



مطالعات فقهی حقوقی زن و خانواده

دوفصل نامه علمی - تخصصی

سال اول، شماره یکم، بهار و تابستان ۱۳۹۷

صاحب امتیاز: دانشگاه ادیان و مذاهب

مدیر مسئول: سید ابوالحسن نواب

سرمدیر: جواد حبیبی تبار

جانشین سرمدیر: اعظم خوش صورت موفق

مدیر داخلی: ندا دولت آبادی فراهانی

هیئت تحریریه:

استادیار گروه جامعه شناسی پژوهشگاه حوزه و دانشگاه	حسین بستان
استاد خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم عضو هیأت علمی جامعه المصطفی العالمیه	اکبر ترابی شهرضایی
استاد خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم دانشیار گروه مسائل فقه و قضا جامعه المصطفی	جواد حبیبی تبار
استادیار گروه ادیان ابراهیمی دانشگاه ادیان و مذاهب	پهروز حدادی
استاد گروه فقه و حقوق پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی	محمود حکمت نیا
مجتهد و مدرس حوزه و دانشگاه	سید منذر حکیم
استادیار گروه حقوق خانواده دانشگاه ادیان و مذاهب قم	اعظم خوش صورت موفق
استادیار گروه مذاهب فقهی دانشگاه ادیان و مذاهب	حسین رجبی
استاد خارج فقه و اصول حوزه علمیه و مدرس دانشگاه	عباس رفعتی نائینی
استادیار گروه جامعه شناسی دانشگاه الزهرا	منصوره زارعان
دانشیار گروه مسائل فقهی و حقوقی پژوهشکده فقه و حقوق	سیف الله صرامی
استادیار گروه مبانی نظری مرکز مطالعات زنان	فریبا علاسوند
دانشیار گروه حقوق دانشگاه تهران	سید علی علوی قزوینی
استادیار گروه مذاهب فقهی دانشگاه ادیان و مذاهب	سید محسن فتاحی
استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه قم	سید حسن وحدتی شبیری
استادیار گروه فقه و حقوق پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی	فرح الله هدایت نیا گنجی

مشاوران علمی:

احمد احمدی تبار، ماهر و غدیری، علیرضا پنداشته پور، مجید دهقان، سید مهدی دادمرزی، سید مهدی سجادی امین.

ویراستار: زینب صالحی، محمد حقانی فضل

ویراستار چکیده‌های انگلیسی: اشرف هاشمی

ویراستار چکیده‌های عربی: احمد حاتمی

طراح جلد: شهرام بردبار

صفحه‌آرا: مسعود موسوی

نشانی: قم، شهرک پردیسان، مقابل مسجد امام صادق (علیه السلام)، دانشگاه ادیان و مذاهب

صندوق پستی: ۳۷۱۸۵/۱۷۸، تلفن: ۱۳-۳۲۸۰۲۶۱۰، دورنگار: ۳۲۸۰۲۶۲۷

نشانی اینترنتی: urd.ac.ir رایانامه: wfmags@urd.ac.ir

قیمت: ۲۵۰.۰۰۰ ریال

راهنمای تدوین و شرایط پذیرش و انتشار مقالات

از نویسندگان محترم تقاضا می‌شود از ارسال مقالاتی که برابر با شیوه‌نامه ذیل تهیه نشده است خودداری فرمایند؛ صرفاً مقالاتی ارزیابی می‌شود که مطابق شیوه‌نامه نگاشته و ارسال شده باشد.

نشریه زن و خانواده فصل‌نامه‌ای در زمینه مطالعات خانواده است. قلمرو مسائل این نشریه اعم از مباحث حقوقی، فقهی، جنسیتی و اجتماعی است.

نویسندگان برای ارسال مقالات باید شرایط زیر را رعایت کنند:

- مقالات ارسالی باید صیغه تحقیقی - تحلیلی، ساختار منطقی و انسجام محتوایی داشته باشد و مستند و مستدل باشد، با قلمی روان و رسا به زبان فارسی نگاشته شده، در آن به عرضه مطلب یا نظریه‌ای بدیع در زمینه تخصصی مطالعات زنان و خانواده پرداخته شده باشد. فصل‌نامه از چاپ مقالات که گردآوری یا ترجمه باشد معذور است.
- نویسندگان مقالات حق ارسال هم‌زمان یک مقاله به دو نشریه را ندارند. بنابراین، صرفاً مقاله‌هایی در این مجله ارزیابی می‌شود که در نشریه‌های داخلی و خارجی چاپ یا عرضه نشده باشد.
- نویسندگان محترم لازم است مشخصات ذیل را در تکمیل کنند: عنوان مقاله؛ نام و نام خانوادگی نویسنده / نویسندگان (معرفی نویسنده مسئول در صورت تعدد نویسندگان)؛ رتبه علمی، جایگاه سازمانی و نشانی رایانامه نویسنده / نویسندگان؛ آدرس پستی، تلفن، داورنگار نویسنده مسئول (تماماً به زبان‌های فارسی و انگلیسی). همچنین، نویسنده باید متعهد باشد، مقاله پیش از این در نشریه علمی دیگری به چاپ نرسیده یا هم‌زمان به نشریه دیگری ارسال نشده است و تا زمان اعلام نتیجه از طرف دفتر نشریه، به نشریه دیگری ارسال نخواهد شد.
- مقالات دانشجویان و دانش‌پژوهان مقاطع تحصیلات تکمیلی در صورتی پذیرش و ارزیابی می‌شود که اسم استاد / استادان راهنما نیز در صدر مقاله ذکر شده باشد.
- از آنجایی که سه داور، که اطلاعاتی از مشخصات نویسنده ندارند، مقاله را ارزیابی خواهند کرد، هیچ یک از اطلاعات مربوط به نویسنده در خلاصه و اصل مقاله ذکر نشود.
- حجم مقاله از ۴۵۰۰ کلمه کمتر و از ۶۰۰۰ کلمه بیشتر نباشد و در صفحات کاغذ A4 یک‌رو، با فاصله تقریبی میان سطور ۱/۵ سانتی‌متر، ترجیحاً با قلم میتر و فونت ۱۳ در برنامه Word حروف‌چینی شود.
- مقاله باید مشتمل بر بخش‌های زیر باشد: عنوان، چکیده (حداکثر ۱۵۰ کلمه)، کلیدواژه (حداکثر ۵ واژه)، مقدمه، ساختار اصلی، نتیجه و فهرست منابع.
- چکیده مقاله باید شامل عنوان و موضوع مقاله، روش تحقیق، مهم‌ترین نتایج و فهرستی از واژگان کلیدی باشد و جداگانه ضمیمه مقاله شود. ترجمه انگلیسی عنوان، چکیده، و کلیدواژه‌های مقاله ضروری است.
- پس از پذیرش و انتشار مقاله، حق چاپ آن برای نشریه محفوظ است و نویسنده مقاله مجاز به چاپ آن در جای دیگر نیست.
- فصل‌نامه حق رد یا قبول و اصلاح و ویرایش مقالات را برای خود محفوظ می‌دارد و از بازگرداندن مقالات دریافتی معذور است.
- فصل‌نامه حداکثر تا دو ماه پس از دریافت مقالات، نتیجه را به نویسنده / نویسندگان اطلاع می‌دهد.
- مطالب مندرج در فصل‌نامه مبین اندیشه‌ها و دیدگاه‌های نویسندگان است و از این بابت مسئولیتی متوجه فصل‌نامه نیست.

شیوه استناد

ارجاعات درون‌متنی مقاله به شیوه زیر باشد:

- برای ارجاع به منابع، بلافاصله، پس از نقل قول مستقیم، نام خانوادگی نویسنده کتاب یا مقاله، سال انتشار، شماره جلد، و صفحه منبع مد نظر درون کمانک آورده شود. مثال: (حقیقی، ۱۳۶۶: ۲۱۰/۱).
- برای ارجاع به منابع، بلافاصله، پس از نقل قول غیرمستقیم، نام خانوادگی نویسنده کتاب یا مقاله، سال انتشار و شماره جلد، و صفحه منبع مد نظر درون کمانک آورده شود. مثال: (حقیقی، ۱۳۶۶: ۲۱۱-۲۵).

- ارجاعات درون‌متنی دیگر متون (غیر از فارسی و عربی)، به شیوه قبل و به زبان اصلی آورده شود. مثال: (Nelson, 2003: 115).
- اگر از نویسنده‌ای در یک سال بیش از یک اثر منتشر شده باشد، با درج حروف الف، ب، ج، د، و ...، در زبان فارسی و عربی، و حروف a، b، و ...، در زبان‌های غیر از فارسی و عربی، پس از سال انتشار، آثار از هم متمایز شوند.
- در ارجاعات درون‌متنی به فرهنگ یا دانش‌نامه‌ای که مقالات آنها نویسنده مستقل دارد، نام نویسنده مقاله، سال انتشار، شماره جلد و صفحه و نیز نام مدخل آورده شود. مثال: (انواری، ۱۳۷۳: ۶/ ذیل «ابومحمد صالح»).
- در ارجاعات درون‌متنی به فرهنگ یا دانش‌نامه‌ای که مقالات آن نویسنده مستقل ندارد، نام فرهنگ / دانش‌نامه، سال انتشار، شماره جلد، و نام مدخل مد نظر (در گیومه) آورده شود. مثال: (دایره‌المعارف فارسی، ۱۳۸۰: ذیل «ابن‌سینا»).
- در ارجاعات درون‌متنی، هر گاه دو بار پیاپی یا بیشتر از یک منبع استفاده شود، به جای تکرار منبع، از واژه «همان» (و در منابع انگلیسی: Ibid.) استفاده می‌کنیم و در صورتی که دو اثر از نویسنده‌ای واحد به صورت پیاپی بیاید، به جای تکرار نام نویسنده، از واژه «همو» (و در منابع انگلیسی: Ibid.) استفاده می‌کنیم.
- اگر اثری کمتر از سه نویسنده داشته باشد در ارجاع درون‌متنی نام هر سه ذکر می‌شود، اما اگر بیش از سه نویسنده داشته باشد، نام نویسنده اصلی بر اساس شناسنامه کتاب ذکر می‌شود و به سایر نویسندگان با تعبیر «و دیگران» اشاره می‌کنیم.
- ارجاعات پایان‌متنی مقاله یا همان فهرست منابع به شیوه زیر تنظیم شود:
 - ارجاعات تکراری کامل آورده شود و از ترسیم خط به جای نام مؤلف خودداری گردد.
 - ابتدا منابع فارسی و عربی، و سپس منابع دیگر زبان‌ها، بر اساس نام خانوادگی نویسنده، به ترتیب حروف الفبا و به صورت زیر آورده شود:

کتاب: نام خانوادگی نویسنده/ نویسندگان، نام نویسنده/ نویسندگان (تاریخ انتشار). نام کتاب به صورت ایتالیک (ایرانیکی)، نام سایر اشخاص دخیل (مترجم، مصحح، گردآورنده و ...)، محل انتشار: نام ناشر، نوبت چاپ، شماره جلد.

مقاله: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده (تاریخ انتشار). «عنوان مقاله»، نام مترجم، نام نشریه به صورت ایتالیک (ایرانیکی)، سال یا دوره نشریه، شماره نشریه و شماره صفحات ابتدا و انتهای مقاله.

منابع اینترنتی: نام خانوادگی نویسنده، نام نویسنده (تاریخ دسترسی). عنوان مطلب، مقاله یا کتاب، نام وب‌سایت (یا عنوان نشریه الکترونیکی، جلد، سال، و شماره)، صفحه، و آدرس اینترنتی.
 - در ارجاع اگر سال نشر، محل نشر یا ناشر مشخص نباشد، به ترتیب در جای خود بی‌تا، بی‌جا و بی‌نا درج می‌شود.
 - ارجاع به قرآن: (نام سوره: شماره آیه) مانند (نساء: ۱۶). اگر در ترجمه آیات از ترجمه خاصی استفاده شده باشد مشخصات کتاب‌شناختی آن ترجمه باید در کتاب‌نامه بیاید.
 - ارجاع به کتاب‌های مقدس: (نام کتاب، باب: آیه) مانند (متی، ۲: ۱۲) یا (یسنا، ۳: ۱۴).
 - ارجاع به کتب مشهور یا کتاب‌هایی که نویسنده آنها معلوم نیست: (نام کتاب: جلد/ ص) یا (نام کتاب: بخش) مانند (نهج‌البلاغه: خطبه ۲۷).
 - اگر ارجاع نقل به مضمون یا برای مطالعه و تحقیق بیشتر باشد: (نک: نام نویسنده، سال: صفحه یا فصلی از کتاب).
 - قلم ارجاعات دو سایز کوچک‌تر از قلم متن باشد.
 - معادل اسامی خاص، اصطلاحات و واژگان تخصصی در مقابل آن کلمه، به زبان اصلی، داخل کمانک و دو سایز کوچک‌تر از قلم متن ذکر شود.
 - مطالب توضیحی به صورت پی‌نوشت درج شود.

فهرست مقالات

- ۷ سخن سردبیر
- ۹ ظرفیت‌های فقه و حقوق خانواده در همگرایی حقوقی جهان اسلام
جواد حبیبی تبار، سیامک قیاسی
- ۳۹ پیش‌درآمدی مقایسه‌ای بر حقوق مسئولیت مدنی در روابط زوجین
سید مهدی دادمرزی
- ۵۹ عدالت جنسیتی به مثابه یک مفهوم تفسیرپذیر و نامتعین
فریبا علاسوند
- ۷۹ جنسیت و مجازات در فقه و حقوق ایران
اعظم خوش‌صورت موفق، محمد خان کاظمی
- ۹۷ «تابعیت و جنسیت» تأملی در نگاه جنسیتی به تابعیت فرزندان در حقوق ایران
مصطفی دانش‌پژوه
- ۱۱۷ اذن ولیّ در عقد موقتّ باکره رشیده
مهدی سجادی امین
- ۱۴۳ بررسی فقهی حقوقی حق حضانت اطفال
علی شریفی
-

سخن سردبیر

مهم‌ترین هدف فقه و حقوق در مکتب اسلام، تأمین نظم و ایجاد عدالت برای رسیدن به کمال نهایی تقرب خداوند توسط انسان‌هاست. اهداف فقه و حقوق در قانونگذاری تجلی می‌یابد پس قانون هرچه سنجیده‌تر تدوین شود و حدود حقوق و تکالیف افراد و نهادهای اجتماعی دقیق‌تر تعیین گردد، اهداف فقه و حقوق نیز بهتر تأمین می‌شود.

یکی از زیرمجموعه‌های مطالعات فقهی و حقوقی، مطالعات فقهی و حقوقی در زمینه مسائل مربوط به زن و خانواده است. تاریخچه بحث از حقوق و تکالیف زن و خانواده در اسلام، قدمتی هم تراز با تاریخ فقه اسلامی دارد. نگاهی گذرا به مسائل و احکام مطرح شده در ابواب فقهی مختلف (از کتاب طهارت تا دیات) نشان می‌دهد که سؤال و جواب از احکام اختصاصی زن و خانواده در احادیث و روایات منقول از پیامبر اکرم (ص) و ائمه اطهار (ع)، جایگاه ویژه‌ای را به خود اختصاص داده است.

از سوی دیگر تحولات دهه‌های اخیر در زمینه نگرش به شخصیت فردی و جایگاه اجتماعی زن، نگاه اندیشمندان و متفکرین رشته‌های مختلفی چون روان‌شناسی، علوم اجتماعی، حقوق و علوم سیاسی را به خود معطوف داشته است. تردیدی نیست که در طول سالیان اخیر، در کشور ما، الگوهایی در زمینه شخصیت فردی، خانوادگی و اجتماعی زن تحت تأثیر فرهنگ مدرنیته و فضای حاکم بر جهان، شکل گرفته و به صورت باور عمومی تثبیت گشته است.

اما سؤال اساسی این است که الگوهی پذیرفته شده مذکور تا چه حد با احکام شریعت در مورد حقوق و تکالیف زن و خانواده و همچنین اهداف نهفته در آن در مورد این حقوق و تکالیف سازگار است؟

سیاست‌های کلان نظام جمهوری اسلامی ایران در حوزه مباحث زن و خانواده به چهار زمینه زیر تقسیم شده است:

الف- زمینه فقهی حقوقی

ب- زمینه فرهنگی تربیتی

ج- زمینه اجتماعی سیاسی

د- زمینه روابط بین الملل

دو فصل نامه مطالعات فقهی حقوقی زن و خانواده با انگیزه بررسی فقهی حقوقی مسائل و چالش‌های نوین مربوط به زن و خانواده، پا به عرصه نشریات علمی و تخصصی کشور نهاده است و اهداف زیر را دنبال می‌کند:

۱- تبیین نظامند مشکلات فقهی حقوقی در ارتباط با حوزه مسائل زن و خانواده.

۲- ارائه راهکارهای قانونی برای حل مشکلات قانونگذاری در حوزه مسائل زن و خانواده.

۳- اتخاذ رویکرد همه جانبه‌نگر و جامع در تحلیل مسائل زن و خانواده.

۴- کمک به ایجاد پیوند و همبستگی میان حوزه‌های کارشناسی دینی و قانونگذاری اجرایی در مسائل زن و خانواده.

امید آنکه نشریه حاضر، بتواند گامی هر چند کوچک اما مؤثر در راستای نیل به اهداف مذکور بردارد.

همکاری تمامی اندیشمندان و فضایی متخصص حوزه و دانشگاه را در ایفای این رسالت الهی خواستاریم.

والسلام

تابستان ۹۷

ظرفیت‌های فقه و حقوق خانواده در همگرایی حقوقی جهان اسلام

جواد حبیبی تبار*

سیامک قیاسی**

[تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۴/۳۱؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۵/۳۰]

چکیده

خانواده با سابقه‌ترین اجتماعی است که منبع تغذیه اجتماعات بزرگ انسانی از جنبه‌های مختلف است. این نهاد حقوقی، پیچیده و چندساختی است. نظام‌های حقوقی بزرگ دنیا، علی‌رغم تفاوت در بنیانشان، کوشیده‌اند اهمیت و اقتضائات خاص آن را در منظومه کشورهای متبوعشان در نظر بگیرند و به خانواده در قاموس قوانین خویش توجه کنند. در اسلام نیز حقوق خانواده بخش مهمی از احکام و اخلاق را تشکیل می‌دهد. بر این اساس، بازخوانی و بررسی ظرفیت‌های حقوق خانواده در اتحاد حقوقی جهان اسلام مسئله‌ای ضروری است. در این مقاله می‌کوشیم ضمن پرداختن به جایگاه حقوق خانواده در نظام حقوقی اسلام، نقش حقوق خانواده را به عنوان یکی از ظرفیت‌های موجود زمینه‌ساز اتحاد حقوقی جهان اسلام مطرح نظر قرار دهیم. بر این اساس، پس از تبیین مشترکات محل اجماع در فرآیند پژوهش به مصادیقی طبق فتاوای مشهور فریقین در این زمینه می‌پردازیم و امکان تقریب در غیرمشترکات با دخالت‌دادن حقوق اسلامی و لزوم رعایت حق تحفظ را بررسی می‌کنیم. روش تحقیق در این پژوهش، تحلیلی توصیفی و مبتنی بر اطلاعات کتابخانه‌ای است.

کلیدواژه‌ها: حقوق خانواده، نظام حقوق اسلامی، حقوق تطبیقی، اتحاد حقوقی.

* استاد خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم و دانشیار گروه فقه و حقوق قضایی، جامعه المصطفی سَلَّمَ (نویسنده

مسئول)، prof.javadhabibitabar@yahoo.com

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه عدالت و مریی گروه حقوق پژوهشگاه بین‌المللی المصطفی سَلَّمَ،

sqiasi52@gmail.com

مقدمه

دانش حقوق شامل دو حوزه حقوق موضوعه (positive) و غیرموضوعه (non-positive) است. حقوق موضوعه مجموع قواعد لازم‌الاجرائی است که از طرف مراجع تقنینی وضع و تدوین شده است. به این حوزه حقوقی، حقوق مدون نیز اطلاق می‌شود؛ مانند حقوق اغلب کشورهای جهان که قوه مقننه آنها وضع کرده است. چنانکه حقوق به صورت عرف و عادت بوده و قوه مقننه دخالتی در ایجاد آن نداشته باشد، آن را حقوق عرفی و غیرمدون می‌گویند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۸۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: ۱۷۳۵).

حقوق از نظر دایره شمول و قلمرو نیز به حقوق داخلی (حقوق ملی) یا حقوق خارجی (حقوق بین‌المللی) و از نظر موضوع یا اشخاصی که در دایره شمول آن قرار می‌گیرند، به حقوق عمومی و حقوق خصوصی تقسیم می‌شود. همچنین اشخاص نیز به اشخاص موضوع حقوق عمومی و اشخاص موضوع حقوق خصوصی منقسم می‌شوند (ساکت، ۱۳۸۷: ۲۳۴؛ قاسم، ۱۹۶۵: ۱۱۰؛ القاسم، ۲۰۱۲: ۸۱).

حقوق خانواده مجموعه‌ای است از قوانین و مقررات حاکم بر اعضای خانواده که ضمانت آن نوعاً با نیروی عمومی است. حقوق خانواده در این پژوهش موضوعی چندساخته است که آموزه‌هایی با خاستگاه حقوق موضوعه و غیرموضوعه دارد. حقوق خانواده در اسلام نیز بخش مهمی از احکام و اخلاق را تشکیل می‌دهد. بر این اساس، بازخوانی و بررسی ظرفیت‌های حقوق خانواده در اتحاد حقوقی جهان اسلام مسئله‌ای ضروری است. در بازخوانی حقوق خانواده باید به حقوق موضوعه کشورها و خاستگاه این مقررات در منابع تقنین توجه کرد؛ چنانکه بایسته است در کشورهایی که بخش اصلی حقوقشان متأثر از مذهب است، به بایسته‌ها و آموزه‌های مذهبی در زمینه خانواده نیز توجه شود. با این نحوه پژوهش می‌توان این منابع را به هم تقریب کرد که در نتیجه در بازخوردی که در تقنین حاصل می‌شود، مقررات به هم نزدیک خواهد شد. بدیهی است چنین پژوهشی از یک سو آسیب‌ها و معضلات خاص خود را دارد و از سوی دیگر، بایسته‌های ویژه‌ای دارد که باید رعایت شود.

کشورهای اسلامی در تقنین قوانین و مقررات ناظر به حقوق خانواده و پای‌بندی آنها به شریعت اسلامی در قانون‌گذاری مرتبط با گستره حقوق خانواده، به چند دسته تقسیم می‌شوند:

الف) کشورهای متمایل به سکولاریسم قانونی

کشورهایی که در احوال شخصیه و قوانین مرتبط با گستره حقوق خانواده، به فقه و مذهبی خاص محدود نیستند؛ به تعبیری قوانین آنها فراققه است. کشورهای مثل تونس و مغرب بعضاً قوانین سکولار را در احوال شخصیه اتخاذ کرده‌اند^۱ (السباعی، ۲۰۰۱: ۱۵) چنانکه در کشور تونس در ماده ۱۸ قانون احوال شخصیه مصوب ۱۹۶۴، ازدواج دوم باطل دانسته شده و این عمل، جرم‌انگاری شده و دویست و چهل هزار فرانک و یک سال حبس به عنوان مجازات آن در نظر گرفته شده است (قانون الاحوال الشخصیه التونسی، مصوب ۱۹۶۴، ماده ۱۸؛ باجوری، ۱۹۸۶: ۲۷۲؛ وافی، ۱۹۶۰: ۴۸). این مجازات ناشی از قرائتی است که بعضی از علمای تونس مطرح، و ادعا کرده‌اند که آیه «وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَ لَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَ تَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُوراً رَحِيماً» (نساء: ۱۲۹) ناسخ گزاره قرآنی «وَ إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَمَامِي فَانْكَحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَ ثَلَاثَ وَ رُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعْوَلُوا» (نساء: ۳) است؛ چنانکه عالمان فقه و تفسیر امامیه و فرق اربعه اهل سنت و گزارش‌های تاریخی از صدر اسلام این ادعای نسخ را نمی‌پذیرند (نجفی، ۱۴۰۱: ۴۹/۵؛ عاملی، ۱۴۰۳: ۲۰۶؛ طباطبایی، ۱۴۱۷: ۱۶۶؛ الشوکانی، ۱۳۵۷: ۳۸۰؛ ابن‌قدامه المقدسی، ۱۴۰۳: ۴۴۸؛ قرطبی، ۱۴۰۵: ذیل آیه ۱۲۹ سوره نساء؛ الزحیلی، ۱۴۱۸: ۱۶۲).

ب) کشورهای متمایل به قانون‌گذاری مبتنی بر فقه

کشورهایی که منبع اول آنها گزاره‌های فقه بوده، اما اصرار بر فقه مذهب خاص ندارند. آنها مرزهای تقسیم مذاهب را نیز پشت سر گذاشته‌اند. به عبارت دیگر، در حالی که خود را به رعایت شریعت اسلامی مقید می‌دانند، از تقید به مذهب خاص خود را رهایی بخشیده‌اند؛ مصر، اندونزی و مالزی از این سنخ و دسته‌اند (أبوزهره، ۱۹۵۸: ۴ و ۲۴؛ السباعی، ۲۰۰۱: ۱۶). مصر از جمله کشورهای پیشرو در توسعه قضایی و تساهل با دیگر مذاهب بوده است. این کشور در ۱۹۱۵ قانون احوال شخصیه را بر اساس مذاهب اربعه تدوین کرد (أبوزهره، ۱۹۶۳: ۱۵ و ۱۶).

ج) کشورهای متمایل به تعدد قانون خانواده بر اساس تعدد مذاهب

کشورهایی که بر اساس توجه به مذاهب مختلف، تعدد قانون خانواده را مبتنی بر شریعت اسلامی و مذاهب متعدد برمی‌تابند. کشورهای نظیر ایران، لبنان، افغانستان و بحرین از این صنف‌اند (شلی، ۱۳۷۰: ۱۸). در برخی کشورها مثل لبنان حتی به تعدد قوانین اکتفا نشده، بلکه به تعداد مذاهب، دادگاه‌های متعدد تشکیل شده است؛ چنانکه بر اساس قانون مصوب ۱۹۴۲، هر طایفه‌ای در امور مربوط به احوال شخصیه تابع قوانین مربوط به خود گردید. محاکم بر دو قسم شیعه و سنی تقسیم شده و طایفه دروزی برای احوال شخصیه خود محکمه اختصاصی دارد (بدران، ۱۴۰۹: ۵؛ شلی، ۱۳۷۰: ۱۸). در ایران بر اساس ماده واحده مصوب ۱۳۱۲، ایرانیان غیرشیعه اجازه دارند در محاکم از قانون احوال شخصیه مذهب خود پیروی کنند. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز بر اساس اصل ۱۲، پیروان مذاهب حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدی در تعلیم و تربیت دینی و احوال شخصیه طبق فقه خودشان آزادند و دعوی آنها در دادگاه‌ها رسمیت دارد (قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اصل ۱۲).

د) کشورهای متمایل به وحدت قانون خانواده بر اساس مذهب خاص

برخی از کشورها به وضع و تدوین قوانین خانواده بر اساس فقه مذهب خاص اصرار و تمایل دارند؛ چنانکه کشور کویت بر «مذهب مالکی»، عربستان و قطر بر «مذهب حنبلی» در قانون‌گذاری تأکید دارند (قانون الاحوال الشخصية الكويتی، قانون رقم ۵۱ لسنة ۱۹۸۴ فی شأن الأحوال الشخصية). در این کشورها در زمینه قانون خانواده دیگر مذاهب اقدام چندانی صورت نگرفته است (محمد، ۲۰۰۱).

شایان توجه است که مقررات ناظر به خانواده مبتنی بر دانش حقوق نیست، بلکه مبتنی بر مذهب، اخلاق و عرف اجتماعی است. بر همین اساس، کلیه قانون‌گذاران و اندیشمندان در عرصه‌های داخلی و بین‌المللی نیز به دلیل توجهی که به حمایت از حقوق خانواده داشته‌اند، به انتظاراتی که خانواده به منظور انجام بهینه وظایف خویش از دولت و قانون‌گذاران دارد احترام گذاشته و با تنظیم قوانین، مصوبات و آیین‌نامه‌ها در فضای حقوق داخلی و تدوین میثاق‌نامه‌ها و پیمان‌ها در نظام حقوقی بین‌المللی،^۲ در جهت ایجاد زمینه مناسب و بسترسازی مساعد به منظور رشد و توسعه خانواده‌های

کارآمد کوشیده‌اند. بنابراین در این پژوهش پس از تبیین برخی مباحث مقدماتی حقوق خانواده (فقه الأسره)، مشترکات اجماعی را بررسی می‌کنیم؛ چنانکه در ادامه فرآیند پژوهش به مشترکات طبق فتاوی‌های مشهور فریقین می‌پردازیم و امکان تقریب در غیرمشترکات با دخالت‌دادن حقوق اسلامی و لزوم رعایت حق تحفظ را بررسی می‌کنیم.

۱. مفهوم‌شناسی، پیشینه و بایسته‌های موضوع

۱.۱. مفهوم وحدت و اتحاد

«اتحاد» در لغت از ریشه «وحد» به معنای یگانگی، یکتایی و یکی شدن است: «صیرورة الشیئین الموجودین شیئاً واحداً» (ابن منظور، ۱۹۹۷، ذیل واژه «وحدت» و «اتحاد»). «وحدت» نیز در لغت به معنای اتفاق آرا و هماهنگی رأی‌ها است (دهخدا، ۱۳۷۳، ذیل واژه «وحدت»). «وحدت» در اصطلاح نیز به معنای یکی بودن است که از آن به واحد تعبیر می‌کنند، ولی «اتحاد» در اصطلاح آن است که دو چیز با وجوه متفاوت، جنبه‌های مشترک خود را تقویت، و از این حیث خود را هر چه بیشتر به یکدیگر نزدیک کنند، که از آن به «اتحاد» تعبیر می‌کنند، مانند اتحاد دو یا چند مذهب فقهی یا کلامی. به تعبیر دقیق علمی، اتحاد یعنی تقویت «مابه‌الاشتراک» در عین حفظ «مابه‌الامتياز» (فاضل مقداد، ۱۳۶۵: ۲۱). با این توضیح به نظر می‌رسد چنانچه منظور از اتحاد بین امت اسلامی این باشد که در کل جهان اسلام یک قانون بدون وجود حق تحفظ اجرایی شود، این هدف دور از دسترس است. البته می‌توان مجموعه‌ای از مقررات را با وجود حق تحفظ تعریف کرد که شامل مشترکات احکام در بین امت اسلامی نیز هست.

۱.۲. نظام حقوق خانواده

«نظام حقوق خانواده» (family law system) که عبارت است از مجموعه قوانین و مقررات منسجم، هماهنگ و مرتبط که بر اساس مبانی ویژه در جهت اهداف خاص تنظیم شده، خود نوعی نظام حقوقی میانی است. به این معنا که اصطلاح «نظام حقوق خانواده»، اصطلاحی نسبی به شکل مضاف است. توضیح آنکه نظام حقوقی، مجموع نهادها، سازمان‌ها و قواعدی است که بر اساس مبانی خاص به صورت منظومه‌ای هماهنگ و

منسجم به وجود می‌آیند؛ چنانکه سازمان حقوقی نکاح، ارث و نفقه عناصر تشکیل‌دهنده «سازمان حقوقی خانواده» است (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۳۶ و ۳۷؛ حکمت‌نیا، ۱۳۸۸: ۳۰).

حقوق خانواده مجموعه‌ای کوچک از مجموعه بزرگ نظام حقوقی حاکم بر کشور است. وقتی از نظام حقوق خانواده سخن گفته می‌شود باید توجه داشت که صرفاً «عقد» مد نظر نیست. نظام حقوق خانواده مشتمل بر عقد و سلسله‌ای از ایقاعات، مانند فسخ، طلاق رجعی، طلاق خلع، طلاق مبارات، رجوع در عده، رجوع به مابذل در طول مدت عده مطلقه رجعیه،ظهار، لعان، ایلاء و مانند اینها است. پس علاوه بر عقد و مجموعه‌ای از ایقاعات، مجموعه‌ای از وقایع حقوقی و منابع حق به حکم مقنن که منشأ فعل ندارد، همه در ساحت حقوق خانواده مطرح است. بر این اساس، مفهوم «حقوق خانواده» آینه‌ای از نظامی حقوقی است.

۱. ۳. جایگاه مباحث حقوق خانواده در فقه

تقسیم مباحث فقهی و دسته‌بندی آن به چند نحوه انجام گرفته است. در فقه عامه معمولاً مباحث فقه را به دو گروه عبادات و معاملات تقسیم می‌کنند (غزالی، ۱۳۵۱: ۳؛ فیض کاشانی، ۱۳۸۳: ۴). در فقه امامیه، قدیم‌ترین تقسیم در مراسم سلار بن عبدالعزیز دیلمی (متوفای ۴۴۸ ه.ق.)، مهذب قاضی عبدالعزیز بن براج (متوفای ۴۸۱ ه.ق.) و کافی ابوالصلاح حلبی (از میانه قرن پنجم) دیده می‌شود (سلار، ۱۴۱۰: ۲۸). محقق حلی کتاب شرائع خود را بر چهار بخش پایه‌گذاری کرده است که شامل عبادات، عقود، ایقاعات و احکام است (حلی، ۱۳۷۰: ۱۳۵-۱۶۳). البته فقهای پس از او این روش را پذیرفتند و پیروی کردند (حلی، بی‌تا: ۱۵۸ و ۱۲۳؛ نائینی، ۱۴۱۸: ۳۳). بر این اساس، مباحث فقهی به دو حوزه اصلی، یعنی فقه عبادات و معاملات بالمعنی اعم تقسیم می‌شود؛ چنانکه فقه بالمعنی اعم نیز شامل جزائیات و غیرجزائیات و در بخش غیرجزائسی، شامل فقه سیاسی، فقه مدنی و فقه قضایی می‌شود. گرچه مبحث حقوق خانواده در فقه، قاعداً در کتاب النکاح والطلاق، کتاب الایلاء والظهار و کتاب اللعان بررسی می‌شود، گاهی در حوزه مطالعه برای شرایط مهم عمومی، باید به دیگر ابواب از معاملات نیز مراجعه کرد؛ چنانکه در فقه مدنی باید دنبال آن بخشی از معاملات فقهی باشیم که با حقوق زوجین و اولاد مرتبط است. البته نباید از نظر دور داشت که بعضی از احکام ناظر به نکاح و

حقوق خانواده در مقام تبیین نظریه العقود، ذیل عنوان «بیع»، «صلح»، «اجاره» و دیگر عناوین آمده است.

۱. ۴. مفهوم خانواده^۳

«خانواده» در لغت به معنای دودمان، تبار و نیز به مفهوم همسر و خویشان مرد آمده است (دهخدا، ۱۳۷۳: ۹۴۳۸، ذیل واژه «خانواده»). در اصطلاح نیز در دو مفهوم عام و خاص به کار رفته است. در مفهوم عام و گسترده، خانواده شامل خویشاوندانی می‌شود که حسب مقررات مربوط، از همدیگر ارث می‌برند؛ اما در معنای خاص و محدود، خانواده به عده‌ای که از ارتباط بین زن و مرد نشئت می‌گیرند و شامل زن و شوهر و فرزندان آنها می‌شود و به طور معمول با هم زندگی می‌کنند، گفته می‌شود. بر این اساس، خانواده به سه نوع کوچک، متوسط و بزرگ تقسیم می‌شود (الزحیلی، ۱۴۲۰: ۲۰)؛ چنانکه در قوانین ایران خانواده در دو مفهوم عام و خاص استعمال شده است (ماده ۹۹۷ و ۹۹۸ قانون مدنی و ۱۱۰۵ ق.م.). البته از منظر جامعه‌شناسی، خانواده تعریف و اقسام خاصی دارد که فرصت تبیین آن در این مقاله نیست.

۱. ۵. مفهوم نکاح (ازدواج)

تعریف لغوی و اصطلاحی «نکاح» (فقهی)

از نظر لغوی، «نکاح» از مصدر ثلاثی و از ریشه «نَكَحَ، يَنْكَحُ» (ابن فارس، بی‌تا: ۴۷۵) و به معنای گوناگون به کار رفته است؛ از جمله تقابل و التقاء (فیومی مفری، ۱۴۰۵: ۶۲۴/۲). در زبان عرب هر گاه دو کوه مقابل یکدیگر قرار گرفته باشند گفته می‌شود: «تَنَاحَكَ الْجِبَلَانِ»، یعنی دو کوه در مقابل هم واقع شده‌اند. الالتقاء و ملاقات کردن (زبیدی، ۱۴۱۱: ۲۴۰/۴)، با این معنا «تَنَاحَكَ الْجِبَالِ» یعنی کوه‌ها به هم رسیدند. سلطه و غلبه (طریحی، ۱۴۱۶: ۴۲۱/۲)، وصول و اختلاط، انضمام (مروج، ۱۳۷۹: ۵۴۴)، وطی (جوهری، ۱۹۹۰: ۴۱۳)، عقد، آمیزش^۴ و جمع کردن نیز از معانی نکاح است.

ابن منظور در *لسان العرب* آورده است: «أصل النكاح في كلام العرب الوطء، وقيل للتزوج نكاح لأنه سبب للوطء المباح» (ابن منظور، ۱۹۹۷: ۶۲۶)؛ «در اصل نکاح در کلام عرب وطی است، و برای تزویج نکاح گفته شده است؛ زیرا نکاح سبب برای مباح شدن

وطی است». بنابراین، اهل لغت در معنای این لغت اختلاف نظر دارند؛ اما اکثر آنها معنای وطی را برای این واژه برگزیده‌اند.

در معنای اصطلاحی، «نکاح» رابطه‌ای است که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می‌گردد و به آنها حق می‌دهد که با هم زندگی مشترک را شروع و با شرایطی رابطه زناشویی ایجاد کنند. فقیهان مذاهب اهل سنت نکاح را به همین مفهوم تعریف کرده‌اند، چنانکه فقیهان حنفیه در تعریف عقد نکاح گفته‌اند: «نکاح عبارت از عقدی است که افاده ملک متعه کند؛ یعنی موجب می‌شود زن و شوهر بتوانند از همدیگر استمتاع کنند» (ابن نجیم، ۲۰۰۲: ۸۲؛ ابن عابدین، ۱۳۲۴: ۳۵۵).

دیگر فقیهان و حقوقدانان هم تقریباً با چنین عباراتی «عقد نکاح» را تعریف کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۱: ۵؛ الشرنباصی، ۲۰۰۶: ۲۰۰). البته برخی از حقوقدانان معاصر تعریفی از «نکاح» نکرده‌اند و همین تعریف به نوعی در بسیاری از قوانین احوال شخصیه کشورهای اسلامی از جمله سوریه، عراق و یمن اشراب شده است (قانون الاحوال الشخصية السوري، ۱۹۵۳، ماده ۱؛ الاحوال الشخصية العراقي، ۱۹۵۹).

ایشان معتقدند نکاح عقدی است که مفید حلیت رابطه زن و شوهر است و سبب تعاون و همکاری آنها می‌شود و حقوق و وظایف هر کدام را معین می‌سازد (أبو زهرة، ۱۹۵۸: ۱۹ و ۴۰). حقوق و وظایفی که از این تعریف استفاده می‌شود از ناحیه شارع است و تابع شروط متعاقدين نیست.

اما قضیه دلالت لفظ «نکاح» بر وطی یا عقد همواره در میان فقیهان مذاهب محل اختلاف بوده است. ابن قدامه در کتاب معنی می‌نویسد: «النَّكاحُ فِي الشَّرْعِ: هُوَ عَقْدُ التَّزْوِيجِ، فَعِنْدَ إِطْلَاقِ لَفْظِهِ يَنْصَرَفُ إِلَيْهِ، مَا لَمْ يَصْرَفْ عَنْهُ دَلِيلٌ؛ نِكَاحٌ فِي شَرْعِ عَقْدِ ازدواج است. پس اگر لفظ "نکاح" مطلق بیاید انصراف به عقد می‌شود، مادامی که قرینه‌ای بر خلاف آن نباشد که لفظ "نکاح" را از معنای عقد برگرداند». بعد در ذیل کلامش استدلال می‌کند که در لسان شرع و عرف غالباً به این معنا استعمال شده است: «وَالصَّحِيحُ مَا قُلْنَا؛ لَأَنَّ الْأَشْهَرَ اسْتِعْمَالُ لَفْظَةِ النِّكَاحِ بِإِزَاءِ الْعَقْدِ فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَ لِسَانَ أَهْلِ الْعُرْفِ؛ صَحِيحٌ أَنَّ اسْتِخْرَاجَ مَا كُنَّا نَقُولُ مِنْ أَنَّ النِّكَاحَ فِي شَرْعِ عَقْدٍ مُقَابِلُ عَقْدِ فِي كِتَابِ وَ سُنَّةِ أَهْلِ الْعُرْفِ اسْتِعْمَالُ لَفْظِ النِّكَاحِ بِإِزَاءِ الْعَقْدِ فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَ لِسَانَ أَهْلِ الْعُرْفِ» (ابن قدامة المقدسی، ۱۴۰۳: ۱۵۸۲).

نویسنده کتاب *الفقه الاسلامی و ادلته* معتقد است نکاح نزد اصولیان و زبان‌شناسان حقیقت در وطی و مجاز در عقد است. پس اگر بدون قرینه در کتاب و سنت استعمال شود، انصراف به وطی دارد. چنانکه به حکم آیه «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ» (نساء: ۲۲) زنی که پدر با او زنا کرده باشد بر فرزند حرام می‌شود و حرام‌بودن چنین زنی بر فروع به نص قرآن کریم ثابت است؛ اما حرمت زنی که برای پدر عقد شده باشد به اجماع ثابت می‌شود. بر این اساس، نکاح در این گزاره قرآنی بر وطی دلالت دارد. اما نکاح نزد فقیهان، از جمله غالب پیشوایان مذاهب چهارگانه، حقیقت در عقد و مجاز در وطی است (ابن‌نجیم، ۲۰۰۲: ۸۲)؛ چراکه دلالت این لفظ بر عقد در قرآن و اخبار مشهور است و زمخشری از عالمان حنفیه می‌گوید لفظ «نکاح» در قرآن کریم جز در عبارت «حتی تنکح زوجا غیره» به معنای وطی نیامده است (زحیلی، ۲۰۰۶: ۶۵۱۴). البته برخی معتقدند فقیهان سه انگاره مختلف در این زمینه دارند. برخی آن را حقیقت در عقد، و مجاز در وطی دانسته و برخی در مقابل آن را حقیقت در وطی، و مجاز در عقد می‌دانند؛ چنانکه دیگرانی اعتقاد به اشتراک لفظی واژه «النکاح» در معانی عقد و وطی دارند (الجزیری، ۲۰۰۶: ۷؛ فخری، ۲۰۰۹: ۱۷). اصطلاحات «ازدواج» و «زناشویی» تقریباً مرادف «نکاح» است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: ۷۲۱).

تعریف «نکاح» در قانون

تعریف واحدی از «نکاح» در قوانین احوال شخصیه کشورهای اسلامی مطرح نشده است. قانون برخی از کشورهای اسلامی، از جمله ماده یک قانون احوال شخصیه سوریه مصوب ۱۹۵۳ و ماده سه قانون احوال شخصیه عراق مصوب ۱۹۵۹ و ماده دو احوال شخصیه اردن مصوب ۱۹۷۶، در تعریف «نکاح» می‌گویند ازدواج عقدی است بین زن و مرد که زن را شرعاً بر مرد حلال می‌کند و هدف آن ایجاد ارتباط برای زندگی مشترک و تولید نسل است.^۶ در حالی که قانون احوال شخصیه مغرب «عقد ازدواج» را میثاق و رابطه‌ای شرعی بین زوجین تعریف کرده، و در فصل اول خود مقرر می‌کند: «ازدواج میثاق و رابطه شرعی است بین زن و مرد که هدف آن عفت و پاکدامنی با گسترش ایجاد و تشکیل خانواده ...».^۷

به نظر می‌رسد هیچ کدام از این تعاریف جامع و مانع نیست. اگرچه تعریف قانون احوال شخصیه مغرب، نزدیک و شبیه به معنای شرعی عقد ازدواج است.^۸

۲. امکان تقریب در حوزه تقنین

۲.۱. در مشترکات محل اتفاق

۲.۱.۱. تشویق به تشکیل خانواده

یکی از مسائل مهم در حوزه حقوق خانواده، تشویق به تشکیل خانواده است. بر این اساس، مقررات در کشورهای اسلامی باید به سمت و سوی تشکیل نهاد خانواده جهت‌دهی شود^۹ (کاشانی، ۱۳۷۷: ۳۲۸؛ الرملی، بی‌تا: ۱۷۸؛ السباعی، ۲۰۰۱: ۴۵) تا با افزایش سن ازدواج که خود توالی فاسد فراوانی دارد، مبارزه شود.

بنابراین یکی از مشترکاتی که در همه جوامع اسلامی محل اتفاق و اتحاد نظر است با نفی همجنس‌گرایی و نفی روابط جنسی آزاد، تأکید بر استحباب اصل نکاح بین زن و مرد است. این مسئله از گزاره‌های قرآنی و سنت متشرعه به دست می‌آید؛^{۱۰} چنانکه درباره آن ادعای ضرورت اسلامی و اجماع امت شده است (کاشانی، ۱۳۷۷: ۳۲۸؛ الرملی، بی‌تا: ۱۷۸؛ السباعی، ۲۰۰۱: ۴۵). این نگرش می‌تواند مبنای بخش مهمی از مقررات در حوزه تقنین باشد. تسهیل و تشویق به ازدواج، مانع تراشی نکردن در زمینه آن و کراهت عزوبت که محل اتفاق در بین امت اسلامی است و اختلافی نیست،^{۱۱} هم‌راستا و همسو هستند.

۲.۱.۲. تعدد زوجات

از بین نظام‌های ازدواج چندشوهری، تک‌همسری، مختلط، چندزنی، همجنس‌گرایی و مانند آن، اسلام به نظام چندزنی رسمیت داده است. بر این اساس، جواز تعدد زوجات دومین مسئله اجماعی در حوزه حقوق خانواده است. در اسلام تعدد زوجات به دلایل اجتهادی و سیره قطعی مسلمانان در طول تاریخ و نوعاً در همه کشورهای اسلامی پذیرفته شده است (نجفی، ۱۴۰۱: ۲؛ کرکی، ۱۴۰۸: ۳۷۳؛ زحیلی، ۱۴۱۸: ۷ و ۳۵)، اگرچه در برخی از کشورها ازدواج مجدد را به کسب مجوز از دادگاه منوط کرده‌اند (السباعی، ۲۰۰۱: ۱۶۵).^{۱۲} البته چنانکه گفته شد، در تونس ازدواج دوم باطل دانسته شده و این عمل

ظرفیت‌های فقه و حقوق خانواده در همگرایی حقوقی جهان اسلام / ۱۹

جرم‌انگاری شده است (ماده ۱۸ قانون احوال الشخصية التونسية، مصوب ۱۹۶۴؛ باجوری، ۱۹۸۶: ۲۷۲؛ وافی، ۱۹۶۰: ۴۸؛ www.barasy.com).

در ایران گرچه در قانون جدید حمایت خانواده به جواز تجدید فرارش تصریح نشده، راه آن نیز قانوناً مسدود نشده است (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۱۱۲). مقنن در کشور مصر ماده ۱۹ قانون مدنی، عراق ماده ۱۳ قانون احوال شخصیه، لبنان ماده ۱۴ قانون احوال شخصیه، اردن ماده ۲۸ قانون احوال شخصیه، سوریه ماده ۳۷ قانون احوال شخصیه، عمان ماده ۳۵ قانون احوال شخصیه، مغرب ماده ۲۹ قانون احوال شخصیه تصریح کرده که هر مرد می‌تواند تا چهار زن اختیار کند؛ اما اجازه چنین تصریحی در حوزه تقنین در ایران داده نشده است. بنابراین وضعیت کشور تونس استثنا است.

۲. ۱. ۳. شرطیت انشاء لفظی در عقد نکاح

امروزه در جوامع مختلف با پدیده‌های ازدواج رفاقتی (marriage friendship)، ازدواج سفید (white marriage) و مانند آن مواجه هستند. مسلمانان این پدیده‌ها را به رسمیت نمی‌شناسند. لذا از دیگر مسائل مربوط به حقوق خانواده، شرطیت انشای لفظی در نکاح است که فی‌الجمله محل وفاق است؛ چنانکه نظریه صحت نکاح معاطاتی در فقه جایگاهی ندارد و هیچ فقیه صاحب نامی از مذاهب فقهی قائل به صحت نکاح معاطاتی نیست (الزحیلی، ۱۴۱۸: ۶۵۲۵؛ ابن‌عابدین، ۱۴۰۶: ۳۷۲). تمام فقهایی که متعرض بحث نکاح شده‌اند نیز بر لزوم لفظی بودن ایجاب و قبول تأکید کرده‌اند،^{۱۳} کما اینکه انصاری در کتاب النکاح می‌گوید:

أجمع علماء الاسلام - كما صرح به غير واحد - على اعتبار أصل الصيغة في عقد النكاح، و أنّ الفروج لا تباح بالاباحة و لا بالمعاطاة؛ همه دانشیان فقه بر بایستگی لفظ در عقد نکاح تأکید می‌کنند. ایشان معتقدند فروج و نوامیس با اباحه و معاطات، مباح نمی‌شوند (انصاری، ۱۴۱۵: ۷۸).

۲. ۱. ۴. تحقق نشر حرمت به وسیله رضاع

در اسلام حوزه شمول خانواده از قرابت نسبی فراتر رفته و شامل قرابت رضاعی نیز هست. در همین خصوص، اصل تحقق نشر حرمت به وسیله رضاع، اجماعی است. کما

اینکه یکی از دانشیان معاصر در این زمینه تأکید می‌کند که اصل تحقق نشر حرمت به وسیله رضاع موضوعی اجماعی، بلکه از ضروریات دین است و در این زمینه در بین مسلمانان اختلافی نیست: «للاجماع بل هو من ضروریات الدین و لا خلاف فیہ فی الجملة بین المسلمین» (الزحلی، ۱۴۱۸: ۹/۶۶۳۳؛ الجزیری، ۱۴۰۶: ۶۳).^{۱۴} بر این اساس، اصل نشر حرمت به وسیله رضاع از مصادیقی است که می‌تواند ماده‌ای قانونی بین امت اسلامی در حوزه حقوق خانواده باشد.

۲. ۱. ۵. حرمت ازدواج با مولوده ناشی از زنا

یکی از مباحث مهم در حوزه حقوق خانواده، مبحث موانع نکاح است که در تمام مصادیق آن انگاره‌های یکسانی در مذاهب اسلامی مطرح نیست، ولی حرمت ازدواج شخص با مولوده خودش ناشی از زنا از مسائلی است که بین امت اسلامی محل اتفاق است. دانشیان فقه امامی و اهل سنت به جز شافعی همین نظر را دارند. البته خروج شافعی از این نظریه نیز انکار شده است. زمخشری اشعاری در رد نظر شافعی نیز سروده است. بر این اساس، به نظر می‌رسد این مسئله محل اتفاق است (طوسی، ۱۴۰۷، کتاب النکاح).

۲. ۱. ۶. بطلان عقد مجنون

نقش قصد و اراده در تحقق عقد ازدواج انکارناپذیر است. مسئله «بطلان عقدی که مجنون منعقد کرده» نیز از جمله مشترکات فقه و حقوق خانواده در اسلام است. البته در این خصوص نیز در مذهب شافعی با پذیرش نسبیت در جنون، اختلاف دیدگاه وجود دارد. توضیح آنکه، دیگر مذاهب فقهی نسبیت در جنون را نمی‌پذیرند و معتقدند جنون و عقل دایر مدار ملکه و عدم ملکه است. پس یا شخص به حد ادراک رسیده یا نرسیده است. بر این اساس، این مسئله که مثل صغیر ممیز گفته شود مجنون ممیز هم داریم، نادرست است. بازگشت این مسئله نیز به مفهوم اصلی جنون است و الا این موضوع که اگر شخص را مجنون دانستیم، عقدش باطل است، از مشترکات فقهی امت اسلامی و فقه و حقوق خانواده اسلامی است (همان).

۲. ۱. ۷. اجرای صیغه نکاح به وسیله صغیر ممیز به عنوان وکیل

از دیگر مسائل مشترک در فقه و حقوق خانواده اسلامی این موضوع است که: «اگر صغیر ممیز وکالتاً از دیگری، اجرای صیغه نکاح کند صحیح است». در آموزه‌های روایی نیز بر این نکته تأکید شده است که: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ، قَالَ: «تَزْوَجَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أُمَّ سَلَمَةَ، زَوْجَهُ إِيَاهُ عُمَرُ بْنُ أَبِي سَلَمَةَ وَهُوَ صَغِيرٌ لَمْ يَبْلُغِ الْحُلُمَ» (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۹۱). این روایت از طریق شیعه و سنی گزارش شده است. بعضی ادعا کرده‌اند که با توجه به ادبیات و فضای حدیث، ممکن است موضوع حدیث از اختصاصات النبی (ص) باشد. البته نحوه انشای صیغه به تعداد و تعدد زوجات بر نمی‌گردد. لذا موضوع این حدیث از اختصاصات نیست و بیان‌کننده قاعده‌ای عمومی است؛ چنانکه اصحاب امامیه اختصاصات النبی (ص) را تا حدود هفتاد موضوع احصا کرده‌اند و این حدیث از مصادیق آنها نیست.

۲. ۱. ۸. غیرخواری بودن عقد نکاح

موضوع دیگری که می‌توان آن را از مشترکات فقه و حقوق خانواده اسلامی دانست، لازم و غیرخواری بودن عقد نکاح است. توضیح آنکه عقد از منظر دوام، یا لازم است یا جایز؛ چنانکه در قراردادهای لازم نیز یا امکان جعل خیار شرط در قرارداد به دست احد متعاملین یا هر دو برای خویشتن یا ثالث وجود دارد یا وجود ندارد. با این توضیح شایان توجه است که بنا بر اندیشه متفق علیه در فقه اسلامی، جعل خیار در خصوص اصل نکاح پذیرفته نیست. شیخ طوسی در این زمینه می‌گوید: «جعل چنین شرطی مبطل خود نکاح هم هست» (طوسی، ۱۴۰۷: ۵۹)؛ چنانکه عالمان فقه اهل سنت نیز بر همین انگاره تأکید می‌کنند و معتقدند خیار در اصل نکاح، عقد را ممکن است فاسد کند. البته برخی دیگر می‌گویند خود شرط فاسد است و عقد را فاسد نمی‌کند. در همین خصوص، ابن‌قدامة، فقه‌پژوه حنبلی مسلک، در المغنی معتقد است عقد ازدواج لازم است و امکان جعل خیار در آن از هر نوعی وجود ندارد. این مسئله اجماعی است و در آن اختلافی نیست: «و لایثبت فی النکاح خیارٌ سِوَا فِی ذَلِکَ خِیَارِ الْمَجْلِسِ وَ خِیَارِ الشَّرْطِ وَ لَا نَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَ هَذَا» (ابن‌قدامة مقدسی، ۱۴۰۳: ۵۶۰).

۲. ۱. ۹. نشر حرمت به وسیله مصاهره

قرابت سببی که آن را قرابت مصاهره نیز می‌گویند، نوعی از خویشاوندی است که در اثر نکاح بین هر یک از زوجین با خویشاوندان دیگری ایجاد می‌شود و مستلزم حرمت ازدواج است. موجبات آن عبارت‌اند از: عقد، آمیزش، لمس، نگاه زن و مرد به آلت تناسلی دیگری (الجزیری، ۱۴۰۶: ۹۴). بنا بر آموزه‌های اسلامی، مصاهره چهار صنف از بانوان را بر انسان حرام می‌کند: ۱. امهات النساء، هر که بر او صدق مادرزن شود؛ ۲. الربائب من النساء المدخول بها؛^{۱۵} ۳. حلائل ابناء؛^{۱۶} ۴. زوجات الآباء.^{۱۷} حرمت این چهار دسته از زنان به سبب مصاهره هم از لحاظ نص قرآنی و هم از لحاظ نصوص روایی، متفق علیه بین امت اسلامی است؛ چنانکه برخی از فقه‌پژوهان فقه مقارن نیز در این زمینه ادعای اجماع کرده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷، کتاب النکاح، مسئله ۷۶).

۲. ۲. مشترکات بر مبنای شهرت فتوایی بین فریقین

چنانکه گفته شد، مشترکات بر مبنای شهرت فتوایی بین فریقین از جمله موضوعاتی است که بین فریقین درباره آن اتفاق نظری نیست؛ اما منطبق با قول مشهور بین فریقین است. اینکه مشهور عامه با مشهور امامیه در موضوعی یک نظر دارند، در حوزه تقنین درخور ملاحظه است. در فقه و حقوق خانواده، اینکه «کنترل موالید چه موقعیتی دارد؟ تقاضای فرزند بیشتر چه حکمی دارد؟ و آیا موافقت زوجین را لازم دارد یا خیر؟» مترتب بر مسئله‌ای فقهی است. مسئله با عنوان «عزل از حره منکوحه» چه حکمی دارد؟ مشهور فقیهان امامیه و عامه به انگاره کراهت عزل معتقدند. البته انگاره حرمت، هم در بین عالمان شیعه و هم سنی طرفدارانی دارد، ولی فتوایی غیرمشهور است.

با این توضیح قابل توجه است که حوزه تقنین غیر از حوزه افتا است. در مقام تقنین لازم نیست از فتوای خاصی پیروی کنیم. در حوزه تقنین کافی است قانون خلاف شریعت نباشد و وقتی خلاف شریعت نیست که در شریعت، فتوای معتبر موافقی داشته باشد. اگر در شریعت فتوای معتبری وجود داشته باشد و قانون‌گذار از آن تبعیت کند، قانون را نمی‌توانیم خلاف شرع تلقی کنیم. چنانکه در قانون مدنی جاری در نظام حقوقی ایران، برخی از مواد قانون مدنی با فتوای مشهور منطبق است و برخی منطبق نیست، ولی فتوای موافق دارد. به هر روی، وقتی فتوای موافق در مسئله هست، دیگر

عنوان خلاف شرع پیدا نمی‌کند، چه رسد به اینکه مبنای تقنین فتوای مشهور باشد. با توجه به این نکته، اگر به پشتوانه انگاره مشهور فریقین بخواهیم در حوزه تقنین قدم برداریم، دور از انتظار نیست. بنابراین وقتی مشهور فریقین بر انگاره‌ای تأکید می‌کنند، می‌شود آن را جزء مشترکات مباحث فقه فریقین تلقی، و بر مبنای آن قانون‌گذاری کرد.

۲.۳. امکان تقریب در حوزه تقنین در غیرمشترکات

در بعضی مصادیق، علی‌رغم اینکه اختلاف فتاوا جدی است، امکان دستیابی به قوانین و مقرره‌های مشترک وجود دارد؛ از جمله:

۲.۳.۱. حضور شهود در نکاح

عموم عالمان اهل سنت شهادت را فقط در نکاح لازم دانسته‌اند و در طلاق آن را لازم نمی‌دانند. این انگاره با رویکرد فقه و فقیهان شیعی تفاوت دارد. توضیح آنکه در بین فقیهان اهل سنت در زمینه اشهاد در نکاح اختلاف وجود دارد؛ مثلاً شافعی معتقد است: «لا یصح النکاح الا بشاهدین عدلین ذکرین»، اما ابوحنیفه تأکید می‌کند که: «من شرطه الشهادة و لیس من شرطها العدالة و لا الذکورة» (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۶۳)؛ چنانکه مالک نیز تأکید می‌کند:

آنچه نکاح را باطل می‌کند، توأسی به کتمان است حتی اگر شاهد بگیرند؛ یعنی اگر مرد و زن که قصد ازدواج دارند به همراه دو نفر شاهد، هر چهار نفر با هم تبانی کنند که آن نکاح پوشیده بماند، این نکاح باطل است. اما اگر تصمیم زن و مرد به کتمان‌نکردن باشد، ولو اینکه شاهد نباشد، نکاح صحیح است (همان، مسئله ۱۳).

در این میان، چون امامیه منکر اصل استحباب در اشهاد نیستند، ولی آن را در صحیح‌بودن یا نبودن عقد دخیل نمی‌دانند، با بهره‌بری از ظرفیت‌های فقه و حقوق حکومتی که بر صلاحیت حاکم جامعه اسلامی در وضع مقرراتی برای نظام‌بخشی به امور تأکید می‌کند، می‌توان در این زمینه به مقرره‌های مشترکی دست یافت؛ چنانکه با بهره‌بری از همین ظرفیت در نظام حقوقی ایران، ثبت‌نکردن واقعه نکاح جرم‌انگاری

شده است.^{۱۸} بر این اساس، این ظرفیت وجود دارد که مقرر شود بایسته است در همه جوامع اسلامی واقعه نکاح در دفترخانه‌های رسمی یا دادگاه خانواده واقع شود؛ چنانکه در مقررات ثبت نیز حضور شاهد را شرط می‌شود. به بیانی، حضور شاهد لازمه ثبت تلقی می‌شود. بدین ترتیب در این زمینه، یک قانون متحد در بین کشورهای اسلامی قابل طراحی است و با مشارب فقهی گوناگون هم سازگار است.

۲.۳.۲. قلمرو اولیای عقد

از جمله مسائلی که فقیهان سنی مسلک درباره آن اختلاف دارند قلمرو مفهوم اولیای عقد است؛ چنانکه مالک معتقد است: «منظور از اولیای عقد ابتدا آبا است، سپس به ترتیب اخوه، عمومه، مولا و سلطان هستند» (حلی، ۱۴۱۲: ۸۷). در مقابل، دیگرانی تأکید می‌کنند که اول پدر، دوم پسر زن، سوم پسر پسر زن، چهارم برادر والدینی یا ابی زن، پنجم اعمام، سپس مولا، سپس سلطان (طوسی، ۱۴۰۷، کتاب النکاح، مسئله ۱۴). بر این اساس، بین دو انگاره پیش‌گفته از نظر صدق اولیا اختلاف است. از طرفی فقیهان امامی معتقدند «لا ولایة لغير الاب والجد و ان علا للعقد».^{۱۹} البته ابن‌ابی‌عقیل در اثبات ولایت در غیر از خود پدر برای اجداد هم خدشه کرده است (نجفی، ۱۴۰۱: ۹۵ و ۱۷۰/۲۹؛ ابن‌قدامة مقدسی، ۱۴۰۳: ۴۵۱؛ جزیری، ۱۴۰۶: ۸۵). بر این اساس، بنا بر نظریه امامیه، جد و جد پدری و ان علا ولایت دارند و از نظر عامه، اولیای عقد شامل عمو، اخوه، پسر زن و دیگران می‌شوند. با وجود این، ممکن است در حوزه اجرا و عمل نوعی تقریب ایجاد کرد. توضیح آنکه با همان بیان و فرآیندی که در بحث لزوم ثبت مطرح شد، بر بایستگی حضور پدر، جد پدری، برادر یا یکی از اقارب زن به نحو ترتب حین اجرا و ثبت عقد نکاح، در قالب شرط تأکید می‌شود. بنابراین جعل قانون واحد با استفاده از ظرفیت‌های حقوق اسلامی مبتنی بر مصالح جامعه اسلامی، امکان‌پذیر است.

۲.۳.۳. حدود ولایت پدر و جد پدری بر باکره رشیده

حدود ولایت پدر و جد پدری بر باکره رشیده نیز از جمله مسائلی است که امکان دستیابی به قوانین و مقرره‌های مشترک در زمینه آن وجود دارد. فقیهان سنی مسلک در

این مسئله اختلاف نظر دارند. مالک، ابن‌ابی‌لیلی، شافعی و اسحاق معتقدند: «له اجبارها علی النکاح و تزویجها بغیر اذنها کالصغیره»، که از این قول نظر به استبداد ولی تعبیر می‌شود (ابن‌قدمه مقدسی، ۱۴۰۳: ۵۱۶). ابوحنیفه، ثوری، اوزاعی و بعضی دیگر تأکید می‌کنند که: «لابد من اعتبار رضاها و وافقهم مالک فی البکر علی احد القولین عنهم» (ابن‌رشد اندلسی، ۱۴۱۶: ۵). بعضی می‌گویند اینجا بحث اشتراک در ولایت است؛ یعنی باید علاوه بر نظر موافق پدر یا جد پدری، نظر خود دختر هم موافق باشد و اگر یکی از این دو نباشد کافی نیست.

انگاره تشریک در میان معاصران از فقهای امامیه هم قول مشهور است. گرچه در بین قدما فقهی مثل شیخ طوسی از حیث امکان اجبار دختر از جانب ولی در ازدواج موافق عامه است، در بین معاصران از فقهای امامیه قول تشریک در ولایت، قولی پذیرفته‌شده و مشهور است. مبانی این انگاره هم گزاره‌های روایی، از جمله برخی روایات نبوی است که برای فریقین برهان تلقی می‌شود، نه اینکه دلیل اسکاتی یا اقتضاعی باشد. پیامبر (ص) فرموده‌اند: «أَلَا تُنْكَحُ الْأَيْمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ وَ لَا تُنْكَحُ الْبُكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ» (نسائی، ۱۴۱۱، رقم ۳۲۷۶). بر این اساس، با این توضیح می‌توان لزوم تحصیل اذن پدر و نیز اذن دختر باکره را در حوزه تقنین گنجانند.

۲.۳.۴. مفهوم تمکین خاص

تمکین خاص مفهومی است که امکان رسیدن به مقرره‌های حقوقی مشترک در زمینه آن وجود دارد. توضیح آنکه برخی از فقیهان امامی مسلک، از جمله شیخ طوسی در مبسوط، معتقدند: «تمکین آن است که زن خود را کاملاً تمکین کند». آنگاه در قالب مثل می‌گوید: «اگر زن تمکین کامل نداشت، مثل اینکه بگوید تسلیم تو هستم در خانه پدرم یا در خانه مادرم یا در شهر خاص نه شهرهای دیگر، استحقاق نفقه ندارد؛ زیرا تمکین کامل حاصل نشده است» (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۱)؛ چنانکه محقق حلی در شرائع تأکید می‌کند که: «تمکین کامل آن است که زن میان خود و شوهر حائلی قرار ندهد، به طوری که در زمان یا مکانی خاص خود را به او بسپارد و از این‌رو اگر در زمانی خاص یا مکانی خاص تسلیم بود، تمکین حاصل نیست» (حلی، ۱۳۷۰: ۳۴۷).

بر این اساس، در نگاهی کلی، درباره جواز تمکین خاص و استمتاع مطلق یا استمتاع در قالب وطی اختلاف است. سید مرتضی، از فقیهان امامیه، معتقد است اعتراض و ایرادگیری بر اندیشه فقیهان امامی به واسطه نظریه جواز وطی در دبر ناروا است؛ چراکه این قول، قول امامیه به تنهایی نیست و در بین خود اهل سنت هم طرفداران و قائلانی دارد: «مما یشنع به علی الامامیه و تنسب الی التفرد به، القول باباحه وطی النساء فی غیر فروعهن المعتاده للوطی» (علم الهدی، ۱۳۹۱: ۱۲۵). در بین فقههای امامیه برخی طرفدار انگاره حرمت هستند؛ از جمله علی بن حمزه طوسی در *الوسیله الی نیل الفضیله* تأکید می‌کند: «حَرَمَ علیه و طؤها فی المحاش» (ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۳۱۳). با این توضیح به نظر می‌رسد با طیف فراوان طرفداران انگاره فقهی حرمت از فریقین، با توجه به مفاسد و مصالح اجتماعی و با دخیل کردن حق تقنین حاکم، این ظرفیت وجود دارد که استمتاع متعارف را ملاک تمکین و نشوز معرفی کرد.

۲.۴. لزوم جعل با حق تحفظ

علاوه بر مسائل اتفاقی که مشارب فقهی مختلف اسلامی آن را قبول دارند، مسائلی وجود دارد که از نظر فقیهان مذاهب اسلامی به نحوی مختلف و متفاوت از هم است و یکسان‌سازی در حوزه تقنین دور از دسترس است. بر این اساس، در این مسائل با وضع قانون واحد، در عین حال باید مقرراتی برای حق تحفظ پیروان فرق اسلامی وجود داشته باشد. از جمله در:

۲.۴.۱. مشروعیت نکاح متعه

یکی از این مصادیق لزوم ایجاد حق تحفظ در صورت اقدام به وضع قانون واحد، مشروعیت نکاح متعه است. نکاح متعه در صدر اسلام رایج بوده و مشروعیت آن مستند به گزاره‌های قرآنی و روایی است (حر عاملی، ۱۴۱۰: ۶)؛ اگرچه فقیهان اهل سنت بر حرمت و بطلان متعه نظر دارند (الزحیلی، ۱۴۱۸: ۶۵۵۲؛ السباعی، ۱۴۱۷: ۸۰) و برخی از آنها معتقدند گزاره‌های قرآنی: «وَالَّذِينَ هُمْ لِأَعْتَابِهِمْ حَافِظُونَ»؛ «إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاحِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ» (مؤمنون: ۵ و ۶) ناسخ نصوص دال بر جواز و حلیت متعه است. با این توضیح که بر اساس آیه،

ارتباط مشروع زناشویی به دو چیز منحصر شده است: یکی ازدواج دائم، و دیگری ملک یمین؛ و ازدواج موقت خارج از این حکم است (فخر رازی، ۱۳۷۱: ۵)؛ چنانکه عده‌ای معتقدند آیه مستند جواز متعه با آیه میراث نسخ شده است (سبحانی، ۱۴۱۷: ۵۵). با وجود این، همه مسلمانان در عصر پیامبر (ص) مشروعیت متعه را قبول داشتند و حکم اولیه ازدواج موقت اباحه است و امامان معصوم (ع) به دلیل منع حکومتی از ناحیه خلیفه دوم، با حکم تحریم آن مبارزه کردند؛ چون منع مطلق آن توجیه شرعی نداشت (فخر رازی، ۱۳۷۱: ۴۹).

درباره اصل اباحه متعه در صدر اسلام اتفاق نظر وجود دارد. از پیامبر (ص) روایت شده است آنگاه که ایشان هنگام عمره وارد مکه شدند، چون زنان مدینه خود را آراسته بودند، اصحاب پیامبر از طولانی شدن دوران تجرد خود نزد پیامبر شکایت کردند و آن حضرت در پاسخ فرمودند که می‌توانید با این زنان ازدواج موقت کنید. اما اختلاف در این است که آیا این حکم نسخ شده است یا نه. بسیاری از مسلمانان قائل به نسخ شده‌اند و جمعی هم معتقدند این حکم بر اباحه سابق باقی است. این قول از ابن عباس و عمران بن الحصین روایت شده است (حر عاملی، ۱۴۱۰: ۶). با وجود این، چون از جهت فتوا فقیهان اهل سنت در زمینه ممنوعیت اجماع دارند، بایسته است که در بحث مشروعیت نکاح منقطع، برای پیروان مشارب فقهی مختلف، حق تحفظ در قانون لحاظ کرد.

۲. ۴. ۲. حرمت نکاح دختر برادر و خواهر هم‌زمان با عمه و خاله

یکی دیگر از مصادیق لزوم ایجاد حق تحفظ در صورت اقدام به وضع قانون واحد، حرمت نکاح «بنت الاخ والاخت علی العمه والخالة» است. البته طرف دیگر مسئله در فقه امامیه ممنوع نیست؛ یعنی اگر کسی اول با دختری ازدواج کند، بعد با خاله آن دختر، منعی ندارد. در فقه عامه، به نحوی اجماعی، طرفین مسئله هر دو ممنوع هستند. شیخ صدوق (صدوق، ۱۳۷۷: ۱۰۰) و شیخ مفید (مفید، ۱۴۱۳: ۵۰۴) در بررسی‌های فقه خود در این زمینه به این مسئله اشاره می‌کنند؛ چنانکه ابن‌قدامه مقدسی و دیگران از فقیهان سنی مسلک نیز متعرض این مسئله شده‌اند و بین عامه اجماع حرمت شامل هر دو صورت است (ابن‌قدامه مقدسی، ۱۴۰۳: ۴۷۸). بر این اساس، در گستره‌ای که توافق است،

باید در بخش مشترکات مطرح گردد، ولی این مقدار که امامیه قبول ندارند، باید حق تحفظ ملاحظه شود.

۲. ۴. ۳. شرایط تحقق نشر حرمت به وسیله رضاع

اصل تحقق نشر حرمت به وسیله رضاع از مشترکات است؛ اما شرایط تحقق رضاع موجب حرمت، اختلافی است. فقیهان امامیه معتقدند شیری که در رضاع موجبات حرمت را فراهم می‌کند باید حتماً ناشی از وطی حلال باشد (نجفی، ۱۴۰۱: ۲۶۵)؛ ولی فقیهان سنی مسلک وطی حلال را شرط نمی‌دانند و به نحو اجماعی می‌گویند شیر به هر طریقی که حاصل شده باشد، موجب نشر حرمت است: «اتفقوا علی أن الرضا المُحرّم، إذا كان من لبن انثی، سواء كانت بکرا أو ثیبا، موطوءة أو غیر موطوءة» (ابن رشد اندلسی، ۱۴۱۶: ۳۱). البته فقیهان امامی، به استثنای محمد بن احمد بن جنید، قائل به شرطیت وطی حلال هستند. پس در این فرع، بین امامیه که به اجماع بر شرطیت وطی حلال در نشر حرمت به سبب رضاع معتقدند و نظر عامه مبنی بر اجماع بر عدم شرطیت، اختلاف است. بر این اساس، بایسته است که قائل به حق تحفظ برای طرفین در صورت تصویب قانون واحد باشیم.

نتیجه

هرچند در کشورهای اسلامی، مذاهب فقهی تأثیرگذار در شکل‌دهی حقوق خانواده یکسان نیستند، به سبب عواملی از جمله ارتباط وثیق مسائل این بخش از حقوق با آموزه‌های دینی و باورهای اعتقادی و اخلاقی، اصول کلی حاکم بر حقوق خانواده در این کشورها همسان‌اند. بنابراین اتحاد حقوقی جهان اسلام مطلوب و دست‌یافتنی است. البته منظور از اتحاد حقوقی، تحمیل نظریات یک مذهب در قالب قانون بر سایر مذاهب نیست، بلکه منظور تدوین قانونی است که در آن مسائل اتفاقی که مشارب فقهی مختلف اسلامی آن را قبول دارند یا مسائل فقهی مبتنی بر شهرت فتوایی در مذاهب اسلامی مبنای تقنین واقع شوند؛ چنانکه در فروع اختلافی نیز برای همه فرق اسلامی حق تحفظ به صورت قانون نهادینه شود. در این خصوص و به منظور دادن طرحی برای متحدالشکل‌شدن اصول حقوقی و قوانین احوال شخصیه کشورهای اسلامی،

بهره‌بری از سه عنصر مشترکات حقوقی، فتاوی‌ای مشهور و حق تحفظ بایسته است. حقوق خانواده ظرفیت‌های درخور توجهی در جهت اتحاد حقوقی جهان اسلام دارد. بر این اساس، به منظور دست‌یابی به اصول مشترک حقوقی در این زمینه بهره‌بری از مشترکات اجماعی، فتاوی‌ای مشهور فریقین در این خصوص و تقریب در غیرمشترکات با دخالت دادن حقوق اسلامی و لزوم رعایت حق تحفظ بایسته است. البته لازم است با این هدف و رویکرد در پژوهشی تطبیقی فقه را بکاویم و وجوه اشتراک و افتراق آن را بررسییم. چنین مطالعه فقهی مقارنی می‌تواند زمینه‌ساز پیش‌نویس قانون حقوق خانواده اسلامی یا اصول حقوقی حاکم بر قوانین احوال شخصیه در گستره جهان اسلام شود.

پی‌نوشت‌ها

۱. در کشور تونس نیز قانون مدنی به شدت متأثر از قانون فرانسه است و برای همه شهروندان به اجرا درمی‌آید. قانون احوال شخصیه مصوب ۱۹۵۶ برای هر مسلمان اعمال می‌شود و تعدد زوجات را غیرقانونی اعلام می‌کند، به زنان حق دادن درخواست طلاق می‌دهد و انکار یک‌جانبه شوهر را ممنوع می‌کند. چنانکه ماده ۱۸ قانون احوال شخصیه تونس مصوب ۱۹۵۶ مقرر می‌دارد: «تعدد زوجات ممنوع است». در کشور مراکش، قانون احوال شخصیه (مداونه) پس از اعلام استقلال این کشور در ۱۹۵۶ تصویب شد. اصلاحات مهمی در قانون مداونه در ۱۹۹۳ انجام شد و در فوریه ۲۰۰۴ اصلاح مهم دیگری انجام گرفت که مطابق با قوانین و مقررات اسلامی بود. قانون جدید اصل برابری میان زن و مرد را در بر دارد. این قانون اجازه تعدد زوجات را فقط طبق شرایط مضیق و با نظارت دادگاه می‌دهد، برای طلاق رضایت طرفین را مقرر می‌کند و طلاق به دلیل سازش‌ناپذیری و ... حاکی از نگرانی‌های مربوط به انصاف و عدالت در قانون است و حقوق دیگری مازاد بر آنچه بود برای حفاظت از کودکان مقرر می‌کند (قانون الاحوال الشخصیه المغربی، ۱۹۵۷؛ السباعی، ۱۴۱۷: ۱۵).

۲. میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی؛ کنوانسیون بین‌المللی محو هر نوع تبعیض نژادی؛ کنوانسیون محو تبعیض علیه زنان.

۳. «خانواده» در لغت عرب «عائلة» یا «أسرة» و در انگلیسی family است.

۴. فیومی می‌گوید: «فَيَقَالُ (أَنْكَحْتُ) الرَّجُلَ الْمَرْأَةَ يَقَالُ مَاخُوذٌ مِنْ (نَكَحَهُ) الدَّوَاءُ إِذَا خَامَرَهُ وَغَلَبَهُ أَوْ مِنْ (تَنَاقَحَتِ) الْأَشْجَارُ إِذَا انْتَضَمَ بَعْضُهَا إِلَى بَعْضٍ أَوْ مِنْ (نَكَحَ) الْمَطَرُ الْأَرْضَ إِذَا اخْتَلَطَ بِثَرَاهَا وَ عَلَى هَذَا فَيَكُونُ (النِّكَاحُ) مَجَازاً فِي الْعَقْدِ وَالْوَطْءِ جَمِيعاً؛ وقتی گفته می‌شود انکحت الرجل المرأة برخی معتقدند این کلمه از اصل نکحه الدواء گرفته شده و در این صورت به معنای اختلاط و آمیختن و غلبه کردن

یکی از دو دارو بر دیگری خواهد بود و برخی دیگر معتقدند این کلمه از اصل "تناکحت الأشجار" گرفته شده که به معنای به هم پیوستگی درختان با همدیگر است و گروهی دیگر معتقدند این کلمه از اصل "نکح المطر الارض" اخذ شده که به معنای مخلوط شدن آب باران با خاک زمین است و بر این اساس واژه "نکاح" در عقد و وطی هر دو مجاز خواهد بود» (فیومی مقری، بی تا: ۶۲۴).

۵. «عقد بین رجل وامرأة تحل له شرعاً لتكون أسرة و ایجاد نسل بینهما» (قانون الاحوال الشخصية السوری، ۱۹۵۳، ماده ۱؛ الاحوال الشخصية العراقي، ۱۹۵۹، ماده ۳).

۶. قانون الاحوال الشخصية العراق، ماده ۳: «عقد بین رجل وامرأة تحل له شرعاً لتكوين أسرة و ایجاد نسل بینهما»؛ قانون الاحوال الشخصية السوری، ماده ۱ و قانون الاحوال الشخصية اردنی، ماده ۲.

۷. «میتاق ترابط و تماسک شرعی بین رجل وامرأة علی وجه البقاء غایته الاحسان والعفاف مع تكثر سواد الامة بانشاء أسرة تحت رعاية الزوج علی اسس مستقرة تكفل للمتعاقدین تحمل اعبای هافی طمأنينة و سلام و ود و احترام» (قانون الاحوال الشخصية المغربي، ۱۹۵۷).

۸. قانون الاحوال الشخصية المغربي، ۱۹۵۷، «و اخذن منكم ميثاقاً غليظاً» (نساء: ۲۱).

۹. قال الكاساني من علماء الحنفية «ولا خلافان النكاح فرض حاله التوقان ...» و قال الخرشى من علماء المالكية «و قد يجب حق القادر ...» و قال الرملى من علماء الشافعية «ولو خافت العنت ... وجب» و قال ابن قدامة من علماء الحنابلة «من يخاف على نفسه تجب عليه النكاح» (سیاست‌های کلی خانواده، مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام، ۱۳۹۵).

۱۰. «وَ أَنْكَحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ؛ بی همسران خود، و غلامان و کنیزان درست‌کارتان را همسر دهید. اگر تنگ‌دست‌اند، خداوند آنان را از فضل خویش بی‌نیاز خواهد کرد، و خدا گشایشگر دانا است» (نور: ۳۲). «وَ مِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَ جَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَ رَحْمَةً إِنْ فِي ذَلِكَ آيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ؛ و از نشانه‌های او اینکه از [نوع] خودتان همسرانی برای شما آفرید تا بدانها آرام گیرید، و میانتان دوستی و رحمت نهاد. آری، در این [نعمت] برای مردمی که می‌اندیشند قطعاً نشانه‌هایی است» (روم: ۲۱).

۱۱. «رَوَى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: أَكْثَرُ أَهْلِ النَّارِ الْعُزَابُ» (صدوق، ۱۳۹۰: ۳۸۴/۳)؛ قال رسول الله ﷺ: «رذال موتاكم العزاب؛ پست‌ترین مرگ‌ها، مرگ عزب‌ها است» (حر عاملی، ۱۴۱۰: ۷/۱۴-۸).

۱۲. قانون احوال شخصیه سوریه، تعدد زوجات را مجاز می‌داند؛ اما به قاضی اجازه داده است که اگر تشخیص داد مرد قادر به دادن نفقه به بیش از یک زن نیست به او اجازه ازدواج مجدد ندهد. در عین حال در مقدمه قانون مزبور، که وضع چنین ماده‌ای را توجیه می‌کند تصریح شده که اگر چنین ازدواجی واقع شد به هر حال حکم بر صحت آن می‌شود و باطل نیست. ماده ۱۷ قانون احوال شخصیه سوریه: «للقاضی ان لا یأذن للمتزوج بان یتزوج علی امرأته الا اذا کان مسوغ شرعی و کان الزوج قادر علی نفقتهما».

قانون خانواده الجزایر نیز تعدد زوجات را در حدود موازین اسلامی و به شرط وجود وجه شرعی و شرط اجرای عدالت مجاز دانسته‌اند، اما مراجعه به دادگاه را لازم نمی‌دانند. اما به هر یک از زن سابق و لاحق این حق را داده است که اگر شوهر به آنها دروغ گفته و فریشتان داده باشد به دادگاه مراجعه و درخواست طلاق کنند.

در کشور مالزی، طبق قوانین برخی از ایالات، مرد برای ازدواج مجدد باید قبلاً از قاضی یا شورای علما اجازه دریافت کند، اما در برخی ایالات چنین محدودیتی برای ازدواج مجدد وجود ندارد. در لیبی، ازدواج مجدد با شرایطی مجاز است. در ماده یک قانون جدید این کشور آمده است: «برای مرد جایز است با یک زن دیگر ازدواج کند اگر دلایل محکمی داشته باشد و با وجود یکی از دو شرط ذیل:

یکم. صدور حکم دادگاه به تجویز نکاح بعدی در نزد دادگاه بخش ویژه در دعوی که به طرفیت زوجه اقامه می‌شود.

دوم. ضمانت اجرای این قانون بطلان ازدواج است و زوجه اول حق اقامه دعوی در این خصوص را دارد.

در قانون کشور یمن، در ماده ۱۲ قانون احوال شخصیه این کشور، آمده: «برای مرد تعدد زوجات تا چهار زن جایز است با تحقق سه شرط: ۱. قدرت بر عدل و گرنه باید به یک زن اکتفا کند؛ ۲. زوج قدرت بر اداره عائله داشته باشد؛ ۳. زن دوم بداند که با غیر او ازدواج کرده است».

در ماده ۳ قانون احوال شخصیه عراق بند ۴ آمده: «ازدواج با بیشتر از یک زن جایز نیست مگر به اجازه قاضی و برای اذن، تحقق دو شرط دیگر لازم است: اینکه برای زوج کفایت مالی باشد که بتواند بیشتر از یک زن را نفقه بدهد. اینکه مصلحت مشروعی وجود داشته باشد». بند ۵: «اگر مرد از ناتوانی در برقراری عدالت بین زنان خوف داشت، تعدد جایز نیست». بند ۶: «هر کس عقد ازدواج با بیش از یک زوجه ببندد برخلاف آنچه در بندهای ۴، ۵ قبلی ماده مقرر شده است، به حبس بیش از ۱ سال یا غرامتی که بیش از ۱۰۰ دینار باشد یا هر دو محکوم می‌شود».

زوجه حق دارد شرط کند که مرد، زن دیگر نگیرد. در چنین حالی اگر شوهر زن دیگر گرفت، زوجه حق دارد تقاضای فسخ نکاح کند.

در قانون احوال شخصیه مراکش، ماده ۳۱، آمده است: «برای زوجه این حق هست که شرط کند مرد، زن دیگر نگیرد و در چنین حالی اگر شوهر زن دیگر گرفت، زوجه حق دارد تقاضای فسخ نکاح کند». همچنین در ماده ۳۰ بیان شده: «برای مرد واجب است وقتی می‌خواهد همسر دیگری اختیار کند به همسر اول اعلام کند و به همسر دوم بگوید که زن دیگری دارد و برای زوجه این حق وجود دارد که شرط کند همسر دیگری نگیرد و اگر مرد چنین کرد پس ادامه زندگی به دست زن است، در صورتی که زن چنین شرطی نکرده باشد می‌تواند نزد قاضی اقامه دعوی کند تا قاضی راجع به ضرری که برای او ایجاد شده، تعیین تکلیف کند و در هر صورت، اگر قاضی خوف ناتوانی در برقراری عدالت بین زوجات را احراز کند، اجازه تعدد زوجات نمی‌دهد».

در ماده ۳۷ قانون احوال شخصیه عمان نیز به شرط عدالت بین زوجین، در ضمن حقوق زن بر شوهر تصریح شده است. همچنین در ماده ۵۹ مقرر شده است که: «مرد نمی‌تواند زنش را وادار کند که با

همسر دومش در یک مسکن بماند، مگر زن رضایت داده باشد و اگر زن رضایت داد و پس از آن برایش موجب ضرر شد، می‌تواند از رضایت خود عدول کند» (شلبی، ۱۳۷۰: ۲۴۵؛ بداعی، ۱۳۸۷: ۲۳۵-۲۵۰).

۱۳. فقیهان مذاهب اسلامی همه اتفاق نظر دارند که در عقد نکاح نه تنها وقوع ایجاب و قبول لفظی ضرورت دارد، بلکه بدون آن رابطه زوجیت ایجاد نمی‌شود و اثری بر آن مترتب نمی‌گردد. بر این مطلب اجماع مستقر است و فقیهان بر بطلان نکاح معاطاتی، یعنی نکاحی که صرفاً به اعلام توافق و تراضی طرفین بسنده شود و فاقد ایجاب و قبول لفظی باشد، نظر داده‌اند و اصولاً یکی از تفاوت‌های نکاح با زناپی که به تراضی انجام شود، همین نکته است؛ چراکه در زنا رضای فعلی محقق است و آنچه موجود نیست، قولی است که شارع آن را سبب حلیت زوجین بر یکدیگر قرار داده است (الزحیلی، ۲۰۰۶: ۶۵۲۵/۹؛ نائینی، ۱۴۱۸: ۱۸۹/۱).

۱۴. بنا بر عقیده جمهور فقیهان اهل سنت، محرماتی که به واسطه نسب و سبب مصاهره حرام می‌شود، در رضاع نیز حرام شناخته شده و جزء محرمات ازدواج است. این محرمات به طور کلی هشت گروه است: ۱. اصول انسان از رضاع و هر چه بالا رود؛ یعنی مادر رضاعی و مادر مادر و مادر پدر رضاعی و مادر مادر هر چه بالا رود؛ ۲. فروع انسان از رضاع و هر چه پایین رود، که شامل دختر رضاعی و دختر دختر رضاعی و دختر برادر رضاعی و دختر خواهر رضاعی و هر چه پایین رود می‌شود؛ ۳. فروع ابوبین از رضاع، که شامل خواهران رضاعی، و دختران برادر و دختران خواهر رضاعی و هر چه پایین رود می‌شود؛ ۴. فروع جد و جدده رضاعی که شامل عمو و عمه خاله و دایی می‌شود؛ ۵. مادر زن و جد او و هر چه بالا رود سوای اینکه زوجه مدخوله باشد یا نشده باشد؛ ۶. زن پدر و زن جدده از رضاع و هر چه بالا رود؛ ۷. زوجه فرزند رضاعی از رضاعی و هر چه پایین رود؛ ۸. دختر زن از رضاع و دختران اولاد او و هر چه پایین رود، مشروط به اینکه زوجه مدخوله باشد (الزحیلی، ۲۰۰۶: ۶۶۳۳/۹؛ الجزیری، ۱۴۰۶: ۶۳؛ شلبی، ۱۳۷۰: ۱۷۸). در نظام حقوقی مصر عمل به اندیشه و انگاره فقیهان حنفی مذهب رویه است. این رویه با اندیشه جمهور فقیهان نیز همسو است. آنها معتقدند هر چه به نسب و سبب حرام می‌شود، به رضاع هم حرام می‌شود؛ اما در قانون احوال شخصیه مصر در ماده ۲۲ مقرر شده: «الف، قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت نسبی است؛ ب) به واسطه رضاع محارم به مصاهره ثابت نمی‌شود». به نظر می‌رسد قانون‌گذار مصری در این باب بر طبق عقیده و نظر فقیهان امامیه عمل کرده و این رأی را اتخاذ کرده است (شلبی، ۱۳۷۰: ۱۸۵؛ بدران، ۱۴۰۹: ۹۴؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۳۲۳/۴).

۱۵. «یعنی دختر زنی که با آن زن مواجهه کرده باشد».

۱۶. «زنانی که زن پسر شخص تلقی شوند».

۱۷ «زنان پدر شخص».

۱۸. ماده ۱ قانون راجع به ازدواج مصوب ۱۳۱۰، ثبت نکردن نکاح را جرم‌انگاری، و مرد را مکلف کرد ظرف بیست روز پس از وقوع ازدواج یا طلاق در محلی ولو غیر از دفترخانه آن را ثبت کند. در سال ۱۳۱۶ این مقرر اصلاح و مهلت بیست‌روزه مذکور حذف و شوهر مکلف به ثبت واقعه در دفاتر رسمی شد. در قانون مجازات اسلامی نیز، در ماده ۶۴۵ ق.م.ا، این مسئله جرم‌انگاری شده بود و

ماده ۶۴۵ مقرر می‌داشت: «به منظور حفظ کیان خانواده ثبت واقعه ازدواج دائم، طلاق و رجوع طبق مقررات الزامی است، چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی مبادرت به ازدواج دائم، طلاق و رجوع نماید به مجازات حبس تعزیری تا یک سال محکوم می‌گردد». ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ نیز ضمانت اجرای کیفری عدول از ثبت نکاح را پیش‌بینی کرد و بر اساس آن «چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی به ازدواج دائم، طلاق یا فسخ نکاح یا پس از رجوع تا یک ماه از ثبت آن خودداری یا در مواردی که ثبت نکاح موقت الزامی است از ثبت آن امتناع کند، ضمن الزام به ثبت واقعه، به پرداخت جزای نقدی درجه پنجم و یا حبس تعزیری درجه هفت محکوم می‌شود. این مجازات در مورد مردی که از ثبت انفساخ نکاح و اعلام بطلان نکاح یا طلاق استنکاف کند نیز مقرر است».

۱۹. در این زمینه فی‌الجمله اتفاق است (نجفی، ۱۴۰۱: ۹۵/۳۱ و ۱۷۰/۲۹). لزوم ولایت در ازدواج مستند به گزاره‌های قرآنی، روایت نبوی و اجماع است. گزاره قرآنی «وَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَزْوَاجُكُمْ لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ» (بقره: ۲۳۲) از جمله گزاره‌هایی است که برای مبرهن کردن این اندیشه به آن استناد شده است. مفسران معتقدند این آیه خطاب به اولیای عقد است. چنانکه اگر آنها حق ولایت در ازدواج نداشتند، از منع ازدواج مجدد با همسران سابق خود نهی نمی‌شدند: «وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَ لَعِبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَ كَلُوا أَعْجَبَكُمْ أَوْلَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَ بَيْنَ أَيْتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ» (بقره: ۲۲۱). به نظر مفسران، این آیه نیز خطاب به اولیای در ازدواج است و نباید به مشرکان مولی‌علیه خود را تزویج کنند. از نظر فقیهان، ولی، گاه پدر و جد پدری است و این دو بر صغیر و صغیره به طور مطلق و کبار در صورت جنون ولایت دارند. در صورتی که مجنون کبیر، پسر داشته باشد، پسرش ولی او است (جصاص، ۱۳۳۵: ۴۸۶/۱؛ الجزیری، ۱۴۰۶: ۵۴؛ سرخسی، ۱۴۲۱: ۲۳۷).

منابع

قرآن کریم.

ابن بابویه قمی (صدوق)، محمد بن علی (۱۳۷۷). *المفنع والهدایة*، تهران: مؤسسه المطبوعات الدینیة، مکتبه الاسلامیة، الطبعة الاولى.

ابن بابویه قمی (صدوق)، محمد بن علی (۱۳۹۰). *من لا یحضره الفقیه*، تهران: دار الکتب الاسلامیة، چاپ اول.

ابن حمزه طوسی، محمد بن علی (۱۴۰۸). *الوسیلة الی نیل الفضیلة*، قم: مکتبه آیه الله المرعشی النجفی، الطبعة الاولى.

ابن رشد اندلسی، احمد بن محمد (۱۴۱۶). *بداية المجتهد والنهائة المقتصد*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، الطبعة الاولى.

ابن عابدین، محمد امین (۱۴۰۶). *رد المختار علی الدر المختار*، کویت: وزارة الاوقاف، الطبعة الاولى.

ابن عابدین، محمد امین (بی تا). *رسائل ابن عابدین*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

ابن فارس، احمد (بی تا). *معجم مقانیس اللغة*، بیروت: مرکز النشر مکتب الاعلام الاسلامی.

ابن قدامه المقدسی، عبدالله (۱۴۰۳). *المغنی*، بیروت: دار الکتب العلمیة، ج ۷.

ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۹۹۷). *لسان العرب*، بیروت: دار صادر للطباعة والنشر، الطبعة الاولى.

ابن نجیم، زین الدین (۲۰۰۲). *البحر الرائق شرح کنز الدقائق*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

أبو زهرة، محمد (۱۹۵۸). *محاضرات فی عقد الزواج وآثاره*، مصر: مطبعة مخیمر.

ابوزهرة، محمد (۱۹۶۳). *الاحوال الشخصية: قانون الاحوال الشخصية المصری*، قاهرة: دار الفكر العربی.

انصاری، مرتضی (۱۴۱۵). *کتاب النکاح*، قم: مؤسسه باقری.

باجوری، جمال محمد فقی رسول (۱۹۸۶). *المرأة فی الفكر الاسلامی*، عراق: بی نا، ج ۲.

بدای، فاطمه (۱۳۸۷). «ازدواج مجدد در کشورهاى اسلامى»، *مطالعات راهبردی زنان*، دوره ۱۰،

ش ۴۰، ص ۲۳۵-۲۵۰.

بدران، ابوالعینین بدران (۱۴۰۹). *الفقه المقارن للاحوال الشخصية بین المذهب الاربعة والمذهب*

الجعفری والقانون، بیروت: دار النهضة.

جزیری، عبدالرحمن (۱۴۰۶). *الفقه علی مذاهب الاربعة*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، الطبعة التاسعة.

جصاص، احمد ابن علی (۱۳۳۵). *احکام القرآن*، بیروت: مطبعة الاوقاف الاسلامیة فی دار الخلافة العلیة،

الطبعة الاولى.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۴). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ

پانزدهم.

ظرفیت‌های فقه و حقوق خانواده در همگرایی حقوقی جهان اسلام / ۳۵

جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۹۹۰). *الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربیة*؛ بیروت: دار العلم للملایین، الطبعة الرابعة، ج ۱.

جهانگیر، منصور (۱۳۹۵). *قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: دوران، چاپ صد و هفدهم، ۱۳۹۵.

حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۰). *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، بیروت: دار احیاء التراث العربیة.

حکمت‌نیا، محمود (۱۳۸۸). *فلسفه حقوق خانواده*، تهران: شورای فرهنگی و اجتماعی زنان، چاپ دوم، ج ۱.

حلی، احمد بن محمد (۱۴۱۲). *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی. حلی، جعفر بن حسن (۱۳۷۰). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم: مؤسسه اسماعیلیان. حلی، حسن بن یوسف (بی تا). *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الامامیة*، مشهد: مؤسسه طوسی، چاپ سنگی.

دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۳). *لغت‌نامه*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول. رملی مصری، محمد ابن ابی العباس (بی تا). *نهایة المحتاج فی شرح المنهاج*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

زبیدی، محمد بن محمد (۱۴۱۱). *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت: منشورات مکتبه الحیاء. زحیلی، وهبه (۱۴۱۸). *الفقه الاسلامی و ادلته*، دمشق: دار الفکر المعاصر، ج ۷. زحیلی، وهبه (۱۴۲۰). *الاسرة المسلمة فی العالم المعاصر*، دمشق: دار الفکر. ساکت، محمد علی (۱۳۸۷). *حقوق شناسی: دیباچه‌ای بر دانش حقوق*، تهران: نشر ثالث. سباعی، مصطفی (۱۴۱۷). *شرح قانون الاحوال الشخصية؛ قانون الاحوال الشخصية السورية (۱۹۵۳ و ۱۹۷۵)*، بیروت: المکتب الاسلامی.

سبحانی، جعفر (۱۴۱۷). *نظام النکاح فی الشریعة الاسلامیة الغراء*، قم: مؤسسه الامام الصادق (ع)، الطبعة الاولى.

سلار دیلمی، حمزة بن عبد العزیز (۱۴۱۰). *مراسم، چاپ شده در: سلسله الینابیع الفقھیة*، بیروت: مؤسسه فقه الشیعة و الدار الاسلامیة.

سرخسی، محمد ابن ابی سهل (۱۴۲۱). *المبسوط*، بیروت: دار الفکر، الطبعة الاولى. الشرنباوی، رمضان علی السید (۲۰۰۶). *احکام الاسرة فی الفقه الاسلامی والقانون والقضاء فی مصر و لبنان*، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیة.

شلبی، محمد مصطفی (۱۳۷۰). *احکام الاسرة فی الاسلام: قانون الاحوال الشخصية لبنان*، بیروت: دار النهضة العربیة.

شوکانی، محمد بن علی (۱۳۵۷). *نبیل الاوطار شرح متنی الاخبار*، مصر: مطبعة العثمانیة.

طباطبای، محمد حسین (۱۴۱۷). *المیزان فی تفسیر القرآن*، بیروت: مؤسسة الاعلمی للمطبوعات، الطبعة الاولى، ج ۴.

طریحی، فخر الدین (۱۴۱۶). *مجمع البحرین*، تهران: مؤسسة البعثة.

طوسی، محمد بن الحسن (۱۳۸۷). *المبسوط*، تهران: المكتبة المرتضوية.

طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷). *الخلافة فی الأحكام*، قم: انتشارات جامعه مدرسین حوزة علمیه قم.
عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۰۳). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، الطبعة الاولى.

علم الهدی، سید مرتضی (۱۳۹۱). *الانتصار*، نجف: منشورات المطبعة الحیدریة.

غزالی، محمد (۱۳۵۱). *احیاء علوم الدین*، تهران: بنیاد فرهنگ ایران.

فاضل، مقداد (۱۳۶۵). *الباب الحادی عشر للعلامة الحلّی*، مع شرحه النافع یوم الحشر، لمقداد بن عبدالله السیوری و مفتاح الباب لابی الفتح بن مخلدوم حسینی، تصحیح: محقق مهدی، طهران: بی نا.

فخر رازی، محمد بن عمر (۱۳۷۱). *تفسیر کبیر مفاتیح الغیب*، تهران: اساطیر، چاپ اول، ج ۱۰.
فخری، جمیل محمد جانم (۲۰۰۹). *مقومات عقد الزواج: قانون الاحوال الشخصية الاردنی (۱۹۷۶)*، اردن: دار الحامد للنشر.

فیض کاشانی، ملا محمد محسن (۱۳۸۳). *المحجة البيضاء فی تهذیب الاحیاء*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

فیومی مقری، احمد بن محمد (۱۴۰۵). *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر*، قم: دار الهجرة.

فیومی مقری، احمد بن محمد (بی تا). *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی*، قم: دار الرضی.

قاسم، محمد حسن (۲۰۱۲). *المدخل لدراسة القانون*، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

القاسم، هشام (۱۹۶۵). *المدخل الى علم الحقوق*، دمشق: مطبعة الانشاء.

قانون الاحوال الشخصية المغربي، الصادر باسم مدونه الاحوال الشخصية المغربي، لسنة ۱۹۵۷ م.

قانون الاحوال الشخصية الكويتی، قانون رقم ۵۱ لسنة ۱۹۸۴ فی شأن الأحوال الشخصية (۱۹۸۴).

قانون مجله احوال شخصیه تونس (۱۹۵۶). *مجلة واجبات الطبيب في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية (اصلاحات ۱۹۹۳)*.

قرطبی، محمد بن احمد (۱۴۰۵). *الجامع لاحكام القرآن*، بیروت: دار الکتب العلمیة، الطبعة الاولى.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷). *فلسفه حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ج ۱.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰). *مقدمه علم حقوق*، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). *قانون مدنی در نظم کنونی*، تهران: نشر میزان، چاپ یازدهم.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). *حقوق خانواده*، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.

کاشانی، ابوبکر بن مسعود (۱۳۷۷). *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

کرکی، علی بن حسین (۱۴۰۸). *جامع المقاصد*، قم: آل البيت، چاپ اول، ج ۱۲.

کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷). *الکافی*، تهران: الاسلامیة، الطبعة الرابعة.

ظرفیت‌های فقه و حقوق خانواده در همگرایی حقوقی جهان اسلام / ۳۷

محمد، محمد عبدالجواد (۲۰۰۱). *النظور فی المملكة العربية السعودية، اسكندرية: المعارف*.
قانون احوال شخصية مغرب (مصوب ۱۹۵۷). الصادر باسم مدونه الاحوال الشخصية المغربية (اصلاحات
سال ۲۰۰۴).

مروج، حسین (۱۳۷۹). *اصطلاحات فقهی، قم: نشر بخشایش*.
مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۳). *المقنعة، قم: مكتب الاعلام الاسلامی، المؤتمر العالمی لالفیة الشيخ
المفید، الطبعة الاولى*.

موسوی بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹). *القواعد الفقهية، قم: نشر الهادی*.
نائینی، محمدحسین (۱۴۱۸). *منية الطالب، تقریرات موسی خوانساری، قم: مؤسسه نشر اسلامی*.
نجفی، محمد حسن (۱۴۰۱). *جواهر الكلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی،
ج ۳۰*.

نسائی، احمد بن علی (۱۴۱۱). *سنن النسائی، بشرح الحافظ جلال الدين السيوطی، بیروت: دار الکتب
العلمية، الطبعة الاولى*.
وافی، علی عبد الواحد (۱۹۶۰). *بيت الطاعة و تعدد الزوجات والطلاق فی الاسلام، قاهره: مؤسسة
المطبوعات الحديثة*.

پیش درآمدی مقایسه‌ای بر حقوق مسئولیت مدنی در روابط زوجین

سید مهدی دادمرزی*

[تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۴/۰۴؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۵/۳۰]

چکیده

به طور کلی بحث مسئولیت مدنی در روابط زوجین از مباحث بکر در حقوق مسئولیت مدنی ایران است. در این مقاله با نگاهی مقدماتی و کلی به این مسئله، اهمیت این موضوع را نشان می‌دهیم و قابلیت مطرح کردن این موضوع را حتی در خصوصی‌ترین روابط زن و شوهر تبیین می‌کنیم. همچنین با معرفی پاره‌ای از مفاهیم مربوط به بحث، مبانی مسئله را بیان می‌کنیم. در این خصوص، برای اولین بار «دکترین مصونیت و در واقع، ممنوعیت اعضای خانواده از طرح دعوی مسئولیت مدنی (قهری) علیه یکدیگر» را که میراث حقوق کامن‌لا است، مطرح می‌کنیم. به‌ویژه این نظریه در دو نظام حقوقی آمریکا و انگلستان بسیار مطرح است که نشان دادیم آثار و حتی خود دکترین مذکور هنوز در انگلستان و آمریکا پابرجا است. به هنگام تبیین موضع حقوق داخلی مبنی بر پذیرفته‌نبودن این نظریه و مبانی آن در عین شناسایی نقش آموزه‌های اخلاقی در قلمرو حقوق مسئولیت مدنی و معرفی مصادیقی از این تأثیر در فقه امامیه، به ریشه مغفول‌مانده مسئله در حقوق غربی پرداخته‌ایم و آن را عبارت از فقدان شناسایی تاریخی مالکیت زن و توجه دانسته‌ایم.

کلیدواژه‌ها: مسئولیت مدنی، ضمان قهری، مسئولیت غیرقراردادی، حقوق خانواده، خطای مدنی، دکترین مصونیت.

مقدمه

بحث از مسئولیت مدنی در مختصات امروزی آن از شاخه‌های مهم حقوق مدنی به شمار می‌رود، به طوری که گفته شده: «شکوفاشدن نظام سرمایه‌داری و پیشرفت حیرت‌آور صنایع باعث شده است که مسئولیت مدنی مقام ممتاز و ویژه‌ای به دست آورد» (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۶). از جوانه‌های نورسته بر این شاخه، مباحث مسئولیت مدنی به صورت مضاف آن است که اغلب در فضای پس از انقلاب اسلامی در بستر تحصیلات تکمیلی رخ نموده است؛ به طوری که اکنون عناوین مضافی چون مسئولیت مدنی پزشکان، مسئولیت مدنی مهندسان، مسئولیت مدنی شهرداری‌ها، مسئولیت مدنی مربیان، مسئولیت مدنی دلان، مسئولیت مدنی وکلای دادگستری و حتی مسئولیت مدنی دولت، جای خود را در اندوخته‌های دانش حقوقی و به تبع آن در ادبیات حقوقی ما باز کرده است.

یکی از مصادیق مربوط به مسئولیت مدنی به صورت مضاف «مسئولیت مدنی زوجین» است که در واقع بازتاب مطرح‌شدن مباحث مسئولیت مدنی در عرصه خانواده به شمار می‌آید و از فرط تازگی هنوز به گونه‌ای فراگیر وارد حقوق خانواده ما نشده است.^۱ از دلایل اصلی که بحث از مسئولیت مدنی در قالب‌های مضاف آن را توجیه می‌کند و بسنده کردن به قواعد عمومی باب مسئولیت مدنی درباره آنها را احتمالاً ناکافی جلوه می‌دهد - گذشته از تطبیق پاره‌ای مقررات خاص و حتی شاید قواعد ویژه مسئولیت مدنی بر فروع این دست مباحث، تعدیل قوانین حاکم بر آنها و ایجاد زمینه پیدایش رشته‌های جدید از رهگذر تعمیق مباحث به صورت جزئی‌تر - این است که نشان دهیم مقررات حقوقی ایران در عرصه حقوق مسئولیت مدنی غنای درخور توجهی دارند و ضوابط حق‌محور آن در قلمرو خانواده به صورت خاص درخور توجه است (نک: صفایی، ۱۳۸۶: ۲۴۸؛ وحدتی شبیری، ۱۳۸۵: ۱۳۷-۱۴۴).

زمینه‌های قابل بحث درباره حقوق مسئولیت مدنی خانواده چندان گسترده است که حتی به عرصه روابط کاملاً خصوصی زوجین هم کشیده می‌شود؛ به طوری که اگر از این زاویه به توصیه‌های اخلاقی و الزامات قانونی که شرع مقدس اسلام برای روابط جنسی زوجین بیان کرده نظری بیفکنیم، متوجه می‌شویم که این امر تا چه اندازه در استحکام یا فروپاشی خانواده نقش بزرگی دارد (نک: بستان، ۱۳۸۸: ۲۵-۳۱ و ۲۴۵-۲۵۵؛ حق‌شناس، ۱۳۸۸: ۱۱۶؛ قانلی، ۱۳۸۹: ۱۱۳؛ حکیم و زاهدی‌فر، ۱۳۸۹).

از مباحث بنیادین و قابل طرح در عرصه حقوق مسئولیت خانواده- مانند فلسفه این نحو مسئولیت مدنی و میزان کاربرد مبانی عمومی و قواعد عام مسئولیت مدنی در عرصه خانواده- که بگذریم، مباحث مصداقی مسئولیت مدنی در حقوق خانواده که عمدتاً ناشی از اعمال حقوق و تکالیف زوجین است، می‌تواند به فربهی علمی این شاخه از حقوق کمک کند. البته در این رشته بررسی‌ها باید توجه داشت که مفهوم «خانواده» به «زوجه» تقلیل نیابد؛ اتفاقی که در همان تعداد ناچیز منابع ذکرشده به عیان رخ داده است. نویسنده عقیده دارد تأویل‌بردن «خانواده» به «زن» یا «زوجه» اگرچه بازتاب محرومیت تاریخی جنس مؤنث است، باید توجه داشت که اولاً این محرومیت با مختصات و مطالبات امروزی آن از نوع فریادهای وارداتی است که مربوط به درد حاصل از ظلم به زن در آن سوی آب‌ها است و ترویج آن در ادبیات حقوقی ما به مثابه گرفتن نبض بیماری دیگر به جای بیمار در حال معالجه است که به تجویز نادرستی می‌انجامد و ثانیاً محدودکردن خانواده و حقوق آن به زن یا زوجه در نهایت نه مصلحت خانواده را تأمین می‌کند، نه زن یا زوجه را و در واقع، تشویق به شوراندن عضوی از خانواده علیه عضوی دیگر و حتی خود آن عضو و در نهایت خود خانواده است.^۲

۱. مفاهیم و مبانی

مسئولیت مدنی (civil liability) را تکلیف شخص در جبران زیان واردشده به غیر معرفی کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۱۰؛ صفایی، ۱۳۸۳: ۵). مسئولیت مدنی به معنای فوق به دو شعبه مهم تقسیم شده است: مسئولیت مدنی قراردادی و مسئولیت مدنی خارج از قرارداد (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۱۶). مسئولیت مدنی خارج از قرارداد را مسئولیت مدنی غیرقراردادی یا ضمان قهری نیز نامیده‌اند (صفایی، ۱۳۸۳: ۵ و ۶)، چنانکه مسئولیت تقصیری یا همان مسئولیت مبتنی بر تقصیر نیز درباره آن به کار رفته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۶۴۵). در قانون مدنی هم عنوان صدر ماده ۳۰۱ در قالب «الزامات بدون قرارداد» برای رساندن همان معنا انتخاب و در ادامه از تعبیر «ضمان قهری» استفاده شده است. پس درست است اگر بگوییم در فقه و به تبع آن در قانون مدنی ما، مسئولیت خارج از قرارداد را ضمان قهری نامیده‌اند (ماده ۳۰۷ ق.م.) (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۶۴۳). در مسئولیت

قراردادی، تکلیف به جبران خسارت، ناشی از قرارداد و در مسئولیت خارج از قرارداد، ناشی از قانون دانسته شده است.

به نظر می‌رسد در ادبیات حقوقی ما، هر گاه تعبیر «مسئولیت مدنی» به صورت مطلق به کار رود بیشتر مسئولیت غیرقراردادی یا همان ضمان قهری مراد است (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۱). بعضی استادان از این هم فراتر رفته، مسئولیت غیرقراردادی یا همان ضمان قهری را دارای دو معنای عام و خاص می‌دانند: مسئولیت مدنی غیرقراردادی به معنای عام، موضوع ماده ۳۰۷ ق.م. است که مسئولیت ناشی از استیفا و غصب را در کنار اتلاف و تسبیب شامل می‌شود؛ اما در معنای خاص آن فقط اتلاف و تسبیب را در بر می‌گیرد (صفایی، ۱۳۸۷، جزوه دست‌نویس دکتری).

امروزه مسئولیت مدنی غیرقراردادی یا همان ضمان قهری را معادل انگلیسی tort در حقوق کامن‌لا (common law) قرار می‌دهند. از دید یکی از استادان برجسته حقوق مسئولیت مدنی، معنای کلمه tort عبارت است از «عمل نامشروع زیان‌آور؛ خواه عمدی باشد یا غیرعمدی به شرط آنکه نقض قرارداد نباشد» (صفایی، ۱۳۸۳: ۶) و شاید گویاتر باشد اگر به آن اضافه کنیم: جرم هم نباشد.

از آنجا که کلمه tort از واژه یونانی tortus به معنای خطا (wrong) مشتق شده است، در حقوق فرانسه هم tort به همان معنای خطا در حقوق مدنی است، با این تفاوت که فرانسوی‌ها واژه delict به معنای خلاف را برای رساندن همان معنا به کار می‌برند. از مهم‌ترین تفاوت‌های ذکر شده میان tort در حقوق انگلیس و delict در حقوق فرانسه، که به نوعی معرف تفاوت اساسی دو سیستم کامن‌لا و رومی‌ژرمنی هم هست، این است که اولی را محصول حقوق عرفی و امروزه تا اندازه‌ای حقوق مدون می‌دانند، در حالی که دومی را محصول انحصاری حقوق مدون به شمار می‌آورند (همان).

نگارنده معتقد است بی‌توجهی به تفاوت میان واژه «خطا» در جایی که در برابر «عمد» به کار می‌رود با واژه «خطا» به معنای «عمل نامشروع» باعث شده است در کتاب‌های حقوقی ما، به شرحی که در فوق آمد، ترجمه tort به «خطای مدنی» را دقیق ندانند و «عمدی بودن» یا «غیرعمدی بودن» را به آن اضافه کنند، در حالی که مراد از tort عمل نامشروعی است که به معنای خروج از متعارف است، ولی لزوماً جرم نیست.

«مسئولیت مدنی» در معنای عام آن در برابر «مسئولیت کیفری» قرار می‌گیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۶۴۵). مقصود از مسئولیت کیفری نیز الزام به تحمل مجازات کیفری است (صفایی، ۱۳۸۳: ۵). تفاوت قائل شدن میان مسئولیت مدنی و کیفری، به‌ویژه در گذشته، چندان مشکلی نداشته است (همان). امروزه نیز با آنکه تفاوت‌هایی را از جنبه‌های مختلف میان این دو نوع مسئولیت بر شمرده‌اند (نک: همان: ۸؛ کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۱۳ و ۱۴؛ سنهوری، ۱۳۸۴: ۶ و ۷)، ارتباط آنها به گونه‌ای است که می‌توان نسبت میان این دو نوع مسئولیت را عام و خاص من‌وجه دانست و در واقع اذعان کرد که میان مسئولیت مدنی و کیفری تعارض وجود ندارد؛ به طوری که ممکن است هر دو در یک عمل به نحو هم‌زمان جمع شوند، مانند جرم‌های قتل، سرقت، ضرب و جرح عمدی، تصادف جرحی و خیانت در امانت که در آنها علاوه بر مجازات کیفری، زیان‌های مالی خصوصی نیز باید جبران شود. چنانکه امکان دارد عملی جرم نباشد، ولی موجب مسئولیت مدنی شود، مانند تصرفات خارج از حد متعارف همسایه که به زیان همسایه دیگر تمام شود یا اتلاف غیرعمدی مال غیر، مثل اتلاف مال دیگری در خواب. بالأخره احتمال دارد عملی جرم باشد، ولی منجر به مسئولیت مدنی نشود، مانند لگردی یا پاره‌ای از جرایم سیاسی (صفایی، ۱۳۸۳: ۸؛ کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۱۳ و ۱۴؛ سنهوری، ۱۳۸۴: ۶ و ۷).

توجه به این مسئله از این‌رو اهمیت دارد که تعدادی از عناوین قابل طرح حول محور مسئولیت مدنی زوجین، مانند پاره‌ای از مصادیق تعینف الزوجه در هنگام آمیزش جنسی، افضا، خشونت خانگی و اموری از این دست، در مقررات کیفری ما عناوینی مجرمانه‌اند؛ لذا ممکن است بحث از آنها به عنوان مباحث مسئولیت مدنی، خلط مبحث قلمداد شود! در حالی که وجود رابطه تنگاتنگ میان این دو نوع مسئولیت از لحاظ تاریخی و نیز قلمرو کنونی، به شرحی که گفته شد، می‌تواند توجیه مناسبی در این زمینه باشد؛ به‌ویژه اینکه در قانون مجازات اسلامی راجع به اموری از این دست، دیه پیش‌بینی شده است که کیفر محض دانستن آن نزد صاحب‌نظران محل تردید جدی است، شاید هم نظر درست‌تر این باشد که با وجود تعیین دیه برای ارتکاب اعمال یادشده، از آنجا که این «دیه» همچون «خسارت» به زیان‌دیده است که پرداخت می‌شود، به غرامت نزدیک است تا مجازات کیفری؛ یا حداقل بگوییم هر دو جنبه را دارد (صفایی، ۱۳۸۷، جزوه دست‌نویس دکتری).

اهمّ اصول موضوعه بحث چنین است: مبنای مسئولیت در فقه و قانون مدنی ما خطر است که بر اساس آن لازم است فقط رابطه سببیت و ضرر اثبات شود، نه تقصیر؛ در این میان عامل تقصیر فقط در احراز رابطه سببیت نقش آفرین است؛ و نظام واحدی بر هر دو نوع مسئولیت قراردادی و قهری حاکم است؛ عمل یا ترک فعل موضوع مسئولیت مدنی غیرقراردادی می‌تواند موضوع مجازات کیفری نیز قرار گیرد، چنانکه می‌تواند پیوندهایی را با قرارداد نیز داشته باشد؛ و بالأخره اصول و قواعد عام مسئولیت مدنی علی‌الاصول در روابط زوجین و قلمرو حقوق خانواده حاکم است.

۲. مسئولیت مدنی زوجین در قبال یکدیگر در حقوق کامن‌لا (دکترین مصونیت)

در حقوق کامن‌لا، یک نظریه مهم حقوقی وجود دارد که به موجب آن اعضای خانواده از طرح دعوی مسئولیت مدنی علیه یکدیگر ممنوع شده‌اند. این دکترین با عبارت‌های مختلفی گزارش شده است، از جمله:

- «دکترین مصونیت در روابط درون‌خانوادگی» (doctrine of immunity in intra-familial relations) (Sinal & Shmueli, 2009: 106).

- «دکترین مصونیت از حیث مسئولیت مدنی در روابط زن و شوهری» (doctrine of inter spousal tort immunity) (Connecticut Judicial Branch Law Libraries, 2008).

در پاره‌ای از منابع، اصل ناممکن‌بودن طرح دعوی مسئولیت مدنی از جانب زوجین علیه یکدیگر، ناشی از دکترین دیگری با عنوان «دکترین وحدت حقوقی زن و شوهر» (the doctrine of the unity of legal personalities of husband and wife) دانسته شده است (Family Law- Tot", Britannica Encyclopedia, 2010). نویسنده‌ای دیگر دکترین محل بحث را برخاسته از فرضی قانونی معرفی می‌کند که به موجب آن زن و شوهر از هویتی واحد برخوردارند (Connecticut Judicial Branch Law Libraries, 2008).

به نظر می‌رسد چون به حسب اصطلاح و آثار مترتبه نمی‌توان پیوند زن و شوهر در اثر ازدواج را به‌وجودآورنده شخصیت حقوقی مستقل از زوجین به شمار آورد یا آن را فرضی قانونی در سیاق سایر فروض قانونی قلمداد کرد، به ذهن خطور می‌کند که هدف از تعبیر یادشده، اشاره به مفهومی اخلاقی است که با ازدواج معنا پیدا می‌کند و زن و شوهر را به مثابه دو روح در یک کالبد قرار می‌دهد.

آنچه این برداشت را تقویت می‌کند تصریح به این نکته است که دکترین محل بحث، متخذ از یکی از آیات کتاب مقدس در کتاب پیدایش (۲: ۲۴) است که می‌گوید: «و به این دلیل است که یک انسان، پدر و مادر خود را ترک و با همسرش متحد می‌شود و آن دو با هم یک هویت را تشکیل می‌دهند» (Sinal & Shmueli, 2009: 107). با این حال توجه به پیشینه این مطلب نشان می‌دهد که تعبیر مذکور فراتر از تعبیری اخلاقی است و بار حقوقی خاصی را با خود حمل می‌کند. توضیح مطلب اینکه، در قرون وسطا، به واسطه ازدواج، بر اساس «اصل وحدت» (unity)، زن و شوهر از نظر حقوقی یک شخص می‌شدند؛ یعنی وجود و هستی واقعی و حقوقی زن به واسطه ازدواج به هستی مرد وابسته می‌شد یا حداقل با آن درمی‌آمیخت و متحد می‌شد. زن هر کاری را در زیر چتر او و تحت حمایت و پوشش او انجام می‌داد. تمام حقوق قانونی، تعهدات و محجوریتی که هر یک از آنها در پی ازدواج به دست می‌آورد، مبتنی بر همین قاعده وحدت شخصیت زن و مرد بود. بر اساس این قاعده، هر دعوایی که به واسطه فعل یا ترک فعل یکی از زوجین مطرح می‌شد، لازم بود علیه هر دوی آنها متفقاً مطرح شود و اگر یکی از زوجین می‌خواست علیه ثالثی طرح دعوا کند، لازم بود با همسر خود، متفقاً اقدام به طرح دعوا کند. این قاعده در قرن نوزدهم محل توجه قرار گرفت، اما هیچ‌گاه نتوانست به عنوان یکی از قواعد اصیل کامن‌لا، مقبول واقع شود. رویه قضایی دادگاه‌های انگلیس نیز قاعده وحدت شخصیت را نپذیرفته است. در دعوایی که علیه یک زن و مرد به اتهام توطئه مطرح شده بود، آنها در دفاع از خود ابراز داشتند که لازمه ارتکاب توطئه، وجود دو شخص است و با توجه به اینکه طبق قاعده وحدت شخصیت، زن و شوهر دارای یک شخصیت حقوقی هستند، اتهام توطئه نمی‌تواند درباره آنها صدق کند. اما این استدلال آنها رد شد، با این استدلال که: این قاعده امروزه متروک شده است و هم در عمل و هم در قانون، زن و شوهر، دو شخص به حساب می‌آیند، نه یک شخص. نظریه وحدت بدون شک در اصل مربوط به کتاب مقدس بود، اما در زمانی که دلیلی شد برای وابسته کردن اراده زن، مظهر مردسالاری به شمار آمد (نک: فخاری، ۱۳۹۰: ۴۰ به نقل از: Bromleys, 2007: 107).

نکته مهم دیگر اینکه دکترین یادشده محدود به روابط زن و شوهر نبوده و شامل اولاد نیز می‌شود؛ از این رو گاه از اصطلاح «خانواده» برای معرفی این دکترین استفاده

شده است، نه زوجین. در پاره‌ای منابع هم تصریح شده است که به موجب دکترین مصونیت، اعضای خانواده از طرح دعوای مسئولیت مدنی علیه یکدیگر ممنوع بوده‌اند (The Lectric Law Librarys, 2010). با این وصف اگر بتوان مفهوم خانواده گسترده را در موضوع دکترین محل بحث به کار برد، محدوده این دکترین وسیع‌تر از این هم می‌شود؛ ولی قدر متیقن منظور از آن خصوص روابط زوجین و حداکثر اولاد آنها است.

مطابق دکترین مصونیت به عنوان میراث حقوق سنتی کامن‌لا، اعضای خانواده از طرح دعوای tort علیه یکدیگر به طور کامل ممنوع بوده‌اند. توجهی به این بود که اجازه‌دادن به اعضای خانواده برای طرح دعوای مسئولیت مدنی علیه یکدیگر منجر به گسست خانواده می‌شود (همان). این دیدگاه به جنبه اخلاقی دکترین محل بحث اشاره دارد. علاوه بر این، از بعد امکان ثبوتی نیز گفته شده است زن و شوهر به واسطه ازدواج هویت واحدی پیدا می‌کنند و شخص نمی‌تواند علیه خودش اقامه دعوا کند (Sinal & Shmueli, 2009: 106-107). بنابراین وقتی در بعضی نوشته‌ها می‌خوانیم که: «طرح دعوای مسئولیت مدنی میان زن و شوهر، هم اخلاقاً و هم تصوراً، قابل مناقشه است» (Connecticut Judicial Branch Law Libraries, 2008) به دو جنبه یادشده اشاره دارد. از دلایل دیگری که در توجهی به این دکترین به آنها اشاره شده، عبارت‌اند از:

- حفظ انسجام و هماهنگی خانواده؛
- جلوگیری از شکسته‌شدن سد دعوای گوناگون در میان اعضای خانواده؛
- جلوگیری از طرح دعوای واهی و مبتنی بر تبانی اعضای خانواده علیه شرکت‌های بیمه و در نتیجه داراشدن خانواده به حساب شرکت (Shmueli, 2010: 11-18).

امروزه دلایل یادشده همچنان در کشاکش اندیشه‌های فردگرایانه (Individualistic approach) و خانواده‌گرایانه (Family-collectivist approach) در معرض رد و قبول صاحب‌نظران قرار دارند؛ مثلاً در نقد دلیل مربوط به جلوگیری از گسست خانواده گفته شده است که وقتی دعوای مسئولیت مدنی از جانب اعضای خانواده علیه یکدیگر مطرح می‌شود، حکایت از گسستی دارد که سابقاً در خانواده رخ داده و دیگر نباید جلوگیری از چیزی را که محقق شده است بهانه ممنوعیت یادشده قرار داد (The Lectric Law Librarys, 2010).

دکترین مصونیت در انگلستان از سال ۱۹۶۲ و با تصویب قوانین خاصی، به‌ویژه در زمینه به رسمیت شناختن حق مالکیت برای زنان، لغو شد؛ مثلاً در متن بند ۱ ماده ۲ قانون همچنان معتبر اصلاح حقوق زن و شوهر (Law Reform Husband and Wife Act) مصوب ۱۹۶۲ در اسکاتلند، به عنوان کشوری معرف حقوق انگلستان، چنین آمده است: «بر اساس مقررات این ماده، هر یک از اطراف عقد نکاح در اقامه دعوا علیه یکدیگر در ارتباط با عمل نامشروع یا بی‌مبالاتی یا ترک فعل یا ممانعت از عمل نامشروع، از حقوق مشابهی به مانند کسی که ازدواج نکرده است برخوردارند»^۳ (scottish law commission, 1992).

با این حال حقوق انگلستان بقایای این دکترین را تا امروز حفظ کرده است، به طوری که به دادگاه‌های انگلستان این اختیار داده شده که رسیدگی به دعاوی مسئولیت مدنی زوجین علیه یکدیگر را برای حفظ انسجام خانواده و جلوگیری از فروپاشی آن متوقف کنند (Sinal & Shmueli, 2009: 107). از این رو در بند دوم از همین ماده قانونی، به قاضی دادگاه اختیار داده شده است که چنانچه در هر یک از مراحل رسیدگی به دعاوی محل بحث، تشخیص دهد که ادامه دادرسی نفع اساسی برای هیچ یک از اطراف نکاح در پی ندارد، از ادامه رسیدگی خودداری ورزد^۴ (Scottish Law Commission, 1992). البته سمت و سوی پیشنهادهای قانونی، محدودکردن این اختیار قضات در قوانین خاص و حتی حذف کلی آن است. از باب نمونه، بند اخیر در خصوص قانون سال ۱۹۸۲ اسکاتلند راجع به حمایت از خانواده (Matrimonial Homes (Family Protection) (Scotland) Act 1981) اعمال نمی‌شود و حتی کمیسیون حقوقی مجلس اسکاتلند طی گزارشی در سال ۱۹۹۲ حذف بند ۲ آن را رسماً پیشنهاد کرده است (همان).

در حقوق سنتی آمریکا، به واسطه تبعیت از نظام حقوقی کامن‌لا، در این زمینه وضعیتی مشابه انگلستان دارد. از نگاه حقوق‌دانان آمریکایی نیز هماهنگی خانواده و آسایش اعضای آن ارزش‌های برینی است که مانع طرح دعوی زوجین یا اولاد آنها علیه یکدیگر است، اما با آغاز قرن بیستم، دکترین مصونیت در بسیاری از ایالت‌های آمریکا لغو شد (Sinal & Shmueli, 2009: 108)؛ به‌ویژه بعد از تصویب قوانین مربوط به مالکیت زنان ازدواج‌کرده در آغاز دهه ۱۹۴۰ (Shmueli, 2010: 12).

امروزه در آمریکا طرح دعاوی Tort از ناحیه زوجین علیه یکدیگر تابع قواعد عمومی است؛ با این حال در تمامی ایالات آمریکا یکسان عمل نمی‌شود (Sinal & Shmueli, 2009: 108). اگر بخواهیم بیان دقیق‌تری در این باره داشته باشیم باید اضافه کنیم که هم‌اکنون در حدود نیمی از ایالات آمریکا، مقامات قضایی یا قوه مقننه دکتترین فوق را به طور کامل نسخ کرده‌اند و تمایل عمومی به نسخ آن است (Ibid.: 122). از دلایل قابل ذکر برای این نسخ، مغایرت دکتترین مصونیت با یکی از اصول قانون اساسی آمریکا اعلام شده است؛ با این توضیح که حفظ دکتترین مزبور می‌تواند تضمین مقرر در قانون اساسی در ارتباط با حمایت برابر در قبال قانون را مخدوش کند و زوجین را از این تضمین محروم سازد. با این وصف، باز هم بسیاری از دادگاه‌های آمریکا در برخی ایالات این دعاوی را به‌آسانی نمی‌پذیرند (Shmueli, 2010: 13-14).

البته به طور معمول در آمریکا دعاوی مسئولیت مدنی زوجین علیه یکدیگر، مستقل از سایر دعاوی خانوادگی، مانند طلاق و فسخ نکاح، قابل طرح است؛ ولی دادگاه‌های ایالات آلاباما، جورجیا، نوادا، نیویورک و تنسی اجازه می‌دهند و حتی این روند را تشویق می‌کنند که دعاوی مسئولیت مدنی زوجین در ضمن دعاوی خانوادگی مطرح شود و حتی در ایالت نیوجرسی الزامی است. همچنین امروزه حتی بعضی ایالات آمریکا به دکتترین مصونیت وفادار مانده‌اند، به طوری که رویه قضایی شده، در آریزونا، دلاویر، ایلینویز، هاوایی، لوآ، لوئیزیانا، میسوری، اوهایو، تگزاس، اوتا، ویومینگ و واشنگتن دی سی، طرح دعاوی مسئولیت مدنی اعضای خانواده علیه یکدیگر را ممنوع می‌دانند، اگرچه حالت‌های خطای عمدی (intentional tort) را استثنا کرده‌اند (The Lectric Law Librarys, 2010).

۳. موضع حقوق داخلی

از دید فقه امامیه، به عنوان منبع اصلی مواد قانون مدنی به‌ویژه در حوزه حقوق خانواده، نکاح با تعابیر مختلفی به عبادات ملحق شده است (کرکی، ۱۴۱۴: ۱۱/۱۲ و ۸۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۳۳۵/۵؛ همو، ۱۴۱۳: ۱۰/۷) و اساس عبادت را هم قصد تقرب به پروردگار متعال تشکیل می‌دهد (اشتهاردی، ۱۴۱۷: ۳۰۶/۱۴). بر اساس چنین تحلیلی است که فقهای عظام شیعه از تسری دادن کامل احکام باب معاملات، به‌خصوص باب نکاح، پرهیز کرده و بر این طرز تلقی ثمرات مهم حقوقی نیز بار کرده‌اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۵۴/۷؛ بحرانی،

۱۴۰۵: ۱۸۴/۲۳؛ عاملی، ۱۴۱۹: ۲۱۸/۱۴؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۱۰۵/۳۱-۱۰۶). به طور حتم بار معنوی و قداست نهفته در عبادت‌دانستن نکاح به مراتب بیشتر از تحلیل حقوق‌دانان غربی از نکاح است که با تمییز متکلفانه میان «قرارداد» (contract) و «نهاد» (institution) درصددند با معرفی نکاح به عنوان «نهاد» آن را در موضعی برتر از «عقد» بنشانند (Tipton & Wittejr, 2005: 143) یا بدون استناد به محملی برین و صرفاً با لحنی رومان‌تیک، ازدواج را «معناشده به وسیله قلب نه قانون» بیان کنند (Westfall, 1994: 166). با این حال در فقه ما، برخلاف حقوق کامن‌لا، داشتن نگاهی چنین آسمانی به ازدواج موجب نشده است فقهای ما میان ریشه‌های اخلاقی و فراحقوقی پیوند ازدواج و ضرورت‌های برخاسته از تمایلات و رفتارهای دو طرف این پیوند خلط کنند و مقدس بودن این پیوستگی اخلاقی را سبب به وجود آمدن اتحادی حقوقی تلقی کنند و تعبیر «عقد» را درباره آن به کار نبرند.

قانون مدنی ایران نیز با اقتباس از فقه غنی امامیه، با تفکیک اقتضائات اخلاقی و قانونی از یکدیگر و نیز مرحله برخورداری از حق و مرحله استیفای حق، آنجا که پای حقوق انسان‌ها به میان می‌آید، حتی قداست محیط خانواده را دلیل موجهی برای پایمال کردن حق یک انسان، ولو معنون به عنوان زوج یا زوجه یا ولد باشد، به شمار نمی‌آورد. به عبارت دیگر، با آنکه در مهم‌ترین منبع فقهی و حتی حقوقی ما، یعنی قرآن کریم، روابط زوجین مبتنی بر اصل مودت و رحمت و در واقع بر اساس اصول اخلاقی و کارساز عاطفی همچون صبر و گذشت پایه‌ریزی شده است (نک: دادمرزی، ۱۳۹۳: ۱۲۸-۱۳۵)، از نگاه حق‌مدار اسلامی نمی‌توان این همه را بهانه نادیده گرفتن حقوق مسلم زوجین و نامشروع قلمداد کردن حق دریافت خسارت تلقی کرد، بلکه اخلاقی بودن توصیه‌هایی مثل گذشت، متفرع بر وجود حقی مسلم در رتبه سابقه است. از اصول فلسفه حقوق اسلامی این است که بعد از جعل حق از سوی خالق برای مخلوق خود «آنجا که پای "قانون" و حقوق انسان‌ها در میان است، به ایمان یا کفر و تقوا و فسق افراد توجه نمی‌شود. این‌گونه امور در مسائل اخلاقی، روابط شخصی و یا مسائل مذهبی مورد عنایت است» (مصباح یزدی، ۱۳۸۰: ۲۹۹). این مطلب حجتی روشن است برای ناآگاهان یا مغرضانی که همچنان شعار تکلیف‌محوری فقه اسلام به معنای دوری آن از حق‌محوری و حق‌مداری را زمزمه می‌کنند.

البته این گونه نیست که رعایت اصول اخلاقی و قداست پاره‌ای از مفاهیم انسانی در هیچ کجای فقه امامیه اثر حقوقی به زبان امروزی نداشته باشد. از باب نمونه می‌دانیم که از احکام مسلم عقلمی و نقلی فقه و حقوق اسلام قاعده «مجاز نبودن تصرف در مال غیر جز با اذن یا طیب نفس وی» است (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۱/۳۰۵؛ نراقی، ۱۴۱۵: ۱۵/۴۰). با این حال بر این قاعده چند استثنا وارد شده که همگی ناظر به مسائلی است که اذن شارع به عنوان مالک حقیقی جایگزین اذن مالکان ظاهری شده و موجب پیدایش اباحه شرعی شده است. می‌توان مطالب مذکور در کتاب *فقه الرضا* (ع) را که به شرح ذیل است از مصادیق بارز این گونه اباحه دانست: اخذ مال از سوی پدر بدون اذن فرزند؛ انفاق به مادوم^۵ از سوی زوجه از مال زوج بدون اذن زوج، خوردن اموال فاسدشدنی از بیوت کسانی که در آیه ۶۱ سوره نور نام برده شده‌اند بدون اذن ایشان، و آنچه به حق الماره معروف است (فقه الرضا، ۱۴۰۶: ۲۵۵). البته درباره اخذ مال فرزند از سوی پدر بدون اذن فرزند، نظر مشهور برخلاف حکم مزبور است که دلیل آن علاوه بر مخالفت با قاعده عقلمی و نقلی فوق‌الذکر، روایاتی است که از این کار منع و روایات معارض را تقیید کرده‌اند (حمیری، ۱۴۱۳: ۲۸۵؛ کلینی، ۱۴۰۷: ۵/۱۳۵-۱۳۶؛ صدوق، ۱۴۰۳: ۱۵۵؛ طوسی، ۱۳۹۰: ۳/۴۹-۵۰).

با تتبع اقوال فقهای امامیه می‌توان بااطمینان اظهار داشت که حداقل مشهور فقها در غیر از مسئله فوق‌الذکر، با استناد به روایات واردشده به جواز تصرف بدون لزوم تحصیل اذن فتوا داده‌اند؛ اگرچه بیشتر ایشان اذن شرعی محل بحث را منحصر به موقعیتی می‌دانند که علم به اذن مالک نداریم، نه آنجا که فقدان رضایت او برای ما معلوم است (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۱/۳۰۵؛ نراقی، ۱۴۱۵: ۱۵/۴۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۳/۳۷۲؛ حلی، ۱۴۰۸: ۳/۲۲۷؛ حلی، ۱۴۱۳: ۳/۳۳۳).

نکته بسیار مهمی که فقها به هنگام بحث از مسائل فوق به آن اشاره کرده‌اند و در بحث مسئولیت مدنی کارآیی دارد این است که مجرد اباحه شرعی ضمان را بر نمی‌دارد و حکم تکلیفی جواز تصرف با حکم وضعی ضمان و جبران خسارت واردشده از رهگذر این تصرف، قابل جمع دانسته شده است. از مثال‌های بارز چنین جمعی، تصرف در مال غیر بدون اذن مالک در فرض اضطرار به تصرف است (خمینی، ۱۳۷۳: ۲/۱۹۱). با این حال، هر جا که دلیل تجویزکننده تصرف از چنان اطلاق مقامی یا لفظی برخوردار

باشد که در کنار اثبات جواز تصرف، مجانی بودن و عدم ضمان ناشی از نفس تصرف را هم ثابت کند، شخص متصرف مسئول جبران خسارت نخواهد بود؛ اما هر جا که چنین دلیلی در کار نباشد مقتضای قاعده، حکم به ضمان و جبران خسارت است، نه عدم ضمان، ولو حرمت تکلیفی در بین نباشد.

از نکات یادشده که بگذریم، مهم‌ترین عامل در اتخاذنشدن نظریه‌ای همسان با دکترین غربی مصونیت در قالب قاعده در فقه و حقوق ایران، مسلم بودن حق مالکیت زن و زوجه از همان صدر نزول قرآن کریم است. اعطای استقلال اقتصادی به زن در اسلام، برخلاف غرب، بر اساس جنبه‌های انسانی، الهی و عدالت‌دوستی اسلام بوده است (انصاری‌پور و صادقی‌مقدم، ۱۳۸۴: ۳). انعکاس فراگیر حق مالکیت زن و زوجه در سرتاسر قانون مدنی چنان واضح و تأویل‌ناپذیر است که حتی فمینیست‌های آشنا به حقوق را واداشته است که بنویسند: «قانون در موضوع مالکیت مبنای جنسیتی ندارد» (کار، ۱۳۷۸: ۴۷). توجه به این نکته وقتی اهمیت مضاعف پیدا می‌کند که رویکرد تاریخ سرتاسر محرومیت زن در زمینه مالکیت را در کشورهای غربی و قوانین ظالمانه آنها را در این باره بدانیم؛ قوانینی که تا همین دهه‌های گذشته حتی در مواد قانون مدنی فرانسه وجود داشت.

با آنکه نویسندگانی غربی، به شرحی که گذشت، ریشه‌هایی را برای دکترین مصونیت بر شمرده‌اند، نگارنده معتقد است همین عامل، اصلی‌ترین عامل در پذیرفته‌شدن دکترین مصونیت در غرب است. مهم‌ترین گواه این ادعا همزمانی تاریخ فاصله‌گرفتن این کشورها از دکترین مصونیت با تاریخ تصویب قوانینی در ارتباط با حقوق مالی زن و مالکیت زنان شوهردار در آغاز قرن بیستم است. از باب نمونه، نقطه شروع این فاصله‌گرفتن در آمریکا ۱۹۴۰ و همزمان با تصویب قانون مالکیت زنان شوهردار گزارش شده است (Smueli, 2010: 12)؛ چنانکه در انگلستان لغو کامل این دکترین در سال ۱۹۶۲ مقارن است با تصویب مقرراتی در جهت اصلاح روابط زن و مرد، به ویژه در زمینه‌های مالی (Sinal & Shmueli, 2009: 107). با این وصف، نویسندگانی که آثارشان را در این نوشتار و در مبحث مربوط از نظر گذرانیدیم از اقرار به این واقعیت طفره رفته‌اند؛ اگرچه بعضاً اعترافاتی را به طور ضمنی از خود بر جا گذاشته‌اند که مؤید برداشت ما است. از باب نمونه، در منبعی چنین می‌خوانیم: «بسیاری از

دادگاه‌های آمریکا مقرر داشته‌اند که با وجود پذیرفته‌شدن دعاوی مربوط به مالکیت (property claims)، ممنوعیت دعاوی شخصی (personal claims) بدون وجه است» (Shmueli, 2010: 13).

با عنایت به خاستگاه فلسفی و فقهی حقوقی مسئله به شرح فوق، بسیار طبیعی است که از نگاه فقه و به تبع آن حقوق مدنی ایران، وجود علقه زن و شوهری به هیچ وجه مانعی بر سر طرح دعاوی مسئولیت مدنی به شمار نیاید و زن و شوهر بتوانند از جنبه حقوقی، مطالبه خسارت‌های واردشده به یکدیگر را در این حوزه خواستار شوند؛ این است که در هیچ یک از مواد قانونی یا ضوابط فقهی حقوقی ما که مربوط به ضمان قهری است چنین معنی به چشم نمی‌خورد.

نکته جانبی اما عبرت‌آموزی که گواه دیگری بر ضعف مکاتب حقوقی پوزیتیویستی دنیای امروز است و دلیلی بر ضرورت روی آوردن بشر در تنظیم مناسبات حقوقی خود به فرمان خالق و احکام ناب حقوقی اسلام به شمار می‌رود، این است که در پی اتخاذ آن موضع تفریطی در حوزه حقوق مسئولیت مدنی زوجین در غرب، این بار شاهد سردمداری همان کشورهای تأثیرگذار در جهت تزریق حق‌مداری افراطی در روابط زن و شوهر در عرصه‌های مختلفی از حقوق خانواده و حتی روابط جنسی زوجین هستیم که یکی از تجلیات این گرایش، توصیه به جرم‌انگاری رابطه جنسی است که شوهر بدون رضایت زوجه با وی برقرار می‌کند (Sinal & Shmueli, 2009: 122). بدیهی است که شرح و بسط این مطلب و مقایسه آن با حقوق جنسی، که حقوق اسلامی ایران درباره حقوق جنسی زن و شوهر مقرر داشته، مجال دیگری می‌طلبد (نک: بستان، ۱۳۸۸: ۲۵-۳۱ و ۲۴۵-۲۵۵).

نتیجه

با عنایت به آنچه از نظر گذشت، دستاورد این تحقیق مقدماتی چنین است:
- مبانی و قواعد عام حقوق مسئولیت مدنی در عرصه حقوق خانواده در پاره‌ای سیستم‌های حقوقی، از جمله نظام حقوقی کامن‌لا به‌ویژه در قرائت تاریخی آن، نسبت به سایر عرصه‌های حقوق مسئولیت مدنی، ممیزات خاصی دارد.

- یکی از مهم‌ترین این ممیزات، دکترین مصونیت (و به تعبیر درست‌تر: ممنوعیت) زوجین از طرح دعوای مسئولیت مدنی غیرقراردادی علیه یکدیگر بر اساس مبانی اخلاقی، مذهبی و حقوقی خاصی است که به تحلیل ماهیت خانواده در قالب هویتی واحد و محرومیت تاریخی زن از حق مالکیت بازمی‌گردد.

- دکترین مصونیت در سیستم‌های حقوقی تأثیرگذاری مانند انگلستان و آمریکا منعکس شده است؛ به طوری که با وجود لغو کامل این دکترین در انگلستان و لغو نسبی آن در آمریکا، در حال حاضر بقایای آن در قالب مخالفت عملی دادگاه‌ها با طرح دعوای یادشده و اعمال ممیزی نسبت به آنها همچنان وجود دارد و حتی در پاره‌ای از ایالات آمریکا دکترین مزبور تا امروز حفظ شده است.

- فقه امامیه در عین داشتن تلقی عبادت‌گون از نکاح و تعیین‌کننده‌بودن رعایت اصول اخلاقی در تحکیم این پیمان، وقتی به قلمرو حقوق و تکالیف فقهی حقوقی ناشی از ازدواج می‌رسد آن را عقدی می‌داند که به وحدت حقوقی زوجین نمی‌انجامد.

- وجود استثنائات قاعده فقهی «مجازنبودن تصرف در مال غیر به جز با اذن وی»، که در آنها ضمن قیودی خاص، اذن شارع جایگزین اذن مالک شده است، اگرچه به نوعی مبین نقش الزامات اخلاقی در ساحت حقوق است، علی‌القاعده فقط منع تکلیفی را برمی‌دارد و با حکم به مسئولیت جبران خسارت و ضمان حاصل از تصرف، قابل جمع است، مگر دلیل خاص بر رفع ضمان وجود داشته باشد. این دلیل در قالب اطلاق مقام یا لفظی راجع به تصرفات محدودی که برخی اعضای خانواده، به مفهوم گسترده آن، درباره اموال خاصی با فرض وجود شرایط خاص اعمال می‌کنند، وجود دارد. اینها نه‌تنها استثنای بر قاعده تلقی می‌شوند، بلکه استثنای بر استثنا به شمار می‌آیند و هرگز بیانگر قاعده‌ای به وسعت قاعده مصونیت در حقوق کامن‌لا نیستند؛ به‌ویژه که به رسمیت شناخته‌شدن پرسابقه مالکیت زن در فقه و حقوق اسلام و ایران و حق‌مداربودن این نظام حقوقی در حوزه خانواده و معنایافتن فعل اخلاقی «گذشت از حق و اعمال‌نکردن آن» در جایی که چنین حقی وجود دارد، زمینه طرح دکترین یادشده را برنمی‌تابد و در این نظام، محدودیتی از این جهت برای دعوای مسئولیت مدنی غیرقراردادی در روابط زوجین پذیرفتنی نبوده و نیست.

پی‌نوشت

۱. تا آنجا که نویسنده اطلاع دارد تنها کتابی که در این باره نوشته شده کتاب نسبتاً تازه منتشر شده‌ای است با عنوان مسئولیت مدنی در روابط زوجین: مطالعه تطبیقی در برخی کشورهای اروپایی و اسلامی، از منیره خدادادپور که مرکز امور زنان و خانواده ریاست جمهوری در سال ۱۳۸۸ در ۳۲۰ صفحه منتشر کرده است. اثر یادشده در اصل همان پایان‌نامه وی در مقطع ارشد حقوق خصوصی دانشگاه قم است که قسمتی دیگر از آن نیز به صورت مقاله‌ای با عنوان «سوءاستفاده از حق طلاق و راهکارهای قانونی مقابله با آن» در فصل‌نامه خانواده‌پژوهی، ش ۱۷ در سال ۱۳۸۸ منتشر شده است. با این حال، استادان شاخه مسئولیت مدنی در این باره اقدامی نکرده‌اند و از این حیث باز هم قلمرو یادشده کاملاً بکر است.

۲. برای رصد این روند انحرافی نک: شفیع سروستانی، ۱۳۸۵؛ پزشکی، ۱۳۸۷؛ گاردنر، ۱۳۸۶؛ زیبایی‌نژاد، ۱۳۸۸؛ رودگر، ۱۳۸۸؛ دهقان، ۱۳۸۸.

3. (1) Subject to the provisions of this section, each of the parties to a marriage shall have the like right to bring proceedings against the other in respect of a wrongful or negligent act or omission, or for the prevention of a wrongful act, as if they were not married.

4. "(2) Where any such proceedings are brought by one of the parties to a marriage against the other during the subsistence of the marriage, the court may dismiss the proceedings if it appears that no substantial benefit would accrue to either party from the continuation thereof; and it shall be the duty of the court to consider at an early stage of the proceedings whether the power to dismiss the proceedings under this subsection should or should not be exercised.

۵. ابن‌اثیر در نه‌بایه «ادام» را این‌گونه معنا می‌کند: آنچه به همراه نان تناول می‌شود (ابن‌اثیر، ۱۳۶۷: ۳۱/۸). به نظر می‌رسد معادل مناسب فارسی این لغت همان «خورشت»، البته در معنای عام آن باشد.

منابع

- ابن اثیر، مبارک بن محمد (۱۳۶۷). *النهاية في غريب الحديث والاثار*، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- ابن بابویه قمی (صدوق)، علی بن حسین (۱۴۰۳). *معانی الاخبار*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- اشتهاردی، علی پناه (۱۴۱۷). *مدارک العروة*، تهران: دار الاسوة.
- انصاری پور، محمدعلی؛ صادقی مقدم، محمدحسن (۱۳۸۴). «اجرة المثل کارهای زوجه و نقد آرای محاکم»، *مدرس علوم انسانی*، ش ۴۱، ص ۱-۲۴.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵). *الحدائق الناضرة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- بستان (نجفی)، حسین (۱۳۸۸). *اسلام و تفاوت‌های جنسیتی*، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و امور بانوان وزارت کشور، چاپ اول.
- پزشکی، محمد (۱۳۸۷). *صورت‌بندی مطالعات زنان در جهان اسلام*، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۰). *ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، چاپ پنجم.
- حق شناس، سید جعفر (۱۳۸۸). *آسیب‌شناسی خانواده: مجموعه مقالات*، تهران: مرکز امور زنان و خانواده نهاد ریاست جمهوری، چاپ اول.
- حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸). *شرائع الاسلام*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳). *قواعد الاحکام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حمیری، عبدالله (۱۴۱۳). *قرب الاسناد*، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- خدادادپور، منیره (۱۳۸۸). *مسئولیت مدنی در روابط زوجین: مطالعه تطبیقی در برخی کشورهای اروپایی و اسلامی*، تهران: مرکز امور زنان و خانواده نهاد ریاست جمهوری.
- خمینی، روح‌الله (۱۳۷۳). *المکاسب المحرمة*، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- دادمزنی، سید مهدی (۱۳۹۳). *ریاست خانواده در روابط زوجین*، تهران: بنیاد حقوقی میزان، چاپ اول.
- دهقان، مجید (۱۳۸۸). *مأخذشناسی فمینیسم*، قم: دفتر مطالعات و تحقیقات زنان، چاپ اول.
- رودگر، نرجس (۱۳۸۸). *تاریخچه نظریات: گرایش‌ها و نقد فمینیسم*، قم: دفتر مطالعات و تحقیقات زنان، چاپ اول.
- زیبایی‌نژاد، محمدرضا (۱۳۸۸). *هویت و نقش جنسیتی: مجموعه مقالات*، تهران: مرکز امور زنان و خانواده نهاد ریاست جمهوری، چاپ اول.
- سنهوری، عبدالرزاق (۱۳۸۴). *دوره حقوق تعهدات (منابع تعهدات: مسئولیت مدنی - ضمان قهری)*، ترجمه: سید مهدی دادمزنی و محمدحسین دانش‌کیا، قم: دانشگاه قم، چاپ اول، ج ۲.
- شفیعی سروستانی، ابراهیم (۱۳۸۵). *نظام اسلامی و مسئله روسپی‌گری: مجموعه مقالات و گفت‌وگوها*، قم: دفتر مطالعات و تحقیقات زنان، چاپ اول.

صفایی، سید حسین (۱۳۸۳). *تقریر درس مسئولیت مدنی تطبیقی در دوره دکتری*، مقرر: عزیزالله فهیمی، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).

صفایی، سید حسین (۱۳۸۶). *حقوق مدنی و تطبیقی*، تهران: نشر میزان، چاپ دوم.

صفایی، سید حسین (۱۳۸۷). *تقریر درس مسئولیت مدنی تطبیقی در دوره دکتری* (دست‌نویس)، مقرر: سید مهدی دادمرزی.

طوسی، محمد بن حسن (۱۳۹۰). *الاستبصار*، تهران: دار الکتب الاسلامیه.

عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین (۱۴۱۰). *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، قم: کتاب‌فروشی داوری.

عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین (۱۴۱۳). *مسالك الافهام*، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.

عاملی، سید جواد (۱۴۱۹). *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

فاضل هندی، محمد (۱۴۱۶). *كشف اللثام والایهام عن قواعد الاحكام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

فخاریان، مریم (۱۳۹۰). آثار مالی طلاق در حقوق ایران و انگلستان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، استاد

راهنما: حسین سیمایی صراف، استاد مشاور: سید مهدی دادمرزی، قم: دانشکده حقوق دانشگاه قم.

حکیم، سید منذر؛ زاهدی‌فر، بتول (۱۳۸۹). «علل طلاق و راهبردهای کاهش آن از دیدگاه فرآن»، در:

مطالعات راهبردی زنان، ش ۴۹، ص ۲۹۳-۳۴۸.

فقه الرضا (ع) (۱۴۰۶). قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع).

قائدی، غلام‌حسین (۱۳۸۹). «زیر سقف خانواده»، در: www.hamshahrionline.ir

کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۹). *حقوق مدنی (ضمن قهری- مسئولیت مدنی)*، تهران: دانشگاه تهران، چاپ دوم.

کار، مهرانگیز (۱۳۷۸). *ساختار حقوقی نظام خانواده در ایران*، تهران: روشنگران و مطالعات زنان، چاپ اول.

کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع)، الطبعة الثانية.

کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷). *الکافی*، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.

گاردنر، ویلیام (۱۳۸۶). *جنگ علیه خانواده*، ترجمه: معصومه محمدی، قم: دفتر مطالعات و تحقیقات زنان، چاپ اول.

مجموعه قانون مدنی (۱۳۸۱). تهران: اداره کل قوانین ریاست جمهوری، چاپ چهارم.

مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۸۰). *نظریه حقوقی اسلام*، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره)، چاپ اول.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳). *مجمع الفائدة والبرهان*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ سوم.

نراقی، مولی احمد (۱۴۱۵). *مستند الشیعة فی احکام الشریعة*، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).
وحدتی شبیری، سید حسن (۱۳۸۵). *مبانی مسئولیت مدنی قراردادی*، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ
اسلامی، چاپ اول.

"Tort-Actions between Spouses", in: *Britannica Encyclopedia* (2010). On:
www.britannica.com.

"Inter Spousal (Tort) Immunity in Connecticut-Usa" (2008) Connecticut Judicial Branch Law
Libraries: On: www.jud.ct.gov.

Scotish Law Commission-Report on Family Law (1992). On: www.scotland.gov.uk

Shmueli, Benjamin (2010). "Tort Litigation between Spouses", in: *Harvard Negotiation Law
Review*, on: www.harwardlawreview.org

Sinal, Yuval; Shmueli, Benjamin (2009). "Changing the Current Policy towards Spousal
Abuse", in: *Hastings International and Comparative Law Review*, 32: 101-180.

The Lectric Law Librarys Lexicon (2010). On: www.lectlaw.com

Tipton, Steven M.; Wittejr, John (2005). *Family Transformed*, USA: Georgetown University
Press.

Westfall, David (1994). *Family Law*, USA: West Publishing co.

عدالت جنسیتی به مثابه یک مفهوم تفسیرپذیر و نامتعین

فریبا علاسوند*

[تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۵/۰۱؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۵/۳۰]

چکیده

اگرچه عدالت جنسیتی امروزه از سوی گفتمان‌های رقیب در کشورهای اسلامی و غیراسلامی به کار رفته، نیازمند تدقیق نظری و تحلیلی است. پرسش مقاله این است که «آیا عدالت جنسیتی مفهوم بسنده و مورد اتفافی برای رسیدن به هدف مشترک رفع ستم علیه زنان است؟». با بررسی مقالات و نوشته‌هایی که از عدالت جنسیتی برای تحلیل، نظریه‌پردازی یا راهبرد استفاده کرده‌اند، این نتیجه به دست می‌آید که مفهوم مذکور به معنای واحدی استعمال نشده است. تفسیرپذیری گسترده آن، که خود تابعی از تفسیرپذیری و عدم تعین دو مفهوم عدالت و جنسیت در فضای نظری معاصر است، به نبود تفاهم کافی در مطالعات زنان و رویکردهای حقوقی درباره زنان منجر شده است؛ امری که خود را بیشتر در رویکردهای اسلامی و غیراسلامی نشان می‌دهد. برای اثبات این ادعا دو بُعد را بررسی کرده‌ایم: ۱. سابقه کاربست عدالت جنسیتی در اسناد و مکتوبات خارجی و بین‌المللی مربوط به زنان و ۲. تلقی محققان ایرانی از عدالت جنسیتی.

کلیدواژه‌ها: عدالت جنسیتی، اسناد بین‌المللی، نظریه عدالت، جنسیت، برابری.

مقدمه

در حالی که عدالت واژه‌ای است که به ظاهر همگان در فهم آن تفاهم دارند، مباحث پیرامون آن تا حدی پیچیده شده که توافق بر گزاره‌های به دست آمده مشکل به نظر می‌رسد. هر قدر متون قدیمی‌تر نشان می‌دهند فهم مشترکی از عدالت به عنوان ابزاری برای دیدن نابرابری‌ها، از جمله نابرابری‌های میان دو جنس، وجود داشته است، متون جدید اختلاف در تعریف آن را بازمی‌نمایانند. این اختلاف ممکن است به اختلاف درباره معنای تبعیض، اهمیت یافتگی برابری تحت هر شرایطی، و حدود اصل عدم تبعیض برگردد.

تعدادی از پژوهشگران غربی وجوه نوپدید عدالت، به ویژه عدالت جنسیتی، را کاویده‌اند (Rowls, 1990; Nozick, 1979; sandel, 1982; Kirp and others, 1986) و محققان مسلمان در ایران بیشتر به بُعد عدالت کلامی آن توجه کرده‌اند و تا حدی نیز به موضوع عدالت اجتماعی علاقه نشان داده‌اند؛ اما چندان از منظر جنسیت و ابعاد عملگرایانه‌تر به آن اهتمام نداشته‌اند (مطهری، ۱۳۸۹ و ۱۳۶۸؛ طباطبایی، ۱۳۹۰: ۲؛ علی‌اکبریان، ۱۳۸۶؛ پیغامی و دیگران، ۱۳۹۵؛ علاسوند، ۱۳۹۵). این مسئله از آن رو مهم است که از یک سو عدالت در فقه سیاسی، اجتماعی اسلام اهمیت ویژه‌ای دارد و از سوی دیگر، حوزه عمومی و اجتماعی برای زنان روزبه‌روز رجحان بیشتری پیدا می‌کند. در واقع مهم‌ترین عرصه بحث عدالت در گزاره‌های اسلامی عدالت در فقه سیاسی و اجتماعی است و عدالت جنسیتی نیز ناظر به حقوق اجتماعی و سیاسی است، در حالی که موضوع عدالت به صورت مضاف، مانند عدالت توزیعی یا عدالت جنسیتی، در گستره علوم اسلامی بسط نیافته و فقط در حد تعاریف صوری مانده است. واکاوی تعریف صوری عدالت، یعنی «اعطای برابر به برابرها و اعطای نابرابر به نابرابرها»، از این جهت که «آیا مبدأ نظری کافی برای تفاوت‌های حقوقی، از جمله تفاوت‌های جنسیتی، است یا خیر؟» و پاسخ به این پرسش که «سطوح برابری در حقوق اجتماعی چیست؟»، ابعاد عملگرایانه‌تری به مطالعات اسلامی عدالت خواهد داد. از این رو کشف ارتباط دیدگاه دینی و تأکیدهای ویژه آن با حقوق زنان و دسته مهمی از نابرابری‌های اجتماعی به کشف جنبه راهبردی عدالت جنسیتی کمک خواهد کرد.

بر این اساس، موضوع عدالت جنسیتی، که امروزه از سوی گفتمان‌های رقیب در کشور به کار می‌رود و به نظر می‌رسد به معنای واحدی استعمال نمی‌شود، به طور خاص قابل بررسی است. وجود کلمه عدالت به عنوان یک مفهوم شریف در این ترکیب موجب ساده‌انگاری برخی در تحلیل و فهم ترکیبی شده که پیش از استخدام آن در زبان و متن مرتبط با رویکردهای سنتی یا میانه اسلامی، دارای تباری در عرف حقوقی و سیاسی بوده است.

هدف از این نوشتار اثبات عدم تعین و تفسیرپذیری عدالت جنسیتی به مثابه یک مفهوم حقوقی است. امروزه عدالت جنسیتی در اسناد حقوقی و غیرحقوقی زنان در دو حوزه ملی و بین‌المللی از طرف رقیبانی که به پارادایم‌های متفاوت یا متضاد فکری تعلق دارند، به کار گرفته می‌شود. این مسئله به تنهایی نشان می‌دهد ابعاد بغرنجی درباره این مفهوم وجود دارد که بیش از یک دعوای سیاسی است و ملزومات و الزامات هر برداشت به غایت با دیگری تفاوت دارد. در یک تلقی، عدالت جنسیتی راهبردی است بر محور gender برای رسیدن به برابری مردان و زنان و از میان بردن کلیشه‌های جنسیتی و ایجاد برابری میان انواع جنسیت‌ها. در واقع عدالت جنسیتی یکی از قطعات پازل عدالت اجتماعی و یکی از وظایف حکومت در برابر ملت است؛ زیرا کاهش انواع نابرابری‌های اجتماعی از مسئولیت‌های حاکمیتی به شمار می‌رود و مرجع فهم برابری و نابرابری درباره آن، عرف یا قانون عقلایی است. در تلقی دیگر، عدالت جنسیتی زیرمجموعه نظریه کلی عدالت است که مبانی و آثار خاص خود را دارد، از جمله اینکه خداوند مبدأ و مرجع تعیین مصادیق عدالت است. به همین جهت وقتی طرفداران عدالت جنسیتی، از هر دو طیفی که امروزه این مفهوم را به کار می‌گیرند، درباره آن صحبت می‌کنند، احتمالاً فهم مشترکی از آن نداشته، درباره یک مبدأ سخن نمی‌گویند. در این صورت عدالت جنسیتی در سطح معناشناختی قابل گفت‌وگو است و مفهوم قاطعی برای درج در اسناد حقوقی به شمار نمی‌رود.

این مقاله با استفاده از روش مرور روایتی^۱ درصدد است با تشریح مقالات موجود، به نقاط حساس در اختلاف نظرهای مؤثر در برداشت از مفهوم عدالت جنسیتی و برخی عوامل آن برسد و تفسیرپذیری آن را نشان دهد. از نظر مقطع زمانی، به دلیل تفاوت زمانی در رواج واژه عدالت جنسیتی در داخل و خارج از ایران، تعدادی از اسناد

و مقالات خارجی که در سایت‌های نهادهای بین‌المللی در این باره وجود داشتند، بررسی شدند که حاکی از به کارگیری عدالت جنسیتی از دهه آخر هزاره دوم ([http://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2010/1/gender-justice-key-\(to-achieving-the-millennium-development-goals\)#view](http://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2010/1/gender-justice-key-(to-achieving-the-millennium-development-goals)#view))، و به صورت جدی‌تر در سال ۲۰۰۰م بودند. از آنجا که این ترکیب در دولت نهم جمهوری اسلامی برای نشان دادن موضوع خاص اسلامی درباره تفاوت‌های مردان و زنان مطرح شد، این نوشتار ۱۸ مقاله که در دهه اخیر، از سال ۱۳۸۸ تاکنون، درباره عدالت جنسیتی نوشته شده را بررسی^۲ و برای نمونه به برخی از آنها استناد کرده است. در زمان نگارش این مقاله، موضوع عدالت جنسیتی فقط در عنوان همین تعداد مقاله درج شده بود. مبنای توزیع این مقالات، توجه به گفتمان‌های سیاسی موجود درباره زنان از یک سو و از دیگر سو، تنوع گرایش‌های علمی آنها بود.

با توجه به آنچه گذشت، این مقاله درصدد است با نشان دادن تطورات معنایی عدالت جنسیتی، عدم‌تعیین و تفسیرپذیری گسترده آن را نشان دهد و ثابت کند که منازعه اصلی رویکرد اسلامی و غیراسلامی بیش از آنکه حقوقی باشد، معناشناختی است. برای اثبات این ادعا دو بُعد را بررسی کرده‌ایم: ۱. سابقه کاربرست عدالت جنسیتی در اسناد و مکتوبات خارجی و بین‌المللی مربوط به زنان و ۲. تلقی محققان ایرانی از عدالت جنسیتی.

۱. سابقه کاربرست مفهوم عدالت جنسیتی در اسناد و نوشته‌های خارجی و بین‌المللی

در ابتدای این بحث باید دانست ترکیب عدالت جنسیتی تحولات معنایی هر دو واژه عدالت و جنسیت را برمی‌تاباند. فیلسوفان مدرن لیبرال برابری را شرط مهم تحقق عدالت دانستند (فرانکنا، ۱۳۸۳: ۱۱۴) و می‌توان گفت در دوره مدرن، دعوای درباره عدالت پاسخ به این پرسش بوده که «آزادی مقدم است یا برابری؟»؛ در نتیجه، برابری همواره یکی از ارکان عدالت بوده است. در سنت فکری غربی مبتنی بر نظریه روسو، برابری (در عرصه عمومی) مهم‌تر از آزادی تلقی شده و در دیدگاه‌های مبتنی بر نظریه لاک، آزادی اهمیت بیشتری دارد (واعظی، ۱۳۸۸: ۳۰۸). این

در حالی است که تا پیش از آن، عدالت بر محور استحقاق افراد بود. این مسئله تغییر رویکرد از عدالت استحقاقی به عدالت مساواتی را نشان می‌دهد. در واقع اندیشه ورزان غربی عدالت، تحت تأثیر لیبرالیسم، به بازتعریف عدالت روی آوردند و بسیاری از آنان — مانند دیوید هیوم، جان استوارت میل، آدام اسمیت و جان رالز — بر اساس اصول اخلاقی پذیرفته شده خود که همه ملهم از لیبرالیسم بوده است، به نظریه پردازی درباره عدالت، که تعریف آن را تعیین می‌کرد، روی آوردند. از این نظر نفع‌انگاری^۲ مورد قبول میل و اسمیت با نظریه اخلاق‌گرای رالز تفاوتی ندارند. وی مدعی است نباید عدالت اجتماعی بر پایه توجه به کمالات معنوی، فرهنگی و فلسفی ویژه تعریف و توجیه شود (Rawls, 1999: 44)؛ اما در نظریه‌اش نشانه‌های متعددی بر جانبداری لیبرالیستی دیده می‌شود. برای مثال، یک معیار مهم در نظریه عدالت به مثابه انصاف رالز این است که حق^۴ بر خیر^۵ مقدم است (Ibid: 348) و نظریه‌های عدالت نباید وامدار پیش‌فرض‌های فلسفی یا مذهبی درباره سعادت باشند؛ مبنایی لیبرالیستی که اهمیت آزادی و رهایی را در اندیشه وی نشان می‌دهد. تقدم حق افراد بر خیر نشان می‌دهد که رالز به مسئله عدالت نگرش ارزش‌دورانه، پیشینی و فضیلت‌گرا ندارد و در نظریه‌اش خیر، به عنوان یک امر مطلق یا اخلاقی که به مثابه ریل حقوق باشد، جایی ندارد. در قرن بیستم، پس از لیبرالیست‌های کلاسیک، فمینیست‌ها کوشیدند در اسناد بین‌المللی، با تمرکز بر واژه تبعیض^۶، برابری و عدالت را دو معنای مرادف بشناسانند. اسناد زنانه متعددی این تغییر را نشان می‌دهند؛ برای مثال، کنوانسیون محو تبعیض، در ماده اول خود تفاوت‌ها بر مبنای نقش زن در تأهل را تبعیض دانسته، نقش‌های والدینی را کلیشه شمرده، در همه مواد از برابری، به عنوان مفهومی مقابل همین معنا از تبعیض، دفاع کرده و جایی برای دفاع از تفاوت بر مبنای عدالت باقی نگذاشته است (کنوانسیون رفع همه اشکال تبعیض علیه زنان، ماده اول و پنجم). این سند رعایت حقوق بارداری و شیردهی زنان در اشتغال را تبعیض مثبت خوانده است (همان، ماده یازده).

کوشش فمینیستی فقط بر مصطلح‌سازی برای عدالت متوقف نماند، بلکه با تفکیک واژه sex به معنای جنس از gender به معنای جنسیت، اولین گام نظری را برای اتخاذ استراتژی‌های برابری‌طلبانه برداشت. نویسندگان فمینیست تلاش بسیاری کردند

که gender را به مثابه یک برساخت در تحلیل‌های خود از زنانگی و مردانگی مطرح کنند و از اهمیت هژمونیک تفاوت‌های مردان و زنان به سود برابری بکاهند. تحقیقات متعدد فمینیستی درصدد آموزش این نکته برآمدند که جنسیت یک امر فرهنگی و به معنای طبقه‌بندی جنسیتی است و جبرگرایی بیولوژیکی درباره تفاوت‌ها بی‌معنا است (Delphy, 2003: 59). بیولوژی جنس شاید ظرف تحقق تفاوت‌های جنسیتی، از جمله تقسیم کار اولیه بر مبنای تولید مثل باشد؛ اما از نظر دلفی، این تفاوت‌ها فرهنگی، اجتماعی و کاملاً تحول‌پذیرند (Ibid: 60). از نظر برخی فمینیست‌ها، gender بُعد هنجاری مفهوم انسانی جنس (به عنوان امر بیولوژیکی و فیزیکی) است که به یک ساخت اجتماعی گسترده بی‌قواره یا شکل‌یافته به صورت دلخواه توسعه یافته است (Handraban, 2004: 11). به همین جهت است که از نظر آنها، مرزهای جنسیت همواره تغییر می‌کنند، مورد نفوذ قرار می‌گیرند و به صورت جدید ایجاد می‌شوند (Ibid). این مسئله به حدی در ایجاد تغییرات فرهنگی و اجتماعی مؤثر بوده که جایگزینی gender به جای sex مقوله‌ای اساسی و مهم‌ترین تحول‌روشنفکری قلمداد شده است (Hird, 2005: 21).

بر همین اساس، در اسناد متعدد بین‌الملل بارها به این آموزه اشاره و تصریح شده است که «برابری جنسیتی هدف اصلی و نیازمند برنامه و ایجاد مهارت، تغییر، ابزار و تمرین است». مرکز آموزش و تربیت برابری جنسیتی در بخش زنان سازمان ملل (UN Women) گزارش مبسوطی از زمینه‌های لازم برای ایجاد توسعه بر مبنای برابری جنسیتی می‌دهد که بیشتر شامل عرصه‌های اجتماعی است؛ در عین حال تأکید می‌کند هدف ما ایجاد تغییرات و مهارت‌های لازم در گرایش‌ها و رفتار مردان و زنان است. این اسناد تصریح می‌کنند سیدا و سند پکن دو سند کلیدی برای برابری جنسیتی هستند (<http://www.unwomen.org/en/how-we-work/capacity-development-and-training/>) در اسناد یونسکو نیز این امر به صراحت مطرح شده و برابری جنسیتی اولویت جهانی این سازمان، به‌ویژه در عرصه آموزش، دانسته شده است. یکی از مهم‌ترین اسناد مرجع برای یونسکو در این باره سند توسعه پایدار موسوم به سند ۲۰۳۰ یا SDGs است (SDGs). Through the (Education 2030 Framework for Action). عرصه‌های کار، سیاست و سیاست‌گذاری،

فرهنگ، خشونت و تمام اقدامات اجتماعی و سازمانی، اهداف برابری جنسیتی تلقی می‌شوند (Lombardo, 2005: 417). در ادامه به تفاوت برابری جنسیتی با عدالت جنسیتی اشاره خواهیم کرد.

در بسیاری از این اسناد که بخشی از آنها را نمایندگان تشکیلات زنان در اجلاس‌های مختلف سازمان ملل قرائت می‌کنند، برابری جنسیتی و عدالت جنسیتی به صورت دو واژه همسو به کار می‌روند (Carolyn Hannan, 2007: 2). در عین حال نکته حائز اهمیت این است که مصطلحات مفهوم عدالت جنسیتی و برابری جنسیتی را باید به شکل یک پیوستار دید که در طول دهه‌های گذشته تغییرات معناشناختی متعددی را از سر گذرانده‌اند؛ برای مثال پس از تغییر استراتژی سازمان ملل متحد درباره زنان از «زنان در توسعه» به «جنسیت و توسعه»، مفاهیم «آموزش جنسیتی»، «جریان‌سازی جنسیتی»، «نقش‌های جنسیتی» و «تحلیل‌های جنسیتی» اهمیت جدی یافتند. تمام این واژه‌ها حاکی از برنامه‌ریزی ویژه به سود زنان‌اند و نشان می‌دهند رویکرد این مجموعه‌ها به سمت عدالت جنسیتی به معنای دادن امتیازات ویژه برای پیشبرد و رسیدن به برابری بوده است. در واقع واژه عدالت جنسیتی، که حاوی تبعیض مثبت به سود زنان بود، به دنبال ایجاد وضعیتی فراتر از برابری به صورت موقت بود تا زنان به معنای واقعی کلمه به برابری برسند. گنز تصریح می‌کند عدالت جنسیتی اصطلاحی بود که کنشگران و دانشگاهیان به کار گرفتند تا نشان دهند برابری جنسیتی برای حل مسائل و مشکلات زنان کافی نیست و برای حل محرومیت‌های زنان شکست خورده است (Maitrayee Mukhopadhyay and Navsharan Singh, 2007: chapter 1). در واقع گنز تأکید دارد که مدافعان عدالت جنسیتی معتقد بودند ایجاد برابری در فرصت‌ها و رها کردن مردان و زنان در بستر سیاست‌های باز برای رقابت آنها در کسب موقعیت‌ها، به‌تنهایی برای تحقق برابری کافی نیست و فمینیست‌ها دنبال استراتژی مطمئن‌تری بودند.

به عبارت دیگر، این منازعه که ما به چه معنایی از برابری نیاز داریم برآمده از گفت‌وگوها درباره عینیت اجتماعی است. از یک سو طرفداران برابری صوری (Formal equality) میان دو جنس خواهان تدوین «قوانین از نظر جنسیتی خنثا» هستند و از سوی دیگر، حامیان برابری بنیادی (Substantive equality) قوانینی می‌خواهند که

فرصت‌ها و نتایج برابر را تضمین کنند. در نتیجه، مباحثات به این نقطه کشیده شد که برای مثال آیا زنان برای دستیابی به برابری واقعی، نیاز به «تبعیض مثبت» دارند یا خیر (The Oslo Coalition on Freedom of Religion or Belief : 2013). این مسئله همان چیزی است که از آن به قرائتی جدید از «عدالت» درباره جنسیت تعبیر می‌شود.

چنین مباحثه‌ای به گفت‌وگوهای دینی درباره حقوق زنان نیز کشیده شده و گروهی از زنان گونه‌ای از تبعیض مثبت در احکام اسلامی را مطالبه کرده‌اند؛ برای مثال عده‌ای از زنان مسلمان مصری بر این باورند که حقوق برابر تنها از مزایای مردانه نمی‌کاهد، بلکه با حذف مزایای زنانه، مانند مهریه و نفقه، موقعیت و توان چانه‌زنی زنان نیز تضعیف خواهد شد. این تشکل‌ها با اینکه از منتقدان جدی و وظیفه‌تمکین زن در قبال شوهر هستند، همچنان خواهان پرداخت نفقه به زن هستند. این امر ممکن است به نظر متناقض برسد، اما آنان معتقدند این همان توجه به شرایط سخت اجتماعی و اقتصادی، یعنی «پارادوکس مساوات»، است که بیشتر زنان مصری با آن مواجهند؛ شرایطی که دستیابی به مسیر برابری بنیادی را تنها از طریق تبعیض مثبت هموار می‌سازد، زیرا نه تنها مفهوم عدالت، بلکه شرایط اجتماعی دستیابی به آن نیز تغییر کرده است (Ibid: 19).

این تحول مفهوم‌شناختی در این حد پایان نیافت و با ابهام در مفهوم جنسیت و تردید رو به فزونی درباره جنس بیولوژیک و جنس اجتماعی، مفاهیم عدالت جنسیتی و برابری جنسیتی نیز تغییر بیشتری را تجربه کردند. بر هم زدن مفهوم gender (جنسیت) و تقویت جایگاه فرهنگ و جامعه در شکل‌گیری مردانگی و زنانگی — که فعلاً درباره آن قضاوتی نمی‌کنیم — پس از مدتی جای خود را به ایجاد تردید در مفهوم و مرزشناسی sex (جنس) داد. وجود برخی اختلالات جنسی در بدو تولد باعث شد این نظر که تنها دو جنس و دو رسته برای جنس انسان‌ها وجود دارد، مخدوش شود (Fausto-Sterling, 2000: 44-77).

بررسی اسناد، نوشته‌ها و بیانیه‌ها نشان می‌دهد که از ۱۹۷۶ تا ۱۹۸۵ میلادی، که دهه زن نام‌گذاری شد، و در طی اجلاس‌های چهارگانه که در طول سال‌های ۱۹۷۵ تا ۱۹۹۵ میلادی برگزار شد، مفاهیم برابری، عدالت و جنسیت با مرزشناسی واژگانی خاص و برنامه‌ریزی ویژه در اسناد به کار رفتند تا هر یک بخشی از رسالت این نهادها را برای تحقق اهداف برابری‌خواهانه تا مرز نادیده گرفتن همه تمایزات به انجام برسانند. پس از

اجلاس سال ۲۰۰۰م و فراغت از اینکه ممنوعیت تبعیض علیه زنان و رواداری تبعیض مثبت به سود زنان، به صورت یک مفهوم حقوقی کاملاً جا افتاد، پروژه برابری جنسیتی درباره اقلیت‌های جنسی با جدیت بیشتری دنبال شد. گزارش UNFPA با عنوان ICPD شامل ۱۱ اشاره به گرایش جنسی، ۶ اشاره به تراجنسی و ۵ اشاره به هویت جنسی است. این سند از رفتار همجنس‌گرایانه جرم‌زدایی کرده، درخواست می‌کند کمپین‌هایی علیه تبعیض در این رفتارها برپا شود (Slater, 2017: 19). اتحادیه اروپا نیز به‌تازگی تصمیم گرفته است حقوق تراجنسی‌ها را، به عنوان بخشی از استراتژی تساوی جنسیتی، ترویج دهد (www.lgbt-ep.eu/press-releases/new-eu-gender-equality- strategy-transgender-people-rights)؛ چنانکه در هلند طی سال‌های ۲۰۱۱ تا ۲۰۱۵م، طرح تساوی LGBTها با برابری جنسیتی در هم آمیخته شد (ibid).

در عرصه کنشگری نیز این کوشش به چشم می‌خورد که در عرفی کردن یک مفهوم بسیار مهم است. برای مثال «لیگ عدالت جنسیتی؛ GJL» که خود را سازمانی حقوق بشری معرفی می‌کند، در معرفی خود آورده هدف ما از بدو تأسیس حمایت از همه انواع جنسیت‌ها (cissexism, transphobia, transmisogyny and homo, bi, and queer) و روابط جنسی است (phobias that trans, and gender diverse people). با یک بررسی کوتاه، چنین سازمان‌هایی (<http://www.genderjusticeleague.org/about>) به راحتی فهرست می‌شوند؛ امری که حاکی از تغییر گسترده در مفهوم جنسیت و عدالت جنسیتی است. همچنین جست‌وجوی عدالت جنسیتی در سایت‌های نهادهای بین‌المللی نشان می‌دهد یکی از مهم‌ترین زیرمجموعه‌های این مفهوم، حمایت از قربانیان جنسی است (<http://www.undp.org/content/undp/en/home/democratic-governance-and-peacebuilding/rule-of-law--justice--security-and-human-rights/gender-justice.html>). دلیل این امر هم کاربرد واژه عدالت در محاکم قضایی و موضوع دادخواهی است. رصد مشکلات اقلیت‌های جنسی در کشورها، مجازات‌شوندگان جرایم جنسی در کشورهای اسلامی بر اساس قوانین داخلی و مسئله تجاوز به عنف در چارچوب تعریف بین‌المللی در فهرست کارهایی است که این سازمان انجام می‌دهد؛ امری که با مفاهیم متحول‌شده جنسیت و عدالت کاملاً سازگار است.

۲. کاربرد عدالت جنسیتی در ایران

اگرچه به جز تعدادی از کشورهای اسلامی، کشوری مانند لهستان نیز در مقابل سلطه فرهنگی نهادها در اموری مانند برنامه جامع آموزش جنسی (CSE) همواره از خود مقاومت نشان داده است (Slater, 2017: 21)، در سطح بین‌الملل و در عرصه نهادهای بین‌المللی و سازمان‌های ملی کشورها، درباره مفهوم عدالت جنسیتی و همچنین برابری جنسیتی در هر مرحله اتفاق نظری وجود داشته که حاصل کوشش نهادها و جریان مفهوم‌سازی از بالا به پایین است. این امر در داخل ایران کاملاً متفاوت است و چنانکه در مقدمه گذشت، این ترکیب از سوی گروه‌های مختلف به کار می‌رود، در حالی که برداشت یکسانی از آن وجود ندارد. مرور مقالات، کتاب‌ها و پایان‌نامه‌های دانشگاهی نشان می‌دهد که رویکردهای فمینیستی، چه در داخل و چه در خارج از کشور، نواندیشی دینی و رویکردهای اصلاح‌طلبانه عدالت جنسیتی را در یک معنا که منطبق با خاستگاه مفهومی و سیاسی آن است، به کار می‌برند که با مبدأ آن در اسناد بین‌المللی سازگاری کامل دارد و آن را تمجید می‌کنند؛ اما در متون و گفتار شفاهی رویکردهای اصول‌گرایی و سنت‌گرایی دینی، این واژه مترادف با معنای کلاسیک و رسمی عدالت گرفته شده و تنها مزیت استفاده از این ترکیب تمرکز بر حقوق و تکالیف دو جنس زن و مرد است. گروه سوم نیز به کاربرد عدالت جنسیتی در سطح بین‌الملل توجه دارند و در عین حال به دنبال ترویج مصطلح اسلامی در ذیل این واژه هستند. در ادامه به مواردی از این مقالات اشاره می‌کنم.

آتشک در مقاله «ارزشیابی عدالت جنسیتی در نظام آموزشی ایران» عدالت جنسیتی را برابر آنچه در اسناد بین‌المللی آمده است در نظر گرفته و بر همین اساس به بررسی موضوع فوق دست زده است. وی در مقدمه مقاله خود به موارد و قوانینی اشاره می‌کند که بر اساس همین خوانش از واژه در پی تحقق عدالت جنسیتی هستند و معتقد است که در موارد متعدد، برابری‌ها و قانون‌گذاری‌ها مبتنی بر جنسیت تحقق نیافته است (۱۳۹۱: ۱۲۸-۱۲۹). نویسنده این مقاله دیدگاه «برابر ولی متفاوت» — که در واقع قرائت نظام جمهوری اسلامی از عدالت جنسیتی است — را دیدگاه دیگری می‌داند که در آموزش به دنبال ایجاد فضایی آموزشی است که دختران را متناسب با جنس خودشان سوق دهد (همان: ۱۳۱). این نویسنده تا آخر مقاله بر اساس شاخص‌های مطرح‌شده در

اسناد بین‌المللی درباره عدالت جنسیتی، وضعیت عدالت جنسیتی در نظام آموزشی کشور را بررسی و نقد می‌کند. علی‌پور و دیگران نیز در حالی که مضمون عدالت جنسیتی را به عنوان یک اصطلاح دارای پیشینه به‌روشنی درک کرده‌اند، از تحولات دهه اخیر، به‌ویژه درباره مفهوم جنسیت، غافل شده‌اند:

عدالت جنسیتی اغلب معادل برابری جنسیتی در نظر گرفته شده است؛ اما این دو مفهوم از یکدیگر متمایزند. برابری جنسیتی به فرصت‌های برابر زندگی زنان و مردان اشاره دارد که دربرگیرنده تمایزند. برابری جنسیتی لزوماً نیازی به اطمینان از برابری نتایج ندارد؛ ... عدالت جنسیتی به عدالت در نتایج زندگی برای زنان و مردان اشاره دارد. در نتیجه، به فراتر از برابری فرصت‌ها می‌اندیشد، نیاز به تغییر در نگرش‌ها را یادآوری می‌کند، بر علایق، ترجیحات و نیازهای متفاوت زنان و مردان تأکید دارد و نیاز به بازتوزیع قدرت و منابع را اساسی می‌داند (۱۳۹۶: ۲۰۷).

برومند و رضایی در پژوهشی با عنوان «ارزیابی عملکرد بوستان‌های زنان در ارتقای عدالت جنسیتی در شهرهای اسلامی» با دقت به مراد از این واژگان، چارچوب نظری خود را با توجه به تعریف و مطالبه آن در معماری شهرها تنظیم و در عین حال، به درستی به نگرش تفاوت‌محور و اقتضائات وضعیت موجود در شهر اسلامی دقت کرده و نوشته‌اند:

از آنجا که ایده بوستان‌های زنان بر مبنای تفکیک جنسیتی فضاها در کشورها و شهرهای اسلامی مطرح و ایجاد شده است، بنابراین با نظریه‌های عدالت جنسیتی، که عموماً اندیشمندان امریکایی و اروپایی و همچنین فمینیست‌ها (در ابعاد عمومی و جهانی) مطرح می‌کنند، سنخیت چندانی ندارد. در واقع شاید هیچ فمینیست غیرمسلمانی تفکیک جنسیتی را برای دستیابی به عدالت جنسیتی (در استفاده از فضاهای عمومی شهری) نپذیرد؛ اما زمانی که هدف، جوامع مسلمان و نیمه سنتی (شهرهای ایران) باشد، قضیه متفاوت خواهد بود. اگرچه ممکن است ایده بوستان‌های زنان راهکاری ایدئال برای دستیابی به عدالت جنسیتی در شهرها نباشد، با توجه به شرایط حاضر در شهرهای

اسلامی، به نظر می‌رسد این فضاها بتوانند، به‌ویژه با تأکید بر اصول اخلاقی مراقبتی با افزایش فعالیت‌های اختیاری زنان در فضاهایی آزادانه و بدون نگرانی از آثار منفی حضور مردان (برای نمونه مسئله نوع پوشش و نیز مزاحمت لفظی و فیزیکی)، بر افزایش حضور و استفاده زنان از فضاهای شهری مؤثر، و از این رو، در ارتقای عدالت جنسیتی در شهرهای اسلامی مفید باشند (۱۳۹۵: ۵۹).

برخی از نویسندگان اصول‌گرا نیز این تفاوت اصطلاحی را گوشزد کرده، درصدد ارائه معنای خود از عدالت جنسیتی هستند. برای مثال هدایت‌نیا اگرچه مقاله خود را درباره عدالت جنسیتی نوشته و موضوع عدالت استحقاقی را پی گرفته است، به عدالت به معنای برابری، که همان تلقی از عدالت جنسیتی در ادبیات بین‌المللی است، اشاره کرده و نام آن را عدالت مساواتی نهاده است (۱۳۹۳: ۴۵). نویسنده با درک درست موضوع آورده است که «مورد منازعه نفی یا اثبات عدالت حقوقی نیست، بلکه بحث بر سر آن است که عدالت حقوقی با برابری حقوقی محقق می‌شود یا با تفاوت‌های مبتنی بر استحقاق اشخاص» (همان: ۳۰).

صفری نیز با مقایسه وضعیت‌های متفاوت در دولت‌های مختلف در ایران، تأکید می‌کند این مقوله بر حقوق اجتماعی و سیاسی و برخورداری شرایط یکسان برای دسترسی به منابع و فرصت‌ها تأکید دارد (۱۳۹۴: ۲۱۶) و مفهومی است که در انتقاد به کلیشه‌های فرهنگی درباره توانایی‌های مرد و زن مطرح شده است. وی در عین حال معتقد است: «مقوله‌های زن و عدالت جنسیتی بسته به اینکه در چه حوزه گفتمانی قرار گرفته باشند، معانی و هویت‌های متفاوتی به خود می‌گیرند که هر یک به نوع خاصی از گفتمان بستگی دارند که به آن معنا و هستی بخشیده است» (همان: ۲۱۱). خود او در مفهوم‌شناسی، از همان الگوی درون پارادایمی درباره تعریف عدالت شروع کرده، آن را با مفهوم رایج، یعنی قرار گرفتن هر چیزی در جای خویش و اعطاء کل ذی حق حقه، پیوند می‌زند.

رودگر با ارائه معانی لغوی از عدالت، می‌نویسد: «عدالت جنسیتی را ماورای طبیعت، طبیعت و غیب و شهود را در بر می‌گیرد و به انسانیت انسان و اصالت‌های وجودی او و آنگاه اعتباریات وجودی‌اش می‌پردازد تا شخصیت حقیقی و حقوقی،

سرمایه‌های سررشتی و سرنوشتی انسان را در بر بگیرد» (۱۳۸۸: ۵۳). وی معتقد است بحث درباره عدالت جنسیتی وابسته به این است که از هر کدام از مفاهیم و مفردات عدالت و جنسیت چه تصویری داریم، چه برداشتی از زن و مرد و انسان بما هو انسان داریم و همچنین عدالت را چگونه معنا می‌کنیم. آنگاه خود او عدالت را در معانی رسمی و شناخته‌شده در ادبیات کلاسیک آن، یعنی تعادل و توازن در تکوین و تشریح، تساوی در شرایط مساوی، دادن حق هر صاحب حقی، قرار گرفتن هر چیزی در جای خود، سپس تفاوت در شرایط متفاوت به کار می‌برد (همان: ۷۷). وی درباره جنسیت تحلیل جدیدی ارائه نمی‌کند و بر همان تعریف ذات‌گرایانه از زن و مرد، که مورد قبول این رویکرد است، تأکید می‌کند.

میرخانی قرائت رایج میان اصول‌گرایان را به‌مثابه معنای عدالت جنسیتی در نظر گرفته و آن را تئوریزه کرده است؛ اما اگرچه به مفهوم جنسیت و کلیشه‌های جنسیتی بی‌توجه نبوده، آن را نکاویده و فقط به ارائه اصول خود درباره عدالت میان دو جنس اکتفا کرده است. وی اصول و قواعدی چند را برای عدالت جنسیتی شمرده که از این قرارند: توجه به مبانی عدالت جنسیتی بر اساس اصول کلامی شیعی؛ عنایت به تفاوت فرهنگ اسلامی و مکاتب اومانیسم در شیوه تحقق عدالت جنسیتی، بدین معنا که تحقیقاتی بنیادین در تبیین اصول و غایات و مقاصد جامع‌گذاری اسلامی به دور از جمود و التقاط و بر مبنای نصوص برهانی و اصول عقلانی صورت پذیرد؛ دستیابی به اصول و معادلات و ادبیات خاص قانون‌گذار اسلامی در دستیابی به اهداف و غایات و مقاصد ابتدایی و میانی و نهایی قانون‌گذار در ساماندهی زندگی بشر؛ نگاه جامع به تمام ادله و پرهیز از منطق کلیشه‌های جنسیتی دور از منطق اسلامی در جوامع دینی؛ توجه به اصول راهبردی حاکم بر خانواده در نظام قانون‌گذاری اسلامی که عدالت جنسیتی تحت چنین اصولی قوام و پایایی می‌یابد، از جمله توصیه و تأکید بر اصاله التسهیل، تقسیم متعادل بر پایه نفی تبعیض، توجه تام به اصولی چون اصل احسان و اغماض، اصل تقدم مصالح جمعی بر منافع فردی، اصل تراضی و مشورت و اصل مودت و رحمت (۱۳۹۲: ۱۳).

نکته مهمی که از این مقایسه به دست می‌آید و میان همه مقالات مشترک است، این است که مقالات داخلی بر واژه عدالت و مفهوم آن تمرکز کرده‌اند، در حالی که

تغییرات معناشناختی مؤثر در برداشت از عدالت جنسیتی، متأثر از تحولات اصطلاحی هر دو واژه است. طبعاً بخشی از این منازعه به تصمیم‌گیری درباره معنای عدالت بازمی‌گردد که، چنانکه گذشت، در سطح بین‌المللی آن را مرادف تساوی دانسته و برابری را شرط تحقق عدالت به حساب آورده‌اند؛ اما در فضای فکری اصول‌گرایی و سنت‌گرایی، عدالت مفهومی برای درک برابری و نابرابری است، چنانکه واژه فارسی جنسیت تمام تحولات مفهومی و تبار معنایی کلمه gender را بازنمی‌نماید و معنای آن در سنت فکری داخلی، ایستا و فقط به معنای دو جنس با تفاوت‌های روشن و ثابت است. در واقع نگرش این جریان به جنسیت، ذات‌گرایانه است.

شاید علت این امر هم سابقه تعریف عدالت در این سنت فکری باشد؛ زیرا توجه به نابرابری‌ها یک رکن مهم در این تعریف و بستری مهم برای در نظر گرفتن تفاوت‌های طبیعی میان دو جنس است. کلانتری و فقیه ایمانی در مقاله خود اشاره‌ای به این نکته داشته و آن را بخشی از منازعه درباره معنای عدالت شمرده‌اند:

بخشی از این مناقشه به تفاوت آرا در رویکرد دینی نسبت به عدالت و تلقی فمینیستی از این مفهوم بازمی‌گردد. همچنان که اشاره شد، غالب متفکران اسلامی زن و مرد را از حیث انسانیت برابر دانسته، اما تفاوت طبیعی در جنسیت را منشأ تفاوت در حقوق و وظایف می‌دانند. بر این مبنا، معتقدند از نگاه اسلام، عدالت در تناسب با فرد و وظایفش تعریف می‌شود و تساوی و برابری تصویری سطحی از این مفهوم است. در مقابل، اساس غالب رویکردهای فمینیستی، تلقی تساوی‌طلبانه از عدالت و برابری است (کلانتری، فقیه ایمانی، ۱۳۹۲: ۱۳۷-۱۳۸).

به نظر می‌رسد ضمن توجه به عدالت جنسیتی به عنوان یک اصطلاح شناخته‌شده در فضای بین‌الملل، تعیین تکلیف درباره مصطلح عدالت جنسیتی در داخل کشور نیازمند تدقیق نظری بیشتر است، وگرنه این مفهوم به عنوان یک مفهوم کشدار و تفسیرپذیر، همواره منشأ سوءتفاهم، سیاست‌گذاری، قانون‌نویسی، مطالبه‌سازی و برنامه‌ریزی‌های متشتت و حتی متناقض شده، زمینه مفاهمه و دیالوگ را میان داخل کشور و عرصه بین‌المللی مخدوش خواهد کرد.

۳. یافته‌ها

۱. چنانکه ملاحظه شد، در برداشت از مفهوم و ترکیب عدالت جنسیتی اختلاف وجود دارد. عدالت جنسیتی در مفهوم بین‌المللی یک راهبرد مهم بر اساس تحول پیچیده و جاری در مفهوم جنسیت است تا اهداف این تغییر را محقق کند و تمام آنچه نابرابری اجتماعی و فرهنگی خوانده می‌شود را میان انسان‌ها با انواع گرایش‌ها و تمایلات فکری، بدنی و احساسی نادیده بگیرد. در این تلقی حقوقی، برابری تنها ارزش است و هیچ ارزش یا هنجار دیگری در کنار آن اهمیت ندارد. برای تحقق این سطح از برابری، عدالت جنسیتی خواهان هرگونه تبعیض مثبت برای فردی (به‌طور عمده زنان) است که دیگری بر اساس یک ارزش داورى فرهنگى، دینى، سیاسى بر او اهمیت داده شده است؛ اموری که در این رویکرد، کلیشه‌های جنسیتی نامیده می‌شوند. در رویکرد دیگر، عدالت جنسیتی تحلیلی نظری و زیرمجموعه نظریه کلی عدالت است که مبانی و آثار خاص خود را دارد، از جمله اینکه خداوند را مبدأ و مرجع تعیین مصادیق عدالت می‌داند. نویسندگانی که این تحلیل را ذیل عنوان عدالت جنسیتی آورده‌اند، در واقع نظریه سستی درباره تساوی و تفاوت میان دو جنس را در ادبیات «تفاوت آری، تبعیض نه» بازگویی کرده و نگاهی راهبردی به آن نداشته‌اند. می‌توان احتمال داد که این پژوهشگران درصدد ترویج مصطلحی دیگر درباره عدالت جنسیتی بوده‌اند تا بتوانند آن را در چارچوب اندیشه اسلامی قرار دهند و امکان طرح آن در مجامع بین‌المللی را بیابند. هدف این نویسندگان می‌توانست این باشد که استخدام کلمه عدالت به جای برابری حقوقی و تفاوت حقوقی، هم شائبه دفاع از تبعیض را از میان می‌برد و هم دیدگاه متفاوت این رویکرد را معلوم می‌کند.

۲. به کارگیری یک مفهوم با دو مصطلح متفاوت که تفاوت پارادایمی با یکدیگر دارند، از یک سو به مفاهیم ضرر می‌زند و از سوی دیگر، امکان سوءاستفاده را ذیل مفهومی متشابه ایجاد می‌کند. اساساً استفاده از واژه عدالت جنسیتی در معنایی مغایر با فهم جهانی و استخدام آن در معنای جدید یک چالش به شمار می‌رود و به کارگیری واژه‌ای جدید برای بیان نظریه اسلامی در این باره، مبتکرانه‌تر و به‌دور از خلط مفهومی است.

۳. با توجه به مفهوم جنسیت (gender) که مفهومی اجتماعی و پیچیده است، افزون بر ضرورت تحلیل برداشت هر گروه از مفهوم عدالت و مسائل وابسته به آن، بررسی مفهوم جنسیت و حیطه مسئله‌بودگی آن برای هر دو طیف بسیار مهم است. چه معتقد باشیم تفاوت‌های جنسیتی، اعم از ذهنی و رفتاری، ریشه طبیعی دارند و چه معتقد نباشیم، برساختی (اجتماعی و فرهنگی) بودن ابعادی از این تفاوت‌ها میان همه مشترک است. بر این اساس، مسئله ما با دیدگاه‌های فمینیستی درباره بخشی از این تفاوت‌های برساختی است که دین آنها را می‌پسندد و فمینیسم با همه آنها مخالف است. این امر حیطه عدالت را نیز تعیین و معلوم می‌کند که محل نزاع اندیشه اسلامی با نگرش فمینیستی در این باره چیست.

۴. تقیح مفاهیم عدالت، برابری، تبعیض و تفاوت به دلیل تحولات مفهومی در اسناد بین‌المللی درباره این مفاهیم ضرورت دارد. تا یک قرن پیش، این مفاهیم مرزهای ترمینولوژیک روشنی داشتند و در متون حقوقی یا فلسفی به جای یکدیگر به کار برده نمی‌شدند؛ همچنین برای هر یک ارزش‌دوایی‌های متمایزی وجود داشت. امروزه این مفاهیم وضوح خود را از دست داده‌اند، تا جایی که به جای یکدیگر به کار گرفته شده‌اند. این امر در اسناد مربوط به زنان بسیار مشهود است و شاید بتوان مبدأ این خلط مفهومی را همین اسناد دانست که باید پژوهشگران آنها را تبیین کنند. استیحاخ قانون‌گذاران عرصه بین‌الملل از به کارگیری واژه‌ای غیر از برابری، که خود منجر به تغییر معناشناختی واژه‌هایی مانند عدالت، جنسیت، انصاف و تبعیض شده، موجه به نظر نمی‌رسد؛ زیرا این امر عدالت را محقق نکرده، در حالی که عینیت‌بخشی به همه این مفاهیم با هم، می‌توانست عدالت واقعی در حوزه جنسیت را تأمین کند.

۵. اهمیت عدالت در فقه سیاسی - اجتماعی اسلام، در کنار اهمیت‌یافتگی حوزه عمومی و اجتماعی برای زنان. مهم‌ترین عرصه بحث عدالت در گزاره‌های اسلامی عدالت در فقه سیاسی و اجتماعی است. همچنین عدالت جنسیتی بیشتر ناظر به حقوق اجتماعی و سیاسی است. از همین رو، کشف ارتباط دیدگاه دینی و تأکیدات ویژه آن با حقوق زنان و دسته مهمی از نابرابری‌های اجتماعی لازم به نظر می‌رسد.

پی‌نوشت‌ها

۱. Narrative review

۲. اسامی دیگر مقالات بررسی شده:
- آذربایجانی، مسعود (۱۳۸۸ش)، «عدالت جنسیتی و اشتغال»، *مطالعات راهبردی زنان*، دوره ۱۲، شماره ۴۶، ص ۸۱-۱۱۶. آقاجانی، نصرالله (۱۳۸۸ش)، «چالش فمینیسم با عدالت جنسیتی»، *مطالعات راهبردی زنان*، دوره ۱۲، شماره ۴۶، ص ۴۸-۷۴.
- بخارایی، احمد، یزدخواستی، بهجت (۱۳۹۳ش)، «بررسی مقایسه‌ای: موانع فرهنگی تحقق عدالت جنسیت: مطالعه موردی: زنان متأهل شهر تهران در سال‌های ۱۳۸۹ تا ۱۳۹۳»، *مطالعات و تحقیقات اجتماعی در ایران*، دوره ۳، شماره ۴، زمستان، ص ۵۵۳-۵۸۳.
- رضازاده، راضیه، محمدی، مریم (۱۳۸۷ش)، «طراحی فضاهای محله‌ای با تأکید بر عدالت جنسیتی»، *نامه معماری و شهرسازی*، شماره ۱، پاییز و زمستان، ص ۵۵-۷۱.
- شمس قهفرخی، مهری (۱۳۹۴ش)، «برابری و عدالت جنسیتی و رفتارهای باروری در شهر اصفهان»، *نامه انجمن جمعیت‌شناسی ایران*، سال ۱۰، شماره ۲۰، ص ۹۵-۱۲۶.
- صدیق سروستانی، رحمت‌الله، حبیب‌پور گنابی، کرم (۱۳۸۶ش)، «بررسی نیازهای اجتماعی، فرهنگی و آموزشی دختران دانش‌آموز سراسر کشور»، *پژوهش زنان*، دوره ۵، شماره ۳، زمستان، ص ۳۱-۶۲.
- عریضی، حمیدرضا (۱۳۸۵ش)، «بررسی تجربی شکاف دستمزدی مبتنی بر جنسیت در صنعت ایران»، *فصلنامه علمی پژوهشی رفاه اجتماعی*، سال پنجم، شماره ۲۱، ص ۷۳-۹۷.
- عطارزاده، مجتبی (۱۳۸۹ش)، «عدالت جنسیتی مرز تعامل عدالت و سیاست»، *مطالعات راهبردی زنان*، دوره ۱۲، شماره ۴۶، ص ۲۲۵-۲۶۶.
- فکور، فاطمه، پورقصاب امیری، علی (۱۳۹۱ش)، «تبیین عدالت جنسیتی در اسلام و غرب»، *بانوان شیعه*، نهم، شماره ۲۹، ص ۷-۳۶.
- نظیفی نایینی، نازنین، شهرام‌نیا، امیرمسعود (۱۳۹۱ش)، «زنان، عدالت جنسیتی و گذار به مردم‌سالاری دینی»، *بانوان شیعه*، شماره ۲۹، ص ۱۲۹-۱۵۰.

۳. utilitarianism

۴. Right

۵. Good

۶. Discrimination

منابع

منابع فارسی

- آتشک، محمد (۱۳۹۱ش)، «ارزشیابی عدالت جنسیتی در نظام آموزشی ایران»، زن در توسعه و سیاست، دوره ۱۰، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۱، ص ۱۲۷-۱۵۱.
- آذربایجانی، مسعود (۱۳۸۸ش)، «عدالت جنسیتی و اشتغال»، مطالعات راهبردی زنان، دوره ۱۲، شماره ۴۶، ص ۸۱-۱۱۶.
- برومند، مریم، رضایی، سولماز (۱۳۹۵ش)، «ارزیابی عملکرد بوستان‌های زنان در ارتقای عدالت جنسیتی در شهرهای اسلامی»، پژوهشنامه زنان، سال هفتم، شماره ۲، تابستان، ص ۴۵-۶۱.
- پیغامی، عادل، ترابزاده جهرمی، محمدصادق، سجادی، سید علیرضا (۱۳۹۵ش)، گفتارهایی در عدالت اجتماعی، تهران: دانشگاه امام صادق علیه‌السلام.
- رضازاده، راضیه، محمدی، مریم (۱۳۸۷ش)، «طراحی فضاهای محله‌ای با تأکید بر عدالت جنسیتی»، نامه معماری و شهرسازی، شماره ۱، پاییز و زمستان، ص ۷۱-۵۵.
- رودگر، محمدجواد (۱۳۸۸ش)، «عدالت جنسیتی از منظر علامه طباطبایی و شهید مطهری»، مطالعات راهبردی زنان، دوره ۱۲، شماره ۴۶، ص ۴۹-۸۰.
- صفری شالی، رضا (۱۳۹۴ش)، «تحلیل گفتمان عدالت جنسیتی در لوایح و برنامه‌های توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات جامعه‌شناختی، دوره ۲۲، شماره دو، زمستان.
- طباطبایی، محمدحسین (۱۳۹۰ق)، المیزان فی تفسیر القرآن، بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.
- علاسوند، فریبا (۱۳۹۵ش)، «معیار نابرابری در تعریف عدالت: امری فلسفی یا کلامی؟ بررسی دیدگاه علامه طباطبایی درباره تفاوت حقوقی مرد و زن»، مقاله ۳، دوره ۴، شماره ۲، ص ۸۶-۶۹.
- علی پور، پروین، زاهدی، محمدجواد، ملکی، امیر، جوادی یگانه، محمدرضا (۱۳۹۶ش)، «تحلیل گفتمان عدالت جنسیتی در برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، فرهنگی»، فصلنامه مطالعات و تحقیقات اجتماعی، دوره ۶، شماره ۲، تابستان، ص ۲۰۳-۲۲۹.
- فرانکنا، ویلیام (۱۳۸۳ش)، فلسفه اخلاق، مترجم: هادی صادقی، قم: طه.
- کلانتری، عبدالحسین، فقیه ایمانی، فاطمه (۱۳۹۲ش)، «فراتحلیل پژوهش‌های انجام‌شده درباره نابرابری جنسیتی»، زن در فرهنگ و هنر، دوره ۵، شماره ۱، بهار، ص ۱۲۵-۱۴۲.

- مطهری، مرتضی (۱۳۶۸ش)، بیست گفتار، تهران: صدرا.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۹ش)، عدل الهی، تهران: صدرا.
- میرخانی، عزت‌السادات (۱۳۹۲ش)، «تحلیل عدالت جنسیتی در مناسبات عاطفی، اخلاقی و اقتصادی خانواده»، زن در فرهنگ و هنر، دوره ۵، شماره ۱، صص ۱۰۳-۱۲۴.
- واعظی، احمد (۱۳۸۸ش)، تقد و بررسی نظریه‌های عدالت، قم: مؤسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی.
- هدایت‌نیا، فرج‌الله (۱۳۹۳ش)، «مبانی نظریه عدالت استحقاقی در حقوق زنان حقوق اسلامی»، سال یازدهم، شماره ۴۲، پاییز.

منابع انگلیسی

- Delphy, Chrisine. (2003) "*Feminist. Theory reader: Local and global perspective: Rethinking Sex and Gender*", New York, Routledge, (chapter 6, p.p 57- 67)
- familywatch.org/fwi/documents/SDG_Analysis: an analysis of the UN 2030 sustainable development agenda.
- Fausto-Sterling, Anne. (2000) "*Of Gender and Genitals*" from *sexing the body: gender politics and the construction of sexuality* New York, NY: Basic Books, [Chapter 3, pp. 44-77].
- Handraban. L. M. (2004). '*Gender theory*' *Encyclopadia of feminist theory*, edited by S. Channa, New Delhi: Cosmo Publication, p. p 1- 25.
- Hird, Myra. J. (2005). '*Sex, gender and Science*', Great Britain by Antony Rowe, Ltd, Chippenham and Eastbourne.
- <http://www.genderjusticeleague.org/about/>
- <http://www.undp.org/content/undp/en/home/democratic-governance-and-peacebuilding/rule-of-law--justice--security-and-human-rights/gender-justice.html>.
- <https://en.oxforddictionaries.com/definition/gender>.
- <https://en.unesco.org/sdgs>: Gender equality is a global priority for UNESCO and inextricably linked to its efforts to promote the right to education and support the achievement of the Sustainable Development Goals (SDGs). Through the Education 2030 Framework for Action .
- Lombardo, E. (2005) "*Integrating or Setting the Agenda? Gender Mainstreaming in the European Constitution-Making Process*", Social Politics 12(3).

Maitrayee Mukhopadhyay and Navsharan Singh. (2007) "*Gender Justice, Citizenship and Development*" New Delhi: Zubaan, an imprint of Kali for Women.

Carolyn Hannan. (2007) *GENDER EQUALITY AND GENDER JUSTICE: Statement by Carolyn Hannan. Director Division for the Advancement of Women: United Nations Department for Economic and Social Affairs (DESA) At the 23rd General Assembly of the Conference of NGOs in Consultative Relationship with the UN (CONGO)*. Geneva, 7 December.

David Kirp, Mark Yudof, Marlene S. Franks, Marlene Franks Strong. (1986). "*Gender justice*", University of Chicago Press.

<http://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2010/1/gender-justice-key-to-achieving-the-millennium-development-goals#view>

<http://www.unwomen.org/en/how-we-work/capacity-development-and-training/training-centre-services>.

Lombardo, E, (2005) "*Integrating or Setting the Agenda? Gender Mainstreaming in the European Constitution-Making Process*", Social Politics 12(3).

Michael sandel. (1982). "*Liberalism and the limits of justice*", Cambridge university press.

Robert, Nozick. (1979). "*Anachy state and utopi*", Basil Blakewell.

Rowls John. (1990). *a theory of justice*: by the President and Fellows of Harvard College.

The Oslo Coalition on Freedom of Religion or Belief © Norwegian Center for Human Rights PO Box 6706 St. Olavs plass NO-0130 OSLO

www.lgbt-ep.eu/press-releases/new-eu-gender-equality-strategy-transgender-people-rights/

جنسیت و مجازات در فقه و حقوق ایران

اعظم خوش صورت موفق*

محمد خان کاظمی**

[تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۵/۱۰؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۵/۳۰]

چکیده

با عنایت به یکسان بودن ماهیت زن و مرد، زنانگی و مردانگی عنصر تأثیرگذاری در ارتکاب جرم و مجازات مجرم به نظر نمی‌رسد؛ اما با تأمل در متون جزایی اسلام و پیرو آن قانون مجازات ایران، روشن می‌شود که جنسیت در مجازات، اعم از معافیت‌های مجازاتی، نحوه اجرای مجازات و حتی میزان مجازات تأثیرگذار است. برای دستیابی به اینکه آیا زنان مشمول معافیت‌ها یا تخفیفات هستند یا مردان و اینکه کدام یک بیشتر مورد عنایت شارع مقدس‌اند، احصای تمام مصادیق مجرمانه، که در آنها تفاوت مجازات بین زنان و مردان وجود دارد، لازم است. در این نوشتار معافیت‌ها یا تخفیفات مجازاتی زنان و مردان به صورت مستقل بررسی و روشن شد که در زنا با محارم، همجنس‌بازی زنان (مساحقه)، ارتداد و قیادت تخفیفاتی شامل زنان شده و در سرقت از مال فرزند، قذف و قتل او و نیز در زنا همسر، تخفیف شامل مردان است. با این همه، حائز اهمیت است که تأثیر جنسیت در مجازات به هیچ وجه ناشی از نگاه تبعیضی قانون‌گذار یا شارع نیست.

کلیدواژه‌ها: جنسیت، مجازات، تفاوت زن و مرد، حقوق جزاء، فقه.

* استادیار، گروه حقوق خانواده دانشگاه ادیان و مذاهب قم، a.khoshsorat@yahoo.com

** دانشجوی دکتری تخصصی فقه و قضاء جامعه المصطفی (نویسنده مسئول)، mkazemi1434@gmail.com

مقدمه

اسلام زن و مرد را در انسانیت، منزلت، شخصیت انسانی و معیارهای فضیلت و جوهره انسانیت یکسان می‌داند و تنها معیار فضیلت و ارزش را تقوا و کمالات انسانی و معنوی معرفی می‌کند (حجرات: ۱۳). از این رو زن و مرد از حقوق مساوی برخوردارند؛ اما تساوی انسانیت و تساوی حقوق به هیچ رو به معنای تشابه کامل حقوق و وظایف نیست، بلکه مرد حقوقی متناسب با خویش و زن نیز حقوقی سازگار با خود دارد. تنها از این رهگذر است که زن و مرد به سعادت و کمال می‌رسند.

تفاوت‌های جسمی و روحی زن و مرد انکارنشدنی است؛ اما به یقین وجود این تفاوت‌ها به منزله نقص یکی و کمال دیگری نیست، بلکه لازمه عدالت، شباهت نداشتن آنان در برخی از حقوق است. اساساً تبعیض و بی‌عدالتی در صورتی محقق می‌شود که در شرایط مساوی و استحقاق‌های همسان، میان افراد فرق گذاشته شود؛ اما اگر تفاوت داشته باشند و تشابه حقوقی بین آنان نباشد، به یقین مصداق بی‌عدالتی نخواهد بود. بنابراین شکی نیست که تفاوت‌های موجود در احکام، از جمله احکام جزایی از قبیل تعیین مجازات، نه ناشی از ارزش کمتر زن است و نه کاشف از آن.

تفاوت زن و مرد در مجازات

در جرم‌شناسی میان جنسیت و اصل ارتکاب جرم رابطه برقرار است. میزان و کمیت و نوع جرایم زنان و مردان متفاوت است و در شیوه ارتکاب جرایم نیز تفاوت چشم‌گیری دیده می‌شود. آمارهای جنایی تفاوت‌های قابل ملاحظه‌ای را بین میزان جرایم مردان و زنان نشان می‌دهند (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۹: ۶۲).

در فقه و حقوق ایران، همان‌گونه که بین جرم و جنسیت ارتباط وجود دارد، در تعیین مجازات نیز این رابطه دیده می‌شود. با مطالعه قوانین فقهی حقوقی، مجازات متفاوت مرد و زن در برخی از جرایم در دو بخش قابل بررسی است: الف) جرایمی که مجازات زنان در آن خفیف‌تر یا همراه با معافیت است؛ ب) جرایمی که مجازات مردان در آن خفیف‌تر یا همراه معافیت است.

زنان و تخفیف مجازات

جرایمی که مجازات زنان در آنها خفیف‌تر است، از این قرارند:

۱. تفاوت مجازات در زنا با محارم؛ زنا با زن پدر

مجازات حد زنا از مسائلی است که در تعیین مجازات آن جنسیت تأثیرگذار است. مشهور فقها مجازات مجرم را قتل می‌دانند با این توضیح که مجازات قتل را فقط در محارم نسبی می‌پذیرند و سایر محارم، اعم از محارم رضاعی و سببی، را مشمول حکم مذکور نمی‌دانند. استثنای این حکم زنا با زن پدر است که در آن، زانی به مجازات قتل محکوم می‌شود، در حالی که زانیه، یعنی زن پدر، از این مجازات حداکثری (قتل) در امان است (خمینی، ۱۳۷۸: ۶۳/۲). در واقع با اینکه زانی و زانیه محارم سببی یکدیگر هستند و مطابق نظر کلی فقها مجازاتشان قتل نیست، در مقام استثنا، جنسیت تأثیر می‌گذارد و فقط زانی، چه محصن باشد و چه غیر محصن، به مرگ محکوم می‌شود و زانیه، فقط اگر محصن باشد، به این مجازات محکوم می‌شود.

مقتن ایران نیز در ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی، زنا با محارم نسبی را موجب قتل می‌داند و بیان می‌دارد:

حد زنا در موارد زیر اعدام است:

الف) زنا با محارم نسبی؛

ب) زنا با زن پدر که موجب قتل زانی است؛

ج) زنا با غیر مسلمان با زن مسلمان که موجب قتل زانی است؛

د) زنا با عفت و اکراه که موجب قتل زانی اکراه‌کننده است.

برخی دیگر از فقها، بر خلاف نظر مشهور، زنا با محارم سببی را نیز موجب قتل می‌دانند. ایشان معتقدند اطلاق ادله زنا با محارم شامل محارم رضاعی و سببی نیز می‌شود و کسانی که می‌گویند این اطلاقات تنها به محارم نسبی انصراف دارند، ادله قابل قبولی ندارند؛ چراکه واژه محرم یعنی کسی که ازدواج با او حرام است، اعم از آنکه سببی باشد یا نسبی یا رضاعی (خویی، ۱۴۳۲: ۲۳۳/۲).

آنچه در فضای تقنین به چشم می‌خورد، پیروی قانون‌گذار از نظر خلاف مشهور فقها است. در ماده ۸۲ قانون مجازات سابق آمده است که زنا با محارم، چه نسبی باشد

و چه سببی، موجب قتل است؛ البته در بند (ب) ماده مذکور، در زنا با زن پدر تصریح کرده که فقط موجب قتل زانی است، نه زانیه.

بند (ب) از ماده قانونی فوق محل تأمل است؛ چراکه در صدر ماده، زنا با محارم سببی را به طور کلی موجب قتل دانسته که زنا با زن پدر یکی از مصادیق آن و موجب قتل به شمار می‌رود. طبق این بند فرقی بین زانی و زانیه نیست و باید هر دو به مجازات مرگ و اعدام محکوم شوند؛ چراکه هر کدام محرم سببی دیگری است و خارج کردن آن در بند (ب) فاقد مبنای فقهی و خالی از وجه است.

البته بنا بر دیدگاه غیر مشهور فقها، استثنا به گونه‌ای غیر از آنچه در قانون گذشته آمده، قابل تقریر است، به این صورت که به طور کلی برای زنا با محارم مجازات قتل با شمشیر پیش‌بینی شده، اما برای زنا با زن پدر مجازات رجم و سنگسار در نظر گرفته شده است؛ هرچند زانی محصن نباشد (خویی، ۱۴۳۲: ۲/۲۳۴).

۲. تفاوت مجازات زن و مرد در جرم هم‌جنس‌بازی

هم‌جنس‌گرایی، چه در میان مردان باشد (لواط) و چه در میان زنان (مساحقه)، از بدترین انحرافات اخلاقی است که سرچشمه مفساد زیادی در جامعه می‌شود؛ این عمل در حقیقت، انحراف از طبیعت سالم انسانی است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۱۹۲/۹، ذیل آیه ۸۱ سوره هود). در قوانین اسلامی نه تنها این عمل منافی عفت تحریم شده، بلکه برای عامل آن نیز مجازات شدیدی در نظر گرفته شده که گاه به سر حد اعدام می‌رسد (خویی، ۱۴۲۲: ۱/۲۸۰)؛ اما چنانکه مشاهده می‌شود جنسیت در تعیین مجازات این جرم نیز تأثیرگذار بوده و مجازات هم‌جنس‌بازی مردان اعدام دانسته شده (ر.ک: خمینی، ۱۳۷۸: ۲/۶۹۶)، در حالی که سقف مجازات هم‌جنس‌بازی زنان صد ضربه تازیانه است (همان: ۴۷۰). قانون مجازات اسلامی ایران نیز در مواد ۲۳۳-۲۳۷، ضمن شرح و توضیح اصل عمل مجرمانه، شرایط تحقق آن را اعلام می‌کند. طبق این مواد، حد لواط برای فاعل در صورت عتف، اکراه یا دارا بودن شرایط احصان^۱ اعدام و در غیر این صورت صد ضربه شلاق است. حد لواط برای مفعول در هر صورت (وجود یا عدم احصان) اعدام است.

مواد ۲۳۹-۲۴۰ نیز ابتدا جرم مساحقه را شرح داده، سپس میزان مجازات آن، یعنی صد ضربه شلاق، را تعیین و در ادامه تصریح می‌کند که در این حکم فرقی بین فاعل و مفعول مسلمان و غیرمسلمان، محصن و غیرمحصن، و عنف و غیرعنف نیست. چنانکه گذشت، جنسیت بر تعیین مجازات جرم هم‌جنس‌بازی تأثیر گذاشته و در مواردی برای مردان مجازات قتل و برای زنان فقط صد تازیانه پیش‌بینی شده، که در واقع مجازات آن در حد مجازات تفخیز (حد خفیف لواط) در مردان است (ر.ک: ماده ۱۲۱ قانون مجازات اسلامی).

۳. تفاوت مجازات زن و مرد در جرم ارتداد

یکی دیگر از مصادیق تأثیرگذاری جنسیت بر مجازات، تفاوت در مجازات جرم ارتداد است. واژه «ارتداد» از کلمه «رد» گرفته شده و به معنای «بازگشت» است. در فرهنگ و آموزه‌های دینی، بازگشت از اسلام و گرویدن به کفر «ارتداد و رده» نامیده می‌شود (راغب اصفهانی، ۱۳۸۴: ۳۴۸-۳۴۹). البته مسئله ارتداد تنها در اسلام جرم‌انگاری نشده است، بلکه در برخی از ادیان دیگر نیز اگر کسی از دین برگزیده و رایج رو بگرداند، کافر قلمداد می‌شود و از آنجا که از دین سابق برگشته، مرتد است و مجازات می‌شود (کتاب مقدس، سفر تثبیه، ۱۳: ۵ و ۹)

در فقه اسلامی نیز مرتد به مسلمانی گفته می‌شود که از دین اسلام روگردان شده یا برخی از ضروریات دین را انکار کرده باشد؛ در این صورت وی کافر به شمار می‌رود (صدر، ۱۴۲۰: ۵۰۳/۸). فقهای شیعه مرتد را به مرتد فطری و مرتد ملی تقسیم و برای هر يك احکامی جداگانه ذکر کرده‌اند (ر.ک: نجفی، ۱۴۰۴: ۶۰۲/۴۱؛ خویی، ۱۴۲۲: ۳۲۵/۱؛ خمینی، ۱۳۷۸: ۴۹۹/۱). با نگاهی به ضوابط اسلامی می‌توان دریافت که ارتداد در اسلام جرم‌انگاری شده و از برخی از آیات شریفه قرآن کریم (بقره: ۲۱۷؛ آل عمران: ۷۲) استفاده می‌شود که دشمنان و رقبای داخلی و خارجی جریان فتنه‌انگیز ارتداد را برای ایجاد تزلزل در اعتقادات و باورهای دینی مسلمانان پایه ریخته‌اند (بقره: ۱۰۹). با توجه به شواهد مذکور در آیات، شاید بتوان گفت فلسفه جرم‌انگاری ارتداد فتنه‌انگیزی، ایجاد تردید و شبهه در اذهان عمومی و تضعیف روحیه ایمانی جامعه است. البته اگر فتنه‌انگیزی و اخلال در نظم عمومی علت جرم‌انگاری ارتداد باشد، فتنه‌انگیزی، به

عنوان قصد مجرمانه، عنصر روانی ارتداد را تشکیل می‌دهد؛ اما به نظر می‌رسد فتنه‌انگیزی از حکمت‌های ارتداد است، نه علتش، چنانکه برخی آن را از حکمت‌های مجازات مرتد دانسته‌اند (مصباح، ۱۳۸۱: ۱۰۶).

فتاوی‌ای فقهی، مانند بیشتر روایات مربوط به مرتد، مطلق‌ند؛ بنابراین جرم ارتداد از جرم‌های فقط مادی به حساب می‌آید (ولیدی، ۱۳۸۵: ۳۲۳/۲، ۳۲۴). در جرم صرفاً مادی، قانون‌گذار صرف تحقق عمل را اماره قانونی یا فرض قانونی^۲ بر قصد مرتکب منظور می‌کند. فلسفه جرم‌انگاری ارتداد جلوگیری از نفوذ بیگانگان و دشمنان و استفاده از ضعف فکری افراد سست ایمان است؛ به عبارت دیگر، به اندازه‌ای این شیوه برای ایجاد تزلزل در باورهای اعتقادی مردم، شیوه ساده و تأثیرگذاری است که قانون‌گذار به کسی اجازه نمی‌دهد به آن نزدیک شود، خواه قصد مجرمانه داشته باشد یا نداشته باشد.

درباره میزان مجازات این جرم باید گفت مرتد فطری اگر مرد باشد، افزون بر برخی از احکام مدنی - مثل فسخ عقد نکاح و جدایی از همسر بدون نیاز به طلاق و تقسیم اموال بین ورثه - به اعدام محکوم می‌شود؛ اما مرتد ملی را به توبه و بازگشت به اسلام فرا می‌خوانند، سه روز برای توبه به او مهلت می‌دهند و روز چهارم اگر توبه نکرد، کشته می‌شود (خمینی، ۱۳۷۸: ۴۹۵/۲). از نظر برخی از فقها، مهلت توبه منحصر به سه روز نیست، بلکه به قدر لازم به وی مهلت داده می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷: ۷۱/۸). اگر در این فاصله زمانی توبه کرد، آزاد می‌شود، وگرنه به اعدام محکوم می‌شود. این در حالی است که در فقه اسلامی، مجازات زن مرتد، از هر نوع که باشد، اعدام نیست، بلکه وی را به توبه دعوت می‌کنند، چنانچه توبه کرد، آزاد می‌شود، وگرنه در زندان می‌ماند، هنگام نماز تازیانه می‌خورد و در تنگنای معیشتی قرار می‌گیرد تا توبه کند (نجفی، ۱۴۰۴: ۶۰۵/۴۱؛ خوبی، ۱۴۱۳: ۳۹۲/۱؛ خمینی، ۱۳۷۸: ۴۹۴/۲). مستند این حکم و تفاوت در مجازات میان زن و مرد مرتد، علاوه بر نفی خلاف میان فقهای شیعه، روایات این موضوع است (خوبی، ۱۴۱۳: ۳۹۹/۱). فقهای اهل تسنن به این نظر فتوا نداده‌اند و از نظر آنان، زن مرتد مانند مرد مرتد کشته می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷: ۷۲/۸).

چنانکه گذشت، در بحث ارتداد، مجازات خفیف‌تری دامن‌گیر جنس زن است. شاید بتوان گفت حضور کم‌رنگ‌تر زنان در عرصه اجتماع، آثار مخرب اجتماعی کمتری، از قبیل تشویش اذهان عمومی، ایجاد اختلال در نظم عمومی و فتنه‌انگیزی، به

دنبال دارد. از سویی، خصوصیات روان‌شناختی، احساسات و عواطف حاکم بر جنس زن سبب می‌شود که در بیشتر موارد، زنان آسان‌تر از مردان تحت تأثیر قرار گرفته، تغییر عقیده دهند.

۴. تفاوت مجازات زن و مرد در جرم قیادت

تحقیر و شخصیت‌شکنی شخص مجرم یکی از گونه‌های کیفی در نظام مجازاتی اسلام تلقی می‌شود. جرم قیادت از جرم‌هایی است که مرتکب آن در سیطره مجازات‌های تحقیرآمیز قرار می‌گیرد. قواد که همان واسطه و دلال جمع‌کننده اشخاص جهت ارتکاب امور جنسی نامشروع است را ۷۵ ضربه تازیانه می‌زنند، موی سرش را می‌تراشند (حلق الشعر)، در میان مردم می‌گردانند تا مردم او را بشناسند (تشهیر) و در نهایت تبعیدش می‌کنند. در این مجازات، میان زن و مرد تفاوتی چشم‌گیر دیده می‌شود. زن مجرم فقط ۷۵ ضربه تازیانه می‌خورد و به مجازات حلق و تشهیر و نفی بلد محکوم نمی‌شود (درباره تشهیر قواد نک.: محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۶۲/۴، با تحقیق عبدالحسین محمد علی بقال).

بدیهی است این تفاوت مجازات به نوعی با ساختار روحی زنان هماهنگ است؛ چراکه جایگاه و نقش مو در زیبایی زن و مرد یکسان نیست و تراشیدن مو برای زن به مراتب دردناک‌تر از مردان است. همچنین تراشیدن سر در مردان زمینه‌ساز تشهیر آنان است تا بازدارندگی ایجاد کند، اما در زنان، با عنایت به لزوم حفظ حجاب، این فرض محال است؛ چراکه زن حتی در صورت تراشیدن سر، با حجاب آن را پنهان می‌کند و زمینه تشهیر فراهم نمی‌شود. از سویی نیز تبعید زن در برخی فروض مشکل است. برای نمونه نقش مادری زن مانع تبعید او است؛ چراکه در صورت حکم به تبعید زن شیرده امر دایر می‌شود بین اینکه به تبعید قهری فرزند شیرخوار به همراه مادر حکم کنیم یا جدایی فرزندش از او که در فرض رضاع، هر دو بسیار دشوار است. از این رو به نظر می‌آید این تفاوت مجازات با عنایت به جنس زن و مرد و شرایط حاکم بر هر کدام بوده است.

مردان و تخفیف مجازات در جرایم

آنچه در قسمت اول تقریر شد جرایمی بود که تخفیف مجازات در آنها متوجه زنان است. در بخش دوم جرایمی احصا می‌شوند که تخفیف مجازات در آنها متوجه مردان است.

۱. تفاوت زن و مرد در مجازات جرم سرقت حدی از مال فرزند

یکی از موارد تأثیر جنسیت در تعیین مجازات، جرم سرقت است. از استثنائات تعیین مجازات حدی سرقت، پدر یا جد پدری بودن صاحب مال است؛ اما در سرقت مادر و مادر بزرگ چنین استثنائی پذیرفته نشده است. بنابراین اگر مادر از فرزند خود سرقت کند، در صورت وجود شرایط، مجازات حدی از جمله قطع دست، برای او تعیین و اجرا می‌شود. بسیاری از فقها معتقدند که از شرایط موجب حد سرقت این است که سارق، پدر صاحب مال نباشد، در حالی که اگر مادر از مال فرزند سرقت کند، با وجود شرایط، مجازات حدی تعیین و به قطع ید محکوم می‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۶۰/۴؛ خمینی، ۱۳۷۸: ۶۱۳/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۴۸۸-۴۸۷/۴).

ماده ۲۶۸ از بند ج قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در شرایط موجب مجازات حدی سرقت، به این مهم تصریح کرده است. هرچند برخی از فقهای معاصر معتقدند فرض اجرای حد در خصوص سرقت پدر از اموال فرزندش فرض محالی نیست، باید توجه داشت که این فرض در صورتی محقق می‌شود که عناوین ثانویه‌ای در آن دخیل باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۳۷۶/۳). با عنایت به عموم آیه سرقت (مائده: ۳۸) و سایر ادله مربوط به مجازات سرقت، همه اقارب و اجانب مشمول مجازات قطع ید خواهند بود و فقط پدر و جد پدری، به اجماع فقها، از این عموم خارج شده‌اند. برخی خواسته‌اند مادر را به این دلیل که احد الابوبین است و هر کدام در وجوب اعظام و اکرام مشترک‌اند، در این حکم به پدر ملحق کنند. برخی از فقهای اهل تسنن نیز هر واجب النفقه را در این حکم به پدر ملحق و چنین استدلال کرده‌اند که اولاً بین فرع و اصل اتحاد است و ثانیاً مال هر کدام برای رفع نیاز دیگری منظور شده و یکی از نیازها این است که با سرقت آن مال دست او قطع نشود. برخی دیگر از همان فقها تمام اقارب را در این حکم به پدر ملحق کرده‌اند (نک: شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۴۸۷/۱۴)؛ اما هیچ کدام از این ادله نمی‌تواند عام قرآنی

و سایر ادله را تخصیص بزند (همان). به نظر می‌رسد با توجه به لزوم پرداخت نفقه بر پدر و ارتزاق فرزند از مال پدر، این تخفیف مجازاتی در مسائل مالی سنجدیده و بجا است.

۲. قذف فرزند

متهم کردن مرد یا زن پاکدامن به زنا یا لواط عملی ناپسند است و قذف نامیده می‌شود. این عنوان تنها در نسبت دادن زنا یا لواط محقق می‌شود؛ اما اگر زنی را به مساحقه متهم کند، حد قذف بر او جاری نمی‌شود، بلکه از سوی حاکم شرع تعزیر می‌شود (خمینی، ۱۳۷۸: ۶۰۲/۲). اگر کسی مرتکب جرم قذف شود و نتواند آن را ثابت کند، از سوی حاکم شرع به ۸۰ ضربه تازیانه محکوم می‌شود (همان: ۶۰۵). قذف با توجه به بزه‌دیده دارای سه قسم است: قذف افراد خارج از بستگان، قذف همسر و قذف فرزندان. در مجازات قسم اول میان زن و مرد تفاوتی دیده نمی‌شود؛ اما در مجازات قسم دوم و سوم شاهد تفاوت هستیم.

۲-۱. تهمت به افراد

در آموزه‌های دینی اسلام، برای مجازات تهمت به افراد حد قذف تشریح شده است؛ چراکه مقرر شده ناموس مردم، ملعبه دست افراد هوسران قرار نگیرد. این مجازات سخت، یعنی تازیانه خوردن، برای مصون ماندن آبرو و نوامیس مردم پیش‌بینی شده است (قرشی، ۱۳۷۷: ۱۸۶/۷). آیه ۴ سوره نور حد جرم قذف را بیان کرده است؛ قذف یعنی به زنی عقیف و پاکدامن نسبت زنا داده شود. اگر فرد برای اثبات ادعای خود مبنی بر تحقق عمل زنا، چهار شاهد عادل بیاورد، زن به مجازات تازیانه یا سنگسار محکوم می‌شود و اگر نتواند چهار شاهد عادل اقامه کند، خود او به جرم بزه قذف به هشتاد تازیانه محکوم می‌شود و دیگر شهادتش در هیچ دعوایی مقبول نمی‌افتد. در این مجازات زن و مرد باهم مساوی‌اند و تفاوتی ندارند.

۲-۲. تهمت به همسر

یکی از مصادیق تأثیر جنسیت در مجازات، قذف به همسر (لعان) است. لعان دامن‌گیر مردانی است که به همسر خود نسبت ناروا می‌دهند، در حالی که چهار شاهد ندارند؛ از

این رو باید طبق تشریفات انجام لعان (ر.ک: خمینی، ۱۳۷۸: ۳۶۱/۲)، در حضور قاضی به راست‌گویی خود سوگند یاد کنند و در فرض دروغ‌گویی لعنت خدا را بر خود خریدار شوند. اگر زن در مقابل شهادت‌های همسر سکوت کند، جرم زنا بر او ثابت و به مجازات سنگسار محکوم می‌شود و اگر بخواهد از مجازات رجم تبرئه شود، لازم است او نیز طبق تشریفات ادعای همسر را تکذیب کند که در این صورت لعان تحقق می‌یابد و آثار بر آن مترتب می‌شود (ر.ک: طوسی، ۱۳۹۰: ۳۷۰/۳).

نکته دیگر اینکه در فرض نکول از لعان پس از انجام کامل تشریفات لعان، شرایط یکسانی برای زن و مرد محقق نمی‌شود. هرچند فرارش بعد از نکول به هیچ‌کدام از زن و مرد بر نمی‌گردد، بعد از نکول مرد، حد قذف را بر او جاری می‌کنند، اما بعد از نکول زن، حد زنا بر او ثابت نمی‌شود؛ چراکه تکذیب او تنها یک اقرار محسوب می‌شود و سبب تحقق چهار اقرار نیست.

۲-۳. تهمت پدر به فرزند

یکی دیگر از مصادیق تأثیر جنسیت در مجازات تعیین مجازات قذف است. در قوانین جزایی ایران و اسلام آمده است که اگر پدر یا جد پدری فرزند یا نوه خود را قذف کند، یعنی آنان را به زنا یا لواط متهم کند، بر او حد جاری نمی‌شود، بلکه فقط از سوی حاکم شرع تعزیر می‌شود، در حالی که اگر مادر مرتکب این عمل شود، به مجازات حد قذف محکوم می‌شود (خمینی، ۱۳۷۸: ۶۰۴/۲).

نصوص، اصل و اجماع فقها حاکی از آن‌اند که در قوانین فقهی اسلام هیچ عقوبتی، از قبیل قتل و حد، به خاطر فرزند بر پدر ثابت نشده است و حتی مواردی که پدر تعزیر می‌شود، به جهت ارتکاب فعل حرام است، نه حق فرزند (نک: شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۴۴۲/۱۴؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۰/۲۸). قانون مجازات ایران نیز تنها به مجازات تعزیری اشاره کرده است؛ چنانکه در ماده ۲۵۹ آمده: «پدر یا جد پدری که فرزند یا نوه خود را قذف کند، به سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش محکوم می‌گردد».

۳. تفاوت زن و مرد در مجازات قتل فرزند

یکی دیگر از مهم‌ترین مصادیق تأثیر جنسیت بر مجازات در تفاوت مجازات قتل فرزند برای هر کدام از والدین است. فقه جزایی اسلام و قانون ایران قصاص یا آزادی مادر قاتل را منوط به نظر پدر می‌کند، در حالی که پدر قاتل، حتی در فرض وجود عنصر عمد در قتل، با پرداخت دیه آزاد می‌شود.

قرآن (نساء: ۹۲) برای قاتلی که از روی اشتباه کسی را به قتل رسانده، دو جریمه تعیین کرده است: آزادی برده مسلمان و اگر قدرت چنین کاری را نداشته باشد باید دو ماه پشت سر هم روزه بگیرد یا پرداخت خون‌بها به ورثه مقتول. بنابراین اگر پدری از روی خطا فرزند خود را به قتل برساند، باید این دو جریمه را بپردازد. نکته قابل تأمل آنکه خود او از دیه فرزندش ارث نمی‌برد، بلکه دیه به بقیه ورثه مقتول می‌رسد. امام صادق (ع) فرمود: «اگر کسی پدر یا فرزندش را بکشد، از او ارث نمی‌برد» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳: ۱۲۰/۴، ح ۵۲۴۴). بنابراین پدری که از روی خطا فرزندش را بکشد، باید هم دیه آن را بپردازد و هم با توجه به نبودن برده، شصت روز پشت سر هم روزه بگیرد؛ ضمن اینکه خودش از اموال فرزندش ارث نمی‌برد.

خداوند متعال دوزخ را مجازات کسی قرار داده که به عمد و با قصد قتل مؤمنی را بکشد. قاتل در دوزخ جاودانه می‌ماند، خداوند بر او غضب می‌کند، او را از رحمتش دور می‌سازد و عذاب بزرگی برای او آماده ساخته است (نساء: ۹۳). در قتل عمد، اولیا و ورثه مقتول حق قصاص دارند (بقره: ۱۷۸)؛ اما بر اساس فتوای اجماعی فقها، پدر بودن یکی از موانع قصاص است، در حالی که مادر بودن مانع قصاص دانسته نشده است. از این رو با اینکه مادر یکی از اولیای دم به حساب می‌آید، اگر فرزند خود را به عمد به قتل برساند و پدر یا یکی دیگر از اولیای دم درخواست قصاص کند، مادر قصاص می‌شود. این حکم متفاوت برای پدر و مادر مرتکب قتل، تنها در قصاص است؛ بنابراین دیه و کفاره از پدری که قتل کرده، ساقط نمی‌شوند و او باید دیه فرزند را به دیگر ورثه میت بپردازد. همچنین حاکم شرع او را تعزیر می‌کند.

منشأ این حکم متفاوت، روایات بسیاری است که از معصومان (ع) در این باره وارد شده است. پیامبر (ص) فرمودند: «لَا تُقَامُ الْحُدُودُ فِي الْمَسَاجِدِ وَلَا يُقْتَلُ الْوَالِدُ بِالْوَالِدِ؛ حدود نباید در مساجد اجرا شود و پدر نباید به خاطر کشتن پسر قصاص شود»

(ابن‌ابی‌جمهور، ۱۴۰۵: ۱۸۹/۱). اگرچه سند این روایت مخدوش و مرسله است، قابل استفاده و استناد است؛ چون مضمون آن در روایات معتبره دیگر، که در ادامه می‌آید، فراوان دیده می‌شود. از این رو برخی از فقها (مرعشی، ۱۴۱۵: ۳۴۳/۱) در این حکم به این حدیث نبوی، به عنوان يك قاعده، استناد کرده‌اند. روایاتی که این قاعده از آنها اصطیاد شده فراوان‌اند؛ از جمله اینکه امام صادق (ع) فرمودند: «هنگامی که پدری فرزند خود را بکشد، قصاص نمی‌شود، ولی اگر پسری پدر خود را بکشد، قصاص خواهد شد» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۷۷/۲۹) یا قضاوت امیرالمؤمنین (ع) که در ادامه آن فرمودند: «قصاص نیست برای پدر هنگامی که پسرش را بکشد یا عیبی به او برساند یا اعضای بدن او را قطع کند» (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۰۸/۱۰؛ نیز نک.: نجفی، ۱۴۰۴: ۱۶۹/۴۲؛ خویی، ۱۴۱۳: ۸۷).

ماده ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی نیز بر این مهم تصریح می‌ورزد: «قصاص در صورتی ثابت می‌شود که مرتکب، پدر یا از اجداد پدری مجنی علیه نباشد و مجنی علیه، عاقل و در دین با مرتکب مساوی باشد».

برخی سعی کرده‌اند چرایی این حکم را تبیین کنند؛ از این رو درباره علت قصاص نشدن پدر بابت قتل عمدی پسر آورده‌اند که چون پدر سبب به وجود آمدن فرزند است، یعنی نطفه فرزند از صلب پدر است، پس واسطه وجود اکنون واسطه عدم شده و قصاص لازم نیست. البته این دلیل کامل نیست و خود قائلان آن نیز آن را چنین نقد کرده‌اند که در این صورت لازم می‌آید مادر نیز که در به وجود آمدن فرزند دخالت دارد، استثنا شود در حالی که در لسان ادله، مادر استثنا نشده است (شهید ثانی، ۱۴۱۲: ۴۰۷/۲).

ممکن است گفته شود که شریعت اسلام برای پدر احترام بسیار بالایی قائل شده و حق ولایت فرزند را به او داده است؛ اما برای مادر، با اینکه دارای احترام وافر است، چنین ولایتی جعل نشده است. نکته قابل تأمل آنکه اصل اولی در اتهام قتل تساوی است، یعنی اگر کسی شخص دیگری را عمداً به قتل برساند، اولیای دم می‌توانند قصاص کنند. پدر از این حکم استثنا شده، ولی در مورد مادر چون دلیلی بر این استثنا وجود ندارد، به اصل اولی عمل می‌کنیم. به عبارت دیگر، خروج از عموم ادله قصاص نیازمند دلیل قطعی است و فقط خروج فرضی که پدر قاتل فرزند خود باشد، یقینی است.

۴. تفاوت زن و مرد در مجازات زناي همسر

بر اساس فقه اسلامی و حقوق ایران، یکی از مستثنیات قصاص قتل در فراش است، با این توضیح که اگر مردی مشاهده کند مرد بیگانه‌ای با همسرش در حال زنا است، می‌تواند هر دو را بکشد و اگر بتواند زنا را اثبات کند، هیچ مجازاتی متوجه او نخواهد بود. در حالی که اگر زن در شرایط مشابه فرار گیرد، چنین اجازه‌ای ندارد و در صورت تخلف، مجازات باید از طریق دادگاه صالح تعیین و اجرا شود.

۴-۱. دفاع مشروع

در اجتماعات انسانی، دفاع از افراد به عهده حکومت است؛ اما فقه اسلامی (خمینی، ۱۳۷۸: ۴۸۷/۱)، بلکه تا جایی که می‌دانیم، تمام نظام‌های حقوقی دنیا جواز دفاع مشروع از مال، جان، آزادی تن و ناموس را پذیرفته‌اند، زیرا از سویی دفاع حکومت از تمام افراد، همیشه و در همه جا ممکن نیست و از دیگر سو، منع اقدام فردی برای رفع تجاوز، در موافقی که رفع تجاوز از طرف نیروهای حکومتی و حافظ امنیت جامعه ممکن نباشد، منطقی نیست. طبق ماده ۵۱ منشور حقوق بین‌الملل، حق دفاع برای ملت‌ها در مقابله با تجاوز یا ادامه تجاوز به رسمیت شناخته شده است (ابراهیمی، ۱۳۷۷: ۲۶/۲). البته دفاع مشروع شرایطی دارد که در فقه و قانون به آن اشاره شده است؛ از جمله در ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی آمده است:

هرگاه فردی در مقام دفاع از نفس، عرض، ناموس، مال یا آزادی تن خود یا دیگری در برابر هرگونه تجاوز یا خطر فعلی یا قریب الوقوع، با رعایت مراحل دفاع، مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، در صورت اجتماع شرایط زیر مجازات نمی‌شود:

(الف) رفتار ارتكابی برای دفع تجاوز یا خطر ضرورت داشته باشد؛

(ب) دفاع مستند به قرائن معقول یا خوف عقلایی باشد؛

(پ) خطر و تجاوز به سبب اقدام آگاهانه یا تجاوز خود فرد و دفاع دیگری صورت نگرفته باشد؛

(ت) توسل به قوای دولتی بدون فوت وقت عملاً ممکن نباشد یا مداخله آنان در دفع تجاوز و خطر مؤثر واقع نشود.

بنابراین وقتی شوهر بدون حکم قاضی مرد زانی را می‌کشد، در واقع دفاع مشروع کرده و مستحق مجازات نیست؛ اما زن این حق را ندارد؛ چراکه عمل او تحت عنوان دفاع مشروع، از جمله دفاع از ناموس، نمی‌گنجد و ممکن است رابطه شوهر با آن زن، نامشروع نباشد و تحت عنوانی مانند ازدواج موقت قرار گیرد.

۴-۲. قتل در فراش

پدیده «قتل در فراش» و جواز قتل زنی که در فراش مرد بیگانه قرار گرفته، از موضوعاتی است که در قدیمی‌ترین تمدن‌ها، از جمله آشوری‌ها، امپراتوری ژاپن، یونان باستان و رم قدیم وجود داشته و در قوانین بسیاری از کشورها نیز پیش‌بینی شده است (حبیب‌زاده، بابایی ۱۳۷۸: ۸۱/۴). مشهور فقها معتقدند:

هرگاه شوهری همسر خود را با مرد اجنبی در حال زنا ببیند و آن دو را به قتل برساند، اگرچه از نظر اخروی گناهی مرتکب نشده است، از نظر حقوقی باید این مسئله را اثبات کند. زوج برای اثبات ادعای خود باید یا بینه اقامه کند یا اولیای دم ادعای وی را تصدیق کنند؛ زیرا اصل اقتضا می‌کند که مجنی علیه مستحق قتل نبوده و عمل زنا، که قاتل ادعا می‌کند، واقع نشده است (شهید ثانی، ۱۴۱۲: ۱۱۹/۹).

بند ۳۰۲ ماده قانون مجازات اسلامی نیز در تبعیت از قول مشهور فقها، برای مردی که زوجه خود را در حال زنا با دیگری ببیند و آن دو را به قتل برساند، قائل به معافیت در قصاص شده است. نکته قابل تأمل در این ماده آن است که اساساً اثبات چنین مسئله‌ای بسیار دشوار و در حد محال است؛ چراکه لازم است مرد خود شاهد ماجرا باشد و صرف شنیدن خبر کافی نیست. از سویی، لازم است او در حال زنا زوجه مرتکب قتل شود، بنابراین اگر بعد از زنا اقدام به قتل کند، قصاص خواهد شد. از همه مهم‌تر، علم به تمکین است که زعم ما را برای تحقق نیافتن چنین شرایطی در مقام عمل بیشتر می‌کند؛ چراکه لازم است مرد یقین داشته باشد که همسرش با طیب نفس و رضایت وارد این عرصه گناه‌آلود شده است.

در مقابل قول مشهور فقها، قول غیر مشهوری وجود دارد که بر اساس آن، مرد نمی‌تواند مرتکب قتل زانی و زانیه شود. یکی از فقها روایات مورد استناد قول مشهور

را از لحاظ سند مخدوش و برخی دیگر را ناظر به موضوع دفاع می‌داند و معتقد است هیچ‌یک از روایات باب دفاع بر نظر مشهور دلالت ندارد. وی همچنین درباره مرسله شهید اول^۳ نیز می‌نویسد: «چون قبل از شهید کسی دیگر از فقها این روایت را ذکر نکرده است، نمی‌تواند مستند قول مشهور قرار گیرد تا گفته شود که مرسله بودن آن با عمل مشهور جبران شده است» (خویی، ۱۴۲۲: ۱۰۲/۴۲). ماده ۳۰۳ قانون مجازات اسلامی تصریح می‌کند:

هرگاه مرتکب مدعی باشد که مجنی^۴ علیه، حسب مورد در نفس یا عضو، مشمول ماده ۳۰۲ این قانون است یا وی با چنین اعتقادی، مرتکب جنایت بر او شده است، این ادعا باید طبق موازین در دادگاه ثابت شود و دادگاه موظف است نخست به ادعای مذکور رسیدگی کند. اگر ثابت نشود که مجنی^۴ علیه مشمول ماده ۳۰۲ است و نیز ثابت نشود که مرتکب بر اساس چنین اعتقادی مرتکب جنایت شده است، مرتکب به قصاص محکوم می‌شود؛ ولی اگر ثابت شود که به اشتباه با چنین اعتقادی دست به جنایت زده ولی مجنی^۴ علیه موضوع ماده ۳۰۲ نباشد، مرتکب علاوه بر پرداخت دیه، به مجازات مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات» محکوم می‌شود.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

اسلام زن و مرد را در انسانیت، منزلت، شخصیت انسانی و معیارهای فضیلت مساوی و جوهره انسانیت در هر دو را یکی می‌داند. از نظر اسلام، مرد و زن هیچ فضیلت و ارجحیتی بر یکدیگر ندارند و تنها معیار فضیلت و ارزش، تقوا و کمالات انسانی و معنوی است. از این رو زن و مرد از حقوق مساوی برخوردارند؛ اما تساوی انسانیت و تساوی حقوق، به معنای تشابه کامل حقوق و وظایف نیست، بلکه مرد و زن حقوقی سازگار با خود دارند و تنها از این رهگذر است که به سعادت و کمال می‌رسند. تفاوت‌های جسمی و روحی زن و مرد انکارناپذیر است؛ اما این تفاوت‌ها بر پایه «تناسب» است، نه نقص یکی و کمال دیگری. خداوند نیز کمال زن و مرد را در این تفاوت متناسب قرار داده است.

تفاوت‌های موجود در احکام مدنی، مثل ارث و دیه، و احکام جزایی نه ناشی از ارزش کمتر زن است و نه کاشف از آن، بلکه علت و حکمت دیگری دارد که به ملاک‌های جعل یک حکم یا وضع یک قانون در نظر قانون‌گذار بازمی‌گردد. حکم عقل ایجاب می‌کند که حکم موارد مشابه و همانند باید واحد و مشترک باشد و در موارد و شرایط نامساوی، احکام مختلف به تناسب همان شرایط جعل شود.

چنانکه در علم جرم‌شناسی زن و مرد در میزان و شیوه ارتکاب متفاوت‌اند، در فقه و حقوق نیز زن و مرد در احکام جزایی تفاوت دارند. در دسته‌ای از جرایم، مثل زنا با محارم و همجنس‌بازی (لواط و مساحقه) و ارتداد، مجازات زنان خفیف‌تر از مجازات مردان پیش‌بینی شده و در دسته‌ای دیگر از جرایم، از قبیل سرقت حدی از مال فرزند، قذف به فرزند، قذف به همسر و قتل در فراش، مجازات مردان خفیف‌تر از مجازات زنان در نظر گرفته شده است.

پی‌نوشت‌ها

۱. احصان عبارت است از آنکه مرد همسر دائمی و بالغ داشته باشد و در حالی که بالغ و عاقل بوده، از طریق قبیل با همان همسر در حال بلوغ وی جماع کرده باشد و هر وقت بخواهد امکان جماع از همان طریق را با وی داشته باشد (تبصره ۲ ماده ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۲).

۲. در اماره قانونی اثبات خلاف اماره ممکن است و رفع اثر می‌شود، مانند ید که اماره قانونی برای ملکیت است (زینالی نسرانی، ۱۳۹۲: مواد ۱۳۲۱-۱۳۲۲)؛ اما اگر خلاف آن ثابت شود، صاحب ید مالک نخواهد بود. اگر قانون‌گذار چیزی را فرض قانون لحاظ کند، در صورت اثبات خلاف آن نیز آثار حقوقی‌اش مرتفع نمی‌شود، اگر مرتکب جرم بگوید: «من چون از قانون بی‌اطلاع بودم مرتکب شده‌ام»، از وی قبول نمی‌شود؛ چراکه قانون‌گذار قانون را منتشر می‌سازد و پس از انقضای مهلتی از زمان انتشار، آن را برای عموم جامعه لازم الاجرا می‌داند (همان، ماده ۲).

۳. مُحَمَّدُ بْنُ مَكِّي الشَّهِيدُ فِي الدُّرُوسِ قَالَ رَوَى أَنَّ مَنْ رَأَى زَوْجَتَهُ تَزَوَّجَتْهُ فَلَهُ قَتْلُهُمَا (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۴۹/۲۸).

۴. ماده ۳۰۲: در صورتی که مجنی^۱ علیه دارای یکی از حالات زیر باشد، مرتکب به قصاص و پرداخت دیه محکوم نمی‌شود: ... (ث) زانی و زانیه در حال زنا نسبت به شوهر زانیه در غیر موارد اکراه و اضطرار به شرحی که در قانون مقرر است.

منابع

قرآن کریم.

کتاب مقدس، به همت انجمن پخش کتب مقدسه در میان ملل، ۱۹۷۸-7m
ابراهیمی، محمد (۱۳۷۷ش)، اسلام و حقوق بین الملل عمومی، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، چاپ اول.
ابن ابی جمهور، محمد بن زین الدین (۱۴۰۵ق)، عوالی اللئالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیة، قم: دار سید الشهداء للنشر، چاپ اول.
حبیب‌زاده، محمدجعفر، بابایی، حسین (۱۳۷۸ش)، «قتل در فراش»، مجله مدرس علوم انسانی، زمستان، شماره ۴.

زینالی نسرانی، حسین (۱۳۹۲ش)، قانون مدنی و محشا، کاشان: قانون مدار، چاپ اول.
صدوق، ابن بابویه محمد بن علی (۱۴۱۳ق)، من لا یحضره الفقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.

محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، با تحقیق عبدالحسین محمد علی بقال، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.

حاجی ده‌آبادی، محمدعلی (۱۳۸۹ش)، جرم‌شناسی، قم: دانشگاه قم.

خمینی، سید روح‌الله موسوی (۱۳۷۸ق)، تحریر الوسیلة، نجف: مطبعة الآداب، چاپ اول.

خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۳ق)، منهاج الصالحین، قم: چاپ مهر، مدینه العلم.

خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ق)، مبانی تکملة المنهاج، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی، چاپ اول.

راغب اصفهانی (۱۳۸۴ش)، مفردات الفاظ القرآن الکریم، قم: ذوی القربی، چاپ پنجم.

حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق)، استفتاءات جدید، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، چاپ دوم.

سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، مهذب الأحكام، قم: مؤسسه المنار، چاه چهارم.

صدر، سید محمد (۱۴۲۰ق)، ما وراء الفقه، بیروت: دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ اول.
طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۹۰ق)، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، تهران: دار الکتب الإسلامية، چاپ اول.

طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، تهذیب الأحكام (تحقیق خراسان)، تهران: دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم.

طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم.

- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی (۱۴۱۳ق)، *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*، قم: مؤسسه المعارف الإسلامية، چاپ اول.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی (۱۴۱۲ق)، *الروضة البهيبة في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى سلطان العلماء)*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- قرشی، علی‌اکبر (۱۳۷۷ش)، *تفسیر أحسن الحديث*، تهران: بنیاد بعثت، چاپ سوم.
- مرعشی نجفی، سید شهاب‌الدین (۱۴۱۵ق)، *التفصيص على ضوء القرآن والسنة*، قم: انتشارات کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، چاپ اول.
- مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۸۱ش)، *دین و آزادی*، قم: مرکز مطالعات و پژوهش‌های فرهنگی حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۴ش)، *تفسیر نمونه*، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، *جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام*، بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.
- ولیدی، محمد صالح (۱۳۸۵ش)، *حقوق جزای عمومی*، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها، چاپ یازدهم.

«تابعیت و جنسیت»

تأملی در نگاه جنسیتی به تابعیت فرزندان در حقوق ایران

مصطفی دانش پژوه*

[تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۵/۱۳؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۵/۳۰]

چکیده

تفاوت نقش نسب پدری و مادری در اعطای تابعیت ایرانی «تولدی» و «تبعی» به فرزندان در قوانین تابعیت ایران سبب شده کسانی که مسائل حقوقی را بیشتر از منظر جنسیتی می‌نگرند، قانون تابعیت ایران را به طور کلی، یا دست کم در موارد مذکور، به تبعیض جنسیتی متهم و محکوم سازند و با جهت‌گیری تساوی‌گرایانه (بیشتر فمینیستی)، خواستار اصلاح قوانین موجود شوند. این مقاله با تحلیل منطقی مواد قانونی مربوط و تأمل در دیدگاه فوق، به این نتیجه می‌رسد که ۱. نظام قانونی تابعیت ایران بر تفاوت استوار نیست و در بسیاری از موارد تساوی حاکم است. ۲. در موارد اختلاف و تفاوت، از جمله در موارد مذکور، تفاوت صبغه و ماهیت جنسیتی ندارد. ۳. تفاوت‌های مذکور پشتوانه منطقی و قانع‌کننده‌ای ندارند، بنابراین اصلاح قانون با استفاده از راه‌حل‌های منطقی - حقوقی ضروری به نظر می‌رسد.

کلیدواژه‌ها: حقیقت تابعیت، تابعیت و جنسیت، تساوی جنسیتی در تابعیت، تفاوت جنسیتی در تابعیت.

مقدمه

برخی از تفاوت‌های حقوقی موجود بین پدر و مادر در تأثیرگذاری آنان بر تابعیت فرزندان موجب شده است که برخی با تعمیم و تأویل این تفاوت‌های خاص، به تفاوت عام بین جنس مرد و جنس زن، مسئله را فقط جنسیتی نگریده، آن را مصداقی از نابرابری و تبعیض جنسیتی بیندارند و بر اساس دیدگاه تساوی‌گرایانه، خواستار اصلاح قوانین جهت رفع این تفاوت‌ها و همسان‌سازی قوانین مربوط به تابعیت مرد و زن شوند.

این مقاله بدون نقد دیدگاه تساوی‌گرایانه افراطی و نیز بی آنکه در مقام دفاع کلی از قوانین تابعیت ایران باشد و قوانین مذکور را خالی از نقص بیندارد، پس از اشاره‌ای به تعریف و حقیقت تابعیت، با تبیین رابطه تابعیت و جنسیت، معلوم می‌سازد که اصولاً نگاه جنسیتی به تابعیت نگاه صحیحی نیست. سپس با بررسی تنها دو مورد از تفاوت‌ها نشان می‌دهد که ۱. تفاوت‌ها و نابرابری‌های مذکور در قانون صبغه جنسیتی ندارد و اسناد نگاه جنسیتی به قانون و قانون‌گذار در قوانین مربوط به تابعیت ایران، اسناد درستی نیست. ۲. تفاوت‌های مزبور هم اصولاً به حق برخورداری پدر یا مادر از تابعیت ایران مربوط نمی‌شود تا تفاوت در آن مصداق تبعیض جنسیتی منفی مورد اعتراض تساوی‌گرایان باشد.

۱. تعریف تابعیت و حقیقت آن

از دیرباز کره زمین به «دولت — کشور»های متعددی تقسیم شده است. هر دولت — کشور ترکیبی از عناصر چهارگانه سرزمین، جمعیت، حکومت و حاکمیت است. هر یک از مردم جهان عضوی از جمعیت تشکیل‌دهنده یکی از این دولت‌ها است که از این طریق با آن دولت رابطه حقوقی، سیاسی و معنوی پیدا می‌کند؛ به این عضویت و رابطه‌های ناشی از آن تابعیت گفته می‌شود. به همین جهت در جمع‌بندی تعریف‌های فراوان تابعیت می‌توان گفت: «تابعیت عبارت از رابطه‌ای سیاسی، حقوقی و معنوی بین شخص و دولتی معین است که از طریق عضویت داشتن یا عضویت یافتن فرد در جمعیت تشکیل‌دهنده آن دولت، پدید می‌آید و شخص را به آن دولت مرتبط و منتسب

می‌سازد» (نک: دانش‌پژوه، ۱۳۸۱: ۲۷-۳۰). البته این تعریف خالی از مسامحه نیست (قربان‌نیا، ۱۳۸۷: ۲۲)؛ زیرا حقیقت تابعیت چیزی جز عضویت فرد در جمعیت تشکیل‌دهنده دولت نیست، عضویتی که برآیند آن نوعی ارتباط حقوقی، سیاسی و معنوی بین فرد و دولتی معین است.

بر این اساس، اگرچه برخی از انواع تابعیت، مثل «تابعیت تحصیلی»، بیشتر ماهیت قراردادی دارند و ماهیت برخی از آنها، مانند «تابعیت اجباری» یا «تابعیت تبعی» (نک: دانش‌پژوه، ۱۳۸۱: ۱۲۱-۱۲۸)، بیشتر سیاسی است، اصل رابطه تابعیت در کلیت خود در واقع یک مفهوم انتزاعی (وضعیت سیاسی) است که در یک واقعیت سیاسی خارجی، یعنی عضویت فرد در جمعیت تشکیل‌دهنده دولت، ریشه دارد. اگر این عضویت به نحو قطعی وجود داشته باشد، مثل جایی که همه عناصر پیوند فرد با دولت، یعنی خون و نسب (والدینی) و زادگاه و اقامتگاه، با هم وجود داشته باشند، فرد حتماً تبعه آن دولت است و هیچ یک از فرد یا دولت نمی‌تواند منکر این تابعیت شود (اگرچه ممکن است به گونه‌ای به آن پایان ببخشند) و برعکس، اگر شخصی فاقد همه عناصر سه‌گانه باشد، رابطه تابعیت وجود ندارد و هیچ یک از فرد و دولت نمی‌تواند مدعی تابعیت باشد (اگرچه ممکن است بعداً رابطه تابعیت به گونه‌ای پدید آید) (نک: دانش‌پژوه، ۱۳۸۱: ۴۹-۶۰).

۲. تابعیت و جنسیت

تابعیت منطقی و لزوماً با جنسیت مربوط نیست. تابعیت رابطه‌ای حقوقی، سیاسی و معنوی بین فرد و دولتی معین است که از عضویت فرد در جمعیت تشکیل‌دهنده آن دولت نشئت می‌گیرد و در تحقق این رابطه، جنسیت نقش مثبت یا منفی ندارد؛ زیرا هر کس، چه زن و چه مرد، عضو جمعیت تشکیل‌دهنده دولتی باشد یا بشود، تبعه آن دولت خواهد بود و هر کس، چه زن و چه مرد، چنین عضویتی نداشته باشد یا از آن خارج شود، تبعه آن دولت نخواهد بود. منطق تابعیت این است، اگرچه ممکن است دولتی در قوانین خویش - درست یا نادرست - بین تابعیت و جنسیت گره بزند و رابطه برقرار کند. بنابراین،

اولاً داشتن نگاه جنسیتی به تابعیت، نگاه صحیحی نیست، حتی اگر داشتن نگاه جنسیتی به حقوق زن و مرد صحیح باشد (نصیری، ۱۳۷۲: ۵۴).

ثانیاً حتی با فرض درست بودن نگاه جنسیتی به تابعیت، نتیجه نگاه «تساوی و عدم تبعیض جنستی»، لزوماً تساوی و همانندی مرد و زن در تابعیت نیست؛ چراکه ممکن است عضویت آنان در جمعیت تشکیل دهنده دولت، به لحاظ واقعی و عینی، نه حقوقی و سیاسی متفاوت باشد. همچنین نتیجه نگاه «عدم تساوی و تبعیض جنسیتی»، تفاوت و مساوی نبودن مرد و زن در تابعیت نیست؛ زیرا ممکن است به رغم وجود پاره‌ای تفاوت‌ها در حقوق خانوادگی و حتی اجتماعی، پیوند و ارتباط زن و مرد با دولتی معین و عضویت در جمعیت تشکیل دهنده آن دولت، همانند و مساوی باشد.

بنابراین چه بسا دولتی با بیشترین تفاوت جنسیتی در نظام حقوقی خویش، به دلیل سیاست‌های جمعیتی یا دلیلی دیگر، بدون هیچ گونه تبعیضی تابعیت خود را حاتم‌گونه به زنان یا فرزندان آنان اعطا کند و برعکس، چه بسا دولتی با بیشترین تساوی جنسیتی در نظام حقوقی خود، به دلیل سیاست‌های جمعیتی یا دلیلی دیگر، از اعطای تابعیت خود به زنان یا فرزندان دروغ و رزدد. افزون بر این — همان طور که خواهد آمد — ممکن است تفاوت‌های موجود لزوماً به جنسیت برنگردد، بلکه همچون تفاوت سهام ارث، نتیجه عناوین و کارکردهای دیگر، مثل پدر یا مادر بودن باشد که در یکی از دو جنس زن یا مرد ظاهر می‌شود (نک: دانش‌پژوه، ۱۳۹۶: ۲۲۴-۲۲۵).

با این همه، در قوانین مربوط به تابعیت برخی دولت‌ها، از جمله ایران، گاه تفاوت‌هایی بین زن و مرد وجود دارد که دست‌کم در نگاه نخست، نوعی ارتباط بین انواعی از تابعیت با جنسیت و در نتیجه، گونه‌ای از تبعیض جنسیتی در موضوع تابعیت را تداعی می‌کند یا برخی آن را حمل بر تبعیض جنسیتی می‌کنند. یکی از مواردی که برخی آن را مصداق تبعیض جنسیتی می‌دانند، ندادن تابعیت تولدی و تابعیت تبعی ایران به فرزند از طریق نسب مادری است. وجود این تفاوت‌ها سبب شده کسانی که به حقوق، از جمله تابعیت، نگاه جنسیتی فمینیستی، یعنی نگرش «تساوی کامل حقوق زن و مرد و عدم تبعیض علیه زنان»، دارند از سوی نظام قانونی تابعیت ایران را به تبعیض آمیز بودن متهم و محکوم سازند و از سوی دیگر، برای حل مشکل به راه‌حل‌های فمینیستی استناد جویند، در حالی که با تأمل در قوانین تابعیت ایران دو مسئله روشن می‌شود:

۱. جنس زن و جنس مرد در بسیاری از قوانین مربوط به تابعیت از موقعیت مساوی و همانند برخوردارند، حتی اگر فرض کنیم در سایر قوانین چنین تساوی و همانندی‌ای نداشته باشند.

۲. دلیل این تفاوت‌ها، صرف‌نظر از درستی یا نادرستی آن، نگاه مبتنی بر تبعیض جنسیتی نبوده است؛ پس بافرض نادرست بودن این دلیل‌ها و نیز تفاوت‌های مترتب بر آنها، چاره کار در یافتن دلیلی منطقی برای تساوی یا تفاوت است، نه استناد به دلایل جنسیتی و فمینیستی.

پیش از ورود به بررسی جنسیتی بودن یا نبودن موارد مذکور و نیز بررسی درست و منطقی بودن یا نبودن آنها، اشاره‌ای گذرا به موارد تساوی و همانندی مرد و زن در تابعیت، مفید به نظر می‌رسد.

۳. موارد همانندی و تساوی زن و مرد در تابعیت

جنس زن (همسر، مادر، دختر، خواهر) و جنس مرد (همسر، پدر، پسر، برادر) در بیشتر احکام تابعیت همانند و مساوی‌اند، از جمله در این موارد:

۱. برخورداری فرزندان (دختر یا پسر) از تابعیت تولدی، موضوع بندهای ۱ تا ۵ ماده ۹۷۶ قانون مدنی؛

۲. برخورداری فرزندان (دختر یا پسر) از تابعیت تبعی، موضوع ماده ۹۸۴ قانون مدنی؛

۳. برخورداری همگان از تابعیت تحصیلی، موضوع بندهای ۷ ماده ۹۷۶ قانون مدنی؛

۴. برخورداری همگان از تابعیت رجوعی، موضوع ماده ۹۹۰ قانون مدنی؛

۵. همانندی همگان در رد تابعیت ایران، موضوع ماده ۹۷۷ قانون مدنی؛

۶. همانندی همگان در ترک تابعیت ایران، موضوع ماده ۹۸۸ قانون مدنی (جز اندکی تفاوت بین پدر و مادر)؛

۷. همانندی فرزندان (دختر یا پسر) در پایان الحاقی تابعیت، موضوع ماده ۹۸۳ قانون مدنی.

۴. جایگاه منطقی ناهمانندی‌ها و تفاوت‌ها

پیش از ورود به بررسی موارد ناهمانندی و اختلاف زن و مرد در تابعیت، تذکر این نکته لازم و سودمند است که این ناهمانندی‌ها و اختلاف‌ها — فارغ از موجه یا ناموجه بودنشان — در نظام‌هایی که تابعیت تولدی خود را بر سیستم خاک استوار کرده‌اند و در احوال شخصی نیز قانون اقامتگاه یا قانون مقر دادگاه را حاکم می‌دانند، منطقاً قابل طرح نیست؛ زیرا با فرض پذیرش سیستم خاک، فرزند متولد در خاک يك کشور، دختر باشد یا پسر، تبعه آن دولت محسوب می‌شود، خواه پدر یا مادرش یا هر دو، تبعه دولت زادگاه باشند یا نباشند. همچنان که در احوال شخصی و دعاوی خانوادگی، فارغ از تابعیت افراد، قانون اقامتگاه یا قانون مقر دادگاه، صالح و حاکم به شمار می‌آید. البته ممکن است به صورت غیر منطقی تفاوت‌هایی حتی بیش از تفاوت‌های موجود در نظام‌های حقوقی مقابل، در این گونه نظام‌ها مطرح شود.

بنابراین این ناهمانندی‌ها و اختلاف‌ها، از نظر منطقی فقط در آن دسته از نظام‌های حقوقی قابل طرح است که در موضوع تابعیت تولدی، سیستم خون را پذیرفته باشند و در موضوع تعارض قوانین و تعیین قانون صالح حاکم بر احوال شخصیه، قانون ملی را صالح بدانند؛ زیرا در صورت اختلاف تابعیت پدر و مادر ممکن است فقط نسب پدری یا مادری را ملاک تعیین تابعیت طفل قرار دهند، چنانکه در صورت اختلاف تابعیت افراد، به ویژه زوجین، ممکن است برای رسیدن به قانون واحد حاکم بر احوال شخصیه و روابط خانوادگی، تابعیت یک طرف را تحت تأثیر تابعیت طرف دیگر تغییر دهند.

به هر حال در ادامه دو مورد از مهم‌ترین موارد این ناهمانندی‌ها و اختلاف‌ها در حقوق ایران را بررسی می‌کنیم: ۱. تفاوت در اعطای تابعیت تولدی؛ ۲. تفاوت در اعطای تابعیت تبعی.

۵. تفاوت در اعطای تابعیت تولدی از طریق نسب پدر و مادری

سیستم اصلی تابعیت تولدی در نظام حقوقی ایران سیستم خون و نسب است و با اینکه فرزند هم به پدر و هم به مادر منسوب است، قانون‌گذار فقط نسب پدری را برای اعطای تابعیت ایرانی به طفل در نظر گرفته و در بند ۲ ماده ۹۷۶ مقرر داشته است که: «کسانی که پدر آنها ایرانی است، اعم از اینکه در ایران یا خارجه متولد شده باشند»،

ایرانی محسوب می‌شوند، چه مادر آنان ایرانی باشد و چه خارجی. مدلول دیگر این ماده آن است که اگر فرزندی مادری ایرانی و پدری خارجی داشته باشد، ایرانی محسوب نمی‌شود.

ممکن است این تفاوت سبب پیدایش این گمان شود که در حقوق ایران، تبعیض جنسیتی آشکاری بین زن (مادر) و مرد (پدر) در اعطای تابعیت به طفل دیده می‌شود که مخالف اصل پذیرفته شده تساوی حقوقی زن و مرد و کنوانسیون‌های مربوط به رفع تمام آشکال تبعیض علیه زنان است (حقیقت‌طلب، ۱۳۹۷: ۲۵، ۲۶؛ دادخواه، ۱۳۹۶: ۱۲۸). جالب توجه است که نویسنده‌ای که در کتاب خود بی‌توجهی قانون‌گذار به نسب مادری در اعطای تابعیت ایرانی به فرزند ناشی از پدر ایرانی (بند ۲ ماده ۹۷۶) را تدلیل یا دست‌کم توجه کرده (ارفع‌نیا، ۱۳۶۹: ۷۷-۷۶/۱)، ندادن تابعیت ایرانی به فرزند ناشی از پدر خارجی و مادر ایرانی را تفاوتی شگفت‌انگیز و اجحاف در حق مادر دانسته است (ارفع‌نیا، ۱۳۸۶: ۱۷۴، ۱۷۹).

بدیهی است صاحبان این دیدگاه بر این عقیده‌اند که برای رعایت اصل عدم تبعیض (=تساوی) جنسیتی، باید برای اعطای تابعیت تولدی ایران به فرزند، نسب مادری را همچون نسب پدری کافی دانست؛ چنانکه برای اعطای تابعیت تولدی، موضوع بند ۴ ماده ۹۷۶ قانون مدنی، تولد هر یک از پدر یا مادر خارجی در ایران بدون هیچ گونه تبعیضی بین پدر و مادر کفایت می‌کند (ارفع‌نیا، ۱۳۶۹: ۸۳/۱؛ غایب، ۱۳۹۷: ۳۰، ۳۲).

البته برخی نیز نه به دلیل مخالفت با تبعیض جنسیتی مفروض، بلکه به دلایلی دیگر، همچون دلایل امنیتی (میرزاده، ۱۳۹۷: ۱۸) یا برای حل مشکل بی‌تابعیتی احتمالی چنین فرزندان (حقیقت‌طلب، ۱۳۹۷: ۲۶؛ دادخواه، ۱۳۹۶: ۱۲۸، ۱۲۹، ۱۳۰) یا قیاس تابعیت مادری با نسب مادری (دادخواه، ۱۳۹۶: ۱۲۸، ۱۲۹)، خواستار آن‌اند که به استناد نسب مادری یا به استناد سیستم خاک (در مقایسه با بند ۴) به این فرزندان تابعیت ایرانی داده شود. چون این بحث خارج از موضوع این مقاله است، آن را مطرح نمی‌کنیم.

باید دید تصور وجود تبعیض جنسیتی در اعطای تابعیت به فرزند چه سهمی از واقعیت دارد. در صورت غیر واقعی بودن، دلیل تفاوت زن و مرد چیست و چه مقدار منطقی و قابل دفاع است؟ در صورت غیر منطقی و غیر قابل دفاع بودن، چه باید کرد؟ بررسی این مطلب مستلزم بیان نکات زیر است:

نکته اول: همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، اصولاً نگاه جنسیتی (چه با گرایش تفاوت جنسیتی و چه با گرایش تساوی جنسیتی) به مقوله تابعیت، چه از جانب قانون‌گذار و چه از جانب شارحان و ناقدان قانون، نگاه صحیحی نیست، بلکه باید فقط بر اساس معیار واقعی تابعیت، یعنی «عضویت فرد در جمعیت تشکیل‌دهنده دولت»، به این مقوله نگریت و برخورداری یا نابخورداری فرد از تابعیت دولتی معین (در اینجا، ایران) را مشخص ساخت. بسیار بعید است که دلیل اختلاف مذکور (اعطای تابعیت تولدی ایران به فرزند به استناد نسب پدری و نه مادری)، فارغ از درستی یا نادرستی آن، نگاه جنسیتی باشد، زیرا:

اولاً متن قانون (بند ۲ ماده ۹۷۶) که فقط به بیان برخورداری طفل از تابعیت ایران به استناد نسب پدری بسنده کرده و درباره نسب مادری (در این بند) چیزی نگفته، به دلیل حکم و جنسیتی بودن آن تصریحی نکرده است.

ثانیاً در کلام بسیاری از حقوقدانانی که این ماده را شرح و به اختلاف نقش پدر و مادر در تابعیت ایرانی طفل توجه داده‌اند، نه‌تنها تحلیلی برای جنسیتی بودن این تفاوت مشاهده نمی‌شود (نک.: نصیری، ۱۳۷۲: ۶۴؛ شیخ‌الاسلامی، ۱۳۸۴: ۴۸، ۴۹؛ ارفع‌نیا، ۱۳۶۹: ۷۸-۷۱؛ عامری، ۱۳۶۲: ۳۶؛ ابراهیمی، ۱۳۸۶: ۱۱۱؛ مدنی، ۱۳۶۹: ۹۷-۹۹؛ سلجوقی، ۱۳۸۰: ۷۹ و ۱۳۸۶: ۱۸۸-۱۹۰)، بلکه برعکس تصریح شده است که «... بی‌گمان در این امر [در هنگام وضع قانون] مصالح ملی مورد توجه بوده است» (قربان‌نیا، ۱۳۸۷: ۲۳) و به نمونه‌ای از این مصالح احتمالی — اگرچه نه کاملاً موجه — اشاره شده است (همو، ۱۳۸۴: ۱۸۸/۲)، هرچند ممکن است امروز دیگر آن مصالح وجود نداشته باشند و از این جهت تغییر و اصلاح قانون پسندیده یا ضروری باشد (همو، ۱۳۸۷: ۲۳).

ثالثاً شاهد دیگر جنسیتی نبودن این تفاوت آن است که شورای نگهبان طرح مورخ ۱۳۹۱/۲/۲۷ نمایندگان مجلس شورای اسلامی، مبنی بر اعطای تابعیت به فرزندان مادران ایرانی، را نه به دلیل لزوم وجود تفاوت جنسیتی، بلکه به دلیل مسائل امنیتی، فرهنگی و اجتماعی رد کرده است (میرزاده، ۱۳۹۷: ۱۹).

تنها پس از ازدواج‌های فراوان زنان ایرانی با مردان عراقی و بیش از آن با مردان افغانی و ظهور برخی مشکلات و پیامدهای اجتماعی — و نه لزوماً قانونی — به ویژه برای فرزندان ناشی از این ازدواج‌ها بود که برخی ریشه این مشکلات را در ندادن

تابعیت ایرانی مادر به این فرزندان دانسته، آن را مصداقی از تبعیض جنسیتی به شمار آوردند. آنان با بیانی بیشتر اجتماعی و عاطفی تا علمی و حقوقی، این تفاوت و ظلم آشکار را تبیین کردند و راه چاره و برون‌رفت را در اعطای تابعیت ایرانی مادر به این فرزندان دیده، برای رسیدن بدین منظور، اصلاح قانون مدنی مبنی بر عدم تفاوت و تبعیض جنسیتی را پیشنهاد کردند (حقیقت‌طلب، ۱۳۹۷: ۲۵ و ۲۶؛ غایب، ۱۳۹۷: ۳۲).

نکته دوم: در تابعیت تولدی، پدر و مادر صاحب حق نیستند تا ندادن تابعیت ایرانی به فرزند مادر ایرانی و پدر خارجی تفاوت و تبعیضی شگفت یا اجحافی در حق مادر پنداشته (ارفع‌نیا، ۱۳۸۶: ۱۷۴، ۱۷۹) و گفته شود: «چنین امری پذیرفته نیست که ما به پدران ایرانی این اجازه و امتیاز را بدهیم که تابعیت خود را به فرزندان خود انتقال دهند و مادران ایرانی را از این حق و امتیاز محروم سازیم» (دادخواه، ۱۳۹۶: ۱۲۸)؛ زیرا:

اولاً انتقال تابعیت — آن‌گونه که در نکته سوم توضیح داده خواهد شد — حق والدین نیست تا منتقل نشدن تابعیت مادر به فرزند، تبعیض جنسیتی بین پدر و مادر به شمار آید، بلکه تشخیص یا اعطای تابعیت کار دولت است.

ثانیاً اگر اجحافی هم صورت گرفته باشد، در حق کودک (فارغ از جنسیت او) است، نه در حق مادر، تا شبهه تبعیض جنسیتی مطرح شود؛ عنوان کتاب مربوط، یعنی مجموعه مقالات همایش حقوق کودک، نیز تأیید می‌کند که موضوع بحث حق (تابعیت) فرزند است، نه حقوق پدر و مادر. چنانکه کشورهایی که سیستم زادگاه را پذیرفته‌اند، بی‌توجه به تابعیت پدر و مادر، از یک سو تابعیت خود را به خارجی‌زادگان متولد در آن کشور اعطا می‌کنند و از سوی دیگر، از دادن تابعیت به اتباع‌زادگان متولد در خارج از کشور دریغ می‌ورزند، بی‌آنکه گفته شود این دولت‌ها حق پدر و مادر در انتقال تابعیت خود به فرزندان‌شان را مراعات نمی‌کنند.

صاحب حق در تابعیت تولدی، فرزندان‌اند که در برخورداری آنان از تابعیت تولدی دولت ایران از طریق نسب پدری، تبعیض جنسیتی بین دختر و پسر مشاهده نمی‌شود، چنانکه در صورت عکس، خارجی بودن پدر و ایرانی بودن مادر، در محرومیت فرزندان از برخورداری تابعیت تولدی ایران، باز هم تبعیضی بین فرزندان دختر و پسر مشاهده نمی‌شود. پس اگر حتی قانون‌گذار به صورت معکوس، فقط نسب مادری را ملاک برخورداری فرزندان از تابعیت قرار می‌داد، باز هم مسئله عدم تبعیض جنسیتی بین دختر و پسر حاکم بود.

نکته سوم: تابعیت اصولاً یک رابطه ذاتاً سیاسی بین فرد و دولت است که اگرچه ممکن است از رهگذر عضویت فرد در یک خانواده برای فرد حاصل شود، به حقوق خانوادگی و حقوق پدر و مادر او ارتباطی ندارد تا ندادن تابعیت به فرزند بر اساس نسب مادری، مخالف اصل تساوی حقوق زن و مرد پنداشته شود؛ زیرا برخورداری یا محرومیت فرزند از تابعیت هر دولت و تعیین تابعیت او، حق پدر یا مادر و در اختیار آنان نیست، بلکه نتیجه اراده سیاسی و قانون‌گذاری دولت‌ها است. در نتیجه، دادن تابعیت ایران به فرزند پدر ایرانی و ندادن تابعیت ایران به فرزند پدر خارجی، هیچ کدام حق پدر و وابسته به اراده او نیست؛ یعنی حتی اگر پدر ایرانی نخواهد فرزندش ایرانی باشد یا پدر خارجی خواهان تابعیت ایرانی برای فرزندش باشد، هیچ کدام تأثیری در تابعیت فرزند ندارد. بنابراین ندادن تابعیت ایرانی به فرزند مادر ایرانی از پدر خارجی، چنانکه طرفداران تساوی جنسیتی گمان کرده‌اند (حقیقت‌طلب، ۱۳۹۷: ۲۵، ۲۶؛ دادخواه، ۱۳۹۶: ۱۲۸)، به معنای محرومیت مادر ایرانی از حق تعیین تابعیت فرزندش تلقی نمی‌شود و در نتیجه، از این جهت تبعیض جنسیتی وجود ندارد.

نکته چهارم: تابعیت ممکن است از خانواده برخیزد یا بر خانواده تأثیر بگذارد، اما یک رابطه خانوادگی نیست، بلکه یک رابطه دو طرفه بین فرد و دولت است؛ پس نباید آن را فقط از نگاه خواست و اراده شخص (در اینجا، مادر) نگرست و — چنانکه برخی گفته‌اند (دادخواه، ۱۳۹۶: ۱۲۸) — دولت را به دادن پاسخ مثبت به درخواست مادر مکلف ساخت، بلکه باید به خواست و اراده طرف دیگر، یعنی دولت، نیز توجه کرد.

بنابراین منطقی است که تحقق معیار یا معیارهای عضویت واقعی فرد در جمعیت تشکیل‌دهنده دولت بررسی شود و اگر عضویتی وجود داشته یا پدید آمده باشد، تابعیت اعطا شود و اگر نه، نه. البته از آنجا که کشف و تطبیق این معیارها کم‌وبیش مشکل است، شاید بهتر و مناسب‌تر باشد که — به شرحی که در نکته هشتم خواهد آمد — به فرزندان ناشی از ازدواج مادر ایرانی با پدر خارجی، تابعیت تعلیقی (با حق رد تابعیت در هنگام رشد) داده شود تا از سویی فرزند به مشکل بی‌تابعیتی و تبعات آن مبتلا نشود و از سوی دیگر، در صورت تمایل نداشتن به استمرار تابعیت ایرانی، بتواند آن را رد کند. البته منطقی آن است که به سایر ملاحظات نیز توجه شود.

نکته پنجم: در صورت اختلاف پدر و مادر در تابعیت، تعیین تابعیت طفل بر اساس نسب پدری سبب می‌شود که طفل در تابعیت با پدرش اشتراک و با مادرش اختلاف داشته باشد، اما این اشتراک یا اختلاف سبب هیچ گونه تبعیض حقوقی دیگری بین زن (مادر) و مرد (پدر) نمی‌شود تا ندادن تابعیت به فرزند بر اساس نسب مادری و در نتیجه اختلاف تابعیت مادر و فرزند، مخالف اصل تساوی حقوق زن و مرد پنداشته شود؛ زیرا روابط حقوقی مادر و فرزند و حقوق و تکالیف متقابل آنان، به استناد ماده ۹۶۴ قانون مدنی، فارغ از درستی و نادرستی کامل یا نسبی حکم این ماده، تابع قانون دولت متبوع پدر است و به اشتراک یا اختلاف در تابعیت ربطی ندارد. بر این اساس، در صورت اختلاف تابعیت پدر و مادر، حتی اگر تابعیت دولت متبوع مادر به طفل داده شود، باز هم قانون حاکم بر روابط فرزند و مادر تابع قانون دولت متبوع پدر است. بنابراین روابط حقوقی مادر خارجی با فرزند حاصل از ازدواج با مرد ایرانی، تابع قانون دولت متبوع پدر، یعنی قانون ایران، است که چه بسا حقوق بیشتری برای مادر در نظر گرفته باشد و برعکس، روابط حقوقی مادر ایرانی با فرزند حاصل از ازدواج با مرد خارجی، تابع قانون دولت متبوع پدر، یعنی قانون خارجی، است که ممکن است حقوق بیشتری برای مادر در نظر گرفته باشد. می‌توان گفت اولاً تعیین حقوق و تکالیف مادر و فرزند تابع قانون دولت متبوع شوهر است، مادر و فرزند در تابعیت مشترک باشند یا نباشند ثانیاً معلوم نیست که قانون دولت متبوع مادر، در مقایسه با قانون دولت متبوع پدر، حقوق مناسب‌تری برای فرزند یا مادر در نظر گرفته باشد.

نکته ششم: می‌توان گفت که اصولاً اسناد تبعیض منسوب به قانون ایران، فارغ از جنسیتی و درست بودن یا نبودن آن، قابل تأمل، بلکه انکارشدنی است. توضیح آنکه اگرچه بند ۲ ماده ۹۷۶ به صراحت اعطای تابعیت ایرانی بر مبنای نسب پدری را مطرح کرده، اعطای تابعیت بر مبنای نسب مادری را نفی و انکار نکرده است؛ بنابراین می‌توان با استناد به قیاس اولویت، فرزندان ناشی از پدر خارجی و مادر ایرانی، دست‌کم فرزندانانی که هم خود و هم مادرشان در ایران متولد شده‌اند، را در مقایسه با فرزندان ناشی از پدر و مادر خارجی موضوع بندهای ۴ و ۵ همین ماده که به استناد سیستم خاک، تبعه ایران محسوب می‌شوند، تبعه ایران دانست. این قیاس در نظریه مشورتی ۳۸۰۷ اداره حقوقی دادگستری در سال ۱۳۵۳ و نیز در نظریه مشورتی سال ۱۳۶۳

منعکس شده است (آل‌کجیاف، ۱۳۹۳: ۳۸-۳۷؛ نظیف، ۱۳۸۸: ۷۹). بنابراین به استناد نسب مادری، به این اطفال تابعیت ایرانی داده می‌شود.

البته اطفالی که در خارج از کشور از پدر خارجی و مادر ایرانی به دنیا آمده باشند، به دلیل فقدان عنصر وجه اشتراک یا «جامع» (قافی و شریعتی، ۱۳۹۰: ۲۱۷؛ محقق‌داماد، ۱۳۸۷: ۱۶۳)، مشمول این قیاس نیستند و نمی‌توان آنان را ایرانی شمرد. در نتیجه، تفاوت پیش‌گفته — اگرچه به شکل غیر جنسیتی و در دایره‌ای کوچک‌تر — همچنان باقی است که در صورت غیر منطقی بودن باید راه حلی برای آن جست.

نکته هفتم: تذکر این نکته نیز مفید است که دلیل برخی از طرفداران ندادن و برخی از طرفداران دادن تابعیت ایرانی به فرزندان حاصل از ازدواج زن ایرانی با مرد خارجی، در دو نقطه ضعف مشترک‌اند: ۱. بی‌توجهی به معیار اساسی تابعیت، یعنی «عضویت فرد در جمعیت تشکیل‌دهنده دولت» و ۲. تعمیم بی‌دلیل مشکلی خاص (فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان افغانی) و ارائه یک راه حل کلی به جای ارائه راه حل خاص برای رفع مشکل. افزون بر آن، در سخن طرفداران اعطای تابعیت ایرانی که با چاشنی ادبیات فمینیستی نیز همراه است، نوعی مغالطه و درهم‌آمیختگی نگاه عاطفی با نگاه علمی و حقوقی ملاحظه می‌شود؛ برای نمونه در بیشتر پیشنهادها فمینیستی مبنی بر اعطای تابعیت ایرانی به فرزندان مادران ایرانی که با پدر غیر ایرانی ازدواج کرده‌اند، مبنای اصلی و عاطفی، مشکلات فرزندان است که مادرانی ایرانی و پدرانی عراقی و بیش از آن افغانی دارند؛ مشکلاتی چون بی‌تابعیتی، پنهان کردن هویت افغانی خود یا حتی مشکل همواره بیگانه محسوب شدن پدر افغانی حتی از نگاه خانواده (موسوی، ۱۳۹۷: ۲۸، ۲۹). در حالی که

اولاً در صورت برخورداری این فرزندان از تابعیت خارجی دولت متبوع پدر، دیگر مشکل بی‌تابعیتی وجود نخواهد داشت تا برای رفع این مشکل، فارغ از جنسیتی بودن و نبودن قانون ایران، نیازی به اعطای تابعیت ایرانی مادر به فرزند باشد.

ثانیاً حقیقت این است که این مشکلات عمومیت ندارند و نتیجه ندادن تابعیت ایرانی مادر به فرزندان مذکور نیستند. این مشکل فرزندان ناشی از پدر عراقی و افغانی، حتی اگر از تابعیت آن دولت‌ها هم برخوردار باشند، پابرجا است. دلیل این مشکل نیز فراوانی این فرزندان و مهم‌تر از آن، متأسفانه، نگاه تبعیضی و تحقیرآمیز غیر انسانی و

غیر اسلامی بخشی از جامعه ایرانی — هرچند اندک — به اتباع افغانستان و تا حدودی عراق است. به احتمال قوی نزدیک به یقین، اگر زن ایرانی با یک فرانسوی یا آلمانی ازدواج کند، نه تنها خود او و فرزندان و بستگانش درصدد انکار بیگانه بودن شوهر و پدر — چنانکه در برخی گزارش‌ها آمده (موسوی، ۱۳۹۷: ۲۷-۲۹) — بر نمی‌آیند، بلکه چه بسا به آن تفاخر هم ورزند و چه بسا فرزند و حتی مادر، بیش از تابعیت ایرانی خواهان تابعیت فرانسوی و آلمانی باشند. به هر حال این مشکل در درجه اول باید به صورت فرهنگی حل شود و در صورت نیاز به راه حل حقوقی، باید راهی مخصوص این مورد ارائه شود، نه راه حلی عام و کلی که قانون را به کلی تغییر دهد.

به نظر می‌رسد که قانون‌گذار، اگرچه قصد رفع مشکل فرزندان مادران ایرانی که با اتباع عراقی و افغانی ازدواج کرده‌اند را داشته، به صورت عام و کلی دست به قانون‌گذاری زده و ماده واحده‌ای را با عنوان «قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی و مردان خارجی»، همراه با دو تبصره، در تاریخ ۱۳۸۵/۷/۲ تصویب کرده که در تاریخ ۱۳۸۵/۷/۱۲ نیز به تأیید شورای نگهبان رسیده است. قانونی که انتقادهای فراوانی در پی داشت (نک: قربان‌نیا، ۱۳۸۷: ۳۰-۳۷) و نه تنها به رفع ابهام از قانون و اعطای تابعیت تولدی به فرزندان مذکور منجر نشد، بلکه عملاً آن را منتفی ساخت. از این رو نمایندگان مجلس در سال ۱۳۹۱ طرح اصلاحیه‌ای را درباره این ماده واحده به تصویب رساندند که (به دلیل داشتن بار مالی و پیش‌بینی نشدن محل تأمین آن) از سوی شورای نگهبان رد شد (زنان امروز، ۱۳۹۷: ۱۵).

نکته هشتم؛ پیشنهاد اصلاح قانون: با همه این بحث‌ها به نظر می‌رسد تفاوت مذکور — آن را جنسیتی و مشکل‌آفرین ندانیم یا معتقد به بیشترین تفاوت جنسیتی باشیم — منطقی نیست؛ زیرا اگر تابعیت به معنای عضویت فرد در جمعیت تشکیل‌دهنده دولتی خاص باشد و تولد در خانواده‌ای از اتباع آن دولت یکی از راه‌های اثبات این عضویت قلمداد شود، تفاوتی بین عضویت فرد از طریق نسب پدری یا مادری وجود ندارد. یک طفل به همان میزان که به دلیل نسب پدری عضو خانواده پدری است، به دلیل نسب مادری نیز عضو خانواده مادری است. اگر پدر و مادر در تابعیت مشترک باشند، فرزند به دو دلیل مساوی عضو جمعیت تشکیل‌دهنده دولت متبوع والدین خواهد بود و اگر پدر و مادر دارای دو تابعیت متفاوت باشند، فرزند به دو دلیل مستقل، عضو جمعیت

تشکیل دهنده دو دولت محسوب می‌شود؛ هم دولت متبوع پدر و هم دولت متبوع مادر. بنابراین فرزندی که پدر و مادرش ایرانی‌اند، به دو دلیل ایرانی است و برخورداری از تابعیت دولت ایران حق او است؛ اما فرزندی که فقط پدر یا مادرش ایرانی است، به یک دلیل ایرانی است و برخورداری از تابعیت دولت ایران حق او است و فرقی نمی‌کند که به دلیل ایرانی بودن پدر، ایرانی محسوب شود یا به دلیل ایرانی بودن مادر.

بر این اساس، اعطای تابعیت ایرانی فقط بر مبنای نسب پدری و ندادن تابعیت ایرانی بر مبنای نسب مادری، یک تفاوت بی‌وجه است که سبب محرومیت فرزند ایرانی از تابعیت ایران می‌شود، در حالی که اصل چهل و یکم قانون اساسی تصریح کرده است که تابعیت ایران حق مسلم هر فرد ایرانی است و بدون تردید، فرزندی که مادرش ایرانی و پدرش خارجی است، ایرانی محسوب می‌شود و باید از تابعیت ایران بهره‌مند شود. به نظر می‌رسد قانون باید به این دلیل (ناموجه بودن محرومیت فرزندان مادر ایرانی از حق مسلم برخورداری از تابعیت ایران) اصلاح شود و نسب مادری، همچون نسب پدری، ملاک اعطای تابعیت تولدی قرار گیرد، نه به دلیل نفی تبعیض جنسیتی یا مشکلات خاص فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان عراقی و افغانی.

البته در صورتی که فرزند به هر دلیل (مثلاً برخورداری پدر از تابعیت دولت خارجی و اعطای تابعیت خارجی بر مبنای سیستم خون یا تولد طفل در سرزمین دولت خارجی و اعطای تابعیت بر مبنای سیستم زادگاه)، از تابعیت تولدی دولت خارجی نیز برخوردار باشد، بهتر است اعطای تابعیت تولدی ایرانی به فرزند، همچون تابعیت تولدی فرزندان موضوع بندهای ۴ و ۵ ماده ۹۷۶ قانون مدنی، به صورت تعلیقی — نه تنجیزی — باشد تا در صورت تمایل نداشتن او به ادامه تابعیت ایرانی، بتواند آن را در سن رشد رد کند. همچنین اگر طفل به هر دلیل (مثلاً بی‌تابعیت بودن پدر و امکان نداشتن اجرای اعطای تابعیت از طریق سیستم خون یا تولد طفل در ایران و عدم امکان اعمال سیستم زادگاه دولت متبوع پدر) فاقد تابعیت خارجی باشد، منطقی است که تابعیت مادری و ایرانی او منجز و قطعی باشد.

این تفصیل اگرچه منطقی و پذیرفتنی است، اختصاصش به تابعیت ایرانی از طریق نسب مادری، موجه به نظر نمی‌رسد. بنابراین باید تابعیت ایرانی فرزند به طور مطلق، چه از طریق نسب پدری و چه مادری، تابعیت منجز و قطعی باشد، مگر آنکه فرزند به

هر دلیل، به ویژه به دلیل سیستم خون خارجی، دارای تابعیت خارجی هم باشد که در این صورت بهتر است تابعیت ایرانی او تابعیت تعلیقی باشد و به خود فرزند هم در سن رشد، اختیار انتخاب یکی از دو تابعیت داده شود. بر این اساس، بند ۲ ماده ۹۷۶ را می‌توان این‌گونه اصلاح کرد:

بند ۲- کسانی که پدر یا مادر آنها ایرانی است، اعم از اینکه در ایران یا در خارجه متولد شده باشند.

تبصره: تابعیت ایرانی کسانی که دارای تابعیت مضاعف تولدی باشند منجز خواهد شد، اگر در ظرف یک سال پس از رسیدن به هجده سال تمام، تقاضانامه خروج خود از تابعیت ایران را همراه با گواهی تابعیت خارجی مذکور به مقامات مربوط تسلیم کنند.

گفتنی است برخی از کشورهایی که سیستم خون در تابعیت تولدی را به طور مطلق یا همراه با شرط تولد در خاک کشور خود پذیرفته‌اند، به همین صورت عمل کرده و داشتن نسب به یک طرف، پدر یا مادر، را برای اعطای تابعیت تولدی کافی دانسته‌اند، مانند چین، ژاپن، سنگاپور، کره جنوبی، کره شمالی، مالزی، آلمان، آندورا، اسپانیا، اوکراین، انگلیس، ایتالیا، بلاروس، بلغارستان، چک، دانمارک، رومانی، فرانسه، نروژ، آنگولا، باهاماس، کنیا، نیجریه (آل‌کجیاف، ۱۳۹۳، به ترتیب: ۹۴، ۱۰۵، ۱۰۷، ۱۱۲، ۱۱۴، ۱۱۵، ۱۴۷، ۱۴۹، ۱۵۴، ۱۵۶، ۱۶۰، ۱۶۳، ۱۷۰، ۱۷۷، ۱۸۱، ۱۸۲، ۱۸۴، ۱۹۱، ۱۹۹، ۲۰۸، ۲۱۲، ۲۱۶، ۲۱۹؛ نصیری، ۱۳۷۲: ۶۴؛ شیخ‌الاسلامی، ۱۳۶۴: ۴۸).

معیار اصلی در نظام حقوقی اسلام نیز عضویت فرد در جمعیت تشکیل دهنده دولت اسلامی، داشتن ایمان اسلامی و مسلمان بودن فرد است که در افراد بالغ با پذیرش ابتدایی ایمان اسلامی یا استمرار آن حاصل می‌شود و در کودکان و فرزندان با مسلمان بودن یا مسلمان شدن یکی از والدین، چه پدر و چه مادر. بنابراین در صورت اختلاف دینی پدر و مادر، فرزند به طرف مسلمان ملحق و تبعه دولت اسلامی محسوب می‌شود، طرف مسلمان پدر باشد یا مادر (دانش‌پژوه، ۱۳۸۱: ۱۲۹-۱۳۳).

۶. تفاوت در اعطای تابعیت تبعی از طریق نسب پدر و مادری

ماده ۹۸۴ قانون مدنی به صراحت از تابعیت تبعی فرزندان زیر ۱۸ سال سخن گفته و مقرر داشته است: «زن و اولاد صغیر کسانی که بر طبق این قانون تحصیل تابعیت ایران می‌نمایند، تبعه دولت ایران شناخته می‌شوند...». اگرچه در برخوردارگی فرزندان از تابعیت تبعی ایران، تفاوت جنسیتی بین دختر و پسر مشاهده نمی‌شود، ممکن است تفاوت نقش پدر و مادر در سببیت اعطای تابعیت تبعی به فرزندان، تبعیض جنسیتی را، به شرح زیر، تداعی کند:

در ماده ۹۸۴ قانون مدنی به صراحت از تابعیت تبعی فرزند به تبع تحصیل تابعیت ایرانی پدر سخن رفته است، بی آنکه تابعیت تبعی فرزند به تبع تحصیل تابعیت ایرانی مادر نفی یا اثبات شده باشد. بدیهی است منطق استنباط حقوق در این مورد، مقتضی عدم اعطای تابعیت تبعی به فرزند است؛ زیرا اعطای تابعیت، به‌ویژه تابعیت غیر تولدی، نیازمند دلیل و مستند قانونی است که مفروض عدم آن است. این تفاوت می‌تواند مصداقی از تبعیض جنسیتی منفی محسوب شود. در این باره باید به چند نکته توجه کرد.

نکته اول: همان‌طور که پیش‌تر و در مبحث تابعیت تولدی بر مبنای سیستم خون و نسب پدری گفته شد، تابعیت فرزندان حق یا امتیازی برای خود آنان است و دادن یا ندادن تابعیت پدر یا مادر به فرزند، ربطی به حقوق پدر و مادر یا خواست و اراده آنان ندارد تا اعطای تابعیت تبعی به سبب تحصیل تابعیت پدر — و نه مادر — مصداقی از تبعیض جنسیتی منفی به شمار آید.

نکته دوم: اصلاح قانون و اعطای تابعیت تبعی به فرزندان به سبب تحصیل تابعیت ایران از طریق مادر منطقی به نظر می‌رسد؛ زیرا تحلیل اجتماعی و سیاسی مسئله مقتضی است که همان منطقی که اعطای تابعیت تبعی به فرزندان به سبب تحصیل تابعیت پدر را توجیه می‌کند، اعطای تابعیت تبعی به سبب تحصیل تابعیت مادر را نیز توجیه کند و از این جهت تفاوتی ندارد، به ویژه با توجه به آنکه اعطای تابعیت تبعی به صورت تعلیقی بوده، بازگشت به تابعیت سابق به سادگی امکان‌پذیر است. با اصلاح پیشنهادی در بند گذشته، این اصلاح نیز خود به خود حاصل است و فرزندان به سبب تحصیل تابعیت ایران از طریق یکی از والدین، دارای تابعیت تبعی ایران می‌شوند.

پذیرش این سخن اگر به طور مطلق (در صورت وجود یا نبود پدر یا جد پدری)، اندکی دشوار به نظر برسد، دست کم در موردی که فرزندان صغیر مادر، فاقد پدر و جد پدری باشند، کاملاً منطقی و توجیه پذیر است. چنانکه در قوانین برخی از کشورها برای اعطای تابعیت تبعی، تحصیل تابعیت یکی از والدین کفایت می کند (بند ۲ ماده ۱۷ قانون تابعیت افغانستان).

نکته سوم: در فقه و حقوق اسلامی برای اعطای تابعیت تبعی به فرزند، تفاوتی بین تحصیل تابعیت از طریق پدر یا مادر وجود ندارد و فرزند به تبع هر یک از آن دو مسلمان و تبعه دولت اسلامی شوند، مسلمان و تبعه دولت اسلامی محسوب خواهد شد (نجفی، ۱۳۹۴: ۱۳۱/۳۸؛ ۲۵/۳۹؛ ۳۸۰/۴۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۱۴۲/۱؛ طوسی، ۱۳۷۸: ۲۵/۲؛ مروارید، ۱۴۱۰: ۵۱/۹ «طوسی»؛ ۲۰۷/۹ و ۲۲۸ «محقق حلی»؛ ۲۳۶/۹ «یحیی بن سعید هذلی»؛ ۲۴۹/۹ «علامه حلی»؛ ابن قیم، ۱۹۸۸: ۵۰۷/۱). قوانین تابعیت در ایران کنونی بیشتر بر اساس قواعد عرفی تابعیت در مفهوم جدید دولت استوار است تا قواعد اسلامی، اما همانندسازی هر چه بیشتر قوانین موجود با معیارهای اسلامی، به ویژه با توجه به منطقی بودن این معیارها، یک امتیاز برای حقوق ایران محسوب خواهد شد.

نتیجه

از آنچه گذشت به دست می آید:

۱. تفاوت های مذکور در قانون تابعیت ایران صیغه جنسیتی ندارد.
۲. با اعمال اصلاحات پیشنهادی اولاً شبهه جنسیتی بودن برطرف می شود و ثانیاً تابعیت ایرانی فرزندان زنان ایرانی که با اتباع بیگانه ازدواج کرده اند، به روشنی مشخص می شود.

منابع

- آل‌کجیاب، حسین (۱۳۹۳ش)، *تابعیت در ایران و سایر کشورها*، تهران: انتشارات جنگل، چاپ دوم.
- ابراهیمی، سید نصرالله (۱۳۸۶ش)، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: سمت، چاپ دوم.
- ابن‌قیم، محمد بن ابی‌بکر، (۱۹۸۸م)، *احکام اهل‌الذمه*، بیروت: دارالعلم للملایین، چاپ دوم.
- ارفع‌نیا، بهشید (۱۳۶۹ش)، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: انتشارات آگاه، چاپ اول.
- ارفع‌نیا، بهشید (۱۳۸۶ش)، «تابعیت اطفال متولد در ایران از مادران ایرانی»، *مجموعه مقالات همایش حقوق کودک*، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- حقیقت‌طلب، پیمان (۱۳۹۷ش) «فقط ایران و شش کشور راه خود را می‌روند»، *زنان امروز*، فروردین و اردیبهشت، سال پنجم، ش ۳۲، ص ۲۴-۲۶.
- محقق حلی، نجم‌الدین ابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، در *الینابیع الفقهیه*، ج ۹.
- محقق حلی، نجم‌الدین ابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، *مختصر النافع*، در *الینابیع الفقهیه*، ج ۹.
- هذلی حلی، یحیی بن سعید (۱۴۱۰ق)، *الجامع للشرایع*، در *الینابیع الفقهیه*، ج ۹.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰)، *قواعد الاحکام*، در *الینابیع الفقهیه*، ج ۹.
- دادخواه، محمدعلی (۱۳۹۶ش)، «نگاهی حقوقی به تابعیت مادری»، *چشم‌انداز ایران*، ش ۱۰۵، شهریور و مهر، ص ۱۲۸-۱۳۰.
- دانش پژوه، مصطفی (۱۳۸۱ش) *اسلام و حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه و پژوهشکده حوزه و دانشگاه.
- دانش پژوه، مصطفی (۱۳۹۶ش)، *فلسفه حقوق*، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، چاپ اول.
- سلجوقی، محمود (۱۳۸۰)، *بایسته‌های حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: نشر میزان، چاپ اول.
- سلجوقی، محمود (۱۳۸۶ش) *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: بنیاد حقوقی میزان، چاپ پنجم.
- شیخ‌الاسلامی، سید محسن (۱۳۸۴ش) *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۰۹ق)، *العروه الوثقی*، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۷۸ق)، *المبسوط فی الفقه الامامیه*، تهران: المكتبه المرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۱۰ق)، *النهایه*، در *الینابیع الفقهیه*، ج ۹.

عامری، جواد (۱۳۶۲ش)، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، چاپ دوم.
علی‌لو، کریم (۱۳۹۷ش) «ما دیده نمی‌شویم (اعطای تابعیت، آری یا نه؟)»، *زنان امروز*، فروردین و اردیبهشت، ص ۲۰-۲۳.

غایب، فریده (۱۳۹۷ش)، «زنان بی‌هویت، فرزندان بی نام و نشان» (گفت‌وگو با دکتر بهشید ارفع‌نیا)،
زنان امروز، فروردین و اردیبهشت، ص ۳۰-۳۲.

قافی، حسین و شریعتی، سعید (۱۳۹۰ش)، *اصول فقه کاربردی*، تهران: سمت و انتشارات پژوهشگاه
حوزه و دانشگاه، چاپ اول

قربان‌نیا، ناصر (۱۳۸۴ش)، *بازپژوهی حقوق زن*، تهران: انتشارات روز نو، چاپ اول
قربان‌نیا، ناصر (۱۳۸۷ش)، «تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی»، *نامه مفید*
یا حقوق تطبیقی، شماره ۷۰، ص ۱۲-۳۸.

الماسی، نجادعلی و مسعود، همت (۱۳۹۰ش)، «مبانی کلاسیک و فمینیسم در مقوله تغییر تابعیت ناشی
از نکاح»، *نشریه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری (دانشنامه حقوق و سیاست)*، پاییز و زمستان،
شماره ۱۶، ص ۸۷-۱۰۷.

محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۷ش)، *مباحثی از اصول فقه*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ
پانزدهم.

مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۶۹ش)، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: پایدار، چاپ اول.
مروارید، علی اصغر (۱۴۱۰ق)، *الینابیع الفقهیه*، بیروت: مؤسسه فقه الشیعه، الطبعة الأولى.
موسوی، سمیه (۱۳۹۷ش)، «از اینجا مانده و از آن جا رانده»، *زنان امروز*، فروردین و اردیبهشت،
ص ۲۷-۲۹.

میرزاده، احسان (۱۳۹۷ش)، «خیلی دور، خیلی نزدیک (لایحه اصلاح قانون تابعیت)»، *مجله زنان امروز*،
فروردین و اردیبهشت، ص ۱۶-۱۹.

نجفی، محمدحسن (۱۳۹۴ق)، *جوهر الکلام*، تهران: دار الکتب الاسلامیه، الطبعة السادسة.
نصیری، محمد (۱۳۷۲ش) *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: مؤسسه انتشارات آگاه، چاپ اول
(ویرایش دوم).

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

قانون مدنی ایران.

اذن ولیّ در عقد موقت باکره رشیده

مهدی سجادی امین*

[تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۳/۲۴، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۵/۳۰]

چکیده

در بیشتر مباحث فقهی، ولایت ولیّ در ازدواج دختر باکره رشیده، بدون تفکیک بین عقد دائم و موقت مطرح شده است. ولی با مراجعه به روایات این باب، که دلیل اصلی و منشأ اختلاف نظر فقها است، روشن می‌شود که حدود و گستره ولایت ولیّ در عقد موقت، محدودتر از عقد دائم است. این روایات بر پنج دسته‌اند و از مجموع آنها فهمیده می‌شود که اگر چنین دختری در مدیریت شؤون زندگی و تصمیم‌های مهم خود مستقل باشد و به تعبیر روایات، مالک امر و نفس خود باشد، در ازدواج هم مستقل است، چه دائم و چه موقت، و اگر در امور مذکور مستقل نباشد و به تعبیر روایات، «بین الأبوین»، یعنی تحت اختیار و نظارت آنها باشد، اگر ازدواج او به قصد دخول و ازاله بکارت باشد، اذن ولیّ به‌عنوان حکم تکلیفی لازم است و ولیّ فقط در صورتی می‌تواند به چنین ازدواجی رضایت دهد که احراز کند چنین ازدواجی برای دختر مصلحت دارد. اما اگر این ازدواج به قصد نزدیکی و ازاله بکارت نباشد، اذن ولیّ در آن معتبر نیست و دختر رشیده، می‌تواند مستقلاً به چنین ازدواجی اقدام کند.

کلیدواژه‌ها: اذن ولیّ، عقد موقت، باکره رشیده، ازدواج موقت، ولیّ قهری، ولایت.

بیان مسئله

در مبحث ولایت پدر و جدّ پدری در ازدواج دختران، در چند مسئله توافق وجود دارد: ولایت پدر و جدّ، در خصوص «دختر صغیره»، یعنی دختری که به سن بلوغ و حدّ رشد نرسیده ثابت است؛ هرچند بکارت چنین دختری از بین رفته باشد (نجفی، بی تا: ۱۷۲/۲۹؛ حلی، ۱۴۱۰: ۷/۲). ولایت پدر و جدّ بر «دختر کبیره غیررشیده»، یعنی دختری که به سن بلوغ رسیده، ولی به حدّ رشد نرسیده نیز ثابت است (کرکی، ۱۴۱۴: ۴۱۶/۱۳)؛ اما زنی که به حدّ بلوغ و رشد رسیده و ثیبه است، یعنی باکره نیست، برای ازدواج بعدی مستقل است و اذن و اجازه ولیّ در ازدواج او نقشی ندارد (فاضل موحّدی لنگرانی، ۱۴۲۱: ۹۳-۹۴). در خصوص این مسئله، فقط ابن‌ابی‌عقیل ولایت پدر و جدّ را باقی می‌داند (کرکی، ۱۴۱۴: ۱۲۳/۱۲).

اختلاف نظر درباره دختری است که هرچند به سن بلوغ و رشد رسیده، باکره است. اگر چنین دختری بخواهد ازدواج کند، درباره چگونگی نقش ولیّ در ازدواج او حداقلّ نه نظر وجود دارد (سجادی امین، ۱۳۹۵: ۶۳-۸۲). منشأ فتاوی مختلف، روایات متعدد و متعارض‌نمایی است که در این مسئله صادر شده و جمع دلالتی بین آنها، دیدگاه‌های گوناگونی را به وجود آورده است. غالب فقها در مباحث فقهی، خصوصاً فقه فتوایی، ولایت ولیّ را به طور مطلق و بدون تفکیک بین عقد دائم و موقت مطرح کرده‌اند، اما با توجه به اینکه در روایات، بین ولایت ولیّ در عقد موقت با ولایت او در عقد دائم تفکیک شده است، به نظر می‌رسد در فتوا نیز باید به روایاتی که ناظر به عقد موقت‌اند، ترتیب اثر داد.

آنچه از روایات این باب فهمیده می‌شود این است که حدود و گستره ولایت ولیّ در عقد موقت، محدودتر از عقد دائم است و دختر باکره رشیده با شرایطی خاص، می‌تواند بدون اذن ولیّ، به ازدواج موقت درآید. روایاتی که ولایت ولیّ در ازدواج باکره را مطرح کرده و در آنها تفصیلی بین ازدواج دائم و موقت نیست، به سه طایفه‌گی تقسیم شده‌اند: روایاتی که بر ولایت پدر در ازدواج باکره دلالت دارند؛ روایاتی که استقلال دختر باکره را در ازدواج مطرح می‌کنند و روایاتی که به گونه‌ای بر مداخلیت اذن و رضایت دختر باکره در ازدواج دلالت دارند.

روایات طایفه اول به دلیل تنوع مفادشان خود به چهار دسته تقسیم می‌شوند: دسته اول روایاتی که ممکن است بر استقلال پدر و نفی اعتبار اذن دختر دلالت داشته باشند؛ دسته دوم، روایاتی که بر مدخلیت اذن پدر در ازدواج باکره دلالت دارند؛ دسته سوم، روایاتی که با مفهومشان بر استقلال‌نداشتن دختر دلالت می‌کنند و آخرین دسته، روایاتی که بر جواز تزویج جدّ یا اولویت او بر پدر در تزویج دلالت دارند (همان: ۱۲۰-۲۷۶). در کنار این روایات، روایاتی وجود دارند که ناظر به خصوص ولایت ولیّ در عقد موقت‌اند و کمتر فقیهی به آنها توجه خاص کرده، به گونه‌ای که آنها را در فتاوی خود مدخلیت داده باشد. نگارنده در این پژوهش کوشیده است ضمن بررسی سندی و دلالتی این روایات، آنها را به پنج دسته تقسیم کند و گستره ولایت ولیّ در عقد موقت باکره رشیده را بکاود.

۱. بررسی واژگان

برای روشن‌شدن محور اصلی پژوهش لازم است چند مفهوم بررسی شود:

الف) ولایت

معنای اصلی ماده «ولّی»، «قرب» و نزدیکی دو یا چند چیز به یکدیگر است، به گونه‌ای که سنخیتی بین آنها وجود داشته باشد. محبت، نصرت، سرپرستی و سایر معانی‌ای که برای این ماده و مشتقاتش به اعتبار کاربردهای مختلف ذکر شده، گاه از لوازم قرب و نزدیکی است (ابن‌فارس، ۱۴۰۴: ۱۴۱/۶-۱۴۲).

ولایت در فقه، حکم وضعی در مقابل حکم تکلیفی به معنای حکومت و سلطه کسی بر جان، مال یا سایر شئون فرد دیگر است (طباطبایی یزدی، بی‌تا: ۲/۲) که ممکن است به صورت استقلالی و بدون توجه به نظر موکلی علیه باشد، مثل ولایت حاکم بر ازدواج شخص بالغ دیوانه (بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۳/۲۴۰)، یا موکلی علیه باید امور خود را با اذن و رضایت ولی انجام دهد تا نافذ و مقبول شرع باشد (بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۳/۲۱۳)، مثل برخی اقسام وقف که تصرف متوکی در آن مشروط به اذن حاکم است (انصاری، ۱۴۱۵: ۳/۵۴۶). اذن ولیّ در ازدواج باکره، بر طبق دیدگاه فقهایی که قائل به ولایت استقلالی و انحصاری ولیّ در عقد باکره‌اند، از قسم اول و اگر ازدواج باکره رشیده مشروط به اذن و اجازه ولیّ باشد از قسم دوم، یعنی ولایت اذنیه، خواهد بود.

ب) رشد و سفاقت

در اصطلاح فقها، سفاقت در معاملات، نوعی کم‌عقلی است که در اداره اموال بروز می‌کند، به طوری که برای تنظیم و مدیریت امور مالی اش دچار نقص است و اموالش را در امور غیرعقلایی صرف می‌کند؛ به این سبب عقلاً او را نکوهش و سرزنش می‌کنند (نراقی، ۱۴۱۷: ۵۲۲-۵۲۳). در مقابل، «رشد» مرتبه‌ای از شعور اجتماعی است که شخص را از تباه کردن اموالش باز می‌دارد و «رشید» کسی است که می‌تواند شخصاً مال خود را حفظ و نگهداری کند (نجفی، بی تا: ۴۸/۲۶-۴۹). با این توضیح روشن می‌شود که مرحله رشد، غیر از بلوغ است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۵/۲). «بلوغ» در اصطلاح شرع به معنای پایان یافتن دوران کودکی و راه یافتن به دایره تکلیف است (علوی، بی تا: ۳۵/۱)، اما رشد مرحله‌ای دیگر است که گاه ممکن است مقارن بلوغ جسمانی رخ دهد و گاه پس از بلوغ جسمانی؛ ضمن آنکه برخی افراد نیز هیچ‌گاه به این مرحله از شعور اجتماعی نمی‌رسند (خمینی، ۱۴۲۱: ۹/۲-۱۰؛ امامی، بی تا: ۲۰۴/۱-۲۰۵).

رشد در باب نکاح به این معنا است که فرد می‌تواند در امور مالی و غیرمالی، همچون ازدواج، مصالح و مفساد خویش را تشخیص دهد و برای انتخاب همسر از صلاحیت کافی برخوردار باشد (شیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۱۲/۱۲-۴۲۰۰؛ سند، ۱۴۲۹: ۶۳/۲).

معیارهای رشد در باب نکاح با باب معاملات متفاوت است و نمی‌توان همیشه از رشد شخص در امور مالی به رشد او در باب نکاح پی برد. هرچند برخی از فقها بین رشد در باب اموال با رشد در باب نکاح، قائل به ملازمه شده‌اند (فاضل مقداد، ۱۴۰۴: ۳۱/۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۳/۲۳)، به نظر می‌رسد این ادعا در همه جا تمام نیست؛ باید توجه داشت سن رسیدن به حد رشد در باب معاملات با نکاح از اموری است که با تفاوت موقعیت اجتماعی و فرهنگی درباره افراد مختلف تفاوت می‌کند.

در ماده ۱۲۱۰ ق.م.م. بلوغ به عنوان اماره و نشانه رشد فرد معرفی شده است، مگر اینکه جنون یا عدم رشد او اثبات شود. در تبصره یک این ماده، سن بلوغ برای پسران، پانزده سال تمام قمری و برای دختران، نُه سال تمام قمری تعیین شده است. با توجه به مطالبی که ذکر شد، بلوغ و رشد دو پدیده مستقل‌اند و نمی‌توان از وجود بلوغ به رشد او پی برد. این ماده علاوه بر اینکه برخلاف آیه قرآن است که معیار تشخیص رشد را به اختبار و آزمایش مشروط کرده (نساء: ۶)، با تبصره دوم همین ماده متعارض است که

برای تحویل دادن اموال صغیر، صرف بلوغ او را کافی ندانسته، بلکه اثبات رشد او را لازم دانسته است.

ج) بکارت و ثبوت

معنای اصلی ماده «بکر»، آغاز و ابتدای چیزی است (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۲۸۷/۱). به دوشیزه بکر می‌گویند؛ چون این حالت پیش از ثیب‌بودن است (قرشی بنابی، ۱۴۱۲: ۲۱۸/۱). در ملاک ثبوت و زوال بکارت چهار قول است: ۱. از بین رفتن عذره یا پرده بکارت، به هر روشی از جمله وطی، زنا، پریدن و بیماری یا پیرشدن دختر و ماندن او در خانه پدر (شهید اول، بی تا: ۳۸۳/۱-۳۸۴)؛ ۲. احکام ثبوت بر نزدیکی مترتب می‌شود؛ خواه عامل آن شوهر باشد یا به سبب وطی به شبهه یا زنا (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۴۴/۷ و ۱۶۵؛ خوبی، ۱۴۱۰: ۲۶۱/۲، م ۱۲۳۷)؛ ۳. صرف ازدواج را سبب زوال عنوان بکر می‌دانند؛ هرچند هنوز نزدیکی صورت نگرفته باشد و عذره و پرده بکارت باقی باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۶۲۵/۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۲۸۶)؛ ۴. تحقق ثبوت با از بین رفتن پرده بکارت با نزدیکی شوهر است، پس اگر بکارت در اثر زنا، وطی به شبهه یا ورزش و پریدن از بین برود، آن شخص در حکم باکره است و در ازدواج مستقل نیست (نراقی، ۱۴۱۵: ۱۲۳/۱۶؛ حکیم، ۱۴۱۶: ۴۵۱/۱۴). دیدگاه اخیر در تفسیر بکارت و ثبوت، دیدگاه صحیح است و موافق روایات (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۸۵/۷، ج ۲۲).

۲. دیدگاه فقها در اصل عقد موقت باکره

با صرف نظر از مسئله اذن ولی، در اصل جواز ازدواج موقت دختر باکره اختلاف نظری وجود ندارد؛ هرچند برخی فقها چنین ازدواجی را با اذن پدر یا بدون آن، مکروه می‌دانند؛ مثل فاضل مقداد (فاضل مقداد، ۱۴۰۴: ۱۱۹/۳)، نجفی (نجفی، بی تا: ۱۶۰/۳۰)، مجلسی اول (مجلسی، ۱۴۰۰: ۱۴۵؛ همو، ۱۴۰۶: ۴۸۲/۸) و سید عبدالاعلی سبزواری (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۰۶/۲۵). به طور کلی درباره اذن ولی در عقد موقت باکره، چهار نظریه وجود دارد:

نظریه اول: لزوم اذن ولی در عقد موقت باکره

بسیاری از فقها در ازدواج باکره، اذن ولی را در ازدواج دائم و موقت لازم می‌دانند، مثل ابوالصلاح حلبی (۱۴۰۳: ۲۹۹)، شیخ صدوق (۱۴۱۵: ۳۳۸)، موسوی عاملی (۱۴۱۳: ۲۲۸/۱)، سبزواری (۱۴۲۳: ۱۶۶/۲) و مجلسی اول (۱۴۰۰: ۱۴۵). برخی اذن ولی را در عقد موقت به احتیاط واجب، لازم می‌دانند؛ مثل ابن‌برآج (۱۴۰۶: ۲۴۱/۲)، تبریزی (۱۳۸۵: ۱۷۳/۵-۱۷۴)، س (۵۸۹) و سیستانی (۱۴۲۲: ۳۸۲، م ۹۷۰). مکارم شیرازی حکم اولیه در ازدواج باکره، چه دائم و چه موقت، را استقلال وی دانسته، ولی به سبب بروز برخی مشکلات، در ازدواج موقت با عنوان حکم ثانوی، به لزوم اذن ولی فتوا داده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۶/۲-۱۸).

نظریه دوم: لازم‌نبودن اذن ولی در عقد موقت باکره

ابن‌ادریس حلی ولایت‌نداشتن پدر در عقد موقت باکره را اجماعی دانسته (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۵۶۲/۲) و به آن فتوا داده است (همان: ۶۲۱)؛ همانند کرکی (۱۴۱۴: ۱۷/۱۳-۱۸). طباطبایی کربلایی هم ادعای شهرت کرده است (طباطبایی کربلایی، ۱۴۱۸: ۸۴/۱۱). از معاصران، محمد فاضل لنکرانی به این نظریه قائل است (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۱: ۶۰).

برخی از این فقها یا همه استماعیات جنسی یا دست‌کم نزدیکی و ازاله بکارت را مکروه می‌دانند، مثل حلی (۱۴۲۰: ۵۲۳/۳؛ همو، ۱۴۱۳: ۲۴۶/۷)، فاضل مقداد (۱۴۰۴: ۱۱۹/۳-۱۲۰)، کرکی (۱۴۱۴: ۱۷/۱۳ و ۱۸)، شهید ثانی (۱۴۱۳: ۴۳۷/۷)، سید محمد مجاهد طباطبایی (بی‌تا: ۵۵۰)، نجفی (نجفی، بی‌تا: ۱۶۰/۳۰-۱۶۱)، مجلسی اول (۱۴۰۰: ۱۴۵؛ همو، ۱۴۰۶: ۴۸۲/۸) و مجلسی دوم (۱۴۰۶: ۳۸/۱۲).

طباطبایی کربلایی قول به حرمت‌نداشتن نزدیکی را قول مشهور (طباطبایی کربلایی، ۱۴۰۹: ۳۵۱/۲) و مطابق اصل و برخی روایات دانسته است (همو، ۱۴۱۸: ۳۱۹/۱۱-۳۲۰). ولی خودش در فرض مسئله و در فرض بروز فساد، نزدیکی و ازاله بکارت را حرام دانسته و در فرض مفسده‌نداشتن، عدم ازاله را مطابق احتیاط بیان کرده است.

نظریه سوم: لازم نبودن اذن ولیّ در عقد موقت باکره و جایز نبودن ازاله بکارت
شیخ طوسی در کتاب *نهایه* (طوسی، ۱۴۰۰: ۴۹۰) و ابن حمزه (ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۲۹۹ و ۳۰۰) عقد موقت دختر باکره بالغ را بدون اذن ولیّ جایز می دانند، ولی نزدیکی و زوال بکارت را جایز ندانسته اند؛ اما فیض کاشانی استمتاعات جنسی در عقد موقت را بدون اذن ولیّ مکروه دانسته است. از ظاهر عبارت وی نیز به دست می آید که ازاله بکارت جایز نیست (فیض کاشانی، ۱۴۰۱: ۲۵۶/۲؛ همو، ۱۴۱۸: ۲۱۸). بین متأخران، سید محمدسعید حکیم قائل به این قول است (طباطبایی حکیم، ۱۴۲۲: ۳۷۷، م ۳۷۵).

نظریه چهارم: لازم نبودن اذن ولیّ در عقد موقت باکره و جایز نبودن ازاله بکارت در **فرض استقلال نداشتن دختر در مدیریت زندگی**

یحیی بن سعید حلی معتقد است دختر بالغی که در مدیریت زندگی خود مستقل باشد در عقد موقت نیز مستقل است و ارتباط جنسی (نزدیکی یا سایر استمتاعات) با او جایز است؛ اما اگر سایر شئون زندگی خود را با اذن والدین انجام دهد و به تعبیر روایات، در کنار پدر و مادرش زندگی کند (الأبکار اللواتی بین الأبویین)، عقد موقتش صحیح، اما ارتباط جنسی (نزدیکی و ازاله بکارت) با او جایز نیست، هرچند خود دختر به این ارتباط راضی باشد. وی عقد موقت دختر غیربالغ را منوط به اذن ولیّ دانسته است که در این صورت استمتاعات جنسی (غیر از نزدیکی) جایز خواهد بود، مگر در صورت اشتراط عدم استمتاعات جنسی (ابن سعید، ۱۴۰۵: ۴۵۱). از عبارات طوسی در کتاب *تهذیب* نیز می توان به این نظریه رسید (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۵۴/۷).

۳. ادله لزوم اذن ولیّ در ازدواج باکره در عقد موقت

در مسئله اذن ولیّ در ازدواج باکره، علاوه بر روایات، به اجماع، شهرت و آیات متعددی از قرآن کریم نیز استناد شده است (سجادی امین، ۱۳۹۵: ۱۰۳-۱۲۰). روایات مذکور را می توان به پنج دسته تقسیم کرد:

دسته اول: ممنوعیت ازدواج موقت با باکره به طور مطلق

روایت اول

وَ مُحَمَّدَ بْنِ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنِ الْفَضْلِ بْنِ كَثِيرٍ الْمَدَائِنِيِّ عَنِ الْمُهَلَّبِ الدَّلَالِ أَنَّهُ كَتَبَ إِلَى أَبِي الْحَسَنِ (ع):
أَنَّ امْرَأَةً كَانَتْ مَعِيَ فِي الدَّارِ ثُمَّ إِنَّهَا زَوَّجْتَنِي نَفْسَهَا وَأَشْهَدَتِ اللَّهَ وَمَلَائِكَتَهُ
عَلَيَّ ذَلِكَ ثُمَّ إِنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا مِنْ رَجُلٍ آخَرَ فَمَا تَقُولُ؟ فَكَتَبَ (ع): التَّزْوِيجُ
الدَّائِمُ لَأَ يَكُونَ إِلَّا بَوْلَى وَ شَاهِدَيْنِ وَ لَأَ يَكُونَ تَزْوِيجٌ مُتَعَةً بِبِكْرٍ اسْتُرَّ عَلَيَّ نَفْسِكَ
وَ أَكْتَمَ رَحِمَكَ اللَّهُ (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۴/۲۱، ح ۱۱).

فضل بن کثیر می گوید مهلب دلال در نامه‌ای از امام کاظم (ع) پرسید: «زنی با من در خانه بود. خودش را به ازدواج من درآورد و خداوند و ملائکه را بر این ازدواج به شهادت گرفت. سپس پدرش او را به ازدواج مرد دیگری درآورد. نظر شما در این باره چیست؟». امام (ع) در جواب نوشت: «ازدواج دائم بدون ولی و دو شاهد امکان ندارد و دختر باکره هم متعه و عقد موقت نمی‌شود. در نزد خود پنهان و کتمان کن، خدا تو را رحمت کند».

سند روایت دست‌کم به سبب اهمال و مجهول‌بودن فضل بن کثیر (خوبی، ۱۴۰۳: ۳۳۲/۱۴) و مهلب الدلال (همان: ۹۸/۲۰) قابل استناد نیست.

ذیل این روایت، ازدواج موقت با دختر باکره به طور کلی منع شده است؛ چه با اذن و رضایت ولی باشد و چه بدون آن. بسیاری از محققان صدور این روایت را تقیه‌ای دانسته‌اند؛ از آن جمله می‌توان به طوسی (۱۴۰۷: ۲۵۵/۷؛ همو، ۱۳۹۰: ۱۴۵/۳-۱۴۶)، فیض کاشانی (۱۴۰۹: ۳۶۱/۲۱)، بحرانی (۱۴۰۵: ۳۵/۲۳ و ۲۲۹) و نجفی (بی‌تا: ۱۸۰/۲۹) اشاره کرد. مکاتبه‌ای بودن روایت، خصوصاً در مسئله متعه و شرطیت حضور دو شاهد در عقد دائم که محل اختلاف با اهل سنت است، قرینه‌ای است بر تقیه‌ای بودن این روایت. اگر از این مشکل درگذریم، اطلاق ذیل روایت را می‌توان با روایاتی که بر جواز متعه در صورت اذن و اجازه ولی دلالت دارند، تقیید کرد. نکته‌ای که نباید از آن غافل شد عبارت «استر علی نفسک واکتم» است که تقیه‌ای بودن روایت را کم‌رنگ می‌کند. البته امام به مهلب دستور می‌دهد تقیه کند.

روایت دوم

وَبِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدَ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ يَزِيدَ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَفْصِ بْنِ الْبِخْتَرِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الْبِكْرَ مُتَعَةً؟ قَالَ: يَكْرَهُ لِلْعَيْبِ عَلَى أَهْلِهَا (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۴/۲۱، ح ۲۶۴۵۶)؛

از امام صادق (ع) درباره مردی که دختر باکره را متعه می‌کند پرسیدند. فرمود: «مکروه است به خاطر سرزنش و عیبی که بر خانواده او وارد می‌کنند.»

این روایت با چند طریق در کتاب کافی (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۶۲/۵، ح ۱)، تهذیب (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۵۵/۷، ح ۲۷) و من لایحضره الفقیه (صدوق، ۱۴۱۳: ۴۶۱/۳، ح ۴۵۹۲) آمده است که طریق کافی و تهذیب معتبرند و سند روایت صحیح است (شیرازی، ۱۴۱۹: ۴۰۳۰/۱۱؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۷۵: ۱۸۹/۱).

در این روایت، لفظ «کراهت» به قرینه تعلیلی که در ذیل دارد، در کراهت اصطلاحی ظهور دارد و می‌تواند قرینه‌ای برای دست برداشتن از ظهور روایات دال بر حرمت باشد؛ و بر فرض شک در ظهورش بر حرمت، اصل برائت از حرمت جاری می‌شود. اطلاق روایت بر کراهت متعه در صورت وجود پدر با اذن یا بدون اذن او و فقدان پدر دلالت دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۴۳۶/۷).

روایت سوم

أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى فِي نَوَادِرِهِ عَنْ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ جَمِيلِ بْنِ صَالِحٍ عَنْ أَبِي بَكْرِ الْحَضْرَمِيِّ قَالَ: قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (ع): يَا أَبَا بَكْرٍ إِيَّاكُمْ وَالْأَبْكَارَ أَنْ تَزَوَّجُوهُنَّ مُتَعَةً (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۵/۲۱، ح ۱۳)؛

ابوبکر حضرمی نقل می‌کند که امام صادق (ع) فرمود: «ای ابوبکر، از متعه کردن دختران باکره اجتناب کنید.»

در سند این روایت قاسم بن محمد جوهری و ابوبکر حضرمی (عبدالله بن محمد) توثیق خاص ندارند، اما طبق قانون مشایخ ثقات (سجادی امین، ۱۳۹۵: ۴۲۳-۴۲۵) می‌توان به وثاقت آنان حکم کرد؛ زیرا ابن‌ابی عمیر و صفوان بن یحیی از قاسم بن محمد (کلینی،

۱۴۰۷: ۴۵۶/۱؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۵۷/۳ و ۲۵۹) و ابوبکر حصرمی (صدوق، ۱۴۱۳: ۴۹/۴؛ کلینی، ۱۴۰۷: ۵۴۴/۵) روایت نقل کرده‌اند. جمیل بن صالح نیز ثقه است (نجاشی، ۱۴۰۷: ۱۲۸). در نتیجه، سند روایت قابل اعتماد است.

در این روایت، «ایاک» از ادات تحذیر است و در ممنوعیت و حرمت ظهور دارد (مظفر، ۱۳۸۵: ۱۱۶)؛ هرچند گاه برای کراهت نیز به کار رفته است. اطلاق این روایت، هم شامل دخترانی است که پدر دارند و هم دخترانی که پدر آنها فوت شده است. در فرض حیات پدر نیز به اذن پدر و بدون اذن وی را شامل می‌شود.

روایت چهارم

و [احمد بن محمد بن عیسی فی نوادره] عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ جَمِيلِ بْنِ صَالِحٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مَرْوَانَ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ عَمْرٍو قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنِ الْمَتْعَةِ؟ فَقَالَ: إِنَّ أَمْرَهَا شَدِيدٌ فَاتَّقُوا الْأَبْكَارَ (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۵/۲۱، ح ۱۴)؛
عبدالمملک بن عمرو می‌گوید از امام صادق (ع) درباره متعه پرسیدم. آن حضرت در پاسخ فرمود: «مسئله متعه سخت و شدید است. از متعه دختران باکره پرهیز کنید».

در سند این روایت محمد بن مروان و عبدالمملک بن عمرو توثیق خاص ندارند. طبق قانون مشایخ ثقات (سجادی امین، ۱۳۹۵: ۴۲۳-۴۲۵) می‌توان به وثاقت محمد بن مروان پی برد؛ زیرا صفوان بن یحیی (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۶۷/۱ و ۳۷۱، و ۲۱۳/۲) و ابن ابی عمیر (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۵۳۰/۱۴) و همچنین بزرگان دیگری مثل عبدالله بن مسکان (کلینی، ۱۴۰۷: ۶۶۵/۲ و ۳۹۳/۳ و ۵۲۶/۶)، علی بن رئاب (طوسی، ۱۴۰۷: ۴۴۱/۱) و جمیل بن صالح (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۲۰/۲، ۶۸/۴ و ۹۰ و ۱۹۳) از او روایت نقل کرده‌اند. آ اثبات وثاقت عبدالمملک بن عمرو ممکن نیست. در نتیجه، سند روایت قابل اعتماد نیست.

پرسش راوی در این روایت، از اصل ازدواج موقت است. امام (ع) پس از آنکه مسئله ازدواج موقت را سخت و درخور احتیاط معرفی می‌کند، با عبارت «فاتقوا»، ازدواج موقت با دختران باکره را منع می‌کند. ظاهراً مقصود از شدت و سختی این مسئله، ممنوعیت این حکم به دست خلفا و عقوبت‌های آنان در قبال انجام دادن چنین عملی است؛ ممنوعیت

ازدواج موقت با ابکار نیز به سبب شدت بیشتر عواقب این عمل است.

نتیجه

از بین روایات ممنوعیت ازدواج موقت با دختر باکره، روایت اول از نظر سند قابل اعتماد نیست و نمی‌توان به دلالت آن به سبب تقیه‌ای بودن اعتماد کرد. سند روایت دوم صحیح است و بر کراهت ازدواج موقت با دختر باکره دلالت دارد. سند روایت سوم قابل اعتماد، و دلالت آن بر ممنوعیت عقد موقت با دختر باکره تمام است. دلالت روایت چهارم بر ممنوعیت چنین عقدی بعید نیست؛ هرچند سند آن قابل اعتماد نیست.

دسته دوم: جواز ازدواج موقت با باکره

روایت اوّل

محمّد بن الحسن بن اسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى عن موسى بن عمر بن يزيد عن محمد بن سنان عن أبي سعيد قال: سئل أبو عبدالله (ع) عن التمتع من الأبكار اللواتي بين الأبوين؟ فقال: لا بأس ولا أقول كما يقول هؤلاء الأفتاب (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۳/۲۱، ح ۶)؛

از امام صادق (ع) درباره متعه کردن دختران باکره‌ای که در کنار پدر و مادرشان هستند پرسیدند. امام (ع) فرمود: «اشکالی ندارد و نظر ما همانند نظر کسانی نیست که خیری در آنها وجود ندارد».

در وثاقت محمد بن احمد بن يحيى شکی نیست (طوسی، بی‌تا: ۱۴۴)؛ اما وثاقت سایر راویان این روایت به اثبات نیاز دارد:

موسی بن عمر بن یزید: هرچند این راوی توثیق صریح ندارد، ممکن است از نقل پرشمار اجلاً و بزرگان از این راوی، به وثاقت او حکم کرد (شبیبری زنجانی، ۱۴۱۹: ۳۹۴۰/۱۱). کتاب موسی بن عمر را سعد بن عبدالله (نجاشی، ۱۴۰۷: ۴۰۵-۴۰۶) و محمد بن علی بن محبوب (طوسی، بی‌تا: ۱۶۳) نقل کرده‌اند که هر دو از فقها و بزرگان امامیه‌اند (نجاشی، ۱۴۰۷: ۱۷۸ و ۳۴۹)؛ همچنین راویان بزرگی مثل محمد بن حسن صفار (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۱۸/۶؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۹/۱ و ۱۳۶ و ۳۷۲/۵) و محمد بن احمد بن يحيى (کلینی، ۱۴۰۷:

۲۷۲/۱ و ۱۸۴/۴ و ۵۸۲) از او روایت نقل کرده‌اند. خوبی این راوی را به دلیل وجودش در اسناد کتاب کامل الزیارات توثیق می‌کند (خویی، ۱۴۱۸: ۱۳۸/۲۵ و ۱۳۹).

محمد بن سنان: درباره وثاقت داشتن یا نداشتن این راوی اختلاف نظر وجود دارد؛ اما می‌توان با توجه به قراینی، حکم به ضعف این راوی را به سبب اتهام غالی دانستن وی دانست و به کمک شواهد دیگری به اعتبار او حکم داد (سجادی امین، ۱۳۹۵: ۴۶۱-۴۹۲).

ابی سعید القمط: درباره این راوی اختلاف نظر است که آیا او خالد بن سعید است که توثیق شده (نجاشی، ۱۴۰۷: ۱۴۹) یا صالح بن سعید که ناشناخته (مجهول) است (همان: ۱۹۹). برخی معتقدند خالد بن سعید ابی سعید قمط و صالح بن سعید ابوسعید القمط یک نفرند که نام صحیح، صالح بن سعید و دیگری تصحیف آن است (شیبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۴۰۳۲/۱۱-۴۰۳۳). خوبی صالح بن سعید و خالد بن سعید را دو نفر می‌داند و هر دو را توثیق می‌کند (خویی، ۱۴۰۳: ۷۳/۱۰ و ۲۸/۸). بنابراین اگر ابوسعید قمط را یک نفر بدانیم، توثیق نجاشی ذیل عنوان خالد بن سعید برای اثبات وثاقت وی کافی است. اگر بر فرض دو نفر باشند، گذشته از توثیق خالد بن سعید که روشن است، وثاقت و محل اعتماد بودن صالح بن سعید نیز ممکن است از عبارت نجاشی در شرح حال او «له کتاب یرویه جماعة منهم عبیس بن هشام الناشری» (نجاشی، ۱۴۰۷: ۱۹۹) به دست آید؛ زیرا راوی کتاب او افراد پرشماری بوده‌اند که یکی از آنها عبیس بن هاشم است که نجاشی به جلالت، عظمت شأن و کثرت روایات او تصریح کرده است (همان: ۱۲۰ و ۲۸۰). علاوه بر این، توثیق این راوی به سبب وقوعش در اسناد تفسیر علی بن ابراهیم، طبق مبنای خوبی نیز امکان‌پذیر است. بنابراین می‌توان سند این روایت را معتبر دانست.

درباره مفاد و دلالت این روایت باید به چند نکته توجه کرد:

نکته اول: معنای «التمتع بالبکر»

تمتع از ریشه «متع» به معنای منفعت است (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۲۹۳/۵) و خود این کلمه به معنای منفعت‌بردن، برخوردار و بهره‌مندشدن است (ابن اثیر، بی‌تا: ۲۹۲/۴). در مباحث فقهی و روایی، اگر واژه «تمتع» در مبحث حج به کار رود، به معنای جواز انجام‌دادن امور

ممنوع در حال احرام، در فاصله عمره تمتع و حج تمتع است که یکی از آنها جواز استمتاع و بهره‌های جنسی از همسر است (نراقی، ۱۴۱۵: ۲۰۷/۱۱)؛ اما اگر این واژه و مشتقات آن درباره زنان و ازدواج با آنان به کار رود، به معنای عقد و ازدواج موقت است (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۴۸/۵؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۴۵۸/۳؛ همو، ۱۴۱۵: ۳۳۷؛ مفید، ۱۴۱۳: ۷-۱۵).

با توجه به کثرت استعمال این واژه و مشتقات آن در عقد موقت، ادعای کاربری این واژه در غیر این معنا به دلیل و قرینه نیاز دارد. در برخی روایات، با صراحت از ازدواج موقت و ازدواج متعه با دختر باکره پرسیده شده است؛ مثل «فِي الْبِكْرِ يَتَزَوَّجُهَا الرَّجُلُ مُتَعَةً؟ قَالَ: لَا بَأْسَ مَا لَمْ يَفْتَضَّهَا» (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۶۲/۵-۴۶۳، ح ۳).

نکته دوم: معنای «الأبكار اللواتی بین الأبوین»

در معنای عبارت «بین الابوین» دو احتمال وجود دارد: احتمال اول، مقصود دختری است که پدر و مادرش زنده هستند. این احتمال صحیح نیست؛ زیرا کاربرد این عبارت در جایی است که شخص تحت حمایت، سرپرستی و مراقبت دیگری باشد. علاوه بر اینکه حیات و ممات مادر و رضایتش در صحت ازدواج دختر نقشی ندارد.

احتمال دوم در معنای «بین الابوین»، دختران بالغه و رشیده‌ای است که در مدیریت شئون و تصمیمات مهم زندگی خود مستقل نیستند؛ زیرا دسته‌ای از دختران با پدر و مادرشان زندگی می‌کنند و مخارج و امورشان بر عهده پدر و مادرشان است و معمولاً استقلالی در مدیریت شئون زندگی و تصمیمات مهم خود ندارند، فرقی نمی‌کند که از نظر ظاهری در کنار والدین خود زندگی کنند یا دور از آنان باشند، مانند زندگی در خوابگاه‌های دانشجویی. دسته دوم دخترانی هستند که در اداره شئون زندگی مستقل‌اند و به پدر و مادر وابسته نیستند؛ خواه با آنها زندگی کنند یا نه.

به نظر می‌رسد احتمال اخیر صحیح باشد. شاهدش روایاتی است که در آنها عناوینی همچون «قد ملکت نفسها» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۰۰/۲۰، ح ۲۵۱۴۰)، «مالکة امرها» (همان: ۲۸۵/۲۰، ح ۲۵۶۴۲) و «مالکة لامرها» (همان: ۲۷۳/۲۰، ح ۲۵۶۱۰) به کار رفته که بیانگر استقلال دختر در مدیریت شئون زندگی‌اش است.

نکته سوم: معنای «الاقشاب»

ظاهراً مقصود از «اقشاب» افراد متعصبی هستند که عقد موقت را به طور کلی، چه با ثیب و چه با باکره، نفی می‌کنند و درباره دختران باکره، تعصبات و سخت‌گیری‌های بیشتری دارند. این واژه در سایر کاربردها نیز برای اهل سنتی به کار رفته که در امور دینی سخت‌گیری‌های بی‌جا کرده‌اند؛ مثلاً سلایق شخصی خود را به دین نسبت داده‌اند (صدوق، ۱۴۱۵: ۱۸۹) یا کسانی که بر اساس علم و آگاهی فتوا نمی‌دهند (نراقی، ۱۴۱۵: ۲۹۶/۵).

بنابراین از این روایت می‌توان به جواز عقد موقت با دختر باکره رسید. اطلاق این روایت، عقد موقت بدون اذن ولی را نیز شامل می‌شود.

روایت دوم

و [محمد بن علی بن الحسین] بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أُسْبَاطٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَدَّافٍ عَمَّنْ ذَكَرَهُ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ التَّمَتُّعِ بِالْأَبْكَارِ؟ فَقَالَ: هَلْ جُعِلَ ذَلِكَ إِلَّا لِهِنَّ فَلْيَسْتَتِرْنَ وَلْيَسْتَعْفِفْنَ (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۳/۲۱، ح ۲۶۴۵۰)؛

از امام صادق (ع) پرسیدم: «آیا می‌توان دختر باکره را عقد موقت کرد؟». فرمود: «آیا برای آنان جز این حکم مقرر شده است؟ ولی باید سخت پنهان بدارند و عفت خود را حفظ کنند».

سند روایت به سبب ارسال قابل اعتماد نیست. در این روایت، فلسفه اصلی ازدواج موقت برای دختران باکره‌ای معرفی شده است که گویا شرایط مناسب برای ازدواج دائم ندارند و برای رفع نیازهای خود به عقد موقت روی می‌آورند.

روایت سوم

وَإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مُحَمَّدٍ الْأَشْعَرِيِّ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ مُحَرَّرِ الْخَثَمِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ الْجَارِيَةِ يَتَمَتَّعُ مِنْهَا الرَّجُلُ؟ قَالَ: نَعَمْ إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَبِيَّةً تُخَدَعُ. قَالَ: قُلْتُ أَصْلَحَكَ اللَّهُ وَكَمْ أَحَدٌ أَلَذَى إِذَا بَلَغَتْهُ لَمْ تُخَدَعْ قَالَ بِنْتُ عَشْرِ سِنِينَ (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۶/۲۱، ح ۲۶۴۶۴)؛

اذن ولیّ در عقد موقت باکره رشیده / ۱۳۱

محمد بن مسلم می‌گوید از آن حضرت پرسیدم: «آیا کسی می‌تواند دختر را متعه کند؟». فرمود: «آری مگر اینکه کوچک باشد و فریب خورد». عرض کردم: «خداوند شما را به سلامت دارد؛ حد بلوغی که فریب نمی‌خورد چقدر است؟». فرمود: «دختر ده‌ساله».

این روایت به دو طریق نقل شده است: یکی طریق طوسی در تهذیب (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۵۵/۷، ح ۲۵) و /استبصار (همو، ۱۳۹۰: ۱۴۵/۳، ح ۴) است که به سبب مجهول‌بودن ابراهیم بن محرز خثعمی (خوبی، ۱۴۰۳: ۲۴۷/۱) قابل اعتماد نیست و دیگری طریق صدوق در من لایحضره الفقیه (صدوق، ۱۴۱۳: ۴۶۱/۳، ح ۴۵۹۱). در طریق صدوق به محمد بن یحیی خثعمی (همان: ۴۴۲/۴) زکریا بن محمد المؤمن آمده است که هرچند نجاشی او را «مختلط الأمر فی حدیثه» (نجاشی، ۱۴۰۷: ۱۷۲) دانسته، به نظر می‌رسد این عبارت دال بر ضعف او نیست و از نقل بزرگانی همچون محمد بن عیسی بن عبید (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۷۹/۱ و ۲۲۹ و ۲۲۱/۲، ۱۵۸/۴ و ۲۵۵)، موسی بن قاسم بجلي (طوسی، ۱۴۰۷: ۴۰۷/۵) و علی بن حکم (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۳۲/۲) از او می‌توان به وثاقتش پی برد. ابن ندیم در کتاب فهرست او را از فقهای شیعه شمرده (شوشتری، ۱۳۸۸: ۴۷۶/۴) و برخی محققان به وثاقت او تصریح کرده‌اند (شیبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۸۱۵/۳). سایر راویان این روایت قابل اعتمادند. در نتیجه می‌توان سند این روایت را معتبر دانست (همان: ۴۰۳۶/۱۱).

امام (ع) در پاسخ سؤال راوی، سنی را که دختر به حد رشد رسیده و فریب نمی‌خورد، ده سال بیان کرده که ظاهراً همان سن بلوغ (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۰۴/۲۰، ح ۲۵۱۵۱) و رشد (همان: ۴۱۱/۱۸، ح ۲۳۹۴۸) است و به تعبیر دیگر، مالک امر خود است (مجلسی، ۱۴۰۶: ۴۸۰/۸).

دسته سوم: ممنوعیت عقد موقت باکره بدون اذن ولیّ

روایت اول

«بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ ظَرِيفَ عَنْ أَبَانَ عَنْ أَبِي مَرْيَمَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: الْعَذْرَاءُ الَّتِي لَهَا أَبٌ لَّا تَزُوجُ مُتَعَةً إِلَّا بِإِذْنِ أَبِيهَا (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۵/۲۱، ح ۲۶۴۵۸)؛

دختر باکره‌ای که پدرش زنده است نباید ازدواج موقت کند، مگر به اذن پدرش.

این روایت به طریق طوسی در تهذیب (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۵۴/۷، ح ۲۴) و استبصار (همو، ۱۳۹۰: ۱۴۵/۳، ح ۳) «محمد بن الحسن یاسناده عن احمد بن محمد عن محمد بن اسماعیل عن ظریف عن أبان عن أبي مریم عن أبي عبدالله (ع)» و به طریق صدوق در من لایحضره الفقیه (صدوق، ۱۴۱۳: ۴۶۱/۳، ح ۴۵۹۳) «و روی أبان عن أبي مریم عن أبي عبدالله (ع)» نقل شده که هر دو طریق و سند معتبر است (همان: ۴۸۴/۴).
روایت فوق بر لزوم اذن پدر در عقد موقت باکره دلالت دارد و به اطلاقش شامل فرض اراده نزدیکی و زوال بکارت و عدم آنها می‌شود.

روایت دوم

عَبْدُ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرٍ فِي قُرْبِ الْأَسْنَادِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عَيْسَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ أَبِي نَصْرِ الْبَزْظِيِّ عَنِ الرَّضَا (ع) قَالَ: الْبِكْرُ لَا تَتَزَوَّجُ مُتَعَةً إِلَّا بِإِذْنِ أَبِيهَا» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۳/۲۱، ح ۲۶۴۵)؛
دختر باکره ازدواج موقت نمی‌کند، مگر با اذن پدرش.

سند روایت صحیح است (خویی، ۱۴۱۸: ۲۱۳/۳۳).

در مقام جمع‌بندی این روایت و روایاتی که عقد موقت با باکره را بدون اذن ولی جایز شمرده بود، این روایات بر تقیه، کراهت ازدواج بدون اذن ولی یا صغیره بودن دختر حمل شده است (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۵/۲۱). به نظر می‌رسد تقیه‌ای دانستن روایت صحیح نیست؛ زیرا فقهای اهل سنت، اصل ازدواج موقت را قبول ندارند، چه با اذن ولی باشد، چه بدون آن. لذا نمی‌توان از فرض لزوم اذن به تقیه‌ای بودن آن رسید (موسوی خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۶۲/۴). اختصاص این روایات به دختر صغیره نیز برخلاف اطلاق آنها است. بنابراین با توجه به روایات دال بر جواز عقد موقت بدون اذن ولی، حمل این روایات بر کراهت ترجیح دارد (طباطبایی کربلایی، ۱۴۱۸: ۳۱۸/۱۱؛ بهجت، ۱۴۲۶: ۷/۴).

دسته چهارم: جواز عقد موقت باکره به شرط عدم ازاله بکارت

روایت اول

«محمد بن یَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ وَ عَبْدِ اللَّهِ ابْنِي مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ زِيَادِ بْنِ أَبِي الْحَلَّالِ قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) يَقُولُ: لَا بَأْسَ أَنْ يَتَمَتَّعَ الْبِكْرَ مَا لَمْ يَفْضِ إِلَيْهَا كِرَاهِيَةَ الْعَيْبِ عَلَى أَهْلِهَا» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۲/۲۱، ح ۲۶۴۴۷)؛

متععه و عقد موقت دختر باکره اشکالی ندارد، مادامی که به بکارت او لطمه‌ای وارد نشود؛ زیرا از بین رفتن پرده بکارت برای خانواده او عیب به حساب می‌آید.

شکی در اعتبار و صحت یکی از دو طریق حدیث نیست (شبییری زنجانی، ۱۴۱۹: ۴۰۳۵/۱۱؛ سحانی تبریزی، ۱۳۷۵: ۶۳/۲). واژه «فضی» به معنای توسعه‌دادن و گشودن چیزی است (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۵۰۸/۴) که کاربرد آن در روابط زن و مرد به معنای مباشرت و نزدیکی است که سبب ازاله بکارت می‌شود (همان). این روایت از جهت لازم‌بودن یا نبودن اذن ولی مطلق است. بنابراین چنین ازدواجی با رعایت شرط عدم ازاله بکارت صحیح است.

روایت دوم

عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي حَمَزَةَ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع): فِي الْبِكْرِ يَتَرَوُّجُهَا الرَّجُلُ مُتَعَةً؟ قَالَ: لَا بَأْسَ مَا لَمْ يَفْتَضَّهَا (كليني، ۱۴۰۷: ۴۶۲/۵-۴۶۳، ح ۳).

این روایت طبق نقل کتاب کافی مرسل است، اما در کتاب النواذر احمد بن محمد بن عیسی به صورت مسند آمده است. سند روایت در کتاب النواذر به این شکل است: «ابن ابی عمیر عن محمد بن حمزة قال: قال بعض أصحابنا لأبي عبدالله (ع): البكر يتزوجها الرجل متعة؟ قال: لا بأس ما لم يفتضها» (اشعری، ۱۴۰۸: ۸۸، ح ۲۰۴).

کتاب *النوادر* از کتاب‌های معروف است و شکی در اعتبار طریق آن نیست (شیبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۱۷۵۲/۵ و ۲۲۸۰/۷). راوی اخیر در سند کتاب *النوادر*، محمد بن حمزه ثبت شده که در حقیقت تصحیف محمد بن ابی حمزه است (همان: ۵۵۲۰/۱۷). با توجه به اینکه محمد بن ابی حمزه و سایر راویان این روایت ثقه و امامی‌اند، سند روایت صحیح است. دلالت روایت نیز مانند روایت اول است.

روایت سوم

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ جَمِيلِ بْنِ دَرَّاجٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) يَتَمَتَّعُ مِنَ الْجَارِيَةِ الْبَكْرَةِ؟ قَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ مَا لَمْ يَسْتَصْغِرْهَا (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۶/۲۱، ح ۲۶۴۶۱):

از امام صادق (ع) پرسیدم: «آیا می‌توان به طور موقت با دختر باکره ازدواج کرد؟». فرمود: «اگر او را خوار و ذلیل نسازد، مانعی ندارد».

همه راویان این روایت قابل اعتمادند و سند آن صحیح است (شیبیری زنجانی، ۱۴۱۹:

۴۰۳۵/۱۱).

«صغر» در لغت به معنای کوچکی و حقارت است (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۲۹۰/۳). این ماده در باب استفعالش به معنای کوچک‌شمردن چیزی یا عملی است. پس عقد موقت با دختر باکره در صورتی جایز است که با آن حقارت، رسوایی و هتک دختر فراهم نشود (شیبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۴۰۳۵/۱۱). با توجه به روایت قبلی که ازاله بکارت در عقد موقت برای دختران باکره، عار و موجب شرمساری دانسته شده بود، روشن می‌شود مقصود از «استصغار» در این روایت همان ازاله بکارت است.

دسته پنجم: جواز عقد موقت با باکره، بدون اذن ولیّ به شرط عدم ازاله بکارت در این دسته از روایات، عقد موقت با دختر باکره‌ای که «بین ابویها» است، یعنی کنار پدر و مادر است و در مدیریت و تصمیم‌های مهم زندگی خود مستقل نیست، جایز دانسته شده است، به شرط اینکه موجب ازاله بکارت نشود.

روایت اول

وَابِسَّادَةَ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ التَّمَتُّعِ مِنَ الْبِكْرِ إِذَا كَانَتْ بَيْنَ أَبُوَيْهَا بَلَا إِذْنِ أَبُوَيْهَا؟ قَالَ: لَا بَأْسَ مَا لَمْ يَقْتَضِ مَا هُنَاكَ لَتَعَفُّ بِذَلِكَ (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۴/۲۱، باب «حُكْمُ التَّمَتُّعِ بِالْبِكْرِ بَعْدَ إِذْنِ أَبِيهَا»، ح ۲۶۴۵۵)؛

از جواز ازدواج موقت بدون اذن والدین، با دختر باکره‌ای که در کنار پدر و مادرش است (در امور زندگی خود مستقل نیست) پرسیدم. فرمود: «اشکالی ندارد، به شرط اینکه از ازاله بکارت نشود تا دختر به سبب وجود بکارت، عفت بورزد».

سند این روایت معلق بر سند روایت قبل از آن است و در حقیقت قسمتی از سند به قرینه روایات قبل از آن به سبب اختصار حذف شده است (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۵۴/۷، ح ۲۳). هرچند از نقل وسائل به نظر می‌رسد طوسی این روایت را با طریق خود از ابوسعید نقل کرده است. بنابراین سند روایت به این شکل خواهد بود: «عن محمد بن احمد بن یحیی عن موسی بن عمر بن یزید عن محمد بن سنان عن ابی سعید عن الحلبي قال: سألته». پیش‌تر اعتبار این سند اثبات شد. برخی فقها نیز از این روایت به «صحیحه» تعبیر کرده‌اند (طباطبایی کربلایی، ۱۴۱۸: ۳۱۹/۱۱).

روایت دوم

«بِهَذَا الْإِسْنَادِ عَنْ أَبِي سَعِيدِ الْقَمَّاطِ عَمَّنْ رَوَاهُ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع): جَارِيَةٌ بَكَرٌ بَيْنَ أَبُوَيْهَا تَدْعُونِي إِلَى نَفْسِهَا سِرًّا مِنْ أَبُوَيْهَا فَأَفْعَلُ ذَلِكَ؟ قَالَ: نَعَمْ وَأَتَّقِ مَوْضِعَ الْفَرْجِ. قَالَ: قُلْتُ: فَإِنْ رَضِيتُ بِذَلِكَ؟ قَالَ: وَ إِنْ رَضِيتُ فَإِنَّهُ عَارٌّ عَلَيَّ الْأَبْكَارِ (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۳/۲۱، ح ۲۶۴۵۳)».

سند روایت چنین است: «محمد بن الحسن بإسناده عن محمد بن أحمد بن یحیی عن موسی بن عمر بن یزید عن محمد بن سنان عن ابی سعید القمطاط عن من رواه قال: قلت» (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۵۴/۷، ح ۲۱).

سند روایت مرسل است. برخی فقها با توجه به نزدیک بودن دلالت این روایت با روایت قبل، همچنین اشتراک همه افراد سند به جز راوی اخیر که در این روایت به نام او اشاره نشده، روایت محل بحث را با روایت قبل یکی دانسته و مقصود از «عمن رواه» را حلبی دانسته‌اند و حکم به اعتبار این روایت کرده‌اند (شیبیری زنجانی، ۱۴۱۹: ۳۹۴۴/۱۱؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۷۵: ۱۸۸/۱).

به نظر می‌رسد هرچند یکی بودن سند این روایت با روایت قبل بعید نیست، تفاوت‌های موجود در مفاد این دو روایت، مانع یکی دانستن آن دو است. در این روایت نیز همانند روایت قبل، جواز عقد موقت با دختر باکره بدون اذن ولی به شرط عدم دخول مطرح شده است. پیش‌تر، همچنین ذیل روایت قبل، به تفصیل بیان شد که حمل این روایت بر جواز استمتاع جنسی از دخترانی که عقد ازدواج دائم شده‌اند و هنوز عروسی نکرده‌اند، صحیح نیست.

در این روایت به ازدواج موقت تصریح نشده، اما می‌توان با کمک قرینه، آن را مربوط به عقد موقت دانست: اگر این ازدواج به صورت دائم بوده و امام (ع) در فرض فقدان اذن و رضایت ولی آن را صحیح دانسته است، دیگر بقای بکارت موضوعیت ندارد تا امام (ع) بر حفظ آن تأکید کند.

خویی پس از پذیرش دلالت این روایات، اطلاق روایات لزوم اذن ولی را با این روایات تخصیص می‌زند و تصریح می‌کند که دلالت این روایات بر جواز عقد موقت باکره بدون اذن ولی تمام است (خویی، ۱۴۱۸: ۲۱۴/۳۳).

نتیجه

در نگاه ابتدایی بین روایات دسته اول و دسته دوم تعارض است، اما با توجه به روایات دسته‌های بعد که می‌توان آنها را شاهد جمع دانست، تعارض برطرف می‌شود. در نتیجه، اگر ازدواج موقت به قصد ازاله بکارت باشد، اذن ولی لازم است و ولی فقط در صورتی می‌تواند به چنین ازدواجی رضایت دهد که احراز کند چنین ازدواجی برای دختر مصلحت دارد. اما اگر این ازدواج به قصد ازاله بکارت نباشد، اذن ولی در آن معتبر نیست و دختر می‌تواند مستقلاً به چنین ازدواجی اقدام کند. با توجه به اینکه عدم

ازاله بکارت در این ازدواج، شرط و الزامی شرعی است، رضایت بعدی دختر به ازاله، جواز شرعی این عمل را در پی نخواهد داشت.

بنابراین عقد ازدواج صحیح است، ولی ازاله بکارت حرام است؛ زیرا روایات دسته چهارم و پنجم با عبارات مختلف بر ممنوعیت ازاله بکارت دلالت دارند و در هیچ روایتی به جواز این عمل در عقد موقت تصریح نشده است. پس اگر در عقد موقت، زوجین یا یکی از آن دو، از ابتدا قصد ازاله بکارت دارند، این عقد باید با اذن ولیّ صورت گیرد و اگر چنین قصدی ندارند، عقد موقت بدون اذن ولیّ صحیح است، ولی مشروط به عدم ازاله بکارت است و این عمل حرمت تکلیفی دارد.

منابع

- ابن اثیر، مبارک بن محمد (بی تا). *النهاية في غريب الحديث والأثر*، تحقيق: طاهر احمد الزاوي و محمود محمد الطناحي، بيروت: دار الفكر.
- ابن ادریس، محمد بن احمد (۱۴۱۰). *السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
- ابن بابویه قمی، محمد بن علی (۱۴۱۳). *من لا یحضره الفقیه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
- ابن بابویه قمی، محمد بن علی (۱۴۱۵). *المقنن*، قم: مؤسسه امام هادی (ع).
- ابن براج، عبدالعزیز بن نحریر (۱۴۰۶). *المهذب*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- ابن حمزه، محمد بن علی (۱۴۰۸). *الوسيلة إلى نیل الفضيلة*، تصحیح: محمد حسون، قم: مکتبه آیه الله المرعشی النجفی.
- ابن سعید، یحیی بن احمد (۱۴۰۵). *الجامع للشرائع*، قم: مؤسسه سید الشهداء (ع) العلمیه.
- ابن فارس، احمد (۱۴۰۴). *معجم مقانیس اللغة*، قم: مرکز النشر مکتب الاعلام الاسلامی.
- ابو الصلاح حلبی، تقی بن نجم (۱۴۰۳). *الكافی فی الفقه*، تصحیح: رضا استادی، اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین (ع).
- اشعری، احمد بن محمد (۱۴۰۸). *النوادر*، قم: مدرسه امام مهدی (ع).
- امامی، حسن (بی تا). *حقوق مدنی*، تهران: انتشارات اسلامیة.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۵). *کتاب مکاسب*، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- بحرالعلوم، محمد بن محمد تقی (۱۴۰۳). *بلغه الفقیه*، تهران: مکتبه الصادق (ع)، الطبعة الرابعة.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵). *الحقائق الناصرة فی أحكام العترة الطاهرة*، تصحیح: محمدتقی ایروانی و سید عبد الرزاق مقرر، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- بهجت، محمدتقی (۱۴۲۶). *جامع المسائل*، قم: دفتر آیت الله بهجت، چاپ دوم.
- تبریزی، جواد (۱۳۸۵). *صراط النجاة*، قم: دار الصدیقة الشهيدة (س).
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹). *وسائل الشیعة*، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حکیم، محسن (۱۴۱۶). *مستمسک العروة الوثقی*، قم: مؤسسه دار التفسیر.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰). *إرشاد الأذهان إلى أحكام الإیمان*، تصحیح: فارس حسون، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳). *مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم.

حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰). *تحریر الأحكام الشریعة علی مذهب الامامیة* (ط. الحدیثة)، تصحیح: ابراهیم بهادری، قم: مؤسسه امام صادق (ع).

خمینی، روح الله (۱۴۲۱). *کتاب البیع*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

خویی، ابوالقاسم (۱۴۰۳). *معجم رجال الحدیث*، بیروت: دار الزهراء، الطبعة الثالثة.

خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۰). *منهاج الصالحین*، قم: مدینه العلم، چاپ بیست و هشتم.

خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۸). *موسوعة الامام الخوئی*، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.

سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۷۵). *نظام النکاح فی الشریعة الاسلامیة الغراء*، قم: مؤسسه امام صادق (ع).

سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۳). *مذهب الأحكام*، تصحیح: مؤسسه المنار، قم: دفتر آیت الله سبزواری، چاپ چهارم.

سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن (۱۴۲۳). *کفایة الأحكام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

سجادی امین، مهدی (۱۳۹۵). *اذن ولیّ در ازدواج باکره*، قم: مرکز تحقیقات زن و خانواده.

سند، محمد (۱۴۲۹). *سند العروة الوثقی: کتاب النکاح*، تقریر: قیصر تمیمی و علی محمود عبادی؛ قم: مکتبه فدک.

سیستانی، علی (۱۴۲۲). *المسائل المنتخبة*، قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی، چاپ نهم.

شیرازی زنجانی، موسی (۱۴۱۹). *کتاب نکاح*، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.

شوشتری، محمدتقی (۱۳۸۸). *قاموس الرجال*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ چهارم.

طباطبایی حکیم، محمد سعید (۱۴۲۲). *مرشد المغترب: توجیحات و فتاوی*، نجف: دفتر آیت الله حکیم.

طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی (۱۴۰۹). *الشرح الصغیر فی شرح مختصر النافع*، تصحیح: سید مهدی رجایی، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی (۱۴۱۸). *ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل* (ط).

الحدیث، تصحیح: محمد بهره مند و دیگران، قم: مؤسسه آل البيت (ع).

طباطبایی یزدی، محمد کاظم (۱۴۱۹). *العروة الوثقی (المحشی)*، تحقیق: احمد محسنی سبزواری، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

طباطبایی یزدی، محمد کاظم (بی تا). *تکملة العروة الوثقی*، تصحیح: سید محمدحسین طباطبایی، قم: مکتبه داوری.

طوسی، محمد بن حسن (۱۳۹۰). *الاستبصار فیما اختلف من الأخبار*، تهران: دار الکتب الاسلامیة.

طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰). *النهاية فی مجرد الفقه والفتاوی*، بیروت: دار الکتب العربی، الطبعة الثانية.

- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷). تهذیب الأحكام، تهران: دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.
- طوسی، محمد بن حسن (بی تا). الفهرست، تصحیح: سید محمدصادق آل بحر العلوم، نجف: المكتبة الرضویة.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (بی تا). القواعد والفوائد، تصحیح: سید عبدالهادی حکیم، قم: کتاب فروشی مفید.
- عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الاسلام، قم: مؤسسة المعارف الاسلامیه.
- علوی، عادل (بی تا). القول الرشید فی الاجتهاد والتقلید، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، تصحیح: سید عبداللطیف حسینی کوه کمری، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۴۲۱). تفصیل الشریعہ فی شرح تحریر الوسیلة: النکاح، تحقیق: حسین واتقی و دیگران، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی (۱۴۰۱). مفاتیح الشرائع، تحقیق: سید مهدی رجائی، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی (۱۴۰۹). الوافی، تصحیح: ضیاء الدین حسینی اصفهانی، اصفهان: مکتبه الامام امیرالمؤمنین (ع).
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی (۱۴۱۸). النخبه فی الحکمه العمليه والأحكام الشرعيه، تصحیح: مهدی انصاری قمی، تهران: مرکز الطباعة والنشر لمنظمة الاعلام الاسلامی، الطبعة الثانية.
- قرشی بنابی، علی اکبر (۱۴۱۲). قاموس قرآن، تهران: دار الکتب الاسلامیه، الطبعة السادسة.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، الطبعة الرابعة.
- کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴). جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسة آل البيت (ع)، چاپ دوم.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷). الکافی، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- مجاهد طباطبایی، محمد (بی تا). المناهل، قم: مؤسسة آل البيت (ع).
- مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۶). ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، تحقیق: مهدی رجایی، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- مجلسی، محمدتقی (۱۴۰۰). یک دوره فقه کامل فارسی، تهران: مؤسسه و انتشارات فراهانی.
- مجلسی، محمدتقی (۱۴۰۶). روضه المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه، تصحیح: سید حسین موسوی کرمانی، علی پناه اشتهااردی، و سید فضل الله طباطبایی، قم: مؤسسه کوشانبور، چاپ دوم.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۸۵). اصول الفقه، تحقیق: عباس علی زارعی سبزواری، قم: بوستان کتاب.
- مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۳). المتعمه، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.

اذن ولیّ در عقد موقتّ باکره رشیده / ۱۴۱

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴). کتاب النکاح، تصحیح: محمدرضا حامدی و مسعود مکارم، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب(ع).

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵). أنوار الفقاهة: کتاب النکاح، قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب(ع).
موسوی خوانساری، احمد (۱۴۰۵). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، تصحیح: علی اکبر غفاری، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.

موسوی عاملی، محمد بن علی (۱۴۱۳). نهاية المرام فی شرح مختصر شرائع الاسلام، تحقیق: مجتبی عراقی، علی پناه اشتهازدی، و حسین یزدی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

نجاشی، احمد بن علی (۱۴۰۷). الرجال: فهرست أسماء مصنفی الشیعة، تصحیح: سید موسی شبیری زنجان، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

نجفی، محمدحسن (بی تا). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تصحیح: شیخ عباس قوچانی، بیروت: دار إحياء التراث العربی، الطبعة السابعة.

نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵). مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، قم: مؤسسه آل البيت(ع).
نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷). عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحكام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

بررسی فقهی حقوقی حق حضانت اطفال

علی شریفی*

[تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۳/۰۶، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۵/۳۰]

چکیده

در این مقاله سعی شده است تعریف حضانت از لحاظ فقهی روشن، و زوایای مختلف آن بررسی شود. این مسئله که حضانت حق است یا تکلیف و اسقاط‌پذیر است یا خیر، از مباحثی است که در این مقاله درصدد پاسخ به آن بوده‌ایم. به زعم نگارنده، حضانت برای مادر حق و برای پدر حق توأم با تکلیف است. به همین دلیل از جانب مادر اسقاط‌پذیر و از جانب پدر اسقاط‌ناپذیر است؛ مدت حضانت برای هر یک از پدر و مادر طفل، یکی دیگر از مباحثی است که بیشترین حجم این مقاله را به خود اختصاص داده و به این نتیجه منتهی شده است که برخلاف دیدگاه مشهور فقها، حق حضانت تا هفت سال بدون تفکیک میان پسر و دختر به مادر اختصاص دارد و بعد از آن با پدر است، مگر اینکه مصالح طفل طور دیگری ایجاب کند. در ضمن، روشن شده است که این فتوای مشهور که حق حضانت مادر با ازدواج او از بین می‌رود از پشتوانه استدلالی محکم و استواری برخوردار نیست.

کلیدواژه‌ها: حضانت، حق، تکلیف، ولایت.

مقدمه

خانواده کانون گرمی است برای پرورش اطفالی که قرار است در آینده اعضای مفید و سالم اجتماع را تشکیل دهند. به همین دلیل، دین اسلام بیشترین تلاش را به خرج داده است تا از فروپاشی این نهاد مقدس جلوگیری کند، تا آنجا که طلاق و جدایی همسران را مبعوض ترین حلال برشمرده است. اگر این کانون مقدس متزلزل شود، آسیب‌های آن فقط دامن زوجین را نمی‌گیرد، بلکه اصلی‌ترین قربانی آن اطفالی هستند که آشیانه گرم خود را از دست داده‌اند و در معرض انواع آفت‌های اجتماعی قرار می‌گیرند. طبیعی است که هیچ نهاد یا سازمانی نمی‌تواند نقش این نهاد مقدس را برای این اطفال ایفا کند؛ اما اگر این نهاد به هر دلیلی فروپاشید، لازم است تدابیری در نظر گرفته شود که تا حد امکان از آسیب‌های احتمالی آن برای اطفال و جامعه کاسته شود.

در بسیاری از کشورها نهادهای خاصی به منظور مشاوره و حفاظت از فرزندان طلاق وجود دارد که تا رسیدن آنها به سن رشد می‌کوشند آنها را از آسیب‌های اجتماعی حفظ کنند؛ اما نقش این نهادها مقطعی، غیرالزامی و اغلب ناملموس است. آن نهادی که به صورت آنی و فوری با سرنوشت فرزندان طلاق سروکار دارد، نهاد قانون و محاکم است و به همین دلیل، از اهمیت درجه اول برخوردار است. طبیعی است که قوانین مرتبط با اطفال با این درجه و میزان از حساسیت نیازمند تأمل و تدبیر بسیار است و در وضع آن علاوه بر حقوقدانان چیره‌دست که سال‌ها با مسائل حقوقی کودکان سروکار داشته‌اند، باید از دیدگاه‌های روان‌شناسان، جامعه‌شناسان و دانشمندان علوم تربیتی نیز بهره‌گیری گرفت. اما برای کشورهای اسلامی علاوه بر اینها، لازم است دیدگاه فقه نیز محل توجه قرار گیرد و از منابع فقهی به عنوان منبعی که به علم لایزال الهی متصل است استفاده شود. این نوشته می‌کوشد ضمن بررسی جوانب مختلف این موضوع دیدگاه‌های فقهی شیعه را تبیین کند و مستندات هر دلیلی را جداگانه بکاود.

مجموعه مباحثی که این مقاله به آنها می‌پردازد به قرار زیر است:

۱. تعریف حضانت؛
۲. آیا حضانت حق است یا تکلیف؟ حق والدین است یا حق طفل؟ اسقاط‌پذیر است یا خیر؟
۳. حق حضانت پدر و مادر، مدت آن، اقوال در مسئله، ادله اقوال
۴. آیا حق حضانت مادر با ازدواج او از بین می‌رود؟

۱. تعریف حضانت

۱.۱. در لغت

حضانت در لغت از ماده «حِضْن» گرفته شده و خلیل فراهیدی در کتاب *العین* آن را این گونه تعریف کرده است: «الحِضْن: مادون الابطال الی الکشح ... کما تحتضن المرأة ولدها فتحمله فی أحد شقیها ... والحضانة مصدر الحاضنة والحاضن و هما اللذان یریان الصبی؛ حِضْن محدودہ بین زیر بغل و بالای لگن را گویند، آن گونه که زن بچه اش را در آغوش می گیرد، و حضانت مصدر است و حاضنة و حاضن کسی است که طفل را تربیت می کند» (فراهیدی، ۱۴۰۹: ۱۰۵/۳؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۲۲/۱۲). در قاموس المحيط هم ضمن تکرار آن معانی، این معنا را اضافه می کند که: «کاحتضانة الطائر بیضه؛ همانند زیر بال گرفتن پرنده تخمش را» (فیروزآبادی، بی تا: ۲۱۵/۴). در دیگر کتب لغت هم همین معنا یا معانی شبیه به آن ذکر شده است. از تتبع در معانی و مشتقات این واژه به دست می آید که ریشه «در پناه گرفتن»، «تربیت کردن» و «حمایت کردن» در همه آنها مشترک است.

۱.۲. در اصطلاح فقها

جامع ترین تعریفی که در بسیاری از کتب فقهی با عبارات کمابیش مشابه تکرار شده تعریفی است که در کتاب *مسالك الافهام* شهید ثانی آمده است:

حضانت عبارت است از ولایت بر طفل و مجنون به منظور تربیت او و امور مربوط به تربیتش از مصلحت طفل، نگهداری او، خواباندن و برداشتنش از بستر، سرمه کشیدن و آرایش کردنش و نظافت کردنش و شستن جامه و پارچه اش، و امثال این امور (شهید ثانی، ۱۴۱۶: ۴۲۱/۸).

در این تعریف، از حضانت به «ولایت» تعبیر شده است. این تعبیر ممکن است این شبهه را ایجاد کند که ولایت حاضن از قبیل ولایت اولیای قهری صغیر و مجنون بر اموال آنها است؛ اما همان گونه که از مصادیقی که در تعریف شهید ثانی آمده پیدا است و نیز به اتفاق فقها، ولایت بر حضانت طفل ربطی به ولایت بر اموال او ندارد. این ولایت فقط در محدوده امور مربوط به تربیت جسمی و اخلاقی طفل بوده، چنین نیست که حاضن بتواند بر اموال صبی هم، مانند اولیای قهری او تصرف کند. به همین

دلیل شهید ثانی می‌گوید: «ولایت مال ربطی به حضانت ندارد» (همو، ۱۴۱۰: ۴۵۸/۵). واژه «تربیت» در این تعریف هم شامل تربیت جسمی او می‌شود و هم تربیت روحی و اخلاقی‌اش، هرچند نوع مصادیقی که برای آن بیان شده از نوع تربیت جسمانی است. محمدجعفر جعفری لنگرودی حضانت را این‌گونه تعریف کرده است: «حضانت، پرورش است به وسیله پدر و مادر و اقارب او که هم حق است و هم تکلیف برای ممتنع از حضانت، پرورش هم از لحاظ مادی است و هم از لحاظ معنوی و اخلاقی» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۶۶۶۳-۱۶۶۷). هرچند این تعریف از لحاظ موازین فقهی ایرادهایی دارد، در بازتاب‌دادن معنای اصطلاحی حضانت از تعریف این پیش‌نویس موفق‌تر است.

۲. ماهیت حق حضانت

فقها برای حق و حکم آثاری را بار کرده‌اند که آنها را از هم متمایز می‌کند. اصلی‌ترین این آثار سه اثر است: ۱. جواز اسقاط حق؛ ۲. جواز انتقال حق؛ ۳. جواز ارتداد حق. هر حق زمانی متفاوت با حکم است که حداقل یکی از این سه اثر را داشته باشد. محقق نایینی معتقد است اساساً قوام حق به این است که اسقاط‌پذیر باشد. چون حق یعنی سلطنت، و سلطنت یعنی اینکه زمام امر آن شیء به دست ذوالسلطنه باشد. حقی که اسقاط‌پذیر نباشد، زمام امرش به دست ذوالحق نیست (نایینی، ۱۴۱۸: ۴۲/۱). محمدباقر صدر نیز هر حقی را اسقاط‌پذیر می‌داند، اما وجه آن را ارتکاز عقلا می‌داند و معتقد است هر نوع حقی نزد عرف اسقاط‌پذیر هم هست و صحیحه محمد ابن مسلم (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۸/۲۸) دلیل است بر اینکه شارع این ارتکاز عرفی را امضا کرده است (حائری، ۱۴۲۸: ۱۳۳/۱-۱۳۴).

۲. ۱. حضانت؛ حق یا حکم؟

جعفر سبحانی در مقام توجیه حق بودن حضانت کودک می‌گوید:

ظاهر آن است که حضانت از مقوله حق برای مادر و پدر است. چون این کار هرچند مادر و بعد پدر را به کارها و تکالیف شاق و دشوار وامی‌دارد، اما چون همراه با احساس خوشی و شادمانی والدین از حضور کودک است. بدان حق

گفته شده است. اما اگر از این وجه چشم‌پوشی کنیم، در واقع ذوالحق کودک است و هر یک از پدر و مادر «من علیه الحق» هستند (سبحانی، ۱۴۱۷: ۲/۲۳۰).

این سخن در واقع به یک دغدغه دیرینه فقهی پاسخ می‌گوید و آن اینکه عرف برای اعتباراتش تابع تعبد نیست، بلکه ملاکات خاص خودش را دارد. اگر ما می‌گوییم پدر و مادر «حق الحضانه» دارند، باید ثابت کنیم که این کار امتیازی برای آنها به حساب می‌آید؛ چون حق عرفی از نوعی از امتیاز خالی نیست. از آنجا که بهره‌مند اصلی در این میان کودک است، بهتر است کودک ذوالحق باشد، نه پدر و مادر. این امتیاز چیزی جز بهره‌مندی والدین از احساس لذت حضور در کنار طفلشان نیست. بنابراین حق بودن حضانت نسبت به پدر و مادر در حد بهره‌مندی آنها از همین احساس است. بنابراین عقلاً، هم حقی برای طفل بر عهده پدر و مادر قائل‌اند و هم حقی به نفع پدر و مادر. اما حق پدر و مادر «من علیه الحق» ندارد، بلکه فقط در حد مجاز نبودن ممانعت از سوی دیگران است.

فقاها میان حق الحضانه پدر و حق الحضانه مادر تفکیک قائل شده‌اند و گفته‌اند حق الحضانه پدر در واقع مرتبه‌ای از ولایت او بر طفل است و چون ولایت او اسقاط‌پذیر نیست معلوم می‌شود که یا «حکم» خالص است یا حق آمیخته با حکم است. در حالی که حق الحضانه مادر اسقاط‌پذیر است و چون هیچ حکمی اسقاط‌پذیر نیست، معلوم می‌شود که حکم نیست. خویی، از فقهای معاصر، حق الحضانه مادر را اسقاط‌پذیر می‌داند و حق الحضانه پدر را اسقاط‌ناپذیر (خویی، ۱۴۱۰: ۲/۲۸۶)؛ اما سیستانی معتقد است هر یک از پدر و مادر می‌توانند از حق خود تنازل کنند، یعنی به نفع دیگری واگذار کنند، اما نمی‌توانند به نفع دیگران آن را اسقاط کنند (سیستانی، ۱۴۲۱: ۳/۱۲۲). فیاض نیز می‌گوید: «حق الحضانه مادر با اسقاط او ساقط می‌شود، به خلاف حق الحضانه پدر» (فیاض، بی‌تا: مسئله ۱۹۸). منتظری اسقاط حق از سوی پدر را هم جایز می‌داند و می‌گوید: «پدر و مادر می‌توانند از حق حضانت خود صرف نظر کنند ولی نمی‌توانند نسبت به نگهداری و تربیت فرزند کوتاهی نمایند» (منتظری، بی‌تا: مسئله ۲۴۴۵). حکیم و محمدباقر صدر هم نظرشان همان نظر خویی است (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: احکام الاولاد، مسئله ۹). خویی در منهاج الصالحین تصریح می‌کند که حق حضانت مادر با اسقاط ساقط می‌شود، برخلاف حق حضانت پدر یا جد که با اسقاط ساقط نمی‌شود (خویی، ۱۴۱۰: ۲/۲۸۵).

از فقهای متقدم، نجفی در اشکال بر شهید ثانی می‌گوید:

اگر منظور این است که حق الحضانه ولایتی است مانند سایر ولایت‌ها که با اسقاط قابل ساقط شدن نیست و مراعات آن بر مادر واجب است، به گونه‌ای که مادر برای انجام آن مستحق اجرت نباشد — آن‌گونه که مسالک تصریح می‌کند — اشکال ما آن است که در ادله ما چیزی ندیدیم که چنین اقتضایی داشته باشد، بلکه چیزهایی وجود دارد که خلاف آن را اقتضا دارد، مانند اینکه حضانت مشروط به خواست مادر شده و تعبیر به «أحق» بودن (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۴/۳۱).

از طباطبایی، نویسنده *ریاض المسائل*، و شهید اول در *قواعد* هم نقل می‌کند که اگر مادر از حضانت امتناع کرد، حق الحضانه به پدر منتقل می‌شود و اگر هر دو امتناع کردند، پدر مجبور می‌شود، اما این اجبار به دلیل جلوگیری از تزییع حق طفل و از باب وجوب کفایی است. اما اینکه این وجوب مختص به ذوالحق باشد محل تردید است؛ یعنی این احتمال وجود دارد که بر همه مسلمانان واجب باشد. سپس بر آن دو اشکال می‌کند که اینکه می‌گویند پدر مجبور نمی‌شود واضح الضعف است (همان). نتیجه‌ای که از مجموع ادله و شواهد به دست می‌آید آن است که حق حضانت پدر ویژگی‌های حق را ندارد و از این رو به نظر می‌رسد تکلیف است، اما حق حضانت مادر را می‌توان گفت حق است.

۳. مدت حق حضانت

برای روشن شدن مدت حق حضانت هر یک از پدر و مادر لازم است ابتدا اقوال فقها و سپس ادله آنها بیان شود:

الف) آرای فقها

از تتبع در کتب فقهای متقدم استفاده می‌شود که آنها حضانت را از لحاظ زمانی به سه دوره تقسیم کرده‌اند: قبل از اتمام دو سال (دوره رضاع)، بعد از اتمام دو سال الی هفت سال و بعد از اتمام هفت سال تا رسیدن به سن بلوغ.

دوره اول: قبل از اتمام دو سال

راجع به قبل از اتمام دو سال دو نظریه اصلی به چشم می‌خورد:

۱. برخی از فقها گفته‌اند حق الحضانه مطلقاً متعلق به مادر است، چه پسر باشد چه دختر؛ از جمله شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۱۶: ۴۲۱/۸) و نجفی (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۴/۳۱) که گفته‌اند در مسئله اولویت مادر بر حضانت کودک در دو سال اول تولد بین فقها اختلافی نیست. سید علی طباطبایی نیز بر آن ادعای اجماع می‌کند (طباطبایی، ۱۴۱۲: ۲۴۰/۷) و خوانساری که می‌گوید بنا بر مشهور بین اصحاب، مادر در دوران رضاع، سزاوارتر به کودک است؛ پسر باشد یا دختر (خوانساری، ۱۳۵۵: ۴۷۲/۴). بسیاری دیگر از فقها همین نظر را برگزیده‌اند.

۲. ابن‌فهد حلی ادعای اجماع کرده است که در این مدت پدر و مادر هر دو بالسویه در خصوص طفل حق حضانت دارند (عاملی، ۱۴۱۳: ۴۶۵/۱). مستند ابن‌فهد موثقه داود بن الحصین از امام صادق (ع) است که می‌فرماید: «مَا دَامَ الْوَلَدُ فِي الرِّضَاعِ فَهُوَ بَيْنَ الْأَبَوَيْنِ بِالسَّوِيَةِ؛ مادام که طفل در حال شیرخوارگی است بین پدر و مادر مساوی است» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۸/۲۸). لازم است تذکر داده شود که فرض ابن‌فهد حلی مبنی بر مساوی بودن پدر و مادر در مدت دو سال فقط در صورتی معقول است که پدر و مادر با هم زندگی کنند، اما در صورت جدایی میان پدر و مادر که محل اصلی بحث است، با این نظر نزاع میان پدر و مادر حل‌شدنی نیست. به همین دلیل، برخی از بزرگان در توجیه آن گفته‌اند معنای بالسویه بودن آن است که در رضاع، مادر مقدم است و در نفقه و مخارج، پدر. ولی این توجیه هم صورت معقول ندارد؛ چون این حکم همان حکم اولی است که پدر و مادر در خصوص طفل دارند.

دوره دوم: بعد از دو سال تا هفت سال

بعد از اتمام دو سال که محل اصلی ابتلا و اختلاف بین فقها است، چنین برمی‌آید که پنج نظریه قابل شناسایی است:

۱. مشهور فقها میان دختر و پسر فرق گذاشته و گفته‌اند تا هفت سال مادر به دختر و پدر به پسر احق است. این نظر از نه‌هایه شیخ طوسی (بی‌تا: ۵۰۳-۵۰۴)، المهدب قاضی ابن‌البراج (۱۴۰۶: ۲۶۲/۲)، سرائر ابن‌ادریس حلی (۱۴۱۱: ۶۵۱/۲) و سرائع محقق حلی

(۱۴۰۹: ۵۶۷/۲) قابل استفاده است. عبارت نجفی چنین است: «و اما هر گاه طفل را از شیر بگیرند و مدت شیردهی پایان یابد، پدر احق است به پسر، و مادر احق است به دختر تا هفت سال از حین ولادت، بنا بر نظری که مشهورتر است، بلکه مشهور است. بلکه از غنیه نقل اجماع شده است» (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۹۰/۳۱).

۲. شیخ طوسی در مبسوط بر آن است که ولد تا رسیدن به سن تمیز (که آن را به هفت الی هشت سال تفسیر می کند) در اختیار مادر است، پسر باشد یا دختر. بعد از آن تا رسیدن به سن بلوغ، دختر در اختیار مادر است مگر شوهر کند و پسر در اختیار پدر (طوسی، ۱۳۸۷: ۳۹/۶). قاضی ابن البراج در *المهذب* همین نظر را تأیید کرده است، با این تفاوت که تفصیل داده بین طفلی که بین خوب و بد تمیز می دهد و غیرممیز. اگر ممیز نباشد مادر احق است و اگر ممیز باشد و بالغ نشده باشد، دختر تا هفت سال در اختیار مادر، و پسر در اختیار پدر قرار دارد (ابن البراج، ۱۴۰۶: ۳۵۲/۲).

۳. حلی در *مختلف الشیعه* به صدوق نسبت می دهد که گفته است مادر تا زمانی که ازدواج نکرده مطلقاً احق است نسبت به پدر (الحلی، ۱۴۱۵: ۳۰۷/۷).

۴. ابن جنید اسکافی بنا بر نقل حلی در *مختلف* معتقد است تا هفت سال مطلقاً مادر احق است. بعد از هفت سال اگر معتوه (کودن) باشد، حکم طفل را دارد و مادر احق است، اما به دختر؛ مادر احق است مادام که ازدواج نکرده است (همان: ۳۰۶).

۵. شیخ مفید در کتاب *مقنعه* بر آن است که تا نه سال پدر نسبت به پسر و مادر نسبت به دختر اولی است (مفید، ۱۴۱۰: ۵۳۱).

آنچه ما از آرای فقها به دست آوردیم همین پنج قول بود، هرچند میرزای قمی در *جامع الشتات* معتقد است در مسئله متجاوز از هفت قول وجود دارد (قمی، ۱۳۷۱: ۴۵۸/۴).

دوره سوم: بعد از هفت سالگی تا سن بلوغ

از دیدگاه های پیشین روشن شد که در میان نوع فقها سه نظریه اصلی درباره این دوره وجود دارد:

۱. نظریه اکثر فقها که معتقدند بعد از هفت سالگی تا سن بلوغ و رشد فکری و جسمی حضانت با پدر است، دختر باشد یا پسر.

۲. فقهای که معتقدند دختر و پسر تا سن تمیز در اختیار مادرند.
۳. فقهای که معتقدند دختران حتی بعد از سن تمیز تا زمان ازدواج در حضانت مادرند. مستندات این نظریات همان مستندات فوق است و نیاز به تکرار ندارد.
در میان فقهای معاصر، آنان که متعرض این بحث شده‌اند، کمتر کسی را می‌توان دید که از نظر مشهور عدول کرده باشد، هرچند استقصای کامل رسائل عملیه و کتب فقهی ایشان کار دشواری است، به چند نمونه اشاره می‌کنیم:
۱. خویی می‌گوید: «مادر تا دو سال به حضانت فرزند سزاوارتر است؛ اگر خود بخواهد، مشروط بر اینکه آزاد، مسلمان، عاقل، امین بر ولد باشد، بهتر آن است که طفل تا هفت سال در حضانت مادر قرار داده شود، هرچند پسر باشد (خویی، ۱۴۱۰: مسئله ۱۳۸۸).

۲. محمدتقی بهجت معتقد است حق سرپرستی طفل، پسر باشد یا دختر، بنا بر اظهر تا دو سال برای مادر است؛ اما بعد از دو سال پدر هم حق سرپرستی دارد، و در این پنج سال احوط آن است که حق سرپرستی پسر با پدر و دختر با مادر است، ولی بعد از هفت سال حق سرپرستی فقط از آن پدر است (بهجت، ۱۴۲۸: مسئله ۱۹۸۴). نکته درخور توجه در فتوای بهجت آن است که اولاً برخلاف مشهور، حق سرپرستی مادر بر طفل بعد از دو سال را نفی نمی‌کند، بلکه می‌گوید «پدر هم حق سرپرستی دارد»؛ ثانیاً باز هم برخلاف مشهور، فرقی میان دختر و پسر قائل نشده است؛ ثالثاً به نظر مشهور فتوا نداده، بلکه فقط آن را احوط دانسته است.

۳. فیاض ضمن تأیید نظر خویی، حضانت مادر بر ولد تا هفت‌سالگی را اولی می‌داند، چه پسر باشد چه دختر (فیاض، بی تا: ۳، مسئله ۱۹۲). حکیم هم ضمن تأیید این نظر، اشکال در فرزندان پسر را ضعیف می‌داند (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰: مسئله ۹).
دیدگاه‌های فتوایی دیگر فقها هم از همین سه نظریه خارج نیست و چنانکه روشن شد، حکم دو سال اول، تا هفت‌سالگی و بعد از آن هم از این نظریات معلوم گردید.

مستندات و ادله اقوال

روایاتی که در کلمات فقها بر آنها استدلال شده در مجموع به نُه روایت می‌رسد که اکثر آنها در باب ۸۱ از ابواب احکام الاولاد وسائل الشیعه آمده است. این روایات مجموعاً

به سه دسته کلی تقسیم می‌شود که در ادامه ضمن اشاره به هر یک از آن اقسام تذکر داده خواهد شد که کدام دسته مستند کدام یک از اقوال پیشین است.

دسته اول: روایاتی که مادر را تا دو سال احق می‌داند و بعد از آن حق حضانت را از آن پدر می‌داند.

روایت اول: صحیحہ ابی الصباح الکنانی

عن أبي عبدالله (ع) قال: إذا طلق الرجل المرأة و هي حبلى أنفق عليها حتى تضع حملها، و إذا وضعته أعطاها أجرها و لا يضارها إلا أن يجد من هو أرخص أجرا منها، فان هي رضيت بذلك الاجر فهي أحق بابنها حتى تطفم؛ هر گاه مردی زنش را طلاق دهد در حالی که زن حامله است، بر او واجب است که نفقه زنش را مادام که وضع حمل کند بپردازد، بعد از وضع حمل اجر [شیردادنش] را بدهد و به او زیان نرساند، مگر اینکه کسی یافت شود که با اجرت پایین‌تر از او شیر می‌دهد. اگر مادر به آن اجرت پایین رضایت دهد، او سزاوارتر است به فرزندش تا طفل از شیر گرفته شود (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۹۰/۱۵).

این روایت از لحاظ سندی مشکلی ندارد و صحیحه است؛ اما از لحاظ دلالت موضوعش شیردادن است. کسانی که از این روایت استفاده کرده‌اند به ذیل این حدیث، یعنی جمله «فهی احق بابنها حتی تطفم»، استناد کرده‌اند؛ اما واژه «احق» در این حدیث با توجه به جملات قبلی و نیز به قرینه پرسش سائل به معنای «احق در شیردادن» است و نمی‌توان از آن «احق در حضانت» را استفاده کرد، مگر اینکه آن را در کنار دیگر روایات باب مطالعه کنیم و مضمون دیگر روایات را قرینه بر عمومیت لفظ «احق» در این روایت بدانیم.

روایت دوم: روایت فضل ابوالعباس

قال: قلت لابی عبدالله علیه السلام: الرجل أحق بولده أم المرأة؟ قال: لا بل الرجل فان قالت المرأة لزوجها الذی طلقها أنا أرضع ابنی بمثل ما تجد من یرضعه فهی أحق به؛

از امام صادق (ع) پرسیدم آیا مرد سزاوارتر است به فرزندش یا زن؟ فرمود: نه، بلکه مرد سزاوارتر است، اگر زن به شوهری که طلاقش داده است بگوید، من فرزندم را به همان اجرتی که مرضعه دیگر شیر می‌دهد، شیر می‌دهم او احق است (همان).

سند این روایت محل مناقشه است، هرچند درست این است که صحیحه است؛ اما از لحاظ دلالتی به قرینه ذیلش، همانند روایت اول، مربوط به رضاع است. چون هرچند که در صدر حدیث به صورت کلی پرسیده می‌شود که آیا مرد احق است به ولدش یا زن، اما با تفسیری که امام عرضه می‌کند که اگر مرضعه‌ای دیگر پیدا شد و ... می‌توان حدس زد که در کلام قرینه مقامیه‌ای وجود داشته که امام از پرسش سائل احق‌بودن در رضاع را فهمیده و آن قرینه برای ما نقل نشده است. بنابراین استفاده از این روایت نیز برای احق‌بودن در حضانت دشوار است.

روایت سوم: صحیحه حلبی

عن أبي عبدالله عليه السلام قال: الحبلی المطلقة ینفق علیها حتی تضع حملها و هی أحق بولدها حتی ترضعه بما تقبله امرأة أخرى، إن الله یقول: لا تضار والدة بولدها و لا مولود له بولده؛
نفقۀ زن حاملۀ مطلقه تا زمان وضع حمل را باید شوهرش تأمین کند، و آن زن شایسته‌تر است نسبت به فرزندش تا زمانی که به اجرت زن دیگر شیر می‌دهد. چون خداوند فرموده است: به مادران به وسیله فرزندان‌شان زیان نرسانید، و نیز به پدران به وسیله فرزندان‌شان زیان نرسانید (همان).

این روایت برخلاف دو روایت قبلی، واجد لفظ عامی است که شامل اولویت در حضانت هم می‌شود. دو موضع از این روایت بر این نکته دلالت دارد: نخست جمله «و هی احق بولدها حتی ترضعه»، با اینکه در اینجا هم صحبت از رضاع است، احق‌بودن اختصاص به رضاع ندارد و مطلق آورده شده است. جمله «حتی ترضعه» مبین مدت زمان احق‌بودن است، نه اینکه موضوع احق‌بودن را معلوم کند. دوم اینکه به آیه استناد

شده و در آن آیه تعلیلی است که مفید عموم است. آیه می‌فرماید نباید به مادران از این جهت که فرزندش را از او جدا می‌کنید زیان وارد کنید. این تعلیل بیش از آنکه بر رضاع صادق باشد، بر حضانت صادق است. چون شیرندادن مادران برای فرزندان ممکن است حتی از لحاظ اینکه از حیث بدنی عوارض ناشی از شیردادن را نمی‌بینند، مفید هم باشد. آن جهت که به حال مادران مضر است، جدایی‌افکندن میان مادر و فرزندش است.

روایت چهارم: موثقه داود بن الحصین

والوالدات یرضعن أولادهن، «قال: ما دام الولد فی الرضاع فهو بین الابوین بالسویة، فإذا فطم فالأب أحق به من الام فإذا مات الأب فالام أحق به من العصبه، وإن وجد الأب من یرضعه بأربعة دراهم و قالت الام: لا أرضعه إلا بخمسة دراهم فإن له أن ینزعه منها إلا أن ذلک خیر له و أرفق به أن یترک مع امه؛

درباره آیه «والوالدات یرضعن أولادهن» از امام پرسیدند. امام فرمود مادام که فرزند در رضاع است بین والدین مساوی است. هر گاه از شیر گرفته شد پدر سزاوارتر است از مادر. اگر پدر مرد مادر از خویشان و اقربای پدر سزاوارتر است، و اگر پدر کسی را یافت که با چهار درهم به او شیر می‌دهد و مادر گفت من جز به پنج درهم شیر نخواهم داد، پدر می‌تواند طفل را از مادر بستاند؛ اما بهتر و به مروت نزدیک‌تر آن است که او را به مادرش بسپارد (همان).

این حدیث از لحاظ مضمون، هم شامل رضاع می‌شود و هم شامل حضانت. از حیث حضانت بعد از دو سال مطلقاً پدر را احق می‌دانند؛ اما از لحاظ رضاع تفصیل می‌دهد بین صورت توافق کردن با مادر در اجرت شیردادن و توافق نکردن. در صورت توافق نکردن، پدر حق دارد رضاع طفل را به کس دیگر بسپارد، هر چند ارفق این است که با مادرش باشد.

نکته مشترک در همه این چهار روایت آن است که میان دختر و پسر تفصیلی داده نشده است. بنابراین از این حیث مخالف نظریه مشهور است.

دسته دوم: روایاتی که دلالت دارند بر اینکه تا هفت سال حق حضانت متعلق به مادر است و همانند دسته اول، بین دختر و پسر تفصیل نداده‌اند:

روایت اول: صحیحہ ایوب بن نوح

قال: کتب إلیه بعض أصحابه: کانت لی امرأة و لی منها ولد و خلیت سبیلها فکتب علیه السلام: المرأة أحق بالولد إلی أن یبلغ سبع سنین إلا أن تشاء المرأة؛ بعضی از اصحاب امام (ع) به او نوشت که من زنی داشتم و از او فرزندی. بعد او را طلاق دادم. امام در جواب نوشت زن سزاوارتر است به فرزندش تا اینکه به هفت سالگی برسد، مگر اینکه زن خود بخواهد [فرزند را به تو بدهد] (همان).

روایت دوم: صحیحہ دوم ایوب بن نوح

کتبت إلیه مع بشر بن بشار: جعلت فداک رجل تزوج امرأة فولدت منه ثم فارقتها متی یجب له أن يأخذ ولده؟ فکتب: إذا صار له سبع سنین فان أخذه فله، و إن ترکه فله؛ من با بشر بن بشار به امام (ع) نوشتیم: فدایت شوم. مردی با زنی ازدواج کرد و از او فرزندی به دنیا آورد. سپس از او جدا شد. چه زمان می‌تواند فرزندش را از او بگیرد؟ امام (ع) نوشت: «هر گاه به هفت سالگی رسید، اگر بگیرد این کار برایش جایز است، اگر هم بخواهد نزد مادرش بگذارد جایز است» (همان).

دسته سوم: روایاتی که دلالت دارد بر اینکه مادر تا زمان ازدواج احق است.

روایت اول: روایت مرسله منقری

قال: سئل أبو عبدالله (ع) عن الرجل یطلق امرأة و بینهما ولد أیهما أحق بالولد؟ قال: المرأة أحق بالولد ما لم تتزوج؛

از امام صادق (ع) از مردی پرسیده شده که زنش را طلاق داده است و بین آن دو فرزندی باقی مانده است، کدام یک به آن طفل سزاوار است؟ امام (ع) فرمود: زن مادام که ازدواج نکرده سزاوارتر است به فرزند» (همان).
این روایت دو سند دارد که هر دو سندش ضعیف است؛ ضمن اینکه مرسله هم هست. در مضمون نیز قریب به مضمون این حدیث روایت داریم که از لحاظ سندی محل اختلاف است و بسیاری آن را صحیح دانسته‌اند و آن روایت داود رقی است که در ضمن بحث به آن هم اشاره خواهد شد.

روایت دوم: حدیثی که از طریق عامه از پیامبر اسلام (ص) نقل شد: «الام احق بحضانه ابنها ما لم تتزوج؛ مادر به حضانت فرزندش سزاوارتر است مادام که ازدواج نکرده است» (نوری، ۱۴۰۸: ۱۶۴/۱۵). حدیثی با این مضمون از طریق شیعه از امام صادق (ع) هم روایت شده که نوری آن را در *مستدرک الوسائل* آورده است، اما آن حدیث هم از لحاظ سندی ضعیف است. به این حدیث هم در بحث‌های آینده اشاره خواهد شد.

بررسی و نقد ادله اقوال

اکنون در روشنایی آشنایی که با مجموعه اقوال و روایات پیدا کردیم، هر یک از ادله را بررسی می‌کنیم.

دلایل قول مشهور: مشهور فقها درباره دوره اول (دو سال اول که مدت رضاع هم به حساب می‌آید) اتفاق نظر دارند که مادر احق است و اگر از اجماعی که ابن فهد حلی ادعا کرده است بگذریم (که به دلیل محتمل المدرك بودن و مخالفت اکثر قریب به اتفاق علما با آن از اعتبار ساقط است)، دلیل معتبر دیگری برای آن وجود ندارد، مگر موثقه داود بن الحصین که قبلاً ذکرش رفت و آیه «و لا تضار والدة بولدها» (بقره: ۲۳۳). نجفی راجع به این روایت می‌گوید: «اولاً صدر این خبر با ذیلش معارض است. علاوه بر اینکه مقصود از تسویه واضح نیست؛ چون ممکن است مقصود این باشد که شیردادن طفل بر عهده مادر و اجرت آن بر عهده پدر است، و تربیت طفل از این حیث بین آن دو مساوی است و به هر حال تردیدی در ضعف این وجه نیست» (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۵/۳۱). بر این بیان باید افزود که

مساوی بودن در مقام منازعه حلال منازعه نیست. بنابراین ما در دو سال اول تقریباً با اتفاق بر استحقاق مادر مواجهیم.

مشهور فقها گفته‌اند بعد از دو سال، سرپرستی دختر با مادر و سرپرستی پسر با پدر است. مدرک این حکم دو چیز است:

۱. جمع بین روایات دسته اول و روایات دسته دوم؛ چون مضمون روایات دسته اول این است که بعد از دو سال رضاع، مطلقاً حق حضانت از آن پدر است، مانند صحیحه کنانی و موثقه داود بن الحصین که می‌گفتند هر گاه طفل از شیر گرفته شد پدر سزاوارتر است، و مضمون روایات دسته دوم (صحیحه اول و دوم ایوب ابن نوح) این بود که تا هفت سال مطلقاً حق حضانت با مادر است، و بعد از آن با پدر است. فقها بین این دو دسته روایت به این صورت جمع کرده‌اند که روایات دسته دوم که می‌گویند مطلقاً حق حضانت با مادر است، احتمالاً منظورشان این است که در خصوص دختر حق حضانت با مادر است، اما راجع به فرزندان ذکور به اطلاق روایات دسته اول تمسک می‌کنیم و حق را از آن پدر می‌دانیم. مؤید این جمع اجماعی است که ابن‌زهره در *غنیة النزوع* ادعا کرده است.

۲. نجفی، به تبع دیگر فقها، وجه عقلی را هم به آن افزوده است، مبنی بر اینکه مادر برای تربیت دختران شایستگی بیشتری دارد؛ لذا دختر باید تا هفت سال در اختیار مادرش باشد، اما پدر برای تربیت فرزندان ذکور شایسته‌تر است. لذا باید حق حضانت به او سپرده شود (همان: ۲۹۱).

نقد استدلال

بسیاری از فقهای معاصر بر این استدلال اشکال کرده‌اند؛ اما اجماع ابن‌زهره در کنار محتمل‌المدرک بودن و مخالفت فقهای بسیاری نظیر صدوق، مفید، قاضی ابن‌برّاج و سلار اعتباری ندارد. وجه دوم استحسان عقلی بیش نیست و در فقه شیعه برای این‌گونه استحسانات اعتباری نیست. تنها مدرک معتبر جمع بین روایات است که این جمع هم به اعتراف خود صاحبان این فتوا، از جمله نجفی، جمعی تبرعی است و هیچ شاهد جمعی از عرف بر آن وجود ندارد و اگر این‌گونه جمع‌ها اعتبار داشته باشد، ما در فقه هیچ روایت متعارضی نخواهیم داشت. بزرگان بسیاری بر بی‌اعتباری این جمع نظر داده‌اند، از جمله میرزای قمی (۱۴۲۶: ۳۵۲/۴)، سبزواری (۱۴۲۳: ۱۹۳) و سبحانی (۱۴۱۷: ۲۳۰/۲).

قانون در روایات متعارض این است که اگر تعارض به حد استقرار رسید و جمع عرفی میان آنها ممکن نشد، باید دید کدام دسته از روایات مرجح دارند و مرجحاتی که در باب تعارض معمولاً بیان می‌شود نظیر موافقت کتاب، مخالفت با عامه و احداثیت و مشهوربودن روایت در اینجا وجود ندارد، اما مشهوربودن که به معنای شهرت روایی است در اینجا مفقود است. علاوه بر اینکه در اصول ثابت شده است که این مرجح در واقع، در مقام تمیز حجت از لاجت است و جزء مرجحات نیست. موافقت کتاب و مخالفت عامه هم وجود ندارد؛ چون ما حکم کتابی نداریم که یکی از دو طائفه را تأیید کند. فقهای عامه هم به مضمون این دو طائفه فتوا نداده‌اند. فقط احداثیت با دو روایت ایوب بن نوح است. چون او از اصحاب امام رضا (ع) است، در حالی که روایات قبلی از امام صادق (ع) است، اما این مرجح هم در اصول محل اختلاف است. بعضی آن را قبول دارند و بعضی قبول ندارند. به هر حال، اگر این مرجح را قبول کنیم خلاف قول مشهور ثابت می‌شود. چون این دو روایت حق حضانت را تا هفت سالگی مطلقاً با مادر می‌دانستند؛ اما اگر این مرجح را مردود بدانیم، علی‌القاعده (اصلی اولی در تعارض ادله) نوبت به تساقط می‌رسد و باید به اصول مراجعه کنیم.

با مراجعه به اصول در قدم اول استصحاب، بقا استحقاق مادر را داریم. چون یقین داشتیم که تا دو سال مادر هم بر فرزند اناث و هم بر فرزند ذکور حق حضانت داشت، دلیل یقینی که این استحقاق را نفی کند پیدا نکردیم، لذا به بقای آن حق حکم می‌کنیم. ممکن است اشکال شود که این استصحاب فقط در صورتی جاری می‌شود که جدایی زن و مرد قبل از دو سال اتفاق افتاده باشد، اما اگر بعد از دو سال باشد، به دلیل اینکه استحقاق مادر قطعاً منتفی و به پدر منتقل شده، جای استصحاب نیست.

جواب این است که اولاً حتی اگر جدایی زن و مرد بعد از دو سال باشد هم ما قطع به منتفی شدن حق حضانت مادر نداریم. چون این قطع فقط از طریق روایات به دست می‌آید که آنها هم متعارض‌اند. ثانیاً از عبارت نجفی استفاده می‌شود که بعد از دو سال هم هرچند حق حضانت به پدر منتقل می‌شود، چنین نیست که حق حضانت مادر کاملاً منتفی شود، بلکه پدر فقط «احق» یعنی شایسته‌تر است و مادر هم «حق» دارد. به همین دلیل است که بعد از فوت پدر حق حضانت بار دیگر به مادر منتقل می‌شود (همان). بنابراین باز هم مشمول قاعده استصحاب است.

از میان کسانی که به این استدلال اعتراض کرده‌اند عبارت لجنه استخراج مبانی *منهاج الصالحین* خوبی را می‌آورم که به نظرم در عین اختصار گویا هم هست:

انصاف این است که از روایات استفاده می‌شود که مادر برای شیردادن فرزند سزاوارتر است، اما شایستگی مطلق او که محل کلام است، نصوص درباره‌اش متعارض است. از حدیث داود بن الحصین با صراحت استفاده می‌شود که فرزند در مدت شیرخوارگی بین پدر و مادر مساوی است. از دو روایت ایوب ابن نوح استفاده می‌شود که مادر تا هفت‌سالگی شایسته‌تر است. بنابراین، بین دو طائفه تعارض می‌شود و چون مرجحی برای یکی از طرفین نیست، نه از جهت موافقت کتاب و نه از جهت مخالفت با عامه، علاوه بر اینکه ما در خاتمه جزء هشتم کتاب گفتیم که دلیلی بر مرجح بودن موافقت کتاب یا موافقت عامه وجود ندارد، بنابراین نوبت می‌رسد به مرجح سوم که احادیث باشد، و مرجحیت از این حیث با حدیث ایوب بن نوح است. چون ایشان از اصحاب امام رضا (ع) است. نتیجه اینکه حق حضانت تا هفت سال با مادر است (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۲۸۰/۱۰).

فقهایی که حضانت مادر بر کودک تا هفت‌سالگی را بدون تفاوت میان دختر و پسر پذیرفته‌اند در میان قداما عبارت‌اند از: سید محمد عاملی (۱۴۱۳: ۴۶۸/۱)، سبزواری (۱۴۲۳: ۱۹۴) و جمعی دیگر از فقها.

ممکن است بر این نظریه اشکال شود که خلاف مشهور است و لذا اعتبار ندارد. پاسخ آن است که اولاً همان‌گونه که گذشت این نظریه خلاف مشهور نیست، بلکه فقط نزد فقها بعد از محقق حلی اشهر است. ثانیاً آن‌گونه که انصاری گفته است: «اطلاع از فساد مدرک مشهور موجب وهن در آن و سقوطش از حجیت می‌شود» (انصاری، ۱۴۱۵: ۵۵) و ما با بررسی ادله به این نتیجه رسیدیم که فتوای مشهور هم هیچ مدرک معتبری ندارد.

استدلال قول دوم

شیخ طوسی در مبسوط و نیز قاضی ابن‌برآج در یک رأی بر آن شدند که حضانت طفل تا زمان تمیز در اختیار مادر است. مستند اصلی ایشان روایات دسته سوم است که

هر دو روایت از لحاظ سندی ضعیف‌اند. ابن‌ادریس در سرائر بر این قول شیخ طوسی در مبسوط حمله شدیداللحنی می‌کند و می‌گوید:

آنچه را شیخ ما در مسائل خلافش گفته قول بعضی از مخالفان ما است و آنچه را ما اختیار کردیم درست است. چون اختلافی نیست که پدر در همه حال نسبت به فرزندش اولویت دارد، و همو است که مستولی است بر امور فرزند و قیم او است ... و تعجب این است که در آخر می‌گوید دلیل ما اجماع فرقه و اخبار است؛ و این چیزی است که زن فرزندمرده هم بر آن می‌خندد (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۱: ۶۵۲/۲).

به هر حال، با اینکه بعضی از علمای بعد از ابن‌ادریس از این کلام شیخ طوسی دفاع کرده و مدعی شده‌اند که شاید آن اجماعی که شیخ طوسی ادعا کرده، واقعاً در زمانش وجود داشته (الحلی، ۱۴۱۵: ۳۰۹/۷)، چون فاقد پشتوانه استدلالی محکم است پذیرفتنی نیست. البته اینکه می‌گوییم فاقد پشتوانه قوی است بر اساس موازین سنتی فقه شیعه است، اما اگر به نکته‌ای که در آخر همین بحث به آن اشاره کردیم توجه کنیم، شاید خالی از وجه نباشد.

استدلال قول سوم

نظر صدوق در مقنعه که حق حضانت مادر را محدود به ازدواج می‌کند یک عقد سلبی دارد و یک عقد ایجابی. عقد سلبی این است که بعد از ازدواج، حق حضانت از بین می‌رود و عقد ایجابی این است که تا زمان ازدواج حق حضانت مادر باقی است. دو دلیل بر این قول وجود دارد:

دلیل اول روایات طائفه سوم است که در آنها گفته شده بود تا زمانی که زن ازدواج نکرده، حق حضانت با او است. این دو روایت چون ضعف سندی دارد از لحاظ فنی از حجیت ساقط است. اما در مستدرک الوسائل روایتی از عبدالله بن عمر وجود دارد که زنی خدمت رسول خدا (ص) آمد و گفت فرزندی دارم که ... و پدرش مرا طلاق داده است و می‌خواهد او را از من بگیرد. پیامبر (ص) فرمود: «تو أحق هستی به آن فرزند تا زمانی که ازدواج نکرده‌ای» (نوری، ۱۴۰۸: ۱۶۴/۱۵). اما این روایت هم: ۱. سندش محل

اشکال است. چون از جامع الاخبار نقل شده است و عامی است؛ ۲. در معارضه با روایات دیگر قرار دارد؛ ۳. جز صدوق کسی به مضمون آن فتوا نداده و از این حیث معرض عنه عند الاصحاب است، و اعراض اصحاب، مخصوصاً خاصان اصحاب ائمه (ص) بدون شک موهن است.

دلیل دوم، استحسانی عقلی است، مبنی بر اینکه زن مادام که ازدواج نکرده می‌تواند به امور طفل خود رسیدگی کند؛ اما با ازدواج به دلیل اینکه مجبور است به وظایف خودش در قبال همسرش رسیدگی کند، از رسیدگی به امور طفل باز می‌ماند و لذا حق حضانتش ساقط می‌شود. بسیاری از فقها این دلیل را رد کرده و گفته‌اند اگر قرار باشد قیام به واجبات شوهر مانع حضانت طفل شود، این امر با وجود شوهر اول هم صادق است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱/۲۸۵).

استدلال قول چهارم

قول ابن جنید، که میان معتوه و غیرمعتوه تفصیل داده، هم مبتنی بر استحسانی عقلی است؛ چون خود بنا بر نقل علامه حلی گفته است که معتوه در حکم طفل است و حق حضانت طفل با مادر است، پس حق حضانت بر معتوه هم با مادر است. اما تفصیل او میان پسر که تا هفت سال در اختیار مادر قرار دارد و دختر که تا زمان ازدواج مادر حق حضانتش متعلق به مادر است، ظاهراً مبتنی بر جمع میان دو روایت ایوب ابن نوح و روایات طائفه سوم است که این جمع هم جمعی تبرعی است و دلیلی بر اعتبارش وجود ندارد.

استدلال قول پنجم

نظریه شیخ مفید مبنی بر تفصیل میان دختر و پسر به این صورت که بعد از رضاع مادر تا نُه سالگی احق است به کفالت دختر، مگر اینکه ازدواج کند. در خود کتاب متعنه هیچ استدلالی بر این نظریه نشده، اما ظاهراً مدرک نُه سال این مسئله است که نُه سال سن بلوغ دختران گفته شده و بعد از بلوغ کسی بر طفل ولایت ندارد. اگر این باشد، در واقع مثل این است که گفته باشد تا زمان بلوغ حق حضانت دختر با مادر است، اما اینکه ازدواج مسقط این حق است، مستندش روایات دسته سوم است که گذشت. این قول هم با مبانی اصولی و فقهی اثبات‌شدنی نیست.

مباحثی که تاکنون مطرح شد ما را به این نتایج می‌رساند:

الف) اگر بخواهیم به مبانی اصولی و فقهی استنباط احکام به همان شیوه سنتی وفادار بمانیم، باید قول ششم را بپذیریم و آن اینکه حق حضانت مادر تا هفت‌سالگی، بدون در نظر داشتن ذکورت و انوثة طفل با مادر است. چون هیچ یک از اقوالی که تاکنون مطرح شد دلیل محکمی برای اثبات نداشت. شاید به همین دلیل است که برخی از فقهای معاصر حکم به اولویت (مانند خویی و فیاض)^۱ یا احوط‌بودن (مانند بهجت) آن داده‌اند.

ب) بعد از هفت‌سالگی، هم به دلیل اطلاق روایات طائفه اول و هم به دلیل ولایت‌داشتن پدر بر فرزند، حق حضانت از آن پدر است تا زمان بلوغ؛ اما بعد از بلوغ و رشد به اتفاق فقهای فرقه، کسی بر طفل ولایت و حق حضانت ندارد و او در گزینش هر یک از پدر و مادر یا زندگی به تنهایی مخیر است. بنابراین پایان مدت حضانت بر طفل به اتفاق فقها رسیدن به سن بلوغ و رشد است و از اینجا ضعف تعریف پیش‌نویس این قانون که پایان حق‌الحضانة را هفت‌سالگی می‌داند نیز روشن می‌شود.

جایگاه این حکم در قانون مدنی

ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی قبل از اصلاحات و بر اساس نظر مشهور فقها این‌گونه بود: «برای نگاه‌داری طفل، مادر تا دو سال از تاریخ ولادت اولویت خواهد داشت. پس از انقضای این مدت حضانت با پدر است، مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آنها با مادر خواهد بود».

این ماده به پیشنهاد فراکسیون زنان مجلس به این صورت اصلاح شد که حضانت فرزند بدون تفاوت میان دختر و پسر تا هفت سال متعلق به مادر است. فقهای شورای نگهبان این اصلاحیه را با این استدلال که مخالف رأی و نظر مشهور فقها است، رد کرد، اما با اصرار مجلس بر موضع خود و اینکه ماده قبلی بعضاً برخلاف عدالت است، به مجمع تشخیص مصلحت نظام فرستاده شد و آن مجمع در نهایت ماده ۱۱۶۹ را به این صورت اصلاح کرد:

برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوی او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن هفت‌سالگی اولویت دارد؛ پس از آن با پدر است.

تبصره: بعد از هفت‌سالگی در صورت حدوث اختلاف حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد (بندرچی، ۱۳۸۳: ۱۳۲/۳۷).

نکته درخور توجه در این اصلاحیه آن است که مجمع تشخیص مصلحت همان اصلاحیه را تأیید کرده است، هرچند در مقاله بندرچی ذکری از استدلال مجمع تشخیص مصلحت به میان نیامده، از صدر مقاله چنان برمی‌آید که حالت سابقه قانون در بسیاری از مواقع با عدالت، یا دست‌کم احساس عرفی عدالت ناسازگار بوده است. چون بندرچی می‌نویسد که من در سال‌های متمادی شاهد بودم که اعمال آن ماده از قانون با اعتراض مواجه بود و چنین پنداشته می‌شد که عدالت رعایت نشده است. بنابراین لازم بود مجمع این نکته را در نظر بگیرد. عنصر دیگری که مجمع به آن افزوده مسئله رعایت مصلحت طفل است. این تبصره به مادر این امکان را می‌دهد که حتی بعد از هفت‌سالگی هم در موقعیتهایی که دادگاه تشخیص بدهد به مصلحت طفل است، حضانت طفل را عهده‌دار شود. در واقع، در این اصلاحیه میان حق هر یک از پدر و مادر، حق طفل و رعایت عدالت جمع شده است.

آخرین نکته که خوب است به آن اشاره شود این است که حضانت از احکام تأسیسی اسلام نیست؛ چون قبل از اسلام هم این مسئله در میان مردم وجود داشت، و در احکام امضایی جای مطرح کردن این مسئله وجود دارد که مناط‌های احکام در اختیار عقلا و عرف است و روایات هم با توجه به همین مناط‌ها وارد شده‌اند. به عبارت دیگر، در احکام عقلایی تعبد یا نیست یا نادر است. بنابراین اگر تشخیص دهیم که در عصری مناط‌های عقلایی تغییر کرده است، به گونه‌ای که عقلا حکم برخلاف آن حکم قبلی دارند، ممکن است بگوییم دیگر آن حکم وجود ندارد، البته مشروط به اینکه قطع پیدا کنیم که مناط حکم همان مناط عقلایی بوده و اکنون آن مناط تغییر پیدا کرده است. رسیدن به چنین قطعی آسان نیست و همین موجب شده است بسیاری از احکام علی‌رغم تحولات بسیاری که در مناطاتشان به وقوع پیوسته همچنان به حال سابق خود باقی بمانند.

در مسئله محل بحث ما رگه‌هایی از این تنقیح مناط در کلمات فقها به چشم می‌خورد؛ مثلاً در بحث شرایط و موانع حضانت، مثل اینکه حق حضانت هر یک از

پدر و مادر مشروط به این است که صلاحیت عقلی، جسمی و روحی این کار را داشته باشند. ما دلیلی روایی و نصی برای این گونه شروط در اختیار نداریم. نوع استدلال‌هایی که فقها کرده‌اند همگی از قبیل رجحان‌های عقلی و عقلایی است؛ مثلاً گفته‌اند حاضن نباید عبد یا امه باشد، چون او سربرار مولایش هست و چگونه می‌تواند از طفل سرپرستی کند؛ یا اینکه حاضن باید مسلمان باشد، چون در غیر این صورت عقاید طفل را فاسد می‌کند؛ یا اینکه نباید مجنون باشد، چون مجنون توانایی حضانت ندارد (نک: نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۶/۳۱). البته درباره امه و عبد روایت هم داریم، اما درباره کافر و مجنون و ... روایتی نیست، فقط رجحان‌های عقلایی است در کنار آیاتی از قرآن که تمسک به آنها هم خالی از اشکال نیست. بعید نیست بگوییم که حکم به دو سال هفت سال، نه سال، و ... که در کلمات فقهای سابق آمده است نیز به نحوی متأثر از همین رجحان‌ها بوده است. در این صورت، مسئله صورت بسیار متفاوتی به خود می‌گیرد.

می‌توان بر این مسئله مؤیداتی از روایات نیز آورد. از آن میان روایتی است که شیخ طوسی در *امالی* نقل کرده و حر عاملی آن را در *وسائل* نیز آورده است و آن اینکه پیامبر اکرم (ص) درباره دختر حمزه حکم کرد که به خاله‌اش داده شود و فرمود که خاله مادر است (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸۲/۱۵). این روایت هرچند از لحاظ سندی مشکل دارد، اما در حد مؤید می‌تواند کارایی داشته باشد. اگر این حدیث از پیامبر صادر شده باشد، پیامبر کاملاً حکمی عقلایی کرده است. چون با توجه به وضع جامعه عرب آن روز و نیز اوضاع و احوال اجتماعی مدینه و همچنین مصلحت دختر حمزه، دادن او به خاله‌اش فقط باید با این توجیه صورت پذیرفته باشد که از طفل نگهداری شود و چون مناسب‌ترین فردی که از عهده این کار برمی‌آمده خاله‌اش بوده است، حضانت را به خاله داده است.

۴. تأثیر ازدواج مادر در سقوط حق الحضانه

ازدواج مادر بعد از طلاق از همسر اولش دو صورت دارد: در صورتی که پدر زنده باشد، مشهور، بلکه همه فقها گفته‌اند حق حضانتش از بین می‌رود و به پدر منتقل می‌شود؛ مثلاً شیخ طوسی در مبسوط می‌گوید: «إذا تزوجت المرأة سقط حقها من الحضانه؛ هر گاه زن شوهر کند حق حضانتش از بین می‌رود» (طوسی، ۱۳۸۷: ۴۱/۶).

قاضی ابن البراج (۱۴۰۶: ۳۵۴/۲)، ابن حمزه طوسی (۱۴۰۸: ۲۸۸) و ابن ادریس حلی (۱۴۱۱: ۶۵۲/۲) نیز همین نظر را دارند. محقق حلی می‌گوید حق حضانت مادر با شوهرکردنش ساقط می‌شود، مگر اینکه پدر فوت کند (حلی، ۱۴۱۸: ۱۹۴). در میان متأخران میرزای قمی (۱۳۷۱: ۴۵۸/۴)، منتظری (بی‌تا: ۴۸۹)، مسئله (۲۷۴۳)، گلپایگانی (بی‌تا: ۱۷۷/۲) و بسیاری دیگر از فقها همین نظر را دارند. فقط بهجت در مسئله تأمل دارد و می‌گوید: «اگر مادر ازدواج کند در حق سرپرستی او تأمل است» (بهجت، ۱۴۲۸: ۳۴۹)؛ اما در صورتی که پدر فوت کرده باشد، اکثر قریب به اتفاق فقها گفته‌اند حق حضانت مادر حتی بعد از ازدواج او باقی است.

این مسئله هم با این شهرت عظیمی که دارد ظاهراً دلیل استواری از آن حمایت نمی‌کند. استدلال‌های اصلی در این زمینه چند چیز است:

۱. ادعای عدم الخلاف نجفی و ادعای اجماع شهید ثانی در روضه؛

۲. مرسله منقروی؛

۳. مفهوم روایت داود رقی؛

۴. روایت عامی از پیامبر اکرم (ص): «الام أحق بحضانة ابنها ما لم تتزوج»؛

۵. روایت عامی دیگر از پیامبر اکرم (ص): «إن امرأة قالت یا رسول الله إن ابني هذا کان بطني له وعاء و ثدیبه له سقاء و حجری له حواء و إن أباه طلقنی و أراد أن یتزعه منی، فقال لها النبی صلی الله علیه و آله: أنت أحق به ما لم تنحکی» (نوری، ۱۴۰۸: ۱۶۴/۱۵)؛

۶. اینکه او با ازدواج به حقوق زوجش مشغول می‌شود و از حضانت طفل بازمی‌ماند.

بررسی و نقد ادله

هرچند به نظر می‌رسد ادعای عدم خلاف نجفی که از نوع عدم خلاف محصل باشد، ادعای اجماع روضه منقول است. عبارت شهید ثانی این‌گونه است: «ولو تزوجت الام بغیر الأب مع وجوده کاملاً سقطت حضانتها للنص والاجماع؛ اگر مادر با غیر پدر ازدواج کند و پدر هم موجود باشد، کاملاً حق حضانتش ساقط می‌شود؛ هم به دلیل نص و هم به دلیل اجماع» (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۴۶۳/۵). اجماعی که در کنار نص و به تصریح نقل‌کننده اجماع بیان شده باشد، یا قطعاً مدرکی است یا حداقل احتمال قوی

مدرکی بودن می‌رود. با وجود این بعید است این اجماع، نوعی اجماع تبعدی کاشف از رأی معصوم باشد، بلکه اگر در کلمات فقهای قبل از شهید ثانی تأمل شود معلوم می‌گردد که همگی به نصوصی اشاره کرده‌اند که شهید ثانی در اینجا از آن نام می‌برد. اما مرسله منقروی، چنان‌که گذشت، از امام صادق (ع) پرسیدند که مردی زنش را طلاق داده و بین آن دو فرزندی باقی مانده است. کدام یک به آن طفل سزاوارتر است؟ امام (ع) فرمود زن مادام که ازدواج نکرده به فرزند سزاوارتر است (همان). این روایت، مرسله و سندش ضعیف است. به دلیل همین ضعف سندی به منطوق این روایت که حق حضانت را تا زمان ازدواج با مادر می‌داند عمل نشد. چگونه می‌توان پذیرفت که روایتی به دلیل ضعف سند در یک موضع معرض عنه اصحاب باشد و در موضعی دیگر محل اتفاق اصحاب؟

اما روایت داود رقی چنین است:

سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة حرّة نکحت عبداً فأولدها أولاداً ثم إنّه طلقها، فلم تقم مع ولدها و تزوجت، فلما بلغ العبد أنها تزوجت أراد أن يأخذ ولد منّها و قال: أنا أحق بهم منک أن تزوجت، فقال لیس للعبد أن يأخذ منها ولدها و إن تزوجت حتی یعتق، هی أحق بولدها منه ما دام مملوکا، فإذا اعتق فهو أحق بهم منها؛

از امام صادق (ع) درباره زن آزادی پرسیدم که با بنده‌ای ازدواج کرده و از او فرزندی به دنیا آورده است. سپس آن زن را طلاق داده و آن زن هم در کنار فرزندش نمانده و ازدواج کرده است. چون خبر ازدواج آن زن به عید رسید خواست فرزندش را از او بستاند و گفت: «من سزاوارترم به او از تو اگر ازدواج کنی». امام (ع) فرمود: «عبد نمی‌تواند فرزند را از آن زن بگیرد، هرچند ازدواج کند. تا زمان آزادی شوهر او شایسته‌تر است. هر گاه آزاد شد او شایسته‌تر است» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۵/۱۸۱).

این روایت از لحاظ سندی محل اختلاف است. چون داود رقی در *رجال* ابن غضائری (خویی، ۱۴۱۲: ۱۳۰/۸) و *رجال* نجاشی (نجاشی، ۱۴۱۶: ۱۵۶) تضعیف شده و خویی نیز او را ضعیف می‌داند (خویی، ۱۴۱۲: ۱۳۰/۸)، اما جمعی دیگر، از جمله کشی

(همان) و شیخ طوسی (۱۴۲۷: ۳۳۶) او را ثقه می‌دانند. به هر حال، بر فرض صحت سند، از لحاظ عمل به یک بخش و ترک بخش دیگر، با سرنوشت مرسله منقروی مواجه است. چون این روایت دو مفهوم دارد: یکی اینکه زن مادام که ازدواج نکرده نسبت به شوهر اولی است. دوم اینکه اگر زن با وجود شوهر قبلی ازدواج کند و شوهر هم آزاد باشد، حق حضانت به پدر منتقل می‌شود. همه فقها به مفهوم اول این روایت عمل نکرده‌اند؛ اما به مفهوم دوم آن عمل کرده‌اند و تبعیض در حجیت روایت اگر توجیه کافی نداشته باشد، جایز نیست. علاوه بر اینکه، مفهوم دوم روایت، مفهوم صریحی نیست. چون از جمله «اگر آزاد شد از او سزاوارتر است» فقط در این حد قابل استفاده است که اگر مرد آزاد باشد از زن در سرپرستی اطفالش سزاوارتر است. اما اینکه آیا این سزاواری در فرض ازدواج زن است یا مطلقاً، حدیث مجمل است؛ لذا این احتمال وجود دارد که این روایت هم مانند روایات طائفه اولی از روایات باب حضانت باشد که می‌گفت بعد از مدت رضاع، پدر مطلقاً شایسته‌تر است. اگر چنین باشد، این روایت با روایات طائفه دوم معارضه خواهد کرد.

دو روایت عامی از پیامبر اکرم (ص) نقل شده است. نیز علی‌رغم ضعف سندی، نسبت به مدت حق حضانت مادر معرض عنه اصحاب‌اند. وجه پنجم هم استحسانی عقلی است که به تصریح نجفی اعتمادی به آن نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۹۰/۳۱). بر این همه باید افزود که تفکیک بین وجود پدر و فوت پدر هم وجهی ندارد. اگر دلیل فتوا همین‌ها باشد که ما در اینجا نقل کردیم، از هیچ یک تفکیک استفاده نمی‌شود. اگر به مضمون روایت منقروی یا داود رقی عمل کنیم، مطلقاً باید حکم کنیم که با ازدواج مادر حق حضانتش ساقط می‌شود، اعم از اینکه پدر زنده باشد یا مرده. احتمالاً دلیل این تفکیک هم استحسانی عقلی است و آن اینکه با فوت پدر حق حضانت فقط به مادر اختصاص دارد، و چون مدعی ندارد ساقط نمی‌شود.

علی‌رغم ضعف مستند این فتوا به دلیل اینکه هیچ یک از فقها برخلاف آن فتوا نداده‌اند نمی‌توان پیشنهاد تغییر این ماده را داد؛ چون در آن صورت این ماده از موادی خواهد شد که معرض عنه اصحاب است و عملاً برای کسی الزام‌آور نخواهد بود. علاوه بر اینکه قید «رعایت مصلحت طفل» در پیش‌نویس قانون احوال شخصیه می‌تواند تا حدودی مانع اجحاف‌های محتمل شود.

نتیجه

از مجموع مباحثی که در این مقاله بدان‌ها پرداخته شد به این جمع‌بندی رسیدیم که حضانت را نمی‌توان حق خالصی به حساب آورد، بلکه درست این است که اولاً بین پدر و مادر تفصیل داده شود: برای مادر حق محض است اما برای پدر حق آمیخته با حکم. به همین دلیل حق حضانت مادر اسقاط‌پذیر و حق حضانت پدر اسقاط‌ناپذیر است؛ هرچند حق حضانت پدر قابل واگذاری به مادر هست. در ضمن معلوم شد که حق حضانت فقط به والدین مربوط نیست، بلکه طفل هم یکی از کسانی است که در این بحث ذی‌حق به حساب می‌آید.

به تفصیل بحث شد که در مدت‌زمان حق حضانت برای هر یک از پدر و مادر اختلاف نظر میان فقها بسیار است. با بررسی تفصیلی ادله به این نتیجه رسیدیم که رأی درست این است که بگوییم حق حضانت تا هفت سال مطلقاً در اختیار مادر است و بعد از آن در اختیار پدر؛ اما چون روایات بعضاً ازدواج مادر را زمان سرآمدن حق حضانت مادر تعیین کرده بود، از باب احتیاط مستحب، خوب است بعد از هفت سال هم با نظر محکمه مصالح طفل رعایت شود.

اینکه با ازدواج مادر و با وجود پدر حق حضانت مادر ساقط می‌شود هم نظری بود که تقریباً قاطبه فقها بدان فتوا داده‌اند، اما معلوم شد که این فتوا هم از پشتوانه استدلالی محکمی برخوردار نیست. یکی از مهم‌ترین نقض‌های آن این است که عین همان دلایلی را که در این فتوا مدرک و مستند قرار گرفته مشهور فقها در مسئله قبلی، یعنی مدت حضانت، مردود شناخته‌اند؛ اما چون در حال حاضر کسی برخلاف آن فتوا نداده شاید تغییر آن مشکل‌آفرین باشد.

پی‌نوشت

۱. البته این احتمال وجود دارد که اولویتی که خوبی و فیاض مطرح کرده‌اند به دلیل احتمال حمل دو روایت ایوب بن نوح بر استحباب باشد. این احتمال در کلام حائری مطرح شده و بر آن این‌گونه استدلال شده است که هیچ یک از دو روایت ایوب بن نوح نص در تحریم جداسازی فرزند از مادر تا هفت سالگی نیست. بنابراین احتمال دارد که دلالت بر کراهت داشته باشد (نک: آشتیانی، بی‌تا، کتاب نکاح: ۳۷۲-۳۷۴). این احتمال هم با ظاهر روایات سازگار نیست؛ چون ظاهراً امام در مقام تعیین حکم است و هیچ کلمه‌ای که دال بر استحباب باشد در آن وجود ندارد.

منابع

- آشتیانی، میرزا محمود (بی تا). کتاب النکاح: تفریسات درس حاج شیخ عبدالکریم حائری، مشهد: چاپخانه خراسان، بی تا.
- ابن ادريس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۱). السرائر، قم: مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، الطبعة الثانية.
- ابن البراج، عبد العزيز بن نحرير (۱۴۰۶). المهذب، باشراف الشيخ سبحانی، قم: جامعة المدرسين، الطبعة الاولى.
- ابن حمزه الطوسي، محمد بن علی (۱۴۰۸). الوسيلة الى نيل الفضيلة، تحقيق: محمد الحسون، قم: مكتبة المرعشي، الطبعة الاولى.
- ابن منظور، محمد بن مكرم (۱۴۱۴). لسان العرب، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - دار صادر، الطبعة الثالثة.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵). التقلید، قم: لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم، الطبعة الاولى.
- بندرچی، محمدرضا (۱۳۸۳). «حضانت در فقه و قانون: بحثی در ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی»، در: فقه اهل البيت (ع)، س ۱۰، ش ۳۷، ص ۱۳۱-۱۴۶.
- بهجت، محمدتقی (۱۴۲۸). توضیح المسائل، قم: دفتر آیت الله العظمی بهجت، چاپ اول.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ اول.
- حائری، سید کاظم (۱۴۲۸). فقه العقود، قم: مجمع الفكر الاسلامی، الطبعة الثالثة.
- حر عاملی، محمد بن الحسن (۱۴۰۹). وسائل الشیعة، قم: مؤسسة آل البيت لاحیاء التراث، الطبعة الاولى.
- حلی، جعفر بن الحسن (۱۴۱۸). المختصر النافع فی فقه الامامية، قم: مؤسسة المطبوعات الدينية، الطبعة السادسة.
- الحلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۵). مختلف الشیعة، قم: مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين، الطبعة الاولى.
- حلی، نجم الدین (۱۴۰۹). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، تحقیق: سید صادق شیرازی، تهران: انتشارات استقلال، چاپ دوم.
- خوانساری، سید احمد (۱۳۵۵). جامع المدارک، با تعلیق: علی اکبر غفاری، تهران: مكتبة الصدوق، چاپ دوم.
- خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۰). منهاج الصالحین، قم: مدينة العلم، چاپ بیست و هشتم.
- خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۲). معجم رجال الحديث، بی جا: لجنة التحقيق، الطبعة الخامسة.
- سبحانی، جعفر (۱۴۱۷). نظام النکاح فی الشريعة الاسلامية الغراء، قم: مؤسسة الامام الصادق (ع)، الطبعة الاولى.

- سبزواری، محمد باقر بن محمد (۱۴۲۳). *کفایة الاحکام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، چاپ اول.
- سیستانی، سید علی (۱۴۲۱). *منهاج الصالحین*، قم: انتشارات سعید بن جبیر، چاپ دوم.
- طباطبائی حکیم، محسن (۱۴۱۰). *منهاج الصالحین*، مع تعلیقات الشہید الصدر، بیروت: دار التعارف للمطبوعات، الطبعة الاولى.
- طباطبائی قمی، سید تقی (۱۴۲۶). *مبانی منهاج الصالحین*، تحقیق: عباس حاجانی، قم: منشورات قلم الشروق، الطبعة الاولى.
- طباطبائی، سید علی (۱۴۱۲). *ریاض المسائل*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى.
- طوسی، محمد بن الحسن (۱۳۸۷). *المبسوط فی فقه الامامیة*، تحقیق: محمد باقر البهودی، تهران: مکتبه المرتضویة، الطبعة الثالثة.
- طوسی، محمد بن الحسن (۱۴۲۷). *رجال شیخ طوسی*، تحقیق: جواد القیومی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ سوم.
- طوسی، محمد بن الحسن (بی تا). *النهاية فی المجرّد الفقه والفتاوی*، بیروت: دار الأندلس.
- عاملی جبعی (شہید ثانی)، زین الدین (۱۴۱۰). *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، تحقیق: محمد کلانتر، قم: انتشارات داوری، چاپ اول.
- عاملی جبعی (شہید ثانی)، زین الدین (۱۴۱۶). *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة، الطبعة الاولى.
- عاملی، سید محمد (۱۴۱۳). *نهاية المرام*، تحقیق: مجتبی عراقی، علی پناه اشتہاردی، و حسین یزدی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسین، الطبعة الاولى.
- فراهیدی، خلیل ابن احمد (۱۴۰۹). *کتاب العین*، تحقیق: مهدی مخزومی، ابراهیم السامرائی، قم: مؤسسه دار الهجرة، الطبعة الثانية.
- فیاض، محمد اسحاق (بی تا). *منهاج الصالحین*، بی جا: بی نا.
- فیروز آبادی، محمد بن یعقوب (بی تا). *القاموس المحيط*، بیروت: دار الکتب العلمیة، الطبعة الاولى.
- قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۳۷۱). *جماعة الشتات*، به اهتمام: مرتضی رضوی، تهران: کیهان، چاپ اول.
- گلپایگانی، سید محمدرضا (بی تا). *مجمع المسائل (فارسی)*، قم: دار القرآن، الطبعة الاولى.
- مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۰). *المقنعة*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى.
- منتظری، حسین علی (بی تا). *رساله استفتائات*، قم: دفتر آیت الله منتظری، چاپ اول.
- نایینی، میرزا محمد حسین (۱۴۱۸). *منية الطالب*، تقریر: موسی نجفی خوانساری، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى.
- نجاشی، احمد بن علی (۱۴۱۶). *رجال نجاشی*، تحقیق: سید موسی شبیری زنجانی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الخامسة.

بررسی فقهی حقوقی حق حضانت اطفال / ۱۷۱

نجفی (جواهری)، محمدحسن (۱۴۰۴). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، تحقیق: محمود فوجانی، بیروت: دار إحياء التراث العربی، الطبعة السابعة.

نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸). *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، قم: مؤسسة آل البيت لاحیاء التراث، الطبعة الثانية.

چکیده‌های عربی

القدرات الفقیہ و القانونیۃ للأسرۃ فی الوحده القانونیۃ للعالم الإسلامی

جواد حبیبی تبار*

سیامک قیاسی**

[تاریخ الاستلام: ۱۴۳۹/۱۱/۸؛ تاریخ القبول: ۱۴۳۹/۱۲/۰۹]

الأسرۃ هی أقدم کائنۃ الاجتماعیۃ الی هی مصدر تغذیۃ المجتمعات البشریۃ الکبریۃ من جوانب مختلفۃ. و من الواضح أن هذا الکیان القانونی، بسبب تعقید موضوع مجتمع البشر، معقد و متعدد الاختصاصات. علی الرغم من الاختلافات فی الأسس، فإن الأنظمۃ القانونیۃ الکبری فی العالم حاولت أن تنظر فی الأهمیۃ الخاصۃ لها فی نظام بلدانها و وضع الأسرۃ فی سباق قوانینها الخاصۃ.

فی الإسلام أيضاً، یشکل قانون الأسرۃ جزءاً مهمّاً من الأحکام و الأخلاق. و بالتالی، فإن المراجعة و التفحص فی قدرات حقوق الأسرۃ فی النقابات القانونیۃ للعالم الإسلامی هی قضیۃ ضروریۃ. و فی هذه المقالۃ، نحاول النظر فی دور حقوق الأسرۃ کواحد من القدرات الحالیۃ للتوحد القانونی للعالم الإسلامی مع معالجه حقوق الأسرۃ فی النظام القانونی الإسلامی. یدو أن حقوق الأسرۃ یتمتع بقدرات جیدۃ للتوحد القانونی للعالم الإسلامی. و بناءً علی ذلك، و بعد شرح المشترکات الاجتماعیۃ فی عملیۃ البحث، سننظر فی بعض الأمثلۃ و المصادیق مطابقۃ لفتاوی المشهورۃ بین الفریقین فی هذا المجال و سوف ندرس إمکانیۃ تقرب فی موارد عدم التوصل من خلال التدخل فی الشریعۃ الإسلامیۃ و الحاجۃ إلی احترام حق الحفاظ علیها. طریقۃ البحث فی هذا البحث هی تحلیلیۃ و صفیۃ و تستند إلی معلومات المکتبۃ.

الكلمات المفتاحیۃ: حقوق الأسرۃ؛ نظام القانون الإسلامی؛ الحقوق المقارنۃ؛ الاتحاد الحقوقي.

* استاذ الفقه فی الحوزۃ العلمیۃ فی قم و الاستاذ المشارک فی جامعہ المصطفی العالمیۃ (الکاتب المسئول).

prof.javadhabibitabar@yahoo.com

** المدرّب فی معهد المصطفی العالمیۃ. sqiasi52@gmail.com

المسئولية المدنية في العلاقات بين الزوجين

سيد مهدي دادمري*

[تاريخ الاستلام: ١٤٣٩/١٠/١١؛ تاريخ القبول: ١٤٣٩/١٢/٠٩]

بشكل عام ، فإن مناقشة المسؤولية المدنية في العلاقات بين الزوجين هي مسألة مناقشة عاجلة حول قانون المسؤولية المدنية في إيران. في هذه المقالة ، مع نظرة أولية و عامة على هذه المسألة ، نبرز أهمية هذه المسألة و نفسر القدرة على إثارة هذه القضية حتى في أكثر العلاقات الخاصة بين الزوج و الزوجة . أيضا ، من خلال تقديم بعض المفاهيم المشاركة في هذه المناقشة ، سنشرح أساسيات مبادئ هذه المسألة.

في هذا السياق ، نقتح للمرة الأولى "مبدأ الحصانة و في الواقع ، ممنوعية أفراد الأسرة من المسؤولية المدنية (القهرية) ضد بعضهم البعض" ، و هو تركة حقوق «كامن لا». و تطرح هذه النظرية بشكل خاص في نظامي قانوني أمريكي و بريطاني ، يظهران أن الأعمال و حتى العقيدة نفسها لا تزال قائمة في إنجلترا و الولايات المتحدة.

في حين شرح موقف القانون الداخلي المبني على عدم قبول هذه النظرية و أساسها ، مع الاعتراف بدور العقائد الأخلاقية في مجال المسؤولية المدنية ، و إدخال أمثلة من هذا التأثير في الفقه الامامية ، فقد عالجتنا السبب الجذري للمشكلة في القانون الغربي ، و نعتقد انه نتيجة لعدم تحديد الهوية و تاريخ ملكية المرأة و الزوجة.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية المدنية، الضمان القهرى ، التعويض ، حقوق الأسرة ، الخطأ المدني ، عقيدة الحصانة.

المساواة بين الجنسين كمفهوم قابل للتفسير و غير متعين

فرييا علاسوند*

[تاريخ الاستلام: ۱۴۳۹/۱۱/۰۹؛ تاريخ القبول: ۱۴۳۹/۱۲/۰۹]

أن العدالة بين الجنسين و ان كانت اليوم تستخدم في الخطابات المتنافسة في البلدان الإسلامية و غير الإسلامية ، إلا أنها تتطلب تحليلاً نظرياً و تحليلاً.

مسألة هذه مقاله هي هل كانت العدالة بين الجنسين مفهوماً مناسباً و مُصادفاً لتحقيق الهدف المشترك المتمثل في القضاء على الظلم ضد المرأة؟ من خلال فحص المقالات و الكتابات التي تستخدم المساواة بين الجنسين للتحليل ، التنظير ، أو الإستراتيجية ، يتبين أن هذا المفهوم لم يتم استخدامه في معنى واحد.

ان تفسيرها الواسعة التي هي في حد ذاتها تابعة لتفسير و نراهة مفهومي العدل و الجنس في السياق النظري المعاصر ، قد أدى إلى عدم وجود فهم في الدراسات النسائية و النهج القانونية تجاه المرأة ، و هي أكثر دلالة على المقاربات الإسلامية و غير الإسلامية لإثبات هذه المطالبة ، و لاثبات هذا المدعى لدينا بُعدين:

١. تاريخ عدالة النوع الاجتماعي في الوثائق الأجنبية و الدولية المتعلقة بالمرأة
٢. ممارسات الباحثون الإيرانيون المساواة بين الجنسين.

الكلمات المفتاحية: الاعدالت الجنسي؛ الاسناد الدولي؛ النظرية العدلية؛ الجنس؛ المساواة.

الجنس و العقاب في الفقه و القانون الإيراني

اعظم خوش صورت موفق*

محمد خان كاظمی**

[تاریخ الاستلام: ۱۴۳۹/۱۱/۱۸؛ تاریخ القبول: ۱۴۳۹/۱۲/۰۹]

بشكل عام، بالنظر إلى الطبيعة المتساوية للنساء والرجال لا يبدو أن الأنوثة والرجولة عنصراً فعالاً في الرد على الجريمة و معاقبة مرتكب الجريمة ، و لكن من خلال التفكير في النصوص الإجرامية للإسلام و متابعة قانون العقوبات الإيراني ، يصبح من الواضح أن الجنس يؤثر في العقوبات سواء كان العفو من العقوبات و الجزاءات ، كيفية إجراء العقوبات و حتى مدى العقوبات.

و للوصول الى انّ النساء مشموله للمعافات و التخفيفات أو رجال ، و ايضاً أيهم أكثر عرضة ليكونوا مستحقاً لهذه المعافات عند الشارع المقدس، من الضروري إدراج جميع القضايا الجنائية التي يوجد فيها اختلاف في العقوبة بين النساء و الرجال في هذه المقالة ، تم التحقيق في الاستثناءات أو الخصومات المتعلقة بمعاقبة النساء و الرجال بشكل مستقل ، و أصبح من الواضح في جريمة سفاح المحارم، في عقاب المثلية الجنسية للمرأة (المساحقة)، في جريمة الارتداد عن الدين ، في جريمة الإذانة، تعاقب المرأة. و لكن في المقابل، ان الرجل يعاقب في مثل سرقة طفله و والده و مقتله، و كذلك جريمة الزواج من زوجته، و هذه المعافات و التخفيفات تشمل الرجال و لكن ما يهم أكثر اهميةً، هو أن هذا التأثير الجنسي في العقاب ليس بأي حال نتيجة لوجهة نظر تمييزية للهيئة التشريعية أو الوصي.

الكلمات المفتاحية: الجنس؛ العقاب؛ الفرق بين المرء و المرأة؛ حقوق الجزاء؛ الفقه.

* الاستاذة المساعدة في قسم حقوق الاسرة في جامعة الاديان والمذاهب. a.khoshsorat@yahoo.com

** طالب دكتوراه في جامعة المصطفى العالمية مدرسة عالي فقه تخصصي (الكاتب المسؤول).

mkazemi1434@gmail.com

«المواطنة و الجنسية»

التفكير القائم على أساس النوع الاجتماعي في المواطنة للأطفال في القانون الإيراني

مصطفى دانش پزوه*

[تاريخ الاستلام: ۱۴۳۹/۱۱/۲۱؛ تاريخ القبول: ۱۴۳۹/۱۲/۰۹]

أدى الاختلاف في دور الأبوة والأمومة في منح الجنسية الإيرانية "الولادة" و "الخلافه" للأطفال في قوانين الجنسية الإيرانية إلى أن الذين يعتبرون القضايا القانونية أكثر من الجنس أو قانون الجنسية الإيرانية بشكل عام أو على الأقل، في الحالات المذكورة أعلاه، يتم اتهامهم بالتمييز بين الجنسين و إدانتهم بتوجه أكثر إنصافاً (معظمهم نسوي)، يسعون إلى تعديل القوانين القائمة.

هذه المقالة، من خلال تحليل الأساس المنطقي للمواد القانونية ذات الصلة، و التفكير في النقطة المذكورة أعلاه، تستنتج أن:

أولاً: لا يستند النظام القانوني للمواطنة الإيرانية إلى الاختلاف، و في كثير من الحالات تكون المساواة هي المسيطرة.

وثانياً: في حالات الفوارق و الاختلافات، بما في ذلك الحالات المذكورة أعلاه، لا يوجد اختلاف في نوع الجنس و الهوية.

ثالثاً، لا تتمتع الاختلافات بدعم معقول و قوي، لذا يبدو أن تعديل القانون ضروري باستخدام الحلول القانونية المعقولة.

الكلمات المفتاحية: حقيقة الجنسية؛ الجنسية و المواطنة؛ المساواة المواطنة في الجنسية؛ الاختلاف المواطنة في الجنسية.

إذن الولی فی عقد الزواج المؤقت من العذراء الرشیده

مهدي سجادی امین*

[تاریخ الاستلام: ۱۴۳۹/۰۹/۲۹؛ تاریخ القبول: ۱۴۳۹/۱۲/۰۹]

یبحث فی اکثر ابواب الفقه عن إذن الولی فی زواج العذراء الرشیده من دون الفرق بین نکاح الدائم او الموقت؛ ولكن بالإشارة إلى روايات هذا الباب، التي هي السبب الرئيسي لجدل الفقهاء، يصبح من الواضح أن نطاق و مدى مقاطعة الوالي في العقد المؤقت أكثر محدودية من الزواج الدائم.

تنقسم هذه الروایات إلى خمس فئات ، و يفهم منها جميعاً أنه إذا كانت هذه الفتاة مستقلة في إدارة حياتها و قراراتها المهمة ، و في تفسير الروایات للتقاليد ، فإنها تملك شؤونها الخاصة ، فهي مستقلة في الزواج بشكل دائم أو مؤقت ؛ و إذا لم تكن مستقلاً في هذه الأمور ، و بحسب الروایات ، "بين الأبوين" ، أي تحت سيطرتهم و إشرافهم ، إذا كان المقصود في زواجها الدخول و ازالة البكارة ، فإن إذن الولی امر واجب و كان بمنزلة الحكم التكليفي و يمكن للولي أن يوافق فقط على مثل هذا الزواج إذا وجد هذا الزواج لفتاة الطاعة و مصلحة.

و لكن ان لم يكن المقصود من هذا الزواج ، الدخول و ازالة البكارة ، فلا يجب فيه إذن الولی و يمكن لفتاة مسنة التقدم بطلب للحصول على هذا الزواج بشكل مستقل.

الكلمات المفتاحية: إذن اولی ؛ النكاح الموقت ؛ باكرة الرشیده ؛ الزواج الموقت ؛ الولی القهري ؛ الولاية.

التحليل الفقہی - الحقوقی لحق حضانة الأطفال

على شريفى*

[تاريخ الاستلام: ۱۴۳۹/۰۹/۱۱؛ تاريخ القبول: ۱۴۳۹/۱۲/۰۹]

في هذه المقالة ، تم المحاولة في تحليل تعريف الحضانة من حيث الفقه و زاويها المختلفة. إن القضية التي تعتبر الحضانة حقاً أو تكليف بذاته، أو أنها قابل للاسقاط ام لا، هي إحدى المشكلات التي نحاول الإجابة عليها في هذه المقالة. و وفقاً لصاحب الاثر ، فإن الحضانة هو حق للأم، و للأب حق و تكليف معاً. و لهذا يجوز اسقاطه من جانب الأم و لايجوز اسقاطه من جانب الاب.

مدة الحضانة لكل واحد من الاب و الام للطفل هي واحدة من المناظرات التي بلغت الحد الأقصى من هذه الورقة ، و تنتج إلى أنه ، خلافاً للفقرة الشهيرة من آراء الفقهاء، فإن حق الحضانة يصل إلى سبع سنوات من دون الفرق بين الصبي والفتاة ، يختص بالأم ، ثم بالأب ، ما لم يكن مطلوباً مواد الطفل خلاف ذلك. في هذه الأثناء ، أصبح من الواضح أن هذه الفتوى الشهيرة ، حق حضانة الأم لزوجها ، تختفي من الحجة الراسخة الثابتة.

الكلمات المفتاحية: الحضانة ؛ الحق ؛ التكليف ؛ الولاية.

Jurisprudential and legal Analysis of Custody of a Child

(Received on: 2018-05-27; Accepted on: 2018-08-21)

Ali Sharifi *

The present article tries to define custody clearly and specify its different aspects. The researcher is to clarify whether the custody is right or is responsibility or is it waiver or nonwaiver. The author maintains that custody is a right for mother and is right and responsibility for father; so it is waived from mother and is not waived from father. Period of time of the custody of mother and father is another subject that has been dealt with in detail. The conclusion is that despite the common idea of jurists, the right of custody is for mother up to 7 years, be a boy or a girl and after that it is with the father, unless the interests of the child requires different decision. Also it has been revealed that the claim that after mothers' marriage her custody is lost is undocumented.

Key words: Custody, Right, Responsibility, Guardianship.

* PhD student of jurisprudence and criminal law. International University of Almustafa, majooya@gmail.com

Father's Permission in Temporary Marriage of Adolescent's Virgin Maid

(Received on: 2018-06-14; Accepted on: 2018-08-21)

Mahdi Sajjadi Amin *

In most of the juridical debates, the guardianship of the father in the marriage of an adolescent's virgin maid has been considered necessary without any distinction between temporary marriage and permanent marriage. Examining the related traditions that are the main causes of differences in jurists' views, however, reveals that the domain of guardianship is more limited in temporary marriage than permanent marriage. The traditions can be classified into five groups and they all show that when a maid is capable of managing her affairs independently, she is independent in getting marriage, whether temporary or permanent. But if she is not able to, and is under the control of his father (Bayn ul Abavayn) and defloration is going to be done in marriage, the permission of the father is necessary; he should consider the interests of the maid. Yet when penetration is not going to happen in marriage, the guardian permission is not necessary and the virgin maid can marry on her own choice.

Key words: Guardian Permission, Temporary Marriage Contract, Virgin maid, Temporary Marriage, Legal Guardian, Guardianship.

* Assistant Professor. Department of Jurisprudence and Law. Research Center of Woman and Family, msajjadiamin@yahoo.com

Nationality and Gender: A Gender-Based Perspective on the Children's Nationality in the Iranian Laws

(Received on: 2018-08-04; Accepted on: 2018-08-21)

Mostafa Danesh pajooch*

The difference between the patrilineal and matrilineal roles in terms of granting the Iranian nationality by birth and subordinate nationality to the children in the Iranian nationality laws has led those whose perspective on the legal issues is a gender-based view to condemn the Iranian nationality laws to the gender discrimination, as a whole, or at least, in the mentioned cases and they are seeking a modification of the current laws with an equality-based orientation (often feminist orientation). After a logical analysis of related logical materials and thinking of mentioned perspective, this article concludes: First, the legal system of Iranian nationality is not based on the difference and in many cases, it is based on the equality; second, in the cases of difference, such as mentioned cases, the difference does not have a gender nature; third, the mentioned differences are not based on logical and convincing foundations, so it is important to modify the laws by logical-legal solutions.

Keywords: Truth of Nationality, Nationality and Gender, Gender Equality in Nationality, Gender Inequality in Nationality.

* Academic staff of Research Institute of Hawzah and University, mdanesh@rihu.ac.ir

Gender and Punishment in Iran's Law and Jurisprudence

(Received on: 2018-08-01; Accepted on: 2018-08-21)

Azam Khoshorot Movaffagh*

Mohammkan Kazemi**

At first glance, due to the identicalness of the nature of men and women, it doesn't seem that feminity and masculinity have any important effect on committing crime and punishment. However, studying the Islamic criminal texts and Iran's punishment law reveals that gender plays a role in punishment: punishment exemption, way of punishment, and even the degree of punishing. To find out whether women are exempted or mitigated, or men are also exempted, and which ones are supported by Shariah, it is necessary to reckon all the criminal cases that differ in men and women. The present article studied the exemption and mitigation of punishment in men and women separately. It comes to the conclusion that there are some mitigations of punishment for women in crimes such as incest, lesbianism, apostasy, and there are some reduced punishments for men in the crimes such as theft of children, qazf, murder of the children, and adultery. The important point is that gender has not any role in different legislation of punishment.

Key words: Gender, Punishment, Differences of Man and Woman, Criminal Law, jurisprudence.

* Assistant Professor of Family Law at the University of Religions and Dinamination, a.khoshorot@yahoo.com

** Ph.D. student of jurisprudence of international University of Al-Mustafa, Correspondent Author, mkazemi1434@gmail.com

Gender Justice

(Received on: 2018-07-23; Accepted on: 2018-08-21)

Fariba Alasvand *

Although the gender justice has been employed by opponent discourses in Islamic and non-Islamic countries, it is in need of alyzingly scrutinizing. There is raised a question mark over if gender justice is a comprehensive term to arrive at a common ground of ending up the oppression againts women. Investigating articles and texts having been utilizing that word so as to analyze, theorize or make strategies, it can be inferred that the term is not used in the same sense, but indicate variant concepts. its expansive interpretability subject to the interpretability and indeterminacy of the two terms, justice and gender, in the theoretical contemporary age, has led to the lack of adequate understanding in women' studies and legal approaches toward women, what can be more observed between Islamic and non-Islamic attitudes. To prove the statement, the paper is to deal with the following two aspects:

1. the background of applying "gender justice" in international and foreign documents about women.
2. Iranian researchers' perception of "gender justice".

Keywords: Gender Justice, International Documents, Justice Theory, Gender, Equality.

* Assistant Theoretical Foundations woman and family research center, alavand.f@gmail.com

A Comparative Preview of the Rights of Civil Liability in the Relations of Couples

(Received on: 2018-06-25; Accepted on: 2018-08-21)

Seyyed Mehdi Dadmarzi *

In general it seems that the topic "civil liability in the relations of couples" is one of the new areas of Iranian law studies. In this article I have provided a preliminary look to this issue, while demonstrating the importance of subject, especially in sex relations between couples, and with referring to the sources of Shiite jurisprudence and foreign articles it have been introduced some subjects to improved researches on civil liability in family law. Then I took a look at some important terms and principles that are concerned with this topic. So i have introduced at the first time, an important common law Doctrine that called the" Doctrine of inter spousal tort immunity" with the reflect of this doctrine in English and American legal systems until present days. During the explaining of Iranian law system approach to this theory I have mentioned critically the root of doctrine in Western law.

Key words: Civil Liability, Torts Law, Family Law, Common Law, Doctrine Of Immunity.

* Assistant Professor, Faculty of Law, Qom University, dadmarzism@yahoo.com

Jurisprudence and Family Law Capacities in Legal Convergence of Muslim's World

(Received on: 2018-07-22; Accepted on: 2018-08-21)

Javad Habibitabar *

Siamak Qiyasi **

Family is the oldest community that is the origin of large human society from different aspects. This large institution that is influenced by its complex topic, and is constituted of human communities, is a complicated category that legal systems of the world, despite their disagreements in the basics, have considered its importance in their countries' principles. In Islam, family law constitutes an important part of laws and ethics. So it is necessary to study and reread the capacities of family law in legal unity of Muslim's world. In the present article, we are to examine the status of family law in Islam and its role in unifying Muslim's world. So after clarifying the commonalities, we deal with the evidence of both sects, and seek to approach the noncommonalities by using the Islamic law and observing reservation right. The method of the research is analytical-descriptive and is based on library information.

Keywords: Encounter, Family Law, Islamic Law System, Comparative Law, Legal Unity.

* High Professor of Qom Seminary School and Faculty Member of International University of Al Mustafa, prof.javadhabibitabar@yahoo.com

** Faculty Member of International University of Al Mustafa, Correspondent Author, sqiasi52@gmail.com

Abstracts in English

-
- 9 Jurisprudence and Family Law Capacities in Legal Convergence of Muslim's World**
Javad Habibitabar, Siamak Qiyasi
- 39 A Comparative Preview of the Rights of Civil Liability in the Relations of Couples**
Seyyed Mehdi Dadmarzi
- 59 Gender Justice**
Fariba Alasvand
- 79 Gender and Punishment in Iran's Law and Jurisprudence**
Azam Khoshsorat Movaffagh, Mohammkan Kazemi
- 97 Nationality and Gender: A Gender-Based Perspective on the Children's Nationality in the Iranian Laws**
Mostafa Danesh pajoooh
- 117 Father's Permission in Temporary Marriage of Adolescent's Virgin Maid**
Mahdi Sajjadi Amin
- 143 Jurisprudential and legal Analysis of Custody of a Child**
Ali Sharifi
-

In the Name of Allah

Jurisprudential - Legal Studies of Woman and Family

A Biannual Journal of Woman and Family

Vol.1, Number 1, Spring and Summer 2018

■
Proprietor: University of Religions and Denominations

Director in Charge: Seyyed Abolhasan Navvab

Editor-in-Chief: Javad Habibitabar

Deputy Editor-in-Chief: Azam Khoshorot Movafaq

Executive Manager: Neda Dowlatabadi Farahani

■
Editorial Board

Akbar Torabi Shahrezaee	Professor Hawzeh and University
Javad Habibitabar	Professor of Qom Seminary School and Faculty Member of International University of AlMustafa
Seyyf Allah Sarami	Associate jurisprudential and legal issues Faculty of jurisprudence and Law
Abbas Rafati Naeini	Professor of Hawzeh and University
Seyyed Ali Alavi Qazvini	Associate Law Department, Tehran University
Faraj Allah Hedayatniya Ganji	Assistant Professor of jurisprudence and Law, Institute of Islamic Culture and Thought
Seyyed Hasan Vahdati Shobeiri	Assistant Professor of the Department of Private Rights of the University of Qom
Hossein Bostan	Assistant Professor of the Institute of Sociology Research, Hawzeh and University
Mahmud Hekmatniya	Professor of jurisprudence and Law, Institute of Islamic Culture and Thought
Behrouz Hadadi	Assistant Professor of Abrehamic Religions at the University of Religion and Dinamination
Seyyed Mohsaen Fatahi	Assistant Professor of the Faculty of Law of jurisprudence at the University of Religions and Dinamination
Seyyed Monzer Hakim	Professor Hawzeh and University
Hossein Rajabi	Assistant Professor of the Faculty of Law of jurisprudence at the University of Religions and Dinamination
Mansoureh Zarean	Assistant Professor of Sociology Department of Al-Zahra University
Fariba Alasvand	Assistant Professor of Theoretical Principles of Women's Studies Center
Azam Khoshorot Movafaq	Assistant Professor of Family Law at the University of Religions and Dinamination

■
Copy Editor: Zeynab Salehi, Mohammad haqani Fazl

Copy Editor of English Abstracts: Ashraf Hashemi

Copy Editor of Arabic Abstracts: Ahmad Hatami

Cover Designer: Shahram Bordbar

Layout: Masoud Mousavi

■
Mailing Address: University of Religions and Denominations,
Opposite to the Imam Sadeq Mosque, Pardisan Town, Qom, Iran
P.O.Box 37185/178

■
Tel: +9825 32802610-13 **Fax:** +9825 32802627

Website: Shia.ur.d.ac.ir, **Email:** Wfmags@urd.ac.ir

Price: 250.000 Rials