لنگرانی، محمد (۱۳۷۷). تفصیل الشریعه (نکاح). قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار.
- فهرستی، زهرا؛ چاوشی‌ها، مریم (۱۳۸۷). شروط مندرج در سند ازدواج. فصلنامه بانوان شیعه، ۵ (۱۷)، صص ۱۰۹-۱۴۰.
- قبولی درافشان، سید محمد مهدی (۱۳۹۲). بررسی جایگاه فقهی و حقوقی تعهد به ازدواج. مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق. ۷ (۲۸)، صص ۲۶-۵.
- قیوم‌زاده، محمود (۱۳۸۹). بررسی ماهیت حق حبس در نکاح و چگونگی استیفای آن. مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۴۳ (۱)، صص ۱۳۵-۱۵۵.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹). *حقوق مدنی خانواده*. تهران: دادگستر.
- کریمی، عباس (۱۳۶۲). شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها. *مجله پژوهشهای حقوقی*، ۱ (۱)، ص ۸۲-۷۵.
- (کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷)، اصول کاف، بی‌جا.
- گرچی، ابوالقاسم؛ قاسم‌زاده، عباس؛ امامی، اسدالله؛ عراقی، سیدعزت‌الله؛ صادقی، محمود؛ حمیدزاده، احمد؛ برزوئی، عادل؛ آهنی، بتول؛ صفائی، حسین (۱۳۸۷). *بررسی تطبیقی حقوق خانواده*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۶۵). *بررسی فقهی حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۴). *قواعد فقه بخش مدنی*. تهران: انتشارات وزارت ارشاد اسلامی.
- مژگانی، سید حسن (بی‌تا). شروط ضمن عقد نکاح، منتشر شده در پایگاه نشر مقالات حقوقی. تهران: حق گستر.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ ق). *سلسله مباحث خارج فقه (کتاب نکاح)*. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب.
- محقق کرکی (۱۴۱۴ ق). *جامع المقاصد*. قم: چاپ دوم.
- موسوی خوشدل، سید صمد (۱۳۷۸). طلاق مردان و زنان. *کتاب نقد*، ۱۲ (۳)، ص ۲۴۷-۲۰۶.
- مهرپور، حسین (۱۳۷۹). *مباحثی از حقوق زن*. تهران: اطلاعات.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۰۸ ق). *عوائد الایام فی بیان قواعد الأحکام*. قم: مطبع الغدير.
- نقیبی، سید ابوالقاسم (۱۳۸۶). سوء استفاده از حق در حقوق خانواده از منظر فقه امامیه و حقوق ایران. *دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده*، ۱۲ (۴۷)، ص ۳۸-۶۰.
- واقفی، محسن (۱۳۹۱). *بررسی تطبیقی صحت و بطلان شرط بنایی در حقوق اسلام و ایران*. *فصلنامه پژوهشی فقه و حقوق اسلامی*، ۸ (۲۹)، ص ۱۳۵-۱۷۵.
- هادوی تهرانی، مهدی (۱۳۷۶). *ضوابط شرعی اشتغال بانوان*. نشریه پیام حوزه، شماره ۱۴، صص ۱۰۱-۱۱۲.
- یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم (بی‌تا). *حاشیه مکاسب*. قم: اسماعیلیان.
- سایت امور حقوقی و مجلس قوه قضائیه.
- معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های خانواده.
- کمیسیون استفتانات و مشاورین حقوقی شورای عالی قضائی، ۱۳۶۳.
- پایگاه اینترنتی. WWW.Nahadir
- پایگاه اینترنتی WWW.Haghgostar.ir
- پایگاه اینترنتی WWW.SiD.ir
- سایت دیوان عدالت اداری.



Re-Analysis of the Ruling on a Woman's Gaze at a Non-Mahram Man Without Lustful Intention from the Perspective of Imamiyyah Jurisprudence

Hassan Delavari²

Kazem Ebrahimzadeh Bakhtabad¹

Seyyed Mohammad Hosseini Hadak³

DOI:

10.30497/flj.2025.247002.2082



Abstract

The issue of looking at a non-mahram is one of the important religious issues in the social arena, and knowledge of its Sharia ruling is very important for religious individuals. A woman's gaze at a non-mahram man without lustful intent, like a man's gaze at a non-mahram woman, is an issue that requires jurisprudential analysis and discovery of the Sharia ruling. This issue was not raised among the Imamiyyah elders, and has been raised since the time of Mohaqiq Hilli and has been discussed in more detail in contemporary era. This research, by analyzing various arguments and perspectives, has concluded that the arguments based on verse 31 of Surah An-Nur, narrations, consensus, and the Islamic tradition on this issue contain numerous problems. So, the correct view is that there is no objection to a woman's gaze at a non-mahram man except for the private parts, as long as it is without lustful intent, and the advice to refrain from looking is also a morally acceptable advice and cannot be considered as a jurisprudential ruling.

Keywords: Non-lustful gaze, ruling on gaze, non-mahram man, intent to commit Riba(adultery).

-
1. Higher Level Lecturer at Qom Seminary, Qom, Iran. hasandel1399@gmail.com.
 2. Senior Lecturer at Khorasan Seminary, Mashhad, Razavi Khorasan, Iran.
k.ebrahimzadeh68@gmail.com
 3. PhD Student in Quran and Hadith Sciences, Razavi University, Mashhad, Razavi Khorasan, Iran.
sydmhmdhsynhdk@gmail.com

بازتحلیل حکم نگاه غیرشهوانی زن به مرد نامحرم از منظر فقه امامیه

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۶/۲۲، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۱/۲۲

حسن دلاوری^۱

کاظم ابراهیم زاده بخت آباد^۲

سیدمحمد حسینی هدک*^۳

Doi: 10.30497/flj.2025.247002.2082

چکیده

مسئله نگاه به نامحرم از مسائل مهم دینی در عرصه اجتماعی است که علم به حکم شرعی آن برای افراد متدین بسیار مهم است. نگاه زن به مرد نامحرم بدون قصد شهوانی هم مانند نگاه مرد به زن نامحرم مسئله‌ای است که نیازمند تحلیل فقهی و کشف حکم شرعی است. این مسئله در میان قدامای امامیه مطرح نبوده، و از زمان محقق حلی طرح شده، و در زمان معاصران نیز به‌طور مفصل‌تر بحث شده است. این تحقیق با تحلیل استدلال‌ها و دیدگاه‌های مختلف به این نتیجه رسیده است که استدلال‌ها به آیه ۳۱ نور، روایات، اجماع و سیره متشرعه در این مسئله حاوی اشکالات متعددی است. دیدگاه صحیح این است که نگاه زن به مرد نامحرم به‌جز عورتین چنانچه بدون قصد شهوانی باشد، ایرادی ندارد و توصیه به ترک نگاه نیز به‌عنوان توصیه‌ای اخلاقی پسندیده است و به‌عنوان حکم فقهی نمی‌تواند قلمداد شود.

کلیدواژه‌ها: حکم نگاه، قصد ریه، مرد نامحرم، نگاه غیرشهوانی.

hasandel1399@gmail.com

۱. مدرس سطح عالی حوزه علمیه قم، قم، ایران.

k.ebrahimzadeh68@gmail.com

۲. مدرس سطح عالی حوزه علمیه خراسان، مشهد، خراسان رضوی، ایران.

۳. (نویسنده مسئول) دانشجوی دکتری علوم قرآن و حدیث دانشگاه رضوی، مشهد، خراسان رضوی، ایران.

sydmhmdhsynhdk@gmail.com

مقدمه

در فقه یکی از مسائل باب نکاح، مبحث نگاه به نامحرم و احکام آن است. محل ابتلای شدید این مسئله در تعاملات اجتماعی، آن را به مسئله‌ای بسیار مهم تبدیل کرده است. برای مکلفان متدینی که دستورهای دینی نزدشان اهمیت دارد و مقید به رعایت حدود شرعی هستند علم به تکلیف شرعی بسیار مهم است. یکی از مسائل مبحث نگاه به نامحرم، نگاه زن به مرد نامحرم است. این نگاه نیز گاهی با قصد شهوانی و ریه همراه است و گاهی عاری از این موارد است. محل بحث این پژوهش نگاهی است که عاری از قصد شهوانی و ریه باشد. درباره این مسئله، در کتب فقیهان امامیه از زمان محقق حلی و علامه حلی تا زمان فقیهان معاصر مانند محقق خوئی، آیت‌الله شبیری زنجانی و آیت‌الله سبحانی بحث شده است؛ لکن این بحث در میان قدمای امامیه دیده نمی‌شود. در این زمینه، در میان مراجع معاصر نیز تفاوت دیدگاه وجود دارد؛ به طور نمونه، آیت‌الله صافی گلپایگانی بنابر احتیاط واجب معتقد بود که زن نباید به مرد نگاه کند (۱۳۸۵، ج ۲، ص ۱۷۲). آیت‌الله طباطبائی حکیم نگاه زن به مرد را جایز می‌داند؛ اما بنابر احتیاط واجب نگاه مستمر را جایز نمی‌داند (۱۴۳۴ ق، ص ۶۰۸). آیت‌الله صانعی قائل به جواز نگاه زن به مرد شده است و فقط عورتین را استثنا کرده است (۱۳۸۹، ج ۲، ص ۲۴۳). آیت‌الله مکارم شیرازی در این باره این گونه بیان کرده است: دخترها و بانوان می‌توانند بدون قصد لذت به سر و صورت و گردن مرد نامحرم به مقداری که به طور متعارف نمی‌پوشانند، نگاه کنند (۱۳۹۰، ج ۱، ص ۱۵۴). آیت‌الله میرزا جواد تبریزی بیان کرده است که نگاه کردن به آن قسمت از بدن مرد که باز گذاشتن آن متعارف است، بدون قصد التذاذ جایز است (۱۳۸۵، ج ۲، ص ۳۵۳). آیت‌الله حسینی سیستانی همین نظریه را بنابر احتیاط واجب قائل شده است (۱۳۹۳، ص ۴۶۴). امام خمینی (۱۳۹۲، ج ۸، ص ۴۸۴)، آیت‌الله سید محمد رضا گلپایگانی (۱۳۷۴، ج ۱، ص ۷۰) و آیت‌الله فاضل موحدی لنکرانی (۱۴۲۶ ق، ص ۴۳۶) نظر زن را به مرد، به صورت مطلق به استثنای صورت و دست‌ها تا میچ حرام می‌داند. مقام معظم رهبری هم درباره نگاه زنان به مسابقات کشتی آقایان بیان داشته است که دیدن کشتی مردان برای زنان، اگر با حضور در میدان کشتی یا پخش مستقیم و زنده باشد یا به قصد لذت یا همراه خوف وقوع در گناه و فساد باشد، حرام است و در غیر این صورت

ایراد ندارد. اگر زنی فرد کشتی گیر را بشناسد، حتی اگر پخش مستقیم نباشد نیز نمی تواند نگاه کند؛ اگرچه لذت جنسی یا خوف گناهی در کار نباشد (<https://farsi.khamenei.ir/treatise-index>). این نوشتار در نظر دارد با روش تحلیلی توصیفی و بررسی منابع کتابخانه ای آثار فقیهان قدیم و معاصر را تحلیل کند و حکم مسئله را به صورت اجتهادی استنباط کند. در این نوشتار به استدلال های آیت الله شبیری زنجانی و آیت الله سبحانی، که این مباحث را در دروس خارج فقه خویش مطرح ساخته اند، اشکالاتی مطرح، و نقدهایی وارد می شود.

دیدگاه هایی که درباره حکم این مسئله در میان فقیهان مطرح است، عبارت است از:

۱. حرمت مطلق نگاه زن به مرد نامحرم،

۲. حرمت به استثنای وجه و کفین،

۳. حرمت و استثنای وجه و کفین صرفاً در نگاه اول،

۴. عدم حرمت نگاه به جز عورتین،

۵. حرمت نگاه به استثنای مواضع متعارف.

در هر کدام از این دیدگاه ها، استدلال های متعدد بیان شده است که نیازمند نقد و بررسی است؛ از جمله استدلال های دیدگاه اول، آیه ۳۱ نور است که البته اشکالات زیادی در استدلال به آن وجود دارد.

در این پژوهش ابتدا دیدگاه های مختلف و سپس استدلال هر کدام آمده، و پس از آن به نقد و بررسی هر یک پرداخته شده، و در پایان پس از تحلیل دیدگاه ها، نظریه نگارندگان بیان شده است. این نگاشته تنها بازخوانی یک مسئله فقهی نیست، بلکه در تلاش است تا پاسخی نو و مبتنی بر استدلالات مستحکم و متقن دهد. هدف از این نوشتار، تأثیرگذاری بر آراء فقیهان معاصر است؛ آرای فقیهانی که غالباً بر مبنای احتیاط یا حرمت فتوا داده اند.

دیدگاه فقها

دیدگاه نخست: حرمت مطلق

یکی از نظریاتی که به مشهور هم نسبت داده شده است (مجلسی، ۱۴۰۴ ق، ج ۲۰، ص ۳۷۲)، دیدگاهی است که به طور کلی بدون هیچ استثنائی نگاه زن به مرد نامحرم را حرام و غیر مجاز

اعلام می‌کند (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ ق، ج ۳، ص ۸؛ یزدی، ۱۴۱۹ ق، ج ۵، ص ۴۹۴؛ محقق داماد، ۱۴۱۶ ق، ج ۲، ص ۵۳). علامه حلی حتی نگاه زن به مرد نابینا را نیز غیرمجاز اعلام کرده است (۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۵). برای این دیدگاه به آیه و روایاتی استدلال شده است.

الف - آیه

الف. آیه «وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ»؛ یعنی: و به زنان با ایمان بگو چشم از نگاه به مردان اجنبی فرو بندند و فرج‌های خویش را حفظ کنند (نور/۳۱). فقیهان برای اثبات نظریه حرمت مطلق نگاه به این آیه استدلال کرده‌اند (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ ق، ج ۳، ص ۲۵؛ سبزواری، ۱۴۱۳ ق، ج ۲۴، ص ۳۹؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶ ق، ج ۱، ص ۶۰). شهید ثانی عمومیت آیه را دلیل بر این می‌داند که نباید بین نامحرم بینا و نابینا تفاوت گذاشت (۱۴۱۳ ق، ج ۷، ص ۵۷)؛ البته برخی نیز بیان کرده‌اند که آیه شریفه تبیین نکرده است که نگاه به کدام موضع از بدن مردان حرام است و در این زمینه اجمال وجود دارد؛ اما با وجود این ممکن است بر حرمت مطلق نگاه به بدن مردان دلالت داشته باشد (فاضل جواد، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۶۸).

با مراجعه به ادله مختلف، ملاحظه می‌شود که مراد از غضّ، ترک نگاه به طرف مقابل است. از جمله شواهدی که می‌توان برای اثبات این ادعا بدان استشهاد کرد، این موارد است:

۱. «من دخل الحمام فغضّ طرفه عن النظر...» (ابن بابویه، ۱۴۰۶ ق، ص ۱۹). واضح است که معنای «غضّ طرفه» به صورت نیم‌نگاه کردن نیست، بلکه مقصود این است که به طور کلی نگاه نکند.
۲. «... ولیغض بصره عند الجماع...» (ابن بابویه، ۱۴۱۳ ق، ج ۳، ص ۵۵۲). روایت دستور می‌دهد که اصلاً نگاه نکند که نگاه سبب کوری فرزند می‌شود نه اینکه نقصان نگاه داشته باشد.
۳. مطابق روایتی مشهور، هنگام عبور حضرت فاطمه زهرا (س) در صحرای محشر دستور می‌رسد که: «غضّوا أبصارکم حتی تجوز فاطمه» (کوفی، ۱۴۱۰ ق، ص ۴۴۵). در صحرای محشر هم مردمان نگاه‌ها را به زیر می‌افکنند و به طور کامل امکان نگاه به حضرت را ندارند و به این صورت نیست که نگاه کوتاه می‌کنند (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ ق، ج ۱، ص ۳۶۷). آیت‌الله سبحانی تبریزی هم معتقد است که غضّ به معنای نقصان مقصود است؛ اما در اینجا کنایه از

ترک نظر است (۱۴۱۶ ق، ج ۱، ص ۱۶۰).

اشکال‌ها

بر این دیدگاه اشکالاتی وارد است که به آن اشاره می‌شود:

اشکال اول

«غَضَّ بَصَرٍ» به معنای ترک نظر نیست، بلکه مقصود از آن، این است که یک شیء را مغفول عنه محسوب کنیم و از آن صرف نظر کنیم و در آن طمع نداشته باشیم. از جمله مؤیداتی که می‌تواند تفسیر فوق را تأیید کند مخاطبان آیه است که همگی زنان مؤمنه هستند؛ چراکه کلمه «مؤمنات» جمع مُحَلِّی به «ال» و مفید عموم است و عمومیت آیه شامل زنان بینا و نابینا می‌شود؛ در حالی که واضح است تکلیف به ترک نظر شامل زنان نابینا نمی‌شود؛ پس باید «غَضَّ بَصَرٍ» به انصراف از مردان و عدم طمع در آنان تفسیر شود (خوئی، ۱۴۱۸ ق، ج ۳۲، ص ۳۹).

اشکال دوم

معنای «يَغْضُوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ» این است که خیره نگاه نکنند و نگاه را کاهش دهند. آنچه مدنظر آیه است خودداری از نگاه استقلال (به تعبیر دانشمندان اصولی) است. نگاه باید مقدمهٔ تخاطب و به صورت آلی و در جهت دقت کردن به خود شخص باشد. شواهدی هم برای این تفسیر وجود دارد که می‌توان به این موارد اشاره کرد:

۱. امیرالمؤمنین (ع) به محمد بن حنفیه در زمان برپایی جنگ سفارش فرمود: «إِزِمْ بِبَصَرِكَ أَقْصَى الْقَوْمِ وَغَضَّ بَصَرَكَ» (شریف الرضی، ۱۴۱۴ ق، ص ۱۱)؛ یعنی تا آخرین نقطه حضور دشمن را نظر بینداز و چشم‌ها را بخوابان. روشن است که مقصود این نیست که چشم‌ها را ببند یا اصلاً نگاه نکن؛ بلکه مقصود این است که به یک مکان معین خصوصاً به تجهیزات و امکانات دشمن خیره نشو.
۲. حضرت امیرالمؤمنین (ع) در سفارش عمومی به مجاهدان فرمود: «وَعُضُّوا الْأَبْصَارَ فَإِنَّهُ أَرْبَطُ لِلْجَاشِ وَأَسْكَنُ لِلْقُلُوبِ وَأَمِيتُوا الْأَصْوَاتَ فَإِنَّهُ أَطْرَدُ لِلْفُشْلِ» (نصر بن مزاحم، ۱۴۰۴ ق، ص ۲۳۵)؛ یعنی نگاه‌ها را به تجهیزات دشمن کم کنید که این گونه دل‌ها محکم‌تر و آرام‌تر است. بانگ‌ها را کوتاه کنید که این گونه به صورت بهتری سستی را طرد می‌کند. از این روایات دانسته می‌شود

که معنای «غضّ بصر» کاهش دادن نگاه است، تماشا نکردن و خیره نشدن و به اصطلاح نظر استقلالی نیفکندن است (مطهری، ۱۳۸۴، ج ۱۹، ص ۴۷۶).

اشکال سوم

شأن نزول آیه دلالت دارد که ترک نظر معنای صحیح کلمه «غضّ» نیست و در صورت قبول این روایت به عنوان شأن نزول، دیگر نمی توان این آیه را در مقام بیان امر به ترک نظر دانست. امام باقر ۸ فرمود: جوانی از انصار درون کوچه های مدینه به زنی^۱ برخورد. جوان به آن زن که از روبه روی وی می آمد، خیره شد. وقتی زن از او گذشت آن جوان بازگشت و درحالی که به پشت سرش نگاه می کرد، وارد کوچه ای شد و صورت وی به استخوان یا شیشه ای که درون دیوار بود، اصابت کرد و شکاف برداشت. هنگامی که زن از او دور شد، جوان ملاحظه کرد که خون به سینه و لباسش می ریزد. با خود گفت: به خدا قسم، به نزد رسول خدا ۲ می روم و واقعه را به عرض ایشان می رسانم. چون رسول خدا ۲ او را رؤیت کرد، فرمود: این چه اوضاعی است؟ جوان موضوع را به اطلاع پیامبر رسانید. در این هنگام جبرئیل (ع) این آیه را فرود آورد: «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغْضَوْنَ...» (کلینی، ۱۴۰۷، ق، ج ۵، ص ۵۲۱). مجلسی این روایت را مجهول توصیف می کند (۱۴۰۴، ق، ج ۲۰، ص ۳۴۳)؛ اما روایت ظاهراً از لحاظ سندی مشکلی ندارد؛ زیرا روایات آن مطابق منابع رجالی موثق هستند.^۲

اشکال چهارم

بر فرض که غضّ به معنای ترک نظر باشد، در اینجا متعلق این ترک نظر تمام بدن نیست و صرفاً ترک نظر به عورت است؛ زیرا در ادامه آیه به «يَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ» اشاره دارد (حکیم، ۱۴۱۶، ق، ج ۱۴، ص ۲۵). روایت ابو عمرو زبیری^۳ (کلینی، ۱۴۰۷، ق، ج ۲، ص ۳۵) هم می تواند مؤید

۱. در آن ایام زن ها مقنعه خود را پشت گوش هایشان می بستند.

۲. محمد بن یحیی توثیق از ناحیه جناب نجاشی (۱۳۵۶، ص ۳۵۳)، احمد بن محمد بن عیسی اشعری قمی توثیق از ناحیه نجاشی (۱۳۵۶، ص ۸۳)، علی بن حکم توثیق از ناحیه شیخ طوسی (۱۴۲۰، ق، ص ۲۶۳)، سیف بن عمیره توثیق از ناحیه نجاشی (۱۳۵۶، ص ۱۸۹) و سعد اسکاف که همان سعید بن طریف است، توثیق از ناحیه شیخ طوسی (۱۴۲۷، ق، ص ۱۱۵) دارد.

۳. عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ بَكْرِ بْنِ صَالِحٍ عَنْ الْقَاسِمِ بْنِ بُرَيْدٍ قَالَ حَدَّثَنَا أَبُو عَمْرٍو الزُّبَيْرِيُّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ... وَفَرَضَ عَلَى الْبَصَرِ أَنْ لَا يَنْظُرَ إِلَى مَا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْ يُعْرِضَ عَمَّا نَهَى اللَّهُ عَنْهُ مِمَّا لَا يَجِلُّ لَهُ وَهُوَ عَمَلُهُ وَهُوَ مِنَ الْإِيمَانِ فَقَالَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغْضَوْنَ مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ»، فَتَنَاهُمْ أَنْ يَنْظُرُوا إِلَى عَوْرَاتِهِمْ وَأَنْ يَنْظُرَ الْمَرْءُ إِلَى فَرْجِ أَخِيهِ وَيَحْفَظَ فَرْجَهُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ.

این تفسیر قرار گیرد.

اشکال پنجم

کتاب لغت مانند تاج اللغة (جوهری، ۱۴۰۴ ق، ج ۳، ص ۱۰۹۵)، المصباح المنیر (فیومی، ۱۴۱۴ ق، ج ۲، ص ۴۴۹) و تاج العروس (مرتضی زبیدی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۰، ص ۱۱۰) غرض بصر را به معنای خفض در برابر رفع می‌دانند که به معنای پایین آوردن وسعت دید است. مؤلف کتاب المحيط فی اللغة (صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ ق، ج ۴، ص ۴۹۶) در ترجمه کلمه غرض از دنو، به معنای نزدیک شدن پلک‌ها به هم ولی به هم نرسیدن آن‌ها، استفاده کرده است. برخی از لغت‌نامه‌ها مانند المغرب (مطرزی، ۱۳۹۹ ق، ج ۲، ص ۱۰۵)، المفردات (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ ق، ص ۶۰۷)، معجم مقاییس اللغة (ابن فارس، ۱۴۰۴ ق، ج ۴، ص ۳۸۳) و مجمع البحرین (طریحی، ۱۴۱۶ ق، ج ۴، ص ۲۱۸)، در ترجمه این لغت کلمه «نقصان» را به کار برده‌اند. با مراجعه به کتب لغت‌شناسان معنایی غیر از ترک نظر از کلمه غرض بصر فهمیده می‌شود و نقصان را به معنای این واژه نزدیک می‌کند.

تحلیل و بررسی

درباره اشکال اول باید گفت که با پذیرفتن روایت شأن نزول، دیگر نمی‌توان مقصود آیه را به ترک طمع تفسیر کرد؛ همان‌طور که خوئی (۱۴۱۸ ق، ج ۳۲، ص ۳۹) هم بیان کرده است، این شأن نزول ما را به این امر رهنمون می‌کند که مقصود آیه ترک نظر از روی تلذذ و مقصود شهوانی است. برداشت عمومیت و فراگیری درباره زنان بی‌نا و نابینا نیز نمی‌تواند صحیح باشد؛ زیرا آیه مربوط به غرض بصر و نگاه است و درباره نابینا نمی‌تواند خطابی داشته باشد. در زمینه اشکال چهارم هم باید گفت که نمی‌توان عمومیت آیه را منصرف به ترک نگاه از عورت دانست؛ زیرا آیه عام سخن گفته است و روایت مؤید نیز از لحاظ سندی مشکل دارد و نمی‌توان بدان استناد کرد. نمی‌توان به اشکالات دیگر پاسخ داد و این دیدگاه را دچار مشکل می‌کند.

ب. روایات

ب - ۱. روایت نخست

«عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ قَالَتْ كُنْتُ عِنْدَ النَّبِيِّ (ص) وَعِنْدَهُ مَيْمُونَةُ فَأَقْبَلَ ابْنُ أُمِّ مَكْتُومٍ وَذَلِكَ بَعْدَ أَنْ أُمِرَ بِالْحِجَابِ فَقَالَ احْتَجِبَا فَقُلْنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ أَلَيْسَ أَعْمَى لَا يُبْصِرُنَا فَقَالَ أَفَعَمِيَا وَإِنْ أَنْتُمَا أَلَسْتُمَا تُبْصِرَانِهِ»؛ یعنی ام سلمه نقل می‌کند که من و میمونه نزد پیامبر اکرم (ص) بودیم که عبدالله بن مکتوم وارد شد. پیامبر اکرم به ما امر به حجاب فرمود. ما گفتیم: رسول خدا، مگر او نابینا نیست؟! ایشان فرمود: آیا شما دو نفر نیز نابینا هستید و او را نمی‌بینید؟! (حر عاملی، ۱۴۰۹ ق، ج ۲۰، ص ۲۳۲؛ طبرسی، حسن، ۱۳۷۰، ص ۲۳۳). مطابق این روایت باید گفت با توجه به اینکه از نظر به بدن مرد نابینا نهی شده است، نگاه به مرد بینا به طریق اولویت غیرمجاز است. برخی این روایت را مشهور قلمداد کرده‌اند (مقدس اردبیلی، بی‌تا، ص ۵۴۳) و همین شهرت، ضعف سند روایت را به جهت ارسال جبران می‌کند (نراقی، ۱۴۱۵ ق، ج ۱۶، ص ۳۳). برخی از این روایت در مقام استدلال، تعبیر به مؤید کرده‌اند (حکیم، ۱۴۱۶ ق، ج ۱۴، ص ۲۵). آیت‌الله شبیری زنجانی استناد صاحب تفسیر جوامع الجامع را بر حرمت این روایت می‌داند (۱۴۰۲ ق، ج ۲، ص ۵۴)؛ اما آنچه از تفسیر جوامع الجامع (طبرسی، فضل، ۱۴۱۲ ق، ج ۳، ص ۱۰۳) ظاهر می‌شود این است که ایشان به آیه و مفهوم غض استناد می‌کند و روایت را در مقام مؤید بیان کرده است.

اشکال‌های روایت نخست

درباره استدلال به این روایت اشکالاتی مطرح شده است که در ذیل می‌آید.

اشکال اول

روایت مرسل است و ضعف سندی دارد. آنچه جبران‌کننده ضعف سندی دانسته‌اند، نمی‌تواند مؤثر باشد؛ زیرا اولاً از جهت مبنایی شهرت ضعف سند را جبران نمی‌کند (خوئی، ۱۴۲۲ ق، ج ۱، ص ۱۴۳)؛ ثانیاً از جهت بنایی در اینجا آن شهرت مطلوب که شهرت قدما باشد، موجود نیست؛ زیرا غالب قدما در این مسئله اظهار نظری ندارند.

اشکال دوم

این روایت بیانگر فعل پیامبر (ص) است و فعل، ابهام خودش را دارد؛ زیرا فعل اعم از وجوب

و استحباب است و حداکثر چیزی که ثابت می‌کند رجحان و استحباب است (خوئی، ۱۴۱۸ ق، ج ۳۲، ص ۴۰؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶ ق، ج ۱، ص ۶۱).

اشکال سوم

دلالت این روایت ایراد دارد؛ زیرا حکم مطرح شده در آن، به آیه «فَأَسْأَلُوهُنَّ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ» (احزاب، ۵۳) برمی‌گردد. در این آیه هم حکم الزامی قطعی ملاحظه نشده است؛ زیرا آیه شریفه حتی به پوشش کامل هم راضی نیست و بیان می‌کند که باید از پشت پرده گفت‌وگو صورت بگیرد؛ بنابراین حکم مطرح شده در آیه مخصوص زنان پیامبر است و حکم شرعی دیگران از آن فهمیده نمی‌شود.

احتمالاً دربارهٔ مرد نابینا، بیش از وجه و کفین او آشکار بوده است؛ چراکه در صدر اسلام اشخاصی بودند که یک لنگ یا شلوار داشتند و برهنه بودند و شاید ابن ام مکتوم نیز چنین حالتی داشته است. ازجمله شواهد این مسئله داستان سواده بن قیاس است. داستان وی به روزهای آخر عمر رسول خدا برمی‌گردد که پیامبر اکرم (ص) از مردم خواست چنانچه کسی حقی بر عهده ایشان دارد، آن را بازستاند. سواده از جای خویش برخاست و با بیان اینکه شلاق پیامبر اشتباهاً به جای اصابت کردن به شتر، بر بدن او که برهنه بوده، فرود آمده است، تقاضای قصاص آن ضربه را کرد. این مطلب نشانه این است که بعضی در آن زمان پیراهنی نداشتند و ظاهراً شواهد تاریخی بیشتری هم می‌توان یافت که در صدر اسلام که وضع معیشت مردم سخت بود، وضعیت اعراب این گونه بوده است. در باب صلات در قسمتی که دربارهٔ لباس نمازگزار سخن گفته شده، دربارهٔ حکم نماز افراد برهنه هم روایاتی آمده است که امروزه برای ما نامفهوم است و از خود می‌پرسیم: مگر می‌شود افرادی برهنه باشند؟! این‌ها بیانگر این است که مسئله لباس در گذشته به این سادگی که امروزه بیان می‌شود، نبوده است. به هر صورت که باشد، احتمالاً ابن ام مکتوم، در شرایطی قرار داشته، که بیش از وجه و کفین وی مشاهده می‌شده، و به همین دلیل نهی موجود به صورت تحریمی بوده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ج ۱، ص ۴۰).

ب - ۲. روایت دوم

«عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ وَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ قَالَا خَطَبَنَا رَسُولُ اللَّهِ (ص) قَبْلَ وَفَاتِهِ...

وَاشْتَدَّ غَضَبُ اللَّهِ عَلَى امْرَأَةٍ ذَاتِ بَعْلٍ مَلَأَتْ عَيْنَهَا مِنْ غَيْرِ زَوْجِهَا أَوْ ذِي مَحْرَمٍ مِنْهَا فَإِنَّهَا إِنْ فَعَلَتْ ذَلِكَ أَحْبَطَ اللَّهُ كُلَّ عَمَلٍ عَمِلَتْهُ» (ابن بابویه، ۱۴۰۶ ق، ص ۲۸۷)؛ یعنی پیامبر اکرم (ص) در خطبه‌ای قبل از وفاتشان فرمود: غضب خدای متعال بر زنی که دارای همسر است و نگاهش را پر از نظر به نامحرم کرده است، بسیار شدید است. دلالت روایت بر حرمت نظر به این کیفیت است که اگر فعلی مباح باشد موجب غضب و خشم الهی نمی‌شود؛ پس، از این امر که نظر به نامحرم موجب خشم شدید الهی می‌شود، معلوم می‌شود که این فعل، حرام است. در این روایت تعبیر «ملأت عینها» به کار رفته است. ظهور این تعبیر در نگاه عمدی است. بعید است اینجا مقصود نگاه شهوانی باشد؛ زیرا نگاه از روی شهوت و تلذذ حتی به محرم هم جایز نیست؛ ضمن اینکه در روایت تعبیر «غیر ذی محرم منها» به کار رفته است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ج ۱، ص ۴۰).

اشکال‌های روایت دوم

اشکال اول

روایت از جهت سند مشکل دارد؛ زیرا در سند آن، راویان مجهول وجود دارد (خوئی، ۱۴۱۸ ق، ج ۳۲، ص ۳۹) برخی از آن‌ها عبارت‌اند از: ابوالحسن خراسانی، میسرۀ بن عبدالله، ابو عایشه سعدی و یزید بن عمر بن عبدالعزیز.

اشکال دوم

این روایت در برابر مدعا و مسئله مورد بحث اخص است؛ زیرا قید ذات بعل دارد و درباره بقیه زنان سخنی ندارد (خوئی، ۱۴۱۸ ق، ج ۳۲، ص ۳۹). البته شاید بتوان از قید ذات بعل الغاء خصوصیت کرد؛ زیرا ذات بعل ویژگی خاصی در این روایت ندارد.

اشکال سوم

این روایت قابلیت اثبات مدعا را ندارد؛ زیرا در آن تعبیر «ملئت عینها» دارد و این تعبیر از قصد شهوانی و تلذذ جدایی‌ناپذیر است؛ درحالی‌که این تحقیق درباره نگاه بدون قصد شهوانی زنان به مردان نامحرم سخن می‌گوید (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶ ق، ج ۱، ص ۶۰).

اشکال چهارم

تعبیر «ملئت عینها» مجازی است و وجوه فراوانی در این تعبیر مجازی احتمال دارد و نمی توان معنای معینی را از آن برداشت کرد (نراقی، ۱۴۱۵ ق، ج ۱۶، ص ۳۳).

استدلال سوم: اجماع

سبزواری ادعای اجماع کرده است که نگاه زن به مرد بیگانه حرمت مطلق دارد (۱۴۱۳ ق، ج ۲۴، ص ۳۹). بحرانی در این مسئله ادعای نفی خلاف کرده است (۱۴۰۵ ق، ج ۲۳، ص ۶۵).

اشکال بر استدلال سوم

ادعای اجماع با وجود اینکه قدما به این مسئله نپرداخته اند، محل اشکال است. آثاری همچون *المقنع و الهدایه* شیخ صدوق، *المقنعه* شیخ مفید، *الانتصار والناصریات* سید مرتضی، *المراسم العلویة* سلار دیلمی، *الغنیة* سید ابن زهره، *النهاية والمبسوط* شیخ طوسی و *جواهر الفقه ومهذب قاضی ابن براج* به این مسئله نپرداخته اند. البته این موضوع می تواند به دلیل وضوح مسئله باشد؛ ولی ادعای اجماع را دچار خدشه می سازد (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶ ق، ج ۱، ص ۶۰). با توجه به وجود اشکالات متعدد در استدلال های این نظریه، نمی توان آن را نظری صحیح تلقی کرد.

دیدگاه دوم: حرمت نظر به استثنای صورت و کفین

برخی بین نگاه مرد به زن نامحرم و بالعکس تساوی در حکم قائل شده اند و در حرمت نگاه زن به مرد نامحرم هم صورت و کفین را استثنا کرده اند (علامه حلی، ۱۳۸۸ ق، ص ۵۷۳؛ طباطبائی کربلایی، ۱۴۱۸ ق، ج ۱۱، ص ۵۳؛ نراقی، ۱۴۱۵ ق، ج ۱۶، ص ۳۳).

برای این نظریه استدلال هایی مطرح شده است:

استدلال اول: در آیه «وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ» (نور، ۳۱) «من» تبعیضیه است و دلالت دارد که زنان باید برخی از مبصرات که همان وجه و کفین است را ترک کنند.

اشکالات استدلال اول:

به این استدلال اشکالاتی وارد شده است:

اشکال اول

ذیل دیدگاه سابق بیان شد که غضّ بصر به معنای نقصان نظر است و ترک نظر را نمی گوید.

اشکال دوم

معنای تبعیض برای «من» قابل اثبات نیست و محل خدشه است (شیری زنجانی، ۱۴۱۹ ق، ج ۱، ص ۳۷۹).

اشکال سوم

بر فرض که تبعیض بودن «من» را بپذیریم این سؤال مطرح می‌شود که تبعیض ناظر به چه چیزی است؟ ممکن است این تبعیض ناظر به برخی افراد مانند نگاه به محارم آن زن باشد (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶ ق، ج ۱، ص ۶۰).

استدلال دوم

برخی از فقیهان طرفدار این دیدگاه ادعای این را دارند که مسئله مورد بحث در زمینه جواز نگاه به وجه و کفین مورد اجماع فقیهان امامیه است (طباطبائی کربلائی، ۱۴۱۸ ق، ج ۱۱، ص ۵۳).

اشکال استدلال دوم

اثبات این چنین اجماعی محل تأمل و نظر است. علامه حلی جواز نظر به بدن مرد را به برخی علماء نسبت داده است (علامه حلی، ۱۳۸۸ ق، ص ۵۷۳) مرحوم محدث مجلسی نیز که دیدگاه حرمت مطلق نظر را به مشهور نسبت داده است، استثنای وجه و کفین را خالی از بُعد می‌داند (مجلسی، ۱۴۰۴ ق، ج ۲۰، ص ۳۷۲).

استدلال سوم

چنانچه قائل به حرمت مطلق نگاه زن به مرد نامحرم شویم، عسرو حرج شدیدی پیش می‌آید؛ زیرا لازمه زندگی اجتماعی و ارتباطات، نگاه کردن به یکدیگر را اجتناب‌ناپذیر کرده است؛ ضمن اینکه بانوان از حضور در اجتماع نهی نشده‌اند (مشکینی اردبیلی، ۱۴۳۲ ق، ج ۳، ص ۱۵۹).

اشکال بر استدلال سوم

چنانچه ملاک و ضابطه عسرو حرج باشد، باید فقیهان بین صورتی که ترک کلی نظر باعث حرج می‌شد و غیر آن صورت، تفصیل قائل می‌شدند؛ در حالی که چنین تفصیلی در کلام فقیهان دیده نمی‌شود و این خود دلیلی بر این موضوع است که حرج را ضابطه نمی‌دانند (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶ ق، ج ۱، ص ۶۱).

استدلال چهارم

روایت جابر که صورت حضرت زهرا (س) را گزارش می‌کند. جابر می‌گوید رسول خدا (ص) از منزل خارج شد و به طرف منزل فاطمه (س) حرکت کرد و من هم در خدمت ایشان بودم. هنگامی که به درب منزل ایشان رسید، دست خود را روی در گذاشت و آن را تکان داد و فرمود: السلام علیکم. حضرت زهرا (س) پاسخ داد علیک السلام یا رسول الله. ایشان فرمود: آیا وارد شوم؟ پاسخ داد: بله. ایشان فرمود: من و همراهم؟ وی پاسخ داد: بر سرم مقنعه‌ای نیست. ایشان فرمود: پارچه‌ای که در دست داری مقنعه کن. جابر می‌گوید وقتی وارد شدیم چهره فاطمه (س) را دیدم که زرد شده است. رسول خدا فرمود: چرا چهره‌ات زرد شده است؟ وی پاسخ داد: از گرسنگی. پیامبر دعا کردند. جابر می‌گوید: به خداوند سوگند که در این هنگام مشاهده کردم که خون از بالای پیشانی وی در تمام زیر پوست صورت وی جریان یافت و رنگ صورت ایشان به سرخی گرایید (کلینی، ۱۴۰۷ ق، ج ۵، ص ۵۲۹).

استدلال به این روایت بدین کیفیت است که جابر در حضور پیامبر به صورت حضرت زهرا نگاه می‌کند و این نگاه هم استمرار دارد تا اینکه دعای پیامبر مستجاب می‌شود و رنگ چهره آن حضرت تغییر می‌کند. در اینجا اگر قائل به حرمت نگاه زن به صورت نامحرم شویم نباید حضرت زهرا در برابر جابر قرار می‌گرفت که به صورت طبیعی به چهره وی نظاره داشت.

اشکالات استدلال چهارم

درباره استدلال به این روایت می‌توان ایرادهایی مطرح ساخت.

اشکال اول

این روایت ضعف سندی دارد: اولاً، در سلسله سند این روایت راویانی وجود دارند که باعث از بین رفتن اعتبار سند می‌شوند. یکی از آنها عبیدالله بن معاویه بن شریح است که در منابع رجالی اطلاعاتی درباره وی وجود ندارد و احراز وثاقت وی ناممکن است. دیگر عمرو بن شمر است که نجاشی حکم به تضعیف وی داده است (۱۳۶۵، ص ۲۸۷).

اشکال دوم

بر فرض که نگاه مرد به صورت زن نامحرم جایز باشد، نگاه کردن زن به صورت مرد نامحرم

جایز نیست؛ زیرا آیه شریفه «وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ» (نور، ۳۱) این را نهی می‌کند و باوجود این نهی حضرت زهرا (س) در جایگاه شخص معصوم این عمل را مرتکب نمی‌شود و این هم در حالی است که رسول خدا نیز واسطه شده است (خواجوئی، ۱۴۱۱ ق، ج ۱، ص ۵۸).

اشکال سوم

این روایت با آن حدیثی که حضرت زهرا به پیامبر فرمود: بهترین زنان کسی است که مردی او را نبیند، ناسازگار است؛ زیرا وی در حضور پیامبر در برابر جابر طوری قرار می‌گیرد که صورت وی را مشاهده می‌کند؛ از این رو این روایت یا باید توجیه شود یا اینکه کنار گذاشته شود (روحانی، ۱۴۱۲ ق، ج ۲۱، ص ۱۱۵).

اشکال چهارم

این روایت به‌طور کلی به مسئله مورد بحث ما ارتباطی ندارد؛ زیرا این روایت هیچ مطلبی ندارد که دلالت کند حضرت زهرا به صورت جابر نگاه فرمود. ضمن این احوال جسمی ایشان به طوری بود که اصلاً شاید توانایی نداشت چشم را به راحتی باز نگه دارند.

استدلال پنجم

سیره متشرعه بر این بوده است که مردان صورت و دست‌ها را نمی‌پوشاندند و این سیره از زمان پیامبر و اهل بیت (ع) وجود داشته است؛ از این رو در توصیف موی پیامبر بیان شده است که موی سرشان تا روی گوششان می‌رسیده است و ایشان حتی گردن و قسمتی از سینه خویش را نمی‌پوشاند و ظاهراً در انظار عمومی وضو می‌ساخت و عدم ستر اعضا دلالت دارد که نظر به این اعضا جایز است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ج ۱، ص ۴۰).

اشکال استدلال پنجم

نمی‌توان این بیان از سیره متشرعه را دلیلی مستقل بر جواز نظر دانست؛ بلکه باید سیره متشرعه را به ملازمه میان عدم وجوب ستر و جواز نگاه ضمیمه کرد. این ملازمه اگر عرفی تلقی شود، مقبول برخی از معاصران است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ج ۱، ص ۴۱)؛ ولی از سوی عده‌ای دیگر مورد مناقشه است (بروجردی، ۱۴۲۰ ق، ج ۱، ص ۲۶۳؛ روحانی، ۱۴۱۴ ق، ج ۲۱، ص ۱۱۲). با

توجه به این اشکال می‌توان تقریری دیگر برای سیره متشرعه بیان کرد. در خارج دیده می‌شود که مردان و زنان بیگانه با یکدیگر صحبت می‌کنند و زنان نیز به چهره و دست‌وپای مردان نگاه می‌کنند و این موضوع منکر متشرعه هم واقع نمی‌شود؛ باوجوداین نمی‌توان به اطلاق آیه ۳۱ نور ملتزم شد (طباطبائی قمی، ۱۴۲۳ ق، ج ۵، ص ۳۶۴). به سبب همین سیره موجود، روایاتی که حرمت نگاه زن به مرد بیگانه را مطرح می‌کند، یا حمل بر مواردی می‌شود که قصد شهوانی در میان باشد (شوشتی، ۱۴۰۶ ق، ج ۸، ص ۳۲۰) یا اینکه باید به این امر قائل شد که استحباب در ترک نظر به صورت مطلق است (مجلسی، ۱۴۰۴ ق، ج ۲۰، ص ۳۷۲). این دیدگاه اشکالات متعددی دارد. تنها دلیلی که می‌تواند مستند خوبی واقع شود همین سیره متشرعه با تقریر دوم است؛ اما به‌طور کلی سیره متشرعه قیودی دارد که از جمله آن‌ها متصل‌بودن به زمان معصوم است (نائینی، ۱۳۷۶ ق، ج ۳، ص ۱۹۲؛ صدر، ۱۴۱۷ ق، ج ۴، ص ۲۳۸). احراز اتصال سیره متشرعه به زمان معصوم کار دشواری است. در اینجا احراز این سیره امکان‌پذیر نیست؛ بنابراین برای این دیدگاه نمی‌توان سیره متشرعه را دلیلی پذیرفتنی دانست.

دیدگاه سوم: تفصیل در مسئله

برخی ضمن حرمت نظر به مرد نامحرم و استثنای وجه و کفین در حکم همین استثنا تفصیل داده‌اند؛ به‌این‌صورت که نظر اول به صورت و دست‌ها بدون ایراد است؛ لکن تکرار نگاه و تعدد آن ایراد دارد (محقق حلی، ۱۴۰۸ ق، ج ۲، ص ۲۱۳؛ شهید اول، ۱۴۱۰ ق، ص ۱۷۴). دلیل آن را صاحب جواهر این‌گونه مطرح می‌کند:

الف. وجود مقتضی که در هر دو هست و این اقتضا وجود دارد که نگاه زن به مرد

نامحرم مانند نگاه مرد به زن نامحرم باشد.

ب. آیه شریفه «وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ» (نور، ۳۱) نیز بر همین مطلب

دلالت دارد (۱۳۶۲، ج ۲۹، ص ۸۱).

اشکال دیدگاه سوم

چنانچه نگاه به وجه و کفین جایز نباشد، بین نگاه اول و مابعد آن تفاوتی نیست. با توجه به

اطلاق ادله قرآنی و روایی دلیلی وجود ندارد که مطابق برخی روایات مرسله که ظهور کافی ندارند، قائل به تفاوت شویم (صاحب جواهر، ۱۳۶۲، ج ۲۹، ص ۸۱). برخی از فقها نیز ادعای اجماع بر این موضوع دارند که بین زن و مرد در این گونه مسائل تفاوتی وجود ندارد (طباطبائی کربلائی، ۱۴۱۸ ق، ج ۱۱، ص ۵۳). این دیدگاه علاوه بر اشکالات دیدگاه اول و دوم در مسئله اثبات حرمت، با مشکل عدم اثبات دلیل برای تفاوت نگاه اول و نگاه‌های بعدی روبه‌روست. برای اثبات تفاوت در نگاه به مواضع استثنا باید دلیل موجه ارائه داد؛ ولی ظاهراً چنین دلیلی وجود ندارد.

دیدگاه چهارم: نظر کردن زن به مرد نامحرم به استثنای ناف تا زانو

برخی از فقیهان قائل‌اند که نظر کردن زن به مرد نامحرم به استثنای ناف تا زانو بلامانع و مجاز است (علامه حلی، ۱۳۸۸ ق، ص ۵۷۳)؛ البته این نظر باید خالی از قصد شهوانی و ریه باشد (خوئی، ۱۴۱۸ ق، ج ۳۲، ص ۴۰). برای این نظریه استدلالاتی بیان شده است:

الف. تمام بدن زن را به منزله عورت فرض کرده‌اند و جهت امر به پوشش آن در نماز نیز همین است و درباره مرد این گونه نیست.

ب. اگر نظر به بدن مرد نامحرم حرام بود، باید به مرد امر می‌شد که تمام بدنش را بپوشاند. حال که چنین امری وجود ندارد، پس حرمتی نیز نیست (علامه حلی، ۱۳۸۸ ق، ص ۵۷۳). در اینجا ظاهراً می‌خواهند ملازمه بین عدم وجوب ستر بدن مردان و جواز نظر بانوان برقرار کنند. در اینجا دو ملازمه می‌تواند برقرار شود:

ملازمه اول: بین واجب بودن پوشاندن هر موضع و حرمت نظر دیگران به آن محل ملازمه عرفیه برقرار است و عرف حکم می‌کند که اگر بر شخصی واجب باشد محلی را بپوشاند، نگاه دیگران بر آن محل حرام است.

ملازمه دوم: بین عدم وجوب ستر یک موضع و جواز نگاه دیگران به آن موضع نیز تلازم برقرار است؛ زیرا اگر نگاه به آن موضع جایز نبود، امر به وجوب پوشاندن آن می‌شد؛ بنابراین نگاه به هر عضوی از اعضای بدن مردان که پوشاندن آن واجب نیست، حکم جواز دارد.

برخی از فقیهان معاصر که ملازمه عقلیه را رد کرده‌اند؛ ولی ملازمه عرفیه را به‌طور قطع ثابت می‌دانند. شاهد ملازمه هم این است که فقها با توجه به آیه «إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا» (نور، ۳۱) به جواز نگاه به صورت و کفین حکم کرده‌اند؛ درحالی‌که این آیه درباره وضعیت حجاب بانوان است و ارتباطی به نگاه ندارد؛ بنابراین فقیهان بین این دو ملازمه برقرار کرده‌اند و از عدم وجوب پوشاندن، جواز نظر را نتیجه گرفته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ج ۱، ص ۴۱).

اشکال بر دیدگاه چهارم

جواز آشکار شدن برخی از مواضع و عدم وجوب ستر، مسئله‌ای اعم از جواز نگاه کردن است؛ زیرا ممکن است شارع مقدس وجوب ستر وجه را به دلیل عسرو حرج از بانوان برداشته باشد؛ ولی نگاه مردان را حرام اعلام کرده باشد، همان‌طور که درباره نگاه بانوان به بدن مردان همین مسئله ثابت است (روحانی، ۱۴۱۲ ق، ج ۲۱، ص ۱۱۲). خوئی نیز ملازمه بین وجوب ستر و حرمت نظر را می‌پذیرد؛ اما بیان می‌کند که بر ثبوت صورت عکس آن دلیلی وجود ندارد (۱۴۱۸ ق، ج ۳۲، ص ۳۹). بروجردی که خواسته است این ملازمه را با ثبوت نقض مخدوش سازد، بیان می‌کند که نظر به صورت بانوان حرام شرعی است و روایاتی که نگاه را تیری از تیرهای شیطان می‌داند، به‌طور یقینی نگاه به صورت بانوان را شامل می‌شود؛ زیرا صورت تهییج دارد؛ اما پوشاندنش بر بانوان واجب نیست (بروجردی، ۱۴۲۰ ق، ج ۱، ص ۲۶۳). البته کلام ایشان در حرمت نظر به صورت بانوان محل مناقشه و ایراد است (طباطبائی قمی، ۱۴۲۳ ق، ج ۵، ص ۳۶۴؛ مجلسی، ۱۴۰۴ ق، ج ۲۰، ص ۳۷۲). باین حال، برخی از طرفداران نظریه جواز، پس از رد استدلال‌های دیگر، به فتوا به احتیاط روی آورده است و نظریه حرمت را مطابق با احتیاط دانسته‌اند (خوئی، ۱۴۱۸ ق، ج ۳۲، ص ۴۰). وجه احتیاط در این نظریه را می‌توان در شهرت فقیهان پیشین جست‌وجو کرد؛ چراکه در میان آنان نظریه جواز به‌طور چشمگیری مشاهده نمی‌شود (شیرازی زنجانی، ۱۴۰۲ ق، ج ۲، ص ۵۷). به نظر می‌رسد در این زمینه هیچ‌گونه ملازمه‌ای وجود ندارد؛ چراکه هیچ‌گونه ملازمه عقلی‌ای که بتوان آن را نادیده نگرفت، به چشم نمی‌آید؛ از این رو، رد ملازمه مذکور کاملاً ممکن و منطقی به نظر می‌رسد. افزون‌براین، عسرو حرج می‌تواند دلیلی معتبر برای عدم وجوب ستر به شمار آید. این مسئله به‌طور خاص

متوجه مردان است، درحالی که می توان به زنان دستور داد که چشم خود را فرو بندند. احتیاطی که خوئی نیز آن را مطرح کرده، از دلیلی معتبر و استوار برخوردار نیست. وجهی که آیت الله شبیری زنجانی برای احتیاط بیان فرموده است نیز اشکالاتی دارد. خود ایشان تصریح کرده است که هیچ گونه شهرتی برای نظریه حرمت در میان فقیهان قدیم وجود ندارد و تنها فتوای ابوالصلاح حلبی در این زمینه بر حرمت دلالت دارد (شبیری زنجانی، ۱۴۰۲ ق، ج ۲، ص ۵۳)؛ بنابراین، شهرت فتوایی که به آن استناد شده است، شهرت فتوایی متأخران است که اعتبار و حجیتی برای آن نمی توان قائل شد (بروجردی، ۱۴۱۵ ق، ص ۵۴۴؛ خمینی، ۱۴۲۳ ق، ج ۲، ص ۴۲۸). علاوه بر این، استدلال های قائلان به حرمت در این مسئله به صورت کامل روشن است. این استدلال ها نیز با نقدهای جدی مواجه شده است؛ بنابراین، نمی توان در این شهرت نکته ای مبهم تصور کرد که پرده از رأی معصوم بردارد و کاشف از آن باشد.

دیدگاه مختار

ادله نظریات دیگر که در پی اثبات حرمت نظر بودند، اشکالات متعددی داشت که برخی از آن ها قابل پاسخ گویی نیست؛ از این رو، نظریه حرمت نظر به هیچ وجه به طرق مختلف اثبات شدنی نیست و همین فقدان دلیل، خود دلیلی بر عدم صحت آن است (صانعی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۲۴۳) اصل نیز در اشیاء حلیت و اباحه است (مفید، ۱۴۱۴ ق، ج ۱، ص ۱۴۳؛ طوسی، بی تا، ج ۶، ص ۸۱)؛ چنان که روایت نیز این را تأیید می کند (طوسی، ۱۴۰۷ ق، ج ۷، ص ۲۲۷). به نظر نگارندگان احتیاط نیز از استحکام کافی برخوردار نیست؛ بنابراین باید پذیرفت که همان نظریه جواز نگاه زن به مرد به استثنای عورتین صحیح است و استدلال آن در دو چیز است:

استدلال اول: فقدان دلیل بر حرمت و احتیاط که تقریب آن بیان شد؛

استدلال دوم: اصل اباحه که بعد از فقدان دلیل بر حرمت، نوبت به آن می رسد.

حرمت نگاه به عورتین هم که مسئله ای مسلم است و در متون فقهی به آن تصریح شده است (خمینی، ۱۴۳۴ ق، ج ۲، ص ۲۶۱).

با توجه به اینکه مطابق روایت، نگاه، بذر شهوت تلقی می شود و همین امر برای به فتنه

افتادن فرد کفایت می‌کند (ابن‌بابویه، ۱۴۱۳ ق، ج ۴، ص ۱۸)، شایسته است که نگاه‌ها تحت کنترل قرار گیرد؛ زیرا در صورت بی‌پروایی در این زمینه، انسان ممکن است خود را در معرض خطرهای اخلاقی و اجتماعی قرار دهد؛ بنابراین، رعایت احتیاط و مدیریت صحیح نگاه‌ها نه تنها موجب حفظ سلامت فردی، بلکه ضامن سلامت جامعه نیز خواهد بود. البته این سخن در حقیقت تنها در سطح توصیه اخلاقی قرار دارد و نمی‌توان آن را حکمی فقهی تلقی کرد. بدین ترتیب، نظریه صحیح آن است که نگاه زنان به مردان، در صورتی که فاقد نیت شهوانی باشد، هیچ‌گونه مانعی ندارد؛ باین حال، اجتناب از چنین نگاه‌هایی می‌تواند توصیه برجسته و سفارش شده اخلاقی باشد.

یافته‌های پژوهش

۱. آنچه در نظریه حرمت نظر و نگاه به صورت کلی بدان استدلال شده است، به قرار ذیل است:
 ۱. آیه ۳۱ نور، با توجه به بررسی لغوی کلمه «غض» و وجود ایرادهای دیگر به استدلال‌ها، نمی‌تواند دلیلی بر حرمت نظر باشد.
 ۲. روایات ارائه شده که علاوه بر ضعف اسناد، ایرادهای دلالتی نیز دارد و از اثبات حکم شرعی عاجز است.
 ۳. با توجه به فقدان بحث از این مسئله در میان قدمای اصحاب، نمی‌توان برای این مسئله اجماع و شهرت مفیدی را ادعا کرد.
 ۴. سیره متشرعه در جایگاه یکی از استدلال‌های مورد بحث، به دلیل عدم احراز اتصال آن به زمان معصومین (ع) فاقد اعتبار است.
 ۵. فتوای به احتیاط با توجه به نبود دلیل در ممنوعیت نگاه، از دقت کافی برخوردار نیست. هر چند که کنترل نگاه مسئله‌ای پسندیده است.
 ۶. حرمت مطلق نظر و حتی حرمت به همراه مستثنیات، در بیشتر مواقع درون روابط اجتماعی عسرو حرج فراوانی را بر افراد ایجاد می‌کند که مطلوب شارع مقدس نیست.
- به این ترتیب باید گفت که نظریه حرمت به صورت‌های مختلف، خودش نمی‌تواند نظریه‌ای مستدل باشد. ضمن اینکه اصل هم حلیت و اباحه است و حرمت نیازمند دلیل و اثبات است.

البته این نگاه باید بدون قصد شهوانی و لذت‌جویی باشد و همچنین نباید به مواضع خاص جنسی باشد که نگاه به آن مواضع حتی در محارم نیز حرام و ممنوع است.

منابع

قرآن کریم.

ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۰۶ ق). ثواب الأعمال و عقاب الأعمال. قم: بی‌نا.

ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۳ ق). من لا یحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

ابن فارس، احمد بن فارس (۱۴۰۴ ق). معجم مقاییس اللغة. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ ق). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

بروجردی، حسین (۱۴۱۵ ق). نهاية الأصول (حسینعلی منتظری، به کوشش). تهران: تفکر.

بروجردی، حسین (۱۴۲۰ ق). نهاية التقریر. قم: مرکز فقه ائمه اطهار (ع).

تبریزی، جواد (۱۳۸۵). استفتانات جدید. قم: سرور.

جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۰۴ ق). الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية. بیروت: دارالعلم للملایین.

حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ق). تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة. قم: مؤسسه آل البيت (ع).

حسینی سیستانی، علی (۱۳۹۳). رساله توضیح المسائل. قم: بی‌نا.

حکیم، محسن (۱۴۱۶ ق). مستمسک العروة الوثقی. قم: مؤسسه دار التفسیر.

خمینی، روح‌الله (۱۳۹۲). استفتانات. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

خمینی، روح‌الله (۱۳۳۴ ق). تحریر الوسيلة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

خمینی، روح‌الله (۱۴۲۳ ق). تهذیب الأصول. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

خواجویی، محمد اسماعیل بن حسین (۱۴۱۱ ق). الرسائل الفقهية. قم: دار الکتاب الإسلامی.

خوئی، ابوالقاسم (۱۴۲۲ ق). مصباح الأصول (محمد سرور بهسودی، به کوشش). قم: کتابفروشی داوری.

خوئی، ابوالقاسم (۱۴۱۸ ق). موسوعة الإمام الخوئي. قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ ق). مفردات الفاظ قرآن. بیروت: دار الشامیة.

روحانی، محمد صادق (۱۴۱۴ ق). فقه الصادق (ع). قم: دارالکتاب.

سایت مقام معظم رهبری <https://farsi.khamenei.ir/treatise-index>

سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۶ ق). نظام النکاح فی الشریعة الإسلامیة الغراء. قم: بی‌نا.

سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۳ ق). مهذب الأحکام. قم: مؤسسه المنار.

شیرازی زنجانی، موسی (۱۴۰۲ ق). دروس فقهی (کتاب نکاح). قم: مرکز فقهی امام محمدباقر (ع).

شیرازی زنجانی، موسی (۱۴۱۹ ق). کتاب نکاح. قم: مؤسسه پژوهشی رای‌پرداز.

- شریف الرضی، محمد بن حسین (١٤١٤ ق). نهج البلاغة. قم: صبحی صالح.
- شوشتری، محمد تقی (١٤٠٦ ق). النجعة في شرح اللمعة. تهران: کتابفروشی صدوق.
- شهید اول، محمد بن مکی (١٤١٠ ق). اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية. بيروت: دار التراث - الدار الإسلامية.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (١٤١٣ ق). مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
- صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد (١٤١٤ ق). المحيط في اللغة. بيروت: عالم الكتاب.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر (١٣٦٢). جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام. بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- صافی، لطف الله (١٣٨٥). جامع الأحكام. قم: دفتر تنظیم و نشر آثار حضرت آیت الله العظمی صافی گلپایگانی.
- صانعی، یوسف (١٣٨٩). التعليقة على تحرير الوسيلة. تهران: مؤسسه العروج.
- صدر، محمد باقر (١٤١٧ ق). بحوث في علم الأصول. بيروت: الدار الإسلامية.
- طباطبائی حکیم، محمد سعید (١٤٣٤ ق). رساله توضیح المسائل. قم: مهر الأئمة.
- طباطبائی قمی، تقی (١٤٢٣ ق). الدلائل في شرح منتخب المسائل. قم: کتابفروشی محلاتی.
- طباطبائی کربلانی، علی بن محمد علی (١٤١٨ ق). رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- طبرسی، فضل بن حسن (١٤١٢ ق). جوامع الجامع (ابوالقاسم گرجی، به کوشش). قم: مرکز مدیریت حوزه علمیه قم.
- طبرسی، حسن بن فضل (١٣٧٠ ق). مکارم الأخلاق. قم: الشریف الرضی.
- طریحی، فخرالدین بن محمد (١٤١٦ ق). مجمع البحرين. تهران: کتابفروشی مرتضوی.
- طوسی، محمد بن حسن (١٤٠٧ ق). تهذیب الأحكام. قم: دار الكتب الإسلامية.
- طوسی، محمد بن حسن (١٤٢٧ ق). رجال الشيخ الطوسی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- طوسی، محمد بن حسن (١٤٢٠ ق). فهرست کتب الشيعة وأصولهم وأسماء المصنفين وأصحاب الأصول. قم: مكتبة المحقق الطباطبائي.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (١٤١٠ ق). إرشاد الأذهان. قم: جماعة المدرسين في الحوزة العلمية مؤسسه النشر الإسلامي.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (١٣٨٨ ق). تذكرة الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- فاضل جواد، جواد بن سعد (بی تا). مسالك الأفهام إلى آیات الأحكام. بی جا: مرتضوی.
- فاضل موحدي لنكراني، محمد (١٤٢٦ ق). رساله توضیح المسائل. قم: امیر العلم.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن (١٣٨٧ ق). إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- فیومی، احمد بن محمد (١٤١٤ ق). المصباح المنیر في غریب الشرح الكبير للرافعي. قم: مؤسسه دار الهجرة.
- کلینی، محمد بن یعقوب (١٤٠٧ ق). الکافي. تهران: دارالکتب الإسلامية.
- کوفی، فرات بن ابراهیم (١٤١٠ ق). تفسیر فرات الکوفی. قم: سازمان چاپ و انتشارات وزارت ارشاد اسلامی.
- گلپایگانی، محمد رضا (١٣٧٤). احکام بانوان. قم: غیاث.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی (١٤٠٤ ق). مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول. تهران: دار الكتب الإسلامية.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (١٤٠٨ ق). شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

- محقق داماد، محمد (۱۴۱۶ ق). کتاب الصلاة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- مرتضی زبیدی، محمد بن محمد (۱۴۱۴ ق). تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- مشکینی اردبیلی، علی (۱۴۳۲ ق). التعليقة الاستدلالية على تحرير الوسيلة. قم: مؤسسه علمی فرهنگی دار الحديث.
- مطرزی، ناصرالدین (۱۳۹۹ ق). المغرب في ترتيب المغرب. سوریه: مکتبه اسامه بن زيد.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۴). فقه و حقوق (مجموعه آثار). تهران: صدرا.
- مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۴ ق). تصحيح الاعتقادات الامامية. قم: کنگره شیخ مفید.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (بی تا). زیادة البیان في أحكام القرآن. تهران: المکتبه الجعفرية لإحياء الآثار الجعفرية.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۰). رساله احکام جوانان؛ دختران (به کوشش حجة الإسلام مسعود مکارم). قم: امام علی بن ابی طالب (ع).
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ ق). کتاب النکاح. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
- نائینی، محمدحسین (۱۳۷۶ ق). فوائد الاصول. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- نجاشی، احمد بن علی (۱۳۵۶). رجال النجاشي (موسی شیرازی زنجانی، به کوشش). قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- نصر بن مزاحم (۱۴۰۴ ق). وقعة الصفین. قم: مکتبه آقاي مرعشی نجفی.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵ ق). مستند الشیعة في أحكام الشریعة. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم (۱۴۱۹ ق). العروة الوثقی فیما تعم به البلوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.



The Initial Endowment for the Fetus

Nasrin Karimi¹

Fatemeh Ahmadi²

DOI:
10.30497/flj.2025.246993.2081



Abstract

In the case of the initial endowment for the fetus, the Civil Code does not have an explicit provision and has generally limited itself to determining the ruling on the issue of a non-existent endowment based on the existing one. A large group of Shiite and Sunni jurists believe the initial endowment for the fetus is invalid and have cited reasons such as the fetus's non-existence, the fetus's lack of ownership, qualification, and the consensus of jurists in this field. On the other hand, another group by taking an opposing position such as having the right of ownership for fetus absolutely, the ownership of the endowment contract and claiming the absence of consensus of jurists in this field have insisted on the replacing the acceptance of a guardian (Vali) or ruler for the fetus and claiming that there is no consensus. The present article has been done by descriptive –analytical and inferential methods and by collecting data in a library, examines both perspectives, analyze and evaluate their reasons and overall prefer the opinion of the first group that is well-known and based on stronger evidence opinion.

Keywords: Legal capacity (competence/eligibility), Fetus, Civil rights, Pregnancy, Beneficiary (of a waqf/endowment), Endower/Founder (of a waqf/endowment).

1. Associate Professor Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic law, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran. nasrin.karimi@iau.ac.ir

2. (corresponding author) Educational Instructor of the Law Department at Islamic Azad University, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran.

ahmadifatemeh.private.law@gmail.com

وقف ابتدایی بر جنین

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۶/۲۰؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۲۳

نسرین کریمی^۱

فاطمه احمدی*^۲

Doi: 10.30497/flj.2025.246993.2081

چکیده

درخصوص وقف ابتدایی بر جنین، در قانون مدنی، حکم صریحی وجود ندارد و به‌طور کلی به تعیین حکم مسئله وقف برای معدوم به تبع موجود بسنده شده است. گروهی کثیر از فقهای شیعه و اهل سنت، وقف ابتدایی بر جنین را باطل شمرده و برای اثبات نظر خود به دلایلی همچون معدوم بودن جنین، اهلیت نداشتن او، امکان پذیر نبودن اخذ قبولی از موقوف علیه و اجماع استناد کرده‌اند؛ درمقابل، گروهی دیگر با اتخاذ موضع مخالف، به دلایلی نظیر برخورداری جنین از حق تملک به‌طور مطلق، تملیکی بودن عقد وقف، جایگزینی قبول ولی یا حاکم برای جنین و ادعای وجود نداشتن اجماع متمسک شده‌اند. در نوشتار حاضر با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و استنباطی، و از طریق جمع‌آوری داده‌ها به شیوه کتابخانه‌ای، هردو دیدگاه را بررسی و ادله معتقدان به آن‌ها را تحلیل و ارزیابی کرده و درنهایت، نظر گروه اول را که مشهور و مبتنی بر ادله محکم‌تری است، ارجح دانسته‌ایم.

کلید واژه‌ها: اهلیت، جنین، حقوق مدنی، حمل، موقوف علیه، واقف.

۱. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قم، قم، ایران. nasrin.karimi@iaua.ac.ir

۲. (نویسنده مسئول) مربی آموزشی گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قم، قم، ایران.

ahmadifatemeh.private.law@gmail.com

مقدمه

علم حقوق وظیفه دارد منافع و مزایای تمام افراد جامعه و از جمله جنین‌ها را تأمین کند؛ زیرا جنین باوجود آنکه هنوز متولد نشده، انسان است و باید تحت حمایت قانونی قرار گیرد. خوشبختانه، در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نیز به این نکته مهم توجه و جنین به‌عنوان عضوی از جامعه، از برخی مصادیق حقوق بشری، بهره‌مند دانسته شده و در ماده ۹۵۷ قانون مدنی آمده است: «حمل از حقوق مدنی، متمتع می‌گردد؛ مشروط بر اینکه زنده متولد گردد».

در دسته‌بندی‌ای کلی، حقوق مدنی جنین را به دو دسته می‌توان تقسیم کرد: نخست، حقوق مالی و دوم، حقوق غیرمالی. حقوق غیرمالی جنین، مواردی بدین شرح را دربر می‌گیرد: حق حیات، حق محافظت و مراقبت‌شدن، حق به‌دنیاآمدن به‌صورت بهداشتی و سالم، حق بهره‌مندی از نسب حلال و حق مصونیت در برابر اجرای مجازات؛ درمقابل، حقوق مالی جنین، منحصر به این موارد است: نفقه، ارث، وصیت، بیمه عمر و وقف.

درخصوص برخورداری جنین از حق وقف و به‌اصطلاح، موقوف‌علیه واقع‌شدن وی، قانون‌گذار صراحتاً حکمی را بیان نکرده و صرفاً به ذکر حکم صحت وقف بر معدوم به‌تبع موجود اکتفا کرده است؛ از این روی، در پژوهش حاضر، حکم وقف ابتدایی بر جنین را بررسی می‌کنیم و درصدد پاسخ‌گویی به این سؤال مهم هستیم که آیا جنین، ابتدائاً و مستقلاً می‌تواند موقوف‌علیه واقع شود یا خیر. فقها درباره این مسئله، وحدت‌نظر ندارند و درپی جمع‌بندی آرای آنان در این حوزه، به دو نظر متقابل دست می‌یابیم که هریک از آن‌ها براساس ادله و استدلال‌هایی مشخص شکل گرفته‌اند و طرفداران خاص خود را دارند. در ادامه، هردو دیدگاه را همراه با پشتوانه‌ها و ادله هرکدام از آن‌ها نقد و بررسی می‌کنیم تا به نظریه نزدیک‌تر به صواب دست یابیم. قبل از ورود به بحث، شایسته است پیشینه تحقیق‌های صورت‌گرفته درباره این موضوع را تبیین و سپس مفاهیم و اصطلاحات کاربردی‌ای را تعریف و تشریح کنیم که مستقیماً در شناخت مسئله موردنظرمان مؤثرند.

پیشینه پژوهش

درباب بررسی و تحلیل عقد وقف و ارکان آن، منابع متنوع و جامعی تألیف و تدوین شده است

که آن‌ها را به صورت مختصر معرفی می‌کنیم: ریاحی سامانی (۱۳۷۸) در کتابی جامع، مفهوم وقف و سیر تحول قوانین وضع شده در این حوزه را بررسی کرده است؛ همچنین قبله‌ای خویی (۱۳۹۳) در کتاب خود، تاحدودی به مسئله وقف برای جنین پرداخته است. به صورت مشخص‌تر، رهبر (۱۴۰۰) در مقاله‌ای مبانی فقهی- حقوقی وقف بر جنین در فقه مذاهب اسلامی و قانون مدنی را واکاوی و تحلیل کرده است؛ اما پژوهش وی به رغم مشابهت عنوانش با مقاله حاضر، از نظر عمق و گستردگی با آن، قابل مقایسه نیست؛ چون نویسنده مقاله مورد بحث علاوه بر اینکه بیشتر بر دیدگاه فقهای اهل تسنن در خصوص وقف بر جنین، متمرکز بوده، حتی درباره این موضوع نیز پژوهش عمیق و استدلال‌های متنوع صورت نداده است و حجم مقاله وی به ده صفحه نمی‌رسد. اسدی، نوذری فردوسی و امیدوی فرد (۱۳۹۸) نیز در مقاله‌ای با توجه به کلیت موضوع انتخابی، حقوق مالی و غیرمالی جنین را به صورت توأمان بررسی کرده و حتی درحوزه حق برخورداری جنین از وقف، دو مقوله وقف و هبه را تحت یک عنوان قرار داده و حق برخورداری جنین از وقف را به صورت بسیار مختصر تحلیل کرده‌اند؛ اما مقاله آنان به هیچ وجه با پژوهش حاضر که در آن، حکم وقف ابتدایی بر جنین بررسی شده است، قابل مقایسه نیست؛ زیرا در تحقیق پیش‌روی، وقف ابتدایی بر جنین و مبانی آن جهت کشف حکم موضوع و بی‌نیازی از استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی واکاوی می‌شود؛ لذا تحقیق حاضر در این زمینه، نوآورانه است و درحیطه عمل، ارزش علمی دارد.

مفهوم‌شناسی مصطلحات

اصطلاحات کلیدی مورد استفاده در این مقاله بدین شرح‌اند:

- وقف

واژه «وقف» در لغت به معنای «ایستادن، توقف، حبس کردن، منحصر کردن چیزی برای کسی» است (عمید، ۱۳۶۳، «وقف»؛ ابن منظور، ۱۴۰۵ق، ج ۹، ص ۳۵۹). مؤلف معجم مقاییس اللغة درباره ماده «وقف» نوشته است: «الَوَّاءُ وَالْقَافُ وَالْفَاءُ: أَصْلٌ وَاحِدٌ يَدُلُّ عَلَى التَّمَكُّثِ فِي شَيْءٍ» (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۶، ص ۱۳۵)؛ یعنی: «واو و قاف و فاء: اصل واحد است که بر مکث کردن در چیزی دلالت می‌کند»؛ همچنین در لسان العرب آمده است در مواردی که لفظ وقف به اعیان تعلق

می‌گیرد و مراد، وقف شرعی است، حبس کردن منافع برای فرد خاص یا عام، مدّ نظر است^۱ (ابن منظور، ۱۴۰۵ق، ج ۹، ص ۳۵۹).

معنای اصطلاحی وقف از معنای لغوی آن، دور نیست و تاحدودی به معنای حبس و منحصر کردن باز می‌گردد. علامه حلی در باب وجه تسمیه وقف نوشته است: «وقف از آن جهت، وقف نامیده می‌شود که مشتمل بر وقف مال از یک جهت معین و قطع سایر جهات و تصرفات می‌باشد که معمولاً وقف گفته می‌شود و جمع آن، "اوقاف" می‌باشد» (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۴۴۵). عموم فقها وقف را عبارت از تحبیس اصل مال، و اطلاق و رها کردن یا تسبیل منافع آن برای عده‌ای خاص یا عام تعریف کرده‌اند؛ البته برسر این مسئله که وقف، عقد است یا ایقاع، اختلاف نظر وجود دارد؛ ولی به طور کلی می‌توان وقف را به لحاظ فقهی، عبارت از قراردادی دانست که به موجب آن، اصل مال حبس می‌شود و استفاده از منافع آن برای موقوف‌علیهم، آزاد خواهد بود. عموم فقها وقف را خارج از این معنا تعریف نکرده‌اند (طوسی، ۱۳۶۳ق، ج ۳، ص ۲۸۶؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۱۵۲؛ محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۵۶؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص ۳۹۹). علامه حلی در قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، وقف را عبارت از عقد مفید تحبیس اصل و اطلاق منفعت تعریف کرده (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۳۸۷) و عقد را به منزله جنس تعریف قرار داده است. در همین راستا شهید اول نیز در الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة، تحبیس اصل و اطلاق منفعت را ثمره عقد وقف (نه خود آن) دانسته و نوشته: «و ثمره عقد وقف، آن است که اصل مال حبس و منافعش آزاد می‌گردد» (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۶۳). به نظر می‌رسد این تعبیر از یک لحاظ، دقیق‌تر از دیگر تعبیر باشد؛ بدین شرح که در واقع، وقف، قرارداد و اعتباری است که به واسطه آن، مال، وضعیتی پیدا می‌کند

۱. «و وَقَفَ الْأَرْضَ عَلَى الْمَسَاكِينِ (وَفِي الصَّحَاحِ: لِلْمَسَاكِينِ) وَقَفًا: حَبَسَهَا».

۲. «فَالْوَقْفُ تَحْبِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْبِيلُ الْمَنْفَعَةِ».

۳. «وَهُوَ تَحْبِيسُ الْأَصْلِ وَإِطْلَاقُ الْمَنْفَعَةِ».

۴. «وَتَمَرُّهُ تَحْبِيسُ الْأَصْلِ وَإِطْلَاقُ الْمَنْفَعَةِ».

که عین آن حبس می‌شود و از هرگونه نقل و انتقال، مصون می‌ماند و در عوض، منافعش در معرض استفاده عموم یا افراد خاص قرار می‌گیرد؛ هرچند می‌توان گفت تعریف دیگر فقها درباره وقف نیز از نوع تعریف به غایت است و مراد ایشان با تعریف عرضه شده از سوی علامه حلی و شهید اول انطباق می‌یابد. قانون‌گذار هم در تعریف وقف، از عموم فقها پیروی کرده و در ماده ۵۵ قانون مدنی آورده: «وقف عبارت است از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود».

- شرایط صحت عقد وقف

فرایند عقد وقف، سه رکن اساسی دارد: نخست، صیغه عقد وقف؛ دوم، متعاقدين که در عقد وقف عبارت از واقف و موقوف‌علیه هستند؛ سوم، عین موقوفه. برای تحقق یافتن صحت عقد وقف، لازم است هریک از این ارکان، شرایطی خاص داشته باشند. علامه حلی در کتاب قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، شرایط واقف را عبارت از بلوغ، عقل و جواز تصرف در مال وقف شده دانسته و در خصوص مال وقف شده نیز چهار شرط عین بودن، ملک بودن، صحت انتفاع با بقای عین و امکان اقباض را معتبر شمرده است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۳۸۸-۳۹۴). مؤلف إصباح الشیعة بمصباح الشریعة نیز شروط صحت وقف را این گونه برشمرده است: واقف، مختار و مالک تبرعی ملک موردوقف باشد و لفظ «عقد» وقف را صریحاً و با قصد قربت تلفظ کند؛ همچنین مال موردوقف باید معلوم و قدرت بر تسلیم آن باشد و امکان انتفاع آن با بقای عین آن مال وجود داشته باشد. خود عقد وقف نیز باید مؤبد باشد و وقف محدود به زمان، صحیح نیست. او در ادامه، متذکر شده که قبض موقوف‌علیه شرط لزوم وقف است؛ نه شرط صحت آن. در پی اجتماع این شروط، ملکیت واقف از عین موقوفه زایل می‌شود و او دیگر حق رجوع به آن را نخواهد داشت (بیهقی کیدری، ۱۴۱۶ق، ص ۳۴۵-۳۴۶).

- جنین

واژه «جنین» از مصدر «اجتنان» و در لغت به معنای هر چیز پوشیده و مستور است. کودک تا زمانی که در شکم مادر باشد، جنین نامیده می‌شود (صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق، ص ۴۰۹)؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۲۰۴). در واقع، جنین، محصول فرایند حاملگی است که از زمان استقرار نطفه در رحم آغاز می‌شود و در لحظه تولد پایان می‌یابد. کاربرد واژه «جنین» از آن جهت است

که در این مقطع از حیات جنین، زهدان مادر، او را دربر می‌گیرد (ابن منظور، ۱۴۰۵ق، ص ۴۹۳-۴۹۲). در فرهنگ فارسی معین، معنای جنین عبارت است از هر چیز پوشیده و مستور؛ همچنین موجودی که پس از لقاح تخمک با اسپرماتوزوئید و در پی تقسیمات اولیه سلولی تخم حاصل می‌شود؛ ولی هنوز دوران رشد خود را در پوسته تخمک یا رحم مادر می‌گذراند (معین، ۱۳۸۱). در اصطلاح فقهی و حقوقی، جنین، تخمک بارور شده استقراریافته در رحم تا هنگام تولد است (باقری‌نسب، ۱۳۹۱، ص ۷) و تخمک بارور یا به تعبیر دیگر، جنین تشکیل شده پیش از انتقال به رحم، جنین یا جنین بالقوه نام دارد (نایب‌زاده، ۱۳۸۰، ص ۲۴). واژه «جنین» حتی در شعر و ادبیات فارسی نیز به همین معنا به کار رفته است؛ مانند این بیت از منوچهری:

شعرناگفتن به از شعری که باشد نادرست بچه‌نازادن به از شش ماهه افکندن جنین
و این بیت از مولوی:

گر بریزد خونم آن روح‌الامین جرعه جرعه خون خورم همچون جنین
شایان ذکر است که فقهایی مانند شیخ طوسی و علامه حلی جنین را معدوم می‌دانند (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۵۹۶؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص ۲۹۷)؛ درمقابل، سید کاظم یزدی و شهید ثانی جنین را موجودی مستور معرفی کرده‌اند؛ گرچه شهید ثانی به دلایل دیگری وقف بر جنین را جایز ندانسته است (طباطبایی، ۱۳۷۹ق، ج ۳، ص ۳۰۹-۳۱۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۳۲۷).

- موقوف‌علیه

با توجه به موضوع مقاله، تبیین مفهوم و شرایط موقوف‌علیه از جایگاهی ویژه برخوردار است؛ بنابراین در پژوهش پیش‌روی، این رکن و تأثیر آن بر صحت عقد وقف به صورت جداگانه بررسی خواهد شد.

در تعریف موقوف‌علیه آمده است: «آنکه چیزی به نفع او وقف شده است» (عمید، ۱۳۶۳، «موقوف‌علیه»). در صورت وحدت متفعان وقف، از واژه «موقوف‌علیه» و در صورت تكثر و تعدد آن‌ها از واژه «موقوف‌علیهم» استفاده می‌شود. علامه حلی شرط صحت موقوف‌علیه را وجود،

تعیین، صحت مالک شدن، و جواز و امکان شرعی وقف بر موقوف علیه دانسته است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۳۹۰). برخی دیگر از فقها معتقدند موقوف علیه باید فردی غیر از واقف، و معلوم و مشخص باشد تا قصد قربت به واسطه وقف بر او صحیح باشد. چنین فردی باید در زمان صورت گرفتن وقف بتواند مالک منافع آن شود (بیهقی کیدری، ۱۴۱۶ق، ص ۳۴۵).

از میان شرایط مذکور، موجود بودن موقوف علیه، موضوع بحث حاضر است که تدقیق و توضیح بیشتر درخصوص آن ضرورت دارد؛ به عبارت دیگر، صحت یا عدم صحت وقف ابتدایی بر جنین به این مسئله برمی گردد که آیا جنین موجودیت دارد یا خیر؛ زیرا در فرض پذیرش موجود بودن جنین، حکم وقف ابتدایی برای وی صحیح است و در صورت رأی دادن به وجود نداشتن جنین، وقف ابتدایی برای او باطل خواهد بود.

اکثر فقهای مسلمان، وقف بر معدوم را ابتدائاً جایز ندانسته اند؛ ولی وقف بر معدوم به تبع وقف بر موجود را جایز شمرده اند. در ماده ۶۹ قانون مدنی ایران نیز آمده است: «وقف بر معدوم صحیح نیست؛ مگر به تبع موجود»؛ مثلاً وقف بر فرزندی که هنوز به وجود نیامده، باطل است؛ ولی اگر بعضی از موقوف علیهم، موجود و بعضی دیگر غیر موجود باشند، وقف بر غیر موجود به تبع موجود صحیح است. معدوم صرف، قابلیت تملک منافع موقوفه را ندارد؛ به همین جهت، بعضی فقهای مسلمان، جنین را موجود دانسته و وقف بر جنین را بدون منضم، جایز شمرده و بعضی دیگر، وقف بر جنین را بدون منضم، جایز به شمار نیاورده اند (دانش پور و ریاحی سامانی، ۱۳۸۹، ص ۲۲۷).

۱. دیدگاه فقها درباره حکم وقف ابتدایی بر جنین

درخصوص امکان موقوف علیه واقع شدن جنین به صورت ابتدایی، فقهای امامیه دو دیدگاه دارند: اکثر آنان قائل به بطلان عقد وقف ابتدایی بر جنین هستند و در صورت وقوع وقف غیر تبعی بر جنین، آن را باطل می دانند؛ در مقابل، برخی فقها در بطلان وقف ابتدایی بر جنین تردید کرده و کوشیده اند با رد دلایل گروه اول، صحت وقف ابتدایی بر جنین را اثبات کنند. در ادامه، ادله معتقدان به هر دو دیدگاه را بررسی می کنیم:

۱-۱. قول اول: صحت نداشتن وقف برای جنین

بیشتر فقهای امامیه معتقدند وقف ابتدایی بر جنین صحیح نیست و برخی از آنان به بطلان این مسئله از جهات گوناگون تصریح کرده‌اند؛ چنان‌که محقق حلی در کتاب *المختصر النافع فی فقه الإمامیه* نوشته است: «اگر وقف بر کسی باشد که در آینده موجود خواهد شد، وقف صحیح نیست»^۱ (محقق حلی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۵۷). وی با پیروی از اصل کلی، وقف برای معدوم را باطل اعلام کرده است. مؤلف *ریاض المسائل* در توضیح کلام محقق حلی نوشته است: «یا وقف بر کسی که قابلیت تملک را ندارد؛ مانند وقف بر جنین»^۲ و صراحتاً وقف برای جنین را به دلیل وجود نداشتن اهلیت تملک، باطل دانسته است. شیخ طوسی نیز نوشته: «بدون اختلاف بین فقها، وقف بر حملی که از مادر منفصل نشده است، جایز نیست» (طوسی، ۱۳۶۳ق، ج ۳، ص ۲۹۲).
در میان فقهای معاصر نیز بسیاری کسانیکه وقف برای جنین را صحیح نمی‌دانند؛ چنان‌که امام خمینی (ره) نوشته است:

وقف بر جنین جایز نیست؛ زیرا در وقف خاص، وجود موقوف علیه هنگام وقف، ملاک است و بنابراین، وقف کردن برای معدوم، ابتدائاً صحیح نیست و همچنین وقف کردن بر کسی که بعدها موجود می‌شود و نیز وقف بر جنین پیش از تولد، صحیح نیست (موسوی خمینی، ۱۳۹۰ق، ج ۲، ص ۷۰).

بسیاری از مراجع نیز به بطلان وقف ابتدایی بر جنین حکم داده‌اند؛ مانند آیت‌الله مکارم که صراحتاً فرموده‌اند: «وقف برای کسانی که هنوز به دنیا نیامده‌اند، صحیح نمی‌باشد» (مکارم شیرازی، ۱۳۷۲، ص ۴۷۲). آیت‌الله خویی به عنوان یکی از طرفداران این نظریه معتقد است:
وقف بر جنین صحیح نیست؛ زیرا در وقف خاص، قبول موقوف علیه، شرط است؛ لذا اگر مالی را برای بچه‌ای که در شکم مادر است و هنوز به دنیا نیامده است، وقف کند، محل اشکال است و لازم است رعایت احتیاط نمایند (موسوی خویی، ۱۳۹۶ق، ج ۲، ص ۴۷۸).

۱. «قُلُوْا وَفَّ عَلٰی مَنْ سَیْجَدُ، لَمْ یَصَحَّ».

۲. «أَوْ مَنْ لَمْ یَكُنْ قَابِلًا لِلتَّمْلُکِ، کَالْحَمْلِ».

فقه‌های اهل سنت نیز برسر این مسئله اختلاف نظر دارند؛ اما مشهور آنان معتقدند چنین وقفی باطل است؛ زیرا جنین، اهلیت تملک لازم در این زمینه را ندارد. فقه‌های شافعی و حنبلی در تأیید این نظر معتقدند: «جنین موجود و هر فرزندی که بعدها برای او متولد می‌شود، مستحق موقوفات نمی‌شود؛ مگر اینکه از شکم مادر جدا شود» (ابن عابدین، ۱۳۸۹ق، ج ۳، ص ۴۲۶؛ دسوقی، ۱۹۷۷، ج ۴، ص ۷۷؛ شربینی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۵۲۷). پس از آشنایی با کلیات دیدگاه اول، لازم است با ادله مطرح شده از سوی طرفداران این نظریه آشنا شویم:

۱-۱-۱. دلیل اول: معدوم بودن جنین

چنان‌که سخنان علامه حلی و مؤلف *إصباح الشیعة بمصباح الشریعة* نشان می‌دهد، یکی از شروط ضروری در عقد وقف که با صحت وقف بر جنین ارتباط تنگاتنگ دارد، موجود بودن بالفعل موقوف علیه است. اکثر فقها در کتب خویش در خصوص شروط موقوف علیه، به اشتراط وجود بالفعل او حین انعقاد وقف تصریح کرده‌اند؛ تا جایی که برخی از آنان در این زمینه، مدعی عدم خلاف هستند؛ علاوه بر این، بسیاری از فقها ضمن بیان اشتراط وجود موقوف علیه، مصادیق نقض این شرط را برشمرده و تصریح کرده‌اند جنینی که هنوز متولد نشده است، نمی‌تواند موقوف علیه واقع شود؛ مثلاً شیخ طوسی در کتاب *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی* درباره وقف کردن بر کسی که هنوز موجود نشده، نوشته است: «جایز نیست که بر کسی که هنوز به وجود نیامده، وقف کند و اگر چنین کند، وقف باطل خواهد بود» (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۵۹۶). ایشان در کتاب *الخلاص* نیز بر صحت نداشتن وقف بر جنین تصریح کرده و نوشته است:

زمانی که [مکلف، مالی را] بر کسی وقف کند که وقف بر او صحیح نباشد (مانند عبد یا جنینی که هنوز پا به عرصه وجود نهاده است...)، در صورتی که وقف ابتدا بر وی واقع شده باشد، باطل خواهد بود؛ چراکه وقف بر چنین اشخاصی صحیح نیست (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۵۴۴).

ابن زهره نیز در کتاب *غنية النزوع إلى علمی الأصول و الفروع* تصریح کرده که: «از شروط موقوف علیه این است که در حین انعقاد وقف بتواند منفعت را مالک شود؛ بنابراین، وقف بر جنین قبل از انفصال از مادرش صحیح نخواهد بود» (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ص ۲۹۷). ابن ادریس در *السراير*

الحاوی لتحریر الفتاوی، علاوه بر تصریح به صحت نداشتن وقف بر جنین ادعا کرده است فقها بر سر این موضوع با یکدیگر اختلاف نظر ندارند (ابن ادریس، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۱۵۶). این مسئله از سخنان دیگر فقها همچون علامه حلی در تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة (علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص ۲۹۷) و إرشاد الأذهان إلی أحكام الایمان (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۴۵۲) و نیز از کلام محقق سبزواری در کفایة الأحکام (محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۷) و... هم به دست می آید. مؤلف مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة، معتقدان به این دیدگاه را احصا کرده است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۱، ص ۵۵۸).

این گروه از فقها علت بطلان وقف بر جنین را موجود نبودن وی دانسته اند؛ یعنی از آن جهت که حمل، حیات مستقل ندارد و بدون وجود مادر، قادر به ادامه دادن زندگی اش نیست، وی را فاقد وجود بالفعل دانسته و وقف بر او را باطل شمرده اند؛ چون ملکیت، صفت وجودی است و برای خود، محل و موضوع موجود می خواهد و عقلاً تنها به مالک شدن کسی که وجود دارد، حکم کرده و مالک شدن معدوم را قبیح دانسته اند؛ در نتیجه، شخصی که وجود بالفعل ندارد، نمی تواند مالک منافع عین موقوفه و به عبارت دیگر، موقوف علیه واقع شود.

شایان ذکر است که فقها وقف ابتدایی بر معدوم را صحیح ندانسته و موجود بودن موقوف علیه را تنها در ابتدای سلسله موقوف علیهم، لازم شمرده اند؛ یعنی اگر فرد معدومی در میان موقوف علیهم باشد، چنانچه وقف ابتدا بر افراد موجود واقع شود و سپس به تبع افراد موجود در طبقات بعدی بر افرادی صورت گیرد که حین وقف، موجود نبوده اند و بعداً به وجود خواهند آمد، وقف صحیح خواهد بود؛ مثلاً اگر فردی باغ خود را بر فرزندان ذکور از نسل خود تا روز قیامت وقف کند، هر چند تنها طبقه اول از موقوف علیهم موجود باشند، وقف صحیح خواهد بود؛ البته پر واضح است که دست کم، طبقه اول، حتماً حین انعقاد عقد وقف باید موجود باشند. برای روشن تر شدن مطلب، در اینجا اقسام وقف بر حسب نبودن موقوف علیهم را که فقها از آن به وقف منقطع (وقف بر معدوم) تعبیر کرده اند، بررسی می کنیم:

الف) وقف منقطع الاول: در این عقد، معدوم در طبقه اول از موقوف علیهم قرار دارد. واقف

ابتدا به وقف بر معدوم و سپس به وقف بر موجود تصریح می‌کند؛ مانند آنکه واقف بگوید: «وقف کردم بر فرزند مرده زید و بعد از آن بر زید که موجود و زنده است».

ب) وقف منقطع‌الوسط: در این قسم از وقف بر معدوم، واقف، مالی را بر فرد موجود و سپس بر فرزندان موقوف‌علیه موجود وقف می‌کند؛ درحالی که آن فرد هنوز اولادی ندارد و موقوف‌علیه موجود پیش از آنکه صاحب فرزند شود، فوت می‌کند.

ج) وقف منقطع‌الآخر: این‌گونه وقف، زمانی صورت می‌گیرد که واقف، مالی را برای فرزندان و سپس برای اولاد آن‌ها به همین ترتیب وقف می‌کند؛ اما پس از گذشتن چند نسل، هیچ فرزندی از نسل وی باقی نمی‌ماند (موسوی اصفهانی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۲۵۱).

فقه‌ها تصریح کرده‌اند که عقد وقف در حالت‌های منقطع‌الاول و منقطع‌الوسط بودن موقوف‌علیه، باطل است؛ ولی در حالت وقف منقطع‌الآخر می‌توان به صحت چنین عقدی حکم داد؛ بنابراین، چنان‌که گفتیم، موقوف‌علیه باید هنگام انشای عقد وقف، موجود باشد و در نتیجه، وقف بر معدوم به صورت ابتدایی، باطل خواهد بود. شایان ذکر است که مراد از صحت وقف بر معدوم در وقف منقطع‌الآخر، وقف بر کسی است که امکان دارد در آینده وجود داشته باشد؛ هرچند در زمان عقد وقف، موجود نیست؛ لذا بدیهی است که وقف بر معدوم به معنای وقف بر میت، بلاشک، باطل خواهد بود.

۲-۱-۱. دلیل دوم: اهلیت نداشتن جنین

برخی دیگر از فقهای امامیه جنین را موجود دانسته‌اند؛ اما از آنجا که او نمی‌تواند مال یا منفعتی را مالک شود، آنان به بطلان وقف ابتدایی بر وی حکم داده‌اند؛ مثلاً شهید ثانی در مسالک الأفهام *إلى تنقيح شرایع الإسلام* نوشته است: «تَفْرِيعُ الْحَمْلِ عَلَى الْمَعْدُومِ لَا يَخْلُو مِنَ التَّجَوُّزِ لِأَنَّهُ فِي نَفْسِهِ مَوْجُودٌ غَايَتُهُ إِسْتِثَارُهُ وَإِنَّمَا يُشَارِكُهُ فِي الْحُكْمِ بَعْدَ صِحَّةِ الْوَقْفِ عَلَيْهِ مِنْ جِهَةِ الْآخِرَى وَهِيَ عَدَمُ أَهْلِيَّتِهِ لِلْمَمْلُوكِ» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۵، ص ۳۲۷). ایشان در حاشیه شرایع الإسلام نیز بر نظر علامه حلی در خصوص معدوم بودن جنین اشکال گرفته و نوشته است: «تَفْرِيعُ الْحَمْلِ عَلَى الْمَعْدُومِ لَا يَخْلُو مِنَ تَجَوُّزِ لَأَنَّهُ فِي نَفْسِهِ مَوْجُودٌ غَايَتُهُ إِسْتِثَارُهُ وَإِنَّمَا يُشَارِكُهُ فِي الْحُكْمِ بَعْدَ صِحَّةِ الْوَقْفِ عَلَيْهِ مِنْ جِهَةِ الْآخِرَى وَهِيَ عَدَمُ أَهْلِيَّتِهِ لِلْمَمْلُوكِ» (شهید ثانی، ۱۴۲۲ق، ص ۵۲۱). این بیان نشان می‌دهد که شهید

ثانی تعبیر به معدوم بودن جنین را مجاز و مسامحه دانسته و درنهایت، آن را مخفی و مستتر قلمداد کرده است؛ نه معدوم.

مؤلف *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه* نیز قائل به همین نظر است^۱ (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۱، ص ۵۵۸). به عقیده او نباید جنین را در زمره معدومان به شمار آورد؛ زیرا این کار، نوعی مسامحه در تعبیر است؛ چون جنین در واقع وجود دارد؛ ولی پنهان است و علت آنکه همچون معدومان، بی بهره از وقف و در حکم معدومان است، تنها اهلیت نداشتن وی برای ملکیت است. وقف نیز بنابر اختلافی که در این مسئله وجود دارد، یا تملیک عین و منفعت با هم است و یا تملیک عین به تنهایی و در هر دو صورت، جنین توانایی مالک شدن هیچ یک را ندارد. مؤلف *ریاض المسائل* نیز تعبیری نزدیک به این را در کتاب خود دارد^۲ (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۰، ص ۱۳۱).

برخی صاحب نظران به این مسئله ایراد گرفته و گفته اند: «چگونه وصیت به نفع جنین، صحیح است و سهم وی از میراث کنارگذاشته می شود و حتی جنایت بر حمل، مستوجب دیه است؛ اما وقف به نفع وی باطل است؟» (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹ق، ص ۴۸-۴۹). فقها به این اشکال، به دو صورت جواب داده اند:

نخست، آنکه علت بطلان وقف ابتدایی بر جنین، فقدان اهلیت تملک اوست؛ اما از آنجا که نوع تملک در عقد وقف با عقود دیگری همچون وصیت و ارث تفاوت دارد، جنین می تواند وارث و موصی له واقع شود؛ چون در وصیت و ارث، تملک در زمان آینده و پس از فوت موصی و مورث صورت می گیرد؛ حال آنکه در عقد وقف، تملیک در زمان حال تحقق می یابد؛ لذا شرط است که پذیرنده وقف، در زمان انشای عقد وقف، اهلیت تملک داشته باشد و از آنجا که حمل، فاقد این ویژگی است، نمی تواند موقوف علیه واقع شود (طباطبایی، ۱۳۷۹ق، ج ۳، ص ۳۰۹-۳۱۰). علامه حلی نیز در پاسخ به ایراد مطرح شده، چنین استدلال کرده که وقف،

۱. وَفِيهِ مُسَامَحَةٌ لَّأَنَّهُ فِي نَفْسِهِ مَوْجُودٌ؛ لَكِنَّهُ مُسْتَتَرٌّ، وَإِنَّمَا يُشَارِكُهُ فِي الْحُكْمِ بِعَدَمِ صِحَّةِ الْوَقْفِ مِنْ جِهَةِ أُخْرَى وَهِيَ عَدَمُ أَهْلِيَّتِهِ لِلتَّمْلِيكِ.. لِأَنَّ الْوَقْفَ إِذَا تَمْلِكُ الْعَيْنَ وَالْمَنْفَعَةَ وَإِنَّمَا تَمْلِكُ الْمَنْفَعَةَ فَقَطَّ عَلَى اخْتِلَافِ الرَّأْيَيْنِ، وَالْحَمْلُ لَا يُصْلِحُ لِشَيْءٍ مِنْهُمَا.

۲. «إِسْتِزَامُ الْوَقْفِ إِنْتِقَالَ الْمَنْفَعَةِ خَاصَّةً أَوْ مَعَ الْعَيْنِ وَلَيْسَ أَحَدٌ مِمَّنْ تَقَدَّمَ بِقَابِلٍ لِلْإِنْتِقَالِ إِلَيْهِ».

تسلیط فعلی است و در حمل، تسلیط فعلی معقول نیست؛ حال آنکه در وصیت، تسلیط در آینده، موردنظر است؛ همچنین مالکیت جنین بر ارث از نوع تام نیست؛ بلکه متزلزل و متوقف بر زنده متولد شدن اوست؛ بنابراین، قیاس وقف با وصیت و ارث از نوع مع الفارق و باطل است^۱ (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۴۲۸)؛ مثلاً در *الأنوار اللوامع*، همین نکته از *مفاتیح الشرایع* فیض کاشانی ذکر شده است^۲ (آل عصفور، ۱۳۷۲، ج ۱۳، ص ۲۸۳) و نزدیک به همین تعبیر را مؤلف *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه* نیز دارد: «وَإِنْ صَلَحَ لِلْوَصِيَّةِ لِأَنَّهَا تَعَلَّقُ بِالْمُسْتَقْبَلِ وَلَيْسَ فِيهَا نَقْلٌ فِي الْحَالِ، وَالْوَقْفُ تَسْلِيطٌ عَلَى الْمَلِكِ فِي الْحَالِ. فَيَشْتَرِطُ فِيهِ أَهْلِيَّةُ الْمُتَقَلِّ إِلَيْهِ لِلْمَلِكِ فَافْتَرَقَا» (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۱، ص ۵۵۸).

دوم، آنکه حکم صحت وصیت بر جنین یا وراثت او از نوع استثنایی و خلاف قاعده محسوب می‌شود و دلیل آن، ادله خاص وارد شده در این حوزه است. صاحب‌جواهر درباره این مسئله نوشته: «وَإِنْ كَانَ مَوْجُوداً أَوْ صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ وَعَزَلَ الْمِيرَاثُ لَهُ، إِلَّا أَنَّهُ بِحُكْمِ الْمَعْدُومِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْوَقْفِ» (صاحب‌جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۲۷). درست است که جنین، موجود و وصیت برای او صحیح است و سهمش از میراث جدا می‌شود تا وی به دنیا بیاید؛ اما در بحث وقف، جنین در حکم معدوم است و ملکیتش در میراث یا وصیت درحالی که اهلیت تملک ندارد، خلاف قاعده و مبتنی بر دلیل خاص است؛ مانند دیه که در آن نیز جنین درواقع، مالک چیزی نمی‌شود تا با وقف قیاس شود.

۳-۱-۱. دلیل سوم: امکان پذیر نبودن اخذ قبولی موقوف علیه

برخلاف وقف عام، در وقف خاص، موقوف علیهم، محصور، محدود و معین هستند (داراب‌پور، ۱۳۹۱، ص ۲۵۸). وجه تمایز دو قسم مذکور در بحث ما آن است که در وقف خاص، اخذ قبولی از موقوف علیه یا دست‌کم از طبقه اول ایشان شرط صحت عقد به‌شمار می‌آید و عنصری

۱. «وَلَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَى الْحَمْلِ لِعَدَمِ تَبَيُّنِ حَيَاتِهِ بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ فَإِنَّهَا تَصَحُّ لَهُ لَأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَعَلَّقُ بِالْمُسْتَقْبَلِ وَالْوَقْفُ تَسْلِيطٌ فِي الْحَالِ».
 ۲. فَلَا يَصِحُّ [وَقْفٌ] عَلَى الْمَعْدُومِ الْمَحْضِ أَوْ عَلَى مَنْ هُوَ بِمَنْزِلَتِهِ كَالْحَمْلِ الَّذِي لَمْ يَنْفَصِلْ وَإِنْ كَانَ مَوْجُوداً؛ لَكِنَّهُ قَدْ شَارَكَهُ فِي الْحُكْمِ بَعْدَ صِحَّةِ الْوَقْفِ عَلَيْهِ وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْوَقْفِ عَلَيْهِ وَالْوَصِيَّةِ لَهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَعَلَّقُ بِالْمُسْتَقْبَلِ وَلَيْسَ فِيهَا نَقْلٌ فِي الْحَالِ بِخِلَافِ الْوَقْفِ. فَإِنَّهُ تَسْلِيطٌ عَلَى الْمَلِكِ فِي الْحَالِ بِشَرَطِ أَهْلِيَّةِ الْمُتَقَلِّ لَهُ.

ضروری است؛ درحالی که در وقف عام، اخذ قبولی از تمامی موقوف‌علیهم امکان‌پذیر نیست؛ بنابراین، حاکم به نمایندگی ازطرف عموم، قبولی را بیان می‌کند (ریاحی سامانی، ۱۳۷۸، ص ۷۶). به‌عنوان مصداق شایع وقف خاص، وقف بر اولاد را می‌توان ذکر کرد که در ماده ۵۶ قانون مدنی به آن اشاره شده است.

نظر به اینکه وقف بر جنین از نوع وقف خاص و تابع قوانین آن است، قبول وی شرط در صحت عقد وقف خواهد بود؛ بنابراین، در عقد وقف، مانند تمامی عقود، ابراز دو اراده ضرورت دارد: یکی واقعی که ایجاب می‌کند و دیگری موقوف‌علیهمی که قبول می‌کند. از آنجا که جنین به‌لحاظ معدوم یا دست‌کم، مستوربودن، توانایی قبول وقف را ندارد، می‌توان گفت وقف بر او از این جهت هم باطل است و ولی نیز نمی‌تواند از جانب وی عقد وقف را بپذیرد؛ چون ولی پس از تولد جنین بر او ولایت خواهد یافت و قبل از آن نمی‌توان گفت کسی بر جنینی که دارای وجود متزلزل است، ولایت دارد. در صورت شک در این مطلب نیز نبود ولایت استصحاب می‌شود. شیخ طوسی با بیان این مسئله که جنین معدوم است؛ حال آنکه در وقف، قبولی موقوف‌علیهم ضرورت دارد و جنین نمی‌تواند قبولی را بگوید، فرموده است ولایت بر جنین پیش از تولد او قابل اثبات نیست (طوسی، ۱۳۶۳ق، ج ۳، ص ۲۹۲).

۴-۱-۱. دلیل چهارم: اجماع

آخرین دلیل و مستند معتقدان به دیدگاه بطلان وقف ابتدایی بر جنین، اجماع فقها بر این مطلب است. این مسئله با عباراتی همچون «وجود اجماع» (صاحب‌جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۲۲)، «عدم خلاف» (طوسی، ۱۳۶۳ق، ج ۳، ص ۲۹۲) و «اتفاق فقها» (طباطبایی، ۱۳۷۹ق، ج ۲، ص ۱۴) در کلام برخی صاحب‌نظران مطرح شده و صاحب‌جواهر درباره آن نوشته است: «بَلْ فِيهِ (السَّرَائِرِ) أَيْضاً وَ مُحْكِي الْمَبْسُوطِ نَفَى الْخِلَافِ عَنْ عَدَمِ صِحَّتِهِ عَلَى الْمَعْدُومِ الَّذِي لَمْ يَوْجَدْ بَعْدَ وَالْحَمْلِ وَالْعَبْدُ؛ بَلْ فِي الْأَخِيرِ أَيْضاً أَنَّ الَّذِي يَقْتَضِيهِ مَذْهَبُنَا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى الْمَجْهُولِ وَالْمَعْدُومِ» (صاحب‌جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۲۸، ص ۲۷). آنچه از السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی ابن‌ادریس و المبسوط فی فقه الإمامیه شیخ طوسی نقل شده، دالّ بر نفی اختلاف در صحت‌نداشتن وقف بر معدوم و جنین است. در المبسوط فی فقه الإمامیه آمده که این حکم، اقتضای قواعد و مذهب

است و همه این ادله، اضافه بر این دلیل اند که اقتضای عقد وقف، تملک است و جنین قابلیت تملک ندارد و نسبت به عقد وقف در حکم معدوم است.

۲-۱. قول دوم: صحت وقف برای جنین

باورمندان به این دیدگاه با تردید در ادله تأییدکننده دیدگاه نخست و اقامه برخی دلایل دیگر معتقدند جنین می تواند در عقد وقف، ابتدائاً موقوف علیه واقع شود. مؤلف کتاب *تکملة العروة الوثقی* از طرفداران این دیدگاه است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۲۱۰). وی ضمن بیان ادله خود، نظر کسانی را که وقف برای جنین را صحیح نمی دانند، سست و بی اساس خوانده است و برخی علمای معاصر و مراجع تقلید حاضر شیعه همچون آیت الله سیستانی از این نظریه تبعیت کرده اند. آیت الله سیستانی صراحتاً به جواز وقف بر جنین فتوا داده اند (حسینی سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۶۳). برخی فقهای اهل سنت درباره این مسئله معتقدند چنانچه واقف بر جنین و کسانی که پس از او متولد می شوند، وقف کند و مثلاً بگوید: «این زمین را برای فرزندانم و بر فرزندی که برایم متولد می شود، وقف کرده ام و پس از آن ها برای فقرا وقف کردم»، جنین وقفی صحیح است. از میان پیروان اهل تسنن، علمای مالکی از دیدگاه دوم پیروی کرده و معتقدند جنین، صلاحیت تملک منفعت محض و خالص را دارد و بر این اساس، وقف کردن بر وی صحیح خواهد بود (ابن قدامه، ۱۴۰۴ق، ج ۸، ص ۲۰۱؛ ابن رجب، ۱۴۱۳ق، ص ۱۷۵). این دیدگاه در میان حقوق دانان نیز طرفدارانی دارد. مطابق دیدگاه مورد بحث، لفظ «حقوق مدنی» در ماده ۹۵۷ قانون مدنی اطلاق دارد و بلاشک، حقوقی همچون موقوف علیه واقع شدن جنین را شامل می شود. دکتر امامی در مباحث خود تصریح کرده است: «حمل، موجود شناخته می شود و وقف بر او صحیح است؛ چنانچه ارث می برد و می توان نسبت به او وصیت نمود» (امامی، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۷۹). مطابق این نظر، امکان پذیرش برخی تعهدات به نفع جنین از قبیل بیمه عمر، حق انتفاع، وصیت تملیکی و عهدي، و وقف وجود دارد (ملائی، ۱۴۰۱، ص ۲). در ادامه، ادله این گروه را بررسی می کنیم:

۲-۱-۱. دلیل اول: برخورداری جنین از حق تملک به طور مطلق

مؤلف *تکملة العروة الوثقی* در تلاش برای اثبات موضع خود گفته حمل، موجود است و این

ادعا که جنین اهلیت تملک ندارد، بی‌اساس است؛ زیرا تفاوتی میان حمل و طفل شیرخوار نیست؛ به‌ویژه زمانی که تولد حمل نزدیک است؛ به‌علاوه، دلیل منوط‌بودن ارث جنین بر زنده متولدشدن وی نه قابلیت‌نداشتن او برای تملک، بلکه صرفاً وجود دلیل خاص است؛ لذا نمی‌توان موضوع ارث برای جنین را با مسئله وقف برای وی قیاس کرد. این صاحب‌نظر حتی شرط زنده متولدشدن جنین به‌منظور برخورداری از حقوق مدنی را درخصوص عقد وصیت نیز لازم ندانسته و معتقد است این شرط، تنها درباره ارث جنین مطرح می‌شود و علت آن، وجود نص خاص در این زمینه است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۲۱۰).

در نقد و بررسی مطلب ذکرشده می‌توان گفت این ادعای مؤلف تکملة العروة الوثقی در اثبات اهلیت جنین که نظر مخالفان را بی‌اساس خوانده، مصادره به مطلوب به‌شمار می‌آید و قیاس جنین با طفل شیرخوار نیز در فقه امامیه مردود است؛ افزون‌بر آن، فرق است بین شیرخواری که اهلیت تمتع و حیات مستقر دارد با جنینی که دارای هیچ‌یک از آن‌ها نیست. پاسخ به قیاس عقد وقف با وصیت و... در بررسی دیدگاه اول مطرح شد.

۲-۱. دلیل دوم: تملیکی نبودن وقف

ممکن است در رد دیدگاه اول گفته شود وقف، تملیک نیست؛ با این توضیح که هم‌زمان با انعقاد عقد وقف، مالکیت بر عین موقوفه از واقف سلب می‌شود؛ اما این مسئله با ورود عین موقوفه در مالکیت موقوفه‌علیه ملازمه‌ای ندارد؛ همان‌گونه که در ماده ۵۵ قانون مدنی آمده: «وقف عبارت است از اینکه عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود»؛ لذا وقف، نوعی حبس مؤبد است؛ نه انتقال مالکیت. در این عقد از ورود عین موقوفه به مالکیت موقوفه‌علیه صحبتی نشده است؛ لذا مال موقوفه پس از خروج از ملکیت واقف، به‌عنوان شخصیت حقوقی مستقل، حیات خود را ادامه می‌دهد (مدنی، ۱۳۸۲، ص ۲۸۶)؛ بنابراین، دیگر مشمول عنوان مال نیست تا به‌دنبال مالک آن باشیم و جنین را با این استدلال که اهلیت ندارد، از موقوفه‌علیه واقع‌شدن، محروم بدانیم.

در نقد و بررسی این مطلب می‌توان گفت چنان‌که در دلیل دوم از دیدگاه اول نیز گفتیم، به‌نظر فقها وقف از دو حال خارج نیست: یا تملیک عین و منافع است و یا تنها تملیک منافع عین موقوفه. حتی اگر بپذیریم که عین موقوفه به ملک موقوفه‌علیه در نمی‌آید، بالاخره

موقوف علیه باید بتواند منافع آن را مالک شود که در مفروض، جنین، اهلیت تملک منافع را نیز ندارد.

۳-۲-۱. دلیل سوم: جایگزینی قبول ولی یا حاکم برای جنین

ممکن است گفته شود حتی اگر نظر مخالفان درباره اشتراط اعلام قبولی ازسوی موقوف علیه را بپذیریم، به موضوع وقف بر جنین، لطمه ای وارد نخواهد شد؛ زیرا جنین مانند موقوف علیه، محجوری است که صلاحیت قبول وقف را ندارد؛ اما به جواز اعلام قبولی ازسوی ولی حکم داده می شود. در فرض حضورنداشتن ولی نیز حاکم جامعه به عنوان ولی عام به قبولی اقدام خواهد کرد و بدین ترتیب، مشکلی در این زمینه وجود نخواهد داشت؛ چنان که درخصوص دیگر عقود مانند هبه به جنین هم اعلام قبولی ازسوی ولی او بلاشکال خواهد بود.

در نقد و بررسی این مطلب می توان گفت مسلماً این دلیل نیز مصادره به مطلوب و قیاس باطل است؛ زیرا اولاً محجوران به رغم نداشتن اهلیت استیفا دارای اهلیت تمتع هستند و می توانند مالک یا طلبکار شوند؛ حال آنکه به تصریح فقها و معتقدان به دیدگاه اول، جنین حتی اهلیت تمتع نیز ندارد تا ولی بتواند ازجانب او قبول کند؛ ضمناً چنان که پیشتر نیز گفتیم، درباره جنین، ولایتی ثابت نیست تا بتوان آن را اعمال کرد و اصل عدم ولایت و استصحاب در این مورد، مؤید است.

۳-۲-۲. دلیل چهارم: ثبوت فی الجملة صحت وقف بر جنین

ممکن است این استدلال مطرح شود که براساس تصریح همه فقها وقف بر جنین به تبع موجودین وقف منقطع الآخر، صحیح است؛ کما اینکه قانون گذار در ماده ۶۹ قانون مدنی، صراحتاً گفت: «وقف بر معدوم، صحیح نیست؛ مگر به تبع موجود»؛ بنابراین می توان گفت شارع، وقف بر جنین را باوجود اهلیت نداشتن یا معدوم بودنش ممکن دانسته است؛ پس در دیگر موارد همچون وقف ابتدایی بر او نیز با همان ملاک، وقف صحیح خواهد بود؛ چون می توانیم همان دلایلی را که به وسیله آنها صحت وقف برای معدوم به تبع موجود را اثبات می کنیم، درخصوص وقف معدوم بالاستقلال نیز بیان کنیم؛ در نتیجه، وقف بر جنین به صورت ابتدایی نیز صحیح است. در نقد و بررسی این مطلب می توان گفت کاملاً روشن است که این بیان، قیاس مردود فقهی

است و صحت وقف بر جنین به تبع موجودین، ادله خاص خود را دارد و مورد اتفاق فقهاست؛ علاوه بر آن، ضمیمه کردن جنین به موجودین، خود، مسوغ این جواز است. مؤلف دلیل تحریر *الوسیله* در پاسخ به اشکال قیاس حکم وقف ابتدایی بر جنین با حکم وقف بر جنین در صورتی که به موجودین ضمیمه شده باشد، نوشته است: «... وَبَعْضُهَا - وَهُوَ الْوَجْهُ الثَّانِي - مَرْدُودٌ بِأَنَّ الْوَقْفَ عَلَى الْبُطُونِ مُنْضَمًّا إِلَى الْمَوْجُودِينَ مَرْدُودٌ الْإِسْتِثْنَاءِ بِإِجْمَاعِ الْأَصْحَابِ مَعَ وَجُودِ الْفَارِقِ وَهُوَ ضَمُّ» (سیفی، ۱۴۳۰ق، ص ۳۲۵). این قیاس مردود است؛ چون وقف بر جنین منضم به موجود، به دلیل اجماع، استثنا واقع شده و این قیاس به علت وجود فرق بین این دو مورد که همان انضمام است، مع الفارق محسوب می شود.

۵-۲-۱. دلیل پنجم: اجماعی نبودن حکم بطلان وقف برای جنین

به تعبیر مؤلف *تکملة العروة الوثقی*، اگر اجماع فقها بر صحیح نبودن وقف برای معدوم وجود نداشت، نظر آقا آن می شد که چنین وقفی صحیح باشد؛ هر چند تحقق اجماعی که کاشف از قول معصوم باشد، با وجود این دلایل سست و ناتوان، بسیار مشکل به نظر می رسد. به طور کلی، در این زمینه، اجماع محصل نداریم و اجماع منقول نیز حجیت ندارد و نمی تواند مبنایی معتبر برای صدور این حکم باشد.

در نقد و بررسی این مطلب می توان گفت اشکال مطرح شده علی المبناست و به دیدگاه فرد در خصوص اجماع و حجیت آن بستگی دارد؛ هر چند بنابه عدم حجیتش نیز اجماع می تواند مؤیدی قوی برای پیروان دیدگاه نخست باشد؛ افزون بر آن، جز مؤلف *تکملة العروة الوثقی* که از فقهای معاصر است، مخالف قابل توجهی مخصوصاً در میان فقهای متقدم در برابر دیدگاه نخست وجود ندارد.

۲. تحلیل و بررسی ماده هفتاد از قانون مدنی

قانون گذار درباره وقف بر حمل به صورت ابتدایی اظهار نظر صریحی نکرده و در ماده ۶۹ از قانون مدنی، وقف بر معدوم را به تبع موجود، صحیح دانسته است. باید به این نکته توجه کنیم که تبعیت معدوم از موجود به دو حالت امکان پذیر است: نخست، آنکه معدوم و موجود در طول یکدیگر قرار گرفته اند؛ مثلاً موقوف علیه موجود در رده اول و موقوف علیه معدوم در رده بعدی

واقع شده و رابطه این دو نفر از نوع طولی است؛ دوم، آنکه موقوف علیه موجود و معدوم، هردو در یک طبقه قرار دارند و به عبارت دیگر، وقف بر موجود و معدوم، معاً واقع می شود؛ لذا جنین و دیگر موقوف علیهم در عرض یکدیگر قرار دارند؛ نتیجتاً در قسم نخست، میان موقوف علیهم، حالت ترتیب و در قسم دوم، حالت اشتراک میانشان حاکم خواهد بود (قبله ای خوئی، ۱۳۸۹، ص ۲۲).

موضوع ماده ۶۹ قانون مدنی^۱ که وقف برای معدوم را به شرط تبعیت از موجود، صحیح می داند، در جایی است که میان معدوم و موجود، حالت ترتیب وجود داشته باشد و به عبارتی موجود و معدوم در طول یکدیگر قرار گیرند؛ لذا تنها در این حالت، وقف برای معدوم، صحیح خواهد بود؛ اما با توجه به مضمون ماده هفتاد از قانون مدنی^۲، چنانچه وقف بر موجود و معدوم، معاً واقع شود و هردو در یک طبقه قرار گیرند و رابطه آنها از نوع عرضی باشد، وقف نسبت به سهم موجود، صحیح و نسبت به سهم معدوم، باطل خواهد بود.

در پی استقرا در نظرات برخی فقها نتیجه می گیریم وقف بر معدوم حتی در مواردی که رابطه میان موقوف علیهم معدوم و موجود از نوع عرضی باشد نیز صحیح است و صحت وقف، تنها متوقف بر عنصر تبعیت خواهد بود؛ نه نوع تبعیت؛ خواه معدوم در طول موجود قرار گرفته باشد و خواه در عرض وی؛ لذا آنچه در وقف برای جنین حتی در صورت رد امکان وقف ابتدایی اهمیت دارد، رکن تبعیت است؛ نه نوع آن. مؤلف تکملة العروة الوثقی معتقد است حتی در صورت وجود داشتن رابطه عرضی میان موجود و معدوم، وقف برای معدوم، صحیح است و به اعتبار آن، خدشه ای وارد نخواهد شد. او پس از بیان حکم صحت وقف ابتدایی برای جنین، در خصوص حکم وقف بر معدوم به تبع موجود نوشته است: «فَإِنَّهُمْ يَجُوزُ لَهُ كَمَا إِذَا وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ مَوْجُودِينَ وَمَنْ سَيُوجَدُ مِنْهُمْ وَكَمَافِي سَائِرِ الْبُطُونِ الْأَحْقَةِ» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۲۱۰). به عقیده وی چنانچه

۱. ماده ۶۹ قانون مدنی: «وقف بر معدوم، صحیح نیست؛ مگر به تبع موجود».

۲. ماده ۷۰ قانون مدنی: «اگر وقف بر موجود و معدوم، معاً واقع شود، نسبت به سهم موجود، صحیح و نسبت به سهم معدوم، باطل است».

واقف، مالی را بر فرزندان موجود خود و فرزندانی که در آینده به وجود می آیند، به طور عرضی و بدون بیان ترتیب میان موقوف علیهم وقف کند، عقد وقف برای هردو گروه، جایز و صحیح خواهد بود؛ زیرا در بیان حکم صحت و جواز از ضمیر «هم» استفاده شده است که به هردو گروه باز می گردد و به عقد وقف بر معدوم و موجود، صحت می بخشد (حسینی روحانی، ۱۳۸۷، ج ۱۵، ص ۳۴۷).

یافته‌های پژوهش

براساس آنچه در این مقاله گفتیم:

الف) در متون قانونی در زمینه وقف بر جنین به صورت ابتدایی، حکمی صریح بیان نشده است؛ لذا با توجه به ابهام و سکوت قانون‌گذار و با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، مراجعه به منابع اسلامی و فتاوی معتبر ضرورت می یابد. به دنبال تتبع در نظرات فقها و مراجع، به وجود دودستگی و نظرات متقابل در این زمینه پی می بریم؛ بدین شرح که گروهی وقف ابتدایی بر جنین را صراحتاً باطل دانسته و در مقابل، گروهی دیگر، آن را صحیح و نافذ قلمداد کرده اند. ب) طرفداران نظریه اخیر به منظور اثبات دیدگاه خود کوشیده اند ادله مطرح شده برای اثبات بطلان وقف ابتدایی بر جنین را بی اثر کنند. به عقیده آنان، اگر مردود بودن این استدلال ها اثبات شود، دلیلی برای باطل بودن چنین وقفی وجود ندارد و وقف برای جنین، ولو به صورت ابتدایی، کاملاً صحیح و نافذ است. این دیدگاه حتی از سوی برخی دکترین های حقوقی نیز پذیرفته شده و ظاهر عبارت ماده ۹۵۷ قانون مدنی و اطلاق لفظ «حقوق مدنی» در این ماده، چنین تصویری را ایجاد کرده است.

ج) در مقابل، با توجه به ادله مذکور و استدلال های مطرح شده می توان گفت اکثر فقها با استناد به دلایلی همچون معدوم بودن جنین و معقول نبودن تملک وی، اهلیت نداشتن جنین و قابلیت نداشتن تملک فعلی او، امکان پذیر نبودن اخذ قبولی جنین به عنوان موقوف علیه و اجماع، وقف ابتدایی بر جنین را باطل دانسته اند و صحت وصیت برای جنین نیز دلیل بر نقض این حکم نخواهد بود؛ زیرا این قیاس از نوع مع الفارق است و جنین هر چند موجود باشد، همچون معدوم نمی تواند موقوف علیه ابتدایی در عقد وقف واقع شود؛ لذا در زمینه وقف ابتدایی بر جنین حتی در فرض موجود تلقی کردن او نمی توان به صحت چنین عقد وقفی حکم داد؛ چون مهم تر

از اثبات موجود بودن یا نبودن جنین، اهلیت اوست که متأسفانه در فرض مورد بحث، جنین از آن برخوردار نیست و به همین دلیل نمی‌تواند موقوف علیه قرار گیرد. تتبع در مواد قانونی نشان می‌دهد قانون‌گذار نیز خواسته است از این طریق، با نظر مشهور فقها همراه شود؛ اما با توجه به اعلام نکردن موضع صریح و سکوت در فرض مورد بحث پیشنهاد می‌شود در قالب یک ماده مستقل و متمایز، حکم وقف ابتدایی برای جنین اعلام شود و دیگر برای اثبات حکم بطلان جنین وقفی، ماده ۶۹ قانون مدنی مورد استناد قرار نگیرد.

منابع

قرآن کریم.

- آل‌عصفور، حسین بن محمد (۱۳۷۲). *الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرایع (اللفیض)* (جلد ۱۳). قم: مجمع البحوث العلمية.
- ابن‌ادریس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۱ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی* (جلد ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن‌رجب، عبدالرحمان بن شهاب‌الدین (۱۴۱۳ق). *قواعد ابن‌رجب*. بیروت: دار الکتب العلمية.
- ابن‌زهره، حمزة بن علی (۱۴۱۷ق). *غنیة النزوع إلى علمی الأصول والفروع*. قم: مؤسسة الإمام الصادق (ع).
- ابن‌عابدین، محمد امین (۱۳۸۹ق). *حاشیة ابن‌عابدین* (جلد ۳). بیروت: دار الفکر.
- ابن‌فارس، ابوالحسین (۱۴۰۴ق). *معجم مقاییس اللغة* (جلد ۶). قم: مکتب الاعلام الإسلامی.
- ابن‌قدامه، عبدالله بن احمد (۱۴۰۴ق). *المغنی* (جلد ۸). بیروت: دار الفکر.
- ابن‌منظور، محمد بن مکرم (۱۴۰۵ق). *لسان العرب* (جلد ۹). قم: أدب الحوزة.
- اسدی؛ محمد؛ نوذری فردوسی، محمد؛ و امیدی فرد، عبدالله (۱۳۹۸). *حقوق مدنی جنین در نظام خانواده*. دوفصلنامه مطالعات فقهی- حقوقی زن و خانواده، ۲(۴)، ۱۱۳-۱۳۹.
- امامی، سید حسن (۱۳۸۴). *حقوق مدنی* (جلد ۱). تهران: اسلامیة.
- باقری‌نسب، نکتم (۱۳۹۱). *رحم جایگزین در درمان ناباروری از دیدگاه پزشکی، فقهی و حقوقی*. تهران: جاودانه، جنگل.

- بیهقی کیدری، قطب‌الدین (۱۴۱۶ق). *إصباح الشیعة بمصباح الشریعة*. قم: مؤسسة الإمام الصادق (ع).
- حسینی روحانی، سید محمدصادق (۱۳۸۷). *فقه الصادق* (جلد ۱۵). قم: شروق.
- حسینی سیستانی، سید علی (۱۴۱۷ق). *منهاج الصالحین* (جلد ۲). قم: مکتب آیت‌الله سیستانی.
- حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۰۹ق). *الفقه*. بیروت: دار العلوم.

- حسینی عاملی، سید جواد بن محمد (۱۴۱۹ق). *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة* (جلد ۲۱). قم: دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- داراب‌پور، مهرباب (۱۳۹۱). *حقوق اموال و مالکیت*. تهران: جنگل.
- دانش‌پور، سید علی؛ و ریاحی سامانی، نادر (۱۳۸۹). *چرا و چگونه وقف کنیم؟*. تهران: سازمان چاپ و انتشارات.
- دسوقی، شمس‌الدین محمد (۱۹۷۷). *حاشیه‌الدسوقی علی الشرح الكبير* (جلد ۴). بیروت: دار الإحياء الكتب العربية.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق). *مفردات ألفاظ قرآن*. لبنان - سوریه: دار العلم - دار الشامیه.
- رهبر، رضا (۱۴۰۰). *واکاوای مبانی فقهی - حقوقی وقف بر جنین در فقه مذاهب اسلامی و قانون مدنی*. مجله علمی فقه، حقوق و علوم جزا، ۲۰، ۳۳-۲۶.
- ریاحی سامانی، نادر (۱۳۷۸). *وقف و سیر تحولات قانون‌گذاری در موقوفات*. شیراز: نوید.
- سیفی، علی‌اکبر (۱۴۳۰ق). *دلیل تحریر الوسيله: الوقف*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- شربینی، محمد (۱۴۱۵ق). *مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج* (جلد ۳). بیروت: دار الكتب العلمية.
- شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق). *اللمعة الدمشقية فی فقه الإمامیه*. لبنان: الدار الإسلامية.
- شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق). *الدروس الشرعية فی فقه الإمامیه* (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام* (جلد ۵). قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۲۲ق). *حاشیة شرائع الإسلام*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد (۱۴۱۴ق). *المحیط فی اللغة*. بیروت: عالم الكتب.
- صاحب‌جواهر، محمدحسن بن باقر (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام* (جلد ۲۸). لبنان: دار الإحياء التراث العربی.
- طباطبایی، سید علی بن محمد علی (۱۳۷۹ق). *ریاض المسائل فی بیان أحكام الشرع بالدلائل* (جلد ۲ و ۳). قم: آل البيت (ع) لإحياء التراث.
- طباطبایی، سید علی بن محمد (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل* (جلد ۱۰). قم: مؤسسة آل البيت - عليهم السلام.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۱۴ق). *تکملة العروة الوثقی* (جلد ۱). قم: داوری.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۶۳ق). *المبسوط فی فقه الإمامیه* (جلد ۳). تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق). *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى*. لبنان: دار الكتاب العربی.

- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). *الخلاص* (جلد ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳ق). *قواعد الأحكام فی معرفة الحلال والحرام* (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۴ق). *إرشاد الأذهان إلى أحكام الايمان* (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۲۰ق). *تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامية* (جلد ۳). قم: مؤسسة الإمام الصادق (ع).
- عمید، حسن (۱۳۶۳). *فرهنگ فارسی عمید* (جلد ۴ و ۵). تهران: امیرکبیر.
- قبله‌ای خویی، خلیل (۱۳۹۳). *مسائل مستحله*. تهران: سمت.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۱۸ق). *المختصر النافع فی فقه الإمامية* (جلد ۱). قم: مؤسسة المطبوعات الدينية.
- محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن (۱۴۲۳ق). *کفایة الأحكام* (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۸۲). *مقدمات و کلیات اموال و حقوق مالی وقف*. تهران: پایدار.
- معین، محمد (۱۳۸۱). *فرهنگ فارسی*. تهران: آدنا.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۲). *توضیح المسائل*. قم: مطبوعات هدف.
- ملکائی، مهدی (۱۴۰۱). *خوانش فقهی - حقوقی اهلیت جنین در نظام ایران با رویکردی به نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا*. دوفصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده، ۲۷(۷۶)، ۲۶۳-۲۹۲.
- موسوی اصفهانی، سید ابوالحسن (۱۳۸۰). *وسيلة النجاة* (جلد ۲). قم: مهر استوار.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۳۹۰ق). *تحریر الوسيلة* (جلد ۲). نجف: مطبعة الآداب.
- موسوی خویی، سید علی (۱۳۹۶ق). *مبانی تکملة المنهاج* (جلد ۲). قم: مدینه العلم.
- نایب‌زاده، عباس (۱۳۸۰). *بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی: مادر جانشین، اهدای تخمک/ جنین*. تهران: مجد.



The Right to a Child's Name in Iranian and American Law

Mahdi Mollaei¹

DOI:

10.30497/flj.2025.247280.2106



Abstract

In the jurisprudential–legal framework of family law, the right to name a child is entrusted to the parents, while the child also enjoys several entitlements concerning their name. A “name” is a multifaceted phenomenon encompassing cultural, historical, political, psychological, sociological, and legal dimensions, and in certain contexts—such as trade names—it carries economic implications that have evolved over time. Since the philosophy of law aims to regulate social phenomena, any legislative intervention regarding names inevitably affects these dimensions. Despite the significance of this issue, comprehensive research remains scarce, which highlights the necessity of the present study. Adopting a hermeneutic and comparative method with reference to American law, this research investigates the scope of a child's rights to a name. These rights include the right to choose a name, the right to an appropriate name, the right to a similar name, the right to register a name, the right to change a name, and the right to publicize a name. Both parents and discerning minors are entitled to exercise these rights. However, judicial practice in this area remains inconsistent, while existing legislation is fragmented and insufficient. Accordingly, it is recommended that legislators explicitly recognize these rights in civil registration, civil, and family protection laws, while also designating the competent authority for their enforcement. Furthermore, the Law on the Protection of Children and Adolescents should clearly identify the criminal dimensions of violations in this regard.

Keywords: right to a name; Iranian civil law; American civil law; child identity.

1. Assistant Professor, Department of Economics, Shahrud University of Technology, Shahrud, Semnan. Iran. Mahdi.Mollaie@shahroodut.ac.ir

حق بر نام کودک در حقوق ایران و آمریکا

مهدی ملائی^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۲۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۱۵

Doi: 10.30497/flj.2025.247280.2106

چکیده

در نظام فقهی حقوقی خانواده، حق نام‌گذاری کودکان به والدین کودک اعطا شده و کودک نیز حقوق متعددی بر نام خود دارد. «نام» یک پدیده چند وجهی فرهنگی، تاریخی، سیاسی، روان‌شناسی، جامعه‌شناسی و حقوقی است و گاهی در مقولاتی نظیر نام تجاری، آثار اقتصادی نیز دارد که در طول زمان متحول شده است. با عنایت به فلسفه حقوق که نظم بخشی به پدیده‌هاست، هر نوع قاعده‌گذاری درخصوص نام‌ها، وجوه فوق را تحت تأثیر قرار می‌دهد. به رغم اهمیت آثار فوق، تاکنون مطالعات جامعی در این خصوص صورت نگرفته است که ضرورت پژوهش حاضر را مضاعف می‌کند. سؤال اصلی آن است که دامنه «حقوق بر نام» کودک تا کجاست و چگونه حقوق فوق، استیفاء و تضمین می‌شود؟ نگارنده ضمن استفاده از روش هرمنوتیک به این باور رسیده است که دامنه حقوق بر نام کودکان گسترده است و حق انتخاب نام، حق داشتن نام مناسب، حق داشتن نام مشابه، حق ثبت نام، حق تغییر نام و حق تبلیغ نام، بخشی از مصادیق آن است. به نظر می‌رسد اولیای کودک و کودک ممیز، حق استیفاءی حقوق فوق را دارند؛ لیکن رویه قضایی در این خصوص منسجم نیست و نظام قانونی نیز، ناقص و مجمل است و نیاز به اصلاح دارد. پیشنهاد می‌شود قانونگذار در قوانین ثبت احوال یا مدنی یا حمایت خانواده، به طور صریح حقوق مزبور را به رسمیت بشناسد و مقام صالح برای استیفاء و دیگر تشریفات آن را مشخص کند و در قانون حمایت از اطفال و نوجوانان، مصادیق مجرمانه آن را تبیین کند. نگارنده دو ماده پیشنهادی را جهت تصویب مطرح کرده است.

کلیدواژه‌ها: حق بر نام، حقوق مدنی ایران، حقوق مدنی آمریکا، هویت کودک.

۱. استادیار گروه اقتصاد دانشگاه صنعتی شاهرود، شاهرود، سمنان، ایران. Mahdi.Mollaie@shahroodut.ac.ir

مقدمه

نام اهمیت زیادی دارد و به طور مستقیم بر رشد هویت و احساس به خود و تعلق کودکان تأثیر می‌گذارد. احساس به خود و احساس تعلق در کودکان بسیار مهم است؛ زیرا این عناصر تأثیرات پایداری بر رفاه و شکوفایی آنان دارند. نام‌ها فقط خطوطی در بالای کاغذ نیستند، بلکه آن‌ها یک هویت، احساس تعلق، تاریخ غنی و یک فرهنگ هستند. نام‌ها نخستین نشانه‌ای هستند که هویت یک شخص چیست (معینی‌فر، ۱۳۹۱، ص ۱۱۷). نام مفاهیم گسترده‌تری مانند عدالت، تنوع و برابری را در دل خود دارد. والدین و دیگر اشخاص به کودکان اطمینان می‌دهند که نام، داستان و فرهنگ آن‌ها مهم است و شایسته دیده شدن و تجلیل است (De La Peña, 2024, p 41).

در متون فقهی نیز به نام اهمیت زیادی داده شده است. طبق آیه ۳۱ سوره بقره، پروردگار همه نام‌ها را به حضرت آدم (ع) آموخت (طبری، ۱۴۱۲ ق، ج ۱، ص ۳۰۹). مطابق روایات، حضرت آدم (ع) فرزندان را از روز نخست تولد نام‌گذاری کرد. در ذیل آیات ۲۷ تا ۳۱ مائده، روایاتی وجود دارد که به اسامی فرزندان این پیامبر تصریح شده است. این مسئله نشان می‌دهد که فرهنگ نام‌گذاری کودک از زمان نخستین مولود انسان بر روی زمین سابقه داشته است. خداوند از قول حنه همسر عمران فرموده: «وَإِنِّي سَمَّيْتُهَا مَرْيَمَ» (آل عمران، ۳۶)؛ یعنی من او را مریم نام گذاردم. نام‌ها از اشخاص هم فراتر رفته است و امروزه برای هویت بخشی موجودات و متمایز کردن پدیده‌ها، نامی را برمی‌گزینند. رسول خدا (ص) فرمود: «کودکان سَقَط شده خود را نیز نام‌گذاری کنید؛ زیرا آنان پیشاهنگان شما به‌سوی بهشت هستند» (متقی، ۱۴۰۹ ق، ج ۱۶، ص ۴۲۰).

در نظام حقوقی خانواده، نام بخش مهمی از اوصاف شخصیت و معرف هویت فرد است (اسدی، ۱۳۸۷، ص ۲۶)؛ در نتیجه مهم و ضروری است که قواعد آن تبیین شود. در اینجا چند سؤال اساسی مطرح می‌شود: چه حقوقی بر نام کودک مترتب است؟ این حقوق چگونه و توسط چه کسی استیفا می‌شود؟ نظام قانونی و قضایی کشور تا چه میزان این حقوق را تضمین کرده است؟ تعارض حقوق عمومی و خصوصی در خصوص نام‌ها چگونه مرتفع می‌شود؟

حقیقت آن است که «نام» یک پدیده چند وجهی فرهنگی، تاریخی، سیاسی، روان‌شناسی، جامعه‌شناسی، معنوی، شرعی، حقوقی و اقتصادی است که در طول زمان متحول شده، و تکامل یافته است. با عنایت به فلسفه حقوق که نظم‌بخشی به پدیده‌هاست، هر نوع قاعده‌گذاری درخصوص نام‌ها، وجوه فوق تحت‌تأثیر قرار می‌گیرد. به رغم مراتب فوق و اهمیت آثار نام، تاکنون پژوهش‌های جامع در این خصوص صورت نگرفته است که ضرورت تحقیق حاضر را مضاعف می‌کند. نگارنده در مقام فرضیه معتقد هست حقوق متعددی بر نام مترتب است؛ از قبیل: حق تعیین نام، حق نام مناسب، حق مشابهت نام، حق ثبت نام، حق تغییر نام و حق تبلیغ نام، و اولیای کودک و خود وی به شرحی که در این تحقیق می‌آید، حق استیفای حقوق مذکور را دارند. نظام قانونی درخصوص حقوق نام مجمل است و نیاز به اصلاح دارد و رویه قضایی نیز منسجم نیست و تشتت آرا وجود دارد. نام به رغم ماهیت خصوصی که دارد، با مقوله نظم عمومی نیز مرتبط است؛ از این رو ضروری است بین هر دو مقوله توازن برقرار شود.

از نظر پیشینه تحقیق تا جایی که نگارنده تفحص کرده، در نظام حقوقی ایران مطالعات جامعی صورت نگرفته و صرفاً به صورت بخشی و جزئی، برخی از حقوق نام مانند حق تغییر نام بررسی شده است. در فقه نیز باب مستقلی به حقوق نام اختصاص داده نشده است؛ ولی در حقوق برخی از کشورها مانند آمریکا، مطالعات بیشتری صورت گرفته است. تبیین نظام‌مند «حقوق بر نام» برای نخستین بار، استفاده از روش ترکیبی تحلیل مضمون و هرمنوتیک و تطبیق با نظام حقوقی آمریکا، از نوآوری‌های پژوهش حاضر است.

مفهوم‌شناسی مصطلحات

- نام

نام در لغت لفظی است که بدان کسی یا چیزی را بخوانند (دهخدا، ۱۳۶۷، ج ۱۴، ص ۱۱۱۴) و مترادف آن شهرت، آوازه، صورت ظاهر، نشان (معین، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۱۹۰۴)، لقب، کنیه و اسم است (عمید، ۱۳۷۵، ص ۱۰۰۹). نام، اصطلاحی است برای شناسایی هر چیزی و لزوماً برای یک شیء واحد نیست و ممکن است به هویت و شناسایی دسته‌ای از

اشیاء اشاره داشته باشد. نام شخصی برای هویت بخشی به یک انسان است و در فرهنگ‌های مختلف، ساختاری متفاوت دارد و در ایران متشکل از نام و نام خانوادگی است (حلبی، ۱۳۶۶، ص ۸۷). نام ممکن است تجاری باشد و برای اهداف اقتصادی از استفاده شود که به آن شهرت تجاری یا برند نیز گفته می‌شود.

- حق

حق در لغت به معنای راست، درست، ثابت، واجب، عدل، یقین، انصاف، نصیب، بهره و ضد باطل است (معین، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۵۹۶) و در اصطلاح، اختیاری است که طبیعت، قانون، یا عرف به کسی داده است (عمید، ۱۳۷۵، ص ۴۵۸). از نظر علم حقوق «حق» اختیار، امتیاز، قدرت یا استیلائی است که قانون برای شخص حقیقی یا حقوقی به رسمیت می‌شناسد و به او اعطاء می‌کند و دیگران مکلف‌اند این اختیار و امتیاز را محترم بشمارند. در برابر هر حق، تکلیفی قرار دارد (سنه‌وری، ۱۳۹۱، ص ۱۴). حق دارای ضمانت اجراست و تخلف و اخلال در آن ممنوع، و مورد حمایت قانون است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۱۶). حق گاه موجب استیلائی دارنده حق بر یک شیء یا مال معین است که آن را حق شخصی نامند و گاه باعث ایجاد تعهد و التزام شخص دیگری در برابر دارنده حق می‌شود که آن را حق دینی یا ذمی می‌گویند. حق رابطه‌ای اعتباری بین دارنده و موضوع حق است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۲۶). حقوق بر نام، امتیازات و اختیاراتی است که هر شخص به سبب نام خود از آن برخوردار می‌شود.

روش‌شناسی

در پژوهش حاضر، برای تفسیر داده‌ها از روش‌های تطبیق، توصیف، تحلیل مضمون و هرمنوتیک استفاده شده است. هرمنوتیک نوعی روش‌شناسی تفسیری است که قصد دارد تفسیر تمام اعمال معنی‌دار اشخاص و برآیند رفتارهای مذکور را به ویژه زمانی که در قالب متن می‌آید، روشن کند. علم مذکور به «فرایند فهم» می‌پردازد و نحوه دریافت مفهوم از پدیده‌های گوناگون از قبیل گفتار و اعمال و آثار نوشتاری و هنری را بررسی می‌کند. این دانش با نقد روش‌شناسی مصمم است روشی را جهت «فهم بهتر» پدیده‌ها ارائه دهد. به نظر

می‌رسد معنایی غایی و فهمی نهایی از هر پدیده وجود دارد. مفسر باید ضمن شناخت آن پدیده، با تحلیل نشانه‌های مختلف و اصلاح روش تفسیر تلاش کند تا به آن مفهوم نهایی نائل شود (احمدی، ۱۳۸۹، ص ۵۳۵). در اینجا کشف مفهوم و مصادیق نهایی «حقوق بر نام» با لحاظ تغییر و تحول شرایط جامعه مد نظر است. هرمنوتیک رویکردهای مختلفی دارد. در رویکرد عینیت‌گرایی، وجود معنای ثابت و تغییرناپذیر، اصلی اساسی است. در هرمنوتیک قصدگرایی اسکینر، بازسازی زمینه‌ها به منظور کشف قصد اشخاص نقش بنیادین دارند (Mahmoud Panahi, 2015, p 159). تحلیل مضمون راهبردی توصیفی جهت یافتن الگوها از درون مجموعه داده‌های کیفی، از جمله قواعد فقهی و حقوقی است (Given, 2008, p867).

۱. حقوق بر نام کودک در نظام حقوقی ایران

حقوق بر نام در نظام فقهی و حقوقی ایران، دارای مصادیق متعددی مانند حق انتخاب نام، حق داشتن نام مناسب، حق شباهت نام و حق انحصار نام خانوادگی، حق ثبت نام، حق نگارش و قرائت صحیح نام، حق تغییر نام، حق بازگشت به نام، حق تبلیغات نام و حق انتقال نام است، که در ادامه بررسی می‌شود.

۱-۱. حق انتخاب و داشتن نام و نام خانوادگی و مناسب بودن آن‌ها

داشتن نام، حقی بنیادین و اساسی است که مورد تأیید همه نظامات حقوقی و ماده ۷ کنوانسیون حقوق کودک واقع شده است (عباسی، ۱۳۸۹، ص ۱۰۷). در نظام فقهی نیز بر این مسئله تأکید شده است. امام علی (ع) می‌فرماید: «فرزندان خود را قبل از تولدشان نام‌گذاری کنید» (حر عاملی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۵، ص ۱۲۱). در حدیثی از امام صادق (ع) آمده است: «کودک، روز هفتم تولد نام‌گذاری می‌شود» (طبرسی، ۱۳۷۰، ص ۲۲۷). به دلالت بند ۲ ماده ۱۳ قانون ثبت احوال، هر کودکی حق دارد نامی داشته باشد. این حق به دلیل نداشتن اهلیت استیفای طفل در بدو تولد، توسط والدینش اعمال می‌شود. براساس ماده ۲۰ قانون مذکور، حق انتخاب نام با اعلام‌کننده ولادت است و اعلام‌کننده ولادت وفق ماده ۱۶ همان قانون، به ترتیب پدر یا جد پدری، مادر، وصی، قیم، امین و مسئول و سازمان‌های قانونی نگهداری طفل یا خود طفل بعد از رسیدن به سن ۱۸ سال است. به دلالت تبصره ۳ ماده ۲۰

قانون فوق، انتخاب نام دربارهٔ اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی تابع زبان و فرهنگ دینی آنان است. علاوه بر داشتن حق نام، طبق مادهٔ ۹۹۷ قانون مدنی، حق داشتن نام خانوادگی انحصاری نیز برای افراد شناسایی شده است.

کودک نه تنها حق دارد نام و نام خانوادگی داشته باشد، بلکه باید نام مذکور از منظر جنسیت، عرف و سلیقهٔ خودش مناسب باشد. پیامبر اکرم^۲ در این خصوص می‌فرماید: «حق کودک بر پدرش سه چیز است: نخست آنکه نام نیکو برای او انتخاب کند...» (طبرسی، ۱۳۷۰، ص ۲۲۰). مطابق روایتی از امام کاظم (ع)، نخستین نیکی مرد به کودکش، انتخاب نام نیکو برای اوست (حرعاملی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۵، ص ۱۲۲). همچنین پیامبر اکرم^۲ فرمود: «نخستین بخشش و عنایت هرکس به فرزندش، انتخاب نام است، پس باید نام نیکو برای او انتخاب کند» (متقی، ۱۴۰۹ ق، ج ۱۶، ص ۴۲۳). به موجب مادهٔ ۲۰ قانون ثبت احوال، عناوین، القاب و نام‌های زننده و مستهجن یا نامی که با جنسیت کودک تناسبی ندارد، ممنوع است. قرآن کریم هم از چنین نام‌هایی نهی کرده است. مطابق تبصرهٔ ۲ مادهٔ فوق، تشخیص نام‌های ممنوع با شورای عالی ثبت احوال است. گاهی افرادی برای انتخاب نام فرزند خود نام‌هایی را درخواست می‌کنند که در لیست نام‌گذاری ثبت احوال نیست. براساس مصوبهٔ شمارهٔ ۵۷/۱ سال ۱۳۸۷ شورای عالی ثبت احوال، مرجع رسیدگی به نام‌های جدید «کمیتهٔ مشورتی نام» سازمان ثبت احوال است. در کمیتهٔ نام ثبت احوال که براساس مصوبهٔ شورای عالی فرهنگی تشکیل شده است و در آن دو استاد دانشگاه با تخصص دکترای ادبیات فارسی و ادبیات عرب، دو نماینده از فرهنگستان ادب و سه متخصص از سازمان ثبت احوال حضور دارند، نام درخواست شده بررسی می‌شود و در صورت تأیید می‌تواند استفاده بشود. همچنین به موجب قانون ممنوعیت به‌کارگیری اسامی، عناوین و اصطلاحات بیگانه و آیین‌نامهٔ آن، استفاده از اسامی بیگانه برای نام‌گذاری ممنوع است. در نظام حقوقی ایران، برای نام‌گذاری کودک از یک نام ساده یا مرکب که عرفاً یک نام به شمار می‌رود، استفاده می‌شود.

۲-۱. حق شباهت نام و حق انحصار نام خانوادگی

کودک نه تنها حق دارد نامی داشته باشد و آن نام، مناسب باشد، بلکه حق دارد نامی مشابه

افراد دیگر انتخاب کند و نام کوچک انتخاب شده دیگران، حقی انحصاری برای آنان ایجاد نمی‌کند. با وجود این، مطابق دستورالعمل، نام شورای عالی ثبت احوال، یکسان بودن نام فرزند با پدر و مادر در یک خانواده و یکسان بودن نام برادران و خواهران در یک خانواده ممنوع هست (تیموری، ۱۳۹۶، ص ۳۵). ظاهراً این مقرر برای حفظ نظم عمومی وضع شده؛ اما با حق آزادی افراد در انتخاب نام مشابه در تعارض است. افزون بر آن، در متون فقهی و سیره هم مواردی یافت می‌شود که اسامی افراد داخل یک خانواده مشابه بوده است. مطابق روایتی از امام حسین (ع) آمده است: «اگر برای من صد پسر متولد شود، دوست دارم نام همه آنان را علی بگذارم» (کلینی، ۱۴۰۷، ق، ج ۶، ص ۱۹). برخی از امامان نیز نام خود را بر فرزند خود نهاده‌اند؛ مانند امام حسن (ع) که نام فرزندش را حسن (مثنی) نهاد. نام خانوادگی برخلاف نام، حقی انحصاری است و به استناد بند ۴ دستورالعمل اجرایی نام خانوادگی شماره ۵۴/ش/۴ مصوب شورای عالی ثبت احوال، دارنده حق تقدم نام خانوادگی، شخصی است که برای نخستین بار در قلمرو اداره ثبت احوال، نام خانوادگی به نام او ثبت شده است (قندالی، ۱۳۹۷، ص ۲۴). ملاک تشخیص، تاریخ صدور سند سجلی است. مطابق بند ۱۰ دستورالعمل فوق، «دارنده یا دارندگان حق تقدم می‌توانند به طور فردی یا جمعی، علیه کسی که نام خانوادگی آنان را بدون اجازه اتخاذ کرده است، در دادگاه اقامه دعوی کنند و در حدود قوانین مربوط، تغییر نام خانوادگی غاصب را بخواهند».

۳-۱. حق ثبت نام و نام خانوادگی

پس از انتخاب نامی مناسب یا مشابه برای کودک، کودک حق دارد نام و نام خانوادگی خود را ثبت کند. به موجب ماده ۳ قانون ثبت احوال، «ولادت واقع در ایران توسط مأمور ثبت احوال و ولادت واقع در خارج، توسط مأموران کنسولی ایران در دفتر ثبت کل وقایع ثبت شده و مشخصات کامل کودک از جمله نام وی در این سند ثبت می‌گردد.» برای ثبت تولد کودک لازم است گواهی از طرف بیمارستانی که طفل در آنجا به دنیا آمده است، صادر شود. به موجب ماده ۱۵ قانون فوق، در صورتی که کودک در شرایط دیگری به دنیا آمده باشد، برای مثال در خانه متولد شده باشد، ثبت تولد باید مستند به تأیید پزشک یا مامای رسمی یا مؤسسه‌ای که کودک

در آنجا متولد شده باشد؛ در غیر این صورت، واقعه تولد با تأیید دو نفر شاهد ثبت می‌شود. عدم ثبت یا تحریف آن یا گواهی خلاف واقع تخلف محسوب می‌شود و مجازات دارد. طبق ماده ۳ قانون تخلفات، جرائم و مجازات‌هایی که در زمینه اسناد سجلی و شناسنامه است، «در جرم عدم ثبت تولد، مجرم علاوه بر الزام به انجام تکالیف قانونی، به پرداخت جزای نقدی محکوم شده و در صورت تکرار، به حداکثر مجازات محکوم خواهند شد» (پروین، ۱۳۸۹، ص ۴۱). طبق قانون مجازات اسلامی نیز برای جعل گواهی تولد و همچنین استفاده از گواهی تولد جعلی مجازات پیش‌بینی شده است. به موجب ماده ۵۳۶ قانون مجازات اسلامی، «هرکس در اسناد غیررسمی از قبیل گواهی ولادت کودکان مرتکب جعل شود، یا با علم از جعلی بودن گواهی مذکور، از آن استفاده کند، علاوه بر الزام به جبران خسارات وارد شده، به حبس از شش ماه تا دو سال یا جزای نقدی از سه تا دوازده میلیون ریال محکوم می‌شود». علاوه بر این، به موجب ماده ۲ قانون تخلفات، جرایم و مجازات‌های مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه، «اشخاصی که در اعلام ولادت کودک بر خلاف واقع اظهار نظر کنند؛ ماما یا پزشکی که درباره ولادت، گواهی خلاف واقع صادر کند و افرادی که درباره ولادت دیگران، شهادت دروغ بدهند و شهادت مذکور، در ثبت وقایع ولادت مؤثر واقع شود، به مجازات حبس از ۹۱ روز تا یک سال یا پرداخت جزای نقدی یا هر دو مجازات محکوم می‌شوند» (معارف، ۱۳۸۹، ص ۵۲).

۴-۱. حق نگارش و قرائت صحیح نام و نام خانوادگی

کودک نه تنها حق دارد نام و نام خانوادگی مناسب و ثبت شده داشته باشد، بلکه حق دارد نگارش و قرائت صحیح نام و نام خانوادگی خود را مطالبه کند. رسول خدا (ص) در این خصوص می‌فرماید: «کسی که شخصی را به غیر نام خودش صدا کند، فرشتگان او را لعنت می‌کنند» (متقی، ۱۴۰۹، ج ۱۶، ص ۴۲۰). این اقدام از مصادیق کودک‌آزاری است (صالحی، و اسماعیل‌پور، ۱۳۹۳، ص ۱۱۷) و موجب تحقیر کودک می‌شود (طیبی، ۱۳۹۲، ص ۸۱). مطابق دستورالعمل نام مصوب شورای عالی ثبت، امکان تغییر نام جهت تصحیح اشتباهات املائی در نام اشخاص که ناشی از عدم آشنایی مأمور با لهجه‌ها، الفاظ و معانی محلی یا به دلیل تلفظ

نادرست اظهارکننده پیش آمده است، برای نمونه کلمه زهراب به جای سهراب و منیجه به جای منیزه ثبت شده باشد، فراهم شده است (صفائی، و قاسم‌زاده، ۱۳۸۹، ص ۱۴۳).

۵-۱. حق تغییر نام کودک، نام پدر و نام خانوادگی و حق بازگشت به نام و نام خانوادگی سابق
پس از آنکه نام و نام خانوادگی برای کودک انتخاب، و ثبت شد، کودک ممیز حق دارد به تغییر آن مبادرت کند. طبق روال جاری در ثبت احوال، حق تغییر نام برای کودک پس از رسیدن به سن ۱۸ سال و صرفاً برای یک بار امکان‌پذیر است و تغییر نام افراد زیر ۱۸ سال از طریق سازمان ثبت احوال امکان‌پذیر نیست و متقاضیان از طریق مراجع قضایی اقدام می‌کنند. با وجود این، از آنجا که دعوای مذکور غیرمالی است، به نظر می‌رسد بتوان درخواست صغیر ممیز را نیز پذیرفت و در رویه قضایی نیز این امر مشاهده شده است. درباره تغییر نام در شناسنامه، دستورالعمل جدیدی در شورای عالی ثبت احوال به تصویب رسیده است. براساس این دستورالعمل، سازمان ثبت احوال، اختیار تغییر اسم و همچنین نام خانوادگی را بر عهده دارد و دیگر نیازی به مراجعه به مراجع قضایی نیست. اکنون در سازمان ثبت احوال، کمیته‌ای با نام «کمیته نام» تشکیل شده است که به تقاضای افراد برای تغییر نام رسیدگی می‌کند. در صورتی که بنا به هر دلیل هیئت حل اختلاف اداره ثبت احوال، با درخواست فرد برای تغییر اسم در شناسنامه موافقت نکرد، وی می‌تواند ظرف ده روز اعتراض، و موضوع تغییر نام را از طریق دادگاه طرح کند. برابر رویه جاری، تغییر نام اسامی و صفات باری تعالی و نام‌های دینی، مذهبی و معصومین علیهم السلام از طریق ثبت احوال امکان‌پذیر نیست. رویه قضایی ایران در این خصوص منسجم نیست و برخی دادگاه‌ها حق انتخاب نام را جزء حقوق اساسی و از احوال شخصیه دانسته، و تغییر آن را امکان‌پذیر دانسته‌اند.^۱ به موجب ماده ۲۰ قانون ثبت احوال و تبصره‌های آن، انتخاب نام‌های زیر ممنوع

۱. برای نمونه نک: دادنامه شماره ۸۳۴ شعبه ۲۱۸ دادگاه حقوقی تهران در پرونده کلاسه ۸۳/۱۳۹۵ مورخ ۱۳۸۴/۷/۹: «نظر به اینکه انتخاب نام متناسب از حقوق اولیه هر فرد بوده که در قوانین اساسی و کنوانسیون‌های بین‌المللی مورد تأکید قرار گرفته و ملحوظ نظر شرع مقدس اسلام نیز می‌باشد... نظر به اینکه تعیین نام متناسب از حقوق اولیه اشخاص و از مسائل مربوط به احوال شخصیه می‌باشد که به علت عدم اهلیت استیفاء فرزند، پدر و مادر مبادرت به انتخاب نام می‌نمایند». دادنامه شماره ۱۲۶۲ مورخ ۱۳۸۲/۱۰/۲۲ در پرونده کلاسه ۸۲/۲۷۸: «داشتن یک نام منطبق با ذوق و خواست هر فرد از حقوق اساسی هر

و دارندگان آن‌ها می‌توانند با رعایت مقررات به تغییر آن اقدام کنند: اسامی‌ای که موجب هتک حیثیت مقدسات اسلامی شود، مانند عبد الات و عبد العزی؛ نام‌های مرکبی که عرفاً یک نام محسوب نمی‌شوند، مانند سعید بهزاد؛ عناوین لشکری و کشوری مانند سروان و دکتر؛ القاب مانند ملک‌الدوله و خان؛ اسامی زننده و مستهجن از قبیل اسامی‌ای که معرف صفات ناپسند و مغایر با ارزش‌های انسانی است، مانند گرگ و قوچی؛ اسامی‌ای که با عرف و فرهنگ جامعه و مقدسات مغایر باشد، مانند لات و خون‌ریز و اسامی‌ای که موجب تحقیر اشخاص است یا معنای لغوی آن در جامعه پذیرفتنی نیست، مانند صد تومانی و گدا؛ اسامی نامناسب با جنسیت کودک؛ کسانی که نام آن‌ها اسامی ایام هفته باشد. افزون بر آن طبق دستورالعمل فوق افراد می‌توانند کلمات زائد و غیر ضروری را از نام خود حذف کنند؛ مانند قلی، غلام، گرگ، زلف و قوچ. امام رضا (ع) در این خصوص می‌فرماید: «کنیه و نام کودک را نیکوترین نام و کنیه انتخاب کن و او را ابو عیسی و ابوالحکم و ابوحارث بنام و اگر نام او محمد است، کنیه‌اش را ابوالقاسم نگذار و کودک را روز هفتم نام‌گذاری کن» (مجلسی، ۱۴۰۳ ق، ج ۱۰۴، ص ۱۳۰). امام باقر (ع) از پدرانش نقل می‌کند که فرمودند: «رسول خدا (ص) نام‌های زشت مردان و شهرها را تغییر می‌داد.» (حر عاملی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۵، ص ۱۲۴). به موجب تبصره ۶ ماده ۲۰ قانون ثبت احوال تغییر نام کسانی که با تأیید مراجع ذی‌صلاح به دین مبین اسلام مشرف می‌شوند، و تغییر نام کسانی که تغییر جنسیت داده‌اند و دادگاه صالحه حکم به تغییر نوع جنس در اسناد سجلی و شناسنامه آنان صادر کرده، امکان‌پذیر است.

یکی دیگر از حقوق مهم کودکان، حق تغییر نام خانوادگی است. به نظر می‌رسد محدودیت خاصی برای درخواست تغییر نام خانوادگی وجود ندارد و هر کسی می‌تواند برای تغییر نام خانوادگی خود به سازمان ثبت احوال مراجعه کند. طبق آیین‌نامه اجرایی ماده ۴۰ قانون

شخص بوده که ضرورت داشت این امر در موقع قانونگذاری ملحوظ نظر قانونگذار واقع تا فرد پارسیدن به سن رشد امکان انتخاب نام مناسب و مورد تمایل را برای یک بار داشته باشد...». دادنامه شماره ۱۲۷۰ شعبه ۲۱۸ دادگاه عمومی تهران مورخ ۱۳۸۲/۱۰/۲۴ در پرونده کلاسه ۸۲/۱۱۸: «وقتی شخص در مقام استفاده از نام مندرج در شناسنامه مواجه با مشکل است، شرع انور اسلام بنا بر قاعده نفی عسر و حرج، مانعی برای این امر در جهت تغییر نام ایجاد نکرده است...».

ثبت احوال، نام‌های خانوادگی‌ای که از واژه‌های نامناسب تشکیل شده باشند، نام‌خانوادگی طولانی که بیش از دو کلمه باشد، نام‌خانوادگی متشکل از واژگان خارجی، نام‌های خانوادگی متشکل از کلمات مغایر با ارزش‌های فرهنگ اسلامی و مذموم، نام خانوادگی متشکل از مناصب یا القاب و عناوین و واژه‌های منسوب، نام خانوادگی متشکل از اسامی محل یا منسوب به محل نامناسب، یا نام خانوادگی‌ای که موجب ننگ و سرافکندگی باشد، می‌تواند تغییر کند. همچنین اگر نام خانوادگی با نام خانوادگی پدر، جد پدر، فرزند، برادر، خواهر و عمو یکسان نباشد و افراد برای حفظ وحدت فرد بخواهند آن را تغییر دهند، بلامانع است.

در نظام فقهی علاوه بر تغییر نام فرزند، حق تغییر نام پدر نیز پیش‌بینی شده است. رسول خدا (ص) فرمود: «روش پسندیده و نیکو آن است که کنیه شخص به نام پدرش باشد (مجلسی، ۱۴۰۳، ق، ج ۱۰۴، ص ۱۳۱). افزون بر آن فرمود: «در قیامت شما با نام خود و نام پدرتان خوانده می‌شوید، پس نام‌های خود را نیکو انتخاب کنید» (متقی، ۱۴۰۹، ق، ج ۱۶، ص ۴۱۸)؛ بنابراین چنانچه نام پدر نیکو نباشد، امکان اصلاح آن وجود دارد.

حق بازگشت به نام و نام خانوادگی قبلی در مواردی پیش‌بینی شده است. طبق بند (۶-۳) دستورالعمل نام خانوادگی شورای عالی ثبت، برگشت به نام یا نام خانوادگی قبلی، تا وقتی ممکن است که شناسنامه با واژه جدید تصویبی صادر و تحویل متقاضی نشده باشد. مطابق بند (۶-۴) دستورالعمل فوق، افرادی که قبل از ۱۸ سالگی نام خانوادگی آنان تغییر یافته است، می‌توانند پس از رسیدن به سن مزبور به نام خانوادگی قبلی خود برگردند. براساس بند ۱۱ مقرر فوق، استفاده از نام خانوادگی زوج برای زوج در زمان زوجیت با اجازه نامه از زوج، بدون رعایت حق تقدم بلامانع است. در صورت انصراف زوج و درخواست وی، نامبرده به نام خانوادگی قبلی برمی‌گردد (وفائی کیا، ۱۳۹۰، ص ۵۶).

۱-۶. حق تبلیغات نام و انتقال آن

پس از آنکه کودک نامی مناسب و ثبت شده برگزید و به هویت مد نظر خود دست یافت، حق دارد آن را تبلیغ کند. به موجب این حق، هر فرد با رعایت مقررات، حق تبلیغ نام خود

را دارد. اعمال این حق درخصوص انتخابات سیاسی یا تبلیغات تجاری نمود بیشتری دارد. به موجب ماده ۵۷۹ قانون تجارت حق انتقال نام تجاری به رسمیت شمرده شده است. نام تجاری یا برند، جزء حقوق مالیکت تجارتي، و مورد حمایت قانون قرار گرفته است. به موجب ماده ۵۷۸ قانون تجارت، نام تجاری ثبت شده را هیچ کس نمی تواند اسم تجاری خود قرار دهد، ولو اینکه با نام خانوادگی وی یکی باشد. درخصوص افراد غیرتاجر، انتقال نام خانوادگی یا اجازه استفاده از آن، زمانی صادق است که شخص ثالث قصد دارد از نام خانوادگی وی استفاده کند. چنانچه والدین کودک بخواهند از حق تبلیغات نام تجاری وی بهره‌برداری کنند، باید اصول و مقررات مربوط را رعایت کنند. در نظام حقوقی ایران مقررات مزبور به صورت منسجم بیان نشده است؛ اما به صورت پراکنده در برخی مقررات و قوانین، مانند قانون تجارت الکترونیک و قانون مطبوعات و قانون حمایت از اطفال و نوجوان، آیین‌نامه‌ها مانند آیین‌نامه تأسیس و نظارت بر کانون‌های آگهی و تبلیغاتی و دستورالعمل‌ها مانند دستورالعمل صیانت از حقوق کودکان در رسانه‌ها و فضای مجازی یافت می‌شود. در ماده ۵۷ قانون تجارت الکترونیک به موضوع تبلیغ برای کودکان اشاره شده؛ اما آیین‌نامه آن تصویب نشده است. استفاده از کودکان در تبلیغات منوط به رعایت مقررات، اصول و مصلحت آن‌هاست. مهم‌ترین این اصول، در اصول ۶۵ تا ۸۱ دستورالعمل تولید آگهی‌های رادیویی و تلویزیونی بیان شده است. مطابق بند ۶ دستورالعمل نحوه استفاده از تصویر هنرمندان و ورزشکاران در تبلیغات، استفاده از کودکان و نوجوانان مشهور ممنوع شده است. چنانچه مصلحت کودک در تبلیغات رعایت نشود و شکل بهره‌کشی اقتصادی به خود بگیرد، متخلف به موجب ماده ۱۵ قانون حمایت از نوجوانان به حبس تعزیری درجه ۶ محکوم می‌شود. در کنوانسیون حقوق کودک نیز سوءاستفاده از کودکان در قالب تبلیغات ممنوع شده است. با عنایت به اینکه کودک‌آزاری از جرائم عمومی است، به موجب ماده ۵ قانون حمایت از نوجوانان و ماده ۶۶ قانون آیین دادرسی کیفری، دادستان، سازمان‌های مردم‌نهاد کودکان و نوجوانان و والدین آن‌ها حق دادخواهی خواهند داشت.

۲. حقوق بر نام کودک در نظام حقوقی آمریکا

در ایالات متحده آمریکا، حقوق بر نام کودک، مانند دیگر اجزا یا مظاهر استقلال و هویت فردی، به عنوان حقِ حریمِ خصوصیِ اساسی که قانونی اساسی آن راتحتِ اصلحیه چهاردهم شناسایی کرده است، محافظت می‌شود (Rosenshaft, supra note 33 at 216). قانون اساسی آمریکا سؤالات مربوط به تعامل قانون نام با حق آزادی بیان (متمم اول) را به طور کامل بررسی نمی‌کند و بیانیه آزادی بیان در «قانون نام» فعلی با مشکلاتی روبه‌روست. آمریکا خود را کشوری متنوع و خانه میلیون‌ها فرهنگ و زبان و عقاید مختلف می‌داند؛ اما گروه‌های به حاشیه رانده شده این کشور، نه تنها درباره رنگ پوست یا زبان خود با تبعیض مواجه می‌شوند، بلکه درخصوص حقوق مترتب بر نام نیز مورد تبعیض قرار گرفته‌اند. برای مثال، مردم بومی این سرزمین که نسل‌کشی و خشونت و استعمار را تجربه کرده‌اند، براساس عقاید و اعمال و نام خود به شدت مورد تبعیض قرار می‌گیرند. کودکان بومی آمریکا اغلب از خانواده و خانه و اجتماعات دور می‌شدند و در مدارس مسکونی‌ای قرار می‌گرفتند که آن‌ها را مجبور می‌کرد در فرهنگ‌های غالب غربی جذب شوند. کودکان بومی علاوه بر تجربه آزار جسمی و جنسی بی‌رویه و محو زبان‌ها و شیوه‌های فرهنگی خود، مجبور به انتخاب نام‌های آمریکایی نیز می‌شدند. این نسل‌کشی فرهنگی، عمداً به ماهیت مقدس شیوه‌های نام‌گذاری در بسیاری از جوامع بومی بی‌احترامی کرده است و نام مردم بومی حذف شده است؛ اقدامی که هویت و میراث آن‌ها را از بین برده، و آن‌ها را مجبور به ورود به اصول غربی کرده است. تا به امروز، جامعه مذکور برای به رسمیت شناخته شدن نام آن‌ها و احترام به تاریخ آن‌ها پیوسته مبارزه می‌کند (Reconciliationyeg, 2022, p 54). با در نظر گرفتن مراتب فوق، مصادیق حقوق بر نام در آمریکا به شرح زیر است:

۲-۱. حق داشتن نام و مناسب بودن آن

در حقوق آمریکا به تبعیت از کنوانسیون حقوق کودک، حق داشتن نام مناسب و ثبت آن به رسمیت شناخته شده است. در سال ۲۰۰۴ م، دادگاه استیناف نیومکزیکو به فردی با نام

«اسنفای فیش سوئیت موکیلگن»^۱ اجازه داد تا نام خود را به «متغیر»^۲ تغییر دهد. چند سال بعد، وی مجدداً درخواست داد تا نام خود را به «لعنت بر سانسور» تغییر دهد! دادگاه بدوی، درخواست او را رد کرد و توضیح داد که نام مدنظر، زشت و توهین آمیز است و با نجابت سازگار نیست. دادگاه تجدیدنظر رأی بدوی را تأیید کرد. دادگاه استیناف کالیفرنیا در سال ۱۹۹۲ م، تصمیم مشابهی گرفت و درخواست یک شاکی را برای تغییر نام خود به «جناب»^۳ رد کرد. هر دو خواهان، استدلال کردند که رد درخواست‌هایشان حقوق متمم اول آن‌ها را نقض می‌کند؛ اما دادگاه‌ها به این نتیجه رسیدند که با اجازه دادن به نام‌هایی که حاوی محتوای توهین آمیز یا نامناسب هستند، مشکلاتی ایجاد می‌شود؛ برای مثال ممکن است به خشونت دامن بزنند یا واژه‌های ستیزه‌آمیز تلقی شوند (In the matter of petition of mokiligon,) (2005 N.M.C.A. 21, 106 p 3d 584 (Ct. App. 2005)). در این کشور انعطاف‌پذیری تاریخی در شیوه‌های نام‌گذاری و ایجاد حق عرفی برای تغییر نام بدون درخواست به دولت مشاهده شده است. ازمنظر تئوری، در نظام کامن‌لو امروزه یک شخص ممکن است بدون کمک دولت، نام خود را تغییر دهد و پس از زمان کافی و استفاده مداوم توسط آن شخص و دیگران، نام جدید به نام قانونی شخص تبدیل شود. امروزه در ایالات متحده، بسیاری از دادگاه‌ها این حق را به رسمیت شناخته‌اند، اگرچه همه ایالت‌ها فرایندهای قانونی را نیز برای تغییر نام وضع کرده‌اند (Smith v. U.S. Casualty Co., 90 (N.E.947, 948-50)).

۲-۲. حق ثبت نام و نام خانوادگی

در آمریکا و نظام کامن‌لو، قانون اسامی شخصی، بیانگر توسعه حقوق عمومی و قواعد ثبت نام است؛ با وجود این، این قانون در برخی موارد از نظر تئوری، مورد انتقاد قرار گرفته است. ثبت نام‌های خانوادگی تا قرن چهاردهم، زمانی که به طور تصادفی انتخاب می‌شدند و به کار می‌رفتند، ضروری نبود. در آن زمان، به دلیل اندک بودن اسامی مسیحی، مرسوم شد نام

1. SnaphappyFishsuit Mokiligon
2. Variable
3. Misteri

تعمیدی اضافه شود. نام خانوادگی در ابتدا صرفاً موقتی بود و همیشه تا زمانی که این افراد نام برده می‌شدند، دوام داشتند و به فرزندان منتقل نمی‌شدند. ویژگی‌های جسمی، روحی یا اخلاقی، شغل، محل زندگی و شباهت به حیوانات معیارهایی بودند که در انتخاب نام خانوادگی مؤثر بودند که هنوز هم وجود دارند. به تدریج پسر، نام خانوادگی پدر را گرفت. در زمان سلطنت الیزابت اول، که از سال ۱۵۵۸ شروع شد، نام‌های خانوادگی ثابت و ارثی شدند. با این حال، شیوه‌های نام‌گذاری افراد انعطاف پذیر باقی ماند (Arnold, 1905, p 227).

۲-۳. حق تغییر نام

در حقوق آمریکا در بسیاری از ایالت‌ها، اگر فرد در مدتی طولانی و مستمر، از اسمی غیر از نام مندرج در اسناد سجلی استفاده کند، می‌تواند تغییر نام خود را درخواست کند. میزان استفاده از نام جدید، به‌طور دقیق مشخص نشده است؛ اما باید به اندازه‌ای باشد که سبب شهرت وی به نام جدید و فراموش شدن نام قبلی شود (Kushner, 2009, p 326). در یک پرونده، دادگاه معتقد بود تجدیدنظرخواه فکر می‌کند که تنها راهی که یک فرد می‌تواند از نظر قانونی نامی متفاوت از نام خود داشته باشد، از طریق مراحل قانونی رسمی است و این در حالی است که نامی که عموماً شخص با آن شناخته می‌شود، اگرچه نام اصلی او نیست، چون در تمام امور تجاری خود از آن استفاده می‌کند، نام قانونی وی است و نام ساختگی نیست (Miss. State Bd. of Dental Exam'rs v. Mandell, 21 So. 2d 405, 410 (Miss. 1945)). مطابق پرونده‌ای دیگر، نامی که با عمل داوطلبانه یک شخص در آغاز زندگی برگزیده شده است و همه کسانی که او را می‌شناسند، دائماً وی را بدان نام می‌خوانند، در واقع نامی است که گویی آن را قانوناً به دست آورده است (Luscombe v. Yates, 1822).

چهل و نه ایالت آمریکا رویه‌های قانونی تغییر نام دارند که بررسی قضایی درخواست‌های تغییر نام را فراهم می‌کند. از حاشیه نویسی‌های قانونی، به نظر می‌رسد که بیشتر آن‌ها در اواسط تا اواخر قرن نوزدهم یا اوایل قرن بیستم وضع شده‌اند. تنها چند ایالت به صراحت حق کامن‌لا را لغو کرده‌اند (Ariz. Rev. Stat. §§ 442-443 (1901); Cal. Civ. Proc. Code § 1275 (1872) ; Colo. Gen. Laws § 1851 (1877)). در عوض،

بسیاری از دادگاه‌های ایالتی معتقد بودند که اساسنامه‌ها قصد تداخل با حقوق عمومی را ندارند. برای مثال، دادگاه سلطنتی دلاور^۱ اظهار داشت: «این گونه قوانین به طور کلی بر حق کامن لا تأثیر نمی‌گذارد. چنین در نظر گرفته می‌شود که آن‌ها صرفاً رویه‌ای را برای دادگاه ایجاد کرده‌اند.» HAW. SESS. LAWS 32 (1860); LA. ACTS 106 (1877); MASS. GEN. LAWS. ch. 256, § 1 (1851) ; N.Y. CODE CIV. PROC. § 2262 (1895) ; PA. LAWS 822 (1919).

برخی از قوانین آمریکا از نظر رویه و استانداردهای اعطای درخواست تغییر نام، مختصر و پراکنده و برخی دیگر طولانی و مفصل هستند. معمولاً از طریق یک روزنامه محلی، از متقاضیان تغییر نام تقاضا می‌شود فرصتی را برای دیگر طرف‌های ذی‌نفع فراهم کنند تا در جلسه استماع مخالفت کنند. دادخواست‌های تغییر نام معمولاً باید حاوی اطلاعاتی درباره نام فعلی، سابقه کیفری، سابقه مالی و تعهدات قانونی معوقه شاکی باشد. برخی از ایالت‌ها از بزرگسالان می‌خواهند که اثر انگشت ارائه کنند. تقریباً همه ایالت‌ها برای افرادی که سابقه جنایی دارند، رویه‌های دیگری دارند (MICH. COMP. LAWS § 711.1 (1)). تقریباً همه ایالت‌ها به دادگاه‌هایی که به دادخواست‌ها رسیدگی می‌کنند، اختیار گسترده‌ای می‌دهند و انواع اسامی را که دادگاه باید رد یا اعطا کند، محدود نمی‌کنند. درواقع، اکثر قوانین اصلاً هیچ دستورالعمل واقعی ندارند. برخی از ایالت‌ها از خواهان‌ها می‌خواهند که دلیل خوب یا کافی برای اجابت دادخواست تغییر نام بیاورند. قوانین فعلی مفصل نیستند و «اگر قاضی قانع شود که تغییر نام مورد نظر مناسب بوده و به منافع هیچ شخص دیگری آسیب نمی‌رساند»، به دادگاه اجازه می‌دهد که به دادخواست رسیدگی کند (MO. REV. STAT. § 270. 527 (2002)).

طبق حقوق آمریکا، رد درخواست‌های تغییر نام، محدودیت‌های مستقیمی برای آزادی بیان ایجاد نمی‌کند؛ با این حال، از آنجایی که قوانین تغییر نام، مجوز رسمی برای برخی از تغییر نام‌ها را فراهم می‌کند، فرایند قانونی ممکن است جهت ایجاد یک رویه محدود در نظر گرفته شود، که در آن ایالت ممکن است درگیر تبعیض‌های غیرمجاز آزادی بیان نباشد. برخی

1. Delaware Court of Chancery

از انکارهای پذیرش درخواست تغییر نام، ممکن است تحت این دکترین نقد شوند. علاوه بر این، به نظر می‌رسد که انکارها ممکن است به عنوان سلب آزادی بیان غیرمجاز مورد انتقاد واقع شوند. در این کشور ممکن است به ایالت‌ها به دلیل علاقه آن‌ها به جلوگیری از سلب آزادی بیان دیگران، آزادی عمل زیادی برای محدود کردن تغییر نام داده شود. اگرچه بسیاری از مردم از نام خود به عنوان وسیله‌ای برای آزادی بیان خود استفاده می‌کنند، درخواست‌کنندگانی که درخواست تغییر نام می‌کنند، به ندرت استدلال‌های آزادی بیان را در متمم اول می‌آورند. برای مثال، در دادگاه لی علیه دادگاه عالی، وی در دادگاه تجدید نظر استدلال کرد که رد دادخواست او حق آزادی بیان او در متمم اول قانون اساسی را نقض می‌کند. دادگاه پاسخ داد: «از آنجایی که حق استفاده از نام خانوادگی تجدیدنظرخواه لغو نشده است، به هیچ یک از حقوق متمم اول او لطمه‌ای وارد نشده است (11 Cal. Rptr. 2d 763). در حقوق آمریکا، حتی اگر محدودیت‌های ایالتی در انتخاب نام به سطح نقض قانون اساسی نرسد، دلایل سیاسی زیادی برای اصلاح روند تغییر نام موجود وجود دارد؛ از جمله آن دلایل می‌توان به این‌ها اشاره کرد:

نخست آنکه چنانچه کنترل بر نام یک حق اساسی نباشد، ایالت‌ها باید شیوه‌های نام‌گذاری را تاحدامکان محدود کنند؛ زیرا اسامی خاص برای دارندگان آن‌ها اهمیت زیادی دارد. به زعم برخی نویسندگان، هرچند انتخاب نام یک فرد برای دولت و دیگران نسبتاً بی‌اهمیت است؛ اما با توجه به ارزشی که ایالات متحده برای حقوق فردی قائل است، سیاست بهتر آن است که موضوعاتی که اهمیت بالایی دارند تا حد امکان به خود افراد محدود شوند؛ بنابراین، ممکن است طبق قانون اساسی آمریکا، دولت به پیروی از استانداردهای دقیق نظارتی در تصمیم‌گیری درباره زمان تنظیم نام‌گذاری ملزم نباشد؛ اما بهتر است در صورت امکان این کار را انجام دهد.

دوم آنکه قوانینی که دقیق‌تر تنظیم شده‌اند، منافع عمومی و خصوصی در نام‌گذاری را بهتر محافظت می‌کنند و قوانین فعلی تغییر نام، از هیچ یک از دو منافع فوق به طور مؤثر محافظت

نمی‌کند. نه قانون اساسی و نه رویه قضایی، موفق به ایجاد استاندارد واضحی نشده‌اند که تغییرات نام را براساس شواهد محکمی از انواع اسامی که واقعاً برای دولت مشکل ایجاد می‌کنند، محدود کند. فقدان استانداردهای روشن و پیشینه موجب می‌شود افراد اغلب به انتخاب نام‌هایی که کاملاً مجاز است، محدود شوند. درمقابل، دادگاه‌ها ممکن است تغییراتی را که سازمان‌های دولتی و دیگر افراد جامعه کاملاً مشکل‌ساز می‌دانند، اجازه دهند.

سوم آنکه تحت سیستم فعلی، در دسترس بودن درخواست تجدیدنظر به اندازه کافی از متقاضیان حمایت نمی‌کند. در واقع، اکثر تصمیمات در دادگاه تجدیدنظر لغو شده است. با این حال، توسل به دعوی قضایی، به ویژه دعاوی استینافی، برای اکثر خواهان‌ها غیرممکن است و دعوای قضایی پرهزینه است. اکثر متقاضیان تغییر نام در صورت رد درخواست‌هایشان، احتمالاً ابزاری برای درخواست تجدیدنظر ندارند، و ممکن است با استاندارد سوءاستفاده از اختیارات در دادگاه تجدیدنظر، که غلبه بر آن بسیار دشوار است، مواجه شوند. علاوه براین، با توجه به کمبود آراء کتبی قضایی در پرونده‌های تغییر نام، به نظر می‌رسد دادخواست‌هایی که به اشتباه رد شده‌اند، بسیار بیشتر از موارد ثبت شده است. اصلاح روند موجود، تعداد دادخواست‌هایی را که در مرحله نخست به اشتباه رد شده‌اند، کاهش می‌دهد و حفاظتی بسیار بهتر و کم هزینه‌تر از درخواست تجدیدنظر ارائه می‌کند (Kushner, 2009, p 358-359).

۴-۲. حق نگارش و تلفظ صحیح نام و نام خانوادگی

نام یک کودک فقط یک نام نیست، بلکه به هویت و تاریخ و ارتباط وی با خانواده و فرهنگش برمی‌گردد؛ بنابراین باید به درستی نگاشته و تلفظ شود. متأسفانه در آمریکا بسیاری از کودکان رنگین پوست و اقلیت‌ها، اشکال مشابهی از نادیده گرفتن تلفظ صحیح نام را در مدارس تجربه می‌کنند، به ویژه کودکانی با نام‌های قومی که ممکن است احساس کنند باید بخشی از هویت یا میراث خود را کنار بگذارند تا در فرهنگ غالب سفیدپوستان قرار گیرند (Vivek, 2022, p 25). در شدیدترین حالت، سلب حق نام کودکان نوعی نسل کشی فرهنگی است. برای مثال، در تلاش برای ریشه‌کن کردن زندگی جوامع بومی، هزاران کودک بومی از خانواده‌هایشان

دزدیده شدند و به مدارس مسکونی منتقل شدند؛ آن‌ها در آنجا اجازه نداشتند به زبان خود صحبت کنند، لباس بومی بپوشند یا نام خود را حفظ کنند. تا به امروز، تجربیات اولیه برخی از دانش‌آموزان از ظلم در محیط‌های مدرسه ممکن است مستقیماً به دلیل تلفظ نادرست نام توسط معلمان باشد. این روندها در هر زمینه‌ای ناراحت کننده است؛ اما زمانی که ترکیب جمعیتی متنوع ایالات متحده را که شامل چهل تا چهل و پنج میلیون خارجی است، در نظر گرفته شود، این نگرانی مضاعف می‌شود و شایسته است این افراد تاریخ و زبان و فرهنگ خود را به جوامع خود بیاورند. با توجه به تنوع ایالات متحده، مهم است که معلمان و دیگر مربیان از نحوه حمایت از دانش‌آموزان آگاه باشند، به ویژه آن‌هایی که مهاجر یا چندزبانه یا در اقلیت هستند. نخستین قدم مهم برای انجام این کار، تلفظ درست نام کودکان است که بیانگر درک این مسئله است که آن‌ها افرادی با فرهنگ و تاریخ غنی و دانش زیاد هستند که این امر می‌تواند برای برنامه ریزی تجربیات یادگیری مؤثر در کلاس درس استفاده شود. معلمان باید اهمیت اسامی را برای کودکان بیان کنند تا آن‌ها بفهمند که نام‌ها چگونه عامل کلیدی در رشد هویت آن‌ها هستند. معلمان باید چگونگی تأثیر نام‌ها بر رفاه کلی و موفقیت تحصیلی دانش‌آموزان را هم بررسی کنند. آن‌ها باید از راهبردهای مختلفی برای احترام و تأیید هویت دانش‌آموزان با تمرکز نام دانش‌آموزان در کلاس درس استفاده کنند. ارتباط فعالی بین نام کودک، رفاه کلی و پیشرفت تحصیلی وجود دارد و هدف مهم توانمندسازی معلمان برای ایجاد کلاس‌های درس و فرصت‌های یادگیری است که در آن، کودکان بتوانند خود واقعی خود باشند و زندگی فرهنگی خود را بدون ترس از قضاوت حفظ کنند. اسامی، فوق‌العاده مهم هستند؛ زیرا نشان‌دهنده شخصیت کودکان هستند. نام‌ها ممکن است جزئی به نظر برسند؛ اما نادیده گرفتن تلفظ یا املای صحیح نام کودکان، تغییر نام بدون رضایت آن‌ها، یا استفاده از نام‌هایی که کودکان با آن‌ها راحت نیستند، بی‌احترامی عمیق را نشان می‌دهد. وقتی کودکان احساس می‌کنند که از جامعه کلاس حذف شده‌اند، می‌توانند پیامدهای مضرمانند سلامت روانی ضعیف و احساس بیگانگی داشته باشند. مسئولیت معلم و دیگر افراد، حمایت از دانش‌آموزان و کودکان است و نخستین قدم برای انجام این کار، آن است که نام آن‌ها را به شیوه‌ای محترمانه

تأیید و تلفظ کنند. با این حال، درحالی که رعایت این مسئولیت‌پذیری، توسعه حرفه‌ای برای کمک به توسعه مثبت هویت کودکان از طریق استفاده محترمانه و پایدار از نام‌ها ایجاد شده است، به دلیل ماهیت فعلی قطبی سازی، انتظار مخالفت با این نوع ابتکار وجود دارد. سیاست حقوقی ایالات متحده آمریکا، شامل موجی از قوانین به منظور سلب حقوق فردی، استقلال و هویت کودکان در خصوص حقوق بر نام است: از پرونده «رو علیه وید» گرفته تا لوایحی که کارکنان مدرسه را ملزم می‌کند دانش‌آموزان دارای تنوع جنسیتی را به زور «اخراج» کنند (Totenberg & McCammon, 2022, p 87). یا جرم‌انگاری ترنس و جمعیت متفاوت جنسیتی (Peele, 2023). چنین تصمیماتی، که شامل ممنوعیت کتاب‌ها و نظرهای مضر توسط سیاست‌مداران می‌شود، آموزش درباره فراگیری و پذیرش را دشوار کرده است (Alfonseca, 2022, p 403). این سیاست‌های واپس‌گرایانه، مریبان و دانش‌آموزان را به طور یکسان ساکت می‌کند و آن‌ها را مجبور به پذیرش اصولی می‌کند که اجازه ابراز وجود، فردیت یا هویت را ندارند. به دلیل این مواضع سیاسی، امکان نادیده گرفتن این مسئولیت‌پذیری، که تلفظ صحیح اسامی را تشویق می‌کند، وجود دارد که بر گروه‌های به حاشیه رانده‌شده، مانند اقلیت نژادی و مردم بومی، تأثیر منفی می‌گذارد و این درحالی است که نام آن‌ها، منعکس‌کننده ریشه‌های قومی، پیشینه مذهبی، اصل و نسب و موارد دیگر است (Torres-Mackie, 2019, p97). به دلیل برتری‌های موجود در سفیدپوستی، آن‌هایی که از گروه‌های اقلیت نژادی و گروه‌های بومی هستند، اغلب احساس می‌کنند که نام آن‌ها به مانعی برای موفقیت تبدیل شده است (Menasce Horowitz, Brown, & Cox, 2019, p112). این احساس اغلب ناشی از واکنش‌ها و نظرهای نژادی است که آنان در زندگی روزمره خود با آن‌ها مواجه شده‌اند. تنها بزرگسالان با این مشکلات روبه‌رو نمی‌شوند و کودکان نیز با تبعیض قومیتی و تجاوزات خرد در کلاس‌های درس و مدرسه‌شان مواجه می‌شوند (Brown, & Chu, 2012, p1477). برخی از دانش‌آموزان به دلیل تفاوت در زمینه‌های نژادی و قومی مورد تهاجم معلمان خود قرار می‌گیرند. اسامی بسیاری از افراد گروه‌های اقلیت نژادی نشان‌دهنده مذهب و

پیشینه قومی و منشأ خانوادگی آنهاست. ممکن است تلفظ برخی از این نام‌ها دشوار باشد، ممکن است برخی از آنها دارای چند هجا باشند، و ممکن است املای آنها دشوار باشد. تمام این موارد می‌توانند علیه دانش‌آموزان در زمینه‌های مختلف استفاده شوند. درباره کودکان ترنس و دارای تنوع جنسیتی گفت و گوی مداومی وجود دارد و اینکه آیا نام تأیید شده آنها باید در کلاس درس استفاده شود یا خیر. مهم است که به خاطر داشته باشید که نام‌های ترجیحی یا تأییدشده با هویت ترنس و جنسیت مرتبط است (Gallo, Willems & Tagaya, 2017, p18). جمعیت متنوع نام آنها شامل این است که واقعاً چه کسی هستند و چه کسی می‌خواهند باشند. بسیار مهم است که مربیان نام تأییدشده دانش‌آموزان خود را بشناسند و از دانش‌آموزان خود دفاع کنند. با انجام این کار، هویت آنها تأیید می‌شود و باعث کاهش خطر آسیب به خود و سلامت روانی آنها می‌شود. برای دانش‌آموزان ترنس یا جنسیتی متفاوت، مهم است که روشن شود که آنها حق نام ترجیحی و تأییدشده خود را دارند که از طریق نخستین اصلاحیه این حق به آنها داده شده است (De La Peña, 2024, p 59-62).

۵-۲. حق احیای نام و بازگشت به نام ونام خانوادگی

این حق به کودکان و افراد دیگر اجازه می‌دهد که بتوانند در صورت از دست دادن نام واقعی خود، آن را احیا کنند. ضمن مطالعه‌ای، تجربیات بازگردانده‌شده‌های کره‌ای که در کره متولد شده، و از خانواده‌های بیولوژیکی خود جدا شده، و خانواده‌های سفیدپوست در ایالات متحده آمریکا آنان را بزرگ کرده، و در زمان فرزندخواندگی نام غربی داده شده‌اند، بررسی شد. این مطالعه بر سفرهای شرکت‌کنندگان برای بازیابی نام کره‌ای و تأثیرات مختلفی که در این تصمیم مؤثر بود، متمرکز بود. نتایج به دست آمده مبرهن کرد احیای نام، بخشی از فرایند توسعه هویت بزرگ‌تر است و عواملی که از روند احیای نام جلوگیری کرده، یا آن را کند کرده است، مشخص کرد (Reynolds, Bhattacharjee, Ingraham, & Anton, 2022, p 245).

در نظام حقوقی آمریکا در غیاب دستورالعمل‌های قانونی واضح، دادگاه‌ها استانداردهای خود را برای ارزیابی درخواست‌های بازگشت به نام و تغییر نام، تدوین کرده‌اند. تعداد کمی از تصمیمات منتشر، یا در واقع ثبت شده است. به نظر می‌رسد که ایالت‌ها اغلب

استانداردهای بررسی و سابقه را از ایالت‌های دیگر وام گرفته‌اند؛ بنابراین، اگرچه تغییرات کمی وجود دارد، استانداردهای مورد استفاده بین ایالت‌ها نسبتاً یکنواخت هستند. مواردی که بیشتر مورد استناد قرار می‌گیرند، این است که «برای رد درخواست تغییر نام باید دلایل اساسی وجود داشته باشد»، و رد درخواست محدود به نشان دادن یک انگیزه ناشایست، احتمال تقلب در مردم، یا انتخاب نامی است که عجیب، طولانی، مضحک یا توهین‌آمیز به نجابت و سلیقه عامه می‌باشد. برخی دادگاه‌ها معتقدند که رد درخواست باید براساس شواهد واقعی باشد و نه حدس و گمان؛ اما این نظرها اندک است. چند دادگاه از استانداردهای مشابه دیگری استفاده کرده‌اند. با این حال، این استانداردها به روندهای مادی متفاوتی در رویه قضایی منجر نمی‌شوند. دادگاه عالی ایندیانا به طرز چشمگیری یک مورد غیرعادی را برگزار کرد. مطابق پرونده «هپتلی»، «تنها وظیفه دادگاه بدوی پس از ارائه چنین دادخواستی این است که تشخیص دهد که قصد کلاهبرداری وجود ندارد. پس از دریافت این موضوع، رد هرگونه درخواست برای تغییر نام طبق قانون، سوءاستفاده از اختیارات قضایی است (Hauptly, 312 N.E.2d 857, 860 (Ind. 1974)).

۲-۶. حق تبلیغات نام

حق تبلیغات نام در آمریکا، به کودک و دیگر افراد این حق را می‌دهد که استفاده از نام و شباهت خود را برای اهداف تجاری یا سیاسی کنترل کنند. دادگاه‌های آمریکا سال‌ها تلاش کرده‌اند تا دو بُعد از این حق را معنا کنند: نخست اینکه استفاده تجاری یا سیاسی از یک نام یا شباهت به چه معناست؛ دوم اینکه چه جنبه‌ای از شباهت یک شخص در برابر تصاحب محافظت می‌شود. در غیاب مبنای نظری روشن برای حق تبلیغات نام، معانی این اصطلاحات به طور پیوسته افزایش یافته است، تا جایی که عملاً هر استفاده‌ای که با ارجاع به یک فرد برای کسی منفعت مالی به همراه داشته باشد، نقض حق عمومی شناخته می‌شود. درعین حال، دادگاه‌های آمریکا هیچ وزنه متعادلی برای این حق در حال گسترش پیدا نکرده‌اند. در عوض، آن‌ها در مواردی که حق تبلیغات نام به نتایج ناعادلانه منجر می‌شود، چند استثناء موقت ایجاد کرده‌اند. در حقوق آمریکا دو نوع ادعای تبلیغاتی مشکلات خاصی را برای دادگاه‌ها ایجاد کرده

است: ۱. ادعاهای تجاری‌ای که در آن افراد ادعا می‌کنند حق تبلیغات خود را نه با استفاده از یک نام در تبلیغات، بلکه توسط افرادی که محصولات را به نام یا مشابه آن‌ها می‌فروشند، نقض می‌کنند. دادگاه‌ها عموماً این ادعاها را با ایجاد تمایز بین اخبار یا هنر از یک سو، و کالا از سوی دیگر حل و فصل کرده‌اند (Anita M. FLYNN, Plaintiff, Appellant, v. AK PETERS, LTD, Defendant, Appellee. Nos. 03-1676, 03-2294, 03-2348). اما با کلاشدن فزاینده هنر و اطلاعات، این تمایز دشوارتر شده است؛ ۲. ادعای مشکل‌ساز شامل مواردی که در آن احتمالاً شهرت سلبریتی‌ها را به نحوی مخدوش می‌کند که به ارزش کلی هویت آن‌ها لطمه می‌زند (Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co (1977)). شاید یکی از ریشه‌های مشکلات این موارد در مبهم بودن توجیه نظری برای حق تبلیغات نام باشد. زمانی که دولت بتواند هدفی را در محدود کردن تبلیغات به وضوح تشخیص دهد، دادگاه‌ها مبنایی برای ارزیابی اینکه آیا محدودیت مذکور مطابق با آن هدف است یا خیر، دارند؛ اما از آنجا که حق تبلیغات نام مبتنی بر انبوهی از توجیه‌هاست، دادگاه‌ها راه‌حل کمی برای تعیین اینکه آیا محدودیت تبلیغاتی خاص برای خدمت به اهداف هنجاری قانون ضروری و مناسب است، دارند. در عوض، آن‌ها اجازه می‌دهند که ادعاهای حق تبلیغات بر منافع عمومی بی‌اعتماد باشد. اگر فقدان یک دلیل منطقی، مشکل را ایجاد کرده باشد، آنگاه پاسخ در شناسایی این موضوع است که آیا حق تبلیغات نام ممکن است در خدمت منافع مشروع دولت باشد یا خیر. با این حال، بررسی‌ها نشان می‌دهد که هیچ کس نمی‌تواند دقیقاً توضیح دهد که چرا افراد باید این حق را داشته باشند. حق حریم خصوصی نمی‌تواند آن را توجیه کند؛ زیرا حق تبلیغات نام در طیف گسترده‌ای از موقعیت‌ها اعمال شده است که به هیچ وجه بر حریم خصوصی دلالت ندارد (Pirone V Macmillan , Inc (894 F.2d 579, 583 (2d Cir. 1990)). برخی از مفسران یک حق طبیعی یا اخلاقی برای کنترل نام را پیشنهاد کرده‌اند؛ اما به نظر می‌رسد هیچ توجیهی برای اعطای چنین کنترلی وجود ندارد و فقدان چنین حقی در بیشتر نقاط جهان و در واقع در طول تاریخ ایالات متحده باید در نظر گرفته شود. درباره ادعاهای مبتنی بر برخی باورهای اخلاقی، اتفاق نظر

صاحب‌نظران محل تردید است. ادعای اخلاقی استفاده از نام خود نیز با عدم وجود توجیهات حقوق طبیعی یا اخلاقی برای دیگر اشکال مالکیت معنوی ناسازگار به نظر می‌رسد. در حقوق آمریکا، دادگاه‌ها در جست‌وجوی توجیه و محدودیت‌هایی برای حق تبلیغات نام، به منطق مبتنی بر قانون حق چاپ روی آورده‌اند. دادگاه‌ها با این استدلال که حق تبلیغات نام به افراد، انگیزه ایجاد شخصیت‌های ارزشمند می‌دهد، استدلال می‌کنند که محروم کردن آن‌ها از ثمره کارشان با این انگیزه‌های اقتصادی تداخل خواهد داشت. برخی از دادگاه‌ها حتی تا آنجا پیش رفته‌اند که یک دکترین استفاده منصفانه ایجاد کرده‌اند و از قانون کپی‌رایت محدودیت‌هایی را برای اجرای حق ایجاد کرده‌اند. این رویکرد، حق تبلیغات را به شکل جدیدی از مالکیت فکری تبدیل می‌کند؛ شکلی که صریحاً مبتنی بر تشابهات و توجیه‌هایی برای مالکیت واقعی است. علاوه بر این، دکترین استفاده منصفانه حق نسخه برداری شامل معاوضه‌هایی بین منافع پدیدآورندگان اصلی و کسانی است که می‌خواهند آن را ایجاد کنند (*Toney v. L'OREAL* (USA, INC. 406 F. 3d 905 - Court of Appeals, 7th Circuit, 2005)).

درک مجدد حق تبلیغات نام چند مزیت مهم دارد: نخست، روشی مفید برای تفکر درباره انواع مختلف ادعاهایی که تحت عنوان تبلیغات مطرح می‌شوند، ارائه می‌دهد. حقوق آمریکا تجربه خوبی درباره هریک از این نوع ادعاها در قانون علائم تجاری دارد و به کارگیری آن دانش می‌تواند به حقوق‌دانان کمک کند تا بفهمند چرا ممکن است استفاده‌های خاصی را ممنوع کنند و چه زمانی قانون باید آن‌ها را ممنوع کند. دوم، نگاه کردن به حق تبلیغات نام از دریچه حقوق علامت تجاری راه‌های منطقی برای محدود کردن حق تبلیغات را ارائه می‌دهد. بازنگری در حق تبلیغات نام برای انطباق با قوانینی که در موارد مربوط به علائم تجاری تدوین شده است، از برخی سوءاستفاده‌ها از این حق جلوگیری می‌کند و تضاد بین حق تبلیغات و اصول متمم اول را محدود می‌کند و حق را در مفهومی محکم‌تر قرار می‌دهد (Dogan & Lemley, 2005, p 58).

یافته‌های پژوهش

نام‌ها هم برای افرادی که با آن‌ها یاد می‌شوند و نیز برای مردمی که به آن‌ها، به‌عنوان ابزاری برای شناسایی و ارتباط متکی هستند، مهم‌اند و حقوق زیادی بر آن‌ها مترتب می‌شود. نام‌ها نه تنها وسیله‌ای برای ایجاد تعامل عمومی هستند، بلکه به بیان و ساختن هویت شخص نیز کمک می‌کنند؛ از این رو باید تعادلی بین کاربردهای عمومی و خصوصی آن‌ها برقرار شود. در نظام حقوقی آمریکا، قانون فعلی ایالتی که تغییرات نام را کنترل می‌کند، به اندازه کافی برای محافظت از منافع افراد درخواست کننده مناسب نیست. کنترل نام خود به عنوان یک حق اساسی و بنیادین شایسته حمایت است؛ زیرا نام جزء مهمی از هویت هر فردی است. چنین کنترلی نیز شایسته حمایت متمم اول قانون اساسی است؛ زیرا قانون به شکلی که اکنون وجود دارد، به طور غیرمجاز حق افراد را محدود می‌کند؛ همچنین به برخی منفعت می‌دهد و برخی دیگر را براساس دیدگاه یا اعتقادات یک درخواست کننده کنار می‌گذارد. حتی اگر دادگاه‌ها از به رسمیت شناختن این حقوق امتناع ورزند، دلایل متعددی برای اصلاح قانون وجود دارد. به علاوه، این سیستم در حال حاضر به اندازه کافی از منافع عمومی و خصوصی مربوط محافظت نمی‌کند. اصلاحات نسبتاً ساده و زیادی وجود دارد که ایالت‌ها در قوانین تغییر نام می‌توانند انجام دهند تا آن‌ها بهتر از حقوق فرد آسیب‌دیده محافظت کنند. این اصلاحات ابزاری کارآمد و پیش‌بینی شده نیز برای پردازش درخواست‌های تغییر نام ایجاد می‌کنند.

در نظام حقوقی ایران نیز حقوق بر نام به طور منسجم و صریح و جامع شناسایی نشده است و کودکان و دیگر اشخاص را با مخاطرات و مشکلاتی روبه‌رو ساخته است. با توجه به مراتب فوق، پیشنهاد می‌شود ماده زیر به قانون ثبت احوال الحاق شود: «هر کودک حق دارد نام مناسب و مشابه و نام خانوادگی مناسب، انحصاری و ثبت شده داشته باشد و نگارش و تلفظ صحیح آن را مطالبه کند. وی حق دارد بعد از ممیز شدن، درخصوص استمرار یا تغییر نام انتخاب‌شده در هنگام تولد تصمیم‌گیری کند و حق بازگشت به نام نخست را نیز دارد. چنانچه نام پدر یا مادر کودک، نامناسب یا غیر واقعی یا نام خانوادگی وی نامناسب باشد، کودک ممیز می‌تواند اصلاح آن را

از دادگاه مطالبه کند. اعمال حقوق فوق صرفاً برای یکبار امکان‌پذیر است.» گذشته از آن، با عنایت به اینکه انتخاب نام نامناسب یا تلفظ اشتباه آن از مصادیق آزار روانی و تحقیر کودکان محسوب می‌شود، پیشنهاد می‌شود ماده زیر به فصل مجازات‌های قانون حمایت اطفال و نوجوانان اضافه شود: «هر کس با انتخاب نام نامناسب یا تلفظ اشتباه و عمدی نام یا نام خانوادگی کودک یا نوجوان یا برگزیدن القاب نامناسب، موجب آزار روانی و تحقیر آن‌ها شود، به مجازات حبس درجه شش قانون مجازات اسلامی محکوم می‌شود.»

منابع

قرآن کریم.

- احمدی، بابک (۱۳۸۹). *ساختار و تأویل متن*. تهران: مرکز نشر.
- اسدی، لیلا سادات (۱۳۸۷). حق کودک بر هویت. *فقه و حقوق خانواده*، ۱۳ (۴۹)، ص ۲۶-۴۶.
- پروین، فرحناز (۱۳۸۹). *سیاست جنایی ایران در حمایت از اسناد سجلی*. تهران: دانشگاه تهران.
- تیموری، هاجر (۱۳۹۶). بررسی مردم‌شناختی علل فرهنگی تغییر نام. تهران: دانشگاه آزاد اسلامی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶). *مقدمه عمومی علم حقوق*. تهران: گنج دانش.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴ ق). *تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه*. قم: مؤسسه آل‌البیت.
- حلی، علی اصغر (۱۳۶۶). *دانشنامه عمومی*. تهران: مؤسسه پیک ترجمه و نشر.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۶۷). *لغت‌نامه دهخدا*. تهران: دانشگاه تهران.
- سنه‌پوری، عبدالرزاق احمد (۱۳۹۱). *مصادر الحق فی الفقه الاسلامی*. تهران: خرسندی.
- صالحی، حمیدرضا؛ اسماعیل‌پور، مانده (۱۳۹۳). تأملاتی در کودک‌آزاری با رویکردی بر قانون حمایت از کودکان و نوجوانان مصوب ۱۳۸۱. *فقه و حقوق خانواده*، ۱۹ (۶۱)، ص ۱۱۷-۱۴۲.
- صفائی، حسین؛ قاسم‌زاده، مرتضی (۱۳۸۹). *حقوق مدنی اشخاص و مجبورین*. تهران: سمت.
- طهرسی، حسن بن فضل (۱۳۷۰). *مکارم الأخلاق*. قم: الشریف الرضی.
- طبری، محمد بن جریر (۱۴۱۲ ق). *جامع البیان*. بیروت: دار المعرفه.
- طیبی، مرتضی؛ علیان، آزاده؛ راعی، مسعود (۱۳۹۲). سازوکارهای حمایت از حقوق کودک در برابر مجازات و تنبیه از نظر فقه و حقوق. *فقه و حقوق خانواده*، ۱۸ (۵۸)، ص ۸۱-۱۰۶.
- عباسی، عاطفه (۱۳۸۹). بررسی مقایسه‌ای قوانین و مقررات ایران با کنوانسیون حقوق کودک. *فقه و حقوق خانواده*، ۱۵ (۵۳)، ص ۹۶-۱۱۷.
- عمید، حسن (۱۳۷۵). *فرهنگ عمید*. تهران: امیر کبیر.

- قندالی، محمد (۱۳۹۷). *تغییر نام و نام خانودگی اشخاص*. تهران: دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). *مبانی حقوق عمومی*. تهران: سمت.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ ق). *الکافی*. تهران: دار الکتب الإسلامية.
- مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی (۱۴۰۳ ق). *بحار الأنوار*. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- معارف، نجم‌الدین (۱۳۸۹). *بررسی ساختار، وظایف و عملکرد هیأت‌های حل اختلاف ثبت‌احوال*. تهران: دانشگاه تهران.
- معین، محمد (۱۳۸۶). *فرهنگ معین*. تهران: زرین.
- معینی‌فر، محدثه (۱۳۹۱). *بررسی حق کودک بر هویت در اسلام و اسناد بین‌المللی فقه و حقوق خانواده*، ۱۷ (۵۶)، ص ۱۱۷-۱۴۲.
- متقی، علی بن حسام‌الدین (۱۴۰۹ ق). *کنز العمال فی سنن الأقوال والأفعال*. بیروت: مؤسسه الرسالة.
- وفائی‌کیا، هلنا (۱۳۹۰). *موارد رسیدگی قضایی به دعاوی ثبت‌احوال*. تهران: دانشگاه آزاد اسلامی.
- Alfonseca, K. (2022). Pushback over diversity in the classroom push teachers out of schools. abc News.
- Anita M. FLYNN, Plaintiff, Appellant, v.AK PETERS, LTD., Defendant, Appellee. Nos. 03-1676, 03-2294, 03-2348. (2004).
- Ariz. Rev. Stat. §§ 442–443 (1901).
- Arnold, G. S. (1905). Personal names. *Yale LJ*, 15, 227.
- Brown, C. S., & Chu, H. (2012). Discrimination, ethnic identity, and academic outcomes of mexican immigrant children: the importance of school context. *Child Development*, 83 (5) , 1477–1485.
- Cal. Civ. Proc. Code § 1275 (1872).
- Cal.11Rptr. 2d 763.
- Colo. Gen. Laws § 1851 (1877).
- De La Peña, J. M. (2024). *Why Names Matter: A ‘Students’ Right to their Name’Professional Development Series* (Doctoral dissertation, California State University, Northridge).
- Dogan, S. L., & Lemley, M. A. (2005). What the right of publicity can learn from trademark law. *Stan. L. Rev.*, 58, 1161.
- Gallo, R. C., Willems, L., & Tagaya, Y. (2017). Time to go back to the original name. *Frontiers in microbiology*, 8, 1800.
- Given, L. M.(2008).*the sage encyclopedia of qualitative Methods*, London.
- Hauptly, 312 N.E.2d 857, 860 (Ind. 1974).
- Haw. Sess. Laws 32 (1860).
- Human Rights Campaign.
- In the matter of petition of mokiligon (2005). N.M.C.A. 21, 106 P.3d 584 (Ct. App. 2005).

- Kushner, J. S. (2009). The right to control one's name. *Ucla L. Rev.*, 57, 313.
- La. Acts; Mass. Gen. 106 (1877).
- Laws. ch. 256, § 1 (1851).
- Luscombe v. Yates (1822) 5Barn & Ald. 544 (K.B).
- Mahmoud Panahi, Seyed Mohammad Reza. (2015).“A Study of Skinner's IntentionalHermeneutic Methodology”, *Research Policy Quarterly*, No. 3.
- Menasce Horowitz, J., Brown, A., & Cox, K. (2019). The role of race and ethnicity in americans’personal lives. Pew Research Center.
- Mich. COMP. LAWS § 711.1 (1).
- Miss. State Bd. of Dental Exam’rs v. Mandell, 21 So. 2d 405, 410 (Miss. 1945).
- MO. Rev. Stat. § (2002) 527/270).
- N.Y. Code CIV. PROC. § 2262 (1895).
- PA. LAWS 822. (1919).
- Peele, C. (2023). Roundup of anti-lgbtq legislation. 75advancing in states across the country.
- Pirone V Macmillan , Inc 894 F.2d 579, 583 (2d Cir. 1990).
- Reconciliationyeg (2022). Reclaiming indigenous names and reconciliation.
- Reynolds, J. D., Bhattacharjee, C., Ingraham, M. E., & Anton, B. M. (2022). Name reclamation for transracial Korean adoptee returnees in the United States and Europe. *Adoption Quarterly*, 25 (4) , 245-282.
- Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).
- Rosensaft, supra note 33, at 216.
- Smith v. U.S. Casualty Co., 90N.E. 947-950 (N.Y. 1910).
- Toney v. L'OREAL USA, INC. 406 F. 3d 905 - Court of Appeals, 7th Circuit,(2005).
- Torres-Mackie, N. (2019). Understanding name-based microaggressions an interview with ranjana srinivasan, Ph.D. Psychology Today.
- Totenberg, N & McCammon, S. (2022). Supreme court overturns roe v wade, ending right to abortion upheld for decades. NPR.
- Vivek, A. (2022). Why getting ethnic names right matters. Trinitonian. Retrieved, from <https://trinitonian.com/2022/10/20/why-getting-ethnic-names-right-matters/>
- Zacchini, Appellee, v.scripps-howard broadcasting co., appellant.No-995. (1976).



A Critique of the Book: *The Women's Presence in Stadiums*

Zohre Hajian Forushani¹

DOI:

10.30497/flj.2024.246048.2001



Abstract

The book of *The Women's Presence in Stadiums* by Mr. Javad Fakhar Tusi examines the issue of women's attendance at stadiums from a jurisprudential perspective. Although this book attempts to evaluate the issue of women's presence in stadiums with according to jurisprudential documentation and referencing to the religious evidence and principles, while referencing the various sources, but the content-related shortcomings necessitate a scientific critique of the book. This article is dedicated to outlining these shortcomings. The main criticisms directed at the author's viewpoint include "attributing unrelated claims," "secondary status of primary ruling," and "exclusivity of general narrative and Quranic evidence." There are also interpretations and explanations that contradict the apparent meaning of the narrations present in the book. By clarifying these criticisms, it becomes evident that the primary reason for jurists' prohibition on this issue is not the necessity of women remaining at home or an absolute prohibition on mingling; rather, the reason for the prohibition is the harmful nature of mingling. Also, regarding the necessity of observing religious rulings, all women are equal, and the exclusivity of the evidence for modesty and hijab to cloistered women is unfounded.

Keywords: mingling, women's presence in stadiums, cloistered women, unveiled women.

1. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Shahid Chamran University of Ahvaz, Ahvaz, Iran.
z.hajian@scu.ac.ir

نقد کتاب حضور زنان در ورزشگاه

زهره حاجیان فروشانی^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۲۸؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۵/۹

DOI: 10.30497/flj.2024.246048.2001

چکیده

در کتاب حضور زنان در ورزشگاه، مسئله حضور زنان در این فضا از نظر فقهی بررسی شده و نویسنده کوشیده است با مراجعه به منابع متعدد، این موضوع را با استفاده از مستندات فقهی و نیز ادله و اصول شرعی ارزیابی کند؛ اما به سبب وجود برخی ایرادهای محتوایی در این اثر، نقد علمی آن، ضروری می‌نماید. مهم‌ترین انتقادهای وارد بر دیدگاه مؤلف این کتاب عبارت‌اند از: دلیل‌انگاری گزاره‌های نامرتبط، ثانوی‌انگاری حکم اولیه، و اختصاصی‌انگاری ادله عام روایی و قرآنی؛ همچنین تأویل و تفسیر خلاف ظاهر روایات در مطالب کتاب وجود دارد. در پی تبیین ایرادهای یادشده نتیجه می‌گیریم دلیل اصلی فقها برای منع این مسئله نه لزوم خانه‌نشینی زن یا ممنوعیت مطلق اختلاط، بلکه حرمت اختلاط مفسده‌انگیز است؛ به علاوه در لزوم رعایت احکام شرعی، همه زنان با هم برابرند و اختصاص ادله عفاف و حجاب به زنان مخدره، خالی از وجه است.

کلید واژه‌ها: اختلاط، حضور زن در ورزشگاه، زن مخدره، زن برزه.

مقدمه

در سال‌های اخیر، حضور زنان در ورزشگاه‌های مردانه جهت تماشا کردن مسابقات ورزشی خاص مردان به یکی از خواسته‌های اساسی زنان تبدیل شد و در نهایت، پس از مخالفت‌های زیاد، بالاخره دولت اجازه داد زنان برای تماشا کردن مسابقات فوتبال در ورزشگاه حضور یابند. درخصوص حضور زنان در ورزشگاه‌های مردانه، آثار زیادی نگاشته و در هر کدام از آنها این موضوع از یک جهت بررسی شده است. از آنجا که حکومت کشور ما از نوع اسلامی است و در آن سعی می‌شود قوانین به‌منظور انطباق با احکام و قواعد شرعی تنظیم شوند، یکی از ابعاد مهم این موضوع، بررسی فقهی این مسئله است. یکی از مهم‌ترین آثاری که در این زمینه نوشته شده، کتاب *حضور زنان در ورزشگاه*، به قلم جواد فخار طوسی و به سفارش مرکز بررسی‌های استراتژیک ریاست جمهوری است.

این کتاب در دو بخش تنظیم شده است: بخش اول به بررسی حکم اولیه حضور زنان در ورزشگاه، و ادله موافقان و مخالفان با این مسئله اختصاص دارد؛ البته با توجه به مستحدثه بودن این موضوع، بحثی در کتب فقهی در این زمینه وجود ندارد و فقهای معاصر فقط در مقام پاسخ به استفتاها، به این مسئله پاسخی کوتاه داده و نظر خویش را بیان کرده‌اند؛ بنابراین، مؤلف با توجه به مبانی و مسائل فقهی، مواردی را که به‌زعم خودش می‌توانسته است دلیل ممنوعیت باشد، بیان کرده است. در دیدگاه مخالفان، ناپسند بودن خروج زن از منزل و اختلاط زن و مرد به‌عنوان دلیل جایز نبودن حضور زنان در ورزشگاه ذکر شده که نویسنده آن‌ها را نقد و رد کرده است. در بررسی دیدگاه موافقان، به ادله‌ای همچون حق طبیعی زنان در رفت‌وآمد به اماکن عمومی و اصل اباحه استناد شده و نویسنده معتقد است با توجه به دلالت نکردن ادله مخالفان بر ممنوعیت حضور زنان در ورزشگاه‌های مردانه، اصل اباحه، مهم‌ترین دلیل جواز فقهی برای حضور زنان در تمام ورزشگاه‌های مردانه و همه مسابقات ورزشی بدون هیچ قید و شرط است. در بخش دوم کتاب، موضوع از نظر حکم ثانویه بررسی شده و نویسنده به ادله‌ای پرداخته است که می‌توان به‌استناد آن‌ها حضور زنان در ورزشگاه‌های مردانه را به وجوب یا حرمت

محکوم کرد. در فصل اول از این بخش، مقابله با آسیب‌های اجتماعی و سالم‌سازی محیط‌های ورزشی به‌عنوان عناوینی برای الزامی کردن حضور زنان در ورزشگاه‌های مردانه ذکر شده و در فصل دوم، عناوینی همچون خشن‌بودن برخی ورزش‌ها، برهنه‌بودن بدن ورزشکاران در بعضی ورزش‌ها، فسادانگیزبودن حضور زنان در ورزشگاه‌ها، حفظ شئونات زن مسلمان، مقابله با فرهنگ غربی و وارداتی، و کمک به گناه به‌عنوان عناوین ثانویه برای حرمت حضور زنان در ورزشگاه بیان شده است. درنهایت، مؤلف پس از نقد و بررسی این ادله نتیجه گرفته است هیچ‌یک از عناوین ثانویه مذکور نمی‌توانند حکم اباحه حضور زنان در ورزشگاه‌های مردانه را به‌جوب یا حرمت تغییر دهند؛ بدین ترتیب، حضور زنان در ورزشگاه‌های مردانه بدون هیچ قیدوشرطی جایز است و دولت اسلامی باید با وضع قوانین و مقررات مناسب، موانع حضور زنان در ورزشگاه‌های مردانه را مرتفع کند. به‌رغم دغدغه نویسنده جهت تبیین مسئله و تلاش او برای بررسی ادله، این کتاب ایرادهایی اساسی دارد و تاکنون، نقدی بر نظریه مطرح‌شده در آن صورت نگرفته است؛ از این روی، نقد آن، ضروری می‌نماید. با توجه به اهمیت محتوای کتاب و نیز اندک‌بودن ایرادهای شکلی و ویرایشی، در این مقاله به ایرادهای محتوایی می‌پردازیم.

۱. تحلیل مؤلف در خصوص دیدگاه مخالفان و نقد این تحلیل

مؤلف کتاب حضور زنان در ورزشگاه برای نقد دیدگاه مخالفان با این مسئله، نخست دو مبنا را برای این دیدگاه در نظر گرفته و سپس آن را نقد کرده است. این دو مبنا عبارت‌اند از: ناپسندی خروج زن از خانه برای کارهای غیرضروری، و ناپسندبودن اختلاط زن و مرد. به این رویکرد مؤلف، نقدهایی می‌توان وارد کرد که در ادامه، آن‌ها را بیان می‌کنیم:

۱-۱. ایراد دلیل انگاری گزاره‌های نامرتبط

نویسنده در تحلیل دلایل ممنوعیت حضور زنان در ورزشگاه، ناپسندبودن خروج زن از خانه برای کارهای غیرضروری را به‌عنوان دلیل اول ذکر کرده (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۲۷)؛ اما هیچ مستندی را به‌دست نداده است که نشان دهد فقها چنین گزاره‌ای را به‌عنوان دلیل یا مبنای ممنوعیت حضور زنان در ورزشگاه پذیرفته‌اند. استناد به چنین دلیلی از چند جهت، دچار اشکال

است: اولاً واژه «نابسند» از اصطلاحات رایج در دانش اخلاق است؛ نه فقه. اگر بتوان این واژه را مسامحتاً معادل با اصطلاح فقهی «کراهت» در نظر گرفت نیز ایراد دیگری به وجود می‌آید؛ چون مبنای ممنوعیت یک حکم باید به امر حرام بازگردد؛ نه مکروه. ثانیاً امری که به عنوان مبنا معرفی می‌شود، باید مورد قبول باورمندان به یک حکم باشد؛ درحالی که نویسنده تصریح کرده است:

با توجه به بررسی احادیث مربوط به خانه‌نشینی زنان، بعید بودن پذیرش چنین مضمونی (ضرورت خانه‌نشینی زنان) فقها و محدثان را بر آن داشت که با پذیرش دلالت این روایات، به غیرالزامی و استحبابی بودن آن روی بیاورند. آنان به صراحت گفته‌اند اخبار مورد بحث، همگی دربردارنده توصیه‌هایی اخلاقی هستند (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۴۸).

چگونه مسئله‌ای که ازدیدگاه اکثر فقها حکم استحبابی داشته یا توصیه اخلاقی قلمداد شده است، به عنوان دلیل ممنوعیت فعلی مورداستناد قرار می‌گیرد؟ افزون بر این باید به این موضوع توجه کرد که مسئله مورد بحث ما از نوع نوپدید است و پیشینه فقهی ندارد؛ بنابراین، در بررسی آن باید بیشتر به دیدگاه فقهای معاصر توجه کرد. مطالعه فتوای فقهای که قائل به عدم جواز حضور زنان در ورزشگاه هستند، نشان می‌دهد آن‌ها به هیچ وجه به وجوب خانه‌نشینی زن معتقد نیستند؛ زیرا این فقها در دیگر موارد مثل اشتغال و تحصیل که مستلزم خروج زن از منزل است، خروج زن از منزل را بلامانع می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق، ص ۱۵۱؛ بهجت، ۱۴۲۸ق، ج ۴، ص ۵۷). این مطلب نشان می‌دهد نمی‌توان به چنین مسئله‌ای به عنوان دلیل ممنوعیت حضور زنان در ورزشگاه استناد کرد.

دومین دلیل که برای ممنوعیت حضور زنان در ورزشگاه، البته از قول فقها بیان شده، نابسندبودن^۱ اختلاط زن و مرد است (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۵۱). نویسنده اختلاط را ازدیدگاه فقها عبارت از هرگونه باهم بودن زن و مرد در یک مجلس تعریف کرده و نوشته است: اختلاط زن و مرد را نباید فقط در فرضی تصور نمود که زن‌ها و مرد‌ها دست در دست هم دارند یا در هم آمیخته‌اند. زن‌ها در میان مرد‌ها و مرد‌ها در میان زن‌ها نیز تنها فرض

۱. همان ایرادی که در به کاربردن لفظ «نابسند» در نقد دلیل اول گفته شد، در اینجا هم وارد است.

اختلاط نیست. بسیاری از دارندگان دیدگاه‌های سنتی، نفس حضور زنان و مردان را در کنار یکدیگر، مصداق اختلاط می‌دانند (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۵۱).

در کتاب مورد بحث، مستند این دیدگاه، روایات فراوانی دانسته شده است که از نظر گروه قابل توجهی از فقها دلیل ممنوعیت اختلاط زن و مرد هستند: «مبتنی بر همین رویکرد است گروه قابل توجهی از فقها ممنوعیت اختلاط مردان و زنان را به صراحت مطرح ساخته‌اند» (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۵۶)؛ در عین حال، برای اثبات این ادعا تنها سه منبع ذکر شده است: *النهائية* شیخ طوسی، *من لا یحضره الفقیه* شیخ صدوق و *احکام النساء* شیخ مفید. مستند کتاب *النهائية* راجع به نماز میت است که در آن نوشته شده اگر زنان هم در بین نمازگزاران بودند، باید در صف‌های آخر بایستند و با مردان اختلاط نکنند (شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۴۴). در اینجا شیخ طوسی فقط آداب نماز خواندن بر میت را متذکر شده و گفته است زنان باید در صف آخر بایستند و با مردان اجتماع نکنند. این مسئله همواره بخشی از سیره مسلمین بوده است؛ زیرا اختلاط زن و مرد به این صورت که هیچ فاصله و حریمی بین آن‌ها نباشد، موجب برخورد بدن آن‌ها به یکدیگر می‌شود که از نظر شرعی نهی شده است؛ به طوری که براساس روایات، پیامبر (ص) در جداگانه‌ای را برای ورود زنان به مسجد قرار داده بودند تا هیچ‌گونه برخوردی میان آن‌ها با مردان پیش نیاید (ابی‌داوود، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۲۶؛ جعفریان، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۱۲۳۰؛ مطهری، بی‌تا، ج ۱۹، ص ۵۴۶).

حال، این سؤال مطرح می‌شود که آیا از این سخن شیخ طوسی، ممنوعیت مطلق اختلاط، آن‌هم با تعریفی که مؤلف ذکر کرده است، برداشت می‌شود یا خیر. در پاسخ می‌توان گفت اگر چنین معنایی مورد نظر شیخ بود، وی قاعداً به صورت مطلق، حضور زنان در نماز میت ممنوع می‌دانست.

در کتاب *من لا یحضره الفقیه* نیز درباره نماز میت سخن گفته می‌شود. شیخ صدوق ذیل روایتی از پیامبر (ص) که فرموده‌اند بهترین موضع برای به جای آوردن نماز میت، صف آخر است، نوشته علت این مسئله آن است که زنان با مردان در نماز میت اختلاط نکنند (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۱۶۹). در واقع، مقصود آن است که پیامبر (ص) این کلام را فرمودند تا زنان به صف آخر بروند و با مردان اختلاط نکنند. دقیقاً همان بحثی که در عبارت شیخ

طوسی در *النهایه* توضیح داده شد، در اینجا هم مطرح است. حسب تتبع نگارنده، تنها فقیه‌ای که به حرمت اختلاط به صورت مطلق قائل شده، شیخ مفید است (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۵۶)؛ اما نظر یک فقیه نمی‌تواند مبنای استدلال واقع شود.

به علاوه، جست‌وجو در منابع فقهی نشان می‌دهد بیشتر فقها قائل به حرمت مطلق اختلاط زن و مرد نیستند؛ بلکه آن را مکروه می‌دانند (یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۸۰۵؛ مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۲۰۵؛ خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۲، ص ۹۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۴، ص ۵۵). برخی صاحب‌نظران نیز بر کراهت این مسئله ادعای اجماع کرده‌اند (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۴، ص ۵۵). بدیهی است که امر مکروه نمی‌تواند مستند حکم به حرمت قرار گیرد.

شایان ذکر است که در استفتائات برخی فقها در خصوص ممنوعیت این مسئله به اختلاط زن و مرد اشاره شده و فخار طوسی نیز در کتاب خود به دو نمونه از این استفتائات استناد کرده است (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۵۲)؛ اما دقت در دیدگاه فقها و استفتائات آن‌ها در دیگر موارد مثل تحصیل و اشتغال زنان در محیط بیرون از منزل که غالباً با اختلاط با مردان همراه است (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۱۵۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۲۲۸)، نشان می‌دهد این فقها به حرمت مطلق اختلاط، آن‌هم با تعریف ذکرشده در کتاب، قائل نیستند؛ بلکه اختلاط همراه با مفسده را حرام می‌دانند.

مسئله دیگر آن است که از نگاه نویسنده این کتاب، در روایات دال بر ممنوعیت اختلاط زن و مرد، اختلاط توأم با التذاذ جنسی و تحریک شهوت، مدنظر بوده و اسلام به هیچ وجه، جداسازی و تفکیک زن و مرد را توصیه نکرده است. بیان کتاب در این حوزه، چنین است: اسلام به هیچ وجه، جداسازی مرد و زن، و تفکیک آنان را توصیه نکرده است. اسلام بر عدم ارتباط این دو تأکید نمی‌کند. نظر اسلام، محدود ساختن شهوترانی و التذاذ جنسی به محیط خانه است. همین و بس! کسانی که به گونه دیگری فکر می‌کنند، نمی‌توانند سلیقه‌های شخصی خود را به اسلام پیوند بزنند (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۲۵).

در اینجا خلط‌مبختی صورت گرفته است. تردیدی وجود ندارد که هدف غایی از محدودیت‌های وضع‌شده در روابط زن و مرد، محدود کردن شهوترانی و التذاذ جنسی به محیط خانه و روابط

خصوصی زوجین است؛ اما با توجه به حساسیت این موضوع و غریزه سرکش انسان به خصوص در دوران جوانی، در احکام اسلام حتی اموری که مقدمه شهوت رانی یا تحریک جنسی هستند، نهی شده‌اند؛ مثل روایاتی که در آن‌ها زنان از استعمال بوی خوش در حضور نامحرم منع شده‌اند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۵۱۸). در آیه شریفه‌ای که نازک کردن صدا هنگام صحبت کردن با نامحرم ممنوع شده است (قرآن کریم، الأحزاب، ۳۲)، زنان از تبرج و اظهار زینت در حضور نامحرم بازداشته شده‌اند (قرآن کریم، الأحزاب، ۳۳)؛ همچنین خلوت کردن دو نامحرم در محلی که امکان رفت و آمد و حضور نفر سوم نباشد، حرام دانسته شده است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۵۱۸؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص ۱۸۵؛ محدث نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۴، ص ۲۶۶).

اما این مسئله که نویسنده کتاب گفته اسلام به هیچ نحو، جداسازی زن و مرد را نمی‌خواهد، صحیح نیست و شخص آشنا به فقه و شریعت، این امر را نمی‌پذیرد. اینکه پیامبر (ص) پیشنهاد در نظر گرفتن جداگانه برای ورود و خروج زنان به مسجد را مطرح کرده‌اند، اینکه فرموده‌اند زنان از کنار معابر و مردان از وسط معابر عبور کنند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۵۱۸-۵۱۹) و اینکه زنان را برای نماز میت به صف آخر هدایت کرده‌اند، اگر به معنای مطلوبیت جداسازی زن و مرد نیست، پس چه معنایی دارد؟ به عبارت دیگر، از این روایات، حداقل مطلوبیت عدم اختلاط زن و مرد را می‌توان استنباط کرد؛ اگرچه با توجه به دیگر ادله، حرمت مطلق اختلاط استنباط نمی‌شود؛ چنان‌که فقها نیز به حرمت فتوا نداده‌اند؛ همچنین اینکه امام علی (ع) مردان عراقی را در خصوص حضور زنانشان در معابر و بازار، و برخورد آنان با مردان نامحرم سرزنش کرده‌اند، معنایی جز نهی از اختلاط بی‌ضابطه ندارد.^۱

۱-۲. به دست دادن دلیل فقهی در خصوص ممنوعیت حضور زنان در ورزشگاه

با توجه به مطالب ذکر شده، هیچ‌یک از ادله‌ای که در کتاب به عنوان مستند فقهی برای ممنوعیت حضور زنان در ورزشگاه مردانه بیان شده‌اند، نمی‌توانند دلیل فقهی حرمت باشند؛ اما این بدان

۱. مؤلف کتاب درباره این روایت، سخنی گفته است که نقد آن در مطالب بعدی بیان خواهد شد.

معنا نیست که حضور زنان در ورزشگاه‌های مردانه به‌نحو مطلق و بدون هیچ قید و شرطی از نظر فقهی جایز باشد؛ بلکه ادله مدعی کتاب، دلیل بر ممنوعیت محسوب نمی‌شوند.

نویسنده در کتاب خود مدعی شده خارج از ادله‌ای که او ذکر کرده است، دلیلی برای تجویز یا حرمت حضور زنان در ورزشگاه یافت نخواهد شد (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۲۴)؛ اما چنین ادعایی صحیح به‌نظر نمی‌رسد. برای اینکه مشخص شود دلیل ممنوعیت ازدیدگاه فقهی چیست، باید دید شریعت اسلام چه ضوابطی برای ارتباط زن و مرد نامحرم دارد؛ زیرا مسلماً حضور زنان در ورزشگاه‌های مردانه، مستلزم ایجاد ارتباط بین زن و مرد نامحرم است.

در شریعت اسلام، روابط زن و مرد نامحرم، محدودیت‌های ویژه‌ای دارد و از جمله احکام وضع شده درخصوص این مسئله، موارد ذیل را می‌توان ذکر کرد: حرمت نگاه به اعضای بدن (جز وجه و کفین)، حرمت لمس، حرمت گفتار یا رفتار شهوت‌برانگیز، حرمت رفتارهای برخاسته از قصد التذاذ و وجوب ترک موقعیت‌هایی که می‌تواند به گناه منجر شوند (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۴۳؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص ۱۹۱). اندیشمندان اسلامی فلسفه وضع این احکام را مواردی مانند ایجاد آرامش روانی برای زن و مرد، مهارکردن امیال جنسی، فراهم آوردن فضای سالم در خانواده، استواری جامعه اسلامی و حفظ ارزش زن دانسته‌اند (مطهری، بی‌تا، ص ۴۲۷ و ۴۴۳؛ جعفریان، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص ۱۱۴۸). در پی بررسی مختصر این احکام درمی‌یابیم در روابط زن و مرد، هر عملی که به قصد لذت‌بردن انجام شود، بیم آن باشد که به حرام بینجامد و یا نوعاً به ارتکاب حرام منجر شود، ممنوع شده است؛ همچنین هر عملی که مقدمه فعل حرام باشد، نهی شده است؛ هر چند آن عمل به صورت نوعی (نه شخصی و موردی)، حاوی مقدمه حرام باشد. حرمت مطلق اموری مانند نگاه کردن به بدن نامحرم و لمس آن (چه با قصد لذت و چه بدون آن) را می‌توان از این راه توجیه کرد. با توجه به این ادله می‌توان قاعده‌ای کلی بدین شرح را استنباط کرد که روابط زن و مرد نامحرم در صورتی که خوف مفسده، یعنی وقوع فعل حرام وجود داشته باشد، حرام است.^۱ درواقع، این روابط برپایه حفظ حیا و عفت استوار است و هر جا احتمال مفسده داده شود، آن رابطه ممنوع خواهد بود.

۱. برای مطالعه بیشتر در این زمینه رک: حاجیان فروشانی، حمیدی و سواعدی، ۱۴۰۱ب، ص. ۱۱۷-۱۲۱.

این دلیل از نظر کبروی، تمام است و بعید است شخص آشنا به فقه (حتی نویسنده کتاب موردنظر) در آن تردید داشته باشد؛ اما مسئله در اینجا از نظر صغروی، محل بحث است. قائلان به حرمت معتقدند مطلق حضور زن در ورزشگاه‌های مردانه، مصداق اختلاط مفسده‌انگیز و بنابراین، حرام است. درواقع، مصنف به جای نقد ادله لزوم خانه‌نشینی و ادله مطلق اختلاط که بیشتر فقها قائل به حرمت آن نیستند، شایسته بود ابتدا مفهوم مفسده را مشخص می‌کرد و سپس به این سؤال پاسخ می‌داد که آیا در همه مسابقات، احتمال چنین مفسده‌ای وجود دارد یا در برخی از آن‌ها و یا اینکه در هیچ یک متصور نیست.

۳-۱. ثانوی انگاری حکم اولیه

نویسنده در قسمت حکم ثانویه ممنوعیت حضور زنان در ورزشگاه، پوشش نامناسب مردان در برخی ورزش‌ها مثل کشتی و شنا را دلیل جایز نبودن حضور زن برای تماشای این گونه ورزش‌ها دانسته و سپس اساساً رد کرده است. به عقیده او از جهت شرعی، نوع ورزش و پوشش مردان، هیچ محدودیتی برای حضور زنان در ورزشگاه‌های مردانه ایجاد نمی‌کند (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۱۱۹).

این قسمت هم از جهت اصولی اشکال دارد و هم به لحاظ فقهی؛ زیرا نویسنده مسئله پوشش نامناسب را به عنوان عوارض ثانویه مطرح کرده است. به نظر می‌رسد این برداشت اشتباه باشد؛ زیرا عنوان ثانوی، حالتی است که از بیرون بر موضوع عارض می‌شود؛ درحالی که موضوع فی نفسه این عوارض را ندارد؛ مثل عنوان ضرر، حرج و بیماری؛ اما اگر موضوع، عام و دارای اصناف متعددی باشد که هرکدامشان ویژگی خاص خود را دارند، خروج برخی صنف‌ها از حکم عام، تخصیص است. در محل بحث موضوع، ورزش‌های مردانه است. این موضوع، صنف‌های متعددی دارد که یکی از آن‌ها ورزش‌هایی مانند شنا و کشتی است که در آن‌ها مردان، پوشش مناسبی ندارند؛ پس اگر حکم حضور زنان برای تماشای این گونه ورزش‌ها متفاوت باشد، از جهت تخصیص است؛ نه عنوان ثانویه.

از منظر فقهی نیز این بحث با اشکال اساسی مواجه است. براساس دیدگاه نویسنده، بین حرمت

نگاه و لزوم پوشش، ملازمه وجود دارد؛ یعنی نگاه زن به قسمت‌هایی از بدن مرد حرام است که پوشاندن آن‌ها بر مرد واجب است. از طرف دیگر، بر مرد، تنها پوشاندن عورت، واجب است؛ بنابراین، نگاه زن، تنها به عورت مرد، حرام خواهد بود و بدین ترتیب، حضور زن برای تماشای مسابقات شنا هم بلامانع است (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۱۰۸-۱۱۱)؛ البته نویسنده این مسئله را نیز متذکر شده که نگاه شهوانی زن به مرد به‌طور مطلق، حرام است؛ اما زنان حاضر در ورزشگاه به بدن مرد نگاه شهوت‌انگیز نمی‌کنند (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۱۲۲).

به این استدلال، چند نقد وارد است:

اولاً به فرض، ملازمه وجوب ستر و حرمت نگاه را بپذیریم. اینکه بر مرد واجب است نزد زن نامحرم، فقط عورت خود را بپوشاند، از کجا آمده است؟ در توضیح این مطلب می‌توان گفت ما دو دسته روایات درخصوص پوشش مرد داریم: یکی در ابواب صلاة است که براساس آن، حداقل پوشش برای مرد هنگام نمازخواندن، «ازار» است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۳۹۳) ازار یعنی پوششی که از ناف تا زانو را می‌پوشاند (ابن منظور، بی تا، ج ۴، ص ۱۷-۱۸)؛ البته در بیشتر روایات آمده است که باید دو طرف ازار را بر گردن خود بیفکند و سینه‌اش را با آن بپوشاند (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ص ۳۸۹-۳۹۳). گروه دیگر در ابواب آداب حمام است که در آن‌ها بر لزوم پوشاندن عورت تأکید شده است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۳۳-۳۵). روایات دسته دوم از محل بحث، خارج‌اند؛ چون حداکثر دلالت آن، لزوم پوشش مرد نزد مرد دیگر را بیان می‌کند و با پوشش مرد نزد زن نامحرم ارتباطی ندارد.

در روایات دسته اول نیز صرفاً پوشش مرد هنگام نمازخواندن مطرح شده است؛ نه در حضور زن نامحرم. در اینجا به دو مبنا می‌توان قائل شد: یکی اینکه همین روایات را مستند حداقل پوشش نزد نامحرم قرار دهیم؛ چون غیر از این‌ها دلیلی نداریم و در صورت نبود دلیل، اصل بر براءة است. براساس این مبنا هم حضور زن برای تماشاکردن ورزش‌هایی مثل کشتی و شنا جایز نیست؛ چون همین حداقل پوشش هم رعایت نشده است؛ اما مبنای دوم این است که الزاماً پوشش فرد هنگام نمازگزاردن با پوشش نزد نامحرم یکی نیست؛ بنابراین، درخصوص

پوشش مرد در برابر نامحرم و مواضع جواز نگاه زن به مرد نامحرم، دلیلی نداریم؛ چون در این زمینه، اصلاً از ائمه (ع) سؤال نشده است؛ اما آیا نداشتن دلیل صریح به معنی جواز است؟ براساس این مبنا دو دیدگاه وجود دارد:

دیدگاه اول این است که با توجه به سیره مسلمین و نحوه پوشش مردان در جامعه، تنها نگاه کردن به قسمت‌هایی از بدن مرد جایز است که مردان به‌طور متعارف، آن‌ها را نمی‌پوشانده‌اند (شیری زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۳۵۶-۳۵۸؛ ایروانی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۳۰۸؛ سبحانی تبریزی، بی‌تا، ج ۱، ص ۶۲)؛ بنابراین، زن فقط می‌تواند به موضعی از بدن مرد نگاه کند که از زمان معصومان (ع) تا الان، سیره مسلمین بر عدم پوشش آن‌ها جاری بوده و این دیدگاه با تفسیر آیه نهی نظر زن به مرد نیز سازگارتر است؛ زیرا اگر بخواهیم حرمت نظر را به عورت مرد اختصاص دهیم، تخصیص اکثر لازم می‌آید که عقلاً قبیح و مستهجن محسوب می‌شود و صدور امر قبیح از طرف شارع حکیم، محال است؛ به علاوه، در اسلام، روابط زن و مرد، مبتنی بر رعایت حیا و عفاف است (عظیم‌زاده اردبیلی و سرخ‌حصاری، ۱۳۹۶، ص ۷۴) و حضور زن در مکان‌هایی که مرد پوشش مناسب ندارد به‌خصوص در مسابقات شنا، سبب ازبین رفتن حیا در روابط زن و مرد نامحرم می‌شود که از این جهت با مجموع ادله شرعی سازگار نیست. شاید بر همین اساس، برخی معتقدند هنگام انجام دادن فعالیت‌هایی مانند ورزش، در صورت حضور زنان، پوشاندن بدن بر مردان نیز واجب خواهد بود (سعیدی، ۱۳۹۳، ص ۶۰).

دیدگاه دوم این است که به استناد اصل برائت، نگاه کردن به همه قسمت‌های بدن مرد جز مواردی که در روایات به پوشاندنشان تصریح شده، جایز است. ظاهراً مبنای کتاب مورد بحث ما نیز همین است؛ اما براساس این مبنا هم حضور زنان در ورزشگاه‌ها برای تماشا کردن مسابقه‌هایی نظیر شنا و کشتی جایز نیست؛ چون برپایه روایات بیانگر پوشش مردان در نماز، حداقل پوشش مردان در این ورزش‌ها وجود ندارد.^۱

۱. با توجه به اینکه پرداختن به بحث محدودۀ پوشش مرد از موضوع این مقاله خارج است، بررسی دقیق ادله آن باید در مقاله‌ای دیگر صورت گیرد.

اگر کسی هیچ‌یک از این ادله را نپذیرد و بر واجب نبودن پوشش مرد و جواز نگاه زن در غیراز عورت تأکید کند، سؤالی دیگر بدین شرح مطرح می‌شود که آیا پوشاندن حجم عورت نیز واجب است یا خیر. در پاسخ به این سؤال، حداقل شک می‌شود و در اینجا براساس قاعده اشتغال، پوشاندن حجم هم واجب می‌شود. در توضیح این مطلب می‌توان گفت ما یقین داریم که پوشاندن عورت، واجب است. حال شک می‌کنیم که آیا فقط مقصود، پوشاندن پوست و رنگ است یا قاعده مورد بحث، حجم را هم شامل می‌شود. در اینجا باید احتیاط کرد و حجم را هم پوشاند تا یقین به برائت حاصل شود (صاحب‌جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۸، ص ۱۶۲)؛ بنابراین، با توجه به نوع پوشش در ورزش‌هایی مانند کشتی و شنا حتی براساس این دیدگاه نیز حضور زنان برای تماشای چنین مسابقاتی جایز نیست.

مؤید این دیدگاه آن است که در حرام‌بودن نگاه همراه با لذت به بدن نامحرم، هیچ شکی وجود ندارد و از آنجا که شرکت‌کنندگان در این مسابقات، معمولاً افراد جوان با بدن‌های ورزیده هستند و از طرف دیگر، زنان مایل به تماشا کردن چنین مسابقاتی عموماً جوان‌اند، این نگاه نوعاً خالی از لذت و مفسده نیست؛ اما اینکه مؤلف گفته است زنان حاضر در ورزشگاه به بدن مردان نگاه شهوت‌انگیز نمی‌کنند (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۱۲۲) و در جایی دیگر گفته است صرف حضور در محیط‌های شادی و هیجان، سبب تحریک شهوت نمی‌شود؛ بلکه به شخصیت، نوع تربیت و اطلاع از آداب اجتماعی بستگی دارد (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۱۳۸)، صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا اولاً ایجاد لذت و برانگیخته شدن شهوت از عناوین قصديه به شمار نمی‌آید؛ یعنی چنین نیست که اگر انسان در نگاه کردن به نامحرم قصد کند، شهوتش برانگیخته می‌شود و اگر قصد نکند، باوجود نگاه‌های طولانی و مکرر، شهوتش برانگیخته نخواهد شد؛ بلکه برانگیخته شدن شهوت و ایجاد لذت به غریزه برمی‌گردد؛ بنابراین، انسان نباید کاری کند یا در محیطی قرار گیرد که سبب تحریک شهوت او شود. اینکه در ادله، انسان‌ها از نگاه کردن به نامحرم بازداشته شده‌اند و کاهش نگاه توصیه شده، به همین جهت است؛ به‌خصوص در سنین جوانی که هیجانات و نیروی شهوانی انسان، قوی است. ثانیاً اینکه گفته شده ایجاد شهوت به عواملی همچون نوع تربیت بستگی دارد نیز سخن دقیقی نیست؛ چون همان‌گونه که گفتیم،

تحریک شهوت در اختیار شخص نیست؛ بلکه پاسخی به محرک‌های بیرونی است. اینکه امام علی (ع) به عنوان الگوی مسلمین و نمونه تام انسان کامل، از سلام و احوال‌پرسی با زنان جوان اکراه داشته‌اند تا مبادا این کار، موجب ایجاد لذت شود (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۶۴۸)، مؤید سخن ما و گویای این مطلب است که ایجاد لذت و تحریک غریزه با نوع تربیت ارتباطی ندارد. البته اینکه انسان در برابر تحریک شهوت، چگونه عکس‌العمل نشان دهد و چطور به این مسئله پاسخ گوید، به تربیتش بستگی دارد؛ مگر اینکه گفته شود تحریک غریزه اشکالی ندارد و مهم، نحوه پاسخ‌دادن به آن است که بعید است چنین چیزی مدنظر نویسنده کتاب باشد.

۴-۱. اختصاصی‌انگاری ادله‌ی عام روایی و قرآنی

در برخی منابع شرعی، زنان به دو گروه مُخَدَّرَه و بَرَزَه تقسیم شده‌اند. این بحث در باب قضا مطرح و برای زنان مخدیره و برزه، شیوه‌های دادرسی متفاوتی ذکر شده است. زن برزه برای دادرسی یا ادای شهادت باید در دادگاه حاضر شود؛ اما زن مخدیره، ملزم به حضور نیست؛ بلکه حاکم، مأموری را جهت اخذ شهادت یا دادرسی نزد او می‌فرستد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۶، ص ۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص ۷۱؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص ۱۳۶-۱۳۷؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۵۶۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۲، ص ۴۲۵). نویسنده از این تقسیم‌بندی نتیجه گرفته است آیات و روایات دارای مضمون حجاب و حفظ حریم، فقط به زنان مخدیره اختصاص دارند و شامل زنان برزه نمی‌شوند (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۹۲-۹۳ و ۱۱۶). او مدعی است: «بسیاری از توصیه‌هایی که در زمینه روابط زن و مرد مطرح گردیده است، نظر به گروه خاصی از زنان دارای شئون اجتماعی بالا (مخدرات) دارد. اغلب این توصیه‌ها دربردارنده احکام عمومی مرتبط با همه زنان نیست» (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۱۱۶). در این کتاب، زنان مخدیره و برزه، چنین معرفی شده‌اند:

زنانی که برای انجام کارهای روزانه از خانه بیرون می‌روند، به خیابان‌ها می‌آیند، خرید می‌کنند، با مردان گفت‌وگو و معامله می‌کنند و در مکان‌های عمومی حضور دارند، برزه هستند؛ اما زنی که از خانه بیرون نمی‌رود و امور روزمره را توسط مستخدمینش انجام می‌دهد، زن مخدیره است (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۹۱).

براساس این عقیده، در حال حاضر اگر نگوییم صد درصد زنان، قطعاً می‌توان گفت ۹۹ درصد آنان برزه هستند و نسل زنان مخدره منقرض شده است؛ لذا براساس دیدگاه نویسنده کتاب، آیات و روایات دارای مضمون حجاب و ضرورت رعایت توصیه‌های دینی در ارتباط با نامحرم، دیگر کاربردی ندارند؛ زیرا بسیاری از توصیه‌هایی که درباره زنان مطرح شده‌اند و محدودیت‌هایی را برای آنان دربر دارند، مبتنی بر تفصیل بین زنان برزه و مخدره هستند و اغلب روایات، ناظر به موقعیت زنان مخدره‌اند.

در نقد این ادعا دو مطلب مطرح می‌شود: یکی معنای مخدره و دیگری اختصاص احکام روابط با نامحرم به زنان مخدره.

اینکه در برخی منابع متقدم، زنان مخدره این‌گونه تعریف شده‌اند، جای بحث ندارد (شیخ طوسی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۰۲)؛ اما در دیگر منابع فقهی، تعریف متفاوتی درباره زن مخدره ذکر شده است؛ مثلاً در *مسالك الأفهام* آمده زنی که صرفاً در صورت وجود ضرورت از خانه خارج می‌شود، قطعاً مخدره است؛ اما زنی که به‌ندرت و مثلاً برای حمام، زیارت یا عزای بستگانش از خانه بیرون می‌رود، درخصوص مخدره‌بودنش دو وجه وجود دارد و قول نزدیک‌تر به صواب، مخدره‌بودن اوست (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۳، ص ۴۲۶). در منابع دیگر تصریح شده زن مخدره، زنی نیست که اصلاً از خانه خارج نمی‌شود؛ بلکه زنی که به‌طور متعارف برای عزا یا عروسی، دیدار اقوامش، زیارت و حج از خانه بیرون می‌رود، همچنان مخدره است (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص ۹۳؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۶۸۱). عبارات فقها نشان می‌دهد که این‌گونه تعاریف، ناظر به مصداق هستند؛ یعنی لفظ به‌صورت قضیه خارجی تعریف شده است؛ نه قضیه حقیقه؛ به دیگر سخن، زمانی به‌سبب قبح عرفی خروج زن از منزل، کسانی که اصلاً از خانه خارج نمی‌شدند، مخدره بودند؛ اما در زمان‌های بعدی که خروج زنان از خانه، بیشتر متداول شد، مطلق خروج غیرضروری زن از منزل، موجب خارج‌شدن او از عنوان مخدره نمی‌شود؛ بنابراین، چنان‌که برخی فقها تصریح کرده‌اند، برای شناخت مخدره در هر زمانی باید به عرف همان زمان مراجعه کرد (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص ۹۳؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۶۸۱). در حال حاضر می‌توان گفت زن مخدره، بانوی

عقیقه‌ای است که در ارتباط با نامحرم، بی‌پروا نیست؛ بلکه حریم خود را حفظ می‌کند؛ البته این بدان معنا نیست که زن به کلی از خانه خارج نمی‌شود؛ بلکه وی در مواقع لازم و به‌فراخور نیاز جامعه، در صحنه‌های اجتماعی حضور دارد؛ اما در ارتباط با نامحرم، پرده حیا می‌کشد. درواقع، حجاب و اخلاق این زن، پرده‌ای است که او را در ارتباط با نامحرم حفظ می‌کند. این معنا را از روایتی از امام باقر (ع) نیز می‌توان دریافت که در آن، امام (ع) زن مخدره را به‌معنای زن عقیقه دانسته‌اند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۳۵۰). مسلماً مقصود از زن عقیقه، بانوی باحیا و پاکدامن است؛ نه زنی که اصلاً از خانه خارج نشود. درپی مراجعه به سیره دختران معصومان (ع)، این مطلب تأیید می‌شود؛ چنان‌که حضرت زهرا (س) هنگامی که ضروری دانستند، در مسجد حضور یافتند و سخنرانی کردند؛ همچنین حضور حضرت زینب (س) در حادثه کربلا و سپس سخنرانی در مجلس یزید، نمونه‌ای دیگر از حضور زنان، دختران و خواهران معصومان (ع) در صحنه اجتماع است. مگر ایشان مخدره نبودند؟ پس این شیوه استدلال باطل است که زنان مقید به دستوره‌های اسلامی را از صحنه جامعه حذف می‌کنند و آیات و روایات دارای مضمون حجاب را مختص آنان می‌دانند.

اکنون، سؤال این است که به چه دلیل، آیات و روایات دارای مضمون روابط با نامحرم باید مختص زنان مخدره دانسته شود. گزاره‌هایی همچون «به‌نظر من این‌گونه است» و «من این‌طور فکر می‌کنم» را نمی‌توان به‌عنوان دلایلی علمی در این حوزه مطرح کرد. آیات و روایات مطلق یا عام هستند و تا وقتی دلیلی آن‌ها را تقیید یا تخصیص نزنند، به عمومیت و اطلاق خود باقی خواهند بود. جای تعجب است ایشان که در چند جای کتاب، فقها را به حکم‌کردن طبق سلیقه شخصی محکوم می‌کنند، چرا خودشان چنین مطلب بی‌وجهی را بیان کرده‌اند؛ بدون اینکه هیچ دلیلی برای اثبات آن به‌دست دهند. دلیل حضورنیافتن زن مخدره در دادگاه هم این نیست که آیات دارای مضمون حجاب و حفظ حریم، مخصوص آن‌ها باشد؛ بلکه چه بسا به‌دلیل نوع زندگی‌ای که زن مخدره برای خود انتخاب کرده است، حضور در دادگاه برایش سخت و باعث عسرو حرج باشد و بنابراین، او را به حضور در دادگاه ملزم نمی‌کنند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۵، ص ۱۱۲)؛ همچنین اگر در کلام فقها درخصوص اخذ شهادت از زنان برزه دقت کنیم،

معلوم می‌شود از نظر آن‌ها زن برزه، بانوی آزاد، رها و بی‌قیدوبند نیست و به همین جهت، حضور زنان در دادگاه را به همراهی محرم با آنان مقید کرده‌اند (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص ۹۳).

به علاوه، آیه جلاب که در آن می‌خوانیم: «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ وَ بَنَاتِكَ وَ نِسَاءِ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ ذَلِكَ أَدْنَى أَنْ يُعْرَفْنَ فَلَا يُؤْذَيْنَ» (قرآن کریم، احزاب، ۵۹)، بر نحوه حجاب و پوشش زنان دلالت دارد. این آیه شریفه جهت تبیین نوع حضور زن در جامعه نازل شد و آن، زمانی بود که زنان برای شرکت کردن در نماز جماعت به مسجد می‌رفتند (قمی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص ۱۹۶)؛ بنابراین، اگر گفته شود آیات حجاب درخصوص زنان مخدیره نازل شده‌اند، این آیه لغو و بدون موضوع خواهد شد.

۲. ایرادهای محتوایی جزئی

در بخش پیشین، ادله کلی مورد استناد نویسنده کتاب را ارزیابی کردیم. وی ذیل ادله ذکر شده جهت رد دیدگاه مخالفان و اثبات دیدگاه موافقان، به آیات و روایاتی استناد کرده که در برخی از آن‌ها برداشت‌ها و تفاسیر نقل شده ضمن روایات، صحیح به نظر نرسیده و قابل نقد است. در بخش ایرادهای محتوایی جزئی سعی شده است این موارد استخراج و ارزیابی شود.

۲-۱. توجیه و تأویل ظاهر روایات دال بر عدم اختلاط و لزوم خانه‌نشینی زن

مؤلف برای اثبات نظر خود مبنی بر جواز حضور زنان در ورزشگاه و رد دیدگاه مخالفان، روایات دارای مضمون خانه‌نشینی زن یا عدم اختلاط با مردان را طوری توجیه و تأویل کرده که با ظاهر روایات، سازگار نبوده است و دلیل موجهی هم برای چنین توجیهاتی وجود ندارد. درواقع، او درصدد اثبات این مسئله بوده است که اختلاط زن و مرد، مکروه نیست. در ادامه، نمونه‌هایی از این موارد را ذکر می‌کنیم^۱:

۲-۱-۱. روایات دال بر تشبیه زنان به عورت

درخصوص روایاتی که در آن‌ها زنان به عورت تشبیه شده‌اند، نویسنده کتاب اصرار دارد که

۱. شایان ذکر است که نویسنده کتاب، روایاتی را از نظر دلالت توجیه و تأویل کرده است که به لحاظ سندی، مورد پذیرش هستند.

«مقصود از عورت، قسمت‌هایی از بدن است که آشکارکردن آن، قبیح و حرام است و مقصود روایات، پوشاندن این قسمت‌های بدن زن است». در این روایات به «ستر» توصیه شده؛ نه به «حبس زنان در خانه». این توصیه نشان می‌دهد مطلوب، پوشاندن و پنهان کردن قسمت‌هایی خاص از بدن در محیط‌های عمومی و مقابل انظار دیگران است. طبق این توصیه، این قسمت‌های بدن را تنها در محیط خانه و در برابر محارم می‌توان آشکار کرد (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۴۶)؛ اما از ظاهر این روایات، چنین مفهومی برداشت نمی‌شود. در این روایت آمده است:

عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ [عَنْ أَبِيهِ] عَنْ هَارُونَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ مَسْعَدَةَ بْنِ صَدَقَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: «قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (ع): لَا تَبْدُنُوا النِّسَاءَ بِالسَّلَامِ وَ لَا تَدْعُوهُنَّ إِلَى الطَّعَامِ. فَإِنَّ النَّبِيَّ (ص) قَالَ: "النِّسَاءُ عِيٌّ وَ عَوْرَةٌ. فَاسْتُرُوا عِيَّهُنَّ بِالسُّكُوتِ وَ اسْتُرُوا عَوْرَاتِهِنَّ بِالْبُيُوتِ"» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۵۳۵).

اگر کلمه «بیوت» در این روایت وجود نداشت، شاید مدعای نویسنده، قابل تأمل بود؛ اما ظاهراً مراد از جمله «وَ اسْتُرُوا عَوْرَاتِهِنَّ بِالْبُيُوتِ» این است که زنان در خانه پوشانده و مستور شوند.

توجیه و تفسیر روایات به صورت سلیقه‌ای و به منظور اثبات دیدگاه خاص، صحیح نیست. می‌توان پذیرفت که در این روایت به خانه‌نشینی امر شده است؛ اما با توجه به دیگر ادله می‌توان این گونه روایات را بر استحباب حمل کرد یا توصیه اخلاقی دانست؛ چنان‌که به اذعان خود مؤلف، فقها از این روایات، چنین برداشتی داشته‌اند (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۵۱).

۲-۱-۲. روایت امام علی (ع) درباره توصیه به خانه‌نشینی زنان

در روایتی امام علی (ع) در توصیه به فرزندشان، امام حسن (ع)، خروج زنان از منزل را مساوی با داخل شدن افراد نامطمئن به خانه توصیف و به ایشان سفارش کرده‌اند اگر می‌توانند کاری انجام دهند که غیر از آن حضرت، مردی زنشان را نشناسد، چنین کنند (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۳۳۸). نویسنده کتاب به این روایت به عنوان یکی از روایات توصیه‌کننده به خانه‌نشینی زنان استناد کرده و در نقد آن نوشته این روایت، ناظر به وضعیت اجتماعی نامطمئن است که ناشی از وجود افراد نامطمئن در اجتماع است (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۴۳).

برداشت نویسنده از این روایت نیز صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا نه از ظاهر روایت، چنین مسئله‌ای برداشت می‌شود و نه در مستندات تاریخی آن دوره، وضعیت اجتماعی نامطمئن گزارش شده است. ظاهراً امام (ع) خواسته‌اند بگویند از آنجا که بیرون از منزل، هر مردی با هر شخصیتی وجود دارد، مردان غیر قابل وثوق هم هستند؛ لذا در حد توان باید زنان را در خانه نگه داشت؛ به علاوه، از ظاهر این روایت، حرمت خروج زنان از منزل استفاده نمی‌شود؛ بلکه صرفاً به عدم خروج توصیه شده است.

اگر به فرض، سخن مؤلف را بپذیریم و روایت را ناظر به وضعیت نامطمئن بدانیم که سلامت جسم و روح زنان را به خطر می‌اندازد، آیا نمی‌توان براساس همین یک روایت که به اذعان نویسنده، ارشاد به حکم عقل است (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۴۳)، در محل بحث نتیجه گرفت حداقل، مکان استقرار زنان و مردان در ورزشگاه باید جدا باشد تا زنان در معرض آسیب قرار نگیرند؟ به خصوص با توجه به وضعیت حاکم بر برخی ورزش‌ها که در آن‌ها تماشاگران بحث و جدل می‌کنند و ضرب و شتم صورت می‌گیرد. در این فضا زنان که بسیار آسیب‌پذیرتر و ضعیف‌تر از مردان هستند، ممکن است بی‌جهت ضرب و شتم شوند و آسیب ببینند.

۲-۱-۳. روایت امام علی (ع) درباره مذمت برخورد کردن زنان با مردان در معابر

عمومی

نویسنده روایاتی را که در آن‌ها تردد زنان عراقی در خیابان مذمت شده، به اوضاع آن زمان و حجاب زنان نسبت داده و نوشته: «در این اخبار، از وضع ظاهری زنان عراقی و نحوه آمدن آن‌ها به خیابان‌ها گلایه شده است. معلوم است که این مضمون دربردارنده نهی کلی و عام نیست» (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۴۷)؛ اما سؤال این است که چگونه از این روایات، چنین مفهومی برداشت می‌شود. درخصوص این مورد، روایتی بدین شرح از شیخ کلینی نقل شده است: «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيسَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ غِيَاثِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: "قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (ع): يَا أَهْلَ الْعِرَاقِ! تَبَيَّنْتُ أَنَّ نِسَاءَكُمْ يُدَافِعْنَ الرِّجَالَ فِي الطَّرِيقِ. أَمَّا تَسْتَحْيُونَ؟"» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۵۳۷)؛ یعنی: «محمد بن یحیی از احمد بن محمد بن عیسی از محمد بن یحیی از غیاث بن ابراهیم از ابی عبدالله (ع) [نقل کرده است که] گفت: "امیرالمؤمنین (ع) فرمود: "ای اهل عراق! به من خبر رسیده که زنان شما در معابر با مردان برخورد می‌کنند. آیا حیا

نمی‌کنید؟». در روایتی دیگر آمده است: «أَنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ (ع) قَالَ: «أَمَاتَسْتَحْيُونَ وَ لَا تُغَارُونَ نِسَاءَكُمْ يَخْرُجْنَ إِلَى الْأَسْوَاقِ وَ يُزَاجِمْنَ الْعُلُوجَ؟»» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۵۳۷)؛ یعنی: «همانا امیرالمؤمنین (ع) فرمود: "آیا شرم نمی‌کنید که زنانان به بازار می‌آیند و با مردان [درشت‌هیکل] برخورد می‌کنند؟"».

در این روایات، امام علی (ع) مردان عراقی را بابت این مسئله که زنانشان در معابر با مردان برخورد می‌کنند، سرزنش کرده‌اند. آن حضرت در این کلامشان اصلاً به وضع ظاهری زنان اشاره‌ای نکرده؛ بلکه آمدن آنان به بازار و معابر، و برخوردشان با مردان را نکوهیده‌اند.

۲-۱-۴. روایات دال بر کراهت داشتن امام علی (ع) از سلام کردن به زنان جوان

برخی روایات، بیانگر این مسئله هستند که امام علی (ع) کراهت داشتند به زنان جوان سلام کنند. آن حضرت، دلیل این کراهت را بدین صورت بیان فرموده‌اند: «می‌ترسم از صدای زنان خوشم بیاید و بیش از ثواب سلام کردن زیان کنم» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۶۴۸). مؤلف کتاب، ذیل این روایت نوشته است: «این روایت به‌خوبی نشان می‌دهد که صرف ارتباط و مراوده کلامی زن و مرد هیچ اشکالی ندارد؛ بلکه ناروا لذت‌بردن آن‌دو از یکدیگر و شهوت‌رانی و تحریک جنسی است» (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۶۳).

درخصوص این مطلب، نویسنده دچار خلط بحثی شده است. اولاً ظاهر کلام امام (ع) لذت جنسی نیست و ایشان در این روایت از فعل «يُعْجِبُنِي» استفاده کرده‌اند: «يَقُولُ: أَتَخَوُّفُ أَنْ يُعْجِبُنِي صَوْتُهَا». از کجای این کلام، معنای لذت جنسی را می‌توان دریافت؟ فعل موردبحث در زبان فارسی، معادل با «خوشم بیاید» است و اعراب آن را در بسیاری از موارد مثل خوش آمدن از کلام، مکان و انسان استعمال می‌کنند. در قرآن کریم نیز این لفظ به همین معنا استعمال شده است (قرآن کریم، بقره، ۲۲۱) و نتیجه می‌گیریم امام (ع) از ترس اینکه از صدای زن خوششان بیاید، از سلام کردن پرهیز می‌کرده‌اند.

ثانیاً به فرض که مدعای کتاب را بپذیریم؛ اما آیا این بدان معناست که فقط لذت جنسی حرام است و هر نوع ارتباط و اختلاط با نامحرم، آن‌هم به شکل نامحدود و بدون قید و شرط (طبق مدعای کتاب در صفحه ۶۵) اشکال ندارد؟ به نظر می‌رسد این گونه استدلال کردن، صحیح نیست

و با منطق اسلام سازگاری ندارد. همین روایت نیز برعکس دیدگاه کتاب ظهور دارد. در توضیح این مطلب می‌توان گفت درست است که در روایت مورد بحث، هدف غایی از سلام و علیک نکردن با زنان جوان، ترک لذت جنسی (بنابه ادعای نویسنده) ذکر شده؛ اما به دلیل غلبه هیجانات جوانی در نوع انسان‌ها احتمال لذت در ارتباط با نامحرم، ولو در حد ارتباط کلامی کوتاه وجود دارد؛ لذا امام (ع) به عنوان الگوی مسلمین حتی از مقدمات بعید آن هم دوری جسته‌اند؛ به عبارت دیگر، براساس این روایت، امام (ع) به عنوان الگوی مسلمین از مقدمات بعیده‌ای که می‌تواند موجب تحریک شهوت و لذت جنسی شود، دوری گزیده‌اند. وقتی آن حضرت که انسان کامل، امیر مؤمنان، الگوی همه مسلمین و معصوم هستند، در یک سلام و علیک با زنان جوان، خود را ایمن نمی‌دانند، چگونه مردان عادی در ارتباط و هم‌کلامی با زنان جوان، خود را ایمن از گناه بدانند؟ حال، جای تعجب دارد که چطور نویسنده از این روایت، آزادی هرگونه ارتباط و هم‌کلامی با نامحرم را ولو جوان باشد، آن‌هم بدون هیچ محدودیتی (جز محدودیت جنسی) نتیجه گرفته‌اند.

تجربه بشری نشان می‌دهد ارتباط و اختلاط زیاد با نامحرم، کم‌کم به دوستی منجر می‌شود و دوستی هم به تدریج، به روابط نامشروع می‌انجامد؛ وگرنه صرف سلام و علیک، صحبت کردن، با هم در یک مکان بودن و... هیچ‌یک به تنهایی موضوعیت ندارد. اگر هم در اسلام، این مسائل مذمت شده‌اند، علت آن است که مقدماتی هستند که در صورت اختلاط زیاد و بدون محدودیت، به فعل حرام منجر خواهند شد.

۲-۲. توجیه و تأویل روایات دال بر ارتباط با نامحرم در سیره معصومان (ع)

نویسنده کتاب (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۸۲) با استناد به برخی روایاتی که در منابع اسلامی در خصوص روابط زن و مرد وجود دارند، نتیجه گرفته ارتباطات زن و مرد نامحرم در زمان حیات معصومان (ع) آزاد بوده است و پیامبر (ص) و ائمه (ع) هم با آن مخالفتی نداشته‌اند. او این مطلب را به عنوان سومین دلیل جواز حضور زنان در ورزشگاه‌ها آورده و براساس آن دریافته است حضور زنان در ورزشگاه‌های مردانه ممنوعیتی ندارد؛ بلکه مطابق با سیره ائمه (ع) و مورد تأیید ایشان است. در ادامه، این روایات را بررسی می‌کنیم.

(الف) روایت ام سلمه: در این روایت آمده است:

مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: «إِنَّ أَبِيكَرَ وَ عُمَرَ أَتَيَا أُمَّ سَلَمَةَ فَقَالَا لَهَا: "يَا أُمَّ سَلَمَةَ! إِنَّكِ قَدْ كُنْتِ عِنْدَ رَجُلٍ قَبْلَ رَسُولِ اللَّهِ (ص). فَكَيْفَ رَسُولُ اللَّهِ مِنْ ذَاكَ فِي الْخَلْوَةِ؟". فَقَالَتْ: "مَا هُوَ إِلَّا كَسَائِرِ الرِّجَالِ". ثُمَّ خَرَجَا عَنْهَا وَ أَقْبَلَ النَّبِيُّ (ص). فَقَامَتْ إِلَيْهِ مُبَادِرَةً فَرَقَا أَنْ يَنْزِلَ أَمْرٌ مِنَ السَّمَاءِ. فَأَخْبَرَتْهُ الْخَبَرُ. فَغَضِبَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) حَتَّى تَرَبَّدَ وَجْهُهُ وَ التَّوَى عِرْقُ الْغَضَبِ بَيْنَ عَيْنَيْهِ وَ خَرَجَ وَ هُوَ يَجُرُّ رِدَاءَهُ حَتَّى صَعِدَ الْمَنْبَرَ وَ بَادَرَتْ الْأَنْصَارُ بِالسِّلَاحِ وَ أَمَرَ بِخَيْلِهِمْ أَنْ تَحْضُرَ. فَصَعِدَ الْمَنْبَرُ فَحَمِدَ اللَّهَ وَ أَثْنَى عَلَيْهِ. ثُمَّ قَالَ: "إِنَّهَا النَّاسُ! مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَنْتَعُونَ غَيْبِي وَ يَسْأَلُونَ عَنْ غَيْبِي وَ اللَّهُ إِنِّي لَأَكْرَمُكُمْ حَسَبًا وَ أَطَهَرُكُمْ مَوْلِدًا وَ أَنْصَحُكُمْ لِلَّهِ فِي الْغَيْبِ وَ لَا يَسْأَلُنِي أَحَدٌ مِنْكُمْ عَنْ أَبِيهِ"» (كليني،

۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۵۶۵).

نویسنده کتاب ذیل این روایت نوشته است:

به راستی در آن روزگار، روابط زن و مرد به چه صورتی بوده است که دو یار برجسته حضرت محمد (ص) به خود اجازه می دهند با همسر آن حضرت در مورد موضوعی خصوصی سخن بگویند؟ روشن است که مقصود، بیان درستی این گونه سخنان با زن نامحرم نیست؛ بلکه تشریح وضعیت ارتباطات زن ها و مردها در آن عهد می باشد؛ گو اینکه روایت هم هیچ گزارشی از برآشتگی یا ناراحتی پیامبر اکرم (ص) پس از مطلع شدن از مکالمه یادشده نمی دهد. وقتی ام سلمه داستان را برای آن حضرت نقل می کند، پیامبر (ص) از اینکه کسانی به دنبال عیبجویی برآمده و درصدد یافتن نقصی در زندگی خصوصی وی می باشند، ناخشنود گردید. او از اینکه دو مرد نامحرم نزد همسرش آمده و با او سخن گفته و شنیده اند، ابراز ناراحتی نکرد. درواقع، رسول خدا از این گونه اختلاط نهی و منعی ننمود (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۸۲-۸۳).

به نظر می رسد برداشت نویسنده از روایت و نتیجه ای که او درصدد اثبات آن بوده است، صحیح نیست؛ زیرا اولاً ام سلمه جواب کلی و سربالا داده و با آن ها وارد صحبت نشده است. ثانیاً اینکه دو تن از یاران پیامبر (ص) چنین سؤالی از همسر پیامبر (ص) پرسیده اند که حتی ازدیدگاه نویسنده، هیچ وجه معقول و مقبولی ندارد و پیامبر هم از فعل آن ها به خشم آمده اند؛ آن هم نه خشم معمولی، بلکه خشمی سهمگین و همراه با خطابه و سرزنش. آیا این مسئله می تواند مؤید

رفتار آن‌ها باشد؟ همین عکس‌العمل پیامبر (ص) نشان می‌دهد آن‌ها رفتاری بسیار زشت و زننده داشته و حتی برخلاف عرف جامعه عمل کرده‌اند که پیامبر (ص) تا این حد برآشفته‌اند؛ نه اینکه دلیل بر وجود چنین عرفی باشد. ثالثاً به فرض که با مؤلف، هم‌نظر شویم و بگوییم این روایت، حاکی از وجود چنین عرفی در جامعه بوده است؛ ولی همین رفتار پیامبر (ص) برای اثبات قبیح، مردود و ممنوع بودن چنین عرفی کافی است.

اما اینکه در خطابه پیامبر (ص) درباره چنین گفت‌وگویی با همسر ایشان سخن گفته نشده است، به دلیل عادی بودن و قبیح نبودن چنین رفتاری نیست؛ بلکه چه بسا ناشی از پوشیده ماندن چنین مسئله زشتی از منظر عموم مردم باشد؛ چنان‌که عقلای جامعه نیز این گونه عمل می‌کنند و در چنین مواردی مسئله را به صورت کامل تشریح نمی‌کنند.

ب) روایت زنی که مرتکب زنا شد و با شوهرش اختلاف پیدا کرد و بدون پوشش شرعی برای اقرار به زنا و اجرای حد نزد پیامبر (ص) آمد (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۵۰۵): نویسنده کتاب ذیل این روایت نوشته است: «این گزارش نشان می‌دهد که تردد زنان به مجالس مردان و حضور در این گونه اماکن، آسان و عادی بوده است» (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۸۳). این روایت هم اولاً مرفوعه است. ثانیاً آیا اینکه زنی برای اقرار به جرم یا حل اختلاف با همسرش نزد حضرت محمد (ص) که حاکم جامعه و پیامبر مسلمین بوده است، بیاید، می‌تواند عادی بودن رفت‌وآمد زنان در مجالس مردان و اختلاط با آنان را ثابت کند؟ چنین برداشتی از این روایت در غایت بُعد است.

ج) روایت سخنوری ام‌خالد در مجلس درس امام صادق (ع) (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۸، ص ۱۰۶): این روایت، یکی دیگر از مستندات کتاب برای اثبات سیره معصومان (ع) در جواز اختلاط زن و مرد بدون وجود محدودیت است (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۸۳) از این روایت نیز آزادی بدون محدودیت روابط زن و مرد برداشت نمی‌شود؛ بلکه تنها دلالت بر این مسئله را می‌توان دریافت که سخنرانی و سخنوری زنان در حضور مردان اشکالی ندارد. به این روایت می‌توان در پاسخ به اشخاصی استناد کرد که به تدریس و سخنوری زنان در مجالس مردان ایراد

می‌گیرند؛ اما نمی‌توان آزادی روابط مرد و زن، و اختلاط بدون محدودیت آنان را که در این کتاب، موردنظر است، از آن نتیجه گرفت.

د) روایتی درباره کلاس تعلیم قرآن که ابوبصیر برای زنان مدینه برگزار می‌کرد: براساس این روایت، ابوبصیر در یکی از جلسات با یکی از شاگردانش شوخی ناپسندی کرد و به همین دلیل، امام باقر (ع) او را از تدریس در آن کلاس منع فرمودند (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۸۴). این روایت هم بر جواز ارتباط نامحدود با نامحرم دلالت ندارد؛ بلکه همین که امام (ع) به دلیل شوخی با زن نامحرم، او را از تدریس منع می‌کند، نشان می‌دهد در سیره ائمه (ع)، ارتباط با نامحرم باید کاملاً رسمی و با رعایت حدود شرعی و حفظ حیا و عفت باشد. آیا می‌توان از این روایت، حضور زنان در ورزشگاه‌های مردانه را آن‌هم بدون هیچ محدودیتی و به‌نحو مختلط با مردان نتیجه گرفت؟ به‌خصوص که فضای واقعی چنین محیط‌هایی با شوخی همراه است. این روایت هم مانند روایت قبل، نهایتاً بر این مسئله دلالت دارد که تدریس مرد به زن نامحرم، آن‌هم با رعایت حدود شرعی و حفظ حیا اشکال ندارد؛ بنابراین می‌توان با استناد به این روایت، از سخت‌گیری‌های زیاد برخی فقهای پیشین درباره ارتباط با نامحرم انتقاد کرد؛ اما نمی‌توان آزادی بدون محدودیت ارتباط با نامحرم را نتیجه گرفت.

ه) دو روایت دیگر: مؤلف برای اثبات نظر خود، دو روایت دیگر را نیز آورده است: یکی روایتی که در آن، حضور مردان در مجلس زنان، به شرط اجازه‌دادن زنان، مُجاز شمرده شده است که البته با توجه به دیگر ادله باید با حفظ حیا، عفت و بقیه حدود شرعی همراه باشد؛ دیگری روایت جابر بن عبدالله انصاری که همراه پیامبر (ص) به خانه حضرت فاطمه (س) رفت (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۸۴-۸۵). این روایات، تنها بر این مسئله دلالت می‌کنند که مطلق اختلاط، حرام نیست و همان‌گونه که قبلاً اشاره شد، بحثی برسر این موضوع وجود ندارد؛ اما این روایات، ارتباط و اختلاط بدون محدودیت زن و مرد را نتیجه نمی‌دهند.

۱. مثلاً برخی فقها معتقد بودند در صورتی که مهریه زنی تعلیم قرآن باشد و مرد قبل از تعلیم، او را طلاق دهد، مرد می‌تواند از پشت پرده، او را تعلیم بدهد یا هزینه تعلیم را به وی بپردازد. (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۱۸۲)

همان‌گونه که گفتیم، هیچ‌کدام از این روایات بر اختلاط و ارتباط بدون قید و شرط زن و مرد نامحرم دلالت ندارند و تنها برای پاسخ‌گویی به فقهای که هر نوع ارتباط زن و مرد نامحرم را حرام می‌دانند، مناسب هستند؛ یعنی می‌توان با استفاده از این روایات ثابت کرد که مطلق اختلاط زن و مرد و همچنین تدریس هریک از آنان به دیگری حرام نیست؛ اما به هیچ وجه نمی‌توان اختلاط و ارتباط بدون محدودیت زن و مرد، تنها به شرط صورت‌نگرفتن التذاذ جنسی را ثابت کرد.

درواقع، در این بحث، مغالطه‌ای رخ داده است. در کتاب مورد بحث، ادله اثبات‌کننده حرام‌نبودن مطلق اختلاط آورده و نتیجه گرفته شده است در اختلاط زن و مرد، هیچ محدودیتی وجود ندارد و تنها محدودیت در ممنوعیت التذاذ جنسی است؛ اما همان‌گونه که توضیح دادیم، هیچ‌یک از این روایات بر چنین موضوعی دلالت نمی‌کنند.

۳-۲. نقد استناد به سیره متشرعه

نویسنده کتاب، سیره متشرعه را به عنوان آخرین دلیل برای اثبات جواز حضور زنان در ورزشگاه آورده و ذیل سیره به مواردی اشاره کرده است که نشان می‌دهند اجتماع و اختلاط زن و مرد در کنار یکدیگر جایز است؛ همچنین برخی فتاوی فقها را به عنوان مستند ذکر کرده است. در ادامه، این موارد را نقد و بررسی می‌کنیم:

الف) جواز نمازخواندن زن و مرد در کنار یکدیگر: نویسنده از جواز این مسئله با وجود کراهت آن، اختلاط بدون محدودیت را نتیجه گرفته و گفته است: «برپایه این فتوا اجتماع زن‌ها و مرد‌ها در کنار یکدیگر، آن‌هم برای انجام یک عبادت بزرگ مقدس (نماز) پذیرفته شده است» (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۸۷)؛ اما به استدلال او ایرادی بدین شرح وارد است که فقها تنها اختلاط مفسده‌انگیز را حرام می‌دانند (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۲۶۷؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۷۱؛ خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۴۹). حال، این سؤال مطرح می‌شود که بر نمازخواندن زن و مرد در کنار یکدیگر با فاصله و رعایت حدود شرعی، چه مفسده‌ای مترتب است؛ لذا این مسئله، اختلاط بدون محدودیت را که نویسنده برای حضور زنان در ورزشگاه به دنبال اثبات آن است، نتیجه نمی‌دهد.

ب) شرکت کردن زنان در نماز جمعه با حضور مردان: در کتاب آمده است: «زنان می توانند در نمازهای جمعه شرکت کرده و در کنار مردان، بدون حائل درمیانشان، نماز بخوانند» (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۸۷)؛ ولی در پی مراجعه به منابعی که مستند کتاب هستند، درمی یابیم هیچ کدام از آنها بر چنین مطلبی دلالت نمی کنند. در یکی از منابع، جز اینکه نماز جمعه از زنان برداشته شده، سخن دیگری درباره نماز جمعه زنان نیامده است (ابن حمزه، ۱۴۰۸ق، ص ۱۰۳-۱۰۴). دیگر منابع مورداستناد کتاب نیز تنها بر جواز نماز جمعه زنان دلالت دارند؛ به علاوه، در این منابع، زن در حداقل نصابی که نماز جمعه براساس آن منعقد می شود، محسوب نشده است (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۱، ص ۱۲۰؛ شهید اول، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۱۱۲). در منبع دیگر نیز تنها به جواز شرکت کردن زنان در نماز جمعه اشاره شده (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص ۲۷۹)؛ اما درباره اختلاط زن و مرد، مطلبی ذکر نشده است و بر مبنای این فتاوا به هیچ وجه نمی توان نماز جمعه مختلط زن و مرد به نحو یک درمیان را ثابت کرد. آیا نمی شود زنان در نماز جمعه شرکت کنند؛ اما در مکانی خاص خودشان قرار گیرند؟ همان گونه که مشاهده می کنیم، سیره مسلمین از گذشته تا امروز بر همین روش استوار است.

ج) شرکت کردن زنان در نماز عیدین: در کتاب آمده است: «شرکت زنان در نمازهای عید فطر و عید قربان که به صورت گروهی و با حضور مردان انجام می گیرد، بدون وجود حائل درمیان زن ها و مردها، مُجاز، بلکه به نظر برخی از فقها مستحب است» (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۸۷-۸۸). نویسنده برای اثبات سخن خویش به برخی منابع فقهی استناد کرده است که هیچ یک بر ادعای او دلالت ندارد و حتی برخی از آنها خلاف ادعای وی را اثبات می کنند. در دو منبع از مستندات او گفته شده است کسانی که نماز جمعه بر آنها واجب نیست (از جمله زنان)، می توانند نماز عیدین را به صورت فرادا بخوانند و تنها فرادخواندنش مستحب دانسته شده (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۳۲۰؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۱، ص ۱۷۱)؛ نه شرکت کردن در جماعت؛ چنان که در کتاب ادعا شده است. در منبع دیگر، استحباب نماز عیدین برای کسانی که نماز جمعه بر آنها واجب نیست (از جمله زنان)، بیان شده است (عاملی، ۱۴۱۱ق، ج ۴، ص ۹۹)؛

اما از این فتوا نیز مقصود ایشان به دست نمی آید؛ چون اصلاً بر کیفیت نماز دلالت ندارد؛ مانند آنچه در خصوص نماز جمعه بیان شد.

د) شرکت کردن زنان در نماز میت: مؤلف نوشته است: «زنان مُجازند که در نمازهای میتی که به صورت گروهی و در جمع مردان انجام می گیرد، حاضر شوند» (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۸۸). وی برای اثبات مدعای خویش به برخی منابع اشاره کرده است که مراجعه به آنها نشان می دهد درست است که شرکت کردن زنان در نماز میت، جایز است؛ اما به نظر فقها زنان باید پشت سر مردان بایستند و با آنان اختلاط نکنند (ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۱۲۹؛ فیض کاشانی، بی تا، ج ۲، ص ۱۷۰)؛ چنان که روایات نیز بر این مطلب دلالت دارند.

ه) حضور زنان در مراسم حج و زیارت: در کتاب مورد بحث به سیره متشرعه در خصوص حج و زیارت بقاع متبرکه نیز استناد شده است (فخار طوسی، ۱۳۹۷، ص ۸۸-۸۹). در رابطه با زیارت بقاع متبرکه در مکان هایی که ازدحام جمعیت زیاد است (مثل حرم امامان) که در آنها محل اختصاصی برای زنان و مردان وجود دارد، اختلاطی بین زن و مرد صورت نمی گیرد. در دیگر موارد هم اگر زنان و مردان با رعایت عفاف در کنار هم باشند، مشکلی وجود ندارد؛ چون همان گونه که بارها اشاره شده است، مطلق اختلاط، حرام نیست؛ اما در خصوص مراسم حج، چنان که افراد مشرف شده نقل کرده اند، با توجه به ماهیت عبادی مراسم، هر کس مشغول عبادت خود است و مفسده ای بر آن مترتب نیست. در واقع، بر مراسم حج، فضایی معنوی حاکم است که نمی توان آن را با فضای هیجانی حاکم بر ورزشگاه ها مقایسه کرد؛ اما اگر واقعاً غیر از این باشد و احتمال مفسده داده شود، باید با توجه به ادله شرعی، چاره ای برای این مسئله اندیشید. موضوع اختلاط در مراسم حج با توجه به حساسیت مسئله و وجود نداشتن ظرفیت کافی در مقاله حاضر باید در مقاله ای دیگر به صورت مستقل بررسی شود.

یافته های پژوهش

در کتاب حضور زنان در ورزشگاه، لزوم خانه نشینی زنان و ممنوعیت مطلق اختلاطشان با

مردان به عنوان دلیل ممنوعیت حضور آنان در ورزشگاه مطرح و در پی رد این ادله، دیدگاه ممنوعیت، فاقد دلیل دانسته شده و با استناد به اصل برائت، اثبات جواز حضور زن در همه ورزشگاه‌های مردانه بدون هیچ محدودیتی مدنظر بوده است. از طریق بررسی ادله موجود در این زمینه می‌توان به حرام نبودن مطلق اختلاط پی برد؛ اما استنتاج «حلیت مطلق اختلاط» از آن، نادرست است؛ چون در شریعت اسلام برای ارتباط با نامحرم، حدود و شرایطی تعریف شده؛ مانند آنکه ارتباط و اختلاط در حد نیاز و با رعایت حدود شرعی صورت گیرد و در آن، بیم مفسده هم وجود نداشته باشد؛ کما اینکه مستند فقها در حکم به ممنوعیت حضور زنان در ورزشگاه نیز وجود احتمال عقلایی ایجاد مفسده است؛ از این روی، شایسته بود مؤلف کتاب به جای نقد ادله لزوم خانه‌نشینی و ادله مطلق اختلاط که بیشتر فقها قائل به حرمت آن نیستند، ابتدا مفهوم مفسده را تعریف و سپس مشخص می‌کرد که آیا در همه مسابقات، احتمال چنین مفسده‌ای متصور است یا در برخی از آن‌ها و یا اینکه در هیچ یک متصور نیست.

در کتاب مورد بحث سعی شده است از طریق توجیه و تأویل ظاهر روایات، نظر اسلام درباره حدود ارتباط و اختلاط زن و مرد نامحرم فقط به التذاذ جنسی محدود شود و با اختصاص احکام بانوان به گروهی خاص از زنان، توصیف حضور بدون قید و شرط زنان در ورزشگاه‌های مردانه برای تماشا کردن تمام مسابقات ورزشی، مطابق احکام شریعت صورت گیرد؛ اما به دنبال نگاه دقیق‌تر درمی‌یابیم نصوص و قواعد شرعی با این ادعا سازگار نیست. امروزه، خواسته‌های اجتماعی زنان به سمت آزادی بیشتر و حضور در اماکن عمومی بدون محدودیت سوق یافته است و حاکمیت نمی‌تواند به این خواسته‌ها بی‌توجه باشد؛ اما این مسئله، توجیه‌کننده تأویل روایات نیست و می‌توان با توجه به قواعد شرعی، راهکاری مناسب برای این موضوع به دست داد تا هم خواسته زنان تأمین شود و هم قواعد شرعی آسیب نبیند؛ افزون بر این، الزامی وجود ندارد که برای پاسخ‌گویی به هر خواسته برخاسته از عرف جدید، با توجیه و تأویل ناروای ادله، راه حل شرعی به دست داده شود و چنین چیزی با اخلاق پژوهش نیز سازگاری ندارد.

حتی اگر در مواردی اجرای کامل یک حکم شرعی به هر دلیل امکان نداشته باشد، اجرای ناقص و اذعان به امکان پذیر نبودن اجرای کامل حکم، به مراتب بهتر از تأویل نادرست ادله شرعی است.

سپاسگزاری: بدین وسیله از معاونت پژوهش و فناوری دانشگاه شهید چمران اهواز بابت حمایت مالی در قالب پژوهانه (SCU.TP1403.36809) برای انجام دادن این تحقیق تشکر و قدردانی می‌شود.

منابع

قرآن کریم.

ابن ادریس، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

ابن براج، عبدالعزیز (۱۴۰۶ق). *المهذب*. قم: دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

ابن حمزه، محمد بن علی (۱۴۰۸ق). *الوسيلة إلى نيل الفضيلة*. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

ابن منظور، محمد بن مکرم (بی تا). *لسان العرب* (چاپ ۱۵). بیروت: دار صادر.

ابی داوود، سلیمان (بی تا). *سنن أبي داود*. بیروت: مکتبة العصرية.

ایروانی، باقر (۱۴۲۷ق). *دروس تمهیدیه فی الفقه الإسنذلالی*. قم: بی نا.

بهجت، محمدتقی (۱۴۲۸ق). *استفتائات*. قم: حضرت آیت الله بهجت.

جعفریان، رسول (۱۴۲۸ق). *رسائل حجابیه*. قم: دلیل ما.

حاجیان فروشانی، زهره؛ حمیدی، محمدرضا؛ و سواعدی، فاطمه (۱۴۰۱الف). بررسی مبانی فقهی موافقان و مخالفان حضور زنان در ورزشگاه. *دوفصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده*، ۲۷(۷۷)، ص ۲۹۱-۳۱۸.

حاجیان فروشانی، زهره؛ حمیدی، محمدرضا؛ و سواعدی، فاطمه (۱۴۰۱ب). تحلیل انتقادی راه‌های جواز مصافحه زن و مرد نامحرم. *پژوهشنامه اسلامی زنان و خانواده*، ۱۰(۲۹)، ص ۱۱۳-۱۳۴.

حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). *وسائل الشیعة*. قم: مؤسسه آل‌البیت - علیهم السلام.

خمینی، سید روح الله (بی تا). *تحریر الوسيلة*. قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.

خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق). *موسوعة الإمام الخوئی*. قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی^(ره).

سبحانی تبریزی، جعفر (بی تا). *نظام النکاح فی الشریعة الإسلامية الغراء*. قم: بی نا.

سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). *مهذب الأحکام*. قم: مؤسسه المنار، دفتر حضرت آیت الله.

سعیدی، فریده (۱۳۹۳). تشریح حجاب در اسلام و حدود فقهی آن. *دوفصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده*، ۱۹(۶۱)، ص ۴۶-۷۱.

- شیرازی زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ق). کتاب نکاح. قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
- شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۹ق). نکرى الشيعة فى أحكام الشريعة. قم: مؤسسة آل البيت (ع).
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
- شیخ صدوق، محمد بن علی (۱۴۱۳ق). من لا یحضره الفقيه. قم: دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط فى فقه الإمامية. تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
- شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۰ق). النهاية فى مجرد الفقه و الفتاوى. بیروت: دار الكتاب العربی.
- شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۱۴ق). الرسائل العشر. قم: دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- شیخ مفید، محمد (۱۴۱۳ق). أحكام النساء. قم: کنگره جهانی هزارة شیخ مفید.
- صاحب جواهر، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۴۱۷ق). جامع الأحكام. قم: حضرت معصومه - سلام الله علیها.
- طباطبایی حائری، سید علی بن محمد (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل. قم: مؤسسة آل البيت (ع).
- عاملی، محمد بن علی (۱۴۱۱ق). مدارک الأحكام فى شرح عبادات شرائع الإسلام. بیروت: مؤسسة آل البيت - علیهم السلام.
- عظیم زاده اردبیلی، فائزه؛ و سرخ حصارى، فاطمه (۱۳۹۶). سیاست های کلان فرهنگی خانواده در پرتو آموزه های دینی. دوفصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده، ۲۲(۶۷)، ص ۵۷-۸۰.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). تحریر الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- فخار طوسی، جواد (۱۳۹۷). حضور زنان در ورزشگاه. تهران: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- فخر المحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فى شرح مشکلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- فیض کاشانی، محمدمحسن (بی تا). مفاتیح الشرائع. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- قمی، علی بن ابراهیم (۱۴۰۴ق). تفسیر قمی (طیب موسوی جزایری، محقق و مصحح). قم: دار الکتاب.
- کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامية.

محدث نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. بیروت: مؤسسة آل البيت - عليهم السلام.

محقق اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق). مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.

محقق حلی، نجم‌الدین (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

محقق سبزواری، محمدباقر (۱۴۲۳ق). کفایة الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.

محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد. قم: مؤسسة آل البيت - عليهم السلام.

مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین (۱۴۰۶ق). منهاج المؤمنین. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.

مطهری، مرتضی (بی‌تا). فقه و حقوق (مجموعه آثار). قم: بی‌نا.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق). استفتانات جدید (ابوالقاسم علیان‌نژاد، مصحح). قم: مدرسه امام علی بن ابی‌طالب (ع).

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق). احکام بانوان. قم: مدرسه امام علی بن ابی‌طالب (ع).

یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۰۹ق). العروة الوثقی. بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.



Possibility of Satisfying the Wife's Right to Alimony from the Husband's Illicit Assets

Fatemeh Mashayekhi¹

Kubra Poorabdollah²

DOI:
10.30497/FLJ.2025.245013.1941



Abstract

Alimony is one of the most important financial rights of a wife, granted to her on the condition of a permanent marriage and full compliance with her husband. This institution holds a special place in the Islamic legal system, as the wife's alimony takes precedence over other causes of maintenance obligations in Islam. As a current debt owed by the husband, it plays a significant role in strengthening the family structure and promoting social justice. Given the importance of this issue, the present study examines, from a jurisprudential perspective, the possibility of a wife receiving alimony from her husband's illicit income. To this end, after defining the concept, causes of obligation, and instances of the wife's alimony, as well as discussing the husband's earnings and prohibited gains, the study analyzes the opinions of eminent jurists and the fatwas of supreme religious authorities, in light of the absence of explicit verses or narrations on this subject. This research is fundamental-applied in nature and employs a library-documentary method. The findings indicate that it is impermissible for a wife to receive or use her husband's illicit property as alimony under normal, non-emergency circumstances. In other words, the provision of alimony from unlawful assets is permissible only in cases of necessity and subject to specific conditions, such as severe harm to the wife if alimony is not provided. Therefore, based on the rule of necessity (qā'idat al-iḍṭirār), this exception applies to all cases of a wife's alimony, provided that the conditions of necessity are duly met.

Keywords: wife's alimony, debt, acquisition, forbidden earnings, emergency.

-
1. (Corresponding author) PhD student in Jurisprudence and Fundamental Islamic Law, Imam Sadegh (AS) University- Sister Campus, Tehran, Iran. Mashayekhi@isuw.ac.ir
 2. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Islamic Law, Imam Sadeq University, Tehran, Iran. Poorabdollah@isu.ac.ir

امکان تأمین حق نفقه توسط زوجه از دارایی‌های نامشروع زوج

فاطمه مشایخی^۱

کبری پورعبدالله^۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۵/۲۳؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۸/۲۴

Doi: 10.30497/FLJ.2025.245013.1941

چکیده

نفقه یکی از مهم‌ترین حقوق مالی زوجه است که به شرط صورت‌گرفتن عقد نکاح دائم و تمکین کامل از زوج به وی تعلق می‌گیرد. این نهاد در نظام حقوقی اسلامی، جایگاهی ویژه دارد؛ به نحوی که در اسلام، نفقه زوجه، مقدم بر دیگر اسباب وجوب نفقه است و به‌عنوان دین حال زوج، در استحکام بنای خانواده و تحقق عدالت اجتماعی، نقشی مهم دارد. با توجه به اهمیت این مبحث، در پژوهش حاضر، ضمن تبیین مفهوم، اسباب وجوب و مصادیق نفقه زوجه و نیز اکتساب زوج و مکاسب محرّمه، امکان دریافت نفقه از سوی زوجه از مال حرام زوج را از منظر فقهی واکاوی و بدین منظور، با عنایت به وجودداشتن آیات و روایات صریح درباره موضوع تحقیق، فتاوی مراجع عظام در این حوزه را بررسی کرده‌ایم. این تحقیق از نوع بنیادی- کاربردی است و برای انجام‌دادن از روش اسنادی- کتابخانه‌ای استفاده کرده‌ایم. یافته‌های پژوهش، بیانگر آن است که دریافت و تصرف زوجه از دارایی‌های نامشروع زوج برای نفقه در وضعیت معمول و غیراضطرار، جایز نیست. به بیانی دیگر، تأمین حق نفقه از دارایی‌های نامشروع زوج تنها در صورت وجود ضرورت و مشروط به محقق‌شدن شرایطی همچون ایجاد مخاطره شدید برای زوجه در صورت عدم تأمین نفقه، امکان‌پذیر می‌باشد.

کلید واژه‌ها: نفقه زوجه، دین، اکتساب، مکاسب محرّمه، اضطرار.

۱. (نویسنده مسئول) دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران.

Mashayekhi@isuw.ac.ir

Poorabdollah@isu.ac.ir

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

مقدمه

نفقه زوجه یکی از تکالیف مالی ای است که زوج در برابر او برعهده دارد. در شرع مقدس اسلام، تأمین هزینه زندگی به عهده زوج و حل و فصل مسائل داخل خانه، وظیفه زن است. نفقه زوجه قبل از آنکه به لحاظ شرعی، واجب باشد، وجوب عقلی دارد و دلیل این مسئله، بنیه جسمانی قوی تر مردان است؛ از این روی، نوعی تقسیم کار میان زوجین وجود دارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۷، ص ۷). در تعریفی مختصر و مفید می توان گفت نفقه عبارت است از چیزی که برای گذراندن زندگی، ضروری باشد (صفایی و امامی، ۱۳۷۸، ص ۳۹۳). نفقه در زمره حقوق مالی زوجه قرار دارد که در آیات چهار، شش و هفت از سوره مبارکه طلاق، آیه ۳۴ سوره مبارکه نساء، و آیات ۲ و ۲۳۳ از سوره مبارکه بقره به آن اشاره شده؛ همچنین در مواد ۱۱۰۲، ۱۱۰۶، ۱۱۰۷ و ۱۱۰۸ قانون مدنی درباره آن سخن گفته شده است.

به بیان دیگر، در نظام حقوقی اسلام به منظور استحکام نظام خانواده، هریک از زوجین، حقوق و وظایفی برعهده دارند. یکی از این حقوق، حق نفقه زن است که مرد به پرداخت آن مکلف شده و آیات و روایات صریح، دال بر این مطلب هستند. اصل وجوب نفقه از نوع اجماعی است و می توان آن را از ضروریات دین به شمار آورد؛ اما در خصوص ملاک، کیفیت و کمیت نفقه، اختلاف نظرهایی وجود دارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۷، ص ۸ و ۴۷). از منظر اسلام، تأمین هزینه های خانواده و از جمله مخارج شخصی زن به عهده مرد است و زن از این نظر، هیچ مسئولیتی ندارد؛ البته اهتمام شوهر به تأمین هزینه های شخصی زن به موردی اختصاص ندارد که زن از فراهم آوردن آن عاجز باشد؛ بلکه حتی اگر زن دارای ثروت کلان باشد، الزامی ندارد که از محل اموال شخصی خود، مخارج و مایحتاجش را تأمین کند (خزائی، ۱۳۹۵، ص ۳۱) و وجوب نفقه بر زوج براساس آیات قرآن (آیات ۳، ۱۹ و ۳۴ سوره نساء، آیات ۲۲۹ و ۲۳۳ از سوره بقره، و آیه هفتم از سوره طلاق) و روایات، مسلم است (صاحب جواهر، ۱۳۶۲، ج ۳۱، ص ۳۰۲)؛ از این روی، مشهور میان فقهای شیعه آن است که نفقه زوجه دائم در صورت تمکین کامل و عدم نشوز وی، بر زوج، واجب خواهد بود (صاحب جواهر، ۱۳۶۲، ج ۳۱، ص ۳۰۳؛ شبیری زنجانی، ۱۳۸۲، ج ۱۷، ص ۵۶۷۸؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۷، ص ۲۱)؛ به دیگر سخن، نفقه زوجه دائمه بعد از ظهور

تمکین کامل ازسوی وی، به اجماع علما واجب می‌شود و میان حالت‌های قبل از دخول و بعد از دخول، حضور زوج و غیبت او، قدرت‌ش بر انفاق و عدم آن، و احتیاج زوجه و غنای وی تفاوتی وجود ندارد؛ ولی در صورت تعذر استیفا به سبب فقر، غیبت یا مماطله، نفقه مانند دیگر دیون بر ذمه زوج قرار می‌گیرد (کرمانشاهی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۶۳۵)؛ به عبارت دیگر، هرگاه مدتی بگذرد و زوج، نفقه زوجه را نپردازد، نفقه ایام گذشته به صورت دین بر ذمه زوج قرار می‌گیرد و همانند دیگر دیون ساقط نمی‌شود؛ مگر از طریق ادا یا ابرا. چنانچه زوجه قبل از دریافت نفقه فوت کند، مبلغ مورد نظر مانند دیگر طلب‌های او به ورثه‌اش منتقل خواهد شد (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۲۹۳).

شهید ثانی در بیان اهمیت نفقه زوجه، این گونه استدلال کرده که چون این نفقه، حق مالی است که در قبال استمتاع بر زوج واجب می‌شود، بر نفقه اقارب تقدم دارد و فقیر بودن، شرط وجوب نفقه زوجه نیست؛ بلکه شرط وجوب نفقه اقارب است؛ در ضمن، نفقه گذشته زوجه قضا می‌شود (زوج باید آن را بپردازد) و به منزله عوض است که در عقد معاوضی باید داده شود؛ حال آنکه نفقه گذشته اقارب قضا نمی‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۴۴).

با توجه به اهمیت این موضوع، در پژوهش حاضر، ضمن تبیین مفهوم نفقه و اسباب وجوب آن و نیز بیان مصادیق و ملاک‌های نفقه زوجه، به این پرسش پاسخ می‌دهیم که دریافت نفقه ازسوی زوجه از مال حرام زوج، مشروعیت دارد یا خیر. به دلیل نبود اطلاعات لازم درباره این موضوع در منابع روایی و وجود نداشتن اظهار نظر صریح فقهی در خصوص موضوع مورد بحث در این مقاله، فتاوی مراجع عظام در این حوزه را بررسی خواهیم کرد. شایان ذکر است که پژوهش حاضر از نوع اسنادی - کتابخانه‌ای است و در زمره تحقیق‌های بنیادی - کاربردی قرار دارد.

مفهوم‌شناسی و مصطلحات

در این بخش، مفاهیم بنیادین پژوهش را معرفی و معنای لغوی و اصطلاحی هریک از آن‌ها را بیان می‌کنیم:

الف) نفقه زوجه

واژه «نفقه» از ریشه «نَفَق» و به معنای چیزی است که خرج و مصرف می‌شود (قرشی، ۱۳۷۱، ج ۷، ص ۹۸)؛ به بیان دیگر، نفقه به لحاظ لغوی عبارت است از آنچه انفاق و بخشش یا برای هزینه

اولاد و عیال صرف کنند (معین، ۱۳۸۶، «نفقه»). از سوی دیگر، اصطلاح «نفقه» یعنی «آنچه که برای خود و خانواده خرج کرده و خرج می‌کنی» (الفراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۱۷۷). این واژه را می‌توان عبارت از خرج هرروزه و آنچه مرد به زن و فرزندانش می‌دهد نیز معنا کرد (دهخدا، ۱۳۷۳، «نفقه»).

نفقه زوجه در اصطلاح علم فقه یعنی چیزی که زن به آن نیاز دارد و در شأن او در شهر محل اقامتش است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۴۷). نفقه زوجه، زمانی بر زوج واجب می‌شود که زن دائمی او باشد (زن انقطاعی، نفقه ندارد) و در آنچه اطاعت وی از شوهر واجب است، مطیع شوهر باشد (موسوی الخمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۳۳۷). به لحاظ حقوقی، نفقه برای تأمین هزینه خوراک، پوشاک، اثاث خانه و جامه به قدر رفع حاجت و توانایی زوج صرف می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۷۱۸). مطابق ماده اول از قانون اصلاحی از مواد قانون مدنی مصوب سال ۱۳۸۱، تعریف نفقه در ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی بدین صورت اصلاح شد: «نفقه عبارت است از همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن از قبیل مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل، و هزینه‌های درمانی و بهداشتی و خادم در صورت عادت یا احتیاج به واسطه نقصان یا مرض»؛ همچنین با استناد به ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی، در عقد دائم، نفقه زن، به عهده شوهر اوست. در ادبیات فقهی، تعریف نفقه همراه با مصادیق آن است (در ادامه به صورت مجزا بیان خواهد شد) و بدین جهت، اکثر اختلاف‌ها به مصادیق بازمی‌گردد (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۶الف، ج ۲، ص ۳۲۳؛ صاحب‌جواهر، ۱۳۶۲، ج ۳۱، ص ۳۳۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۴۴).

نفقه در فقه، مفهومی کاملاً عرفی محسوب می‌شود و شارع مقدس آن را به عرف واگذار کرده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۷، ص ۵۷؛ عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ص ۴۸۵؛ قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۲۵۳). عنصر زمان و مکان در این مفهوم، نقشی تعیین‌کننده دارد که در قرآن کریم نیز تأیید شده؛ زیرا در تمام آیات بیانگر نفقه، این مسئله به عرف احاله شده است (معصومی و اشتری ماهینی، ۱۳۹۷، ص ۸۳). امام خمینی (ره) در «کتاب النکاح» از تحریر الوسیله، نفقه را فقط با یکی از سبب‌های سه‌گانه زوجیت، قرابت و ملک، واجب دانسته‌اند (موسوی الخمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۳۳۷). در استحقاق نفقه، در نفقه زوجیت (نفقه زوجه)، فقر و احتیاج زن، شرط نیست؛

پس زن بر شوهر حق نفقه دارد؛ اگرچه از بی‌نیازترین مردم باشد (موسوی الخمینی، ۱۳۷۹، ص ۳۴۰). شایان ذکر است که مشهور فقهای شیعه، نفقه را همانند عوض یا شبه‌عوض در برابر تمکین قرار داده و به تمکین مشروط کرده و شرط وجوب نفقه را تحقق یافتن عقد دائم و تمکین کامل زوجه دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۴۲؛ ابن‌براج طرابلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۳۴۷)؛ درضمن، نفقه زوجه بر نفقه دیگر افراد واجب‌النفقة همانند اولاد، پدر و مادر، مقدم است؛ ولی نفقه خود شخص بر نفقه زوجه تقدم دارد؛ بنابراین، در صورت فقر و اعسار زوج، دادگاه باید حق تقدم را به نحوی که گفته شد، رعایت کند (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۱۶۰)؛ همچنین طبق ماده ۱۲۰۳ قانون مدنی: «در صورت بودن زوجه و یک یا چند نفر واجب‌النفقة دیگر، زوجه مقدم بر سایرین خواهد بود»؛ ضمناً براساس ماده ۱۲۰۶ همین قانون:

زوجه در هر حال می‌تواند برای نفقه زمان گذشته خود اقامه دعوا نماید و طلب او از بابت نفقه مزبور، طلب ممتازه بوده و در صورت افلاس یا ورشکستگی شوهر، زن، مقدم بر عرماً خواهد بود؛ ولی اقارب فقط نسبت به آتی می‌توانند مطالبه نفقه نمایند.

حال، این سؤال مطرح می‌شود که آیا زوجه مالک نفقه‌ای است که شوهر به وی می‌دهد یا فقط اذن و اجازه در استفاده و انتفاع به زوجه اعطا شده است و او بر نفقه مالکیت ندارد. در پاسخ می‌توان گفت به عقیده فقهای امامیه، در خصوص اموال مصرف‌شدنی همچون خوراکی‌ها، آشامیدنی‌ها، عطر و صابون، با توجه به اراده شوهر، عرف و عادت می‌توان زن را مالک آن‌ها تلقی کرد (امامی، ۱۳۸۰، ص ۱۳۷)؛ اما در خصوص مسکن و اثاث خانه، معمولاً شوهر فقط برای انتفاع از آن‌ها به زن اذن می‌دهد و به تعبیر فقهای امامیه، مقصود امتناع است؛ نه تملیک؛ پس این اموال به ملکیت زن در نمی‌آید (محمدی، ۱۴۰۰، ص ۴۸۸).

ب) دین

واژه «دین» در لغت به معنای اعطای مال از سوی داین به مدیون به مدت معین است (مشکینی اردبیلی، ۱۴۳۴ق، ص ۲۴۸). در لسان‌العرب، دین عبارت از هر چیزی تعریف شده است که حاضر نباشد (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۱۶۷). در تعریفی دیگر، دین عبارت از آن چیزی دانسته شده است که برایش مدتی معین وجود دارد (الزبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۸، ص ۲۱۴)؛

همچنین دین به آن چیزی اطلاق شده است که جز با ادای آن یا چشم‌پوشی طلبکار ساقط نمی‌شود (جرجانی، ۱۴۱۱ق، ص ۴۷).

درحوزه اصطلاحی، امام خمینی (ره) در *تحریر الوسیله*، دین را مال کلی ثابتی دانسته‌اند که به سببی از اسباب، ذمه شخص به آن مشغول است (موسوی الخمینی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۶۶۸)؛ همچنین دین به مال یا حق اطلاق می‌شود که در ذمه مدیون قرار دارد (الموسوی البجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۷، ص ۱۸۵)؛ بر این اساس می‌توان دین را قسمی از عین، و مال اعتباری‌ای دانست که در ذمه مدیون است و موضوع رابطه مالکیت داین قرار می‌گیرد (خوبیاری، ۱۳۹۹، ص ۱۴۷). به لحاظ حقوقی، دین، جنبه منفی متعهد است که قائم به مدیون و متعهد باشد؛ چنان که طلب، جنبه مثبت آن و قائم به داین است (شهیدی، ۱۳۹۵، ص ۲۳). در فقه اسلامی، دین به عنوان ارتباط میان داین و مال کلی در ذمه مدیون مطرح شده است؛ نه به مثابه ارتباط میان داین و شخص مدیون و نه به منزله ارتباط بین دارایی داین و دارایی مدیون (صالحی مازندرانی، ۱۴۰۰، ص ۸۲).

در مکتب اسلام، نفقه زوجه، دینی بر ذمه شوهر اوست (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۴۴). دین را از نظر مدت زمان پرداخت می‌توان بر دو نوع تقسیم کرد: یکی بدون مدت زمان پرداخت که اصطلاحاً «دین حال» نامیده می‌شود؛ دیگری دارای مدت زمان پرداخت که «دین مؤجل» نام دارد. دین حال به گونه‌ای است که داین، حق مطالبه و دریافت آن را دارد و بر مدیون، تأدیه آن در صورت تمکن و توانایی در هر زمانی واجب است؛ اما در دین مؤجل در هر زمانی حق مطالبه برای داین وجود ندارد و تا قبل از رسیدن اجل، ادای دین بر مدیون، واجب نیست (موسوی الخمینی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۶۸۹). شایان ذکر است که نفقه زوجه از حیث مدت زمان پرداخت در زمره دیون حال قرار می‌گیرد.

ج) اکتساب

واژه «اکتساب» در لغت به معنای به دست آوردن، کسب کردن، فراهم آوردن، حاصل کردن، کسب و اندوختن است (معین، ۱۳۸۶، «اکتساب»). در زبان عربی، اکتساب از ریشه «کسب» و به معنای

به دست آوردن شیء مادی یا معنوی است (مصطفوی، ۱۴۰۲ق، ج ۱۰، ص ۵۷). کسب به معنای طلب روزی نیز دانسته شده (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص ۸۷) و دیگر معنای آن عبارت از به دست آوردن آن چیزی است که انسان به وجهی از وجوه از مأكول، ملبوس، مسکن و... به آن‌ها محتاج باشد (جرجانی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۱۰۷). از سوی دیگر، در لغتنامه‌های عربی، کسب، مطلقاً به معنای دستیابی به چیزی به همت خود است و اکتساب از باب افتعال بر اختیار و قصد خاص دلالت دارد؛ بر این اساس، اکتساب در موارد نیازمند به قصد و اختیار عمدی اضافی به کار می‌رود (مصطفوی، ۱۴۰۲ق، ج ۱۰، ص ۵۹).

در تبیین معنای اصطلاحی «اکتساب» می‌توان گفت تبادل منافع و کالا به طرق مختلفی صورت می‌گیرد که یکی از آن‌ها تبادل به صورت اکتساب و کسب درآمد است. اکتساب به معنای به دست آوردن مال با کار، از طریق اعمال متفاوتی انجام می‌شود و حکم تکلیفی هریک از آن‌ها در شریعت اسلام، مشخص است. فقها در خصوص اقسام کسب، دو رویکرد دارند: نخست، تقسیم اکتساب به اعتبار «ما یُکْتَسَبُ بِهِ» که در این صورت، کسب به سه دسته حرام، مکروه و مباح تقسیم می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۲۷۰؛ عاملی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۰۳)؛ دوم، تقسیم کسب به اعتبار فعل مکلف که در این صورت، کسب به پنج دسته حرام، مستحب، واجب، مکروه و مباح تقسیم می‌شود (انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۵۴).

از آنجا که موضوع تحقیق حاضر، دریافت حق نفقه از سوی زوجه از مال حرام زوج است، در این پژوهش، رویکرد دوم به اقسام کسب را در نظر داریم. علامه حلی احکام تجارت و کسب مال را مشتمل بر پنج قسم واجب، مستحب، مکروه، مباح و حرام دانسته است. در این تقسیم‌بندی، تجارت شرعاً بر کسی واجب می‌شود که راهی غیر از آن برای معیشت نداشته باشد؛ البته به این شرط که به شغل حرام نپردازد؛ همچنین گاهی مستحب است؛ مانند آنکه فرد بخواهد بر نفقه‌خواران و زیردستانش گشایش دهد و معاش آنان را فراخ‌تر کند. گاه نیز مکروه است؛ مانند احتکار و گاه مباح است؛ مثل آنکه فرد به آن حاجتی نداشته باشد و از آن ضرری هم نبیند. گاه نیز حرام است که خود چند قسم را شامل می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۲۴).

(د) مکاسب محرّمه

واژه «مکاسب» جمع «مکسب» است که از نوع مصدر میمی و به معنای آن چیزی است که به وسیله آن، مال طلب می شود و مال از آن به دست می آید. هرچند برخی واژه «مکاسب» را این گونه معنا کرده اند، ظاهراً کسب به معنای طلب و سعی در طلب رزق، و معنای اصلی آن، جمع کردن است (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۶، ج ۱، ص ۹).

در خصوص معنای اصطلاحی «مکاسب محرّمه» می توان گفت کسب مال، ذاتاً در شرع مقدس اسلام، استحباب اکید دارد؛ چنان که در برخی روایات از بهترین اعمال دانسته شده است؛ باوجود آن، گاه کسب مال به برخی علل خاص، حرام یا واجب و همچنین مکروه یا مباح می شود. کسب به جهت بعضی ویژگی هایش حرام شده است و گاه به جهت ویژگی های متعلق کسب یا ما یُکْتَسَبُ به، واجد حکم تکلیفی حرمت می شود. مثال حالت اول، حرمت خرید و فروش در زمانی است که واجب مضیق مثل نماز در آخر وقت وجود دارد. مثال حالت دوم نیز هنگامی است که عین مورد معامله، فعل معامله یا منفعت حاصل از کسب، حرمت دارد. حرمت کسب در این سه حالت، زمانی رخ می دهد که فرد می خواهد کسب و کاری برای خود از راه هایی همچون فروش عین نجس داشته باشد یا از طریق قمار، کسب و کاری برای خویش فراهم کند (کاشف الغطاء، بی تا، ص ۱۳۰)؛ به بیان دیگر، مقصود از کسب حرام، آن است که نقل و انتقال به قصد ترتب اثر حرام باشد؛ مثل اینکه شراب را برای آشامیدن بفروشند یا آلات اغانی و موسیقی را به قصد استعمال آن ها معامله کنند (انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۵۵)؛ بر این اساس، حرمت تصرف در مال ناشی از این معامله به خود معامله ربطی ندارد و مربوط به فساد معامله است (انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۵۶).

از دیدگاه علامه حلی نیز تجارت شرعاً بر کسی که راه معیشتی غیر از آن نداشته باشد، مشروط به اینکه به شغل حرام اشتغال نرزد، واجب است. تجارت گاه مستحب است؛ مانند هنگامی که فرد بخواهد معاش خانواده خویش را وسعت بخشد؛ گاه مکروه است؛ همچون احتکار؛ گاه مباح است؛ مثل تجارت کسی که به آن حاجتی نداشته باشد و از آن ضرری نبیند؛ گاه نیز حرام

است که خود بر چند دسته تقسیم می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۹۳).

هـ) اضطرار

واژه «اضطرار» به معنای بیچارگی، بیچاره شدن، ناچاری و درماندگی است (معین، ۱۳۸۶، «اضطرار»). این واژه در زبان عربی از ریشه «ضر» به معنای شری است که متوجه چیزی شده و در آن یا متعلقاتش نقص ایجاد کرده باشد (مصطفوی، ۱۴۰۲ق، ج ۶، ص ۵۷). از منظری دیگر، اضطرار به احتیاج داشتن به چیزی اطلاق می‌شود (الزبیدی، ۱۴۱۴ق، «اضطرار»؛ همچنین اضطرار به معنای کشانده شدن به سوی کسی یا چیزی از روی ضرورت نیز هست و «ضرورت»، اسم ساخته شده برای این مصدر است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۴۸۳).

درخصوص معنای اصطلاحی این واژه می‌توان گفت به لحاظ فقهی، اضطرار، حالتی است که فرد در پی قرارگرفتن در آن، ناچار به انجام دادن یا ترک کردن کاری می‌شود (موسوی اردبیلی، ۱۳۸۵، ص ۵۷۸)؛ بر این اساس، فرد مضطر کسی است که می‌ترسد در صورت نخوردن چیزی تلف یا بیمار شود؛ پس خوردن چیزی که آن حاجت را برطرف می‌کند، برای او جایز است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۱۸۱)؛ به بیان دیگر، هنگامی که اضطرار به لحاظ عرفی ثابت شود، حرمت رفع آن حاجت برطرف خواهد شد.

از دیدگاه مؤلف جواهر الکلام نیز هنگامی که به لحاظ عرفی، وجوب (اضطرار) حاصل شد، خوردن چیزی که آن حاجت را برطرف می‌کند، جایز است و این جواز، منحصر به یک نوع حرام نیست (صاحب جواهر، ۱۳۶۲، ج ۳۶، ص ۴۲۷-۴۲۸)؛ ضمناً در آیه ۱۷۳ از سوره مبارکه بقره، خداوند متعال دو دسته، شامل باغیان (ستمکاران) و عادیان (متجاوزان) را از قاعده اضطرار مستثنا کرده و فرموده است: «وَمَا أَهْلٌ بِهِ لَبِغٍ لِّلَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ»؛ یعنی: «ولی آن کسی که ناچار شود، در صورتی که ستمکار و متجاوز نباشد، گناهی بر او نیست».

از منظری دیگر، قاعده اضطرار، یکی از قواعد مهم فقه به شمار می‌آید. براساس این قاعده، مکلفی که در ارتکاب حرام، مضطر است (باوجود آنکه فعلیت تکلیف بر وی محال نیست)، خطاب و عقاب شارع از باب امتنان از او برداشته می‌شود (حق خواه، ۱۳۹۳، ص ۵۶). در اینجا

حرام، یکی از احکام خمسۀ تکلیفیه است که به فعلی اطلاق می‌شود که انجام‌دادن آن ممنوع است و عقاب اخروی دارد (وطنی، ۱۳۸۱، ص ۱۹۱)؛ علاوه بر آن، قاعدۀ دیگری در فقه وجود دارد که به قاعدۀ ضرورت معروف است. مبنای این قاعده، جمله «الضَّرُورَاتُ تُبَيِّحُ الْمَحْظُورَاتِ» است. اکثر فقها این دو قاعده را به یک معنا به کار برده‌اند؛ ولی امام خمینی (ره) در کتاب رسائل العشرة، ضرورت را اعم از اضطرار دانسته است؛ به نحوی که چه بسا انسان به چیزی مضطر نمی‌شود؛ ولی ضرورت ایجاب می‌کند که آن را انجام دهد (موسوی الخمینی، ۱۴۲۹ق، ص ۴۸). در اینجا منظور از ضرورت، حاجت شدید است؛ مانند اضطرار به خوردن مردار، گوشت خوک یا مال غیر (عبداللهی علی‌بیک، ۱۳۸۳، ص ۸۹).

از دیدگاه امام خمینی (ره)، دلیل اضطرار، عام است و اضطرار به گرفتن مال دیگران را شامل می‌شود؛ پس هنگامی که فرد برای اموری همچون نوشیدن آب یا خوردن نان اضطرار داشته باشد، به دلیل اضطرار، حرمت تصرف بدون اجازه در مال دیگران از او ساقط می‌شود (موسوی الخمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۴۵). شایان ذکر است که در حقوق اسلام، ضرورت و اضطرار غالباً یکی دانسته شده‌اند و به یک معنی به کار می‌روند (جاور، افشاری و گنجعلی دارانی، ۱۳۹۵، ص ۵۸). در تحقیق حاضر نیز گونه‌ای از اضطرار موردنظر است که منشأ آن، ضرورت باشد.

از سوی دیگر، تحقق یافتن ضرورت یا اضطرار، مشروط به وجود شرایطی است که مهم‌ترین آن‌ها بدین شرح‌اند: نخست، آنکه خطر شدید فعلی یا قریب‌الوقوع وجود داشته باشد؛ دوم، آنکه خطر از عمد مضطر ایجاد نشده باشد؛ سوم، آنکه اقدام مضطر، متناسب با خطر باشد؛ بدان معنا که مضطر در ارتکاب فعل حرام، آزاد نباشد و در حد ضرورت و متناسب با خطر و تهدید، فعل حرام را انجام دهد؛ چهارم، آنکه اقدام مضطر برای دفع خطر، ضروری باشد (ابهری، فرزندگان و ظهوری، ۱۳۹۶، ص ۵۴-۵۶). هرگاه انسان به مقتضای قاعدۀ اضطرار، ناگزیر از ترک واجب یا ارتکاب فعل حرام شود، بنابر قاعدۀ «الضَّرُورَةُ تَقْدَرُ بِقَدَرِهَا» باید به مقدار رفع ضرورت، قانع باشد و از مقدار لازم تعدی نکند؛ بر این اساس، بخش‌های غیر ضروری فعل

حرام همچنان به حرمت خویش پابرجاست و برابر قاعده تقدیر، ضرورت باید ترک شود (فاضل لنکرانی، ۱۳۹۶ الف، ص ۴۷۵). شایان ذکر است که اضطرار، یک حالت استثنایی و خلاف اصل است؛ بنابراین، برای تحقق یافتن آن، شرایطی ضرورت می‌یابد تا معافیت مرتکب از عقوبت را توجیه کند. این شرایط، مشتمل بر شرایط واقعه اضطراری و شرایط اقدام مضطر است. در ادامه، ضوابطی را که موجبات تحقق یافتن این دو شرط را فراهم می‌کنند، تبیین خواهیم کرد:

ضوابط ذیل، شرایط واقعه اضطراری را تحقق می‌بخشند:

نخست: خطر باید مسلّم الوقوع باشد؛ بدان معنا که به درجه فعلیت رسیده باشد. خطرات احتمالی نمی‌توانند مجوز ارتکاب عمل حرام باشند؛ مثلاً کسی نمی‌تواند با استناد به این مسئله که در آینده، دچار تشنگی شدید خواهد شد و احتمالاً از شدت عطش ازبین خواهد رفت، مرتکب شرب خمر شود. در فقه، بروز خوف هلاکت نفس به واسطه علم یا ظن و احتمال عقلایی به بروز خطر شدید مطرح می‌شود.

دوم: خطر باید شدید و به تعبیر فقها مُلجی باشد؛ به نحوی که شخص، خود را در موقعیتی ببیند که بیم تلف شدن نفس یا عضو می‌رود. خطرات جزئی و وضعیت سخت قابل تحمل، هیچ کدامشان مجوز اتیان فعل حرام نیستند.

سوم: خطر به دست خود مضطر ایجاد نشده باشد. شخصی که با انجام دادن اقدامات عمدی، زمینه و موقعیت اضطراری را برای خود پیش بیاورد، نمی‌تواند از اذن شارع در حالت اضطرار بهره‌مند شود.

چهارم: مضطر به موجب شرع و قانون، مکلف به تحمل ضرر نباشد. بعضی افراد برحسب وظیفه شرعی یا قانونی خویش در وضعیتی قرار می‌گیرند که مستلزم فداکاری و تحمل خطر است؛ مثلاً کسی که بنابه وظیفه شرعی به جهاد رفته است، وظیفه‌اش به طور طبیعی با خطر و تحمل آن ملازمه دارد؛ همچنین پلیسی که وظیفه قانونی‌اش حفظ امنیت است، نمی‌تواند با استناد به ضرورت و دفع خطر از خود رفع تکلیف کند و از انجام دادن وظایف خویش چشم

پوشد (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص ۱۴۵).

ضوابط ذیل نیز تحقق بخشنده شرایط اقدام مضطر هستند:

نخست: ارتکاب فعل حرام باید تنها راه دفع ضرورت و نجات یافتن نفس باشد؛ بنابراین، چنانچه مضطر بتواند با انجام دادن اقدامات مباح و مشروع از قبیل استمداد از دیگران و به ویژه قوای دولتی یا فرار از صحنه، از خود رفع ضرورت کند، ارتکاب فعل حرام برای وی جایز نخواهد بود؛ مثلاً کسی که به واسطه غلبه گرسنگی، دچار اضطرار شده است و قدرت خرید طعام هم دارد، نمی تواند به سرقت یا اکل میته مبادرت کند.

دوم: اقدام مضطر باید به قدر حاجت و متناسب با اوضاع و احوال اضطراری باشد؛ زیرا تنها تا رفع حالت ضرورت و به تناسب خطر و تهدید موجود، انجام دادن فعل اضطراری، جایز است (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص ۱۴۶-۱۴۹).

پیشینه پژوهش

مروری بر مطالعات انجام شده در زمینه موضوع این تحقیق نشان می دهد تنها معدودی از تحقیقات متعدد صورت گرفته در حوزه نفقه به برخی ابعاد مسئله مورد نظر در این تحقیق پرداخته اند که در ادامه، مهم ترین هایشان به شکل اجمالی ذکر خواهند شد. خزائی (۱۳۹۵) در تحقیقی به شروط وجوب نفقه زوجه و موارد اسقاط نفقه پرداخته و ضمانت های کیفری آن را ذکر کرده است. جهان بخش (۱۴۰۱) در تحقیق دیگری ضمن بررسی آثار مالی انحلال نکاح بر نفقه زوجه، صور سه گانه استحقاق دریافت نفقه از سوی زوجه در صورت انحلال نکاح و نحوه مطالبه آن را تبیین کرده است.

از سوی دیگر، قادری (۱۴۰۰) در پژوهشی تراحمات موجود در مسئولیت های زوج ناشی از احکام خمس، زکات، کفارات، عهد، نذر، قسم، حج، نفقه والدین و پرداخت بدهی و نیز تراحم مسئولیت های غیرمالی وی (از جمله جهاد) با حق نفقه زوجه را بررسی کرده و نتیجه گرفته است تراحم حقیقی بین مسئولیت های مالی و غیرمالی زوج با حق نفقه زوجه وجود ندارد. ایزدی فرد و حسین نژاد (۱۳۹۸) نیز در مطالعه ای سرقت زوجه از اموال زوج بابت نفقه را از منظر فقهی بررسی کرده و نتیجه گرفته اند حکم به انتفای حد در خصوص برداشت زوجه

از اموال زوج درازای نفقه خود، در صورتی که زوج از پرداخت آن خودداری کند، با توجه به وجود دین و صدق تقاص، مطابق قاعده است.

خوبیاری (۱۳۹۹) در مقاله‌ای ماهیت دین یا تعهد بودن نفقه زوج را بررسی کرده است و یافته‌های تحقیق او نشان می‌دهد نفقه کنونی زوج همچون نفقه آینده، تعهد قراردادی است که در صورت تمکین زوج به صورت دین بر ذمه زوج قرار خواهد گرفت. سیدهاشمی و مرتضوی (۱۳۹۳) نیز در مقاله‌ای حق یا حکم بودن نفقه زوج را بررسی کرده و نتیجه گرفته‌اند نفقه زوج حق است و جنبه تکلیفی دارد. براساس یافته‌های پژوهش آنان، این حق، قابل اسقاط نیست و بنابراین نمی‌توان قبل از عقد نکاح، عدم پرداخت نفقه را شرط کرد.

در مجموع، بررسی پژوهش‌های انجام شده در حوزه نفقه زوج نشان می‌دهد تاکنون، تحقیق جامعی که به‌طور خاص، به بررسی امکان استیفای نفقه از سوی زوج از مال حرام زوج اختصاص داشته باشد، صورت نگرفته است و از این حیث، تحقیق حاضر، جنبه نوآورانه دارد.

۱. اسباب وجوب نفقه

به‌طور کلی، نفقه بر دو نوع تقسیم می‌شود: نخست، نفقه لنفسه که واجب است انسان برای خودش خرج کند تا بتواند به زندگی مادی‌اش ادامه دهد؛ دوم، نفقه لغيره که بر انسان واجب می‌شود تا برای زندگی دیگران خرج کند (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۱۷۷). در فقه، اطلاق عنوان «نفقه» بر نفقه لنفسه، متداول نیست و معمولاً لفظ «نفقه» همیشه بر نفقه لغيره دلالت می‌کند (کاظم‌پور فرد و جمشیدی شهمیری، ۱۳۹۰، ص ۱۴۲).

از نظر شهید ثانی، برای وجوب نفقه غیر (نفقه لغيره)، سه سبب وجود دارد: زوجیت، برخی اقارب و ملکیت. سبب اول آن است که نفقه زوجه‌ای که با عقد دائم به زوجیت مرد درآمده باشد، به شرط تمکین کامل (در هر زمان و مکانی که استمتاع در آن، جایز باشد)، واجب است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۴۲). امام خمینی (ره) هم در «کتاب النکاح» از تحریر الوسيلة، نفقه را فقط با یکی از سبب‌های سه‌گانه زوجیت، قرابت و ملک، واجب دانسته است (موسوی الخمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۳۳۷).

از سوی دیگر، در پرداخت نفقه زوج به خلاف دو سبب دیگر وجوب نفقه (نفقه اقارب و

ملکیت)، اولاً تمکن و عدم تمکن مالی زن، بی اثر است؛ ثانیاً توانایی مالی مرد، شرط الزام به پرداخت نفقه نیست؛ ثالثاً در پرداخت نفقه، شأن و منزلت خانوادگی و اجتماعی زن، ملاک و مبنای عمل است؛ رابعاً اگر مرد از پرداخت نفقه خودداری کند، زن حق دارد به صورت یک امر حقوقی اقامه دعوا کند که در صورت اثبات، مرد را محکوم و نفقه را دریافت یا وی را حبس می کند؛ علاوه بر آن، اگر بین نفقه زن و طلب دیگر غرماً تعارضی پیش آید، نفقه زن، مقدم می شود؛ چون هم واجب است و هم الزام حقوقی دارد (حسین زاده و سادات حسینی، ۱۳۹۸، ص ۱۴۶). شایان ذکر است که در تحقیق حاضر، از میان اسباب سه گانه وجوب نفقه، مراد از نفقه عبارت از نفقه زوجیت (نفقه زوجه) است.

۲. مصادیق نفقه زوجه و چالش های آن

مطابق ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی، نفقه به مسکن، البسه، غذا و اثاث البیت که به طور متعارف با وضعیت زن، متناسب باشد و نیز خادم (در صورت عادت زن به داشتن خادم یا احتیاج او به واسطه مرض یا نقصان اعضا) تعلق می گیرد. در کتب فقهی، مصادیق نفقه زوجه شامل موارد ذیل است: نان و خورش (به مقداری که زن سیر شود و از نظر کمیت و کیفیت، وابسته به شئون وی، عرف و عادت، و متناسب با زمان و مکان است)؛ لباس (که جنس و مقدار آن به عرف و عادت محل بستگی دارد)؛ فراش (به معنی زیرانداز و وسایل استراحت)؛ وسایل طبخ و ادوات و ابزار آشپزی متناسب و متعارف؛ وسایل نظیف و آرایش؛ مسکن ملکی، استیجاری یا استعاری (که از نظر محل و همچنین داشتن مرافق کافی، متناسب با شئون و احتیاجات زوجه باشد)؛ خدمتکار (چنانچه زوجه از جهت شئون و شرافت خانوادگی در منزل پدرش دارای خادم بوده یا به علت ابتلا به بیماری، نیازمند به خدمتکار باشد، مرد مخیر است خادمی را اجیر کند یا خود به خدمت زن برخیزد و حوایج او را برآورد و یا زن، خودش داوطلبانه کارهای مربوط به خود را انجام دهد که در صورت اخیر، زن حق مطالبه نفقه خادم را ندارد) (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۱۵۸-۱۵۹).

در باب مصادیق نفقه زوجه بین فقهای شیعه، اختلاف نظرها و چالش هایی وجود دارد که

یکی از مهم‌ترین‌شان تأمین هزینه درمان زوجه و خادم گرفتن برای اوست. برخی صاحب‌نظران اجرت طبیب، رگ‌زدن، حجامت و پرداخت بهای دارو را از مصادیق نفقه زوجه نمی‌دانند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۶، ص ۸)؛ درمقابل، برخی دیگر، پرداخت هزینه‌هایی غیر از هزینه‌های عادی زندگی از جمله هزینه دارو و درمان، حجامت و حمام از سوی زوج را به‌عنوان نفقه زوجه، با در نظر گرفتن عرف و شأن او واجب می‌دانند (صاحب‌جواهر، ۱۳۶۲، ج ۳۱، ص ۳۳۸). بسیاری از فقهای متأخر همچون امام خمینی (ره) برای نفقه، هیچ محدودیتی قائل نشده‌اند؛ بلکه ملاک تعیین آن را تنها انجام‌شدن امور ضروری زن از جمله غذا، پوشاک، رختخواب، روانداز، مسکن، خدمتکار و اسباب مورد نیاز برای نوشیدن، پخت‌وپز، نظافت و امثال آن دانسته‌اند (موسوی الخمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۳۳۹). حتی برخی دیگر، مصادیقی گسترده‌تر را برای نفقه زوجه بر شمرده‌اند؛ به‌نحوی که مایحتاج زن، مانند خوراک متناسب با حال او، خانه مناسب، فرش، رختخواب و بقیه لوازم زندگی و حتی اسباب زینت و درمان و دکتر و نظایر آن‌ها را در زمره مصادیق نفقه زوجه قرار داده‌اند (روحانی، ۱۳۸۲، ج ۶، ص ۲۵۹).

۳. ملاک و ضابطه تعیین نفقه

مؤلف جواهر الکلام ملاک و ضابطه تعیین نفقه زوجه را به عرف و شأن او واگذار کرده است (صاحب‌جواهر، ۱۳۶۲، ج ۳۱، ص ۳۳۸). طوسی (ره) نیز در «کتاب النفقات» از المبسوط فی فقه الإمامیه، تشخیص عرف را معیار وجوب گرفتن خادم برای زن بیمار از سوی زوج دانسته است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۶، ص ۵). شهید ثانی هم ملاک و ضابطه تعیین نفقه را تأمین مایحتاج زوجه، مطابق عرف و رسم زنان هر سرزمین در خصوص غذا، خورش، پوشاک، مسکن، خدمتکار و عطر ذکر کرده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۴۵۵).

در جایی دیگر، ملاک تعیین نفقه، آن چیزی دانسته شده است که در عرف به‌عنوان نفقه و هزینه زندگی پذیرفته شده باشد (مؤمن سبزواری، بی‌تا، ص ۱۹۵)؛ همچنین امام خمینی (ره) در خصوص تمام مصادیق نفقه، اعم از خوراک، پوشاک، مسکن و امثال آن‌ها عرف محل، شأن و عادت زوجه را ملاک و ضابطه تعیین نفقه دانسته است؛ به‌نحوی که در صورت ترک آن،

زوجه متضرر شود (موسوی الخمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۳۳۹). به عنوان نظری غیرمشهور، گروهی از فقهای امامیه نیز معتقدند در تعیین نفقه باید وضعیت زوج را ملاک عمل قرار داد؛ لذا اگر زوجه از خانواده‌ای غنی و زوج، فقیر باشد، نفقه‌ای در حد زندگی فقرا برای زوجه در نظر گرفته می‌شود (کاظم پور فرد و جمشیدی شهیری، ۱۳۹۰، ص ۱۴۵).
در مجموع می‌توان گفت براساس قول مشهور، ملاک و ضابطه تعیین نفقه زوجه، عرف محل، شأن و عادت اوست.

۴. اکتساب زوج برای پرداخت نفقه اقارب و نفقه زوجه

نفقه زن، مشروط به فقر او یا تمکن مرد نیست؛ بلکه زن حتی اگر ثروتمند باشد، می‌تواند از شوهرش نفقه طلب کند. هرگاه مرد برای پرداخت نفقه زن خویش مالی نداشته باشد، موظف است کار کند و نفقه را بپردازد؛ مگر آنکه شغلی مطابق با شئون و حیثیات او وجود نداشته باشد که در این صورت، مدیون است و هنگام «یسار»، ملزم به جبران خواهد بود (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۲۹۴)؛ به بیان دیگر، در فرض توقف نفقه واجب بر کسب، و قدرت فرد بر آن، بیکاری، حرام و کسب و کار، واجب خواهد بود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۲۰۶). با توجه به تقدم نفقه زوجه بر نفقه اقارب، به طریق اولی^۱، اکتساب زوج جهت پرداخت نفقه زوجه نیز واجب است.
مطابق ماده ۱۱۱۱ قانون مدنی، زن می‌تواند در صورت استنکاف شوهر از پرداخت نفقه به وی، به محکمه رجوع کند. در این صورت، محکمه، میزان نفقه را معین و شوهر را به پرداخت آن محکوم خواهد کرد؛ همچنین براساس ماده ۵۳ از قانون حمایت خانواده، مصوب در سال ۱۳۹۱، «هرکس با داشتن استطاعت مالی، نفقه زن خود را در صورت تمکین او ندهد یا از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب‌النفقه امتناع کند، به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود...»؛ ضمناً در تبصره همین ماده اشاره شده که حتی امتناع از پرداخت نفقه زوجه‌ای که به موجب قانون، مجاز به عدم تمکین است نیز مشمول مقررات این ماده خواهد بود.

از سوی دیگر، هرچند در ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی، ملاک تعیین نفقه، صرفاً وضع زن قرار داده شده است، وضع مالی شوهر نیز باید مورد نظر باشد؛ زیرا زن و شوهر پس از نکاح، یک خانواده را تشکیل می‌دهند و جدا از هم نیستند؛ بنابراین، اگر مردی ثروتمند با زنی فقیر ازدواج

کند، حق ندارد وضعیت او در گذشته را مبنای تعیین مقدار نفقه بداند؛ همچنان‌که اگر زنی ثروتمند با یک کارگر ساده ازدواج کند، نمی‌تواند از او انتظار داشته باشد زندگی‌ای اشرافی را برایش فراهم آورد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۱۸۸).

براساس ماده ۱۲۰۶ قانون مدنی:

زوجه در هر حال می‌تواند برای نفقه زمان گذشته خود اقامه دعوا نماید و طلب او ازبابت نفقه مزبور، طلب ممتاز بوده و در صورت افلاس یا ورشکستگی شوهر، زن، مقدم بر غرما خواهد بود؛ ولی اقارب فقط نسبت به آتیه می‌توانند مطالبه نفقه نمایند.

در اینجا سؤالی بدین شرح مطرح می‌شود که آیا کسب (اکتساب) زوج برای تهیه نفقه زوجه و اقارب، لازم است یا خیر. در پاسخ می‌توان گفت تکسب برای تأمین نفقه زوجه، واجب است؛ زیرا اولاً در عمومات و اطلاقات شرعی، اتفاق به زوجه، واجب دانسته شده؛ ثانیاً مقدمه واجب، واجب است و اکتساب، مقدمه اتفاق محسوب می‌شود؛ پس اکتساب نیز واجب است؛ ثالثاً نفقه زوجه، دین قلمداد می‌شود و ادای دین، واجب است. از سوی دیگر، دریاب تکسب برای نفقه اقربا در حالتی که زوج، نفقه خود و زوجه‌اش را دارد و نفقه اقارب را ندارد، برخی قائل به وجوب تکسب شده‌اند؛ ولی از نظر مؤلف جواهر الکلام، تکسب در اینجا واجب نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۷، ص ۹۵-۹۸).

از سوی دیگر، فقهای امامیه به اجماع، اکتساب با کارهای حرام را حرام دانسته‌اند و میان آن‌ها اختلافی برسر اصل حرمت اکتساب با کارهای حرام وجود ندارد. اگر هم اختلافی بینشان وجود داشته باشد، مربوط به مصادیق این کارهاست؛ نه اصل حرمت اکتساب با محرّمات (مؤمنی و نوجوان، ۱۳۹۱، ص ۶). بدیهی است که به‌طریق اولی، اکتساب زوج به حرام در هریک از مکاسب محرّمه مورد اشاره در ذیل نیز از این قاعده مستثنا نیست.

۵. اقسام کسب مال حرام

علامه حلی کسب مال حرام را به شش دسته تقسیم کرده است: کسب مال از عین نجاسات؛ کسب مال از ادوات حرام؛ کسب مال از طریق کمک به فعل حرام؛ کسب مال از آنچه فایده حلال و مشروع ندارد؛ کسب مال از آنچه عمل کردن به آن، حرام است؛ کسب مال از آنچه

عمل کردن به آن، واجب است (علامه حلی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۹۳).

شیخ انصاری نیز در *المکاسب*، اکتساب به حرام (مکاسب محرّمه) را به صورت مفصل شرح داده و آن را بر پنج نوع تقسیم کرده است: نخست، اکتساب با اعیان نجس، مگر آنهایی که استثنا شده‌اند (انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص ۵۷)؛ دوم، اکتساب با اشیایی که حرمتشان ناشی از تحریم غرض و مقصود مترتب بر آنهاست؛ مانند مجسمه‌هایی که برای عبادت و در مقام تقدیس تعبیه می‌شوند (انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۹)؛ سوم، اکتساب با چیزهایی که در آنها منفعت حلال قابل اعتنا از نظر عقلا وجود ندارد (انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۱۳۱)؛ چهارم، اکتساب با اموری که دلیل حرمتشان صورت گرفتن عمل ذاتاً حرام است (انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۱۵۵)؛ پنجم، مواردی که انجام‌دادنشان بر انسان، واجب (اعم از واجب عینی، کفایی، توصّلی یا تعبدی) است (انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۵، ص ۱۷)؛ بر این اساس، از نظر شیخ انصاری، کسب مال از طریق انجام‌دادن واجب عینی تعبدی (مانند دریافت پول درازای به جای آوردن نماز و روزه واجب)، واجب عینی توصّلی (مثل پول گرفتن در مقابل انجام‌دادن قضاوت به شرط وجودداشتن قاضی دیگر در شهر)، واجب کفایی تعبدی (مانند پول گرفتن بابت انجام‌دادن غسل میت) و نیز واجب کفایی توصّلی (مثل پول گرفتن برای خواندن نماز میت)، حرام است.

۶. استیفای حق نفقه از سوی زوجه از مال حرام زوج

بررسی منابع فقهی و روایی موردنظر در این تحقیق نشان می‌دهد به رغم اهمیت و ضرورت آگاهی از حدود اختیار زوجه در تأمین نفقه خویش از اموال زوج، صرفاً در منابع فقهی و روایی به حدود اختیار زوجه در سرقت اموال زوج اشاره شده و درباره منبع تأمین این اموال از حیث حرمت و حلیت آنها سخنی گفته نشده است؛ بر این اساس، در پژوهش حاضر، برای پاسخ‌دادن به این سؤال که آیا زوجه حق دارد برای تأمین نفقه خویش، از مال مکسوبه به حرام زوج استفاده کند یا خیر، به استفتائات مراجع عظام مراجعه شد. بدین منظور، کتب توضیح المسائل و استفتائات، منابع مرتبط با احکام مراجع تقلید (امام خمینی، مقام معظم رهبری، بهبهانی، حائری یزدی، بهجت، گلپایگانی، سیستانی، نوری همدانی، مکارم شیرازی، صافی گلپایگانی،

موسوی اردبیلی، محقق کابلی، تهرانی، فیاض، حسینی شاهرودی، وحید خراسانی، رحیمی آزاد، موسوی شیرازی، شاه‌آبادی، فاضل لنکرانی، دوزدوزانی تبریزی و طباطبایی حکیم) و نیز پایگاه‌های اطلاع‌رسانی ایشان (در صورت وجود داشتن) در زمینه نفقه، دین، مکاسب و دیگر موضوعات مرتبط با این تحقیق مطالعه شد.

بررسی فتاوی مراجع عظام نشان می‌دهد ایشان در خصوص استیفای نفقه از سوی زوجه از مال حرام زوج در وضعیت معمول و غیر مضطر، به حرمت تصرف و استفاده زوجه از این مال حکم کرده‌اند؛ چنان‌که حضرت آیت‌الله العظمی بهجت (ره) در پاسخ به سؤال ۴۹۳۹ در *استفتائات از محضر آیت‌الله بهجت مبنی بر اینکه «... اگر مردی بخواهد از درآمد غیر حلال، هزینه زندگی همسر و فرزندانش را بدهد، آن‌ها می‌توانند از این پول استفاده کنند؟»*، فرموده‌اند: «... اگر نفقه را از عین مال حرام بدهد، آن‌ها نمی‌توانند از آن پول استفاده کنند و باید از پول حلال مطالبه کنند» (بهجت، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۱۰۴). حضرت آیت‌الله العظمی گلپایگانی (ره) نیز بر همین عقیده بوده و در پاسخ به سؤال ۵۰۷ در *مجمع المسائل* در خصوص این مسئله که:

اگر زنی شوهری داشته باشد که شغل و کسب آن شوهر، حرام و در نتیجه، درآمدش کلاً از راه غیر شرعی تأمین شود، آیا تکلیف این زن با داشتن بچه از نظر نفقه در چنین خانه‌ای چیست و چه باید بکند؟ زیرا علم دارد که لباس و غذای او را که شوهرش تأمین می‌کند، از راه کسب غیر مشروع به دست آمده است.

فرموده‌اند:

بر شوهر واجب است نفقه زن را از مال حلال بدهد و زن در صورتی که علم به غصب عین چیزهایی که محل ابتلا است را دارد، جایز نیست در آن‌ها تصرف کند و می‌تواند از شوهر مطالبه کند که از مال حلال، نفقه او را بدهد و در صورت عدم علم به غصبیت محل ابتلا تصرف در آن، جایز است (گلپایگانی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۱۷۹).

همچنین مقام معظم رهبری در پاسخ به سؤالی مبنی بر اینکه «تکلیف زنی که همسرش از راه حرام کسب درآمد دارد، چیست؟» فرموده‌اند: «تا زمانی که یقین به حرمت اموال مورداستفاده ندارد، می‌تواند مصرف کند و اگر نسبت به مالی یقین به حرمت دارد، استفاده از آن، جایز نیست» (خامنه‌ای، ۱۳۹۸).

درمجموع، از نظر این مراجع عظام، استفاده از اموال مکسوبه از حرام به عنوان نفقه ازسوی زوجه، مطلقاً حرام نیست و ایشان در برخی موارد به حلیت آن حکم داده‌اند. از طرفی گروه دیگری از مراجع عالی قدر شیعه ضمن بیان حکم به حرمت دریافت نفقه ازسوی زوجه از مال مکسوبه به حرام زوج در وضعیت معمول، حلیت آن را مشروط به ضرورت دانسته‌اند؛ چنان‌که حضرت آیت‌الله العظمی سبجانی تبریزی در مسئله ۵۳۷ در کتاب *احکام بانوان: مطابق با فتوای حضرت آیت‌الله العظمی جعفر سبجانی - دامت برکاته* درباره این مسئله فرموده‌اند: «برای همسر و فرزندان شخصی که از راه نامشروع کسب درآمد می‌کند، اگر می‌دانند نفقه‌ای که به آن‌ها پرداخت می‌شود، از همان پول است، تصرف در آن، جایز نیست؛ مگر در حال ضرورت» (سبجانی تبریزی، ۱۳۸۷، ص ۴۱). حضرت آیت‌الله العظمی مکارم شیرازی نیز در پاسخ به سؤال ۵۲۰ مبنی بر اینکه «آیا برای همسر و فرزندان شخصی که از راه نامشروع کسب درآمد می‌کند، جایز است که از درآمد او استفاده کنند؟» در کتاب *احکام بانوان* فرموده‌اند: «اگر می‌دانند نفقه‌ای که به آن‌ها پرداخته می‌شود، از همان پول است، تصرف در آن، جایز نیست؛ مگر در حال ضرورت» (مکارم شیرازی، ۱۳۸۶، ص ۱۵۶).

براساس مطالب ذکر شده می‌توان نتیجه گرفت دریافت و تصرف زوجه از مال مکسوبه به حرام زوج برای تأمین نفقه در وضعیت معمول و غیراضطرار، جایز نیست و حلیت استیفای حق نفقه ازسوی زوجه از مال مکسوبه به حرام زوج، تنها در صورت وجود ضرورت و مشروط به شرایطی مانند وجود خطر شدید فعلی یا قریب‌الوقوع، ایجادنشدن خطر به شکل عمدی ازسوی مضطر، وجودداشتن تناسب میان اقدام مضطر با خطر و نیز ضرورت اقدام مضطر برای دفع خطر، محقق می‌شود؛ البته فقهای امامیه و جمهور فقهای اهل سنت، دریافت و تصرف زوجه از مال مکسوبه به حرام زوج برای تأمین نفقه را به میزان سد رمق، رفع حاجت و حفظ حیات، جایز دانسته و تجاوز از مقدار ضرورت و حاجت را مشمول بغی و عدوان قلمداد کرده‌اند (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص ۱۴۴).

یافته‌های پژوهش

بر مبنای آنچه در این صفحات گفتیم:

الف) استیفای حق نفقه ازسوی زوجه از مال مکسوبه به حرام زوج به شرط ضرورت (اضطرار)، امکان پذیر است.

ب) تحقق شرط ضرورت (اضطرار) برای حلیت استیفای حق نفقه ازسوی زوجه از مال مکسوبه به حرام زوج، خود، مشروط به وجود شرایطی از جمله وجود داشتن خطر شدید فعلی یا قریب الوقوع، ایجاد نشدن خطر عمدی ازسوی مضطر، وجود داشتن تناسب اقدام مضطر با خطر و نیز ضرورت اقدام مضطر برای دفع خطر است.

ج) دریافت و تصرف زوجه از مال مکسوبه به حرام زوج برای تأمین نفقه در وضعیت معمول و غیراضطرار، جایز نیست.

د) با عنایت به اینکه قواعد اضطرار و ضرورت از اصول اساسی فقه است که در سراسر ابواب فقهی کاربرد دارد، بیان نشدن آن در فتاوای برخی مراجع عظام در باب حلیت استیفای حق نفقه ازسوی زوجه از مال مکسوبه به حرام زوج به شرط ضرورت، هرگز به معنای انکار آن نیست؛ بلکه احتمالاً ناشی از بدیهی فرض شدن چنین استثنایی است.

منابع

قرآن کریم.

ابن براج طرابلسی، عبدالعزیز (۱۴۰۶ق). *المهذب*. قم: دفتر انتشارات اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). *لسان العرب* (چاپ ۱). بیروت: دار العم، دار الفکر للطباعة.

ابهری، حمید؛ فرزندگان، محمد؛ و ظهوری، سمیه (۱۳۹۶). بررسی فقهی و حقوقی مفهوم و شرایط اضطرار و تأثیر آن در مسئولیت مدنی. *پژوهش های فقه و حقوق اسلامی*، ۱۴(۵۰)، ۵۱-۶۶.

امامی، سید حسن (۱۳۸۰). *حقوق مدنی* (چاپ ۱۵). تهران: دانشگاه تهران.

- انصاری، مرتضی (۱۴۲۷ق). *المکاسب* (السید محمد کلانتر، محقق و تعلیقہ نویس) (چاپ ۱). قم: مؤسسه النور للمطبوعات.
- ایزدی فرد، علی اکبر؛ و حسین نژاد، سید مجتبی (۱۳۹۸). بررسی فقهی سرقت نفقه توسط زوجه. *فقه و اصول*، ۵۱ (۳)، ۲۹-۴۸.
- بهجت، محمدتقی (۱۳۸۶). *استفتائات از محضر آیت الله بهجت* (چاپ ۱). قم: دفتر حضرت آیت الله العظمی بهجت.
- جاور، حسین؛ افشاری، محمدعلی؛ و گنجعلی دارانی، مرضیه (۱۳۹۵). بررسی قاعدۀ «الضَّروراتُ تُقَدَّرُ بِقَدَرِها». *مطالعات فقهی و فلسفی*، ۷ (۲۸)، ۵۳-۷۷.
- جرجانی، علی بن محمد (۱۴۱۱ق). *التعریفات* (چاپ ۱). قاهره: دار الکتب المصری.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶). *ترمینولوژی حقوق* (چاپ ۱۷). تهران: گنج دانش.
- جهانبخش، پونا (۱۴۰۱). آثار مالی انحلال نکاح بر نفقه زوجه. *مجله بین المللی پژوهش ملل*، ۷ (۷۵)، ۱۳۹-۱۶۰.
- حسین زاده، جواد؛ و سادات حسینی، وحیده (۱۳۹۸). تحلیلی نوین بر حمایت اقتصادی از زوجه در قانون حمایت خانواده (۱۳۹۱). *تحقیقات حقوقی*، ۲۲ (۸۸)، ۱۳۵-۱۵۸.
- حق خواه، منیر (۱۳۹۳). کاربرد قاعدۀ «امتناع ناشی از سوء اختیار در حوزۀ فقه خانواده». *مطالعات راهبردی زنان*، ۱۷ (۶۶)، ۴۷-۸۴.
- خامنه ای، سید علی (۱۳۹۸). استفتا در مورد استفاده از درآمد حرام شوهر (تاریخ ۱۳۹۸/۱/۲۱). پایگاه اطلاع رسانی دفتر مقام معظم رهبری، تاریخ مشاهده: ۱۴۰۲/۳/۸، <https://www.leader.ir/fa/content/22913/>. خزائی، احمد رضا (۱۳۹۵).
- بررسی فقهی - حقوقی نفقه با نشوز زوجه. *پژوهش های فقه و حقوق اسلامی*، ۱۲ (۴۵)، ۲۹-۵۰.
- خوبیاری، حامد (۱۳۹۹). نفقه زوجه: دین یا تعهد؟. *فقه و حقوق خانواده*، ۲۵ (۷۲)، ۱۴۳-۱۶۰.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۳). *لغتنامه* (چاپ ۱). تهران: دانشگاه تهران.

- روحانی، سید محمدصادق (۱۳۸۲). *استفتائات پرسش و پاسخ مسائل شرعی* (چاپ ۱). تهران: حدیث دل.
- الزبیدی، المرتضی (۱۴۱۴ق). *تاج العروس من جواهر القاموس* (چاپ ۱). بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزيع.
- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۸۷). *احکام بانوان: مطابق با فتاوی حضرت آیت الله العظمی جعفر سبحانی - دامت برکاته* (چاپ ۱). قم: مؤسسه تعلیماتی و تحقیقاتی امام صادق (ع).
- سیدهاشمی، سید محمداسماعیل؛ و مرتضوی، زهرا سادات (۱۳۹۳). بررسی حق و حکم در حضانت، نفقه و رجوع در طلاق. *مجله تحقیقات حقوقی*، ۱۷(۶۶)، ۱۸۵-۲۰۹.
- شبیری زنجان، موسی (۱۳۸۲). *کتاب النکاح* (چاپ ۱). قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة* (چاپ ۱). قم: داوری.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرایع الإسلام* (چاپ ۱). قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۵). *آثار قرار دادها و تعهدات (حقوق مدنی: جلد سوم)* (چاپ ۷). تهران: مجد.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر (۱۳۶۲). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام* (چاپ ۷). بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- صالحی مازندرانی، محمد (۱۴۰۰). امکان سنجی ضمانت دین آینده در فقه و حقوق ایران. *حقوق اسلامی*، ۱۸(۷۱)، ۷۹-۱۰۱.
- صفایی، سید حسین؛ و امامی، اسدالله (۱۳۷۸). *مختصر حقوق خانواده* (چاپ ۲). تهران: نشر دادگستر.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). *المبسوط فی الفقه الإمامیة* (چاپ ۱). تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.

العالمی، محمد بن جمال الدين مكّي (۱۴۱۰ق). *اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية*. بيروت: بی جا. عبد الله علی بیك، حمیده (۱۳۸۳). *قاعدة اضطرار (الضرورات تُبيح المحذورات)*. فقه و اصول، ۳۶(۱)، ۸۳-۱۲۲.

علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). *تحریر الأحكام* (چاپ ۱). قم: مؤسسة آل البيت - عليهم السلام - لإحياء التراث.

علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۹ق). *تبصرة المتعلمين في أحكام الدين* (چاپ ۲). قم: المجمع الذخائر الإسلامية.

علوی قزوینی، سید علی؛ و قشلاقی، سهیل (۱۳۹۵). *اثر نشوز زوج در طلاق به درخواست زوجه از منظر فقه و حقوق*. فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، ۲۱(۶۵)، ۱۰۷-۱۳۰. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۲). *آیات الأحكام* (چاپ ۱). تهران: دفتر مطالعات و تحقیقات علوم اسلامی.

فاضل لنکرانی، محمدجواد (۱۳۹۶-الف). *قاعدة میسور* (چاپ ۱). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).

فاضل لنکرانی، محمدجواد (۱۳۹۶-ب). *مکاسب محرّمه* (چاپ ۱). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).

الفراهیدی، الخلیل بن احمد (۱۴۱۰ق). *العين* (مهدی المخزومی و ابراهیم السامرائی، محققان) (چاپ ۲). قم: مؤسسة دار الهجرة.

قادری، محمدعلی (۱۴۰۰). *بررسی تراحم مسئولیت های شرعی مالی و غیرمالی زوج با حق نفقه زوجه*. *مجله دستاوردهای نوین در مطالعات علوم انسانی*، ۴(۴۳)، ۱۲۸-۱۳۹. *قانون حمایت خانواده* (۱۳۹۱).

قانون مدنی (۱۳۱۴). با آخرین اصلاحات.

قرشی، سید علی اکبر (۱۳۷۱). *قاموس قرآن* (چاپ ۶). تهران: دار الکتب الإسلامية.

قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۳۷۱). *جامع الشتات* (چاپ ۱). تهران: نشر کیهان.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸). *حقوق مدنی خانواده* (چاپ ۵). تهران: بهمن برنا.
- کاشف الغطاء، محمدحسین (بی تا). *سؤال و جواب* (چاپ ۱). قم: مؤسسه کاشف الغطاء العامة.
- کاظم پور فرد، فاطمه؛ و جمشیدی شه میری، مهسا (۱۳۹۰). واکاوی فقهی در ملاک تعیین مقدار نفقه و مصادیق آن با نگاه تطبیقی بر آرای فقهای اسلامی. *فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)*، ۱۶(۵۵)، ۱۴۰-۱۵۹.
- کرمائشاهی، آقامحمدعلی (۱۴۲۱ق). *مقامع الفضل* (چاپ ۱). قم: مؤسسه العلامة المجدد الوحيد البهبهانی.
- گلپایگانی، محمدرضا (۱۳۸۲). *مجمع المسائل* (چاپ ۱). قم: دار القرآن الکریم.
- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرایع الإسلام فی مسائل الحرام والحلال* (چاپ ۲). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۴). *بررسی فقهی حقوق خانواده* (چاپ ۱۲). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، مصطفی (۱۴۰۶ق). *قواعد فقه* (چاپ ۱۲). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمدی، آزیتا (۱۴۰۰). واکاوی حقوقی حق تصرف زوجه در نفقه. *رهیافت های نوین در مطالعات اسلامی*، ۳(۶)، ۴۸۵-۵۰۳.
- مشکینی اردبیلی، علی (۱۴۳۴ق). *مصطلحات الفقه* (حمید احمدی جلفایی، محقق) (چاپ ۱). قم: مؤسسه دار الحديث العلمية والثقافية.
- مصطفوی، حسن (۱۴۰۲ق). *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم* (چاپ ۱). تهران: مرکز الكتاب للترجمة والنشر.
- معصومی، جمشید؛ و اشتری ماهینی، مریم (۱۳۹۷). اشتغال زنان و عدم تعارض آن با حق نفقه. *مجله نامه الهیات*، ۱۱(۴۲)، ۸۱-۹۸.
- معین، محمد (۱۳۸۶). *فرهنگ فارسی* (دوره دوجلدی) (چاپ ۳). تهران: آدنا.

- مكارم شيرازى، ناصر (۱۳۸۶). *احكام بانوان* (چاپ ۱). قم: مدرسة الإمام على بن أبى طالب - عليه السلام.
- مكارم شيرازى، ناصر (۱۴۲۴ق). *كتاب النكاح* (چاپ ۱). قم: مدرسة الإمام على بن أبى طالب - عليه السلام.
- موسوى اردبيلى، سيد عبدالكريم (۱۳۸۵). *استفتائات (عبادات) آيت الله سيد عبدالكريم موسوى اردبيلى* (چاپ ۱). قم: نجابت.
- الموسوى البجنوردى، سيد محمدحسن (۱۳۷۷). *التقواعد الفقهية* (چاپ ۱). قم: نشر الهادى.
- موسوى الخمينى، سيد روح الله (۱۳۷۹). *تحرير الوسيلة* (دوجلدى به زبان عربى) (چاپ ۱). تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى (س).
- موسوى الخمينى، سيد روح الله (۱۴۱۰ق). *المكاسب المحرمة* (چاپ ۱). قم: مؤسسة إسماعيليان للطباعة والنشر والتوزيع.
- موسوى الخمينى، سيد روح الله (۱۴۲۹ق). *الرسائل العشرة* (چاپ ۳). تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى (س).
- مؤمن سبزوارى، محمدباقر بن محمد (بى تا). *كفاية الأحكام* (چاپ ۱). اصفهان: مدرسه صدر مهدوى.
- مؤمنى، عابدين؛ و نوجوان، داود (۱۳۹۱). *بررسى حكم اكتساب به اعمال حرام در مذاهب خمسة. فروغ وحدت، ۸(۲)، ۵-۱۴.*
- وطنى، امير (۱۳۸۱). *بررسى فقهى اضطرار و ضرورت. نشریه مقالات و بررسى ها، ۸۵(۷۱)، ۱۸۷-۲۰۷.*
- هاشمى شاهرودى، محمود (۱۳۸۲). *فرهنگ فقه، مطابق مذهب اهل بيت - عليهم السلام* (چاپ ۱). قم: مؤسسه دايرة المعارف فقه اسلامى بر مذهب اهل بيت - عليهم السلام.

- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۲۹ق). *الرسائل العشرة* (چاپ ۳). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س).
- مؤمن سبزواری، محمدباقر بن محمد (بی تا). *کفایة الأحكام* (چاپ ۱). اصفهان: مدرسه صدر مهدوی.
- مؤمنی، عابدین؛ و نوجوان، داود (۱۳۹۱). بررسی حکم اکتساب به اعمال حرام در مذاهب خمس. *فروع وحدت*، ۸(۲)، ۵-۱۴.
- وطني، امیر (۱۳۸۱). *بررسی فقهی اضطرار و ضرورت*. نشریه مقالات و بررسی‌ها، ۸۵(۷۱)، ۲۰۷-۱۸۷.
- هاشمی شاهرودی، محمود (۱۳۸۲). *فرهنگ فقه، مطابق مذهب اهل بیت - علیهم السلام* (چاپ ۱). قم: مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت - علیهم السلام.



The Powers and Duties of the Prosecutor in Ensuring the Rights and Freedoms of Women Accused of not Wearing the Hijab to be naked¹

Saeid Mehranfar²

Mahmoud Ashrafi³

DOI:

10.30497/FLJ.2024.246232.2016



Abstract

The establishment of the prosecutor's office resulted from the existence of an institution that can be summarized in the protection of individual and social rights. The prosecutor, at the head of the public prosecutor's office, is responsible for important powers and duties, including monitoring the proper implementation of laws, prosecuting defendants, executing sentences, etc. His role is one of the most important, in addition to increasing the powers and duties of the prosecutor with the approval of the Criminal Procedure Law approved in 2012, in other regulations also in the cases of monitoring the judicial authorities and protecting the rights of the public, such as encountering with non-veil, without considering the control body and the guarantee of implementation is significant in its decision-making and performance, especially in social issues and challenges. In this descriptive-analytical research, while investigating the role of the prosecutor's duties and powers on the rights and freedoms of the eye in dealing with women who are not veiled, the existence of an independent and popular supervisory body over executive decisions in the current structural conditions such as the Islamic Consultative Assembly, the determination of the guarantee of strict and deterrent execution, increasing and improving the supervision and training of the officers, and drafting a comprehensive law to resolve the executive ambiguities have been suggested.

Keywords: Women's Shar'i hijab, prosecutor's duties, accusation of not wearing hijab, protection of civil rights.

1. This article is taken from a doctoral dissertation titled "Investigating the Duties and Powers of the Prosecutor on the Rights and Freedoms of Individuals in the Criminal Procedure Code Approved in 2013" at the Islamic Azad University of Isfahan, Khorasgan Branch.

2. Ph.D. Candidate in Criminal Law and Criminology, Isfahan (Khorasgan) Branch, Islamic Azad University, Isfahan, Iran.
drsaeedmehranfar@gmail.com

3.(corresponding author) Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Isfahan (Khorasgan) Branch, Islamic Azad University, Isfahan, Iran.

mahmood.ashrafy@iau.ac.ir

اختیارات و وظایف دادستان جهت تأمین حقوق و آزادی‌های زنان متهم به بی‌حجابی^۱

سعید مهرانفر^۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۱۶؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۴/۲۰

محمود اشرفی^۳*

DOI: 10.30497/FLJ.2024.246232.2016

چکیده

نهاد دادستانی به‌منظور حمایت از حقوق فردی و اجتماعی تأسیس شده است. دادستان در رأس دادرسی، اختیارات و وظایف مهمی ازجمله نظارت بر حسن اجرای قوانین، کشف جرائم و تعقیب متهمان و اجرای حکم را برعهده دارد. نقش وی از چنان اهمیتی برخوردار است که علاوه بر گسترش اختیارات و وظایف دادستان با تصویب قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، در سایر مقررات نیز در موارد نظارت بر مراجع تصمیم‌گیر و حفظ حقوق عموم مردم نظیر برخورد با بی‌حجابی، بدون در نظر گرفتن نهاد کنترلی و ضمانت اجرای قابل توجهی درخصوص تصمیمات و عملکرد وی خصوصاً در مسائل اجتماعی، اختیارات گسترده‌ای برای وی تعیین شده است. در این پژوهش به روش توصیفی - تحلیلی نقش وظایف و اختیارات دادستان بر حقوق و آزادی‌های اشخاص در برخورد با زنان متهم به بی‌حجابی بررسی شده است. در نتیجه این بررسی، اکتفا به قدر متیقن در مقابله کیفری با بی‌حجابی، وجود نهاد نظارتی مستقل و مردمی بر تصمیمات اجرایی در شرایط ساختاری فعلی مانند مجلس شورای اسلامی، تعیین ضمانت اجرای متقن و بازدارنده، افزایش و بهبود نظارت و آموزش ضابطان و تدوین قانونی جامع جهت رفع ابهامات اجرایی پیشنهاد شده است.

کلیدواژه‌ها: اتهام بی‌حجابی، حجاب شرعی بانوان، حفظ حقوق شهروندی، وظایف دادستان.

۱. این مقاله برگرفته از رساله دکتری باعنوان «بررسی وظایف و اختیارات دادستان بر حقوق و آزادی‌های اشخاص در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲» دانشگاه آزاد اسلامی اصفهان واحد خوراسگان است.

۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران.

drsaeedmehranfar@gmail.com

۳. نویسنده مسؤول (استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران).
mahmood.ashrafy@iau.ac.ir

مقدمه

امنیت هر شخص در برابر هرگونه تهدید به تمامیت جسمی و مادی و معنوی‌اش و رهایی او از هر نوع اقدام خودسرانه‌ای که به آزادی وی تعرض کند، آزادی و امنیت شخصی است. آزادی و امنیت شخصی به معنای وسیع آن، دربرگیرنده حق هر شخص برای زندگی، حفظ حریم خصوصی، برخورداری از دادرسی‌ای منصفانه، آزادی برای رفت‌وآمد و اختیار مسکن، ایمنی در برابر اعمال مغایر با کرامت انسانی همچون اسارت، تملک، بهره‌کشی، بردگی و شکنجه و نیز امنیت در برابر توقیف خودسرانه و غیرقانونی است. این برداشت گسترده از مفهوم حق آزادی و امنیت شخصی در پیوند با ماده ۳ اعلامیه جهانی حقوق بشر قرار دارد. در این ماده به گونه‌ای کلی به حق هر کس برای زندگی و آزادی و امنیت شخصی اشاره شده است؛ اما آزادی و امنیت شخصی یک معنای شکلی نیز دارد که در ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی بدان توجه شده، و آن حقوق ناظر بر آزادی‌های متهم است. بر این مبنا سلب آزادی از هر کس باید تنها براساس آئین دادرسی قانونی و با رعایت اصولی صورت بگیرد که بر پایه احترام به آزادی فرد و استثنایی بودن سلب آزادی وی است. پذیرش معنای خاص حق آزادی و امنیت شخصی به منزله به رسمیت شناخته شدن حقوق افراد در زمینه آزادی‌های فیزیکی است. این موضوع نخستین شرط اساسی و لازم جهت نیل انسان به همه آزادی‌ها و حقوقش به شمار می‌رود؛ زیرا تا جسم و تن انسان آزاد نباشد و امنیت وی در معرض تهدیدهای روحی و جسمی باشد، امکان بهره‌گرفتن او از دیگر حقوق و آزادی‌ها از بین می‌رود؛ از این رو حق آزادی و امنیت شخصی به معنای خاص آن نیز که در ماده ۹ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی تشریح شده است، اهمیتی اساسی جهت بهره‌مندی از حقوق بشر دارد. حق آزادی و امنیت شخصی به‌ویژه برای برخورداری از دادرسی عادلانه و منصفانه و درکنار حقوق دفاعی متهم فارغ از جنسیت وی، حائز اهمیت است. درحقیقت هنگامی که فردی در یک دادرسی کیفری مورد اتهام قرار می‌گیرد، حق آزادی و امنیت شخصی به حمایت وی می‌آید. در چنین وضعیتی فرد از طیفی از حقوق که از حق آزادی و امنیت شخصی ریشه می‌گیرند، بهره‌مند می‌شود. این

طیف از حقوق از سلب خودسرانه آزادی فرد جلوگیری می‌کند، امنیت او را در برابر هرگونه تجاوز به شخصیت انسانی‌اش حفظ می‌کند و یکی از شرایط لازم را برای دادرسی‌ای که به اجرای عدالت منجر شود، فراهم می‌آورد. مطالب فوق زمانی که متهم، زن و دارای ویژگی‌های زنانگی است، از اهمیت بسزایی برخوردار است؛ به‌همین جهت در نظام حقوقی اسلام نیز حقوق و تکالیف ویژه و متناسب وی وضع شده، و از او با عبارت ریحانه یاد شده است. در متون اسلامی، شأنیت زن در جایگاه یکی از اعضای تأثیرگذار جامعه، عمدتاً با حفظ حجاب و عفاف وی شناخته می‌شود؛ از این رو، قانونگذاری و اجرای قوانین درباره زنان متهم به بی‌حجابی از اهمیتی دوچندان برخوردار است؛ چراکه در کلیه مراحل تقنین تا اجرا باید شأنیت و حقوق آن‌ها بنابر کلیه آیات و روایات اسلامی به‌گونه‌ای رعایت شود که منجر به کاهش ارتکاب بزه بی‌حجابی شود.

گسترده‌گی وظایف و اختیارات دادستان در جایگاه مقام کشف و تعقیب و تحقیق (در پاره‌ای از جرائم) و اجرای حکم باعث شده است موضوع آزادی و امنیت متهمان در معرض تهدید قرار گیرد؛ به عبارت دیگر، قوانین تعیین‌کننده در بحث حفظ حقوق متهمان به‌طور کلی و قوانین مربوط به بزه بی‌حجابی گاه‌گاه کلی و مبهم و نیازمند تفسیر هستند که این امر می‌تواند به نقض امنیت جسمی و روانی زنان در جامعه منجر شود. چنان‌که بیم آن می‌رود اقدامات دادستان در جهت اجرای این‌گونه قوانین، با مشکلات فراوانی همراه باشد.

۱. بررسی فقهی و حقوقی حجاب

حجاب از ریشه حجب، به حائل میان دوشی معنا شده است (ابن منظور، ۱۴۱۴ ق، ص ۲۹۸). در قرآن کریم نیز این کلمه در تمام آیات به معنای پرده یا حائل به کار رفته است؛ از جمله: اسراء/ ۴۵، ص/ ۳۲، شوری/ ۵۱. آیات ۳۱ سوره نور و ۳۳ سوره احزاب نیز به حکم وجوب پوشاندن بدن و عدم جلوه‌گری و خودنمایی زنان می‌پردازند. در لسان فقها، درخصوص پوشش زنان از واژه ستر استفاده شده است (سعیدی، ۱۳۹۳، ص ۴۷).

با بررسی اجمالی متون فقهی، می‌توان دریافت درباره حدود و ثغور حجاب و نحوه مجازات

فرد بی حجاب، میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای از فقها به صراحت از وجوب پوشاندن موی سر سخنی نگفته‌اند (حکیم، ۱۴۱۶ ق، ج ۵، ص ۲۵۵). عده‌ای دیگر از فقها نیز در خصوص وجوب حجاب زنان، نظری مطرح نکرده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۸۷). با این وجود برخی از فقها نظیر شهید ثانی (۱۴۱۰ ق، ج ۱، ص ۵۲۵)، پوشاندن موی سر را واجب دانسته‌اند؛ هرچند از نظر برخی از فقهای متأخر، این مسئله در فقه شیعی اختلافی است (خوئی، ۱۴۳۰ ق، ج ۱۲، ص ۹۶؛ منتظری، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۳۵۴). از این رو در خصوص حدود و ثغور حجاب نیز بسیاری از فقها، پوشاندن همه بدن به جز صورت و دست‌ها را واجب می‌دانند (بحرانی، ۱۳۶۳-۱۳۶۷، ص ۵۵-۵۶؛ سوزنجی، ۱۴۰۳ ش، ص ۵۷). در مقابل، برخی از فقهای امامیه و اهل سنت، پوشاندن کل بدن را واجب دانسته‌اند (کلینی، ۱۴۰۵ ق، ج ۵، ص ۵۳۵؛ هیشمی، ۱۴۲۲ ق، ج ۴، ص ۲۵۵). با عنایت به مطالب پیش گفته، این سؤال مطرح می‌شود که آیا براساس متون فقهی فرد بی حجاب مستحق مجازات است؟ در صورت مثبت بودن پاسخ به این سؤال، مبنا و نحوه مجازات وی چیست؟ چرا که فقها جهت اثبات وجوب حجاب به آیاتی اشاره کرده‌اند که مجازاتی برای فرد بی حجاب تعیین نشده است؛ از این رو آنچه محل بحث است، نحوه برخورد و مقابله با مسئله بی حجابی است. بنا به نظر برخی از فقها، حاکم اسلامی می‌تواند برای مرتکب عمل حرام به صلاحدید خود، تعزیر تعیین کند (صاحب جواهر، ۱۳۶۸، ج ۴۱، ص ۴۴۸). هرچند این امر از نظر مخالفان مورد تردید واقع شده است (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶ ق، ج ۱۳، ص ۱۷۶).

براساس آنچه گفته شد، علاوه بر اختلاف نظر فقها در مفهوم و مصادیق حجاب، در نحوه برخورد با امر بی حجابی و بدپوششی نیز میان فقها اتفاق نظر وجود ندارد و قانونگذار بنا بر نظر عده‌ای از فقها که ارتکاب حرام را مستوجب تعزیر می‌دانند، به جرم‌انگاری امر خطیر حجاب به عنوان یکی از مهم‌ترین و بحث‌برانگیزترین مسائل اجتماعی عصر حاضر پرداخته است. با توجه به اینکه تا زمان تدوین این مقاله، لایحه حجاب و عفاف از طرف شورای نگهبان تأیید نشده است، همچنان تبصره ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵، عنصر قانونی بزه بی حجابی است و براساس آن، زنانی که بدون حجاب شرعی در معابر و انظار

عمومی ظاهر شوند، به حبس از ۱۰ روز تا ۲ ماه یا ۶/۶۰۰/۰۰۰ تا ۳۳/۰۰۰/۰۰۰ ریال جزای نقدی محکوم خواهند شد. این تبصره بدون آنکه مفهوم حجاب شرعی را تبیین کند، صرفاً برای عدم رعایت حجاب شرعی مجازات تعیین کرده، و با اشاره به معابر و انظار عمومی در متن تبصره، ابهامات فراوانی را در تعیین مصادیق شکل‌گیری جرم بی‌حجابی ایجاد کرده است. دادستان در جایگاه مدعی‌العموم و حافظ حقوق عامه و بنا بر شرح وظایفی که در مبحث بعدی بدان می‌پردازیم، موظف به مقابله با امر بی‌حجابی در سطح جامعه است. این امر به استناد تبصره ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵، با توجه به ابهامات و اجمالات قانونی ازسویی و اختلاف نظر فقهی موجود ازسوی دیگر، مشکلات اجرایی فراوانی برآمده از نص قوانین موضوعه، برای نهاد دادستانی ایجاد کرده است که لزوماً در این گونه موارد، به قدر متیقن قوانین اکتفا می‌شود.

مسئله حجاب، نوعی ناهنجاری اجتماعی و فرهنگی است که برخورد قانونی و کیفری با آن بدون مطالعه و بررسی علمی و تخصصی همه‌جانبه، به فراگیری بی‌حجابی در جامعه منجر می‌شود؛ ازاین‌رو برای اجتناب از این امر، ضمن مرور حقوق متهمان و اختیارات و وظایف دادستان به‌ویژه در مرحله کشف و تعقیب جرائم، پیشنهادهایی در جهت کاهش آسیب‌های دخالت کیفری مرتبط با اختیارات و وظایف دادستان در مسئله حجاب مطرح می‌شود.

۲. حقوق متهم

حق آزادی اشخاص از جمله حقوق اصولی و ابتدایی است که در اسناد بین‌المللی جهانی و منطقه‌ای حقوق بشر به‌صورت گسترده‌ای حمایت شده است. در حقوق کشورمان خصوصاً در قانون اساسی نیز اصول مختلفی از جمله اصل ۳۲ به این موضوع مهم اشاره دارد.

یکی از مهم‌ترین مواردی که شاهد نقض صریح اصول حقوقی مبین آزادی‌های اشخاص هستیم، فرآیند رسیدگی قضایی خواهد بود. به‌طوری که در ماده واحده قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳، به موارد متعددی در خصوص توجه به حقوق و آزادی‌های کلیه افراد از جمله مظنونان و متهمان اشاره شده است. بنابر مفاد این قانون، کشف و تعقیب جرائم و اجرای تحقیقات و صدور قرارهای تأمین و بازداشت

موقت باید مبتنی بر رعایت قوانین و با حکم و دستور قضایی مشخص و شفاف صورت گیرد و از اعمال هرگونه سلیقه شخصی و سوءاستفاده از قدرت یا اعمال هرگونه خشونت یا بازداشت‌های اضافی و بدون ضرورت اجتناب شود. دادسراها مکلف به رعایت حقوق دفاع متهمان و مشتکی عنهم شده‌اند و موظف‌اند در اجرای وظایف محوله و برخورد با مردم، اخلاق و موازین اسلامی را کاملاً رعایت کنند. این قانون ضمن پذیرش اصل برائت و منع دستگیری و بازداشت و شکنجه کلیه شهروندان، ایداء افراد، نظیر بستن چشم و دیگر اعضا، و تحقیر و استخفاف آنان را منع، و صراحتاً اعلام می‌کند که تحقیقات و بازجویی‌ها باید مبتنی بر اصول و شیوه‌های علمی قانونی و آموزش‌های قبلی و نظارت لازم صورت گیرد.

علاوه بر این، در منشور حقوق شهروندی که در سال ۱۳۹۵ تصویب و به اجرا درآمد، به صراحت به موضوع آزادی‌های اشخاص اشاره دارد. در این میان، نقش مقام قضایی دادستان در حفظ یا نقض آزادی‌های مصرح در قانون بسیار حائز اهمیت است. موضوع وظایف و اختیارات مقامات قضایی از جمله شخص دادستان، به نوعی در محدوده سیاست‌های کلان حاکمیتی قضایی می‌گنجد. چنان‌که مطابق سند سیاست‌های کلی قضایی پنج‌ساله ابلاغی ۱۳۸۸/۰۹/۰۲ مقام معظم رهبری، بر ارتقاء توانمندی‌های علمی و عملی و سلامت قوه قضائیه در جهت اجرای وظایف محوله در قانون اساسی و سیاست‌های کلی نظام در جهت کارآمدسازی ساختار قضایی و اداری تأکید شده است.

شورای عالی انقلاب فرهنگی نیز طی مصوبات متعدد، ضمن تأکید بر حفظ شأن بانوان بی‌حجاب، از آن‌ها به عنوان فرد متخلف و از فعل بی‌حجابی، به عنوان ناهنجاری فرهنگی یاد می‌کند؛ برای مثال، بنابر بندهای ۳۲ و ۳۳ مصوبه راهبردهای گسترش فرهنگ عفاف مورخ ۱۳۸۴/۵/۴، با رویکرد حل و فصل فرهنگی مسئله بی‌حجابی، به پرهیز از برخوردهای خشن و فیزیکی و تحقیرآمیز با متخلفان، ضمن هماهنگی و وحدت رویه مستمر و پایدار در برخورد با ناهنجاری‌های فرهنگی توسط دستگاه‌های مختلف در چهارچوب قانون تأکید می‌کند. در نمونه‌ای دیگر، بنابر بندهای ۱۲ و ۱۳ مصوبه چهارصد و سیزدهمین جلسه مورخ ۱۳۷۶/۱۱/۱۴

شورای عالی فرهنگی نیز واکنش در برابر بی‌حجابی و عدم رعایت عفاف در حدود قانون پذیرفته شده، و برخوردهای خشن و اهانت‌آمیز، غیرقانونی اعلام شده، و مدیران و مسئولان مکلف به آموزش صحیح مجریان پاسداری از عفاف و حجاب شده‌اند.

در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ همراه با اصلاحات آن در سال ۱۳۹۴، در تبیین وظایف و اختیارات مقام دادستان، شاهد تصریح مواردی در قانون هستیم که به‌طور مستقیم با آزادی‌های اشخاص فارغ از جنسیت آن‌ها، در ارتباط است. این موضوع را می‌توان در قالب مواد عام و خاص این قانون ملاحظه کرد.

در مراحل پنجگانه دادرسی یعنی کشف جرم، تعقیب مجرمان، تحقیقات مقدماتی، دادرسی، صدور حکم و درنهایت اجرای حکم، دادستان در دو مرحله تعقیب و اجرای حکم، محوریت و موضوعیت و نقش اساسی دارد. در سه مرحله دیگر نیز دادستان یا دادرسان نقش اثرگذار و تعیین‌کننده و فعال دارد که این نقش مبتنی بر دو اصل نظارت و کنترل و در مواردی توأم با ریاست است. در فصل سوم از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ قانونگذار به تبیین وظایف و اختیارات مقام دادستان پرداخته، که در عمل بسیار گسترده است. به نظر می‌رسد مواد ۶۴ الی ۷۷ این فصل، به وظایف و اختیاراتی از مقام دادستان می‌پردازد که به‌طور مستقیم در زمینه حقوق و آزادی‌های اشخاص است. ضمن اینکه درخصوص موضوع قراردادهای تأمین کیفری و نظارت قضایی و دیگر قسمت‌های قانون آیین دادرسی کیفری، هم‌پوشانی اختیارات و وظایف شخص دادستان و آزادی‌های اشخاص همواره متصور است. در این میان، همواره در فرآیند رسیدگی شاهد مسائلی هستیم که در اعمال اختیارات و وظایف شخص دادستان نمود پیدا می‌کند. این مسائل می‌تواند ناشی از ابهام یا کلی بودن و عدم امکان تطبیق با مصادیق متصور قضایی باشد که تأثیر مستقیمی بر نقض آزادی‌های اشخاص خواهد داشت. بدین منظور باید وظایف و اختیارات مقام دادستان را در چهارچوب حقوق موضوعه و اصول مسلم حقوقی بررسی کرد تا در صورت وجود تعارض میان این اختیارات و وظایف و حقوق و آزادی‌های اشخاص، به چاره‌جویی و حل موضوع پرداخت.

همان‌طور که روشن است، قانونگذار به‌درستی بر حفظ حقوق متهمان بدون در نظر گرفتن مقررۀ خاصی در خصوص متهمان زن تأکید کرده است؛ چراکه رعایت حقوق شهروندی لازمه نظم و امنیت اجتماعی و سیاسی است و به جنسیت افراد ارتباطی ندارد. هرچند لحاظ جنسیت آنان در حسن اجرای قوانین، مثل تعیین ضابط خانم بنابر ماده ۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، بی‌تأثیر نخواهد بود؛ از این‌رو همه شهروندان برای تضمین امنیت و آزادی خود ناگزیر به رعایت حقوق یکدیگر هستند. متهم نیز یکی از افراد جامعه و غیر از مجرم است و ممکن است که در دادگاه بدوی و تجدیدنظر تبرئه شود؛ از این‌رو باید همانند دیگر شهروندان با او برخورد کرد. او تا زمانی که حکم محکومیت قطعی‌اش صادر نشده است، با دیگر افراد جامعه هیچ تفاوتی ندارد و از شأن و احترام برخوردار است. برخورد مناسب دستگاه قضا با متهم، عامل مناسبی برای پیشگیری ثانویه از ارتکاب جرم و اصلاح مجرمان است و یکی از رسالت‌های مهم دستگاه قضایی را محقق می‌سازد (مهدوی‌پور، و نقیبی، ۱۳۹۵، ص ۱۶۲).

به دلیل عدم توازن میان حقوق بزه‌کار و بزه‌دیده، صاحب‌نظران حقوق کیفری راه‌حل‌هایی در جهت تحقق عدالت و دادرسی عادلانه مطرح کردند که مهم‌ترین آن‌ها رویکرد نوی به نام رویکرد توازن بخشی است. براساس این رویکرد، متهم و بزه‌دیده در فرایند دادرسی باید دارای توازن نسبی با یکدیگر و در کنار حقوق بزه‌دیده باشند و به حقوق بزه‌کار نیز توجه شود. البته توازن به معنای برابری مطلق نیست؛ بلکه به معنای تعادل بین حقوق بزه‌دیده و متهم است. به این معنا که اگر نهادهای عدالت کیفری برای هر کدام از بزه‌دیده یا متهم شرایط خاصی را در نظر می‌گیرند، باید برای طرف مقابل نیز شرایطی را در جهت دادرسی عادلانه در نظر بگیرند. در این رویکرد توجه به اصول منصفانه و بی‌طرفانه مطالبات بزه‌دیده و متهم اهمیت بسیاری دارد و نباید در فرایند دادرسی کیفری حقوق هیچ‌کدام مورد تضییع قرار گیرد (رایجیان اصلی، و شیخ الاسلامی، ۱۳۹۵، ص ۱۴).

درواقع، پذیرش حقوق دفاعی برای متهم از مهم‌ترین نتایج اصل برائت است. براساس این اصل متهم مکلف به اثبات بی‌گناهی خود نیست. بی‌گناهی او مفروض است؛ مگر اینکه دادستان

خلاف آن را اثبات کند. در مقابل متهم ضمن اینکه مکلف نیست بی گناهی خود را به اثبات رساند، از حقوق دفاعی نیز برخوردار خواهد بود (حیدری، ۱۳۹۴، ص ۳۳).

قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ مبتنی بر اصول و قواعد فقهی و نیز اسناد بین المللی حقوق بشر به ویژه میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶، مقررات جدیدی را درباره حمایت از متهم، اعم از زن یا مرد، خصوصاً در مرحله تحقیقات مقدماتی، که احتمال نقض حقوق دفاعی بیشتر قابل تصور است، پیش بینی کرده است. تلاش هم زمان از یک سو به منظور کاهش اختیارات ضابطان و قضات تحقیق و همچنین تعیین ضمانت اجرا برای تخلفات آنان، و از سوی دیگر تقویت تضمین های حقوقی و قضایی و انسانی برای متهمان در فرایند تحقیقات مقدماتی، مانند حق ملاقات با وکیل و پزشک و تماس تلفنی با بستگان خود در مرحله مداخله ضابطان و بهره مندی کامل از خدمات وکیل مدافع، مطالعه پرونده کیفری و تفکیک مقام تعقیب از تحقیق از جمله حقوقی است که برای متهم در مرحله تحقیقات مقدماتی مقرر گردیده است (علی بخشی، و کاظمی، ۱۳۹۹، ص ۵۷).

همان طور که در شرح وظایف و اختیارات مقام دادستان در فرایند رسیدگی کیفری بیان خواهد شد، محدوده نسبتاً وسیع وظایف و اختیارات این مقام و عدم در نظر گرفتن ضمانت اجرای مؤثر و بازدارنده باعث شده است تا موضوع آزادی و امنیت اشخاص در معرض تهدید قرار گیرد. کلی گویی قانونگذار درباره حقوق اجتماعی اشخاص نظیر حجاب، می تواند از مواردی باشد که در آنها احتمال نقض آزادی های اشخاص متصور است.

۳. وظایف و اختیارات نهاد دادستانی

در قوانین کیفری به ویژه قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، برای دادستان اختیارات و وظایف و تکالیف قانونی گسترده ای مقرر شده است. محدوده این اختیارات و بسط آن به تمام مراحل دادرسی کیفری، اهمیت جایگاه وی را به خوبی نمایان می سازد. در قوانین مختلف مانند قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و ماده واحده قانون احترام به آزادی های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳ و قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰ برای تعیین

ضوابط و مقررات نحوه اعمال این اختیارات تلاش کرده‌اند؛ اما نحوه تعیین نظارت و ضمانت اجرا برای اقدامات وی که به صورت مبسوط به آن پرداخته خواهد شد، به صورت خاص صورت نگرفته است.

۱-۳. مرحله کشف و تعقیب جرم

نهاد دادستانی در نظام‌های حقوقی مختلف به مثابه یکی از مهم‌ترین ارکان سازمان قضایاتی شناخته شده، که مهم‌ترین کارکرد آن احیای حقوق عامه، رعایت حقوق متهم و بزه‌دیده، و ایجاد امنیت و احقاق حق بیان شده است. در حقوق ایران، دادستان در طی گذر تصویب قوانین مختلف، وظایف و اختیارات مختلفی داشته است. در برهه‌ای از زمان نیز با حذف نهاد دادسرا، وظایف و اختیارات وی برعهده دادگاه بود تا اینکه در این رهگذر و با تصویب قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، شاهد تحول و نوآوری‌های فراوانی از مرحله کشف جرم تا مرحله نهایی فرایند کیفری برای دادستان هستیم (کاظمی، ۱۳۹۴، ص ۱).

یکی از رشته‌های پیوند دادستان با مرحله کشف جرم، عملکرد ضابطان دادگستری است که تحت ریاست و نظارت دادستان به انجام وظیفه می‌پردازند. عملکرد ضابطان باتوجه به حیطه وظایف آن‌ها تأثیر مستقیمی بر حقوق و آزادی‌های اشخاص خواهد داشت و دادستان نیز با نظارت دقیق خود می‌تواند در اجرای بهتر فرآیند فوق مشارکت جوید. یکی از وظایف دادستان جهت ایفای نقش بهتر ضابطان دادگستری، برگزاری مستمر دوره‌های آموزشی جهت کسب آمادگی‌های لازم است. بدون تردید، کیفیت بالای این آموزش‌ها می‌تواند به تأمین بهتر حقوق و آزادی‌های شهروندان کمک کند؛ برای مثال مطابق مفاد مواد قانون آیین دادرسی کیفری، ضابطان تنها در چند حالت و آن هم در شرایطی خاص، امکان تحت نظر قراردادن متهم را دارند؛ بنابراین هرگونه بی‌دقتی ضابطان یا عدم مراقبت صحیح دادستان می‌تواند ناقض آزادی اشخاص در مرحله تحت نظر باشد (طحان نظیف، ۱۳۹۷، ص ۱۰۳).

امروزه آموزش‌های خاص با هدف رفتارهای صحیح با متهمان خاص و افزایش کارایی مقامات پلیس در جرم‌یابی به خصوص در اجتماعات ناهمسان اهمیت روزافزونی یافته است.

در همین خصوص نوآوری قانون آیین دادرسی کیفری که براساس ملاحظات اخلاقی جامعه ایران انشا شده است و گام مؤثری در پیشگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی برخی ضابطان به شمار می‌رود، ضرورت بازجویی و تحقیقات از زنان و افراد نابالغ از طریق ضابطان ویژه و آموزش دیده زن است که قانونگذار آن را در ماده ۴۲ قانون آیین دادرسی کیفری شناسایی کرده است (مهر، و محمودیان اصفهانی، ۱۳۹۶، ص ۳۵۰)؛ بنابراین حفظ حقوق متهم در گرو اقداماتی نظیر نهاده‌سازی نظام آموزش کثرت‌گرایی فرهنگی در خصوص مأموران پلیس، افزایش دامنه آگاهی مظنونان و متهمان از حقوق دفاعی، افزایش دامنه نظارت بر فرآیند تحقیقات پلیسی و در نهایت تقویت نقش نظارت و مشارکت سازمان‌های مردم‌نهاد خواهد بود (بخشی، و کاظمی، ۱۳۹۹، ص ۶۳)؛ از این رو تأکید بر اصل پیشگیری از تحریک متهم به خودمته‌سازی ناشی از حساسیت ویژه‌ای است که درباره چگونگی اخذ اظهارات و اقرارهای متهمان در جریان بازجویی‌های پلیسی وجود دارد. به موجب این اصل، نباید از جهل متهم برای اخذ اظهارات یا اقرارهایی از ناحیه وی استفاده شود؛ به‌ویژه اینکه فضای حاکم بر کلانتری معمولاً شرایطی را در جهت خودمته‌سازی افراد فراهم می‌کند و این امر می‌تواند قرینه‌ای بر عدم اعتبار اظهارات اخذشده نزد ضابط باشد؛ از این رو برای پیشگیری از تحریک متهم به خودمته‌سازی و تضمین اعتبار اظهارات وی، از سازوکار تفهیم حقوق متهم استفاده می‌شود (قاسمی‌مقدم، ۱۳۹۴، ص ۱۳۴).

افزون بر نظارت و ریاست دادستان بر ضابطان و تعلیمات ضابطان درباره کشف جرم که در مواد ۱۵ و ۱۷ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ پیش‌بینی شده است، این مقام قضایی می‌تواند دستور انجام یا تکمیل تحقیقات مقدماتی و جمع‌آوری دلایل را از ضابطان بخواهد. وی در مرحله تعقیب، مقام تعقیب نامیده می‌شود و ریاست نهاد تعقیب بر عهده او است. بر این اساس دادستان یکی از تضمین‌کننده‌های برخورداری از آزادی است که در برابر عوامل مخل آزادی می‌ایستد (افشاری، و پتفت، ۱۴۰۰، ش، ص ۱۱۹)؛ اما این نهاد از این جهت که می‌تواند حقوق و آزادی‌های برخی شهروندان را که به اشتباه متهم شده‌اند، سلب یا محدود کند، قابل نقد است. اگر دادستان نماینده جامعه و نظم عمومی فرض شود، جایگاه امنیتی و اجرایی - اداری وی، و اگر نماینده

عدالت و متضمن حقوق شهروندی فرض شود، جایگاه قضایی یا شبه قضایی وی در نظام عدالت کیفری پررنگ می شود (صالحی، و افراسیابی، ۱۳۹۷، ص ۱۹۴).

از آنجایی که تعقیب کیفری با حقوق و آزادی های افراد اجتماع و به طور خاص متهم سروکار دارد و از سویی بلاواسطه با امنیت و نظم عمومی مرتبط است، شماری اصول حقوقی این مرحله از فرآیند دادرسی کیفری را حمایت می کنند. از اصول اولیه می توان به اصل شروع تعقیب کیفری اشاره کرد. شروع تعقیب کیفری با مقام تعقیب است. شروع به امر تعقیب باید با تصمیمی صورت بگیرد که به آن اصطلاحاً تشخیص به تعقیب گفته می شود (مؤذن زادگان، و کوشکی، ۱۳۹۹، ص ۴۷۵).

تعقیب بزه کار حق جامعه و تکلیف دادسرا است و دادسرا و دادستان نمی توانند از اجرای تکلیف قانونی خود امتناع ورزند یا در عمل به آن تسامح و تساهل کنند؛ اما این تکلیف دادسرا به تعقیب و اقامه دعوی عمومی در عمل و به خصوص در جرائم کم اهمیت و مواردی که مصلحت قضایی ایجاب می کند، تحت تأثیر تحولات اخیر با سازوکارهای جدیدی توأم شده است (طحان نظیف، ۱۳۹۷، ص ۱۰۵). جایگزین های تعقیب، مجموعه شیوه ها و اقداماتی هستند که قانونگذار پیش بینی کرده است تا دادستان در جایگاه مقام تعقیب به جای پیگرد دعوی عمومی در جهت اصلاح و باز اجتماعی کردن فرد و تضمین حقوق بزه دیده از آن ها استفاده کند. استفاده از این گونه جایگزین ها نظیر بایگانی کردن پرونده و بهره گیری از آموزه های عدالت ترمیمی از طریق اعطای مهلت به متهم جهت اخذ رضایت از شاکی و سازش با او، ارجاع به میانجیگری و تلاش جهت صلح بین طرفین، به عنوان حقوق متهم از سوی قانونگذار مورد توجه قرار گرفته است (طهماسبی، ۱۳۹۶، ص ۹۶).

آنچه میان وظایف دادستان و حقوق و تکالیف شهروندان به ویژه متهمان تعارض ایجاد می کند، عرصه حقوق اجتماعی مردم است. مصداق بارز این مورد، روش و نحوه برخورد با بدحجابی و بی حجابی است. طبق تبصره ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات)، بی حجابی جرم انگاری شده است؛ ولی حدود و ثغور آن مشخص نیست. نحوه پوشش دارای

ضمانت اجرا مشخص نیست. جدا از اینکه از نظر مبنایی، این تبصره با اوضاع و احوال جامعه و با شرع مطابقت دارد یا خیر، به عنوان قانونی که در کشور ما لازم الاجرا است، دادستان حدود حجاب و نحوه مقابله قانونی با آن را مشخص می کند که با توجه به نواقص قانون پیش گفته، وی را در برخورد با بزه بی حجابی با معضل اساسی مواجه می سازد. شایان ذکر است که محل بحث این مقاله، کلیه خطاها و تخلفها و جرائم ضابطان و افراد تحت فرمان دادستان که خارج از اراده و خواست وی واقع شده است، نیست و صرفاً اختیارات و وظایف دادستان در تبیین و تعیین خط مشی و دستورات اجرایی او به نیروهای تحت امرش، مدنظر است.

این در حالی است که ممکن است در برخی از مسائل و موضوعاتی مانند بی حجابی که عنصر قانونی آن ها دارای ابهام و نقص است، اقدامات دادستان مورد انتقاد قرار بگیرد. با توجه به عدم اشاره به بدحجابی در تبصره ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵، برای مثال، ممکن است برخی بدحجابی را مشمول عنوان بی حجابی ندانند و بنابر اصل براءت، تعقیب زن مرتکب بدحجابی را ناممکن بدانند. حال اگر دادستان تفسیر متفاوتی از این قانون افاده کند، تکلیف چیست؟ به عبارت دیگر، دادستان خود را در قبال چه کسی پاسخگو می بیند؟ چه مرجع و نهاد عالی بر شیوه عمل دادستان و نیروهای تحت فرمان وی نظارت دارند؟ و این نظارت، با وجود چنین طیف وسیعی از اختیارات، چه تغییر رفتاری ای به دنبال خواهد داشت؟ برای مثال با عنایت به موضوعات مطرح شده درخصوص نقش دادستان در حفظ حقوق شهروندی افراد، نظیر مسئله حجاب، این سؤال مطرح است که در صورت اختلافات مبنایی و معنایی درخصوص قوانین، تدوین آیین نامه ها و بخش نامه های اجرایی از سوی دادستان براساس کدام تفسیر و نظر دکترین حقوقی صورت می گیرد؟ مرجع رفع ابهام و نظارت بر تصمیمات دادستان کدام است؟

به عبارت دیگر، دادستان به عنوان مدعی العموم دارای وظایف و اختیاراتی است که جایگاه او را متمایز از دیگر نهادهای قانونی می کند. نقش وی به عنوان نماینده جامعه جهت برقراری نظم عمومی و کشف و تعقیب جرم به عنوان نهاد مستقل، به جایگاه وی اهمیت دوچندان بخشیده است؛ به طوری

که در اغلب مسائل اجتماعی، ردپایی از ورود و اعمال قانون آن مقام به‌روشنی مشاهده می‌شود. با مرور قوانین و مقررات مختلف، قلمرو وظایف و اختیارات دادستان از چنان گستردگی‌ای برخوردار است که گاهی توجیه ورود و نحوه دخالت دادستان را با مشکل روبه‌رو می‌سازد.

یکی از مشکلات اساسی جامعه امروزی ما نیز مسئله حجاب است که بنابر مطالب بیان‌شده، درباره حدود و ثغور و مصادیق و نحوه مقابله با آن میان فقها اختلاف نظر وجود دارد و این امر مقابله قانونی با بی‌حجابی را دشوارتر می‌سازد. از طرفی، دادستان مکلف به اجرای قانون حجاب با حفظ حقوق متهمان است که با مبانی فقهی و حقوقی متعددی نظیر لزوم امر به معروف و نهی از منکر، برقراری نظم عمومی و اصل لزوم تعقیب متهم توجیه‌پذیر و انکارناپذیر است. اخیراً قانونگذار در قوانین پراکنده و محدودی سعی در پاسخ به سؤالات و ابهامات مطرح‌شده درخصوص نحوه ورود دادستان در موضوعات خاص پرداخته است که بررسی آن‌ها ما را در یافتن راه‌حلی در جهت اجرای صحیح قانون حجاب یاری خواهد داد. بنابر قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر مصوب ۱۳۹۴، دادستان‌ها از اعضای ستاد امر به معروف و نهی از منکر هستند که بنابر ماده ۱۶ این قانون، وظایف و اختیارات این ستاد عموماً فرهنگی و آموزشی است؛ اما نکته حائز اهمیت آن است که تبصره ماده ۱ قانون مذکور در جهت حل اختلاف مبانی و مفاهیم اختلافی حقوقی و فقهی برآمده، و به‌صراحت ذکر کرده است که در احکام حکومتی، نظر مقام ولی فقیه ملاک عمل خواهد بود. البته به نظر می‌رسد این تبصره محدود به احکام مندرج در همین قانون است و قابل تسری به دیگر قوانین و مقررات نخواهد بود؛ چراکه براساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی موظف است کوشش کند و حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر رجوع کند. بنابر مفاد این اصل، استناد به نظر ولی فقیه الزامی نیست و از این نظر مقامات قضایی از جمله دادستان امکان مراجعه به دیگر فتاوا و منابع معتبر فقهی را خواهند داشت.

بنابر بند اول ماده واحده قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳، اعمال هرگونه سلايق شخصي و سوءاستفاده از قدرت يا اعمال هرگونه خشونت يا

بازداشت‌های اضافی و بدون ضرورت در تمام مراحل کشف و تعقیب و تحقیق منع شده است. در این بند قانونگذار به صراحت اعمال سلیقه را مخالف آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی می‌داند؛ امری که می‌تواند در نحوه ورود دادستان در مسئله حجاب نیز ملاک و مبنای قرار گیرد و اعطای اختیارات به دادستان را ضابطه‌مند کند؛ بنابراین در مجموع، قوانین و مقررات موضوعه در جهت ضابطه‌مند کردن حدود اختیارات و وظایف دادستان در مسئله بی‌حجابی، گام‌های زیادی برداشته‌اند؛ اما عدم تعیین نهاد ناظر مستقل درباره دادستان از جمله خلأهای قانونی است که در مبحث آتی به تفصیل به آسیب‌شناسی وضع موجود خواهیم پرداخت.

۳-۲. مرحله تحقیقات مقدماتی

بنابر ماده ۳۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، جرائم تعزیری درجه هفت هشت، مستقیماً در دادگاه مطرح می‌شود. این امر به معنای انجام تحقیقات مقدماتی توسط قاضی دادگاه با رعایت کلیه ضوابط و قواعد مندرج در قانون پیش‌گفته در خصوص مرحله تحقیقات مقدماتی است؛ چراکه برای تضمین حقوق متهم و امکان اثبات بی‌گناهی وی ابزارهایی در فرایند عدالت کیفری پیش‌بینی شده‌اند که متهم می‌تواند از آن‌ها در جهت اثبات ادعای بی‌گناهی خود بهره‌برد. اهم این ابزارها که بعضاً شکلی (گلدوست جویباری، ۱۴۰۱ ش، ص ۷۰) و در مواد مختلف قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ بدان اشاره شده است، عبارت‌اند از: احضار مستند و مستدل متهم (ماده ۱۶۸؛ تدین، ۱۳۹۵، ص ۶۹)، علم متهم به علت احضار (تبصره ماده ۱۷۰؛ آخوندی، ج ۴، ۱۳۹۳، ص ۲۰۲)، رعایت تشریفات جلب متهم نظیر معاینه شخص مجلوب توسط پزشک، اطلاع‌رسانی جلب وی به خانواده او و نیز اعلام حقوق قانونی وی در فرایند جلب (ماده ۱۶۸). در صورت تخلف حسب مورد یکی از ضمانت‌اجراهای مندرج در مواد ۷ و ۶۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ درباره ضابط متخلف لازم‌الاجرا می‌شود.

در جرم بی‌حجابی که به استناد ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی و ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ و ماده ۳۴۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، درجه هشت محسوب می‌شود و تحقیقات مقدماتی آن را قاضی دادگاه انجام می‌دهد، نقش

دادستان صرفاً به مرحله کشف و تعقیب جرم محدود می‌شود و انتقادات وارد شده درخصوص اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق، درباره این بزه مطرح نیست (شاگری، و هادی‌زاده، ۱۳۹۵، ص ۱۴۴؛ علوی، ۱۳۹۴، ص ۱۱۴)؛ چراکه وظیفه کشف و تعقیب بزه برعهده دادستان و انجام تحقیقات برعهده قاضی دادگاه است. به عبارت دیگر، مسئولیت تعقیب و تحقیق برعهده دو مقام مستقل است که موجب رعایت اصل بی‌طرفی قاضی و حفظ حقوق متهمان می‌شود (زراعت، ۱۳۹۳، ص ۱۹). البته مطالبی که تاکنون درخصوص استقلال مقام تحقیق و تعقیب و کشف بزه بی‌حجابی مطرح شده، تا زمانی پذیرفتنی است که ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵، همچنان عنصر قانونی بزه مذکور را تشکیل دهد (اردبیلی، و عبدی، ۱۳۹۹، ص ۱۵۲).

مطابق مواد ۹۲ و ۹۳ قانون آیین دادرسی کیفری، انجام تحقیقات مقدماتی همه جرائم، وظیفه بازپرس است؛ لیکن طبق ماده ۸، واحد بودن مقام تعقیب و تحقیق در بیشتر جرائم در حقوق ایران مشهود است. این در حالی است که سازوکاری برای نظارت بر تصمیمات دادستان اندیشیده نشده است (توحیدی، و بابایی، ۱۳۹۹، ص ۹۹؛ نجفی توانا، و دیوسالار، ۱۳۹۸، ص ۳۱۱). با جمع مواد قانون آیین دادرسی کیفری، می‌توان مدعی بود که قانونگذار ایران برای قاضی دادگاه نیز در جایگاه مقام تحقیق در جرائم تعزیری درجه هفت و هشت، مثل بزه بی‌حجابی، همچون دادستان در جرائم دیگر، قوانین نظارتی مستقل و مستقیمی وضع نکرده است (صالحی، و افراسیابی، ۱۳۹۷، ص ۲۱۵).

۳-۳. مرحله اجرای حکم

اجرای حکم به‌ویژه درباره جرائمی نظیر بی‌حجابی که سببه اجتماعی و فرهنگی دارند، در قالب اعمال مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی و درواقع نتیجه و ثمره همه فرایندها و اقدامات صورت گرفته در مراحل قبلی است؛ بنابراین، این مرحله یکی از حساس‌ترین و بنیادین‌ترین مراحل آیین دادرسی کیفری محسوب می‌شود که باید سعی شود هدف موردنظر نظام کیفری و نتیجه اقدام‌های مراحل قبلی، محقق و حاصل شود. امروزه هدف عمده اغلب نظام‌های کیفری

از اعمال مجازات یا اقدامات تأمینی، علاوه بر سرکوبی و تنبیه سنتی بزهکار، بیشتر تأکید بر فراهم کردن زمینه بازگشت موفقیت‌آمیز اجتماعی و حرفه‌ای و اخلاقی مجرم به جامعه است. بدین ترتیب، به همان اندازه از اهمیت که مراحل تحقیق و محاکمه در فرآیند کیفری داراست، واجد اهمیت است (بولک، ۱۳۸۵، ص ۹).

به موجب قانون مجازات اسلامی نهادهای کیفری متعددی برای فردی کردن مجازات و تطبیق آن با شخصیت مرتکب جرم پیش‌بینی شده است. مؤلفه‌های تعیین مجازات تعزیری به شرح مقرر در ماده ۱۸، جایگزین‌های مجازات حبس، تعویق صدور حکم، نظام نیمه‌آزادی، تعلیق اجرای مجازات، آزادی تحت نظارت سیستم‌های الکترونیکی، مجازات‌های تکمیلی و تخفیف و تبدیل مجازات، مهم‌ترین مصادیق این نهادهای کیفری هستند. در اجرای تمامی مقررات توجه به شخصیت مرتکب نقش محوری دارد (طهماسبی، ۱۳۹۸، ص ۲۴۳).

وجه مشترک تمام نهادهای جایگزین حبس کاهش جمعیت کیفری و حبس‌زدایی است تا شاید از این طریق افزون‌بر رعایت کرامت انسان‌ها از آسیب‌های مجازات حبس برای محکوم و خانواده وی و جامعه جلوگیری شود. بر همین اساس مجازات‌های اجتماع محور و جلب مشارکت مردم با هدف حفظ ارتباط مجرم با محیط خانواده، کار، آموزش و اجتماع شیوه مطلوب‌تری برای باز اجتماعی شدن مجرم محسوب می‌شوند (طهماسبی، ۱۳۹۸، ص ۱۵۹).

اجرای احکام کیفری در ایران تا تیرماه ۱۳۹۴ و تصویب قانون آیین دادرسی کیفری بر محور آیین‌نامه‌ها استوار است؛ هرچند هنوز با داشتن یک قانون جامع اجرای احکام کیفری فاصله زیادی دارد. جالب اینکه آیین‌نامه‌های زندان و دیگر آیین‌نامه‌های اجرای احکام کیفری، برخلاف نص صریح اصلی ۳۸ قانون اساسی، که تصویب آیین‌نامه‌های لازم و مربوط به اجرای بهتر قوانین و به‌طور کلی تصویب هر آیین‌نامه‌ای را برعهده هیئت دولت نهاده است، عموماً به تصویب یک فرد یعنی رئیس قوه قضائیه می‌رسد. این امر دست‌کم این تالی فاسد را دارد که هیچ‌یک از مجریان این مصوبات یعنی ضابطان قوه قضائیه مثل سازمان زندان‌ها و نیروی انتظامی و حتی دادستان در جایگاه رئیس ضابطان در عمل نمی‌توانند از اجرای موادی از مصوبه رئیس

قوه به بهانه مغایرت با قانون خودداری ورزند (صفاری، ۱۳۹۵، ص ۸).

با اینکه اجرای احکام کیفری وفق ماده ۴۸۴ قانون آیین دادرسی کیفری، از وظایف دادستان است، این اختیار مخالف اصول تفکیک مقاطع دادرسی و بی طرفی در دادرسی است؛ چراکه دادستان در این مرحله هنوز هم در جایگاه طرف دعوی، چه بسا بنابه دلایل شخصی و سیاسی یا هر دلیل دیگری، مخالف اعمال نهادهای ارفاقی مانند آزادی مشروط، تعلیق اجرای حکم، عفو و مرخصی درباره محکوم علیه باشد، این امر می تواند مانع فردی کردن مجازات و بازسازی اجتماعی بزهکار شود. قاضی صادرکننده رأی باید با نظارت مستمر بر رفتار محکوم علیه در طول اجرای حکم، چنانچه مجازات تعیینی را مناسب نداند، تعدیل های لازم را صورت دهد (توحیدی، و بابایی، ۱۳۹۹، ص ۱۰۰).

۴. بررسی و نقد وضعیت موجود

همان طور که پیش تر بدان اشاره شد، تبصره ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵، همچنان عنصر قانونی بزه بی حجابی شناخته می شود و کلیه مقامات قضایی از جمله دادستان جهت مقابله و تعیین مجازات باید بدان استناد کنند. براساس میزان مجازات مندرج در ماده مذکور و به استناد ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، جرم بی حجابی درجه هشت است که این امر به معنای کم اهمیت بودن آن نیست، بلکه به معنای خواست دخالت حداقلی قانون گذر به مسئله حجاب از نظر کیفری است. به نظر می رسد جرم انگاری این عمل صرفاً جنبه بازدارنده و اصلاحی و تربیتی داشته است تا تحمیل کیفر؛ اما با وجود این برخوردهایی که بعضاً با متهمان این بزه صورت می گیرد، نه تنها متناسب این جرم نیست، بلکه با اهداف جرم انگاری قانونگذار نیز در تضاد و تعارض است. آنچه بیش از هر چیز در خصوص مسئله حجاب مشکل ساز است، نحوه دخالت و برخورد کیفری در این امر است؛ چراکه برخی از اقداماتی که ضابطان در خصوص نهادینه کردن عفاف و حجاب در سطح جامعه و تحت نظارت دادستان صورت می دهند، نه تنها جایگاه قانونی ندارد، بلکه آثار جبرانناپذیری در سطح کلان برای جامعه و شهروندان آن ایجاد خواهد کرد؛ برای مثال، در سال های اخیر ضابطان، سرنشینان

بی‌حجاب خودروها را جریمه، و بعضاً توقیف می‌کنند. این درحالی است که اولاً مفهوم بدحجابی به‌استناد تبصره ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ در هاله‌ای از ابهام قرار دارد و در صورت عدم پیش‌بینی بی‌حجابی به‌عنوان تخلف راهنمایی و رانندگی، توقیف خودروها و اخذ جریمه یکی از تصمیمات سلیقه‌ای خواهد بود؛ ثانیاً در صورت پذیرش قانونی بودن این اقدام، دوربین‌های ضبط‌کننده تصاویر زنان بی‌حجاب، دارای ضریب خطای زیادی است و گاهی در تمییز زنان و مردان با موهای بلند دچار خطاهای آشکار می‌شود. این امر مشکلات عدیده‌ای را برای شهروندان جهت طی کردن مراحل رفع توقیف خودرو و اثبات خطای تصاویر استنادی ایجاد می‌کند که گاه آسیب‌های روانی و مادی نظیر درگیری ذهنی و مختل شدن کسب‌وکار شهروندان به‌لحاظ پیگیری امور را فراهم می‌آورد؛ ثالثاً به رانندگان تاکسی و خودروهایی که برای امرار معاش مسافر بی‌حجاب جابه‌جا می‌کنند، وظیفه‌ای را تحمیل می‌کند که با حق کسب درآمد و اصول کاری آن‌ها مثل احترام به کاربران تاکسی‌های اینترنتی و اخذ رضایت آن‌ها در تعارض است و به عبارات بهتر تکلیف مالایطاق بر آن‌ها تحمیل می‌شود؛ رابعاً اقداماتی نظیر اخذ جریمه و توقیف خودرو نه تنها بازدارندگی نداشته، بلکه اسباب تجری اجتماعی به قوانین و مقررات را فراهم کرده است؛ چراکه افراد با سطح اقتصادی متوسط و ثروتمند با پرداخت جریمه و آزادسازی خودرو خود، همچنان به نحوه پوشش خود ادامه می‌دهند و شهروندان فقیر نیز به اجحاف و ناعادلانه بودن برخوردها معترض‌اند.

از دیگر اقدامات صورت‌گرفته در مقابله با بی‌حجابی، ایجاد گشت ارشاد و طرح‌های مشابه است، که با افزایش نقش فضاهای مجازی در زندگی شهروندان، بیشتر از اقدامات دیگر در ذهن افراد جامعه نقش بسته است. به نظر می‌رسد اکنون باید بعد از اجرای طرح گشت ارشاد و دیگر طرح‌های مشابه، درخصوص اثرگذاری و آثار و نتایج مثبت و منفی آن‌ها بازنگری اساسی صورت گیرد؛ چراکه همواره این سؤال مطرح است که با انجام این طرح‌ها، امنیت و نظم جامعه افزایش یافته است؟ حال آنکه با اصلاح و آموزش صحیح حقوق شهروندی به

ضابطان، و افزایش نظارت مقامات قضایی، به‌ویژه دادستان‌ها، بر آنان، آسیب‌های یادشده قابل پیش‌بینی و پیشگیری خواهند بود. البته این امر شامل آیین‌نامه‌ها و دستورات صادرشده از دادستان است، و آلا کلیه اقدامات فراقانونی یا غیرقانونی ضابطان که تحت‌نظارت و تعلیمات دادستان بوده، و در روند اجرایی دستورات اتفاق افتاده است، قابل‌انتساب به دادستان نخواهد بود.

آنچه مسلم است، اجرای قانون در صورتی صحیح، و با کمترین پیامدهای منفی است که جرم‌انگاری آن مبتنی بر اصول و قواعد حقوقی و به‌صورت دقیق و واضح و به دور از اجمال و ابهام و اجرای منطبق با حقوق متهمان صورت گرفته باشد. این در صورتی است که درخصوص امر خطیر حجاب، این امر مغفول مانده است و نیاز به بازنگری دارد؛ به‌نحوی که موفقیت در این امر، از یک‌سو وضع قانونی بدون ابهام و اجمال و مبتنی بر آراء فقهی و دکترین حقوقی، عرف و پذیرش اجتماعی، و ازسوی دیگر تدوین آیین‌نامه‌های اجرایی دارای ضمانت‌اجرایی بازدارنده و مؤثر همراه با تعیین نهاد نظارتی قانونی را می‌طلبد.

اتخاذ تصمیم درباره مسائل مهم اجتماعی نظیر حجاب و نحوه اجرایی کردن آن‌ها، در گرو بررسی مصالح حاکمیت در سطح کلان و اهم و مهم کردن اقدامات با ملاحظه اهداف کلی وضع مقررات مرتبط است. مداخله حقوق کیفری و اتخاذ تصمیمات قانونی دارای ضمانت‌اجرا، از اهمیت بسزایی برخوردار است؛ چراکه یک اقدام نادرست ممکن است نتایج جبران‌ناپذیری داشته باشد که هزینه‌های زیادی را در تمام ابعاد زندگی شهروندان جامعه به‌بار آورد.

به‌طور کلی برای دادستان همچون دیگر قضات در برخی قوانین، ضمانت‌اجراهایی در نظر گرفته شده است که مرور آن‌ها در این قسمت خالی از لطف نیست و جهت تبیین خلأ موجود مؤثر خواهد بود. بنابر ماده ۷ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، به‌طور کلی عدم‌رعایت حقوق شهروندی مبتنی بر ماده واحده قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳ از سوی مقامات قضایی و ضابطان، دارای ضمانت‌اجرایی اعمال ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ است و براساس ماده یادشده،

هریک از مقامات و ماموران وابسته به نهادها و دستگاه‌های حکومتی که برخلاف قانون، آزادی فردی افراد ملت را سلب کند یا آنان را از حقوق مقرر در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران محروم کند، افزون‌بر انفصال از خدمت و محرومیت یک تا پنج سال از مشاغل حکومتی به حبس از دو ماه تا سه سال محکوم خواهند شد. بنابر بند ۱۵ ماده واحده قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳، رئیس قوه قضائیه موظف است هیئتی را به منظور نظارت و حسن اجرای موارد یادشده در این قانون تعیین کند. نهاد نظارتی درون‌سازمانی شائبه عدم‌بی‌طرفی و رعایت حقوق متهمان را ایجاد می‌کند.

بنابر ماده یک دستورالعمل اجرایی بند ۱۵، هیئت نظارت مرکزی مرکب از اعضای شورای معاونان قوه قضائیه و به ریاست قوه قضائیه تشکیل می‌شود. بنابر ماده ۴ دستورالعمل، هیئت نظارت استانی نیز برعهده رئیس کل دادگستری استان است. بنابر مفاد این دستورالعمل، وظیفه این هیئت‌ها بازرسی و نظارت بر رعایت حقوق شهروندی است؛ اما آنچه نظارت این هیئت را در جایگاه نهاد ناظر زیر سؤال می‌برد، مفاد مواد ۱۴ و ۱۷ این دستورالعمل است. بنابر ماده ۱۴، گروه‌های نظارت و بازرسی در صورت مشاهده نقض آشکار حقوق شهروندی از قبیل بازداشت غیرقانونی، رفتار خشونت‌آمیز و تحقیر افراد به گونه‌ای که ادامه آن آثار جبران‌ناپذیری در پی داشته باشد، باید بی‌درنگ موضوع را حسب‌مورد به قاضی دادگاه یا دادستان اعلام کنند. ماده ۱۷ دستورالعمل نیز تشکیل هیئت‌های نظارت و بازرسی بر حقوق شهروندی را مانع وظایف دادستان‌های عمومی و انقلاب و نظامی از حیث نظارت بر عملکرد ضابطان ندانسته است. با توجه به ماده ۱۴ دستورالعمل، به نظر می‌رسد نظارت بر عملکرد دادستان با ارائه گزارش عدم‌رعایت حقوق شهروندی به وی همخوانی ندارد و موجب تضعیف اختیارات نظارت و بازرسی این هیئت‌ها می‌شود. در صورتی که گستره اختیارات و وظایف دادستان، نیاز به نظارت مستقیم و متناوب قانونی دارد، این قانون و دستورالعمل آن، باینکه در ایجاد نهادی ناظر و مستقل گام مهمی برداشته است، اما عملاً درخصوص مقامات عالی‌رتبه قضایی همچون دادستان کارایی مؤثری نخواهد داشت. باید بدین نکته توجه کرد که به سبب فقدان نهاد ناظر بر

دادستان، ضمانت اجرای ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ نیز بازدارندگی چندانی نخواهد داشت؛ چراکه در صورت عدم وجود نهاد ناظر، احتمال عدم پیگیری و رسیدگی به تخلفات و جرائم ارتكابی چنین مقاماتی کاهش می یابد.

در بندهای ماده ۱۱ قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰، قانونگذار وظایف و اختیارات گسترده ای، از جمله بازرسی و کشف تخلفات انتظامی قضات و تعقیب انتظامی آنان در هر مقام و رتبه، بر عهده دادستان دادسرای انتظامی قضات قرار داده است. با بررسی تخلفات مندرج در مواد ۱۴ تا ۱۷ قانون یادشده، روشن می شود که قانونگذار، برای نقض برخی از حقوق متهمان، همچون خودداری از پذیرش مستندات و لوایح متهم یا وکیل وی، خروج از بی طرفی در انجام وظایف قضایی و عدم نظارت دادستان بر نیروهای تحت فرمان خود، ضمانت اجرا تعیین کرده است. همان طور که مشاهده می شود در این ماده به اغلب حقوق متهم اشاره ای نشده است. این در حالی است که قانونگذار در ماده ۱۸ قانون یادشده، تخلف از قوانین موضوعه را که در این قانون یا دیگر قوانین برای آن مجازات پیش بینی نشده است، با توجه به اهمیت و شرایط ارتكاب، مستلزم یکی از مجازات های انتظامی درجه دو تا پنج دانسته است.

سؤالی که در اینجا مطرح می شود، این است که عدم رعایت حقوق شهروندی و جرائم و تخلفات صورت گرفته، تحت شمول کدام یک از قوانین پیش گفته قرار می گیرد؟ در پاسخ به این سؤال باید توجه کرد که در خصوص تخلفات مصرح باید به قانون نظارت بر رفتار قضات، و در خصوص جرائم مربوط به نقض حقوق متهمان موضوع ماده واحده قانون احترام به آزادی های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳، ماده ۵۷۰ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ استناد کرد.

افزون بر این، دادستان به عنوان مرجع قضایی، مسئول اقدامات ضابطان از اختیارات و وظایف فراوانی برخوردار است که در اجرای نحوه صحیح برخورد با این گونه مسائل نقش بسزایی دارد. حال سؤالی که مطرح می شود این است که دادستان بر چه اساسی در موارد سکوت یا اجمال و ابهام قوانین، خصوصاً درباره موضوعات اختلافی چون حجاب، خط مشی را تعیین

می‌کند؟ در صورت اتخاذ تصمیم و صدور دستور اشتباه و غیرقانونی و محرزبودن تقصیر وی، مرجع ناظر بر وی کدام است؟ در پاسخ به این سؤالات باید به چند نکته توجه کرد: اولاً بنابر بررسی کلیه قوانین و مقررات، دادستان یکی از مقامات عالی قضایی است که در هیچ‌یک از قوانین برای اقدامات او ضمانت اجرا و نهاد ناظر مؤثر و بازدارنده‌ای تعیین نشده است. این در حالی است که باوجود این خلأ قانونی و نظارتی اختیارات و وظایف بسیاری بر عهده وی نهاده شده است؛ ثانیاً در موارد اجمال و ابهام و نقص قوانین، اصل ۱۶۷ قانون اساسی مراجعه به فقه و منابع معتبر اسلامی را تجویز کرده است؛ اما این امر در مسائل مستحدثه و اختلافی چاره‌ساز نیست و عملاً موجب ایجاد رویه‌های اجرایی متعارض و متناقض می‌شود. دادستان بنابر قوانین موضوعه، مقامی است با قدرت اجرایی زیاد که اقداماتش تحت نظارت مستقل و خارج از ساختار قوه قضائیه نیست. این مسئله باید در اصلاحات قانونی آتی مورد توجه مقنن واقع شود. به نظر می‌رسد با تعیین نهادی ناظر بر اقدامات دادستان بتوان این نواقص را برطرف کرد؛ نهادی همچون مجلس شورای اسلامی، که خارج از ساختار قوه قضائیه باشد.

در مسئله حجاب، دادستان با وضعیتی اجتماعی مواجه است که نه تنها اجرای آن با نظم و امنیت جامعه مرتبط است، بلکه اتخاذ تصمیم درخصوص آن نیاز به در نظر گرفتن اصول و قواعد فقهی و قانونی و مصالح و مقتضیات زمانی و مکانی فراوانی دارد که از یک سو بنابر قوانین و مقررات، ناگزیر باید به مقابله با بی‌حجابی بپردازد و از سوی دیگر باید تمام شرایط قانونی و اجتماعی و فرهنگی را در نظر بگیرد؛ چراکه انجام هر اقدام اشتباه ولو اندک، می‌تواند آثار و نتایج سوئی را در سطح جامعه به همراه داشته باشد. از چالش مطالب و نحوه استدلال نگارنده، این مطلب روشن می‌شود که مسئله اجباری یا اختیاری بودن حجاب و امکان یا عدم امکان ورود کیفری و تعیین ضمانت اجرا برای بی‌حجابی، از جمله مسائلی است که نیاز به بحث و مذاقه جداگانه دارد.

یافته‌های پژوهش

متهم در جایگاه یک شهروند تازمانی که حکم محکومیت قطعی او صادر نشده است، با دیگر

افراد جامعه هیچ تفاوتی ندارد و از شأن و احترام برخوردار است. قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ با تأثیرپذیری از اصول و قواعد فقهی و نیز اسناد بین‌المللی حقوق بشر، تحولات فراوانی را درباره حمایت از متهم پیش‌بینی کرده است. دادستان نیز وظیفه حمایت از حقوق تک‌تک افراد و نیز کلیت جامعه را دارا است. متهمان نیز از جمله افراد جامعه هستند که به علت شکنجه‌بودن وضعیت آنان از لحاظ حقوق شهروندی و حقوق مصرحه در قوانین کیفری، در یک تعقیب کیفری بسیار در معرض خطر پایمال‌شدن حقوقشان هستند.

پیشنهاده‌ها

بنابر مواد قانون آیین دادرسی کیفری، می‌توان ادعا کرد که قانونگذار ایران برای دادستان جایگاه دوگانه‌ای را پیش‌بینی کرده است. ظاهر مقررات قانونی و عنوان دادستان در تضمین حقوق و منافع عمومی، تداعی‌کننده این تصور است که دادستان طرف مقابل متهم است؛ باوجوداین، برخلاف چنین ظاهری، در برخی موارد مقرراتی برای تضمین حقوق و آزادی‌های متهم پیش‌بینی شده است.

در قوانین کیفری جهت حفظ حقوق متهمان، برای دادستان اختیارات و وظایف و تکالیف قانونی گسترده‌ای مقرر شده است. محدوده این اختیارات و بسط آن به تمام مراحل دادرسی کیفری، اهمیت جایگاه وی را به‌خوبی نمایان می‌سازد. هرچند در قوانین مختلف مانند قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ و ماده واحده قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳ و قانون نظارت بر رفتار قضات مصوب ۱۳۹۰، جهت تعیین ضوابط و مقررات نحوه اعمال این اختیارات تلاش کرده‌اند؛ اما نحوه تعیین نظارت و ضمانت‌اجرا برای اقدامات وی که در این پژوهش به‌صورت مبسوط به آن اشاره شد، به‌صورت خاص صورت نگرفته است. نقش دادستان در جایگاه طرف دعوای عمومی در دفاع از حقوق متهم نیز با ابهامات قانونی فراوانی روبه‌رو است؛ خصوصاً زمانی که اقدامات دادستان با مسائل اجتماعی گره می‌خورد که نهاد نظارتی بازدارنده و خارج از ساختار قوه قضائیه بر اقدامات وی اعمال‌نظر یا کنترلی نخواهد داشت؛ بنابراین وجود یک نهاد نظارتی مستقل و مردمی بر تصمیمات اجرایی در شرایط ساختاری

فعلی نظیر مجلس شورای اسلامی، نقش بسزایی در ایجاد امنیت قضایی و دیدگاه مثبت مردم به نهاد دادستانی جهت احقاق حقوق حقه خود دارد.

نقص قوانین در بزه بی حجابی نیز دادستان را با مشکلات اجرایی مواجه کرده، به طوری که این امر موجب ایجاد رویه های قانونی مختلف شده است؛ از این رو دادستان باید در جایگاه مقام قضایی قدرتمند و مؤثر در کلیه مراحل دادرسی کیفری، آیین نامه ها و دستوراتش را بالخصوص در مقابله با بزه بی حجابی با اکتفا به قدر متیقن قوانین صادر، و جانب احتیاط را رعایت کند.

منابع

- آخوندی، محمود (۱۳۹۳). *آیین دادرسی کیفری*. تهران: نشر سازمان چاپ و انتشارات.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ ق). *لسان العرب*. لبنان: دارالفکر للطباعة والنشر والتوزيع.
- اردبیلی، محمدعلی؛ و عبدی، حسین (۱۳۹۹). بررسی تطبیقی نظارت قضایی در مرحله تحقیقات مقدماتی در دادرسی کیفری ایران و دیوان کیفری بین المللی. *مجله پژوهش های حقوق جزا و جرم شناسی*، ۸ (۱۵)، ص ۱۵۱-۱۷۲.
- افشاری، فاطمه؛ و پتفت، آرین (۱۴۰۰ ش). موانع احیای حقوق عامه در حقوق ایران و راهکارهای تحقق مطلوب آن. *فصلنامه دانش حقوق عمومی*، ۳۳ (۱۰)، ص ۱۱۱-۱۴۰.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۳۶۳-۱۳۶۷). *الحائقی الناصره فی احکام العترة الطاهرة*. قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
- بولک، برنار (۱۳۸۵). *کیفر شناسی* (علی حسین نجفی ابرندآبادی، مترجم). تهران: مجد.
- تدین، عباس (۱۳۹۵). *تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری*. تهران: میزان.
- توحیدی، احمد رضا؛ و بابایی، علی حسن (۱۳۹۹). مطالعه تطبیقی اختیار دادستان در دیوان کیفری بین المللی و نظام حقوقی ایران از منظر دادرسی منصفانه. *فصلنامه علمی دیدگاه های حقوق قضایی*، ۹۲ (۲۵)، ص ۸۷-۱۰۵.
- حکیم، محسن (۱۴۱۶ ق). *مستمسک العروة الوثقی*. قم: دارالتفسیر.
- حیدری، الهام (۱۳۹۴). حقوق دفاعی متهم در دوران تحت نظر در قانون آیین دادرسی کیفری و بررسی تطبیقی آن با حقوق انگلستان. *فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی*، ۲۰ (۷۱)، ص ۲۷-۵۲.
- خوئی، ابوالقاسم (۱۴۳۰ ق). *المستند فی شرح العروة الوثقی*. قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی.
- رایجیان اصلی، مهرداد؛ و شیخ الاسلامی، عباس (۱۳۹۵). سازوکارهای مناسب جهت توازن بخشی بین حقوق بزه دیده و متهم و جلوه بخشی به مفهوم دادرسی عادلانه. *فصلنامه علمی پژوهشی فقه و تاریخ تمدن*، ۱۳ (۴۸)، ص ۱۱-۲۸.

- زراعت، عباس (۱۳۹۳). *آیین دادرسی کیفری*. تهران: میزان.
- سعیدی، فریده (۱۳۹۳). *تشریح حجاب در اسلام و حدود فقهی آن، دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)*، ۱۹ (۶۱)، ص ۷۰-۴۶.
- سوزنچی، حسین (۱۴۰۳). *بررسی رأی ابن جنید درباره محدودۀ حجاب و پوشش شرع زن مسلمان*. دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، ۲۹ (۸۰)، ص ۷۳-۵۵.
- شاکری، ابوالحسن؛ و هادی‌زاده، رضا (۱۳۹۵). *اصل تفکیک مقام تعقیب از مقام تحقیق در حقوق ایران*. مجله پژوهشنامه حقوق کیفری، ۷ (۱)، ص ۱۶۳-۱۴۲.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ ق). *الروضه الیهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه*. قم: داوری.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر (۱۳۳۸). *جواهر الکلام فی تفسیر شرایع الإسلام*. تهران: دارالکتب الإسلامیه.
- صالحی، محمدخلیل؛ و افراسیابی، علی (۱۳۹۷). *جایگاه و حدود اختیارات دادستان در نظام رسیدگی کیفری ایران*. پژوهش حقوق کیفری، ۷ (۲۵)، ص ۲۳۰-۱۹۱.
- صفاری، علی (۱۳۹۵). *کیفرشناسی*. تهران: جنگل.
- طحان‌نظیف، هادی (۱۳۹۷). *نقش دادستان در صیانت از حقوق و آزادی‌های عمومی در حقوق کیفری ایران*. فصلنامه قضاوت، ۱۸ (۹۳)، ص ۱۹۳-۱۲۰.
- طهماسبی، جواد (۱۳۹۸). *اجرای احکام کیفری*. تهران: میزان.
- طهماسبی، جواد (۱۳۹۶). *بایسته‌های آیین دادرسی کیفری*. تهران: میزان.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الإمامیه*. تهران: المكتبة المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
- علوی، سید ابودر (۱۳۹۴). *بازپرس و بازپرسی در نظام حقوق کیفری ایران*. تهران: مؤسسه فرهنگی، هنری و انتشاراتی نگاه بینه.
- علی بخشی، علی جمال؛ و کاظمی، قباد (۱۳۹۹). *مقتضیات تضمین و پیامدهای عدم تضمین حقوق مظنونان و متهمان در مرحله تحقیقات پلیسی با رویکرد فقهی و حقوقی*. فصلنامه علمی نظارت و بازرسی ناجا، ۱۴ (۲۴)، ص ۸۴-۵۵.
- قاسمی‌مقدم، حسن (۱۳۹۴). *تفهیم حقوق متهمان از سوی ضابطان دادگستری با تأکید بر قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲*. پژوهشنامه حقوق کیفری، ۶ (۲)، ص ۱۵۳-۱۲۹.
- کاظمی، محسن (۱۳۹۴). *بررسی وظایف و جایگاه دادستان در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲*. پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه فردوسی مشهد.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۵ ق). *الأصول الکافی*. بیروت: دارالأضواء.
- گلدوست جویباری، رجب (۱۴۰۱ ش). *کلیات آیین دادرسی کیفری*. تهران: جنگل.

- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۱۶ ق). مجمع الفائده والبرهان. قم: انتشارات جامعه مدرسین.
منتظری، حسینعلی (۱۳۸۵). رساله استفتائات. تهران: سایه.
مؤذن زادگان، حسنعلی؛ و کوشکی، غلامحسین (۱۳۹۹). تأثیرپذیری نظام دادرسی کیفری اتهامی از مقامات تعقیب.
دوفصلنامه علمی پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۲۱ (۲)، ص ۴۶۱-۴۸۲.
مهدوی پور، اعظم؛ و نقیبی، محمدرضا (۱۳۹۵). حق برخورداری متهم از وکیل مدافع در دادرسی مراجع کیفری؛
مظهري از حقوق شهروندی. فصلنامه اخلاق زیستی، ۶ (۲۱)، ص ۱۵۷-۱۷۶.
مهر، نسرین؛ و محمودیان اصفهانی، کامران (۱۳۹۶). الزامات حقوق بشری کشف جرم در نظام حقوقی ایران.
فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، ۴۷ (۲)، ص ۳۲۹-۳۵۶.
نجفی توانا، علی؛ و دیوسالار، نادر (۱۳۹۸). چالشهای دفاع در حقوق کیفری ایران. فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۲۳
(۹۲)، ص ۳۰۳-۳۲۶.
هیثمی، علی بن ابوبکر (۱۴۲۲ ق). مجمع الزوائد ومنبع الفوائد. بیروت: دار الکتب العلمیه.

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 / Fall and Winterr 2025 / NO.83

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