

Analysis of the Concept of "Soft Law" and Its Application in the Family Legal System from a Religious Perspective¹

Seyyed Musa Musawi^{*} Jawad Habibitabar^{**}
Mahmud Hekmatnia^{***} Seyyed Mohsen Fattahi^{****}

(Received: 05/07/2020; Accepted: 40/10/2020)

Abstract

The concept of "soft law" has faced difficulties from the beginning and different views have been expressed about it. Some do not consider "soft law" as a legal concept because it does not have the nature of a government obligation. On the other hand, others believe that this concept, despite not having a guarantee of criminal execution, is one of the legal concepts in which voluntary obligation is introduced instead of government obligation. Some have equated soft law with morality because of its binding nature. Using descriptive-analytical method, this research seeks to answer the question: what is the meaning of "soft law" and how does it flow in the family legal system from a religious point of view? To answer this question, while explaining the concept of soft law, we examined its conceptual relationship with hard law and morality, and after reaching the point that soft law has a legal meaning and is different from hard law and morality, we analyzed the application of soft law in the family from a religious perspective. Hence, we have shown that, from a religious point of view, not only "soft law" can be applied in the family law system, but also due to the unresponsiveness of hard law in the family law system and the lack of ethics in family relations, the basic principle in family law system is the softness of rights and laws.

Keywords: Law, Family, Hard Law, Soft Law, Ethics.

1. This article is taken from: Seyyed Musa Musawi, "Soft Law in the Family from the Perspective of Islam and Examining the Compliance of the Laws Approved by the Islamic Republic of Iran with It", 2020, PhD Thesis, Supervisor: Jawad Habibitabar, Faculty of Women and Family, University of Religions and Denominations, Qom, Iran.

* PhD Student in Women's Studies, University of Religions and Denominations, Qom, Iran, seyedmousa.mousavi@urd.ac.ir.

** Associate Professor, Department of Jurisprudence and Judicial Law, Al-Mustafa International University, Qom, Iran (Corresponding Author), prof.javadhabibitabar@yahoo.com.

*** Professor, Department of Jurisprudence and Law, Research Institute of Islamic Culture and Thought, Qom, Iran, mh.hekmatnia@yahoo.com.

**** Assistant Professor, Department of Women's Studies, University of Religions and Denominations, Qom, Iran, m.fattahi@urd.ac.ir.

واکاوی مفهوم «حقوق نرم» و جریان آن در نظام حقوقی خانواده از نگاه دینی

سید موسی موسوی* جواد حبیبی تبار**

محمود حکمت‌نیا*** سید محسن فتاحی****

[تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۴/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۷/۱۳]

چکیده

مفهوم «حقوق نرم» از آغاز با دشواری‌هایی مواجه بوده و دیدگاه‌های متفاوتی درباره آن مطرح شده است. برخی، حقوق نرم را به دلیل نداشتن خصیصه الزام دولت، از مفاهیم حقوقی به شمار نمی‌آورند؛ در مقابل، برخی دیگر معتقدند این مفهوم با وجود نداشتن ضمانت اجرای کیفری، از مفاهیم حقوقی است که به جای الزام دولت، التزام داوطلبانه در آن مطرح است؛ برخی نیز حقوق نرم را به سبب نداشتن قید التزام، همسان با اخلاق پنداشته‌اند. این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی در پی پاسخ به این پرسش است که: «حقوق نرم» چه مفهومی دارد و جریان آن در نظام حقوقی خانواده از نگاه دینی چگونه است؟ برای پاسخ به این پرسش، ضمن تبیین مفهوم «حقوق نرم»، رابطه مفهومی آن با حقوق سخت و اخلاق را بررسی کرده‌ایم و پس از دست‌یابی به این نکته که «حقوق نرم»، مفهوم حقوقی دارد و با حقوق سخت و اخلاق متفاوت است، جریان حقوق نرم در خانواده را با نگاهی دینی تحلیل کرده‌ایم. بدین ترتیب نشان داده‌ایم که، از نگاه دینی، نه تنها حقوق نرم در نظام حقوق خانواده، قابلیت جریان دارد، بلکه با توجه به پاسخ‌گونی بودن حقوق سخت در نظام حقوقی خانواده و همچنین فراگیری بودن اخلاق در تنظیم روابط خانوادگی، اصل در نظام حقوق خانواده بر نرم بودن حقوق و قوانین است.

کلیدواژه‌ها: حقوق، خانواده، حقوق سخت، حقوق نرم، اخلاق.

۱. برگرفته از: سید موسی موسوی، حقوق نرم در خانواده از دیدگاه اسلام و بررسی میزان انطباق قوانین مصوب ج.ا.ا. با آن، رساله دکتری، استاد راهنما: جواد حبیبی تبار، دانشکده زن و خانواده، دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران، ۱۳۹۹.
* دانشجوی دکتری مطالعات زنان، دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران seyedmousa.mousavi@urd.ac.ir
** دانشیار گروه فقه و حقوق قضایی، جامعه المصطفی العالمیة، قم، ایران (نویسنده مسئول)
prof.javadhabibitabar@yahoo.com

*** استاد گروه فقه و حقوق، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم، ایران mh.hekmatnia@yahoo.com
**** استادیار گروه مطالعات زنان، دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران m.fattahi@urd.ac.ir

۱. مقدمه و بیان مسئله

حقوق و قوانین به دو دسته سخت و نرم تقسیم پذیرند. از آنجا که تعبیر «حقوق نرم» (Soft Law) در ادبیات حقوقی عمر کوتاهی دارد، در نگاه سنتی نوعاً از اطلاق «حقوق»، «حقوق سخت» (Hard Law) برداشت می‌شود، حال آنکه تعبیر «حقوق نرم»، که در سال‌های گذشته از حقوق بین‌الملل و حقوق تجارت وارد ادبیات حقوقی شده (Shelton, 2006: 143)، در حال سرایت به دیگر حوزه‌های حقوقی است.

به نظر می‌رسد دلیل اصلی روی آوردن به حقوق نرم، پاسخ‌گوبودن «حقوق سخت» در تنظیم روابط اجتماعی است. شخصی که با حقوق سخت مواجه می‌شود، عامل بازدارنده‌اش از تخلف، ترس از مجازات و ضرر ناشی از مجازات است. از طرفی عمل به قانون را نیز موجب رسیدن ضرر به خویش می‌پندارد. از این‌رو در موازنه دو ضرر تصور می‌کند ضرر ظاهری عمل به قانون برایش بیشتر از ضرر ناشی از مجازات است. لذا آن قانون و حق را کنار می‌گذارد و به رعایت حقوق پای‌بند نمی‌شود. از طرف دیگر، «حقوق سخت» غیر منعطف است و در مقام اجرا به ناظر بیرونی نیاز دارد و ضابطان قانونی مأمور به مواجهه قانونی با متخلف و اعمال قانون‌اند، این در حالی است که با پیچیده‌شدن جوامع، پلیس و ضابط قانونی در همه حوزه‌ها نمی‌تواند حضور داشته باشد و چنانچه غیر از پلیس، اشخاص دیگری بخواهند بر اعمال قانون نظارت داشته باشند، مستلزم هزینه‌های بسیار است.

وجود این نقیصه‌ها در «حقوق سخت»، اندیشمندان را بر آن داشت تا سراغ مدلی جدید از حقوق در کنار حقوق سخت بروند، مدلی که در آن موازنه به شکل دیگری باشد و شخص بدون ترس از مجازات و بدون ضابط قانونی، خود را به رعایت حقوق ملتزم کند. لذا در جوامع بین‌المللی در جهت واردکردن گزاره جدید حقوقی تحت عنوان «حقوق نرم» در تنظیم روابط اجتماعی کوشیدند و در راستای گسترش آن گام برداشتند.

با وجود مطرح‌شدن چنین عنوانی، طبق اذعان برخی از نویسندگان (عابدیان، ۱۳۹۱: ۱۲۳)، «حقوق نرم» با همه گسترش استعمالی، در ادبیات حقوقی، تعریفی جامع و دقیق نشده است (Trubek, Cottrell & Nance, 2005: 6). تا جایی که برخی از صاحب‌نظران معتقدند مفهومی پیچیده و سرشار از ابهام و حتی تا حدودی گیج‌کننده دارد (Crawford, Pellet & Olleson, 2010: 165-173). با این وصف، پرسش‌هایی درباره «حقوق نرم» و ابعاد مختلف آن مطرح است، از جمله اینکه: «حقوق نرم» در مقایسه با «حقوق سخت» چه مفهومی دارد؟ آیا در ادبیات دینی چنین حقوقی محل عنایت شارع حکیم بوده است؟ در صورت مثبت‌بودن جواب، طبق مبانی دینی، «حقوق نرم» تا چه میزان و چگونه در روابط خانوادگی و حقوق خانواده جریان پیدا می‌کند؟

در پاسخ به پرسش نخست مقالاتی همچون «حقوق نَرم» نوشته شیروی و وکیلی مقدم، «ارزیابی مفهومی حقوق نَرم در نظام منابع حقوق بین‌الملل» نوشته حبیب‌زاده و عطار، «پدیده‌شناسی تکوین حقوق نَرم در چارچوب نظام هنجاری حقوق بین‌الملل» نوشته عبداللهی و عباسی، و همچنین مقاله «مفهوم حقوق نرم و مزایای آن در نظام حقوق تجارت بین‌الملل» به قلم عابدیان و احمدی نگاشته شده، ولی همان‌گونه که از عناوین آنها پیدا است، این مقالات ناظر به حقوق بین‌الملل است و در آنها نگاه دینی به مسئله وجود ندارد. همچنین، جریان این حقوق در نظام حقوقی خانواده نیز جای پژوهش دارد. لذا این مقاله عهده‌دار پاسخ‌گویی به دو پرسش اخیر است.

۲. مفهوم‌شناسی «حقوق نَرم»

نخستین گام در خصوص «حقوق نَرم»، تعریف و مفهوم‌شناسی آن است تا بتوانیم درباره مسائل فرعی آن بحث کنیم. این قاعده‌ای کلی است که در هر دانش و پدیده‌ای، ابتدا باید مباحث مفهومی آن تبیین و روشن شود، کما اینکه گفته شده «اصل معمول در قلمرو علوم و معارف این است که نخست یک تعریف روشنگر را درباره آن علم و موضوع کلی آن بیان می‌کنند که به وسیله آن تعریف، تا حدود زیادی موضوعات و مسائل آن علم روشن می‌گردد. آنگاه محققان در روشنایی آن تعریف حرکت خود را شروع و ادامه می‌دهند» (جعفری، ۱۳۷۸: ۱۹). هر جستار روشمند مرسوم رعایت ترتیب منطقی مطالب است. از این رو قبل از شروع به احکام و جزئیات هر چیزی، و حتی قبل از اثبات یا نفی آن، باید مفهومی روشن از آن در اختیار داشت. لذا مفهوم‌شناسی «حقوق نَرم» برای دست‌یابی به مناط، ضروری به نظر می‌رسد که در ادامه به آن می‌پردازیم.

۲.۱. مفهوم اصطلاحی «حقوق نَرم»

بررسی مفهومی «حقوق نَرم» به منظور دست‌یابی به مناط است و صرف بررسی لفظی اهمیت چندانی ندارد، چراکه لفظ «حقوق»، موضوع حکم واقع نمی‌شود، بلکه مناط آن موضوعیت دارد. با این وصف، برای تعریف «حقوق نَرم» ابتدا باید «حقوق» را معنا کرد، زیرا «حقوق»، مقسمی است که «حقوق نَرم» قسمی از اقسام آن است. از این رو هر تعریفی که برای «حقوق نَرم» مطرح شود، بی‌شک ارتباط تنگاتنگی با مفهوم «حقوق» خواهد داشت (Dupuy, 1991: 1077).

واژه «حقوق» مشترک لفظی است و معانی و کاربردهای مختلفی دارد. در یک معنا و استعمال، «حقوق» جمع «حق»، به معنای امتیازات و قدرتهای قانونی افراد یا گروه‌های جامعه است که در

هر نظام حقوقی، برای تنظیم روابط مردم و حفظ نظم و تأمین سعادت اجتماعی انسان، مشخص می‌شود و گاه از آن به «حقوق فردی» تعبیر می‌شود، مانند حق حیات، حق مالکیت و حق زوجیت (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۴۳/۱). در معنا و استعمال دیگر، «حقوق» به معنای «دانش حقوق» است که در مقابل سایر دانش‌ها به کار می‌رود (دانش‌پژوه، ۱۳۹۵: ۱۸)؛ و در معنایی دیگر، حقوق مجموعه قواعدی است که بر اشخاص، از این جهت که در اجتماع‌اند، حکومت می‌کند. این تعریف به بُعد اجتماعی حقوق توجه دارد. از آنجا که انسان ناگزیر است در جامعه زندگی کند، یا به تعبیر عالمان اجتماعی «مدنی بالطبع» است و با توجه به نیازهای مشترک انسان‌ها، امکان نزاع و درگیری بر سر جلب منافع وجود دارد، انسان اجتماعی بافراست درمی‌یابد که زندگی اجتماعی با آشوب و بی‌نظمی سازگار نیست. لذا قواعد و مقرراتی را برای افراد، از این حیث که عضو جامعه هستند، وضع کرد و امروز این مجموعه قواعد را «حقوق» می‌گوییم (گندم‌کار، ۱۳۸۶: ۱۵۲).

واژه «حقوق» در ترکیب «حقوق نرم» معنای اخیر را دارد و مجموعه قواعد را شامل می‌شود. لذا دو معنای دیگر، از موضوع ما خارج‌اند. البته باید توجه داشت که تضمین دولت در خصوص قواعد یادشده، فقط کیفری و منفی نیست، بلکه این ضمانت‌ها می‌تواند ضمانت‌های مثبت نیز باشد که باید در جای خود تحلیل و بررسی شود. در مجموع، اگر حقوق را صرفاً مجموعه و نظامی از قوانین بدانیم که دولت، افراد و نهادها را با فشار مجازات و کیفر، ملزم می‌دارد عملی را انجام دهند یا ترک کنند، در این صورت «حقوق نرم» به جهت اینکه الزام کیفری و مجازات ندارد، از مقوله حقوق خارج می‌شود. ولی اگر ضمانت اجرایی حقوق را صرفاً ضمانت اجرای منفی بدانیم، «حقوق نرم» با وجود نداشتن الزامات کیفری از مقوله حقوق به شمار خواهد آمد و نداشتن مسئولیت قضایی نافی حقوقی بودن مسئله نمی‌شود.

طبق بررسی‌های صورت‌گرفته در تحقیقات پیشین (شیروی و وکیلی مقدم، ۱۳۹۴: ۲۵۲)، مفهوم «حقوق نرم» از آغاز با دشواری‌های بسیار مواجه شده و صاحب‌نظران در این خصوص به دو دسته اصلی تقسیم می‌شوند. دسته نخست کسانی هستند که برای «حقوق نرم» حیثیت حقوقی قائل شده‌اند (Abbott & Snidal, 2000: 426)؛ و دسته دیگر کسانی هستند که معتقدند «حقوق نرم» ماهیت حقوقی ندارد و مخالف دسته نخست‌اند (Shelton, 2008: 3; Trubek & Cottrell & Nance, 2005: 1, 2, 6). در بررسی‌های صورت‌گرفته (حبیب‌زاده، ۱۳۹۱: ۲-۸)، این دودستگی به دو منطبق و رویکرد برمی‌گردد که می‌توان آن را «منطق چندارزشی» و «منطق دوارزشی» نامید. از نظر حقوق‌دانان منطق دوارزشی، هر مفهوم، یا متضمن اوصاف و عناصر مذکور در تعریف حقوق هست یا نیست. اگر آن مفهوم متضمن این اوصاف بود، در زمره مفاهیم حقوقی جای خواهد گرفت، در غیر این

صورت از وصف «حقوق» محروم خواهد بود (Dupuy, 1991: 420). این رویکرد، رویکردی غیرمنعطف و به اصطلاح، اطلاق‌گرا است (Weil, 1983: 413). در این رویکرد مفهوم «حقوق نَرم» به جهت اینکه عنصر الزام دولت را ندارد از مفاهیم حقوقی تلقی نمی‌شود و اطلاق حقوق به آن از روی تساهل و تسامح یا استعمال مجازی است.

در مقابل، برخی از حقوق‌دانان، به منطق چندارزشی قائل‌اند، به این معنا که حقوق باید طوری تعریف شود که انطباق کامل با مفهوم «حقوق سخت» داشته باشد ولی چنانچه یکی از اوصاف یا عناصر آن تعریف در یک مفهوم وجود نداشته باشد یا کم‌رنگ شود، باز هم آن مفهوم در زمره مفاهیم حقوقی جای خواهد داشت. این نظریه پردازان، حقوق را «تعهدات لازم‌الاجرای حقوقی که دقیق بوده و قدرت و اختیار تفسیر و اجرای آن به دیگری واگذار می‌شود» تعریف کرده‌اند (Abbott & Snidal, 2000: 421) و همین تعریف را کاملاً مطابق با حقوق سخت دانسته‌اند. به تعبیر دیگر، سه عنصر یادشده در این تعریف، یعنی «تعهد»، «دقت» و «واگذاری قدرت و اختیار برای تفسیر و اجرای قانون به دیگری» سه عنصر تشکیل‌دهنده این تعریف‌اند که هر سه در حقوق سخت وجود دارد و کاملاً با حقوق سخت منطبق است.

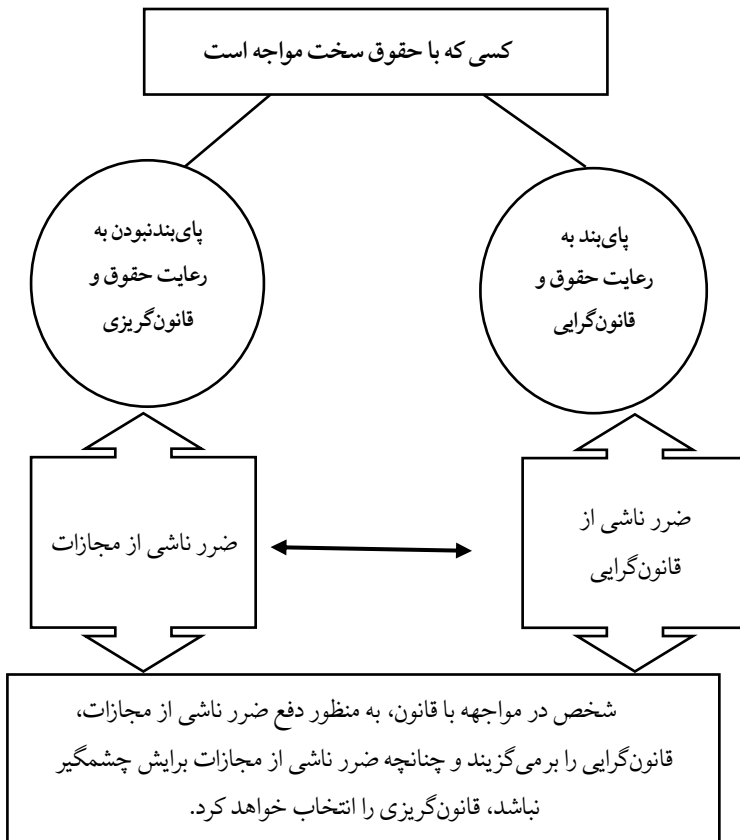
طبق این نظریه، چنانچه هر سه عنصر در یک مفهوم وجود نداشته باشد، آن مفهوم به صورت کلی از دایره حقوق خارج خواهد شد، ولی اگر نقص یا ضعفی در یکی از عناصر سه‌گانه به وجود آید، آن مفهوم از مفاهیم حقوقی خارج نمی‌شود بلکه عنوان «حقوق نَرم» به خود می‌گیرد. بر اساس این دیدگاه، «حقوق نَرم»، عنصر تعهد و دقت را دارد ولی عنصر قدرت اجرای قانون توسط دیگری در آن کم‌رنگ و ضعیف است. از این جهت «حقوق نَرم» ماهیت حقوقی خود را دارد، هرچند این ماهیت مرتبه دیگری از حقوق است که مقابل «حقوق سخت» قرار می‌گیرد.

پس از نقل اجمالیِ دو رویکرد، به نظر می‌رسد دیدگاه منطق چندارزشی، پذیرش بیشتری در بین حقوق‌دانان داشته است، در غیر این صورت تعبیر «حقوق نَرم» به این اندازه از فراوانی نمی‌رسید. در مجموع، در معنای اصطلاحی «حقوق نَرم» می‌توان چنین گفت: «حقوق نَرم» از مسائل حقوقی است که برخی از عناصر حقوق سخت را در خود ندارد و به طبقه‌ای از هنجارها اشاره دارد که واجد برخی خصیصه‌های حقوقی هستند. از این رو واژه «نَرم»، آن را از حقوقی بودن خارج نمی‌کند و استعمال این واژه (نَرم) به معنای آن نیست که اهمیت حقوقی نداشته باشد.

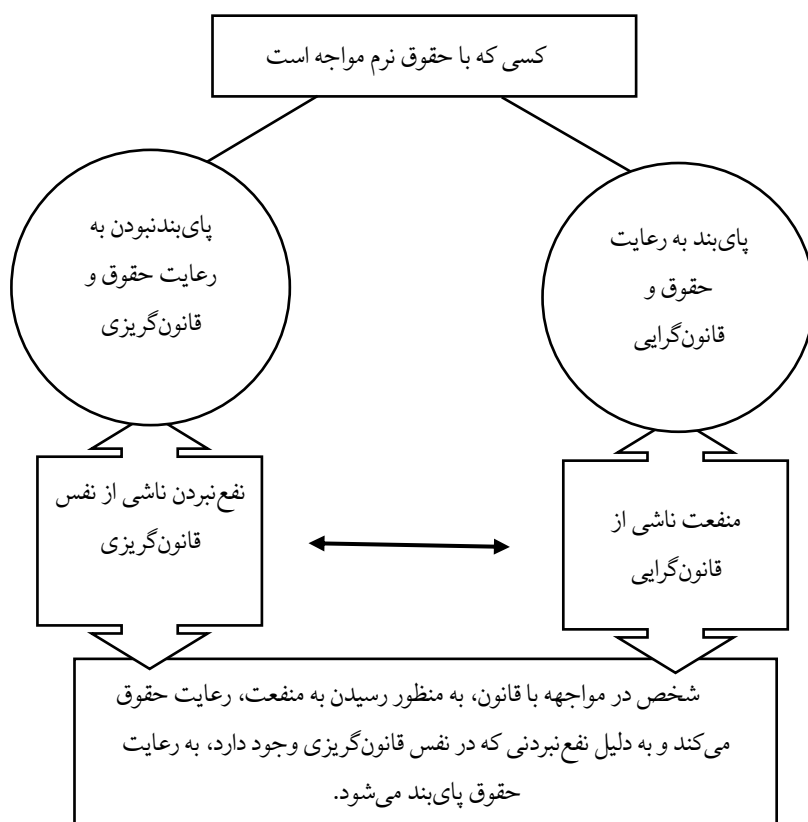
۲.۲. رابطه مفهومی حقوق نَرم و سخت

چنان‌که گفته شد، در حقوق سخت، قدرت و اختیار برای تفسیر و اجرای قانون به دیگری

واگذار می‌شود و به تعبیر دیگر شخص ثالث (دولت) است که متعاهدین یا متعاهدین را ملزم به رعایت حقوق می‌کند و در حقیقت قوام این نوع از حقوق به دخالت دولت است و دولت با الزامات کیفری و مجازات، فرد را ملزم به انجام دادن کاری یا ترک آن می‌کند. حقوق سخت، ذاتاً الزامات قضایی و کیفری به همراه دارد، حال آنکه حقوق نرم عبارت است از مقررات حقوقی که از الزام کیفری و قضایی برخوردار نیست، بلکه التزام به آن از طرف خود فرد یا افراد نهاد وجود دارد. از این‌رو از طریق پذیرش اختیاری و داوطلبانه در روابط حقوقی وارد می‌شود. در حقوق سخت معادله بدین شرح است که شخص در مواجهه با قانون و حقوق سخت، از آن جهت که نقض حقوق از جانب دولت مجازات دارد، قانون‌گرایی در پیش می‌گیرد و خود را در روابط اجتماعی ملزم به رعایت حقوق افراد و قانون می‌کند و چنانچه بدانند مجازات و ضرری در کار نیست یا ضرر وارد شده چشمگیر نیست، پای‌بند به قانون نخواهد بود، بلکه قانون‌گریزی را اختیار می‌کند. در حقیقت، موازنه دو ضرر را با هم می‌سنجد و به هر یک از طرفین که ضرر کمتری داشته باشد گرایش پیدا می‌کند.



ولی در حقوق نرم معادله جور دیگری است. در این نوع حقوق، شخص در مواجهه با قانون، از آن جهت که عمل به قانون و قانون‌گرایی منفعت دارد قانون را رعایت می‌کند و به حقوق افراد پای‌بند است. از طرفی هم، نفس قانون‌گرایی، با اینکه در حقوق نرم مجازات ندارد، باعث ورود ضرر بر خود شخص می‌شود یا نفعی را از دست می‌دهد. در این نوع از حقوق و قوانین، شخص ترس از مجازات ندارد، بلکه کسب منفعت و ترس از نفع‌نبردن باعث می‌شود بدون دخالت شخص دیگری به صورت اختیاری اقدام به رعایت قانون کند.



با وجود به کار نرفتن تعبیر «حقوق نرم» در ادبیات دینی، این نوع از حقوق در اسلام پذیرفته

شده و در غالب حوزه‌های حقوقی همچون حقوق خانواده، از ناحیه دین، به آن توصیه شده است. البته اینکه بر اساس ماهیت حقوق نَرم، شخص در پای‌بندی به قانون، منافع دنیوی خود را در نظر بگیرد خلاف آموزه‌های دینی نیست بلکه گاه، شارع با توجه به منفعت دنیوی مخاطب، توصیه‌هایی درباره پای‌بندی به احکام شرعی نیز دارد. نمونه‌های متعددی را می‌توان در این زمینه نام برد، از جمله اینکه راوی درباره منافع ذکرشده در آیه ۲۸ سوره حج، که خداوند ضمن توصیه به حج می‌فرماید: «لِيَسْهَدُوا مَنَافِعَ لَهُمْ؛ تا شاهد منافع خویشان باشند»، از امام صادق (علیه السلام) پرسید: «مراد از این منافع، منافع دنیوی است یا اخروی؟». حضرت در جواب فرمودند: «کل منافع دنیوی و اخروی مد نظر است» (کلینی، ۱۴۰۷: ۴/۲۲۲). یا نمونه‌های دیگری که اهل بیت (علیهم السلام) در برخی دستورهایشان توجه مخاطب را به منافع دنیوی معطوف کرده‌اند تا مکلف با ملاحظه آن منافع و به قصد رسیدن به آنها، در عمل به دستورها پای‌بندی داشته باشد.

نمونه‌های متعددی در روایات وجود دارد که ناظر به توجه‌دادن به منافع مادی و دنیوی است، از جمله روایاتی که در باب خوش خلقی وارد شده است. امام علی (علیه السلام) می‌فرماید: «فِي سَعَةِ الْأَخْلَاقِ كَنْزُ الْأَرْزَاقِ؛ گنجینه‌های روزی در نرم‌خویی و گشاده‌رویی است» (همان: ۲۳/۸). در کلامی دیگر می‌فرماید: «مَنْ حَسَنَ خُلُقَهُ سَهَّلَتْ لَهُ طُرُقُهُ؛ هر کس خلقش نیکو شد، راه‌های زندگی برایش هموار می‌گردد» (تمیمی آمدی، ۱۴۱۰: ۶۱۹). با این وصف، اگر کسی در راستای رعایت دستوره‌های الهی و به نیت رسیدن به منافع خویش کاری را انجام دهد، نه‌تنها در نگاه دین کار ناشایست یا خنثایی انجام نداده، بلکه کارش از امور شایسته به شمار می‌آید. پای‌بندی به قوانین و «حقوق نَرم» نیز از همین باب است. لذا در نگاه دینی، «حقوق نَرم» که در آن التزام فرد به حقوق و قوانین به سبب ملاحظه سود و منفعت خویش است تأیید می‌شود.

از کاربردهای «حقوق نَرم»، می‌توان به توصیه‌نامه‌ها، سازش‌های خارج از دادگاه، و عرف‌های بازاری منصفانه اشاره کرد. اینها اگرچه اسناد رسمی است، اما فاقد الزامی است که در حقوق سخت مطرح است؛ بلکه اینها صرفاً توصیه‌هایی است تا افراد به روش‌هایی که با استانداردهای مناسب مطابق است ملتزم شوند. با این توضیح، در هر سند «حقوق نَرم»، التزام و ضمانت اجرایی متناسب با آن، هرچند نَرم، متصور است و معمولاً از طریق ابزارهای غیرقضایی، نظیر سودآوری، اعتبار صنفی تضمین می‌شود (هداوند، ۱۳۸۸: ۱۳۲-۱۳۵).

در مجموع، در حقوق نَرم، غالباً توجه به آثار مترتبه رعایت آن حقوق است، بدین معنا که شخص بدون توجه به الزام قضایی دولت، آثار، منافع، و مضرات را در ازای این حق متوجه خود

می‌داند و با این نگاه، از حقوق تعدی نمی‌کند. غالب معاهدات و تفاهم‌نامه‌ها، در زمره حقوق نَرم‌اند، چراکه هیچ الزام کیفری برای پای‌بندی به آن معاهدات وجود ندارد، بلکه خروج از هر معاهده‌ای به ضرر خود شخص تمام می‌شود و امتیازاتی را از دست می‌دهد.

مثلاً، در عرصه تجاری، وقتی دو شرکت با یکدیگر تفاهم‌نامه‌ای با این مضمون امضا می‌کنند که یکی از شرکت‌ها برای دیگری بازاریابی کند و شرکت دیگر متعهد می‌شود در ازای بازاریابی وی بهره‌ای از فروش اجناس در اختیار شرکت بازاریاب بگذارد، در واقع طرفین، حقوقی را برای یکدیگر وضع می‌کنند؛ در اینجا هر دو طرف با لحاظ رسیدن به منافع شخصی، که نتیجه رعایت حق طرف مقابل است، خود را به رعایت حق دیگری ملتزم می‌کند که این نوعی از «حقوق نَرم» است. البته در مثال مذکور، طرفین خود اقدام به وضع قرارداد و حق کردند، در حالی که این اقدام می‌تواند از جانب نهاد یا شخص ثالثی نیز باشد. مثلاً دولتی که نقش واضع قانون را دارد و از طرفی هم در تسهیل تحقق آن قانون نقش دارد، و نقش هدایتی و نظارتی آن را نیز به عهده می‌گیرد، جنس کارش از نوع «حقوق نَرم» است، چراکه بدون دخالت کیفری چنین اقداماتی را انجام می‌دهد.

با این وصف، نقش دولت در «حقوق نَرم» منتفی نیست، بلکه دولت می‌تواند با وضع قواعدی که در آن منافع اشخاص مشخص می‌شود دخالت داشته باشد. دخالت دولت‌ها با نگاه توصیه‌ای، حمایتی، تشویقی و مشابه آن است (Shelton, 1997: 119). مثلاً دولت می‌تواند با ابزارهایی همچون ثبت و اختصاصی کردن علائم تجاری در راستای منافع افراد، قوانین نَرم وضع کند. ثبت علائم تجاری برای شرکت‌ها، به این منظور که منافعش عاید دارنده علامت تجاری شود، از همین باب است. با این اقدام دولت، تجار برای رسیدن به سود بیشتر به قوانین عرضه و تقاضا پای‌بندی کامل پیدا می‌کنند و در صورت پای‌بند نبودن به قانون، سودآوری نخواهند داشت، بلکه به ضرر نیز خواهند رسید؛ اقل ضرر هم رفتن آبرو و اعتبار و خدشه‌دار شدن شهرت است.

در نمونه‌ای دیگر، می‌توان به ماده ۲۴۹ معاهده اتحادیه اروپا اشاره کرد که طبق آن، نهادهایی چون کمیسیون و شورای اروپا صلاحیت تدوین اسناد «حقوق نَرم» را دارند و دخالتی در الزام به آن ندارند.^۱ نمونه دیگر، حقوق موضوعه‌ای است که در اصول قراردادهای اروپایی کمیسیون اتحادیه اروپا وجود دارد.

۳.۲. رابطه مفهومی «حقوق نَرم» و «اخلاق»

از آنجا که در مفهوم «حقوق نَرم» به جای الزام، التزام نهفته است و التزام، درونی است، این تصور در برخی اذهان پیش می‌آید که «حقوق نَرم» از جنس اخلاق است. برای اینکه رابطه

مفهومی و تفاوت این دو تعبیر روشن شود لازم است اجمالاً به معنای «اخلاق» پردازیم.^۲ اخلاق مجموعه قواعدی است که لازمه نیکوکاری و رسیدن به کمال است؛ یعنی به واسطه اخلاق، معیاری به دست می‌آوریم که چه کاری خوب است و چه کاری بد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۸۵). به تعبیر حکما و فلاسفه نیز، اخلاق به معنای حاکمیت عقل و اراده بر وجود انسان است که تمامی میل‌های فردی و اجتماعی را تدبیر کند (مطهری، ۱۳۹۲: ۵۳). با دقت در مفهوم «اخلاق» و مفهومی که از «حقوق نَرم» مطرح شد این نکته به دست می‌آید که «حقوق نَرم»، کاملاً از مقوله «اخلاق» متمایز است و صرف اینکه «حقوق نَرم» ضمانت اجرایی کیفی ندارد، نباید این تلقی پیش بیاید که «حقوق نَرم» از قضایای اخلاقی است.

شایان ذکر است که گرچه با توجه به تعاریف فوق، «حقوق نَرم» و «اخلاق» مفهوم یکسانی ندارند، اما باید توجه داشت که نباید اخلاق را از گزاره‌های حقوقی، حتی حقوق سخت، جدا کنیم. به تعبیر برخی از اندیشمندان، اگر اخلاق را از کنار حقوق برداریم، زیبایی و لطافت را برداشته‌ایم. در این صورت فقط از زور و اقتدار اطاعت کرده‌ایم. پس طرز اعمال حق باید اخلاقی باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۸۵). با همه این تفصیلات، «حقوق نَرم» و «اخلاق»، تمایزاتی در اهداف، نیت، انگیزه و ضمانت اجرایی دارند که در ادامه، این تفاوت‌ها را تبیین می‌کنیم.

الف. تفاوت در هدف

اساسی‌ترین تفاوت «حقوق نَرم» و «اخلاق» تفاوت در اهداف است. هدف در «حقوق نَرم» مثل سایر قضایای حقوقی، تأمین مصالح و منافع دنیوی است، در حالی که هدف قضایای اخلاقی فراتر از آن است؛ و همان‌طور که از تعریف آن نیز برداشت می‌شود هدف اخلاق رسیدن به کمال است، هرچند این کمال در هر مکتب و ایدئولوژی معنا و ملاک خاص خود را داشته باشد.

اخلاق در نگاه اسلامی برای رسیدن به سعادت دنیوی و اخروی است، سعادت‌تی که در سایه آن قرب و رضوان الهی نصیب انسان می‌شود و درنهایت انسان تکامل می‌یابد. در این زمینه گفته‌اند: «ارزش اخلاقی فعل اختیاری انسان، تابع تأثیری است که این فعل در رسیدن انسان به کمال حقیقی دارد» (مصباح یزدی، ۱۳۸۱: ۱۶۹). در مقابل، «حقوق نَرم»، مثل سایر حوزه‌های حقوق، هدفی مادی دارد، چنان‌که گفته‌اند: «هدف از قواعد حقوقی، تأمین سعادت و خوش‌بختی فرد و جامعه از طریق ایجاد نظم و امنیت همراه با عدالت است» (حکمت‌نیا، ۱۳۹۰: ۷۹).

ب. تفاوت در نیت و انگیزه

«حقوق نَرم» و «اخلاق»، در نیت نیز تمایزات آشکاری دارند. نیت و انگیزه در تحقق فعل اخلاقی نقش اساسی دارد، در حالی که تحقق فعل حقوقی منوط به نیت شخص نیست. مثلاً شخصی که نفقه همسرش را بپردازد، عملش حقوقی تلقی می‌شود و فرقی نمی‌کند که شخص، آن را به چه نیت و انگیزه‌ای انجام داده است. البته ممکن است گاه نتیجه فعل حقوقی و اخلاقی یکی باشد، مثلاً، هم حقوق نَرم و هم اخلاق به پرداخت نفقه همسر حکم می‌کند، اما فرقی در این است که اگر شخص در پرداخت نفقه بکوشد و در نهایت به نحو مطلوب آن را پرداخت کند، عمل دارای ارزش حقوقی بوده است، خواه نیت و انگیزه الاهی داشته باشد یا به نیت تأمین مصالح دنیوی آن را انجام دهد، یا به سبب ترس از رسیدن ضرر به خود نفقه را پرداخت کند؛ اما این کار فقط زمانی ارزش اخلاقی دارد که به نیت کمال‌بخشیدن به نفس و قرب الاهی انجام شود و نیت دیگری در کنار این قصد لحاظ نشود. به تعبیر دیگر، اخلاق ضمانت اجرایی مادی ندارد، در حالی که حقوق نَرم ممکن است ضمانت اجرایی مادی نیز داشته باشد.

ج. تفاوت در ضمانت اجرایی

در یک تقسیم‌بندی، ضمانت اجرا، به بیرونی و درونی تقسیم می‌شود. ضمانت اجرای درونی به این معنا است که شخص برای رسیدن به هدف مشخص، با بعث و انگیزه درونی، خود را ملزم به انجام دادن کاری یا ترک آن می‌کند. در مقابل، ضمانت اجرایی بیرونی، ابزاری برای اجرای مؤثر قواعد حقوقی است و اجرای آن قواعد را تضمین می‌کند. این نوع ضمانت از طرف قوای عمومی در جامعه به کار گرفته می‌شود.

ضمانت اجرای بیرونی نیز می‌تواند به شکل منفی یا مثبت باشد. ضمانت اجرای منفی برای ناقضان حقوق، تدارک دیده شده که نمونه بارز آن، مجازات و کیفر است. در مقابل، ضمانت اجرای مثبت، مخصوص کسانی است که هنجارهای حقوق را رعایت می‌کنند و نمونه بارز آن حمایت، تشویق و اعطای پاداش و امتیاز است.

طبق تقسیمی که برای ضمانت اجرایی گفته شد، ضمانت اجرایی اخلاق با ضمانت اجرایی حقوق نَرم متفاوت است. ضمانت اجرای اخلاق صرفاً درونی است ولی ضمانت اجرای حقوق نَرم فقط درونی نیست، بلکه می‌تواند بیرونی و از نوع مثبت نیز باشد. به دیگر سخن، حقوق نَرم دارای ضمانت اجرایی مثبت و درونی است ولی اخلاق فقط ضمانت اجرایی درونی دارد.

۳. حقوق نَرم در خانواده

پس از بررسی مفهومی «حقوق نَرم» و دست‌یابی به این نکته که «حقوق نَرم» متفاوت با «اخلاق» است و در مقابل «حقوق سخت» قرار دارد و اینکه «حقوق نَرم» در ادبیات دینی نیز پذیرفته شده است، این پرسش مطرح می‌شود که: آیا «حقوق نَرم» به حوزه خانواده نیز سرایت‌پذیر است یا خیر؟ و اینکه پایه و اساس حقوق در خانواده از نوع حقوق سخت است یا نَرم؟ برای رسیدن به پاسخ این پرسش باید ببینیم آیا عناصری که در تعریف «حقوق نَرم» وجود دارد، بر قواعد حقوقی حاکم در خانواده نیز صدق می‌کند یا خیر.

در بحث مفهومی از «حقوق نَرم» گفته شد که در نظریه چندارزشی، اگر سه عنصر «تعهد»، «دقت» و «واگذاری قدرت و اختیار برای تفسیر و اجرای قانون به دیگری» در تعریف یک مفهوم به نحو کامل باشد آن تعریف مطابق با حقوق سخت است و اگر عنصری از عناصر سه‌گانه، که نوعاً هم عنصر سوم مد نظر است، ضعیف یا کم‌رنگ شود آن مفهوم، ماهیت خود را از دست می‌دهد و به حقوق نَرم تبدیل می‌شود. با این وصف، با بررسی محقق‌شدن یا نشدن سه عنصر در حقوق خانواده جواب پرسش ما نیز روشن خواهد شد.

طبق منطق چندارزشی، عنصر نخست در تعریف حقوق، «تعهد» بود. به نظر می‌رسد این عنصر نه تنها در حقوق خانواده موجود است، بلکه به سبب نگاه مقدسی که اسلام به خانواده دارد، شدیدترین نوع تعهد، «تعهد خانوادگی» است. اسلام عقد ازدواج را از عقود دیگر متمایز کرده است تا جایی که گفته‌اند عقد ازدواج به عبادت نزدیک‌تر است تا به عقود. پیامبر اسلام نیز در این خصوص فرمودند: «مَنْ تَزَوَّجَ أَحْرَزَ نِصْفَ دِينِهِ؛ هر کس ازدواج کند نصف دینش را احراز کرده است» (کلینی، ۱۴۰۷: ۳۲۹/۵). این حدیث، نکاح را در چهره ملکوتی‌اش می‌بیند و آن را عبادت می‌داند (جوادی آملی، ۱۳۸۷: ۲۶۶/۱۸).

افزون بر آن، زن و مردی که در کانون خانواده کنار هم زندگی می‌کنند با نگاه قرآنی، نوعی اندماج دارند و حقیقت واحده به حساب می‌آیند؛ و علقه ازدواج بین آنها در سوره نساء آیه ۲۰ و ۲۱ به «میثاق غلیظ» تعبیر شده است: «وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَ بِهُنَّ وَإِنَّمَا مَيْبِنًا * وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا؛ و اگر اراده کردید که همسر دیگری به جای همسر خود انتخاب کنید و مال فراوانی (به عنوان مهر) به او پرداخته‌اید، چیزی از آن را پس نگیرید! آیا برای بازپس گرفتن مهر آنان، به تهمت و گناه آشکار متوسل می‌شوید؟! * و چگونه آن را بازپس می‌گیرید، در حالی که شما با یکدیگر تماس و آمیزش کامل داشته‌اید؟ و (از این گذشته)، آنها (هنگام ازدواج)، از شما پیمان

محکمی گرفته‌اند!». طبرسی، در مجمع البیان، درباره میثاق غلیظ می‌گوید:

در معنای «میثاق غلیظ» اقوالی نقل کرده‌اند، از آن جمله این است که به نظر ابن‌سیرین، ضحاک، قتاده و سدی، «میثاق غلیظ» عهده‌ای است که مرد در موقع ازدواج می‌بندد که زن را به نیکی نگاه‌داری کند و به نیکی رهاش سازد؛ ولی به عقیده زید و مجاهد، منظور از «میثاق غلیظ» همان نکاحی است که زن را بر مرد حلال ساخته است (طبرسی، ۱۳۷۲: ۴۲/۳).

چنان‌که از این عبارات و تفسیر آیه برمی‌آید، با تحقق نکاح، عنصر تعهد در نهاد خانواده شکل می‌گیرد و می‌توان گفت این عنصر در نهاد خانواده به شکل اتم و اکمل و به تعبیر قرآنی به نحو غلیظ باید باشد.

عنصر دومی که در تعریف گفته شد، عنصر «دقت» بود. این عنصر نیز، همچون عنصر تعهد، به نحو تام و کامل در نکاح و حقوق خانواده وجود دارد. غالب علما معتقدند عقد نکاح تشریفاتی دارد که بدون وجود این تشریفات عقد نکاح شکل نمی‌گیرد و توجیهشان این است که این عقد از عقود مهم و نیاز جامعه است. لذا شارع مقدس و قانون‌گذار برای شکل‌گیری آن، قواعد تشریفاتی و مخصوصی را تعیین کرده است. اینکه فقها و حقوق‌دانان، نکاح را تشریفاتی دانسته‌اند حاکی از وجود دقت در آن است. تشریفاتی همچون لازم‌بودن ایجاب و قبول لفظی، منجز بودن مهریه، ثبت ازدواج و ...، همگی نشان از وجود دقت در این حوزه است. بعد از تحقق نکاح نیز، در مسیر زندگی زوجین، حقوق زن و مرد و اعضای خانواده، کاملاً مشخص و معین شده، که این مؤید وجود دقت، در ترسیم حقوق خانواده است.

عنصر سومی که در تعریف وجود داشت و در خور بررسی است و جای تأمل بسیار دارد، «واگذاری قدرت و اختیار برای تفسیر و اجرای قانون به دیگری» است. اینکه در حقوق خانواده، کسانی خارج از خانواده اجرای قانون را به عهده بگیرند و مداخلات خارج از خانواده همچون دولت به چه میزان باید باشد نیازمند بررسی آیات و روایات و همچنین سیره معصومان (علیهم‌السلام) است. در منابع اسلامی، مداخله شخص ثالث در خانواده بسیار کم‌رنگ دیده شده و جایی هم که به مداخله توصیه شده، مداخله اصلاحی و حمایتی است نه مداخله کیفری که در حقوق سخت مطرح است. نمونه این نوع مداخله آن است که در صورت وجود منازعات و مشکلات ارتباطی زوجین، قرآن می‌فرماید: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يَرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا (نساء: ۳۵)؛ و چنانچه از جدایی و شکاف میان آن دو (همسر) بیم داشته باشید، یک داور از خانواده شوهر و یک داور از خانواده زن انتخاب

کنید (تا به کار آنان رسیدگی کنند). اگر این دو داور، تصمیم به اصلاح داشته باشند، خداوند به توافق آنها کمک می‌کند؛ زیرا خداوند، دانا و آگاه است».

بر اساس آموزه‌های اسلامی، گام نخست و مرحله اول در حل اختلافات خانوادگی، اقدام خود زوجین است که می‌کوشند اختلافات را بدون دخالت دیگران، از بین ببرند و با صلح و آرامش در کنار هم زندگی کنند. با این حال، چنانچه خودشان نتوانستند اختلافشان را در کانون خصوصی خانواده حل کنند، باز توصیه به مداخله دولت نشده، بلکه آموزه‌های قرآنی مرحله دیگری را که عبارت باشد از «داوری بی طرفانه نزدیکان زن و شوهر»، پیشنهاد می‌دهد.

محیط خانواده کانون احساسات و عواطف است و طبعاً مقیاسی که در این محیط باید به کار رود با مقیاس سایر محیط‌ها متفاوت است، یعنی همان‌گونه که در دادگاه‌های جنایی نمی‌توان با مقیاس محبت و عاطفه کار کرد، در محیط خانواده نیز نمی‌توان صرفاً با مقیاس خشک قانون و مقررات بی‌روح گام برداشت. در اینجا باید حتی‌الامکان اختلافات را از طرق عاطفی حل کرد. لذا دستور می‌دهد داوران این محکمه کسانی باشند که پیوند خویشاوندی با دو همسر دارند و می‌توانند عواطف آنها را در مسیر اصلاح تحریک کنند. بدیهی است این امتیاز فقط در این محکمه است و سایر محاکم فاقد آنند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۳/۳۷۶).

در مجموع، مداخله دولت و حاکمیت در امور خانواده به شکل کیفری، در اسلام توصیه نشده است. البته از برخی روایات، مداخله کیفری حاکمیت برداشت می‌شود، ولی این روایات از اعتبار لازم برخوردار نیستند. مثلاً روایتی که در کتاب جعفریات به شکل ذیل آمده است: «أَخْبَرَنَا عَبْدُ اللَّهِ عَلَى مُحَمَّدٍ حَدَّثَنِي مُوسَى قَالَ حَدَّثَنَا أَبِي عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ جَدِّهِ عَنْ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: يَجْبُرُ الرَّجُلُ عَلَى التَّفَقُّهِ عَلَى امْرَأَتِهِ فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ حُسْوَ وَتُجْبَرُ الْمَرْأَةُ عَلَى أَنْ تُرْضِعَ وَلَدَهَا وَتُجْبَرُ عَلَى أَنْ تُجْبَرَ لَهُ وَتُحْدَمَهُ دَاخِلَ بَيْتِهَا؛ امام علی (علیه السلام) فرمودند: مرد به دادن نفقه همسرش وادار می‌شود و چنانچه این کار را نکنند حبس می‌شود. زن را نیز مجبور می‌کنند که فرزندش را شیر بدهد و در خانه نان بپزد و در داخل خانه به مرد خدمت کند» (ابن‌اشعث، بی‌تا: ۱۰۹).

این روایت از جهت سندی معتبر نیست، چراکه افراد ذکرشده در سلسله سند، مجهول‌اند. اینکه عبدالله، محمد و موسی در سلسله حدیث چه کسانی هستند معلوم نیست. از طرفی هم، این روایت هیچ‌جای دیگری نقل نشده و فقط در کتاب جعفریات است که این نیز مؤید ضعف سند است. از جهت محتوایی نیز روایت پذیرفتنی نیست، چراکه طبق این حدیث زن در منزل مجبور به کارکردن و خدمت‌گزاری به مرد در خانه می‌شود، در حالی که طبق روایات واردشده، زن وظیفه‌ای

برای خدمت‌گزاری در منزل ندارد و حتی در خصوص شیردادن به فرزند نیز زن می‌تواند از مرد طلب اجرت کند. با این حال، وقتی محتوای بخش دوم از روایت پذیرفتنی نیست، در واقع کل محتوا مخدوش است. از این رو این روایت نمی‌تواند دلیلی بر مداخله کیفری دولت در امور خانواده باشد. به علاوه، با پذیرش سند روایت نمی‌توان به صورت قطع دخالت کیفری دولت در امور خانواده را با این حدیث ثابت کرد. زیرا می‌توان روایت را به سفارش و توصیه درون خانوادگی به جهت ایفای نقش جنسیتی حمل کرد. با همه این اوصاف، چنانچه حاکمیت هم بنای مداخله داشته باشد، مداخله‌اش باید به شکل حمایتی و اصلاحی باشد نه مداخله کیفری.

با این توضیحات معلوم می‌شود که عنصر سوم از تعریف حقوق سخت در حقوق خانواده کم‌رنگ و ضعیف است. لذا حقوق خانواده مناسبتش با «حقوق نَرم» بیشتر خواهد بود. در نتیجه با توجه به صادق بودن تعریف «حقوق نَرم» در حقوق خانواده، این مفهوم به حوزه خانواده سرایت پذیر است و شاید بتوان ادعا کرد که با توجه به آموزه‌های اسلامی، که راجع به مداخله کیفری در حقوق خانواده توصیه نکرده است، اصل در حقوق خانواده بر نَرم بودن این حقوق است.

راجع به ملحوظ بودن سود و منفعت شخصی در «حقوق نَرم» نیز با بررسی مصادیق و مفاهیم حقوقی در خانواده همچون «صداق»، «نحله»، «تمکین» و ...، می‌توان به ماهیت نَرم حقوق در خانواده پی برد. بررسی هر یک از این مفاهیم و مصادیق مجال بیشتری می‌طلبد؛ مثلاً در حقوق مالی خانواده، می‌توان به نفقه زوجه اشاره کرد. موظف بودن مرد در خانواده به پرداخت نفقه همسرش را می‌توان از مصادیق «حقوق نَرم» دانست. زیرا وی با پرداخت نفقه، منفعت خود، همچون رسیدن به آرامش در زندگی، امکان برخورداری از تمکین زن یا منافع دیگر را می‌بیند و به این عمل ملتزم می‌شود. منافع مذکور، منافع مشروع و عقلائی است که در لسان آیات و روایات نیز به آنها تصریح شده است.

شایان ذکر است که اثبات «حقوق نَرم» برای نهاد خانواده، به معنای رد کلی مداخله کیفری دولت در خانواده نیست؛ بلکه در مقام بیان این اصل است که در نهاد خانواده اصل اولی، تحقق و جریان «حقوق نَرم» است. ولی چنانچه طرفین یا یکی از آنها تعدی و ظلمی در حق دیگری کرد، طبیعتاً دولت اسلامی وظیفه دارد بر اساس مبانی فقهی و حقوقی، همچون رعایت مصلحت عامه، نهی از منکر و ایجاد نظم عمومی در راستای رفع منازعات، مداخله کند. هر چند در این مداخله نیز اصل بر حل منازعات بدون مرافعه قضایی، همچون دادن مشاوره و ...، است و چنانچه این نوع مداخله، افاقه نکند دولت مجاز است در حقوق خانواده مداخله کیفری داشته باشد.

«حقوق نرم»، در مقابل «حقوق سخت»، ماهیتی کاملاً حقوقی دارد، هرچند در «حقوق نرم»، الزام حاکمیت به معنای مداخله کیفری مطرح نیست، اما «حقوق نرم» با وجود این ویژگی، همچنان در زمره مسائل حقوقی است.

در «حقوق نرم»، نقش دولت به صورت کیفری و قضایی نیست، بلکه دخالت دولت و حاکمیت، توصیه‌ای، حمایتی و اصلاحی است و همین نکته وجه تمایز «حقوق نرم» از «حقوق سخت» است. ضمانت اجرایی حقوق سخت، کیفری است ولی ضمانت اجرایی حقوق نرم، مثبت یا درونی از جانب متعاقدین یا متعاهدین است که به صورت التزام صورت می‌گیرد.

اینکه حقوق نرم ضمانت اجرای درونی دارد به این معنا نیست که «حقوق نرم» با «اخلاق» مترادف داشته باشد، چراکه ضمانت اجرایی حقوق نرم صرفاً درونی نیست بلکه از جانب دولت به شکل مثبت نیز می‌تواند باشد. ضمن آنکه «اخلاق» و «حقوق نرم»، در اهداف، انگیزه‌ها و نیت نیز تفاوت اساسی با هم دارند.

«حقوق نرم» جایی تحقق می‌یابد که یکی از عناصر مطرح در تعریف «حقوق سخت»، از بین برود یا کم‌رنگ و ضعیف شود. سه عنصری که در تعریف حقوق گفته شد عبارت بود از: «تعهد»، «دقت» و «واگذاری قدرت و اختیار برای تفسیر و اجرای قانون به دیگری»، که در صورت وارد شدن خلل در یکی از این عناصر حقوق تبدیل به «حقوق نرم» می‌شود.

با تعریفی که برای «حقوق نرم» مطرح شد، این مفهوم در ادبیات حقوق خانواده نیز قابلیت مطرح شدن دارد، چراکه در حقوق خانواده از عناصر سه‌گانه، دو عنصر اول به صورت کامل وجود دارد، ولی عنصر واگذاری قدرت و اختیار برای تفسیر و اجرای قانون به دیگری کم‌رنگ است. لذا حقوق در خانواده به صورت «حقوق نرم» قابلیت جریان دارد.

با توجه به آنچه گذشت، بهتر است بازخوانی در حقوق موضوعه خانواده صورت گیرد، جنبه‌های سخت آن کمتر شود و جنبه‌های نرم و حمایتی خانواده بیشتر مد نظر قرار گیرد.

پی‌نوشت‌ها

1. "In order to carry out their task and in accordance with the provisions of this Treaty, the European Parliament acting jointly with the Council, the Council and the Commission shall make regulations and issue directives, take decisions, make recommendations or deliver opinions ... ecommendations and opinions shall have no Binding force" (EC Treaty, Art. 249).

۲. تفصیل آن از رسالت این نوشتار خارج است و در جای خود تحلیل و بررسی شده است، نک.: حکمت‌نیا، ۱۳۹۰: ۸۰-۷۶.

منابع

- قرآن کریم (۱۳۷۳). ترجمه: ناصر مکارم شیرازی، قم: دار القرآن الکریم.
- ابن اشعث، محمد بن محمد (بی‌تا). الجعفریات: الأشعثیات، تهران: مکتبه النینوی الحدیثه.
- تمیمی آمدی، عبد الواحد بن محمد (۱۴۱۰). غرر الحکم و درر الکلم، قم: دار الکتب الاسلامی.
- جعفری، محمدتقی (۱۳۷۸). فلسفه دین، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۷). تسنیم، قم: اسراء.
- حبیب‌زاده، توکل؛ محمد صالح عطّار (۱۳۹۱). «ارزیابی مفهومی حقوق نرّم در نظام منابع حقوق بین‌الملل»، در: پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۶، ش ۲، ص ۱-۲۲.
- حکمت‌نیا، محمود (۱۳۹۰). فلسفه نظام حقوق زن، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- دانش‌پژوه، مصطفی (۱۳۹۵). مبانی اندیشه اسلامی (۵): فلسفه حقوق، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
- شیروی، عبدالحسین؛ وکیلی مقدم، محمدحسین (۱۳۹۴). «حقوق نرّم»، در: حقوق تطبیقی، دوره ۶، ش ۱، ص ۲۵۱-۲۷۶.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۷۲). مجمع البیان فی تفسیر القرآن، تهران: ناصرخسرو.
- عابدیان، میرحسین؛ احمدی، منا (۱۳۹۱). «مفهوم حقوق نرّم و مزایای آن در نظام حقوق تجارت بین‌الملل»، در: تحقیقات حقوقی، دوره ۱۵، ش ۶۰، ص ۱۱۹-۱۷۱.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷). فلسفه حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶). «اخلاق و حقوق»، در: اخلاق در علوم و فناوری، ش ۱ و ۲، ص ۸۵-۸۸.
- کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق (۱۴۰۷). الکافی، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- گندم‌کار، رضاحسین (۱۳۸۶). «مبنا و هدف حقوق»، در: پژوهش‌های فلسفی کلامی، ش ۳۳، ص ۱۴۷-۱۷۴.
- مصباح‌یزدی، محمدتقی (۱۳۸۱). دروس فلسفه اخلاق، تهران: اطلاعات.
- مطهری، مرتضی (۱۳۹۲). فلسفه اخلاق، تهران: صدرا.

واکاوی مفهوم «حقوق نرم» و جریان آن در... / ۲۵

مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۴). تفسیر نمونه، تهران: دار الکتب الإسلامية.
هداوند، مهدی؛ سیف‌اللهی، آرمان (۱۳۸۸). «جایگاه حقوق نرم در توسعه حقوق بین‌الملل»، در: راهبرد، ش ۵۰،
ص ۱۳۱-۱۴۸.

Abbott, K.; Snidal, D. (2000). *Hard and Soft Law in International Governance*, International Organization.

Crawford, J.; Pellet, A.; Olleson, S. (2010). *The Law of International Responsibility*, Oxford: Oxford University Press.

Dupuy, P. (1991). "Soft Law: the International Law of the Environment", in: *International Law of the Environment*, vol. 12, pp. 420-435.

Shelton D. (2006). "International Law and Relative Normativity", in: Evans, Malcolm David, *International Law*, Oxford: Oxford University Press.

Shelton, D. (1997). "Compliance with International Human Rights Soft Law", in: Weiss, Edith Brown, *International Compliance with Nonbinding Accords*, Washington, DC: American Society of International Law.

Shelton, D. (2008). *Soft Law: Handbook of International Law*, Routledge Press, The George Washington University Law School.

Trubek, D. M.; Cottrell, P.; Nance, M. (2005). *Soft Law, Hard Law and European Integration: Toward a Theory of Hybridity*, University of Wisconsin-Madison.

Weil, P. (1983). *Towards Relative Normativity in International Law*, AJIL.

References

- The Holy Quran. 1994. Translated by Naser Makarem Shirazi, Qom: The Noble Quran House.
- Abbott, K.; Snidal, D. 2000. *Hard and Soft Law in International Governance*, International Organization.
- Abediyan, Mir Hoseyn; Ahmadi, Mena. 2012. "Mafhum Hoghugh Narm wa Mazayay An dar Nezam Hoghugh Tejarat Beyn al-Melal (The Concept of Soft Law and Its Benefits in the System of International Trade Law)", in: *Legal Research*, yr. 15, no. 60, pp. 119-171. [in Farsi]
- Crawford, J.; Pellet, A.; Olleson, S. 2010. *The Law of International Responsibility*, Oxford: Oxford University Press.
- Daneshpajuh, Mostafa. 2016. *Mabani Andisheh Islami: Falsafeh Hoghugh (Fundamentals of Islamic Thought: Philosophy of Law)*, Qom: Imam Khomeini Educational and Research Institute. [in Farsi]
- Dupuy, P. 1991. "Soft Law: the International Law of the Environment", in: *International Law of the Environment*, vol. 12, pp. 420-435.
- Gandomkar, Reza Hoseyn. 2007. "Mabna wa Hadaf Hoghugh (Basis and Purpose of Law)", in: *Philosophical-theological Studies*, no. 33, pp. 147-174. [in Farsi]
- Habibzadeh, Tawakkol; Mohammad Saleh Attar. 2012. "Arzyabi Mafhumi Hoghugh Narm dar Nezam Manabe Hoghugh Beyn al-Melal (Conceptual Evaluation of Soft Law in the System of International Legal Sources)", in: *Comparative Law Research*, yr. 16, no. 2, pp. 1-22. [in Farsi]
- Hekmatnia, Mahmud. 2011. *Falsafeh Nezam Hoghugh Zan (Philosophy of the Women's Rights System)*, Tehran: Research Institute of Islamic Culture and Thought. [in Farsi]
- Hodawand, Mahdi; Seyfollahi, Arman. 2009. "Jaygah Hoghugh Narm dar Toseeh Hoghugh Beyn al-Melal (The Place of Soft Law in the Development of International Law)", in: *Strategy*, no. 50, pp. 131-148. [in Farsi]
- Ibn Ashath, Mohammad ibn Mohammad. n.d. *Al-Jafariyat: Al-Ashathiyat*, Tehran: Nineveh Modern Press.
- Jafari, Mohammad Taghi. 1999. *Falsafeh Din (Philosophy of Religion)*, Tehran: Research Institute of Islamic Culture and Thought. [in Farsi]
- Jawadi Amoli, Abdollah. 2008. *Tasnim*, Qom: Esra. [in Farsi]

- Katuziyan, Naser. 1998. *Falsafeh Hoghugh (Philosophy of Law)*, Tehran: Publishing Joint Stock Company. [in Farsi]
- Katuziyan, Naser. 2007. "Akhlagh wa Hoghugh (Ethics and Law)", in: *Ethics in Science and Technology*, no. 1 & 2, pp. 85-88. [in Farsi]
- Koleyni, Mohammad ibn Yaghub ibn Eshagh. 1986. *Al-Kafi*, Tehran: Islamic Books Institute. [in Arabic]
- Makarem Shirazi, Naser. 1995. *Tafsir Nemuneh (The Ideal Commentary)*, Tehran: Islamic Books Institute. [in Farsi]
- Mesbah Yazdi, Mohammad Taghi. 2002. *Dorus Falsafeh Akhlagh (Courses of Philosophy of Ethics)*, Tehran: Information. [in Farsi]
- Motahari, Morteza. 2013. *Falsafeh Akhlagh (Philosophy of Ethics)*, Tehran: Sadra. [in Farsi]
- Shelton D. 2006. "International Law and Relative Normativity", in: Evans, Malcolm David, *International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Shelton, D. 1997. "Compliance with International Human Rights Soft Law", in: Weiss, Edith Brown, *International Compliance with Nonbinding Accords*, Washington, DC: American Society of International Law.
- Shelton, D. 2008. *Soft Law: Handbook of International Law*, Routledge Press, The George Washington University Law School.
- Shirawi, Abd al-Hoseyn; Wakili Moghaddam, Mohammad Hoseyn. 2015. "Hoghugh Narm (Soft Law)", in: *Comparative Law*, yr. 6, no. 1, pp. 251-276. [in Farsi]
- Tabarsi, Fazl ibn Hasan. 1993. *Majma al-Bayan fi Tafsir al-Quran (Collection of Statements on the Interpretation of the Quran)*, Tehran: Naser Khosro. [in Arabic]
- Tamimi Amedi, Abd al-Wahed ibn Mohammad. 1989. *Ghorar al-Hekam wa dorar al-Kalem (Exalted Aphorisms and Pearls of Speech)*, Qom: Islamic Book Institute. [in Arabic]
- Trubek, D. M.; Cottrell, P.; Nance, M. 2005. *Soft Law, Hard Law and European Integration: Toward a Theory of Hybridity*, University of Wisconsin-Madison.
- Weil, P. 1983. *Towards Relative Normativity in International Law*, AJIL.